

“אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין”? על הקשר בין פרסום סמוי בקלטות ילדים לרווח כלכלי

מאת

אפרת רחלי מאירי-מרקוביץ וחנה וינשטוק-טירי*

בעייתיותו המוסרית של הפרסום הסמוי כשיטת פרסום באמצעי תקשורת למיניהם זכתה להכרתם של המחוקק ושל מחוקק המשנה, לרבות הסדרה באמצעות המאסדר (הרגולטור) הרלוונטי ברמת הנהלים, הכללים הנוגעים לשידורי טלוויזיה והאתיקה הנדרשת. עם זאת הפסיקה שניתנה בעניין לגיטימיות הפרסום הסמוי והשלכותיו מצומצמת עד דק. לנוכח הפסיקה האחרונה שניתנה בסוגיה זו במסגרת תובענה ייצוגית נגד חברות המשווקות קלטות ילדים נראה כי שיטת הפרסום הסמוי סמויה אף מעיניו של בית המשפט. בכך השיג המפרסם את מטרתו.

אנו נייחד את דיוננו לפרסום סמוי המכוון לקטינים בקלטות ילדים. נטען כי יש להעניק למונח “פרסומת סמויה” פרשנות רחבה משהוענקה לו בפסיקה האחרונה, וכי אף הצגת מוצרים גלויה יכול שתיכנס בגדר פרסומת סמויה. לטעמנו, יש לשים את הדגש על אופן השיווק הפרסומי ועל כוונתו ולא על אופן חשיפת המוצרים. מלבד הצד הסמוי שבפרסומת נבקש להדגיש כי אפילו אם אין מדובר בפרסום סמוי, הרי כאשר מדובר בפרסומת לקטינים, גם פרסומות גלויות שמטרתן לעודד רכישת מוצר מסוים הן אסורות אם יש בהן כדי לנצל את חולשתם כקטינים.

* אפרת רחלי מאירי-מרקוביץ, עורכת דין, ראש תחום ייעוץ וחקיקה, הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, efrat.meiri@economy.gov.il. חנה וינשטוק-טירי, עורכת דין, היועצת המשפטית לרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן Hana.WeinstockTiri@Economy.gov.il. כותרת המאמר לקוחה ממסכת ברא מציעא, מב, ע”א. תודתנו העמוקה לעורכת כתב העת, פרופ’ יעל רונן, על ההערות המועילות והמחכימות.

א. מבוא

1. הצגת הבעיה

הפסיקה בנושא הפרסום הסמוי ומהותו היא מעטה. ייתכן שעקשנותו של המחוקק בהסדרת הסוגיה על רבדיה, האכיפה המוגברת ורמת ציות גבוהה מצד ציבור הפרסומאים הן שמונעות העלאתה לדיון בכותרות. ייתכן גם שההסבר להיעדר הפסיקה הוא אחר. דומה כי בשל המגמה לאסור שיטת פרסום סמויה המפרסמים מסוים גם את הפרסומת ככזו, בשינוי רטוריקה הזוכה להכשר שיפוטי. עם זאת הרמת המסך – תרתי משמע – תשכילנו כי בין שנקרא לשיטה מתעתעת זו "תוכן שיווקי" (כפי שקוראים לה הפרסומאים) ובין שנקרא לה "פרסום סמוי" (כפי שקוראים לה ארגוני הצרכנים), חד המה. כפי שיובהר, יש דרגות שונות של העברת מסרים פרסומיים סמויים ובחלקן נדון במסגרת רשימה זו.

2. פרסום סמוי – מהו?

ככלל, פרסום סמוי הוא שיטת פרסום שבה מסרים פרסומיים משולבים בתכנים של אמצעי תקשורת תמורת תשלום תוך הסתרה חלקית או מלאה של עובדת העברתם של מסרים אלו. הפרסום הסמוי מוגדר בספרות: "החדרה מכוונת של מותגים אל תוך התכנים המערכתיים"¹. המפיק או המפרסם הם המניעים את תהליך החדרת המותג לתוכן העלילתי. כשהמפיק הוא היוזם, על המותג או המוצר להשתלב בתסריט שהוכן, ואילו כשהמפרסם הוא היוזם, התוכן מופק בהתייחס למותג, ולמותג יש חלק ניכר בעלילה. כך או כך, בסופו של דבר נוצר עירוב של מסרים ממותגים ותוכן יצירתי.² דוגמה לכך היא השיטה המסורתית של שילוב פיזי ישיר ומכוון של מוצרים (Product Placement) בתוכן עלילתי (תמורת תשלום). אמצעי אחר הוא שילוב מותגים בעלילה (Plot Placement), שהוא פרקטיקה דומה מאוד לשילוב מוצרים אולם עוסק בהטמעת המותג, המוצר או השירות כחלק אינטגרלי מהעלילה של יצירת התכנית. במסגרת פרקטיקה זו אין צורך לחשוף את המוצר עצמו פיזית

1 טלי תאני-הררי ותהילה שוורץ אלטשולר "הפרסום הסמוי בטלוויזיה בעידן התקשורת השיווקית המשולבת וכלים לרגולציה אפקטיבית של פרסום סמוי" מסגרות מדיה 8, 27, 28 (2012). ראו גם James. A. Karrh, *Brand Placement : a Review*, 20 JOURNAL OF CURRENT ISSUES AND RESEARCH IN MARKETING 31 (1998); Cristel Antonia Russel & Michael.A. Belch, *A Managerial Investigation Into the Product Placement Industry*, 45 JOURNAL OF ADVERTISING RESEARCH 73 (2005); Lars Peter Schneider & T. Bettina Cornwell, *Cashing in on Crashed Via Brand Placement in Computer Games*, 24 INTERNATIONAL JOURNAL OF ADVERTISING 321 (2005).

2 דיווח מחלקת קשרי חוץ ויחסים בינלאומיים, הרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן, מיום 13.3.2014. לסקירת ההסדרה ראו גם תאני-הררי ושוורץ אלטשולר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28.

אלא לשלב את המותג תוך העברת מסרים, ערכים ואורח חיים המתיישבים עם המסרים של המפרסמים.³ אמצעי נוסף של שילוב מותגים בתוכן הוא "מראה ותחושה" (Look and Feel), באמצעות עיצוב התפאורה לפי עיצוב המותג (למשל, בחירת צבעים אופייניים למוצר המסחרי) כשהמטרה הסמויה היא להשפיע על הצופה לרכוש את המוצר ולמצער לפתח העדפה לא מודעת למוצר. דוגמה לכך היא עיצוב התפאורה של תכנית הראליטי "כוכב נולד" בצבע סגול עתיר כוכבים, כצבעי חברת סלקום.⁴ כך, תכנית אירוח יכולה לראיין יועצים, מומחים ונותני שירותים בתמורה לתשלום שאותה חברה המבקשת לשווק מוצריה משלמת להם ללא ידיעת הצופה, המשוכנע באמתות הדברים כשהמרוויינים תומכים במוצר מבלי לציין שהם מופיעים מטעם החברה.⁵ בדומה לזה ננקטת גם הפרקטיקה של שילוב כתבות תדמית המוצגות כמוצר מערכתי, כחלק מהסכם שיתוף פעולה מסחרי בין אמצעי התקשורת לבין הגורם המסחרי. למשל, יכול שיינתן תשלום נקודתי תמורת הפקתה של כתבת תדמית שחושפת את המוצר או השירות ומפרסמת אותו בתכנית שמשודרת בערוץ מסוים.⁶ פרקטיקה נוספת דומה היא שיתוף הפעולה בין אמצעי התקשורת לבין גורם מסחרי המממן את התכנית במלואה או בחלקה בתמורה לעיסוק נרחב בנושא כלשהו, כאשר הצופה סבור כי מדובר בתכנית בעלת אופי עיתונאי והיא מכונה "תחקיר", הגם שהיא נטולת ממד של בדיקה עצמאית.⁷ עם שורותיה של שיטת הפרסום הסמוי נמנה גם "מסר תת-ספיי", שהשימוש בו נדיר מאוד בימינו. בשיטה זו שם המוצר או תמונתו מוקרנים למשך זמן קצר

3 ענת בלינט "בתוך הקופסה: מיתוג סמוי בשידורי הטלוויזיה המסחרית בישראל" מחקר מדיניות 95, 9, 47-48 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012). ראו גם אבשלום גינוסר "עיצוב משטר רגולטורי: פיתוח מדיניות לגבי פרסום סמוי בטלוויזיה המסחרית בישראל" מסגרות מדיה 8, 1, 2 (2012).

4 בלינט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32, 50.

5 שם. הזרוע הפדרלית להגנת הצרכן בארצות הברית הגיעה להסדר עם ADT LLC, a home security company בעקבות תלונת ה-FTC על שהחברה הציגה הצגה כוזבת המלצות שניתנו בתשלום ממומחי בטיחות וטכנולוגיה כביקורות עצמאיות ובלתי תלויות. מדובר בחברה המייצרת ומשווקת ADT Pulse home security and monitoring system ומוצרי בטיחות אחרים. לטענת ה-FTC, החברה שילמה למומחים על מנת שיבחנו את המוצרים בתכניות טלוויזיה, ברדיו, בבלוגים וכו', והציגה הצגה כוזבת את הביקורות כעצמאיות בלא לגלות שהמומחים קיבלו תשלום על מנת לקדם את מוצרי החברה. עמדת ה-FTC היא שכאשר ממליץ בתשלום מופיע בתכניות מסוג זה, על מערכת היחסים עם המפרסם להיות גלויה. במסגרת ההסדר עם החברה נאסר על החברה להציג הצגה כוזבת דיון במוצר או הדגמה שלו או שירות שלה כאילו מומחה בלתי תלוי נותנם מעצמו. כמו כן עליה להבהיר ולגלות מקום שקיים בו קשר בין הממליץ לבין החברה ולהסיר ביקורות והמלצות שהוצגו הצגה כוזבת כעצמאיות. לסקירת ההסדרה בתחום הפרסום הסמוי בעולם ראו תאני-הררי ושוורץ אלטשולר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 32-37.

6 בלינט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 57.

7 שם, בעמ' 60.

מאוד, והם ייקלטו בתת-המודע של הצופה. מסר כזה מצוי מתחת לסף הקליטה של החושים, ומשכך אינו חודר אל התודעה אולם עשוי להשפיע על תת-המודע של הצופים.⁸ עולה מן המקובץ כי יש דרגות שונות של העברת מסרים פרסומיים סמויים. דווקא הבולטת שבהן היא הצגת המסר הפרסומי כחלק אינטגרלי של תוכן לא פרסומי, על דרך של שימוש בידי גיבורי העלילה של מוצרים שניתן להבחין בעת הצפייה בזהותם המסחרית או בשילוב של שמות מסחריים או בפרטי מוצרים שאינם נחוצים כלל לעלילה. אמור מעתה: פרסום באמצעות הצגת מוצרים או מותגים ותמורת תשלום הוא פרסום "סמוי".

3. האינטרסים המנוגדים בהסדרת פרסום סמוי

השיקולים שביסוד ההסדרה של פרסום סמוי הם מגוונים. מחד גיסא מצויים האינטרסים החברתיים הרבים שהפרסום מקדם: זכות הפרט לדעת, לקבל מידע במגוון של תכנים ולקבל פרשנות מקצועית במגוון תחומים. מימון מסחרי לכאורה מאפשר לפרט ליהנות ממגוון רחב יותר של יצירות איכותיות, אם כי לא בהכרח המימון המסחרי הוא המשרדג את איכות היצירה; לעתים ההפך הוא הנכון, מאחר שהפרסום הסמוי מצמצם את מגוון היצירות ומעוות את הצגתן של הסוגיות שעל הפרק לטובת שיקולים מסחריים. א חופש הביטוי המסחרי, את חופש העיסוק ובכלל זה את זכות הפרט למקסום רווחים, ואת חופש היצירה של אמנים בתחומי אמנות שונים המוזמנים להשתתף בפרסומות.

מאידך גיסא עומדים חובת ההגנה על הצופה מפני הטעיה, גנבת דעת ולחץ מובלע, פגיעה ביצירה המקורית, מסחריות יתר, חיזוק האמון והאמינות של התקשורת ואתיקה באמצעי תקשורת, ואלה ניצבים במלוא קומתם.⁹ כשמדובר בפרסומת לקהל ילדים, נוספים שיקולים כמו הצורך להגן על ילדים באמצעות ביקורת על מסרים מצד אחד וזכות הפרט לגדל את ילדיו על פי טעמו מצד שני. בין האינטרסים השונים יש לא פעם מתח, הגם שאין בהכרח סתירה ביניהם.

4. מתווה הדיון

מאמר זה עוסק בפרשת המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ,¹⁰ שעניינה פרסום תוכן שיווקי בקלטות וידאו המיועדות לילדים. בחודש אוגוסט 2010 ביקשה המועצה אישור

8 שם, בעמ' 25.

9 ראו הרב יובל שרלו "יסודות האתיקה התקשורתית – הפרסום הסמוי" אתיקה יהודית ו 1. כן ראו תהילה שוורץ אלטשולר ותובל צ'סלר "אסדרת פרסום סמוי בתקשורת הישראלית" 97 (מחקר מדיניות 105, 2014).

10 ת"צ (מחוזי מרכז) 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.2013).

להגשת תובענה ייצוגית בגין פרסום תוכן שיווקי בקלטות וידאו המיועדות לילדים, בניגוד לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.¹¹ בחודש נובמבר 2011 דחה בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (להלן: בית המשפט המחוזי) את בקשת המועצה. ערעורה של המועצה לבית המשפט העליון הסתיים בנובמבר 2013 בהסדר פשרה שקיבל תוקף של פסק דין, ללא נימוקים. דיוננו ייוחד לפרסום סמוי המכוון לקטינים, תוך בחינה ביקורתית של פסק דינו של בית המשפט המחוזי. נקדים ונאמר כי לטעמנו פרשנותו של בית המשפט המחוזי למונח, אשר לא נדונה בבית המשפט העליון – היא שגויה. אנו סבורות כי נפל פגם היורד לשורשו של עניין בפסק הדין. בשל הסדר הפשרה לא זכה פגם זה שבית המשפט העליון ידון בעומקו של דבר ויכריז על מיגורו מדרכי המסחר ומן העין של הצרכן. הנפקות המעשית של פסק הדין היא כי שלא כמסר "תת-ספיי", שכבר נמוג מן העולם, פרסום סמוי בקרב קטינים נותר מותר. נראה כי נפרצו בזאת גבולות הפרסום הסמוי. הפרדוקס הוא שדווקא עמימות הגבולות היא שאפשרה הגנה, שכן כשהגבולות לא היו ברורים, שימוש בפרסום סמוי היה כרוך בסיכון. כעת, משהפרסום הסמוי הוגדר בפועל על דרך הצמצום למסר "תת-ספיי" בלבד, הרי שהיקפו הרחב הותר בהכשר שיפוטי. ייתכן שהמצב קודם להכרעה השיפוטית היה בבחינת מצב עדיף.

הדיון יתמקד בשאלה מהו אותו פרסום סמוי אשר להשקפתנו אסור לשיווק ככל שהוא מופנה לילדים. נבהיר כי הגם שהעתירה מושא הדיון עניינה בשיווק קלטות וידאו לילדים, החלטת בית המשפט רלוונטית, כמו גם הביקורת שלנו, גם לתקליטורים¹² ולפרסומים

11 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 1023. תובענה ייצוגית היא תובענה אזרחית המנוהלת בידי אדם יחיד בשם קבוצת בני אדם שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (ראו ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 2054). התובענה הייצוגית מבוססת על מקרים שיש בהם נפגעים רבים, אך לכל אחד מהם נגרם על פי רוב נזק קל, ולכן מבחינה מעשית (כך למשל בשל העלויות והטרחת הכרוכות בכך) לא כדאי לכל אחד מהנפגעים להגיש תביעה. כלומר, תובענה ייצוגית מאפשרת לנהל הליך משפטי שלא היה בהכרח מתממש אם כל אחד מהנפגעים היה צריך לתבוע בנפרד. ס' 5(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי מי שמבקש להגיש תובענה ייצוגית יגיש לבית המשפט בקשה בכתב לאישור התובענה הייצוגית ויצרף אליה את נוסח התובענה. רוצה לומר כי ההליך נפתח בהגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית ולא בהגשת תובענה ייצוגית, הגם שלאחר שמתקבל האישור, הנוסח והמהות של הבקשה ושל התובענה עצמה הם בעיקרם זהים.

