

אסדרת פרסום סמוי

בתקשורת הישראלית

מחקר מדיניות 105

תהילה שוורץ אלטשולר | תובל צ'סלר

פרסום סמוי הוא שילוב מוסווה של מסרים פרסומיים בתוך תכנים תקשורתיים. המונח "פרסום סמוי" – להבדיל מ"תוכן שיווקי" או "פרסום טבעי" – משדר אמירה ערכית שעיקרה הוא שלתוכן אין עליונות. המונח גם רומז ליסוד ההסתרה, ההטעיה וטשטוש הגבולות בין תוכן לפרסומת. זה שנים אחדות שהשימוש בפרסום סמוי הוא טקטיקה מצויה בכל הסוגים של אמצעי התקשורת ובכל הסוגות התקשורתיות – החל בתכניות ריאליטי ודרמה בטלוויזיה וכלה בעמודי החדשות בעיתונים ובאתרי האינטרנט הגדולים. מפרסמים מתייחסים לפרסום סמוי כאל רכיב מרכזי במודל העסקי של כלכלת תקשורת, הן מפני שהם צריכים למצוא פתרונות לאפשרויות הדילוג



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

אסדרת פרסום סמוי בתקשורת הישראלית
תהילה שוורץ אלטשולר, תובל צ'סלר

אסדרת פרסום סמוי בתקשורת הישראלית

תהילה שוורץ אלטשולר, תובל צ'סלר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 105

ירושלים, אלול תשע"ד, ספטמבר 2014

Regulating Branded Content in the Israeli Media
Tehilla Shwartz Altshuler, Tuval Chesler

עריכת הטקסט: מיכאלה קלי
עיצוב הסדרה: טרטקובר, עיצוב גרפי – טל הרדה
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה
סדר: נרב שטכמן פולישוק
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-151-6 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ד
נדפס בישראל, 2014

המכון הישראלי לדמוקרטיה
רח' פינסקר 4, ת"ד 4072, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:
החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300867 ; פקס: 02-5300800, 1-800-20-2222

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פירות עבודתם.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

11	תקציר
17	מבוא
20	פרק ראשון תיאור התופעה
20	א. סיבות ומגמות
23	ב. סיווגים ושימושים
35	פרק שני מעגלי הפגיעה
35	א. פגיעה בתחרות וביעילות החברתית
36	ב. פגיעה בפלורליזם
37	ג. פגיעה ביצירה
38	ד. מסחריות יתר
39	ה. הטעיית הציבור
46	ו. פגיעה בשיח הציבורי
47	ז. מעגלי הפגיעה: סיכום
48	פרק שלישי המצב הקיים: אסדרת פרסום סמוי בישראל
48	א. ההיבט החוקתי
49	ב. תוכן ההסדר הסטטוטורי
59	ג. יישום ואכיפה

פרק רביעי התמודדות רגולטורית עם הפרסום הסמוי:

65 מבט השוואתי

66 א. ארצות הברית

82 ב. האיחוד האירופי

94 פרק חמישי אסדרת פרסום סמוי: מבוא

94 א. שיקולים, מעגלי פגיעה ורציונלים לאסדרה

96 ב. הצורך באסדרה חוצת פלטפורמות

פרק שישי האסדרה המועדפת: דיני הגנת הצרכן בפיקוח

99 הרשות להגנת הצרכן

99 א. כללי

103 ב. הגדרת פרסום סמוי: האם נדרשת תמורה?

106 ג. הגדרת פרסום סמוי: פרסום סמוי מסחרי בלבד

108 ד. מודל הגילוי: חובת סימון של תכנים הכוללים פרסום סמוי

ה. איסור גורף על שימוש בפרסום סמוי על ידי
יצרני התוכן הציבוריים

ו. איסור גורף על שימוש בפרסום סמוי בתוכני חדשות,
אקטואליה וסדר יום

ז. איסור גורף על שיתופי פעולה מסחריים בתכנים המיועדים
לילדים צעירים

ח. איסור ענייני על פרסום סמוי של מוצרים מסוימים

ט. החוליה שעליה תוטל האחריות המשפטית

י. אחריות לאכיפה

יא. קידום אוריינות תקשורת

153	פרק שביעי מודל תקופת המעבר	
154	א. סיווג וסימון של עוצמת הפרסום הסמוי	
155	ב. הגבלה של "זמן מותג"	
156	ג. פרסום סמוי חברתי או פוליטי	
158	ד. תקבולי הפרסום הסמוי	
158	ה. השארת האחריות בידי המשדרים והפקדת הפיקוח בידי רשות התקשורת הרלוונטית	
160		סיכום
162		נספח
iii		Abstract

תקציר

פרסום סמוי הוא שילוב של מסרים פרסומיים בתכנים המועברים באמצעי תקשורת באופן מוסווה או גלוי למחצה. בשנים האחרונות חל גידול ניכר ומשמעותי בפרסום הסמוי בכל אמצעי התקשורת, ומפרסמים רואים בו רכיב מרכזי במודל העסקי של כלכלת התקשורת העכשווית.

פרסום סמוי טומן בחובו נזק בכמה מישורים. במישור הכלכלי-צרכני הוא יוצר הטעיה של צרכני התקשורת, הסבורים שלפניהם תוכן ולא פרסומת ולפיכך אינם מפעילים מנגנוני הגנה קוגניטיביים המופעלים בעת צפייה בפרסומות. במישור השיח הציבורי הוא מסכן את הפלורליזם התוכני בתקשורת, מונע קיום של מרחב נקי ממסחור ובעיקר זורע ספקנות בקרב הצופים שאינם יכולים לדעת בוודאות שהתוכן המובא לפניהם הוא אמין. מצב זה מונע את האפשרות לקיים שיח כן ורציונלי על סוגיות ציבוריות.

מסיבות היסטוריות הפיקוח על הפרסום הסמוי בארץ משתנה בהתאם לאמצעי התקשורת. כך, אין איסור חוקי על פרסום סמוי בקולנוע, בעיתונות ובמדריה החדשה, אך יש איסור כזה על שידורי טלוויזיה. חרף האיסור יש פרסום סמוי גם במרחב הטלוויזיוני הישראלי, והפער בין לשון החוק למציאות הוא תהומי. בעקבות זאת הפרסום הסמוי לסוגיו ולגווניו הוא אחת התופעות הבעייתיות בתקשורת המקומית.

האסדרה המוצעת על ידינו להתמודדות עם סוגיית הפרסום הסמוי מושתתת על שלושה עקרונות:

- א. אין לאסור על פרסום סמוי אך יש ליצור משטר של גילוי. בצד חובת הגילוי הכללית יש להחיל איסורים ספציפיים על סוגים מסוימים של שילוב פרסום בתוכן, בעיקר כאלה המופיעים בתכנים בעלי נגיעה לסדר יום ציבורי ולחדשות וכאלה המקדמים צריכה של מוצרים מזיקים.
- ב. יש לקבוע אסדרה חוצת פלטפורמות של פרסום סמוי. נוסף על ערוצי הטלוויזיה ואתרי התוכן המקבילים להם יש לכלול בגדר האסדרה את העיתונות הממוסדת – המודפסת והמקוונת – וכן אתרי תוכן כגון בלוגים.

ג. יש להעביר את הפיקוח על פרסום סמוי בכלל אמצעי המדיה לאחריות של הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, בהתבסס על דיני ההטעיה. הצעתנו עולה בקנה אחד עם חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, הקובע כי פרסום סמוי הוא פרסום מטעה.

תוכן ההסדר המוצע

א. הגדרת פרסום סמוי

- (1) אנו מציעים להגדיר פרסום סמוי בהתבסס על העברת תמורה. הפגיעה הניכרת שהפרסום הסמוי יוצר איננה בעצם הצגת המותגים אלא בהסתרת המניע להכללתם. דרישה זו משתקפת כבר היום בהגדרת הפרסום הסמוי בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ועל כן אנו מציעים כי אסדרת הפרסום הסמוי תתבסס על ההגדרה שבחוק זה.
- (2) הטמעה של ערכים או של נושאים חברתיים על ידי גורמים לא מסחריים לא תיחשב כפרסום סמוי. יש להתייחס לסוגיית השידור של פרסומות פוליטיות או של פרסומות העוסקות בנושאים שבמחלוקת ציבורית; כן יש לאסדר פרסום סמוי מצד גורמים עם חובות אמון מוגברות כלפי הציבור, ולהגביל פרסום סמוי, ממשלתי או מפלגתי, באמצעות תיקון של חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959.

ב. מודל הגילוי

אנו ממליצים:

- (1) כל מקרה של פרסום סמוי ילווה בגילוי ובסימון ברורים.
- (2) סימון הפרסום הסמוי ייעשה על פי סיווג אחיד שיקבע גוף אחד – הרשות להגנת הצרכן – ללא קשר לפלטפורמה הטכנולוגית שבה התוכן מוגש לציבור. שימוש בסכמת סיווג אחידה יקל על כל הגורמים המעורבים ויאפשר מיסוד של סימון הפרסום. ראוי לקבוע גיבוי חקיקתי שיחייב את הספקים של מכשירי הקצה (מכשירים ניידים, טאבלטים, טלוויזיות ומחשבים למיניהם) ואת הספקים של שירותי הגישה לאינטרנט לאפשר למשתמשים את השימוש בכלי בקרה אלה.

- (3) כפי שעולה מעקרונות המודל של רשות הסחר האמריקנית, היקף הגילוי ייקבע בהתאם לתוכן הנצרך ולנסיבות הפרסום. גילוי נאות יהיה גילוי ברור ובוטל, שאדם סביר יבין ממנו כי התוכן שלפניו כולל פרסום סמוי.
- (4) חובת הגילוי בשידורי אודיו-ויזואל תכלול סימון הדרגתי. בכל מקרה יידרשו המשדרים להציג את הלוגו המתאים מסכמת הסיווג האחידה בתחילת התוכן ובכל חזרה מהפסקה בו (כגון הפסקת פרסומות). עם זאת, בשלב ההטמעה של חובת הגילוי תוצג גם שקופית מילולית וגרפית שבה יובהר כי התוכן כולל פרסום סמוי. לאחר שלב ההטמעה יידרשו המשדרים להציב לוגו סימון בלבד.
- (5) פרסום סמוי ייאסר לחלוטין בפלטפורמות מדיה שלא יאפשרו לכלול גילוי מספק בצד הפרסום הסמוי.
- (6) חובת הגילוי לא תכלול הצגה של שם המוצר או השירות המקודם.
- (7) תנאי הכרחי לאפקטיביות הגילוי הוא הכללת סימון הפרסום הסמוי בתוך מערך הסיווג והסימון הכללי, כדי להבטיח שיטת סימונים אחידה ועקבית בכלל הפלטפורמות. כך למשל, בכל הנוגע לטלוויזיה יש לתקן את חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001, ולהוסיף בו סימון בנוגע לפרסום סמוי. הגוף המפקח על כך יהיה הרשות להגנת הצרכן.

ג. איסורים על פרסום סמוי

אנו מציעים:

- (1) לאסור כליל על פרסום סמוי בגופי מדיה הממומנים על ידי הציבור, בין בתכנים שהם מפיקים בעצמם ובין בתכנים שהופקו עבורם. יש להותיר על כנם את כללי פרסומת האגב החלים על השידור הציבורי (פרסום של מוצרים ושירותים המופיעים בשידור כבדרך אגב וללא תמורה) ולהשקיע משאבים באכיפתם.
- (2) לאסור כליל על פרסום סמוי בתכנים של חדשות, אקטואליה וסדר יום. תכנים אלה הם ליבת העשייה העיתונאית העוסקת בגרעין הקשה של השיח הפוליטי. אנו סבורים כי יש לאמץ הנחת יסוד שלפיה פרסום סמוי המתחזה, בהיעדר גילוי, לכתבה, למאמר או לידיעה עיתונאית – מבחינה צורנית

(מיקום, פונט, סדר וכו') או מבחינה תוכנית – הוא בהכרח מטעה. בהתאם לכך אנו מציעים כי יצרן תוכן שיצירתו כוללת שיתופי פעולה מסחריים לא יוכל להציגה כיצירה של חדשות, אקטואליה או סדר יום. באמצעי התקשורת המתאימים יש לשאוף לסנכרון בין הדרך שבה התכניות מוגדרות לצורך קבלת הטבות לגוף השידור לבין האיסור לכלול בהן פרסום סמוי (למשל, הכללת התכנית במסגרת שעות הסוגה העילית הנדרשת במכרזים לזכייתיות הטלוויזיה המסחרית).

חובת הגילוי לא תחול על תכנים המציגים מוצר, שירות וכיוצא באלה ללא העברת תמורה; למשל, בכתבה צרכנית או בביקורת על מוצר מסוים או על שירות מסוים.

אנו סבורים כי אין מניעה לכלול שיתופי פעולה מסחריים בצד תכנים חדשותיים ובלבד שתהיה הפרדה בולטת בין השניים, כך שלצרכן החדשות יהיה ברור שהוא נחשף לתוכן פרסומי (כגון מדורים שיווקיים בעיתונים מקוונים).

(3) לאסור שילוב של פרסום סמוי בתכנים המיועדים לילדים צעירים מגיל 8.

(4) לאסור פרסום סמוי המקדם מוצרים מזיקים מסוימים כגון מוצרי טבק, משקאות אלכוהוליים, תרופות, מאכלים עתירי סוכר, מלח או שומן, נשק, הימורים והגרלות. הגבלה זו נחוצה בשל העידוד הגלום בפרסום סמוי לצורך מוצרים מזיקים (למשל מוצרי טבק) או לאמץ דפוסי התנהגות לא רצויים ומזיקים (הימורים).

ד. אחריות משפטית

אנו מציעים להטיל אחריות לפרסום סמוי על שני גורמים:

- (1) הגורם המסחרי שבחר לכלול בסל הפרסום שלו פרסום סמוי לא מסומן.
- (2) הגורם שקיבל תמורה כספית עבור שילוב מסר פרסומי בתוכן (כגון חברת הפקה).

כמו כן אנו מציעים להטיל אחריות על בעל הפלטפורמה שבה הוצג הפרסום הסמוי, בהתקיים שני תנאים: ראשית, שהוא ידע על מתן התמורה; שנית, שהייתה לו אפשרות סבירה לחשוף את שיתוף הפעולה המסחרי במסגרת חובת הגילוי והוא לא עשה כן.

ה. קידום אוריינות תקשורת

אנו סבורים כי מודעות ציבורית היא מפתח להתמודדות עם פרסום סמוי, ממש כמו בסוגיות אחרות הנמצאות בתפר שבין משפט לטכנולוגיה (כגון הזכות לפרטיות). לפיכך אנו מציעים את הצעדים הבאים:

- (1) מהלך הסברה כולל באשר לפרסום סמוי שמטרתו ללמד את הצופים מהו פרסום סמוי, מה השפעתו ואיך אפשר להבחין בו. מהלך זה ייעשה באמצעי תקשורת כדי לאפשר חשיפה מרבית של צרכני התקשורת להבנת המנגנון של מסר פרסומי מוסווה. מוצע כי המהלך ימומן על ידי הרשויות הנוכחיות של אסדרת הטלוויזיה, מתוך התקבולים שהן מקבלות עבור פרסום סמוי.
- (2) הקמה של מאגר מידע מקוון בדבר שימוש בפרסום סמוי. המאגר יכלול הדגמות ויזואליות ויסייע לפיתוח מודעות ומיומנויות הקשורות בפרסום סמוי.
- (3) הקמת מנגנון קל, נוח ורב-לשוני להגשת תלונות ולבירורים בדבר מקרים החשודים כפרסום סמוי.

ו. מודל תקופת המעבר

ההצעה המובאת במחקר זה מבקשת לספק מודל פשוט ותקף לכלל פלטפורמות התוכן; בו בזמן, המעבר מהמצב העכשווי למצב המוצע דורש פתרון ביניים, שיחול עד שיבשילו התנאים לתחולה מלאה של המודל המוצע.

אנו מציעים כי בתקופת המעבר תחול האסדרה שפירטנו לעיל על כלל המדיה. בטלוויזיה וברדיו המסחריים (הערוצים שבפיקוח הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו והערוצים שמותרת בהם פרסומת בפיקוח המועצה לשידורי כבלים ולוויין) יותר פרסום סמוי בהתאם לאסדרה שהצענו, בכמה שינויים:

- (1) סיווג וסימון של דרגת הפרסום הסמוי. הפרסום הסמוי יסווג ויסומן על פי שלוש דרגות של שילוב פרסום בתוכן, בהתאם לכמה אבני בוחן: מידת הבולטות של המותג ובכלל זה אופן הצגתו (ויזואלי, מילולי או משולב); מידת הטבעיות של הכללת המותג (ככל שהמותג ישולב יותר בטבעיות, כך זוכרים אותו טוב יותר והשפעתו על הצרכן גוברת); מידת הקשר בין המותג לבין הרמות המרכזית בתוכן המוצג, ככל שיש כוז; מידת החשיפה החוזרת של המותג; מידת ההקשר של הכללת המותג (למשל: הקשר חיובי יעורר

- התייחסות חיובית יותר מהכללה חסרת הקשר). דרגות אלה ייכללו בכללי הסיווג והסימון הרגילים וישפיעו על שעת השידור ועל גיל הצפייה המומלץ.
- (2) **הגבלה של זמן המותג.** אנו מציעים להגביל את האפשרות לפרסם מוצר זהה או חברה מסחרית זהה באמצעות פרסום גלוי ופרסום סמוי באותה יחידת שידור.
- (3) **תקבולי הפרסום הסמוי.** חוק הרשות השנייה קובע היום רף תחתון של הוצאות שנתיות מנדטוריות למימון הפקה ורכישה של תכניות, להפקת תכניות חדשות ולהפקת תכניות מסוגה עילית. כמו כן, החוק קובע חובה של תשלום תמלוגים לרשות. הואיל וכל אלה תלויים בהכנסות של הזכיינות באותה שנה, אנו מציעים לתקן את חוק הרשות השנייה כך שגם הכנסות מפרסום סמוי ייזקפו לעניין מחויבות התוכן של הזכיינית.
- (4) **אחריות על המשדרים ופיקוח על ידי הרגולטורים הקיימים.** הואיל ומבחינה מעשית עשוי להיווצר בתקופת המעבר כפל סמכויות, אנו מציעים כי בתקופה זו תוטל האחריות לסימון הפרסום הסמוי על הגופים המשדרים, בפיקוח הרשויות הרגולטוריות הקיימות – למרות הבעייתיות שבדבר וכישלון האכיפה בעבר. עם זאת, אנו מציעים כי בתקופת המעבר תוקם ועדת תיאום שתקדם את המקרים הנוגעים לגופי האסדרה. כך, הרשות להגנת הצרכן תהיה משקיפה קבועה בהליך האכיפה, ותתבצע חפיפה מסודרת בינה לבין רשויות אסדרת הטלוויזיה והרדיו. במסגרת החפיפה יועבר לרשות להגנת הצרכן הידע הארגוני שנמצא ברשויות אלו בנוגע לאכיפת פרסום.
- (5) **תקופת המעבר תיקבע לארבע שנים לכל היותר ותסתיים עם אסדרת הפיקוח** האחיד על כלל תוכני האודיו-ויזואל.

מבוא

פרסום סמוי הוא שילוב של מסרים פרסומיים בתוך תכנים תקשורתיים בצורה מוסווית או גלויה למחצה. לקראת סוף המאה הקודמת ותחילת המאה הנוכחית חל גידול ניכר ומשמעותי בשימוש בפרסום סמוי בכל אמצעי התקשורת, ומפרסמים רואים בו רכיב מרכזי במודל העסקי של כלכלת התקשורת העכשווית. הסיבות לכך נוגעות לשינוי המהותי העובר על גופי המדיה המסורתיים. העיתונות המודפסת נתונה במשבר קשה עקב אבדן תקציבים של פרסום גלוי לטובת הרשת, ואילו העיתונות הכתובה והמקוונת אינה מצליחה להציג מודל הכנסות יציב. בד בבד, מודל הפרסום המסורתי בטלוויזיה מאיים על ידי היכולת של הצופים לפנות לתוכן מקוון ולהשתמש במכשירי הקלטה דיגיטליים המאפשרים לדלג על פרסומות. בין כה ובין כה, בסביבה תקשורתית עמוסת גירויים, מפרסמים ואנשי שיווק מנסים ליצור נקודות השקה רבות ואפקטיביות ככל האפשר עם הצרכן-הצופה.

הפרסום הסמוי טומן בחובו נזק בכמה מישורים. במישור הכלכלי-צרכני הוא פוגע בתחרות וביעילות ויוצר חסמי כניסה עבור גורמים המבקשים חשיפה אך אינם יכולים לעמוד בדרישת התשלום של ספקי התוכן. נוסף על כך, פרסום סמוי מקדם הטעיה של צרכני התקשורת הואיל ואי-הידיעה שתוכן הוא פרסומת מונע מהם להפעיל חסם תודעתי באשר לרכישת המוצר שהתוכן הפרסומי הסמוי מקדם.

במישור השיח הציבורי פרסום סמוי מסכן את הפלורליזם התוכני בתקשורת. הוא כורך שיקולים מסחריים בשיקול הדעת התוכני של המשתתפים בתהליך היצירה – שיקול דעת שהוא חלק מהזכות לחופש ביטוי שלהם ושל צרכני התוכן; הוא מונע קיום של מרחב נקי ממסחור, שהצופים זקוקים וזכאים לו, והופך את שוק הרעיונות לערמה של אידאולוגיה מסחרית; הוא זורע ספקנות בקרב הצופים שאינם יכולים לדעת בוודאות שהתוכן שלפניהם הוא אמין – וכך מונע את האפשרות לקיים שיח כן ורציונלי על סוגיות ציבוריות. כמו כן, הפרסום הסמוי יוצר חשיפת יתר של השוק למוצרים מסוימים ולסוגות תקשורתיות שבהן אפשר לשלב תוכן ופרסום ביתר קלות.

במחקר זה בחרנו להשתמש במונח "פרסום סמוי" ולא במונחים "תוכן שיווקי" או "תוכן ממותג". שני האחרונים אינם מצביעים בצורה ברורה דיה על האינטגרציה הסמויה של הפרסום בתוכן, והם גם כופפים את התוכן לשיווק ומשדרים אמירה ערכית שבה התוכן מאבד את עליונותו. לעומת זאת המונח "פרסום סמוי" מציג את יסוד ההסתרה, ההטעיה וטשטוש הגבולות ומבהיר את הבעייתיות שבפרקטיקה זו.

מכמה סיבות – חלקן היסטוריות וחלקן מעשיות – הפיקוח על הפרסום הסמוי בארץ משתנה בהתאם לאמצעי התקשורת. כך, אין איסור חוקי על פרסום סמוי בקולנוע, בעיתונות ובמדיה החדשה, אך יש איסור כזה על פרסום בטלוויזיה. על אף האיסור תופעת הפרסום הסמוי מתקיימת גם במרחב הטלוויזיוני, והפעור בין לשון החוק למציאות הוא תהומי. בעקבות זאת, מאז תחילת המילניום נהפך הפרסום הסמוי, לסוגיו ולגווניו, לאחת התופעות הדומיננטיות והבעייתיות בתקשורת הישראלית.

מחקר מדיניות זה נועד להציע פתרונות מדיניות לטיפול באסדרת הפרסום הסמוי בישראל. קיום התופעה הוכח במחקרים קודמים (בעיקר במחקרה של ענת באלניט "בתוך הקופסה" [ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012] ובמחקרים אחרים); אנו מבקשים למפות את הערכים והאינטרסים העומדים על הפרק, לבחון את ההתמודדות המשתנה עם הסוגיה במדינות שונות ולנסות להציג לפני מקבלי ההחלטות את האסדרה המיטבית המתאימה לשוק התקשורת בישראל.

ההתמודדות עם הצורך באסדרה של פרקטיקת הפרסום הסמוי נוגעת בכמה היבטים של מדיניות תקשורת ובצורך הבסיסי לתחום את מערך הכוחות שבין דמוקרטיה וכלכלה. מערך כוחות זה מבקש לאזן בין יוצרי תכנים, מפרסמים, חברות תקשורת, קהל הצופים והשיח הציבורי-דמוקרטי. קביעה של נקודת האיזון ההוגן בין האופטימום הכלכלי עבור המדיה לבין אינטרסים ציבוריים כמו הגנת הצרכן ושמידה על תחרות, קידום פלורליזם תוכני וגיוון תרבותי, אמינות ותפקוד של שוקי תוכן, יוצרת אתגר לא פשוט.

הדיון בהצדקות לאסדרה ולפיקוח על השימוש בפרקטיקת הפרסום הסמוי חייב להתקיים מתוך התייחסות לשינויים הטכנולוגיים רחבי ההיקף של השנים האחרונות. להשקפתנו, אי-אפשר למצוא את הכלי הראוי לטיפול בתופעה בלי

להתייחס לשיקולים מעשיים. במובן זה סוגיית הפרסום הסמוי מייצגת את האתגרים הכרוכים באסדרת מדיה בעידן הדיגיטלי.

מטבע הדברים, הטכנולוגיה מתפתחת בהדרגה ובעקבותיה נערכים שינויים נקודתיים באסדרה. תהליך זה מתגבר בשוק שבו מתלכדים שירותים, תכנים ואמצעי תקשורת, ולכן נוצרת לעתים הבחנה שרירותית בין פלטפורמות מדיה שונות זו מזו. נוסף על כך, באופן מסורתי התמקדה החקיקה הנוגעת לתוכן תקשורתי בעיקר בזכות לחופש הביטוי של אמצעי התקשורת ולהגבלות עליו, ונטתה להתעלם מהיחסים המסחריים הישירים בין ספקי תוכן לקהלי היעד.

מחקר מדיניות זה מבקש אפוא למצוא פתרונות אסדרה רוחביים לשוק התקשורת. היתרונות באסדרה כזו ברורים: ודאות, בהירות, מגרש משחקים הוגן ואפשרות לרתום את הטכנולוגיה (למשל באמצעות תוכנות סינון) לאתגרים כמו יידוע הציבור, סימון ושקיפות. האתגרים הכרוכים באסדרה כזו נוגעים ליכולת המוסדית להסתגל לשינויים כמו ההבנה שהרשויות לאסדרת הטלוויזיה מאבדות מכוחן במידה ניכרת וכבר אינן מסוגלות להוביל את אסדרת השוק. אתגרים אחרים נוגעים להבנה שהשינויים בשוק התקשורת לא תמו ושלמעשה אנו בעיצומה של תקופת מעבר – ולכן דרושים מודלים גמישים, שיאפשרו התמודדות עם תקופת מעבר מתוך יצירת חזון משמעותי לעתיד.

אנו מודים לפרופ' מרדכי קרמניצר, שקרא את מחקר המדיניות וסייע בהערותיו. תודות לעודד אורן, שעבד על גרסאות קודמות של המחקר, ולשרי שרוני על העזרה המחקרית ההשוואתית שהושיטה לנו במהלך הכתיבה. תודה למיכאלה קלי על העריכה הלשונית ולענת ברנשטיין ותמר שקד על השלמת המלאכה. כן שלוחה תודה לאנשי יחידת היישום ולהוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

פרק ראשון

תיאור התופעה

תופעת הפרסום הסמוי רווחת בכל סוגי המדיה ובכל הפלטפורמות המעבירות תוכן. היא נובעת מסיבות גלובליות ומקומיות, משינויים עמוקים העוברים על אמצעי התקשורת וגם מניסיון להוסיף על הפרקטיקות הפרסומיות המסורתיות.

א. סיבות ומגמות

לפני כשני עשורים חלו במדיה העולמית תמורות חדשות מסוג אחר: אט-אט החלו להיעלם החסמים הטכנולוגיים שהפרידו בין מכשירים, תכנים ופעילויות מחד גיסא לבין חברות ותעשיות מדיה מאידך גיסא. לשינוי היה אופי גלובלי והוא נקרא "התלכדות" (convergence).¹ מנקודת המבט של צרכן התקשורת התבטא תהליך ההתלכדות ביכולת של הצרכן לצרוך כמה שירותים באמצעות מכשיר יחיד (לדוגמה: שימוש במחשב לשיחות טלפון, לגלישה באינטרנט ולצפייה בסרטים) וביכולת להשתמש בשירות מסוים באמצעות כמה מכשירים או פלטפורמות (צפייה בתכנית טלוויזיה במחשב, בטלפון הנייד, בטאבלט ובמכשיר הטלוויזיה).

כפועל יוצא השתנו גם הרגלי הצפייה של הצרכנים הישראלים, והם ממשיכים להשתנות. סקר שנערך עבור גוגל ישראל בשנת 2013 גילה כי 58% מזמן צריכת התוכן של הנשאלים היה באמצעים דיגיטליים (מחשב, טאבלט וסלולר). עוד התגלה בסקר כי 60% מצריכת הווידאו באינטרנט הייתה של תכנים שנמשכים יותר מ-15 דקות – נתון המעיד על כך שהאינטרנט יכול לתפוס מקום גדול יותר כפלטפורמה לתכנים שהיו עד עתה בשליטה של תעשיית הטלוויזיה.²

1 CONSTANTIJN VAN ORANJE-NASSAU ET AL., RESPONDING TO CONVERGENCE: DIFFERENT APPROACHES FOR TELECOMMUNICATION REGULATORS (Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2011)

2 נתי טוקר "לראשונה: צרכני התוכן גולשים יותר על חשבון הטלוויזיה והעיתונים" TheMarker, מדיה ושיווק (5.6.2013).

שינויים אלה מציבים אתגרים לפני גופי המדיה המסורתיים. אתגר גדול כזה הוא סוגיית המודל העסקי המשתנה. חברות הטלוויזיה – כגון זכייניות ערוץ 2 או הכבלים – פועלות על פי מודלים עסקיים מוגדרים היטב, המבוססים בין השאר על מסמכי הזיכיון שהקנו להם את הזכות לשרר. בהתאם למודל זה יש לערוצי השידור נתח שוק המוגדר באופן יחסי ומבוסס על תדר שהקצתה להם המדינה או על זיכיון לשידורים רב-ערוציים – בתמורה להרשאה למכור פרסומות או לגבות דמי מנוי. השינויים בשוק התקשורת מאיימים להפוך את המודלים העסקיים המסורתיים ללא רלוונטיים בשני מובנים עיקריים: ראשית, אפשר להעביר תוכני טלוויזיה ברשת בצורה שאיננה כפופה למגבלות רגולטוריות – ולכן גם אינה כפופה לתכנון השוק וליצירת מחויבויות על השוק באמצעות הרגולטור; שנית, מודל הפרסום המסורתי מאוים על ידי היכולת של הצופים לפנות לפלטפורמות תוכן אחרות בזמן הפרסומות ובעיקר להשתמש במכשירי הקלטה דיגיטליים המאפשרים לדלג על הפרסומות. הפרסום הסמוי הוא אחת הדרכים להתמודד עם תופעות אלה.³

פרסום סמוי אינו טכניקה חדשה; ראשיתו בתעשיית הקולנוע בשנות הארבעים של המאה העשרים. לקראת סוף המאה הקודמת ותחילת המאה הנוכחית חל גידול ניכר ומשמעותי בשימוש בפרסום סמוי בטלוויזיה וגם בהתייחסות המפרסמים אליו כרכיב שיווקי מרכזי במודל העסקי של כלכלת תקשורת.⁴ כיום המפרסמים מקצים סכומים גדולים למדי לפרסום סמוי, וניכר שגם מפקים

3 טלי תאני-הררי ותהילה שוורץ אלטשולר "הפרסום הסמוי בטלוויזיה בעידן התקשורת השיווקית המשולבת וכלים לרגולציה אפקטיבית של פרסום סמוי" מסגרות מדיה 8 (2012) (להלן: תאני-הררי ואלטשולר).

4 Denise E. DeLorme & Leonard N. Reid, *Moviegoers' Experiences and Interpretations of Brands in Films Revisited* 28 (2) JOURNAL OF ADVERTISING 71 (1999); James A. Karrh, Kathy Brittain McKee, & Carol J. Pardun, *Practitioners' Evolving Views on Product Placement Effectiveness* 43 (2) JOURNAL OF ADVERTISING RESEARCH 138 (2003) (Karrh, McKee, & Pardun; להלן: PQ MEDIA, Press Releases, *PQ media market analysis finds global product placement spending grew 37% in 2006; Forecast grew 30% in 2007* (March 14, 2007); Simon Hudson, David Hudson, & John Pelozo, *Meet the Parents: A Parents' Perspective on Product Placement in Children's Films* 80 (2) JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 289

מסתמכים על תקציבים אלה.⁵ בזו אחר זו נפתחות סוכנויות פרסום המתמחות בהצבת מוצרים (product placement) ובהטמעת מותגים (brand integration); במשרדי פרסום קמות מחלקות תוכן ושיווקי, וחברות ההפקה מקימות מחלקות מיוחדות לזיהוי ומימוש של אפשרויות לשילוב של פרסום ותוכן.⁶ על פי נתונים שאספה חברת המחקר PQ Media, ההוצאה על פרסום סמוי עלתה בשיעור של 40.8% לשנה בין 2002 ל-2007.⁷ מעניין כי המיתון בארצות הברית פגע בכלל ההוצאה על פרסום ושיווק, אך הפרסום הסמוי כמעט לא נפגע. מפרסמים מעריכים כי מגמת העלייה בשימוש בפרסום סמוי תחזק בשיעורים ניכרים עד תום 2014:⁸ לפי ההערכה, ארצות הברית אמנם תמשיך להיות המדינה המובילה בהוצאה על פרסום סמוי עד 2014 (45.2%), אולם סין צפויה להיות המדינה בעלת קצב הגידול המהיר ביותר בתחום.⁹ נתונים של Word of Mouth Marketing Association מגלים כי בשנת 2007 הושקעו בארצות הברית 1.35 מיליארד דולר בשיווק ברשתות החברתיות.¹⁰ כפי

-
- (2008); Michael A. Wiles & Anna Danielova, *The Worth of Product Placement in Successful Films: An Event Study Analysis* 73 (4) JOURNAL OF MARKETING 44 (2009)
- Ken Bensinger, *Carmakers Stretch Mileage of Product Placement Deals*, LOS ANGELES TIMES (June 14, 2008) 5
- Daniel Eisenberg, *It's an Ad, Ad, Ad, Ad World: As Conventional Methods Lose Their Punch, More Marketers Are Going Undercover to Reach Consumers*, TIME (September 2, 2002) 6
- PQ MEDIA, *BRANDED ENTERTAINMENT MARKETING FORECAST 2008–2012* (Stanford: PQ Media, 2008) 7
- Donnalyn Pompper & Yih-Farn Choo, *Advertising in the Age of TiVo: Targeting Teens and Young Adults with Film and Television Product Placements* 16 (1) ATLANTIC JOURNAL OF COMMUNICATION 49 (2008); PQ media, *New PQ Media report finds U.S. branded entertainment spending on consumer events & product placement dipped only 1.3% to \$24.63 billion in 2009 & on pace to grow 5.3% in 2010, exceeding most advertising & marketing segments* (June 29, 2010) (להלן: (PQ Media 2010) 8
- .(PQ Media 2010
- .ש.ם, PQ Media 2010 9
- David Gelles, *Advertisers Brace for Online Viral Marketing Curbs*, FINANCIAL TIMES, MEDIA (April 2, 2009) 10

שירחב בהמשך, ברשתות החברתיות נעשה שימוש רחב היקף בפרסום גלוי למחצה. לאחרונה דיווחה חברת הייעוץ BIA/Kelsey כי שיעור הרווחים הכולל מפרסום ברשתות החברתיות ב-2012 הגיע בארצות הברית בלבד ל-4.7 מיליארד דולר. סכום זה צפוי לזנק עד 2017 ל-11 מיליארד דולר.¹¹ חשוב להדגיש כי הסיבות לשימוש בפרקטיקות פרסום חלופיות, ובהן פרסום סמוי, אינן מתמצות רק בהיותן תחליף לפרסומת גלויה. מדובר בשיטות חדשות להתמודד עם סביבה תקשורתית-שיווקית עמוסת גירויים, שבמסגרתה יש ליצור נקודות השקה רבות ואפקטיביות ככל האפשר עם הצרכן-הצופה. שיטה מרכזית כזו המתפשטת במהירות היא גישת התקשורת השיווקית המשולבת (integrated marketing communication). על פי גישה זו, למפרסם חשוב שהמותג יהיה נוכח במגוון של נקודות השקה עם הצרכן – ולצורך זה המפרסם משתמש בכל האמצעים והכלים השיווקיים העומדים לרשותו ובכללם פרסום גלוי ופרסום סמוי.¹² מחקרים מלמדים כי שילוב של אמצעים רבים יוצר השפעה רבה יותר על צרכנים משימוש בטכניקה פרסומית אחת.¹³

ב. סיווגים ושימושים

פרסום סמוי לובש צורות רבות, הן מההיבט של הגורמים, היוזמים והמפיקים אותו והן מההיבט של שילוב הפרסום בתוכן. ככלל, את תהליך ההחלטה של המותג לתוכן היצירה יוזמים המפיק או המפרסם. על פי רוב, כאשר המפיק הוא יוזם הפרסום, המותג צריך להשתלב ביצירה שהוכנה, וכאשר המפרסם הוא יוזם

- BIA/KELSEY, Press Releases (April, *U.S. Social Ad Revenues to Reach \$11B in 2017* 11
10, 2013)
- Bobby J. Calder & Edward C. Malthouse, *Managing Media and Advertising* 12
Change with Integrated Marketing 45 (4) JOURNAL OF ADVERTISING RESEARCH 356
(2005); TERENCE A. SHIMP, INTEGRATED MARKETING COMMUNICATIONS IN ADVERTISING
AND PROMOTION (7th ed., Ohio: South-Western/Thomson Learning, 2007)
- Prasad A. Naik & Kalyan Raman, *Understanding the Impact of Synergy in* 13
Multimedia Communications 40 (4) JOURNAL OF MARKETING RESEARCH 375 (2003);
Yuhmiin Chang & Esther Thorson, *Television and Web Advertising Synergies*, 33 (2)
JOURNAL OF ADVERTISING 75 (2004)

הפרסום, היצירה מופקת עבור המותג ויש לו בה חלק ניכר. בשני המקרים נוצר ערבוב של תוכן פרסומי ותוכן יצירתי.¹⁴

(1) קולנוע

זרעיו הראשונים של הפרסום הסמוי צצו בתעשיית הקולנוע האמריקנית באמצע המאה העשרים. מאחר שעלות ההפקה של סרט קולנוע אינה דבר של מה בכך, מימון חיצוני והסכמים עם מפרסמים נתפסים כחלק אינהרנטי מתהליך ההפקה. התוצאה של הליך זה היא קידום מוצרים בסרט. עם זאת, הואיל ועלויות ההפקה של סרטים הן גבוהות, כאמור, מעטים הסרטים הממומנים בלעדית על ידי חברה מסחרית.¹⁵ כמו כן, לעתים סרטים מתייחסים לכמה מוצרים ושמות של חברות גם כשלא ניתנה לכך תמורה כספית, בין השאר בשל התפיסה שסרט צריך לשקף במידת האפשר את המציאות, שבה נוכחים מותגים ומוצרים.¹⁶

זו הסיבה שסרטים בדרך כלל משתמשים במוצרים וממקמים אותם באופן טבעי, כך שהשימוש בהם ישקף במידת האפשר את המציאות. המוצרים עצמם יכולים להופיע בשלל צורות: מוצר או שם של חברה יכולים להופיע ברקע של סצנה, במונולוג, בדיאלוג או בשימוש של אחת הדמויות.¹⁷ דוגמה קלאסית לפרסום סמוי מסוג הצבת מוצר הייתה בסרט "אי.טי." משנת 1982, בשימוש בחטיף Reese's.¹⁸ קפיצה לשנת 2013 מגלה כי חברת המשקאות ההולנדית הייניקן שילמה למפיקי הסרט "סקייפול" מסדרת סרטי ג'יימס בונד 28 מיליון

- Eva Van-Reijmersdal, Peter Neijens, & Edith Smit, *Readers' Reactions to Mixtures of Advertising and Editorial Content in Magazines* 27 (2) JOURNAL OF CURRENT ISSUES AND RESEARCH IN ADVERTISING 39 (2005) 14
- Alex Walton, *The Evolution of Product Placement in Film* 1 (1) THE ELON JOURNAL OF UNDERGRADUATE RESEARCH IN COMMUNICATIONS 71 (2010) 15
- ש.ם.** 16
- Amanda D. Lotz, *Advertising after the Network Era: The New Economics of Television*, in AMANDA D. LOTZ, THE TELEVISION WILL BE REVOLUTIONIZED 152 (New York: New York University Press, 2007). (להלן: Lotz). 17
- Joshua Pila, *Product Placement Regulation – It's All in (Reese's) Pieces*, 3 CONVERGENCE 52 (2007) 18

ליש"ט. בתמורה לגם הסוכן החשאי מבקוק בירה של החברה בתחילת הסרט, ובהזדמנות אחרת השתתף בפרסומות גלויות למשקה האלכוהולי.¹⁹

ייעוג חודרני יותר של המוצר יכולול הן אזכור ורבלי שלו והן מצג חזותי.²⁰ אם המוצר או החברה מעורבים בעלילת הסרט או מזוהים מאוד עם הדמות, ייחשב הדבר להטמעת מוצרים (product integration). לדוגמה, בסרט "לדפוק התמחות" (*The Internship*), וינס ווהן ואוון וילסון מגלמים שני אנשי מכירות שמנסים את כוחם בתכנית התמחות בחברת גוגל. הסרט כולו סובב סביב החברה, ומוצריה מוצגים במהלכו.²¹

חברות מסחריות יכולות לעודד יצרני סרטים להשתמש במוצריהן בכמה דרכים כמו תגמול כספי, הטבות ושירותי הפקה, מימון מזכרות ושותפות בקידום הסרט. הצורה המקובלת ביותר היא מתן הטבות ושירותים. כך למשל, חברות רבות מספקות להפקה את מוצריהן ללא תשלום, אך התמורה היא אזכורן בסרט.²² כך, בסרט "להתחיל מחדש" (*Cast Away*) זכה המותג FedEx לאזכורים רבים ובתמורה סיפקה החברה אתרי צילום, סיוע לוגיסטי וציוד רב ללא תשלום. הפנייה במקרה זה נעשתה מצד יוצרי הסרט.²³

שיטת תשלום פופולרית נוספת היא מכירה של זכויות מכירה: מאחר שהעלויות של קידום סרטים ויצירת מזכרות הן יקרות, יש יוצרי סרטים שמעדיפים למכור לחברות את זכויות המכירה. כך, חברת הסרטים פרמונט שיתפה פעולה עם ענקית המזון המהיר ברגר קינג ב"ראגרס – הסרט": צעצועים ושעונים שעוצבו בהשראת היצירה הקולנועית נמכרו בסניפי הרשת. בדרך זו הצרכנים מקשרים בין המותג לתוכן בשלב מאוחר בהשוואה לטקטיקה הסטנדרטית של

- | | |
|---|----|
| Guy Lodge, <i>The Skyfall's the Limit on James Bond Marketing</i> , THE GUARDIAN FILM BLOG (October 23, 2012) | 19 |
| Lotz, <i>לעיל ה"ש 17</i> , בעמ' 167. | 20 |
| Jessica Guynn & Dawn C. Chmielewski, " <i>The Internship</i> ," <i>Now Starring...</i> Google, LOS ANGELES TIMES (May 25, 2013) | 21 |
| Lotz, <i>לעיל ה"ש 17</i> , בעמ' 166. | 22 |
| Dave Hirschman, " <i>Cast Away</i> " <i>Delivers Goods for FedEx</i> , CHICAGO TRIBUNE, LIFESTYLES (January 8, 2001) | 23 |

פרסום סמוי.²⁴ שיטת תשלום נוספת נקבעת לפי כמות הזמן שהמוצר מופיע בסרט וסוג האזכור שלו, אולם אפשרות זו נדירה יותר.²⁵

(2) טלוויזיה

יש כמה דרכים לשלב פרסום בתוכן טלוויזיוני, ומקצתן אף חוקיות בישראל. כאלה הן, למשל, הסכמי חסות והענקת פרסים – המפרסם משתתף במימון תכנית ובתמורה זוכה לחשיפה באמצעות שקופית ("התכנית משודרת בחסות") המשודרת בצמוד לה; תמורה אפשרית אחרת היא אזכור או הופעת באנר במהלך התכנית ("הפרס הוא מתנת חברת..."). דרך נוספת, המטשטשת את הגבול המפריד בין תוכן לפרסום, היא הפניית הצופים לאתר האינטרנט של המותג או של החברה המפרסמת כחלק מהודעת החסות או הבאנר. כך מובלים הצופים מהצפייה בתוכן הטלוויזיוני למרחב האינטרנטי המסחרי: במרחב האינטרנטי לא חלה אסדרה ובו אפשר לקשור ביתר קלות בין תוכן לפרסום. טכניקה זו נפוצה אף בקרב זכייניות השידור, המשתמשות בזמן המסך העומד לרשותן (כחלק מתנאי הזיכיון) כדי לקדם את אתרי האינטרנט שלהן עצמן.²⁶

שילוב פרסום בתוכן טלוויזיוני נעשה גם על ידי הצבת מותג או אזכורו במהלך התכנית כחלק מהסכם כלכלי בין המפרסם ליוצר. המותג יכול להיחשף לצופים בדרך אגב – כחלק מהתפאורה או כחלק מהשוט הצילומי. כך זכתה חברת דלק-מנטה לחשיפה ויזואלית בתכנית "הבורר" ששודרה בכבלים במסגרת הסכם שנחתם בינה לבין מפיקי התכנית.²⁷ אפשרות נוספת היא שילוב המותג

Charles A. Lubbers & William J. Adams, *Merchandising in the Major Motion Picture Industry: Creating Brand Synergy and Revenue Streams* 10 (1–2) JOURNAL OF PROMOTION MANAGEMENT 60 (2004) 24

Lillia Gutnik, Tome Huang, Jill Blue Lin, & Ted Schmidt, *New Trends in Product Placement*, STRATEGIC COMPUTING COMMUNICATIONS TECHNOLOGY 4 (Spring 2007) 25
(להלן: Gutnik).

כך, לאחרונה הוטל על חברת קשת קנס של 75 אלף ש"ח בגין קידום אפליקציית האינטרנט MAKO בתכניות של הזכייניות. נתי טוקר "קשת ורשת נקנסו ב-240 אלף ש' בגלל עורף ריאליטי ותוכן שיווקי" *TheMarker*, **מדיה ושיווק** (21.7.2013). 26

שלי פריצקר "ניצן חן נגד הבורר: HOT נקנסה ב-100 אלף שקל על שידור תוכן שיווקי" **כלכליסט, פרסום ושיווק** (21.8.2011). 27

בקו העלילתי של התכנית – כמקדם עלילה או כמותג האהוב על אחת הדמויות, למשל. בתכנית "הבורר" קודם מוצר הטונה של חברת ויליגר באמצעות קשירתה לאחת הדמויות בסדרה.²⁸ אמנם לעתים השימוש במותג מסוים והצגתו על המרקע נעשה כחלק מאקט אמנותי (הפיכת סצנה או דמות לאמינה או רלוונטית יותר) ולא כחלק מהתקשרות עסקית, אך בשנים האחרונות מתרבים המקרים שבהם מותגים משולבים בתוכן דווקא כחלק מהסכם מסחרי.²⁹

אחת הדרכים המתעטעות ביותר לשילוב פרסום בתוכן היא עיצוב התכנית בשפה ויזואלית הקשורה למותג או לחברה המפרסמת. דוגמה בולטת מאוד לפרסום סמוי כזה היא הגרסה הישראלית של "כוכב נולד", שבה נותנת החסות העיקרית היא חברת סלקום. בראשית דרכה נקראה התכנית "לא נפסיק לשיר", אך לאחר כמה עונות שונה שמה ל"כוכב נולד" – שם הכולל את הסמל של סלקום – כוכב. נוסף על כך, הצבע של סלקום – סגול – היה אחד הצבעים הדומיננטיים בתפאורת התכנית.³⁰ כך הצליחה חברת סלקום ליצור בקרב הצופים אסוציאציה, מודעת או לא מודעת, בין צבעיה וסמלה לבין "כוכב נולד", ולזכות בפרסום סמוי בכל פעם שבה אוזכר שם התכנית ובכל שידור שלה.

שילוב של מרואיינים וכתבות תמורת תשלום אף הוא צורה של פרסום סמוי הרווחת היום בשוק הטלוויזיה הישראלי. חברה, בעל עסק קטן או איש מקצוע הרוצים להתפרסם משלמים לתכנית האירוח תמורת ההזדמנות להציג את מותגיהם או את שירותיהם בריאיון או בכתבה. כך לדוגמה, חברת נסטלה שילמה אלפי דולרים לחברה המפיקה את התכנית "אודטה" כדי שתזונאית התכנית תמליץ לצופים לצרוך את מוצרי החברה.³¹ בתכנית "השגריר 2" שילם המסלול האקדמי של המכללה למינהל סכום נכבד לזכיינית קשת בתמורה

- 28 חני יודל "משחק הדמעות: הבורר קיבל 90 אלף שקל קנס" nrg, רייטינג (7.2.2010).
- 29 להרחבה ראו ענת באלניט בתוך הקופסה: מיתוג סמוי בשידורי הטלוויזיה המסחרית בישראל (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012) (להלן: באלניט 2012).
- 30 ענת באלניט "הכוכב של סלקום נולד בכפר המוסיקה של קוקה קולה" הארץ, גלריה (21.7.2004).
- 31 איילה צורף "נסטלה תשלם כסף: התזוונאית של 'אודטה' תמליץ על מותג הגלידות" TheMarker (24.7.2005).

לשילוב של מרצי המסלול כמומחים ויועצים בתכנית.³² בכתבה שפורסמה ב-2010 בעיתון "הארץ" נטען כי איש מכירות של אחת מתכניות הבוקר פנה לכמה גורמים בהצעה לכלול בתכנית כתבה של חמש-שש דקות עליהם תמורת 6,000 ש"ח.³³ שילוב מרואיינים וכתבות בתכנית תמורת תשלום הוא צעד רווחי עבור כל הגורמים המעורבים – מלבד הצופים: יוצרי התכנית מרוויחים כסף וגם תוכן בעלות נמוכה או אפסית שהם משלבים בתכנית; הגורם המפרסם מרוויח פרסום המשולב בתוכן התכנית ומקנה למותג חותמת משתמעת של אובייקטיביות, וזו תורמת ליחס תמים ולקשב מצד הצופים.

לבסוף יש להזכיר צורה נוספת של שילוב פרסום בתוכן טלוויזיוני, מתוחכמת ונסתרת אף יותר: קידום החזון והערכים של המותג במסגרת הפרסום הסמוי. במילים אחרות: נושא התכנית או אייטם מסוים בה נקבעים כדי לשרת קידום מוצרים או ערכים של גוף או של חברה מסחרית המממנים את התכנית. כך למשל, ענת באלניט כתבה במחקרה כי חברת תנובה העניקה חסות לתכנית "סופר נני" ששודרה בשידורי קשת, ובתמורה קודמו בתכנית ערכי משפחה שהם חלק מהדימוי השיווקי-פרסומי של תנובה.³⁴

פירוט ותיאור נרחבים של השימוש בפרקטיקות אלה בטלוויזיה המסחרית בישראל מופיעים במחקר של ענת באלניט משנת 2012.³⁵

(3) עיתונות ומוצרי דפוס

פרסום סמוי איננו נחלתם של גופי שידור בלבד אלא של כלל ספקי התוכן התקשורתי והעיתונאי בישראל ובעולם. עיתונות מקוונת היא דוגמה מוכרת לספק תוכן שטרם מצא מודל עסקי קבוע למימון פעולותיו ומתבסס על ניסוי וטעייה.³⁶ מבחינה זו שילוב של פרסום בתוכן הוא פתרון אפשרי אחד בניסיון

32 ענת באלניט "שגרירים בכל מחיר" הארץ, גלריה (15.3.2006).

33 איתן זליגר וליאור רוטברט "זהירות: תוכן שיווקי" הארץ (21.7.2010).

34 באלניט 2012, לעיל ה"ש 29, בעמ' 35.

35 שם.

