בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו
לוי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ
ת"צ 26730-04-18
סוג עניין: תובענה ייצוגית
תאריך פתיחה: 16 אפריל 2018
רמת חיסיון: פתוח לציבור

בבית משפט המחוזי

בתל-אביב - יפו

תומר לוי ת.ז. 036315273
ע"י ב"כ עו"ד שרון ענבר פדלון ו/או טלי לופו
מרחוב הנופר 4/17, קריית- השרון, נתניה
טלי: 054-3334282 054-3116123
פקסי: 072-2329097

המבקש;

- נ ג ד -

בית המשפט המחוזי תל-אביב
נתקבל
16-04-2018
1110
חתימת המקבל

הוצאת עיתון הארץ בע"מ 510015449
שוקן 21, תל- אביב- יפו 6159001

המשיבה;

בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית

בית- המשפט מתבקש להורות בזאת כדלקמן:

א. לאשר את הבקשה להלן כתובענה ייצוגית מכוח חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (להלן: **"החוק"**).

ב. להגדיר את הקבוצה שבשמה מוגשת התביעה בהתאם לסעיף 10א לחוק תובענות ייצוגיות כדלקמן:

> **"כל אדם אשר נחשף מבלי ידיעתו, לתכנים פרסומיים בעיתון "דה מרקר" (לרבות אתר המרשתת) ומבלי שניתן על כך גילוי נאות מבדל ומפורש, כל זאת ב- 7 השנים עובר להגשת התובענה ועד למתן פסק דין בתובענה"**

(להלן: **"חברי הקבוצה"**)

*****רצ"ב כתב התביעה סומן כ-<u>נספח א'</u> לבקשה**

*****רצ"ב תצהיר התובע סומן כ-<u>נספח ב'</u> לבקשה**

ג. להורות עפ"י סמכותו לבית- המשפט הנכבד לפי סעיף 25 לחוק, כי נוסח ההחלטה בבקשה זו יפורסם בעיתון יומי ארצי וכן ליתן הוראות נוספות כפי שימצא לנכון בדבר אופן הפרסום כאמור או לקבוע כי המשיבה תישא בהוצאות הפרסום.

<u>פתח דבר- רקע כללי</u>

> **"אובדן האמון בכלי התקשורת כתוצאה מחדירת הפרסום הסמוי אל אגפיהם המערכתיים הוא אולי האיום החמור ביותר שיוצרת תופעה פסולה זו"**
>
> **"התהליך העיקרי שיוצר הפרסום הסמוי הוא תהליך של טשטוש: בראש ובראשונה טשטוש בין חומר מערכתי לחומר פרסומי, התורם לזיהום הספירה התקשורתית- ובתוך כך , גם טשטוש בין גופי עיתונות המצליחים להרחיק עצמם מהתופעה לאלה השקועים בה עד צוואר. פרסום סמוי הוא בעייתי לא רק בגלל אופיו המניפולטיבי במקומות שבהם הוא מופיע , אלא משום שעצם קיומו במקום אחד משליך גם על תוכן מסוג אחר- כזה שנעשה על ידי עיתונאים מקצועיים ואתיים"** (ענת בלינט, מאמר מיום 18.01.15 "העין השביעית" בשיתוף המכון הישראלי לדמוקרטיה)

1. התובענה, שאישורה כתובענה ייצוגית מתבקש כדלקמן ושהוגשה במקביל להגשת הבקשה דנא, עוסקת בהפרה בוטה ויסודית של **חוק הגנת הצרכן, התשמ"ה- 1981, לרבות הפרתו של תקנון האתיקה העיתונאית, שעה שהמשיבה מפרסמת ומקדמת את ענייניהם של גורמים מסחריים, <u>במוסף פרסומי ייעודי המתפרסם על- ידי המחלקה המסחרית של עיתון "דה מרקר" וכן באתר המרשתת שלה,</u> תוך השתלת תכנים שיווקיים ופרסומיים, במסגרת כתבות הנחזות ככתבות בעלות מידע אינפורמטיבי מערכתי, וזאת מבלי ליידע את ציבור הקוראים <u>מפורשות ובאופן מבדל,</u> בניגוד לדין, כי המדובר בתוכן שיווקי – פרסומי, ובדרך זו מפיקה המשיבה טובת הנאה אדירה על חשבון אזרחי מדינת ישראל.**

2. ליבת הבקשה נוגעת בצורך החברתי-צרכני וכלכלי להביא למיגורה של תופעה שיטתית פסולה המאופיינת אצל ערוצי התקשורת השונים, המשלבים "פרסומות סמויות" <u>ללא גילוי נאות לציבור הקוראים.</u>

3. מידי יום אנו נחשפים לתופעת הפרסום הסמוי המסתמנת במלא הדרתה באמצעי המדיה, במסגרתה ידיעות שנראות כמערכתיות לכל דבר ו/או אינפורמטיביות לכל הדעות משולבת בתוכן המערכתי כחלק מפרסום טבעי, שנועד להעביר לקורא מסרים פרסומיים במסווה של ידיעה תמימה.

4. בעולם המדיה הכתובה וכן במדיה המקוונת, נחשף הציבור מידי יום בעל כורחו לאין ספור פלטפורמות פרסומיות המשולבות בתוכן וזאת מבלי שקיבל הוא גילוי נאות, נהיר ומפורש כי המדובר ב"תוכן פרסומי ממומן" המקדם עניינו של גורם מסחרי כלשהו ומותגים כלשהם.

5. דיני הפרסום בישראל מאגדים בחובם כללים נהירים אשר נועדו לשמור על הצרכן מפני גניבת דעתו, פרסום מטעה ופגיעה באוטונומיה של הפרט ושיקול דעתו.

6. הפגיעה הצרכנית המובהקת הנעוצה בפרסום סמוי הנה חשיפת הצרכן התמים לתוכן הנחזה כתוכן מערכתי אינפורמטיבי תמים ועצמאי אשר בפועל מקורו וקיומו הנו במפרסם ו/או בקידום עסק מסחרי או מותג.

7. במצב דברים זה, כשם שאף ניתח זאת ד"ר נמרוד קוזלבסקי מומחה למשפט וטכנולוגיה **"הצרכן נוטה לייחס אמון ואובייקטיביות לתוכן זה ואינו מפעיל את מנגנוני השיפוט המובנים שנטועים בנו בהערכת דברי פרסום. המחוקק סבור כי פרסומת צריכה להיות מאובחנת ומוגדרת ככזו"** (ראה כתבה מיום 18.01.15 ,מאת רועי גולדברג פורסם בעיתון גלובס).

http://freeacademic.com/product.php?id_product=10003

8. לדברי ד"ר תהילה שוורץ- אלטשולר, ראש תחום הרפורמות במדיה במכון הישראלי לדמוקרטיה (במסגרת כתבה מיום 01/04/18 אשר התפרסמה בעיתון דה מרקר), העיסוק סביב אופן

הגילוי הנאות בתוכן שיווקי גבר בשנים האחרונות בכל העולם, על רקע התקציבים ההולכים והגדלים שמופנים לאפיק פרסום זה. לפי הערכות של חברת המחקר "סטטיסטה", תחום התוכן השיווקי נמצא במגמת זינוק מדהימה: ב- 2009 היקף התוכן השיווקי הגיע ל- 87 מיליארד דולר, ותוך עשור הוא יזנק פי 3.5 ויגיע ל- 313 מיליארד דולר. הסיבות לכך ברורות: בעולם רווי ערוצי מידע, מאבדת הפרסומת הקלאסית את השפעתה, והמפרסמים נאלצים למצוא דרכים חדשות להגיע לצרכנים ולרכוש את אמונם.

9. כך למשל, רשות הסחר האמריקאית (FTC) פרסמה לפני כשנתיים שורת הנחיות שלפיהן יש לציין באופן ברור תוכן שיווקי. בבריטניה, פרסמה רשות התחרות והשווקים (CMA) הבהרה שלפיה, פרסום תוכן שיווקי ללא גילוי נאות הוא עבירה על החוק, ולכן יש לציין ליד כתבה מעין זו אזכור שלפיו מדובר ב"קידום פרסומי" או "תוכן פרסומי", או מונח אחר שיבהיר כי מדובר בפרסומת ולא בתכון מערכתי.

10. חלק מגופי התוכן ניסו עד כה לצמצם את מספר הפעמים שבהן הם מפרסמים גילוי נאות מתוך תפישה, שככל שהפרסומת תיראה מערכתית יותר, כך יסכימו המפרסמים לשלם עבורה יותר. **https://www.themarker.com/advertising/1.5963750**

11. ומשום כך הרי תופעת הפרסום הסמוי ללא ספק יוצרת חוסן איזון ב"ספירה התקשורתית", פוגעת באמון הציבור במדיה העיתונאית, ויורדת לשורשם את דיני הגנת הצרכן אשר נועדו למגר הטעיית הצרכן בפרסומת.

12. חוק הגנת הצרכן קובע בסעיף ההגדרות את מהותה של פרסומת לאורו כלהלן:

> **"פרסומת"- לרבות פרסום שמומן או נתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום כל כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור"**

13. חוק הגנת הצרכן קובע בסעיף 7 בנוסף את גדרה של האחריות להטעיה בפרסומת כלהלן:

אחריות להטעיה בפרסומת

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

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

(2) אם היתה הפרסומת מטעה על פניה או שהם ידעו שהיא מטעה - אף את המפיץ או מי שהחליט בפועל על הפרסום.

