

המערערת:

המועצה הישראלית לצרכנות

ע"י ב"כ עורכי דין שמואל אהרנסון ו/או סבריינה דדון-בוטבול ממשרד אהרנסון, אבולעפיה
ושותי ועו"ד עופר לוי שכתובתם לצורך הליך זה הינה ברח' לינקולן 20 תל אביב 67134;
טל': 03-6250500; פקס: 03-6250501.

- נגד -

המשיבות:

1. א. הד ארצי בע"מ
ב. הד ארצי וידיאו בע"מ
ג. הד ארצי חברה להפצה בע"מ
ד. הד ארצי הוצאה לאור בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד צבי בר נתן ואח' ממשרד מ. זליגמן ושות' מדרך מנחם בגין 23, תל-אביב,
טלפון: 03-7101617; פקס: 03-7101618
2. קלאסיקלטה בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד אביאל, רומנוב, משעל ושות', רח' חומה ומגדל 16, ת. ד. 57318 תל אביב
61573, טלפון: 03-5377558; פקס: 03-5377789
3. א. אסם השקעות בע"מ
ב. אסם תעשיות מזון בע"מ
ע"י נועם רוני ו/או רונית רוזנשטיין ואח', ממשרד גורניצקי ושות' משדרות רוטשילד
45, ת. ד. 612501, תל-אביב 6758, טלפון: 03-7109191; פקס: 03-5606555
4. א. שטראוס גרופ בע"מ
ב. שטראוס בריאות בע"מ
ג. עלית תעשיות מזון בע"מ
ד. עלית ממתקים מקבוצת שטראוס בע"מ
ע"י ב"כ תמר קרת, ממשרד נשיץ, ברנדס ושות' עו"ד מרח' תובל 5 תל-אביב 67897 טלפון:
03-6235000; פקס: 03-6235005

הודעת ערעור

המערערת מתכבדת בזאת להגיש הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי במחוז מרכז (כבוד השופטת
אסתר שטמר) הדוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית, שניתן ביום 8.11.11 (להלן: "פסק הדין").

פסה"ד נשוא הערעור מצ"ב כנספת א' להודעת הערעור.

ההדגשות בהודעת ערעור זו אינן במקור אלא אם נאמר אחרת.

א. מבוא

1. עניינו של ההליך בפרסום מוסווה שעשו המשיבות, והמכונה על ידן "תוכן שיווקי", במסגרתו שילבו – בעיקר, אך לא רק, בדרך של "הצבת מוצר" – מותגים או מוצרים בתוך עלילת קלטות ילדים וזאת למטרות פרסומיות.
2. דרך זו של פרסום מוסווה נועדה בעיקר כדי "לעקוף" את מנגנוני ההגנה העומדים לרשות אדם הצופה בתשדיר פרסומת מובחן (פרסום נפרד שאינו חלק מהעלילה), בכך שהיא מונעת מהנחשף אליו את האפשרות "להריץ" קדימה את הקלטת, לעבור ערוץ, להפעיל מנגנוני ביקורת ועוד.
3. אצלנו, הפרסום המסווה מכוון לילדים, קבוצת אוכלוסייה פגיעה במיוחד, שאינה מחזיקה ביכולת הסינון ובחוש הביקורת הקיימים למבוגרים.
- הילדים שצופים בקלטות, עושים זאת פעם אחר פעם, יום אחר יום, ונחשפים אגב כך ל"שטיפת מוח" הנגרמת מעשרות אם לא מאות מופעי תוכן שיווקי השזורים בעלילת הקלטות.
- אופן צפייה זו, חוזרת ונשנית, היא מאפיין ייחודי של תחום קלטות הילדים, שכן הקלטות נרכשת לשם הקרנה חוזרת ונשנית פעמים רבות בביתו של הילד, למשך תקופה ארוכה. "שטיפת המוח" אליה חשופים הילדים אגב כך, גדולה לאין ערוך מזו הנגרמת מפרסומת אקראית המוצגת מידי פעם בטלוויזיה.
4. משנוכחה המערערת לדעת שתחום זה של קלטות הילדים – בשונה משידורי הטלוויזיה, לגביהם קיימים גופים אשר מתפקידם לפקח על אכיפת הוראות הדין – סובל מבעיית תת-אכיפה קשה, בשל היעדר רגולטור, פנתה אל כבי בימ"ש קמא בבקשה כי יורה לנתבעות לחדול משילוב התוכן השיווקי.
5. כבי בימ"ש קמא קבע שהנושא הינו "רב חשיבות ועניין ציבורי"¹ והוא צידד בעמדתה הערכית של המערערת: "לא יכולה להיות מחלוקת על כך שיכולתם של קטינים לעבד את המידע ולבחון אותו בספקנות הנדרשת נמוכה מזו של מבוגרים, וברור הצורך בהגנה עליהם, לא רק מפני פרסומת פוגענית אל אגם מפני פרסומת שעלולה להתחזות כחלק מן העלילה, או כ'אמת לאמיתה'²."

¹ פסק הדין, בעמ' 16, שי' 5.

² פסק הדין, בעמ' 4, שי' 4-7.

כבי בימ"ש קמא הרחיב בעניין זה, וגילה דעתו ש"עצם חשיפתם של קטינים לפרסומות מעלה מחשבות נוגות, ומצדיקה ללא ספק דיון ציבורי מעמיק בתועלת שבהתרת פרסום לילדים אל מול הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מכך"³.

ואולם חרף התמיכה בעמדתה הערכית של המערערת, קבע כבי בימ"ש קמא שבמישור המשפטי - ידו קצרה מלהושיע, שכן לדבריו אין איסור חוקי על עשיית פרסום מוסווה בקלטות הילדים, ובלשונו - "לא ראיתי כי המצב החוקי הקיים אוסר על כל פרסומת לילדים מסוג העמדת מוצר באשר היא"⁴. הדרך לתיקון המעוות, לדבריו, היא בתיקון חקיקתי⁵.

6. המערערת סבורה, ובכל הכבוד, שבכך טעה כבי בימ"ש קמא, שכן המצב החוקי הקיים אוסר שילוב של תוכן שיווקי בקלטות ילדים, ואין כל צורך בשינוי חקיקתי כלשהו. הכוונה היא, בתמצית, לאיסורים הקבועים בסעיפים 7(ג)1 ו- 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ובסעיף 3 לתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), תשנ"א-1991 (להלן: "חוק הגנת הצרכן", "תקנות הגנת הצרכן").

כל שנדרש הוא לאכוף את החוקים הקיימים. ומכאן הערעור.

ב. טענות הערעור

7. טעה כבי בימ"ש קמא שדחה את בקשת המערערת לאשר התובענה כייצוגית מחוסר עילה.

8. טעה כבי בימ"ש קמא משנמנע לקבוע כי אמצעי הפרסום שבקלטות נושא התובענה הינם בגדר פרסום מוסווה, או פרסום סמוי.

9. טעה כבי בימ"ש קמא בכך שלא זן בעילת התביעה שמכח תקנה 3 לתקנות הגנת הצרכן, הקובעת "לא יעשה אדם פרסומת המכוונת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים שיש בהם - (1) ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר נסיונם; (4) משום עידוד קטינים לרכוש מצרך אלא אם כן המצרך

³ פסק הדין, בעמ' 4, שי 3-1.

⁴ פסק הדין, בעמ' 16, שי 3-2.

⁵ פסק הדין, בעמ' 11, שי 29-32.

או השירות הוא מסוג שסביר שקטינים ירכשו אותו, והוא עשוי במאמץ סביר להיות בהישג ידם; (5) משום עידוד קטינים לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרף או השירות";

בימ"ש קמא לא דן בעילה זו, אלא התמקד אך ורק באיסור ההטעיה הקבוע בסעיף 7 לחוק הגנת הצרכן, ודי בכך כדי לקבל את הערעור.

10. טעה כב' בימ"ש קמא משלא קבע כי הפרסום המוסווה בקלטות הילדים, שהן כמובן מכוונות לקטינים, עומדות בסתירה לתקנות דלעיל.

11. טעה כב' בימ"ש קמא שלא הסיק את המסקנה הנכונה מקביעתו שלו שיש להגן על ילדים מפני "פרסומת שעלולה להתחזות כחלק מן העלילה"⁶, שעה שאלה הן הפרסומות בקלטות הילדים נושא התובענה.

12. טעה כב' בימ"ש קמא משלא קבע כי תוכן השיווקי המכוון לילדים מהווה ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר נסיונם, בניגוד לתקנה 3(1) הנ"ל.

ונסביר שלא כל פרסומת תיאסר מכח התקנות - ואפילו זו תהא ניצול של "דימיון", "נוחות להתרשם", תמימות", "אמון" או "חוסר ניסיון", ניצול שאמנם קיים בפרסומות רבות - אלא אך ורק פרסומת המכוונת לילדים ושמהווה ניצול לרעה שלהם. ניצול לרעה כזה קיים בעת עשיית פרסום מוסווה, שכן פרסום כזה שולל מהקטין (ומהוריו) את הזכות לבחור שלא להיחשף לפרסומת או את הזכות להפעיל מנגנוני ביקורת נגדה. שלילת הזכות היא שמהווה ניצול לרעה.

13. טעה כב' בימ"ש קמא שלא פסק כי התוכן השיווקי שבקלטות נועד לעודד קטינים לרכוש את רכישת המוצרים המפורסמים, בניגוד לתקנה 3(4) הנ"ל או לעודד אותם לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרף או השירות, בניגוד לתקנה 3(5) הנ"ל, וזה למרות קביעתו הנכונה כי התוכן השיווקי משיג את התוצאה המיוחלת, של עידוד הקטינים לרכוש את המוצרים או לשכנע את הוריהם לעשות כן, ולדבריו "...מן הסתם מצליח הפרסום להשיג מטרת של הגברת רכישות"⁷.

