

חוות דעת מנקודת מבטו של המשפט העברי על הצעת חוק 'פרסום סמוי' / עדו בלוח

מבוא

בי"ג בחשוון תשע"ו – 26.10.15, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק שמטרתה להסדיר את הפרסום הסמוי באמצעי התקשורת השונים, על ידי הח"כים ינון מגל ומיקי רוזנטל.¹ לפי לשון ההצעה, ההסדרה תבוא לידי ביטוי על ידי יצירת משטר של גילוי, סימון ושקיפות העובדה שעבר כסף או שווה כסף תמורת פרסום תוכן מסוים. בעזרת הסדרה זו, רוצים המציעים להוביל לכך שאדם סביר יהיה מסוגל להבין שהתוכן שהוא צורך באמצעי התקשורת כולל גם פרסום סמוי. לדעת המציעים, הבנה זו תמנע פגיעה הן בצרכני התקשורת והן בתחרות הכלכלית בין ספקי התקשורת.

בחוות דעת זו אתייחס לעמדת ההלכה והמשפט העברי לסוגיית הפרסום הסמוי ולהשלכותיו כפי שעולה מהצעת החוק, וכן לפתרון המוצע על ידי הצעת החוק. אך בטרם אתייחס לעמדת המשפט העברי, אקדים בקצרה על תופעת הפרסום הסמוי בימינו.

עולם הפרסום תופס שטח נרחב בעולמנו כיום, והתחרות בין החברות רק הולכת וגדלה. בעידן השינוק הנוכחי, שבו התחרות על תשומת לבו של הצרכן גוברת ומפרסמים נלחמים בכל עת על האפשרות לזכות בבולטות אל מול המתחרים, נראה שככל שישנן יותר פלטפורמות תקשורתיות, המרחבים הבלתי ממוסחרים רק הולכים ומצטמצמים. לפיכך, גופים מסחריים מחפשים בהתמדה מרחבים נקיים ממסחר, שם יוכלו לבלוט לעומת המתחרים ולהגיע לצרכן. הפרסום הסמוי הינו מסר שיווקי המשולב במדיה, תמורת תשלום ובאופן סמוי מפני הצופים. מטרת הפרסום הסמוי היא להטמיע בתודעתו של הצופה את המוצר, את השירות, את סימן המסחר או את פעילותו של יצרן או ספק של שירותים. ביכולתו של סוג פרסום זה להשפיע על עמדותיהם ועל התנהגותם של הצרכנים בכל הנוגע למותג, באופן השונה מן הפרסומת המסורתית. הפרסום הסמוי מטשטש את קו ההפרדה הנהוג בין תכנית תוכן לפרסומת, ומציף את תכני הטלוויזיה במסרים מסחריים.

מנקודת מבטו של המשפט העברי, פרסום סמוי עלול להוות בעיה בשני מובנים:

א. גניבת דעת הצרכנים.

ב. פגיעה בתחרות בין הספקים.

אעמוד בחוות דעתי האם פרסום סמוי עולה לכדי בעיה הלכתית בשני היבטים אלה.

א. גניבת דעת

¹ הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון – פרסום סמוי), התשע"ו – 2015.

בהלכה היהודית מוגדרת גניבת דעת כאיסור להטעות את הזולת ולגרום לו לחשוב באופן מוטעה דבר מסוים, ובכלל זה לתת לזולת רושם מוטעה על כוונותיך האמיתיות כלפיו. הדבר מוגדר כגניבה, משום שהטעיה זו היא למעשה מניעת הזולת מאינפורמציה הנוגעת אליו ואשר הוא זכאי לדעת אותה.²

