

לפני כבוד השופט רחמים כהן

התובע:

ויקטור עטייה ת"ז 029681475

ע"י ב"כ עוה"ד שרון ענבר פדלון ו/או טלי לופו

מרחה' הנופר 4/17 נתניה, 4256546

טל': 054-3116123, 054-3334282

פקס: 072-2329097

- נ ג ד -

הנתבע:

ידיעות אינטרנט ותקשורת דיגיטלית בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד מ. מוזר ו/או ט. ליבליך

ו/או ת. גליק ו/או פ. מוזר ו/או ש. בריק חיימוביץ'

ו/או ע. אשכר ו/או י. חנין ו/או י. שלמי

ו/או ח. הוכהוויזר ו/או ר. פדר ו/או ר. פרידנרייך

ו/או א. פרליס ו/או ל. רבינוביץ

מרחה' נמל ת"א 40, בית יואל ת.ד 300 ת"א 61002

טל': 03-5442370; פקס: 03-5442375

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)

מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת"ד 33051,

תל-אביב 6133001

טל': 073-3736320; פקס: 02-6468005

התנגדות להסדר פשרה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד והוראת סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), מוגשת בזאת התנגדות להסדר פשרה מטעם היועץ המשפטי לממשלה:

## פתח דבר

1. עניינה של התובענה הייצוגית בעניין הנדון הוא בטענת המבקש לפיה כתבות שמפרסמת המשיבה באתר האינטרנט שלה, במדורים השונים, כוללות תוכן פרסומי במסווה של תוכן אינפורמטיבי או מערכתי, באופן שמקדם את ענייניהם של גורמים מסחריים. נטען כי הדבר נעשה מבלי ליידע את ציבור הקוראים מפורשות שמדובר בתוכן שיווקי – פרסום המפיק למשיבה טובת הנאה משמעותית והכל בניגוד לדין.
2. המבקש טען כי המשיבה בפרסומיה מבצעת הטעיה והשפעה בלתי הוגנת וכי היא מפרה את חובות הגילוי שהיא חייבת בהן לפי הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "החוק" או "חוק הגנת הצרכן").
3. הסדר הפשרה בעניין הנדון הוגש לבית המשפט הנכבד עוד בטרם אושרה התובענה כייצוגית. על פי סעיף 1.4 להסדר הפשרה, הקבוצה המיוצגת היא כל אזרח אשר נחשף ו/או ביקר באתר החדשות ופורטל התכנים האינטרנטי של המשיבה YNET ב-7 השנים אשר קדמו להגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.
4. בהתאם להסדר, כתבות שהן תוצר של שיתוף פעולה מסחרי חיצוני עם גורם מממן כלשהו (מסחרי, ארגוני או ממשלתי) יסומנו באופן הבא:
  - א. כותרתה של הידיעה, בעמוד הבית תאופיין בסממן גראפי שיבדל אותה מידיעות אחרות שאין בהן נגיעה מסחרית (באמצעות צבע, גוון או רקע אחר).
  - ב. בתחום שטח הכותרת של הידיעה יופיע סמליל באות i בגודלן של אותיות הטקסט הצמוד לפחות.
  - ג. עמידה על הסמליל (במחשב רגיל) תפתח חלונית ובה יוסבר מהות ואופי שיתוף הפעולה בכתיבת הידיעה, למשל "תוכן בשיתוף עם" - הכתבה הופקה בידי המחלקה המסחרית של ynet בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני ופורסמה לאחר עריכה עיתונאית" או הביטוי "בחסות" - הכתבה הופקה בידי המחלקה המסחרית של ynet במימון של גורם חיצוני ופורסמה לאחר עריכה עיתונאית.
  - ד. בפלטפורמת הניידים יופיע אותו סמליל כאשר נגיעה עליו תפנה לביאור ובו הסבר על מהות ואופי שיתוף הפעולה המסחרי בכתיבת הידיעה, כאמור לעיל.
  - ה. הסמליל כאמור יופיע בכל מופע של הכתבה טרם נכנסים אליה, בין אם הכתבה בעמוד הבית ובין אם במדורים השונים של האתר.
    - ו. בגוף הידיעה, תחת כותרת הידיעה, לפני הכתבה ובמידת האפשר בסמוך לשם הכתב, יצוין כי הידיעה נכתבה "בשיתוף עם...", שם הגורם שיש לו נגיעה מימונית, וכן הסמליל i שהופיע בכותרת הידיעה. גם כאן נגיעה בסמליל תוביל לחלון הסבר כאמור לעיל. גודל האותיות לא יפחת מאותיות גוף הכתבה.
    - ז. זאת ועוד, הסדר הפשרה מבקש לקבוע כי הוא לא יחול על מצבים בהם גורם חיצוני איפשר/הזמין/זם לימוד מוצר או התנסות בחוויה לשם הערכת הנושא מושא הכתבה, באופן שנדרש כחלק מהפקת הכתבה, ואינו משיא רווח כספי למשיבה.
5. על פי ההסדר הצדדים ממליצים לפסוק לבאות כוח המייצגות שכר טרחה בסך 160,000 ש"ח בתוספת מע"מ וגמול לתובע בסך – 15,000 ש"ח.

6. להסדר הפשרה הוגשו מספר התנגדויות – חברי מערכת העין השביעית, עמותת הצלחה, חבר הקבוצה מר יותם כרמון, וארגון העיתונאים בישראל.

7. **הטעמים שבגינם היועץ המשפטי לממשלה מתנגד להסדר הפשרה המוצע יפורטו להלן ומובאים כאן בתמצית:**

- הסדר הפשרה המוצע, וההסדרה העתידית המוצעת, מנוגדים וסותרים באופן ברור את הוראות חוק הגנת הצרכן, ובמיוחד את סעיף 7(ג)(2) לחוק, הקובע כי פרסומת המובאת כחלק מכתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית חייבת לכלול ציון מפורש שמדובר בפרסומת, אחרת יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תוכן הפרסומת אינו מטעה. הסדר הפשרה בוחר בדרך שאינה מהווה גילוי נאות כפי שדורש החוק, והוא אף מצמצם את הגילוי "הוולנטרי" בו נוהגת המשיבה כיום, עת היא מציינת בעמוד הבית במקרים מסוימים את המילה "פרסומת".
- ההסדר אינו כולל כל פיצוי לחברי הקבוצה בגין נזקי העבר, ובד בבד מחיל על חברי הקבוצה מעשה בית דין. כלומר, על פני הדברים, ההסדר המוצע משרת בעיקר את האינטרס של המשיבה, בחסימת תביעות עתידיות נגדה.
- זאת ועוד, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה לאחר בחינת הסדר הפשרה ובהתאם לסעיף 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות ראוי שימונה בודק לצורך בחינת היקף הנזק שנגרם לציבור וכימותו.

### המסגרת הנורמטיבית

#### פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות – יחסי עוסק וצרכן

8. בסעיפים 23-54 לכתב תשובתה טוענת המשיבה כי התובענה אינה מוגשת בהתאם להוראות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות כיון שפרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר הגשת תובענה כאמור כנגד עוסק בקשר לעניין שבינו לבין לקוח – בעוד שהמבקש, לטענת המשיבה לא רכש נכס או קיבל שירות. המשיבה טוענת כי היא איננה עוסק כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן וכי המבקש אינו צרכן. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לקבל את טענת המשיבה לעניין זה, כפי שיפורט להלן.

9. סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, מגדיר מיהו עוסק: "עוסק – מי שמוכר נכס ונותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן". כמו כן קובע הסעיף כי: "צרכן – מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי".

10. פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר הגשת תובענה ייצוגית במקרה של "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו." כלומר, פרט 1 שואל את ההגדרה של עוסק מחוק הגנת הצרכן. עם זאת, אין בסעיף דרישה לכך שהתביעה תוגש בקשר לעניין שבין העוסק לצרכן כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן.

11. דהיינו, חוק תובענות ייצוגיות לא כולל התייחסות להגדרת הצרכן כפי שהיא מופיעה בחוק הגנת הצרכן ובאופן מכוון נוקט במונח רחב יותר – "לקוח". המשמעות היא שגם לקוח שהינו לקוח הרוכש מוצר או מקבל שירות שלא לצורך אישי, ביתי או משפחתי ייכנס בשערי פרט 1 לחוק תובענות ייצוגיות, וזאת בין אם התקשר בעסקה ובין אם לאו. כלומר, בכדי לבוא בגדרי פרט 1 לא נדרשת דווקא הגדרה של צרכן, אלא די בהגדרה של לקוח. ראו גם בדברי ההסבר לה"ח תובענות ייצוגיות 234 (26.1.06), בעמ' 284, שם מוסבר, שבהתאם להוראות החוק "כל התחום הצרכני הוא נושא להגשת תובענות ייצוגיות", ראו שם:

"הפרט מרחיב על ההסדר הקבוע בחוק הגנת הצרכן, באופן שהוא מאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגד עוסק כהגדרתו בחוק האמור בקשר לענין שבינו לבין לקוח... הפרט אינו מצמצם את הגשת התובענה הייצוגית לעילות הקבועות כיום בחוק הגנת הצרכן... ההסדר המוצע... מבהיר כי כל התחום הצרכני הוא נושא להגשת תובענות ייצוגיות. הגבלות נוספות בהסדר הקיים נבעו מכך, שרק צרכן כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן היה רשאי להגיש תובענות ייצוגיות. מוצע להסיר גם הגבלה זו ולאפשר ניהול תובענות כאמור בידי לקוח".<sup>1</sup> (הדגשות ש.נ.)

