



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

המבקשות

1. מיה שנברגר

2. מיכל גרא מרגליות

ע"י ב"כ עוה"ד ליעד ורצהיזר ו/או אוהד רוזן ו/או חגי קלעי

נגד

1. עדיקה סטייל בע"מ

2. פולימוד (1994) בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רונית סיטון זלקינד ו/או ליטל בן דוד

3. לייף ספורט בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד יניב קליינבלט ו/או מאיה שלומי ו/או ליטל פסטרנק

4. סיטי טיים אי.אל. בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד נועם רוני ו/או דניאל בר לב ו/או מתן בן גיגי

5. מ. אקרמן בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ליטל וטשטיין

6. דלק מוטורס בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד יואב הירש

7. ש.י.ר. - שלמה יבוא רכב בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רונית סיטון זלקינד ו/או ליטל בן דוד

המשיבות בת"צ
29075-04-19

1. הודיס בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר יעל ארידור בר-אילן ו/או רונית מאיר וילף

2. נביעות בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד מוטי ארד ו/או עופר ולך

3. תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד שרון קלינמן ו/או איילת גוטרזון



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

4. אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רונית סיטון זלקינד ו/או ליטל בן דוד

5. ב.נ.ז.כ סחר יבוא והפצה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד גיא גלילי ו/או איל רז

6. סאני תקשורת סלולרית בע"מ

ניתן פסק-דין המאשר הסתלקות בעניינה

7. יוניליוור ישראל שיווק בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רועי מסורי ו/או סיון ברש

8. שופרסל בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד חגית בלייברג ו/או הדס יוגב

9. לוריאל ישראל בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד נועם רוני ו/או דניאל בר לב ו/או מתן בן-גיגי

10. קרסו מוטורס בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רונית סיטון זלקינד ו/או ליטל בן דוד

11. החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד מוטי ארד ו/או עופר ולך

12. אל שרד בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רונית סיטון זלקינד ו/או ליטל בן דוד

13. נייקי ישראל בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד רועי מסורי ו/או סיון ברש

פסק-דין

1. לפני בקשה משותפת של הצדדים לאשר את הסתלקות המבקשות משתי הבקשות לאישור התובענות כתובענה ייצוגית שהגישו, להורות על דחיית תביעתן האישית של המבקשות ועל מחיקת הבקשות לאישור התובענות כתובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק). במסגרת הבקשה, המוגשת בהתאם





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

להוראת סעיף 16 לחוק, נכללה הסכמה לפסיקת גמול ושכר טרחה למבקשות ולבאי-כוחן. לעניין זה הסכימו הצדדים כי כל אחת מהמשיבות תשלם למבקשות סכום של 45,000 ₪ בצירוף מע"מ, כאשר מתוך סכום זה יועבר סכום של 3,465 ₪ בצירוף מע"מ כגמול לכל אחת מהמבקשות, וסכום של 38,070 ₪ בצירוף מע"מ יועבר לידי באי-כוח המבקשות כשכר טרחה והחזר הוצאות. מאחר שמדובר ב-19 משיבות, הרי שהסכום הכולל שאמור להיות מועבר לידי המבקשות ובאי-כוחן הוא 1,000,350 ₪ (855,000 ₪ בצירוף מע"מ; לא הובהר מכוח מה זכאיות המבקשות לתוספת מע"מ על הסכום שמשולם להן). כל כזאת, כאמור, במסגרת בקשה להסתלקות מהתובענה.

איני מוצא עילה שלא לאשר את הסתלקות המבקשות מהבקשות. יובהר כי סבור הייתי מלכתחילה כי סיכוייהן להיות מאושרות כתובענות ייצוגיות היו נמוכים למדי לנוכח מכלול הכשלים המשפטיים והלוגיים השזורים בהן. כפי שיובהר בהמשך הדברים, אף שספק בעיני אם היה מקום לאשר תשלום תגמול של ממש למבקשות ושכ"ט לעורכי דינן, הגעתי למסקנה לפיה יש לאשר את בקשת ההסתלקות תוך התערבות בסכום שישולם כגמול ושכר טרחה.

