

### מעקב פסיקה

ת"צ (מחוזי ת"א) 13345-12-15 פלונית נ' עדי סאקר (פורסם בנבו, 16.06.2020) ערכאה: בית המשפט המחוזי בת"א, מפי השופטת אגמון-גונן.

בית המשפט המחוזי, מפי השופטת אגמון-גונן, קיבל בקשה לאישור תובענה כייצוגית שהגישה גב' פלונית (להלן: המבקשת), כנגד עדי סאקר (להלן: המשיב), מטפל ברפואה משלימה, מנהל מכון טיפול "מרכז סאקר", בה נטען להטעיית לקוחות פוטנציאליים באמצעות פרסום באינטרנט שנוגע לטיפול ברפואה משלימה. בקשת האישור הוגשה בגין טיפול שטיפת מעי שקיבלה המשיבה ב"מרכז סאקר". לטענתה, המשיב גבה ממנה, ומלקוחות אחרים, סכומי כסף גבוהים, עבור טיפול שמוצג כטיפול רפואי בעל סגולות מרפא, אף שבפועל מדובר היה בטיפול חסר תועלת, בעל תופעות לוואי מסוכנות. התובענה הייצוגית הוגשה לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות – תביעה כנגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן.<sup>1</sup> העילות שאושרו במסגרת החלטת אישור התובענה כייצוגית הן עילת ההטעיה, מכוח ס' 2 לחוק הגנת הצרכן,<sup>2</sup> וכן הפרת הוראות ס' 5(א) לחוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות.<sup>3</sup> השאלות המרכזיות שהתעוררו במסגרת ההחלטה הינן מהן חובות הגילוי המוטלות על מי שמפרסם טיפולים ברפואה משלימה, על מנת שלא להטעות מטופלים פוטנציאליים, וכן כיצד יש לבחון את שאלת ההסתמכות על פרסום בכלל, ועל פרסום ממוקד ברשת האינטרנט בפרט.

עילת ההטעיה הייתה מבוססת על שני ראשים: יעילות הטיפול לריפוי המחלות הנזכרות, והיעדר ציון של תופעות לוואי. החובות שנקבעו במסגרת ההחלטה מכוח איסור ההטעיה נבחנו לאור תכליתו הרחבה של איסור ההטעיה בחוק הגנת הצרכן – לאפשר לצרכנים קבלת החלטות שקולה ברכישת מוצרים ושירותים, בהתבסס על מידע מלא ונכון.

באשר לגילוי לגבי יעילות הטיפול,<sup>4</sup> נקבע שכאשר הפרסום כולל מצג הנוגע לשיפור הרגשה כללית או שיפור מיחוסים, על המטפל לציין כי מדובר בטיפול ממשפחת הרפואה המשלימה, ולהבהיר שמדובר בטיפול אשר אינו מבוסס מדעית. כאשר הפרסום מייחס לטיפול יכולות ריפוי של מחלות ספציפיות, הוא נדרש להיות מדויק מבחינה מדעית בכל הנוגע לתיאור המחלה ותהליך הריפוי, ועליו להבהיר במפורש אם יעילותו איננה הוכחה מדעית. זאת מאחר שכאשר פרסום מייחס לטיפול מסוים ריפוי של מחלות מסוימות, ניתן להבין מכך שהדבר הוכח במחקרים מדעיים. ככל שלא קיים בסיס מדעי שכזה, והדבר לא צוין במפורש, מדובר בהטעיה, בעניין מהותי ביותר לטיפול. על פי חוות דעת מומחה שמונה מטעם בית המשפט, נקבע כי אין כל ראיות מדעיות ליעילותו של טיפול ניקוי המעי ביחס למחלות שצוינו בפרסום, וכן כי חלק מהטענות ביחס ליעילותו, אינן נכונות עובדתית, על פי הידע הרפואי הקיים. כמו כן, טענת המשיב שהמידע המלא מובא למטופלים בפגישה אישית טרם הטיפול, לא התקבלה, ונקבע כי הדברים צריכים להיות ברורים בשלב הפרסום.

<sup>1</sup> חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

<sup>2</sup> חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). האחריות להטעיה בפרסומים קבועה בס' 7 לחוק הגנת הצרכן.

<sup>3</sup> חוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות, התשס"ח-2008 (להלן: חוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות).

