



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3322/16

ע"א 4313/16

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון

המערערים בע"א 3322/16
והמשיבים בע"א 4313/16:
1. איי די איי חברה לביטוח בע"מ
2. רביב צולר
3. משה מוקי שנדימן
4. רענן סעד

נ ג ד

המשיבים בע"א 3322/16
והמערערים בע"א 4313/16:
1. לשכת סוכני ביטוח בישראל
2. אריה אברמוביץ
3. אריאלה אלפסי
4. אבי בן דוד
5. יקי כהן
6. אשר סייפר
7. זהבה פורת
8. דני קסלמן
9. אילן שגב

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב
בתיק א 028223-03-12 שניתן ביום 11.04.2016 על ידי כבוד
השופט א' בכר

תאריך הישיבה: כ"ח בכסלו התשע"ז (28.12.2016)

בשם המערערים בע"א 3322/16
והמשיבים בע"א 4313/16:
עו"ד גיורא ארדינסט, עו"ד רן שפרינצק
ועו"ד אריק ברנאייזן

המשיבים בע"א 3322/16
והמערערים בע"א 4313/16:
עו"ד ניר גורן ועו"ד אליאור אלקביר

פסק-דין

השופט י' עמית:

כל ילד וילדה שהתחנכו על ברכי השירה העברית העממית, מכירים היטב את השיר "אצא לי השוקה", ולמקרא שמו רבים מהם ודאי מזמזמים בערגה את שורת הפזמון החוזרת "הוא יזמר עד אור הבוקר". גם התיק שלפנינו עוסק בשוקה, אולם זו הפעם הסחורה הנמכרת אינה תרנגול קטן, כלבלב או חתלתול, והשוק הרלוונטי אינו שוק בעלי החיים שהיה נהוג לפקוד בימי קדם. במקרה שלפנינו, השוק המדובר הוא

שוק הביטוח, הסחורה היא פוליסות ביטוח מסוגים וממינים שונים, ו"שוקה" אינו אלא דמות בדיונית של סוכן ביטוח העומדת במוקד המהומה שהובילה את כולנו עד הלום.

לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בו נתקבלה בחלקה תביעתה של לשכת סוכני הביטוח נגד איי די איי חברה לביטוח בע"מ, וניתן צו מניעה האוסר על האחרונה, בין היתר, להמשיך בקמפיין שיווקי הידוע בכינויו "קמפיין שוקה" (להלן גם: הקמפיין). אציין כי התביעה הוגשה על ידי לשכת סוכני הביטוח ושמונה מחבריה, נגד איי די איי חברה לביטוח בע"מ ושלושה ממנהליה, והצדדים כולם מערערים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. למען הנוחות, אתיחס אל חברת הביטוח ומנהליה (המערערים בע"א 3322/16) יחדיו בתור המערערת או החברה, ואל לשכת סוכני הביטוח ושמונת הסוכנים (המערערים בע"א 4313/16) בתור המשיבים או הסוכנים. מקום בו תידרש התייחסות ספציפית ללשכת סוכני הביטוח (להלן: הלשכה) או למנהלי המערערת, תיעשה זו במפורש.

רקע

1. המערערת היא חברת ביטוח המחזיקה, בין היתר, במותגים "9 מיליון" ו"ביטוח ישיר". להבדיל מחברות הביטוח ה"קלאסיות", המערערת מתאפיינת בכך שהיא לא משווקת את פוליסות הביטוח שלה באמצעות סוכני ביטוח, אלא באמצעות הטלפון והאינטרנט.

מזה מספר שנים מנהלת המערערת קמפיין פרסומי לקידום המותג "9 מיליון". כוכבת הקמפיין היא השחקנית הקומיקאית שני כהן, המגלמת בצורה הומוריסטית ובכישרון רב מזכירה של סוכן ביטוח העונה לשם "שוקה". במוקד התביעה שהוגשה לבית משפט קמא עמדו שנים עשר סרטוני פרסומת וכן תשדיר רדיו. כפי שציין בית המשפט, אין חולק על כך שבתשדירים הומוריסטיים אלה, סוכן הביטוח ומזכירתו מוצגים כ"אנכרוניסטים" ו"מאותגרים טכנולוגית", וכי דמותו של סוכן הביטוח, כפי שעולה מדבריה של מזכירתו, מצטיירת כדמות "נהנתנית" הנהנית ממנעמי החיים (פס' 43 לפסק הדין). מוטיב מרכזי נוסף החוזר בתשדירי הפרסומת, הוא הקריאה לציבור הצופים "להפסיק לממן סוכן" ולחסוך כסף באמצעות מעבר ל-9 מיליון, שכאמור, בניגוד לחברות המתחרות, משווקת את פוליסות הביטוח שלה באמצעות הטלפון ולא באמצעות סוכן (לפירוט תמציתי של תוכן התשדירים ראו פס' 42 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

2. בעקבות הקמפיין הגישו המשיבים את תביעתם לבית משפט קמא, שהתבססה על שורה ארוכה של עילות: עילה לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע); תיאור כוזב לפי סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק עוולות מסחריות); רשלנות ושקר במפגיע לפי סעיפים 35 ו-58 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין); תיאור מטעה לפי סעיף 55(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח); ותחרות בלתי הוגנת. המשיבים טענו כי מדובר בקמפיין פרסומי פוגעני ומעליב המציג את סוכני הביטוח בצורה שלילית המגיעה כדי "רצח אופייני", וכי בגדרו של הקמפיין מוצג מידע שקרי ומטעה. עוד נטען כי הקמפיין מסב לסוכני הביטוח נזק ממוני (המשתקף, לטענתם, בגידול שחל בהכנסותיה של החברה בעקבות לקוחות ש"ערקו" אליה ונגרעו ממצבת לקוחות הסוכנים), וכן נזק לא ממוני בגין הפגיעה בתדמיתם של הסוכנים. המשיבים עתרו אפוא למתן צו מניעה קבוע האוסר על המערערת לפעול בדרך בה פעלה בקמפיין, וכן תבעו פיצוי בסך של 2,500,100 ₪.

עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת המשיבים בחלקה.

באשר לעילה לפי חוק איסור לשון הרע, בית המשפט קבע כי מדובר בפרסום העולה כדי לשון הרע, שכן מדובר בקמפיין "שנועד לקעקע את עיסוקם של הנתבעים [צ"ל התובעים – י"ע] כסוכני ביטוח תוך הצגתם באור גרוטסקי וארכאי שאינו מחמיא, לשון המעטה" (פס' 54 לפסק הדין). בית המשפט הוסיף כי צביעת הפרסומת בצבעים הומוריסטיים אינה מקטינה את עוצמת הפגיעה אלא דווקא מחמירה אותה, שכן יש בכך כדי להגחיק את סוכני הביטוח באופן משפיל. לעניין זה הפנה בית המשפט לחוות דעתה של המומחית לתקשורת מטעם המשיבים, ד"ר טורין, שטענה כי מעולם לא עבר תחת ידה קמפיין כה אגרסיבי המבזה ציבור עובדים באופן עקבי ומתמשך. בית המשפט ייחס "חומרה מיוחדת" לכך שמדובר במהלך מתוכנן ומתמשך שנועד להביא להכחדתו של סוכן הביטוח משוק הביטוח (פס' 55 סיפא לפסק הדין). על אף האמור, בית המשפט דחה את התביעה לפי חוק איסור לשון הרע. זאת, משום שלאור מאפייני הקבוצה, לא ניתן לראות בדברים הנאמרים על כלל סוכני הביטוח ככאלה הנאמרים על כל סוכן באופן פרטני, ועל כן עומדת למערערת ההגנה הקבועה בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, השוללת קיומה של עילת תביעה מקום בו מדובר ב"לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו".

4. לעומת זאת, תביעת המשיבים בעילה של תיאור כוזב התקבלה. בית המשפט שב על קביעתו כי מטרת הקמפיין היתה לנגח את סוכן הביטוח עד להכחדתו, והוסיף כי ככל שלצורך מימוש מטרה זו עשתה המערערת שימוש במידע כוזב, אזי "יהא בכך משום הלכת מסחר לא הוגנת" (פס' 71 סיפא לפסק הדין). בית המשפט קבע כי בניגוד לאמור בתשדירי הפרסומת, "הלקוח אינו מי שמממן את סוכן הביטוח שמקבל עמלתו מחברת הביטוח בדיוק כשם שהמוקדן נהנה משכר ומעמלה נוספת על פוליסות שמופקות באמצעותו מהחברה" (שם, פס' 73); כי סוכני הביטוח אינם מאותגרים טכנולוגית כפי שתוארו; כי גם אם ייתכן שהם אינם נמצאים בקדמת הטכנולוגיה, "מכאן ועד להציגם כאנשי המערות או כמוצג ארכיאולוגי המרחק רב" (שם); וכי הקמפיין נטע בצופים מסרים "לא מחמיאים" ביחס לסוכני הביטוח. בית המשפט היה ער לכך שהקמפיין אינו מתייחס לסוכן ספציפי, אולם קבע כי ניתן להתייחס לכלל סוכני הביטוח כחטיבה אחת העלולה להיפגע מתחרות לא הוגנת. בית המשפט הפנה לעקרון תום הלב ולמימרא של חז"ל "מה ששנוא עליך לא תעשה לחברך", והוסיף כי הוא "אינו מצפה משני מתחרים להגיע לרמה כה נמוכה בה מבקש האחד לקעקע את יריבו באמצעות מידע מוקצן באופן לא סביר, ממנו הוא יכול לצפות כי מתחרהו ייפגע עסקית" (שם).

בית המשפט הוסיף וקבע כי מלבד התיאור הכוזב המתייחס לסוכני הביטוח, התשדירים כללו מידע כוזב בנוגע לחברה עצמה. כך, נקבע כי "הרושם הבולט" המתקבל מהפרסומות הוא כי "אי מימון סוכן" מוביל להקטנת פרמיית הביטוח ללקוח המבוטח, דהיינו שמחיר הפוליסה שמנפיקה החברה זול יותר ממחיר הפוליסה המופקת באמצעות סוכן. במילים אחרות, בית המשפט התרשם כי לא ניתן להבין את שאלת 'נמאס לך לממן סוכן' המועלית בתשדירים, "אלא כסוג של התחייבות להקטין את שיעור הפרמיה המשתלם בפוליסות הנערכות בחברה...". ואולם, בית המשפט קבע כי בפועל לא כך בהכרח הם פני הדברים, שכן בכ-35% מהמקרים שיעורי הפרמיה של החברה גבוהים יותר; וכי מקום בו אין הבדל בין שיעור הפרמיה, יש להניח שמי שיזכה בהפרש היא החברה בעצמה (זאת בהנחה שעלות שכרו של מוקדן נמוכה מעלות שכרו של סוכן ביטוח). ובקיצור: "אי מימון סוכן לא מיטיב עם הלקוח בהכרח, אליו מופנית הפרסומת, אך בהכרח מיטיב עם הכנסות החברה". לכן, מקום בו לא מופחתת בפועל עמלת הסוכן מהפרמיה, אזי יש במידע שמסרה החברה כדי להטעות את הלקוחות (פס' 75 לפסק הדין).

5. תביעת המשיבים התקבלה גם בעילה של תחרות לא הוגנת. בית המשפט קבע כי העוולות המנויות בחוק עוולות מסחריות אינן בגדר רשימה סגורה, ואין מניעה

להוסיף עליהן עניינים הקשורים לתחרות בלתי הוגנת מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובתנאי שאין בכך כדי לפגוע במגמות העולות מדברי החקיקה. בית המשפט קבע כי בנסיבות המקרה דנן, להתנהלותה של המערערת נלווה "יסוד נוסף" המקים עילה מכוח דיני עשיית עושר. כך, בית המשפט קבע כי הצגת המתחרים באופן פוגעני ובלתי מדויק היא "אופן התנהלות בלתי ראוי"; כי נקודת המוצא לפיה אין מקום בעולם הביטוח לעוסק האחר (סוכן הביטוח) היא "בלתי מוסרית בעליל"; וכי עוסק אינו יכול לפעול להדיר את מתחרהו באמצעות שימוש בכלים "לא קונבנציונאליים" (פס' 91 לפסק הדין). שנית, נקבע כי "ערך ההגינות הינו ערך מתחייב מקום בו שניים מתחרים על אותו פלח שוק", וכי מקום בו עוסק מציג את מרכולתו שלא על פי תוכנה האמיתי (דהיינו טוען שניתן להקטין את מחיר הפרמיה בשל חיסכון בעמלת הסוכן) וכן מציג את מתחרהו באור שלילי באופן כללי וגורף – הרי שהתחרות הופכת לבלתי הגונה (שם, פס' 92).

6. יתר הטענות שהעלו המשיבים נדחו. כך, נדחתה הטענה כי השימוש שעושה המערערת במותגים שונים, וכן אופן הצגת ההנחות השונות הניתנות על ידי המערערת, מהווים הטעיה לפי חוק הפיקוח או הפרה של הוראות המפקח על הביטוח. כן נדחתה תביעת המשיבים בעילה של רשלנות, אם בשל הקושי להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית בין מתחרים, ואם משום שבמקרה דנן לא הוכח רכיב הנזק הכלכלי לו טענו המשיבים.

7. בדונו בתביעתם של המשיבים לפיצויים, בית המשפט קבע כי בכל הקשור לשיעור הנזק הממוני – הרי שזה לא הוכח; ואילו בכל הקשור לנזק הלא ממוני – הרי שמדובר בזוטי דברים. בכך נדחתה תביעת הפיצויים. לעומת זאת, בית המשפט נעתר לתביעת המשיבים ככל שהיא נוגעת למתן צו מניעה נגד המערערת, והוציא צו האוסר עליה להמשיך בקמפיין שוקה כפי שבא לידי ביטוי בסרטונים ובקמפיין הרדיו; האוסר להפיק, לפרסם או לצאת בקמפיין בו מוצגים סוכני הביטוח כנהנתנים, מיושנים ומאותגרים טכנולוגית; והאוסר לפרסם קיומו של קשר בין תשלום פרמיה הכוללת מימון סוכן ביטוח, למחיר המוצע על ידי המערערת, בין אם המחיר כולל הנחה ובין אם לאו. כן חויבו המערערים בהוצאות המשיבים בסך 351,000 ₪.

8. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו ערעורים על ידי שני הצדדים, שהקפידו לנצל את זכותם להגיש כתבי בי דין עד תום. בנוסף, לאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה בדיון בפנינו, הוגשה השלמת טיעון קצרה מטעם המשיבים. אין בכוונתי לפרט כל טענה וטענה שהועלתה בכל אחד מכתבי הטענות, באשר חלקן הגדול

חוזרות על עצמן במידה רבה, וחלקן נטענו בעלמא ואין מקום להידרש אליהן. אסתפק אפוא בהבאת עיקרי טענות הצדדים, ואדרש ליתר הטענות, במידת הצורך, במסגרת הדיון גופו.

עיקרי ערעורה של החברה (ע"א 3322/16)

9. החברה טוענת כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי פוגע בזכותה לחופש הביטוי, ובפרט לחופש הביטוי המסחרי, וכן בחופש העיסוק שלה ובתחרות בשוק הביטוח. לטענתה, היא כלל לא התיימרה לפרסם "מידע" הנוגע לסוכני הביטוח, אלא הביעה עמדתה ביחס למודל העסקי של מתחריה. החברה מדגישה כי הקמפיין הפרסומי מתייחס לסוכן ביטוח בדיוני בשם יהושע (שוקה) טל, וכי הבחירה בשם זה לא היתה מקרית, שכן משרד הפרסום שהפיק את הקמפיין וידא מראש עם לשכת סוכני הביטוח כי אין סוכן ביטוח בשם זה, וזאת על מנת למנוע פגיעה אישית מקרית בסוכן מסוים. עוד טוענת החברה כי טענות הלשכה נגד הקמפיין נדחו בעבר על ידי ערכאות שיפוטיות ועל ידי רגולטורים שונים, בהם הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו והמפקח על הביטוח. כן מפנה החברה להתנהלותה של הלשכה, שבחרה בעצמה להכפיש את החברה בעיתונות ובקמפיין פרסומי. לטענת החברה, התנהלות זו מצד הלשכה יוצרת לה השתק ומניעות מלהעלות טענה ביחס לקמפיין של החברה.

10. לגופם של דברים, החברה טוענת כי האכסניה המתאימה לבירור תביעתה של הלשכה היא עוולת לשון הרע, וכי האיזונים הקבועים בחוק איסור לשון הרע יוצרים הסדר שלילי, לאמור: ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע (ובכללן ההגנה הקבועה בסעיף 4) חלות גם על עוולות המצויות מחוצה לחוק זה, ואין לאפשר עקיפה של האיזונים שנקבעו בו באמצעות פנייה לעילות מכוח חוקים אחרים. החברה מדגישה כי תשדירי הפרסומת הם היתוליים, וברור לחלוטין לכל צופה סביר כי הסיטואציות המוצגות בהם אינן מציאותיות ואינן מעידות על אופיים האישי של סוכני הביטוח. ממילא, אין לומר כי הן מבזות ומכפישות את הסוכנים.

באשר לעוולת תיאור כוזב, החברה טוענת כי בתשדירים כלל לא הוצג "מידע", וממילא לא הוצג מידע "שאינו נכון", שהרי הקמפיין מתייחס לדמות פיקטיבית. עוד נטען כי לא הוצג מידע ביחס ל"עוסק אחר", שכן התשדירים לא כוונו ל"עוסק" ספציפי, אלא לקבוצת סוכני הביטוח, ושגה בית משפט קמא בפרשנות המרחיבה שנתן למונח זה. באשר לקביעה כי החברה פרסמה מידע כוזב ביחס לעצמה, החברה טוענת כי המסר המועבר בתשדירים הוא כי בהתקשרות עמה נחסכת עמלת הסוכן, אולם לא

מוצגת כל התחייבות כי הפרמיה אצלה תהיה נמוכה מהפרמיה אצל מתחרותיה, גם לאחר החיסכון בעמלת הסוכן. מכל מקום, ברור כי הצרכן נדרש להשוות מחירים, ובפועל הצעות החברה זולות בכ-70% מהמקרים.

באשר לעוולת תחרות לא הוגנת, החברה טוענת כי עוולה זו לא אומצה בחוק עוולות מסחריות; כי יש להישמר מפני חקיקה שיפוטית בנושא זה; וכי הנסיבות שהוכרו בפסיקה לצורך התמודדות עם תחרות בלתי הוגנת באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט אינן מתקיימות במקרה דנן. באשר ליסודות העוולה, החברה טוענת כי כלל לא הוכח שהיא "התעשרה" על חשבוננו של אחר; וכי לא מתקיים אותו "יסוד נוסף", ומכל מקום, רצונם של סוכני הביטוח לשמור על לקוחותיהם אינו אינטרס עצמאי הראוי להגנה. לבסוף, משעה שהתשדירים אושרו על ידי הרגולטורים, אין בכוחם של דיני עשיית עושר לשלול את ה"זכייה" שנצמחה בעקבותיהן.

11. בסוף ערעורה, החברה טוענת כי צו המניעה שהוציא בית משפט קמא מנוסח באופן כוללני וגורף, כי הוא אינו ברור דיו ואינו אכיף, וכי הוא מתייחס גם לפרסומות עתידיות שלא באו לעולם וממילא נדונו בפני בית המשפט. עוד נטען כי לא היה מקום להטיל אחריות אישית על המערערים 2-4, שהם נושאי משרה בחברה; וכי ההוצאות שהשית בית משפט קמא בסך 351,000 ₪ הן מופרזות.

עיקרי טענות הסוכנים וערעורם

12. המשיבים טוענים כי מדובר בקמפיין דורסני ובמסע הכפשה עקבי וממוסד; כי הפן ההומוריסטי הוא רק בבחינת ה"מעטפת"; וכי הקמפיין יוצא נגד המתחרה במנותק כמעט לחלוטין מהמוצר והשירות המסופקים.

לטענת המשיבים, חופש הביטוי המסחרי, שעוצמתו חלשה לעומת חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי, נתפש ככלי לאספקת מידע לציבור. אלא שבמקרה דנן, התשדירים לא כוללים כל מידע מסחרי, שהרי אף לטענת החברה מדובר בסרטון היתולי על דמות בדיונית. באשר לטענת החברה בדבר פגיעה בחופש העיסוק, המשיבים טוענים כי הקמפיין פוגע דווקא בחופש העיסוק של הסוכנים, ומכל מקום, צו המניעה לא הוביל לפגיעה כלשהי בחופש התחרות של המערערת.

13. בהתייחס לעוולת תיאור כוזב, המשיבים טוענים כי התשדירים כוללים מידע תדמיתי שקרי על הסוכנים; כי קביעותיו של בית משפט קמא בעניין זה הן בגדר ממצאי

עובדה; כי מידע "בדיוני" ומידע "שקרי" חד הם, כאשר "פרסום עובדות שאינן אמת מוחזק כשקר"; וכי החברה התיימרה להציג עצמה כזולה ביותר. כאשר לעוולת תחרות בלתי הוגנת, המשיבים טוענים כי "דרך ההתנהלות של [החברה], והשימוש שהיא עושה בכוחה הכלכלי העדיף, ובדמות הסוכן והמוניטין המקצועי האישי שצבר, לרמיסת הסוכן ותדמיתו ויצירת ניכור כלפיו, ע"י פרסומים כוזבים לגביו, מהווים את אותו יסוד נוסף של חוסר הגינות...". לטענתם, מטרת הקמפיין היתה לתקוע טריז בין הצרכנים לסוכנים ולפגוע בנאמנות הלקוחות. כאשר ליסוד "ההתעשרות שלא כדין", הלשכה טוענת כי החברה לא היתה משקיעה כספים כה רבים בקמפיין אלמלא היתה מתעשרת ממנו; וכי ההתעשרות היא שלא כדין שכן מדובר בפרסום הנעשה אגב תיאור כוזב.

