

בעניין:

ויקטור עטיה ת.ז. 029681475

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

מרחוב הנופר 4/17 נתניה

טל': 054-3334282, 054-3116123; פקס': 072-2329097

המבקש

- נ ג ד -

ידיעות אינטרנט שותפות רשומה, ש.ר. 540202462

ע"י ב"כ עוה"ד ת.גליק ו/או ש.בריק חיימוביץ' ממשד עוה"ד ליבליך מוזר

מנמל תל-אביב, בית יואל, ת.ד. 300 ת"א 61002

טל': 03-5442370; פקס': 03-5442375

וע"י ב"כ עוה"ד ח. דורון ו/או א.פרינץ ו/או נ.אוגולניק

ממשד עוה"ד ש. הורוביץ ושות' עורכי דין

מרחוב אחד העם 31, תל אביב

טל': 035670629; פקס': 03-5660974

המשיבה

ובעניין:

עמותת "הצלחה" התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת, ע.ר. 580490902

ע"י ב"כ עו"ד אלעד מן, וע"י ב"כ מהקליניקה לתובענות ייצוגיות:

עו"ד פרופ' אלון קלמנט ו/או עו"ד הדס הולצשטיין-תמיר,

אשר כתובתם לצורך המצאת כתבי בית דין:

הקליניקה לתובענות ייצוגיות, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

אוניברסיטת תל אביב, רמת אביב, תל אביב 6997801

טל': 03-6407408; פקס': 03-6407422

המתנגדת

התנגדות מטעם עמותת "הצלחה" להסדר פשרה

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 26.3.18 ומיום 8.7.18, מוגשת בזאת התנגדות מטעם עמותת "הצלחה" להסדר הפשרה המוצע.

כל ההדגשות שלהלן אינן במקור, אלא אם צויין אחרת.

א. פתח דבר

1. עניינו של ההליך בטענת המבקש לפיה המשיבה, המפעילה את פורטל החדשות ynet (להלן: "המשיבה" ו"האתר" בהתאמה) – הפרה את הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, בכך שפרסומיה באתר כוללים פרסומות מבלי לגלות זאת באופן הנדרש על פי הוראות החוק.
2. בטרם ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, הגישו הצדדים בקשה לאישור הסדר פשרה.
3. כפי שיפורט בהרחבה בהתנגדות זו, עמותת "הצלחה", התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (להלן: "הצלחה") סבורה כי אין מקום לאשר את הסדר הפשרה המוצע. להלן בתמצית טעמי הצלחה להתנגדותה לאישור ההסדר:
 - 3.1. ראשית, הסדר הפשרה המוצע אינו מעניק כל פיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת, אולם הוא מקים מעשה בית דין המונע מחברי הקבוצה לממש את זכותם לתבוע בגין נזקים שנגרמו להם כתוצאה מהתנהלות המשיבה. מכך עולים מספר קשיים:
 - 3.1.1. הסדר שעלותו עבור המשיבה היא אפס, היוצר מעשה בית דין המקנה לה הגנה מפני תביעות נוספות, אינו מביא להפנמה נכונה של הנזקים שנגרמו על ידה ולכן גם אינו יוצר הרתעה של המשיבה מפני הפרת הוראות הדין.
 - 3.1.2. העדרו של פיצוי לקבוצה, מתעלם משורה של נזקים שנגרמו לחברי הקבוצה כתוצאה מהפרסום הסמוי, הן במישור השיח הציבורי וביכולת לשמור על פלורליזם של דעות, הן במישור הכלכלי-צרכני: רכישת מוצרים שלא היו נרכשים אלמלא הפרסום הסמוי; ביקושים מנופחים שהביאו לעליות מחירים; השחתת זמן בקריאת כתבות; ונזקים שאינם ממוניים בעקבות פגיעה באוטונומיה ובאפשרות הבחירה החופשית. הקושי בהעדרו של פיצוי מתחדד נוכח ההכנסות והרווחים שהפיקה המשיבה כתוצאה מהתנהלותה הפסולה.
 - 3.1.3. שוויו הנמוך של הסדר הפשרה בהעדר כל פיצוי לחברי הקבוצה מייצג אחת משתיים: או שהוא מייצג את סיכוייה הנמוכים של התביעה, אולם אז, לא ניתן לאשר כתובענה ייצוגית וממילא גם לא ניתן לאשר את הסדר הפשרה בה לפי הסיפא להוראות סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות" או "החוק"); או שהוא אינו מייצג את סיכוייה האמתיים של התביעה, ואז בוודאי אינו ראוי הוגן וסביר ואינו עומד בדרישות הרישא לסעיף 19(א) לחוק.
 - 3.2. שנית, ההסדרה העתידית המוצעת במסגרת ההסדר, אינה עומדת בדרישות סעיפים 7(ג)(1) ו-2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ואינה מעניקה גילוי מספק וברור לכך שהידיעות נשוא ההסדר מהוות "פרסומות". הצדדים להליך מבקשים מבית המשפט לאשר הסכם במסגרתו המשיבה מתחייבת לפעול בניגוד להוראות הדין. הבעייתיות בהסדרה עתידית הקובעת התנהגות שאינה עומדת בדרישות הדין מתעצמת לאור החשש כי הסדר הפשרה יחסום תביעות עתידיות הן מצד מי שאינו חבר קבוצה והן מצד מי שהוא חבר קבוצה אולם עילתו (הנוספת) תתגבש לאחר אישור ההסדר. בנוסף, עולה החשש מפני השלכותיו הבעייתיות של הסדר כזה על גופי תקשורת אחרים ומפרסמים אחרים, שלא היו צד להליך.

4. נוכח זאת, לעמדת הצלחה, יש לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה. להלן יפורטו בהרחבה נימוקיה של הצלחה לעמדתה זו.

ב. תיאור ההליכים עד כה

1.1. הבקשה לאישור תובענה ייצוגית

5. הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הוגשה ביום 1 בפברואר 2015, על ידי המבקש, מר ויקטור עטיה, נגד חברת ידיעות אינטרנט ותקשורת דיגיטלית בע"מ (ביום 15.3.18 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד הנעתרת לבקשת הצדדים לתיקון שם המשיבה ל- **ידיעות אינטרנט שותפות רשומה**).
6. בקשת האישור הוגשה בגין הטענה כי המשיבה מפרסמת ומקדמת את ענייניהם של גורמים מסחריים "תוך השתלת תכנים שיווקים ופרסומיים, במסגרת כתבות הנחזות ככתבות בעלות מידע אינפורמטיבי" תוך הפקת טובות הנאה וללא גילוי נאות (ס' 1-2 לבקשת האישור).
7. בקשת האישור הוגשה מכוח פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (ס' 110 לבקשת האישור), בגין עוולת הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנוזיקין, בטענה כי המשיבה הפרה את סעיפים 2, 3-4 ו-7 לחוק הגנת הצרכן, וכן את סעיף 6 לתקנון האתיקה העיתונאית (ס' 115-130 לבקשת האישור); בגין עוולת הרשלנות לפי סעיפים 35-36 לפקודת הנוזיקין (ס' 134-137 לבקשת האישור); ובגין עילות מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (ס' 131 לבקשת האישור).
8. הקבוצה הוגדרה באופן הבא: " כל אזרח אשר נחשף ו/או ביקר באתר החדשות ופורטל התכנים האינטרנט של המשיבה ynet ב-7 שנים אשר קדמו להגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית" (ס' ב' לבקשת האישור).
9. לבקשה צורפו מספר כתבות שפרסמו באתר המשיבה שכללו, על פי הטענה, פרסום סמוי (נספחים ד'-ח' לבקשת האישור). לטענת המבקש כתבות אלו אינן נבדלות מתוכן מערכתי אחר ואינן כוללות יידוע נאות של הקורא על אודות התוכן השיווקי (ס' 41-42 לבקשת האישור). לפי הטענה, הכתבות שהובאו במסגרת הבקשה מהוות דוגמאות בלבד וקיימות כתבות רבות במתכונת דומה (ס' 38 לבקשת האישור).
10. בבקשת האישור נטען כי למבקש, אשר נוהג לצפות ולהתעדכן בתכניה של המשיבה המפורסמים באתר החדשות האינטרנטי שלה (ס' 78 לבקשת האישור), נגרם נזק בלתי ממוני, ובין היתר, פגיעה באוטונומיה, שלילת יכולת הבחירה ותחושת חוסר נוחות (ס' 95-98 לבקשת האישור). המבקש העריך את נזקו בסכום של 1,000 ש"ח (ס' 104 לבקשת האישור).
11. הסעדים שהתבקשו בבקשת האישור הם כדלקמן: צו הצהרתי לפיו המשיבה הפרה את הוראות הדין; צו עשה המורה למשיבה לחדול מהטעייה בפרסומות, להימנע מפרסומות סמויות ולכלול גילוי נאות המציין מפורשות כי מדובר בתוכן שיווקי (ס' 143-145 לבקשת האישור); פיצוי כספי של חברי הקבוצה המיוצגת בגין הנזק הלא ממוני שנגרם להם בשווי מלא טובות הנאה שצמחו למשיבה בגין פרסומות וקידום עניינים של גופים מסחריים שלא כדין ב-7 השנים האחרונות, בסכום כולל של 10 מיליון ש"ח (ס' 160-161 לבקשת האישור).

2.ב. תגובת המשיבה לבקשה לאישור התובענה כייצוגית

12. המשיבה הגישה את תגובתה לבקשת האישור (להלן: "התגובה"), במסגרתה דחתה את הטענות שהועלו על ידי המבקש. המשיבה טענה כי לא בוצע גילוי נאות רק ביחס לאחת מהדוגמאות שצורפו לבקשת האישור, בשגגה ובשל היעדר תשומת לב נאותה. ביחס ליתר הדוגמאות טענה כי חלקן אינו פרי של שיתוף פעולה עם גורם מממן ובחלקן האחר נעשה גילוי נאות מספק (ס' 2 לתגובה). המשיבה טענה כי פרסומיה תואמים את עמדת מועצת העיתונות בישראל בנושא (ס' 19-14 לתגובה).

13. המשיבה טענה כי בניגוד לסעיף 7(ג)(4) לחוק הגנת הצרכן, המחוקק לא קבע תקנות או כללים בדבר הנוסח והדרך שעל המפרסם לפרסם דבר פרסומת (ס' 22-20 לתגובה); כי המבקש אינו "לקוח" של המשיבה; המבקש אינו "צרכן" וכי המשיבה איננה "עוסק" ומכאן שלא מתקיימים התנאים להגשת בקשת האישור לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק (ס' 54-23 לתגובה).

14. המשיבה טענה כי לא הייתה הטעיה בעניינו של המבקש, לא הייתה הסתמכות ולא ארע כל נזק (ס' 57-55 לתגובה). ביחס לדוגמאות שהובאו בבקשת האישור וכללו פרסומים של חברה מסחרית, טענה המשיבה כי הן אינן מהוות "פרסומת" כהגדרתה בחוק אלא "ייצור כלאיים", ובמנעד בין פרסומת לתוכן עיתונאי, הידיעות קרובות יותר לתוכן עיתונאי (ס' 64-58 לתגובה). עוד טענה המשיבה כי שיתופי פעולה מסחריים מהווים מקורות הכנסה מהותיים למדיות התקשורת החינמיות ובלעדיהם התקשורת תפגע "אנושות" או שהקוראים יפסיקו לקבל תכנים איכותיים בחינם (ס' 63 לתגובה).