גם ביהמ"ש העליון עמד על עיקרון זה באופן ברור ונחרץ. ראו: ע"א 4696/08 גפני נ' עמותת אגודת בעלי מוניות התחנה (5.8.2010):

"החוק אינו דורש שהצדדים יתקשרו בעסקה. היקף הפרט רחב – בקשר שבין העוסק לבין הלקוח. ההגדרה המצמצמת היא כי מדובר ב"עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן. ודוק, חוק הגנת הצרכן יסייע בהגדרת השאלה מיהו "עוסק", ברם נושא התביעה אינו מוגבל לעילות המפורטות בחוק הגנת הצרכן בלבד. המחוקק בחר להרחיב, ולא בכדי החוק מנוסח כפי שנוסח... פרט 1 לתוספת השנייה... אינו מפנה לעילה ספציפית המנויה בחוק הגנת הצרכן, אלא מאפשר הגשתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין כל קשר הנוגע ליחסי לקוח ועוסק, כמשמעות האחרון בחוק הגנת הצרכן, אפילו אם הצדדים לא כרתו חוזה. ואם בכך לא סגי, הרי שלא רק שזוהי לשונו של החוק, כי אם גם כוונת המחוקק כפי שעולה היא מדברי ההסבר להצעת החוק ולתזכירו... במסגרת זו מאושרות, בהתאם לחוק ולשונו, תובענות ייצוגיות על פי פרט 1 לתוספת השנייה שעניינן הפרות בגין דיני החוזים, הנזיקין ועילות מתחום עשיית עושר ולא במשפט בתחום יחסי לקוח – עוסק."

<sup>1</sup> עוד ראו בש"א (מחוזי ב"ש) 4309/05 בארי נ' עיתון הארץ בע"מ [פורסם בנבו] (2009), בסע' 6 לפסק הדין.

12. במקרה דנן, אין ספק כי אתר החדשות ynet הוא עוסק. האתר נותן שירות של מתן ידיעות חדשותיות, מאמרים וכתבות בנושאים שונים כדרך עיסוק, קרי באופן מתמשך (ולא חד פעמי) וכחלק מהפעילות המקצועית-מסחרית שלו. נוסף על כך, האתר פועל, לפחות בין היתר, למען מטרות מסחריות ולמען השאת רווחים.

13. המבחן הרלבנטי אינו אם ניתנה תמורה בגין הפעילות המסחרית, אלא אם ניתן לראות בה פעילות מסחרית מקצועית (ס' דוטש דיני הגנת הצרכן כרך א עמודים 242-243).

14. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין ספק כי כל מי שנכנס לאתר המשיבה הוא **לקוח** של המשיבה ובמרבית המקרים גם **צרכן** של המשיבה, והוא עושה כן כדי לקבל ממנה שירות של קבלת ידיעות חדשותיות, מאמרים וכתבות בנושאים שונים וזאת לשימוש אישי, להבדיל משימוש לצורך עסקי/משלח יד. הדבר בא לידי ביטוי גם בבקשת האישור בה ציין התובע כי הוא תושב ואזרח מדינת ישראל אשר כחלק משגרת חייו האקטואליים והתקשורתיים, נוהג לצפות ולהתעדכן בתכניה של המשיבה המפורסמים באתר החדשות האינטרנטי בתחומי הידע השונים.

15. חוק הגנת הצרכן מגדיר את מושג הצרכן לפי הייעוד של העסקה – לשימוש אישי, ביתי או משפחתי. בספרות נטען כי את מבחן הייעוד לצריכה (בין אם הצריכה היא במשק הבית או בעסק) יש לבחון לא רק על רקע העסקה הקונקרטית אלא על רקע השימוש הנוהג בדרך כלל לגבי אותו סוג של נכסים. על פי ד"ר אורנה דויטש (מעמד הצרכן במשפט עמודים 66-73) המבחן הוא מבחן מעורב, אובייקטיבי וסובייקטיבי. ראשית, אין הצדקה להגנה צרכנית אם לא היתה לרוכש כוונה לשימוש צרכני. בהקשר זה המבחן הוא סובייקטיבי, על פי תכלית הרכישה אצל הרוכש. שנית וכתנאי מצטבר, יש לבחון את מטרת הרכישה על פי השאלה מה היה על העוסק להניח לעניין תכלית זו מבין העובדות הידועות לו. מכאן כי לאור אופי השירות שנותנת המשיבה, שהוא מתן מידע חדשותי ומאמרים וכתבות בנושאים שונים, הרי שהן על פי המבחן הסובייקטיבי והן על פי המבחן האובייקטיבי ברי כי מי שצורך אותם הוא צרכן העושה זאת לצורך אישי, ביתי או משפחתי, על מנת להתעדכן בנעשה בארץ ובעולם ועל מנת להעשיר את ידיעותיו בנושאים שונים באופן בלתי תלוי במשלח ידו. אתר המשיבה אינו מתיימר, מבחינה אובייקטיבית, להיות אתר המספק מידע מקצועי עסקי מדעי אשר מכוון לבעלי מקצוע לצורך עיסוקם, אלא הוא פונה לכל הדיוט, יהיה משלח ידו אשר יהא. מי שנכנס לאתר לא חושב כך, ואף המשיבה מן הסתם אינה חושבת, שהשירות שהיא נותנת מיועד לצורך ובמסגרת עיסוקם של הגולשים.

16. לאור האמור, יש לראות במי שנכנס לאתר המשיבה על מנת לקבל ידיעות חדשותיות, מאמרים וכתבות בנושאים שונים, לשימוש אישי – **צרכנים**.

### חוק הגנת הצרכן אוסר על הטעיה באמצעות פרסומת סמויה

17. ליבו של חוק הגנת הצרכן מבוסס על שתי הנחות עיקריות: האחת – כי ישנם פערי כוחות בין הצרכן לעוסק. והשנייה – כי נדרשת שקיפות והגנה נוספת מעבר להגנות הקבועות בחקיקה כללית לצורך קיומם של יחסים הוגנים בין עוסק לצרכן.

18. הוראותיו של החוק מחייבות גילוי, ואוסרות הטעיה והשפעה לא הוגנת. הוראות אלו נועדו להבטיח כי צרכן יוכל לקבל את מלוא המידע טרם קבלת החלטה באשר לרכישת הטובין או לקבלת השירות, וכי התנהלותו של העוסק מולו לא תהיה כזו שמנצלת את פערי הכוחות הטבעיים לרעתו של הצרכן. הכל במטרה להבטיח כי עסקאות צרכניות יתבצעו על בסיס יחסים הוגנים, ומתוך יכולתו של הצרכן לקבל החלטה מושכלת וחופשית האם לכרות את העסקה.
19. לעניין זה יפים דבריו של בית המשפט העליון ברע"א 3429/13 ישי רז נ' גוליבר תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 13.4.2014):

**"אחת ממטרותיו המרכזיות של חוק הגנת הצרכן, החשובה לענייננו, היא מסירת מלוא המידע הנדרש לצרכן לצורך קבלת החלטה מושכלת המגשימה במלואה את עיקרון חופש ההתקשרות בחוזה (עניין תנובה, פסקה 25; עניין ברזני, בעמ' 398; ע"א 3613/97 אזוב נ' עירית ירושלים, פ"ד נו(2) 787, 801 (2002)). במסגרת זו מנסה החוק באמצעות הסדרים שונים לגשר על פערי המידע המובנים הקיימים בין העוסק לבין הצרכן." (הדגשות ש.ג.)**

20. בקליפת אגוז, יסודותיה של הגנת הצרכן בדיני הגנת הצרכן: איסור על הטעיה, חובת גילוי ואיסור על ניצול מצוקה או השפעה בלתי הוגנת.
21. סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן מגדיר מהי פרסומת:

**"...פרסום שממומן או נתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בזעבד, תשלום או כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור."**

22. מכאן כי פרסומת בהגדרתה היא קידום מסחרי פומבי של מוצר או שירות, תמורת מימון, תמיכה או כל טובת הנאה אחרת (בין בעבר ובין בעתיד).
23. סעיף 2(א) לחוק קובע כי:

**"לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה)". (הדגשות ש.ג.)**

24. סעיף זה קובע את אחד האיסורים המרכזיים והחשובים ביותר בחוק ומבטא את אחת מתכליותיו החשובות ביותר, כפי שנקבע בפסק הדין ע"א 3613/97 אזוב נ' עירית ירושלים, נו(2) 787 (2002):

**"מטרתו של חוק הגנת הצרכן היא להגן על הצרכן מפני מעשה מרמה, עושק והטעיה ולהבטיח כי בעשותו עסקה יעמדו לרשות הצרכן מידע, מלא ככל האפשר, על טיב העסקה ועל פרטיה. ההנחה שעמדה בבסיסו של החוק הייתה כי בהינתן מידע מלא והוגן, יוכל הצרכן לכלכל את דרכיו ולהתקשר בעסקה מטיבה ורצויה. לשם כך נכללה בחוק חובת גילוי רחבה, ונקבע בו איסור על עוסק לעשות מעשה או מחדל "העלול להטעות את הצרכן". (הדגשות ש.ג.)**

25. איסור ההטעיה חל על כל מעשה או מחדל העלול להטעות את הצרכן בפרט מהותי בעסקה. הטעיה לפי סעיף 2 לחוק מתקיימת גם כאשר לא מתקיימת הטעיה בפועל. השימוש במילים "עלול להטעות" נועד להבהיר כי מעשה שיש בו משום **חשש להטעות** מהווה גם כן הטעיה.

26. הלכה פסוקה היא כי המבחן לבחינת קיומו של חשש כאמור הוא מבחן אובייקטיבי. משמעות הדבר היא כי השאלה האם עניין מסוים עלול להטעות נבחנת מנקודת מבטו של האדם – הצרכן הסביר.

27. סעיף 2(ג) לחוק קובע כי הוראות הסעיף יחולו גם על פרסומת.

28. סעיף 7(א) לחוק קובע:

"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."

29. התובענה הייצוגית בעניין הנדון, עוסקת במקרה קונקרטי שאף הוא בגדר הטעיה כאמור בסעיף 2 לחוק. ואולם, ההטעיה (הטעיה במחדל) במקרה שלפנינו נובעת גם מהפרת הוראות סעיף 7(ג) לחוק ובפרט מהפרת ס"ק 7(ג)2, כך שלא מתקיים גילוי נאות המבהיר לצרכן כי התוכן המוצג בפניו הוא למעשה פרסומת.

30. סעיף 7(ג) לחוק עוסק בכללותו באיסור הטעיה מקום שבו מדובר בפרסומת סמויה. הסעיף קובע כי:

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

(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;

(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;

(4) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע כללים בדבר הנוסח והדרך שבהם על המפרסם לציין או לשדר כי מדובר בפרסומת.

