

בעניין:

ז'ק אזולאי, ת.ז. 067419531

ע"י ב"כ ליאור צמח ו/או עוה"ד אמיר ישראלי ואח'

מרח' פיקדון 1, ת.ד. 502, חיפה 31000

טלפון: 04-8530540; פקסימיליה: 04-8530555

המבקש

- נגד -

מכבי שרותי בריאות, מ.ה 589902279

מרח' המרד 27, תל אביב 68125

המשיבה

בקשה לאישור התובענה כייצוגית

(מכח הוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו 2006)

המבקש מתכבד בזאת להגיש בפני ביהמ"ש הנכבד בקשה לאישור תובענה כייצוגית. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לאשר את התובענה כייצוגית, להכריע בה לטובת הקבוצה, ולפסוק לטובת חברי הקבוצה את הסעדים המבוקשים במסגרתה.

- כתב התביעה מצ"ב כנספח "1" לבקשה זו.

- תצהירו של המבקש, מצ"ב כנספח "2" לבקשה זו.

במסגרת זו מתבקש בית המשפט הנכבד, בין היתר, נוכח הוראות סעיף 14 לחוק והמפורט בבקשה זו, להורות כדלקמן:

א. להגדיר את הקבוצה ו/או הקבוצות ו/או תתי הקבוצות בשמן תנוהל התובענה;

ב. לקבוע כי המבקש יהיה התובע המייצג ובאי כוחו יהיו באי הכוח המייצגים בתובענה הנדונה;

ג. לפרט את עילות התובענה והשאלות של עובדות או משפט המשותפות לקבוצה ו/או לקבוצות ו/או לתתי הקבוצות וכן את הסעדים הנתבעים במסגרת תובענה זו;

- ד. ליתן הוראות בדבר אופן פרסום ההחלטה בבקשה;
- ה. ליתן כל הוראה שימצא בית המשפט לנכון מכוח החוק ו/או בהתאם להוראות כל דין ולחלופין בלבד אישור בשינויים כמפורט בסעיף 13 לחוק;
- כמו כן יתבקש כבוד בית המשפט לחייב את המשיבה לשאת בהוצאות המבקש בבקשה זו, לרבות שכר טרחת באי כוחו בצרוף מס ערך מוסף כדין.
- המבקש מציע כי קבוצת התובעים אותה מתבקש ביהמ"ש הנכבד לאשר למבקש לייצג, תוגדר באופן הבא, בכפוף לאישורו של ביהמ"ש הנכבד:
- "כלל עמיתי המשיבה, אשר אוזנו מבחינה טיפולית בתרופה "ליפיטור", אשר נכללת בסל הבריאות, ואשר המשיבה מסרבת עתה, בניגוד לדין, להמשיך ולשמר לגביהם את רצף הטיפול בתרופתי, וכופה עליהם להיות מטופלים בחלופות גנריות.**
- במידה ויימצא כי המשיבה נוהגת באופן דומה או זהה ביחס לתרופות נוספות הנכללות בסל התרופות, יתבקש ביהמ"ש הנכבד להכליל בקבוצת התובעים את כלל העמיתים הרלוונטיים".

א. תמצית התובענה

1. לדאבון הלב, הרצון לחסוך ככל שניתן במשאבים, גרם למשיבה להפר את חובותיה הבסיסיות ביותר כלפי מבוטחיה.
2. ליפיטור היא תרופה ממשפחת הסטטינים (קבוצת תרופות מורידות כולסטרול) הניתנת במרשם רופא במטרה להפחית את רמת הכולסטרול בדם. ליפיטור מפחיתה את רמת כולסטרול רע (LDL), את הטריגליצרידים (תרכובות הנמצאות בשומן גוף האדם) ואת רמת הכולסטרול הכללית, ומעלה את רמת הכולסטרול הטוב (HDL).
3. ליפיטור נכללת בסל התרופות, ואמורה להיות מסופקת בידי קופות החולים, לרבות המשיבה, למבוטחיהן.
4. המשיבה סיפקה עד לעת האחרונה את תרופת הליפיטור למבוטחיה.

5. **יום בהיר אחד, וללא התרעה מוקדמת, החליטה המשיבה להפסיק באופן חד צדדי את אספקת הליפיטור למבוטחים. הפסקת אספקת התרופה נעשתה באופן גורף, שרירותי, שלא על בסיס שיקולים רפואיים, וכללה את כל המבוטחים אשר עד לאותה העת אוזנו טיפולית בטיפול בליפיטור.**
6. מדובר במהלך חריג, חד צדדי, מקומם, הנגוע בשיקולים זרים ובכללם רצון לחסוך כספים על חשבון טובת המטופל.
7. סירובה של המשיבה לספק את הליפיטור למבוטחיה הינו גורף, וכולל גם מטופלים אשר אוזנו רפואית בתרופה ליפיטור, ואשר המשיבה מסרבת להמשיך ולספק להם את התרופה, וכופה עליהם לעבור ולעשות שימוש בתרופות גנריות תחליפיות.
8. **מדיניותה הגורפת של המשיבה, הינה מקוממת, מנוגדת להוראות הדין, וחוטאת לעקרונות בסיסיים אותם מחוייבת המשיבה, מכוח מעמדה, לשמר:**
- א. **עיקרון עצמאות הרופא** – מקום בו הרופא המטפל סבור כי יש להמשיך את הטיפול בתרופה כלשהי, הפסקת אספקת התרופה מהווה התערבות, משיקולים מנהליים גרידא, בשיקול דעתו הרפואי של הרופא המטפל. זאת אין להתיר.
- ב. **עיקרון הרצף הטיפולי** – עיקרון זה מחייב כי מבוטח אשר אוזן על תרופה מסויימת, ימשיך לקבלה כל עוד הוא נזקק לה. מטופלים אינם אמורים לשמש "שפני נסיונות", ואין כל מקום לכפות עליהם להפסיק וליטול את התרופה בעזרתה אוזנו מבחינה טיפולית.
- ג. **מהות סל התרופות** – הדין מחייב כי תרופות המנויות בסל התרופות ימשיכו להיות מסופקות למטופלים הנזקקים להן, ובפרט אלו אשר אוזנו טיפולית בהן. לשם כך בדיוק נועד סל התרופות.
- ד. **עיקרון ההסכמה מדעת** – מעבר מתרופה אחת לאחרת מחייב הסכמה מדעת של המטופל, וחייב שייעשה לאחר שכל המידע הרלוונטי מועבר אליו. אין זה מתקבל על הדעת כי העברת מטופל מתרופה אחת לאחרת תעשה באופן שרירותי, מידי, ללא התראה מוקדמת, וללא קבלת הסכמה מדעת של המטופל.
9. המשיבה מפרה בריש גלי, וללא כל היסוס, עקרונות בסיסיים אלו.
10. עמיתי המשיבה, המעוניינים להמשיך ולהיות מטופלים בליפיטור, נאלצים לעבור שבעת מדורי גיהנום, וועדות חריגים למיניהן, ובכלל זאת לשמש כשפני נסיונות, ממש כך, ולהוכיח כשלון בטיפול בחלופה הגנרית. כל זאת, מקום בו הליפיטור נכללת בסל התרופות!

המבקש, כמו גם חברי קבוצה נוספים, נאלץ לרכוש מכספו שלו את התרופה, בעלות חודשית המוערכת בכלמעלה ממאה שקלים חדשים.

11. המשיבה, מתוך בצע כסף ורצון לחסוך בעלויות, זנחה את מחויבותיה הבסיסיות לשמירה על בריאות מבוטחיה ולשמירה על עקרונות האתיקה הרפואית ובכללם עיקרון עצמאות הרופא. המשיבה אף ביצעה את השינוי באופן חד צדדי, ללא הסכמה מדעת של המטופל, ואף ללא גילוי מתאים אודות ההשלכות המעבר מתרופה אחת לאחרת, וכיוצ"ב.

12. **מצב דברים זה אין לקבל**, ונראה כי אין מנוס מהגשת תובענה ייצוגית על מנת לאכוף את הוראות הדין על המשיבה.

בחלקה הראשון של הבקשה, נעמוד על עובדות המקרה. מראש נתנצל, כיוון שבידינו הצטבר חומר רב ביחס להפרת הוראות הדין בידי המשיבה, ונשתדל להביאו בפני ביהמ"ש הנכבד בתמצות האפשרי.

בחלקה השני של הבקשה, החלק המשפטי, נעמוד על הפרת הוראות הדין בידי המשיבה ועל התקיימות התנאים לאישור התובענה כיייצוגית.

ב. רקע עובדתי

1.1. פרטים הנוגעים למשיבה

13. המשיבה, מכבי שרותי בריאות, הינה "קופת חולים" כהגדרתה בסעיפים 24 ו-67 לחוק ביטוח בריאות.

14. המשיבה קיימת מזה כ-70 שנה ומספקת שרותי בריאות ללמעלה מ-1,800,000 חברים.

15. פעילותה של המשיבה מסוכמת באופן הבא באתר האינטרנט אותו היא מפעילה:
(<http://www.maccabi4u.co.il/1796-he/Maccabi.aspx>)

"כיום" מכבי שירותי בריאות" מונה יותר מ-1,870,000 חברים ונחשבת לאחד המוסדות בעלי העוצמה המשפיעים ביותר על מערכת הבריאות בישראל. מכבי מעניקה לחבריה את מיטב השירות הרפואי, מחוייבת לבריאות שלמה, קידום

בריאות ורפואה מונעת תוך שמירה על ערכי היסוד של האבות המייסדים:
בחירה חופשית, איכות רפואית, איזון כלכלי ויעילות."

- העתק עמוד האינטרנט הרלוונטי מצ"ב **כנספח "3"** לבקשה זו.

2.2. פרטים הנוגעים לתרופה "ליפיטור"

16. ליפיטור ("Lipitor") היא תרופה ממשפחת הסטטינים (קבוצת תרופות מורידות כולסטרול) הניתנת במרשם רופא במטרה להפחית את רמת הכולסטרול בדם.
17. ליפיטור מפחיתה את רמת הכולסטרול הרע (LDL), את הטריגליצרידים (תרכובות הנמצאות בשומן גוף האדם) ואת רמת הכולסטרול הכללית, ומעלה את רמת הכולסטרול הטוב (HDL).
18. ליפיטור הינה התרופה הראשונה להורדת כולסטרול שקיבלה את אישור מנהל המזון והתרופות האמריקאי (ה-FDA), כמו גם את אישור משרד הבריאות הישראלי, להורדת הסיכון לאשפוז בגין אי ספיקת לב וכאבים בחזה בחולים עם מחלת לב.
19. למעלה מ-50 מיליון איש ב-70 מדינות ברחבי העולם נוטלים את התרופה ליפיטור.
20. ליפיטור היא התרופה הנרשמת ביותר על ידי רופאים ברחבי העולם, ואף הוכתרה לתרופה הנמכרת ביותר בעולם לשנת 2007. ליפיטור היא תרופת המרשם שנעשתה לגביה הכמות הרבה ביותר של מחקרים קליניים: כ-400 מחקרים בקרב כ-80,000 מטופלים.
- חומר מחקרי בנוגע לתרופה ליפיטור מצ"ב **כנספח "4"** לבקשה זו.
21. ליפיטור **נכללת** בסל התרופות, ואמורה להיות מסופקת בידי קופות החולים, לרבות המשיבה, למבוטחייהן. יודגש, כי במסגרת סל הבריאות לא נרשמת שם התרופה, אלא **החומר הפעיל** בה, ולעניינה של הליפיטור – החומר הפעיל הינו אטורבאסטאטין (Atorvastatin).
- תדפיס מאגף הרוקחות במשרד הבריאות מצ"ב **כנספח "5"** לבקשה זו.
- העתק החלקים הרלוונטיים מצו ביטוח בריאות ממלכתי (תרופות בסל שירותי הבריאות) מצ"ב **כנספח "6"** לבקשה זו.

