

## תביעה ייצוגית של צרכני תרופות – בשולי פרשת האלטרוקסין

מאת

תמר גדרון ואלעד שילד\*

האם ועד כמה מוגנת הזכות לאוטונומיה של צרכני תרופות שנשלל מהם מידע מהותי על שינוי מרכיבי תרופה חיונית – אלטרוקסין לטיפול בבלוטת התריס – שאותה הם נוטלים בהתוויה רפואית, כאשר היעדר המידע לא גרם להם נזק פיזי? ועד כמה – אם בכלל – ביכולתם לממש זכות זו, אם היא מוכרת ובגבולות ההכרה בה, באמצעות הליך תובענה ייצוגית? סוגיה זו נדונה בתביעה ייצוגית שהגישו צרכני התרופה לאחר שהתברר שבשל חוסר מידע מעודכן בקשר לשינוי בהרכבה נגרמו לחלקם נזקים מגוונים. במסגרת אישור ההליך כייצוגי הוכשרה עקרונית זכאותם של מי שסבלו נזק פיזי עקב חוסר המידע על שינוי הפורמולה וכך גם זכאותם העקרונית של מי שסבלו ("רק") מפגיעה באוטונומיה בשל חוסר המידע החיוני. אף נקבעה חזקה שהמטופלים פיתחו רגשות שליליים בשל חוסר המידע ובשל הפאניקה הציבורית שפרצה בעקבות זאת בארץ ובעולם. בהסכם הפשרה, שאושר בבית המשפט המחוזי שלוש שנים לאחר אישור ההליך כייצוגי, הודרו נפגעי האוטונומיה מהפיצוי המוסכם. בפסק הדין שבו אושרה הפשרה הובאו כמה 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 פיזיים בגלל חוסר המידע ניתן וצריך היה לנמק אך ורק בנסיבות המקרה ובנסיבות 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 הפיזיים וגם את נפגעי האוטונומיה הוא שהכתיב את ההחלטה. ביסוסה 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 הנוזיקית על האוטונומיה. (ב) תנאי הסף להגנה על האוטונומיה הצרכנית ויישומם. 3. הסיכוי של (חלק מ)צרכני האלטרוקסין לעמוד בתנאי הלכות תנובה ופרינייר. 4. סיכום הביקורת על עניין פריגו. **ג. תובענות ייצוגיות צרכניות – על פרשת דרכים? ד. העילות למימוש ההגנה על האוטונומיה. ה. סיכום.**

\* פרופ' תמר גדרון וד"ר אלעד שילד, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת. תודתנו למערכת כתב העת משפטים על אתר על עבודתה המסורה ועל הערות והארות חשובות אשר השביחו את המאמר ותרמו לגיבושו.

## מבוא

אחת התביעות הייצוגיות המורכבות שנוהלו בישראל בשנים האחרונות – תביעה שהסדר שהושג בה טרם הגיע לסיומו – היא זו שהגישו צרכני תרופת האלטרופקסין (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 בשל שינוי בפורמולציה של התרופה.<sup>1</sup> 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, וכשכד בבד הגיעו דיווחים מחוץ לארץ על תופעות דומות, פרצה פאניקה ציבורית רחבת היקף, אשר גרמה נזקים נוספים אצל מרבית צרכני התרופה, שמספרם בישראל בתקופה הרלוונטית היה גדול מרבע מיליון. השופט עופר גרוסקופף, שבאותה עת כיהן בבית המשפט המחוזי מרכז, אישר את ניהול התביעה כייצוגית.<sup>2</sup>

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 יחולק אך ורק בין הצרכנים שסבלו בפועל מתופעות לוואי פיזיות שליליות בשל שינוי מרכיבי התרופה.<sup>3</sup> מטופלים שסבלו "רק" פגיעה באוטונומיה שלהם בשל אי-הידעה על שינוי מרכיבי התרופה אבל לא חוו כאב וסבל בשל תופעות לוואי פיזיות – לא יזכו לפיצוי.<sup>4</sup>

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,<sup>5</sup> באישור הסכם הפשרה החליט בית המשפט לאמץ פתרון שתוצאתו משקפת לכאורה צמצום של ההכרה בנזק שנגרם מפגיעה באוטונומיה, ושליטת מתן פיצוי בגינו. הצעה לשקול צמצום אפשרי כזה כבר מצאנו בשנים האחרונות בפסיקה ובספרות הישראלית הן בתביעות רשלנות רפואית<sup>6</sup> והן בתביעות ייצוג צרכניות,<sup>7</sup> אולם בפועל בתי המשפט הותירו אותה

- 1 ת"צ (מחוזי מר') 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 (מחוזי מר') 16584-10-11 פלג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ (פורסם בנבו, 17.5.2015) (להלן: אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית) (להלן עם עניין פריגו יחד: פרשת האלטרופקסין).
- 3 עניין פריגו, לעיל ה"ש 1. לאחר מינויו של השופט גרוסקופף לבית המשפט העליון הועבר הטיפול בתיק לשופט שטמר מבית המשפט המחוזי מרכז.
- 4 על הפרשה בכללותה, לרבות הסיפורים שמאחורי הדיונים הפורמליים שהתנהלו במסגרתה, ראו ספרו של עו"ד יעקב דוידוביץ, בא כוחם של התובעים הייצוגיים, אשר נכתב במהלך האירועים: יעקב דוידוביץ פרשת האלטרופקסין – יומן פרקליט (2018).
- 5 אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, פס' 126–130 לפסק הדין.
- 6 ראשיתן של תביעות אלו בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).
- 7 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 יורשי ראבי 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

כתמרו אזהרה מפני הרחבת יתר של ההגנה על האוטונומיה ולא אימצו אותה כחלופה מועדפת.<sup>8</sup>

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 האלטרוקסין שהאוטונומיה שלהם נפגעה והם פיתחו בעקבות זאת רגשות שליליים סובייקטיביים – יש למעשה נפקות מוגבלת בלבד מבחינת ההלכה השולטת בנושא זה, כפי שנקבעה בעבר בשורת פסקי דין של בית המשפט העליון.<sup>9</sup> ההחלטה לפצות אך ורק את המטופלים שסבלו נזק פיזי הייתה במקרה זה פועל יוצא מתחייב מנסיבות המקרה, מהעובדה שסכום הפשרה היה מוגבל, מהצפי שמספרם של מי שנפגעו פיזית (והיו זכאים לפיצוי בדרגת קדימות גבוהה מאלו שסבלו "רק" מפגיעה באוטונומיה) יהיה גדול ומהרצון המובן "לשריין" לאלו האחרונים סכום פיצוי סביר (יחסית). לפיכך בהתחשב בהחלטה העקרונית לאשר את הפשרה, הנימוקים שעליהם ביסס בית המשפט את החלטתו זו הם לדעתנו מיותרים בחלקם, ובחלקם האחר אינם מדויקים לגמרי, לפחות מבחינת האופן שבו ניתחו פסיקה קודמת של בית המשפט העליון ויישמו פסיקה קודמת של השופט גרוסקופף עצמו.

בהמשך לכך נטען כי ההחלטה המאשרת את הסדר הפשרה בעניין פריגו היא משוללת נפקות ערכית, וכי ההחלטות בעניין ניצת הדובדבן<sup>10</sup> ובעניין טחינה הנסיך<sup>11</sup> שבאו מייד 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

8 בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673 (2003) (להלן יחד: פרשת תנובה 1); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: פרשת תנובה 2) (להלן יחד: עניין תנובה). כן ראו ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2014) (להלן: עניין פריניר). גם אחרי הפסיקה בעניין פריגו (לעיל ה"ש 1), 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 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); דברי השופטת אגמון-גונן 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 הנ"ל, נדחתה הבקשה לאישור ההליך הייצוגי הואיל ובתי המשפט הגיעו למסקנה שלא הוכח קיומם של תנאי הסף הנדרשים לאישור כזה, ובעיקר לא התקיימה המידתית הדרושה בין האינטרסים של שני הצדדים.

9 ראו בעיקר, עניין תנובה, לעיל ה"ש 7; עניין פריניר, לעיל ה"ש 7.

10 עניין ניצת הדובדבן, לעיל ה"ש 8.

11 עניין טחינה הנסיך, לעיל ה"ש 8.

להוכיח כי הצרכן סבל נזק תוצאתי לא ממוני בעטיה של פגיעה זו<sup>12</sup> – וההחלטה בעניין פריגו אינה מכרסמת בה ואינה מצמצמת אותה. נוסחת האיזון הפסיקתית קובעת והוסברה בפרוטרוט בפרשת **תנובה**<sup>13</sup> ובעניין פריגור. גם מאמרו של שופט בית המשפט העליון יצחק עמית, ש"הדביק" לדוקטרינת הפגיעה באוטונומיה את התואר "סוס הפרא החדש של המשפט",<sup>14</sup> שמאז פרסומו לפני כשנתיים<sup>15</sup> משמש האסמכתא האולטימטיבית של כל מי שהיקף ההגנה על האוטונומיה במשפט הישראלי נראה להם מוגזם ואף הרה סכנה, אינו מציע חזרה אמיתית לימי טרום עניין **דעקה**<sup>16</sup> אלא דוגל במתינות ובמידתיות ומייעץ "למתוח המושכה וקצת לקחת חזרה".<sup>17</sup>

מתן פירוש שונה מזה שאנו מציעים להחלטה בעניין פריגו יהיה אפוא, לגישתנו, לא רק פגיעה בלתי סבירה ביכולתם של צרכנים בכלל ושל צרכני תרופות בפרט להשתמש במנגנון התובענה הייצוגית (שהורתו ועיקר יישומו הוא בהגנה על אינטרסים צרכניים),<sup>18</sup> אלא הוא עלול גם להוות סכנה לאיזון העדין שהושג – אף כי עדיין לא באופן שלם – בסוגיה זו בפסיקה של השנים האחרונות.

מהלך הדיון יהיה כדלקמן: ראשית נטען כי הקביעה הערכית בעניין פריגו, שלפיה הועם זוהרה 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, גם אם מבחינה מעשית לא היה אפשר 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 הפשרה – כל הנתונים המשפטיים הנחוצים להטלת אחריות בגין נזקי הפגיעה באוטונומיה של אותם מטופלים שחוו רגשות שליליים בגלל השינוי ברכיבי הפורמולה,<sup>19</sup> וכי לכן הדרת מטופלים

12 דחיית הבקשות בעניין **טחינה הנסיך** (שם), ובעניין **ניצת הדוכדכן** (לעיל ה"ש 8), היא דוגמה ליישום מוקדם של תנאי הסף שנקבעו בעבר בבית המשפט העליון בעניין **תנובה** (לעיל ה"ש 7), ובעניין פריגור (לעיל ה"ש 7), אך אין בהחלטות אלו כל קביעה הלכתית ערכית חדשה.

13 פרשת **תנובה**, 2, לעיל ה"ש 7.

14 ראו יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג-כהן** 465, 494 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017).

15 שם. המאמר פורסם כשנתיים לאחר שנכתב (ראו הערתו של השופט עמית בתחילת המאמר), אך הגישה שהובעה בו "עשתה לה כנפיים" עוד הרבה לפני שיצא 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 שבוטל בסעיף 33 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, ס"ח 264, 279 (תיקון עקיף לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981). ראו כיום התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כן ראו אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 65, 70–71 (2017).