12 לעניין זה צו הגנת הצרכן (סימון טובין), התשמ"ג-1983 (להלן: צו סימון) קובע חובות סימון מסוימות בקלטות. שאלת תחולת הצו באשר לתקליטורים נידונה בימים אלה בבית המשפט מחוזי מרכז במסגרת תובענה ייצוגית שהוגשה נגד ערוץ הופ בנוגע לתקליטורים לילדים שלא סומן על גבם אורך זמן הצפייה (ת"צ (מחוזי מרכז) 7161-12-12 פז הלפרין נ' ערוץ הופ! בע"מ). המשיבה טוענת כי חובת הסימון בצו חלה על קלטות ולא על תקליטורים. הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן הגישה עמדת מאסר לבית המשפט שלפיה הגם שהפרשנות

במסגרות מדיה שונות, ובכלל זה עיתונות כתובה או אמצעי תקשורת דיגיטליים פרטיים. הפרסום בערוצי התקשורת הממלכתיים הוא מפוקח, ובערוצים אלו יש איסור על פרסום סמוי.¹³ גם היקף המותר והאסור באשר לכלל הפרסומים המיועדים לקטינים בערוצי התקשורת ברור יותר כשקיימת אסדרה ייעודית לערוצים השונים. דיוננו יתמקד בתוכן המופץ ללא תלות במדיום שבו הוא מופץ.

הפרק השני של המאמר מציג את המסגרת הנורמטיבית המתמודדת עם תופעת הפרסום הסמוי. הפרק השלישי פורס את ההליכים המשפטיים שהתנהלו בפרשת המועצה הארצית לצרכנות נ' הד ארצי בשאלת תוכנו של המונח "פרסום סמוי" וגבולותיו. בפרק הרביעי, שהוא עיקרו של המאמר, נציג את עמדתנו וביקורתנו על הפסיקה ועל הפרשנות המצומצמת שניתנה למונח.

ב. המסגרת הנורמטיבית

1. הגדרת הטעיה

סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן הוא סעיף כללי הדין באיסור הטעיה, והוא קובע איסור על הטעיה בכל "עניין מהותי בעסקה". הסעיף קובע רשימה לא סגורה של עניינים שהם מהותיים בעסקה, ובהם טיב הנכס או השירות¹⁴ וכן החסות, העידוד או ההרשאה שניתנו למכירת הנכס.¹⁵ סעיף 2(ג) לחוק הגנת הצרכן קובע כי הוראות הסעיף יחולו גם על פרסומת.

סעיף 7(ג)1 לחוק הגנת הצרכן דן אף הוא באיסור הטעיה, בהקשר ספציפי יותר של איסור הטעיה בפרסומת. הסעיף קובע כי "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תוכנה איננו מוטעה". חוק הגנת הצרכן מגדיר פרסומת כך: "לרבות פרסום שמומן או שנתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום או כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור".¹⁶

המילולית עומדת לטובת המשיבה, הרי שמבחינה תכליתית יש לגזור גזרה שווה בעניין, מה גם שניתן לחייב את הסימון מכוח סעיף איסור הטעיה כשמדובר בפרט מהותי בעסקה.
13 החובה להפריד בין תכנית משודרת לבין פרסומת מסחרית והאיסור על פרסומת סמויה עולים גם מדברי חקיקה שונים. חקיקה זו מטילה מגבלות על פרסומת סמויה במסגרת שבה מותרים שידורי פרסומת מסחרית. ראו להלן פרק ד.3(ב).

14 ס' 2(א)1 לחוק הגנת הצרכן.

15 ס' 2(א)10 לחוק הגנת הצרכן.

16 ס' 1 לחוק הגנת הצרכן.

2. הגנה על קטינים

סעיף 7א(א) לחוק הגנת הצרכן מסדיר בפירוט רב יותר את איסור ההטעיה בכלל ואת איסור ההטעיה בפרסומת בפרט, כשמדובר בקטינים. הסעיף אוסר איסור גורף על אדם לפרסם או לנקוט דרך שיווקית אחרת אם אלה עלולות להטעות קטין או לנצל את גילו או את תמימותו או את חוסר ניסיונו. הנחת המוצא של המחוקק היא שקטין, מפאת היותו קטין, הוא חסר ניסיון ומאופיין בתמימות מוגברת. כך, פרסומת לא מבוקרת (ללא "הפסקה לפרסומות" למשל) המיועדת לקטינים, שמטרתה העיקרית היא קידום מכירת מצרך או מתן שירות, "עלולה לגרום להם נזק, מה גם שאין קטינים מבחינים בד"כ בין מידע ובין פרסומו".¹⁷

3. חקיקת משנה ספציפית בדבר פרסומות המיועדות לקטינים

תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א–1991 מתייחסות לאוכלוסיית הקטינים כמקשה אחת ללא הבחנה בין קבוצות גיל שונות. תקנה 3 קובעת, בין היתר, כי "לא ייעשה אדם פרסומת המכוונת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים שיש בהם – (1) ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימתם או חוסר ניסיונם... (4) משום עידוד קטינים לרכוש מצרך אלא אם כן המצרך או השירות הוא מסוג שסביר שקטינים ירכשו אותו, והוא עשוי במאמץ סביר להיות בהישג ידם; (5) משום עידוד קטינים לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרך או השירות". התקנות מגדירות את המונח "דרכי שיווק" בהרחבה רבה, וכך "כל פנייה של עוסק, באופן ישיר, עקיף, גלוי או סמוי לרבות באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסמיליה, פרסום קטלוגים או מודעות, שמטרתה להתקשר בעסקה או לקדם מכירות של מוצר או שירות".¹⁸

ג. ההליכים המשפטיים בפרשת המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי

1. הבקשה להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית

במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגיש מר אבשלום שרון לבית המשפט המחוזי מרכז (ת"צ 747-04-08) ביקשה המועצה הישראלית לצרכנות להצטרף, תחילה כידיד בית

17 ראו דברי ההסבר לס' 7א לחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 1), התשמ"ו–1986 ה"ח 1774.
18 תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א–1991, ק"ת תשנ"א 5339 (להלן: התקנות) (הדגשות הוספו).

משפט ולאחר מכן כתובעת, לפי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.¹⁹ המועצה הישראלית לצרכנות היא ארגון צרכנים יציג שמאוגד כחברה ממשלתית, והוא גוף סטטוטורי. על פי האמור בבקשה, שהיא הבסיס לכתב התביעה, "הד ארצי" ו"קלאסי-קלטת" שילבו פרסומות לחברות "אסם" ו"שטראוס" בקלטות הנמכרות לילדים באופן סמוי. לבקשה לאישור תובענה ייצוגית המקורית צורף דוח בדיקה המפרט את כל 31 הקלטות והפרסומות שנצפו בהן. בקשת המועצה נתמכה בתצהיר של מנכ"ל המועצה, עו"ד אהוד פלג, ובחוות דעת מומחה מן החוג לפסיכולוגיה אשר בחן בין היתר אם מדובר בפרסום סמוי ובמודעות הצופה לכך שמדובר בפרסומת.

ביסוד הבקשה לאישור התובענה הייצוגית היו שני שיקולים מרכזיים: האחד הגנה על אינטרס הפרט, והאחר, אינטרס הציבור. ביסוד אינטרסים אלו מונח הצורך לאכוף את הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ותקנות הגנת הצרכן (פרסום ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א-1991, שבגדריהם מצויה התובענה הייצוגית. לתובענה הייצוגית יש ערך מרתיע. מפרי החוק יודעים כי לניזוקים יכולת פעולה נגרם.²⁰

במסגרת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית נטען שהפרסומות המדוברות הן מסוג של העמדת מוצר באופן שבתוך העלילה שזורים מוצרים ומותגים ידועים, לחלקם קשר ישיר לעלילה ולחלקם לא; שהפרסומות הן חלק ברצף העלילה; שחלק מהפרסומות מאדירות תכונות המוצר כחלק מן הקלטת. למשל, בקלטת "אגם הברבורים" של הד ארצי, מיוחסת למעדן חלב של שטראוס תכונה שמשביחה את קולן של השחקניות. על פי האמור בבקשה, הסכומים שנתקבלו אצל הד ארצי עבור שיבוץ הפרסומות בקלטות היו חלק מתקציב ההפקה של התקליטורים.

2. עמדת המשיבות – מותר לשווק

המשיבות מצדן התבססו על חוות דעת מומחה מן החוג למנהל עסקים, שלפיה אין מדובר בפרסום סמוי, וניתן להבחין כי מדובר בפרסומת. המשיבות טענו²¹ כי אין כל איסור בדיון המונע מגופים פרטיים לשלב תוכן שיווקי בקלטות ילדים. מדובר בסוגיה ערכית הקשורה בטבורה למדיניות ולתפיסה חברתית וכלכלית אשר אם יש להסדירה, הרי שהסמכות לכך היא בידי המחוקק, שטרם מצא לנכון לעשות כן. לדבריהן, אין זו כוונת המחוקק כי כל אשר

19 ס' 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (תיקון משנת 2008).

20 ראו והשוו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774 (1996).

21 תמצית סיכומי המשיבות בתיק הנדון: סיכומים מטעם הד ארצי בע"מ לתיק ע"א 9588/11 בבית המשפט העליון (4.2.2013); סיכומים מטעם שטראוס גרופ לתיק ע"א 9588/11 בבית המשפט העליון (4.2.2013); סיכומים מטעם אסם השקעות בע"מ לתיק ע"א 9588/11 בבית המשפט העליון (5.2.2013); סיכומים מטעם קלסיקלטה בע"מ לתיק 9588/11 (4.2.2013).

אינו מוכרז "פרסומת" יהיה אסור. בהיות התוכן השיווקי ניתן לזיהוי בידי האדם הסביר, הרי ששילובו בקלטות הד ארצי אינו עולה כדי הפרת הכללים והעקרונות שקבע המחוקק בדבר פרסומות האסורות לפרסום. בעניין זה הדגישו כי תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים) אינן מסדירות, ואף אינן מתיימרות להסדיר את סוגיית השילוב של תוכן שיווקי בקלטות ילדים, ולכן אין בתוכן השיווקי ששולב משום הפרה של מי מסעיפי התקנות.

לשיטתן של המשיבות, כוונת המחוקק בסעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן לא הייתה לאסור שילוב תוכן שיווקי בקלטות ילדים אלא לאסור הצגת פרסומת בחזות אובייקטיבית. כמו כן על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, שעניינו איסור הטעיה, סטנדרט הזהירות לבחינת ה"הטעיה" הוא המבוגר ולא הקטין הסביר. אדם סביר לא יטעה לחשוב כי מדובר בפרסומת אובייקטיבית ולא בפרסומת למוצרים המושגלים בעלילה.

עוד טענו כי אין מדובר בפרסומת "סמויה" אלא בפרסומת "אגב", שהיא טכניקה ידועה, מקובלת, מוכרת ומזוהה לכול. מאחר שהצבת המוצר הייתה בולטת, לא הייתה הפרסומת "עלולה" להביא אדם סביר לחשוב שאיננה בדיוק מה שהיא – הצבת מוצר או מותג. עצם שילוב שחקנים המוכרים לילדים בקלטות אינו בבחינת הטעיה אף אם באותה קלטת משולבים מוצרים מסחריים.

מלבד זאת, אין חובה בדין לציין על גבי מוצר כי הוא כולל פרסומת. אף צו הגנת הצרכן (סימון טובין), התשמ"ג–1983, הקובע מהם הפרטים שיש לציין על גבי אריזות קלטת, אינו כולל כל הוראה המטילה חובה לציין שילוב של תוכן שיווקי. אף את החובה לסמן קיומו של תוכן שיווקי בקלטות ילדים צריך לקבוע המחוקק.

לבסוף טענו המשיבות כי הציבור לא יימצא נשכר אם תתקבלנה טענות המבקשים ולו בשל הפגיעה ה"עצומה" בעולם התוכן עצמו. הפגיעה הרווחית הצפויה למפיקי קלטות הילדים בשל האיסור על שילוב תוכן שיווקי בקלטות ילדים עלולה "לגלגל" חלק מעלויות ההפקה אל כתפי המפרסם במקום אל כתפי הצרכן, והדבר יוביל לעלייה במחיר הקלטת לצרכן הסופי או להפסקה ביצירת תוכן מקומי איכותי המופנה לילדים.

3. פסק דינו של בית המשפט המחוזי

(א) הממצאים העובדתיים

בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו שורה של ממצאים עובדתיים שלפיהם בקלטות הילדים מצויות פרסומות בדמות של העמדת מוצרים ומותגים שחלקם בעלי קשר ישיר לעלילה ובחלקם אין קשר שכזה; הפרסומות אינן מובחנות ברצועת זמן מסוימת אלא הן חלק ברצף העלילתי; ניתן להבחין במקרים שבהם נעשית האדרה של תכונות המוצר כחלק מן הקלטת; המפרסמים משלמים למשיבות עבור העמדת המוצר. עוד קבע בית המשפט כי

אין "מחלוקת על כך שיכולתם של קטינים לעבד את המידע ולבחון אותו בספקנות הנדרשת נמוכה מזו של מבוגרים, וברור הצורך בהגנה עליהם, לא רק מפני פרסומת פוגענית אלא גם מפני פרסומת שעלולה להתחזות כחלק מן העלילה, או כ'אמת לאמיתה'".²² עם זאת בית המשפט קבע כי אם לא ייעשה שימוש במותגים שכבר "מוכרים בקהל" במסגרת היצירה האמנותית כסרט קולנוע, קלטת או תכנית טלוויזיה – תימצאנה היצירות "חסרות", כלשונו. יתר על כן קבע כי "ללא הצבת מותגים בתכנים מותרים, לא ניתן היה לקיים את אמנויות הבימה הידועות לנו, בין היתר משום השימוש הגובר והולך במותגים, שגם ללא תשומת לב ישירה ופרסום מילולי ניתן ללמוד על קיומם ולקבל מסר פרסומי מהם".²³

(ב) השאלה הנתונה להכרעה: אימתי פרסומת תיחשב מטעה

בית המשפט המחוזי הדגיש כי העיקרון שבבסיס האיסור על פרסומת לקטינים הוא חוסר יכולתם להבין כי מדובר בפרסומת. על כן הוא דן בשאלה אם כאשר מוצר מוצב במסגרת פרסומת, הילד מודע לכך שמדובר בפרסומת, שאם לא כן, נתמלאו לכאורה תנאי ההפרה לפי חוק הגנת הצרכן. לשיטתו של בית המשפט, "ככל שהפרסומות בהן מדובר לא היו גלויות לעין, או שניתן היה להבין שאינן פרסומת – יש לראות בהן הטעיה".²⁴

(ג) חוות דעת המומחים

לדברי המומחה מטעם המשיבות, פרסום תוכן שיווקי בדרך של העמדת מוצר או העמדת מותג הוא פרסום מקובל ואף רצוי, כיוון שפרסום כזה מאפשר מימון נוסף ליצירות; נותן נופך ראי לסיצנות המוסרטות וכן מביא להפחתת עלויות. עוד ציין המומחה כי אין בנמצא מחקרים המלמדים על שינוי הרגלי צריכה בגין היחשפות לפרסום באמצעות תוכן שיווקי. הגם שהצופה זוכר יותר את המותג שהוצב, אין בדבר כדי לשנות את עמדת הצרכן כלפי המותג. לגישתו, גם ילדים מעל לגיל 5 מסוגלים להבחין בין התוכן השיווקי לבין העלילה, קביעה זו נדחתה בבית המשפט. בית המשפט קבע כי שתי חוות הדעת גורסות שפרסומת מסוג העמדת מוצר משפיעה על זכירת המוצר ועל עמדה חיובית כלפיו. עם זאת בהיעדר מחקר מתאים אי אפשר לקבוע כי פרסומת מסוג העמדת מוצר משפיעה על דפוס הקנייה של הלקוח, או כי היא יעילה מפרסום ישיר מסורתי. זאת ועוד, שני המומחים הסכימו כי פרסום סמוי, מסוג של פרסום תת-ספי, הוא שלילי, כשם שהוא אסור במילים מפורשות בחוק הגנת

22 פרשת הד ארצי, לעיל ה"ש 10, פס' 6.