36 Josh Sternberg, *Publishers Scramble for a New Model*, DIGIDAY (May 3, 2013)

ליצור רווח;³⁷ דרך פעולה זו עשויה לתפוס תאוצה רבה יותר ככל שתמשיך להוכיח את יעילותה.³⁸ בהקשר זה בולטת טכניקת הפרסום הטבעי (native advertising). סוג פרסום זה שואף להידמות לתוכן שבצדו הוא מוצג (ומכאן גם שמו), שלא כמו פרסום גלוי דוגמת באנרים. פרסומות מסוג זה החלו להופיע באמצע 2012,³⁹ ולפי בלוג המדיה הפופולרי *Mashable* – המשתמש בהן בעצמו⁴⁰ – הן עשויות “להיהפך לצורת הפרסום המועדפת” בעתיד הקרוב.⁴¹

גם התקשורת הממוסדת מצטרפת למגמה. בתחילת מרץ 2013 פרסם העיתון “ווישינגטון פוסט” כי יאפשר תוכן שיווקי במדור ייעודי באתר האינטרנט שלו.⁴² כמה חודשים קודם לכן פרסם ברשת המגזין הוותיק “אטלנטיק” כתבה שיווקית המשבחת את הכנסייה הסיינטולוגית. הכתבה גררה ביקורת כה חמורה מהגולשים עד שהמגזין נאלץ להוריד את הכתבה מהרשת פחות מיממה לאחר פרסומה ולפרסם התנצלות.⁴³ על אף העובדה שהכתבה סומנה כתוכן שיווקי ואף שתופעה זו רווחה ברשת קודם לכן, הרף שהציבו הגולשים למגזין המוערך היה גבוה יותר.⁴⁴ בתגובה למאמר ב“אטלנטיק” פרסם אתר החדשות הסאטירי

- Jack Herbert & Neil Thurman, *Paid Content Strategies for News Websites: An Empirical Study of British Newspapers' Online Business Models* 1 (2) JOURNALISM PRACTICE 208 (2007); Susan Athey, Emilio Calvano, & Joshua Gans, “The Impact of the Internet on Advertising Markets for News Media,” *NBER Working Paper* 19419 (2012) 37
- נתי טוקר ונעמי דרום “מדורת השקר: כך השתלט הפרסום הסמוי על כל המסכים” (6.7.2012) *Markerweek*, *TheMarker* 38
- Todd Wasserman, *What is “Native Advertising”? Depends Who You Ask*, MASHABLE (September 26, 2012) 39
- Tanzina Vega, *Sponsors Now Pay for Online Articles, Not Just Ads*, NEW YORK TIMES (April 7, 2013) 40
- Seth Fiegerman, *5 Marketing Predictions for 2013*, MASHABLE (January 7, 2013) 41
(כל התרגומים במחקר זה הם של המחברים אלא אם כן צוין אחרת).
- The Washington Post Launches “BrandConnect” for Marketers*, THE WASHINGTON POST, COMMUNITY RELATIONS (March 5, 2013) 42
- Tony Ortega, *The Atlantic Takes Down Paid Scientology Article after Backlash*, HUFFINGTON POST, THE BLOG (January 15, 2013) 43
- Jeff John Roberts, *What the Atlantic Learned from Scientology: Native Advertising is Harder for News Brands*, PAIDCONTENT (February 28, 2013) 44

The Onion כתבה שיווקית ששיבחה את ארגון הטרור האפגני טאליבן ובתחתית הכתבה הוסיף הפניה לאתר פיקטיבי של הארגון.⁴⁵ מקרה זה אמנם העלה את הוויכוח אל פני השטח, אולם התופעה לא נעלמה והיא אפילו מעמיקה. באוגוסט החליט המגזין "ניו יורקר" להצטרף למגמה ולהשתמש בפרסום מסוג זה.⁴⁶ בסוף אפריל 2013 הכריזה חברת יאהו כי תציג באתר פרסום טבעי.⁴⁷ חברת גוגל התייחסה לפרקטיקה של תוכן שיווקי באתרי תוכן ברשת כקיימת ודרשה מהעיתוננים להפריד בצורה ברורה בין תוכן מערכתי לתוכן שיווקי כדי שתוכן זה לא יכלל בתוצאות החיפוש של שירות Google News.⁴⁸ תופעות אלה אינן זרות גם לישראל. במרץ 2013 נפתח באתר התוכן הפופולרי וואלה! מדור שיווקי בשם "וואלה! התנגשות המעצמות" – המדור קידם את הסרט "הייד פארק על ההדסון" שהוקרן באותה עת ברשת הקולנוע לב.⁴⁹ הערוץ המיוחד סומן בצורה בולטת למדי בכיתוב "תוכן שיווקי". במציאות התקשורתית יש דוגמאות אפורות יותר וכולטות פחות לעין לחיבור בין תוכן לפרסום מזו של אתר וואלה. בחודש מרץ 2013 דיווח אתר "העין השביעית" על כך שהעיתון "ידיעות אחרונות" סיפק במה חריגה לפרויקט מפעל המחזור של חברת המשקאות קוקה-קולה. נפרט במה דברים אמורים: בסוף השבוע של 22 במרץ פורסמה בעיתון מודעה כפולת עמודים על הפרויקט במוסף "7 לילות", ובעמודי החדשות דיווח כתב "ידיעות אחרונות" עלום שם כי "מפעל המחזור יהיה פתוח בכל ימי חול המועד פסח ויארז מבקרים שנרשמו מראש".⁵⁰ יומיים לאחר מכן פורסמה בעמודי החדשות ידיעה נוספת על הפרויקט

- SPONSORED: *The Taliban Is A Vibrant And Thriving Political Movement*, THE ONION, NEWS (January 15, 2013) 45
- Josh Sternberg, *The New Yorker Goes Native*, DIGIDAY (September 10, 2013) 46
- Michael Learmonth, *Yahoo Rolls Out Its Own "Native" Ad Format*, ADAGE, DIGITAL (April 29, 2013) 47
- Richard Gingras, *A Reminder about Promotional and Commerce Journalism*, GOOGLE NEWS BLOG (March 27, 2013) 48
- ראו באתר וואלה: <http://news.walla.co.il/?w=/5636> 49
- אורן פרסיקו "במגרש הביתי" העין השביעית, סקירת עיתונות (22.3.2013). 50

תחת הכותרת "ממחזרים ונהנים"⁵¹ לקראת סוף השבוע העיתון הגדיל לעשות ופרסם ידיעת תצלום לא חתומה ובמרכזה פסלון עשוי פחיות קוקה-קולה.⁵² סוג אחר של שילוב פרסום בתוכן עיתונאי הוא מוספים שלמים הנחזים כתוצר עיתונאי ומתפרסמים תחת מטריית העיתון. כך, מדי כמה חודשים מצורף לעיתון הארץ מוסף מיוחד מטעם המחלקה המסחרית, הממומן על ידי גורמים פרסומיים שונים וממוקד בנושא מסוים. בנובמבר 2012, למשל, פורסם מוסף אנרגיה+ שהציג עצמו כ"מגזין אנרגיות מתחדשות בישראל". עיצוב המוסף אמנם היה שונה מהותית מהעיצוב הנהוג במוספי העיתון הרגילים, אך תכניו נחזו כתוכן עיתונאי: זה בצד זה הופיעו מודעות פרסום גלויות בתחום האנרגיה המתחדשת וטקסטים שכתבו כותבים מכותבים שונים שאינם עובדי העיתון.⁵³ יצוין כי שנה קודם לכן, בעקבות תלונה שהוגשה למועצת העיתונות על ידי הארגון המשפטי-חברתי פרויקט גל, התחייבה הנהלת הארץ להדגיש במוספים מטעם המחלקה המסחרית של העיתון כי מדובר בתכנים פרסומיים, וכך אכן נעשה כאן.⁵⁴ לפרסום סמוי בדפוס יש מופעים נוספים החורגים מתחום העיתונות. ב-2001 פרסמה הסופרת הבריטית פיי וולדן מותחן שמומן על ידי חברת התכשיטים בולגרי. הספר נקרא *The Bulgari Connection* ומוצרי החברה אוזכרו בו כמה פעמים.⁵⁵ תופעה זו קורית אף בישראל, גם אם המקרים בולטים פחות ונדירים יותר. כך, בשנת 2007 יצא לאור ספר המתכונים *עוד שוקולד*, שבו צוין כי כל המתכונים "הוכנו עם שוקולד פרה" של עלית.⁵⁶ ספר נוסף שיצא לאור בארץ באותה שנה – תרגום לספר *סערה במטבח של השף הבריטי סם שטרן* – כלל מתכונים ברוח רשת המסעדות אגאדיר: בין המתכונים הופיעו "חטיף קטלני של אגאדיר", "סלט של אגאדיר" ו"המבורגר אגאדיר".⁵⁷

- | | |
|----|---|
| 51 | שוקי טאוסגי "מי אתם כללל" העין השביעית, סקירת עיתונות (25.3.2013). |
| 52 | אורן פרסיקו "הדבר הנכון" העין השביעית, סקירת עיתונות (28.3.2013). |
| 53 | ראו למשל עמית קריספין ושגית חן "חזון גדול – מציאות עגומה" הארץ, אנרגיה+ (27.11.2012). |
| 54 | אורן פרסיקו "המערכת מבקשת להבהיר" News1 מחלקה ראשונה (31.1.2011). |
| 55 | Martin Arnold, <i>Placed Products and Their Cost</i> , NEW YORK TIMES, BOOKS (September 13, 2001) |
| 56 | יעל גרטי "גם בעלך יאהב דגי ים: פרסומות בספרי בישול" Ynet, אוכל (22.4.2007). |
| 57 | רננה פרס "עוברת לפי הספר: ג'יימי הקטן" על השולחן 197 (2007). |

(4) מופעים נוספים

לעתים שילוב של פרסום נעשה לא רק בתוכן תקשורת-יעיתונאי אלא גם בתוכן מדעי וגם במקרים שהקהל מורכב ברובו מקטינים. דוגמה לכך היא תערוכת "מדעי החיוך" שהוצגה במדעטק בחיפה בשנת 2013. חברת ריגלי ישראל, יבואנית מסטיק אורביט, סייעה בהקמת התערוכה ובתמורה הוצג בה המוצר, בין היתר ב"צלחת התזונה הבריאה": בצד עגבניות ותפוחי אדמה הוצבה גם חפיסה של מסטיק אורביט. הגילוי הנאות מצד המוזיאון כלל שלט על קיר בתערוכה ושורה בתחתית דף האינטרנט שלה: "תערוכת מדעי החיוך מוגשת בחסות ריגלי ישראל – יצרני ומשווקי מסטיק אורביט".⁵⁸

פרסום סמוי מופיע במגוון של אמצעי מדיה, גם במשחקי מחשב. בעבר, מפתחי משחקים שביקשו להפוך את יצירתם הווירטואלית למציאותית ככל האפשר נאלצו לשלם לחברות תמורת הצגת מותגיהן – אך התעשייה התפתחה עם השנים ועמה השתנה כיוון זרימת הכספים.⁵⁹ סוג זה של פרסום סמוי, המכונה "in game advertising", בא לידי ביטוי במגוון צורות, החל במודעות סטטיות המופיעות במהלך המשחק, בדומה לשלטי פרסום אמיתיים, וכלה בשימוש דינמי במוצרים כחלק מהמהלך האקטיבי של המשחק.⁶⁰ כך לדוגמה, בספטמבר 2002 דווח כי חברת אלקטרוניק ארטס (Electronic Arts) קיבלה מיליוני דולרים מהחברות מקדונלד'ס ואינטל: בתמורה הדמויות במשחק The Sims Online יכולות להפעיל סניף של רשת המזון ולהשתמש במחשבים של חברת הטכנולוגיה.⁶¹

מרחב נוסף הוא האינטרנט. הפרסום ברשת החל את צעדיו עם פריחת האינטרנט עצמו,⁶² וכיום הפרסום הסמוי תופס נפח גם במחוזותיו. כך למשל,

- 58 אלינור פוקס "תזונה בריאה לילד? לפי מוזיאון המדע מסטיק (אורביט) הכרחי" mako (4.3.2013).
- 59 Gutnik, **לעיל** ה"ש 25.
- 60 Erika Brown, *Product Placement on the Rise in Video Games*, FORBES.COM (July 21, 2006).
- 61 Alex Pham, *McDonald's, Intel Pay to Be in Game*, LOS ANGELES TIMES (September 1, 2002).
- 62 ROBBIN LEE ZEFF & BRADLEY ARONSON, *ADVERTISING ON THE INTERNET* (New York: John Wiley & Sons, 1999).

צורת פרסום פופולרית בתחום מנועי החיפוש – בין במנועי חיפוש כלליים ובין במנועי חיפוש המתמקדים בתחום מסוים – היא חיפוש ממומן (sponsored search). במגננון זה מפרסמים משלמים לבעלי מנוע החיפוש כדי שמוצריהם או שירותיהם יוצגו בצד תוצאות החיפוש הרגילות או בראשן.⁶³ בשנת 2002, בעקבות תלונות שהוגשו בנדון, פנתה רשות הסחר הפדרלית (FTC) בארצות הברית לחברות חיפוש כגון AOL, אלטה ויסטה, מיקרוסופט ואחרות בדרישה שהתוצאות הממומנות יופרדו מכל תוכן אחר ושהשימוש בסוג זה של פרסום יהיה "ברור ובוולט" כדי שגולשים לא יוטעו מפרקטיקה זו.⁶⁴ יותר מעשור לאחר מכן, חרף מאמצי הרשות התופעה עדיין רווחת. מחקר שנערך בשנת 2012 הראה שכמעט מחצית מהגולשים אינם מבינים בין תוצאות חיפוש אותנטיות לבין תוצאות ממומנות.⁶⁵ בעקבות זאת ביוני 2013 פנתה הרשות פעם נוספת לכמה מחברות החיפוש הגדולות ברשת והבהירה כי עליהן להפריד בצורה בולטת בין התוצאות כתחליף לצעד דרסטי יותר דוגמת צעדי אכיפה.⁶⁶ משמעות הפרסום הסמוי ויתרונותיו הרבים למפרסמים באים לידי ביטוי מיוחד ברשתות החברתיות. בתחום זה יש לפרסום סמוי מופעים וסוגים רבים וקצרה היריעה מלפרטם.⁶⁷ דוגמה מוכרת אחת היא שיווק מפה לאוזן (word of mouth marketing), כלומר: שיווק באמצעות צרכנים המשתפים את חבריהם בעמדותיהם באשר למוצרים שניסו. צורת פרסום זו, המבוססת על המלצות,

- Bernard J. Jansen & Tracy Mullen, *Sponsored Search: An Overview of the Concept, History, and Technology* 6 (2) INTERNATIONAL JOURNAL OF ELECTRONIC BUSINESS 114 (2008) 63
- FTC, Division of Advertising Practices, *Re: Complaint Requesting Investigation of Various Internet Search Engine Companies for Paid Placement and Paid Inclusion Programs*, FTC.GOV (June 27, 2002) 64
- Aaron Wall, *Consumer Ad Awareness in Search Results*, SEObok (April 15, 2012) 65 (online)
- Letter from Mary K. Engle, Associate Director, Division of Advertising Practices, Federal Trade Commission (June 23, 2013) (online) 66
- Ellen P. Goodman, *Peer Promotions and False Advertising*, בין היתר, 67 *Law* 58 SOUTH CAROLINA LAW REVIEW 683 (2007); TRACY L. TUTEN, *ADVERTISING 2.0: SOCIAL MEDIA MARKETING IN A WEB 2.0 WORLD* (Westport, Conn.; Greenwood, 2008)

התקיימה גם טרם עידן האינטרנט, אך עם הופעת הרשתות החברתיות גדל הפוטנציאל השיווקי שלה ועמו גבר השימוש בתשלום בטכניקה שיווקית זו.⁶⁸ בדצמבר 2008 גייסה חברת הפרסום הישראלית מקאן-אריקסון כ-20 בלוגרים שיפרסמו עבור חברת הלויין יס את סדרת הטלוויזיה "דם אמיתי" תמורת תשלום של 500 ש"ח. הבלוגרים קיבלו תדריך שפירט את הדרוש מהם: הפצת מידע על הסדרה, פרסום ביקורת עליה ומתן קישור לעמודיה השיווקיים. לפי הדיווח היו הבלוגרים מחויבים לשלוח את הטקסטים שלהם לאישור טרם פרסומם.⁶⁹ בעקבות היוזמה הזאת באו מקרים רבים של גיוס בלוגרים בתשלום:⁷⁰ חברת Conversation הישראלית, המציגה את עצמה כ"חברה אשר מסייעת למותגים להשתלב בשיחה ברשת ולנהל מערכות יחסים עם ציבור הצרכנים", פנתה לבלוגרים באוקטובר 2011 והציעה תשלום של 300 ש"ח עבור כתיבת פוסט ייעודי.⁷¹ שנה לאחר מכן פנתה החברה לגולשים עם הצעה אחרת: ליצור מם שיווקי על בנק המזרחי ולפרסמו בדף פייסבוק ייעודי תמורת 200 ש"ח.⁷² דוגמה אחרת לשילוב של פרסום בתוכן ברשתות החברתיות היא "סיפורים ממומנים" (sponsored stories), שירות פרסומי מבית פייסבוק שהחל לפעול בינואר 2011. במסגרת פרסום טבעי זה חברות משלמות לרשת החברתית כדי שתיאור הפעולות הצרכניות של הגולשים יזכה לקדימות בזרם החדשות (news feed) של חבריהם. בעקבות שימוש שיווקי זה במידע שחשפו גולשים ברשת החברתית הוגשה תובענה ייצוגית בטענה שהחברה פגעה בפרטיות הגולשים.⁷³

- W. Glynn Mangold & David J. Faulds, *Social Media: The New Hybrid Element of the Promotion Mix* 52 (4) BUSINESS HORIZONS 357 (2009); Bernard J. Jansen et al., *Twitter Power: Tweets as Electronic Word of Mouth* 60 (11) JOURNAL OF THE AMERICAN SOCIETY FOR INFORMATION SCIENCE AND TECHNOLOGY 2169 (2009) 68
- עידו קינן "קנה לך בלוגר" **העין השביעית**, מגזין (3.6.2009). 69
- יהונתן קליגר "יש כסף בכתיבה באינטרנט? פוסט בתשלום על פוסטים בתשלום" **חדר 404** (1.11.2009) (מקוון). 70
- עידו קינן "קמפיין רכב" **חדר 404** (11.10.2011) (מקוון). 71
- עידו קינן "בנק מזרחי בקמפיין ממים ויראעלק: 200 שקל לייצור והפצת מם פרסום סמוי בפייק דף ממים מהרשת" **חדר 404** (6.7.2012) (מקוון). 72
- Angel Fraley et al. v. Facebook, Inc. and Does* 1–100, Case Number 11–CV–01726 (N.D. Cal., filed Apr. 4, 2011) 73

פרק שני מעגלי הפגיעה

סוגיית הפרסום הסמוי נוגעת בצורך הבסיסי להגדיר את מערך הכוחות שבין דמוקרטיה, אמנות וכלכלה. על מערך הכוחות הזה מבוססת אסדרת המדיה בכל העולם המערבי, והיא מבקשת לאזן בין אינטרסים ציבוריים לבין אלה של יוצרי תכנים ומפרסמים. להלן נפרט כמה מהנוזקים הכרוכים בפרסום סמוי.

א. פגיעה בתחרות וביעילות החברתית

פרסום סמוי פוגע בתחרות משום שהוא יוצר כשל שוק מסוג חסם כניסה⁷⁴ עבור גורמים המעוניינים בחשיפה אך אינם יכולים לעמוד בדרישת התשלום של ספקי התוכן.⁷⁵ מאחר שעקרון היעילות הוא שניצב במרכז הניתוח הכלכלי של המשפט,⁷⁶ אין הצדקה כביכול להתערבות המדינה כל עוד השוק מסוגל לקדם את הרווחה החברתית בדרך של תחרות חופשייה מהתערבות.⁷⁷ נציין כי יש גם דעות שלפיהן פרסום סמוי מגביר את התחרות והיעילות הכלכלית. כך, לפי הכלכלן והמשפטן רונלד קוז, מתן אפשרות לפרסם שירים ברדיו בתשלום מאפשר לספקי התוכן להתקשר עם גורמים מסחריים ולקבל הערכה מדויקת יותר באשר לפוטנציאל הכלכלי של השמעת שירים מסוימים.⁷⁸

- 74 סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א 69 (תל אביב: לשכת עורכי הדין, 2001) (להלן: דויטש כרך א).
- 75 Ellen P. Goodman, *Stealth Marketing and Editorial Integrity* 85 TEX. L. REV. 83, 100 (2006) (להלן: Goodman).
- 76 ראו למשל Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS* (Chicago: University of Chicago Press, 1953).
- 77 דויטש כרך א, לעיל ה"ש 74, בעמ' 71.
- 78 Ronald H. Coase, *Payola in Radio and Television Broadcasting* 22 (2) JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 269 (1979).

ב. פגיעה בפלורליזם

הבטחת פלורליזם תקשורתי היא אחד העקרונות המרכזיים ביותר באסדרת המדיה בישראל ובעולם.⁷⁹ בהקשר הספציפי של פרסום סמוי הטענה היא שמתן אפשרות לספקי תוכן להסתייע בגורמים מסחריים תוביל לפגיעה בפלורליזם, משום שצרכנים ייחשפו רק למוצרים של גורמים היכולים להרשות לעצמם שיתוף פעולה עם הספקים, ורק לתכנים שיעלו בקנה אחד עם העמדות של הגורמים המסחריים. לעומת זאת ייתכן שדווקא היתר לשיתופי פעולה מסחריים יפתח פתח לחברות שאינן זוכות בדרך כלל לחשיפה גדולה. כך למשל, בשנות החמישים בארצות הברית קידמו את עצמם אמני בלוז ורוקנרול – בטרם זכו לפופולריות בתחילת דרכו של הז'אנר – על ידי תשלום לתחנות הרדיו, וכך הגדילו את החשיפה למוזיקה שלהם.⁸⁰

עם זאת, בישראל התוצאה בפעול היא פגיעה ממשית במגוון התוכני – לפחות בתחום ערוצי הטלוויזיה שבו הפרסום הסמוי רווח במיוחד. במחקרה "בתוך הקופסה" כתבה ענת באלניט כי –

הטיה זו בא לידי ביטוי באופן ברור בריבוי תכניות סגנון החיים, הבישול וסוגת המציאות על המסך של הערוצים המסחריים, לעומת מיעוט התכניות העוסקות בצרכנות באופן ביקורתי, בתחקירים עיתונאיים ובתיעוד של סוגיות חברתיות בוערות.⁸¹

אמנם ייתכן שלא רק צורכי השיווק של המפרסמים משפיעים על סוגי התכניות שיזכו לרייטינג גבוה; אפשר לטעון שהצופים עצמם נהנים יותר מתכניות קלילות ואינם ששים לצפות בתכניות המצריכות מאמץ מצדם. לנו נראה כי לצרכים המסחריים יש לכל הפחות השפעה על מגוון התכניות על המרקע.

79 בג"ץ 1030/99 חבר הכנסת חיים אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (נו) 3) 640 (2002).

80 Goodman, לעיל ה"ש 75, בעמ' 103.

81 באלניט 2012, לעיל ה"ש 29, בעמ' 98.

ג. פגיעה ביצירה

הדילמה המתעוררת בשל פרסום סמוי במעגל היצירה נובעת מהערבוב בין שיקול דעת תוכני לשיקולים מסחריים. כל אחד מהם מבטא מערכת ערכים משלו, והשאלה היא ידו של מי תגבר: של המשתתפים בתהליך היצירה או של המפרסמים. ההגנה על זכות היוצרים להפיק יצירה אמינה, עצמאית ואיכותית נתפסת כערך שיש להגן עליו. על כן השפעה על תסריטים לשם יצירת תכנים בהתאם לדרישות מפרסמים נתפסת כפגיעה בחופש היצירה. מרחב היצירה היה מאז ומעולם הממלכה של יוצרי התכניות ועורכיהן, ואילו עתה הולך ונרקם מהלך המכניס את גופי הפרסום תחת קורת גג אחת עם היוצרים. היוצר כבר אינו אדון בלעדיו ליצירתו אלא כלי בידי המותג והתדמית שיועצי השיווק מעוניינים ליצור לו. הערך של יצירה כבר אינו עומד בזכות עצמו כיצירת אמנות נקיה מאינטרסים שיווקיים. הפגיעה ביוצרים היא אפוא פגיעה בעצמאות היצירה.⁸²

על כך יש להוסיף כי גם זכויות אחרות נגזרות מפגיעה זו – זכויות היוצרים של תסריטאים, במאים ומפיקים. כך קורה כאשר מוחדר לתכנית פרסום סמוי לאחר סיום כתיבתה או אף לאחר סיום יצירתה, מתוך שימוש בטכנולוגיה דיגיטלית. שחקן המחויב במסגרת תפקידו לעסוק גם בפרסום ולא רק במשחק מקצועי עשוי אף הוא להיפגע במקרים מסוג זה.⁸³

מנגד, ביקורת זו על הפרסום הסמוי משקפת תפיסת עולם המייחסת ערך לזכותו של אדם להגשים את עצמו ולתפקיד המדינה ביצירת תנאים שיאפשרו זאת. לעומת זאת, אם נבחן את הפרסום הסמוי במשקפי חירותו של אדם מפני הגבלה שלטונית על פעולותיו,⁸⁴ אזי דווקא הגבלת הפרסום הסמוי פוגעת בצדדים פעמיים: פגיעה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק של היוצר לכלול ביצירתו שיתופי פעולה מסחריים, ופגיעה בחירות המפרסם להשתמש בקניינו

Avshalom Ginosar & David Levi-Faur, *Regulating Product Placement in the European Union and Canada: Explaining Regime Change and Diversity* 12 (5)

JOURNAL OF COMPARATIVE POLICY ANALYSIS 467 (2010)

Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights* 81 CAL. L. REV. 164 (1993)

להבחנה בין שני המובנים של מושג החירות ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות (יעקב שרת מתרגם, תל אביב: רשפים, 1971).

כרצונו. יתר על כן: אפשר לשער שדווקא ההיתר לשיתופי פעולה מסחריים יאפשר ליוצרים רבים יותר לפרסם את יצירותיהם.

ד. מסחריות יתר

פרסום סמוי הוא למעשה ניסיון להחדיר מסרים שיווקיים לתוכן ובכך לטשטש את ההפרדה בין תכנית לפרסומת.⁸⁵ לפי הביקורת, הפרסום הסמוי מונע קיום של מרחב נקי שהצופה זקוק וזכאי לו. בנספח לדוח ועדת כשר, שעסקה בסוגיית הפרסום הסמוי בטלוויזיה, נכתב:

לצופה יש זכות ל"ריאה ירוקה" בתוך עולם התוכן הטלוויזיוני. לכן, יש להבטיח את קיומן של תכניות שבהן הצופה יכול לצפות בשקט, מבלי להפעיל מערך חשיבה לאיתור אינטרסים ומניפולציות שיווקיות. האינטרס הציבורי מחייב להגן על "שמורות טבע", שיהיו מחוץ לתחום למפרסמים.⁸⁶

על כך יש להוסיף את החשש מפני מדרון חלקלק: עקב השפעתם ההולכת וגוברת של תאגידים מסחריים בעולם המודרני, שוק הרעיונות ייפך בסופו של דבר ל"מחסן של אידאולוגיה מסחרית"⁸⁷ ובעתיד ייקראו רחובות וכיכרות על שם חברות פרטיות.⁸⁸

לכאורה אפשר לטעון כי מטבע אופיו של השוק החופשי, הצרכן הוא שקובע בסופו של דבר את הביקוש, ועל כן אין להלין על ההתמסחרות הגוברת אלא לפנות אל מי שמעוניין בה – הציבור. טענה זו משקפת את תפיסת הריבונות הצרכנית, הטוענת שבהיעדר ביקוש הולם לא ישקיע היצרן בייצור המוצר, ומכאן שקיום מוצר בהכרח מצביע על ביקוש שהכתיבו הצרכנים.⁸⁹

85 באלינט 2012, לעיל ה"ש 29, בעמ' 93.

86 שם, בעמ' 37.

87 Goodman, לעיל ה"ש 75, בעמ' 104.

88 להרחבה על הסוגיה של מכירת זכויות שמיות לחברות מסחריות והפרטת המרחב הציבורי ראו שרון מלכי "ציבורי, בטח שציבורי" הארץ, מוסף קיימות (2013.4.23).

89 דויטש כרך א, לעיל ה"ש 74, בעמ' 29.

לעומת זאת, לפי הביקורת על גישה זו, הפרסום והשיווק אינם עונים על ביקוש מצד הצרכנים אלא יוצרים אותו באופן מלאכותי עבור צרכנים שמלכתחילה לא היו מעוניינים במוצרים.⁹⁰ טענה זו קיבלה חיזוק ניכר עם הפריחה של ספרות הכלכלה ההתנהגותית, שבחנה בהרחבה את העדפות הצרכנים ואת המידה שבה הן מושפעות משיטות שיווק שונות.⁹¹

ה. הטעיית הציבור

גם אם מקבלים את הטענה שרעיון הריבונות הצרכנית מחייב את המדינה לאפשר לצרכן לפעול לפי העדפותיו, עדיין יש הסבורים כי יש למדינה תפקיד במקרים של הטעיה.⁹²

גלוי כסמוי, מטרת הפרסום היא להעביר את הצרכן ממצב של היעדר היכרות עם מוצר למצב שבו הוא רוכש אותו. הטעיה היא מצג כוזב שיש בו פער בין הדברים הנאמרים או המוסתרים לבין המציאות, והפער נועד כאמור להעביר את הצרכן מהיעדר היכרות לרכישה.⁹³ הגנה על הצרכן מפני הטעיה בפרסום היא חלק מהותי מדיני הצרכנות, ובישראל היא מעוגנת באיסור הכללי על הטעיה שבסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן.⁹⁴ לפי החוק הטעיה בפרסומת היא עברה פלילית.⁹⁵ תפיסת החוק מבוססת על הנחה שלפיה "בהינתן מידע מלא והוגן, יוכל הצרכן לכלכל את דרכיו ולהתקשר בעסקה מטיבה ורצויה".⁹⁶ הגישה של דיני הגנת

John Kenneth Galbraith & Alan Crook, 534 THE AFLUENT SOCIETY (Boston, MA: Houghton Mifflin, 1958) 90

Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation* 74 NYUL REV. 630 (1999) 91

ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נ(3) 397 (1996) (להלן: בג"ץ תרמוקיר): "אדם מן הציבור מוגבל מאוד באפשרויות לברר את אמינות הפרסומת. כדי למנוע הטעיה בפרסומת נדרשת מעורבות שלטונית". 92

סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך ב (לשכת עורכי הדין, 2012), בעמ' 119 (להלן: דויטש כרך ב). 93

דויטש כרך ב, לעיל ה"ש 93, בעמ' 495. 94

בג"ץ תרמוקיר, לעיל ה"ש 92; ס' 23 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. 95

ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787 (2002). 96

הצרכן מבוססת על ההנחה שאילו היה בידי הצרכן מידע על ההטעיה הגלומה בפרסומת, הוא היה פועל בשונה מהאופן שבו היה פועל בהיעדר מידע כאמור.⁹⁷ נוסף על הפגיעה הצפויה בצרכנים אפשר להצביע על פגיעה נלווית בעוסקים הנהוגים בהגינות כלפי הצרכן. עוסקים הפועלים בדרכים פסולות כלפי צרכנים צוברים יתרון לא הוגן על מתחריהם ההוגנים. כתוצאה מכך לעוסק הגון יש תמריץ שלילי להישאר הגון ולכן התנהגות רציונלית מצדו תביא דווקא לחיקוי ההתנהגות הפסולה.⁹⁸

הטעיה בפרסום נתפסת על ידי בתי המשפט כמחוללת נזק חברתי, וכאשר מדובר בפרסום סמוי הנזק נחשב גדול אף יותר. בעניין תרמוקיר קבע השופט זמיר 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".⁹⁹ בהקשר של דיני ההטעיה, המקרה של פרסום סמוי הוא ייחודי. פרסום כזה הוא מטעה לא בשל התוכן המסוים שבו אלא בשל עצם הפרקטיקה שהוא מייצג. הסיבה לכך היא שהוא מנטרל את החשד הטבעי שיש לצרכן כלפי פרסום גלוי, שהרי הצרכן כלל אינו מודע לכך שהוא נחשף לפרסומת וסבור שמדובר בתוכן תקשורתי. אכן, מחקרים הראו שככל שהאינטגרציה בין התוכן לפרסום היא ברמה גבוהה יותר, כך הפרסום מוסתר בצורה טובה יותר – וכך מתחזקת השפעתו על הצופים.

דיון מעמיק בהטעיה הפוטנציאלית של הפרסום הסמוי ראוי שיבחין בין צופים מבוגרים לצופים צעירים. להלן נסקור את הספרות המקצועית העוסקת בכך.

(1) צופים מבוגרים

בשנים האחרונות נערכו מחקרים רבים לבחינת ההשפעה של פרסום סמוי על צופים מבוגרים, בעיקר באשר לזכירת המותג ולגיבוש עמדות כלפיו.

- 97 דויטש כרך א, לעיל ה"ש 74, בעמ' 70.
- 98 אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט (שריגים-ליאון: נבו, 2002), בעמ' 32 (להלן: אורנה דויטש).
- 99 בג"ץ תרמוקיר, לעיל ה"ש 92.

הספרות המקצועית מגלה כי חשיפה למוטג בתכנית מעלה את שיעורי זכירתו.¹⁰⁰ מחקר שבחן את השפעת השימוש בפרסום סמוי במשחקי וידאו על זכירת מותגים העלה כי במבחני זכירה מרומזת¹⁰¹ נמצאה זכירה משמעותית של המותגים ששולבו במשחקים.¹⁰² חשיפה לפרסום סמוי משפיעה גם על הערכת המוטג ועל כוונות הקנייה יותר מהפרסומת הגלויה המסורתית.¹⁰³ ההסבר לכך מבוסס על תאוריית החשיפה המכוונת (intentional exposure theory), הקובעת כי הצופה נחשף למדיה כדי לצפות בתכנים יצירתיים ולא בפרסומות. הצופה מכוון את עצמו לצפייה בתכנים שלא נועדו לשכנע אותו ומעדיף אותם מצפייה בתכנים פרסומיים. אי לכך, כאשר אדם צופה בתכנית שיש בה פרסום סמוי, הערכתו כלפי מותגים שיופיעו בעלילה עשויה להיות חיובית יותר בהשוואה להערכתו אותם לאחר חשיפה לפרסומות גלויות בהפסקת הפרסומות.¹⁰⁴

- James A. Karrh, *Brand Placement: A Review*, 20 JOURNAL OF CURRENT ISSUES AND RESEARCH IN MARKETING 31 (1998); Moonhee Yang & David R. Roskos-Ewoldsen, *The Effectiveness of Brand Placements in the Movies: Levels of Placements, Explicit and Implicit Memory, and Brand-choice Behavior* 57 (3) JOURNAL OF COMMUNICATION 469 (2007). (להלן: Yang & Roskos-Ewoldsen).
- 101 מבחני זכירה מרומזת (implicit memory) בוחנים את השיפור בביצוע של מטלות תפיסתיות, מוטוריות או קוגניטיביות ללא הזיכרון המודע של ההתנסות שהובילה לשיפור, אלא בהתבסס על זיכרון של מידע שנלמד ללא כוונה מודעת (מרומז). מבחני זכירה אלה שונים ממבחני זכירה בלתי נעזרת ונעזרת, המחייבים זכירה מודעת.
- 102 Moonhee Yang et al., *The Effectiveness of "in-Game" Advertising: Comparing College Students' Explicit and Implicit Memory for Brand Names* 35 (4) JOURNAL OF ADVERTISING 143 (2006)
- 103 Mandeep Singh, Siva K. Balasubramanian, & Goutam Chakraborty, *A Comparative Analysis of Three Communication Formats: Advertising, Infomercial, and Direct Experience* 29 (4) JOURNAL OF ADVERTISING 59 (2000) (להלן: Singh); Karen L. Becker-Olsen, *And Now, A Word from Our Sponsor: A Look at the Effects of Sponsored Content and Banner Advertising* 32 (2) JOURNAL OF ADVERTISING 17 (2003)
- 104 Pola B. Gupta & Kenneth R. Lord, *Product Placement in Movies: The Effects of Prominence and Mode on Audience Recall* 20 (1) JOURNAL OF CURRENT ISSUES AND

המחקר אף הראה כי נוסף על החשיפה עצמה לפרסום הסמוי, יש משתנים אחרים המסבירים את מידת האפקטיביות שלו. אחד המשתנים הוא מידת הבולטות של המותג בתכנית. נמצא כי בולטות גבוהה מובילה לעלייה בזיהוי (recognition) המותג בהשוואה לרמות בולטות נמוכות.¹⁰⁵ עם זאת, נראה כי הקשר בין הבולטות של המותג לבין העמדות של הצרכן כלפיו מורכבות יותר. נמצא כי פרסום סמוי למותג שהוצג בבולטות גבוהה עלול להשפיע לרעה על עמדות הצופה כלפי המותג אם אהדתו לתכנית גבוהה; לעומת זאת, בקרב צופים שרמת האהדה שלהם כלפי התכנית הייתה נמוכה נמצא שינוי עמדות חיובי כאשר למותגים שהוצגו בתכנית בבולטות גבוהה.¹⁰⁶

משתנים רלוונטיים נוספים המשפיעים על אפקטיביות הפרסום הסמוי הם משך הפרסום הסמוי, חשיפות חוזרות והיכרות מוקדמת עם המותג.¹⁰⁷ עוד נמצא כי לחשיפות חוזרות ולהיכרות מוקדמת עם המותג יש תפקיד חשוב ביצירת עמדות חיוביות כלפיו.¹⁰⁸ מחקר של טסאי (Tsai) ועמיתיו מצא כי הפרסום הסמוי אפקטיבי יותר כשהוא מתייחס למותגים הנמצאים בזיכרון הצרכן.¹⁰⁹ לטענת החוקרים, ככל שיש לצרכנים מודעות גבוהה יותר למותג, כך עמדתם

-
- Eva van Reijmersdal, ;(Gupta & Lord: (להלן: RESEARCH IN ADVERTISING 47 (1998)
 Peter Neijens, & Edith Smit, *Readers' Reactions to Mixtures of Advertising and Editorial Content in Magazines* 27 (2) JOURNAL OF CURRENT ISSUES AND RESEARCH IN
 ADVERTISING 39 (2005)
- Sharmistha Law & Kathryn A. Braun, *I'll Have*; Gupta & Lord 104
What She's Having: Gauging the Impact of Product Placements on Viewers 17 (12)
 (Law & Braun: (להלן: PSYCHOLOGY & MARKETING 1059 (2000)
- Elizabeth Cowley & Chris Barron, *When Product Placement Goes Wrong:* 106
The Effects of Program Liking and Placement Prominence 37 (1) JOURNAL OF
 ADVERTISING 89 (2008)
- Michelle L. Roehm, Harper A. Roehm, & Derrick S. Boone, *Plugs Versus* 107
Placements: A Comparison of Alternatives for Within-program Brand Exposure 21 (1)
 ,PSYCHOLOGY & MARKETING 17 (2004); Singh, Balasubramanian, & Chakraborty
 לעיל ה"ש 103.
- Law & Braun 108, לעיל ה"ש 105.
- Ming-Tiem Tsai, Mei-Ling Liu, & Wen-Ko Liang, *The Effects of Subliminal* 109
Advertising on Consumer Attitudes and Buying Intentions 24 (1) INTERNATIONAL
 JOURNAL OF MANAGEMENT 3 (2007)

כלפיו חיובית יותר וכוונת הקנייה שלהם רצינית יותר. הווה אומר: פרסום סמוי משפיע על עמדות של צרכנים המכירים את המותג ויכולים לזהות אותו. נוסף על כך מצאו החוקרים כי חשיפה חוזרת למותג יוצרת העדפה כלפיו גם בלא אסוציאציה הכרתית כלשהי. ממצאים אלה עולים בקנה אחד עם הממצאים של וקרטסס ואמבלר, הטוענים כי אין חובה שהצופה יהיה מודע למסר הפרסומי ודי שיהיה מודע למותג.¹¹⁰ גם קר (Karrh) ועמיתיו גורסים שכאשר החשיפה למותג אינה חד-פעמית אלא חוזרת על עצמה בכמה ערוצים ומקורות, תפיסת המותג מתבססת היטב בזיכרון הצופים.¹¹¹

אופן ההצגה של הפרסום הסמוי הוא גורם נוסף המשפיע על האפקטיביות שלו. כאשר הוצג המותג ויזואלית ולוה בהתייחסות מילולית (אודיו-ויזואלית) נמצאו שיעורי זכירה גבוהים יותר שלו בהשוואה להצגה שהיא רק אודיטורית או רק ויזואלית.¹¹²

גורמים נוספים המשפיעים על אפקטיביות הפרסום הסמוי קשורים לעלילת התכנית ולדמויות. מחקרים מראים שכאשר המותג הוא חלק אינטגרלי בעלילה, זכירתו רבה יותר בהשוואה למותגים שלא היו קשורים לעלילה. כמו כן, נחקרים זיהו את המותג בשיעורים גבוהים יותר כשהדמות המרכזית בתכנית השתמשה בו.¹¹³

החשיבות הגבוהה של הדמות המרכזית בתכנית נובעת מתחושת הקרבה שהצרכן עשוי להרגיש כלפיה ומן המשמעות שהוא מעניק להחלטות שהיא מקבלת.¹¹⁴ צופה שירצה להידמות לדמות כלשהי בתכנית יעשה זאת גם באמצעות

- Demetrios Vakratsas & Tim Ambler, *How Advertising Works: What Do We Really Know?* 63 (1) JOURNAL OF MARKETING 26 (1999)
- 110
- Karrh, McKee, & Pardun, **לעיל** ה"ש 4.
- 111
- Gupta & Lord, **לעיל** ה"ש 104.
- 112
- Jean-Marc Lehu & Étienne Bressoud, *Recall of Brand Placement in Movies: Interactions between Prominence and Plot Connection in Real Conditions of Exposure* 24 (1) RECHERCHE ET APPLICATIONS EN MARKETING 7 (English Edition)
- 113
- Yang & Roskos-Ewoldsen, **לעיל** ה"ש 100.
- 114
- Cristel Antonia Russell, Barbara B. Stern, & Barbara B. Stern, *Consumers, Characters, and Products: A Balance Model of Sitcom Product Placement Effects* 35 (1) JOURNAL OF ADVERTISING 7 (2006)

שימוש במוטגים שבהם היא משתמשת.¹¹⁵ מחקרים מצאו כי ליחסים פרה-חברתיים הנוצרים בין הצופים לבין הדמויות המועדפות עליהם יש השפעה ניכרת בטווח הארוך וכי הם מנבאים את מידת השכנוע של המסרים התקשורתיים על הצופה.¹¹⁶

(2) צופים צעירים

הפגיעה הפוטנציאלית של פרסום סמוי בצופים נובעת גם מהשפעתו על צופים צעירים, שהם קבוצה ייחודית מבחינת המאפיינים ההתפתחותיים (קוגניטיביים, חברתיים וכיוצא באלה) ומבחינת הרגלי הצפייה בטלוויזיה.

מחקר שנערך בקרב ילדים בגילים 6-12 מצא הבדלים ניכרים בעיבוד של פרסומת סמויה בהשוואה לעיבוד של פרסומת גלויה. ילדים בגילים אלה רק מתחילים להבין את המשמעות של פרסומת גלויה, אך עדיין אינם מבינים מהו פרסום סמוי ומאמינים כי הדמויות על המרקע עושות שימוש במוטגים אלה גם בחייהן הפרטיים.¹¹⁷

מחקר נוסף הציג לפני ילדים בגילים 6-7 ובגילים 11-12 סרטון קצר. מחצית מהמשתתפים במחקר צפו בסרטון שכלל פרסומת סמויה לפפסי-קולה, והיתר צפו באותו סרטון ללא הפרסומת הסמויה. לאחר הצפייה בסרטון התבקשו המשתתפים לבחור משקה קל לעצמם. משתתפים שצפו בסרטון שכלל את הפרסום הסמוי הציגו העדפה ניכרת לפפסי-קולה. גיל המשתתפים לא שימש

Siva K. Balasubramanian, James A. Karrh, & Hemant Patwardhan, *Audience Response to Product Placements: An Integrative Framework and Future Research Agenda* 35 (3) JOURNAL OF ADVERTISING 115 (2006)

Jonathan Cohen, *Defining Identification: A Theoretical Look at the Identification of Audiences with Media Characters* 4 (3) MASS COMMUNICATION & SOCIETY 245 (2001)

David C. Giles, *Parasocial Interaction: A Review of the Literature and a Model for Future Research* 4 (3) MEDIA PSYCHOLOGY 279 (2002);

Emily Moyer-Gusé, *Toward a Theory of Entertainment Persuasion: Explaining the Persuasive Effects of Entertainment-Education Messages* 18 (3) COMMUNICATION THEORY 407 (2008).

Becky Ebenkamp, *Divide of the Tweens* 44 (26) BRANDWEEK 18 (2003) 117 (Ebenkamp).

משתנה מנבא להעדפת המשקה הקל, וההשפעות של הסרטון על שתי קבוצות הגיל היו דומות.¹¹⁸

מחקר אחר, שנערך בקרב בני נוער, מצא כי באוכלוסייה זו מתקיים אפקט האדם השלישי באשר להשפעות של פרסום סמוי. בני הנוער ציינו כי הם מאמינים שאחרים מושפעים מפרסום סמוי במידה גדולה יותר מזו שהם עצמם מושפעים ממנו. צעירים בעלי מודעות מותגית גבוהה ציינו את הפרסום הסמוי כבעל השפעה מכרעת על הרגלי הצריכה שלהם ושל חבריהם.¹¹⁹

מחקרים אלה מעידים כי לפרסום סמוי יש השפעה ניכרת על צעירים, הן על ילדים והן על בני נוער. נראה גם שהדאגה הרווחת באשר להשפעות הפרסומת הגלויה דווקא על הגילים הצעירים יותר היא לא בהכרח נכונה בהקשר של פרסום סמוי. נמצא שהיכולת לזהות את כוונת השכנוע שבפרסומת הגלויה מתחילה להתגבש בערך בגיל 8, ורק עם התפתחותה חלה ירידה באהדת הפרסומות.¹²⁰ אולם ממצאים מעידים כי בני נוער אינם מזהים את כוונת השכנוע שבפרסומת סמויה,¹²¹ וכתוצאה מכך גם אהדת המסר הפרסומי אינה יורדת במידה ניכרת והיא תלויה בעיקר במידת האהדה של הצופים כלפי התכנית.

אי לכך אפשר לומר שבאשר לפרסום הסמוי אין להסיק שילדים צעירים יותר הם דווקא הפגיעים יותר; ייתכן גם שאמירה הפוכה תהיה נכונה יותר: ילדים צעירים מגיל 8 יושפעו השפעה דומה מפרסומת גלויה ומפרסומת סמויה (בשל חוסר יכולת לזהות את כוונת השכנוע בשתי הטקטיקות), וילדים בוגרים

- Susan Auty & Charlie Lewis, *Exploring Children's Choice: The Reminder Effect of Product Placement* 21 (9) *PSYCHOLOGY & MARKETING* 697 (2004) 118
- Michelle R. Nelson & Laurie Ellis McLeod, *Adolescent Brand Consciousness and Product Placements: Awareness, Liking and Perceived Effects on Self and Others* 29 (6) *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSUMER STUDIES* 515 (2005) 119
- JUDITH VAN EVRA, *TELEVISION AND CHILD DEVELOPMENT* (Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1990); Sonia Livingstone & Ellen J. Helsper, *Does Advertising Literacy Mediate the Effects of Advertising on Children? A Critical Examination of Two Linked Research Literatures in Relation to Obesity and Food Choice* 56 (3) *JOURNAL OF COMMUNICATION* 560 (2006) 120
- Ebenkamp, לעיל ה"ש 117. 121

ובני נוער עלולים להיות מושפעים יותר דווקא מפרסומת סמויה. הם משתמשים במנגנוני ההגנה העומדים לרשותם כשהם צופים בפרסומת הגלויה, אולם אינם מסוגלים לכך כשהם צופים בפרסומת הסמויה. כמו כן, הטלוויזיה ממלאת חלק מרכזי יותר בחייהם: הם צופים בה תדיר, דנים בעלילות התכניות עם חבריהם, מזדהים עם הדמויות המככבות בסדרות ולעתים קרובות אף מתייחסים אליהן כאל מודל לחיקוי.¹²²

1. פגיעה בשיח הציבורי

היכולת של אמצעי התקשורת לשמש במה לדיון ציבורי חופשי היא בעלת חשיבות עצומה בחברה דמוקרטית. יכולת זו תלויה במידה רבה באמון שהציבור נותן באותם אמצעי תקשורת. פרסום סמוי זורע ספקנות אצל הצופים ופוגע באמון שלהם באמצעי התקשורת.¹²³ הם אינם יכולים לדעת בוודאות אם מוצגת לפניהם אמת, אם המוצר או המסר המוצגים הם אביזר במה מקרי או שהוכנסו לתוכן המוצג במתכוון. תאוריית המרחב הציבורי (public sphere) שפיתח הפילוסוף והסוציולוג האברמס (Habermas) תומכת בטיעון זה. לפי התאוריה, המרחב הציבורי הוא מרחב נפרד מכלכלת השוק וממוסדות המדינה שבו האזרחים יכולים להתכנס ולקיים דיון חופשי. המניע היחידי שלהם במרחב זה אינו אלא "חיפוש משותף אחר האמת" והכוח היחיד שהם מפעילים זה על זה הוא כוח השכנוע.¹²⁴ ענת באלנינט הבהירה את הדברים במחקרה:

כאשר אודטה דנין מציגה לצופיה גלידה וטוענת שהיא דלת קלוריות ומומלצת למי שמעוניין בירידה מהירה במשקל, האם זו דעתה

- 122 Cohen, לעיל ה"ש 116, Bobby J. Calder & Edward C. Malthouse, *Managing Media* and Advertising Change with Integrated Marketing 45 (5) JOURNAL OF ADVERTISING RESEARCH 356 (2005); Moyer-Gusé, לעיל ה"ש 116.
- 123 Goodman, לעיל ה"ש 75, בעמ' 112.
- 124 JÜRGEN HABERMAS, THE STRUCTURAL TRANSFORMATION OF THE PUBLIC SPHERE: AN INQUIRY INTO A CATEGORY OF BOURGEOIS SOCIETY (Cambridge, MA: MIT Press, 1991)

האישית? אם התשובה חיובית, אפשר לדון בכך, להתווכח עם דנין ואולי לסתור אותה באמצעות דעה אחרת או מידע סותר או עמדה של מומחים לדיאטטה. כאשר מדובר בפעולה של מיתוג סמוי, שאינה דעתה האוטנטית של דנין אלא דעה בתשלום היא אינה מאפשרת לנהל דיון: הצופים מקבלים אותה על המסך כעניין סופי ומוחלט בזמן שהנחות הבסיס שהביאו אותה לתודעתם נסתרות מעיניהם.

אכן, לאחר זמן מה – במילותיה של אמילי נוסבאום – “החשדנות מזהמת כל קלוז אפ”¹²⁵. הפרסום הסמוי פוגע באמון הציבור ביכולת של אמצעי התקשורת – החיוניים כל כך בחברה דמוקרטית – לשמש במה לדיון ציבורי חופשי.

ז. מעגלי הפגיעה: סיכום

איזה מוקד פגיעה הוא החמור ביותר? באיזה ממוקדי הפגיעה ראוי להשתמש כהצדקה לאסדרה של הפרסום הסמוי? לשאלות אלה יש השלכה על עיצוב האסדרה ועשויה להיות להן השלכה מעשית על עצם ההגדרה של פרסום סמוי. פרסום סמוי טומן בחובו נזק במישורים רבים, אולם במחקר זה התמקדנו בשניים: המישור הכלכלי-צרכני והמישור הדמוקרטי. במישור הכלכלי-צרכני הפרסום הסמוי יוצר הטעיה של צרכני התקשורת, וכבר בכך יש צידוק להתערבות רגולטורית. מעבר לכך, בחינת הפרקטיקה של הפרסום הסמוי במשקפי הדמוקרטיה והשיח הציבורי מעלה את החשש שהשימוש הגובר בו יגרור נזק גדול בהרבה מהטעיה צרכנית. פרקטיקה זו זורעת ספקנות בקרב הציבור ופוגעת באמונו באמצעי התקשורת. מצב זה, השומט את הקרקע תחת עצם היכולת לנהל שיח כן ורצינוני בסוגיות ציבוריות, מחייב התערבות.

פרק שלישי

המצב הקיים: אסדרת פרסום סמוי בישראל

א. ההיבט החוקתי

בשל תפיסת הפרסומת כחלק אינטגרלי מהזכות לחופש ביטוי ולחופש עיסוק ההגנה החוקתית על ביטוי פרסומי בישראל איננה נופלת מן ההגנה על כל ביטוי אחר.¹²⁶ בחברה דמוקרטית המבוססת על שוק חופשי ותחרות עסקית בתי המשפט אמנם מזהים את התועלת החברתית שבפרסומת – אך מעניקים לה מידת הגנה פחותה מזו המוענקת לביטויים פוליטיים או אמנותיים. אין מניעה עקרונית להגביל חופש ביטוי מסחרי הפוגע ברגשות הציבור, אך הגבלה זו כפופה למבחנים מוגדרים כגון האיסור לשדר פרסומת שיש בה משום פגיעה בטעם הטוב, בכבודו של אדם או ברגישות הציבור.¹²⁷ בתי המשפט נתנו להגבלות אלה פרשנות מצמצמת, המאפשרת פסילה של תוכן פרסומי במקרים קיצוניים שיש בהם ודאות קרובה לפגיעה חמורה ברגשות הציבור.¹²⁸ לתפיסה זו של בית המשפט יש השפעה ניכרת על היכולת של הרגולטור לאכוף כללי אתיקה העוסקים בתוכן פרסומי. הרגולטור מנסה אפוא למצוא דרכים חלופיות לאכיפת הכללים כגון ההסכם לשיתוף פעולה שנחתם עם האיגוד המפרסמים בשנת 2006.¹²⁹

126 בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (להלן: עניין קידום).

127 בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק נ' הרשות השנייה, פ"ד מט(5) 751; בג"ץ 7833/96 פנחס מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, תק-על 98(3) 844 (להלן: עניין מלניק); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה, פ"ד נד(4) 178; בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, תק-על 2004(3) 1982.

128 ראו עניין קידום, לעיל ה"ש 126.

129 ראו "טיפול בפרסומות", אתר הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו.

ב. תוכן ההסדר הסטטוטורי

תחום הפרסומות מוסדר בעיקר בשני אופנים: האחד הוא אסדרת הטלוויזיה והאחר הוא חוק הגנת הצרכן,¹³⁰ ובצדו אפשר למנות גם את פקודת סימני מסחר¹³¹ ואת חוק עוולות מסחריות,¹³² הנוגעים בעיקר להיבטים של הגנה על מוניטין מסחרי. יש גם חקיקה ספציפית יותר הנוגעת להגנה מיוחדת על הצרכנים, כגון הגבלה על פרסום המיועד לקטינים¹³³ ועל פרסומים ספציפיים כמו מוצרי טבק,¹³⁴ אלכוהול¹³⁵ ותרופות.¹³⁶ האסדרה מתאפיינת בבחינה בדיעבד של התכנים – על ידי גופי הפיקוח הרלוונטיים בעקבות הגשת תלונה או באכיפה פרטית.¹³⁷ במבט ראשון אפשר לחשוב שהפרסום הסמוי – שהוא מקרה פרטי של פרסומת – כבר מוסדר על ידי חוק הגנת הצרכן האוסר על קיומו.¹³⁸ הוראות סעיף 7(ג)(1) לחוק הגנת הצרכן קובעות כי "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תוכנה אינו מטעה". הגדרת הפרסומת כוללת גם "פרסום שמומן או שנתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום או כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור".¹³⁹ כמו כן יש בחוק איסור ספציפי על פרסומת המתחזה לתוצר עיתונאי.¹⁴⁰ בצד איסור

130 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

131 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972.

132 ס' 2 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

133 תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א-1991.

134 חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק, תשמ"ג-1983; חוק חובת דיווח בדבר הנזקים הבריאותיים הנגרמים מעישון מוצרי טבק, התשס"א-2000.

135 חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של משקאות אלכוהוליים, התשע"ב-2012.

136 תקנה 28 לתקנות הרוקחים (תכשירים) התשמ"ו-1986.

137 חריג לכך הצורך לקבל אישור מוקדם לפרסום תרופות. ראו תקנה 28 לתקנות הרוקחים (תכשירים), התשמ"ו-1986.

