



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

בפני כב' השופט מגן אלטוביה

המבקשים

1. אילן ג'אן
2. יצחק חשן
3. מרים מתניה (נמחקה)
4. מימון חסין (נמחקה)

באמצעות ב"כ עו"ד קירשנבוים ועו"ד ערן

נגד

המשיבות

1. אלטמן רוקחות טבעית (1993) בע"מ
2. טעם טבע (1988) טיבולי בע"מ
3. טעם טבע - אלטמן שותפות כללית

באמצעות ב"כ עו"ד קפלן ועו"ד גרינוולד

החלטה

1. במוקד בקשה זו הכרעה בטענת התובעים - המבקשים, לפיה המשיבות הטעו אותם ואחרים בעניין סגולותיו של תוסף המזון "מגה גלופלקס", בשל כך נגרמו להם נזקים. התובעים מבקשים להכיר בתביעתם כתובענה ייצוגית.

הרקע לבקשת האישור

2. ביום 2.3.06 הגישו המבקשים בקשה לאישור תובענה כנגד המשיבות, כתובענה ייצוגית ("בקשת האישור" או "הבקשה"). לטענת המבקשים, המשיבות עוסקות ביבוא ו/או הפצה ו/או ייצור של המוצרים "מגה גלופלקס" ו-"קרטילגו" ("המוצרים"). תצהיר מר משה טוקר ("טוקר"), מנכ"ל המשיבות 2 ו-3, מלמד כי המשיבות עוסקות בשיווק המוצרים. לטענת המשיבות, המשיבה 1, אלטמן רוקחות טבעית (1993) בע"מ, שווקה את "קרטילגו" והמשיבה 2, טעם טבע (1988) בע"מ, שווקה את "מגה גלופלקס". המשיבה 3, טעם טבע אלטמן שותפות כללית, נרשמה ביום 21.3.2005 והחלה לפעול ביום 1.7.2005. ממועד זה הינה המשווקת והמפיצה של המוצרים. יוער כי בעוד שבכתב התביעה המצורף לבקשה צויינה משיבה 3, זו נשמטה מבקשת האישור עצמה. עם זאת, מודות המשיבות כי הבקשה הומצאה לה.

המבקשים, סובלים מבעיות פרקים והינם צרכנים של המוצרים. המבקש 1, מר אילן ג'אן, יליד 69, סובל ממחלת פרקים מאז שנת 98. המבקש 2, מר יצחק חשן, יליד 58, סובל לטענתו כשלושים שנה ממחלת מפרקים ממושטת במצב מתקדם. המבקשת 3, הגב' מרים מתניה, והמבקש 4, מר מימון חסין, הסתלקו מבקשת האישור במהלך הדיון בה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

3. בבקשת האישור נטען כי האמור בפרסומי המשיבות למוצרים עולה כדי הטעיה כמשמעותה בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 ("חוק הגנת הצרכן") וכדי הפרת תקנות 2 ו-2א לתקנות בריאות הציבור (מזון)(איסור ייחוס סגולות ריפוי למצרך מזון) תשל"ח-1978 (להלן: "תקנות בריאות הציבור"). תקנות 2 ו-2א לתקנות בריאות הציבור מורות כי:

"2. לא ייחס אדם בדרך פרסומת כל שהיא סגולת ריפוי למצרך מזון, בין אם הוא מכיל ויטמינים או מינרלים ובין שאינו מכיל ויטמינים או מינרלים ולא יפרסם כי צריכתו על ידי אדם עשויה לרפא מחלה כלשהי או למנעה".

"2א. פרסומת למצרך מזון המזכירה איבר או חלק של גוף האדם, יראו אותה כפרסומת בניגוד לתקנה 2".

לבקשת בית המשפט (החלטה מיום 13.8.06) הודיעו משרד הבריאות והיועץ המשפטי לממשלה כי "אין הם מבקשים להצטרף כצד להליך המתנהל בין הצדדים" בהמשך הודעתם הדגישו כי:

"למען הסר ספק יובהר כי עמדה זו נובעת מכך שסוגיית איסור ייחוס סגולות מרפא למזון, ובכלל זה לתוספי תזונה, שהיא הסוגיה המשפטית הניצבת בבסיס ההליך הנוכחי, מוסדרת במסגרת תקנות בריאות הציבור (מזון) (איסור ייחוס סגולות ריפוי למצרך מזון) תשל"ח-1978 ... בנסיבות אלו אין ההליך הנוכחי מעורר צורך בהתייבות היועץ המשפטי לממשלה כצד, שכן הסוגיה המשפטית שברקע ההליך, מוסדרת זה מכבר במסגרת התקנות, ולפיכך אינה מעוררת שאלה עקרונית בעלת השלכות רוחב (מעבר לשאלה הפרטנית שברקע המחלוקת בין הצדדים)" (הודעה מטעם משרד הבריאות והיועץ המשפטי לממשלה מיום 5.2.08).

4. כחודש לאחר הגשת בקשת האישור, עתרו המבקשים למתן צו מניעה ארעי כנגד המשיבות האוסר עליהן להמשיך ולשווק את המוצרים כמבטיחים חידוש ו/או ריפוי סחוסים מפרקים ו/או עיכוב תהליכי ההרס בפרקים. בהתאם להחלטתו של כב' השופט זפט נדונה הבקשה לצו המניעה במעמד שני הצדדים. יוער כי להליך בעניין הסעדים הזמניים צורפו גם הרשות להגנת הצרכן (אשר בהסכמת הצדדים נמחקה מההליך), המועצה הישראלית לצרכנות, והממונה על הגנת הצרכן במשרד המסחר והתעשייה ("הממונה"). בסופו של דבר, ביום 26.3.08, נדחתה הבקשה לסעדים הזמניים (בש"א 8615/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח' (ניתן ביום 26.3.08)).

במסגרת בירור הליך בקשת הסעדים הזמניים התעוררה שאלת הפעלת סמכותו של "הרגולטור" בקשר עם שיווקם של מוצרי המשיבות. בתוך כך, ובהתייחס לטענות המבקשים, הוגשו שתי חוות דעת של מגר' טל לביא ("לביא"), המשמש כעוזר בכיר למנהלת אגף הרוקחות ויו"ר הועדה לבדיקת הטעיית הציבור במשרד הבריאות: חוות הדעת הראשונה מיום 26.2.07 (נספח ג')



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

לתגובת הממונה - "חוות הדעת הראשונה" – (מב/10) וחוות הדעת המשלימה מיום 18.7.07 אשר הוגשה בהתאם להוראת בית המשפט בהחלטתו מיום 1.5.07, במטרה ליתן למשיבות שהות נוספת להעביר את הראיות שברשותם לבחינת הממונה ("חוות הדעת המשלימה" – מב/11). להלן יחדיו יכוננו חוות הדעת - "חוות דעת משרד הבריאות".

יוער כי חרף הודעת משרד הבריאות והיועמ"ש, שלפיה אין הם מתייצבים כצד בהליך זה, קבילות חוות דעת משרד הבריאות המצויות בתיק אינה מוטלת במחלוקת ו"מסמכים אילו, מכח תפקידו של לביא הם בבחינת 'נחלת הכלל' וניתן להתייחס לעמדתו כלפרסום אחר בתחום, אשר משקלו כאמור יקבע בעת ההכרעה" (החלטה מיום 9.7.08).

5. אשר להתנהלותו של הממונה בקשר עם המחלוקת שבפני, יצוין כי ביום 25.4.06 פנה עו"ד יצחק קמחי, הממונה על הגנת הצרכן במשרד המסחר והתעשייה למשיבות בבקשה כי יציגו בפניו ראיות להוכחת הטענות בפרסום "מגה גלופלקס" לפיהם המוצר הינו: "נוסחא מיוחדת להפחתת כאבי פרקים ולשיקום הסחוסים"; "ממריץ את התחדשות רקמות הסחוס"; "מגה גלופלקס מייצר חומרי סיכה לפרקים"; "מגה גלופלקס מעכב תהליכי הרס בפרקים" והמדובר במוצר "היחיד שנחקר מדעית בישראל ונמצא יעיל". הממונה הדגיש כי "אי הצגת ראיות כאמור להנחת דעתי תהא ראייה לכאורה שהפרסום היה מטעה, בניגוד להוראות החוק" (הודעת הממונה מיום 25.4.06 - מב/4, כן ראה התכתבות הממונה וב"כ המשיבות מב/5-מב/7).

ביום 19.4.07 הודיע הממונה לב"כ המשיבות כי משלא קיבל ראיות התומכות בהצהרות בפרסומים למוצר "מגה גלופלקס" – "בהתאם להוראת סעיף 7(ב) בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, הנני מודיע לך כי אי הצגת הראיות מטעם מרשתך מהווה ראייה לכאורה שהפרסום הינו מטעה" (מב/8). משניתנה למשיבות שהות להגשת ראיות נוספות לממונה ומשנתקבלה חוות הדעת המשלימה קבע הממונה ביום 31.8.08, כדלקמן:

"[...] לאור האמור בחוות הדעת ובהתאם לסמכותי בסעיף 21(4) בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, הנכם מתבקשים להימנע מפרסומים הטוענים כי המוצר "משקם את הסחוס", "מחדש את הליך בניית הסחוס", "מגה גלופלקס הוא מוצר הפרקים הטבעי היחיד שנחקר מדעית ונמצא יעיל", "נוסחה מיוחדת להפחתת כאבי פרקים ולשיקום סחוסים" וכן פרסומים דומים לאלה, מפני שהם מטעים לכאורה את הצרכנים בניגוד להוראת סעיף 2 בחוק הגנת הצרכן [...]" ("קביעת הממונה" - מב/12, ההדגשות נוספו).

להשלמת התמונה יוער כי בינתיים עתר המבקש 2 לבית הדין הגבוה לצדק בבקשה כי יורה לממונה לנמק מדוע לא ייעשה שימוש בסמכויות המוקנות לו בסעיפים 21 ו-28 לחוק הגנת הצרכן. בכל הנוגע לפרסומים המפורסמים על ידי יצרני ומשווקי "מגה גלופלקס". לטענת העותר, מכח סעיפים אלו רשאי הממונה, בין השאר, להביא לידיעת הרבים את ממצאי חוות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

הדעת של מגר' לביא ולהורות למשיבות לציין בפרסומיהן בעניין "מגה גלופלקס" כי "מוצר זה אינו תרופה ואין בו כדי לרפא ו/או לטפל ו/או למנוע מחלות מפרקים". הממונה השיב לעתירה זו והתייחס להתנהלותו בפרשה כמו גם לסמכויותיו מכח סעיפי החוק הנזכרים (בג"צ 6038/08 יצחק חושן נ' הממונה על הגנת הצרכן במשרד המסחר והתעשייה).

6. טענותיהם של המבקשים 1 ו-2, אשר נותרו בחזית בקשת האישור, כמו גם חוות דעת משרד הבריאות מתייחסים אך ורק למוצר "מגה גלופלקס". גם בסיכומיהם עוסקים המבקשים בפרסומים בדבר סגולות המוצר "מגה גלופלקס" תוך זניחת הטענות בעניין המוצר "קרטילגו". ממילא תתייחס הכרעה זו אך ורק לטענות בקשר עם "מגה גלופלקס" (אשר יכונה להלן: "המוצר").

אין חולק (הגם שאין הסכמה לגבי כמות החומר הפעיל וזמינותו) כי המוצר 'מגה גלופלקס' מכיל, בין היתר, גלוקוזאמין (Glucosamine) וכונדרואיטין (Chondroitin), שהינם רכיבים המצויים בסחוס הטבעי (להלן יחדיו: "החומרים"). ספיגתם של חומרים אלו בגוף כשהן ניתנים במתן פומי, אופן השפעתם ויעילותם תעמוד במרכז טענות הצדדים.