22. על חשיבותה של התרופה ליפיטור, ועל יתרונותיה העצומים אל מול תרופות גנריות מקבילות, ניתן ללמוד אף מהודעה לעיתונות מטעם קופת חולים מאוחדת, אשר אישרה את הליפיטור כתרופת קו ראשון להורדת כולסטרול:

"קופת חולים מאוחדת הודיעה היום, יום ב', ה- 18 באוקטובר, על החלטתה לאפשר למבוטחיה לקבל את ליפיטור, הטיפול המוביל בעולם להורדת כולסטרול, כתרופת קו ראשון (התרופה הראשונה להורדת כולסטרול הנרשמת למטופל).

ליפיטור הושקה על ידי ענקית התרופות פייזר כבר בשנת 1997, אך עד כה אפשרו קופות החולים בארץ את קבלתה רק כתרופת "קו שני", הניתנת למטופל כאשר טיפולים (סטטינים) אחרים נכשלו, או שגרמו לתופעות לוואי.

לדברי ד"ר זאב אהרונסון, המנהל הרפואי של קופת חולים מאוחדת, זהו נדבך משמעותי נוסף בצעדים שעושה הקופה במגמה לתת למבוטחיה את התרופות והטיפולים המתקדמים בעולם. כ- 30% מכלל האוכלוסייה הבוגרת בישראל סובלים מרמת כולסטרול גבוהה, אך לא כולם מטופלים. על פי המלצות האיגודים הרפואיים המקצועיים, הרמה הרצויה של הכולסטרול הרע (LDL) צריכה להיות נמוכה מ- 100 מ"ג לד"ל. כולסטרול נחשב לאחד הגורמים העיקריים לטרשת עורקים ולתחלואה ותמותה קרדיווסקולרית כגון: אוטם בשריר הלב, ושבץ מוחי, גורם התמותה השכיח ביותר בעולם המערבי.

על רקע זה, מוסיף ד"ר אהרונסון, החליטה הנהלת הקופה לעשות צעד פורץ דרך ולאפשר לכלל המבוטחים לקבל את ליפיטור, החל מה- 1 בדצמבר, כאופציה טיפולית ראשונה ולחסוך חודשים של ניסוי ותעייה."

- הודעה לעיתונות מאת קופת חולים מאוחדת מצ"ב כנספח "7" לבקשה זו.

3.3. מה בין תרופות אתיות לתרופות גנריות

23. לצורך הבנת הבסיס למדיניות הפסולה של המשיבה, אין מנוס מהקדמה הנוגעת להבחנה שבין תרופה אתית (המכונה גם "תרופת מקור") ובין תרופה גנרית.

24. תרופה אתית היא תרופה שפותחה בידי חברת תרופות.

25. פיתוח תרופה אתית נמשך שנים רבות, ומצריך השקעה כלכלית ומדעית עצומה. ההשקעה הכלכלית הממוצעת בתרופה אתית מוערכת בכ-מיליארד דולר לתרופה. חברות תרופות אתיות נדרשות לעבור מסלול ארוך על מנת להוביל לאישורה של התרופה בידי הרשויות הרלוונטיות (בארה"ב – ה-FDA, בישראל – משרד הבריאות), ובכלל זאת הן נדרשות לבצע מחקרים קליניים המוכיחים את יעילות התרופה.
26. בשל העלויות העצומות הכרוכות בפיתוח תרופה, ומתוך רצון לעודד השקעה ביצירת תרופות חדשות, זוכות התרופות האתיות להגנה בדמות פטנט.
27. משמעות הוצאת הפטנט היא כי במשך תקופת זמן מוגדרת, רשאית אך ורק חברת התרופות בעלת הפטנט לייצר ולשווק את תרופת המקור, ולהפיק ממנה רווחים.
28. תרופה גנרית הינה תרופת העתק של תרופה אתית. כאשר מסתיימת תקופת הפטנט, רשאית כל חברת תרופות מתחרה לייצר העתק של תרופת המקור בדמות תרופה גנרית. התרופה הגנרית מכילה חומר פעיל בהרכב זהה לזה המצוי בתרופה האתית.
29. על מנת לקבל אישור להפצת התרופה הגנרית, היצרן איננו מחויב לבצע שורה ארוכה של ניסויים, בדומה לתרופה אתית, ודי אם יוכיח זמינות ביולוגית, שאינה שונה באופן מובהק, מהתרופה האתית, מבחינת קצב ובשיעור הספיגה של החומר הפעיל בגוף, כאשר התרופות ניתנות באותה מנה של חומר פעיל ובאותם התנאים.
- מסמך בנוגע להסדרת השימוש בתרופות גנריות בישראל, מאת מרכז המחקר והמידע בכנסת ישראל (24.6.2007) מצ"ב כנסת 8 לבקשה זו.
30. **נוכח האמור מוסכם, מקובל וידוע, שתרופות גנריות הן אינן זהות לתרופות אתיות.** בין היתר, קיימים ההבדלים המשמעותיים הבאים בין תרופות אתיות וגנריות:
- (א) תרופות אתיות מבוססות על מחקרים קליניים, רחבי היקף, בעוד שתרופות גנריות אינן עוברות מחקרים קליניים זהים, אלא בעיקר מחקרי זמינות ביולוגית השוואתית לתרופה האתית המבוצעים על מתנדבים בריאים. חשוב להדגיש, כי במחקרים אלה לא נדרשות זהות מוחלטת בין התרופה האתית לתרופה הגנרית, על מנת לאשר התרופה הגנרית, אלא שהזמינות הביולוגית אינה שונה באופן מובהק.
- (ב) החומרים שאינם פעילים **שונים** בין תרופה אתית ובין תרופה גנרית וכך גם תהליך הייצור של התרופה.

(ג) נוכח האמור לעיל, קיים ו/או עשוי להיות קיים שוני בין התרופות האתיות לתרופות הגנריות, לרבות לעניין קצב ושיעור ספיגת החומר הפעיל בגוף, וכתוצאה מכך השפעת התרופה על החולה וכן לעניין תופעות לוואי או הסיבוכים האפשריים.

31. במחקר שנערך בידי חברת PharmaQuest ואשר תוצאותיו פורסמו בחודש אוגוסט 2010, נשאלו 300 רופאים בנוגע לדעתם ביחס לשימוש בתרופות גנריות. תוצאות הסקר הן כדלקמן:

(א) **73% מהרופאים סבורים שיש הבדל בין תרופות אתיות לתרופות גנריות, בהם 22% שסבורים כי מדובר בהבדל גדול.**

(ב) **פי 4 (!) רופאים ציינו כי היו רושמים לבן משפחתם תרופה אתית, לעומת אלו שציינו כי היו רושמים לבן המשפחה תרופות גנריות.**

(ג) **61% מהרופאים ציינו כי השיקול העיקרי למתן מרשם לתרופה גנרית הינו שיקול כלכלי.**

(ד) רופאים שנשאלו ציינו כי במהלך תקופה של 3 חודשים, בממוצע, הם ביקשו ב-8 פעמים שונות כי מטופל יקבל תרופה אתית ולא את החלופה הגנרית, וזאת בין היתר בשל תופעות הלוואי הנגרמות עקב השימוש בתרופה הגנרית (37%), ובשל חשש מהחלפה אשר תגרום לחוסר יעילות של התרופה הגנרית (12%) ובשל ניסיון בתרופה גנרית ללא תוצאות טובות (12%).

- תוצאות סקר תרופות אתיות מצ"ב כנספח "9" לבקשה זו.

32. מדוע על-כן נעשה שימוש בתרופות גנריות? **הסיבה לכך היא כמובן כלכלית.** תרופות גנריות הן זולות משמעותית מתרופות אתיות ולקופות החולים משתלם כלכלית לספק את החלופה הגנרית על פני תרופת המקור. תרופות גנריות הן "מחוללות תחרות", ומאפשרות גם להוריד את מחירה של התרופה האתית בתום תקופת הפטנט.

33. מסקנת הדברים עד כה היא כי גם לעוסקים בתחום הרפואה ידוע היטב כי קיימים הבדלים בין תרופה אתית על פני החלופה הגנרית. ניתן להניח, כי בעולם אידיאלי היו מרבית החולים זוכים להיות מטופלים בתרופות אתיות. ודוק, שאיננו טוענים כי בכל מקרה יש הכרח לספק לחולים דווקא את התרופה האתית, והטיעון במסגרת בקשה זו מתמצה בכך **שאינן להחליף משיקולי עלות תרופה אתית בתרופה גנרית במסגרת הטיפול בחולה המאוזן על התרופה האתית, בפרט כזו הנכללת בסל התרופות.**

4.ב. החלפת תרופה אתית בתרופה גנרית

34. הבעייתיות בהספקת תרופות אתיות מתעוררת ביתר שאת מקום בו מדובר ברצונה (הבלתי לגיטימי) של קופת החולים להפסיק ולספק את התרופה האתית גם לחולים המאוזנים טיפולית בתרופה האתית.
35. בנסיבות אלו, נוסף על החשש מכישלון הטיפול, הנובע מיעילותה המוגברת של תרופת המקור, ונוסף על החשש מתופעות לוואי שונות הנגרמות בשל השוני בחומרים שאינם פעילים, מתעורר קושי נוסף שמקורו "באפקט פלצבו הפוך".
36. אפקט פלצבו מתרחש כאשר חולה מקבל טיפול דמה (שהוא חושב שאמור לעזור לו), או טיפול שאינו כולל את המרכיב "הפעיל" בתרופה, אך מצבו משתפר בכל זאת.
37. אפקט הפוך עלול להתרחש מקום בו חולה מאוזן על תרופה מסויימת, ומאלצים אותו להפסיק את הטיפול בתרופה ולעבור לטיפול בתרופה אחרת. **בנסיבות אלו, עצם ההחלפה – ללא קשר ליעילות החלופה הגנרית - עלולה לפגום ביעילות הטיפול.**
38. **החלפת תרופת מקור בתרופה גנרית, לחולה המאוזן טיפולית, מקום בו התרופה כלולה בסל התרופות, מנוגדת לשלושה עקרונות בסיסיים:**
- (א) עיקרון עצמאות הרופא – מקום בו הרופא המטפל סבור כי יש להמשיך את הטיפול בתרופת המקור, הפסקת אספקת התרופה מהווה התערבות, משיקולים מנהליים גרידא, בשיקול דעתו הרפואי של הרופא המטפל.
- (ב) עיקרון הרצף הטיפולי – עיקרון זה מחייב כי מבוטח אשר אוזן על תרופה מסויימת, ימשיך לקבלה כל עוד הוא נזקק לה. מטופלים אינם אמורים לשמש "שפני נסיונות", ואין כל מקום לכפות עליהם ללפסיק וליטול את התרופה עליה אוזנו.
- (ג) מהות סל התרופות – הדין מחייב כי תרופות המנויות בסל התרופות ימשיכו להיות מסופקות למטופלים הנזקקים להן. לשם כך נועד סל התרופות.
39. בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות, עוד משנת 1999, נקבע באופן מפורש ושאינו משתמע לשתי פנים כי החלפת תרופות בנסיבות התובענה דנן מהווה פגיעה בעיקרון הרצף הטיפולי:

"אין מניעה להתחיל טיפול תרופתי בתרופות נגזרות – גנריות או חליפיות שיעילותן זהה.

