



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

לפני כבוד השופט גרשון גונטובניק

התובעים:

1. אריאל זילבר

ע"י ב"כ- עו"ד שושנה זילבר

2. אקו"ם - אגודת קומפוזיטורים,

מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ
ע"י ב"כ - עוה"ד נחום גבריאל ויעל קלמנוביץ'
זליגסון גבריאל ושות'

נגד

הנתבעת:

שידורי קשת בע"מ

ע"י ב"כ - עוה"ד מוטי ארד, עופר ולך ונועה מונרוב
רון גזית, רוטנברג ושות'

פסק-דין

1 האם הפרה חברת שידורי קשת בע"מ את ההסכמים שחתמה עם אקו"ם (אגודת קומפוזיטורים,
2 מחברים ומו"לים למוסיקה) שעה ששילבה את שירו של אריאל זילבר בסרטון שהפיקה ושידרה?
3 והאם הפרה את זכויותיו ובהן את הזכויות המוסריות ביצירותיו, שדיני הקניין הרוחני מכירים
4 בהן? וכיצד משליכים הסכמי רישיון השמיכה על הזכויות המוסריות של היוצר? שאלות אלה
5 ואחרות תעמודנה לדיון ולהכרעה.

6 פתח דבר

7 1. זכה אריאל זילבר והאמנות שיצר כבר הותירה חותם בנוף השירה שלנו – בתרבות הישראלית.
8 הוא זכה ואנו זכינו. בין יצירותיו ניצב השיר "חולם" לו כתב את המילים והלחן. ומה יפה הוא
9 הלחן ומה יפות הן המילים: "עוד מעט קאט ונגמר הקיץ עבר זכרונות בני חלוף אהבות על
10 החוף; אך הפעם לא אשכח מן הסתם עוד נשארה התחושה ותקוות לתקופה חדשה" ומה יפה
11 הוא הפזמון "חולם חי ונושם חולם אין לו שם הלב עוד הולם כמו פעם; אוהב לא מתעצב
12 הגבול הוא הלב ראשו מתערבב בשמיים". וגם ההמשך: "קשת פרוסה בענן ידעתי לאן
13 נסתמות טענותי שאלו ידידי: המצאת? כן ענית, ודאי!" וממשיך עוד השיר את מהלכו
14 והלחן לצידו.

15 ליצירות חיים משלהן, אך השיר "חולם" ודאי לא חלם שישמש כגיבור הראשי בסכסוך
16 המשפטי שלפני, אך מה נעשה וכזה הוא גורלו. הוא ישמש בסיס לפרשנות הסכמי "רישיונות
17 השמיכה" וגבולותיהם; וכן לפרשנות הזכות המוסרית במישור הקניין הרוחני וגבולותיה,
18 ולאופן שבו ההסכמים מקרינים על שאלת הפרת הזכות. אני מקווה שהיצירה תמצא נחמה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 בכך שהשאלות העומדות להכרעה הן חשובות ונוגעות בשוק התקשורת כולו וביוצרים
2 הפועלים בו.

3 רקע

4 2. שידורי קשת בע"מ (להלן: **קשת** או **הנתבעת**) היא גוף שידור בעל זיכיון שידור (כיום בעל
5 רישיון שידור) מהרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו. בתקופה הרלוונטית שידרה קשת באפיק 22
6 שלושה ימים בשבוע. ואז עמד על הפרק המעבר שלה לשדר באפיק 12.

7 אקו"ם – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (להלן: **אקו"ם** או
8 **התובעת**) היא חברה בע"מ, העוסקת בניהול זכויות היוצרים שהועברו אליה על-ידי חברה
9 ובהם מלחינים, מחברים ומו"לים של מוסיקה בישראל. ניהול זה כולל גם את אכיפתן של
10 זכויות היוצרים ושמירה עליהן. כתוצאה מהיקף הזכויות המנוהלות על-ידיה היא הוכרה
11 (בשנת 2004) כמונופול על-ידי הממונה על התחרות (ובשמו אז הממונה על ההגבלים
12 העסקיים), וההסדרים שגיבשה לשם הניהול המשותף של זכויות היוצרים הוכרו כהסדרים
13 כובלים. רשות התחרות מפקחת אפוא על פעילותה. בשנת 2016 קיבלה פטור בתנאים
14 לפעילותה מבית הדין להגבלים עסקיים. פעילותה ארוכת השנים הוכרה כחשובה להגנה על
15 זכויות היוצרים הפועלים אצלנו, המקבלים ממנה תמלוגים בגין השימוש ביצירותיהם.

16 אריאל זילבר (להלן גם **התובע** או **מר זילבר**) חבר באקו"ם. הוא בעל זכויות היוצרים בשיר
17 **"חולם"**, והוא העביר את ניהול חלק מזכויותיו לתובעת.

18 3. נוכח השינויים בשוק התקשורת, שעמדו אז על הפרק, עתידה הייתה קשת לעבור ולשדר
19 באפיק 12 וזאת החל מיום 1.11.17. כהכנה למעבר היא עמלה על יצירת לוח שידורים חדש,
20 ובו תכניות חדשות לצד קיימות. לקראת המעבר הפיקה סרטון, שהצדדים חלוקים אודות
21 סיווגו המדויק – קשת רואה בו קדימון מותר, ואילו התובעים רואים בו פרסומת. למחלוקת
22 זו אדרש בהרחבה בהמשך. מכל מקום הסרטון כלל קטע וידאו-אודיו קצר. החלק הקולי שלו
23 עשה שימוש בשירו של התובע **"חולם"**. קשת בדקה האם ניתן לעשות שימוש בשיר, ומצאה כי
24 הוא נכלל ברפרטואר אקו"ם תחת הסכם רישיון השמיכה שלה (שגם אליו אדרש בהמשך).
25 מלאכת העיבוד הופקדה בידי פיטר רוט (להלן: **מר רוט**), שפנה (ביום 7.9.17) למר זילבר באופן
26 חברי, ועדכן אותו כי הוא עומד לעבד את השיר עבור קשת, ושהשיר יבוצע על-ידי כוכבי קשת.

27 הסרטון הוקלט והשתתפו בו 24 מכוכביה של הנתבעת: אילנה דיין מ"**עובדה**"; 9 כוכבי **"ארץ**
28 **נהדרת**"; 4 שופטי **"מאסטר שף"**; אדיר מילר מהתוכנית **"צומת מילר"**; חיים הכט מהתוכנית
29 **"יצאת צדיק"**; גיא פינס; גורי אלפי; ארז טל; קרן פלס; הראל סקעת; אבי נוסבאום; אורי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 חזקיה וקורין גדעון.
- 2 4. קשת החלה לשדר את מה שהגדירה כקדימון ביום 11.9.17 בשעה 21:00. הוא היה אמור להיות
3 משודר במשך כשבוע (עד תאריך 19.9.17 בערב).
- 4 מר זילבר ציין בכתב תביעתו שהוא הוא אינו מוכן שישתמשו בשיריו לצורך פרסומת מכל מין
5 וסוג, אך אין לו התנגדות שאחרים יבצעו את שיריו כיצירה שלמה מבלי להטיל בה פגם. לכן,
6 כשפנה אליו מר רוט לא הייתה לו התנגדות שכוכבי קשת ישירו איזה משיריו. העיבוד
7 הרלוונטי לא הוצג בפניו, והוא לא ידע שקשת עתידה לחתוך ולשנות ולסלף את היצירה.
8 בוודאי שלא נאמר לו כי השיר החתוך והערוך ישמש כפרסומת לערוץ קשת החדש.
- 9 מר זילבר העיד על עצמו שאין הוא צופה בשידורי הטלוויזיה השונים, ואינו מחזיק מכשיר
10 טלוויזיה. בליל השידורים הראשון של הסרטון פנו אליו גורמים שונים ושאלו אם ראה אותו,
11 והוא השיב בשלילה. למחרת קיבל קישור לאתר ואז ראה את התוצר המוגמר. הוא ראה
12 שהשיר נערך וקוצר, כדי להתאים אותו לפרסום לערוץ קשת. בנוסף, הוא טען שנלוו לו תמונות
13 ומלל שנויים במחלוקת שהוא לא מוכן שיולבשו על יצירתו, ובהם דבריה של אילנה דיין נגד
14 ראש הממשלה נתניהו. מר זילבר פנה למר רוט ולאקו"ם והסיר את רשות העיבוד. ביום
15 13.9.17 הוא פנה לקשת בדרישה להסרת הפרסומת, כהגדרתו. קשת השיבה על פה (ביום
16 17.9.17) לבאת-כוחו של התובע וציינה כי אין המדובר בפרסומת, כי "הזכות המוסרית" של
17 התובע היא מצומצמת מאוד, והיא מעוניינת להתמודד עם הסוגיה בבית המשפט. לשיטתו
18 היא הניחה כי אמצעיו לא יאפשרו לו לנהל הליך משפטי כהלכתו, אך הוא החליט לפנות לבית
19 המשפט ולעמוד על משמר זכויותיו.

20 התובענה ותמצית טענות הצדדים

- 21 5. תחילה הוגשה התובענה על-ידי מר זילבר לבדו, ולאחר מכן הוגשה תובענה מתוקנת המשותפת
22 לו ולאקו"ם.
- 23 6. אקו"ם טוענת כי קשת הפרה את הסכם רישיון השמיכה (Blanket License) שהיא מחויבת לו.
24 מדובר ברישיון תקופתי, המאפשר למשדר להשתמש בכל יצירה מתוך היצירות המוגנות של
25 אקו"ם ללא צורך לפנות ולקבל רישיון פרטני ומראש. זהו סוג הרישיון שאקו"ם מעניקה
26 לתאגידי שידור. בשנת 1994 נחתם ההסכם המקנה לקשת "רישיון שמיכה". מאז ומתמיד לא
27 ניתן היה לעשות שימוש ביצירות מרפרטואר אקו"ם לצורכי פרסומת, לרבות לא לצורכי
28 פרסומת עצמית. פרסומת במקרים אלה הייתה טעונה פנייה ליוצר וקבלת רשותו האישית



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 בכפוף להסכמה עמו על התמורה.

2 בעקבות מחלוקות בין אקו"ם לבין תאגידי השידור לגבי המותר והאסור בקדימונים, נכתב
3 בשנת 2007 "נספח הקדימונים" המגדיר באילו תנאים יש לעמוד כדי שהקדימון ייחשב
4 "קדימון מורשה", שאינו מצריך קבלת אישור מיוחד של היוצר. נקבע שתשדיר המוסר ידיעה
5 על תכנית טלוויזיה יחשב לגיטימי, אך משדרים בעלי אופי מסחרי, שנועדו לקדם, בין השאר,
6 את הגופים המשדרים עצמם לא ייחשבו למורשים. לטענת התובעת גופי השידור כולם קיבלו
7 על עצמם את נספח הקדימונים והם פועלים על פיו. קשת הביעה תחילה התנגדות לאמור
8 בנספח, אך לאחר מכן פעלה לפיו וביקשה אישור בכתב שהנספח תקף ומהווה חלק מהרישיון
9 שניתן לה. אקו"ם טוענת כי לאחר שבחנה את הסרטון המדובר שעשה שימוש בשיר "חולם"
10 היא הגיעה למסקנה שאין המדובר ב"קדימון מורשה", ושידור הסרטון נעשה בהריגה
11 מהרישיון. ההפרה היא הן של הסכם רישיון השמיכה הנוגע בשידורי הטלוויזיה, הן של הסכם
12 רישיון השמיכה הנוגע בשידורים באתר האינטרנט של קשת – מאקו, שכן קשת עשתה שימוש
13 בסרטון גם באתרי פייסבוק ואינסטגרם.

14 על רקע כל אלה טוענים התובעים כי קשת העתיקה את היצירה, שידרה והעמידה אותה לרשות
15 הציבור בהיקף מסחרי נרחב בטלוויזיה ובאינטרנט מבלי שניתן לה רישיון ומבלי לשלם
16 תמלוגים. מדובר בהפרה של מספר זכויות יוצרים ובהן זכות ההעתיקה, זכות השידור וזכות
17 ההעמדה לרשות הציבור. בנוסף היא עיבדה את היצירה באופן המפר את הזכות לעשיית יצירה
18 נגזרת. מדובר גם בפרסומת ישירה וגם בפרסומת סמויה ועקיפה לקשת עצמה.

19 מר זילבר טוען שקשת הפרה באופן בוטה ומכוון זכויות יוצרים ובהן עשיית יצירה נגזרת ללא
20 רישיון, העתקה, העמדה לרשות הציבור, ביצוע פומבי, שידור; וכן שהפרה את הזכות
21 המוסרית שלו ביצירה. ביצירתו הוטל פגם, נעשו בה סילוף ושינוי צורה באופן הפוגע בכבודו
22 ובשמו של היוצר. היא סונכרנה למלל המנוגד להשקפת עולמו, ובכלל זה דבריה של אילנה דיין
23 נגד ראש הממשלה, דבר שהתובע לא היה נותן לו יד בשום אופן. בנוסף, שולבו בסרטון קטעים
24 מתוכניות שאיכותן ירודה, וכן נטל בו חלק גורי אלפי שהתבטא בהריפות נגד חרדים
25 ומתנחלים. מדובר בהפרה שנעשתה בזדון וביודעין. גם המעבד מר רוט פעל בחוסר תום לב
26 שעה שלא עדכן את התובע "כי השיר מיועד לפרסומת והוא עומד להחריב את השיר ולא לעבד
27 אותו, ליצור יצירה נגזרת שונה לחלוטין, לשנות את מבנה השיר לחתוך ולערך אותו" (פסקה
28 63 לכתב התביעה המתוקן). התובע ציין כי אין לו התנגדות לכך שהנתבעת תהפוך את הסרטון
29 המפר ל"סרטון תמים" כשיוסרו ממנו כל סממני הפרסום של קשת, ויערכו אותו בהתאם
30 לדרישות המפורטות בכתב התביעה. מר זילבר עומד על הפגיעה הרבה שנגרמה לו כשנחשף
31 לסרטון. מחובתו של בית המשפט לחזק את מעמדו של היוצר במיוחד מול גופי התקשורת





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 החזקים והעשירים, החושבים שיוכלו להפר את זכויותיו של האומן הבודד ללא שיתנו דין
2 וחשבון בגין כך.
- 3 על רקע כל אלה עתרו התובעים לסעדים הבאים: **התובע** עתר להסיר את הסרטון ולהשמידו;
4 להעביר לידי התובע תשלום על סך 500,000 ₪ בעבור שימוש בשיר לפרסומת מסחרית, פיצוי
5 בגין עשיית יצירה נגזרת מבלי לקבל רשות, ופיצוי בגין הפרת הזכות המוסרית שלו, פגימה
6 בשיר ופגיעה חמורה בשמו הטוב באמצעות סנכרון תכנים שאינם הולמים את השקפתו.
7 **התובעת** עותרת לצוות על קשת להימנע מלהפר את זכויות היוצרים ביצירות המוגנות;
8 להצהיר כי נספח הקדימונים הוא חלק בלתי נפרד מהסכם הרישיון שנחתם עם קשת בשנת
9 1994, וקשת מחויבת להוראותיו כרישיון זמני עד לחתימת הסכם רישיון קבוע; להימנע
10 משימוש מסחרי ביצירה "חולם", להימנע משימוש בסרטון, ולפסוק לה פיצויים בגין הפרת
11 זכויות היוצרים בסך 300,000 ₪, ובגין הפרת החוזים בסך 50,000 ₪.
- 12 לצד הסעדים ההצהרתיים וצווי העשה המבוקשים, התביעה הכספית הועמדה אפוא על
13 850,000 ₪.
- 14 7. קשת טוענת כי יש לדחות את התביעה.
- 15 אשר לתובע, הרי שהוא העביר לאקו"ם - באופן גורף ונטול סייגים - את זכויות היוצרים שלו
16 ביצירותיו. העברה גורפת זו לא החריגה עיבוד, קיצור או עריכה. על כן כעת מנסה מר זילבר
17 לאחוז במקל בשני קצותיו. ליהנות מהתמלוגים שמוזרמים לאקו"ם, ומאידך לשמור על
18 היכולת לקבוע באילו תכניות ניתן יהיה לשלב יצירותיו. ישנם אומנים שבוחרים שלא להעביר
19 זכויותיהם לאקו"ם. מר זילבר אינו אחד מהם. שעה שהעביר זכויותיו יש לדבר משמעות.
20 בנוסף, הוא אישר למר רוט לעבד את שירו כשידע שכוכבי קשת עתידים לשיר אותו. מכאן גם
21 שידע כי השיר צפוי לעבור עיבוד. הסיבה האמיתית להתנגדותו היא שאילנה דיין הופיעה
22 בקדימון והיא השמיעה דברים נגד ראש הממשלה. היה עליו להביע התנגדות כבר כשמר רוט
23 פנה אליו. בהתנהלותו הוא ויתר על טענותיו ולמצער רובץ לפתחו אשם תורם למצב שנוצר,
24 השולל ממנו לקבל פיצוי כלשהו. זכותו המוסרית של התובע כלל לא נפגעה בנסיבות העניין.
25 אין מקובל לתת קרדיט ליוצר בקדימונים מהסוג בו אנו עוסקים. ועדיין, בסרטון מטעם קשת
26 שפורסם באינטרנט ניתן לו קרדיט. הקדימון שיצרה התובעת לא פגע בכבודו ובשמו של היוצר.
27 המבחן בעניין זה אינו סובייקטיבי אלא אובייקטיבי. אין בקדימון כל גוון פוליטי, והוא מקדם
28 את התוכנית "עובדה" לצד תכניות אחרות.
- 29 אשר לאקו"ם, קשת התקשרה עמה בהסכם השמיכה בשנת 1994. בשנת 2010 התקשרה עמה
30 לשימוש ברפרטואר שלה באינטרנט. במשך שנים היה ברור שהזכות לבצע עיבוד של יצירה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 מסוג זה היא חלק מהסכמי השמיכה. והנה כעת אקו"ם טוענת שלא כך. קבלת הטענה תהווה
2 מהפיכה שלילית בשוק היצירות עליו היא חולשת. הנתבעת משלמת לאקו"ם מיליוני שקלים
3 בשנה בדיוק כדי לחסוך את הצורך לפנות מראש לכל האומנים שהיא מייצגת, ולבקש את
4 הסכמתם לעיבוד. קבלת טענת אקו"ם תעקר חלק משמעותי מרישיון השמיכה לגופי שידור.
5 זוהי תוצאה אבסורדית שמשמעותה שאקו"ם גבתה במשך שנים עשרות מיליוני ₪ ביתר.
6 טענותיה של אקו"ם נגד פרקטיקות מקובלות נטענות בשיהוי ניכר. קשת טוענת כי אקו"ם
7 אינה יכולה להסתמך על התוספת להסכם השמיכה שכן היא מעולם לא הסכימה לו, ולא
8 הכירה בתוקפו. קשת הודיעה מפורשת כי היא מתנגדת לתוספת זו, ולכן "נספח הקדימונים"
9 לא חל עליה. הקדימון שיצרה אינו עולה כדי פרסומת בהתאם לכללים שקבע הרגולטור,
10 וניסיונה של אקו"ם לצמצם את הכללים באמצעות התוספת להסכם השמיכה לא יכול לצלוח.
11 לחילופין, הקדימון עולה בקנה אחד גם עם האמור בתוספת. המעבר של קשת לאפיק 12 נקבע
12 רגולטורית ולא במסגרת פעילות מסחרית שיזמה קשת. קשת נתנה מידע לציבור בדבר המעבר
13 לערוץ החדש, בשימת דגש על קידום תכניות הדגל שלה.
- 14 8. עד כאן טענות הצדדים בתמצית כפי שהופיעו בכתבי הטענות מטעמם. בדיון שיבוא להלן
15 אתייחס גם לעיקר הטענות שהופיעו בסיכומיהם. יצוין גם כי לאחר הגשת סיכומי הנתבעת
16 הגישו התובעים סיכומי תשובה. לא אנתח הטענות כולן, שכן הן רבות והיריעה גם כך
17 התארכה. אתייחס, כאמור, לעיקר, ובשאר לא מצאתי צידוק לסטות מהמסקנות אליהן
18 הגעתי.

דיון והכרעה

- 19
- 20 9. בבסיס המחלוקת שתי מערכות יחסים: **האחת** היא זו שבין אקו"ם לגוף השידור (קשת).
21 **השנייה** היא זו שבין בין גוף השידור לבין האומן היוצר (מר זילבר).
22 כפי שינתח בהמשך בהרחבה שתי מערכות היחסים אינן עומדות בבידוד מזהרת זו מזו, אלא
23 הן מקרינות האחת על השנייה. לשתיהן רלוונטית החלטתו של מר זילבר להעביר חלק
24 מזכויותיו לאקו"ם במסגרת כתב העברת הזכויות (נספח 1 לסיכומי הנתבעת). כתב זה,
25 שנחתם בשנת 1988, אפשר לאקו"ם, ומאפשר לה עדיין, לפעול מול גופי השידור מסוג הנתבעת.
26 מר זילבר הוגדר בו כחבר באקו"ם, ותמורת הזכויות והשירותים שיקבל ממנה הוא "**מעביר**
27 **בזה לאקו"ם באופן בלעדי את זכויות היוצרים המפורטות מטה לגבי כל יצירותי הגמורות**
28 **והבלתי גמורות אשר יצרתי ואשר אצור בעתיד בתור מלחין ו/או מחבר (להלן כל יצירותי)**".
29 בין הזכויות המועברות ניתן למצוא "**את זכות הביצוע של כל יצירותיי הכוללות את הזכות**
30 **לבצע בציבור בארץ ובכל חלקי תבל, בכל האמצעים ובכל צורה שהיא ובשיטות הידועות כיום**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 ושיפוחו בעתיד, ובכלל זה שידורי רדיו ושידורי טלוויזיה" (סעיף 1(א)); "את כל זכויות
2 השידור ברדיו ובטלוויזיה של כל יצירותי" (סעיף 1(ג)); "את כל זכויות ההקלטה של כל
3 יצירותי באמצעים הידועים כיום ושיפוחו בעתיד, והכוללים הקלטת קול או הקלטת
4 תמונות עם קול כולל שיעתוק יצירות מוקלטות" (סעיף 1(ד)); ו"את זכות ההעתקה, בכל
5 אמצעי או צורה שהיא, של כל יצירותי כפי שהן במקורן או לאחר עיבוד ועריכה, לאחר
6 שהודפסו ויצאו לאור במהדורה אחת לפחות (סעיף 1(ה)).

7 סעיף 2(ג) לכתב ההעברה קבע כי "...כל זכויות שהוקנו ע"י אקו"ם וכל הרשיונות שניתנו על
8 ידה על יצירותי לצד שלישי עפ"י כתב העברה זה יהיו שרירים וקיימים לתקופה המקבילה
9 להתחייבויותיה של אקו"ם לאותו צד" וכך גם במקרה של הפסקת חברות באקו"ם או מוות
10 (ח"ח).

11 כתב העברה זה ואחרים מסוגו מאפשרים לאקו"ם לנהל, בין השאר, את מערכת היחסים
12 המשפטית עם גופי שידור דוגמת קשת. אין מחלוקת בין הצדדים כי השיר "חולם" של מר
13 זילבר נכלל ברפרטואר אקו"ם, ועל הכול מוסכם שמי שחיבר את מילות השיר והלחינו הוא
14 התובע.

15 10. על רקע זה אפנה לבירור המחלוקת. תחילה אמקד המבט במערכת היחסים שבין אקו"ם לבין
16 קשת. כפי שנראה להלן, לגישתי, מאפייניה יקרינו באופן ישיר גם על מערכת היחסים שבין מר
17 זילבר לבין קשת, ויאפשרו לגבש עמדה בשאלה האם אכן הופרה זכויותיו המוסריות
18 ביצירותיו.

19 האם הפרה קשת את התחייבויותיה מול אקו"ם?

20 11. כדי להשיב על השאלה האם קשת הפרה התחייבויותיה לאקו"ם יש לבחון את ההסכמים
21 ביניהן. בעניין זה חלו התפתחויות מספר. ראשית, נחתם הסכם רישיון השמיכה בין קשת לבין
22 אקו"ם (בשנת 1994), המסדיר את יכולתה לעשות שימוש ביצירות ברפרטואר אקו"ם
23 בשידוריה בטלוויזיה; יש לבחון אפוא האם הסרטון שיצרה קשת מהווה הפרה של הסכם זה.

24 לאחר מכן, בשנת 2007 הוסיפה אקו"ם נספח לרישיון השמיכה, שזכה לשם "נספח
25 הקדימונים". יש לבחון אפוא האם נספח זה מחייב את קשת, וככל שכן, האם הסרטון מושא
26 המחלוקת הפר את הוראותיו.

27 בנוסף, יש לבחון את טענת אקו"ם כי ההסכמים הללו אינם מקנים יכולת לגופי שידור כמו
28 קשת לבצע עיבודים של היצירות המעוגנות ברפרטואר אקו"ם כדי לשלבם בשידוריהם.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 לבסוף, נכרת בין הצדדים הסכם נוסף, המסדיר את השימוש שיכולה לעשות קשת ברפרטואר
2 אקו"ם במסגרת "אתר מאקו" באינטרנט (www.mako.co.il)(להלן: אתר מאקו), שהוא אתר
3 האינטרנט שלה. כאן עולה גם השאלה האם הסכם זה מאפשר את שידור הסרטון גם בדף של
4 קשת בפייסבוק ובאינסטגרם והאם הפעולות הנוספות שביצעה (קידום ממומן בפייסבוק)
5 מותרות מכוחו.

6 12. אעבור לבחון השאלות כסדרן, למעט עניין העיבוד הנוגע בזכויות האומן – מר זילבר. סוגיה זו
7 תיבחן אפוא בהמשך לצד בחינת הטענות הנוגעות בזכות המוסרית ביצירותיו.