23 שם, פס' 7.

24 שם, פס' 10.

הצרכן, אך לעומת המומחה מטעם המשיבות, שטען כי בקלטות מושא התובענה אין מדובר בפרסום סמוי אלא גלוי, המומחה מטעם המועצה הישראלית לצרכנות סבר כי הצופה אינו מבחין בין השניים, ולכן בפרסום סמוי מדובר. ברם המומחה מטעם המועצה הישראלית לצרכנות לא הפנה לשום דוגמה שבה פעלה הפרסומת פעולה תת-ספית או שאי אפשר היה לזהות בקלות את המותג שהוצב בה.²⁵ בעניין זה הבהיר בית המשפט כי הפרסומת בקלטות הוצבה באופן "ברור לחלוטין בקדמת במת הקלטות: בין שהמדובר בפרסומת לחטיף ובין שהמדובר בפרסומת לצבעים. זו נקודת המוצא של הדיון בענייננו כאן... והצופה הסביר (בהכרח המבוגר הסביר) בקלות מבחין שאין המדובר אלא בהעמדת מוצר. לא ניתן לבחון מהי עמדת הצופה הילד..."²⁶.

בית המשפט ביכר את חוות דעתו של המומחה מטעם המשיבות על פניו של המומחה מטעם המועצה הישראלית לצרכנות.

(ד) הכרעת בית המשפט: עסקינן בפרסומת מותרת ולא בפרסומת סמויה

בית המשפט בחן הצעות החוק שתמכו באיסור פרסום תוכן שיווקי או סמוי בהתייחס לקהל יעד שהוא קטין. כך גם בחן את דוח ועדת האתיקה בפרסומות שמינתה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בעניין הסדרת תוכן שיווקי (הצבת מוצרים באתר, הצבה אקטיבית או פסיבית – המחברות) שהמליץ לאסור תוכן שיווקי בכלל תכניות הטלוויזיה המיועדות לילדים עד כי קבע שהופעת תוכן שיווקי בתכניות ילדים תהיה הפרה חמורה של תנאי הזיכיון. על רקע זה הסיק בית המשפט כי הפרסומת שבקלטות מושא הדיון היא פרסומת "אגב" כהגדרתה בכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד–2004,²⁷ לאמור: "פרסומת המופיעה לכאורה כבדרך אגב, בקול, בתמונה ובכל דרך אחרת, לרבות אזכור או מופע שמו של אדם, מוצר, שירות או עסק או שמם המסחרי". זאת, בשונה מפרסומת לא מודעת או מפרסומת סמויה או גלויה. מכאן למד בית המשפט כי כוונת המחוקק בסעיף 7(ג) (1) בחוק הגנת הצרכן לא הייתה לאסור כל מה שאינו מוכרז כפרסומת, אלא רק את זו שניתן לטעות בה ולראות בה משום חלק מן העלילה שאינו פרסומת, קרי "פרסומת בלתי מודעת" (פרסומת המשודרת לצופים בלא שיהיו מודעים לכך באופן מלא, לרבות בתמונות חטופות, בהבזקים או בדרך תת-ספית) או 'פרסומת סמויה' – (פרסומת המשולבת במישדר בקול או בתמונה או בכל דרך אחרת, הנחזית להיות חלק ממנו באופן שצופה סביר עלול שלא לזהות כי יש

25 שם, פס' 17.

26 שם.

27 ק"ת תשס"ד מס' 6328 מיום 5.7.2004 עמ' 776.

בה פרסום למוצר או שירות, או שיש בה כדי לקדם, לרבות שילוב שם מותג, או סמל של מוצר, שירות, עסק או כל עניין מסחרי אחר")²⁸. בניגוד לאלו, פרסומת אגב היא מותרת. אשר על כן דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מפאת חוסר עילה בהדגישו כי הדין הישראלי כיום אינו אוסר על פרסומת מסוג הצבת מוצר בקלטות ילדים כאשר הצופה הסביר הבין כי מדובר בפרסומת. עוד הוסיף כי גם לו הוכחה העילה במובן שהצופה הסביר לא חווה את הפרסומת ככזו – היה על המועצה להוכיח כי נגרם נזק, וזו לא עשתה כן.

(ה) טענות המועצה הישראלית לצרכנות בערעור לבית המשפט העליון

המועצה הישראלית לצרכנות ערערה לבית המשפט העליון על החלטתו של בית המשפט המחוזי.²⁹ הערעור נשען על ארבעה אדנים: האחד הטענה שפרשנותו של בית המשפט המחוזי את סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן היא שגויה. לגישת המועצה הישראלית לצרכנות, סעיף 7 מכוון גם למוצרים הגלויים לעין, כאשר הצופה הסביר הנחשף למוצר עלול לסבור שהוא חלק מהעלילה ולהחמיץ את הכוונה הפרסומית הנסתרת שבהצבתו. כיוון שקבע בית המשפט המחוזי כמצא עובדתי שהמשיבות שילבו מותגים תמורת תשלום בתוך עלילת קלטות ילדים למטרות פרסומיות, ילד סביר הצופה בקלטת עלול להחמיץ את הכוונה הפרסומית ולהניח שהמוצר המופיע בעלילה נמצא שם משום שהוא חלק ממנה.

אדן שני בערעור היה שסעיף 7 לחוק הגנת הצרכן אוסר לא רק על פרסומת אשר הצופה אינו מזהה את כוונתה הפרסומית, אלא גם על פרסומת אשר הצופה עלול שלא לזהות את כוונתה הפרסומית. רוצה לומר כי לא רק שהסעיף אוסר הטעיה אלא גם סכנה מפני הטעיה³⁰. עוד נטען, כי מעבר להעמדת המוצרים כשלעצמה ההטעיה באה לידי ביטוי גם ב"גיוסם" של כוכבי ילדים אהובים לשם הפרסום המוסווה. השימוש בכוכבי ילדים בקלטות ילדים נועד להשביח את ערכו של המוצר המפורסם בעיני הצופה בקלטות ולתת לו ערך מוסף כלפי ילדים שהם אוכלוסייה פגיעה במיוחד. זאת, שעה שהילד אינו מודע לכך שהשחקן "נרכש" על מנת לשווק את המוצר. המשיבות לא הכחישו עניין זה. בעניין זה הדגישה המועצה כי בית המשפט העליון התייחס בעבר בחומרה רבה לטכניקה שיווקית זו

28 פרשת הד ארצי, לעיל ה"ש 10, פס' 23.

29 בית המשפט המחוזי התמקד בבחינת קיומה של עילת תובענה, ומשפטק בסופו של דבר כי אין למועצה עילה שכזו, לא מצא לנכון לבחון את נזקי הקבוצה וקשר סיבתי ועילות משפטיות חלופיות בדבר הפרת חובה חקוקה, רשלנות ועשיית עושר ולא במשפט ובירור אם התובענה כשלעצמה ראויה להתברר כתובענה ייצוגית.

30 ע"א ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתשקורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584 (2001); דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתשקורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385 (2003).

וקבע בעניין אסם ובעניין תרמוקיר (דמות ה"שוש" מן הטלוויזיה מול המותג "שוש" שעל גבי החטיף), שפרסומת הנעשית בידי אנשי תקשורת היא פרסומת סמויה, ומאחר שאלה מנצלים את האמינות שרכשו לעצמם בכלי התקשורת כדי להוסיף אמינות למוצר שהם מפרסמים, יש בכך הטעיה.³¹

המרכיב השלישי בערעורה של המועצה היה שבית המשפט המחוזי נתפס לכלל טעות בהגדירו את הפרסומת פרסומת אגב אשר בעניינה קיימת גמישות מסוימת בשידורי הטלוויזיה ולא נאסרה בדין הכללי. לגישת המועצה, מדובר בפרסומת מוסווית שנאסרה בכל צורה שהיא גם בכללים הנוגעים לשידורי טלוויזיה.³² במקרה מושא הדיון הכוונה הפרסומית איננה גלויה: המותג עצמו גלוי, אולם שלא כשלטי פרסומת בצדי מגרש הכדורסל שאליהם נחשפים הצופים אגב הצפייה בשידור המשחק, הכוונה הפרסומית שבהצבתו – סמויה.

האדן הרביעי בערעור היה שבית המשפט המחוזי לא דן בעילות התביעה מכוח האיסורים הספציפיים בדיני הגנת הצרכן שעניינן הגנה על ילדים. תקנה 3(1) לתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים) אוסרת על הצבת מוצר שנועדה לעודד קטינים לרכוש מוצר או לעודד קטינים לשכנע אחרים לרכוש בשבילם את המוצר, אף אם המוצר הוא גלוי ואף אם הכוונה הפרסומית שמאחוריו גלויה. ברור הוא, טענה המועצה, כי גוף הפועל משיקולי רווח לא יממן פרסום אלא אם כן צומחת לו תועלת ממנו – היינו שהפרסום יעודד את רכישת המוצר. בעניין הנדון מתקיימת גם החלופה השנייה, שלפיה תיאסר פרסומת המכוונת לקטינים אם יש בה משום ניצול לרעה של דמיונם של הקטינים ונזכותם להתרשם. ניצול לרעה כזה קיים בפרסום המוסווה שעה שקלטות ילדים אלו נצפות מטבען צפייה חוזרת ונשנית. פרסום זה שולל מהקטיין ומהוריו את הזכות לבחור שלא להיחשף לאותו פרסום. אפילו אם הילד הצופה בקלטת מודע להצבת המוצר ומבין את הכוונה הפרסומית שמאחוריה, הוא אינו יכול לבחון את המידע במידת הספקנות הנדרשת, ועל כן יש בזה "ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נזכותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר נסיונם", כאמור בתקנה 3(1) לתקנות.

המשיבות מצדן סמכו ידיהן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וביקשו לדחות את הערעור.

31 בג"ץ 1858/96 אסם השקעות בע"מ נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 21.10.1999); בג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397 (1996).

32 ס' 9(ג) לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת טלוויזיה), התשנ"ד–1994 וכן ס' 34(ב) לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד–2004.

4. פסק דינו של בית המשפט העליון³³

בהצעת בית המשפט העליון גיבשו הצדדים הסדר שקיבל תוקף של פסק דין. על פי ההסדר, תקליטורים³⁴ הוגדרו מכילים "תוכן שיווקי" אם בעלילה הוצבו מותגים או מוצרים תמורת תשלום מצד המפרסם למפיק, וכן תקליטורים שבתחילתם או בסופם מופיע אזכור של גוף מסחרי (הודעה מזכה). הוסכם שעל תקליטורים שיופקו בעתיד ושיכילו תוכן שיווקי תודבק מדבקה ועליה הכיתוב: "העלילה מכילה תוכן שיווקי".
 ובהר כי הסדר אשר קיבל תוקף של פסק דין במסגרת הליך של תובענה ייצוגית יוצר מעשה בית דין, ומכאן השלכותיו הרחובות הציבוריות.³⁵

ד. פרשנותו של בית המשפט המחוזי את המונח "פרסום סמוי" בקלטות וידאו המיועדות לילדים

1. הטעמים להרחבת הפרשנות של המונח "פרסומת סמויה"

להשקפתנו, פסק דינו של בית המשפט המחוזי מצמצם יתר על המידה את המושג פרסומת סמויה באופן שהוא כולל רק פרסומת "תת-ספית". משכך, מרבית הפרסומות מותרות אפילו שהצופה אינו מבחין בהן ככאלו. לגישתנו, פרסומת אסורה היא מושג רחב יותר. עצם הסתרת כוונה או מניע פרסומי צריך להיות אסור, שכן אין זה עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק הגנת הצרכן להגן על הצרכן, והוראותיו.
 בפרק המבוא עמדנו על האינטרסים הנוגדים העומדים ביסוד הסדרת פרסום סמוי. יש שיטענו כי יש לפרש את המושג פרסום "סמוי" באופן מצמצם ובתוך כך לאפשר מגוון של פרסומות אפילו אם לא כל צופה יכול בנקל לזהותן ככאלו. ברם בחינת השיקולים לצמצום הפרשנות אינה אלא חזרה על אותם שיקולים המבהירים מדוע נחוץ השימוש בכלי התקשורת לצורך שיווק מוצרים. אם כך הדבר, מדוע לא להציג את הפרסומת ככזו, ומדוע יש להסוותה בשיטות שונות כחלק "טבעי" מהעלילה או מתכנית השידור הנחזית להיות אובייקטיבית? מדוע לא לחשוף את קשר ה"פרסום-תשלום"? מדוע לא לחשוף את המניעים של המפרסמים ואת כוונותיהם? במילים אחרות – מדוע לא להפוך את הסמוי

33 ע"א 9588/11 המועצה הישראלית לצרכנות נגד הד ארצי בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.2013).
 34 עניינו של הערעור היה בנוגע לקלטות ילדים, אולם השימוש במונח "תקליטורים" הוא מודרני יותר והתכלית זהה. ראו לעיל ה"ש 12.
 35 ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי פסק דין בתובענה ייצוגית יהיה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשם נהלה התובענה הייצוגית, אלא אם נקבע במפורש אחרת בחוק זה.

לגלוי? ערכו של המוצר המשווק איננו בזכות עצמו או בזכות הפרסומת המשווקת אותו אלא בזכות תוכן העלילה שבה הוא משולב או בזכות השחקן שקנה שם ומציג אותו כאילו זו בחירתו המועדפת. משום כך גם הסתרת המניע המסחרי מהווה הטעיה ולא רק מצב שבו המוצר איננו נראה לעין.

להשקפתנו, כל פרסום סמוי הוא אסור כיוון שטמון בו ממד של הטעיה וגנבת דעת. הטעיה היא עברת ליבה בחוק הגנת הצרכן. פגיעה ב"דעת" הצרכן באשר לפרטי העסקה היא פרקטיקה לא הוגנת של הטעיה. זהו הקו שאמור להנחות את פרשנות הפסיקה להוראות החקיקה הצרכנית. פרשנות זו נתמכת בלשון החוק ותכליתו, כפי שיובהר. כאשר מדובר בילדים, הקו המנחה הוא הגנה מרבית. זו לא תתמצה באיסור פרסום סמוי אלא גם בפרסום גלוי כשמטרתו היא להשפיע על ילדים לרכוש מוצר שיש חזקה עובדתית וידיעה שיפוטית שלפיה ילדים הם חסרי ניסיון ונוחים להשפעה. תמימותם היא אפוא לחם חוקם של הפרסומאים המבקשים לשווק מוצר.

לגישתנו, כל צופה עלול להיות מושפע קוגניטיבית מהפרסום הסמוי, ובמיוחד בני נוער וילדים הצופים בקלטות. מידת ההשפעה היא פונקצייה של גיל, אך אנו סבורות כי לא צריכה להיות הבחנה לשם גידור האיסור על פרסומת סמויה. המחוקק היה מודע להשפעתן של הפרסומות, אף הגלויות, על ילדים, ודחה את האפשרות להבחין בין גילאים שונים. התקנות האוסרות על פרסומות מסוימות המכוונות לקטינים מתייחסות לילדים כמקשה אחת עד לגיל 18.