על הרופא להקפיד לשמור על רצף טיפול תרופתי. **אין להחליף תרופות משיקולי עלות, בחולים בהם כבר הושג איזון תרפויטי** (לדוגמא, יתר לחץ דם, או סוכרת)."

- חוזר המנכ"ל מצ"ב **כנספח "10"** לבקשה זו.

40. בנייר עמדה של הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית, משנת 2007, נקבע כי החלפה של תרופת מקור בחלופה הגנרית מהווה פגיעה בעיקרון עצמאות הרופא:

"אין כל בעיה רפואית, מוסרית או אתית, להתחיל במתן תרופה גנרית לחולה חדש, מתוך ידיעה שהתרופה החלופית זהה בפעילותה לתרופת המקור, אך **אין זה ראוי שהקופה תכפה על הרופא להחליף טיפול קיים בחולה מאוזן מתוך שיקולים כלכליים**"

- נייר עמדה של הלשכה לאתיקה מצ"ב **כנספח "11"** לבקשה זו.

41. ניתן היה לסבור, כי המשיבה תפעל בהתאם לכללים בסיסיים אלו, אך לעניין תרופת הליפיטור היא חרגה מהם ברגל גסה.

42. לדאבון הלב, נראה כי משרד הבריאות נמנע מאכיפת הנוהל האוסר על החלפת תרופות לחולה מאוזן. כך ציין מר יואל ליפשיץ, סמנכ"ל פיקוח על קופות החולים במשרד הבריאות, בדיון בוועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת, מיום 25.6.2007:

"יש הנחייה של משרד הבריאות שאני חושב שהיא העיקר, שחולה מאוזן לא מעבירים לתרופה אחרת, זה לא משנה מתרופה אתית לאתית או אתית לגנרית או גנרית לגנרית כי חולה מאוזן לא מעבירים **וההנחיה הזאת היא הנחיה שלמיטב ידיעתי יצאה בכתב על ידי היועצת המשפטית של המשרד ואני חושב שהיא לא נאכפת.**"

- פרוטוקול מיום 25.6.2007 מצ"ב **כנספח "12"** לבקשה זו.

43. מסקנת הדברים היא כי למרות שקיימת הנחיה מצד משרד הבריאות כי אין להחליף תרופה אתית בתרופה גנרית בחולה מאוזן, ולמרות שזוהי גם עמדת הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית, הרי שבפועל מדובר בנוהל שאינו נאכף בידי משרד הבריאות. ניתן לצפות, כי המשיבה מיוזמתה

תאכוף את הנוהל, אך לדאבון הלב נסיבות ענייננו מלמדות כי ההיפך נעשה לעניין תרופת הליפיטור ומשכך נעשית פנייה זו לבית המשפט הנכבד.

5.2. החלפת תרופת הליפיטור בחלופה הגנרית

44. עד שנת 2010, סיפקה המשיבה למבוטחיה את תרופת הליפיטור. לקראת סוף שנת 2010, באופן חד צדדי, וללא מתן התראה מוקדמת, הפסיקה המשיבה לספק למטופלים את תרופת הליפיטור.
45. מדובר באירוע **חריג ויוצא דופן**.
46. כל המבוטחים, אשר עד לאותה עת טופלו בליפיטור, גילו לתדהמתם כי מעתה לא ניתן להשיג את התרופה בבתי המרקחת המזוהים עם המשיבה, וזאת למרות שברשותם של המבוטחים מרשם רופא המורה באופן חד משמעי כי יש לספק להם את תרופת הליפיטור, ולא שום חלופה גנרית אחרת.
47. משיקולים מנהלתיים גרידא, הרשתה המשיבה לעצמה להתערב באופן בוטה, ובניגוד לכללי האתיקה הרפואית, בשיקול דעתם של הרופאים המטפלים.
48. המשיבה הפסיקה חד צדדית את אספקת הליפיטור לבתי מרקחת!
49. **מדיניותה של המשיבה החל מאותו מועד היא לספק באופן אוטומטי את החלופה הגנרית, ללא התייעצות עם הרופא המטפל, ללא בחינה של כל מקרה לגופו, וללא מתן הודעה מוקדמת למבוטחים.**
50. החל מאותו מועד, כל מבוטח המעוניין ליטול ליפיטור נדרש לשלם בעבור התרופה מכספו שלו. גם מכתב מאת הרופא המטפל אינו מועיל, והמשיבה דורשת מהמבוטחים לעמוד בשתי דרישות מצטברות על מנת לזכות בטיפול בתרופה: (א) דיון בוועדת חריגים. (ב) כישלון בניסיון טיפולי בחלופה הגנרית.
51. מדיניותה של המשיבה הופכת את המטופלים לשפני נסיונות, פוגעת בעיקרון הרצף הטיפולי, ומהווה התערבות גסה בשיקול הדעת הרפואי המוקנה לרופא המטפל. את מדיניותה הקלוקלת של המשיבה, ופגיעתה הרעה, נדגים באמצעות מקרהו של המבקש.

6.ב. פרטים הנוגעים למבקש

52. המבקש הינו פנסיונר, המתגורר כיום בעיר בת ים יחדיו עם רעייתו. בעבר, שימש המבקש כלטש יהלומים.

53. במהלך שנת 2003, אובחנה אצל המבקש רמת כולסטרול גבוהה בדם. לאחר שנים רבות בהן טופל באמצעים שונים, הרי שבתאריך 9.6.2009 ולאחר מאבקים רבים, אושר למבקש להתחיל להיות מטופל בתרופה ליפיטור. בטופס המעקב הרפואי, מצויין מפורשות כי אובחנו תופעות לוואי עקב שימוש בסטטינים, ללא עלייה באנזימים. עוד נדגיש, כי גם אשתו של המבקש, בשל מצבה הרפואי, נדרשת לטיפול בתרופה ליפיטור.

- חומר רפואי בעניינו של המבקש מצ"ב כנספח "13" לבקשה זו.

- חומר רפואי בעניין אשתו של המבקש מצ"ב כנספח "14" לבקשה זו.

54. בסוף שנת 2010, החליטה המשיבה להפסיק ולספק את תרופת הליפיטור לחוליה.

55. מדיניות זו פגעה גם במבקש. כפועל יוצא, המבקש אינו מסוגל לקבל את התרופה בבתי המרקחת, למרות שברשותו מרשם רופא של המשיבה לתרופה. עוד נוסיף, כי המשיבה הפסיקה לספק את התרופה אף לאשתו של המבקש, וזאת ללמד כי מדובר במדיניות גורפת מצידה של המשיבה.

56. הרופאים המטפלים במבקש, על סמך שיקול דעתם המקצועי, קבעו באופן חד משמעי כי יש לספק לו את תרופת הליפיטור ולא חלופות גנריות. ביום 16.3.2011 נשלח מכתב מהרופא אוורבוך ז'אן (רופא נפרולוג) אל ד"ר אברהם ברוידא בנוסח הבא:

"יתר טיפול תרופתי ללא שינוי כאשר יש צורך לספק למטופל תרופות ראשוניות

(לא גנריות) – Ocsaar, Lipitor...."

- מכתב מאת ד"ר ז'אן אוורבוך מצ"ב כנספח "15" לבקשה זו.

57. ד"ר אברהם ברוידא, פנה אף הוא בשני מכתבים לנציגי המשיבה, מיום 6.3.2011, ו-21.3.2011, ובהם הוא ביקש, שלא לומר התחנן, להמשיך את הטיפול בתרופת המקור:

"לכבוד: גורם מאשר. ועדת התרופות.

מר אזולאי מטופל זמן רב בתרופות Lipitor, Ocsaar Plus. אינו מוכן לקבל התחליפים הגנריים (אטורבסטין ו- לוזרדקס פלוס) למרות שהובהר לו

שמדובר באותו תכשיר ושרק שם החברה המייצרת/משווקת שונה. תרופות אחרות של סטטינים גרמו לתחלואי לוואי קשות- דלקת פרקים. שיעור מרמיטנס.

נא לאשר שימוש בתרופות המקוריות"

ובמכתב השני:

"חוזר אליך שוב בקשר לתרופותיו של מר אזולאי. לדבריו. לאחר נטילת לוזרדקס חש סחרחורת והמשך עילפון. גם פרופ' אוורבוך ממליץ על טיפול בתרופות הראשוניות. קרי, ליפיטור ואוקסר. נא לשקול שוב את הנושא. **מבחינתי יש מקום לאשר התרופות המקוריות"**

- מכתבים מאת ד"ר אברהם ברוידא מצ"ב **כנספח "16 א" ו-16 ב"** לבקשה זו.

58. פניותיהם של הרופאים "לוועדת התרופות" של המשיבה לא הועילו.

59. ביום 15.3.2011 פנה המבקש בעצמו לגורם המטפל אצל המשיבה (ד"ר ענת קוטר) בבקשה לאשר לו שימוש בתרופה ליפיטור.

- מכתבו של המבקש מיום 15.3.2011 מצ"ב **כנספח "17"** לבקשה זו.

60. בתגובה למכתב, הועבר למבקש מכתב תשובה מאת ד"ר קוטר, ובו נדחתה בקשתו של המבקש, ונאמר לו כי אם לדעת הרופא המטפל קיימת "הצדקה רפואית מבוססת" לטיפול בתרופת המקור, על הרופא המטפל להגיש בקשה לוועדת החריגים על-פי נהלי הקופה:

"חשוב לנו להביא לתשומת ליבך, שתרופות גנריות מיוצרות ע"י יצרנים שונים, אך מכילות את אותו חומר פעיל ובאותה כמות בדיוק, ואושרו ע"י משרד הבריאות כתרופות זהות ולכן הן ניתנות להחלפה ביניהן.

למרות האמור לעיל, אם לדעת הרופא המטפל כך קיימת הצדקה רפואית מבוססת לטיפול בתרופה ליפיטור ו- Ocsaar Plus עליו להגיש בקשה מנומקת לדיון בוועדת החריגים ע"פ נהלי הקופה".

- מכתב מאת ד"ר קוטר מיום 23.3.2011 מצ"ב **כנספח "18"** לבקשה זו.

61. לאחר פניה נוספת מצידו של המבקש, לנציבות פניות הציבור של המשיבה, נמסר למבקש כי ללא נסיון טיפולי בחלופות הגנריות, לא ניתן לדון באישור חריג לטיפול בתרופה ליפיטור:

"באשר לתרופה ליפיטור- התרופות Atorvastatin, Litorva ו- ליפיטור הינן חלופות גנריות, שלושתן כלולות בסל הבריאות. משיחה עם ד"ר ברוידא, הרופא המטפל, נמסר כי הינך מסרב לטיפול בחלופות הכתובות מעלה.

ללא נסיון טיפולי בחלופות המועדפות לא ניתן לדון בבקשה לאישור חריג ל-
ליפיטור"

- מכתב מאת נציבת פניות הציבור, הגב' סעדיה, מיום 26.4.2011 מצ"ב **כנספח "19"** לבקשה זו.