<sup>4</sup> ס' 2(א)(4) לחוק הגנת הצרכן קובע כי מידע לגבי התועלת שניתן להפיק מהשירות, וסיכונים הכרוכים בשירות, הוא מידע שנוגע לעניין מהותי בעסקה, וככזה כפוף לחובה שלא להטעות הקבועה בס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן.

בעניין גילוי ביחס לתופעות לוואי, נקבע כי יש לגלות בפרסום תופעות לוואי מזיקות לבריאות המפחיתות מערכו. עוד נקבע כי חובה זו תקבע לאור חומרת תופעות הלוואי ושכיחותן, אל מול ערכו הנטען של המוצר.<sup>5</sup> נקבע כי לטיפול שטיפת מעי קיימות תופעות לוואי, ואף שכיחותן של תופעות הלוואי החמורות יותר היא נמוכה, ישנה חובה לגלותן. על כן, מאחר שהפרסום לא כלל כל התייחסות לתופעות לוואי, מדובר בהטעיה.

כמו כן, נקבע כי אין לעשות שימוש בתואר ד"ר, אלא אם מדובר בד"ר לרפואה, או שמצוין לצידו ובאותו אופן הבלטה כי אין מדובר בדוקטור לרפואה אלא במטפל אלטרנטיבי. המשיב ציין בראש הפרסום באותיות גדולות ומודגשות את התואר ד"ר, ובאותיות קטנות, בפרק הכשרה והשכלה, ציין כי הוא בעל תואר PhD בתזונה הוליסטית. נקבע כי פרסום זה הינו מטעה. עוד נקבע כי על פניו המשיב מציג את עצמו כמי שמוסמך לעסוק במקצוע של תזונאי-דיאטן, אף שאינו בעל תעודה כנדרש על פי חוק, ובכך יתכן שמפר את הוראות ס' 5(א) לחוק הסדרת העיסוק במקצועות הבריאות. עם זאת, הסוגייה לא נבחנה לעומק בהחלטת האישור, ונקבע כי יהיה מקום לבחון אותה בהמשך ההליך.<sup>6</sup>

סוגיה נוספת שנדונה בפסק הדין היא סוגיית ההסתמכות על הפרסום המטעה, לצורך הוכחת רכיב הקשר הסיבתי בעילת ההטעיה. המבקשת טענה לשני נזקים: ההוצאה הכספית על הטיפול, ופגיעה באוטונומיה. נקבע בפסיקה שלא נדרשת הוכחת הסתמכות לגבי פגיעה באוטונומיה.<sup>7</sup> סוגיית הפגיעה באוטונומיה הושארה לדיון בהמשך ההליך. באשר לתשלום על הטיפול נקבע כי ככלל, ראוי לקבוע שכאשר מדובר בתובענה ייצוגית, יש לבחון לעניין הקשר הסיבתי את עניינו של "תובע-על". בכך הצטרפה השופטת אגמון-גונן לעמדה שהביע המשנה לנשיאה ריבלין, באמירת אגב, בעניין **אביב**. המשנה לנשיאה ריבלין סבר כי יתכן שאופיו הייצוגי של ההליך ישליך במקרים מסוימים על בחינת יסוד הקשר הסיבתי, כך שיבחן לפי נקודת מבטו של "תובע-על" המבטא את האינטרס המשותף של התובעים כולם, ורואה לנגד עיניו את הנזק המצטבר. לפי בחינה כזו, יתכן שיתקיים קשר סיבתי קבוצתי גם כאשר לא מתקיים קשר סיבתי במובנו הפרטני. אולם, הסוגיה לא הוכרעה.<sup>8</sup>

בעניין **ברזני**, שקדם לעניין **אביב**, נקבע כי בתביעה בגין הטעיה צרכנית התובע נדרש להוכיח שהסתמך על המצג המטעה. אולם, השופט חשין, שייצג את דעת הרוב, סבר גם כי אמנם חייב שימצא קשר סיבתי ראוי בין הפרסום המטעה לנזק שהצרכן נשא בו, אך תתאפשר הסתמכות שאיננה ישירה בלבד, למשל אם ניתן להוכיח כי הפרסום

<sup>5</sup> הטעיה יכולה להיות על דרך של אי גילוי. ס' 4 לחוק הגנת הצרכן קובע מקרים בהם הפרת חובת גילוי תהווה הטעיה לפי ס' 2 לחוק. כך, ס' 4(א)1 קובע שעוסק יגלה לצרכן: "כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס".