(תיקון מס' 1) תשמ"ח-1988 (תיקון מס' 9) תש"ס-2000

(ג) (1) פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה;

(תיקון מס' 9) תש"ס-2000

(2) המפרסם פרסומת בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית, בלי לציין באופן ברור כי המדובר בפרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה, אף אם תוכנה אינו מטעה;

(תיקון מס' 9) תש"ס-2000

(3) לענין סעיף קטן זה, השתתפות עיתונאי, לרבות מגיש, קריין או מנחה בכל כלי תקשורת, בפרסומת, יראו אותה כפרסומת מטעה, אם אין בה הבחנה ברורה בין עבודתו המקצועית לבין הפרסומת;

14. זאת ועוד יוסף כי בהתאם **לתקנון האתיקה העיתונאית**, מעבר לעובדה כי עיתון ועיתונאי חייב לפעול ביושר בהגינות וללא מורא תוך שמוטלת עליהם אחריות מקצועית להיות "נאמנים לחופש העיתונות ולזכות הציבור לדעת בהגישם לציבור שרות מקצועי ובפרסום מדויק הוגן ואחראי של ידיעות ודעות, חלה חובה מפורשת לבצע אבחנה מדויקת ומובהקת בין "פרסומת" ל-"חומר מערכתי", לרבות איסור לפרסם פרסומת הנחזית כחומר מערכתי. ראה להלן:

<u>סעיף 1 לתקנות "הגדרות"-</u>

"עיתון- לרבות אמצעי תקשורת אלקטרוניים ועיתונים מקוונים ולרבות הבעלים, המו"ל והעורך האחראי על אמצעי התקשורת"

<u>סעיף 6 לתקנון "אוביקטיביות" -</u>

"עיתון ועיתונאי יבחינו בפרסום בין פרסומת לחומר מערכתי, באופן שלא תפורסם פרסומת הנחזית כחומר מערכתי"

<u>סעיף 15 לתקנון "ניגוד עניינים" -</u>

"היה לעיתון אינטרס מהותי- כלכלי או אחר, בתחום התקשורת או מחוצה לו- בנושא של פרסום מסויים, יפרסם <u>בצמוד לאותו פרסום</u> גילוי נאות של האינטרס שלו"

*****רצ"ב תקנון האתיקה המקצועית של המקצועית של העיתונות, סומן <u>כנספח ג'</u> לבקשה.**

15. בנוסף, לדבריה של ד"ר תהילה אלטשולר שוורץ, (במסגרת כתבה בעיתון דה מרקר מיום 07/10/14), הפרסום הסמוי הזה פוגע בצרכנים בכמה מעגלים. ראשית, הוא פוגע בתחרות בכך שהוא מונע ממי שלא יכול לשלם לעבור את חסם הכניסה של התשלום עבור התוכן. מסיבה זו הוא גם פוגע בפלורליזם, שכן הוא מונע מגופים שאינם בעלי יכולות כלכליות להביא לידי ביטוי את עמדותיהם. המעורבות המסחרית עלולה לפגוע גם באופן היצירה, למשל כשתסריט של תוכנית דרמה מוכתב על ידי מפרסמים. הפגיעה שבה מתמקד המחקר הנוכחי, היא הטעיית הצרכן

16. החוק הקיים, אומרת אלטשולר שוורץ, כבר אוסר כיום על הטעיה ופרסום מידע פרסומי במסווה של ידיעה מערכתית, אך כמעט אינו מיושם. לשיטתה, הרשות להגנת הצרכן היא זאת שצריכה להצמיח שיניים ולהרחיב את פעילותה, ולטפל בכל תופעות הפרסום הסמוי בכל אמצעי המדיה.

17. זאת ועוד סבורה אלטשולר-שוורץ כי אם בעיתונות המודפסת התוכן השיווקי חלחל, באמצעי המדיה החדשים הוא כבר מזמן שם עמוק. ידיעות שנראות כמערכתיות לכל דבר משולבת בתוכן המערכתי כחלק מפרסום טבעי, שנועד להעביר לקרוא מסרים פרסומיים במסווה של ידיעה חדשותית תמימה. דוגמאות כאלה אפשר למצוא לא רק ב Ynet, אלא גם בשורה של אתרי אינטרנט גדולים בישראל .

18. בכל העולם החל התוכן השיווקי להיכנס בעוצמה רבה. אתרי העיתונים הגדולים בעולם, בהם "ניו יורק טיימס" או "וושינגטון פוסט", למשל, **וגם בקבוצת "הארץ" TheMarker- יש פלטפורמות פרסומיות שמשתלבות בתוכן.** השאלה, אומרת אלטושלר שוורץ, היא כמובן האם יש הטעיית צרכנים או שמא יש גילוי מפורש כי מדובר בתוכן ממומן. "לכתוב שהתוכן נעשה ב'שיתוף פעולה' זו עדיין הטעיה".

https://www.themarker.com/advertising/1.2452742

<u>מבנה "הפרסום הסמוי" בעיתון המשיבה, "דה מרקר" ואפיונו</u>

19. TheMarker ("דה מרקר"), הוא עיתון יומי כלכלי ישראלי ואתר חדשות כלכלי מבית עיתון "הארץ", אשר הוקם בידי גיא רולניק ואיתן אבריאל.

החל מינואר 2008, הוא נמכר כעיתון יומי עצמאי. לעיתון גם ירחון כלכלי הנושא את השם "TheMarker Magazine". ורשת חברתית מקוונת בשם "TheMarker café" מערכת העיתון פועלת בבניין "הארץ" בתל-אביב.

20. בנוסף, לעיתון דה מרקר מחלקה מסחרית, אשר מפיצה בין אחת ל- ארבע פעמים, מידי חודש, מגזין/ מוסף בנושאים שונים ("חדשנות טכנולוגית", "אקולוגיה", "מגזין ביו", "טיולים", "שיווק וקידום בעולם הדיגיטלי", "הייטק", "תחבורה", "עסקי היהלומים והתכשיטים בישראל" וכיוצבי), המופק תחת המחלקה המסחרית של העיתון.

21. אותו "מגזין" מוסף כאמור, המוצג כמסחרי- מערכתי, עמוס בסיקורים אוהדים ומקודמים. דרך מוסף זה מקבלים אותם ארגונים/ גופים מסחריים, רשויות מקומיות, בתי חולים, גופים ממשלתיים, אשר שמם מושא אותה כתבה- סיקורים ופרסומים חיוביים ואוהדים, המאפשרים להם לספר על מעשיהם, חזונם, שיתופי פעולה בינלאומיים, פתרונות חדשניים, פטנטים וטכנולוגיה **והמביעים קול קורא לשיתוף פעולה כלכלי עמם**. כמובן שציבור הקוראים ו/או צרכני התקשורת, אינם מודעים לעובדה כי אין המדובר בכתבות אובייקטיביות, אלא שמאחורי המסרים הללו ניצב אינטרס מסחרי מיתוגי מקודם, אשר הופק **<u>בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני</u>**, תחת המחלקה המסחרית של דה מרקר.

22. אותו תוכן שיווקי- פרסומי, נטמע בתוך כתבות הנחזות אינפורמטיביות ונקיות, כאשר משולבים בהן גופים עסקיים- כלכליים, כל זאת, מבלי שנרשם תחת כותרות אותן ידיעות כי **הן הופקו בידי המחלקה המסחרית של דה מרקר בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני (תוך גילוי באשר לזהותו של הגורם המממן)**, וזאת על- מנת שהצרכן יכול לבצע אבחנה אוטונומית עוד בטרם עיונו במסרים השיווקים המוצגים לפניו.

23. חמור מכך, **בשערי המוספים**, אין כל אזכור לעבודה כי מדובר במוספים בעלי תוכן שיווקי פרסומי, תוך שהם נחזים להיות כחלק אינטגרלי בלתי נפרד מעיתון דה מרקר, כאשר כל שמציינת המשיבה בתחתית העמוד, בסמוך לפינה השמאלית התחתונה את הכיתוב הסתום : "TheMarker – המחלקה המסחרית".

24. רק לאחר עיון מעמיק בעמוד תוכן העניינים ובאותיות טל ומטר, באופן המאיין את הסיכוי (ולו הקלוש) כי הגיע לעיניו של הצרכן, רק אז חושפת המשיבה כי **"המוסף הינו פרסומי ואין לראות במאמרים ו/או במודעות, המלצה מכל סוג שהוא"**.

25. פרט נוסף אשר בוודאי אינו מועיל לצרכן והמקשה עליו לסבור כי מדובר בתכנים ממומנים ולא בחומרים מערכתיים, הינה העובדה כי לעיתים, המוספים מושאי ההליך אינם מופרדים מן העיתון כאשר הם מגיעים לציבור הקוראים/ הצרכנים באופן המוטמע בו (ואף בדרך כך ניתן לעיין בהם).

26. לא זו אף זו, הגיונם של הדברים מלמד כי המדובר הוא בתוכן ממומן לרבות טובות הנאה אשר מתקבלות אצל המשיבה בכסות של מידע עיתונאי- מערכתי תמים.

27. עובדה נוספת אשר ראוי להדגיש הנה, כי **<u>בכל הכתבות הללו</u>** לא יהא בנמצא אזכור למינוחים "פרסום", "מדור פרסומי", "פרסומת", "תוכן שיווקי" וכו' אשר יהא בכוחו לאותת בפני צרכני התקשורת ו/או ציבור הקוראים כי עומדים הם להיחשף לפרסום כזה או אחר.

28. כמו כן נמנעה המשיבה במחדלה ליצור בידול מובהק וראוי בין תוכן מערכתי לבין תוכן שיווקי-פרסומי.

29. הווה אומר נחסמה מראש דרכו של הציבור, לרבות יכולת הפעלת שיקול הדעת אם ברצונו להיחשף למידע ואם לאו. דרכה המתוחכמת של המשיבה לכפות את המידע הפרסומי הרב על ציבור הצרכנים משולה לניצול ציני של תמימותו, ממניעי עשיית עושר ולא במשפט.

30. התנהלות שכזו פוגעת פגיעה שורשית באמון אשר נותן הציבור ליושרה ומהימנותה של העיתונות בישראל.

31. יודגש כי חוק הגנת הצרכן נועד למגר תופעות אילו, ולשמר ביתר שאת זכויותיו היסודיות של הצרכן, לקבל גילוי נאות לגבי בנוגע למידע ושירותם הניתנים לציבור ובפרט כאמור במדובר בתחום המדיה העיתונאית וכללי הפרסום החלים עליה, לבל תנוצל חולשתו ותמימותו של הצרכן ולבל תתועל הטעייתו של הצרכן לטובת עשיית עושר ולא במשפט.

<u>המודל אשר אומץ על- ידי YNET בעניין "פרסום סמוי"</u>

32. במסגרת הליך בת"צ 1715-02-15 **ויקטור עטייה נגד ידיעות אינטרנט שותפות רשומה** (YNET) (מחוזי ת"א) אשר הוגש על- ידי משרד הח"מ, נטען כנגד אתר ynet כי התכנים שפורסמו, תוך מוערבות מימונית של גורמים מסחריים באתר, הוצגו ככל כתבה עיתונאית רגילה ללא שניתן כל בידול וגילוי נאות לקורא בדבר טיבם של התכנים, החל ממופען הראשון של כותרת הכתבה והמשך בכתב גופה.