62. נקל לראות, כי המשיבה מתעלמת מעמדת הרופא המוסמך, מתערבת בשיקול דעתו, ומונעת מהמבקש את תרופת המקור. המשיבה אף עומדת על-כך שהמבקש יהפוך "שפן נסיונות" טרם תאשר לו את תרופת המקור, למרות שזו כלולה בסל הבריאות, ולמרות שהמבקש אוזן באותה תרופה משך תקופה ארוכה.

ג. הטיעון המשפטי

1.ג. כללי

63. חוק תובענות ייצוגיות נועד להסדיר באופן ממצה את הדינים החלים על הגשת תביעות ייצוגיות בישראל. המטרות שביסוד החוק מפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", "מימוש זכות הגישה לבית המשפט", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" וכן "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות"

64. שתי התכליות המרכזיות שבבסיס החוק הינן תכלית הפיצוי ותכלית ההרתעה. תכלית הפיצוי עיקרה במתן סעד למי שנפגע מהפרת הוראות הדין. תכלית ההרתעה עיקרה בתמרוץ מעוולים פוטנציאליים להימנע מהפרה עתידית של הוראות הדין. כפי שנקבע בת"א (ת"א) 1697/06 **גלניק נ' הראל בע"מ-חברה לביטוח** (8.11.07, פורסם ב"נבו") בפסקה 16:

"לתביעה הייצוגית ישנן מספר תכליות עיקריות. התביעה נועדה לפצות את קבוצת הנפגעים על נזק שנגרם להם, תוך מניעת התעשרותו של הגורם

המזיק. היא נועדה גם כדי לשמש מכשיר לאכיפת החוק, ועמידה של גופים גדולים בהוראות הדין החלות עליהם. אני סבורה כי השאלה מהי המטרה העיקרית של תביעה ייצוגית, עשויה להשתנות מתביעה אחת לאחרת, והיא תלויה במכלול הנסיבות הרלוונטיות של אותה תביעה"

65. בהעדר האפשרות להגיש תובענה ייצוגית, אדישותו הרציונאלית של הצרכן גורמת לתת-אכיפה ומאפשרת לעוסק להותיר בידיו כספים אותם נטל שלא כדין. הדברים מודגמים בטבלה שלהלן:

סך הרווחים שהופקו בניגוד לדין	אחוז התביעות האישיות שמוגשות	הרווח שנותר בידי המעוול
5,000,000 ש"ח	1%	4,950,000 ש"ח
5,000,000 ש"ח	5%	4,750,000 ש"ח
5,000,000 ש"ח	10%	4,500,000 ש"ח

66. אדישותו הרציונאלית של הצרכן גורמת להימנעות מהגשת תביעה אישית, בפרט מקום בו סכום התביעה הינו נמוך ואינו מצדיק את הטרחה והעלויות הכרוכות בהגשת התביעה. כמפורט בטבלה, גם מקום בו 10% מהצרכנים מגישים תביעה אישית, וזוכים במלוא הפיצוי, הרי שעדיין נותר המעוול עם 90% מהרווחים אותם הפיק שלא כדין. במצב דברים זה, העוולה הינה משתלמת. לעומת זאת, התובענה הייצוגית מאפשרת לחברי הקבוצה לזכות בפיצוי מלא או באחוזים גבוהים יותר, ובכך תורמת גם להרתעת עוסקים מפני ביצוע עוולות.

67. חוק תובענות ייצוגיות מתיר הגשת תביעה ייצוגית בעניינים המנויים בתוספת השניה לחוק, או בעניינים בהם נקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש תביעה ייצוגית. כאמור בסעיף 3(א) לחוק:

"לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית"

68. התוספת השניה לחוק כוללת רשימה של עילות בהן ניתן להגיש תביעה ייצוגית. לענייננו, העילה הקבועה בסעיף 1 לתוספת היא הרלוונטיות:

"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו."

69. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות קובע את רשימת הזכאים להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית. לענייננו, רלוונטי סעיף 4(א)(1) לחוק:

"אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה;"

70. כלומר, על מנת להיות זכאי להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית, על המבקש להראות כי עומדת לו עילת תביעה באחד העניינים המנויים בתוספת השניה, וכן כי התביעה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים. ולישום לענייננו, על המבקש להראות כי עומדת לו עילת תביעה כנגד המשיבה, וכי עילת התביעה מעוררת שאלות משותפות של עובדה ומשפט לכלל חברי קבוצת התובעים.

71. בשלב של הבקשה לאישור תביעה ייצוגית על המבקש לשכנע את ביהמ"ש כי עומדת לו לכאורה עילת תביעה אישית, אך אין להעמיד בהקשר זה דרישות מחמירות. עמדה על-כך השופט שטרסברג כהן בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו, פ"ד נא(2) 312 (פסקה 19 לפסק-דינה):

"נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54א ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54א(א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטר אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי."

72. בנוגע להוכחת הנזק, חוק תובענות ייצוגיות קובע כי די בהוכחת גרימה של נזק ברמה לכאורית. כאמור בסעיף 4(ב)(1) לחוק:

"בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן 1(א) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק."

73. התנאים לאישור תביעה ייצוגית מנויים בסעיף 8(א) לחוק, הקובע כי:

8. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.

74. בהתאם להוראות שפורטו לעיל, הרי שהדיון משלב זה יחולק לשני שלבים. **בשלב הראשון**, נראה כי עומדת למבקש עילת תביעה אישית כנגד המשיבה, וכי נגרם לו לכאורה נזק. **בשלב השני**, נעמוד על התקיימות התנאים לאישור התביעה כייצוגית המנויים בסעיף 8 לחוק.

2.ג. הפרת הוראות הדין בידי המשיבה

75. יסודות עוולת "הפרת חובה חקוקה" מנויים במסגרת הוראות סעיף 63 לפקודת הנזיקין, הקובע באופן הבא:

(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

76. בהלכת ביהמ"ש העליון בע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד לז(1) 113, בעמ' 139, פורטו היסודות הנדרשים לצורך קיום עוולת הפרת חובה חקוקה, שהינם:

1. קיום חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק.
2. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק.
3. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו.
4. ההפרה גרמה לניזוק נזק.
5. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזקים אליו נתכוון החיקוק.

77. להלן נעמוד על הוראות הדין אותן הפרה המשיבה.

קיומה של חובה בדין: חוק זכויות החולה וחוק ביטוח בריאות ממלכתי

78. סעיף 5 להוראות חוק זכויות החולה קובע באופן הבא:

"טיפול רפואי נאות

5. מטופל זכאי לקבל **טיפול רפואי נאות**, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש."

79. סעיף 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד 2004 קובע באופן הבא:

"הזכות לשירותי בריאות

3.

(א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.

(ב) המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13.

(ג) קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה, ואולם לגבי מי שרשום בתאגיד ייעודי – יהיה

התאגיד הייעודי אחראי כלפיו למתן שירותי רפואת השיניים הכלליים המנויים בתוספת השנייה.

- (ד) שירותי הבריאות **הכלולים בסל שירותי הבריאות** יינתנו בישראל, **לפי שיקול דעת רפואי**, **באיכות סבירה**, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13.
- (ה) שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית.

80. **החיקוק נועד לטובתו של הניזוק**: הוראות הדין מעגנות באופן חד משמעי את עקרונות היסוד עליהם עמדנו לעיל, שתכליתם הגנה על בריאות המטופל:

(ב) עיקרון עצמאות הרופא מעוגן במסגרת סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי הקובע כי שירותי הבריאות יינתנו **לפי שיקול דעת רפואי**.

(ג) עיקרון הרצף הטיפולי מעוגן במסגרת סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי הקובע כי שירותי הבריאות יינתנו **באיכות סבירה**, וכן במסגרת סעיף 5 להוראות חוק זכויות החולה הקובע כי מטופל זכאי **לטיפול רפואי נאות**.

(ד) ההוראות הנ"ל חלות כאשר מדובר בשירותי הבריאות הכלולים **בסל שירותי הבריאות**, והמשיבה **מחוייבת** לספק תרופות הכלולות בסל הבריאות למבוטחיה.

81. **המזיק הפר את החובה המוטלת עליו**: החלטת המשיבה להפסיק באופן חד צדדי את אספקת הליפיטור למבוטחים – אשר נעשתה **באופן גורף**, **שרירותי**, **שלא על בסיס שיקולים רפואיים**, **ומתוך בצע כסף וכללה את כל המבוטחים אשר עד לאותה העת אוזנו טיפולית בטיפול בליפיטור** – מנוגדת להוראות הדין.

82. מצב הדברים בו חולה המאוזן בתרופת מקור המסופקת לו, ואשר נכללת בסל הבריאות, נאלץ, בניגוד לעמדת הרופא המטפל ולשיקול דעתו הרפואי, לעבור ולהיות מטופל בחלופה הגנרית, משיקולי תקציב, **מהווה הפרה של הוראות הדין**:

(א) החלפת התרופות בניגוד לשיקול דעתו של הרופא המטפל מהווה הפרה של ההוראה המחייבת כי שירותי הבריאות יינתנו לפי **שיקול דעת רפואי**.

(ב) החלפת התרופות אצל חולה מאוזן מהווה הפרה של החובה ליתן שירותי בריאות באיכות סבירה.

(ג) החלפת התרופות אצל חולה מאוזן מהווה הפרה של זכותו של המטופל לזכות בטיפול רפואי נאות.

83. זאת ועוד. סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה קובע באופן הבא:

"לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה".

84. החלפת תרופות באופן חד צדדי, בניגוד למרשם הרופא, מהווה פגיעה בעיקרון ההסכמה מדעת. מצב הדברים בו נרשם מרשם לתרופת המקור, אך בבית המרקחת מסופקת למבוטח תרופה גנרית, מהווה פגיעה בהסכמתו של המבוטח לטיפול הרפואי. ההתערבות אף פוגעת בחובתו של הרופא המטפל למסור למטופל את הפרטים הנדרשים ביחס להחלפת התרופה, כמפורט בסעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה:

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות –

(1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסככות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;

(2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;

(3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;

(4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;

(5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

85. כפי שיובהר להלן, פרשנותנו את הוראות הדין נתמכת הן בחוזר משרד הבריאות, הן בעמדת נציבת בריאות הציבור, הן בהחלטה של וועדת האתיקה של ההסתדרות הרפואית והן בעמדת הרשות המחוקקת.

חוזר מנכ"ל משרד הבריאות

86. בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות, עוד משנת 1999, נקבע באופן מפורש ושאינו משתמע לשתי פנים כי :

"אין מניעה להתחיל טיפול תרופתי בתרופות נגזרות – גנריות או חליפיות שיעילותן זהה.

על הרופא להקפיד לשמור על רצף טיפול תרופתי. **אין להחליף תרופות משיקולי עלות, בחולים בהם כבר הושג איזון תרפויטי** (לדוגמא, יתר לחץ דם, או סוכרת)."

