|  |
| --- |
| **בית משפט השלום בתל אביב - יפו** |
|  |
| קר שרותי רפואה בעמ ואח' נ' אובייקטיבי מחקרים עולמיים לישראל בעמ ואח' | 20 אוק 201326578-04 |
|  |
| **השופט** | ריבה ניב |
|  |
| **התובע** | 1. קר שרותי רפואה בעמ2. קר ויז'ן ישראל בע"מ |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **הנתבע** | אובייקטיבי מחקרים עולמיים לישראל בע"מ |

**פסק-דין**

**פסק דין**

תמצית

ראשית, בהחלטתי הקודמת לעניין אחריות הנתבעת כתבתי כי התובעות הינן חברות השלובות זו בזו שלא הייתה הבחנה ביניהן, ולפיכך כונו שם "התובעת"- וכך תכונינה גם עתה.

1.בשנת 1998 או בסמוך לכך, דרך כוכבה של חברת "אובייקטיבי" אשר פרסמה לציבור תוצאות מחקרים שערכה בין חברות שונות הנותנות שירותים. בדיעבד הסתבר כי המחקרים, לאו מחקרים הם וכי תכנם איננו אובייקטיבי אלא מושפע מהתשלום שקיבל מנהל החברה מהחברות שאותן הילל ב"מחקריו".

2.חברות שונות אשר נפגעו ממחקריה פנו לבתי המשפט, שם התבררה שיטת הפעולה של אותה חברה, אשר העניקה את אות "המצטיין" למרבה במחיר, ונקבע כי על "אובייקטיבי" לפרסם רבים כי לא תוצאות מחקר השוואתי היא מביאה לציבור, אלא מודעת פרסומת.

לימים, אף הורשע מנהלה בפלילים.

תביעה זו הינה מספיחי אותה פרשיה.

3.בין יתר הנושאים בהם עסקה "אובייקטיבי", היה נושא הסרת משקפיים בלייזר. בשנת 1998 פנתה אובייקטיבי לתובעת וסיפרה לה כי ערכה מחקר בתחום זה, כמו גם בתחום הסרת שיער בלייזר, ומצאה כי התובעת היא הטובה ביותר והציעה לה לפרסם זאת ברבים, תמורת סכום של 35,000 $. התובעת סירבה להצעה ומשכך, פנתה אובייקטיבי לנתבעת והציעה לה לפרסם את אותו מחקר, כשהיא הנתבעת, היא המצטיינת. הנתבעת קיבלה את ההצעה ושילמה 56,000 דולר. ואכן, לאחר מכן החלו להופיע פרסומי "אובייקטיבי" אשר העניקו את "המקום הראשון" בתחום ניתוחי הליזר להסרת משקפיים לנתבעת. האחרונה החלה להפיץ בברוז'ורים ובמודעות את ממצאי "אובייקטיבי".

3.בתביעה, ייחסה התובעת לנתבעת ידיעה, או למצער עצימת עיניים לעובדה כי אין מדובר במחקר אובייקטיבי כי אם פרסומת שיווקית. ברכשה את הפרסום, אישרה לא רק את החלקים המפארים את שמה, אלא גם את אלו המשמיצים את מתחרותיה, לרבות התובעת.

4.עוד נטען כי גם לאחר שבית המשפט העליון הורה לאובייקטיבי לציין בריש גלי כי מודעותיה הינן פרסומות מסחריות, התעלמה מכך הנתבעת, למרות שהייתה מודעת להחלטה בהיותה משיבה פורמלית בהליכים אלה.

5.התביעה שלפני עוסקת ביחסים שבין התובעת לנתבעת שכן הליכים קודמים כנגד אובייקטיבי מוצו. התוצאות היו כולן- לחובתה של האחרונה.

התובעת מייחסת לנתבעת נזקים והפסד שנגרמו לה, לטענתה, עקב שיתוף הפעולה עם אובייקטיבי והפרסומים המטעים.

הדיון פוצל, ובתחילה נדונה אחריותה של הנתבעת לפרסומים.

בהחלטתי מיום 26.9.11 קבעתי את אחריותן של השתיים (הנתבעת ואובייקטיבי כאחד)- במשותף.

פסק הדין עוסק, אם כן, בשאלת הנזק.

