

תביעה ייצוגית של צרכני תרופות – בשולי פרשת האלטרוקסין

תמר גדרון ואלעד שילד

האם ועד כמה מוגנת הזכות לאוטונומיה של צרכני תרופות שנשלל מהם מידע מהותי הנוגע לשינוי מרכיבי תרופה חיונית – אלטרוקסין לטיפול בבלוטת התריס – אותה הם נוטלים בהתוויה רפואית, כאשר היעדר המידע לא גרם להם נזק פיסי; ועד כמה – אם בכלל – ביכולתם לממש זכות זו, ככל שהיא מוכרת ובגבולות ההכרה בה, באמצעות הליך תובענה ייצוגית. הסוגיה הזו נדונה בתביעה ייצוגית שהגישו צרכני התרופה לאחר שהסתבר שעקב חוסר מידע מעודכן בנוגע לשינוי בהרכב התרופה נגרמו לחלקם נזקים מגוונים. במסגרת אישור ההליך כייצוגי הוכשרה עקרונית זכאותם של מי שסבלו נזק פיסי כתוצאה מחוסר המידע על שינוי הפורמולה וכן גם זכאותם העקרונית של מי שסבלו מפגיעה באוטונומיה שלהם עקב חוסר המידע החיוני. נקבעה אף חזקה שהמטופלים פתחו רגשות שליליים עקב חוסר המידע ועקב הפאניקה הציבורית שפרצה עקב כך בארץ ובעולם. בהסכם הפשרה, שאושר על ידי בית המשפט המחוזי שלוש שנים לאחר אישור ההליך כייצוגי, הודרו מי ש"רק" האוטונומיה שלהם נפגעה מהפיצוי המוסכם. בפסק הדין בו אושרה הפשרה הובאו מספר נימוקים לתמיכה בהחלטה זו. חלק מהנימוקים התייחסו לעמדת הפסיקה הישראלית בנושא גבולות ההגנה על אוטונומיה צרכנית בתביעות ייצוגיות.

בהארת פסיקה זו אנו טוענים כי את ההחלטה לפצות רק את מי שנגרמו להם נזקים פסיים עקב חוסר המידע ניתן וצריך היה לנמק אך ורק בנסיבות המקרה ונסיבות הפשרה. הצורך להתמודד עם מצב שבו מספר עצום של ניזוקים אמור לקבל פיצוי מקופת פשרה שהיה ברור שלא יהיה בה די כדי לפצות גם את הנפגעים הפיסיים וגם את נפגעי האוטונומיה הכתיב את ההחלטה. ביסוסה של ההחלטה על עמדת הפסיקה הישראלית בסוגיה זו היה מיותר ולא מדויק.

מבוא. א. פרשת האלטרוקסין – סיפור המעשה וסופו (!) 1. העובדות. 2. ההחלטה לאשר את התובענה כייצוגית. 3. פסק הדין (אישור הסדר פשרה). (א) עיקרי ההסדר. (ב) הנימוקים לשלילת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה. **ב. הדרת כלל מטופלי האלטרוקסין מפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה – צמצום ההגנה על האוטונומיה? 1.** קביעה מיותרת. 2. שלילה גורפת אינה משקפת את ההלכה. (א) התפתחות ההגנה הנזיקית על האוטונומיה. (ב) תנאי הסף להגנה על האוטונומיה הצרכנית ויישומם. 3. הסיכוי של (חלק מ) צרכני האלטרוקסין לעמוד בתנאי הלכות תנובה ופרינר. 4. סיכום הביקורת על עניין פריגו. ג. תובענות ייצוגיות צרכניות – על פרשת דרכים? ד. העילות למימוש ההגנה על האוטונומיה. ה. סיכום.

מבוא

אחת התביעות הייצוגיות המורכבות שנוהלו בישראל בשנים האחרונות – תביעה שההסדר שהושג בה טרם הגיע לסיומו – היא התביעה שהגישו צרכני תרופת האלטרקסין (המיועדת להסדרת חילוף החומרים בגוף) (להלן: התרופה), נגד חברת פריגו ישראל סוכנויות בע"מ (להלן: פריגו) שהייתה בעת האירועים שעליהם הושתתה התביעה בעלת הרישום והמפיצה של התרופה, בגין נזקים שנגרמו להם עקב שינוי בפורמולציה של התרופה.¹ הצרכנים לא קיבלו מבעוד מועד דיווח נאות על אודות השינוי בתרופה ולא היו מודעים לאפשרות שהשינוי יגרום להם תופעות לוואי מגוונות. כשהחל חלק נכבד מהם לחוות תופעות לוואי אלו והסיפור נודע בציבור, וכשבמקביל הגיעו דיווחים מחוץ-לארץ על תופעות דומות, פרצה פאניקה ציבורית רחבת היקף, אשר גרמה נזקים נוספים אצל מרבית צרכני התרופה, שמספרם בישראל בתקופה הרלבנטית עלה על רבע מיליון. השופט עופר גרוסקופף, שבאותה עת כיהן בבית המשפט המחוזי מרכז, אישר את ניהול התביעה כתביעה ייצוגית.²

לאחר שלוש שנים, שבמהלכן התקיימו דיונים רבים, הושגה פשרה בין הצדדים. פריגו התחייבה לשלם פיצוי כולל בסך של כ-46 מיליון ש"ח. בפסק הדין המאשר את הפשרה קבע השופט גרוסקופף – כעת כבר שופט בבית המשפט העליון – כי הפיצוי יתחלק אך ורק בין הצרכנים שסבלו בפועל מתופעות לוואי פיסיות שליליות עקב שינוי מרכיבי התרופה.³ מטופלים שסבלו "רק" פגיעה באוטונומיה שלהם עקב אי-הידיעה על שינוי מרכיבי התרופה אבל לא חוו כאב וסבל עקב תופעות לוואי פיסיות – לא זכו להיכלל בהסדר זה.⁴

השוואה בין אישור התביעה בעניין פריגו כייצוגית בשנת 2015 לבין אישור הסדר הפשרה בסוף 2018 ממקדת את תשומת הלב בסוגיה המשפטית הבולטת ביותר בשתייהן, היא סוגיית ה(אי-) פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הצרכנית/רפואית של המטופלים התובעים. בניגוד למגמה החיובית שהצטיירה בהחלטה לאשר את התובענה כייצוגית,⁵ באישור הסכם הפשרה החליט בית המשפט לאמץ פתרון שתוצאתו משקפת לכאורה צמצום של ההכרה בנזק שנגרם כתוצאה מפגיעה באוטונומיה, ושליטת מתן פיצוי בגינו. הצעה לשקול צמצום אפשרי כזה כבר מצאנו בשנים האחרונות בפסיקה ובספרות הישראלית הן בתביעות רשלנות רפואית⁶ והן בתביעות ייצוג צרכניות,⁷ אולם בפועל בתי

¹ ת"צ 16584-10-11 פלג נ' פריגו ישראל סוכנויות בע"מ (פורסם בנבו, 29.11.2018) (להלן: אישור הסדר הפשרה או עניין פריגו).

² ת"צ 16584-10-11 פלג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ (פורסם בנבו, 20.5.2015) (להלן: אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית) (להלן, יחד עם עניין פריגו: פרשת האלטרקסין).

³ עניין פריגו, לעיל ה"ש 1. לאחר מינויו של השופט גרוסקופף לבית המשפט העליון הטיפול בתיק הועבר לשופטת שטמר מבית משפט מחוזי מרכז.

⁴ על הפרשה בכללותה, לרבות הסיפורים שמאחורי הדיונים הפורמליים שהתנהלו במסגרתה, ראו ספרו של עו"ד יעקב דוידוביץ, ב"כ התובעים הייצוגיים, אשר נכתב במהלך האירועים: יעקב דוידוביץ פרשת האלטרקסין – יומן פרקליט (2018).

⁵ אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, בפס' 126–130.

⁶ ראשיתן של תביעות אלו בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, נגד (4) 526 (1999).

⁷ ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 95/1372 יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.10.2008); ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, נז (4) 673 (2003) (להלן, יחד: פרשת תנובה 1); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: פרשת תנובה 2). (פרשת תנובה 1 ופרשת תנובה 2 ביחד, להלן: עניין תנובה). כן ראו ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2014) (להלן: עניין פרינר).

המשפט הותירו אותה כתמרור אזהרה מפני הרחבת יתר של ההגנה על האוטונומיה ולא אמצו אותה כחלופה מועדפת.⁸

בהארת פסיקה זו נטען כי על אף העובדה שהתוצאה המגולמת בפסק דינו של השופט גרוסקופף מסמלת, לכאורה, הקשחה בעמדת הפסיקה באשר לנכונות לפצות בגין פגיעה באוטונומיה צרכנית, להחלטה זו – ששללה פיצוי ממטופלי האלטרופקסין שהאוטונומיה שלהם נפגעה והם פיתחו עקב כך רגשות שליליים סובייקטיביים – יש למעשה נפקות מוגבלת בלבד מבחינת ההלכה השולטת בנושא זה, כפי שנקבעה בעבר בשורת פסקי דין של בית המשפט העליון.⁹ ההחלטה לפצות אך ורק את המטופלים שסבלו נזק פיסי הייתה במקרה זה פועל יוצא מתחייב מנסיבות המקרה, מהעובדה שסכום הפשרה היה מוגבל, מהצפי שמספרם של מי שנפגעו פיסית (ויהיו זכאים לפיצוי בדרגת קדימות גבוהה מאלו שסבלו "רק" מפגיעה באוטונומיה) יהיה גבוה, ומהרצון המובן "לשריין" לאלו האחרונים סכום פיצוי סביר (יחסית). לפיכך, בהינתן ההחלטה העקרונית לאשר את הפשרה, הנימוקים שעליהם ביסס בית המשפט את החלטתו זו הם, לדעתנו, מיותרים בחלקם, ובחלקם האחר אינם לגמרי מדויקים, לפחות מבחינת האופן שבו נתחו פסיקה קודמת של בית המשפט העליון ויישמו פסיקה קודמת של השופט גרוסקופף עצמו.

בהמשך לכך נטען, לכן, כי ההחלטה המאשרת את הסדר הפשרה בעניין פריגו, היא משוללת נפקות ערכית וכי ההחלטות בעניין ניצת הדובדבן¹⁰ ובעניין טחינה הנסיך¹¹ שבאו מיד אחריה – ושגם בהן נשלל (לאחר דיון) פיצוי בגין פגיעה נטענת באוטונומיה צרכנית – אינן משקפות לא שינוי עמדה ולא שינוי כיוון של הפסיקה הישראלית בעניין זה. פסיקה זו – בעיקר בבית המשפט העליון – כבר נתנה בעבר מענה הולם לחשש מסחף במדרון החלקלק של תביעות ייצוגיות צרכניות, באמצעות המגבלות שהטילה על האפשרות לקבל פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הצרכנית. יישומן המדויק של מגבלות אלו הוא שהנביע את התוצאות בעניין ניצת הדובדבן ובעניין טחינה הנסיך.

לעמדתנו, הזכות לקבלת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במקרים שבהם נשלל מהצרכן מידע מהותי מקובעת כבר כיום עמוק במשפט הישראלי – לפחות במצבים שבהם ניתן להוכיח כי הצרכן סבל נזק תוצאתי בלתי-ממוני בעטייה של פגיעה זו¹² – וההחלטה בעניין פריגו אינה מכרסמת בה ואינה מצמצמת אותה. נוסחת האיזון הפסיקתית קובעת והוסברה בפרוטרוט בפרשת תנובה¹³ ובעניין פרינר. גם מאמרו של שופט בית המשפט העליון יצחק עמית, ש"הדביק" לדוקטרינת הפגיעה

⁸ גם אחרי הפסיקה בעניין פריגו המשיכו בתי המשפט ליישם את המבחנים שנהגו כבר קודם לכן כמתווה מאזן בין ההגנה על הצרכן לבין צמצום הפגיעה העסקית הפוטנציאלית בנתבעים. השוו לדברי השופט מנחם רניאל בת"צ (מחוזי חי') 39133-01-17 גולדנברג נ' הרצל ביבי ניצת הדובדבן בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.2019) (להלן: עניין ניצת הדובדבן); השופטת אגמון-גון בת"צ (מחוזי ת"א) 32117-08-16 הפטר גילמור נ' הנסיך מפעל ליצור טחינה בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2019) (להלן: עניין טחינה הנסיך). בשני המקרים נדחתה הבקשה לאשור ההליך הייצוגי הואיל ובתי המשפט הגיעו למסקנה שלא הוכח קיומם של תנאי הסף הנדרשים לאישור כזה, ובעיקר לא התקיימה המידתיות הדרושה בין האינטרסים של שני הצדדים.

⁹ ראו, בעיקר, עניין תנובה, לעיל ה"ש 7, ועניין פרינר, לעיל ה"ש 7.

¹⁰ עניין ניצת הדובדבן, לעיל ה"ש 8.

¹¹ עניין טחינה הנסיך, לעיל ה"ש 8.

¹² דחיית הבקשות בעניין טחינה הנסיך, שם, ובעניין ניצת הדובדבן, לעיל ה"ש 8, מהוות דוגמא ליישום מוקפד של תנאי הסף שנקבעו בעבר בבית המשפט העליון בעניין תנובה, לעיל ה"ש 7, ובעניין פרינר, לעיל ה"ש 7, אך אין בהן כל קביעה הלכתית ערכית חדשה.

¹³ פרשת תנובה 2, לעיל ה"ש 7.

באוטונומיה את התיאור "סוס הפרא החדש של המשפט",¹⁴ שמאז פרסומו לפני כשנתיים¹⁵ משמש כאסמכתא האולטימטיבית של כל מי שהיקף ההגנה על האוטונומיה במשפט הישראלי נראה להם מוגזם ואף הרה סכנה, אינו מציע חזרה אמיתית לימי טרום עניין **דעקה**¹⁶ אלא דוגל במתינות ובמידתיות ומייעץ "למתוח המושכה וקצת לקחת חזרה".¹⁷

מתן פירוש שונה מזה המוצע על ידנו להחלטה בעניין **פריגו** יהווה לכן, לגישתנו, לא רק פגיעה בלתי-סבירה ביכולת של צרכנים בכלל, וצרכני תרופות בפרט, להשתמש במנגנון התובענה הייצוגית (שהורתו ועיקר יישומו הוא בהגנה על אינטרסים צרכניים),¹⁸ אלא הוא עלול גם להוות סכנה לאיזון העדין שהושג – אף כי עדיין לא באופן מושלם – בסוגיה זו בפסיקה של השנים האחרונות.

מהלך הדיון יהיה כדלקמן: ראשית, נטען כי הקביעה הערכית בעניין **פריגו** שלפיה הועם זהרה של הפגיעה באוטונומיה ונזקיה אינם מזכים בפיצוי במקרים של הטעיה צרכנית הייתה מיותרת בנסיבות המקרה ולא שיקפה נכונה את מגמות הדין המצוי. שנית, נטען כי לכל הפחות היה מקום שלא להסתפק באבחנה אגבית – כמו זו המופיעה בפסק הדין – בין מי שהפגיעה באוטונומיה התבטאה אצלם ברגשות שליליים תוצאתיים לבין מי שסובייקטיבית לא הגיבו בשלילה לפגיעה באוטונומיה שלהם. זאת, גם אם מבחינה מעשית לא ניתן היה לכלול את הקבוצה הראשונה מבין השתיים בפיצוי על נזקיה הסובייקטיביים בגלל היקפו המצומצם יחסית של סכום הפיצויים הכללי שעליו הוסכם.

בהמשך לכך נטען כי בעניין **פריגו** עצמו היו – לפחות במצבו הראיתי ערב הפרשה – כל הנתונים המשפטיים הנחוצים להטלת אחריות בגין נזקי הפגיעה באוטונומיה של אותם מטופלים שחוו רגשות שליליים עקב השינוי ברכיבי הפורמולה,¹⁹ וכי לכן הדרת מטופלים אלו מגדר הזכאים לפיצוי לא נבעה ולא צריכה הייתה לנבוע מקביעה ערכית כלשהי, אלא אך ורק מאילווציה של מסגרת הפרשה שהושגה שם.

את הניתוח הערכי של סוגיית ההגנה על האוטונומיה הצרכנית נחתום במבט יישומי על נתוני התובענות הצרכניות הייצוגיות, שמספרן פחת מעט בשנתיים האחרונות אך המגוון בתוכן גדל בהתמדה והאפקט ההרתעתי שלהן הוכח כמשמעותי ובעל חשיבות שאין להתעלם ממנה. נעדכן כי ממש ערב פרסום הארת פסיקה זו נדרש משרד הבריאות, כמו גם קופות החולים, למהלך הסברתי

¹⁴ יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג-כהן** 494 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי עורכים, 2017).

¹⁵ המאמר פורסם כשלוש שנים לאחר שנכתב (ראו הערתו של השופט עמית בתחילת המאמר), אך הגישה שהובעה בו "עשתה לה כנפיים" עוד הרבה לפני שהמאמר יצא לאור בסופו של דבר.

¹⁶ עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 6.

¹⁷ עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 494.

¹⁸ במקור מכוח פרק 11 לחוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981, ס"ח 248, שבוטל במסגרת תיקון מס' 19 בסעיף 33 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264. ראו כיום התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות; וכן אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** (2017).