19 כל שניתן להעלות מלשון פסק הדין, החזקה שקבע השופט גרוסקופף בשלב אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית (לעיל ה"ש 2), בדבר קיומם של רגשות שליליים סובייקטיביים – לא נסתרה.

אלו מגדר הזכאים לפיצוי לא נבעה ולא הייתה צריכה לנבוע מקביעה ערכית כלשהי, אלא אך ורק מאילווציה של מסגרת הפשרה 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 כיעיל ובעל חשיבות שאין להתעלם ממנה. נעדכן כי ממש ערב פרסום הארת פסיקה זו נדרשו משרד הבריאות וקופות החולים למהלך הסברתי מקיף בקשר לשינוי נוסף בתרופת האלטרקסין אשר עומד להתבצע בקרוב. מהלך זה לא היה בא לעולם אלמלא ההרתעה שיצרה התובענה הייצוגית של נפגעי האלטרקסין.<sup>20</sup>

## א. פרשת האלטרקסין – סיפור המעשה וסופו (?)<sup>21</sup>

### 1. העובדות

הרכבה של האלטרקסין – תרופה המיועדת לטיפול בהפרעות בבלוטת התריס אשר שווקה בשנים שקדמו להגשת התביעה כמעט בבלעדיות<sup>22</sup> 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 הורמונלי

20 בעקבות הודעה של פריגו למשרד הבריאות בדבר החלפת ספק של אחד מהרכיבים הלא פעילים של האלטרקסין דרש משרד הבריאות, האגף לרפואה קהילתית, מקופות החולים, בראשית אפריל 2020, להודיע לכלל מטופלי האלטרקסין על השינוי הצפוי ולייעץ להם ולרופאים המטפלים לנטר את רמת ההורמונים אצל המטופלים כמה שבועות לאחר התחלת השימוש בהרכב המחודש של התרופה. ראו אדיר ינקו "אלטרקסין לבלוטת התריס – הרכב התרופה שוב משתנה" Ynet (28.4.2020) <https://tinyurl.com/yyk98y54>. ראו גם, למשל, "הודעה למטופלי התרופה" מכבי שירותי בריאות <https://tinyurl.com/yymttc3>.

21 עם כתיבת הארת פסיקה זו, התיק עוד רחוק מסיום. מנגנון הפיצוי אינו מתקדם, והסכומים שהוקצבו הן כפיצוי הן ככיסוי עלות מנגנון הביצוע מתבררים כלא מספיקים בעליל. ראו למשל מתן ברניר "כאוס האלטרקסין: הסדר הפשרה שהושג בתביעה הייצוגית בפרשה – בסכנת קריסה" גלובס (16.4.2019) <https://tinyurl.com/y3k5f5bl> (להלן: ברניר "כאוס האלטרקסין"); מתן ברניר "הסוף לכאוס? ההסדר שיציל את הסכם הפשרה בייצוגית האלטרקסין" גלובס (5.3.2020) <https://tinyurl.com/y54v733r> (להלן: ברניר "הסוף לכאוס?"). אם לא די בכך, בשלהי חודש מאי 2020 ניתנה על-ידי השופט שטמר החלטה העוסקת ביישומה של הסדר הפשרה "בשל התפתחויות מאוחרות לפסק הדין", ראו ת"צ (מחוזי מר') 22182-10-11 פלג נ' פריגו ישראל סוכנויות בע"מ (פורסם בנבו, 28.5.2020). על החלטה זו הוגשה ב-30 ליוני 2020 בקשת רשות ערעור מטעם היועץ המשפטי לממשלה (ראו רע"א 4476/20 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלג (פורסם בנבו, 16.9.2020)). הערעור מתייחס הן לשאלה על-מי יושת המימון הנוסף של מנגנון חלוקת הפיצויים (השופט שטמר קבעה כי המימון יבוא מקופת הפיצוי) והן לשאלה האם יש להאריך את המועד להגשת בקשות לפיצוי ולפתוח את ההליך לתובעים נוספים.

22 האלטרקסין אינה תרופה מוגנת-פטנט, אולם בשנים הרלוונטיות לא שוקו תכשירים חלופיים בישראל.

בגלל השפעת שינוי התרופה. מטופלים אלה החלו להתלונן על תופעות פיזיות מגוונות כמו בחילה, עייפות, כאבי ראש, דיכאון, נשירת שיער וחולשה עד כדי אשפוז. בד בבד התברר כי תופעות דומות דווחו כבר קודם לכן בידי מטופלי התרופה בחוץ לארץ, בעיקר בניו זילנד, בהולנד ובדנמרק.<sup>23</sup>

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".<sup>24</sup> בהמשך לכך הוציא משרד הבריאות, שמיינה ועדה לבדיקת הנושא, הנחיות מעודכנות שלפיהן על המטופלים לעבור 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 הפיזיות השליליות שאליהן התייחסו התלונות הרבות והמגוונות של המטופלים.<sup>25</sup>

## 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 למן שנת 2009 והמשווקת שלה בישראל למן שנת 2010.<sup>26</sup> עילת התביעה שעל פיה אושר ההליך הייתה הטעיה צרכנית והפרת חובת הגילוי לפי סעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן. הסעד שבגיניו אושרה התובענה היה בעל שני ראשים:<sup>27</sup>

**כאב וסבל.** נזק זה יוחס מלכתחילה לחלק מיחיד הקבוצה בלבד. אלו אותם מטופלים שיצאו מאיזון הורמונלי בגלל שינוי הרכב התרופה ובעקבות זאת חוו תופעות פיזיות 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 התבררו כלא מתאימים.

זכותם של מטופלים אלו לפיזיו הוכרה כאמור כבר בשלב אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, והיא אכן אושרה בהמשך גם בהסדר הפשרה. לפיכך לבד מהחשש המסתמן מכך שסכום הפיצויים שעליו סוכם בהסדר הפשרה לא יאפשר לפצותם בסכומים שישקפו נאמנה

23 ראו Kevin Dew et al., *Public Engagement and the Role of the Media in Post-Marketing Drug Safety: The Case of Eltroxin® (levothyroxine) in New Zealand*, 28 CRITICAL PUB. HEALTH. 388 (2018); Eric Fliers et al., *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 האלטרקסין – רמדיה 2" News1 (10.10.2011) <https://tinyurl.com/yxwfbj8r>.

25 או משרד הבריאות "שינוי הפורמולציה של אלטרקסין בישראל" דוח צוות הבדיקה 4-5 (2012), <https://bit.ly/3doAJL9> ("יש קשר נסיבתי ברור בין הכנסת הפורמולציה החדשה לשוק במדינת ישראל לבין התגברות הדיווחים על תופעות לוואי").

26 קודם לכן הייתה חברת Glaxo Smith Kline (Israel) Ltd. (להלן: גלקסו) בעלת הרישום והמשווקת (ראו אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק הדין).

27 שם, פס' 125 ואילך.

את הנזק הפיזי שנגרם להם,<sup>28</sup> נראה כי ההליך המשפטי הסתיים מבחינתם בדרך הטובה ביותר האפשרית בנסיבות המקרה ובמגבלות הפיזיות המוסכס.

**פגיעה באוטונומיה.** את הנזק הזה תבעו התובעים הייצוגיים עבור כל המטופלים שנטלו את התרופה בתקופה הרלוונטית, לרבות אלו שלא יצאו מהאיזון ההורמונלי ושלא חוו תופעות פיזיולוגיות שליליות. הטיעון שעליו נסמכה התביעה לפיצוי בראש נזק זה היה כי שינוי הרכב התרופה לא דווח למטופלים מבעוד מועד, וכן לא הוסבר להם הצורך בבדיקות 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 האישיור: ראשית, מדובר בפגיעה בליבה של האוטונומיה – בשלילת מידע חשוב הקשור ישירות למצבו הגופני של המטופל – ולא בפגיעה אזוטריית בעניין צרכני שולי גרידא;<sup>29</sup> שנית, חוסר המידע גרם לבהלה ציבורית שהשפיעה במידה ניכרת על כלל מטופלי האלטרקסין והעצימה את הפגיעה הראשונית שנגרמה להם מעצם העלמת המידע על שינוי הפורמולה;<sup>30</sup> שלישית, כלל המטופלים התובעים צרכו כפועל את התרופה שנתונה הוסתרו,<sup>31</sup> ולכן הדעת נותנת שהדבר אכן גרם להם כפועל לרגשות שליליים ולחששות אמיתיים בדבר מצב בריאותם.<sup>32</sup> שלוש הקביעות הללו היו, 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.

28 ברנר "כאוס האלטרקסין", לעיל ה"ש 21; ליטל דוברוביזקי "28 אלף פניות הוגשו לוועדה לפיצוי נפגעי האלטרקסין" Ynet (2.4.2019) <https://tinyurl.com/y66msyrm> ("הצפי היה לכ-4000 בקשות לפיצוי").

29 אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, פס' 128 לפסק הדין. השופט גרוסקופף מבחין בין הגנה על אוטונומיה במקרה של טיפול רפואי, כמו במקרה הידוע שבעניין דעקה (לעיל ה"ש 6), שם, לגישתו, ניתן לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם כשאין לפגיעה זו תופעות חיצוניות, לבין תביעה צרכנית נזיקית "רגילה", שם, כפי שנפסק כבר בע"א 1977/97 ברזני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (2001) (להלן: ע"א ברזני), וכן בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385 (2003) (להלן: דנ"א ברזני) (להלן יחד: 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, פס' 128 לפסק הדין.

31 בעניין פריגו (לעיל ה"ש 7), שם הוגשה בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית בטענה כי הנתבעת שיווקה מוצרים מסוימים מתוצרתה כשעל אריותם הוטבע הכיתוב "כשר לפסח בהשגחת הרבנות האזורית גליל תחתון", ואילו הרבנות האזורית התריעה כי קיים באשר למוצרים "חשש חמץ". עם זאת, באותו מקרה, בשונה מהמצב בפרשת האלטרקסין (לעיל ה"ש 2), הוגשה התביעה בטרם צרכו התובעים את החמץ כנטען.