15. המשיבה תמכה את תגובתה בחוות דעת המומחה פרופ' יחיאל לימור, ובתצהירו של סמנכ"ל מכירות באתר ynet, ברק קלמנוביץ'. בהתאם לחוות דעתו של פרופ' לימור, מקור ההכנסה המרכזי של אמצעי התקשורת, כגופים עסקאיים, הינו פרסום, בייחוד נוכח המשבר הכלכלי בתחום העיתונות והתחרות הקשה בין אמצעי התקשורת (עמ' 10-8 לחוות הדעת); כי שילוב תוכן שיווקי בדרכים שונות באמצעי התקשורת השונים הינה תופעה שכיחה וכמעט נורמטיבית (עמ' 16-15 לחוות הדעת); כי בפועל בשנים האחרונות "החומה הסינית" בין הצד המערכתי-עיתונאי לבין הצד המנהלי-כלכלי הולכת ונשחקת, וכי חומרים "משולבים" הם תוצאה של המציאות החדשה המחייבת את גופי התקשורת כדי להבטיח את קיומם הכלכלי (עמ' 18 לחוות הדעת); וכי יש לפרש את חוק הגנת הצרכן ובפרט את סעיף 7(ג)(2) ככזה התואם את ימנו, כך שהכיתוב "בשיתוף עם" לכתבה אשר נעשתה בשיתוף גורם מסחרי, תהווה גילוי נאות (עמ' 20-19 לחוות הדעת).

3.ב. תגובת המבקש לתשובת המשיבה לבקשת האישור

16. בתגובתו לתשובת המשיבה לבקשת האישור (להלן: "תגובת המבקש") טען המבקש, בין היתר, כי הטענה לפיה לא מתקיים קשר מסחרי בין המשיבה לאחת החברות הינה שגויה, ולראיה באחת הכתבות, צוין לגביה המונח "בשיתוף" (ס' 24-18 לתגובת המבקש); כמו כן טען כי אין ביכולתה של המילה "בשיתוף" כדי להוות גילוי נאות וליצור בידול ראוי בין ידיעה עיתונאית, כתבה, מידע לקידום אינטרסים מסחריים או פרסומת (ס' 57 לתגובת המבקש).

17. כן נטען כי בניגוד לטענת המשיבה, אין מדובר בתקלה נקודתית, ולראיה הוצגו דוגמאות נוספות שלא כללו גילוי נאות, ורק לאחר הגשת בקשת האישור נוסף לכתבות המונח "בשיתוף" (ס' 31-25 לתגובת המבקש); וכי המשיבה מודה כי לא נעשה כל גילוי נאות בכתבות המשיבה בפלטפורמה הסלולרית של האתר, ורק בעקבות בקשת האישור עודכן הכיתוב ביחס לשיתוף הפעולה גם בפלטפורמה זו (ס' 44-35 לתגובת המבקש).

18. המבקש טען כי חוות דעתו של המומחה מבטאת אסכולה עיתונאית, והיא אינה בוחנת את הסוגיה לפי דיני הגנת הצרכן, ומכל מקום היא אינה מציגה "עמדה חד משמעית מבוססת" (ס' 75-78 לתגובת המבקש). עוד נטען כי עמדת מועצת העיתונות כפי שהובאה בתגובת המשיבה, מהווה פשרה של המועצה מול באי כוחה של המשיבה, ואינה מהווה החלטה שיפוטית שבחנה את הסוגיה אל מול הוראות חוק הגנת הצרכן (ס' 84-89 לתגובת המבקש), וכי הנושא תלוי ועומד בפני מועצת העיתונות אשר הקימה ועדה לבחינת סוגיה זו (ס' 79, 86-87 לתגובת המבקש).

4.ב בקשת הצטרפות מטעם עמותת "הצלחה"

19. ביום 23.5.16 הגישה עמותת "הצלחה" בקשה להצטרף להליך מכוח סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, ולחלופין התבקש צירופה בהליך כידידת בית משפט. במסגרת הבקשה עמדה העמותה על השאלות העקרוניות המתעוררות בהליך ביחס לפרסום סמוי ותוכן שיווקי ועל החשיבות העקרונית בבירורן.

20. העמותה עמדה על ניסיונה הרב ומעורבותה בתחום האכיפה האזרחית בישראל, ובפרט בנושא הנדון בהליך זה, כמו גם ניסיונה בתחום התובענות הייצוגיות. עוד עמדה העמותה על התנאים לאישור השתתפותו של ארגון בהליך, בין אם לפי סעיף 15 לחוק ובין כידידת בית משפט, והראתה כי תנאים אלו מתקיימים במלואם.

21. המבקש הגיש תגובה מטעמו לפיה הוא אינו מתנגד לצירופה של העמותה להליך, ואף אינו מתנגד להשתתפותה בדיונים, ובלבד שהיא לא תהווה בעלת דין בהליך או באת כוח מייצגת בהליך של המבקש או כל מבקש אחר מטעמה. המשיבה הגישה תגובה מטעם המתנגדת לצירופה של הצלחה, והוגשו מטעם הצדדים מספר כתבי בי דין נוספים בעניין זה.

22. ביום 27.6.16 התקיים דיון בפני בית המשפט הנכבד, במסגרתו נשמעו עמדות הצדדים ביחס להצטרפותה של עמותת הצלחה להליך.

23. בטרם ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד בבקשת הצלחה לפי סעיף 15 לחוק, הודיעו הצדדים כי הם פונים להליך גישור במטרה להגיע לפתרון מוסכם בניהם.

24. ביום 22.3.18 הוגשה מטעם הצדדים בקשה לאישור הסדר פשרה.

5.ב הבקשה לאישור הסדר פשרה

25. הסדר הפשרה והבקשה לאישורו הוגשו לאחר שהתקיים הליך גישור בפני המגשר עורך הדין ד"ר נמרוד קוזלובסקי. ההסדר כולל חתימת קיום של המגשר לפיה ההסדר משקף את הסכמות הצדדים בגישור שהתנהל בפניו ואת המלצתו.

26. הגדרת הקבוצה המיוצגת בהסדר הפשרה: "כל אזרח אשר נחשף ו/או ביקר באתר החדשות ופורטל התכנים האינטרנטי של המשיבה ynet ב-7 השנים אשר קדמו להגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית." (ס' 1.4 להסדר).

27. עיקרו של ההסדר בקביעת כללים שיוטמעו אצל המשיבה, בנוגע לגילוי נאות בפרסום כל ידיעה שהיא תוצר של שיתוף פעולה מסחרי חיצוני עם גורם מממן כלשהו (מסחרי, ארגוני או ממשלתי) (ס' 3.1 להסדר). הכללים שהוסכמו הם:

27.1. כללים ביחס לכותרת הידיעה (ס' 3.1(א)-(ה)):

27.1.1. כותרת הידיעה תופיע בעמוד הבית עם סממן גראפי אשר יבדל אותה מידיעות אחרות, כגון צבע, גוון רקע, גופן או כל בידול גראפי אחר (ס' 3.1(א) להסדר).

27.1.2. בתחום שטח כותרת הידיעה יופיע סמליל אייקוני ממוסגר i (להלן: "הסמליל הגראפי"). הסמליל יופיע בכל מופע של הכתבה טרם נכנסים אליה, בין אם הכותרת בדף הבית ובין אם היא ממוקמת במדורים אחרים באתר (ס' 3.1(ב) וס' 3.1(ה) להסדר).

27.1.3. במעבר של סמן העכבר על הסמליל במחשבי הדסקטופ, יוצג חלון המסביר את אופיו של שיתוף הפעולה המסחרי, השתתפות מימונית או מימון מלא: תוכן בשיתוף- "הכתבה הופקה בידי המחלקה המסחרית של ynet בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני ופורסמה לאחר עריכת עיתונאית"; או חסות - "הכתבה הופקה בידי המחלקה המסחרית של ynet במימון של גורם חיצוני ופורסמה לאחר עריכה עיתונאית." (להלן: "חלון ההסבר") (ס' 3.1(ג) להסדר). בפלטפורמות הניידים (טאבלט וסלולר) נגיעה על הסמליל תפתח את חלון ההסבר (ס' 3.1(ד) להסדר).

27.2. כללים ביחס לגוף הידיעה (ס' 3.1(ו) להסדר):

27.2.1. תחת כותרת הידיעה ובמידת האפשר בסמוך לשם הכתב, תופיע התיבה "בשיתוף עם (הגורם שהיתה לו נגיעה מימונית לידיעה)".

27.2.2. בנוסף יופיע הסמליל הגראפי.

27.2.3. בנגיעה בסמליל יופיע חלון ההסבר.

28. הסדר הפשרה לא יחול על מקרים בהם גורמים חיצוניים הזמינו "לימוד מוצר" או "התנסות בחוויה" לשם הערכת נושא הכתבה, באופן שנדרש כחלק מהפקת הכתבה ושאינו משיא רווח כספי למשיבה (ס' 3.2 להסדר).

29. המשיבה מתחייבת ליישם את הכללים גם ביחס לפלטפורמות טכנולוגיות עתידיות "בגמישות המתחייבת", תוך הקפדה על עקרונות הגילוי הנאות כפי שהוסכם בהסדר (ס' 3.3-3.4 להסדר).

30. הסדר הפשרה אינו כולל פיצוי לחברי הקבוצה הנפגעת. בבקשה לאישור הסדר פשרה הצדדים הסבירו כי סעדי הפשרה מתמקדים בהטבה לעתיד ולא בפיצוי לעבר נוכח קשיים משפטיים משמעותיים בבקשת האישור, לרבות ביסוס הקבוצה, התאמתה של התובענה להתברר כייצוגית, קשיים בהוכחת הנזק, ובשל הסיכוי שייקבע כי אין יחסי עוסק-לקוח (ס' 26-28 לבקשה לאישור ההסדר). לעמדתם, הסדר הפשרה מבטא קניית סיכון ומשקף את סיכויי התביעה וסיכוייה על ידי הצדדים (ס' 32 לבקשה לאישור ההסדר).

31. הצדדים ביקשו להימנע מהצורך למנות בודק לפי ס' 19(ב) לחוק תובענות ייצוגיות (ס' 38-43 לבקשה לאישור ההסדר).

32. הסדר הפשרה יוצר מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה המיוצגת ביחס לכל עילה, תביעה או טענה בקשר לתובענה והבקשה (ס' 4 להסדר).

33. הצדדים המליצו על גמול למבקש בגובה של 15,000 ש"ח ושכר טרחה לבאות כוחו של המבקש בגובה של 160,000 ש"ח (ס' 5 להסדר).

34. ביום 26.3.18 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד המורה על פרסום הודעה על הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה.