⁶ פסק הדין, בעמ' 4, שי' 4-7.
⁷ פסק הדין, בעמ' 15, שי' 26-28.

14. טעה כב' בימ"ש קמא בכך שלא דן בעילת התביעה שמכח סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 המטיל איסור על עשיית מעשה העלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה.

15. טעה כב' בימ"ש קמא שלא פסק כי בענייננו יש הטעייה במחדל, בניגוד לסעיף 2 הנ"ל, בכך שלא צוין על גבי אריזת הקלטות כי הן מכילות תוכן שיווקי, כך שצרכן הנמצא בשלב הטרנס חוזי (עוד טרם לרכישה), אינו יכול לקבל החלטה מושכלת, על בסיס מידע מלא, האם לרכוש את הקלטת שהוא מתעניין לגביה או להעדיף אחרת (נטולת תוכן שיווקי) תחתיה.

ונוכח שהמשיבות לא חלקו על כך שאריזת הקלטות אינה מכילה מידע לגבי קיומו של תוכן שיווקי.

16. טעה כב' בימ"ש קמא שלא פסק כי המידע (החסר) אודות קיומו של תוכן שיווקי בקלטת הוא מהותי - בכלל, ובפרט להורה העומד בפני רכישת קלטת ומעוניין, לפי השקפת עולמו, למנוע או למצער לצמצם את תשיפת ילדיו לקלטות בעלות תוכן שיווקי.

הפולמוס הציבורי סביב העניין והעובדה שישנו ציבור וישנן דעות – חלקן תואר בפסק הדין - המתנגדות לשילוב תוכן שיווקי, בפרט כלפי ילדים, מוכיחים מצד עצמם את היות העניין מהותי, וזאת ללא כל קשר לשאלת חוקיות הדברים.

17. טעה כב' בימ"ש קמא כאשר נמנע מלפסוק שילדים עלולים לטעות כתוצאה מצפייה בפרסומות המוסוות בנימוק שמחוות הדעת שהוצגו בפניו "לא ניתן לבחון מהי עמדת הילד הסביר"⁸ או "אשר לילד הסביר – לא ניתן אלא להעריך את עמדתו, ואין די בכך כדי לקבוע כי הילד הסביר אינו מבחין בכך שמדובר בפרסומת"⁹, שכן השאלה האם ילד עלול לטעות אינה שאלה שבמומחיות או של חוות דעת, אלא של סבירות ושיקול דעת שיפוטי הנתונים ממילא להערכת בית משפט.

וגם אם לאחר שבחן את חוות הדעת שבפניו נותר אצל כב' בימ"ש קמא ספק לגבי עמדתו של ילד, טעה כב' בימ"ש קמא בכך שהספק לא פעל לטובת המערערת אלא לטובת המשיבות, הגם שאנו מצויים בשלב ראשוני של ההליך, שלב הדיון בבקשה לאישור תביעה ייצוגית, בו נטל ההוכחה הוא לכאורי בלבד ונמוך מזה שבהליך העיקרי.

⁸ פסק הדין, בעמ' 10, ש' 14.
⁹ פסק הדין, בעמ' 10, ש' 15-17.

18. ואם אילו הנחנו (ואיננו מניחים) שאת עניין ההטעיה היה על המערערת להוכיח אך ורק באמצעות מומחים ונמשיך להניח (וגם את זאת איננו מניחים) שלבית משפט אין את הכלים לקבוע האם ילד עלול לטעות בעת הצפייה בהן ללא חוות דעת מתאימות, הרי שגם כאן טעה כב' בימ"ש קמא משקבע שעניין הטעיית הילדים לא הוכח על ידי המערערת (גם) באמצעות חוות דעת, שכן המערערת צירפה חוות דעת של מומחה מתחום הפסיכולוגיה, היא הדוקטרינה הרלוונטית, בעוד שהמשיבות צירפו חוות דעת של מומחה מתחום השיווק.

19. טעה כב' בימ"ש קמא שלא פסק כי השוואת כישורי המומחים צריך שתוביל למסקנה שיש להעדיף את זה שמטעם המערערת, שכן מומחה השיווק מטעם המשיבות אינו בעל כישורים לומר "האם ילדים עלולים לטעות", עניין שהוא פסיכולוגי במהותו, המתרחש בנפשו של הילד, עוד בטרם יהיו לו השלכות שיווקיות.

20. טעה כב' בימ"ש קמא שלא פסק כי השוואת דברי המומחים צריך שתוביל למסקנה שילד למטה מגיל 5 הצופה בקלטות עלול לטעות, שכן בעוד שפרופ' צאל מטעם המערערת קבע שילדים הצופים בקלטות עלולים לטעות, פרופ' הורניק מטעם המשיבות כלל לא התייחס לעניין ההטעיה אלא אך ורק לתוצאת ההטעיה (השפעת ההטעיה על התנהגות הילד). מאחר ואיסור ההטעיה קם גם אם המעשה עלול להטעות (ואין צורך שישפיע בפועל על מאן דהו) נמצא שבעניין זה, של השאלה האם הפרסום המוסווה עלול להטעות ילדים למטה מגיל 5, נותרה רק דעתו של פרופ' צאל מטעם המערערת.

21. טעה כב' בימ"ש קמא שלא פסק כי השוואת דברי המומחים צריך שתוביל למסקנה שגם ילדים בגילאי 5-8 הצופים בקלטות עלולים לטעות, שכן הוא עצמו קבע שאין לקבל את עמדתו של פרופ' הורניק מטעם המשיבות וכי "לא נמצא בסיס אקדמי לקביעה כי ילדים בגיל 5-8 מודעים לפרסומת בדרך של העמדת מוצר"¹⁰.

22. טעה כב' בימ"ש קמא בכך שנמנע מלהתייחס באופן פרטני לכל אחת מעשרות קלטות ומאות מופעי התוכן השיווקי שפורטו בדו"ח שהגישה המערערת.

טעות זו אינה דיונית-ראייתית בלבד, אלא מהותית ויורדת לשורש העניין, שכן בכדי להקים עילת תביעה אין צורך שכל מופעי התוכן השיווקי יהיו אסורים ודי שחלק מהם ייאסרו, והיה על כב' בימ"ש קמא לבחון את כל חומר הראיות ואת כל מופעי התוכן השיווקי ולקבוע לגבי כולם כי הם אינם מנוגדים לדין.

¹⁰ פסק הדין, בעמ' 8, ש' 28-29.

23. טעה כבי ביהמ"ש בכך שצמצם עצמו¹¹ לדון אך ורק במופעי תוכן שיווקי של המשיבות 3-4 ובחר שלא להתייחס לכל עשרות המוצרים האחרים שפורסמו בקלטות שהפיקו המשיבות 1 ו-2 ושאינם של המשיבות 3-4 (ובניהם: סובארו, נירלט, תלמה, יטבתה, עסיס, Jeep, מטרנה, האגיס, פנינה רוזנבלום, זוגלובק, רמדיה, מי עדן, פריגת, חמישה נגרים, ורד הגליל ועוד).

החלטתו זו של כבי בימ"ש קמא בטעות יסודה שכן חוק הגנת הצרכן עצמו קובע במפורש, בסעיף 7(א), שהאחריות לגבי פרסומת מטעה מוטלת על כל הגורמים בשרשרת הפרסום: מי שמטעמו נעשתה הפרסומת, האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו, המפיץ או מי שהחליט בפועל על הפרסום.

ולפיכך, טעה כבי בימ"ש קמא שלא פסק כי המשיבות 1 ו-2 נושאות באחריות לגבי כל המוצרים המפורסמים בהם ולא רק ביחס למוצרי המשיבות 3-4, ושלא פסק שמשיבות 3-4 נושאות באחריות ביחס לפרסום מסוה שעשו אצל חברת MCI ולא רק לגבי פרסום מוסוה שעשו אצל המשיבות 1 ו-2 והכל כמפורט בדו"ח הבדיקה שצירפה המערערת.

24. טעה כבי בימ"ש קמא בקביעתו ש"הצופה הסביר (בהכרח המבוגר הסביר) בקלות מבחין שאין מדובר אלא בהעמדת מוצר"¹² ומשום כך אין מדובר בהטעיה האסורה לפי סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן.

25. טעה כבי בימ"ש קמא משנמנע מלקבוע כי אדם הצופה בקלטות עלול לטעות ולסבור שמופעי התוכן השיווקי הם חלק מהעלילה. שכן כל מהותו של ה"תוכן השיווקי" הוא להשתלב באופן טבעי בעלילה ולהסוות בכך את אופיה הפרסומי של הפרסומת. בכך מתקיים יסוד ההטעיה האסורה.

הדרך הברורה והמובהקת להיווכח בטעותו של כבי בימ"ש קמא היא באמצעות צפייה בקלטות עצמן, כשבעניין זה אין לערכאה הדיונית כל יתרון על פני בית משפט נכבד זה¹³, אשר יגיע – כך סבורה המערערת – למסקנה הפוכה, לפיה - הצופה בפרסום המוסוה (לכל הפחות) עלול לטעות ולסבור שהפרסום המוסוה הוא חלק מן העלילה.

¹¹ פסק הדין, בעמ' 2, ש' 22-33.

¹² פסק הדין, בעמ' 10, ש' 12-13.

¹³ ראו לדוגמא: דנא 8152/11 Philip Morris נ' Akisionerno Droujestvo Bulgartabac Holding (נבו).