14. ערעורם של הסוכנים (ע"א 4313/16): המשיבים פותחים את ערעורם בטענה כי שגה בית משפט קמא בקבעו כי התשדירים חוסים תחת ההגנה של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. לטענתם, יש להשקיף על סוכני הביטוח כעל קבוצה (להבדיל מציבור), וכי הפרסום דבק בכל אחד מחברי הקבוצה. המשיבים מעלים טענות נוספות בנוגע לחומרת הפרסום והצורך לרסן פרסום פוגעני. לחיזוק טענתם מפנה הלשכה לתופעות כגון פרסום תמונות אינטימיות למטרות פגיעה; ולמקרי התאבדויות שאירעו בעקבות "שיימינג". כן מפנים המשיבים לחומרה הטמונה בפרסומים מניפולטיביים בתחום ניירות הערך, כדי להמחיש מדוע יש לאסור על פרסומים טקטיים נגד מתחרה עסקי כבמקרה דנן. לבסוף, הלשכה טוענת כי הנזק שנגרם לסוכנים אינו בבחינת זוטי דברים, וכי יש לאמוד את שיעור הנזק על פי שוויו של הקמפיין.

דיון והכרעה

15. המלחמה על תודעתו, לבו וכיסו של הצרכן היא מלחמה רב חזיתית. שאיפתם המתמדת של שחקני השוק להגדיל את נתח השוק שלהם ולנגוס בנתח השוק של יריביהם העסקיים, מובילה אותם, לא פעם, לגלות יצירתיות ולנקוט טקטיקות מתוחכמות ומגוונות, לעתים אגרסיביות. הערעורים שלפנינו מתמקדים באחת מהחזיתות בהן מתחוללת מלחמה זו, הלוא היא שדה הקרב השיווקי-פרסומי, והם מדגימים לנו עד כמה תחרות עסקית בשוק חופשי עשויה לעתים להיות עזה ורוויית יצרים.

הצורך להבטיח כללים בסיסיים של תחרות הוגנת ולהציב גבולות לשחקני השוק, בא לידי ביטוי בשורה ארוכה של דינים שנועדו להסדיר היבטים שונים של

התחרות העסקית. חלקם מתמקדים בזכותו של העוסק להגן על קניינו ולמנוע ממתחריו להתחזות לו; חלקם מבקשים להגן על עניינו של הצרכן; חלקם מתמקדים במניעת ניצול כוח שוק לרעה (בין היתר, ניתן למנות את פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972; עוולת גניבת עין המעוגנת בסעיף 1 לחוק עוולות מסחריות; עוולת גזל סוד מסחרי לפי פרק ב' לחוק עוולות מסחריות; חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); וחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988). המקרה שלפנינו שונה בעיקרו. איננו עוסקים בהסדר כובל בין מתחרים או במונופול המבקש לנצל כוח לרעה (ואקדים ואומר כי אין בכוונתי להידרש לטענות הצדדים בנוגע ליחסי הכוחות ביניהם ולשאלה מי מהם הוא בבחינת "דוד" ומי "ג'ליט"). אף איננו עוסקים בחברה המבקשת "לרכוב" על המוניטין של מתחריה באמצעות הידמות להם או התחזות להם. נהפוך הוא. באמצעות תשדירי הפרסומת עליהם נסבים הערעורים שלפנינו, החברה ביקשה לבדל עצמה ממתחריה תוך ניסיון לפגוע במוניטין של סוכני הביטוח, ובדרך זו למשוך אליה חלק מקהל הלקוחות שלהם. השאלה העיקרית העומדת על הפרק היא אם הטקטיקה בה עשתה החברה שימוש אמנם מהווה הפרה של הוראת דין כלשהי ועל כן אין להתירה.

16. בנקודה זו יש להקדים הערה. המשיבים טענו בסיכומיהם כי במקרה דנן "אין ספק בפסלות הקמפיין, השאלה היא רק מהי המסגרת המשפטית ההולמת לפסילתו" (סעיף 3 לסיכומיהם). זאת, לטענתם, בדומה לפסיקה בארצות הברית בנוגע לפרסום דבר תועבה. טענה זו אין לקבל. נקודת המוצא בשיטתנו אינה פסלותם של ביטויים. נהפוך הוא. נקודת המוצא העקרונית היא כי הביטוי – ובכללו הביטוי המסחרי – מותר, ומבקש הפסילה הוא שנושא בנטל לשכנע בקיומה של עילה שבדין המצדיקה את פסילתו. שומא עלינו להישמר מפני היפוך היוצרות. משהצבנו לנגד עינינו "הערת אזהרה" זו, נשים פעמינו לבחון את טענות הצדדים בנוגע לעילות השונות בגינן התבקשה פסילת התשדירים, והכל לאור פסק דינו של בית משפט קמא.

כבית משפט קמא, אפתח גם אני בדיון בנושא חוק איסור לשון הרע, באשר לטעמי, בנסיבות המקרה דנן, חוק זה הוא האכסניה הטבעית לתקיפת תשדירי הפרסומת. משם אמשיך לדיון בעוולת תיאור כוזב: נתהה על קנקנה ועל מקורותיה ההיסטוריים, ונבחן אם יש מקום להסתייע בעקרונות שהתפתחו במשפט הזר בהקשר זה, בפרט בתחום הפרסומת ההשוואתית. נסיים בדיון בטענה כי התנהלות החברה עולה כדי תחרות לא הוגנת באופן המקים לסוכנים עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

17. רבות נכתב על תכליתם של דיני לשון הרע; על האיזון שהם משקפים בין זכות היסוד לשם טוב מן העבר האחד, לבין זכות היסוד לחופש ביטוי מן העבר השני; על כך ששתי זכויות היסוד נגזרות מהערך החוקתי של כבוד האדם; ועל כך שאין מדובר בזכויות מוחלטות (ראו, בין היתר, דברי הנשיא ברק בע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ (4.3.2004) (להלן: עניין הרציקוביץ); דברי הנשיא גרוניס בדנ"א 2121/12 פלוני נ' דין אורבך, פס' 19 והאסמכתאות שם (18.9.2014) (להלן: ד"נ דין)). הדברים מושרשים וידועים ונשנו פעמים רבות בפסיקה, ואין צורך לשוב ולסקור אותם מראשיתם (וראו דברי הנשיא גרוניס ברוח זו בד"נ דין, שם).

בע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פ"ד סה(1) 567 (2011) (להלן: עניין בן נתן), שירטטתי בקצרה את תרשים הזרימה הבסיסי לפיו יש לדון בתביעת לשון הרע: תחילה יש לבחון אם הביטוי שפורסם מהווה "לשון הרע" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע; לאחר מכן יש לבחון אם מדובר בפרסום הנהנה מחסינות (סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע), אם עומדת למפרסם הגנת אמת הפרסום (סעיף 14 לחוק), או אם עומדת לו אחת מהגנות תום הלב (סעיף 15 לחוק); לבסוף, מקום בו נקבע כי מדובר בפרסום המהווה "לשון הרע" שאינו חוסה תחת כנפי סעיפים 13-15 לחוק, יש לבחון אם מדובר בלשון הרע המופנית כנגד "חבר בני אדם" או "ציבור כלשהו" שאינם תאגיד, שאז נכנס לפעולה סעיף 4 לחוק, היוצר "מניעה דיונית-סטטוטורית מוחלטת" להגשת תביעה אזרחית (שם, פס' 2 לפסק דיני). כפי שיפורט בהמשך, סעיף 4 לחוק הוא בעל רלוונטיות רבה לערעורים דנן.

18. המקרה שלפנינו אינו עוסק בסכסוך "קלאסי" בין שני ניצים העולבים זה בזה, אלא בפרסום מטעם גוף עסקי, הכולל מסר (עקיף) בנוגע למתחריו, והכל כחלק מהתחרות העסקית הקיימת בין הצדדים. אין חולק כי חוק איסור לשון הרע פורש מצודתו גם על פרסומים מסוג זה, לאור הגדרתו הרחבה של המונח "לשון הרע" הקבועה בסעיף 1 לחוק:

לשון הרע מהי

1. לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול –
 - (1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;
 - (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו;

- (3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;
 (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו;

בסעיף זה "אדם" – יחיד או תאגיד;

מלשון החוק ניתן לדלות מספר אינדיקציות ברורות לכך שפרסומים של מתחרים עסקיים האחד על רעהו, אינם מוצאים מגדריו של חוק איסור לשון הרע. ראשית, ס"ק (1) שהוא מעין "סעיף סל" (ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פס' 15 (4.8.2008) (להלן: עניין נודלמן)), מלמדנו כי כל פרסום העלול להשפיל אדם או לעשותו מטרה לבוז או ללעג מהווה "לשון הרע", וברי כי אין בעובדה שמדובר במתחרה עסקי כדי להוציא את הפרסום מתחולת ההגדרה; שנית, ס"ק (3) מוסיף וקובע כי פרסום העלול לפגוע בעסקו, במשלח ידו או במקצועו של אדם – מהווה גם הוא "לשון הרע". ודוק: ס"ק (3) הוא היחיד שאינו עוסק בפרסום העלול "להשפיל" או "לבזות", ומכאן אנו למדים כי על מנת להיחשב "לשון הרע", אין זה תנאי הכרחי שהפרסום יהא משפיל או מבזה, ודי בכך שהפרסום עלול לפגוע בעסקו של אדם או במשלח ידו (ראו גם פנינה פרידמן "שקר מפגיע ולשון הרע – אפשרות התביעה במסגרת הגדרת סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965" הפרקליט לו 77, 84 (1984) (להלן: פרידמן – שקר מפגיע ולשון הרע)); שלישית, לפי האמור בסיפא של סעיף 1 לחוק, התיבה "אדם" מתייחסת גם לתאגיד. אף מכך ניתן להסיק כי המחוקק לא ביקש להוציא מגדרו של חוק איסור לשון הרע פרסומים מטעם גופים עסקיים הנוגעים למתחריהם.

19. משעה שהזכרנו את ס"ק (3), נזכיר את הצעת חוק הליכות המסחר, תשל"ב-1972, ה"ח 991 עמ' 202. במסגרת הצעת חוק זו, שביקשה, בין היתר, להסדיר את תקנת המסחר ההוגן, הוצע לתקן את חוק איסור לשון הרע ולמחוק מסעיף 1(3) את המילים "בעסקו, במשלח ידו או במקצועו" (סעיף 97(א) להצעת החוק). בד בבד, כמשקל נגד לצמצומו של סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע, כללה הצעת החוק עוולה חדשה שכונתה "הוצאת דיבה מסחרית", שזו היתה לשונה:

דיבה מסחרית – מהי

20. המפרסם מידע כוזב או מטעה כשהוא יודע או עליו לדעת, שפרסום כאמור עלול פגוע בעסקו של בעל עסק או במוניטין שלו או באפשרויות האשראי שלו, או יש בו

כדי לבזות מצרך או שירות שהוא מספק – יאשם
בהוצאת דיבה מסחרית.

(וראו גם סעיפים 21-22 לחוק המוצע, שביקשו להחיל על העוולה המוצעת הוראות שונות מחוק איסור לשון הרע בשינויים המחויבים, וכן לקבוע חזקות להעדר תום לב בפרסום). כידוע, הצעת החוק המדוברת לא הבשילה לכדי חוק חרות. עם זאת, הזיקה בין תוכנו של סעיף 1(3) לחוק בנוסחו דהיום לבין עוולת "דיבה מסחרית" שנכללה בהצעת החוק, מעידה על תפישתו של המחוקק כי לשונו הרחבה של סעיף 1(3) אכן תופסת ברשתה פרסומים הנעשים בין מתחרים עסקיים (ראו בעניין זה אצל פרידמן – שקר מפגיע ולשון הרע, עמ' 78, 83).

קיצורו של דבר, שפרסום המתייחס למתחרה עסקי; העלול להשפילו, לבזותו או לפגוע בעסקו או במשלח ידו; בין אם הוא אדם ובין אם הוא תאגיד – נכנס, ככלל, תחת הגדרת "לשון הרע"; ובהעדר תחולה לאחת מההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, עשוי המפרסם למצוא עצמו נושא באחריות בשל כך (על כך שחוק איסור לשון הרע אינו מבחין בין הגנה על הכבוד האישי של אדם לבין הגנה על כבודו המסחרי, ראו גם חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 208 (2005) (להלן: גנאים, קרמניצר ושנוור)).

20. שאלה נפרדת היא אם העובדה שמדובר בפרסום על מתחרה עסקי הנעשה אגב תחרות עסקית, יש בה כדי להשפיע על נקודת האיזון בין חופש הביטוי של המפרסם לבין זכותו של הנפגע לשם טוב. כידוע, סוגים שונים של פרסומים עשויים להביא לתזוזה של נקודת האיזון בין זכות המפרסם לזכות הנפגע, והפסיקה עמדה על כך בשורה של הקשרים. כך, למשל, מקום בו הפרסום מתייחס לאדם הממלא תפקיד ציבורי, משקלו של האינטרס בהגנה על שמו הטוב של הנפגע עשוי להיחלש, בפרט אם מדובר בפרסומים הנוגעים לחוסר מקצועיות של איש הציבור או להתנהלות מושחתת מצדו (ראו, למשל, דברי השופט גולדברג בע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 864 (1995)). הוא הדין מקום בו מדובר בהשמעת ביקורת ציבורית-פוליטית על אישי ציבור, שאז, ככלל, גובר משקלו של חופש הביטוי (ראו, בין היתר, דברי השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 867-866 (1989) (להלן: עניין אבנרי); דברי השופט (כתוארו אז) ריבלין בע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס(4) 13, 26-27 (2005); דברי השופטת (כתוארה אז) ביניש בע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 620-622 (2002)).

21. שאלת אופן יישום הוראות חוק איסור לשון הרע לגבי פרסומים הנעשים במסגרת סכסוך עסקי, זכתה זה לא מכבר להתייחסות בפסק הדין בע"א 6903/12 Canwest Global Communications Corp. נ' עזור (22.7.2015) (להלן: עניין עזור). בפסק דינו התייחס השופט פוגלמן לשתי סוגיות עיקריות: האחת – מה מהווה "לשון הרע", והשניה – שאלת האיזון בין זכויות הצדדים.

בנוגע לשאלה הראשונה, השופט פוגלמן הביע את דעתו העקרונית כי כבר בשלב הבחינה הראשון, בבוא בית המשפט לקבוע אם פרסום כלשהו מהווה "לשון הרע", יש ליתן משקל לשאלת מידת העניין הציבורי בפרסום. במילים אחרות, לשיטת השופט פוגלמן, מידת העניין הציבורי בפרסום משליכה על עצם הקביעה אם מדובר בפרסום המהווה "לשון הרע" אם לאו (שם, פס' 12). נאמן לגישתו זו, השופט פוגלמן קבע כי בעת בחינת פרסום הנוגע לצדדים הנתונים במחלוקת עסקית, יש לבחון תחילה את מידת "העניין הציבורי" שהפרסום מעורר, ובין היתר: "מידת ההיכרות של אדם ממוצע עם איש העסקים או עם החברה הרלוונטיים"; "טבע העסקים שאיש העסקים או החברה עוסקים בהם"; ו"המידה שבה איש העסקים או החברה זוכים לסיקור תקשורתית בשגרה". בנוסף, השופט פוגלמן הוסיף כי יש להעניק משקל לשאלה על מה נסב הסכסוך: "ככל שלסכסוך נודעת השפעה עמוקה יותר על סוגיות ליבה שבציבוריות הישראלית – כך יגבר העניין הציבורי בו" (שם, פס' 13).

באשר לנקודת האיזון בין שתי הזכויות, השופט פוגלמן הכיר בפגיעה הקשה העלולה להיגרם לאיש עסקים עקב פגיעה בשמו הטוב. עם זאת, השופט פוגלמן הוסיף כי כאשר פרסום פוגעני נעשה על ידי יריב עסקי, "דומה שיש יסוד להנחה כי הקורא הסביר מתייחס בחשדנות-מה לטענות שנשמעו", ולכן "כאשר הדברים מובאים כלשונם מפי יריבו למחלוקת עסקית – החשש לפגיעה בשמו הטוב של אדם נחלש" (שם, פס' 15, ההדגשות הוספו – י"ע).

22. לגבי החלק הראשון בדבריו של השופט פוגלמן בנוגע לשאלה מה מהווה "לשון הרע" – אבקש להביע הסתייגות-מה; ולגבי החלק השני הנוגע לשאלת האיזון – אבקש להצטרף.

כשלעצמי, איני סבור כי מידת "העניין הציבורי" משליכה על עצם השאלה אם מדובר בפרסום המהווה לשון הרע אם לאו. לפי תרשים הזרימה שמתווה החוק, היות הפרסום בגדר "לשון הרע" אינה תלויה במידת העניין הציבורי הטמון בו. ההתייחסות ליסוד ה"ציבורי" נעשית רק לאחר הקביעה כי מדובר ב"לשון הרע", בעת שנבחנת

השאלה אם מדובר בלשון הרע החוסה תחת אחת ההגנות: בין אם מדובר בהגנת "אמת הפרסום" – המקנה הגנה מקום בו מדובר בפרסום אמת שהיה בו "עניין ציבורי" (סעיף 14 לחוק); ובין אם מדובר בהגנת תום הלב (ראו סעיפים 15(4) ו-15(9) לחוק). ברוח זו, הביעה השופטת פרוקצ'יה הסתייגות מהדעה שהובעה בפסיקה כי מעמדו של איש ציבור ככזה משליך על עצם הקביעה אם הפרסום מהווה לשון הרע. לשיטתה, "סיווגה של אמירה כלשון הרע צריכה אפוא להיעשות על פי אמת מידה נייטרלית, שאינה מתחשבת בהיות הנפגע איש ציבור". זאת, להבדיל מהאיזון הנערך בשלב הבחינה העוקב, עת נבדקת תחולתה של הגנת תום הלב – שאז "היקף ההגנה הניתן לאמירה הפוגענית, הנאמרת בגדרו של השיח הציבורי, רחב יותר מזה הניתן לפגיעה המצטמצמת לתחום עולמם של פרטים ביחסיהם ההדדיים" (עניין נודלמן, פס' 29-30; והשוו להערתו של הנשיא ברק בעניין הרציקוביץ בעמ' 570 בנוגע למעמדו של איש ציבור).

כאמור, אף אני שותף לגישה עקרונית זו, המבקשת "לנקות" את שלב הבחינה הראשוני – בגדרו יש להכריע אם כלל מדובר ב"לשון הרע" – משיקולים של "עניין ציבורי". כך הדבר לגבי פרסום הנוגע לאישי ציבור, וכך הדבר לגבי פרסום המתייחס למתחרה עסקי. שאלת "העניין הציבורי" מקומה להתברר במסגרת בחינת תחולתן של ההגנות הרלוונטיות.

23. ובחזרה לשאלת האיזון: מחד גיסא, הביטוי המסחרי לא נתפש בתור ביטוי מן הסוג המצדיק מתן הגנה רחבה באופן מיוחד, ולא אחת נאמר בפסיקה כי "לא הרי חופש הביטוי הפוליטי כהרי חופש הביטוי המסחרי" (דברי הנשיא ברק בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 674 (1997); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008), פס' 19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש והאסמכתאות שם; כן ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994), ובפרט פסק דינו של השופט חשין בעמ' 25-28, פסק דינו של השופט בכ בעמ' 37, והשוו לפסק דינה של השופטת דורנר בעמ' 10-12). צא ולמד, כי בהשוואה לחופש הביטוי הפוליטי, ישנה נכונות מוגברת להגביל את חופש הביטוי המסחרי ולהגן על האינטרס של הנפגע (עוד על טעמים בגינם אין להעניק לפרסום המסחרי את מלוא ההגנה החוקתית הניתנת לביטויים פוליטיים או אמנותיים, ראו יובל קרניאל דיני התקשורת המסחרית 326-332 (2003) (להלן: קרניאל)).

מאידך גיסא, יש טעם רב בהערתו של השופט פוגלמן בעניין עזור, כי כאשר פרסום פוגעני נעשה על ידי יריב עסקי, ניתן להניח כי הוא יתקבל על ידי הקורא/הצופה "בחדנות מה", ולכן החשש לפגיעה בשמו הטוב של הנפגע נחלש. טול דוגמה בה מאמן כדורסל של קבוצת "הפועל" מתראיין לאחר משחק הדרבי העירוני, ואומר למצלמה כי שיטת המשחק של היריבה "מכבי" היא מיושנת ואלימה והכדורסל ששחקניה מציגים הוא משעמם ובלתי אטרקטיבי. מטבע הדברים, ניתן להניח כי הצופה הסביר יתייחס לדברים "בערבון מוגבל", ולו מן הטעם שהם נאמרים מפיו של היריב (וזאת מבלי להידרש לשאלה עד כמה היריבות הספורטיבית בין "מכבי" להפועל" גולשת גם למישור העסקי). בדומה, דרכם של מוכרים ועוסקים להלל ולשבח את סחורתם בנוסח "הטוב ביותר" "החזק ביותר" ומיני גוזמאות כגון דא (mere puff), שהצרכן הסביר מתייחס אליהם עם קב חומטין, ועל כך אעמוד בהמשך.

24. מידת ה"חדנות" בה האדם הסביר מתייחס לפרסום של גורם עסקי המופנה נגד יריבו, יכולה להשתבץ במשבצות שונות בתרשים הזרימה של חוק איסור לשון הרע.