¹⁹ ככל שניתן להעלות מלשון פסק הדין, החזקה שקבע השופט גרוסקופף בשלב אישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית בדבר קיומם של רגשות שליליים סובייקטיביים – לא נסתרה.

מקיף בקשר לשינוי נוסף בתרופת האלטרוקסין אשר עומד להתבצע בקרוב. מהלך זה לא היה בא לעולם אלמלא ההרתעה שיצרה התובענה הייצוגית של נפגעי האלטרוקסין.²⁰

א. פרשת האלטרוקסין – סיפור המעשה וסופו (?)²¹

1. העובדות

הרכבה של האלטרוקסין – תרופה המיועדת לטיפול בהפרעות בבלוטת התריס אשר שווקה בשנים שקדמו להגשת התביעה כמעט בבלעדיות²² למאות אלפי מטופלים בארץ ובעולם – שונה בתחילת שנת 2011 על ידי יצרנית התרופה באישור משרד הבריאות. הודעה על השינוי הועברה לקופות החולים ולרופאים המטפלים אולם היא לא לוותה בהנחיות מתאימות באשר לצורך בקיום ניטור רמת הספיגה של התרופה בהרכבה החדש כדי לוודא את האפקטיביות שלה על כל אחד מהמשתמשים בה. בתוך תקופה קצרה יחסית החלו להגיע דיווחים על תופעות לוואי שונות אצל מטופלים בתרופה, שחלקם יצאו מאיזון בגלל שינוי השפעת התרופה על המאזן ההורמונלי שלהם. מטופלים אלה החלו להתלונן על תופעות פיסיות מגוונות כמו בחילה, עייפות, כאבי ראש, דכאון, נשירת שיער וחולשה עד כדי אשפוז. במקביל הסתבר כי תופעות דומות דווחו כבר קודם לכן על ידי מטופלי התרופה בחוץ-לארץ, בעיקר בניו זילנד, בהולנד ובדנמרק.²³

חוסר הוודאות באשר למקור התופעות, לצד היעדר הנחיות רפואיות מטעם משרד הבריאות, קופות החולים והרופאים, גררו היסטריה המונית שהגיעה בתקשורת לרמת דיווח על "רמדיה 2".²⁴ בהמשך לכך, הוציא משרד הבריאות, שמינה ועדה לבדיקת הנושא, הנחיות מעודכנות שלפיהן על המטופלים לבצע בדיקות דם אחת לכמה שבועות על מנת להתאים את ההרכב החדש של התרופה למצבם הרפואי. משרד הבריאות גם הודיע כי אכן נמצא קשר בין שינוי הרכב התרופה לבין התופעות הפיסיות השליליות שאליו התייחסו התלונות הרבות והמגוונות של המטופלים.²⁵

²⁰ בעקבות הודעה של פריגו למשרד הבריאות בדבר החלפת ספק של אחד מהרכיבים הלא פעילים של האלטרוקסין, נדרשו קופות החולים בראשית אפריל 2020 על ידי משרד הבריאות, האגף לרפואה קהילתית, להודיע לכלל מטופלי האלטרוקסין על השינוי הצפוי ולייעץ להם ולרופאים המטפלים לנטר את רמת ההורמונים אצל המטופלים מספר שבועות לאחר התחלת השימוש בהרכב המחודש של התרופה. ראו אדיר ינקו "אלטרוקסין לבלוטת התריס – הרכב התרופה שוב משתנה" *Ynet* 28.4.2020. <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5721786,00.html>. בהתאם, ראו, למשל, הודעתה של מכבי

שירותי בריאות למטופלי התרופה: <https://www.pages06.net/maccabihealthservices/Electoxin/?d=26356208>.
²¹ עם כתיבת האתר פסיקה זו התיק עוד רחוק מסיום. מנגנון הפיצוי תקוע והסכומים שהוקצבו הן כפיצוי הן ככיסוי עלות מנגנון הביצוע מסתברים כבלתי-מספיקים בעליל. ראו, למשל, מתן ברנר "כאוס האלטרוקסין: הסדר הפשרה שהושג בייצוגית בסכנת קריסה" *גלובס* 16.4.2019. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001282328 (להלן: ברנר, כאוס האלטרוקסין). כן ראו: מתן ברנר "הסוף לכאוס? ההסדר שיציל את הסכם הפשרה בייצוגית האלטרוקסין" *גלובס* 5.3.2020. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001320652 (להלן: ברנר, הסוף לכאוס?).

²² האלטרוקסין אינה תרופה מוגנת פטנט אולם בשנים הרלבנטיות לא שווקו תכשירים חלופיים בישראל.
²³ Kevin Dew, John Gardner, Elaine H. Morrato, Pauline Norris, Kerry Chamberlain, Darrin Hodgetts & Jonathan Gabe, *Public engagement and the role of the media in post-marketing drug safety: the case of Eltroxin® (levothyroxine) in New Zealand*, 28 CRIT PUBLIC HEALTH. 388 (2018); Eric Fliers, Barbara Demeneix, Ashok Bhaseen & Thomas H. Brix, *European Thyroid Association (ETA) and Thyroid Federation International (TFI) Joint Position Statement on the Interchangeability of Levothyroxine Products in EU Countries*, 7 EUR THYROID J. 238 (2018).

²⁴ ראו, למשל, איציק וולף "מחדל האלטרוקסין – רמדיה 2" *News1* 10.10.2011.
²⁵ שינוי הפורמולציה של אלטרוקסין בישראל – דוח צוות הבדיקה 4 (8.1.2012) www.health.gov.il/PublicationsFiles/rep_elt2012011.pdf ("יש קשר נסיבתי ברור בין הכנסת הפורמולציה החדשה לשוק במדינת ישראל לבין התגברות הדיווחים על תופעות לוואי").

2. ההחלטה לאשר את התובענה כייצוגית

תשע בקשות לאישור תובענה ייצוגית הוגשו לבתי המשפט בארץ. כולן אוחדו להליך אחד שבו אישר השופט גרוסקופף את הבקשה לתובענה ייצוגית נגד פריגו, בעלת הרישום של התרופה החל משנת 2009 והמשווקת שלה בישראל החל משנת 2010.²⁶ עילת התביעה שעל פיה אושר ההליך הייתה הטענה צרכנית והפרת חובת הגילוי לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן. הסעד שבגינו אושרה התובענה היה בעל שני ראשים:²⁷

נאב וסבל. נזק זה יוחס מלכתחילה לחלק מיחיד הקבוצה בלבד. אלו אותם מטופלים שיצאו מאיזון בגלל שינוי הרכב התרופה ועקב כך חוו תופעות פיסיות המאפיינות מצב כזה. הפרת האיזון אצל חולים אלו נבעה מכך שבהיעדר ידיעה על הצורך לערוך בדיקת דם לשם ניטור ספיגת הפורמולה החדשה בגופם, הם המשיכו ליטול מינונים שבדיעבד הסתברו כבלתי-מתאימים.

זכותם של מטופלים אלו לפיצוי הוכרה, כאמור, כבר בשלב אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, והיא אכן אושרה בהמשך גם בהסדר הפשרה. לאור זאת, פרט לחשש המסתמן מכך שסכום הפיצויים שעליו סוכם בהסדר הפשרה לא יאפשר לפצותם בסכומים שישקפו באופן אמיתי את הנזק הפיסי שנגרם להם,²⁸ נראה כי ההליך המשפטי מבחינתם הסתיים בדרך הטובה ביותר האפשרית בנסיבות המקרה ובמגבלות הפיצוי המוסכם.

פגיעה באוטונומיה. את הנזק הזה תבעו התובעים הייצוגיים עבור כל המטופלים שנטלו את התרופה בתקופה הרלבנטית, לרבות אלו שלא יצאו מאיזון ולא חוו תופעות פסיכולוגיות שליליות. הטיעון שעליו נסמכה התביעה לפיצוי בראש נזק זה היה כי שינוי הרכב התרופה לא דווח למטופלים מבעוד מועד וכן לא הוסבר להם הצורך בעריכת בדיקות דם לאחר שישה שבועות של נטילת התרופה בהרכבה החדש, על מנת שיתאפשר להם לדעת מהו המינון הנכון של התרופה שעליהם ליטול.

הפגיעה הזו באוטונומיה של כלל מטופלי האלטרקסין הצדיקה מבחינתו של השופט גרוסקופף את קבלת הבקשה ואת אישור התביעה כייצוגית. וכך נאמר בהחלטת האישור: ראשית, מדובר בפגיעה בליבה של האוטונומיה – בשלילת מידע חשוב הקשור ישירות למצבו הגופני של המטופל, ולא בפגיעה אוטורית בעניין צרכני שולי גרידא;²⁹ שנית, חוסר המידע גרם לבהלה ציבורית שהשפיעה באופן משמעותי על כלל מטופלי האלטרקסין והעצימה את הפגיעה הראשונית שנגרמה להם מעצם העלמת המידע על שינוי הפורמולה;³⁰ ושלישית, כלל המטופלים התובעים צרכו בפועל את

²⁶ קודם לכן בעלת הרישום והמשווקת הייתה חברת גלאקסו בע"מ.

²⁷ אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, ס' 125 ואילך.

²⁸ ברנר, כאוס האלטרקסין, לעיל ה"ש 21. ליטל דוברובצקי "28 אלף פניות הוגשו לוועדה לפיצוי נפגעי האלטרקסין" ידיעות אחרונות 1.4.2019 ("הצפי היה לכ-4000 בקשות לפיצוי"). <https://www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-5487895,00.html>

²⁹ אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, בפס' 128. השופט גרוסקופף מאבחן בין הגנה על אוטונומיה במקרה של טיפול רפואי, כמו במקרה הידוע שבעניין דעקה, לעיל ה"ש 6, ששם, לגישתו, ניתן לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם כשאין לפגיעה זו תופעות חיצוניות, לבין תביעה צרכנית נזיקית "רגילה", ששם, כפי שנפסק כבר בע"א 5712/01 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (2001) (להלן ע"א ברזני) ובדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003) (להלן: דנ"א ברזני) (ע"א ברזני ודנ"א ברזני ביחד – להלן: עניין ברזני), כמו גם בעניין תנובה, לעיל ה"ש 7, נדרש להוכיח שהניזוק היה מודע לפגיעה וחש בעטיה תחושות שליליות פוגעניות.

³⁰ אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, שם, בפס' 128.

התרופה שלגביה הוסתרו הנתונים,³¹ ולכן הדעת נותנת שהדבר אכן גרם להם בפועל לרגשות שליליים ולחששות אמיתיים לגבי מצב בריאותם.³² שלוש הקביעות הללו היוו, בהצטברן, בסיס להכרה של בית המשפט בקיומה של חזקה שלפיה אכן התקיים אצל המטופלים כולם נזק תוצאתי שלילי עקב הפגיעה באוטונומיה שלהם, והן עונות אחת לאחת על הדרישות שהפסיקה הישראלית קבעה, כפי שנראה בהמשך, כתנאי לאישור תובענה כייצוגית ולקבלת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צרכנית.

3. פסק הדין (אישור הסדר הפשרה)

(א) עיקרי ההסדר

על ההחלטה לאשר את התביעה כייצוגית הוגש ערעור לבית המשפט העליון. משם הועבר העניין לגישור בפני נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט ד"ר אשר גרוניס ובסופו סוכם על מתווה הפשרה המורכב ועל מנגנון הפיצוי שלפיו יוחלט כיצד יתחלקו כספי הפיצויים. נציג היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסכם הפשרה. בענינו, תוכן ההסכם לא עמד במבחן הסבירות המשפטי והמעשי.³³ בין השאר חלק היועץ על ההסכמה שהושגה בעניין אי-הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של המטופלים, שהיא מושא דיונו כאן.

חרף התנגדות היועץ המשפטי (בשני סבבי תיקונים) אושרה הפשרה, והיא קיבלה תוקף של פסק דין ביום 29.11.2018, למעלה משבע שנים לאחר האירועים שהולידו אותה. במסגרת הפשרה התחייבה פריגו לשלם סך של כ-46 מיליון שקל³⁴ כפיצויים בגין הפרת חובותיה על פי סעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן בכך ש"לא דאגה לעדכן את חברי הקבוצה (ישירות או באמצעות הרופא המטפל) בדבר הצורך בביצוע ניטור באמצעות בדיקת דם בתוך כשישה שבועות ממועד המעבר לשימוש בפורמולציה החדשה".³⁵ לעניין הזכאות לסעד, נקבע כי רק לאילו מבין חברי הקבוצה שסבלו בפועל נזק שהתבטא בכאב וסבל כתוצאה מיציאה מאיזון הורמונלי עקב שינוי הרכב התרופה יינתן פיצוי. גובה הפיצוי ייקבע לפי מדרג כמותי ואיכותי, כך שיינתן ביטוי הן לחומרת הפגיעה של כל אחד מהזכאים לסעד והן להיקפה של הפגיעה. חברי הקבוצה שלא חוו תופעות פיסייות שליליות כאמור, לא יהיו זכאים לפיצוי כלל בגין הפגיעה באוטונומיה – שלילת המידע – שנגרמה להם.³⁶

(ב) הנימוקים לשלילת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה

³¹ בעניין פריגור, לעיל ה"ש 7, שם הוגשה בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית בטענה כי הנתבעת שיווקה מוצרים מסוימים מתוצרתה כשעל אריזתם הוטבע הכיתוב "כשר לפסח בהשגחת הרבנות האזורית גליל תחתון", בעוד שהרבנות האזורית התריעה כי קיים לגבי המוצרים "חשש חמץ". עם זאת באותו מקרה, בשונה מהמצב בפרשת האלטרוקסין, התביעה הוגשה בטרם צרכו התובעים את החמץ כנטען.

³² אישור התובענה בעניין פריגור כייצוגית, לעיל ה"ש 2, בפס' 128–129; יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט 7 (2013). בכך התמלאו גם התנאים שקבעה הפסיקה בעניין זה, וראו עניין תנובה, לעיל ה"ש 7.

³³ עניין פריגור, לעיל ה"ש 1, בפס' 50. לעמדת היועץ המשפטי ראו: www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/attorney_general_of_israel_83/he/22182-10-11.pdf.

³⁴ בהתאם לדיווח בתקשורת, משהסתבר לאחר מכן כי מספר הפונים גדול במיוחד הוסיפה פריגו לקופת הפשרה סכום של 3.5 מיליון ש"ח. ראו: ברנר, הסוף לכאוס, לעיל ה"ש 21.

³⁵ עניין פריגור, לעיל ה"ש 1, בפס' 11.

³⁶ שם, בפס' 24. ההערכה הכללית הייתה שיהיו כ-4,000 זכאים לפיצוי. שם, בפס' 31.

ההחלטה שלפיה הזכאות לפיצוי תוגבל רק למטופלים שסבלו כאב וסבל עקב יציאה מאיזון מקבלת הסבר רחב ומדויק בפסק הדין, הן מפאת חשיבותה והן בגלל התנגדויותיו של היועץ המשפטי לממשלה – לפני ואחרי תיקון נוסח הפשרה לבקשתו.³⁷ נימוקיו של השופט גרוסקופף הם כדלקמן: ראשית, מדובר בהסדר פשרה. מעובדה זו נגזרים אילוצים שמכתיבים ויתורים והתגמשות גם בנקודות שאולי ההחלטה בהן הייתה יכולה להיות אחרת לו דובר על פסק דין שאינו מגודר מראש במסגרת פיננסית מצומצמת יחסית, ולו משקלם של השיקולים המעשיים היה מועט יותר. במילים אחרות, כמו בכל פשרה, ובניגוד להחלטה בפסק דין רגיל, כאן נקודת המוצא (והסיום) היא הסכום שעליו הוסכם כפיצוי. בית המשפט מפלס לעצמו דרך מהסוף להתחלה – מהנתון שלפיו מדובר בסכום פיצוי של כ-46 מיליון שקל, אשר אותו יש לחלק בדרך הראויה והצודקת ביותר בין אלפי זכאים שמספרם אינו ידוע מראש. משכך, בהינתן העובדה שמדובר בסכום פיצוי מוסכם שאינו גבוה במיוחד (בהתחשב במספר הזכאים הצפוי שכאמור אינו ידוע בשלב מתן פסק הדין), צודק, ראוי וסביר יותר לחלקו קודם כל למי שנזקיהם הם אכן משמעותיים יותר הן מבחינת כמות והן מבחינת איכות.³⁸ שנית, במידה ולאחר פיצויים של הזכאים המועדפים – אלו שסבלו כאב וסבל – תעמוד הקרן שמתוכה משולמים סכומי הפיצוי ביתרה חיובית, ניתן יהיה לשקול את אופן השימוש בכסף שיוותר, בין השאר בדרך של מתן פיצוי למי שנגרם להם נזק של פגיעה באוטונומיה בלבד. כתוספת ערכית לנימוקים אלו מציין השופט כי סכום הפיצוי שעליו הוסכם משקף גם את הערך ה"ענשי" של הפיצוי שיש להשיתו על פריגו מחמת התנהלותה בפרשה.³⁹

כפי שעולה מהדברים בבירור, שני הנימוקים הללו הם נימוקים בעלי אופי של "אין ברירה" והם מתייחסים בעיקרו של דבר לנסיבות העובדתיות שעליהם נבנה מתווה הפשרה במקרה זה. משכך, לא ניתן לגזור מהם מסקנה משפטית כלשהי בדבר מעמדה של ההגנה על האוטונומיה הצרכנית בהליכי תובענה ייצוגית. לעומתם, שני הנימוקים הבאים מבקשים להציע הסבר משפטי למהפך בגישתו של בית המשפט בעניין הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של מטופלי האלטרסקין: כיצד הוכרה זכותם הלכאורית של כלל מטופלי התרופה לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה שלהם בשלב ההחלטה לאחר את התביעה כייצוגית, ומדוע – בניגוד לכך – בשלב אישור הסדר הפשרה נשללה זכאות זו מכלל המטופלים ללא כל אבחנה ביניהם.