33. ביום 20/03/18, נחתם הסדר פשרה בעקבות הליך גישור, במסגרתו נקבע כי מערכת העיתון תתחיל לסמן כתבות קניות באופן שיקל על הגולשים להבין שגורם חיצוני שילם עבור פרסומן. הגילוי הנאות ימצא ביטויו בין היתר, תחת כותרת הידיעה, לפני הכתבה גופה, בסמוך לשם הכתב, ובמסגרת התיבה "בשיתוף עם______", עוד יופיע שם הגורם אשר הייתה לו נגיעה מימונית לידיעה. בנוסף בנגיעה בסמליל המידע הגראפי יופיע חלון המסביר **כי "הכתבה הופקה בידי המחלקה המסחרית של ynet בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני ופורסמה לאחר עריכה עיתונאית".**

34. על אף כי בהסדר זה, דובר על אסדרה של תכנים מקוונים באתר המרשתת של YNET, אין כל סיבה כי גופי התקשורת השונים, ביניהם המשיבה בהליך דנן, לא יאמצו מודל זה בכל הנוגע לעיתונות הכתובה.

<u>רקע עובדתי</u>

35. התובע הנו צרכן, עורך דין, המנוי למגזין דה מרקר ולעיתון "הארץ".

36. במהלך חודש ינואר 2018, נתקל התובע בשני מוספים שחולקו עם העיתון ואשר נשאו את הכותרות:

"אחד העם מגזין איגוד החברות הציבוריות"

"Eco- Trend אקולוגיה היום ומחר- מוסף מיוחד".

37. התובע החל לקרוא את המוספים, תוך שהוא מייחס חשיבות לאמור בהם, אולם ככל שהעמיק במלל הכתבות, הבין למעשה כי עסקינן בכתבות הטומנות בחובן תוכן שיווקי סמוי בקשר לאותם גופים מסחריים המקודמים במסגרתן.

38. ולדוק, התובע נתקל בכתבה במסגרת המגזין Eco- Trend (בעמ' 9-8), אשר כותרתה: **"החברה שלנו משנה את מאזן הפסולת במדינת ישראל!"**, כאשר, רק בסופה הבין למעשה כי השקיע את זמנו בקריאת כתבת יח"צ, אשר כל מטרתה לייצר קול קורא לגופים שונים (ביניהם גופים מוניציפאלים) לשכור את שירותי החברה.

39. דוגמא נוספת אשר מצויה באותו מוסף, הנה בכתבה שכותרתה: **"אוויר נקי: משאיות זבל מונעות גז טבעי בחיפה"** (בעמ' 11), העוסקת בגוף מסחרי- כלכלי, המציע שירותים תעשייתים למפעלים ולמרכזים לוגסטיים המבקשים לחסוך בעלויות התפעול ע"י שימוש בגז טבעי באמצעות מערכות שונות, כאשר גם במקרה זה, הבין התובע לקראת סופה כי עסקינן בתוכן שיווקי.

40. במגזין "אחד העם", הבחין התובע בכתבה של בנק מזרחי טפחות, אשר כותרתה **"מזרחי טפחות מאפשר ללקוחות העסקיים ליהנות משירות עדיף ומבנקאות תחרותית"** (בעמ' 9), ככל שהעמיק ב"כתבה", הבין כי עסקינן בתכנים פרסומיים, כאשר במסגרתה בנק מזרחי, שווק ככזה המציע ללקוח "חווית לקוח טובה יותר" ו- "מוצרים מתאימים ושירות מקצועי ומעולה". בנוסף, בסיפא הכתבה צוין כי הבנק החל בסדרת מפגשים לעסקים, במסגרתם הבנק מזמין את לקוחות כל הבנקים ליהנות מהעשרה בתחומי סחר החוץ במטרה להרחיב את ידיעותיהם והבנתם בסחר הבינ"ל.

*****רצ"ב העתקם של המוספים מתאריך ינואר 2018, סומנו כ- <u>נספח ד'</u> לבקשה, תוך שהמוספים המקוריים הועברו כמוצגים לעיונו של ביהמ"ש.**

41. לאחר קריאה מעמיקה במוספים האמורים לעיל, הגיע התובע למסקנה כי ככל הנראה מרבית התכנים שבהם או למצער כולם, נכתבו בשיתוף צדדים שלישיים ממומנים בעלי אינטרסים כלכליים מובהקים.

42. פרט נוסף אשר בוודאי אינו תרם לתובע ואשר הקשה עליו להבין כי מדובר בתכנים ממומנים ולא בחומרים מערכתיים, הינה העובדה כי המוספים מושאי ההליך אינם מופרדים מן העיתון כאשר הם מונגשים לציבור הקוראים/ הצרכנים באופן המוטמע בעיתון, כאשר בדרך זו, ניתן לעיין בהם כחלק אינטגרלי ממנו.

*****רצ"ב תמונה המשקפת כיצד המוספים מגיעים לבית הקורא כחלק אינטגרלי מהעיתון ובתוכו, סומנה כ- <u>נספח ה'</u> לבקשה**

43. במסגרת עיון ודרישה במרחבי המוספים, לא מצא התובע כל אזכור לעובדה כי מדובר במוספים בעלי תוכן פרסומי, אולם לאחר מאמצים רבים, מצא הוא כי בסוף עמוד "תוכן העניינים" של כל מוסף, מופיע באותיות זעירות המלל הבא: **"המערכת אינה אחראית לתוכן המודעות. המערכת מבקשת להבהיר כי המוסף הינו פרסומי ואין לראות במאמרים ו/או במודעות המלצה מכל סוג שהוא".**

44. התובע חש כי לא תתקבל על הדעת העובדה כי תוכן אשר הנו פרסומי שיווקי מובהק לא יקוטלג ככזה באופן נהיר ומפורש.

45. זאת ועוד, יטען התובע כי הכיתוב המוצנע בתחתית כל עמוד "דה מרקר המחלקה המסחרית", אינו מספר מאום לקוראיו, שעה שעיתון זה מזוהה אצל ציבור הקוראים כעיתון כלכלי- מסחרי של "הארץ", על- כן, אין בכך גילוי/ העדה כלשהי כי עסקינן בתכנים שיווקים.

*****רצ"ב העתקם של מוספים נוספים אשר התקבלו אצל התובע בחודשים פברואר- מרץ 2018, סומנו כ- <u>נספח ו'</u>, תוך שהמוספים המקוריים הועברו כמוצגים לעיונו של ביהמ"ש.**

46. לא זו אף זו, המבקש אף נתקל חדשות לבקרים, בכתבות באתר המרשתת של המשיבה, אשר בוצעו באמצעות גורמים שונים, כגון: חברות תיווך נדלן שונות (**"אנגלו סכסון"**, **"רי/מקס"**, **"קלר וויליאמס"**, **"המרכז לנדלן"**), כאשר לא בוצע כל גילוי נאות בכותרות הכתבות, כי עסקינן בתכנים בשיתוף ממוני עם אותן חברות.

47. גם כתבת היח"צ (ללא גילוי נאות) מיום 14/04/18, אשר כותרתה **"1,100 שקל בחודש, לעמדת עבודה עם שירותי מזכירות, חדר כושר ובריכה"**, מעלה טעם רע של פרסומת סמויה לרשת rent24, המפעילה עשרות חללי עבודה בעולם ואשר פותחת את סניפיה כעת בארץ.

*****רצ"ב העתקן של הכתבות מאתר המרשתת של המשיבה, סומנו כ- <u>נספח ז'</u>, לבקשה**

48. לאור האמור לעיל, סבר התובע כי יש בהתנהלות הנתבעת השיטתית משום הטעיית הצרכן וכפיית פרסום סמוי על הציבור.

<u>פניית התובע אל המשיבה בטרם הגשת התביעה (מכתב מיום 04/02/18)</u>

49. ביום 04/02/18, פנה התובע אל המשיבה בשאלה, מדוע אין כל אזכור בשערי המוספים, לעובדה כי מדובר במוספים בעלי תוכן פרסומי, כאשר הם נחזים להיות חלק בלתי נפרד מהעיתון?

*****רצ"ב מכתבו של התובע מיום 04/02/18, סומן כ-<u>נספח ח'</u> לבקשה**

50. ביום 25/02/18, התקבלה תשובת המשיבה לפניית התובע, לפיה נרשם כי בטענות שהובאו במכתב התובע אין ממש, וכי המוספים הנזכרים במכתב מופרדים מן העיתון ואינם מוצגים כחומר מערכתי, וכי כבר בשער המוסף מצוין במפורש כי מדובר בפרסום המחלקה המסחרית של דה מרקר.

51. לאחר ייעוץ משפטי, הוברר לתובע, כי לא זו בלבד שיש לציין במסגרת שערי המוספים כי עסקינן במוסף פרסומי הנעשה בשיתוף עם גורמים שלישיים מממנים, **אלא שיש לציין באופן <u>מפורש</u> תחת כל כתבה במדור, כי עסקינן בכתבה אשר נעשתה בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני, תוך ציון שמו של אותו גורם.**

52. פועל יוצא מכל אילו הוא, כי המשיבה אינה מעוניינת לשנות דרכיה ומכאן נובעת חשיבותה של הגשת תובענה זו.

*****רצ"ב תשובת המשיבה מיום 25/02/18, סומנה כ- <u>נספח ט'</u> לבקשה**

<u>נזקו של התובע</u>

53. בענייננו נגרם למבקש נזק ברור ומובהק. התובע העדיף לצרוך את עיתון המשיבה, משום שסבר כי עיתונות אשר נרכשת בכסף, תדע להעריך את ציבור צרכנייה, תוך שהיא תמדר את "רעשי הרקע" (פרסומות ופרסומות סמויות), במסגרתה.

54. כמו כן, **הפרסומות הסמויות- אשר ביטוין הובא במגזין שלם ואף ביטוין מפציע חדשות לבקרים בכתבות באתר המקוון של המשיבה,** הסבו לתובע חסר נוחות, שכן בוחר הוא להימנע מחשיפה לתכנים פרסומיים, היות ובעיניו מהימנותם מוטלת בספק ולאור העובדה כי אינטרס מסחרי מובהק עומד מאחורי האמירות ו/או המיידעים המוצגים, ועל כן נמנע הוא להיחשף למדורי פרסום למיניהם על- מנת שלא לבזבז את זמנו לריק. ראוי לציין, כי אין המדובר בכתבה אחת או שתיים, **אלא במדור פרסומי שלם**, אשר כל ייעודו – הנו כתבות יח"צ של גופים מסחריים גדולים במשק.