לכאורה "תוכן שיווקי" זכאי להגנה מכוח חופש ביטוי מסחרי המוגדר "כאבר מאבריו של חופש הביטוי".³⁶ בישראל חופש הביטוי המסחרי הוא יציר הפסיקה. הוא נגזרת פריטיקולרית של חופש הביטוי שזכה למעמד חוקתי על-חוקי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגם שזכות זו לא עוגנה מפורשות בחוק היסוד.³⁷ גבולות חופש הביטוי המסחרי צרים מאלה של חופש הביטוי האמנותי וצרים אף יותר מאלה של חופש הביטוי הפוליטי.³⁸ יש המגדירים ביטוי מסחרי: ביטוי שמוציאים כסף עבור אמירתו. זוהי הגדרה שמתמקדת באופן אמירת הביטוי ולא בתוכנו. היא מכוונת בעיקר לפרסומת בכל אמצעי התקשורת.

36 בג"ץ 606/93 קידום בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994).

37 ראו גם יפה זילברשץ "על חופש הביטוי המסחרי" משפט וממשל ג 509 (1996).

38 בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד (4) 178 (2000); פרשת קידום, לעיל ה"ש 36; בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווקי ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751 (1996), שם נטען כי יש בתשדיר הפרסומת משום פגיעה בטעם הטוב, בכבודו וברגשותיו של ציבור רחב ובחינוכם של קטינים. העתירה נדחתה בין היתר משום שלא הונחה תשתית מספקת להוכחת הטענה, וכן לא הוכח הרף הנדרש לפגיעה האמורה כ"משמעותית וחמורה".

הבעיה המרכזית הטמונה בהגדרה זו היא שהיא עלולה להיות רחבה מדי ולכלול גם פרסומות בנושאים פוליטיים ולא רק פרסומת לקנייה או למכירה של מוצרים או שירותים.³⁹ ניתן להגדיר ביטוי מסחרי כביטוי שמטכוונים להרוויח כסף בגין אמירתו. הגדרה זו מבוססת על רצונו הסובייקטיבי של המבטא לזכות ברווח כספי בעקבות הביטוי. אלה כאלה אינם ראויים להגנה חוקתית, כיוון שהם מנווטים את מחשבתו של הצופה לפי התוכן השיווקי שאותו הם מעוניינים למכור. אין כאן הבטחה להתמודדות הוגנת בין המפרסמים המאפשרת לציבור לגבש את דעתו בדבר המוצר או השירות העדיפים. שונה הדבר אם מושא ההגנה הוא תוכן הביטוי המסחרי. תוכן זה יהיה מוגן אף אם למשל יש בו פגיעה ברגשות הציבור. בית המשפט העליון קבע כי הביטוי המסחרי, דוגמת הפרסומת בטלוויזיה, כלול בזכות החוקתית המוגנת לחופש הביטוי. לפיכך ניתן לפגוע בו רק בנסיבות של פגיעה חמורה ברגשות, ורק אם הפגיעה היא מידתית.⁴⁰ ברם מפיקי הקלטות השותלים מוצרים מסוימים במהלך העלילה, כשהשחקנים בה מעידים על איכותה, אינם יכולים לזכות בהגנה של חופש ביטוי מסחרי תוכני ולו מן הטעם שהם אינם עוסקים במכירת המוצרים אלא רק הם מפרסמים את המידע על המוצרים.⁴¹

כך או אחרת, אין מקום להעלות טיעון בדבר הגנה על חופש הביטוי המסחרי התוכני במסגרת המיתוג הסמוי, שכן השאלה אינה אם לאפשר ביטוי מסחרי אם לאו, אלא אם הביטוי הוא גלוי ולא סמוי. חוק הגנת הצרכן ותקנותיו מאפשרים ביטוי מסחרי או כי גורם מסחרי יזכה לביטוי, ובלבד שלא יטעה. רוצה לומר, חופש הביטוי המסחרי זוכה להכרת המחוקק בדיני הגנת הצרכן, ובלבד שיהיה גילוי מתן החסות וחשיפת הפרטים המהותיים בעסקה. שימוש בדרך שיווקית להסתרת הידיעה כי מדובר בתוכן שיווקי או במסר שיווקי – פסול.

2. מה בין "תוכן שיווקי" מסחרי לבין "פרסום סמוי"

תמונה בעינינו המשגת הפרסום בקלטות הווידאו לילדים כ"תוכן שיווקי" במובחן מ"פרסום סמוי". "תוכן שיווקי" מוגדר בין היתר כ"מתן חסות, גם כאשר היא מתבטאת בהצבה של מותגים ומוצרים מול עיני הצופה – ולא בהודעת חסות".⁴² "המונח 'תוכן

39 זילברשץ, לעיל ה"ש 37, בעמ' 512.

40 בג"ץ 226/04 נטו.מ.ע. סחר מזון בעמ' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 1.9.2004).

41 זילברשץ, לעיל ה"ש 37, בעמ' 514.

42 נחמה לאור, סמנכ"ל אסטרטגיה ומחקר "תוכן שיווקי" – פוליטיקה של הגדרה? (30.1.2006) www.rashut2.org.il; מובא אצל רון תקווה "מסמך רקע בנושא: תוכן שיווקי" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 5.2.2006).

שיווקי' הוא אפוא מיתוג מחדש של תופעת הפרסום הסמוי ומיצובה".⁴³ מונח זה הוא אוקסימורון שנועד להסוות את מהות התופעה ואת תוצאותיה הציבוריות ולמנוע דיון ביקורתי עליה.⁴⁴

על הגדרת "פרסומת סמויה" עמד מבקר המדינה יעקב מלץ בדוח מבקר המדינה לשנת 1987, תוך שהוא מותח ביקורת על הסלחנות כלפי החדרת תוכן שיווקי סמוי במשדרים. לדבריו, "אזכור שם של מוצר, שירות, ארגון או איש, במהלך תכנית טלוויזיה או רדיו, שאינו מתחייב מציווי הסיקור העיתונאי, מהווה פרסומת סמויה, שעשוי להיות לה ערך עסקי רב".⁴⁵ מבקר המדינה מיכה לינדנשטראוס חזר על כך בדוח מבקר המדינה לשנת 2006 וכן בדוח מבקר המדינה לשנת 2012 והדגיש כי "יש סלחנות יתר" לשתילת תוכן שיווקי סמוי בטלוויזיה.⁴⁶ בדיון שהתקיים ביום 13.6.2006 בוועדת הכלכלה של הכנסת כינה יו"ר הוועדה דאז משה כחלון את המונח "תוכן שיווקי" "מכבסת מילים שמאחוריה מסתתר פרסום סמוי".⁴⁷ בהקשר זה הוסיף: "ישנו חשש כבד של השפעה בלתי רצויה על הצופה, וזה מסוכן בעיקר כשמדובר בילדים". על כן הוא סיכם דיון שני של הוועדה בנושא זה בקביעה שפעילות "התוכן השיווקי" אינה כחוק ויש לאסור אותה, לפחות עד הסדרת הנושא בחקיקה, שבסופו של דבר אסרה על שימוש ב"תוכן שיווקי", גם לפי שיטת מליצי הפרסומאים, בתכניות ילדים. על כך הוסיפה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) דאז עו"ד דוידה לחמן-מסר: "לא לכך התכוון מי שחוקק את חוק הרשות השנייה. אם רוצים לשלב תוכן שיווקי בשידורים, הכנסת צריכה קודם לקבל הכרעה ערכית בעד או נגד". עוד הטעימה כי תוכן שיווקי פוגע בחופש הביטוי, שכן "היוצר יוצר מדמו... אבל אם בא אליו מי שמממן את היצירה ואומר לו 'לא מדמך תיצור אלא בהשפעה של חברת 'אסס', יש כאן פגיעה בחופש הביטוי".⁴⁸

(א) גם הצגת מוצר בגלוי יכולה להיחשב פרסומת סמויה

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נקבע שהמוצרים המופיעים במשדר הם גלויים, אולם כוונת הצגתם תמורת תשלום איננה גלויה.⁴⁹ עוד נקבע כי חלק מהמוצרים אף אינם בעלי

43 ש.ס.

44 באלניט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

45 מבקר המדינה פרסומת סמויה בטלוויזיה וברדיו (דוח שנתי 38, 1988).

46 מבקר המדינה היבטים בפעילותה של המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (דוח שנתי 62, 2012).

47 ראו פרוטוקול מס' 24: "פרסום סמוי ('תוכן שיווקי') בשידורי הטלוויזיה".

48 דיון בוועדת הכנסת מיום 28.1.2007.

49 בהקשר זה יוער כי ברי שהמוצר יהיה גלוי – לעין הרואה או לאוזן השומעת – באופן שהוא פורץ בקלות את החלל התודעתי של הצרכן.

קשר ישיר לעלילה, והפרסומות אינן מובחנות ברצועת זמן מסוימת אלא הן חלק ברצף העלילתי. יתר על כן, ניתן להבחין במקרים שבהם מואדרות תכונות המוצר כחלק מן הקלטת. בית המשפט אף מצא לנכון להדגיש כי "בין שתיקרא 'פרסומת סמויה' בהקשר שלילי ובין 'תוכן שיווקי' בהקשר חיובי או נייטרלי, ענייננו באותה תופעה ממש: הצבת פרסומת בתוך תוכן, ולא בפרסומת בעלת זהות מובחנת שניתן להתייחס אליה ככזו... ענייננו בפשטות בהצבת מותגים בתוך קלטות תוכן, באופן שהוא ניכר לעין, אך לא מודגש שמדובר בפרסומת".⁵⁰

נוכח ממצאים עובדתיים אלו נראה לנו שטעה בית המשפט כשקבע שהפרסומת היא גלויה. לשיטתנו, המבחן הוא איננו טכני חיצוני – היכולת לזהות מוצר – אלא מבחן של מהות פנימית: מה עומד מאחורי הצבת המוצר. בחינתה של פרסומת צריכה להתמקד לא ביכולת לזהות מוצר גלוי אלא ביכולת לזהות את הכוונה הפרסומית גם אם לא הייתה כוונת הטעיה אך יש פוטנציאל להטעיה. לאמור: הדגש הוא לא ביכולת "לזהות בקלות את המותג שהוצב" בפרסומת וביכולת להבחין "שאינן המדובר אלא בעמדת מוצר", כלשון בית המשפט המחוזי, אלא ביכולת להבחין בתוכן הפרסומי בנפרד מהעלילתי. בפרשת הד ארצי לא רק שלא הוכחה הפרדה בין תכנים פרסומיים לבין תכנים מערכתיים, אלא גם אי אפשר לזהות כל מסר פרסומי. ההפרדה וזיהוי המסר הם הם העומדים ביסוד האיסור של הפרסום הסמוי.⁵¹

אשר על כן, קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה הצגת המוצרים גלויה היא, ועל כן אין בכך משום פרסומת "סמויה", איננה יכולה לעמוד. על מנת להיכלל בהגדרת הפרסומת הסמויה הדגש איננו באופן חשיפת המוצרים אלא באופן השיווק הפרסומי ובכוונתו. בית המשפט המחוזי אישר את השתלת התוכן השיווקי מפאת היותו ממוקד בחשיפה ישירה של המוצר – דבר העומד בקריטריונים של שילוב המוצרים המסורתי. ברם אופן פרסום זה הוא לגיטימי כשהפרסומת ברורה לעין. בית המשפט המחוזי התעלם מהשיטות העכשוויות של שילוב המותגים "כמיתוג סמוי". "תוכן שיווקי" או שמא יש לומר "פרסום סמוי" מתבטא ב"שיטות שונות לשילוב מוצרים. למשל, בתכנית 'כוכב נולד' האמריקאי, אמריקן איידול, מראים כוסות של קוקה קולה על שולחן צוות השופטים.... יש תכניות שאפשר שלא רואים את המוצר עצמו אלא רואים רקע וצבעים שבאים לשרת את המוצר".⁵² אין הבדל בעניין זה בין תוכן טלוויזיוני לבין קלטות וידאו לילדים.

50 פרשת הד ארצי, לעיל ה"ש 10, פס' 23.

51 ראו גם גינוסר, לעיל ה"ש 3.

52 יורם מוקדי, יו"ר המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פרוטוקול מס' 24.

"מיתוג סמוי" הוא כל מסר שיווקי המשולב בתכניות טלוויזיה מתוך מתן תמורה חומרית. אין מדובר במסרים המופיעים בזמן הפרסומות אלא בתכניות עצמן, כאשר "העדויות החשובה ביותר לעוצמת השיטה היא הופעתו של ענף חדש בתעשיית הטלוויזיה הישראלית שאנשי השיווק והפרסום המקדמים אותו מכנים אותו בשם "תוכן שיווקי".⁵³ יוער כי המסרים השיווקיים אינם מתמקדים בהכרח במוצר עצמו אלא כאמור אף בייצוגים חזותיים של המותג ובקידום של תפישות עולם וערכים ההופכים חלק בלתי נפרד מהתוכן המוצג לצופים.⁵⁴ הצבת מוצרים גורמת לטשטוש ההבחנה בין פרסום ובין תוכן מערכתי, ומכאן – לחוסר יכולתם של הצופים להבחין בין שני סוגי המסרים המשווים ולחוסר יכולתם להתעלם מן המסרים הפרסומיים, למשל באמצעות שלטוט לערוצים אחרים או עזיבת המרקע. לכן חוקרים רבים מתייחסים להצבת מוצרים כאל פרקטיקה מכוונת של רמייה והטעייה של ציבור צופי הטלוויזיה, בעיקר כאשר המסר הפרסומי מופנה לילדים ובני נוער שעליהם ההשפעה גדולה בהרבה, ולכן היא גם בעייתית יותר.⁵⁵

(ב) יחסי הגומלין שבין פרסומת סמויה לבין איסור הטעייה

סעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן קובע כי "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תוכנה איננו מוטעה". סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן מגדיר פרסומת כך: "לרבות פרסום שמומן או שנתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום או כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור". מסעיפים אלו עולה כי סעיף 7(ג) לחוק מופר כאשר יש צפיות להטעייה ותוצאה מטעה גם יחד.⁵⁶ שילוב שני

53 באלינט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 16.

54 ש.ם.