המשבצת האחת היא זו הממוקמת בתחילתו של תרשים הזרימה, בגדרה יש לבחון אם כלל מדובר ב"לשון הרע". כידוע, אמת המידה המשמשת לצורך קביעה אם פרסום מהווה "לשון הרע" היא אמת-מידה אובייקטיבית של הקורא, השומע או הצופה הסביר (ראו, למשל, דברי השופט (כתוארו אז) שמגר בע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 287, 300 (1977) (להלן: עניין חברת החשמל); עניין עזור, פס' 21 והאסמכתאות שם). הפעלת אמת-מידה אובייקטיבית עשויה להשליך על סיווג הפרסום באופנים שונים: פעמים שהפעלת אמת-מידה אובייקטיבית תוביל להרחבת תחולתה של העוולה, ופעמים שתביא להצרתה. כך, ייתכנו פרסומים שמוכנסים "היבש" אינו מהווה לשון הרע, אולם המשמעות העולה מבין השיטין היא ההופכת את הפרסום ללשון הרע, שהרי "תדיר יותר העוקץ אינו כל כך במילים עצמן, אלא בכך מה האדם הרגיל עשוי להסיק מהן" (דבריו של Lord Reid המובאים על ידי השופט שמגר בעניין חברת החשמל, שם). מנגד, ייתכנו פרסומים שיגרמו פגיעה אישית לאדם מושא הפרסום, אולם בניגוד לתחושתו הסובייקטיבית של הנפגע, הקורא/המאזין/הצופה הסביר יסבור כי הפרסום אינו מבזה כלל, ועל כן הפרסום לא ייכנס כלל תחת הגדרת "לשון הרע". אם נשוב לדוגמה שהובאה לעיל בנוגע להתבטאותו של מאמן קבוצת הכדורסל, ספק רב בעיניי אם נראה בה משום "לשון הרע", וזאת אף אם נניח כי מאמן הקבוצה היריבה או מי משחקניה נפגעו מכך באופן אישי.

משבצת אפשרית נוספת היא זו של שיעור הנזק, הממוקמת בסופו של תרשים הזרימה. דהיינו, גם אם מדובר בפרסום המהווה "לשון הרע", וגם אם הפרסום אינו חוסה תחת אחת מההגנות השונות הקבועות בחוק, עדיין ייתכן כי הפגיעה שנגרמה בעטיו היא פגיעה קלה, משום שהקורא/הצופה הסביר לא יתייחס לתוכנו ברצינות רבה. ניתן לקשר את הדברים לקביעתו של בית משפט קמא בענייננו כי הנזק הלא ממוני שנגרם לסוכנים הוא בבחינת זוטרי דברים (הגם שהנמקתו של בית משפט קמא היתה שונה לחלוטין והתמקדה בקמפיין הנגדי שנוהל נגד החברה – ראו בפס' 100 לפסק דינו).

25. השאלה מה המשקל שיש לייחס ל"חשדנותו" של הקורא/המאזין/הצופה הסביר בנסיבות של פרסום השוואתי על ידי מתחרה עסקי, וההשלכה האפשרית על הקביעה אם אמנם מדובר ב"לשון הרע" אם לאו, אינה סוגיה פשוטה, ודומה כי על התשובה להיגזר בכל מקרה לפי נסיבותיו. לדידי, וכפי שציינתי, ייתכנו מקרים בהם מידת ה"חשדנות" של הקורא/הצופה הסביר תהא כה רבה, עד שהיא תקהה את עוקצו של הפרסום עד כדי איון האפקט הפוגעני, באופן השולל את היותו משום "לשון הרע". מנגד, אין לשלול את האפשרות כי במקרים מסוימים, אף אם הצופה הסביר מתייחס בחשדנות לתוכן הדברים ומפקפק באמיתותם, לא יהיה בכך כדי לאיין בהכרח את האפקט המשפיל של הדברים או כדי ליטול מהם את כוח ההשפעה על עסקו ומשלח ידו של הנפגע. או-אז, עיקר השפעתה של "חשדנות" זו עשויה להיות במישור הנזק.

26. לטעמי, קביעתו של בית משפט קמא לפיה הפרסומים שלפנינו מהווים "לשון הרע" – אינה נקיה מספקות. כפי שנזדמן לי לומר בעניין בן נתן, מידת הכלליות ומידת ההגזמה בפרסום יכולות לשמש אינדיקציה לשאלה אם הדברים מהווים "לשון הרע" מנקודת מבטו של האדם הסביר (שם, פס' 11 לפסק דיני). במקרה דנן, שני המאפיינים המוזכרים מתקיימים בפרסומים באופן מובהק ומוגבר: ראשית, מדובר בתשדירים המתייחסים (בעקיפין) לכלל סוכני הביטוח; ושנית, מידת הגוזמא בתשדירים היא רבה עד מאד, ועל כך לא ניתן לחלוק. מדובר בקמפיין הומוריסטי, היתולי ומוקצן, בבחינת פרודיה על מקצוע סוכן הביטוח.

בחוות דעת מומחה שהוגשה לבית משפט קמא מטעם המשיבים, הביעה ד"ר טורין את עמדתה כי "הומור אינו מהווה 'כיפת ברזל' החוסמת את משמעות המסרים או מרסנת את פגיעתם, נהפוך הוא" (פס' 54 לפסק דינו של בית משפט קמא). במישור העקרוני, מקובלת עלי האמירה העולה מהרישא של הדברים. אכן, הומור אינו חוסם

בהכרח את משמעות המסרים או מרסן את פגיעתם. אף מקובלת עלי ההנחה כי בנסיבות מסוימות ובהקשרים מסוימים, הומור עלול להגביר את הפגיעה. עם זאת, איני מקבל את העמדה העולה מהסיפא של הדברים, ולפיה השימוש בהומור מגביר בהכרח את הפגיעה. לטעמי, כשם שייטכנו מקרים בהם הומור יוביל להעצמה של תחושת הביזוי וההשפלה, כך ייתכנו מקרים שבהם האלמנט ההיתולי, הגוזמא שבדברים ומופרכותם יקחו את עוצמת הפגיעה. הדברים הם לעולם תלויי הקשר ונסיבות. לא "הומור" המייחס לבני גזע מסוים או דת מסוימת תכונות נחותות או בזויות (כגון ביטוי אנטישמי או ביטוי המתייחס לצבע עורו של אדם), כהומור המגחך בעלי מקצוע מסוים (כגון ציבור נהגי המוניות (ובנות זוגם) – ולנגד עיניו של הקורא צפות ועולות דמויותיהם של "אשר" ורעייתו "חני" מתוכנית הבידור הפופולארית "ארץ נהדרת"). אכן, לא ניתן לקטלג מראש סוגים שונים של ביטויים הומוריסטיים לפי מידת הפוגעניות הטמונה בהם, והשכל הישר ינחה את הדרך בכל מקרה לפי נסיבותיו ומאפייניו. מכל מקום, לדידי, המקרה שלפנינו נופל במובהק לקטגוריה השניה, בה השימוש בהומור מקטין את עוצמת הפגיעה, למצער בעיניו של האדם הסביר. ספק רב בעיניי מה אחוז הצופים הסבורים, באמת ובתמים, כי סוכני הביטוח הם אמנם מיושנים ונהנתנים, ומה אחוז הצופים העלולים להימנע מהתקשרות עם סוכן ביטוח בשל התכונות המגוחכות שיוחסו לאותו "שוקה" בדיוני בתשדירים (זאת להבדיל מסיבות הקשורות במחיר הפוליסה – ועל כך בהמשך).

27. חרף הספקות האמורים, אני נכון, לצורך הדיון, לקבל את טענת הסוכנים כי תוכן התשדירים עלול לשים אותם ללעג בעיני הבריות, ואף עלול לפגוע בעסקם, במשלה ידם או במקצועם. בכך נכנסים התשדירים – שאין חולק על היותם בגדר "פרסום" – בגדרם של ס"ק (1) ו-ס"ק (3) לחוק איסור לשון הרע. אף ניתן לטעון כי הפרסומים מבזים את הסוכנים בשל התכונות המיוחסות להם (כגון נהנתנות, היותם "מאותגרים טכנולוגית" וכיו"ב), ועל כן הם נכנסים גם תחת ס"ק (2) לחוק. ואולם, אף אם אהיה נכון להניח זאת, ואף אם אצא מנקודת הנחה כי התשדירים אינו חוסים תחת אחת ההגנות הקבועות בסעיפים 14-15 לחוק – הרי שדינה של תביעת הסוכנים בעילה זו להיחסם לנוכח הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, בשל היותה "לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו". לנקודה זו אפנה עתה.

לשון הרע על ציבור או חבר בני אדם

28. סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע קובע כדלקמן:

לשון הרע על ציבור

4. לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה. ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו.

בעניין בן נתן תיאר השופט דנציגר בהרחבה את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 4 לחוק, שנועד לאזן בין ההכרה בחשיבות השמירה על שמן הטוב של קבוצות לבין ההגנה על חופש הביטוי. לפי הוראת הסעיף, לא ניתן להגיש תביעה אזרחית בשל לשון הרע על ציבור, ואילו נקיטת הליך פלילי מותנית בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו (בהקשר זה ציין השופט דנציגר כי רק באותם מקרים בהם האינטרס הציבורי של שמירה על שלום הציבור מונח גם הוא על כף המאזניים – יינקטו הליכים פליליים – שם, פס' 39-46 לפסק דינו; אך השוו לגנאים, קרמניצר ושנור הסבורים כי עבירת לשון הרע באה להגן על הכבוד ותו לא, ואילו אינטרס ההגנה על שלום הציבור בהקשר הנדון מוגשם באמצעות העבירות של הסתה לאלימות והסתה לגזענות (שם, עמ' 129); על רציונאליים נוספים העומדים בבסיס הוראת סעיף 4, ראו עניין בן נתן, פס' 8 לפסק דיני; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 34 לפסק דיני (15.4.2015) (להלן: עניין אבנרי)). יצויין כי ניסיונות לשנות את לשון החוק ולאפשר הגשת תביעות אזרחיות בגין לשון הרע על ציבור – לא נשאו פרי (ראו, למשל, הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על ציבור ועל רשויות המדינה), התשע"א-2011).

29. בבסיס ההבחנה בין "ציבור" לבין "אדם" ניצבת דרישת הזיהוי. כפי שציין השופט דנציגר בעניין בן נתן, "שמו הטוב של אדם הוא נכסו של הפרט, הוא כבודו והוא מעמדו בחברה". לכן, מקום בו האדם הסביר לא קושר בין תוכן הפרסום לבין פרט ספציפי – אין פגיעה בשמו הטוב של הפרט, וממילא אין מקום להגביל את חופש הביטוי בשם ההגנה על הזכות לשם טוב. במילים אחרות, דרישת הזיהוי מחייבת לבחון, על פי אמת מידה אובייקטיבית, אם האדם הסביר היה קושר בין הדברים לבין הפרט ומייחס את הדברים אליו. אז, ורק אז, צומחת לפרט עילה לפי חוק איסור לשון הרע (שם, פס' 33, 35; ע"א 698/77 ועד עדת הספרדים בירושלים אגודה עותומנית רשומה נ' ארנון, פ"ד לב(2) 183 (1978)).

ודוק: יש להבחין לעניין זה בין קבוצה שאינה ניתנת לזיהוי, לבין קבוצה אשר נוכח מספר חבריה או מאפייניה הייחודיים ניתן לזהות את יחידיה. בהקשר זה, גודל

הקבוצה הוא פרמטר מרכזי (גם אם לא קונקלוסיבי). ככל שהקבוצה גדולה יותר, כך יתקשו הפרטים המרכיבים אותה לטעון כי מדובר ב"ביטוי שקרי פרטי", ולהיפך (עניין בן נתן, פס' 12 לפסק דיני). בנוסף, יש לבחון את "מידת הרצינות" שהאדם הסביר היה מייחס לתוכן הפרסום: "ככל שהדברים הם כוללניים, מוגזמים או פשטניים יותר, כך תקטן הנטייה של האדם הסביר לייחס אותם לכל אחד מחברי הקבוצה עליה הם נאמרו" (שם, פס' 58 ו-60 לפס' דינו של השופט דנציגר). ראו בדומה גם דברי השופט (כתוארו אז) אגרנט בע"פ 37/50 שטרנהל נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו' 119, 126 (1952), שצייץ כי –

"אם הדברים העולבים נוסחו בצורה כללית עד מאד ומוציאים על הגוף הנדון דיבה אשר הגוזמה הכלולה בה בולטת לעינו של כל אחד, אזי בדרך כלל יחייב ההגיון שלא לראות את הדברים כמופנים לכל פרט ופרט השייך לגוף הנפגע, הואיל ואיש לא יעלה על דעתו, כי אמנם היתה למפרסם כוונה לכלול בדבריו את כל מי שנמנה עם אותו גוף".

יצויין כי פסק הדין, שניתן לפני שנחקק חוק איסור לשון הרע, נסב על הרשעה בפלילים לפי סעיף 131(1)(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936, שעניינו בהוצאת שם רע על שופט. מכל מקום, במישור העקרוני, תוקפם של הדברים בעינו עומד.

30. להדגמת ההבחנה בין קבוצות שונות, הערתי בעניין בן נתן כי יש להבחין בין אמירה בגנותם של "ציבור עורכי הדין" לבין אמירה בגנותם של "עורכי דין המעורבים בפרשה מסוימת", באשר רק את האחרונים יש לראות בתור מזוהים ומסוימים. דוגמה דומה ניתנה מפיו של השופט דנציגר, שהבחין בין אמירה "השוטרים מושחתים" לאמירה כי "השוטרים המכהנים בלשכת ניצב X הם מושחתים" (שם, פס' 57 לפסק דינו). אל מול דברים אלה, נזכיר את גישתם של גנאים, קרמניצר ושנור, הסבורים כי על הדין הרצוי לשלול הגנה על קבוצות שאינן בעלות אפיון חברתי ייחודי ומובהק. לשיטתם, "רק קבוצה שהיא אפיון ייחודי מובהק (כגון, הערבים, הדתיים, העולים מחבר העמים לשעבר, האתיופים) תיחשב קבוצה שיש כלפיה הערכה חברתית. לפי גישה זו, לא ייחשבו כקבוצה נשים, גברים, ג'ינג'ים, סטודנטים, רופאים או אזרחי המדינה החיים באזור גאוגרפי מסוים" (שם, בעמ' 141). יצויין כי המחברים דוגלים בהסדר הדומה לדין הקיים, במובן זה שלשון הרע על קבוצה לא תהווה עילה לתביעה אזרחית, וכי לא תוגש תביעה פלילית אלא בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה.

31. תהא התפישה העומדת בבסיס הצורך להגן על שמן הטוב של קבוצות ושמם הטוב של היחידים המרכיבים אותן אשר תהא, דומה כי לא ניתן לחלוק על כך שהמקרה דנן הוא מקרה מובהק הנכנס בגדרו של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. לטעמי, קביעה זו מתחייבת מכוח הכללים שהותוו בפסיקה שהוזכרו לעיל: הן לנוכח גודל הקבוצה המדוברת ומאפייניה; הן לאור אופיו של הפרסום; והן בהתחשב באופן בו המסר נתפש על ידי הצופה הסביר. לחידוד הדברים, ניתן להשוות בין נסיבותיו של המקרה דנן לנסיבות הפרשה שנדונה בעניין בן נתן:

ראשית, כפי שבית משפט קמא ציין בפתח פסק דינו, בישראל ישנם כתשעת אלפים סוכני ביטוח, וכשליש מתוכם מאוגדים יחדיו תחת הלשכה. מדובר אפוא בקבוצה עצומה, העולה עשרות מונים על זו שנדונה בעניין בן נתן. בנוסף, אף לשיטתם של גנאים, קרמניצ'ר ושנור בנוגע לדין הרצוי, ברי כי מדובר בקבוצה שאין כלפיה "הערכה חברתית" (זאת בדומה לקבוצת "הרופאים" שהוזכרה על ידם בציטוט לעיל).

שנית, בכל הקשור למאפייני הפרסומים במקרה דנן ובעניין בן נתן – לא תהא זו הפרזה לומר כי מדובר בשתי פרשות שונות בתכלית, עד כי תהום עמוקה פעורה ביניהן. כזכור, בעניין בן נתן נדונה הפרשה הידועה שעסקה בסרט "ג'נין ג'נין", שהוצג כלפי חוץ בתור סרט "דוקומנטרי" כביכול, ובו הוצגו שקרים בוטים על לוחמי צה"ל שלחמו בג'נין במהלך מבצע "חומת מגן". לעומת זאת, במקרה דנן מדובר בתשדירי פרסומת הומוריסטיים בהם סוכן הביטוח מוצג (בעקיפין) באופן כה היתולי ופארודי, כה מוגזם ומוקצן, עד שברור לחלוטין כי הצופה הסביר יתייחס לתוכן הדברים בהתאם. מכל מקום, אין לומר כי בעקבות התשדירים, הצופה הסביר ייחס לסוכן ביטוח מסוים את התכונות המיוחסות לסוכן "שוקה" בתשדירים (נהנתנות, ארכאיות וכו'). לטעמי, אף אין חשש לכך.

קיצורו של דבר, שאם בעניין בן נתן נקבע כי יש להחיל את סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, אזי החלתו על נסיבותיו של המקרה דנן היא מכוח קל וחומר. תוצאה זו עולה, לטעמי, הן מלשונו של סעיף 4 לחוק, הן מתכליתו והן מאמות המידה שהותוו בפסיקה שהחילה את הוראת סעיף זה. הדברים הם פשוטים וברורים, ואיני רואה להאריך בכך מעבר לאמור לעיל.

32. אוסיף ואציין, כי התשדירים במקרה שלפנינו לא כוללים אמירה המתייחסת במישרין לתכונותיהם של סוכני הביטוח, והמסר הפוגעני מועבר כולו בעקיפין באמצעות דמותה המוקצנת להפליא של המזכירה והשיג-ושיח שהיא מנהלת עם

הלקוחות. בכך, כמובן, אין כדי לשלול את היות הפרסום בגדר "לשון הרע", שהרי "אין נפקא מינה אם לשון הרע הובעה במישרין ובשלמות, או אם היא והתייחסותה לאדם הטוען שנפגע בה משתמעות מן הפרסום או מנסיבות חיצוניות, או מקצתן מזה ומקצתן מזה" (סעיף 3 לחוק איסור לשון הרע). עם זאת, ניתן להרהר שמא מקום בו מדובר בלשון הרע על ציבור, יש בכך כדי להחליש עוד יותר את האפקט הפוגעני, שהוא "מדולל" ממילא ומתפזר בין כל חברי הקבוצה (עניין בו נתן, פס' 8 לפסק דיני; עניין אבנרי, פס' 34 לפסק דיני).

33. לפני סיום הדיון בפרק זה, אבקש להבהיר כי אני מפקפק בכנות תחושת הפגיעה שחוו חלק מהסוכנים. כך התרשמנו בדיון שנערך בפנינו, והדברים ניכרים היטב גם מכתבי הטענות, שכללו ביטויים קשים שטוב היה לחלקם אילו לא נכתבו מלכתחילה (כגון שהחברה "מבקשת לעצמה חופש ביטוי בדיוק כמו כהנא ומסיתים דומים אחרים" (פס' 106 לסיכומים)). המשיבים אף ביקשו לגייס לטובתם תופעות שליליות הקשורות בעולם הפרסום, כגון: פרסום תמונות אינטימיות למטרות פגיעה; התאבדויות של קטינים ובגירים בעקבות מסעות "שיימינג"; ופרסומים מניפולטיביים בתחום ניירות הערך (פס' 278-280 לסיכומים). כפי שצינתי, מוטב היה אילולא נעשה שימוש בדוגמאות אלו. המקרה שלפנינו אינו דומה כלל למקרים של הסתה לגזענות, פגיעה בצנעת הפרט, הלבנת פני אדם מסוים ברבים או ניסיונות לבצע תרמית בניירות ערך באמצעות פרסומים מניפולטיביים, ואין לקבל את הניסיון להקיש וללמוד מהם, ולו במאום, למקרה דנן.

על כל פנים, גם בהנחה כי ישנם סוכני ביטוח שנפגעו עמוקות מהתשדירים, אזי כבר הובהר לעיל כי לא די בתחושת פגיעה סובייקטיבית של האדם מושא הפרסום. המבחן הוא לעולם מבחן אובייקטיבי, ובנסיבות המקרה דנן, לנוכח מאפייני הקבוצה ומשעה שאין מדובר בלשון הרע שהצופה הסביר ימצא לייחס לכל אחד מחברי הקבוצה – דין התביעה בעילה זו להידחות.

תיאור כוזב, שקר במפגיע והטעיה צרכנית – מבט מלמעלה

34. עוולת תיאור כוזב מעוגנת בסעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, וזו לשונה:

תאור כוזב

2. (א) לא יפרסם עוסק מידע ולא יגרום לפרסום מידע, אשר הוא יודע או שהיה עליו לדעת שהוא אינו נכון,

לגבי עסק, מקצוע, נכס או שירות, שלו או של עוסק אחר (להלן - תיאור כוזב).
 (ב) המפיץ פרסום של עוסק אחר או מטעמו הכולל תיאור כוזב, או מי שהחליט בפועל על פרסום תיאור כוזב כאמור, לא יישא באחריות לפי סעיף זה, אלא אם כן ידע שהתיאור כוזב, או שהתיאור כוזב על פניו.

כפי שנודמן לי לציין בעבר, עוולה זו מהווה פיתוח קונקרטי של עוולת "שקר במפגיע" הקבועה בסעיף 58 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין), תוך החלתה באופן מפורש על "עוסק" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק לאיסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו-1996, ה"ח הממשלה 2471, עמ' 346, 348 (להלן: דברי ההסבר); ע"א 5066/10 שלמה א. אנג'ל בע"מ נ' י. את א. ברמן בע"מ, פס' 55 (30.5.2013) (להלן: עניין אנג'ל); מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 61-62 (2002) (להלן: דויטש)).

35. משהזכרנו את עוולת "שקר במפגיע", ששכיחותה בשדות הפסיקה אינה רבה, נתהה בקצרה על קנקנה.