138 להבריל, ככל שהדבר נוגע לתביעה נזיקית, אין ב"פרסום דבר העלול להטעות צרכן" כדי להקנות זכות לפיצוי, אלא אם יוכח כי נגרם לצרכן נזק הקשור סיבתית להטעיה. ראו דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נז(6) 385 (להלן: עניין ברזני).

139 ס' 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

140 ס' 7(ג)(2) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

זה מופיעה הוראה חד-משמעית שלפיה "השתתפות עיתונאי, לרבות מגיש, קריין או מנחה בכל כלי תקשורת, בפרסומת, יראו אותה כפרסומת מטעה, אם אין בה הבחנה ברורה בין עבודתו המקצועית לבין הפרסומת".¹⁴¹ ואולם מסיבות שונות – מקצתן היסטוריות ונוגעות לתהליך המיסוד של פלטפורמות תקשורתיות חדשות, ומקצתן מעשיות ונוגעות לחולשה המוסדית של הרשות האמונה על הגנת הצרכן בישראל – הפיקוח על הפרסום הסמוי תלוי היום באמצעי התקשורת שבו התוכן מוצג, ולכן חוק הגנת הצרכן אינו משפיע ישירות בעניין זה.¹⁴² כדי לענות על השאלה כיצד מוסדר הנושא, יש לשאול ראשית מה מוסדר. בעמודים הבאים נפרט את דרכי האסדרה של הפרסום הסמוי בכמה פלטפורמות (ראו גם הלוח המסכם בנספח).

(1) עיתונות ודפוס

מסיבות היסטוריות העיתונות נהנית מהחירות הגדולה ביותר מפני התערבות שלטונית.¹⁴³ אמנם הוצאה לאור של עיתון בישראל טעונה רישוי על פי פקודת העיתונות המנדטורית,¹⁴⁴ אך הסמכות לא להעניק את האישור צומצמה לשיקולים הנוגעים לביטחון המדינה.¹⁴⁵ אסדרה של התוכן העיתונאי עצמו – בדומה לזו של פרסומים כתובים אחרים דוגמת ספרים,¹⁴⁶ מגוינים וכיוצא באלה – מתוחמת

- 141 ס' 7(ג)3 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.
- 142 לעתים הרלוונטיות של חוק הגנת הצרכן באה לידי ביטוי בחוק תלוי הפלטפורמה. ראו, למשל, ס' 7(7) לכללי רשות השידור (תשרירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993, האוסר על שידור ברדיו של פרסומת המנוגדת להוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.
- 143 דפנה ברק-ארוז "חופש הגישה לאמצעי התקשורת: איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש הביטוי" עיוני משפט יב 183 (1987).
- 144 ס' 5 לפקודת העיתונות, 1933.
- 145 להרחבה ראו בג"ץ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לז(1) 789; וכן הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, דוח הוועדה (1997), שבו הומלץ לבטל את דרישת הרישוי כתנאי להוצאה לאור של עיתון.
- 146 ראו צו ההגנה (שעת חירום) (הגשת ספרים לביקורת מוקדמת ואיסור פרסום), התשל"ב-1972.

באיסורים הכלליים הנוגעים לצנזורה צבאית,¹⁴⁷ להגנת הפרטיות ולדיני לשון הרע. מעבר לכך השוק מוסדר באסדרה עצמית על ידי מועצת העיתונות הישראלית – אסדרה שאינה מחייבת מבחינה משפטית.¹⁴⁸ בהקשר הספציפי של פרסום סמוי קובע תקנון האתיקה של המועצה כי "עיתון ועיתונאי יבחינו בפרסום בין פרסומת לחומר מערכת, באופן שלא תפורסם פרסומת הנחזית כחומר מערכתי".¹⁴⁹ תקנה זו נוגעת הן למצבים של מודעות פרסומיות הצמודות לטקסט העיתונאי ונחזות לכתבות עיתונאיות והן למוספים שלמים הנחזים כתוצר עיתונאי ומתפרסמים תחת מטריית העיתון.

(2) סרטים

פקודת סרטי הראינוע אוסרת על הצגת סרט אלא אם אושר לכך מראש על ידי המועצה לביקורת סרטים.¹⁵⁰ בעבר גם תחום המחזות היה כפוף למרות המועצה,¹⁵¹ אך הפקודה שקבעה זאת בוטלה בשנת 1991.¹⁵² סמכותה של המועצה לעניין סרטים קבועה בסעיף 6(2) לפקודת סרטי הראינוע:

המועצה רשאית עפ"י הכרעת דעתה ליתן רשות להצגת כל סרט או כל חלק הימנו או כל מודעה על סרט, בין בתנאים מסוימים ובין בלא תנאים, וכן רשאית היא להימנע ממתן הרשות.

147 לפירוט בנושא הצנזורה הצבאית ראו זאב סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי" עיוני משפט טו (2) 311 (תש"ן).

148 יובל קרניאל דיני התקשורת המסחרית (תל אביב: המכון למחקרי משפט וכלכלה, 2003) (להלן: קרניאל).

149 ס' 6 ה לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות, תוקן לאחרונה ב-2.1.2013.

150 ס' 4 לפקודת סרטי הראינוע, 1927.

151 פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), התשמ"ז-1987.

152 חוק להשעיית תוקפה של פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), תשמ"ט-1989, ס"ח התשנ"א. כתחליף לביקורת המועצה נקבע איסור פלילי על "פרסום והצגת תועבה"; ראו ס' 214 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

פסיקת בג"ץ בפרשת הסרט "ג'נין ג'נין" הובילה לכך שסמכות זו מפורשת כיום בצמצום,¹⁵³ כך שבפועל תפקידה של המועצה מתמצה בקביעה של סיווג הצפייה לסרטי קולנוע.¹⁵⁴ סיווג זה איננו כולל גילוי על שיתופי פעולה מסחריים.

הצעות לטיפול בתופעה של פרסום סמוי בקולנוע באו לידי ביטוי בצורת ניסיונות להגבלות ספציפיות על תוכן הפרסום כמו במקרה של מוצרי טבק. כך, בסוף שנות התשעים הוגשה הצעת חוק שהציעה להרחיב את חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק כך שיחול גם על פרסומת סמויה בסרטים, אך בסופו של דבר לא יצא המהלך אל הפועל.¹⁵⁵ לאחרונה פורסם כי בכנסת נדונה, לקראת קריאה שנייה ושלישית, הצעת חוק להרחבה של הגדרת "פרסומת" בהקשר של טבק ומוצריו כך שתכלול פרסום סמוי – וכך ייאסר בפועל פרסום סמוי לטבק בכל סוגי המדיה ובכלל זה בבתי קולנוע – אך גם היא לא הבשילה לכדי חקיקה.¹⁵⁶

(3) טלוויזיה ורדיו

בניגוד בולט לעיתונות הכתובה, נקודת המוצא ההיסטורית בתחום הטלוויזיה והרדיו בישראל היא של אסדרה שלטונית חודרנית. הביאו לכך שיקולים משיקולים שונים, כגון השימוש של התקשורת המשודרת בתדרים שהם משאב ציבורי מוגבל, המרכזיות וההשפעה הרבה של המדיום על השיח הציבורי ובעיקר על קטינים.¹⁵⁷

- 153 ראו בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003).
- 154 ראו דוגמה באתר האינטרנט של משרד התרבות והספורט, בקישור של המועצה לביקורת סרטים "הגבלת גיל (סיווג) סרטים".
- 155 הצעת חוק הגבלת הפרסומת למוצרי טבק לעישון (תיקון – איסור פרסומת סמויה למוצרי טבק בסרטים), התשס"ב-2002, ד"כ התשס"ב.
- 156 הצעת חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק (תיקון מס' 7), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה התשע"ב 715.
- 157 קרניאל, לעיל ה"ש 148, בעמ' 34.

האסדרה של פרסום ברדיו ובטלוויזיה חלה בהתאם לפלטפורמה.¹⁵⁸ בדומה לתופעות המתרחשות בזירת הפרסום הגלוי, ריבוי רשויות האסדרה מוביל להחלטות סותרות ולא קוהרנטיות.¹⁵⁹

(א) השידור הציבורי

רשות השידור. החוק מבחין בין השידורים של רשות השידור ברדיו לבין שידוריה בטלוויזיה. ברדיו יש כסמכותה לשרד תשדירי פרסומת¹⁶⁰ ובטלוויזיה הותר לה לשרד תשדירי שירות והודעות חסות בלבד.¹⁶¹ בפועל היו בעבר בערוץ הראשון מקרים שבהם התעכבה מצלמה על פרטים מסחריים מזהים בזמן השידורים,¹⁶² אך בשורה של פסיקות קבע בג"ץ כי אסור לרשות השידור לשרד בטלוויזיה פרסומת מסחרית, בין גלויה ובין סמויה.¹⁶³

הטלוויזיה החינוכית מציגה דוגמה ייחודית לשילוב רגולטורי, שכן היא נתונה לפיקוח של שלושה גורמים – משרד החינוך, מועצת הרשות השנייה ומועצת הכבלים. שידוריה מוצגים הן בערוץ עצמאי במסגרת שידורי הכבלים והלוויין והן בשעות המוקצבות לה במסגרת הערוץ הראשון וערוץ 2. התוצאה היא שאסדרת הפרסום הסמוי בטלוויזיה החינוכית תלויה בערוץ שבו מוצגים תכניה.¹⁶⁴ על משטרים רגולטוריים אלה, השונים זה מזה, נרחיב בהמשך הפרק.

158 דוגמאות בולטות לסוג הראשון של אסדרה בהתאם לסוג השידור הן חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (לכבלים) וחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (לערוצים 2 ו-10). דוגמאות לסוג הראשון של אסדרה חוצת-מדיה הן חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001, חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005, חוק הקלות לחרש, התשנ"ב-1992.

159 ראו למשל עניין קידום, לעיל ה"ש 126, שם פסלה רשות השידור פרסומת שאישרה הרשות השנייה.

160 ס' 25 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965.

161 ס' 25 ו-25ד לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965.

162 מבקר המדינה דוח שנתי 38, לשנת 1987 779 (1988) (להלן: מבקר המדינה 1987).

163 בג"ץ 1858/96 אוסם, השקעות בע"מ נ' רשות השידור (לא פורסם; 21.10.1999) (להלן: בג"ץ אוסם).

164 ראו "מי אנחנו", אתר הטלוויזיה החינוכית.

לערוץ הכנסת מותר על פי חוק לשדר תשדירי שירות בלבד,¹⁶⁵ ובלבד שאינם משודרים במהלך או בסמוך לשידורים של מליאת הכנסת או של דיוני ועדה מוועדותיה.¹⁶⁶ בשידורי הערוץ מותר אזכור אגב של צילום, מוצר, עסק או עניין מסחרי ובלבד שהאזכור עומד בכמה תנאים: מדובר בתופעת לוואי לתוכן המשודר, החלטת הגוף המשדר לא הושפעה מהאזכור ולא התקבלה עבורו תמורה.¹⁶⁷ לגוף המשדר מותר להודות לגופים מסחריים שתרמו להפקת המשדר בציוד או בשירותים בתנאי שיעשה זאת לפי העקרונות הקבועים בחוק (בין היתר, שלא יינתנו עליהם תיאור או דברי שבח כלשהם).¹⁶⁸

גלי צה"ל היא תחנת רדיו צבאית ציבורית שתכניה האזרחיים כפופים לפיקוח של ועדת גלי צה"ל של רשות השידור.¹⁶⁹ בשנת 2005, בעקבות עתירה שהגישו תחנות רדיו אזרחיות נגד גלי צה"ל,¹⁷⁰ נחקק חוק גלי צה"ל כהוראת שעה ומאז תוקפו מוארך מדי תקופה.¹⁷¹ החוק מסמיך את שר הביטחון להקים ועדת פיקוח על שידורי חסות ועל תשדירי שירות¹⁷² ולהתקין תקנות שידורו אותם,¹⁷³ אולם ועדת הפיקוח לא קמה והתקנות טרם הותקנו. בהיעדרן, הפיקוח על תשדירים אלה ממשיך להתקיים מכוח הוראת משרד הביטחון ופקודת מטכ"ל משנת

- 165 ס' 13 לחוק שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ד-2003.
- 166 תקנה 7 לתקנות שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ו-2005.
- 167 כלל 29 לכללי שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ז-2006.
- 168 כלל 30 לכללי שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ז-2006.
- 169 ס' 48 לחוק רשות השידור. להרחבה ראו אוריאנה אלמסי ועדת "גלי צה"ל של רשות השידור (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 6.2.2012); אוריאנה אלמסי תחנת "גלי צה"ל: היבטים שונים של פעילותה (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 13.2.2011).
- 170 בג"ץ 1551/02 רדיו קול רגע שידורי העמקים בע"מ ואח' נ' מפקד גלי צה"ל שידורי רדיו של צה"ל ואח', דינים עליון ע"א 261 (2005).
- 171 ראו לאחרונה חוק גלי צה"ל, שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות) (הוראת שעה) (תיקון מס' 5), התשע"ג-2013.
- 172 ס' 5(א) לחוק גלי צה"ל, שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי שירות) (הוראת שעה), התשס"ה-2005.
- 173 ס' 4(א), ש.ם.

1985. 174 באלו לא מופיעה חובת הפרדה בין פרסום לתוכן; לעומת זאת בפקודה מובהר כי "ניתן להביע תודה בסיום המשדר לגורם החוץ שסייע בהפקתו". במקרים של השתתפות במימון המשדר או בהשתתפות דרך קבע בסיוע להפקתו, הבעת התודה מחייבת אישור ממפקד גלי צה"ל.¹⁷⁵ במקרים אלו הותר לציין את סוג המוצר שהמממן מייצר או את סוג העסק שלו, ובלבד שלא מדובר במשדרים של חדשות או של צרכנות או במשדרים בעלי אופי מפלגתי-פוליטי; כמו כן, יש לעשות זאת "מבלי לתאר את איכותו של המוצר או השירות, לשבח את המוצר או השירות, להשוות בין המוצר או השירות למוצרים או שירותים אחרים או לשכנע את המאזינים לרכוש את המוצר או השירות".¹⁷⁶ הפקודה כוללת גם הגבלות ספציפיות על פרסומים נקודתיים (בין בדרך של תשדיר חסות ובין בדרך של ציון המוצר) שיש בהם פרסום של כתות, דברי השמחה, חוות דעת רפואיות ומוצרים הפוגעים בציבור כגון מוצרי טבק, אלכוהול ומשחקי הימורים לא חוקיים.¹⁷⁷

(ב) השידור המסחרי

בשידור המסחרי נהוגות ההגבלות הגדולות ביותר על פרסום סמוי על ידי גורמים פרטיים בישראל.

ערוצי הטלוויזיה המסחריים הכלל-ארציים (2, 10) ותחנות הרדיו האזוריות מפוקחים על ידי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו¹⁷⁸ אוסר על פרסומת שאיננה בצורת תשדיר פרסומת ובכלל זה על פרסומת סמויה.¹⁷⁹

אשר לרדיו כללי הרשות קובעים חובת הפרדה בין תשדירי פרסומת לשידורים בדרך של הודעה או סימן, ואוסרים על הפניה מהפרסומת אל תכנים משודרים

174 פ"מ 33.0147 "פרסומת מסחרית בצה"ל, תשדירי שירות וחסות בגלי צה"ל" (להלן: הפקודה); הוראת משרד הביטחון 41.14 "מכירת תשדירי שירות/חסות והתקשוריות עבור 'גלי צה"ל' " (24.2.2007).

175 ס' 15 לפקודה, לעיל ה"ש 174.

176 ס' 14 לפקודה, לעיל ה"ש 174.

177 ס' 12 לפקודה, לעיל ה"ש 174.

178 חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990.

179 ס' 83 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990.

אחרים.¹⁸⁰ יש גם חובה להפעיל שיקול דעת בשיבוץ הולם של פרסומות, בעיקר בהתחשב בילדים.¹⁸¹ עוד נקבע איסור על מעורבות של מפרסמים בתוכני שידור.¹⁸² כל אלה כפופים לאיסור הטעיה בפרסום. הכללים מאפשרים מתן קרדיט במהלך תכנית או בסיומה, ובלבד שלא יהיה בו תיאור מפורט של נותן החסות ושלא ייווצר מצב של ניגוד עניינים בין נותן החסות לבין התכנית.¹⁸³

הכללים הנוגעים לטלוויזיה אוסרים לשרר כל תשדיר חסות העלול להטעות או לפגוע בדרך כלשהי בציבור הצופים או בתדמית של ערוץ השידור, או להשפיע על תוכן השידור – או שעלול להיווצר רושם שהוא עלול להשפיע על תוכן השידור.¹⁸⁴ הכללים קובעים גם חובת הפרדה של שעתיים לפחות בין תשדיר פרסומת למוצרי מסחור (merchandising) לבין תכניות ילדים¹⁸⁵ שעליהן מוצרי המסחור מבוססים,¹⁸⁶ וכן חובה להפריד תשדיר פרסומת שבו מככבת דמות מתכנית ילדים מן התכנית עצמה.

הכללים אוסרים אף על פרסומת מוסווית ועל פרסומת לא מודעת (תת-ספית),¹⁸⁷ למעט חריגים מוגדרים ומצומצמים על פי לשונם שעיקרם אזכור של נותני חסות, אזכור של הענקת פרסים בתכנית ופרסומת אגב (כגון תחרות ספורט שמוצבים בה שלטי פרסומת). פרסומת אגב מותרת בתנאים נוקשים, בעיקר כשמדובר באירוע התרמה למטרה ציבורית.¹⁸⁸

סוגיית הפרסום הסמוי בערוצי הטלוויזיה הגיעה בסוף שנות התשעים להכרעתו של בית המשפט העליון.¹⁸⁹ באותו מקרה עתר יבואן פסנתרים לבג"ץ

- 180 ס' 7 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ פרסומות ואזכורים מסחריים בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999.
- 181 ס' 8(ה) לכללים הנ"ל. ילדים מוגדרים בכללים כצעירים מגיל 13.
- 182 ס' 6(א) לכללים הנ"ל, בהתאמה.
- 183 ס' 11 לכללים הנ"ל.
- 184 ס' 4 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב-1992 (להלן: כללי שיבוץ תשדירי פרסומת בתשדירי טלוויזיה).
- 185 צעירים מגיל 12.
- 186 סעיפים 29-32 לכללי שיבוץ תשדירי פרסומת בתשדירי טלוויזיה, לעיל ה"ש 184.
- 187 ס' 9 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994.
- 188 ס' 9(ד) לכללים הנ"ל.
- 189 עניין מלניק, לעיל ה"ש 127.

בטענה שגופי השידור של ערוץ 2 שואלים לצורך מופעי אולפן כלי נגינה ללא תשלום מיבואן מתחרה, ובתמורה מוצב סימון גדול על כלי הנגינה המציינ את שם היבואן. לאחר התערבות בג"ץ נוספו כללים המגבילים את אופן ההצגה של פרסום סמוי אף בהיעדר תמורה ומסדירים הענקת הפרסים על ידי גופים מסחריים בתכניות טלוויזיה.¹⁹⁰

בטלוויזיה הרב-ערוצית, המפוקחת על ידי המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, התמונה מעט שונה: ככלל, פרסומת בערוצים אלה אסורה משום שהכבלים והלוויין ממומנים באמצעות דמי מנוי.¹⁹¹ עם זאת, הפרסום מותר בכמה ערוצים ייעודיים¹⁹² שלגביהם קבעה מועצת הכבלים והלוויין כלל בסיסי האוסר הטעיה בפרסומת. בין השאר נקבע שכל פרסום שיש בו כדי להטעות צופה סביר ולגרום לו לחשוב שלא מדובר בפרסומת יחשב הטעיה.¹⁹³ יש גם כללים קונקרטיים האוסרים פרסומת סמויה, בתמורה או ללא תמורה, אלא אם הפרסומת היא תוצאת לוואי מצומצמת ולא מכוונת של תוכן המשדר ואינה עוברת את גבול הסביר מבחינת מרכזיותה במשדר, לא התקבלה בעדה תמורה ישירה או עקיפה, ולא הייתה לה כל השפעה על שיקולי תוכן ועריכה.¹⁹⁴ כן נקבע בכללים – בדומה להסדר בעניין הטלוויזיה המסחרית – כי נוסף על איסורים תוכניים בפרסומות המשודרות בתכניות ילדים, לא ישודר בתכנית ילדים תשדיר פרסומת המציג דמות המופיעה באותה תכנית בתפקיד משמעותי.¹⁹⁵

190 ראו כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994 (תיקון כללים תשס"ב-2002) ובעיקר כללים 9(ה), 9(ה) ו-9א.

191 ס' 6כד לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

192 ראו כללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד-2004. המחוקק הישראלי קבע כי בכמה ערוצים ייעודיים יותר לשדר פרסומות כדי שערוצים אלה – החשובים לפלורליזם החברתי-תרבותי (ערוץ בשפה הערבית, ערוץ חדשות נוסף ועוד) – יוכלו להתקיים.

193 ס' 48 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), תשס"ד-2004.

194 ס' 34 לכללים הנ"ל.

195 ס' 18 לכללים הנ"ל.

הכללים מתירים פרסומת אינטראקטיבית, הכוללת הצגת מידע מסחרי נלווה בד בבד עם הצגה של שידור מקורי.¹⁹⁶ הכללים קובעים כי יש צורך בהבחנה צורנית בין המידע המסחרי לבין השידור המקורי, כי יש צורך בבקשה מפורשת בכתב של המנוי לקבל את שירות הפרסום האינטראקטיבי וכי בתכניות ילדים יש צורך באישור מראש ובכתב של המועצה.

(4) משחקי מחשב, סלולר ואינטרנט

אמצעי המדיה שנסקרו לעיל מפוקחים על ידי רגולטור ייעודי, אך לא זה המצב באשר ליתר הפלטפורמות, כגון שלטי חוצות, לוחות מודעות, אפליקציות סולריות ומשחקי וידאו ומחשב. משכך, האסדרה שלהם מוגבלת להוראות כלליות, כגון חוק הגנת הצרכן.

בכל הקשור למשחקי וידאו ומחשב, בהתאם להגדרה בחוק הגנת הצרכן מדובר בטובין המיועדים לצרכן. על פי הוראות הסעיף הרלוונטי, על עוסק לסמן על גבי הטובין או במצורף להם פרטי מידע כגון שם המוצר, שם היצרן וארץ הייצור; לשר הכלכלה מוענקת סמכות לקבוע פרטים נוספים שיש לציין.¹⁹⁷ חקיקת המשנה מכוח החוק קובעת חובת סימון על גבי המוצר אם הוא עלול לעורר אפליה, מתייחס לשימוש בסמים, כולל שפה גסה, מתאר עירום או אלימות, מעודד הימורים ועוד.¹⁹⁸ רשימה סגורה זו לא כוללת דרישה לסמן מוצר הכולל תוכן פרסומי.

בתחום הסלולר ספגה תעשיית התוכן מכה קשה עם חדירתם של הטלפונים החכמים לשוק המקומי, שהסיטה את צריכת התוכן לכיוון שוק האפליקציות הבין-לאומי.¹⁹⁹ הואיל והאסדרה המדינתית נוגעת לרובד התשתיות בלבד, והיא אינה מטילה הגבלות ספציפיות על הרובד התוכני, אין התייחסות לתופעת הפרסום הסמוי.

196 ס' 84-85 לכללים הנ"ל.

197 ס' 17 לחוק להגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

198 ס' 19 לצו הגנת הצרכן (סימון טובין), התשמ"ג-1983.

199 אמיתי זיו "עלייתה ונפילתה של תעשיית התוכן הסולררי" TheMarker, דיגיטל (22.11.2012).

הפרסום באינטרנט, כמו תחומים אחרים המוסדרים באופן מדינתי, מציב אתגר של ממש לפני ניסיונות אסדרה של המציאות התקשורתית החדשה.²⁰⁰ בעניין לשון הרע, למשל, החיל בית המשפט בישראל את סמכותו על פרסומים ברשת וקבע כי פרסום באינטרנט הוא בגדר "פרסום" לפי הגדרת החוק.²⁰¹ אשר לאסדרת הפרסום מבחינה צרכנית נקבע כי חוק הגנת הצרכן חל גם באינטרנט.²⁰² כך, למשל, התבקשה חברת מנו ספנות להסיר פרסום מטעה מדף הפייסבוק ומאתר האינטרנט שלה בעקבות תלונות שהתקבלו ברשות להגנת הצרכן.²⁰³ עם זאת, עד היום לא התייחסה הרשות להגנת הצרכן לנושא הפרסום הסמוי ברשת.

ג. יישום ואכיפה

על אף האיסור על פרסום סמוי בטלוויזיה תופעה זו מתקיימת הלכה למעשה בישראל, והפער בין לשון החוקים וחקיקת המשנה למציאות בשטח הוא תהום של ממש.²⁰⁴

לאחרונה התרבו מאוד שיתופי הפעולה בין גופי שידור לבין מפרסמים הנמנים עם החברות הגדולות והחזקות במשק הישראלי. למרות זאת גוף האסדרה העיקרי – הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו – סירב תקופה ארוכה להכיר במצב זה. מאחר שהכללים אינם מטילים חובת דיווח לרשות על הסכמים כאלה, לא ראתה עצמה הרשות מחויבת לברוק את התקיימותם. הדבר מדגיש את אוזלת ידה של רשות רגולטורית אל מול תופעות המתרחשות לנגד עיניה ופוגעות בטובת הציבור: הרשות השנייה מוסמכת לדרוש מהזכייניות לחשוף הסכמים מסחריים כדי לברוק

- 200 יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט: בין חופש ביטוי להפקרות" עיתונות דוט.קום: העיתונות המקוונת בישראל 87 (תהילה אלטשולר שוורץ עורכת, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה והמרכז לתקשורת ע"ש יוברט בורד, 2007).
- 201 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבריכת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני (2004); ראו גם רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק א. טי. סי (1995) החברה לשיירותי בוק בינלאומיים בע"מ, תק-על 2010 (1) 10230 (2010).
- 202 תק (י"ם) 2385/07 חבר אבשלום נ' חב' "סופטסייל" (פורסם בנבו, 20.11.2007).
- 203 אלה ברייר "הממונה על הגנת הצרכן דרשה מ'מנו ספנות' להסיר פרסומים ולתקן את התקנון" איים (16.1.2011).
- 204 באליוט 2012, לעיל ה"ש 29, בעמ' 17.

אם אינם מפרים את כללי הרשות, אולם עד היום היא לא השתמשה בסמכות זו כדי לבדוק חשש לפרסומת אסורה. הרשות מסתפקת בקבלת השמות של נותני החסות הגלויים, באמצעות שקופיות ופרסים, ואינה בודקת מעבר לכך את פרטי ההסכמים שנחתמים עמם. היעדר הרצון, ואולי גם היעדר היכולת, לאכוף את ההוראות הנוגעות לפרסום סמוי עולים בקנה אחד עם הטענות שלפיהן הרשות איננה אוכפת את הכללים בצורה מספקת. בפועל הפעילה הרשות את כוחה ויצרה הד ציבורי רק בכמה מקרים נקודתיים של תכנים או פרסומות.²⁰⁵

בעקבות זאת, מתחילת המילניום נהפך הפרסום הסמוי, על סוגיו וגווניו, לאחת התופעות הדומיננטיות והבעייתיות בערוצי הטלוויזיה המסחריים בישראל. כך לדוגמה, בשנת 2007 הסתכמה ההשקעה בפרסום סמוי בטלוויזיה ב-97 מיליון ש"ח, ו-28 מיליון ש"ח נוספים הושקעו בתכנים באינטרנט וברדיו האזורי.²⁰⁶ מחקרה של ענת באלניט גילה כי בשנים 2001-2003 קבעה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו כי זכיניות הטלוויזיה הפרו את החוק 17 פעמים בלבד.²⁰⁷ בשנים 2004-2007, שבהן פרצה התופעה ונהפכה לשוק של ממש, נרשמו 81 הפרות. אף שמספר זה נראה גבוה, הוא נמוך בהשוואה לתדירות התופעה.

המועצה לשידורי כבלים ולוויין, מצדה, פעלה בעקביות למציאת פתרונות של פשרה בעניין הפרסום הסמוי – אף שהוא אסור על פי חוק, כפי שנכתב לעיל.²⁰⁸ כך לדוגמה, ב-2005 החליטה המועצה לאשר קליפ עבור ערוץ המוזיקה שיש בו פרסומת סמויה, בתנאי שיובהר בעת שידורו שהקליפ נעשה במימון

205 איתי רום ומתן שירים "מדוע לא יבוא פורים פעמיים בשבוע" העין השביעית, המגזין (1.1.2005).

206 אפקט טי וי "עלייה של 13% בשוק התוכן השיווקי בטלוויזיה ב-2008. המנצחות הגדולות – הישרדות והאח הגדול" 17.2.2009. מצוטט אצל באלניט 2012, לעיל ה"ש 29, בעמ' 28.

207 נציין כי מחקר מדיניות זה נכתב לאחר פרסום המחקר המקיף של באלניט 2012, לעיל ה"ש 29, המתמקד בחוסר הפעילות הרגולטורית בנושא הפרסום הסמוי בטלוויזיה המסחרית. מסמך זה איננו כולל אפוא פירוט נרחב של העדויות הרבות לתופעה זו בטלוויזיה, ומטרתו להציע פתרונות לאסדרתה בכלל הפלטפורמות.

208 ראו תהילה שוורץ אלטשולר "המעבר הבטוח ורגולציית תקשורת בישראל" תקשורת ופוליטיקה בישראל 43 (דן כספי עורך, תל אביב: מכון ון-ליר בירושלים והקיבוץ המאוחד, 2005) (להלן: אלטשולר 2005).

מסחרי. בפועל הערוץ מעלה כיתוב כזה למשך כמה שניות בתחילת הקליפ ובסופו, וכך הוכשר לשידור – כחלק מתוכני הערוץ – קליפ שהוא פרסומת לכל דבר.²⁰⁹

בעקבות מקרים אלה החליטה המועצה לקיים שימוע ציבורי ולגבש מדיניות קבועה בנושא. לשם כך הופיעו לפניו כל בעלי העניין: פרסומאים, מפיקים ומנהלים של גופי שידור. המועצה לצרכנות דווקא לא נמנתה עמם.²¹⁰ לנוכח מיעוט איגודי הצרכנים בישראל ולנוכח היעדר מוחלט של ארגונים ציבוריים העוסקים בצריכת טלוויזיה נותרו הרגולטורים חשופים ללחצים מסחריים, ללא כל לחץ מאזן מצד הציבור. נוסף על כך, בהתחשב בכך שעד השימוע הציבורי סירבה המועצה לאכוף את הכללים או למסור מידע בדבר תלונות שהופנו אליה והטיפול בהן, קשה להניח שהיא הגיעה לדיונים ללא דעה מוקדמת.²¹¹ גם היום האוריינטציה הכללית של המועצה נוטה להימנעות מכל הכרוך בקידום האינטרס הציבורי.²¹²

טיטת הכללים שפורסמה ב-2005²¹³ מלמדת על נכונות המועצה באותה עת להתיר פרסום סמוי בערוץ המוזיקה ובערוץ הישראלי בשפה הרוסית, כמו גם בתכניות של בידור, ריאליטי וטלנובלות (סעיף 4 להצעה) – בכפוף להודעה בתחילת התכנית ובסופה (סעיף 7). עם זאת, על פי הטייטה, פרסום סמוי ייאסר בתכניות של חדשות, אקטואליה, ילדים, תעודה ותחקיר (סעיף 4). בהתאם לכללים שפרסמה המועצה החלה תקופת ניסיון של חצי שנה שבה הותר פרסום סמוי בערוצים 9 ו-24. ככל הידוע מסקנות הניסוי לא הופצו בציבור. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניינים כלכליים-פיסקליים דאז, עו"ד דוידה לחמן-מסר, סברה כי המועצה חרגה מסמכותה וכי הנושא צריך היה להיות מוסדר בחקיקה ראשית. ככל הנראה בשל כך לא חודשו הכללים משפג תוקפם.²¹⁴

209 ענת באלניט "המועצה לצרכנות ליועמ"ש: לבדוק פעולות מועצת הכבלים בנוגע לפרסום סמוי" הארץ (29.6.2005).

210 שם.

211 שם.

212 אלטשולר 2005, לעיל ה"ש 208.

213 המועצה לשידורי כבלים ולוויין טיטת כללי תוכן פרסומי, נוסח לשימוע (2007).

214 פרוטוקול ישיבה מס' 174 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (30.1.2007).

בינואר 2007, בעקבות בקשה של הרשות השנייה, פרסמה ועדת האתיקה בפרסומות, בראשות פרופ' אסא כשר, דוח מקיף בנוגע לפרסום סמוי בערוצים המסחריים שבפיקוח הרשות.²¹⁵ האיסורים וההיתרים לפרסום סמוי המפורטים בדוח מזכירים במידה רבה את אלו של הדירקטיבה האירופית החדשה – Audiovisual Media Services²¹⁶. בדוח הוצע כי פרסום סמוי ייאסר בתכניות של חדשות, אקטואליה ותעודה, צרכנות מקצועית וילדים, וכן בסדרות דרמה ודוקו-דרמה; עוד הוצע כי פרסום סמוי יתאפשר – במתכונת מוגבלת ובתיאום עם יוצרי התוכן – בתכניות עלילתיות שאינן נופלות תחת קטגוריות הדרמה והדוקו-דרמה כגון אופרות סבון. לבסוף הוצע כי פרסום סמוי יתאפשר בתכניות של בידור וריאליטי. כמו הדירקטיבה האירופית, דוח כשר מציע את העקרונות שיחולו על פרסום סמוי: בתחילתן של תכניות שיש בהן פרסום סמוי תוצג שקופית שתתריע על שיתוף פעולה מסחרי ועל הגורמים השותפים בו; מִשְׁדֵּר התכנית יחויב לשרר תשדירי הסברה הנוגעים לפרסום סמוי; מספר המפרסמים שיכולים להשתתף בפרסום הסמוי בתכנית יוגבל לארבעה; הרשות השנייה תוסמך להטיל קנסות כבדים בגין הפרות הנוגעות לפרסום סמוי.

יוסי מדמוני ופרופ' יוסי יונה, שניהם חברים בוועדת כשר, פירטו בכתב את התנגדותיהם למסקנותיה כחלק מחוות דעת המיעוט. בין השאר ציינו השניים כי מסקנות הוועדה לא ימנעו חשיפה של ילדים ונוער לפרסום סמוי, משום שקבוצות הגיל הללו נוהגות לצפות בתכניות טלוויזיה שבהן יותר השימוש בפרסום זה. עוד ציינו יונה ומדמוני את חוסר האפקטיביות של הסימון המוצע בהפיכת הפרסום הסמוי לגלוי ואת הבעייתיות המושרשת באכיפת האסדרה על המשדרים. דוח ועדת כשר והמלצותיו אומצו פה אחד על ידי מועצת הרשות השנייה בשנת 2007, אולם מסקנות הוועדה, שהועברו אל שר התקשורת דאז, לא קודמו ונראה כי נשכחו.²¹⁷ באוקטובר 2010 דווח בעיתון "דה מרקר" כי משרד התמ"ת

215 מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו תוכן שיווקי: שיתופי פעולה מסחריים בשידורי טלוויזיה (1.1.2007).

216 EUROPEAN COMMISSION, AUDIOVISUAL AND MEDIA POLICIES: AUDIOVISUAL MEDIA SERVICES DIRECTIVE (online)

217 דפנה ירדוביץ' "סוכנים סמויים" גלובס, דעות (26.04.2011).

(כיום משרד הכלכלה) בוחן את הסדרת השימוש בפרסום סמוי על ידי תיקון החוק להגנת הצרכן, אך נראה כי מהלך זה הסתיים ללא תוצאות.²¹⁸ ביולי 2011 פורסם כי דליה זליקוביץ', חברה במועצת הרשות השנייה, חיברה דוח הכולל המלצות להסדרת השימוש בפרסום סמוי בטלוויזיה המסחרית. אילן אבישר, יו"ר הרשות השנייה, הכחיש כי זליקוביץ' התבקשה להכין את הדוח וטען כי כתבה אותו כמסמך פרטי.²¹⁹ הדוח עצמו לא פורסם על ידי הרשות השנייה ורק המלצותיו הכלליות פורסמו: סימון הפרסום הסמוי, אישור הפרסום הסמוי מראש, איסור פרסום סמוי של מוצרי טבק ואלכוהול והעברת ההכנסות מהפרסום הסמוי ליצירת סוגה עילית.²²⁰

במאי 2012, ברוח השנתי שלו, מתח מבקר המדינה דאז מיכה לידנשטראוס ביקורת על הטיפול של מועצת הכבלים והלוויין בתופעה. המבקר כתב כי למרות הפרות חוזרות ונשנות מצד המשדרים רק במקרים מעטים ננקטו עיצומים כספיים.²²¹ עם זאת, באותה שנה בלט שינוי במגמת האכיפה מצד הרשות השנייה, שהטילה עיצומים בסכום כולל של כמיליון ש"ח וחצי ובמקרים נקודתיים אף פסלה תכניות שנמצא כי שולבו בהן אייטמים תמורת תשלום.²²² ביוני 2013 הקימה מועצת הרשות השנייה ועדה לבחינה של אסדרת הטלוויזיה המסחרית בישראל. בין השאר דנה ועדה זו בנושא הפרסום הסמוי. יו"ר הוועדה יעקב שחם התבטא באמצעי התקשורת וציין כי "כיום החוק בעניין התוכן השיווקי מופר באופן בוטה. יש אפשרות להתעלם ולתת לשקר הזה

218 אופיר בר-זוהר "התמ"ת בוחן: תוכן שיווקי בטלוויזיה ילווה בכתובית של גילוי נאות" TheMarker, מדיה ושיווק (26.10.2010).

219 שלי פריצקר "יו"ר מועצת הרשות השנייה: הדו"ח של דליה זליקוביץ על תוכן שיווקי הוא מסמך פרטי שלה" כלכליסט, פרסום ושיווק (12.07.2011).

220 לייאור אברבך "המלצה: תוכן שיווקי בטלוויזיה יאושר תחת סימון מיוחד" גלובס, נתח שוק וצרכנות (11.7.2011).

221 רועי ברק "דוח המבקר: יש סלחנות יש לתוכן שיווקי סמוי בטלוויזיה גלובס, נתח שוק (1.5.2012).

222 תהילה אלטשולר "סוגיות בהקשר חופש הביטוי" דוח שנתי – התקשורת בישראל 2012: סדרי יום, שימושים ומגמות (רפי מן ואיזי לב און עורכים, המכון לחקר מדיה חדשים, חברה ופוליטיקה, אוניברסיטת אריאל בשומרון, 2013).

להמשיך, אך לי אין ספק שצריך להסדיר את התוכן השיווקי".²²³ באוגוסט 2013 פרשו מן הוועדה כמה מנציגי הציבור שהיו חברים בה.²²⁴ היו גורמים שטענו כי מלכתחילה לא הייתה לוועדה סמכות להחליט בנושאים העומדים על הפרק וכי היו"ר שלה נגוע בניגוד עניינים, בין היתר בשל היותו בעלים של מקומון מבית "ידיעות אחרונות".²²⁵

גם אם תמשיך ותתעצם המגמה החדשה של שימת לב לסוגיית הפרסום הסמוי, לא סביר שיהיה בכך די כדי לטפל בתופעה ההולכת ומתרחבת. כאמור, מדובר בתופעה הגולשת מעבר לתחומי הטלוויזיה ולכן גם חורגת מתחום האחריות והסמכות של גופי האסדרה הטלוויזיוניים.

- 223 משה בנימין "ועדת שחק על תוכן שיווקי: אפשר לתת לשקר להמשיך – אך חייבים להסדירו" אייס (6.8.2013).
- 224 נתי טוקר "צרות בוועדת שחם" TheMarker (7.8.2013).
- 225 אבנר הופשטיין ואיתמר ב"ז "שחם וחברים" העין השביעית (19.6.2013).

פרק רביעי

התמודדות רגולטורית עם הפרסום הסמוי: מבט השוואתי

בדיקה משווה של ההסדרים הנוגעים לסוגיה מלמדת כי לכל שיטת משפט יש פילוסופיה חוקתית ורגולטורית משלה, המתבטאת בתוכן ההסדר המשפטי, בפרשנותו ובאכיפתו. ההבדלים בין השיטות מסייעים להבין מדוע במדינות מסוימות האסדרה קלה יותר מבאחרות; לענייננו חשיבותם נעוצה ביכולתם להצביע על המודל המתאים יותר מאחרים לאימוץ בישראל.

במישור החוקתי יש חשיבות להכרעה אם אסדרה על פרסום סמוי היא פגיעה בזכויות מוגנות כגון הזכות לביטוי, הזכות לקניין וחופש העיסוק של גופי שידור ומפרסמים. ההצבה של אסדרת הפרסום הסמוי במעגל ההגנה על הזכות לביטוי תושפע משני משתנים: אם מדובר בהגבלה על תוכן ביטוי או באסדרה שהיא ניטרלית לתוכן, ואם מדובר בביטוי מסחרי או בביטוי שאיננו מסחרי. היקף ההגנה החוקתית על ביטוי מסחרי ועל ביטוי לא מסחרי, המשתנה משיטת משפט אחת לאחרת, ישפיע על הטווח המותר לאסדרת פרסומת בכלל ולאסדרה של פרסומת סמויה בפרט.

מנקודת הראות של הרגולטור הקושי נעוץ, בין השאר, בשאלה אם האסדרה עוסקת בהתקשרות בין יוצר לבין צרכן אמנות (שאו מדובר באסדרה בתחום התוכן או הביטוי) או בהתקשרות בין קניין למפרסם (שאו מדובר באסדרה בתחום של הגנת הצרכן).

לשם יצירת אסדרה בתחום הכרחי לקבוע את נקודת האיזון ההוגן בין אופטימום של התפתחות כלכלית עבור המדיה לבין אינטרסים ציבוריים כמו הגנת הצרכן, שמירה על כללי התחרות, שמירה על פלורליזם וקידום של גיוון תרבותי. על האיזון האמור משפיעה התפיסה הרגולטורית הכללית באשר לאסדרת טלוויזיה, השוקלת טיעונים מטיעונים שונים ומייחסת להם משקל. טיעונים כאלה הם, למשל, המחסור בתדרים כבסיס למחויבות המדינה להתערב ולהבטיח שימוש הוגן במשאב ציבורי; מהות הנאמנות הציבורית של הגופים

המשדרים בטלוויזיה; השפעת המדיום הטלוויזיוני ומידת חדירתו לאורחות החיים של הציבור; אחריות המדינה להגן על ילדים אל מול חלקם של ההורים בהגנה זו; וכיוצא באלה.

בבחינה פורטנית אפשר לראות הסדרים בטווח שבין הקפדה על היקף הפרסום הסמוי ותוכנו לבין התעלמות רגולטורית כמעט מוחלטת מהסוגיה. האסדרה האמריקנית מתירה כמעט כל שילוב של פרסום בתוכן על אף הביקורת הציבורית. האסדרה האירופית של השנים האחרונות, הן בחקיקת האיחוד והן במישור המדינתי, נוקשה הרבה יותר מזו האמריקנית אך מוגבלת לתחום הטלוויזיה. האסדרה הישראלית אוסרת על שילוב בין תוכן לפרסום בטלוויזיה גם אם אינה אוכפת איסור זה באופן אפקטיבי.

במישור האכיפה אפשר להבחין בפער גדול בין הגישה האמריקנית הליברלית לבין הגישה האירופית, הן ברמת האיחוד והן ברמת המדינות. אפשר לטעון שרמת האכיפה בסוגיה זהה פחות או יותר ליכולת התפקוד הכללית של הגוף הרגולטורי. גופי אכיפה חלשים או מוטים לכיוון שמירת יתר על האינטרסים של התעשייה יתקשו להציע פתרונות מספקים להתמודדות עם הסוגיה. כשמדובר באכיפה אפשר לציין תופעה המוכרת מהקשרים אחרים של אסדרת פרסומת בטלוויזיה: נטיית הרגולטור לעסוק בתכנים פוגעניים (פגיעה בטעם הטוב, פורנוגרפיה, אלכוהול, טבק וכו') בולטת יותר מנטייתו לעסוק באסדרה כללית של התחום, אף שפוטנציאל הפגיעה בציבור מתקיים בעוצמה גם אז.

א. ארצות הברית

בפרק הבכורה של העונה התשיעית של "שני גברים וחצי", קומדיה מצליחה מבית CBS ששודרה בארץ בחורף 2011, גילם אשטון קוצ'ר את גורו ההשקעות הבדיוני וולדן שמידט. קוצ'ר, יזם השקעות בעצמו, משתמש באחת הסצנות במחשב הנייד שלו, שעליו מודבקים סמלי החברות שבהם השחקן משקיע.²²⁶ ללא תשלום מצד החברות לגופי השידור, רגולטור הטלוויזיה האמריקני (FCC) לא מחייב גילוי על הצבת המוצרים; לעומת זאת רגולטור הסחר (FTC) באותה

226 עידו קינן "קוצ'ר את הפירות" גלובס (11.10.2011).

מדינה יכול היה לראות בקוצ'ר מפר חוק אילו בצד המצג הייתה מופיעה המלצה על אחת החברות.²²⁷

המקרה של "בית הקלפים", דרמה פוליטית של ספקית התוכן האינטרנטי נטפליקס, מציג בעיה משיקה. הסדרה כללה מצג חריג למדי של פרסום סמוי. בסצנה בפרק השישי של הסדרה הופיעו על המסך שניים משחקני הסדרה ובסמוך אליהם ארבעה מכשירי אייפוד וחמישה מכשירי אייפון מתוצרת חברת אפל; בפרק אחר התעניין גיבור הסדרה בקונסולת המשחקים PS Vita מתוצרת חברת סוני והעיר כי הוא "חייב להשיג אחת כזאת" ללימוזינה שלו; בהזדמנות אחרת שיבח אותו גיבור את הפיצה במזנון ועל המסך הוצגה במודגש אריזה של פיצה האט.²²⁸ ייתכן שהחברות אפל, סוני ופיצה האט שילמו להפקת התכנית כדי להציב את מוצריהן וייתכן שלא; בכל מקרה לא התקיימה לגבי הסצנות האמורות דרישת הגילוי הנאות. הסיבה לכך היא שהסדרה כולה שודרה באינטרנט ולכן לא חלו עליה כללי FCC, הרלוונטיים רק לגופי שידור. דוגמאות אלה משקפות את המבוכה, הבלבול וחוסר הוודאות השוררים כיום בטיפול בסוגיית הפרסום הסמוי.

(1) ההיבט החוקתי

התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית אוסר על חקיקת חוקים המפרים את חופש הביטוי²²⁹ ומכאן ההתלבטות של בתי המשפט האמריקניים באשר להיקף ההגנה – מכוח התיקון – על ביטוי מסחרי. מעשית הדבר מתבטא בחוסר ההכרעה בשאלה לפי איזו נוסחת איזון על הרגולטור לפעול בבואו להגביל פרסומת. על פי התפיסה המסורתית, ביטוי פוליטי – הנתפס כמוגן בדרגה הגבוהה ביותר (the most stringent level of constitutional protection) – יהיה כפוף לאסדרה רק במקרים קיצוניים מאוד (strict scrutiny);²³⁰ ביטוי בידורי

227 כפי שהובהר במקרה שהתרחש כמה חודשים קודם לכן. Nick Bilton, *Ashton Kutcher Could Face Questions about Disclosure*, NEW YORK TIMES, BITS (August 19, 2011)

228 מאיה לקר "ממלכתי עבור משולש פיצה" הארץ, סוף שבוע (13.3.2013).

229 U.S. CONST. amend. I

230 *Saenz v. Playboy Enters., Inc.*, 841 F.2d 1309, 1320 (7th Cir. 1988)

נהנה מהגנה בדרגה נמוכה יותר.²³¹ קטגוריות אחרות של ביטוי, כגון ביטויי תועבה, אינן זוכות להגנה מכוח התיקון הראשון, וכדי לפגוע בהן די לעמוד במבחנים מקלים יותר.²³² תקופה ארוכה השתייך הביטוי המסחרי לקטגוריות של רמת ההגנה הנמוכה ביותר²³³ – לא הוחלה עליו הגנת התיקון הראשון, ובתי משפט אפשרו למדינה להגביל פרסומת בצורה נרחבת. כך למשל, פסק הדין בעניין *Valentine* משנות הארבעים הכשיר תקנה עירונית שאסרה לחלק ברחובות העיר דפי מידע בעלי אופי פרסומי.²³⁴

בשנות השישים של המאה הקודמת הוחלה הגנת התיקון הראשון על פרסומת, בעיקר בעקבות פסק הדין המפורסם בעניין *New York Times v. Sullivan*. בפסק דין זה קבע בית המשפט כי בעצם העובדה שמדובר בפרסומת למטרות רווח אין כדי להוציאה מגדרי ההגנה של התיקון הראשון.²³⁵ בשנות השבעים, בפסק הדין בעניין *Virginia State*, קבע בית המשפט כי פרסומת אכן מוגנת ברמה מסוימת על ידי התיקון הראשון לחוקה – ובה בעת קבע כי יש למדינה סמכות להסדיר פרסום המעודד התקשוריות כלכליות לא חוקיות או פרסומת מטעה ושקרית.²³⁶

בפסק הדין בעניין *Central Hudson* התלבט בית המשפט בין הרחבת ההגנה של התיקון הראשון על קטגוריות ביטויי שבעבר לא נכללו בה לבין האינטרס הציבורי מתבטא בכך שהמדינה תוכל להסדיר פעילות של שווקים כלכליים ובהם שוק הפרסומת המסחרית. כפשרה אימץ בית המשפט מבחן ביניים, שהותיר

- Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 563 (1985) 231
 Frederick Schauer, *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience* 117 HARV. L. REV. 1775 (2004) 232
 (Schauer)
Thompson v. W. States Med. Ctr., 535 U.S. 357, 367 (2002) 233
Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52 (1942) 234
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) 235
Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976) 236

בידי המדינה סמכות אסדרה בלי להתעלם מתחולתו של חופש הביטוי.²³⁷ על פסוק הדין, החוקתיות של הסדר המגביל פרסומת (שאיננה מטעה או בלתי חוקית) תיבחן בהתאם לנוסחת intermediate scrutiny (מבחן ביניים) שעיקרה דרישת מידתיות.²³⁸

במרוצת השנים עמלו בתי המשפט האמריקניים ליצור הבחנה משכנעת בין ביטוי מסחרי לביטוי לא מסחרי. ביטוי לא מסחרי הוגדר ביטוי פוליטי, אידאולוגי, אמנותי או מדעי, וביטוי מסחרי הוגדר כקשור לאינטרסים הכלכליים של הדובר שקהלו אינו מציע יותר מהתקשרות מסחרית.²³⁹ לצורך אפיון מפורט יותר של ביטוי מסחרי פותחו בפסיקה מבחנים כגון המוטיבציה של הדובר (בעניין *Valentine*); תוכן המסר והעובדה שאין בו דבר מעבר להצעת התקשרות מסחרית (בעניין *Virginia State*); ישירות הקשר בין הביטוי לאינטרסים כלכליים של הדובר ושל הקהל (בעניין *Central Hudson*) או שילוב של המבחנים.²⁴⁰ מבחנים אלה מצביעים על המתח שבין מטרת הביטוי, המסחרית בכירור, לבין האלמנט המוגן. העדפה של הגנה מלאה על ביטוי מסחרי מתעלמת מאופיו הכפול – גם ביטוי וגם מסחרי – ויוצרת מתח בין הדוקטרינה המשפטית באשר להגנה על חופש הביטוי לבין המרחב של דינים מסחריים רגילים, משום שהיא מונעת במידה רבה את האפשרות הניתנת למדינה ולסוכנויותיה לבצע אסדרה שיש בה יתרונות עבור פרטים בחברה, בהיבט של הגנת הצרכן.²⁴¹

- Nat Stern, *In Defense of the Imprecise Definition of Commercial Speech* 58 Md. L. 237
REV. 146 (1999)
- Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 238
(1980)
- Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 239
U.S. 748, 762 (1976)
- Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983); *Kasky v. Nike, Inc.*, 45 240
P.3d 243, 248 (Cal. 2002)
- ראו למשל, Schauer, *לעיל* ה"ש 232, בעמ' 1777-1782; Chester S. Galloway, 241
Herbert Jack Rotfeld, & Jeff I. Richards, *Holding Media Responsible for Deceptive*
Alan Howard, *The Weight-loss Advertising* 107 W. VA L. REV. 353 (2005)
Constitutionality of Deceptive Speech Regulations: Replacing the Commercial

(2) אסדרת הפרסום הסמוי

מרבית העיסוק הרגולטורי בפרסומות בטלוויזיה בארצות הברית מתמקד בניקוי פרסומות מתכנים פוגעניים ובהגבלות על כמות הפרסומות ביחס לזמני שידור. טווח הכללים מוגבל, והשמירה על ניקיון התכנים מתבצעת, ברמה ההצהרתית, באמצעות אסדרה עצמית של התעשייה.²⁴² הסיבה לכך היא החשש מתקיפה על בסיס חוקתי כאמור לעיל.

אסדרת התקשורת האמריקנית איננה אוסרת על פרסום סמוי בטלוויזיה, ברדיו או בקולנוע. האסדרה מתבצעת על ידי שני גופים נפרדים: רשות התקשורת הפדרלית (FCC) ורשות הסחר הפדרלית (FTC), האחראית בין היתר על הגנת הצרכן.

בתחום הטלוויזיה והרדיו מטיל חוק התקשורת הפדרלי חובת זיהוי מפורש של כל שידור רדיו שמעורב בו תשלום כספי.²⁴³ החובה מוטלת כחובת גילוי על המממן ועל מקבל המימון כלפי תחנת השידור.²⁴⁴ פרקטיקה פרסומית זו ידועה בכינוי Payola. היסטורית, הגבלה זו נקבעה כדי לאסור על מצבים שבהם חברות תקליטים שילמו לשידורני רדיו כדי שיקדמו את שיריהן.²⁴⁵ בחקיקת משנה של FCC²⁴⁶ הורחבה האסדרה לפלטפורמת הטלוויזיה ונקבעה חובת גילוי של שמות מממנים – ובצדה קנס של 10,000 דולר.²⁴⁷ הגבלות אלה הביאו לכך

Speech Doctrine with a Tort-based Relational Framework 41 CASE W. RES. L. REV. 1143 (1991)

Tara Kole, *Comment, Advertising Entertainment: Can Government Regulate the Advertising of Fully-Protected Speech Consistent With the First Amendment?* 9 UCLA ENT. L. REV 315 (2000)

47 USC 317 243

סעיף 507, ש.ם. 244

Richard Kielbowicz & Linda Lawson, *Unmasking Hidden Commercials in Broadcasting: Origins of the Sponsorship Identification Regulations 1927–1963* 56 FED. COMM. L.J. 329 (2004)

47 CFR 73.1212 246

Charles W. Logan, Jr., *Getting Beyond Scarcity: A New Paradigm for Assessing the Constitutionality of Broadcast Regulation* 85 (47) CAL. L. REV. 1687 (1997)

פעילות מסוג זה כונתה Payola והוגדרה כך: "Accepting or receiving money or

שגורמים רבים המעוניינים לפרסם את מוצריהם באמצעי התקשורת מספקים אותם בפועל ללא תמורה כספית, וכך עוקפים את דרישות הרגולטור.²⁴⁸ יתר על כן, מטעמים היסטוריים²⁴⁹ חובת הגילוי לא חלה כלל על שידורי הכבלים ועל סרטי קולנוע המשודרים שנית בשידורי הטלוויזיה.²⁵⁰ על הגילוי עצמו להופיע פעם אחת במשך התכנית באופן שיאפשר לצופה הסביר לקרוא או לשמוע אותו. עליו ליידע את הצופה שניתנו תשלום או חסות או שהועבר ציוד וכן לציין את שם הגורם שסיפק את התמורה.²⁵¹

בצד חקיקה זו מסמיך חוק הסחר את רשות הסחר הפדרלית למנוע "מעשים או מנהגים בלתי הוגנים או מטעים".²⁵² סמכות זו באה למנוע הטעיה בפרסום, בכלל זה פרסום בטלוויזיה – שלגביו, כאמור, יש רגולטור ייעודי.²⁵³ סמכות הרשות חלה אף באינטרנט,²⁵⁴ דבר שבא לידי ביטוי בכמה פעולות אכיפה שביצעה הרשות כלפי הפרות ברשת.²⁵⁵

הסמכות של FTC קמה מתוקף סעיף 5 לחוק הסחר, הקובע את אי-חוקיות ההטעיה ומסמיך את הרשות לאכוף את האיסור.²⁵⁶ הגדרת ההטעיה נקבעה

other valuable consideration for the inclusion of material in a broadcast without disclosing that fact to the audience"	
Rosemary J. Avery & Rosellina Ferraro, <i>Verisimilitude or Advertising? Brand Appearances on Prime-Time Television</i> 34 (2) JOURNAL OF CONSUMER AFFAIRS 217 (2000); Amit Shejter, <i>Art Thou for Us, or for Our Adversaries? Communicative Action and the Regulation of Product Placement: A Comparative Study and a Tool for Analysis</i> 15 (1) TULANE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 89 (2006)	248
<i>Home Box Office, Inc. v. FCC</i> , 567 F.2d 9, 21–22 (D.C. Cir. 1977)	249
47 CFR 73.1212(h)	250
47 CFR 73.1212	251
15 USC 45	252
Rita Marie Cain, <i>Embedded Advertising on Television: Disclosure, Deception, and Free Speech Rights</i> 30 (2) JOURNAL OF PUBLIC POLICY & MARKETING 226 (2011) (להלן: Cain).	253
FEDERAL TRADE COMMISSION, DOT COM DISCLOSURES: INFORMATION ABOUT ONLINE ADVERTISING (2000) (להלן: Dot Com 2000).	254
ראו למשל הסדר פשרה שאליו הגיעה עם פייסבוק: Julianne Pepitone, <i>Facebook Settles FTC Charges over 2009 Privacy Breaches</i> , CNN, MONEY (November 29, 2011)	255
15 USC 45(a)	256

בתקנות משנה בשנות השמונים שלפיה הטעיה היא מעשה, מחדל או מעשה מהותי שסביר כי יטעה את הצרכן הסביר.²⁵⁷

הטעיה מהותית הוגדרה ככזו ש"סביר כי תשפיע על התנהגותו או החלטתו של הצרכן בנוגע למוצר או שירות". כפי שיורחב בהמשך, בכל הנוגע לפרסום סמוי פרשנות הרשות לסעיף היא שבהיעדר אמירה נלווית על המוצר, הצבת מוצרים כשלעצמה איננה בגדר הטעיה.²⁵⁸ בכך נקבע הגבול הברור בין רשות התקשורת לרשות הסחר, וכבדרך אגב נוצר המצב המתקיים עד היום, שלפיו הצבת מוצרים בתעשיית סרטים עוברת ללא התייחסות.

מכוח אותו סעיף, פרסמה FTC בשנות השמונים הנחיות הנוגעות לשימוש בכלל אמצעי המדיה בהמלצות ובעדויות אישיות (endorsements and testimonials).²⁵⁹ בשנת 2009 פורסם עדכון ראשון להנחיות אלה,²⁶⁰ המתנייחם לשינויים הרבים שחלו במדיה בשלושת העשורים שחלפו מאז התפרסמו הכללים לראשונה. עם זאת, ההנחיות נועדו בעיקר לעודד ציות התנדבותי ולתמרץ אסדרה עצמית (על העדכון השני, שהופץ בתחילת 2013 ועוסק בטיב הגילוי הנדרש, יורחב בהמשך). כך הוגדרה המלצה פרסומית בהנחיות:

כל ידיעה פרסומית (כולל אמירה ורבליית, הדגמה או תיאור של השם, חתימה, דיוקן או כל מאפיין אישי שמזוהה עם אדם או עם שמה או סימנה של חברה) שסביר שצרכנים יאמינו כי היא משקפת דעות, אמונות, ממצאים או חוויות של גורם שאינו המפרסם נותן החסות, גם במקרים שבהם הדעות של אותו גורם זהות לאלו של המפרסם.²⁶¹

- FEDERAL TRADE COMMISSION, FTC POLICY STATEMENT ON DECEPTION, appended to *FTC v. Cliffdale Associates, Inc.*, 103 F.T.C. 110, 182–183 (1984) 257
- Letter from Mary K. Engle, Associate Director, Division of Advertising Practices, Federal Trade Commission to Gary Ruskin (February 10, 2005): www.commercialalert.org/FTCletter2.10.05.pdf (להלן: FTC 2005). 258
- 16 CFR § 255 259
- FEDERAL TRADE COMMISSION, GUIDES CONCERNING THE USE OF ENDORSEMENTS AND TESTIMONIALS IN ADVERTISING, 16 CFR 255 (October 15, 2009). (להלן: FTC 2009). 260
- 16 CFR 255.0(b) 261

החלק הרלוונטי לענייננו עוסק בקשר המהותי (material connection) בין הממליץ לעוסק (seller).²⁶² קשר כזה מתקיים כשמועברת תמורה בין השניים בבחינת "זה תמורת זה" (quid pro quo) – התייחסות למוצר תמורת טובת הנאה.²⁶³ במקרים כגון אספקת מוצרים, תשלום או ציפייה לתשלום יהיה על הממליץ לחשוף את טובת ההנאה בלי קשר לשאלה אם יש לעוסק שליטה על הדברים הנאמרים. החשיפה תהיה בצורת גילוי נאות על הקשר בין הממליץ לעוסק המפרסם, וזו תתקיים בצד ההמלצה עצמה כדי שהצופה יבין שמדובר בפרסומת.

אמנם האסדרה חלה על כלל אמצעי המדיה, אך מההנחיות עולה כי הפלטפורמה שבה ההמלצה מתפרסמת רלוונטית לקביעה אם יש צורך בגילוי. הסיבה לכך היא ההתבססות של האסדרה על דיני ההטעיה. משכך, לא כל המלצה היא אסורה בהיעדר גילוי, והשאלה היא אפוא אם הצרכן מוטעה עקב השימוש בשיטת הפרסום הספציפית במדיום הקונקרטי. לדוגמה, אף שאין צורך בגילוי על כך שידוען מקבל תמורה עבור פרסומת מסחרית בערוצי הטלוויזיה, המלצות מפי אותו ידוען בפלטפורמות ובאמצעי מדיה אחרים כן יידרשו בגילוי.²⁶⁴

אף שהכללים אמורים לחול באותו אופן על כל הסוגים של אמצעי תקשורת, נראה שהם מכוונים דווקא אל התקשורת החדשה הלא ממוסדת דוגמת בלוגים. הרשות אינה רואה בביקורות על מוצרים ושירותים בתקשורת הממוסדת תוכן פרסומי שמחייב גילוי – גם במקרה של העברת תמורה בין אמצעי התקשורת למפרסם (למשל, מתן ספרים ללא תשלום). לדעת הרשות, ידיעת הצרכנים שהמפרסם שילם על חוות הדעת לא תשפיע על המשקל שהם ייתנו לה.²⁶⁵ לתפיסתה, ממילא יש לתקשורת הממוסדת כללים ברורים לעניין המוצרים המסופקים לעיתון לצורך כתיבת ביקורות ולכן יש לה "אחריות עיתונאית-עריכתית עצמאית" (independent editorial responsibility). הואיל וכותב הביקורת מקבל משכורת ישירות מהעיתון אין לחשוש מכך שהספר נשאר

16 CFR 255.5 262

Edward Champion, *Interview with the FTC's Richard Cleland*, RELUCTANT HABITS 263
(October 5, 2009) (להלן: Champion).

FTC 2009, לעיל ה"ש 260. 264

ש.ם. 265

ברשות העיתון לאחר פרסום המאמר. חשש זה כן מתקיים בפלטפורמה דוגמת בלוג, שבה ה"משכורת" של הבלוגר יכולה להתבסס על תמורה מהמפרסמים.²⁶⁶ התוצאה היא שבלוגרים המעוניינים להימנע מביסוס קשר עם מפרסמים יאלצו להחזיר מוצרים שקיבלו חינם או לסרב לקבל תשלום. עם זאת, מההנחיות עולה כי לא כל העברת תמורה היא קשר מהותי, למשל אם המוצר מסופק חינם לכול (כמו במקרה של קידום מכירות בסופרמרקט), או במקרים נקודתיים שלא עולים עד כדי חשד לקשר (course of dealing) בין העוסק-המפרסם לממליץ. כך למשל, העברה חד-פעמית של מוצר חינם לבלוגר לא תהפוך את הביקורת שלו ל"המלצה פרסומית".²⁶⁷ זאת ועוד: מתן במה לפרסומות "מסורתיות" בצד ביקורות על מוצרי המפרסמים לא תיחשב קשר מהותי, משום שאין קשר סיבתי בין פרסום הביקורות למתן התמורה.²⁶⁸

בעיה נוספת בהנחיות היא שאין בהן התייחסות לסוגים אחרים של פרסום סמוי, ועל כן הן בגדר צעד מהוסס וחלקי לטיפול בתופעה. אפשר להבין טוב יותר את חלקיות האסדרה בעזרת אחת הדוגמאות במסמך שהפיצה הרשות: בתכנית אירוח טלוויזיונית שיבחה האורחת – שחקנית טניס מפורסמת – את הקליניקה שבה עברה ניתוח לשיפור הראייה, אולם לא חשפה כי בינה לבין הקליניקה מתקיימים קשרים מהותיים. במקרה זה עלולים הצרכנים שלא להבחין כי "לשחקנית שדנה בהליך הרפואי בראיון הטלוויזיוני, הועבר תשלום כדי שתעשה זאת, וסביר כי מידע בדבר קשרים אלה היה משפיע על היקף האמינות או החשיבות שהצרכנים היו נותנים להמלצה זו". לכן, בהיעדר גילוי על היחסים בין האתלטית לקליניקה, "ייתכן שההמלצה תיחשב בגדר הטעיה" – אף על פי שהדבר לא התרחש במסגרת פרסומת (מרחב האסדרה הטבעי של רשות הסחר) אלא בתכנית טלוויזיה סטנדרטית.²⁶⁹

לעומת זאת אם באותה תכנית לבשה האתלטית בגדים של חברת ספורט מסוימת, אך לא התייחסה לכך ולא ציינה את שם החברה המלבישה, לא תקום

266 Champion, לעיל ה"ש 263.

267 FTC 2009, לעיל ה"ש 260.

268 Grant Gross, *FTC: Bloggers Must Disclose Payments for Endorsements*, PC WORLD (October 5, 2009)

269 FTC 2009; 16 CFR §255.5, לעיל ה"ש 260.

חובת גילוי על היחסים בינה לבין חברת הספורט משום ש"לא נעשה כל מצג בעניין הבגדים בהקשר זה". מבחינה משפטית משמעות הדבר היא שהצבת המוצרים כשלעצמה (קרי: בהיעדר מצג נלווה) איננה בגדר הטעיה. עם זאת, FCC יכול להיכנס לתמונה באמצעות חוק התקשורת. כך למשל, אילו קיבל מנחה התכנית תמורה בגין לבישת בגדים מסוימים במשך השידור, היה עליו לדרווח על כך לגוף המשדר, וזה האחרון היה נדרש לפרסם גילוי מתאים. זו היא דוגמה אחת מני רבות לחפיפה שיש באסדרה האמריקנית בין רשות המדינה הספציפית לרגולטור הצרכנות הכללי ולצורך הבולט למצוא לה פתרון.

(א) דרישת הגילוי

בצד הכללים הקובעים אילו מקרים מחייבים גילוי, ההנחיות של רשות הסחר קובעות קווים מנחים אף לעניין דרישת הגילוי עצמה. לפי ההנחיות, על הגילוי להיות "ברור ובוולט" (clear and conspicuous). בדומה לכחינה שנעשית בשלב הראשון בעניין פרקטיקות ספציפיות המטעות את הצרכן, גם בשלב הגילוי יש חשיבות למדיום ולנסיבות שבהן הפרסום הסמוי מופיע. כך למשל, במקרה של פרסום סמוי קולי יש חשיבות לעוצמת הקול של הגילוי, ובמקרה של פרסום בווידאו על הגילוי להופיע זמן ממושך דיו.²⁷⁰ בטוויטר, לדוגמה, FTC מחייבת גילוי על פרסום סמוי באמצעות הוספה של מילת מפתח כגון "פרסומת" או "חסות" לטקסט שבסטטוס. העיקרון הוא שהצרכנים יוכלו להבחין בגילוי ולהבין את משמעותו, ולכן FTC מזהירה מפני גילוי כללי על הפרסום הסמוי²⁷¹ וכן מפני מיקום הגילוי במקומות לא נגישים כגון תנאי השימוש באתר.²⁷² ההנחיות מבהירות גם שחובת הגילוי קמה בכל מקרה של פרסום סמוי: גם כשארבע כתבות רצופות באותו אתר כוללות תוכן פרסומי, הגילוי יידרש בכל אחת מהן בנפרד.²⁷³

270 Dot Com 2000, לעיל ה"ש 254.

271 FTC BUREAU OF CONSUMER PROTECTION, THE FTC'S REVISED ENDORSEMENT GUIDES: WHAT PEOPLE ARE ASKING (June, 2010) (להלן: FTC ASKING 2010).

272 DOT COM FEDERAL TRADE COMMISSION, COM DISCLOSURES (March, 2013) (להלן: DOT COM 2013).

273 שם, בעמ' 16.

למרות הגמישות היחסית בדרישת הגילוי באמצעי מדיה שונים זה מזה, הכללים מבהירים שכאשר גילוי איננו אפשרי בנסיבות הקונקרטיות של הפרסום, על העוסק־המפרסם להימנע משימוש בפרסום זה כליל.²⁷⁴ נושא אחר שאליו הכללים מתייחסים הוא האחריות על הפרסום המטעה. הכללים מבהירים כי הן העוסק־המפרסם והן הממליץ אחראים בגין אי-גילוי קשרים מהותיים ביניהם.²⁷⁵ עם זאת, עקב הקושי הרב לפקח על אמירות של כל לקוח בתשלום, הרשות הבהירה כי בבואה להשתמש בסמכויות האכיפה שלה היא תתחשב במאמצי המפרסמים לפקח אחר הממליצים בתשלום כגון באמצעות מיסוד של מנגנוני הדרכה ומעקב.²⁷⁶

(ב) כלי אכיפה

בצד החשיבות הרבה של בהירות הכללים עצמם, יש ל-FTC זכות וכוח לאכיפתם. הפרוצדורה לתגובה הרגולטורית היא ארוכה, סבוכה ומורכבת וראשיתה בסמכות לחקירה ראשונית. זו יכולה להסתיים בהסכמת הצדדים בצו מוסכם (consent order), שבו אפשר לכלול הטלת קנס והוראות נוספות.²⁷⁷ החקירה יכולה להוביל גם להגשת תלונה נגד המפרסם או הממליץ. תלונה כזו מובילה לזכות שימוע²⁷⁸ ולהחלטה בדבר סגירת התיק או בדבר מתן צו להפסקת ההתנהגות האסורה. הגורם שהוגש נגדו צו רשאי לערער נגדו לבית משפט פדרלי.²⁷⁹ במקרה של אי-ציות לצו הנ"ל מוטל קנס מינהלי בסך 16 אלף דולר על כל הפרה,²⁸⁰ אך כדי לגבות את הסכום יש לפנות לערכאות. ואולם מאחר שכללי הרשות בעניין פרסום המלצות המוצרים הם הנחיות המפרשות את החוק הקיים (interpretive rule) ולא חקיקת משנה,²⁸¹ ל-FTC כלל אין סמכות

שם, בעמ' III	274
16 CFR § 255.1(d)	275
FTC 2009, לעיל ה"ש 260.	276
16 CFR 2	277
15 USC45(b)	278
15 USC 45(c)	279
15 USC 45(l); הסכום עודכן ל-16 אלף דולר. ראו 16 CFR 1.98 (c)	280
16 CFR 1.5	281

לפנות לבית משפט כדי לגבות את הקנס²⁸² – זו הסמכות הבלעדית של התובע הכללי הפדרלי (המקביל בישראל ליועץ המשפטי לממשלה).²⁸³ עניין זה יכול להסביר את מדיניות האכיפה של הרשות, כמפורט להלן.

(3) יישום ואכיפה

את מידת ההתערבות הרגולטורית בתופעת הפרסום הסמוי בארצות הברית אפשר לנתח בעזרת מקרה המבחן של עמותת Commercial Alert, שפנתה ל-FCC ול-FTC בשנת 2003 בקריאה להוסיף חובה רגולטורית לחשיפת הפרסום הסמוי בטלוויזיה.²⁸⁴

הטענות המשפטיות של העמותה נחלקו לשניים. טענתה אל מול רשות התקשורת הייתה שכל הרשתות הגדולות – כולל רשתות מוכרות דוגמת פוקס, דיסני והאחים וורנר – מפרות את סעיף 317 לחוק התקשורת ואינן מגלות מה הפרסומת ומי המפרסם,²⁸⁵ ובעקבות זאת צופים אינם יודעים אילו כוחות מנסים לפעול עליהם. בפנייה לרשות הסחר נטען כי בהיעדר גילוי, הפרסום הסמוי הוא פרקטיקה מסחרית מטעה האסורה על פי חוק הסחר,²⁸⁶ ולכן העמותה קראה להתערבות של FTC. בעבר כבר התערבה FTC למניעה של תכניות מסחריות שהתחזו לבידוריות, של כתבות פרסום ושל יחסי ציבור בעיתונים, ובפנייה למנועי חיפוש ברשת כדי שייצרו הבחנה בין תוצאות לבין לינקים ממומנים.

Joe Ciarallo, *FTC Clarifies Blogger Guidelines: "We've Never Brought a Case Against Somebody Simply for Failure to Disclose,"* PRNewser (October 8, 2009) (להלן: Ciarallo).

15 USC 45(1) 283

COMMERCIAL ALERT, COMPLAINT, REQUEST FOR INVESTIGATION, AND PETITION FOR RULEMAKING TO ESTABLISH ADEQUATE DISCLOSURE OF PRODUCT PLACEMENT ON TELEVISION (September 30, 2003); COMMERCIAL ALERT, REQUEST FOR INVESTIGATION OF PRODUCT PLACEMENT ON TELEVISION AND FOR GUIDELINES TO REQUIRE ADEQUATE DISCLOSURE OF TV PRODUCT PLACEMENT (September 30, 2003)

47 USC 317 285

15 USC 45(a)(1) 286

למעשה, גם מחקר שערכה FTC עצמה כבר ב-1999 גילה שיש פרסומות סמויות למוצרי אלכוהול בתכניות המיועדות לילדים מתבגרים (PG, PG-13).²⁸⁷ FCC לא ניאתה להגיב עד היום על פניית העמותה;²⁸⁸ התגובה של FTC התקבלה בפברואר 2005. בתגובה הבהירה רשות הסחר כי יינקטו הליכים נגד מפרסמים רק במקרים של אמירות אובייקטיביות מטעות ומהותיות (misleading objective, material claims) בעניין המוצרים המוצבים. במילים אחרות: הצבת מוצרים (product placement) כשלעצמה אינה הטעיה לפי ההגדרה של חוק הסחר; יתר על כן: הרשות ציינה כי אין לשנות את המדיניות הקיימת אלא להסתפק בבחינה של כל מקרה לגופו.²⁸⁹ גם כשפנה הארגון פעם נוספת אל FTC באוקטובר 2005, בטענה שאי-גילוי של Buzz marketing (באז שיווקי: כשצרכן מקבל תמורה עבור המלצה על מוצר מסוים) הוא בגדר הטעיה לפי הוראת החוק, חזרה הרשות וציינה כי אין לשנות את המדיניות הקיימת אלא יש לתמרץ את הצרכנים לפנות אליה.²⁹⁰

עם זאת, בכלי האכיפה של הרשות נעשה מדי פעם שימוש בתגובה לפרסום הסמוי. המקרה הראשון אירע באפריל 2010, כאשר הרשות פתחה בחקירה לאחר שנודע לה שכמה בלוגרים פרסמו פוסטים בשבח תצוגת אופנה של חברת אן טיילר. הבלוגרים הוזמנו לתצוגה אך לא גילו כי קיבלו בתמורה מתנות מהחברה.²⁹¹ בסופו של דבר החליטה הרשות להסתפק באזהרה בלבד ולא לפתוח בהליכי אכיפה נגד הבלוגרים או נגד החברה – בין היתר בגלל הראשוניות של התופעה, שכן הנחיות רשות הסחר בעניין המלצות המוצרים נכנסו לתוקף

FEDERAL TRADE COMMISSION, SELF-REGULATION IN THE ALCOHOL INDUSTRY: A REVIEW OF INDUSTRY EFFORTS TO AVOID PROMOTING ALCOHOL TO UNDERAGE CONSUMERS (September 1999) 287

Ross D. Petty & J. Craig Andrews, *Covert Marketing Unmasked: A Legal and Regulatory Guide for Practices that Mask Marketing Messages* 27 (1) JOURNAL OF PUBLIC POLICY & MARKETING 12 (2008) 288

FTC 2005, לעיל ה"ש 258. 289

Cain, לעיל ה"ש 253. 290

FEDERAL TRADE COMMISSION, CLOSING LETTER ISSUED TO ANN TAYLOR STORES CORP (FTC File No. 102-3147) (April 20, 2010) 291

כמה חודשים קודם לכן, בדצמבר 2009.²⁹² כמה חודשים לאחר מכן נודע לרשות כי עובדים בחברת יחסי הציבור Reverb Communications פרסמו תגובות חיוביות ב־iTunes על אפליקציות האיפון של לקוחות החברה בלי שגילו על כך למשתמשים.²⁹³ בתגובה הגישה הרשות תלונה נגד החברה, ובסופו של דבר הגיעו הצדדים להסדר פשרה שלפיו התחייבה החברה להסיר את הביקורות האמורות ולהימנע מפרסומים כאלו ללא גילוי.²⁹⁴

ככלל, נראה כי רשות הסחר נוקטת כלפי הפרסום הסמוי גישה חינוכית בעיקרה ומשאירה את התופעה במידה רבה לאסדרה עצמית. כך, בתחום האינטרנט הרשות מכירה בכך שבלוגרים רבים חושפים – גם בטרם הוחלה אסדרה בתחום – את העובדה שקיבלו מוצרים חינם, ובכך שהתעשייה משתמשת כבר היום במנגנוני אסדרה עצמית.²⁹⁵ לכן, גם במקרים של התערבות, הרשות מתמקדת במתן אזהרות או בהגשת צווים מוסכמים ללא קנס.

עם זאת, צו מוסכם שבצדו קנס כבד הוא אפשרי; זה היה המקרה של Legacy Learning Systems. החברה, המוכרת קורסים ללימוד עצמי של נגינה בגיטרה, שילמה למשווקי משנה כדי שיפרסמו תגובות ופוסטים חיוביים על מוצריה בטכניקה הנקראת "שיווק שותפים". בשנת 2011 נקבע בהסכם פשרה שהחברה ובעליה ישלמו לרשות קנס בסך של 250 אלף דולר. נוסף על כך התחייבה החברה להגיש דיווחים חודשיים לרשות על 50 תכניות "שיווק השותפים" הרווחיות ביותר שלה, וכן דוח על 50 תכניות שיווק אקראיות נוספות. עוד כלל ההסכם התחייבות מצד החברה לוודא שהמלצה פרסומית עתידית שלה תכלול גילוי על כך שהיא ממומנת.²⁹⁶ מעניין שצעדי האכיפה של הרשות הופנו למפרסמת Legacy ולא לגולשים שפרסמו את ההמלצות.

- 292 FTC 2009, לעיל ה"ש 260.
- 293 עודד ירון "חברת פרסום בארה"ב נדרשה להסיר ביקורות מזויפות על מוצריה" עכבר העיר (30.8.2010).
- 294 FEDERAL TRADE COMMISSION, AGREEMENT CONTAINING CONSENT ORDER IN THE MATTER OF REVERB COMMUNICATIONS, INC., ET AL. (FTC File No. 092–3199) (November 26, 2010).
- 295 FTC ASKING 2010, לעיל ה"ש 271.
- 296 FEDERAL TRADE COMMISSION, IN THE MATTER OF LEGACY LEARNING SYSTEMS INC. (FTC File No. 1023055) (March 15, 2011).

מן השנים האחרונות אפשר לציין צעדי אכיפה גם מצד רגולטור התקשורת, FCC, גם אם מדובר במקרים נדירים יחסית. הצעד הנרחב והמוכר ביותר התרחש בשנת 2007, אז התגלה כי בין חברות התקליטים המובילות לבין תחנות הרדיו הגדולות וכמה מעובדיהן מועברים כספים רבים בתמורה להשמעות ללא גילוי כנדרש בחוק. לאחר חקירה ומשא ומתן שנמשכו חודשים הגיעה רשות התקשורת להסכם פשרה עם ארבע מתחנות הרדיו הגדולות בארצות הברית: התחנות התחייבו לנקוט שורה של צעדים בתמורה להפסקת ההליכים נגדן, בלי שיודו בעברות על החוק. בין היתר הן התחייבו להעביר סכום כולל של 12 מיליון וחצי דולר לקופת הממשל הפדרלי ולהקים מנגנון שיוודא ציות לחוק, בין היתר על ידי הקמת קו חם לתלונות ותדרוך מסודר של עובדי התחנות. בד בבד, בעקבות המשא ומתן עם רשות התקשורת, הגיעו תחנות הרדיו להסכם עם האיגוד האמריקני למוזיקה עצמאית (American Association of Independent Music). במסגרת ההסכם התחייבו התחנות לשדר במשך שלושה שנים, ללא תמורה, 8,400 מקטעים של חצי שעה כל אחד, שבהם יושמעו יצירות של מוזיקאים עצמאיים. חברי איגוד המוזיקה העצמאית, יצוין, אינם נוהגים לשלם עבור השמעות ברדיו.²⁹⁷

עם זאת, הדיון בנוגע לפרסום סמוי עצמו בתקשורת האמריקנית – אף בקרב ערוצים הנחשבים ליברליים דוגמת "ניו יורק טיימס" ו"וושינגטון פוסט" – הוא מוגבל בהיקפו ואף מקבל אותו כמובן מאליו. בהשוואה לדיון בעיתונות הישראלית לא ניכר אפוא דיון ביקורתי ונמרץ בשאלת הפרסום הסמוי בארצות הברית.²⁹⁸ כך לדוגמה, כאשר החלה FCC בשנת 2008 את השימוע בנושא הפרסום הסמוי לא זכה הדבר להדים נרחבים באמצעי המדיה. יתר על כן: העובדה שבחלוף חמש שנים עדיין לא פורסמו מסקנות ביניים או עדכונים נוספים עליו מלמדת אף היא על חוסר העניין התקשורתי בנושא. גם יציאת הסרט של

297 *FCC Announces Payola Settlement*, LOS ANGELES TIMES (April 14, 2007)
 298 לזירת הדיון הישראלית ראו עבודתה של ענת באלניט וכתבותיה בעיתון הארץ; לזירת הדיון בארצות הברית ראו Stephanie Clifford, *Advertising: A Product's Place Is on the Set*, NEW YORK TIMES (July 22, 2008); Joseph Plambeck, *Product Placement Grows in Music Videos*, NEW YORK TIMES (July 5, 2010)

מורגן ספורלוק (*Sparlock*); יוצר הסרט הדוקומנטרי המצליח "לאכול בגדול",
"POM Wonderful Presents: The Greatest Movie Ever Sold", העוסק בסוגיית
הפרסום הסמוי, לא החייתה במידה ניכרת את השיח על הפרסום הסמוי.

לסיכום: את המדיניות הרגולטורית באשר לפרסום סמוי אפשר אולי
להסביר בהתעלמות מהנושא במדיה המקומית, המשקפת את עמדת הציבור
בנושא. לכן לא מפתיע שבפועל הכללים הקיימים כמעט אינם נאכפים מחד
גיסא ואין קריאה לשינוי או לביטול האסדרה הקיימת מאידך גיסא. לפחות לפי
טענה אחת, הדבר מאפיין את החולשה של המערך לאסדרת התקשורת בארצות
הברית, ואת נטייתו בשנים האחרונות להעדיף אינטרסים כלכליים של הגופים
החזקים בשוק התקשורת מאינטרסים ציבוריים אחרים.²⁹⁹

יוער כי בשנת 2013 נצפה שינוי מגמה מסוים בהתייחסות של רשות הסחר
לתופעת הפרסום הסמוי, לפחות ככל שזו באה לידי ביטוי באינטרנט. כך,
בחודש מרץ פרסמה הרשות עדכון לכללי הגילוי על המלצות מוצרים. העדכון
התמקד בפרסום סמוי מסוג זה ברשת, בין היתר ברשתות חברתיות דוגמת
פייסבוק וטוויטר.³⁰⁰ בחודש יוני שלחה הרשות מכתבי הבהרה לכמה מחברות
החיפוש הגדולות ברשת והבהירה כי עליהם להפריד בצורה בולטת בין תוצאות
אותנטיות לתוצאות ממומנות; הדרישה הייתה תחליף לצעד דרסטי יותר דוגמת
צעדי אכיפה.³⁰¹ זאת ועוד: בסוף ספטמבר הכריזה רשות הסחר כי כוונתה
לכנס בסוף השנה סדנה ציבורית שתבחן את "הפרקטיקה של עירוב פרסומות
עם חדשות, בידור ותכנים אחרים במדיה דיגיטלית". זו הפעם הראשונה שבה
הרשות מתייחסת לסוג זה של פרסום סמוי. בהודעה הזמינה הרשות את הציבור
להעביר אליה חוות דעת בשורה של נושאים ובהן פירוט על מופעים של פרסום

299 ראו לדוגמה: Christa Corrine McLintock, *The Destruction of Media Diversity, or: How the FCC Learned to Stop Regulating and Love Corporate Dominated Media*

22 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 569 (2003)

300 DOT Com 2013, *לעיל ה"ש* 272. פירוט על ההנחיות אפשר לראות בתת-פרק הקודם.

301 Letter from Mary K. Engle, Associate Director, Division of Advertising Practices, Federal Trade Commission (June 23, 2013): www.ftc.gov/os/2013/06/130625searchenginegeneralletter.pdf

סמוי ודרכים לסימונו ולהפרדתו מהתוכן המתפרסם.³⁰² עם זאת, מוקדם לחזות אם מדובר בשינוי כיוון או בהתייחסות חד-פעמית לתופעה.

ב. האיחוד האירופי

(1) ההיבט החוקתי

אסדרת הפרסום באירופה היא רחבה מזו שבארצות הברית. הדבר נובע מכניסה מאוחרת יחסית של טלוויזיה ממומנת פרסומות לטלוויזיה הציבורית, וכן מפילוסופיה רגולטורית שונה וממבנה חוקתי המאפשר ביתר קלות פגיעה בחופש הביטוי לטובת אינטרסים ציבוריים.³⁰³

בית הדין האירופי לזכויות אדם, בדונו בסעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות אדם, פירש את הזכות לחופש ביטוי ככוללת הגנה זהה על ביטוי פוליטי ועל ביטוי מסחרי.³⁰⁴ עם זאת, אינטרסים ציבוריים כמו פלורליזם של מידע, הגנת הצרכן והגנה על ילדים הוכרו כאינטרסים לגיטימיים המאפשרים פגיעה בזכות לחופש הביטוי ובלכוד שתהיה מידתית.³⁰⁵ בשל העובדה שבית המשפט האירופי לא נקט תפיסה נוקשה של הגנה על ליבת הביטוי הפוליטי, האסדרה האירופית כלל לא נקלעה למלכוד שבו שרוי המשפט האמריקני בניסיונותיו להבחין בין סוגי ביטוי.³⁰⁶ בית

302 “FTC Native Advertising Workshop on December 4, 2013 Will Explore the Blurring of Digital Ads with Digital Content: Interested Parties Can Submit Comments and Requests to Participate” FTC.GOV (September 16, 2013)

303 גורם זה הוא בעל השפעה משמעותית על אסדרת התקשורת האירופית כולה. ראו, למשל, ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH (Oxford: Clarendon Press, 1985); PETER HUMPHREYS, MASS MEDIA AND MEDIA POLICY IN WESTERN EUROPE (Manchester: Manchester University Press, 1996)

304 *Coca v. Spain*, 18 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1994)

305 המבחנים לפגיעה בחופש הביטוי נקבעו בעניין *The Sunday Times v. United Kingdom* (Series A No 30), European Court of Human Rights (1979–80) 2 EHR 245, April 26, 1979, והם כוללים בעיקר דרישה שהפגיעה תהיה על פי דין ותעמוד במבחן המידתיות.

306 עם זאת יש להעיר כי לכתחילה סירב בית הדין להכריע בשאלה אם ביטוי מסחרי מוגן באמנה האירופית על ידי הזכות לחופש ביטוי. ראו עניין *Barthold v. F.R.G.*, 7 Eur.

הדין האירופי קבע כי אפילו אסדרה קיצונית – כגון איסור מוחלט על פרסומות בשידורי טלוויזיה לילדים – עומדת במבחן החוקתיות האירופי.³⁰⁷

(2) אסדרת הפרסום הסמוי

ככלל, מטרת הדירקטיבות (Directives) באיחוד האירופי היא ליצור מסגרת מינימלית אחידה של הגנה, שמעבר לה כל מדינה רשאית לעשות כרצונה.³⁰⁸ עד שנת 2007, הדירקטיבה העיקרית בתחום אסדרת הטלוויזיה הייתה דירקטיבת ה"טלוויזיה ללא גבולות" (TVwF or Television without Frontiers). דירקטיבה זו התבססה על שני עקרונות מרכזיים: עקרון ההפרדה (separation principle) של תוכן מפרסום והעיקרון בדבר זיהוי הפרסום (identification principle). מטרת העקרונות הללו הייתה להגן על הצופים מפרסום חשאי, להגן על יוצרי התוכן ולהבטיח תחרות הוגנת בין המותגים הזוכים לפרסום טלוויזיוני.

על פי דירקטיבת TVwF, אזכור או שימוש במוצר או בשירות במהלך תכנית – כלומר פרסום סמוי – הוא אסור רק במקרים שהמוצר או השירות אוזכרו מתוך כוונה לפרסמם, ורק אם היה באזכור כדי לתעתע בציבור הצופים באשר לאופיו – פרסומי או תוכני. כך לדוגמה, הדירקטיבה אפשרה הצגת פרסום סמוי בתכניות שנרכשו מחוץ למדינת המשדר, משום שהגוף המשדר רכש את התוכן רק כדי לשרדו ולא מתוך כוונת פרסום, וגם משום שלא הייתה למשדר השפעה על התוכן ועל הפרסום הסמוי שבו. דירקטיבה זו שימשה פעמים רבות מתוות דרך לאסדרת הפרסום הסמוי בטלוויזיה המקומית בישראל.

Ct. H.R. (ser. A) at 398–400 (1985). כבר אז נכתבה דעת מיעוט באשר ליצורך לכלול את הביטוי המסחרי בהגנת הזכות לחופש ביטוי. הוועדה האירופית הייתה הראשונה לקבוע מפורשות את היעדר ההבחנה. ראו בהקשר זה Anthony Lester, *Freedom of Expression*, in vol. 1 DEVELOPING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE 27 (Human Rights Unit London, 1988)

307 ראו בהרחבה Janice H. Kang, *Barbie Banished from the Small Screen: The Proposed European Ban on Children's Television Advertising* 21 Nw. J. INT'L L. & Bus 543 (2001) Art. 288 TFEU 308

בצד דירקטיבת TVwF אומצה בשנת 2005 דירקטיבת (Unfair) UBP מצוין כי "אין בהוראות הדירקטיבה כדי לפגוע במנהגים השיווקיים והפרסומיים המקובלים, דוגמת הצבת מוצרים (product placement) לגיטימית".³⁰⁹ מאידך גיסא, בנספח לדירקטיבה מצוינים מעשים שייחשבו בכל מקרה לא הוגנים ובהם, למשל, פרסום מערכתי (Advertorial): "שימוש בתוכן מערכתי במדיה כדי לקדם מוצר, כאשר הסוחר קיבל תמורה בעבור כך ללא הבהרת הדבר בתוכן, על ידי תמונות או צלילים שניתנים לזיהוי על ידי הצרכן".³¹¹ עם זאת, אחד מיסודות ההטעיה לפי הדירקטיבה הוא מעשה ש"יגרום או סביר שיגרום לצרכן להיקשר בעסקה שלא היה נקשר בה אלמלא כן".³¹² רכיב זה מעורר קושי פרשני אם יש לכלול פרסום סמוי בגרדי דירקטיבת UBP וחוקי הגנת הצרכן ביבשת, בהתחשב בדרישה לקשר סיבתי בין הפרסום לכריתת עסקה חדשה.³¹³

בשנת 2007 החליפה דירקטיבת AVMS (Audio Visual Media Services) את דירקטיבת TVwF. על פי האיחוד, מטרת הדירקטיבה החדשה היא ליצור בשוק הטלוויזיה האירופי תיאום ואחידות שיקדמו כמה מטרות: שמירה של גיוון תרבותי, הגנה על ילדים וצרכנים, הגנה על הפלורליזם של שוק המדיה ועוד. אם כן, אסדרת הפרסום הסמוי בדירקטיבה היא רק מטרה אחת במאמץ גדול יותר לאסדרה כוללת של המדיה האודיו-ויזואלית באירופה.³¹⁴

- Council Directive 2005/29, 2005 O.J. (L 149) 22 (EC) 309
- 310 במקור: "This Directive does not affect accepted advertising and marketing practices, such as legitimate product placement"
- 311 במקור: "Using editorial content in the media to promote a product where a trader has paid for the promotion without making that clear in the content or by images or sounds clearly identifiable by the consumer"
- 312 במקור: "A commercial practice shall be regarded as misleading if [...] and in either case causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise"
- 313 Jan Kabel, *Audiovisual Media Services and the Unfair Commercial Practices Directive*, in 8 IRIS: LEGAL OBSERVATIONS OF THE EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY 7 (2008)
- 314 Council Directive 2007/65, *Audiovisual Media Services Directive*, 2007 O.J. (L 332) 27 (EC). (להלן: הדירקטיבה האירופית).

הוראות הדירקטיבה האירופית החדשה – המתייחסות ישירות לסוגיית הפרסום הסמוי – מבטאות את המגמה של המחוקק האירופי להסדיר את הנושא תחת המטרייה של אסדרת המדיה. כך, שלא כמו בארצות הברית, אסדרת הפרסום הסמוי מוגבלת ככלל לאסדרה של גופי האכיפה בענף התקשורת. מבחינת סוגי מדיה, דירקטיבת AVMS חלה בשידורים אודיו-ויזואליים ליניאריים (ערוצים טלוויזיוניים ו־live streaming) וכן בשידורים אודיו-ויזואליים לא ליניאריים כגון Video on Demand. על כן היא אינה מוגבלת רק לשידורים הנצרכים פיזית דרך הטלוויזיה אלא גם חלה על שידורים אודיו-ויזואליים של הגוף המשרד כשהם נצרכים ברשת. עם זאת, הדירקטיבה מבהירה כי חוקיה אינם חלים על שידורים אודיו-ויזואליים באתרי אינטרנט פרטיים (כגון YouTube), על שימוש במדיה אודיו-ויזואלית כגון זו שבאתרי הימורים וכן על תוכן אודיו-ויזואלי שמציגים מגזינים ועיתונים, למשל באתרי האינטרנט שלהם.³¹⁵

דירקטיבת AVMS הכשירה את הקרקע לשימוש בפרסום סמוי על ידי החלה של עקרון ההפרדה על קבוצה קטנה של טכניקות פרסום – הפרסום המסורתי וה־teleshopping (מוצרים או שירותים המוצעים במישרין או בעקיפין בתמורה לתשלום). פרסום סמוי הותר לשימוש בתכניות המשודרות ומופקות באירופה כל עוד העיקרון השני – עקרון הזיהוי – נשמר: על הפרסום הסמוי להיות מזוהה כזוהו. כמו כן ניתנה לכל מדינה באיחוד סמכות לאסור או להחמיר את התנאים לשימוש בפרסום סמוי על פי שיקול דעתה.

בדירקטיבה החדשה הגדיר האיחוד במדויק מהו פרסום סמוי (Product Placement): "כל צורה של תקשורת פרסומית אודיו-ויזואלית הכוללת או מזכירה מוצר, שירות או סמל מסחרי, המופיעה בתכנית בעקבות תשלום או תמורה דומה". על פי הדירקטיבה החדשה יש להבדיל בין הפרסום הסמוי לבין הצבת אביזרים (prop placement). הצבת אביזרים היא מצב שבו מוצר או שירותים מסוימים – כגון פרסים או אביזרים המשמשים את ההפקה – מסופקים לתכנית ללא תמורה או תשלום. הדירקטיבה קובעת כי במקרה שהאביזרים המוצגים אינם בעלי ערך יוצא דופן (significant value; מונח שאינו מוגדר בדירקטיבה)

הם לא ייחשבו לפרסום סמוי אלא להצבת אביזרים (prop placement), ולא יחולו עליהם הכללים הנוגעים לפרסום סמוי.

האסדרה האירופית של הפרסום הסמוי מתבססת על איסור כללי, בכלל זה במשדרי חדשות ואקטואליה ובתכניות תעודה וילדים, שבצדו חריגים מוגדרים במדויק: פרסום סמוי מותר בתכניות ספורט ובתכניות בידור קל, בסרטים ובסדרות – אלא אם אלה מיועדות לילדים – או בהיעדר תמורה כספית (כלומר: מותר לתת לתכנית שירותים או טובין חינם). כן חל איסור גורף על השימוש בפרסום סמוי לקידום מוצרי טבק, תרופות מרשם ושירותי בריאות. כדי לאפשר הגנה מסוימת מפרסום סמוי על הצופה ועל היוצרים, הדירקטיבה החדשה מגדירה ארבעה עקרונות הגנה החלים על כל תכנית שיש בה פרסום סמוי:

- יש לשמור על עצמאות עיתונאית-עריכתית (editorial independence): אסור שתוכן של תכנית או שזמן השידור שלה יושפע מהפרסום הסמוי באופן שיפגע באחריות או בעצמאות של היוצרים.
- אין לפרסם מוצר או שירות בזמן התכנית באופן שמקדם (promoting) את רווחיותו.
- אסור לתכנית להבליט באופן מופרז מוצר או שירות (undue prominence).
- תכניות הכוללות פרסום סמוי חייבות להיות מזוהות ככאלו בתחילתן, בסיומן וכן לאחר הפסקת פרסומות.

(3) יישום

כפי שצויין, דירקטיבת AVMS מציינת כללים מפורשים באשר לשימוש בפרסום סמוי ומתירה למדינות האירופיות להחריפם, להרחיבם ואף לרכבם. כך לדוגמה, בבלגיה אין חובת יידוע בדבר פרסום סמוי בתכניות שלא הופקו על ידי גופי שידור או שהפקתן לא הוזמנה על ידם; בצרפת יש איסור על פרסום סמוי של הימורים, הגרלות, נשק ומזון לתינוקות (פורמולה), נוסף על האיסור לפרסם טבק ותרופות מרשם; בבריטניה נוסף על כך גם איסור לנקוט פרסום סמוי בתכניות בעלות אופי דתי. עוד נותרה בידי המדינות אחריות ואפשרות להגדיר מונחים בהתאם לראייתן. כך למשל, המונחים significant value (ערך משמעותי), הנוגע

למיקום אביזרים, וכן undue prominence (בולטות מופרזת) מקבלים פירושים שונים במדינות שונות. להלן נרון ביתר הרחבה באסדרה בחלק ממדינות האיחוד (ראו גם לוח 2 בנספח).

(א) בריטניה

בעקבות דירקטיבת AVMS האירופית והטמעתה בחוק הבריטי אישר הרגולטור הבריטי Ofcom פרסום סמוי החל בפברואר 2011, בערוצים המסחריים בלבד. בכללים הבריטיים הוקשחו כמה מהכללים והאיסורים של המסגרת האירופית. ההגדרה הבריטית, למשל, לפרסום סמוי שונה מעט מזו שבדירקטיבה:

הכללה או התייחסות בתכנית למוצר, שירות או סמל מסחרי, כאשר הכללה [או התייחסות] זו היא למטרה פרסומית ונעשית בתמורה לתשלום או נתינת תמורה בעלת ערך אחר לכל ספק רלוונטי, או אדם הקשור לספק הרלוונטי, ואשר [תמורה זו] אינה [נחשבת] הצבת אביזרים.³¹⁶

כפי שאפשר לראות, Ofcom הרחיבה את הגדרת הפרסום הסמוי כך שגם עסקאות הנערכות בין אישים או גופים הקשורים לגוף המשרד ייחשבו פרסום סמוי. הגדרה זו חסמה דרך אחת שבה הגופים המשרדים יכולים לעקוף את האסדרה. ההגדרה של הצבת אביזר (prop placement) באסדרה הבריטית אינה שונה במהותה מזו שב-AVMS: מוצר או שירות מסוימים – כגון פרסים או אביזרים המשמשים את ההפקה – המסופקים לתכנית ללא תמורה או תשלום (למעט החיסכון שבשימוש בהם ללא רכישתם) ושאינם בעלי ערך יוצא דופן לא ייחשבו פרסום סמוי.

אף על פי כן, בהבדל מ-AVMS, האסדרה הבריטית מספקת הגדרה למונח "ערך יוצא דופן" (significant value): סכום כספי או כלכלי הנשאר ברשות הגוף המשרד, אינו חלק מהסכום שנחסך עקב השימוש חנם בשירות או במוצר, וגבוה

Ofcom, SECTION NINE: COMMERCIAL REFERENCES IN TELEVISION PROGRAMMING 54 316 (February 28, 2011) (להלן: כללי Ofcom).

באופן "לא טריוויאלי". הגדרה זו מעורפלת מיסודה שכן החלטה בדיעבד אם כסומו הוא טריוויאלי או לא נתונה לשיקול דעתו של הרגולטור.

בהתאם לדירקטיבה האירופית אישר Ofcom את השימוש בפרסום סמוי בסרטים, בסדרות, בשידורי ספורט ובתכניות בידור אלא אם כן הם מיועדים לילדים, ואסר פרסום סמוי בתכניות חדשות, בתכניות תעודה ובתכניות ילדים. Ofcom אף הרחיב את האיסורים של הדירקטיבה האירופית ואסר גם על פרסום סמוי בתכניות דת, בתכניות מידע לצרכן ובתכניות אקטואליה (current affairs). לבסוף הרחיב Ofcom את האיסור האירופי על פרסום סמוי של מוצרי טבק ותרופות כך שיכלול גם אלכוהול, מוצרי מזון מזיקים (מזון עתיר בסוכר, בשומן או במלחים), הימורים ופורמולות לתינוקות. Ofcom אימץ את ארבעת העקרונות של הדירקטיבה האירופית במלואם: עצמאות עריכתית (editorial independence), אייכודם (promoting), בולטות מופרזת (undue prominence) וסימון. עם זאת, הוא מספק פירוש ספציפי לערך של בולטות מופרזת: זו תתקיים כשהפרסום הסמוי אינו מוצדק מבחינה עריכתית (editorial justification), כלומר מבחינת התוכן של המשדר ושל העלילה. עם זאת, הגדרת הבולטות המפורזת היא נזילה ומאפשרת לרגולטור מרווח של תמרון באכיפה.

כדי שהפרסום הסמוי לא ייחשב לפרסום חשאי (surreptitious advertising), הגוף המשדר חייב להבהיר כי הופעת המוצר או השירות היא לשם הפרסום. בפועל, הבהרת הכוונות הזאת מתבצעת באסדרה הבריטית על ידי סימון. לפי Ofcom, הסימון ייעשה לפני התכנית המדוברת ואחריה וכן לאחר כל הפסקת פרסומות במהלכה, על ידי הצגה מודגשת של האות P בצד העליון של המסך למשך שניות מספר.³¹⁷ כמו כן, ערוצים המעוניינים להשתמש בפרסום סמוי מחויבים לשרר תשדירי שירות המסבירים מהו פרסום סמוי המציינים את הלוגו הנמצא בשימוש בבריטניה.³¹⁸ יצוין כי המשדר אינו מחויב לסמן פרסום סמוי בתכניות שרכש ולא הופקו לבקשתו.

לאחרונה נראו סימנים לכך שגם הגוף המפקח על הגנת הצרכן במדינה, (Office of Fair Trading) OFT, נכנס לתחום האסדרה של הפרסום הסמוי. הדבר

317 לאיור הלוגו הבריטי ראו <http://consumers.ofcom.org.uk/2011/02/product-placement-on-tv> *Product Placement on TV*

318 דוגמה לתשדיר כזה ניתן לראות באתר <http://vimeo.com/20286770> : *Vimeo*

נעשה במתכונת דומה לפיקוח של רשות הסחר הפדרלית בארצות הברית. בשנת 2010 יצר OFT תקדים כשפתח בחקירה נגד חברה מקומית ליחסי ציבור, לאחר שהתגלה כי העבירה כסף לבלוגרים כדי שיכתבו משובים חיוביים על לקוחותיה. החקירה הסתיימה באזהרה לחברה ובהתחייבות מצדה לגילוי עתידי על כל מקרה של תשלום מעין זה.³¹⁹

הרשות הבריטית פעלה מכוח תקנות הגנת הצרכן הבריטיות (Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008). התקנות, המיישמות את דירקטיבת UBP, קובעות כי על הפרקטיקה המסחרית לכלול "מידע מהותי" (material information). מידע מהותי מוגדר מידע ש"גרום או סביר שיגרום לצרכן להיקשר בעסקה שלא היה נקשר בה אלמלא כן".³²⁰ התקנות מפרטות שאם הפרקטיקה המסחרית היא הזמנה לרכישת מוצרים או שירות, תיחשב אף זהות העוסק (trader) עצמו או הזהות של "כל עוסק אחר שמטעמו אותו עוסק פועל" למידע מהותי שיש לגלות.³²¹

(ב) גרמניה

בגרמניה הוסדרה דירקטיבת AVMS כחוק בהסכם הבין-מדינתי לשידור (Der Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien), באפריל 2010. כך הוגדר פרסום סמוי בהסכם:³²²

מצג מזוהה של טובין, שירותים, שמות, סימני מסחר, פעולות של יצרן הטובין או של ספק השירותים, במילים או בתמונות בתכניות, בתמורה לתשלום או תמורה דומה, כדי לקדם מכירות.³²³

Alexandra Topping, *Twitter Endorsements Face OFT Clampdown*, THE GUARDIAN, TECHNOLOGY (January 9, 2011) 319

Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (2008/1277), sec. 6(1) 320
sec. 6(4)(6) לתקנות הנ"ל. 321

סקירה זו מבוססת על מסמך של רשויות המדיה הגרמניות, *Interstate Treaty on Broadcasting and Telemedia* (מקוון) (להלן: מסמך רשויות המדיה הגרמניות). 322

נוסח התרגום, שם: "The identified representation in words or pictures of goods, services, names, trademarks, activities of a producer of goods or a provider of 323

בערוצים הציבוריים מותר פרסום סמוי בסרטים, בסדרות, בתכניות ספורט ובתכניות בידור קל, ובלבד שלא מדובר בתכניות לילדים ושהן לא הופקו על ידי הגוף המשרד או על ידי חברה הקשורה אליו. נוסף על כך הותרה קבלת מוצרים ושירותים חינם בערוצים הציבוריים. שימוש זה לא נחשב פרסום סמוי כל עוד השירות או המוצר אינם בעלי ערך משמעותי (significant value); כך, אם ערכם הכולל של המוצרים והשירותים שבהם נעשה שימוש חינם בתכנית עולה על 1% מהוצאות ההפקה של תכנית וגדול מ-1,000 אירו, הוא ייחשב לבעל ערך משמעותי.³²⁴ שימוש חינם במוצרים או בשירותים אלה מותר בכל הסוגות מלבד תכניות העוסקות בחדשות, באקטואליה (current affairs), בצרכנות, תכניות ילדים ותכניות דת.

בערוצים המסחריים הגרמניים הותר פרסום סמוי בסרטים, בסדרות, בתכניות ספורט ובתכניות בידור קל, בין שהופקו או הוזמנו על ידי המשרד ובין שלא. כמו כן הותר מתן שירותים או מוצרים – ובלבד שלא היה מעורב בכך תשלום ושאינ להם ערך משמעותי – בתכניות מכל הסוגות מלבד תכניות העוסקות בחדשות, בפרשנות, בצרכנות ותכניות דת. בדומה למצב בערוצים הציבוריים הגרמניים, פרסום סמוי אסור בתכניות ילדים מכל סוגה שהיא.