6.טענות התובעת

לטענתה, במשך שלוש שנים פורסמו פרסומי "אובייקטיבי", אשר פיארו שמה של הנתבעת אולם במקביל, פגעו בתדמיתה של התובעת : "קר- CARE משנה זהירות! גישה ממוסחרת, בעיות מכשור, רופאים מתחלפים, התפשרות בסטריליזציה .." כך, במשך זמן ממושך, באמצעי המדיה השונים. לשיטתה, מדובר בפרסום שקרי ומגמתי, מכוון ומתוזמן, אשר חולק בפתח מכוניה של הנתבעת (ששכנו, לפחות בעיר אחת, בסמיכות למכוני התובעת) ונועד להבריח את לקוחות התובעת לפתחה של הנתבעת. יתרה מכך, לטענתה, דאגה הנתבעת כי הפרסומים יופיעו באינטרנט באותם מקומות בהם פרסמה התובעת את פרסומיה- על מנת לבטל את השפעתם. לעניין זה טענה התובע כי הפרסום היה רחב היקף ואינטנסיבי עד שלא ניתן היה להילחם בו.

7.לטענתה, הצליחה הנתבעת במטרתה ופגעה בתובעת כמעט עד כדי חיסולה- לנוכח האמון הרב שנתן ציבור הצרכנים ל"אובייקטיבי" ולפרסומיו.

לגרסת התובעת, נגרם לה נזק תדמיתי, הפסד לקוחות פוטנציאלים ונזק עקיף, שכן לקוחותיה מתרבים, לטענתה, בשיטת "חבר מביא חבר" בהמלצתו.

8.התובעת מודה שיש קושי בכימות נזק של הפסד רווחים, מוניטין, לקוחות ועוד, אך לטענתה הוכיחה בראיות נסיבתיות כי הנזק התבטא במיליוני שקלים והיה גבוה לעין ערוך מהסכום בו הסתפקה בתביעתה. משכך, טענה כי לבית המשפט יש סמכות לפסוק על דרך האומדנא.

9.בסיכומיה, טוענת התובעת כי "לא ניתן לדעת מהי כמות הלקוחות הפוטנציאליים שנמנעו מראש מפנייה לקר לשם בצוע ניתוחי עיניים. יחד עם זאת ניתן להסתמך למשל על סקר מכון סמית שקבע, כי ב"שלהי הקריירה" של "אובייקטיבי" כ-20% מן האוכלוסיה הושפעה בבחירת ספקיה מפרסומי אובייקטיבי (נספח יב לתצהיר מינצר ועדות מר מינצר בעמוד 46 ש' 7-11 לפרוטוקול). נתון זה הוא נמוך בהרבה מהאמון "אובייקטיבי נהנה ממנו, בראשית דרכו, ובראשית המתקפה על קר". דהיינו, שהשפעת הפרסומים על ציבור הצרכנים היתה רבה.

10.עוד טענה כי הפרסומים הביאו לביטול הזמנות של לקוחות שכבר התקשרו עם התובעת, לאחר שראו את הפרסומים שיש בהם אזהרה מפניה ומיכולותיה המקצועיות. לשיטתה, פחת מספר הלקוחות ב2/3 באופן שבימים שהיו קבועים, בסניף בבאר שבע, 15 ניתוחים, בוצעו בפועל 5 בלבד, והיתר בוטלו ע"י הלקוחות. לשיטתה, מכיוון שאיבדה 10 לקוחות לשבוע, לכל הפחות, יש להכפיל את מחיר הטיפול (8,000 ₪) במספר הלקוחות (1,560 ) שסיכומם- 12.4 מליון ₪ לכל התקופה, בראש נזק זה.

באשר לאובדן הכנסות פוטנציאליים טענה לנזק של 8 מיליון ₪, (לפי מחיר טיפול עדכני).

11.באשר לנזקה של התובעת עקב הפגיעה במוניטין ובתדמית טענה כי נדרשו חודשים ארוכים על מנת למרק את שמה, וכי הוציאה כמיליון ₪ על פרסום. בנוסף לתקציב הפרסום טענה כי "אף אם נאמר כי בכל שנה בה יצאו הפרסומים יש להוציא סכום כפול בלבד לשם מירוק שמה של קר יש צורך בהשקעה שנתית של 112,000$ לפחות, כאשר בשלוש שנים מדובר בהשקעה של 336,000$ לפחות."

12.ראש נזק נוסף שהתובעת טוענת לו הינו הקטנת הרווח עקב הוזלת מחירים בעשרים אחוזים. לשיטתה, נבלמה צמיחתה ברגע הקריטי שכן בהיותה חברה צעירה בתחום הסרת המשקפיים בליזר, בתחילת הפעילות חזתה צמיחה חזקה, פריצה לשוק, ולאחריה האטה והתייצבות. לגרסתה, נבלמה ע"י הנתבעת בדיוק בתקופת "הצמיחה החזקה".

טענה נוספת שנטענה על ידי התובעת, כי גם עובדיה, ששכרם נגזר, בין היתר, מפעילות החברה, נפגעו מהפרסומים, שכן התבקשו לצמצם בשכרם.