הנימוק הראשון הוא ראייתי-נסיבתי במהותו. בשל העובדה שהצדדים פנו להליכים חלופיים, שבסופו של דבר הניבו את הסכם הפשרה, נשלל הצורך בשמיעת הראיות עד תומן. לפיכך הדיון בתביעה הייצוגית לא הגיע לידי מיצוי ראייתי: בשלב אישור התובענה כייצוגית הנסיבות שהוצגו בפני בית המשפט תמכו אמנם בקיומה של חזקה בדבר קיומו של נזק תוצאתי אצל כלל המטופלים, ולכן, לכאורה, התמלאה הדרישה שלפיה פגיעה באוטונומיה תזכה בפיצוי אם היא יצרה בפועל אצל הניזוק חוויות שליליות סובייקטיביות מסוג כעס, פחד, כאב ועלבון.⁴⁰ בשלב אישור הסדר הפשרה, לעומת זאת, מסביר בית המשפט "שאין במסקנה הלכאורית [...] שם כדי להצביע על כך שבסופו של דבר אכן הייתה מתקבלת הטענה של נזק מסוג של פגיעה באוטונומיה ביחס לכל חברי הקבוצה".⁴¹ דהיינו,

³⁷ שם, בפס' 51.

³⁸ שם, בפס' 56(2).

³⁹ שם, בפס' 56(5).

⁴⁰ אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, בפס' 128.

⁴¹ עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, בפס' 56(5).

לדידו של בית המשפט ההחלטה שקיבל בעניין זה בשלב אישור התובענה כייצוגית אינה מונעת ממנו לקבוע עמדה שונה במסגרת אישור הפשרה שפניו.

זהו, לפחות מילולית, הסבר "ניטרלי", המציין עובדתית שבהיעדר דיון, טיעון והוכחות – לא ניתן לדעת אם ובאיזו מידה אכן נגרם למטופלים נזק. בית המשפט מבהיר כי עבר זמנה ובטל קורבנה של החזקה שעמדה לטובת כלל המטופלים, שאכן נגרם להם נזק תוצאתי סובייקטיבי.

ייתכן שאכן נימוקו זה של בית המשפט משמעותו – כפשוטו. לנו נראה, עם זאת, כי ההתנערות מהחזקה שנקבעה בשלב אישור התובענה כייצוגית – בדבר קיומו של נזק לאוטונומיה של כלל המטופלים – היא הרבה יותר משמעותית מהצהרה גרידא על היעדר מחויבות לקביעה לכאורית שנקבעה בשלב מקדמי של הדיון. בעינינו, עמדתו של בית המשפט יכולה להתפרש ככזו הטומנת בחובה אמירה נוספת. היא ניתנת להבנה גם כהבעת ספק בשאלה אם ועד כמה היה עולה בידי המטופלים שלא חוו פיסית כאב וסבל עקב שינוי הפורמולה, להוכיח בדיון (לו התקיים) כי הם אכן חוו רגשות שליליים עקב הפגיעה באוטונומיה שלהם ולכן הם עומדים בדרישות שקבע בית המשפט העליון, בעיקר בעניין **תנובה**⁴² ובעניין **פרינר**⁴³. לפרשנות אפשרית זו של הנימוק הראשון של בית המשפט נתייחס בשלב הביקורת על פסק הדין.⁴⁴

הנימוק השני הוא ערכי והצהרתי. השופט גרוסקופף קובע כי בשנים שחלפו מאז אישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית, הועם זהרו של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה במשפט הישראלי בכלל ובדיני נזיקין בפרט. הפסיקה והכתיבה האקדמית התאחדו במהלך שלוש השנים שקדמו לאישור הסדר הפשרה סביב התפיסה שהחובות להזכות לאוטונומיה צרכנית קיבלה במשפט הישראלי היא לא רק חסרת תקדים אלא גם חסרת סבירות.⁴⁵ לכן, לפחות ככל שמדובר באוטונומיה צרכנית, ובתחושות שליליות שהוכחתן לא בוססה דיה,⁴⁶ המחויבות להגנה עליה פחותה בהרבה. על פי נימוק זה, כאמור, שלילת הפיצוי ממטופלי האלטרקסין שלא חוו כאב וסבל פיסי ממשי היא לא רק תולדה של תכתיב נסיבתי, אלא משקפת גם אמירה ערכית ונורמטיבית.

ב. הדרת כלל מטופלי האלטרקסין מפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה – צמצום ההגנה על האוטונומיה?

⁴² עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 7.

⁴³ עניין **פרינר**, לעיל ה"ש 7.

⁴⁴ אם ספקנות כזו אכן מובלעת בדברים, אזי נראה לנו כי ניתן וצריך לבקרה. הדעת נותנת שבהינתן הנסיבות המיוחדות של המקרה – אותן נסיבות שהצדיקו את החזקה שלאחר מכן התעלמו ממנה – לפחות חלק מהמטופלים היו עומדים בדרישת ההוכחה של התוצאות השליליות הסובייקטיביות של שלילת המידע החיוני הקשור לתרופה שאותה צרכו, והיו זכאים עקב כך לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם ראו להלן הדיון בתת-פרק ב.3.

⁴⁵ כדי לבסס מסקנה זו מפנה השופט גרוסקופף בפסק דינו לת"צ (מחוזי מרכז) 1685-07-12 **פלונית נ' ג'ונסון אנד ג'ונסון** (Johnson & Johnson) (פורסם בנבו, 11.8.2016) (להלן: עניין **ג'ונסון אנד ג'ונסון**); ת"צ (מחוזי ב"ש) 21624-12-13 **פרי נ' אסם תעשיות מזון בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.2016) (להלן: עניין **אסם**); ת"צ (מחוזי ת"א) 541-05-16 **לופו נ' בלדי בע"מ** (פורסם בנבו, 31.5.2018); ת"צ (מחוזי ת"א) 52703-05-16 **ענבר נ' טומין שיווק (2001) בע"מ** (פורסם בנבו, 24.1.2018); וכן עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 456.

⁴⁶ לבית המשפט הוגש סקר צרכנים שבא לבסס את הטעון בדבר ההשפעה השלילית שהייתה לאי-הידעה על אודות שינוי מרכיבי התרופה והצורך לנטר לאחר השינוי את רמת ה-TSH בדם באופן שוטף. ראו דוידוביץ, לעיל ה"ש 4, פרק 10, בעמ' 87-77.

קריאת הפרק העוסק בהצדקה של שלילת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של מטופלי האלטרורקסין בעניין פריגו⁴⁷ מנביעה שלוש מסקנות: הראשונה, כי הקביעה ש"מגמת הפסיקה צמצמה את האפשרות לתבוע נזק מסוג זה"⁴⁸ הייתה מיותרת בנסיבות המקרה; השנייה, כי ההלכה המשפטית הנוהגת באותו מועד לא היוותה בסיס מספק למסקנה חד-משמעית ובלתי-מסויגת זו באותן נסיבות, לפחות בהיעדר נימוק מפורט; ושלישית, שהדרת כלל נפגעי האוטונומיה מהזכות לפיצוי בגין כך שלא התקיים דיון ולכן לא הוכח אם הם (או חלק מהם) היו עומדים בדרישה הראייתית לקיומו של נזק תוצאתי סובייקטיבי אילו התקיים הדיון עד סופו, אינה משכנעת ואינה מספקת לאור הקביעה הלכאורית ההפוכה שבהחלטה לאשר את התובענה כייצוגית שלוש שנים קודם לכן.⁴⁹ נדון בכל אחת מהסוגיות הללו בנפרד.

1. קביעה מיותרת

ההחלטה הערכית המצמצמת את האחריות לנזקי אוטונומיה – אשר באה לידי ביטוי הן בקביעה כי הועם זוהרה של ההגנה על האוטונומיה והן בעצם הדרת נפגעי ה"רק אוטונומיה" מהפיצוי – הייתה מיותרת. סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי הסדר פשרה בתובענה ייצוגית יאושר רק אם הוא "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה". לפיכך, בעניין פריגו נבחן ההסדר שעליו סוכם בין הצדדים בעיקרו של דבר על פי קריטריונים אלו, לצד הערות היועץ המשפטי שהתנגד להסדר.⁵⁰ כיוון שלא היה ידוע כמה מטופלים מבין אלו שצרכו את התרופה סבלו מתופעות הלוואי שנגרמו עקב יציאתם מאיזון הורמונלי (ולא הסתלקו מהקבוצה), לא היה ברור בכמה יסתכמו הפיצויים לכל מטופל שיימצא זכאי לפיצוי.⁵¹ במגבלת הסכום הכללי שעליו הוסכם, אשר אמור גם לממן את שכר טרחת עורכי הדין ואת המנגנון שהוקם לצורך ביצוע הסדר הפשרה, הצורך "לחתוך" באופן דרסטי את מספר הזכאים הפוטנציאליים היה ברור. הואיל ומבחינת תמחור ההתנהגות העוללית הסכום נראה לבית המשפט סביר, והואיל והצדדים עצמם החליטו כי סכום הפיצוי יחולק רק בין מי שחוו תופעות לוואי פיסיות (וזאת במענה לדרישת הנתבעת שמסגרת הסיכון שלה תוגדר מראש), הוכרע למעשה דינם של נפגעי האוטונומיה לשבט עוד בטרם הובא העניין לשיקול דעת בית המשפט. החלטה זו התקבלה על ידי הצדדים ואושרה על ידי בית המשפט, על אף התנגדויות של היועץ המשפטי, כראויה וצודקת, כשהאבחנה היחידה בין התובעים הייתה בין מטופלים שחוו פיסית תופעות לוואי עקב יציאה מאיזון הורמונלי לבין מי שלא סבלו מתופעות לוואי. על רקע עובדתי זה לא נעשתה – ולא היה נדרש לעשות – כל אבחנה בין מטופלים שחוו עקב הפגיעה באוטונומיה רגשות שליליים לבין מטופלים שהיו אדישים לה. בנסיבות אלו ולאור הנימוקים לעיל, כל יתר השיקולים

⁴⁷ עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, בס' 56(5) מול שורות 21–29.

⁴⁸ שם, בס' 56(5) מול שורות 22–23.

⁴⁹ יודגש כי בפסקה זו נדונה השאלה אם הסדר הפשרה הוא ראוי והוגן ולכן אין מדובר במסקנות חד-משמעיות לכאן או לכאן. יש לשים לב גם לכך שהשופט גרוסקופף מדבר על "כלל חברי הקבוצה", כשברור שזכאותו של כל אחד מהמטופלים – אילו התקיים הדיון – הייתה נקבעת בהתאם לשאלה אם סבל או חווה נזק פיסית, ולחלופין אם הפגיעה באוטונומיה גרמה לו – מעצם הידיעה על קיומה ותוצאותיה – לתחושות שליליות שהן תולדת הפגיעה הזו. לכן, גם לטענתנו, כפי שתפורט להלן, ברור שלא כל כלל המטופלים היו מצליחים "להעפיל" לסוף הדיון המשפטי.

⁵⁰ היועץ התנגד להסדר פעמיים. הקביעה כי לא יינתן פיצוי לנפגעי האוטונומיה לא הייתה מקובלת עליו. ראו עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, בפס' 50 מול השורות 1–2.

⁵¹ ראו דוידוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 153; וכן עניין פריגו, שם, בס' 24.

שמונה השופט גרוסקופף לצורך הצדקת הסטייה של פסק הדין בעניין פריגו מההחלטה החיובית בשלב אישור התובענה כייצוגית – מיותרים.

2. שלילה גורפת אינה משקפת את ההלכה

הקביעה השלילית הערכית הגורפת, הנחזית כמשקפת את המגמה הנוהגת בפסיקה, ולפיה הועם זוהרה של האוטונומיה וההגנה עליה צומצמה – אינה מדויקת. למעלה מ-20 שנים חלפו מאז נפסקה בבית המשפט העליון הלכת **דעקה**,⁵² שבה נולדה ההכרה בראש נזק חדש במשפט הישראלי, הוא ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. דומה שאין חולק על כך שאיש לא צפה את המהירות שבה נקלטה הלכה זו במשפט הישראלי ואת השינוי העצום שחוללה בו. נראה שמהירות זו היא אחד הגורמים שהיו בעוכריה של האוטונומיה. הפסיקה הישראלית הרחיבה את האחריות לנזק של פגיעה באוטונומיה – הן בתביעות בגין רשלנות רפואית שהתבטאה בחוסר הסבר מספק למטופל תוך הפרת החובה לקבל הסכמה מדעת, הן בתביעות צרכנות ייצוגיות והן בנסיבות מגוונות נוספות⁵³ – בהתלהבות ובמחויבות ערכית בולטת. ההתנהלות הזו ותוצאותיה יצרו אי-נוחות גוברת והולכת אצל בתי המשפט, אצל גורמים מוסדיים (בתי חולים וקופות חולים) ואצל חברות הביטוח, שהתקשו להתאים את עולם המושגים הקלאסי של הפיצויים בדיני נזיקין ל"תוספת" החדשה של פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. הזכאות לפיצוי זה, כך נפסק, אינה תלויה בהוכחת סיבתיות החלטה, והיא ניתנה פעמים רבות כפיצוי "ניחומים" למי שלא עמדו בנטל להוכיח קשר סיבתי בין הנזק שסבלו לבין המעשה העוולתי. על רקע זה, תגובת הנגד, שהתבטאה בסדרה רצופה של פסקי דין שהובילו להקשחת הקריטריונים לאחריות לנזקי הפגיעה האוטונומיה וליצירת מקבץ תנאים שרק בהתקיימם יינתן פיצוי בגינם, הייתה צריכה להיות צפויה. המאמר של השופט עמית,⁵⁴ שקריאת שמו כשלעצמה ("סוס הפרא של האוטונומיה") מלמדת על המגמה שאותה הוא משקף, נתן ביטוי מקיף ומעמיק לדילמה שההגנה על האוטונומיה מציבה בפנינו. מאז פרסומו, ואף שנתיים קודם לכן,⁵⁵ ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא בלי ספק הכוכב של דיני הנזיקין, ולא רק בתחום הרפואה והצרכנות.⁵⁶

כיצד התפתחה, אפוא, ההגנה הנזיקית על האוטונומיה, ומהם התנאים שבהם מותנה הפיצוי הנזיקי בגין הפגיעה בה?

⁵² עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 6. על אף מספר ניסיונות שנעשו בפסיקה לפתח את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לכלל עוולה עצמאית, ההלכה כיום היא שמדובר בראש נזק ולא בעוולה. עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 470–474.

⁵³ בתחום הרפואי, ראו, למשל, ע"א 4960/04 **סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"ד ס(3) 590 (2005); וכן ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים** (פורסם בנבו, 5.3.2012). בנסיבות מסחריות העוסקות בהתנהלות גוף מנהלי ראו, למשל, ע"א 1081/00 **אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מ"י**, נט(5) 193 (2005) (להלן: עניין **אבנעל**). כך גם בעניין רשלנות מקצועית של עורך דין שגרם נזק לאוטונומיה של לקוחתו בע"א 153/04 **רובינוביץ נ' רוזנבוים** (פורסם בנבו, 6.2.2006). כן השווה לפסק דינו של השופט ריבלין בעניין ע"א 4576/08 **בן-צבי נ' היס** (פורסם בנבו, 7.7.2011). ההתפתחות בתחום התובענות הייצוגיות קיבלה תאוצה בעיקר בעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 7; ועניין **פרינר**, לעיל ה"ש 7. כן ראו, למשל, תמ"ש (י-ם) 19270/03 **כ.ש. נ' כ.פ.** (פורסם בנבו, 21.12.2004) (סרבנות גט). לדיון כללי בהתפתחות ובתנועת ההתנגדות לה, ראו אסף יעקב **"ידא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה"** **משפטים** מב 5 (תשע"ב); צחי קרן-פז **"פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות"** **המשפט** י"א 187 (2007); נילי קרקו-איל **"אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה: בעקבות ע"א 2781/ 93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה"** **המשפט** י"א 267 (2007); וכן שיר ויסנברג **"פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין"** **משפטים** מה 833 (2016). ראו גם עניין **טחינה הנסיך**, לעיל ה"ש 8, בס' 2, והמקורות הרבים שאליהם מפנה השופטת אגמון-גון בהקשר זה.

⁵⁴ עמית, לעיל ה"ש 14.

⁵⁵ שם, הערתו של השופט עמית בכוכבית בעמודו הראשון של המאמר.

⁵⁶ ראו, למשל, עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 53; ועניין **רובינוביץ**, לעיל ה"ש 53.