שקר במפגיע

58. (א) שקר מפגיע הוא פרסום הודעה כוזבת בזדון, בין בעל פה ובין בדרך אחרת, בנוגע לעסקו של אדם, למשלח ידו, למקצועו, או לטובין שלו או לזכות קנין שלו; אך לא ייפרע אדם פיצויים בעד פרסום כזה, אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.
 (ב) "פרסום", לענין סעיף זה – כמשמעותו בסעיף 2 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

כבר במבט ראשון ניתן להיווכח כי עוולת השקר במפגיע צרה מעוולת תיאור כוזב וכן מהעוולה של לשון הרע במספר היבטים מרכזיים: ראשית, עוולת השקר במפגיע טעונה הוכחת "זדון" מצד המעוול, בעוד שהן עוולת תיאור כוזב והן עוולת לשון הרע נעדרות דרישה שכזו (וראו לשון סעיף 2(א) לחוק עוולות מסחריות, הנוקטת לשון "אשר הוא יודע או שהיה עליו לדעת"); שנית, בעוולת השקר במפגיע התובע נדרש להוכיח "כוזב" בפרסום, בעוד שבלשון הרע המפרסם-הנתבע הוא הנדרש לבסס את הגנת האמת בפרסום; שלישית, עוולת השקר במפגיע עוסקת אך ורק בפרסום הנוגע לעוסק אחר, להבדיל מעוולת תיאור כוזב הפורשת מצודתה גם על עוסק המפרסם שקרים על עסקו-שלו, ולהבדיל מלשון הרע שאינה דורשת זיקה לעסקו של אדם; ורביעית, התובע בעילה של שקר במפגיע נדרש להוכיח "נזק ממון" לצורך קבלת פיצוי,

להבדיל מהתובע בגין לשון הרע הזכאי לפיצוי ללא הוכחת נזק לפי סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע (אך השוו לסעיף 12 לחוק עוולות מסחריות, הקובע כי תובע בעילה של תיאור כוזב אינו זכאי לפיצוי ללא הוכחת נזק).

מנגד, כפי שצוין לעיל, עוולת השקר במפגיע רחבה מעוולת תיאור כוזב, במובן זה שהיא חלה על כל מי שמפרסם הודעה כוזבת בזדון בנוגע לעסקו של אדם, בעוד שעוולת תיאור כוזב חלה רק על "עוסק" המפרסם מידע כוזב מסוג זה (וראו בדברי ההסבר בעמ' 348 וכן אצל דויטש בעמ' 61 ה"ש 69, מהם עולה כי הסיבה לאי-ביטולה של עוולת השקר במפגיע עם חקיקתו של חוק עוולות מסחריות, היתה כדי לשמר את תחולתה במקרים של מצג כוזב הנעשה שלא על ידי עוסק).

36. עוולת תיאור כוזב, שחלה כאמור גם במצב שבו העוסק מפרסם מידע כוזב בנוגע לעסקו-שלו, היא בעלת דמיון רב גם לעילת ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן). נזכיר בהקשר זה, כי סעיף 27 לחוק עוולות מסחריות פלל תיקון עקיף לחוק הגנת הצרכן, בכך שפתח את שעריה של עילת ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן גם לעוסק שנפגע מהטעיה במהלך עסקו (סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן). דהיינו, לא הצרכן בלבד הוא בעל זכות תביעה בגין הטעיה, אלא גם עוסק, ובכלל זה עוסק מתחרה. כפי שנודמן לי להעיר בעבר, ההיגיון בהרחבתה של עילת ההטעיה באופן המתואר הוא ברור, באשר חזקה על העוסק המתחרה כי יהיה "כלב השמירה" הטוב ביותר של הצרכן, ולו בשל האינטרס הישיר שלו התלוי בכך. בכך עשוי הצרכן - שמלאכתו צפויה להיעשות בידי אחרים - לצאת נשכר (יצחק עמית "הצעת חוק איסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו-1996" הפרקליט מג 223, 238-239 (תשנ"ז) (להלן: עמית); עוד על היחס בין עילת ההטעיה שבחוק הגנת הצרכן לעוולת תיאור כוזב, ראו אצל דויטש בעמ' 62).

הנה כי כן, בין העוולה של תיאור כוזב לעילת ההטעיה לפי חוק הגנת הצרכן, קיימת חפיפה מסוימת מקום בו מדובר בתביעתו של עוסק. עם זאת, חפיפה זו נעדרת נפקות למקרה שלפנינו. הטעם לכך הוא שחוק הגנת הצרכן אינו חל במקרה דנן, לנוכח הוראת סעיף 39(2) לחוק זה, המחריגה את תחולתו של החוק לגבי שירות הניתן על ידי "מבטח או סוכן ביטוח". חלף זאת, קבע המחוקק איסור הטעיה ספציפי לתחום הביטוח, המעוגן בסעיף 55 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981. אציין כי איסור הטעיה זה לא נעלם מעיניהם של המשיבים, שאכן ביססו תביעתם בבית משפט קמא גם על סעיף 55 לחוק הפיקוח. ואולם, תביעתם בעילה זו

נדחתה על ידי בית משפט קמא ונזנחה בסיכומיהם בערעור דנן, ובנסיבות אלו אין מקום להידרש לה.

37. במבט-על, ניתן לומר כי חוק איסור לשון הרע הוא מעין "חוק כללי" בתחום הוצאת הדיבה (הגם שכאמור הוא פורש חסותו במישרין על דיבה מסחרית – סעיף 1(3) לחוק). לעומת זאת, העוולות של תיאור כוזב ושקר במפגיע – שכאמור האחת מהווה פיתוח קונקרטי של האחרת – הן עוולות ספציפיות העוסקות בפרסום הודעות כוזבות בזיקה לעולם התחרות העסקית. אכן, חרף ההבדלים בין שלוש העוולות, ניכר כי קיימת ביניהן זיקה מושגית של ממש ואף חפיפה בלתי מבוטלת (וראו סעיף 58(ב) לפקודת הנזיקין המפנה במפורש לחוק איסור לשון הרע). אף ייתכנו מצבים בהם מעשיו של אדם יביאו להתגבשותן של שלוש העוולות גם יחד. כך, מקום בו יעלה בידי תובע להוכיח כי עוסק פלוני פעל במזיד בכך שפרסם נגדו הודעה כוזבת שיש בה כדי לפגוע בעסקו, הרי שנתמלאו היסודות של כל שלוש העוולות, ואין מניעה שהתביעה תהא מבוססת על שלושתן בגין מעשה אחד (חנה קציר פרסומת מסחרית – היבטים משפטיים 367-368 (2001), המפנה לפסק דינו של השופט מ' גל בת.א. (מחוזי י-ם) 920/95 כדורי פיתוח עירוני בע"מ נ' גורלי, פס' 14 (17.2.1999)); על כך שהעילות של תיאור כוזב ושקר מפגיע נתפשות כעילות חלופיות לעילה שבחוק איסור לשון הרע, ראו גם תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" משפטים מג 453, 510 (תשע"ג).

בה בעת, ההבדלים ביסודותיהן של שלוש העוולות מובילים לכך שהנטל המוטל על התובע משתנה מעוולה לעוולה, באשר כל אחת מציבה בפני התובע משוכה ראייתית בגובה שונה ומסוג שונה. לא הרי הצורך להוכיח כי פרסום "עלול לפגוע בעסקו" של התובע (כלשון סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע), כהרי הצורך להוכיח כי מדובר ב"מידע כוזב" (לפי סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות), כהרי הצורך להוכיח "זדון" ונזק ממון (לפי סעיף 58 לפקודת הנזיקין). אכן, כפי שנזדמן לי להעיר בעבר, תביעה של עוסק בעילה של תיאור כוזב היא "נוחה בהרבה" לעומת תביעה בעילה של שקר מפגיע (עמית, עמ' 240), ולמעשה, ניתן לומר כי העוולה של שקר מפגיע איבדה מכוחה ובמידה רבה "הומרה" בעוולה של תיאור כוזב (ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1168 ה"ש 53 (2012); עניין אבנרי, פס' 29 לפסק דיני). כך הדבר בהשוואה בין שקר מפגיע לתיאור כוזב, וכך הדבר במידה רבה גם בהשוואה בין שקר מפגיע לתביעה לפי סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע (עוד על ההבדלים בין שקר במפגיע ללשון הרע, והצבעה על סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע כפתרון אלטרנטיבי לקשיים הניצבים בפני תובע בעילה של שקר מפגיע, ראו אצל פרידמן – שקר מפגיע

ולשון הרע; על הקושי הכרוך בתביעה בעילה של שקר במפגיע לעומת תביעה לפי חוק איסור לשון הרע, ראו גם קרניאל, עמ' 374-375; על הצורך להכניס שינויים בעוולת השקר במפגיע באמצעות חקיקה על מנת להוציאה מ"מצב הקיפאון" בו היתה נתונה, ראו פנינה פרידמן "שקר מפגיע – האופציה הלא מנוצלת להגנת המתחרה המסחרית מפני פרסום כוזב של יריבו" הפרקליט לו(3) 425 (1985) (להלן: פרידמן – האופציה הלא מנוצלת). במאמרה הציעה המחברת, בין היתר, להמיר את דרישת ה"זדון" בדרישה להוכחת תום לב על ידי הנתבע, וכן להרחיב את יריעת העוולה ממצג "כוזב" למצג "מטעה". יצוין כי המאמר נכתב מספר שנים לפני בואם לעולם של חוק עוולות מסחריות ועוולת תיאור כוזב).

38. לנוכח הקשיים בהוכחת יסודותיה של עוולת השקר במפגיע, אין להתפלא כי במקרה דנן המשיבים זנחו עילה זו בתביעתם בבית משפט קמא (ראו בפס' 14 לפסק דינו). אף בערעור שלפנינו נמנעו המשיבים מלהזכירה. אשר על כן, ובדומה לעילת ההטעיה לפי סעיף 55 לחוק הפיקוח, איננו נדרשים לדון בשאלה אם נתמלאו יסודותיה של עוולת השקר במפגיע במקרה דנן. עם זאת, בהיותה הגזע ממנו השתרגה בהמשך העוולה של תיאור כוזב, לא לחינם נדרשנו אליה, וכפי שניווכח להלן – ניתן להסתייע בה כדי לרדת לשורשה של עוולת תיאור כוזב, ולו כמקור השראה.

על רקע דברים אלו, בהינתן שהעוולה של תיאור כוזב טרם זכתה לדיון מעמיק בפסיקה בישראל, בהינתן שהורתה בעוולת השקר במפגיע, ובהינתן שזו האחרונה לא זכתה גם היא לפיתוח של ממש בדין הישראלי, נשים פעמינו מעבר לים בניסיון להתחקות אחר מקורותיה של העוולה בדין האנגלי. נזכיר, כי סעיף 1 לפקודת הנזיקין קובע כי יש לפרש את הוראות הפקודה "לפי עיקרי הפרשנות המשפטית המקובלים באנגליה", וכי חזקה על הביטויים המשמשים בה כי "משמעותם כמשמעות הנודעת למקביליהם במשפט האנגלי". אמנם, אין חולק כי כיום איננו כבולים לדין האנגלי לצורך פרשנות והשלמת לאקונוות (ראו, בין היתר, דברי השופט ש' לויין בע"א 619/78 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לה(4) 281, 292 (1981); דברי השופט (כתוארו אז) מ' אלון בע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פ"ד לב(2) 337, 346 (1978) והאסמכתאות שם)). עם זאת, אין פירוש הדבר כי המשפט האנגלי איבד את מקומו כמקור פרשני חשוב, וברי כי ניתן להסתייע בו מקום בו הדבר נדרש, בפרט כאשר מדובר בהוראת דין שמקורה בדין האנגלי. לאחר גיחה למשפט האנגלי נערוך ביקור קצר במחוזות הדין האמריקאי, ולבסוף נשלים את מסענו בשיבה ארצה ונבחן אם ניתן להסתייע בחוכמת העמים לצורך פיתוח הדין שלנו.

יובהר, כי תחום הפרסומת ההשוואתית מעורר שאלות מגוונות בשלל הקשרים. כך, למשל, סוגיה מרכזית נוגעת לשימוש בסימן המסחר של המתחרה (ראו הנסיבות בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 335 (2004), שם השימוש שעשתה המפרסמת (בורגר-ראנץ') בסימן המסחר של המתחרה (מקדונלדס) נועד כדי להפחית מערכה של מקדונלדס, בבחינת "שימוש במוניטין לעלוב בבעליו"). סוגיה מעניינת נוספת עניינה ביסוד הנפשי של המפרסם. ואולם, קצרה היריעה מלהעמיק חקר בכל סוגיה שהתעוררה בנוגע לשלל היבטיה של העוולה. ההידרשות לדין הזר תיעשה אפוא רק ביחס ליסודות העוולה והסוגיות הרלוונטיות לערעורים דנן.

תיאור כוזב בפרסומת השוואתית – הדין האנגלו-אמריקאי

39. כפי שצויין, מקורה של עוולת השקר במפגיע, הקבועה בסעיף 58 לפקודת הנזיקין, הוא בדין האנגלי (לנוסח הפקודה המנדטורית ראו פקודת הנזיקין לאור תולדות התהוותה ותיקוניה 71 (גד טדסקי ואברהם רוזנטל עורכים, 1963). עוולה זו מוכרת בדין האנגלי בתור injurious falsehood או malicious falsehood, והפסיקה העוסקת בה הולכת אחורה למעלה ממאתיים שנה. כפי שניווכח, ניתן לדלות מפסיקה זו מספר קווים מנחים המחדדים את יסודותיה ותוחמים את גבולותיה של העוולה.

40. נפתח בדוגמה עתיקת יומין העוסקת בפרסומים שנעשו אגב תחרות בין מוציאים לאור של עיתונים, נושא שזכה לפסיקה עניפה באנגליה. כך, בפסק הדין *Heriot v Stuart* משנת 1796, נדונה תביעה בגין פרסום בו נאמר כי העיתון המתחרה הוא העיתון הכי וולגארי (vulgar) הכי בור (ignorant) והכי גס (scurrilous) שמעולם יצא לאור בבריטניה. כן הופנתה תשומת לב המפרסמים לכך שתפוצתו של העיתון המתחרה היא כעת הנמוכה ביותר. בפסק הדין נקבע כי בכל הנוגע להאשמות שהוטחו בעיתון בדבר היותו גס וכו' - אין הפרסום מקים עילת תביעה, אולם בכל הנוגע לטענה בדבר תפוצת העיתון והרווחים מפרסום - ישנה עילה. פסקי דין מאוחרים המשיכו בקו זה והכירו בעילת תביעה מקום בו מדובר היה בפרסום שניתן היה לבחון אם הוא מזדיק אם לאו, כגון בנוגע למידת התפוצה של העיתון (ראו אצל Christopher Wadlow THE LAW OF PASSING-OFF – UNFAIR COMPETITION BY MISREPRESENTATION 601-602 (4th ed., 2011). (להלן: *Wadlow*)).

41. מטבע הדברים, סוג נפוץ של מקרים בהם מתעוררת שאלת תחולתה של העוולה הוא במצבים של פרסומת השוואתית (comparative advertisement) (וראו אפרים אברמזון "היבטים משפטיים בתחום הפרסומת התחרותית" אותות כתב עת

לפרסומת שיווק ותקשורת המונים גליון 73 עמ' 52, גליון 74 עמ' 48 (4-5/1986)). אחת הדרישות שהשתרשו בפסיקה באנגליה כבר למן המאה ה-19, היא כי על מנת לגבש עילת תביעה, על הטענה המובאת בפרסום להיות מן הסוג שהאדם הסביר יתייחס אליה ברצינות. לכן, מקום בו מדובר באמירות שהן בבירור בלתי נכונות או מוגזמות במידה כזו שהציבור לא יאמין להן, לא יהיה בהן כדי לבסס עילת תביעה. אמירות מוגזמות מסוג זה נהוג לכנות "puffing" או "mere puff". לפי מבחן הרצינות, שקנה כאמור שביתה בפסקה האנגלית לפני שנים רבות, יש לבחון "whether a reasonable man would take the claim being made as being a serious claim or not" (ראו פסק הדין בעניין *De Beers Abrasive Products v International General Electric Co. of New York* [1975] 2 All E.R. 599 (להלן: עניין *De Beers*)). יצויין כי באותו מקרה התביעה הוגשה בגין פרסום בו הוצגו תוצאות של ניסוי מדעי שנערך כביכול, המשווה בין מוצרים המשמשים לחיתוך בטון. מהפרסום עלה כי המוצר של התובעת-De Beers שהיה מצויד ביהלום, הוא בעל עמידות נמוכה מהמוצר של הנתבעת-General Electric שהיה מצויד ביהלום סינתטי. בפסק הדין נקבע כי מדובר בפרסום שהאדם הסביר יתייחס אליו ברצינות, ועל כן אין מדובר ב-puffery.

משעה שהזכרנו את מבחן הרצינות, לא למותר לציין את גישת הפסיקה באנגליה כי פרסומת הומוריסטית עשויה פעמים רבות לא להילקח ברצינות (KERLEY'S TRADEMARKS AND TRADENAMES 703 (15th ed., 2011 LAW OF), (להלן: *Kerley*), המפנה לדוגמה המוזכרת בעניין *De Beers*)).

42. מבחן נוסף שהוזכר בפסק הדין בעניין *De Beers*, הוא אם הפרסום התייחס לחיסרון ספציפי בסחורת התובע - שאז עשויה להתגבש עילת תביעה. זאת להבדיל מאמירה בעלת גוון כללי שלא תקים עילת תביעה. על פני הדברים, נראה כי ישנה זיקה מסוימת בין מבחן החיסרון הספציפי לבין מבחן הרצינות, שהרי ככל שהאמירה המובאת בפרסום ממוקדת ומדויקת יותר - כך גובר הסיכוי כי היא תילקח ברצינות, ואילו ככל שהטענה יותר כללית (general) או מעורפלת (fuzzy) - כך פוחת החשש כי תילקח ברצינות (ראו פסק הדין בעניין *Vodafone v Orange* [1997] F.S.R. 34, שנסב על פרסומת בנוגע לפערי מחירים בין חברות סלולר מתחרות; לדיון בנוגע לפסקי הדין ולפירוט פסיקה מהמאה ה-19 בסוגיה זו, ראו אצל Wadlow בעמ' 428-432, 596). יצויין כי בעניין *De Beers* בית המשפט הביע את העדפתו למבחן הרצינות.

43. על היחס בין דוקטרינת ה-puffery לבין מבחן הרצינות, ניתן להשקיף מזווית נוספת. כך, ניתן לומר כי מקום בו הפרסום אינו גוזמא בעלמא של מוכר המהלל

את מרכולתו תוך שימוש בסופרלטיבים שאינם ניתנים להוכחה, אזי מצג השווא אינו מהותי, שהרי ציבור הצרכנים רגיל למידה מסוימת של הגזמה בתחום הפרסום, ואין דרכן של הבריות להיות מושפעות מאמירות מסוג זה (עמית, עמ' 240; עניין בן נתן פס' 10 לפסק דיני; ע"פ 555/77 שלמה רבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 762, 773 (1978)). עוד ניתן לומר, כי שיקולי מדיניות מצדיקים אי הכרה בקיומה של עילת תביעה בגין מצגים מסוג puffery, וכי על בתי המשפט למשוך ידם מהכרעה לגבי סחורתו של מי "טובה יותר". שאם לא כן, בתי המשפט עלולים להפוך לזירת התגוששות של מתחרים עסקיים, התרים אחר גושפנקא לטענתם כי סחורתם טובה מזו של המתחרה (עמית, שם; כן ראו דברים ברוח זו אצל Wadlow בעמ' 594-595, המביא מדברי הלורד Herschell בפסק הדין בעניין *White v Mellin* [1895] A.C. 154 HL).

44. דוגמה נוספת לתביעה שנדונה באנגליה, נסבה על פרסומת השוואתית מטעם חברת Ryanair, שהיא חברת תעופה מסוג low-cost (*British Airways v Ryanair*) [2001] F.S.R. 32 (להלן: עניין *British Airways*). הפרסומת, שכללה השוואת מחירים, התייחסה אל המתחרה British Airways במילים "Expensive BA...DS!", ועלה ממנה שמחירי הכרטיסים של British Airways יקרים פי חמישה מאלו של Ryanair. אחת הטענות ש-British Airways העלתה, היא שבניגוד למוצג בפרסומת, השוואה הוגנת של מחירי הכרטיסים (כאשר מדובר בכרטיסים זהים בהם טיסת החזור היא בסוף השבוע), מלמדת שהכרטיסים אצלה יקרים רק פי שלושה. התביעה נדחתה. ראשית, בכל הנוגע לשימוש במילה "BA...DS", אף שהיה ברור כי זו אינה אלא מסווה לכינוי הגנאי bastards, נקבע כי מדובר ב-vulgar abuse ותו לא (למצער לפי הדין ששרר בתקופה הרלוונטית). בנוגע להשוואת המחירים, נקבע כי זו במהותה היתה מדויקת. אמנם, הפער במחיר כפי שהוצג (פי חמישה) לא התייחס למחירי הכרטיסים של טיסות החזרות בסופי שבוע. ואולם, בית המשפט קבע כי הציבור מניח שהחברה המפרסמת Ryanair תציג את ההשוואה הנוחה ביותר שהיא יכולה להציג באופן סביר; כי גם פער של פי שלושה הוא משמעותי דיו עבור ציבור הנוסעים; וכי הפרסומת כללה כוכבית שהפנתה לכיתוב קטן, בו נאמר שההתייחסות היא לטיסות חזור באמצע שבוע. כפיקנטריה, ניתן לציין את הערתו של בית המשפט בפתח פסק הדין כי ההתקוטטות בין שתי חברות כה גדולות בנושא זה נחזית כלא בוגרת (immature), וכך את הערתו בסוף פסק הדין כי הוא חושד ב-British Airways שהיא לא אוהבת את הפרסומת ההשוואתית בדיוק משום שהיא נכונה. למותר לציין כי מדובר בהערות שנאמרו לגבי אותה פרשה בלבד, כך שכל ניסיון להסיק מהן למקרה שלפנינו – הוא על אחריות הקורא בלבד.