7. בטרם פרישת טענות הצדדים ודיון בהן, יסקרו הפרסומים המרכזיים המצויים בלב בקשת האישור. יצוין כבר כעת כי על פרסומים אלו נוספו רבים נוספים ומסע הפרסום למוצר הקיף עלוני פרסום שהופצו בנקודות המכירה ובבתי מרקחת, פרסומות בעיתונים ותשדירי פרסום ברדיו. עוד יוער כי בתקופה הרלבנטית לבקשה, היינו שבע השנים שקדמו להגשתה, השתנו פרסומי המשיבות למוצר. עם זאת, חלק מהחומר הפרסומי אשר הופץ לנקודות המכירה הוצג לצרכנים גם לאחר סיומו של הקמפיין הפרסומי שבמסגרתו הופץ הפרסום. כך למשל קטלוג המוצרים לשנת 2005 הוצג למבקש 2 גם בשנת 2008 (ראה תצהירו מיום 18.2.2008).

בעלון פרסומי (שאינו נושא תאריך), שהופץ במסגרת שיווק המוצר נטען בין השאר כי:

"מגה-גלופלקס יום יום והפרקים שלך מרגישים צעירים.
פריצת דרך בטיפול בכאבי פרקים. טבליות מגה-גלופלקס עם הטיפול הכפול, גם מפחיתות את כאבי הפרקים וגם משקמות את הסחוס. [...]
בתורת הרפואה קיימות דרכים קונבנציונאליות ומקובלות לטפל בבעית כאבי הפרקים, כגון: משככי כאבים ותרופות אנטי דלקתיות ... כלומר, הפתרונות המקובלים מציעים לנו הקלה בכאבים וכשהמצב מחריף, ניתוח. מהיום אתה מוזמן להכיר פתרון טבעי ויעיל, שמטפל בבעיה מבפנים ומשפר את איכות החיים ללא היכר [...]
שימוש יומיומי במגה-גלופלקס תורם רבות לבריאותם ופעילותם של הפרקים. תוך זמן קצר יחסית תרגיש את ההבדל הגדול. הפחתת כאבי הפרקים, התחדשות רקמות הסחוס, הזרמת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

חומרי תזונה לפרקים, המרצה של יצור חומרי סיכה לפרקים, עיכוב תהליכי הרס בפרקים.
בקיצור, מגה-גלופלקס יום וגם הפרקים שלך ירגישו צעירים [...]
היחיד שנחקר מדעית בישראל ונמצא יעיל" ("העלון הפרסומי" - מב/1).

8. בנוסף, בקטלוג המוצרים של המשיבות לשנת 2005 ("קטלוג המוצרים"), תחת הכותרת "מגה גלופלקס – נוסחה מיוחדת להפחתת כאבי פרקים ולשיקום סחוסים" מתוארות תכונותיו של המוצר:

"רכיבי התזונה הדרושים לסחוס הם בעלי תפקיד כפול ... מתן גלוקוזאמין כהשלמה תזונתית מחדש את תהליך בניית הסחוס ולכן מסייע בשיקום סחוסים מנוונים. הכונדראטין מגן על הסחוס מפני פירוק טרם זמנו ע"י עיכוב פעולת אנזימים מפרקי סחוס [...]"

נוסחה מיוחדת להפחתת כאבי פרקים ולשיקום הסחוסים:

מפחית את כאבי הפרקים.
ממריץ את התחדשות רקמות הסחוס.
מייצר חומרי סיכה לפרקים.
מעכב תהליכי הרס בפרקים [...]

סיכום מחקר שנערך בישראל:

במחקר שנערך בבית חולים במרכז הארץ נבדקו 57 חולים שהיו מועמדים לניתוח החלפת ברך. המחקר נערך בשיטת הסמיון הכפול. הנבדקים קיבלו במשך 4 שבועות לפחות מגה גלופלקס. כל הנבדקים בקבוצת הטיפול ביטלו את הניתוח. מסכמים החוקרים: 'הטיפול בעזרת השלמה תזונתית של מגה גלופלקס מטפל בבסיס המחלה ועל-ידי כך משיג שיפור בסימפטומים הקליניים. מן המחקר עולה בברור שטיפול מסוג זה שהוא פשוט יחסית ונטול תופעות לוואי, ניתן להתמיד בו לאורך זמן ולהשיג הפחתה משמעותית בכאב וברגישות בפרק'.
GAG לטיפול באוסטיאוארתריטיס של הברך – מחקר פרוספקטיבי, כתב העת "הרפואה" – גיליון ה-15 במרץ 2000. מאמר מאת ר' דבי, ד' רובינסון, ג' אגר ונ' הלפרין" (עמ' 11 לקטלוג המוצרים, מב/2, ההדגשות כך במקור).

9. בפרסום נוסף הנושא את הכותרת "מגה גלופלקס חוגג 10 שנים" מצוין כי המוצר:

"meeting pharmaceutical standards" (התואם לתקני רוקחות – מב/13).

אף שהממונה התייחס לפרסום זה במסגרת חלופת מכתביו עם ב"כ המשיבות, יש לקבל את טענת המשיבות כי לאור ניסוחה של בקשת האישור וצרופותיה, שאינה מתייחסת לפרסום זה, הדיון בפרסום זה מהווה הרחבת חזית אסורה. לפיכך ההיגד שלפיו המוצר תואם תקני רוקחות לא ידון במסגרת בקשה זו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

טענות המבקשים

10. לשיטת המבקשים, "כל הקורא את פרסומי המשיבות **כפשוטם**, מתרשם שמדובר במוצר 'המטפל' במחלת ניוון המפרקים, גורם לריפוי המחלה ו/או לעיכוב התפתחותה של המחלה וכן פועל לשיקום הסחוסים ובנוסף גורם להפחתה בכאבי המפרקים" (פסקה 8 לסיכומי המבקשים, ההדגשות במקור). לא זו אף זו, המשיבות עצמן סבורות כי המוצר מטפל במחלת ניוון המפרקים, משקם את הסחוס ומעכב את תהליכי ההרס של הסחוס. כך למשל הצהיר מנכ"ל המשיבות 2 ו-3:

"לפי מיטב ידיעתי ועל-פי מידע המצוי בידי ממקורות שונים:

גלוקוזאמין ו-כונדרואטין משמשים לטיפול באוסטיאוארטרטיס (osteoarthritis) מחלקת פרקים ניווניים, שכיחה ביותר, המתבטאת בהרס הסחוס, ובעיקר במפרקים נושאי משקל, וגורמת לכאבים, לנוקשות ולהגבלה בתנועת המפרקים [...]

השילוב של גלוקוזאמין ו-כונדרואטין כתוסף מזון מטפל בבסיס המטבולי של המחלה, מזין את הסחוס, ובשל כך משקם אותו, מפחית את כאבי הפרקים, ומעכב את תהליכי ההרס של הסחוס [...]

לפי מיטב ידיעתי, גלוקוזאמין ו-כונדרואטין הוכחו כיעילים במחקרים מדעיים רבים שנערכו בשנים האחרונות, והוא מומלץ על ידי רופאים אורתופדים וראומטולוגים רבים לטיפול במחלות מפרקים" (סעיפים 7.1, 7.3 ו-8 לתצהיר טוקר, ההדגשות נוספו).

לטענת המבקשים בפרסומים הקובעים כי המוצר "מטפל בבסיס המחלה", "מעכב תהליכי הרס בפרקים", "משקם את הסחוס" ועוד, מייחסות המשיבות סגולות ריפוי לתוסף המזון "מגה גלופלקס". יתר על כן, תקנה 2א לתקנות בריאות הציבור קובעת כי די באזכור "איבר" או "חלק של גוף האדם" בפרסומת למצרך מזון כדי להוות פרסום אסור המנוגד לתקנה. במקרה שלפנינו מזכירות המשיבות בפרסומי המוצר: סחוס, רקמות סחוס ופרקים. המבקשים סבורים כי הפרתן הנטענת של התקנות מהווה הוכחה לכאורה של הנטען בתובענה באופן שיש אפשרות סבירה שהשאלות המועלות בה יוכרעו לטובת הקבוצה.

11. לטענת המבקשים, בפרסומי המוצר "הטעו המשיבות באופן מכוון את ציבור הצרכנים – מתוך כוונה לגרום לציבור הצרכנים הסובל ממחלת ניוון המפרקים לרכוש את תוסף המזון 'מגה גלופלקס' תוך שהינן טוענות כי הינו יעיל בטיפול ובריפוי מחלת ניוון המפרקים ו/או בעיכוב המחלה ו/או בשיקום הסחוסים ... וכל זאת שעה שעפ"י עמדת המחקר הרפואי וכפי הידוע היטב למשיבות, רכיבי המוצר 'מגה גלופלקס' (גלוקוזאמין ו-כונדרואטין) מסייעים (אם בכלל) בהקלה על תסמיני המחלה בלבד" (פסקה 29 לסיכומי המבקשים).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

12. המבקשים התייחסו לפרסום תמצית המחקר שפורסם בכתב העת "הרפואה", בו עשו המשיבות שימוש בפרסום המוצר בקטלוג המוצרים. בניגוד לאמור בפרסום המשיבות, כך לדברי המבקשים, המחקר התייחס למוצר "gluflex nutrelife" שרכיביו שונים מרכיבי המוצר. עיון במחקר מגלה כי המחקר כלל לא בחן האם בעקבות נטילת תוסף המזון ביטלו הנבדקים את ניתוח המפרקים שנכון להם. גם הציטוט בו בחרו המשיבות לסיכום המחקר בפרסומיהן, הינו לטענת המבקשים, מסולף ומטעה. כך למשל, בעוד שבמאמר נכתב כי "הטיפול ב-GAG'S מתיימר לטפל בבסיס המטאבולי של המחלה ועל ידי כך לשפר תסמינים. האם אכן הטיפול ב-GAG'S בעתיד יעצור את החמרת המחלה או ימנע את התהוותה קשה לנבא", צויין בפרסומות המשיבות כי "מסכמים החוקרים: 'הטיפול בעזרת השלמה תזונתית של מגה גלופלקס מטפל בבסיס המחלה ועל ידי כך משיג שיפור בסימפטומים הקליניים".

13. המבקשים הפנו לחקירתו של ד"ר דבי, אשר העיד כמומחה מטעם המשיבות והדגיש, כך לשיטת המבקשים, כי החומרים המצויים במוצר אינם מטפלים במחלה כי אם משפרים את תסמיניה. עוד הדגיש ד"ר דבי כי חומרים אלה אינם בונים סחוס אלא מאטים את ההרס בסחוס. כמו כן סקרו המבקשים מאמרים מדעיים שונים (מב/18 – מב/23) מהם עולה כי קיים ספק בקשר עם יעילות החומרים וספיגתם בגוף האדם.

המבקשים הצביעו על החלטת מנהל המזון והתרופות בארה"ב (FDA) הדוחה את הבקשה להכרה בגלוקוזאמין כמפחית את הסיכון של מחלת ניוון מפרקים (מב/24):

"Based on FDA's consideration of the scientific evidence submitted with your petition and other pertinent scientific evidence, FDA concludes that there is no credible evidence to support either an unqualified or a qualified health claim for crystalline glucosamine sulfate and reduced risk of OA. Thus, FDA is denying your petition for the following proposed health claim:

Dietary supplementation of crystalline glucosamine sulfate (glucosamine sulfate sodium chloride-USP/NF 2003) reduces the risk of osteoarthritis".

המבקשים הדגישו כי גם חוות הדעת של משרד הבריאות, שערך מגר' לביא, מבססות את טענותיהם בדבר ההטעיה בה נקטו המשיבות בפרסומיהן למוצר. בחוות הדעת, אותן ערך לביא בסיוע מגר' רחל גוטמן, מנהלת מחלקת רישום תכשירים רפואיים וד"ר קתרין אלה, מרכזת אישור פרסומות לתכשירים רפואיים, מתייחס לביא למחקרים השונים אליהם הפנו המשיבות את הממונה ולהיגדים השונים שהוצגו בפרסומיהן.

