

מועד החתימה: 20.1.2020

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בעניין:

1. מיה שנברגר
 2. מיכל גרא מרגליות
- ע"י ב"כ עוה"ד ליעד ורצהיזר ו/או אוהד רוזן ו/או חגי קלעי

המבקשות

- נגד -

1. עדיקה סטייל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ממשרד קריספין, רובינשטיין, בלכר ושות', עורכי דין
2. פולימוד (1994) בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רונית סיטון זלקינד
3. לייף ספורט בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ממשרד ש.פרידמן ושות', עורכי דין
4. סיטי טיים אי. אל. בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד נועם רוזן
5. מ. אקרמן בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ממשרד ליעד וטשטיין ושות', עורכי דין
6. דלק מוטורס בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ממשרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין
7. ש.י.ר – שלמה יבוא רכב בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רונית סיטון זלקינד

המשיבות

בת"צ 18-05-15396

1. הודיס בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד י' ארידור בר-אילן
2. נביעות – טבע הגליל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד מוטי ארד
3. תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד שרון קלינמן
4. אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רונית סיטון זלקינד
5. ב.נ.ז.כ סחר יבוא והפצה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד גיא גלילי
6. סאני תקשורת סלולרית בע"מ – אושרה בקשה להסתלקות
7. יונליוור ישראל שיווק בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד דרור ורסנו
8. שופרסל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ח' בלייברג

9. לוריאל ישראל קוסמטיקס בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד נ' רונן
10. קרסו מוטורס בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רונית סיטון זלקינד
11. החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד מוטי ארד
12. אל שרד בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רונית סיטון זלקינד
13. נייקי ישראל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד דרור ורסנו
14. אלוניאל בע"מ (מקדונלדס) – אושרה בקשה להסתלקות

המשיבות

בת"צ 19-04-29075

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך, מתכבד בזאת היועץ המשפטי לממשלה להציג עמדה מטעמו, כפי שתפורט להלן.

העמדה מתייחסת בעיקרה לסוגיה המשפטית העומדת במוקד ההליך, אשר עניינה, תחולת הוראות סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן" או "החוק") ויישומן, על פרסומים ברשת ה"אינסטגרם". המחוקק קבע, כי פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, תיראה כפרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה. שינוי העתים והעברת חלקים משוק הפרסום לרשתות החברתיות ובפרט לרשת האינסטגרם, ובתוך כך פרסום באמצעות השמת מוצרים על ידי ידוענים ברשת הנדונה בהליך זה, מעלה שאלות בדבר הבנת הצרכן את האמור בפרסומים והאופן שיש להביא לידיעת הצרכן את היות הפרסומים ברשת החברתית דבר פרסומת.

כפי שיפורט להלן בהרחבה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי פרסומים מהסוג הנדון בבקשות לאישור ניהול התובענות כייצוגיות באמצעות ידוענים ללא אמירה ברורה כי מדובר בפרסומת, אינו מביא את הצרכן הסביר להניח כי מדובר בפרסומת ולפיכך מנוגדים להוראות חוק הגנת הצרכן. העברת מסר באמצעות ידוענים בהיעדר גילוי על קיומו של קשר מסחרי ובהיעדר הבהרה, כי המדובר בפרסומת, מהווה פרסום סמוי העוקף מנגנוני בקרה שהצרכן מפעיל כאשר הוא מודע לכך שהמסר שבו הוא צופה הינו פרסומת.

יובהר, כי בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 18.2.2020, עמדה זו עוסקת בסוגיות המרכזיות העולות מבקשות האישור והתשובות להן. בנסיבות אלו, העמדה אינה עוסקת בשאלות העשויות לעלות מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי והפרטי, ביחס לפרסומים במרשתת, ותחולת חוק הגנת הצרכן במקרים שבהם מקום מושבו של המפרסם הוא מחוץ לישראל. בהתחשב בכך שהמשיבות בהליכים דנן הן חברות ישראליות ויותר שאלות אלה לעת מצוא.

א. פתח דבר

1. עניין של הבקשות שבנדון לאישור ניהול התובענות כייצוגיות בטענה, כי פרסום המשיבות בעזרת ידוענים במרשתת במסגרת הרשת החברתית INSTAGRAM (לעיל ולהלן גם: **"הרשת החברתית"** או **"אינסטגרם"**), מבלי שמוכן מהפרסומים כי מדובר בפרסומת, מהווה "פרסום סמוי" והפרה של הוראות סעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן וכי על המפרסמים ברשת החברתית להציג באופן ברור כי מדובר בפרסומת, שאם לא כן יראו בהן כפרסום מטעה.

2. תובענות אלו מעלות שתי שאלות עקרוניות בהן תעסוק עמדה זו:

א. האם סעיף 7(ג) לחוק ובפרט סעיף 7(ג)1) הקובע, כי **"פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה אינו מטעה"**, חל על פרסומים ברשת האינסטגרם?