13.התובעת מודה כי לא ניהלה רישום מדויק באשר לביטול התקשרויות הלקוחות והפסדיה השונים. לשיטתה, הייתה נתונה במאבק הישרדות ולא ב"ייצור ראיות" לצורך ההליך המשפטי העתידי. בנוסף, "התחושה הכללית הייתה תחושת משבר, ניהול רישום עלול היה להעצים את התחושה ולהוריד את המורל עוד יותר בקרב עובדי התובעות." (ס' 120 לסיכומים). ואולם, חרף זאת, בשלב מסויים נערך רישום מדגמי של ביטולים.

14.בסיכומיה, מתייחסת התובעת לנזק שנגרם לה עקב הפצת לשון הרע כנגדה על ידי הנתבעת וטוענת כי סיכום נזקיה עולה לכדי כ-22 מליון ₪ (התביעה הועמדה על 2 מ' ₪) וכי באומדן הפיצוי יש להתחשב בטיבו, בהיקפו באמינותו ובהתנהגות הצדדים (רעא 4740/00 לימור אמר נ' אורנה יוסף (2001), נה(5) 510).

לחלופין טענה הנתבעת כי יש לפסוק לה פיצויים ללא הוכחות נזק בגין כל אחת מההפרות הרבות, בנוסף להוצאותיה בגין ניהול המשפט.

כנגד הנתבעת טענה התובעת כי לא הביאה ראיות לסתור וכי חוות הדעת שהמציאה, איננו מלמד על הרווחים שנמנעו ממנה, אלא על רווחיותה עקב הצעדים שנקטה, חרף הפרסומים הפוגעים.

15.טענות הנתבעת

ראשית, טוענת הנתבעת כי התובעת זנחה את טענותיה כי קימות לה עילות תביעה נוספות, וכי התמקדה בשאלת הוכחות הנזק לפסיקת פיצויים לפי חוק הוצאת לשון הרע- בלבד. ואולם, לשיטתה, לא יפסוק בית המשפט פיצויים בעילה זו לתאגיד- חברה. עוד טענה להגנת "אמת בשעתה", דהיינו, שבעת הפרסומים והפצתם, לא ידעה על שיטות הרמייה של "אובייקטיבי" ולפיכך הינה הנהנית מהגנת החוק.

16.לטענתה, משקבע בית המשפט כי הנתבעת מעוולת במשותף עם אובייקטיבי לפרסומים הפוגעים, על התובעת להוכיח את נזקיה, אך היא לא עמדה בנטל המוטל עליה.

לשיטתה, אין לשעות לעתירתה של התובעת לפסיקה בדרך של אומדנא, שכן לא התמלאו התנאים המשפטיים הדרושים לכך. לטענתה, בית המשפט יזקק לאומדן רק במקרה בעת שהונחה לפניו תשתית ראייתית וניתנו לו הכלים לפסוק בדרך זו. לשיטתה, הוכיחה באמצעות חוות דעת שמאית מטעמה כי התובעת לא רק שלא הפסידה אלא אף נהנתה בעקיפין מהפרסום, שכן נקטה בהליכי ייעול והורדת מחירים ובכך הגדילה את רווחיה.

17.לטענת הנתבעת, לא הייתה מעורבת במחקר, בפרסומיו או במימונם, ונכנסה לתמונה בשלב מאוחר למדי- רק לאחר שהודיעה לה "אובייקטיבי" את תוצאותיו. לשיטתה , רכשה מ"אובייקטיבי" את זכויות השימוש בממצאי המחקר ובקניינה הרוחני על מנת לעשות בהם שימוש.

18.עוד טענה הנתבעת כי השימוש שעשתה בממצאי המחקר היה סביר ותוצאותיו עלו בקנה אחד עם היכרותה (של הנתבעת) את השוק ולא היה כל חשש או חשד כי ממצאים אלו אינם מבוססים או נכונים. לפיכך, לשיטתה (ס' 12, 94 לסיכומיה), אם בשעתו הופץ פרסום אשר היה לה היסוד להניח כי הוא נכון, לא ביצעה עוולת הוצאת לשון הרע כנגד התובעת, ובוודאי שלא ניתן לקבוע כי הייתה כוונת זדון מאחוריו.

19.לטענתה, הנזק הנטען ע"י התובעת איננו נזק כלכלי ישיר, אלא "נזק כלכלי תוצאתי" שהוכחתו, דהיינו שיעורו והקשר הסיבתי בינו לבין העוולה הנטענת, מוטלת על התובעת. לשיטתה, פיצוי בדרך של אומדנת נזקים ייעשה רק אם טיבו של הנזק איננו מאפשר הוכחה מדויקת, בעוד שבמקרה דנא, נמנעה התובעת מלהוכיח את נזקיה- הניתנים לכימות ולהוכחה.