בחוות הדעת נטען, בין השאר, כי "אין לייחס סגולות ריפוי למוצרי מזון ובכללם לתוספי תזונה" וכי "בכל הנוגע לפרסום המתייחס להשפעה של מוצר מזון על תפקוד גוף האדם ונפשו הרי שהתקנות כאמור לעיל אינן מתירות יחוס סגולות ריפוי באופן גורף". מסקנות חוות הדעת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

בעניין הפרסומים – "יש להתייחס בזהירות למסקנות המחקר לגבי MSM" ו"לציין בפרסום כי תוצאות המדד המקובל למדידת תסמיני המחלה (מדד לקסנה) לא הראו שיפור בקבוצה שקיבלה את תוספת ה-MSM. כמו כן יש להשמיט את המילים המתייחסות לקיצור תקופת הסבל מאחר ולא מדובר בסיום הסבל אלא בהפחתתו". עוד צויין כי "מגה גלופלקס אינו טבעי" וכי "יש לציין את כל תוצאותיו של המחקר (כולל שינוי כוח השרירים ודרגת ההגבלה בהליכה שלא השתפרו). האמירה 'נמצא יעיל' אם נאמרת על סמך המחקר מחייבת לציין למה נמצא יעיל ולמה לא נמצא יעיל באותו מחקר". גם באשר לפרסום המשיבות בעניין מחקר ה-GAIT נאמר כי המחקר מצוטט בפרסומי המשיבות "תוך התעלמות מעיקר מסקנתו – בכלל הנבדקים לא נמצאה יעילות משמעותית יחסית לתכשיר הדמה" (מב/11).

14. מן המקובץ עולה, כך לדברי המבקשים, כי במחקרים הרפואיים קיימת מחלוקת האם החומרים יעילים בהפחתת תסמיני מחלת ניוון המפרקים. רק בחלק מהמחקרים נמצא שהרכיבים יעילים בהפחתת התסמינים ובכל מקרה לא הוכח כי יש בכוחם של החומרים לטפל במחלת ניוון המפרקים, לרפאה, למונעה או לעכב את התפתחותה. כן לא הוכח כי החומרים מסוגלים "לשקם" או "לבנות" את הסחוסים. יתרה מזו, באף אחד מן המחקרים הרפואיים לא הוכח כי החומרים נספגים בגוף האדם ומגיעים לאיברי המטרה במתן פומי. לאור האמור, טוענים המבקשים, כי פרסומי המשיבות מטעים את ציבור הצרכנים.

המבקשים מדגישים עוד כי בפרסומים מבקשות המשיבות ליצור שינוי התנהגותי בקרב ציבור הצרכנים שלפיו יפנה הציבור הרלבנטי לרכישת המוצר חלף הפניה לטיפול תרופתי קונבנציונאלי.

באחרית סיכומיהם טענו המבקשים לעניין התאמתה של התובענה למסלול הדיון הקבוצתי. המבקשים התייחסו לקשיים בהגדרת הקבוצה ובהוכחת הנזק לכל אחד מיחידה והדגישו בעניין זה את דברי בית המשפט בפרשת **תנובה** :

"כאשר בית המשפט מתלבט האם לאשר תובענה ייצוגית, שניהולה כרוך בקשיים לא מבוטלים בשל העדר אפשרות מעשית להוכיח את הנזק ולקבוע את שיעורו באופן אינדיבידואלי, עליו להביא בחשבון את האפשרות הגרועה יותר, קרי: שהנתבע יחלץ מן התביעה בלא מתן פיצוי לקבוצה, אף שבצד עוולה כלפיה. [...] השגת המטרות הציבוריות של מכשיר התובענה הייצוגית, קרי: אכיפת נורמות התנהגות ראויות, הרתעה ונטילת הרווחים הלא-חוקיים מדי המעוול, הביאו בתי משפט בארה"ב לא-פעם להדגיש כי יש לדבוק בהשגת מטרות אלו גם במקרים בהם קיימים קשיים בהוכחת הנזק האישי ומידת שיעורו [...] זו הדרך שיש לאמץ לאור הוראת סעיף 20(ג) לחוק, ולאור מטרותיו הציבוריות של החוק" (ת"א 1372/05 **יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ** (ניתן ביום 7.10.2008)).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

טענות המשיבות

15. במוקד תשובתן התייחסו המשיבות לשאלת עילתם האישית ותום לבם של המבקשים. בפתח דבריהם סקרו המשיבות את העדויות השונות שנשמעו במהלך הדיון והעירו גם אודות שני המבקשים שהסתלקו מתובענה זו במהלך הדיון בה, שקולם לא נשמע. לטענת המבקשים, "המסמכים שצורפו כנספחים לכתב התביעה והבקשה ואשר הוגשו במהלך העדויות ע"י ב"כ המבקשים כ'פרסומים', בחלקם כלל לא היו פרסומים של מי מהמשיבות. גם אלה מביניהם ששימשו כפרסומים של מי מהמשיבות היו פרסומים ישנים שהוצאו מהשימוש זמן ניכר לפני שהוגשה התובענה" (פסקה 12 לסיכומי המבקשים).

16. לטענת המשיבות, הוכחה יעילותם של החומרים ועל אף האמור "המשיבות אינן מגדירות את המגה גלופלקס כתרופה אלא כפי שהוא – תוסף מזון מעולה". לצידוד בעמדתן ציטטו המשיבות מדברים שנכתבו בספר **להכות את האוסטוארתיטיס**:

"כשהגלוקוזאמין והכונדרואיטין סולפט פועלים יחד, בשיתוף פעולה, הם מעוררים את היצירה של סחוס חדש, ובו בזמן בולמים את פעולתם של האנזימים הורסי הסחוס שילוב זה מסייע לגרמול של רקמת הביניים של הסחוס, כלומר מטפלים במחלה ברמה התאית ... אבל מכת המחץ של גלוקוזאמין וכונדרואיטין סולפט יכולה לעצור בפועל, מיד, את תהליך המחלה ולסייע לגוף לרפא את עצמו" (ד"ר ג' תיאודוסאקיס, ב' אדרלי וד"ר ב' פוקס, **להכות את האוסטוארתיטיס** 59 (1998)).

המשיבות הדגישו כי על דברים דומים חזר גם פרופ' יונתן הלוי בספרו **"רפואה משלימה ואלטרנטיבית"** (כנרת זמורה ביתן, 2005) כשהתייחס לחומרים:

"שני חומרים הנחשבים תוספי מזון (שניהם כאחד או כל אחד מהם לחוד) ה**וכחו** במחקרים רחבי היקף ואיכותיים **כיעילים** להפחתת כאב ולשיפור בנוקשות ובתנועה האופייניים למחלה זו ... תוספים אלה זכו לפופולאריות רבה בשנים האחרונות ובצדק, ולמעשה מומלצים כיום גם על ידי אורתופדים ומומחים 'קונוונציונליים' רבים למחלות מפרקים, והופכים לחלק מן הרפואה הקונוונציונלית (התכשיר המשלב את שני התוספים משווק בארץ תחת שמות מסחריים רבים שהנפוץ בהם הוא מגה-גלופלקס ...) (שם, 274-275, ההדגשות כך במקור).

בנוסף התייחסו המשיבות למחקרים רבים מהעיתונות הרפואית בארץ ובעולם.

17. אשר לחוות דעתו של משרד הבריאות הדגישו המשיבות כי משבחר המדינה שלא להתייצב לדיון זה, יש לייחס לחוות דעת אלו משקל ראייתי ה"נע בין אפס לזניח לחלוטין" (פסקה 79 לסיכומי המשיבות).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

18. המשיבות סבורות כי המבקשים לא הוכיחו עילת תביעה. לשיטתן, פרסומיהן אמת וממילא אין בהם כל הטעיה. לדבריהן יעילות החומרים, כשהם פועלים במשולב הוכחה במחקרים רבים, הן בעולם והן במחקרו של ד"ר דבי בארץ. במחקר זה נטלו אמנם הנבדקים תוסף בעל שם מסחרי שונה אך זה הכיל את רכיבי החומרים במינון המצוי גם במוצר. המשיבות הדגישו כי גם רכיבים נוספים הנדרשים להוכחת עילת ההטעיה והפיצוי בעטייה לא הוכחו – כך למשל לא קיים קשר סיבתי בין הפרסומים ובין הנזק.

19. פרק רחב בסיכומיהן הקדישו המשיבות לכשלים שבאישור התובענה כייצוגית: לטענתן, הואיל ונעדר "מכנה משותף בגורמים, בסיבות ובנסיבות לרכישת המוצר" למעשה לא קיימת כלל קבוצה לצורך הליך קבוצתי. כך גם קיימת שונות משמעותית באשר לנזק שנגרם לכל אחד מיחיד הקבוצה שאינו מאפשר לקיים בירור קולקטיבי.

עוד תקפו המשיבות את דרך ניהולו של ההליך ולשיטתן המבקשים ובאי כוחם אינם מייצגים בדרך הולמת את עניינם של הנמנים על הקבוצה אותה הם מבקשים לייצג.

דיון והכרעה

20. את סיכומיהן פתחו המשיבות בדברי בית המשפט העליון בפרשת **טצת** מפיו של כב' הנשיא דאז ברק שלפיהם "בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות. שימוש לא נכון בה עלול לפגוע הן ביחיד הקבוצה המיוצגים והן בנתבעים ובמשק כולו" (רע"א 4556/94 **רמי טצת נ' אברהם זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774 (1996)). בין היתר, בשל הטיפול הזהיר בתובענה הייצוגית, הציב המחוקק מספר משוכות בדרך לאישורה של בקשת האישור.

21. הראשונה שבהן מנויה בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 ("**החוק**") המורה כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה..." הואיל והבקשה שלפנינו מתייחסת לעניין צרכני ניתן לחלוף על פניה במעבר לבחינת המשוכה השניה שעניינה "עילת התביעה" המנויה בסעיף 4 לחוק. המבקשים מבססים את בקשתם על עילת ההטעיה הקבועה בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן. סעיף זה קובע כי:

"(א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:

(1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות; [...]

(4) השימוש שניתן לעשות בנכס או בשירות, התועלת שניתן להפיק מהם

והסיכונים הכרוכים בהם; [...]

(11) התאמתו של הנכס או השירות לתקן, למיפרט או לדגם; [...]



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

(14) חוות דעת מקצועית או תוצאות של בדיקה שניתנו לגבי טיב הנכס או

השירות, מהותם, תוצאות השימוש בהם, והסיכונים הכרוכים בהם; [...]

(ב) [...]

(ג) הוראות סעיף זה יחולו גם על פרסומת."

22. סעיף 7(ב) בהמשך החוק קובע כי :

"הובאו בפרסומת עובדות בדבר התכונות של נכס או של שירות או בדבר ממצאי בדיקה שנעשתה בהם, או בדבר התוצאות הצפויות מהשימוש בהם, יהא הממונה רשאי לדרוש ממי שמטעמו נעשתה הפרסומת או ממי שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו שיציג ראיות להוכחת אותן עובדות; לא הציג ראיות כאמור להנחת דעתו של הממונה, תהא בכך ראיה לכאורה שהפרסומת היתה מטעה, אולם תהא זו הגנה למי שמטעמו נעשתה הפרסומת ולאדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו כי לא ידעו ולא היה עליהם לדעת שהפרסומת מטעה" (ההדגשות נוספו).

