

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו  
א 1601/01 ( בשא 8929/01 )  
קונסט ג. טבע תעשיות פרמ  
(בתיק קונסט ג. טבע תעשיות פ.פ.)  
תאריך פתיחה: 05/04/01  
חור ווונרוי 249 חדר דניו רונל

בבית המשפט המחוזי  
תל אביב - יפו

בעניין: 1. גלי קונסט

2. איתן קונסט

שניהם עיי בי"כ עוה"ד צבי כהנא ו/או תל בר ואח'

שכתובתם לצורך מסירת כתבי בי-דין:

רחוב דיזנגוף 253 ת"א 63116

טל' 03-5466244 פקסי 03-5466246

### המבקשים

- נגד -

טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ

ח.צ. 4-001395-52

בזל 5 פתח תקוה

### המשיבה

## בקשה בכתב

(בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית)

בית המשפט הנכבד מתבקש להכיר בתובענת המוגשת בתיק זה כתובענה ייצוגית על פי פרק ו' 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981. לחלופין ומטעמי זהירות בלבד, יתבקש בית המשפט הנכבד להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית על פי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984.

בית המשפט הנכבד יתבקש לתת למבקשים לייצג בתובענה את כל מי שהשתמשה בתרופה "כוריוגון", מתוצרת המשיבה (להלן: "משתמשת"), במהלך התקופה בשנת 1998, בה שווקו אמפולות כוריוגון פגומות מתוצרת המשיבה (להלן: "תקופת הכשל"), ואשר הטיפול בו השתתפה המשתמשת נכשל, לרבות בן זוג של כל משתמשת, אשר ביצעה טיפול הפריית חוץ גופי, או טיפול שמירת הריון, שבמסגרתו נעשה שימוש בתרופה כוריוגון במהלך תקופת הכשל ולרבות כל מי שמימן טיפול כאמור או כל חלק ממנו.

בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן הוראות בדבר אופן פרסום התובענה וכן יתבקש ליתן כל צו שיראה לו נכון וצודק ליתנו בנסיבות מקרה מיוחד זה.

עוד יתבקש בית המשפט הנכבד להייב את המשיבה בחוצאות בקשה זו, לרבות שכ"ט עו"ד.

## נימוקי הבקשה

### פרק א': העובדות

1. המבקשים הם בני זוג, אזרחי ישראל ותושביה. נכאשך כתב תביעה זה מפנה להלן למבקשת מסי 1 במובתן מבעלה, היא תקרא, לשם הנוחות: "המבקשת"; ואילו מבקש מסי 2 ייקרא, כשהוא לבדו: "המבקש".
  2. המשיבה היא חברה ציבורית, שהתאגדה ונרשמה בישראל ואשר עוסקת, בעיקר, בייצור ובשיווק של תרופות.
  3. המבקשת נזקקה לטיפול פריון, ובאפריל 1998 החלו המבקשים בטיפול, במסגרת היחידה להפריה חוץ גופית שבמרכז הרפואי בהרצליה, הידוע כ"מדויקל סנטר" (להלן: "המדויקל סנטר").
- בעולה מונצהירי המבקשים, המצורפים לבקשה זו כחלק בלתי נפרד הימנה, טיפול החפריה החוץ גופית הוא זוגי: שני בני הזוג נוטלים חלק בטיפול. עובדה זו משתקפת בבירור בחוזר של המדיקל סנטר, המנופנה לכל בני זוג המתחילים בטיפול הפריה חוץ גופית. עותק מהחוזר מצורף לכתב התביעה כנספת א'.
4. הטיפול החל בתאריך 4.4.98 וכלל את השלבים הבאים:

- א. עם סיום המחזור החודשי נדרשה המבקשת ליטול ספריי לאף, הנקרא Spray Synarel.
- ב. מתאריך 6.4.98 ועד 14.4.98 קיבלה המבקשת, מדי יום, זריקת "פרגונל" (Pergonal) לתוך השריר. (הפרגונל הוא חומר שמעודד היווצרות של זקיקים. זקיק הוא מעין בלון מים אשר מכיל את הביצית).
- ג. בתאריכים 13.4.98 ו-14.4.98 בוצעו במבקשת בדיקות דם, כדי לברר את רמת תהורמונים (E2 ו-P) בדמה. (בדיקות אלה מאשרות מוכנות לשאיבת ביציות).
- ד. לאחר שבדיקת הדם גילתה שהמבקשת מוכנה לשאיבת ביציות, היא קיבלה ביום 15.4.98, בהזרקה לשריר, שתי אמפולות "כוריוגון" מתוצרת המשיבה (כעולה מחוות דעת מומחה, פרופי יוסף שנקר, המצורפת לבקשה זו כחלק בלתי נפרד הימנו ומסומנת כנספת ב' הכוריוגון הוא

שם מסחרי להורמון HCG (Human Chorionic Gonadotrophin) אשר מיוצר על ידי השליה ומגרה את השחלות לייצר שני הורמונים אחרים, אסטרוגן ופרוגסטרון, התינוניים להפריית הביצית ולשלבם המוקדמים של צמיחת העובר. הורמון זה יקרא להלן: "הורמון HCG". בין היתר, גורם הורמון HCG לכך שהביצית תצא מהזקיק, ואז יכולה לחתבצע השאיבה.

מיוצר לבקשה זו, כחלק בלתי נפרד הימנה, צילום של אריות אמפולות כוריון בהן השתמשה המבקשת, והוא מסומן כנספח ג'. כן מיוצר "עלון לרופא" שהיה מצוי באריזה הנ"ל והוא מסומן כנספח ג'1.

בעולה מנספח ג'1, המשיבה הצהירה כי כל אמפולה של כוריון מכילה 5000 יחידות של הורמון HCG.

ה. כעבור 36 שעות מזריקת הכוריון אמור להתרחש תהליך הביוץ. לכן, בתאריך 17.4.98, בוצעה במבקשת שאיבת הביציות. השאיבה התבצעה בחדר ניתוח, בהדגמה כללית מלאה. מהמבקשת נשאבו שתי ביציות בלבד. זוהי תוצאה גרועה יחסית (בד"כ שואבים בין 12 ל-17 ביציות), שנבעה מהתפתחות מאכזבת של הביציות.

ו. שתי הביציות שנשאבו עברו תהליך הפריה מעבדתי באמצעות תאי זרע שסיפק המבקש, ואשר נבדקו ונמצאו מתאימים להפריה. (תאי הזרע נמסרו למעבדה במוקד אותו יום - 17.4.98). בשלב זה קיבלה המבקשת זריקת כוריון נוספת ושוחררה לביתה.

ז. בתאריך 20.4.98 הוחזרו 2 עוברים (הביציות המופרות) לרחמה של המבקשת והיא קיבלה זריקת כוריון (אמפולה אחת).

ח. המבקשים התבקשו (כמקובל) להמתין כעשרה ימים, כדי להיווכח אם הטיפול תוכתר בהצלחה.

ט. בתאריך 1.5.98 ביצעה המבקשת בדיקת דם (BHCG כמותי) והתקבלה תשובת שלילית, דהיינו, טיפול ההפריה נכשל.

5. בסוף תודש אוגוסט 1998 החלו המבקשים בטיפול הפריה חוץ גופית חדש. המבקשת (שהיא אחות במקצועה) פנתה לתחנת האחות של "מכבי" (ברעננה) כדי לרכוש אמפולות כוריון לצורך הטיפול החדש. באותו מעמד ציינה המבקשת שנתרו ברשותה אמפולות מהטיפול הקודם וכי היא מתכוונת להשתמש בתן. דק אז נאמר לה לבדוק את האמפולות שברשותה, שכן, באותה תקופה שווקו אמפולות כוריון שהכילו הורמונים בכמות פחותה מכמות המינימום המוצהרת של 5000 יחידות של הורמון HCG.

6. המבקשת פנתה לנציגים המוסמכים של המשיבה, והם אישרו כי תמשיכה שיווקה אמפולות פגומות של כוריגון, וכי סביר להניח שגם המבקשת השתמשה באמפולות פגומות מתוצרת המשיבה.

7. המבקשת הוסיפה לחקור ולדרוש (במרפאות שונות, בבתי מרקחת וברשת הפארמה), והתברר לה, **בדיעבד**, כי בחודש יולי 1998, או בסמוך לכך, שלחה המשיבה חוזר, אשר הופץ, למיטב ידיעת המבקשים במרפאות ובבתי מרקחת, ובחוזר זה ביקשה המשיבה להתויר אליה אמפולות כוריגון מאצווה (מסדרת ייצור) מסויימת, והאת, מחמת "דיווחי רופאים על יעילות נמוכה מהרגיל". עותק מהודעה פנימית של קופת החולים "מכבי" ובה אזכור החוזר הנ"ל של המשיבה, מצורף לבקשה זו **כנספח ד'.**

המבקשים יטענו כי בעת פרסום החוזר הנ"ל ידעה המשיבת שארע כשל חמור בתהליך ייצור הכוריגון במעבדות שלה, וכי נוסח החוזר - המסתמך בביכול על דיווחי רופאים אודות יעילות נמוכה - נועד להסתיר ולטשטש ממצאים עובדתיים חד משמעיים שהיו בידי המשיבה, אודות כשלים וליקויים חמורים בקו הייצור של המשיבה ובמעבדותיה, כפי שיפורט להלן.

