

- א נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ
נגד
1. הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו
2. מנכ"ל הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, מוטי שקלאר
ב 3. ראש אנף פרסומת (בפועל) ברשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, סיגלי ביטון
4. מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[1.9.2004]

לפני הנשיא א' ברק והשופטים א' גרוניס, ס' ג'ובראן

העותרת היא חברה המשווקת מוצרי מזון, ובכללם ארוחת אטריות להכנה מהירה, המכונה "מג'יק נודלס". ביום 24.12.2003 החלו ערוצי הטלוויזיה, "ערוץ 2" ו"ערוץ 10", שהם הערוצים המסחריים האוחזים בויכיון מטעם המשיבה 1 (להלן – הרשות), לשדר תשדיר פרסומת שהפיקה העותרת למוצר "מג'יק נודלס". בפרסומת נראה גבר, המגולם בידי השחקן צחי נוי, כשהוא מנסה להניח ידו על כתפה של אישה תאילנדית. להפתעתו, האישה אינה נענית לו ומכה אותו אפיים ארצה. הגבר שואל: "מה עשיתי?" אז נשמע קול קריינית, האומרת: "תירגע, נור'לה, לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות, אבל מג'יק נודלס כן". שישה ימים לאחר התחלת שידור הפרסומת החליטה הרשות להורות על הפסקת שידור הפרסומת בנימוק שהאמידות הכלולות בפרסומת מבזות נשים תאילנדיות ומשפילות אותן על רקע שיוכן הקבוצתי, וכי הפרסומת פוגעת בטעם הטוב, מגלה הפליה, אלימות ורמיזות מיניות בולטות. מכאן העתירה.

בית-המשפט העליון פסק:

א. (1) משפטנו כבר הכיר בביטוי המסחרי כביטוי הנכלל בזכות החוקתית המוגנת לחופש ביטוי. זאת, משום שרבים מהרציונלים המצדיקים הגנה על חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי חלים אף בתחום הביטוי המסחרי. זהו ביטוי המספק מידע חיוני לציבור הצרכנים. הוא מקדם את התחרות הפתוחה והחופשית בשוק המודרני, וככזה אף מבטיח את חופש העיסוק של המשווק. כן יש בו לממש את האני-היצירתי של הפרט המתבטא. לא אחת הוא אף מהווה את עיסוקו ואת מקור הכנסתו של המפרסם (526א – ג).