8 ההתחייבות הבסיסית - הסכם "רישיון השמיכה" לטלוויזיה

9 13. בסמוך לתחילת שידוריה של קשת בערוץ 2 נכרת "הסכם שמיכה" בינה לאקו"ם. הוא מבטא
10 את תפקידה החשוב של אקו"ם כמי שמנהלת באופן קולקטיבי את זכויות היוצרים שהופקדו
11 בידיה על-ידי היוצרים השונים. על כל אלה עמדה כבי השופטת ברק-ארז בע"א 5365/11
12 אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים נ' emi music publishing (פורסם במאגרים;
13 (2013)(להלן עניין אקו"ם):

14 תאגידי מסוג זה (כמו אקו"ם) פועלים במדינות רבות בעולם
15 ונותנים בכך מענה לצורך אמיתי של יוצרים שאינם יכולים לנהל
16 באופן שוטף את הענקת הרישיונות לשימוש ביצירותיהם, לגבות
17 תמלוגים ולאכוף את הדין על מי שמפרים את זכויותיהם. תאגידי
18 אלה מנהלים את זכויותיהם של יוצרים רבים באופן קולקטיבי, ובכך
19 תורמים להוזלת העלויות של המשא ומתן עם המשתמשים כמו גם
20 להוזלת עלויות האכיפה. בה-בעת, מנגנון זה של ניהול משותף מיטיב
21 גם עם הציבור הצורך את היצירות, משום שהוא מאפשר להביאן
22 למרחב הציבורי על בסיס שוטף. תאגיד הניהול המשותף מציע
23 למשתמשים, במקרה הרגיל, "רישיון שמיכה" ביחס לכלל
24 הרפרטואר של התאגיד, וכך חוסך מהם את הצורך לנהל משא ומתן
25 פרטני עם כל אחד מבעלי הזכויות ביצירות הנכללות ברפרטואר זה.
26 משתמשים אלה, על-פי רוב בעלי תחנות שידור, מפיקים, בעלי
27 אולמות ועוד, הם אלה שבאמצעותם מונגשות היצירות לקהל הרחב
28 [ההדגשה הוספה].

29 הסכם השמיכה בין הצדדים נחתם ביום 30.1.94, והוא חל על שידורי טלוויזיה (סעיף 1(א)).
30 הסכם זה התחדש ומתחדש בימים ההם ובזמן הזה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 בהתאם להסכם העניקה אקו"ם לקשת את האפשרות "לשדר את הרפרטואר בישראל בלבד"
2 (סעיף 2(א)). עוד צוין כי הזכיון רשאי "להקליט (לרבות הקלטה לצרכי סינקרוניזציה) לצורך
3 שידורי הזכיון את הרפרטואר או לגרום או להתיר כל הקלטה שלו לצורך שידוריו של הזכיון
4 בלבד" (סעיף 2(ב)).

5 במסגרת הסכם רישיון השמיכה, התחייבה קשת לשלם לאקו"ם סכום עתי נכבד. כך, בשלוש
6 השנים הראשונות שולמו, בין השאר, 2.5% מההכנסות של קשת "מתשדירי פרסומת של
7 הזכיון" (סעיף 8(א1)), ובשלוש השנים שלאחר מכן 2.8% (סעיף 2(ב)). סכום זה מגיע לכדי
8 מיליוני ₪ בשנה. כיום הוא עומד על 2% מההכנסות השנתיות של קשת נוכח סעד זמני שניתן
9 בהליך אחר שמנהלים הצדדים (ת"א (מחוזי ת"א) 54978-03-14), ועניינו גובה התמלוגים שעל
10 קשת לשלם לאקו"ם.

11 14. ההסכם קבע במפורש כי נוכח התשלומים שקשת מעבירה לאקו"ם היא יכולה לעשות שימוש
12 ביצירות שברפרטואר כפי שמורה אותנו סעיף 9:

13 9. התשלומים לפי סעיף 8 כוללים תשלום בעד שידור כאמור באחת
14 הדרכים האמורות בסעיף 2 של כל עיבוד (ARRANGEMENT) של
15 יצירה מוסיקלית או התאמה (ADAPTATION) של יצירה
16 ספרותית שברפרטואר שנעשו בידי חבר אקו"ם אבל אינו כולל
17 תשלום עבור מתן רשות לזכיון לעשות את העיבוד או ההתאמה.

18 **ההבחנה בין קדימון לבין פרסומת והסכם רישיון השמיכה**

19 15. מהם גדרי השימוש המותר שיכולה לעשות קשת ברפרטואר היצירות המוסדר בהסכם רישיון
20 השמיכה? ההסכם הוא מפורט אך אין הוא מסדיר, והוא לא התיימר להסדיר באופן ממצה,
21 את מכלול הסוגיות היכולות להתעורר אגב מימוש. הדבר מתבקש ממהות המדיום מושא
22 ההסדרה – שידורי טלוויזיה. היש מישהו שסבור שענף הטלוויזיה באמצע שנות התשעים, ימי
23 הראשית של הערוץ השני, דומה לזה שאנו חוזים בו היום? שעה שהתחום המוסדר חווה
24 שינויים ומהפכות טכנולוגיות ורגולטוריות קשה להגיע לרמת ודאות חוזית ממצה, ועדיין את
25 ההסכם יש לקיים, ובתנאיו יש לעמוד. את הוראותיו יש לפרש בהתאם לתכליתו, הנותרת
26 לעמוד בעינה חרף השינויים וההתפתחויות.

27 אחד התחומים שלא הוסדרו בהסכם בצורה ממצה הוא היקף הפרישה של המונח "שידורי
28 פרסומת", וליתר דיוק השאלה האם קידום עצמי של גוף השידור עולה כדי פרסומת.

29 רישיון השמיכה מפריד בין שידורים שמשדר הזכיון (קשת במקרה שלנו) לבין מצב בו צדדים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 שלישיים מבקשים לעשות שימוש באפיק השידור לקידום האינטרסים המסחריים שלהם.
2 הוא מגדיר פרסומת באופן הבא: " **תשדיר פרסומת' לרבות כל תשדיר שירות או חסות וכן**
3 **כל תשדיר אחר או תבנית או חלק מהם הבאים לקידום שמו, שם עסקו או שם מוצריו או**
4 **שירותיו של אדם או לקידום מכירתם בתמורה כספית או אחרת**" (סעיף 1(ד)).

5 הכול מסכימים שרישיון השמיכה אינו מקנה אפשרות שילוב יצירות מוגנות בפרסומות ללא
6 הסכמת היוצר. גורם המעוניין לחדר פרסומת תוך שימוש בשיר של יוצר המוגן בזכויות יוצרים
7 צריך להתכבד ולפנות אליו כדי להסדיר הדבר.

8 אך מה כאשר אין המדובר בצד שלישי אלא בזכיון עצמו? מה נגיד כאשר קשת עצמה היא זו
9 שמבקשת לעשות שימוש ביצירות כדי לקדם את תכניותיה שלה? למשל בדרך של שילוב שיר
10 מרפרטואר אקו"ם בסרטון המודיע כי תוכנית שלה צפויה לעבור למשבצת שידור חדשה? או
11 כדי לקדם את עצמה כגוף שידור?

12 כאן מקובל להבחין בין **קדימון** לבין **פרסומת**. קדימון כשמו כן הוא – הוא בא לקדם את
13 האינטרסים של זכיון השידור. על משמעות ההבחנה עמד כב' השופט בנימיני בפרשה אחרת
14 (ת"א (מחוזי ת"א) 43278-03-11 **אבידן נ' שידורי קשת בע"מ** (פורסם במאגרים; 2013) (להלן:
15 עניין אבידן) כשפסק כי "**פרסומות נעשות על-ידי משרדי פרסום, תמורת תשלום נפרד לכל**
16 **פרסומת, בעוד שהקדימונים נערכים על-ידי הנתבעת עצמה, והיא איננה משלמת סכום**
17 **כלשהו על שירים שהיא משתמשת בהם במסגרת הקדימונים, מעבר לסכומים הכלליים**
18 **שהיא משלמת לתאגידי לניהול זכויות יוצרים** [ההדגשה הוספה (אין מספרי פסקאות בפסק
19 הדין)].

20 ההסכם רישיון השמיכה שבין קשת לאקו"ם גובש בשנת 1994. באותה העת שידורי הערוץ
21 השני היו בחיתוליהם. כפי שציינה ענת זאנה חסון (להלן: **גב' חסון**), המצהירה מטעם אקו"ם
22 "לא היה למי מהצדדים ניסיון כלשהו או ידע לגבי פני השידור המסחרי. הנושא של שימוש
23 במוסיקה בפרסומות או בתשדירי פרסום לא היה נפוץ בישראל באותה תקופה. עם הזמן
24 התפתח השידור המסחרי, השימוש במוסיקה לצרכי תשדירי פרסומת וקידום מכירות פרח
25 במהירות עצומה ונהיה מאוד אינטנסיבי ובמקביל החלו תאגידי השידור לחדר קטעים ומידע
26 לגבי תכניותיהם – האופן המוכר בשם 'פרומו' – 'קדימון', תוך שהם משלבים יותר ויותר
27 יצירות במסגרת אותם קדימונים" (פסקה 19 לתצהירה).

28 הבחנה זו בין "קדימון" לבין "פרסומת" היא בעלת חשיבות. ככל שהסרטון שהפיקה קשת
29 ייפול לגדר "קדימון" הרי שתגדל הנטייה לפרש את הסכם רישיון השמיכה משנת 1994
30 כמאפשר לה לשלב את היצירות שברפרטואר אקו"ם בסוג זה של סרטונים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

16. לאחר שבחנתי את מכלול הראיות שלפני הגעתי למסקנה כי הסרטון שערכה קשת נכנס לגדר "קדימון" בהתאם למשמעות שיש לתת למונח זה בהתאם להסכם רישיון השמיכה. המסקנה הפרשנית נשענת על שני מקורות. האחד חיצוני לצדדים – הוא בוחן את המובן שניתן למונחים אלה בכללים הרגולטוריים שהסדירו את פעילות הערוץ השני (בו פעלה קשת). השני הוא פנימי – ונוגע באופן בו התנהלו הצדדים עצמם.

17. כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב – 1992 (להלן: כללי הרשות או הכללים) הבחינו הבחנה ברורה יחסית בין "קדימון" לבין "פרסומת". קדימון הוגדר בסעיף ההגדרות כדלקמן:

9 "קדימון" (promo) - כל אחד מאלה:

10 (1) תשדיר המודיע על לוח השידורים או על שידור אחד או יותר
11 שישודרו בעתיד, בין מיד לאחר שידורו ובין מאוחר יותר באותו יום
12 או במועד אחר, בין של בעל הזיכיון ובין של בעל זיכיון אחר באותו
13 ערוץ (קדימון צולב);

14 (2) תשדיר שנועד לקדם את שידורי בעל הזיכיון, או את שידורי בעל
15 זיכיון אחר באותו ערוץ (קדימון צולב), לרבות תשדיר תדמיתי
16 ותשדיר המזהה את בעל הזיכיון (ID) שאינו אות בעל הזיכיון;

17 (3) כל תשדיר אחר שאינו אחד מאלה: תכנית, תשדיר פרסומת, ציון
18 חסות, מילואה (Filler) או תשדיר לשירות הציבור;

19 ואילו תשדיר פרסומת הוגדר כך (שם):

20 "תשדיר פרסומת" - כל תשדיר, פינה או משדר קצר אחר, לרבות
21 אם הם בעלי ערך תכניתי, המכילים אזכור של גורם מסחרי, בין
22 כנותן פרס בין אחרת, או הבאים לקידום שמו, שם עסקו או שם
23 מוצריו או שירותיו של אדם, או לקידום מכירתם, בתמורה כספית
24 או אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, למעט הודעת חסות.

25 ולא הרי קדימון כהרי פרסומת. יש לשים לב היטב לנקודה הבאה: הקדימון – על סוגיו השונים
26 - מקדם את האינטרסים המסחריים של יוצרו, בעל הזיכיון. זו הסיבה שכותבי הכללים לא
27 הבחינו בין קידום תכניות שמשדר הזכיון לבין קידום הזכיון עצמו. קידום התוכניות הרי אינו
28 עומד לבדו. עשה שהזכיון מקדם תוכנית המשודרת אצלו - ויהיו אלה תכני חדשות, תחקירים,
29 תעודה או בידור - הוא מקדם גם את המוניטין שלו, שהרי הוא משמש כבית התקשורת שלחן,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 וככל שירבו הצופים בהן יתחזק הבית והמותג שלו.

2 לכללי הרשות יש רלוונטיות לפרשנות רישיון השמיכה. זאת משום שיש צורך "לקבוע, בגדרי
3 פרשנות החוזה, את היחס הראוי שבין הדין לחוזה. נקודת המוצא הינה כי החוזה משתלב
4 בדין הכללי" (אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות החוזה 603 (כרך רביעי; 2001)(להלן:
5 ברק)). אכן, מדובר בהנחה פרשנית – לא פחות אך גם לא יותר. ולעיתים ההנחה אינה נושאת
6 עמה משקל פרשני רב. כך, למשל, ספק אם ערכי היסוד של השיטה והמחויבות לזכויות הפרט
7 צריכה לשמש כתכלית אובייקטיבית בפרשנות חוזה פרטי (ראו בעניין זה ה"פ (מחוזי ת"א)
8 26723-10-16 עזרא נ' כדורי (פורסם במאגרים; 2017, בפסקה 30 לפסק הדין); גרשון
9 גונטובניק "מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזה וגבולותיה" המשפט יח 105, 147
10 (תשע"ד)).

11 אלא שבענייננו החזקה הפרשנית, לפיה פרשנות הסכם הרישיון צריכה להשתלב בדין הכללי,
12 ובמקרה זה עם כללי הרשות, נושאת עמה משקל פרשני נכבד מאוד. זאת משום שכללי הרשות
13 עוסקים בסוגיה הקרובה לסוגיה שבה עוסק ההסכם שבין הצדדים, ונוגעת בשילובן של
14 פרסומות בשידורי התאגיד המשדר. כאשר מדובר ב"חוקים העוסקים במאטריה דומה"
15 לחוזה, הגיוני שהמונחים בחוזה יפורשו באופן הרמוני עם המונחים בדבר החקיקה (ברק, בעמ'
16 605), והדברים יפים גם לחקיקת משנה. הם מקבלים משנה תוקף שעה שמדובר בדבר חקיקת
17 משנה רגולטורי שבה לפקח על השוק הרלוונטי ולהסדירו, כיוון שאז ההרמוניה הפרשנית
18 תגשים באופן עמוק יותר את תכלית הפיקוח. זאת ועוד; חזקה על הצדדים - ודאי כאלה
19 הדומיננטיים בשוק המוסדר - כי הם מכירים את המונחים בהם עושה שימוש הרגולטור
20 המאסדר את פעילותם.

21 18. כמובן, שהנחה זו ניתנת לסתירה. הצדדים הם אדוני החוזה. עומד להם הכוח ליצור את העולם
22 החוזי שלהם (ראו הדין אצל STEVEN J. BURTON, ELEMENTS OF CONTRACT (INTERPRETATION, 3 (2009)
23 ; וגם אם מדובר ב"יצירה" ולא ב"בריאה" (שהרי "ברא" הוא
24 "פועל שיוחד במקרא ליצירה ע"י אלוהים או ע"י כוח אלוהי בלבד"; (אברהם אבן-שושן
25 המלון החדש 271 (כרך ראשון; מהדורה מתקנת; תשמ"ח)), מדובר, עדיין, בכוח רחב היקף.
26 הצדדים יכולים, כמובן, לתת ביטוי למונחים מקובלים באופן הסוטה מהמובן שיש להם בכללי
27 הרגולציה, וככל שהתוצאה הפרשנית מוליכה למסקנה כי כזאת ביקשו לעשות, הרי שכוונתם
28 הסובייקטיבית גוברת (אלא אם היא מפרה איסור רגולטורי או איסור אחר שבדין).

29 אלא שבנסיבות עניין לא נראה שהצדדים ביקשו לסטות מהוראות הכללים. כפי שראינו, שעה
30 שגובש הסכם רישיון השמיכה ההבחנה שבין קדימון לפרסומת לא הייתה מוכרת, והיא נוצרה
31 אגב התפתחות העשייה התקשורתית במדיום הטלוויזיוני. בשנים שחלפו הלך ורווח השימוש





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 בקדימונים, ובאו גם כללי הרשות ונתנו לדברים מובן. כללי הרשות לא עמדו בסתירה להסכם
2 רישיון השמיכה ויש לשים לב שקיים דמיון רב בין הגדרת פרסומת שבכללים לזו שבהסכם
3 רישיון השמיכה.
- 4 וכאן יש להוסיף ולעמוד על התנהלות הצדדים בפועל בעת ההיא.
- 5 19. שעה שהסכם רישיון השמיכה שבין קשת לאקו"ם לא הגדיר קדימונים מהם, ניתן לבצע
6 השלמה של הוראותיו בהתאם להתנהלות הצדדים בפועל, וזאת מכוח סעיף 26 לחוק החוזים
7 (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). "יש והצדדים אינם טורחים לפרט את כל
8 תניות החוזה, אף שהן מוסכמות ביניהם. פעמים משתקפת הסכמה זו בהתנהגותם בעת
9 כריתת החוזה או לאחריו,.... בכך באה על פתרונה הבעיה של היעדר המסוימות בנקודה זו"
10 (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 314-315 (כרך ראשון, 2018)(להלן: פרידמן וכהן)).
- 11 בנסיבות המקרה הנוכחי נראה כי לצדדים היה ברור ששידור קדימונים שכאלה, המקדמים
12 את הזכיון, אינו נופל במובהק לגדר פרסומת. כזכור, ברישיון השמיכה נקבע כי פרסומת נועדה
13 "לקידום שמו, שם עסקו או שם מוצריו או שירותיו של אדם או לקידום מכירתם בתמורה
14 כספית או אחרת", וקדימונים לא נתפסו ככאלה. הצדדים לא הציגו בפני נתונים אודות סכסוך
15 משפטי מהתקופה שבין 1994 ועד 2007 ממנו עולה כי שידורם של קדימונים שכאלה –
16 המקדמים תוכניות או את שידורי הזכיון – עלה, לשיטת אקו"ם, כדי הפרה של רישיון
17 השמיכה.
- 18 רק בשנת 2007 גובש נספח לרישיון השמיכה שהסדיר את נושא הקדימונים, וקבע כי קדימון
19 מורשה בא לקדם תכנית או מספר תכניות (בהתאם לתנאים המפורטים בו) ורק כזה הוא
20 מורשה. קדימון אחר (ובכלל זה קדימון הבא לקדם את הזכיון ככזה) יעלה כדי פרסומת.
21 הצדדים חלוקים בשאלה האם נספח זה מחייב את קשת, ואגע במחלוקת זו בהמשך (ראו להלן
22 בפסקאות 26 ואילך).
- 23 התנהלות זו מראה היטב כי לצדדים עצמם, ובכלל זה לאקו"ם לא היה ברור כלל ועיקר
24 שרישיון השמיכה, בנוסחו המקורי, אוסר שילוב יצירות בקדימונים על שני מובניהם (קידום
25 תכניות וקידום גוף השידור). להתנהלות זו של הצדדים יש משמעות פרשנית, לא רק כמקור
26 השלמה אלא גם כמצדיק פירוש נגד מי שהייתה לו עדיפות בעיצוב תנאיו של ההסכם (סעיף
27 25(ב1) לחוק החוזים), ובמקרה הזה – אקו"ם.
- 28



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 התשדיר שערכה קשת הוא "קדימון" שאינו "פרסומת" במובן רישיון השמיכה

2 ובמובן כללי הרשות

3 20. כיצד יש לסווג את הסרטון שהפיקה קשת, המשתרע על פני **כשתי דקות**? האם מדובר
4 בפרסומת, בהתאם לתשתית ההגדרתית שנבחנה עד כה? התשובה היא בשלילה. לטעמי,
5 תשדיר זה נופל במובהק לגדר "קדימון". הקדימון שעשה שימוש בשיר "חולם" בא לקדם **שתי**
6 **תכליות**. האחת היא לעדכן את הציבור ששורה של תכניות ואנשי תקשורת הפועלים בקשת
7 צפויים למצוא את ביתם החדש בערוץ 12 נוכח הרפורמה בשוק התקשורת. **השנייה**, קידום
8 קשת עצמה תוך העצמת המותג שלה נוכח המעבר לביתה החדש. התכלית האחת כמו גם
9 השנייה מוזכרות בהגדרת המושג "קדימון" שבכללי הרשות.

10 (א) התכלית האחת כיצד?

11 הקדימון כלל פרסום של תכניות דגל של קשת, ובהן "ארץ נהדרת", "עובדה", "מאסטר
12 שף", "צומת מילר", "יצאת צדיק", וזאת על-ידי שילוב של אנשי התקשורת העובדים
13 בגוף השידור. נראית בו מסיבת גג על גג הבניין של קשת, בה משתתפים כוכבי התוכניות
14 השונות, כשבשלב כלשהו מתחילה שירת השיר "חולם", תחילה על-ידי גורי אלפי, ולאחר
15 מכן על-ידי כוכבי תוכניות אחרים. במהלך הפזמון נערך הקדימון כמדמה הקרנה על
16 הבניין של קטעים מהתוכניות בתוספת מלל, ובהן ארץ נהדרת, מועדון לילה, החדשות
17 (יונית לוי), צחוק של גורי אלפי, קטע מהתוכנית עובדה בה אילנה דיין אומרת "מה
18 אומרים לא אומרים" לאחר שסיימה את הקראת תגובת לשכת ראש הממשלה לתוכנית
19 עובדה, מאסטר שף ועוד. ברור אפוא שהקדימון מקדם את התוכניות הקונקרטיות
20 המופיעות בו. הוא מעביר את המסר כי ניתן יהיה לצפות בתוכניות ובכוכבי התקשורת
21 בביתם החדש – בערוץ 12.

22 ניתן ללמוד על תכלית זו מהמלל שנלווה לפרסום הקדימון באתר "מאקו" באינטרנט.
23 שם נכתב "חולמים: כוכבי קשת מאחלים שנה טובה בקליפ מרגש, על גג מואר ומקושט,
24 התכנסו כל כוכבי הטלוויזיה של ישראל, לחגוג יחד את השנה החדשה שתבוא עלינו
25 לטובה. רגע לפני שהם עוברים לערוץ 2, צפו בביצוע שלהם לשיר 'חולם' שמבוצע
26 במקור על-ידי אריאל זילבר. חג שמח ושנה טובה מקשת" (נספח ו' לכתב התביעה
27 המתוקן).

28 מלל זה שם את הזרקור על הכוכבים ועל התוכניות. הוא מודיע על "לוח השידורים או
29 על שידור אחד או יותר שישודרו בעתיד" (המובן הראשון של הגדרת הקדימון בכללי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 הרשות).

2 (ב) התכלית השנייה כיצד?

3 הקדימון נועד "לקדם את שידורי בעל הזיכיון" (המובן השני בכללי הרשות), וליידע את
4 הציבור כי שידורי קשת יעברו לאפיק חדש, אפיק 12. קשת שידרה קדימון אינפורמטיבי
5 המיידע את קהל צופיה על השינוי הצפוי במספר האפיק בו ישודרו שידוריה, והמבקש
6 להטמיע בהם את השינוי. עיתוי עריכתו משקף תכלית זו. הוא הופק בתקופה בה חלה
7 רפורמה בשידורי הערוץ השני. הרגלי צפייה ותיקים שהשתרשו במשך שנים צפויים היו
8 להשתנות. לא עוד חלוקה של אפיק שידור בין שני גופי תקשורת (קשת ורשת), אלא יצירת
9 אפיקי תקשורת נפרדים. ברור שלקשת היה אינטרס ראשון במעלה שהציבור יפנים כי
10 המותג "קשת" צפוי לעבור ולהתנהל באפיק נפרד, אפיק 12. על רקע זה יצירת קדימון
11 ובו מקבץ התוכניות בא להעביר את המסר כי כל המעוניין לצפות במכלול תכניות הדגל
12 וכוכבי הנתבעת, יוכל לעשות זאת באפיק השידור החדש. בנוסף, וכפי שציינה בחוות
13 דעתה המומחית מטעם מר זילבר, הת'ר הדר גלין-גלר (להלן: גב' גלין-גלר), יש לשים לב
14 שהסרטון כולו שודר על גג בית קשת ולעיתים נצפה בו הבית בכללותו. על הבניין הופיע
15 הלוגו של קשת, כשמתחתיו שולב בקדימון הכתוב "הטלוויזיה של ישראל". לאורך כל
16 הסרטון מופיע שמה של קשת בתחתית המסך, ובסיום מופיע הלוגו של קשת ומוקרנת
17 כתובית גדולה המוסרת "שנה טובה מהטלוויזיה של ישראל"; קשת; 12; בקרוב.

18 ברור אפוא כי השידור בא לקדם גם את קשת עצמה. יש לשים לב שלא נמצא בו פרטים
19 אודות מועדי השידור של התוכניות, נתון המראה כי הקדימון מעביר מסר המאחד בין
20 הכוכבים המופיעים בו לבית המארח.

21 מר זילבר טען בעניין זה לפרסומת סמויה, אך אודה שהתקשיתי להבין הטענה. דבר אינו
22 סמוי בקדימון. המסר הוא גלוי ושיר, ורק המהלך כסומא בארובה יחמיץ אותו. הוא
23 מקדם גם את שידורי קשת כמכלול. השיר נבחר, בין השאר, נוכח השימוש שלו במילה
24 "קשת" (עדותו של גיא ליברמן (להלן: מר ליברמן)) המצהיר מטעם קשת, בעמ' 162 ש.
25 19-25), ואכן במהלך עריכת הקדימון הושם דגש על המילים "קשת פרוסה בענן" והטעם
26 ברור.