(א) התפתחות ההגנה הנזיקית על האוטונומיה

ראשיתה של הדרך הפסיקתית בנושא זה מעוגנת בדיני הרשלנות הרפואית שבהם התגבשו כללי היסוד להגנה על ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. כללים אלו מצויים גם כיום בתהליך עיון ודיון בעיקר בבית המשפט העליון. ההגנה על האוטונומיה הצרכנית הגיעה בשלב מאוחר יותר והצריכה התאמה מחודשת לרציונל העומד בבסיס ההליך של תביעות צרכניות בכלל ושל תביעות צרכניות ייצוגיות בפרט. להלן סקירה קצרה של התהליך ככל שהוא נדרש להבנת ניתוח פסק הדין בעניין פריגו.

כידוע מקורו של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – שהפיצוי בגינו משקף את ההגנה על האוטונומיה – בפסק הדין בעניינה של גב' דעקה, שתבעה את בית חולים "כרמל" בחיפה בגין נזק שנגרם לכתפה במהלך טיפול רפואי בבית החולים. במקרה זה החליט השופט אור שפרט לנזק הפיסי שנגרם לכתפה של גב' דעקה, נזק שעליו היא אינה זכאית לקבל פיצוי, גרמה התנהלות הצוות הרפואי לנזק נוסף, הוא הנזק שבשלילת זכותה להחליט אם וכיצד יבוצע בה ההליך הרפואי (שגרם לה בסופו של דבר את הנזק לכתף). ראש נזק חדש זה⁵⁷ – הפגיעה בזכות הבחירה המודעת והמבוססת על הבנה מלאה של התשתית הנדרשת לצורך קבלת החלטה – אינו מצריך הוכחת קשר סיבתי בין היעדר ההסבר הרפואי הראוי לבין קיומה של הפעילות המזיקה, ואינו מחייב הוכחתה של הסתמכות כלשהי מצדם של מי שהאוטונומיה שלהם נפגעה על המצג/ההתנהגות העוולתית/של הנתבע.⁵⁸

במהלך השנים התפתח דיון זה והעמיק, וכיום ניתן כבר לסכם את עיקרי הנוסחה שהתגבשה בבית המשפט העליון – לפחות בינתיים – בכל הנוגע לאוטונומיה של מטופלים בסיטואציה רפואית כדלקמן: ראשית, הפגיעה שתזכה את התובע בפיצוי צריכה להיות פגיעה בליבת האוטונומיה. פגיעה באינטרס משמעותי מבחינת הזכות לכתוב סיפור חיים באופן מושכל ועצמאי על בסיס מידע שאדם סביר בנסיבותיו של התובע נזקק לו לצורך זה.⁵⁹ שנית, אין פוסקים פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כאשר לתובע נפסק פיצוי בגין כאב וסבל.⁶⁰ עיקרים אלו אומצו במהלך השנים, בהתאמה, גם לתחום תביעות ייצוג צרכניות.

ה"זליגה" של ראש הנזק הפופולרי של פגיעה באוטונומיה מהזירה הרפואית לתחום התביעות הייצוגיות הצרכניות (והתבססותה שם) הייתה תולדה כמעט מתבקשת מאליה משתי סיבות בולטות: ראשית, ההתפשטות של ראש הנזק הזה אל מחוץ לתחום המחיה המקורי שלו בתביעות על רשלנות רפואית; ושנית, תהליך מקביל של התרחבות ענף התובענות הייצוגיות בכלל והתובענות הייצוגיות הצרכניות בפרט.⁶¹ וכך, ככל שהשימוש במכשיר התביעה הייצוגית הלך והתקבע בקרב המשפטנים

⁵⁷ על אף מספר ניסיונות שנעשו בפסיקה לפתח את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לכלל עוולה עצמאית, ההלכה כיום היא שמדובר בראש נזק ולא בעוולה. עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 470–474.

⁵⁸ פרוקציה וקלמנט מאבחנים בין שני סוגי נזקים אפשריים הנובעים מפגיעה באוטונומיה ומבקרים את האופן שבו התפתחה ההלכה בהמשך, בעיקר לגבי מצבים שבהם הפגיעה באוטונומיה התבטאה רק בשלילת חופש הבחירה. פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 38–42.

⁵⁹ עניין קדוש, לעיל ה"ש 53.

⁶⁰ ראו פרשת תנובה 2, לעיל ה"ש 7; ע"א 3948/17 פלונית נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 26.6.2019) (להלן: עניין פלונית). עם זאת, בית המשפט העליון עדיין מקפיד לבדל תביעות הורים בגין הולדה בעוולה מהסייג האחרון, שלגביו אין עדיין קיימת מחלוקת. ראו עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 488.

⁶¹ סקירת הפסיקה הישראלית בעיקר בעשור האחרון ובחינה רנדומלית של פנקס התובענות הייצוגיות המתנהל על פי החוק מראות שחלק ניכר מהבקשות המוגשות כיום לאישור תובענות כייצוגיות מבוססות על עילות המנויות בחוק הגנת הצרכן, בעיקר על זו שבסעיף 2 האוסרת על הטעיית הצרכן, ועל זו שבסעיף 4, המטילה על העוסק חובת גילוי מורחבת ומיוחדת כלפיו. יכולת לבוא בחשבון גם תביעות בעוולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה וכן תביעות חוזיות. חלק לא מבוטל מהן מתייחס להטעיית בתחום הפרמקולוגיה, תוספי תזונה, מרכיבי מזון, הוראות שימוש בתרופות ובתוספי מזון

וקהל הצרכנים, התרבו והלכו גם תביעות ייצוגיות של צרכני בריאות וקוסמטיקה, ולצידן גם תביעות ייצוגיות של צרכני מזון המעלים טיעונים דומים לאלו של צרכני הפארמה. בכך משקפת המגמה המצטיירת במציאות הישראלית את התמונה המתקבלת מסקירת התפתחות התובענות הייצוגיות בחוץ-לארץ, ובעיקר בארצות-הברית.⁶² תהליך ה"שכפול" הזה מוכר. בגלל אופיו הגלובלי של המסחר בתוצרי בריאות וקוסמטיקה, התפתחה תופעת "גיוור" של תביעות שהוגשו בחוץ-לארץ נגד חברות המשווקות מוצרים זהים בארץ. הידועים בין המקרים הללו הן התביעות נגד ג'ונסון & ג'ונסון (הורדת תרופות פגומות מהמדפים; טענה לאזבסט בטלק);⁶³ נגד דקסל פארמה טכנולוגיות בע"מ (בטענה כי התרופה Valsartan מסרטנת)⁶⁴ ונגד קבוצת גלקסו-סמית-קליין (GSK) (בטענה כי תרופה נגד סכרת מגבירה סיכון להתקף לב).⁶⁵ החקיקה הנזיקית בכלל והחקיקה הצרכנית בפרט הפכו לכלי מובהק ליישום ואכיפה על ידי צרכני בריאות, כשבחלק לא מבוטל מהמקרים התביעות עוסקות בעוול (נטען) בעל השלכה ציבורית – לעיתים בינלאומית – בולטת, כמו בפרשת **האלטרוקסין** שבה עסקין, וכמו במקרה של החיסון נגד מחלת החצבת של חברת סייבואק (Sci-B-Vac) הישראלית, שבימים אלו הדיון המשפטי בו עושה את צעדיו הראשונים.⁶⁶

כצפוי, כמו בתחום הטיפול הרפואי, גם בתחום הצרכנות – לא רק הרפואית – התעורר ויכוח לגבי הלגיטימיות של השימוש בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כחלק מהתנאים שבהם על התובע הייצוגי לעמוד כמרכיב חשוב בעילה הנזיקית שאותה הוא מבקש לאשש.

(ב) תנאי הסף להגנה על האוטונומיה הצרכנית ויישומם

לצד נושאים מגוונים אחרים בתחום הכשרות, הצמחונות והטבעונות. בכל אלו, פערי המידע, הרגישות הצרכנית וחשיבותו נשאו ההטעיה לליבת זכות הבחירה האנושית בולטים במיוחד. עוד בעניין זה ראו אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935 (התשע"ו).

⁶² classifiedclassaction.com/pharmaceutical; classactionsurvey.com. עוד ראו פשרה בסכום של 3.4 מיליארד דולר בעניין שתלי סיליקון בחזה: journalofethics.ama-assn.org/article/silicone-breast-implant-litigation/2010-05; וכן פשרה בסך של כ-3.8 מיליארד דולר בעניין Fen-Phen Diet: www.nytimes.com/1999/10/08/business/fen-phen-maker-to-pay-billions-in-settlement-of-diet-injury-cases.html. לסיכום חלקי נוסף ראו: www.huffpost.com/entry/drug-class-action-lawsuit_b_10598018 ("While Glaxo Smith-Kline is currently on record with paying out the largest settlement (\$3 billion in 2012), other manufacturers are following right behind. Johnson & Johnson paid two settlements in 2013; one for \$2.5 billion and the other for \$2.2 billion. Pfizer is also on record with a payout of \$2.3 billion for a single settlement back in 2009").

⁶³ עניין **ג'ונסון אנד ג'ונסון**, לעיל ה"ש 45; ת"צ (מרכז) 45416-12-18 **פלונית נ' יאנסן פרמצבטיקה ייסרצ' פאונדטיין ויאנסן את וושינגטון קרוסינג** (בקשה לאישור כתובענה ייצוגית הוגשה ביום 21.12.2018).

⁶⁴ ראו, למשל, ת"צ (מרכז) 25084-07-18 **ארביטר נ' דקסל פארמה טכנולוגיות בע"מ** (בקשה לאישור כתובענה ייצוגית הוגשה ביום 10.7.2018).

⁶⁵ ת"צ (ת"א) 2223/07 **בכרך נ' Glaxo Smith Puerto Rinc Inc** (פורסם בנבו, 10.6.2013). גם התביעה בפרשת **האלטרוקסין** הוגשה מלכתחילה, בין היתר, נגד חברת Glaxo Smith Kline (Israel) Ltd, כיצרנית ומשווקת התרופה, אולם הבקשה לאישור התובענה הייצוגית נגדה נדחתה. עם זאת יודגש כי במקרים שבהם התובעים טוענים לקיומו של נזק פיסי גבוה ניתן להוכחה, ההעדפה היא לנהל נגד החברה תביעה ישירה, ולא ייצוגית, ולזכות בפיצוי – בדרך כלל בפשרה – בסכום גבוה יותר לכל תובע. ג'ונסון אנד ג'ונסון, למשל, שילמה פיצויים בסך מיליוני דולרים לחולות סרטן (ריאות ושחלות) כפשרה שלא במסגרת התובענה הייצוגית. ראו: www.nytimes.com/2019/03/14/business/johnson-johnson-powder-cancer.html. לאחרונה חויבה חברת Bayer AG מארצות-הברית בפיצוי (עונשי) גבוה בשל אחריותה למחלת הסרטן שממנה סובל התובע שהשתמש בקוטל העשבים שלה אשר הכיל חומר מזיק. חבר המושבעים פסק פיצוי בסך 75 מיליון דולר ובית המשפט הפחית את הסכום ל-20 מיליון דולר בלבד. ראו: geneticliteracyproject.org/2019/07/16/bayer-lawsuit-judge-cuts-punitive-damages-in-glyphosate-cancer-case-from-75-million-to-20-million/.

⁶⁶ www.drove.com/campaign/5bd9846b87bdf0001f23d57; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5348495,00.html.

הדיון בתביעה הייצוגית עוכב לאחרונה עד תום הדיון בתביעות פרטניות שהוגשו על ידי הורים לשני תינוקות שלגביהם נטען שניזוקו באופן חמור מהחיסון.

הקליטה של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כזרז לפיתוחו של ענף התביעות הצרכניות הייצוגיות נעשתה בשלבים. תוך כדי כך נקבעו גם תנאי הסף בהתקיימם תאושר תביעה כזו. הצעד הראשון נעשה בהחלטה פורצת הדרך בעניין **ברזני**,⁶⁷ שבו נדחתה הבקשה לאישור תביעה ייצוגית נגד בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, הואיל והתובע הייצוגי לא עמד בחובת הוכחת מלוא מרכיבי האחריות הנזיקית, לרבות קיומו של נזק וקשר סיבתי.⁶⁸ פיתוח של **ברזני** ויישומו מופיע בע"א **שטנדל**,⁶⁹ שבו נפסק כי הליך של תובענה ייצוגית אינו "פוטר את התובעים הפוטנציאליים מהצורך להראות עבור כל אחד ואחד מהם בנפרד, כי התקיים קשר סיבתי בין הפרסום המטעה לדרך התנהגותו ולנזק שנגרם לו".⁷⁰ בהמשך, בואכה גולת הכותרת של ההתפתחות של השנים האחרונות – פרשת **תנובה** על שני גלגוליה,⁷¹ והמשכה בפרשת **פריניר**.⁷² זו האחרונה סגרה – לפחות נכון לשלב זה – את רצף הפסיקה שהגדירה ותחמה את תנאי הסף הנדרשים להגשת תובענה ייצוגית צרכנית המבוססת על טיעון של פגיעה באוטונומיה. מבט קצר על תנאי סף אלו יסייע להבנת ההחלטה בעניין **פריגו** וביקורתנו עליה.

בעניין **תנובה**, שבו נדונה שאלת קיומה של עילת תביעה צרכנית במקרה של שתית חלב עמיד שהוסף לו סיליקון ללא ידיעת הצרכנים, נקבע כי על מנת לזכות בפיצוי על הצרכנים להוכיח כי חוו תופעות לוואי של גועל, בחילה ועוגמת נפש כתוצאה מהעובדה שצרכו את החלב המעורב בסיליקון ללא ידיעתם. עצם הפגיעה באוטונומיה שלהם, שהתבטאה בשלילת הזכות לבחור אם לצרוך את החלב או להימנע מכך, כשהיא לעצמה, אינה מזכה בפיצוי.⁷³ האבחנה הזו בין הצרכנים, על פי תגובתם הסובייקטיבית לפגיעה שגרמה תנובה (במכוון), הוסברה בגלגול השני של פסק הדין בבית המשפט העליון (פרשת **תנובה 2**). כאן החליט בית המשפט העליון כי הנחת העבודה של בית המשפט

⁶⁷ פסק הדין בע"א **ברזני**, לעיל ה"ש 29, אושר בדנ"א **ברזני**, לעיל ה"ש 29. לדיון נרחב בגישות השונות שהוצגו במהלך הדיון ראו פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 32.

⁶⁸ דעת הרוב העדיפה את "הגישא הנזיקית" על פני "הגישא הצרכנית". על פי דעת המיעוט בדנ"א **ברזני**, שם (השופטים שטרסברג-כהן, מצא ודורנר), ניתן היה לוותר על דרישת ההסתמכות, אולם במקרה כזה הפיצוי האפשרי הוא פיצוי חוזי ולא פיצוי נזיקי. לביקורת על דעת הרוב ראו פרוקציה וקלמנט, שם, בעמ' 17 ואילך. המחברים מסתייגים גם מהביקורות האחרות נגד ההחלטה בעניין **ברזני**. פרוקציה וקלמנט, שם, הטקסט ליד הערות 25 ו-26. כן ראו, בהקשר של המגבלות שהוטלו במהלך השנים על התובענה הייצוגית, בעיקר בקשר לדרישת הקשר הסיבתי, פלינט ווינצקי, לעיל ה"ש 18, בפרק 1.

⁶⁹ ע"א 458/06 **שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ** (פורסם בנבו, 6.5.2009) (להלן: ע"א **שטנדל**). בדנ"א 5035/09 **שטנדל נ' חב' בזק בינלאומי בע"מ** (פורסם בנבו, 8.11.2009) בית המשפט העליון דחה את העתירה לדיון נוסף בקובעו כי ההכרעה בע"א **שטנדל** עולה בקנה אחד עם דנ"א **ברזני**, "כך שלמעשה לא נקבעה בפסק הדין נשוא העתירה הלכה חדשה בעניין זה". שם, בפס' 5. מנגד, ראו, בהקשר זה, רע"א 3418/16 **המועצה להסדר ההימורים בספורט נ' אבידן** (פורסם בנבו, 1.9.2016) ("אף שיייתכן קושי לא מבוטל במקרה דנן להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין התנהלותה של המועצה לנזקים שנגרמו לכאורה לחברי הקבוצה, ניתן לחשוב על מנגנונים שונים שבאמצעותם ניתן לעשות זאת ואחד מהם אף הוצע על ידי המשיבים. לפיכך אין בקושי האמור משום עילה לדחייתה של בקשת האישור". שם, בפס' 7 ו-20).

⁷⁰ ע"א **שטנדל**, שם. השופט גיורא ציין כי בדעת הרוב בדנ"א **ברזני**, לעיל ה"ש 29, אמנם הציע השופט חשין "מספר קווים מנחים לעיצוב דין ההסתמכות והקשר הסיבתי במסגרת התובענות הייצוגיות, שיש בהם כדי לרכז את הסטנדרט הרגיל של דיני הנזיקין [...] [אולם] הצעות אלה לא הוצרכו ללב הדיון ונתרו בגדר הערת אגב".

⁷¹ עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 7.