8. המבקשים בדקו ומצאו כי אמפולות הכוריגון בהן השתמשו (נספח ב' לעיל) כלולות באצווה שאופיינה ב"יעילות נמוכה מהרגיל" על ידי המשיבה.

9. במהלך הבדיקות הנ"ל נאמר למבקשת כי משרד הבריאות ביצע חקירה בקשר לייצור אמפולות הכוריגון הפגומות אצל המשיבה.

בתאריך 4.1.00 פנו באי כת המבקשים למשרד הבריאות וביקשו כל מידע המצוי ברשות משרד הבריאות אודות הבעיה בייצור כוריגון אצל המשיבה. זאת עשו, בהסתמך על הוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח - 1998 (להלן: "חוק חופש המידע") עותק מהפנייה הנ"ל מצ"ב **כנספח ה'.**

למרבה הצער, הטיפול בפניית המבקשים התנהל בעצלתיים, למרות תזכורות חוזרות ונשנות, בכתב ובעל פה, מצד באי כת המבקשים. עותק מהתכתובות בעניין זה מצ"ב **כנספחים ה' ו' עד ה' 7.**

10. בתאריך 11.3.01 קיבלו באי כת המבקשים מכתב מראש האגף להבטחת איכות במינהל לטכנולוגיות ותשתיות של משרד הבריאות. למכתב זה צורפה תשובה של ד"ר קרפל, מנהלת המכון לביקורת ולתקנים של חומרי רפואה באגף תרופות של משרד הבריאות, אשר כולל, על פי האמור בו, יסעיפים המותרים למסירה **מהמסמכים של חברת טבעי**. (החדגשה לא במקור).

עותק משני מכתבים אלה מצ"ב **כנספחים ו', ו' 1.** בין היתר, כלולות בנספח ו' 1 האמירות הבאות:

"בעקבות התלונה נתגלו בעיות הן בייצור, ע"י טעות אנוש של עובד בשעת השקילה והן במעבדה ע"י שיקול דעת מוטעה..."

**"שיקול הדעת השגוי של עובד המעבדה הוותיק נבעה מחוסר הנהיגות ברורות בגדו"**

על סמך הפעולות המתקנות שבוצעו בעקבות המקרה, ועל סמך הפעולות המתקנות שונקטו במעבדה בכלל, אנו משוכנעים שבעיה מעין זו לא תשנה במקרה כזה או דומה. כל העובדים הודרכו והוסבר לכולם את חשיבות העבודה בהתאם לנוהלים ובהבנתם וכמו כן העברת אינפורמציה מיידית במקרה של תוצאות חריגות או מחוץ למפרט"י. (ההדגשות לא במקור)

## פרק ב: הטענות

11. המבקשים טוענים כי האמירות הכלולות בגספת 1/1 הן הודאות בעל דין, המאמתות את דבר קיומו של אירוע כשל בייצור הכורייגון של המשיבה בתקופה בה המבקשת השתמשה בכורייגון מתוצרת המשיבה, כמפורט לעיל.
12. המבקשים טוענים כי המשיבה הטעתה אותם בכל אחד מהמעשים והמחדלים האלה:
  - א. הציגה אמפולות שנמכרו למבקשים כמכילות כורייגון במינון גדול מכפי שהיה באמפולות בפועל. (להלן: "האמפולות הפגומות").
  - ב. לא הודיעה למי מהמבקשים על הפגם שהתגלה באמפולות בהן השתמשה המבקשת - גם לאחר שהתגלה למשיבה הפגם באמפולות.
  - ג. לא פירסמה כל הודעה באמצעי התקשורת בדבר קיומן של אמפולות פגומות מתוצרתה ולא פירסמה כל הנחיה לצרכנים מסוגם של התובעים לבדוק את האמפולות שבשימוש הצרכנים.
  - ד. ניסתה להסתיר את דבר קיומן של אמפולות פגומות מידיעת המבקשים - כמו מיתר הצרכנים מסוגם של המבקשים - וכן ניסתה לטשטש את עובדת קיום תקלות אצלה באמצעות חוזר מטעה ובאמצעות מהלך של "סילוק שקט" של האמפולות הפגומות מהמדפים בבתי המרקחת. כל זאת, תוך עצימת עיניים מודעת וצינית, נוכח העובדה שקיימת אוכלוסיית צרכנים גדולה שרכשה את האמפולות הפגומות קודם לכן, ואשר המשיכה להשתמש באמפולות הפגומות במהלך התקופה בה ביצעה המשיבה את "הסילוק השקט" של האמפולות הפגומות שלא נמכרו, מבלי שמי מהצרכנים שקודם לכן רכשו את התרופות מעלה על דעתו שהוא משתמש באמפולות פגומות.
  - ה. לא הפעילה מערך שיטתי ומסודר של הודעות בדבר האמפולות הפגומות לרופאים המעורבים בטיפול הפריה חוץ גופית ובטיפולים אחרים שבהם נעשה שימוש בכורייגון.

10. בהקשר זה ידגישו המבקשים כי מרגע שנודע למשיבה על הכשל בייצור התרופה, היא ידעה היטב, שמדי יום ביומו מוזרקות לנשים שעוברות טיפולי הפריה אמפולות פגומות. זאת ועוד, המשיבה ידעה היטב כי אותן מטופלות מסתכנות בטיפול הכולל הרדמה מלאה, (רי סעיף 44 לעיל).

כמפורט בחוות הדעת של פרופ' שנקר, נספח ב', כל רופא סביר לא היה מתחיל בטיפולים מסוג זה, אילו ידע שמינון החומר באמפולה אינו תואם את המוצהר.

13. המבקשים טוענים כי במעשיה ובמתדליה הנייל, המשיבה הפרה חובות תקוקות שהיא חייבת בהן כלפי אנשים ונשים מסוגם של המבקשים, בין היתר, לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981, (להלן: "החוק"). המבקשים מוסיפים וטוענים כי אמפולות הכוריון הפגומות יוצרו ושווקו על ידי המשיבת במהלך עיסוקה של המשיבה, וכי האמפולות הנייל נועדו לשימוש שעיקרו אישי ומשפחתי. לפיכך המשיבים עונים על הגדרת "צרכן" שבחוק.

אשר על כן, יטענו המבקשים כי המשיבה הפרה במיוחד את החוראות תבאות שבחוק (ההדגשות לא במקור):

א. סעיף 2 לחוק: איסור הטעיה

- "(א) לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחול, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת העלולה להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה (להלן - "הטעיה"), כלי לגרוע מכלליות האמור ייראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה:
- (1) הטיב, המהות, הגמות והסוג של נכס או שירות.
  - (2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס.
  - (3) ...
  - (4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן לחפיק מהם והסיכונים הכרוכים בהם;
  - (5) ...
  - (11) התאמתו של הנכס או השירות לתקן...
  - (14) חוות דעת מקצועית או תוצאות של בדיקה שניתנו לגבי טיב הנכס או השירות, מהות, תוצאות השימוש בהם והסיכונים הכרוכים בהם.
  - (15) כמות הטובין שבמלאי מסוג נושא העסקה;
- (ב) לא ימכור עוסק, לא יבא ולא יחזיק לצרכי מסחר נכס שיש בו הטעיה ולא ישתמש בנכס כאמור למתן שירות."

ב. סעיף 4 לחוק: תובת גילוי לצרכן

- "(א) עוסק חייב לגלות לצרכן -
- (1) כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;
  - (2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל."

סעיף 6 לחוק: אחריות להטעיה בארזיה

"א) הייתה הטעיה בעיצוב הנכס או בארזותו, על גבי הארזיה או המצורף לה, יראו גם את היצרן, היבואן הארזי והמעצב כמפרים את הוראות סעיף 2."

ד. בקשר לתכלית של החוק באיסורי ההטעיה הייל, יצטטו המבקשים מת.א. (י"ם) המ' 4005/96 גבעון ואח' ג' המרכז הרפואי שערי צדק ואח' (טרם פורסם, מובא בספרם של לוטן ורז: "תובענות ייצוגיות" (להלן: "לוטן-רז"), כרך פסיקה א' ע" 2-640):

"לא ניתן, לדעתי, לקבל את הטענה בצורתה הגורפת, היינו, כי בכל מקרה שבו מבוססת עילת התביעה על הטעיה או תרמית או מצג שוא, לא ניתן יהא להשתמש במכשיר של התביעה הייצוגית, שכן הדבר יסבל במידה רבה את מטרתו של חוק הגנת הצרכן, שהיא: "במניעת העברה של מידע מטעה או בחיוב מסירה של מידע מלא ע"י העוסק לצרכן... כוונת החוק הינה להגן על הצרכן מפני מעשי הטעיה או מרמה" (בר נב, במאמרו הנ"ל).