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

### 3. פסק הדין (אישור הסדר הפשרה)

#### (א) עיקרי ההסדר

על ההחלטה לאשר את התביעה כייצוגית הוגש ערעור לבית המשפט העליון. משם הועבר העניין לגישור לפני נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט ד"ר אשר גרוניס, ובסופו סוכם על מתווה הפשרה המורכב ועל מנגנון הפיזי שלפיו יוחלט כיצד יחולקו כספי הפיצויים. נציג היועץ המשפטי לממשלה התנגד להסכם הפשרה. בעניו, תוכן ההסכם לא עמד במבחן הסבירות המשפטי והמעשי.<sup>33</sup> בין השאר חלק היועץ על ההסכמה שהושגה בעניין אי-הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של המטופלים, שהיא מושא דיונונו כאן. חרף התנגדויות היועץ המשפטי (בשני סבבי תיקונים) אושרה הפשרה, והיא קיבלה תוקף של פסק דין ביום 29.11.2018, יותר משבע שנים לאחר האירועים שהולידו אותה. במסגרת הפשרה התחייבה פריגו לשלם סך של כ-46 מיליון שקל<sup>34</sup> כפיצויים בגין הפרת חובותיה על פי סעיפים 2 ו-4 לחוק הגנת הצרכן מאחר ש"לא דאגה לידע את חברי הקבוצה (ישירות או באמצעות הרופא המטפל) בדבר הצורך בביצוע ניטור באמצעות בדיקת דם בתוך כששה שבועות ממועד המעבר לשימוש בפורמולציה החדשה".<sup>35</sup> לעניין הזכאות לסעד נקבע כי רק לאילו מבין חברי הקבוצה שסבלו בפועל נזק שהתבטא בכאב וסבל כתוצאה מיציאה מאיזון הורמונלי בעקבות שינוי הרכב התרופה יינתן פיצוי. סכום 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 פיזיות שליליות כאמור לא יהיו זכאים לפיצוי כלל בגין הפגיעה באוטונומיה – שלילת המידע – שנגרמה להם.<sup>36</sup>

#### (ב) הנימוקים לשלילת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה

ההחלטה שלפיה הזכאות לפיצוי תוגבל רק למטופלים שסבלו כאב וסבל עקב יציאה מאיזון הורמונלי מקבלת הסבר רחב ומדויק בפסק הדין, הן מפאת חשיבותה והן בגלל התנגדויותיו של היועץ המשפטי לממשלה – לפני תיקון נוסח הפשרה לבקשתו ואחריו.<sup>37</sup> 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 קטן יותר. במילים אחרות, כמו בכל פשרה, ובניגוד להחלטה בפסק דין רגיל,

33 עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, פס' 50 לפסק הדין. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ראו עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה ל-"הסכם פשרה מתוקן" בת"צ (מחוזי מר') 22182-10-11 פלג נ' פריגו ישראל סוכנויות בע"מ <https://tinyurl.com/y248ev4h>.

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

35 עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק הדין.

36 שם, פס' 23, 56(5). ההערכה הכללית הייתה שיהיו כ-4,000 זכאים לפיצוי (שם, פס' 31).

37 שם, פס' 51.



כאן נקודת המוצא (והסיום) היא הסכום שעליו הוסכם כפיצוי. בית המשפט מפלס לעצמו דרך מהסוף להתחלה – מהנתון שלפיו מדובר בסכום פיצוי מוגבל, אשר אותו יש לחלק בדרך הראויה והצודקת ביותר בין אלפי זכאים שמספרם אינו ידוע מראש. משכך, היות שמדובר בסכום פיצוי מוסכם שאינו גדול במיוחד (בהתחשב במספר הזכאים הצפוי), צודק, ראוי וסביר יותר לחלקו קודם כולל למי שנזקיהם הם אכן קשים יותר הן מבחינת כמות והן מבחינת איכות.<sup>38</sup>

שנית, אם לאחר פיצויים של הזכאים המועדפים – אלו שסבלו כאב וסבל – תהיה הקרן שמתוכה משולמים סכומי הפיצוי ביתרה חיובית, יהיה אפשר לשקול את 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"עונשי" של הפיצוי שיש להשיתו על פריגו בשל התנהלותה בפרשה.<sup>39</sup> כפי שעולה מהדברים בביור, שני הנימוקים הללו הם בעלי אופי של "אין ברירה", והם מתייחסים בעיקרו של דבר לנסיבות העובדתיות שעליהן 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 לאשר את התביעה כייצוגית, ומדוע – בניגוד לכך – בשלב אישור הסדר הפשרה נשללה זכאות זו מכלל המטופלים ללא כל הבחנה ביניהם.

הנימוק הראשון הוא ראיית-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: אומנם בשלב אישור התובענה כייצוגית תמכו הנסיבות שהוצגו בפני בית המשפט 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.<sup>40</sup> אולם בשלב אישור הסדר הפשרה הסביר 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".<sup>41</sup> דהיינו, לדידו של בית המשפט ההחלטה שקיבל בעניין זה בשלב אישור התובענה כייצוגית אינה מונעת ממנו לקבוע עמדה שונה במסגרת אישור הפשרה שלפניו.

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

38 שם, פס' 56(2).

39 שם, פס' 56(5).

40 אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, פס' 128 לפסק הדין.

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

ובטל קורבנה של החזקה שעמדה לטובת כלל המטופלים, שאכן נגרם להם נזק תוצאתי סובייקטיבי.

ייתכן שאכן נימוקו זה של בית המשפט משמעותו כפשוטו. עם זאת לנו נראה כי ההתנערות מהחזקה שנקבעה בשלב אישור התובענה כייצוגית – בדבר קיומו של נזק לאוטונומיה של כלל המטופלים – היא אמירה 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 פיזית כאב וסבל בעקבות 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**<sup>42</sup> ובעניין **פרינור**<sup>43</sup>. לפרשנות אפשרית זו של הנימוק הראשון של בית המשפט נתייחס בשלב הביקורת על פסק הדין.<sup>44</sup>

הנימוק השני הוא ערכי והצהרתי. השופט גרוסקופף קובע כי בשנים שחלפו מאז אישור התובענה בעניין **פריגו** כייצוגית הועם זוהרו של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה במשפט הישראלי בכלל ובדיני נזיקין בפרט. הפסיקה והכתיבה האקדמית התאחדו בשלוש השנים שקדמו לאישור הסדר הפשרה בדבר התפיסה שהחיבוק שהזכות לאוטונומיה צרכנית קיבלה במשפט הישראלי היא לא רק חסרת תקדים אלא גם חסרת סבירות.<sup>45</sup> לכן, לפחות כשמדובר באוטונומיה צרכנית ובתחושות שליליות שהוכחתן לא בוססה דייה,<sup>46</sup> המחויבות להגנה עליה פחותה בהרבה. על פי נימוק זה, כאמור, שלילת הפיצוי ממטופלי האלטרורקסין שלא חוו כאב וסבל פיזי ממשי היא לא רק תולדה של תכתיב נסיבתי, אלא גם משקפת אמירה ערכית ונורמטיבית.

42 עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 7.

43 עניין **פרינור**, לעיל ה"ש 7.

44 אם ספקנות כזו אכן מובלעת בדברים, אזי נראה לנו כי ניתן וצריך לבקרה. הדעת נותנת שבהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה – אותן נסיבות שהצדיקו את החזקה שלאחר מכן התעלמו ממנה – לפחות **חלק** מהמטופלים היו עומדים בדרישת ההוכחה של התוצאות השליליות הסובייקטיביות כתוצאה משלילת המידע החיוני הקשור לתרופה שאותה צרכו, והיו אפוא זכאים 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 מר') 1685-07-12 **פלוגית נ' ג'ונסון אנד ג'ונסון (Johnson & Johnson)** (פורסם בנבו, 11.8.2016); ת"צ (מחוזי ב"ש) 21624-12-13 **פרי נ' אסם תעשיות מזון בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.2016); 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). כן ראו עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 465.

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

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

קריאת הפרק העוסק בהצדקה של שלילת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של מטופלי האלטרוקסין בעניין פריגו<sup>47</sup> מנביעה שלוש מסקנות: הראשונה, כי הקביעה ש"מגמת הפסיקה צמצמה את האפשרות לתבוע נזק מסוג זה"<sup>48</sup> הייתה מיותרת בנסיבות המקרה; השנייה, כי ההלכה המשפטית הנוהגת באותו מועד לא היוותה בסיס מספק למסקנה חד-משמעית ולא מסויגת זו באותן נסיבות, לפחות בהיעדר נימוק מפורט; שלישית, 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.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> במגבלת הסכום הכללי שעליו הוסכם, אשר אמור גם לממן את שכר טרחת עורכי הדין ואת המנגנון שהוקם לצורך ביצוע הסדר הפשרה, הצורך "לחתוך" דרסטית 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 פיזיות (במענה לדרישת הנתבעת שמסגרת

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

48 שם, פס' 56(5) (מול שורות 22–23).

49 שם. 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 לפי השאלה אם סבל או חווה נזק פיזי, 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 המטופלים היו מצליחים "להעפיל" לסוף הדיון המשפטי.

50 היועץ התנגד להסדר פעמיים. הקביעה כי לא ינתן פיצוי לנפגעי האוטונומיה לא הייתה מקובלת עליו. ראו עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, פס' 50–51 לפסק הדין (מול השורות 1–2).

51 ראו שם, פס' 24. כן ראו דוידוביץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 153.

הסיכון שלה תוגדר מראש), הוכרע למעשה דינם של נפגעי האוטונומיה לשבט עוד בטרם הובא העניין לשיקול דעתו של בית המשפט. החלטה זו התקבלה על ידי הצדדים ואושרה בבית המשפט, על אף התנגדויות של היועץ המשפטי, כראויה וצודקת, כשהאבחנה היחידה בין התובעים הייתה בין מטופלים שחוו פיזית תופעות לוואי עקב יציאה מאיזון הורמונלי לבין מי שלא סבלו מתופעות לוואי כאלו. על רקע עובדתי זה לא נעשתה – ולא היה נדרש לעשות – כל אבחנה בין מטופלים שחוו רגשות שליליים בעקבות הפגיעה באוטונומיה לבין מטופלים שהיו אדישים לה. בנסיבות אלו ולפי הנימוקים לעיל, כל יתר השיקולים שמונה השופט גרוסקופף לצורך הצדקת הסטייה של פסק הדין בעניין פריגו מההחלטה החיובית בשלב אישור התובענה כייצוגית – מותרים.

## 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. יותר מ-20 שנים חלפו מאז נפסקה בבית המשפט העליון הלכת דעקה,<sup>52</sup> שבה נולדה ההכרה בראש נזק חדש במשפט הישראלי, הוא ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. דומה שאין חולק 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 אגב הפרת החובה לקבל הסכמה מדעת, הן בתביעות צרכנות ייצוגיות והן בנסיבות מגוונות נוספות<sup>53</sup> – בהתלהבות ובמחויבות ערכית בולטת. ההתנהלות הזו ותוצאותיה יצרו אי־נוחות גוברת והולכת בבתי המשפט, במוסדות בריאות (בתי חולים וקופות חולים) ובחברות הביטוח, שהתקשו להתאים את עולם המושגים הקלאסי של הפיצויים בדיני נזיקין ל"תוספת" החדשה של פיצוי בגין פגיעה

52 ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 6.

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 קרוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה(3) 164 (2012). בנסיבות מסחריות העוסקות בהתנהלות גוף מנהלי, ראו למשל ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005) (להלן: עניין אבנעל) (שם נקבע כי הנזק שנגרם הוא לא רכושי אך בר פיצוי תוך הפניה למקרים אחרים שבהם נקבע נזק בגין פגיעה באוטונומיה). כך גם בעניין רשלנות מקצועית של עורך דין שגרם נזק לאוטונומיה של לקוחתו, בע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוננוביץ (פורסם בנבו, 6.2.2006). כן השוו לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ריבלין בע"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), ובעניין פרינר (לעיל ה"ש 7). כן ראו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 כ"ש נ' כ"פ (פורסם בנבו, 21.12.2004) (סרבנות גט). לדין כללי בהתפתחות ובתנועת ההתנגדות לה, ראו אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012); צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007); נילי קרקר-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה: בעקבות ע"א 93/2781 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה" המשפט יא 267 (2007); וכך שיר ויסנברג "פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין" משפטים מה 833 (2016). ראו גם עניין טחינה הנסיך, לעיל ה"ש 8, פס' 3.1.2.3. לפסק הדין, והמקורות הרבים שאליהם מפנה השופטת אגמון גונן בהקשר זה.