⁷² עניין **פריניר**, לעיל ה"ש 7. רק לאחרונה (17.6.2019) פורסמה בעיתונות הודעה על הגשת בקשה לאישור הסכם פשרה בתובענה. ראו והשוו ת"צ (מחוזי מרכז) 6953-05-18 **אמרגי נ' שופרסל בע"מ** (פורסם בנבו, 24.6.2019), הליך שבמסגרתו פורסמה בעיתונות ביום 1.7.2019 הודעה על הגשת בקשה לאישור הסכם פשרה לגבי מוצרים שהוצגו ככשרים באופן מטעה על ידי שופרסל.

⁷³ על החלוקה לקבוצות צרכנים שונות על פי סוג החוויה הצרכנית שחוו – אלו שלא ידעו על קיומו של הסיליקון וצרכו את החלב, אלו שלא צרכו את החלב, ואלו שגם אילו היו יודעים על קיומו של הסיליקון עדיין היו צורכים את החלב – ראו אצל פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 37–40. כן ראו (והשוו): Lawrence J. Ball, *Comment, Damages in Class*: (1969) 10 B.C. IND. & CoM. L. REV. 615. *Actions: Determination and Allocation*, המאמר מתמקד דווקא בתביעות ייצוגיות מסחריות ועוסק באופן חלוקת האחריות בין מספר נתבעים ובאופן חלוקת הנזקים בין התובעים מנקודת ראות אמריקנית.

המחוזי, שלפיה כל מי שצרך את החלב חווה בפועל תופעות לוואי שליליות אינה ריאליזציה, והעריך – על פי הראיות שהיו בפני בית המשפט המחוזי, ובעזרת ראיות סטטיסטיות לגבי העדפות צרכנים⁷⁴ – את מספרם של הנפגעים באופן שמרני הרבה יותר.⁷⁵ בית המשפט אמנם הכיר באפשרות שבמקרים מסוימים תקום חזקה בדבר קיומם של רגשות שליליים כאלו, אולם מקרים אלו הם בודדים בנסיבותיהם.⁷⁶

בעניין פריינר קבע השופט מלצר כי פרט לנזק הממוני שנגרם למי שרכש מוצר שנחזה להיות כשר לפסח בעוד שלאמיתו של דבר היה קיים לגביו חשש שנמצא בו חמץ, נגרם לצרכנים שצרכו את המוצר בפסח נזק בלתי-ממוני המזכה בפיצוי בגלל מצג השווא שהוצג להם ובגין פגיעה באוטונומיה שלהם. עם זאת, מי שלא צרכו את המוצר אינם זכאים לפיצוי בגין עצם אי-הידיעה בדבר המצב האמיתי מבחינת כשרות המוצר שרכשו. הפיצוי הוגבל, משום כך, רק לאותם צרכנים שצרכו את רסק העגבניות בפסח בניגוד לאמונתם הדתית. עוד נפסק שם כי הזכות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה תקום רק כאשר התקיים "דבר מה נוסף", וכאשר הפגיעה היא ב"גרעין הקשה" – בליבה – של האוטונומיה.⁷⁷ לא כל שלילה של חופש הבחירה מהווה התערבות בזכות "לכתוב את סיפור החיים" ולא כל מצג שווא כשלעצמו ייצר זכאות לפיצוי בגין אי-כיבוד הזכות לאוטונומיה.⁷⁸

רצף הפסיקה הזה של בית המשפט העליון, שבו נקבעו למעשה התנאים שבהם היה על נפגעי האלטרואיסט לעמוד כדי לבסס תביעה נגד פריגו, משקף ניסיון לאזן נכון בין שיקולים מורכבים ומנוגדים – כלכליים וחברתיים בעיקר – והתקדמות הדרגתית מושכלת. על אף הרטוריקה המזכירה מדי פעם את הצורך "למשוך את המושכה וקצת לקחת חזרה", בפועל נראה כי סיכום מכלול ההלכות שבעניין ברזני, בעניין תנובה ובעניין פריינר מייצר הלכה ברורה ולא מתלבטת, שלפיה הזכות לפיצוי על פגיעה באוטונומיה צרכנית מותנית בכך שהפגיעה באה לידי ביטוי בנזק סובייקטיבי בצורת רגשות שליליים שנגרמו לבעל הזכות. הוויכוח העקרוני באשר להיקף ההגנה על האוטונומיה כראש נזק בלתי-ממוני, לפחות בתביעות ייצוגיות צרכניות, מיצה את עצמו. אפילו לאחר פרסום מאמרו של השופט עמית, שמרבית הפסיקה מיהרה לאמץ את מסקנותיו, מסגרת ההתלבטויות שמפגינה הפסיקה בנושא והתכנים הנישתיים שבהם מפעילים בתי המשפט את שיקול דעתם בבקשות לאישור תובענות כייצוגיות, באישור פשרות (והסתלקות) ובמתן פסקי דין, מוגבלות כולן ותמיד לאותה שאלה: האם הסיפור העובדתי העומד לדיון עונה על התנאים המקדימים המכשירים פסיקת פיצוי על פגיעה

⁷⁴ Hagai Doron & Uriel Prinz, *Israel, in* THE CLASS ACTION LAW REVIEW 96 (Richard Swallow ed., 2017) thelawreviews.co.uk/digital_assets/796e14a0-ce56-49e0-8156-6efa712eeb25/TLR---Class-Actions-1---Book.pdf.

⁷⁵ סכום הפיצוי על פי ההערכה המתוקנת עמד על 35 מיליון ש"ח (במקום 55 מיליון ש"ח). על השימוש שנעשה באופן קביעת מספר הניזוקים בעניין תנובה בתביעה הייצוגית נגד תחנת הרדיו קול ברמה בשל אי-השמעת נשים ראו: ת"צ (מחוזי י-ם) 23955-08-12 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.2018) (השופטת גילה כנפי-שטייניץ, להלן: עניין קול ברמה). גם כאן הנוק לתובעות היה נזק בלתי-ממוני קשה להערכה ומשתנה לגבי כל אחת מהתובעות. ההחלטה אושרה בבית המשפט העליון תוך הדגשת ערכו התקדימי וחשיבות ההחלטה שהתקבלה בו, ראו ע"א 8025/18 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ (פורסם בנבו, 27.6.2019) (להלן: ע"א קול ברמה).

⁷⁶ ראו למשל את נימוקיו של השופט גרוסקופף בהחלטה לאישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, שבה הוא עושה שימוש בחזקה כזו בגלל נסיבותיו המיוחדות של המקרה.

⁷⁷ בסעיף 43 לפסק דינו בעניין פריינר, לעיל ה"ש 7, מסתמך השופט מלצר על מאמרם של פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 40–42. בקשה לדיון נוסף נדחתה על ידי השופטת נאור בדנ"א 5406-15 פריינר (הדס 1987) בע"מ נ' ברזילי (פורסם בנבו, 25.8.2015) (להלן: דנ"א פריינר).

⁷⁸ ראו גם ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 12.3.2014).

באוטונומיה, גם כשפגיעה זו אינה מלווה בתוצאות לוואי פיסיות של כאב וסבל שהם תולדת המעשה העולתי.⁷⁹ אין "גזירות" חדשות וגם לא "פריצות דרך".

כך, החלטה בעלת חשיבות ציבורית כמו זו שבעניין **שמול**,⁸⁰ שדנה בעריכת ניסויים רפואיים בבני אדם ללא הסכמתם (מתן קומדין במקום קלקסון, ניקור שלפוחית השתן, פיוס כבד), סירבה לאשר תובענה כייצוגית בין השאר⁸¹ על בסיס הקביעה כי לא נגרם לתובעים נזק סובייקטיבי, וכי עצם הפגיעה באוטונומיה שלהם, כשלעצמה, אינה מצדיקה הטלת אחריות משפטית. ההחלטה, שנראית על פניה כבלתי-ניתנת ליישוב עם הלכת **דעקה** הוותיקה, למעשה מהווה יישום של מבחני הסף שנקבעו בפסיקה שבאה אחריה.⁸² דחיית הבקשה על ידי השופטת שטמר, שקבעה במפורש כי הניסויים בתובעים אכן בוצעו ללא הסכמתם ובלא קבלת האישורים המתאימים, הייתה, למעשה, פועל יוצא ישיר של ההלכה שנקבעה בפרשת **תנובה 2**. התובעים, בשל מצבם הפיסי והנפשי, לא היו מסוגלים לפתח רגשות שליליים עקב הפגיעה באוטונומיה שלהם, שבאה לידי ביטוי בחשיפתם לבדיקות, טיפולים ותרופות ניסיוניות שלא בהסכמתם, ולכן לא הוכח – ולא יכול היה להיות מוכח – נזק תוצאתי כלשהו שנגרם להם.⁸³

בדומה לעניין **שמול**, גם עניין **גינדי**,⁸⁴ שעוסק בתופעות לוואי מסוג פגיעה בפריון ובכושר המיני העלולות להיגרם – כך נטען – כתוצאה מצריכת התרופה **פרופסיה** שניתנת לטיפול נגד התקרחות, התמקד בשאלה אם התמלאו התנאים שנקבעו בעניין **תנובה** ובעניין **פריניר**. בית המשפט שהתבקש לאשר פשרה, וכן היועץ המשפטי שהתנגד לה, מיקדו את שיקוליהם כמעט אך ורק באבחנה בין המטופלים השונים בתרופה וזכאותם, אם בכלל, לפיצוי בגין הפגיעה הנטענת באוטונומיה שלהם. כך גם בסדרת ההחלטות בתביעות ייצוגיות צרכניות נגד חברות למוצרי בשר שבהן נטען כי בעלי החיים טופלו, הובלו ונשחטו באופן לא חוקי או לא הומני, שגרם לפגיעה באוטונומיה של צרכני הבשר ולתגובות שליליות סובייקטיביות שהם חוו עקב כך;⁸⁵ וגם ברצף התביעות בנושא כשרות,

⁷⁹ במובנו של הנזק מהסוג השני, לפי הניתוח של פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 32. ראו גם פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 398.

⁸⁰ ת"צ (מחוזי מרכז) 10270-12-10 **שמול נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 23.12.2018).

⁸¹ התביעה נדחתה בעיקר בשל הקביעה כי לבית המשפט אין סמכות במקרה זה בגלל מעמדה של הנתבעת.

⁸² השופטת שטמר עצמה מציינת בעניין **שמול**, לעיל ה"ש 80, כי דעת הרוב בעניין **דעקה**, לעיל ה"ש 6, לא הייתה עומדת כיום במבחני הפסיקה החדשה בנושא: "תשלום הנזק באותו ענין נחזה להיות בעבור עצם הפגיעה באוטונומיה, ללא קשר לבצוע הפעולה ולנזק שנגרם בעקבותיה". שם, בפס' 72. ואולם, בהמשך הדברים: "מחלוקת הפוסקים הקיימת עדיין אינה בקשר לפיצוי בגין הנזק הסובייקטיבי כי אם בשאלה אם יש מקום לפסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לנזקים אחרים שאינם נזקי ממון (בע"א 1615/11 **מרפאת עין טל - מרכז לרפואת עיניים נ' רוזי פינקלשטיין (אלבלך)**) [פורסם בנבו] (6.8.2013). העירה השופטת ד' ברק-ארז כי אינה שותפה לעמדה המצמצמת של השופט עמית בעניין הנזק של פגיעה באוטונומיה, במובן שאין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כאשר ניתן פיצוי בגין נזק שנגרם מהתרשלות או אי מתן הסכמה מדעת. עמדתה זכתה להסכמת השופט י' מלצר. עם זאת, הדברים נאמרו באותו פסק דין באמרת אגב (ראו גם: ע"א 1415/13 **ל.ב. נ' היינץ רמדיה בע"מ** [פורסם בנבו] (22.7.2014). גם שם לא נאמרו הדברים לגופה של תביעה (ההדגשות במקור – ת.ג. וא.ש.). שם בפס' 75. כן ראו דבריה של השופטת ברון בעניין **פריניר**, לעיל ה"ש 7.

⁸³ השוו לטענה דומה בעניין **ג'ונסון נ. ג'ונסון**, לעיל ה"ש 45. השופטת שטמר אף מפנה למאמרה של קרק-אייל, לעיל ה"ש 53, לעניין הביקורת על העדפת הדרישה לקיומו של נזק סובייקטיבי על פני מתן פיצוי אובייקטיבי (עם זאת, גישה זו, כידוע, נדחתה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **תנובה 2**, לעיל ה"ש 7). ראו עוד Tsachi Keren-Paz, *Liability for Consequences, Duty of Care and the Limited Relevance of Specific Reliance: New Insights on Bhamra v Dubb*, 32 JOURNAL OF PROFESSIONAL NEGLIGENCE 48 (2016).

⁸⁴ ע"א 7854/17 **גינדי נ' מרק שארף ודוהאם (ישראל-1996) בע"מ** (פורסם בנבו, 31.7.18); ת"צ (מחוזי י-ם) **משה נ' מרק שארף ודוהאם (ישראל - 1996) בע"מ** (פורסם בנבו, 11.3.2018).

⁸⁵ ת"צ (מחוזי י-ם) 4606-11-16 **מונדי נ' נטו מלינדה סחר בע"מ** (פורסם בנבו, 17.2.2019) (בקשת האישור נדחתה לגופה, לא הוכח שמדובר ב"מידע מהותי"); ת"צ (מחוזי ת"א) 62112-09-17 **לדרגור נ' ח.ש בקרנה בשר הכפר בע"מ** (פורסם בנבו, 25.8.2019) (השופטת אגמון-גוין דוחה בקשה לסילוק על הסף של תביעה לפיצוי בגין נזק שנגרם כתוצאה, בין השאר, מהפרת חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד-1994, ס"ח 56); ת"צ 62868-10-13 **מונדי נ' תשלוכת נקניק**

שבעקבות הקביעה בעניין **פריינר** מסתיימות רובן בפשרה או בהסתלקות מהתביעה – בהתאם ליכולת התובעים להוכיח כי רכשו וצרכו את המוצר הפוגע תוך פגיעה באמונתם ובאורחות חייהם.⁸⁶ גם בעניין **סייביווק**,⁸⁷ שנדון לאחרונה בבית המשפט העליון בהקשר עובדתי נסיבתי מצומצם, ברור מניתוח הסוגיה שעמדה בפני בית המשפט ומניתוח ההחלטה של בית המשפט המחוזי לפניו, כי התביעה הייצוגית שהגישו הורי הילדים שקבלו את החיסון – שלגבי נטען לאחר מכן כי הוא מסוכן ופגום – מושתתת כולה על הוכחת הנזק התוצאתי הסובייקטיבי של התובעים בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם.⁸⁸

גם שתי הדוגמאות שהוזכרו לעיל מהפסיקה המחוזית של הזמן האחרון, בעניין **טחינה הנסיך** ובעניין **ניצת הדובדבן**, מדגימות היטב כיצד ניתן להכיר בחשיבות ההגנה על האוטונומיה הצרכנית מחד גיסא, ולהקפיד על מסגורה על מנת שלא תזלוג מעבר לגבולות הסבירות והמידתיות מאידך גיסא. שני פסקי דין אלו ניתנו לאחר פסק הדין בעניין **פרייגו**, בשניהם היה מדובר על פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה שאינה מתלווה לתופעות פיסיות שליליות (stand-alone autonomy), בשניהם נדחתה התביעה, ושניהם ממחישים את הרלבנטיות והמורכבות של הנושא.

במרכז ההחלטה בעניין **טחינה הנסיך**⁸⁹ – שכנגדה נטענה התנהלות רשלנית ולא מקצועית⁹⁰ – עמדה הקביעה כי לא התגבשה במקרה זה לתובעים עילת תביעה: איש מהם לא רכש מוצר מהמוצרים הפגומים, לאיש מהם לא נגרם נזק בריאותי, כספי או אחר פרט לפגיעה הנטענת באוטונומיה, לא הייתה הטעיה מכוונת במודע או במזיד או מניע שלילי כלשהו ולכן גם לא נגרם "נזק למבקש או למי מחברי הקבוצה הנטענת".⁹¹ ובאין נזק, כידוע, אין עילת תביעה.

נוסף על כך, ולמעלה מהנדרש, הוסיפה השופטת ד"ר מיכל גונן-אגמון כי במקרה זה, בניגוד לאירוע שנדון בעניין **תנובה** (ואף לזה שבפרשת **האלטרוקסין** – ת.ג. וא.ש), הזיהום במוצר של טחינת הנסיך נבע מתקלה בלתי-צפויה וחד-פעמית אשר תוקנה על ידי הנתבעות לאלתר. לכן, השתת פיצוי נזיקי עליהן לא תשרת את המטרה שלשמה קיים הליך התובענה הייצוגית. נהפוך הוא, אישור ההליך הייצוגי, כמו גם אישור הפשרה, רק יגדיל את ההוצאות השוטפות שבהן נושאות חברות מסחריות – הוצאות שבהן יישאו בסופו של דבר צרכני המוצר – וישמש להן תמריץ שלילי שירתיע אותן מלנהוג בשקיפות, לדאוג לבקרת איכות ולהתריע על מפגעי בריאות בזמן אמת.