87. לדידנו, לחוזר משרד הבריאות מעמד מחייב לכל דבר ועניין. כפי שנקבע בידי כבי' השופט רובינשטיין בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות ואח' (נבו, 16.9.2007) בפסקה י"ג :

"לא מכבר נדון בבית משפט זה רע"א 4385/04 פרוך נ' בית החולים מקאסד (טרם פורסם, ניתן ביום 21.8.07), ובו הועלתה שאלת מעמדו של חוזר מנכ"ל בנושא מסוים, שבאותו עניין לא הגיע לבית החולים מקאסד. איש משרד הבריאות הגדיר בעדותו בבית המשפט המחוזי את ההנחיות כהמלצות, וראו גם דברי פרופ' זמיר לעיל. **כשלעצמי סבורני כי ככלל חוזרים לכיבוד ניתנו:**"

88. אם וככל שהמשיבה מתעלמת מחוזרים של משרד הבריאות הרי שמדובר בתופעה חמורה. החוזר דן משקף את חובתה של המשיבה לפעול בהתאם לשיקול דעת רפואי, ואת זכותו של המטופל לקבלת טיפול רפואי נאות. החלפת תרופת המקור בחלופה גנרית, משיקולי עלויות בלבד, אצל חולה המאוזן בתרופת המקור, מהווה הפרה בוטה של חובותיה של המשיבה כלפי מבוטחיה, כמו גם התערבות בוטה בשיקול הדעת הרפואי המוקנה לרופא המטפל.

עמדת וועדת האתיקה של ההסתדרות הרפואית

89. גם בנייר עמדה של הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית, משנת 2007 (נספח "11" לעיל), נקבע באופן הבא :

"אין כל בעיה רפואית, מוסרית או אתית, להתחיל במתן תרופה גנרית לחולה חדש, מתוך ידיעה שהתרופה החלופית זהה בפעילותה לתרופת המקור, **אך אין זה ראוי שהקופה תכפה על הרופא להחליף טיפול קיים בחולה מאוזן מתוך שיקולים כלכליים**"

90. עמדה ברורה וחד משמעית זו משקפת את הפרשנות הראויה לחובה להעניק "איכות טיפול סבירה" למבוטח, כמו גם את הפרשנות לאיסור להתערב בשיקול הדעת הרפואי של הרופא המטפל, הממליץ על המשך טיפול בתרופת המקור.

91. בהפסיקה לספק את התרופה ליפיטור למבוטחיה, פעלה המשיבה בניגוד מוחלט לכללי האתיקה הרפואית, ופגעה באופן אנוש בעיקרון שיקול הדעת הרפואי.

עמדת נציבת קבילות הציבור

92. גם נציבת קבילות הציבור לחוק בריאות ממלכתי, הביעה את עמדתה החד משמעית בסוגיה, בדו"ח לשנים 1998-1999, בפרק ג' בעמ' 14 :

"נציבת הקבילות תומכת בדברים שנאמרו בחוזר המנכ"ל הנזכרים לעיל. לכך יש להוסיף כי קיים הכרח להקפיד על שמירת האיזון שבין הסיפא של סעיף 3(ד) לחוק, לפיו חובת קופת חולים לאספקת שירותים כפופה לאמצעים העומדים לרשותה, לבין הרישא של סעיף זה הקובע את החובה להקפיד על מתן תרופות וטיפולים **לפי שיקול דעת רפואי**.

הגבלת שיקול הדעת הרפואי מהווה פגיעה חמורה בעקרונות היסוד של החוק. מחובת קופת החולים, אף כשהיא מקיימת בקרה, לאפשר לרופא המטפל להפעיל את שיקול דעתו המקצועי ובהתאם לשיקול דעת זה ליתן את התרופה בעלת היעילות וההתאמה הגבוהה ביותר לחולה.

הנציבה סבורה כי בנושא רגיש זה אין די בקביעת העקרונות לשמירה על האיזון ונדרש פיקוח **בפועל** על מדיניות התרופות של הקופות.

הנציבה מדגישה, כי קיימת בעיתיות מיוחדת בהחלפה של טיפול תרופתי בין תרופה שבסל לתרופה שאיננה בסל וכך הוא המקרה לגבי חלק מן התרופות בהם דובר בפרק זה. אמנם לא תמיד רשימת התרופות שבצו מבטאת מדיניות (כלומר קביעת עמדה בשאלה – איזו חלופה טיפולית עדיפה), אולם, כאשר קופה מספקת תרופה שאיננה בסל, אפילו אם היא מסבסדת אותה כאילו הייתה בסל ואף מודיעה כי התרופה כלולה "בסל השירותים של הקופה", עדיין קיימת הסכנה כי הקופה תפסיק את סבסוד התרופה. קיימת הגישה לפיה, במקרה זה מחובת הקופה להמשיך במתן התרופה המהווה חלופה טיפולית

לתרופה הכלולה בסל וזאת מכח החובה למתן טיפול באיכות סבירה ושמירה על הרצף הטיפולי אולם הדברים אינם פשוטים.

הנציבה קוראת להחמרת הפיקוח על מדיניות התרופות של הקופות אולם מקווה כי מכל מקום, קופות החולים תקפדנה על שמירת האיזון הנזכר, כמתואר במכתבים אשר צוטטו לעיל.

- עמודים רלוונטיים מדו"ח הנציבה מצ"ב **כנספח "20"** לבקשה זו.

93. נקל לראות כי גם נציבת קבילות הציבור סבורה כי החלפת תרופות לחולה מאוזן, בניגוד לעמדת הרופא המטפל, מהווה פגיעה חמורה בעקרונות היסוד של החוק, ובשיקול הדעת הרפואי.

עמדת הרשות המחוקקת

94. כמפורט בחלק העובדתי, הכנסת קיימה שני דיונים בנושא, בוועדות המשנה, בהם הביעו חברי הכנסת מורת רוח מכך שחוזר המנכ"ל אינו מיושם בפועל.

95. הואיל וחוזר המנכ"ל אינו מיושם בידי המשיבה, הרי שהרשות המחוקקת נאלצה להתערב בסוגיה, בהצעת חוק שהוגשה בידי עשרה חברי כנסת, המשקפת קונצנזוס נדיר בין חברי כנסת מהימין (דוגמת ח"כ אריה אלדד) ומהשמאל (ח"כ אחמד טיבי).

"בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994¹ (להלן – החוק העיקרי), בסעיף 3, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

מבלי לפגוע בהוראות סעיף 23, קופת חולים ומוסד רפואי, כהגדרתו בפקודת בריאות העם, 1940², ישמרו על רצף טיפולי; לענין סעיף זה "רצף טיפולי" הוא אחד מאלה –

(א) (1) המשך טיפול במוסד רפואי או אצל מטפל או נותן שירותים ובלבד שניתן לפחות תקופה של שלושה חודשים רצופים;

¹ ס"ח התשנ"ד, עמ' 156.
² ע"ר 1940, תוס' 1, עמ' (ע) 191 (א) 239.

(2) טיפול נוסף אחר שניתן במהלך או אחרי טיפול שניתן כבר במוסד רפואי או אצל המטפל או נותן שירותים, ובלבד שטרם חלפו שנתיים ממועד הטיפול האחרון.

(ב) חולה המקבל טיפול רפואי או נוטל תרופה תקופה של שלושה חדשים לפחות, לא ידרש להחליף את אותו טיפול רפואי או תרופה, לפי העניין, במידה והוא נזקק להם.

(2) סכנה חמורה ומצב חירום רפואי כהגדרתם בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996³, לא יוצרים רצף טיפולי.

(3) על אף האמור בפסקה (1), קופת חולים ומוסד רפואי לא ישמרו על רצף טיפולי בהתקיים אחד מאלה:

(ב) לעניין החלפת טיפול רפואי או נטילת תרופה בהתקיים כל אלה –

(1) לא הושג איזון טיפולי או תרופתי;

(2) יעילות הטיפול או התרופה החליפיים זהה לטיפול או לתרופה המוחלפים;

(3) לא קיים חשש כי ההחלפה עלולה לגרום נזק למבוטח;

(4) לא קיים חשש לפגיעה באיכות הטיפול הרפואי."

96. בהצעת החוק מצויין במפורש כי הצורך בשינוי החקיקה **נובע מכך שהמשיבה וגופים כדוגמתה אינם מקיימים את הוראות חוזר מנכ"ל משרד הבריאות:**

"במצב המשפטי הקיים כיום בישראל מערכת הבריאות מאפשרת לקופת החולים ולרופא המטפל להחליף למטופל תרופה או טיפול רפואי או נותן שירותים כל עוד נשמרת "איכות טיפול סבירה" כאמור בסעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

משמעות המונח "איכות טיפול סבירה" איננה מוגדרת בחקיקה אך בהזדמנויות שונות ניתנה למונח פרשנות על ידי הלשכה המשפטית במשרד הבריאות הגורסת כי: "איכות סבירה" משמעה כי קופת החולים יכולות לבצע חלופה בין

³ ס"ח התשנ"ו, עמ' 327.

תרופות שונות, כל עוד – (1) אין החלפה זו מהווה נזק לחולה, (2) רציפות הטיפול נמשכת, (3) אין פגיעה באיכות הטיפול הרפואי."

במהלך השנים התגבשה הן בפסיקה והן בקרב גופים כגון משרד הבריאות, האגודה לזכויות והחולה, הוועדה לפניית הציבור בכנסת כי על הרופא בראש ובראשונה לשקול את טובת החולה ולשמר רצף טיפולי ורק לאחר מכן לשקול שיקולים כלכליים.

פרשנות והרחבה נוספת נעשו על ידי משרד הבריאות בחוזר מנכ"ל 2/99, שיצא בעקבות הנחיות שקיבלו רופאים בקופת חולים מסוימת להחליף טיפול תרופתי באחר משיקולי עלות, נאמר בין היתר: "בחוזר מנכ"ל זה ברצוני להתריע בפני הסחף שחל בנושא ולהביא לאיזון נכון יותר של האינטרסים המתנגשים במסגרתם מתפקדים כיום הרופאים. ברצוני להבהיר לכן:

א. אין מניעה להתחיל טיפול תרופתי בתרופות נגזרות – גנריות או חליפיות שיעילותן זהה.

ב. על הרופא להקפיד לשמור על רצף טיפול תרופתי, אין להחליף תרופות משיקולי עלות, בחולים בהם כבר הושג איזון תרפויטי (לדוגמא – יתר לחץ דם או סכרת)....

משקלן ומעמדם של הנחיות אלו עשוי להשתנות ואכיפתן לעיתים בעייתית במיוחד נוכח המציאות היומיומית לפיה מתערבים לעיתים שיקולים תקציביים וכלכליים הקשורים לקופות החולים, המעסיקות את הרופאים. **במצב זה נמצאת חובת הנאמנות כלפי החולים, שבכללה באה החובה להעניק "איכות טיפול סבירה", בתחרות מול חובת הנאמנות של הרופאים כלפי מעסיקהם ופעמים קיימת סכנה שמא תידחק החובה כלפי החולים מפני שיקולים אחרים.**

הצעת החוק המתפרסמת בזאת נועדה לעגן בחקיקה מפורשת וברורה את האמור על מנת להעמיד באופן שאינו משתמע לשתי פנים את חובת הנאמנות בהקשר הענקת הרצף הטיפולי כלפי החולה כחובה העומדת בראש סולם העדיפויות של המטפל. התיקון יאפשר לרופאים לפעול בהתאם לחובתם הבסיסית לנאמנות כלפי החולים מבלי להיות נתונים ללחצים מצד קופות החולים ויאפשר אכיפה ראויה של העיקרון האמור לצורך שמירה על זכויות החולה לקבלת טיפול רפואי המבוסס בראש ובראשונה על טובתו.

97. משמעות הדבר היא כי גם לעמדת הרשות המחוקקת, "איכות טיפול סבירה" אינה מתיישבת עם החלפת תרופות אצל חוזה מאוזן משיקולי עלויות.