<sup>6</sup> הסעיף קובע כי: "לא יעשה אדם פעולה שיוחדה בתוספת השניה לבעל תעודה במקצוע בריאות מסוים או לבעלי תעודות במקצועות בריאות מסוימים (בחוק זה – פעולות ייחודיות), אלא אם כן הוא בעל תעודה באותו מקצוע בריאות." המקצוע תזונאי ודיאטן מופיעים בתוספת השנייה.

<sup>7</sup> [ע"א 8037/06 שי ברזילי נ' פריניר \(הדס 1987\) בע"מ, ס' 410 \(1\) 449 \(2014\)](#) (באותו עניין אישר ביהמ"ש העליון הגשת תובענה ייצוגית כנגד המשיבה, לאחר שהוכחה לכאורה הטעיה ואי גילוי מצידה בנוגע לסימון כשרות לפסח של מוצרים מסוימים מתוצרתה שאיננו משקף את המציאות לאשורה); [ע"א 4333/11 דניאל סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית \(פורסם בנבו, 12.03.2014\)](#) (באותו עניין דחה ביהמ"ש העליון ערעור על החלטתו של ביהמ"ש המחוזי לדחות בקשה לאישור תובענה כייצוגית שבה נטען להימצאות קדמויים בכמות אסורה במוצר "גרבר" המשווק על ידי המשיבה. נקבע בפסק הדין כי על מנת להוכיח פגיעה באוטונומיה, על התובע הייצוגי להראות כי עקב שלילת זכות הבחירה נגרם לו נזק תוצאתי-סובייקטיבי, המתבטא בתחושות שליליות, וכי לא הוכח שהמערערים סבלו נזק כזה).

<sup>8</sup> [ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין \(פורסם בנבו, 11.12.2008\)](#) (בעניין זה הוגשה תובענה ייצוגית בגין הטענה לגביית עמלות רישום עבור בקשות לחיוב לפי הוראות קבע שבוטלו על ידי בעלי החשבון שלא כדין. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית לפי חוק הבנקאות, וקבע כי יש לדחות את הבקשה כבר מן הטעם, כי משהוסדר הנוהל בעניין נשוא התובענה עלידי המפקח על הבנקים, והבנק החל לפעול בהתאם, התייתר הצורך בהליך הייצוגי. בית המשפט העליון קבע כי חוק תובענות ייצוגיות הרחיב את ההסדר של תובענות ייצוגיות ביחס לבנקים כך שאינו מוגבל לעילות המצויות בחוק הבנקאות, וכולל עילות נוספות ביחסי בנק-לקוח. לאור כך שלא הייתה בפני בית המשפט תשתית לגיבוש הכרעה בשאלת קיומה של עילת תביעה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות, החזיר בית המשפט העליון את התיק לבית המשפט המחוזי לצורך בירור משלים).

הניע שרשרת עובדתית שבסופה נגרם נזק. בעניין זה, נקבע כי המבקש נעדר עילת תביעה אישית, מאחר שלא נחשף בעצמו לפרסום של בזק, וכך גם לא הסתמך עליו.<sup>9</sup> בעניין **סאקר**, הצהירה המשיבה כי פנתה לטיפול לאחר שנחשפה לפרסומים באינטרנט, ולאור כך נקבע כי הוכיחה הסתמכות בעניינה. בעניין **שטנדל**, קבע השופט ג'ובראן כי מטרתו של חוק הגנת הצרכן הינה להעניק פיצויים רק למי שהסתמך על הפרסום, ואין די בכך שקבלת שירות התבצעה לאחר הפרסום, כדי ללמוד על קשר סיבתי בין שני האירועים. כמו כן, דרישה זו בעניין הקשר הסיבתי איננה שונה כאשר מדובר בתובענה ייצוגית.<sup>10</sup> עם זאת, בעניין **אלוני** קבעה השופטת אגמון-גוון כי לצורך הוכחת הסתמכות, בנסיבות המקרה הספציפיות – מסע פרסום רחב היקף ואגרסיבי, יש ראיות מספיקות לכך שכל לקוחות המשיבה נחשפו לפרסום המטעה – די בעצם החשיפה לפרסום ושימוש במוצר לאחריו כדי להוכיח הסתמכות.<sup>11</sup> בפסק דין מאוחר יותר, שבו אישר בית המשפט העליון הסדר פשרה בעניין **אלוני**, נאמר כי קביעה זו באשר להוכחת קשר סיבתי מעוררת קשיים.<sup>12</sup> כמו כן, בפסיקה ניתן למצוא הטלת ספק באשר לדרישת ההסתמכות במקרים של הפרת חובת גילוי. למשל, השופט גרוניס, בעניין **רחמן-נוני**, כתב כי ייתכן שלא נדרשת הסתמכות כאשר מדובר בהפרת חובת גילוי, אולם לא דן בשאלה זו באופן מעמיק.<sup>13</sup>