20.עוד נטען על ידה כי התובעת הייתה בראשית דרכה עת פורסמו ממצאי "אובייקטיבי", וכי בשנת 2004 ספג שוק ניתוחי העיניים בלייזר מכה עקב כך שמשרד הבריאות האנגלי אסר על ניתוחי הסרת משקפיים. בנוסף, טענה כי הייתה קיימת בשוק תחרות עזה וכי התנהלו כ-10 מכונים נוספים ולפיכך אין לדעת האם הלקוחות הפוטנציאליים, שהתובעת מייחסת את מיעוט מספרם לנתבעת ולפרסומי "אובייקטיבי" אכן היו מוצאים דרכם אל התובעת דווקא, ולא אל מתחרותיה.

21.בנקודה זו טענה הנתבעת (ס' 45 לסיכומיה): "אמור מעתה: הקשר הסיבתי שבין פרסומי מחקרה של אובייקטיבי ובין "נזקי" התובעות הוא רופף במקרה הטוב: עסקינן בנזק שהוא תולדה של פריחה עסקית (עתידית וספקולטיבית) שמעולם לא קרמה עור וגידים (והיקפה הכביר נותר תיאורטי בלבד). קשר רופף זה מוטל בעצמו בסימני שאלה נכבדים (שלא באו על פתרונם בפרשת התביעה)- הן באשר למגמות בשוק הסרת המשקפיים בלייזר, הן באשר ליכולתן של התובעות לספק את הביקושים שנצפו על ידן (לכאורה), הן באשר לכוח המשיכה של שירותי התובעות על פני שירותים מתחרים, והן בקשר עם היבטים נוספים בפעילות התובעות ובשוק השירותים בהן פעלו."

22.לטענת הנתבעת, לא הוכיחה התובעת את טענותיה אלא באמצעות עדים סוביקטיבים מטעמה, שטענו לנזקים, אך לא לפגיעה במוניטין או בשם הטוב. לשיטתה, חוות הדעת מטעמה הוכיחה כי כתוצאה מהליכי התייעלות שאפשרו לה לשמור על מעמד תחרותי ולעלות "על פסים של שגשוג חסר תקדים"- לא רק שלא הפסידה, אלא אף הרוויחה.

23.באשר לחלקה של הנתבעת בפרסומים, טענה האחרונה כי מאחר שנקבע כי הינה מעוולת במשותף עם "אובייקטיבי", חלוקת האחריות ביניהן נתונה לשיקול דעת בית המשפט, לפי "מידת האשמה המוסרית של כל אחד מהם" (ע"א 7130/01 סולל בונה בנין ותשתית בע"מ נ' יגאל תנעמי ואח', פ"ד נח(1) 1, 23,24.)

הנתבעת טוענת כי אין לפסוק פיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק, ובנוסף, הואיל והנתבעת הפיצה את הפרסום בסניפיה, יש לראותו, לכל היותר, כהפרה אחת, שאין כוונת זדון מאחוריה.

24.דיון

התביעה הוגשה בתחילה כנגד אובייקטיבי, לאחר שינויים כאלה ואחרים (מחיקת הנתבעים האחרים והותרתה כנגד הנתבעת בלבד) נטען כנגד האחרונה כי הטעתה את ציבור הצרכנים והפרה את חובותיה על פי חוק הגנת הצרכן, חוק עוולות מסחריות, חוק איסור לשון הרע ופקודת הנזיקין.

הואיל וחלקה ואחריותה של הנתבעת לפרסומים לא היו נקיים מספקות, ודרשו ליבון עובדתי ומשפטי, פוצלה שאלת האחריות משאלת הנזק.

25.בהחלטתי הקודמת קבעתי את אחריותה של הנתבעת על פי חוק הגנת הצרכן התשמ"א- 1981 משום שלמרות החלטת בית המשפט העליון, המשיכה להטעות את הצרכנים שעה שלא פרסמה כי הפרסומים אינם אלא מודעות פרסומת. כך גם לגבי חוק עוולות מסחריות, המטיל אחריות על עוסק המפרסם מידע אשר הוא יודע, או שהיה עליו לדעת שהוא אינו נכון, לגבי עסק, מקצוע, נכס או שירות, שלו או של עוסק אחר (ס' 2 לחוק). עוד קבעתי שהייתה אחראית גם מכוח חוק איסור לשון הרע תשכ"ה- 1965 (להלן "החוק").