יובהר, כי הצעת החוק אין משמעותה כי החלפת התרופות הינה מותרת כיום, אלא שבשל חוסר אכיפה מצד הרגולטור, נאלץ המחוקק להתערב ולעגן בחוק, באופן מפורש, את הקונקרטיזציה של העקרונות הבסיסיים עליהם עמדנו לעיל.

98. **ההפרה גרמה לניזוק נזק**: את נזקיו של המבקש נפרט במסגרת החלק העוסק בהערכת נזקיהם של חברי הקבוצה ושל המבקש (חלק ג) (6) להלן).

ג.3. עולת הרשלנות

99. לדידנו, מעשיה ומחדליה של המשיבה מגבשים את את יסודות עולת הרשלנות. סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין קובעים באופן הבא:

רשלנות

35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלנות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

חובה כלפי כל אדם

36. החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.

100. **קיומה של חובת זהירות**: אין חולק כי המשיבה, מתוקף מעמדה כקופת חולים, חבה בחובת זהירות מושגית וקונקרטית כלפי המבקש, כמבוטח שלה. מדובר בחובת זהירות מוגברת, לאור טיב הקשר שבין המבוטח ובין קופת החולים, ולאור העובדה שהתרשלנות מצד המשיבה עתידה לגרום לפגיעה בבריאותו של המבוטח ובשלמות גופו.

101. **הפרת חובת הזהירות בידי המשיבה**: הפסקת אספקת הליפיטור לחולה מאוזן מהווה הפרה בוטה של חובת הזהירות המוטלת על המשיבה. כמפורט לעיל, מדובר בפגיעה בוטה בעיקרון הרצף הטיפולי, ובהתערבות אסורה בשיקול דעתו של הרופא המטפל. בנסיבות אלו, מדובר בהתרשלנות לשמה מצד המשיבה.

102. **קשר סיבתי ונזק**: על נזקיו של המבקש נפרט במסגרת חלק ג(6) להלן, ונראה כי אך מובן מאליו כי נזקים אלו מקורם בהתרשלותה של המשיבה.

ג.4. הפרת הסכם

103. לדידנו, הפסקה חד צדדית של אספקת תרופה למבוטחים המאוזנים טיפולית בה, מהווה אף **הפרת הסכם בוטה**.

104. מערכת היחסים ההסכמית שבין המשיבה ובין מבוטחיה מעוגנת בין היתר בתקנון הקופה, המפורסם באתר האינטרנט של המשיבה.

- העתק תקנון הקופה מצ"ב "**כנספת 21**" לבקשה זו.

105. המונח "סל שירותי הבריאות" מוגדר בתקנון הקופה באופן הבא (בעמ' 8):

"מכלול שירותי הבריאות שאותם **חייבת** הקופה לתת לחבריה על פי החוק, כמשמעותו של המונח בחוק זה".

106. סעיף 37 לתקנון המשיבה קובע באופן הבא:

"חבר בקופה יהא זכאי לקבל ממנה את סל שירותי הבריאות על פי הקבוע בחוק ועל פי הוראות תקנון זה".

107. כמפורט לעיל, על המשיבה להמשיך ולספק את התרופה למבוטחיה, שכן מדובר בתרופה הכלולה בסל הבריאות, וכן בשל חובתה של המשיבה להעניק למבוטחיה טיפול רפואי סביר.

108. לחליפין, הרי שאין בשום מקום בתקנון הוראה המתירה למשיבה לבצע החלפה של תרופות אצל מבוטח המאוזן טיפולית בתרופה מסויימת, הנכללת בסל שירותי הבריאות, בניגוד להמלצת הרופא.

109. סעי' 26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשלג-1973 שעניינו "השלמת פרטים" קובע כדלקמן:

"פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים".

110. בהתייחסה "לנוהג הקיים בין הצדדים" קובעת המלומדת גבריאלה שלו כדלקמן (דיני חוזים – החלק הכללי, תשס"ה, דין הוצאה לאור בע"מ) בעמ' 446:

"הנוהג הפרטי הוא זה הקיים בין הצדדים לחוזה המסוים, המועמד להשלמה. לנוהג כזה עדיפות בהיררכיה של ההשלמה. ההנחה לגביו היא כי אילו ניצבה לנגד עיני הצדדים בעת גיבוש רצונותיהם בחוזה השאלה כיצד משלימים, היו בוחרים בנוהג הפרטי מפאת קרבתו.

כדי לעשות שימוש בנוהג הפרטי להשלמת החוזה עליו להיות 'קיים בין הצדדים', כלומר: צריך להוכיח כי בעבר – עוד לפני כריתת החוזה – כבר נוצר בין הצדדים לחוזה דפוס התנהגות מסוים... ברור גם כי ככל שנהגו בדרך מסוימת פעמים רבות יותר, ובעסקאות חוזיות דומות לזו הנדונה, תהא מלאכת ההשלמה באמצעות נוהג פרטי זה קלה יותר".

111. מקום בו מסופקת למבוטח תרופה מסויימת משך זמן רב, הכלולה בסל הבריאות, **הרי שיש לראות באספקת התרופה כנוהג אשר התגבש בין המבוטח ובין המשיבה, ואין זה בזכותה של המשיבה להפסיק ולספק את התרופה ולהפר בכך את ההסכם עם המבוטח.** המשיבה אינה רשאית להפסיק באופן חד צדדי את הנוהג, בפרט מקום בו מדובר בעניין כה מהותי בהסכם מבחינתו של המבוטח.

5.ג. עשיית עושר ולא במשפט

112. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע כדלקמן:

(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

113. במקרה דנן מתקיימים ובאופן מובהק כל יסודותיו של סעיף 1 לחוק כאמור.

114. המבקש יטען כי המשיבה התעשרה על חשבוננו כאשר התעשרות זו מקורה בחיסכון העלויות הנובע מהחלפת התרופה ליפיטור בתרופה גנרית זולה יותר. חיסכון זה נעשה על חשבון המבקש ועל חשבונם של חברי הקבוצה.

115. הותרת הכספים שנחסכו בידי המשיבה בניגוד לדין תוציא את המשיבה החוטאת נשכרת מהתנהגותה, וזהו אחד המקרים הקלאסיים בו יש להפעיל את חובת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, במנותק מן השאלה האם נגרם נזק למבקש ו/או לקבוצה, אשר כמוכח נגרם גם נגרם.

ר' לעניין זה גם ד"נ 20/82 אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., מב (1) 221.

116. כל תוצאה אחרת תעודד את המשיבה לפעול כפי שפעלה המשיבה במקרה הנוכחי.
117. ההשבה המתבקשת בתובענה זו, נועדה לשרת את עקרונות עשיית עושר ולא במשפט, כפי שהתפתחו בפסיקה ולעקור כל תמריץ להתנהגויות כה חמורות כפי שעולות מהמפורט לעיל.
- ר' לעניין זה גם ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך א' מהדורה שניה, בעמוד 595 :

"ההשבה בנסיבות אלה משרתת מטרה דומה לזו של פיצויי עונשין. מנקודת ראות התובעת יש בכך, בשני המקרים, רווח לא צפוי (windfall), אך זוהי תוצאה נלווית למטרה המרכזית, שהדין מעוניין בה, והיא הרתעה מפני המעשה שביצע הנתבעת ושליטת הרווח שהפיק. אולם מעיניה של "ההשבה ההתרתית" חזקים מאלה של "הפיצויים ההרתעתיים", שכן התוצאה של חוטא נשכר מקוממת יותר מזו של חוטא שלא נענש."

118. עקרונות עשיית עושר ולא במשפט מחייבים כמובן גם מתן הצווים הנוספים המבוקשים במסגרת בקשה זו, על מנת למנוע המשך עשיית ההתעשרות שלא כדין על חשבונה של הקבוצה.

6.ג. הנזק הממוני שנגרם למבקש ולחברי הקבוצה

119. לעניין הנזק, מן הראוי לציין כי בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות הרי שבשלב בקשת האישור יש להוכיחו ברמה לכאורית בלבד. כפי שקבע כב' השופט בנימיני בת.א. 1065/05 שאי שאול נ' תדיראן (פורסם ב"נבו", 14.2.08) בפסקה 31 להחלטה:

"כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק "די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק" (סעיף 4(ב)(1) לחוק). בשלב זה, אין צורך להראות נזק שנגרם לכאורה לכל חברי הקבוצה. זאת ועוד, בניגוד לדין הישן, מורה סעיף 8(ג)(2) לחוק, כי בית המשפט יאשר תובענה ייצוגית גם כאשר לא הוכחה עילה אישית לכאורה של המבקש; אלא שבמקרה זה יורה בית המשפט על החלפת התובע המייצג."

120. קבוצת התובעים, הוגדרה כאמור בפתח לבקשה זו באופן הבא:

"כלל עמיתי המשיבה, אשר אוזנו מבחינה טיפולית בתרופה "ליפיטור", אשר נכללת בסל הבריאות, ואשר המשיבה מסרבת להמשיך ולשמר לגביהם את רצף הטיפול בתרופתי, וכופה עליהם להיות מטופלים בחלופות גנריות. במידה ויימצא כי המשיבה נוהגת באופן דומה או זהה ביחס לתרופות נוספות הנכללות

בסל התרופות, יתבקש ביהמ"ש הנכבד להכליל בקבוצת התובעים את כלל העמיתים הרלוונטיים".

121. למבקש ולחברי הקבוצה נגרם נזק ממוני ונזק שאינו ממוני. נזקים אלו, מיותר לציין מקורם במחדליה של המשיבה ומתקיים קשר סיבתי ישיר בין מחדלים אלו ובין הנזקים שנגרמו.
122. לעניין הנזק הממוני, יש להבחין בין הלקוחות אשר העדיפו לרכוש את תרופת הליפיטור בכסף מלא, ובין אלו אשר נאלצו להסתפק בחלופה הגנרית. לגבי הסוג הראשון של הלקוחות, הרי שהנזק שנגרם להם מוצא ביטוי בעלות רכישת התרופה.
123. לגבי הלקוחות מהסוג השני, הרי שהנזק מוצא ביטוי בקבלת החלופה הגנרית, הזולה יותר, אל מול תרופת המקור (להם היו זכאים), אשר שוויה גבוה יותר. הצד השני של המטבע, הינו התעשרותה של המשיבה על חשבון המבקש וחברי הקבוצה, המוצא ביטוי בחיסכון בעלויות.
124. לעניין המבקש, הרי שזה נדרש לרכוש בכסף מלא את התרופה. המבקש מעריך את ההוצאה החודשית בסך של 104 ₪ לחודש, ומעמיד את נזקיו הממוניים עד כה על סך של 520 ₪.
- העתק קבלות שהשתמרו בידי של המבקש מצורפות כ"**נספח 22**" לבקשה זו.
125. לעניין הנזק הבלתי ממוני, הרי שהחלפת התרופות כמפורט לעיל, וההוצאה מהאיזון התרופתי, בניגוד לשיקול הדעת הרפואי, מהווה פגיעה באוטונומיה של הרצון. כמו כן, ההחלפה גורמת למבוטחים רגשות שליליים, ובכלל זאת עוגמת נפש רבה, רגשות פחד וחרדה וכיוצא ב.
126. הזכות לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, הוכרה במסגרת התובענה הייצוגית בנסיבות תמורות פחות, בע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי**, פד נז(1) 672, 682, שם נאמרו הדברים הבאים בידי כב' השופטת נאור:

"הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה ימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. **בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות**

בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידאולוגיה שהוא מאמין

בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן."