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 באוטונומיה וליצירת מקבץ תנאים שרק בהתקיימם יינתן פיצוי בגינם, הייתה צריכה להיות צפויה. המאמר של השופט עמית,<sup>54</sup> 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,<sup>55</sup> ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא בלי ספק הכוכב של דיני הנזיקין ולא רק בתחום הרפואה והצרכנות.<sup>56</sup>

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

#### (א) התפתחות ההגנה הנזיקית על האוטונומיה

ראשיתה של הדרך הפסיקית 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 מחדשת לרציונל שבבסיס ההליך של תביעות צרכניות בכלל ושל תביעות צרכניות ייצוגיות בפרט. להלן סקירה קצרה של התהליך ככל שהיא נדרש להבנת ניתוח פסק הדין בעניין פריגו.

כידוע, מקורו של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – שהפיצוי בגינו משקף את ההגנה על האוטונומיה – הוא 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 שמלבד הנזק הפיזי שנגרם לכתפה של גב' דעקה, שעליו היא אינה זכאית לקבל פיצוי, גרמה התנהלות הצוות הרפואי לנזק נוסף – הנזק שבשלילת זכותה להחליט אם וכיצד יבוצע בה ההליך הרפואי (שגרם לה בסופו של דבר את הנזק לכתף). ראש נזק חדש זה<sup>57</sup> – 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 מצידם של מי שהאוטונומיה שלהם נפגעה על המצג/ההתנהגות העוולתי/ת של הנתבע.<sup>58</sup>

54 ראו 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.

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

58 פרוקצ'יה וקלמנט מבחינים בין שני סוגי נזקים אפשריים הנובעים מפגיעה באוטונומיה ומבקרים את האופן שבו התפתחה ההלכה בהמשך, בעיקר במצבים שבהם הפגיעה באוטונומיה התבטאה רק בשלילת חופש הבחירה (ראו פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 38–42).

במהלך השנים התפתח דיון זה והעמיק, וכיום כבר ניתן 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 בליבת האוטונומיה. פגיעה באינטרס חשוב מבחינת הזכות לכתוב סיפור חיים שיהיה מושכל ועצמאי על בסיס מידע שאדם סביר בנסיבותיו של התובע נזקק לו לצורך זה;<sup>59</sup> שנית, אין פוסקים פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כאשר לתובע נפסק פיצוי בגין כאב וסבל.<sup>60</sup> עיקרים אלו אומצו במהלך השנים, בהתאמה, גם בתחום של 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, התפשטותו של ראש הנזק הזה אל מחוץ לתחום המחיה המקורי שלו בתביעות על רשלנות רפואית; שנית, תהליך מקביל של התרחבות ענף התובענות הייצוגיות בכלל ושל התובענות הייצוגיות הצרכניות בפרט.<sup>61</sup> וכך, ככל שהשימוש במכשיר התביעה הייצוגית הלך והתקבע בקרב המשפטנים וקהל הצרכנים, כן התרבו והלכו 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.<sup>62</sup> תהליך ה"שכפול" הזה מוכר. בגלל אופיו

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). עם זאת, בית המשפט העליון עדיין מקפיד לברר תביעות הורים בגין הולדה בעוולה מהסייג האחרון, שבעניינו עדיין קיימת מחלוקת (ראו עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 489).

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 לחוק (האוסרת על הטעיית הצרכן), ועל זו שבסעיף 4 לחוק (המטילה על העוסק חובת גילוי מורחבת ומיוחדת כלפיו). יכולות לבוא בחשבון גם תביעות בעולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה וכן תביעות חוזיות. חלק לא מבוטל מהן מתייחס להטעיות בתחום הפרמקולוגיה, תוספי תזונה, מרכיבי מזון, הוראות שימוש בתרופות ובתוספי מזון לצד נושאים מגוונים אחרים בתחום הכשרות, הצמחונות והטבעונות. בכל אלו בולטים במיוחד פערי המידע, הרגישות הצרכנית וחשיבות מושא הטעיה לליבת זכות הבחירה האנושית. עוד בעניין זה, ראו אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935 (2016).

62 ראו CARLTON FIELDS, 2020 CARLTON FIELDS CLASS ACTION SURVEY: BEST PRACTICES IN REDUCING COST AND MANAGING RISK IN CLASS ACTION SURVEY (2020); *Pharmaceutical Class Action Articles, Classified: The Class Action Blog* (2020), <https://tinyurl.com/y6mf4lln> Kristin E. ראו בעניין זה, לפרשה בסכום של 3.4 מיליארד דולר בעניין שתלי סיליקון בחזה, ראו Kristin E. Schleiter, *Silicone Breast Implant Litigation*, 12 VIRTUAL MENTOR 389 (2010), <https://bit.ly/36WdI15> וכן לפרשה בסך של כ-3.8 מיליארד דולר בעניין Fen-Phen Diet, ראו David J. Morrow, *Fen-Phen Maker to Pay Billions In Settlement of Diet-Injury Cases*, N.Y TIMES (Oct. 8, 1999) <https://tinyurl.com/yypqrqlx> AJ Agrawal, *Drug Class Action Lawsuits*, ראו "While Glaxo Are Big Business", HUFFPOST (June. 20, 2017), <https://tinyurl.com/y2d67r4l> 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

הגלובלי של המסחר בתוצרי בריאות וקוסמטיקה התפתחה תופעת "גיור" של תביעות שהוגשו בחוץ לארץ נגד חברות המשווקות מוצרים זהים בארץ. הידועים במקרים הללו הן התביעות נגד ג'ונסון & ג'ונסון (הורדת תרופות פגומות מהמדפים; טענה לאזבסט בטלק);<sup>63</sup> נגד דקסל פארמה טכנולוגיות בע"מ (בטענה כי התרופה Valsartan מסרטנת)<sup>64</sup> ונגד קבוצת גלקסו (GSK) (בטענה כי תרופה נגד סוכרת מגבירה סיכון להתקף לב).<sup>65</sup> החקיקה הנזיקית בכלל והחקיקה הצרכנית בפרט הפכו לכלי מובהק ליישום ואכיפה בידי צרכני בריאות, כשבחלק לא מבוטל מהמקרים התביעות עוסקות בעוול (נטען) בעל השלכה ציבורית, לעיתים בין-לאומית, בולטת, כמו בפרשת האלטרקסין שבה עסקינן, וכמו במקרה של החיסון נגד מחלת הצהבת של חברת סייבואק (Sci-B-Vac) הישראלית, שבימים אלו הדיון המשפטי בו עושה את צעדיו הראשונים.<sup>66</sup>

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

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 ראו עניין ג'ונסון אנד ג'ונסון, לעיל ה"ש 45; בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית בת"צ (מחוזי מר') 45416-12-18 פלונית נ' יאנסן פרמצבטיקה ריסרצ' פאונדיישן ויאנסן את ווינגטון קרוסינג (הוגשה ביום 21.12.2018).

64 בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית בת"צ (מחוזי מר') 25084-07-18 ארכיטר נ' דקסל פארמה טכנולוגיות בע"מ (הוגשה ביום 10.7.2018).

65 ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 2223/07 בכרך נ' Glaxo Smith Puerto Rinc Inc (פורסם בנבו, 10.6.2013). גם התביעה בפרשת האלטרקסין (לעיל ה"ש 2) הוגשה מלכתחילה, בין היתר, נגד חברת גלקסו, כיצרנית התרופה והמשווקת שלה, אולם הבקשה לאישור התובענה הייצוגית נגדה נדחתה. עם זאת יודגש, כי במקרים שבהם התובעים טוענים לקיומו של נזק פיזי חמור הניתן 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 \$29 Tiffany Hsu, Johnson & Johnson Hit With Million Verdict in Case Over Talc and Asbestos, N.Y TIMES (Mar. 14, 2019) <https://tinyurl.com/y6o6mken>. 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 Jonathan Stempel, Bayer Lawsuit: Judge Cuts Punitive Damages in Glyphosate-Cancer Case from \$75 Million to \$20 Million, GENETIC LITERACY PROJECT (July 16, 2019), <https://tinyurl.com/y4z82eyy>.

66 ראו יפה שיר-ארו "כתב תביעה חמור: 'חיסון ניסיוני ניתן לתינוקות בישראל'" Ynet (16.9.2018) <https://bit.ly/3lGkrjY>; ארגון ארצי לנפגעי חיסונים "התינוקות שלנו – לא שפני מעברד שלכם! נרשמים ודורשים ועדת חקירה ממלכתית!" Drove <https://tinyurl.com/y6ccxzo8>. הדיון בתביעה הייצוגית עוכב לאחרונה עד תום הדיון בתביעות פרטניות שהגישו הורים לשני תינוקות שנטען ששניהם ניווקו נזק חמור מהחיסון.

## (ב) תנאי הסף להגנה על האוטונומיה הצרכנית ויישומם

הקליטה של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כוזב לפיתוחו של ענף התביעות הצרכניות הייצוגיות נעשתה בשלבים. תוך כדי כך נקבעו גם תנאי הסף שבהתקיימם תאושר תביעה כזו. הצעד הראשון נעשה בהחלטה פורצת הדרך בעניין **ברזני**,<sup>67</sup> שבו נדחתה הבקשה לאישור תביעה ייצוגית נגד בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, הואיל והתובע הייצוגי לא עמד בחובת ההוכחה של מלוא מרכיבי האחריות הנזיקית, לרבות קיומו של נזק וקשר סיבתי.<sup>68</sup> פיתוח של עניין **ברזני** ויישומו מופיע בע"א **שטנדל**,<sup>69</sup> 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".<sup>70</sup> לאחר עניין **ברזני** באה פרשת **תנובה** על שני גלגוליה,<sup>71</sup> שהיא גולת הכותרת של ההתפתחות של השנים האחרונות, ולאחריה – פרשת **פריניר**.<sup>72</sup> 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 **פריניר** וביקורתנו עליה.<sup>73</sup>

67 פסק הדין בע"א **ברזני** (לעיל ה"ש 29), אושר בדנ"א **ברזני** (לעיל ה"ש 29). לדין נרחב בגישות השונות שהוצגו בדיון, 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), היה אפשר לוותר על דרישת ההסתמכות, אולם במקרה כזה הפיצוי האפשרי הוא פיצוי חזוי ולא פיצוי נזיקי. לביקורת על דעת הרוב, ראו פרוקציה וקלמנט, שם, בעמ' 17 ואילך. המחברים מסתייגים גם מהביקורות האחרות נגד ההחלטה בעניין **ברזני** (שם, בעמ' 17, ה"ש 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 ו.

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) דחה בית המשפט העליון 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, פס' 5). מנגד, ראו בהקשר זה, רע"א 3418/16 **המועצה להסדר ההימורים בספורט נ' אבידן**, פס' 7 ו-20 להחלטה (פורסם בנבו, 1.9.2016) ("אף שייטכן 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").