ב. האם פרסומות המפורסמות על ידי ידוענים ומשפיעי רשת ברשת האינסטגרם, ללא הבהרה או ציון ברורים שמדובר בפרסומת, עשויות להוביל אדם סביר להניח, כי האמור בהן אינו פרסומת על אף תיוג הגורם המפרסם או הכללת "האשטאג" בפרסום ועל כן יש לראות בהן כפרסומות מטעות?

3. כפי שיפורט להלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי הוראות סעיף 7(ג)1) לחוק חלות על פרסומות המתפרסמות ברשת האינסטגרם. החוק חל על כל פרסומת ללא הבחנה בדבר אמצעי התקשורת או הפורמט שבה היא מפורסמת.

4. אין במאפיינים הייחודיים של רשת האינסטגרם, או פלטפורמות אחרות ובכלל זה פלטפורמות במרשתת שאינן מוקדשות לפרסומות בלבד, אלא משלבות פרסומים אישיים ופרסומים מסחריים, כדי לגרוע מהאיסור בדבר פרסום סמוי שיש בו להטעות אדם סביר, כי אין מדובר בפרסומת, ובכלל זאת השמת מוצר מבלי לגלות שמדובר בפרסומת. ניתן אף לומר, כי מטרת האיסור כאמור חלה ביתר שאת ברשת חברתית שבה משתתפים גם קטינים שהם אוכלוסייה פגיעה אף יותר.

5. על בסיס המידע המחקרי העובדתי הידוע כיום, כפי שנמסר בעמדה מקצועית מטעם הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: **"הרשות להגנת הצרכן"**), התוכן נושא בקשות האישור מועבר באופן שלא מאפשר לצרכן הסביר להבין כי המדובר בפרסומת. אין במאפיינים הייחודיים של רשת האינסטגרם, או פלטפורמות אחרות במרשתת שאינן מוקדשות לפרסומות בלבד, כדי למנוע הטעיה כאמור בייחוד כאשר רשת האינסטגרם ועמודי הידוענים בה משלבים פרסומים אישיים ופרסומים מסחריים, וזאת ללא הבחנה חד משמעית בין סוגי הפרסומים השונים.

6. לנוכח האמור לעיל, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, על המפרסמים בעזרת ידוענים ברשת האינסטגרם ליידע את הציבור, כי מדובר בפרסומת על ידי ציון ברור שיופיע במקום גלוי לעין (מבלי צורך לבצע פעולה או לחיצה נוספת לגילוי המלל), כי מדובר בפרסומת של הגורם המפרסם. אין די ב"תיוג" או "האשטאג" בעזרת הסימנים @ או # (כפי שיפורט בהמשך

הדברים) תוך ציון שמו של הגורם המממן את הפרסום, אלא נדרשת הבהרה בפתח הפרסום, כי מדובר בפרסומות או בפרסום ממומן.

7. בעניין זה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ההסכמה המוצעת בדבר הסדרה עתידית בהסדר הפשרה שהוגש לאישור על ידי חברת עדיקה בתובענות דנן (הסדר שטרם פורסם ועל כן פרטיו טרם נבחנו על ידי היועץ המשפטי לממשלה; היועץ המשפטי לממשלה שומר על זכותו לפעול, בין היתר, בהתאם לסמכותו מכוח סעיף 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, עם פרסום ההסדר) ולפיו בכל תוכן פרסומי שיקודם על ידה באינסטגרם יופיע בראש הפרסום תחת שם המשתמש הכיתוב "שם המותג with paid partnership" אינה מבטיחה שהצרכן הישראלי הסביר יבין, כי מדובר בפרסומות. מובן, כי הבהרה לצרכן הישראלי, במסגרת פרסומים בשפה העברית המיועדים לצרכן הישראלי, צריכה להיות בשפה העברית. יוער, כי הואיל ולא עומד כעת לפני בית המשפט הנכבד נוסח מוצע בשפה העברית לא ניתן להתייחס לנוסח גילוי מסוים זה או אחר. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה נדרש, כי גילוי לצרכן כי לפניו פרסומות יהיה ברור וחד משמעי.

8. למען הסר ספק, אין היועץ המשפטי לממשלה מבקש להביע עמדה ביחס לקיומה או העדרה של עילת תביעה אישית, והתקיימות יסודות העילה בידי המבקשות ביחס לכל אחת ואחת מהמשיבות, אלא בסוגיה המרכזית העולה מהתובענות והיא תחולת האיסור בדבר פרסום סמוי הקבוע בחוק על פרסומים ממומנים ברשתות חברתיות במרשתת בדגש על רשת האינסטגרם.