גם בספרות קיימת התייחסות לסוגית ההסתמכות בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה. פרופ' אלון קלמנט ופרופ' יובל פרוקצ'יה עומדים על הבעייתיות הטמונה בדרישת ההסתמכות, וטוענים כי הטעיה עלולה לגרום לנזק גם בהעדר הסתמכות. זאת מאחר שכאשר המצג מאיר באור כוזב את מאפייניו של המוצר, הדבר מוביל בדרך כלל לעליה במחירו. כך, כלל צרכניו של המוצר נפגעים, ללא קשר להסתמכותם על המצג. על כן, דרישת ההסתמכות שוללת זכות תביעה מצרכנים שלא הסתמכו, אף שהטעיה גרמה להם נזק באורח סיבתי. לאור זאת, דרישת ההסתמכות מובילה לפיצוי חסר, ולהרתעה שאינה אופטימלית.<sup>14</sup> פרופ' סיני דויטש הביע ביקורת על דרישת הקשר הסיבתי בתביעות ייצוגיות בגין הטעיה בפרסום, בטענה כי היא עלולה לסכל תובענות ייצוגיות, שיתכן שהן המכשיר היחיד המאפשר התמודדות עם תופעה זו.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> דנ"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק, **חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, נז"מ (6) 385, 429-410 (2003) (בעניין זה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד בזק לפי חוק הגנת הצרכן. נטען כי בזק פרסמה פרסומים מטעים לגבי אופן חישוב תעריפי שיחות בחיוב בין לאומי ישיר. נקבע כי אמנם הפרסומים היו מטעים אך מאחר והמבקש לא נחשף לפרסום, ולכן גם הפרסום לא השפיע על התנהגותו, הוא נעדר עילת תביעה אישית. אמנם חוק הגנת הצרכן אוסר על הטעיה באשר היא, אך על מנת שתקום זכות לפיצוי, יש להוכיח כי התקיימו כלל יסודות העוולה, לרבות נזק, הסתמכות וקשר סיבתי. לאור כך, נדחתה בקשת האישור בבית המשפט המחוזי, בערעור אזרחי בבית המשפט העליון, ולאחר מכן גם בדיון נוסף. אולם, שופטי המיעוט בדיון הנוסף ובערעור האזרחי סברו כי אי ההיחשפות למצג המטעה איננה בהכרח שוללת את הזכות לפיצוי).

<sup>10</sup> ע"א 458/06 שטנדל נ' בזק, עמ' 12-15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 06.05.2009) (בעניין זה בית המשפט דחה ערעור נגד ההחלטה שלא לאשר תובענה כייצוגית נגד בזק, בעקבות פרסום מטעה מטעמה. נקבע כי המערער לא הראה שתובענה ייצוגית היא הדרך היעילה להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, מאחר שהליך התובענה הייצוגית לא יביא לייעול ההליך לאור כך שלא פוטר את התובעים הפוטנציאליים מהצורך להראות עבור כל אחד ואחד מהם בנפרד כי התקיים קשר סיבתי בין הפרסום המטעה לדרך התנהגותו ולנזק שנגרם לו (שכן אין בעצם העובדה שקבלת השירות מבזק הייתה לאחר הפרסום כדי ללמוד על קשר סיבתי בין האירועים)).

<sup>11</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1786-06 אלוני גיא נ' בזק **חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 3 לפסק דינה של השופטת אגמון-גוון (פורסם בנבו, 10.05.2010). (בעניין זה אושרה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד בזק בעילת הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, לגבי פרסום מטעה באשר לעלות דקת שיחה מקו בזק לקו סלולרי). על כך שפסיקה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה בעניין **ברזני** ראו: אביאל פלינט וחגי ויניקיי **תובענות ייצוגיות** 315 (2017).