- (2) עם זאת מוסכם שהביטוי המסחרי אינו נמצא בלב מעגלי ההגנה החוקתית על חופש הביטוי, לכן למשל בנסיבות של פגיעה חמורה ומשמעותית ברגשות ניתן להתיר הגבלה של הביטוי המסחרי מקום שלא הייתה מותרת הגבלת ביטוי פוליטי (2526ג-ד).
- א. (1) במגוון סוגי הביטוי המסחרי קיימת הצדקה מיוחדת להטלת מגבלות על תשדיר הפרסומת בטלוויזיה המסחרית. מדובר באמצעי פרסומי רב עוצמה הנישא על תווך שבבעלות הציבור. זהו כלי זמין לשימוש בידי כל מפרסם (ובלבד שימציא את הסכום הנדרש), בעלויות נמוכות יחסית (לעומת מידת החשיפה), ואיכותו נתונה לביקורת עצמית בלבד (להבדיל משידורים אחרים, שעוברים מיון וסיווג טרם שיבוץ בלוח השידורים) (2526ה-ה).
- ב. (2) הפרסומת גם מהווה כלי נגיש לצפייה בפני ציבור עצום ורב של צרכני הערוצים, אשר לא אחת הוא "קהל שבו", הצופה בתכנית מסוימת ונאלץ להיחשף, שלא מבחירתו, לפרסומות המפלחות אותה (2526ה-ו).
- ג. (3) בנסיבות אלה קם החשש מפני ניצול לרעה של "משאב" זה באמצעות פרסום מזיק, מטעה, בלתי הוגן או בלתי מוסרי. חשש זה מצדיק קביעת כללים שיגבילו את "חירות הפרסומת", ויפגעו בפועל בחופש הביטוי המסחרי. אולם אף על פגיעה כזו לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה החוקתית. על הפגיעה להיעשות לתכלית דאוויה כן שבאישור הפרסומת או בפסילתה לא יישקלו שיקולים שאינם ממין העניין, וכן על הפגיעה להיות מידתית (2526ז-ז).
- ד. (1) כללי האתיקה שקבעה הרשות (כמו גם החקיקה המסמיקה) מנוסחים ביד רחבה ביותר תוך שהם משתמשים בביטויים כלליים ועמומים ("הטעם הטוב", "רגשות הציבור", "רמיזות מיניות", "תפיסה עממית") כבסיס להגבלת חופש הביטוי המסחרי של מפרסמים (1525).
- ה. (2) לאור נוסחם הרחב מני ים של כללי האתיקה ראויים הם לפירוש זהיר ואחראי כך שפגיעתם בחופש הביטוי תצטמצם אך למידה ההכרחית למימוש תכליותיהם (1526-1527א).
- ו. (1) במקרה הגדרון התמונות המשודרות בפרסומת אינן חורגות מן המקובל והסביר בפרסומות, והרימוז המיני המופיע בהן הוא מינורי. ככל שיש בפרסומת פגמים כפי שמצאה בה הרשות הם מופיעים בדברי הקריינות, ולא בפן הוויזואלי של הפרסומת. אשר-על-כן הפסילה הקטגורית של הפרסומת על-ידי הרשות איננה מידתית (2527ב-ג).
- ז. (2) האמירה "לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות", בהקשר שבו היא מופיעה בפרסומת, אינה פוגעת כמועם הטוב במידה המצדיקה את פסילת הפרסומת. באיזון התועלת שבפסילת הפרסומת אל מול העלות שבשילת חופש הביטוי המסחרי של העותרת, ידה של האחרונה על העליונה. מדובר באמירה מתחכמת, העושה שימוש בביטויים מן הלשון המינית העממית תוך הסבתם לתיאורי המוצר. גם אם הביטויים אינם ערבים לאוזנו של אדם זה או אחר, עדיין קשה לראות בהם פגיעה

- קרובה לוודאי, אף לא פגיעה חמורה ומשמעותית, ברגשות הציבור באופן שיכול להצדיק את פסילתה על-פי המבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה (527ה – 1).
- (3) החשש שהועלה על-ידי המשיבים, כי הפרסומת תעורר הטרדה מינית או הפליה כנגד נשים תאילנדיות, נראה מרחיק לכת, והמשיבים לא הראו שום ביסוס לכך שהפרסומת, ששודרה כ-50 פעמים לפני פסילתה, עוררה תגובות מחאה כלשהן (1527).
- (4) כללו של דבר, מדובר בפרסומת בעלת גוון היתולי, גם אם וולגרי. הדרך להיאבק בתופעה הרווחת של שימוש בשפה וולגרית בלשון היומיומית איננה בשלילת חופש הביטוי ממשווקים ומפרסמים (528א).
- (5) מקום שבו רבים מתשרירי הפרסום – ולמעשה שידורי הטלוויזיה כולם – רוויים דימויים מיניים ואלים, קשה לקבל את נחישותה של הרשות לפסול כליל דווקא את הפרסומת מושא עתירה זו. זו החלטה קיצונית, הפוגעת פגיעה בלתי מידתית בתופש הביטוי המסחרי של העותרת. ככזו היא חורגת ממתחם שיקול-הדעת הסביר שהוקנה למשיבים, ודינה להתבטל (528ב).

א

ב

ג

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, תש"ן-1990, סעיפים 24, 24(א)(6), 46(א)(4), 88.

ד

חקיקת משנה שאוזכרה:

- כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת), תשנ"ד-1994, כללים 3, 3(ד), 4א.
- כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), תשנ"ד-1994, כללים 3, 5, 14, 29.

ה

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומ"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1.
- [2] בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178.
- [3] בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751.
- [4] בג"ץ 4520/95 טמפו תעשיות בידה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (לא פורסם).
- [5] בג"ץ 1858/96 אסם, השקעות בע"מ נ' רשות השידור (לא פורסם).

ו

ז

עתירה למתן צו-על-תנאי. הדיון – כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירה נתקבלה. הצו-על-תנאי נעשה מוחלט.