ב. תמצית טענות הצדדים לתובענות

9. לטענת המבקשות, המשיבות בפרסומיהן ברשת החברתית אינסטגרם, ביצעו הטעיה בניגוד לסעיף 2(א)(10) לחוק הגנת הצרכן, והטעיה בפרסומת בניגוד לסעיף 7(ג)(1) לחוק זה, וכן מפרות את חובת הגילוי בניגוד לסעיף 7(ג)(2) לחוק בשעה שפרסומיהן בחשבונות ידוענים ברשת החברתית הוא פרסום סמוי שאינו כולל גילוי בדבר היותו דבר פרסומות. לטענת המבקשות, הפרסומים הסמויים של המשיבות מונעים מהצרכנים, ובכלל זאת קטינים, להבחין בין תוכן אישי של ידוענים חברי רשת האינסטגרם לבין תוכן פרסומי, ובכך שוללים מהצרכנים את האפשרות לבחור את התוכן שאליו הם רוצים להיחשף. כמו כן, טוענות המבקשות, כי הפרסום הסמוי נועד להשפיע באופן עקיף על הצרכנים במטרה להגדיל את הרווח של המשיבות. עוד טוענות המבקשות, כי הפרסום הסמוי פוגע באמון הצרכן במסרים המועברים ברשתות החברתיות.

10. המשיבות טוענות, כי אופן הפרסום אינו נוגד את הוראות החוק. לטענתן, הדין הקיים אינו אוסר על פרסום כנטען על ידי המבקשות ברשתות החברתיות ואין אסדרה של סוגיה זו. לא רק זאת, אלא שנטען, כי המחוקק דחה הצעות חוק להחלת הוראות חוק הגנת הצרכן על פרסומים ברשתות החברתיות וכי קביעת הסדרים כאמור על ידי בית המשפט תהווה קביעת הסדר ראשוני באופן החורג מתפקידו של בית המשפט הנכבד. עוד נטען, כי הפרסומים הנדונים בתובענות אינם מהווים פרסום סמוי וכי המשתמשים ברשת האינסטגרם, שאינה אלא פלטפורמה מסחרית שיווקית המשמשת לקידום מוצרים תמורת תשלום מודעים לכך, כי

לפניהם פרסומות, בין היתר, באמצעות תיוג שלחיצה עליו מובילה לעמוד האינסטגרם של המפרסם המתיוג או קישורית ("האשטאג") שלחיצה עליה חושפת את העוקב לכל הפרסומים שלהם צורפה קישורית זהה. בנוסף, בחלקם של הפוסטים המוצר מוצג באמצעות תמונה, מלל או כרוכית המזהים עם כוונה מסחרית בצמוד לשם המוצר, המותג או היצרן ובחלקם האחר כולל הפרסום סלוגנים ומסרים מוכרים מקמפיינים שהצרכן מזהה כתוכן שיווקי. כל זאת נעשה באמצעות ידוענים או משפיעי רשת אשר ידוע למשתתפי הרשת כי הם עוסקים בקידום מוצרים. בתוך כך גם נטען, כי פרסום באמצעות השמת מוצר אינו מהווה פרסום סמוי. השמת מוצר מתייחסת למצב שבו נעשה שימוש במוצר או מותג בדרכים שונות למשל באמצעות הופעת המוצר באופן פאסיבי בתמונה או בסרטון הכולל שימוש במוצר.

מעבר לאמור, המשיבה 1 טענה, כי לא פרסמה מוצרים אלא הצטרפה לקמפיין חברתי במטרה שיזהו את הערכים המקודמים בו עם המותג שלה ולכן אין המדובר בפרסום.

המשיבות העלו טענות שונות ביחס להעדרה של עילת תביעה פרטנית של מבקשות האישור כלפיהן. כאמור, בעמדה זו לא תובא התייחסות פרטנית למשיבות השונות או לשאלת קיומה של עילת תביעה פרטנית בידי המבקשות.

ג. הוראות סעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן חלות על פרסומים ברשת האינסטגרם

תכליתו של חוק הגנת הצרכן

11. ליבו של חוק הגנת הצרכן מבוסס על שתי תובנות עיקריות. האחת - כי בין הצרכן לעוסק קיימים פערי כוחות ופערי מידע, והשנייה - כי לצורך קיומם של יחסים הוגנים בין עוסק לצרכן נדרשת שקיפות, וכן נדרשות הגנות נוספות מעבר לאלו הקבועות בחקיקה הכללית.¹

12. הוראותיו של החוק מחייבות גילוי ואוסרות הטעיה והשפעה לא הוגנת.² הוראות אלו נועדו להבטיח, כי צרכן יוכל לקבל את מלוא המידע המהותי לגבי העסקה, טרם קבלת החלטה באשר לרכישת הטובין או לקבלת השירות, וכי התנהלותו של העוסק מולו, לא תנצל את פערי הכוחות הטבעיים לרעתו של הצרכן, והכל במטרה להבטיח, כי עסקאות צרכניות יתבצעו על בסיס יחסים הוגנים ומתוך יכולתו של הצרכן לקבל החלטה מושכלת וחופשית האם לרכוש את העסקה (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2003). רע"א 3429/13 ישי רז נ' גוליבר תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 13.4.2014).

יפים לעניין זה דברי בית המשפט בע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 10.2.2002):

"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

¹ ד"ר אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט, עמוד 27 (2002).

² סיני דויטש דיני הגנת הצרכן, כרך א', עמוד 571 (2001).

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".

איסור הטעיה באמצעות פרסומת סמויה כפי שנקבע בחוק הגנת הצרכן

13. סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, מגדיר פרסומת כדלהלן -

"פרסומת - לרבות פרסום שממומן או נתמך 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".

14. מכאן, כי פרסומת בהגדרה היא קידום מסחרי פומבי של מוצר או שירות, תמורת מימון, תמיכה או כל טובת הנאה אחרת (בין בעבר ובין בעתיד).

15. 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)".

הסעיף מונה, ברשימה שאינה סגורה, את הפרטים שיכולים להיות פרטים מהותיים בעסקה כגון מהות המוצר, משקלו, מחירו, תכונותיו ועוד.

16. איסור ההטעיה חל על כל מעשה או מחדל העלול להטעות. המבחן לבחינת קיומו של חשש להטעיה כאמור, הוא מבחן אובייקטיבי, מנקודת מבטו של הצרכן הסביר.³

17. סעיף 2(ג) לחוק הגנת הצרכן קובע, כי הוראות הסעיף יחולו גם על פרסומת.

18. התובענות שבנדון, עוסקות בטענה להפרת הוראת סעיף 7(ג) לחוק העוסק בהטעיה בפרט מהותי בעסקה שעניינה היות המסר המוצג מסר פרסומי ולא מסר אובייקטיבי.

19. סעיף 7(ג) לחוק עוסק בכללותו באיסור הטעיה מקום בו מדובר בפרסומת סמויה וקובע, בין היתר, כי:

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

(2) 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...".

20. נקודת המוצא העומדת בבסיס סעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן היא, כי כאשר האדם הסביר אינו יודע כי לפניו פרסומת אין באפשרותו לגשת למידע בעין ביקורתית ולהפעיל את מנגנוני הבקרה הטבעיים שלו בבואו לבחון את המידע, מתוך הבנה, כי לצד העברת המסר או התוכן קיים אינטרס מסחרי ועל כן הוא למעשה מוטעה. גילוי נאות אודות היות המידע פרסומת מאפשר לצרכן לבחור האם ברצונו להיחשף למידע הפרסומי או לא וכיצד להתייחס למידע.

³ דויטש, דיני הגנת הצרכן, לעיל ה"ש 2, כרך ב' עמוד 343.

21. גלגוליו השונים של סעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן ותיקונים ונסיונות התיקונים שנערכו לגביו מלמדים גם הם על החשיבות שייחס המחוקק לגילוי אודות היותו של מסר מסוים פרסומת, על היקף תכולת חובת הגילוי ועל כך שאיסור ההטעיה יהיה כללי ורחב ולא יוחס למדיה או לפרסום מסוג מסוים. בתוך כך יובהר, כי **האיסור המפורט בסעיף 7(ג)(2) לחוק אינו בא במקום האיסור הכללי ואינו גורע מהחובה הכללית של עוסק שלא להטעות צרכן על ידי העברת מסר פרסומי במסווה של מסר שאינו פרסומי (גם אם לא מדובר במאמר, כתבה או ידיעה עיתונאית).**

22. **ויובהר, כי סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן כאמור חל על כל פרסומת שהצרכן הסביר עלול להניח, כי אינה פרסומת. תחולת הסעיף אינה מצומצמת לסוג מסוים של פרסומת או לפרסומת המתבצעת בפלטפורמה מסוימת. הסעיף קובע במפורש, כי אם הצרכן הסביר עלול שלא להניח כי מדובר בפרסומת, המסר/פרסומת ייחשב כמטעה גם אם תוכנו אינו מטעה.**

23. לשון החוק ותכליתו מלמדים, כי הוראות החוק חלות גם על דברי פרסומת המתפרסמים במרשתת ובכלל זאת במסגרת רשתות חברתיות. לפיכך, הדין הקיים חל ללא ספק על מסר פרסומי כפי שמוצג בעניינן של התובענות דנן ומובן, כי יישום הדין הקיים על התפתחויות טכנולוגיות שונות, כאשר לשון החוק מאפשרת זאת, אינו בגדר קביעת דין חדש או הסדר ראשוני כפי שנטען על ידי המשיבות (והשוו לרע"א 1239/19 יואל שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2020), ו-רע"א 1688/18 יגאל סרנה נ' בנימין נתניהו (פורסם בנבו, 15.4.2018) בהם הוחלו הוראות חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 על פרסומים ברשתות החברתיות). החקיקה הראויה צריכה להיות ניטרלית טכנולוגית וניתנת לפרשנות לאורך שנים, החקיקה הקיימת המפורטת לעיל, אכן נוקטת בלשון כללית וזו תחול מעת לעת על הנסיבות השונות הנוצרות.

24. העובדה, כי הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון - פרסום סמוי), התשע"ז-2016, שכללה איסור מפורש על פרסום סמוי במדיה חברתית, לא התקבלה, אינה מלמדת שהמחוקק לא מצא להגביל פרסום סמוי מהסוג שנדון בתובענות. הצעת החוק האמורה היתה הצעת חוק פרטית. הממשלה התנגדה להצעת החוק, בין היתר, לאור כך שלא היה בה כדי לשנות את המצב המשפטי וזהו ממילא המצב הקיים.⁴

25. מן האמור עולה, כי הוראות החוק חלות אף על פרסומים ברשת האינסטגרם ובכלל זה הוראת סעיף 7(ג)(1) לחוק. על כן, על המפרסמים ברשת האינסטגרם לגלות באופן מפורש לצרכנים, כי התכנים מהווים דבר פרסומת בכדי להימנע מהטעייתם.

⁴ "הממשלה מתנגדת להצעת החוק. ראשית, חוק הגנת הצרכן בנוסחו היום קובע הוראות הנוגעות לפרסום סמוי, והוראות אלה אינן מוגבלות למדיה כזו או אחרת. על פי החוק, פרסום סמוי הוא פרסום מטעה אלא אם כן הוא כולל גילוי נאות כי מדובר בפרסומת ובאופן שהצרכן הסביר מבין כי מדובר בפרסומת" (ההדגשה אינה במקור – הח"מ). (דברי שר הבינוי והשיכון בפרוטוקול הישיבה צורף במסגרת נספח 5 לכתב התשובה מטעם שופרסל בעמוד 49 לכרך הנספחים). צוטט מפרוטוקול ישיבה מספר 376 מיום 14.11.2018, הכנסת ה-20.

ד. פרסומים ברשת האינסטגרם עלולים להביא את הצרכן הסביר להניח כי אין מדובר בפרסומת

26. כפי שיפורט להלן בחלק זה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לאחר קבלת התייחסות הרשות להגנת הצרכן, על פניו, הפרסומים הנדונים בתובענה ברשת האינסטגרם, עלולים להביא אדם סביר להניח, כי האמור בהם אינו פרסומת באופן העולה כדי הטעיה אסורה בניגוד לחוק. על המפרסמים ברשת האינסטגרם, או ברשתות חברתיות ואתרי מרשתת אחרים, להביא לידיעת הצרכנים, כי מדובר בפרסומת באמירה ברורה ומפורשת באופן שימנע החשש מהטעייה בדבר אופי הפרסום.

27. מבחינת היבטי התקשורת, 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 אלה.⁵ הפרסום הסמוי מוגדר בספרות - "החדרה מכוונת של מותגים אל תוך התכנים המערכתניים".⁶ הפרסום הסמוי יכול ללבוש צורות רבות - ביניהן מתן המלצה או חוות דעת אישית של ידוען לגבי מוצר או שירות שנחזים כניסיון אישי ואותנטי שלו באותו מוצר או שירות שעה שאותה המלצה או חוות הדעת הנחזית כאישית מזכה אותו בתשלום או הטבה אחרת שאינה כספית, בטרם הפרסום או בדיעבד, באופן שמטיל ספק באובייקטיביות של המסר.

28. הפרסום הסמוי הוא כלי יעיל בקידום מסחרי של מוצר או שירות, אך הוא גם כלי מסוכן מבחינת השפעתו על תודעת הצרכן. לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט זמיר בבג"ץ 15/96 **תרמוקיר חורשים נ' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו**, פ"ד נ(3) 397, 415 (1996), כי:

"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".

וכן יפים דבריה של כב' השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 1858/96 **אסם השקעות בע"מ נ' רשות השידור**, פסקה 8 (פורסם בנבו, 21.10.1999) שם נקבע, כי:

"פרסומת כזו, 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".

29. להשפעתו השלילית של הפרסום הסמוי על הצרכן נוספות השפעות שליליות נוספות. כך, בין היתר, הוא פוגע בתחרות באמצעות יצירת פערים בין עוסקים שעושים שימוש בפרקטיקה זו ובין כאלו שלא (בין אם מסיבות כלכליות ובין אם מטעמי הגינות), פוגע ביצירה בשל השפעת השיקולים המסחריים על תוכן היצירה ועוד.⁷

⁵ 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'**, עמוד 2 (תשע"ו).

⁶ טלי תאני הררי ותהילה אלטשולר "הפרסום הסמוי בטלוויזיה בעידן התקשורת השיווקית המשולבת וכלים לרגולציה אפקטיבית של פרסום סמוי" **מסגרות מדיה** 8, 27-58 (2012).

⁷ למידע רחב ומפורט בנושא אלטשולר, ה"ש 6 לעיל, 35-47.

30. פרסום סמוי הפך להיות רווח בשנים האחרונות, בעיקר עם השינויים הטכנולוגיים אשר השפיעו רבות על אמצעי התקשורת והביאו לשינויי המודלים העסקיים לפיהם הם מתנהלים.

31. מבחינת דיני הצרכנות, יש להוסיף על כך את המשמעות של הפרסום הסמוי על האופן שבו צרכן תופס את המסר שמוצג לו. ממצאי מחקרים מעידים באופן כללי על קושי בזיהוי פרסום סמוי על ידי צרכנים. לעמדה זו מצורף כנספח סקירת מחקר תמציתית, שנערכה על ידי הרשות להגנת הצרכן, ממנה עולה הצורך בהבהרה ברורה לצרכן, כי לפניו פרסומת כדי למנוע הטעייתו בדבר טיב הפרסום וכן עולים ממצאים לגבי האפקטיביות של אופני גילוי שונים על כך שמדובר בפרסומת.

32. מהמחקרים כאמור עולה, כי הצרכן הסביר מתקשה לזהות מסר שיווקי אף כשהוא כמעט שאינו מוסווה ואף אם נלווה אליו תיוג. המחקרים מעידים, כי בכל הקשור לפרסום הנעשה על ידי משפיענים ברשת, אין בתיוג משום הבהרה כי המדובר בפרסומת.

33. ממחקרים שבחנו את השאלה איזה גילוי הוא היעיל ביותר להבהיר לצרכנים כי תוכן, ובפרט תוכן ברשת האינסטגרם, הוא פרסומת, עולה כי האפשרות לשפר את הזיהוי של צרכן כי אכן מדובר בפרסום, דורשת הבהרה חד משמעית שמדובר בפרסומת בתשלום.⁸ ממצאים אלה עולים בקנה אחד עם ממצאים נוספים בתחום לפי הם שיפור של נבדקים לזהות פרסום סמוי מושג, רק על ידי ציון מפורש שמדובר בפרסומת בתשלום (ראו סקירת מחקר המצורפת לעמדה זו).¹⁰

34. על הגילוי להיות בשפה המוכרת לצרכני היעד תוך שימוש במונחים רווחים, מקובלים וברורים מהם עולה, כי מדובר בפרסומת מבלי שאלו יהיו ניתנים לפרשנויות או משמעויות שונות.

35. הקשיים האמורים בהבנת מהותו של תוכן פרסומי שאינו כולל גילוי מפורש בדבר היותו פרסומת הולכים ומתגברים שעה שהצרכנים הם ילדים. בכל הקשור לילדים קיימת הסכמה בספרות, לפיה לילדים מתחת לגיל 8, קיים קושי קוגניטיבי בהבנת המסר השיווקי הקיים בפרסומת, והם תופסים את הפרסומת כמקור מידע מהימן בדומה לתכני מידע אחרים. הרחבה לעניין זה ניתן למצוא בנספח סקירת המחקר. זו גם הסיבה לכך, כי המחוקק קבע הוראות ייחודיות לגבי פרסומות ודרכי שיווק לקטינים (סעיף 7א לחוק ותקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א-1991).

⁸ יובהר, כי במחקרים אלה לא נבחנה שיעור הזיהוי הכללי באחוזים ולכן שיעור זה לא צוין בסקירת המחקר. תחת זאת, נבחן החוזק של מידת הזיהוי והיכולת לשפר זיהוי כתלות בתנאי ניסוי שונים.

Evans, N. J., Phua, J., Lim, J., & Jun, H., *Disclosing Instagram influencer advertising: The effects of disclosure language on advertising recognition, attitudes, and behavioral intent*, JOURNAL OF INTERACTIVE ADVERTISING 17 (2), 138-149 (2017).

De Veirman, M., & Hudders, L., *Disclosing sponsored Instagram posts: the role of material connection with the brand and message-sidedness when disclosing covert advertising*, INTERNATIONAL JOURNAL OF ADVERTISING 39(1) 94-130 (2020).

Amazeen, M. A., & Wojdyski, B. W., *The effects of disclosure format on native advertising recognition and audience perceptions of legacy and online news publishers*, JOURNALISM, 1-34 (2018).

36. חלק מהשיווק ברשת האינסטגרם נעשה באופן ישיר בעמודים של חברות מסחריות עבור קידום מוצריהן. מצב זה שונה מהמצב הנדון בתובענות שבנדון שבו השיווק נעשה באמצעות צדדים שלישיים שפרסומיהם לא נועדו בהכרח לקידום מוצר זה או אחר. מעיון בחשבונות אינסטגרם של מספר מובילי דעת קהל בישראל עולה, כי בתכני הרשת החברתית קיימים מאפיינים אשר מדגימים את העמימות והטשטוש שבין מסרים פרסומיים לבין תוכן אותנטי שמעלים הגולשים לאינסטגרם:

א. **חוסר אחידות בסימני הזיהוי של פרסומת** - ברשת האינסטגרם ישנן צורות רבות בהן מתייגים (סימון הכולל קישור המפנה למידע נוסף) ידוענים גורמים מסחריים שונים. יודגש, כי תיוגים אלה אינם מתייחסים אך ורק לגורמים מסחריים וניתן לעשות בהם שימוש גם באופן לא מסחרי, למשל לתייג חברה טובה, ארגון ללא מטרות רווח וכדומה.

ניתן לתייג במגוון דרכים, כך למשל באמצעות הסימון כרוכית ("@"), בצירוף שם המשתמש של אותו גורם. "הקלקה" על תיוג זה מעבירה את הגולש לדף של אותו גורם. דרך נוספת היא תיוג באמצעות סולמית ("#"), וצירוף מילים ספציפיות. תיוג זה יוצר מקבץ של כל התמונות שבהן מופיעות אותן מילים במדויק ומכונה "האשטאג" היוצר מאגר תוכן של משתמשים שונים אשר עוסקים באותו תוכן. יודגש, כי תיוג אינו בהכרח מבטא כי מדובר במסר פרסומי. התיוג נועד לסמן ביטוי או תוכן (בין אם מסכימים איתו ובין אם לא) באמצעות הפניה למפרסם אחר או לתוכן שפורסם.

ב. **תוכן אישי ותוכן פרסומי מוצגים באופן זהה** - עיון בחשבונות האינסטגרם של מובילי דעת קהל מראה, כי אלה כוללים תמונות של בני משפחתם כאשר בחלק מהמקרים התמונות כוללות תיוג מסחרי ובמקרים אחרים לא. רשת האינסטגרם אינה משמשת רק לקידום תוכן שיווקי או מסחרי אלא כוללת תוכן אישי המפורסם בסמוך לתוכן שיווקי באופן שאינו מאפשר בהכרח להבחין בין סוגי הפרסומים השונים.

37. מהאמור עולה, כי השמת מוצר בעמודי ידוענים ברשת האינסטגרם מבלי שנלווה לפרסום גילוי מפורש, כי מדובר בדבר פרסומת עשויה להוביל להטעיית הצרכנים בדבר מהות הפרסום. צרכן הנחשף לפרסומים אלה, עשוי להבין, כי מדובר בהבעת דעה אותנטית של הידוענים ועל כן ליתן להם משקל תודעתי רב מזה שהיה ניתן להם אילו היה מבין כי מדובר בפרסומת ממומנת.

38. פרסום תוכן פרסומי במסווה של המלצה או חוות דעת אותנטית מונע מהצרכן להפעיל את מנגנוני הבקרה שלו ביחס לתוכן אליו הוא נחשף ובכך פוגע קשות ביכולת של הצרכן לקבל החלטה מושכלת על ידו. הפרסום הסמוי יעיל עבור העוסק, שכן עקיפת מנגנוני הבקרה אצל הצרכן מאפשרים לו להעביר מסרים ורגשות לתודעת הצרכן מבלי שזה יפעיל מנגנוני בקרה המופעלים בעת שהוא מודע לכך כי לפניו פרסומת.

39. אין ממש בטענה, כי בת"צ 20330-06-09 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ** (פורסם בנבו, 8.11.2011) נפסק, כי השמת מוצר בסרט או סרטון שאינו במסגרת שידורי טלוויזיה אינה מהווה פרסום סמוי מטעה (המדובר בשימוש במוצרים ממותגים בסרט באופן

שבו הצופה נחשף למותג כחלק בלתי נפרד מהעלילה שבה הוא צופה) ועל כן פרקטיקה זו מותרת גם בפרסום סמוי כלפי משתמשי האינסטגרם.

יובהר, כי לא ניתן להסתמך על פסק הדין האמור שכן, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית המשפט העליון (ע"א 9588/11 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי ואח'** (פורסם בנבו, 19.11.2013) שבו אושר הסדר המחייב את המשיבות לסמן קלטות ילדים על גבי עטיפתן החיצונית באופן המבהיר, כי הקלטות מכילות תוכן שיווקי, וזאת בהמלצת בית המשפט העליון.

40. באשר לטענת המשיבות המתבססת בין היתר על סקר "הגל החדש", כי משתמשי רשת האינסטגרם מכירים היטב את מאפייני הרשת, יודעים לזהות, כי מדובר בתוכן שיווקי, או בהשמת מוצר, ובהתאם מסוגלים להפעיל את מנגנוני הבקרה שלהם ולגשת למידע הפרסומי בחשדנות המאפיינת צפייה בפרסום הרגיל. לעמדת הגורמים המקצועיים ברשות להגנת הצרכן שהובאה לפני היועץ המשפטי לממשלה, המפורטת בנספח ב' לעמדה זו, בסקר "הגל החדש" קיימים כשלים מתודולוגיים אשר מטילים ספק במהימנות תוצאותיו ועל כן לא ניתן להסיק מסקר זה מסקנות ביחס להבנת הצרכנים את הפרסומים נושא התובענות ברשת האינסטגרם. ככלל, בהעדר גילוי ברור למשתמשי האינסטגרם כי לפנייהם דבר פרסומת הפרסומים עלולים להטעות את הצרכנים.