127. הפגיעה בזכותו של המטופל לקבלת תרופת המקור מהווה ללא צל של ספק, פגיעה חמורה באוטונומיה. פגיעה זו מתחדדת, עקב כך שהמשיבה פגעה אף בשיקול הדעת הרפואי של הרופא המטפל. בנסיבות אלו, **הדבר שקול אף למתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת**, ויפים לענייננו הדברים שנאמרו בע"א 2871/93 **מיאסה עלי זעקה נ' בית חולים כרמל**, תק-על 99(3) 574 בהקשר של ביצוע הליך רפואי ללא הסכמה (עמ' 673-672):

"השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא, אם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערערת ובאוטונומיה שלה הוא 'נזק' כמובנו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב. המונח "נזק" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). הגדרה זו היא רחבה, ומתייחסת ל-'אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה'...."

אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצוי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה. זאת, בין אם נראה בה משום פגיעה ב'נוחותו' של אדם, ובין שנראה בה משום 'אבדן או חיסור כיוצאים באלה', כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. אכן, עמדנו על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה בה אנו חיים. ראינו את חשיבותה של זכות זו ליכולתו לחיות כפרט חושב ועצמאי. מתבקשת המסקנה כי זכות זו היא חלק חיוני, בלתי נפרד, באינטרס של אדם בנפשו, בנוחותו ובאושרו'..."

128. גם עוגמת הנפש הכרוכה בעצם החלפת התרופה, הינה מזכה בפיצוי. כפי שנקבע בפסק-דינו של ביהמ"ש העליון בע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' אלי גורדון**, פ"ד (לט) 113, שם נאמרו הדברים הבאים בהקשר להגדרת נזק (בעמ' 140):

"הגדרה זו רחבה היא הן לעניין הפגיעות הנזכרות ברישא והן לעניין אלה הנזכרות בסיפא .. היא כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונחות, שיש להן ביטוי פיסי. לא היה מקום, על-כן, מבחינת היקפו של המושג "נזק", שלא לכלול בחובו שלילת נוחות גופנית, סבל נפשי ופחד, שאין להם ביטוי פיסי."

129. המבקש מעמיד את גובה הנזק הבלתי ממוני שנגרם לו, לרבות בגין עוגמת הנפש הרבה, ותחושות התסכול והכעס, על סך 1,500 ₪. סך נזקיו של המבקש מסתכמים בסך כ- 2,000 ₪.

130. לצורך הערכת הנזק המצרפי, יש צורך בנתונים המצויים בידי המשיבה. בכלל זאת, חסרים למבקש מספר נתונים בסיסיים:

(א) כמות המבוטחים שהיו מאוזנים רפואית בליפיטור, ואשר המשיבה חדלה מלספק להם את התרופה.

(ב) נתונים בנוגע להפרשי המחיר בין הליפיטור ובין החלופות הגנריות (עבור המשיבה).

(ג) נתונים בדבר בחירתם של הלקוחות, אם להסתפק בחלופה הגנרית או לרכוש בכסף מלא את תרופת הליפיטור.

131. בהעדר נתונים, אין מנוס מלבצע בשלב זה הערכות בהסתמך על הנחות שמרניות, תוך שהמבקש שומר על זכותו לתקן את דרך החישוב ו/או את תוצאתו בהתאם לנתונים שיסופקו לו בידי המשיבות:

(א) אנו מעריכים כי כמות חברי הקבוצה עומדת על 30,000 איש.

(ב) אנו מעריכים כי הפרש המחירים (בין טיפול אתי לטיפול גנרי) עומד על סך 50 ₪ לחודש.

(ג) אנו מעריכי כי 1/3 מהמטופלים בחרו לרכוש את התרופה בכסף מלא.

132. אנו מעמידים את הנזק הבלתי ממוני, בגין הפגיעה באוטונומיה, על סך 1500 ₪ לכל מבוטח (עד כה) כך שסכום הנזק הבלתי ממוני מועמד על סך 45,000,000 ₪.

133. סכום הפיצוי למבוטחים אשר בחרו להסתפק בחלופה הגנרית מועמד על סך 300 ₪ (50 ₪ לחודש * 6 חודשים עד כה) - הוא סכום התעשרותה של המשיבה על חשבונם (עד כה) – כך שסכום הפיצוי מוערך ב-6,000,000 ₪ (20,000 מבוטחים).
134. סכום הנזק הממוני למבוטחים אשר נאלצו לרכוש את הליפיטור בכסף מלא מועמד על סך כ- 500 ₪ ללקוח, ומסתכם לקבוצה בכללותה בסך 5,000,000 ₪ (10,000 מבוטחים).
135. סך התביעה הכספית מועמד על-כן על סך 56,000,000 ₪.
136. מובן מאליו, כי ככל שמשיבה לא תחדל ממדיניותה הפסולה לאחר הגשת התובענה הרי הסעד הכספי המבוקש יגדל בהתאמה עד חדילת המשיבה מנוהגה הפסול כמתואר לעיל ובמסגרת תובענה זו מבוקש גם סעד הצהרתי לזכאות הקבוצה לסעדים הכספיים על בסיס האמור לעיל, לרבות לאחר מועד הגשת התובענה.
137. לאחר מועד אישור התובענה כייצוגית, יתבצע הליך גילוי מסמכים מסודר, ולאחריו ניתן יהיה לחשב בצורה מדוייקת יותר את הנזק המצרפי אשר נגרם.
138. באשר להוכחת הנזק ע"י חברי הקבוצה, סעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע בהקשר של מתן פיצוי לחברי הקבוצה באופן הבא:

(א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:

(1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;

(2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד

אחר;

(3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת,

ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה."

139. החוק קובע מנגנון גמיש במסגרתו יהא רשאי ביהמ"ש לקבוע כיצד ניתן יהיה להוכיח את נזקם האישי של החברים בקבוצה, כאשר בהתאם לסעיף 20(א)(3) יתרת הכספים – אשר לא יידרשו – תועבר לאוצר המדינה. לחליפין, במידה ויתגלו קשיים באיתור חלק מחברי קבוצת התובעים, ניתן יהיה ליישם את עקרונות "הפיצוי לטובת הציבור" הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק:

"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין."

140. פסיקת סעד לטובת הציבור הוכרה גם כסעד ראוי בפסק-דינה של כבוד השופטת נאור בענין **תנובה נ' ראבי** (בעמ' 687):

"שאלת הסעד ושאלת הגדרתה של "הקבוצה" הן שאלות שיש ביניהן, כפי שנראה, קשר גומלין הדוק. בית המשפט עמד בצדק על כך שאין דרכם של צרכנים לשמור קבלות בגין רכישת החלב, ויהיה קושי במשפט עצמו בהבאת ראיות בידי תובעים פוטנציאליים. נראה לי שפתרון אפשרי לקושי בזיהוי חברי הקבוצה שסביר שאכן יתעורר הוא שייקבע פיצוי לטובת הקבוצה או לטובת הציבור..."

לבית המשפט סמכות רחבה לקבוע את הסעד, ועמדתי היא שגם בתביעות לפי חוק הגנת הצרכן ניתן לקבוע סעד לטובת הציבור או סעד לטובת הקבוצה."

141. לענייננו, נראה כי אין צורך להיזקק למנגנון הפיצוי לטובת הציבור, שכן ניתן יהיה לפצות באופן אינדיווידואלי את המבוטחים. בידי המשיבה נתונים מלאים בכל הנוגע למבוטחיה. למשיבה יש את היכולת לאתר את המבוטחים, לחשב את נזקם המצרפי, ולפצותם באופן אינדיווידואלי.

7.ג. סעדים נוספים: צווי עשה וצוויים הצהרתיים

142. ביהמ"ש הנכבד מתבקש ליתן **סעד הצהרתי** לפיו פעלה המשיבה בניגוד להוראות הדין וכן סעד הצהרתי כמפורט בסעיף 136 לעיל. ביהמ"ש הנכבד מתבקש בנוסף להוציא צו עשה, המורה למשיבה לחדש את אספקת תרופת הליפיטור למבוטחים אשר היו מאוזנים טיפולית בה.

143. סעדים שכאלו הינם אפשריים ואף ראויים בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות. כפי שנקבע בידי כבי השופט אלטוביה בבש"א (ת"א) 21177/04 גינדי טל נ' מגדל חברה לבטוח בע"מ (נבו), (15.1.2009):

"כפי שנקבע לעיל, הפרו המשיבות את חובת הגילוי היזום המוטלת עליהן בכך שלא הסבו את תשומת לבם של המבוטחים המשרתים בצה"ל כי בעת השרות כפופה יכולת ניצול הפוליסות להוראות רשויות הצבא. לפיכך, יש להיעתר לבקשתם של התובעים ולהעניק להם את הסעד ההצהרתי החלופי הנדרש על ידם, היינו תיקונם של הפגמים שנפלו בפוליסות..."

לא נותר אלא לקבוע כיצד על המשיבות למלא אחר חובת הגילוי הייזום בקשר עם הוראות הדין הצבאי. באשר לכך, יש להתייחס לנדרש מהמבטח בשני מועדי הזמן הרלוונטיים למידע נשוא התובענה, היינו בשלב עובר לכריתתו של הסכם הביטוח ובמהלך תקופת הביטוח עובר לגיוסו של המבוטח. ראשית – על המשיבות, לכלול בפוליסת הביטוח פסקה "בולטת", במשמעות שניתן למונח זה בדין הביטוח, המפנה את תשומת לב המבוטח כי השימוש בפוליסה כפוף בעת השרות הצבאי להוראות הצבא המשתנות מפעם לפעם. שנית – על המבטח ליידע את המבוטח לקראת מועד גיוסו הצפוי, במועד שמאפשר ביטול ההתקשרות מבחינת גבית תשלומי הפרמיה, כי אופן השימוש בכיסוי הביטוחי מושפע מהוראות הצבא."

ד. התקיימות יתר התנאים לאישור התובענה כייצוגית

144. תביעה זו מהווה דוגמה מאלפת לצורך בשימוש במכשיר התובענה הייצוגית, כאשר המשיבה מנצלת בציניות את כוחה אל מול ציבור המבוטחים, תוך התעלמות מהוראות סטטוטוריות המחייבות אותה.

145. בהקשר זה, מן הראוי לחזור ולציין המטרות שביסוד חוק תובענות ייצוגיות, המפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", "מימוש זכות הגישה לבית המשפט", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" וכן "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". לענייננו, יש באישור התביעה הייצוגית כדי להגשים את המטרות הנ"ל בכללותן.

146. בהגשת תביעה ייצוגית זו יש בכדי לתרום משמעותית להרתעתה של המשיבה – ומעוולים כדוגמתה – מלפגוע בצורה חמורה בציבור במקרים כדוגמת המקרה נשוא תובענה זו.

147. התנאים לאישור תובענה כייצוגית קבועים בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע באופן הבא :

"9. (א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב."

148. להלן נעמוד על התקיימות תנאים אלו כסדרם.

1.1 מתקיימות שאלות משותפות של עובדה ומשפט

149. התנאי הראשון לאישור התביעה הייצוגית הינו כי התובענה מעוררת שאלות משותפות – לכלל חברי הקבוצה – של עובדה ומשפט.