26. טעה כבי בימ"ש קמא שלא פסק כי אפילו אם חלק ממופעי התוכן השיווקי הם בולטים במידה ניכרת ואדם יכול לזהות את הכוונה הפרסומית שבהצבתם, עדיין - אדם הצופה בעלילת קלטות אינו יכול לאתר את כל מופעי התוכן השיווקי, בכל עשרות הקלטות שצורפו לתובענה, ומדובר במאות כאלו. די, כמובן, אם תלך ממופעי התוכן השיווקי יחמקו "מתחת לרדאר", בכדי להקים את עילת ההטעיה שבסעיף 7 כאמור.
27. כבי בימ"ש קמא גם טעה בכך שקבע ש"ללא הצבת מותגים בתכנים מותרים לא ניתן היה לקיים את אמנויות הבימה הידועות לנו. בין היתר משום השימוש הגובר והולך במוותגים, שגם ללא תשומת לב ישירה ופרסום מילולי ניתן ללמוד עם קיומם ולקבל מסר פרסומי מהם"¹⁴.
- טעותו בכך שאין כל איסור גורף על הצבת מותגים, וסעיף 7 הנ"ל אוסר את הצבת המותגים רק כאשר אלו ייחשבו לפרסומת, ומונח זה - פרסומת - הוגדר בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן כפרסום הנעשה כנגד תמורה: "פרסומת - לרבות פרסום שמומן או שנתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום או כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור".
- ולכן אין חולק כי כאשר הצבת המותג נעשית משיקולים מערכתיים-אדיטוריאליים, כדי לשוות לסצנה נופך אותנטי (שמטבח - יראה כמטבח, חדר ילדים - כחדר ילדים) ולא בגין קבלת טובת הנאה כלשהי, לא יחול האיסור הקבוע בסעיף 7 הנ"ל, שכן לא מדובר בפרסומת.
28. טעה כבי בימ"ש קמא בכך שדחה את האמור (א) בחוות דעת של פרופ' צאל, מומחה לפסיכולוגיה; (ב) בתצהירו של מנכ"ל המבקשת; (ג) בתצהירו מר אורי פז (עורך דו"ח הבדיקה) ולפיהם - הצופה בקלטות עלול לטעות.
29. טעה כבי בימ"ש קמא בכך שלא נתן את המשקל הנכון לעמדתו הברורה של בית המשפט העליון (בעניין אוסם, בעניין תרמוקיר¹⁵ ובעניין מלניק¹⁶) היוצאת נגד שימוש בתוכן שיווקי.
30. טעה כבי בימ"ש קמא שהתעלם מכך שלשם קבלת סעד הציווי שביסוד ההליך אין צורך להוכיח אלא (א) שמדובר במעשה העלול להטעות צרכן, וגם זאת (ב) ברמת הוכחה לכאורית בלבד, היא רמת ההוכחה הנדרשת בשלב זה של ההליך. שני אלו בוודאי הוכחו כאן, ודי בכך כדי לקבל את הערעור (גם) בנקודה זו.

¹⁴ פסק הדין, בעמ' 4, שי' 12-15.

¹⁵ בג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד (3) 397 (להלן: "ענין תרמוקיר").

¹⁶ בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ואח', פ"ד נב(3) 586 (להלן: מלניק).

31. טעה כבי בימ"ש קמא בהשוואה והיסק שגויים מחיקוקים אחרים, המבוססים על הקביעה שייעניינו עונה על הגדרת פרסומת האגב¹⁷, שכן אצלנו לא מדובר בפרסומת אגב (שהותרה במקרים מסוימים) אלא בפרסומת מוסווית (שנאסרה באופן גורף), ושני אלו - פרסומת אגב ופרסום מוסווה - מושגים שונים זה מזה.

נסביר שפרסומת אגב, לשם הדוגמא, הם שלטי הפרסומת בצידי מגרש הכדורסל אליהם נחשפים הצופים אגב הצפייה בשידור המשחק. במקרה כזה הכוונה הפרסומית היא גלויה לחלוטין. אצלנו, לעומת זאת, הכוונה הפרסומית אינה גלויה: המותג עצמו גלוי, אך הכוונה הפרסומית שבהצבתו היא סמויה.

וכאמור פרסומת מוסווית אסורה לא רק בחוק הגנת הצרכן אלא בכל החקיקה הרלוונטית ובכלל זה בסעיף 9(ג) לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), תשנ"ד-1994 (לא ישרד בעל זכיון דבר שהוא בגדר "פרסומת מוסווית" וזו - פרסומת מוסווית - הוגדרה על ידו כ"פרסומת המשודרת באופן שצופה סביר עלול שלא לזהות כי יש בה פרסום למוצר או שירות") וכן בסעיף 34(ב) לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), תשס"ד-2004, (בעל רישיון לא ישרד דבר שהוא בגדר "פרסומת סמויה" וזו - פרסומת סמויה - הוגדרה על ידו כ"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...").

32. טעה כבי בימ"ש קמא בכך שלא דן בעילות התביעה המבוססות על פרסום מותגים באמצעות שילוב ידוענים (כמו טוביה צפיר, אורנה ומשה דץ, רינת גבאי ועוד רבים אחרים, כולם אהובים על הקהל הצעיר) ובטענת המערערת שהדבר מנוגד הן לתקנות הגנת הצרכן והן לסעיף 7(ג)1 לחוק הגנת הצרכן.

33. טעה כבי בימ"ש קמא שנמנע מלפסוק כי עצם נוכחות השחקן המפורסם בסמיכות לתכנים השיווקיים שבקלטות, היא עצמה פרסומת מוסווית ולפיכך אסורה.

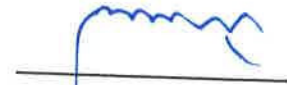
34. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, ולבטל את החלטת בימ"ש הנכבד קמא. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבות בהוצאות משפט ובשכ"ט עו"ד בשתי הערכאות.

¹⁷ פסק הדין, בעמ' 13, שי' 22-29.



עופר לוי, עו"ד

מ.ר. 27780



שמואל אהרנסון, עו"ד

מ.ר. 8460

היום, כ"ט כסלו תשע"ב, 25 בדצמבר 2011, תל אביב



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

לפני כב' השופטת אסתר שטמר

המבקשת

המועצה הישראלית לצרכנות

ע"י ב"כ עו"ד שמואל אהרנסון, עו"ד עופר לוי ועו"ד אמיר קדרי

נגד

המשיבות

1. א. הד ארצי בע"מ
 - ב. הד ארצי וידאו בע"מ
 - ג. הד ארצי חברה להפצה בע"מ
 - ד. הד ארצי הוצאה לאור בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד מירב ברוך ועו"ד ליאור צירצ'י
2. קלאסיקלסט בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד עילי אביאל
3. א. אסם השקעות בע"מ
 - ב. אסם תעשיות מזון בעמ
- ע"י ב"כ עו"ד נועם רוני ועו"ד רונית רוזנשטיין-בראל
4. א. שטראוס גרופ בע"מ
 - ב. שטראוס מחלבות בע"מ
 - ג. עלית תעשיות מזון בעמ
 - ד. עלית ממתקים בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד תמר קרת ועו"ד אסף רצון

פסק דין

- 1
- 2 בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה פרסום ב-31 קלטות וידאו לילדים. השאלה המרכזית
- 3 שתידון היא אם פרסום כפי שחוכח (חקרוי בפי המבקשת "פרסום סמוי" ובפי המשיבות "תוכן
- 4 שיווקי") בקלטות המיועדות לילדים אסור הוא לפי הדין.
- 5
- 6 1. המועצה הישראלית לצרכנות (להלן "המועצה") היא ארגון צרכנים גדול שמאוגד כחברה
- 7 ממשלתית.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

- 1 תביעתה מבוססת על תביעה שהוגשה ע"י מר אבשלום שרון בת"צ (מרכז) 08-04-747,
 2 תביעה שאליה בקשה להצטרף, ראשית כידידת בית המשפט ואחר כך כתובעת ייצוגית,
 3 משהרשה זאת תיקון סעיף 4(א)3 בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006. לאחר שהוגשה
 4 תובענת המועצה נמחקה תובענת שרון שהיתה כלולה בה (החלטה מיום 4.3.10).
 5
 6 ניתן לראות ברכה רבה בנהול בקשה לאישור תובענה ייצוגית על ידי המועצה. ראשית משום
 7 היותה גוף סטוטורי, שמפעיל שיקול דעת שונה מזה של התובע הפרטי. ושנית, בעניינו לא
 8 היו חילוקי דעות עובדתיים בקשר לעצם העמדת פרסומות של המשיבות 3 ו-4 (להלן
 9 "אסס" ו"שטראוס" בהתאמה). השאלה היא שאלה עקרונית, שראוי היה לה להתייבב
 10 במלוא הדרה בחזית הדיון, מבלי מיסוך חקשור בהכרח בענינו האישי של מבקש כזה או
 11 אחר.
 12
 13 לתביעת מר שרון צורף דו"ח בדיקה של מר אורי פז שפירט את כל 31 הקלטות והפרסומות
 14 שנצפו בהן. בפועל, המשיבות לא התנגדו לאמור בו.
 15 בקשת המועצה נתמכת בתצהיר עו"ד אהוד פלג, מנכ"ל המועצה, ובחוות דעת פרופ' יהושע
 16 צאל מן החוג לפסיכולוגיה באוניברסיטת תל-אביב והמכללה למנהל בראשון לציון.
 17 המשיבות אסס ושטראוס הסתייעו בחוות דעת של פרופ' יעקב הורניק, מבית הספר
 18 למסמכים במנהל עסקים באוניברסיטת תל-אביב. לפי הסכמת הצדדים לא נחקרו
 19 המצהירים הנוספים מטעם המשיבות. נחקרו המומחים מטעם שני הצדדים וכן מנכ"ל
 20 המועצה, ולבקשת ב"כ המשיבות נחקר גם מר אבשלום שרון.
 21
 22 המועצה מבקשת לראות בקלטות שהובאו משום דוגמאות לכל הפרסומות בכל הקלטות
 23 שהפיקו המשיבות 1 ו-2 ("הד ארצי" ו"קלאסיקלטה" בהתאמה), לאו דוקא פרסומת
 24 למוצרי אסס ושטראוס. וכן מבקשת היא לראות כל מקום שבו מופיעים מוצרי אסס
 25 ושטראוס בפרסום אסור, ולא דוקא בקלטות של המשיבות הד ארצי וקלאסיקלטה משום
 26 הפרה של הדין לפי תובענה זו (סעיף 31 בבקשה). אכן, דו"ח הבדיקה מתייחס גם לקלטות
 27 שהופקו על ידי MCI בע"מ, שלא נתבעה כאן (לטענת המבקשת החברה בפירוק), וכן
 28 לפרסומות של מותגים שונים ורבים פרט למוצרי אסס ושטראוס שהוצבו בקלטות שנבדקו.
 29 אין לקבל גישה כזו, שלפיה מהווה התובענה לכאורה רק דוגמא להפרות נוספות, שלא
 30 פורטו בכתב התביעה, ואשר לא הוכרע לגביהן אם הן מהוות הפרה אם לאו, ולא ניתן
 31 להכריע באופן כה גורף, שכולל גם פגיעה באינטרסים של צדדים שכלל לא הוזמנו לדיון.
 32 מובהר כי פסק דין זה מתייחס אך ורק ל"דוגמאות" שהובאו בתביעה זו, שהן בלבד עילות
 33 התביעה שלפני.
 34



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

4. אין מחלוקת עובדתית ממשית בין הצדדים ביחס למציאות פרסומות בקלטות שונות שהופקו על ידי המשיבות 1 ו-2. הפרסומות הן מסוג של העמדת מוצר, כלומר שבתוך העלילה משולבים מוצרים ומותגים ידועים, בחלקם עם קשר ישיר לעלילה ובחלקם ללא קשר כזה. הפרסומות אינן מובחנות ברצועת זמן מסויימת (כגון פרסומות מקדימות או "הפסקת פרסומות"), אלא מהוות חלק ברצף העלילה. למרות טענות המשיבות כי מתוקף העמדת מוצר אין בה התייחסות מפורשת למוצר, כגון האדרת תכונותיו וכו', אלא העמדתו כחלק מן התפאורה במקרה הרגיל, וחלק מן האביזרים הנדרשים לעלילה במקרים אחדים – הצגה זו אינה מדוייקת: ניתן להבחין במקרים שבהם נעשית האדרה של תכונות המוצר כחלק מן הקלטות (ודוגמא מובהקת לכך בקלטת אגם הברבורים של הד ארצי, ששם, במופע המתועד הראשון של העמדת מוצר (שטראוס, דקה 11:18) – מיוחסת למעדן חלב תכונה שמשביחה את קולן של השחקניות). ואולם לא התקיים דיון בכל אחת מן הפרסומות, ולא בחינה אם עומדות הן, כל אחת לעצמה, במגבלות החוקיות. הדיון היה דיון כללי בתופעה של פרסומות בדרך של העמדת מוצר בקלטות המיועדות לילדים.
- המשיבות לא הכישו שהמפרסמים משלמים עבור העמדת מוצר. הד ארצי הבהירה כי הסכומים שקבלה עבור שבוץ פרסומות בקלטות הוו חלק מתקציב ההפקה של התקליטורים. השאלה אם במסום אסור עסקינן היא השאלה שבלב התובענה.
5. בפי הצדדים טענות רבות נוספות, אולם ראשית חכמה יש לבחון את עילת התביעה. הואיל ומסקנתי היא שלא עומדת למבקשת עילת תביעה, לא ראיתי לנכון להוסיף ולבחון את כל ומלוא טענות המשיבות, בהן טענות בדבר התיישנות (כי חלק ניכר מן הקלטות נוצרו לפני התיקונים בחוק הגנת הצרכן הרלוונטיים לענייננו); כי לא הוכחו נזקי הקבוצה וקשר סיבתי; כי לא הוכחו העילות המשפטיות החלופיות: הפרת חובה חקוקה, רשלנות ועשיית עושר ולא במשפט; וכי התובענה אינה מתאימה להתברר כתובענה ייצוגית. המשיבות הוסיפו וטענו נגד אפשרות הייצוג על ידי המועצה, אולם לאור מילותיו המפורשות של סעיף 4(א)(3) בחוק הגנת הצרכן, נדמה כי החששות שבטאו מוגזמים. מכל מקום, כאמור, בשל התוצאה לגופה של עילת התביעה לא הכרעתי גם בשאלה זו.

הרצוי והמצוי

6. פרסומות מקובלת בתחומים שונים של החיים, לרבות נגיעה ברורה בחייהם של קטינים: קטינים חשופים מגיל צעיר מאוד לפרסומות בשלטי חוצות, אריזות של חפצים יומיומיים, צעצועים, ספרים, מחברות וכלי רישום וכתביה, סרטים, טלוויזיה ורדיו, ובודאי בתחומים שונים נוספים, באמצעות האינטרנט. כפי שעלה מן הניתוח המשפטי של הצדדים בתובענה זו, אין הסדרה חוקית של פרסומת אלא באמצעות חוק הגנת הצרכן והתקנות שהותקנו לפיו, למעט הסדרה חוקית ספציפית של פרסומת בשדורי טלוויזיה ורדיו.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' ה'ד ארצי בע"מ ואח'

- 1 עצם חשיפתם של קטינים לפרסומות מעלה מחשבות נוגות, ומצדיקה ללא ספק דיון ציבורי
 2 מעמיק בתועלת שבהתרת פרסום לקטינים אל מול הנזק שעלול להגרם כתוצאה מכך, וגם
 3 צורך בולט בהסדרת הנושא.
- 4 נדמה שלא יכולה להיות מחלוקת על כך שיכולתם של קטינים לעבד את המידע ולבחון אותו
 5 בספקנות הנדרשת נמוכה מזו של מבוגרים, וברור הצורך בהגנה עליהם, לא רק מפני
 6 פרסומות פוגעניות אלא גם מפני פרסומות שעלולה להתחזות כחלק מן העלילה, או כ"אמת
 7 לאמיתה".
- 8
- 9 ואולם, מותגים שונים מוכרים בקהל כדי כך, שאם לא ייעשה שמוש בהם ביצירה אמנותית .7
 10 כסרט קולנוע, קלטת או תכנית טלוויזיה – תמצאנה היצירות חסרות. חלקם אף הפכו
 11 למילות תאור המתארת את המוצר הגנרי. כמעט לא ניתן לתאר את שפת הדיבור ללא שמוש
 12 בהם. אני מניחה שלא אטעה אם אומר שללא הצבת מותגים בתכנים מותרים לא ניתן היה
 13 לקיים את אמנויות הבימה הידועות לנו, בין היתר משום השמוש הגובר והולך במותגים,
 14 שגם ללא תשומת לב ישירה ופרסום מילולי ניתן ללמוד על קיומם ולקבל מסר פרסומי
 15 מהם.
- 16
- 17 עמדה ערכית כלפי פרסומת כזו יכולה לנוע משלילתה המוחלטת בשל חזירתה הבלתי .8
 18 מוצהרת לחיי היומיום, מבלי יכולת למנוע אותה או להמנע ממנה ועד עמדה חיובית,
 19 שמוצאת לפרסומת צדדים חיוביים ואף בעלי משמעות חשובה.
- 20 המצדדים בהסדרת הפרסום טוענים, בין השאר, כי הכנסות הפרסום מועילות לצרכן
 21 שרוכש מוצרים בעלות מופחתת יחסית; וכי התקבולים מאפשרים תמיכה ביצירה מקורית.
 22 מעניין לציין בהקשר זה, כי במסגרת דיון שהתקיים בועדת הכלכלה של הכנסת ביום
 23 13.6.2006, אשר כונה "פרסום סמוי ("תוכן שיווקי") בשידורי הטלוויזיה", אמרה עו"ד
 24 סמדר בן נתן, היועצת המשפטית לאיגוד הבמאים ולאגוד התסריטאים, את הדברים
 25 הבאים:
- 26 "הכסף הזה לא יגיע אל היצירה, ויצירה שקנו אותה היא לא יצירה ראויה לשמה.
 27 במקום שיתנו לגופי הטלוויזיה להרוויח בקלות מזה שמשלמים להם על פרסומות
 28 סמויות, אולי שיעבדו כדי לספק לנו טלוויזיה איכותית, טלוויזיה שיש בה חופש
 29 ביטוי, חופש אמנותי, שיש בה הבעת דעות, שיש בה תכנים מאתגרים, תכנים
 30 חשובים, ולא שהכל יהיה מסובן ומלובן ומרוכך לטובת התכנים הפרסומיים
 31 שרוצים להכניס לשידורים.
 32 "...
- 33 מנגד הביע מר אייל מלובן, עוזר מנכ"ל איגוד העובדים בקולנוע ובטלוויזיה דעה חולקת על
 34 אותה נקודה ממש, באמרו כי התועלת שבתוכן השיווקי מתבטאת בסכומים המשולמים
 35 ליצירה, ומעודדים את עצם קיומה.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

1 והגדיל לעשות מנהל חטיבת התוכן בחוט, מר אלון שטרומן, שהוסיף כי המפיקים
2 והיוצרים הם שקידמו את התוכן השיווקי, ולא הפרסומאים.
3 כלומר, שגם בקרב אנשי המקצוע אין תמימות דעים בקשר לתועלת שבהצבת תוכן שיווקי
4 בתשלום.