6.2 התנגדויות להסדר הפשרה

35. ביום 2.5.18 הוגשה **התנגדותו של מר יותם כרמון**, חבר הקבוצה המיוצגת, להסדר הפשרה (להלן: "**התנגדות כרמון**"). כרמון טען בהתנגדותו כי בניגוד לטענת המשיבה בכתבי הטענות מטעמה, הדוגמא שהובאה בבקשת האישור להעדר גילוי נאות אינה דוגמא בודדת שארעה בשל טעות, אלא קיימות דוגמאות נוספות לידיעות עם אותו גורם חיצוני ללא גילוי נאות (ס' 9-15 להתנגדות כרמון, נספחים 1-3), וכי ביחס לכתבות לגביהן טענה המשיבה כי מתקיים גילוי נאות, קיימות דוגמאות נוספות לכך שלא מתקיים כל גילוי (ס' 14-15 להתנגדות כרמון, נספחים 4-5).

36. כרמון הפנה לסעיף 19(ג) (2) לחוק לפיו בהחלטה על אישור הסדר פשרה על בית המשפט לבחון את הפער בין הסעד הניתן בהסדר לבין הסעד שהיה מתקבל אילו בית המשפט היה מכריע לטובת הקבוצה, וטען כי בהעדר כל פיצוי לחברי הקבוצה, אין התאמה בין סעדים אלו (ס' 16-19 להתנגדות כרמון). כרמון הפנה למספר פסקי דין בהם בתי המשפט נטו שלא לקבל בקשות לאישור הסדר פשרה, שאינו כוללות סעד כספי או סעד בעין לחברי הקבוצה (ס' 20 להתנגדות כרמון).

37. עוד טען כרמון כי ההתחייבות העתידית של המשיבה אינה תואמת להוראות הדין והיא אף מהווה נסיגה מהפרקטיקה הנהוגה הקיימת (ס' 22-29 להתנגדות כרמון). כרמון התנגד להחרגת הכתבות בהן גורמים חיצוניים הזמינו התנסות מוצר, וטען כי ההחרגה אינה תואמת ללשון הגדרת "פרסומת" בחוק הגנת הצרכן (ס' 30-36 להתנגדות כרמון). כרמון הלין גם על כך שהגילוי הנאות לא חל גם על הגרסאות להדפסת הכתבות (ס' 37-40 להתנגדות כרמון).

38. ביום 13.5.18 הוגשה **התנגדות מטעם ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה** (להלן: "**התנגדות העיתונאים**"). בהתאם לאמור בהתנגדות, ארגון העיתונאים כאיגוד ארצי, פועל לשמירה על חופש העיתונות ועל העיתונאים כעובדים (ס' 1-7 להתנגדות העיתונאים). לעמדת העיתונאים קיים צורך במינוי בודק, מומחה לאתיקה עיתונאית וחופש העיתונות, כדי לבחון את ההסדר המוצע (ס' 8-9 להתנגדות העיתונאים). העיתונאים עומדים על חשיבות חופש העיתונות כחלק מהגשמת חופש הביטוי (ס' 10-15 להתנגדות העיתונאים), וטוענים כי הפרסום הסמוי מהווה פגיעה קשה ביסודות אלה (ס' 18-20 להתנגדות העיתונאים).

39. לעמדת העיתונאים, הכללים שהיו נכונים ביחס לעידן שהיה קיים לפני עידן האינטרנט, ביחס לגילוי הנאות הנדרש בפרסומת, נכונים גם כיום. לעמדתם, הכללים שאומצו בהסדר הפשרה עומדים בסתירה לכללים אלה (ס' 21-22 להתנגדות העיתונאים). העיתונאים הביעו חשש להשלכות האפשריות להסדר זה על עבודתם של עיתונאים מקצועיים, ובכלל זה בחופש העיתונות ובאמון הציבור בעיתונות החופשית, ואף פגיעה בדמוקרטיה (ס' 23 להתנגדות העיתונאים). העיתונאים מתנגדים לתוכן "חלון ההסבר" המוצע בהסדר וטוענים כי מדובר בערבוב שאינו ראוי בין המחלקה העיתונאית והמסחרית וכי לא ניתן להציג טקסט מסחרי כטקסט עיתונאי (ס' 24-25 להתנגדות העיתונאים).

40. ביום 21.5.18 הוגשה **התנגדות מטעם חברי מערכת "העין השביעית"** (להלן: "**התנגדות חברי העין השביעית**"), חברי הקבוצה המיוצגת, הפועלים כעיתונאים בארגון הפועל למטרת חברי הקבוצה (ס' 3-4 להתנגדות חברי העין השביעית). לעמדת חברי העין השביעית, הסדר הפשרה המוצע מנציח את הטעיית

הצרכנים בהצגת פרסומות כתוכן עיתונאי, ואף מציג רף נמוך יותר בהשוואה לסטנדרט שמונהג היום על ידי המשיבה באופן וולונטרי. אישורו של ההסדר, כך נטען, עשוי "להכשיר" פרקטיקה שאינה מספקת גילוי נאות (ס' 6(ב)-(ג) להתנגדות חברי העין השביעית); לעמדתם, הסדר הפשרה אינו מעניק בידי הצרכנים כלי יעיל לזיהוי התוכן אליו נחשפו כפרסומת והוא אינו כולל כל פיצוי לחברי הקבוצה הנפגעת (ס' 6(ה)-(ו) להתנגדות חברי העין השביעית).

41. במסגרת התנגדותם, חברי העין השביעית עמדו על מאפייני הפרסום הסמוי בעידן הדיגיטלי, על היבטים שונים של הנזק שהוא גורם עבור הצרכנים ועבור האזרחים (עמ' 13-6 להתנגדות חברי העין השביעית) ועל החשיבות הציבורית בהסדר הפשרה המוצע (עמ' 17-14 להתנגדות חברי העין השביעית). חברי העין השביעית הפנו למחקרים שונים שהראו כי לצרכנים יש יכולת נמוכה לזהות פרסום סמוי וכי הגילוי הנאות בו משתמשים גופי התקשורת באופן וולונטרי ("בשיתוף עם...") אינו מסייע בזיהוי מספק של התוכן הפרסומי (עמ' 22-18 להתנגדות חברי העין השביעית).

42. התנגדות חברי העין השביעית מפרטת את הכשלים בהסדר המוצע ביחס לסימון התוכן המסחרי: דרישות עמומות ביחס לסימון הגרפי; בידול רק ביחס לכותרות בעמוד הבית ולא ביחס לידיעות עצמן או לכותרות בעמודים אחרים; הסמליל לרבות נוסחי הגילוי הנאות, אינם מהווים גילוי נאות מספק ומטשטשים את העובדה כי מדובר בפרסומת; ההסדר מוריד מסף הגילוי הקיים כיום ביחס לחלק מהתכנים המסחריים המפורסמים באתר המשיבה; המונח "פורסמה לאחר עריכה עיתונאית" מהווה הטעיה בוטה ופוגע משמעותית בעוסקים במקצוע העיתונאי; הגילוי המוצע ארוך ולא בהיר (עמ' 27-23 להתנגדות חברי העין השביעית).

43. לעמדת חברי העין השביעית יש למנות בודק – מומחה לסוגיית פרסום הסמוי, לערוך שינוי מהותי בהסדר המוצע, ולחילופין להביא את ההליך לכדי הכרעה משפטית (ס' 7 ועמ' 27 להתנגדות חברי העין השביעית).

ג. על הסדר פשרה להיות ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה

44. בית המשפט הבחון בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית, צריך לבחון האם הסדר הפשרה שהוגש ראוי, הוגן וסביר, בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע אמת מידה המדריכה את בית המשפט לבחון באופן ביקורתי את הסדר הפשרה, ולהגן על עניינם ועל זכויותיהם של חברי הקבוצה אשר אינם נמצאים בפני בית המשפט.

על ההגנה שיש ליתן לחברי הקבוצה בעת אישורו של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ראה: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים מא 5, 38-41 (2011) (להלן: "קלמנט, פשרה והסתלקות"); גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" עלי משפט ט 147, בעמ' 160 (2011) (להלן: "אוריון ושוורץ, מנגנונים לפיקוח"); ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, בפסקה 26 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר (פורסם בנבו, 12.8.12).

45. החלטה על אישור או דחיית הסדר פשרה, צריכה להיבחן לאור רשימת השיקולים המפורטים בסעיף 19(ג)(2) לחוק, ובין היתר:

45.1. הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה עשויים היו לקבלו אילו היה בית משפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה;

45.2. השלב שבו נמצא ההליך: יש משמעות לשאלה באיזה שלב מוגשת הפשרה בתובענה הייצוגית. פשרה שמוגשת לאישור בית המשפט לפני אישורה של התובענה כייצוגית דורשת פיקוח משמעותי יותר מפשרה המוגשת לאחר שאושרה כייצוגית. סעיף 19(א)(1) לחוק קובע, כי במקרה שבקשה לאישור הסדר פשרה הוגשה לפני אישור התובענה כייצוגית, על בית המשפט לבחון תחילה האם התביעה עומדת לכאורה בתנאים לאישור התובענה כייצוגית, וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

45.3. הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה הייצוגית אל מול יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר הפשרה.

45.4. העילות והסעדים שלגביהם מהווה החלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר: על בית המשפט לפקח באופן הדוק על הסדרי פשרה אשר פוגעים בזכות הגישה החוקתית של חברי הקבוצה לבית המשפט.

46. כפי שיפורט להלן, לעמדת הצלחה, הסדר הפשרה במתכונתו הנוכחית אינו ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה, ולפיכך אין הוא עומד בדרישות סעיף 19(א) לחוק.

ד. העדר פיצוי לחברי הקבוצה הנפגעת

1.ד. הסדר פשרה שאינו מעניק פיצוי ומקים מעשה בית דין פוגע בתכליות הפיצוי וההרתעה

47. כמפורט לעיל, בהתאם לסעיף 19(ג)(2)(א) לחוק, החלטת בית המשפט האם לאשר הסדר פשרה או לדחותו, תהא מבוססת בין היתר על: "הפער בין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו אילו היה בית המשפט מכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה".

ראה בהקשר זה: ת"צ (מחוזי חי') 17852-10-09 גור נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ (פורסם בנבו, 4.3.12), וגם ת"צ (מחוזי מרכז) 5731-08-07 קיכל נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 31.7.11).

48. בענייננו, כאמור, הסדר הפשרה אינו מעניק כל פיצוי לחברי הקבוצה הנפגעת.

49. חרף העדרו של כל פיצוי לחברי הקבוצה, הסדר הפשרה המוצע קובע מעשה בית דין ביחס לקבוצה רחבה מאוד של צרכנים – כל אזרח שנחשף או ביקר באתר האינטרנט של המשיבה ב-7 השנים שקדמו להגשת בקשת האישור (ס' 1.4 להסדר פשרה). המשמעות היא כי הסדר הפשרה המוצע מונע מחברי הקבוצה את הזכות לתבוע את המשיבה בגין נזקים שייתכן שאירעו להם בעקבות הפרסום הסמוי, וזאת מבלי לתת להם בתמורה כל סעד או פיצוי.