המקור לאיסור לדעת חלק מן הפוסקים הוא הפסוק "לא תגנבו"³, אשר כולל גם איסור גניבת דעת. לעומתם, ישנם פוסקים אשר סוברים כי פסוק זה כולל בתוכו רק גניבת רכוש או ממון. אך גם לדעת אלו ישנו איסור גניבת דעת אשר נלמד ממצוות "ואהבת לרעך כמוך"⁴. מקור אפשרי נוסף הוא הציווי "והלכת בדרכיו"⁵ אשר מצווה להידבק במידותיו של הקב"ה, וידוע שאחת ממידותיו של הקב"ה היא אמת, כמו שאמרו חז"ל "חותמו של הקב"ה אמת"⁶. בתנ"ך אנו מוצאים פעמיים גניבת דעת תוך שימוש בביטוי גניבת לב. בפעם הראשונה "ויגנב יעקב את לב לבן הארמי"⁷. ובפעם השניה "ויגנב אבשלום את לב אנשי ישראל"⁸. גם בתלמוד הבבלי מוזכר האיסור - "דאמר שמואל אסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעתו של עובד כוכבים"⁹. ובתוספתא אף נכתב כי "שבעה גנבין הן: הראשון שבכולן גונב דעת הבריות...שכל הגונב דעת הבריות - נקרא גנב"¹⁰. בנוסף, לגבי חומרת גניבת דעת, לא רק שהיא אינה פחותה מגניבת רכוש או ממון אלא היו שטענו כי "גניבת דעת חמורה עוד יותר מהגזל"¹¹.

למעשה, האיסור מופיע בהלכה בשני הקשרים: הראשון בהקשר של מסחר - אסור לאדם למכור מוצר פגום תוך הצגתו כמוצר תקין. הרמב"ם מתייחס להקשר של מסחר בהלכות מכירה¹² - "אסור לרמות בני אדם במקח וממכר או לגנוב את דעתם...היה יודע שיש בממכרו מום יודיעו ללוקח". בשו"ע נכתב: "אסור לרמות בני אדם במקח וממכר או לגנוב דעתם, כגון: אם יש מום במקחו - צריך להודיע ללוקח"¹³. זאת ועוד, השו"ע מוסיף ואומר כי: "אע"פ שאין בו אונאת ממון, מ"מ הוי ליה להודיע, והוא דומה לגניבת דעת, דאסור אע"פ שאין בו חיסרון ממון"¹⁴. כלומר, גם אם מצד המחיר המוכר לא מרמה את קוניו, שכן המחיר משקף את רמת המוצר, מכל מקום על המוכר להודיע לקונה מהם תכונות המוצר אותו הוא רוכש. ניתן אם כן לראות, כי איסור גניבת דעת אינו תלוי בחסרון הכיס של הצרכן, אלא אך ורק במחשבתו של הצרכן על המציאות.

² הרב ד"ר מיכאל אברהם, תחומין כ"ה, תשס"ה. ועיין שם בהרחבה על כך שגניבת דעת הינה מקוטב הגניבה ולא מקוטב השקר.
³ ויקרא יט,א.
⁴ ויקרא יט,ח.
⁵ דברים כח, ט.
⁶ מסכת שבת נה.
⁷ בראשית לא,כ.
⁸ שמואל ב, טו ו.
⁹ מסכת חולין צד.
¹⁰ תוספתא בבא קמא, פרק ז', משנה ג'.
¹¹ שערי תשובה לרבינו יונה, שער ג' קפד.
¹² רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יח, א.
¹³ שו"ע, חושן משפט, סימן רכ"ח, סעיף ו.
¹⁴ שם, וראה שם גם סמ"ע ס"ק ז.