55 גינוסר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3, המפנה אל Rosemary J Avery & Rosellina Ferraro, *Verisimilitude or Advertising? Brand Appearances on Prime-time Television*, 34 JOURNAL OF CONSUMER AFFAIRS 217 (2000); Steve Dix & Ian Phau, *Spotting the Disguises and Masquerades: Revisiting the Boundary Between Editorial and Advertising*, 27 MARKETING INTELLIGENCE & PLANNING 413 (2009); Sandra Lee, *Product Placement in the United State: A Revolution in Need of Regulation*, 26 CARDOZO ARTS & ENTERTAINMENT LAW JOURNAL 203 (2008); K. Stinger, *Product Placements Creep Into Children's Entertainment* (2006) <http://www.commercialfreechildhood.org/news/productplacmentcreep.htm>

56 להשקפתנו, מהעֵבֶר הפלילי, צירוף המילים "עלול להטעות" שבסעיף 2(א) עם האמור בסעיף 23(א) לחוק הגנת הצרכן, המטיל סנקצייה עונשית היה והעוסק "עשה דבר העלול להטעות צרכן בניגוד להוראות סעיף 2", משכילנו כי מדובר בעברה בעלת רכיב התנהגותי ופוטנציאל

המבחנים על העובדות במקרה הנדון כאן כאשר מדובר ספציפית בצופים שהם ילדים, מוביל לשאלה: האם האדם הסביר יכול לצפות כי ילד הצופה בקלטת יושפע מהמוצרים שהשחקנים מציגים באופן שהילד לא יבחין כי מדובר בפרסומת גרידא, ללא כל אינדיקציה באשר לטיבו האמתי של המוצר ואיכותו? האם אין סיכוי שהילד יוטעה? ניתן לשאול זאת אחרת – האם ייתכן כי ילד פלוני מסוגל לטעות ולחשוב כי הפרסום (בעניין הנדון – שקית במבה) איננו פרסומת מכוונת אלא מוצר שהשחקן בחר בו באקראי במסגרת הצגת העלילה? האם הילד יודע ידיעה אפקטיבית שבמסדר נוכחת פרסומת (הבחנה בין דקות פרסומת לבין דקות תוכן), ובהתאם, האם הוא יבחין בגבול שבין משדר "נקי" לבין משדר המתחזה לכזה, אך למעשה הוא משדר המכיל פרסומת? הרכיב הראשון בסעיף בוחן בחינה "אקטיבית" את השפעתה של פעולת הפרסומת בידי המפרסם או המשווק, ואילו הרכיב השני הוא תוצאתי, ולפיו די בקיומו של חשש – לאו ודאי – כי ילד מסוים הצופה בקלטת צפייה "פסיבית" יוטעה לחשוב כי האמור בעלילה איננו פרסום למוצר של מאן דהוא. לתפיסתנו, עצם טשטוש הגבולות בין פרסומת רגילה לסמויה מקים חזקה כי מדובר בפרסומת מטעה. ודוק, המחוקק לא הבחין בין פרסומת "גלויה" לבין פרסומת "סמויה" אלא התייחס לכולן כמקשה אחת. משמע, האיסור הכללי המעוגן בחוק הגנת הצרכן הוא רחב – באשר לכל אדם, גדול כקטן, ובאשר לכל פרסומת. אם כך, השאלה אינה אם הפרסומת מעבירה מסרים תת-ספיים אלא אם הצופה הסביר שנשללה ממנו האוטונומיה שלא להיחשף למוצר עלול להיות מושפע מתוכן המוצר ועלול לחשוב כי האמור בעלילה אינו פרסומת.

על מנת שפרסומת תהיה אסורה לפי הסעיף האמור, אין אנו נדרשים להוכיח כוונה להטעות מצד המפרסם. עצם הוכחת יסודות העוולה העובדתיים מקים חזקה משפטית של הטעיה. במצב דברים זה הנטל מונח על כתפי המשיבות להוכיח כי הפרסום אינו משפיע באופן האמור על ילדים בכלל ועל הילד המסוים בפרט לטעות ולחשוב כי האמור בעלילה המוצגת איננו פרסומת. משכך, לא היה מקום לטעמנו לדחות את התובענה על בסיס אי-עמידה של התובעת בנטל ההוכחה בנוגע לבחינת עמדת הצופה הילד. מאחר שהמוצרים "נרקמו" בתוך העלילה, על המשווק או המפרסם להוכיח כי ילד הצופה בקלטת יבחין כי מדובר בפרסומת עם הצגת המוצר בחווק זמן מסוים בעלילה המתפתחת. עיון בפסק דינו

להטעיה. אין מדובר בעברה תוצאתית הכוללת רכיב של הטעיה בפועל. אי לכך אין צורך בהוכחת קשר סיבתי בין ההטעיה לבין ההתקשרות. חוק הגנת הצרכן איננו מציב תנאי מקדמי של פגיעה ממשית בלקוח כדי שתתגבש עברה. די להוכיח כי קיים פוטנציאל להטעיה והוא מתקיים במקרה דנן משנמנעו המשיבות לחשוף את מלוא פרטי ההתקשרות של הצרכן עמן. עצם השימוש בפרסום באמצעות קלטות ילדים המכוונות לילדים רכים בשנים – בין שהפרסום גלוי הוא ("במעשה") ובין שסמוי ואף ללא כוונה מצד המפרסם ("במחדל") – ניתן אף לראות בו ניצול חולשתו השכלית של הקטין כצרכן, לפי סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן.

של בית המשפט המחוזי מלמד כי המומחה מטעם המשווקות לא שלל אפשרות זו. במצב דברים זה די היה בכך כדי לקבל את העתירה, מאחר שהמשווקות לא סתרו את החזקה שהניח המחוקק. הלכה היא כי בעל דין המבקש להיחלץ מחזקה הקיימת בחוק הפועלת נגדו נושא בנטל השכנוע בכל מה שקשור לסתירתה.⁵⁷ אם כהנחת בית המשפט המחוזי טענות הצדדים שקולות בדבר עמדת הקטין בנוגע לשאלה אם ביכולתו להבחין בקלטות כי מדובר בפרסומת, כי אז על בית המשפט להכריע לרעת הצד הנושא בנטל השכנוע.⁵⁸

נוסף על כך, סעיף 7(ג)(3) מקים חזקה כי מגיש או מנחה המשתתף בכל כלי תקשורת בפרסומת יראו בה פרסומת מטעה אם אין בה הבחנה ברורה בין עבודתו המקצועית לבין הפרסומת. הוראה זו איננה מכוונת להגנה על קטין בלבד, אך היא מקבלת משנה תוקף עת קהל היעד הוא קטינים. ההכרה בשימוש בדמות של שחקן או אישיות מפורסמת כעניין העלול להטעות מופיעה כאמור גם בסעיף 2(א)(1) לחוק הגנת הצרכן, הואיל ויש בכך משום דבר העלול להטעות צרכן בנוגע לטיב הנכס או השירות – עניין שהוא מוגדר כמהותי בעסקה. אין כל חידוש בכך ששימוש בדמות המשמשת מודל לחיקוי או למצער אהודה על קטין לצורך פרסומו של מוצר מסוים, עת ההיחשפות למוצר במסגרת צפייה חוזרת ונשנית איננה נשאת ברמה התודעתית בלבד אלא חודרת לתת-המודע, עלולה גם עלולה להוביל את הקטין לסבור כי הערך הסגולי של המוצר המפורסם גבוה מערכו הממשי. כך, סעיף 2(10) לחוק הגנת הצרכן מזהיר את העוסק לבל יעשה דבר העלול להטעות את הצרכן באשר לחסות, לעידוד או להרשאה שניתנו למכירת הנכס. האם הדמות המציגה את הנכס אכן תומכת בשיווקו ועושה בו שימוש עצמי? או שמא מונעת מאינטרס זר ואיננה אלא מתווכת בין המפרסם לבין המוצר שאותו היא מציגה בגין תמורה שהיא מקבלת עבור כך?

סוגיית הפרסומת הסמויה ויחסי הגומלין שבינה לבין איסור הטעיה נידונה בכמה פרשיות, והבולטות שבהן הן פרשות תרמוקיר, מלניק ואסם. בפרשת תרמוקיר⁵⁹ ביקשה העותרת להכין תשדיר פרסומת לחומר איטום לבידוד קירות, שיגיש שדרן המוכר בציבור במיוחד כמגיש של תכניות מזג האוויר. עם אימוצו של הנוסח החדש של כלל 24 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), התשנ"ד–1994 קבעה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו שהתשדיר לא ישובץ במהלך השעה שלפני מהדורת החדשות הכוללת תכנית מזג אוויר בהגשתו של השדרן המשתתף בפרסומת או במהלך השעה שלאחריה, כי הכלל אוסר על בעל זיכיון לשדר תשדיר פרסומת העלול להטעות את קהל הצופים. בין הנסיבות שתיחשבנה הטעיה מונה הכלל שימוש בקולו, בדיוקנו או

57 ראו למשל ד"ר 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 290 (1970); יעקב קדמי על הראיות 1779–1793 (חלק רביעי, 2009).

58 עניין נוימן, שם.

59 בג"ץ תרמוקיר, לעיל ה"ש 31.

בדמותו של איש תקשורת בתחום המזוהה כתחום מומחיותו, לשם פרסומת. עוד נאסר שידור פרסומת במהלך תכנית הכוללת את קולו או את דיוקנו של מגיש או של קריין באותה תכנית או בסמיכות אליה.

תרמוקיר עתרה נגד החלטת הרשות השנייה, אך בית המשפט העליון דחה את עתירתה. בית המשפט קבע כי המגבלות שהוטלו בכלל האמור על פרסומת מסחרית באמצעות אנשי תקשורת נועדו למנוע פגיעה כפולה באינטרס הציבור: ראשית, פגיעה באמינותה של התקשורת, שהיא בעקיפין גם פגיעה בזכות הציבור לדעת, ובמובן רחב אף פגיעה בחופש הביטוי; שנית, הטעיה של ציבור הצרכנים הנזקק לתקשורת בכל הנוגע למצרכים או לשירותים שהפרסומת מתייחסת אליהם. בית המשפט הדגיש כי ההטעיה בפרסומת אינה בהכרח גלויה ומפורשת. היא יכולה להיעשות גם בהסוואה ובעקיפין. בפרסומת הנעשית בידי אנשי תקשורת, המנצלים את האמינות שרכשו לעצמם בכלי התקשורת כדי להוסיף אמינות למצרכים ולשירותים שהם מפרסמים, יש ערך מוסף, מבחינת היצרן והמשווק, שאין לו יסוד, ולפיכך יש בו הטעיה מבחינת הציבור. כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו) נועדו למנוע הטעיה כזאת. בית המשפט העליון פסק כי בהתמודדות שבין הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק של העותרת, שהיא לכל היותר פגיעה קלה, לבין הפגיעה באינטרס הציבורי שהפרסומת המסחרית תהיה אמינה והוגנת, שהיא בנסיבות העניין ברורה וממשית, גוברת ידו של האינטרס הציבורי.

בעניין מלניק עסק העותר בייבוא פסנתרים ובמכירתם. לטענתו, בשידור מופעי אולפן שמפיקות חברות התקשורת "רשת", "טלעד" ו"קשת" שתכניותיהן משודרות ברשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, המצלמה מתמקדת במותג המוטבע או מודבק באופן בולט על הפסנתר באופן המהווה פרסומת סמויה לפסנתרים שמייבאות חברות מתחרות. בית המשפט העליון נזקק לסוגיית הפרסום הסמוי בכלי נגינה במופעי אולפן וקבע "מבחן תוצאה" ("מבחן ההשפעה על הצופים") שמשמעו כי פרסומת היא חשיפת הצופה למוצר מסחרי או לשירות מסחרי באופן ובמידה שיש בהם לתת עדיפות לאותו מוצר או לאותו שירות בעיני הצופה הסביר. אשר על כן, הטבעת מותג בתודעת הצופים, יצירת מודעות למותג, חשיפה חוזרת ונשנית שלו או קידום מותג באמצעות קישורו לאישיות ידועה או מפורסמת יכולים להיחשב פרסום.⁶⁰ לפי מבחן התוצאה, צילום של מותג כזה עשוי בהחלט להשפיע על הצופה הסביר. הוא עשוי להטביע את המותג גם בתודעת הצופה, והצופה הסביר עלול לחשוב שהשימוש של אמן במוצר מסוים מעיד על איכות המוצר.⁶¹ הפרסומת אפוא עלולה להטעות את הצרכן לסבור כי ערכו של המוצר הוא רב משהוא באמת.

60 בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נב(3) 586 (1998)

61 ראו והשוו שם, פס' 8 לפסק דינו של כבוד השופט זמיר.

הטעיית הצרכן בנוגע לערכו של מוצר עקב פרסום סמוי נאסרה גם בעניין אסם.⁶² עניינה של העתירה באסם היה השימוש בבוטת חיפושית – "שוש" – המככבת הן בתכנית טלוויזיה לילדים שמשרתת רשות השידור והן בפרסומות לחטיף שחברה מסחרית מייצרת ומשווקת, והמיועד אף הוא לילדים. בית המשפט הגדיר פרסומת שעושים אנשי תקשורת המנצלים את האמינות שרכשו לעצמם בכלי התקשורת כדי להוסיף אמינות למצרכים ולשירותים שהם מפרסמים – כפרסומת "מוסווית" שיש בה "הטעיה מבחינת הציבור". כן קבע בית המשפט כי המגבלות על פרסומת סמויה במסגרת שבה מותרים שידורי פרסומת מסחרית מעידות כי גם מקום שבו מותרת פרסומת, יש להביא לידיעת הצופים שהם נחשפים לפרסומת על מנת שיוכלו לבחנה על פי מיטב שיפוטם ולהפעיל כלפיה שיקול דעת ביקורתי.

בית המשפט העליון עמד על ההיבטים המזיקים הגלומים בפרסומת סמויה: חשיפת הציבור לפרסומת מסחרית שאינה מזוהה בתור שכזאת יש בה כדי ליצור את הרושם כי רשות ממלכתית ממליצה על מוצר, שירות, ארגון או איש, או תומכת בהם; פרסומת כזו, שפועלה הוא על תת-המודע של הצופה בה, יכולה להיות יעילה מפרסומת גלויה ואף מסוכנת ממנה, כיוון שהצופה בה אינו מודע לאינטרס המסחרי שבה ואינו מפעיל מנגנוני ביקורת וסינון אינפורמציה, כפי שהוא עושה בעת שהוא צופה בפרסומת גלויה; מתן יתרונות לא הוגנים בתחרות המסחרית באמצעות העדפת גורם או איש על בסיס קשרים אישיים או אחרים; מניעת הכנסות מרשות השידור מפרסומת מסחרית באמצעות מתן פרסומת חנים; פתיחת פתח לקבלת טובות הנאה אישיות.⁶³ בית המשפט חזר על מבחן התוצאה שנקבע בפרשת תרמוקיר⁶⁴ וקבע כי כיכובה של הבובה "שוש" במסגרת התכנית המשודרת בערוץ הראשון הוא בבחינת פרסומת סמויה: התכנית "החברים של שוש" מבוססת על הדמות "שוש" ונושאת את שמה; הדמות "שוש", שבמוקד התכנית של רשות השידור, זהה לדמות "שוש" המופיעה על גבי החטיף שמייצרת חברת עלית ואשר מככבת בתשדירי הפרסומת בערוץ השני; במהלך התכנית שמשרתת רשות השידור נעשה שימוש רב בשם "שוש" וכן במשחקי מילים שיש בהן כדי להזכיר את ססמת המכירות של החטיף "שוש" בערוץ השני; התכנית "החברים של שוש" משודרת בשעות שבהן ילדים – שהם קהל היעד של התכנית – נוהגים לצפות בטלוויזיה. הילדים הצופים לומדים גם לקשר בין הדמות "שוש" מן הטלוויזיה לבין המותג "שוש" שעל גב החטיף. הדמות "שוש" מתחבבת על הילדים במהלך הצפייה החווייתית בתכנית הטלוויזיה והופכת להיות מוכרת ומושכת. יש לכך השפעה מהותית על העדפת הילד כצרכן לצרוך את החטיף "שוש". מלבד תקנות

62 בג"ץ אסם, לעיל ה"ש 31.

63 בית המשפט מפנה למבקר המדינה, דוח שנתי מס' 38 לשנת 1987, עמ' 784. ראו גם בג"ץ

בג"ץ תרמוקיר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 415.

64 בית המשפט מפנה לעניין מלניק, לעיל ה"ש 60.

הגנת הצרכן האוסרות גרימת העדפה זו עקב פרסומת גלויה, ענייננו כאן בפרסומת סמויה המייחסת למוצר ערך מטעה. הנה כי כן, בכל הנוגע להגדרת פרסומת שעושים אנשי תקשורת המנצלים את האמינות שרכשו לעצמם בכלי התקשורת כדי להוסיף אמינות למצרכים ולשירותים שהם מפרסמים – בית המשפט העליון ראה בכך פרסומת "מוסווית" שיש בה "הטעיה מבחינת הציבור".

