|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **לפני** | **כב' השופטת צילה צפת, סגנית נשיא** | |
| **מבקשת** | | **לי מיכאלה שריקי**  **ע"י ב"כ עו"ד יצחק חשן ואריאל מירון** |
| **נגד** | | |
| **משיבה** | | **פרמה גורי בע"מ**  **ע"י ב"כ עו"ד אלי שימלביץ' ומירית שלו** |

|  |
| --- |
| **פסק דין** |

1. בקשה לאישור תובענה ייצוגית בטענה כי המשיבה מפרסמת, משווקת ומוכרת את המוצרים המכונים בשם "ריכוזית" ו –"ריכוזית H" (להלן: **"המוצרים")** בניגוד להוראות סעיפים 2 ו-2א' לתקנות בריאות הציבור (מזון) (איסור ייחוס סגולות ריפוי למצרך מזון) תשל"ח – 1978 (להלן: "**תקנות בריאות הציבור**"), ותוך הטעיית קהל הצרכנים הסובלים מהפרעת קשב וריכוז או היפראקטיביות באמצעות פרסום אגרסיבי באמצעי התקשורת השונים .
2. המבקשת הגדירה את הקבוצה אשר בשמה תנוהל התובענה הייצוגית כדלקמן:

**"כל מי שרכש את המוצרים במהלך 7 השנים הקודמות להגשת בקשת האישור**"

1. עילות התביעה העומדות בבסיס בקשת האישור הן:

הפרת חובה חקוקה – איסור ייחוס סגולות רפואיות למצרך מזון כאמור בסעיף 2 לתקנות בריאות הציבור; הטעיה מכוח סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**"); העדר גילוי מתאים מכוח סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן; ניצול מצוקה כאמור בסעיף 3 לחוק הגנת הצרכן.

1. הסעדים המבוקשים בבקשת האישור הם:

השבה – של כל הסכומים ששולמו למשיבה בעד המוצרים.

צו עשה – שיורה למשיבה שלא לפרסם את המוצרים ככאלו שיעילותם מוכחת לטיפול בהפרעות קשב וריכוז והיפראקטיביות; וכן להורות למשיבה שלא לפרסם את המוצרים או מי מהם כשפרסומות אלה מזכירות איבר או חלק של גוף האדם.

**הצדדים, טענותיהם בתמצית**

1. המבקשת, גב' לי מיכאלה שריקי, טוענת כי החלה לסבול מהפרעת קשב וריכוז והיפראקטיביות בילדותה ובשל כך טופלה באמצעות ריטלין.
2. בהסתמך על פרסומיה הרבים של המשיבה, רכשה המבקשת בין השנים 2012-2009, בסניפי רשת "סופר-פארם" ברמת-גן, 4 מוצרים המשווקים על ידי המשיבה בשם "ריכוזית" ו- "ריכוזית H". המבקשת השתמשה במוצרים במשך מספר חודשים בהתאם להוראות השימוש – אך לטענתה לא חלה כל הטבה במצבה.
3. המבקשת טוענת כי מוצרי המשיבה לא נבחנו באופן מבוסס ומדעי, למעט בניסוי חד פעמי שנעשה על כ-120 ילדים ועל פני זמן מצומצם של כ-4 חודשים, אשר תוצאותיו מראות שיפור במבחן TOVA למשך תקופה קצרה בלבד. אף על פי כן, המשיבה משווקת את מוצריה כמוצרים ה"**יוצרים איזון רב-מערכתי ומשפיעים על היכולות הקוגנטיביות"** ול- **"טיפול בתופעה של הפרעות קשב וריכוז והיפראקטיביות"** וכ-**"מסייע לסובלים מADD"**, כאשר **"ריכוזית, למעשה מכילה חומרי בניין חיוניים למוח**" ואפילו "**הפורמולות יכולות לסייע לסובלים מתסמונת טורט ומטיקים**" – והכל **"כאשר מקפידים ליטול ריכוזית באופן עקבי פעמיים ביום ללא הפסקות**" וכאשר **"השימוש בריכוזית ובריכוזית H יכול להימשך באופן רצוף במשך שנתיים-שלוש ואף יותר מכך**".

לטענת המבקשת, אילו ידעה שהמוצרים אינם יעילים לטיפול או לשיפור בהפרעת קשב וריכוז והיפראקטיביות – כי אז לא הייתה רוכשת אותם, היא הוטעתה והסתמכה על המשיבה ובשל כך נגרמו לה נזקים בגין רכישת המוצרים והשימוש בהם. המבקשת העמידה את נזקה האישי על סך של 880 ש"ח המהווה את הסכום בו רכשה את המוצרים.

סכום התביעה הכולל את סך נזקי הקבוצה הועמד על סך של 13,200,000 ₪.

1. המשיבה טוענת מנגד כי יש לדחות את בקשת האישור על הסף מחמת היעדר עילה.

לטענתה, פרסומיה מתארים את העובדות כהווייתן: מדובר במוצר שהורכב מסדרה של צמחים המוכרים בספרות המדעית כמשפיעים על היכולות הקוגנטיביות ואשר נבדק בניסוי קליני קונקרטי. אין בפרסומים כל דבר מטעה או פסול – המשיבה הקפידה לתאר עובדות קיימות ובלתי שנויות במחלוקת ואף לא טענה כי המוצר מרפא מחלה או מונע אותה.

המשיבה טוענת כי בקשת האישור מניחה כאילו לכלל צרכני המוצר נגרם נזק כתוצאה מרכישתו – אלא שלא כך הדבר. בידי המשיבה משובים רבים של לקוחות מרוצים, אשר המוצרים שיפרו את איכות חייהם. לפיכך, המבקשת כשלה בהוכחת הנזק הקבוצתי, שהינו תנאי שבלעדיו לא ניתן לאשר את התביעה הייצוגית. כמו כן, המבקשת כשלה בהוכחת הקשר הסיבתי בין הפרסום שלגביו נטען כי הוא מפר את החוק, לבין הנזק שנתבע במסגרת בקשת האישור.

עוד טוענת המשיבה כי המבקשת לא הוכיחה את עילת תביעתה האישית: המבקשת לא הוכיחה שהיא אכן רכשה את המוצר; לא הוכיחה שהיא "צרכן"; המבקשת לא הוכיחה שהיא סובלת מהפרעת קשב וריכוז; המבקשת אינה מתארת את מהות ההטעיה ואינה מוכיחה על אילו פרסומים הסתמכה; המבקשת לא הוכיחה שהמוצר אכן אינו יעיל לגביה; וכי גרסתה אינה אמינה.

המשיבה מוסיפה וטוענת כי התביעה אינה מתאימה להיות נדונה על דרך של הליך ייצוגי, באשר הקבוצה הנטענת איננה הומגנית ויש צורך בבירור אישי ונפרד לכל אחד מחברי הקבוצה.

1. שני הצדדים הגישו חוות דעת מומחה בעניינו של הניסוי הקליני שנערך בתוספי ריכוזית (שתוכנו יפורט להלן), והמהווה חלק מרכזי בפרסומי המשיבה:
   1. המבקשת צירפה לבקשת האישור את חוות דעתו של ד"ר אלון מיכאל (סוסנוסקי), פסיכיאטר מומחה, אשר קבע כי לא ניתן להסיק מסקנות מתוצאות הניסוי על פיו תוספי התזונה "ריכוזית" ו"ריכוזית H" משפרים באופן מובהק, מבחינה סטטיסטית, תוצאות של מבחני TOVA בילדים הסובלים מהפרעות קשב וריכוז (ADD/ ADHA) ו-או היפראקטיביות לפרק זמן שעולה על ארבעה חודשים. עוד קבע המומחה מטעם המבקשת כי לא ניתן להסיק מסקנות מתוצאות הניסוי על פיו "ריכוזית" ו"ריכוזית H" משפרים באופן מובהק, הפרעות קשב וריכוז (ADD / ADHA) ו/או היפראקטיביות ומדדים תפקודיים של ילדים הסובלים מכך.
   2. המשיבה צירפה מנגד לתגובתה לבקשת האישור, את חוות דעתה של ד"ר מירי כ"ץ, פסיכיאטרית ילדים בכירה ולשעבר מנהלת המרפאה להפרעות קשב והסתגלות בבי"ח שיבא תל השומר, אשר ערכה את הניסוי הקליני המפורט בפרסומי המשיבה. ד"ר כ"ץ פירטה בחוות דעתה את הרקע לניסוי, את מהלך הניסוי, תוצאותיו ואת הפרסום המקצועי שהוא קיבל בעיתון מדעי מוביל. ביחס לחוות דעתו של ד"ר אלון (סוסנוסקי) קבעה ד"ר כ"ץ כי לא הייתה כל בעיה ביסודות הניסוי, וכי יש בטענותיו בדבר "מגבלות הניסוי" משום עיוות מגמתי ולא נכון של הנעשה בניסוי.

המשיבה צירפה לבקשת האישור חוות דעת נוספת, מאת פרופ' זוהרה יניב-בכרך המתמחה בביוכימיה של הצמח, אשר התייחסה בחוות דעתה לצמחים המרכיבים את פורמולות המוצרים "ריכוזית" ו"ריכוזית H". פרופ' יניב-בכרך ציינה כי הצמחים, שנמצאים בפורומולות המוצרים ריכוזית, ידועים בספרות הרפואית כצמחים היעילים לשיפור יכולות קוגנטיביות שונות וכן תורמים לתחושת רגיעה.

1. בהחלטה מיום 15.7.14 התבקשה עמדת משרד הבריאות אשר לנשוא בקשת האישור. דא עקא, לאחר מספר בקשות ארכה להגשת העמדה, הגיש היועמ"ש ביום 18/12/14 עמדה המתייחסת למוצר אחר של המשיבה "ריכוזית L", ובגדרו ציטט את פרוטוקול הועדה המייעצת לבדיקת הטעיית הציבור בפרסום למוצרי בריאות במשרד הבריאות, מיום 19.11.14, אשר עניינו במוצר ריכוזית L. ודומה כי גם מכתבה של גב' דליה חנופה מיום 7/2/14 אשר צורפה כנספח לבקשת האישור מועתקת מאותו פרוטוקול המתייחס לריכוזית L.

המוצר "ריכוזית L" אינו נכלל בבקשת האישור דנא והפרסומים לגביו לא הובאו ע"י המבקשת כחלק מבקשת האישור. לפיכך, לא ראיתי ליתן משקל לעמדה זו.

**תובענה ייצוגית – המסגרת הנורמטיבית**

1. הליך של בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא מקדמי, לא נועד לברר את התביעה גופה אלא להכריע בשאלה האם יש מקום לאשר דיון בתובענה כייצוגית (ר': רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774 (1996). נקבע, כי בקשת האישור תתקבל רק במקרים מתאימים, העונים על כל הקריטריונים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, תוך כוונה למנוע ברור של תביעות סרק ייצוגיות שאינן ראויות להתברר ככאלה על כל המורכבות והבעייתיות הכרוכות בהן (ר': רע"א 6567/97 **בזק נ' עיזבון המנוח אליהו גת**, פ"ד נ"ב (2) 713 (1998)).
2. [סעיף 3](http://www.nevo.co.il/law/74020/3) לחוק תובענות ייצוגיות והתוספת השנייה לחוק זה, קובעים את רשימת התביעות שניתן להגיש בהן תובענה ייצוגית, ובכלל זה "**תביעה של צרכן כנגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו**" (פרט 1 לתוספת השנייה). סעיף 4 לחוק מגדיר מי רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ובשם מי. בענייננו, סעיף 4(א)(1) לחוק, מתייחס ל"**אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה".**
3. נוסף לתנאי סף זה, על המבקש לאשר תובענה ייצוגית לעמוד בארבעת התנאים המפורטים בסעיף 8(א) ל[חוק תובענות ייצוגיות](http://www.nevo.co.il/law/74020):

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

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

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

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

1. על מנת להשתכנע, כי קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה היטב – משפטית ועובדתית - האם מתקיימים התנאים לאישור תובענה ייצוגית, האם היא מגלה עילה טובה והאם קיים סיכוי סביר להכרעה לטובת הקבוצה. בעניין זה נקבע, כי יש ליצור איזון בשאלת נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע המייצג, על מנת שלא להטיל עליו נטל כבד מדי מחד גיסא, אך עם זאת לא לפטור אותו מחובת השכנוע מאידך גיסא (עע"מ 980/08 **מנירב נ' מדינת ישראל- משרד האוצר** ( פורסם בנבו, ניתן ביום 6.9.11)).
2. **במקרה דנא, לאחר בחינת הקריטריונים הנדרשים, הגעתי לכלל מסקנה כי לא מתקיימים בענייננו התנאים לאישור תביעת המבקשת כתובענה ייצוגית, מן הטעמים שיפורטו להלן.**

**הפרסומים נשוא בקשת האישור**

1. המבקשת טוענת בבקשת האישור כי נחשפה במשך תקופה ארוכה לפרסום המוצרים, בעלונים, דפי מידע, עיתונות ואתרי אינטרנט, בהם ייחסה המשיבה למוצרים את ההיגדים הבאים:
   1. "ריכוזית וריכוזית H הם מוצרים מצמחים סיניים דוגמת סנטלה, בקופה, אלביציה, גינסנג ואדמונית הידועים כחומרי הזנה לקרומי תאי המוח והעצב המסייעים למצב הביוכימי במוח, יוצרים איזון רב-מערכתי ומשפיעים על היכולות הקוגנטיביות."
   2. "ריכוזית, למעשה מכילה חומרי בניין חיוניים למוח, שהגוף לא יכול ליצר ולהרכיב בעצמו ולכן, הוא זקוק לאספקה קבועה אם דרך מזון או דרך תוספי מזון ייעודיים כמו ריכוזית. "
   3. "הורים רבים דיווחו על שיפור ניכר בדימוי העצמי של ילדיהם, במצבם הרגשי וכן ביחסיהם החברתיים כתוצאה מהשימוש בריכוזית וריכוזית H."
   4. "בניסוי של ריכוזית נמצא כי השימוש שיפר במידה משמעותית את רמת התפקוד של המטופלים, את הישגיהם הלימודיים של ילדים ובני הנוער ואת ביצועיהם של מבוגרים במקום העבודה, ללא תופעות לוואי שליליות כלשהן. "
   5. "יתרונות נוספים בכל הנוגע לריכוזית עליהם דווחו המטופלים כללו שיפור ברמת הביטחון העצמי, תחושת רוגע ושיפור באינטראקציות החברתיות".
   6. "ריכוזית נחקר קלינית בישראל על ילדים הסובלים מהפרעת קשב וריכוז לשיפור מובהק במבחני TOVA".
   7. "האם ריכוזית, ריכוזית H יעילה גם לטיפול בתסמונת טורט ובטיקים? כן, הפורמולות יכולות לסייע לסובלים מתסמונת טורט ומטיקים, מאחר והצמחים שבפורמולה משפיעים ישירות על המערכת הלימבית המוחית, שהיא המקור של הפרעות אלו. אך במצבים מורכבים אנו ממליצים על התאמת פורמולה אישית".
   8. "המוצר המכיל מוצרים מן הטבע המוביל לטיפול בבעיות קשב וריכוז והיפראקטיביות".
   9. "ריכוזית נמצא כמסייע לסובלים מ-ADD "
   10. "ריכוזית H נמצא כמסייע לסובלים מ-ADHD"
   11. "לסיכום, פורמולת צמחי המרפא "ריכוזית" הוכחה כתכשיר בטוח ונסבל היטב, היעיל בשיפור המדדים התפקודיים בילדים הלוקים ב-ADHD".
   12. "השילוב המיוחד של הצמחים של ריכוזית עוזר לאבות המזון ולפיטו כימיכלים החיוניים לתפקיד המח, להיספג ולגרום להחלשות תופעות הקשב והריכוז עד אפילו בהלמותם לגמרי בחלק מהילדים" (כך במקור, צ.צ).
   13. "כיוון שילדים רבים סובלים גם מהפרעות קשב וריכוז וגם מהיפראקטיביות ובזכות השימוש בריכוזית H לא צריך לטפל בכל תופעה בנפרד".

מדובר ברשימת היגדים חלקית. הרשימה המלאה מפורטת בעמודים 6-4 לבקשת האישור ובכולם יש לטענתה משום הטעיה.

1. כל הפרסומים המפורטים לעיל מבוססים על ניסוי קליני שנערך בשנת 2005 במרפאה לטיפול בהפרעות קשב והסתגלות בבית החולים תל-השומר, בניהולה ובפיקוחה של מנהלת המרפאה, ד"ר מירי כץ, פסיכיאטרית ילדים בכירה ובעלת מומחיות ייעודית בתחום הפרעות הקשב והריכוז.

לשם עריכת הניסוי גובשה קבוצה בת 120 משתתפים, אשר אובחנו ע"י ד"ר כץ כסובלים מהפרעות קשב וריכוז. הניסוי נמשך על פני ארבעה חודשים, במהלכם קיבלו 80 משתתפים את המוצרים "ריכוזית" ו"ריכוזית H" ("קבוצת הניסוי"), וקבוצה נוספת של 40 משתתפים קיבלו צמחי דמה חסרי השפעה ("קבוצת הפלצבו"). בתחילת הניסוי ולאחר סיומו ניגשו משתתפי הניסוי למבחן TOVA ׁׁ(Test of Variables of Attentionׂ), המקובל לשמש ככלי עזר לאבחון הפרעת קשב וריכוז.

לטענת המשיבה, תוצאות הניסוי היו חד משמעיות: השוואת תוצאות מבחני הTOVA בתחילת הניסוי, לעומת אלה שנערכו בסופו, הצביעה על שיפור מובהק בכל אחד מ-4 המדדים התפקודיים של מבחן TOVA. מנגד, בקבוצת הפלצבו, לא נמצא כל שיפור אצל הנבדקים.

**האם קיימת עילת תביעה אישית?**

1. בטרם אבחן את העילות המפורטות בבקשת האישור (האם יש בפרסומי המשיבה משום ייחוס סגולת ריפוי למזון? וכן –האם קיימת הטעיה בפרסומי המשיבה), מצאתי לנכון להקדים ולהתייחס לשאלה - האם עומדת למבקשת עילת תביעה אישית כנגד המשיבה, כנדרש בסעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.
2. המבקשת ציינה בעדותה כי באי כוחה הם אלו שאספו עבורה את מרבית הפרסומים הנספחים לתצהירה. למעשה, המבקשת הסתמכה על שני פרסומים בלבד טרם רכשה את המוצרים:

**"ש. את מצאת את הפרסום שלך.**

**ת. עורכי הדין שלי. סיפרתי להם על כל הפרסומים שאני ראיתי וגם את הפרסום הזה ראיתי אותו בעבר, אני לא יודעת לומר היכן ומתי.**

**ש. כלומר כל הפרסומים האלה שמצורפים אצלך בחוברת שהגשת לבית המשפט, עורכי הדין אספו אותם עבורך ורכזו אותם.**

**ת. כשבאתי לקנות את המוצרים בעקבות הפרסומים, והפרסומים האלה היו קופצים במחשב.**

**ש. בעקבות פרסום בכתבה את קנית את המוצר?**

**ת. אני לא יודעת אם המוצר הזה הספציפי, בעקבות פרסומים קניתי את המוצר.**

**ש. כל הדפים האלה שעורכי דין אספו והביאו לבית המשפט את לא יודעת לומר על איזה מקרה ספציפי קנית.**

**ת. אני מפנה לבית המשפט לעמ' 1 ולעמ' 2 בנספח 4 אשר את פרסומם ראיתי בעלון של סופר פארם".** (עמ' 6 לפרוטוקול, שורות 29-19)

בחקירתה החוזרת הוסיפה המבקשת כי ראתה גם את הפרסום המצוין בעמ' 19 לבקשת האישור (עמ' 12 לפרוטוקול, שורה 24).

1. הפרסומים אליהם מכוונת המבקשת כוללים פירוט של הניסוי הקליני, פרטי עורכת הניסוי, גילאי הילדים שנבחנו, תוצאות הניסוי (שיפור בקרב 70% מהמשתתפים בלבד). אולם, התברר כי הניסוי כלל לא עניין את המבקשת טרם רכשה את המוצר:

**ש. את ידעת שאת קנית את המוצר על הניסוי שנעשה בבי"ח תל השומר.**

**ת. לא**

**...**

**ש. כשראית את הפרסומים שנעשה ניסוי, משהו שהסתמכת כשקנית את המוצר.**

**ת. בין היתר.**

**ש. אבל לפני רגע אמרת שלא היה ניסוי.**

**ת. לא לגבי הניסוי ידעתי. השיקול העיקרי היה לגבי הפרסומים שלכם לגבי אותו מוצר.**

**ש. את הניסוי קראת, הסתמכת עליו.**

**ת. לא הסתמכתי על נושא הניסוי.** (עמ' 8 לפרוטוקול, שורות 7-6, 20-15)

וכן –

**ש. זה שאת ניסית את התרחיש ואת חושבת שהוא לא השפיע עלייך זה ההוכחה שלא נעשה מחקר פנימי. האם את חושבת שהתוצאה של המחקר הוא שקר.**

**ת. אני לא חושבת שעל פי 120 ילדים אפשר לבוא ולהחליט. ללא קשר מנסיוני האישי התרחיש לא ער לי. (כך במקור, צ.צ.)**

**ש. ובהתחלה לפני כמה שנים שקנית את המוצר חשבת שניסוי על 120 ילדים זה כן משהו משמעותי.**

**ת. קניתי את המוצר בגלל הפרסומים שלו ולא בגלל הניסוי שעשו על 120 ילדים. כשרכשתי לא התייחסתי להיקף המדגם של הילדים.**

**ש. אם כשקנית לא התייחסת לנושא הניסוי ולא בגלל הניסוי קנית את המוצר.**

**ת. בין היתר זה היה אחד השיקולים.**

**ש. אם זה היה אחד השיקולים, כשקנית את המוצר חשבת ש-120 ילדים זה מספיק, זה טוב ולמרות שחשבת שזה לא טוב קנית?.**

**ת. כן.** (עמ' 9 לפרוטוקול, שורות 12-1)

כלומר, על אף שהניסוי הינו מרכיב משמעותי בפרסומי המשיבה, המבקשת כלל לא התייחסה לכך. הדבר תמוה נוכח המשמעות הרבה שניתנה לניסוי בפרסומי המשיבה וההיקף המשמעותי שהוא תופס בפרסומיה.

1. המבקשת נשאלה מה אם כן הטעה אותה, ועל כך השיבה:

**"הוטעיתי בעקבות אחרי שצרכתי את התכשיר וראיתי שהוא אינו מועיל לי והרגשתי שהוטעיתי"** (עמ' 10 לפרוטוקול, שורה 15).

"**הפרסומים הטעו אותי שכתוב שהמוצרים הם לצורך קשב ורכוז**." (עמ' 10 לפרוטוקול, שורה 19).

1. לדידה של המבקשת די שהמוצר לא סייע לה בכדי לטעון כי הוטעתה.

אלא שאין בידיי לקבל טענה זו:

ראשית, זו לא ההטעיה הנטענת בבקשת האישור גופה.

שנית, מחומר הראיות שהובא בפניי עולה כי המבקשת כלל לא אובחנה כסובלת מהפרעת קשב, כטענתה (ראו מוצג נ/2) אלא ההיפך - המבקשת ביצעה בצורה טובה מאוד את המבחנים הבודקים ספציפית הפרעות קשב וריכוז. על כן המוצר – שעניינו בהפרעת קשב וריכוז – כלל לא יכול היה לעזור לה. ראו עדותה של ד"ר מירי כץ, עורכת הניסוי הקליני, אשר העידה מטעם המשיבה:

**"... קבלתי את הדוחות של המבקשת מניצן. יש שם אבחון אחד כשהיא היתה בת 10 ושני כשהיא היתה בת 15. בנתונים יש מספר מבחנים שהם ספציפיים בודקת הפרעת קשב. כל מיני תתי מבחנים שבודקים את הקשב. לאורך כל המבחן אין קצה של אזכור הפרעת קשב. ההיפך את המבחנים האלה שבודקת ספיציפית קשב וריכוז היא עשתה בצורה טובה מאוד.**

**הבוחנים עצמם לא דיברו על הפרעת קשב. וכשאתה קורא את זה אין שום אינדיקציה משום תת מבחן שיכול להחשיב הפרעת קשב.**

**הם המליצו על אבחון פסיכולוגי. היום המבקשת בת יותר מ- 20 ואין אינדיקציה איפה היא עשתה בדיקת קשב. זו בדיוק הבעיה של אנשים שלא מאובחנים כמו שצריך. הם לא מצליחים מסיבות מסויימות ומחליטים לקחת על דעת עצמם ריכוזית שלא עוזרת להם".** (עמ' 26 לפרוטוקול, שורות 15-6)

1. משמעות הדברים הינה כי המבקשת נעדרת עילת תביעה אישית, באשר ידעה, או למצער היה עליה לדעת (נוכח האבחונים שצירפה לתיק בית המשפט – מוצגים **נ/**1 ו**נ/2**), כי איננה סובלת מבעיות של קשב וריכוז.
2. האם יש מקום להחלפת התובעת הייצוגית בתובענה שלפניי? סבורני כי יש להשיב על כך בשלילה.

המבקשת ובאי כוחה ידעו בעת הגשת בקשת האישור כי היא נעדרת עילת תביעה אישית.

הלכה היא, כי על המבקש לשמש כתובע ייצוגי, וכן על בא כוחו, לבחון באופן מעמיק ויסוד את בקשת האישור בטרם היא מוגשת לבית המשפט (ר': רע"א 2444/08 **שופרסל בע"מ נ' כהן** (פורסם בנבו, 21.12.08) פסקה 9 לפסה"ד).

כחלק מאותה הכנה לקראת הגשת בקשת האישור, יש לבדוק האם עומדת למבקש עילת תביעה אישית. שכן, לא ניתן להגיש בקשת אישור עת מראש יודע המבקש המייצג שלא קיימת לו עילה אישית:

**"החלפת תובע בהתאם למנגנון האמור אינה עניין טכני-פורמאלי גרידא, ואין תובע יכול להגיש תביעה בעלמא – כשבעת הגשתה הוא יודע, או היה יכול דעת, שלא עומדת לו עילת תביעה – מתוך ציפייה שבית המשפט יאפשר לו בנקל להעמיד מחליף תחתיו. החלפת תובע היא אפשרות שבית המשפט ישקול, כאמור, רק במקרים בהם הבקשה לאישור תביעה כייצוגית נשענת על תשתית ראייתית ומשפטית מבוססת כדבעי, ושרק בשל נסיבות שלא ניתן היה לצפותן מראש באופן סביר, התברר כי אין בידי התובע המקורי עילה אישית." (**ר': בג"צ 62/13 **רונן תורג'מן נ' בית הדין הארצי** **לעבודה** (פורסם בנבו, 28.1.13) פסקה 9 לפסה"ד).

1. מעבר לאמור, וכפי שיפורט להלן, לא מצאתי כי קיימת הטעיה בפרסומי המשיבה, וממילא התייתר הצורך לשקול החלפת תובע מייצג.

**האם יש בפרסומי המשיבה משום ייחוס סגולת ריפוי למזון?**

1. תקנה 2 לתקנות בריאות הציבור קובעת כדלקמן:

**"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."**

ובהמשך, קובעת תקנה 2א:

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

1. המבקשת טוענת כי רוב פרסומי המשיבה מייחסים למוצרים באופן ישיר ו/או באופן עקיף סיוע וטיפול בהפרעות קשב וריכוז והיפראקטיביות. לפיכך, יש לראות בפרסומי המשיבה ככאלה המייחסים למוצרים סגולות רפואיות, וזאת בניגוד להוראות תקנות הבריאות.

עוד טענה המבקשת בבקשת האישור כי המשיבה הפרה את תקנות בריאות הציבור בכך שפרסמה מוצרים המזכירים איבר או חלק של גוף האדם (תמונת ילד המניח את כף ידו על ראשו וכן תמונה של ילד המשלב ידיו ומביט למרומים).

1. המבקשת מתבססת על מכתבו של ד"ר טל לביא, יו"ר הוועדה לבדיקת הטעיית הציבור במשרד הבריאות, מיום 14.6.10, המופנה אל מנכ"ל המשיבה כדלקמן:

**"כידוע ע"פ תקנות איסור ייחוס סגולות ריפוי למצרך מזון, אין לייחס לתוסף תזונה סגולות של ריפוי מחלה או מניעתה.**

**פרסום תוסף התזונה שבנדון יוכל להתייחס לתוצאות המחקר שפורסם בעיתונות המדעית מבלי לטעון מעבר לתוצאות מבחן TOVA, כלומר טענה שהיא מעבר לשיפור בתוצאות מבחני TOVA ומתייחסת לשיפור במחלת ADHD או לשיפור במצב הקליני של ילדים, תהיה טענה לא מוכחת ואף עשויה לסתור את התקנה האמורה לעיל אם תתייחס לשיפור במחלה או בסימפטומים שלה כתוצאה משימוש בתוסף התזונה.**

**אנא היערכותכם בהתאם באם יש צורך בשינוי הפרסומים למוצר."** (ראו נספח 6 לבקשת האישור)

1. המבקשת מציינת כי במכתב נוסף מיום 7.12.14, מאת הגב' דליה חנופה, מנהלת מדור ועדות מזון ותזונה במשרד הבריאות, פנתה לנציג המשיבה בעניין מוצר אחר שלה, ריכוזית L, הנועד לסייע לסטודנטים להתרכז בלימודים ובבחינות. במכתבה, מציינת הגב' חנופה ביחס לפרסום המוצר ריכוזית L כדלקמן:

**"נושא פרסום המוצר עלה לדיון בוועדה בשנת 2011 בעקבות מחקר קליני שהתפרסם אז והוועדה הודיעה לחברה כי למרות פרסום המחקר הקליני לגבי מבחני TOVA, כל פרסום טענה שתתייחס לשיפור מחלת ADD/ADHD או סימפטומים שלה, תיחשב כטענה לא מוכחת ומפרה את הוראת תקנות איסור ייחוס סגולות ריפוי למוצרי מזון.**

**למרות שאין באתר האמור לעיל ייחוס מפורש של ריפוי המחלה למוצר, הרי שהאופן שבו הוצגה התוויה רפואית באתר וגם האופן שבו מפורסם המוצר באתר זה ואתרים אחרים אינו משאיר מקום לדמיון ואף מוסיף סגולות שלא התקיימו בעבר כגון, פורמולה ייחודית המסייעת לסטודנטים להתרכז בלימודים ובבחינות."** (ראו גם עמדת משרד הבריאות מיום 18.12.14)

1. המשיבה טוענת מנגד כי פרסומיה מתארים את העובדות כהווייתן: מדובר במוצר שהורכב מסדרה של צמחים המוכרים בספרות המדעית כמשפיעים על היכולת הקוגניטיבית אשר נבדק בניסוי קליני קונקרטי. הפרעת קשב וריכוז אינה "מחלה" וממילא אין מקום לדבר על הפרעה זו במונחים של "ריפוי" או "מניעה" אלא לכל היותר הקלה על תסמינים (ר' לעניין זה עדותה של ד"ר כץ, עורכת הניסוי, בעמ' 25 לפרוטוקול שורות 10-3 וכן סעיפים 2-1 לחוות דעתה, אשר צורפה לתגובת המשיבה לבקשת האישור). זאת ועוד, תיאור הצמחים מהם מורכב המוצר ותיאור יסודות הניסוי ותוצאותיו אינם מהווים "ייחוס סגולות ריפוי" או הבטחה "למניעת מחלות או ריפוין". המשיבה לא פרסמה ולא התיימרה לפרסם כי המוצרים מרפאים הפרעת קשב וריפוי או מונעים אותה.

המשיבה מוסיפה וטוענת כי משרד הבריאות עצמו אישר למעשה כי פרסומי המשיבה אינם מהווים ייחוס סגולות ריפוי או מניעת מחלה (ראו מכתבה של הגב' חנופה). ובסופו של יום, אישר לה לייבא את המוצר ריכוזית L (שאינו חלק מבקשת האישור דנן).

אין מחלוקת בין הצדדים כי המוצרים נשוא בקשת האישור הם מצרך מזון ועל כן חלות עליהם תקנות בריאות הציבור, (איסור יחוס סגולות ריפוי למצרך מזון) האוסרות לייחס למוצרים הללו סגולות מרפא, ללא כל קשר אם הן נכונות אם לאו. המדובר באיסור מוחלט !

לעומת זאת, הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן (העילה הנוספת העומדת בבסיס בקשת האישור – ועל כך להלן) תתקיים רק אם ייחוס התועלת הבריאותית למוצר אינו נכון או שלא הוכח כנדרש.

עמד על כך כבוד השופט ע. גרוסקופף בת"צ (מרכז) 13190-03-13 **אילנית סבח נ' סודות המזרח בע"מ** (פורסם בנבו, 20.3.17) (להלן: "**עניין סודות המזרח**"):

**"השוני בין קו הטיעון הנסמך על איסור ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן לבין קו הטיעון הקודם, הנסמך על תקנה 2 לתקנות בריאות הציבור ברור וגלוי: בעוד שתקנות בריאות הציבור קובעות איסור מוחלט על יחוס סגולות ריפוי למוצר מזון, סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן אוסר על ייחוס תועלת בריאותית למוצר מזון, באופן העלול להטעות את הציבור. במילים אחרות, בעוד שעל פי תקנות בריאות הציבור אסור לייחס סגולות מרפא, בלי תלות בשאלה אם הן נכונות או בדויות, על פי חוק הגנת הצרכן אסור לייחס תועלת בריאותית, אם ורק אם, יש בכך משום הולכת שולל**" (פסקה 22 להחלטה)

1. לטעמי אין בפרסומי המשיבה משום ייחוס סגולות מרפא למוצרים שבענייננו. המשיבה מציינת בפרסומיה כי השימוש במוצרים "הביא לשיפור בהישגים הלימודיים" ו"סייע משמעותית לרמת התפקוד של המטופלים", הכל בהסתמך על אותו ניסוי קליני שנערך בפיקוחה של ד"ר מירי כץ, שאף נחקרה בעניין. המשיבה פרסמה את תוצאות הניסוי והישגיו, תוך הפניה לפירוט המלא שלו לכל המעוניין. אין די בפרסום היגדים כלליים בכדי לייחס למשיבה עבירה של איסור ייחוס סגולות ריפוי, אלא יש להוכיח כי היגדים אלה ייחסו באופן ממשי מניעה או ריפוי של מחלה. היגד הכולל את המילה "טיפול" אינו מייחס סגולות ריפוי אלא הקלה בתסמינים ולא יותר. המילה "טיפול" אינה מופיעה בתקנות בריאות העם האוסרים באופן אבסולוטי ייחוס סגולות ריפוי או מניעה בלבד. הוספתה המילה "טיפול" באופן פרשני מהווה הרחבה מרחיקת לכת שלא אליה התכוון המחוקק.
2. הוסף על כך את העובדה כי כאמור לעיל, הפרעת קשב וריכוז אינה מחלה.

ד"ר כ"ץ, המומחית מטעם המשיבה ועורכת הניסוי הקליני, ציינה בחוות דעתה כי **"ההפרעה מוגדרת כהפרעה נוירו-התפתחותית, כלומר הפרעה שמקורה במערכת העצבים המרכזית (המוח)"** (סעיף 1 לחוו"ד). עוד הבהירה ד"ר כץ כי **"נכון להיות, אין בנמצא "ריפוי" להפרעת קשב וריכוז ואין גם יכולת "מניעה" של ההפרעה. לכן, גם התרופות הקיימות לטיפול בהפרעות קשב וריכוז מטרתן, למעשה, להקל על התסמינים של ההפרעה ולא לרפאה או למונעה."** (סעיף 2 לחוו"ד).

גם מן האמור בחוות דעתו של המומחה מטעם המבקשת, ד"ר אלון (סוסנוסקי), אשר העיד כי אינו מתמחה בהפרעות של קשב וריכוז (ר' עמ' 15 לפרוטוקול, שורות 26-24), ניתן להיווכח כי הפרעת קשב אינה מחלה (ר' עמ' 2 לחוות דעתו).

1. משאין חולק על הקביעה כי הפרעת קשב אינה מחלה, לא ניתן לטעון כי הפרסומים למוצר שעניינו טיפול בהפרעה זו עוסקים ב"ריפוי או מניעת מחלה". לא ניתן על כן לקבל לקבל את הטענה כי פרסומים אלה מפרים את הוראות תקנות בריאות הציבור.
2. למעלה מן הדרוש, אוסיף ואציין כי לא מצאתי לקבל אף את הטענה כי המשיבה מפרה את תקנה 2א לתקנות בריאות הציבור.

התמונות המצורפות לפרסומי המשיבה נועדו להמחיש באופן ויזואלי למי מיועדים המוצרים (לילדים) – ולא על מנת לרמוז שהם מרפאים/מונעים מחלות של הילדים (ראו גם פסקה 17 להחלטה בעניין "**סודות המזרח**").

1. סיכום ביניים – נמצא לקבוע כי אין בפרסומי המשיבה כדי להפר את האיסור על יחוס סגולת ריפוי שבתקנות בריאות הציבור. נותר אם כך לבחון, האם המבקשת הניחה בסיס ראייתי מספק לקביעה כי פרסומי המשיבה מקימים אפשרות סבירה לכך שמדובר בהטעיה לפי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.

**האם קיימת הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן**?

1. הטעיה צרכנית תקים עילה (אישית או ייצוגית) בהתקיים 3 יסודות: פרסום מפר, נזק ו"קשר סיבתי".

יסוד ההטעיה

1. המבקשת טוענת כי המשיבה עושה שימוש מטעה במסקנות הניסוי כאשר המשפט האחרון של הניסוי קובע מפורשות כי ריכוזית רק אולי יכולה להבטיח טיפול אלטרנטיבי לADHD וקיים צורך במחקר נוסף לגבות זאת. אלא שמחקר כזה לא נעשה. הטענה מעוותת את האמור. מדובר באמירה בשולי המאמר המתאר את המחקר הקובע על סמך ממצאיו כי ריכוזית היא דרך חלופית וטובה לטיפול ב ADHD ומציעים שיבוצעו מחקרים נוספים שיאשרו זאת. ועל כך אין חולק, ככל שירבו כן ייטב.

זאת ועוד, המבקשת טוענת כי המשיבה מפרסמת כי יש ליטול את המוצרים לצורך מבחן TOVA אלא שלא ברור מדוע היא ממליצה על נטילה ממושכת של המוצרים (3 שנים ומעבר לכך) והרי מדובר במבחן שנעשה פעם אחת. המשיבה אף אינה מפרסמת את הזמן הקצר שבו נערך הניסוי (4 חודשים בלבד) ועל פיו הריכוזית עוזרת ל-60% בלבד. גם טענה זו מחטיאה את המובן הנכון של הדברים שנאמרו: מבחן TOVA מטרתו ללמד על מצב קשב וריכוז ואילו המוצר נלקח לצורך שיפור תסמיני קשב וריכוז בכל תחומי וכישורי החיים המושפעים מהפרעה זו. נשך השימוש תלוי כמובן בתגובת המטופל ויכול להימשך באופן רצוף במשך שנתיים –שלוש בהתאם לצורך.

1. המשיבה טוענת מנגד כי הפרסומים מציגים מידע מהותי וחיוני עבור הלקוח בבואו לקבל החלטה מושכלת האם לרכוש את המוצר. הצמחים מהם מורכב המוצר והעובדה כי המוצר נבדק בהצלחה בניסוי קליני מהווים יחדיו מידע חשוב המבדיל את המוצר ממוצרים אחרים הקיימים בשוק. באופן זה, כל צרכן המעוניין לקבל מידע לגבי רכיבי המוצר יכול לבצע חיפוש פשוט על מנת להגיע למידע רחב הקיים ברפואה המזרחית, לגבי כל אחד מן הצמחים המרכיבים את הפורמולה. זאת ועוד, קיימת הפניה במרבית הפרסומים למאמר המדעי שפורסם אודות הניסוי הקליני שנעשה. המאמר הועלה לרשת האינטרנט וההפניה בפרסומים מאפשרת לכל צרכן לעיין בעצמו במאמר ולהסיק את מסקנותיו באופן ישיר לגבי משמעויות הניסוי ואיזה משקל הוא בוחר לתת לו.
2. עיון בפרסומי המשיבה מעלה, כי היא מציינת את פירוט שמות הצמחים, מהם מורכבים המוצרים, וכן כי יעילות המוצרים נבחנה במחקר קליני, שפרטיו פורסמו בתמצית במודעות מטעם המשיבה לרבות: מספר הילדים שהשתתפו במחקר, גילם, מקום עריכת המחקר, תוצאותיו וכיוצ"ב. יצוין כי המשיבה אינה מסתפקת בתמצית המחקר בלבד והיא מפנה במרבית הפרסומות לעיתון בו פורסם המחקר המלא. היינו, המשיבה מאפשרת לכל צרכן לעיין בעצמו במאמר המפרט את הניסוי לצורך החלטה האם להשתמש במוצר, אם לאו.

ויובהר, המשיבה הקפידה לציין בפרסומיה כי יעילות המוצר הוכחה על פי מחקר קליני אחד בלבד תוך הפניה אליו. המשיבה לא ציינה כי יעילות המוצר הוכחה מדעית, באופן גורף וחד משמעי.

1. ביחס לאחוזי ההצלחה בניסוי – בפרסומים צוין כי נמצא "שיפור סטטיסטי מובהק" בתוצאות מבחני TOVA. מכאן ברור כי אין מדובר בהצלחה גורפת (100% הצלחה). בחלק מהפרסומים אף צוין מפורשת כי נצפו 70% תוצאות חיוביות – והדבר הורחב וצוין במאמר עצמו.

לפיכך, נמצא לדחות את הטענה כי יש לראות בפרסומי המשיבה משום הטעיה.

הקשר הסיבתי

1. בע"א 1977/97 **ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נה(4) 584(2001) ובדנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נ"ז(6) 385 (2003) (להלן: "**דיון נוסף ברזני**") נדונה הוראת סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן – ובפרט שאלת הקשר הסיבתי עת הסעד המבוקש הוא פיצוי בגין נזק ונקבע כי, מאחר והוכח שהמבקש לא ראה את הפרסום המטעה כביכול ולא הסתמך עליו, לא ניתן לטעון לנזק שנגרם בגין הפיצוי והוא אינו זכאי לפיצוי.

וכך נאמר שם ע"י כב' הש' מ. חשין :

**"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..."**

1. המבקשת כשלה מלהוכיח כי הפרסום המטעה לטענתה הניע שרשרת ארועים אשר בסופה גרמה לה נזק; ראשית כפי שנאמר לעיל, המבקשת לא נסמכה על הפרסום לצורך הרכישה, שנית, לא הוכח כי היא סובלת מהפרעות קשב וריכוז ואז הנזק נגרם כתוצאה מכך שעל דעת עצמה רכשה תכשיר שאינו מתאים לה; שלישית, לא נמצאה הטעיה בפרסומי המשיבה. מכל האמור לעיל עולה המסקנה כי לא מתקיים הקשר הסיבתי הדרוש בין ההטעיה לבין הנזק.

**סוף דבר**

1. נוכח כל המפורט לעיל, בקשת האישור אינה מגלה עילה כנגד המשיבה ואינה עומדת בדרישות הסף לצורך הגשת תובענה ייצוגית (סעיף 4(א)(1) לחוק). די בכך כדי לדחות את בקשת האישור ולפיכך מתייתר הצורך להוסיף ולדון בדרישות הסף הנוספות.
2. הבקשה לאישור התובענה הייצוגית – נדחית.

המבקשת תישא בהוצאות המשיבה ושכ"ט עו"ד בסך 58,500 ₪.

ניתנה היום, כ"ז ניסן תשע"ח, 12 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