27 21. הנה כי כן תכליתו של הקדימון הייתה משולבת. הצופה בו לא יכול לומר שתכלית אחת היא
28 דומיננטית והאחרת משנית. מדובר בשילוב שלמעשה בלתי ניתן להפרדה. לכן, לא אוכל לקבל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 את טענתה של קשת כי הקדימון לא נועד לקדם אותה באופן כללי אלא רק את תכניותיה.
- 2 כאמור, ממילא ההבחנה בין שתי התכליות לא יכולה להיות חדה. אין הן מסתובבות בספרות
- 3 נפרדות, והאחת נוגעת בהכרח ברעותה. שעה שקשת מקדמת את עניינה של תוכנית המשודרת
- 4 אצלה, היא מקדמת גם את עצמה. שהרי קיומן של תכניות בעלות נתוני צפייה מרשימים, או
- 5 קיומן של תכניות שיש להן איכויות אחרות תורם לבנייתו של המותג, כשם שחבר קבוצה
- 6 המשמש מקור לגאווה, תורם לשמה של הקבוצה כולה. על רקע זה, קידום התוכניות מקדם
- 7 גם את הבית בו הן משודרות. קידום התכלית האחת מקדם גם את האחרת. הדברים גם עולים
- 8 מעדותו של מר ליברמן האחראי על הנושא אצל קשת. הוא העיד "מבחינתי, כל דבר שאני
- 9 מפיק עבור, כל פרומו שאני עושה לערוץ 12, הוא פרומו, או לקשת, הוא פרומו לתכניות של
- 10 קשת, שהמטרה שלו להביא צופים לתכניות של קשת" (עמ' 164 ש.7).
- 11 הקדימון בא להביא צופים לערוץ, להבדיל מפרסומת, הבאה לקדם רכישת מוצרים של צדדים
- 12 שלישיים. הבאת הצופים יכולה להיעשות באופן ישיר על-ידי עידוד צפייה בתוכנית כזו או
- 13 אחרת, ובאופן כללי על-ידי קידום המותג של זכיון השידור. מכאן גם ברורה הסיבה שכללי
- 14 הרשות ראו בשני סוגי הקדימונים כקרובים זה לזה וכמובחנים מפרסומת.
- 15 נמצא שהקדימון קידם את התוכניות וקידם גם את קשת אך לדרגת פרסומת לא הגיע, לפי
- 16 ההגדרות המנחות אותנו בדיון עד כה. לא מדובר בתשדיר שגוף חיצוני לגוף השידור ביקש
- 17 להפיק בתשלום כדי לקדם את פעילותו. לא נסתרה טענת קשת כי הקדימון הופק ב"מחלקת
- 18 הפרומו" שלה, שתפקידה לקדם את תכניותיה, ואין היא אמונה על תחום הפרסומות (עדותו
- 19 של מר ליברמן 163 ש.17). ואכן, הכוונה הייתה לעשות בקדימון שימוש לתקופה מוגבלת כדי
- 20 להטמיע בציבור את המעבר הצפוי של השידורים לאפיק החדש. לתכליות אלה אין מאפיינים
- 21 של פרסומת במובן אליו כיוונו הצדדים בהסכם השמיכה או במובן שניתן לה בכללי הרשות,
- 22 או בדין הכללי (ראו את ההבחנה שערך כב' השופט בנימיני בעניין אבידן, לעיל בפסקה 15).
- 23 .22 לקראת סיום חלק זה אציין שלא מצאתי ממש בטענת אקו"ם כי קשת עצמה לא ראתה
- 24 בסרטון משום קדימון, שכן היא לא כללה אותו ברשימת הפרומואים שהיא מכינה ושולחת
- 25 לאקו"ם. בחקירתו הנגדית טען מר ליברמן כי מדובר בטעות (עמ' 154, ש.4-14), ולטענת
- 26 אקו"ם אין לקבל הסבר זה. כאמור, דעתי שונה. אינני סבור שיש להשמטה זו משמעות
- 27 ראייתית חותכת. בעיני חשובה יותר העובדה שהסרטון הופק על-ידי מחלקת הפרומואים
- 28 בקשת, שאינה עוסקת בענייני פרסומות. קשת טוענת כי הקדימון דווח בערוץ 24 כקליפ
- 29 מוסיקלי, ומכאן שהחשוב הוא שלא דווח כפרסומת. מכל מקום, אין בכך כדי לשנות את
- 30 מהותו של הסרטון ואת תכליותיו עליהן עמדתי לעיל. לעניין השידור בערוץ 24 אתייחס



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 בהמשך.

2 בנוסף, לא אוכל לקבל את טענת אקו"ם כי הקדימון לא יכול להיחשב כזה שכן הוא שודר
3 בערוץ 22, וקידם ערוץ אחר – ערוץ 12, ולכן מדובר בסרטון פרסומת שעניינו ערוץ חדש. מדובר
4 בטענה מלאכותית. באותה העת הן קשת הן רשת שידרו בערוץ 22. כל אחת מהן עברה לערוץ
5 משלה בעקבות הרפורמה בשוק התקשורת. מכאן הצורך של הקדימון לקדם את שתי המטרות
6 עליהן עמדת, ובאותה העת לא הייתה היתכנות מעשית לשדרו בערוץ אחר.

7 האם "נספח הקדימונים" משנה את התמונה?

8 23. עד כה הגעתי למסקנה כי הסרטון המדובר שהפיקה קשת הוא קדימון ששידורו אינו מפר את
9 הוראות הסכם רישיון השמיכה משנת 1994.

10 אלא שלצד רישיון השמיכה שלחה אקו"ם (בשנת 2007) נספח לזכיינים השונים, שזכה לשם
11 "נספח הקדימונים". כותרתו הייתה "שילוב יצירות בקדימונים (פרומואים) – נספח לרישיון
12 השמיכה". ואכן, נספח זה בא להגדיר בצורה פרטנית ושונה את הגבולות שבין קדימון לבין
13 פרסומת. וכך צוין בו:

14 במסגרת הסכם רישיון השמיכה שהוענק לכם, הינכם רשאים לשלב
15 יצירה מרפרטואר אקו"ם בקדימון מורשה בלבד כהגדרתו להלן. כל
16 האמור בנספח זה כפוף לקבוע ברשיון השמיכה שהוענק לכם.
17 קדימון מורשה –

18 משדר קצר הבא לקדם תכנית או מספר תכניות. על כל משדר לכלול
19 בתוכו את האלמנטים המפורטים בסעיפים א ו-ב גם יחד כמפורט
20 להלן:

- 21 א. שם התכנית ו/או קטע מהתכנית, וגם –
- 22 ב. התייחסות לזמן שידור התכנית (לרבות זמן בלתי מסוים)....
- 23 ניתן לכלול בקדימון המורשה את שם ו/או לוגו הגוף המשדר ו/או שם
24 ו/או לוגו הערוץ בו משודרת התכנית.
- 25 ...

26 כל סוג אחר של קדימון שאינו עונה על ההגדרה "קדימון מורשה"
27 כאמור לעיל – דינו כפרסומת ועל כן, אינו כלול בהסכם השמיכה
28 ומחייב קבלת רשות בכתב ומראש לשילוב היצירה בקדימון.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 להלן מספר דוגמאות לסוגי קדימונים, שהרשות לשילוב היצירה
2 אינה כלולה במסגרת הסכמי השמיכה עם אקו"ם:

3 ...

4 קדימון פרסומת עצמית – משדר קצר הבא לקדם את הערוץ/הגוף בו
5 משודר הקדימון; ו/או את שירותיו כשאינו עומד בקריטריונים של
6 קדימון מורשה...

7 להזכירכם – אקו"ם אינה בעלת הזכויות הבאות, ולפיכך רישיון
8 אקו"ם אינו כולל רשות שימוש בזכויות אלה:

9 1. הזכות המוסרית

10 2. הזכות לעשיית יצירה נגזרת (לרבות ביצוע עיבוד, תרגום)

11 3. זכויות מבצעים

12 4. זכויות יוצרים בהקלטות קול (במאסטר) [ההדגשות במקור].

13 24. אקו"ם עמדה על הרקע לגיבוש הנספח. גב' חסון ציינה כי לאורך השנים התעוררו מחלוקות
14 חוזרות ונשנות בין אקו"ם והיוצרים החברים בה לבין תאגידי השידור לגבי המותר והאסור
15 בקדימונים. לכן נדרש להגדיר איזה משדר ייחשב לקדימון מורשה, ואילו משדרים יחשבו
16 לפרסומת מסחרית (פסקה 20 לתצהירה).

17 על רקע זה אינני סבור שנספח הקדימונים היה אך בגדר הבהרה דקלרטיבית כטענת התובעת.
18 הוא שינה את האופן שבו נמתח קו הגבול בין פרסומת לבין מה שאינו פרסומת. הקדימון
19 שמטרתו לקדם את גוף השידור בכללותו (להבדיל מתוכניות המשודרות על ידו) הפך לקדימון
20 שאינו מורשה; הוא הפך לפרסומת, בעוד שקודם לכן לא נחשב לפרסומת.

21 בכך ביקשה אקו"ם למתוח קו מצמצם סביב הקדימונים המורשים – בהשוואה לכללי הרשות.
22 אכן, אקו"ם אינה מחויבת להתיר שימוש בקדימונים כמובנם בכללי הרשות. היא יכולה להגיע
23 להסכמות עם גופי השידור המתירות שימוש מצומצם יותר בקדימונים במסגרת הסכמי
24 רישיונות השמיכה שהיא כורתת. ככל שגובשה הסכמה של הצדדים לשימוש צר יותר, הרי
25 שהסכמה זו היא המחייבת ויכולה להתגבר על כללי הרשות בנסיבות העניין (ראו לעיל בפסקה
26 18).

27 25. כעת, לאחר גיבושו של נספח הקדימונים, קדימון המקדם את גוף השידור עצמו ייחשב
28 לפרסומת. הנספח שינה את תמונת הדברים הנורמטיבית. לאור קביעתי כי הקדימון שעל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 הפרק קידם גם את קשת כגוף שידור (וגם את התוכניות), נראה ששידורו היה עולה כדי
2 פרסומת, ולכן, ובהתאם לנספח, קדימון זה "אינו כלול בהסכם השמיכה ומחייב קבלת רשות
3 בכתב ומראש לשילוב היצירה בקדימון".
- 4 26. אלא שכעת מתעוררת שאלה חשובה - האם הפך נספח הקדימונים לחלק ממערכת היחסים
5 המחייבת שבין אקו"ם לבין קשת? לאחר שבחנתי את מכלול הראיות שלפני תשובתי היא
6 בשלילה.
- 7 ראשית, הנספח נשלח באופן חד צדדי על-ידי אקו"ם למגוון גופי שידור עמם היא התקשרה.
8 בניגוד להסכם רישיון השמיכה, הוא לא נחתם על-ידי קשת. אכן "העדרה של חתימה אינו
9 מעיד, בהכרח, על העדר גמירת דעת" (פרידמן וכהן, בעמ' 448); יחד עם זאת גופי התקשורת
10 האחרים שהנספח נשלח אליהם חתמו עליו כעולה מהראיות שהציגה אקו"ם (נספחים ד-ט 8ד-11
11 לתצהיר גב' חסון), נתון המראה כי אקו"ם ייחסה חשיבות לחתימה.
- 12 אקו"ם טוענת כי נספח הקדימונים היה הכרח נוכח מחאות מצד היוצרים על שילוב
13 יצירותיהם בתשדירים החורג מגבולות המקובל. לשיטתה, מדובר בתיקון הוגן, המציב
14 דרישות סבירות ועובדה כי כל גופי השידור האחרים הפועלים ברישיון חתמו עליו, והוא יוצר
15 וודאות בשוק. ייתכן שכך, אך אין בדברים כדי להוביל למסקנה כי נוצרה הסכמה מחייבת בין
16 אקו"ם לבין קשת. אקו"ם לא יכולה לשנות את תנאי ההתקשרות שלה עם גופי השידור באופן
17 חד צדדי.
- 18 שנית, יש להיזהר מפני הגמשה של דיני ההצעה והקיבול דווקא לאור מאפייני הקשר החוזי
19 שבין הצדדים. אקו"ם היא גוף רב עוצמה בשוק הרלוונטי. כפי שראינו, בשלב מסוים של
20 פעילותה היא הוכרה כמונופול על-ידי רשות התחרות (ראו לעיל בפסקה 2). אין בכך כדי להטיל
21 דופי בפעילותה החשובה. פעילות זו חיונית לקהל היוצרים. הארגון מונה למעלה מ-10,000
22 יוצרים ישראלים, ופרנסתם של רבים מהם תלויה בתמלוגים שיקבלו מהתובעת. לכן פעילותה
23 אושרה על-ידי רשות התחרות. ועדיין אין חולק שמדובר בגוף המרכז כוח רב הן במישור
24 מערכת יחסיו עם גופי השידור באפיקי התקשורת השונים, הן במישור יחסיו עם האומנים
25 שאת זכויותיהם הוא מנהל. לאור מאפיינים אלה הוא מצוי בעמדת כוח לא מבוטלת מול
26 הגורמים עמם הוא נושא ונותן. לכן יש להיזהר במיוחד מפני מתן כוח לגוף שכזה, שמשמעותו
27 המעשית היא לבצע שינויים חד צדדיים במערכת היחסים שלו עם המצויים עמו בקשר משפטי.
- 28 אקו"ם מצידה טענה כי אין להפריז בכוחה, ושדווקא קשת היא הגורם החזק מבין השתיים.
29 הסכסוך הנוכחי אינו מצדיק הכרעה במקבילית הכוחות. התובעת היא חזקה והנתבעת חזקה
30 גם כן, אך החשוב לענייננו הוא שאקו"ם חזקה במידה כזו שמצדיקה היזהרות מפני הכרה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 ביכולתה לכפות שינויים חוזיים במהלכים חד צדדיים.

2 על רקע זה, הכרה מקלה מידי במעמד המחייב של נספחים הנשלחים באופן חד צדדי על-ידי
3 אקו"ם עלולה להוביל לפגיעה בגופי התקשורת העומדים מולה בקשר. עלינו להקפיד היטב כי
4 נשמרים דיני החוזים בדבר ההצעה והקיבול בין הגורמים הרלוונטיים.

5 **שלישית**, בחומר הראיות שלפני יש דוגמאות לאמירות חד משמעיות ומפורשות מצד קשת
6 לפיהן אין היא מחויבת לנספח הקדימונים, ואמירות אלה נאמרו הן בראשית הדרך והן
7 לאחרונה. כך, עוד ביום 13.2.07 במענה לשליחת נספח הקדימונים ציינה קשת במכתב (נספח
8 5 לתצהיר עו"ד שרית הכט המצהירה מטעם קשת (להלן: **עו"ד הכט**) כי:

9 מאז 1994 קשת קשורה בהסכם עם אקו"ם המתחדש מעת
10 לעת....לפיכך הופתענו לקבל את מכתבך אשר בסימוכין המודיע לנו
11 על שינוי חד צדדי של ההסכם והנוהג הקיים בין הצדדים. אנו דוחים
12 מכל וכל את טענתך לפיה קדימונים מסוימים אינם כלולים בהסכם
13 השמיכה הקיים בין קשת ואקו"ם.

14 ...

15 **אשוב ואציין כי איננו רואים את הקדימונים שצינת במכתבך**
16 **כפרסומת, ולפיכך הם מכוסים בהסכם השמיכה בין קשת ואקו"ם,**
17 **כך קשת פעלה שנים רבות ולאקו"ם אין סמכות לשנות הסכם זה**
18 **באופן חד צדדי. עם זאת, אנו מקבלים את טענתך כי קדימון הבא**
19 **לפרסם ערוץ אחר הינו פרסומת. בכך אין חדש... [ההדגשה במקור].**

20 ואכן, גם בהמשך הדרך עמדה קשת על דעתה כי היא לא כפופה להוראות נספח הקדימונים.
21 כך, ביום 31.3.14 פנתה אקו"ם לקשת ודרשה ממנה לשלם 30,000 ₪ בגין שימוש מפר בשיר
22 "אני פורים" ששולב במעברון "חג שמח" בשידורי קשת (בין 13-15 למרץ אותה שנה (נספח 6
23 לתצהיר עו"ד הכט)). מכתב נוסף נשלח ביום 8.4.14 (שם, נספח 7). השימוש בשיר נעשה שלא
24 על מנת לקדם תוכנית מסוימת, אלא את שידורי קשת כמכלול. על רקע זה טענה אקו"ם כי
25 אין המדובר בקדימון מורשה כמובנו בנספח הקדימונים. תשובת קשת (מיום 20.5.14) הייתה
26 כי "שידורי קשת מעולם לא חתמה ולא הכירה בתוקפו של אותו 'נספח לרישיון השמיכה'
27 המגדיר מהו 'קדימון מורשה'...אף על פי כן, ועל מנת לקדם את ההידברות בין הצדדים, אנו
28 מציעים כי במסגרת הדיונים העתידיים להתקיים בין קשת לאקו"ם בנוגע לתמלוג הקבוע,
29 ולמעשה, לבסוף, בנוגע לנוסח רישיון השמיכה, יתקיים דיון גם בשאלת הקדימונים" (שם,
30 נספח 8).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 יצוין כי אקו"ם לא פנתה לערכאות בעקבות תשובות אלה של קשת.
- 2 27. מנגד אקו"ם מצביעה על כמה דוגמאות שמראות לטענתה שקשת קיבלה על עצמה את תוקפו
3 המחייב של נספח הקדימונים. כך :
- 4 (א) לטענת אקו"ם קשת הבינה שהגדרת המונח קדימון בכללי הרשות היא רחבה יתר על
5 המידה ולכן פנתה לאקו"ם. הצדדים חלוקים אם פנייה זו הייתה בעניינו של אסף אבידן
6 או שמא בגין רצון לשדר קדימון שקשת ביקשה לראותו כמורשה בערוץ 24, שהיה אז
7 בבעלות קשת (עדותה של גב' חסון בעמ' 108 ש. 33 – עמ' 110 ש. 7), אך מכל מקום החשוב
8 הוא שעולה ממנה שקשת ביקשה להישען על נספח הקדימונים לפנייתה כדי להראות
9 שפעולתה מותרת, ואכן התשובה שמסרה אקו"ם נשענה על נספח הקדימונים.
- 10 הפנייה נעשתה בשנת 2012.
- 11 בעניין זה יצוין שהיועצת המשפטית של אקו"ם שהייתה צד לחילופי המכתבים נכחה
12 באולם בית המשפט אך לא היא מסרה תצהיר בנושא, והיא נמנעה מעדות ביחס לדבר
13 (עמ' 98 ש. 18 ואילך).
- 14 (ב) אקו"ם מפנה גם לפניית קשת בשנת 2009 בנוגע לתוכנית מסודרים (נספח ז לתצהיר גב'
15 חסון) (עדות עו"ד הכט בעמ' 228 ש. 21-27). אקו"ם טענה כי שולבה שם פרסומת עבור
16 "מפעל הפיס" שכן הוא הזמין את הצופים להשתתף בהגרלת לוטו מיוחדת.
- 17 על רקע אינדיקציות אלה טוענת אקו"ם כי קשת קיבלה על עצמה בהתנהגות את נספח
18 הקדימונים, וביקשה לעשות בו שימוש כשהדבר היה נוח לה. ניסיונה להתחמק מכך כעת
19 מהווה פעולה בחוסר תום לב.
- 20 לא אוכל לקבל הטענה.
- 21 ראשית, מדובר במקרים שעסקו בפעילות החורגת ממילא מהיקף הפרישה של הקדימונים, גם
22 בגרסה המרחיבה שלהם. אפילו המובן הרחב שלהם לא כולל היתר לפרסומת עבור מפעל
23 הפיס; בעניינו של אבידן מדובר היה ביצירות שלא היו מכוסות תחת הסכם רישיון השמיכה
24 הרלוונטי; וגם קשת מסכימה כי קדימון הבא לפרסם ערוץ אחר הוא פרסומת; על רקע זה
25 קשה לראות במקרים עליהם נסמכת אקו"ם בסיס להכרה של קשת בכוחו המחייב של נספח
26 הקדימונים; שנית, כדי שצד יסכים לקחת על עצמו את השינוי של הסכם רישיון השמיכה, יש
27 צורך בתשתית ראייתית ברורה. התשתית עליה נשענת אקו"ם אינה כזו. לכל היותר מדובר
28 בהסקת מסקנות משתמעות ממקרים נקודתיים ובודדים המתפרסים על פני שנים, וזאת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 בניגוד לאמירות החדות והחד משמעיות של קשת, עליהן עמדתי בפסקה הקודמת, מהן עולה
2 כי היא דחתה באופן חד וברור את כפיפותה לנספח הקדימונים. **שלישית**, האירועים עליהם
3 נסמכת אקו"ם התרחשו לפני שנת 2014, אז שלחה קשת פעם נוספת מכתב בו דחתה את
4 תחולת נספח הקדימונים עליה. במקרה אחרון זה דובר במקרה מובהק שבו כן הייתה
5 רלוונטיות למחלוקת שלפני, שכן קשת שילבה שם יצירה מוגנת בקדימון שקידם את הערוץ
6 ולא תוכנית ספציפית בו (ראו את נספח 8 לתצהיר עו"ד הכט שהוזכר לעיל בפסקה הקודמת).
7 והנה אקו"ם לא נקטה בצעד נוכח דחייה זו, למרות שהמקרים שעליהם היא מסתמכת כעת
8 היו בידיעתה כבר אז. נראה אפוא שגם אקו"ם לא חשבה כי עומדת לה תשתית נאותה לקבל
9 הצהרה שיפוטית כי קשת הפרה את נספח הקדימונים שהיא טוענת כי הוא מחייב אותה.
10 סוף דבר, התשתית הראייתית העומדת לפני אינה מבססת את הסכמתה של קשת להיות
11 כפופה לנספח הקדימונים ששלחה אליה אקו"ם.

סיכום ביניים

12
13 28. בשידור הקדימון קשת לא הפרה את הסכם רישיון השמיכה (משנת 1994) במובן זה ששידורו
14 לא עלה כדי פרסומת, ולכן לא הייתה מוטלת עליה חובה לפנות ליוצר או לאקו"ם ולקבל
15 רשותם לשילוב השיר "חולם" בקדימון **מטעם זה** (הצדדים מעלים טענות אחרות החורגות
16 מפרשנות הסכם רישיון השמיכה, ואדרש אליהן בהמשך).
17 נספח הקדימונים היה משנה את התמונה לו היה חל על מערכת היחסים שבין קשת לבין
18 אקו"ם, שכן הקדימון ששודר לא עומד בתנאים הנקובים בו, אלא שהוא לא חל עליה. מכאן
19 שהמסקנה אודות חוסר ההפרה נותרת בעינה.

ההסכם לגבי אתר "מאקו" והשימושים הנוספים בפייסבוק ובאינסטגרם

20
21 29. הסכם רישיון השמיכה שנדון עד כה עסק בשידורי טלוויזיה בלבד. ביום 23.3.10 התקשרה
22 קשת בהסכם רישיון נוסף עם אקו"ם לשם הסדרת השימוש ברפרטואר בפעילותה של קשת
23 באינטרנט באמצעות אתר "מאקו" (www.mako.co.il):
24 א) מהות ההתקשרות הוגדרה כך: "זהו הסכם למתן רישיונות לשירותים ברשת האינטרנט
25 בקשר עם השימוש ביצירות מרפרטואר אקו"ם באחד או יותר מהאופנים הבאים: (1)
26 השמעה או הצגה לצפייה ברצף בתבנית Streaming; (2) השמעה או הצגה לצפייה
27 בתבנית Streaming on Demand; (3) טעינה (Download) למחשבי המשתמש; ו- (4)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 הצגה לצפייה של טקסטים" (סעיף 1).
- 2 (ב) אתר השירות הוגדר ככזה המצוי בכתובת www.mako.co.il "המהווה אמצעי הגישה
3 העיקרי לשימוש בשירות" (סעיף 3.1).
- 4 (ג) עוד נקבע ש"בכפוף לתנאי הסכם זה, אקו"ם מעניקה למקבל הרישיון רשות לא
5 בלעדית, מוגבלת בזמן לתקופת כל רישיון, לבצע את הפעולות ביצירות מרפרטואר
6 אקו"ם במסגרת השירותים, בתנאים המפורטים ברישיונות הנספחים להסכם זה
7 שנחתמו על-ידי מקבל הרישיון ואקו"ם, כדי להציע למשתמשים בשירותים להשתמש
8 ביצירות מרפרטואר אקו"ם באופן אישי ופרטי בלבד ולאסור על משתמשי השירותים
9 להשתמש ברפרטואר לכל צורך מסחרי" (סעיף 4).
- 10 (ד) סעיף 7.1, שהוא חלק מסעיף 7 שעוסק ב"פרסומות וחסויות" קבע כי "מקבל הרישיון
11 אינו רשאי להשתמש ביצירה מרפרטואר אקו"ם לצורכי בחירות, קידום מכירות,
12 שיווק, חסות, פרסום ו/או פרסומת לכל מוצר, שירות, מותג ו/או כל שימוש מסחרי
13 אחר, לא יציג יצירה מרפרטואר אקו"ם בקשר עם מוצר, מותג או שירות כלשהו ולא
14 ייצור זיקה בינם לבין יצירה מרפרטואר אקו"ם – והכול, אלא אם ובמידה שקיבל על
15 כך רישיון נפרד בכתב ומראש".
- 16 (ה) סעיף נוסף בהסכם התייחס לזכות המוסרית של היוצר (סעיף 12) שקבע כך:
17 12.1 מקבל הרישיון לא יטיל פגם בכל יצירה מרפרטואר אקו"ם ולא
18 יעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן לא יעשה ביחס ליצירות
19 כאמור פעולה פוגענית – והכל, אם יש באילו מהם כדי לפגוע בשמו
20 או בכבודו של יוצר היצירה.
- 21 12.2 מקבל הרישיון יציין בסמוך לכל יצירה מרפרטואר אקו"ם
22 שיציב בשירותים את שמות מחבריה בהיקף ובמידה הראויים
23 בנסיבות העניין. הודעה כאמור יכול שתימסר באמצעות מידע
24 טקסטואלי המשודר ביחד עם כל השמעה של יצירה מרפרטואר
25 אקו"ם.
- 26 30. אקו"ם טוענת כי ההסכם האמור שולל מקשת את האפשרות לשדר קדימונים מהסוג האמור
27 באתר מאקו. דינה של טענה זו להידחות. אין כל סיבה להבחין בין האפשרויות העומדות בפני
28 קשת בעניין זה בשידור במדיום הטלוויזיוני לבין אפשרויות השידור שלה בדף מאקו
29 באינטרנט. הנכנס לאתר האינטרנט של מאקו יכול להיחשף לעולמות תוכן שונים, שאחד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 המרכזיים שבהם הוא MakoTv, שם ניתן לצפות בתוכניות שמשדרת הנתבעת בטלוויזיה בין
2 דרך המחשב ובין דרך הטלפון הנייד או דרך כל פלטפורמה אחרת שניתן להפעיל דרכה את
3 היישומון הרלוונטי. ההסכם שנחתם בין הצדדים בשנת 2010 בא לעולם לאחר שנים רבות של
4 הפעלת רישיון השמיכה, ואם הצדדים היו מעוניינים לשנות את כללי ההתנהלות המחייבים
5 ביניהם אגב המעבר מעולם הטלוויזיה לעולם האינטרנט הם היו עושים זאת בלשון ברורה
6 בהסכם שכרתו.

7 אקו"ם נשענת על סעיף 7.1 להסכם, אלא שסעיף זה לא יכול לשאת את טענותיה. הוא עוסק
8 בפרסומות. הדברים נלמדים לא רק מהמלל עצמו אלא מהכותרת שלו הנושאת את השם
9 "פרסומות וחסויות". וכידוע, כותרות החוזה מסייעות בפרשנותו הראויה (ברק, בעמ' 318).
10 על רקע זה, נראה כי הסעיף מייבא לתוך הסכם האינטרנט את אותן מגבלות הקיימות בעניין
11 הפרסומות כפי שהתגבשו בין הצדדים בהסכם רישיון השמיכה.

12 31. אלא שכאן באה פעולה נוספת שביצעה קשת.