לעומת זאת, בפרשה אחרת שנסכה על מלחמת מחירים בין רשתות של מוצרי חשמל – התוצאה היתה שונה. באותו מקרה חברת Currys יצאה בקמפיין לקידום מכירות (promotion), בו נאמר כי היא מפחיתה 10 ליש"ט מהמחיר הנקוב עבור מוצרים מסוימים למשך זמן מוגבל. בסמוך לאחר מכן היא יצאה בקמפיין נוסף, בו הציעה "לנצח" את מחירי המתחרה Comet ב-10 ליש"ט לכל מוצר שמחירו מעל 300 ליש"ט. בתגובה לכך, Comet יצאה בקמפיין פרסומי נגדי, בו נאמר כי המחירים אצלה נמוכים מהמחירים המוצעים בקמפיין ה-promotion ובקמפיין ההפחתה של 10 ליש"ט. בית המשפט קבע כי הפרסום של Comet היה פרסום כוזב שהאדם הסביר צפוי לקחת ברצינות (*DSG Retail Ltd v Comet Group PLC* [2002] EWHC 116 (QB)), המוזכר גם אצל W. Cornish, D Llewelyn & T. Aplin INTELLECTUAL PROPERTY – PATENTS, COPYRIGHT, TRADE MARKS & ALLIED RIGHTS 691 (8th ed., 2013), המציינים את המשקל הרב שניתן למבחן האובייקטיבי, קרי מבחן הרצינות של האדם הסביר).

45. לסיכום הנקודות העולות מהדין האנגלי, מקובל לומר כי בכל הנוגע לטיב הפרסום, התגבשות עילה של שקר במפגיע מבוססת על שלשה עקרונות: האחד – כי מדובר בפרסום המשמיץ את התובע או סחורתו באופן ספציפי; השני – כי תוכן הפרסום צפוי להילקח ברצינות על ידי האדם הסביר; והשלישי – כי דברי שבח כלליים של מוכר בנוגע לסחורתו אינם מקימים עילת תביעה (*Kerley*, עמ' 701-704). לכן, ככל שמדובר בהשמצה של סחורת המתחרה, קל יותר לגבש עילת תביעה מקום בו מדובר בהשוואה "ראש בראש" של נתונים עובדתיים כלשהם (כגון מחיר או מאפיין מסוים של המוצר). לעומת זאת, כאשר מדובר בהשוואה של איכות, התובע ניצב בפני משוכה לא קלה (*Wadlow*, עמ' 591-592).

46. דוקטרינת ה-puffery הכתה שורשים גם בדין האמריקאי. נקדים ונאמר כי בארצות הברית נהגה הבחנה בין שני סוגי אמירות פוגעניות: אמירה המכוונת נגד סחורתו של התובע - המכונה disparagement, לעומת אמירה המכוונת נגד התובע עצמו (תכונותיו, יושרתו וכיו"ב) - החוסה תחת דיני לשון הרע (*The S. E. Sterk Law of How Much Worse is 'Better' than 'Great'* 76 COL. L. REV. 80, 82-83 (1976) (להלן: Sterk)). על פני הדברים, הבחנה זו יש בה טעם. עם זאת, נזכיר כי בדין הישראלי, תיאור כוזב יכול להיות גם לגבי מקצוע.

47. בדומה לדין האנגלי, גם בארצות הברית השתרשה ההבחנה בין פרסומת השוואתית הכוללת מאפיינים מדידים (measurable characteristics) לבין אמירה

כללית הנחשבת puffery. הבחנה זו בין ציון עובדה (fact) שיכול להיחשב תיאור כוזב, לבין הבעת דעה (opinion) שככלל נחשבת puffery ואינה מקימה עילת תביעה, שזורה בפסיקה האמריקאית לאורכה ולרוחבה. כך, למשל, נקבע כי פרסום בו נטען כי המוצר הכימיקלי של המתחרה יעיל ב-40% לעומת המוצר של המפרסם, מגבשת עילה תביעה. בית המשפט הדגיש בהקשר זה את ההבדל בין טענה כללית לעליונות המוצר של המפרסם, לבין טענה עובדתית ממנה משתמע כי בידי המפרסם הכלים לבסס אותה (*Testing Systems, Inc. v Magnaflux Corp.*, 251 F. Supp. 286 E.D. Pa.) (1966), המובא אצל Sterk בטקסט הצמוד לה"ש 23). לעומת זאת, לגבי פרסומת של רשת פיצריות בה נאמר "Better ingredients. Better pizza", נקבע כי מדובר בהבעת דעה שאינה מקימה עילה (*Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Int'l, Inc.*, 227 (F.3d 489, 495 (5th Cir. 2000)). (להלן: עניין *Pizza Hut*)).

48. שימת הדגש על הדרישה כי הפרסום יהיה עובדתי, קיבלה בהמשך עיגון גם בחקיקה הפדראלית. וכך קובע סעיף 43(a) ל-Lanham Act (15 U.S.C. § 1125), שזו לשונו:

False designations of origin, false descriptions,
and dilution forbidden

(a) Civil action

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities,

shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

כפי שניתן לראות מכותרתו של הסעיף, הוא עוסק גם ב-תיאור כוזב (false descriptions). לפי לשון הסעיף, על מנת לגבש עילת תביעה, על הפרסום לכלול תיאור עובדתי כוזב או מטעה (false or misleading description of fact) או לכלול מצג עובדתי כוזב או מטעה (false or misleading representation of fact). כפי שעולה מס"ק (B), כאשר מדובר בפרסומת מסחרית, על מנת להיכנס בגדרו של הסעיף על המצג להתייחס לאופי, המאפיינים, האיכות או המקור הגיאוגרפי של הטובין, השירות או הפעילות המסחרית של המפרסם או של אדם אחר.

49. אחת הפרשות שנדונה בשנים האחרונות נסבה על מלחמת פרסומות בין יצרני שואבי אבק מתחרים (*Dyson, Inc. v. Oreck Corp.*, 2009-1 Trade Cas. (CCH) P76, 549). בית המשפט עמד בפסק דינו על היסודות הנדרשים כדי לגבש עילת תביעה, ובצטטו פסיקה קודמת, מנה אותם באופן הבא: יש להוכיח כי הפרסומת היתה כוזבת ממש (literally false) או צפויה להטעות (mislead) ולבלבל (confuse) את הצרכן; רק טיעונים שבעובדה מקימים עילת תביעה, להבדיל מהבעת דעה; והפרסום צריך להיות ספציפי ומדיד וניתן להוכחה ככוזב (specific and measurable,) (capable of being proved false).

בהתייחסו לדוקטרינת ה-puffery, בית המשפט ציין כי זו יכולה לבוא לידי ביטוי בשני אופנים: האחד – בהגזמה ו"השווה" (boasting) ששום קונה סביר לא יסתמך עליה; השני – בטענה בעלת גוון כללי בנוגע לעדיפות מוצר אחד על פני האחר, שתיתפש כהבעת דעה גרידא. באותו מקרה נקבע, בין היתר, כי הצגת שואב האבק של המתחרה והדגמתו כשואב אבק גדול ומגושם מדי שאינו מסוגל להיכנס מתחת לרהיטים, היא טענה עובדתית שאינה בגדר puffery. לעומת זאת, אמירה כי הפילטר של שואב האבק של המתחרה אינו נקי או סניטרי, היא אמירה שהיא בגדר הבעת דעה המהווה puffery. כך גם נקבע לגבי תיאור שואב האבק של המתחרה בתור "backbreaking" בשל משקלו הכבד (לתיאור יסודות העוולה ודוקטרינת ה-puffery, ראו גם בעניין *Pizza Hut*).

50. ברוח זו, ובדומה לאופן בו תוארו הדברים בפסיקה לעיל, דוקטרינת ה-puffery תוארה בספרות כמתייחסת לאמירות בעלות ארבעה מאפיינים: (1) מדובר באמירה בעלת גוון כללי; (2) הטיעון המושמע הוא בלתי מדיד, בלתי ניתן לכימות ובלתי ניתן לאימות; (3) הטיעון מוצג כאמירה סובייקטיבית; (4) מדובר בטיעון מן הסוג שצרכנים אינם צפויים להסתמך עליו (CHARLOTTE J. ROMANO).

ADVERTISING IN THE UNITED STATES AND IN FRANCE 25 NW. COMPARATIVE
-121 J. INT'L L. & BUS. 371, 395 (2005), וראו האסמכתאות והדוגמאות בה"ש 121-
113). הדברים ממחישים את הדמיון לדין האנגלי שהזכרנו לעיל, בפרט בנוגע למבחן
הרצינות, המייחס משקל רב לאופן שבו הצרכן הסביר צפוי לתפוש את הפרסום.

51. לבסוף, נזכיר כי חרף השתרשותה והתבססותה של דוקטרינת ה-puffery, היא
זכתה לא אחת גם לדברי ביקורת. כך, למשל, נטען כי בניגוד להנחה הרווחת, הצרכן
אינו בהכרח יצור רציונאלי, וצרכנים דווקא נוטים להיות מושפעים מפרסומות גם
כאשר אלו אינן כוללות נתונים עובדתיים; כי עצם הניסיון להבחין בין טענות
שבעובדה להבעת דעה מעורר קושי; וכי גם אם יש מקום לאפשר למפרסם להגזים
בנוגע לטיב סחורתו שלו, אין בהכרח הצדקה לאפשר לו להכפיש את סחורת המתחרה,
גם אם הכפשה זו נאמרת בלשון כללית (מה שמכונה "negative puffing") (ראו: Paul
T. Hayden *A Goodly Apple Rotten at the Heart: Commercial
Disparagement in Comparative Advertising as Common-Law Tortious
Unfair Competition* 76 IOWA L. REV. 67 (1990) (להלן: Hayden); כן
ראו David A. Hoffman *The Best Puffery Article Ever* 91 IOWA L. REV. 1395
(2006) (להלן: Hoffman)).

יצויין כי ביקורתם של המבקרים מתמקדת, בשורה התחתונה, בעיקר בחשש
מפני השפעה שלילית על הצרכנים. כך, למשל, Hayden מציע במאמרו לשנות את
הדין הקיים, לוותר על הדרישה כי הפרסום יכול טיעון עובדתי, ולקבוע כי מקום בו
יעלה בידי עוסק להוכיח שהמתחרה שלו פרסם מצג מלעיו (disparaging) לגבי
סחורתו או השירותים שהוא מספק, וכי מצג זה צפוי להונות או להטעות מספר
משמעותי של לקוחות פוטנציאליים – ייחשב הדבר לתחרות בלתי הוגנת (שם, עמ'
106-100). לעומתו, Hoffman מציע מודל של העברת נטל, ולפיו מקום בו יזוהה
שימוש ב-puffery, יעבור הנטל למפרסם להוכיח את אחד מבין שלושת הבאים: לא
היתה לו כוונה להטעות צרכנים; לא היתה הסתמכות מצד רוב קהל הצרכנים על
האמירה; לא השתמע מהפרסום עובדה כוזבת כלשהי (שם, עמ' 1447-1444). יצויין כי
מאמרו של Hoffman עוסק ב-puffery בשורה של הקשרים מלבד תחום הפרסומת
ההשוואתית, כגון תחום ניירות הערך ועוד).

אקדים את המאוחר ואומר כי לטעמי, דוקטרינת ה-puffery היא בעלת היגיון
רב. עם זאת, יש טעם מסוים בהבחנה בין סוחר המהלל ומשבח את מרכולתו לבין סוחר
המשמיץ את סחורת חברו, ודומה כי יש היגיון בהצבת הזרקור על החשש מפני השפעה

שלילית פוטנציאלית על הצרכן לבל יוטעה. כפי שארחיב להלן, תוכנות אלו אינן בלתי רלוונטיות לערעורים שלפנינו.

תיאור כוזב – מהתם להכא

52. עתה, לאחר סטייה קלה מהנתיב שהותווה על ידי הצדדים ובית משפט קמא, נשוב ונתכנס לדל"ת אמותיה של עוולת תיאור כוזב ולסוגיה העומדת להכרעתנו במקרה הנוכחי. כזכור, בית משפט קמא מצא כי נתקיימו יסודותיה של עוולה זו בשני הקשרים: האחד – תיאור כוזב מצד החברה בנוגע "לעוסק אחר", הבא לידי ביטוי בהצגת סוכני הביטוח כארכאים, מיושנים ומיותרים; והשני – תיאור כוזב מצד החברה בנוגע לה עצמה, שבא לידי ביטוי במסר המועבר בתשדירים ולפיו שיעורי הפרמיה שהחברה גובה מהלקוח אטרקטיביים יותר מאלה הנגבים על ידי חברות הביטוח המסורתיות, וזאת בזכות היעדרה של עמלת סוכן ביטוח.

נדון בשתי קביעות אלה כסדרן, והכל תוך הסתייעות, בזהירות ובמידה הנדרשת, בתוכנות שהעלנו במהלך מסענו במרחבי הדין האנגלי והדין האמריקאי.

(1) תיאור כוזב מצד החברה בנוגע לסוכני הביטוח

53. דיונו של בית משפט קמא בשאלה אם התשדירים מהווים תיאור כוזב, נפתח תחילה בתיאור מטרתו של הקמפיין. בהקשר זה, בית המשפט קבע כי שאיפתה של החברה היא "להעביר מן העולם את מקצוע סוכן הביטוח"; כי הלך הרוח של החברה הוא "להילחם" בסוכני הביטוח; האסטרטגיה שלה היא "להסיר את הכפפות" ו"לערער את הביטחון בסוכן הביטוח"; ומטרת הקמפיין הינה "לנגח את סוכן הביטוח עד להכחדתו בבחינת זן הולך ונעלם, חסר תועלת, פרויט ולא מתקדם" (פס' 71 לפסק דינו).

באשר לעצם השאלה אם אמנם מדובר בתיאור כוזב, בית המשפט קבע כי המבחן הרלוונטי הוא מבחן הצפיות הלקוח מעוולת הרשלנות. דהיינו, "מקום בו עוסק סביר יכול היה וצריך היה לצפות כי המידע אותו הינו מפרסם ומהווה תיאור כוזב עלול לגרום ללקוחות, אובייקטיבית, לתן אמון במידע זה ולגרום להם לעבור ולקבל את שירותיו הוא, כי אז הינו מבצע עוולה" (פס' 72 לפסק דינו). בית המשפט קבע כי סוכן הביטוח אינו ארכאי, מיושן ומאותר טכנולוגית כפי שהוצג בתשדירים, ואף אם סוכני הביטוח אינם נמצאים בקדמת הטכנולוגיה ואינם מפיקים פוליסות ביטוח באמצעות

האינטרנט, אין פירוש הדבר כי יש לראותם כ"אנשי המערות" (פס' 73). עוד נקבע כי מקצוע סוכן הביטוח אינו מיותר, וכי אין להפוך את סוכן הביטוח ליריבו של המבוטח. בית המשפט הוסיף כי הן שכרו של הסוכן והן שכרו של המוקדן מגיעים מהפרמיות שמשלמים הלקוחות, ועל כן אין לראות את הלקוח כמי שמממן את סוכן הביטוח. בית המשפט הוסיף כי הקמפיין ההומוריסטי נטע בקרב הצופים מסרים "לא מחמיאים" ביחס לסוכני הביטוח, בהציגו אותם כנהנתנים; כי גם מזכירתו של הסוכן הוצגה כ"תזזיתית ולא עניינית, אינה בקיאה ברזי הטכנולוגיה המודרנית וחיה גם היא אישית עשרות שנים לאחור"; וכי גם משרדו של סוכן הביטוח הוצג כלא מתקדם, וכמקום הזוכה לביקורים תדירים של לקוחות המבקשים לעבור ל-9 מיליון.

בית המשפט קבע כי אף שהקמפיין לא התייחס לסוכן ביטוח מסוים (אלא לסוכן בדיוני בשם שוקה), הרי שמדובר באמצעי שנועד להעביר מסר בנוגע לקבוצת הסוכנים כולה, באופן המהווה תיאור כוזב בהפרזה ובהקצנה שהיא מעבר למותר. בית המשפט הוסיף כי ההכללה שנעשתה בקמפיין ביחס לכלל סוכני הביטוח היא "הרסנית ומהווה פגיעה מיותרת בבחינת מכה קשה 'מתחת לחגורה'"; וכי "בית המשפט אינו מצפה משני מתחרים להגיע לרמה כה נמוכה בה מבקש האחד לקעקע את יריבו באמצעות מידע מוקצן ולא סביר", כל זאת ברוח הכלל "מה ששנוא עליך לא תעשה לחברך" (שם).

54. לטעמי, שגה בית משפט קמא בקביעתו כי האופן בו הוצגו סוכני הביטוח בתשדירים עולה כדי "תיאור כוזב" במובנו לפי סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, וזאת בשל מספר טעמים. אפרט.

עיון מדוקדק בנימוקיו של בית משפט קמא מעלה כי קביעתו נסמכה, בראש ובראשונה, על "מטרת הקמפיין" ועל שאיפתה הפסולה-כביכול של החברה להביא להכחדתו של סוכן הביטוח מן העולם. מוטיב זה שזור בפסק דינו של בית משפט קמא, בבחינת המסד עליו בנוי ניתוח העוולה בפסק הדין, ולא בכדי ציטטנו מהדברים בהרחבה בפסקה לעיל. בית המשפט אף ייחס משקל רב ל"מסמך האסטרטגיה" של החברה בנוגע לקמפיין, שבו החליטה החברה "להסיר את הכפפות" ולנהל מלחמה בסוכני הביטוח. אלא שהתחשבות בפרמטר זה כחלק ממערך השיקולים הרלוונטיים בעת בחינת יסודותיה של עוולת תיאור כוזב, היא שגויה מיסודה והיא מערבת מין בשאינו מינו. אסביר.

ראשית, בנימה כללית: בעולם של כלכלה חופשית, שאיפתו של גורם מסחרי להשתלט על נתח השוק הרלוונטי ו"להכחיד" את מתחריו היא שאיפה לגיטימית, ויהיו שיטענו כי מדובר בשאיפה טבעית ומתבקשת. היה זה בית המשפט המחוזי עצמו שהכיר בכך כי המטרה של הגדלת פלח השוק על חשבון המתחרה היא מטרה ראויה ומרכזית במשק תחרותי (פס' 69 לפסק דינו). איני סבור כי יש להבחין לעניין זה בין השאיפה להגדיל את נתח השוק על חשבון המתחרה, לבין השאיפה להשתלט על נתח השוק כולו ולהוציא את המתחרה מן התמונה ("להכחידו"). זו גם זו שאיפה לגיטימית, גם אם הגשמתן אינה תמיד רצויה מנקודת מבטם של הצרכן והשוק בכללותו. הדברים נכונים במיוחד בהאידנא, כאשר הטכנולוגיה ורשת האינטרנט אכן עלולים להכחיד בעתיד ענפים שלמים. המחוקק, בניסיונו להבטיח כי "שדה הקרב" התחרותי לא יגלוש למחוזות בלתי לגיטימיים, התווה שורה של כללים שאת מקצתם הזכרנו בראשית דברינו (פס' 15 לעיל). ואולם, כללים אלה לא נועדו לעקור מן השורש את שאיפתם של שחקני השוק להשתלט על השוק, שאיפה שהיתה, ועודנה, שאיפה לגיטימית.

לענייננו, עולת תיאור כוזב היא אחד הכלים שהעמיד המחוקק לצורך הבטחת קיומה של תחרות הוגנת, אולם היא מתמקדת באספקט צר ונקודתי, ואין היא הדין האמון על שימורו של שיווי המשקל התחרותי בנתח השוק הרלוונטי. יש להבחין אפוא בין המניע לפרסום, מאפייני הפרסום, והתוצאה האפשרית של הפרסום. שאיפתו של גורם מסחרי לדחוק את מתחריו מן השוק, אינה יכולה לשמש אבן בוחן לקביעה אם פרסום כלשהו הוא פרסום כוזב. לשון אחר: שאיפתו של שחקן "להכחיד" את מתחרהו, אין בה כדי להגמיש את הצורך להוכיח את יסוד ה"כוזב" שבפרסום. אין מדובר ב"מקבילית כוחות" בה התקיימותו של היסוד האחד מפחיתה את הצורך בקיומו של היסוד האחר. דרישת הכוזב בפרסום היא דרישה סטטוטורית, יסוד מיסודותיה של העוולה, והקביעה אם היא נתמלאה מנותקת מהשאלה מה הסיבה שהובילה לפרסום.

55. ולשאלה העיקרית הדרושה הכרעה: בהינתן שאין מחלוקת כי החברה היא בגדר "עוסק" וכי התשדירים הם בגדר "פרסום", האם ניתן לומר כי התשדירים מפרסמים "מידע שאינו נכון" ובכך מהווים "תיאור כוזב"?

כפי שציינתי, איני סבור כי הצגת סוכני הביטוח באופן בו הוצגו בתשדירים, כביכול הם מיושנים ונהנתנים וכיו"ב, עולה כדי תיאור כוזב. הטעם לכך הוא שספק אם יש לראות בתוכן המוצג משום "מידע", ואף אם מדובר ב"מידע" – אין מדובר במידע כוזב. כפי שיפורט, מסקנה זו עולה הן מלשונו של סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, והן מהאופן בו פותחה ופורשה עולת השקר במפגיע המהווה את המסד ההיסטורי עליו

בנויה עוולת תיאור כוזב, וזאת לאור העקרונות שהתפתחו בתחום הפרסומת ההשוואתית בדין האנגלו-אמריקאי.