גם בעניין **ניצת הדובדבן** נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בבקשה נטען כי ניצת הדובדבן בע"מ מייחסת למוצרי מזון ותוספי תזונה מתוצרתה סגולות רפואיות שלא כדין. נימוקי

נהריה כשר זוגלובק 1972 בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2019) (הבקשה הוגשה על בסיס כתבה בתוכנית הטלוויזיה "קלבוטק", הסדר הפשרה אושר).

⁸⁶ ת"צ (מחוזי י-ם) 16-01-19811 אלבוים נ' מרב מזון כל בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 17-11-19940 כוחן-גבור נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 29.9.2019) (אי-הוספת ויטמין D לחלב 1% של תנובה. הסכם הפשרה אושר). יש להדגיש את ההבדל בין קבוצת המקרים האלה לבין קבוצת המקרים, שגם בה נטענת הטעיה בכיתוב על מוצר מזון, אלא ששם הפגיעה הנטענת קשה יותר להוכחה ופחות "מרשימה" את בתי המשפט.

⁸⁷ רע"א 3336/19 פלוני נ' סייביווק בע"מ (פורסם בנבו, 10.9.2019).

⁸⁸ במקרה זה הוגשה בנפרד מהתביעה הייצוגית גם תביעה אישית בגין נזק פיסית חמור שהחיסון גרם והשאלה הייתה אם לעכב את הדיון בתביעה הייצוגית עד תום הדיון בתביעה הפרטנית. בית המשפט העליון אישר את החלטת העיכוב.

⁸⁹ על אף שההחלטה בעניין **טחינה הנסיך**, לעיל ה"ש 8, התקבלה ביום 26.2.2019, כשלושה חודשים לאחר אישור הסדר הפשרה, לעיל ה"ש 1 – עניין **פרייגו** כלל אינו מוזכר בה.

⁹⁰ www.health.gov.il/NewsAndEvents/SpokemanMessages/Pages/31082016_5.aspx. כן ראו עניין **טחינה הנסיך**, לעיל ה"ש 8, בפס' 4ב(4).

⁹¹ עניין **טחינה הנסיך**, שם, בפס' 3.1.2.

הדחיה התמקדו בכך שלא הוכח כי מי מהתובעים רכש את המוצרים עקב הפרסומים המטעים ולכן לא היה מלכתחילה פוטנציאל טיעון לקיום פגיעה באוטונומיה או אחרת.⁹²

סקירת מכלול ההחלטות שלעיל, שכולן עסקו בתביעות צרכניות ייצוגיות, מלמדת כי ההבדל בתוכן ההחלטות השונות שנסקרו בתת פרק זה, ובאופן שבו הן הוכרעו, מי לחסד ומי לשבט, נובע ממגוון הנסיבות האדיר שהפגיעה באוטונומיה עלולה להתרחש במסגרתן. הא ותו לא. מחלוקת ערכית אינה קיימת. הדיון מתמקד כיום בעיקרו של דבר באופן הפרשנות ובדרך היישום של המגבלות שנקבעו בפסיקה,⁹³ ולא בגוף השאלה אם מבחינה ערכית הזכות להגנה על האוטונומיה האישית מפני פגיעה שבאה לידי ביטוי חיצוני שלילי היא זכות מוכרת במשפט הישראלי. בהקשר זה, ועל רקע זה, ההחלטה בעניין פריגו היא בהחלט יוצאת דופן.

הדיון המפורט שלעיל מספק לנו תשתית פסיקתית מספקת כדי לבחון את השאלה הבאה: האם הנימוק שניתן בפסק הדין בעניין פריגו לשלילת הזכות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של מטופלי האלטרורקסין – נימוק שלפיו "מאז התקבלה החלטת האישור חלו תמורות ביחס הפסיקה לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בכלל ובהליך של תובענה ייצוגית בפרט, כאשר מגמת הפסיקה צמצמה את האפשרות לתבוע נזק מסוג זה"⁹⁴ – מדייק בניתוח תמורות אלו. התשובה היא: כן ולא. הפסיקה, בעיקר בעניין תנובה ובעניין פריגו, אכן הציבה תנאים לא קלים בדרכה של התביעה הייצוגית הצרכנית. עם זאת בהתקיימם של תנאים אלו, הפסיקה בהחלט נכונה להכיר בזכותם של מי שעמדו בהם לקבל פיצוי בגין נזקם.⁹⁵ ארבעת פסקי הדין המחוזיים שעליהם מסתמך השופט גרוסקופף בנקודה זו⁹⁶ – עניין ג'ונסון אנד ג'ונסון, עניין אסם, עניין לופו ועניין ענבר – אינם מוסיפים מגבלות נוספות על אלו שכבר נקבעו בעניין תנובה ובעניין פריגו. יתר על כן, בפסק הדין בעניין ג'ונסון אנד ג'ונסון, פסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי בלוד על ידי השופט גרוסקופף עצמו, אמנם נדחתה בסופו של דבר הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אולם הדחייה שם מבוססת על האבחנה בין הנסיבות שעליהן נסמך אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית – אישור שניתן על ידו חדשים מספר לפני כן – לבין המקרה שבעניין ג'ונסון אנד ג'ונסון, אשר לא ענה, לעמדתו, על תנאי הסף לאישור כזה. קריאה מדוקדקת של הנימוקים בעניין ג'ונסון אנד ג'ונסון מבהירה כי אישור ההליך הייצוגי בעניין פריגו ניתן דווקא כדוגמא למקרה שבו כן התמלאו התנאים המגבילים הראשוניים שקבעה הפסיקה, והנזק לאוטונומיה – שהשופט קובע חזקה לקיומו שם – אכן ממלא אחר דרישות המגמה המצמצמת כפי שהיא מוכתבת כיום בבית המשפט העליון (ומשתקפת במאמרו של השופט

⁹² עניין ניצת הדובדבן, לעיל ה"ש 8, בפס' 48–82. ראו והשוו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1105/04 אל רואי נ' Philip Morris USA, Inc. (פורסם בנבו, 27.11.2012).

⁹³ ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 8111-11-12 ארגס נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 8.5.2014) (דחיית בקשה בעניין הטעיה במוצרי שוקולד בשל העובדה שהתובעים לא צרכו את השוקולד, לא הסתמכו ומשכך גם לא נפגעו); השוו ת"צ (מחוזי ת"א) 16242-12-16 טל שער נ' מ.א. מוצרי בריאות וטבע בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2019) (אישור תובענה בגין הטעיה בשיווק סוכריות שהכילו רב-כהל ללא סימון מתאים).

⁹⁴ עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, בס' 56 (5) לפסק הדין.

⁹⁵ ראו לדוגמא החלטתה של השופטת אגמון-גונן, שדחתה את הפרשה בעניין טחינה הנסיך במילים חריפות, לקדם אישור הסדר פשרה שעמד, לדעתה, במגבלות הפסיקה בת"צ 16059-04-16 (מחוזי ת"א) כ. (קטינה) נ' נאופארם בע"מ (פורסם בנבו, 18.9.2019) (להלן: עניין נאופארם) (תביעה ייצוגית שבה נטען כי התובעת הייצוגית רכשה וצרכה כדורי אדוויל גיל מתוצרת הנתבעת שהכילו גלוטן בניגוד לחוק. הנזק הנתען היה נזק ממזני שברכישת הכדורים ונזק בלתי-ממוני של פגיעה באוטונומיה ועוגמת נפש). עוד ראו והשוו ת"צ (ת"א) 13345-12-15 ת"צ (מחוזי ת"א) סלומון נ' סאקר (פורסם בנבו, 16.6.2020) (להלן: עניין סאקר), שבו אושרה בקשה לאישור תובענה ייצוגית על ידי השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן בעילת הטעיה ואי-גילוי לפי חוק הגנת הצרכן, וההתייחסות שם לשאלת היעדר הצורך בהסתמכות כלל התובעים על הפרסום (נדרשת הסתמכות "תובע-על") ולסוגיית ההגנה על האוטונומיה שהושארה לשיקול דעתו של בית המשפט בדיון עצמו.

⁹⁶ ראו לעיל ה"ש 45 והטקסט שלידה.

עמית שהוזכר כבר רבות לעיל). גם שני פסקי הדין המאוחרים יותר, בעניין **טחינה הנסיך** ובעניין **ניצת הדובדבן**, אינם מתיימרים להציב תנאים או מגבלות נוספים, והם מתמקדים ביישום מוקפד ומדויק של תנאים אלו על הנסיבות הקונקרטיות. פסיקה זו מדגימה, כאמור, כיצד החשש מפני איבוד הרסן מתבטל כשבתי המשפט עושים את מלאכתם בקפידה.

לאור האמור לעיל, נראה לנו כי ביסוס ההחלטה לשלול פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של כלל מטופלי האלטרקסין, בין השאר, על ההלכה הנוהגת ועל קיומה של מגמת צמצום בפסיקת בית המשפט העליון, היא בלתי-מבוססת דיה מבחינת התשתית התקדימית שלה. קריאה מדוקדקת של פסק הדין בעניין **פריגו** מעלה כי בית המשפט שלל שם את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בעיקר, אם לא רק, בגלל העובדה שהסכום שהוקצב כפיצוי היה נמוך יחסית, וכי משום כך הצדדים החליטו לייחדו למי שנפגעו בגופם עקב ההטעיה לגבי רכיבי התרופה, ולא מפני ש"הועם זהרה של האוטונומיה". אילו היה די כסף בקופת הפשרה ניתן להניח בסבירות רבה כי מגמת הצמצום שעליה עומד השופט גרוסקופף לא הייתה נזכרת כלל, ולכל הפחות לא הייתה עומדת לרועץ בפני הקבוצה שהיה עולה בידה לעמוד במבחני **תנובה** ו**פריניר** בהצלחה.

3. הסיכוי של (חלק מ) צרכני האלטרקסין לעמוד בתנאי הלכות תנובה ופריניר

האם, אילו התקיים דיון לגופה של התביעה הייצוגית בפרשת **האלטרקסין**, היה לפחות **לחלק** מחברי הקבוצה של המטופלים שלא סבלו תופעות לוואי פיסיות שליליות של כאב וסבל כתוצאה מיציאה מאיזון הורמונאלי, סיכוי לעמוד בנטל הוכחת הפגיעה הסובייקטיבית באוטונומיה שלהם?

השופט גרוסקופף אינו נכנס כלל לסוגיה זו. הוא קובע רק כי לא בטוח ש"בסופו של דבר אכן הייתה מתקבלת הטענה של נזק מסוג של פגיעה באוטונומיה ביחס לכל חברי הקבוצה".⁹⁷ עמדה זו בעייתית בעינינו. לדעתנו לא היה מקום להתייחס לכל חברי הקבוצה כחטיבה אחת, ובמיוחד שלא להעריך כך את סיכוייהם לעמוד בהוכחת התנאים הנדרשים להכשרת פיצוי על פגיעה באוטונומיה. נסביר: בעוד שבאישור התובענה כייצוגית עשה השופט אבחנה מדויקת בין סוגי הנזקים שנגרמו לקבוצות השונות של התובעים, ואף קבע חזקה בדבר קיומן של תוצאות שליליות סובייקטיביות בגין שלילת המידע הרפואי שלהם (שאותה חיזק ועיגן בכמה וכמה נימוקים משכנעים),⁹⁸ הרי שבאישור הסדר הפשרה הוא הסתפק בהתייחסות הקצרה והכוללת הזו לכלל חברי הקבוצה – גם אם תוך אזכור אגבי של חלוקה אפשרית ביניהם – מה שמוביל, כמובן, להדרתם הגורפת מקופת הפיצויים. עמדתנו היא שההתנערות המלאה של בית המשפט מהחזקה הלכאורית לקיומו של נזק תוצאתי למטופלים – חזקה שבה הכיר בשלב אישור התובענה כייצוגית – ונימת הספקנות שנשמעת בה לגבי סיכויי התובעים להוכיח את קיומם של תנאי הסף הקבועים בפסיקה, נעדרת ביסוס מספק. זאת, הן בשל היותה חסרת הסבר והן בשל ההכללה שבה: כיצד הפכה החזקה לקיומו של נזק תוצאתי סובייקטיבי של כלל המטופלים – חזקה שלקיומה הקדיש בית המשפט הסבר מפורט בהחלטתו לאשר את התביעה כייצוגית – לקביעה שלפיה מדובר היה במסקנה לכאורית שאין בה כדי להצביע על כך

⁹⁷ עניין **פריגו**, לעיל ה"ש 1, בפס' 56(5).

⁹⁸ אישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית, לעיל ה"ש 2, בפס' 128.

שטענת קיומו של נזק אכן הייתה מתקבלת? בין אם ניסוח חמקמק זה מביע רק את האמירה שאין במה שנקבע בהליך הקודם כדי לחייב את בית המשפט בשלב הסופי של הדיון, ובין אם יש כאן הטלת ספק באשר לפוטנציאל ההוכחה של המטופלים להוכיח נזק תוצאתי – עם או בלי החזקה האמורה – נראה לנו כי הקביעה הזו אינה עומדת במבחן הנסיבות של המקרה.

כפי שראינו, הדרישות שמציבה הפסיקה באופן רציף ועקבי כתנאי לקבלת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הן ברורות ומוגדרות:

- 1) הפגיעה צריכה להיות ב"גרעין הקשה" של האוטונומיה. בזכות לכתוב סיפור חיים. בזכות לדעת, שעל בסיסה ניתן לקבל החלטות מצילות חיים.
- 2) צריכה להיות הוכחה כי הייתה קיימת אלטרנטיבה אמיתית (viable) מבחינת התובע לצריכת המוצר או השירות המטעה.⁹⁹
- 3) הפגיעה באוטונומיה צריכה לייצר אצל התובעים – ולו גם בדיעבד – רגשות שליליים של כעס, אי-נוחות, עלבון או פגיעה רגשית, שהן כולן תולדת המעשה הפוגע באוטונומיה.
- 4) המעשה העולתי אינו רגעי וחולף, אינו אזורי ואינו נעשה בחוסר דעת.¹⁰⁰
- 5) ההחלטה לאשר תובענה צרכנית כייצוגית ו/או לקבל תובענה ייצוגית צרכנית – שבה החובה לפצות על פגיעה באוטונומיה מייצגת אינטרס ציבורי-חברתי – צריכה להיות מוצדקת.
- 6) הטלת האחריות אסור שתפגע יתר על המידה באיטנות הפיננסית של הנתבע.
- 7) עלות מניעת הנזק מלכתחילה הייתה זניחה לעומת הנזק לאוטונומיה של מי שסבלו עקב הפגיעה בה רגשות שליליים.

כל אלו התקיימו, לדעתנו, בפרשת **האלטרוקסין**. נמנה אותם בקצירת האומר: מדובר בתרופה מצילת חיים;¹⁰¹ הנתבעת הייתה המשווקת והמפיצה הבלעדית שלה בארץ והיא נרשמה כדבר שבשגרה למאות אלפי מטופלים בישראל; המינון האישי של התרופה לכל אחד מהמטופלים נעשה בקפדנות על ידי רופא והוא טעון ניתור באופן תמידי; תופעות הלוואי של יציאה מאיזון נעות על סקאלה שבין מוות לבין כאבי ראש חולפים, בחילה, עייפות ודיכאון; הבעיה שנוצרה עקב שינוי במרכיבי התרופה הייתה ידועה ליצרן ולמשווקת לאחר שהגיעו דיווחים אינטנסיביים עליה מהרשויות בניו זילנד, דנמרק והולנד;¹⁰² הבהלה שפרצה בארץ כשהחלו להתפרסם עובדות בדבר תופעות לוואי שמהן סובלים "לפתע" מטופלי אלטרוקסין בלי שאיש יודע מה מקורן הייתה גדולה; היא הגדילה את החשש – גם של מי שלא פיתחו תופעות לוואי – מפני הרעה במצבם; וכל מה שצריך

⁹⁹ Jean Matthies v. Edward D. Mastromonaco, D.O 733 A.2d 456 N.J (1999).

¹⁰⁰ השוו עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 7, שם המעשה נעשה בכוונה, לעניין **טחינה הנסיך**, לעיל ה"ש 8.

¹⁰¹ בעניין **אל רואי**, לעיל ה"ש 92, מאבחן השופט אלטוביה בין עישון סיגריות לייט שנעשה מתוך בחירה, גם אם בעקבות הטעיה ("בית המשפט אינו יכול לשים עצמו פטרון רם ונישא הקובע כי ציבור שלם, על אף שהוא חשוף למידע רב באשר לנזקי העישון, המודע להרגלי העישון שלו, הבוחר על אף הסכנות הכרוכות בעישון להמשיך ולעשן, לקבוע כי ציבור זה הוא כסיל גמור המתעלם מכל המידע שמסביבו אך משום שעל הקופסה מתנוסס המינוח "לייט" ("), לבין המקרה שבעניין **תנובה**, שם אי-הגילוי בדבר החדרת הסיליקון לחלב "שלל לחלוטין מכל אחד מרוכשי החלב את האפשרות להחליט האם לרכוש ולשתות את החלב המהול אם לאו". עניין **אל רואי**, שם, בפס' 19–21. מבחינה זו יש היקש ברור בין ההלכה בעניין **תנובה** לבין פרשת **האלטרוקסין**.

¹⁰² ראו, למשל: Bhaseen & Brix, לעיל ה"ש 23. כן ראו הדו"ח השנתי של פריגו לשנת 2018: investor.perrigo.com/download/PRGO+BMK+Irish+Accts+-+Website.pdf.