יצוין כי ההסכם הגרמני אימץ את ארבעת העקרונות של AVMS (עצמאות עריכתית, קידום מופרז, בולטות מופרזת וסימון). בדומה לאסדרה בבריטניה, הסימון נעשה לפני תכנית המשלבת פרסום סמוי ולאחריה וכן לאחר הפסקות הפרסומות בתכנית. עוד בדומה להסדר הבריטי, המשרד לא מחויב לסמן תכנית שלא הפיק בעצמו או שסימונן ידרוש הוצאות לא סבירות (unreasonable expenses). לבסוף, ההסכם הגרמני אוסר על פרסום סמוי של מוצרי טבק ותרופות מרשם, בהתאם לדירקטיבה האירופית, אך אינו מרחיב איסור זה למוצרים נוספים בדומה לאסדרה הבריטית.

services in programmes in return for payment or for similar consideration in order to promote sales”

EMMANUELLE MACHET, AVMS IMPLEMENTATION: PRODUCT PLACEMENT COMPARATIVE BACKGROUND DOCUMENT FOR THE PLENARY SESSION (EPRA Meeting, May 12, 2010) 324

(ג) דנמרק

להבדיל מהמודל הבריטי והגרמני, באסדרת הטלוויזיה בדנמרק משולבים – גם אם חלקית – דיני הגנת הצרכן. שילוב זה מבטא הכרה החסרה בתפיסה האירופית, שלפיה עקרונות הצרכנות רלוונטיים לכלל ענף התקשורת.

בבסיס החקיקה המסדירה את נושא הגנת הצרכן בדנמרק עומד Consolidated Marketing Practices Act, שתוקן לאחרונה ב־2012.³²⁵ אחת ממטרות החוק היא הגנת הצרכן מפני התנהגות מסחרית לא הוגנת.³²⁶

סעיף 4 לחוק קובע כי "פרסומת תעוצב בדרך שבה יהיה ברור שהיא כזו, ללא התחשבות בצורתה ובמדיום שבו היא מוצגת". מכאן שהוראת הסעיף חלה ללא קשר לזהות המשרד – טלוויזיה, רדיו, מגזינים, סרטים או אינטרנט. הסעיף אמנם אינו כופה על המפרסם לציין את שמו, אך ככל שהיעדר שמו של המפרסם יגרום לכך שלא יהיה אפשר להבין שמדובר בפרסומת, רבים הסיכויים שהמקרה ייחשב להפרה של הסעיף.³²⁷

כמו החקיקה הישראלית והאמריקנית, החוק הדני כולל גם סעיף האוסר על הטעיה בפרסום.³²⁸ על ביצוע החוק אמון הממונה על הגנת הצרכן (the Consumer Ombudsman), גוף עצמאי שהוא חלק מהרשות הדנית להגבלים עסקיים ולהגנת הצרכן (The Danish Competition Authority).³²⁹

בסמכותו של הממונה להוציא הנחיות מינהליות³³⁰ ואף צווים במקרה של פעולה "בניגוד ברור לחוק שלא ניתן לרפאה באמצעות משא ומתן".³³¹ על

Danish Marketing Practices Act (Consolidated Act No. 58 of 20 January 2012) 325
(להלן: חוק דרכי השיווק הדני).

R. SCHULZE & H. SCHULTE-NÖLKE (EDS.), ANALYSIS OF NATIONAL FAIRNESS LAWS AIMED
AT PROTECTING CONSUMERS IN RELATION TO COMMERCIAL PRACTICES 12 (2003) 326

Danish Consumer Ombudsman, *Covert Marketing Activities: Identifying Commercial
Communication* (July, 2006) (להלן: הנחיות הממונה הדני). 327

ס' 2 לחוק דרכי השיווק הדני, לעיל ה"ש 325. 328

להרחבה ראו באתר הרשות: www.consumerombudsman.dk 329

ס' 24 לחוק דרכי השיווק הדני, לעיל ה"ש 325. 330

ס' 27(2) לחוק דרכי השיווק הדני, לעיל ה"ש 325. 331

אלה אפשר לערער לבית המשפט.³³² כמו כן, בסמכותו של הממונה לקנוס את המפרסמים במקרה של הטעיה בפרסום או במקרה של אי-הפרדה בין פרסום לתוכן.³³³ סמכות זו מותנית בכך שאין דבר חקיקה המאפשר ענישה חמורה יותר.³³⁴

עניין הפרסום הסמוי בתקשורת הדנית מוסדר גם בחקיקה ספציפית – Radio and Television Broadcasting Act.³³⁵ סעיף 72 לחוק זה קובע, בדומה לחקיקה הצרכנית הכללית, כי "על פרסומות להיות מזוהות בצורה ברורה ככאלה", וכי תוכנן והצגתן יעוצבו כך שיתאפשר להבחין בינן לבין תכניות רגילות. החוק אף מגדיר מהו "מימון תכניות" (program sponsorship).³³⁶

לא הממונה על הגנת הצרכן הוא האחראי על ביצוע החוק ועל הסעיפים הקשורים לפרסום סמוי אלא מועצת הרדיו והטלוויזיה.³³⁷ מאחר שמקרים רבים יכולים להיחשב הן כהפרה של סעיף זיהוי הפרסום בחוק הצרכנות והן כהפרה של חוק הרדיו והטלוויזיה, הוחלט להקים ועדת תיאום בין הממונה על הגנת הצרכן לבין מועצת הרדיו והטלוויזיה, במטרה לקדם נושאים הנוגעים לשני החוקים הרלוונטיים.³³⁸

בהנחיות חדשות, שקודמו בעקבות הדירקטיבה האירופית החדשה, נקבעה חובת היועצות עם הממונה על הגנת הצרכן במקרים הנוגעים אליו.³³⁹ עם

332 ס' 27(3) לחוק דרכי השייוק הדני, לעיל ה"ש 325.

333 ס' 30(3) לחוק דרכי השייוק הדני, לעיל ה"ש 325.

334 שם.

335 Danish Radio and Television Broadcasting Act (Consolidated Act No. 827 of 26 August 2009) (להלן: חוק הטלוויזיה הדני).

336 ס' 80 לחוק הטלוויזיה הדני, שם.

337 ס' 44 חוק הטלוויזיה הדני, שם.

338 הנחיות הממונה הדני, לעיל ה"ש 327.

339 *The EU Audiovisual Media Services Directive and Its Transposition into National Law: A Comparative Study of the 27 Member States*: http://www.en.uni.lu/content/download/31259/371386/file/Denmark_translation.pdf, ראו סעיף 37(2) ל-Danish Executive Order on Programme Production Based on Registration and On-demand *Audiovisual Programme Services*, המופיע בתרגום אנגלי באתר אוניברסיטת לוקסמבורג, בחלק העוסק בצעדי היישום של *Audiovisual Media Services Directive*.

זאת, בעניינים הנוגעים לזיהוי הפרסום,³⁴⁰ לזיהוי של מימון תכניות³⁴¹ ולהצבת מוצרים³⁴² אין חובת היוועצות עם הממונה טרם קבלת החלטה מצד המועצה.³⁴³ בתחומים אחרים הממונה הדני לא היסס והתערב כשחשד בפעילות מטעה, בכלל זה באינטרנט. כך, בעניין פרסום סמוי בקולנוע הבהיר הממונה כי בכל מקרה של שיתופי פעולה מסחריים בסרטי קולנוע יש לצייןם בכתוביות הסיום. במקרה אחר פנה הממונה באזהרה אל חברה פרטית לאחר שזו הציעה לאמנים לכולל ביצירתם את מוצריה.³⁴⁴

340 שם, ס' 36.

341 שם, ס' 38.

342 שם, ס' 39.

343 שם, ס' 40.

344 ס' 5-8 להנחיות הממונה הדני, לעיל ה"ש 327.

פרק חמישי אסדרת פרסום סמוי: מבוא

א. שיקולים, מעגלי פגיעה ורציונלים לאסדרה

בפרקים הקודמים סקרנו את מעגלי הפגיעה המתעוררים עקב שימוש בפרקטיקת הפרסום הסמוי. הבחירה במעגל פגיעה מסוים כהצדקה הראשונית להגנת הצרכן מפני פרסום סמוי תשפיע גם על אופי הכלים שיעמדו לרשותו ועל אופי ההגבלות שיוטלו על ספקי התוכן. בקצה אחד של מרחב הפתרונות עומדת האפשרות להתיר את הפרקטיקה ללא כל חובות והגבלות, ובקצהו האחר – להטיל עליה איסור כולל.

אם ההצדקה הראשונית לאסדרת הפרסום הסמוי היא, למשל, החשש ממסחר יתר של המרחב הציבורי והיעדר ריאות ירוקות הנקיות מחדירת מותגים, יידרש שימוש בכלים רגולטוריים כבדים כגון איסור או הגבלה כלליים על עצם התופעה. בהתאמה, אם החשש הוא מפגיעה בשיח הציבורי, יש לאסור שילוב בתשלום של כל מוצר, מותג, מומחה או קונספט מסחרי אחר דווקא בתכנים של חדשות או של סדר יום. היום תפיסה זו באה לידי ביטוי במרחב הרגולטורי האירופי והישראלי. כך, בהוראות הדירקטיבה האירופית משתקפת תכלית ההגנה מפני השפעה מסחרית לא ראויה: אחד מעקרונות הדירקטיבה מגן על הציבור מפני הטעיה בעזרת החובה לסמן תכנים שיש בהם פרסום סמוי, ועיקרון אחר מבקש למנוע השפעת יתר של אינטרסים כלכליים על תעשיית התוכן ובכך משקף את רציונל ההגנה על עצמאות היצירה. עקרונות נוספים הבאים לידי ביטוי בדיקטיבה האירופית מבקשים למנוע מהמסדר לשכנע לרכוש מוצר או שירות ולהעניק בולטות מופרזת למוותגים. שני אלה משקפים תכלית קרובה – הגנה מפני השפעה מסחרית לא ראויה.

בדומה, כללי האתיקה בפרסומת של הרשות השנייה מורים כי גם במקרים של היעדר תמורה תותר פרסומת אגב רק אם הפרסום "איננו עובר את גבול

הסביר מבחינת מרכזיותו במשדרר".³⁴⁵ עמדה זו באה לידי ביטוי גם בפסיקה הישראלית. בפרשת מלניק, שבה נדון באופן תקדימי מקרה של פרסום סמוי בטלוויזיה, הציעה הרשות השנייה את מבחן הטבעיות, שלפיו "דבר הנראה טבעי" במכלול היצירה לא ייחשב לפרסום סמוי. מבחן זה משקף את רציונל ההגנה על מעגל היצירה בלבד. בית המשפט העליון, בדעת הרוב שכתב השופט יצחק זמיר, אימץ דווקא את מבחן התוצאה. לפי מבחן זה, פרסומת היא חשיפה של הצופה למוצר מסחרי או לשירות מסחרי באופן ובמידה שיש בהם כדי לתת עדיפות לאותו מוצר או לאותו שירות בעיני הצופה הסביר.³⁴⁶ משמע, רציונל ההגנה איננו מניעת הטעיה של הצופה-הצרכן אלא ההשפעה המסחרית עליו. אילולא כן אפשר היה לסבור כי תאומץ הגדרה צרה יותר כגון מבחן הטבעיות. העובדה שרציונלים אלה הם הבסיס לאסדרת הפרסום הסמוי בישראל אין משמעה שהם ההצדקה היחידה. הצדקה להתערבות אסדרתית יכולה כאמור לינוק את כוחה גם מהתפיסה שפרסום סמוי הוא הטעיה של צרכני המדיה, והמכשיר המתאים לטפל בכך הוא חובת גילוי כל אימת שיש שילוב של פרסום בתוכן. על גישה זו מתבססים דיני הגנת הצרכן, שלפיהם הרגולטור צריך להגן על ריבונות הצרכן מפני איומים אפשריים.³⁴⁷ בחירה בהצדקה היונקת את כוחה מדיני הצרכנות ומדיני ההטעיה תגביל מטבעה את האסדרה ליחסים שבין הצרכנים לגורם העסקי בלבד. כך למשל, אם קרן לקידום המיעוט הדרוזי תתמוך בתכנית טלוויזיה בתמורה להדגשת דמויות מהקהילה הדרוזית, מבחינה צרכנית אין מדובר בהטעיה, משום שאין אפשרות שהצופים – בתגובה להדגשה האמורה – יקנו מוצר או שירות של הקרן. לעומת זאת, הרציונלים של הגנה על השיח הציבורי – הפועלים למען שיח כן, אמין ושקוף – דווקא יכולים להצדיק חובות גילוי גם על פרסום סמוי של מסרים חברתיים.

גם בהסתמך על הרציונלים שהוזכרו לעיל אפשר להגיע לאסדרה חלשה יותר. אם, למשל, ההצדקה היא הגנה על השיח הציבורי והאותנטיות של היצירה

345 ס' 9(ד)3) לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994.

346 עניין מלניק, לעיל ה"ש 127.

347 אורנה דויטש, לעיל ה"ש 98, בעמ' 30.

התקשורתית, אין להתעלם מכך שאנו חיים בעולם מודרני שבו, במילותיו של בית המשפט, "מותגים שונים מוכרים בקהל עד כדי כך שאם לא ייעשה שימוש בהם ביצירה אמנותית תמצאנה היצירות חסרות"³⁴⁸. זו גם המגמה בעולם, כפי שהצגנו בפרקים הקודמים: אט-אט מוסדר השימוש בפרסום סמוי.

יתרה מזו: אם התפיסה היא כלכלית-שוקית במהותה, אין להתעלם מכך ששילוב פרסום בתוכן מספק מקור מימון לתעשיית התקשורת ומשמש רכיב שיווקי מרכזי במודל העסקי של כלכלת התקשורת. בתקופה שבה גופים ותיקים של העיתונות המודפסת נאבקים כדי לשרוד במציאות התקשורתית החדשה, שיתופי הפעולה המסחריים הם מודל עסקי לגיטימי הנושא פתרון אפשרי לבעיות המימון של גופי התוכן.³⁴⁹

ב. הצורך באסדרה חוצת פלטפורמות

את הדיון בשאלה מהי הצדקת היסוד להתערבות בפרקטיקת הפרסום הסמוי יש לקיים בצד התייחסות לשינויים הטכנולוגיים רחבי ההיקף של השנים האחרונות. להשקפתנו אי-אפשר להתייחס לשאלת הכלי הראוי לטיפול בתופעה בלי להתייחס לשיקולים מעשיים שיאפשרו את יישומו.

סוגיית הפרסום הסמוי היא דוגמה אחת לאתגרים הרבים העומדים לפני אסדרת המדיה בעידן הדיגיטלי. ההתפתחות ההדרגתית של הטכנולוגיה והאסדרה המדינתית שבאה בעקבותיה יצרו הבחנה שהיא לעתים שרירותית בין פלטפורמות מדיה.³⁵⁰ מעבר לכך, כפי שהורחב בפרקים הקודמים, תהליך ההתלכדות –

348 ת"צ 20330-06-09 המועצה הישראלית לצרכנות נ' הד ארצי בע"מ ואח' (להלן: עניין הד ארצי). (8.11.2011).

349 להרחבה ראו המקורות המופיעים בפרק "תיאור התופעה" בכלל ובה"ש 4 בפרט.

350 ההצדקה המרכזית להתערבות היא בעיקרה כלכלית – טיעון המשאב הציבורי המוגבל (Scarcity rationale), שמקורו בפסק הדין האמריקני *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969), ונעשה בו שימוש ברחבי העולם המערבי. לפי פסק הדין, הואיל ותדרים הם בגדר משאב ציבורי מוגבל יש הצדקה להתערבות המדינה בהקצאתם מתוך שמירה על טובת הציבור.

המתבטא ביכולת לצרוך כמה שירותים באמצעות מכשיר יחיד וכן בשימוש בשירות נתון בכמה מכשירים או פלטפורמות – נמצא היום בעיצומו. מסורתית, החקיקה הנוגעת לתוכן תקשורתי הייתה ספציפית למדיום המוסדר, התמקדה בעיקר בזכות לחופש ביטוי של אמצעי התקשורת ולהגבלות עליה ונטתה להתעלם מהיחסים המסחריים הישירים בין ספקי התוכן לקהלי היעד – לפחות בהקשר של התוכן המשודר עצמו. לכן, ברוב מדינות המערב לא הוחלו דיני הצרכנות על שוק המדיה, עקב חקיקה ספציפית יותר שהסדירה את השוק.³⁵¹

הואיל ויש שירותים זהים שמקצתם מפוקחים ומקצתם לא, תעשיית התוכן מתנהלת היום כמגרש משחקים עקום. אסדרת הפרסום הסמוי מתאפיינת בחוסר קוהרנטיות ותלויה בראש ובראשונה בזהות הגוף המשרד. כך לדוגמה, לפרסום סמוי זהה המשודר בעת ובעונה אחת מרקע הקולנוע, בערוץ המוזיקה של Hot ובשידורי קשת בערוץ 2 יש נפקות משפטית שונה בכל פלטפורמה ותגובות רגולטוריות שונות מגופי הפיקוח האחראיים. באותה מידה אסדרת הערוצים הטלוויזיוניים המסחריים בישראל (ערוץ 2 ו-10) אינה חלה על שידוריהם באינטרנט, גם אם הללו זהים לשידורים בלוויין, בכבלים או באמצעות הספקטרום האלקטרומגנטי; שירותי וידאו על פי דרישה, בין על ידי חברות הכבלים והלוויין, בין על ידי הערוצים המסחריים דרך פלטפורמה אינטרנטית ובין על ידי חברות אחרות – אינם מוסדרים כלל. עוד יש לזכור כי האכיפה תלויה לא רק באסדרה המשפטית של הפלטפורמה המשדרת אלא גם באפקטיביות של הגוף המפקח עליה.

המציאות המשתנה מאתגרת את התפיסות הקיימות וקוראת לבחון מחדש את ההסדרים הרגולטוריים. כאמור, אלה מבחינים שרירותית בין תכנים זהים המשודרים בפלטפורמות שונות, בדרך שנראית לא מוצדקת בשוק התקשורת בעידן של התלכדות בין שירותים, פלטפורמות ותכנים. לכן במודל המוצע יוסדר הפרסום הסמוי מתוך שמירה על עקרון הניטרליות של הפלטפורמה, כך

Natali Helberger, *The Beginnings of Audiovisual Consumer Law: Conceptual Growing Pains When Integrating the Consumer of Audiovisual Services into Media and Consumer Law* 3 SWEDISH EUROPEAN LAW JOURNAL 520 (2011) 351

שהמדיניות שתיקבע ביחס אליו תחול על כלל פלטפורמות המדיה. בתחומים מסוימים אסדרת תוכן רוחבית מתרחשת בישראל כבר היום. דוגמה לכך היא חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק המוחל על פלטפורמות תוכן רבות. נכון לשעת הפרסום של מחקר זה, הצעת חוק ממשלתית המרחיבה את היקף ההגבלה לכלל המדיה לא הבשילה לכלל חקיקה.³⁵²

352 הצעת חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק (תיקון מס' 7), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה התשע"ב 715.

פרק שישי

האסדרה המועדפת:

דיני הגנת הצרכן בפיקוח הרשות להגנת הצרכן

א. כללי

אנו סבורים כי הפתרון המידתי להתמודדות עם תופעת הפרסום הסמוי אינו איסור אלא גילוי; בצד חובת הגילוי הכללית ייקבעו איסורים ספציפיים על סוגים מסוימים של תכנים סמויים.

מדובר בפתרון ראוי וגם ישים, בהתאם לתכליות של אסדרת הפרסום הסמוי שבהן דנו בפרק הקודם; בהתאם למגבלות החוקתיות של מערכת המשפט הישראלית בעקבות הפגיעה החוקתית הצפויה בחופש הביטוי ובחופש העיסוק של הגורמים המעורבים; ובהתאם למגבלות הטכנולוגיות והמעשיות של תהליך ההתלכדות.

בראש ובראשונה, נקודת המוצא היא שאסדרה כוללת, עדכנית וחוצת פלטפורמות על הפרסום הסמוי דורשת חשיבה שאינה מתבססת אך ורק על האסדרה הכבדה והחודרנית המאפיינת את הטלוויזיה המסחרית בישראל.

ההצדקות המסורתיות לאסדרה חודרנית – בין במכסות שידור של סוגה עילית ובין באיסור גורף על פרסום סמוי – נחלשות ככל שעוברים מתחומי הטלוויזיה המסחרית אל המחוזות הפתוחים של האינטרנט. לעומת זאת, סכנות הפרסום הסמוי אורבות לצופה לא רק בתחומי המסך הקטן. שינויים אלה, שנסקרו בפרקים הקודמים, מחייבים התאמה של האסדרה.

לדעתנו הדרך המתאימה ביותר לטפל בתופעת הפרסום הסמוי היא בעזרת דיני הגנת הצרכן. בניגוד לאסדרת התקשורת, המבוססת על הבחנה רגולטורית בין פלטפורמות, העקרונות של דיני הצרכנות רלוונטיים בכל סוגי המדיה – מרקע הקולנוע, מסך הטלוויזיה, האינטרנט או הנייר. אנו בדעה שלנוכח הצורך הבולט באסדרה רוחבית של הפרסום הסמוי, דיני הצרכנות בכלל ודיני ההטעיה בפרט הם הדרך הטובה ביותר: עקרונותיהם חלים על כלל אמצעי המדיה והכלים ליישומם כבר בחזקתנו.

צרכנות היא תופעה חברתית רחבה שאי-אפשר להגדירה כרכישת מוצרים בלבד.³⁵³ צריכת מדיה, שהיא מופע אחד מני רבים של צרכנות, נהפכה בעשורים האחרונים לחלק בלתי נפרד מההוויה האנושית והתרבותית. סקר שפרסמה חברת גוגל בשנת 2012 הראה שהישראלים מבלים בממוצע תשע שעות ועשרים דקות ביום בצריכת מדיה.³⁵⁴ מטבע הדברים, השתתפות פעילה בשוקי התוכן מצריכה אמון הדדי. המוני הצרכנים לא ישתתפו בעולם התוכן המקומי אם הוא לא יהיה בטוח ואמין ואם לא יענה על ציפיותיהם; העוסקים בעולם התוכן מצדם לא ייכנסו לתחום ללא ודאות כלשהי שהדבר ישתלם להם כלכלית.

כדי לגשר בין הצדדים נכנסים לתמונה דיני הגנת הצרכן, היכולים לענות על הצרכים המיוחדים של צרכנים בשוק בצד ההכרה שהם מתנהלים בשוק חופשי. דיני הגנת הצרכן הם תחום מוכר וחשוב במשפט הישראלי ובמרכזם חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. תחולתו של החוק רחבה ונוגעת לכל מערכות היחסים הקשורות בתהליך הצריכה הפרטית של תושבי המדינה. בפסיקה נקבע כי החוק חל גם על מרחבי האינטרנט.³⁵⁵ דיני הצרכנות המסורתיים מושתתים על שלושה רכיבים עקרוניים: גילוי, שוויון והגנות.³⁵⁶ האינטרס הציבורי שמאחורי דינים אלה טמון בהכרה שחוקי הגנת הצרכן הנאכפים יעילות מאפשרים לצרכנים קבלת החלטות מושכלת, המובילה להקצאה נכונה ויעילה של משאבי המשק.³⁵⁷

כאמור, המודל המוצע במחקר מדיניות זה מבוסס על עקרון הגילוי. על פי עיקרון זה יש לגלות לצרכן המדיה על שיתוף הפעולה המסחרי. הסיבה לכך היא שיש בכוח הידיעה שמדובר בפרסומת כדי לשנות משמעותית את מכלול המידע שעל בסיסו יקבל הצופה החלטה צרכנית: "בהינתן מידע מלא והוגן,

353 אורנה דויטש, לעיל ה"ש 98, בעמ' 22.

354 מיה אפשטיין "בשעות הפריים טיים, הישראלים גולשים באינטרנט" TheMarker, דיגיטל (9.1.2012).

355 תק (י"ם) 2385/07 חבר אבשלום נ' חב' "סופסטייל" (פורסם בנוב, 20.11.2007).

356 אורנה דויטש, לעיל ה"ש 98, בעמ' 24.

357 הצוות הבינמשרדי לגיבוש דרכי אכיפה של חוק הגנת הצרכן והסחר ההוגן, דין וחשבון (7.6.2007) (להלן: דוח שטרום).

יוכל הצרכן לכלכל את דרכיו ולהתקשר בעסקה מטיבה ורצויה".³⁵⁸ בהקשר זה גילוי המידע נתפס כמוצר בפני עצמו, שכוחות השוק החופשי לא יביאו לייצור בכמות האופטימלית – ולכן דרושה התערבות המחוקק.³⁵⁹

אסדרה של גילוי נחשבת להתערבות מדינתית לא חודרנית יחסית, ובדרך כלל היא ממוקדת במניעת הפצה של מידע מטעה לצרכן ובהטלה של חובות גילוי אקטיביות על יצרנים ועל ספקי שירותים בנוגע למוצר או לשירות. אלו הם דיני ההטעיה הצרכניים.³⁶⁰ מודל הגילוי רווח במיוחד בתחום של שוק ההון, שבו מוטלות על חברות ציבוריות חובות גילוי למיניהן, ובתחומי המזון והתרופות, שבהם מחויבים היצרנים לגלות מידע לצרכן.³⁶¹

הגילוי שהתוכן הנצרך כולל פרסום סמוי נועד לתת בידי הצופים כלים אפקטיביים כדי להגביר את היכולת שלהם להבחין במסר הפרסומי ובכוונת השכנוע שמאחוריו. ההסבר לכך מבוסס על תאוריית החשיפה המכוונת (intentional exposure theory), הקובעת כי הצופה נחשף למדיה כדי לצפות בתכנים יצירתיים ולא בפרסומות. אי לכך במהלך צפייה בתכנית הכוללת פרסום סמוי הערכתו כלפי המותגים שיופיעו בה עשויה להיות חיובית יותר בהשוואה לחשיפתו לאותם מותגים בפרסומות גלויות בהפסקת הפרסומות.³⁶²

אסדרה זו מבוססת על רעיון הריבונות הצרכנית, המחייב את המדינה לאפשר לצרכן לפעול לפי העדפותיו וכאשר יש בידי המידע הרב ביותר – והלגיטימציה הרבה ביותר – לפעול כך. לפיכך התערבות המדינה היא רק

358 ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787 (2002).

359 לאה פרסמן-יוזפוב "חובת הגילוי של חברות נסחרות בעידן אוטוסטרדת המידע" משפטים ועסקים ה 411 (2006).

360 שרון ידין וטלי תאני-הררי "רגולציה ממשלית במשדרי טלוויזיה: הורים וילדים בסביבה התקשורתית החדשה" מסגרות מדיה 11 (עתיד להתפרסם ב-2014) (להלן: ידין ותאני-הררי).

361 Omri Ben-Shahar & Carl Schneider, *The Failure of Mandated Disclosure*, UNIVERSITY OF CHICAGO LAW & ECONOMICS: OLIN WORKING PAPER No. 516 (2010) (להלן: Ben-Shahar & Schneider).

362 Gupta & Lord, "לעיל" ה"ש 104; Eva van Reijmersdal, Peter Neijens, & Edith Smit, *Readers' Reactions to Mixtures of Advertising and Editorial Content in Magazines* 27 (2) JOURNAL OF CURRENT ISSUES AND RESEARCH IN ADVERTISING 39 (2005)

במתן כלים להעצמה של ידע זה ובמניעת הטעייתו.³⁶³ בספרות רווחת הדעה שאף בהתערבות זו יש משום פטרנליזם, משום שהמדינה מכוונת צרכנים לבחור באפשרות ה"רצויה" מבחינתה.³⁶⁴ לפי השקפה זו, סימון תוכן ככולל שיתוף פעולה מסחרי הוא הדרך של המדינה לאותת לאזרחים כי האפשרות המועילה להם ביותר היא להימנע מתכנים אלה, או לכל הפחות להיות ספקניים וביקורתיים כלפיהם.

בישראל החיבור בין הסוגיה הכללית של הגנת הצרכן והטעיה בפרסום לבין הנושא הנקודתי של פרסום סמוי מתקיים הלכה למעשה. חיבור זה בא לידי ביטוי מפורש בחוק הגנת הצרכן, המבהיר כי "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תוכנה איננו מטעה".³⁶⁵ הוראות החוק כוללות כבר היום הגדרה לפרסום סמוי: "פרסום שמומן או שנתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום או כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור".³⁶⁶ החוק מתבסס על התפיסה שלפיה הידיעה שתוכן הוא פרסומת היא פרמטר שסביר שישפיע על ההתנהגות או על ההחלטה של הצרכן בנוגע למוצר או לשירות שאותו תוכן פרסומי מקדם.³⁶⁷

כמו שאר דיני הנזיקין, דיני הטעיה מבוססים על ההתנהגות וההבנה של "האדם הסביר". כך, דבר שנתפס כהטעיה לפני עשור יכול להיחשב לנורמה היום. כבר לפני כמה עשורים הבין האדם הסביר ששלט חסות במגרש כדורסל הוא סוג נוסף של פרסומת – ועם הזמן הוא עתיד להתרגל לרעיון שכאשר השחקן הראשי בסדרת הטלוויזיה שותה משקה קל, או כשמרואיין בעיתון משבח את מכוון הכושר, מדובר למעשה בפרסומת. במקרים אלה הפרסום הסמוי כלל לא

363 ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ תרמוקיר, לעיל ה"ש 92: "אדם מן הציבור מוגבל מאוד באפשרויות לברר את אמינות הפרסומת. כדי למנוע הטעיה בפרסומת נדרשת מעורבות שלטונית".

364 ירין ותאני-הררי, לעיל ה"ש 360.

365 ס' 7(ג)1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

366 ס' 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

367 עניין הד ארצי, לעיל ה"ש 348.

יהיה פסול לפי רציונל ההטעיה.³⁶⁸ עמדה זו באה לידי ביטוי גם בהחלטת בית המשפט המחוזי משנת 2011 בעניין הד ארצי לדחות בקשה לאישור תובענה ייצוגית במסגרת עילת ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן: הנימוק להחלטה היה שהמוצרים של החברות אסם ושטראוס הוצגו בקלטות ילדים של הד ארצי בצורה שבה אדם סביר דווקא יכול להבין כי מדובר בפרסומת.³⁶⁹ עם זאת, האפשרויות של האדם הסביר לברר את אמינות הפרסומת ואת טבעה הן עדיין מוגבלות מאוד – וכדי למנוע את הטעייתו נדרשת מעורבות אסדרתית.³⁷⁰

מכאן המלצתנו לתקן את ההסדרים החקיקתיים ולבצע את הרפורמות הנדרשות כדי שהפרסום הסמוי בכלל אמצעי המדיה יועבר לפיקוח של הרשות להגנת הצרכן באמצעות דיני ההטעיה. אסדרת התחום תהיה בדרך של הטלת חובות גילוי על הפרסום הסמוי בצד הטלת מגבלות על סוגי פרסום ספציפיים. מכניזם של שקיפות מסוג זה יחייב ליידע את הציבור שהתוכן הנצרך הוא פרי של שיתוף פעולה סמוי עם גורם מסחרי. בהקשר הכללי של תוכן פרסומי – בקולנוע, בטאבלט או בטלוויזיה – אנו מאמינים במילותיו של השופט האמריקני לואיס ברנדייס ש"אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר".³⁷¹

הפתרונות המוצעים לפי המודל ידרשו הקצאת משאבים וסמכות לאכיפתם. עם זאת, לדעתנו, שצעדים אלו לא רק אפשריים. הם נדרשים מכורח המציאות.

ב. הגדרת פרסום סמוי: האם נדרשת תמורה?

כדי להציע מודל לאסדרה של פרסום סמוי וכדי להבהיר את גבולותיו ואת תחומיו יש להגדיר מהו פרסום סמוי. אבן הבוחן שאומצה בפסיקה הישראלית נקבעה בשנת 1998 בפרשת מלניק, בהקשר של השידורים בערוץ 2 שבאחריות הרשות השנייה. בפרשה זו אימץ בית המשפט את מבחן התוצאה הבוחן את השידור מנקודת המבט של הצופה. לפי מבחן זה, פרסומת היא "חשיפה של

368 Goodman, לעיל ה"ש 75, בעמ' 112.

369 עניין הד ארצי, לעיל ה"ש 348.

370 בג"ץ תרמוקיר, לעיל ה"ש 92.

371 LOUIS D. BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW THE BANKERS USE IT (New York: Cosimo, 2009)

הצופה למוצר מסחרי או לשירות מסחרי באופן ובמידה שיש בהם כדי לתת עדיפות לאותו מוצר או לאותו שירות בעיני הצופה הסביר".³⁷² מנקודת מבט זו, הפגיעה בציבור היא בעצם החשיפה למוצר והיא מנותקת מהשאלות אם הגורם המסחרי העביר כסף ליוצר ואם הדבר היה ידוע לצופה. כאמור, עמדה זו משקפת את רציונל ההגנה מפני אינטרסים מסחריים ולא את עקרון ההטעיה.

להבריל מקביעת בית המשפט בפרשת מלניק, הדירקטיבה האירופית מגדירה פרסום סמוי (product placement) כך: "כל צורה של תקשורת פרסומית אודיו-ויזואלית הכוללת או מזכירה מוצר, שירות או סמל מסחרי, המופיעה בתכנית בעקבות תשלום או תמורה דומה".³⁷³ מוצר או שירות המסופקים לתכנית ללא תמורה או תשלום אינם נחשבים פרסום סמוי אם אין להם "ערך משמעותי" – אולם מושג זה אינו מוגדר בדירקטיבה כשלעצמו.

המצב בארצות הברית שונה: רגולטור התקשורת הפדרלי (FCC) לא הגדיר פרסום סמוי, אך הבהיר כי יש לגלות לצופה על כל מקרה של העברת תמורה לספק התוכן.³⁷⁴ בה בעת, במסגרת האסדרה של רשות הסחר הפדרלית הצבת המוצרים כשלעצמה כלל לא נחשבת לפרסום סמוי המחייב גילוי. ההגדרה היחידה לפרסום סמוי עוסקת בקשר המהותי (material connection) בין הממליץ-המציג לעוסק (seller),³⁷⁵ ולפיה "כאשר מתקיים קשר בין הממליץ והעוסק של המוצר המוצג, שעלול להשפיע באופן מהותי על המשקל או המהימנות של ההמלצה (כלומר, הקשר אינו צפוי באופן סביר על ידי הקהל), יש לגלותו".³⁷⁶

372 עניין מלניק, לעיל ה"ש 127.

373 סעיף 1(m) לדירקטיבה האירופית: "Any form of audiovisual commercial communication consisting of the inclusion of or reference to a product, a service or the trade mark thereof so that it is featured within a programme, in return for payment or for similar consideration"

374 47 USC 317

375 16 CFR 255.5

376 שם: "When there exists a connection between the endorser and the seller of the advertised product that might materially affect the weight or credibility of the endorsement (i.e., the connection is not reasonably expected by the audience), such connection must be fully disclosed"

בדיני הצרכנות הישראליים חוק הגנת הצרכן כבר כולל הגדרה לפרסום סמוי, המבוססת על הזהות של הגוף התומך: "פרסום שמומן או שנתמך בידי גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום, או שהמפרסם קיבל בעדו, מראש או בדיעבד, תשלום או כל טובת הנאה אחרת, או התחייבות לקבלם מאת גורם מסחרי כאמור".³⁷⁷ הגדרה זו מצטרפת להגדרה הנוספת בחוק, שלפיה "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה".³⁷⁸

בשונה מהעמדה העקרונית שהובעה בפרשת מלניק, ובשונה מהעמדות המשתקפות באסדרת הטלוויזיה בישראל, אנו סבורים כי ההגדרה והאסדרה של פרסום סמוי צריכות להתבסס על העברת תמורה. לדעתנו, הפגיעה המשמעותית שבפרסום הסמוי איננה בעצם הצגת המותגים אלא בהסתרת המניע להכללתם. כל עוד מדובר בבחירה של היוצר להשתמש במותגים הצופה יכול לראות בכך חלק אותנטי מהיצירה ולהתייחס אליה בהתאם; במקרה זה של היעדר תמורה כלל לא מתעורר חשד להטעיית הצרכן.

לעומת זאת הסכנה לשיח הציבורי טמונה בתמורה שהגורם המסחרי נותן ליוצר, המטה את רצונותיו האמנותיים ומייצרת זיהום של השיח מנקודת הראות של הצופה. בהיעדר גילוי החשש הוא שהצופה יגיע למצב שבו הוא באופן אוטומטי מגלה ספקנות לגבי האותנטיות של היצירה וחושד שהיא נגועה בשיקולים מסחריים זרים. ואולם אם חובת הגילוי תקום גם במקרה של היעדר תמורה אנו צפויים לאינפלציה של דרישות גילוי, כלומר גם במקרים שבהם לא נעשה כל מאמץ שיווקי. אינפלציה זו עלולה לצנן את האפקטיביות שבאסדרת הפרסום הסמוי, משום שהצרכן לא יוכל להבחין בין מצב שבו היוצר בחר לכלול ביצירתו מותג לבין מצבים שבהם ההעדפות של היוצר עוותו על ידי גורמים מסחריים שסיפקו לו מוצר חינם או שילמו לו בפועל כדי שיכלול ביצירתו פן שיווקי.

יש להתייחס גם לאופן שבו ישפיע הכלל המשפטי העתידי על התנהלות הצדדים. אנו סבורים כי דרישת התמורה תשפיע על ההעדפות של יוצרי התוכן. ראשית, ציבור הצרכנים נפגע מהסתרת המניע הנסתר של היוצרים לכלול מוצר

377 ס' 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

378 ס' 7(ג)1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

ביצירתם. שנית, הצופים יירתעו מצפייה ביצירה המסומנת ככוללת פירות של שיתופי פעולה מסחריים. לכן, במצב שבו נדרוש גילוי על כל שימוש במותג יתקיים מחד גיסא תמריץ שלילי ליוצרים להציגם, ומאידך גיסא – בהתקיים העדפה חזקה מצד היוצרים להציג את המוצרים – הדבר יעוות את העדפותיהם לכיוון שיתופי פעולה מסחריים (שכן היצירה תסומן הן במקרה של הצבת מוצר שנבחר משיקולים אמנותיים והן במקרה של שיתוף פעולה מסחרי). אם נצרף לכך את החשש הקודם – שהצופה לא יוכל להבחין בין תמורה להיעדר תמורה משום ששניהם יסומנו – התוצאה תהיה שמספר רב יותר של יוצרים ישתמשו בכספי מפרסמים, השיח יזדהם והצופים לא יוכלו לדעת שזהו המצב.

לעומת זאת לדרישת גילוי רק במקרה של תמורה יהיו תוצאות אחרות. דרישה זו לא תשפיע על העדפות היוצר להשתמש במותגים ביצירתו מחד גיסא, אך תהווה תמריץ שלילי להיעזר בגורמים מסחריים ביצירתו מאידך גיסא. דרישה זו מפחיתה הן את החשש לפגיעה בשיח הציבורי והן את החשש להטעיית הצופה. כמו כן, הדרישה משתקפת כבר היום בהגדרת הפרסום הסמוי בחוק הגנת הצרכן. בשל כל אלה מוצע כי אסדרת הפרסום הסמוי תבוסס על ההגדרה שבחוק זה.

ג. הגדרת פרסום סמוי: פרסום סמוי מסחרי בלבד

כאמור, השפעה זרה אינה חייבת להיות בהכרח בהקשר של מוצר מסחרי והיא יכולה להתבטא בקידום ערכים או סדר יום חברתי. כאלה היו ההדגשה של ערכי משפחה בחסות חברת תנובה בתכנית "סופר נגי"; קידום יחסים בין חילונים לדתיים במימון קרן אבי חי בתכניות מציאות כמו "סוף הדרך" ובדרמות כמו "מעורב ירושלמי", "סרוגים" או "שטיסל"; ובמקרים נוספים כמו נייר עמדה שנתמך על ידי חברת טבק.³⁷⁹

עם זאת, ההגדרה שבחוק הגנת הצרכן מדברת על "פרסום" ועל "גורם מסחרי הקשור לנושא הפרסום". על פי הגדרה זו, הטמעת ערכים או סדר יום על

Jamie Doward, *Health Groups Dismayed by News "Big Tobacco" Funded* 379 *Rightwing Thinktanks*, THE GUARDIAN, THE OBSERVER BLOG (June 1, 2013)

ידי גורמים לא מסחריים³⁸⁰ לא תיחשב פרסום סמוי ככל שהדבר נוגע לאסדרה המוצעת.

לדעתנו זו תוצאה ראויה מכמה סיבות. ראשית, חובת גילוי בהיקף זה או אחר כבר מוטלת על גופים בעלי חובות אמון מוגברות כלפי הציבור כגון רשויות ציבוריות,³⁸¹ חברות ציבוריות³⁸² וגופים המספקים שירותים מסחריים לצרכנים.³⁸³ אם תורחב חובת גילוי היא תתפקד למעשה כמעין "חובת גילוי נאות טוטלית" – לא רק באשר לניסיונות סמויים לקדם מוצרים אלא גם באשר לכל מניע המביא כל אדם להתבטא.

זאת ועוד: עקרונית, הטלה של חובת גילוי על כל מקרה של קבלת תמורה עבור פרסום עומדת בסתירה חזיתית לבסיס המסחרי של דיני הצרכנות בארץ ובעולם. הדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בארצות הברית, שבה האסדרה של רשות הסחר מוגבלת לשיתופי פעולה עם גורמים מסחריים.³⁸⁴

נוסף על החשש שאנשים יחששו לפצות את פיהם, להטלה של חובת גילוי עלולות להיות השלכות רחבות מדי ולא רצויות על השיח הציבורי עצמו. הדבר עלול לדכא מימון על ידי עמותות וקרנות – שבימים כתיקונם עשוי לשמש כוח תומך ומשלים ליצירת פלורליזם בתוך השיח הציבורי. יתר על כן: הרחבת ההגדרה גם למקרים כגון אלה תבלבל את הצופים-צרכנים.

עם זאת, יש להכיר בכך שפרסום סמוי חברתי או פוליטי טומן בחובו סכנה פוטנציאלית גדולה לשיח הציבורי – לא פחות מזו הטמונה בפרסום סמוי מסחרי, שבו "בעל המאה הוא בעל הדעה". מתן מענה מלא וחוצה פלטפורמות לתופעות של פרסום סמוי חברתי או פוליטי חורג מהגבולות של מחקר מדיניות זה, אבל אפשר לחשוב על כמה כיווני פעולה אפשריים. ככלל – התרה מלאה של פרסום חברתי. עם זאת, ככל שמדובר בפרסום סמוי מצד גורמים בעלי חובות אמון

380 קובי בן-שמחון "השותף הסמוי בערוץ 2" הארץ (21.3.2006).

381 ראו למשל חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

382 חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

383 ראו למשל תקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות), התשס"ג-2003, בעניין סוכני נסיעות.

384 ראו 16 CFR § 255.5: "A connection between the endorser and the seller" (ההדגשות במקור).

מוגברות כלפי הציבור, אפשר להטיל עליהם גילוי בדרכים אחרות. כך, למשל, ראוי לאסור על פרסום סמוי חברתי במסגרת יצרני התוכן הציבוריים דוגמת הערוץ הראשון. בה בעת ראוי להטיל הגבלה על פרסום ממשלתי או מפלגתי סמוי בכלל אמצעי המדיה, ולעשות זאת באמצעות תיקון לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959. כלים אלו, במשולב עם אכיפה מצד הרשות להגנת הצרכן, יוכלו להגשים את מטרות האסדרה. נעיר כי בתקופת המעבר יש להחיל הסדר ספציפי על פלטפורמת הטלוויזיה, כמפורט בהמשך.

ד. מודל הגילוי: חובת סימון של תכנים הכוללים פרסום סמוי

סימון של תכנים הכוללים פרסום סמוי נועד להגדיל את האפשרות של הצופים להבחין בכך שמדובר במסר פרסומי ובכוונת השכנוע שבו. לכן במודל המוצע אנו ממליצים כי כל מקרה של פרסום סמוי, לפי הגדרתו לעיל, ילווה בגילוי נאות לצרכן התוכן.

בדומה לפתרונות רגולטוריים אחרים, ההצלחה של משטר הגילוי של הפרסום הסמוי מותנית בתנאים במישור הרגולטורי, במישור הצרכנים ובמישור הגופים – גופים שלטוניים או גופים מתוך תעשיית התקשורת והתוכן שיהיו אחראים על סיווג התכנים.³⁸⁵

אשר למישור הראשון, גם אם הפרסום הסמוי דורש התערבות רגולטורית וגילוי הוא הדרך הטובה ביותר לטפל בתופעה, יש להכריע בדבר היקף הגילוי וטיב הגילוי שיש לאכוף. אשר למישור הצרכנים, האתגר בעיצוב של משטר גילוי על פרסום סמוי הוא פיתוח מערכת שתספק את כל המידע ההכרחי לציבור הצרכנים בלי להציף אותו בכמות גדולה מדי של מידע, העלולה לסכל את מטרות הגילוי. אשר לגופים המסווגים, יש חשיבות גדולה בכך שהם יוכלו לגלות את המידע לצרכנים בעצמם, כדי למנוע מצב שבו הרגולטור צריך לעסוק באכיפה אינטנסיבית כדי להטמיע את הנורמה בתעשייה.

385 Ben-Shahar & Schneider, לעיל ה"ש 361.

(1) סיווג וסימון של משדרים

דוגמה אחת למשטר גילוי – קרובה למדי למודל המוצע במחקר מדיניות זה ומתקיימת בשוק הטלוויזיה בישראל זה כעשור – היא מערכת לסיווג ולסימון של המשדרים. סכמת סיווג או מערכת לסיווג צפייה היא מערכת לסיווג תכנים (תכניות טלוויזיה, סרטים או משחקי וידאו) על פי מידת ההתאמה של תוכנם לילדים ולנוער; מטרת המערכת היא לסייע לקהלים אלה ולהוריהם לצרוך תכנים הולמים ולא פוגעניים.

בארצות הברית מערכת סיווג כזו מונהגת בקולנוע ובטלוויזיה במתכונת של אסדרה עצמית לא מחייבת, שבה התעשייה עצמה מסווגת ומסמנת את תכניה.³⁸⁶ בישראל מערכת זו מונהגת על ידי אסדרה מדינתית המורה לגופים המשדרים איך לסווג ולסמן את התכניות ואוכפת את הסדרה בהתאם.³⁸⁷

שתי שיטות מקובלות בעולם לסיווג משדרים: סיווג הערכתי, המאותת לאיזה סוג קהל התוכן הנצרך מתאים, וסיווג תיאורי, המספק מידע ניטרלי על מאפייני התכנית מתוך הימנעות מהמלצה באשר לסוג הקהל המתאים לו. למרות הביקורות על הסיווג ההערכתי,³⁸⁸ השימוש בו נפוץ ברוב מדינות העולם ובכללן ישראל. הסיבה לכך נעוצה בקושי לתכנן מערכת לסיווג תיאורי שתהיה נהירה ופשוטה עבור כלל תוכני המדיה.³⁸⁹

אשר לסרטי קולנוע, המועצה לביקורת סרטים, שבתחום סמכותו של משרד התרבות והספורט,³⁹⁰ אחראית בישראל על סיווג סרטים לאחת

386 סיווג התכנים נעשה במתכונת של אסדרה עצמית. בתחום הקולנוע על ידי The Motion Picture Association of America. ראו www.mpa.org; בתחום הטלוויזיה הנושא מוסדר באמצעות TV Parental Guidelines. ראו www.tvguidelines.org/ratings.htm.

387 דיין ותאני-הררי, לעיל ה"ש 360.

388 כך, ממחקרים שנערכו בארצות הברית עולה כי האמינות של מערכת הסיווג ההערכתי נמוכה למדי. ראו אתי וייסבלאי הגנה על ילדים ובני-נוער מפני צפייה בשידורי טלוויזיה שאינם מתאימים לבני גילם (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 19.5.2009). (להלן: וייסבלאי).

389 נועה אלפנט סקירת מחלקת המידע בנושא סיווג וסימון שידורים (הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, 1.5.2003).

390 על המועצה לביקורת סרטים ומחזות ראו באתר האינטרנט של משרד התרבות והספורט.

מהקטגוריות הבאות: הותר לכול, הותר מגיל 12, הותר מגיל 14, הותר מגיל 16, הותר מגיל 18.³⁹¹

אשר לתכניות טלוויזיה חל על הגופים המשרדים בישראל חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001 (להלן: חוק סיווג וסימון). לפי סעיף 2 לחוק זה, "מישרד טלוויזיה המשודר בישראל, הכולל ביטויים חזותיים, מילוליים או קוליים של אלימות, של מין או של אכזריות, או שקיים חשש סביר כי הוא עלול לעודד עבריינות או שימוש בסמים מסוכנים, יישא סימן [...] המצביע כי המישרד אינו ראוי לצפייה לבני גיל מסוים ומטה". להבדיל מסכמת הסיווג בקולנוע, ההבחנה בשידורי הטלוויזיה היא בין שלוש קבוצות גיל בלבד: 8 ומעלה, 14 ומעלה ו-18 ומעלה.³⁹² המטרה העיקרית של מערכת הסיווג הקבועה בחוק סיווג וסימון היא לספק להורים מידע כדי שיוכלו לשלוט טוב יותר בתכנים שאליהם ילדיהם נחשפים;³⁹³ המטרה אינה לשמש צנזורה או הכתבה של טעם טוב אלא לספק מידע אובייקטיבי. מערכת זו למעשה חושפת את דמותה של התכנית ומותירה בידי ההורה את הבחירה אם להשתמש במידע זה וכיצד להשתמש בו.³⁹⁴ האחריות על אכיפת החוק מבוזרת בין כמה גורמים, החל בשר הממונה על רשות השידור וכלה במועצת הכבלים והלוויין והרשות השנייה. הגופים מפעילים מנגנונים לפיקוח על התכניות המשודרות בפלטפורמות שעליהן הם אמונים וממנים נציגי קבילות ציבור, המטפלים בתלונות הצופים על התכנים.³⁹⁵ אמנם החוק בישראל מטיל את האחריות לסימון ולפיקוח על הרגולטורים הייעודיים, אך בפועל הגופים המשרדים הם שמסווגים את התכנים;³⁹⁶ אי-עמידה

391 ראו דוגמה באתר האינטרנט של משרד התרבות והספורט, בקישור של המועצה לביקורת סרטים "הגבלת גיל (סיווג) סרטים".

392 ס' 2(א) לחוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001; תקנה 1 לתוספת לתקנות סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"ג-2002.

393 וייסבלאי, לעיל ה"ש 388.

394 ידין ותאני-הררי, לעיל ה"ש 360.

395 וייסבלאי, לעיל ה"ש 388.

396 שם.

בהוראות החוק היא עברה פלילית שדינה קנס,³⁹⁷ אך מאז נכנס החוק לתוקף לא נעשה שימוש בסמכות זו.³⁹⁸

בהתאם לחוק ולתקנות שבאו בעקבותיו יש להציג את סיווג הצפייה בבירור בחלק העליון של המסך. הצגתו זמנית בלבד: במשך 30 שניות בתחילת המשדר ולאחר כל 30 דקות של אותה תכנית, וכן במשך עשר שניות לאחר כל חזרה מהפסקה. כמו כן יש לפרסם את סיווגי הצפייה של המשדרים גם במדריכי השידורים.³⁹⁹ חובת סימון זו אינה כוללת משרדי חדשות, שידורים חיים שאין בהם אפשרות סבירה לדעת מראש שהם טעונים סיווג, משרדי חוץ – שידורים ערוצים זרים שנקלטים בישראל אך אינם מיועדים לציבור בישראל – ושידורים בשעות שבין אחת בלילה לשש בבוקר.

החוק מטיל הגבלות על שידור של פרסומות וקדימונים: שידורים העלולים לעורר עבריינות או שימוש בסמים מסוכנים אסורים כליל לשידור בטלוויזיה, ושידורים הנתונים במחלוקת – כגון שידורים שיש בהם ביטויים של אלימות או של מין – מוגבלים בשעות השידור שלהם.⁴⁰⁰

לאחריות הספציפית של הרגולטורים נוספו הסדרים נקודתיים. פירוט על הסדרים אלה חורג מגבולות מחקר זה, אך באופן כללי נציין כי גופי הפיקוח קבעו, בין היתר, כללים בעניין זמני שידור של תכנים למבוגרים. כך למשל, בכללי הזיכיון של הרשות השנייה נקבע כי תכנית המסווגת ככזו שאיננה ראויה לצפייה מתחת לגיל 18 לא תשודר לפני חצות.⁴⁰¹

נתונים שאסף מרכז המחקר והמידע של הכנסת חושפים פער בין מספר ההפרות של החוק שדווחו על ידי גופי הפיקוח לבין ההיקף הגדול של תלונות הציבור בעניין זה (בשנת 2011, למשל, הוגשו 12,336 תלונות, מתוכן 42.2% בלבד נתפסו כמוצדקות). נתון זה יכול להצביע על שוני בין תפיסת הרגולטור לבין תפיסת הציבור בדבר תוכן המתאים לצפיית ילדים.⁴⁰²

397 ס' 5 לחוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001.

398 וייסבלאי, לעיל ה"ש 388.

399 תקנות סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"ג-2002.

400 ס' 4 לחוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001.

401 וייסבלאי, לעיל ה"ש 388.

402 שם.

על מערכות לסיווג ולסימון משרדים, בכלל זה על זו הנהוגה בארץ, נמתחה ביקורת. ראשית התברר כי בהשוואה לעשור הקודם התכנים המשודרים היום כוללים – במידה ניכרת – יותר אלימות ואופי מיני, ובכל זאת לא נרשמה עלייה בשיעורי התכנים המסווגים כפוגעניים. שנית, העובדה שיש כמה סכמות סיווג פועלת לרעת הצרכנים שאינם בקיאים בהן; כך למשל, רמות הסיווג בטלוויזיה אינן תואמת את אלה הנהוגות בקולנוע.⁴⁰³ לפיכך נטען שיש צורך במערכת דירוג אחידה יותר ואמינה לכל סוגי המדיה.

(2) סכמת סיווג חוצת פלטפורמות

אם כן, כאמור, העובדה שיש כמה סכמות סיווג המונהגות על ידי כמה גופים עבור סוגים שונים של תכנים יוצרת בעיות. ראשית, היא מקשה על צרכנים לנווט בין התכנים. שנית, היא עלולה להקשות על החברות המספקות שירותי תוכן וצריכות לנווט בין הסכמות, ולעתים אף להגיש את התכנים שלהן תחת כמה סכמות – צעד המייקר עלויות. שלישית, מכשירים ותוכנות להגבלת גישה לתכנים פוגעניים ייעשו יעילים בהרבה אם תהיה סכמת סיווג אחידה, מוטמעת ובת אכיפה.