31. המחוקק היטיב להבין, כי עצם הגילוי שמדובר בפרסומת מאפשר לצרכן לקרוא אותה בעין ביקורתית ולהפעיל את מנגנוני הבקרה הטבעיים שלו בבואו לבחון את המידע, מתוך הבנה כי לצד העברת המסר או התוכן קיים אינטרס מסחרי. בנוסף, דבר הגילוי שמדובר בפרסומת, מאפשר, בנסיבות מסוימות לצרכן, הקורא, לבחור ולהחליט האם ברצונו להיחשף למידע הפרסומי או לא. יפים לעניין זה הדברים שזכרו בתק"ת"א) 5431/96 **מאיר אביגיל נ' גלגלי זהב** (פורסם בנבו 31.08.1996):

**"פרסומת המתעתעת ביחס למטרתה אינה נותנת גילוי מלא אודות טיבה ומהותה. היא חוטאת בהעלמת השימוש הממשי שמתכוונים לעשות בה ובכך מאפשרת להפוך את ציבור הצרכנים לשפני ניסיון, בתוך מעבדת ענק. טיבה המטעה של פרסומת כזו עולה גם מהוראת סעיף 7(ג) של חוק הגנת הצרכן" ובהמשך: "מדובר במצב בו מוסווה האופי הפרסומי של הפרסומת. ואולם תכלית הסעיף ברורה. הכוונה היא למנוע ערפול והטעה לעצם זיהויו של הפרסום".**

32. כפי שפורט לעיל, סעיף 7(ג)(2) לחוק קובע:

**"המפרסם פרסומת בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית, בלי לציין באופן ברור כי המדובר בפרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה, אף אם תכנה אינו מטעה".**

33. כלומר, המחוקק לא הסתפק בקביעת הוראה כללית שבסעיף 7(ג)(1) לחוק, קרי: "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה", אלא הכריע כי יש מקום לקבוע הוראה ספציפית (סעיף 7(ג)(2) לחוק) לעניין פרסומת סמויה המופיעה ככתבה, מאמר וידיעה עיתונאית.

34. יובהר כי המחוקק אינו מגביל את ההוראה לפורמט כזה או אחר או לטכנולוגיה כזו או אחרת, ועל כן למעשה ההוראה חלה על כל פרסום בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית, בין אם הכתוב מופיע על נייר ובין אם במדיה דיגיטלית.

35. הווה אומר, מקום בו קיים קידום מסחרי פומבי של מוצר או שירות, תמורת מימון, תמיכה או כל טובת הנאה אחרת ואלו נעשים במסווה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית, קיימת חובה לציין באופן ברור כי מדובר בפרסומת.

36. השוואה בין סעיף 7(ג)(1) לחוק, (להלן: "**ההוראה הכללית**"), להוראה הספציפית שבסעיף 7(ג)(2) מלמדת כי המחוקק ביקש לקבוע כי לגבי פרסום בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית תהיה חובת גילוי ברורה כי מדובר בפרסומת.

37. במילים אחרות, בסעיף 7(ג)(2) לחוק ייחד המחוקק הוראה הנוגעת לתוכן פרסומי המועבר בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית (ללא תלות בפורמט שבו הם מתפרסמים) ולגביהם קבע במפורש כי יש לציין באופן ברור כי מדובר בפרסומת. נראה כי המחוקק סבר כי נדרשת הגנה מיוחדת על קורא סביר שמבקש להתעדכן במידע אינפורמטיבי חדשותי, ועל פי רוב לא יניח על דעתו שהמידע שמועבר אליו במסגרת הזאת כולל גם מידע שיווקי.



38. לעומת זאת, ההוראה הכללית בסעיף 7(ג)1 לחוק הסתפקה **במבחן תוצאתי** ולפיו ככל שהצרכן הסביר עלול להניח שלא מדובר בפרסומת – מדובר בהטעיה, גם אם תוכנה של הפרסומת אינו מטעה. ההוראה הכללית אינה עוסקת באופן הגילוי אשר עשוי להשפיע על הנחתו של הצרכן הסביר ומותירה זאת לפרשנות.
39. אמור מעתה, בעוד שההוראה הכללית נבחנת לפי נקודת מבטו של האדם הסביר ומותירה את סוגית אופן הגילוי לפרשנות, **ההוראה הספציפית, שהיא הרלוונטית לענייננו**, קובעת באופן ברור שפרסומת המובאת כחלק מכתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית חייבת לכלול ציון מפורש שמדובר בפרסומת.
40. יצוינו בהקשר זה שני סעיפים קטנים נוספים שנוספו בתיקון מספר 9 לחוק הגנת הצרכן בשנת 2000. הראשון, סעיף 7(ג)3 לחוק קובע כי לעניין סעיף זה (הסעיף העוסק בפרסומת סמויה), פרסומת תחשב כמטעה אם השתתף בה עיתונאי, לרבות מגיש, קריין או מנחה בכל כלי תקשורת, מבלי שנעשתה הבחנה ברורה בין עבודתו המקצועית של העיתונאי לבין הפרסומת.
- הסעיף השני הוא סעיף 7(ג)4 לחוק, הקובע כי השר רשאי לקבוע כללים בדבר הנוסח והדרך שעל המפרסם לציין כי מדובר בפרסומת.
41. לטענת המשיבה, מאחר שלא הותקנו תקנות כאמור, המשיבה איננה מפרה את הוראות החוק.
42. היועץ המשפטי לממשלה יבהיר כי בהתאם לסעיף, השר **רשאי** לקבוע בחקיקת משנה הוראות משלימות להוראות הקבועות בחקיקה הראשית. כלומר, אין המדובר בחובה, אלא בסמכות שברשות.
43. מנוסחו של סעיף 7(ג)2 ברורה כוונתו של המחוקק. כוונה זו גלויה, נהירה ומדויקת ולפיה בכל הקשור לפרסומות הנחזות ככתבה עיתונאית **יש לציין באופן ברור כי מדובר בפרסומת**. בהעדר תקנות כאמור, המפרסם רשאי לבחור את אופן סימון הכתבה כי מדובר בפרסומת (למשל על ידי גופן שונה, צבע אחר וכו'). ויודגש, בוודאי שאין להסיק מהעדרה של הוראה בתקנות בעניין **אופן** הסימון, כי לא נדרש **לסמן** את הכתבה שמומנה על ידי גורם מסחרי **כפרסומת**.
44. בכל אופן, אין הכוונה בהסמכה להתקין תקנות בעניין הנוסח והדרך בכדי לייתר, להחליש וכל שכן לאיין את האמור בהוראות הקבועות בחוק לפיהן קיימת חובה לציין באופן ברור כי מדובר בפרסומת. התקנת התקנות אינה מכניסה לתוקף את החובה וגם בהיעדר התקנות, חובת הגילוי עומדת בעינה.
45. לעניין זה יצויין, כי בדברי ההסבר לתיקון החוק הוצע תחילה לקבוע כי: "המפרסם פרסומת מסחרית בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית, מבלי לציין, באופן ובנוסח שקבע השר בתקנות כי המדובר בפרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה, אף אם תכנה אינו מטעה".
46. העובדה כי בסופו של יום נוסח הסעיף חוקק ללא התניה לנוסח שקבע השר בתקנות מלמדת בהחלט כי המחוקק נתן דעתו לשאלה האם יש מקום להתנות את קיומה של החובה הספציפית בתקנות שיקבעו נוסח כאמור והכריע שאין לעשות כן.

## נימוקי ההתנגדות להסדר הפשרה:

### הסדר הפשרה אינו ראוי, הוגן או סביר בנסיבות העניין –

#### א. ההסדרה העתידית המוצעת אינה עומדת בדרישות הוראות חוק הגנת הצרכן

47. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי ההסדרה העתידית אינה עומדת בדרישות החוק.
48. ההסדר המוצע בוחר בדרך שאינה מהווה גילוי נאות כפי שדורש החוק, והוא אף מצמצם את הגילוי "הוולנטרי" בו נוהגת המשיבה כיום, עת היא מציינת בעמוד הבית במקרים מסוימים את המילה "פרסומת" או "תוכן פרסומי".
49. המלל שנקבע בהסדר הפשרה לצורך הבהרה כי מדובר בפרסומת, לפיו "הכתבה הופקה בידי המחלקה המסחרית של ynet, בהשתתפות מימונית של גורם מסחרי ופורסמה לאחר עריכה עיתונאית", הינו מלל ארוך ואינו ברור כלל לצרכן.
50. לא זו אף זו, אין זה ראוי שהגילוי בנוגע לכך שמדובר בתוכן פרסומי נחשף אך ורק בלחיצה על הסמליל המתואר באות "i". כמו כן, הסמליל שמשמעותו מידע (information) אינו מעיד על תוכנו ועל כך שלחיצה עליו תגלה לצרכן כי ישנם גורמים מסחריים המעורבים בהפקת הכתבה כאמור. האות i יכולה לייצג כל מידע שהוא ואין בה בהכרח כדי לרמז שלחיצה עליה נדרשת על מנת לחשוף את הקורא לפרט מהותי שעשוי להשפיע על החלטתו אם להיכנס לכתבה ולקרוא אותה. זאת ועוד, קיימת בעייתיות בהסתרת הגילוי תחת סמליל, שכאמור אינו מרמז על תוכנו ושחשיפת תוכנו מותנית בלחיצה עליו, שכן מהצרכן שלא ילחץ או יעמוד על הסמליל נמנע גילוי נאות. כמו כן, ישנה חשיבות שהגילוי יהיה זמין לקורא עוד בטרם הוא קורא את הכתבה וכאשר חשיפה לגילוי מצריכה לחיצה על הסמליל, יתכן שילחץ עליו, אם בכלל, רק בסיום הקריאה.
51. יודגש, כי מדי פעם משתמש אתר Ynet, וללא כל קשר להסדר הפשרה, במלל "תוכן פרסומי" או "פרסומת" בעמוד הבית וללא כל צורך בחיצה על סמליל כלשהו, לצד כתבות פרסומיות או תכנים שיווקיים שונים. בהירות הגילוי באופן זה עולה לאין שיעור על בהירות הגילוי המוצע בהסדר הפשרה והיא זו שעונה על הוראות החוק באשר לציון ברור כי מדובר בפרסומת.
52. הגילוי המוצע בהסדר הפשרה הוא ארוך, מסורבל, מגלה טפח ומכסה טפחיים ומידת בהירותו לצרכן מוטלת בספק. זאת בעוד שהגילוי "הוולנטרי", שלעיתים קיים כיום באתר המשיבה, מוצג בבירור לעיני הצרכן, ומבלי שהוא יצטרך לנקוט בפעולה אקטיבית כלשהיא (למשל העברת העכבר על הסמליל i כדי לראות את הגילוי המלא).
53. מן המקובץ עולה, כי ההסדר מבקש לתת הכשר עתידי להפרת החוק הן על ידי המשיבה והן על ידי אחרים שיראו לנכון לאמץ את הקריטריונים העולים מהסדר הפשרה שלפנינו, ככל שזה יאושר.
54. בנסיבות אלו, לא ניתן לאשר את הסדר הפשרה המוצע שכן הוא מנוגד להוראות החוק, שהינן הוראות קוגנטיות וברי שהסדר פשרה בתביעה ייצוגית אינו יכול לעמוד בסתירה להוראות הדין.