56. עוולת תיאור כוזב אוסרת על פרסום מידע כוזב, ובלשון הסעיף: "מידע" שהוא "אינו נכון". עוולת השקר במפגיע נוקטת לשון דומה ואוסרת על פרסום "הודעה כוזבת". אף שניתן היה לכאורה לדקדק באופן ניסוחן של שתי העוולות ולהתפלפל בשאלה אם "מידע" ו"הודעה" חד הם – איני רואה לעשות כן, באשר דומה כי ניסיון מלאכותי מעין זה חוטא לכוונת המחוקק, שבחירתו ליצור גרסה מרוככת של עוולת השקר במפגיע התבטאה בעיקר בויתור על יסוד הזדון, ולא במעבר הדרמטי מ"הודעה" ל"מידע". על כל פנים, אף אילו היה מקום להבחין בין שתי התיבות, לא היה בכך כדי לסייע לסוכנים במקרה דנן, שכן ניתן היה לומר כי מבין השתיים, דווקא התיבה "מידע" היא לכאורה בעלת נופך אובייקטיבי יותר, וכפי שיפורט להלן – הצגת הסוכנים באופן בו הוצגו בתשדירים לא כללה מידע אובייקטיבי מסוג כלשהו.

57. לטעמי, בכל הנוגע ליסודותיה וגבולותיה של עוולת תיאור כוזב, ראוי לאמץ את העקרונות שהשתרשו בדין האנגלו-אמריקאי, הן בהיבט של ההבחנה בין הצגת עובדה להבעת דעה, הן בנוגע למבחן הרצינות, והן באשר לאופן בו התפתחה דוקטרינת ה-puffery. לטעמי, עקרונות אלה הם לא רק הגיוניים, אלא אף מתבקשים, הן מטעמים של הדין המהותי ותכליותיו, הן מטעמים של דיני הראיות והן מטעמים של מדיניות משפטית. הדברים כבר עלו מבין השיטין בפרק הקודם, ועל כן לא אאריך בהצגתם מחדש.

ניתן לומר כי שלושת העקרונות דלעיל אינם היבטים נפרדים כלל וכלל, אלא כרוכים זה בזה, משקפים זה את זה, וכל אחד מהם מבטא את אותו עקרון מזווית אחרת. אם תרצו, ניתן לדמות כל אחד מהם לצלע אחת במשולש שקדקודו מצביע בכיוון אחד ברור: הגנה על התחרות באמצעות מניעת הטעיה של הצרכן הפוטנציאלי.

ודוק: עוולת תיאור כוזב אינה עוולה צרכנית, ויסוד ההטעיה אינו יסוד מיסודותיה (השוו ללשון ה-Lanham Act האמריקאי שהובא לעיל, הנוקט לשון "תיאור כוזב או מטעה של עובדה" – "*false or misleading description of fact*"). עוולת תיאור כוזב אף אינה מעניקה זכות תביעה לצרכן שהוטעה, אלא רק לעוסק שנפגע מהפרסום הכוזב. אלא שבלא הטעיה או חשש להטעיה של הצרכן הפוטנציאלי, בהעדר בחירה מצד צרכנים להעדיף את הגורם המפרסם (או לנטוש את הגורם שנגדו כוון הפרסום) בעקבות הפרסום הכוזב, העוסק-התובע לא צפוי להינזק, והתכלית

שלשמה נועדה העוולה לא נפגעת (ונזכיר כי עוולת תיאור כוזב אינה מאפשרת קבלת פיצוי בלא הוכחת נזק).

לשון אחר: עוולת תיאור כוזב נועדה למנוע מגורם עסקי למשוך אליו צרכנים (או להבריה צרכנים פוטנציאליים מגורמים עסקיים מתחרים) באמצעות פרסומים כוזבים. הדו-קרב המתנהל במסגרת העוולה הוא בין מתחרים עסקיים לבין עצמם, מבלי שהצרכן נוטל חלק פעיל בכך. ואולם, הקרב בין המתחרים העסקיים הוא על לבו של הצרכן. לכן, בבואנו לקבוע אם פרסום עולה כדי תיאור כוזב, שומא עלינו לבחון כיצד הוא נתפש בעיני הצרכן הפוטנציאלי, ברוח "מבחן הרצינות" שהוזכר לעיל ושיידון להלן (עוד על הקשר בין יסוד ההטעיה לעוולת תיאור כוזב ראו עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 239 (2002) (להלן: גרוסקופף)). יוער, כי הצורך לבחון את השפעת התנהלות המעוול-הנתבע על הצרכן, אינו נחלתן של עוולות צרכניות בלבד. כך, למשל, בעוולת גניבת עין המעוגנת בסעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, יסוד החשש להטעיית הצרכן הוא יסוד מיסודותיה, אף שלאינטרס של הצרכן לזהות נכונה את המוצר אותו הוא רוכש אין משקל בעוולה זו, שכל כולה נועדה להגן על התובע מפני פגיעה בזכותו הקניינית במוניטין שרכש (ראו, למשל: ע"א 9070/10 דדון-יפרח נ' א.ת. סנאפ בע"מ, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (12.3.2012) (להלן: עניין דדון-יפרח); עניין אנג'ל, פס' 8 והאסמכתאות שם).

58. בעולם הפרסום והשיווק המסחרי, אנו למעשה מכירים בכך שיש "שקרים" מסוג מסוים שאנו מוכנים לספוג ולהשלים עם קיומם. הטעם לכך הוא שאנו מקבלים כמובן מאליו את נטייתו של הסוחר להפריז בשבח מרכולתו, ואנו מתייחסים להתבטאויות מסוג זה בהתאם במידה רבה של סקפטיות. בלשונו הציורית של השופט Walton בעניין *De Beers*, יש להתייחס לאמירות מסוג זה "עם קמצוץ נאה של מלח" ("the courts will do what any ordinary reasonable man would do, namely, take it with a large pinch of salt"). מכאן מובנת התפתחותו של מבחן הרצינות, לאמור: רק אמירה שהצרכן הסביר יתייחס אליה ברצינות, היא אמירה המקימה עילה. דברים אלה קשורים קשר הדוק לתכליתה של העוולה שהזכרנו לעיל – הגנה על התחרות באמצעות מניעת הטעיה של הצרכן הפוטנציאלי. זאת, שכן מקום בו מדובר בפרסום שהצרכן הסביר לא צפוי להתייחס אליו ברצינות, ממילא מתפוגג החשש מפני השפעה על דפוסי ההתנהגות של הצרכנים (בין אם בדרך של משיכתם אל הגורם המפרסם פרסום כוזב לגבי עצמו, ובין אם בדרך של "הברחתם" מהמתחרה שכנגדו בוצע פרסום כוזב שלילי).

על רקע זה, ההבחנה בין פרסום המציין עובדה או נתון, לבין פרסום שהוא בגדר הבעת דעה גרידא – היא הבחנה מתבקשת. ראשית, כפי שנאמר לעיל, דעתו של סוחר, בפרט לגבי טיב סחורתו שלו, מתקבלת על ידי הצרכן הסביר מלכתחילה בספקנות מה, וכפי שציינתי בעבר, ההנחה היא כי הצרכן אינו "פתי מאמין לכל דבר" (עמית, עמ' 241). שנית, מבחינה ראייתית, כאשר עוסק מתייחס לסחורתו או לסחורת מתחרהו, יש הבדל תהומי בין היכולת להוכיח "כזב" בדבריו כאשר מדובר באמירה עובדתית, לבין היכולת לעשות כן כאשר מדובר בהבעת דעה. כך, למשל, טענה של פלוני כי המוצר שלו זול יותר, היא טענה שניתנת לאימות. לעומת זאת, טענה של פלוני כי המוצר שלו טוב יותר, כבר אינה שאלה הניתנת לבחינה אמפירית, כי אם שאלה של הערכות והשערות, שלא לומר העדפה אישית. כפי שצויין לעיל בהקשר זה, הזירה המתאימה לבירור התשובה לשאלה סחורתו של מי טובה יותר, אינה בתי המשפט, לנוכח החשש שמא יהפכו לזירת התגוששות בין מתחרים עסקיים שיבקשו גושפנקה לטענתם כי סחורתם טובה מזו של המתחרה.

מנגד, כאשר אין מדובר בהבעת דעה, אלא בפרסום המציין עובדה כוזבת, החיצים כולם מובילים להכרה בקיומה של עילת תביעה. ראשית, יש היגיון בהנחה כי הצרכן הממוצע יטה להאמין ביתר שאת לפרסום בעל אופי עובדתי (כגון פרסום הנוגע למחיר או טענה המגובה לכאורה באמצעות כלים מדעיים או נתונים אמפיריים). או-אז, החשש מפני הטעיה צרכנית גובר. שנית, כפי שצויין, מבחינה ראייתית, כאשר מדובר בטענה עובדתית, ניתן להוכיחה או להפריכה בקלות יתרה לעומת פרסומים מסוג הבעת דעה. ממילא, משעה שהדברים ניתנים וראויים להוכחה, אין כל מניעה שבתי המשפט ישמשו זירה לבירור העובדתי הרלוונטי.

59. לבסוף, ושמא בתחילה, דומה כי לשון החוק תומכת אף היא בהבחנה בין ציון עובדה כוזבת להבעת דעה. פשוטו של מקרא, ש"מידע כוזב" הוא מידע מן הסוג שניתן לקבוע לגביו, על פי אמת מידה אובייקטיבית, אם הוא נכון אם לאו. ברם, כאשר מדובר בהבעת דעה, הניסיון להתחקות אחר נבכי נפשו של המפרסם ולבחון עד כמה הוא עצמו מאמין לדעה שהביע, הוא במידה רבה ניסיון עקר וחסר תוחלת (והשוו להבחנה בחוק איסור לשון הרע בין הגנת "אמת הפרסום" (סעיף 14 לחוק) לבין הגנות הבעת הדעה (סעיפים 15(4) – 15(7) לחוק), ודומה כי הדברים ממחישים עד כמה מדובר בהבחנה טריוויאלית). אין להתפלא אפוא כי גם בתחומי משפט אחרים כגון דיני החוזים, נקבע כי דיני מצג השווא יחולו כאשר מדובר בהצהרה לגבי נתון עובדתי או משפטי, ולא כאשר מדובר בחוות דעת, בהערכה גרידא או בדברי התפארות (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 869 (1992)); עוד על כך שצרכנים לא נוטים להיות

מושפעים מהצהרות מסוג הבעת דעה ודברי שבח מוגזמים, ראו קטיה זכרוב "היקף ההגנה על תדמית של סימן מסחר: בעקבות ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד" משפטים לה 435, 443 (2005). מדברי המחברת משתמע כי יש צורך במידע בלתי נכון מבחינה עובדתית לצורך התגבשות עולת תיאור כוזב (שם, עמ' 461); כן ראו יובל קרניאל "תחרות לא הוגנת בעידן המידע – על עולות מסחריות וסודות מסחר: מאת מיגל דויטש" המשפט י 511, 514 (תשס"ה), הקורא לפתח "נורמה של סבירות המבוססת על המקובל בתחום המסחרי תוך התחשבות בערך של חופש הביטוי המסחרי", בהקשר של דרישת הכזב והיחס בינה לבין דברי שבח כלליים). הנה כי כן, בשורה התחתונה, הפרשנות הטבעית של לשון העולה ותכליתה מתיישבת יותר עם הדרישה כי הפרסומת תכלול השוואה כוזבת או מטעה של "נתונים ספציפיים", להבדיל מגוזמא בעלמא או מהבעת דעה (עמית, עמ' 240).

60. יתר העקרונות שפותחו בדין האנגלו-אמריקאי, מתיישבים היטב עם הבחנה זו. כך, למשל, ההבחנה המוזכרת בין פרסום המשמיץ את סחורת המתחרה באופן ספציפי (דהיינו מתייחס לפגם מסוים או לנתון מסוים כגון מחיר וכיו"ב), לבין פרסום בעל גוון כללי – דומה במהותה להבחנה בין ציון עובדה להבעת דעה. גם העקרונות של דוקטרינת ה-puffery אינם אלא ביטוי לעקרונות שהוצגו לעיל (נזכיר כי הדוקטרינה הוחלה לגבי אמירות כלליות, בלתי מדידות ובלתי ניתנות לכימות ולאימות; לאמירות המוצגות כאמירה סובייקטיבית; ולאמירות שצרכנים אינם צפויים להסתמך עליהן). רוצה לומר, שהעקרונות כולם משמשים בערבוביא, ואינם אלא צדדים שונים שנועדו להגשים את אותה תכלית.

61. אין לכחד כי הביקורת שהושמעה בנוגע לצורך להבחין בין סוחר המהלל את סחורתו שלו, לבין סוחר המשמיץ את סחורת המתחרה, יש בה טעם (ראו אצל Hayden, עמ' 84-88; כן ראו ההתייחסות אצל פרידמן – האופציה הלא מנוצלת, עמ' 435 בטקסט הצמוד לה"ש 66). לטעמי, ייתכן כי ניתן להכיל הבחנה זו בתוך דל"ת אמותיה של עולת תיאור כוזב, ולמצוא לה עיגון מסוים במסגרת מבחן הרצינות. דהיינו, כאשר סוחר מהלל את מרכולתו שלו, השפעת הדברים על הצרכן הסביר היא מינורית, אם בכלל. אולם כאשר סוחר מזהיר מפני סחורתו הגרועה של מתחרהו – ייתכן כי צרכנים ישיתו לבם לדברים ביתר קלות. טול דוגמה בה סוחר מציין בפני קונה כי סחורתו היא האיכותית ביותר בשוק. ברוח הדברים שהובאו לעיל, ניתן להניח כי הצרכן הסביר לא ייחס לדברים משקל של ממש. לעומת זאת, טול דוגמה בה סוחר מגלה את אוזנו של הקונה כי סחורתו של המתחרה אינה אלא סחורה מסוג ב'. האם ניתן לומר באותה מידה של בטחון כי "אזהרה" מסוג זה לא תשפיע על לבו של הקונה?

ביטוי מסוים לגישה זו אנו מוצאים בדין האנגלי. כך, בעניין *De Beers* צוין כי אמירה בסגנון "סחורתי טובה משל פלוני" אינה מקימה עילה. לעומת זאת, אמירה בנוסח "סחורתי טובה משל פלוני, משום שסחורתו של פלוני היא זבל גמור" – תקים עילת תביעה, אף שלכאורה מדובר בהבעת דעה. לעניין זה, בהמשיכו את הקו שהותווה בפסיקה לאורך השנים, בית המשפט קבע כי קו הגבול עובר על פי מבחן הרצינות, דהיינו האם אדם סביר יתייחס לטיעון כטיעון רציני (ראו גם אצל Wadlow, עמ' 428). אוסיף, כי לטעמי אין לשלול את האפשרות כי מידת ההשפעה תהא תלויה בסוג המוצר. כך, הדעת נותנת כי אין דינה של "אזהרה" לגבי תרופות או מוצרים המיועדים לפעוטות, כדינה של "אזהרה" לגבי מוצרים כגון פריטי לבוש למבוגרים וכיו"ב (עמית בעמ' 241, וראו ההפניה שם לסעיף 7 לחוק הגנת הצרכן, העוסק בפרסומות ודרכי שיווק אחרות המכוונות לקטינים. עוד בנושא זה ראו תקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א-1991; קרניאל, עמ' 361-367).

62. יישום הדברים למקרה דנן מוביל לתוצאה אחת שאין בלתי, והיא כי האופן בו הוצגו הסוכנים בתשדירים אינו עולה כדי תיאור כוזב. מאחר שהדברים פשוטים ומתבקשים, אין כאן מקום להאריך, ואסתפק בהתייחסות קצרה.

ראשית, אין חולק כי הצגת הסוכנים כמיושנים ונהנתנים, אינה בגדר הצגת טיעון שבעובדה, ואף אינה מתימרת לעשות כן. מדובר בהצגה פארודית של דמות הסוכן (שאינו נראה על גבי המסך) באמצעות דמותה האקסצנטרית והתזזיתית של מזכירתו. אין כאן עובדה ואף לא צל של עובדה, לא הצגה של המציאות ולא ניסיון להציג את המציאות. קביעה זו מובילה אותנו לנקודה הבאה שעניינה מבחן הרצינות. לטעמי, הטיעון המוצג בתשדירים ולפיו הסוכן הוא נהנתן ומיושן ולכן מיותר, אינו צפוי להילקח ברצינות על ידי הצופה הסביר. כפי שצינתי בפרק שעסק בלשון הרע (פס' 26 לעיל), האלמנט ההומוריסטי הדומיננטי שמאפיין את התשדירים במקרה דנן – רק מחזק מסקנה זו. ממילא, הפעלת מבחן הצפיות שבית משפט קמא אימץ בפסק דינו (פס' 72) אינה משנה מתוצאה זו, שכן אין לומר כי החברה-המפרסמת צריכה היתה לצפות שהלקוח הסביר יתן אמון בתיאור הכוזב של סוכן הביטוח, ועקב כך ינטוש את חברת הביטוח המבטחת אותו ויעבור לחברה המפרסמת.

לבסוף, באשר להידרשותו של בית המשפט המחוזי לעקרון היסודי של "דעלך סני לחברך לא תעביד" (בבלי, שבת לא ע"א). עקרון זה ודאי עומד בתוקפו כמגדלור ערכי ומוסרי, וראוי לו לכל אדם שיהיו הדברים חקוקים על לוח לבו. ברם, עקרון זה אין בו, כשלעצמו, כדי לקבוע אם פרסום כלשהו כולל מידע כוזב. יש להישמר מפני

פרשנות תכליתית המרחיבה הרחבה יתרה את מתחם הפרשנות שלשון החוק סובלת. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהקשר הנוכחי, משעה שהמחוקק העניק מזור ספציפי לאדם הנפגע מפרסום העלול לפגוע בכבודו או במשלה ידו, בדמות הוראותיו של חוק איסור לשון הרע. לטעמי, נקודה זו היא בעלת חשיבות יתרה במקרה דנן, ואשוב ואדרש אליה בסיום דברי, במסגרת ההתייחסות לקביעתו של בית משפט קמא כי התשדירים עולים כדי "תחרות לא הוגנת".

אך לפני כן, נסיים את הפרק העוסק בתיאור כוזב, ונבחן בקצרה את קביעתו של בית משפט קמא כי התשדירים כללו תיאור כוזב מסוג נוסף, בדמות מידע הנוגע לחברה עצמה ולמחירי הפוליסות.

(2) תיאור כוזב מצד החברה בנוגע לה עצמה (מחירי הפוליסות)

63. בית המשפט המחוזי קבע כי הרושם המתקבל באופן ישיר מהתשדירים, בהם נשמעת קריאה לצופים לחדול "לממן סוכן" ולעבור ל-9 מיליון – הוא כי אי מימון סוכן הביטוח משמעו הקטנת עלויות הפרמיה למבוטח. לדברי בית המשפט המחוזי, מדובר ב"סוג של התחייבות להקטין את שיעור הפרמיה המשתלם בפוליסות הנערכות בחברה מאחר שאין בהן את רכיב שכרו של סוכן הביטוח". לכן, "מקום בו לא מופחתת בפועל עמלת הסוכן מהפרמיה ואף מתן חודש מתנה אינם מביאים לשוני מהותי בשיעור הפרמיה המשתלמת בין חברות הביטוח המסורתיות לזו של החברה, כי אז יש במידע זה כדי להטעות את הלקוחות" (פס' 75 לפסק דינו, ההדגשה הוספה – י"ע).

64. כבית משפט קמא, אף אני סבור כי המסר העולה מהתשדירים הוא כי החיסכון בעמלת הסוכן אמור להוביל להוזלה של פרמיית הביטוח. עם זאת, בניגוד לבית המשפט המחוזי, איני סבור כי ניתן להסיק מהפרסומות "התחייבות" של החברה כי כל הפרמיות של כל סוגי הביטוח עבור כל המבוטחים באשר הם, זולות אצלה לעומת חברות הביטוח המתחרות. למעשה, אחד מהתשדירים שצוטטו על ידי בית משפט קמא בהקשר זה ממש, מלמדים בדיוק ההיפך:

"את ההצעות של תשעה מיליון קשה לנצח. לא מאמינים? הצטרפו אל מבחן השוקה. קיבלתם מסוכן הביטוח שלכם הצעה זולה יותר לביטוח מקיף לרכב ונשאר אתם אצלו, קבלו מאתנו מאה שקלים מתנה" (פס' 75 לפסק דינו).

מדברים אלה עולה כי החברה עצמה היתה מודעת לכך שתיתכנה הצעות מחיר זולות מההצעות שלה, ולא רק שלא הסתירה זאת אלא אף התייחסה לכך באחד התשדירים. הנה כי כן, בשורה התחתונה, גם אם הרוח העולה מהתשדירים היא כי שיעורי הפרמיות אצל החברה זולים משיעורי הפרמיות אצל המתחרים בזכות החיסכון בעמלת הסוכן, לא ניתן להסיק התחייבות מפורשת או משתמעת מצד החברה למחיר הזול ביותר (אציין כי השאלה אם עוולת תיאור כוזב חלה לא רק לגבי מידע מפורש, אלא גם לגבי מידע כוזב שהמפרסם ידע או היה עליו לדעת כי הוא עולה במשתמע מפרסומיו, הושארה בצריך עיון בע"א 7629/12 טוויסה נ' TOMMY HILFIGER LICENSING LLC, פס' 87 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (16.11.2014). כשלעצמי, איני רואה מניעה להחיל את העוולה על מידע משתמע מהסוג המתואר (והשוו בהקשר אחר לדין האנגלי, המכיר בעילת תביעה לעוסק שנפגע גם כאשר הפרסום לא מתייחס אליו במישרין, ובלבד שהוא בר זיהוי מבחינה מעשית (Wadlow, עמ' 426-427). מכל מקום, משעה שבמקרה דנן אין מדובר במידע כוזב, לא מפורש ולא משתמע, אין צורך להכריע בכך במסגרת הערעור דנן).