50. הסדר פשרה המבקש להקים מעשה בית דין ביחס לחברי הקבוצה מבלי לתת כל פיצוי עבור הנזקים שנגרמו להם, פוגע בשתי המטרות המרכזיות של התובענה הייצוגיות- פיצוי והרתעה.

ראה: סעיף 21(2) לחוק תובענות ייצוגיות לפיו מטרות החוק הינן, בין היתר: "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"; ראה גם בדברי ההסבר לס' 1 בהצעת חוק: תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 257: "מטרת החוק המוצע היא ליצור מסגרת אשר תאפשר לציבור או לקבוצה של

פרטים [...] מימוש של זכות הגישה לבית המשפט וזאת כדי להבטיח אכיפה יעילה של הדין, **מתן סעד הולם לנפגעים** מהפרתו ו**יצירת הרתעה מפני הפרתו**."

על תכליותיו של מוסד התובענה הייצוגית ראה למשל: רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774, 783-785 (1996); ע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, 322-323 (1997); ע"א 345/03 **רייכרט נ' שמש**, פ"ד סב(2) 437, פסקה 9 לפסק דינה של כבוד הנשיאה ד' בייניש (2007); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" **משפטים** לד 301, 324-317 (2004).

51. כאמור, בהתאם לסעיף 19(א) לחוק, על בית המשפט הבוחן הסדר פשרה לבחון האם ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה המיוצגת. הסדר פשרה אשר אינו מעניק כל פיצוי לחברי הקבוצה ויחד עם זאת כובל אותם בבחינת מעשה בית דין וחוסם את זכותם לממש עילת תביעה ולתבוע בגין הנזק שנגרם להם, אינו הסדר הוגן מבחינת חברי הקבוצה.

ראה למשל את פסק דינה של כבוד השופטת שטמר בת"צ (מחוזי מרכז) **39234-09-12 בתיה כהן נ' סמארט קלאב אחזקות בע"מ**, פסקה 28 (פורסם בנבו, 24.11.2014), שדחתה בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית נוכח העדר פיצוי הולם לחברי הקבוצה המיוצגת: "שווי הנמוך של ההסדר מוביל אף הוא למסקנה כי הקמפיין אינו מהווה פיצוי הולם לחברי הקבוצה." עוד ראה את החלטת כבוד השופטת מיכל נד"ב בת"צ (מחוזי מרכז) **44751-03-10 בן סימון נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ** סעיף 17.10 (פורסם בנבו, 8.7.12) עת דחתה בקשה לאישור הסדר פשרה, בין היתר, נוכח העדרו של פיצוי לחברי הקבוצה.

ראה גם את קביעתו של מותב נכבד זה, שאמנם נאמרה בהקשר של בקשה הסתלקות אולם רלוונטית גם לענייננו בת"צ (מחוזי ת"א) **28622-05-16 אופיר לב נ' לאומי קארד בע"מ**, עמ' 3-4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.12.16): "לאחר תיקון מספר 10 לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו – 2006, הוראות סעיף 16(א) לחוק קובעות, שבטרם יאשר בית המשפט טובת הנאה למבקש או לבא כוחו, עליו לשקול האם הבקשה לאישור הראתה עילת תביעה לכאורה וכן את התועלת שהביאה הבקשה לחברי הקבוצה. הרציונל של תיקון מספר 10 הוא למנוע ניצול לרעה של ההליך ולמנוע מצב של פסיקת גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ובא כוחו, מבלי שהביאה תועלת לקבוצה המיוצגת... בקשת ההסתלקות מהתובענה, תוך קביעת הסדר פיצוי שאין בו תועלת של ממש לחברי הקבוצה, עשויה להטיב עם המבקש והמשיבות דווקא, ולא עם הקבוצה. בנסיבות אלה, אין הצדקה לפסיקת גמול ושכר טרחה."

52. הסדר מסוג זה, אשר אינו מעניק פיצוי לחברי הקבוצה אולם יוצר מעשה בית דין המקנה הגנה לנתבע מפני תביעות נוספות של חברי הקבוצה ביחס לכל עילה, תביעה או טענה בקשר לתובענה והבקשה (ראה למשל בס' 4 להסדר), אינו מביא להפגמתם של הנזקים שנגרמו על ידו, ולכן אינו מרתיע את הנתבע מהפרת הוראות הדין.

ראה: קלמנט, פשרה והסתלקות, בעמ' 12: "אשר להרתעה, היא נגזרת מגובה הסנקציה שהנתבע נדרש לשלם. כדי להרתיע את הנתבע באופן ראוי עליו לשאת בנזקים שגרם כשהפר את חובותיו החוקיות. פשרה שבה הנתבע משלם רק חלק קטן מהנזקים שגרם מדללת את תמריצו לקיים את חובותיו על פי דין". ובעמ' 24: "אכיפת הדין על הנתבע לאחר שהוגשה תביעה נגדו אינה משמשת להרתעה מהפרת הדין בעתיד. אם נתבעים יצפו שבכל מקרה שבו ייתבעו יצטרכו רק להפסיק

להמשיך להפר את החוק ולא ישלמו בגין הפרות שקדמו להגשת התביעה, לא יהיה להם שום תמריץ לקיים את החוק. לכן, הרתעה מפני הפרת החוק דורשת הטלת סנקציה בגין הפרות שנעשה בעבר."

עוד ראה את החלטתו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מרכז) 30028-04-11 **יצחקי נ' מגדל**, פסקה 67 (פורסם בנבו, 21.11.16) (בקשת רשות ערעור על ההחלטה עומדת בפני בית המשפט העליון וטרם הוכרעה (רע"א 4011/17) (להלן: "**עניין מגדל**"): "הרתעה מביצוע עוולות צרכניות – אחת ממטרותיה היסודיות של התובענה הייצוגית בכלל, והתובענה הייצוגית הצרכנית בפרט, היא להבטיח ש"הפשע לא ישתלם", קרי למנוע היווצרותה של מציאות במסגרתה ביצוע עוולה צרכנית היא פעולה רווחית מבחינת העוסק. לפיכך, הסדר פשרה המבטיח, באופן תיאורטי, פיצויי הוגן לכל אחד מיחיד הקבוצה, אולם אינו מבטיח הרתעה של העוסק, מהטעם שהסיכוי שהזכאים יממשו את הפיצוי הוא נמוך, עלול להיות הסדר פשרה בלתי ראוי. לפיכך, יש לבחון לא רק את הגינות ההסדר כלפי כל אחד מחברי קבוצת הזכאים, אלא גם את ההשלכות של הסדר הפשרה על התמריצים של עוסקים אחרים לבצע עוולות צרכניות."

53. במסגרת הבקשה לאישור הסדר פשרה הצדדים טוענים כי בהגשת הבקשה טמון "אלמנט הרתעתי ראוי" (ס' 31 לבקשה לאישור הסדר פשרה). לא ברור איזה אלמנט הרתעתי קיים מקום בו המשיבה לא משלמת דבר לחברי הקבוצה המיוצגת שנפגעו ויחד עם זאת חוסמת תביעות עתידות בגין התנהלותה.

2.ד. נוכח הוראות סעיף 19(א) לחוק לא ניתן לאשר הסדר פשרה ששוויו אפס

54. הצדדים מצדיקים את אי מתן הפיצוי בהסדר הפשרה, בקשיים המשפטיים הקיימים בבקשת האישור ובקניית סיכויים וסיכונים מטעמים (ס' 26-34 לבקשה לאישור הסדר פשרה).

55. מנימוק זה של הצדדים עולה כי שוויו הנמוך של הסדר הפשרה מייצג אחת משתים – או שהוא מייצג את סיכוייה הנמוכים של התביעה, אולם אז, בהתאם לסיפא להוראות סעיף 19(א) לחוק, לא ניתן לאשרה כייצוגית וממילא גם לא ניתן לאשר את הסדר הפשרה בה; או שהוא אינו מייצג את סיכוייה האמתיים של התביעה, ואז בוודאי אינו ראוי הוגן וסביר ואינו עומד בדרישות הרישא לסעיף 19(א).

56. כאמור, סעיף 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות תוקן במסגרת תיקון מספר 10 לחוק תובענות ייצוגיות, שהוסיף לו את הדרישה כי במקרים בהם הסדר הפשרה הוגש לפני אישורה של התובענה כייצוגית, בית המשפט יידרש למצוא "כי התובענה שהוגשה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית, הקבועים בסעיפים 3, 4 ו-8(א) וכי סיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

57. מדברי ההסבר להצעת החוק עולה שמטרתו של תיקון מספר 10 הייתה לצמצם את התופעה הלא רצויה של תביעות סרק מן הצד האחד, ושל תביעות ראויות שמסתיימות בהסכמי פשרה שאינם מיטיבים עם הקבוצה המיוצגת, מן הצד האחר. על כן נקבע כי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אם התובענה אינה עומדת לכאורה, בתנאים לאישור תובענה ייצוגית.

ראה: הצעת חוק: תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקויות), התשע"ו-2016, ה"ח הכנסת 537, בעמ' 117.

כך ראה: פסקה 65 להחלטתו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף בעניין **מגדל**: "לעומת זאת, כאשר הסדר הפשרה נכרת בטרם אושרה התובענה כייצוגית, נדרש בית המשפט גם לבחון האם התובענה עומדת, לכאורה, בתנאים לאישורה כייצוגית. הטעם לדרישה זו, אשר נוספה לאחרונה במסגרת תיקון 10 משנת תשע"ו לחוק תובענות ייצוגיות, הוא לוודא כי אין מדובר בפשרה שהושגה במסגרת הליך סרק, דהיינו הליך ייצוגי שאין הצדקה לקיימו, ושהמשיבה מוכנה לסיימו בפשרה רק בשל הטרדה הכרוכה בהמשך ניהול התובענה."

58. לפיכך, בבחינת אישורו של הסדר הפשרה המוצע, על בית המשפט לבחון האם התובענה עומדת, לכאורה, בתנאי הוראות סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות. בפרט, מכוח הוראת סעיף 8(א)(1) על בית המשפט למצוא כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות של עובדה או משפט אשר משותפות לחברי הקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.

ראה את פסק דינה של כבוד השופטת אחיטוב בת"צ (מחוזי ת"א) 2319/03 **פופיק נ' פזגז 1993 בע"מ**, פסקאות 5-11, ו-14 (פורסם בנבו, 31.1.2010), אשר דחתה בקשה לאישור הסדר פשרה שהוגשה בטרם אושרה התובענה כייצוגית, לאחר שנמצא כי אין שאלה משותפת לכלל חברי הקבוצה ובהעדר עילת תביעה אישית למבקשת: "מן האמור לעיל עולה כי לעמדת המבקשת הטעם העיקרי בעריכת הסדר הפשרה והגשתו הוא הספק שעולה, אם יש ביכולתם לבסס בראיות את עילות התביעה העומדות לכלל חברי הקבוצה." וראה: ת"א (מחוזי ת"א) 1729/06 **דרול שר נ' עלית ממתקים** (פורסם בנבו, 24.05.09), בו נדחתה בקשה לאישור הסדר פשרה שהוגשה בטרם אושרה התובענה כייצוגית, בפסקה 14 לפסק דינה של כבוד השופטת ברון.