5
6 אדגיש, אין איסור בחוק על פרסומות לקטינים. וכך אכן נחזה גם במרחב הציבורי שלנו.
7 הערכים החברתיים שהוטמעו בינתיים בחוקי מדינת ישראל הם כאלו שמתירים את
8 הפרסום לקטינים, ובלבד שהוא עומד בשורת הדרישות שבחוק הגנת הצרכן ובתקנות
9 הפרסום לקטינים שהותקנו לפיו. כמובן, לא מן הנמנע שהמחוקק יתערב בכך, ויחמיר את
10 דרישותיו כלפי מפרסמים במסגרת של מוצרים המיועדים לילדים, לרבות קלטות. אכן,
11 במסגרת המחקרים שהובאו מצאנו לא מעט קריאות להגבלת פרסומות מסוג העמדת מוצר,
12 או לפחות תיוגן באופן בולט כפרסומת. איני רואה לעשות כן במסגרת פרשנות לחוק הקיים.

13
14 תהא דעתנו אשר תהא באשר למצב הרצוי בשדה הפרסום בכלל, ובוה המיועד לילדים בפרט
15 – יש לבחון את העובדות הנטענות כשיש לב לחוק הקיים. המחוקק נתן דעתו על פרסומת
16 כזו, ובמסגרת חוק הגנת הצרכן הגביל אותה במובנים אחדים, בהם כמובן איסור על
17 פרסומת אלימה ופוגענית. לענייננו, המובן העקרוני והחשוב הוא ההבנה כי בפרסומת
18 מדובר. הדיון יתמקד בשאלה, האם במסגרת פרסומת מסוג הצבת מוצר מודע הילד לכך
19 שמדובר בפרסומת. שאם לא כן – לכאורה נתמלאו תנאי העולה לפי חוק הגנת הצרכן.

עילת חתביעה

20
21
22
23 9. המועצה מבססת את תביעתה על הוראות סעיפים 2, 3, ו-7(ג1) בחוק הגנת הצרכן,
24 התשמ"א-1981 (להלן "חוק הגנת הצרכן"), ועל תקנה 3 בתקנות הגנת הצרכן (פרסומת
25 ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), תשנ"א-1991 (להלן "תקנות הפרסומת").
26 כמו כן נטען כי המשיבות פעלו ברשלנות, הפרו חובה שבחוק, ועשו עושר ולא במשפט.

27
28 10. **סעיף 2 בחוק הגנת הצרכן אוסר על הטעיה, שהוא מגדיר אותה כמעשה... "העלול להטעות**
29 **צרכן בכל ענין מהותי בעסקה"**. כאמור בס"ק 2 (ג), החוק חל גם על פרסומת. נדמה שלא
30 יכול להיות חולק שעצם קיומה של פרסומת ככזו היא ענין מהותי בעסקת פרסומת. כלומר,
31 הידיעה שבפרסומת עסקינן ולא בתוכן העלילה. על כן, ככל שהפרסומות שבחן מדובר לא
32 היו גלויות לעין, או שניתן היה להבין שאינן פרסומות – יש לראות בהן הטעיה.

33 **סעיף 3(ב) בחוק הגנת הצרכן אוסר על עשיית פעולה או מחדל שיש בהם כדי "הפעלת**
34 **השפעה בלתי הוגנת עליו, הכל כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי**
35 **סבירים, או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת."**



בית המשפט המחחי מרכז

ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39

וסעיף 7(ג) בחוק קובע:

"פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה".

תקנה 3 בתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א-1991 קובעת:

- "לא יעשה אדם פרסומת המכוונת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים שיש בהם –
- (1) ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר נסיונם;
 - (2) תיאורי אלימות או הצגת דברים באופן העלול להפחיד או ליצור מתחים אצל קטינים;
 - (3) שימוש בעירוס או ברמזים מיניים;
 - (4) משום עידוד קטינים לרכוש מצרך אלא אם כן המצרך או השירות הוא מסוג שסביר שקטינים ירכשו אותו, והוא עשוי במאמץ סביר להיות בהישג ידם;
 - (5) משום עידוד קטינים לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרך או השירות;
 - (6) כדי לגרום לכך שקטינים ירגישו מקופחים, נחותים או בלתי מקובלים לעומת קטינים אחרים, אם אינם לוכשים את המוצר או גורמים לרכישתו עבורם;
 - (7) נתונים על התוצאות האפשריות של שימוש במצרך שהוא מעבר ליכולת ההשגה של קטין או רמיזה כי המוצר יעניק לקטין תכונות או יתרונות אשר אינם קשורים במוצר."

11. לענינו, החוק והתקנות דורשים שניתן יהיה להבחין בדבר פרסומת ככזה: ולגבי קטינים חלים איסורים מיוחדים הנובעים ממידת ההבנה של הקטין והיותו נתון לחשפעה.

12. האבחנה בין פרסומת סמויה לגלויה נדונה גם בפסיקת בית המשפט העליון:

בע"א 7831/02 אובייקטיבי מחקרים עולמיים לישראל בע"מ נ' קך – שירותי בריאות בע"מ (לא פורסם, 30.1.2003) נתקבל חלקית ערעור על צו שאסר פרסום של פרסומת שנחזתה להיות כתבות, והוא צומצם כך שהותר הפרסום ובלבד שיהיה ברור ממנו כי בפרסומת עסקינן.

בבג"צ 1858/96 אסם השקעות בע"מ נ' רשות השידור (לא פורסם, 21.10.99) ניתן צו האוסר על רשות השידור להשתמש בדמות "שוש" המסחרית ולשרד תכנית "החברים של שוש", משום שיש בה פרסומת אסורה.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

1 פסק הדין ניתן על בסיס האיסור על רשות השידור לחדר פרסומות, ולא מכח חוק הגנת
 2 הצרכן, ולכן אינו מחייב בעניינו.
 3 עם זאת ניתן ללמוד גם משם עד כמה חשוב כי הצבור הנחשף לפרסומות ידע כי כך הדבר
 4 (פסקה 7 בפסק הדין); כי "פרסומות כזו [סמויה – א"ש], שפועלה הוא על תת המודע של
 5 הצופה בה, עשויה להיות יעילה יותר ואף מסוכנת יותר, מפרסומות גלויה. זאת, כיוון
 6 שהצופה בה אינו מודע לאינטרס המסחרי שבה ואינו מפעיל מנגנוני ביקורת וסינון
 7 אינפורמציה, כפי שהוא עושה בעת שהוא צופה בפרסומות גלויה" (פסקה 8 בפסק הדין);
 8 וכי "מבחן הפרסומות הסמויה שאומץ בפסיקה, אם כי לעניין פרסומות סמויה בשידורי
 9 הרשות השנייה, הוא מבחן התוצאה, הבוחן את טיב השידור מנקודת מבטו של הצופה. על
 10 פי מבחן זה, פרסומות סמויה היא חשיפה של הצופה למוצר מסחרי או לשירות מסחרי
 11 באופן ובמידה שיש בהם כדי לתת עדיפות לאותו מוצר או לאותו שירות בעיני הצופה
 12 הסביר (ראו: בג"ץ 7833/96 פנחס מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (טרם
 13 פורסם))." (פסקה 9 בפסק הדין).
 14 אך ראוי לזכור כי השאלה אם מדובר בפרסומות סמויה או גלויה לא עמדה לדיון, ובג"ץ אף
 15 הזכיר שכל פרסומות אסורה על רשות השדור. אם כן, קשה ללמוד מכך לעניינו.
 16
 17 כבג"ץ 15/96 תדמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו פ"ד (3) 397, 415
 18 (1996) נדונה סבירות החלטת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לאפשר פרסומות למוצרי
 19 העותרת באמצעות מגיש תחזית מזג אויר של הטלוויזיה. אל מול הפגיעה הנטענת בחופש
 20 תביטוי ובחופש העיסוק של העותרת נשקלה הפגיעה בציבור בשל אפשרות החטעיה
 21 והפגיעה באמינות התקשורת (ובעקיפין בזכות הצבור לדעת), והועדפו האחרונות, כך
 22 שנתקבלו הסייגים שהציבה הרשות השנייה לפרסומות המדוברת.
 23 במסגרת זו דבר השופט זמיר גם בכך שפרסומות תת סיפית עשויה להיות יעילה יותר
 24 ומסוכנת יותר מפרסומות שהצבור רואה בה פרסומות. האמינות המיוחסת לאנשי התקשורת
 25 המציגים אותה פרסומת היא ערך מוסף חסר יסוד, ולכן מהווה הטעיה.
 26
 27 על רקע הנחיות החקיקה ותפסיקה, יש לבחון אם הפרסומות שבקלטות שחוצגו נחזית
 28 להיות פרסומות, אם לאו.
 29
 30 ראוי להדגיש: בין שתיקרא "פרסומות סמויה" בהקשר שלילי ובין "תוכן שיווקי" בהקשר
 31 חיובי או נייטרלי, עניינו באותה תופעה ממש: הצבת פרסומת בתוך תוכן, ולא כפרסומות
 32 בעלת זהות מובחנת שניתן להתייחס אליה ככזו.
 33 ב"כ המשיבות ניסו לאבחן את העמדת המוצר מפרסומות סמויה אסורה, כגון שהיא מעבירה
 34 מסרים תת סיפיים – אך עניינו אינו באלה: עניינו בפשטות בהצבת מותגים בתוך קלטות
 35 תוכן, באופן שהוא ניכר לעין, אך לא מודגש שמדובר בפרסומות.
 36