65. חשוב לציין כי בית משפט קמא עצמו אימץ את הטענה העובדתית כי כ-65% משיעורי הפרמיות אצל החברה זולים מהפרמיות הנגבות אצל חברות הביטוח המסורתיות (פס' 75 לפסק דינו). לאור נתון זה, בית משפט קמא הסיק כי כ-35% מהפרמיות אצל החברה יקרות מאלו הנגבות אצל המתחרות, ומכאן שהתשדירים מהווים הטעיה של הצרכן. דא עקא, שכפי שהובהר לעיל, התשדירים לא כללו כל התחייבות להציע את המחיר הנמוך ביותר. לטעמי, דווקא הנתון המוזכר, ולפיו כשני שלישי מהפרמיות זולות יותר אצל החברה, הוא המלמד כי אין מדובר בהטעיה של הצרכן. זאת, משום שלאור נתון זה (שאינן זה המקום להרהר אחריו), התמונה העולה מהתשדירים לפיה הפוליסות אצל החברה זולות יותר – היא במהותה תמונה נכונה (וראו והשוו לעניין *British Airways*, שם נקבע כי השוואת המחירים היתה במהותה מדויקת, הגם שהיא נערכה בנוגע למחירי כרטיסים בסופי שבוע בלבד).

עולה מהאמור, כי גם הפרסום של החברה לגבי עצמה, שכלל מסר בעל אופי כללי ובלתי מחייב, לפיו המחירים אצלה זולים יותר בזכות "החיסכון" בעמלת הסוכן – אינו עולה כדי תיאור כוזב.

האם סוכני הביטוח הם "עוסק אחר"?

66. זהותם של המעוול והניזוק בעוולת תיאור כוזב, קבועה בסעיף 4 לחוק עוולות מסחריות שזו לשונו:

המעוול והנפגע

4. החובות בפרק זה יחולו על עוסק, אשר עשה את המעשה האסור על פי פרק זה, במהלך עסקו או בהקשר לעסקו, כלפי עוסק אחר אשר נפגע או ניזוק מהפרת החובה, במהלך עסקו או בהקשר לעסקו.

לטענת החברה, "עוסק אחר" פירושו עוסק ספציפי, ומשעה שהתשדירים התייחסו לכלל סוכני הביטוח ולא לסוכן מסוים, לא בוצעה עוולה של תיאור כוזב. עוד טוענת החברה כי בעוולת תיאור כוזב יש לערוך איזון דומה לאיזון הקיים בחוק איסור לשון הרע, ובפרט להחיל עליה את הוראת סעיף 4 שבחוק איסור לשון הרע, המעניק חסינות ללשון הרע על ציבור. יש להעיר כי לאור מסקנתנו כי המידע שפורסם בתשדירים לא מהווה תיאור כוזב, השאלה אם ציבור הסוכנים מהווה "עוסק אחר" אינה נדרשת להכרעה. עם זאת, פטור בלא כלום אי אפשר, ואקדיש אפוא מספר מילים לטענה זו.

67. בית משפט קמא קבע כי צמד המילים "עוסק אחר" אין פירושו בהכרח עוסק ספציפי, ובנקודה זו דעתי כדעתו, גם אם לא מאותם טעמים. לא אכחד כי יש קסם מסוים בניסיון להחיל את סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע על חוק עוולות מסחריות. ואולם, נקודת המוצא היא כי הוראה מעין זו אינה מופיעה בחוק עוולות מסחריות. לכן, בניגוד לטענת החברה, אי הזרמתה של ההוראה לחוק עוולות מסחריות אינה מהווה "התעלמות" מצד בית המשפט המחוזי, כלשונו. נהפוך הוא. הנטל לשכנע כי יש להחיל הוראה מעין זו גם בחוק עוולות מסחריות, אף שהמחוקק נמנע מלעשות כן – מוטל על הטוען לכך, ואין מדובר בנטל קל.

68. כפי שתואר בראשית פסק הדין, ישנה חפיפה לא מבוטלת בין חוק איסור לשון הרע (ובפרט סעיף 1(3) לחוק) לעוולה של תיאור כוזב. ברם, אין מדובר בחפיפה מלאה, ושני דברי החקיקה משרתים גם תכליות נפרדות. כך, למשל, התכלית של מניעת הטעיה של הצרכן לשם שמירה על תחרות הוגנת - אינה תכלית מתכליותיו של חוק איסור לשון הרע, ומנגד, הצורך לאסור פרסום משפיל אינו עומד בבסיסה של עוולת תיאור כוזב. ממילא, גם האיזונים בשני החוקים אינם זהים. אף איני מקבל את טענת

החברה כי החלת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע על עוולת תיאור כוזב מתחייבת מכוח קל וחומר, ובל נשכח כי חופש הביטוי המסחרי – מבלי להמעט בחשיבותו – אינו ממוקם בדיוטה עליונה לעומת סוגים אחרים של חופש הביטוי.

לגופו של עניין, אני סבור כי ניתן גם ניתן להטעות את הצרכן וכך להביא לפגיעה בתחרות, באמצעות תיאור כוזב המופנה כלפי ציבור בלתי מסוים של "עוסקים". טול דוגמה בה רופא שיניים פרטי מפרסם הודעה, בה נאמר כי כל רופאי השיניים העובדים עם קופת חולים מסוימת משתמשים בחומרים זולים שפג תוקפם. דוגמה נוספת: עורך דין ירושלמי מפרסם "הודעת אזהרה", בה נאמר כי כל עורכי הדין במחוז תל-אביב העוסקים בנזיקין גובים שכר טירחה מעבר למותר על פי התקנות. בעיניי, על פני הדברים, פרסומים מסוג זה עשויים להשפיע על צרכנים פוטנציאליים ולפגוע בתחרות, אף שהם אינם מתייחסים לעורך דין או לרופא שיניים ספציפיים.

69. עולה מהאמור, שפרסום כוזב נגד "ציבור של עוסקים" הוא בגדר התכלית שעליה נועדה עוולת תיאור כוזב להגן. בהינתן פגיעה שכזו, ובהעדר הוראה בחוק עוולות מסחריות הקובעת אחרת, איני רואה טעם משכנע בגינו יש להתיר פרסומים מסוג זה. אי לכך, אני סבור כי יש לקרוא לתוך חוק עוולות מסחריות הוראה דומה לזו של סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, ולטעמי צדק בית משפט קמא בקבעו כי הסוכנים מהווים "עוסק אחר" לעניין העוולה של תיאור כוזב (והשוו דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 23 (2011) שם נקבע כי ההגנות מתחום דיני איסור לשון הרע אינן חלות בתחומי העבירה של העלבת עובד ציבור).

עד כאן דיוננו בעוולת תיאור כוזב. מכאן אפנה לבחון את קביעתו של בית משפט קמא כי החברה ביצעה עוולה של תחרות לא הוגנת, באופן המהווה עשיית עושר ולא במשפט.

תחרות בלתי הוגנת

70. בית המשפט קבע כי אופן התנהלות החברה במסגרת הקמפיין היתה פסולה ובלתי ראויה, בכך שהציגה את "המתחרים באופן שאינו מדויק ופוגעני, לשון המעטה"; כי נקודת המוצא של החברה, ולפיה לסוכן הביטוח אין מקום בעולם הביטוח, היא "בעייתית" בהיותה "בלתי מוסרית"; וכי עוסק אינו יכול להגדיר לעצמו מטרה "להדיר את מתחרהו באמצעות שימוש בכלים לא קונבנציונאליים". בית המשפט ציין כי הפעולות שנקטה החברה היה בהן כדי לגרום שינוי של ממש בתודעה הציבורית,

וזאת באמצעות הצגת נתונים בלתי מדויקים בנוגע לתכונותיו והתנהלותו של סוכן הביטוח. בכך, נקבע, מתקיים אותו "דבר מה נוסף" המגבש עילה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט.

בנוסף לכך, בית המשפט קבע כי מלבד גישת הפסיקה המחייבת "יסוד נוסף" לצורך גיבוש העילה, קיימים "טעמים חברתיים המצדיקים קביעת כללי תחרות המגבילים את דרך פעולתה של החברה", בהתאם לגישה שהובעה בספרות (גרונסקוויץ). לעניין זה ציטט בית המשפט מדברים שכתבתי בעבר: "כללי התחרות ההוגנת נועדו לשמור על ההגינות בתחרות, כאשר בסופו של דבר יש בכללים אלו כדי למנוע צמצום התחרות על-ידי חיסולו או החלשתו של המתחרה באמצעים פסולים" (עמית, עמ' 226; פס' 89-90 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). בית המשפט המחוזי קבע כי ערך ההגינות הוא ערך מתחייב מקום בו שניים מתחרים על אותו פלח שוק; וכי מתחרים אמנם רשאים להלל את סחורתם שלהם, אולם התחרות הופכת לבלתי הוגנת ופגומה "מקום בו עוסק מציג את מרכולתו שלא על פי תוכנה האמיתי, וכך גם אף מציג את מתחרהו באור שלילי לא רק בהשוואה אליו אלא באופן כללי וגורף". בית המשפט חזר וחיידד לעניין זה כי הנתון העובדתי שהחברה "מכרה" לצרכן, ולפיו הפסקת מימון הסוכן תוביל להזולה בפרמיה, לא תמיד נכון, ולכן התנהלותה מהווה התנהלות פסולה הפוגעת בתחרות (פס' 92 לפסק דינו, ההדגשה הוספה – י"ע).

71. לטעמי, גם בנקודה זו דין ערעור החברה להתקבל, וזאת בשל מספר טעמים. אקדים תחילה מספר מילים בנוגע להתפתחות העילה של תחרות בלתי הוגנת.

עוד בטרם חקיקת חוק עוולות מסחריות, הפסיקה הכירה בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור שניתן מכוחו לאסור התנהגות פסולה ובלתי הוגנת של מתחרה עסקי. כך, בפסק הדין ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (1990) (להלן: עניין ליבוביץ), ציין הנשיא שמגר, באמרת אגב, כי החוק אינו מספק לנו רשימה סגורה של זכויות שבדין, וכי מקום בו אין תשובה בדבר חקיקה, השאלה אם התעשרות נעשית "שלא כדין" תוכרע לפי הקביעה אם ההתעשרות היא "בלתי צודקת" (שם בעמ' 324, בהביאו מדבריו של פרופ' דניאל פרידמן בספרו עשיית עושר ולא במשפט (בעמ' 51 למהדורה השנייה, תשמ"ב); ליישום הדברים ראו פסק הדין בע"א 347/90 סודהגל נ' ספילמן, פ"ד מז(3) 459 (1993) (להלן: עניין סודהגל); וראו פירוט הדברים אצל עמית, עמ' 224).

בהמשך הדרך באה לעולם הלכת א.ש.י.ר, בה נדונה שאלת יחסי הגומלין בין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית עושר (רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998)). הלכת א.ש.י.ר, שנסבה על העתקת יצירות שלא היו מוגנת על ידי דיני הקניין הרוחני, הכירה בכך שבמישור העקרוני, האינטרס של הפרט שלא יעתיקו יצירה מיצירותיו הוא אינטרס הראוי להגנה במסגרת דיני עשיית עושר. עם זאת, נקבע כי היקף תחולתם של דיני עשיית עושר תלוי בשאלה באיזו מידה הדין הספציפי החל מהווה הסדר שלילי; וכי תנאי להתגבשות העילה הוא שהתעשרות הזוכה תהיה "שלא על פי זכות שבדין", כלומר שלהעתקה או לחיקוי ייתוסף "יסוד נוסף" בעל מטען ערכי שלילי (ראו תמצות הלכת א.ש.י.ר בע"א ADIDAS SALOMON A.G 563/11 נ' יאסין, פס' 20 לפסק דינה של השופטת חיות (27.8.2012) (להלן: עניין Adidas)).

72. מעט לאחר שניתנה הלכת א.ש.י.ר, ובתום תהליך הבשלה שארך אי-אלו שנים, נחקק חוק עוולות מסחריות. יודגש, כי אף שעוולה כללית של "איסור תחרות לא הוגנת" נכללה בהצעת החוק המקורית (סעיף 1 להצעת חוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו-1996), זו הושמטה מנוסח החוק הסופי. מבין הטעמים להשמטת העוולה, הנימוק העיקרי היה כי איסור כללי מפני תחרות לא הוגנת הוא איסור עמום באופיו ועלול לפגוע בתחרותיות באופן בלתי הולם (מיגל דויטש "חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 – הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה 128, 131 (2000), וראו ביקורתו של המחבר על השמטת העוולה; כן ראו אצל גרוסקופף בעמ' 239, המציין כי חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט העדיפו לחכות להתפתחות הפסיקה שתינתן על פי נוסח הצעת החוק המתקנת, מתוך הנחה שבמידת הצורך ניתן יהיה לשוב ולתקן את החוק ככל שיתברר כי ההוראה הכללית בדבר איסור תחרות לא הוגנת אמנם חסרה). החשוב לענייננו, שהיעדרותה של עוולה כללית בדבר איסור תחרות לא הוגנת מסעיפי החוק, אינה פרי חוסר מחשבה מצד המחוקק, כי אם החלטה מושכלת ומודעת שנתקבלה בכוונת מכוון.

73. השנים חלפו, ובפסיקה הסתמנה מגמה של צמצום הלכת א.ש.י.ר. כך, למשל, בע"א 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ, פס' אחרונה לפסק הדין (25.6.2007) (להלן: עניין שמעוני), ציין המשנה לנשיאה ריבלין כי "רק במקרים חריגים יסודות האמצאה בהם מאופיין המוצר, ייחודו, חדשנותו, משאבי הזמן, משאבי הכסף ומשאבי האנוש שהושקעו בפיתוחו הנם בשיעור המצדיק את הטיית הכף לטובת מתן סעד מכוח דיני עשיית העושר ולא במשפט, ולא על-פי האכסניה הטבעית והמקובלת של דיני הקניין הרוחני ודיני הנזיקין" (ההדגשה הוספה – י"ע). בהמשך, בעניין דדון-יפרח

שניתן בשנת 2012, הדגיש המשנה לנשיאה ריבלין כי "בדין הישראלי לא קיימת עוולה כללית של תחרות בלתי הוגנת, ועל כן "אין להסתפק בתחושה ראשונית ואינטואיטיבית כי החיקוי או ההעתקה אינם צודקים. יש לזכור תמיד כי עניין לנו באיזון סבוך בין ערכים לאינטרסים מתנגשים שבהם מובאת בחשבון טובת הפרט והכלל" (שם בפס' 8, בצטטו מהלכת א.ש.י.ר. ומעניין שמעוני); וראו גם דברי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בעניין Adidas, בעמדו על כך שהלכת א.ש.י.ר. עסקה בנסיבות בהן היתה העתקה מוחלטת, וכי תוקפה של ההלכה שריר מקום בו "קצרה ידם של דיני הקניין הרוחני, לא בגלל המהות אלא כיון שלא היה רישום" (שם, פס' ה לפסק דינו, ההדגשה הוספה – י"ע; ראו גם בעניין אנג'ל, פס' 52; וכן ע"א 2154/07 בריח נ' אבגנים (5.9.2010) גם שם נדחתה הטענה לתחולת הלכת א.ש.י.ר. על כך שהלכת א.ש.י.ר. כפי שיושמה בפסיקה, לא שינתה את האיזון שנקבע בדיני הקניין הרוחני, אלא נותרה "כצופה מבחוץ" לאותם המקרים שבהם לא עלה בידי המחוקק להשלים את מלאכתו, ראו יוסי מרקוביץ' "על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר." שערי משפט ז 35 (תשע"ד).

74. בחזרה לענייננו. שלא כמו הלכת א.ש.י.ר., המקרה דנן אינו עוסק במתח שבין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית עושר. עם זאת, לצד השוני בין המאטריה קיימים גם קווי דמיון, שהרי במקרה דנן מבקשים התובעים-הנפגעים למצוא תרופה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, חרף העובדה שעל תביעתם חולשים דינים אחרים בדמות דיני לשון הרע ועוולת תיאור כוזב.

בראשית דבריי בפרק הדיון לעיל, הקדמתי והערתי כי בנסיבות המקרה דנן, חוק איסור לשון הרע הוא האכסניה הטבעית לתקיפת תשדירי הפרסומת על ידי הסוכנים (פס' 16 לעיל). לאמיתו של דבר, מסקנה זו עולה לאור טענות שנשמעו מפי הסוכנים עצמם. כך, בין היתר, נטען כי "סוכני הביטוח מושפלים ומבוזים באמצעות הקמפיין המשלב מצגי עובדה שקריים שאינם בגדר הבעת דעה המוגנים מכוח חופש הביטוי המסחרי" (פס' 85 לפסק דינו של בית משפט קמא); וכי מדובר בקמפיין פרסומי פוגעני ומעליב המציג את סוכני הביטוח בצורה שלילית המגיעה כדי "רצח אופיי" (ראו פס' 2 לעיל). טענות מסוג זה בדבר העלבה והשפלה, זכות ברגיל למענה בחוק איסור לשון הרע, על שלל הוראותיו, סייגיו, הגנותיו וסעדיו. והנה, כפי שנדון בהרחבה בחלקו הראשון של פסק הדין, חוק איסור לשון הרע כולל הוראה ספציפית ומפורשת השוללת קיומה של עילת תביעה מקום בו מדובר בלשון הרע על ציבור. יובהר, כי הוראה זו שרירה וקיימת גם כאשר עילת התביעה היא לפי סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע, שעניינו בפרסום העלול "לפגוע באדם במשרתו... בעסקו, במשלח ידו או במקצועו".

רוצה לומר, שבניגוד למצבים אחרים בהם תיתכן הצדקה להחיל את דיני עשיית עושר – אם מאחר שאין תשובה בדבר חקיקה (עניין ליבוביץ), ואם מכוון ש"קצרה ידו" של הדין הרלוונטי מלתת מענה (כדברי השופט רובינשטיין בעניין Adidas) – המקרה שלפנינו שונה בתכלית, לנוכח קיומו של הסדר נקודתי השולל קיומה של עילת תביעה.

75. לטעמי, מקום בו המחוקק שלל באופן מפורש עילת תביעה, אין "לעקוף" הוראה זו באמצעות היזקקות לדיני עשיית עושר ולא במשפט. אכן, כפי שציין השופט ריבלין בעניין דדון-יפרח, והדברים הובאו לעיל, "יש לזכור תמיד כי עניין לנו באיזון סבוך בין ערכים לאינטרסים מתנגשים שבהם מובאת בחשבון טובת הפרט והכלל". איזון זה, שהובא בחשבון על ידי המחוקק, הוליד הסדר השולל עילת תביעה לפי חוק איסור לשון הרע, גם כאשר מדובר בפרסום הנעשה בקונטקסט מסחרי בין מתחרים עסקיים. הסדר זה עומד בתוקפו במקרה דנן, ועל כן, לטעמי, אין בדיני עשיית עושר ולא במשפט כדי לאפשר את עקיפתו (על הקושי לערוך איזון בהקשר התחרותי ולקבוע התנהגותו של מי מהצדדים פסולה יותר, ראו ביקורתה של נילי כהן על פסק הדין בעניין סודהגל, שם העירה כי "כלל לא ברור התנהגותו של מי פסולה יותר: של זה המבקש לסכל תחרות באמצעים מלאכותיים או של זה המבקש להיכנס לשוק ולהתעלם מהמכשולים המלאכותיים" (נילי כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט 353, 389 (1995)).

76. נימוקיו הקונקרטיים של בית משפט קמא אין בהם כדי לשנות ממסקנה זו. כך, לדוגמה, הנמקתו של בית המשפט כי נקודת המוצא של החברה – ולפיה "אין מקום הביטוח בעולם לסוכן הביטוח" היא "בעייתית" ו"בלתי מוסרית" – מעוררת קושי בלתי מבוטל. כפי שצוין בחלקו הראשון של פסק הדין, שאיפתו של גורם עסקי לדחוק את מתחרהו מן השוק, אינה פסולה כשלעצמה (ובלבד שהניסיון להגשימה נעשה על פי החוק). אכן, יהיו שיחמיצו פנים אל מול כוחם הגובר של תאגידים המסלקים מדרכם מתחרים בכוח ובפועל, ולעומתם יהיו שיקדשו את כלכלת השוק המאפשרת לכוחות השוק לפעול בחופשיות. ואולם, התשובה לשאלה אימתי התעשרות היא "שלא כדין", אינה נחתכת על פי "תחושתו הסובייקטיבית של כל שופט", ולא "רגש הצדק האינדיווידואלי" שלו הוא שיקבע אימתי השבה היא צודקת לפי כללי היושר (דברי הנשיא שמגר בעניין ליבוביץ, עמ' 324, המצטט גם מדברי הנשיא זוסמן בע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153, 156 (1977)). סברתה של החברה כי מודל עסקי בו סוכן ביטוח משמש גורם מתווך בין חברת הביטוח למבוטח – הוא מיושן, וכי למעשה אין עוד צורך בגורם מתווך מעין זה – אין בה כשלעצמה כדי למלא אחר

הדרישה לאותו "יסוד נוסף" שבכוחו להקים עילה בעשיית עושר. הוא הדין באשר לטענה כי האופן בו הוצגו הסוכנים הוא פוגעני ובלתי מדויק, שכן כפי שהוסבר לעיל בהרחבה, מדובר בתיאור הומוריסטי שהצופה הסביר לא צפוי להתייחס אליו ברצינות. ממילא, אין להשקיף על הקמפיין כעל שימוש "בכלים לא קונבנציונאליים", כלשון בית המשפט.

אף איני מקבל את קביעתו של בית משפט קמא כי במקרה דנן קיימים "טעמים חברתיים המצדיקים קביעת כללי תחרות המגבילים את דרך פעולתה של החברה". אף איני נדרש לעצם השאלה אם בכוחם של "טעמים חברתיים" מסוג זה להקים עילה בדיני עשיית עושר (ואציין כי הדברים שבית משפט קמא ציטט מפי, נאמרו בנוגע לאיסור תחרות לא הוגנת כפי שהופיע בהצעת החוק, וכאמור הסעיף הושמט בסופו של יום מנוסח החוק הסופי (עמ' 225-226)). הטעם לכך הוא שהנמקותיו של בית משפט קמא מניחות את המבוקש, במובן זה שהן התבססו על קביעותיו כי החברה לא הציגה את מרכולתה על פי תוכנה האמיתי. דא עקא, שקביעה זו לא נותרה על מכונה. אין לומר אפוא כי החברה "מכרה" לצרכן נתון עובדתי כוזב, וממילא אין לומר כי קמה עילה בעשיית עושר.