26.בסיכומי התובעת בשאלת הנזק, התמקדה רק בעילת הוצאת לשון הרע ולעילה זו השיבה הנתבעת. משכך, תעסוק שאלת הפיצוי מכוח חוק זה בלבד.

כאמור בהחלטתי הנ"ל, קבעתי כי הפרסומים לא רק שפיארו את הנתבעת, אלא גם הטילו דופי בתובעת ובכך הוציאו לשון הרע כנגדה.

27."המחוקק החיל על עוולת פרסום לשון הרע את הוראות ס' 76(1) לפקודת הנזיקין הקובע כי פיצויים ינתנו בשל "נזק" ולא בקיומו של "נזק ממון"...נראה כי למונח נזק שבפקודה יש להעניק משמעות רחבה ביותר ולכלול בו כל הפסד מוחשי, בין פיזי בין שאינו פיזי." (שנהר, דיני לשון הרע, עמ' 368). ואולם לשונו של הסעיף מורה כי יש להראות את הקשר הסיבתי בין הפרסום הפוגע לבין הנזק הנטען:

"76. פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם -

(1)סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע;"

28.כאן, מלאכתה של התובעת איננה קלה כלל ועיקר, שכן היתה בראשית דרכה, הצלחתה, רווחיה העתידיים או הפסדיה היו בגדר תחזיות בלבד, ספקולציות שתוצאותיהן תלויה לא רק בפרסומי אובייקטיבי ו/או חלוקת הברושורים במכוני הנתבעת, אלא גם בצרכי השוק, השפעות עולמיות (החלטת משרד הבריאות האוסרת את ניתוחי הסרת המשקפיים), ריבוי המתחרים, ועוד.

29.עדי התובעת, מנהליה ועובדיה, תיארו בזה אחר זה את ביטולי הניתוחים הרבים, את הצורך בהורדת מחירים , הגברת הפרסום והגדלת המשאבים הכספיים לצורך כך, ואף צמצום מרצון ומכורח בהכנסות העובדים, על מנת לאפשר לתובעת לשרוד ולהתאושש.

אינני מקבלת את הטענה כי היה על התובעת לערוך רישום מדויק של הביטולים, גורמיהם ונימוקיהם- באותה עת. ניתן לקבל ולהבין את הטענה כי כאשר נלחמה התובעת את מלחמת קיומה, לא הייתה פנויה לתעד את נזקיה לצורך מאבק משפטי עתידי.

יתר על כן, ספק בעיני אם רישום כזה היה מועיל, לנוכח העובדה כי הקטנת הפעילות נבעה ממספר גורמים, כאמור לעיל.

30.אינני מקבלת גם את הטענה כי חוות הדעת מטעם הנתבעת הוכיחה רווח ולא הפסד. חוות הדעת איננה עוסקת ברווחים שנמנעו מהתובעת או לנזק שנגרם לה כתוצאה מהפרסומים, ואף לא בהשוואת מחזורה הכספי לזה של הנתבעת אלא על המעבר שלה מהפסד לרווח. לעניין זה כדאי לצטט את ב"כ התובעת בסיכומיו:

"149.העובדה שקר עברה בשלב מסויים מהפסד לרווח נבעה הן מן העובדה כי בשוק צעיר של מוצר חדש, בשנים הראשונות יש השקעה העולה על ההכנסות, ולאחר מכן מתחילה ההשקעה להניב הכנסות העולות על ההוצאות. הנתבעת בלמה את קר בדיוק בשלב בו היתה אמורה לצמוח (ראה עדות מינצר בסעיפים 97 ו-98 לעיל ועדותו בעמ' 51 שורות 21-23 לפרוטוקול). בנוסף, נבע המעבר מהפסד לרווח גם בשל הקיצוץ הכואב בשכר העובדים, שנאלצה קר לבצע.

150.בהשאלה, ניתן להתייחס לנזק שנגרם לקר כאל נזק שנגרם לבעל אוטובוס שיכול להסיע 100 נוסעים אך בשל פרסומים כוזבים אודות הבטיחות האוטובוס, עלו עליו 50 נוסעים בלבד. 50 הנוסעים שלא עלו על האוטובוס מהווים את הנתח הרווחי יותר עבור חברת האוטובוסים, שכן הנוסעים הראשונים כיסו את ההוצאות הקבועות וכל נוסע נוסף, מגביר את הרווח בכלל וכל ההכנסות הנוספות נצברות כולן לשורת הרווח.

151.בעניינינו, הנתבעת מנעה את הגעתם של 50 הנוסעים הנוספים, ואף דאגה גם להורדתם של 10 נוסעים שכבר עלו על האוטובוס אך "ירדו" מחשש לבטחונם."