א

ארז הרכבי – בשם העותרת;
יאיר עשהאל, ליאת בנמלך – בשם המשיינים.

ב

פסק-דין

הנשיא א' ברק

ג

עתירה נוספת שעניינה מרחב שיקול-הדעת המוקנה לרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, בבואה לפסול שידור פרסומת מסחרית בערוצי הטלוויזיה שבפיקוחה.

העובדות

ד

1. העותרת היא חברה המשוקת מוצרי מזון שונים, ובכללם ארוחת אטריות להכנה מהירה, המכונה "מג'יק נודלס". המשיבה 1 (להלן – הרשות) היא תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 (להלן – חוק הרשות השנייה), ותפקידה קיום שידורים ופיקוח עליהם בהתאם להוראות החוק. המשיבה 4 (להלן – המועצה) היא הגוף העומד בראש הרשות. המשיב 2 הוא מנהלה הכללי של הרשות. לו הסמכות לאשר תשדירי פרסומת בערוצי הטלוויזיה שניתן להם זיכיון מטעם הרשות או לפוסלם (כללים 3 ו-4 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אישור מוקדם של תשדירי פרסומת), תשנ"ד-1994 (להלן – כללי האישור)). המשיבה 3 היא האחראית בפועל על אגף הפרסומות ברשות.

ה

ו

2. ביום 24.12.2003 החלו ערוצי הטלוויזיה, "ערוץ 2" ו"ערוץ 10", שהם הערוצים המסחריים האוחזים בזיכיון מטעם הרשות (להלן – הערוצים), לשרד תשדיר פרסומת שהפיקה העותרת למוצר "מג'יק נודלס". בפרסומת נראה גבר, המגולם בידי השחקן צחי נוי, כשהוא מנסה להניח ידו על כתפה של אישה תאילנדית. להפתעתו, האישה אינה נענית לו ומכה אותו אפיים ארצה. הגבר שואל באנגלית שבורה: "מה עשיתי?". אז נשמע קול קריינית, האומרת: "תירגע, נודילה, לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות, אבל מג'יק נודלס כן". בד בבד מתחלפת תמונת הרמיות בתמונת המוצר (להלן – הפרסומת). הפרסומת שודרה בשני הערוצים משך שישה ימים, עד ליום 29.12.2003, ובסך הכול חמישים פעמים. בנוסף שודרה הפרסומת עוד חמש-עשרה פעמים בערוץ 24 (ערוץ המוסיקה הישראלית), שאינו מפוקח על-ידי הרשות.

ז

3. ביום 29.12.2003 הודיעה הרשות לערוצים ולעותרת כי "ועדת אד הוק פרסומות" החליטה לאסור על שידור הפרסומת והורתה על הפסקת שידורה החל מיום 30.12.2003. ההחלטה נומקה בכך שבאמירה "לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות" יש "משום פגיעה ברגשות הציבור, בטעם הטוב ובכבוד האישה", וככזו היא עומדת בניגוד לכלל 3 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), תשנ"ד-1994 (להלן – כללי האתיקה). העותרת הגישה ערר על החלטה זו למועצה (לפי כלל 3(ד) לכללי האישור). הערר נדחה. בהחלטתה (מיום 6.1.2004) קבעה "ועדת ערר פרסומות" של המועצה כי הפרסומת, הזמינה לקהל שבוי, ובפרט דברי הקריינית בה, פוגעים בנשים התאילנדיות, מבזים אותן ומשפילים אותן על רקע שיוכן הקבוצתי ומציגים את האישה כ"אובייקט מיני" ואת הגבר כמי שנוהג ב"וולגריזם קיצוני". נוכח זאת נקבע שהפרסומת פוגעת בטעם הטוב ומגלה הפליה, אלימות ורמיזות מיניות בוטות, ולכן דינה להיפסל בהתאם לכללים 3, 5 ו-14 לכללי האתיקה. נגד החלטות אלה מופנית עתירה זו. יצוין שבעקבות פסילת הפרסומת הציעה העותרת לרשות תסריט חלופי, שנדחה אף הוא. ערר שהוגש ביחס להחלטה זו נדחה גם כן, אולם העתירה הנוכחית אינה עוסקת בתסריט החלופי אלא רק בפרסומת המקורית, שנפסלה מתחילה. בהסכמת הצדדים, אנו רואים בעתירה כאילו הוצא בה צרעל-תנאי.