59. הצדדים הצדיקו את העדרו של פיצוי עבור חברי הקבוצה בהערכת הצדדים ביחס לסיכויי תביעה זו. כך למשל, בסי' 26 לבקשה לאישור הסדר פשרה, טענו כי "בהסדר פשרה הסכימו הצדדים... כי סעדי הפשרה יתמקדו בהטבה תקדימית לעתיד ולא בפיצוי לעבר; זאת משום שבין היתר ולאור הערותיו של כבוד המגשר במהלך הגישור, ברור למבקש, כי המשך ניהול בקשת האישור כרוך בקשיים משפטיים משמעותיים, לרבות קשיים ניכרים בביסוסה של הקבוצה כפי שהוגדרה בבקשת האישור ובהתאמתה של התובענה להתברר כתובענה ייצוגית...". הימנעות מפיצוי חברי הקבוצה בתובענה שהסכום שנתבע בה, על פי בקשת האישור, היה 10 מיליון ש"ח (ס' 160-161 לבקשת האישור), מעידה על כך שלעמדת הצדדים, סיכויי ההצלחה של התביעה אפסיים. אם זה אכן המצב, לא ניתן לאשר את הסדר הפשרה, לאור הוראת סעיף 19(א) סיפא.

60. יתכן שהמקור להערכת הסיכויים הנמוכים על ידי הצדדים, ובפרט על ידי המבקש, הוא בבקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר הוגשה על ידו. בקשת האישור הוגשה ללא חוות דעת, וניתוח עילות התביעה במסגרת הבקשה נעשה באופן חלקי. יחד עם זאת, לעמדת הצלחה, על אף בקשת האישור החסרה, עילות התביעה העומדות בבסיס הבקשה הינן עילות ראויות, בעלות חשיבות עקרונית מבחינה ציבורית, והן מקימות לחברי הקבוצה זכות לקבלת פיצוי - אם בשל הנזק שנגרם להם ואם בשל רווחי המשיבה. סכום הפיצוי המינימלי המגיע לחברי הקבוצה, בתמורה להקמת מעשה בית דין ביחס לעילות אלה, אינו יכול להיות אפס. הסדר אשר חוסם את אפשרות התביעה של חברי הקבוצה בעילות התביעה הללו, ללא פיצוי, אינו יכול להיות ראוי הוגן וסביר, כדרישת סעיף 19(א) רישא.

61. להלן יפורטו בתמצית נימוקי הצלחה לטענתה זו. יצויין כי אין באמור להלן כדי למצות את מלוא הטענות העומדות לחברי קבוצה המיוצגת, והוא מעיד רק על חוסר הסבירות באישור הסדר הפשרה שאינו נותן להם שום פיצוי.

3.4. הנזק שנגרם לחברי הקבוצה המיוצגת

62. הספרות התיאורטית העוסקת בתחום, מתארת נזקים שונים הנגרמים כתוצאה מהפרקטיקה של פרסום סמוי. הנזקים המוזכרים בספרות נגרמים גם במישור השיח הציבורי וגם במישור הכלכלי-צרכני.

63. במישור השיח הציבורי מביא הפרסום הסמוי לפגיעה במרחב הדיון הציבורי וביכולת לשמור על פלורליזם של דעות: חשיפת צרכנים לתכנים שעולים בקנה אחד רק עם אינטרסים כלכליים-מסחריים של גורמים מממנים פוגע בפלורליזם של תכנים בתקשורת; מניעת קיום מרחב נקי ממסחר ומסחור יתר של התוכן הקיים במדיה, פוגעת באמון הציבור במוסדות התקשורת ובתפקידם לשמור על השיח הדמוקרטי, ופוגעת באובייקטיביות העיתונאית.

64. במישור הצרכני, מעצם טיבו של הפרסום הסמוי, הוא גורם להטעיה. ציבור הצרכנים מוטעה לחשוב כי התוכן אליו הוא נחשף אינו בגדר פרסומת. בדרך זו, הפרסום הסמוי עוקף את ההתנגדות הטבעית שקיימת אצל צרכנים כלפי פרסום גלוי.

ראה למשל: Goodman, Ellen P. "Stealth marketing and editorial integrity." **TEX. L. REV.**

83 (2006): 99-125; (להלן: "Goodman")

"1"- עותק מאמרה של Goodman, מצורף בזאת ומסומן **כנספח 1**.

65. ההטעיה מפרסום סמוי עשויה לגרום לצרכנים נזקים שונים, ובין היתר:

65.1. צרכנים שנחשפו לפרסום הסמוי והסתמכו על הנאמר בו ככתבה עיתונאית, רכשו מוצרים שלא היו רוכשים אלמלא נחשפו לפרסום.

65.2. הביקושים המנופחים למוצרים אלה הביאו להעלאת מחירם, באופן שפגע גם באותם צרכנים שהיו רוכשים את המוצרים ממילא.

ראה יובל פרוקציה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" **עיוני משפט** 7, 10 (2013): "נזקם של הצרכנים שלא הסתמכו על המצג נובע, בעיקרו של דבר, מן ההשפעה שיש למצג על מחירו של המוצר. מצגי-שווא בתחום הצרכני מיועדים להציג את העסקה באור חיובי יותר מנקודת-מבטו של הצרכן מכפי שהיא בפועל. המציג מבקש להגדיל את הביקוש למוצר, ולכן נלווית בדרך-כלל גם עלייה במחירו. עליית המחיר הינה "נזק" שנגרם לצרכן באופן סיבתי עקב המצג. נזק זה נגרם לא רק לצרכנים שהסתמכו, אלא לצרכנים כולם: גם צרכן שהחלטתו לרכוש לא נבעה ממצג-השווא, ועל-כן הוא לא הסתמך עליו, סבל בכל זאת נזק אם שילם בעבורו מחיר העולה על זה שהיה משלם אלמלא המצג; ובאופן דומה, גם צרכן שלא נחשף כלל למצג, ולכן לא הסתמך על האמור בו, סבל נזק אם שילם בגינו מחיר גבוה יותר."

ליישום מאמרם של פרקציה וקלמנט בהקשר זה, ראה למשל בת"צ (מחוזי מרכז) 7217-01-14 **זוהר נ' כמיפל בע"מ**, פסקה 31 לפסק דינו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף (פורסם בנבו, 29.3.17). בקשת רשות ערעור על החלטה נדחתה בפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 4114/17 **כמיפל בע"מ נ' זוהר** (פורסם בנבו, 2.11.17); ת"צ (מחוזי ת"א) 43376-05-13 **חרוש ואח' נ' מלונות פתאל בע"מ**, פסקה 6 להחלטתה של כבוד השופטת אלמגור (פורסם בנבו, 15.12.16); ת"צ (מחוזי ת"א) 2351-10-12 **שור נ' אסם תעשיות מזון בע"מ**, פסקה 8 להחלטתה של כבוד השופטת אלמגור (פורסם בנבו, 22.4.15).

65.3. צרכנים השחיתו את זמנם בקריאת הכתבות, רק מתוך הנחה כי מדובר בתוכן עיתונאי עצמאי ונטול פניות.

65.4. לצרכנים נגרמו נזקים לא ממוניים שונים בעקבות ההטעיה: פגיעה באוטונומיה ובאפשרות הבחירה החופשית וכן תחושות שליליות כגון כעס, תסכלו ועלבון ברמות שונות שנבעו מעצם הגילוי.

ראה: ע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל**, פסקה 40 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 4.12.11) (להלן: "**עניין תנובה**").

66. לסיכום הדברים עד כה, לצרכנים - חברי הקבוצה המיוצגת - אשר נחשפו לפרסום סמוי באתר המשיבה בשבע השנים שקדמו להגשת בקשת האישור נגרם נזק. גם אם קיים קושי באומדן הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה ובקביעת הסכום ההולם לפיצוי, ברור כי הנזק שנגרם להם אינו עומד על אפס. בעניין זה יצויין, כי גם אם פיצוי כספי לחברי הקבוצה הנפגעת אינו מעשי בנסיבות העניין, בית המשפט רשאי להורות על פיצוי לטובת הציבור לפי סעיף 20(ג) לחוק.

ראה: עניין **תנובה**, בפסקאות 49-50 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) חיות; עוד ראה: ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינור (הדס 1987) בע"מ**, פסקה 103 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר (פורסם בנבו, 4.9.14).

4.ד. לחברי הקבוצה עומדת זכות לפיצוי בעילה של עשיית עושר ולא במשפט

67. מקור נוסף לחובתה של המשיבה לשלם פיצוי במסגרת הליך זה הוא חוק **עשיית עושר ולא במשפט**, התשל"ט-1979 (כפי שנטען בסי' 131 לבקשת האישור).

68. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע כדלקמן:

"(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת"

69. הפסיקה פירשה את הסעיף כדורש התקיימותם של שלושה יסודות מצטברים: **התעשרות** – הפקת טובת הנאה כלשהי, לרבות חיסכון בהוצאות; **על חשבון המזכה** – על הזכיה לבוא לזוכה מן המזכה, בין אם הלה ספג נזק, בין אם הופק רווח מקניינו, ואף כאשר מדובר באינטרס ציפיה גרידא; **שלא על פי זכות**

שבדין – התעשרות תוך הפרת הוראת דין, הוראה בהסכם או ביצוע עוולה, וכן התעשרות הנעשית באופן אשר נתפס כבלתי צודק.

ראה למשל: רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 324-321 (1990); ע"א 6126/92 אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע"מ נ' דג פרוסט תעשיות דייג בע"מ, פ"ד נ(4) 471, 478-482 (1997); רע"א 5768/94 ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 362-358 (1998).

לניתוח יסודות סעיף 1 לחוק עשיית עושר ראה: דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א, 96-105 (מהדורה שלישית, 2015).

70. בענייננו, יסודות הסעיף מתקיימים במלואם. המשיבה הודתה כי קיבלה טובות הנאה בעקבות חלק מהפרסומים נשוא בקשת האישור (ס' 2-ג2 לתגובת המשיבה לבקשת האישור), ואף הצהירה כי שיתופי פעולה מסחריים אלה מהווים מקור הכנסה מהותי למדיות התקשורת ה"חינמיות" (ס' 64-62 לתגובת המשיבה לבקשת האישור). כמו כן, ניתן להצביע על זיקה ברורה בין חברי הקבוצה המיוצגת לבין טובת ההנאה שקיבלה המשיבה. קיים יסוד סביר להניח כי הסכומים אותם היו נכונים להשקיע גופים מסחריים בפרסום הסמוי הוצאו לשם הגברת הביקוש למוצריהם מצד חברי הקבוצה המיוצגת, וכי כנגד הוצאה זו צפו להכנסה בשיעור גבוה יותר, אשר תתקבל במישרין או בעקיפין מכיסם של נמעני הפרסום. הכנסה זו נצברה שלא כדין, נוכח הוראות הדין האוסרות על פרסום סמוי.

71. אשר על כן, בהעדר פיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת, אשר יגלם את הנזק שנגרם לחברי הקבוצה או את הרווחים שהפיקה המשיבה כתוצאה מהתנהלותה, ההסדר המוצע אינו ראוי הוגן או סביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה ואין לאשרו.

ה. הסדר הפשרה קובע הסדרה עתידית שאינה עומדת בדרישות הדין

ה.1. השלכותיו של הסדר הפשרה על תביעות עתידיות

72. סעיף 24 לחוק קובע כי פסק דין בתובענה ייצוגית - בין אם ניתן בהכרעה שיפוטית ובין אם ניתן במסגרת אישור הסדר פשרה - יהווה מעשה בית דין רק ביחס לחברי הקבוצה המיוצגת:

"פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשםם נוהלה התובענה הייצוגית, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוק זה." וראה למשל עניין בר בפסקה 64 לפסק דינו של סגן הנשיאה (כתוארו אז) ענבר: "רואים אנו, כי בהתאם לפשוטם של דברים, הסדר הפשרה נושא התובענה המוקדמת יכול ליצור מעשה בית דין רק לגבי חברי הקבוצה שבשםם נוהלה אותה תובענה".

73. סעיף 18(ז)(1) לחוק קובע כי הסדר פשרה לא יכלול חברי קבוצה אשר לא נכללו בבקשה לאישור תובענה ייצוגית או בהחלטת האישור:

"הסדר פשרה לא יכלול –

(1) עילות תביעה, בעלי דין או חברי קבוצה, אשר לא נכללו בבקשה לאישור או בהחלטה על אישור התובענה הייצוגית; ואולם אין בכך כדי לגרוע מזכותו של בעל דין לבקש מבית המשפט רשות לתקן את הבקשה לאישור או את התובענה הייצוגית, לפי כל דין;”

74. סעיף 19(2) לחוק מונה את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבוחנו האם לאשר הסדר פשרה וקובע, בין יתר השיקולים, כי על בית המשפט לשקול את העילות והסעדים היוצרים מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה עליהם חל ההסדר. וכך קובע סעיף 19(2)(ו) לחוק:

”העילות והסעדים שלגביהם מהווה ההחלטה לאשר את הסדר הפשרה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה שעליהם חל ההסדר.”

75. הנה כי כן, הוראות חוק תובענות ייצוגיות מגדירות את גבולותיו של מעשה בית דין במסגרת הסדר פשרה, ומורות לבית המשפט להתחשב בהחלטתו האם לאשר הסדר פשרה, בעילות ובסעדים היוצרים מעשה בית דין במסגרת ההסדר.

76. בענייננו, לכאורה, הסדר הפשרה המוצע קובע מעשה בית דין רק ביחס לחברי הקבוצה המיוצגת – כל אזרח שנחשף או ביקר באתר החדשות של המשיבה ynet ב-7 השנים שקדמו להגשת בקשת האישור (ס' 1.4 להסדר).

77. ואולם, בפועל, כפי שיפורט להלן, הסדר הפשרה המוצע עלול לחסום תביעות עתידיות לא רק על ידי חברי הקבוצה בגין עילות שהתגבשו טרם אישור ההסדר, אלא גם מצד מי שאינו חבר קבוצה או מצד מי שהוא חבר קבוצה ועילותו תתגבש לאחר אישור ההסדר.

77.1. ראשית, ביחס לחברי הקבוצה המיוצגת – קוראי אתר החדשות ynet – שקראו באתר המשיבה ונחשפו לפרסום הסמוי עובר להגשת בקשת האישור, ועתידים להמשיך לקרוא באתר גם לאחר אישור הסדר הפשרה, עולה השאלה האם הסדר הפשרה חוסם את עילת התביעה שלהם בגין פרסומים בעתיד.

77.2. שנית, ביחס למי שלא היו חברי קבוצה ולא נחשפו לפרסום הסמוי באתר ynet, אולם עתידים להיחשף לתוכן הסמוי בעתיד, עולה השאלה האם הסדר הפשרה מונע מהם את האפשרות לתבוע בגין הפרסום הסמוי, ולטעון, למשל, כי הגילוי הנאות עליו הוסכם במסגרת ההסדר אינו עומד בגדר הוראות החוק.

78. החשש הוא כי על אף שהסדר הפשרה המוצע אינו קובע מעשה בית דין ביחס למי שאינם חברי הקבוצה המיוצגת וביחס לעילות תביעה שהתגבשו רק לאחר אישור ההסדר, בפועל, אישור ההסדר עלול למנוע דיון בתובענות עתידיות הואיל והנושא כבר הוכרע, לכאורה, על ידי ערכאה שיפוטית.

ראה חשש דומה אותו הביע בית המשפט העליון ברע"א 3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ** (פורסם בנבו, 6.9.17), עת דחה על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית מחמת התנהלותם של התובע המייצג ובא כוחו (פסקה נ' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין, ופסקאות 13 ו-23 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן שהציע בדעת מיעוט למחוק את הבקשה תחת דחייתה). על מנת להפיג חשש זה, כבוד השופט רובינשטיין הציע, כי בתי משפט המחליטים לדחות תובענה ייצוגיות מטעמים הקשורים בהתנהלות בא כוח המייצג, ימנעו מלהכריע בטענות לגופן, על מנת שלא ליצור, דה פקטו, מעשה בית דין עתידי.

עוד ראה לעניין זה את החלטתו של כבוד השופט ענבר בת"צ (מחוזי ת"א) 13982-05-13 בר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, (פורסם בנבו, 30.8.15) (להלן: "עניין בר"), בה נדונה השלכתו של הסדר פשרה קודם שאושר על ידי בית המשפט ואימץ את עמדת המשיבות לעניין פרשנות הדין הנכונה (ת"צ (מחוזי ת"א) 1409/08 מסיקה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 20.3.10) (ס' 62-68 לעניין בר). לגישתו של כבוד השופט ענבר, מקום בו התנהלותו של נתבע הוסדרה בהסדר פשרה בתובענה ייצוגית מוקדמת, אין מקום לחשוף אותו לתובענה נוספת בגין אותה התנהלות אלא אם ישנם "טעמים ממשיים ומשמעותיים" (פס' 68 לעניין בר). זאת, נוכח הליך אישור הסדר הפשרה הקבוע בחוק, התנאים לאישור כמו גם המנגנונים שנועדו להחליף את ההליך האדוורסרי.

וראה גם את פסק דינה של כבוד השופטת חיות (כתוארה אז) בבית המשפט המחוזי, ת"א (מחוזי ת"א) 1043/00 רוזנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי (פורסם בנבו, 24.10.02) עת דחתה תובענה ייצוגית נוכח קיומו של פסק דין שדחה תובענה ייצוגית באותו עניין, אף על פי שפסק הדין אינו מקים מעשה בית דין ביחס לחברי הקבוצה (פס' 9 לפסק הדין). פסק דין זה אושר על ידי בית המשפט העליון בע"א 10688/02 רוזנפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטוח סוציאלי (פורסם בנבו, 27.3.03): "הסתמכותו של בית המשפט על פסק דינו של הנשיא וינוגרד הינה ראויה, ואין יסוד להתערבותנו".

ה.2. ההסדרה העתידית עליה הסכימו הצדדים להסדר אינה עומדת בדרישות הדין

79. בבסיס הבקשה לאישור התובענה כייצוגית, עומדת הטענה לקיומו של פרסום סמוי בניגוד להוראות סעיפים 7(ג)1 ו-2 לחוק הגנת הצרכן (למשל בס' 34-35, 127-129 לבקשת האישור).

80. סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן שכותרתו "אחריות להטעיה בפרסומת" מגדיר את גבולות האחריות לפרסומת מטעה. סעיף 7(ג)1 לחוק הגנת הצרכן קובע כי פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח כי האמור בה אינה פרסומת, הינה פרסומת מטעה. סעיף 7(ג)2 לחוק הגנת הצרכן קובע כי פרסומת המובאת בצורה של כתבה או ידיעה עיתונאית, מבלי לציין באופן ברור כי מדובר בפרסומת, הינה פרסומת מטעה:

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

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

ראה בהקשר זה את קביעתה של כבוד השופטת דורנר בע"א 7831/02 אוביקטיבי מחקרים עולמיים לישראל בע"מ נ' קר – שירותי בריאות בע"מ, פסקה 4 (פורסם בנבו, 30.1.03) עת החליטה לצמצם צו מניעה שניתן ביחס לפרסומים מסחריים שהוצגו כמחקרים בלתי-תלויים: "על המבקשים ייאסר לפרסם כל פרט הנוגע למחקר נושא-התובענה העיקרית. לגבי כל פרסום אחר בו נזכרים המשיבות או המוצרים והשירותים המסופקים על-ידן, בין באורח ישיר ובין באורח עקיף, יצוין באופן ברור וקל להבחנה בחושיו של אדם סביר, כי מדובר במודעה פרסומית מאת חברה מסחרית, שאינה פועלת מטעם גוף ציבורי שמטרתו לייעץ או להגן על צרכנים".

עוד ראה את קביעותיו של בית המשפט השלום בהליך הפלילי ביחס לאותו עניין בת"פ (שלום פ"ת) 1326/02 מדינת ישראל נ' אוביקטיבי מחקרים עולמיים בישראל בע"מ, 31-62 (פורסם בנבו,

7.9.2005): "אין ספק כי התלות שבין הפרסום לתשלום היא פרט מהותי בעסקה, ובחשיפתו יינתן לצרכן כלי נוסף להערכת אמינות הפרסום והזדקקותו לו ויבדיל על פי כישוריו בין הלל ותשבחות אובייקטיביים, וכאלו "התלויים בדבר", היינו: יחשף למלוא המידע ההוגן והנאות. כמו כן, חשיפת הקשר "פרסום – תשלום" יבהיר לצרכן כי לא מדובר בעניין אובייקטיבי גרידא אלא בעניין סובייקטיבי, בו למפרסם עניין מסחרי בפרסום ולא יטעה לחשוב שהפרסום נטו למענו, פרי מחקר רציני ומדעי ועל פי נוהלים וקריטריונים אובייקטיביים מובנים בלבד, היינו: ינתן מלוא המידע על פיו יוכל הצרכן לכלכל צעדיו ולגבש החלטתו בתנאי וודאות מלאים.

[...]

כאמור, בהעדר חשיפה, אדם סביר יכול בהחלט להניח שאין המדובר בפרסומת, ויותר מכך בהעדר מידע על הקשר שבין "פרסום – תשלום" וגם אם התוכן אינו מטעה, תחשב הפרסומת למטעה מכוח חוק, ודי בכך משנמנעו הנאשמים לחשוף את עובדת קבלת התשלום, ולא הציגו עבודתם כפרסום אלא כמחקרים מדעיים שנעשו על פי קריטריונים אובייקטיביים. לפיכך, חלות במקרה דנן הוראות הסעיפים 7 (ג) (1) וכן 7 (ג) (2) לחוק."