70 ע"א **שטנדל**, שם, בעמ' 13. השופט (כתוארו דאז) ג'ובראן ציין (שם, בעמ' 13 ו-15), כי בדעת הרוב בדנ"א **ברזני** (לעיל ה"ש 29), אומנם הציע השופט (כתוארו דאז) חשין "מספר קווים מנחים לעיצוב דין ההסתמכות והקשר הסיבתי במסגרת התובענות הייצוגיות, שיש בהם כדי לרכך את הסטנדרט הרגיל של דיני הנזיקין [...] ואולם [...] 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 מר") 6953-05-18 **אמרגי נ' שופרסל בע"מ** (פורסם בנבו, 24.6.2019), הליך שבמסגרתו פורסמה בעיתונות "הודעה על הגשת בקשה לאישור הסכם פשרה" **מעריב** (1.7.2019), <https://tinyurl.com/y5qbujxd>, בעניין מוצרים ששופרסל הציגה אותם ככשרים באופן מטעה.

73 עניין **פריניר**, לעיל ה"ש 1.



בעניין **תנובה**, שבו נדונה שאלת קיומה של עילת תביעה צרכנית במקרה של שתיית 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 בשל צריכתם את החלב המעורב בסיליקון ללא ידיעתם. הפגיעה באוטונומיה שלהם, שהתבטאה בשלילת הזכות לבחור אם לצרוך את החלב או להימנע ממנו, כשהיא לעצמה, אינה מזכה בפיצוי.<sup>74</sup> ההבחנה הזו בין הצרכנים, על פי תגובתם הסובייקטיבית לפגיעה שגרמה תנובה (במכוון), הוסברה בגלגולו השני של פסק הדין בבית המשפט העליון (פרשת **תנובה 2**). כאן החליט בית המשפט העליון כי הנחת העבודה של בית המשפט המחוזי, שלפיה כל מי שצרך את החלב **בפועל** תופעות לוואי שליליות אינה ריאלית, והעריך – על פי הראיות שהיו לפני בית המשפט המחוזי, ובעזרת ראיות סטטיסטיות להעדפות צרכנים<sup>75</sup> – את מספרם של הנפגעים הערכה שמרנית הרבה יותר.<sup>76</sup> בית המשפט אומנם הכיר באפשרות שבמקרים מסוימים תקום חזקה בדבר קיומם של רגשות שליליים כאלו, אולם מקרים אלו הם ספורים בנסיבותיהם.<sup>77</sup>

בעניין **פריניר** קבע השופט מלצר כי מלבד הנזק הממוני שנגרם למי שרכש מוצר שנחזה להיות כשר לפסח אך לאמיתו של דבר היה חשש שנמצא בו חמץ, נגרם לצרכנים **שצרכו את המוצר בפסח** נזק לא 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. משום כך הוגבל הפיצוי 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.<sup>78</sup> לא כל שלילה של חופש

74 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 פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 37-40. כן ראו (והשוו): Lawrence J. Ball, *Comment, Damages in Class Actions: Determinations and Allocation*, 10 B.C. L. REV. 615 (1969). המאמר מתמקד דווקא בתביעות ייצוגיות מסחריות ועוסק באופן חלוקת האחריות בין כמה נתבעים ובאופן חלוקת הנזקים בין התובעים מנקודת ראות אמריקנית.

75 ראו Hagai Doron & Uriel Prinz, *Israel, in THE CLASS ACTION L. REVIEW* 96 (Richard Swallow ed., 2017), available at <https://bit.ly/2Fm6NCS>.

76 סכום הפיצוי על-פי ההערכה המתוקנת היה 38.5 מיליון ש"ח (במקום 55 מיליון ש"ח) (ראו פרשת **תנובה 2**, לעיל ה"ש 7, פס' 58). על אופן קביעת מספר הניזוקים בעניין **תנובה** (שם) 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). גם כאן הנזק לתובעות היה נזק לא ממוני קשה להערכה ומשתנה בכל אחת מהתובעות. ההחלטה אושרה בבית המשפט העליון בהדגשת ערכו התקדימי וחשיבות ההחלטה שהתקבלה בו, ראו ע"א 8025/18 **קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה בע"מ** (פורסם בנבו, 30.6.2019).

77 ראו למשל, את נימוקיו של השופט גרוסקופף בהחלטה לאישור התובענה בעניין **פריניר** כייצוגית (לעיל ה"ש 2), שבה הוא משתמש בחזקה כזו בגלל נסיבותיו המיוחדות של המקרה.

78 ראו עניין **פריניר**, לעיל ה"ש 7, פס' 43 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) מלצר. השופט מסתמך שם על מאמרם של פרוקצ'יה וקלמנט (לעיל ה"ש 32, בעמ' 38 ו-40). בקשה לדיון נוסף נדחתה בידי

הבחירה היא התערבות בזכות "לכתוב את סיפור החיים", ולא כל מצג שווא כשלעצמו ייצר זכאות לפיצוי בגין אי-כיבוד הזכות לאוטונומיה.<sup>79</sup>

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, בעיקר כלכליים וחברתיים, 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 פריניר 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 לא ממוני, לפחות בתביעות ייצוגיות צרכניות, מיצה את עצמו. אפילו לאחר פרסום מאמרו של השופט עמית, שמרבית הפסיקה מיהרה לאמץ את מסקנותיו, ההתלבטויות שמפגינה הפסיקה בנושא והתכנים הנישתיים שבהם מפעילים בתי המשפט את שיקול דעתם בבקשות לאישור תובענות כייצוגיות, באישור פשרות (והסתלקות) ובמתן פסקי דין, תמיד מוגבלות לאותה שאלה: האם הסיפור העובדתי העומד לדיון, עומד בתנאים המקדימים המכשירים פסיקת פיצוי על פגיעה באוטונומיה, גם כשפגיעה זו אינה מלווה בתוצאות לוואי פיזיות של כאב וסבל שהם תולדת המעשה העולתי?<sup>80</sup> אין "גזירות" חדשות וגם לא "פריצות דרך".

כך, החלטה בעלת חשיבות ציבורית כמו זו שבעניין שמול,<sup>81</sup> שדנה בניסויים רפואיים בבני אדם ללא הסכמתם (מתן קומדין במקום קלקסן, ניקור שלפוחית השתן ופיוס קיבה), סירבה לאשר תובענה כייצוגית, בין השאר<sup>82</sup> על בסיס הקביעה כי לא נגרם לתובעים נזק סובייקטיבי, וכי הפגיעה באוטונומיה שלהם אינה מצדיקה כשלעצמה הטלת אחריות משפטית. ההחלטה, שעל פני הדברים נראית כבלתי ניתנת ליישוב עם הלכת דעקה הוותיקה, למעשה מיישמת את מבחני הסף שנקבעו בפסיקה שבאה אחריה.<sup>83</sup> דחיית הבקשה בידי

- 79 הנשיאה נאור, בדנ"א 5406-15 פריניר (הדס 1987) בע"מ נ' ברזילי (פורסם בנבו, 25.8.2015) (להלן: דנ"א פריניר).
- 79 ראו ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס (3) 13 (2005); ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 12.3.2014).
- 80 במובנו של הנזק מהסוג השני, לפי הניתוח של פרוקציה וקלמנט (לעיל ה"ש 32). כן ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 398.
- 81 ראו ת"צ (מחוזי מר') 10270-12-10 שמול נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 23.12.2018).
- 82 שם. התביעה נדחתה בעיקר בשל הקביעה כי לבית המשפט אין סמכות במקרה זה בגלל מעמדה של הנתבעת.
- 83 השופט שטמר עצמה מציינת בעניין שמול (שם, פס' 72) 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". ואולם, בהמשך הדברים (שם, פס' 75): "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-ארוז כי אינה שותפה לעמדה המצמצמת של השופט עמית בענין הנזק של פגיעה באוטונומיה, במובן שאין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כאשר ניתן פיצוי בגין נזק שנגרם

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**. בשל מצבם הפיזי והנפשי לא היו התובעים מסוגלים לפתח רגשות שליליים בעקבות הפגיעה באוטונומיה שלהם, שבאה לידי ביטוי בחשיפתם לבדיקות, לטיפולים ולתרופות ניסיוניות שלא בהסכמתם, ולכן לא הוכח – ולא יכול היה להיות מוכח – נזק תוצאתי כלשהו שנגרם להם.<sup>84</sup>

בדומה לעניין **שמול**, גם עניין **גינדי**,<sup>85</sup> שעוסק בתופעות לוואי מסוג פגיעה בפריון ובכושר המיני העלולות להיגרם – כך נטען – 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 בהבחנה בין המטופלים השונים בתרופה ובזכויותם, 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 בעקבות זאת.<sup>86</sup> וגם ברצף התביעות בנושא כשרות, שבעקבות הקביעה בעניין **פריניר** מוסיפות רובן בפשרה או בהסתלקות מהתביעה – לפי יכולתם של התובעים להוכיח כי רכשו וצרכו את

מהתשלול 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). כן ראו דבריו של השופט הנדל בעניין **פלוגית נ' שירותי בריאות כללית** (לעיל ה"ש 60), המצדד בגישה שהנושא עדיין לא הוכרע סופית; עוד ראו אסף פוזנר "הלכה יומית בדיני נזיקין: האם ניתן לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין כאב וסבל?" <https://tinyurl.com/y4v2g2tk>.

84 השוו לטענה דומה בעניין **גונסון אנד גונסון**, לעיל ה"ש 45. השופטת שטמר אף מפנה (שם, פס' 67) לפסק דינה למאמרה של רקר-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 בבית המשפט העליון בפרשת **תנובה 2**, לעיל ה"ש 7). כן ראו Tsachi Keren-Paz, *Liability for Consequences, Duty of Care and the Limited Relevance of Specific Reliance: New Insights on Bhamra v Dubb*, 32 J. PROFESSIONAL NEG. 48 (2016).

85 ע"א 7854/17 גינדי נ' מרק שארף ודוהאם (ישראל - 1996) בע"מ (פורסם בנבו, 31.7.2018); ת"צ (מחוזי י-ם) 4517-09-10 משה נ' מרק שארף ודוהאם (ישראל - 1996) בע"מ (פורסם בנבו, 8.9.2013) (אישור התובענה כייצוגית); ת"צ (מחוזי י-ם) 4517-09-10 משה נ' מרק שארף ודוהאם (ישראל - 1996) בע"מ (פורסם בנבו, 11.3.2018) (אישור הסדר הפשרה).

86 ת"צ (מחוזי י-ם) 4606-11-16 מונדרי נ' נטו מלינדה סחר בע"מ (פורסם בנבו, 17.2.2019) (בקשת האישור נדחתה לגופה. לא הוכח שמדובר ב"מידע מהותי", שם, פס' 25 ואילך); ת"צ (מחוזי ת"א) 62112-09-17 לדרגור נ' ח.ש בקרנה בשר הכפר בע"מ (פורסם בנבו, 25.8.2019) (השופטת אגמון-גונן דחתה בקשה לסילוק על הסף של תביעה לפיצוי בגין נזק שנגרם, בין השאר, מהפרת חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד-1994); ת"צ (מחוזי י-ם) 62868-10-13 מונדרי נ' תשלובת נקניק נהריה כשר זוגלובק 1972 בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2019) (הבקשה הוגשה על בסיס כתבה בתוכנית הטלוויזיה "כלבוטק"; הסדר הפשרה אושר).