לעין זה, אני סבור, שיש להבחין בין מרמה או הטעיה, העולה, על פניה, מנסיבות המקרה, ובמיוחד במסמכי העסקה, לבין נסיבות שאינן מקימות, בהכרח, עילת תביעה כזו לגבי כל אחד מיחיד הקבוצה והמצריכות בחינת קיומה של עילה כזו בהתייחס לכל אחד מן הנמנים על הקבוצה בנפרד.

טול, לדוגמא, יצרן המציין על גבי המוצר הנמכר על ידו נתונים לא נכונים, כמו משקל המוצר או הרכבו התזונתי. נתונים כאלה, מטבע הדברים, אינם נבדקים בפועל על ידי הצרכנים. בנסיבות כאלה ניתן להניח, בדרך גבוהה של סבירות, שכל צרכן שרכש את המוצר הוטעה, זאת, לפחות ככל שמדובר בצרכנים פרטיים, להבדיל מרוכשים גדולים, אשר ייתכן שערכו בדיקות כאלה, ואשר אותם יש להוציא במקרה זה מהגדרת הקבוצה" (ההדגשות לא במקור).

14. המבקשים טוענים כי לפי סעיף 31 לחוק, זין מעשה או מחזל בניגוד לפרק ב' לחוק (שעניינו הטעיה וניצול מצוקה) כזין עוולה לפי פקודת הנויקין [נוסח חדש] וכי כל אחד מהמבקשים הוא צרכן שנפגע מעוולה כאמור. המבקשים יוסיפו ויטענו כי המשיבה פעלה כלפיהם בחוסר תום לב ובדרך שאינה מקובלת וכי התובה לפעול בדרך מקובלת ובתום לב מהוות, בדין הישראלי, חלק אינטגרלי מכל חיקוק, לרבות החוק.

15. המבקשים מוסיפים וטוענים כי לאור הוראת סעיף 31 לחוק חלה במקרה זה הוראת סעיף 38 לפקודה, באשר תרופות בכלל הן דבר מסוכן ובמיוחד אמורים הדברים בכוריגון, שמיגון יתר שלו עלול להיות קטלני, כמפורט בחוות דעת המומחה, פרופ' שנקר, נספח ב' לכתב תביעה זה. עוד טוענים המבקשים כי לאור הוראת סעיף 31 לחוק חלה במקרה זה גם הוראת ס' 41 לפקודה, באשר למבקשים לא היתה יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו לכשלון טפול ההפריה, כי הכשלון נגרם על ידי טובין שלמשיבה היתה שליטה מלאה עליהם וכי אירוע הנזק הייל מתיישב יותר עם המסקנה שהמשיבה לא נקטה זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהיא נקטה זהירות סבירה.

יודגש: המבקשים טוענים שכאשר קיימת חפיפה, מלאה או חלקית, בין עילה על פי החוק לבין עוולה על פי הפקודה (או חיקוק נזקי אחר) כי אז נכנס לפעולה ס' 31 הנ"ל ויוצר "זהות דינים"

בין החוק לבין החיקוק הנזקיי. ראה: ת.א. (ת"א) 1491/97 המ" 5648/97 לוי נ' בספי י. בע"מ ואח', לוטן-רז, כרך פסיקה א' 581-2 בע" 584-2:

*יולכן, במסגרת זו של תביעה ייצוגית מכת החוק, לא נכללות עוולות לפי פקודת הנזיקיות ועוולות חוזיות (אלא אם הן חופפות לעילות שבחוק) וכן לא ניתן לתבוע בגין עילות מכת דיני עשיית עושר...".(ההדגשות לא במקור).*

16. אשר על כן, טוענים המבקשים, כי על המשיבה הנטל להוכיח כי לא היתה בנסיבות מקרה זה התרשלות שבגינה היא חייבת בנזקי המבקשים.

למען הסר ספק: עמדת המבקשים היא שאחריות המשיבה במקרה זה היא מוחלטת, כמפורט בסי' 19 להלן, וכל הטענות הנ"ל בענין התרשלות נטענות לחלופין ומטעמי זהירות. למען הסר ספק: טענה זו תלה לגבי כל אחד מיחיד הקבוצה המוצעת.

17. המבקשים טוענים כי בהסתרת המידע אוזנות האמפולות הפגומות מאנשים אשר רכשו אמפולות כוריון בתקופת הכשל, גרמה המשיבה בידעין לכך שהמטופלים לא שמרו את האמפולות ואו האריוזות בהן השתמשו, ובכך שללה מהם המשיבה את היכולת להוכיח כי השתמשו בפועל באמפולות פגומות. בנסיבות אלה, יטענו המבקשים, מוטל על המשיבה הנטל להוכיח לגבי כל אחד מחברי הקבוצה המוצעת כי לא השתמש באמפולות פגומות.

18. המבקשים מוסיפים וטוענים שבמכלול נסיבות ענין זה, מוטל הנטל על המשיבה להוכיח שלא היא זו שגרמה לכשלון טיפול ההפריה שביצעו המבקשים ושבהמלכו השתמשו באמפולות פגומות, כמפורט לעיל. המבקשים יוסיפו ויטענו כי על המשיבה הנטל להוכיח שלא היא זו שגרמה לכשלון טיפול ההפריה שביצע מי מחברי הקבוצה המוצעת.

19. מבלי לגרוע מכלליות הטענות דלעיל ומעצמאותן, טוענים המבקשים, לחלופין, כי כל זריקה של אמפולה פגומה שהוזרקה לתובעת לאחר שלמשיבה נודע על הכשל בייצור הכוריון, הייתה בגדר "נזק גוף" ואו "פגיעה" במשמעות המונחים הנ"ל בסעיפים 4 (א) (2) לחוק ואו סעיף 1 סיפא לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ס - 1980 (להלן: "חוק האחריות"). לפיכך טוענים המבקשים כי -

א. חזקה שכל האמפולות בהם השתמשה מי מהמשתמשות שיכללו בקבוצה המוצעת היו פגומות, שכן, נסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהאמפולות בהן השתמשה היו פגומות מאשר עם המסקנה שהיו תקינות (סי' 3 (ב) לחוק האחריות).

ב. כי המשיבה חייבת להשיב לכל אחד מיחיד הקבוצה המוצעת את עלות טיפול ההפריה הכושל וכן לפצותו על הנזקים שנגרמו לו, כמפורט להלן, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד המשיבה (סי' 2 (א) לחוק האחריות).



20. מבלי לגרוע מכלליות הטענות דלעיל בדבר אחריותה המוחלטת של המשיבה לנוקי המבקשים, יוסיפו המבקשים ויטענו, לחלופין, כי המשיבה לא נהגה כפי שיצרן תרופות סביר היה נוהג במקומה בנסיבות הענין, וכי התרשלה, בין היתר, בכל אחד מאלה:

- א. לא נקטה אמצעי זהירות מספיקים בתהליך הייצור של אמפולות הכורייגון.
- ב. לא פיקחה כראוי על עובדי הייצור במעבדות שבחן יוצרו אמפולות הכורייגון בתקופה הרלבנטית לתובענה זו.
- ג. לא הפעילה מערך בקרת איכות (quality control) ראוי ולא הנהיגה מערכת בדיקות מדגמיות יעילה, אשר תאחד תקלות בייצור מסוג זו שאירעה. המבקשת תוסיף ותטען כי יעילות מערכי בקרת האיכות שהפעילה המבקשת צריכה להתברר ביחס לתקנים המחמירים והקפדניים ביותר הקיימים בתחום מסוים זה, של ייצור סידרתי המוני (mass production) של תרופות.
- ד. לא תודיעה למבקשים ולא למי מיחיד הקבוצה המוצעת על הפגם בייצור הכורייגון מיד לאחר שהתגלה לה הפגם.
- ה. העלימה מפני המבקשים ומפני כל החברים בקבוצה המוצעת את דבר קיומן של אמפולות פגומות, כאמור, ולצורך זה פעלה בשיטת "טשטוש העקבות".

21. בקשר לחוק האחריות, יפנו המבקשים, בכל הכבוד, לדברי סי' הנשיא (בדימוס) טלגם, בת.א. (ת"א), המי 11141/95 ראבי נ' תנובה בע"מ (טרם פורסם, פסק הדין מצייב כנספח ז):

*"קיימת מחלוקת פוסקים אם סעיף 35א(א) מחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 מאפשר להציג תובענה ייצוגית שעילתה בחוק הגנת הצרכן בלבד, כלומר אם המילים "על פי חוק זה" בסעיף שצוטט לעיל מתייחסות כגירסת המצמצמים, לעילה ("עילה על פי חוק זה") או, כגירסת המרחיבים, ליכולת התביעה ("יכול על פי חוק זה לתבוע") וחלקי עם המרחיבים...". (ההדגשה לא במקור).*

בקשר לדברים הנ"ל, טוענים המבקשים את הטענות הבאות:

- א. גם ל"גירסת המצמצמים" העילה על פי חוק האחריות היא עילה על פי החוק, בהיותה חופפת לגמרי את עילות התטעיה, בהגדרתן הגורפת בחוק.
- ב. לחלופין, המבקשים יתמכו יתדותיהם, בכל הכבוד, בגישת ה"מרחיבים", המקובלת על סי' הנשיא, כמפורט לעיל. ר' גם ת.א. (ת"א) 999/95 ויטלגו נ' חגי חשמל (טרם פורסם; עותק מפסק הדין מצייב כנספח ח').