81. על פני הדברים, הסכמת הצדדים במסגרת הסדר הפשרה אינה עומדת בדרישות סעיפים 7(ג) (1) ו- (2) לחוק הגנת הצרכן, אינה מהווה גילוי נאות על כך שהידיעות הן פרי תוצר של שיתוף פעולה מסחרי עם גורם מממן, ובוודאי שאינה נותנת אינדיקציה ברורה לכך שהידיעות הן בגדר "פרסומת". לעמדת הצלחה, חרף הגילוי המוצע בהסדר, אדם סביר עלול להניח כי האמור בכתבות אינו מהווה פרסומת, וזאת בניגוד לסעיפים 7(ג) (1) ו- (2) לחוק הגנת הצרכן. ואלו הכשלים המרכזיים בגילוי המוצע:

81.1. בידול גראפי – הבידול הגראפי עליו הסכימו הצדדים – רק של אתר המאפיינים - צבע, גוון רקע, או גופן – אינו מספק. בידול הנוגע לצבע הרקע בלבד, לשם הדוגמא, אינו יוצר אבחנה ראויה בין הידיעות האחרות באתר לבין הידיעה הפרסומית.

81.2. הבידול הגראפי נוגע לכותרות בלבד ולא לידיעות עצמן.

81.3. הסמליל האייקוני i, אינו מגלה כי מדובר בפרסומת. העובדה כי חלון ההסבר על אופיו של שיתוף הפעולה המסחרי יוצג רק במעבר של העכבר על הסמליל, מלמדת כי רבים מהקוראים לא יחשפו להסבר.

81.4. תוכנו של חלון ההסבר - "הכתבה הופקה בידי המחלקה המסחרית של ynet בהשתתפות מימונית של גורם חיצוני ופורסמה לאחר עריכה עיתונאית" – הינו מסורבל, משלב מונחים מסחריים עם עיתונאיים ואינו מספק אינדיקציה ברורה לכך שמדובר בפרסומת. לא ברור מה משמעותה של האמרה כי הכתבה פורסמה לאחר "עריכה עיתונאית", ועולה השאלה האם היא לא נועדה להסוות את היותו של התוכן פרסומי.

81.5. המונח "בשיתוף עם..." המופיע רק לאחר כניסת הקורא לכתבה עצמה, גם הוא אינו מספק אינדיקציה ברורה לכך שמדובר בתוכן פרסומי (גם המבקש עצמו טען כי "אין ביכולתה של המילה "בשיתוף" כדי לרפא את מערך הפרסום הסמוי והמתוחכם לשל המשיבה ואין ביכולתה של אותה מילה סלקטיבית כדי ליצור את הבידול הראוי..." , ס' 57 לתגובת המבקש לתשובה לבקשת האישור).

81.6. הצדדים הסכימו לכך שהסדר הפשרה לא יחול על מקרים בהם גורמים חיצוניים הזמינו "לימוד מוצר" או "התנסות בחוויה", מבלי לתת כל הסבר לפשר ההסתייגות ולשאלה מדוע כתבות אלו אינן מהוות דבר פרסומי.

81.7. התחייבותה העתידית של המשיבה ליישם כללים של גילוי נאות בפלטפורמות העתידיות "בגמישות המתחייבת" הינה כללית, בלתי מסוימת, ואינה ברורה.

82. מחקרים אמפיריים המופיעים בספרות מראים השפעה מובהקת של צורת הגילוי על יכולותו של הצרכן לזהות את התוכן הפרסומי.

Amazeen, Michelle A., and Wojdyski, Bartosz W. "The effects of disclosure : ראה למשל format on native advertising recognition and audience perceptions of legacy and online news publishers." **JOURNALISM** (2018): 1464884918754829 (להלן: "Amazeen and Wojdyski")
בעמ' 13 :

"Like other recent scholarship (Iversen and Knudsen, 2017; Kim and Hancock, 2016; Wojdyski, 2016; Wojdyski and Evans, 2016), our study also showed that effectively designed disclosure labels facilitate the recognition of native advertising. Recognition was significantly more likely with disclosures that were high in visual prominence (see Figure 2), that used explicitly clear language, and that were used in conjunction with a sponsor's logo. Rather than using typeface that blends in with the content and ambiguous language, best practices for disclosures should include implementing visually striking features that highlight the label (such as enclosing it in a contrasting colored box) along with easily understandable words like 'paid advertisement from [name of sponsor]' with their logo"

"2"- עותק מאמרם של Amazeen and Wojdyski, מצורף בזאת ומסומן כנספח 2.

83. השאלה מהו גילוי נאות ואפקטיבי הינה שאלה מורכבת, הדורשת הסתמכות על הספרות התאורטית והאמפירית בתחום, תוך הסתייעות בחוות דעתם של מומחים. בוודאי לא ניתן לקבל החלטה בעניין זה בהתבסס אך ורק על הסכמת הצדדים להסדר.

84. ראוי להדגיש כי הצדדים להליך הם שהגישו לבית המשפט הנכבד בקשה לאישור הסדר פשרה. על כן נטל השכנוע מונח על כתפם.

ראה: סעיף 18(ב) לחוק וכן תקנה 12(ב)1 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, וגם: אליהו הרנון דיני ראיות (חלק ראשון) 200 (1985): "העיקרון הוא, כי כל בעל דין, הטוען טענה החשובה לעמדתו במשפט, נושא בנטל השכנוע להוכחת אותה טענה"; יעקב קדמי על הראיות (חלק רביעי, מהדורת תש"ע) עמ' 1723-1724; ע"א 533/87 ארגון מושבי הפועל המזרחי בע"מ נ' ולך, פ"ד מג (2) 864, בעמ' 870 (1989): "חובת שכנוע זו מעוגנת בעיקרון הבסיסי של דיני הראיות, שלפיו בעל דין

במשפט אזרחי, הטוען טענה משפטית התומכת בעמדתו או המבססת אותה, יישא בנטל להניח את התשתית העובדתית, הנחוצה לביסוס טענתו, ולשכנע, כי זו אכן מתקיימת"; ע"א 357/72 **עזיז נ' בצלציוני**, פ"ד כז(1) 741, בעמ' 744 (1973): "הטוען טענה חשובה לעמדתו המשפטית, נושא בנטל השכנוע להוכחת העובדות הנחוצות לביסוס טענתו".

85. בהתאם לכך, על הצדדים להליך מונח **נטל הבאת הראיות**, שמשמעותו הבאת ראיות אשר יוכיחו כי הסדר הפשרה אכן ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. בין היתר, היה על הצדדים להוכיח באמצעות חוות דעת של מומחה בתחום, כי ההסדרה העתידית עליה הסכימו בהסדר מהווה גילוי נאות מספק מבחינת ציבור הקוראים. זאת לא נעשה, ולמעשה לא הוצגה כל ראיה שתתמוך בטענת הצדדים כי ההסדרה העתידית המוצעת הינה ראויה מבחינתם של חברי הקבוצה.

86. הצדדים מתהדרים בבקשה לאישור הסדר פשרה בהסדרה "תקדימית" שהושגה במסגרת ההסדר (בס' 25 ו-29 לבקשה לאישור הסדר פשרה) ובגילוי נאות של כל תוצר שיתוף פעולה מסחרי עם גורם מממן. אולם בפועל, ההסכמה המתוארת יוצרת סטנדרט גילוי נמוך ואינה מספקת אינדיקציה ברורה להיותן של הידיעות תוכן פרסומי.

87. למעשה, האינטרס העיקרי בקביעת הסדרה עתידית אשר יוצרת סטנדרט נמוך של גילוי נאות, כפי שנעשה כאן, הוא של המשיבה אשר עשויה לעשות שימוש בהסדר הפשרה כדי לחסום טענות ביחס לפרסום סמוי בעתיד.

ראה לעניין זה את פסק דינו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף המאשר בקשת הסתלקות בת"צ (מחוזי מרכז) 31799-03-12 משה לוי נ' נטוויז'ן בע"מ, פסקה 12 (פורסם בנבו, 28.04.2014): "ודוק, לעיתים הסדרה עתידית ראויה עשויה לקדם בצורה ממשית את אינטרס הקבוצה, ולהצדיק תשלום גמול ושכר ראוי בשיעור נכבד (השוו, למשל, ת"צ (מרכז) 33492-09-11 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (ניתן ב- 20.5.2013)). לא זהו המצב בענייננו. **ההסדרה העתידית עליה סיכמו הצדדים לא משפרת את רמת השירות לו תזכה הקבוצה, והאינטרס המרכזי בה הוא של נטוויז'ן, אשר תבקש מן הסתם להסתייע בה כדי להדוף טענות עתידיות של לקוחות כנגד איכות השירות שהיא מספקת**".

88. עניין זה מקבל משנה תוקף בענייננו, נוכח השפעתו האפשרית של הסדר הפשרה המוצע על גופי תקשורת אחרים ומפרסמים אחרים, שלא היו צד להליך. כפי שמציינים הצדדים להסדר הפשרה, הסדרת הסוגיות במסגרת בקשת האישור עשויה לשמש **אמת מידה** להתנהלות עתידית של גופי תקשורת אחרים הפועלים בענף (עמ' 2 להסדר). כך למשל, מאז הגשת הבקשה לאישור הסדר פשרה הוגשו לפחות שתי בקשות אישור נוספות בנושא פרסום סמוי נגד וואלה ונגד הארץ: ת"צ (מחוזי ת"א) 1650-05-18 **בצרי נ' וואלה! תקשורת בע"מ** ות"צ (מחוזי ת"א) 26730-04-18 **לוי נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**.

89. ככל שמדובר בהסכמה להסדרה שהינה פחותה מדרישות הדין, כמפורט לעיל, להסדר הפשרה המוצע עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת על טיבו של התוכן העיתונאי המתפרסם באתרי האינטרנט, על אופן הציבור במערכת העיתונות, על דרכי המימון של העיתונות בישראל ועל האופן בו יוצגו לציבור פרסומות הממומנות על ידי גורמים מסחריים.

ראה לעניין זה את פסק דינו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מרכז) 53033-12-12 מיכאל לוי נ' זאפ גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 11.05.2014), שאישר הסדר פשרה ועמד על פוטנציאל

ההשפעה הרוחבית הטמון בהסדר כשיקול לאשרו: "ההסדר שלפני צפוי להביא לשינוי מידי בהתנהלותה של הנתבעת, עם אימוץ ההתחייבויות המפורטות לעיל. **בהתחשב בכך שהנתבעת פועלת בשוק תחרותי, אשר היא שחקן מרכזי בו, ניתן לצפות ולקוות כי יהיה בשינוי זה בהתנהלותה להשפיע על כלל השוק, באופן שיעצים וימנף את ההישגים הגלומים בהסדר הפשרה מבחינת הציבור.**"

90. כפי שלהסדר פשרה ראוי, שיש בו הסדרה עתידית **מעבר** לדרישות הדין - יש פוטנציאל להשפעה לטובה על התנהלות השוק, כך להסדר פשרה שאינו ראוי, אינו הוגן או סביר, הקובע הסדרה עתידית **נמוכה** מדרישות הדין יש פוטנציאל לעשות בדיוק את ההיפך ולהוריד את סטנדרט ההתנהגות הקיים.