מכוחו של סעיף 7(ב) לחוק הגנת הצרכן דרש הממונה לקבל מהמשיבות ראיות להוכחת העובדות הנזכרות בפרסומיהן. בעת שנדרשו המשיבות לעשות כן, הדגיש הממונה בפני המשיבות כי בהתאם לחוק הגנת הצרכן אי הצגת ראיות כאמור, להנחת דעתו "תהא ראיה לכאורה שהפרסום היה מטעה" (מב/4, מב/6 ומב/8). המשיבות שהיו ערות לדברים אלו, ציינו בתגובתן כי לאמור משמעות ראייתית נכבדה ובלשון: "הווה אומר – הנטל מועבר מהתובעים לנתבעים ... דבר בעל משמעות מאוד מהותית" (מב/7, ההדגשות נוספו).

לאחר בחינתן של הראיות שהציגו המשיבות קבע הממונה כי על המשיבות להימנע מפרסומים המייחסים למוצר תכונות שונות ("קביעת הממונה" צוטטה לעיל – מב/12). מכוחה של הוראת החוק הנזכרת, קביעת הממונה באשר להיגדי הפרסומות אשר פורטו בה, מהווה ראיה לכאורה שפרסומי המשיבות היו מטעים. לקביעת הממונה יש לייחס משקל ולו בשלב בחינת בקשת האישור. עם זאת, המשיבות ביקשו לסתור ראיה זו ולשיטתן אין בפרסומיהן כל הטעיה. להלן, בטרם דיון ביתר טענות הצדדים בקשר עם אישורה של הבקשה, יבחנו טענות הצדדים בעניין זה שהינו ליבת הבקשה.

על מחלת האוסטוארתריטיס ב"קצה המזלג"

23. "מונח רפואי זה נוצר מצירוף של שלוש מילים יווניות: osteo (של העצם), athro (מפרק) ו-itis (דלקת). אבל 'דלקת עצם/מפרק' אינו התאור המדויק ביותר של אוסטוארתריטיס, ולו רק משום שהמאפיין החשוב ביותר של המחלה הוא כאב במפרקים ולא דלקת" (ד"ר ג' תיאודוסאקיס, ב' אדרלי וד"ר ב' פוקס, להכות את האוסטוארתריטיס 21 (1998) – נספח 8 לכרך האסמכתאות, חלק ב', שהוגש לממונה ולבית המשפט). מחלת האוסטוארתריטיס



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

1 ("המחלה") הינה מחלה "שכיחה ביותר" והיא מתבטאת ב"הרס הסחוס במפרקים, בעיקר
2 במפרקים נושאי משקל, וגורמת לכאבים, לנוקשות ולהגבלת, עד כדי השבתת, התנועה
3 במפרקים" (פסקה 1 לסיכומי המשיבות).

4
5 אין חולק כי הכאב הוא מתסמיניה הבולטים של מחלה זו - "במרוצת הזמן האוסטוארתיטיס
6 מייבשת את הסחוס, ומאכלת את בלם הזעזועים המגוון הזה שבין העצמות ... הבעיה מתעוררת
7 ברקמת הביניים של הסחוס ... זמן רב לפני שהחולה מבחין בכל תסמין שהוא. כשהמחלה
8 מידרדרת, הסחוס מתחיל להתרכך ולהיסדק ... ככל שהסחוס נשחק, כך גדל החיכוך בין
9 העצמות – וגורם לכאב הולך וגובר ... התסמינים העיקריים של אוסטוארתיטיס הם כאב,
10 נוקשות, חריקות וכן תפיחות ועיוותים במפרק הפגוע או במפרקים הפגועים. בשלבים חמורים
11 יותר עלולה להופיע גם דלקת ... כאב הוא סימן ההיכר של אוסטוארתיטיס, ועוצמתו נעה – על
12 פי תלונות החולים – מכאב קל דרך כאב עמום ועד לכאב עמוק והולם" (להכות את
13 האוסטוארתיטיס, 23).

14
15 במילותיו של ד"ר רונן דבי, אשר העיד כמומחה מטעם המשיבות "מחלת אוסטוארתיטיס היא
16 סינדרום של כאב אדיר במפרק נושא המשקל והגבלה בטווח התנועות" (עמ' 94 לפרטיכל,
17 שורות 1-3). לאור האמור, אין לתמוה כי החולים במחלה מבקשים למצוא מזור למחלתם
18 ולשכך את כאבם. ודוק, יש להפריד בצורה ברורה בין ריפוי המחלה ובין שיכוך תסמיניה
19 ובכלל זה הכאב לה היא גורמת.

פרסום תכונותיו הנטענות של המוצר והראיות לכך

20
21
22 24. כעת יש לבחון מה הבטיחו המשיבות בפרסומיהן ואילו תכונות ייחסו למוצר. לשיתת המשיבות
23 המדובר ב"טיפול כפול": "טבליות מגה-גלופלקס עם הטיפול הכפול, גם מפחיתות את כאבי
24 הפרקים וגם משקמות את הסחוס" ובהמשך "פתרון טבעי ויעיל, שמטפל בבעיה מבפנים ומשפר
25 את איכות החיים ללא היכר ... שימוש יומיומי במגה-גלופלקס תורם רבות לבריאותם
26 ופעילותם של הפרקים ... הפחתת כאבי הפרקים, התחדשות רקמות הסחוס, הזרמת חומרי
27 תזונה לפרקים, המרצה של יצור חומרי סיכה לפרקים, עיכוב תהליכי הרס בפרקים ..." (מתוך
28 העלון הפרסומי - מב/1). ה"טיפול" לשיתת המשיבות יעיל בהפחתת תסמיני המחלה ובראשם
29 כאבי הפרקים, אך לצד זאת גם "מטפל בבעיה מבפנים" ומשקם את הסחוס.

30
31 25. הממונה בקביעתו התייחס רק למקצת מהתכונות אותן ייחסו המשיבות למוצר. הממונה לא
32 התייחס להיגדים העוסקים בשיפור איכות החיים, הקלת התנועה והפחתת הכאבים, כי אם
33 להיגדים שעניינם חידוש תהליך בניית הסחוס ושיקומו. הממונה הבחין בין "היגדי ריפוי
34 המחלה" ובין אלו העוסקים בשיכוך תסמיניה. בכל הכבוד שותף אני לדעתו כפי שאבהיר להלן.
35



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

26. בחקירתה הדגישה המומחית למחקר רפואי מטעם המשיבות, ד"ר ניבה קורן-מורג כי המחקרים אליהן הפנו המשיבות "לא עסקו במחלה, אלא בדקו את הסימפטומים של המחלה":

"בהחלט, המחקרים לא מדברים על ריפוי המחלה. ריפוי אין פה, אבל יש פה שיקום. יש פה שיקום למעשה שבא לידי ביטוי בשיפור בטווח התנועה ובשיפור ברמות הכאב, שאלה המדדים החשובים בתחום" (עמ' 5 לפרטיכל, שורות 10-13, ההדגשות נוספו).

27. ואכן סקירתם החטופה של מסקנות המחקרים אשר נערמו בתיק בית המשפט מלמדת כי אלו עסקו בהשפעתם של החומרים על תסמיני המחלה ולא על ריפוייה.

כך למשל במטא-אנליזה משנת 2003 (Glucosamine, Chondroitin Sulfate, and the Two in Combination for Painful Knee Osteoarthritis) שפורסמה בגיליון היוקרתי של ה-"The New England Journal of Medicine" אשר לדברי ד"ר קורן-מורג זהו העיתון "מספר אחד" בעולם (עמ' 16 לפרטיכל, שורה 20) נקבע:

"Glucosamine and chondroitin sulfate alone or in combination did not reduce pain effectively in the overall group of patients with osteoarthritis of the knee. Exploratory analyses suggest that the combination of glucosamine and chondroitin sulfate may be effective in the subgroup of patients with moderate-to-severe knee pain" (מב/18).

העדה הבהירה בעדותה כי המאמר אינו עוסק בריפוי המחלה (עמ' 14 לפרטיכל, שורה 10).

בדוגמא נוספת, מטא-אנליזה נוספת משנת 2000 אליה הפנו המשיבות (Glucosamine and Chondroitin for Treatment of Osteoarthritis - A Systematic Quality Assessment and Meta-analysis) שפורסמה בעיתון הרפואי "JAMA: The Journal of the American Medical Association", לגבי אישרה העדה כי המדובר ב"אחד העיתונים המובילים, בטופ שבטופ של עיתוני הרפואה בעולם" (עמ' 20 לפרטיכל, שורות 2-6), סיכמו החוקרים:

"Trials of glucosamine and chondroitin preparations for OA symptoms demonstrate moderate to large effects, but quality issues and likely publication bias suggest that these effects are exaggerated. Nevertheless, **some degree of efficacy appears probable for these preparations**" (מב/19).

גם ביחס למאמר זה שבה והבהירה ד"ר קורן-מורג כי החוקרים עוסקים בסימפטומים של המחלה בלבד ו"ודאי שזה לא ריפוי" (עמ' 21 לפרטיכל, שורה 6).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

Annals of Internal Medicine "שכותרתה "Meta-analysis: Chondroitin for Osteoarthritis of the Knee or Hip ומסקנתה :

"Large-scale, methodologically sound trials indicate that the symptomatic benefit of chondroitin is minimal or nonexistent. Use of chondroitin in routine clinical practice should therefore be discouraged" (מב/21).

Effect of glucosamine sulfate on hip osteoarthritis: a randomized trial
וכן למסקנת מחקר שפורסם באותו עיתון בשנת 2008 תחת הכותרת

"Glucosamine sulfate was no better than placebo in reducing symptoms and progression of hip osteoarthritis"(מב/23).

מנגד נטען, שמחקרים אלו עסקו רק בהשפעתו של אחד מהחומרים ולא בשילובם. באשר ליעילותו של גלוקוזאמין סולפט כשלעצמו צירפו המשיבות מחקר אשר פורסם בכתב העת "OsteoArthritis and Cartilage" ומסקנתו כי מתן גלוקוזאמין לאוסטאוארתריטיס של הברך למשך 1-3 שנים עשוי למנוע ניתוח החלפת מפרק (ראה בש"א 20603/07 וצרופותיה). יוער כי מאמר זה שבבסיסו מעקב סטטיסטי עסק במפרקי הברכיים.

בנוסף הטילו המבקשים ספק בשיעור ספיגתם של החומרים בגוף האדם והצביעו על אופן ספיגת החומרים במחקרים השונים (ראה מב/2). כך למשל נקבע בחוות הדעת המשלימה של משרד הבריאות כי "הנתבעים לא הוכיחו את יכולתם של החומרים הפעילים להיות זמינים לגוף האדם במתן פומי" ובהתייחס למחקרים שונים בתחום זה הדגיש מגר' לביא כי "מרכיבים כמו GS (גלוקוזאמין סולפט – מ.א.) עשויים להיות שונים בהרכבים שונים. לדוגמה למיטב הבנתנו GS של חברת Roota האיטלקית שעליו בוצעו רוב מחקרי ההתנהגות בגוף האדם ובו נצפו ממצאי היעילות המשמעותיים הוא GS גבישי שמשווק בשקיות להמסה במים. ספק אם GS בטבליה של מגה גלופלקס יוכל לשמור על התכונות של מוצר זה. כמו כן, הימצאותו של GS בטבליה בתערובת עם עוד מרכיבים כמו ויטמין C ומנגן עשויה אף היא להשפיע על תכונותיו הפיסקאליות ועל פעילותו בגוף האדם" (מב/11).

28. כאמור, הצדדים, כמו גם חוות הדעת של משרד הבריאות, התייחסו למחקרים רבים. עם זאת על מסקנת הדברים בעניין הכשל בריפוי המחלה חזר והעיד גם המומחה מטעם המשיבות, ד"ר רונן דבי :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

"ריפוי במחלת אוסטוארתריטיס אין. אתה תבוא לכנס, אתה תשמע גם כן. אנחנו עדיין לא יודעים לרפא את המחלה. אנחנו יודעים רק להפחית את הסימפטומים" (עמ' 114 לפרטיכל, שורות 17-18).