13 מתכתובת דואר אלקטרוני (מיום 11.9.17) [ת/5] התברר כי הנתבעת החליטה שתחילה יעלה
14 הסרטון באתר מאקו מיד לאחר שיעלה על מסך הטלוויזיה. לאחר מכן, הוא "יעלה וישותף
15 במקביל בעמודי הפייסבוק הגדולים של קשת – קשת, מאקו, ארץ נהדרת, מאסטרשף,
16 הכוכב הבא, גיא פינס, TVbee וכו'". ואכן, הסרטון הועלה באלה וגם בדף של מאקו
17 באינסטגרם.

18 כפי שראינו, ההסכם שבין הצדדים הגדיר את אתר השירות ככזה המצוי בכתובת
19 "www.mako.co.il" המהווה אמצעי הגישה העיקרי לשימוש בשירות" (סעיף 3.1). והנה, דפי
20 הפייסבוק ודף האינסטגרם של הנתבעת אינם מצויים באותה הכתובת המוגדרת בהסכם.
21 האם יש בכך משום הפרה של ההסכם בין התובעת לבין הנתבעת?

22 המחלוקת שבין הצדדים מעלה אל שולחן הניתוח המשפטי דילמה בעלת אופי כללי יותר,
23 שהיא נגזרת מהעולם הטכנולוגי בו אנו חיים. עניין לנו בהסכם המסדיר פעילות באינטרנט,
24 ומדובר במדיום החווה שינויים ואף מהפכות בקצב שקשה לעמוד בו. כאשר כורתים הצדדים
25 הסכמים בתחומים אלה, לא תמיד הם חוזים מראש את האפשרויות הטכנולוגיות
26 המתפתחות. ועולם האפשרויות והמציאות ברגע ההתקשרות אינו משקף בהכרח את זה
27 שנפרש בחלוף זמן, ואפילו בחלוף זמן לא ארוך מגיבוש ההסכם בהינתן קצב המהפכות
28 והשינויים.

29 על רקע זה קשה ליצור גידור ברור בין פלטפורמות תקשורת "ישנות" ו"חדשות". כפי שציננה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 כבי השופטת ברק-ארז בעניין אקו"ם בפסקה 70 לפסק הדין :

2 זוהי הבחנה רווית קשיים. עולם התקשורת מתאפיין בהתפתחות
3 טכנולוגית מהירה ותמידית. חשוב מכך, ההיבט הטכנולוגי של תחום
4 זה מתאפיין בתופעה המכונה לעתים בשם "קריסת טכנולוגיות":
5 עם התפתחות הטכנולוגיה מתמוטטות בהדרגה החומות המפרידות
6 בין פלטפורמות התקשורת השונות וטכנולוגיות מסוגים שונים
7 "קורסות" זו אל תוך זו, תוך יצירת ממשקים חדשים. כך למשל,
8 סרט קולנוע שהופץ ברשת האינטרנט זמין לצפייה גם באמצעות
9 מכשיר טלפון סלולארי "חכם", ואילו תחנות רדיו מסורתיות
10 משדרות שירים ותכניות גם באמצעות טכנולוגיית streaming
11 באינטרנט. במציאות טכנולוגית זו, ההבחנה בין "מדיה ישנה" לבין
12 "מדיה חדשה" היא איננה דיכוטומית-בינארית ואף איננה קבועה
13 או יציבה.

14 מושא ההסדרה של ההסכם שנכרת בין הצדדים בשנת 2013 - פעילות מקאו באינטרנט - אינו
15 יציב. אכן, בשנת 2013 הייתה קיימת כבר פייסבוק, אך נראה שהשימוש שעשו גופים מסחריים
16 ברשתות החברתיות לא הגיע להיקפים ולעוצמות שאנו חוזים בהם היום הזה.

17 32. השאלה היא האם יש להחיל את ההסכם שכרתו הצדדים גם על אפשרויות טכנולוגיות שלא
18 הוסדרו מפורשות בעת כריתתו. בנסיבות המקרה שלנו השאלה היא האם יש להחיל ההסכם
19 גם על שימוש שעושה קשת בדפי פייסבוק ואינסטגרם ולא רק בגבולותיו של אתר מאקו עצמו.

20 שאלה מסוג זה נדונה בה"פ (מחוזי ת"א) 40561-03-12 דמיאל נ' אלוף (פורסם במאגרים ;
21 2015). שם נדרש כבי השופט הבכיר (בדימי) גינת לשאלה האם הסכמים שנחתמו בשנות
22 השישים והשמונים של המאה שעברה, שעניינם הפצת ספרונים בעותקים קשיחים, צריכים
23 לחול גם על הפצת ספרים בטכנולוגיה דיגיטלית (e-books). כבי השופט גינת הפנה לניתוח מאיר
24 העיניים אצל (2015) para. 10.10 NIMMER ON COPYRIGHT :

25 Technological developments in the communications media have
26 produced difficult problems in construing the scope of licenses that
27 by their terms are limited to a particular medium. These "new-use"
28 issues have long vexed the courts...

29 The advent of television produced a myriad of such problems,
30 including the question of whether a grant of motion picture rights
31 includes the right to exhibit a motion picture on television, whether



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 a synchronization license to record a song on a motion picture
2 sound track permits the use of such sound track on television,...
3 Comparable problems may arise in other media,
4
5 The absence of uniformity of result in the cases is, to some extent,
6 to be expected because the problem presented in determining the
7 scope of rights granted under a license is said to turn on the "intent"
8 of the parties as reflected in the particular instrument in issue. ...
9 The real problem in the search for the parties' "intent" as to the
10 scope of a grant is not in resolving ambiguities so as to lay bare the
11 true intention of the parties.
12
13 Most often in fact there is no such single intent. Either each party
14 had a different intent with respect to the disputed issue of scope, or
15 more likely, there simply was no intent at all at the time of
16 execution with respect to this issue insofar as it relates to whether
17 the grant includes a new use developed at a later time. The very fact
18 that we are most often dealing with a later developed technological
19 process (even if it were known in some form at the time of
20 execution) suggests that the parties' ambiguous phraseology masks
21 an absence of intent rather than a hidden intent that the court simply
22 must "find."
23
24 **In this state of affairs, there appear to be, broadly speaking,**
25 **two possible approaches to the construction of such**
26 **instruments. It may be held that a license of rights in a given**
27 **medium (e.g., "motion picture rights") includes only such uses**
28 **as fall within the unambiguous core meaning of the term (e.g.,**
29 **exhibition of motion picture film in motion picture theaters)**
30 **and exclude any uses that lie within the ambiguous penumbra**
31 **(e.g., exhibition of motion picture film on television or on**
32 **videocassettes). Thus, any rights not expressly (in this case**
33 **meaning unambiguously) granted are reserved.**
34
35 **The other alternative, and the one that it is believed is to be**
preferred, is to hold that the licensee may properly pursue any
uses that may reasonably be said to fall within the medium as
described in the license. This would include uses within the
ambiguous penumbra because if whether or not a given use



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 falls within the description of the medium is ambiguous, it
 2 must, by definition, mean that it is within the medium in a
 3 reasonable sense (albeit this is not the only reasonable sense).
 4 "In other words, the question before the court is not whether
 5 he [the licensee] gave the words the right meaning, but whether
 6 or not the words authorized the meaning he gives them."
 7 [emphasizes added]

8 33. הנה כי כן, המדיניות השיפוטית הראויה להתמודד עם הדילמות מהסוג שעל הפרק ניצבת
 9 בצומת דרכים. **בדרך האחת** תיושם מדיניות דווקנית, שבה הרישיון ניתן רק לגבי
 10 הפלטפורמות הטכנולוגיות המוזכרות בו במפורש. מכאן ששימוש ביצירות המוגנות
 11 בפלטפורמה שונה – תהיה זו דומה או שונה – ייעשה ללא היתר, ויעלה כדי הפרתו של ההסכם,
 12 ושימוש לא מותר ביצירות. **הדרך השנייה** קובעת שיש לקבל "**הרחבה טכנולוגית סבירה**" של
 13 הסכמי הרישיון שעל הפרק. היא מכירה באפשרות להרחיב את ההיתר לעשות שימוש ביצירות
 14 המוגנות לא רק ביחס למדיום התקשורתי המוסדר במפורש בהסכם, אלא גם ביחס למדיומים
 15 נוספים. כזאת ניתן לעשות כשאפשר לייחס לצדדים הסכמה קונסטרוקטיבית לשימוש אפשרי
 16 גם בהם, בהינתן **תכלית** ההתקשרות.

17 במקרים בהם הדבר האפשרי עדיפה הצעידה בדרך השנייה, המכירה בהרחבה הטכנולוגית
 18 הסבירה. דרך זו נותנת את המשקל הראוי למאפיינים המיוחדים של חוזים שעניינם
 19 בטכנולוגיה מתפתחת באינטרנט, השונים מחוזים שעניינם טובים "מסורתיים" יותר.
 20 המאפיינים המיוחדים מצריכים גישה מיוחדת. הגישה המיוחדת צריכה להתמודד עם
 21 החידושים הטכנולוגיים המרעיפים עלינו אפשרויות משתנות שלא נלקחו בחשבון בעת
 22 ההתקשרות המקורית.

23 אימוץ גישה דווקנית ייאלץ את הצדדים המתקשרים לשוב אל שולחן המשא ומתן החוזי שוב
 24 ושוב (ושוב) בכל פעם שתשתנה התמונה הטכנולוגית, ובכל פעם שתיווצרנה אפשרויות שימוש
 25 חדשות שלא נלקחו בחשבון במועד ההתקשרות המקורי. במציאות החיים באינטרנט מדובר
 26 בנטל כבד במיוחד. אנו חיים בעולם שבו חידוש רודף חידוש בקצב מסחרר. בעולם שכזה
 27 הגישה הדווקנית תהפוך את החוזים מהסוג שלפני ללא עדכניים ולמיושנים תוך חודשים
 28 לאחר שיתגבשו, לעיתים עוד בטרם תיבש דיו החתימה האלקטרונית לאחר מועד כריתתם.

29 34. לפיכך, יש להכיר **בחזקה פרשנית** לפיה כאשר המדיום הטכנולוגי החדש מקדם מהות הדומה
 30 במאפייניה הבסיסיים לזו של המדיום המוסדר בחוזה, ובהתחשב בתכלית ההתקשרות שבין
 31 הצדדים, סביר לייחס להם כוונה להחיל גם עליו את ההסכם ביניהם, ללא צורך לפתוח מחדש



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 את החוזה שכבר נכרת. תנאי לקיומה של החזקה הוא במהות דומה, ולא בזהות טכנולוגית.
2 הרי לעולם הטכנולוגיה החדשה לא תהיה זהה לזו הקודמת, והצבת דרישה דווקנית מידי תפגע
3 ביכולתם של החוזים הללו להתאים עצמם למציאת המשתנה.

4 חזקה זו יכולה להיות מאוששת בהתאם **להתנהגות הצדדים בפועל** וגם להיסתר בגינה. כאשר
5 מעניק הרישיון מודע לשינויים הטכנולוגיים לאורך זמן, ולשימוש שעושה הזכין במדיום
6 התקשורתי החדש בהתאם לאמות המידה המוסדרות בהסכם, קמה אינדיקציה חזקה
7 המאששת את רצון הצדדים להימנע מלפתוח את מערכת היחסים החוזית ביניהם נוכח
8 השימוש השונה במדיום התקשורתי.

9 כמובן שהחזקה הפרשנית ניתנת לסתירה, בראש ובראשונה על-ידי הצדדים עצמם. כך, מקום
10 בו ננקטה לשון ברורה וחד משמעית בהסכם השוללת כל אפשרות תחולה על מדיום שלא
11 הוסדר בו במפורש, יש לכבד רצון זה. בנוסף, מקום בו ניתן ללמוד מהתנהגות הצדדים בפועל
12 חוסר השלמה עם שימושים ברישיון במדיומים תקשורתיים אחרים, הרי שגם לכך יש, כמובן,
13 משמעות ראייתית ברורה. בנוסף יש לזכור כי על הרחבת התחולה הטכנולוגית להיות סבירה.
14 לא יותר אך גם לא פחות. כאשר מדובר במדיום תקשורתי השונה קטגורית במאפייניו
15 מהמדיום המוסדר ברישיון, או כאשר לא הגיוני שתכלית הרישיון תאפשר שימוש גם בו, הרי
16 שהרחבת הרישיון הקיים גם לגביו לא תיחשב לסבירה.

17 35. במקרה הנוכחי ברור שהשימוש של אתר מאקו ברשתות החברתיות אינו חופף וזהה לזה של
18 השימוש באתר באינטרנט. ועדיין המהות דומה במאפייניה הבסיסיים. שתי הפלטפורמות
19 באות לתת מענה לצרכן התוכן הווירטואלי, המעוניין להיחשף לתכנים של קשת באמצעות
20 מאקו. האפשרות האחת תצריך אותו להיכנס לאתר באינטרנט כדי להיחשף לתכניו. הוא יוכל
21 להוריד התכנים ולשתפם עם אחרים, למשל באמצעות דף הפייסבוק שלו. כך, למשל, כניסה
22 לכתבה באתר מאקו באינטרנט מאפשרת לנכנס לשתפה בין חבריו בפייסבוק האישי של
23 הנכנס. הנכנס באופן תדיר לאתר יוכל לקבל עדכונים שוטפים, למשל, לטלפון הנייד שלו.
24 תכנים אלה עומדים גם בדף הפייסבוק. אם ברצוני לעקוב אחר הדף, ואחר התכנים של מאקו,
25 עלי להפוך "לחבר". לשם כך עלי ליזום חברות או להיענות להצעה לחברות מסוג זה. בסופו
26 של יום מדובר בדף הפייסבוק של מאקו, שהיא אותו גורם המפעיל את אתר האינטרנט. קיימת
27 חפיפה משמעותית בין התכנים המקודמים בשני המדיומים התקשורתיים. בנוסף, ככל
28 שמדובר בתוכנית מסוימת שאני מעוניין בה, אוכל להצטרף לדף הפייסבוק או האינסטגרם של
29 התוכנית הקונקרטית, ככל שנפתח כזה.

30 נמצא ש"החומות הטכנולוגיות" המפרידות בין סוגי המדיה הללו קרסו זה מכבר. מהאתר של
31 מאקו אוכל להגיע לדף הפייסבוק, ומדף הפייסבוק אוכל להגיע לאתר מאקו באינטרנט. זוהי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 דוגמא לכך ש"התפתחות הטכנולוגיה מתמוטטת בהדרגה החומות המפרידות בין
2 פלטפורמות התקשורת השונות וטכנולוגיות מסוגים שונים 'קורסות' זו אל תוך זו, תוך יצירת
3 ממשקים חדשים" (עניין אקו"ם, בפסקה 70).

4 קרבה זו מאבחנת את ענייננו מזה שנדון על-ידי כב' השופט גינת בעניין דמיאל, שהרי
5 פלטפורמת הספרים הקשיחים שניתן למששם, ולהריח את ריח הדפוס הטרי הנלווה להצבתם
6 על דוכני חנויות הספרים, שונה שנות דור מהספרים האלקטרוניים. ההבדל בין המדיומים
7 שנדון שם כמוהו כהבדל שבין מכונת הכתיבה עם ניירות הקופי הסגולים לבין מעבד
8 התמלילים הממוחשב.

9 36. מכאן שבהחלט סביר להרחיב את היקף הפרישה הטכנולוגי של ההסכם שכרתו הצדדים גם
10 על השימושים שעושה הנתבעת בדפי הפייסבוק והאינסטגרם שלה. על כך יש להוסיף את
11 התנהגות הצדדים בפועל. במסגרת ההליך שלפני אקו"ם אכן לא הראתה שהיא גובה תמלוגים
12 מעמודי פייסבוק ואינסטגרם של גורם משדר אחר כמו רשת, תאגיד השידור כאן, הוט, יס
13 ותחנות הרדיו האזוריות. הסכם האינטרנט נכרת בשנת 2013. בשנים שחלפו מאז נעשה שימוש
14 ניכר בעמודי פייסבוק מצד זכיינים רבים. התנהלות זו מבססת, לטעמי, הבנה ורצון להחיל את
15 המסגרת ההסכמית הקיימת גם על פעילות בתחום זה. ולכן אין למצוא בפעילות שעשתה קשת
16 בדפי הפייסבוק והאינסטגרם משום הפרה של ההסכם שנכרת בינה לבין אקו"ם.

17 37. לא אעסוק בשאלה מה יהיה מצב הדברים אם אקו"ם תבקש לפתוח את מערכת היחסים
18 החוזית שלה מול קשת ולעדכנה ביחס למדיום האינטרנט מכאן ולהבא. שאלה זו לא התעוררה
19 בפני והיא לא ניצבת להכרעה בנסיבות העניין.

20 **ובכל זאת הפרות**

21 38. אם פעילותה של קשת הייתה מתמצה בשידור הקדימון באפיק 22 או באמצעות דפיה
22 באינטרנט לא הייתה נרשמת לחובתה הפרה של התחייבויותיה בהתאם למערכות ההסכמים
23 המחייבות שבין הצדדים.

24 אלא שהן התובע הן התובעת הצביעו על שימוש שעשתה קשת בקדימון באופן החורג, לטעמי,
25 מגבולות המותר. התובע הצביע על כך שקשת שילמה לפייסבוק כדי שתבצע פרסום ממומן
26 לקדימון. התובעת הצביעה על שידור הקדימון בערוץ 24, שהיה אותה עת בבעלות קשת.

27 39. בכל הנוגע בפרסום הממומן, קשת לא הכחישה כי כזאת עשתה. משמעות הדברים היא
28 שהסרטון נדחף על-ידי קשת בפייסבוק לאחר ששילמה לפייסבוק כדי לקדמו. הוא הגיע אפוא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 במועד הרלוונטי למשתמשי פייסבוק גם שלא ביוזמתם, וגם אם אין הם חברים בעמוד
2 הפייסבוק של מאקו. כפי שהצהירה גב' חסון, המצהירה מטעם אקו"ם "לי, אישית, קפץ
3 התשדיר הזה, שאני לא חברה בפייסבוק, לא של מאקו, לא של קשת, לא של אף תכנית, קפץ
4 לי יום אחד כשפתחתי את פייסבוק, הסרטון הזה, עם ספונסר, בענק, 'קשת עוברים לערוץ
5 12" (עמ' 130 ש. 22 ואילך).

6 פעילות מסוג זה לא יכולה להיחשב לקדימון לגיטימי בהתאם למערכת היחסים החוזית שבין
7 קשת לבין אקו"ם. ראשית, עד כה עסקנו במצב שהנחשפים לקדימון בחרו להיכנס לבמות
8 התקשורתיות בהן פעלה קשת – יהיה זה אפיק 22 או אחד מדפי הפייסבוק שלה או לאתר
9 מאקו באינטרנט. כאן מדובר בפעילות שבה נחשף אדם לקדימון גם אם לא ביקש להיכנס
10 לבמה התקשורתית של הנתבעת. שנית, עסקנו במצב שבו קשת עצמה היא שהפיקה את
11 הקדימון ושדרה אותו. כאן מדובר בפרסום ממומן, כלומר, במצב דברים שבו קשת משלמת
12 לאחר (פייסבוק) כדי שיפיץ את הסרטון שהפיקה. למותר לציין כי פעילות זו שמה אותנו
13 במובהק במשבצת של פרסומת, ומכאן שבנגזרת פעילות זו, עשתה קשת שימוש ביצירה מוגנת
14 ברפרטואר אקו"ם לשם פרסומת, תוך הפרת הסכם רישיון השמיכה.

15 ואכן, כשעומתת עו"ד הכט עם פעילות זו בחקירתה הנגדית היא לא אישרה שהסכם האינטרנט
16 כולל גם את היכולת לבצע קידומים ממומנים באמצעות פייסבוק (עמ' 220 ש. 1-16), וטוב שכך
17 - כי הוא לא.

18 שימוש שכזה חורג בעליל מגבולות המותר בהסכם רישיון השמיכה בין הצדדים החל על
19 פעילות אתר מאקו. אין לראות קידום ממומן בפייסבוק כנכנס לגדר "הרחבה טכנולוגית
20 סבירה" של הסכם מאקו. זאת משום שהוא חורג מההגיון הבסיסי של הסכם זה ולפיו
21 המעוניינים בצריכת המידע צריכים להיכנס לבמת הפעילות של קשת באינטרנט או לבקש
22 להתעדכן בה.

23 יחד עם זאת התובעים לא הציגו כל ראיה אודות היקף הפעילות בעניין זה, ותוספת החשיפה
24 שנרשמה בגינו. יש לזכור כי אתר האינטרנט מאקו ודפי הפייסבוק של קשת זוכים לפופולריות
25 רבה. עיון בדף הפייסבוק של מאקו מעלה כי הוא כולל 822,521 עוקבים (נכון למועד כתיבת
26 שורה זו בפסק הדין), וגם אם אניח כי המספר היה נמוך משמעותית בשנת 2017 עדיין נראה
27 שמדובר היה בהיקף ניכר ומשמעותי.

28 40. בנוסף, מתברר כי קשת שידרה את הסרטון כ"קליפ" במסגרת ערוץ 24 ואף דיווחה על שידורו
29 ככזה במסגרת דיווחיה לאקו"ם (נספח ט1 לתצהירה של גב' חסון). היא שידרה אותו 11 פעמים
30 (כעולה מנספח ט2) בין ה-17.9.17 ועד 19.9.17. גם מר ליברמן, שהיה אחראי על הפקת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 הקדימון, העיד שהוא חושב שהסרטון שודר בערוץ 24 כקליפ (עמ' 146 ש.8). הוא העיד שהוא
2 לא שודר שם כקדימון אלא "מהיותו שיר גדול, יפה ומושקע, שודר בערוץ 24 כקליפ" (עמ'
3 149, ש.19). ועוד ציין שהיות וערוץ 24 הוא ערוץ נפרד מערוץ 22 (למרות שהוא היה בעת
4 הרלוונטית בבעלות קשת), הקדימונים לא אמורים להיות משודרים שם כקדימונים (עמ' 150,
5 ש.14).
- 6 אכן, כפי שראינו (ראו לעיל בפסקה 22) העובדה שהסרטון לא דווח כקדימון לא הופכת אותו
7 בהכרח לפרסומות; אך אין לקבל שהסכם רישיון השמיכה משנת 1994 אפשר את שידורו בערוץ
8 24. ערוץ 24 היה באותה עת בבעלותה של קשת, ועדיין מדובר בערוץ נפרד בעל תכלית שידור
9 נפרדת. פשיטא שערוץ 24 אינו בגדר ערוץ 22, וערוץ 24 גם לא צפוי היה לעבור לשדר בערוץ 12.
- 10 קשת לא התמודדה באופן ממצה עם עניין זה בסיכומיה. היא ציינה (בפסקה 65) כי כאשר
11 מורידים מהסרטון את הקטעים המשולבים בו מהתוכניות של קשת (לתיאור קטעים אלה ראו
12 לעיל בפסקה 20(א)), הרי שמדובר ב"קליפ" ככל הקליפים שניתן לשדר בערוץ 24.
- 13 לא אוכל לקבל הטענה.
- 14 נניח שקשת ערכה עיבוד של יצירה מרפרטואר אקו"ם ושילבה אותו בתוכנית כמו "הכוכב
15 הבא" המשודר על ידה באפיק 22 (או באפיק 12); ונניח שפעולה זו היא מותרת (עניין זה שנוי
16 במחלוקת ואיננו אליו בהמשך). וכעת נניח כי היא שילבה את העיבוד בשידוריה בערוץ 24.
17 על פניו לא אמור להיות בכך קושי, ואתבטא בעניין זה בזהירות, שכן הסוגייה לא לובנה די
18 צורכה על-ידי הצדדים. זאת משום שערוץ 24 משדר מוסיקה ישראלית, ואין סיבה שהעיבוד
19 לא ישודר בו. שידורו מקדם את התכליות של ערוץ 24 והוא הגברת החשיפה של הקהל בארץ
20 למוסיקה שכזו.
- 21 ועדיין, המקרה שלפנינו הוא שונה. אין המדובר בעיבוד מוסיקלי רגיל. מדובר הרי בעיבוד
22 שתכליתו היא לקדם את המעבר של קשת לערוץ 12. לעיבוד יש איכויות מוסיקליות אך לא זו
23 תכליתו. אי אפשר פשוט להתעלם מקטעי התוכניות המשובצים בו. מטרת הקדימון הייתה
24 לעדכן את הציבור שתוכניות אלה צפויות לעבור לאפיק חדש, כמו גם הזכייך המפיק ומשדר
25 אותו. ומכאן, ששילובו של הסרטון בערוץ 24 קידם את האינטרסים של קשת באופן שזר
26 למטרות של ערוץ 24. העובדה כי מדובר באותם בעלים אין בה כדי לשנות.
- 27 אין לפרש את הסכם רישיון השמיכה (משנת 1994) כמאפשר שימוש ביצירה מוגנת בקדימון
28 המשובץ בערוץ אחר ונפרד, וששידורו זר לתכליות שבא הערוץ האחר לקדם.
- 29 41. קשת טוענת כי קיימת מידה של צביעות בטענות אקו"ם כי היא נפגעת משידור הקדימון שכן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 ככל שתקודמנה תכניות קשת, כך תגדלנה הכנסות אקו"ם. מסבירה קשת שגידול בצפייה
2 בתכניותיה יגדיל ההכנסה מהפרסומות ומהחסויות, והיות ואקו"ם מקבלת שיעור מההכנסות
3 הללו הרי שגם היא תהנה מכך. בין כך ובין אחרת אין זה משנה. זכותה של אקו"ם להסדיר
4 את האופן בו יעשה שימוש ביצירות המוגנות של היוצרים החברים בה. קבלת הכנסות גדולה
5 יותר אינה בבחינת חזות הכול.

6 42. נמצא אפוא כי בשני עניינים אלה (קידום ממומן של הסרטון בפייסבוק; ושילוב הקדימון
7 בשידורי ערוץ 24) הפרה קשת את מערכת היחסים ההסכמית שלה עם אקו"ם.

8 מערכת היחסים שבין מר זילבר לבין קשת - הזכות המוסרית

9 43. עד כאן נבחנה מערכת היחסים שבין אקו"ם לבין קשת בהתאם להתחייבויותיהן החוזיות.
10 ומכאן למערכת היחסים המשפטית שבין מר זילבר - האומן היוצר - לבין קשת.

11 44. במוקד הדיון עומדת "הזכות המוסרית" של מר זילבר ביצירותיו. זכות זו מעוגנת בסעיפים
12 44-46 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק) הקובעים כך:

13 45. הזכות המוסרית – זכות אישית

14 (א) ליוצר של יצירה אמנותית, יצירה דרמטית, יצירה מוסיקלית או
15 יצירה ספרותית, למעט תוכנת מחשב, שיש בה זכות יוצרים, תהיה
16 ביחס ליצירתו זכות מוסרית, למשך תקופת זכות היוצרים באותה
17 יצירה; (...).

18 (ב) הזכות המוסרית היא אישית ואינה ניתנת להעברה, והיא תעמוד
19 ליוצר אף אם אין לו ביצירה זכות יוצרים או אם העביר את זכות
20 היוצרים ביצירה, כולה או חלקה, לאחר.

21 46. זכות מוסרית מהי

22 זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר –

23 (1) כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות
24 העניין;

25 (2) כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה
26 אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם
27 יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר [ההדגשות

28 הוספו]



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 הזכות המוסרית היא "ביטוי להכרת המחוקק בקשר האישי-תרבותי-רוחני הקיים בין
2 היוצר לבין יצירתו והיא מגנה גם על שמו הטוב וכבודו של היוצר ועל המוניטין שלו" (רע"א
3 12/17 שריר נ' נירית זרעים בע"מ (פורסם במאגרים; 2017) בפסקה י"ג להחלטת המשנה
4 לנשיאה רובינשטיין)(להלן: עניין שריר)). היא משקפת את "ערך האישיות של הקניין" (חנוך
5 דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המחודש של זכויות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות
6 בחוק זכות יוצרים 39, 54 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)(להלן: דגן)). "היא
7 ממחישה לנו שבמוצרי תרבות טמון לא רק ערך כלכלי, אלא גם – ואולי בעיקר – ביטוי
8 לאישיותו של היוצר" (טוני גרינמן "הזכות המוסרית מ-Droit Moral ל-Moral Rights"
9 יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 439, 439 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים,
10 2009)(להלן: גרינמן, מאמר)).

11 45. הזכות המוסרית ממשיכה לעמוד לימין היוצר גם כאשר הוא חותם על כתב העברת הזכויות
12 לאקו"ם. מדובר בזכות אישית שאינה ניתנת להעברה. הזכות המוסרית אינה בגדר "נכס
13 סחיר" (תמיר אפורי חוק זכות יוצרים 339 (2012)(להלן: אפורי)). אכן, ההסכם של קשת עם
14 אקו"ם אינו מסדיר את מכלול זכויות היוצרים באשר הן. אקו"ם אוחות בידיה בזכויות
15 יוצרים מסוימות ומוגדרות, נוכח כתב ההעברה שקיבלה מחבריה. כל רישיון שאקו"ם נותנת
16 יכול להסדיר אך את הזכויות המצויות בידיה, ולא יותר מכך. היא לא יכולה לתת יותר ממה
17 שנמסר לה (*nemo dat quod non habet*). ובנוסף, גם ביחס לזכויות היוצרים שכן הועברו אליה
18 על-ידי היוצרים, עדיין האחרונים נהנים מהזכות המוסרית. אין בהסדרתן ברישיון השמיכה
19 כדי לשלול את חיותן של הזכויות המוסריות, והן ממשיכות לעמוד על רגליהן שלהן ולעטוף
20 את היוצרים.

21 משמעות הדברים היא ברורה. יכול להיווצר מצב בו גוף שידור, הבוחר לעשות שימוש ביצירה
22 המוגנת בדיני זכויות היוצרים, לא יפר את מערכת יחסיו עם אקו"ם אך כן יפר את זכותו של
23 היוצר – את זכותו המוסרית. כך למשל אם יסלף או יבצע פעולה פוגענית ביצירה, גם אם עצם
24 השימוש בה מותר לאור הסכם רישיון השמיכה. זכות מוסרית לחוד ומערך הזכויות והחובות
25 החוזיות של גוף השידור מול אקו"ם לחוד. בצדק טוענת אקו"ם כי רישיון השמיכה אינו מהווה
26 "תעודת ביטוח" המגנה מפני הפרה של זכויות מוסריות.

27 46. האם מצב זה מחייב את גופי השידור לפנות ליוצרים בכל מקרה בו יבקשו לעשות שימוש
28 ביצירות שברפרטואר אקו"ם, כדי לוודא שפעולותיהם לא יעלו כדי פגיעה בזכות המוסרית?

29 זוהי שאלה נכבדה, אלא שראשית יש להתייחס לטענתה המקדמית של קשת לפיה אין צורך
30 להכריע בה, שכן גם אם הייתה חובת פנייה, הרי שהיא עמדה בה בנסיבות העניין. מר רוט,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 שעבד את היצירה, פנה הרי למר זילבר לפני שידור הקדימון, וביקש רשותו לעבד את השיר
2 "חולם" כדי שישירו אותו כוכבי קשת. ביקש רשות וקיבלה. האין בכך כדי ליתר את הדיון
3 בזכות המוסרית של התובע?
- 4 47. טענה מקדמית זו דינה להידחות:
- 5 (א) עובר לחקיקת החוק שקל המחוקק לקבוע כי ויתור של יוצר על זכותו המוסרית יהיה
6 בכתב, אך בסופו של יום דרישת הכתב לא נכנסה לנוסח החוק הסופי, והוחלט שבעניינים
7 אלה יחולו דיני החוזים הכלליים (אפורי, בעמ' 341). נבחן לפיכך את טענתה של קשת
8 לאורם.
- 9 (ב) מר רוט פנה על דעת עצמו לתובע (בהודעת ווטסאפ) וביקש ממנו לאשר לו לעשות העיבוד
10 (שאותו יבצע יחד עם אופיר קנר) ולרשום אותו באקו"ם מכדי שיוכל לקבל תמלוגים על
11 העיבוד החדש, בהתאם לכללי אקו"ם. הוא לא פנה מטעמה של קשת או בשמה, ומטרת
12 פנייתו הייתה מצומצמת לסיבה האמורה.
- 13 (ג) מר רוט ציין בפניית הווטסאפ כי העיבוד ישודר בקשת בקרוב. מר זילבר ביקש לקבל
14 פירוט אודות השאלה מי שר ולמה, ומר רוט השיב כי מי שישיר הם הטאלנטים של קשת,
15 למשל קרן פלס, אודי כגן, עלמה זק וגו'. מר זילבר הסכים ושאל אם נדרש טופס לשם
16 האישור, ומר רוט השיב שעל התובע לשלוח לאקו"ם הודעת דואר אלקטרוני בה הוא
17 כותב שהוא מאשר לעבד את השיר בביצוע כוכבי קשת. מר זילבר הסכים ושלה הודעת
18 דואר כאמור.
- 19 (ד) ברור שאין למצוא מחילופי דברים קצרים אלה אישור של מר זילבר לאופן בו קשת
20 ביקשה לעשות שימוש בשיר. כך, לא הובהרה בצורה מפורטת מטרת העיבוד. לא הובהר
21 למר זילבר שמדובר בקדימון, ובעניין זה אני מקבל את דבריו כשהעיד "חש[בתי] שהם
22 שרים את השיר. בסדר גמור, כל אחד שרוצה, שישיר את השיר שלי, לא מעניין אותי
23 בכלל מה זה, שישיר את השיר, אבל לא פרסומת ולא פרומו, זה מה שאני מתנגד, אני
24 לא מתנגד שישירו את השיר שלי" (עמ' 144 ש. 4 ואילך). מר זילבר ציין כי אם היה יודע
25 שמדובר ב"פרומו של ערוץ קשת השנוא עלי וגם רשת לאותו עניין לא הייתי מסכים
26 בשום אופן. אלה שונאי ישראל" (נספח 2 לתצהיר רוט).
- 27 (ה) אינני מטיל ספק בתום ליבו של מר רוט, שלא ייחס חשיבות לשאלה אם מדובר בפרסומת
28 או בקדימון. מבחינתו דובר בסמנטיקה (עמ' 134 ש. 24 ואילך). אין זה מפתיע, שהרי כל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 שעניין אותו היא מלאכת העיבוד, ויכולתו לרשום זכויות על עיבוד זה.
- 2 (ו) כשזו התשתית העובדתית שעמדה לנגד עיניו של התובע, ודאי שאין לראות באישורו
3 לביצוע עיבוד משום אישור לשידור הסרטון כפי ששודר. מאפיינים בסיסיים וחשובים
4 ביותר של מהות הסרטון לא הובהרו למר זילבר. על רקע זה הסכמתו הייתה חסרה, ולא
5 ניתן לראותה כממצה את הסוגיה שעל הפרק.
- 6 (ז) קשת הגדילה לעשות וטענה כי בהסכמתו של התובע הוא שלל כל זכות לפיצוי נוכח סעיף
7 65 לפקודת הנויקין (נוסח חדש) הקובע כי "נתבע שגרם לנזק באשמו, אלא שהתנהגותו
8 של התובע היא שהביאה לידי האשם, רשאי בית המשפט לפטור אותו מחבותו לפצות
9 את התובע או להקטין את הפיצויים ככל שבית המשפט יראה לצודק." מוטב היה
10 להימנע מטענה שכזו. כיצד זה ניתן לייחס למר זילבר אשם כאשר קשת נמנעה מלפנות
11 אליו ומר רוט לא הציג בפניו, ולו באופן בסיסי, את תכלית העיבוד?
- 12 על רקע זה אין לומר כי קשת יצאה ידי חובת הפנייה – ככל שזו קיימת - בכך שמר רוט פנה
13 למר זילבר.
- 14 48. הנה כי כן חוזרת השאלה למקומה. האם קמה חובה של גוף שידור כמו קשת לפנות ליוצר עובר
15 לשימוש ביצירתו, כדי להניח הדעת שלא תופר הזכות המוסרית ביצירתו?
- 16 תוצאה שכזו תוביל לפגיעה אנושה בתכלית קיומם של הסכמי רישיון השמיכה. קשת משלמת
17 תמורה ניכרת ביותר לאקו"ם הנגזרת מאחוז מסוים מהכנסותיה. תמורה נכבדה זו באה
18 לחסוך את הצורך להיכנס למשא ומתן פרטני עם כל יוצר ויוצר. גם עו"ד הכט ציינה ש"כל
19 יצירה שאני מתאימה אותה לצרכי, בין אם זה בתכנית 'הכוכב הבא', לבין אם זה ב'מאסטר
20 שף' לבין אם זה פרומואים של קשת, תמיד אני משנה אותם, משום, מהסיבה הפשוטה
21 שצריך תמיד להתאים את היצירה, מטעמים של זמן, מטעמים של התאמה, ולכן, כל הבסיס
22 של ההסכם ביני לבינך מדבר על זה שאני צריכה להתאים את היצירה שלי, ואני לא רוצה
23 ללכת יוצר יוצר, אחרת, בוא נבטל את ההסכם בינינו. אני אפנה יוצר יוצר, אגיע איתו
24 להסכמה" (עמ' 205 ש.32).
- 25 49. אקו"ם טוענת שהחשש של קשת הוא מופרז, ולמעשה אין התנגשות כה חזקה בין הזכויות
26 המוסריות של היוצרים לבין הסכם רישיון השמיכה. הלכה למעשה היוצרים לא מעלים טענות
27 להפרת זכויות מוסריות כעניין שבשגרה, וממילא ככל שיטענו להפרת זכות מוסרית הם
28 יצטרכו להוכיח כי זו הופרה (עדות גב' חסון בעמ' 103 ש.23; 113 ש.3; 124 ש.32). יחד עם זאת
29 ישנם מקרים ברורים שבהם מתבצעת הפרה של הזכות המוסרית. קשה להגדירם מראש, אך



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 כאשר הנכם נתקלים בהם הרי שהדברים מזדקרים לעין. אקו"ם בטיעונה זה מקבלת השראה
 2 מדבריו הידועים של שופט בית המשפט העליון האמריקאי Potter Stewart שפטר את הקושי
 3 בהגדרת פורנוגרפיה קשה במילים הבאות: " I shall not today attempt further to define the
 4 kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and
 5 "perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it...
 6 *(Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184 , 197 (1964)).*

7 חוששני שלא ניתן להסתפק באמת מידה מעורפלת שכזו. עניין לנו בהתנהלות גופי תקשורת
 8 העושים שימוש תדיר ביצירות שברישיונות השמיכה, ומידה משמעותית של ודאות היא חיונית
 9 לפעילות הענף. הדבר חיוני לגופי התקשורת עצמם, והדבר חיוני גם לאומנים, שהרי חוסר
 10 הבהירות יוביל להפחתת השימוש ביצירות, וכתוצאה מכך יפחתו התמלוגים שהם מקבלים.
 11 יש להגיע לאיזון ראוי יותר בין תכליתם של הסכמי רישיון השמיכה למנוע את הצורך במשא
 12 ומתן פרטני עם היוצרים, לבין הצורך לשמור על זכותם המוסרית של היוצרים לבל תיפגע. כדי
 13 להשיג רמה גבוהה יותר של ודאות על האיזון לכלול אמות מידה המנחות מראש (ex ante) ולא
 14 רק בדיעבד (I know it when I see it).

15 50. הבסיס לאיזון הראוי מצוי בכך שאין די בתחושותיו הסובייקטיביות של היוצר כי הופרה
 16 זכותו המוסרית כדי להקנות לו סעד. הפגיעה בזכות המוסרית נבחנת בהתאם לאמות מידה
 17 אובייקטיביות (ראו הניתוח של חברתי, כב' השופטת אברהמי, בת"א (מחוזי ת"א) 52488-09-
 18 14 ד"ר ספיר-קורין נ' ד"ר הלפרן (פורסם במאגרים; 2020 בפסקאות 30-33 לפסק הדין)).
 19 בעניין זה יש לציין את הוראות סעיף 50 לחוק:

50. הפרת זכות מוסרית

21 (א) העושה ביצירה פעולה הפוגעת בזכות המוסרית של היוצר, מפר
 22 את הזכות האמורה.

23 ...

24 (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), עשיית פעולה ביצירה
 25 הפוגעת בזכות המוסרית האמורה בסעיף 46(2) אינה מהווה הפרה
 26 של הזכות האמורה, אם הפעולה היתה סבירה בנסיבות העניין,
 27 ולעניין גופן – גם אם הפעולה נעשתה בהתאם להוראות סעיף 28ב.

28 (ג) לעניין סעיף קטן (ב), רשאי בית המשפט להתחשב, בין השאר,
 29 באלה:

30 (1) אופי היצירה שביחס אליה נעשתה הפעולה;



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 (2) אופי הפעולה ומטרתה ;

2 (3) יצירתה של היצירה על-ידי העובד במסגרת עבודתו או לפי
3 הזמנה ;

4 (4) המקובל בענף ;

5 (5) הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר
6 כתוצאה ממנה [ההדגשה הוספה].

7
8 כפי שציין המלומד חנוך דגן "רשימה מנחה זו של שיקולים, מאפשרת לבתי-המשפט – אשר
9 לידיהם נמסר כעת המשך עיצובו של המוסד הקנייני של זכות היוצרים – לאזן בין ערך
10 האישיות, אשר תובע על פניו זכות חזקה לאי-סילוף, לבין הערך של עידוד ייצור והנגשה של
11 יצירות, אשר נראה על פניו כשולל כל הגבלה לגבי שימושים משניים, גם אם הם מסלפים
12 או פוגעניים" (דגן, בעמ' 65).

13 על מבחן זה נמתחה ביקורת בספרות האקדמית (ראו למשל גרינמן, מאמר, בעמ' 470 ואילך).
14 נטען שאין הוא שם דגש ראוי על בחינת הפגיעה ביוצר, ותחת זאת נבחנת סבירות הפעולה
15 (שם, בעמ' 472), ועדיין חובה עלינו ליישם את הדין במתכונתו הקיימת.

16 51. לטעמי, העובדה שיוצר העביר את זכויותיו ביצירות לגוף מסוגו של אקו"ם מקרינה על בחינתה
17 של אובייקטיביות הפגיעה בזכויות המוסריות שלו. יוצר שכזה מקבל על עצמו – או צריך לקבל
18 על עצמו כעניין נורמטיבי – את אמות מידה האובייקטיביות המסדירות את השוק, בכפוף
19 לאמור בחוק. כפי שציין אפורי "אם היוצר זכאי למנוע שימוש פרסומי ביצירתו גם לאחר
20 שהעביר את זכות היוצרים בה לאדם אחר, התוצאה היא כי נותרת בידיו זכות כלכלית
21 משמעותית" (אפורי, בעמ' 360). תוצאה זו תעקר מתוכן את משמעות העברת הזכויות לגופים
22 מסוגה של אקו"ם, וליכולתה להסדיר השימוש בהן.

23 לקו חשיבה זה יש עיגון מפורש בחוק. כך למשל, בכל הנוגע לפגם ביצירה, סילוף, שינוי צורה
24 או פעולה פוגענית (סעיף 46(2) לחוק), הרי שסבירות הפעולה נבחנת, בין השאר, בהתאם
25 למקובל בענף (סעיף 50(ג) לחוק). והרי על המקובל בענף ניתן ללמוד מההסכמים שנכרתים
26 בין אקו"ם לבין גופי השידור. ואשר לטענה להפרת חובת הייחוס (סעיף 46(1) לחוק) הרי שהיא
27 נבחנת בהתאם לראוי, וכפי שינותח בהמשך (ראו להלן בפסקאות 71 ואילך) בבחינת הראוי
28 ניתן להתחשב גם במקובל.

29 52. עולה מכאן שהמבקשים לבחון חשש לפגיעה בזכות המוסרית של היוצר יכולים לבחון את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 התנהלות הענף ואת מערכות היחסים החוזיות שבין גופי התקשורת לאקו"ם כדי לקבל הכוונה
2 לגבי אמות המידה האובייקטיביות החלות על הסוגיה. כאשר השימוש ביצירות שעושים גופי
3 התקשורת הוא בהתאם למותר ברישיונות השמיכה, הדבר מהווה אינדיקציה חזקה ביותר
4 לכך שלא הופרה הזכות המוסרית בנסיבות העניין; שלא נחצו הקווים האדומים שמציבות
5 אותן אמות מידה אובייקטיביות, שהמעבר עליהן מבסס פגיעה בזכות המוסרית.

6 53. מדובר באינדיקציה חזקה אך אין היא מקנה ערובה מוחלטת להדיפת טענה בדבר פגיעה בזכות
7 המוסרית. כך, למשל, גם אם שילוב היצירה בקדימון הוא מותר, אך הקדימון הקונקרטי נערך
8 באופן פוגעני גם בהינתן התכליות שהוא בא לקדם, עדיין יוכל הדבר לבסס פגיעה בזכות
9 המוסרית. בנוסף, בכל הנוגע לחובת הייחוס יש לזכור שזו תיבחן בהתאם לאמות המידה של
10 ההתנהלות הראויה. ההתנהגות בפועל יכולה להיות אינדיקציה להתנהלות ראויה אך לא
11 בהכרח.

12 54. אפנה לבחון את המחלוקות שבין הצדדים לאור בסיס נורמטיבי זה.

13 הטענה לסילוף נוכח שימוש בשיר לקידום אינטרסים מסחריים של קשת

14 55. מר זילבר מלין על סילוף שנעשה ביצירתו ועל עיבוד פוגעני בה שעה שהשיר "חולם" שימש
15 כבסיס לקדימון שהפיקה קשת. התרשמתי שטענתו כנה. הוא מאמין באמת ובתמים ומעומק
16 הלב שיצירתו סולפה; שהמסר שלה סורס. באחד הרגעים שנחרטו בזיכרון במהלך שמיעת
17 ההוכחות עמד מר זילבר לצד דוכן העדים, ושר בחטף את שורות השיר "חולם", הבהיר את
18 המקצב הנכון ואת מהות המסר שנוצר בעקבות השמירה על המקצב (עמ' 74 ש.29). כול
19 הנוכחים זכו וחזו בקשר העמוק שבין היוצר ליצירתו.

20 מר זילבר הסביר כיצד העריכה של הקדימון פגעה בכל אלה באופן יסודי. מהות השיר "חולם"
21 היא בתיאור הולדתה של תקופה חדשה, שכולה אור, שמחה וחלום. כל השומע את השיר יכול
22 להזדהות בדרכו ולתת מובן אישי לאותה תקופה חדשה ולתקופה הקודמת שהיא מחליפה
23 (פסקה 71 לסיכומי התובע). והנה הורד קטע שלם כבר בסמוך לתחילת השיר, וכל זאת כדי
24 להתאימו למובן הצר של מה שהוגדר על-ידי התובע כפרסומת.

25 מר זילבר מלין על "היחס המבזה והשימוש שבעלי עוצמה כלכלית מרשים לעצמם לחולל
26 לתרבות ולאומנות, הניצול הציני שהם מבצעים ביצירות שכל מהותן טוהר ורצון להיטיב עם
27 העולם. המלחמה הכמעט אבודה של היוצר ליצור מבלי להיחסם בידי חומסי יצירות" (פסקה
28 15 לסיכומים). הוא מסביר שהוא כרוך מאוד אחר הטבע, לא תימצא ביצירתו גסות רוח, ושירי
29 האהבה שלו משקפים הליכה אחר אהבה תמימה. הוא לא משלים עם שימוש ביצירתו לפרסום



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 מוצרים או שירותים מסחריים (עמ' 84 ש.33), ואף דחה הצעות כספיות מכובדות תמורת
2 שילוב שריו בפרסומות (עמ' 72 ש.27).
- 3 התובע תיאר בתצהירו את שעובר על אומן שמגלה שנעשה שימוש כזה ביצירתו (פסקה 65
4 לתצהיר). הוא עמד על השיבוש המוחלט של שגרת היום ושל עשיית היצירה, ועל הצורך
5 להתנהל מול עורכי דין ולהוציא כספים שהתקבלו בעמל. "ומאז אני עסוק רק בעניין זה, לא
6 החג, לא הצילומים בחזרה עם התזמורת נעשים כמו שצריך, הכל הופך לבוקה ומבולקה, ואין
7 לי מי שיתן לי אורכה כדי שאוכל ללמוד את הנושא, או שאבלה בשקט עם משפחתי בהכנות
8 לחג, או אמלא אחר הצרכים בעבודתי" (שם).
- 9 56. זוהי עמדתו הסובייקטיבית של מר זילבר, אך עם כל ההבנה וההזדהות אין בה די. יש להזדקק
10 לאמות המידה האובייקטיביות בהתאם לחוק, ובסופו של יום אמות מידה אלה מכריעות את
11 הכף.
- 12 57. החוק מציב בענייננו שתי שאלות נפרדות. האחת נשקפת מסעיף 46(2) והשנייה מסעיף 50(ב)
13 ו-ג):
- 14 א) ככל שהיוצר טוען לסילוף היצירה ולביצוע פעולה פוגענית בה, עליו להראות שיש באילו
15 מהמעשים המיוחסים לנתבע "כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר". ושימו לב היטב
16 - אין די להוכיח שהיוצר נפגע (סובייקטיבית). יש להראות כי יש בפעולה כדי לפגוע בכבוד
17 או בשם. בכך, הכניס המחוקק רכיב אובייקטיבי לדיון. עוד לפני חקיקת החוק החדש
18 קבעה כב' השופטת שטרסברג-כהן, עת כיהנה בבית המשפט המחוזי בחיפה, כי אין
19 להסתפק בעניין זה במבחנים סובייקטיביים של פגיעה ביוצר (ת"א (מחוזי חי') 977/86
20 טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ב (3) 89, 109 (1992)). תובנה
21 זו התחזקה לאחר חקיקת החוק השם את הדגש בפעולה הפוגענית (ראו הניתוח אצל
22 טוני גרינמן זכויות יוצרים 853 ואילך (2008) (להלן: גרינמן הספר)).
- 23 ב) אלא שגם אם נעשתה פעולה פוגענית, אין בכך סוף פסוק. זאת נוכח הוראת סעיף 50(ב)
24 לחוק הקובעת כי "עשיית פעולה ביצירה הפוגעת בזכות המוסרית האמורה בסעיף
25 46(2) אינה מהווה הפרה של הזכות האמורה, אם הפעולה היתה סבירה בנסיבות
26 העניין".
- 27 כלומר, לפנינו מכשול נוסף שיש לעבור בטרם תוכר הפרה של הזכות המוסרית. גם אם
28 נעשתה פעולה פוגענית ביצירה, הפוגעת בזכות המוסרית, ייתכן שזו לא תופר ככל
29 שיתברר שהפעולה הייתה סבירה. פגיעה לחוד והפרה לחוד. לא כל מקרה של פגיעה יעלה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 כדי הפרה. כדי שהיוצר יזכה בסעד נוכח לטענתו לסילוף היצירה, יש להגיע למסקנה כי
2 כמה גם פגיעה וגם הפרה. יחד עם זאת, נראה לי ראוי להטיל את נטל הראייה לבסס את
3 סבירות הפגיעה על הטוען לה, קרי על הנתבע.

4 הוראת סעיף 50 לחוק מגביהה אפוא את המשוכה הניצבת בפני הטוענים להפרת הזכויות
5 המוסריות. "משמעותה של הוראה זו היא כי על היוצר הטוען לפגיעה בשלמות יצירתו
6 לעבור משוכה נוספת בטרם יוכל לזכות בסעד. גם לאחר שהוכח כי נעשתה פעולה
7 שפוגעת בשלמות היצירה, ולאחר ששכנע את בית המשפט כי יש בפגיעה זו כדי לפגוע
8 בכבודו או בשמו, יוכל מבצע הפעולה לשכנע כי הפעולה הייתה סבירה בנסיבות העניין,
9 ובכך למנוע את הקביעה כי מדובר בהפרה" (גרינמן, מאמר, בעמ' 471).

10 58. התובע טוען כי שילוב היצירה "חולם" בשידור המקדם מטרות מסחריות עולה כדי פעולה
11 פוגענית ביצירה (השלב הראשון של הבחינה).

12 בעניין זה מציין המלומד אפורי כי "לדעתנו, ספק אם אפשר לומר באופן גורף כי שימוש
13 ביצירה לפרסומת הוא פעולה פוגענית, כאשר שימוש כזה ביצירות הוא נפוץ ומקובל. עם זאת
14 עשויים להיות מקרים שבהם שימוש ביצירה לפרסומת יפגע בכבודו של היוצר ובמעמדה של
15 היצירה. נראה כי בנושא חשוב זה יהיה מקום לבחון כל מקרה לגופו" (אפורי, בעמ' 360-361).

16 אני סבור שהגישה הראויה צריכה להיות שונה. ראוי ליצור חזקה, הניתנת לסתירה, כי שילוב
17 יצירה מוגנת בפרסומת מסחרית, או בפרסום עצמי הבא לקדם מטרות מסחריות ישירות של
18 בעל הזיכיון (כמו בקדימון המדובר), עולה כדי פעולה הפוגעת בזכות המוסרית של היוצר
19 במובן סעיף 46(2) לחוק.

20 לגישתי זו טעם מהותי וטעם דיוני-ראייתי.

21 מבחינה מהותית, יש בחזקה כדי לשקף את השוני בין תחום הפרסום המסחרי לעולם היצירה.
22 כפי שציננה גב' חסון המצהירה מטעם אקו"ם "תחום הפרסום הוא תחום מיוחד מבחינת
23 השימוש ביצירות מוגנות, בעיקר משום שהיוצר חייב להיות ריבון להחליט בשאלה אם הוא
24 מעוניין שיצירתו תיוחד לפרסום מוצר או שירות מסוים ותזוהה עמו" (פסקה 13 לתצהירה).
25 נוכח שיקול מהותי זה על הכלל המשפטי לתמרץ את הפניה של הגורמים המסחריים ליוצרים
26 עובר לשימוש ביצירות לצרכים מסחריים. קביעת חזרה שכזאת תעשה כן.

27 יחד עם זאת יש להבהיר, שכאשר גוף השידור משלב את היצירה בתוכנית שעניינה מוסיקה,
28 כמו "כוכב נולד" או "הכוכב הבא" לא מדובר בקידום מסחרי ישיר, ולכן אין רלוונטיות
29 לחזקה האמורה. לעומת זאת, כאשר גוף השידור משלב את היצירה בקדימון כדי להגדיל את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 הצפייה בתכניותיו או כדי לקדם אותו עצמו, הדבר עולה כדי פעולה מסחרית ישירה, והחזקה
2 ניצבת על מכונה. ודאי ששילוב בפרסומת עולה כדי מטרה מסחרית ישירה. בנסיבות שכאלה
3 יש לומר, ככלל, ששילוב היצירה באופן שכזה מהווה פגיעה במובן של סעיף 46(2) לחוק.
- 4 יחד עם זאת, אין בכך כדי לומר בהכרח **שהפגיעה** עולה כדי **הפרה**, שהרי עדיין ניתן יהיה
5 להגיע למסקנה שהפגיעה הייתה סבירה בנסיבות העניין. כאן בא לידי ביטוי הטעם **הראייתי-**
6 **דיוני**. במקרה שכזה נטל הראייה צריך להיות מוטל על הנתבע להראות כי הפעולה שביצע
7 עומדת במובן סעיף 50(ב) או (ג) לחוק. אחת הדרכים לעשות זאת היא באמצעות הצבעה על
8 המקובל בענף הרלוונטי, או על טעם אחר היכול לבסס את סבירות הפעולה.
- 9 להטלת הנטל על הזכיינים ועל הגורמים המסחריים יש תועלת מעשית חשובה. יהיה עליהם
10 לשקול היטב ומראש את צעדיהם בטרם ישלבו יצירות מוגנות בפעולות מסחריות ישירות.
11 הטלת הנטל תעודד פניה שלהם ליוצרים בטרם יעשו שימוש ביצירותיהם לצרכים אלה. יחד
12 עם זאת, אם מדובר בפעולה המותרת בהתאם להסכם רישיון השמיכה, הדבר יוכל להוות
13 בסיס איתן לעמידה בנטל זה, ולבסס את סבירות הפעולה. אלא שגם עניין זה יצריך את גופי
14 השידור לבחון היטב את המערכת ההסכמית המסדירה את פעולתם בטרם שילוב היצירה
15 המוגנת בקדימון.
- 16 59. בנסיבות העניין, שעה שמדובר בפעולה המותרת בהתאם להסכם רישיון השמיכה שבין קשת
17 לבין אקו"ם, ובהינתן המשך הדיון שלהלן, עמדה הנתבעת בנטל הראיה המוטל עליה להראות
18 כי פעולתה הייתה סבירה בנסיבות העניין.
- 19 ויודגש, סעיף 50(ג)(4) המפנה למקובל בענף, כמו יתר הוראות סעיף 50(ג) לחוק, אינו ממצה
20 את השיקולים לבחינת סבירות הפעולה. לטעמי, כאשר פעולת הזכייין עולה בקנה אחד עם
21 הוראות הסכם רישיון השמיכה הפרטני שלו עם אקו"ם, יש בכך כדי להוות תשתית איתנה
22 לטענה אודות סבירותה בנסיבות העניין. כאן יש להפנות גם להוראות חוק החוזים המקנה
23 עדיפות להוראות הפרטניות שבין הצדדים, על פני הנוהג הכללי (סעיף 26 לחוק החוזים). אכן
24 קיים פער בין נספח הקדימונים, לבין הסכם רישיון השמיכה המחייב את קשת. שאלה יפה
25 היא מה הדין שעה שמתברר כי קיים פער בין המקובל בענף לבין ההסכם הפרטני בין גוף
26 השידור לבין אקו"ם, אלא שבנסיבות העניין אינני סבור שהפער צריך להוביל לסטייה
27 ממסקנתי. שני סוגי הקדימונים שעל הפרק (המקדמים את התוכניות והמקדמים את הזכייין)
28 אינם שונים כל כך במהותם זה מזה, שהרי שניהם נועדו להגדיל את כמות הצופים בערוץ (ראו
29 לעיל הדיון בפסקה 21). העובדה כי קשת עשתה שימוש ביצירה לשם שילוב בקדימון שאינו
30 אסור בהתאם להסכם רישיון השמיכה שלה מהווה טענת הגנה טובה המראה כי הפגיעה אינה
31 עולה כדי הפרה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 ועדיין נותר לבחון את האופן בו ביצעה קשת את השילוב, שהרי ייתכן כי מותר היה לה לשלב
2 את היצירה בקדימון, אך הדברים נעשו באופן מבזה ופוגעני מבחינת התכנים ומבחינה
3 מקצועית. במקרה שכזה עדיין יוכל יהיה היוצר להישמע בטענה לפעולה פוגענית שאינה
4 סבירה.
- 5 במקרה הנוכחי שילוב השיר בקדימון ועריכתו נעשו באופן מקובל ובאמות מידה מקצועיות
6 בסוג זה עריכה. קדימונים שכאלה כרוכים – בהגדרה – בקיצורים משמעותיים של שירים,
7 ובהדגשת שורות המעבירות את המסר, שבעל הקדימון מעוניין לקדם. העובדה כי הקדימון
8 מקדם צרכים מסחריים של גוף השידור לא הופכת את השילוב של היצירה במסגרתו למסלפת
9 ומבזה באמות המידה האובייקטיביות הנהוגות בענף הרלוונטי.
- 10 העיבוד של היצירה נעשה בנסיבות העניין ברמה מקצועית גבוהה. הוא הועבר לאיש מקצוע
11 מהשורה הראשונה – מר רוט, ששימש כמנהל האמנותי של התוכנית המוסיקלית "The
12 Voice". הטיפול בשיר נעשה מתוך הערכה רבה ליצירה. מר רוט מצא לנכון לפתוח את חקירתו
13 הנגדית באמירה כי "אני מעריץ את המוזיקאי אריאל זילבר" (עמ' 129 ש. 13), ומלאכת העיבוד
14 שיקפה זאת.
- 15 מר ליברמן, ראש מחלקת הקדימונים בקשת, ציין בעדותו כי הצוות שטיפל בשיר אהב אותו
16 מאוד, ושמח על ההזדמנות להחזירו לתודעה הציבורית. "זה שיר מדהים ונפלא ומסכים
17 שמאוד אהבנו. הצוות הקראטיבי הביא כמה שירים, חשב עליהם, חזר עם השיר הזה כשיר
18 המנצח, וכולנו, מתוך אהבה, אני חייב להגיד, גדלנו כולנו על אריאל זילבר, וחשבנו שזה שיר
19 מהמם, ושזו יכולה להיות אפשרות לעשייה מקסימה שלו" (עמ' 162, ש. 13).
- 20 השיר נבחר נוכח השורה שבו הכוללת את המילה קשת, ונוכח המסר העולה ממנו של התחלה
21 חדשה.
- 22 שעה שדובר בקדימון הרי שלא היה מנוס מקיצור השיר. מר רוט העיד כי כמעט תמיד עיבוד
23 שיר בתוכנית זמר דורש קיצור או שינוי מבנה. כאשר מדובר בקדימונים הקיצור הכרחי, שכן
24 לעולם קדימון יהיה קצר מהשיר המקורי. קשת צירפה דוגמאות לחמישה עיבודים שצורפו
25 לתצהירה של עו"ד הכט. כפי שציין ליברמן בחקירתו הנגדית "שירים הם ארוכים, פרומואים
26 הם קצרים, ולכן תמיד תמיד, בפרקטיקה היומיומית, נעשית עריכה בתוך השירים, כדי
27 שהם יתאימו למסגרת הזמן של פרומו. גם במקרה הזה, נאלצנו לערוך את השיר ולהשמיט
28 ממנו חלקים, כדי שהוא יתאים למסגרת הזמן של הפרומו" (עמ' 181 ש. 8).
- 29 במסגרת קיצור היצירה כוכבי קשת שרו את הבית הראשון. הבית השני וכן הפזמון הושמט,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 ונעשה מעבר ישירות לבית השלישי ובו השורות "קשת פרוסה בענן ידעתי לאן [נסתמו]
2 טענותי וגוי" (המילים "נסתתמות טענותי" הוחלפו ב"נסתמו טענותי", אך לא על עניין זה
3 יקום או ייפול דבר). וכאן המשיכה השירה, והושמט חלק מהפזמון לקראת הסוף.

4 מר זילבר ציין בעדותו כי הדגש על קשת פרוסה בענן עיוות את היצירה. "קשת פרוסה בענן",
5 מזה עשו את השיר. וזה לא השיר... 'קשת פרוסה בענן' זה חלק קטן מאוד מהשיר. זה רק
6 מעבר למשהו אחר. (עמ' 74 ש. 20 ואילך). למרות דברים אלה לא התרשמתי כי מדובר בקיצור
7 שאינו משקף עבודת עריכה סבירה, בהינתן מטרת הקדימון. המסר הוא מסר של התחלה
8 חדשה, ומעבר ממציאות קודמת למציאות חדשה. המציאות החדשה מתבטאת במעבר של
9 התוכניות ושל כוכבי התקשורת שעוברים לאפיק שידור חדש, ובמעבר של גוף השידור כולו
10 לכתובת חדשה.

11 בנוסף, לאורכו ולרוחבו של הקדימון שולבו קטעים מהתוכניות השונות של קשת. הקדימון
12 ממקד המבט ב"מסיבת גג" על בניין קשת שם שרים הכוכבים השונים את השיר. במהלך
13 הפזמון וגם בחלקים נוספים של הקדימון נכלל בו אפקט של שידור קטעים מתוכניות שונות
14 על בנין קשת ובהן ארץ נהדרת, מועדון לילה, חדשות (עם יונית לוי), צחוק של גורי אלפי, קטע
15 מסיום התוכנית עובדה של אילנה דיין, מאסטר שף ותכניתה של עדי אשכנזי. גם כאן החדרת
16 קטעים מהתוכניות היא מהלך מתבקש בקדימון הבא לקדם מעבר שלהן לאפיק השידור
17 החדש. מדובר בשילוב תוכן שגם אקו"ם אמורה לסבור שהוא מותר. טענתו של התובע כי
18 שילוב קטעים מתוכניות ריאליטי "שמראש ידוע כי הן תכניות ירודות" (פסקה 74 לסיכומי
19 התובע) מסלפת את השיר לא יכולה לשלול את סבירות הפעולה, שעה שרישיון השמיכה
20 מאפשר שילוב שכזה.

21 61. מר זילבר טוען כי ידוע לכל שהוא לא מאפשר שימוש ביצירותיו למטרות קידום צרכים
22 מסחריים של אחרים, אלא רק במקרים מיוחדים ונדירים, כגון קידום אכילה בריאה של
23 ילדים (פרסומת לאכילת ירקות שעשתה שימוש במילות השיר "תן לי כוח") או קידום מודעות
24 לאוטיזם (במסגרת הסדרה "פלפלים צהובים"). גבי גלין-גלר, המומחית מטעם התובע, ציינה
25 כי ידוע שהתובע לא מסכים לאשר שימוש ביצירותיו בפרסומות (עמ' 61 ש. 19). גם מר זילבר
26 העיד כי סירב לפרסומת תמורת דירה (עמ' 72 ש. 26-30). הוא ציין ש"אני, באופן פרינציפי, אני
27 לא נותן פרסומת, את השירים שלי לפרסומת, אף פעם, לאף אחד בעולם" (עמ' 84 ש. 33-34).

28 אני מקבל את דבריו אלה של מר זילבר, ושל המומחית מטעמו, אך אין בכך כדי לשנות. מר
29 זילבר העביר את זכויות היוצרים שלו לאקו"ם באופן גורף למדי. לא נמצא שם סייג האוסר
30 שימוש ביצירות לצורכי קדימונים מטעם זכיין השידור. אקו"ם אפשרה שימוש ביצירות
31 שברפרטואר למטרות שונות כאמור בהסכם רישיון השמיכה. גם היא מסכימה שניתן לעשות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 בהן שימוש לצורכי קידום תוכניות, ונמצא שעל פי פרשנותו הראויה של ההסכם שנכרת עם
2 קשת ניתן לעשות שימוש ביצירות גם בקדימונים המקדמים את גוף השידור עצמו.
3 בנסיבות אלה, על אמות המידה הסובייקטיביות של מר זילבר לסגת מפני המסקנה כי הפעולה
4 שביצעה קשת הייתה סבירה בנסיבות העניין, ולא נפל פגם בכך שקשת לא פנתה ליוצר לבקש
5 את רשותו מראש לשילוב השיר המוגן בקדימון.

6 62. אני מבין, כמובן, לליבו של התובע; יתכן שהפתרון לתסכולו מצוי ביכולת לצמצם את היקף
7 ההעברה של הזכויות שלו, ואתיחס לכך בקצרה בסוף פסק הדין (ראו להלן בפסקאות 84
8 ואילך), אך בתנאים הקיימים היום, הכוללים את העברת הזכויות מזה, ואת פרשנות הסכם
9 רישיון השמיכה מזה, דין טענות התובע בעניין להידחות.

10 ובכל זאת הפרה של הזכות המוסרית

11 63. אם קשת הייתה מסתפקת בשידור הקדימון בטלוויזיה באפיק 22, ובאתר מאקו ודפיה השונים
12 בפייסבוק, הרי שבכך היה נסתם הגולל על טענת התובע בעניין זה.

13 אלא שקשת שידרה את הקדימון גם בערוץ 24 ובנוסף מימנה קידום שלו בפייסבוק. בכך היא
14 הפרה את הסכם רישיון השמיכה כפי שנותח לעיל (ראו בפסקאות 38 ואילך).

15 לא אחזור על הדברים אך יש להם השלכה ישירה גם על הטענה של מר זילבר להפרת הזכות
16 המוסרית בנסיבות העניין. כאמור, שילוב השיר "חולם" בקדימון שמטרתו מסחרית מהווה
17 פעולה הפוגעת ביצירה במובן סעיף 46(2) לחוק. על רקע זה מוטל על קשת נטל הראייה להראות
18 כי הפגיעה היא סבירה בנסיבות העניין ולכן לא עולה כדי הפרה. שעה שפעילותה נכנסה לגדר
19 הסכמי רישיון הסמיכה בטלוויזיה ובאינטרנט היא עמדה בנטל זה. שעה שפעילותה חרגה
20 מהם, לא תוכל לעמוד בו בנסיבות העניין ובהינתן תכלית הקדימון.

21 הדברים ברורים לגבי הקידום הממומן של הקדימון בפייסבוק, אך הם יפים גם לשילובו בערוץ
22 24, שכן כפי שראינו אין לראותו רק כשידור יצירה מוסיקלית העומדת בזכות עצמה, אלא
23 כסרטון הבא לקדם את מטרותיה המסחריות של הנתבעת באופן החורג מהסכם רישיון
24 השמיכה.

25 64. ביחס לשני אלה נמצא שקשת הפרה את זכותו המוסרית של היוצר – התובע, במובן סעיף
26 46(2) לחוק.

27



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 הטענה לסילוף נוכח שימוש בשיר לקידום תכנים ואנשי תקשורת השנויים, לשיטת

2 התובע, במחלוקת בציבור

3 65. טענה נוספת שמעלה התובע היא שקשת ביצעה פעולה פוגענית ביצירה, שכן היא שילבה את
4 שירו המזוהה עמו בקדימון בו מופיעות דמויות השנויות, לשיטתו, במחלוקת ציבורית. במקד
5 טיעון זה עומדים במיוחד שניים – אילנה דיין וגורי אלפי.

6 מר זילבר טוען שבזמן שידור הקדימון עדיין נשמעו הדיה של התוכנית "עובדה" בה ביקרה
7 העיתונאית אילנה דיין את ראש הממשלה בנימין נתניהו, באופן שעורר מחלוקת ציבורית ערה.
8 בסוף התוכנית הקריאה גב' דיין את תגובת לשכת ראש הממשלה, וכשסיימה להקריא אמרה
9 "מה אומרים? לא אומרים". והנה, דווקא קטע זה שולב בקדימון. הוסיף מר זילבר וציין כי
10 הוא איש ארץ ישראל השלמה, שקיבל על עצמו עול תורה ומצוות, תומך נלהב של המתנחלים,
11 ונאבק בהחלטה לגרש את המתישבים מגוש קטיף ומצפון השומרון. בגין דעותיו נמנע ממנו
12 פרס מפעל חיים (פסקה 20 לסיכומים). על רקע זה הוא לא היה מוכן לקבל סנכרון של תמונות
13 שנויות במחלוקת ציבורית, כמו דבריה של אילנה דיין נגד ראש הממשלה. לדבריו התוכנית
14 של אילנה דיין הפכה "נושא שהיה שנוי במחלוקת ונדון באין ספור ערוצי רדיו טלוויזיה
15 פייסבוק טוויטר וקרע את העם לשניים בין תומכי נתניהו למתנגדיו כאשר תומכי נתניהו
16 התנגדו לדבריה של אילנה דיין ומתנגדיו התנגדו לתגובת ראש הממשלה" (פסקה 37 לסיכומי
17 התובע). מר זילבר העיד בבית המשפט ואמר "מהשיר שלי, שמו את אילנה דיין, שמדברת
18 נגד ביבי. אני אוהב מאוד את ביבי, באמת אני אוהב אותו" (עמ' 82 ש. 26-28). ועוד הוסיף כי
19 גב' דיין "עשתה עלילת שווא, לשון הרע" ל"אלוף הזה, הדרוזי" (שם, ש. 32 ואילך). יחד עם
20 זאת מר זילבר ציין שהוא לא נגד אנשים אלא הוא נגד מעשים: "...אני לא נגד אנשים, ...,
21 אילנה דיין תבוא עכשיו, תדבר איתי, אני אדבר איתה. אני לא שונא אותה. אני שונא את מה
22 שהיא עושה. את מה שהיא עושה" (עמ' 83 ש. 10).

23 בנוסף, הביע מר זילבר מחאה נגד שילובו של גורי אלפי "אשר ידוע ומוכר כשונא מתנחלים
24 וחרדים". בבית המשפט שודר קטע מהתוכנית "גב האומה" (שלא משודרת בקשת), שם אמר
25 מר אלפי כי מלחמת אחים בין מתנחלים לחרדים תוביל לחורבן שלהם ו"נפטרנו מהבני זונות"
26 (פסקה 38 לסיכומי התובע).

27 כיצד זה, כך נטען, אפשר לקשר בין יצירתו של מר זילבר לבין דמויות אלה? התובע מוסיף
28 ומסביר שאסי עזר סירב להשתתף בקדימון נוכח הדעות שהוא מייחס למר זילבר (נספח 1
29 לכתב ההגנה), וקשת לא חייבה אותו להשתתף. הכיצד זה קשת שללה מהתובע את מה
30 שאפשרה למר עזר? הכיצד היא כפתה עליו לכרוך את יצירותיו באנשי תקשורת בעלי פרופיל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 שכזה?
- 2 66. לא אוכל לקבל את טענותיו של התובע.
- 3 מר זילבר בחר להעביר חלק משמעותי מזכויות היוצרים ביצירותיו לאקו"ם. בכך צומצמה
- 4 באופן משמעותי ביותר יכולתו לשלוט ולהחליט איזה שימוש ייעשה ביצירותיו. הוא הסכים
- 5 כי אקו"ם תאפשר שימוש ביצירותיו לגופי התקשורת. הסכמה זו מקרינה גם על היקף זכויותיו
- 6 המוסריות.
- 7 תכליתו של הקדימון הייתה כלכלית ולא פוליטית או ציבורית. הוא בא לקדם את התוכניות
- 8 שמשדרת קשת, ואת שידורי קשת עצמה נוכח המעבר הצפוי לערוץ 12. במסגרת קידום זה
- 9 קשת שילבה אנשי תקשורת ותוכניות מסוגים שונים – תהיינה אלה תכניות בידור, או תכניות
- 10 תחקירים עיתונאיים או תכניות חדשות. כפי שציין מר ליברמן, האחראי על הפקת הקדימונים
- 11 מסוג זה "אין לפרומו שום זהות פוליטית ושום כוונה פוליטית. פרומו, תפקידו להודיע
- 12 לציבור איזה תכניות ישודרו בערוץ 12...לפרומו לא הייתה, ואין לו שום כוונה פוליטית כזאת
- 13 או אחרת, מגוון הטאלנטים שמיוצגים בתוך הפרומו הם רבים, אני אפילו לא יודע את
- 14 דעותיהם הפוליטיות" (עמ' 188 ש.22).
- 15 67. קבלת טיעונו של התובע תפגע יתר על המידה בערך חופש הביטוי, המחייב מתן מרחב תמרון
- 16 ניכר לגופי התקשורת, שהם צד להסכמי רישיונות שמיקה, לשלב אנשי תקשורת וגורמים
- 17 אחרים בקדימונים שהם יוצרים, או בתוכניות שהם מפיקים ומשדרים.
- 18 במקרה הנוכחי לא נראה כי ניתן לדבר על זכות היסוד לחופש הביטוי העומדת לקשת או לגופי
- 19 שידור בשוק התקשורת הישראלי, שהרי אין להם זכות קנויה לעשות שימוש ביצירות המוגנות
- 20 בזכויות יוצרים, ומושא החובה (היוצר) אינו אורגן של המשפט החוקתי. ועדיין העולם
- 21 החוקתי אינו מתמצה אך בזכויות יסוד; יש רלוונטיות גם לערכי יסוד חוקתיים, החלים
- 22 (בתחולה עקיפה) גם מחוץ לשדותיו של המשפט הציבורי.
- 23 הכרה בערכים אלה מצויה, למשל, בשיטת המשפט הגרמנית שם החל בית המשפט לחוקה
- 24 לפתח את הדינים בנושא בפסק הדין הידוע בעניין 198 (1958) *Lüth BVerfGE 7*. בעניין זה
- 25 נקבע כי זכויות היסוד החוקתיות יוצרות "ערכים חוקתיים" המרחיבים את תחולתן כך
- 26 שיחולו באופן עקיף במשפט הפרטי. ערכים אלה יכולים להיות רלוונטיים גם להסדרת מערכת
- 27 היחסים המשפטית שבין פרטים (לדיון ראו DONALD P. KOMMERS & RUSSELL A. MILLER,
- 28 THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 60,
- 29 (2012) 442-450). גישה זו זכתה ליישום גם במשפט הישראלי (ראו את פסק הדין הידוע בע"א



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 529-537
2 .((1992)).

3 ועדיין, בחוקתיות הישראלית יש להיזהר מפני החלה גורפת של ערכים חוקתיים מחוץ לתחומי
4 המשפט הציבורי, וזאת נוכח המחלוקות הרבות הקיימת אצלנו סביב ערכי היסוד האמורים
5 להסדיר את פעילות החברה (להרחבה ראו גרשון גונטובניק "זכויות חוקתיות במשפט הפרטי
6 במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים טז 57, 71, 75 (2013) וראו שם את ההבחנה בין
7 חוקתיות של שלום לחוקתיות של שלמות). ועדיין, ישנם תחומים שבהם החלת הערכים
8 החוקתיים היא מתבקשת ואף מתחייבת. כזה הוא תחום התפרשותם של הסכמי רישיונות
9 השמיכה, המסדירים את שוק התקשורת לגוונים השונים. הסדרה זו צריכה לקחת בחשבון את
10 הערך החוקתי של חופש הביטוי, ולתת לו את משקלו ההולם.

11 החלת הערך החוקתי של חופש הביטוי בשוק התקשורת אינה חדשנית. דוגמא מובהקת
12 לתחולה כאמור היא "דוקטרינת ההגיונות" המחייבת גופי שידור ציבוריים להנכית בשידוריהם
13 את מגוון הגישות בציבוריות הישראלית במיוחד בנושאים השנויים במחלוקת ציבורית (ראו
14 את דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 146/89 אלדורי נ' רשות השידור, פ"ד מד(1) 798, 801 (1990);
15 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 1043 ואילך (כרך
16 שני, מהדורה חמישית; 1996)). דוקטרינה זו היא דוגמא למימוש חובה חוקתית של קידום
17 ערך חופש הביטוי. ויודגש – אין המדובר בזכות יסוד חוקתית, שכן לאיש אין זכות כי תוכן
18 קונקרטי הוא שישודר דווקא. מדובר בחובה, שאין בצידה זכות, המוטלת על גופי השידור
19 הציבוריים לשדר את המגוון. זוהי דוגמא בולטת אחת, וכמוה יש עוד אחרות, אך לא כאן
20 המקום להרחיב.

21 68. נמקד המבט בתחום זכויות היוצרים ובזכות המוסרית. גם בהקשר זה יכולה להיות משמעות
22 לתחולת הערך החוקתי של חופש הביטוי. בענייננו די אם אציין את שני אלה:

23 (א) הסכמות חוזיות שלא נותנות את המשקל המתאים לערך חופש הביטוי עלולות להיפסל
24 בהיותן סותרות את תקנת הציבור. כך למשל, שאלה גדולה היא אם אקו"ם תוכל לדרוש
25 בהסכמי רישיונות השמיכה כי לא יעשה שימוש ביצירות בשידורים העוסקים בנושאים
26 השנויים במחלוקת בציבור.

27 במציאות הנוהגת במקומותינו היקף העניינים השנויים במחלוקת הוא עצום ורב. אפשר
28 אף להגיד שקיומה של מחלוקת הוא מרכיב מאפיין שלנו כעם יהודי. חיים נבון רואה
29 בתופעת המחלוקת "ברכה ולא טרגדיה...אות לגדולתה" של היהדות (חיים נבון תיקו:
30 101 וכוחים גדולים של היהדות 8 (2014)); נראה שדוד בן-גוריון היה חולק עליו (דוד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 בן-גוריון, **יומן המלחמה: תש"ח-תש"ט** 688 (כרך שני, 1982)). אך בין אם מדובר
2 בתופעה חיובית ובין אם בשלילית, נראה כי לא יכול להיות חולק על תקפותה בתרבותנו
3 ארוכת השנים. יהודה באואר, ההיסטוריון הנודע, מלמד אותנו כי לא נוכל אחרת.
4 היהדות היא "תרבות שחיה על מחלוקות, ואם תעמוד תחת מכבש של אחדות – תהא זו
5 דתית, חילונית, פוליטית או כלכלית – היא תיחנק. הצילו אותנו מאחדות!" (יהודה
6 באואר **העם המהוצף** 27 (2013)); ואליעזר שביד ראה ביהדות כ"אחדות של פילוגים"
7 (אליעזר שביד **הציונות שאחרי הציונות** 62 (1997)) ובאופן פרדוקסלי, כל עוד נמשכות
8 המריבות נשמר האיחוד.

9 שילובן של היצירות השונות – על מגוון הסוגות – בתוכניות גופי השידור תורם רבות
10 לקידום השיח החברתי שלנו. תרבות היא חלק חיוני מכל חברה ואין כבמות התקשורת
11 השונות כדי לשמש תשתית לליבון השיח ולקידום התרבות באופן המציג את מגוון
12 היצירות והיוצרים הפועלים היום ושהפעלו בעבר.

13 הצורך לבדוק באופן מוקפד התאמה של כל יצירה ושל עולם ערכיו של היוצר לבמה בה
14 תושמע יוביל לשיתוק היכולת לעשות שימוש ביצירות בבמות התקשורתיות בענף
15 התקשורת בישראל. הרי לדברים אין מידה ולא שעור. כך, האם ניתן יהיה לשלב יצירות
16 של יוצר צמחוני בתוכניות בישול החוגגת מתכון לבישול סטייק עסיסי? האם אפשר יהיה
17 לשלב יצירות של יוצר המזוהה עם הצד הימני של המפה הפוליטית בתוכנית הבוחנת את
18 תולדותיה של מפלגת מפא"י? והאם אסור יהיה לשלב יצירה של יוצרת המזוהה עם הצד
19 השמאלי של המפה בתוכנית הבוחנת את עשייתו של זאב ז'בוטינסקי? ומה לגבי שילוב
20 יצירות של יוצרים ערבים בתוכניות העוסקות ביהדות כלאום? או יוצרות חילוניות
21 בתוכניות העוסקות בעולם הדת? או יוצרות חרדיות בתוכניות העוסקות בחילוניות?

22 קל לראות שקביעה כי שילוב שכזה מהווה פעולה הפוגעת ביצירות תוביל לקושי ניכר
23 בשילובן בתוכניות המשודרות בערוצי התקשורת השונים.

24 ואחזור ואדגיש – אין אני עוסק במצב בו האומן היוצר מנהל בעצמו את זכויות היוצרים
25 שלו. במקרה שכזה, כאמור, גדלה שליטתו בשאלה מתי יהיה מותר לעשות שימוש
26 ביצירותיו המוגנות (לדיון כללי בנושא תחולת חופש הביטוי בנושאים אלה ראו אצל גיא
27 פסח "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי" **ספר ויסמן: מחקרי**
28 **משפט לכבודו של יהושע ויסמן** 463 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002);
29 המאמר נכתב לפני חקיקת החוק החדש, אך יש בו ניתוח עקרוני כללי של הסוגיה).

30 אלא שענייננו נוגע באומנים שהעבירו את זכויות היוצרים שלהם לניהול אקו"ם או גופים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 אחרים מסוגה; ואקו"ם מתירה את השימוש ביצירות שברפרטואר שלה לגופי תקשורת
2 בהסכמי רישיונות שמיכה. שעה שהיא מתקשרת בהסכמי רישיון שמיכה לסוגיהם
3 השונים, עליה לקחת בחשבון את **הערך החוקתי** של חופש הביטוי.
- 4 לערך החוקתי של חופש הביטוי יכולה להיות גם **משמעות פרשנית** של מושג הזכות (ב)
5 המוסרית. כאשר אומן מעביר את זכויות היוצרים שלו ללא סייג לניהולה של אקו"ם,
6 עליו לקחת בחשבון כי גורמים שונים בשוק התקשורת יוכלו להשתמש בהם, וכי תוענק
7 במה גם לתכנים שהוא מתנגד להם ואפילו בתקיפות.
- 8 גם אקו"ם וגם קשת מסכימים כי ניתן לשלב יצירות מרפרטואר אקו"ם כדי לקדם
9 תכניות המשודרות על-ידי גוף השידור. משמעות הדבר היא כי ניתן לקדם תכניות כמו
10 עובדה ולאנשי תקשורת כמו גורי אלפי חרף התנגדות של האומן למסרים
11 שמעבירים אנשי תקשורת אלה.
- 12 ובכלל יש להיזהר מפני תיוגים גורפים של אנשי תקשורת, של יוצרים ושל בני-אדם באשר
13 הם. האם אפשר לרדד את עשייתו של גורי אלפי למהות שהיא שנאת מתנחלים וחרדים?
14 אכן, המערכון אליו הפנה מר זילבר, ששודר בתוכנית גב-האומה היה בוטה ושולבו בו
15 תכנים שיש להתקומם נגדם, אך קשה לתמצת עשייה בידורית שלמה בתחום התקשורת
16 למסר אחד שכזה; ומה לגבי התוכנית עובדה של אילנה דיין ולגבי אילנה דיין? האם
17 אפשר לרדד את עשייתה התקשורתית בת עשרות השנים לשורה תחתונה אחת שהיא
18 התנגדות לראש הממשלה? וטלו גם את מר זילבר עצמו. האם אפשר להגדירו בשורה
19 תחתונה אחת? האופן בו התובע הציג את השקפותיו בהליך זה מראה כי הדבר אינו
20 אפשרי. מדובר באדם מאמין, ובאדם התומך במפעל ההתיישבות, אדם האוהב את ראש
21 הממשלה, והמחויב לערכי הקיימות הסביבתית; אדם המתנגד לגסות רוח, ומתנגד
22 לשילוב יצירותיו בתכנים המקדמים אינטרסים מסחריים. היש שורה אחת תחתונה
23 היכולה לזקק את מהותו כיוצר וכאדם לאור כל אלה?
- 24 יש להימנע מרידוד של פעילות אנושית שבהגדרה הינה מורכבת לשורה תחתונה אחת,
25 המתעלמת מהרבדים העדינים והמרובים של החיים האנושיים ושל היצירה התרבותית.
26 הדבר נכון כעניין כללי – בין אם המדובר באנשים המזוהים עם צד כזה או אחר של
27 המחלוקת הציבורית תהא זו מחלוקת פוליטית, ערכית, דתית, אידיאולוגית או אחרת.
- 28 ואפילו היה ניתן לייחס לאנשי תקשורת כאלה או אחרים סיווג כזה או אחר לא היה בכך
29 כדי לשנות. פרשנות הזכות המוסרית כשוללת אפשרות שילוב של יצירות בתחומים
30 השנויים במחלוקת בציבור או שאינם לרוחו של האומן תפגע יתר על המידה בערך



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 החוקתי של חופש הביטוי ובמובן הראוי שיש לתת לזכות המוסרית בנסיבות העניין, שעה
2 שמדובר בקדימון שמטרתו כלכלית ולא פוליטית או ציבורית.
3 מתן משקל נאות לערך הביטוי בנסיבות העניין מוביל למסקנה כי הפעולה שביצעה קשת
4 לא עולה כדי פעולה המטילה פגם ביצירה או מסלפת אותה כאמור בסעיף 46(2) לחוק.
5 בעניין זה קשת לא צריכה להראות שהפעולה שביצעה היא סבירה (כאמור בהוראות סעיף
6 50(ב) לחוק), ובכך עניין זה שונה מטענתו הקודמת של מר זילבר לפיה נפגעה זכותו
7 המוסרית בגין שילוב היצירה בקדימון מסחרי. שם נקבע, כזכור, כי מדובר בפעולה
8 המטילה פגם, אך לא באופן המוביל להפרה (ראו לעיל בפסקה 58).
9 .69 על רקע זה לא מצאתי את פסקי הדין עליהם נסמך התובע כרלוונטיים.

10 כד, לא ניתן להקיש לענייננו מת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דוד ("הכי טוב") דבש נ' אדלר
11 חומסקי & ורשבסקי (פורסם במאגרים; 2006), שעסק בפרסומות מסחריות לכל דבר ועניין,
12 שלא בהקשר של רישיונות שמירה; התובע מפנה עוד להחלטה בת"א (מחוזי ת"א) 2367-05
13 אי.אמ.איי. מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ נ' וואלה תקשורת בע"מ (פורסם במאגרים;
14 2011), אלא שהחלטה זו נהפכה בבית המשפט העליון (רע"א 6565/11 החברה המרכזית לייצור
15 משקאות קלים בע"מ נ' EMI MUZIK PUBLISHING LTD (פורסם במאגרים; 2015).
16 בסופו של יום נדחתה העמדה כי יש לפרש את כתבי ההעברה באופן שאינו מקנה לאקו"ם את
17 הזכות לביצוע פומבי בהקשרים מסחריים. אסתפק בדוגמאות אלה.

18 .70 נמצא שיש לדחות את טענת התובע לסילוף יצירתו נוכח השימוש בשיר "חולם" לקידום תכנים
19 ויוצרים השנויים במחלוקת בציבור לשיטתו.

20 יחוס היצירה ליוצר בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין

21 .71 מרכיב חשוב נוסף של הזכות המוסרית הוא "כי שמו [של היוצר] ייקרא על יצירתו בהיקף
22 ובמידה הראויים בנסיבות העניין"; (סעיף 46(1) לחוק). בנסיבות המקרה הנוכחי שמו של מר
23 זילבר לא צוין בקדימון ששודר בטלוויזיה אך כן צוין בפרסום באתר מאקו באינטרנט, וכן גם
24 בדפי הפייסבוק שם הופץ.

25 האם הופרה לפיכך החובה ליחס את היצירה ליוצר בנסיבות העניין?

26 .72 בעניין חובת הייחוס חל שינוי בדין בהשוואה למצב הדברים שקדם לחקיקת החוק. בדין
27 הקודם חובת הייחוס הייתה בהיקף ובמידה "המקובלים". אלא שכעת החוק קובע כי החובה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 היא "בהיקף ובמידה הראויים". ולא הרי "מקובלים" כהרי "ראויים". ואכן, בעניין שריר ציין
 2 כבי המשנה לנשיאה רובינשטיין "כי אין בקיומו של נוהג מסוים בענף הפרסום שלא לתת
 3 'קרדיט' ליוצר במצבים מסוימים, ככל שאכן ישנו כזה, כל עיקר, כדי לשלול את זכותם
 4 המוסרית של יוצרים ביצירותיהם" (פסקה י"ז להחלטה). על תכלית השינוי עמד המלומד
 5 גרינמן במאמרו. הוא הסביר כי המחוקק ביקש שהיקף החובה "ייקבע על-ידי בית המשפט
 6 על פי אמות-מידה אובייקטיביות וערכיות, ולא על-ידי המשתמשים בפועל, שעלולים
 7 להנהיג נוהג פסול או לא-רצוי" (גרינמן, מאמר, בעמ' 457).
- 8 73. חרף השינוי בדין, שקבע כי חובת הייחוס תיבחן לפי ההיקף והמידה "הראויים" (ולא לפי
 9 ה"מקובלים"), עדיין יש רלוונטיות למקובל לשם בחינת הראוי. אכן, קביעת ההיקף והמידה
 10 הופקדו בידי בית המשפט. הם ייקבעו לאור הנורמות הראויות הלוקחות את מכלול השיקולים
 11 הנדרשים. ועדיין, ניתן ללמוד רבות מהאופן שבו הגורמים השונים הפועלים בענף הרלוונטי
 12 מכלכלים את צעדיהם. הם הרי מכירים את הענף בו הם פועלים והם שחיים אותו. לזכותם
 13 עומד במקרים רבים ניסיון רב שנים, ומבט רחב על קשת השימושים ביצירות. אכן, לעיתים
 14 הנוהג והמקובל הוא פסול ולא רצוי, אך ודאי שלא כך תמיד. האופן בו הענף רואה את הראוי
 15 יכולה להיות אינדיקציה חשובה לראוי עצמו; ובמקום שבו המקובל מובא לעיון בית המשפט,
 16 יש לייחס לו את המשקל הראוי.
- 17 לקו ניתוח זה יש הד בספרות המשפטית (ראו למשל הדיון אצל אפורי, בעמ' 350, שם הסכמות
 18 חוזיות הובאו כחיזוק לקיום חובת ייחוס, אך הדברים יכולים להיות אינדיקציה לכיוון
 19 ההפוך; בנוסף בהתאם לניתוח של אפורי אפשר לעשות שימוש בסעיף 450(4) המתייחס למקובל
 20 בענף גם בענייננו (שם, בעמ' 354)).
- 21 74. במקרה הנוכחי לא נטענה באופן ממשי טענה להפרת חובת הייחוס ביחס לשידור הקדימון
 22 באינטרנט. ואשר לשידורים בטלוויזיה יש לשים לב להוראות הסכם רישיון השמיכה שקבע
 23 (בסעיף 5(א)) כי:
- 24 הזכין מתחייב להכריז ו/או להקרין במסגרת כל שידור את שמות
 25 המלחין, המחבר המעבד והמתרגם...הוראה זו חלה גם לגבי שידור
 26 יצירות בודדות ("פילרים"), אלא אם כן משך שידור היצירה כאמור
 27 קטן מ-3 דקות [ההדגשה הוספה].
- 28 הקדימון שלפנינו נמשך כשתי דקות. לא הוצגה בפני כל טענה כי ההוראה ההסכמית משקפת
 29 סטייה מאמות מידה ראויות, ומדובר באינדיקציה חזקה לכך שהמציאות הנוהגת היא גם זו
 30 הראויה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 מכל מקום, המקרה הנוכחי אינו מתאים לקביעת אמות מידה שיפטיות נחרצות בתחום
2 מימוש חובת הייחוס בקדימונים בטלוויזיה. קביעת תוכנה של חובת הייחוס היא פעולה
3 שיפטית. ככזו אין היא נעשית באופן אבסטרקטי, כתוצר של דיון מלומד או של ניתוח עיוני.
4 היא נעשית על בסיס טענות הצדדים, ונקבעת בהתאם לנטלי ההוכחה בדיון.
- 5 במקרה הנוכחי, לא הוצגה בפני תשתית שתאפשר קביעת עמדה שיפטית נורמטיבית רוחבית,
6 ויש להיזהר מפני קביעה שכזו. התובע טען שמצא עצמו בדילמה, שהרי כיצד יטען להפרת
7 חובת הייחוס שעה שאין הוא רוצה כל קשר או זיהוי עם הקדימון האמור, ושעה שהוא טוען
8 שקשירת שמו בקדימון פוגעת בו? מר זילבר לא טוען למעשה כי היה מקום לייחס לו את
9 היצירה על-ידי ציון שמו המפורש בטלוויזיה, או כי נגרם לו נזק בגין אי הייחוס שם. נהפוך
10 הוא. טענתו היא כי נגרם לו נזק בגין הייחוס. בנוסף, הוא מפנה לנוהג הקיים בתוכניות
11 הריאליטי שם מצוין תמיד שמו של היוצר, כדי להראות שלפנינו פרסומת (פסקה 70 לסיכומי
12 התובע), אלא שטענה זו אינה נוגעת בהפרת חובת הייחוס.
- 13 על רקע זה די אם אקבע כי התובעים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להראות כי חובת הייחוס
14 הופרה, והנתבעת יצאה ידי חובת נטל הראיה, שעה שהפנתה להסכם רישיון השמיכה כדי
15 להצביע על המקובל. לא הוצגה בפני תשתית ראייתית המצדיקה קביעה כי קיים פער בין
16 הראוי למצוי. ולא אקבע קביעה כללית בנושא כשזו התשתית.
- 17 בנוסף, לא אעסוק בשורה של שאלות מורכבות היכולות להתעורר במקרה כמו שלנו, למשל
18 כאשר יוצר המעוניין שהיצירה לא תיוחס לו ואילו גוף השידור מבקש לייחס אותה אליו (לדיון
19 בכך ראו גרינמן, מאמר, בעמ' 460-461; אפורי, בעמ' 357).

20 הטענה להפרת זכויות נוכח עיבוד השיר "חולם"

- 21 77. המחלוקת האחרונה שנוטר לדון בה (לפני המעבר לסעדים) סבה סביב העיבוד. הצדדים
22 חלוקים בשאלה האם קשת הייתה צריכה לפנות למר זילבר לפני שערכה עיבוד של השיר
23 "חולם".
- 24 מר זילבר, כזכור, העביר חלק מזכויות היוצרים שלו, ובכלל זה "את זכות ההעתיקה, בכל
25 אמצעי או צורה שהיא, של כל יצירותי כפי שהן במקורן או לאחר עיבוד ועריכה" (סעיף 1(ה)
26 לכתב ההעברה); עד כאן במישור מערכת היחסים שבינו לבין אקו"ם. ומה בדבר מערכת
27 היחסים שבין אקו"ם לבין קשת? כאן חל סעיף 9 להסכם רישיון השמיכה, שאציגו בשנית
28 לשם הנוחות:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 9. התשלומים לפי סעיף 8 כוללים תשלום בעד שידור כאמור באחת
2 הדרכים האמורות בסעיף 2 של כל עיבוד (ARRANGEMENT)
3 של יצירה מוסיקלית או התאמה (ADAPTATION) של יצירה
4 ספרותית שברפרטואר שנעשו בידי חבר אקו"ם אבל אינו כולל
5 תשלום עבור מתן רשות לזכיון לעשות את העיבוד או ההתאמה.

6 לצד ההוראות ההסכמיות שבין הצדדים יש להתייחס גם להוראות סעיף 16 לחוק המתייחס
7 ליצירה נגזרת:

8 16. עשיית יצירה נגזרת

9 עשיית יצירה נגזרת היא עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן
10 מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד.

11 78. אקו"ם טוענת כי לא העבירה, במסגרת הסכם רישיון השמיכה, את הזכות לבצע עיבוד
12 ליצירותיו של האומן. מה יכולים אפוא גופי השידור לעשות עם היצירות שברפרטואר? לטענת
13 אקו"ם הם יכולים להקליט יצירות מוגנות לצורך שידורן, לשלבן עם תמונות בפסקול סרט
14 (סינכרוניזציה), לשדרן ולהעמידן לרשות הציבור בהתאם לתנאי הרישיון. הזכות לעשיית
15 יצירה נגזרת, ובכלל זה זכות העיבוד, אינה מועברת לאקו"ם. לכן, ממילא לא יכלה להתיר
16 עיבוד לגוף השידור ביצירות שברפרטואר שלה. מכאן שכדי לבצע יצירה נגזרת יש לבקש רשות
17 מהיוצר. לשיטתה, על זכות העיבוד יש לשלם בנפרד. העיבוד יוצר יצירה חדשה, ואקו"ם יכולה
18 לגבות כספים בגין השימוש ביצירה החדשה, גם אם הוא נעשה ללא רישיון.

19 גבי חסון שהעידה על הדברים מטעם אקו"ם ציינה כי "זו זכות שלא הועברה אלינו, וזכות
20 שלא כלולה בהסכמים...אני רוצה שגם בית המשפט יידע ויבין, שברגע שיוצר לא נותן רשות
21 עיבוד, היצירה היא 100% ברפרטואר אקו"ם, וכלולה בהסכמים של התאגיד לשידור. ולכן,
22 אין פה שום הפרה של ההסכם מבחינת אקו"ם. הזכויות הן 100% בידי היוצר" (עמ' 123
23 ש.27 ואילך).

24 במהלך הדיון הגישה אקו"ם את התקנון שלה (כפי שתוקן בהחלטת האסיפה ביום
25 30.3.14) (ת/6) שם מפורטות בסעיף 10 הזכויות שהחברים באקו"ם מעבירים לה, וזכות
26 העיבוד אינה אחת מהן.

27 79. לאחר עיון בטענות הצדדים מתקבל הרושם כי שניהם מתחפרים בעמדות שאין לקבל:

28 א) קשת טוענת שהיוצר מסר את זכות העיבוד ביצירותיו לאקו"ם, והיא נשענת בעניין זה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 על כתב ההעברה. ואם הועברה זכות העיבוד לאקו"ם, הכיצד זה שקשת מנועה מלעשות
2 בה שימוש, לאור הסכם רישיון השמיכה?
- 3 טענה זו של קשת "מוכיחה יותר מידי". יש לחזור ולעיין היטב בהיקף ההעברה של
4 הזכויות מצד היוצר. התובע העביר לאקו"ם את זכויותיו ביצירות כפי שהן במקורן או
5 לאחר עיבוד. כלומר, ככל שיצירותיו כבר עובדו בעבר, הוא העביר את הזכויות בהן
6 לאקו"ם. הכוונה לשירים המעובדים ברגע ההעברה, אך אין כאן משום הסמכה עתידית
7 לבצע עיבודים עתידיים, ולהותיר בידי אקו"ם את היכולת לאפשר לגופי השידור לעבד
8 היצירות כעולה על רוחם.
- 9 הדברים מתבקשים, שהרי פעולת העיבוד מכסה, באופן פוטנציאלי, עולם ומלואו. היא
10 יכולה לכלול שינויים קלים יחסית, אך גם שינויים משמעותיים בהן משנה המעבד את
11 המילים, את הלחן ואת המשמעות של היצירה. האם ניתן לטעון כי זכויות אלה במלוא
12 היקפן הועברו לאקו"ם?
- 13 על רקע זה אין זה מפתיע שאקו"ם חזרה והבהירה לאורך השנים כי לא קיבלה לידיה
14 את "הזכות לעשיית יצירה נגזרת (לרבות ביצוע עיבוד, תרגום)" (ראו למשל את
15 הצהרתה בנספח הקדימונים משנת 2007 (בפסקה 23 לעיל) שבעניין הזה היא דקלרטיבית
16 גרידא). ואכן, לא נראה לי כי קשת טוענת ברצינות שהיא יכולה לקחת יצירה ברפרטואר
17 אקו"ם, ולבצע – מכוח הסכם רישיון השמיכה – פעולת עיבוד המשנה את מילות השיר
18 למשל, ללא פניה ליוצר. ואם כך, הרי שגם היא מסכימה שהיוצר לא העביר לאקו"ם
19 במסגרת רישיון השמיכה את הזכות לבצע עיבוד במובן של יצירה נגזרת.
- 20 (ב) אלא שגם טיעונה של אקו"ם ניצב בפני קושי.
- 21 מהבחינה המעשית דרישה לפנות לכל יוצר ויוצר כדי לקבל הסכמתו לעצם העיבוד של
22 היצירה שלו, גם אם מדובר בפעולה שלא משנה את המילים או את הלחן, מרוקנת מתוכן
23 את הסכם רישיון השמיכה.
- 24 אקו"ם טוענת שלא כך הוא. בזכות רישיון השמיכה גופי השידור משדרים יצירות מוגנות
25 יום ולילה ללא הרף וללא צורך לפנות לגורם נוסף. כל זאת תמורת אותם סכומים שקשת
26 מגדירה כעצומים אך למעשה מדובר, לטענתה, בפרוטות הנותרות בידי היוצרים לאחר
27 החלוקה בין כולם. אלא שטענה זו לא תוכל להתקבל. המציאות שמשרטטת אקו"ם היא
28 תוצר של פרקטיקה רווחת, ולפיה לא פונים במקרים שכאלה ליוצרים כדי לקבל הסכמה
29 לעיבוד.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 נראה כי אקו"ם הייתה מודעת לקשיים שבטיעון שלה. לכן היא ביקשה להבחין בין עיבוד
2 יצירה לבין קיצור יצירה. קיצור יצירה בלבד, מבלי לשנות בקטע המקוצר דבר נוסף, לא
3 יעלה כלל לגדר עיבוד (פסקה 51 לסיכומים). קיצור אינו עיבוד משום שסעיף 16 לחוק
4 מגדיר יצירה נגזרת ככזו "המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת" [ההדגשה הוספה],
5 וקיצור אינו עולה כדי יצירה אחרת, אלא הוא פשוט חלק מאותה יצירה ממש. לשיטתה
6 של אקו"ם, קיצור של יצירות מוסיקליות הוא מעשה יום יום.
- 7 אלא שגם הבחנה זו של אקו"ם מעוררת קושי של ממש. טלו למשל מצב בו אני מבצע
8 קיצור של היצירה במחצית, כדי להתאימה לקדימון אך משתמש בפס הקול המקורי של
9 הביצוע של האומן. לשיטתה של אקו"ם הדבר לא יעלה כדי עיבוד. ועתה הניחו כי אני
10 משדר את היצירה במלואה, אך בעוד שהיצירה המקורית נוגנה בצ'מבלו עיבדתי אותה
11 כך שהיא תלווה בפסנתר כנף, ובעוד שבמקור היא בוצעה על-ידי זמר אחד הוספתי הפעם
12 מקהלה; או הניחו שהיצירה המקורית לוותה בפסנתר כנף אקוסטי, ואילו אני עיבדתי
13 אותה כך שתלווה בפסנתר חשמלי משובח, ובמקום זמרת סופרן, ישיר אותה זמר בס.
14 האם שינויים אלה, לשיטת אקו"ם, הופכים את היצירה לאחרת?! קשה להלום תוצאה
15 זו מבחינה אומנותית, לשונית, מהותית והגיונית.
- 16 80. לדעתי הפתרון מצוי בהבחנה בין סוגי עיבודים שונים, ושוב יש משמעות לכך שהיוצר מסר את
17 זכויות היוצרים שלו לאקו"ם, וזו התירה את שילובן בתכנים מסוימים בהתאם להסכמי
18 רישיונות השמיכה שהיא כורתת.
- 19 בעניין זה מקובלים עלי דבריה של המלומדת פישמן-אפורי שהציעה יצירת "חריג כללי, שלפיו
20 במתן ההסכמה לשימוש ביצירה מקופלת הסכמה לערוך בה שינויים שונים החיוניים לשם
21 השימוש ביצירה. במקרה זה ניתן לומר כי קיימת הסכמה מכללא להתיר את עריכת
22 השינויים האמורים ביצירה, והדבר אף משקף – אולי – אומדן לפגיעה סבירה בבעל הזכויות
23 בהתחשב בכך כי נתן הסכמתו לעשות שימוש ביצירה" (אורית פישמן אפורי היצירה הנגזרת
24 בדיני זכויות יוצרים 389 (תשס"ה)).
- 25 במסגרת המחלוקת הנוכחית בוססה בפני מציאות ארוכת שנים בה לא מתעורר כל קושי ביחס
26 לסוגי עיבודים מסוימים, שהם בבחינת הכרח בל יגונה לשם השימוש ביצירות המוגנות
27 במסגרת המותר על פי הסכם רישיון השמיכה.
- 28 מכאן שלא בכל מקרה של עיבוד צריך לפנות ליוצר שהעביר זכויותיו לאקו"ם.
- 29 שעה שגוף התקשרות מבצע עיבוד של שיר באופן השומר על המילים ועל הלחן ומשדר את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 העיבוד בגבולות המותר בהסכם רישיון השמיכה, הדבר נופל לגדר המותר הן במערכת היחסים
2 מול אקו"ם הן במערכת היחסים מול היוצר. הדבר נכון גם כאשר נדרש קיצורו של השיר
3 לצורך שילובו בקדימון.
- 4 לא צריך לקבוע כאן מבחן היפה לכל היצירות ולכל העיבודים שלהן. היצירה שעל הפרק היא
5 שיר, שזכויות היוצרים של היוצר עומדות לו הן ביחס למלל הן ביחס ללחן. ביחס ליצירות
6 אלה יש הבדל בין עיבוד הכולל קיצור ושינוי באופן הביצוע כדי שייכנס לדלת אמות הקדימון
7 לבין עיבוד המשנה אותו למשל בדרך של שינוי מילים, שיצריך את אישורו של היוצר.
- 8 לא אקבע קביעות מעבר לאמור לעיל, שכן יש להיזהר מפני קביעות שיפוטיות רחבות מידי
9 מעבר לנדרש בתחום רב פרמטרים ומשתנים.
- 10 81. המסקנה אליה הגעתי לעיל נשענת גם על התנהגות הצדדים.
- 11 כפי שצינו המלומדים שלו וצמח "התנהגות הצדדים יכולה להביא גם לידי שינוי החוזה
12 הקיים ביניהם. השאלה תהא תמיד האם ניתן להסיק מנסיבות העניין ומהתנהגות הצדדים
13 כוונה לשנות מהוראות החוזה שביניהם. לא ננקל יוסק מהתנהגות הצדדים הרצון בשינוי
14 של החוזה שביניהם. לשם ביסוס המסקנה כי הצדדים התכוונו שלא לקיים את החוזה כפי
15 שהוסכם מלכתחילה ביניהם, נדרש דפוס התנהגות מתמשך, לו שותפים שני הצדדים והעדה
16 ברורה על ההסדר החוזי החדש, שלכאורה נוצר" (גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 242
17 (2019); ראו עוד לעניין זה ברע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר, פ"ד סה(2) 563
18 בפסקה 33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2012)).
- 19 התנהלות הצדדים במקרה הנוכחי מבססת הסכמה לסוג זה של עיבודים של יצירות לשם
20 שילובן בשידורים האפשריים לאור הסכמי רישיונות השמיכה. מזה שנים רבים שהשוק
21 מתנהל באופן שבו לא נעשית פניה לאומנים כדי לקבל רשותם לעיבודים מסוג זה.
- 22 עמד על כך כבד השופט בנימיני בעניין אבידן כשפסק כי "גופי השידור אינם משלמים עבור
23 שימוש בשירים בקדימונים, מעבר לתשלום הכללי שהם משלמים לאיגודי ניהול זכויות
24 היוצרים...ערוצי הטלוויזיה המסחריים לא נוהגים להתקשר עם יוצרים לצורך שימוש
25 בשיריהם לשם הכנת קדימונים, וכי אין כלל חובה לקבל מכל יוצר אישור על שימוש בשיר
26 בקדימון, שכן השימוש הזה מכוסה בהסכם 'שמיכה' של הגוף המשדר. עצמון אמנם טען כי
27 כאשר עורכים את השיר יש צורך בקבלת אישור, על מנת לא לפגוע ב'זכותו המוסרית' של
28 היוצר, אך הוא הודה כי בפועל אין פונים ליוצר כדי לקבל אישור לעריכת השיר בעת שימוש
29 בו לקדימון, ומסתפקים בהסכם 'השמיכה'."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 פסק דין זה ניתן לפני כשבע שנים, והלכה למעשה אקו"ם לא הציגה בפני אף מקרה בו ננקט
2 צעד משפטי נגד זכיין ששידר עיבוד בנסיבות מהסוג שנדון במקרה הנוכחי.
- 3 גם מר זילבר מעולם לא הגיש תביעה נגד קשת בגין עיבוד או שימוש ביצירותיו בתוכניות כמו
4 "לילה גוב", ולא העלה טענות לגבי התוכניות הרבות בהן שודרו עיבודים חדשים של יצירותיו
5 (עמ' 253 ש. 15 ואילך). ניתן ללמוד אודות הלך רוחו של מר זילבר שעה שנחשף לקדימון של
6 קשת. בפסקה 12 לתצהירו הוא ציין כי כשנדע לו על כך הוא פנה לאקו"ם **"וביקש שראשית**
7 **לכל יסירו את רשות העיבוד"**. מכאן שהוא היה סבור שהוא נתן רשות לעבד את יצירותיו לשם
8 שילובן במשדרים האפשריים בהתאם לרישיון השמיכה. מכל מקום מר זילבר הצהיר
9 מפורשות ש"לא הייתה לי בעיה שפיטר רוט יעבד את השיר 'חולם' וכוכבי קשת ישירו אותו"
10 (פסקה 14 לתצהירו). הבעיה לא הייתה בעיבוד אלא בשימוש שלצרכיו הוא נוצר.
- 11 כל הצדדים הרלוונטיים – קשת, אקו"ם והיוצר – גילו בהתנהגותם כי בנסיבות שבהן לא
12 משונות מילות השיר, אלא מדובר בקיצור תוך עיבוד, הרי שפעולת העיבוד לבדה אינה מפרה
13 את זכויות היוצרים בנסיבות העניין. הוא הדין ביחס לעיבוד לשם שילוב השיר בתוכניות
14 המוסיקה השונות, ובאפשרויות הנוספות המותרות בהתאם להסכם רישיון השמיכה.
- 15 82. אקו"ם טוענת שלא אלה הם פני הדברים. לשיטתה, קשת לא הצליחה להסביר מדוע טרחה
16 לפנות, למשל, ליוצר הידוע "טונה" ולהחתימו על הסכם שמאפשר עיבוד (עמ' 230 לפרוטוקול
17 ש. 2-33). אלא שדווקא ניתן הסבר. עיון בהסכם (נספח 12 לתצהיר עו"ד הכט) מעלה שהוא
18 נכרת שם לשימוש בשיר "גם זה יעבור", והוא כלל את האפשרות של המפיק "לשנות את
19 מילות השיר, לחן השיר וליצור עיבוד חדש של השיר, כך שיתאימו לסגנון המוסיקלי של
20 הביצוע החדש ולשימוש המיועד בו במסגרת משדר מיוחד של קשת לרגל המעבר לשידורים
21 בערוץ 12" (פסקה 2 להסכם). היקף העיבוד הצריך אפוא את הפנייה. בנסיבות המקרה הנוכחי
22 לא שונו מילות השיר "חולם" (למעט מילה אחת באופן שאינו משנה את התמונה (ראו לעיל
23 בפסקה 60)). מכאן שלא היה צורך בפנייה למר זילבר, בהתאם לאמות ההתנהגות המקובלת
24 על הצדדים במשך שנים, ובהתאם להסכמה המשתמעת כתוצאה מהעברת זכויותיו לאקו"ם.
- 25 83. משכך שיש לדחות ברובה את טענות התובע להפרת זכויותיו בגין עצם העיבוד שנעשה לשירו
26 "חולם" - ברובה אך לא את כולה. כאמור, נמצא שקשת פעלה בניגוד להסכמי רישיון השמיכה
27 בטלויזיה ובאתר מאקו עת שילבה הקדימון בשידוריה בערוץ 24, ועת יזמה קישור ממומן
28 לקדימון בפייסבוק. בנסיבות אלה אין לומר כי מר זילבר נתן הסכמה משתמעת לשימוש זה
29 באופן החורג מההסכמות, וביחס לנגזרת זו (שהיא צרה יחסית להיקף המחלוקת שהובא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

1 להכרעה) יש לקבל את הטענה לעשיית עיבוד לא מותר, שהצריך פניה מראש ליוצר.

2 לקראת סיום: מחשבות אודות החרגה ופתרון מעשי לעתיד לבוא

3 .84. התוצאה אליה הגעתי היא מתסכלת מבחינת היוצר. היא נשענת במידה רבה על היקף העברת
4 זכויותיו לאקו"ם ועל המשמעות הנלווית לשילוב המותר של היצירות בהתאם להסכמי
5 רישיונות השמיכה. בהתאם למצב הדברים הקיים זו התוצאה, אך השאלה היא האם אפשר
6 לשנות את המצב הקיים?

7 .85. אחת האפשרויות שניתן לשקול היא העמדת האפשרות ליוצר להחריג את הפעילות המותרת
8 ביצירות שהוא מעביר לאקו"ם במסגרת הסכמי ההעברה.

9 אפשרות החרגה היא מורכבת מאוד למימוש ויש לנהוג בעניין זה בזהירות רבה. הסוגיה
10 נדונה בהרחבה בעניין אקו"ם (ראו שם בפסקה 47 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז). מתן
11 אפשרות להחרגת יתר עלול לשבש את היכולת של אקו"ם לנהל את הזכויות של היוצרים
12 באופן קולקטיבי על ההטבות הנלוות לניהול זה. כב' השופט, כתוארו אז, רובינשטיין ציין שם
13 (בפסקה ה לפסק דינו) כי בית המשפט לא מצא להרחיב את אפשרות החרגה ולהמתין לניסיון
14 שיצטבר.

15 במהלך הדיון בפני טענה אקו"ם כי היוצר אינו רשאי להחריג שימושים פרטניים או משתמשים
16 פרטניים. הוא רשאי להחריג יצירות. וככל שיעשה כן הוא יידרש "לרדוף" אחר כל המשמיעים
17 את היצירה מבלי לשלם לו תמלוגים. בנוסף, מבחינת גופי השידור יתכן שהם פשוט ימנעו
18 להשמיע שירים של אותו אומן כדי לחסוך לעצמם את הצורך לנהל עמו מו"מ, וכך הרחבת
19 ההחרגה תפגע ביוצרים עצמם.

20 .86. ומה במקרה הנוכחי?

21 בסופו של המסע הפרשני התברר כי נוצר פער מסוים בין היקף רישיון השמיכה של קשת לבין
22 היקף רישיונות השמיכה של גופי שידור אחרים הכפופים גם לנספח הקדימונים. האחרונים
23 לא יכולים לשלב יצירות בקדימון המקדם את עצמם, אלא מקדם תכניות בהתאם לתנאים
24 הנקובים בו.

25 יתכן שנושא זה ילובן בין קשת לבין אקו"ם כשיגיע המועד לחדש את הסכם רישיון השמיכה
26 שבין הצדדים, וכמובן שלא אתייחס לעניין זה כעת. אלא שבינתיים קשה לראות מדוע לא
27 לאפשר ליוצרים המעוניינים בכך לשלול את האפשרות לשלב את היצירות שלהם בקדימונים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 שלא בהתאם לנספח הקדימונים, ולתת ביטוי לעניין זה בהסכמי העברת הזכויות שלהם.
- 2 למהלך שכזה יכולים להיות כמה יתרונות בולטים. הוא יצמצם את הפגיעה הסובייקטיבית
- 3 ביוצרים כמו מר זילבר, ויוכל לתת בידיהם כלי מעשי לצמצם אותה. הוא גם לא יפגע בניהול
- 4 הקולקטיבי של הזכויות מטעם אקו"ם, אלא דווקא ייתן אפשרות לצמצם את הפערים
- 5 הנוצרים בעקבות ההיקפים השונים של הסכמי רישיונות השמיכה שנכרתו עם גופי התקשורת
- 6 השונים.
- 7 ברמה המעשית לא נראה כי קיים קושי ביישומה של החרגה שכזו. בסופו של יום גופי השידור
- 8 בודקים את היקף העברת הזכויות לפני שהם משלבים היצירות בתכניותיהם. המצהירה
- 9 מטעם האיגוד, גב' חסון ציינה כי "זילבר, נתן לאקו"ם בשנת 2011 הערה קבועה שאינו מאשר
- 10 באופן גורף שימוש ביצירותיו בפרסומת. בנסיבות כאלה כל עובד אקו"ם אשר מקבל פניה
- 11 מגורם כלשהו לגבי יצירותיו של זילבר, רואה במערכת של אקו"ם את ההערה שלעיל ויודע
- 12 להסביר לפונה כי אם ברצונו לשלב יצירה כלשהי מיצירותיו של זילבר בפרסומת – עליו
- 13 לפנות לשם כך ישירות לזילבר ולהסדיר מולו את עצם השימוש ואת תנאיו שכן אין אישור
- 14 גורף של היוצר לכך" (פסקה 18 לתצהירה). מדוע זה אי אפשר להרחיב את החרגה ולציין כי
- 15 מר זילבר מגדיר פרסומת בהתאם לנספח הקדימונים של אקו"ם?
- 16 ואילו מר ליברמן, המצהיר מטעם קשת, ציין כי "הנוהל היומיומי שלנו זה שכל מקרה שבו
- 17 אנחנו משתמשים בשיר ישראלי, או לועזי, שיש, שבו אנחנו בוחרים להשתמש, אנחנו
- 18 בודקים באתר של אקו"ם, לראות אם יש, יש אתר נפלא, דרך אגב, מקסים, שעובד מאוד
- 19 יפה, בודקים האם יש לו, האם יש לשיר אישור, או האם יש החרגות שאי אפשר להשתמש,
- 20 זו פרקטיקה יומיומית. אני מדבר 5 פעמים ביום" (עמ' 153, ש.7). במציאות זו אפשר לשקול
- 21 החרגה שמתן פומבי לה יאפשר לכל להבין מראש את גבולות הגזרה שהם פועלים בהם,
- 22 ולהימנע מהתדיינות מיותרות.
- 23 87. אני מקווה שתישקל צעידה במתווה המוצע כאן כדי למנוע את עוגמת הנפש שנגרמת ליוצרים
- 24 כמו מר זילבר בעתיד לבוא.
- 25 **הסעד**
- 26 88. עברנו דרך ארוכה. בסופה מתברר שדחיתי את רוב טענות התובעים, אך נמצאו הפרות
- 27 מסוימות שהן מתוחמות למדי ומצומצמות בהינתן היקף המחלוקת שהועמד להכרעה.
- 28 89. יש לדחות את טענות התובעים כי הסרטון עצמו, ככזה, מפר את זכויותיהם או עולה כדי הפרת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 הסכמי רישיונות השמיכה (בטלויזיה ובאתר מאקו). לכן, אין מקום להיעתר לסעדים הנגזרים
2 משידור סרטון זה. קשת ציינה ממילא כי שידור הקדימון הוגבל ל-10 ימים וכי הוא הוסר
3 מהפלטפורמות האחרות במאקו, בפייסבוק ואינסטגרם, מבלי להודות בטענות התובעים.
- 4 יש לדחות את טענת אקו"ם כי נספח הקדימונים מהווה חלק מההסכמות החוזיות המחייבות
5 בינה לבין קשת.
- 6 יש לדחות את טענת התובעים כי שידור הסרטון בדפי הפייסבוק והאינסטגרם של מאקו
7 מהווה הפרה של זכויותיהם או של הסכם רישיון השמיכה. מדובר בהרחבה טכנולוגית סבירה
8 של ההסכם בעניין אתר מאקו.
- 9 יש לדחות את טענתו של מר זילבר להפרת זכותו המוסרית נוכח שילוב קטעים בקדימון
10 מתוכניות השנויות במחלוקת בציבור לשיטתו.
- 11 90. יחד עם זאת, יש לקבוע כי שידור הקדימון בערוץ 24 מהווה חריגה מהסכם רישיון השמיכה
12 ביחס לטלויזיה ומפר אותו. לכן הוא מפר את זכויות היוצרים שהועברו לאקו"ם ואת ההסכם
13 עצמו. גם הקידום **הממומן** של הסרטון בפייסבוק עולה כדי הפרת הסכם רישיון השמיכה של
14 מאקו, ומפר את זכויות היוצרים שהועברו לאקו"ם. אין הוא נכנס בגדר הרחבה טכנולוגית
15 סבירה שלו.
- 16 שתי ההפרות אלה כוללות הפרה של זכות ההעתיקה, זכות השידור וזכות ההעמדה לרשות
17 הציבור. שתייהן גם פוגעות בזכות המוסרית של מר זילבר (במובן סעיף 46(2) לחוק), ומהוות
18 גם עשיית עיבוד בשירו "חולם" שהצריך פניה מראש לשם קבלת הסכמתו.
- 19 91. נותר לפסוק את הסעד הכספי נוכח ההפרות שנמצאו לעיל:
- 20 (א) התובע הציג חוות דעת של המומחית מטעמו גב' גלין-גלר שהעריכה את הפיצוי הראוי
21 כעומד על 500,000 ₪. היא עמדה על המחיר הראוי שצריך היה לשלם לו הייתה נכרתת
22 עסקה בין התובע לבין קשת. הנתבעת העלתה טענות נגד היכולת להסתמך על חוות
23 דעתה, בין היתר, לאור קשריה עם אקו"ם.
- 24 לא אוכל להיעזר בחוות דעת זו, שכן הבסיס לעריכתה נשמט. חוות הדעת מציינת כי
25 מדובר בסרטון שהוא פרסומת לכל דבר ועניין, ונמצא שלא כך. משכך אני פטור
26 מלהתייחס לטענות שהעלתה קשת נגד עורכת חוות הדעת.
- 27 (ב) לא הוצגה בפני תשתית קונקרטיה לגיבוש גובה הפיצוי הראוי מצד התובעים. התובעת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 הציגה את היקף השידור של הקדימון בערוץ 24, ולא הוצגו בפני נתונים של ממש אודות
2 היקף השימוש בקידום הממומן של הקדימון בפייסבוק.
- 3 קשת לעומת זאת הציגה דוגמא שתוכל לשמש בסיס לייחוס: מר ליברמן העיד ביחס
4 לשימוש שעשתה קשת בלחן של האומן עידן רייכל לשיר "מחכה", וזאת לצורך פרסומת
5 לתוכנית כוכב נולד (פסקה 11 לתצהיר מר ליברמן). פרסומת זו יועדה להיות משודרת
6 בערוץ 24 של קשת, במטוסי אל על בבתי קולנוע ובאתרי אינטרנט ללא הגבלה על מספר
7 השידורים וזמן השידור. התמורה הועמדה על 20,000 ₪. עוד היא ציינה כי ההסכם עם
8 האומן טונה לעיבוד שירו "גם זה יעבור" נעשה ללא תמורה.
- 9 ג) על רקע זה יש להעריך את הפיצוי בגין הפרת ההסכם על דרך האומדן, והתובעים עותרים
10 גם לפיצוי ללא הוכחת נזק בגין יתר הפרת הזכויות.
- 11 92. סכומי הפיצוי המוענקים בפסיקה נעים על פני משרעת רחבה. היקף הפיצויים סב בין 1,000 ₪
12 לבין 80,000 ₪ (גרינמן, מאמר, בעמ' 485 ה"ש 253). החוק מאפשר פיצוי ללא הוכחת נזק תוך
13 הצבת תקרה של 100,000 ₪ שהועמדה כדי לאפשר פיצוי נכבד "גם בתביעות הפרה גדולות" "
14 (אפורי, בעמ' 443).
- 15 מכל מקום כפי שציין המלומד אפורי על הפיצוי להיות הולם. "אם כל מה שהמפר יהיה חשוף
16 לשלם יהיה הסכום שהיה משלם אילו פעל כחוק, הרי הסיכוי שייתפס וייתבע קטן מ-
17 100%, ולכן תוחלת הפיצויים שישלם נמוכה ממחיר הרישיון. במילים אחרות, נוצר תמריץ
18 כלכלי ברור להפרי" (אפורי, בעמ' 419). על הפיצוי לשלול תמריץ זה.
- 19 93. לפני שאפנה לקביעת גובה הפיצוי יש להסיר מעל הפרק טענות שהועלו משני צדי המתרס.
20 קשת טענה כי אקו"ם לא זכאית לפיצוי בגין סטייה מהסכמי השמיכה, שכן הזכאי לפיצוי
21 בעניין זה הוא מר זילבר. אלא שיש להבחין בין זכויות היוצרים במובן הכלכלי לבין הזכויות
22 במובן המוסרי. אקו"ם אינה זכאית לפיצוי בגין הפרת הזכות המוסרית ובגין עיבוד לא מותר,
23 אך היא כן זכאית לפיצוי בגין הפרת הסכם רישיון השמיכה ובגין הפרת הזכויות במובן
24 הכלכלי (זכות ההעתקה, זכות השידור וזכות ההעמדה לרשות הציבור).
- 25 מנגד, יש לדחות את טענת אקו"ם כי יש לשלם לה את תקרת הפיצוי ללא הוכחת נזק בגין כל
26 הפרת זכות בנפרד (זכות ההעתקה זכות השידור וזכות ההעמדה) כך שזה יעמוד על 300,000
27 ₪. בנסיבות העניין מדובר בחישוב מופרז. נראה לי כי יש להחיל כאן את הוראות סעיף 56(ג)
28 לחוק הקובע כי "לעניין סעיף זה יראו הפרות המתבצעות במסכת אחת של מעשים, כהפרה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 אחת". כפי שציין אפורי "הכפלה בלתי זהירה של סכומי פיצויים עלולה לגרום לפסיקת
2 פיצויים עונשיים מובהקים" (אפורי, בעמ' 456). לכן יש לפצות בגין שני מעשי ההפרה (ערוץ
3 24 והקידום הממומן בפייסבוק), ולקשור בכל אחת מההפרות את מלוא הפיצויים הנלווים.
- 4 94. שעה שאני בא לקבוע את גובה סכום הפיצוי יש לקחת בחשבון את הפרמטרים המנויים בסעיף
5 56(ב) לחוק, וכן שיקולים נוספים:
- 6 (א) יש לקחת בחשבון שרוב רובן של הטענות להפרות שהעלו התובעים נדחה.
- 7 (ב) ההפרות בוצעו על פני פרק זמן מתוחם מאוד. בכל הנוגע בערוץ 24 הנתונים שמסרה
8 אקו"ם נוגעים ביומיים בהם שודרו 11 שידורים. גם הקדימון בטלוויזיה אמור היה
9 להיות משודר בפרק זמן קצר. אכן, הסרטון היה נגיש באינטרנט במשך זמן ארוך יותר,
10 אך כפי שנמצא עיקר השימוש בו היה כדין.
- 11 (ג) חומרת ההפרה אינה מצויה בדרגה גבוהה. הקדימון נועד לתכלית שהיא מותרת בהתאם
12 להסכמי רישיונות השמיכה, אך הפצתו חרגה במידה מסוימת מהאפשרי. עצם הצורך
13 בגיבוש נבע ממהלך חיצוני לקשת, והוא הרפורמה בשוק התקשורת שהצריך את יידוע
14 הציבור על המעבר לאפיק השידור החדש. מדובר היה אפוא בצורך נקודתי.
- 15 (ד) ברור שקשת הפיקה את הקדימון כדי לדאוג לאינטרסים כלכליים שלה, אך עיקר
16 השימוש בו היה כדין. כאן עלינו לבחון את התוספת לתועלת הכלכלית כתוצאה
17 מהשימושים המפרים. תוספת זו הייתה שולית. בכל הנוגע לערוץ 24 הרי שוודאי שהייתה
18 שולית בהינתן נתוני הצפייה ביחס לחשיפה בערוץ 22 דאז. ואשר לקידום הממומן
19 בפייסבוק יש לזכור כי ממילא נהנית קשת ממאות אלפי עוקבים וחברים בדפיי
20 הפייסבוק שלה ומחשיפה ניכרת גם באינסטגרם. על רקע זה סביר להניח כי עיקר
21 החשיפה היה באמצעות צפייה בפעילות הלא מפרה.
- 22 שיקול זה גם מוביל לדחיית טענת התובעת לפיצוי נפרד בגין עילת עשיית עושר ולא
23 במשפט, שכן קשה מאוד לבודד את תוספת התועלת הכלכלית כאמור, ועל כן, יש
24 להסתפק בהערכה כוללת של הפיצוי.
- 25 95. בכל הנוגע באקו"ם מצאתי להעמיד על סכום הפיצוי הכולל בגין שתי מסכות ההפרה על סך
26 של 40,000 ₪. יחד עם זאת, היות ורוב הטענות שהועלו בכתב התביעה נדחו, ונוכח היקף
27 המחלוקת שהצריך עבודה מאומצת יחסית מצד כל הנוגעים בדבר, הרי שעליה לשלם את




בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 47108-09-17 זילבר ואח' נ' שידורי קשת בע"מ

- 1 הוצאות המשפט לקשת בסך של 70,000 ₪.
- 2 על רקע זה התוצאה היא שאקו"ם תישא בהוצאות קשת בסך 30,000 ₪.
- 3 .96 בכל הנוגע במר זילבר, מצאתי להעמיד את סכום הפיצוי הכולל בגין הפרת זכותו המוסרית,
4 ובגין העיבוד, בסכום של 25,000 ₪.
- 5 אכן, גם עיקר טענותיו של מר זילבר נדחה, אך בהתחשב במכלול נסיבות העניין, ונוכח כנות
6 הפגיעה הסובייקטיבית שחש בגין שילוב יצירתו בקדימון כלכלי ועוצמתה לא אפסוק בעניינו
7 צו להוצאות.

התוצאה

- 8
- 9 .97 התביעה נדחית ברובה כאמור בפסקה 89 לעיל.
- 10 .98 התביעה מתקבלת בחלקה כאמור בפסקה 90 לעיל.
- 11 .99 אקו"ם תישא בהוצאות קשת בסך 30,000 ₪.
- 12 .100 קשת תשלם למר זילבר פיצוי בגובה 25,000 ₪. לא יהיה צו להוצאות בעניינו.
- 13 .101 אי תשלום הכספים תוך 30 יום מהיום יוסיף להם הפרשי ריבית והצמדה כדין מהיום.
- 14 .102 המזכירות מתבקשת לשלוח את פסק הדין לצדדים ולסגור התיק.
- 15 .103 זכות ערעור כחוק.
- 16
- 17 ניתן היום, כ"ו ניסן תש"פ, 20 אפריל 2020, בהעדר הצדדים.
- 18


גרשון גונטובניק, שופט

- 19
20
21
22