55. נוסף על כך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הסדר הפרשה המוצע אינו ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה, כפי שיוסבר להלן.

#### משפט משווה – המצב המשפטי באיחוד האירופי ובארה"ב

56. **האיחוד האירופי** – בחודש מאי 2005, פרסם האיחוד האירופי דירקטיבה בנוגע לפרקטיקות מסחריות לא הוגנות של עסקים, במטרה לקבוע קריטריונים מינימליים להגנה על צרכנים וכדי להביא להתנהלות השוק בצורה תקינה – 2005/29/EC (להלן: "הדירקטיבה").

57. הדירקטיבה בעניין פרקטיקות מסחריות בלתי הוגנות קובעת, בין היתר, כי פרקטיקה מטעה היא שימוש בתוכן מערכתי במדיה כדי לקדם מוצר כאשר עוסק שילם עבור קידום המוצר, מבלי לגלות זאת בתוכן כאמור, או באמצעות תמונות, צלילים הניתנים לזיהוי בבירור על ידי הצרכן.

" Using editorial content in the media to promote a product where a trader has paid for the promotion without making that clear in the content or by images or sounds clearly identifiable by the consumer (advertorial)."

58. סעיף 7 לדירקטיבה דן בהטעיה במחדל ולפיו פרקטיקה מסחרית תחשב מטעה אם היא משמיטה מידע אשר נדרש לצרכן הממוצע כדי לקבל החלטה מושכלת אשר יכול שלא היה מקבל אילו אותה פרקטיקה מסחרית.

59. דירקטיבה זו של האיחוד האירופי חלה על כלל המדינות החברות באיחוד. עם זאת, המדינות רשאיות לקבוע חוקים והנחיות מחמירים יותר ובלבד שאלו עומדים בקנה אחד עם ההנחיות המינימליות שפורסמו ע"י האיחוד האירופי.

60. **בארצות הברית**, חל ה-FTC ACT (Federal Trade Commission Act) של רשות הסחר הפדרלית של ארה"ב, שמטרתו להגן מפני פרקטיקות הפוגעות בתחרות והן המהוות מסחר לא הוגן.

61. ה-FTC ACT קובע בסעיף 5 איסור על מעשים או פרקטיקות לא הוגנים או מטעים המשפיעים על המסחר. סעיף 12 אוסר באופן ספציפי פרסומות שקריות העשויות לגרום לצרכן לרכוש מוצרים. סעיף 15 מגדיר פרסומת שקרית ככזו שמטעה באופן מהותי.

62. בשנת 2015 הוציאה ה-FTC מסמך מדיניות בשם –

#### **"Enforcement Policy Statement on Deceptively Formatted Advertisements"**

63. לפי מסמך זה, עמדת רשות הסחר הפדרלית בנוגע לפרסום מטעה היא שפרסומות ומסרים שיווקיים שלא מזוהים כפרסומות לצרכנים, הינם מטעים אם הם גורמים לצרכנים להאמין שהם עצמאיים, בלתי תלויים ולא מטעים גורם מממן. ידיעת המקור של פרסומת או מסר שיווקי משפיעה על המשקל והאמון של הצרכנים בו. מידע כזה עשוי

להשפיע על הצרכן לבצע בחירה מושכלת על אף שהוא יודע כי מדובר בתוכן המכיל מסר שיווקי.

64. לאורך השנים נדרשת רשות הסחר לבחון את סוגיית הפרסום המטעה לרבות מודעות אשר נחזות ככתבות עיתונאיות. כבר בשנת 1967, הרבה לפני העיתונות הדיגיטלית, טיפלה רשות הסחר במודעות מודפסות אשר נחזו ככתבות עיתונאיות. המסקנה היתה שגילוי ברור ומובלט שכתבה היא פרסומת הינו הכרחי על מנת למנוע מצרכנים להיות מוטעים, והיתה דרישה לציין באופן בולט שמדובר בפרסומת.

65. בשנת 2015 הוציאה רשות הסחר הנחיות ספציפיות לעוסקים בנוגע ל – Native Advertising – הכוונה במונח Native Advertising היא לתוכן פרסומי שמשולב כחלק אינטגרלי במקום בו הוא מפורסם (כגון כתבות עיתונאיות).

66. החלק השלישי של המדריך, כולל הנחיות כלליות כיצד להביא לגילוי נאות של העובדה שישנו תוכן פרסומי, ועומד על שימוש בשפה ברורה וחד משמעית ללא שימוש במונחים טכניים או בסמלים וקיצורים, על גילוי בסמוך למודעות, וכן על שימוש בגופן ובצבע שקל לקרוא, ובגוון שבוולט על פני הרקע. על הגילויים להיות ברורים ומובלטים בכל המכשירים והפלטפורמות שצרכנים עשויים להשתמש בהם על מנת לצפות ב-native ads.

67. ככל שמדובר במדיה הדיגיטלית, כאשר רשות הסחר מבקשת לבחון אם צרכנים סבירים יזהו כי מדובר בפרסומת, היא בוחנת את הנסיבות הספציפיות של הפצת הפרסומות לרבות ציפיות הצרכנים, על בסיס הניסיון הקודם עם המדיה בה הפרסומת מופיעה והרושם שהפורמט מותיר. כך למשל, אם Natively Formated Ad מופיע כסיפור חדשותי באתר שכדבר שבשגרה מציע חדשות ומאמרים, הרי שצרכנים סבירים עלולים שלא לזהות אותו כפרסומת. לפיכך, הגילוי צריך להיות בשפה פשוטה וחד משמעית בכדי שהצרכנים יבינו שאין מדובר בכתבה עיתונאית.

68. מבחינת מיקום הגילוי – למשל, יש להניח את חובות הגילוי על העמוד העיקרי של האתר בו צרכנים יבחינו בו ויזהו בקלות את התוכן שחובות הגילוי מתייחסת אליו. בנוסף, יש להניח את חובות הגילוי לפני או מעל לכותרת של התוכן הפרסומי.

69. מבחינת הבולטות של הגילוי נכתב כי על תוויות הטקסט להיות בגודל פונט ובצבע שצרכנים יכולים לקרוא בקלות על המסך. על מנת שיהיה קריא, צבע הטקסט צריך להיות מנוגד לרקע. כל גוון רקע שמשתמשים בו על מנת להבדיל בין native ads לתוכן לא שיווקי, צריך להיות מספיק מנוגד ושונה כדי שהצרכנים יבחינו בשוני וידעו לזהות כי מדובר בפרסום מסחרי. על מפרסמים גם לשקול לעשות שימוש ברמזים ויזואליים, בנוסף לגווןי רקע, כמו מסגרות בולטות המבדילות את ה-native ads מהתוכן הסובב אותו, למקרה שצרכנים לא רואים את הבדלי הצבעים.

70. מבחינת בהירות הגילוי, נכתב שם כי על הגילוי להיות מובן לצרכנים. חובת הגילוי אינה אפקטיבית אלא אם כן הצרכנים מבינים ממנה ש-native ads הם פרסום מסחרי. על חובות הגילוי להיות בשפה פשוטה וישירה ככל האפשר. על המפרסם לכתוב את חובות הגילוי באותה שפה של השפה השולטת שהפרסומת מוצגת בה. על מפרסמים להימנע משימוש בשפה טכנית או תעשייתית, משימוש במינוח שונה כדי להגיד את אותו הדבר במקומות שונים באתר, משימוש במינוח דומה כדי להגיד דברים שונים באתר, משימוש

במונחים שבדרך כללי יש להם משמעות שונה במקרים אחרים, משימוש באייקונים או קיצורים לא מוכרים ומשימוש בסימני מסחר של חברות או שמות מותגים שלא מלווים בגילוי בטקסט ברור.

71. על פי המדריך, המונחים שניתן להניח שצרכנים יבינו הם: "ad", "advertisement", "paid advertisement", "sponsored advertising content" וכדומה. על המפרסמים לא לעשות שימוש במונחים כמו "promoted", "promoted stories" שבהקשר זה הם במקרה הטוב דו משמעיים ויכולים להטעות צרכנים לחשוב שהתוכן השיווקי מומלץ על ידי האתר.

72. בנוסף, על פי המדריך יש לעשות שימוש בטרמינולוגיה אחידה כדי לזהות פרסומות באותו אתר ולהפחית את הסיכויים שצרכנים לא יבינו את התוכן כפרסומי. יתר על כן, סמלי מסחר של חברות ושמות שעומדים לבד, לרוב לא מספקים על מנת לסמן שהתוכן הוא פרסום מסחרי.