<sup>12</sup> רע"א 4467/10 בזק **חברה ישראלית לתקשורת בע"מ** נ' גיא אלוני, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 17.04.2013).  
<sup>13</sup> ע"א 9590/05 לידיה רחמן נוני נ' **בנק לאומי לישראל בע"מ**, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 09.07.2007). (בעניין זה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה שבנק לאומי גבה עמלת פירעון מוקדם בגין הלוואות שנפרעו, ללא יידוע בדבר קיומה של העמלה, בניגוד לדין הקבוע בחוק הבנקאות. הבקשה נדחתה בביהמ"ש המחוזי ונקבע כי לא קמה למערערים עילת תביעה אישית מאחר שלא הוכח קיומו של קשר סיבתי בין העדר הגילוי לנזק שנגרם להם. ביהמ"ש העליון קבע כי מאחר שחוק תובענות ייצוגיות חל על ערעורים על החלטות בבקשות לאישור תובענה ייצוגית שהיו תלויים ועומדים בביהמ"ש העליון בעת חקיקתו, הוא חל על המקרה דן, ועל כן, על פי החוק, בית המשפט יורה על החלפת התובע המייצג במקרה שמתקיימים התנאים הנוגעים להתאמתה של התביעה לבירור בדרך של תובענה ייצוגית, אך לא קיימת עילת תביעה אישית. כמו כן, על פי חוק תובענות ייצוגיות, עילות התביעה נגד תאגיד בנקאי אינן מוגבלות לעילות לפי חוק הבנקאות. נקבע כי יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי להמשך בירור).

<sup>14</sup> יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" **עיני משפט** לו 7, 26-22 (2014).  
<sup>15</sup> סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השווא של המטעה" **מאזני משפט** ב 97, 102-100 (2002).

עוד נקבע בעניין **סאקר** כי מאחר שמדובר בפרסום באינטרנט, קל יותר להוכיח הסתמכות, וייתכן שדי בכך בשלב בקשת האישור. המאפיינים הרלוונטיים לפרסומים ברשת האינטרנט לשאלת ההסתמכות והקשר הסיבתי הם הפרסום הממוקד, וחשיפה לפרסום בעקבות חיפוש. בפרסום באינטרנט הרצון הוא להביא לצרכן פרסומות שהוא מעוניין בהן, ולצורך כך נעשה שימוש ב-big data. בנוסף, חיפושים בנושאים שונים מביאים בין השאר לאתרים המוכרים שירותים הקשורים בתוצאות החיפוש. מכל מקום, קשה יותר להעריך מי נחשף לפרסום ובאיזה אופן. אולם, בפרסום ממוקד, ניתן להניח במידה גדולה יותר של וודאות כי המטופלים הפוטנציאליים נחשפו לפרסום. פרסום ממוקד, שמגיע פעמים רבות ישירות ללקוחות שמחפשים אחר פתרון לבעיה מסוימת, גורם לכך שדווקא קהל שצפוי יותר לרכוש את הטיפול ייחשף לפרסום. על כן, כאשר פרסום ברשת האינטרנט עלול להטעות, ומתבצעת רכישה של המוצר, יש להניח לצורך התובענה כי הלקוח נחשף לפרסום. כמו כן, השופטת אגמון-גונן קבעה גם כי אין לאפשר למי שהשקיע במסע פרסום לטעון שהפרסומת לא השפיעה על מי שבחר לרכוש את השירותים או המוצרים שפרסם. נקבע כי נוכח כך שקשר סיבתי אינו ניתן מעשית להוכחה בדרך אחרת כאשר מדובר בהטעיה באמצעות פרסום, אין להציב רף הוכחה גבוה יותר להסתמכות על הפרסום, שכן יהיה בכך כדי לחסום את השימוש בהליך הייצוגי כאשר מדובר בהטעיה באמצעות פרסום.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> גם בעניין ת"א (מחוזי ת"א) 2084/07 יוסף ורון נ' חב' HERBAMED (פורסם בנבו, 16.03.2011) ציינה השופטת אגמון-גונן את הדברים האמורים. ראו בפס' 5 לפסק דינה. באותו עניין, אושרה תובענה כייצוגית בעילת הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן נגד חברה ששיווקה תוספי מזון ובפרסומיה יוסחו להם סגולות ריפוי.