המוצר הפוגע אגב פגיעה באמונתם ובאורחות חייהם.<sup>87</sup> גם בעניין **סייוואק**,<sup>88</sup> שנדון לאחרונה בבית המשפט העליון בהקשר עובדתי נסיבתי מצומצם, ברור מניתוח הסוגיה שעמדה לפני בית המשפט ומניתוח ההחלטה של בית המשפט המחוזי לפניו, כי התביעה הייצוגית שהגישו הורי הילדים שקיבלו את החיסון – שעליו נטען לאחר מכן כי הוא מסוכן ופגום – מושתתת כולה על הוכחת הנזק התוצאתי הסובייקטיבי של התובעים בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם.<sup>89</sup>

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 אל מעבר לגבולות הסבירות והמידתיות מאידך גיסא. שני פסקי דין אלו ניתנו לאחר פסק הדין בעניין **פריגו**, בשניהם היה מדובר על פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה שאינה מתלווה לתופעות פיזיות שליליות (stand-alone autonomy), בשניהם נדחתה התביעה, ושניהם ממחישים את הרלוונטיות והמורכבות של הנושא.

במרכז ההחלטה בעניין **טחינה הנסיך**<sup>90</sup> – שנטען כי התנהלותה רשלנית ולא מקצועית<sup>91</sup> – 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 לבד מהפגיעה הנטענת באוטונומיה, לא הייתה הטעיה מכוונת במודע או במזיד או מניע שלילי כלשהו, ולכן גם לא נגרם "נזק למבקש או למי מחברי הקבוצה הנטענת".<sup>92</sup> ובאין נזק, כידוע, אין עילת תביעה.

נוסף על זה, 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 לא צפויה וחד-פעמית שהנתבעות תיקנה 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 יגדילו 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.

87 ת"צ (מחוזי י-ם) 19811-01-16 **אלבוים נ' מרב מזון כל בע"מ** (פורסם בנבו, 16.6.2019); ת"צ (מחוזי מר) 69940-11-17 **כוחן-גבור נ' שופרסל בע"מ** (פורסם בנבו, 29.9.2019) (אי-הוספת ויטמין D לחלב 1% של תנובה ולחלב של שופרסל. 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 ו"מרשימה" פחות את בתי המשפט.

88 רע"א 3336/19 **פלוגי נ' סייוואק בע"מ** (פורסם בנבו, 10.9.2019).

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

90 אף שהחלטה בעניין **טחינה הנסיך** (לעיל ה"ש 8), התקבלה ביום 26.2.2019, כשלושה חודשים לאחר אישור הסדר הפשרה (לעיל ה"ש 1) – עניין **פריגו** כלל אינו מוזכר בה.

91 עניין **טחינה הנסיך**, לעיל ה"ש 8, פס' 1ב(2) לפסק הדין.

92 שם, פס' 1.2.3.ב.

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 הדחייה התמקדו בכך שלא הוכח כי מי מהתובעים רכש את המוצרים בשל הפרסומים המטעים, ולכן לא היה מלכתחילה פוטנציאל טיעון לקיום פגיעה באוטונומיה או אחרת.<sup>93</sup>

סקירת מכלול ההחלטות בתת-פרק זה, שכולן עסקו בתביעות צרכניות ייצוגיות, מלמדת כי ההבדל בתוכנן 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 בפרשנות ודרך היישום של המגבלות שנקבעו בפסיקה,<sup>94</sup> 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 ללא ספק יוצאת דופן.

הדיון המפורט שלעיל מספק לנו תשתית פסיקתית מספקת כדי לבחון את השאלה הבאה: האם הנימוק 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",<sup>95</sup> שניתן בפסק הדין בעניין **פריגו** לשלילת הזכות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של מטופלי האלטרקסין, מדייק בניתוח תמורות אלו? התשובה היא: כן ולא.

הפסיקה, בעיקר בעניין **תנובה** ובעניין **פריניר**, אכן הציבה תנאים לא קלים בדרכה של התביעה הייצוגית הצרכנית. עם זאת בהתקיים תנאים אלו, הפסיקה נכונה בהחלט להכיר בזכותם של מי שעמדו בהם לקבל פיצוי בגין נזקם.<sup>96</sup> ארבעת פסקי הדין המחוזיים שעליהם

93 עניין **ניצת הדובדבן**, לעיל ה"ש 8, פס' 28–48 לפסק הדין. ראו והשוו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1105/04 אל **רואי נ' Philip Morris USA, Inc.** (פורסם בנבו, 27.11.2012).

94 ראו למשל ת"צ (מחוזי מר') 8111-11-12 **ארגס נ' אסס תעשיות מזון בע"מ** (פורסם בנבו, 8.5.2014) (דחיית בקשה בעניין הטעיה במוצרי שוקולד בשל העובדה שהתובע לא הסתמך על הפרסום, שנפסק כי ממילא לא היה מטעה, ומשכך גם לא נפגע). במקרה זה היה מדובר, אמנם, בתובע אחד ולא בתובענה ייצוגית אולם בחינת הטעיה/הסתמכות היא זהה; 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 רכיב ללא סימון מתאים).

95 עניין **פריגו**, לעיל ה"ש 1, פס' 56 (5) לפסק הדין.

96 ראו לדוגמה החלטתה של השופטת אגמון-גונן, שדחתה במילים חריפות את הפשרה בעניין **טחינה הנסיך** (לעיל ה"ש 8), לקדם אישור הסדר פשרה שעמד לדעתה במגבלות הפסיקה בת"צ 16059-04-16 (מחוזי ת"א) **כ. קטינה נ' נאופרם בע"מ** (פורסם בנבו, 18.9.2019) (להלן: עניין **נאופרם**) (תביעה ייצוגית שבה נטען כי התובעת הייצוגית רכשה וצרכה כדורי אדוויל ג'ל מתוצרת הנתבעת שהכילו גלוטן בניגוד לנוהלי אגף הרוקחות. הנזק הנטען היה נזק ממוני שברכישת הכדורים ונזק לא ממוני של פגיעה באוטונומיה ועוגמת נפש). עוד ראו והשוו ת"צ (מחוזי ת"א) 13345-12-15 **סלומון נ' סאקר** (פורסם בנבו, 16.6.2020), שבו אושרה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בידי השופטת 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 שהושראה לשיקול דעתו של בית המשפט בדיון עצמו.

מסתמך השופט גרוסקופף בנקודה זו<sup>97</sup> – עניין ג'ונסון אנד ג'ונסון, עניין אסם, עניין לופו ועניין ענבר – אינם מוסיפים מגבלות על אלו שכבר נקבעו בעניין תנובה ובעניין פריניר. יתר על כן, בפסק הדין בעניין ג'ונסון אנד ג'ונסון<sup>98</sup>, פסק דין שנתן בבית המשפט המחוזי בלוד השופט גרוסקופף עצמו, אומנם נדחתה בסופו של דבר הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אולם הדחייה שם מבוססת על ההבחנה בין הנסיבות שעליהן נסמך אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית – אישור שהוא נתן חודשים מספר לפני כן – לבין המקרה שבעניין ג'ונסון אנד ג'ונסון, אשר לא עמד, לעמדתו, בתנאי הסף לאישור כזה. קריאה מדוקדקת של הנימוקים בעניין ג'ונסון אנד ג'ונסון מבהירה כי אישור ההליך הייצוגי בעניין פריגו ניתן דווקא כדוגמה למקרה שבו כן התמלאו התנאים המגבילים הראשוניים שקבעה הפסיקה, והנזק לאוטונומיה – שהשופט קובע חזקה לקיומו שם – אכן ממלא אחר דרישות המגמה המצמצמת כפי שהיא מותווית כיום בבית המשפט העליון (ומשתקפת במאמרו של השופט עמית שהוזכר כבר רבות לעיל). גם שני פסקי הדין המאוחרים יותר, בעניין טחינה הנסיך ובעניין ניצת הדובדבן<sup>99</sup>, אינם מתיימרים להציב תנאים או מגבלות נוספים, והם מתמקדים ביישום מוקדם ומדויק של תנאים אלו בנסיבות הקונקרטיות. פסיקה זו מדגימה כאמור כיצד החשש מפני איבוד הרסן מתבטל כשכתי המשפט עושים את מלאכתם בקפידה.

לאור האמור לעיל, נראה לנו כי ביסוס ההחלטה לשלול פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של כלל מטופלי האלטרופקסין, בין השאר על ההלכה הנוהגת ועל קיומה של מגמת צמצום בפסיקת בית המשפט העליון, אינה מבוססת דייה 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 קטן יחסית, וכי משום כך החליטו הצדדים לייחדו למי שנפגעו בגופם עקב ההטעיה לגבי רכיבי התרופה, ולא מפני ש"הועם זוהרה של האוטונומיה". ניתן להניח בסבירות רבה כי אילו היה די כסף בקופת הפשרה, לא הייתה מגמת הצמצום שעליה עומד השופט גרוסקופף נזכרת כלל, ולכל הפחות היא לא הייתה לרועץ לקבוצה שהיה עולה בידה לעמוד במבחני תנובה ופריניר בהצלחה.<sup>100</sup>

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

אילו התקיים דיון לגופה של התביעה הייצוגית בפרשת האלטרופקסין, האם היה לפחות לחלק מחברי הקבוצה של המטופלים שלא סבלו תופעות לוואי פיזיות שליליות של כאב וסבל בשל יציאה מאיזון הורמונלי, 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

97 ראו לעיל ה"ש 45 והטקסט הסמוך לה.

98 שם.

99 ראו עניין טחינה הנסיך, לעיל ה"ש 8; עניין ניצת הדובדבן, לעיל ה"ש 8.

100 ראו עניין תנובה, לעיל ה"ש 7; עניין פריניר, לעיל ה"ש 7.

הקבוצה".<sup>101</sup> 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: באישור התובענה כייצוגית הבחין השופט במדויק 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),<sup>102</sup> ואילו באישור הסדר הפשרה הוא הסתפק בהתייחסות הקצרה והכוללנית הזו לכלל חברי הקבוצה – גם אם באזכור אגבי של חלוקה אפשרית ביניהם – מה שמוביל כמובן להדרתם מגורפת 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 בדבר סיכויי התובעים להוכיח את קיומם של תנאי הסף הקבועים בפסיקה, נעדרות ביסוס מספק, הן בשל היותן חסרת הסבר והן בשל ההכללה שבהן. 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 במסקנה לכאורית שאין בה כדי להראות שטענת קיומו של נזק אכן הייתה מתקבלת? בין שניסוח חמקמק זה מביע רק את האמירה שאין במה שנקבע בהליך הקודם כדי לחייב את בית המשפט בשלב הסופי של הדיון, ובין שיש כאן הטלת ספק באשר לפוטנציאל ההוכחה של המטופלים להוכיח נזק תוצאתי – עם החזקה האמורה או בלעדיה – נראה לנו כי הקביעה הזו אינה עומדת במבחן הנסיבות של המקרה.

כפי שראינו, הדרישות שמציבה הפסיקה ברציפות ובעקיבות כתנאי לקבלת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הן ברורות ומוגדרות:

- (1) הפגיעה צריכה להיות בגרעין הקשה של האוטונומיה; בזכות לכתוב סיפור חיים; בזכות לדעת שעל בסיסה ניתן לקבל החלטות מציליות חיים.
- (2) דרישה להוכחה כי הייתה חלופה אמיתית (viable) מבחינת התובע לצריכת המוצר או השירות המטעה.<sup>103</sup>
- (3) הפגיעה באוטונומיה צריכה לייצר אצל התובעים – ולו בדיעבד – רגשות שליליים של כעס, אי-נוחות, עלבון או פגיעה רגשית, שהן כולן תולדת המעשה הפוגע באוטונומיה.
- (4) המעשה העוולתי אינו רגעי וחולף, אינו אזוטרי ואינו נעשה בחוסר דעת.<sup>104</sup>
- (5) ההחלטה לאשר תובענה צרכנית כייצוגית 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 שחשו עקב הפגיעה בה רגשות שליליים.