הטענות

4. העותרת טוענת כי ההחלטה לפסול את הפרסומת חורגת ממיתחם שיקול-הדעת שהוקנה לרשות בחוק ובכללים, והיא פוגעת בפגיעה שאינה כדין בחופש הביטוי המסחרי של העותרת ובחופש העיסוק והתחרות שלה. לשיטת העותרת, הפרסומת אינה פרוכוקטיבית או פוגענית כלל הן משום שתכניה תמימים והומוריסטיים במופגן (ולכל היותר מציגים דווקא את האישה כצד החזק), הן מפני שלא קיים קהל רלוונטי העלול להיפגע מן הפרסומת. העותרת מונה שורה ארוכה של פרסומות ותשדירים מסוגים אחרים, שאושרו לשידור על-ידי הרשות אף שכללו תכנים פרוכוקטיביים וסטראוטיפיים מובהקים. מכך לומדת העותרת שהחלטת הרשות בעניינה נגועה אף בהפליה ובשיקולים זרים. כן מלינה העותרת על האופן שבו נהגה הרשות בפרשה זו – מתן החלטה קטגורית על פסילת הפרסומת בלי לבוא במגע עם העותרת ולאפשר לה לטעון לזכותה, ותוך יידוע מידי של התקשורת בדבר הפסילה. לבסוף מציינת העותרת את הגזקים החומריים הקשים שייגרמו לה מפסילת הפרסומת שהינה עמוד התווך במסע פרסום כולל למוצרה.

5. המשיבים מצדם טוענים כי ההחלטה לפסול את הפרסומת מצויה בגדר שיקול-הדעת המותר לרשות. לגוף הפרסומת נטען שזו מציגה סטראוטיפ פסול של

האישה התאילנדית כאישה "זולה" ו"קלוז להשגה", הזמינה ככלל לקשר מיני, ומנציחה אותו. נטען שמדובר במסר מפלה, מבזה, משפיל ומטריד, הפוגע בנשים כולן, ובייחוד בקבוצת הנשים התאילנדיות, שהיא קבוצת מיעוט חלשה מקרב ציבור העובדות הזרות בארץ. ככזו, דין הפרסומת להיפסל לפי כללים 3, 5 ו-14 לכללי האתיקה. המשיבים מדגישים שההגנה על הביטוי המסחרי במשפטנו חלשה מן ההגנה הנתונה לביטויים אחרים. בדומה, ההגנה על הביטוי בפרסומת מסחרית חלשה מן ההגנה על שידורים טלוויזיוניים אחרים. ראיה לכך מצויה לשיטתם הן בפסיקותיו של בית-משפט זה הן בסמכות הרחבה שניתנה למועצה בחוק לפקח על תוכני הפרסומות בערוצים המסחריים. משכך, טוענים המשיבים שהאיזון שנעשה על-ידיהם הוא נכון, ומכל מקום הוא מצוי בלבו של מיתחם שיקול-הרעת, שבו אל לבית-המשפט להתערב. המשיבים אף מציגים החלטות דומות שקיבלו גופי הפיקוח על הפרסום הטלוויזיוני באנגליה. כן הם דוחים את טענת העותרת בדבר אכיפה סלקטיבית של כללי האתיקה.

ההסמכה

6. סעיף 24(א)(6) לחוק הרשות השנייה קובע כי המועצה:

ת "תקבע כללים בכל הנוגע לשידורים, לביצועם ולפיקוח עליהם, ככל הנראה לה דרוש להגשמת מטרות חוק זה. ולרבות בדבר –

...

ה (6) נושאים, סגנונם, תכנם, היקפם ועיתויים של שידורי פרסומת המתירים לפי חוק זה;".

ואילו סעיף 88 לחוק הרשות השנייה, שעניינו פרסומות, מפרט כי המועצה:

ת "תקבע כללים בכל הקשור לשידורם של תשדירי פרסומת, בין היתר, בנושאים אלה:

...

2) נושאי פרסום האסורים לשירור כתשדירי פרסומת, דרך כלל, בנסיבות מסויימות או בשל היותם פוגעים בטעם הטוב או ברגשות הציבור;".