היה לעשות כדי למנוע את הפגיעה הרחבה היה להודיע לקופות החולים, לרופאים ולמטופלים כי עליהם לעבור בדיקות דם כל שישה שבועות כדי לבדוק כיצד הפורמולה החדשה משפיעה עליהם.¹⁰³ דומה שקשה שלא לראות את ההבדל הגדול שבין פוטנציאל הנזקים התוצאתיים של הפגיעה באוטונומיה במקרה זה לבין הנזקים ששימשו בסיס לקביעת בית המשפט העליון בפרשת **תנובה 2**. והרי בשום מקום לא נפסק כי ההחלטה בפרשת **תנובה 2** אינה ישימה עוד. נהפוך הוא, השופט גרוסקופף עצמו מצטט אותה בהסכמה הן באישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית והן באישור הסדר הפשרה. יתר על כן, באישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית נקבע, כאמור, שהמסקנה הלכאורית כי הפגיעה באוטונומיה של המטופלים לוותה ברגשות שליליים מצדם "מתבקשת מאליה. למצער, די בה כדי להטיל נטל כבד על המשיבות לסתור חזקה זו. בנטל זה לא עמדו עד כה".¹⁰⁴ כלומר, נסיבות התביעה שהגישו צרכני תרופת האלטרסקין (בהבדל, כפי שכתבנו לעיל, מנסיבות עניין **ג'ונסון אנד ג'ונסון** אשר נדון בפני השופט גרוסקופף לאחר שאישר את התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית) מייצרות לגישתו (המוצדקת לדעתנו) של בית המשפט את אחד המקרים הבודדים המקימים מלכתחילה חזקה עובדתית לטובתם של התובעים. קיומה של חזקה כזו היה צריך, לדעתנו, להנביע מסקנה שלפיה כלל הנפגעים אכן סבלו (וגם "הוכיחו") נזק תוצאתי סובייקטיבי שלילי המזכה – על פי ההלכה הפסוקה – בפיצוי מתאים, גם אם נמוך. כך, משהוחלט על פשרה ש"הקפיאה" את מצב הראיות שהוצגו בדיון, ובהנחה שהחזקה האמורה עדיין לא נסתרה (לפחות אין על כך רמז בפסק הדין), מצב הדברים הראיתי היה הפוך: לא אי-בהירות אם "בסופו של דבר אכן הייתה מתקבלת הטענה של נזק מסוג של פגיעה באוטונומיה ביחס לכל חברי הקבוצה",¹⁰⁵ אלא אי-בהירות לגבי השאלה אם היה עולה בידה של פריגו לסתור את החזקה שלפיה כלל המטופלים סבלו פגיעה באוטונומיה ברמה המוכרת על פי הפסיקה הרלבנטית. ההתייחסות הקצרה והפשוטה לסוגיה הראייתית הזו באישור הסדר הפשרה – שלפיה "הדיון בהחלטת האישור הוא דיון לכאורי בלבד" – אינה משכנעת דיה לטעמנו.

אכן, כפי שכתב לעיל, גם אלמלא נומקה ההחלטה שלא לפצות את נפגעי האוטונומיה בעניין **פריגו** כפי שנומקה, וגם אילו נותרה החזקה לטובת המטופלים על כנה, וגם אם היה נקבע שכל הנסיבות והתנאים שפורטו לעיל התומכים בזכות נפגעי האלטרסקין לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם אכן מתקיימים – כל אלו לא היו מסייעים בידם לקבל פיצוי על נזקיהם. התוצאה הסופית במקרה זה הוכרעה מלכתחילה נגדם בנקודת הזמן שבה סוכם בין הצדדים על גודל הסכום שאותו פריגו הייתה מוכנה לשלם ושאותו התובעים היו מוכנים לקבל תמורת סיום הדיונים המורכבים והארוכים במסגרת הסדר הפשרה שלפנינו.¹⁰⁶

4. סיכום הביקורת על עניין פריגו

לזו הביקורת שהועלתה לעיל על נימוקי פסק הדין בעניין **פריגו**, הוא בטיעון שלפיו הן הקביעות הערכיות שבו בעניין הזכות לאוטונומיה והן התמונה הנורמטיבית הפסיקתית שהוא מצייר

¹⁰³ עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהתנגד להסדר מחדדת ומדגישה נקודה זו. על הלקח בדבר הצעדים שצריך היה לנקוט ראו גם ה"ש 20 לעיל, המפרטת את הצעדים שנקטו בשבועות האחרונים בישראל, בהנחיית משרד הבריאות, על מנת ליידע את צרכני האלטרסקין בשינוי צפוי ברכיב בלתי-פעיל של התרופה.

¹⁰⁴ אישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית, לעיל ה"ש 2, בפס' 128.

¹⁰⁵ עניין **פריגו**, לעיל ה"ש 1, בפס' 56(5).

¹⁰⁶ שם, בפס' 56(1) ו-3).

אינן תורמות לתהליך גיבוש והבהרתה של הזכויות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צרכנית במשפט הישראלי, לפחות בכל הקשור למימושה באמצעות הליך ייצוגי.¹⁰⁷ ההבדל בין הדיוק המשפטי והניתוח המוקדם של הסיטואציה ושל ההלכה הנוהגת, שבהם מתאפיינת ההחלטה לאישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית בשנת 2015, לבין נימוקי אישור הסדר הפרשה בשנת 2018 אשר הדיר את המטופלים שלא חוו תופעות פיסיות של כאב וסבל מהזכות לקבל פיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלהם (לפחות אלו שכן סבלו מתוצאות שליליות מוכרות בשל הפגיעה באוטונומיה שלהם), גודלו כגודל הארנק שהנתבעת הציבה לפתחם של התובעים הייצוגיים במסגרת הפרשה המוסכמת בתיק.

כל מי שעקב אחרי הפרשה היה ער לחילוקי הדעות הקשים בין התובעים שליוו את מהלך הגישור והליכי הפרשה. אין לנו ספק שהיו נימוקים כבדי משקל שהכריעו בסופו של דבר לכיוון קבלת הפרשה, שלהשגתה נדרשו דיונים משפטיים רבים וסייעו לה גורמים משפטיים בכירים. ברור גם שמדובר בתיק שהבעיות שהתעוררו במסגרתו היו מורכבות במיוחד, ולו רק מפאת מספרם הגדול של מטופלי האלטרקסין. לכן, עצם העובדה שהתיק הסתיים כפי שהסתיים (!) ומנגנון הפיצוי המורכב וחסר התקדים היה מוכן לצאת לדרך ערב אישור הסדר הפרשה, הם שהכתיבו את נוסחו של פסק הדין בעניין **פריגו**, או לפחות את החלק המוקשה שבו. עם זאת, לגישתנו ברור גם שמבחינת דיני האוטונומיה והתובענות הייצוגיות ערכה של ההחלטה לאשר את התובענה הייצוגית רב בהרבה מערכו של פסק הדין המאשר את הסדר הפרשה.

גם העובדה שברור לכל מי שקורא את פסק הדין כי הסיבה העיקרית שבגינה בית המשפט ראה לנכון להתייחס לנימוקים נורמטיביים – מיותרים, לדעתנו – במקום להסתפק בקביעה כי סכום הפיצוי המוסכם הנמוך מהווה אילוץ המחייב שלילת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מכלל התובעים, נבעה מההתנגדות החריפה (פעמיים!) של היועץ המשפטי לפרשה בכל אחד משלבי ניסוחיה, אינה מקהה את חודה של ביקורתנו על פסק הדין. אין לנו ספק כי הכרעתו של בית המשפט לאשר את הפרשה לא הייתה מנומקת ערכית ונורמטיבית כפי שנומקה אלמלא התנגדותו הנשנית הזו של היועץ המשפטי.¹⁰⁸ לגישתנו, עדיף היה לו נאמרו הדברים כהווייתם. הניסיון להציג את ההחלטה כמבוססת על קביעה משפטית חדשה או כפרשנות מעודכנת של ההלכה הפסיקתית ובכך להניח את דעתו של היועץ המשפטי לדעתנו לא עלה יפה.

ג. תובענות ייצוגיות צרכניות – על פרשת דרכים?

כפי שהדגישו הן חסידיה והן מבקריה של ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק המזכה בפיצוי, בין השאר בתביעות צרכניות ייצוגיות, מדובר בנושא ייחודי למשפט הישראלי, לפחות מבחינת היקף ועומק הדיון התיאורטי והיישומי שלו.¹⁰⁹ אין פלא, לכן, שפרקליטים המתמחים בהגנה על

¹⁰⁷ גם פסק דינה של השופטת אגמון-גונן בעניין **טחינה הנסיך**, לעיל ה"ש 8, אינו קובע קני מידה מחמירים יותר מאלו שהיו מקובלים עד אז, וכך גם פסק דינו של השופט רניאל בעניין **ניצת הדובדבן**, לעיל ה"ש 8, שבו הוא מאבחן נקודתית אחת לאחת את הדרישות המחמירות שבעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 7, אשר אינן מתקיימות בעניין שלפניו. כאמור, השופטת אגמון-גונן אישרה הסדר פרשה – לאחר ההחלטה בעניין **טחינה הנסיך** – שכללה פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. ראו עניין **נאופארם**, לעיל ה"ש 95.

¹⁰⁸ עניין **פריגו**, לעיל ה"ש 1, בפס' 56(5).

¹⁰⁹ עמית, לעיל ה"ש 14, במבוא. כן ראו קרן-פז, לעיל ה"ש 53; קרקו-אייל, לעיל ה"ש 53. ואולם ראו: Tsachi Keren-Paz, *Compensating injury to autonomy, a conceptual and normative analysis*, in PRIVATE LAW IN THE

נתבעים בתובענות מן הסוג הזה (בחלק גדול מהמקרים מדובר בחברות בינלאומיות המייצרות תרופות, מזון ומוצרי צריכה אחרים) חוזרים ומזהירים מפני הפגיעה העלולה לנבוע מיישומה של ההלכה ועל הצורך במדיניות ניהול סיכונים חכמה ומעודכנת על מנת לקדם את פני הרעה.¹¹⁰

לקולות המתנגדים למתן פיצוי נרחב בגין פגיעה באוטונומיה והקשחת עמדת בתי המשפט בנושא, לצד העלאת האגרות הנגבות עבור הגשת תובענות ייצוגיות,¹¹¹ הייתה כנראה גם השפעה מעשית. על פי נתונים שפורסמו לאחרונה, מספר התובענות הייצוגיות פחת בשנת 2018.¹¹² עוד פורסם כי מרבית הבקשות לאישור תובענה ייצוגית מסתיימות בפשרה או בהסתלקות מהתביעה, וכי לצד ריבוי בקשות לאישור תובענה ייצוגית בעניינים אזוטריים שהיתכנות הזכייה בהם נמוכה, מתנהלות גם תובענות בעלות השלכות כספיות וחברתיות לא מבוטלות.¹¹³ גל התביעות נגד חברות פארמה בנוגע לתופעות לוואי מסוכנות, היעדר פירוט מסודר של סכנות נלוות ונזקים פוטנציאליים נוספים, כמו בעניין התרופה הידועה וויקס,¹¹⁴ התרופה אבנדיה¹¹⁵ ומפרקי הירך מתוצרת גיונסון אנד גיונסון,¹¹⁶

TWENTY-FIRST CENTURY 411 (Kit Barker, Karen Fairweather & Ross Grantham eds., 2017) (ניתוח החלטות של בתי המשפט באנגליה תוך השוואה לפסיקה הישראלית). כן ראו: Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Autonomy, Public Law Research Paper No. 19-25 U. OF PENN. LAW SCHOOL available at ssrn.com/abstract=3382579* (סקירה של המשפט האמריקני בעניין זה). לסקירה עדכנית של התפתחות הפסיקה האמריקנית בנושא תובענות ייצוגיות ראו: Arthur R. Miller, *The American Class Action; From Birth to Maturity*, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. 1 (2018); Arthur R. Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining In re* *Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, 92 HARV. L. REV. 664 (1979). למשל: Holocaust Victim Assets Litigation (Swiss Banks), Case No. CV 96-4849 (ERK)(MDG) (E.D.N.Y. Nov. 29, 2012); www.swissbankclaims.com; www.adlawaccess.com/2019/02/articles/pushing-the-limits-preliminary-settlement-entered-in-case-against-banana-republic-and-the-gap-after-california-court-of-appeals-failed-to-find-limits-on-injury/ (פסיקה נגד Banana Republic ו-Gap). ראו גם את התביעה נגד רשת Subway בעניין אורך הלחמניות: *In re Subway Footlong Sandwich Mktg. & Sales Practices Litig.*, 869 F.3d 551 (7th Cir. 2017). אולם ראו יעקב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 82 (הטקסט ליד הערה 268). תביעות ייצוגיות צרכניות היוו ב-2018 24% מהתביעות הצרכניות בארצות הברית, במקום השני אחרי תביעות ייצוגיות בענייני עבודה (28%).¹¹⁰ ראו, למשל: Ron Peleg & Noam Gilon, *'Breach of Autonomy' – A Unique Israeli Damages Theory*, DRUG AND MEDICAL DEVICE, FOR THE DEFENCE 46 (September 2018) meitar.com/files/pdf/ftd-1809-peleg-Paula Jacobi, Pharmaceutical Tort Liability: A Justifiable Nemesis To Drug Innovation; gilon.pdf; השו: *And Access?*, 38 J. MARSHALL L. REV. 987 (2005); Kristina M. Lybecker & Lachlan Watkins, *Liability risk in the pharmaceutical industry: Tort law in the US and UK*, 52 THE SOCIAL SCIENCE JOURNAL 433 (2015).

¹¹¹ תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), התשע"ח–2018, ק"ת 1748.

¹¹² knowit.org.il/Uploads/Documents/sikum2018.pdf (להלן: סיכום שנת 2018). במהלך משבר הקורונה, לעומת זאת, זינק מספר הבקשות באופן בולט: מתן ברנר "כך זינק פי חמש מספר התביעות הייצוגיות שהוגשו בתקופת הקורונה" **גלובס** 20.5.2020 (מתוכן, חלק הארי היו תובענות צרכניות).

¹¹³ https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001329197&after_registration.

¹¹⁴ סיכום שנת 2018, לעיל ה"ש 112. ראו, לדוגמה, התובענה שהוגשה נגד חברת קוקה קולה בגין גביית מחיר מופרז מהצרכנים: ת"צ (מחוזי מרכז) 6179-08-16 **גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (פורסם בנבו, 16.1.2019). לממצאים נוספים ראו אלה לוי-וינריב "מיליוני שקלים ב'אקזיטים' משפטיים: מי הם עורכי הדין שהרוויחו השנה מיליונים בתביעות ייצוגיות" **גלובס** 4.2.2019. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001271644.

¹¹⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 2349/04 **אוחנה נ' מרק שרף ודוהם בע"מ** (פורסם בנבו, 23.7.2014).

¹¹⁶ עניין **בכרך**, לעיל ה"ש 65.

¹¹⁷ ת"צ (מחוזי ת"א) 11207-03-11 **גילמן נ' Johnson & Johnson** (פורסם בנבו, 1.1.2014).

כמו גם בפרשת **האלטרוקסין**, מושא דיונונו כאן, הסתיים רובו ככולו בפשרות,¹¹⁷ שסכומן – יחסית לזהות החברות הנתבעות – היה זעום. כך גם בארצות-הברית.¹¹⁸

נתונים שהתפרסמו בפנקס התובענות הייצוגיות לגבי כ-130 בקשות לאישור תובענה ייצוגית שהדיון בהן הגיע לסיומו בבתי המשפט המחוזיים ברחבי הארץ במהלך 2019, ככל שהן נוגעות למערכות יחסים שהן צרכניות במהותן, מעלים כמה מסקנות:¹¹⁹ ראשית, מגוון עילות התביעה שבגינן מוגשות התביעות גדל והולך. בנסיבות "צרכניות", שבעבר התבססו כמעט רק על חוק הגנת הצרכן, מתבססות הבקשות כיום גם ובעיקר על העילה של הפרת חובה חקוקה, על דיני החוזים הכלליים – ובפרט הפרת חובת תום הלב – על עשיית עושר ולא במשפט, על פגיעה באיכות הסביבה ועל פגיעה בשוויון.¹²⁰ עם זאת, העילות ה"צרכניות" הקלאסיות עדיין מהוות כשליש מסך התיקים שהסתיימו בשנת 2019.

שנית, כפי שצוין לעיל, מרבית התביעות הייצוגיות הצרכניות לא הגיעו לכלל דיון לגופו של עניין, והן נסגרו בדרך של פשרה או בדרך של הסתלקות מוסכמת של התובע. בתובענות שאינן מסתיימות כך בתי המשפט מאוד עקביים בבדיקת ההתאמה של ההליך שבפניהם לרציונל שעליו מושתתת הפרוצדורה הייחודית הזו.¹²¹ ממצא זה תומך בתזה שאותה אנו מקדמים בהארת פסיקה זו, אשר לפיה קווי המסגרת של ההגנה על האוטונומיה הצרכנית כפי שנקבעו בפסיקה צריכים להישמר באופן דווקני, והם מהווים מכשיר יעיל לוויסות ולאיוון האינטרסים החשובים – משני הצדדים – שהליכי התובענה הייצוגית הצרכנית משקפים.