בקשת האישור

2. עניינן של הבקשות לאישור התובענה כתובענה ייצוגית בטענות לפיהן המשיבות מקדמות את מותגיהן באמצעות פרסום סמוי ברשת החברתית אינסטגרם, באופן שאינו מאפשר למשתמשים באינסטגרם להפריד בין תוכן אותנטי לבין פרסומת. נטען כי המשיבות מתקשרות, בדרכים שונות, עם ידוענים. אלה מעלים תמונות או סרטונים שלהם ברשת האינסטגרם תוך שהם מתייגים מוצרים המשווקים על ידי המשיבות. נטען כי פעולה זו מבוצעת הן על ידי פרסום פוסטים, הן על ידי תיוג, הן על ידי הוספת האשטאג (ובעברית – תג הקבצה; קבוצת הטכניקות המפורטת בבקשות תכונה להלן, לשם פישוט בלבד, תיוג). על פי הטענה, שנתמכה על ידי חוות דעת, הגולשים אינם מודעים לכך שהמוצרים המוצגים על ידי הידוענים באופן גלוי בתמונות, או נחשפים תוך מעבר על התמונה והופעת שם המוצר, הם למעשה כאלה שמטרתם לפרסם את מוצריהן של המשיבות. נטען כי דרך פעולה זו מנוגדת להוראת סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן), האוסרת על "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת", שעל פי הוראת המחוקק נחשבת כ"פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה". עוד נטען כי מאחר שבני נוער רבים עושים שימוש בפלטפורמת האינסטגרם, הרי שפעולות הפרסום וקידום



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

המוצרים באמצעות הצגתם או תיוגם על ידי הידוענים הם בניגוד להוראת סעיף 7א(א) לחוק הגנת הצרכן, האוסר פרסומת שעלולה "להטעות קטיין".

המבקשות טענו כי דרך הפעולה של המשיבות הביאה ומביאה לכך שהמשתמשים באינסטגרם אינם מסוגלים להבחין בין תכנים אותנטיים לפרסומיים. הדבר גורם לכך שאין הם מתייחסים באופן ספקני וביקורתי לפרסומת הנכללת באותם תיוגים. נטען שהדבר עלול להביא את הצרכנים לקבלת החלטות שגויות, לגרום להם להעריך ביתר את המותג המפורסם, ולהסתמך על התפיסה לפיה לידוען אין אינטרס כלכלי בהעברת המסר. המבקשות הוסיפו וטענו כי יש בכך כדי לפגוע ביכולת לעשות שימוש בפלטפורמה לצורך שיח וחילופי דעות; וכי הכללת "פרסומת סמויה" מביאה לכך שהצרכן מגיע למצב של "צפייה כפולה" בפרסומות; והתופעה כולה פוגעת בקיום של מרחב נקי ממסחור. המבקשות טענו כי דרך פעולה זו גורמת לנזק שעניינו ברכישת מוצרים בשל חשיפה לפרסומת, וכן פוגעת באוטונומיה של המשתמשים באינסטגרם.

הסעדים שהתבקשו במסגרת התובענה הייצוגית הם: צו עשה "המורה לנתבעות להוסיף גילוי נאות ראוי, כמפורט בחוות דעת המומחית, לכל פרסום שמקודם על ידם ברשת אינסטגרם"; וצו לפיצויים, הן בשל הפגיעה באוטונומיה של חברי הקבוצה, הן בשל האפשרות כי נגרם להם נזק כלכלי בשל התקשרות לא מיטבית בעסקאות מסחריות כתוצאה מהפרסום הסמוי.

3. המשיבות טענו, בין היתר, כי תיוג מוצרים ברשת האינסטגרם אינו אלא פרקטיקה ידועה של "השמת מוצר" שאינה בגדר פרסום. נטען כי השמת המוצר אינה אסורה על פי חוק הגנת הצרכן, וכי הוראת סעיף 7א(1) לחוק הגנת הצרכן אינה עוסקת בתוכן המפורסם ברשתות החברתיות. עוד נטען כי המשתמשים באינסטגרם מודעים היטב לכך שמדובר בפלטפורמה מסחרית במהותה, ועל אחת כמה וכמה שהם מודעים לכך שידוענים מקבלים תמורה עבור שימוש במוצרים של מפרסמים כאלה ואחרים ותיוגם באמצעות הרשתות החברתיות. לעניין זה הפנו המשיבות לשלל כתבות שעסקו בתופעה זו, ודנו בהכנסות של ידוענים בולטים יותר ופחות בדרך של השמת מוצרים באמצעות תיוגם ברשתות החברתיות. נטען לפיכך שהמשתמשים באינסטגרם לא הוטעו כלל. עוד נטען כי התיוגים נעשו על ידי ידוענים שאין בינם לבין המשיבות קשר מסחרי ישיר, שאין להן שליטה על מעשיהם, ושלעיתים תייגו מוצרים בניגוד לכללים שהמשיבות ביקשו לקבוע.