לאור האמור לעיל, ומאחר שההסדרה העתידית בהסדר הפרשה אינה עומדת בדרישות החוק, ובקריטריונים המקובלים במדינות המובילות בעולם, היועץ המשפטי לממשלה סבור שלא ניתן לאשר את ההסדר המוצע. יתרה מזו, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ההסדר אינו ראוי, ואינו הוגן בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה מהטעמים הנוספים שיפורטו להלן, וגם מטעם זה היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לאישור ההסדר.

#### הנזק שנגרם לחברי הקבוצה המיוצגת

להלן יפורטו הנזקים הקשורים בפרסום סמוי וההשלכות שעשויות להיות לצרכן עקב הטעייתו:

#### השפעת הגילוי על התנהגות ותפיסות הצרכן

73. מפרסמים שונים מעוניינים בטשטוש גבולות ואי מתן גילוי מפורש וברור, כי מדובר בכתבה הכוללת בתוכה תכנים פרסומיים (באופן התואם את דרישות החוק כאמור), דבר המקשה על הצרכנים את הזיהוי כי התוכן אליו הם נחשפים הינו תוכן פרסומי.

74. תוצאות מחקרים רבים מעידים כי תוכן פרסומי נתפס כפחות אמין ומהימן בהשוואה לתוכן עיתונאי שאינו פרסומי. לכן, מנקודת מבטו של המפרסם, ההסוואה של הגורם המסחרי העומד מאחורי הפרסום רצויה על מנת להגביר את אמינות המסר הנתפס על ידי הצרכן (Cameron, 1994; Pornpitakpan, 2004).<sup>32</sup>

---

<sup>2</sup> Cameron, G. T. (1994), Does Publicity Outperform Advertising? An Experimental Test of the Third-party Endorsement, *Journal of Public Relations Research*, 6 (3), 185-207.

<sup>3</sup> Pornpitakpan, C. (2004), The Persuasiveness of Source Credibility: A Critical Review of Five Decades' Evidence, *Journal of Applied Social Psychology*, 34 (February), 243-81.

75. עוד עולה כי כאשר צרכנים נחשפים למסר אותו הם תופסים כפרסומי, הם מפעילים מנגנוני הגנה שונים כגון התעלמות מחלק מהמלל המצוין, הפעלת מנגנון של נימוקי נגד וכיוצא בזה. אולם כאשר הם נחשפים לכתבה אותה הם תופסים כעיתונאית הנטולה מסרים שיווקיים, מנגנוני הגנה אלו אינם מופעלים (Van Reijmersdal, Neijens, & Smit, 2010).

76. תיאוריות העוסקות במהימנות מקור המסר ובשכנוע בהעברת המסר מסבירות כיצד צרכנים מגיבים למסרים צרכניים כתלות ברמה המסחרית הנתפסת של המסר. על פי תיאוריות אלו צרכנים מקדישים תשומת לב מועטה יותר למסר שהם תופסים כמסחרי ומעבדים אותו באופן מצומצם יותר, וזאת בהשוואה לתכנים אשר הם תופסים אותם כמאמרים הנכתבים על ידי עיתונאים ללא מסרים שיווקיים. אותם תכנים המכילים מסרים שיווקיים מובילים גם לתפיסות שליליות יותר לגבי המסר עצמו וזאת בהשוואה לאותם תכנים אשר נחזים ככאלו שנכתבו באופן עצמאי על ידי עיתונאים (Friestad and Wright 1994; Lord and Putrevu 1993; Pornpitakpan 2004; Schwarz, Kumpf, and Bussmann, 1986).

### השפעתו של הפרסום הסמוי על הצרכן

77. ככלל, פרסום סמוי הוא שיטה שבה מסרים פרסומיים משולבים בתכנים של אמצעי תקשורת תמורת תשלום, תוך הסתרה חלקית או מלאה של עובדת העברתם של מסרים אלו.<sup>6</sup> הפרסום הסמוי מוגדר בספרות – "החדרה מכוונת של מותגים אל תוך התכנים המערכתיים".<sup>7</sup> הפרסום הסמוי יכול ללוש צורות רבות כשאחת מהן היא שילוב כתבות תדמית המוצגות כמוצר מערכתית או עיתונאי, כחלק מהסכם שיתוף פעולה מסחרי בין אמצעי תקשורת לבין הגורם המסחרי.

---

<sup>4</sup> Van Reijmersdal, E. A., Neijens, P. C., & Smit, E. G. (2010). Customer magazines: Effects of commerciality on readers' reactions. *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, 32(1), 59-67.

<sup>5</sup> Friestad, M. and Wright, P. (1994), The Persuasion Knowledge Model: How People Cope with Persuasion Attempts, *Journal of Consumer Research*, 22 (June), 62-74.  
Lord, K. R. and Putrevu, S. (1993), Advertising and Publicity: An Information Processing Perspective, *Journal of Economic Psychology*, 14, 57-84.

Pornpitakpan, C. (2004), The Persuasiveness of Source Credibility: A Critical Review of Five Decades' Evidence, *Journal of Applied Social Psychology*, 34 (February), 243-81.

Schwarz, N., Kumpf, M. and Bussmann, W. (1986), Resistance to Persuasion as a Consequence of Influence Attempts in Advertising and Non-Advertising Communications, *Psychology*, 23, 72-76.

<sup>6</sup> אפרת רחלי מאירי וחנה וינשטוק טירי, "אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין? על הקשר בין פרסום סמוי בקלטות ילדים לרווח כלכלי" שערי משפט ח תשע"ו עמ' 2  
<sup>7</sup> טלי תאני הררי ותהילה אלטשולר (2012) "הפרסום הסמוי בטלוויזיה בעידן התקשורת השיווקית המשולבת וכלים לרגולציה אפקטיבית של פרסום סמוי" מסגרות מדיה 8, 27-58.

78. חוק הגנת הצרכן מבוסס על ההבנה כי "בהינתן מידע מלא והוגן, יוכל הצרכן לכלכל את דרכיו ולהתקשר בעסקה מטיבה ורצויה"<sup>8</sup>.

79. פרסום סמוי פועל כאשר מודעותו של הצרכן לא מלאה, באופן שמכרסם ביכולת שלו להפעיל מנגנוני בקרה, סינון וספקנות<sup>9</sup> ובכך מתעוות תהליך קבלת ההחלטות שלו.

80. מדובר במנגנונים שצרכן מפעיל באופן טבעי כשהוא מודע לכוונת השכנוע הקיימת מעצם היות המסר פרסומי. בנוסף לכך שהפרסום הסמוי מבטל את הפעלת מנגנוני הבקרה הטבעיים, ביכולתו להגביר את ההערכה שרוכש הצרכן כלפי המותג (בהשוואה להערכה למותג שנחשף בפרסום גלוי). תובנה זו נשענת על תיאוריית החשיפה המכוונת הקובעת כי:

**"הצופה נחשף למדיה כדי לצפות בתכנים יצירתיים ולא בפרסומות. הצופה מכוון את עצמו לצפייה בתכנים שלא נועדו לשכנע אותו ומעדיף אותם מצפייה בתכנים פרסומיים. אי לכך, כאשר אדם צופה בתכנית שיש בה פרסום סמוי, הערכתו כלפי מותגים שיופיעו בעלילה עשויה להיות חיובית יותר בהשוואה להערכתו אותם לאחר חשיפה לפרסומות גלויות בהפסקת הפרסומות"<sup>10</sup>.**

81. בנוסף, הפרסום הסמוי מגביר את שיעור הזכירה של המותג וכך מעלה את הסיכוי שמתוך סך המותגים יבחר הצרכן דווקא במותג אליו נחשף באמצעות פרסום סמוי<sup>11</sup>.

82. כל אלה הופכים את הפרסום הסמוי לכלי יעיל בקידום מסחרי של מוצר או שירות, אך גם הופכים אותו לכלי מסוכן. לעניין זה יפים דבריו של הש' זמיר בבג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נ(3) 397 (1996):

**"הטעיה בפרסומת אינה נעשית בהכרח באופן גלוי ומפורש. היא יכולה להיעשות גם באופן מוסווה ועקיף. פרסומת כזאת, המדברת מתחת לסף התודעה, עשויה אפילו להיות יעילה יותר, ויחד עם זאת גם מסוכנת יותר מפרסומת מודעת" (הדגשות ש.נ).**

וכן יפים הדברים שנזכרו בבבג"ץ 1858/96 אסם השקעות בע"מ נ' רשות השידור (פורסם בנבו 21.10.1999) שם נקבע כי:

**"פרסומת כזו [סמויה-א"ש], שפועלה הוא על תת המודע של הצופה בה, עשויה להיות יעלה יותר ואף מסוכנת, מפרסומת גלויה. זאת, כיון שהצופה בה אינו מודע לאינטרס המסחרי שבה ואינו מפעיל מנגנוני ביקורת וסינון אינפורמציה, כפי שהוא עושה בעת שהוא צופה בפרסומת גלויה"**

<sup>8</sup> ע"א 3613/97, אזוב נ' עיריית ירושלים, פורסם בנבו.

<sup>9</sup> אמל ג'וברין, דיני מסחר אלקטרוני צרכני, בורסי 2015 כרך ב' עמ' 1295.

<sup>10</sup> תהילה שורץ אלטשולר, תובל צילסר (2015), אסדרת פרסום סמוי בתקשורת הישראלית, מחקר ומדיניות 2015, המכון הישראלי לדמוקרטיה, עמ' 101.

<sup>11</sup> הי"ש 15

83. בעניין זה חשוב לסכם ולהדגיש את הנזק הנגרם לצרכן בשל פרסום זה. הנזק נוגע למספר מימדים :

א. נזק כלכלי : הנזק הכלכלי שנגרם לצרכן נובע ממספר מאפיינים. ראשית, מדובר בפרסומת שמטרתה להגדיל את ההוצאה הכספית של משקי הבית על מוצרים מסוימים.

כאמור לעיל, בעת קריאת פרסומת הנחזית לכתבה עיתונאית, הצרכן אינו מפעיל מנגנונים אותם הוא מפעיל בעת צפייה בפרסומות (כגון התעלמות מחלקים מהכתבות והפעלת מנגנון של נימוקים נגד וכדומה). המשמעות היא שהצרכן חשוף יותר לרכישה מיותרת ולא יעילה מבחינתו.