הנני מקבלת תיאור ציורי זה, כמשקף את חוות הדעת ומסקנותיה.

31.התובעת טענה כי בנסיבות אלה, על בית המשפט לפסוק על דרך האומדנא.

"פסיקה על פי האומדן, ובארמית "אומדנא" ולעיתים "שודא דדייני" שכיחה במשפטנו, בין בדיני הנזיקין, כמעט כמעשה שבכל יום בקביעת ראשי נזק מסויימים, ובין בתחום החוזי. אכן, בפסק הדיןע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע הנזכר נחלקו דעות השופטים בשאלה אם ניתן לפסוק פיצויים לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) באין נתונים עובדתיים שישמשו בסיס לחישוב גובה הפיצויים; השופט ח' כהן סבר שדי בהוכחת קיומו של הנזק, והפיצויים יפסקו על דרך של אומדן (עמ' 804) , ואילו השופט ברק (ועימו השופט י' כהן) קבע כי על הנפגע "להוכיח במידת וודאות סבירה, הן את נזקו והן את שיעור הפיצויים, שיהא בו כדי לפצותו על נזקו (עמ' 806) ו"כשם שמידת הנזק אינה עניין שנקבע על פי אומדנא דדינא, כן עניין הפיצוי אינו נקבע על פי אומדנא דדינא; ועם זאת, באשר למידת הודאות,...."באותם המקרים בהם – לאור טיבו וופיו של הנזק- ניתן להביא נתונים מדוייקים, על הנפגע- התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה לא יפסק לו פיצוי. לעומת זאת באותם מקרים אשר בהם- לאור טבעו ואופיו של הנזק- קשה להוכיח בדייקנות ובודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר..(עמ' 808-809)

.....מציאות החיים היא, שאם בשל קושי אובייקטיבי להעריך במדוייק נזק הצופה פני עתיד, ולעיתים אף בנסיבות עמומות מסוימות במבט לעבר, על בית המשפט להפעיל את נסיון החיים ןהשכל הישר, לנסות להעמיד עצמו במקומם של הצדדים, ועל יסוד זה להעריך נזק ופיצוי."(עא 153/04 חיותה רובינוביץ נ' יוסף רוזנבוים, פורסם בנבו).

בהמשך, סוקר כב' השופט אליקים רובינשטיין את עמדת המשפט העברי וקובע "דומה שבאים הדברים, ברא ובראשונה, להזהיר שלא לנקוט באומדנה ביד קלה, וזהו כובד האחריות המוטל על השופט. אך נראה כעי במקום שבו תחושת הצדק מתיישבת בהחלט עם אומדן, ולאחר שנבחן החומר כולו כדבעי, יש מקום לילך בה, אף לפי המשפט העברי.

...

חיי המעשה אינם יכולים ליתן תשובה פרטנית מדוייקת לכל סיטואציה. האומדן הוא דרך לעשיית צדק בשעה שהדבר אפשרי, מתוך הנחה שהתבוננותו של העוסק בדבר לכל הצדדים לא תניח מקום למשגים קרדינליים."

32.חישובי התובעת מבוססים על ההוצאות וההפסדים הבאים:

8.7 מליון ₪ בשל אובדן לקוחות

8 מליון ₪ בשל אובדן לקוחות מופנים

4.6 מליון ₪, בשל הפחתת מחירי הטיפולים

2 מליון לפחות, בגין הגדלת הוצאות הפרסום.

33.מעדות התובעת עלה כי:

"יכולים להיות הפסדים שנובעים מתחרות עזה, ישנם לקוחות שכתוצאה מהפרסום לא פנו אלי כלל, היו כאלה שפנו טלפונית, אבל העדיפו להגיע למתחרה שעליו לא פורסם דבר, לאו דוקא הנתבעת, כאלה שביטלו את הגעתם ואלה אחרי שכבר קבעו, בגלל הפרסומים, כאלה שהגיעו אלינו, אבל אחרי העדיפו, משום שעשו שופינג, והחליטו ללכת למקום שאין עליו עשן, משום האמרה שאין עשן בלי אש, וכאלה שביטלו את הניתוח אחרי שקבעו אותו. ועוד יש נזק של אנשים שכתוצאה מהלחץ שהופעל עלינו נאלצנו להוריד מחירים. על כל אלה יש להוסיף את הנזק הכלכלי שכידוע כל לקוח מרוצה מביא עוד לקוח מרוצה. אנו מודדים את זה יום יום " (עמ' 45 לפרוטוקול ).