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

לבד מטענות אלה, המבקשות לחתור תחת הבסיס המשפטי של טענת הפרסום המטעה כמשמעו בסעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן, הוסיפו המשיבות טענות מספר הנוגעות לאי-התאמת התובענה לדיון בהליך זה. בהקשר זה נטען כי למעשה הבקשה שהופנתה לבית המשפט היא לקבוע הסדר ראשוני שיכלול עיצוב מדיניות כללית בנוגע לדרך הצגת מוצרים באינסטגרם. המשיבות טענו שהסדרה ראשונית של התחום על ידי בית המשפט אינה סבירה כשלעצמה. על אחת כמה וכמה שאין מקום לדרך פעולה מעין זו כאשר המבקשות בחרו במודע שלא לכלול את אינסטגרם כאחת המשיבות לבקשה, וכאשר אותו הסדר ראשוני כולל אמור להיעשות על גבם של 19 גופים מסחריים שאינם אלא שבריר אחוז מכלל הגופים המסחריים בישראל. עוד נטען כי למבקשות לא נגרם נזק ולפיכך אין להן עילת תביעה אישית והן אינן מתאימות לשמש כתובעות ייצוגיות; כי לא הוכח כלל שנגרם למאן דהו נזק כתוצאה מאותם פרסומים נטענים, ולא ניתן להוכיח טענה זו; וכי אין זכאות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במקרים מעין אלה.

כל אחת מהמשיבות הוסיפה טיעונים נוספים משלה, ובכלל זה טיעונים המבקשים להראות כי הפרסומים אליהם הפנו המבקשות אינם מטעים. תשובות המשיבות נתמכו אף הן בחוות דעת מטעמן.

4. בשל טיב השאלה שעמדה במחלוקת התבקש היועץ המשפטי לממשלה להודיע את עמדתו בסוגיה. היועץ המשפטי לממשלה התייבב לדיון, ובעמדתו מיום 20.1.2021 נקט בדעה לפיה על השמת מוצר באמצעות האינסטגרם חלה הוראת סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן. בעמדתו ציין כי מחקרים שנערכו מעידים באופן כללי על קושי בזיהוי פרסום סמוי על ידי צרכנים, וזאת גם כאשר המסר השיווקי כמעט שאינו מוסווה. נטען כי כאשר הפרסום כולל הבהרה תז-משמעית שמדובר בפרסומת בתשלום יש בכך כדי "לשפר את הזיהוי של צרכן כי אכן מדובר בפרסום" (קרי: לשפר את הזיהוי, אך לא למנוע טעות של חלק מהקבוצה הנחשפת למסר). היועץ המשפטי לממשלה סבר ש"נדרש גילוי ברור שלא יוביל לספק בשאלת מקור מימון הפרסום והיותו דבר פרסומתי", אולם נמנע מלציין מה ייחשב לשיטתו כ"גילוי ברור". לחוות דעתו צורפה, בין היתר, סקירה שערכה הרשות להגנת הצרכן בדבר המצב המשפטי במדינות שונות בעולם. מסקירה זו ניתן ללמוד כי בכל אחת מהמדינות שנוקרו קיימת הסדרה אחרת. אף לא אחת מהמדינות סברה שיש לאסור כליל את האפשרות לתיוג מוצרים באינסטגרם, החלטה שמשמעה חסימת הפלטפורמה. מהסקירה עולה כי נערכו



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

ניסיונות בכל מדינה לגבש אמות מידה לשאלה מה ייחשב גילוי ברור, וכי לשאלה זו התקבלו מענים מגוונים ביותר במדינות השונות.