לאור האמור לעיל, אנו סבורים כי סימון הפרסום הסמוי צריך להיעשות על פי סכמת סיווג אחידה ככל האפשר, שתונהג על ידי גוף אחד – הרשות להגנת הצרכן – ותחול ללא קשר לפלטפורמה הטכנולוגית שבה התוכן מונגש לציבור. במציאות שבה אזרחים מוצפים בתכנים רבים ממקורות רבים וצריכה של תוכני מדיה היא חלק מרכזי בחיים, יש צורך במערכת אחידה, קלה ללמידה ושימוש, שתוכל לעזור לאזרחים לצרוך את התוכן שהם רוצים. שימוש בסכמה יחידה, או לכל הפחות במספר קטן של סכמות כאלו, יקל על שירותי התוכן מבחינה כלכלית, יעזור לאזרחים להתנהל מול תוכן המשודר בפלטפורמות ישראליות וזרות ויאפשר לצרכנים להגביל ביתר קלות את הגישה לתכנים מסוימים באמצעים דיגיטליים.

מעבר לכך, יש לתמוך בסימון הפרסום הסמוי בכלל הפלטפורמות באמצעות מיסוד השימוש בכלים לסינון תכנים. מכשירים או תוכנות אלה מאפשרים את חסימת הגישה לתכנים, לאפליקציות או לאתרי אינטרנט פוגעניים, והשימוש בהם נעשה על פי רוב על ידי הורים הדואגים לילדיהם. בהקשר זה אנו שואפים כי בעתיד יוכלו הצרכנים (דוגמת הורים לילדים) לכלול בתכנים שאליהם לא תהיה גישה גם תכנים הכוללים פרסום סמוי, בדומה לאופן שבו הדבר נעשה היום בהקשר של תכנים מיניים או חשיפה לאלימות. הפרסום הסמוי הוא דוגמה אחת מני רבות לתוכן שצרכנים יוכלו להגדיר כמזיק עבור ילדיהם או עבור עצמם. השימוש בסכמת סיווג אחידה יאפשר לכוון את כלי הבקרה הרבים לחסימת תוכן על פי סכמה אחת, דבר שיקל על כל הגורמים המעורבים. כך, לדוגמה, יוכלו הצרכנים לחסום פרופיל מסוים של תכנים בטלוויזיה, במכשיר הסלולרי ובמחשב שבשימושם או בשימוש ילדיהם ללא כפילויות ואי־דאויות. הטמעת השימוש באמצעים אלה תהיה באחריות הרגולטור, בד בבד עם גיבוי חקיקתי שיחייב את ספקי המכשירים לאפשר שימוש בכלי בקרה אלה.

זה המקום להבהיר: בניגוד להצעות חוק שעלו בעבר והגדירו בררת מחדל של סינון תכנים באינטרנט,⁴⁰⁴ אין בהצעתנו משום הטלת צנזורה על פרסום בתוכן. אדרבה, כבר היום ספקיות האינטרנט בישראל מחויבות להציע למנויייהן שירות לסינון תכנים.⁴⁰⁵ כפי שצוין כאן פעמים רבות, האסדרה המוצעת כוללת בעיקר גילוי ולא איסור על סוג זה של פרסום. היא מעין הסדר ניטרלי המעניק לצרכנים כלים להימנע מחשיפה לפרסום בתוכן, ושיקול הדעת אם להשתמש בכלים אלה הוא שלהם בלבד.

אפשרות כזו, גם אם בהיקף מוגבל, נהוגה היום בארצות הברית. האסדרה שם מחייבת שכל הטלוויזיות שיש בהן מסך בגודל 13 אינץ' ויותר יצוידו בשכב (V chip) המאפשר חסימה של תכנים טלוויזיוניים בהתאם לסיווגם.⁴⁰⁶ בדומה, אנו מציעים לקדם חקיקה שתחייב יצרנים לצייד מכשירי טלוויזיה, מכשירים

404 הצעת חוק הגבלת גישה לאתרי אינטרנט למבוגרים, התשס"ו-2006, פ/892/17.

405 ראו ס' 4 ט' לחוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 49), התשע"א-2011, ס"ח 2291, אפריל 2011.

406 עוד על V-chip ראו באתר *Federal Communications Commission*: <http://transition.fcc.gov/vchip/>

סולרניים ומחשבים חדשים בחומרה ובתוכנות שיאפשרו חסימת תכנים – ובכלל זה תכנים הכוללים פרסום סמוי – ותחייב את ספקי האינטרנט לאפשר לגולשים להתקין אמצעים לסינון הגלישה גם בהקשר של פרסום סמוי.⁴⁰⁷

הטכנולוגיה עצמה מתקרבת לרגע זה. באינטרנט כבר יש היום כלים לסינון פרסומות כגון AdBlock: נכון לשנת 2013 משתמשים בתוכנה זו כ-15 מיליון איש. זאת ועוד: מחקר שפורסם לאחרונה על ידי Safer Internet Programme של האיחוד האירופי מתאר מגמה חיובית בזמינות של כלים לסינון תכנים. כך נצפתה בתחום הסלולר עלייה חדה במספר הפתרונות להורים המעוניינים לסנן את התכנים שאליהם ילדיהם נחשפים. עם זאת, האפקטיביות של כלים אלה עדיין אינה מרבית, במיוחד בכל הנוגע לסיווג התכנים עצמם. תוכני אינטרנט, ובמיוחד בלוגים ואתרים של רשתות חברתיות, מעמידים קושי טכנולוגי ספציפי. הפתרון הנראה לעין להורים במקרים אלה הוא חסימה מוחלטת.⁴⁰⁸

תנאי הכרחי לאפקטיביות של ההסדר המוצע הוא הכללת סימון הפרסום הסמוי בתוך מערך הסיווג הקיים, מתוך רתימת היתרונות הגלומים בשימוש בשיטת סימונים אחידה ועקיבה בכלל הפלטפורמות. לפיכך בכל הנוגע לטלוויזיה יש לתקן את חוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001, כך שיתווסף סימון על פרסום סמוי, והגוף המפקח על כך יהיה הרשות להגנת הצרכן.

(3) קהל היעד של משטר הגילוי

על פי התפיסה השלטת, המטרה העיקרית של מערכת לסיווג ולסימון היא לספק להורים מידע כדי שיוכלו לשלוט טוב יותר בתכנים שאליהם ילדיהם נחשפים.⁴⁰⁹ בהתאם לתפיסה זו, נהוג להפנות את המאמץ האסדרתי לאכיפה של מערכת הסיווג להורים בלבד. הדבר בא לידי ביטוי הן באופי הסימון, שאיננו ידידותי

407 לראות גלור וואלי נכט סינון תכני אינטרנט – היתכנות הנדסית (משרד התקשורת, אגף בכיר הנדסה ורישוי, 22.1.2008).

408 ראו על המחקר באתר הנציבות האירופית, תחת הכותרת: "Benchmarking Study – Parental Control Tools, Latest Findings".

409 וייסבלאי, לעיל ה"ש 388.

לילדים, והן בעצם ההפניה של חומרי הסכרה להורים בלבד – להבדיל מפנייה ישירה לילדים, למשל באמצעות מערכת החינוך.

יש הטוענים כי הגישה הגורסת שההורים הם מתווכי הידע עבור הילדים איננה רלוונטית בסביבה התקשורתית החדשה, ויש להפוך את הילדים עצמם לשחקן במרחב הרגולטורי. לאחרונה הציעו החוקרות שרון ידין וטלי תאני-הררי לפתח שיטת סימון "ידידותית" לילדים הכוללת סימונים ברורים, נגישים ובולטים לכל קבוצות הגיל. כך למשל, יש לשקול הגדלה ויזואלית של הסימונים, שימוש בצבעים ואולי אף שימוש ב"אייקונים פשוטים הניתנים לפענוח על ידי הילד באופן כמעט אינטואיטיבי". כן המליצו החוקרות להציג את הסימון במשך כל התכנית וכן להוסיף את הסימן ברצועת המידע בממירים הדיגיטליים, כך שאפשר יהיה לאתרו בקלות בכל שלב בתכנית.⁴¹⁰

לפי דעה זו, מערכת הגילוי באשר לפרסום סמוי צריכה להתאים לכל קבוצות הגיל – ילדים, בני נוער ומבוגרים. הגילוי צריך להיות ברור לגילים הצעירים אך לא ילדותי מדי עבור מתבגרים. עם זאת, דומה שההצעה להסיר לחלוטין את האחריות מההורים מקדימה את זמנה. ידע הוא הכרח לילדים שיהפכו בעתיד למבוגרים, אולם שינוי טקטיקה פרסומית המתרחש במהירות יחסית אינו מאפשר להסתמך בטווח הקצר רק על אוריינות תקשורתית. לכן בשלב הראשוני ימשיך קהל המבוגרים להיות אוכלוסיית היעד של אסדרה זו.

יתר על כן, גם אם נראה שהיום יש לראות בילדים אוכלוסייה מוגדרת שאליה מכוונת מערכת הסיווג – ובחורים יש לראות מתווכים – הפרסום הסמוי מציג תמונה אחרת. כאמור, פרסום סמוי איננו מכוון לצעירים דווקא אלא לכלל הציבור, ולכן גם הגילוי עליו לא צריך להיות מיועד לצעירים בלבד. אמנם פרסום סמוי איננו מזיק באופן שתוכן אלים או מיני עלול להזיק, אך הוא עלול להזיק בהטעיה שהוא יוצר ובהשפעה שיש לו – רכישת מוצר שהצרכן לא התכוון לרכוש, נוסף על החשש שתוכן זה יפגע בשיח הציבורי ויזרע חשדנות יתר בציבור הצורך את תוכני המדיה. לפיכך פרסום סמוי יהיה קטגוריית תוכן נפרדת המכוונת לא רק אל ילדים והוריהם אלא כלפי כל אחד ואחת מצרכני המדיה. הגילוי על כך שהתוכן כולל שיתופי פעולה מסחריים יאפשר לכולם להימנע מצפייה בו.

410 ידין ותאני-הררי, לעיל ה"ש 360.

(4) טיב הגילוי המוצע והיקפו

במודל המוצע כאן שלושה רכיבים עיקריים: הגדרה רחבה לפרסום סמוי, תחולה חוצת פלטפורמות של האסדרה ואכיפה שלה על ידי רשות ייעודית. כדי להכריע בדבר טיב הגילוי שייכלל במודל זה ובדבר היקפו אפשר להיעזר בכללי הגילוי שסקרנו בפרקים המשויים.

בארצות הברית, אסדרת הפרסום סמוי נחלקת ברמה הפדרלית בין רשות התקשורת, האחראית על הצבת מוצרים בתחום הטלוויזיה, לבין רשות הסחר, האחראית על פרסומות בכלל אמצעי המדיה וכפועל יוצא מכך גם על פרסום סמוי בדמות המלצות ועדויות אישיות (Endorsements and Testimonials).⁴¹¹

כללי רשות הסחר דורשים גילוי "ברור ובוולט" (clear and conspicuous). היקף הגילוי מושפע מהמדיום ומהנסיבות של הפרסום הסמוי. כך, למשל, במקרה של פרסום סמוי קולי יש חשיבות לעוצמת הקול של הגילוי, ואילו במקרה של פרסום בווידאו על הגילוי להימשך זמן שיש בו כדי להשפיע.⁴¹² לדוגמה, פרסום סמוי ברשת החברתית טוויטר מחויב בגילוי בדרך של הוספת מלת מפתח כגון "פרסומת" או "חסות" לטקסט שבסטטוס. העיקרון הוא שהצרכנים יוכלו להבחין בגילוי ולהבין את משמעותו. מסיבה זו FTC מזהיר בהנחיותיו מגילויים כלליים בדבר פרסום סמוי⁴¹³ וכן ממיקום הגילוי במקומות לא נגישים כגון תנאי השימוש באתר.⁴¹⁴ כמו כן, ההנחיות מבהירות כי דרישת הגילוי קמה בכל מקרה של פרסום סמוי; לדוגמה: כשארבע כתבות רצופות כוללות תוכן פרסומי באותו אתר, יידרש גילוי בכל אחת מהכתבות הללו בנפרד.⁴¹⁵

למרות הגמישות היחסית בדרישת הגילוי באמצעי מדיה שונים זה מזה, הכללים מבהירים כי אם גילוי איננו אפשרי בנסיבות הקונקרטיות של הפרסום, על העוסק-המפרסם להימנע כליל משימוש בפרסום זה.⁴¹⁶

411 16 CFR 255.

412 2000 Dot Com, לעיל ה"ש 254.

413 2010 FTC Asking, לעיל ה"ש 271.

414 2013 Dot Com, לעיל ה"ש 272.

415 שם, בעמ' 16.

416 שם, בעמ' III.

בד בבד, הכללים של רשות התקשורת האמריקנית מחייבים גילוי במקרה של הצבת מוצרים בטלוויזיה. על הגילוי להופיע באופן חד-פעמי במהלך התכנית למשך זמן שיספיק להיקרא או להישמע על ידי הצופה הסביר. על הגילוי לציין כי בתכנית ניתנו תשלום או חסות או הועבר ציוד וכן לציין את שם הגורם שסיפק את התמורה.⁴¹⁷ בפועל, דרישה זו מתורגמת להצבת הגילוי בצד כתוביות הסיום בתכנית הטלוויזיה.⁴¹⁸

באירופה המצב שונה ממדינה למדינה. בבריטניה קבע הרגולטור כי במקרה של פרסום סמוי בתכנית טלוויזיה יופיע סימון מיוחד לפני התכנית המדוברת ואחריה וכן לאחר כל הפסקת פרסומות במהלכה – אות P בולטת תופיע על המסך למשך שניות מספר.⁴¹⁹ יצוין כי המשדר אינו מחויב לסמן פרסום סמוי בתכניות שרכש אך לא הופקו לבקשתו. כמו כן, ערוצים המעוניינים להשתמש בפרסום סמוי מחויבים לשדר תשדירי מידע המסבירים על פרסום סמוי ועל הלוגו שמופיע על המסך.⁴²⁰

גרמניה אימצה מודל גילוי דומה לזה הבריטי: הגילוי נעשה לפני תכנית המשלבת פרסום סמוי ואחרי וכן לאחר הפסקות הפרסומות בתכנית. כמו כן, המשדר לא מחויב לסמן תכניות שלא הפיק בעצמו אם סימונן ידרוש הוצאות לא סבירות (unreasonable expenses בתרגום הרשמי).⁴²¹

בצרפת ובקהילה דוברת הצרפתית בבלגיה ננקטה גישה הדרגתית: בשלב הראשוני נועד בעיקר להכיר לקהל הצופים את תופעת הפרסום הסמוי. לכן, בתחילת התכנית התלוותה לסימון P הסטנדרטי אזהרה כתובה שנותרת על המסך למשך עשר שניות – הוסבר כי בתכנית יוצג תוכן מסחרי. רק מקץ שלושה חודשים הוסר ההסבר ונותר רק הסימון הרגיל.⁴²²

417 CFR 73.1212

Sponsorship Identification Rules and Embedded Advertising, Notice of Inquiry and Notice of Proposed Rule Making 23 FCC Rcd 10682 (2008); 73 Fed. Reg. 43,194 (July 24, 2008)

419 ראו לעיל בה"ש 317.

420 ראו לעיל בה"ש 318.

421 מסמך רשויות המדיה הגרמניות, לעיל ה"ש 322.

Christina Angelopoulos, *Product Placement in European Audiovisual Productions*, IRIS: .LEGAL OBSERVATIONS OF THE EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY 2010–2013 16 (2010)

האפשרויות שנסקרו אינן האפשרויות היחידות לגילוי פרסום סמוי. אשר לגילוי בשידורי טלוויזיה, מוכרות כיום אפשרויות סימון נוספות:

- שקופית מידע: הצבה קבועה של שקופית מידע על הפרסום הסמוי, להבדיל מהמודל הצרפתי שמחייב זאת בתקופת מעבר בלבד. אפשרות זו הוצעה בהמלצות ועדת כשר. מדובר בשקופית המלווה בקריינות (ככל שהדבר מתאפשר) ומיידעת את הצופים כי נעשה בתכנית שימוש בפרסום סמוי. השקופית יכולה להיות אחידה או לכלול מידע קונקרטי על שיתופי הפעולה המסחריים של התוכן המוצג. השקופית מוצגת במשך שניות מספר לפני כל מצג שנעשה בו שימוש בפרסום סמוי ואחריו (סרט, עמוד אינטרנט או פרק בסדרת טלוויזיה), וכן אחרי כל הפסקת פרסומות. אנו סבורים כי להצעה זו חסרונות רבים: חוסר האחידות בסוגי המדיה השונים זה מזה, העומס שעלול להטעות את צרכן המדיה, והפגיעה הצפויה בזכויות היסוד (חופש הביטוי וחופש העיסוק) של ספקי התוכן – כל אלה מעלים את השאלה אם אמצעי זה הוא חוקתי.

- שורה רצה: אמצעי זה, שהוצע במקור על ידי איגוד התסריטאים האמריקני במערב ארצות הברית (WGAW) כולל הופעה של שורה רצה בתחתית המסך בכל פעם שפרסום סמוי מוזכר או נראה בתכנית.⁴²³ למיטב ידיעתנו לא נעשה שימוש באמצעי זה בעולם לצורך אסדרת הפרסום הסמוי. גם אפשרות זו מעלה קשיים פרקטיים בכל הקשור לסימון במקרים של שימוש במוצרים כחלק מהעלילה ושאלות משפטיות באשר לחוקתיותה.

לכל הצעה יש יתרונות וחסרונות. לדעתנו, נקודת המפתח היא לעודד שימוש בסימון של פרסום סמוי, ולכן יש לשאוף לחובת גילוי פשוטה ונגישה ככל האפשר – ללא פגיעה בציבור הצרכנים. על כן, מוצע כי בדומה לעקרונות המודל של רשות הסחר האמריקנית, היקף הגילוי יהיה תלוי בסוג התוכן הנצרך ובנסיבות שבהן הפרסום הסמוי מופיע.

למקור האיור ראו *Recommandation relative au placement de produit*, Collège d'autorisation et de contrôle, www.csa.be/faqs/15

Cain, לעיל ה"ש 253.

בשידורי אודיו-ויזואל תכלול חובת הגילוי סימון בדומה למודל הצרפתי ההדרגתי: בשלב הראשון, ה"חינוכי", תוצב שקופית אזהרה נוסף על הלוגו שיופיע בתחילת התוכן המוצג ובכל חזרה מהפסקה (של פרסומות או אחרת). גילוי זה ייכלל גם במידע המוצג כיום לצרכן (למשל, בשורת המידע הדיגיטלית בטלוויזיה הרב-ערוצית). בשלב הבא תיוותר הדרישה להצבת לוגו בלבד.

אנו ממליצים כי חובת הגילוי לא תכלול הצגה של שם המוצר או השירות המקודם. אף שגילוי זה יידע את הצרכן על פרסום סמוי קונקרטי – ולכן ישמש אזהרה ממוקדת עבורו – הוא יתפקד בפועל כחשיפה נוספת של אותו מוצר או שירות לציבור הצרכנים, כלומר: פרסומת נוספת.⁴²⁴ כמו כן, חובת הגילוי לא תכלול את היקף התמורה שניתנה מהגורם המסחרי. אף שגילוי כזה עשוי לתת לצרכן מידע מקיף יותר על מימון התוכן המוצג, לתפיסתנו תהא בכך פגיעה קשה ולא מידתית בפרטיות החוזה בין הצדדים; יתר על כן, חובה מעין זו תסרכל את היקף הגילוי והיא עלולה להקטין את המספר הפוטנציאלי של צרכנים שיתעניינו ויקראו אותו. גם המשפט המשווה לא מספק בסיס יציב להטלת חובת גילוי כזו על פרסום סמוי.

בשאר התחומים מוצע כי תקום חובה לגילוי נאות, ברור ובולט, שאדם סביר בין ממנו שהתוכן שהוא צורך כולל פרסום סמוי. אם פלטפורמת מדיה מסוימת אינה מאפשרת לכלול גילוי מספק בצד הפרסום הסמוי, אין להשתמש בה בפרסום כזה. בצד חובת הגילוי האמורה יש לצאת בקמפיין הסברתי נרחב כדי לסייע לציבור להתרגל לגילוי זה ולהבינו.

ה. איסור גורף על שימוש בפרסום סמוי על ידי יצרני התוכן הציבוריים

כבר בשנת 1987 עמד מבקר המדינה על הנזק הציבורי הגדול הכרוך בפרסומת סמויה בשידור הציבורי.⁴²⁵ מדובר בהשפעה שלילית במיוחד, משום שרשות

Vance Little, *Audiovisual Media Services Directive: Europe's Modernization of Broadcast Services Regulations*, 1 JOURNAL OF LAW, TECHNOLOGY & POLICY 223 (2008)

425 מבקר המדינה, 1987, לעיל ה"ש 162.

השידור ממומנת מכספי הציבור על ידי אגרה, ולכן שידור של פרסום מסחרי – גלוי או סמוי – הוא אסור.⁴²⁶

המודל הכלכלי של גופים משדרים אלו – כפי שהוגדר הד־משמעית על ידי המחוקק וכפי שמקובל בעולם – מתאפיין בכך שהם ממומנים במלואם על ידי אזרחי המדינה. בבסיס ההבחנה מונח הרציונל שלא ראוי ששידור הממומן מכספי ציבור יהיה כלי לקידום אינטרסים כלכליים.⁴²⁷ יתר על כן, ההטבות הכספיות או הכלכליות שגופים אלה יקבלו בגין הפרסום הסמוי הן מקור הכנסה אלטרנטיבי, שספק אם חוק רשות השידור ותכליותיו מתירים וספק אם עליהם להתיר.⁴²⁸ נוסף על כך, איסור הפרסום בתוכן בגופים אלה יאפשר מרחב תקשורת־טלוויזיוני שבו יהיו הצרכנים מוגנים לחלוטין מפרסום סמוי. מובן שביצרני התוכן הציבוריים נכללים לא רק רשות השידור אלא גם גופים כגון ערוץ הכנסת, הטלוויזיה החינוכית וגלי צה"ל. נציין כי גם בבריטניה אישר הרגולטור המקומי שימוש בפרסום סמוי בערוצים המסחריים בלבד.⁴²⁹

לפיכך אנו מציעים כי בגופי מדיה ציבוריים ייאסר כליל השימוש בפרסום סמוי, בין בתכנים שהפיקו בעצמם ובין בתכנים שהופקו עבורם. עם זאת, בצד האיסור על פרסום סמוי (קרי בעבור תמורה), יש לאפשר שימוש במוצרים ככל שהדבר מתחייב מרצון היוצרים. מומלץ כי יוטל פיקוח גם על סוג זה של פרסום במסגרת השידור הציבורי ויוגבל היקפו, בדומה להסדרים החלים על פרסומת אגב בטלוויזיה המסחרית ובערוץ הכנסת.⁴³⁰ בד בבד יש להשאיר על כנו את

426 להרחבה ראו בג"ץ אסם, לעיל ה"ש 163; בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337 (1987); בג"ץ 3424/90 איגוד העיתונאים היומיים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(2) 24 (1991); בג"ץ 6032/94 רשת, חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נא(2) 790, 809-809 (1997).

427 שרון שמש עקרונות להסדרת שיתופי פעולה מסחריים המשולבים בתכני מדיה (משרד התקשורת, מנהלת הסדרת השידורים לציבור, דצמבר 2004).

428 לדיון על הסמכות של רשות השידור לשדר פרסומות מסחריות ראו בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337.

429 כללי Ofcom, לעיל ה"ש 316.

430 ס' 9(ד)(3) לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994; כלל 29 לכללי שידורי טלוויזיה מהכנסת, תשס"ז-2006.

המצב הקיים בנוגע לתשרידי שירות ולחסויות. לעניין הצגת תכנים לא מקומיים יחול ההסדר הכללי כמפורט בתת-פרק ח להלן.

1. איסור גורף על שימוש בפרסום סמוי בתוכני חדשות, אקטואליה וסדר יום

תחום החדשות, האקטואליה וסדר היום הוא לב העשייה העיתונאית והוא עוסק בגרעין הקשה של השיח הפוליטי. על כן אנו רואים בו טריטוריה שחייבת להיות נקיה מפרסום סמוי. בתחום זה בא לידי ביטוי רצון הפרט לקבל פרשנות מקצועית במגוון תחומים. ההיגיון של הגנה על תוכני החדשות הוא הבסיס לכלל ההסדרים והחוקים המבטיחים כבר היום הגנה על חופש העיתונות. כך, חברות החדשות בטלוויזיה כפופות לסעיף ספציפי בדמות איסור על פרסום סמוי בשירוריהן.⁴³¹ רציונל זה בא לידי ביטוי גם בדירקטיבה האירופית וביישומה במדינות הכפופות לה.

איסור גורף זה מוצדק לא רק בשל ההגנה על השיח הציבורי; הוא אף יונק את כוחו מההצדקות הבסיסיות ביותר של דיני הצרכנות. הדבר בא לידי ביטוי בחוק הגנת הצרכן, שמבהיר כי בהיעדר גילוי – פרסומת המתחזה לכתבה, למאמר או לידעה עיתונאית היא בהכרח מטעה. החוק קובע קביעה דומה אף לעניין השתתפות בפרסומת של עיתונאי, לרבות מגיש, קריין או מנחה בכל כלי תקשורת.⁴³² הסיבה לכך היא שהצרכן הנחשף לפרסום אינו יכול לדעת אם העיתונאי מדווח על המוצר או ממליץ עליו, ומכאן החשש שהצרכן יסבור שהעיתונאי ממליץ על מוצר מתוקף תפקידו ולא מתוקף העובדה שהועברה אליו או אל חברת החדשות טובת הנאה. הטעיה זו של הצרכן חמורה במיוחד משום שהציפייה לעצמאות של גופי החדשות היא גדולה לאין שיעור מזו של יצרני תוכן אחרים, ומנגנוני ההגנה הפסיכולוגיים של הצרכנים מוחלשים בהתאם. לאור כל אלה מוצע כי יצרן תוכן שיצירתו כוללת שיתופי פעולה מסחריים לא יוכל להציג את יצירתו כחדשות, כאקטואליה או כסדר יום, כל זה נוסף

431 ס' 65 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

432 ס' 7(ג)2 ו-7(ג)3 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

על איסור ההטעיה הספציפי התקף כבר היום מכוח חוק הגנת הצרכן. הגבלה זו יכולה ללבוש צורה דומה להגדרה הקובעת איסור לגוף למטרות רווח להציג עצמו כגוף הדואג רק לצרכן.⁴³³ נדגיש כי התכניות המכונות "תכניות בוקר" או "תכניות לייף סטייל" אינן חלק מתכניות האקטואליה; עם זאת, כדי לא לערוב בין תכניות סדר יום לבין "תכניות בוקר" העוסקות בתכנים מסחריים, יש לשאוף לסנכרון בין הדרך שבה התכניות מוגדרות לעניין קבלת הטבות לגוף השידור לבין האיסור לכלול בהן פרסום סמוי (למשל, הכללת התכנית בשעות ה"סוגה העילית" הנדרשות במכרזים של זכייניות הטלוויזיה המסחרית).

בצד זאת, מאחר שלהשקפתנו אין בהצגת מוצר כשלעצמה משום פרסומת, ומתוך הכרה בכך שיש צורך עיתונאי אמיתי להציג את מושא הסיקור, מובן שחובת הגילוי לא תחול על תכנים המציגים מוצר, שירות וכיוצא באלה ללא העברת תמורה. כך למשל, במקרה של כתבה צרכנית או של ביקורת על מוצר או על שירות מסוים.

עם זאת, מובן שכאשר בצד התכנים החדשותיים מוצגים תכנים המופרדים בצורה בולטת, אין מניעה שהם יכללו שיתופי פעולה מסחריים – כל עוד ברור לצרכן שהוא נחשף לתוכן פרסומי בחלק זה ובחלק זה בלבד. כך למשל, פינת התחזית היומית בטלוויזיה תוכל להמשיך לכלול חסריות, ופורטל אקטואליה ברשת יוכל לכלול מדורים שיווקיים, כל עוד יש הפרדה ברורה בינם לבין התכנים החדשותיים.

אחת הטענות נגד הצעה זו עשויה להיות זליגה של פרסום סמוי מתכניות לייף סטייל לתכניות אקטואליה וסדר יום. לדעתנו טענה זו איננה נכונה. היתר לפרסום סמוי אגב סימון שלו יאפשר להעלות מעל פני השטח דברים המתרחשים היום בהיחבא. כך אף יוכל הרגולטור להפנות משאבים של זמן וכסף לפיקוח אפקטיבי רק על תכניות האקטואליה, החדשות וסדר היום וליצור הרתעה ניכרת מפני פרסום סמוי בהן.

433 ס' 7 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. לפסק דין הדן בסעיף ראו ת"פ (פתח- תקוה) 1326/02 מדינת ישראל נ' אוביקטיבי מחקרים עולמיים בישראל מע"מ ואח' (לא פורסם; 2005).

ז. איסור גורף על שיתופי פעולה מסחריים בתכנים המיועדים לילדים צעירים

כפי שהרחבנו בפרק העוסק במוקדי הפגיעה של פרסום סמוי, מחקרים מעידים כי יש לפרסום זה השפעה ניכרת על אוכלוסיית הצעירים, הן על ילדים והן על בני נוער. המחקרים מצביעים גם על הבדלים משמעותיים בין ההשפעות של פרסום סמוי על צעירים לבין ההשפעות של פרסום גלוי עליהם. החשש מפני ההשפעות של פרסומת גלויה על ילדים צעירים נובע מכך שהיכולת לזהות את כוונת השכנוע שבפרסומת מתחילה להתגבש בערך בגיל 8, ועם ההתפתחות של יכולת זו יש ירידה ניכרת באהדת הפרסומות. לעומת זאת היכולת לזהות את כוונת השכנוע בפרסומת סמויה מתפתחת בגילים מבוגרים יותר. משמעות הדבר היא שאהדת המסר הפרסומי מצד הצעירים אינה יורדת במידה ניכרת בגיל 8, והיא תלויה בעיקר במידת האהדה שרוכשים הצופים הצעירים לתכנית.

אם כן, אפשר לומר שבהתייחס לפרסום הסמוי אי-אפשר להסיק שילדים צעירים יותר הם דווקא פגיעים יותר. ייתכן שאמירה הפוכה תהיה נכונה אף יותר: ילדים הצעירים מגיל 8 אמנם יושפעו באופן דומה מפרסומת גלויה ומפרסומת סמויה (בשל חוסר יכולת לזהות את כוונת השכנוע בשתי הטקטיקות), אך ילדים בוגרים ובני נוער עלולים להיות מושפעים יותר דווקא מפרסומת סמויה. אלה משתמשים במנגנוני ההגנה העומדים לרשותם כשהם צופים בפרסומת גלויה, אך אינם מסוגלים לכך כשהם צופים בפרסומת סמויה. על כך יש להוסיף את העובדה שהם משתמשים בתדירות גבוהה באמצעי מדיה, לרבות טלוויזיה; נאמנים מאוד לתכניות האהובות עליהם, מזדהים עם הדמויות שבהן ואף מאמצים אותן כמודל לחיקוי וכן משוחחים עם חבריהם על התכניות ועל הדמויות. שוני זה בתפיסת הפרסומות בין ילדים צעירים לילדים בוגרים עמד ברקע הפסיקה של בית משפט המחוזי בישראל בשנת 2011, עת דחה תביעה שהוגשה בשל פרסום סמוי בקלטות וידאו שיועדו לילדים בגילים 5-8.⁴³⁴ בתגובה לפסיקת בית המשפט ניסה המחוקק לתקן את חוק הגנת הצרכן ולכלול בו איסור לכלול פרסום סמוי בקלטות לילדים, אך נכשל בכך.⁴³⁵

434 עניין הד ארצי, לעיל ה"ש 348.

435 הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – פרסום סמוי בקלטות לילדים), התש"ע-2010, 18/2182/פ.

בצד העובדה שדיני הגנת הצרכן הם הבסיס של המודל המוצע, להיבטים מסוימים של האסדרה החדשה יש הצדקות נוספות. בעניין התכנים המיועדים לילדים הצעירים מגיל 8, ולאור הנאמר בפסקה הקודמת, דעתנו היא שיש להגן על אוכלוסייה זו לא מטעמי הטעיה אלא כדי לאפשר מעין שמורות טבע שאליהן לא תחדור תופעת ההתמסחרות – ומכאן עמדתנו שיש לאסור על פרסום סמוי בתכנים המיועדים לילדים בגילים אלו.

באשר לילדים ביתר הגילים, יש לומר בפה מלא כי ההבחנה בין תכניות המיועדות לקטינים לתכניות המיועדות למבוגרים אמנם מצוינת בחוק, אך היא לא ממש חלק מהמציאות הטלוויזיונית או האינטרנטית.

בסקר שנערך בשנת 2004 עבור הרשות השנייה התגלה, בין היתר, שכ-15% מבני 12-14 צופים בטלוויזיה עד השעה עשר בלילה, כ-50% מהם נוהגים לצפות בה עד חצות, וכ-35% נוספים צופים בה אף לאחר מכן. בקבוצת הגילים הבוגרת יותר, בני 15-17, הנתונים בולטים אף יותר: 5.8% בלבד צופים בטלוויזיה עד עשר בלילה לכל המאוחר, כ-30% צופים בה עד חצות ורוב בני הגילים הללו, כ-62%, צופים בה אף אחרי חצות.⁴³⁶ זאת ועוד: מנתוני הוועדה הישראלית למדרוג לשנת 2009 עולה כי בני 4-17 צופים בטלוויזיה כשלוש שעות בממוצע בכל יום (2.84 בממוצע בקרב בני 4-9), שיעור ניכר מהם גם בשעות הלילה.⁴³⁷

בהתחשב בשיקולים שעליהם עמדנו בתחילת הפרק, דעתנו היא שיש להתיר שילוב של גורמים מסחריים בתוכן המיועד לילדים מגיל 8 ומעלה, מתוך השקפה שלפיה מטרת האסדרה, ככלל, איננה לחסום תכנים אלא להעניק להורים כלים להגן על ילדיהם מפני תכנים שהם אינם מעוניינים שיצפו בהם. למעשה, חוק הגנת הצרכן כבר אוסר על פרסומת העלולה להטעות קטין,⁴³⁸ והתקנות מכוחו מבהירות כי אסדרה זו כוללת פנייה של עוסק באופן "ישיר, עקיף, גלוי או סמוי" וכי היא רוחבית לכלל סוגי המדיה.⁴³⁹ בעקבות הוספת האיסור המוצע

436 הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, דוח סקר בנושא: עמדות בני נוער לגבי פרסומות ותוכניות המשודרות בערוצים 2 ו-10 (אפריל 2004).

437 וייסבלאי, לעיל ה"ש 388.

438 ס' 7 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

439 תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ורכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א-1991.

תהיה אוכלוסיית הצעירים מוגנת הן מכיוון החקיקה הצרכנית הכללית והן מכיוון החקיקה הנוגעת ספציפית אליה. נבהיר כי אין בהצעתנו כדי לפגוע בהסדרים הנוגעים להגבלות על פרסומות גלויות כמו, למשל, אלו האוסרות על פרסום של מוצרי מסחור המבוססים על דמויות התכנית בסמיכות לשידורה.⁴⁴⁰

לסיכום: ההורים – ולא ההתערבות הרגולטורית – הם שאחראים בסופו של דבר לחינוך ילדיהם. מאחר שכל שילוב מסחרי בתוכן יסומן באופן ברור ככזה, תהיה להורים ידיעה מלאה אם הם עלולים לחשוף את ילדיהם לפרסום סמוי, ובמידת הצורך יוכלו למנוע מהם חשיפה זו. השאיפה היא שבהינתן המידע יוכלו ההורים לא רק לחיות בשלווה גדולה יותר עם התכנים שבהם ילדיהם צופים אלא אף לפעול אקטיבית ליצירת מתחמים נקיים מפרסום סמוי. לחץ צרכני הוא שגרם לחברת דיסני להכריז ביוני 2013 כי החל בשנת 2015 לא תכלול בתכניה פרסומות למזון מהיר.⁴⁴¹ בהתאם דעת הקהל תוכל לגרום גם לכך שערות הילדים, לדוגמה, יתחייב לא לשלב פרסום בתוכן אף בהיעדר דרישה חוקית לכך. עם זאת, ברי שיש להעצים את דעת הקהל כדי שתוכל להשפיע מהותית על שוק הפרסום הסמוי. כך, בד בבד עם הטיפול הרגולטורי לפי המודל המוצע, יש לתת את הדעת גם לשיפור מיומנויות הצפייה ולפיתוח של כלים ביקורתיים משמעותיים יותר לצפייה בפרסום סמוי.

ח. איסור ענייני על פרסום סמוי של מוצרים מסוימים

התכנית הלאומית לקידום אורח חיים פעיל ובריא, שהושקה בהחלטת ממשלה בנובמבר 2011, היא מסגרת בין-משרדית רב-שנתית שאפתנית. כחלק מהתכנית, ועל פי ההנחיות המתגבשות בימים אלה – בשיתוף עם משרד התקשורת, הרשות השנייה ומועצת הכבלים – יחול איסור לפרסם בתכניות המיועדות לילדים סוגי מזון שמשרד הבריאות יגדיר "בעלי ערך תזונתי נמוך". כמו כן, בשאר התכניות

440 ס' 29-32 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב-1992.

441 Brooks Barnes, *Promoting Nutrition, Disney to Restrict Junk-Food Ads*, NEW YORK TIMES (June 5, 2012)

תופיע כתובית אזהרה בזמן פרסומות למזונות עם ריכוז גבוה של נתרן, סוכר, שומן או שומן טרנס.⁴⁴²

בהמשך לכך מוצע כי בצד ההיתר לשימוש בשיתופי פעולה מסחריים, ומתוך שיתוף פעולה עם התכנית הלאומית ועקרונותיה, יורחבו ההגבלות הרפואיות והציבוריות שיש על פרסום גלוי גם אל הפרסום הסמוי. כמו כן, בהתאם לנהוג באירופה, בעקבות דירקטיבת AVMS, יש לשקול לאסור פרסום סמוי של מוצרי טבק, נשק, הימורים והגרלות, משקאות אלכוהוליים, תרופות ומאכלים עתירי סוכר, מלח או שומן. הגבלה זו נחוצה משום שהפרסום הסמוי מעודד שימוש במוצרים מזיקים (למשל מוצרי טבק) כמו גם אימוץ של דפוסי התנהגות לא רצויים ומזיקים (כגון הימורים).

ט. החוליה שעליה תוטל האחריות המשפטית

שאלת האחראים לפרסום הסמוי נובעת מהמספר הגדול של משתתפים אפשריים בתהליך של שילוב הפרסום בתוכן. ההשתתפות באה לידי ביטוי במידות שונות זו מזו של אקטיביזם: החל בגורם המסחרי המעוניין בקידום המוצר, המשך בחברת הפרסום היוזמת את הפרסום המסוים, המשך במתווכים היוצרים קשר עם מפרסם הקצה וכלה במפרסם הקצה ובבעל הפלטפורמה שבה הפרסום הסמוי מוצג.

על פי המשטר הרגולטורי הקיים בתחום הטלוויזיה, האחריות נופלת על הזכיינות ועל בעלי רישיונות השידור.⁴⁴³ כך למשל, במקרה של פרסום סמוי

442 ראו "התכנית הלאומית לקידום אורח חיים פעיל ובריא" משרד החינוך, המגזין הדיגיטלי 3 (21.4.2013).

443 ראו למשל ס' 83 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990: "מורשה לשידורים לא יכלול במישרו דבר שהוא בגדר פרסומת, גלויה או מוסווית ושאינו תשדיר פרסומת ואשר קיבל עבור שידורו תמורה כספית" (ההדגשה שלנו). בהקשר לטלוויזיה הרב-ערוצית ראו ס' 4(ד) לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987: "לא יכלול בעל זכיון פרסומת סמויה בשידוריו העצמיים" (ההדגשה שלנו). בהתאם לסעיף, שידורים עצמיים אלה כוללים גם שידורים שאינם משודרים באפיקים של בעל הזכיון אך הם "מיועדים בעיקרם לציבור בישראל או לחלק ממנו" (ההדגשות שלנו).

בתכנית בערוץ ספורט 5 יוטל הקנס על חברות הטלוויזיה הרב-ערוצית Yes ו-Hot. השאלה אם הערוץ עצמו או הפקת התכנית יישאו בנטל הכספי אינה נוגעת אפוא לאחריות החוקית על הפרסום הסמוי, אלא ליחסים החוזיים בין הגופים המעורבים.

מעבר לפרדיגמה של דיני צרכנות דורש עיון מחודשת בסוגיה. כללי רשות הסחר האמריקנית מבהירים כי הן הגורם המסחרי ("העוסק") והן הממליץ שהביא לפרסום אחראים על אי-גילוי הפרסום הסמוי.⁴⁴⁴ רשות הסחר הבהירה כי תפעיל את סמכויותיה נגד הגורם המסחרי מתוך התחשבות במאמציו לפקח על הממליצים.⁴⁴⁵ כפי שכבר הזכרנו, בפועל לא הפעילה רשות הסחר את סמכויותיה נגד מפרסמי הקצה אלא הסתפקה בטיפול בעוסקים עצמם.⁴⁴⁶

חוק הגנת הצרכן בישראל מבהיר כי במקרה של הטעיה בפרסום ייחשב למפר הן מי שמתעמו נעשתה הפרסומת והן "האדם שהביא את הדבר לפרסום וגרם בכך לפרסומו",⁴⁴⁷ היינו מפרסם הקצה. חוק הגנת הצרכן מוסיף כי אם עובד בתאגיד גרם לפרסום סמוי, חזקה היא שמעבידו ונושא משרה שבתאגיד (למשל דירקטור, מנהל פעיל או בעל תפקיד האחראי מטעם התאגיד על התחום שבו נעברה העברה) לא פיקחו ולא עשו ככל האפשר כדי למנוע את ביצוע העברה, ועל כן אף הם אחראים להפרה.⁴⁴⁸

אם כן, חוק הגנת הצרכן מטיל אחריות הן על העוסק (דוגמת חברה מסחרית כזאת או אחרת) והן על מפרסם הקצה. במודל המוצע, אנו ממליצים להגדיר בחוק את המצבים שבהם תיפול האחריות על הגורם המסחרי, בהתחשב במידת האשם שלו. כך, מתוך התבססות על משטר של רשלנות אפשר יהיה לפנות אל עוסק בדרישה לסימון הפרסום הסמוי ואף לקנוס אותו במידת הצורך. לדוגמה, חברה שתפנה אקראית לעשרות אנשים ותבקש מהם להמליץ על מוצריה בתמורה לתשלום, בלי להדריכם על חובות הגילוי של פרקטיקה זו אף שהיא צופה כי לא יעמדו בחובות אלה – תוכל להיחשב לרשלנית ואחראית מבחינה משפטית על היעדר הגילוי.

6 CFR 255.1(d) 444

FTC 2009, לעיל ה"ש 260. 445

Ciarallo, לעיל ה"ש 282. 446

ס' 7(א)(1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. 447

ס' 25 לחוק. 448

הטלת אחריות על מפרסם הקצה מעלה כמה קשיים ובראשם הפגיעה בחופש הביטוי, בחופש העיסוק ובזכות לפרטיות. עם זאת, לדעתנו מפרסם הקצה הוא שפותח את הדלת לרגולטור בעצם קבלת ההחלטה לכלול פרסום סמוי בתוכן שהוא מציג, כך שקבלה של טובת הנאה תמורת הפרסום מצביעה על אחריותו הטבעית. לפיכך במסגרת המודל מוצע כי האחריות המשפטית תוטל ככלל על הגורם שקיבל את התמורה מהגורם המסחרי. עם זאת, במקרה כזה מתעורר חשש לפגיעה בפרטיות של אותו גורם מקבל התמורה. חשש זה רלוונטי במיוחד במדיה החדשה, במקרים שבהם מפרסם הקצה הוא משתמש אנונימי. מאחר שהמודל המוצע מתבסס על אכיפה מינהלית, יש להיזהר שמא יקבל גוף הפיקוח סמכויות פוגעניות להרס האנונימיות המקוונת, שהיא, כפי שנאמר, "לעיתים תנאי לעצם האפשרות והנכונות להתבטא, ופעמים האנונימיות היא גם חלק מן המסר הגלום בביטוי".⁴⁴⁹ כדי לפתור בעיה זו מוצע כי במקרים של פרסום סמוי מצד גורמים אנונימיים תעדיף הרשות פנייה ישירה אל הגורם המסחרי, ככל שמשטר הרשלנות מאפשר זאת. כך יהיה, למשל, במצבים של ביקורת גולשים בתמורה.

סוגיית האחריות של בעל הפלטפורמה שבה נעשה הפרסום הסמוי מורכבת יותר. דוגמה בולטת להטלת חובה זו בחוק אפשר לראות באסדרת הפרסום הסמוי במסגרת שידורי הכבלים והלוויין. אף על פי שפעמים רבות שיתופי פעולה אלו נעשים מחוץ לעיניהם הבוחנות של בעלי רישיונות השידור, החוק מטיל את האחריות לשימוש בפרסום סמוי עליהם ולא על הערוץ או על התכנית שבמסגרתם נעשה הפרסום.⁴⁵⁰ חוק הגנת הצרכן קובע כי אם ידע המפיץ שהפרסומת מטעה או אם הייתה הפרסומת מטעה לכאורה – יראו אותו כמפר את איסור ההטעיה.⁴⁵¹ ואולם החוק לא מגדיר מיהו "מפיץ" ומסתפק

449 ראו רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.2010).

450 ס' 6כד לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, וס' 4(ד) לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987. חריג לכך פרסום סמוי במסגרת שידורים של ערוץ ייעודי. ראו ס' 34 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד-2004.

451 ס' 7(א)(2) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

בהתייחסות לנושא הכללי של הטעיה בפרסום. הטלת אחריות אוטומטית על בעלי פלטפורמה עלולה להיות דרישה קשה לאכיפה, שכן יהיה זה כמעט לא מציאותי להטיל על בעלי הפלטפורמה חובה אקטיבית לבדוק אם התכנים העולים בה כוללים פרסום סמוי, להבדיל מתחום הביטויים הפוגעניים הניתנים לזיהוי בקלות יחסית.

כאשר בוחנים את האחריות של בעלי הפלטפורמות האינטרנטיות מתגלה בעיה נוספת. הטלת אחריות על בעלי פלטפורמות אלו עלולה "להקטין את מידת האינטראקטיביות של אתרי התוכן הגדולים ולהוביל להטלת סייגים על יכולתו של הקהל הרחב להביע את עמדותיו, דעותיו או מחשבותיו".⁴⁵² מסיבות מובנות, יש להיזהר פן יהיה היישום של רפורמת הפרסום הסמוי בבחינת אפקט מצנן הרסני על ההשתתפות הגוברת של הקהל הרחב בשיח האינטרנטי. עם זאת, זהירות זו אין משמעה פטור גורף מאחריות לספקי תוכן אינטרנטיים. בדומה לגישה האמריקנית – שלפיה תתחשב בחינת הטעיה בפלטפורמה שבה התפרסמה ההמלצה⁴⁵³ – בשאלה אם להטיל אחריות על בעל הפלטפורמה שבה הוצג הפרסום הסמוי, להשקפתנו יש להתחשב באופי של אותה פלטפורמה.

כך, בפסיקת בית משפט השלום בחיפה, במאי 2013, נקבע לעניין הטעיה בפרסום כי בעלי אתר קופונים שבמסגרתו נעשה פרסום מטעה אחראי אף הוא על ההטעיה, משום שבנסיבות העניין היא הייתה ברורה על פניה. בפסק הדין הבחין בית המשפט בין מצב של "כלי תקשורת מובהק", שהפרסומות בו אינן הסיבה

452 רועי גולדשמידט תוכן גולשים ואחריות מנהלי אתרי אינטרנט (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 11.5.2008), עמ' 2.

453 FTC 2009, לעיל ה"ש 260:

One factor in determining whether the connection between an advertiser and its endorsers should be disclosed is the type of vehicle being used to disseminate that endorsement—specifically, whether or not the nature of that medium is such that consumers are likely to recognize the statement as an advertisement (that is, as sponsored speech). Thus, although disclosure of compensation may not be required when a celebrity or expert appears in conventional television advertisement, endorsements by these individuals in other media might warrant such disclosure.

להתעניינות הצרכן, לכין נסיבות של פרסום מטעה בעלון פרסומי. להשקפת בית המשפט, במקרה האחרון יש הצדקה להטיל אחריות.⁴⁵⁴ לאחרונה הציגו החוקרים טל ז'רסקי ומיכל לביא מודל חדש לאחריות של מתווכים מקוונים ללשון הרע.⁴⁵⁵ על פי המודל, אופי האחריות של המתווכים ייקבע על פי סוג ההקשר החברתי שבו הוצג הפרסום הפוגעני.⁴⁵⁶ אולם בעוד המתווך המקוון מסוגל להבחין בקלות כי ביטוי הוא פוגעני, פרסום סמוי כשמו כן הוא – סמוי – ולכן ראוי כי שאלת האחריות על הפרסום הסמוי תתחשב במידת השליטה שיש לבעל פלטפורמה על התוכן המוצג, ובמסגרת זו תתחשב באפשרות כי ידע שהיצירה כוללת פרסום סמוי. על כן, במסגרת האסדרה אנו מציעים כי תוטל אחריות על בעל הפלטפורמה רק בהתקיים שני תנאים: ראשית, הייתה לו ידיעה על מתן התמורה; שנית, הייתה לו אפשרות סבירה לחשוף, במסגרת חובת הגילוי, את שיתוף הפעולה המסחרי. כדוגמה היפותטית נניח כי חברת סלולר הקימה פלטפורמת תוכן אינטרנטית המשרדת תכנים מקוריים של גורמים שאינם בהכרח חלק מהחברה. באחת התכניות, ובתמורה לכספים שקיבלה הפקת התכנית, שודרה פרסומת סמויה לחברת מזון גדולה ללא גילוי. לפי הצעתנו תוטל האחריות על הפקת התכנית (כלומר: הגורם שקיבל את התמורה) ואולי גם על חברת הסלולר (אם ידעה שהפקת התכנית קיבלה את התמורה הזאת ויכולה הייתה לסמן אותה בהתאם). ככל שמתקיימים יחסי עובד-מעביד בין הפקת התכנית לחברת הסלולר, החברה יכולה לשאת באחריות גם מכוח דיני השליחות ובמקרה זה אין צורך להידרש לקיום התנאים הנ"ל. כדוגמה נגדית אפשר להעלות המלצות אנונימיות של גולשים באתר של מכירות פומביות: כאן יהיה בעל האתר נקי מאחריות – אלא אם כן ידע שהועברה לממליצים תמורה ויכול היה לחשוף זאת לגולשי האתר. בנקודה זו ברצוננו להדגיש כי בשונה מהמצב המשפטי בארצות הברית אנו מאמינים כי אין להחריג את העיתונות הממוסדת מכללי הפרסום הסמוי. כללים

454 ת"ק (חיפה) 13-02-24925 נועם נוימן ואח' נ' קופונט ישראל ע.מ, עמנואל שחר (טרם פורסם; 26.5.2013).

455 טל ז'רסקי ומיכל לביא "שומרים על קשר: הצעה למודל חדש לאחריות מתווכים מקוונים" משפטים מג 631 (2013).

456 האחריות תיגזר ישירות מכמה משתנים: חומרת הנזק הפוטנציאלי, הפוטנציאל להסדרה פרטית והיות הנפגע ניזוק פנימי או חיצוני. להרחבה ראו שם, מעמ' 675 ואילך.

אלה חלים עליה כבר היום באמצעות תקנון האתיקה של מועצת העיתונות. יש לציין שמטבעם כללי אתיקה אינם כללי משפט: בתחום העיתונות ההנחה היא שדי במוסכמות חברתיות כדי להסדיר את ההתנהגות הראויה באופן סביר, ללא צורך בהתערבות משפטית. בישראל הוענק לחופש העיתונות מעמד של בכורה. כמו כן, תאגידי התקשורת רואים באתיקה העיתונאית גלגל הצלה שאפשר לזנוח בימי שגרה, אך יש לנפח כל אימת שמתעורר איום חיצוני גדול מדי מצד פסיקת בתי המשפט או מצד חקיקה מגבילה. כך אירע לא פעם בהקשר של תביעות לשון הרע, למשל. בו בזמן, אין להתעלם מכך שתהליכי ההתמסחרות הביאו עמם כשלים רבים: תחרות פרועה על מידיות המסרים, חיפזון וזניחת האתוס העיתונאי. בשורה ארוכה של פסקי דין התרו בתי המשפט חד-משמעית כי יעניקו סעדים משמעותיים יותר בגין לשון הרע. בפרשת קראוס ציין בית המשפט העליון:

טעות היא לחשוב שהמשפט אינו מתעניין במה שמתרחש מעבר לגדר. הגדר אינה אטומה. המשפט עוקב בעיניים פקוחות אחר האתיקה. יש מקרים שבהם נראה לעין כי האתיקה חלשה ואין בכוחה להבטיח התנהגות ראויה, אם משום שאינה ברורה או מוסכמת, אם משום שאין לה מנגנון יעיל של אכיפה ואם מטעם אחר. במקרה כזה, אם אינטרס ציבורי חשוב נתון בסכנה ממשית, עשוי המשפט לעבור את הגדר המפרידה בינו לבין האתיקה, ולהפוך כלל אתי לכלל משפטי, כדי להקנות לו את הכוח הנדרש להשליט סדר ראוי.⁴⁵⁷

בפסק הדין התנגדה דעת הרוב להטיל על עיתון חובה משפטית לפרסם מידע חדש כדי שמעוול יוכל להתגונן בטענת אמת כפרסום. עם זאת, היא לא שללה את האפשרות שהמחוקק יטיל חובה כזו בחוק אם ימצא זאת לנכון. תגובת המחוקק לא איחרה לבוא בתיקון חוק לשון הרע ובהוספת חובת עדכון למקרים כגון אלה. בהתחשב באפקטיביות המעטה של האסדרה העצמית שמפעילה היום מועצת העיתונות ובהתחשב ברצון להחיל אסדרה אחידה על כל אמצעי המדיה, אנו מציעים כי תינתן לרשות להגנת הצרכן סמכות לאכוף את כללי הפרסום הסמוי

457 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1.

גם על העיתונות. מעבר לעמדה העקרונית שלפיה לא ראוי שהצעה לרפורמה תהיה כבולה להגיונות העבר, אנו מאמינים כי היקפה המוגבל של חובת הגילוי וההצדקות שבבסיסה מחייבים להטיל "חובת עשה" גם על גופים שבעבר זכו לחופש מהתערבות כזו. אין בהצעה זו משום פגיעה בחופש העיתונות; ההפך הוא הנכון: יש בה כדי לחזק את העיתונות מפני השפעות מסחריות זרות. זאת ועוד: יש לתת את הדעת לכך שבהיעדר יישום של המלצה זו תיווצר אנומליה, שכן בלוגרים יוכפפו להגבלות הפרסום הסמוי, ואילו העיתונות המודפסת – שהיא לאין שיעור עוצמתית מהם – תזכה לפטור מאסדרה זו.