150. מן הראוי להבהיר כי אין כל הכרח בדרישה לזהות בכלל השאלות המשותפות, ודי בכך ששאלות מרכזיות הן משותפות לכלל חברי הקבוצה. כך למשל נקבע ברע"א 8332/96 שמש נגד רייכרט, פ"ד נה(5) 276:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת." (פסקה 15 לפסק דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן)

וראה בנוסף את שנקבע ברע"א 4556/94 **טצת נגד זילברשץ** פ"ד מט(5) 774, באופן הבא:

"אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחס לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו - כגון נזק מיוחד - ניתן לבררו בשלב האינדיווידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים."

(פסקה 12 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק).

151. לענייננו, איש לא יחלוק כי התובענה מעוררת שאלות רבות המשותפות לכלל חברי הקבוצה.
- המבקש ידגיש, כי בשים לב לכך שמדובר בהחלטת מדיניות גורפת של המשיבה, העולה מתוך מסמכיה, הרי שקיימת מסכת עובדתית דומה (ולמעשה זהה) ושאלות משותפות גם של עובדה וגם של משפט ביחס לכל חברי הקבוצה.
152. השאלות הזוהות המתעוררות במקרה זה הינן, בין היתר, האם רשאית היתה המשיבה להחליף באופן גורף את תרופה האתית בתרופה גנרית, ללא כל בסיס רפואי, לציבור החולים המאוזנים על ידי התרופה האתית? האם עוולה כלפי המבקש וחברי הקבוצה, בעוולת הפרת חובה חקוקה, ברשלנות, האם הפרה המערכת ההסכמית עימם, האם עשתה עושר ולא במשפט? ועוד שאלות כמפורט בבקשה לעיל.
- הואיל והמסכת העובדתית הרלוונטית זהה ו/או דומה, הרי שהשאלות המשפטיות לעיל ייבחנו ביחס לכל הקבוצה.
153. לכלל חברי הקבוצה נגרם נזק כלכלי, ונזק שאינו ממוני, אותם ניתן לחשב באופן זהה או דומה באמצעות שיטות חישוב שאינן מסובכות כלל ועיקר.
154. הנתונים בנוגע לכלל חברי הקבוצה מצויים בידי המשיבה, ומכאן שאין כל קושי באיתור חברי הקבוצה ובפיצויים.
155. הכרעה בפסק דין לטובת הקבוצה תשרת את עניינה של כלל חבריה, אשר יזכו לפיצוי. כמו כן, ההכרעה תשרת היטב את תכלית ההרתעה, ותמנע בעתיד נקיטה במדיניות דומה ביחס לתרופות נוספות המצויות בסל התרופות.

21. הדרך יעילה והוגנת

156. אין כל ספק כי בנסיבות העניין, הדרך היעילה וההוגנת ביותר – ולעמדת המבקש הדרך היחידה - לבירור המחלוקות העולות מכתב התביעה ומהבקשה, היא בהליך של תובענה ייצוגית ולא בכל דרך אחרת.
157. לאור סכום הנזק הנמוך יחסית שנגרם לכל צרכן בנפרד, קשה להניח כי ימצאו רבים אשר יסכימו לנהל מאבק משפטי עקרוני ובלתי כלכלי בעליל.
158. הלכה למעשה, רק מכשיר התובענה הייצוגית מאפשר להתמודד עם מצב בו נגרם נזק קטן ביחס לקבוצה גדולה מאוד של פרטים אשר ככלל אינו מצדיק התמודדות פרטנית אל מול התאגיד הגדול. זהו המקרה בפנינו!
- ראה בהקשר זה את הדברים שנאמרו ברע"א 4556/94 **טצת ואח' נג' זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5) 774, בעמ' 784.
159. עסקינן בקבוצה של עשרות אלפי לקוחות שנפגעו ע"י המשיבה בסכומים נמוכים ולפיכך ניתן להעריך ברמה גבוהה מאוד של וודאות כי בהיעדר המכשיר של תביעה ייצוגית לא יוכרעו השאלות הללו כלל. מדובר באוכלוסיה מוחלשת, הסובלת מבעיות רפואיות, ואשר ניהול מאבקים משפטיים אינדיווידואליים אינו אפשרי מבחינתה.
160. אפילו ייטען, כי יוגשו תביעות אישיות ע"י הצרכנים הנפגעים גם אז ברור שהחלופה של תובענה ייצוגית עדיפה באשר ברור המחלוקות בדרך של תובענה ייצוגית יחסוך זמן שיפוטי רב ועומס על מערכת המשפט, באם (וזהו שאלה גדולה) יבקשו חברי הקבוצה לברר תביעותיהם באופן פרטני.
161. ברור המחלוקות בדרך של תובענה ייצוגית יאפשר לשנות ולו במעט את יחסי הכוחות בין המשיבה עתירת המשאבים והידע לבין הצרכן הבודד. איחוד הצרכנים לקבוצה אחת המנהלת עניינה במאוחד כנגד המשיבה יאפשר, לאחר אישור הבקשה, מאבק מאוזן ושקול יותר בין הצדדים בתובענה זו.
162. אשר על כן ברי, כי בירור התובענה כתובענה ייצוגית הינה דרך עדיפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

31. תום לב וייצוג הולם

163. לעניין דרישת תום-הלב, הרי שתביעה זו הוגשה בתום-לב בידי המבקש אשר נפגע ממעשיה של המשיבה ומעוניין לזכות בפיצוי המגיע לו וכן לפעול על מנת להרתיע את המשיבה מפני מעשים

דומים בעתיד. מן הראוי לציין כי הפסיקה קבעה כללים מקלים לעניין דרישת תום הלב. כך למשל, נקבע בה.מ. 141/95 **ראבי נ' תנובה** (פורסם בנבו) כי:

"דרישת תום הלב אין משמעה דרישה לאלטרואיזם, ואם נמנע מן המומחים לדבר, כמו עורכי הדין, לטפל באופן רווחי בתביעות צרכניות- תמצא מטרת החוק, לעודד אכיפה אזרחית על-ידי הצרכנים – מסוכלת."

בבש"א 1440/98 **זילברשלג נ' אל-על** (פורסם בנבו) נקבע כי:

חוסר תום הלב צריך שיתבטא ביסודות שהם על גבול אי החוקיות ונראה שלא די בהתנהגות רשלנית גרידא של התובע בכדי לשלול את תום ליבו.

בדומה, ברע"א 4556/94 **ט.צ.ת ואח' נגד זילברשץ ואח'**, פ"ד מט (5) 774, 778 נקבע ע"י כב' הנשיא ברק כי

"עניין כשירות התובע איננו יכול להפוך עיקר וכל מה שיש לבדוק הוא האם התובענה הייצוגית הוגשה מתוך מניעים פסולים כגון: פגיעה בחברה המתחרה, או רצון לסחוט פשרה"

164. לעניין הייצוג ההולם, הרי שהמבקש הינו בעל אמצעים כלכליים הנדרשים לשם ניהול ההליך. המבקש ייוצג בין היתר ע"י עו"ד ליאור צמח ועו"ד ואמיר ישראלי שהינם בעלי ניסיון בתחום התובענות הייצוגיות, המבטיחים להעמיד לרשות הקבוצה ייצוג משפטי ככל שיידרש על מנת לממש את זכויות החברים בקבוצה כלפי המשיבה. מייצגי הקבוצה הינם עורכי דין בעלי ניסיון רב בתחום התובענות הייצוגיות.

ה. סוף דבר

165. כל הטענות הנטענות בבקשה זו נטענות בהשלמה ו/או לחלופין בהתאם להקשר הדברים והדבקים.
166. אין בכל האמור בבקשה זו, כדי להעביר את נטל הראיה ו/או נטל ההוכחה על התובע מקום בו נטל זה מוטל על הנתבעת.
167. הכותרות בבקשה זו הינן לצרכי נוחיות בלבד ואין לייחס להן משמעות פרשנית כלשהי.
168. כל ההדגשות אינן במקור אלא אם צויין במפורש אחרת.
169. למיטב ידיעתו של המבקש, וכן בהתאם לבדיקה שנערכה בפנקס התובענות הייצוגיות, לא מתנהלות תובענות דומות כנגד המשיבה.

170. לאחר אישור התובענה כייצוגית וככל שתתקבל, יתבקש כבוד בית המשפט לאשר לח"מ שכר טרחה בשיעור המקובל בתובענות מסוג זה שיחושב מסכום ההשבה הנתבע ומהערכת כל ההטבות לקבוצה לרבות הסעד העתידי (להלן: "סכום ההטבה הכולל") וכן לאשר פיצוי מיוחד למבקשים כתובעים ייצוגיים בהתאם בשיעור שיקבע על ידו, מסכום ההטבה הכולל, כפי שתתקבל, בהתאם להוראות סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות.

171. מכל מקום, ככל שתתקבל תובענה זו יש בה כדי להטיב עם הציבור במספר מישורים:

- (א) **האחד**, מתן פיצוי כספי למבוטחים.
- (ב) **השני**, הפסקת התעשרותה המנוגדת לדין של המשיבה באופן הצופה פני עתיד.
- (ג) **השלישי**, המשך הספקת התרופה למבוטחים, כאשר לעניין זה יש חשיבות רבה במיוחד בנסיבותיה של תובענה ייצוגית זו.

172. מכל האמור לעיל מתבקש ביהמ"ש הנכבד לעשות שימוש בסמכותו ולהורות כדלקמן:

א. לאשר את ניהול התובענה כתובענה כייצוגית, ובהמשך לדון בה ולהכריע בה לטובת חברי הקבוצה לרבות:

- לפסוק לטובת חברי הקבוצה פיצוי כולל בסך 56,000,000 ₪ (או כל סכום אחר אותו ימצא ביהמ"ש הנכבד לנכון לפסוק בנסיבות העניין). מובן מאליו, כי ככל שמשיבה לא תחדל ממדיניותה הפסולה לאחר הגשת התובענה הרי הסעד הכספי המבוקש יגדל בהתאם לשינוי בנתונים המספריים אותם תתבקש המשיבה להציג.

- להורות על מתן צווי עשה וצווים הצהרתיים כמפורט לעיל.

- לפסוק פיצוי מיוחד למבקש בגין הטרחה, והסיכון אותו נטל על עצמו למען חברי הקבוצה.

- להורות על תשלום שכר טרחה לעורכי הדין המייצגים, בין היתר, בהתאם לשיקולים שפורטו לעיל.

ב. בהתאם לסעיף 25 לחוק התובענות הייצוגיות יתבקש בית המשפט הנכבד להורות במסגרת אישור הבקשה על אופן פרסום קבלתה, כך שכל חבר מהקבוצה המתנגד להיכלל בקבוצת התובעים יוכל להודיע לתיק בית המשפט, ולהטיל את הוצאות הפרסום על המשיבה.

ג. בית המשפט הנכבד יתבקש להנחות את המבקש ו/או באי כוחו בכל הוראה שימצא לנכון בדבר אופן המשך ניהול התובענה לאחר אישורה ו/או לצורכי אישורה לרבות כמפורט בסעיף 13 ו/או סעיף 8 (ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

ד. לפסוק הוצאות המבקש ושכר טרחת באי כוחו בבקשה הנדונה.

אמיר ישראלי, עו"ד

ליאור צמח, עו"ד

באי כוח המבקש