*"...אולם יכול להיות שמה שנאמר באותם פרקים אינה רשימה סגורה ושאינן חוק הגנת הצרכן שולל תביעה על פי כל חוק אחר, לרבות פקודת*

הנזיקין, ואלי לכך התכוונן המחוקק בסי 35(ב) אולם... איני רואה צורך להכריע בנושא זה....".

22. כתוצאה מתמעשים ואו המחדלים של המשיבה, נגרמו למבקשים הוצאות מיותרות, כדלקמן:

- א. עלות אמפולות הכוריוגון שהוזרקו לתובעת במהלך הטיפול 11 ש"ח
- ב. עלות הטיפול כולו (למעט הכוריוגון) (כולל תרופות אחרות ותשלום עבור אשפוז והרדמה כמפורט בסי 4'הי לעיל) 7,881 ש"ח
- סך כל עלות הטיפול 7,892 ש"ח

המבקשים תובעים את השבת הסכומים הנ"ל.

23. כתוצאה ממעשי המשיבה ומחדליה, כמפורט לעיל, נגרמו לכל אחד מהמבקשים כאב, סבל ועוגמת נפש שקשה לתאר את עוצמתן וחריפותן. בחקשר זה יצויינו העובדות הבאות:

- א. מדובר בטיפול קשה מאוד, פיזית ונפשית, אשר נמשך למעלה משבועיים רצופים והוא כרוך בסיכון (הרדמה מלאה), בפגיעות (זריקות) לשריר, בסבל ובאי נעימות מתמדת.
- ב. הטיפול אינו מסתיים לאחר השבועיים הנ"ל: כזכור, שבועיים לאחר סיום הטיפול קיימת תקופת המתנה לתוצאות, שנמשכת בין עשרה ימים לשבועיים.
- ג. כל תקופת הטיפול מלווה במתח נפשי עצום.
- ד. התוצאה הכושלת של הטיפול גרמה למבקשת ולמבקש תסכול ודכאון. תחושות קשות אלה החריפו, התעצמו והתמשכו מאד, כאשר המבקשים גילו שכל הטיפול היה מיותר, במובן זה שלא היו מבצעים את הטיפול אילו ידעו שיש אפילו סטיה קלה שבקלות ממינון הכוריוגון שתוצהר על ידי המשיבה.

המבקשים העמידו את נזיקתם בגין כאב, סבל ועוגמת נפש על סכום מינימלי של 40,000 ש"ח למבקשת ו-10,000 ש"ח למבקש, ובסך הכל - 50,000 ש"ח.

המבקשים יטענו כי הטראומת שתוארה בסעיף זה היא מנת חלקם של כל המטופלים שרכשו כוריוגון בתקופת הכשל ושטיפול ההפרייה שביצעו נכשל.

**פרק ג: התובענה הייצוגית**

**23. הקבוצה המיוצגת המוצעת**

א. המבקשים מעוניינים לייצג את כל מי שהשתמשה ב"כוריגון" מתוצרת המשיבה במסגרת טיפול רפואי כלשהו, אשר נכשל, במהלך התקופה בה שוקו אמפולות כוריגון פגומות מתוצרת המשיבה (להלן: "תקופת הכשל"). בשלב זה ידוע כי תקופת הכשל החלה - לכל המאוחר - במרץ 1998 (סמוך לפני תחילת הטיפול ד"ר) והסתיימה - לכל המוקדם - באוגוסט 1998 לאחר פרסום תחזיר, נספת ד"ר. תקופת הכשל נמשכה אפוא, **לפחות**, 6 חודשים. המשך המדוייק של תקופת הכשל ייקבע בדיוק במהלך הדיון, לאחר שהמשיבה תגלה את המועדים בהם החל השיווק של האמפולות הפגומות ואת המועד האחרון בו שוקו בפועל בישראל אמפולות פגומות מתוצרת המשיבה.

הקבוצה המוצעת תכלול גם בני זוג של נשים שטופלו בכוריגון במסגרת טיפולי הפריה חוץ גופית או במסגרת טיפולי שמירת הריון.

ב. המספר המירבי המשוער של חברי הקבוצה המוצעת הוא 10,750 איש ואישה, לפי הפרמטרים הבאים:

(1) כאמור, האורך המזערי של תקופת הכשל הוא 6 חודשים.

(2) כעולה מחוות הדעת של פרופי שנקר, נספח ב' לבקשה, מספר הנשים המטופלות בכוריגון במסגרת טיפולי הפריה חוץ גופית, במהלך שנה אחת, נע בין 15,000 ל- 20,000 ובממוצע: 17,500 מטופלות בשנה).

בהתחשב במשך תקופת הכשל על פי ס"ק (ג) לעיל - הרי שמספר המטופלות בטיפולי הפריה חוץ גופית שנחשפו באופן פוטנציאלי לאמפולות הפגומות במהלך תקופת הכשל המשוערת (6 חודשים) הוא כ- 8,750 מטופלות.

לקבוצה זו מצטרפים בני זוג של מטופלות כאמור (אשר, כמפורט לעיל, נוטלים חלק פעיל בטיפול ההפריה, שהוא טיפול זוגי משותף, לכל דבר ועניין).

בסך הכל, מונה קבוצת בני הזוג שטופלו בכוריגון ששוק במהלך תקופת הכשל כ- 17,500 איש ואישה. כעולה מחוות הדעת של פרופי שנקר, כ- 80% מטיפולי הפריה חוץ גופית מסתיימים בכשלון. על כן, מספר בני הזוג שעברו טיפול כאמור בתקופת הכשל ושהטיפול אותו עברו נכשל הוא (80% x 17,500) כ- 14,000. (נתת קבוצה זו תקרא להלן "קבוצת ההפריה").

(3) המספר המשוער של נשים שטופלו בכוריגון בתקופת הכשל במסגרת טיפולי שמירת הריון ושהטיפול בהן נכשל הוא 1,000. יחד עם בני הזוג תמנה קבוצה זו 2000 איש ואישה. (נתת קבוצה זו תקרא להלן: "קבוצת שמירת ההריון").

(4) כאמור, המספר המדויק של חברי הקבוצה ייקבע לאחר שהמשיבה תגלה את כל הכתובים והמסמכים שברשותה ו/או בשליטתה ואשר נוגעים לענין הנדון.

ג. סכום התביעה הקבוצתי

- (1) קבוצת ההפרייה מונה 8,750 זוגות. לפי מודל הפיצוי המוצע, כל אחד מהזוגות יהא זכאי להשבת עלויות הטיפול שהוציא בפועל וכן לפיצוי אחד בגין כאב, סבל ועוגמת נפש בסך 50,000 ש"ח.  
בהתאם לתביעת המבקשים סכום התביעה הקבוצתי הכולל המשוער:  $8,750 \times 57,892 =$   
506,555,000 ש"ח
- (2) קבוצת שמירת ההריון מונה 1000 זוגות. בקבוצת זו עלות הטיפול זניחה (11 ש"ח עלות הכוריון), יחסית לכאב, הסבל ועוגמת נפש. בני זוג יהיו זכאים לפיצוי אחד בסך 50,000 ש"ח  $\times 1000 =$   
50,000,000 ש"ח
- (3) סך כל התביעות לקבוצה  
556,555,000 ש"ח

24. השאלות המהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה המוצעת

א. בתיק זה מתעוררות לכאורה השאלות העובדתיות הבאות:

- (1) האם המשיבה ייצרה ו/או שיווקה אמפולות כוריון פגומות.  
(2) מה היה המינון של הורמון HCG באמפולות הפגומות. (ככל שהענין רלבנטי).  
(3) מה היה משך התקופה שבמהלכה ייצרה המשיבה ו/או שיווקה אמפולות כוריון פגומות מתוצרת הנתבעת.  
(4) האם המשיבה התרשלה בייצור האמפולות הנ"ל (ככל ששאלת הרשלנות והאשם תמצא רלבנטית).  
(5) מה היתה עלות הטיפול בה נשא כל אחד מחברי הקבוצה.

כל השאלות הנ"ל - למעט שאלה (5) - משותפות לכל חברי הקבוצה המוצעת, ולמעשה, המבקשים אספו כבר, בעמל רב, את עיקר חומר הראיות הרלבנטי לשאלות הנ"ל, עבור כלל החברים הפוטנציאליים בקבוצה.

אשר לשאלה (5) - כל אחד ואחד מהחברים בקבוצה יהיו רשאים (אך לא חייבים) להוכיח את עלות הטיפול בה נשא בפועל ויהיו זכאים להשבת כל סכום שיוכחו.