[הערה: שאלת היחס בין עוולת תיאור כוזב לדיני עשיית עושר היא שאלה לא פשוטה שטרם הוכרעה (ראו דעת היחיד של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בע"א 5924/97 און הצפון (וינגרטון) בע"מ נ' סודה פופ בע"מ, פ"ד נג(4) 488, 501-500 (1999), שסבר כי המחוקק, בחוקו את עוולת תיאור כוזב, יצר הסדר חיובי וגם הסדר שלילי; אך השוו לביקורתו של גרוסקופף בעמ' 336-340, הסבור כי אין לראות בחקיקת העוולה משום הסדר שלילי השולל את תחולתם של דיני עשיית עושר, וכי עצם מניעת הפרה של כללי התחרות מצדיקה מתן זכות תביעה למתחרה. בנסיבות המקרה דנן, לנוכח מסקנתי כי לא בוצעה עוולה של תיאור כוזב, כי לא נלווה להתנהגות החברה אותו "יסוד נוסף" שבכוחו להקים עילה מכוח דיני עשיית עושר, ומשלא שוכנעתי כי החברה הפרה את כללי התחרות, איני רואה להידרש לכך].

הערות בשולי הדברים

77. מלבד הוראות החוק הכלליות הקבועות בחוק איסור לשון הרע ובחוק עוולות מסחריות, ישנם כללים ספציפיים לגבי תשדירי פרסומת (ראו כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), תשנ"ד-1994 (להלן: כללי הרשות השניה), שנקבעו על ידי מועצת הרשות השניה מכוח סמכותה לפי חוק הרשות השניה

לטלויזיה ורדיו, תש"ן-1990). בגדרם של כללים אלו אף נקבע איסור לשדר פרסומות הממעיטות בערכם של אחרים בדרך שאינה הוגנת או על ידי הטעיה (כלל 6) וכן נקבעו כללים באשר לפרסומת השוואתית (כלל 26). במקרה דנן הלשכה אף הגישה בשעתו בקשה לרשות השניה כי זו תפעל להפסקת אחד התשדירים, מנימוקים הדומים בעיקרם לנימוקי התביעה שהוגשה לבית משפט קמא. אלא שהבקשה נדחתה על ידי הרשות השניה, לאחר שזו מצאה כי אין בתשדיר משום פגיעה בסוכני הביטוח באופן החורג מכללי הרשות השניה ומכללי האתיקה בפרסומות (ראו התכתובת מחודש מרץ 2011 – נספח 4 לכתב ההגנה בבית משפט קמא). מכל מקום, הערעורים דנן אינם מצויים במישור המינהלי ואין הם תוקפים את אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות השניה. ענייננו במישור האזרחי, כך שהדברים הובאו אך למען השלמת התמונה (ואיני נדרש לסוגיה הנכבדה בנוגע ליחס בין נקיטת הליך מינהלי לנקיטת הליך אזרחי, החורגת מענייננו. ראו לעניין זה פסק הדין ברע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל ((19.1.2017).

78. צו המניעה שניתן על ידי בית המשפט קמא צופה גם פני עתיד, לפרסומות שטרם באו לעולם. בהיבט זה, הצו גם עומד בסתירה לעקרון הנוהג בסוגיות של חופש הביטוי, ולפיו בית המשפט יימנע מצנזורה מוקדמת של הביטוי, מה שנתפס כפגיעה קשה יותר בחופש הביטוי (עניין אבנרי; לביקורת על פסק הדין ראו אריאל בנדור "חופש לשון הרע" משפטים כ 561 (תשנ"א-1991)). הגם שפסק הדין בעניין אבנרי ניתן לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הובעה בפסיקה הדעה כי העקרון של אי מניעה מוקדמת נותר על כנו (רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308, 320 (2004). מכל מקום, גם בחלוף למעלה מעשרים שנה לאחר חקיקת חוק היסוד, לא סתתה הפסיקה מהלכה זו (וראו בג"ץ 5239/11 אורי אבנרי נ' הכנסת פסקה 32 לפסק דיני (15.4.2015)). מ

מעבר להיבט חוקתי זה, הרי שצו המניעה הצופה פני ביטוי שטרם בא לעולם, צופן בחובו גם קושי באכיפתו וביישומו, כפי שהוכיחו הליכי בזיון בית משפט שננקטו בעקבות פסק דינו של בית משפט קמא. זאת, לאור ההלכה לפיה צו שיפוטי שאכיפתו מתבקשת צריך להיות ברור וחד-משמעי (ראו, לדוגמה, רע"א 2479/06 ארגון סוכני הדואר נ' חברת דואר ישראל בע"מ פסקה 17 והאסמכתאות שם (9.7.2007)).

79. פתחנו את הדיון בטענות הצדדים בנוגע לקיומה של עילה מכוח חוק איסור לשון הרע. מצאנו כי במישור העקרוני, חוק איסור לשון הרע חל גם על פרסומים מצד גורם מסחרי נגד מתחרהו הנעשים אגב תחרות עסקית. עם זאת, במקרה דנן, גם בהנחה (שאינה נקייה מספקות) כי התשדירים שפורסמו מטעם החברה מהווים "לשון הרע", ובהנחה שלא עומדת לחברה אחת ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, מצאנו כי דין התביעה להיחסם מכוח הוראת סעיף 4 לחוק, בהיותה "לשון הרע על ציבור". קביעה זו עולה בקנה אחד עם קביעתו של בית המשפט המחוזי, ולפיכך דין ערעור הסוכנים בנקודה זו להידחות.

80. משם פנינו לדון בשאלה אם מתמלאים במקרה דנן יסודותיה של עוולת תיאור כוזב. עמדנו על ההיסטוריה של עוולת תיאור כוזב, שמהווה פיתוח קונקרטי של עוולת ה"שקר במפגיע" שמקורה בדין האנגלי. התחקינו אחר הפסיקה והכתיבה באנגליה בנוגע ליישום העוולה בקונטקסט של פרסומת השוואתית, וכן נדרשנו לדין בארצות הברית בנושא זה. על בסיס זה, אימצנו מספר עקרונות בנוגע לעוולת תיאור כוזב, והם: ההבחנה בין תיאור עובדתי (המקים עילת תביעה) להבעת דעה (שככלל אינה מקימת עילת תביעה); מבחן הרצינות – לפיו יש לבחון מה מידת הרצינות שהאדם הסביר צפוי לייחס לפרסום. ודוקטרינת ה-puffery, השוללת קיומה של עילת תביעה מקום בו מדובר בהתבטאויות מוגזמות למיניהן, בעיקר בנוגע להתפארות של סוחר המהלל את סחורתו. יישום הדברים לנסיבות המקרה דנן הוביל למסקנה כי התשדירים אינם מהווים תיאור כוזב: (1) באשר לאופן בו הוצגו הסוכנים – לא זו בלבד שאין מדובר במצב עובדתי, אלא שמדובר במצג פארודי הנעשה על דרך ההגזמה, כך שאין ולו חשש שהצרכן הסביר יתייחס לדברים ברצינות; (2) באשר למידע הנוגע לחברה עצמה – אזי בניגוד לקביעתו של בית משפט קמא, התשדירים לא כללו התחייבות מצד החברה למחירי הפוליסות הזולות ביותר. בנוסף, לפי קביעתו של בית משפט קמא, בכ-65% מהמקרים הפוליסות של החברה אכן זולות יותר. אי לכך, לא ניתן לומר שהחברה הציגה נתון עובדתי כוזב. אשר על כן, התשדירים של החברה לא מהווים תיאור כוזב, ודין ערעור החברה בנקודה זו להתקבל.

81. לבסוף, דנו בשאלה אם במקרה דנן צמחה לסוכנים עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בשל "תחרות לא הוגנת" מצד החברה. עמדנו על בחירתו המכוונת של המחוקק להשמיט עוולה זו מחוק עוולות מסחריות; התייחסות הפסיקה והמחוקק לעילה זו, לפני חוק עוולות מסחריות ולאחריו. קבענו כי במקרה דנן, משעה שסעיף 4

לחוק איסור לשון הרע שלל במפורש קיומה של עילת תביעה בנסיבות דנן, אין "לעקוף" הוראה זו באמצעות היזקקות לדיני עשיית עושר ולא במשפט. מכל מקום, אין לומר כי במקרה דנן מתקיים אותו "יסוד נוסף" שהוכר בפסיקה כמקום עילה בשל תחרות לא הוגנת. ערעור של החברה התקבל אפוא גם בנקודה זו.

82. בטרם סיום, אחזור לדברים שאמרתי בעבר, ולפיהם ראוי שבתי המשפט ינקטו גישה ליברלית בנושא הדיבה המסחרית, תוך מתן משקל ראוי לחופש הביטוי (עמית, עמ' 241). כן אביא מדבריו של השופט (כתוארו אז) גרוניס, שנכתבו באחד מגלגוליו הקודמים של הסכסוך בין לשכת סוכני הביטוח נגד החברה-המערערת דנן. הדברים נאמרו אמנם במסגרת בקשת רשות ערעור על החלטה בבקשה למתן סעד זמני (החלטה שניתנה בשעתו על ידי חברתי, השופטת ברון, בבית המשפט המחוזי בתל אביב), אולם דומה כי הם עומדים בתוקפם ויפים גם למקרה שלפנינו:

"כפי שציין בית משפט קמא, התשדיר מציג באופן היתולי ומוגזם את היתרון שבהתקשרות ישירה של מבוטח עם חברת ביטוח. כמובן, שמדובר בהצגה חד-צדדית, וטבעי שכך הוא לגבי תשדיר פרסומת, הבא לשבח את מרכולתו של המפרסם. יש לזכור, כי מדובר בתחרות מסחרית ועל כן, כמובן שאין מניעה כי המבקשים, שני סוכני ביטוח והארגון המאגד את סוכני הביטוח בישראל, יפרסמו תשדירים בעלי אופי דומה, אך מכיוון הפוך, היינו שידגישו, ואף זאת בצורה היתולית ועל דרך הגזמה, את החסרונות של עשיית ביטוח שלא באמצעות סוכן ביטוח, אלא באופן ישיר. התחרות המסחרית צריכה להתנהל על גלי האתר ובאמצעי הפרסום האחרים ולא בבית המשפט. מובן מאליו שאם קיימת חריגה מן החוק, יאמר בית המשפט את דברו, אך לא שוכנעתי שקיימת הצדקה להתערבות שיפוטית לעת הזו במקרה הנוכחי" (רע"א 6579/06 זילחה נ' ישיר איי די איי חברה לביטוח בע"מ, פס' 2 (13.8.2006)).

והנה, מתברר שעצתו של הנשיא גרוניס לא נפלה על אוזניים ערלות. במהלך הדיון בפנינו ביקשה החברה להקרין בפנינו סרטון פרסומת שהופק מטעם המשיבים. צפינו בסרטון, ומדובר בסרטון בעל מאפיינים דומים עד מאד לתשדירים עליהם נסבים הערעורים דנן. גם הוא מוגזם וגם הוא מציג את החסרונות-כביכול בהתקשרות עם המתחרה (התקשרות עם נציג טלפוני להבדיל מהתקשרות באמצעות סוכן ביטוח). אין בכוונתי להידרש לטענת החברה כי בחירתם של המשיבים להפיק סרטון מסוג זה משתיקה אותם מלהעלות טענות נגד הקמפיין שהפיקה החברה. החשוב לענייננו, שזוהי

הזירה בה ראוי שתתנהל התחרות המסחרית שבין הצדדים, וכל עוד אין מדובר בהתנהלות מפרת חוק – טוב לה שתישמר לזירה זו ולא תזלוג לזירה המשפטית.

83. סוף דבר, שדין ערעור החברה ומנהליה (ע"א 3322/16) – להתקבל.

דין ערעור הסוכנים ולשכת סוכני הביטוח (ע"א 4313/16) – להידחות.

בנסיבות אלו, מתייחר הצורך להידרש לבקשה להוספת אסמכתא שהוגשה על ידי החברה ביום 7.3.2017 (פסק הדין בת.א. (מחוזי ת"א) 45192-12-14 Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ (2.3.2017)), ואציין כי ממילא לא היה באמור בה כדי להעלות או להוריד.

חיוכם של החברה בהוצאות בסך 351,000 ₪ בבית משפט קמא – מבוטל. המשיבים ישאו בשכר טרחת עורכי דינם של המערערים בע"א 3322/16 בסך כולל של 70,000 ש"ח בגין ההוצאות בשני ההליכים.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. קראתי את פסק דינו רחב היריעה והמקיף של חברי השופט י' עמית. אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי ולעיקרי הקביעות בפסק דינו, ואוסיף אך שתי הערות קצרות, שאין בהן כדי להשליך על תוצאת פסק הדין.

ראשית, אעיר כי איני סבור כי "הטריטוריה הטבעית" או "האכסניה הטבעית" (כלשון חברי בפסקאות 16 ו-74) של הסכסוך מושא ערעורים אלה הוא חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק או חוק איסור לשון הרע). אכן, הגדרת "לשון הרע" בסעיף 1 לחוק היא רחבה וחולשת גם על מצבים של "לשון הרע מסחרי", כגון זה דנן (סעיף 1(3) סיפא), אך עיקרו של חוק איסור לשון הרע אינו בטריטוריה העסקית אלא בזכות לשם טוב כנגזרת מכבוד האדם, היינו - האינטרס לכבוד האישי וליחס הכבוד וההערכה מן הסובבים את האדם, שהם חלק מיסודות הקיום האנושי של האדם כיצור חברתי ותנאי להגשמה עצמית של הפרט בחברה (ראו למשל: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999);

רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510 (2001); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (12.11.2006); ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי (27.7.2011), להלן: ענין בן נתן; ד"ר חאלד גנאים, פרופ' מרדכי קרמניצר וד"ר בועז שנור לשון הרע - הדין המצוי והרצוי (2005); אורי שנהר דיני לשון הרע (1997); ועוד רבים זולתם). לעומת זאת, הסוגיה של לשון הרע מסחרי (עוולת תיאור כוזב) והיבטים אחרים של תחרות עסקית לא הוגנת מטופלים באופן קונקרטי בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, אשר כפי ששמו מעיד עליו עוסק באופן ספציפי בעוולות מסחריות, וזאת לצד העולה הנזיקית הוותיקה של "שקר במפגיע", לפי סעיף 58 לפקודת הנזיקין והסדרים חוקיים ספציפיים אחרים העוסקים בהיבטים שונים של עוולות מסחריות.

בענייננו, אף כי הועלו טענות מצד הסוכנים גם במישור הפגיעה האישית, אין ספק כי בעיקרם של דברים מדובר בסכסוך מסחרי.

2. שנית, אני שותף לספקותיו של חברי (פסקה 26) אם אכן הפרסומים במקרה דנן עולים כדי "לשון הרע", אך מכל מקום אין כל ספק כי חל בענייננו הסייג שבסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע השולל עילת תביעה אזרחית במקרה של לשון הרע על ציבור. המקרה דנן הוא מקרה מובהק ביותר של לשון הרע על ציבור (בהנחה שאכן מדובר בלשון הרע), אשר מדגים אף את הצורך והצידוק בסייג זה.

חברי הבחין בצדק בין המקרה דנן לבין המקרה שנדון בענין בן נתן לענין שאלת תחולתו של הסייג שבסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. אכן, גם בענין בן נתן הגיע בית המשפט למסקנה כי חל הסייג שבסעיף 4 לחוק, אך המקרה שם עורר דילמה אמיתית בהיותו מקרה גבולי. למען הגילוי הנאות אציין כי בענין בן נתן הבעתי את עמדתי, בכתב עמדה שהוגש מטעמי כיועץ המשפטי לממשלה באותה עת, כי אין לראות את הוצאת הדיבה על חיילי צה"ל שלחמו בג'נין כלשון הרע על "ציבור", אלא כלשון הרע המתייחס לכל אחד מהחיילים שהרכיבו את "הקבוצה" נגדה פורסם לשון הרע, באופן המקיים לכל אחד מהם עילת תביעה אישית. זאת, נוכח העובדה שפרסום לשון הרע נעשה בנסיבות בהן ניתן לראות בכל אחד ואחד מחברי הקבוצה כמי שנפגע אישית מדברי הבלע הקשים והפוגעניים שהופנו נגדם, בין היתר באשר מדובר בקבוצת אנשים מסוימת ומוגדרת, ובאשר המעשים שיוחסו להם היו מעשים מסוימים ומפורטים שהובאו בסרט שעטה חזות דוקומנטארית, וזאת להבדיל מהשמצה כללית או דברים כללים הנאמרים על ציבור על דרך ההפרזה. כמצוין לעיל, בית משפט זה מצא כי למרות האמור חל גם במקרה זה הסייג של סעיף 4 לחוק. ברם חשוב להדגיש כי בית המשפט לא שלל אפשרות של תביעה אישית גם מקום בו פרסום לשון הרע מתייחס

לקבוצה, ולא באופן אישי לאדם ספציפי, מקום שניתן להצביע על זיהוי וקשר, גם אם משתמע ועקיף ולא מפורש, בין הפרסום לתובע הספציפי (ראו פסקאות 30-48 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; פסקה 12 לפסק דינו של השופט י' עמית).

אכן, ההבחנה בין מקרים בהם לשון הרע ייחשב כ"לשון הרע על ציבור", לענין תחולת הסייג שבסעיף 4 לחוק, לבין מקרים בהם אף שהדברים יוחסו לקבוצה של בני אדם ניתן לראות בהם לשון הרע על כל אחד מיחיד הקבוצה או על חלקם, אינה הבחנה פשוטה, והיא צריכה להיבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו. ברם הבחנה זו שרירה וקיימת. מצאתי לנכון להזכיר הבחנה זו כאן, שכן להבדיל מהמקרה דנן בו תחולת הסייג שבסעיף 4 היא כאמור ברורה ומובהקת, ישנם מקרים ומצבים בהם פרשנות מרחיבה של הסייג עלולה להוביל לתוצאות לא רצויות ולא צודקות, וראוי ורצוי אפוא לשמר גמישות בהחלת סייג זה.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו המקיף והממצה של חברי השופט י' עמית, על נימוקיו.

בעוד המערערים משמשים כסוכני ביטוח (להלן: הסוכנים), המשיבה משווקת את פוליסות הביטוח שלה באופן ישיר – ללא סוכנים (להלן: החברה). האסטרטגיה השיווקית של החברה היא לקנות לעצמה נתח בשוק הביטוח על חשבונם של הסוכנים, וזאת באמצעות קמפיין המציג את תפקידו של סוכן הביטוח כמיותר וכמייקר את עלויות הביטוח. "קמפיין השוקה" כולל שורת תשדירים שבמרכזם פרודיה על סוכן ביטוח בדוי – יהושע (שוקה) טל. תשדירים אלה, ובמיוחד דמות המזכירה המשוחקת להפליא על ידי שני כהן, עשו דרכם כמעט לכל סלון ובית בישראל, ואף הפכו זה מכבר ל"קאלט" עממי. הקמפיין עשוי בכישרון רב וזכה להצלחה מסחררת, תוך מיתוג החברה בקריאה לציבור "להפסיק לממן סוכן". לא מצאנו פסול באסטרטגיה השיווקית העומדת מאחורי קמפיין השוקה. הגדלת נתח שוק, ואף השתלטות עליו על חשבונם של המתחרים, היא מטרה לגיטימית כשלעצמה – וזאת בכפוף כמובן לאופן שבו היא מבוצעת בפועל. ובענייננו, אין ממש בעמדת הסוכנים כי הקמפיין חותר תחת כללי תחרות הוגנת, או כי מדובר ב"שיימינג" עסקי.

אכן, הקמפיין מגחיק את תפקיד סוכן הביטוח ומציגו באור גרוטסקי וארכאי. ואולם בעוד חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 נועד להגן על נכס פרטי של אדם שהוא שמו הטוב, הקמפיין כלל אינו מכוון כלפי סוכן ביטוח מסוים, אלא כלפי ציבור בלתי מסוים של סוכני הביטוח. משכך, ועל פי סעיף 4 לחוק, גם אם היה בתשדירים משום לשון הרע נגד הסוכנים – בכל מקרה אין בה עילה לתובענה נגד החברה. ובהעדר עילה לפי חוק איסור לשון הרע, שהוא חוק ספציפי, ממילא לא קמה לסוכנים עילה כללית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. אף אין לומר כי יש בקמפיין משום "תיאור כוזב" של הסוכנים. כפי שהיטיב להבהיר חברי השופט ענמית, עוולת תיאור כוזב מכוונת בעיקרה נגד פרסום מידע כוזב בעל אופי עובדתי – ולא כנגד הבעת דעה, הערכה או דברי התפארות. פרט לכך, הצגת הדברים בקמפיין היא על דרך הפרודיה והגוזמה, באופן היתולי ומשעשע, שיש בו כדי לרכך עד מאוד את הפגיעה הנטענת בסוכנים. בנסיבות אלה, וכאשר ברור לכל כי מפרסם התשדירים הוא מתחרה עסקי של הסוכנים – אין חשש כי המסר, שלפיו סוכן הביטוח הוא נהנתן ומיושן, יתקבל ברצינות על ידי הצרכן הסביר; כל מסקנה אחרת יש בה כדי להמעט מערכו של הצרכן, ומשום סכנה לתחרות העסקית החופשית בכלל. קמפיין השוקה הוא אפוא כלי שיווקי שבו עושה החברה שימוש במסגרת התחרות העסקית בינה לבין הסוכנים, תוך שמירה על כללי תחרות הוגנת. קמפיין זה חוסה תחת חופש הביטוי המסחרי, ואין מקום למנוע מן החברה את פרסומו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ד' באייר התשע"ז (30.4.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט