

המבקשת

המועצה הישראלית לצרכנות

ע"י ב"כ עורכי דין שמואל אהרנסון וואו אמיר קדרי וואו גלעד שר וואו דוד אבולעפיה וואו אילך אמודאי וואו אופיר טל וואו אלון ביתן וואו שי גרנות וואו שי קין וואו נועה שמיר וואו תמרה קוליץ וואו מירב מלוא-טימר וואו שרון פרס-בן חיים וואו טלי בן סימון וואו שרון (לבנשטיין) בר און וואו רונית טל וואו דנה גולן וואו ציון צמח וואו שמואל קזס וואו אסף עזרתי וואו נועה לוי וואו רימון תלחמי וואו אמיר עדיקא וואו ניצן טבנקין וואו אילה פוקס וואו לואיז ספורטס וואו תומר גמליאל וואו שירה ורטהיים וואו מיכל בן נר וואו רויטל קליין וואו סברינה דדון-בוטבול וואו אסף רוטשטיין וואו כפיר טובי וואו רונית ברק וואו יעל אברהם-וורם וואו שרית סלופסקי-רחמים וואו שלמה חגיבי וואו אליהו הישראלי וואו אור לוי-ביבר וואו נעמי ווסטפריד וואו ענבר רז וואו אפרת שגיא-מלכי וואו רחל פרנקו וואו דניאל פיפרנו וואו אביעד סיני וואו גל עזרא וואו קרין דגן וואו דיקלה (ויינפלד) פלד וואו שני גולן וואו גל-לי אלרום וואו איתי סהר וואו יעל פטובי וואו אופיר דוידוביץ ממשרד אהרנסון, שר, אבולעפיה אמודאי ושות' ועו"ד עופר לוי

שכתובתם לצורך הליך זה הינה ברח' לינקולן 20 תל אביב 67134; טל':
6250500-03 ; פקס: 6250501-03

- נגד -

- המשיבות:**
1. א. הד ארצי בע"מ, ח.צ. 520038571
רח' יוני נתניהו 3, אור יהודה
 2. ב. הד ארצי וידיאו בע"מ, ח.פ. 513047191
ג. הד ארצי חברה להפצה בע"מ, ח.פ. 510436751
ד. הד ארצי הוצאה לאור בע"מ, ח.פ. 510474539
שלושתן מרח' יוני נתניהו 3א, אור יהודה 60376
 3. קלאסיקלטת בע"מ ח.פ. 511502171
מרח' החופר 34, אזה"ת חולון 58858
 4. א. אסם השקעות בע"מ (ידוע בשם: קבוצת אסם), ח.צ. 520026063
ב. אסם תעשיות מזון בע"מ, ח.פ. 510450711
שתיהן מרחוב ז'בוטינסקי 61, פתח-תקווה
 - א. שטראוס גרופ בע"מ, ח.צ. 520003781

מרחוב הסיבים 49, פתח תקוה

ב. שטראוס בריאות בע"מ

(ידוע בשם: שטראוס מחלבות בע"מ - לשעבר), ח.פ. 512351479

פארק תעשייה בר-לב משגב 20179

ג. עלית תעשיות מזון בע"מ, ח.פ. 510149487

מרח' ארלוזורוב 84, רמת גן

ד. עלית ממתקים מקבוצת שטראוס בע"מ

(ידוע בשם עלית ממתקים בע"מ - לשעבר), ח.פ. 520035080

גלבווע 5 נצרת עילית 17672

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית

המבקשת אשר תהיה מיוצגת כדלעיל, מגישה בזה עתירתה לבית המשפט, כדלקמן:

א. לאשר את התובענה המצורפת לבקשה זו (להלן: "התובענה") כתובענה ייצוגית, מכח חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – "חוק תובענות ייצוגיות");

ב. להגדיר את הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה כדלקמן (להלן: "הקבוצה המיוצגת" או "התובעים"):

"(1) כל מי אשר רכש ו/או צפה לפחות באחת מן הקלטות ו/או התקליטורים אשר הופקו ו/או נמכרו ו/או הופצו על-ידי המשיבות 1 או 2 אשר קהל יעדן הוא ילדים עד גיל 14 ("קלטות ילדים"), ואשר יש בהן פרסומת סמויה ו/או פרסומת מוסווית ו/או פרסומת בלתי מודעת ו/או פרסומת אגב (להלן כל אלה או חלקם: "פרסום סמוי"); ו/או

(2) כל מי שרכש ו/או צפה לפחות באחת מקלטות הילדים אשר בהן פרסום סמוי, לפחות למוצר אחד של המשיבות 3 או 4; ו/או

(3) כל מי שהיה הורה לילדים מתחת לגיל 14 ואשר ילדו צפה בקלטות ילדים העונות להגדרות שבסעיף א' או ב' לעיל.

(4) כל מי אשר, כל עוד לא הוסר הפרסום הסמוי מקלטות הילדים – יענה על אחד התנאים המנויים בסעיפים 1 – 3 לעיל "

ג. לקבוע כי עילות התובענה הנן בגין כל אלה המפורטים לקמן:

(1) הפרת חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "החוק") לרבות הטעיה לפי

סעיף 7 לחוק; ו/או

(2) הפרת תקנות הגנת הצרכן (פרסומת המכוונת לקטינים), התשנ"א-1991 (להלן: "התקנות"), לרבות הפרת סעיף 3 לתקנות; ו/או

(3) הפרת חובה חקוקה על-פי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – "פקודת הנזיקין"; ו/או רשלנות על-פי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין; ו/או

(4) עשיית עושר ולא במשפט.

ד. להוציא מלפניו צווים כנגד המשיבות אשר יורו להן:

(1) להימנע מלשלב ו/או לרכוש ו/או להזמין בכל דרך, בין באופן ישיר, בין באופן עקיף ולרבות באמצעות אחרים, פרסום סמוי בקלטות ילדים מכאן ולהבא;

(2) ובנוסף, כלפי המשיבות 1 ו-2, לאסוף מכל המפיצים ו/או החנויות הקמעונאיות את כל קלטות הילדים בהן פרסום סמוי (בין מטעם המשיבות 3 ו-4 ובין מטעם מפרסמים אחרים);

(3) ובנוסף: להפסיק את העוול, ובין השאר בדרך של יידוע בציבור באופן יעיל, על-פי הפרמטרים שיקבע בית המשפט הנכבד, לחברי הקבוצה, לגבי כל אחת מקלטות הילדים שיש בהן פרסום סמוי ואשר כבר מצויות בידי חברי הקבוצה: (א) כי יש בהן פרסום סמוי; וכן (ב) מי הם המפרסמים (בין שהן משיבות 3-4 ובין מפרסמים אחרים) אשר מוצריהם מפורסמים באופן סמוי בכל קלטת ילדים; וכן (ג) היכן בתוך כל אחת מקלטות הילדים נכלל פרסום סמוי; ולחילופין -

(4) לפסוק פיצוי שהוא חלופה ראויה לצו העשה המפורט בסעיף (3) לעיל.

ה. להורות לכל אחת מהמשיבות ו/או חלקן, להשיב לכלל חברי הקבוצה, את תוספת העושר-שלא-במשפט שנצברה בידיהם על חשבונם של חברי הקבוצה כתוצאה מפעולותיהן ו/או מחדליהן נשוא התובענה.

ו. בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד להורות לכל אחת מן המשיבות לפצות כל תובע הנמנה על הקבוצה המיוצגת, בסך של 1,000 ש"ח ו/או סכום אחר אשר יקבע בית המשפט הנכבד כאומדן הנזקים שנגרמו להם בשל עוולות המשיבות ו/או לפצותם בפיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק ו/או בפיצוי עונשי ו/או בפיצוי גלובלי לטובת הקבוצה ו/או לטובת הציבור על-פי סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

ז. להורות כי ההחלטה בבקשה זו ונוסחה יפורסמו בשני עיתונים יומיים בשפה העברית, וכן ליתן הוראות נוספות כפי שימצא לנכון בדבר אופן הפרסום כאמור, ולקבוע כי המשיבות ישאו בהוצאות הפרסום.

ח. לקבוע את שכר טרחתם של עורכי הדין המייצגים את המבקשת בתובענה הייצוגית

בתוספת מע"מ כדין, עבור הטיפול בתובענה בערכאה הראשונה וכן לקבוע כי בנוסף לסכום ו/או שווי הסעד שיפסק לטובת חברי הקבוצה ישולם ו/או יינתן גמול למבקשת אשר טרחה בהגשת התובענה ובהוכחתה.

- ט. ליתן הוראות נוספות בדבר הדיון בתובענה כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון.
- י. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות בהוצאות בקשה זו ובשכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין בגינה.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. הרקע להגשת תובענה ייצוגית זו

1. ביום 3.4.08 הוגשה כנגד המשיבות בקשה לאישור תביעה ייצוגית בנושא פרסומות אסורות בקלטות ילדים (ת"צ (מרכז) 747-04-08) (להלן - "ההליך הראשון").
2. בין יתר הראיות שצירפו המבקשים בהליך הראשון נכלל דוח בדיקה שכלל התייחסות לעשרות קלטות ילדים (להלן: "דוח הבדיקה") ואשר הוכיח באופן חד משמעי כי מדובר בתופעה ממש, של פרסום סמוי בקלטות ילדים, תופעה אשר נמשכת זמן רב ובאין מפריע.
 - העתק מבקשת הייצוג שבהליך הראשון ומתגובת המשיבות בהליך הראשון [ללא נספחים] - **רצ"ב כנספח 1**
3. מתגובתן של המשיבות בהליך הראשון עולה כי הן מודות בעובדות היסוד שהועלו בו, כלומר, בכך שהן משלבות בקלטות ילדים תוכן פרסומי - המכונה בבקשה **זו פרסום סמוי** - תוך שהן מכנות תוכן פרסומי זה בשמות שונים ומגוונים ("תוכן שיווקי", "product placement או ביטויים שיווקיים אחרים).
4. דומה כי עיקר טענתן של המשיבות הוא כי פעילותן מותרת.
5. בנוסף, כיוונו המשיבות חיצים רבים בתשובתן כלפי מקרהו האישי של התובע הייצוגי בהליך הראשון, באין, ככל הנראה, טענות טובות אחרות באמתחתן.
6. פרק זמן לאחר הגשת תגובתן של המשיבות, וטרם בירורה של בקשת האישור, הגישה המבקשת לצירופה כידידת בית המשפט ולאחר מכן - עם שינוי חוק תובענות ייצוגיות כמפורט להלן - בקשה לצירופה כבעלת דין להליך הראשון.
7. הנימוק המרכזי שהופיע בבקשה זו היה האופי הציבורי שביסוד ההליך, וכאמור שם -

"עניינה של התובענה דן, אליה מבקשת המבקשת להצטרף, בפרסום סמוי בקלטות ילדים, פרסום סמוי הנעשה באופן נרחב בניגוד לדין ובריש גלי, אשר מעבר לאיסור הקבוע בדין יש בו לעמדת המועצה

לצרכנות פגיעה ערכית משמעותית בציבור הצרכנים בכלל ובציבור הצרכנים הצעיר בפרט.

לנוכח אופיו הציבורי של נושא התובענה, וכן בשל המומחיות המיוחדת שיש בידי המבקשת, אין ספק כי צודק, הגון ונכון שהמועצה לצרכנות תביע את עמדתה בהליך".

8. עוד הוסיפה המבקשת כי בנסיבות הענין, ובעיקר נוכח העובדה שאין מחלוקת עובדתית סביב עצם קיומה של תופעת הפרסום האסור בקלטות הילדים, יש לנהל את הדיון סביב גופה של טענת הפרסום האסור ולא סביב עניינם האישי של המבקשים בהליך הראשון, וגם בשל כך יש לצרפה להליך הראשון.

9. תחת להלאות את הצדדים בהליכי התדיינות מיותרים בשאלת ההצטרפות – לה התנגדו המשיבות – הסכימו הצדדים, בסיוע בית המשפט, כי המבקשת תגיש תובענה מטעמה – זכות השמורה לה ממילא על-פי הדין.

• העתק מהחלטת בית המשפט מיום 18.2.09 – רצ"ב כנספח 2

10. על כן מוגשת בזה, בסיועם של עוה"ד זאב ש. פרידמן ויעל כהן-שאואט מהלשכה המשפטית של המבקשת, בקשה לאישור התובענה כייצוגית, תוך הפניית שימת לבו של בית המשפט הנכבד לעניינים הבאים:

א. זכותה הטבעית, הסטוטוטורית, של המבקשת להגיש את התובענה דנא קמה לאחר הגשת ההליך הראשון וזאת בעקבות שינוי המצב החוקי עם חקיקת חוק המועצה הישראלית לצרכנות, התשס"ח – 2008, ותיקונו של סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006 - שם הוסמכה המועצה לצרכנות לשמש כתובעת ייצוגית לכל דבר ועניין ו"יתהיה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)".

ב. לאחר ששקלה בדבר ודנה בו, החליטה המבקשת להגיש תובענה זו באמצעות ב"כ של המבקשים בהליך הראשון, הבקיאים בנושאי התובענה, הן אלו העובדתיים והן אלו המשפטיים, ועל-מנת כי ניתן יהיה לאחד בקלות יתירה את הדיון בתובענות, ולדון בהן בחדא מחתא.

ג. כפי שיפורט בהמשך, בית המשפט מתבקש להעביר את הדיון בהליך זה לבית המשפט ולשופט שדן בהליך המקורי, ולאחד את הדיון בשני ההליכים, זאת בהתאם לסמכות המוקנה לו בסעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות.

ד. יתר על כן, על-מנת ליעל את הדיון ולאפשר קיומו בנוגע למצע העובדתי שכבר נפרש בפני בית המשפט הנכבד, הסתפקה המבקשת בצירוף דו"ח

בדיקה הנוגע לקלטות שלגביהן הוגש ההליך הראשון, שכן די בהן, והותר, כדי לבסס את עילות התביעה.

ה. מטרת הגשת התובענה מטעם המבקשת היא להדגיש את הצדדים הציבוריים והשיקולים הכלליים של הסוגיות שעל הפרק, ואין בכוונתה להפחית ממשקלה של התובענה שבהליך הראשון.

ו. דומה כי בהגשת התובענה מטעם המבקשת, יתייתרו הטענות הצדדיים שהעלו המשיבות בדיון הראשון, וניתן יהיה לדון לגופו של עניין, בלב העניין: הצורך בהפסקת התופעה של הכנסת תכנים פרסומיים אסורים – יהא שמם אשר יהא בפי כל אחד מהצדדים – לקלטות המיועדות לילדים.

ב. פתח דבר

11. כה אמר המחוקק: **"לא יעשה עוסק דבר... העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה"** (סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, (להלן: "החוק")); ;

וכן קבע המחוקק כי: **פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה..** (סעיף 7(ג)(1) לחוק)

והוסיף וקבע מתקין התקנות: **לא יעשה אדם פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים שיש בהם משום עידוד קטינים לרכוש מצרך או לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרך או השירות** (סעיף 3 לתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), תשנ"א-1991).

12. מהות התובענה דנן היא שילובו של חומר פרסומי אסור בקלטות ילדים. המבקשת תטען כי המשיבות שילבו –

א. הן פרסומות העלולות להביא אדם סביר להניח שהאמור בהם אינו פרסומת – בניגוד להוראת סעיף 7(ג)(1) של חוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981 ("החוק"); ;

ב. והן פרסומות שיש בהם משום עידוד קטינים לרכוש מצרך או לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרך או השירות, בניגוד להוראות סעיף 3 לתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), תשנ"א-1991.

13. המשיבות, שהודו כאמור בשילוב פרסומות סמויות בקלטות ילדים, לא רואות בכך כל פסול, ולפיכך קיים חשש כי בהעדר החלטה שיפוטית האוסרת זאת ימשיכו לעשות כן גם בעתיד.

14. כאמור, המשיבות מכנות את התוכן שהכניסו בקלטות הילדים כ"תוכן שיווקי" או ביטויים

שקולים אחרים, ובכך, בשינוי סמנטי זה, מנסות המשיבות לפטור עצמן מכל אחריות. אולם המדובר בענין של הגדרה בלבד, וכפי שמתאר זאת פרופ' י. לימור המונח "תוכן שיווקי" הינו "מונח 'מכובס' להגדרת פרסומת סמויה בטלוויזיה. המונח נמצא בעיקר בשימוש של מפרסמים ופרסומאים".

• העתק מלכסיקון לתקשורת, בעריכת פרופ' לימור – **רצ"ב כנספח 3**

15. וכך אמנם מדגיש פרופ' צאל בחוות דעתו המצורפת לבקשה זו, כי -

"מדובר ב'פרסום סמוי', וכך (לצורך הנוחות) אכנה את התופעה בחוות-דעתי זו, כלומר, בפרסום שאינו נחזה להיות כזה, ומקשה על קהל היעד שלו לגייס ולהשתמש בכלים העומדים לרשותו בהתמודדות עם פרסומת גלויה".

• חוות דעתו של פרופ' צאל מצורפת לתובענה זו.

16. עוד קובע פרופ' צאל בחוות דעתו, בהתייחסו לפרסום המכונה על ידי המשיבות "תוכן שיווקי" –

"מבחינת פרסומית הוא 'מסוכן' יותר: בשל חוסר המודעות של הצופה לפרסום מצד אחד, ומצד שני – בשל האפקטיביות הגבוהה שלו על הצופה, ברמה הבלתי מודעת".

17. גם בית המשפט העליון קבע כך **בבג"צ 1858/96 אסם השקעות בע"מ נ' רשות השידור (פורסם בנבו)**, לגבי פרסומת סמויה:

"...פרסומת כזו, שפועלה הוא על תת המודע של הצופה בה, עשויה להיות יעילה יותר ואף מסוכנת יותר, מפרסומת גלויה. זאת, כיוון שהצופה בה אינו מודע לאינטרס המסחרי שבה ואינו מפעיל מנגנוני ביקורת וסינון אינפורמציה, כפי שהוא עושה בעת שהוא צופה בפרסומת גלויה"

18. התמונה העובדתית העולה באופן מפורט להלן בבקשה זו הפוכה מן הנורמה החרוטה בדין: הן מפיקות ומפיצות הקלטות, והן המפרסמים – מכניסים לקלטות שקהל יעדן ילדים מסרים פרסומיים, מבלי שהילדים מודעים לכך. הילדים צופים בקלטות אלה פעמים אין ספור (יצויין כי בבקשה זו השתמשה המבקשת בביטוי "קלטות" על מנת לציין את אמצעי המדיה שיכול להיות כל אמצעי אחר ולמשל דיסקים, קלטות ווידאו וכיוצא ב').

19. אף ההורים הקונים את הקלטות אינם יכולים לדעת בעת הקניה, האם יש בקלטות פרסום סמוי, שכן אין המשיבות מציינות פרט זה בשום מקום. בכך מוטעים ההורים באופן אישי, ולא רק ילדיהם, באשר לטיבו של המוצר שעליו הם משלמים. ההטעיה שמקורה בפרסום הסמוי נמשכת והולכת בכל פעם שהילדים ו/או ההורים צופים ו/או יצפו בקלטות ונחשפים אגב כך לפרסום הסמוי.

20. פרסומות אלו כמובן נועדו לעודד קטינים לרכוש מצרך או לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרך או השירות.

21. ודייק בדבר: אין הפרסום הסמוי אסור כלפי ילדים בלבד, כי אם כלפי כולי עלמא, והפגיעה בהורים היא משולשת: (-) הם רוכשים מצרך שאין טיבו הפרסומי מצוין על גביו; (-) ילדיהם הקטינים המצויים באחריותם, נחשפים לתוכן פרסומי בעל כרחם (של ההורים, כמו גם של הילדים); (-) וכן - הם עצמם נחשפים לתוכן הפרסומי הסמוי, המשפיע על תודעתם - הן בנוגע למצרכים שהם רוכשים עבור ילדיהם, והן בנוגע למצרכים שהם רוכשים לשימושם הם בקשר עם ילדיהם - כגון אבקת כביסה, מוצרי מזון, חומרי יצירה, צבעי רהיטים, והדוגמאות רבות.

22. הפרת החובות החוקיות המוטלות על המשיבות עולה בבירור מראיות שצירפה המבקשת לבקשה, ובכללם בדיקה שנערכה מטעמה המדגימה **מאות מופעים של פרסומת סמויה** בקלטות ילדים.

23. וכפי שקובע פרופ' צאל בחוות דעתו -

"בקלטות בהן צפיתי קיימת תופעה נרחבת של פרסומות אשר עלולות להביא את הצופה בהם להניח שהאמור בהם אינו פרסומת"

24. בבקשה זו נראה להלן כי התובענה ממלאת אחר כל התנאים הנדרשים על פי חוק תובענות ייצוגיות, לצורך הגשתה כייצוגית וכי זו מגשימה את כל תכליות ההליך הייצוגי, המוזכרות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות: אכיפת הדין על המשיבות ומתן סעד הולם לאלה שנפגעו מפעולות ו/או מחדלי המשיבות.

25. לאור האמור לעיל והמפורט בבקשה זו להלן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הבקשה דנן ולאשר את התובענה כייצוגית.

ג. הצדדים

26. המבקשת, המועצה הישראלית לצרכנות, הינה ארגון הצרכנים הגדול ויציג בישראל אשר התאגדה כחברה ממשלתית שהוקמה במטרה להגן על ציבור הצרכנים בישראל ופועלת למטרה זו מאז שנת 1970 (שנת הווסדה) בהתאם להחלטת הממשלה.

בשל פעילותה הוכרה המועצה לצרכנות במספר חיקוקים, הוטלו עליה תפקידים סטטוריים והוכרה ע"י הגורמים המוסמכים כארגון צרכנים יציג. כך לדוגמא הוכרה המועצה כארגון צרכנים בסעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981: "ארגון צרכנים - המועצה הישראלית לצרכנות".

במספר חוקי צרכנות הוסמך ארגון צרכנים, דהיינו, המועצה לצרכנות, לפעול כארגון צרכנים ולייצג את עניינם בפני רשויות המדינה בכלל ובתני המשפט בפרט, ולהלן רשימה חלקית של החוקים הצרכניים (ואו תקנות או הכרת הגורם המוסמך מכח אותם חיקוקים) שהכירו ומכירים בסמכויות ייצוג של המועצה לצרכנות:

- (1) חוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981;
- (2) חוק החוזים האחידים, התשמ"ג - 1982;
- (3) חוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד - 1984 (לעניין תביעות קטנות);
- (4) חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988;
- (5) חוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז - 1997;

27. עם חקיקת **חוק המועצה הישראלית לצרכנות**, התשס"ח - 2008, באמצעות תיקון סעיף 4(א)(3) **לחוק תובענות ייצוגיות**, התשס"ו - 2006 הוסמכה המועצה לצרכנות לשמש כתובעת ייצוגית לכל דבר ועניין ו"תהיה רשאית להגיש בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית, אף אם אין קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)".

28. המחוקק רואה, איפוא, במועצה לצרכנות גוף מרכזי שאחת מסמכויותיו הסטטוטוריות החשובות היא הסמכות לשמש כתובע ייצוגי.

29. המשיבות 1א, 1ב, 1ג, 1ד (ביחד ו/או לחוד: "הד ארצי" או "המשיבה 1") ו-2 הן מפיקות ו/או מפיצות ו/או בעלות זכויות של תקליטורים וקלטות, בין ישירות ובאמצעות חברות קשורות (בנות או אחיות), ובהם קלטות ילדים בהן עוסקת בקשה זו. המשיבות כולן עונות על הגדרת "עוסק" שבחוק הגנת הצרכן, והחובות המוטלות בחוק זה על עוסק, ובכללן איסור ההטעה בפרסומת כאמור בו, חלות עליהן.

30. המשיבות 3א, 3ב (ביחד ו/או לחוד: "אסס" או "המשיבה 3") ו-4א, 4ב, 4ג, 4ד (ביחד ו/או לחוד: "שטראוס" או "המשיבה 4") הן חברות העוסקות ביצור, מכירה והפצה של מוצרים, ובהם מוצרי צריכה שדרך כלל קונים הורים עבור ילדיהם, ו"הילדים הגדולים" קונים עבור עצמם. משיבה 3 מייצרת בין השאר חטיפים לילדים; משיבה 4 (שמפעילה, בין השאר את המותג "שטראוס" ואת המותג "עלית"), מייצרת, בין השאר, מעדני חלב, גלידות ושוקולד.

מוצריהן של המשיבות 3 ו-4, בעיקר אלה הנצרכים על-ידי ילדים, מפורסמות בקלטות באופן סמוי. ברי כי הדבר נעשה בהזמנת המשיבות 3 ו-4, ועל כן עונות הן על הגדרת סעיף 7(א)(1) שבחוק הכולל את **"מי שמטעמו נעשתה הפרסומת.."**

31. תובענה זו מוגשת כנגד משיבות 1 ו-2 כאחראיות לתוכן שבקלטות, וכנגד המשיבות 3 ו-4 האחראיות לרכישת הפרסום הסמוי ולהפצתו. הוראות החוק בעניין אחריותן של כל המשיבות ברורות: האחראיות מוטלת על כל עוסק, לרבות יצרן, שבמהלך עסקו היה מעורב בפעולות ו/או מחדלים המקימים את העילות נשוא התובענה, ולרבות מי שמטעמו נעשתה הפרסומת (סעיף 7(א)(1)), האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו (סעיף

7(א1); המפיץ (סעיף 7(א2)) ומי שהחליט בפועל על הפרסום.

יודגש כי משיבות 1 ו-2 פרסמו ו/או מפרסמות תכנים נוספים מעבר לאלה של משיבות 3 ו-4, ואלו האחרונות פרסמו ו/או מפרסמות גם באמצעות צדדים שלישיים ולא רק באמצעות משיבות 1 ו-2. לפיכך, הבקשה דנא מכוונת כלפי המשיבות 1 ו-2 בנוגע לכלל הפרסומות הסמויות שבקלטותיהן (ואינה מוגבלת לפרסומת למוצרי המשיבות 3 ו-4), וכלפי משיבות 3 ו-4, גם בנוגע לקלטות שאינן בחסות המשיבות 1 ו-2.

ד. הפרסום הסמוי: מבוגרים וילדים

32. האמור להלן בסעיף זה מבוסס, בין השאר, על חוות דעתו של פרופ' צאל, פרופסור מן המניין בחוג לפסיכולוגיה באוניברסיטת תל-אביב, וכן על סקירה מיוחדת אשר נעשתה עבור הוועדה שמינתה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בעניין הסדרת שידורי תוכן שיווקי ו/או פרסומת סמויה. הוועדה, בראשות פרופ' אסא כשר, הגישה דו"ח מפורט ביום 31 בדצמבר 2006 ("דו"ח כשר"). נספח 2 לדו"ח כשר, אשר התבסס על הופעת מומחים בפני הוועדה, מתאר בקצרה את התפתחות התחום, ואת השלכותיו.

• העתק דו"ח כשר - רצ"ב כנספח 4

33. בידי קהל היעד של המפרסמים כלים "להתמודד" עם פרסומות כל זמן שהן גלויות: **בין באופן פיזי** – הם "מזפזפים" עם השלט, או מריצים קדימה את הקלטת או התקליטור, ובין **באופן תודעתי**: בIODעם כי מדובר בפרסומת, מידת האמון שהם נותנים בה מוחלשת, והם מפעילים לגביה כלי בקרה שונים.

34. מסביר פרופ' צאל בחוות דעתו –

"הספרות המחקרית מעלה מספר יתרונות שיש לתוכן שיווקי על פרסום ישיר, בגינן עושים המשווקים שימוש רחב בשיטת פרסום זו:

א. שיטה העוקפת את פוטנציאל ה"זפזופ". בחשיפה לפרסומת ישירה הצופה יכול למעשה לוותר על הצפייה בפרסומת בכמה דרכים טכניות, להחליט לעזוב את הצפייה בזמן הנתון, או לזפזפ עם השלט באופן טכני לערוץ אחר, או להניע את הקלטת ולזפזפ את הפרסומת. היכולת לוותר על הצפייה של תוכן מסחרי בשיטות טכניות אלו, אינה קיימת.

ב. בעת שידור פרסומת ישירה, לצופה יש כלים פסיכולוגיים של הגנה מפני התוכן, על ידי צפייה מבוקרת וסינון, וכמו כן העלאת טיעוני נגד, שהיא פעילות אוטומטית בעיבוד מידע שכנועי. בהצבות מוצרים/מוותגים, לעומת זאת לא תמיד מזהה הצופה את כוונת הפרסום ולפיכך הוא אינו יכול להפעיל את אותם מנגנונים פסיכולוגיים של בקרה, כמו גם, בתוכן שיווקי הצופים נוטים פחות לראות בהצבה משהו שבטבעה נועדת לשכנוע ולפיכך הם נוטים יותר לקבל אותה בלי להגיב אליה באופן

קריטי (critically) ומבוקר".

35. הפרסום הסמוי נועד "לעקוף" את כלי הבקרה שבידי הצופה: בעוד שבפרסומת גלויה – יודע הצופה כי הוא צופה בפרסומת למוצר; הרי שבפרסום סמוי – נחשף הצופה למוצר, לסימן המסחרי, ולסימנים קוליים וחזותיים אחרים הגורמים לו להזדהות עם המוצר, מבלי שהוא מודע לכך כי מדובר בפרסומת. החשיפה אף משולבת במהלך העניינים של התוכנית או הסרט, ולא ניתן "לדלג" עליהם – לא באופן פיזי, אף לא באופן תודעתי – כפי שמרחיב ומסביר עוד. פרופ' צאל בחוות דעתו המצורפת לכתב בקשה זה.

36. יוטעם בעניין זה, כי בחוות הדעת שהגישו המשיבות במסגרת ההליך הראשון נעשה זיהוי שגוי ומטעה בין "פרסום סמוי" ל"פרסום תת-סיפוי", כלומר פרסום שמסיבות שונות לא מגיע כלל לתודעה (מפני שהוא קצר מאוד, או מסיבות פסיקאליות – נויורולוגיות אחרות). יוטעם כי אין המבקשת - ולמיטב ידיעתה גם אין המבקשים בהליך הראשון – טוענים כלל ל"פרסום סמוי תת סיפוי" כי אם לפרסום שהוא סמוי מפני שתשומת הלב של הצופה אינה מפונית אליו באופן מלא. זהו הפרסום הסמוי האפקטיבי באמת, וכנגדו יוצאת המבקשת –

"הסוג השני של תפיסה בלתי מודעת הנו הסוג האפקטיבי מבחינה שיווקית. סוג זה מתווכ על ידי תהליכים שבאופן כללי נקראים Top-down processes שבאופן ספציפי לעניינינו נקראים limited processes. תפיסה בלתי מודעת מסוג זה איננה נובעת מאילוץ פסיקאלי כלשהו המופעל על הגירוי, אלא מהעובדה שתשומת הלב (קשב- attention) לא מופנית למותג המפורסם.

"לתפיסה בלתי מודעת שנובעת מהעדר קשב, יכולות להיות השפעות שיווקיות קיצוניות. הסיבה נעוצה בדינאמיקה של תהליך השכנוע. כאשר הצופה נחשף למסר שכנועי, למשל פרסומת, הרי שצורות העיבוד מתאפיינות בהעלאה אוטומטית של טיעוני נגד (counter arguments) שמטרתם לבדוק באופן ביקורתי את אמינות המקור ואמינות המסר. לעומת זאת, כאשר המסר נתפס באופן בלתי מודע כתוצאה מהעדר קשב, הרי שהוא חודר למערכת עיבוד האינפורמציה ומגיע לרמות עמוקות ביותר של מערכת הייצוג ללא תהליכי סינון ובקרה שבדרך כלל זמינים לעיבוד מסר פרסומי".

המסרים הפרסומיים אליהם מתייחסים התובעים בתביעתם, שייכים על פי המחקר האקדמי למסרים מסוג "תוכן שיווקי" בטכניקת פרסום של "הצבת מוצר" (product placement) או "הצבת מותג" (Image / Brand placement). בהצבת מוצר/מותג, המסרים המסחריים משתלבים עם המסרים של התוכנית או הסרט, ללא הבחנה ברורה, לא בזמן ולא במרחב, בין התוכנית/הסרט לבין התוכן השיווקי.

...

זאת הסיבה, שלמרות שהצבת תוכן נחשבת לפחות אגרסיבית מבחינת תהליך השכנוע, היא נחשבת כבעלת יתרון עבור המשווק בהשוואה לפרסומות רגילות, מבחינה זו שהיא אינה חסרה למעשה את תהליך השכנוע, אלא מחביאה אותו בתוכה, כך שאפילו הצופה לא ירגיש בו או יהא מודע לקיומו, מה שיצמצם את יכולת הצופה להגיב באופן מבוקר למסר, ומה שיפגע בזכותו של הצופה להפעיל תהליך של שינוי משמעות" [מתוך חוות דעת פרופ' צאל].

37. ואכן, נוכח יתרונותיו, הפרסום הסמוי, המכונה לעתים גם "תוכן שיווקי", הולך ותופס מקום חשוב, והיקף הולך וגדל, בעולם הפרסום.

38. הטכניקות לפרסום סמוי מרובות, כגון:

- **הצבת מוצרים (Product Placement)** – הכוללת הצגה של מוצר מסחרי באתר התוכנית. החשיפה עשויה להיות אקטיבית, על ידי שימוש במוצר במהלך תוכנית, או פסיבית על ידי חשיפת המוצר ברקע המתרחש בתוכנית.

- **הטמעת מותגים (Product Integration)** – הכוללת שילוב המוצר או המותג המסחרי כחלק מקו העלילה של התוכנית.

- **מיתוג מוצרים (Branding)** – הכולל יצירת זהות בין ערכי המותג לתכנים של התוכנית, ולדוגמא, על ידי שימוש במאפיינים דומיננטיים של המוצר (צבע או צורה של סימן מסחרי) כחלק מתפאורת תוכנית, או כאשר השימוש במוצר והמיקום שלו במהלך התוכנית מתאימים לערכים שהמוצר מחובר אליהם.

אלו הן רק דוגמאות של שיתופי פעולה מסחריים בתוכן. מדובר בתחום דינמי המניב צורות שיווק מגוונות חדשות לבקרים.

39. והיתרונות עבור המפרסם ברורים: אם הצופה מסוגל להתמודד עם הפרסום הגלוי, בין באמצעים פסיכולוגיים (ביקורתיות כלפי המסר השכנועי), בין באמצעים טכנולוגיים (השלט) ובין באמצעים אחרים (הפסקת הצפייה לפרק זמן מוגבל), הרי שכלים אלו אינם עומדים לרשותו ככל שמדובר בפרסום הסמוי.

40. באופן דומה קבע יו"ר המועצה לשידורי כבלים במסגרת דיוני ועדת הכלכלה של הכנסת:

"הנקודה השניה, והלא פחות חשובה, היא ההגנה על הצרכן. אם הפרסום גלוי אז אין בעיה. אם הוא סמוי, הרי שהצרכן לא יודע שמוכרים לו משהו והוא לא מפעיל את מנגנוני ההגנה".

• העתק פרוטוקול ישיבת ועדת הכלכלה מיום 13.6.06 - רצ"ב כנסת 5

41. כפי שיוצג וביתר פירוט להלן, הן המחוקק והן בית המשפט נתנו דעתם לכל אלה, והדין קובע איסור ברור וחד משמעי לגבי פרסום סמוי. **בעניינם של ילדים** נדרשות הגנות מרחיבות אף יותר, כאמור להלן.

42. עולם התקשורת, וכן המחוקק והרגולטורים בתחום, מכירים בכך כי תפיסת העולם של ילדים נוטה להיות תמימה, וכי אבחנתם בין פרסומת למציאות אינה תמיד ברורה, והם נוטים להאמין למצג ולאמירה הפרסומית. ילדים הם בעלי ניסיון חיים מועט יחסית ויכולות שיפוט ובקרה הנמצאות בראשית דרכם. לילדים גם נכונות טבעית ליצור נאמנות לחפצים או למוצרים. כאמור בדברי ההסבר אשר **בהצעת תיקון תשמ"ו-1986, לסעיף 5 לחוק הגנת הצרכן**:

"פרסומת בלתי מבוקרת המיועדת לקטינים, שמטרתה העיקרית קידום מכירת מצרך או מתן שירות, עלולה לגרום להם נזק, מה גם שאין קטינים מבחינים בדרך כלל בין מידע ובין פרסומת"

• העתק הצעת תיקון תשמ"ו-1986 לחוק הגנת הצרכן - **רצ"ב כנספח 6**

43. מכאן, כי ילדים עשויים להיפגע כתוצאה מצפייה בתשדירי פרסומת יותר ממבוגרים. כיוון שכך, יש להגן עליהם באופן מיוחד מפני מניפולציות. יש לקחת בחשבון את הפגיעות, הרגישות והיכולות של הילד להבין את הפרסומת ולקשר בינה לבין המסר והמוצר.

44. בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר גם את תקנות הגנת הצרכן אשר אוסרות על פרסום או שיווק המכוונות לקטינים שיש בהם משום עידוד קטינים לרכוש מצרך או לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרך או השירות.

45. בית המשפט העליון התייחס **מפורשות** לאופן בו משפיעה הפרסומת הסמויה על ילדים וקבע בבג"ץ 1858/96 **אסם השקעות בע"מ נ' רשות השידור ואח'** תק-על 99 (3), 1836, 1839 ("פרשת אסם")

"הילדים הצופים לומדים לקשר בין הדמות "שוש" מן הטלוויזיה ובין המותג "שוש" שעל גב החטיף. הדמות "שוש" מתחבבת על הילדים במהלך הצפייה החווייתית בתכנית הטלוויזיה והופכת להיות מוכרת ומושכת. לכך השפעה מהותית על העדפת הילד כצרכן לצרוך את החטיף "שוש" " [ההדגשות, אא"כ צוין אחרת, אינן במקור, הח"מ]

46. ומסביר ענין זה של שילוב דמויות החביבות על ילדים, פרופ' צאל –

"ההשפעה של הסלבריטיז במצב של הצבת מוצר/תוכן, נחשבת לגבוהה יותר מההשפעה שלהם בפרסומת רגילה, משום שבתוכנית או בסרט הם משתמשים במוצרים ובמותגים באופן טבעי ומהימן יותר מפרסומת, ולפיכך האסוציאציה החיובית שיכולה להיווצר ביניהם ובין המותג/מוצר דומה להמלצה"

"תוכן שיווקי הוא בעל פוטנציאל השפעה גבוה על העדפות ובחירות של ילדים".

48. בעניינם של ילדים, יש להדגיש שני פנים, עליהם עמדנו בקצרה לעיל: **האחד** הוא החשיפה של הילדים עצמם לתכנים השונים, הצורך להגן עליהם באופן מיוחד בשל פגיעותם, והצורך להתאים את חשיפתם בשל כך. **השני**, חשוב לא פחות, הוא זכותם של ההורים להיות מודעים בעצמם לתכנים ולחשיפה שאליה נחשפים ילדיהם, והפגיעה בזכויותיהם כהורים בהיבט זה. כפי שנראה להלן בסקירת הסביבה החוקית, קיימת התייחסות מפורשת לשני היבטים אלה באופן מובחן.

49. ועוד עניין, חשוב לא פחות, הנוגע למגפה של שנות האלפיים – תופעת השמנת היתר.

א. בהתאם למידע שפורסם על ידי מכון המחקר של הכנסת ביום 19.1.05, מחקרים מצביעים על קשר ברור בין פרסום מזון לא בריא לבין התרחבות התופעה של השמנת יתר. הוכח כי פרסום מוצרי מזון משפיע על העדפות ילדים בתחום המזון ועל התנהגותם הצרכנית של ילדים בכלל וכי קיים קשר מובהק גם בין חשיפת ילדים לפרסומות בטלוויזיה ובין צריכת חטיפים וכמות הקלוריות והמרכיבים התזונתיים הנצרכים.

בהתאם למחקר משלים שפורסם על ידי מכון המחקר של הכנסת ביום 12.7.04, תופעת השמנת היתר עלולה לגרום גם לנזקים גופניים (מחלות לב וכלי דם, סיבוכי נשימה, סיבוכי עיכול, נזקים לכבד, נזקים בשלד, הפרעות בגדילה, סוכרת, פגיעה במערכת החיסון ופגיעה במערכת ההורמונאלית) וגם לנזקים חברתיים ונפשיים (הערכה עצמית נמוכה; בידוד חברתי; הפרעות קשב וריכוז; בעיות התנהגות ולמידה; דיכאון הקשור לבידוד חברתי והערכה עצמית נמוכה).

- העתק מדו"ח שהפיק מכון המחקר של הכנסת מיום 19.01.2005 - **רצ"ב כנסת 7**
- העתק מדו"ח שהפיק מכון המחקר של הכנסת מיום 12.07.2004 - **רצ"ב כנסת 8**

ב. גם מסקר שערכה חברת גיאוקרטוגרפיה, אשר נערך עבור המבקשת, בנושא השפעת הפרסום בטלוויזיה על צריכת חטיפים בקרב ילדים ובני נוער, עולה מפורשות כי לצפייה בפרסומות בטלוויזיה השפעה רבה על צריכת חטיפים מסוגים שונים, לרבות קשר ישיר בין זמן הצפייה לשיעור הצריכה. מן הסקר עולה, כי מעל למחצית מציבור הילדים והנוער, מסכימים כי החשיפה לפרסומות של חטיפים או שוקולד "עושה להם חשק לטעום אותם", וכי מעל לשליש מן הנבדקים ציינו כי הם נוהגים לבקש מהוריהם שייקנו להם חטיפים או שוקולד, אשר נצפו על ידם בפרסומות. כן עולה מן הסקר, כי צפייה בפרסומות לחטיפים או שוקולד, מגבירה את צריכתו.

יודגש, כי הסקר אינו מתייחס לפרסומות סמויות, כגון אלו המופיעות בקלטות, אלא לפרסום גלוי בטלוויזיה, המותר על פי דין, תוך שהצופה מודע לעובדה כי הוא חשוף לפרסום. יודגש גם, כי הסקר מתייחס לגילאים גבוהים בהרבה מגילאי הילדים, המהווים

את קהל היעד של הקלטות. כפי שפורט לעיל וכמפורט להלן, הפרסום בקלטות אפקטיבי בהרבה מן הפרסום בטלוויזיה, וסביר להניח, כי ממצאי הסקר היו חמורים בהרבה, לו היה מתייחס לפרסום נשוא התובענה דנן.

● העתק סקר גיאוקרטוגרפיה - רצ"ב כנספח 9

ג. בענייננו - מאחר וכפי שפורט בדו"ח הבדיקה הרצ"ב, כמות רבה של פרסומות סמויות בקלטות ילדים הינן של מוצרים מחוללי השמנת יתר (ובין היתר, חטיפים, משקאות ממותקים, סוכריות ומוצרי שוקולד) הרי שהנזק הגלום שבפרסומם הסמוי הינו גם נוכח אופיו הסמוי של הפרסום וגם נוכח השפעת המסר על הרגלי התזונה הלקויים של הילדים ו/או הוריהם.

50. לענף קלטות הילדים מאפיינים יחודיים הרלבנטיים לבקשה זו:

א. ראשית, **כמות הצפיה בכל קלטת**: שלא כמו בתוכנית ילדים חולפת, ושלא כמו בסרט עלילתי למבוגרים - הילדים, כמו גם הוריהם, צופים בכל קלטת פעמים רבות מאוד, והחשיפה למסר הפירסומי שבהן גדולה במיוחד.

ב. שנית, **מידת החשיפה לכל מסר פרסומי יחיד**: נוכח הרגלי הצפיה האמורים, כל מסר פרסומי מועבר פעם אחר פעם, עשרות ומאות פעמים והשפעתו גדולה מאוד.

ואמנם, בהקשר לקלטות נשוא ההליך, קובע פרופ' צאל, כי

"ככל שקיימת חזרתיות בצפייה בהן הרי שגדלה השפעת ה"תוכן השיווקי" או פרסומות האגב הכלולות בהן".

ג. שלישית, **מיקוד אוכלוסיית היעד**: אין ספק, כי המסרים הפירסומיים שבקלטות מיועדים לשני קהלי יעד: ההורים וילדיהם. פרסומות סמויה בקלטות אלה היא הדבר היעיל ביותר העולה על הדעת - צופה בו אך ורק קהל היעד המתאים. אין צורך בפילוח השוק, אין צורך בניחושים לגבי קהל הצופים של התוכנית.

ומסביר פרופ' צאל -

"השיטה מאפשרת לפנות לפלח השוק הרלוונטי באופן יותר ממוקד. פרסומות פונה באופן כללי יותר. תוכן שיווקי הרלוונטי לפלח שוק ספציפי, יוצב בתוכניות שפונה גם היא לפלח השוק הספציפי הזה, או לפלח הצפוי לצפות בתוכנית וכן שהשיטה בעלת חיים ארוכים יותר. הדבר נכון במיוחד עם רכישת הקלטות של התוכנית/סרט שהצופה בחר".

ד. רביעית, **כמות הדיסקים הקיימת בשוק**: ניתן להניח כי בכל בית שיש בו קלטות ילדים, ישנן קלטות רבות, ותפוצתה של כל קלטת גדולה **לשם הדוגמא - בבית המבקשים בהליך הראשון ישנן, כעולה מבקשתם לאישור תובענה ייצוגית, לא פחות מ-40 קלטות**

ילדים.

ביום 29.10.06 נתפרסם באתר האינטרנט "אייס ניוז" מידע הנחזה להיות שיווקי מטעם האמנים משה ואורנה דץ, לפיו קלטת "טיף וטף" שבהפקתם (על-ידי המשיבה 1) נמכרה עד לאותו מועד ב-600,000 עותקים, וכי קלטת אחת לפחות מסוג זה מצויה 85% מבתי האב בישראל.

- העתק כתבה מאתר "אייס ניוז" - רצ"ב כנספח 10
גם במעריב, בכתבה מיום 27.5.07, פורסם שהקלטת "הכבשה שושנה" שהופקה על ידי המשיבה 1, נמכרה בכ – 20,500 עותקים במהלך השבועיים הראשונים להשקתה !
- העתק כתבה מן העיתון מעריב - רצ"ב כנספח 11
גם על גבי המארז של סדרת הקלטות "טיף וטף", שהופקו כאמור על ידי המשיבה 1, מופיע מפורשות כי "הסדרה מכרה למעלה מ – 600,000 עותקים".
- העתק צילום מאריזת הסדרה - רצ"ב כנספח 12
לפי המידע המופיע באתר האינטרנט של משיבה 2, היא מפיקה ומפיצה מאות אלפי עותקים של קלטות ילדים בכל שנה.
- העתק הדף הרלבנטי מאתר האינטרנט של המשיבה 2 - רצ"ב כנספח 13
ה. חמישית, **היעדר רגולטור**. בעוד שבזירות אחרות בהן משולבים תכנים פרסומיים קיימים רגולטורים ספציפיים, כגון המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין או הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו או רשות השידור (וזאת מבלי להתייחס למידת השפעתם של רגולטורים אלו באכיפת הוראות החוק), הרי שבכל הנוגע לשוק הדיסקים לילדים **אין מי אשר עוסק בתחום באופן ספציפי וישיר**, ואין מי אשר קובע לגביו כללים ייחודיים.
- ו. נמצאת למד, כי זוהי ההשקעה הפרסומית הטובה ביותר: תפוצה גדולה, חזרתיות רבה, ו-100% של קהל יעד רלבנטי. כל חשיפה מעין זו בטלוויזיה המסחרית היתה עולה ממון רב. וכל זאת למעשה, ללא כל פיקוח.
- ז. **ובכדי לסבר את האוזן נדגים**: ניקח לדוגמא את החטיף "במבה" (המיוצר על ידי המשיבה 3) אשר "זוכה" לכ - 10 מופעים פרסומיים סמויים בסדרה "טיף וטף" (שהופקה על ידי המשיבה 1): אם נכפיל את כמות הפרסומים הסמויים בקלטת אחת (אשר עומדת בממוצע על כעשרה פרסומים - בהתאם לדו"ח אשר הוכן לצרכי הליך זה, כמפורט להלן), במספר הקלטות המצויות ככל הנראה אצל חברי הקבוצה (600,000 קלטות, כפי שפורט לעיל) נגיע לשישה מליון פרסומים סמויים (6,000,000). אם נעריך באופן שמרני ומצומצם, כי כל אחד מחברי הקבוצה צפה בכל קלטת כ- 10 פעמים, הרי שמדובר בחשיפה לכשישים מליון (60,000,000) מופעי פרסום סמויים, המתייחסים למוצר אחד בלבד, בקלטת אחת.
- ז. לאור האמור לעיל והמאפיינים המיוחדים של שוק הפרסום הסמוי, קל לשער מדוע בחרו

המשיבות בענף הדיסקים לילדים כקרקע מועדפת להפרות החוק נשוא הליך זה.

ה. הסביבה החוקית

51. חוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981 ("החוק") קובע:

2(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 עניין מהותי בעסקה (להלן: - הטעיה)...

7(א) היתה הטעיה בפרסומת, יראו כמפרים את הוראות סעיף 2 –

את מי שמטעמו נעשתה הפרסומת ואת האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו;

אם היתה הפרסומת מטעה על פניה או שהם ידעו שהיא מטעה – אף את המפיץ או מי שהחליט בפועל על הפרסום.

...

ג) (1) פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תוכנה אינו מטעה...

ד) חזקה שפרסומת נעשתה בידי מי שמצוין בה כמציע הנכס או השירות, אלא אם כן צוין אחרת בפרסומת עצמה.

52. הנה כי כן, קבע המחוקק באופן ברור את כל המרכיבים הרלבנטיים לעילתה של בקשה זו:

א. פרסום סמוי, היינו פרסום שהאדם הסביר שחשף אליו אינו יודע כי מדובר בפרסומת, מהווה פרסומת מטעה, האסורה על פי חוק.

ב. בהקשר זה יוטעם, כי האדם הסביר לו מכוון המחוקק יכול ויהיו ההורים, ויכול ויהיו הילדים אליהם מכוונות הפרסומות. "סבירותו" של בוגר ו"סבירותו" של ילד שונות הן.

ג. בכל הנוגע לפרסומות – זהותו של המטעה רחבה ביותר: (-) הן מסוגן של משיבות 1 ו-2 אשר עונות הן על הגדרת "עוסק" שבסעיף 1 של החוק, והן על הגדרת המפיץ שבסעיף 7(א)2(2) שלו; (-) הן מסוגן של משיבות 3 ו-4, אשר הן "מי שמטעמו נעשתה הפרסומת" כאמור בסעיף 7(א)1 של החוק, הנתמכת, בין היתר, בחזקה שבסעיף 7(ד) כי "חזקה שפרסומות נעשה בידי מי שמצויין בה כמציע הנכס...".

53. יוטעם בהקשר זה כי המחוקק לא הגביל את הוראותיו לשידורי טלוויזיה: מדובר בפרסום באשר הוא, בכל מדיה: בין מודפסת, בין משודרת; בין באמצעי תקשורת ציבוריים ובין

באמצעי שידור אחרים.

54. המחוקק אף הגדיר את כל סוגי הפרסום הסמוי, ובענייננו – בתובענה זו – יכלול מושג זה (בין היתר) גם "פרסומת מוסווית" שהיא פרסומת המשולבת במישדר בקול או בתמונה או בכל דרך אחרת, הנחזית להיות חלק ממנו באופן שצופה סביר עלול שלא לזהות כי יש בה פרסום למוצר או שירות, או שיש בה כדי לקדם, לרבות שילוב שם מותג, או סמל של מוצר, שירות, עסק או כל ענין מסחרי אחר, גם "פרסומת בלתי מודעת" שהיא פרסומת המשודרת באופן שבו מועבר מסר פרסומי לצופים, בלא שהם מודעים לכך באופן מלא, לרבות בתמונות חטופות, בהבזקים או בדרך תת-ספית ספית (ככל שיתברר כי קיים שימוש בטכניקה זו ע"י מי מהמשיבות) וגם "פרסומת אגב" שהיא פרסומת המופיעה לכאורה כבדרך אגב, בקול, בתמונה ובכל דרך אחרת, לרבות אזכור או מופע שמו של אדם, מוצר, שירות או עסק או שם המסחרי;

55. מחוקק המשנה, תיקן את תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א – 1991 (להלן: "התקנות"). וכה נאמר בתקנות, בנושאים העולים בבקשה זו:

א. בסעיף 1 לתקנות, קבע מחוקק המשנה מהם "דרכי שיווק" -

"פניה של עוסק, באופן ישיר, עקיף, גלוי או סמוי, לרבות באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, ... וגו'.

מכאן שחיקוק זה חל על כל מדיה רלבנטית, ואין ספק שעל קלטות הילדים נשוא תובענה זו בכלל.

ב. בתקנה 2 (1) לתקנות, קבע מחוקק המשנה כי "פרסומת ודרכי שיווק יהיו מותאמים לרמת הידע, ההבנה והבגרות של קהל היעד שלהם.."

ג. בתקנה (3) לתקנות, אסר המחוקק לעשות פרסומת או שהליך שיווק שיש בהם -

"ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר ניסיונם".

ועוד אסר לעשות דבר שיש בו-

משום עידוד קטינים "לרכוש מצרך" או "לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרך או השירות..."

56. בהקשר זה יש להוסיף, כאמור לעיל, כי לאור ההתפתחות שנסקרה לעיל בעולם הפרסום והתוכן השיווקי, הזמינה הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו דו"ח בנושא "תוכן שיווקי – שיתופי פעולה מסחריים בשידורי טלוויזיה", מוועדה בראשות פרופ' אסא כשר (המצ"ב כנספח א' לבקשה זו).

א. לגבי דו"ח זה יוטעמו שלושה: **האחד**, כי זהו דו"ח מרחיב וליברלי, שמטרתו לאפשר דווקא חשיפה לתוכן שיווקי בתשדירים מסויימים. ככזה הוא זכה להתנגדות מבית בדמות שתי חוות דעת מיעוט, ומחוץ. **השניה** – כי קיימת מחלוקת לגבי התאמת המלצותיו למצב החוקי הקיים, אשר כמתואר לעיל הוא ברור וחד משמעי. **השלישי** – כי בכל מקרה אין הוא נוגע באופן ישיר לקלטות הילדים שלגביהן חל המצב החוקי הקיים, ללא כל ספק.

ב. אלא – וזה החשוב לענייננו – אפילו דו"ח מרחיב וליברלי זה - אשר כאמור קמו לו מתנגדים לא מעטים - יוצא באופן חד משמעי כנגד המצב המתואר בחלקה העובדתי של בקשה זו, בנוגע לתוכניות המיועדות לילדים.

ג. סעיף 7 של הדו"ח קובע:

"בתוכנית מקטגוריה א' אסור לכלול תוכן שיווקי"

סעיף 13 של הדו"ח קובע:

"על-פי התפיסה הבסיסית, תוכנית ילדים (בהתאם לסעיף ההגדרות להלן) חייבות להיות תוכניות מקטגוריה א' "

ואילו סעיף ההגדרות קובע:

"תוכנית ילדים: תוכנית המיועדת לפי התוכן שלה ולדרכי הצגתו לילדים עד גיל 16"

ד. הנה כי כן, גם לפי דו"ח ליברלי ומרחיב זה, לו היו קלטות הילדים משודרות בטלוויזיה, היה חל איסור גמור ומוחלט על הצגת תוכן שיווקי במהלך שידוריהן.

57. ועוד עניין חשוב יש ללמוד מדו"ח זה:

א. הדו"ח מונה את הערכים הרלבנטיים, בין שהם משלימים ובין שהם מנוגדים זה לזה, בכל הנוגע לשידור תוכן שיווקי.

ב. לגבי תוכניות בקטגוריה א', אשר תוכניות ילדים נמנות עמהן (ביחד עם תוכניות אקטואליה ותעודה), קובע הדו"ח כי חל איסור גורף של שידור תוכן שיווקי, וזאת מכיוון שהערכים הדומיננטיים הרלבנטיים לגבי תוכניות אלה הם, בין השאר:

..."

(3) חובת הגנה על ילדים

(4) רצון הפרט לגדל את ילדיו על פי טעמו...

ג. דוק: מדובר בערכים נפרדים, (-) הגנה על ילדים, (-- ורצון ההורים. אין הם ערכים מתנגשים, חלילה, אולם הם נפרדים, וכל אחד מהם נפגע באופן עצמאי משידור תוכן שיווקי ו/או פרסומת סמויה בקלטות הילדים.

ד. בעניינו נזכיר כי בהורים קיימות פגיעות נוספות על אלה: האחת – הפגיעה הנובעת מחשיפתם של ההורים עצמם לקלטת; השניה – הפגיעה הנגרמת להורים בקנותם קלטת שאין הם יודעים כי תוכנה כולל מסרים פרסומיים סמויים; והשלישית- הצורך שלהם להיענות לבקשות ילדיהם כתוצאה מחשיפתם של ילדיהם לתכנים הפרסומיים על רקע זה, יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן דעתו לעובדות שבבסיס הבקשה, המובאות להלן:

ו. העובדות שבבסיס הבקשה

58. קלטות ילדים המופקות על ידי המשיבות 1-2 מכילות פרסומות סמויות של מוצרים המיוצרים על ידי המשיבות 3-4. פרסומות סמויות אלה מכונות על ידי המשיבות "תוכן שיווקי".

59. בהליך הראשון המשיבות הודו בשילוב הפרסומות, המכונות על ידן – תוכן שיווקי, בקלטות הילדים.

60. כך לדוגמה המשיבה 1 מודה (סעיף 89) כי -

"הד ארצי, פעלה כל העת בתום לב בשיבוץ הפרסומות נשוא ההליך, והסכומים אותם קיבלה הד ארצי כתוצאה משיבוץ הפרסומות, הינם סכומים אשר היוו חלק מתקציב ההפקה, של כל תקליטור ותקליטור"

61. המשיבה 2 מודה (סעיף 11) כי –

"התקציב אשר שולם למשיבה 2 בתמורה לשילוב המוצרים המסחריים בכותריה, היווה חלק מתקציב ההפקה של הכותרים, והמשיבה 2 לא קיבלה כל תמורה נוספת בגין שילוב המוצרים בכותריה, לאחר מכירת התקליטורים"

62. המשיבה 3 מודה (סעיף 5) כי -

"...אין גם כל פסול בשילוב הפרסומות למוצרי אוסם בקלטות הילדים באופן שנעשה"

וכן (סעיף 7) -

"...הפרסומות קא עסקינן הינן פרסומות אגב, (Product Placement) בעגה המקצועית...פרסומת אגב מותרת בסרטי קולנוע ובקלטות לצפייה ביתית...."

”יאמר מייד ובמלוא הבהירות הנדרשת: אין בקלטות הילדים כל פרסום סמוי. יש בו פרסום, המכונה בעגה המקצועית תוכן שיווקי (“Embrdded Marketing”).”

63. דוק: התובענה דנא הינה ביחס לתופעה של פרסומות סמויות בקלטות ילדים כפי שמודגמת בדוח הבדיקה ובנספחי תובענה זו, אשר ביחס אליהם קבע פרופ' צאל כי –

”בקלטות בהן צפיתי קיימת תופעה נרחבת של פרסומות אשר עלולות להביא את הצופה בהם להניח שהאמור בהם אינו פרסומת”

וכן –

”ואכן, בקלטות בהם צפיתי, הצבת המוצרים, הצגתם והשימוש בהם, נעשו באופן משולב בעלילה, בלתי צורם בעליל, ולכן בעל מאפיינים גבוהים של פרסום סמוי, בלתי מודע, ביחוד בהקשרם של ילדים”

64. מפאת חשיבותם, נחזור על עיקרי הדברים :

65. הנזק הממוני שנגרם לחברי הקבוצה, ובכללם לתובע בהליך הראשון כמפורט שם, הוא עודף ההוצאה אשר הוציא כתוצאה מפעולות ו/או מחדלי המשיבות, נשוא הבקשה דנן, אשר היה נמנע אילו היו המשיבות פועלות כדין ונמנעות מביצוע פרסום סמוי בקלטות ו/או מעלות חלק מקלטות הילדים שהיה נמנע מלרכשן לו היה מחזיק במידע הרלוונטי.

66. הנזק הלא ממוני אשר נגרם לחברי הקבוצה, ובכללם לתובעים בהליך הראשון כמפורט שם, הוא הפגיעה באוטונומיה של רצונו החופשי ו/או עגמת הנפש אשר נגרמה להם, כמי שנחשפו לפרסום הסמוי (אגב צפייה בקלטות עם ילדיהם), וכמי שנשללה מהם היכולת לסנן תכנים שאינם לרוחם, בהם צופים ילדיהם, ובין היתר תכנים העלולים להשפיע על יצירת הרגלי תזונה לקויים, וכן הפגיעה אשר נגרמה לחברי הקבוצה, ובכללם אבשלום שרון, כאפוטרופוס לילדיהם, נוכח הפגיעה באוטונומיה שלהם ו/או בעגמת הנפש אשר נגרמה להם כתוצאה מפעולות ו/או מחדלי המשיבות נשוא התובענה.

67. הנזק הלא ממוני אשר נגרם לחברי הקבוצה, ובכללם התובעים בהליך הראשון כמפורט שם, הינו נוכח הפגיעה באוטונומיה של הרצון ו/או עגמת הנפש, אשר נגרמה להם כתוצאה מפעולות ו/או מחדלי המשיבות ושפורטו בתובענה.

68. חברי הקבוצה, עלולים להיות חשופים לפרסום סמוי גם בעתיד, אלא אם פרסום זה יוסר מן הקלטות, שכן אין בידיהם לצפות מראש היכן יהיה פרסום סמוי בכל קלטת.

• העתק תצהירו של התובע בהליך הראשון - רצ"ב כנספח 14

69. המבקשת מצרפת בזה דו"ח שהוכן עבורו בגין קלטות ילדים. הדו"ח כולל בדיקה של 31 קלטות ילדים (להלן: "דוח הבדיקה"):

(1) 17 בהפקתה של משיבה 1;

(2) 6 קלטות ילדים של משיבה 2;

(3) 8 קלטות שהופקו על ידי MCI בע"מ [חברה בפירוק]

70. בכל הקלטות הכלולות בדו"ח הבדיקה, נמצאו מסרים פרסומיים שלא במסגרת "תשדיר פרסומת" מובחן, כי אם בדרכים שונות: עתים בדרך של הצגת מוצר, עתים בדרך של שילובו המלא בעלילה, עתים באופן בוטה במיוחד תוך כדי קריאת שמו ללא כל טעם אמנותי או אחר, מלבד החשיפה הפרסומית.

- חשיפה של מוצרי המשיבה 3 נמצאו ב-11 קלטות, שהפקתן פזורה על-פני כל המפיקות המשיבות בבקשה (משיבות 1 – 2).

- חשיפת מוצרי המשיבה 4 נמצאו ב-12 קלטות, של כל המפיקות המשיבות.

71. כמובן, ולמען הסר ספק, דו"ח הבדיקה הרצ"ב רק מדגים תופעה פסולה של פרסום סמוי בקלטות ילדים. היקף התופעה רחב הרבה יותר ונוגע לעשרות קלטות שאינן כלולות בדו"ח ואולי אף יותר מכך.

72. להלן, לנוחות בית המשפט הנכבד, תמצית הממצאים המפורטים בדו"ח הבדיקה, בהתאם לנקודות ומשך החשיפה, המפורטות במלואן במסגרתו:

א. **באשר למשיבה 1:** פסטיבל 2006 - 6 חשיפות של החברות או המותגים אייפוד נאנו, הוט, קרקס Y, הופ ויובל המבולבל; **חיבוקי** - 41 חשיפות של החברות ו/או המותגים תנובה, מטרנה, נווה סביון, אסם, נסטלה, האגיס, אוויס; **טיף וטף לטף 1** - 15 חשיפות של החברות ו/או המותגים זוגלובק, גאפ, שפיים, פנינה רוזנבלום, טושיבה, נסטלה; **טיף וטף לטף 2** - 23 חשיפות של החברות ו/או המותגים תנובה, עלית, הדס, אולסטר, אסם, רמדיה; **טיף וטף לטף המשפחה שלי** - 34 חשיפות של החברות ו/או המותגים אסם, מי עדן, גלובס, קריסטל, עלית; **טיף וטף לטף אני ישראלי** - 19 חשיפות של החברות ו/או המותגים דן, תלמה, שטראוס, פריגת, קיפצובה; **טיף וטף בארץ הדמיון** - 3 חשיפות של החברות ו/או המותגים פנינה רוזנבלום ועלית; **אגם הברבורים** - 11 חשיפות של החברות ו/או המותגים שטראוס, עלית, BMX; **הפיציקט של רינת** - 8 חשיפות של החברה עלית; **חיות בפזמון עם דוד ושרון** - 12 חשיפות של החברות ו/או המותגים עלית ואסם; **סבא טוביה 1 סיפורי התנ"ך** - 3 חשיפות של החברה עלית; **סבא טוביה 2 מסיבה ביער** - חשיפה 1 של החברה ו/או המותג קינדר; **סבא טוביה 4 סיפורים כיד המלך** - 9 חשיפות של החברות ו/או המותגים תנובה, אסם, ברבי וטבע; **חברים בכל מיני צבעים** - 4 חשיפות של החברה עלית; **ז"ר דובידו רופא צעצועים** - 1 חשיפה של החבר ו/או המותג KAPPA; **הכבשה שושנה וחברים** - 25 חשיפות של החברות ו/או המותגים רנו, סנו, נירלט, סופר עץ, חמישה נגרים וטויס אר אס; **הכבשה שושנה בגן האותיות** - 13 חשיפות

של החברות ו/או המותגים סובארו, נירלט, חמישה נגרים, אגדיר, טויס אר אס וסופר עץ;

ב. **באשר למשיבה 2:** מעשה בחמישה בלונים – 7 חשיפות של החברות ו/או המותגים בית חלומותי ואסם; איתמר מטייל על הקירות – 5 חשיפות של החברות ו/או המותגים מיצלי ואסם; אצלנו בפסנתר – 10 חשיפות של החברות ו/או המותגים הובלות אלפנדי, עולם הפסנתרים, WEEKEND, המשחק המרכזי ותלמה; כמו גדולים – 22 חשיפות של החברות ו/או המותגים תלמה וורד הגליל; טוליבלבולי בארץ פטפטת – 19 חשיפות של החברות ו/או המותגים נסטלה וטויס אר אס.

ג. **אשר לקלטות שהופקו על ידי צד שלישי, חברת MCI בע"מ [חברה בפירוק]:** בגן של דודו 1 - 5 חשיפות של החברות עלית ותנובה; אצבעות – 5 חשיפות של החברה שטראוס; דיג דיג דוג 1 – 8 חשיפות של החברות ו/או המותגים אסם ופינק בלון; דיג דיג דוג 2 – 12 חשיפות של החברה אסם; דיג דיג דוג 3 – 31 חשיפות של החברות יטבתה וויטמן; עולם קטן – 16 חשיפות של החברות ו/או המותגים Jeep, ג'רוסלם פוסט, אסם, עסיס ובר; פיית הקסם – 13 חשיפות של החברות ו/או המותגים עלית, פרי כף ומועצת הפירות; חיתולי – 3 חשיפות של החברה ו/או המותג אומגה.

החשיפות מפורטות באופן מדויק בדו"ח הבדיקה.

- העתק דו"ח הבדיקה - **רצ"ב כנספח א**
 - העתק התקליטורים נשוא הדו"ח כשהם מלווים – לנוחות בית המשפט - ברצועת זמן - **רצ"ב כנספח ב**
- יודגש כי דו"ח הבדיקה הרצ"ב רק מדגים תופעה פסולה של פרסום סמוי בקלטות ילדים. היקף התופעה רחב הרבה יותר ונוגע לעשרות אם לא מאות קלטות שאינן כלולות בדו"ח הבדיקה.

73. סיכומן של העובדות עד כאן:

- א. בכל הקלטות הכלולות בדו"ח הבדיקה, אשר הן בהפקת המשיבות 1-2 וחברת MCI בע"מ [חברה בפירוק] נמצא פרסום סמוי.
- ב. המסרים הפרסומיים נועדו לילדים, או להוריהם, או לאלה ואלה כאחד.
- ג. באשר הן משולבות בעלילה, במסגרת תוכניות ילדים, ללא התרעה לילדים, אף לא להורים, כי מדובר במסר פרסומי – אין ספק כי מדובר בפרסומת מטעה.

ז. עילות התביעה

74. הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן

- א. המבקשת תטען, שכל אחת מן מהמשיבות הפרה את איסור ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן בשימוש שעשתה בטכניקה של שילוב מסרים פרסומיים באופן סמוי בתכני קלטות הילדים.
- ב. שילוב פרסומות סמויות מהווה הטעיה לגבי ענין מהותי האסורה לפי חוק הגנת הצרכן, גם נוכח הוראתו המפורשת של סעיף 7(ג)(1) לחוק, גם נוכח עמדת בית המשפט העליון הרואה בכלי שיווקי זה מסוכן ופסול וגם נוכח היותו חלק מטיבו ו/או מהותו של הנכס - היא הקלטת, כמפורט לעיל.
- ג. בהקשרם של ילדים יוטעם כי כפי שאסור להטעות מבוגרים בפרסומות באופן שכתב חדשות או איש תקשורת שרגיל לדווח דיווחים אובייקטיביים ותיעודים יפרסם מוצר מסחרי, כך שילובם של השחקנים המוכרים לילדים בקלטות – ובוודאי כשהדבר משולב בעלילה – מהווה הטעיה.
- ד. ההטעיה מתחילה בשלב רכישת קלטת הילדים.
- ה. ההטעיה נמשכת בכל צפייה בקלטת, פעם אחר פעם; הן בנוגע לטיב הקלטת עצמה, והן באשר לעצם החשיפה לפרסומות.
- ו. הנזק שנגרם לקבוצה ו/או לתובעים בהליך הראשון (כמפורט בתצהירו של מר אבשלום שרון) הינו בעל קשר סיבתי משפטי (מאחר והנזק הינו בגדר התרחשות שיש לצפותה) וכן בעל קשר סיבתי עובדתי (בין היתר נוכח האופן השונה בו היו מתנהגים בהיעדר ההטעיה) - לפעולות ו/או מחדלי המשיבות כפי שתוארו במסגרת בקשה זו, פעולות ו/או מחדלים שהם בגדר הסיבה, ולכל הפחות אחת מהסיבות, לקרות הנזק, שבא באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים.
- ז. ולו זו אף זו: ניתן במידה רבה לומר שהנזק כאמור, כולו או למצער חלקו, אינו "רק" בגדר תוצאה נובעת של הפרסום הסמוי (ודי בכך) אלא הוא **המטרה** שלשמה בדיוק נועד הפרסום במתכונתו הסמויה: חדירה מוסווית לתת המודע של הצופה והגדלת או ניתוב הרגלי הצריכה שלו כתוצאה ממנו.
- ח. בעניין זה יוטעמו שתי הוראות חוקיות; **האחת** – כי לאחר התיקון **בחוק הגנת הצרכן** עילת ההטעיה נמשכת גם לאחר שלב ההתקשרות בחוזה; **השנייה** - כי לשם גיבוש עילת תביעה די בכך שפעולתו של העוסק עלולה להטעות צרכן ("לא יעשה עוסק דבר... העלול להטעות צרכן"), היינו גם מבלי שצרכן – ובענייננו המבקשת או יתר חברי הקבוצה – הוטעו בפועל.

עמד על כך ביהמ"ש העליון בדנ"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, תק-על 2003(1), 847, 849 :

"האיסור איסור הוא על התנהגות, ועוסק עובר על לאו של איסור הטעייה גם אם דבר שהוא עושה - במעשה או במחדל - אך "עלול להטעות" צרכן, קרא, גם אם איש לא הוטעה כלל מאותו דבר שעשה"

ט. כפועל יוצא מכך, בבחינת למעלה מן הצורך, עילת תביעה שמכוח חוק הגנת הצרכן קמה גם אם לא נגרם נזק - הגם שכאמור לעיל, זה וודאי שנגרם בענייננו, וכפי שביאר ביהמ"ש העליון -

"בדברי חוק אלה - וברבים אחרים - נדרש קשר סיבתי ישיר בין מעשה לבין תוצאה - נזק שנגרם לנפגע - בעוד שהוראת סעיף 2(א) לחוק הצרכן אוסרת על התנהגות באשר היא, אף בלא שגררה אחריה נזק"

75. הטעיה לפי תקנות הגנת הצרכן (פרסומת המכוונת לקטינים), התשנ"א-1991

א. עוד, ולחלופין תטען המבקשת, שכל אחת מן מהמשיבות הפרה את הוראות סעיף 3 לתקנות הגנת הצרכן (פרסומת המכוונת לקטינים), בין היתר בכך שנעשה שימוש בטכניקה של פרסומות אשר אינה מותאמת "לרמת הידע, ההבנה והבגרות של קהל היעד שלהם" ו/או תוך "ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר נסיונם" ו/או משום עידוד קטינים לרכוש את המוצר או "לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המוצר או השירות".

ב. כל יתר מרכיבי עילה זו, זהים לאמור לעיל לגבי עילת ההטעיה הנובעת מהוראות החוק הראשי.

76. עשיית עושר ולא במשפט

לחילופין, תטען המבקשת, כי המשיבות חבות בהשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979, עת זכו המשיבות בעושר שלא בדין, ועשו כן על גבה של כל הקבוצה המיוצגת. המבקשת תטען כי המשיבות כולן עשו עושר כתוצאה מפעילותן, וכי תוספת העושר כולה היא "על גבם" ועל חשבונם של חברי הקבוצה המיוצגת, שלא כדין ושלא כמשפט, בהיותן מנוגדות גם לחוק הגנת הצרכן, גם לתקנות הגנת הצרכן וגם לפסיקתו הברורה של בית המשפט העליון.

77. הפרת חובה חקוקה

לחילופין, המבקשת תטען כי פעולות ו/או מחדלי המשיבות, הכל כפי שיתואר להלן, עולות כדי הפרת חובה חקוקה, המנויה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין, תוך שהחובות החקוקות הן סעיפים 2, 7, 7א של חוק הגנת הצרכן, וכן התקנות שהותקנו מכוחו כמפורט לעיל, אשר אין ספק כי חוקקו לטובת הקבוצה ו/או החברים בה – הבגירים והקטינים כאחד, לשם הגנה עליהם מפני פרסום סמוי כמפורט לעיל בתובענה זו.

לא למותר לציין שהפרת חובות חקוקות אלו הינה בעלת קשר סיבתי (כמפורט לעיל) לנזק שביסוד התובענה דנא.

78. רשלנות

לחילופין תטען המבקשת כי המשיבות, ברשלנותן, הסבו לציבור נזקים ומשום כך חבים כלפיהם את הסעדים הקבועים בחוק לענין זה, תוך שהמשיבות חבות בחובת זהירות כלפי המבקשת, הן בהיבט המושגי – שהרי אדם אין ספק כי "אדם סביר" צריך היה לצפות גרימת נזק ממוני ולא ממוני עקב חשיפה לפרסום סמוי, והן בהיבט הקונקרטי – ביחס לילדים והוריהם הצופים בקלטות כמתואר לעיל. המשיבות חבות בחובת זהירות כלפי חברי הקבוצה, הן בהיבט המושגי – שהרי אדם אין ספק כי "אדם סביר" צריך היה לצפות גרימת נזק ממוני ו/או לא ממוני עקב חשיפה לפרסום סמוי, והן בהיבט הקונקרטי – ביחס לילדים והוריהם הצופים בדיסקים כמתואר לעיל.

המבקשת תטען כי בנסיבות המתוארות בתובענה זו, הכוללות מסירת אינפורמציה רשלנית וחסרה בנוגע לתוכנם הפרסומי של חלקים בקלטות הילדים, רחבה חובת הזהירות עוד יותר, אותה הפרו המשיבות כמתואר בהרחבה לעיל.

כמובן, גם בהקשר עוללת הרשלנות, הפרת החובה הינה בעלת קשר סיבתי (כמפורט לעיל) לנזק שביסוד התובענה דנא.

למעלה מן הצורך ולחלופין בלבד, תטען המבקשת כי אין לה ידיעה ואין לה יכולת לדעת מה היו הנסיבות שגרמו לנזקים, כי הנזקים נגרמו ונגרמים על ידי נכסים שלמשיבות שליטה מלאה עליהם, וכי אירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהמשיבות לא נקטו ו/או אינן נוקטות זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהן נקטו ו/או נוקטות זהירות סבירה - ולפיכך חל כלל "הדבר מדבר בעדו", ועל המשיבות הראיה שלא הייתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלנות שיחובו עליה.

ח. התנאים לאישור התובענה כתובענה ייצוגית

79. התאמת העילות לתובענה ייצוגית

א. המבקשת תטען כי התובענה נכנסת בגדר סוגי התביעות המפורטות בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, כאמור בפרט 1 לתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות

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

ב. כמפורט לעיל - המשיבות הינן בגדר "עוסק" כהגדרתו בסעיף 1 של התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, המפנה להגדרת "עוסק" בחוק הגנת הצרכן, הקובע כי עוסק הוא "מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק כולל יצרן"

80. התאמת המבקשת להיות תובעת בתובענה ייצוגית

81. למבקשת זכות עמידה טבעית, סטוטורית, בהליכים ייצוגיים ואין היא נוקקת לעילת תביעה אישית. המועצה לצרכנות הייתה פעילה בהליכים ייצוגיים ותרומתה זכתה להכרה על ידי בתי המשפט המברך ומעודד על מעורבותה בהליכים ייצוגיים ולמשל בתא (ת"א) 2560/01 דני בירנבוים נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל א.ק.ה. בע"מ -

" את אותם דברים ראתה המועצה הישראלית לצרכנות, ...ואכן חלפה מחשבה בראשי, שמא לפחות בעניני צרכנות, יש ליתן למועצה הישראלית לצרכנות, אפשרות לא רק להיות "צרכן ותובע ציבורי" אלא גם להצטרף, במתכונת ההצטרפות של היועמ"ש בשם כל הציבור לדיון בבית-המשפט, בכל שלב."

וכן בת"א 382/96 לנגברט רוברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל -

"... עקב התרשמותי החיובית מהודעת המועצה לצרכנות ומהופעת נציגה בפני התעניינתי במעמדה המשפטי של ... בנסיבות אלה, אשקול בסוף החלטתי זו הקצאת תשלום כלשהו מההסדר לטובת המועצה. אמנם הקצאה זו תהיה בבחינת הפחתה מזערית בסכום הפיצוי שמקבל כלל נושה, אולם המועצה עשתה כאן את מלאכתם של הנושים ועזרה לבית המשפט בהתייחסותו להסדר."..... כמו כן מורה ביהמ"ש הוצאות לזכות המועצה לצרכנות, שעזרה מאוד לביהמ"ש בבדיקת ההסכם וראויה לתמריץ לגבי מקרים נוספים של תובענות ייצוגיות בסך...."

ורק לאחרונה, במסגרת פרשה שזכתה לכינוי "פרשת הסיליקון בחלב" (ת.א 1372/95 ראבי והמועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה) העיר בית המשפט הנכבד כדברים הבאים -

"לעניין זה הבאתי בחשבון את השיקולים שפורטו בס"ק (א) לעיל, כמו גם את הרצון לעודד ארגוני צרכנות ליטול חלק בתביעות ייצוגיות מוצדקות שיש בהן חשיבות ממשית לכלל ציבור הצרכנים, כמו התובענה דנא. למרבה הצער, המציאות היא שארגוני הצרכנים בישראל מעורבים בתובענות ייצוגיות רק בשלב אישורן, ואין הם יוזמים הגשת תובענות ייצוגיות, או הצטרפות אליהן, בשלבים המוקדמים"

82. התביעה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

- א. השאלות העובדתיות ו/או המשפטיות הניצבות בבסיס התביעה, ובודאי שהמהותיות שבהן, הינן משותפות לכלל חברי הקבוצה:
- הוראות הדין הרלבנטיות לתביעה חלות ביחסים שבין המשיבות לבין כלל חברי הקבוצה, ומשכך השאלה אם המשיבות הפרו את הוראות הדין משותפת לכלל חברי הקבוצה.
 - כל אחד מיחיד הקבוצה נפגע מהפרות הוראות הדין על-ידי המשיבות בנסיבות דומות, אם לא זהות.
 - לכלל חברי הקבוצה יש אינטרס משותף, הן ברמה הפרטית והן ברמה הציבורית, בפיצוי בגין הפרת החיקוקים ובמתן צו עשה לאכיפת הוראות החיקוק המסדירות את איסור הפרסום הסמוי בדיסקים לילדים.

83. קיימת אפשרות סבירה שהתביעה תוכרע לטובת חברי הקבוצה

המבקשת תטען ואף צירפה לבקשה זו הוכחות כי טענותיה מבוססות על ראיות מוצקות, ובכלל זה על נתונים חד משמעיים שנאספו על-ידי המבקשת ומטעמה. המבקשת אף צרפה לבקשה חוות דעת מומחה להוכחת טענותיה לגבי הפגיעה בציבור הצרכנים והוכיחה כי קיימת אפשרות סבירה, אם לא למעלה מכך, שהתביעה תוכרע לטובת חברי הקבוצה.

84. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

המבקשת תטען כי הדרך העדיפה לבירור המחלוקת בענייננו הינה במסגרת של תובענה ייצוגית:

- א. חברי הקבוצה מונים, להערכת המבקשת, מאות אלפי אנשים.
- ב. התובענה אינה מצריכה בירור פרטני בדבר נסיבותיו של כל תובע ותובע, שכן הפרת הוראות החיקוק הרלבנטיות על ידי המשיבות, מהווה הפרה כלפי כל אחד מחברי הקבוצה.
- ג. זהותם ומספרם של חברי הקבוצה הפוטנציאליים אינם ידועים בשלב הגשת הבקשה, ואין אפשרות מעשית לאתרם ולצרפם למסגרת של תובענה רגילה.
- ד. אם לא תוגש התובענה כייצוגית, ניתן להניח כי לא תוגש תובענה רגילה על ידי רובם ככולם של חברי הקבוצה, בעיקר (אך לא רק) מן הטעם שקבוצת התובעים כלל אינה

מודעת לפרסום הסמוי וכן נוכח העלויות הגבוהות הכרוכות בהכנה מקצועית של תביעה כאמור, המחייבת העסקתם של אנשי מקצוע.

ה. העילות המשותפות לחברי הקבוצה כנגד המשיבות יוכרעו בהליך אחד, כך שבתי המשפט לא יידרשו לדון באותם עניינים מספר פעמים, כמספר חברי הקבוצה שיגישו תביעות נפרדות כנגד המשיבות.

ו. אי-הכרה בתובענה כייצוגית עלול לגרור מצב של ריבוי התדיינויות באותם עניינים, אשר יסב עלויות מיותרות למערכת המשפט כולה, יגרור עומס מיותר על מערכת המשפט, העמוסה בלאו הכי, ויביא לפסיקות שונות ואף סותרות.

ז. על-פי סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, אחת ממטרות ההליך הייצוגי הנה "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו". בענייננו, וכפי שהובא לעיל, התחום פרוץ לחלוטין באופן המבסס כשל שוק מהותי בכל הנוגע לאכיפת איסור הפרסום הסמוי בענף הדיסקים לילדים.

ח. תכלית נוספת, שגם היא מנויה בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, הינה "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין". בענייננו, סעד הפיצויים ובוודאי שסעד הציווי שתכליתו הפסקת ההטעיה, מהווים (כל אחר בפני עצמו) סעד הולם המבסס את הצורך בניהול הליך ייצוגי לשם השגתו.

85. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת

א. המבקשת מחזיקה ביכולת הנדרשת לשם ניהול הליך ייצוגי ונכונה להשקיע ממרצה, מזמנה ומכספה על מנת לייצג את עניינם של חברי הקבוצה, שייתכן שחסרים להם המשאבים הדרושים לצורך עמידה על זכויותיהם.

ב. הצלחת הקבוצה היא הצלחת המבקשת והגשמת ייעודה, ואין כל ניגוד עניינים בין האינטרסים של המבקשת ובין האינטרסים של שאר חברי הקבוצה.

ג. המבקשת, באמצעות באי כוחה, העמידו בפני בית המשפט הנכבד מסכת מסודרת של עובדות וטיעונים, "דבר דבור על אופניו".

ד. לבאי כוחם של המבקשת ניסיון רב בניהול מוצלח של הליכים ייצוגיים.

86. קיים יסוד סביר להניח, ואף למעלה מכך, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל

בתום לב

א. התובענה מבוססת על עילה אמיתית ורצינית, שעשויה להביא תועלת של ממש לכל חברי הקבוצה ולכלל ציבור הצרכנים בישראל, ואינה מכוונת להשיג מטרה אישית של המבקשת, שכן תפקידה של המבקשת הוא קידום האינטרסים של כלל חברי הקבוצה.

ב. התובענה והבקשה מבוססות על שאיפה כנה לאכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, השבה ופיצוי הניזוקים בגין הפרות הדין על-ידי המשיבות.

ג. למבקשת מעמד סטטוטורי כתובע ייצוגי מכוח חוק המועצה הישראלית לצרכנות.

ט. הסעדים המבוקשים

87. עתירת המבקשת כי בית המשפט יוציא מלפניו צווים אשר יביאו לכדי תיקון את המצב המתואר לעיל, כמתואר בפתח הבקשה דנא, ובכלל זה:

א. בראש ובראשונה ביקשה המבקשת כי יוצא צו מניעה הנוגע לקלטות שטרם הופקו - כי יופסק הנוהג הנפסד המתואר בבקשה, וכי לא ישולבו בקלטות שטרם באו לעולם מסרים פרסומיים מן הסוג שאינו מותר על-פי דין.

ב. כן בקשה המבקשת לאסוף מן החנויות את כל קלטות הילדים שיש בהן פרסום סמוי, ואשר טרם נרכשו, וכן ביקשה שלא יותר להפיץ קלטות - גם אם הופקו - אשר בהן מסרים פרסומיים אסורים על-פי דין.

ג. לגבי קלטות הילדים שכבר נמצאות בידי חברי הקבוצה המיוצגת, ביקשה המבקשת כי המשיבות יודיעום היכן בדיוק, בכל קלטת, חבוי מסר פרסומי סמוי ומהו. לחלופין מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מהו השווי הכספי החלופי לסעד הציווי דלעיל ולהורות על תשלומו.

88. המבקשת עותרת גם לסעד כספי, שכן המשיבות גרמו לנזק ממוני ולא ממוני.

89. ויש להדגיש שכיום, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, מקום בו "ארגון" (כדוגמת המבקשת) הינו תובע מייצג, די בכך שהארגון יראה כי לכאורה נגרם נזק לחבר הקבוצה או כי קיימת אפשרות סבירה שנגרם נזק לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה.

90. בענייננו, כפי כמובא בתובענה זו ובתובענה שבהליך הקודם, אין ספק שלכאורה נגרם נזק גם לחבר קבוצה וגם לקבוצה בשמה הוגשה הבקשה.

91. בבחינת למעלה מן הצורך יפורט נזקם האישי של אחדים מחברי קבוצה, המבקשים בהליך הראשון, כדלהלן:

א. המבקשים בהליך המקורי הם אבי המשפחה ("אבשלום שרון") ושלושת ילדיו, אשר ביום הגשת הבקשה הינם בני שמונה, שבע ושלוש שנים וחצי.

ב. מאז היותם צעירים לימים ובמהלך השנים האחרונות, קנה מר אבשלום שרון לילדיו קלטות ילדים רבות. אלה "הפעילות" בבית משפחתו הן גוזל שלי, דיג דיג דוג שירי משחק חדשים לילדים, אצבעות לי, פים פם פה, אפרוחים, בגן של דודו 1, נילס הולגרסון, טלטאביז, הכבשה שושנה בגן האותיות, הכבשה שושנה וחברים, גאמפי, חנה'לה ושמלת השבת, טיף וטף 2, טיף וטף המשפחה שלי, טלטאביז, בובי ובובה, ג'אמפי, מסיבה ביער סבא טוביה 2, התינוק הצוחק, קופיקו, נולד לי אח קטן, צוציקים שירי הפעלה ומשחק, כיפה אדומה, היפהפייה הנרדמת, הרפתקאות של פינוקי, יום הולדת שמח, שירי משחק של דתיה בן דור, אליעזר והגזר, דירה להשכיר, משפחה זאת אהבה, מיץ פטל, שירי חגים, ברני, הכבש השישה עשר, איתמר מטיל על קירות, ראש השנה, פינוקי, שירי פעוטות, סוד השוקולד, שלום לך אורחת, צבי הנינג'יה ובסה"כ לא פחות מ-40 קלטות ילדים.

ג. ילדיו של מר אבשלום שרון - יהונתן בן ה-8 רעות בת ה-7 ומעין בת השלש שנים וחצי, צפו ו/או עתידים לצפות בקלטות הילדים הללו במשך שעות ממושכות: על-פי הערכה שמרנית וממעיטה, צופים ילדיו בקלטות ילדים בממוצע של כשעה וחצי-שעתיים ביום (לא כולל ימי שישי ושבת).

ד. לפעמים אבשלום שרון או רעייתו צופים ביחד ו/או עתידים לצפות עם ילדיהם הקטנים בקלטות, ולפעמים אינם עושים כן, והילדים צופים בקלטות לבדם. לפי הערכה שמרנית וזהירה חשיפתו של אבשלום שרון לקלטות הילדים עומדת על לא פחות מאשר רבע שעה עד שעה ביום.

ה. במהלך השנים רכש אבשלום שרון עבור עצמו ועבור ילדיו, ממוצרי המשיבות 3-4, והוא וילדיו כולם צרכו מוצרים אלו.

ו. אבשלום שרון אינו מעוניין להיות חשוף לפרסום סמוי, וכמו כן אין הוא מעוניין כי ילדיו יהיו חשופים לפרסום הסמוי. לו היה מודע לקיומו של פרסום סמוי בקלטות, היה מתנהג לגביהן באופן שונה, בין שהיה נמנע מלרכוש ובין שהיה פועל אחרת בקשר עם עצם החשיפה או היקפה, שלו ושל ילדיו, לפרסום הסמוי. מכל מקום, לו הייתה ברירה בידי ויכול היה לבחור בין קלטות שבהן פרסום סמוי לבין אלה שפרסום כאמור לא כלול בהן, היה בוחר בקלטות ילדים שאין בהן פרסום סמוי.

ז. כך ביחס לעבר וכך גם לעתיד - לו תהיה בידי אבשלום שרון ברירה, כך שיוכל, על בסיס מידע מלא, לבחור להציג לילדיו קלטות המכילות פרסום סמוי או כאלה שפרסום כאמור לא כלול בהן, יעדיף להציג לילדיו קלטות ילדים שאין בהן פרסום סמוי.

92. הנזק הממוני שנגרם למר אבשלום שרון ומשפחתו ו/או לקבוצה נובע מתוספת ההוצאות

שנגרמו להם ו/או לקבוצה בכללותה עקב השפעת הפרסום הסמוי ו/או מעלות חלק מקלטות הילדים, אשר היו חברי הקבוצה נמנעים מלרכשן לו היו מחזיקים במידע הרלוונטי.

א. מטרת פרסום הסמוי היא להעלות את רף המכירות מעבר לזה שהיה מושג בלעדיו, ומשכך עודף ההוצאה הנובעת מהפרסום הסמוי (ושהייתה נמנעת בלעדיו) הינה הנזק הממוני שנגרם למר אבשלום שרון ומשפחתו ו/או לקבוצה.

ב. ויש להדגיש: עצם קיומו של נזק עקב שימוש בטכניקה של פרסום סמוי אינו מוטל בספק והראיה הניצחת לכך – העובדה שהמשיבות עשו בו שימוש, ושילמו עבורו. אם לא היה מגולם בכך רווח ואם המשיבות לא היו סבורות שהדבר ישפר את הכנסותיהן (הכנסה הבאה, כמובן, מכיסם של חברי הקבוצה) מעבר לזו שהייתה מושגת בטכניקות הפרסום הגלויות, המשיבות לא היו בוחרות בדרך זו.

ג. המבקשת תבקש להותיר את כימות הנזק באופן מדויק לשלב שלאחר אישור התובענה, אך תצביע בשלב זה על אחד הקריטריונים לחישובו, והוא – העושר שנצבר בידי המשיבות כתוצאה מן הפרסום.

ד. ברי כי עושר זה אינו פחות מן הסכומים שהסכימו כל המפרסמים כולם, במצטבר, לשלם למשיבות 1-2 ו/או לכל המעורבים האחרים בהפקת המסרים הפרסומיים במהלך השנים בתמורה להפקת המסרים האמורים ושילובם בקלטות הילדים. אלא שזהו הרף התחתון בלבד, כאשר הרף העליון הוא עודף ההכנסות שנצברו אצל המשיבות כתוצאה מן הפרסום הסמוי.

93. **הנזק הלא ממוני** שנגרם לאבשלום שרון ומשפחתו ו/או לקבוצה הובא לעיל ועיקרו שלילת הרצון העצמי; הפגיעה באוטונומיה של הרצון הנובעת מחשיפה כפויה לתכנים פרסומיים, חלקם מזיקים לא רק מצד היותם סמויים אלא גם מחמת המסר הכלול בהם (לדוגמא, בהקשר של יצירת הרגלי תזונה לקויים) ומשלילת זכותם להחליט לאילו תכנים ברצונם להיחשף ולאילו לא.

א. בע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק נ' ראבי תופיק** קבע ביהמ"ש העליון שפגיעה באוטונומיה של הרצון מקנה פיצוי:

"הפגיעה באוטונומיה של הפרט כמצדיקה פיצוי הוכרה כבר בפסיקתו של בית משפט זה... התביעה התבססה על פגיעה באוטונומיה בטענה שעצם ביצועו של טיפול בלא הסכמה הוא-הוא הנזק. בית המשפט קבע, כי נזק מעין זה הוא בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות, והטיל פיצוי, אם כי בסכום שאינו גבוה"

ב. לא למותר לציין שבשלב ראשוני זה של בקשת האישור, ובהתייחס ספציפית לרכיב "נזק" הרי שאין צורך לכמתו ודי בכך שיראה (וגם זאת "לכאורה" בלבד) שנגרם נזק.

94. על כן יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע שכל אחת מן המשיבות תפצה כל תובע הנמנה עם

חברי הקבוצה המיוצגת, פיצוי בגובה הנזקים שנגרמו להם בגין ביצוע העוולות האמורות, בסך של 1,000 ש"ח ו/או על פי שיקול דעת כב' בית המשפט ו/או פיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק ו/או פיצוי עונשי ו/או פיצוי בסכום האמור, במכפלת חברי הקבוצה ו/או על פי שיקול דעת כב' בית המשפט, שינתן לטובת הקבוצה ו/או לטובת הציבור כמפורט בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, ובסך הכל פיצוי בסך 100,000,000 ש"ח לכל הקבוצה המיוצגת ו/או לטובת הציבור.

95. בנוסף מבוקש כי בית המשפט יורה לכל אחת מהמשיבות ו/או חלקן, להשיב לכלל חברי הקבוצה, את תוספת העושר שנצברה בידם כתוצאה מפעולותיהם ו/או מחדליהם נשוא התובענה.

96. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את הסעדים בגין הייצוג כדלקמן:

א. לקבוע את שכר טרחתם של עורכי הדין המייצגים את המבקשת בתובענה הייצוגית בתוספת מע"מ כדין, עבור הטיפול בתובענה בערכאה הראשונה וכן לקבוע כי בנוסף לסכום ו/או שווי הסעד שיפסק לטובת חברי הקבוצה ישולם ו/או יינתן גמול למבקשת אשר טרחה בהגשת התובענה ובהוכחתה.

ב. כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות בהוצאות בקשה זו ובשכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין בגינה.

97. בית המשפט הנכבד מתבקש להוסיף וליתן הוראות נוספות בדבר הדין בתובענה כפי שימצא בית המשפט הנכבד לנכון.

98. לבית המשפט הנכבד הסמכות המקומית והעניינית לדון בתובענה ובבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית בשל סכומה, מאחר והמשיבות מנהלות את עסקיהן גם באזור המרכז, ו/או מאחר ומקום המעשים או המחדלים הינו בין היתר באזור המרכז.

י. בקשה להעברת הדיון בבקשה זו עם הדיון בהליך הראשון ואיחוד הדיון בשני ההליכים

99. סעיף 7(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כדברים הבאים:

"מצא בית המשפט כי מתקיים האמור בפסקה (1), והיתה הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור המאוחרת זהה או דומה בעיקרה לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור הקודמת או התובענה הייצוגית הקודמת, יורה בית המשפט על העברת הדיון בבקשה לאישור המאוחרת לבית המשפט שאליו הוגשה הבקשה לאישור הקודמת או התובענה הייצוגית הקודמת, ואם נקבע שופט או המותב שידון בבקשה הקודמת או בתובענה הקודמת – לאותו שופט או מותב".

100. בענייננו, בקשת ייצוג זו עונה על התנאים האמורים בסעיף 7(א)(1) ו – 7(א)(2) לחוק

תובענות ייצוגיות, ובין היתר מאחר ובתובענה זו מתעוררות שאלות משותפות של עובדה או משפט, הזהות או דומות בעיקרן לשאלות המתעוררות בהליך הראשון וכן הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה זו זהה או דומה בעיקרה לקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור שבהליך המקורי.

101. בהתאם להוראות סעיף 7(ב)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כי תובענה זו תידון במאוחד עם התביעה שבהליך המקורי, וזאת על יסוד כל אחד – ובוודאי משקלם המצטבר – של השיקולים שלהלן:

102. למבקשת "זכות עמידה טבעית", סטוטורית, בהליכים ייצוגיים ויכולת לייצג אינטרסים ציבוריים כלליים יותר, לצד והאספקטים והטיעונים האישיים המוצגים בהליך הראשון. דיון בתביעות במאוחד יסייע לראות את התמונה בכללותה.

103. בין שאר העניינים המיוחדים את הבקשה כשהיא מוגשת מטעם המבקשת בהליך זה ניתן למנות את אלה שלהלן:

א. למבקשת, כארגון צרכנים, ידע, מומחיות וניסיון בתחום התובענות הייצוגיות שיקדמו את האינטרס הצרכני שביסוד ההליך.

ב. המבקשת תוכל לייצג אינטרסים ציבוריים כלליים – כגון אלה הנוגעים לעצם תופעת הפרסום האסור, להשלכות הכלליות שיש לפרסום זה, וזאת מבלי להיכנס לשאלה איזה נזק בדיוק נגרם לתובע בהליך הראשון; כך - לדוגמא – סוגיית השמנת ילדים, בהם עסקה המבקשת רבות, והקשר שלה לפרסום הסמוי, תוכל להדון בהקשר זה.

ג. מכאן – שעניינה של המבקשת יהיה לא רק בנזק הנגרם "לחבר קבוצה", כאמור בחלופה אחת המופיעה בסעיף 4(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות כי אם גם בתובענה המצביעה על נזק שנגרם "לקבוצה". הזכות לתבוע נזק כללי לקבוצה כולה – שמורה, ככל הנראה, אך ורק לארגון כדוגמת המבקשת, ואין זכות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בתביעת המבקשים בהליך הראשון.

ד. בנוסף, צופה המבקשת פני עתיד, ומביעה תקוותה כי המשיבות יגיעו בעצמן לכלל מסקנה שיש להפסיק את התופעה ולהגיע לכדי הסדר התואם את הדין; נראה כי לנסיונה של המבקשת בעניינים מעין אלה, וראייתה הציבורית, עשויים להיות לעזר עת יגיעו הדברים לכדי כך.

ה. על כן, אם יעתר בית המשפט הנכבד לבקשה לאחד את הדיון בשתי התובענות ניתן יהיה לדון בכלל המרכיבים שעל הפרק: של חבר קבוצה ושל קבוצה, של הפרט – ושל כלל הציבור.

ו. כן יובהר: אין המבקשת לגרוע כהוא זה מזכותם של המבקשים בהליך הראשון,

כמי אשר "הניפו את הדגל" ראשוניים בעניין זה, מנקודת מבטם האישית, להביא דברם בפני בית המשפט הנכבד, ועובדה היא כי המבקשת – לאחר ששקלה בדבר – החליטה להביא תובענתה באמצעות אותם באי כח, מתוך ראייה כי התובענות משלימות זו את זו.

ז. לא למותר לציין שאיחוד ההליכים לא יסרבל את הדיון, לא יעכבו ולא יגרום לפגיעה כלשהי, דיונית או מהותית, בזכותן של המשיבות.

104. לפיכך, ועל יסוד האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להעביר את הדיון בהליך זה לבית המשפט ולשופט שדן בהליך המקורי, ולאחד את הדיון בשני ההליכים, זאת בהתאם לסמכות המוקנה לו בסעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות.

105. בקשה זו נתמכת בתצהירים שלהלן אשר מהווים חלק בלתי נפרד הימנה –

א. תצהיר מנכ"ל המועצה לצרכנות עו"ד אהוד פלג המצורף לה;

ב. תצהירו של מר אורי פז עורך דוח הבדיקה.

106. לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לבקשה ולאשר את התובענה כתובענה ייצוגית ולהעניק מבקשים את מלוא הסעדים המפורטים לעיל בבקשה.

שמואל אהרנסון, עו"ד
מ. ר. 8460

אמיר קדרי, עו"ד
מ. ר. 15258

עופר לוי, עו"ד
מ. ר. 27780

ב א י כ ו ח ה מ ב ק ש ת

היום, ב' בתמוז תשס"ט

24 ביוני 2009