חוסר היעילות עשוי להתבטא ברכישת מוצרים מסוימים על חשבון מוצרים אחרים, או לחלופין בצריכה עודפת של מוצר מסוים. למשל פרסומת ממומנת של חברה העוסקת בייצור של מזון מסוג מסוים, המתחזה לכתבה אובייקטיבית המציגה את היתרונות התזונתיים באכילת אותו מזון. צרכן אשר קורא כתבה זו ולא מבין שמדובר בפרסומת יכול להגביר את צריכתו ממזון זה אף על חשבון מזונות אחרים. כאשר חברה לייצור מזון זה עומדת מאחורי הכתבה, המשמעות היא, למשל, שהיא מימנה את המחקר הנוכחי המפורסם ככתבה, ושהיא עשויה לא להביא לידיעת הצרכן, מחקרים רבים אשר מצאו ממצאים שונים לגבי מזון זה ומטילים למשל ספק ביתרונותיו הבריאותיים.

**ככל שציבור הצרכנים היה מבין את המשמעות של "שיתוף" או "מימון" בהקשר זה, לפחות חלקם היה יכול להימנע מצריכת המוצר, או לכל הפחות לא היה מגדיל את צריכתו.**

ב. פגיעה באוטונומיה של הצרכן :

הפרסום הסמוי הנחזה לכתבה עיתונאית מוביל למעשה צרכן לקרוא ולצרוך תוכן שלא ברצונו. הפגיעה באוטונומיה היא חשיפה בצורה של הטעיה, לתכנים אותם הצרכן לא בהכרח היה מעוניין לצרוך אם היה יודע מהו טבעם האמיתי. אותו נזק לא ממוני ותחושות שליליות שעולות בקרב הצרכנים בהקשר לגילוי של חשיפה לפרסום סמוי, הודגם במחקר שנערך בשנת 2015 (Austin, 2015 Newman)<sup>12</sup>. במחקר זה אשר נערך בקרב נבדקים בארצות הברית ובאנגליה נמצא כי 43% ו-33% מכלל הנבדקים (בהתאמה) דיווחו כי חשו מאוכזבים או מרומים לאחר שהבינו כי אותה כתבה שקראו הייתה למעשה פרסומת סמויה. ממצאים דומים לגבי תחושות שליליות של פרסום סמוי בקרב צרכנים, עולים גם ממצאיהם של מחקרים נוספים. כך למשל נמצא כי הגילוי בדיעבד של תוכן כפרסומי עלול לעורר תחושות של ספקנות והתגוננות (Nelson, Wood, and

<sup>12</sup>Austin, S., and Newman, N. (2015). Attitudes to Sponsored and Branded Content (Native Advertising). Digital news report 2015. Reuters Institute for the Study of Journalism.

<sup>13</sup> Nelson, M. R., Wood, M. L., & Paek, H. J. (2009). Increased persuasion knowledge of video news releases: Audience beliefs about news and support for source disclosure. *Journal of Mass Media Ethics, 24*(4), 220-237.



(Paek 2009 וגם תחושות בקרב הצרכנים כי הם מרומים (Bakshi, 2014;

Lazauskas, 2014)<sup>1514</sup>.

84. לאור האמור לעיל, ברור כי פרסום סמוי עשוי לגרום נזק רב לצרכן. בנסיבות אלו, אישור הסדר פשרה שאינו מעניק לציבור כל פיצוי אינו הסדר פשרה ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה, כפי שיפורט להלן.

#### **ב. הסדר הפשרה אינו כולל פיצוי – על אף שנגרם נזק**

85. בנסיבות המקרה דנן, הסדר הפשרה לא ראוי ואינו הוגן, ובוודאי לא מטיב עם חברי הקבוצה, הצרכנים. ההסדר לא מעניק כל פיצוי או סעד כספי בגין הנזק שנגרם לחברי הקבוצה בעבר. זאת בעוד שהמשיבה נהנתה מקבלת כספים וטובות הנאה לאורך הזמן מהתנהלותה זו, אשר מנוגדת לחוק. משמעות הדבר היא שלא רק שלא ניתן כל פיצוי לחברי הקבוצה, אלא שהמשיבה אף תמשיך להרוויח, מכח הסדר הפשרה, מהתנהלותה זו.

86. יצוין כי בהתאם לסעיף 19(ג)(2)(א) לחוק תובענות ייצוגיות, וכן לתקנה 12(א)(4) לתקנות תובענות ייצוגיות תשי"ע-2010, על בית המשפט הנכבד להתייחס במסגרת ההחלטה לאשר הסדר פשרה לפער שבין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הפיצוי שהקבוצה הייתה עשויה לקבל במידה והתובענה הייתה מוכרעת לטובת הקבוצה.

87. הבקשה לאישור הסדר הפשרה אינה כוללת כל התייחסות, הסברים או נתונים כמותיים כלשהם ביחס לפער בין הסעד הכספי שהתבקש במסגרת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית אשר הוערך בסך של 10,000,000 ש"ח לעומת הפיצוי הכספי שמוצע במסגרת הסדר הפשרה ועומד על 0! כידוע, בהתאם לסעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות עולה, כי ככלל יש להעדיף פסיקת סעד כספי לנפגעים חברי הקבוצה, וכי רק באותם מקרים שבהם מצא בין המשפט כי פיצוי כספי אינו אפשרי, או אינו מעשי, הוא יהיה רשאי להורות על מתן סעד אחר. הנימוק המרכזי מטעם הצדדים לאי מתן הפיצוי בהסדר הפשרה טמון "בקשיים משפטיים משמעותיים" הקיימים בבקשת האישור, "לרבות עניין הוכחתו של נזק". היועץ המשפטי לממשלה מבקש להבהיר בענין זה, כי אי מתן פיצוי כספי במקרה זה אינה עולה בקנה אחד עם הרציונל הבסיסי בתובענות ייצוגיות.

88. עוד יצוין בהדגש, כי על אף שהסדר הפשרה אינו מעניק כל פיצוי לחברי הקבוצה הוא מחיל עליהם מעשה בית דין.

---

<sup>14</sup> Bakshi, A. C. (2014). Why and how to regulate native advertising in online news publications. *U. Balt. J. Media L. & Ethics*, 4, 4.

<sup>15</sup>Lazauskas, J. (2014). Study: Sponsored content has a trust problem. *The Content Strategist*, 9.

89. ההסדר המוצע קובע מעשה בית דין אשר מתייחס לקבוצה רחבה ביותר של צרכנים. הקבוצה, כפי שהוגדרה בסעיף 1.4 להסדר הפשרה מונה כל אזרח שנחשף ו/או ביקר באתר החדשות ופורטל התכנים האינטרנטי של המשיבה YNET ב-7 השנים שקדמו להגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. מכאן שהסדר הפשרה המוצע מאיין ומונע מחברי הקבוצה את האפשרות להגיש תביעה עתידית כנגד אתר YNET בעילה של הטעיה בפרסומת סמויה, וזאת מבלי שניתן להם כל פיצוי או סעד.

90. בענייננו, הסדר פשרה אשר מחד גיסא לא מעניק כל סעד כספי, בגין נזק שנגרם במקרה דין, ומאידך גיסא כובל את חברי הקבוצה במעשה בית דין כך שהם מנועים מלהגיש תביעה עתידית באותו עניין, אינו הסדר ראוי או הוגן.

91. יתרה מזו, הסדר מהסוג האמור אף פוגם במטרותיה המרכזיות של התובענה הייצוגית – הרתעה ומתן סעד הולם לנפגעים. ראו סעיפים 1(2) ו 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות הקובעים כי מטרת החוק הינה, בין היתר, "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" ומתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין.

92. היועץ המשפטי לממשלה ידגיש כי הסדר שיוצר מעשה בית דין, באופן המגן על המשיבה מפני תביעות נוספות, ולצד זה לא מחייב אותה במתן פיצוי כלשהו לחברי הקבוצה, אינו הסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה, שכן הוא אינו מעניק סעד לחברי הקבוצה וכן אינו מקדם את תכלית ההרתעה. לעניין זה ראו במאמרו של אלון קלמנט פשרה והסתלקות בתובענות ייצוגיות", בעמוד 19: "כאשר בית המשפט בוחן את הסדר הפשרה עליו להעריך את שווייה עבור הקבוצה המיוצגת ואת עלותה עבור הנתבע. מחד גיסא, כדי שהפשרה תמלא את המטרה הקבועה בסעיף 1(3) לחוק – "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" – בית המשפט צריך לאשר אותה רק כשווי הסעד שניתן לחברי הקבוצה גדול מהערך הצפוי בהתדיינות משפטית. מאידך גיסא, כדי שהתובענה הייצוגית תקיים את המטרה הקבועה בסעיף 1(2) לחוק – "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" – צריך שהנתבע ישלם עבור כל נזק שגרם, ולכן הערך הרלוונטי שבית המשפט צריך לבדוק הוא העלות של הסדר הפשרה עבור הנתבע".

93. עוד יפנה היועץ המשפטי לממשלה לת"צ (מרכז) 5731-08-07 קיכל נ' בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 31.7.2011) שם עמד בית המשפט על שתי התכליות שבבסיס הסדר פשרה בתובענה צרכנית וכך נקבע שם:  
**בבוא בית המשפט לאשר הסדר פשרה בתובענה צרכנית, כגון זה שלפני, מן הראוי לבחון האם ההסדר מגשים שתי תכליות מרכזיות:**

**הגינות כלפי חברי הקבוצה – על פי סעיף 19(א) לחוק, שומה על בית המשפט לבחון, בבואו לאשר הסדר פשרה במסגרת תובענה ייצוגית, האם ההסדר "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה". הניסוח מקפל בחובו דרישה להעריך האם הסדר הפשרה משקף תוצאה ראויה ביחס לפיצוי ההוגן ההתדיינות הצפויה מהשלב בו הופסקה.**

**הרתעה מביצוע עוולות צרכניות – אחת ממטרותיה היסודית של התובענה הייצוגית בכלל, והתובענה הייצוגית הצרכנית בפרט, היא**

להבטיח ש"הפשע לא ישתלם", קרי למנוע היווצרותה של מציאות במסגרתה ביצוע עוולה צרכנית היא פעולה רווחית מבחינת העוסק. לפיכך, הסדר פשרה המבטיח, באופן תיאורטי, פיצוי הוגן לכל אחד מיחידי הקבוצה, אולם אינו מבטיח הרתעה של העוסק, מהטעם שהסיכוי שהזכאים יממשו את הפיצוי הוא נמוך, עלול להיות הסדר פשרה בלתי ראוי. לפיכך, יש לבחון לא רק את הגינות ההסדר כלפי כל אחד מחברי קבוצת הזכאים, אלא גם את ההשלכות של הסדר הפשרה על התמריצים של עוסקים אחרים לבצע עוולות צרכניות."