34.מנהלה הכריזמטי של התובעת הודה בהגינותו, כי אינו מחזיק בכל השוק, וכי תתכנה סיבות רבות בגינן פנו הלקוחות למכונים אחרים, לאו דווקא של הנתבעת. חרף טענתו כי נזקים אלו ניתנים לכימות, מעדות עלה כי גם אם ניתן לכמת את הנזק (במדויק או בדרך של אומדנא), לא ניתן לקבוע איזה חלק ממנו נבע מפרסומי אובייקטיבי/הפצת הנתבעת ואיזה מסיבות וגורמים אחרים.

35.משכך, לא ניתן לקבל את הנתונים דלעיל, שעה שאין נתונים לקבוע לא רק את שיעורו של הנזק במדויק, אלא גם, ובעיקר, לא ניתן לנטרל את השפעת הגורמים האחרים מהשפעתו של הפרסום הפוגע.

36.בשולי הדברים יוער כי נקבע שהנתבעת מעוולת במשותף עם "אובייקטיבי". "נפגע מפרסום לשון הרע יוכל לתבוע את כל האחראים לפרסום או את חלקם. אם הנפגע יתבע רק חלק מהאחראים, או שרק חלק מהאחראים ישלמו פיצויים לניזוק, יוכל מי שפיצה את הנתבע להגיש תביעות שיפוי כנגד המעולים האחרים הנושאים באחריות לאותו נזק. חלוקת הנזק בין המעוולים תיעשה "לפי הצדק והיושר בהתחשב עם מידת אחריותו של האדם לנזק." (שנהר, שם, עמ' 406) . אחריותה של הנתבעת תפלה לאחריות אובייקטיבי, אשר איננה צד להליך, היא חדלה לפעול זה מכבר ולא ניתן להיפרע ממנה. גם מן הטעם לטעמי, אין מקום לאמוד את הנזק, כולו או חלקו, ולייחסו לנתבעת דווקא.

37.התובעת עתרה, לחלופין, לפסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק. עוד טענה כי מספר הפרסומים היה רב. בחקירת מנהל התובע טען שנגרמו לחברה נזקים תדמיתים, אשר הוגדרו על ידו כ"למשל רופאים ועובדים גם הם נפגעו מהדבר, מהפרסומים האלה והתחילו לפקפק באמינות החברה, כשכל יום בהיקף אדיר פרסמו פרסומים שרוב האנשים חשבו שהם אויקטיבים, אנשים משכילים ואינטליגנטם באו אלי ואמרו שאוביקטיבי אמר עלי כך וכך. אותם לא תבענו פה, אלא הם כלליים יותר "(עמ' 44 לפרוטוקול ). הואיל וגם פגיעה במוניטין מקנה לתאגיד את זכות הפיצוי, הנני דוחה את טענת הנתבעת כי אין לפסוק לה פיצוי כזה, בשל זהות אישיותה המשפטית.

38.כאמור, טענה הנתבעת להגנת סעיף 14 לחוק הקובע את הגנת האמת בפרסום. לשיטתה, לא ידעה בזמן אמת כי פרסומי "אוביקטיבי" מוטים ומטעים. בפסה"ד עא 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך (פורסם במאגרים), אליו מכוונת הנתבעת, אכן נפסק כי "על מנת שיזכה לחסות תחת כנפיה של הגנת האמת על המפרסם להראות איפוא כי הפרסום היה אמת כפי שהייתה ידועה בעת הפרסום. אין הוא נדרש להציג אמת שמתגלית בדיעבד."

39.חרף כך, אינני מקבלת את הטענה. ראשית, מהנימוק הפרוצדוראלי, כי טענה זו היא טענת הגנה, השוללת לכאורה את אחריות הנתבע בהוצאת לשון הרע, ואין היא רלבנטית לשאלת הפיצוי.

שנית, התקשרותה של הנתבעת עם "אובייקטיבי" לא הייתה קצרת טווח והיא התפרשה גם על התקופה בה נטען כלפי "אוביקטיבי" את שנטען. בשעה זו כבר יכולה הייתה הנתבעת לדעת כי הפרסומים אינם אלא מודעות פרסומת, שתוכנן מפורסם לטובתו של נושא הפרסום. יתרה מכך, נטען (ס' 51 לכתב התביעה המתוקן) ולא נסתר כי גם בשעה שהודיעה התובעת לנתבעת כי היא מטעה את הציבור בפרסומיה- לא חדלה מכך. עובדה אחרונה זו, אף שוללת את הגנת "תום הלב" מהנתבעת.