55. מדובר בנזק שהוא בלתי ממוני בדמות פגיעה באוטונומיה של הפרט, תוך טשטוש יכולת הבחירה וכפייה בלתי מבוקרת של פרסומות ותכנים שיווקיים בדמותן וחזותן של ידיעות מערכתיות -עיתונאיות.

56. המבקש חש כמי שהולך שולל והינו סבור כי לא בכדי נמנעת המשיבה מלאותת באופן מובהק לציבור הקוראים כי עומדים הם להיחשף בפני "תוכן שיווקי ממומן, ו/או מידע פרסומי", היות וגילוי נאות זה יכול לפגוע בהשאת רווחיה של המשיבה אשר הנם תלויים בנכונות הציבור להיחשף לאותם תכנים.

57. בנוסף חש המבקש כי המשיבה גנבה את דעתו וכפתה עליו להיחשף לתכנים מסחריים בניגוד לרצונו.

58. לא זו אף זו, חש התובע כי התנהלות המשיבה הביאה להטעייתו כצרכן בהיבט מהותי וייסודי שכן מהותן של הכתבות הנן "פרסומיות" ולא "מערכתיות", ואם התכבדה המשיבה להציגן במלא הדרתן היה זה מן הראוי לתת גילוי נאות בפני ציבור הקוראים ולקטלגם כ"פרסומת" ו/או "תוכן שיווקי", ולו בלבד על מנת לאפשר לצרכן להפעיל שיקול דעת אובייקטיבי האם ברצונו להיחשף למידע ואם לאו.

59. לאור האמור לעיל, יטען התובע כי התנהלות המשיבה עולה כדי הטעייתו כצרכן בפרטים מהותיים, אשר הינם חשיפתו וחשיפת הציבור ל"פרסומות מטעות", תוך כפייה בלתי הוגנת של תכנים שיווקיים ממומנים על ציבור הקוראים.

60. בנוסף נזקו הבלתי ממוני של המבקש בה לידי ביטוי בכך שהוא איבד את אמונו במשיבה המהווה כגוף המרכזי ביותר בתחום העיתונות הכתובה והדיגיטלית.

61. כאמור פגיעה **<u>באוטונומיה של הרצון ושלילת כוח הבחירה</u>** מהווה כנזק בר פיצוי אשר הוכר בפסיקה . לעניינו יפים הדברים אשר נאמרו על-ידי כב' ה' מ' נאור בע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי**, פד נז(1) 672 כדלקמן :

<u>" על כן למצער ככל שהדבר נוגע לתובענות ייצוגיות . מותר אף להניח בנקודת מוצא לצורך הערכת הנזק הלא ממוני שנגרם למי שפגעו כך באוטונומיה שלהם כי כתוצאה</u>

<u>מאותה פגיעה חשים הם רגשות של כעס תסכול ועלבון</u> (בעוצמה כזו או אחרת על פי הנסיבות הקונקרטיות של המקרה) רגשות כאלה שנגרמו כתוצאה מהתנהגות המזיק מצדיקים פיצוי בגין נזק לא ממוני".

62. את נזקו הבלתי ממוני של התובע, יש להעריך בסך 1,000 ₪ עבור כל צרכן ו/או אזרח ישראלי אשר נכפתה עליו חשיפה למידע פרסומי שווקי בניגוד לרצונו ולחופש הבחירה האוטונומי.

63. לאור האמור לעיל, עולה כי בשל העובדה שהנתבעת לא קיימה את הוראות הדין, הרי כי מסבה היא לציבור הצרכנים ולציבור לקוחותיה, נזק כלכלי והדרך היחידה לאכוף על הנתבעת את קיומן של הוראות הדין, הינה בדרך של הגשת תובענה ייצוגית.

<u>המסגרת הנורמטיבית</u>

א. <u>כללי</u>

64. חוק תובענות ייצוגיות נועד להסדיר באופן ממצה את הדינים החלים על הגשת תביעות ייצוגיות בישראל.

65. המטרות שבייסוד החוק מפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", "מימוש זכות הגישה לבית- המשפט", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין", וכן " ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".

66. כמו- כן, חוק תובענות ייצוגיות, מתיר הגשת תביעה ייצוגית, בעניינים המנויים בתוספת השנייה לחוק, או בעניינים בהם נקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש תביעה ייצוגית. כאמור בסעיף 3(א) לחוק:

"לא תוגש תובענה ייצוגית, אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תביעה ייצוגית".

67. התוספת השנייה לחוק מונה רשימה של עילות, בהן ניתן להגיש תביעה ייצוגית, במקרה שבפנינו, חלות העילות הקבועות בסעיף 1 לתוספת וכלהלן:

"תביעה כנגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה או בין אם לאו".

אם כך בענייננו, התובע הינו "הצרכן ו/או לקוח" כאמור בהגדרת החוק ואילו הנתבעת הינה "העוסק", כאשר במערכת יחסים אילו חלים מערכת חוקי הגנת הצרכן.

68. סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגית קובע את רשימת הזכאים, להגיש תביעה ייצוגית וכאמור בסעיף 4 (א)(1) לחוק:

"אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שעלות מהותיות של עובדה או משפט, המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם בשם אותה קבוצה".

69. אם כך, לאור המסכת העובדתית אשר פורטה לעיל ולאור מהותם של בעלי הדין בענייננו, נראה כי עילת התביעה של התובע נוגעת לציבור צרכנים שלם, בפרט ציבור הצרכנים אשר רוכש את עיתון דה מרקר, לרבות מנויי העיתון, ולכן ראוי כי אינטרס צרכנים אילו, ידון במסגרת תובענה ייצוגית לשם הגנה על זכויותיהם.

70. כמו- כן יוסף כי בשלב של הבקשה לאישור תביעה ייצוגית, על המבקש לשכנע את בית- המשפט כי עומדת לו לכאורה עילת תביעה אישית, אך אין להעמיד בהקשר זה דרישות מחמירות.

להלן דבריה של השופטת, שטרסברג כהן בעניין זה במסגרת ע"א 2967/05 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו, פ"ד נא (2) 312(פסקה 19):

" נראה לי כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54, מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית- המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על- פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה, אחר כל דרישות סעיף 54 א', ולענייננו, שהראשונה בהן היא קיומה של עילת תביעה אישית, כאמור בסעיף 54 א (א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לעניין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית- המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולריפיון ידיים של תובעים יצוגיים פוטנציאלים. את כל אלה יש למנוע על- ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי...."

71. לאור הוראות החוק אשר פורטו לעיל, ניכר כי מחד לתובע עילת תביעה אישית כנגד הנתבעת, ואכן נגרם לו נזק בלתי ממוני מהותי, בשל אי מילוי הוראות חוק ברורות ובשל העובדה שהנתבעת בוחרת לעשות דין לעצמה ומרוקנת מתוכן את רצון המחוקק. ומאידך בשל הפרה זו מצד הנתבעת, מתעוררת שאלה מהותית הן עובדתית והן משפטית המשותפת לכלל חברי הקבוצה.

עילת התביעה מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה

72. סעיף 63 לפקודת הנזיקין, קובע את מהותה של עוולת הפרת חובה חקוקה כלהלן:

א. מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על- פי כל חיקוק, למעט פקודה זו- והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או הגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאילו נתכוון החיקוק...
ב. לעניין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או הגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני אדם בכלל או של בני אדם מסוג או הגדר שאתם נמנה אותו פלוני.

73. כידוע יסודותיה של עוולת הפרת חובה חקוקה על י סעיף 63 לפקודת הנזיקין הינם: קיומה של חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק, החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק, המזיק הפר את החובה המוטלת עליו, ההפרה גרמה לניזוק נזק, והנזק שנגרם הוא מסוג הנזקים שאליו נתכוון החיקוק.

74. כשם שנוכחנו לראות המשיבה הפרה הפרה יסודית של חוק הגנת הצרכן , המציין בסעיף 2 את האיסור על הטעיית הצרכן באשר למהות וטיב הנכס או שירות, ובסעיף 3-4 את

איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת וחובת גילוי לצרכן, אשר נועדו להגן, הן על התובע והן על ציבור הצרכנים אותו הוא מבקש לייצג, לרבות הכללים הנהירים בסעיף 7 בדבר הטעייה בפרסומות ובשל העובדה כי הנתבעת נמנעה לקיימם, הרי כי קיימה חובה המוטלת עלייה על פי חיקוק שבדין.

75. כמו כן המשיבה הפרה את סעיפים 6 ו- 15 לתקנון האתיקה העיתונאית.

76. ומן הכלל אל הפרט, כאמור המשיבה כפופה לכללי אתיקה ופרסום של תכנים שיווקיים פרסומיים.

77. הוראות חוק הגנת הצרכן ("הטעייה בפרסומת"), לרבות תקנון האתיקה העיתונאית מבקשים להגן על ציבור הצרכנים באופן בו תשמר זכותם האוטונומית להיחשף לתכנים מסחריים, ובדבר חובתה של המשיבה לבצע בידול והפרדה מדויקים בין תכנים מערכתיים לבין תכנים פרסומיים, ולהימנע מהטעיית הציבור לסבור כי האמור בתכנים המערכתיים אינו פרסומת מקום בו ליבת הכתבה נסובה לתועלתו של גוף מסחרי.

78. כשם שנוכחנו לעיל, המשיבה נוהגת דרך קבע לשתול תכנים מסחריים המשרתים גוף עסקי בדמות של כתבות מערכתיות בניגוד לדין.

79. אין חולק כי הפרה זו מסבה לציבור הצרכנים נזק בלתי ממוני, פגיעה באוטונומיה וחוסר נוחות.

<u>הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן</u>

התובע יטען כי הפרסומים הסמויים בתכניה של המשיבה, הנחזים כ"מערכתיים", עולים כדי הטעייתו כצרכן לרבות הטעייתם של כלל חברי הקבוצה, כאמור בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1981.

סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, שעניינו <u>**איסור הטעיה**</u>, קובע כדלקמן:

.2		**איסור הטעיה**	
	(א)	**לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין <u>מהותי בעסקה</u> (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו עניינים אלה כמהותיים בעסקה:**	
		(1)	**הטיב, <u>המהות</u>, <u>הכמות והסוג</u> של נכס או <u>שירות</u>;**

80. <u>**כמו כן סעיף 2(ג) קובע כי "הוראות סעיף זה יחולו גם על פרסומות"**</u>

81. הנתבעת התעלמה כליל מהוראות אילו ופרסמה כתבות ממומנות מסחריות בדמות כתבות מערכתיות, ועל כן <u>מהותן</u> הלכה למעשה שונה ומנוגדת לחזותן כלפי ציבור הצרכנים.