94. בענייננו, ההסדר לא מטיל על המשיבה סנקציה ואין בו כל השלכה שתביא להפגמת הנזק שהיא גרמה. ההיפך הוא הנכון. למעשה וכפי שפורט לעיל, המשיבה נהנית מהטבה – הקלה בדרישות החוק בכסות של "פשרה".

95. יתרה על כך, יצוין כי פרסום סמוי המשולב בכתבות שנחזות להיות כתבות עיתונאיות גורם לפגיעה באמון כללי של ציבור הצרכנים בדיווח תקשורתי. התוכן הפרסומי מוריד באופן כללי את מידת האמון שהצרכן מייחס לעיתון כולו ולפרסומים עיתונאיים ככלל. בהקשר זה, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להזכיר כי בחברה דמוקרטית קיימת חשיבות לקיומה של עיתונות חופשית ומתפקדת, המאפשרת לציבור להשכיל ולדעת על המתרחש, ובכלל זה על אירועים בעלי חשיבות ברחבי המדינה והעולם, מעשי השלטון אך גם תופעות חיוביות ושליליות, כגון חשיפה בעניין יתרונותיהם וחסרונותיהם של מוצרים ושירותים שונים. בכך מסייעת העיתונות לציבור לממש באופן מלא ואפקטיבי יותר את חופש הביטוי שלו. בהקשר זה ראו את דברי השופט ריבלין בפס"ד אילנה דיין (ע"א 751/10 פלוני נ' אילנה דיין (ניתן ביום 8.2.2012), עמוד 47 :

**"לעיתונות תפקיד חשוב בהבעת ביקורת על מעשי השלטון ובחשיפת תופעות שליליות והבאתן לידיעת הציבור. העיתונות היא הזירה הציבורית שבה מתאפשר שוק דעות יעיל. יש לה תפקיד מפתח בהבאת מידע אקטואלי לעיני הציבור ובהעלאת המודעות לסוגיות בעלות חשיבות ציבורית. תפקיד זה משקף לא רק את זכותו של העיתונאי להשמיע אלא – בעיקר – את זכות הפרט לקבל מידע".**

96. בשל תפקיד זה של העיתונות בחברה דמוקרטית, מוענקות לעיתונאים הגנות מיוחדות בדינים שונים, למשל בעניין חסיון עיתונאי או הגנה של עיתונות אחראית בהוכחת הגנת תום הלב לפי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965. מימוש תפקיד זה יכול להיעשות רק באמצעות עיתונות אחראית וזהירה, הפועלת לשם מילוי תפקידה של יידוע הציבור באופן מלא ומקצועי. פרסום של פרסומות הנחזות להיות כתבות, במסגרת עיתון חדשותי, פוגע גם באינטרס זה.

97. לפיכך, גם מהבחינה הזאת מתנגד היועץ המשפטי לממשלה לאישור הסדר הפשרה שהוגשה, שכן כפי שמתואר לעיל יש בו כדי לאשר פרקטיקה שאינה מבחינה באופן ברור וגלוי לקורא בין כתבות עיתונאיות לבין פרסומות. אישור הסדר כאמור אף עלול לתת הכשר להתפתחות פרקטיקה בעייתית זו.

### **מתן פיצוי באמצעות הקרן מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות**

98. כעולה מהבקשה לאישור הסדר הפשרה, נראה כי נימוק נוסף לכך שהסדר הפשרה נעדר כל פיצוי לנזק שהתרחש בעבר טמון בקושי בביסוסה של הקבוצה (ס' 26 לבקשה). כפי שיוסבר להלן, גם אם קיים קושי באיתור חברי הקבוצה הרי שעדיין ניתן לפסוק פיצוי בגין נזקי העבר, וזאת באמצעות הקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות. (להלן: "הקרן").

99. הוראותיו המפורשות של סעיף 20(ג)(1)-(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובעות כי:

**"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, 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 הענין;"**

**הורה בית המשפט על מתן סעד כספי לטובת הציבור, יורה על העברת הכספים המיועדים לכך לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א; בית המשפט ייעד את הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה; נוכח בית המשפט כי העברת הכספים לתחום קרוב כאמור אינה מתאפשרת בנסיבות הענין, רשאי הוא להורות כי הכספים ייועדו לתחום אחר, הקרוב ככל האפשר לנושא התובענה."**

100. כלומר, אף אם קיים קושי באיתור חברי הקבוצה כאמור, הרי שהחוק נותן מענה למקרה כגון דא.

101. אכן הכלל הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק כאמור, סוטה מעקרונות הפיצוי המקובלים, שכן כספי הפיצוי אינם מועברים ישירות לידי הניזוקים, אלא ניתנים לטובת הקבוצה בכללותה או לטובת הציבור. יחד עם זאת, כלל זה נועד על מנת לאפשר הגשת תובענות ייצוגיות גם במקרים שבהם אין אפשרות לזהות את הניזוקים וכדי למנוע הצבת מכשול בלתי עביר בפני הגשת תביעות כאלו. בנוסף, פסיקת פיצוי לטובת הציבור (באמצעות הקרן) מממשת לפחות את תכלית ההרתעה מפני הפרת הדין, וגם אם התכלית בדבר מתן סעד לנפגעים מהפרת הדין אינה מושגת באופן מלא. יוזכר, שבהתאם להוראות סעיף 20(ג) לחוק על בית המשפט ליעד את הכספים המועברים לקרן "לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה", ובאופן זה, פעמים רבות, לפחות חלק מחברי הקבוצה כן ייהנו מהפיצוי שייפסק, כך שגם התכלית בדבר מתן סעד לנפגעים מהפרת הדין תתממש, ולו באופן חלקי.

102. בהקשר זה, ראו גם בע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 50 (פורסם בנבו, 04.12.2011):

**”סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות סוטה סטיה של ממש מעקרון הקורלטיביות העומד ביסוד עקרונות הפיצוי הרגילים לפיו אמורה להתקיים חפיפה מלאה בין מעגל הניזוקים למעגל המפוצים. כספי הפיצויים אינם מועברים לידי הניזוקים והשימוש שיעשה בהם הוא ”לטובת הקבוצה” ככזו או ”לטובת הציבור” מתוך הנחה כי הניזוקים יפיקו מהם הנאה עקיפה. האינטרס של הנפגעים לקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם להם אינו מושג על כן במלואו. אולם האלטרנטיבה לפיה לא יתקבל סעד כלשהו תומכת גם מנקודת המבט של הנפגעים בפסיקת סעד לטובת הקבוצה או הציבור שכן הנאה חלקית ועקיפה עדיפה על אי קבלת סעד כלשהו.” (הדגשות ש.נ.)**

103. לאור האמור לעיל, בנסיבות הפרטניות של מקרה זה, היועץ המשפטי לממשלה עומד על כך, שגם אם ישנו קושי מעשי לפצות באופן אישי את חברי הקבוצה, אין בכך כדי לייתר את הסעד הכספי במסגרת ההסדר ויש לערוך שימוש במנגנון שקבע החוק ואשר מיועד למקרים כגון דא, ולפסוק פיצוי בגין נזקי העבר שיינתן לטובת הציבור, באמצעות הקרן כאמור, באופן שיממש את תכלית ההרתעה ובאופן עקיף גם את תכלית הפיצוי. בהתאם להוראות החוק, כאמור, על בית המשפט לייעד את הכספים ”לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה”.

#### **צורך במינוי בודק**

104. בהתאם לסעיף 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, בטרם יאושר הסדר הפשרה יש למנות בודק, אלא אם כן מתקיימים טעמים מיוחדים שיירשמו. במקרה דנא, נראה כי לא מתקיימים טעמים מיוחדים שלא למנות בודק. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מינוי בודק עשוי להביא תועלת לחברי הקבוצה, לצורך בחינת הסדר הפשרה מנקודת המבט של חברי הקבוצה ושל הניזוקים שנגרמו להם בעקבות ההתנהלות של המשיבה ובכך להביא בסופו של יום להסדר פשרה מטיב יותר מהסדר הפשרה המוצע.

105. לא פעם עמדה הפסיקה על חשיבות מינויו של בודק. זאת בשל היותו, בין היתר, גורם חיצוני אובייקטיבי, אשר ביכולתו להאיר את עיני בית המשפט לאינטרסים של חברי הקבוצה, ולהשמיע את קולם. בסיטואציה של הסדר פשרה, מתעוררת ”בעיית הנציג” במלוא תוקפה (שהרי התובע המייצג והמשיבה נמצאים באותה חזית ומבקשים יחדיו מבית המשפט לאשר את הסדר הפשרה). לא אחת, האינטרסים של חברי הקבוצה לא מיוצגים באופן מלא, ולא מקבלים את ביטויים במסגרת הפשרה המתגבשת. זוהי אחת הסיבות לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להשמיע את עמדתו ביחס להסדרי פשרה המובאים לאישור בתי המשפט. כך, נחוץ לקבל במקרים המתאימים גם חוות דעת מטעם בודק, אשר יוכל להציג לפני בית המשפט מידע שלא הוצג על ידי הצדדים, ולעיתים אף אינו ידוע גם להם. לעניין זה, יפים דבריה של כבוד השופטת מיכל אגמון-גוון בת”צ (ת”א) 2786/07 **ישראלי נ’ מכבי שירותי בריאות בע”מ** (פורסם בנבו, 30.8.2011):

**”לא ניתן לסיים החלטה זו מבלי לשוב ולהדגיש את החשיבות שבבחינה מעמיקה של הסדרי הפשרה בתובענות ייצוגיות באמצעות מינוי**

בודק, שייתן חוות דעת לגבי הסדר הפשרה המוצע, ובאמצעות קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה להסדר. גורמים חיצוניים ואובייקטיביים אלו יכולים לשפוך אור על ההסדר, ולהעמיד את האינטרסים חברי של הקבוצה המיוצגת לנגד עיני בית המשפט, במצב המיוחד שבו יש זהות אינטרסים מלאה בין הצדדים שמגישים את הסדר הפשרה לאישור בית המשפט – הם התובע המייצג והנתבע – ושניהם מעוניינים שהפשרה תאושר ואילו קולם של חברי הקבוצה המיוצגת, שהפשרה בתובענה הייצוגית מכריעה זכויותיהם, כלל אינו נשמע (על בעיית הנציג בפשרה בתובענה ייצוגית ראו אלון קלמנט, פשרה בתובענה הייצוגית). קיום מלא ודווקני של הפרוצדורות שקבועות בחוק תובענות ייצוגיות לאישור הסדר פשרה ובפרט קבלת עמדת הבודק הן בשלב אישור הסדר הפשרה והן בשלב יישום הסדר הפשרה, הם שהביאו לכך שבסופו של ההליך אכן יינתן פיצוי הולם לחברי הקבוצה.”