13.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

- 1
2 המחלוקת בין מומחה המבקשת, פרופ' צאל לבין מומחה המשיבות פרופ' הורניק נדמתה
3 בתחילה עמוקה: בעוד הראשון שולל מכל וכל את השמוש בהעמדת מוצרים בקלטות וידאג,
4 השני סבור כי אין מניעה לעשות כן וכי קהל היעד, לרבות ילדים בגילאי 5-8 מודעים
5 לאבחנה שבין העלילה לבין הפרסומת, ויודעים לזהות את הפרסומת גם כאשר היא מופיעה
6 כהעמדת מוצר.
7
8 פרופ' הורניק מטעם המשיבות (חוות דעתו הוגשה לראשונה, ורק אחר כך זו של פרופ' צאל,
9 משום אופן ההתפתחות הדינית של שתי התובענות הייצוגיות), מבחין בין פרסום סמוי לת
10 סיפי שהוא פרסום פסול לדעתו, לבין פרסום אגב, בדרך של העמדת מוצר או העמדת מותג,
11 שהוא מכנה תוכן שווקי, והוא פרסום מקובל ואף רצוי לדעתו: פרסום כזה מאפשר מימון
12 נוסף ליצירות; נותן נופך ראלי לסצינות המוסרטות; ומביא להפחתת עלויות. פרסום תוכן
13 שווקי מקובל בסרטי קולנוע ובקלטות לצפייה ביתית, ואינו אסור בשום מקום בעולם.
14 לעומת זאת, בשידורי טלוויזיה מוסדר תוכן שיווקי בדרכים שונות.
15 אשר למודעות הצופה לכך שמדובר בפרסומת: פרופ' הורניק סבור שכל אדם סביר מבחין
16 בין התוכן השווקי לבין העלילה, וסבור כי לא מבוגרים בלבד עומדים על כך שהתוכן השווקי
17 בקלטות הוא פרסומת, אלא גם ילדים מעל לגיל 5. פרופ' הורניק הפנה למחקר המלמד כי
18 גם ילדים בגיל 5-8 מבחינים ביניהם Bijmolt, T.H.A., Claassen, W., & Brus, B.
19 Children's understanding of TV advertising: Effects of age, gender, and parental
20 influence. Journal of Consumer Policy, 21, 171-194 (1998).
21 אלא שכאשר הוצג לפרופ' הורניק המאמר של Bijmolt, התברר כי הוא עוסק בפרסומת
22 בכלל, ולא בפרסומת אגב, או פרסומת מסוג תוכן שווקי, ואף נשמעת בו דרישה להחמיר את
23 הפיקוח על פרסומת לילדים. אין לקבל את הסברו של המומחה כאילו ניתן היה להשתמש
24 בתוצאות המאמר לענייננו משום שפרסומת אגב היא בגדר פרסומת. טעון כזה עלול
25 להטעות את הקורא, הסבור שתוכן המאמר מתייחס ישירות לפרסומת אגב, מסוג העמדת
26 מוצר (הסברו בעמ' 59 שורה 28 ואילך, וכן עמ' 61 שורה 6 ואילך)).
27
28 אם כן לא נמצא בסיס אקדמי לקביעה כי ילדים בגיל 5-8 מודעים לפרסומת בדרך של
29 העמדת מוצר.
30 פרופ' הורניק הבהיר כי אין מחקרים המלמדים על שינוי צריכה בגין חשיפה של פרסום
31 באמצעות תוכן שווקי. המחקרים הקיימים מלמדים על כך שהצופה זוכר יותר את המותג
32 שהוצב, אך לא שהדבר שינה את עמדת הצרכן כלפי המותג.
33



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

15. פרופ' צאל עמד על כך שתוכן שווקי עדיף על פרסום ישיר מבחינת המפרסם: כאשר הצופה אינו יודע להבחין בין תוכן לבין פרסומת הוא אינו פועל למניעת הפרסומת בדרך של העברת ערוץ או העברה מהירה של הפרסומת. כמו כן, מנגנוני הגנה פסיכולוגיים מפני פרסומת אינם נכנסים לפעולה.
- המומחה הסביר כי מסר פרסומי באמצעות הצבת מוצר משתלב בתוכן באופן שאין הבחנה ברורה בין התכנית לבין הפרסומת.
- עמדת פרופ' צאל היא עמדה עקרונית שלילית, הנוגעת להצבת מוצר כאמצעי פרסומי בכלל. על כן לא צפה בכל הקלטות ולא יכול היה להבחין בין המופעים השונים בקלטות. וכדבריו "ההתרשמות הכללית שלי היתה שיש בעיה בכל הקלטות" (עמ' 47).
- פרופ' צאל סבור כי בקלטות שבהן צפה קיימות פרסומות רבות שעלולות להטעות את הצופה לחשוב שאין המדובר בפרסומת. לטענתו המדובר בפרסום סמוי ובלתי מודע, כך שצופים, בעיקר ילדים, עלולים להיות בלתי מודעים לכך שמדובר בפרסום.
- הגם שטען כי עמדתו מבוססת על מחקרים שמלמדים על השפעת מסרים מסחריים בלתי מודעים, בהם במיוחד הצבת מוצרים ומותגים, לא מצאתי עיגון לגישה העקרונית, שלפיה ילד אינו מסוגל להבחין בהעמדת מוצר כפרסומת. לטענת פרופ' צאל, המחקר מלמד כי הצבת מוצר משפיעה באופן חיובי על זכירת המוצר ועל העמדה כלפי המוצר. לפי פרסום מסוים (Gupta & Lord, 1998), "הצבות מוצר בעלות רמת prominence גבוהה, השפיעו על זכירת המוצר טוב יותר מפרסומות מסורתיות". המומחה סבור כי מבחינת המשוק, הצבת תוכן שווקי עולה על פרסום ישיר מסורתי.
- אשר להשפעת העמדת מוצר על צרכנים שהם ילדים, המחקר בתחום זה אינו רב, ומתייחס בעיקר להעדפת המוצר שהוצב כתוכן שיווקי על פני מוצר מקביל (Auty & Lewis, 2004A, 2004B). כנראה מסיבה זו, של העדר סימוכין, לא יכול היה המומחה להשיב על השאלה באיזה גיל מתחילה הבנת ילדים לגבי פרסומת (עמ' 27 שורה 8 ואילך).
- ראוי לציין כי לדברי שני המומחים גם יחד – לא נעשו מחקרים תקפים המלמדים על כך שפרסומת מסוג הצבת מוצר הביאה להגברת המכירה של אותו מוצר (חו"ד פרופ' הורניק, בעמ' 16-17, ועדות פרופ' צאל בעמ' 49-50).
16. אם כן תוצאת חוות דעתם של שני המומחים היא, שפרסומת מסוג העמדת מוצר משפיעה על זכירת המוצר ועל עמדה חיובית כלפיו. בהעדר מחקר מתאים, לא ניתן לקבוע כי היא משפיעה על דפוס הקנייה של הלקוח או כי היא יעילה יותר מפרסום ישיר מסורתי.
- שני המומחים מסכימים גם כי פרסום סמוי, מסוג של פרסום תת סיפי הוא שלילי, כשם שהוא אסור במלים מפורשות בחוק הגנת הצרכן.
- אך בעוד שפרופ' הורניק טוען כי בקלטות נשוא התובענה אין מדובר בפרסום סמוי אלא גלוי, פרופ' צאל סבור כי הצופה אינו מבחין בין השניים, ולכן בפרסום סמוי המדובר. עם



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

- 1 זאת, פרופ' צאל לא הפנה לשום דוגמא שבה פעלה הפרסומת באופן תת סיפי או שלא ניתן
2 היה לזהות בקלות את המותג שהוצב בה.
3
4 ברור מן הקלטות ואף מדברי הצדדים על המצב העובדתי, כי על אחת מסכימים הם : .17
5 הפרסומת בקלטות לא הוסתרה ולא הוחבאה. היא הוצגה באופן ברור לחלוטין בקדמת
6 במת הקלטות: בין שהמדובר בפרסומת לחטיף במכה ובין שהמדובר בפרסומת לצבעים. זו
7 נקודת המוצא של הדיון בעניינו כאן.
8 על כן מתקוממות המשיבות נגד כינוי הגנאי שהדביקה המבקשת לפרסומת כאילו מדובר
9 ב"פרסומת סמויה", ומשיבות בגאון כי בהצבת מוצרים ידועים, מותגים, באופן גלוי במרכז
10 חבמה, אין לראות משום הטעיה. אדרבא, כל הצופה, מבוגר כילד, ידוע ידע כי בפרסומת
11 עסקיין.
12 התרשמותי מן הצפייה בקלטות היא שהמוצרים הוצבו באופן בולט, והצופה הסביר (בהכרח
13 המבוגר הסביר) בקלות מבחין שאין המדובר אלא בהעמדת מוצר.
14 לא ניתן לבחון מהי עמדת הצופה הילד.
15 לא אוכל לקבל את עמדת פרופ' צאל כי מדובר בפרסומת סמויה באופן כללי, משום שברור
16 שאדם מבוגר סביר יבחין בכך שאינה אלא פרסומת. אשר לילד הסביר – לא ניתן אלא להעריך
17 את עמדתו, ואין די בכך כדי לקבוע כי הילד הסביר אינו מבחין בכך שמדובר בפרסומת.
18 הראיות אינן מלמדות גם על החיפץ: לא ניתן להסתמך על המחקר שמצדד בו פרופ' הורניק,
19 כי לכאורה ילדים בני 5-8 מבחינים בהעמדת מוצר כפרסומת, משהתברר כי אותו מחקר
20 התייחס לתגובות ילדים לפרסומת בכלל: עניינו בסוג מסוים בלבד של פרסומת, ויש צורך
21 בראיות ברורות לגביו.
22
23 כמה מן המאמרים שהמומחים התבססו עליהם צורפו לחומר הראיות, אך עיון בהם אינו .18
24 מועיל, שכן חלקם אינם מיוחדים לאוכלוסיית ילדים. אלו שעוסקים בילדים, אינם עוסקים
25 בפרסומת באופן של העמדת מוצר, או שאינם רלוונטיים מסיבה אחרת:
26 מב/2: Natalie M. Schmitt, Nicole Wagner and Wilhelm Kirch, Consumers' freedom of choice – advertising aimed at children, product placement, and food
27 labeling, *J Public Health* (2007) 15:57-62
28 עוסק בחששות שקטינים לא יוכלו להבחין
29 כאמור, ומחבריו אינם מבחינים בין סוגי הפרסומת השונים לצורך תוצאות המאמר.
30 מב/3: Jill K. Maher, Michael Y. Hu, and Richard H. Kolbe, Children's recall of television ad elements, *Journal of Advertising*, vol.35 no.1 (Spring 2006), pp. 23-33
31 מתייחס לעצם הדרבון של הילד באמצעות פרסומת בטלוויזיה.
32



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

- 1 Tammo H. A. Bijmolt, Wilma Claassen and Britta Brus, Children's :4/מב/
- 2 Understanding of TV Advertising: Effects of Age, Gender and Parental
- 3 5-8 Influence, Journal of Consumer Policy 21: 171-194, 1998
- 4 מבנים את ההבדל שבין פרסומת לבין תוכן בשידורי טלוויזיה, אם כי לא הצליחו להסביר
- 5 זאת מילולית. כאמור לעיל, גם פרופ' הורניק הסכים כי מאמר זה עוסק בפרסומת באופן
- 6 כללי, ולא דוקא בפרסומת מסוג העמדת מוצר.
- 7 Michelle R. Nelson and Laurie Ellis McLeod, Adolescent brand :5/מב/
- 8 consciousness and product placements: awareness, liking and perceived effects
- 9 on self and others, International Journal of Consumer Studies, 29, 6, November 2005,
- 10 pp 515-528 מתייחס להבדלים שבין בני נוער מודעים למיתוג לבין הללו שאינם, בקשר
- 11 להשפעת הצבת מוצרים.
- 12 Rungpaka Tiwsakul & Chris Hackley, Explicit, non-integrated product :6/מב/
- 13 placement in British television programmes, International Journal of Advertising,
- 14 2005, 24(1), pp 95-111 בחן התייחסות של אנשים צעירים לפרסומת מסוג העמדת מוצר
- 15 שאינה קשורה בתוכן היצירה, ומצא שורה של התייחסויות ערכיות, אך לא עליה בצריכת
- 16 המוצרים.
- 17
- 18 נטיית הלב היא להגן על קהל היעד, הילדים, ולמנוע ממנו תקלה במקרה של ספק. ואולם, לא
- 19 כך הם הדברים במישור המשפטי: כאן היה על המועצה להראות ברמה מסתברת כיצד נראות
- 20 הפרסומות שבקלטות המדוברות בעיני ילד סביר. לא באה ראייה לכך, ולא אוכל ללמוד כן מן
- 21 המאמרים שהביאו שני המומחים: אף לא אחד מן המאמרים שהוגשו לבית המשפט בחן את
- 22 תובנת הילדים לפרסומות מהסוג הנדון, הן בפן המספרי הן בהערכת התובנה ותאבתנה בין
- 23 הנטען בפרסומת לבין תוכן המשדר הטלוויזיוני או הסרט שבו דובר. למעט מאמר אחד, כל
- 24 היתר לא דנו בילדים דוקא. והמאמר שדן בילדים הראה תובנה ברורה להבדל בין פרסומת
- 25 (מובחנת, רגילה) לבין תוכן בשידורי טלוויזיה.
- 26
- 27 ניתנה האמת להאמר: יתכן שלא ניתן להוכיח באמצעים המחקריים הקיימים את השפעת
- 28 הפרסומת מסוג הצבת מוצר על ילדים, משום שלא ניתן לבחון את המודעות של ילד להיות
- 29 הפרסומת פרסומת. דוקא בשל כך נראה שדרושה התערבות ממשית של המחוקק, שיקבע
- 30 באופן קטגורי כי לגבי מוצרים שנועדו לצריכה של ילדים בגילאים שיקבע, יש להמנע
- 31 מפרסום, לרבות הצבת מוצר, או לחילופין יש לסמן את ההעמדה באופן ברור ומובן, שיעלה
- 32 לתודעת הצופה – לרבות הילד הצופה – כי בפרסומת עסקינן.
- 33



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד' ארצי בע"מ ואח'

הצעות חוק

1
2
3 כאמור לעיל, הדעות באשר לפרסום לקטינים רבות וחלוקות, אלו ואלו מבקשים את טובת
4 הילד, כך יש לקוות. אך הדרך להשגתה נראית שונה מזויות שונות.
5 כמה הצעות חוק לתיקון חוק הגנת הצרכן ביקשו לאסור על שילוב מוצרים בתוך תכני
6 קלטות המיועדות לילדים, ללא גילוי נאות על גבי הקלטות: הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון
7 – פרסומת למזון המכוונת לקטינים), התשס"ה-2005, (הצ"ח פ/3639, בסעיף 2(ד)); הצעת
8 חוק באותו שם, משנת התשס"ז-2006, (הצ"ח פ/1616/17); וכן הצעת חוק הגנת הצרכן
9 (תיקון – פרסום סמוי בקלטות ילדים), התשי"ע-2010 (פ/18/2182) שעוסקת בענייני ממש.
10 הצעות החוק עוסקות בפרסומות לקטינים, אך לא צלחו את משוכת החקיקה. המבקשת
11 עותרת ללמוד מכך על כוונת המחוקק לעתיד ועל הצורך בתיקון החוק. המשיבות עונות כי
12 עצם העובדה שהצעות החוק לא השתכללו לכלל חוקים מלמדת כי הרעיונות הגלומים בהם
13 לא התקבלו על דעת המחוקק, ואין ליצור חקיקה שיפוטית שעוקפת את תהליך החקיקה.
14 אני סבורה שניתן ללמוד מעצם קיומן של הצעות החוק אודות מאמץ לשנות ולתקן מצב
15 משפטי שלפחות בעיני מגישי הצעות החוק לא היה שלם ותקין. לא ניתן ללמוד מכך כי
16 המצב המשפטי השתנה, לכלול את הפרשנות שהמבקשת טוענת לה, כלומר שפרסומת
17 שאינה מובחנת בזמן ברור או בכתובית בולטת, וענינה הצבת מוצר – אסורה בקלטות
18 ילדים.

דו"ח ועדת כשר

19
20
21
22 המבקשת מפנה לדו"ח של וועדת האתיקה בפרסומות שמינתה הרשות השנייה לטלוויזיה
23 ולרדיו בעניין הסדרת שידורי תוכן שיווקי (להלן "דו"ח וועדת כשר"), ומבקשת ללמוד ממנו
24 הלכי רוח ראויים. ראוי להדגיש כי כאמור בשמו אין הדו"ח מתייחס אלא לשידורי טלוויזיה
25 ולא לקלטות כבענייננו. מעצם המלצותיו ניתן ללמוד כי אינו מהווה שיקוף של המצב החוקי.
26 הדו"ח ממליץ לאסור הכללת תוכן שיווקי בתכניות ילדים.
27 הדו"ח מגדיר "תוכן שיווקי", וקובע כי "על פי הגדרה זו, תוכן שיווקי אינו בגדר פרסום
28 סמוי".
29 הדו"ח קובע כללים להכללת תוכן שיווקי בתכניות טלוויזיה. כזכור, לא לגבי תכניות ילדים,
30 שבהן מומלץ לאסור תוכן שיווקי בכלל, ואף נקבע מפורשות בסעיף 30 בדו"ח כי הופעת תוכן
31 שיווקי בתכניות ילדים תהווה הפרה חמורה של תנאי הזכיון.
32 ראוי לציין את חוות דעת המיעוט של פרופ' יוסי יונה, חבר הוועדה, שקבע כי תוכן שיווקי
33 הוא למיעוט פרסום סמוי, ועל כן צריך לאסרו, משום שיש בו כדי חולכת שולל. פרופ' יונה
34 אף מבחיר כי כשם שהוועדה מבקשת להגן על ילדים בהגבלה מוחלטת של הפרסומת



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

- 1 בתכניות ילדים, כך יש לעשות בתכניות נוספות שבהן צופים בני משפחה ביחד, כגון תכניות
2 בידור שונות (סעיף 9 בחוות דעתו).
- 3 נספח 2(א) לדו"ח ועדת כשר מבקש לתבחיר את משמעות "תוכן שיווקי", ומבהיר כי הוא
4 מופיע בדרכים שונות, בהן הצבת מוצרים באתר, הצבה אקטיבית או פאסיבית; מידע שיווקי
5 בכתבות, תוך שילוב שם המוצר בשם התכנית או ללא שילוב כזה; הטמעת מותג, כלומר
6 שילובו כחלק מן העלילה; ומיתוג מוצרים, כלומר יצירת זהות בין ערכי המותג לבין
7 התכנים של התכנית.
- 8 בהמשך עוסקת הועדה ברקע לתופעת התוכן השיווקי וניתוח היתרונות והפגיעות של התוכן
9 השיווקי. הדו"ח מביא גם את עמדת הציבור בקשר לתוכן שיווקי.
- 10
- 11 23. דו"ח הועדה מעניין ואף מקנה תובנה בקשר להיתרים בשדורי טלוויזיה, אך אינו מלמד על
12 המצב החוקי הנוהג בקשר לסרטים, מחוות וקלטות. אדרבא, המחוקק בחר שלא להסדיר
13 את תחום הפרסום בסרטים ובקלטות, בעוד שנושא הפרסומת בשדורי טלוויזיה מוסדר
14 ומפוקח. הטעם לכך הוא שתחום השידורים ממלא צרכים ציבוריים ותרבותיים שונים;
15 בחלקו המקורי הוא ממשלתי וצריכים לחול בו כללים אחרים; בחלקו האחר משתמש
16 השידור בטובין כלליים, שלכן נדרש רשיון מיוחד לשמוש בהם. גם מבחינת הנגישות אין
17 להשוות בין שידורי טלוויזיה לבין סרטים ומחזות. ומכל מקום, ברור שהמחוקק ראה את
18 התחומים כשונים זה מזה.
- 19 כללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי
20 ערוץ ייעודי), תשס"ד-2004 מבחינים בין פרסומת, פרסומת אגב, פרסומת בלתי מודעת,
21 ופרסומת סמויה.
- 22 עניינו עונה על הגדרת פרסומת האגב: "פרסומת המופיעה לכאורה כבדרך אגב, בקול,
23 בתמונה ובכל דרך אחרת, לרבות אזכור או מופע שמו של אדם, מוצר, שירות או עסק או
24 שם מסחרי". יש להבחין זאת מ"פרסומת בלתי מודעת" ("פרסומת המשודרת לצופים
25 בלא שיהיו מודעים לכך באופן מלא, לרבות בתמונות חטופות, בהבזקים או בדרך תת-
26 ספית") או "פרסומת סמויה" ("פרסומת המשולבת במישדר בקול או בתמונה או בכל דרך
27 אחרת, הנחזית להיות חלק ממנו באופן שצופה סביר עלול שלא לזהות כי יש בה פרסום
28 למוצר או שירות, או שיש בה כדי לקדם, לרבות שילוב שם מותג, או סמל של מוצר,
29 שירות, עסק או כל ענין מסחרי אחר").
- 30
- 31 24. אם כן, בתחום של כללי פרסומת בשדורי טלוויזיה, שמצוי תחת פקוח, מרשה המחוקק
32 לערוצים מסוימים הצבת פרסומת אגב, וזה היה עניינה של ועדת כשר. בתחום הבלתי
33 מפוקח, של סרטים וקלטות – לא מצא המחוקק לנכון לקבוע כללים פרט לאלו שנקבעו
34 בחוק הגנת הצרכן, לא מצא לנכון לשנות מן הכללים, ואף לא מצא לנכון להחיל את דו"ח
35 וועדת כשר על פלח בידור זה.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הז' ארצי בע"מ ואח'

1 ניתן לבחון זאת מזוית נוספת: בענין שידורי טלוויזיה נקבעו כללים מיוחדים, שמתירים
2 פרסומת אגב בתנאים מסוימים. בסעיף 7(ג1) בחוק הגנת הצרכן נקבע כי פרסומת שלא
3 ניתן ללמוד ממנה כי פרסומת היא, תחשב פרסומת מטעה. המסקנה צריכה להיות שכללי
4 הפרסום שבשידורי הטלוויזיה שונים ומוקפדים מאלו שביצירות עצמאיות; שאם פרסומת
5 אגב מותרת עקרונית (תוך רגולציה) בשידורי טלוויזיה, בודאי אינה יכולה להיות אסורה
6 כשלעצמה ביצירות עצמאיות; וגם שכוונת המחוקק בסעיף 7(ג1) בחוק הגנת הצרכן לא
7 היתה לאסור כל מה שאינו מוכרז בריש גלי כפרסומת, אלא כזו שניתן לטעות בה ולראות
8 בה משום חלק מן העלילה שאינו פרסומת, ובין היתר מה שהוגדר בכללי הבזק.

9

10 25. אין בכל האמור כדי לחוות דעה בקשר לכללים שצריך שיחולו על הצבת מוצרים כדרך של
11 פרסומת בקלטות ילדים. יתכן שבעקבות דיון צבורי ערכי תתקבלנה המלצות וועדת כשר כך
12 שתחולנה בתחום הסרטים והקלטות. אולם באקלים החוקי הנוכחי, אין רמז לכך.

13

14

משפט משווה

15

16 26. מדיוני ועדת הכלכלה של הכנסת ניתן ללמוד כי במדינות שונות שורר מצב חוקי שונה
17 לחלוטין, והוא תלוי כמובן בקביעת המחוקק. משום כך איני רואה מקום לפנות וללמוד
18 (כבקשת המשיבות) גזירה שווה מהחלטת Federal Trade Commission מיום 10.2.2005
19 בענין הצעת Commercial Alert, כי במקום שבשידורי טלוויזיה המופנים לילדים מוצגת
20 פרסומת מסוג הצבת מוצר היא תלווה בכתובית ברורה שתלמד על כך שמדובר בפרסומת.
21 אדרבא, ניתן לראות שבמקומות שונים תפתרונות המוצעים שונים, ודי להזכיר כי המלצת
22 ועדת כשר היתה לאסור על הצבת מוצר בתכניות טלוויזיה לילדים, ואילו המלצת FTC היא
23 להתיר וללוות אותן בכתוביות שתלמדנה את הצופים כי בפרסומת עסקינן.

24

25

העוולה מחוזה גם עברה פלילית

26

27 27. כאמור בסעיף 23(א3) בחוק הגנת הצרכן, העוולה שבסעיף 7(ג) מהווה גם עבירה פלילית.
28 "איסור פלילי שאינו מוגדר די הצורך, כך שכל אדם יידע לכלכל את התנהגותו לפיו
29 ולהימנע מהפרתו, אינו מתיישב עם העקרון, לפיו אין עונשין אלא אם כן מזהירין וגורם
30 לאבדן בטחונו המשפטי של הפרט".

31

ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 16 (1984).

32

מכאן נובע גם שראוי שתחולת הסעיף תהיה ברורה, ולא ינתן לו פירוש מרחיב שעלול להפוך
33 קשת רחבה של התנהגות לעברה פלילית, ללא שהדבר הובחר בחוק.



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 09-06-20330 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח'

- 1
- 2 28. מכל הסיבות שנמנו לעיל, אני סבורה שהדין הישראלי כיום אינו אוסר על פרסומת מסוג
- 3 הצבת מוצר בקלטות ילדים. ומקום שהוצבו והצופה הסביר הבין כי בפרסומת עסקינן – אין
- 4 עילה שבדין לחייב את המשיבות בדמי נזק.
- 5 משום כך יש לדחות את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ולקבוע כי לא הוכח שהמבקשת
- 6 או הקבוצה אוחזים בעילת תביעה ראויה.
- 7
- 8 29. שאלות רבות נוספות נדונו בבקשה ובתשובות, ואין לדון בהן לאור התוצאה שאליה הגעתי.
- 9 אסתפק בהערות אחדות:
- 10
- 11 א. עילות התובענה הנוספות שנטענו נשענות על העדר החוקיות שבפרסומת בקלטות.
- 12 כך, בין שהמדובר בעוולת הפרת חובה חקוקה (שהמשיבות סבורות שאינה
- 13 מתקיימת משום שהעוולה הראשית היא מתחום דיני הנזיקין, וסעיף 63(א)
- 14 בפקודת הנזיקין קובע כי הפרת סעיף מפקודת הנזיקין לא תהווה הפרת חובה
- 15 חקוקה); בין שהמדובר בעוולת רשלנות, שבה יש לקבוע כי הופרה חובת זהירות
- 16 כלפי חברי הקבוצה, וכיצד ניתן לקבוע כך כאשר לא ניתן לבסס סטיה מסטנדרד
- 17 התנהגות סביר, על פי חוק; ובין שמדובר בעילה של עשיית עושר ולא במשפט,
- 18 שאחד מרכיביה הוא שהעושר נעשה שלא כדין.
- 19
- 20 ב. גם אילו הוכחה העילה במובן שהפרסומת לא נחוותה כפרסומת על ידי הצופה
- 21 הסביר – היה על המבקשת להוכיח כי נגרם נזק. אין בחוות הדעת התייחסות
- 22 מפורשת להגברת צריכה כתוצאה מצפייה בפרסומות שבקלטות, ולהיפך, שני
- 23 המומחים העידו כי אין מחקר מדעי בר תוקף שמלמד על הגברת צריכת מותג בשל
- 24 צפייה בפרסומות מסוג העמדת מוצר כפי שהיה כאן (חווי"ד פרופ' הורניק, בעמ' 16-
- 25 17, ועדות פרופ' צאל בעמ' 49-50).
- 26 עם זאת אעיר, כי למרות העדר תיקוף מדעי, קשה להתעלם מן השוק האדיר של
- 27 פרסום בהצבת תוכן שווקי. מן הסתם מצליח הפרסום להשיג מטרות של הגברת
- 28 רכישות.
- 29
- 30 ג. חלק משמעותי בבקשת האישור ובתובענה התייחס לכך שהפרסומת שבקלטות
- 31 מביאה להשמנת יתר, בכך שהם משפיעים על העדפות הילדים בתחום המזון (סעיף
- 32 49 בבקשה ואילך). נושא זה נזנח במהלך הבאת הראיות ולא נזכר עוד בסיכומי
- 33 המבקשת. על כן לא יוחד לו דיון גם בהחלטה זו.
- 34
- 35



בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' חד ארצי בע"מ ואח'

1
 2 30. כאמור לעיל, סוף דבר הוא שהבקשה לאישור תובענה ייצוגית נדחית, משום שלא ראיתי כי
 3 המצב החוקי הקיים אוסר על כל פרסומת לילדים מסוג העמדת מוצר באשר היא.
 4
 5 נושא הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא רב חשיבות וענין צבורי, והואיל שהמבקשת
 6 העלתה אותו לדין לראשונה – לא ראיתי לחייבה בתשלום הוצאות.
 7
 8
 9
 10 ניתן היום, י"א חשון תשע"ב, 08 נובמבר 2011, בהעדר הצדדים.
 11

12 אסתר שטמר, שופטת
 13
 14
 15
 16
 17