אנו מודעים לכך שהצעתנו משנה את מאזן הכוחות המסורתי בין העיתונות המודפסת והמקוונת – הנתפסת כמוסד שיש להימנע מלאסדר אותו – לבין הרשות המבצעת. עם זאת, אנו סבורים שהואיל ומדובר במרחב שעיקרו פרסום ולא שליטה בתוכן, הצורך להגן על הציבור מפני ניצול לרעה של כוח העיתונות לצורך הטעיה גובר על החשש מפני הצרת צעדיה של העיתונות.

בעיה דומה לסוגיית האחריות של בעל הפלטפורמה עולה בנוגע לסימון הפרסום הסמוי בתכנים זרים. על פי המצב המשפטי הקיים, פרסומת העלולה להטעות צרכן בישראל תיחשב להפרה של החוק אף אם נעשתה מחוץ למדינה.⁴⁵⁸ ואולם בבואנו להחיל את העקרונות של אסדרת הפרסום הסמוי לרוחב, עלינו להתייחס באופן מעמיק לגלובליות של הרשת ולחוסר הציות שלה לגבולות גאוגרפיים. בעיה זו בולטת במיוחד בעיסוק באסדרה של שוק התוכן בעידן ההתלכדות.

בעבר, לפני עידן ההתלכדות, אסדרת הטלוויזיה הייתה צריכה להתמודד רק עם משדרים במדינה עצמה (למעט שידורי לוויין ממדינות אחרות שנקלטו במדינה), כגון חברות הכבלים והלוויין. המשימה הניצבת כעת לפני הרגולטור היא להתאים את האסדרה כך שתמודד גם עם שירותי תוכן לא מקומיים שאינם כפופים לחוקים המקומיים, למשל: פלטפורמות התוכן האינטרנטיות Netflix ו-Hulu. נקודת המוצא המסורתית של רגולטור המדיה הרלוונטי – שיש לו כוח אכיפה בעניין החברות המשדרות, משום שהן פועלות במדינתו וכפופות לחוק המקומי – אינה מובנת מאליה היום, בעידן ההתלכדות, מאחר שחברות בין-לאומיות נהפכות לשחקניות מפתח בשוק התוכן המקומי. בעיה זו מחייבת פתרון יצירתי הן בקביעת המדיניות בחקיקה והן בקביעת המדיניות מצד הרשות עצמה.

458 ס' 7(ה) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

להשקפתנו, יש להיות זהירים פן תפגע אסדרה זו ביחסים המסחריים בין יוצרי התוכן המקומיים ליוצרי התוכן הבין-לאומיים, אף אם התכנים עלולים להכיל תכנים מסחריים. רציונל זה בא לידי ביטוי גם באסדרה האירופית, שאיננה מחייבת גילוי על פרסום סמוי במקרים של תוכן נרכש. עם זאת, המגמה העולמית נוטה לסימון הפרסום הסמוי במקרים של תוכן מקומי.

על כן מוצע, ככלל, כי תוכן זר שלא הופק עבור הצרכן הישראלי יהיה כפוף רק לכללי הפרסום הסמוי של המדינה שבה הופק. עם זאת, אם בעל הפלטפורמה של אותו תוכן הוא ישראלי, עליו לסמן את הפרסום הסמוי לפי כללי האסדרה המקומית, ככל שיש אפשרות סבירה לברר אם התוכן הזר כולל פרסום סמוי – בדומה לחובת הסימון של משרד חוץ המפורטת בתקנות סיווג וסימון⁴⁵⁹ ובדומה להסדר בגרמניה (סימון תכנים זרים כל עוד מדובר בהוצאה סבירה).

כך למשל, אם תכנית אמריקנית מסומנת ככוללת תוכן פרסומי במסגרת כללי הגילוי של רשות התקשורת הפדרלית, עליה להיות מסומנת בסימון הישראלי כשתוצג באמצעות ספקי התוכן הישראליים – וחובת הסימון תיפול על כתפי הספק הישראלי. עם זאת, יצרני תוכן ומפיצי תוכן שאין להם כל זיקה לישראל – למשל במקרה של iTunes – יהיו כפופים לאסדרה של מדינת האם בלבד.

! אחריות לאכיפה

הדיון הציבורי בעניין הפרסום הסמוי מתמקד לרוב באחריות הרגולטוריים הספציפיים – הרשות השנייה, מועצת הכבלים והלוויין ובמידה פחותה אף רשות השידור. כפי שהובהר בפרק שעסק במצב בישראל, הפיקוח מצד גופים אלה הוא רופף במקרה הטוב ורשלני במקרה הרע; מכל מקום, ובהתחשב בתופעת ההתלכדות, הפרסום הסמוי עתיד להתרחב אף יותר ולהגיע לתחומים החורגים ממסגרות הפיקוח המסורתיות של הטלוויזיה והרדיו. יתרה מזו: מציאות שבה גוף מסוים משדר בפלטפורמות שונות זו מזו, ובכל אחת מהן הוא נתון למשטר רגולטורי אחר, יוצרת מגרש משחקים עקום וזילות בהתייחסות לכללי האסדרה. עמדתנו היא שאסדרת הפרסום הסמוי דורשת רגולטור מומחה שיהיה אחראי על הנושא באופן רוחבי, ללא קשר לטכנולוגיה שבה הפרסום נעשה. אנו סבורים

459 ס' 7(א)(3) לתקנות סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"ג-2002.

כי הגוף המתאים ביותר למשימה הוא הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן – בתנאי שיבוצעו בה הרפורמות הנדרשות, כמפורט להלן. למעשה, כבר באוקטובר 2010 הציע משרד התמ"ת (היום משרד הכלכלה) להסדיר את השימוש בפרסום סמוי באמצעות הרשות להגנת הצרכן, אך המהלך הסתיים ללא תוצאות.⁴⁶⁰

היישום של דיני הגנת הצרכן בישראל מבוסס על שלושה יסודות: חקיקה, פיקוח מינהלי ואכיפה פרטית. הצעתנו לרפורמה מתמקדת בתחום הפיקוח המינהלי, המתאים לטיפול בתופעת הפרסום הסמוי יותר מהאכיפה הפרטית. פיקוח מינהלי התבצע על ידי הממונה על הגנת הצרכן כבר בשנות השמונים;⁴⁶¹ הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן מתנהלת תחתיו מאז יוני 2006. נעיר כי יש בישראל ביזור יתר בטיפול בהגנת הצרכן: זה בצד זה פועלים הרשות להגנת הצרכן, המועצה הישראלית לצרכנות ומנהל סחר פנים במשרד הכלכלה; ובעבר אף הוצע לאחד את הגופים.⁴⁶² אנו מציעים כי במצב הקיים יהיה תחום הפרסום הסמוי נתון רק בסמכותה של הרשות להגנת הצרכן.

בשונה מהממונה על ההגבלים העסקיים, לרשות אין סמכויות אכיפה מינהליות והיא זקוקה למערכת המשפט כדי לאכוף את כלליה.⁴⁶³ עם זאת, יש באמתחתה כלים הרתעתיים, מינהליים ופלייליים. במישור המינהלי, הסמכויות של הממונה על הגנת הצרכן לעניין פיקוח על פרסומת מטעה מאפשרות לו "להעמיד עוסק על חובתו להפסיק נהגים שיש בהם לכאורה הפרת הוראות חוק הגנת הצרכן או שלא לחזור עליהם";⁴⁶⁴ עוד הוא רשאי, בכפוף לאישור היועץ המשפטי לממשלה, לדרוש מהעוסק התחייבות בכתב – מגובה בערובה – להפסקת הפרסום המטעה.⁴⁶⁵ זהו כלי הרתעתי למחצה, והצורך באישור היועץ המשפטי לממשלה הופך אותו לאטי מדי להפעלה.

- 460 אופיר בר־זוהר "התמ"ת בוחן: תוכן שיווקי בטלוויזיה ילווה בכתובית של גילוי נאות" *TheMarker*, מדיה ושיווק (26.10.2010).
- 461 ס' 20 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.
- 462 יובל בוגייסקי הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 27 ביוני 2013) (להלן: בוגייסקי).
- 463 דוח שטרם, לעיל ה"ש 357, בעמ' 10.
- 464 ס' 21(4) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.
- 465 ס' 28(א) לחוק.

האכיפה הפלילית היא הכלי החזק ביותר העומד לרשותו של הממונה.⁴⁶⁶ לפי הפרשנות המקובלת בפסיקה, משטר האחריות הנוגע לפרסום המטעה הוא אחריות קפידה.⁴⁶⁷ בניגוד לעוולה הנזיקית של הטעיה,⁴⁶⁸ מקבילתה הפלילית עוולת ההטעיה היא עברה התנהגותית, כלומר: איננה דורשת נזק בפועל.⁴⁶⁹ ההגנה הפלילית לעוסק מצומצמת למקרים שבהם הנאשם לא ידע ולא יכול היה לדעת שהוא מפר את הוראות החוק.⁴⁷⁰ כפי שצוין, חוק הגנת הצרכן קובע כי פרסום סמוי הוא מטעה – ומכאן שהצעתנו עולה בקנה אחד עם החוק.⁴⁷¹ לשון החוק קובעת:

- ג. (1) פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה;
- (2) המפרסם פרסומת בצורה של כתבה, מאמר או ידיעה עיתונאית, בלי לציין באופן ברור כי המדובר בפרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה, אף אם תוכנה אינו מטעה;
- (3) לענין סעיף קטן זה, השתתפות עיתונאי, לרבות מגיש, קריין או מנחה בכל כלי תקשורת, בפרסומת, יראו אותה כפרסומת מטעה, אם אין בה הבחנה ברורה בין עבודתו המקצועית לבין הפרסומת;
- (4) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע כללים בדבר הנוסח והדרך שבהם על המפרסם לציין או לשדר כי מדובר בפרסומת.

466 ס' 23(א)(3) לחוק.

467 ראו למשל ע"פ (מחוזי חיפה) 301/91 מדינת ישראל נ' קבוצת חב' שמעוני בע"מ, פ"מ תשנ"ב 1 (336); וכן ע"פ (מחוזי ת"א) 71561/01 מדינת ישראל נ' חוגלה קימברלי שיווק, תק"מח 2003(1), 7132.

468 ראו עניין ברזני, לעיל ה"ש 138.

469 קרי: אינה כוללת דרישת נזק. דויטש כרך ב, לעיל ה"ש 93, בעמ' 232.

470 ס' 27 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

471 בתנאי שהפרסומת עלולה להביא אדם סביר להניח כי האמור בה אינו פרסומת. ראו ס' 7(ג)(1) לחוק.

כך, בפרשת אובייקטיבי מחקרים עולמיים משנת 2005 התקבלה תביעה פלילית נגד עוסק שנקט פרסום סמוי בדמות סקרי שוק אובייקטיביים.⁴⁷² הסנקציה על עוסק המפרסם פרסומת מטעה בניגוד לסעיף 7(ג) לחוק הגנת הצרכן היא מאסר של שנה או קנס של כ-400 אלף ש"ח.⁴⁷³ כך לדוגמה, בפרשת אובייקטיבי נקנסה החברה בסכום של 40 אלף ש"ח. החוק אף מבהיר כי אם עובר בתאגיד גרם להטעיה, חזקה היא שמעבידו ונושא משרה שבתאגיד לא פיקחו ולא עשו ככל האפשר כדי למנוע את ביצוע העברה, ועל כן אף הם עלולים לעמוד בסכנת מאסר וקנס אפשרי.⁴⁷⁴ מתוקף סעיף זה הוטל על המנהל של אובייקטיבי מחקרים עולמיים קנס בסך 160 אלף ש"ח ונגזרו עליו שישה חודשי מאסר על תנאי לשלוש שנים.

חרף סמכויותיה, ובניגוד בולט לחשיבותה במרחב האכיפה, סמכויות אלה של הרשות כמעט אינן באות לידי ביטוי. בפועל, הפיקוח המינהלי הוא הרכיב החלש ביותר ביישום של הגנת הצרכן בישראל.⁴⁷⁵ יש לכך סיבות רבות, חלקן מבניות. רק ביוני 2010 – כמעט שש שנים לאחר הקמת הרשות – מונתה לה ממונה.⁴⁷⁶ יתר על כן: הפיקוח המינהלי אמנם מופעל מכוח החוק על ידי הממונה על הגנת הצרכן, אך התביעות הפליליות מוגשות על ידי תובעים במחוזות.⁴⁷⁷ אלה כפופים לאגף לסחר פנים במשרד הכלכלה ולא לממונה עצמו, האחראי להם מקצועית.⁴⁷⁸ התוצאה היא פיצול בעייתי בסמכויות האכיפה: הרשות היא הגוף המוסמך על פי החוק, ואילו הטיפול בהפרה של החוק נעשה על ידי גורמים

472 ת"פ (פתח־תקוה) 1326/02 מדינת ישראל נ' אובייקטיבי מחקרים עולמיים בישראל מע"מ ואח' (לא פורסם, 2005). בתביעה נטען כי החברה פעלה בין היתר בניגוד להוראות סעיף 7(ג)1: "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה".

473 ס' 23(א)(3) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

474 ס' 25 לחוק.

475 דויטש כרך ב, לעיל ה"ש 93, בעמ' 4. עם זאת, האפשרויות לשימוש מכוח החוק הן מגוונות, וכוללות – נוסף על אכיפה פלילית – כלים להגשת תביעה ייצוגית וכן סעדים כגון פיצויים וביטול. להרחבה ראו דויטש כרך א, לעיל ה"ש 74, בעמ' 383.

476 החלטת 1855 של הממשלה ה-32 "מינוי הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה" (27.6.2010).

477 דויטש כרך ב, לעיל ה"ש 93, בעמ' 642.

478 פרוטוקול ישיבה מס' 718 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (16.1.2012).

אחרים במשרד הכלכלה – מנהלי המחוזות (המטפלים בחקירות), גורמים משפטיים במחוזות (המטפלים בהליכים המשפטיים) והתובעת הראשית במשרד (המגישה את התביעה).⁴⁷⁹

במשך שנים ציינו דוחות שהמשרד אינו פועל כראוי למיצוי סמכויותיו בתחום הגנת הצרכן ואף אינו מנצל את תקציבו.⁴⁸⁰ דוחות אלה הגיעו אף לפתחו של בית המשפט העליון, שדחה את העתירה לחייב את הממונה להפעיל את סמכותו אך לא חסך ביקורת מהתנהלותו.⁴⁸¹ בסופו של דבר, בעקבות הקמת הרשות בשנת 2006, הוקמה ועדת היגוי בראשות דרור שטרומ, לשעבר הממונה על ההגבלים העסקיים, לגיבוש המלצות בדבר סמכויות נוספות הדרושות לרשות.⁴⁸²

בצד המלצות הנוגעות למישור הארגוני ומתמקדות בייעול של תפעול הרשות המליצה הוועדה לאמץ מודל אכיפה חדש. הוצע כי לאכיפה הפלילית, המתמקדת – בשל העובדה שמדובר במרחב פלילי – בהפרות קשות של דיני הגנת הצרכן, תצורף מסגרת אכיפה מינהלית. המסגרת החדשה תאפשר לנקוט צעד מקדמי של התראה מינהלית; כן תוענק לממונה סמכות להטיל עיצומים כספיים במקרים של עברות מובהקות.⁴⁸³

באוגוסט 2007 אימץ שר התמ"ת אלי ישי את מסקנות הוועדה,⁴⁸⁴ אולם רק ביוני 2010 מונתה לתפקיד הממונה עו"ד תמר פינקוס.⁴⁸⁵ בנובמבר 2011 החלה הרפורמה המיוחלת לקרום עור וגידים, והכנסת אישרה בקריאה ראשונה את הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), שבאה לעגן בחקיקה את המלצות ועדת

479 דוח שטרומ, לעיל ה"ש 357, בעמ' 7.

480 חגי גולן ואורנה ריבי "מבוקש: ממונה להגנת הצרכן" גלובס (23.11.1997); מבקר המדינה, דוח שנתי 54 לשנת 2003 ולחשבונות שנת הכספים 2002 (808 (2002).

481 בג"ץ 10440/08 בסרגליק נ' הממונה על הגנת הצרכן במשרד המסחר והתעשייה, תק-על 2009 (1) 2783.

482 הרשות להגנת הצרכן, דין וחשבון לשנת 2011.

483 דוח שטרומ, לעיל ה"ש 357, בעמ' 17.

484 משרד התמ"ת, הודעות לעיתונות "סגן ריה"מ ושר התמ"ת אלי ישי הורה על התנתע הרפורמה בתחום הגנת הצרכן: רשות הסחר וההוגן יוצאת לדרך" (28.8.2007).

485 משרד התמ"ת, הודעות לעיתונות "הממשלה אישרה את מינוי עו"ד תמר פינקוס לממונה על הגנת הצרכן והסחר וההוגן" (27.6.2010).

ההיגוי.⁴⁸⁶ ההצעה צלחה את הדיונים בוועדת הכלכלה,⁴⁸⁷ וביוני 2013 הוחל עליה דין רציפות לקראת עלייתה לקריאות שנייה ושלישית.⁴⁸⁸ מהצעת החוק מתברר כי מודל האכיפה החלופי כולל שלושה כלי אכיפה: עיצום כספי, התראה מינהלית והתחייבות (הכוללת ערובה) להימנע מהפרה. בכתב ההתחייבות יתחייב המפר להפסיק את ההפרה ולהימנע מהפרה נוספת בתוך תקופה שיקבע הממונה.⁴⁸⁹ במסגרת התיקונים הסופיים שנערכו בוועדת הכלכלה נקבע כי במקרה של פרסום סמוי⁴⁹⁰ הרשות רשאית להטיל על העוסק – לאחר הודעה על כוונת חיוב ומתן זכות טיעון – עיצום כספי בסך 50 אלף ש"ח ועל עוסק שאינו תאגיד – 35 אלף ש"ח;⁴⁹¹ בנסיבות מחמירות אפשר להטיל עיצום כספי עד סכום של פי אחד וחצי מסכומים אלה.⁴⁹²

לעת עתה, בהיעדר החקיקה הנדרשת, הרשות ממשיכה לפעול במתכונת המשפטית הקיימת. גם האכיפה הפלילית ממשיכה להתבצע באמצעות מערך התביעה של המשרד, עד למינוי תובע פלילי ברשות או עד לתיקון החוק.⁴⁹³ תקציבי הרשות להגנת הצרכן לשנת 2011 עמד על 9.9 מיליון ש"ח, ובשנת 2012 – על כ-9.2 מיליון ש"ח.⁴⁹⁴ בשנת 2012 דיווחה הרשות כי הוגשו 58 כתבי אישום והוטלו 214 קנסות על עוסקים.⁴⁹⁵ עם זאת, בדיונים בוועדת הכלכלה עלתה תמונה אופטימית פחות: חוסר אפקטיביות, בעיות ארגוניות קשות ומספר

- 486 דובר הכנסת "אושר בקריאה ראשונה: יורחבו סמכויות הרשות להגנת הצרכן ויוטלו עיצומים כספיים על המפרים את החוק" (7.11.2011).
- 487 פרוטוקול ישיבה מס' 912 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (10.7.2012).
- 488 החלטה 314 של הממשלה ה-33, "החלת דין רציפות על הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011" (5.6.2013).
- 489 ס' 22 להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה התשע"ב 620.
- 490 דהיינו, במקרה של הפרת סעיף 7(ג1): "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח, כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תכנה איננו מטעה".
- 491 ס' 22(ג) לחוק המוצע, כפי שנסקר בפרוטוקול מס' 899 של ישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת ה-18 (2.7.2012).
- 492 ס' 22(ד) לחוק המוצע, שם.
- 493 יובל יועז "היועמ"ש וינשטיין מחזק את עצמאות הרשות להגנת הצרכן" גלובס, דין וחשבון (7.5.2013).
- 494 משרד האוצר, אגף התקציבים, תקציב סעיף רשויות הפיקוח לשנים 2011 ו-2012.
- 495 הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, דין וחשבון לשנת 2012.

קטן מאוד של עובדים – שמונה תקנים בלבד. ממלא מקום יו"ר ועדת הכלכלה ח"כ ישראל חסון אמר: "המציאות, כפי שאנחנו רואים אותה היום, היא שאין רשות להגנת הצרכן".⁴⁹⁶

אנו מאמינים כי הרפורמה הנדרשת בוא תבוא, ובמוקדם או במאוחר תקום הרשות במתכונת מחודשת ומחוזקת. רפורמה זו היא קריטית ליישום הצעתנו, שכן להשקפתנו האכיפה הפלילית לבדה איננה מתאימה לטיפול בפרסום סמוי. יש לציין כי למרות החשש מפני הכנסת אמצעים עונשיים-פליליים לענף התקשורת, השימוש בענישה פלילית כאמצעי להשגת ציות קפדני למחויבויות רגולטוריות איננו חדש במפת התקשורת הישראלית. כפי שנסקר בפרקים הקודמים, גם אי-עמידה בחוק סיווג וסימון שידורים מזיקים היא עברה פלילית שדינה קנס⁴⁹⁷ – אך כאמור הסנקציה הזו מעולם לא ננקטה.⁴⁹⁸

גם ועדת שטרסם סברה כי בצד אימוץ המודל של אכיפה מינהלית ראוי להותיר על כנה את סמכות הממונה לנקוט אכיפה פלילית. זו תמוקד בהפרות חמורות "שלגביהן מוצדק לתייג את המפר באופן שלילי וליצור הרתעה של הכלל".⁴⁹⁹ מכל מקום, מאחר ששימוש בדין הפלילי כרוך בהיבטים ראייתיים, ממילא השימוש בו יהיה מועט ומתוחם.

יש להעיר כי גם אם ייעשה שימוש יעיל בכלי האכיפה המינהלית, הרי אכיפת האסדרה על כלל ספקי התוכן תהיה יקרה בהתחשב בריבוי שירותי התוכן הקטנים בעידן האינטרנט. על כן, נקודת המוצא היא שהגוף הרגולטורי לא יעסוק בכל הפרה זניחה של החוק אלא יתמקד בעברות בעלות משקל ויעשה שימוש מושכל בכוחו הרגולטורי. המטרה היא שהשוק ילמד בתוך זמן קצר את הכללים ויפעל על פיהם. במידה מסוימת הדבר דומה לקנסות בגין מהירות מופרזת: מדיניות המשטרה מעודדת נורמות התנהגות שהן יעילות לחברה.⁵⁰⁰

496 פרוטוקול ישיבה מס' 718 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-18 (2012.1.16).

497 ס' 5 לחוק סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"א-2001.

498 וייסבלאי, לעיל ה"ש 388.

499 דברי הסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה התשע"ב 620, 7.

500 Goodman, לעיל ה"ש 75, בעמ' 151.

(1) חיבור עם הרשות להגבלים עסקיים: מהלך הכרחי

בית המשפט העליון כבר ציין כי דיני ההגבלים העסקיים הם המגנה כרטה של זכויות הצרכן והתחרות החופשית.⁵⁰¹ אנו סבורים שכדי לחזק את כוח הרשות להגנת הצרכן יש לאחד אותה עם הרשות להגבלים עסקיים.

החיבור בין הרגולטור הממונה על תחום הצרכנות לבין רשות ההגבלים נתפס כטבעי במדינות רבות. כך למשל, רשות הסחר הפדרלית (FTC) בארצות הברית מורכבת מהרשות להגנת הצרכן ומהרשות לתחרות;⁵⁰² בבריטניה – החל ב־1 באפריל 2014 – אוחדו הרשות לסחר הוגן ונציבות הסחר לגוף שנקרא Competition and Markets Authority.⁵⁰³ ראוי שגם בישראל ייעשה כן, הן מנקודת המבט של אסדרת הפרסום הסמוי והן מעצם ההכרה בכך שמדובר בתחומים משיקים.

בעבר ננקטו מהלכים לאיחוד הרשויות האחיות אך הדבר הסתיים בלא כלום. בעקבות המחאה החברתית בקיץ 2011 עלה רעיון להקים רשות סחר (FTC) ישראלית על ידי איחוד הרשות להגנת הצרכן והרשות להגבלים עסקיים,⁵⁰⁴ אך גם ניסיון זה העלה חרס. כחלופה נקבע באותו קיץ כי יוקם במשרד התמ"ת מטה משותף להגנת הצרכן, שיכלול את הרשות להגבלים עסקיים, את הרשות לסחר הוגן, את המועצה לצרכנות וכן מינהל מחקר וכלכלה של המשרד. המטה אמור היה לפעול במפגשים חודשיים שבהם יציף כל אחד מהגופים את ענייני הגנת הצרכן המתעוררים אצלו.⁵⁰⁵ בפועל התכנס המטה רק שלוש פעמים, האחרונה שבהן במרץ 2012.⁵⁰⁶ בשנת 2012 דווח כי ועדת שרון קדמי לבחינת התחרותיות

501 ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז, פ"ד נב(5) 213.
 502 16 CFR 0.9
 503 ראו באתר ממשלת בריטניה: "Press Release: Chief Executive Designate Appointed to the Competition and Markets Authority," GOV.UK
 504 סטלה קורין ליבר "עד השנה הבאה: להקים רשות חדשה להגבלים עסקיים והגנת הצרכן" גלובס (14.3.2012).
 505 משרד התמ"ת, הודעות לעיתונות "שר התמ"ת שלום שמחון הודיע על הקמת מטה להגנת הצרכן במשרד התמ"ת הכולל את הרשות להגבלים עסקיים, הרשות לסחר הוגן והמועצה לצרכנות" (25.7.2011).
 506 בוגייסקי, לעיל ה"ש 462, בעמ' 31.

בענף המזון ("ועדת המזון") צפויה להמליץ על מיזוג של רשות ההגבלים העסקיים והרשות לסחר הוגן, אולם המלצה זו נעלמה מטיוטת ההמלצות שהגישה הוועדה לממשלה בסוף אותה שנה.⁵⁰⁷ אנו סבורים שהשעה היא שעת כושר לבחון את האיחוד של שתי הרשויות, בימים שבהם הערך של הגנת הצרכן מקבל משנה חשיבות לנוכח המחאה החברתית של קיץ 2011.

לאחרונה הודגמה בישראל פרקטיקה של אכיפה פרטית בשוק התקשורת כתחליף למסלול האכיפה הרגולטורי. באוגוסט 2012 הגיש פורום קולך, ארגון פמיניסטי אורתודוקסי, בקשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב לאישור תובענה ייצוגית נגד תחנת הרדיו החרדית "קול ברמה" בגין הדרת נשים. התובענה התבססה על הוראות חוק איסור אפליה במוצרים, האוסר על גוף המעניק שירות ציבורי להפלות מטעמי מין.⁵⁰⁸ יש ללמוד ממקרה זה כי במקרים מסוימים גם בתחום התקשורת אפשר לשקול עקיפה של המישור המינהלי-חוקתי ופנייה למישור האזרחי – ולכלל הפחות להקנות לאזרחים כלי אכיפה פרטי בצד האכיפה המינהלית. ייתכן שהפתרון הנכון יהיה לספק לצרכנים, בצד הפיקוח המינהלי, אפשרות לתבוע מכוח חוק הגנת הצרכן במקרים של פרסום סמוי.

יא. קידום אוריינות תקשורת

(1) הגדרות ומגמות

הואיל ו"אוריינות תקשורת" אינה מונח שגור בשיח על אסדרת התקשורת בישראל, פרק זה נועד להעניק רקע על המונח, על מטרותיו ועל אפיקי יישומו. רקע זה הוא הבסיס לדיון ביעילות של אוריינות התקשורת ושל השלכותיה במישור המדיניות הציבורית והרגולטורית באשר לפרסום סמוי.

כתחום דעת מחקרי התפתחה אוריינות התקשורת בשנות השמונים של המאה העשרים במסגרת המעבר של חוקרי תקשורת וחברה מניתוח טקסטים

507 טיוטת המלצות הצוות לבדיקת התחרותיות והמחירים בשוק מוצרי המזון והצריכה, 21.2.2012, מתוך אתר משרד הכלכלה.

508 תהילה שוורץ אלטשולר "האופציה האזרחית" העין השביעית, דעות (2013.4.29).

ומסרים לניתוח קהלים.⁵⁰⁹ אוריינות תקשורת מתייחסת למערך רחב של יכולות ומיומנויות נרכשות, טכניות וקוגניטיביות, המאפשרות לאדם ליצור קשרי גומלין עם אמצעי התקשורת שהוא צורך. בספרות המקצועית, כמו גם בארגונים וגופים העוסקים בנושא, אין תמימות דעים באשר להגדרה המדויקת של המונח; מדובר בהגדרה דינמית ומשתנה בהתאם להקשר ולצרכים של מחבריה.⁵¹⁰ עם זאת, אחת ההגדרות הרווחות לאוריינות תקשורת היא זו שאימץ רגולטור התקשורת הבריטי Ofcom: "היכולת לגשת אל, להבין את וליצור תוכני תקשורת במגוון הקשרים".⁵¹¹ הגדרות דומות אימצו חוקרים מובילים,⁵¹² האגודה הארצית לחינוך לאוריינות תקשורת בארצות הברית,⁵¹³ הממשלה האוסטרלית,⁵¹⁴ המרכז לאוריינות תקשורת בארצות הברית⁵¹⁵ ורשות השידור הניו זילנדית.⁵¹⁶

היכולת לגשת לתקשורת מסמלת הן את יכולת השימוש הפיזית-טכנית באמצעי תקשורת (מחשב, טלוויזיה, אינטרנט וכו') והן את היכולת להשתמש

- Carmen Luke, *Media and Cultural Studies in Australia* 42 (8) JOURNAL OF ADOLESCENT & ADULT LITERACY 622 (1999) 509
- Renee Hobbs, *The Seven Great Debates in the Media Literacy Movement* 48 (1) JOURNAL OF COMMUNICATION 16 (1998) 510
- Lynne Eagle, *Commercial*; (להלן: Hobbs) JOURNAL OF COMMUNICATION 16 (1998) 510
- Media Literacy: What Does It Do, to Whom—and Does It Matter?* 36 (2) JOURNAL OF ADVERTISING 101 (2007)
- DAVID BUCKINGHAM ET AL., THE MEDIA LITERACY OF CHILDREN AND YOUNG PEOPLE: A REVIEW OF THE RESEARCH LITERATURE (2005) (להלן: BUCKINGHAM 2005); ראו גם באתר Ofcom את אינדקס הקישורים למחקרים בתחום. 511
- PATRICIA AUFDERHEIDE, MEDIA LITERACY: A REPORT OF THE NATIONAL LEADERSHIP CONFERENCE ON MEDIA LITERACY (Aspen, CO: Aspen Institute, 1993); Sonia Livingstone, *What Is Media Literacy?* 32(3) INTERMEDIA 18 (2004); idem, *Media Literacy and the Challenge of New Information and Communication Technologies* 7 (1) THE COMMUNICATION REVIEW 3 (2004) 512
- NAMLE – National Association for Media Literacy Education 513
- ACMA – Australian Communications and Media Authority 514
- CML – Center for Media Literacy 515
- Broadcasting Standards Authority, "Media Literacy Information in New Zealand: a Comparative Assessment of Current Data in Relation to Adults" (July 2007) 516

במכשירים ובטכנולוגיות למציאת מידע ותוכן בהתאם לציפיות ולצרכים של המשתמש. היכולת להבין נוגעת ליכולתו להבין את שפת התקשורת (כגון זוויות צילום או סוגים של תכניות), להבריל בין אמת לבדיה ובין פרסומת לתוכן, להבין את המוטיבציה והאינטרסים של יוצרי התוכן והפרסומאים, לפתח ערנות לתגובות הקהל למסרים של התקשורת, לחשוב באופן ביקורתי על המסרים התקשורתיים המציפים את חייו וכו'. לבסוף, יכולת היצירה היא המיומנות ליצירה עצמאית של תוכן, בין שהוא אודיו-ויזואלי (סרטים) ובין שהוא בא לידי ביטוי בכתיבת דואר אלקטרוני, בלוג או פרופיל ברשת חברתית או בהשתתפות בפעילויות תקשורתיות כגון משחקים וירטואליים.⁵¹⁷ הגדרה רוחת זו, על גרסותיה, כוללת את היכולות הטכניות שבאוריינות תקשורת (גישה ויצירה) וכן את היכולות הקוגניטיביות שבה (הבנה).

החוקרות פנמן וטרנבול (Penman and Turnbull) הציעו לזהות שתי גישות באשר למהות של אוריינות התקשורת – הגישה ההגנתית (protectionist) והגישה ההכנתית (preparatory).⁵¹⁸ הגישה ההגנתית היא המוקדמת מהשתיים. מקורה בעשורים שלפני פריצת הטכנולוגיות הדיגיטליות, שבהם הייתה התקשורת בעיקרה תקשורת המונים – טלוויזיה, רדיו ועיתונים. גישה זו רואה באוריינות התקשורת אמצעי להקניית חסינות מההשפעות השליליות של תקשורת ההמונים באמצעות מודעות והבחנה.⁵¹⁹ בארצות הברית, למשל, היא משתקפת במתן דגש על מניעת תוכן אלים ומיני מצעירים.⁵²⁰ בגרסתה המרקסיסטית גישה זו רואה בחינוך לאוריינות תקשורת רכיב חשוב בחשיפת האידאולוגיות המוחבאות במסרי התקשורת – ובכך בשחרור הצרכן מאחיזתם של מסרים אלה.⁵²¹

DAVID BUCKINGHAM, MEDIA EDUCATION: LITERACY, LEARNING AND CONTEMPORARY CULTURE (1st ed., Cambridge: Polity, 2003); BUCKINGHAM 2005 517
לעיל ה"ש 511.

ROBYN PENMAN & SUE TURNBULL, MEDIA LITERACY: CONCEPTS, RESEARCH AND REGULATORY ISSUES (Melbourne: Australian Communications and Media Authority, 2007) (להלן: PENMAN & TURNBULL). 518

Hobbs, לעיל ה"ש 510. 519

BUCKINGHAM 2005, לעיל ה"ש 511. 520

PENMAN & TURNBULL, לעיל ה"ש 518. 521

הגישה ההכנתית (הנקראת גם "גישת ההעצמה") נשענת על השינויים וההתפתחויות הרבות בתקשורת ובטכנולוגיה בשני העשורים האחרונים.⁵²² התפתחויות אלו מאפשרות לקהל לא רק לצרוך מסרי תקשורת באופן סביל, אלא להשתתף ביצירת המרחב התקשורתי באופן פעיל. בעשור האחרון נהפך השימוש בתקשורת לחלק מרכזי בחיינו האישיים: מהגדרה עצמית (דוגמת פייסבוק וטוויטר), דרך ביטוי אישי (בלוגים) ועד יצירה (אתרי אינטרנט) וכידור (משחקים וכו'). בד בבד נהפכה התקשורת לאמצעי המעצב ומקרב אותנו לקהילה ולקבוצות ההשתייכות שלנו: מפיתוח הבנה תרבותית-חברתית, דרך השתתפות פעילה בחיים האזרחיים ועד למיצוב הנגישות וההבנה התקשורתיות כזכות בסיסית בשל מרכזיותה בחיים המודרניים. על כן, הגישה ההכנתית רואה בחינוך לאוריינות תקשורת את הדרך להכין ולעודד להשתתפות במרחב התקשורתי החדש. ביטוי לגישה ההכנתית אפשר למצוא, למשל, בבריטניה ובצפון אירופה.⁵²³

בהתחשב בהיקף מחקר נוכחי זה ובמיקורו הצר בפרסום סמוי יוצגו להלן רק קווים מרכזיים של החינוך לאוריינות תקשורת. אפשר לרכוש אוריינות תקשורת באופן פורמלי וישיר, כחלק מתכנית הלימודים ובאחריות שלטונית ישירה. תכניות לימוד פורמליות לילדים ולבני נוער המונהגות על פי מדיניות ממשלתית נהוגות בכמה מדינות בעולם ובהן קנדה,⁵²⁴ אוסטרליה,⁵²⁵ בריטניה, צרפת ומדינות אירופיות נוספות.⁵²⁶ במקרים רבים המדינה מעורבת בקידום

- Ben Bachmair, *Media Literacy, Everybody's Darling: Its Strategic Functions and Relevant Items for a Framework?*, in SONIA LIVINGSTONE (ED.), *MEDIA LITERACY: AMBITIONS, POLICIES AND MEASURES* 8 (2011) 522
- נועה אלפנט-לפאר אוריינות תקשורת, מסמך ראשוני (הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, אוקטובר 2006); BUCKINGHAM 2005, לעיל ה"ש 511. 523
- John J. Pungente, Barry Duncan, & Neil Anderse, *The Canadian Experience: Leading the Way*, 104 (1) YEARBOOK OF THE NATIONAL SOCIETY FOR THE STUDY OF EDUCATION 21 (2005) (להלן: Pungente et al.). 524
- LEWIS & TURNBULL, לעיל ה"ש 518. 525
- COUNTRY PROFILE: FRANCE V4.0. CURRENT TRENDS AND APPROACHES TO MEDIA LITERACY IN EUROPE (Universidad Autonoma de Barcelona, 2007) (להלן: דוח 526

של אוריינות התקשורת לא רק על ידי תכניות חינוך לנוער ולילדים. בפילנד המדינה והאיחוד האירופי מקדמים את האוריינות התקשורתית באמצעות אתרי אינטרנט המספקים מידע והכשרה למורים ובאמצעות כנסים לדיון בנושאים חדשים הקשורים בה. בכריטיניה המדינה מעורבת בקידומה גם דרך הגופים הרגולטוריים שבאחריותה. חלק מהגדרת התפקידים של רגולטור התקשורת המרכזי Ofcom הוא קידום אוריינות התקשורת, דבר הבא לידי ביטוי בכמה מאמרים חשובים בתחום שהוציא לאור.

יש גם אפיקים לא פורמליים ללימוד ולהדרכה של אוריינות תקשורת כחלק מהאחריות ההורית – למשל באמצעות קמפיילים, תשדירים ואתרי אינטרנט – ביוזמה ובמימון של ארגוני חברה אזרחית. הורים יכולים לקדם יכולות אוריינות אצל ילדיהם על ידי תיווך (mediation) אקטיבי, דהיינו: שיחה על הנצפה על המרקע בעת צפייה משותפת.⁵²⁷ בכמה מדינות גם פועלים שירותי מידע המדריכים הורים כיצד לעשות את התיווך האקטיבי, ובאותה הזדמנות אף מלמדים אותם באופן לא פורמלי אוריינות תקשורת.⁵²⁸

במקרים אחרים החינוך לאוריינות תקשורת נעשה באמצעות קמפיילים, תשדירים ותכניות טלוויזיה. בצרפת, למשל, פועלים שני ערוצי טלוויזיה – Cap Canal הפרטי ו-France 5 הציבורי – המפיקים ומשרדים תכניות חינוכיות

COUNTRY PROFILE: UNITED KINGDOM V4.0. CURRENT TRENDS AND APPROACHES TO MEDIA LITERACY IN EUROPE (Universidad Autonoma de Barcelona, 2007); FINAL REPORT. CURRENT TRENDS AND APPROACHES TO MEDIA LITERACY IN EUROPE (להלן: דוח אוריינות 2007). (Universidad Autonoma de Barcelona, 2007) Kelly Mendoza, *Surveying Parental Mediation: Connections, Challenges, and Questions for Media Literacy* 1 (1) JOURNAL OF MEDIA LITERACY EDUCATION 28 (2009); Renee Hobbs, Sherri Hope Culver, & Kelly Mendoza, *Response to the FCC Notice of Inquiry In the Matter of Empowering Parents and Protecting Children in an Evolving Media Landscape* (The National Association for Media Literacy Education [NAMLE], February 2010); LEONIE RUTHERFORD, MICHAEL BITTMAN, & DEAN BIRON, *YOUNG CHILDREN AND THE MEDIA: A DISCUSSION PAPER* (Australian Research Alliance for Children and Youth, May 2010).
528 ראו למשל באתר של ארגון Common Sense Media.

בנושא אוריינות תקשורת.⁵²⁹ דוגמאות נוספות הן תשדיר מודעות לפרסום סמוי של הטלוויזיה הבריטית ותשדירי חינוך לאוריינות תקשורת לגילים צעירים שהפיק איגוד המפרסמים הקנדי.⁵³⁰

במקביל לאפיקים לא פורמליים אלו יש אתרי אינטרנט הכוללים מידע רב ופעילויות אינטראקטיביות הקשורות לאוריינות תקשורת. על פי רוב יש באתרים אלה חלקים המיועדים לכמה סוגי קהלים – מורים לאוריינות תקשורת, הורים וילדים. נוסף על הדרכה להורים ומערכי שיעור⁵³¹ יש באתרים אלה פעילויות אינטראקטיביות לילדים: שאלונים אינטראקטיביים,⁵³² משחק זיהוי ויצירה של פרסומות⁵³³ ומשחק להתנסות ביחצון של כוכבי מוזיקה.⁵³⁴ לבסוף, חינוך לאוריינות תקשורת והעשרה בנושא נעשים בכנסים ועל ידי ארגוני המגזר השלישי הפועלים בתחום.⁵³⁵

ארגוני חברה אזרחית וגופים ללא מטרות רווח ברחבי העולם היו המנוע שדחף את הרעיונות והחינוך לאוריינות תקשורת. ארגונים אלו פועלים לרוב על ידי ארגון כנסים, יצירת בסיסי מידע, הקמת אתרי אינטרנט וארגון סדנאות. כמו כן, מקצתם מעורבים בהכנת תכניות חינוך ממלכתיות בתחומי מדינות (כך לדוגמה בקנדה).⁵³⁶ לבסוף, גם ארגונים וחברות מסחריות מקדמים אוריינות תקשורת. לעיתון הספרדי *El Pais*, למשל, יש אתר אינטרנט המאפשר לגולשים ליצור עיתון משלהם,⁵³⁷ ותכנית אוריינות התקשורת Media Smart ממומנת על

529 דוח אוריינות בצרפת, לעיל ה"ש 526.

530 לתשדיר הבריטי ראו לעיל בה"ש 318; לתשדיר הקנדי ראו <http://play.longlivekids.ca/>

(אתרי האינטרנט בתת-פרק זה אוזכרו לאחרונה בספטמבר 2013).

531 למערך שיעור ספציפי בנושא פרסום סמוי ראו באתר של CML – מרכז אוריינות

התקשורת בארצות הברית: www.medialit.org/reading-room/lp-5c-hidden-messages-growth-product-placement

532 ראו למשל באתר של הארגון הקנדי Media smarts.

533 למשל, "Live the Adventure", אתר *Admongo*: www.admongo.gov

534 כמו במשחק don't buy it באתר <http://pbskids.org>

535 ראו לדוגמה Center for Media Literacy באתר העמותה.

536 Pungente et al., לעיל ה"ש 524.

537 דוח אוריינות 2007, לעיל ה"ש 526.

ידי גופי פרסום מסחריים בבריטניה ובארצות נוספות באירופה⁵³⁸ כחלק מהאסדרה העצמית של תעשייה זו.⁵³⁹

(2) האפקטיביות של אוריינות התקשורת

להלן נתייחס לאוריינות התקשורת בהקשר הרחב של אסדרת הפרסום הסמוי, כאמצעי למזעור הנזק שהוא מסב לצרכן. חשוב להעריך אם הפעולות הקשורות בחינוך לאוריינות תקשורת בעולם, כפי שנבדקו במחקרים מדעיים, אכן משפיעות על הרגלי הצריכה של הצופים השפעה מהותית, מתמשכת וחיובית; ובמילים אחרות: האם אוריינות התקשורת אכן אפקטיבית?

מחקרים רבים ביקשו למדוד את ההשפעה של אוריינות התקשורת על מגוון נטיות ופעילויות של הצופים. הובס ופרוסט (Hobbs and Frost) מדדו את ההשפעה של תכנית חינוכית פורמלית שהופעלה במשך שנה. לפי ממצאיהם, תלמידים שהשתתפו בתכנית אכן שיפרו את אוריינות התקשורת שלהם.⁵⁴⁰ מחקר נוסף מצא קשר בין סולם המודד אוריינות תקשורת (ציון גבוה פירושו אוריינות תקשורת רבה) לבין עישון בהווה או נטייה לעשן בעתיד: ככל שהתוצאה בסולם הייתה גבוהה יותר, כך ירדה ההסתברות שהנדגם יעשן היום או בעתיד.⁵⁴¹ במחקר אחר, שהתמקד בהשפעה של אוריינות התקשורת על תפיסה עצמית של הגוף, הביאה תכנית אוריינות תקשורת של 11 מפגשים להפחתה ניכרת בשליליות של הדימוי העצמי בקרב בני נוער.⁵⁴² זינגר וזינגר (Singer and Singer) בחנו

- EUROPEAN COMMISSION, REPORT ON THE RESULTS OF THE PUBLIC CONSULTATION ON MEDIA LITERACY (2007) 538
- Paul Jackson, *New Initiatives to Promote*; לעיל ה"ש 518, PENMAN & TURNBULL 539
Media Literacy in Children 28 (1) NUTRITION BULLETIN 47 (2003)
- Renee Hobbs & Richard Frost, *Measuring the Acquisition of Media-literacy Skills* 540
38 (3) READING RESEARCH QUARTERLY 330 (2003)
- Brian A. Primack et al., *Association of Cigarette Smoking and Media Literacy About Smoking Among Adolescents* 39 (4) JOURNAL OF ADOLESCENT HEALTH 465 (2006) 541
- Simon M. Wilksch & Tracey D. Wade, *Reduction of Shape and Weight Concern in Young Adolescents: A 30-month Controlled Evaluation of a Media Literacy Program* 48 (6) JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF CHILD & ADOLESCENT PSYCHIATRY 652 (2009) 542

את האפקטיביות של תכנית לאוריינות תקשורת בארצות הברית. המחקר גילה כי נחקרים שהשתתפו בתכנית הלימודים הבינו טוב יותר את משמעות ההפקה של מסרי תקשורת; גם היכולת להבחין בין דמיון למציאות הייתה טובה יותר בהשוואה לנחקרים שלא השתתפו בתכנית.⁵⁴³

מנגד יש חוסר ודאות רבה באשר להשפעה בפועל של תכניות לאוריינות תקשורת. במאמר שסקר 28 מחקרים על אוריינות תקשורת למען קידום הבריאות (דוגמת דימוי גוף, אלימות ושימוש בחומרים ממכרים) נטען כי אף שיש אינדיקציה לשינוי עמדות בנושאים אלה, לא ברור אם היה גם שינוי התנהגותי ממשי. נטען כי המחקרים אינם מספקים אינדיקציה על אופי התכניות לאוריינות תקשורת, עניין המקשה על ההשוואה בין תכניות שהוכחו כיעילות לכאלה שלא נמצאו יעילות.⁵⁴⁴ לבסוף, חשוב לשים לב לחסר המובהק במחקרים אמפיריים הנוגעים לאוריינות תקשורת לא פורמלית: האפקטיביות של תכניות טלוויזיה רלוונטיות, של אתרי אינטרנט ושל תכניות חינוכיות מחוץ לתכנית הלימודים. כמו כן לא נחקר תחום אוריינות התקשורת בהקשר של מבוגרים, וכן לא נחקרו ההשפעה והיעילות של התערבות חינוכית כאמור בהקשר לקבוצת הגיל הזו. לסיכום: נראה כי יש עדויות אמיתיות לפוטנציאל הגלום בתכניות לאוריינות תקשורת, אך בשלב זה אין ביסוס מחקרי מספק באשר ליעילותן בנושא פרסום סמוי. אנו סבורים כי אוריינות תקשורת עשויה אמנם לסייע לפעילות בנושא הפרסום הסמוי, אך היא רחוקה מלהיות הפתרון הראשוני בתחום.

(3) אוריינות תקשורת בישראל

אוריינות התקשורת בישראל מקבלת כותרות רבות: אוריינות תקשורת, אוריינות תקשורתית, אוריינות מדיה ולימודי תקשורת. הואיל ויש פעילות רבה בתחום,

Dorothy G. Singer & Jerome L. Singer, *Developing Critical Viewing Skills and Media Literacy in Children* 557 (1) THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 164 (1998)

Lynda J. Bergsma & Mary. E. Carney, *Effectiveness of Health-promoting Media Literacy Education: A Systematic Review* 23 (3) HEALTH EDUCATION RESEARCH 522 (2008)

הכוללת מגוון רחב של מיזמים קטנים כגדולים, יתמקד הסיקור שלהלן בנושאים הקרובים לאוריינות בתחום הפרסום הסמוי.

משרד החינוך מפעיל תכניות לימוד הכוללות יסודות של אוריינות תקשורת. תכניות אלה מיועדות לבית הספר היסודי,⁵⁴⁵ לחטיבת הביניים ולבתי הספר התיכון כחלק מלימודי הבגרות בתקשורת.⁵⁴⁶ התכניות מתמקדות רק בחלק קטן ממגוון היכולות הנכללות בתחום האוריינות. דוגמה לכך היא התכנית להתאמת מערכת החינוך למאה ה-21 (פרויקט התקשוב), שהחלה לפעול ב-2010 בבתי הספר היסודיים.⁵⁴⁷ תכנית זו מתמקדת בהכשרת תלמידים לשימוש בטכנולוגיות תקשורת וביצירת תכנים, אך פיתוח היכולת להבין את אותם התכנים אינו מקבל התייחסות מספקת במסגרת הפרויקט.⁵⁴⁸

הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו מעורבת במאמצי החינוך לאוריינות תקשורת מאז 2006,⁵⁴⁹ וקידום התחום מצוין כאחת ממשימות הארגון.⁵⁵⁰ הרשות השנייה מעורבת בכמה פרויקטים ובהם הענקת מלגות מחקר מטעמה לחוקרי אוריינות תקשורת בישראל,⁵⁵¹ הפצת מחקרים ישראלים באמצעות כתב העת "מסגרות מדיה"⁵⁵² וארגון השתלמויות וחומרי למידה בשיתוף משרד החינוך.⁵⁵³

- 545 ראו באתר של משרד החינוך, מפמ"ר תקשורת וקולנוע.
- 546 אתר הפיקוח על התקשורת והקולנוע: http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/Mazkirut_Pedagogit/Tikshoret/AlHachinuchLtikshoret
- 547 ראו באתר המינהל למדע וטכנולוגיה: "התאמת מערכת החינוך למאה ה-21" <http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/MadaTech/ICTInEducation/Odot>
- 548 טלילה נשר "ביקורת על משרד החינוך: משקיע בטכנולוגיה ולא בלימודים" הארץ (4.12.2011).
- 549 הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, דוח לשנת 2006.
- 550 על תפקידי הרשות ראו באתר הבית שלה.
- 551 "תכנית המלגות של הרשות השנייה לעידוד מחקרים בתחום התקשורת ע"ש זבולון המר לשנת 2008 התפרסמה היום", הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, חרשות תקשורת (2.7.2008).
- 552 "מסגרות מדיה: כתב עת ישראלי לתקשורת" הוא פלטפורמה אקדמית, דוברת עברית, אשר מאפשרת שיח מעמיק על התקשורת בישראל, הרחבת הדיון הציבורי והרחבת הידע והאוריינות התקשורתיים", מתוך אתר הרשות.
- 553 הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, דוח לשנת 2009; הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, דוח לשנת 2010.

הרשות, עם משרדי ממשלה וגופים אקדמיים ואזרחיים (כמו עמותת "סנונית" והאוניברסיטה העברית), מפעילה את אתר "מחברים" – פורטל לילדים המציע מגוון פעילויות אינטראקטיביות בנושא אוריינות תקשורת.⁵⁵⁴ האתר מאפשר לילדים ללמוד על המניעים שמאחורי פרסומות קיימות על ידי יצירת פרסומת לשוק, ללמוד על בטיחות והוגנות ברשת על ידי משחק המקדם פסטיבל מוזיקה דמיוני בפייסבוק, להתעדכן בחדשות דרך אתר חדשות המיועד לילדים ועוד. ראוי לציין כי מדובר באתר הכולל מגוון רחב של פעילויות אינטראקטיביות שאינן נופלות באיכותן (הלימודית והוויזואלית) מאלו הנהוגות באתרים דומים בעולם.

בישראל מתקיימות גם תכניות אקדמיות העוסקות באוריינות תקשורת. כך, החוג לתקשורת באוניברסיטת חיפה הציע בזמנו מסלול של תואר שני בהתמחות חינוך לתקשורת,⁵⁵⁵ ובאוניברסיטת תל אביב פועל מכון חיים הרצוג לתקשורת, חברה ופוליטיקה, שלפי הצהרתיו בעבר הוא מתמקד, בין היתר, בהגברה של אוריינות התקשורת ושל חשיבה ביקורתית בקרב הציבור הרחב.⁵⁵⁶

(4) המלצות

כזכור, הקושי העיקרי בפרסום סמוי נעוץ בכך שהוא פועל על הצופה באופן מניפולטיבי ולא מודע. כאמור, המטרה העיקרית של אוריינות התקשורת היא לעורר מודעות לכוונת השכנוע שבפרסום הסמוי.

בשנת 2007 פרסמה הנציבות האירופית שורה של המלצות לביסוס ולקידום של אוריינות תקשורת: חינוך חובה לאוריינות תקשורת במסגרת תכנית הלימודים; השתלמות מורים בנושא וזמינות של חומרי לימוד רלוונטיים; פעילות

554 על הגובה, ממשל זמין לילדים: <http://kids.gov.il/connected/about.html>

555 אתר החוג לתקשורת באוניברסיטת חיפה.

556 ראו למשל במסמך משנת 2005: יורם פרי, גדי בלטיאנסקי, עקיבא אלדר, בן כספית, רביב דרוקר, דני אלברטל, דניאל דור, "אין עם מי לדבר": מבט ביקורתי על הקשר פוליטיקה-תקשורת", יום עיון, 12 בינואר 2005: www.tau.ac.il/institutes/herzog/; בעמ' 2.

ענפה בתחום מצד ארגונים ללא מטרות רווח, גופי אסדרה וגופים מסחריים; קיום של מחקר והערכה בעניין התקדמות החינוך בנושא.⁵⁵⁷ ראוי כי מערך אוריינות התקשורת בישראל יכלול התייחסות לנושאים אלה באמצעות מערכי שיעור העוסקים במהות, בהשפעה ובזיהוי של פרסום סמוי בתכניות הלימודים המיועדות לבתי ספר היסודיים והתיכוניים. מתן מענה מלא בעניין זה חורג מענייננו, ועל כן אנו ממליצים בשלב זה על כמה צעדים קונקרטיים וממוקדים לטיפול בפרסום הסמוי.