עוד יפנה היועץ המשפטי לממשלה להחלטת בית המשפט בבש"א 16615/06 עמר אשר נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 13.3.2008) שם נקבע בזו הלשון:

”לנוכח תפקידו ה”חריג” דלעיל של בית-המשפט באישור תובענה ייצוגית, ולאור החשש לניגוד אינטרסים מובנה כמבואר לעיל, הורה המחוקק לבית-המשפט למנות, כעניין שבחובה, בודק שהוא בעל מומחיות בתחום שהתובענה עוסקת בו. זה הכלל, כאמור בסעיף 19(ב)(1) לחוק, והיוצא מן הכלל הוא המקרה בו סבור בית-המשפט שחוות הדעת אינה נדרשת, ועליו לנמק מהם הטעמים המיוחדים שהביאו אותו למסקנה זו. מן הסמכויות המוקנות לבורר על-פי סעיף 19(ב)(3)–(4) לחוק, ניתן ללמוד מהם יתרונותיו של הבודק החיצוני על-פני בית-המשפט. בעוד שהבודק מוסמך לקבל מן הצדדים את כל החומר הנוגע להסדר הפשרה, והוא גם מוסמך, מן הסתם, לדרוש מן הצדדים להגיש לו כל חומר הדרוש לו לשם בחינת הסדר הפשרה, הרי שבית-המשפט איננו יכול לבצע בדיקה זו. באי-כח המשיבים טוענים כי הערכת הנזק והפיצוי לקבוצה מבוססת על חישוב פשוט, שגם בית-המשפט יכול לעשותו. אך הבעיה איננה החישוב, אלא אימות בסיס הנתונים לחישוב. הצדדים בוודאי אינם מצפים שבית-המשפט יבחן בעצמו את הנתונים הכלכליים שהחישוב מבוסס עליהם. לו היה העניין פשוט כל-כך, לא היו טורחים ומגישים חוות דעת כלכלית של מר רוזנטל. כפי שמציינת בצדק באת-כח היועץ המשפטי לממשלה, הסדר הפשרה מבוסס בדרך כלל על מסמכים שהצדדים הגישו זה לזה, ואלו אינם מוגשים לבית-המשפט. חשוב לזכור כי בשלב זה של הדברים קיימת תמיד האפשרות שהסדר הפשרה לא יאושר, ואז יהא על השופט שהתבקש לאשר את ההסדר להמשיך ולדון בתובענה. לכן הוא איננו יכול לעיין בחופשיות בכל מסמכי הצדדים, ולבחון עם הצדדים את נקודות התורפה של כל צד. לשם כך נדרש בודק נייטרלי

**שיבחן את הסדר הפשרה בחינה שהיא מנותקת מטובתם האישית של התובע ובאי-כוחו, ואשר נעשית לטובת חברי הקבוצה בכללותה".**

106. הצדדים להסדר הפשרה סברו כי במקרה דנן אין צורך במינויו של בודק. לטענתם, "ההסכם אינו מתבסס על עניינים חשבונאיים מורכבים הדורשים מומחיות מיוחדת שבה שיקול דעתו של בודק עדיף על שיקול דעתו של בית המשפט." בהקשר זה יובהר, כי כאמור, טעמה של דרישת החוק בדבר מינוי בודק נעוץ בצורך בבדיקה חיצונית ובלתי תלויה של הסדר הפשרה המוצע, כדי לבחון אם ההסדר עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה, שלא פעם קולם אינם נשמע (בעיית הנציג). כאמור לעיל, בעיית הנציג עלולה להתרחש במיוחד במסגרת בקשה לאישור הסדר פשרה, כאשר קיימת זהות אינטרסים בין התובע המייצג ובא כוחו, לבין הנתבעת, ומכאן הדרישה למינוי בודק חיצוני.

107. זאת ועוד, הצדדים נימקו את היעדר הצורך בבודק נוכח הליך הגישור שנערך בין הצדדים על ידי מגשר שהוא בעל מומחיות בתחום בו עוסקת הבקשה לאישור. **בהקשר זה יש להדגיש, כי אין בניהול הליך גישור כדי לעקוף או להחליף את המנגנונים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, שמטרתם הגנה על חברי הקבוצה מהסדרי פשרה שאינם ראויים, הוגנים וסבירים בהתחשב בעניין, וזאת על ידי מינוי בודק על ידי בית המשפט ובפיקוחו ההדוק, כמצוות המחוקק ובהתאם לתכליות החוק.**


108. כאמור, הסדר הפשרה לא מציע כל פיצוי לחברי הקבוצה, מכיוון שלטענת הצדדים קיים קושי להוכיח נזק. אולם, דווקא מסיבה זו ראוי כי הבודק יבחן במסגרת בחינתו, בין היתר, את הנזק שנגרם לקבוצה כתוצאה מהתנהלות המשיבה. עוד ראוי, שהבודק יבדוק את האפשרויות השונות לכימותו של הנזק, ויעריך את היקף הפיצוי הנדרש. **כך למשל, מבלי לקבוע מסמרות ומבלי למצות, ניתן לפסוק פיצוי על בסיס קורלציה בין שוויון של טובות ההנאה שהופקו למשיבה מהפרסומות הסמויות לבין סכום הפיצוי שיינתן.** הצעות נוספות או כל דרך אחרת לכימות הפיצוי, ראוי שייבחנו על ידי בודק. הבודק גם יוכל להציע אפשרויות שונות ומתווים שונים לאופן תשלום הפיצוי לחברי הקבוצה או לציבור, ולמטרה שאליה ייעד בית המשפט את סכום הפיצויים שיועבר לקרן (וכמובן מבלי לגרוע מסמכותה של הקרן, בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק, להחליט על היעדים המדויקים שאליהם יועבר הפיצוי).

109. לאור האמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שבענייננו לא מתקיימים טעמים מיוחדים המאפשרים את אי מינויו של בודק, וכי תהיה תועלת רבה למינויו של זה.

## **סוף דבר**

110. מכל האמור לעיל עולה כי לא ניתן לאשר את הסדר הפשרה בהליך זה, שכן הוא מנוגד להוראות החוק. בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהסדר הפשרה אינו ראוי, אינו מטיב עם הקבוצה ואינו מתיישב עם האינטרסים של חברי הקבוצה. גם מטעם זה היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לאישור הסדר הפשרה המוצע.

111. העובדה כי ההסדר אינו כולל כל פיצוי ואף מהווה מעשה בית דין כלפי קבוצה שהינה רחבה באופן בלתי סביר, מביאה למסקנה כי ההסדר משרת בעיקר את האינטרס של המשיבה, בחסימת תביעות עתידיות.
112. מן הראוי כי המשיבה וכל מי שמפרסם פרסומות בצורה של כתבה, ידיעה או מאמר עיתונאי, **יפעל על פי הוראות החוק** ויגלה לצרכן בצורה ברורה, אחידה ופשוטה כי מדובר בפרסומת או בתוכן פרסומי, ללא צורך לחוץ על סמליל כלשהו ומבלי להסתיר את הדברים כפי שהם באמת. הגילוי יהיה נגיש לצרכן עוד לפני קריאת הכתבה.
113. כאמור יש אינטרס מסחרי מובהק, למנוע מהצרכן את הידיעה כי הכתבה שאותה הוא קורא היא למעשה פרסומת, וממילא היא מוטה ואינה כתבה אובייקטיבית עיתונאית.
114. השימוש בכלי הכתבה העיתונאית כפרסומת הינו שימוש מסוכן והמחוקק נתן דעתו לפרקטיקה זו וקבע במפורש כי יש לציין באופן ברור כי מדובר בפרסומת.
115. גם ההשוואה הבינלאומית, מלמדת כי פרקטיקה זו נפוצה גם מחוץ לגבולות מדינת ישראל וגם שם חלה חובה לגלות לצרכן כי מדובר בפרסומת וכי קיימת חשיבות לעשיית שימוש במונחים אחידים, פשוטים וחד משמעיים כאשר מסמנים כתבות פרסומיות, על מנת להקל על הקורא לזהות אותן.
116. הגילוי המוצע בהסדר הפשרה אינו מהווה גילוי נאות כנדרש בחוק. ההסדרה העתידית המוצעת מצריכה נקיטת פעולה אקטיבית מטעם הצרכן, שחושפת אותו למלל מעורפל ארוך ומסורבל, אשר ספק אם יבין משמעותו.
117. מכל הטעמים האמורים, היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לאישור הסכם הפשרה המוצע, ועל כן, היועץ המשפטי לממשלה יבקש מבית המשפט הנכבד שלא לאשר את הסדר הפשרה, במתכונתו הנוכחית.

  
שושי נרי, עו"ד  
ממונה (עניינים אזרחיים)  
פרקליטות מחוז ת"א – אזרחי