82. על- כך יוסף, כי אותו פרט מהותי מעוגן באופן חוקי, כך שההטעיה הינה חמורה יותר יורדת לשורשם של דיני הגנת הצרכן.

83. כמו- כן, סעיפים 3 ו- 4 לחוק הגנת הצרכן, דנים בנושא <u>**איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת וחובת הגילוי**</u> וכדלקמן:

.3	**איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת (תיקון מס׳ 39)- תשע״ד- 2014**	
	(ב)	**(א)לא יעשה עוסק, במעשה או במחדל (בסעיף זה – מעשה), בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת, דבר העלול לפגוע ביכולתו של צרכן לקבל החלטה אם להתקשר בעסקה עמו, באופן שיש בו שלילה של חופש ההתקשרות של הצרכן או פגיעה מהותית בחופש ההתקשרות שלו (להלן – הפעלת השפעה בלתי הוגנת).**

.4	**חובת גילוי לצרכן**	
	(א)	**(1) עוסק חייב לגלות לצרכן כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס;** **(2) כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל;**
	(ב)	**עוסק חייב לגלות לצרכן כל <u>פרט מהותי</u> לגבי נכס שקבע השר באישור ועדת הכלכלה של הכנסת.**

84. כמו כן המשיבה הפרה את סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן כלהלן :

> **״פרסומת״- לרבות פרסום שמומן או נתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום כל כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור״**

85. התובע יטען כי כל טובת הנאה ו/או תשלום כספי אשר נתקבל אצל הנתבעת עקב אי עמידה בכללים של פרסומת בלתי מטעה , מקורם בהפרת חובה חקוקה שבדין.

86. להלן סעיף 7 ״הטעייה בפרסומת״ -

אחריות להטעיה בפרסומת

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

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

(2) אם היתה הפרסומת מטעה על פניה או שהם ידעו שהיא מטעה - אף את המפיץ או מי שהחליט בפועל על הפרסום.

(תיקון מס׳ 1) תשמ״ח-1988
(תיקון מס׳ 9) תש״ס-2000

(ג) (1) פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה;

(תיקון מס׳ 9) תש״ס-2000

(2) המפרסם פרסומת בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית, בלי לציין באופן ברור כי המדובר בפרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה, אף אם תוכנה אינו מטעה;

(תיקון מס׳ 9) תש״ס-2000

(3) לענין סעיף קטן זה, השתתפות עיתונאי, לרבות מגיש, קריין או מנחה בכל כלי תקשורת, בפרסומת, יראו אותה כפרסומת מטעה, אם אין בה הבחנה ברורה בין עבודתו המקצועית לבין הפרסומת;

<u>הפרת תקנון האתיקה העיתונאית</u>

87. בהתאם **<u>לתקנון האתיקה העיתונאית</u>**, מעבר לעובדה כי עיתון ועיתונאי חייב לפעול ביושר בהגינות וללא מורא תוך שמוטלת עליהם אחריות מקצועית להיות נאמנים לחופש העיתונות ולזכות הציבור לדעת בהגישם לציבור שרות מקצועי ובפרסום מדויק הוגן ואחראי של ידיעות ודעות, חלה חובה מפורשת לבצע אבחנה מדויקת ומובהקת בין "פרסומת" ל-"חומר מערכתי", לרבות איסור לפרסם פרסומת הנחזית כחומר מערכתי. ראה להלן:

"עיתון- לרבות אמצעי תקשורת אלקטרוניים ועיתונים מקוונים ולרבות הבעלים, המו"ל והעורך האחראי על אמצעי התקשורת"

<u>סעיף 6-</u>

"עיתון ועיתונאי יבחינו בפרסום בין פרסומת לחומר מערכתי, באופן שלא תפורסם פרסומת הנחזית כחומר מערכתי"

<u>סעיף 15 לתקנון "ניגוד עניינים" -</u>

"היה לעיתון אינטרס מהותי- כלכלי או אחר, בתחום התקשורת או מחוצה לו- בנושא של פרסום מסוים, יפרסם <u>בצמוד לאותו פרסום</u> גילוי נאות של האינטרס שלו"

<u>עשיית עושר ולא במשפט</u>

88. כאמור לעיל ובמסכת העובדתית שתוארה בבקשה זו, באקט המחדלי ו/או ביצוע עוולה מכוונת אשר ננקט על- ידי הנתבעת בפרט שוויון הנפש והאדישות באשר לקיום הוראות המחוקק, יוצא אפוא כי הנתבעת מתעשרת שלא כדין על חשבונם של הצרכנים, עת מצמיחה לעצמה טובת הנאה בין בכסף ובין בשווי כסף בעבור תכנים שיווקיים בדמות כתבות מערכתיות, ובכך מרמה את ציבור קוראיה, לוכדת אותו ברשתה מנצלת את תמימותו, לרבות פגיעה מכוונת בדגות האוטונומיה וזכותו של הצרכן להפעיל שיקול שעת נקי.

<u>פגיעה באוטונומיה של הפרט</u>

89. לעניין הפגיעה **<u>באוטונומיה של הפרט</u>**, הרי שזו הוכרה כבת-פיצוי בהקשרים שונים, ראה למשל ע"א 2871/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים כרמל, תק-על 99(3) 574 בהקשר של ביצוע הליך רפואי ללא הסכמה, ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (להלן: "עניין תנובה") בהקשר של פגיעה ביכולתו של הצרכן להחליט מה להכניס לפיו וממה להימנע. בעניין דעקה נאמרו הדברים הבאים באשר לראש נזק זה (עמ' 673-672):

"השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא, אם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערערת ובאוטונומיה שלה הוא 'נזק' כמובנו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב. המונח "נזק" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). הגדרה זו היא רחבה, ומתייחסת ל- 'אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה'.

90. בית- המשפט מתבקש לקבוע כי למבקש נגרמו נזקים בלתי ממוניים בשל ההפרה הנידונה, במובן זה שנגזלה מהתובע, זכות הבחירה האוטונומית שלא להיחשף לתכנים פרסומיים ו/או טשטוש שיקול דעתו באשר למהות המידע הנמסר ויכולתו לאבחן במדויק האם המדובר בתוכן מערכתי ו/או אינפורמטיבי או שמא בפרסומת המקדמת אינטרסים מסחריים, זאת ועוד, בנוסף חש התובע חוסר נחות ואבוד אמון כללי בעיתונות הכתובה המשולמת. כמו כן במעשה ו/או במחדלה, התרשלה הנתבעת כלפי התובע וכלפי קבוצת הצרכנים אותה היא מבקשת לשרת.

<u>עוולת הרשלנות</u>

91. סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן קובע מפורשות כי "דין מעשה או מחדל" כדין העוולה לפי פקודת הנזיקין כדלקמן :

> **"31 פיצויים (תיקון: תשמ"א, תשמ"ד, תשמ"ו, תשמ"ח, תשנ"א, תשנ"ג, תשנ"ה, תשנ"ט) (א) דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין (נוסח חדש). עוולה כאמור נתונה לצרכן שנפגע מהעוולה, וכן לעוסק שנפגע, במהלך עסקו, מהטעיה כאמור בסעיף 2."**

92. כמו כן סעיפים 35-36 **לפקודת הנזיקין** מגדירים את עוולת הרשלנות כדלקמן :

> **35.עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות — הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.**
>
> **36.החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף"**

93. אשר על כן יטען התובע כי הנתבעת התרשלה בכך שלמרות הוראות החוק הברורות האוסרות על הטעיית ציבור הצרכנים בכל דרך שהיא ובפרט בפרסומת, מי מטעמה לא מילא בקפידה אחר הוראותיו והפר בין במעשה ובין במחדל את החובות המוטלות עליו מכוחן של ההוראות.

94. כמו- כן, הנתבעת לא וידאה ו/או פיקחה כי מי מעובדיה או מנהליה נוהג על- פי החוק ומקיים את הוראותיו.

95. הנתבעת חייבת בחובת זהירות מושגית המוטלת על עוסק כלפי לקוחות וצרכנים. הנתבעת חייבת גם בחובת זהירות קונקרטית בעניין מסרים מסחריים ופרסומיים בעיתונות, בכך שלא יווצר מצג שווא מטעה בעיני ציבור הצרכנים כי המדובר בכתבה מערכתית תמימה. מתיאור הנסיבות לעיל, ברור כי הנתבעת הפרה את חובות הזהירות כלפי הציבור והצרכנים הפרה גסה ובוטה.

<u>הגדרת הקבוצה והסעדים להם זכאים חברי הקבוצה</u>

96. בהתאם לסעיף 10 (א) לחוק תובענות ייצוגיות, הרי שבעקבות אישור התביעה כייצוגית על בית- המשפט הנכבד להגדיר את הקבוצה אשר בשמה תנוהל התובענה :

"אישר בית- המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה, לא יכלל בקבוצה אדם שעילת תביעתו נוצרה לאחר המועד שבו אושרה התובענה הייצוגית כאמור".

97. התובע יטען כי את חברי הקבוצה יש להגדיר באופן הבא:

"כל אדם אשר נחשף מבלי ידיעתו, לתכנים פרסומיים בעיתון דה מרקר (לרבות אתר המרשתת) ומבלי שניתן על כך גילוי נאות מבדל ומפורש, כל זאת ב- 7 השנים עובר להגשת התובענה ועד למתן פסק דין בתובענה"

*(להלן: "**חברי הקבוצה**")*

98. הסעדים אותם בית- המשפט הנכבד מתבקש לפסוק הינם כלהלן:

א. צו עשה וסעד הצהרתי.

ב. *פיצוי כספי בגין נזק לא ממוני.*

99. ניתן לפסוק סעדים אילו בהתאם לשיקול הדעת הרחב המוענק לבית- המשפט הנכבד במסגרת תובענה ייצוגית, כפי שפסק כב' השופט בנימיני **בתא. 1065/05 שהי נ' תדיראן (פורסם בנבו, ניתן ביום 14/02/08)** כלהלן:

"הגדרת השאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, מצריכה בירור של הסעדים המבוקשים בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. מגמת החוק החדש להעניק לבית- המשפט שיקול דעת רחב בעניין אישור התובענה הייצוגית ודרך ניהולה, מוצאת את ביטויה גם בנושא הסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית. סעיף 20 לחוק דן בסעדים שניתן לפסוק בתובענה ייצוגית ואילו כוללים "מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה".