ת על נפקות הכללים שהמועצה הוסמכה לקבוע מורה סעיף 46(א)(4) לחוק הרשות השנייה:

"בעל זכיון לא ישדר שידורים שיש בהם –

(4) הפרת איסור שקבעה המועצה בכללים לפי הוראה אחרת של חוק זה".

בהתאם להוראות סעיפים 24 ו-88 לחוק הרשות השנייה, קבעה המועצה בשנת 1994 את כללי האתיקה. הכללים מחויקים עשרות הוראות, הנחיות והגבלות, האוסרות על בעלי הזכיון לשדר סוגים רבים של פרסומות עקב תוכנו, אופן עריכתן, קהל היעד שלהן, וכדומה. בין הכללים הרבים, נסמכת הרשות בענייננו על שלושה:

3. לא ישדר בעל זכיון תשדיר פרסומת שיש בו משום פגיעה בטעם הטוב, בכבודו של אדם או ברגשות הציבור.

5. לא ישדר בעל זכיון תשדיר פרסומת שיש בו הסתה לגזענות, לאפליה או לפגיעה באדם או בקבוצת בני אדם.

14. מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 3, לא ישדר בעל זכיון תשדיר פרסומת הכוללת הצגה של יחסים מיניים, רמיזות מיניות, אדם כקורבן של אלימות מינית או כיוזם אלימות מינית אלא אם כן קיים ענין ציבורי מובהק בכך, במידה המתחייבת להוראות כל דין".

מטעמים השמורים עמה לא מנתה הרשות בהחלטת הפסילה כלל נוסף מבין כללי האתיקה, אשר לכאורה יכול לשמשה אף הוא:

29. לא ישדר בעל זכיון תשדיר פרסומת שיש בו ניצול לרעה של דעה קדומה, תפיסה עממית שגויה, טעות רווחת, אמונה שיסודה בטעות, תווית חברתית פסולה, בורות או תמימות אפשיים בקרב הצופים".

7. עניינו הרואות: כללי האתיקה (כמו החקיקה המסמיכה) מנוסחים ביד רחבה ביותר תוך שימוש בביטויים כלליים ועמומים ("הטעם הטוב", "רגשות הציבור", "פגיעה באדם", "רמיזות מיניות", "תפיסה עממית"). על פניהם, מסמיכים הכללים את הרשות לפסול תשדירי פרסומת רבים מאוד, ואולם שיקול-דעתה של הרשות מתוחם לא רק בהגדרות הכוללניות של כללי האתיקה; הוא מתוחם גם בגררי המשפט המינהלי והמשפט החוקתי. על שיקול-הדעת של הרשות בבואה ליישם את הכללים להיות סביר ומידתי. עליו להתחשב בתכלית (הספציפית) שלשמה הוסמכה המועצה לקבוע את הכללים. כן עליו להתחשב בתכלית (הכללית) של כל פעולות המינהל – הגנה על המשטר הדמוקרטי ועל זכויות האדם.

התכליות

- א 8. אין חולק שחוק הרשות השנייה מסמך את המועצה לפגוע בחופש הביטוי המסחרי באמצעות קביעת כללי האתיקה ואכיפתם. משפטנו כבר הכיר בביטוי המסחרי כביטוי הנכלל בזכות החוקתית המוגנת לחופש ביטוי (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומורלות (1981) בע"מ נ' רשות השידור (להלן – פרשת קידום (1)); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (להלן – פרשת יפאורה (2)), בעמ' 181).
- ב רבים מהרציונלים המצדיקים הגנה על חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי חלים אף בתחום הביטוי המסחרי. זהו ביטוי המספק מידע חיוני לציבור הצרכנים. הוא מקדם את התחרות הפתוחה והחופשית בשוק המודרני, וככזה אף מבטיח את חופש העיסוק של המשוק. כן יש בו לממש את האני-היצירתי של הפרט המתבטא. לא אחת הוא אף מהווה את עיסוקו ומקור הכנסתו של המפרסם. עם זאת מוסכם שהביטוי המסחרי אינו נמצא בלב מעגלי ההגנה החוקתית על חופש הביטוי (פרשת קידום (1)); בג"ץ 5118/95 מאיו טימון פרטום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (להלן – פרשת מאיו (3)), בעמ' 755). לכן למשל בנסיבות של פגיעה חמורה ומשמעותית ברגשות ניתן להתיר הגבלה של הביטוי המסחרי מקום שלא הייתה מותרת הגבלת ביטוי פוליטי.
- ד 9. במגוון סוגי הביטוי המסחרי דומה שקיימת הצדקה מיוחדת להטלת מגבלות על תשדיר הפרסומת בטלוויזיה המסחרית. מדובר ב"אמצעי פרסומי רב-עוצמה" (בג"ץ 4520/95 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (להלן – פרשת טמפו (4))), הנישא על תווך שבבעלות הציבור. זהו כלי זמין לשימוש בידי כל מפרסם (ובלבד שימציא את הסכום הנדרש) בעלויות נמוכות יחסית (לעומת מידת החשיפה), ואיכותו נתונה לביקורת עצמית בלבד (להבדיל משידורים אחרים, שעוברים מיון וסיווג טרם שיובו בלוח השידורים). הוא וגיש לצפייה בפני ציבור עצום ורב של צרכני הערוצים, אשר לא אחת הוא "קהל שבו", הצופה בתכנית מסוימת ונאלץ להיחשף, שלא מבחירתו, גם לפרסומות המפלהות אותה. בנסיבות אלה קם החשש מפני ניצול לרעה של "משאב" זה באמצעות פרסום מזיק, מטעה, בלתי הוגן או בלתי מוסרי (ראו: פרשת טמפו (4) וכן פרשת מאיו (3)), בעמ' 756). חשש זה מצדיק קביעת כללים שייגבילו את "חירות הפרסומת" ויפגעו בפועל בחופש הביטוי המסחרי, אולם אף על פגיעה כזו לעמוד בתנאיה של פיסקת ההגבלה החוקתית. על הפגיעה להיעשות לתכלית ראויה כך שבאישור הפרסומת או בפסילתה לא יישקלו שיקולים שאינם ממין העניין (השוו: בג"ץ 1858/96 אטס, השקעות בע"מ נ' רשות השידור (5)). על הפגיעה להיות מידתית: הפחתה ביותר האפשרית כדי להסיר את הפגם שבפרסומת; בעלת קשר הגיוני לפגם שמבקשים להסיר; שהשלכותיה תהיינה פחותות מן היתרון שבקיומה. אכן, כללי האתיקה,

הרחבים מני ים לפי לשונם, ראויים לפירוש זהיר ואחראי כך שפגיעתם בחופש הביטוי תצטמצם אך למידה ההכרחית למימוש תכליותיהם.

היישום

10. צפיתי בפרסומת. האזנתי לקריינות המלווה אותה. ראשית יש להבהיר שככל שיש בפרסומת מן הפגמים שמצאה בה הרשות, הרי שאלה מצויים רק בדברי הקריינות הנשמעים בסופה, ולא בהיבט הוויזואלי שלה. התמונות המופיעות בפרסומת אינן חורגות כלל מן המקובל והסביר בפרסומות ובשידורים אחרים בטלוויזיה כיום. הרימוז המיני הוא מינורי (בחזר המתקרב לבחורה ומבקש להניח יד על כתפה; שניהם בלבוש מלא), ואף האלימות (הכאת הבחור על ידי הבחורה) מסוגנת וקריקטוריסטית. אכן, הקושי בפרסומת מתעורר רק למשמע דברי הקריינות, "לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות". מהחלטות הרשות ומטיעוניה בפנינו ניתן להבין שאף בראייתה דברי הקריינות הם שהיו העילה לפסילה. די בכך כדי להסיק שעמדתה הקיצונית של הרשות ביחס לפרסומת – פסילה קטגורית – לא הייתה מידתית. לכל הפחות, היה על הרשות להחיר את שידור הפרסומת תוך מחיקת דברי הקריינות. אמנם, ספק אם העותרת הייתה נענית להצעה כזו – שכן הקריינות היא שקושרת את סרטון הפרסומת למוצר המשווק – אולם מחובתה של הרשות היה לבחון ראשית את האפשרות הפוגעת פחות בחופש הביטוי המסחרי של העותרת, ורק נוכח דחיית אפשרות זו להורות על פסילה גמורה של הפרסומת. יהא אשר יהא, עדיין נדרשים אנו לקבוע אם דברי הקריינות נופלים לגדר הפירוש הנכון של כללים 3, 5 ו-14 לכללי האתיקה, או שמא היה על הרשות להחיר את שידור הפרסומת כלשונה.

11. לדעתי, האמירה "לא כל תאילנדית חמה ומוכנה בתוך ארבע דקות" בהקשר שבו היא מופיעה בפרסומת אינה פוגעת בטעם הטוב במידה המצדיקה את פסילת הפרסומת. באיוון התועלת שבפסילת הפרסומת אל מול העלות שבשלילת חופש הביטוי המסחרי של העותרת, ידה של האחרונה על העליונה. מדובר באמירה מתחכמת, העושה שימוש בכיטויים מן הלשון המינית העממית תוך הסבתם לתיאורי המוצר. גם אם הביטויים אינם ערבים לאוזנו של אדם זה או אחר, עדיין קשה לראות בהם פגיעה קרובה לוודאי, אף לא פגיעה חמורה ומשמעותית, ברגשות הציבור (כלשון המבחנים שהוצעו בפרשת קידום 11). טרם פסילתה שודרה הפרסומת למעלה מ-50 פעמים. למרות זאת לא הציגו בפנינו המשיבים נתונים על אודות מחאה של קהל כלשהו נגד הדברים (ראו, בדומה, פרשת מאיו [3], בעמ' 757). המשיבים טוענים כי הפרסומת פוגעת דווקא בציבור מוחלש (נשים תאילנדיות בישראל), שקולו אינו נשמע, אך החשש מפני הסתה להפליה או להטרדה מינית נגד נשים תאילנדיות נראה לי מרחיק לכת (ראו פרשת

א יפאורה [2], בעמ' 184). ככלות הכול, מזוכר בפרסומת היתולית, שההקשר ההומוריסטי שלה ניכר לכל אורכה. אין הכרח לאהוב אותה. ניתן, ואולי אף ראוי, להצר על כך שהולגרות הייתה למאפיין של הלשון היומיומית במחזורתינו, ואולם הדרך להיאבק בתופעה זו אינה בשלילת חופש הביטוי המסחרי ממשווקים וממפרסמים היושבים בתוך עמם. אכן, מקום שבו רבים מתשדירי הפרסום – ולמעשה שידורי הטלוויזיה כולם – רוויים דימויים מיניים ואלמים, קשה לקבל את נחישותה של הרשות לפסול כליל דווקא את הפרסומת מושא עתירה זו. זו החלטה קיצונית, הפוגעת פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי המסחרי של העותרת. ככזו היא חורגת ממיתחם שיקול-הדעת הסביר שהוקנה למשיבים. דינה להתבטל.

ג 12. משבאתי למסקנה זו איני נצרך לרונן בטענות נוספות שהועלו בעתירה, ואשר נענו רק בחלקן על-ידי המשיבים. כך, תיוותר בצריך עיון שאלת הפגיעה בחופש העיסוק של העותרת. לא אדרש אף לטענתה של העותרת כאילו ההחלטה לפסול את הפרסומת נבעה משיקולים זרים של הרשות, המעדיפה "להיטפל" לפירמה קטנה יחסית, שתקציב הפרסום שלה מוגבל, ולא לפירמות הגדולות, ובדרך זו להנציח את הכנסותיה מפרסום תוך יצירת מראית עין של מאבק בפרסום פסול. לא הונחה כל תשתית עובדתית לביסוס טענה זו, ומשנתקבלה טענתה הבסיסית של העותרת, אין בה עוד צורך.

ה 13. התוצאה היא שהעתירה מתקבלת. החלטותיהן של "ועדת אד הוק פרסומות" (מטעם המשיבה 1) ושל "ועדת ערר פרסומות" (מטעם המשיבה 4) נהפכות. הפרסומת תותר לשידור במתכונתה המקורית. המשיבה 1 תישא בהוצאות העותרת בסך 20,000 ש"ח.

השופט א' גרונניס
אני מסכים.

השופט ס' ג'ובראן
אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא ברק.
ניתן היום, ט"ו באלול תשס"ד (1.9.2004).