5. במסגרת הדיון שהתקיים לפני הועלו תהיות רבות בנוגע להתאמת הדיון בתובענה למכשיר של תובענה ייצוגית, כמו גם לאפשרות לפיה בית משפט יביא להסדרה ראשונית של התחום, מקום בו הרשות להגנת הצרכן מנערת חוצנה מהסוגיה. במהלך הדיון נשאל נציג היועץ המשפטי לממשלה במפורש מדוע לא תפעל הרשות להגנת הצרכן להסדרת הסוגיה, באופן דומה לזה שפועלות בו מדינות רבות בעולם, כעולה מהסקירה שנערכה על ידי הרשות להגנת הצרכן. במענה לאותה שאלה השיב ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי לרשות להגנת הצרכן יש משאבים מוגבלים, ולפיכך היא אינה פועלת עתה להסדרת התחום, וכי היועץ המשפטי לממשלה סבור שלבית המשפט יש את הכלים לפרש את החוק. באותה נשימה עצמה, ועל אף הטענה כי לבית המשפט יש את הכלים "לפרש" את החוק ולקבוע מה ייחשב "גילוי נאות ברור", הבהיר נציג היועץ המשפטי לממשלה כי "היועץ המשפטי לממשלה גם היום לא יכול להביע עמדה בנוגע לביטוי ספציפי שניתן לעשות בו שימוש" לצורך עמידה בדרישת הגילוי הברור.

בקשת ההסתלקות

6. בעקבות ההערות שנשמעו בדיון באו הצדדים בדברים. לאחר משא ומתן ממושך ביותר הוגשה הבקשה שלפני. במסגרת בקשה זו הודיעו הצדדים כי מבלי שהם מודים זה בטענותיו של זה, מסכימות המשיבות "חדף טענותיהן הטובות באשר להיעדר הסיכויים לאישורה של התובענה כיייצוגית" להסדיר את הפרסומים מטעמן באינסטגרם באמצעות ידועונים, באופן שפרסומים מעין אלה יסומנו באחת משתי דרכים:

האחת, שימוש בכלי שמציעה כיום אינסטגרם עצמה, והוא הוספת המלל "paid with partnership / בשותפות בתשלום עם" (המלל יופיע בהתאם לשפה שהגדיר המשתמש).

השנייה, בדרך של הוספת הטקסט או התגית "ממומן בשיתוף" או "במימון" או "בשותפות בתשלום עם" [שם המותג] בעברית או באנגלית, כאשר שם המותג מופיע בטקסט או שנוספת לו קישורית לעמוד הפרופיל של המותג.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

הובהר כי למשיבות אין שליטה בצדדים השלישיים, והצדדים הסכימו שהן לא תחוייבנה מכוח חוזה לנקוט פעולה או הליך נגד צד שלישי שלא יפעל כמוסכם.

אשר לגמול ולשכר הטרחה, הסכימו הצדדים לסכומים שפורטו בפתח ההחלטה "לאור ההוצאות הגבוהות הכרוכות בניהול הליך של תביעה ייצוגית". הן הוסיפו וביקשו שבית המשפט יורה על פטור מתשלום יתרת האגרה.

7. היועצת המשפטית לממשלה התבקשה להודיע עמדתה בנוגע לבקשת ההסתלקות. היא ציינה כי מאחר שבעמדתה המקורית חיוותה דעתה כי השמת המוצר עולה כדי פרסומת סמויה האסורה על פי הוראת סעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן, הרי שהיא סבורה שבידי המבקשות היתה עילת תביעה ראויה לביורר "גם אם מהעדרות בית המשפט בדיון שנערך לפניו עלה ספק לעניין התקיימות איזה מהתנאים לאישור התובענה כייצוגית". לגוף העניין נטען שמבין שתי החלופות שהוצעו מעדיפה היועצת המשפטית לממשלה את החלופה הראשונה. היא הוסיפה וציינה כי ההסכם לא כולל חיוב של המשיבות לאכיפתו על הידוענים, אף שהיא סבורה כי ניתן היה לעשות כן באמצעות משרדי הפרסום עימם מתקשרות המשיבות. עיקר התגובה יוחדה לשכר הטרחה והגמול. בעניין זה נטען כי מדובר בסכום החורג מכל אמת מידה סבירה, ואין לאשרו. עוד נטען כי לא התקיימו התנאים לפטור מתשלום יתרת האגרה.