100. בהתאם להוראות של סעיף **20 (ג) לחוק נקבע כי:**

"מצא בית- המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה כולה או חלקה או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין".

<u>דרישה לצו עשה ולסעד הצהרתי</u>

101. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו הצהרתי, לפיו הנתבעת הפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן, תקנון האתיקה העיתונאית, חוק עשיית עושר ולא במשפט וכן את פקודת הנזיקין (בפרט הפרה חובה חקוקה ועוולת הרשלנות).

102. כמו- כן, מתבקש בית- המשפט הנכבד ליתן צו עשה ולהורות למשיבה לחדול מהטעיית הציבור בפרסומות, להימנע מפרסומות סמויות ולתן גילוי נאות ומפורש לצרכן אודות תכנים פרסומיים ממומנים.

103. בנוסף צו עשה לפיו תינתן הוראה חד משמעית לנתבעת לתקן את המחדלים ,ולחדול מהטעיית הציבור תוך ציון מפורש לאחר כותרת הכתבה ולפני הכתבה גופה, כי מדובר בתוכן שיווקי ו/או פרסומת בצירוף סימון שם הגוף המממן.

104. סעדים שכאלו הינם אפשריים ואף ראויים בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, כפי שנקבע בידי כב' השופט אלטוביה בבש"א **(ת"א) 21177/04 גינדי טל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (נבו, 15/01/09) כלהלן:**

תשומת לבם "כפי שנקבע לעיל, הפרו המשיבות את חובת הגילוי היזום המוטלת עליהן בכך שלא הסבו את להוראות רשויות הצבא. של המבוטחים המשרתים בצה"ל כי בעת השרות כפופה יכולת ניצול הפוליסות לפיכך, יש להיעתר לבקשתם של התובעים ולהעניק להם את הסעדים, דהיינו תיקונם של הפגמים שנפלו בפוליסות...

"הדין הצבאי. לא נותר אלא לקבוע כיצד על המשיבות למלא אחר חובת הגילוי הייזום בקשר עם הוראות נשוא התובענה, היינו באשר לכך, יש להתייחס לנדרש מהמבטח בשני מועדי הזמן הרלוונטיים למידע לגיוסו של המבוטח. ראשית – על בשלב עובר לכריתתו של הסכם הביטוח ובמהלך תקופת הביטוח עובר במשמעות שניתן למונח זה בדין הביטוח, המפנה את ,"המשיבות, לכלול בפוליסת הביטוח פיסקה "בולטת כפוף בעת השרות הצבאי להוראות הצבא המשתנות מפעם תשומת לב המבוטח כי השימוש בפוליסה לפעם. שנית – על המבטח ליידע תשלומי פרמיה המבוטח לקראת מועד גיוסו הצפוי, במועד שמאפשר ביטול ההתקשרות מבחינת גבית תשלומי פרמיה ."

105. בהקשר זה ראה בנוסף, החלטת בית- המשפט מיום 17/11/09 **בת"צ 9386-03-09 שור ואח' נ' מפעל הפיס.**

106. לאור המסגרת הנורמטיבית, אשר חלה באשר לסעדים הצהרתיים הראויים להיתבע במסגרת תובענה ייצוגית, ניכר כי במקרה שבפנינו, יהא נחוץ ומהותי להצהיר כי הנתבעת הפרה את הוראות הדין ולו בלבד למען לא ישונה מצב מעין זה בעתיד.

107. כעיגון להיעתרותם של בתי- משפט לצווי עשה כפיצוי בתובענה ייצוגית, יופנה בית המשפט הנכבד לפסיקה האמורה **בבש"א 3432/07 דוד סלומון נ' מחלבות גד בע"מ (נבו 03.09.09) וכן ת"צ (מרכז) אמיר רוזנברג נ' אי. פי .אי (מגועה וחיה) (ישראל) בע"מ (נבו , 05.07.10)** שם נקבע כי :

"תכליתה של התביעה מהסוג הנדון היא אכיפת <u>חוק חניה לנכים</u> וחוק שיוויון זכויות, והגברת המודעות להוראות החוקים, של אנשים עם מוגבלות ושל הציבור וגופים רלבנטיים אחרים, כמו המפעיל בענייננו . חוק חניה לנכים מטרתו, בין היתר, להבטיח נגישות של אדם עם מוגבלות למקומות ציבוריים שהגישה הנגישה היחידה אליהם היא דרך חניה הכרוכה בתשלום. סעיף 4ב בחוק מחיל על המפעיל או המחזיק של המקום הציבורי חובה לשלם בעד חניה במקום ככל שנדרש מקום חניה לאדם עם מוגבלות. משמע - אדם עם מוגבלות זכאי לפטור מתשלום בעד חניה במקום ציבורי כאמור.

נראה לי כי הסדר הפשרה המוצע מקדם תכליות אלו בצורה נאותה. המשיבה חדלה לגבות תשלום מחברי הקבוצה. הוצב שילוט בכניסה לחניון, על מכונות התשלום וביציאה מהחניון, המודיע לחברי הקבוצה על זכותם לחנות ללא תשלום. בכך פעלה המשיבה ליידוע חברי הקבוצה בדבר זכותם לפטור מתשלום עבור החניה. בכך גם הושגו מטרות החוקים.

כמו כן נראה כי עקב הבקשה נושא הדיון תדאג הרשות לכך שהמפעיל החדש של החניון שבא תחת המשיבה, ינהג על פי הוראות החוקים. הרשות אמנם לא הייתה צד בהליך אך נכחה בדיון שהתקיים ביום 16.2.10 נוכח בקשת המשיבה לצירופה כמשיבה נוספת בבקשת האישור.

אני ערה לכך שההסדר אינו כולל השבה ואולם נראה לי כי בנסיבות העניין שלפניי ההסדר סביר למרות האמור".

108. אם כך, פנינו רואות כי בתי- המשפט רואים בחשיבות מתן צווי עשה לעוסקים שונים, אשר עושים דין לעצמם ומפרים הוראות קוגנטיות בחוק, ובממשק למקרה שבפנינו ראוי כי תנתן הוראה חד משמעית לנתבעת לתת גילוי נאות ונהיר אודות תכנים שמקורם באינטרסים מסחריים.

<u>הנזק שנגרם לחברי קבוצה והסעד הראוי</u>

109. חשוב לציין, כי במסגרת בקשה לאשר תביעה כייצוגית אין חובה לכמת הנזק ולהציגו במדויק. כך גם נפסק **בת.א. 2033/00 בש"א 12904/00 שגיב נ' בנק לאומי תק-מח 1249 (4)2003:**

"המבקש "הראה" קיומו של נזק אישי כתוצאה ממעשי ההטעיה. אין מוטלת עליו החובה להראות או להוכיח, בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, את שיעור הנזק והיקפו ואין עליו לכמתו, אלא "די בכך" שיראה כי נגרם לו נזק".

<u>הערכת הנזק הממוני אשר נגרם לחברי הקבוצה</u>

110. כפי שנוכחנו לראות עקב הפרסום הסמוי האגרסיבי השתול בדמות תכנים מערכתיים, מתעשרת המשיבה על חשבון חברי הקבוצה, אולם בנוסף גורמת היא לנזק בלתי ממוני מובהק.

111. האיסור הנהיר בדבר הטעייה בפרסום לרבות הפרה מודעת של סעיף 6 לתקנון האתיקה העיתונאית מהווה פגיעה באוטונומית רצון הפרט, חוסר נוחות, מצג כוזב וגניבת דעת הקהל וטשטוש שיקול הדעת ויכולת הבחירה.

112. לא מן הנמנע לציין כי הגם שיש קושי לכמת באופן מתודי את נזקו של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, אין בכך כדי לשלול מחברי הקבוצה את זכאותם לסעד.

113. הרי כי כן בהתאם לסעיף 20(א) לחוק התובענות הייצוגיות, מונחל מנגנון גמיש, אשר במסגרתו רשאי בית- המשפט לקבוע כיצד ניתן יהא להוכיח את נזקם האישי של החברים בקבוצה, כאשר בהתאם לסעיף 20(א) (3) יתרת הכספים אשר לא ידרשו תועבר לאוצר המדינה.

114. בנוסף מעניק הוא לבית המשפט בסעיף 20(ג) סמכות רחבה בקבעו כי:

"בית המשפט רשאי ליתן "כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין"

115. כאמור לעיל הפרסומות הסמויות בתכניה של המשיבה, נכפו על ציבור הצרכנים בסברם כי המדובר במידע מערכתי עיתונאי נקי, ובכך למעשה נשללה מציבור הצרכנים יכולת הבחירה האוטונומית לבחור את קטעי המידע הרצויים מבין שלל התכנים.

116. כמו כן התנהלות המשיבה פוגעת פגיעה שורשית באמון אשר נותן הציבור ליושרה ומהימנותה של העיתונות בישראל.

117. כמו כן יודגש כי יהא זה נחוץ לחייב את הנתבעת לפצות את החברי הקבוצה בגין נזקיהם הלא ממוניים לכל הפחות בשווי מלא טובות ההנאה שצמחה לה בין בכסף ובין בשווה כסף בגין פרסומות וקידום עניינם של גופים מסחריים, מותגים ומוצרי צריכה, והכל בניגוד לדין ומשך שבע שנים אחרונות.

118. יודגש כי מלא הנתונים הללו הנם נתונים, דוחות וחוזים המצויים בידיעתה האישית והבלעדית של הנתבעת, עסקינן במידע שאינו מפורסם ואינו נגיש לידיעת הצרכנים.

119. על כן במידת הצורך שומר התובע לעצמו את הזכות לעתור לבית המשפט בבקשה למתן צווים ספציפיים לגילוי המידע הדרוש.

120. כאמור, בחינת מכלול הנתונים הללו בידי מומחה תעניק אינדיקציה מדויקת להערכת נזקם של חברי הקבוצה, שיעורם של חברי הקבוצה לרבות הפיצוי אותו יש לפסוק לטובתם.

121. **נזקם הבלתי ממוני של חברי הקבוצה יוערך בשלב זה אופן אומדני בסך של 3,000,000 ₪ לכל הפחות.**

<u>התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית</u>

122. בשל מעשיה ו/או מחדלה של הנתבעת, זכאי התובע ויתר חברי הקבוצה לפיצוי נזיקי ו/או חוזי ו/או מכח חוק הגנת הצרכן ו/או מדיני עשיית העושר ולא במשפט כמפורט לעיל.

123. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, ובין היתר, הינן כדלקמן :

123.1 האם בפעולותיה ו/או מחדליה הטעתה הנתבעת את חברי הקבוצה ?

123.2 האם התרשלה הנתבעת כלפי חברי הקבוצה ?

123.3 האם התעשרה הנתבעת שלא כדין על חשבון חברי הקבוצה ?

123.4 האם הפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן בפרט את סעיפי ההטעיה שבחובו?

123.5 האם הפרה את תקנון האתיקה העיתונאית?

123.6 האם טשטשה את האיזון השוויוני שביקש המחוקק ליצור בין מעמדו הרם של העוסק לבין מעמדו הנחות של הצרכן?

123.7 האם נגרם לחברי הקבוצה נזק בלתי ממוני, ומה שיעורו ?

124. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין מכל אחד ואחד מהשיקולים הבאים לא כל שכן ממשקלם המצטבר :

124.1 מספר חברי הקבוצה גדול ופיזורם רב.

124.2 לכל אחד מחברי הקבוצה קיימת חוסר כדאיות בניהול הליך משפטי נפרד הואיל והוא צפוי להוצאות וטרחה רבים יחסית לסכום העילה האישית.

124.3 גם אם היו חברי הקבוצה עומדים על זכותם ונוקטים הליכים משפטיים נפרדים כנגד הנתבעת היה הדבר גורם עומס מיותר על בתי המשפט לעומת דיון אחד ומאוחד בשאלות המשותפות לכל חברי הקבוצה כמפורט לעיל.

124.4 הצורך להימנע מפסיקות סותרות.

124.5 לאישור תביעה זו כייצוגית קיים יתרון ברור של הרתעת עוסקים מפני הפרת החוק ונקיטת מעשי הטעיה כלפי הציבור הרחב. הרתעה זו נחוצה באופן כללי בתחום זכויות האדם הטומן בחובם אי-שיוויון אינהרנטי בין העוסק ללקוחות. חשיבותה של הרתעה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח המודעות הגוברת של הרשויות במדינה לצורך במתן פיתרון אכיפתי הולם מחד גיסא, אך האמצעים המוגבלים העומדים לרשותן, הגורמים לתופעת תת-האכיפה, מאידך גיסא.

124.6 מבחינה זו, נראה כי לא נגזים אם נאמר שלאישורה של תביעה זו כייצוגית יש השלכות חברתיות רחבות והיא הולמת את האינטרסים הציבוריים של מדינת ישראל בשמירת החקיקה הצרכנית.

124.7 לגבי חברי קבוצה רבים אישורה של התביעה כייצוגית יגרום להפסקת מרוץ ההתיישנות בתביעתם האישית ולכך שהנתבעת תזכה מן ההפקר בתוך עשיית עושר ולא במשפט, על ידי הקטנת הסיכון הכרוך בתביעות כתוצאה מחלוף הזמן שבין מחדליה והפרת התחייבויותיה לבין המועד בו יוגשו תביעות אישיות – אם וכאשר יוגשו.

124.8 היעתרות בית המשפט הנכבד לבקשה זו תקדם את מטרת החקיקה בתובענות ייצוגיות והן את מטרות החקיקה בתחום החקיקה הצרכנית והחברתית בכלל.

124.8.1 אישור התובענה כייצוגית יאפשר זכות גישה לבית המשפט, לאוכלוסיה המתקשה בדרך כלל לעמוד על זכויותיה ולפנות לבית המשפט כיחידים.

124.8.2 אישור התובענה כייצוגית יקדם מאוד את אכיפת הדין והנורמה הראויה כמפורט לעיל ויתרום רבות להרתעה מפני הפרתן.

124.8.3 אישור התובענה כייצוגית היא למעשה הדרך היחידה העומדת בפני חברי הקבוצה – רובה ככולה – שתאפשר להם לקבל סעד הולם בגין הפגיעה שנפגעו מהנתבעים כתוצאה מהפרת הדין על ידם ;

124.8.4 אישור התובענה כייצוגית היא למעשה הדרך היחידה לקיים ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות חברי הקבוצה כלפי הנתבעים.

125. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת הן על ידי התובע והן על ידי באות כוחו ;

125.1 לתובע עילה אישית נגד הנתבעת. התובע נפגעה פגיעה אישית עקב מחדלי הנתבעת המאפשרת לו הזדהות מלאה עם הקבוצה לגבי אותה פגיעה, הן מבחינה עובדתית הן מבחינה משפטית והן מבחינה רגשית.

125.2 לתובע ולקבוצה זהות אינטרסים מלאה לגבי עילות התביעה.

125.3 לתובע אמונה שלמה בצדקת התביעה והוא בעל נכונות ונחישות לקיים את ההליך המשפטי.

125.4 עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב, שכן התובע הינו חבר קבוצה טיפוסית שסבל נזק באופן דומה לשאר חברי הקבוצה.

125.5 לתובע או לב״כ אין מניעים אחרים אלא לקדם מטרות ראויות, לרבות פיצוי על מחדלי הנתבעת והפרות הדין, כמפורט בבקשה זו.

<u>סוף דבר</u>

126. תובענה ייצוגית זו הכרחית על מנת לממש זכאותם לפיצוי של חברי הקבוצה כלפי הנתבעת כפי שיובהר לעיל, בית- המשפט הנכבד יתבקש לפסוק פיצויי בלתי ממוני ממוצע בסך עשרות שקלים לכל חבר בקבוצה, סכום זה- אין די בו כדי לתמרץ תובע לפתוח בהליך משפטי מורכב ומסובך כנגד גופים עוצמתיים במיוחד כדוגמת הנתבעת וראה בהקשר זה את הדברים שנאמרו **ברע״א 4556/94 טצת ואח׳ נ׳ זילברזץ ואח׳, פ״ד מט(5) 774, בעמ׳ 784**.

127. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כדלקמן :

127.1 לאשר את התובענה כמפורט להלן כ-״**תובענה ייצוגית**״, להתיר לתובע לנהל את תביעתו כ-״**תובענה ייצוגית**״ ולאשרו כ-״**תובע מייצג**״, הכל כהגדרה בסעיף 2 לחוק.

127.2 להגדיר את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה. לחילופין, להגדיר תת-קבוצה, שלגביה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה ובמקרה כזה, להורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג לתת-הקבוצה, ככל שהדבר דרוש כדי להבטיח שעניינם של חברי תת-הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת.

127.3 לפרט בהחלטה לאישור התובענה כייצוגית את עילות התובענה ואת השאלות של עובדה או משפט המשותפות לקבוצה.

127.4 לפרט בהחלטה לאישור התובענה כייצוגית את הסעדים הנתבעים.

127.5 לחילופין, ולשם הזהירות בלבד, יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה כייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים, בתוך הבטחת קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת וליתן בהחלטתו הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב.

127.6 לחילופין, ולשם הזהירות בלבד, יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר את התובענה כייצוגית גם אם לא מתקיימים לגבי התובעת התנאים לחוק, לפי העניין, ולהורות בהחלטתו על החלפת התובע המייצג.

127.7 לחייב את הנתבעת, בתשלום פיצוי כספי ובסעדים, כמפורט בבקשה זו, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור ובהקשר זה:

127.7.1 להורות כי כל חבר קבוצה יהיה רשאי להוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר בתצהיר שיוגש למשרד ב"כ התובעת ולהורות כי ב"כ התובעת תשמש כ-"ממונה" בהתאם להוראת סעיף 20(ב)(1) לחוק.

127.7.2 לחילופין, להורות על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה ולהורות בדבר חלוקתו בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; ולהורות כי כל יתרת סכום שנותרה לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, תועבר לאוצר המדינה.

127.8 להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין.

127.9 להורות על פרסום הודעה לחברי הקבוצה.

127.10 להורות על תשלום גמול לתובע המייצג אף אם לא אושרה התובענה הייצוגית או שלא ניתנה הכרעה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה.

127.11 לקבוע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור.

טלי לופו, עו"ד
ב"כ המבקש

שרון ענבר- פדלון, עו"ד
ב"כ המבקש

ג'

תצהיר

אני הח"מ, תומר לוי ת.ז. 036315273 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק באם לא אעשה כן, מצהיר בזאת בכתב כדלקמן:

הנני מתכבד להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברת הוצאת עיתון הארץ בע"מ בבית המשפט המחוזי בתל אביב.

אני עושה תצהיר זה כתמיכה לבקשתי לאישור תובענה ייצוגית ולכתב תביעתי.

<u>רקע עובדתי</u>

1. הנני צרכן, עורך דין, המנוי למגזין דה מרקר ולעיתון "הארץ".

2. במהלך חודש ינואר 2018, נתקלתי בשני מוספים שחולקו עם העיתון ואשר נשאו את הכותרות:

"אחד העם מגזין איגוד החברות הציבוריות"

"Eco- Trend אקולוגיה היום ומחר- מוסף מיוחד".

3. החלתי לקרוא את המוספים, תוך שאני מייחס חשיבות לאמור בהם, אולם ככל שהעמקתי במלל הכתבות, הבנתי למעשה כי מדובר בכתבות הטומנות בחובן תוכן שיווקי סמוי בקשר לאותם גופים מסחריים המקודמים במסגרתן.

4. במסגרת המגזין Eco- Trend (בעמ' 8-9) נתקלתי בכתבה אשר כותרתה: **"החברה שלנו משנה את מאזן הפסולת במדינת ישראל!"**, כאשר, רק בסופה הבנתי למעשה כי השקעתי את זמני לריק בקריאת כתבת יח"צ, אשר כל מטרתה לייצר קול קורא לגופים שונים (ביניהם גופים מוניציפאלים) לשכור את שירותי החברה.

5. דוגמא נוספת אשר מצויה באותו מוסף, הנה בכתבה שכותרתה: **"אוויר נקי: משאיות זבל מונעות גז טבעי בחיפה"** (בעמ' 11), העוסקת בגוף מסחרי- כלכלי, המציע שירותים תעשייתים למפעלים ולמרכזים לוגיסטיים המבקשים לחסוך בעלויות התפעול ע"י שימוש בגז טבעי באמצעות מערכות שונות, כאשר גם במקרה זה, הבנתי לקראת סופה כי עסקינן בתוכן שיווקי.

6. במגזין "אחד העם", הבחנתי בכתבה של בנק מזרחי טפחות, אשר כותרתה **"מזרחי טפחות מאפשר ללקוחות העסקיים ליהנות משירות עדיף ומבנקאות תחרותית"** (בעמ' 9), ככל שהעמקתי ב"כתבה", הבנתי כי עסקינן בתכנים פרסומיים, כאשר במסגרתה, בנק מזרחי, שווק ככזה המציע ללקוח "חווית לקוח טובה יותר" ו- "מוצרים מתאימים ושירות מקצועי ומעולה". בנוסף, בסיפא הכתבה צוין כי הבנק החל בסדרת מפגשים לעסקים, במסגרתם הבנק מזמין את לקוחות כל הבנקים ליהנות מהעשרה בתחומי סחר החוץ במטרה להרחיב את ידיעותיהם והבנתם בסחר הבינ"ל.

*****רצ"ב העתקם של המוספים מתאריך ינואר 2018, סומנו כ- <u>נספח ד'</u> לבקשה, תוך שהמוספים המקוריים הועברו כמוצגים לעיונו של ביהמ"ש.**

7. לאחר קריאה מעמיקה במוספים האמורים לעיל, הגעתי למסקנה, כי ככל הנראה מרבית התכנים שבהם או למצער כולם, נכתבו בשיתוף צדדים שלישיים ממומנים בעלי אינטרסים כלכליים מובהקים.

8. פרט נוסף אשר בוודאי הקשה עלי להבין כי מדובר בתכנים ממומנים ולא בחומרים מערכתיים, הינה העובדה כי המוספים מושאי ההליך אינם מופרדים מן העיתון כאשר הם מונגשים לציבור

הקוראים/ הצרכנים באופן המוטמע בתוכו, כאשר בדרך זו, ניתן לעיין בהם כחלק אינטגרלי ממנו.

*****רצ"ב תמונה המשקפת כיצד המוספים מגיעים לבית הקורא כחלק אינטגרלי מהעיתון ובתוכו, סומנה כ- <u>נספח ה'</u> לבקשה**

9. במסגרת עיון ודרישה במרחבי המוספים, לא מצאתי כל אזכור לעובדה כי מדובר במוספים בעלי תוכן פרסומי, אולם לאחר מאמצים רבים, הבחנתי כי בסוף עמוד "תוכן העניינים" של כל מוסף, מופיע באותיות זעירות המלל הבא: **"המערכת אינה אחראית לתוכן המודעות. המערכת מבקשת להבהיר כי המוסף הינו פרסומי ואין לראות במאמרים ו/או במודעות המלצה מכל סוג שהוא".**

10. לאחר גילוי זה חשתי כי לא תתקבל על הדעת העובדה כי תוכן אשר הנו פרסומי שיווקי מובהק לא יקוטלג ככזה באופן נהיר ומפורש.

11. זאת ועוד, הכיתוב המוצנע בתחתית כל עמוד "דה מרקר המחלקה המסחרית", אינו מספר מאום לי ולקוראי העיתון, שעה שעיתון זה ממילא מזוהה אצל ציבור הקוראים כעיתון כלכלי- מסחרי של "הארץ", על- כן, אין בכך גילוי/ העדה כלשהי כי עסקינן בתכנים שיווקים.

*****רצ"ב העתקם של מוספים נוספים אשר התקבלו אצלי בחודשים פברואר- מרץ 2018, סומנו כ- <u>נספח ו'</u>, תוך שהמוספים המקוריים הועברו כמוצגים לעיונו של ביהמ"ש.**

12. לא זו אף זו, אף נתקלתי פעמים רבות, בכתבות באתר המרשתת של המשיבה, אשר בוצעו באמצעות גורמים שונים, כגון: חברות תיווך נדלן שונות (**"אנגלו סכסון", "רי/מקס", "קלר וויליאמס", "המרכז לנדלן"**), כאשר לא בוצע כל גילוי נאות בכותרות הכתבות, כי עסקינן בתכנים בשיתוף ממוני עם אותן חברות.

13. גם כתבת היח"צ (ללא גילוי נאות) מיום 14/04/18, אשר כותרתה **"1,100 שקל בחודש, לעמדת עבודה עם שירותי מזכירות, חדר כושר ובריכה"**, מעלה טעם רע של פרסומת סמויה לרשת rent24, המפעילה עשרות חללי עבודה בעולם ואשר פותחת את סניפיה כעת בארץ.

*****רצ"ב העתקן של הכתבות מאתר המרשתת של המשיבה, סומנו כ- <u>נספח ז'</u>, לבקשה**

14. לאור האמור לעיל, סברתי כי יש בהתנהלות הנתבעת השיטתית משום הטעיית הצרכן וכפיית פרסום סמוי על הציבור.

<u>פנייתי אל המשיבה בטרם הגשת התביעה (מכתב מיום 04/02/18)</u>

15. ביום 04/02/18, פניתי אל המשיבה בשאלה, מדוע אין כל אזכור בשערי המוספים, לעובדה כי מדובר במוספים בעלי תוכן פרסומי, כאשר הם נחזים להיות חלק בלתי נפרד מהעיתון!

*****רצ"ב מכתבי הרשום מיום 04/02/18, סומן כ-<u>נספח ח'</u> לבקשה**

16. ביום 25/02/18, התקבלה תשובת המשיבה לפנייתי, לפיה נרשם כי בטענות שהובאו במכתבי אין ממש, וכי המוספים הנזכרים במכתב מופרדים מן העיתון ואינם מוצגים כחומר מערכתי, וכי כבר בשער המוסף מצוין במפורש כי מדובר בפרסום המחלקה המסחרית של דה מרקר.

17. לאחר ייעוץ משפטי, הוברר לי, כי לא זו בלבד שיש לציין במסגרת שערי המוספים כי עסקינן במוסף פרסומי הנעשה בשיתוף עם גורמים שלישיים מממנים, **אלא שיש לציין באופן <u>מפורש</u>**

תחת כל כתבה במדור, כי עסקינן בכתבה אשר נעשתה בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני, תוך ציון שמו של אותו גורם.

18. פועל יוצא מכל אילו הוא, כי המשיבה אינה מעוניינת לשנות דרכיה ומכאן נובעת חשיבותה של הגשת תביעתי.

*****רצ"ב תשובת המשיבה מיום 25/02/18, סומנה כ- <u>נספח ט'</u> לבקשה**

<u>נזק</u>

19. נגרם לי נזק ברור ומובהק. העדפתי לצרוך את עיתון המשיבה, משום שסברתי כי עיתונות אשר נרכשת בכסף, תדע להעריך את ציבור צרכנייה, תוך שהיא תמדר את "רעשי הרקע" (פרסומות ופרסומות סמויות), במסגרתה.

20. כמו כן, **הפרסומות הסמויות- אשר ביטוין הובא במגזין שלם ואף ביטוין מפציע חדשות לבקרים בכתבות באתר המקוון של המשיבה,** הסבו לי חסר נוחות, שכן אני בוחר להימנע מחשיפה לתכנים פרסומיים, היות ובעיני מהימנותם מוטלת בספק ולאור העובדה כי אינטרס מסחרי מובהק עומד מאחורי האמירות ו/או המיידעים המוצגים, ועל כן אני משתדל להימנע מחשיפה למדורי פרסום למיניהם על- מנת שלא יבוזבז זמני לריק. ראוי לציין, כי אין המדובר בכתבה אחת או שתיים, **אלא במדור פרסומי שלם**, אשר כל ייעודו – הנו כתבות יח"צ של גופים מסחריים גדולים במשק.

21. מדובר בנזק שהוא <u>בלתי ממוני</u> בדמות פגיעה באוטונומיה של הפרט, תוך טשטוש יכולת הבחירה וכפייה בלתי מבוקרת של פרסומות ותכנים שיווקיים בדמותן וחזותן של ידיעות מערכתיות - עיתונאיות.

22. חשתי כמי שהולך שולל והנני סבור כי לא בכדי נמנעת המשיבה מלאותת באופן מובהק לציבור הקוראים כי עומדים הם להיחשף בפני "תוכן שיווקי ממומן, ו/או מידע פרסומי", היות וגילוי נאות זה יכול לפגוע בהשאת רווחיה של המשיבה אשר הנם תלויים בנכונות הציבור להיחשף לאותם תכנים.

23. בנוסף חשתי כי המשיבה גנבה את דעתי וכפתה עלי להיחשף לתכנים מסחריים בניגוד לרצוני.

24. התנהלות המשיבה הביאה להטעייתי כצרכן בהיבט מהותי וייסודי שכן מהותן של הכתבות הנן "פרסומיות" ולא "מערכתיות", ואם התכבדה המשיבה להציגן במלא הדרתן, היה זה מן הראוי לתת גילוי נאות בפני ציבור הקוראים ולקטלגם כ"פרסומת" ו/או "תוכן שיווקי", ולו בלבד על מנת לאפשר לצרכן להפעיל שיקול דעת אובייקטיבי האם ברצונו להיחשף למידע ואם לאו.

25. לאור האמור לעיל, אטען כי התנהלות המשיבה עולה כדי הטעייתי כצרכן בפרטים מהותיים, אשר הינם חשיפתי וחשיפת הציבור ל"פרסומות מטעות", תוך כפייה בלתי הוגנת של תכנים שיווקיים ממומנים על ציבור הקוראים. אדגיש כי לו הייתי מודע לעובדה כי עסקינן בתוכן ממומן לא הייתי מבזבז את זמני היקר בקריאת "הכתבות".

26. את נזקי הבלתי ממוני, אעריך בסך 1,000 ₪ עבור כל צרכן ו/או אזרח ישראלי אשר נכפתה עליו חשיפה למידע פרסומי שווקי בניגוד לרצונו ולחופש הבחירה האוטונומי.

אני מצהיר כי זה שמי זו חתימתי וכי תוכן תצהירי אמת.

תומר לוי

<u>אישור</u>

אני הח״מ, עו״ד טלי לופו, מאשרת בזה כי ביום 15/04/18 התייצב בפני מר תומר לוי, הנושא תעודת זהות שמספרה 036315273, ולאחר שהזהרתיו כי עליו להצהיר אמת שאם לא כן יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפניי.

טלי לופו
עורכת-דין
ADVOCATE
מ.ר. 46214
TALI LUPO

עו״ד

סריקה חלקית

המסמך המלא
נשלח לסריקה חיצונית