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

102 אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, פס' 128.

103 *Matthies v. Mastromonaco*, D.O. 733 A.2d 456 (N.J. 1999).

104 השו"ע עניין תנובה (לעיל ה"ש 7), שם המעשה נעשה בכוונה, לעניין טחינה הנסיך, לעיל ה"ש 8.

כל אלו התקיימו, לדעתנו, בפרשת האלטרקסין. נמנה אותם בקצירת האומר: מדובר בתרופה מצילת חיים;<sup>105</sup> הנתבעת הייתה המשווקת והמפיצה הבלעדית שלה בארץ, והיא נרשמה כדבר שבשגרה למאות אלפי מטופלים בישראל; המינון האישי של התרופה לכל אחד מהמטופלים נקבע בקפדנות בידי רופא והוא טעון ניתור תמידי; תופעות הלוואי של יציאה מאיזון נעות על סקאלה שבין מוות לבין כאבי ראש חולפים, בחילה, עייפות ודיכאון; הבעיה שנוצרה בגלל שינוי במרכיבי התרופה הייתה ידועה ליצרן ולמשווקת לאחר שהגיעו דיווחים אינטנסיביים עליה מהרשויות בניו זילנד, דנמרק והולנד;<sup>106</sup> הבהלה שפרצה בארץ כשהחלו להתפרסם עובדות בדבר תופעות לוואי שמהן סובלים "לפתע" מטופלי אלטרקסין בלי שאיש יודע מה מקורן הייתה גדולה; היא הגדילה את החשש – גם של מי שלא פיתחו תופעות לוואי – מפני הרעה במצבם; כל מה שהיה צריך 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.<sup>107</sup>

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 מצידם "מתבקשת מאליה. למצער, די בה כדי להטיל נטל כבד על המשיבות לסתור חזקה זו. בנטל זה לא עמדו עד כה".<sup>108</sup> כלומר, נסיבות התביעה שהגישו צרכני תרופת האלטרקסין (בשונה, 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,

105 בעניין אל רואי (לעיל ה"ש 93), מבחין 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), שם אי-הגילוי בדבר החדרת הסליקון לחלב "שלל לחלוטין מכל אחד מרוכשי החלב את האפשרות להחליט האם לרכוש ולשתות את החלב המהולל אם לאו" (עניין אל רואי, שם, פס' 19, ר-21). מבחינה זו יש היקש ברור בין ההלכה בעניין תנובה (שם) לבין פרשת האלטרקסין (לעיל ה"ש 2).

106 ראו, למשל, Fliers et al., לעיל ה"ש 23. כן ראו הדוח השנתי של פריגו לשנת 2018: PERRIGO COMPANY PLC, DIRECTORS' REPORT AND CONSOLIDATED FINANCIAL STATEMENTS 120–121 (2018). <https://tinyurl.com/y5msr22q>

107 עמדת היועץ המשפטי לממשלה (לעיל ה"ש 33) שהתנגד להסדר מחדרת ומדגישה נקודה זו. על הלקח בדבר הצעדים שהיה צריך לנקוט, ראו גם ה"ש 20 לעיל, המפרטת את הצעדים שנקטו בישראל, בהנחיית משרד הבריאות, על-מנת ליידע את צרכני האלטרקסין בשינוי צפוי ברכיב לא פעיל של התרופה.

108 אישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית, לעיל ה"ש 2, פס' 128 לפסק הדין.



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 הראייתי היה הפוך: לא אי-בהירות אם "בסופו של דבר אכן הייתה מתקבלת הטענה של נזק מסוג של פגיעה באוטונומיה ביחס לכל חברי הקבוצה"<sup>109</sup>, אלא אי-בהירות באשר לשאלה אם היה עולה בידה של פריגו לסתור את החזקה שלפיה כלל המטופלים סבלו פגיעה באוטונומיה ברמה המוכרת על פי הפסיקה הרלוונטית. ההתייחסות הקצרה והפשוטה לסוגיה הראייתית הזו באישור הסדר הפשרה – שלפיה "הדיון בהחלטת האישור הוא דיון לכאורי בלבד"<sup>110</sup> – אינה משכנעת דייה לטעמנו.

אכן, כפי שנכתב 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 האלטרוקסין 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 היו התובעים מוכנים לקבל תמורת סיום הדיונים המורכבים והארוכים במסגרת הסדר הפשרה שלפנינו.<sup>111</sup>

#### 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 אינן תורמות לתהליך גיבושה והבהרתה של הזכאות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צרכנית במשפט הישראלי, לפחות בכל הקשור למימושה באמצעות הליך ייצוגי.<sup>112</sup> ההבדל בין הדיוק המשפטי והניתוח המוקדם של הסיטואציה ושל ההלכה הנוהגת, שבהם מתאפיינת ההחלטה לאישור התובענה בעניין פריגו כייצוגית בשנת 2015, לבין הנימוקים לאישור הסדר הפשרה בשנת 2018, אשר הדיר את המטופלים שלא חוו תופעות פיזיות של כאב וסבל מהזכות לקבל פיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלהם (לפחות אלו שכן סבלו מתוצאות שליליות מוכרות בשל כך), גודלו כגודל הארנק שהנתבעת הציבה לפתחם של התובעים הייצוגיים במסגרת הפשרה המוסכמת בתיק.

109 עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, פס' 56(5).

110 שם.

111 שם, בפס' 56(1) ר"ב(3).

112 גם פסק דינה של השופטת אגמון-גונן בעניין טחינה הנסיך (לעיל ה"ש 8), אינו קובע קני מידה מחמירים 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 תנוכה (לעיל ה"ש 7), אשר אינן מתקיימות בעניין שלפניו. כאמור, השופטת אגמון-גונן אישרה הסדר פשרה – לאחר ההחלטה בעניין טחינה הנסיך (שם) – שכללה פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. ראו עניין נאופורם, לעיל ה"ש 96.

כל מי שעקב אחרי הפרשה היה ער לחילוקי הדעות הקשים שנתגלעו 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 אנשי משפט בכירים. ברור גם שמדובר בתיק שהבעיות שהתעוררו בו היו מורכבות במיוחד, ולו מפאת מספרם הגדול של מטופלי האלטרופסין. 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.

ברור לכל מי שקורא את פסק הדין כי הסיבה העיקרית שבגינה ראה בית המשפט לנכון להתייחס לנימוקים נורמטיביים – מיותרים, לדעתנו – במקום להסתפק בקביעה כי סכום הפיצוי הקטן המוסכם הוא אילוץ המחייב שלילת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מכלל התובעים, נבעה מההתנגדות החריפה (פעמיים!) של היועץ המשפטי לפרשה בכל אחד משלבי ניסוחיה. גם עובדה ברורה זו 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.<sup>113</sup> לגישתנו, היה מוטב 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 כתביעות צרכניות ייצוגיות, מדובר בנושא ייחודי למשפט הישראלי, לפחות מבחינת היקפו ועומקו של הדיון התאורטי והיישומי שלו.<sup>114</sup> אין פלא אפוא

113 עניין פריגו, לעיל ה"ש 1, פס' 56(5).

114 ראו עמית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 466. 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 TWENTY-FIRST CENTURY 411 (Kit Barker, Karen Fairweather & Ross Grantham eds., 2017) (ניחוח החלטות של בתי המשפט באנגליה אגב השוואה לפסיקה הישראלית). כן ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Autonomy*, 70 U. TORONTO L.J. (forthcoming 2020), available at: <https://tinyurl.com/y2q2htgk> (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 THEOR. INQ. L. 1 (2018); Arthur R. Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Christie Grymes Thompson Action Problem"*, 92 HARV. L. REV. 664 (1979) & Carmen Hinebaugh, *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*, KELLY DRYE (Feb. 3, 2019), <https://tinyurl.com/y6h1gbw9> (אודות פסיקה נגד

שפרקליטים המתמחים בהגנה על נתבעים בתובענות מן הסוג הזה (בחלק גדול מהמקרים מדובר בחברות בין-לאומיות המייצרות תרופות, מזון ומוצרי צריכה אחרים) חוזרים ומזהירים מפני הפגיעה העלולה לנבוע מיישומה של ההלכה ומדגישים את הצורך במדיניות ניהול סיכונים חכמה ומעודכנת על מנת לקדם את פני הרעה.<sup>115</sup>

לקולות המתנגדים למתן פיצוי נרחב בגין פגיעה באוטונומיה והקשחת עמדת בתי המשפט בנושא, לצד העלאת האגרות הנגבות עבור הגשת תובענות ייצוגיות,<sup>116</sup> הייתה כנראה גם השפעה מעשית. על פי נתונים שפורסמו לאחרונה, מספר התובענות הייצוגיות פחת בשנת 2018.<sup>117</sup> עוד פורסם כי מרבית הבקשות לאישור תובענה ייצוגית מסיימות 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.<sup>118</sup> גל התביעות נגד חברות פארמה בנוגע לתופעות לוואי מסוכנות, היעדר פירוט מסודר של סכנות נלוות ונזקים פוטנציאליים נוספים, כמו בעניין התרופה הידועה ויוקס,<sup>119</sup> התרופה אבנדיה<sup>120</sup> ומפרקי הירך מתוצרת ג'ונסון אנד ג'ונסון,<sup>121</sup> כמו גם

*In re Subway* (Gap-Republic). ראו גם את התביעה נגד רשת Subway בעניין אורך הלחמניות: *Footlong Sandwich Mktg. & Sales Pracs. Litig.*, 869 F.3d 551 (7th Cir. 2017). עוד על מקוריית הגישה הישראלית בהשוואה לגישה האמריקאית, ראו יעקב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 82, ה"ש 268. עוד על תביעות ייצוגיות נגד חברות פרמה בארה"ב בשנים האחרונות, ראו *Taking on Big Pharma: Dozens of Class Action Pharmaceutical Lawsuits Currently Pending*, WELTCHEK MALLAHAN & WELTCHEK <https://bit.ly/3nET7Em>.

115 ראו, למשל *Breach of Autonomy – A Unique Israeli Damages Theory*, DRUG AND MEDICAL DEVICE, FOR THE DEFENSE 46 (2018), <https://tinyurl.com/y5kz33r4>; Paula Jacobi, *Pharmaceutical Tort Liability: A Justifiable Nemesis To Drug Innovation 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 Soc. Sci. J. 433 (2015).

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

117 "מחקר סיכום שנת 2018 – תובענות ייצוגיות" הלכה ומעשה המרכז להכשרות והשתלמויות מקצועיות (3.9.2019) (להלן: סיכום שנת 2018). לכתבה המתארת את ממצאי הסיכום ראו אליצפן רוזנברג "תביעות ייצוגיות ב-2018 הניבו 425 מיליון שקל לציבור" *Ynet* (3.2.2019) <https://tinyurl.com/yykzlpk>. לעומת זאת, בעת משבר הקורונה היה זינוק בולט במספר הבקשות. ראו מתן ברנר "כך זינק פי 5 מספר התביעות הייצוגיות שהוגשו בתקופת הקורונה" *גלובס* (20.5.2020) <https://tinyurl.com/y52v4fcb>.