ה. **סיכום והאופן שבו יש ליידע את הצרכנים כי פוסטים ממומנים הם פרסומות**

41. כאמור לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי הוראות סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן חלות גם על פרסומים ברשתות חברתיות ובפרט ברשת האינסטגרם. הוראות חוק הגנת הצרכן קובעות כי פרסום סמוי, כאשר הצרכן הסביר אינו מודע כי מדובר בדבר פרסומי, מהווה הטעיה. העובדה כי מדובר בפרסומת צריכה להיות גלויה לצרכן באופן מפורש, בולט וברור. קביעה זו מבטאת את אחד מעיקרי המהותיים ביותר של החוק והוא גישור על פערי המידע בין העוסק והצרכן באמצעות איסור להטעות מחד וקביעת חובות גילוי מאידך.

42. דברים אלה מקבלים משמעות חריפה יותר מקום שבו הצרכן קטין ומהווים, כפי שפורט בעמדה זו הפרה של סעיף 2 וסעיף 7(ג) לחוק. כמו כן, פרסום כאמור מהווה גם הפרה של סעיף 7א לחוק והפרה של התקנות שתוקנו מכוחו.

43. ברשתות החברתיות בכלל וברשת האינסטגרם בפרט חלק משמעותי מקהל היעד הם קטינים אשר יש להקפיד על חובת הגילוי וקיום כללי הפרסום ביחס אליהם ביתר שאת.

44. עוד נמצא, כי כדי להוביל להבנה מספקת של הצרכנים, כי לפנייהם דבר פרסומי יש צורך בגילוי מפורש וחד משמעי כי מדובר בפרסומת.

45. בנסיבות אלו, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה במקרה של העלאת פרסום ממומן (בתמורה כספית או כל טובת הנאה אחרת) על המפרסם לדרוש ועל הידוען להבהיר בצורה מפורשת, ברורה ובאופן הגלוי לצרכן בעת צפייתו הראשונית בפרסום (ללא צורך בפעולה נוספת), כי

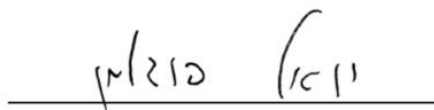
מדובר בפרסומת, שאם לא כן ישנו חשש משמעותי שציבור הצרכנים יסברו כי אין מדובר בפרסומת ועל כן יהיה מדובר בפרסום שיש לראותו כפרסום מטעה בהתאם לסעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן.

46. בעניין זה, אין די בהצגת המותג בתמונה או התייחסות אליו בתוכן הפוסט או בתיוג או האשטאג לצידו. מדובר באמצעי קישור שאינם מבטאים בהכרח כי מדובר בפרסומת. נדרש גילוי ברור שלא יוביל לספק בשאלת מקור מימון הפרסום והיותו דבר פרסומת שאם לא כן, הדבר עלול להוביל את האדם הסביר לחשוב שאין מדובר בפרסומת או לכל הפחות להובילו למצב שבו לא ידע האם מדובר בפרסומת ויראו בכך הטעיה בהתאם לחוק.

47. יצוין, כי מסקירה שערכה הרשות להגנת הצרכן בדבר עמדת גורמי אכיפה ורגולציה ברחבי העולם בסוגיה זו ושהוצגה ליועץ המשפטי לממשלה (נספח ג' לעמדה זו) עולה, כי ככלל, גם מחוץ לישראל המדיניות היא, כי נדרש לגלות לצרכן באופן ברור ובולט כאשר מוצגת לפניו פרסומת וניתן תשלום עבור התוכן הממומן ואף התקבלה העמדה, כי אין די בתיוג תמונה עם שם פרופיל העסק עבורו מפרסמים כדי לעמוד בחובות הגילוי לצרכן.

48. באשר לטענה, כי השמת מוצר אינה מהווה פרסום סמוי יבהיר היועץ המשפטי לממשלה, כי המשמעות המשפטית של האיסור הקבוע בחוק היא איסור על כל פרסומת סמויה במובן זה שהפרסומת עלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת משום שאינה כוללת גילוי נאות בגין כך. משום כך, וכפי שפורט בעמדה זו, השמת מוצר נכללת באיסור האמור במקרים בהם אין זה ברור לצרכן כי מדובר בדבר פרסומת.

יום רביעי ז' שבט תשפ"א (20/1/2021)



יואל פוגלמן, עו"ד
בפרקליטות מחוז ירושלים - אזרחי