לענין סעד השבה דיפרנציאלי בתובענה ייצוגית ר' : פסי"ד יערי הנייל, וכן ר' פסק דינה של כבי השופטת אליעז בענין ת"א (ת"א) 1478/99 א.ש.ת. **ניהול פרוייקטים וכ"א בע"מ ג' מד"י (לוטן - רז) כרך פסיקה ב' ע' 755-2).**

עוד ר' פסק הדין של כבי השופטת פלפל בת"א (ת"א) 2328/99 בשי"א 55854/99 **טיומקין ג' עת"א. (לוטן - רז, כרך פסיקה א', ע' 825-2).**

ב. אלה השאלות המשפטיות העיקריות המתעוררות בתיק זה :

- (1) מהי חובת הגילוי המוטלת על יצרן תרופות שגילה פגם בתרופה שהוא מייצר ומשווק, אילו מאמצים ואמצעים עליו לנקוט כדי להודיע לכל משתמש פוטנציאלי בתרופה אודות הפגם שהתגלה.
- (2) האם החובות החקוקות בחוק הגנת הצרכן (במיוחד אלה שפורטו בסעיף 12 לעיל) יחד עם החובה הכללית לנהוג בתום לב ודרך מקובלת, יוצרות חובת "RECALL", דהיינו, חובה של יצרן אשר ייצר מוצר פגום, לזמן כל אחד מהמשתמשים במוצר הפגום (באמצעות פרסום אינטנסיבי ואפקטיבי באמצעי התקשורת ובמרכזי התכנסות רלבנטיים, כגון מרכזים רפואיים, מרפאות פוריות וכיו"ב) למקום בו ייבדקו המוצרים שברשות הצרכן, יובהרו לו הסיכונים להם נחשף ויוצעו לו תלופות אפשריות של פתרון, על חשבון היצרן.
- (3) האם גם בן זוג של אשה שהשתמשה בכוריגון פגום מתוצרת המשיבה זכאי לסעדים הקבועים בחוק ובחיקוקים אליהם החוק מפנה, כמי שהוטעה ונפגע אישית מהתנהגות המשיבה וכמי שהיה שותף פעיל ו"שווה זכויות" בטיפול ההפריה, אשר המשיבה במעשיה ובמתדלגה הכשילה ו/או הגדילה את הסיכונים לכשלוג.
- (4) האם חוק אחריות למוצרים פגומים חל במקרה הגדון. אם תתשבה חיובית - האם הוא ייצר עילת תביעה נפרדת מזו שעל פי חוק הגנת הצרכן או שמא הוא נמנה על החיקוקים שחוק הגנת הצרכן מפנה אליהם, וממזג אותם לתוך עילת התביעה על פי החוק - וזאת, על פי לשון החוק ותכליתו.
- (5) האם אתריות המשיבה לנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה כתוצאה מכשלון הטיפוליים היא מוחלטת.
- (6) האם על המבקשים להוכיח קשר סיבתי בין האמפולות הפגומות בהן השתמשו במהלך טיפול ההפריה לבין כשלון הטיפול או שמא על המשיבה - במכלול נסיבות תיק מסויים זה - הנטל להוכיח כי כשלון הטיפול לא נבע משימוש באמפולות הפגומות.
- (7) האם חברי הקבוצה יצטרכו להוכיח שהשתמשו בפועל באמפולות כוריגון פגומות מתוצרת המשיבה או שמא די בכך שיוכיחו כי השתמשו באמפולות כוריגון בתקופה הרלבנטית, והמשיבה תצטרך להוכיח זאת תרצה (ותוכל) שמי מהם לא השתמש באמפולות כוריגון פגומות.
- (8) מהו הסכום שראוי לפסוק לכל אחד מחברי הקבוצה בגין כאב, סבל ועוגמת נפש.

עינינו הרואות: כל השאלות המשפטיות הנ"ל משותפות לכל חברי הקבוצה ואין באיזו מהן היבט אישי, ייחודי.

25. הנימוקים המצדיקים אישור גיהולה של התובענה כתובענה ייצוגית

א. התובענה הגושה בתום לב

כמפורט לעיל, למרות שכבר באוגוסט 1998 היה בידי המבקשים מידע אודות הכשל בייצור הכוריון, הם לא נחפזו להגיש תובענה זו, אלא פנו תחילה למשרד הבריאות, בבקשה לקבל את המידע שהצטבר שם אודות הכשל הנ"ל, לפי חוק חופש המידע.

ההמתנה לתוצאות הפנייה לפי חוק חופש המידע הייתה ממושכת מאוד, וחשפה את המבקשים לסיכון שתובע אחר יקדים אותם בהגשת תובענה ייצוגית זו.

זאת ועוד: הפנייה למשרד הבריאות לפי חוק חופש המידע מחייבת את משרד הבריאות לפנות למשיבה ולשמוע תגובתה לגבי המידע שחשיפתו התבקשה (ס' 13 לחוק הנ"ל). ואמנם, משרד הבריאות פנה למשיבה, כמפורט במכתבו מיום 17.1.00, נספה ה"1 דלעיל.

אמור מעתה: המבקשים נתנו למשיבה הזדמנות לעמוד על קיומו של תובע פוטנציאלי המתעניין בכשל בייצור דגן ולהיערך היטב - עם שלל הזמנחים והיועצים שהמשיבה משופעת בהם - לתובענה מעין זו הנדונה.

ב. גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כייצוגית

כאשר מדובר בקבוצה המונה - לפי הערכת המבקשים - כ- 10,000 חברים, ברור שאין דרך שבעולם שבמסגרתה יוכלו המבקשים לאתר כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, ליידע אותו על העניין דן ולצרפו כתובע באופן אישי.

רי למשל ת"א (ת"יא) 2157/99, בשי"א 62789 פרד ואח' נ' עיריית רחובות (טרם פורסם. מובא בלוטן - רז, כרך אסמכתאות בי ע' 2-741); עוד ר' סטיב גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית מה ועל שום מה", משפטים ע' 416; וכן תובענה ייצוגית - ישומים בפסיקה, מ. טלגם, המשפט, גליון 11, פב' 2001.

התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה והראויה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין דגן.

(1) המשותף רב מהמפריד: כפי שראינו, המקרה דגן מאופיין בריבוי שאלות עובדתיות ומשפטיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה ובמיעוט מבוטל של שאלות עובדתיות או משפטיות המיוחדות לחבר קבוצה מסויים ואינן יפות לכל החברים האחרים בקבוצה.

שאלת הפגם בייצור הכוריון היא שאלה עובדתית אחת, שאין טעם לבררה יותר מפעם אחת. הוא הדין בשאלות המשפטיות הנגזרות מההכרעה בשאלה העובדתית הנ"ל: האם הכשל בייצור הכוריון מקנה טעדים כאלה או אחרים למי שרכשו כוריון מתוצרת המשיבה בתקופה הרלבנטית אם לאו. שאלות משפטיות אלה (ואחרות הקשורות בה, כמפורט לעיל) אינן אינדיבידואליות אלא כלליות.

במיוחד אמורים הדברים בקשר לנושא העיקרי שעולה בתובענה זו: עיצוב נורמות לגבי חובתו של יצרן להודיע לצרכנים על פגם שנפל בתוצרתו. ברע"א 4566/94 טצת ואח' נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, אמר הנשיא ברק:

*"השיקול השני עמיינו אינטרס הציבור. ביסוד אינטרס זה מונחת צורך לאכוף את הוראות החוק שבגדריו מצויה התובענה הייצוגית. לתובענה הייצוגית ערך מרתיע. מפירי החוק יודעים כי לניזוקים יכולת פעולה נגדם..."*

אינטרס ציבורי זה מוגבל לאור היעילות והחסכון במשאבים של הצדדים ובית המשפט הנילווים לתובענה הייצוגית. כן מושגת באמצעותה אחידות בהחלטות בית המשפט בעניינים דומים, נמנע ריבויין של תביעות" (שם, ע' 784).

דברי ס' הנשיא טלגם בעניין ראבי המ"ל:

*"בצדק מצביע ד"ר כרוטבסקי בר-ניב במאמרו הנזכר על כך שהמטרה העיקרית של הליך זה היא חברתית כוללת - לחביא את היצרנים והספקים לשמירת כללי הגנה על הצרכן ולא דווקא פיצוי לתובע הפרטי. אין ספק שדרך זו יעילה יותר מריבוי תביעות קטנות ומתעילה יותר לקביעת הטרמה החולמת ויצירת ההרתעה הדרושה, ובכך היא הוגנת לרבים, והמבחן "Sufficient Similarity Of Claim" מתקיים. לא תהיה זו תביעה קלה להוכחה - שכן מי שיבקש ליהנות מפירות התביעה יצטרך להוכיח את צריכתו בתקופה זו דווקא, והתקופה עצמה אינה קלה להוכחה - אבל קושי זה אינו צריך למנוע בעד התובע, וגם לא בעד בית המשפט, מלקבוע את הפיצוי המגיע אם תקבע זכאות זו." (ההדגשות לא במקור).*

(2) המבקשים יטענו כי בנסיבות מקרה זה מתקיימת הצדקה לפסוק ליחיד הקבוצה פיצוי אחיד בגין כאב, סבל ועוגמת נפש, באשר מדובר בכשל טראומתי של טיפול חד פעמי ולא בנוק פרמננטי, המשתנה ממטופלת למטופלת. המבקשים יוסיפו ויטענו כי לא מתקיים במקרה זה החשש שפיצוי אחידי הווה פיצוי יתר או פיצוי חסר לגבי החברים בקבוצה המוצעת, באשר פריט נזק זה נפסק בדרך כלל על יסוד אומדנא דדיינא ולא על יסוד תחשיב ספציפי, דברי ס' הנשיא טלגם:

"לענין קביעת מיצוי ממוני אחיד על נזק שאינו ממוני, היינו עוגמת הגנש של הקבוצה, בין ככלל ובין כבודדים - נפסק בעבר שאין מקום לקבוע פצוי אחיד לחברי קבוצה שנוקם אינו אחיד. בי"כ המשיב 2 הפנה תשומת ליבי לפסקו של כב' השופט עדיאל בתי"א (י-ם) 1279/96 שלא נעטר לבקשה לאשר תובענה כיצוגית ולענין הטעייה מתמת השוני בין הניזוקים. פסק זה מחזק לדעתי דווקא את המבקשים והטוענים, שבמקום המשותף עולה על השוני, וניתן ללמוד על ההטעיה ממסמך המשותף לכל חברי הקבוצה - ראוי לדון בעילה בצורת תובענה ייצוגית. נראה ענין יערי נ' מויי - 888/96; ענין ברזני נ' בזק ת.א. 916/96 ולא פורסמו. בענין ברזני סברתי אף אני שאין לקבוע קביעה שרירותית ואחידה של פיצוי בגין עוגמת נפש. אלא שכיוון שהתרתי הגשת תביעה ייצוגית - והשאלה לא נדונה עד עתה אלא בחליק המוקדם של מתן רשות - מוטב תנתן אפשרות לצדדים לטעון גם לגביה. (כת.א. תי"א) 827/96 הוא 9556/96 דבורה ברוט ואח' נ' ד"ר שמעון דוחקין ואח' טרם פורסם. פסק הדין מצ"ב כנספת ט").

לחלופין, יציעו המבקשים כי בשלב ראשון תוכר חובת החשבה והפיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה, אשר יהיה רשאי, אם ירצה בכך, להוכיח שסבל מנזק שאינו נזק ממון כשיעור שונה מזה הנקוב בתביעה.

**יחס עלות - תועלת בין סכום הפיצוי המירבי לבין עלות בירור התובענה:** (3)

אין כמעט כל טעם בניהול תיק מסוג זה הנדון באופן יחידני, באשר העלויות הכרוכות בניהול תיק מורכב מסוג זה (חוות דעת מומחים, עורכי דין, חוקרים) אינן פרופורציונאליות לסכום התביעה המירבי.

המבקשים יקדמו טענה צפויה לפיה הנזק הנתבע בתובענה דין "גדול" מכדי להיות נתבע במסגרת תביעה ייצוגית (הם יטענו בחקשר זה כי אין בחוק דרישה לייסכום תביעה זניח" וכי שאלת גודל התביעה צריכה להבחן כאלמנט אחד מני רבים שיש לשקלל בכל מקרה לטופו. בתי"א (י-ם) 15/94, המי 67/94 גבריאל ואח' נ' אליאנס חברה לצמיגים בע"מ ואח' (טרם פורסם. לוטן - רז כרך אסמכתאות א' ע' 2-491) נאמר:

"אין בידי להסכים עם טענה זו של המשיבים. גכון הדבר, כי כאשר נזקו של התובע הוא קטן מכדי לאשר לו הגשת תביעה אישית, יהווה הדבר שיקול רב משקל לטובת אישור תובענתו כיצוגית - שהרי זו מטרה מרכזית שלהשגתה נועד מכשיר התובענה הייצוגית, כאמור. אולם אין משמעות הדבר שאם נזקו של התובע אינו קטן מכדי להגיש תביעה אישית, תידחה באופן אוטומטי בקשתו להפוך את תביעתו לייצוגית".

**קושי אינהרנטי בהשגת חוות דעת מומחים:** (3)

כמצויין בתצהירים התומכים בבקשה, כל הרופאים הרבים אליהם פנו באי כח המבקשים - למעט צדיק אחד בסדום - נדעו מהצטרפות לתיק זה (למרות שהשאלות הרפואיות המתעוררות בו טריביאליות למדן), לאחר שנודע להם כי המשיבה היא הנתבעת. מסתבר שהמשיבה - אשר שליטתה בתחום ייצור התרופות בישראל היא מן המפורסמות שאינן טעונות ראיה - מפעילה גם מערך משוכלל של תמריצים והטבות



לרופאים שהיא הפצה ביקרם, החל במימון מילגות מחקר וכלה במימון נסיעות לחו"ל, עוצמתה של המשיבה וכן החשש מאובדן החטבות שהיא מספקת, כאמור, מפחידיים ומרתיעים רופאים מ"לצאת נגד" המשיבה.

**אמור מעתה: סיכויי חברים אחרים בקבוצה להשיג חוות דעת מומחה תומכת נמוכים ביותר.**

**(4) אבדן ראיות באשמת המשיבה:**

בהתנהגותה, כפי שפורטה לעיל, גרמת המשיבה - בין בזדון ובין בעצמת עיניים - לכך שכל מי שהשתמשו ב"כוריוגון" ב- 1998 ייפטרו מהאריזות ומהאמפולות העודפות שנתרו בידם, מבלי שיעלו על דעתם כי לאריזות ולאמפולות תתכן חשיבות רבה במסגרת התדיינות מסוג זה.

אמור איפוא: אם לא תוכר התובענה כייצוגית, לא יוכלו מרבית חברי הקבוצה להוכיח כי השתמשו באמפולות פגומות. סביר להניח שרבים מהם לא מודעים לאפשרות של העברת גטלי הראייה למשיבה, כנטען בתובענה דנן. עובדות אלה מהוות, לדעת המבקשים, נימוקים מכריעים להכרה בתובענה דנן כייצוגית.

**(5) התיישנות:**

תקופת ההתיישנות של תובענה על פי חוק אתריות למוצרים פגומים היא 3 שנים. המבקשים יבהירו כי, לשיטתם, עילה זו היא משנית וטפלה לעילה העיקרית של התובעים, שהיא תביעת נזק ממון עקב הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, המתיישנת תוך 7 שנים. יחד עם זאת, בעילת התביעה הנ"ל שלובים אלמנטים של נזק גוף (הזריקות וההרדמה הכללית) וכן שלובה בה עילה לפי חוק האחריות בגין רכישת מוצר פגום. המבקשים יטענו כי תיקוקים אלה משתלבים לכלל עילה אינטגרלית אחת, על פי הנראות חוק הגנת הצרכן עצמו. כיוון שכך, יטענו המבקשים כי כל אחד מהצרכנים הכלולים בקבוצה המוצעת זכאי ליהנות מיתרון האתריות המנחלסת שמקנה חוק האחריות, ובלבד שתביעתו הוגשה בתוך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק האחריות.

המבקשים החלו את טיפול ההפרייה דנן באפריל 1998. בתקופה זו, ככל הידוע עתה, התרחש הכשל בייצור. אם לא תוכר תובענת המבקשים כתובענה ייצוגית כי אז ייתשפו ב חברי הקבוצה לטענות התיישנות מצד המשיבה, ככל שמדובר בתחולת חוק האחריות.

המסקנה: הכרה בתובענה זו כתובענה ייצוגית עוצרת את מרוץ ההתיישנות לגבי כל מי שנחשף לאמפולות הפגומות; ונימוק זה, בשלעצמו, מצדיק להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית, לטובת הציבור בכללותו.

לענין התיישנות ר' גם ת.א. (ת"א) 7/97 המ" 241/97 רייניש נ' רשות השידור, טרם פורסם, לוטן-רז, כרך פסיקה אי ע" 2-558.

"7.4 שיקול חשוב בעיני להתיר הגשת התובענה כייצוגית, הוא שמידי יום מתיישנת תביעתו של מי שלא הודרו להגשה, ואילו ביהמ"ש מעונין למנוע הצפה בתביעות שנועדו למנוע התיישנות. על כן, אם תתקבל התביעה הייצוגית, יהיה בכך כדי לקבוע זכות לרבים שזכותם העקרונית תוכר ללא התיישנות, מיום הגשת הבקשה בבימ"ש השלום בתיא בשנת 1994."

עוד לענין זה ר' תיא (תיא) 645/97, המ' 7008/97 גייר נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה (לוטן ורז), כרך פסיקה אי ע' 573-2).

ד. קיים יסוד סביר להניח שהמבקשים התובעים מייצגים בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה:

חומר הראיות שאספו המבקשים, כמפורט בבקשה זו ובנספחיה מדבר בעד עצמו ומעיד, כאלף עדים, על האכזריות שלהם, על מידת המיומנות, היוזמה התושיה ותנחישות שגילו, על נכונותם להקריב זמן ממון וליטול סיכונים אישיים, לטובת הקבוצה כולה.

זאת ועוד, כככל הנראה, המבקשים הם היחידים שיכולים להוכיח שהשתמשו בפועל באמפולות הפגומות במהלך טיפול החפריה. כידוע, תובע ייצוגי צריך לכאורה להוכיח זיקה אישית בקשר לעובדות שמרכיבות את עילת התובענה, והפסיקה נוטה לפרש תנאי זה (המכונה לעתים: "זכות עמידה") בקפידה: ר', למשל, פסק הדין בענין גבעון הנ"ל. המסקנה: רק התובעים כשירים לייצג את הקבוצה על פי הפסיקה הנ"ל.