אך בכך לא סגי. בעתירה מושא דיוננו לא נתגלעה כל מחלוקת עובדתית בכל הנוגע לקבלת תמורה בעד הפרסום. אין ספק כי התלות שבין הפרסום לתשלום היא פרט מהותי בעסקה, ובחשיפתו יינתן לצרכן כלי נוסף להערכת אמינות הפרסום. חשיפת הקשר פרסום–תשלום תבהיר לצרכן כי למפרסם יש עניין מסחרי בפרסום, והוא ישיכל לכלכל את צעדיו בתנאי ודאות מלאים אם לרכוש את הקלטת לילדו. ויודגש, סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן מונה שורת עניינים הנחשבים עניין מהותי בעסקה שאי-גילוי הוא הטעיה. הרשימה שנקבעה איננה רשימה סגורה אלא "רשימה מדגימה בלבד".⁶⁵ מבחן ההטעיה הצרכנית אינו דורש שההטעיה תתייחס דווקא לאחד העניינים המנויים. הדגש הוא חובת הגילוי. אי-גילוי אחד העניינים המפורטים בסעיף ייחשב להטעיה במחדל.⁶⁶ אי לזאת, אי-גילוי הקשר פרסום–תשלום הוא בגדר הטעיה. כאשר משווק הקלטת אינו מציין על אריוזת הקלטות כי עלילותיהן שזורות במסרים פרסומיים, יש העלמת עניין "מהותי" בעסקה. כאמור, סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן אוסר על עשיית מעשה העלול להטעות צרכן בעניין מהותי בעסקה המשמש "חסות, העידוד או ההשראה שניתנו לייצור הנכס או למכירתו או למתן השירות".⁶⁷ אי-גילוי הפרסום ודבר תמורתו על גב הקלטת בבירור ובשקיפות הוא בגדר פרט מטעה ומהווה אף הוא כאמור הפרת סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן. בהיעדר חשיפת הקשר האמור אדם סביר יכול בהחלט להניח שאין מדובר בפרסומת גם אם התוכן אינו מטעה, ודי בכך שמשווק קלטת נמנע מלחשוף את עובדת קבלת התשלום כדי שיחול סעיף 7(ג)1 לחוק.⁶⁸

אף אם "תוכן שיווקי" מיועד להורה ולא לילד, הרי שמאחר שמשווק הקלטת שאינו מצביע במובחן על המקום שבו מושתל אותו "תוכן שיווקי", מטיל על ההורה משימה המסכלת את המטרה שבגינה רכש לילד את הקלטת בכך שייאלץ לשבת עם הילד ולאחר היכן מצוי אותו "תוכן שיווקי" בעיניים של "האדם הסביר". ייתכן שגם בגין כך יוכל ההורה לטעון להטעיה מאחר שהקלטת אינה משרתת את המטרה שלשמה נרכשה. יש בזאת אף פגיעה באוטונומיה של הרצון עת היה באפשרותו של ההורה לרכוש קלטת ללא "תוכן

65 דברי ההסבר לס' 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981, ה"ח 1469.

66 סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך ב – הדין המהותי 275 (2012).

67 ס' 2(10) לחוק הגנת הצרכן.

68 ראו גם דויטש, לעיל ה"ש 66, בעמ' 379–380.

שיווקי". הפגיעה באוטונומיה מתבטאת גם בשליטה של המשווק, של המפיק או של המפרסם במחשבות של הקטין בכך שהפרסומת שתולה באופן סמוי בעלילה ללא יכולת של הקטין להימנע מצפייה בה.

לגישתנו, קבלת עמדתן של המשיבות להתיר להן לשלב "תוכן שיווקי" בקלטות המכוונות לילדים ללא הבחנה משמעה מתן הכשר לפגיעה באוטונומיה של הילד והענקת "רישיון" חוקי למפרסמים לשלוט במחשבותיו של הילד ולתעדף את רצונותיו וטעמיו, כמו גם כפייה, פשוטה כמשמעה, על הורה לגדל את ילדו שלא על פי טעמו, שעה שהוא שרוכש את הקלטת לילדו, והשימוש בפרסום נעשה ללא רשותו ואף ללא ידיעתו (משאין הודעה על כך על גב הקלטת). ההורה לא ביקש את הפרסום, ופרט זה בעסקה נגלה אליו לאחר צפיית ילדו בקלטת. גם בכך ניכר ממד של הטעיה וגנבת דעת. הטעיה נגרמת מכך שהעוסק לא הודיע לצרכן את שהיה צריך להודיע, גם אם לא הסתיר את המידע במתכוון. גנבת דעת אסורה גם במקום שאין בו בהכרח הפסד כספי לצרכן, כאמור בדברי התוספתא – "שבועה גנבים הם. הראשון שבכולם – גונב דעת הבריות"⁶⁹.

(ג) הטעיית הציבור בפרסום במשפט העברי

דומה בעינינו כי הפנייה למשפט העברי תפרה את הדיון. ההלכה מתנגדת מאוד ל"מכבסת מילים". מאחר שפרסום סמוי נושא קונוטציה שלילית, טבעו הפרסומאים מונח בעל קונוטציה ניטרלית-חיובית תחתיו, בשם "תוכן שיווקי". יש חשיבות הלכתית ואתית עליונה לשאלת המינוח. חרף הקביעה שיש להעדיף לשון נקייה, ובשל כך התורה "המקמצת" במילותיה האריכה לכתוב בסוגיית הפתיחה למסכת פסחים את המילים "אשר איננה טהורה" במקום "טמאה", הדגישו הראשונים כי הדיוק קודם לכול. כך למשל קיים קושי להגדיר את המידע המועבר לקטינים במסגרת הפרסום הסמוי כאמתי ומדויק. אי לזאת, קובע הרב יובל שרלו, יש להתנגד נמרצות למינוח "תוכן שיווקי" ולהעדיף את הביטוי בעל הקונוטציה השלילית ואולי אך "לתור אחר מינוח חריף יותר שיתאר את המציאות כראוי". שכן, הוא מטעים, "למינוחים כידוע יש השפעה ניכרת על התוצאה הסופית של הדיון". מלבד זאת, קיימת חובת הגנה של הפרסום על הרואה והשומע ולא על ילדים בלבד. כבר בתורה כתוב "...כי תאמר אלי שאהו בחיקך כאשר ישא האמן את הינק על האדמה אשר נשבעת לאבותיו" (במדבר יא 12). על כך יש להוסיף כי ההלכה מכירה ברצון הפרט לגדל את ילדיו על פי טעמו ובאיסור הטעיית הציבור. ולהמחשה: "אין מערבין פירות בפרות, אפילו חדשים בחדשים, ואין צריך לומר חדשים בישנים. באמת ביין התירו לערב קשה ברך, מפני שהוא משביחו. אין מערבין שמרי יין ביין, אבל נותן לו את שמריו. מי שנתערב מים

69 תוספתא בבא קמא, ז, הלכה ח.

ביינו, לא ימכרנו בחנות אלא אם כן הודיעו. ולא לתגר אף על פי שהודיעו, שאינו אלא לרמות בו. מקום שנהגו להטיל מים ביין, יטילו" (בבא מציעא ד). לשיטתו, השתתת הדיון בפרסום סמוי על חובות הזכיינים להיות אנשים ישרים ולא להונות את הבריות הייתה יוצרת כללים חמורים יותר נגד הפרסום הסמוי, כאשר "חלק מכללים אלה היו מעוגנים בחקיקה, וחלק מכללים אלו היו שפה ציבורית שאינה מוכנה לקבל את המציאות של הפרסום הסמוי, והייתה מוחה באופן מתמיד על כל ניסיון לפעול לאור הפרסום הסמוי". מלבד השיח והשפה התורנית יש גם חובות ממוקדות הקשורות באיסור הפרסום הסמוי. כך למשל החובה של "מדבר שקר תרחק". התורה איננה מסתפקת באיסור השקר אלא מטילה חובה להתרחק ממנו. הפרסום הסמוי איננו התרחקות מהשקר. חובה נוספת היא איסור להונות. איסור הונאה אינו רק איסור ממוני – כך למשל מחירים מופקעים – אלא גם הונאת דברים וצער הנגרם לאדם בשל התנהגות לא ראויה כלפיו. חובה זו, ככל הנראה, יונקת מ"לפני עיוור לא תתן מכשול". הצופה הוא מטאפורית ה"עיוור", שכן הפרסום הסמוי נשען על אי-שימת לבו של הצופה לעובדה ש"דוחפים" לו מוצרים מסוימים, ובזאת המשתמש בטכניקת הפרסום שם מכשול לפניו. כל שכן, שעה שמדובר בילדים. שכן, יש בכך משום מתן עצה שאינה הוגנת בפני מי שאינו יכול להפעיל ביקורת ראויה על עצה זו. מכוח זאת קובע הרב שרלו כי "ניתן לומר בוודאות כי עמדת היהדות בעד שידורים שאין בהם פרסום סמוי חזקה בהרבה מהמקובל, ובאופן עקרוני האתיקה היהודית שוללת פרסום סמוי. היא שוללת טכניקה זו של פרסום מכיוון שפת הזכויות של הצרכן; היא שוללת טכניקה זו של פרסום גם בשל שפת החובות המוטלות על הגוף המשרד, היונקות מאיסורי שקר, אונאה ושימת מכשול לפני עיוור; היא שוללת טכניקה זו של פרסום בשל רצונה לעצב רשות רבים ציבורית ופרטית בה אין התמכרות לצרכנות... אין אנו נכנסים לשורה המדויקת של כללי האתיקה ההלכתיים של הפרסום הסמוי. אנו רק קובעים כי מעולמה של האתיקה היהודית עולה כי ההתנגדות לפרסום הסמוי היא משמעותית ביותר, וחזקה יותר מאשר המקובל במערכת המחשבה הליברלית המערבית".⁷⁰ עינינו הרואות אפוא כי הגישה הערכית בארץ מתאימה דווקא לגישת המסורת היהודית.

3. פרסומות אסורות המכוונות לקטינים

(א) הנחות יסוד בדבר יכולתם של ילדים להבחין כי מדובר בפרסומת המושלת בתוך העלילה

סעיף 7א(א) לחוק הגנת הצרכן אוסר איסור גורף על אדם לפרסם או לנקוט דרך שיווקית אחרת אם אלה עלולות להטעות קטין או לנצל את גילו או את תמימותו או את חוסר ניסיונו.

70 שרלו, לעיל ה"ש 9.

הנחת המוצא של המחוקק היא שקטין הוא חסר ניסיון ומאופיין בתמימות מוגברת. קטינים נוחים להשפעה מאחר ששיקול דעתם עשוי להיות פגום, וההבנה שהם מגלים בדרכי מסחר איננה מלאה.⁷¹

תקנות הגנת הצרכן בעניין פרסומת המכוונת לקטינים לא הבחינו בין שלבי בשלות שונים בקרב הקטינים. בפרשת הד ארצי נתגלעה מחלוקת בין המומחים: המומחה מטעם המועצה הישראלית לצרכנות סבר כי אין לאפשר כלל שימוש בהעמדת מוצרים בקלטות וידאו המכוונות לילדים, ואילו המומחה מטעם המשיבות סבר כי אין מניעה לעשות כן, וכי קהל היעד, לרבות ילדים בני 5–8, מודעים להבחנה שבין העלילה לבין הפרסומת ויודעים לזהות את הפרסומת גם כאשר היא מופיעה כהעמדת מוצר. הוא סבר כי יכולת ההבחנה בין תוכן שיווקי לבין העלילה איננה נחלתם של המבוגרים בלבד אלא גם של ילדים בני 5 ומעלה.⁷² בית המשפט המחוזי דחה את מסקנתו של המומחה מטעם המשיבות מאחר שהתברר כי המאמר שעליו ביסס את מסקנתו מתייחס לפרסומת ללא סיווג קהל היעד, ואף נשמעת בו דרישה להחמיר את הפיקוח על פרסומת לילדים. אשר על כן נקבע כי לא נמצא בסיס אקדמי לקביעה כי ילדים בגיל 5–8 מודעים לפרסומת בדרך של העמדת מוצר, וכי קיים קושי להשיב על השאלה באיזה גיל מתחילה הבנת ילדים בנושא פרסומת. בעניין זה העיר בית המשפט כי –

"נטיית הלב ההיא להגן על קהל היעד, הילדים, ולמנוע ממנו תקלה במקרה של ספק. ואולם לא כך הם הדברים במישור המשפטי... לא באה ראייה לכך, ולא אוכל ללמוד כן מן המאמרים שהביאו שני המומחים... ניתנה האמת להיאמר: ייתכן שלא ניתן להוכיח באמצעים המחקריים הקיימים את השפעת הפרסומת מסוג הצבת מוצר על ילדים, משום שלא ניתן לבחון את המודעות של ילד להיות הפרסומת פרסומת. דווקא בשל כך נראה שדרושה התערבות ממשית של המחוקק, שיקבע באופן קטגורי כי לגבי מוצרים שנועדו לצריכה של ילדים בגילאים שיקבע, יש להימנע מפרסום, לרבות הצבת מוצר, או לחילופין יש לסמן את ההעמדה באופן ברור ומובן, שיעלה לתודעת הצופה – לרבות הילד הצופה – כי בפרסומת עסקינן."⁷³

71 ראו גם דויטש, לעיל ה"ש 66, בעמ' 706.

72 מפנה למחקר המלמד כי גם ילדים בני 5–8 מבחינים ביניהם (המובאות כפי שנכתבו בפסקה 14 לפסק הדין). ראו T.H.A. Bijmolt, W. Claassen, & B. Brus, *Children's Understanding of TV Advertising: Effect of Age, Gender, and Parental Influence*, 21 JOURNAL OF CONSUMER POLICY 171 (1998).

73 פרשת הד ארצי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 11.

לטעמנו, טעה בית המשפט במישור הדיוני, בהטילו את נטל ההוכחה על כתפי המבקש, שכן מאחר שהיסודות העובדתיים של הטעיה מוכחים, הנטל להוכיח כי אין סכנה להשפעת הפרסומת מסוג הצבת מוצר על ילדים או כי הילד אינו מודע להיות המשודר פרסומת, מוטל על המשיבות. כפי שנראה להלן, הספרות המקצועית מראה בבירור שיש הטעיה, או למצער מעשה שעלול להטעות צרכן, שכן ילדים מתקשים להבחין בין פרסומת לתכנית העלילה, והם טרם פיתחו את היכולת לסנן מסרים מסחריים, והם אף חשופים להשפעה שלילית של מסחור.

פרסומת לא מבוקרת (ללא הפסקת פרסומות למשל) המיועדת לקטינים, שמטרתה העיקרית היא קידום מכירת מוצר או מתן שירות, "עלולה לגרום להם נזק, מה גם שאין קטינים מבחינים בד"כ בין מידע ובין פרסומו".⁷⁴ במקרים שבהם העוסק משתמש בשיקול דעתו הלקוי של הקטין ומשתמש בהשפעתו של הקטין על הוריו על מנת ללחוץ עליהם לרכוש את מושא הפרסום אף יש השפעה לא הוגנת, ותכלית דיני הגנת הצרכן בישראל היא למנוע השפעה זו.⁷⁵ אין עוררין כי ככלל, ילד "נחות" ממבוגר מבחינה שכלית בכל הנוגע לייחוס ערך אמתי ופחות ספקני למוצר המוצג לו.

במסמך שחובר בנושא במרכז המחקר והמידע בכנסת כמצע לדיון בוועדה לזכויות הילד בעניין "ילדים וצרכנות", סוכם כי היכולת להבין שמאחורי הפרסומות יש כוונה מסחרית מתפתחת בגיל מאוחר מזה שבו קיימת היכולת להבחין בין פרסומת לתכנית. אף כי יש הבדלים בין מחקרים בשאלה כיצד להגדיר ולהעריך את רמת ההבנה של הילד בנושא זה, רוב המחקרים קבעו כי רוב הילדים פיתחו יכולת להבחין בין פרסומת לתכנית והבינו את הכוונה המסחרית של הפרסומת בגיל 10–12. היכולת להתמודד עם טכניקות שיווק ופרסום שאינן מסורתיות מתפתחת לרוב בגיל מאוחר יותר. השפעה שלילית של מסחור וחשיפה לפרסומות על ילדים עשויה לבוא לידי ביטוי בכמה אופנים: פגיעה בקשר בין הורים לילדיהם בשל הפצרות הילדים לרכישת מוצרים, גרימת קשיים חברתיים לילדים ולבני נוער והפעלת לחץ חברתי, פגיעה בדימוי הגוף של ילדים ובני נוער, עידוד ילדים לעשן, לשתות אלכוהול ולצרוך מוצרים אחרים המזיקים לבריאותם והבניית זהויות מגדריות והגדלת תחושת אי-השוויון בין ילדים משכבות שונות באוכלוסייה. עם זאת העדות המחקרית בדבר הקשר שבין חשיפה לפרסומות לבין השפעות שליליות אלה מועטה ואיננה חד-משמעית.⁷⁶

74 ראו דברי ההסבר לס' 7 לחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 1), התשמ"ו-1986, ה"ח 1774.