ה.3. הסדר פשרה הקובע הסדרה עתידית

91. לאור האמור לעיל, לעמדת הצלחה, יש לדחות את הבקשה לאישור הסדר פשרה. יחד עם זאת, ככל שבית המשפט הנכבד סבור כי ניתן לאשר את ההסדר, הרי שלעמדת הצלחה, עליו לבחור באחת משתי אפשרויות:

91.1. אפשרות אחת היא לקבוע מהו האופן הראוי לגילוי העובדה כי הכתבות מומנו או נתמכו בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום ולהיותן "פרסומת" על פי דין, ולאחר מכן לקבוע האם האופן שבו הוסדר הגילוי בהסדר הפשרה עומד בדרישות הדין. יודגש, כי אין לאשר במסגרת הסדר הפשרה גילוי הנופל מהדרישות על פי דין, בהסתמך על הטענה שגילוי חלקי כזה משקף את סיכויי התביעה לעמדת הצדדים. המבקש אינו יכול במסגרת הסדר פשרה להסכים לכך שהמשיבה תעמוד בסטנדרט גילוי הנמוך מדרישות הדין. נוכח האפשרות כי הדבר ייקבע מעשה בית דין, או ימנע בדרך אחרת, גם את בירורן של תביעות עתידיות, הדבר מחייב **הכרעה שיפוטית**.

91.2. האפשרות האחרת היא שלא לקבל הכרעה שיפוטית כאמור, ויחד עם זאת להבהיר כי אישור הסדר הפשרה אינו מהווה מעשה בית דין ואינו מונע הגשת תביעות בעילה דומה בעתיד.

92. ביחס לאפשרות הראשונה, לפיה בית המשפט יקבל הכרעה שיפוטית בנוגע להסדרה העתידית המוצעת, על בית המשפט לבצע הליך ראייתי מלא, בהשתתפות היועץ המשפטי לממשלה והמתנגדים, ולהכריע מהו הגילוי הנאות הנדרש מהמשיבה על מנת לעמוד בחובת הגילוי הקבועה בדין.

בעניין זה ראה את הערתו של בית המשפט העליון בע"א 7488/16 **זליגמן נ' הפינקס חברה לביטוח בע"מ**, פסקה 29 לפסק דינה של כבוד השופטת וילנר (פורסם בנבו, 31.5.18): "אעיר רק, בזהירות המתחייבת, כי לטעמי ישנה חשיבות מיוחדת בתובענות ייצוגיות לקבלת עמדת המאסדר מקום בו קיימת עמימות נורמטיבית, כפי שיפורט עוד להלן". יצוין כי פסק הדין העיקרי עסק בשאלת המעמד שיש לתת לעמדת הרגולטור ביחס לפרשנות הנחיותיו.

ראה גם במאמרו של קלמנט, פשרה והסתלקות, בעמ' 56-58, לעניין מנגנון ההתנגדות כתחליף להליך האדוורסרי, החשיבות בהרחבת מעגל המתנגדים האפשרי ובמתן תמריצים להגשת התנגדויות ראויות.

93. רק אם בית המשפט ימצא, בניגוד לעמדת הצלחה, כי ההסדרה המוצעת במסגרת ההסדר הינה ראויה ועומדת בדרישות החוק, ורק אם יינתן פיצוי לחברי הקבוצה כמתואר לעיל, יהיה מקום לאשר את ההסדר ולהקים מעשה בית דין מכוחו. ככל שבית המשפט יסבור אחרת, לרבות אם יקבע שההסדרה המוצעת אינה מהווה גילוי נאות מספק בהתאם להוראות הדין, יש לדחות את הסדר הפשרה.

ראה לעניין זה את ת"צ (מחוזי ת"א) 40550-12-10 **אמיר יעקבי נ' עיריית גבעתיים** (פורסם בנבו, 28.5.12). באותו מקרה המשיבות ביקשו לסלק על הסף את התובענה מחמת הסדר פשרה קודם שאושר בת"מ (מחוזי ת"א) 108/06 **כץ נ' עיריית גבעתיים** (פורסם בנבו, 2.7.08). בית המשפט המחוזי, מפי כבוד השופטת ד"ר אגמון גונן דחה את הבקשה לסילוק על הסף והבהיר כי יש לפרש את הסדר הפשרה כ"מתווה עתידי" ולא כמקור הסמכה חיצוני המנוגד להוראות החוק. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון אשר נדחתה (בר"ם 5006/12 **עיריית גבעתיים נ' יעקבי** (פורסם בנבו, 25.6.13)). במסגרת בקשת רשות הערעור הוגשה עמדת הרגולטור ביחס לשאלה הפרשנית שעלתה בהליך. משרד הפנים הביע את עמדתו בהליך כי העירייה לא הייתה מוסמכת לגבות את האגרה נשוא התובענה: "כמו כן ציין משרד הפנים שככלל אין בכוחן של הוראות בהסדר פשרה העוקפות את הדין או כובלות את שיקול דעתה של הרשות כדי לגרוע מתוקפן של הוראות חוק; וכי הוראות החוק יחולו על אף הסדר פשרה שאושר." (ראה בפסקה 5 לבר"ע בעניין יעקבי). כמו כן ראה את פסק הדין בעניין **יעקבי** המאשר את אשר נקבע בעניין זה בהחלטת האישור בת"צ (מחוזי ת"א) 40550-12-10 **אמיר יעקבי נ' עיריית גבעתיים**, עמ' 15-16 (פורסם בנבו, 9.8.17). ערעור על פסק הדין תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון, עע"מ 9273/17 **יעקבי נ' עיריית גבעתיים**.

94. האפשרות האחרת, החלופית, העומדת בפני בית המשפט הנכבד, היא להבהיר כי ההסדרה העתידית המוצעת בהסדר היא תוצאה של פשרה, כי אין בהחלטת בית המשפט המאשרת את ההסדר כל הכרעה שיפוטית ביחס לקיום הוראות החוק, ומכאן שאין בה כדי להקים מעשה בית דין או כדי למנוע תביעות עתידיות ביחס לעילות שיתגבשו לאחר אישור ההסדר. לעמדת הצלחה, יש לנקוט בדרך זו רק אם בית המשפט הנכבד בוחר שלא לדחות את הסדר הפשרה, אולם מחליט שלא לבחון האם ההסדרה העתידית שהוסכמה עומדת בדרישות הדין.

95. הצלחה מודעת לפסק דינו של מותב זה בת"צ (מחוזי ת"א) 7602-09-12 **טלטריקס בע"מ נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 15.02.2018) (להלן: "**עניין טלטריקס**"), בו היועץ המשפטי לממשלה הביע את עמדתו, בהתבסס על עמדת משרד התקשורת, כי ההסדרה הקבועה בהסדר הפשרה מנוגדת לדין (עמ' 9-10 לעניין **טלטריקס**). באותו עניין בית המשפט הנכבד דחה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבע כי בהעדר הכרעה שיפוטית לפיה המשיבות פועלות בניגוד לדין, הסדר הפשרה הוא תוצאה של משא ומתן בין הפרשנויות השונות (עמ' 12 לעניין **טלטריקס**).

96. נדמה כי החלטת בית המשפט הנכבד בעניין **טלטריקס** בחרה בעמדת ביניים, שכן לא נקבע בה מפורשות האם התנהלותה של המשיבה עומדת בדרישות הדין אם לאו, ומכאן שלא ניתנה הכרעה דומה ביחס להסדר הפשרה. לעמדת הצלחה, בנסיבות דכאן מן הראוי להכריע באופן מפורש האם ההסדרה העתידית עליה הסכימו הצדדים עומדת בדרישות הדין, וזאת בטרם בית המשפט הנכבד יכריע בהסדר הפשרה. שאחרת, אישור ההסדר עשוי להנציח התנהלות שאינה בהתאם להוראות החוק, ובה בעת לחסום תביעות בנוגע לאותה התנהלות בעתיד.

ו. לסיכום: הסדר הפשרה המוצע אינו יותר מאשר הסדר הסתלקות ויש לדחותו

97. בהעדר פיצוי לחברי הקבוצה הנפגעת, ומאחר שההסדרה העתידית המוצעת בהסדר הפשרה אינה עומדת בדרישות הגילוי הקבועות בחוק, יש לדחות את הבקשה לאישור הסדר הפשרה.

98. כמפורט לעיל, לחברי הקבוצה המיוצגת בהליך נגרמו נזקים שונים, ממוניים ושאינם ממוניים, אולם הם אינם מקבלים כל פיצוי במסגרת הסדר הפשרה. יחד עם זאת, ההסדר חוסם בעדם את האפשרות לתבוע את המשיבה בגין נזקם. את זאת אין לאפשר, אלא בהסדר הסתלקות, וגם בהסדר כזה, יש להבהיר מפורשות שהסדרה עתידית אשר לא נערכה לגביה בחינה האם היא עומדת בדרישות הדין, אינה מקימה מחסום בפני תביעות עתידיות.

ראה לעניין זה את דבריו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מרכז) 13883-10-13 איגרא נ' פז חברת נפט בע"מ, פסקה 9 (פורסם בנבו, 10.02.2015), עת אישר בקשת הסתלקות: "הסדרה עתידית מועילה בעיקר לכלל הציבור ואינה מפצה את חברי הקבוצה על נזקי העבר (ככל שהיו כאלו). עם זאת, בשים לב לכך שבקשת הסתלקות אינה יוצרת מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה, סברתי, כפי שסברה ב"כ היועמ"ש, שאין מניעה לאשר את הסדר ההסתלקות".

עוד ראה את האמור בפסק דינו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף בת"צ (מחוזי מרכז) 46885-07-13 קובה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 13 (פורסם בנבו, 05.02.2015): "ויובהר, הסדרה עתידית במקרה כגון זה בו עסקינן מועילה, בעיקרה, למי שאינם חברי הקבוצה (מבוטחים שלהם יגרמו צלקות אסתטיות בעתיד [...]) אך לא למבוטחים להם נגרמו צלקות אסתטיות בתקופה שקדמה להגשת התובענה). ואולם, בשים לב לכך שלפני בקשת הסתלקות, שאיננה שוללת מחברי הקבוצה לא את האפשרות לפנות לועדת החריגים ולא את אפשרות התביעה (ככל שעומדת להם עילת תביעה), הרי שהתועלת שיפיקו אלו אינה באה על חשבונם של אלה. לפיכך, סברתי, כפי שסברה ב"כ היועמ"ש, שאין מניעה לאשר את הסדר ההסתלקות".

99. לאור האמור בהתנגדות זו, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את הסדר הפשרה המוצע.


ב/
אלעד מן, עו"ד


הדס הולצשטיין תמיר, עו"ד


פרופ' אלון קלמנט, עו"ד

באי כוח עמותת "הצלחה, התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת"

תל-אביב, 08 יולי 2018