תכנית הסברה כוללת בנושא הפרסום הסמוי. מטרתה ללמד את הצופים מהו פרסום סמוי, מה השפעתו וכיצד להבחין בו. התכנית תכלול שימוש באמצעי תקשורת רבים כדי ליצור חשיפה ניכרת של הצופים למסר הפרסומי. התכנית תותאם לכמה קהלי יעד ותתמקד בצעירים (ילדים ובני נוער) דוברי עברית, ערבית ורוסית. בשלב הראשון מוצע כי המימון לתכנית יגיע מרשויות אסדרת הטלוויזיה, משום שהתמלוגים שמשלמות להן הזכייניות מבוססים בחלקם על הכנסותיהן. עם אסדרת התחום יבוא הקץ להתעלמות מההכנסות מפרסום סמוי. יש לחייב את הרשויות להשתמש בחלק מהתקבולים מההכנסות החדשות לקידום מסע פרסום הסברתי. מסע הפרסום יכול ללווה צורה דומה למהלך שננקט בבריטניה לאחר שהותר לשלב תכנים מסחריים בטלוויזיה המסחרית.⁵⁵⁸ בשלב מאוחר יותר יש להעביר גם את נושא ההסברה לאחריות הרשות להגנת הצרכן או למועצה להגנת הצרכן.

הקמת מאגר מידע מקוון שבו ירוכז המידע על מקרים שדווח כי נעשה בהם פרסום סמוי. בשלב הראשון יוקם המאגר על ידי הרשות השנייה ומועצת הכבלים והלוויין. בשלב השני יעודכן המאגר בפעולות אכיפה שתנקוט הרשות להגנת הצרכן וכן, ככל שהדבר רלוונטי, יאפשר לקהל הרחב עיון במסמכים מפורטים וברורים. יש לשאוף לכלול במאגר זה הדגמה ויזואלית של המקרים שדווח כי נעשה בהם פרסום סמוי כדי לפתח מודעות ומימונויות הקשורות בו. יש לגבות את המאגר באתר אינטרנט ייעודי שבו יוכלו המתעניינים לקבל הסברים נוספים על פרסום סמוי וקישורים למקורות רלוונטיים וחשובים נוספים.

557 דוח אוריינות 2007, לעיל ה"ש 526.

558 שיאו של המהלך היה בהפקת סרטון. ראו לעיל בה"ש 318.

הקמת מנגנון מקוון להגשת תלונות ולבירורים על מקרים החשודים בפרסום סמוי. המלצה זו נוגעת לשלב מתקדם יותר. מנגנון זה יכול ללבוש צורה דומה לזו שפיתחה היחידה לחופש המידע במשרד המשפטים, שעמוד השדרה שלה הוא אתר חופש המידע המרכזי העתיד לעלות בקרוב. האתר נועד להנגיש את חוק חופש המידע לציבור, והוא עתיד לרכז את פרטי ההתקשרות עם הממונים על יישום חופש המידע ברשויות הציבוריות ולאפשר הגשת בקשות למידע. האתר גם ירכז מידע שהתקבל בעקבות בקשות הציבור.⁵⁵⁹ בדומה, מנגנון להגשת התלונות של הרשות להגנת הצרכן ילבש צורה פשוטה ככל האפשר, ויאפשר צירוף של מסמכים ושל קובצי וידאו רלוונטיים מצד המתלוננים.

559 "טופס אחיד להגשת בקשות חופש מידע" משרד המשפטים, פרסומים (27.8.2013).

פרק שביעי

מודל תקופת המעבר

הצעתנו מבקשת לספק מודל פשוט ותקף עבור כלל פלטפורמות התוכן. עם זאת, דרוש פתרון ביניים שיחול עד שיבשילו התנאים להחלה מלאה של המודל המוצע.

כאמור, אסדרת התוכן התקשורתית עומדת היום על פרשת דרכים. הואיל ויש שירותים הניתנים באמצעות פלטפורמות שונות והאסדרה הקיימת חלה רק על חלק מהן, תעשיית התוכן מתנהלת כמגרש משחקים עקום. הדבר נכון לא רק באשר לפרסום סמוי אלא באשר למערך האסדרה החל על שידורי הטלוויזיה המסחרית ככלל בהשוואה ליצרני תוכן אחרים. אסדרת שוק התוכן תידרש ליישר את כללי המשחק בהקדם, ועד אז יש להכיר בכך שבתקופת מעבר מוגדרת תשתלב אסדרת הפרסום הסמוי בעקרונות האסדרה של הפלטפורמה הספציפית.

על הפלטפורמות הייחודיות יחול המודל המוצע בצד תוספות והתאמות רגולטוריות. בה בעת יוחלו על שאר פלטפורמות המדיה רק עיקריו, כפי שיידונו להלן.

היציאה ממודל המעבר תתרחש עם הסדרת הפיקוח האחיד על כלל תוכני האודיו-ויזואל, מתוך הבנה שעידן האינטרנט מביא עמו כללי משחק חדשים. עם זאת, מובן שכלל שהרפורמה האמורה תציע אסדרה שונה ומוצדקת במקרים נקודתיים לטלוויזיה המסחרית (למשל: איסור על שידור תכנים ספציפיים בשעות מסוימות) יש לשקול הסדר מיוחד גם לעניין פרסום סמוי במסגרתה. בעקרונות המודל של תקופת המעבר יש להבחין בין שתי קטגוריות שידור:

- **הטלוויזיה הרב-ערוצית: המלצתנו היא שכל עוד מודל האסדרה שלה ממשיך להתבסס על דמי מנוי, וכל עוד פרסומת גלויה אסורה בה, אזי בהתאם ייאסר כליל במסגרתה גם פרסום סמוי, למעט בערוצים הייעודיים**

שבהם פרסום גלוי מותר. בערוצים ייעודיים אלה תחול אסדרה זהה לזו של הערוצים בטלוויזיה המסחרית הממומנת על ידי פרסומות.

- ערוצי השידור המסחרי-ציבורי (ערוץ 2 וערוץ 10) והערוצים הייעודיים בטלוויזיה הרב-ערוצית: אנו מציעים להתיר בהם שיתופי פעולה מסחריים "סמויים" תחת הגבלות המודל שהצענו לעיל ובתוספת השינויים שיפורטו להלן.

א. סיווג וסימון של עוצמת הפרסום הסמוי

הואיל ולא כל שיתוף פעולה מסחרי מטעה את הצרכן הסביר באותה מידה, המלצה אפשרית היא התמודדות רגישה ומקיפה יותר עם סימון הפרסום הסמוי. כך, במקום החלוקה הבינארית שלפיה יש או אין חובת סימון, אפשר לשקול שימוש בכמה סימנים, בהתאם לעוצמת הפרסום הסמוי.

טלי תאני-הררי ותהילה שוורץ אלטשולר פרסמו לאחרונה מאמר המציע לסווג ולסמן פרסום סמוי בשלוש דרגות עוצמה של שילוב פרסום בתוכן – גבוהה, בינונית ונמוכה – שכל אחת מהן תקבל סימן ייחודי אחר. אלה ייקבעו בהתאם לחמישה קריטריונים מרכזיים: מידת הבולטות של המותג ובכלל זה אופן הצגתו (ויזואלי, מילולי או משולב); מידת הטבעיות של הכללת המותג (ככל שהמותג ישולב יותר בטבעיות, כך גוברות זכירתו והשפעתו על הצרכן); הקשר בין המותג לבין הדמות המרכזית בתוכן המוצג (אם יש כזו); חשיפה חוזרת של המותג; ההקשר של הכללת המותג (הקשר חיובי יוביל להתייחסות חיובית יותר מהתייחסות חסרת הקשר).⁵⁶⁰ יתרון אפשרי נוסף של ההצעה לסמן לפי דרגות עוצמה הוא הכללתן בכללי הסיווג והסימון הרגילים, הקובעים גם הם דרגות עוצמה בהתאם לחומרת התכנים המזיקים.

תנאי הכרחי לאימוץ ההמלצה הוא שיישומה לא יסכל את נקודות החוזק של האסדרה הקיימת, היינו: הפשטות שבסימון עצמי של הפרסום הסמוי על ידי הגוף המפרסם את התוכן. אם כן, ייתכן שהצעה זו מתאימה לתקופת הביניים בלבד.

560 תאני-הררי ואלטשולר, לעיל ה"ש 3.

ב. הגבלה של "זמן מותג"

השיעור ופרק הזמן של הפרסומת הגלויה מוסדרים היום במדיה הציבורית-מסחרית.⁵⁶¹ אנו ממליצים כי בתקופת המעבר תתקיים אסדרה דומה גם כאשר לפרסום סמוי. הצעה זו עלתה במסגרת המחקר של תאני-הררי ושוורץ אלטשולר.⁵⁶²

ככלל, אסדרת הפרסומת מבקשת למנוע השפעת יתר של מסרים פרסומיים גלויים על הצופים. היא מתבטאת בראש ובראשונה בהגבלה של אורך מקבצי הפרסומת ושל תדירותם. אף שאסדרת הפרסום הסמוי היא חלק מאסדרת הפרסום בכלל, באירופה לא נעשה שום מהלך הקושר את שינוי הפרדיגמה של פרסום סמוי להסדרים הנוגעים לפרסום גלוי. כאמור, אחת התכליות האסדרתיות של הדירקטיבה האירופית בנוגע לשילוב פרסום בתוכן היא מניעה של השפעת יתר מסחרית על הצופים. חרף זאת לא ניתנה תשומת לב מספקת להיבט השלם הגדול מסכום חלקיו: השפעת התוכן המסחרי על הצופים עקב חשיפה לפרסום סמוי וגלוי לאותו מותג באותה יחידת זמן. ההתלבטות לגבי כללי התדירות והשיבוץ הייתה אולי סלע המחלוקת הגדול ביותר באירופה במעבר מהדירקטיבה הישנה לחדשה. תעשיית הטלוויזיה הפעילה לחצים כבדים על הרגולטור, והם מתבטאים בהקלה ממשית בכללים הנוגעים לתדירות המקבצים ולאורכם (סעיף 11 לדירקטיבה). מי שיצא נפסד מכך הוא ציבור הצופים. מאז כניסת הדירקטיבה לתוקף יש עלייה של ממש בכמות המקבצים ובאורכם, בעיקר בתכניות עם שיעורי צפייה גבוהים. תכניות אלה הן בדרך כלל מתחום הבידור, השעשועונים והריאליטי – סוגות שבהן התירה הדירקטיבה לשלב פרסום בתוכן. אפשר לצפות כבר בעתיד הקרוב לתכניות עם שיעורי צפייה גבוהים שיהיה בהן פרסום צולב – גלוי וסמוי – לאותו מותג.

בהתחשב בכל האמור אנו ממליצים להוסיף התייחסות רגולטורית לדבר שתאני-הררי ושוורץ אלטשולר מכנות "זמן מותג" ביחידת זמן מוגדרת,

561 כללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשי"ד) פרסומת, תשי"ד שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי, התשס"ד-2004; כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ תשי"ד) פרסומת בשידורי טלוויזיה, התשנ"ב-1992.

562 תאני-הררי ואלטשולר, לעיל ה"ש 3.

באמצעות הגבלה של מספר הפעמים שבהן מותג אחד מופיע בפרק זמן נתון, בלי קשר לסוג הפרסום (חסות, פרסומת גלויה או פרסום סמוי). הואיל והספרות מראה כי ההשפעה המסחרית של חשיפה למותג אחד באמצעים פרסומיים שונים היא סינרגטית, כלומר גדולה מסכום חלקיה, והואיל ומניעה של השפעה כזו היא תכלית רגולטורית מוכרת, הסדר כזה הוא ראוי ומתאים לתקופת המעבר.

במובן מסוים ההסדר המוצע דומה להסדרים קיימים האוסרים פרסום למוצרים הקשורים לתכנית ילדים במהלך התכנית עצמה.⁵⁶³ רציונל דומה מתקיים בהקשר אחר – בסעיף 7 לכללי שיבוץ הפרסומות של הרשות השנייה, הקובע מכסה של שידור פרסומת למוצר או לשירות אחד ברמה שבועית, חודשית ושנתית. סעיף זה, שהוסף בשנת 2010 כחלק מתהליך של מיקוד האסדרה, לא נועד למנוע השפעה של מפרסם על זכייניות הטלוויזיה – שכן אז היה הסעיף מנוסח בלשון האוסרת קיבוץ מותגים השייכים למפרסם אחד – אלא למנוע חשיפת יתר של קהל הצופים למותג יחיד בפרק זמן קצר. ההמלצה של דוח כשר להגביל לארבעה את מספר המפרסמים הרשאים להשתתף בתוכן ממותג בתכנית נתונה משקפת רציונל דומה.

תוספת רגולטורית זו היא קריטית לתקופת המעבר, עד שתתעדכן האסדרה הכבדה על הטלוויזיה המסחרית. עד אז, ובהיעדר התייחסות רגולטורית לפרסום סמוי ולמקבץ פרסומות גלוי באותה יחידת זמן, המצב אבסורדי: אמנם הרגולטור סופר את פרקי הזמן שבהם מותג נתון מופיע בפרסום גלוי, בנפרד מהפרסום הסמוי, אך לצרכן אין אפשרות להפריד את חשיפתו לכל אחד מסוגי הפרסום

ג. פרסום סמוי חברתי או פוליטי

בפרשת המפקד הלאומי שנדונה בבג"ץ בשנת 2007 הורחב על המאפיינים המעורבים של פרסומת פוליטית: מצד אחד היא מועברת לציבור תמורת תשלום ובכך המסגרת החיצונית שלה היא מסחרית; מצד שני התכלית שבבסיסה איננה

563 ס' 29-32 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב-1992.

מסחרית אלא פוליטית-אידאולוגית בעיקרה, והגוף שמאחורי הפרסומת איננו מבקש לקדם מוצר או שירות אלא עמדה פוליטית או אידאולוגית.⁵⁶⁴ כפי שנסקר בפרקים הקודמים, בערוצי הטלוויזיה בישראל רווח היום לא רק פרסום מסחרי סמוי אלא גם פרסום חברתי או פוליטי סמוי. כך הצליחה קרן אבי חי, באמצעות שיתופי פעולה מסחריים עם זכייניות ערוץ 2, לקדם בתכניות ערכי תרבות יהודיים, שספק אם היו זוכים לקידום מסוג זה על המרקע ללא ההשפעה של בעלי האינטרס על התוכן המשודר.⁵⁶⁵

בה בעת, המצב המשפטי בתחום הפרסומת הפוליטית הגלויה מציג מצב שונה: איסור על שידור פרסומת פוליטית בטלוויזיה וברדיו, אך התרתה באמצעי תקשורת אחרים כגון העיתונות הכתובה והאינטרנט. כך, לפי כללי רשות השידור, אין לשדר תשדיר שנושאו "עניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידאולוגית בציבור",⁵⁶⁶ ובהתאם לאסדרת הרשות השנייה וערוצי הטלוויזיה הייעודיים בכבלים ובלווין חל איסור על שידור בטלוויזיה וברדיו של פרסומת שעניינה "העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי במחלוקת בציבור".⁵⁶⁷ כמו במקרים אחרים, גם הבחנה זו בין הטלוויזיה ליתר אמצעי המדיה יצרה מגרש משחקים עקום, ולא ברור מדוע עדיין יש להבחין בין הרדיו והטלוויזיה לבין אמצעי תקשורת אחרים. במסגרת מודל תקופת המעבר מוצע כי יותר שימוש בפרסום סמוי פוליטי-חברתי, בכפוף להגבלות שעל פרסום פוליטי גלוי. אם כן, בשידור הציבורי ייאסר, קטגורית, פרסום סמוי "פוליטי", ואילו בשידור המסחרי ייאסר פרסום סמוי "פוליטי" רק אם הוא מעביר "מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי במחלוקת בציבור"; במקרים אחרים הוא יותר בכפוף לסימון ייחודי.

564 בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, ס' 4 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

565 קובי בן-שמחון "השותף הסמוי בערוץ 2" הארץ (21.3.2006).

566 ס' 27(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), תשנ"ג-1993.

567 ס' 5 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999; ס' 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994; ס' 36 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד-2004.

כמו כן מוצע כי בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003,⁵⁶⁸ ובהמשך לדעה שהובעה בעניין המטה להצלת העם והארץ,⁵⁶⁹ האיסור על שידור פרסומת שמקדמת מסר שהוא "שנוי במחלוקת בציבור" יפורש בצמצום. בעניין זה, דיון באפשרות להתיר פרסומות פוליטיות – גלויות כסמויות – דורש חשיבה מחודשת על ההצדקות והרציונלים לכך. החשש מפני דומיננטיות יתר של מסרים מסוימים על אחרים נדמה כבעייתי ותעמולתי יותר בהשוואה לסכנה דומה בתחום המסחרי. עם זאת, מתן מענה רחב באשר לתופעה חורג מענייננו כאן.

ד. תקבולי הפרסום הסמוי

חוק הרשות השנייה קובע היום רף תחתון של הוצאות שנתיות מנדטוריות למימון הפקה ורכישה של תכניות, להפקת תכניות חדשות ולהפקת תכניות מסוגה עילית; החוק קובע גם חובת תשלום תמלוגים לרשות. כל אלה תלויים בהכנסות שהיו לזכייניות באותה שנה.⁵⁷⁰ כדי למנוע כניסה של כספים מהדלת האחורית וללא פיקוח, יש לתקן את החוק כך שגם הכנסות מפרסום סמוי ייקפו לצורך מחויבות התוכן של הזכיינית.

ה. השארת האחריות בידי המשדרים

והפקדת הפיקוח בידי רשות התקשורת הרלוונטית

על פי המשטר הרגולטורי בתחום הטלוויזיה, האחריות לפרסום הסמוי נופלת על הזכייניות ועל בעלי רישיונות השידור.⁵⁷¹ רציונל דומה מתקיים בהקשר לסיווג

568 "תשדירי שירות בנושאים שנויים במחלוקת ציבורית: מקרי גבול" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 3.2003, ס' 3 (התשס"ג).

569 בג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (פורסם בנבו, 28.10.2009).

570 ראו התוספת השנייה לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990; וס' 100 לחוק הנ"ל.

571 ראו למשל ס' 83 לחוק הרשות השנייה הנ"ל: "מורשה לשידורים לא יכלול במישרו דבר שהוא בגדר פרסומת, גלויה או מוסווית ושאינו תשדיר פרסומת ואשר קיבל עבור שידורו תמורה כספית" (ההדגשה שלנו). בהקשר לטלוויזיה הרב-ערוצית ראו ס' 4(ד) לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987:

ולסימון של שידורים מזיקים: סעיף 4 לחוק סיווג וסימון קובע כי האחראים לסימון הם רשות השידור, הרשות השנייה ובעלי הזיכיון מטעמה, בעל רישיון לשידורי כבלים ובעל רישיון לשידורי לוויין. למשל, במקרה של פרסום סמוי בתכנית בערוץ הבריאות יוטל הקנס על Yes ו-Hot. השאלה אם הערוץ עצמו או הפקת התכנית יישאו בנטל הכספי איננה נוגעת אפוא לאחריות החוקית בגין הפרסום הסמוי אלא ליחסים החוזיים בין הגופים המעורבים.

אנו מציעים אפוא כי בתקופת המעבר תישאר האחריות על הפרסום הסמוי (קרי, על סימונו) בידי המשדרים. למרות הבעייתיות, תפיסת השידור המסורתית – שעליה נבנתה האסדרה הסבוכה בתחום – היא שהאחריות הישירה לתכנים מוטלת על המשדרים, ולפחות מבחינה ביצועית הדבר יקל על שיתופי הפעולה המסחריים. בהקשר זה יוער כי תוכן זר יסומן כפי שהמלצנו לעיל, כלומר: תכנים אלה יהיו כפופים רק לכללי הפרסום הסמוי של המדינה שבה הופקו. עם זאת, אם לאחראי על הסימון יש אפשרות סבירה – בזמן סביר לפני מועד השידור – לקבל מידע בדבר הפרסום הסמוי בתוכן הרלוונטי, עליו לסמנו בשידוריו בסימון הישראלי, בדומה לחובת הסימון של משרד חוץ כפי שבאה לידי ביטוי בתקנות סיווג וסימון.⁵⁷²

בר בבר, כדי להקל על המעבר לאסדרה החדשה, מוצע כי בתקופת המעבר רשויות התקשורת הרלוונטיות – ולא הרשות להגנת הצרכן – הן שיהיו האחראיות על נושא הפרסום הסמוי בתחומן. בתקופה זו יאומץ המודל שבחוק סיווג וסימון שהוצג בפרק הקודם, החל כבר היום בטלוויזיה המסחרית בישראל. מוצע כי בתקופת המעבר תוקם ועדה לתיאום בין הרשות להגנת הצרכן לרגולטורי הטלוויזיה כדי לקדם את המקרים הנוגעים לשני החוקים הרלוונטיים, בדומה למהלך שבוצע בדנמרק.⁵⁷³ כך תהיה הרשות להגנת הצרכן משקיפה קבועה בהליך האכיפה ותוכל להתבצע חפיפה מסודרת שבמסגרתה יועבר לרשות להגנת הצרכן הידע הארגוני הרב שנמצא בידי רשויות האסדרה של הטלוויזיה והרדיו המסחריים.

⁵⁷² "לא יכול בעל זכיון פרסומת סמויה בשידוריו העצמיים" (ההדגשה שלנו). בהתאם לסעיף, שידורים עצמיים אלה כוללים שידורים שאינם משודרים באפיקים העצמיים של בעל הזיכיון, אך הם "מיועדים בעיקרם לציבור בישראל או לחלק ממנו".
⁵⁷³ ס' 7(א)(3) לתקנות סיווג, סימון ואיסור שידורים מזיקים, התשס"ג-2002.
 הנחיות הממונה הרני, לעיל ה"ש 327.

סיכום

היעדר אסדרה והיעדר אכיפה מספקת, בצד הצורך ליצור הזדמנויות עסקיות חדשות, מזמינים את ספקי התוכן התקשורתי לעשות שימוש גובר והולך בשילוב בין מסחור לבין תוכן. מפרסמים מקצים סכומים גדולים לפרסום סמוי, ומפיקים ותאגידי תקשורת מסתמכים על תקציבים אלה כמקורות מימון. סוכנויות פרסום מתמחות בהצבת מוצרים (product placement) ובהטמעת מותגים (brand integration), בתוך משרדי הפרסום קמות מחלקות תוכן שיווקי וגם בקרב חברות הפקה קמות מחלקות שמטרתן לזהות ולממש אפשרויות לטשטש את הגבולות שבין פרסום לתוכן.

במחקר מדיניות זה ניסינו להסביר את מוקדי הפגיעה שתופעת הפרסום הסמוי גוררת עמה לשוק התקשורת ולשיח הציבורי ולהציע פתרונות לאסדרה. מן המחקר ההשוואתי שערכנו ראינו הסדרים בטווח שבין הקפדה על היקף הפרסום הסמוי ותוכנו לבין התעלמות רגולטורית כמעט מוחלטת מהסוגיה, הן ברמת האסדרה והן ברמת האכיפה. גופי אכיפה חלשים או מוטים לכיוון שמירת יתר על האינטרסים של התעשייה מתקשים להציע פתרונות מספקים להתמודדות עם הפרסום הסמוי.

נקודת המוצא של הצעותינו נטועה בצורך באסדרה חוצת פלטפורמות, רוחבית, שאיננה תלויה מדיום. לדעתנו הדרך המתאימה ביותר לטפל בתופעת הפרסום הסמוי היא דיני הגנת הצרכן, הרלוונטיים לכל סוגי המדיה וזמינים מבחינת הפיקוח שהם מאפשרים.

אנו סבורים כי הפתרון המידתי להתמודדות עם תופעת הפרסום הסמוי איננו איסור אלא גילוי. מכניזם שקיפות זה יחייב יידוע של הציבור על כך שהתוכן שהוא צורך הוא פרי שיתוף פעולה סמוי עם גורם מסחרי.

בצד חובת הגילוי הכללית יתקיימו הגבלות ספציפיות על סוגים מסוימים של תכנים סמויים הנוגעים לפגיעה מוגברת במעגלים טעוני הגנה, בראשם שילוב של תכנים מסחריים בתכנים "פוליטיים" החיוניים לסדר היום הדמוקרטי (כגון חדשות ותכניות סדר יום) וכן פרסום סמוי למוצרים מזיקים.

המודל המוצע יאפשר לשחרר את הלחץ הכלכלי הקיים מתוך התמקדות בהגנה איתנה על מקרי הליכה – שעליהם למעשה מוצדק להגן – במקום להתייחס אל כלל הפרקטיקה של פרסום סמוי כאסורה ולהתעלם מהתופעה הלכה למעשה.

הגילוי על כך שתוכן תקשורתי כולל פרסום סמוי נועד לתת לצרכני התקשורת כלים אפקטיביים להגברת יכולתם להבחין במסר הפרסומי ובכוונת השכנוע שמאחוריו. אסדרה זו מבוססת על רעיון הריבונות הצרכנית, המחייב את המדינה לאפשר לצרכן לפעול לפי העדפותיו – אך לוודא שהוא מחזיק במידע המרבי האפשרי.

למרבה ההפתעה, החיבור בין הסוגיה הכללית של הגנת הצרכן והטעיה בפרסום לבין הפרסום הסמוי מתקיים הלכה למעשה ובא לידי ביטוי באופן מפורש בחוק הגנת הצרכן, המבהיר כי "פרסומת העלולה להביא אדם סביר להניח כי האמור בה אינו פרסומת, יראו בכך פרסומת מטעה אף אם תוכנה איננו מטעה". מכאן המלצתנו לתקן את ההסדרים החקיקתיים הקיימים ולבצע את הרפורמות הנדרשות כדי שהפרסום הסמוי בכלל אמצעי המדיה יועבר לפיקוח של הרשות להגנת הצרכן באמצעות דיני הטעיה.

חלק מההצעות שהעלינו הועלו גם בעבר. החידוש הוא בהתייחסות הצופה פני עתיד: הבנה מהותית שהתפיסה המגוננת והחודרנית שאפיינה את אסדרת המדיה במאה העשרים לא יכולה להתקיים בעידן המידע חוצה הגבולות; והבנה מוסדית שבעידן ההתלכדות פחת משקלן של הרשויות הייעודיות לאסדרת מדיה ושחלק ניכר מהפיקוח על מוצרים תקשורתיים יעבור לאחריות של רשויות הכלכלה הכלליות, כגון הרשות להגנת הצרכן והרשות להגבלים עסקיים.

אנו חותמים באמירה ברורה: עדיין יש ערכים שראוי להגן עליהם, גם בתעשייה שהדנ"א שלה השתנה מהותית כל כך ב-15 השנים האחרונות. ערכים כגון שיח ציבורי מתפקד ומגוון, שצף חופשי של רעיונות, אמון, יושרה והיעדר הטעיה הם עמוד השדרה החברתי שלנו. הפרסום הסמוי הוא, כאמור, דוגמה מייצגת לצורך בהבנה מפוכחת של האיזון בין הגנה על ערכים חשובים אלה לבין הצרכים והמגבלות של שוק תקשורת מתפקד כלכלית, מתפתח ומורכב משכבות של תכנים ודרכי ממסר.

נספח

לוח 1 ההסדר בישראל

סטטוס הפרסום הסמוי	מסמך מסדיר	גוף אופף	פלטפורמה
6. עיתון ועיתונאי יבחינו בפרסום בין פרסומת לחומר מערכתי, באופן שלא תפורסם פרסומת הנחזית כחומר מערכתי.	תקנון האתיקה של מועצת העיתונות	מועצת העיתונות	עיתונות (ממוסדת, גם ממוסדת מקוונת)
6.2) המועצה רשאית עפ"י הכרעת דעתה ליתן רשות להצגת כל סרט או כל חלק הימנו או כל מודעה על סרט, בין בתנאים מסויימים ובין בלא תנאים, וכן רשאית היא להימנע ממתן הרשות.	פקודת סרט הראינוע	המועצה לבקורת סרטים	קולנוע
(כסמכות זו לא נעשה שימוש לעניין הפרסום הסמוי)			
רדיו: 10. פרסומת לא תהווה חלק בלתי נפרד מתכנית משודרת אלא תשודר במשכבות במסגרת לוח השידורים שנקבעו מראש, בפערים שבין התכנית, לפניו, אחריה, או בהפסקות סבירות מתוכננות מראש בתוכן.	חוק רשות השידור	רשות השידור	רשות השידור

<p>טלויזיה: איסור על שידור פרסומת מסחרית גלויה או סמויה (הלכה פסוקה). 144. ר(ד) 1...1. הרשות רשאית לשלב באתר האינטרנט שלה הרעות פרסומת, למעט תשרירי פרסומות, ובלכך שהן יופרדו מהנתון המועבר על-ידיה באתר, בהתאם לכללים שקבע הוועד המנהל. האסדרה בהתאם למיקום השידור (ראו להלן).</p>			<p>הטלויזיה החניכות</p>
<p>מתוך החוק: 4. (א) השר, בהתייעצות עם השר הממונה על ביצוע חוק רשות השידור ועם ועדת הפיקוח, יקבע הוראות לענין התנאים לשידור שידורי חסות ותשרירי שידור בגלי צה"ל, לרבות איסורים ומגבלות שיהולו לגבי שידור כאמור. מתוך הפקודה: 14. א. בסעיף זה, 'תשרירי חסות' – הודעה בדבר השתתפותו של גורם חוק במימון משרד של גל"צ, למעט משרדי חדשות, משרדי צרכנות או משרדים בעלי אופי מפלגתי-פוליטי.</p>	<p>חוק גלי צה"ל – שידורי ורדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשרירי שידור) (הוראת שעה), תשס"ה-2005 פקודת מטכ"ל 33.0147 "פרסומת מסחרית בצד"ל, תשרירי שידור וחסות בגלי צה"ל", 1 במאי 1985</p>	<p>משרד החינוך; הרשות השנייה; מועצת הכבלים ותלוויין</p>	<p>גל"צ</p>

סטטוס הפרסום הסמוי	מסמך מסדיר	גוף אוכף	פלטפורמה גל"צ (המשד) ¹⁵
<p>ב. תש"רירי חסות יובאו לאישור מפקד גל"צ אשר יבחן, לאחר קבלת המלצת המנהל הכלכלי שיווקי החוות דעת משפטית של היועץ המשפטי לגל"צ, אם יש לאשר את שידורם בגל"צ על-פי הוראות סעיפים 10 עד 13 לעיל ועל-פי סעיף זה.</p> <p>ג. בתשרייר חסות ניתן להביע תודה לממוזן וניתן לציין את סוג המוצר המיוצר על ידי הממוזן או סוג העסק אך מבלי לתאר את איכותו של המוצר או השירות, לשבח את המוצר או השירות, להשוות בין המוצר או השירות למוצרים או שירותים אחרים או לשכנע את המאזינים לרכוש את המוצר או השירות.</p> <p>ד. לא יאושר תשריר חסות במשרירים, לרבות במשרירים בענייני היום, אם לממוזן יש עניין אישי, מסחרי או מפלגתי-פוליטי בתוכנו של המשד, כולו או חלקו, או אם עלול להיווצר עקב כך רושם בציבור כי לממוזן יש עניין כאמור.</p> <p>סיוע לוגיסטי 15.</p> <p>א. היה ומשד, לרבות משד חרשות, מופק בסיוע גורם חוץ, באופן שאין בסיוע משום מיומון אלא משום סיוע לוגיסטי בלבד, ניתן יהיה להביע תודה בסיוע המשד לזורה חוץ שסייע בחקונו של המשד מהחגינה הלוגיסטית בלבד.</p>			

<p>ב. אם סייע גורם החוץ סייע לוגיסטי בהפקת המשרד, וכן השתתף במימונו, לא ניתן יהיה לאוכר את השתתפותו במימון, אלא על-פי הוראות סעיף 14 לעיל.</p> <p>ג. אם גורם חוץ משתתף דרך קבע בסייע בהפקת משרד, באופן שאין בסייע משום מימון, אלא סייע לוגיסטי בלבד, יחשב הדבר כאילו מודובר במתן חסות, ואוכורו של גורם החוץ, לרבות הבעת תודה בלבד, יהיב אישור על-פי החליף הקובע בסעיף 14 לעיל.</p>			
<p>מתוך החוץ:</p> <p>13. בשידורי ערוץ הכנסת לא תכלול פרסומת, אך בכפוף להוראות שנקבעו לפי סעיפים 4 ו-5, יותרו תשדירי שידור.</p> <p>מתוך הכללים:</p> <p>29. (א) לענין סעיף 13 לחוק, לא יראו כפרסומת ציון תודות בסוף מישדר לפי סעיף 30.</p> <p>(ב) הגוף המשרד רשאי לשדר מישדר שאינו קדימון הכולל בדרך אגב צילום או אוכור שמו של אדם, מוצר, שירות, עסק או ענין מסחרי אחר ולרבות ציון שמם המסחרי (להלן – אוכור אגב) ובלבד שתקיימו אלה:</p> <p>(1) אוכור האגב הוא תוצאת ליואי מצומצמת ובלתי מכוונת של תוכן המישדר ומהותו ואינו עובר את תחום הספיר מבחינת מרכיזותו ותכליתו בשידור;</p> <p>(2) החלטת הגוף המשרד לשדר מישדר כאמור ותחלתו בישר לאופן צילמו ועריכתו לא הושפעו בכל דרך שהיא מאוכור האגב הכלול בו;</p>	<p>חוק שידורי סלולריה מהכנסת, התשס"ד-2003; כללי שידורי סלולריה מהכנסת, תשס"ז-2006.</p>	<p>ועדת הכנסת; מיועצת הכללים</p>	<p>ערוץ הכנסת</p>

סטטוס הפרסום הסמוי	מסמך מסדיר	גוף אויף	פלטפורמה
<p>(3) הגוף המשרד לא יקבל כל תמורה, במישרין או בעקיפין, בעד אכור האגב או הכללתו במישרד כאמור.</p> <p>30. (א) הגוף המשרד ראוי להורות בסוף מישרד לבתי עסק או גורמים מסחריים אחרים שתמכו להפקת המישרד באיור או כשירותים.</p> <p>(ב) ציון התודות יהיה לפי עקרונות אלה:</p> <p>(1) תחת הכותרת "תודות" יוקרן ברצף נע מוקבץ שמות התורמים ושמות הענפים המסחריים המתאמים;</p> <p>(2) הכיתוב יהיה באותיות שגודלן, צבען והגופן שלהן אחידים;</p> <p>(3) לא יימסר כל מידע אודות הגוים התורם, הציור או השיירותים, לא יינתן אודותם תיאור כלשהו ולא ייאמרו עליהם כל דברי שבח שהם.</p> <p>83.</p> <p>(א) מורשה לשיירותים לא יכלול במישרדיו דבר שהוא בגדר פרסומת, גלויה או מוטויות ושאינו תשידי פרסומת ואשר קיבל עבור שיירות תמורה כספית.</p> <p>(ב) מורשה לשיירותים לא יקבל תמורה אחרת בניג שיירות כאמור כסעיה קטן (א), אלא בהתאם לכללים שקבעה המועצה.</p> <p>כלל 9 לכללי הרשות השניה לטלויזיה ורדיו (אתיקה כפרסומת בטלויזיה וברדיו), התשנ"ד-1994.</p> <p>כללי הרשות השניה לטלויזיה ורדיו (אתיקה בשיירותי טלויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994.</p>	<p>חוק הרשות השנייה וחקיקת משנה</p>	<p>הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו</p>	<p>ערוצי ברודקאסט והרדיו המסחרי</p>

<p>פיקר ד' לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב-1992.</p> <p>כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שיבוץ פרסומות ואזכורים מסחריים בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999.</p>			
<p>6כב. (א) בעל רישיון לשידורי כבלים לא יכול פרסומת בשידוריו.</p>	<p>חוק התקשורת</p>	<p>מועצת הכבלים והלוויין</p>	<p>Yes ו־ Hot</p>
<p>מתוך הכללים:</p> <p>34. (א) בעל רישיון לא ישדר דבר שהוא בגדר פרסומת אלא בדרך של תשדיר פרסומת.</p> <p>(ב) כללי לגרוע מן האמור בסעיף קטן (א), בעל רישיון לא ישדר דבר שהוא בגדר פרסומת סמויה, פרסומת בלתי מודעת או פרסומת אגב, בין אם נתמבלה תמורה בעד שידורו, במישיין או בעקפיין, ובין אם לא נתמבלה, ואלם רשא' בעל רישיון לשדר מישדר שאינו תשדיר פרסומת או קדימתו, הכולל למעשה פרסומת אגב למוצר או לשידור, ובלבד שהתקיימו כל אלה:</p> <p>(1) הפרסומת היא תוצאת לוויה מצומצמת ובלתי מכוונת של תוכן המישר ומהותו ואינה עוברת את תחום הסביר מבחינת מרכזיותה והבלטתה במישר;</p> <p>(2) בעל הרישיון לא קיבל כל תמורה, ישירה או עקיפה, בעד הפרסומת או הכללתה במישרד כאמור;</p> <p>(3) החלטת בעל הרישיון לשדר מישרד כאמור והחלטותיו באשר לאופן צילמו ועריכתו לא חושפעו בכל דרך מהפרסומת הכלולה בו;</p>	<p>חוק התקשורת; כללי התקשורת (בוק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), תשס"ד-2004*</p>	<p>מועצת הכבלים והלוויין</p>	<p>Yes ו־ Hot (ערוצים ייעודיים בלבד)</p>

סטטוס הפרסום הסמוי	מסמך מסדיר	גוף אוסף	פלטפורמה
<p>(4) כשרדור של מופעי אולפן המופקים על ידי בעלי הרישיון או בעברו, לא ייכלל צילום מותג כולט המופיע על גבי כלי נגינה גדולים המשוייכים בו.</p> <p>48. (א) בעל רישיון לא ישרד תשריר פרסומת שעליל להטעות צופה סביר (להלן – הטעיה).</p> <p>(ב) כהטעיה יראו, בין השאר, תשריר פרסומת הכולל –</p> <p>(1) שם מטעה או תוכן מטעה או כל דבר אחר שיש בו כרי להטעות צופה סביר להשוו שאין המדובר בתשריר פרסומת;</p> <p>19. (א) כסעף זה, "משחק מחשב" – משחק אינטראקטיבי שהוא תוכנה, כגון משחק וידאו, לומדה הינוכית ועיונית, השמור במריר מנגטיר, אופטיר או פיסיר אחרת.</p> <p>(ב) כל משחק מחשב יסומן כסמל שקבע ארגון PEGI (Pan-European Game Information) כמתור כטור א' להלן, אם הוא מתאים לתיראר שכטור ב' לצירי; הסימון יירי על גבי הטוכין או על גבי אריותם הקבועות:</p> <p>(תוכת סימון על תכנים פונעיניים וכר', אך היערד התייחטות לפריסום סמוי)</p>	<p>צו הגנת הצרכן (סימון טוכין), התשמ"ג-1983</p>	<p>הרשות להגנת הצרכן</p>	<p>משחקי מחשב</p> <p>Yes! Hot (ערוצים ייעודיים בלכר) (המשיר)</p>
<p>היערד אסרדה של תוכן סלוליר</p>	–	משיר התקשורת	סלוליר
<p>היערד התייחטות</p>	<p>אמנת אגורד הארנטרנט הישראלי</p>	–	אינטרנט

לוח 2 ההסדר באירופה

חוב סימון של תכניות שלא הופקו או הוזמנו על ידי הגוף המשרד	מוצרים אסורים לפרסום סמוי	תכניות שאסור בהן פרסום סמוי	תכניות שהותר בהן פרסום סמוי	הגדרת הפרסום הסמוי	AVMS
כן, אך ללא פירוט	טבק, תרופות במרשם	ילדים, חרשות, תעודה	סרטים, סדרות, ספורט, בידור קל	Any form of audiovisual commercial communication consisting of the inclusion of or reference to a product, a service or the trade mark thereof so that it is featured within a programme, in return for payment or for similar consideration.	AVMS
סימון לפני התכנית ואחריה, ואחרי הפסקות הפרסומות; תשרירי מידע לצרכן	מוצרי טבק, תרופות מרשם, מוצרי מזון מוזקים, אלכוהול, דימוזים ופורמולות לתרופות	ילדים, חרשות, תעודה, דת, מידע לצרכן, אקטואליה	סרטים, סדרות, ספורט, בידור קל	Inclusion in the programme of, or of a reference to, a product, service or trade mark, where the inclusion— a) is for a commercial purpose; b) is in return for the making of any payment, or the giving of other valuable consideration, to any relevant provider or any person connected with a relevant provider; and c) is not prop placement.	בריטניה

<p>חוב סימון של תכניות שלא הופקו או הוזמנו על ידי הגוף המשדר</p>	<p>מזארים אסורים לפרסום סמוי</p>	<p>תכניות שנגאסר בהן פרסום סמוי</p>	<p>תכניות שהותר בהן פרסום סמוי</p>	<p>הגדרת הפרסום הסמוי</p>	<p>גרמניה</p>
			<p>המשדר אינו מזהיר לסמן פרסום סמוי בתכניות שנוכחו על ידו או לא הופקו לקשתו</p>	<p>the identified representation in words or pictures of goods, services, names, trademarks, activities of a producer of goods or a provider of services in programmes in return for payment or for similar consideration in order to promote sales. The provision of goods or services free of charge shall be deemed to constitute product placement if said goods or services are of significant value.</p>	

Regulating Branded Content in the Israeli Media

Tehilla Shwartz Altshuler, Tuval Chesler

Policy Paper 105

Jerusalem, September 2014



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

Text Editor: Michaela Kelly
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN 978-965-519-151-6

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2014 by the Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker st., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: <http://en.idi.org.il>

To order books:
Online Book Store: <http://tinyurl.com/en-idi-store>
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

Abstract

A. Summary

Branded content is the incorporation of advertising messages in content presented via the media in a camouflaged or semi-concealed way. Recent years have witnessed a significant and large increase in branded content in the media, and advertisers regard it as a central component in the business model of the contemporary media economy.

Branded content is harmful on several levels. On the economic-consumer level, it misleads media consumers who believe they are viewing content and not an advertisement and, therefore, do not activate the cognitive defense mechanisms they generally employ when viewing advertisements. On the level of public discourse, branded content endangers the pluralism of content in the media, prevents the existence of a space that is free from commercialization and, most importantly, instills doubts among the viewers who cannot know for sure whether the content they are viewing is reliable. This situation makes it impossible to conduct frank and rational discourse on public issues.

Due to historical reasons, the regulation of branded content in Israel varies from one type of media to another. Thus, there is no legal prohibition on branded content in films, newspapers or the new media, but there is such a prohibition in television broadcasts. Despite this prohibition, branded content appears on Israeli television, and the gap between the language of the regulation and the reality is enormous. Consequently, the various types and shades of branded content comprise a problematic phenomenon in the Israeli media.

* Translated by Ira Moskowitz

The regulation we propose for contending with the issue of branded content is based on three principles:

- (1) **Branded content should not be prohibited, but a system of disclosure should be created.** In addition to the general duty of disclosure, there should be specific prohibitions on certain ways of incorporating advertisement in content, particularly those that appear in content pertaining to news and public affairs, and those that promote the consumption of harmful products.
- (2) **Cross-platform regulation of branded content should be formulated.** In addition to the television channels and their associated content websites, the regulation should include the institutionalized press – print and online – and content sites such as blogs.
- (3) **The Israel Consumer Protection and Fair Trade Authority should be assigned responsibility for overseeing branded content in all media,** based on the laws of deceptive advertising. Our proposal is consistent with the Consumer Protection Law - 1981, which determines that branded content is deceptive advertising.

B. Content of the proposed arrangement

I. Definition of branded content

- (1) **We propose defining branded content on the basis of exchange value.** The significant harm inherent in branded content is not merely attributable to the fact that brand names are presented. Rather, this harm primarily derives from the fact that the motive for including these brand names is concealed. The demand for defining branded content is already reflected in the Consumer Protection Law - 1981. Therefore, we propose that the regulation of branded content be based on the definition contained in this law.
- (2) **The instilling of values or social issues by non-commercial entities will not be considered branded content.** The question of political advertising or advertisements dealing with controversial public issues should be addressed. Branded content by entities that have special obligations of

trust vis-à-vis the public should also be regulated, and branded content by the government or political parties should be restricted via amendment of the Elections Law (Propaganda Methods) – 1959.

II. Model of disclosure

- (1) We recommend that each case of branded content be clearly disclosed and labeled.
- (2) We propose that branded content be labeled via a uniform classification system defined by a single entity – the Consumer Protection Authority – regardless of the technological platform in which the content is presented to the public. The use of a uniform classification system will make it easier for all of the entities involved and will enable the institutionalization of categories of advertising labeling. It would be appropriate to establish a legislative basis that would require the suppliers of end devices (mobile devices, tablets, televisions and various types of computers) and Internet service providers to enable consumers to make use of this labeling in online filtering and “net nanny” tools.
- (3) Similar to the principles of the U.S. Federal Trade Commission, we propose that the scope of disclosure be determined in accordance with the consumed content and the circumstances of the advertising. Proper disclosure will be clear and prominent such that a reasonable person will understand that the content before him includes branded content.
- (4) We propose that the duty of disclosure in audio-visual broadcasts include a staged process of labeling. In any case, the broadcasters will be required to present the appropriate logo from the uniform classification system at the beginning of the content and when returning from an interruption from it (such as a break for commercials). However, during the stage of implementing the duty of disclosure, a textual and graphic slide will be presented, explaining that the content includes branded content. After the stage of implementation, the broadcasters will only be required to display a logo that labels the advertisement.
- (5) We propose that branded content be completely prohibited in media platforms that do not allow for the inclusion of sufficient disclosure of the branded content.

- (6) We propose that the duty of disclosure not include display of the name of the product or service being promoted.
- (7) We believe that a necessary condition for the effectiveness of the disclosure is to include the labeling of branded content within the general system of classification and labeling in order to ensure a uniform and consistent system of labeling in all platforms. Thus, for example, in regard to television, the Classification, Labeling and Prohibition of Harmful Broadcasts Law – 2001 should be amended to add labeling pertaining to branded content; the entity responsible for this will be the Consumer Protection Authority.

C. Prohibitions on branded content

- (1) We propose a **complete prohibition of branded content in media entities funded by the public**, including content they produce themselves and content produced for them by others. The rules of incidental advertising that apply to public broadcasting (advertising of products and services that appear incidentally in a broadcast and without payment) should be maintained and resources should be invested for enforcing them.
- (2) We propose a **complete prohibition of branded content in news, current events and public affairs content**. This content constitutes the heart of the journalistic work that addresses the hard core of the political discourse. We adopt the assumption that undisclosed branded content in the guise of a news item, report or article – from the formal perspective (location, font, order, etc.) or from a content perspective – is by definition deceptive. Accordingly, we propose that a creator of content that includes commercial collaboration will not be able to present it as a news, current events or public affairs item. In the appropriate media, there should be an effort to synchronize the way in which the programs are defined for the purpose of granting benefits to the broadcasting entity, on the one hand, and the prohibition on including branded content in these programs, on the other hand (for example, in deciding whether to include the program in the framework of the hours for the elite genre

of programming required in tenders for the commercial television franchisees).

The duty of disclosure will not apply to content that presents a product, service, etc. that does not entail exchange value – for example, a consumer report or critique of a particular program or service.

We believe that there is no reason to prohibit commercial collaboration that appears alongside news content, as long as there is a prominent distinction between the two, so that it is clear to news consumers that they are being exposed to advertising content (such as marketing sections in online newspapers).

- (3) We propose **prohibiting the incorporation of branded content in content intended for children under the age of eight.**
- (4) We propose **prohibiting branded content that promotes certain harmful products** such as tobacco products; alcoholic beverages; pharmaceuticals; food that is high in sugar, salt or fat; weapons; gambling and lotteries. This prohibition is needed because of branded content's encouragement of consuming harmful products (such as tobacco products) or of adopting undesirable and harmful patterns of behavior (gambling, for example).

D. Legal liability

We propose assigning responsibility for branded content to two entities:

- (1) The commercial entity that chooses to include unlabeled branded content among the various means of advertising it purchases.
- (2) The entity that receives monetary payment for incorporating an advertising message in the content (for example, a production company).

We also propose imposing liability on the owner of the platform in which the branded content is presented, if two conditions are met: First, it must be aware that payment is involved; second, it had a reasonable possibility of disclosing the commercial collaboration in the framework of the duty of disclosure but failed to do so.

E. Promoting media literacy

We believe that public awareness is key to confronting branded content, as it is in other issues where law and technology interface (for example, the right to privacy). Therefore, we propose the following steps:

- (1) **A comprehensive public information effort vis-à-vis branded content**, aimed at explaining to the viewers the meaning and impact of branded content and how to detect it. This effort will be conducted via the media in order to enable maximal exposure of media consumers and promote an understanding of the mechanism of concealed advertising messages. We propose that the effort be funded by the authorities that currently regulate television, from the revenues they receive for branded content.
- (2) **Building an online database on the use of branded content**. The database will include visual illustrations and will help foster awareness and skills related to branded content.
- (3) **Building an easy, comfortable and multi-lingual mechanism for submitting complaints and clarifications regarding suspected cases of branded content**.

F. Transition period model

The proposal presented in this study seeks to provide a simple and valid model for all of the content platforms; at the same time, the transition from the current situation to the proposed situation requires an interim solution that will apply until conditions are ripe for full implementation of the proposed model.

We propose that during the transition period the regulation outlined above will be applied to **all of the media**. In commercial television and radio (the channels under the supervision of the Second Authority for Television and Radio and the channels in which advertisement is allowed under the supervision of the Council for Cable and Satellite Broadcasts), branded content will be permitted in accordance with the regulation we proposed, with several changes:

- (1) **Classifying and labeling the level of branded content:** We propose that branded content be classified and labeled according to three levels of advertising embedded in content, based on several criteria: how prominently the brand name is displayed, including the way it is displayed (visual, textual or combined); how natural it is to incorporate the brand name (the more natural it is to incorporate the brand name, the better the viewers remember it and the greater the impact on the consumer); how closely connected the brand name is to the central character in the displayed content, if there is such a character; how often the brand name is repeated; and the context of incorporating the brand name (for example: a positive context will induce a more positive approach than incorporating content with no context). These levels will be included in all of the regular rules of classification and labeling, and will affect the hour of broadcast and the recommended viewer age.
- (2) **Limiting the time of the brand name:** We propose limiting the possibility of advertising the same product or company via an explicit advertisement and unlabeled branded content in the same broadcast unit.
- (3) **Revenues from branded content:** Today, the Second Authority Act stipulates a minimum threshold of mandatory annual spending to fund production and acquisition of programs, to produce new programs, and to produce programs of the “elite genre”. In addition, the law stipulates an obligation to pay royalties to the Second Authority. Since all this depends on the franchisee’s revenues during a particular year, we propose amending the Second Authority Law so that revenues from branded content will also be allocated toward the franchisee’s content obligations.
- (4) **Responsibility of the government ministries and supervision by the existing regulatory agencies:** Since a duplication of authorities is liable to develop during the transition period, we propose that during this period the responsibility for labeling branded content be assigned to the ministries, under the supervision of the existing regulatory authorities – despite the problematic nature of this and the failure of enforcement in the past. Nonetheless, we propose that during the transition period a

coordination committee be formed to address the cases pertaining to the regulatory entities. Thus, the Consumer Protection Authority will be a permanent observer in the enforcement process, and the television and radio regulatory authorities will transfer responsibility to it in an orderly way. As part of this handover, the Consumer Protection Authority will receive the organizational knowledge held by these authorities in regard to the enforcement of advertising.

- (5) The transition period will be defined for a maximum of four years and will end when the uniform supervision system is implemented for all audio-visual content.

פרסום סמוי הוא שילוב מוסווה של מסרים פרסומיים בתוך תכנים תקשורתיים. המונח "פרסום סמוי" – להבדיל מ"תוכן שיווקי" או "פרסום טבעי" – משדר אמירה ערכית שעיקרה הוא שלתוכן אין עליונות. המונח גם רומז ליסוד ההסתרה, ההטעיה וטשטוש הגבולות בין תוכן לפרסומת.

זה שנים אחדות שהשימוש בפרסום סמוי הוא טקטיקה מצויה בכל הסוגים של אמצעי התקשורת ובכל הסוגות התקשורתיות – החל בתכניות ריאליטי ודרמה בטלוויזיה וכלה בעמודי החדשות בעיתונים ובאתרי האינטרנט הגדולים.

אסדרת הפרסום הסמוי בתקשורת חיונית לשמירה על מאזן הכוחות שבין דמוקרטיה, ככלכלה ותקשורת. מחקר המדיניות מנסה למצוא נקודת איזון ראויה בין ההתפתחות הכלכלית ההכרחית למדיה לבין האינטרס הציבורי בקידום גיוון תרבותי ומרחב תקשורתי נקי ממסחור, בחיזוק האמון והאמינות של התקשורת כבסיס למימוש הליכים דמוקרטיים מתפקדים ובהגנה על הצרכן.

מחקר המדיניות מציע לאפשר את השימוש בטקטיקת הפרסום הסמוי בכפוף להטלת החובה לגילוי ולשקיפות לשם הגברת האמון בשוק התוכן התקשורתי; קורא לאסדרה רוחבית בכל אמצעי התקשורת – טלוויזיה, עיתונות כתובה ותקשורת דיגיטלית – ולשיתוף רשויות הגנת הצרכן באכיפתה כדי להרחיבה מעבר לתחום אסדרת הטלוויזיה המסורתית; ממליץ לאסור את השימוש בפרסום סמוי בסוגות מובחנות של תוכני חדשות ואקטואליה; ומפרט רשימת הצעות לתיקון ההסדרים הקיימים באשר לפרסום הסמוי בטלוויזיה. המחקר גם מציע על חשיבות החינוך לאוריינות תקשורת ולקידום צריכה מושכלת ומודעת של תכנים תקשורתיים.

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר עומדת בראש הפרויקט "רפורמות במדיה" במכון הישראלי לדמוקרטיה ומלמדת בבית הספר למדיניות ציבורית באוניברסיטה העברית בירושלים. היא מומחית לאסדרת תקשורת ולממשל פתוח.

תובל צ'סלר, לשעבר עוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, הוא בוגר הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ומתמחה בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחיר מומלץ: 45 ש"ח
הודפס בספטמבר 2014
מסח"ב: 6-151-519-965-978

www.idi.org.il



0 4500001133 5
דאנאקוד 450-1133