75 אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 446 (2002). ראו גם ס' 3 לחוק הגנת הצרכן.

76 אתי וייבלאי "ילדים וצרכנות" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 22.11.2010). נטען כי יש שתי סוגיות מרכזיות בנושא של ילדים ופרסומות: רמת הידע וההבנה שיש לילדים הצופים בפרסומות בטלוויזיה והשפעת הצפייה בתוכני הפרסומת על ילדים. אולם מידת ההשפעה של פרסומות על התנהגות ילדים ובני נוער, ובכלל זה השפעות כלכליות וחברתיות בהיבטים

הילדים נבחנו הן כצרכנים בפני עצמם והן ביכולת השפעתם על החלטות הקנייה במשק הבית. בחברה שבה הילדים הופכים לצרכנים אולם אינם יכולים לממן את רכישותיהם, הורים מתקשים לסרב לבקשות ילדיהם לקנות למשל את ארוחת הילדים שהיא מותג מסוים.⁷⁷

במשך עשורים נטען שהיכולת להבחין בין פרסומת לבין תוכן לגיטימי ושהיכולת לזהות כוונות שכוונות הן יכולות קוגניטיביות התלויות בפונקציה של גיל.⁷⁸ עם זאת קיימים חילוקי דעות באשר לגיל המדויק, והוא נע במחקרים בין 8 ל-12,⁷⁹ יש שהוא מצומצם ל-

רחבים יותר בעולמו של הילד, ובהם אלימות ילדים ובני נוער, השמנת יתר של ילדים ובני נוער ועישון בקרב ילדים ובני נוער, נחקרה רבות והמסקנות אינן חד-משמעיות ותלויות בעורך המחקר, באינטרסים הכלכליים או הפוליטיים שהוא מייצג, בכלי המחקר שלו ובשאלות שבדק. שם, בעמ' 4.

מיקי זלנסקי "פרסום לילדים ונוער בעידן הטכנולוגי – שאלות אתיות ורגולציה" 77
<http://www.simpleidea.us/blog/%D7%A4%D7%A8%D7%A1%D7%95%D7%9D-%D7%9C%D7%99%D7%9C%D7%93%D7%99%D7%9D-%D7%95%D7%A8%D7%A2%D7%A8>
Anees A. Sheik, L. Martin Moleski, *Conflict in* - מפנה ל-*the Family Over Commercials*, 27 JOURNAL OF COMMUNICATION 152 (1977) (וראו לעניין זה תקנה 3(5) לתקנות הגנת הצרכן בעניין איסור פרסומת לקטינים שלפיה לא יותר פרסום הקורא לילד להפציר בהורים או באדם אחר לרכוש בשבילו את המוצר המפורסם); Anne Keane & Anna Willets, *Factors that Affect Food Choice*, 94 JOURNAL OF NUTRITION & FOOD SCIENCE 4, 15-17 (1994); Helene Hill & Jennifer Tilley, *Packaging of Children's Breakfast Cereal: Manufacturers Versus Children*, 104 BRITISH FOOD JOURNAL 766 (2002); Moniek Buijzen & Patti Valkenburg, *The Unintended Effects of Television Advertising: A Parent-Child Survey*, 30 COMMUNICATION RESEARCH 483 (2003); James U McNeal & Mindy Ji, *Children's Visual Memory of Packaging*, 20 JOURNAL OF CONSUMER MARKETING 400 (2003); Janet Dixon & Cathy Banwell, *Heading the Table: Parenting and the Junior Consumer*, 106 BRITISH FOOD JOURNAL 181 (2004); Hiral Chavda, Martin Haley & Chris Dunn, *Adolescents' Influence on Family Decision Making*, 6(3) YOUNG CONSUMERS 68 (2005); Sabrina Neely, *Influences on Consumer Socialization*, 6(2) YOUNG CONSUMERS 63 (2005); James A. Roberts, John F. Tanner Jr. & Chris Manolis, *Materialism and the Family Structure-Stress Relation*, 15 JOURNAL OF CONSUMER PSYCHOLOGY 183 (2005); Jason J. Turner, Kelly James & Kirsty McKenna, *Food for Thought: Parent's Perspective of Child Influence*, 106 BRITISH FOOD JOURNAL 181 (2006)

זלנסקי, לעיל ה"ש 77. 78

DAVID L. SIEGEL, TIMOTHY J. COFFEY & GREGORY LIVINGSTON, THE GREAT TWEENS BUYING MACHINE: CAPTURING YOUR SHARE OF THE MULTI-BILLION-DOLLAR TWEEN MARKET (2004). 79

11–12⁸⁰ ולעתים הוא מגיע אף עד גיל 14.⁸¹ בשל הקושי להגדיר קבוצת גיל ניסו חוקרים להראות שחרף השוני הקיים במאפייני קבוצת הצרכנים הילדים בין התרבויות השונות, הקבוצה מאופיינת במאפיין דומה מבחינת ההשפעה הקוגניטיבית בכל הנוגע לשלב שבין הילדות לבגרות.⁸² כמו כן כבר מגיל צעיר ילדים מכירים את העקרונות הבסיסיים של סחר תמורת כסף ויודעים מהי המשמעות של הופעת צעצוע על המרקע בגלוי כשתג המחיר לידו. ברם סביר להניח שילדים מתחת לגיל 12 אינם מבינים שאתר משחקים למשל ממומן ממכירת מקום פרסום למפרסמים חיצוניים.⁸³

ככלל, הפרסומת היא "מנגנון שכנוע" ואמצעי לרכישת תשומת לבו של הצרכן. מעורבים ביצירתה יסודות פסיכולוגיים, סוציולוגיים ותחומים נוספים, כדי שזו תשפיע על שכלו של הצרכן ועל רגשותיו ו"תפעפע" לתודעתו גם מבלי שהכרתו תהא ערה למתרחש.⁸⁴ קבלת החלטה היא תהליך קוגניטיבי, ולעתים היא מאופיינת בגורמים שאינם תלויים במקבל ההחלטה, כגון פרק הזמן העומד לרשותו או כמות המידע הרלוונטי הזמין⁸⁵ ומגוון המידע. קיימות בשוק שיטות שיווק חדשות המצויות בתחום האפור של האסדרה. החלטותינו האינטואיטיביות עלולות להיות מוטות בהיעדר הזמן לעיבוד המידע הרב, ואנו עלולים לטעות בהפעלת שיקול הדעת. כך למשל שירות Facebook Beacon, המעדכן את הילדים אילו מוצרים רכשו לאחרונה חבריהם. נראה כי לא סביר שילד יבין שמדובר בתכסיס שיווקי שנועד להפעיל לחץ מצד חברים וקרובים.⁸⁶ האקדמיה מצאה כאמור קשר בין התמסחרות הילדים לבין השפעות פסיכולוגיות לא רק ברכישת מוצר אלא גם בהשפעות שליליות

Anne Dibley & Susan Baker, *Uncovering the Links Between Brand Choice and Personal Values Among Young British and Spanish Girls*, 1 JOURNAL OF CONSUMER BEHAVIOR 77 (2001)

Martin Lindstrom, *Branding is No Longer Child's Play!*, 21 JOURNAL OF CONSUMER MARKETING 175 (2004)

זלנסקי, לעיל ה"ש 77; SIEGEL; לעיל ה"ש 79; Lindstrom; לעיל ה"ש 81. כן ראו MARTIN LINDSTROM & PATRICIA B. SEYBOLD, BRAND CHILD: REMARKABLE INSIGHTS INTO THE MINDS OF TODAY'S GLOBAL KIDS AND THEIR RELATIONSHIPS WITH BRANDS (2003)

זלנסקי, לעיל ה"ש 77. ההבנה שמאחורי האתר יש אנשי מקצוע המומחים בחקר ההתנהגות ובניתוח נתוני גלישה אשר מתמידיים בחיפושם אחר דרכים להשפיע על הגולשים בדרך אפקטיבית, מהירה וזולה יותר איננה קיימת אף אצל מבוגרים רבים. זלנסקי מפנה ל-L. Mulcahy, *Most Customers Are Clueless*, available at <http://blogs.mediapost.com/spin/>

ראו ת"פ (שלום פ"ת) 1326/02 מדינת ישראל נ' אובייקטיבי מחקרים עולמיים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2005).

חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחיבה סדורה במלאכתו של השופט" שערי משפט ה' 177, 180–181 (התש"ע)

זלנסקי, לעיל ה"ש 77.

כדוגמת חרדה, הערכה עצמית נמוכה ודיכאון,⁸⁷ ומחקרים נוספים מראים למשל ש-3: 1 עד 7: 1 ילדים בארצות הברית לא היו בעלי משקל יתר לולא היו נחשפים לפרסום של מזון מהיר.⁸⁸ המסקנה המתבקשת היא שלמרות ההגנות והאסדרה הקיימת הילדים אינם מוגנים דיים.

האקדמיה האמריקנית לרופאי ילדים קבעה כי ילדים מתחת לגיל 8 הם חסרי הגנה מפני פרסומות מבחינה קוגניטיבית ופסיכולוגית. הם אינם מבינים את הכוונה למכור ולעתים קרובות מקבלים את הצהרות הפרסומות כפי שהן. מפרסמים הפונים אל ילדים כקהל יעד משתמשים לעתים קרובות בטכניקות שילדים רגישים אליהן, כגון טכניקות של תוכן שיווקי – שילוב מוצרים בסרטים ובתכניות טלוויזיה, קידום מוצרים באמצעות כוכבי טלוויזיה ועוד. נטען כי לפרסום ולמסחור השפעות שליליות רבות על ילדים ובני נוער, ובהן פגיעה כאמור בקשר בין הורים לילדיהם בשל הפצרות הילדים לרכוש מוצרים.⁸⁹

סקר שערך משרד הכלכלה בשיתוף עם המועצה הלאומית לשלום הילד העלה כי ההשפעות העיקריות על ההחלטות הצרכניות של הילדים מקורן בפרסומות ובמותגים, בחברים ובמושאי הערצה כגון זמרים ולהקות, סלבריטאים, תכניות טלוויזיה וכד'. כן עולה מממצאי הסקר כי לילדים השפעה על החלטות צרכניות של המשפחה,⁹⁰ במיוחד ילדים שטרם התפתחה אצלם היכולת להבחין בין פרסומת לתוכן טלוויזיוני.

היכולת לזהות מסרים פרסומיים היא רכיב עיקרי בהגנת הצרכן, במיוחד כשמדובר בקטינים שטרם פיתחו את היכולת לסנן מסרים מסחריים, ובמיוחד מסרים סמויים שמפניהם מגן סעיף 7(א) לחוק הגנת הצרכן.⁹¹ רציונל זה מגולם היטב בתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), הקובעות בין היתר, במסגרת תקנה 3, כי "לא ייעשה אדם פרסומת המכוונת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים שיש בהם – (1) ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר ניסיונם... (4) משום עידוד קטינים לרכוש מצרך אלא אם כן המצרך או השירות הוא מסוג שסביר שקטינים ירכשו

JULIET SCHOR, BORN TO BUY (2004); TIM KASSER, THE HIGH PRICE OF MATERIALISM 87 (2002). ראו גם זלנסקי, לעיל ה"ש 77.

Lennert Veerman, Eduard Van Beeck, Jan Barendregt & Jhon Mackenbach, *By How Much Would Limiting TV Food Advertising Reduce Childhood Obesity?* 19 EUROPEAN JOURNAL OF PUBLIC HEALTH 365 (2009).

Department for Children, Schools and Families, *The Impact of the Commercial World on Children's Wellbeing: Report of an Independent Assessment* (December 2009) מובא אצל וייבלאי, לעיל ה"ש 76.

רוני בר-צורי "דפוסי צריכה של ילדם ונוער בגילאי 12–15 בישראל: ממצאי דו"ח ביניים (משרד הכלכלה, פברואר 2007).

ראו דברי ההסבר לתיקון סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 26), התש"ע–2010, ה"ח 288.

אותו, והוא עשוי במאמץ סביר להיות בהישג ידם; (5) משום עידוד קטינים לשכנע את הוריהם או להפציר בהם או בכל אדם אחר לרכוש עבורם את המצרף או השירות". לעניין זה התקנות מגדירות את המונח "דרכי שיווק" בהרחבה רבה, באופן ש"כל פנייה של עוסק, באופן ישיר, עקיף, גלוי או סמוי לרבות באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסמיליה, פרסום קטלוגים או מודעות, שמטרתה להתקשר בעסקה או לקדם מכירות של מוצר או שירות".⁹²

תקנה 2(4) לתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים) מורה כי המידע בפרסומת המכוונת לקטינים יימסר "באופן מדויק ואמיתי". יוטעם כי במקרה הנדון לא בדקו המשווקות את ערכו הממשי של הנכס. הפרסום הוא בשל התמורה שקיבלו בגינתו, ועל כך אין הן חולקות. משכך, המידע שנמסר בתכנית אינו מהימן ומדויק, אולם גם אם הוא נכון, הצגתו בהזמנת המפרסם ובתשלום תיחשב הטעיה כאמור בסעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן.⁹³

שאלת הלגיטימיות של פרסומות המכוונות לילדים רלוונטית גם לפרסומות גלויות. המחוקק לא הסתפק בחובה כללית של איסור פרסום מטעה אלא קבע הסדר ספציפי לקטינים הן בחוק והן באסדרה באמצעות התקנות בשל רגישותה המיוחדת של אוכלוסייה זו ובשל ההשלכות הנובעות מהכוונת פרסומות אליה, בשונה מקהל יעד בוגר. על כן הוגדרו עקרונות וכללים לעשיית פרסומת ולדרכי שיווק המכוונים לקטינים. ואם לא די בכך, סעיף 2(א)(1) לחוק הגנת הצרכן מבהיר כי לא יעשה עוסק – במעשה או במחדל – דבר העלול להטעות צרכן בנוגע לטיב של הנכס או השירות. טיבו ומהותו של הנכס או השירות מוגדר כעניין מהותי בעסקה. כאמור, שימוש בדמות אהודה על קטין לצורך פרסום מוצר מסוים עלול להוביל את הקטין להפריז בהערכת שווי של המוצר. כמו כן סעיף 2(10) לחוק הגנת הצרכן מזהיר כאמור את העוסק לבל יעשה דבר העלול להטעות את הצרכן באשר לחסות, לעידוד או להרשאה שניתנו למכירת הנכס. אם כך קבע המחוקק באשר לפרסומת גלויה המשודרת לקטינים, הכיצד ניתן להסיק אחרת עת מדובר בפרסומת סמויה?

(ב) הרמוניה והיסטוריה חקיקתית: הגנת הצופה בשידור הציבורי והפרטי

בניסיונו לתור אחר הלך רוח המחוקק בסוגיה סקר בית המשפט המחוזי בפרשת הד ארצי הצעת חוק בעניין אחריות להטיה בפרסומות⁹⁴ אשר ביקשה לאסור שימוש בפרסומת סמויה

92 ההדגשות הוספו.

93 ראו גם באלניט, לעיל ה"ש 3.