בהקשר שלנו, הצרכן הוא לקוח של אמצעי תקשורת (בעיקר טלוויזיה וקולנוע). אותו צרכן בטוח במה הוא צופה ואיזה תוכן הוא רוכש – סרטים, תכניות וכו'. אולם, הוא אינו יודע שבתוך התכניות או הסרטים בהם הוא צופה מוסתרים פרסומים סמויים ולכן למעשה הוא רוכש גם פרסומות. כלומר, ישנה אינפורמציה הנוגעת לאותו לקוח אשר אינה נמסרת לו. לכן, ניתן לומר שיש בכך גניבת דעת של אותו צופה (הלוקח של אותם תכניות/סרטים), אף אם התוכן הנרכש אינו פגום והפרסומים אינם מובילים לידי חסרון כיס. שכן, על הספק ליידע את הצרכן בתכונות המוצר אשר הוא רוכש, כמו שהסברתי לעיל.

ההקשר השני הוא גניבת דעת הבריות - אסור לאדם להטעות את חבריו שיחשוב כאילו עשה למענו טובה, כשלמעשה לא עשה למענו כלום. מקור הדין הזה הוא בדבר המשנה "שולח אדם ירך לנכרי שגיד הנשה בתוכה מפני שמקומו ניכר"¹⁵. בתלמוד הבבלי מדייקים שמותר לשלוח רק ירך שלמה, וזאת משום שבירך שלמה יודע הגוי כי היא אסורה באכילה ליהודי. לעומת זאת, בירך חתוכה עלול הגוי לחשוב שהיהודי הוציא ממנה את גיד הנשה ולהחזיק לו טובה על כך - בעוד גיד הנשה עדיין בירך, והירך אסור ליהודי באכילה.¹⁶

בעקבות דברי התלמוד פוסק הרמב"ם: "אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי, ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב, אלא תוכו כברו והעניין שבלב הוא הדבר שבפה, ואסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעת הנכרי"¹⁷. אם כן, ניתן לראות כי לפי ההלכה אכן ישנו איסור לגרום לחברך לחשוב שאתה פועל לטובתו בעוד אינך עושה כן.

האם האיסור לגרום לחברך לחשוב שאתה רוצה בטובתו תקף בכל מקרה בו אדם יטעה לחשוב שחברו רוצה בטובתו? תשובה על כך נמצאת בתלמוד¹⁸. מסופר שרבא ורב ספרא הלכו בדרך, ופגשו את מר זוטרא. חשב מר זוטרא שהם יצאו מן העיר לכבודו, ואמר להם: לשם מה חכמים שכמותכם היו צריכים להטריח את עצמם כל כך לכבודי? ענה לו רב ספרא: למעשה, לא ידענו שאתה עומד לבוא, וסתם הלכנו בדרכנו ופתאום ראינו אותך. לאחר שנפרדו ממר זוטרא, שאל רבא את רב ספרא למה היית צריך לצער את מר זוטרא ולומר לו שלא יצאנו לכבודו? ענה לו רב ספרא שאם לא היה אומר את האמת הרי שהוא גונב את דעתו. על כך השיב רבא, למעשה מר זוטרא הטעה את עצמו שהרי היה יכול לחשוב שהלכנו בדרך במקרה ואילו אנו לא עשינו דבר כדי לגנוב את דעתו ולכן אין בנו אשמה. כיוון שההלכה נפסקה כרבא¹⁹, ניתן ללמוד כי כל עוד אדם חושב על חבריו דברים טובים שאינם נכונים מעצמו - אין בכך איסור. אך אם החבר גורם לכך במעשה או בדיבור הרי שיש כאן איסור גניבת דעת. כך לדוגמה נפסק ע"י הרב יקותיאל יהודה הלברשטאם,²⁰ אשר נשאל מה הדין במקרה שצדיק ורשע נכנסים יחד לחדר, ופסק שיקדים שלום לצדיק אף אם הרשע יחשוב שזה לכבודו ואין זו גניבת דעת. וכך פסק גם בעל "בן איש חי" במקרה

¹⁵ חולין פרק ז, משנה ב.

¹⁶ חולין צג, עמוד ב, ועיין רש"י שם.

¹⁷ הלכות דעות, פרק ב הלכה ו.

¹⁸ חולין צד, עמוד ב.