ה. כנדרש על פי הדין, פרטו המבקשים בתצהיריהם את נתוני שכר הטרחה שסוכם בינם לבין באי כחם.

#### 26. סיכום

במכלול נסיבות מקרה מיוחד זה, דרך התובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה, התוגנת והראויה ביותר לבידור התובענה.

מכל הטעמים שבבקשה זו, שהם מצטברים וחלופיים, על פי הקשר הדברים, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה דנן כתובענה ייצוג קבוצתית, ולהתיר למבקשים לייצג את יחידי הקבוצה כפי שתוגדר על ידי בית המשפט.

עוד מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן כל סעד נוסף או אחר שימצא לנכון לתיתו בנסיבות ענין זה ולחייב את המשיבה בהוצאות בקשה זו, לרבות שכ"ט מומחים ועורכי דין.

אבי כהנא, עו"ד

ב"כ המבקשים

## תצהיר

אני החתומה מטת, גלי קונסט, נושאת ת.ז. מס' 057250813 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אחיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהירה בזאת כדלקמן:

1. אני אזרחית ותושבת ישראל. אני ובעלי הגשנו תובענה כספית נגד טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (להלן: "טבע") ותצהיר זה מוגש בתמיכה לבקשה להכיר בתובענה הנ"ל כתובענה ייצוגית.

2. עקב בעיות פוריות נזקקתי לטיפול פרינן ובאפריל 1998 התחלתי בטיפול הפריה חוץ-גופית, במרכז הרפואי "מדיקל סנטר" שבתרצליה. אציין שהטיפול הוא זוגי והבעל נוטל בו תפק פעיל.

3. הטיפול החל בתאריך 4.4.98 וכלל את השלבים הבאים (ע"פ תוראת הרופא המטפל):

א. עם סיום המהזור החודשי נדרשתי ליטול ספריי לאץ, הנקרא "Spray Syntarel".

ב. מתאריך 7.4.98 ועד ה- 14.4.98 טופלתי בזריקות "Pergonal", כשבכל יום הוזרקו שתי אמפולות לתוך השריר.

ג. בתאריכים 13.4.98 - 14.4.98 בצעתי בדיקות מעבדה כדי לגרר את רמות ההורמונים (P + E2) בדמי. בדיקות אלו מאשרות מוכנות לשאיבת ביציות.

ד. עם קבלת תוצאות המעבדה שאשרו מוכנותי לשאיבת ביציות, הוזרקה לי זריקת "כוריגון" מתוצרת טבע. הזריקה (שתי אמפולות) הוזרקה ביום 15.4.98 בשעה 21:00.

ה. 36 שעות לאחר הזרקת הכוריגון אמור להתרחש תהליך הביוץ, ובהתאם לזאת, ביום 17.4.98 בשעה 09:00 בוצעה פעולת שאיבת הביציות. יש לציין שפעולה זו התבצעה בחדר ניתוח בהד"מה כללית מלאה. תוצאות השאיבה היו מאכזבות, שכן נשאבו שתי ביציות בלבד.

ו. שתי הביציות שנשאבו עברו תהליך הפריה מעבדתי ע"י תאי זרע שנבדקו ונמצאו מתאימים להפרייה. יש לציין כי תאי הזרע נמסרו למעבדה ע"י בעלי בבוקר יום השאיבה (17.4.98). בסיום שלב זה הוזרקה לי זריקת כוריגון נוספת ושוחררתי לביתי.

ז. בתאריך ה-20.4.98 הוחזרו 2 עוברים לרחמי וקבלתי זריקת "כוריגון" (אמפולה אחת), ונתבקשתי לחזור לבדיקת מעבדה בתאריך 1.5.98 - בדיקה שתוצאותיה קובעות את הצלחת ההפריה או כשלונה.

- ח. בתאריך שנקבע (1.5.98) ביצעתי בדיקת דם (BHCG כמותי) והתשובה שהתקבלה היתה שלילית, תשובה שהצביעה על כשלון ההפריה.
4. בתחילת חודש אוגוסט 1998 החלטתי בהתייעצות עם הרופא המטפל לבצע טיפול הפרייה נוסף. על פי הוראות הרופא נתבקשתי לרכוש אמפולות "Pergonal" וכורייגון. אחות קופ"ח מבכי, סניף רעננה, יידעת אותי שעלי לבזוק אם ברשותי נותרו אמפולות כורייגון מטיפול הקודם, כיון שאצונות מסויימת של אמפולות שיוצרו ע"י "טבע" היתה פגומה, ועל פי הוראת טבע יש להחזירן מליד ליצרן. במזכר שהיה ברשותה זווח ע"י רופאים על יעילות נמוכה מהרגיל של הכורייגון בתקופה הנ"ל.
5. אינפורמציה זו גרמה לי ולבעלי לחשוש שהשתמשתי באמפולות פגומות במהלך הטיפול שבצענו באפריל מאי 1998, חששות שהתאמתו לדאבוני. לאחר בדיקה שערכתי בביתי גיליתי כי ברשותי אמפולה מהסדרה הפגומה (אמפולה זו נותרת בידי בתום הטיפול הראשון). מועד התפוגה של אמפולה זו: ינואר 2000.
6. פניתי לנציגים מוסמכים של טבע שאישרו באוזני שתייה פגם בייצור הכורייגון בסדרה מסויימת, סדרה ששווקה לבתי המרקחת השונים בארץ, ובהסתמך על התקופה שבה ביצעתי את טיפול ההפריה, הם אמרו לי כי יש סבירות שהשתמשתי באמפולה פגומה.
7. הוספתי לחקור ולדרוש במרפאות השונות, בבתי המרקחת וברשתות הפארמה והוברר לי כי גם אליהן הגיע חוזר בו התבקשו להחזיר מייד אמפולות מסדרה זו.
8. אציין את העובדות הבאות:
- א. טבע לא הודיעה לי על הפגם שהתגלה באמפולות בהן השתמשתי בכל שלב שהוא - לא לפני שהתגלה לי הפגם באמפולות, ולא לאחר מכן.
- ב. טבע לא פירסמה כל הודעה באמצעי התקשורת בדבר קיומן של אמפולות פגומות מתוצרתה ולא הנחתה לקוחות מסוגי לבדוק את האמפולות שברשותי.
- ג. למיטב אמונתי והבנתי, באמצעות החוזר הנ"ל ובאמצעות מהלך "הסילוק השקטי" של האמפולות הפגומות ממדפי בתי המרקחת, ניסתה טבע לחטעות אותי ולמנוע מנשים מסוגי - אשר רכשו כורייגון לפני הסילוק השקטי - לדעת אודות הכשל בייצור הכורייגון.
9. בשל מעשיה ומתדלית של טבע, כמתואר לעיל, נגרמו לי ולבעלי כאב, סבל ועוגמת נפש שקשה לתאר את עוצמתם וחריפותם. בחקשר זה אציין את העובדות הבאות:
- א. הטיפול קשה מאד, פיזית ונפשית, הוא נמשך למעלה משבועיים רצופים, וכרוך בסיכון (הרדמה מלאה) בפגיעות (זריקות לשריר), בסבל ואי נעימות מתמדת.

ב. לשבועיים הנ"ל, בהם מתבצע הטיפול, מתווספת תקופת המתנה של כמעט שבועיים נוספים עד קבלת התוצאות.

ג. כל תקופת הטיפול מלווה במתח נפשי עצום.

ד. התוצאה הכושלת של הטיפול גרמה לי ולבעלי תסכול וכאון חמורים. תחושות אלה התריפו, התעצמו והתמשכו מאד, כאשר גילינו שכל הטיפול היה בעצם מיותר. ואדגיש: לא היינו מבצעים את הטיפול, בשום אופן, אילו ידענו שקיימת אפילו סטיה קלה ביותר ממינוח הכוריון, כפי שהוצהר על ידי טבע.

10. עלויות הטיפול הנ"ל היו כדלקמן:

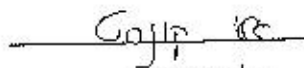
א.	עלות 3 אמפולות כוריון שהוזקו לי במהלך הטיפול	11 ש"ח
ב.	עלות הטיפול כולו, למעט כוריון (כולל התרופות האחרות ותשלום עבור אשפוז לצורך שאיבה בהרדמה)	7,881 ש"ח
	סך כל עלות הטיפול	7,892 ש"ח

11. אציין כי עלות התרופות שהוזכרו בסעיף 10 לעיל משקפת את הסכום שהוצאתי מביסי, לאחר השתתפות קופת חולים מכבי בשעור 90% מהעלות.