94 הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – פרסום סמוי בקלטות ילדים), התש"ע-2010 (פ/2182); ראו גם משנת 2005 (פ/4105). בדברי ההסבר להצעה שהגישו חברי הכנסת חמי דורון, אליעזר זנברג ורשף חן הודגש כי אין הכוונה לפרסומות שמופיעות בתחילת הקלטת אלא

בקלטות המיועדות לילדים על דרך של שילוט מוצרים בתוך התכנים מבלי שיש גילוי נאות על גבי הקלטת. בית המשפט הדגיש שהצעת החוק נדחתה, וייתכן כי בכך אמר המחוקק את דברו. אלא שעיון בפרוטוקול ישיבת ועדת הכלכלה מיום 15.6.2010⁹⁵ מבאר כי ההצעה נדחתה משום שהיא לא הייתה אלא חזרה על הוראת חוק קיימת. המענה לתופעת אי-הגילוי הנאות של פרסומת סמויה בקלטות ילדים הוא באכיפתו של סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן. פרשנות תכליתית⁹⁶ של סעיפים 7(ג)(1) ו-7א(א) לחוק הגנת הצרכן מחייבת את קריאתם בהרמוניה עם התקנות שהותקנו לאחריהם ועם החוקים והכללים שהותוו במקביל אליהם. כפי שיפורט להלן, גם אלו אוסרים פרסומת המושלת בתוך רצף עלילתי באופן שבו הוצגה בקלטות הנידונות.

על מגמתו הברורה של המחוקק באשר לחששותיו מפני השלכות הפרסומת במסגרת צפייה באמצעי תקשורת ניתן ללמוד גם מחקיקה אחרת. כך למשל המחוקק הביע רצון מפורש להגן על אוכלוסיית הקטינים במסגרת חקיקתו את חוק איסור פעילות מסחרית במוסדות חינוך, התשס"ח-2007. סעיפים 82 ו-83(א) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 מתייחסים לאיסור שידור פרסומות שאינן מובחנות ומופרדות מן התכנית, או שבעל זיכיון קיבל תמורה כספית עבורו. היינו, הם אינם מאפשרים פרסום באמצעות הצבת מוצרים או באמצעות תוכן שיווקי. חוק הרשות השנייה וחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 והכללים שהתקבלו על פיהם אוסרים במפורש על שידור פרסומת סמויה ופרסומת אגב,⁹⁷ למשל בהצגת מוצרים גלויה באמצעות דמויות בעלות

"לפרסומות סמויות, כאלה שמשלכות את המוצרים עצמם או את סמלי הלווג שלהם בתכנים של הקלטת עצמה". כמו כן הובהר כי "מעשה זה אינו ראוי ומוכיל ילדים אשר צופים בקלטות חינוכיות להשריש את המוצר ולבקש אותו מההורים מאוחר יותר. כמו כן, ההורים אשר משלמים על הקלטת, משלמים גם על זמן צפייה בפרסומות אשר אינן הובאו לידיעתם תוך גילוי נאות".

95 פרוטוקול ועדת הכלכלה מס' 261 "הצעה לסדר היום (דיון מהיר) אי יישום סעיף 7 ג' 1 לחוק הגנת הצרכן" מיום 15.6.2010.

96 ראו אהרון ברק "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט" ספר ויסמן 1 (2002).

97 חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 וחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. ס' 82 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו מוציא כאמור מכלל אפשרות שידור פרסומות שאינן מובחנות ומופרדות מן התכנית; ס' 83(א) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו מתייחס אף הוא בעקיפין לאיסור זה וקובע במפורש: "בעל זיכיון לא יכלול במשדוריו דבר שהוא בגדר פרסומת, גלויה או מוסווית ושאינו תשדיר פרסומת ואשר קיבל עבור שידורו תמורה כספית"; כללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד-2004 מגדירים פרסומת "סמויה" כדלקמן: "פרסומת המשולבת במשדר בקול או בתמונה או בכל דרך אחרת, הנחזית להיות חלק ממנו באופן שצופה סביר עלול שלא לזהות כי יש בה פרסום למוצר או לשירות, או שיש בה כדי לקדם, לרבות שילוב שם מותג, או סמל של מוצר, שירות, עסק או כל עניין מסחרי

משקל בהשפעתן במסגרת קלטות ילדים ללא "הפסקת פרסומות" תחומה בזמן ובמרחב. בחוק הרשות השנייה ובכללים המקבילים בדבר שידורי כבלים ולוויין נקבע שפרסומת תשודר במקבצים, כי מעבר מתוכן לפרסומת יסומן בסימון אחיד שהצרכן יזהה, כי שידור פרסומת ילווה בסימון קבוע בצד המרקע וכיוצא באלו. המטרה היא אפוא ברורה: הבהרה לצרכן חד־משמעית כי הוא צופה במסר פרסומי ולא בתוכן טלוויזיוני עצמאי. עולה מהמקובץ כי ההפרדה בין תוכן לפרסום היא אבן הראשה של כל שידור טלוויזיוני מסחרי באשר הוא.

כללי המועצה לשידורי כבלים ולוויין, ובהם כללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987 וכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד-2004 אוסרים על שידור פרסומת שיש בה משום ניצול לרעה, בכל דרך שהיא, של עובדת היותם של קטינים נוחים לשכנוע יותר ממבוגרים.⁹⁸ פרסום המוצרים בתכניות הילדים נאסר גם בתשדיר פרסומת גלוי ועצמאי. מלבד זאת, חוק התקשורת החל על שידורים ייעודיים בכבלים או באמצעות לוויין (שהם ערוצים פרטיים מסחריים שבהם משתמשים צרכנים בדומה להפקה פרטית שמוכר גוף מסחרי לצורך צפייה טלוויזיונית), לרבות ערוץ הילדים, אוסר לחלוטין בסעיף 6כד כל פרסומת שהיא (גלויה או סמויה), אלא באישור השר לאחר היועצות עם הממשלה ועם ועדת הכלכלה של הכנסת.

אחר". לעומת זאת "פרסומת אגב" מוגדרת "פרסומת המופיעה לכאורה כבדרך אגב, בקול, בתמונה ובכל דרך אחרת, לרבות אזכור או מופע שמו של אדם, מוצר, שירות או עסק או שמם המסחרי", היינו הפרסומת היא גלויה וברורה אולם מופיעה כבדרך אגב בתוכן העיקרי (למשל שלטי חוצות באצטדיון כדורגל), בשונה מפרסום באופן המטשטש את הגבול עד כי הצרכן אינו מבחין או שעלול לא להבחין כי מדובר בפרסומת; חוק הרשות השנייה מקצה במפורש דקות פרסומת גלויה בס' 85(א). נוסף על כך, וכאמור, אוסרים הכללים לשדר פרסומת שלא בדרך של תשדיר פרסומת תוך הפרדה בין תשדירי פרסום לבין התכנים המערכתיים ובדבר חובת זיהוי של כל תשדיר פרסום בסימון קולי או חזותי או שניהם גם יחד. בכלל זה נאסר שימוש בפרסומת אגב, בפרסומת מוסוית ובפרסומת לא מודעת. הגם שאין אזכור מפורש של המונחים "תוכן שיווקי" או "הצבת מוצרים" בחוקים ובכללים, הן החוקים והן הכללים אוסרים את השימוש בשתי דרכי פרסום אלה. משכך, "נקודת המוצא של הדיון ברגולציה לתוכן שיווקי היא של איסור מוחלט להשתמש בפרקטיקה פרסומית זו" (גינזור, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6). ס' 6(3א) לחוק התקשורת מציב תנאים לאישור פרסומת כלשהי בערוצים ייעודיים. בין היתר קובע החוק חובה להפריד פרסומת משידור שאיננו פרסומת, הנחיות באשר למיקומם של שידורי פרסומת במסגרת משדר שאיננו פרסומת והגדרות באשר לפרסומת סמויה, כמו גם סייגים בדבר שידור פרסומת אגב, פרסומת סמויה או פרסומת לא מודעת. לעניין זה ראו גם ס' 40 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994.

98

מדברי חקיקה אלו ניתן ללמוד שהרשויות המאסדרות – משרד התקשורת, מועצת הכבלים והלוויין בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית למנויים והרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בתחום שידור הטלוויזיה המסחרית לציבור – אוסרות על שימוש בתוכן שיווקי בתכניות ילדים⁹⁹ כחלק מחובת ההגנה על ילדים ועל רצון הפרט לגדל את ילדיו על פי טעמו והגנה על הצופה מפני הטעיה, מפני גנבת דעת ומפני לחץ מובלע.¹⁰⁰ הפרקטיקה של שימוש בפרסומת סמויה לצרכים מסחריים או לאינטרסים כלכליים ניצבת לפני תמרוך "עצור" גם בכללים הדנים באתיקה בשידור, ללמדך כי יש בפרסום הסמוי משום קושי אתי. בית המשפט ער לנזקיו,¹⁰¹ במיוחד כאשר בקטינים עסקינן.¹⁰²

ד. הפשרה שגובשה בבית המשפט העליון

כאמור, בית המשפט העליון אישר את הסדר הפשרה בין הצדדים שלפיו על גבי תקליטורים המכילים תוכן שיווקי שיופקו בעתיד תודבק מדבקה על גבי העטיפה החיצונית של התקליטור, ועליה הכיתוב: "העלילה מכילה תוכן שיווקי".
אנו סבורות כי הסדר הפשרה שגובש בבית המשפט העליון איננו שלם. טוב היה לו ניתנה בעניין פסיקה תקדימית וברורה. עם זאת גם מהסדר פשרה ניתן ללמוד. מקביעתה

99 דוח שפורסם מטעם המועצה לשידורי כבלים ולוויין אשר השווה את האסדרה באשר להצבת מוצרים ב-15 מדינות שונות, המליץ בין היתר לאסור שיתופי פעולה מסחריים בדרך של הצבת מוצרים בתכניות ילדים. ראו ראש אגף מחקר וערוצים, שרון שמש "עקרונות להסדרת שיתופי פעולה מסחריים המשולבים בתוכניות מדיה", מנהלת הסדרת השידורים לציבור, מועצת הכבלים והלוויין (2004). המועצה לשידורי כבלים ולוויין ערכה שימוע ציבורי בנוגע להמלצה לאסור שיתופי פעולה כאלו (החלטה 20/2004-2 מיום 29.7.2004) ובעקבותיו פרסמה ב-2005 טיוטה לאסדרה חדשה שכותרתה "כללי תוכן פרסומי", שבה הציעה כי ייאסר שילובו של תוכן פרסומי בתכניות ילדים. המועצה לשידורי כבלים ולוויין (2005), הזמנה להצגת עמדות בעניין שיתופי פעולה מסחריים בשידורי הערוצים הייעודיים: טיוטת כללי תוכן פרסומי – נוסח לשימוע www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/5/735.pdf. גם בדוח ועדה ציבורית בראשות אסא כשר שפורסם מטעמה של הרשות השנייה נקבע כי ראוי לאסור שימוש בתוכן שיווקי בתכניות ילדים. ראו דוח ועדת האתיקה בפרסומות של מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו "תוכן שיווקי: שיתופי פעולה מסחריים בשידורי טלוויזיה" מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, ועדת האתיקה בפרסומות (2007) www.rashut2.org.il.

100 השיקולים שמנתה ועדת כשר להכרעתה בנושא. ראו שם, בעמ' 11.

101 ראו למשל בג"ץ מלניק, לעיל ה"ש 60; בג"ץ תרמוקיר, לעיל ה"ש 31.

102 כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994 אוסרים בס' 9(ב)-(ג) איסור מוחלט על פרסומת מוסווית. ס' 40 אוסר מפורשות על ניצול לרעה בפרסומת את עובדת היותם של קטינים נוחים לשכנוע יותר ממבוגרים.

בהסדר של חובה לחשוף את קשר הפרסום-תשלום משתמע שהחובה קיימת גם בשיווק הפרטי ולא רק בפרסום באמצעי התקשורת הכפופים לרגולציה. עם זאת חובת הגילוי כי העלילה מכילה תוכן שיווקי הופנתה רק כלפי ההורה הרוכש את הקלטת לילד, והפגיעה בילדים שהקלטת מיועדת להם נותרה בעינה, כיוון שיש בשידורים משום חציית הגבולות המותרים לפי התקנות הדנות בפרסומות המכוונות לילדים – גם אם זו גלויה. הסדר הפשרה לא נבחן בראיית הצרכן הקטין הצופה בקלטת אלא בראיית הצרכן הבגיר הרוכש את הקלטת. ייתכן שהמענה הוא באמצעות חקיקה שתטיל איסור גורף ספציפי על שזירתן של פרסומות בעלילה גם בקלטות המשווקות במגזר הפרטי, בדומה לקבוע בחוק הרשות השנייה וכלליו בנוגע לערוצים המוסדרים. אולם במסגרת הנורמטיבית הקיימת על הפרסומות לעמוד בתקנות הגנת הצרכן בעניין פרסומות המכוונות לקטינים אפילו הן גלויות. לסברתנו יש מענה בחוק הגנת הצרכן ותקנותיו לחובת עמידת הפרסומות המיועדות לקטינים בקריטריונים מסוימים והיותן אסורות במקום שבו אינן עומדות בקריטריונים אלו, אולם בית המשפט המחוזי לא בחן אותן כדבעי, ואישור בית משפט העליון את הסדר הפשרה לא התמודד עם אי-עמידת הקלטות בתקנות אלו.

כאמור, בהסדר הפשרה שגובש בבית המשפט העליון המונח "תוכן שיווקי" מוגדר ככזה שיש בו קשר של פרסום-תשלום. כל עוד הקשר האמור אינו חשוף, הרי ש"תוכן שיווקי" הוא פרסום סמוי. על פי ההסדר, על המפיצות לציין על גבי הקלטות כי בעלילה יש תוכן שיווקי, אך הן אינן נדרשות לפרט מהו "תוכן שיווקי", לא כל שכן מהו התוכן השיווקי במקרה הספציפי.¹⁰³ אשר על כן, הקשר של פרסום-תשלום נותר סמוי ואינו נחשף על אף היותו פרט מהותי בעסקה. משכך, ההסדר שאליו הגיעו הצדדים איננו עונה על דרישותיו של חוק הגנת הצרכן. עולה מן האמור, שחשיפה שמדובר בפרסומת ללא חשיפה בדבר אופייה, אין בה בהכרח כדי להועיל, כשמדובר בילדים.

ה. סוף דבר

ייתכן כי כאמרת חז"ל, על דבר הסמוי מן העין תשרה הברכה – פרסום סמוי מעיני ילדים מקנה רווח כלכלי למפרסמים. מאחר שרוח החקיקה ותכליתה מבקשות להגן על אוכלוסיית הקטינים ולהגביל את אלו המעוניינים בפרסום הסמוי, יש מקום לפרשנות שיפוטית

103 השוו סעיף 8 לצו סימון טובין שעניינו סימון משחקי מחשב באשר לתוכנם, על מנת לאפשר להורים לממש את זכות הבחירה אם לרכוש את המוצר בשביל ילדיהם (ההורה נחשף לתוכן, ואם המשחק מכיל תכנים של אלימות, ייתכן שיהא בכך להרתיע את ההורים מלרכוש על מנת להגן על ילדיהם לפי בשלותם).

שערי משפט ח תשע"ו

"אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין?"
על הקשר בין פרסום סמוי בקלטות ילדים לרווח כלכלי

המיטיבה עם הצרכן, לפי האמור בחוק הגנת הצרכן. כוחם התודעתי של אמצעי תקשורת למיניהם בעידן שבו הטכנולוגיה מצויה בקדמת הבמה, מצריך ריסון. המשפט אמנם ניזון מן המציאות, אך הוא גם מזין אותה. התערבות שיפוטית נחוצה כיום ביתר שאת על מנת להגן על רווחתם של קטינים, המתבטאת גם בחשיפתם לתקשורת.