ד. העילות למימוש ההגנה על האוטונומיה

שתי ההחלטות בפרשת **האלטרוקסין** ממחישות את הצורך בחשיבה מחודשת על אודות ההבדל הערכי והנורמטיבי בין האופן שבו מיושמת ההגנה על האוטונומיה במסגרת עוולת הרשלנות לבין אופן מימושה של הגנה זו באמצעות חקיקה אחרת, כמו, דיני הצרכנות בענייננו.¹²² ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מקורו במשפט הישראלי בעוולת הרשלנות. עם זאת, מרבית התובענות הייצוגיות המוגשות כיום בארץ מבוססות על חקיקה צרכנית (במובן הרחב) כפי

¹¹⁷ דוד אור-חן "לידתן וסיומן של תביעות ייצוגיות נגד חברות תרופות – המרשם להגשת תביעה ייצוגית" **עורך הדין** 25, 91 (2014). www.dmag.co.il/pub/israelbar/pdf25/91.pdf.

¹¹⁸ Alex Berenson, *Merck Agrees to Settle Vioxx Suits for \$4.85 Billion*, THE NEW YORK TIMES (9.1.2007), available at www.nytimes.com/2007/11/09/business/09merck.html; Tom Barnes, *Johnson & Johnson ordered to pay record \$4.7bn damages over talc cancer lawsuit*, INDEPENDENT (13.7.2018), available at www.independent.co.uk/news/business/talcum-powder-cancer-johnson-and-johnson-damages-lawsuit-ovarian-causes-asbestos-a8445286.html. לאחרונה התפרסם פסק דין שניתן באחת מ-13,000 התביעות שתלויות ועומדות נגד Johnson & Johnson בגין אי-מתן אזהרה על הסיכון להצמחת חזה אצל מטופלים שצרכו ריספרדל בילדותם. ראו: www.wsj.com/articles/j-j-hit-with-8-billion-jury-award-over-antipsychotic-drug-11570577281.

¹¹⁹ על פי מאגר נבו, בתי משפט מחוזיים, צירוף המילים "תובענה ייצוגית", "הגנת הצרכן", "אוטונומיה" ו"הפרת חובה חקוקה" 10.10.2019 לבית המשפט העליון עלו 5 תיקים, שמהם היחיד הרלבנטי לענייננו הוא עניין **סייוואק**, לעיל ה"ש 87.

¹²⁰ חלק מהתביעות הללו פטור מאגרה ולכן ייקור האגרות לא פגע במוטיבציה להגשתן.

¹²¹ ראו, למשל, התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה לפשרה בפרשת **האלטרוקסין**. בחלק גדול מהמקרים הבקשה נדחת כשבית המשפט נוכח לגלות שהנתבע כבר אינו קיים או שהפעילות הופסקה. כך גם השאלה אם מדובר בהתנהלות מכוונת ומתמשכת, או בתקלה חולפת ואקראית. ראו עניין **טחינה הנסיך**, לעיל ה"ש 8; וכן עניין **ניצת הדובדבן**, לעיל ה"ש 8. כן השוו אישור הבקשה לתובענה ייצוגית נגד מרפא אלטרנטיבי בגין הטעיה וניתוח התנאים המוקדמים בעניין **סאקר**, לעיל ה"ש 95.

¹²² מימוש ההגנה על האוטונומיה יכול שיהיה גם באמצעות דיני תחרות, דיני שוויון, מניעת אפליה ועוד.

שמשקפת גם הרשימה שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. ניתוק ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מחבל הטבור (המקורי) של עוולת הרשלנות, ועיגונו האפשרי במסגרת חקיקתית אחרת, מאפשר – ואף מעודד – לשקול במסגרת תובענות אלו שיקולים ייחודיים שעד כה נדחקו לפאתי הבמה, שבמרכזה עמדו, במרבית המקרים ובאופן מתבקש, שיקולים מתחום עוולת הרשלנות בכלל, והרשלנות הרפואית בפרט. סוגיה זו מצדיקה דיון מעמיק נפרד. לפיכך נסתפק כאן רק באזכור קצר של חלק מהם:

ראשית, תביעות צרכניות ייצוגיות משקפות ברובן סיפורי פגיעה באינטרסים שהערכת הנזק שנגרם בעטיה קשה במיוחד לכימות כספי. לכן מתאפשר בחלק גדול מהחוקים שעליהם מבוססות התביעות הייצוגיות האמורות, כמו, לדוגמא, בחוק הגנת הצרכן, לזכות בפיצוי ללא הוכחת נזק. אולם, בניגוד לתביעה המוגשת באופן אישי על פי חוק הגנת הצרכן ובה מתאפשר פיצוי כזה, בתובענה ייצוגית לא ניתן לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק, ואף לא פיצויים לדוגמא (למעט על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות),¹²³ הגם שקיימת בחוק תובענות ייצוגיות הוראה מפורשת שלפיה "אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון".¹²⁴ נזקי הפגיעה באוטונומיה, הם נזקים בלתי-ממוניים ואף בלתי-מוחשיים.¹²⁵ חשיבות פסיקת הפיצוי בהם גם ללא הוכחת נזק במסגרת תובענה ייצוגית היא גדולה. לאור הגמשת המבחנים להערכת הנזק ולדרישות הקשר הסיבתי בתובענות צרכניות ייצוגיות, הנשיאה חיות אף הדגישה כי אילו היה על בית המשפט העליון לפסוק כיום מחדש בעניין **ברזני**,¹²⁶ ייתכן, לדעתה, שהתוצאה שם הייתה אחרת.¹²⁷ לנו נראה שיש לשקול שינוי בגישה האוסרת מתן פיצוי "ללא הוכחת נזק" בתביעות אלו.¹²⁸

שנית, לתובענות הייצוגיות בכלל ולאלו הצרכניות בפרט יש תפקיד ציבורי.¹²⁹ ההנחיות המפורטות של המחוקק לגבי הפיצויים שבית המשפט פוסק במסגרתן מדגימות את תפקידן זה בבירור. לכן, תובענות שאין בהן כדי להביא לידי ביטוי את המטרה ההרתעתית המצופה – כמו במקרה שבו הנתבע כבר תיקן את הטעון תיקון, פעל ללא כוונה או שהאירוע היה חולף וזמני – אכן אינן ממלאות את תפקידן הציבורי, והן נדחות ברובן המכריע, בצדק, כפי שמעיד עיון עדכני בפנקס התובענות הייצוגיות. פסקי הדין בעניין **טחינה הנסיך** ובעניין **ניצת הדובדבן** – שניהם הליכי תובענה ייצוגית צרכנית – מבוססים על שיקולים מהסוג הזה. מנגד, זילות במעמדה של הפגיעה באוטונומיה כנימוק לדחיית התביעה או הבקשה לאישור תובענה כייצוגית לפי חוק הגנת הצרכן (או, כפי שנעשה בעניין **פריגו**, לשלילת הזכות לפיצוי בגין ראש נזק זה במסגרת אישור הסדר הפשרה) מחמיצה במקרים רבים מטרה זו.¹³⁰

¹²³ התשנ"ח-1998, ס"ח 152.

¹²⁴ סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

¹²⁵ לעומדתם של פרוחומובסקי ושטיין כל פגיעה בזכות לגיטימית מייצרת גם פגיעה באוטונומיה של בעל הזכות ולכן "it can never be harmless". Parhomovsky & Stein, לעיל ה"ש 109, בעמ' 20.

¹²⁶ עניין **ברזני**, לעיל ה"ש 29.

¹²⁷ חיות, לעיל ה"ש 61, בעמ' 945.

¹²⁸ אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ו 157 (2014).

¹²⁹ ראו למשל את דבריו של סיני דויטש בראיון בנושא: מירב קריסטל "בית-המשפט העליון לא מגן מספיק על הצרכנים" **Ynet** 30.6.2012. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4249255,00.html. כן ראו אסתר חיות, לעיל ה"ש 61.

¹³⁰ ראו, למשל, רע"א 9615/05 **שמש נ' פוקצ'טה בע"מ** (פורסם בנבו, 5.7.2006) (השופט רובינשטיין); אולם ראו השופטת ד"ר דרורה פלפל בת"צ (מחוזי ת"א) 37353-04-12 **אפרתי נ' י.ע.ד. אספרסו בר בע"מ** (פורסם בנבו, 11.12.2013). החלטתה של השופטת פלפל בוטלה בבית המשפט העליון, אשר החליט לאפשר הגשת תובענה ייצוגית בגין הפרת החוק למניעת

שלישית, חלק ניכר מהתביעות הצרכניות הייצוגיות מעוגנות בעילה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין.¹³¹ כמוהן גם התביעות המבוססות על הפרת חוק זכויות החולה,¹³² שהן ברובן תביעות פרטיות. אחד התנאים שקובע סעיף 63 לפקודת הנזיקין כתנאי להיווצרות עילת התביעה מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה הוא כי הנזק שנגרם לתובע ונתבע על ידו הוא הנזק שהחיקוק המופר נועד למנוע. זאת, בכפוף, כמובן, לכך שמדובר בנזק מוכר על פי המשפט הישראלי. חלק מהמגבלות שהוטלו בשנים האחרונות על מי שתובע פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צרכנית הולכות לדעתנו רחוק מדי בכל הקשור ל"נזק שהמחוקק התכוון למנוע", ומאיינות את ההכרה בו. כך, למשל, בעניין **פריניר**, שבו נפסק בבית המשפט העליון (בקשה לדיון נוסף, כאמור, נדחתה) כי שתי קבוצות צרכנים בלבד תפוצינה. האחת, מי שרכש וצרך את המוצר תוך סברה שהוא אכן כשר לפסח; והשנייה, מי שרכש את המוצר, אך לא צרך אותו בשל העדפות כשרות.¹³³ ספק אם כוונת המחוקק בחוקקו את עוולת ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן ואת תקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי),¹³⁴ כמו גם חקיקה נוספת המחייבת דיוק ברכיבי מוצר כלשהו, משקפת ראייה צרה כל כך של טווח ההגנה החקיקתית. לדידנו, גם בפרשת **האלטרוקסין**, כמו במקרים אחרים של שיווק תרופות/מוצרים רפואיים/מזון ללא אזהרות מלאות ומדויקות, פרשנות התנאי של עוולת הפרת חובה חקוקה שלפיו הנזק שנגרם הוא "הנזק שאליו נתכוון החיקוק" – צריכה להיות פחות דקדקנית ולאזן באופן נכון יותר את האינטרס הצרכני – ציבורי עם האינטרס הכלכלי-פרטי של הנתבע.

ה. סיכום

המשפט הישראלי משקף יצירתיות ונכונות לחדשנות בנושא ההגנה על האוטונומיה. הן כשמדובר בתביעות בגין רשלנות רפואית או בגין הפרת חוק זכויות החולה והן כשמדובר באוטונומיה צרכנית במובנה הרחב, לרבות צרכנות שוויונית ומשוללת אפליה. אין ספק שההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה והנכונות לפצות בגינה קידמו את מעטפת ההגנה שהמשפט הפרטי בכלל ודיני הנזיקין בפרט מעניקים לזכויות האישיות של הפרט, בדומה להגנה על השם הטוב, הפרטיות, הכבוד והשוויון. עם זאת, המורכבות והחמקמקות של האוטונומיה כזכות ראויה להגנה משפטית והצורך למצוא את השילוב הנכון בין הפרטי לציבורי אשר נדרש בהגנה על האוטונומיה במסגרת הפרוצדורלית המורכבת שלפיה מוגשות ומתנהלות תובענות צרכניות ייצוגיות, יוצרים קושי גדול במציאת נקודת איזון ראויה ושיממה. על נקודת איזון זו לשקף באופן המיטבי את ההגנה על מכלול האינטרסים שאותם יש לקחת בחשבון בהליך של תובענה צרכנית ייצוגית, המכוונת להטלת אחריות מלווה בחובת תשלום של פיצויים בלתי-ממוניים למי שהאוטונומיה שלהם כצרכנים נפגעה.

נקודת האיזון הזו נקבעה בסיומו של רצף פסקי דין מכוננים כמו **ברזני**, **תנובה** ו**פריניר**, המהווים את היסוד והבועז של דיני התובענות הצרכניות הייצוגיות, שאז נדמה היה כי שלב עיצובו של

העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983, ס"ח 148, והחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי. כן השווה דנ"א 5783/14 **צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 12.9.2017).

¹³¹ [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266. ראו התייחסות לסוגיה זו אצל השופט חשין (המציין גם את עמדתו של הנשיא ברק) בדנ"א **ברזני**, לעיל ה"ש 29, בפס" 45 לפסק הדין.

¹³² התשנ"ו-1996, ס"ח 327.

¹³³ דנ"א **פריניר**, לעיל ה"ש 77, בס' 7 לפסק הדין (שבו מצוטטת בהסכמה קביעתו של השופט מלצר).

¹³⁴ התשע"ח-2017, ק"ת 376.

הדין כבר הושלם וכי הושגה הסכמה הן על מסגרת ההגנה על האוטונומיה הצרכנית והן על תנאיה, לפחות ככל שמבקשים לממשה בהליך של תובענה ייצוגית. פסק הדין בעניין **פריגו**, שההליכים שקדמו לו – ועדיין נמשכים אחריו – זכו לחשיפה תקשורתית רחבה, נחזה כמעמיד את ההסכמה הזו בספק. בהארת פסיקה זו תיארנו את מהלך הדברים שהביא לתוצאה הקשה שבעניין **פריגו**, המדירה מטופלים שהאוטונומיה שלהם נפגעה כתוצאה מאי-גילוי מידע רפואי מהותי שהיה בעל השפעה על בריאותם, מהזכאות לקבלת פיצוי עקב כך, וזאת בלי להתחשב בכך שייתכן והיה עולה בידם לשכנע כי אי-הגילוי גרם להם להשלכות נפשיות שליליות קשות. לעמדתנו הביסוס של התוצאה הזו על הקביעה שלפיה המצב המשפטי בפסיקה הישראלית תומך בה ומהווה לה בסיס איתן, הייתה מיותרת ואף לא מדויקת. לכן נראה לנו כי ההחלטה בעניין **פריגו** אינה יכולה להיחשב כיותר ממחמורה נסיבתית שאין בה כדי לפגום בהכרה הפסיקתית החד-משמעית בזכות לפיצוי על התוצאות הסובייקטיביות השליליות של פגיעה באוטונומיה בכפוף לתנאי הסף שכבר גובשו והובהרו. במהלך בניית טיעון זה הדגשנו – בהמשך להמלצת השופט עמית כי "צריך למתוח המושכה וקצת לקחת חזרה"¹³⁵ – כי לדעתנו הפסיקה הישראלית כבר הפנימה ויישמה את ההמלצה הזו במידה הראויה, וכי מעתה יש לנקוט משנה זהירות על מנת שתנועת החזרה, ככל שתהיה, לא תפגע באיזון שנבנה במאמץ רב במהלך העשורים שחלפו מאז חויב בית חולים כרמל בנזקי הפגיעה באוטונומיה של הגברת דעקה בין ההכרה בצורך להגן על האוטונומיה האנושית ככזו לבין הרתעת יתר של האחראים לפגיעה כזו. השופט אור אולי לא צפה את הדרך הפתלתלה שעוד מחכה לרך הנולד החדשני הזה בעולם המשפטי-נזיקי, אבל ללא ספק ההצהרה הערכית שהייתה גלומה כבר אז בהכרה בחובה להגן על האוטונומיה האישית תרמה באופן משמעותי לפיתוחם של דיני הנזיקין בכלל ולהגנה שהם מספקים לזכויות אדם אישיות בפרט.

דומה שאת ההוכחה הטובה ביותר לתרומתה המבורכת של התובענה הייצוגית הצרכנית לשינוי התנהגות הנושאת בחובה סיכון לצרכן – בעיקר לצרכן של מוצרים רפואיים – ניתן לראות בהתנהלותם של ספק האלטרקסין, משרד הבריאות וקופות החולים, בימים אלו ממש, בתהליך הטמעת המידע על אודות שינוי נוסף הצפוי בתרופה. השאלה, הנשאלת לעיתים, "האם המשפט חשוב?"¹³⁶ מקבלת בסיפור גלגוליה של תרופת האלטרקסין מענה חיובי חד-משמעי. מי שהאוטונומיה שלהם נפגעה בגין חוסר המידע בדבר שינוי הרכב התרופה ב-2011 ולא זכו לפיצוי בגין כך, גם אם הפגיעה עוררה אצלם תגובה רגשית שלילית קשה, זכו ב-2020 ל"תיקון" עתיר מידע ולשמירה מכבדת על זכותם לכבוד אנושי-צרכני. אין ספק שהתנהלות זו היא תולדה ישירה של ההליך המשפטי, שגם אם לא הניב לנפגעים אלו פיצוי אמיתי, לפחות התווה שינוי של היררכיית השיקולים הראויה, הדרושה להגנה אפקטיבית ומכבדת על האוטונומיה הצרכנית הרפואית.

¹³⁵ מילות השיר "קוראים לו ליפא העגלון", שממנו שאל השופט עמית את הדברים, נכתבו על ידי יחיאל מוהר.

¹³⁶ **האם המשפט חשוב?** (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).