40.בכתב התביעה המתוקן התמקדה התובעת בפרטי הרקע, הפגיעה, ההטעיה את ציבור הצרכנים והעוולות המיוחסות לנתבעת. בסעיף 46 לכתב התביעה המתוקן התייחסה לעילה של הוצאת לשון הרע: "לאור העובדה כי הפרסומים מלאים דברי קלס ובלע על קר באיצטלה כאילו הדברים נבדקו על ידי גוף "אוביקטיבי" ובסמוך לפרסומים אלה מוצגים פרסומים חיוביים המפארים את אמריקן ליזר, אף הם לכאורה בשם גוף אוביקטיבי, מהוים הפרסומים עולה בניגוד לחוק איסור לשון הרע התשכ"ה- 1965 וחוק הגנת הצרכן התשמ"א- 1981, וזאת כאמור לעיל, אף ללא כל צורך בבחינת תוכן אותם פרסומים."

41.לכתב התביעה המתוקן צורפו דוגמאות הפרסומים כנספחים, אולם אף לא אחד מהם התייחס במפורש לעילת הוצאת לשון הרע. בסיכומי התובעת הינה מציינת כי הפרסומים הופצו במאות אלפי עותקים שהופצו מדי שבוע באמצעי המדיה השונים, ולפיכך יש לראותם כהפרות מרובות. כך למשל, הינה מפנה לדוגמאות של פיצויים ללא הוכחת נזק בגין הפרת זכויות יוצרים, בהן נפסקו פיצויים בגין כל העתקת תמונה, השמעת יצירות שונות באותו ארוע, שנספרו כל אחת בנפרד, ושידורים בכבלים, כשהרציו, לשיטתה, זהה בשני המקרים. עוד נטען שם כי "אף אם נלך לקולא ונקבע כי כל פרסום שבוע (על שלל אמצעי המדיה בהם הופץ) מהווה הפרה אחת, אזי מדובר, לכל הפחות, ב156 הפרות שונות שהתפרסו לאורך שלוש שנים, אשר בגינן, למצער, זכאיות התובעות לפיצוי בסך 100,000 ₪ בגין כל אחת."

42.לשיטת הנתבעת, הואיל והפיצה הנתבעת את הפרסום אך ורק באמצעות חלוקת ברושורים בסניפיה, יש לראות זאת כהפרה אחת בלבד. לטענתן, הואיל והפיצוי בגין הפרה אחת הינו כה נמוך בהתייחס לתביעה וסכומה, יש לשלול אותו מהתובעת לחלוטין ולדחות את תביעתה כולה.

43.הפרסומים אשר הונחו לפני בית המשפט דומים זה לזה, ואף לא אחד מהם הונח כבסיס לתביעת הדיבה. גם תקופת הפרסום ומספר השבועות בהם פורסמו הפרסומים (56), נטענה באופן כללי. משכך, אין לי אלא לראותם כפרסום אחד בלבד.

44.התובעת עתרה לחייב את הנתבעת בכפל הפיצוי, בשל כוונת הזדון שעמדה מאחורי הפרסום. ס' 7א (ג) לחוק מעניק את כפל הפיצוי מקום בו הוכח כי לשון הרע פורסמה "בכונה לפגוע". יסוד הכוונה, הנזכר גם לצורך נשיאה באחריות פלילית בגין הוצאת לשון הרע, דרוש הוכחה, ואין די בהוכחת הסתברות לפגיעה, על מנת לחייב בדין.

45 בעא (מרכז) 32031-10-12 דנון תקשורת תדמיתית בע"מ נ' הרב אמנון יצחק שליט"א (פורסם במאגרים) קבע בית המשפט : "אני סבור כי גם אם הקטעים לגביהם טען המשיב כי הם פוגענים עונים על דרישת החוק כי אותם ביטויים יחשבו לשון הרע, מהפרסום עצמו לא עולה כי המפרסם פעל מתוך "כוונות רעות ומזימות ארסיות" ומהפרסום לא עולים "הזדון והרשעות" (כאמור בפרשת יפת שצוטט לעיל) כנדרש ביחס ליסוד "הכוונה לפגוע" בסעיף 7 א (גג) לחוק." ובהמשך , כי העדר תום לב, איננו מביא בהכרח למסקנה על כוונה לפגוע.

44.הנני קובעת כי הפיצוי שתשלם הנתבעת לתובעת יעמוד על 50,000₪.

באשר להוצאות- סכום התביעה, כמו גם ניהול ההליך, הביאו את הצדדים להוצאות גבוהות, שאינן מוצדקות אל נוכח התוצאות.

הנני קובעת כי הנתבעת תישא בשכ"ט התובעת בסכום של 10,000 ₪.

אינני עושה צו להוצאות המשפט.

ניתן היום, ט"ז חשון תשע"ד, 20 אוקטובר 2013, בהעדר הצדדים.