¹⁹ שו"ע, חושן משפט, סימן רכ"ח, סעיף ו'.

²⁰ שו"ת דברי יציב, חלק יורה דעה סימן קלב.

של אמירת שלום לנכרי כאשר מתכוון לרבו.²¹ הרב מנשה קליין פסק במקרה של אדם שזוכה לכיבודים שאינו ראוי להם, שאם המכבדים חשבו על כך בעצמם אין זו גניבת דעת.²²

בהקשר שלנו, ניתן לומר כי יש לעשות הפרדה בין סוגי התכנים בהם מוצגים הפרסומים הסמויים. ישנם תכנים, אשר צופה סביר יטה לחשוב כי הם משודרים לטובתו האישית. למשל, תכניות תחקירים, חדשות, תכניות ילדים וכו'. נראה, כי לפי ההלכה פרסום סמוי בתכניות אלה יהיה אסור. זאת מפני שהצופה חושב שהתוכן בא לטובתו בעוד האינטרס בשידור תכנים אלו הוא כלכלי לטובת המפרסמים. מנגד, ישנם תכנים שברור לכל שמטרתם היא רווח ועשיית רייטינג ואין בהם שום תועלת לצופה. נראה כי לפי ההלכה אין בכך שום איסור, וזאת אף במקרה שהצופה יחשוב שהתכנים הם לטובתו. זאת מכיוון שהמשדרים והמפרסמים לא עשו דבר על מנת שנחשוב שתכנים אלה הם לטובתנו. אלא אדרבה, מטרת המדיה היום היא להרוויח כסף ולכן ברור לכל הצרכנים שהתכנית אינה משודרת מטוב לב אלא על מנת להכניס כסף למשדרים.

ב. פגיעה בתחרות

בהקשר זה עלולה להתעורר בעיה. שכן, ספק המפרסם פרסום סמוי יוצר אצלו יתרון שספק אחר אינו יכול להתמודד מולו, מפני שאין הוא מודע לפרסום הסמוי.

לראשונה דנים חז"ל בתחרות בעולם המסחר במשנה²³: "רבי יהודה אומר, לא יחלק החנוני קליות ואגוזין לתינוקות, מפני שהוא מרגילן לבוא אצלו. וחכמים מתירין". כלומר, רבי יהודה אוסר על הספק (חנוני) ליצור לעצמו איזשהו יתרון מסחרי על פני חבריו הספקים, על ידי חלוקת ממתקים לילדים. לעומת זאת, חכמים מתירים. בגמרא מבואר²⁴, שלדעת החכמים אין איסור מפני שיכול הספק הראשון לומר לזה הנפגע שיכול הוא לחלק בעצמו דברים המושכים את הילדים, וכלשון הגמרא "מאי טעמייהו דרבנן דאמר ליה אנא מפליגנא אמגוזי ואת פליג שישקי". דעת חכמים נפסקה להלכה, ואכן על פניו נראה שאין איסור ביצירת יתרון אצל אחד הספקים, שכן, הספק השני יכול כדברי חכמים לפרסם בעצמו פרסום סמוי. אך למעשה, מקרה זה אינו דומה למקרה של פרסום סמוי. היתרון של הספק במשנה הוא יתרון ברור וגלוי לכל. מאידך, הפרסום הסמוי כשמו כן הוא – סמוי. על כן, יהיה קשה לספק להתמודד עם ספק אחר שכן הוא אינו יודע באיזה אופן ובאיזו תדירות מתבצע הפרסום, ועקב כך יהיה לו קשה לדעת איך להתמודד עימו באופן שיביא לתחרות הוגנת.