12. פנינו לעורך דין צבי כהנא בבקשה שייצג אותנו בתביעה נגד טבע, בגין מעשיה ומחדליה, כמפורט לעיל. עורך דין כהנא פנה מטעמנו לכמה רופאים מומחים, וביקש חוות דעת לתמיכה בתביעתנו. כפי שדיווח לי ענייד כהנא, כל הרופאים אליהם פנה גילו הבנה ונכונות לסייע, אולם כאשר נודע להם שהנתבעת היא טבע, הם נרתעו וחזרו בהם מנכונותם לתת חוות דעת. רק פרופי שנקר נאות לתת חוות דעת, שצורפה כנספח ב' לבקשת אשר תצהיר זה תומך בה.

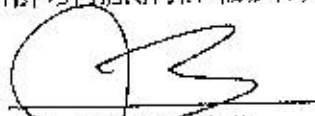
13. סוכם בינינו לבין בא כחי הנ"ל ששכר טרחתו יעמוד על 25% (נעשרים וחמישה אחוזים) מכל סכום שייפסק לנו במסגרת התובענה דנן, בצירוף מעימ.

14. שמי גלי קונסט, החתימה בשולי גליון זה היא חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

  
גלי קונסט

אישור

אני הח"מ צבי כהנא ענייד, (מסי רשיון 8592) מרחי דיונגוף 253 ת"א מאשר בזה, כי גבי גלי קונסט, המוכרת לי אישית חתמה על תצהיר זה בפני, לאחר שהוזהרה כי עליה לומר את האמת וכי תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן.

  
צבי כהנא ענייד

תאריך: 3.4.01

## תצהיר

אני החתום מטה, איתן קונסט, נושא ת.ג. מסי 054764899 לאחד שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אחיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזה כדלקמן:

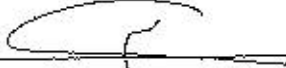
1. אני אזרח ותושב ישראל. אשתי ואני הגשנו תובענה כספית נגד טבע תעשיות פרמצבטינות בע"מ (להלן: "טבע") ותצהיר זה מוגש בתמיכת לבקשה להכיר בתובענה הנ"ל כתובענה ייצוגית.
2. עקב בעיות פוריות נזקקה אשתי לטיפול פרוין ובאפריל 1998 התחלתי, יחד עם אשתי, בטיפול הפריה חוץ-גופית, במרכז הרפואי "מדיקל סנטר" שבהרצליה. אציון שהטיפול הוא טיפול זוגי, כעולה בבירור מחוזר של ה"מדיקל סנטר", נספח אי לבקשה, הטיפול הוא תוכנית עבודה משותפת, המיועדת לשני בני הזוג גם יחד.  
כעולה מנספח אי, בן הזוג איננו פאסיבי בטיפול הפריה חוץ גופית ותרומתו אינה מצטמצמת לאקט חד פעמי של מתן זרע, טיפול החפרייה נמשך כחודש ימים, כאשר הבעל הוא שותף פעיל בטיפול, לכל אורכו, וכבר מראשית הטיפול; כאשר האשה והבעל מתייצבים יחד לפגישה הראשונה עם הצוות המטפל, פותחים תיק רפואי, ומקבלים מידע על המשך התהליך.
3. לאחר מכן מבצע בן הזוג בדיקת דם, ומלווה את בת הזוג בכל אחד משלבי הטיפול המיוחדים לבת הזוג (זריקות וקבלת תרופות). שיא הטיפול הוא היום בו מתבצעת שאיבת הביציות (בהרדמה מלאה של האשה) ובאותו יום מתבצעת תרומת הזרע של בן הזוג.
3. אדגיש: השתתפתי בכל שלבי החפריה נשוא בקשה זו, והייתי נוכח אישית בכל השלבים בהם הטיפול הפיסי התבצע באשתי. אין צורך לומר שמימון הטיפול התבצע ממשאבינו המשותפים.
4. כחלק מהטיפול, קיבלה אשתי זריקות כוריון מתוצרת טבע בתאריכים: 15.4.98, 17.4.98 (הוא היום בו בוצעה תרומת הזרע שלי) ו- 20.4.98.
5. בראשית מאי 1998 התברר שהטיפול נכשל.
6. בראשית חודש אוגוסט 1998, התחלנו, אשתי ואני, בטיפול הפריה נוסף. הרופא המטפל הנתח את אשתי לרכוש את התרופות הנדרשות לטיפול וביניהן כוריון.
- כשרכשה אשתי את האמפולות הכוריון החדשות, נאמר לה לבדוק את אמפולות הכוריון שנותרו אצלה מהטיפול הקודם, כיוון שהתקבל חוזר של טבע, לפיו אצווה מסויימת של אמפולות שיוצרו ע"י טבע היתה פגומה ורופאים דיווחו על "יעילות נמוכה מתרגילי לגבית.
7. בעקבות מידע זה בדקה אשתי ומצאה כי האמפולה שנותרת בביתנו היא מהסדרת המנומה שצויינה בחוזר הנ"ל.

8. אציין את העובדות הבאות:
- א. טבע לא הודיעה לי על הפגם שהתגלה באמפולות שהוזקו לאשתי בכל שלב שהוא - לא לפני שהתגלה לי הפגם באמפולות, ולא לאחר מכן.
  - ב. טבע לא פירסמה כל הודעה באמצעי התקשורת בדבר קיומן של אמפולות פגומות מתוצרתה ולא הנחתה לקוחות מסוגי לבדוק את האמפולות שברשותי.
  - ג. למיטב זמנתי והבנתי, באמצעות החוזר הנייל ובאמצעות מחלק "הסילוק השקטי" של האמפולות הפגומות ממדפי בתי המרקחת, ניסתה טבע להטעות אותי ולמנוע מאנשים מסוגי - אשר רכשו כוריגון לפני הסילוק השקטי - לדעת אודות הכשל בייצור הכוריגון.
9. בשל מעשיה ומחדליה של טבע, כמתואר לעיל, נגרמו לאשתי ולי כאב, סבל ועוגמת נפש שקשה לתאר את עוצמתם וחריפותם. בהקשר זה אציין את העובדות הבאות:
- א. הטיפול קשה מאד, פיזית ונפשית, הוא נמשך למעלה משבועיים רצופים, וכרוך בסיכון ובפגיעות לבת הזוג, ובסבל ואי נעימות מתמדת לשני בני הזוג כאחד.
  - ב. לשבועיים הנייל, בהם מתבצע הטיפול, מתווספת תקופת המתנה של כמעט שבועיים נוספים עד קבלת התוצאות.
  - ג. כל תקופת הטיפול מלווה במתח נפשי עצום.
  - ד. התוצאה הכושלת של הטיפול גרמה לאשתי ולי תסכול ודכאון חמורים. התחושות אלה התריפו, התעצמו והתמשכו מאד, כאשר גילינו שכל הטיפול היה בעצם מיותר. ואדגיש: לא היינו מבצעים את הטיפול, בשום אופן, אילו ידענו שקיימת אפילו סטיה קלה ביותר ממויגון הכוריגון, כפי שהוצהר על ידי טבע.
10. עלויות הטיפול הנייל היו כדלקמן:
- א. עלות 3 אמפולות כוריגון שהזקו לאשתי במהלך הטיפול 11 ש"ח
  - ב. עלות הטיפול כולו, למעט כוריגון (כולל התרופות האחרות ותשלום עבור אשפוז לצורך שאיבה בהרדמה) 7,381 ש"ח
- סך כל עלות הטיפול 7,892 ש"ח
11. אציין כי עלות התרופות שהוזכרו בסעיף 10 לעיל משקפת את הסכום ששילמנו מכיסנו, לאחר השתתפות קופת חולים מכבי בשעור 90% מהעלות.

12. פנינו לעורך דין צבי כהנא בבקשה שייצג אותנו בתביעה נגד טבע, בגין מעשיה ומחדליה, כמפורט לעיל. עורך דין כהנא פנה מטעמנו לכמה רופאים מומחים, וביקש חוות דעת לתמיכה בתביעתנו. כפי שדיווח לי עו"ד כהנא, כל הרופאים אליהם פנת גילו הבנה ונכונות לסייע, אולם כאשר נודע להם שהתבעת היא טבע, הם נרתעו וחזרו בהם מנכונותם לתת חוות דעת. רק פרופי שנקר נאות לתת חוות דעת, שצורפה כנספח ב' לבקשה אשר תצתיר זה תומך בה.

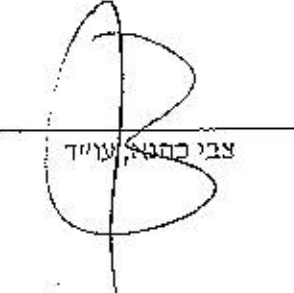
13. סוכם בינינו לבין בא כחי הנ"ל ששכר טרתתו יעמוד על 25% (עשרים וחמישה אחוזים) מכל סכום שייפסק לנו במסגרת התובענה דנן, בצירוף מע"מ.

14. שמי איתן קונסט, החתימה בשולי גליון זה היא חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

  
איתן קונסט

אישור

אני הח"מ צבי כהנא עו"ד (מס' רשיון 8592) מרתי דיונון 253 ת"א מאשר בזה, כי מר איתן קונסט, המוכר לי אישית חתם על תצהיר זה בפני, לאחר שהוזהר כי עליו לומר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן.

  
צבי כהנא, עו"ד

תאריך: 4.4.01