8. הצדדים הגיבו לעמדת היועצת המשפטית לממשלה. המשיבות טענו שהתחייבותן היתה כלפי מי שנמצא תחת שליטתן האפקטיבית, ולא ישירות כלפי הידוענים שכלל לא היו צד לבקשה. המבקשות טענו כי ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים הצמיחו תועלת "קונקרטיית, מובהקת ורבה" לחברי הקבוצה ולמשתמשי אינסטגרם בכלל, מאחר שהביאו להסדרה של הסוגיה. הן טענו כי החלופות המוצעות מבהירות באופן שאינו משתמש לשני פנים כי קיים קשר מסחרי בין הידוען למפרסם. הן האריכו בטענות הנוגעות לגמול ולשכר הטרחה, תוך שהן מצביעות על ההוצאות הרבות שהוצאו במימון חוות הדעת; על השעות הרבות שהושקעו בעריכת כתבי הטענות שהוגשו במסגרת ההליכים; ועל כך שהיה צורך להתייחס לעניינה של כל אחת מהמשיבות באופן פרטני ולהשיב על טענות כל אחת מהן בפני עצמה. נטען כי לנוכח עריכת עבודת המחקר המקיפה הנוגעת לכל משיבה, והכללת כל הטענות בכתב טענות מקיף אחד, יש מקום לפסיקת הגמול המוסכם.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

דיון והכרעה

9. מאחר שהבקשה המונחת לפני בית המשפט היא בקשת הסתלקות, אין צורך בצלילה לנבכי הטענות הרבות שהעלו הצדדים ואין גם מקום להכריע בהן. בקליפת אגוז אומר כי הבקשה העלתה קשיים ניכרים ביותר, באופן שהצביע לכאורה על כך שדינה להידחות.

אישור הבקשה כתובענה ייצוגית היה נתקל בקשיים הנובעים מאי-התאמתה להסדר משפטי זה.

כך, נראה שעל פני הדברים אין למבקשות עילת תביעה עצמאית. המבקשות אינן קטינות, ולפיכך אין מקום לטענותיהן המבוססות על הוראת סעיף 7א לחוק הגנת הצרכן; הן לא טענו כי הוטעו בפועל על ידי הפרסומים, ובוודאי שלא טענו כי כתוצאה מאותה הטעיה רכשו מוצרים כלשהם של מי מהמשיבות; ומדובר במבקשות אינטליגנטיות, עצמאיות ומוכשרות שקשה עד מאוד לקבל את הטענה כי היו עלולות לשגות ולסבור כי הפוסטים המצורפים לבקשה לא כללו השמת מוצר. אחת מהן אף החזיקה בפרופיל באינסטגרם, וכפי שהדגימו המשיבות נראה כי היא כוללת בפוסטים שהיא מפרסמת תיוגים הדומים במהותם לאלה נגדם היא יוצאת חוצץ.

גם הנזק שנטען אינו מהמין שניתן להוכיחו בדרך סבירה במסגרת תובענה ייצוגית. המבקשות סבורות שזק זה נובע בחלקו מהאפשרות שמשתמשים כלשהם רכשו מוצרים בשל הסתמכות על הפרסומת הסמויה הנטענת, ודומה שהוכחת נזק מעין זה קרובה לבלתי אפשרית; ונטען כי יש מקום לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. בשל אופי הדיון בהכרעה בבקשה להסתלקות אסתפק באמירה לפיה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוכר בשלב זה רק בגדרי תובענות שעילתן ברשלנות רפואית, נשלל במסגרת הליכים נזיקיים אחרים, וספק רב אם הוא מושתת על בסיס עיוני המצדיק את הענקתו, ולו במסגרת המצומצמת שהוענק (להרחבה ראו בפסק-דין בת"א 3053/09 ע.א. נ' **מדינת ישראל**, מיום 3.2.2016, בפסקאות 64-69; פסק-הדין אושר בהקשר זה בבית המשפט העליון – ע"א 2278/16 **פלונית נ' מדינת ישראל**, מיום 12.3.18). יוער כי בשל קשיים טבועים אלה כוללים דברי חקיקה רבים פיצוי ללא הוכחת נזק בגין הפרה של הוראות החוק, עניין שאינו רלוונטי במקרה זה. מכאן שנראה





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

כי הצורך בבירור סוגיית הנזק באופן פרטני – ככל שאכן נגרם נזק למאן דהו – היה מכשיל אף הוא את הבקשה.

10. לא למותר לציין כי חלק ניכר מאוד מהפרסומים שצורפו לבקשה כולל במפורש תיוגים שכל משתמש סביר באינסטגרם מבין היה כי הם נושאים משמעות מסחרית. למעשה, נראה כי יש רגליים לטענה לפיה משתמש באינסטגרם המעביר את אצבעו על התמונה במכשיר הנייד שבבעלותו ומגלה כי הידוען טרח והוסיף תיוג החושף לפניו את שם מותג הביגוד שלבש או שם מותג התכשיט שהוא עונד, מניח שהדבר לא נעשה רק לצורך סיפוק סקרנותו. יש גם טעם בטענה כי לחלק ניכר מאותם אנשים שאינם מבינים זאת, לא היה מועיל כיתוב "ברור" בצד התמונה ולפיו היא כוללת תוכן ממומן. כפי שהבהיר היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו, וכפי שעולה מחלק מהמחקרים שהציגו המומחים, קיים נתח מהאוכלוסייה שלא יצליח להבין כי מדובר בתוכן פרסומי גם אם הדבר יירשם במפורש. ממילא קיים קושי מובנה בניסיון להגדיר את התועלת שתצמח מהוספת ביטוי כזה או אחר לביטויים הברורים למדי, ולעיתים הברורים עד מאוד, שנכללו בפרסומים; יש צורך במחקר מעמיק כדי לקבוע עד כמה מועילה תוספת ההבהרה; ויש גם מקום לתהייה אם ההכרעה המשפטית במקרה זה אכן מתכתבת עם העולם המציאותי של המשתמשים בפלטפורמה, שנראה כי הם מודעים ככלל לטיב הפלטפורמה בה הם עושים שימוש.

11. לבד מכשלים אלה, נוספים הכשלים הנוגעים לכך שגורמים רלוונטיים לדיון העקרוני לא צורפו לבקשה. המבקשות נמנעו מלצרף את אינסטגרם, אף שלטענתן מטרתן היתה להסדיר את כל נושא השמת המוצר באמצעות פוסטים ותיוגים באינסטגרם. הן נמנעו מלצרף את הידוענים, שעל פי הטענה ביצעו את הפרסומת המטעה, אך דרשו כי ההסדרים ייאכפו על ידי אותם ידוענים ועל סוכנות השיווק והפרסום. לכך נוסף הכשל המובנה שבהימנעות מלהבהיר מה התוכן שיש ליצוק לצו העשה שהן מבקשות. כפי שהובהר בפתח הדברים, הסעד שהתבקש בתובענה הייצוגית הוא קביעה לפיה יורה בית המשפט למשיבות "להוסיף גלוי נאות ראוי, כמפורט בחוות דעת המומחית, לכל פרסום שמקודם על ידם ברשת האינסטגרם". אלא שהמומחית לא הבהירה בחוות דעתה מה ייחשב בעיניה כ"גילוי נאות ראוי". היא התייחסה למספר טכניקות של תיוג שהיא סבורה שאינן בגדר גילוי נאות ראוי, אך לא ביקשה לקבוע קווים מנחים לדרך הנכונה לגילוי דעת מעין זה. מכאן שהסעד שהתבקש היה מלכתחילה ריק מתוכן; וגם כאשר בדיון ביקשו המבקשות ליצוק בו תוכן לא היה זה אלא באמצעות העלאת



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

טענות בנוגע למנגנונים במסגרתם עשוי בית המשפט לפעול כאשר יבוא לקבוע הסדר כולל בנוגע לדרך הגילוי הנאות הראוי.

12. על כל אלה יש להוסיף את הכשל הגלוי לעין שעניינו בכך שהמבקשות, כמו גם היועץ המשפטי לממשלה, מבקשים לגלגל סוגיה זו לפתחו של בית המשפט חלף הפנייתה למאסדר.

אין חולק כי על בית המשפט מוטל התפקיד להציב מענים פרשניים חדשים לשאלות משפטיות חדשות המתעוררות עקב המציאות המשתנה. כך נקבע זה לא כבר "כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע וישומיו" (עע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, מיום 24.3.13, בפסקה 23 לפסק-דינו של כבוד השופט סולברג). המשפט "רודף אחר ההתקדמות הטכנולוגית... רודף ואינו משיג" (בג"צ 5870/14 **חשבים ה.פ.ס מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט**, מיום 12.11.15, בפסקה י"ד לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין). "על בית המשפט לתת משקל משמעותי לתמורות שחלו" בתחומים השונים מאז התוותה החקיקה את מבחניה, כך ש"את הדין יש לפרש אפוא באופן שיהלום את המציאות הטכנולוגית והכלכלית דהיום" (בר"מ 1676/15 **ברודקאסט וידאו ש.ב. בע"מ נ' מנהל הארנונה בתל אביב-יפו**, מיום 9.6.16, בפסקה 31 לפסק-הדין). שעה שהטכנולוגיה מקדימה את המשפט חל הכלל לפיו "המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים חדשים" (ראו, בין היתר, בג"צ 7846/19 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר**, יום 12.4.21, בפסקה 59 לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה מלצר).

אלא שאין פירושו של דבר כי על בית המשפט ליטול על עצמו מלאכה שאינה תפורה למידותיו; שאמורה להיות מבוצעת על ידי המאסדר; ושמצריכה השקעת משאבים הדורשים תקציבים רבים וניטור מתמשך לאורך זמן. להדגמת הקושי הטמון במהלך הנדרש לצורך פיצוח הסוגיה ניתן לבחון את הפניות המומחית מטעם המבקשות לכלים שהפעילו גורמים מאסדרים שונים בחו"ל לצורך ניסיון להסדרה של התחום. הדגמת דרך פעולת מאסדרים אלה עלתה גם מהסקירה שערך המאסדר בישראל, שצורפה כנספח לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. בחינה של דרך פעולת המאסדרים (ודוק: המאסדרים, ולא בתי המשפט) בכמה מהמדינות שזכרו בחוות הדעת, מעלה כי מלאכת



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

האסדרה בתחום זה היתה ועודנה פועל יוצא של פעילות מאומצת, הנשענת על מחקר מקיף, רצוף ומתפתח, שמעסיק מומחים רבים העוסקים הן במחקר אקדמי, הן בסקרים שוטפים והן בניטור של המצב הקיים.

לצורך הדוגמה בלבד אבהיר כי בארצות הברית, בה מושתת העיסוק בתחום על שלושה דברי חקיקה עיקריים (Federal Trade Commission Act, חוק התקשורת - Communications Act of 1934 - וחוק סימני מסחר), מחזיקה ה-Federal Trade Commission בדעה לפיה כאשר מדובר בידוען שמתייג מוצר נראה שיש מקום לגילוי בדבר הקשר (could require a disclosure), אך במסמכים ובמדריכים המפורסמים על ידה היא מציינת כי לפרסומיה אין תוקף חוקי, אף שפעולה בניגוד להם עלולה להוביל לצעדי אכיפה ולפסיקת פיצויים (אך לא לחיוב בקנס). מהאתר של ה-Federal Trade Commission ניתן ללמוד על המעקב היומיומי המשאבים הרבים המושקעים בעיצוב המדיניות והמחקר בכל הנוגע לנושא הצרכני.

חוות הדעת מטעם המבקשות הזכירה פעמים מספר את הגופים העוסקים בפרסום ברשתות חברתיות והשמות מוצר באנגליה. בקצרה יובהר כי גופים אלה (ה-ASA - The Advertising Standards Authority, ה-CMA - The Competition and Markets Authority, וה-CAP - The Committee of Advertising Practice) הם גופי רגולציה עצמאיים שהוקמו על ידי התעשייה. גופים אלה מפרסמים מסמך הנחיות משותף הכולל המלצות לגבי אופן הגילוי הנאות בנוגע לקשרים בין מפרסם פוסט או תיוג לבין חברה עסקית שהוא מקדם. מאתרי המרשתת של אותם גופים ניתן ללמוד רבות על טיב ההתייעצויות והמחקרים שנערכים על ידי גופים אלה קודם לגיבוש ההנחיות וההמלצות. מצב דברים דומה קיים גם בקנדה, הנשענת אף היא במידה רבה על רגולציה עצמית של גופי התעשייה (באמצעות הגוף המכונה Advertising Standards Canada, המפרסם את קוד התנהגות The Canadian Code of Advertising Standards). מהאתר של גוף זה ניתן ללמוד על היקף המחקר שנעשה מטעמו, הכולל גם סקר מקיף.

13. דוגמאות אלה ניתנו אך להדגמת התפיסה לפיה לא היה מקום לכך שבית המשפט יתיימר לקבוע הסדר ראשוני בתחום מורכב מעין זה. מעיון באתרים המתארים את פעולת הגופים הנזכרים עולה כי קביעת ההסדר מצריכה עריכת סקרים מקיפים, קיבוץ קבוצה של מומחים, עריכת התייעצויות וביצוע של מחקר שוטף. פעולות אלה, שעל



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

המאסדר לנקוט, מצריכות ממון רב. לא היה מקום לגלגל את מימון חוות הדעת והמחקר על 19 גופים אקראיים שנבחרו כמשיבים לבקשה; ומאליו מובן שלבית המשפט אין סמכות להורות כי התקציב הניכר הנדרש לצורך מחקרי עומק מקיפים יושת על כתפיה של הרשות להגנת הצרכן או של גוף ממשלתי אחר. מכאן שעל פני הדברים נראה שהנחת המוצא של המבקשות, לפיה על בית המשפט לקבוע בכלים המעטים העומדים לרשותו מה ייחשב כגילוי נאות ראוי בפלטפורמה חברתית מקיפת עולם, היא הנחה שאין לה בסיס.

14. המסקנה הלכאורית מכל האמור לעיל היא שהיה מקום לדחות את הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית. זאת, הן בשל עניינים הנעוצים בהסדר המעוגן בחוק התובענות הייצוגיות, ובכללם הקביעה לפיה התובעות המייצגות אינן נמנות על אלה שרשאים לנהל הליך ייצוגי (בניגוד לסעיף 4 לחוק), והשונוות הרבה בין חברי הקבוצה והיעדר האפשרות להוכיח אם ולמי נגרם נזק (סעיף 8(א) לחוק); הן לנוכח מכלול ההנמקות הנוספות שהובאו לעיל (שאף הן אינן אלא חלק מהכשלים העולים מהבקשה והטענות שבה). תוצאה נלווית אפשרית וסבירה של הכרעה זו היא שהיה מקום לקבל את בקשת ההסתלקות, אך לא לאשר גמול כלשהו.

15. על אף זאת הגעתי למסקנה לפיה יש מקום להורות על אישור ההסתלקות המתוגמלת, תוך התערבות חלקית בלבד בסכומים שהוסכמו. זאת, בעיקרו של דבר, לנוכח עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לפרשנות הוראת סעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן והוצפה שאלה משפטית ראויה לדיון, ובשל העובדה שהגשת התובענה גרמה בסופו של דבר לכך שהמשיבות יביאו להכללת מסרים ברורים ובולטים יותר לעין במסגרת הפוסטים שיפורסמו על ידי ידוענים המצויים עמן בקשר מסחרי.

אף אם לא ניתן לדעת מה התועלת הריאלית הטמונה בהסדר זה, ועל אף שמדובר בהסדר עם קבוצה מצומצמת ביותר של עוסקים מתוך כלל העוסקים בישראל, הרי שאין לומר כי מדובר בתובענה שלא השיגה תועלת כלשהי לחברי הקבוצה.

16. בנסיבות אלה סבור אני כי על יסוד השיקולים שפורטו בע"א 8114/14 **מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ**, מיום 5.8.18, בפסקאות 26-27 לפסק-הדין, יש לאשר את ההסתלקות המתוגמלת. מאחר שעל פני הדברים הצריך הדיון בבקשה השקעת משאבים רבים מטעם המבקשות, וכרוכות היו בו עלויות רבות בגין הצורך בהגשת חוות דעת וחוות דעת מגיבה, הגעתי למסקנה לפיה תשלם כל אחת מהמשיבות





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

22 בפברואר 2023

ת"צ 15396-05-18 שנברגר ואח' נ' עדיקה סטייל בע"מ ואח'
ת"צ 29075-04-19 שנברגר נ' הודיס ואח'

סכום כולל של 27,000 ₪ למבקשות. מתוך סכום זה ישולם סכום כולל של 1,000 ₪ לכל אחת מהמבקשות (בסך הכל 19,000 ₪ לכל אחת מהן), וסכום כולל של 25,000 ₪ לעורכי דיין (ובסך הכל סכום של 475,000 ₪ כולל מע"מ). הסכום המשולם לעורכי הדין כולל הן את שכר דינם, הן את הוצאות המשפט (ובכלל זה את עלויות חוות הדעת והאגרה).

לא מצאתי כי קיימות בנסיבות העניין הנמקות מיוחדות לפטור מתשלום יתרת האגרה, ולעניין זה מקובלת עלי עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה.

המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, א' באדר התשפ"ג, 22 בפברואר 2023, בהעדר.

רם וינוגרד, שופט