דבר זה מוביל איתנו לשאלת תחרות בלתי הוגנת. ננסה להשליך מדברי הגמרא על תחרות בלתי הוגנת לעניין שלנו. בגמרא דנים במקרה בו אדם פותח חנות במקום בו כבר ישנה חנות, ועם פתיחת החנות הורע מצבו של בעל החנות הראשון²⁵. רב הונא סובר שניתן לעכב את בעל החנות האחרון מלפתוח, לעומתו סובר רב הונא ברי דרב יהושע שלא ניתן למנוע מבעדו. כל הפוסקים,

²¹ שו"ת תורה לשמה, סימן שסד.

²² שו"ת משנה הלכות, חלק ח סימן רכה.

²³ בבא מציעא ד, יב.

²⁴ בבא מציעא ס, עמוד א.

²⁵ בבא בתרא כ, עמוד ב.

למעט האביאסוף, מכריעים כדעת רב הונא ברי דרב יהושע שלא ניתן לעכב את בעל החנות השניה. אך כשמגיעים לתחרות שאינה הוגנת התמונה משתנה במקצת. ישנו מקרה בו לאדם ישנה חנות ברחוב, ובא אחר ופותח חנות בכניסה לרחוב (מקום בו אנשים מוכרחים לעבור), ובכך יוצר תחרות שאינה הוגנת בינו לבין בעל החנות הראשונה. כמובן שהאביאסוף פוסק שבמקרה כזה ניתן לעכבו. אך הפעם הוא אינו בדעת יחיד, שכן, הרמ"א סובר שההכרעה של האביאסוף מחייבת במקרה הזה, ולכן כאשר ישנה תחרות לא הוגנת ניתן לעכב את המתחרה הלא הוגן. מנגד, הבית יוסף סובר, כי אין אנו כפופים להלכת האביאסוף ולא ניתן לעכב את בעל החנות השניה אף שנוצרת תחרות בלתי הוגנת. לעומת שתי הדעות האחרונות, ישנם פוסקים שהלכו בדרך האמצע וקבעו כי ניתן לעכב רק כאשר המתחרה גורם לכך שבדאי לא יגיעו לקוחות למתחרה השני²⁶. יש לציין כי לפי דעה זו ניתן לעכב בין אם היתרון נוצר על ידי מיקום ובין אם מדובר על אומנות שאין שניים יכולים לעסוק בה ונמצא שאחד דוחה את השני לגמרי. כלומר, לא הגורם לכך שאין לקוחות הוא הסיבה שניתן לעכב, אלא עצם זה שנוצר מצב בו המתחרים לא יכולים לעמוד בתחרות מאפשר לעכב את המתחרה הלא הוגן²⁷.

במקרה שלנו, ניתן לומר כי מצד אחד פרסום סמוי אכן יוצר תחרות בלתי הוגנת. שכן, מתחרה אחד מפרסם את עצמו ואילו השני אינו יודע דבר על הפרסום ואינו יכול להתחרות עימו באופן שוויוני. על כן, לפי דעת הרמ"א ניתן למנוע מאנשים לפרסם פרסום סמוי. לעומת זאת, לפי דעת הפוסקים שניתן לעכב רק אם המתחרה הלא הוגן מונע לגמרי לקוחות מהמתחרה השני, לא בטוח שניתן יהיה למנוע פרסום סמוי. שכן, פרסום סמוי אמנם יכול ליצור יתרון, אך לא כזה שיבטל את המתחרה שלא מפרסם פרסום סמוי. זאת ועוד, תמיד אפשר יהיה לטעון כשיטת הבית יוסף שתחרות בלתי הוגנת לא מעכבת, ולכן ניתן יהיה לפרסם פרסום סמוי. בנוסף, ניתן לומר כי לא ניתן להשליך משני המקרים. אמנם, אכן מדובר בתחרות בלתי הוגנת. אך בעוד למתחרה בגמרא אין אפשרות להתמודד כלל (הואיל ומקום הפתח שהוא המקום האסטרטגי למכירה נתפס), בפרסום סמוי יכול המתחרה השני לפרסם גם כן. כמו שאמרו חכמים: "יכול לומר לו אני מחלק אגוזים, חלק אתה שזיפים" (ראה לעיל). אמנם נכון הדבר שהמתחרה השני לא יוכל להתמודד בדיוק עם דברי הפרסום הראשון, שכן הוא אינו יודע מה הם, אך הוא יכול ליצור יתרון אצלו בפרסום סמוי שהמתחרה הראשון אינו יכול לדעת מה הוא.

סיכום

נראה כי אכן יש מקום להסדרת הפרסום הסמוי בחקיקה. בכל הקשור לגניבת דעת: בשידור פרסומת סמויה, אכן ישנה הסתרה של מהות המוצר הנמכר לצופים. שכן, הצופים חושבים שהם רוכשים תכנית תמימה בעוד המוצר מכיל גם פרסומים. הסתרה זו מובילה למניעת אינפורמציה הקשורה ללקוחות בכל הקשור לתוכן המוצר וליחסם של מפיצי התוכן התקשורתי כלפי לקוחותיהם, דבר אשר אסור לפי ההלכה. על כן נראה כי הסדרה של הפרסום הסמוי אשר תידע את הצופים בדבר התוכן בו הם צופים תפתור בעיה זו. אמנם נכון הדבר שבכל הקשור לגניבת דעת הבריות, ניתן לעשות הפרדה בין הפצה לטובת הלקוח (כגון:

²⁶ פתחי חושן, כרך ד' פרק ט' סימן ה'.

²⁷ הרב משה ארנרייך, תחרות הוגנת ב', חמדת ימים תשע"א. וכך נפסק גם בשו"ת גור אריה יהודה חו"מ סימן סח, ועיין גם שו"ת לבושי מרדכי חו"מ סימן יג, וכן שו"ת דברי חיים ח"א חו"מ סימן כ.

תכניות תחקירים), לבין הפצה סתמית שנועדה לרווח תעשיית המדיה (כגון: תכניות ריאליטי), אך נראה כי אין מקום להיכנס בהצעת חוק למהותו של כל תוכן. הפרדה כזו עלולה להוביל לפירצה בחוק אשר תנוצל על ידי המפרסמים השונים להמשך פרסום ובכך יצא שכרנו בהפסדנו. בכל הקשור להיבט התחרותי: נראה כי פרסום סמוי יוצר תחרות בלתי הוגנת בהעדר יכולתם של המתחרים לחזות ולאתר את הפרסום, את אופיו ואת מידת השפעתו. אמנם איננו יכולים להגיע למסקנה חד משמעית האם יש מניעה הלכתית לסוג תחרות שכזה, שכן כפי שראינו התערבות פוסקי ההלכה בתחרות המסחרית הינה מצומצמת למדי, אך נראה כי הסדרה חוקית של הפרסום תואמת את רוח ההלכה השואפת להגינות במסחר. הסדרה זו עשויה להוביל לתחרות הוגנת יותר, אשר ממנה יוכלו להרוויח הן הצרכנים והן הספקים. כמו כן, יש לציין כי הצעת החוק אינה אוסרת פרסום סמוי אלא מסדירה אותו, ועל כן נראה כי בכוחה של הסדרה זו ליצור מציאות נוחה יותר והוגנת יותר.

ביבליוגרפיה

- הרב פרופ' נחום רקובר, המסחר במשפט העברי, תשמ"ח.
- הרב אליעזר מלמד, פניני הלכה – ליקוטים ב, תשע"א.
- הרב ד"ר מיכאל אברהם, גניבת דעת וקניין רוחני, תחומין כ"ה, תשס"ה.
- הרב יגאל אריאל, תחרות מסחרית בעיר ובכפר, תחומין י', תשמ"ט.
- ד"ר צוריאל ראשי, תוכן שיווקי במשפט העברי – גניבת דעת או תחרות הוגנת, 2006.
- שמואל גלברד, תחרות מסחרית בהלכה, דעות ל"ט, תש"ל.