118 סיכום שנת 2018, שם. ראו, לדוגמה, התובענה שהוגשה נגד חברת קוקה קולה בגין גביית מחיר מופרז מהצרכנים: ת"צ (מחוזי מר') 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) <https://tinyurl.com/y7ner9b6>.

119 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2349/04 *אוחנה נ' Merck Sharp & Dohme (Israel) Ltd* (פורסם בנבו, 23.7.2014).

120 עניין בכרך, לעיל ה"ש 65.

בפרשת האלטרקסין, מושא דיוננו כאן, הסתיים רובו ככולו בפשרות<sup>122</sup> שסכומן – יחסית לזהות החברות הנתבעות – היה זעום. כך גם בארצות הברית.<sup>123</sup> נתונים שהתפרסמו בפנקס התובענות הייצוגיות על כ-130 בקשות לאישור תובענה ייצוגית שהדיון בהן הגיע לסיומו בבתי המשפט המחוזיים ברחבי הארץ במהלך 2019, כשהן נוגעות למערכות יחסים שהן צרכניות במהותן, מעלים כמה מסקנות:<sup>124</sup> 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 – ובייחוד הפרת חובת תום הלב – על עשיית עושר ולא במשפט, על פגיעה באיכות הסביבה ועל פגיעה בשוויון.<sup>125</sup> עם זאת שיעורן של העילות ה"צרכניות" הקלאסיות הוא עדיין 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 עקיבים מאוד בבדיקת ההתאמה של ההליך שלפניהם לרציונל שעליו מושתתת הפרוצדורה הייחודית הזו.<sup>126</sup> ממצא זה תומך בתזה שאותה אנו מקדמים בהארת פסיקה זו, אשר לפיה קווי המסגרת של ההגנה על האוטונומיה הצרכנית כפי שנקבעו בפסיקה צריכים להישמר בדווקנות, והם משמשים מכשיר יעיל לוויסותם ולאיוזנם של האינטרסים החשובים – משני הצדדים – שהליכי התובענה הייצוגית הצרכנית משקפים.

121 ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 11207-03-11 גילמן נ' Johnson & Johnson (פורסם בנבו, 1.1.2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 11207-03-11 גילמן נ' Johnson & Johnson ג'ונסון & ג'ונסון (חברה זרה) (פורסם בנבו, 5.12.2013).

122 ראו דוד אוריחן "המרשם להגשת תביעה ייצוגית" עורך הדין 25, 91 (2014), <https://tinyurl.com/y6ndgc73>.

123 Alex Berenson, *Merck Agrees to Settle Vioxx Suits for \$4.85 Billion*, N.Y. TIMES (Nov. 9, 2007) <https://tinyurl.com/2vb58w>; Tom Barnes, *Johnson & Johnson Ordered to Pay Record \$4.7bn Damages Over Talc Cancer Lawsuit* (July. 14, 2018), <https://tinyurl.com/y3pczns4> לאחורונה 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 Peter Loftus, *J&J Hit with \$8 Billion Jury Award Over Antipsychotic Drug*, THE WALL STREET J. (Oct. 8, 2019), <https://tinyurl.com/y52924ye>.

124 על-פי מאגר נבו, בתי משפט מחוזיים, צירוף המילים "תובענה ייצוגית", "הגנת הצרכן", "אוטונומיה" ו"הפרת חובה חקוקה" (נכון ליום 10.10.2019), לבית המשפט העליון עלו חמישה תיקים, שמהם היחיד הרלוונטי לענייננו הוא עניין סיוואק, לעיל ה"ש 88.

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

126 ראו, למשל, התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה לפשרה בפרשת האלטרקסין (לעיל ה"ש 2). בחלק גדול מהמקרים הבקשה נדחית 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, פס' 3.2; עניין ניצת הדוכרבן, לעיל ה"ש 8. כן השוו אישור הבקשה לתובענה ייצוגית נגד מרפא אלטרנטיבי בגין הטעיה וניתוח התנאים המוקדמים בעניין סאקר, לעיל ה"ש 96.

#### ד. העילות למימוש ההגנה על האוטונומיה

שתי ההחלטות בפרשת האלטרקסין ממחישות את הצורך בחשיבה מחודשת על ההבדל הערכי והנורמטיבי בין מימוש ההגנה על האוטונומיה במסגרת עוולת הרשלנות לבין מימושה של הגנה זו באמצעות חקיקה אחרת, כמו דיני הצרכנות בענייננו.<sup>127</sup> 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 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 וכמתבקש, 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 לדוגמה בחוק הגנת הצרכן, לזכות בפיצוי ללא הוכחת נזק. אולם בניגוד לתביעה המוגשת אישית על פי חוק הגנת הצרכן, ובה מתאפשר פיצוי כזה, בתובענה ייצוגית לא ניתן לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק, ואף לא פיצויים לדוגמה (למעט על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות),<sup>128</sup> הגם שקיימת בחוק תובענות ייצוגיות הוראה מפורשת שלפיה "אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון".<sup>129</sup> נזקי הפגיעה באוטונומיה הם לא ממוניים ואף לא מוחשיים.<sup>130</sup> חשיבות פסיקת הפיצוי בהם גם ללא הוכחת נזק במסגרת תובענה ייצוגית היא גדולה. בשל 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,<sup>131</sup> ייתכן, לדעתה, שהתוצאה שם הייתה אחרת.<sup>132</sup> לנו נראה שיש לשקול שינוי בגישה האוסרת מתן פיצוי "ללא הוכחת נזק" בתביעות אלו.<sup>133</sup> שנית, לתובענות הייצוגיות בכלל ולאלו הצרכניות בפרט יש תפקיד ציבורי.<sup>134</sup> ההנחיות המפורטות של המחוקק בנוגע לפיצויים שבית המשפט פוסק במסגרתן מדגימות את תפקידן זה בבירור. לכן תובענות שאין בהן כדי להביא לידי ביטוי את המטרה ההרתעתית

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

128 חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

129 ס' 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

130 לעמדתם של פרחומובסקי ושטיין, כל פגיעה בזכות לגיטימית מייצרת גם פגיעה באוטונומיה של בעל הזכות ולכן "it can never be harmless" (ראו Parchomovsky & Stein, לעיל ה"ש 114, בעמ' 21).

131 עניין ברזני, לעיל ה"ש 29.

132 ראו חיות, לעיל ה"ש 61, בעמ' 945.

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

134 ראו למשל את דבריו של סיני דויטש בריאיון בנושא: מירב קריסטל "בית-המשפט העליון לא מגן מספיק על הצרכנים" Ynet (30.6.2012). <https://tinyurl.com/y2ymcskr>. כן ראו חיות, לעיל ה"ש 61.

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 מעמדה 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.<sup>135</sup>

שלישית, חלק ניכר מהתביעות הצרכניות הייצוגיות מעוגנות בעילה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין.<sup>136</sup> כמוהן גם התביעות המבוססות על הפרת חוק זכויות החולה,<sup>137</sup> 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 ושאותו הוא תובע הוא זה שהחיקוק המופר נועד למנוע, בכפוף כמובן להיותו של הנזק 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. למשל, בעניין **פריגו**, שבו נפסק בבית המשפט העליון (בקשה לדיון נוסף כאמור נדחתה) כי שתי קבוצות צרכנים בלבד תפוצינה: האחת, מי שרכש וצרף את המוצר בסוברו שהוא אכן כשר לפסח; השנייה, מי שרכש את המוצר אך לא צרף אותו בשל העדפות כשרות.<sup>138</sup> ספק אם כוונת המחוקק בחוקקו את עוולת ההטעה שבחוק הגנת הצרכן ואת תקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי),<sup>139</sup> כמו גם חקיקה נוספת המחייבת דיוק ברכיבי מוצר כלשהו, משקפת ראייה צרה כל כך של טווח ההגנה החקיקתי. 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 דקדקנית פחות ולאזן נכון יותר את האינטרס הצרכני-ציבורי עם האינטרס הכלכלי-פרטי של הנתבע.

135 ראו למשל רע"א 9615/05 **שמש נ' פוקצ'טה בע"מ**, פסק דינו של השופט (כתוארו דאז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.7.2006), אולם ראו דברי השופטת פלפל בת"צ (מחוזי ת"א) 37353-04-12 **אפרתי נ' י.ע.ד. אספרטו בר בע"מ** (פורסם בנבו, 11.12.2013). החלטתה של השופטת פלפל בוטלה בבית המשפט העליון, בהחליטו לאפשר הגשת תובענה ייצוגית בגין הפרת החוק למניעת העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983, ולהחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי (ראו ע"א 414/14 **אפרתי נ' י.ע.ד. אספרטו בר בע"מ** (פורסם בנבו, 11.5.2015)). כן השוו דנ"א 5783/14 **צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 12.9.2017).

136 ס' 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. ראו התייחסות לסוגיה זו אצל השופט חשין (המציין גם את עמדתו של הנשיא ברק) בדנ"א **ברזני**, לעיל ה"ש 29, פס' 45.

137 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

138 דנ"א **פריגו**, לעיל ה"ש 78, פס' 7 (שבו מצוטטת בהסכמה קביעתו של השופט מלצר).

139 תקנות הגנה על בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשע"ח-2017.

## 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 בגינו קידמו את מעטפת ההגנה שהמשפט הפרטי בכלל ודיני הנזיקין בפרט מעניקים לזכויות האישיות של הפרט, בדומה להגנה על השם הטוב, על הפרטיות, על הכבוד ועל השוויון. 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 ושיימה. על נקודת איזון זו לשקף במידה המיטבית את ההגנה על מכלול האינטרסים שאותם יש להביא בחשבון בהליך של תובענה צרכנית ייצוגית, המכוונת להטלת אחריות מלווה בחובת תשלום של פיצויים לא ממוניים למי שהאוטונומיה שלהם כצרכנים נפגעה.

נקודת האיזון הזו נקבעה בסיומו של רצף פסקי דין מכווננים כמו **ברזני**, **תנובה** ו**פריגו**, שהם היכין והבועז של דיני התובענות הצרכניות הייצוגיות, שאז נדמה היה כי שלב עיצובו של הדין כבר הושלם, וכי הושגה הסכמה הן על מסגרת ההגנה על האוטונומיה הצרכנית והן על תנאיה, לפחות אם מבקשים 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 תיארונו את מהלך הדברים שהביא לתוצאה הקשה שבעניין **פריגו**, המדירה מטופלים שהאוטונומיה שלהם נפגעה מאי-גילוי מידע רפואי מהותי שהיה בעל השפעה על בריאותם, מהזכאות לקבלת פיצוי בשל כך, בלי להתחשב באפשרות שהיה 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 ליותר ממהמורה 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"<sup>140</sup> – 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 החולים 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

140 את מילות השיר "ליפא העגלון", שממנו שאל השופט עמית את הדברים, כתב יחיאל מוהר.

שהייתה גלומה כבר אז בהכרה בחובה להגן על האוטונומיה האישית תרמה במידה ניכרת 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 האלטרואקסין, של משרד הבריאות ושל קופות החולים, בימים אלו ממש, בתהליך הטמעת המידע על שינוי נוסף הצפוי בתרופה. השאלה הנשאלת לעיתים, "האם המשפט חשוב?"<sup>141</sup> מקבלת בסיפור גלגוליה של תרופת האלטרואקסין 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.

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