מבלי לקבוע מסמרות באשר ליעילות החומרים בהקלה על הסימפטומים של המחלה, יעילות אשר כאמור הוכחה במחקרים מסויימים, דומה כי על הכל מוסכם כי אין בכוחו של המוצר לרפא את המחלה. מה אפוא דינם של פרסומי המשיבות בדבר הזנת הסחוס, שיקומו ובנייתו באמצעות המוצר ובדבר טיפולו של המוצר בבסיס המחלה?

בחקירתו הנגדית התייחס ד"ר דבי להיגדים אלה לאחר שנשאל ביחס לדברים שכתב ולפיהם תוספי התזונה אינם בונים את הסחוס מחדש (ראה למשל במאמרו "קבוצת תרופות שמשפיעות על מהלך המחלה" – מב/25):

"ת. העדויות בבני אדם לא הראו באותו יום שאני כתבתי את זה שזה בונה סחוס ועד היום לא מראים שזה בונה סחוס [...].
ביה"מ. אז החומרים הללו לא ממריצים את התחדשות רקמת הסחוס?
ת. שוב, הם לא בונים סחוס אבל הם מורידים את ההרס.
ש. "ממריץ את ההתחדשות" – התחדשות זו בניה? יש לנו בעיה של טרמינולוגיה? כי מהותית נדמה לי שכולנו מבינים שזה לא בונה את הסחוס [...].
ת. הוא לא בונה, אני כבר אמרתי" (עמ' 148 לפרטיכל, שורות 23-6).

דברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם פירסומי המשיבות שלפיהם המוצר "מחדש את תהליך בניית הסחוס" וכיוצא בהנה. בסיכומיהן הודו המשיבות כי "כאשר 'אין סחוס' – אין להעלות על הדעת שתכשיר המיועד לטיפול בסחוס יוכל לסייע. כפי שמשקפיים לא יסייעו למי שחלילה נעקרו עיניו" (פסקה 32 לסיכומי המשיבות). בסיטואציה הנזכרת אין להעלות על הדעת פרסום העוסק בהתחדשות הסחוס או בבנייתו, ממש כשם ש"המשיבות מעולם לא טענו, לא פרסמו ולא הציגו מצג לפיו מגה גלופלקס מסוגל 'להצמיח' סחוס" (שם בהמשך).

29. גם התייחסותן של המשיבות למחקר שערך ד"ר דבי הינה התייחסות מטעה. בקטלוג המוצרים הדגישו המשיבות כי "במחקר שנערך ... נבדקו 57 חולים שהיו מועמדים לניתוח החלפת ברך ... הנבדקים קיבלו במשך 4 שבועות לפחות מגה גלופלקס. כל הנבדקים בקבוצת הטיפול ביטלו את הניתוח" (מב/2, ההדגשות נוספו). אף אם אתעלם מהשוני הנטען על ידי המבקשים שבין התוסף שניתן לנבדקים במסגרת המחקר ובין המוצר, אשר נוסף על החומרים מכיל גם ויטמין C ומנגן (שוני עליו עומד מגר' לביא בחוות דעת משרד הבריאות), איני יכול להתעלם מעדותו של ד"ר דבי, עורך המחקר שלפיה, ובניגוד לפרסום המשיבות, **במסגרת המחקר כלל לא נבדק אם בסופו של יום ביטלו הנבדקים את הניתוחים שיועדו להם**: "את זה לא בדקתי. יכול להיות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

שכן או לא, אני לא יודע" (עמ' 139, שורות 25-26). ואכן, במחקר שצורף כראיה (מב/3) אין כל
התייחסות לביטול הניתוחים.

על בסיסו של מחקר זה מפרסמות המשיבות כי המוצר הינו "היחיד שנחקר מדעית בישראל
ונמצא יעיל". המשיבות אינן מציינות באיזה אופן באה יעילותו של המוצר לידי ביטוי. כך, לא
ברור האם יעילותו של המוצר במניעת הניתוח הצפוי כפי שמתארות המשיבות (מניעה שכלל לא
נבדקה), האם יעילותו היא בשיקום הסחוסים החולים (שלא הוכחה מדעית בפני או בפני
הרגולטור) או שמא מוצר זה יעיל בהפחתת הכאבים להם גורמת המחלה. אשר למחקר זה,
שהקיף קבוצה של 57 נבדקים, הדגיש מגר' לביא כי "מדובר כאמור במחקר על קבוצת נבדקים
קטנה שסובל מבעיות איכות" (עמ' 6 לחוות הדעת, מב/10 – ובהרחבה עמ' 1 לחוות הדעת).

30. סקירתן של מסקנות המחקרים אשר נערמו בתיק בית המשפט מלמדת כי אלו עסקו בהשפעתם
של החומרים על תסמיני המחלה ולא על ריפוייה. אני סבור אפוא כי לא עלה בידהן של
המשיבות לסתור את קביעתו של הממונה, המהווה כאמור ראיה לכאורה בדבר הפרסום
המטעה. כך ביחס להיגדים שונים אשר פורטו בקביעת הממונה וכך גם באשר למצג המצטייר
מאוסף ההיגדים כולו ובכלל זה הקביעה כי המוצר "מטפל בבסיס המחלה" ו"פותר את הבעיה
מבפנים". חרף עדותו של ד"ר דבי לפיה:

"יש הבדל בין בסיס המחלה לריפוי. בסיס המחלה זה ההרס האנזימטי. שוב אמרתי – המחלה זה
שתי עמודות – אחת ביומכנית, אחת הומרלית. אנחנו רוצים לעצור את אותם אנזימים שהורסים
את הסחוס. בסיס המחלה זה ההרס של הסחוס, והיום אנחנו מחפשים תרופות או תוספי מזון,
אם תקרא לזה, שיכולות לעצור את אותה אפ-רגולציה של אנזימים שיוצרים הרס וזה בסיס
המחלה"

דומני כי האדם הסביר הנתקל באוסף היגדי המשיבה כמכלול, עלול שיהיה מוטעה לחשוב כי
בנטילת המוצר לצד הבאת המזור לכאביו יהא בכוחו של המוצר גם "לפתור את בעייתו
מבפנים" כדברי הפרסומות, במובן של ריפוי מחלתו. אדם זה, מבלי שנועץ באיש מקצוע, עלול
שלא להבחין בין טיפול בבסיס המחלה לריפוי לבין טיפול בתסמיניה, כפי שהסביר ד"ר דבי את
ההבדל שבין השניים. לעניין ההטעה העולה מפרסומי המשיבות, יפים דבריו של ד"ר דבי אשר
העיד כאמור כמומחה מטעמן של המשיבות:

"ש. אתה קודם אמרת בתשובה לשאלה שכשבאים אליך לקוחות אתה ממעיט מערך
התרופה. למה אמרת את זה?

ת. בגלל שהפציינט האומלל שלי שניזון בעצם מחברים, שכנים, ולא באמת יושב עם רופא
רבע שעה ומבין את המחלה, הוא רוצה ריפוי. זה מה שהוא רוצה. הוא בא כואב, דואב, בקושי זו,
והוא רוצה ריפוי. אני מיד עוצר את התהליך הזה ומסביר לו – מדובר בהתיישנות של המפרק, זה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

לא דלקת גרון שאני נותן אנטיביוטיקה והסיפור נגמר ... אם הוא יצא ממני עם תוסף מזון והלך – עשיתי עוול לחולה ולאמת.

ש. אבל אתה יודע שרוב הצרכנים של תוספי מזון לא עושים סיבוב דרך הרופא, אלא זה מוצר שנרכש על המדף בכל סופרמרקט, בכל בית טבע. אין רופא שלוחש להם על האוזן כמו ד"ר דבי המיטיב והטוב, שזה לא בדיוק מרפא, אלא הם מתבססים על הפרסומים, ובפרסום כתוב שזה מטפל בבסיס המחלה, שזה מעכב תהליכי הרס בפרקים, ממריץ את התחדשות רקמות הסחוס. יש להם תחושה שיש פה מוצר שמרפא את המחלה, או לפחות מעכב את המחלה. ... איך הם יכולים להבין את הדקויות שאתה מדבר עליהן כאן?

ת. אני די רגוע בעניין הזה, כי אני בשטח והחולים האלה, הדואבים, מגיעים לרופא. כשהם מגיעים לרופא הם שואלים. הם באים עם הכתבה הזאת. ... אין חולה עם אוסטוארתריטיס שלא יכול ללכת שלא בא לרופא. אין דבר כזה.

ש. ואם יש לו רק כאבים ... האם הם לא מגיעים מוטעים על ידי החברים שאומרים קח מגה גלופלקס?

ת. כן, בהחלט, ואני מנסה לתקן את הדבר הזה. [...]

ש. התביעה אומרת שהפרסומים הם כאלה שגורמים, ללא ייעוץ רפואי למי שניגש למדף עם כאב כזה או אחר ... אם הוא בתחילת הדרך והוא אומר – אולי גם אני אקח משהו, כי אני אחסום את זה, אני אעצור את זה, אני ארפה את זה, החברים אומרים – אין חלקי חילוף, תקח את זה, זאת התביעה.

ת. ... זה באמת חומר שאפשר לקחת אותו והוא באמת עוזר. רק צריך לקחת אותו בקונוטציה הנכונה, ובשביל זה הרופא קיים ... (עמ' 126 לפרטיכל, שורה 6 ואילך, ההדגשות נוספו).

בהמשך הדגיש ד"ר דבי "אני לא יודע מה האדם הסביר חושב ... אני מקווה מאוד שהוא לא יחשוב שזה ריפוי" (עמ' 128 לפרטיכל, שורה 27 ואילך).

31. יתרה מזו, אף אם היו המשיבות מציגות ראיות לתכונות הריפוי של המוצר, לא היה באפשרותן לפרסם תכונות אלו כל עוד שיווק המוצר מתבצע כתוסף מזון ולא כתרופה. כך כאמור בחוות הדעת המשלימה שלפיה:

"גם אם מוצר מכיל חומר שיש לגביו עדויות קליניות מסוימות הרי שיש לגביו עדויות קליניות מסוימות הרי שכדי שיוכל להירשם כתכשיר רפואי עליו לעמוד בתנאים הטכניים המבטיחים את התנהגותו של המוצר בגוף האדם ותהליך ייצורו צריך לקיים תנאי ייצור נאותים לאבטחת איכותו כתכשיר רפואי. הנתונים הנ"ל מהווים חלק בלתי נפרד מהדרישות לרישום תכשיר רפואי ונבדקים בעת הבקשה לרישום" (פסקה ה' לסיכום חוות הדעת המשלימה – מש/8).

ולעומת זאת:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

"המוצר מגה גלופלקס לא אושר כתרופה בישראל. המשמעות של אי קבלת סטאטוס של תרופה היא כי בנוסף ליעילותו הרפואית של המוצר שלא הוכחה, לא הוכחו בעת אישור המוצר קיומם של החומרים הפעילים בו, ספיגתם בגוף האדם והשפעתם על אברי המטרה ולא נבדקה יכולתו של תהליך הייצור להבטיח את אחידות המוצר וחומרי הגלם" (פסקאות ב'-ג' לסיכום חוות הדעת הראשונה, מב/10).

בהמשך דבריו בחוות הדעת המשלימה, מבהיר מגר' לביא :

"בכל הנוגע לפרסום המתייחס להשפעה של מוצר מזון על תפקוד גוף האדם ונפשו הרי שהתקנות כאמור לעיל אינן מתירות ייחוס סגולות ריפוי באופן גורף. עם זאת, משרד הבריאות שוקל להתקין בעתיד תקנות המאפשרות ייחוס מסרים תפקודיים למזון (להבדיל ממסרים "בריאותיים" המכוונים למניעת מחלות וטיפול בהן) תוך ציון הסתייגות מפורשת לפיה משרד הבריאות לא בדק ולא אישר את המסרים המיוחסים למוצר המזון"

שיווקם של תוספי תזונה הוסדרה, בין היתר, בתקנות בריאות הציבור (מזון) (תוספי תזונה), תשנ"ז-1997. תקנות אלו מטילות על המנהל הכללי של משרד הבריאות או מי שהסמיך לשם כך לוודא כי תוסף התזונה אינו עלול להזיק לבריאות וכי הוא יוצר בתנאי ייצור נאותים, אך אין בתקנות אלו דרישה בעניין בחינת סגולותיו של תוסף המזון. ממילא, לעת עתה, בהתאמה נאסר ייחוס סגולות הריפוי לתוספי התזונה באופן גורף. כל עוד לא שונו התקנות וחרף כוונה לשקול זאת, כפי שהעיד מגר' לביא, אין מנוס מאימוץ קביעתו של הממונה כי היה בפרסומי המשיבות כדי להטעות את ציבור צרכני המוצר.

על ההטעה הצרכנית ופרסומי המוצר

32. כעת יש לבחון האם בידי המבקשים עילת תביעה אישית שבבסיסה ההטעה. סוגיית ההטעה הצרכנית אינה פשוטה. סוגייה זו הופכת סבוכה אף יותר כשהיא ניצבת במוקד הליך קבוצתי. על מורכבותה של הסוגיה עמד בית המשפט בפרשת **ברזני** כשמנה מספר שאלות הדורשות ליבון והכרעה: "האם די במצג העלול להטעות אותו צרכן או שנדרשת הטעה בפועל? ואם די במצג כזה, האם יזכה הצרכן בסעד גם אם לא ידע על המצג? ומהו הקשר הסיבתי הדרוש בין המצג לבין הפגיעה בצרכן כדי לזכות את הצרכן בסעד?" (ע"א 1977/97 **יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נה(4) 584 (2001)). באותו העניין נתגלעה מחלוקת בין השופטים השונים בהכרעת השאלות שנמנו ואלו שבו ונדונו בדיון נוסף (דנ"א **יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נז(6) 385 (2003) – להלן: "**דנ"א ברזני**"). ההלכות בסוגיה זו נדרשות אף לענייננו. על כל פנים:

"לצורך קיום העילה של הטעייה על-פי סעיף 2 לחוק, יש להוכיח כי: א) העוסק עשה מעשה או מחדל אשר עלול להטעות צרכן בענין מהותי; ב) הצרכן נפגע כתוצאה מכך; ג) קיים קשר סיבתי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

בין ההטעייה לבין הפגיעה שסבל הצרכן" (בש"א 1895/05 אמיר שהי שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ (פורסם ביום 14.2.08)).

יסודותיה אלו של העילה יבחנו להלן.

33. לטענת המשיבות, הפרסומים שהציגו המבקשים הינם פרסומים ישנים שאינם עוד בשימוש וכי קטלוג המוצרים (מב/2) הוא קטלוג ישן "שלא יועד ולא הופץ לצרכנים, ואינו, ולא היה חומר פרסומי. קטלוג מוצרים מיועד לרוקחים וזבנים בבית מרקחת ובבתי טבע ולא לציבור, ובודאי שלא נועד לכך שהציבור יסתמך עליו" (פסקה 13 לסיכומי המשיבות). לטענת המשיבות, אף המבקשים לא הסתמכו על קטלוג זה וייתכן כי אלו הוטעו בעטיים של פרסומי מתחרותיהן של המשיבות אשר משווקות אף הן מוצרים הכוללים את החומרים, אליהם נחשף הציבור הרחב (פסקה 113 לסיכומי המשיבות). עוד טענו המשיבות כי כלל לא הוכח קשר סיבתי בין הפרסום ובין הנזק הנטען ולדבריהן המבקשים עצמם העידו כי רכשו את המוצר, בין היתר, על פי המלצות רוקח.

34. בפתח הדברים אעיר כי בתצהירו מיום 23.10.07 הצהיר טוקר כי למעט הכיתוב "היחיד שנחקר מדעית בישראל ונמצא יעיל", ההיגדים בפרסומי המשיבות שונו והפרסומות שצורפו לבקשה אינן בשימוש "למעלה משנה" (פסקה 2.4 לתצהיר). הואיל ובקשת האישור מתייחסת לשבע השנים שקדמו להגשתה של הבקשה, איני סבור כי יש בשינוי הקמפיין הפרסומי עובר להגשת הבקשה כדי לסלקה. עם זאת אפשר ולעובדה זו יש לייחס משקל בעת בחינת הנזק. אשר להפצת חוברת הקטלוג העיד מנכ"ל המשיבות 2 ו-3 כי "היא לא הלכה לצרכנים, היא הלכה לנקודות המכירה" (עמ' 50 לפרטיכל, שורות 24-23) ובסיכומיהן טענו המשיבות כאמור כי החוברת יועדה לרוקחים. באותה הנשימה טענו המשיבות כי בהמלצת הרוקחים, "נמעני הקטלוג", רכשו המבקשים את המוצר ולא בהסתמך על הפרסומים.

35. איני סבור כי יש ממש בטענת המשיבות בעניין זה. ראשית, הפצת החוברות ל"נקודות המכירה" נועדה לשם קידום המכירות של המוצר וככזה לשם חשיפתו לצרכנים. יתרה מזו, כפי שהוכח במהלך הדיון בבקשה, הניסוח כפי שהופיע בקטלוג המוצרים שהפיקו המשיבות, הופיע גם בפרסומים שונים שאינם פרסומי המשיבות, כך שלהפצת הקטלוג לנקודות המכירה היתה בסופו של דבר בפועל תהודה ציבורית. שנית, אין המדובר בפרסום בודד, אלא בפרסום שנוסף על פרסומים שונים של המשיבות אליהן נחשף הקהל הרחב באופן ישיר (עלוני פרסומת, תשדירים ועוד – ראה למשל חומר פרסומי 2006/2007 שהוגש ביום 16.5.07). שלישית, באיסור ההטעייה הצרכני הדגיש המחוקק כי המדובר בפרסום ה"עלול להטעות", זאת אף אם התקיימה שרשרת עובדתית שהפרסום בראשיתה והצרכן הניזוק באחריתה. כך נקבע בדנ"א ברזני :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

"... נוסף ונאמר כי קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) הנדרש מהוראות סעיף 2(א) לחוק, אינו משמיע מאליו, לדעתי, הסתמכות מפורשת וישירה של צרכן על מצג שהציג עוסק. זאת, שלא כהוראות חוק אחרות, ובהן הוראת סעיף 56 לפקודת הנזיקין, שלפיהן נדרש מפורשות קשר סיבתי של הסתמכות. אפשר שצרכן לא יסתמך באורח ישיר על מצג של עוסק, ובכל-זאת יתקיים קשר סיבתי נדרש, דהיינו כי מצגו של העוסק היה (כלשונו של סעיף 64 לפקודת הנזיקין) "הסיבה או אחת הסיבות לנזק". כך הוא למשל במקום שניתן להוכיח כי פרסום שפרסם עוסק – פרסום העלול להטעות צרכן בעניין מהותי – הניע שרשרת עובדתית שבסופה נגרם לצרכן נזק. דוגמה: פרסום פלוני הטעה את פלוני, וניתן להצביע על קשר סיבתי בקירבה ראויה בין אותו פלוני לבין צרכן שנגרם לו נזק. לשון אחר: בהקשר ענייננו ראוי לפרש את מושג ההסתמכות בפרישה רחבה, ככולל לא אך הסתמכות ישירה בלבד ...

פרסום העלול להטעות צרכן מגבש עוולה כהוראת סעיף 2(א) שלחוק. וכשמתקיים קשר סיבתי ראוי בין אותו פרסום לבין נזק שנגרם לצרכן – יהא זה קשר סיבתי ישיר על דרך של הסתמכות או קשר סיבתי עקיף על דרך של שרשרת סיבתית ראויה מן הפרסום ועד לצרכן – יהא אותו צרכן זכאי לפיצוי. לשון אחר: על הצרכן התובע להראות כי הפרסום המטעה הניע שרשרת אירועים שבסופה הגיעה אליו וגרמה לו נזק" (דנ"א ברזני, פסקאות 39-40 לפסק דינו של כב' השופט חשין, ההדגשות נוספו).

די בהפצתו של הקטלוג המטעה לרוקחים ולנקודות המכירה בראשיתה של השרשרת העובדתית, והנזק שנגרם לצרכן בסופה של השרשרת כדי לספק את דרישתו של המחוקק. יודגש בהקשר זה כי נקודות המכירה הנזכרות אינן בהכרח מאוישות ב"איש מקצוע" בעל השכלה רפואית. לא מן הנמנע כי כנקודת מכירה ייחשבו גם חנויות טבע, מדפי מוצרים טבעיים בבתי מרקחת ובחנויות כלבו וכיוצא באלו. יש לזכור כי כתוסף מזון, משווק המוצר באופן חופשי, בצורה נגישה וללא מרשם. משכך, אין הצרכן נדרש כלל לאיש מקצוע "מתווך" בינו ובין מוצר המדף.

36. על חשיפתם של המבקשים שבפני לפרסומי המשיבות ניתן ללמוד מתצהיריהם ומעדותיהם. המבקש 1, מר אילן ג'אן הצהיר כי "פרסומים של מגה גלופלקס אשר טענו כי התוסף בונה סחוסים גרמו לי לצרוך את המגה גלופלקס במשך כשלוש שנים" (סעיף 6 לתצהירו). בחקירתו הנגדית העיד ג'אן כי:

"ת. ... היתה תקופה שכשהגעתי לקופת חולים והמליצו לי על מגה גלופלקס והיא טובה, גם אמא שלי עברה אותו ניתוח פרקים ... ובאסף הרופא שאלתי איך קוראים למנתח שם ... והמליץ לה על מגה גלופלקס שזה יקל לה ...
ש. מי הרופא שהמליץ לך על המגה גלופלקס?
ת. אני לא זוכר.
ש. בקופת חולים אבל?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

- 1 ת. קופת חולים, כן.
2 ש. רופא קופת חולים אמר לך לקחת מגה גלופלקס?
3 ת. כן. (עמ' 74 לפרטיכל, שורה 21 ואילך).
4
5 בהמשך דבריו התייחס ג'אן, בצורה עמומה, להמלצות רוקח, אם כי הדגיש כי הוא רכש את
6 המוצר בהמלצת רופאו :
7
8 "הרופא אמר לי אבל גם היום בכל בית מרקחת, כל בית מרקחת שנכנס אתה אומר להם אני
9 רוצה משהו ל, מה אתה ממליץ לי, ישר הוא הולך לך על אריזה של מגה גלופלקס ל, כל מיני
10 תוסף, הוא אומר להם זה הכי טוב" (עמ' 82 לפרטיכל, שורות 23-25).
11
12 לכל אורך עדותו לא התייחס ג'אן להצהרתו כי הפרסומים של המשיבות הם שגרמו לו לרכוש
13 את המוצר. זו אף נסתרה כשהעיד כי המלצת רופאו היא שגרמה לו לעשות כן. בנסיבות אלו אני
14 סבור כי לא הוכחה בפני השרשרת העובדתית הנדרשת לביסוסה הלכאורי של העילה האישית.
15
16 37. המבקש 2, מר יצחק חשן הצהיר כי "נודע לי שקיים תוסף מזון, שמייחסים להם תכונות ריפוי
17 ושיקום הסחוסים. פניתי לבית מרקחת ברחוב ז'בוטינסקי פנת אבן-גבירול בתל-אביב. שאלתי
18 את הרוקח מהו התוסף המומלץ על ידו להחלמת הסחוסים. הוא המליץ לי על מגה גלופלקס"
19 ובהמשך "גם אני כמו רבים אחרים האמנתי שהתוסף ירפא אותי כפי שהובטח בפרסומות וימנע
20 את הצורך בניתוחים" (סעיפים 4, 5 ו-9 לתצהירו).
21
22 בעדותו הבהיר חשן :
23
24 "אני ראיתי את הפרסומות האלה כמו כולם, אין אחד שלא נחשף להם והלכתי אחריהם כמו
25 כולם כי חשבתי שאני יכול באמת להיוושע מזה" (עמ' 57 לפרטיכל, שורות 16-17).
26
27 ובהמשך :
28
29 "הפרסום הוא כל כך – בונה סחוסים ומשקם סחוסים וזה בדיוק מה שאני צריך, אז למה שאני
30 לא אאמין לזה? ... החשיפה למגה גלופלקס היא כל כך חזקה שמספיק להגיד את השם הזה כדי
31 להבין אבל משהו כן אני זוכר, הנושא הזה ולי מה שהיה חשוב לי, הרי כל אחד יש לו דרגה אחרת
32 של בעייתיות, לי היה חשוב הנושא הזה של חידוש ושיקום הסחוסים. שזה מה שחסר לי וזה נותן
33 מענה בדיוק למה שזה" (עמ' 58 לפרטיכל, שורה 5 ואילך).
34
35 המבקש 2 הוכיח אפוא את קיומו של הקשר הסיבתי הנדרש בנסיבות העניין, יש להמשיך אפוא
36 ולבחון את רכיב העילה הנותר – הלא הוא הנוק.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

38. אשר לנזק – זה מורכב לשיטת המבקשים משני ראשים: האחד, השבת "מלוא הסכום ששילמו עבור רכישת תוסף המזון". השני, "נזק נוסף שנגרם להם הוא בכך שלא פעלו לקבלת טיפול רפואי אחר במחלתם" (עמ' 44 לסיכומי המבקשים בפסקה ג').

אף שבשלב זה של ההליך אין מקום לעסוק בסוגיית כימותו של הנזק שנגרם כתוצאת ההטעיה, אבהיר כי אין לאשר את הבקשה ככל שהיא נוגעת לדחיית הטיפול הרפואי וכי אין לאשרה ביחס להשבת מלוא הסכום הנטען. מקובלת עלי עמדת המשיבות כי התערבות ניתוחית לשם החלפת המפרק החולה הינה אקט קיצוני המתבצע רק במידה ו"כלו כל הקיצין". כך למשל בעדותו הדגיש חשן כי "ההחלפה (של המפרק – מ.א.) היא דבר מאוד קיצוני כלומר לא עושים אותו בשלב מוקדם" (עמ' 49 לפרטיכל, שורות 9-10) ובהמשך השיב:

"ש. לכל אורך הדרך הרופאים רשמו לך תרופות?
ת. הדרך, הדרך היא מאוד ארוכה. כמו שאמרנו 30 שנה, אני מניח שבאיזה שהוא מקום גם טיפול תרופתי היה גם כן בין יתר הדברים. אבל לא רצו ישר להחליף ברך. להיפך, דוחקים, עושים את זה כמה שיותר מאוחר" (עמ' 50 לפרטיכל, שורות 3-6, ההדגשות נוספו).

דברים דומים העיד גם ד"ר דבי:

"הדבר האחרון שאני ממליץ עליו לחולים שלי זה ניתוח. רק כששום דבר לא עוזר אז אני אומר לו תשמע, אני יכול לשים משהו, נניח ברך ... רק 2% מכל 100% החולים שאני מטפל בהם מגיעים לניתוח ... הפתרון הניתוחי עוד לא מספיק טוב" (עמ' 89 לפרטיכל, שורה 19 ואילך).

39. בהתייחס לדרישת המבקשים להשבת מלוא הסכום אבקש להפנות לדבריו של כב' השופט בנימיני בפרשת מולטילוק. באותה הפרשה קבע בית המשפט שחרף ההטעיה שנפלה בפרסומים, המוצר שנרכש לא היה משולל כל ערך וממילא אין לפסוק כפיצוי את מלוא סכומו:

"אשר לשאלת הנזק, הרי שלטענת המבקש הנזק שנגרם לו הינו מלוא הסכום ששילם עבור המנעול (350 ₪), והפיצוי המבוקש הוא כמעין השבה [...] אכן, מנעול האינטראקטיב איננו נטול ערך כליל. [...] לפיכך, נזקו של המבקש איננו כגובה עלות האינטראקטיב, אלא נמוך מכך. בשלב זה של אישור התובענה כייצוגית אינני נדרש לקבוע מהו גובהו המדויק של הנזק שנגרם למבקש, כמו גם ליתר חברי הקבוצה, וכיצד יש לחשבו. די בכך שהמבקש הוכיח לכאורה כי נגרם לו נזק בר-פיצוי. המשיבה הציבה בפרסומיה את ההגנה מפני שיכפול לא-חוקי כחלק חשוב בהגנה שמעניק המנעול נשוא התביעה. לכן גם צריך להניח שלפחות חלק משמעותי מן הצרכנים, וכך גם המבקש על-פי עדותו, רכשו את המנעול בשל תכונה ייחודית זו. ההנחה היא שמנעול אשר מעניק



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

לרוכשו הגנה פחותה מזו שהובטח לו, שווה פחות כסף. [...] השאלה כיצד לכמת את הנזק, ואיך ניתן להוכיח את שיעורו, תתברר בתביעה עצמה".

לטענת המשיבות שלא נסתרה, מחקרים שונים הצביעו על תרומתם של החומרים לשיפור תסמיני המחלה ובמוקדם הפחתת הכאבים, אשר הם כאמור מסימני ההיכר של המחלה. יוזכר כי גם בעדותו של המומחה מטעם המבקשים העיד ד"ר שמואלי "כל מה שיש, כל המחקרים, הכל מדברים על סיוע בכאב, טיפול סימפטומטי" (עמ' 19 לפרטיכל, שורות 26-27). משכך אין חולק כי למוצר, למצער ביחס לחלק מצרכניו, היה שווי כספי כלשהו. מעדותו של המבקש 2 אני למד כי שווי זה, שעניינו הפחתת הכאב אינו מבוטל כלל וכלל ולדבריו: "ללכת זה בשבילי הישג לא נורמאלי. לא נדבר על לרקוד כמו שאדוני אמר, זה, אני לא רוצה את זה, ללכת או לעמוד ללא תחושת כאב, זה דבר סופי בשבילי" (עמ' 57 לפרטיכל, שורות 25-27).

אף שיש להבחין בין ריפוי המחלה ובין שיכוך תסמיניה, דומני כי אין לאיין כליל את תרומתו של המוצר, למצער ביחס לחלק מהצרכנים, בהפחתת הכאב ושיפור טווח התנועה, בחישובו של הנזק שנגרם לקבוצה כולה. כפי שנהג בית המשפט בעבר "השאלה כיצד לכמת את הנזק ואיך ניתן להוכיח את שיעורו, תתברר בתביעה עצמה". בשלב זה אין להכריע אפוא בסוגיית הערכת הנזק, אשר לטענת המשיבות אינה אלה "בועה ריקה הנסמכת על 'נתונים' מופרכים" (פסקאות 160-162 לסיכומי המשיבות).

40. בהקשר זה אעיר כי מעדותו של ד"ר שמואלי, המומחה מטעם המבקשים עולה כי פרק הזמן בו נצרך המוצר על ידי "הצרכן המוטעה", במידה ואין לו עליו כל השפעה, אינו עולה על חודשים בודדים:

"אני לא נותן לאף אחד קח חצי שנה נראה מה שקורה, מפני שאחרי חודש ימים שלא עוזר לו, אפילו אחרי שבועיים, הם כבר באים, תן לי משהו כי אני לא מוכן לסבול יותר" (עמ' 42 לפרטיכל, שורות 8-10).

בהקשר זה יצויין כי באחד מפרסומי המשיבות שכותרתו "כל מה שרצית לדעת על מגה גלופלקס ולא היה לך את מי לשאול" (צורף במסגרת תיק חומר פרסומי שנתקבלה ביום 16.5.07) מציינות המשיבות כי: "במרבית המקרים הקלה תורגש שלושה שבועות עד חודשיים מתחילת הנטילה. אם אינך מרגיש/ה בשינוי לאחר חודשיים כדאי להתייעץ עם רופא או להתקשר לקו המומחים שלנו". (בפרסום מאוחר יותר נטען כי "במרבית המקרים תורגש הקלה כשלושה שבועות עד שלושה חודשים מתחילת השימוש" ולאחר פרק זמן זה יש להיוועץ ברופא או להתקשר לקו המומחים).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

מנגד, אלו אשר נהנו משיכוך הכאבים, וצרכו את המוצר לאורך חודשים ארוכים, נהנו אמנם
מיתרונות המוצר, אך אפשר והוטעו בצורה חמורה יותר לעניין סגולות הריפוי שיוחסו לו. אפשר
שדוקא ציבור נהנה זה, היה סבור כי כשם ששוכחו הכאבים כך גם הולך ונבנה הסחוס החדש.
מן המקובץ עולה כי המבקש 2 עמד בנטל המוטל עליו בשלב זה והוכיח כי בידיו עילת תביעה
לכאורה כנגד המשיבות.

התנאים לאישור תובענה ייצוגית

41. לא נותר אלא לסקור את התנאים המופיעים בסעיף 8 לחוק שבהתקיימם רשאי בית המשפט
לאשר תובענה ייצוגית. ראשית אדגיש כי התובענה מעוררת שאלות המשותפות לכלל הקבוצה.
אף שער אני לטענת המשיבות כי "נסיבות וסיבות הרכישה של כל אחד מרוכשי המוצר שונות
לחלוטין" אני סבור כי יש בכך כדי לשלול קיומה של קבוצה. בפרשת **אפיק** הבהירה כב'
השופטת צור כי :

"ככלל טענת 'הטעיה' מתבססת על מערכת של עובדות הקשורות בהליכי ההתקשרות להסכם,
כולל מגעים ויחסים ספציפים של כל אחד מהצרכנים שחתם על ההסכם. לכן קיים קושי, על פניו,
לברר תביעות מסוג זה ללא התייחסות פרטנית לכל התקשרות והתקשרות ונסיבות החתימה על
ההסכם. מכאן גם הקושי באישור תובענות ייצוגיות בעילה זו. עם זאת ראוי להדגיש כי מקום בו
המסמכים עצמם מבססים טענת הטעיה שיטתית הבולטת על פניה מאותם מסמכים **או מקום**
שהפרסומים שהתפרסמו עובר להתקשרות נעשו בצורה שיטתית והיו מטעים על פניהם, ניתן
יהיה לבחון טיעונים מסוג זה, במקרים המתאימים, באמצעות תובענה ייצוגית" (ת"א 1509/97
מלמד אפיק נ' סלקום (ניתן ביום 16.7.98)).

בפרשת **מולטילוק** הנזכרת (בפסקאות 42-46) בית המשפט מבהיר כי "חוק תובענות ייצוגיות
הלך בעקבות הדין האמריקאי, והקנה לבית המשפט בסעיף 20 לחוק סמכויות שונות שנועדו
להתגבר על בעיית הצורך בבירור פרטני לגבי אחד מחברי הקבוצה בכל הנוגע להוכחת הזכאות
לסעד ודרך קביעת שיעורו" (**מולטילוק**, פסקה 42, **תנובה** בדברים שצוטטו לעיל ובסיכומי
המבקשים בפסקה 97 ואילך).

42. אשר לניהולה של התובענה בהליך קבוצתי כדרך היעילה וההוגנת, טענו המשיבות כי הנזק
שנגרם לכל אחד מיחידי הקבוצה שונה באופן מהותי מאדם לאדם ואינו מאפשר את ניהולה
היעיל של התובענה הייצוגית. לשיטתן על כל אחד מהצרכנים להוכיח לעניין הנזק את מועדי
רכישת המוצר, הכמות הנרכשת, מחיר המוצר ועוד. לדבריהן "אין ספק שהתשובות לכל אחת
מהשאלות הללו תהיינה בהכרח שונות אצל כל אחד ואחד מחברי הקבוצה" (פסקה 135



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

לסיכומי המשיבות). לפיכך, סבורות המשיבות כי ניהולה של התובענה כייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת.

הנאמר כבר באשר לקיומה של הקבוצה חרף הנסיבות השונות, יפה בשינויים המתחייבים גם לעניין הערכת הנזק. אכן, במהלך בירורה של התובענה יש לבחון את שאלת שיעורו של הנזק שנגרם לקבוצה חרף השונות שבחלוקתו בין יחידה. עם זאת, בכוחה של האפשרות עליה עמדו המבקשים של הענקת הפיצוי לקבוצה בכללותה, לגבור על הקשיים עליהם עמדו המשיבות. בהקשר זה יפים דבריו של בית המשפט העליון בפרשת **רייכרט**:

שיטה זו של קביעת הנזק הכולל עבור הקבוצה כולה יתרון מובהק במקרים בהם לא ניתן לחשב בפשטות את נזקו של כל אחד מיחיד הקבוצה, והיא נועדה להתגבר על קשיים הכרוכים בשיטת החישוב האינדיבידואלי: ראשית, קיימים מקרים בהם קיים קושי ניכר לאתר את כל חברי הקבוצה. שנית, גם משאותרו חברי הקבוצה, לעתים יקשה להוכיח את נזקו של כל אחד מיחיד הקבוצה, למשל, בשל היעדר מסמכים (כמו קבלות) או נתונים אחרים הנדרשים לחישוב הנזק. שלישית, יישום שיטת חישוב אינדיבידואלית כרוכה בהשקעת זמן שיפוטי רב ומשאבים יקרים אחרים, מה שעשוי להקשות עד מאוד על ישומה. רביעית, לפעמים, נזקו האישי של כל חבר בקבוצה הנו נמוך מאוד ואינו מצדיק את המאמץ הכרוך בהוכחתו. במקרים כאלו, דרישה קפדנית להוכחת הנזק על-ידי כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד עלולה לסכל את תכלית החקיקה, שנועדה, בין היתר, לאפשר אכיפה יעילה במקרים בהם נזקו האינדיבידואלי של כל אחד מחברי הקבוצה נמוך ... קביעת הנזק המצרפי הכולל של הקבוצה מתבצעת במשפט האמריקאי בדרכי חישוב שונות ומגוונות, כגון, בדיקת רישומי הנתבע, שימוש בשיטות סטטיסטיות ובהן הוכחה באמצעות מדגמים (sampling techniques), שימוש במודלים מתמטיים ועוד... (ע"א 345/03 דן רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש (ניתן ביום 7.6.2007)).

43. יש עתה לבחון האם עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב. לטענת המשיבות, הפגמים הדיוניים שנפלו בניהולה של בקשת האישור, כמו גם התנהלותם של המבקשים, מעידה על חוסר תום ליבם של המבקשים ובאי כוחם. כך למשל מונות המשיבות את אי צרופם של תצהירים לבקשה והגשתם ללא רשות במועד מאוחר יותר; הסתלקותם של המבקשים 3 ו-4 מפני שלדבריהם "שורבבו" לתביעה; העדרם של מגעים בין באי כוחם של המבקשים והמשיבות בטרם הגשת התביעה; אי מסירת כתבי בי-דין; צירופו של פרסום למוצר כנספח לבקשה כאשר אין המדובר כלל באחד מפרסומי המשיבות; הגשת התביעה רק כנגד המשיבות מבלי לצרף משווקות נוספות של תוספי תזונה הכוללים את החומרים ועוד.

נוסף על האמור מדגישות המשיבות כי בחקירתם הנגדית של המבקשים נחשף "כי מדובר בתובעים ייצוגיים סדרתיים, הקשורים בינם לבין עצמם ועם בא כוחם בקשרי משפחה, שכנות ועסקים": אחיו של המבקש 2, הגיש באמצעות ב"כ המבקשים בקשת אישור כנגד המשיבות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

בעניין מוצר בשם פרוסטמד. אח נוסף של המבקש 2 יחד עם המבקש 1 הינם המבקשים בבקשת אישור שהוגשה באמצעות ב"כ המבקשים כנגד חב' פיליפ מוריס וב"כ המבקשים הגיש תובענה נוספת כנגד המשיבות בעניין מוצר בשם פרוטק.

44. אני סבור כי יש לאפשר את המשך ניהולה של התובענה באמצעות המבקש 2 ובאי כוחו. בפרשת **רייכרט** הנזכרת, לעניין הלימותו של התובע המייצג קבע בית המשפט כי :

"עליו להיות בעל אינטרס אמיתי ולא מדומה בתובענה שהוא מגיש ועליו להיות מסוגל לנהל אותה באמצעות עורכי דין שידריכוהו בפן המקצועי של התובענה וינהלו אותה עבורו ועבור הקבוצה. אין כל פסול בכך שעורכי הדין - ולא התובע עצמו - הם המומחים המכלכלים את צעדיהם בתובענה ובלבד שהתובע עצמו איננו פיקטיבי ויש לו עניין ממשי בתביעה והבנה כלשהי של מסגרתה."

בית המשפט מדגיש כי אינו רואה פסול בהובלתה של התביעה על ידי בא כוחו של המבקש כל עוד המבקש עצמו מגלה בה מעורבות ואיננו "איש קש" שאך הועמד בחזית ההליך המשפטי. אני סבור כי זהו המצב בבקשה שלפני. דרישת תום הלב והזהירות הנדרשת באישורן של בקשות אישור מחייבת את בית המשפט לוודא כי המבקשים אינם "מנצלים" את הכלי הדיוני של ההליך הקבוצתי לצורך הגשת תביעות מנימוקי סחיטה, קנטרנות או הפעלת לחץ לפשרה שאינה ראויה. כשאין זהו המצב, אין פסול בתחושת השליחות הציבורית המובילה אדם או חבר אנשים לעמוד בחזית מספר תובענות ייצוגיות. מבלי להתעלם מהעובדה כי מבקשים ובאי כוחם מייחלים לפסיקתו של גמול מיוחד ושכר טרחה נאה, אין בעובדה זו כשלעצמה כדי ללמד כי הגשתה של בקשה לאישור, בין השאר ממניעים כספיים, נגועה בחוסר תום לב. התגמול למבקש הינו חלק בלתי נפרד ממנגנון התובענה הייצוגית והמחוקק אף הורה מהם השיקולים בהם יש להתחשב בקביעתו.

אף שהמשיבות הצביעו על פגמים כאלו ואחרים, אני סבור כי יש בהם כדי להכריע "כי מוטב יהיה שלא לכפות על הציבור הנפגע ייצוג על-ידי תובע ייצוגי ובא כוח שאינם מנוסים או אינם בקיאים די הצורך" (**רייכרט**, עמ' 326). אכן, בבוא היום, יש לזקוף את פגמיו של ההליך, ככל ואכן נפלו בו, לחובתם של התובע המייצג ובאי כוחו, כך למשל הן באשר לכשלים בצירופם של תצהירי המבקשים במועד וכך באשר לבקשת הוספת חוות הדעת המשלימה של המומחה מטעמם ולהוספת חוות דעתו של פרופ' רביד שנחתה ביום 10.8.06. עם זאת, ובהתאם להלכה הפסוקה, אין באמור כדי צורך להורות על החלפתם או על צירופו של מייצג או בא כוח נוסף.

אחרית דבר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

45. המשיבות משווקות את מוצר ה"מגה גלופלקס" כתוסף מזון המסייע לטענתן לסובלים מבעיות פרקים. בפרסומיהן ייחסו המשיבות סגולות שונות למוצר ובהחלטתו מיום 31.8.08 קבע הממונה על הגנת הצרכן במשרד המסחר והתעשייה כי על המשיבות "להימנע מפרסומים הטוענים כי המוצר 'משקם את הסחוס', 'מחדש את הליך בניית הסחוס', 'מגה גלופלקס הוא מוצר הפרקים הטבעי היחיד שנחקר מדעית ונמצא יעיל', 'נוסחה מיוחדת להפחתת כאבי פרקים ולשיקום סחוסים' וכן פרסומים דומים לאלה, מפני שהם מטעים לכאורה את הצרכנים בניגוד להוראת סעיף 2 בחוק הגנת הצרכן".

בהליך שבפני לא עלה בידי המשיבות לסתור את קביעת הממונה - המחקרים המדעיים שנערמו בתיק בית המשפט מלמדים, לכל היותר, על תרומתם של החומרים אותם מכיל המוצר בסיוע לשיכוך תסמיני מחלת האוסטוארתריטיס (כשבראשם רמת הכאב וטווח התנועה). זאת להבדיל מריפוי המחלה אשר עודנה חשוכת מרפא.

לפיכך אני נעתר לבקשה ומורה על אישור ניהולה של התובענה כנגד המשיבות, בעילת ההטעיה הצרכנית, כתובענה ייצוגית. חברי הקבוצה הינם רוכשי המוצר בשבע השנים שקדמו למועד הגשת הבקשה. המבקש 2, מר יצחק חשן ישמש כתובע המייצג ועורכי הדין קירשנבויס וערן ישמשו כבאי כוחו.

כמצוות המחוקק, העתק החלטה זו יועבר בידי המזכירות למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס. המבקש 2 יגיש תובענה מתוקנת בהתאם להחלטה זו בתוך 15 יום. המשיבות תגשנה כתב הגנה בתוך 45 יום מהיום שבו ימציא המבקש להן העתק מכתב התובענה המתוקן. בהמשך להוראת סעיף 25 לחוק, המבקש 2 יפרסם הודעה לחברי הקבוצה בשני עיתונים יומיים. המבקש יגיש בתוך 15 יום נוסח הודעה לאישור בית המשפט טרם פרסומה. עם אישור הנוסח, לאחר שניתנה למשיבות הזכות להגיב לנוסח המוצע, תתפרסם ההודעה כאמור, בתוך 7 ימים (להלן - 'ההודעה'). הצדדים יפעלו להגיע לנוסח מוסכם. החלטה זו ניתנת ערב תחולתן של תקנות תובענות ייצוגיות תשי"ע- 2010 (להלן - 'התקנות'). עם זאת, המבקשים לצאת מן הקבוצה ימסרו הודעה בתוך הזמן הנקוב בחוק מיום פרסום הודעה בנוסח כמופיע בטופס 1 לתקנות ומובהר למען מנוע ספק כי התקנות יחולו מיום תחולתן על המשך ההליכים במסגרת תובענה זו. עם הגשת כתב הגנה בידי המשיבות ולא יאוחר מאשר תוך 3 ימים, יעביר המבקש 2 העתק מכתב התביעה המתוקן ומכתב ההגנה ליועץ המשפט המשפטי לממשלה. יהיה"מ יודיע בתוך 45 יום מיום קבלת כתבי בי הדין אם בדעתו להצטרף לתובענה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

בש"א 5989/06 אילן ג'אן ואח' נ' אלטמן רוקחות ואח'

46. לעת הזו תשאנה המשיבות בהוצאות המבקש 2 בסך 17,000 ₪. כן אני קובע כי בנסיבות בקשת האישור ומהשיקולים המנויים בסעיף 23 (ב) לחוק, תשאנה לעת הזו המשיבות בשכר טרחת עורך דין המבקש 2 באופן חלקי, כהוראת סעיף 23(ג) לחוק, בסך 120,000 ₪ בתוספת מע"מ.

ניתנה היום, כ"ח אלול תש"ע, 07 ספטמבר 2010, בהעדר הצדדים.

מגן אלטמן

מגן אלטוביה, שופט