



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

בפני כב' השופט חיים טובי

התובעים: 1. ארקדי דוכין

2. מיכאל שיטריט

3. מיקי הררי

4. שלמה אמקייס

5. ז'אן פול זימבריס

6. ארז אבנת

באמצעות ב"כ עו"ד ג. ורגון

נגד

הנתבעים: 1. הד ארצי בע"מ ח.פ. 51-0038757

2. הד ארצי (1973) בע"מ, ח.פ. 51-064739

3. הד ארצי (1973) בע"מ, ח.צ. 512-003857

4. רוני קליינפלד

5. דן וייס

באמצעות ב"כ עו"ד ר. פלד

פסק - דין

זוהי תובענה לתשלום דמי תמלוגים ששולמו, כך על פי הטענה, בחסר ובניגוד למוסכם ולתשלום פיצויים בגין פגיעה בזכויות יוצרים.

מבוא ורקע

1. התובעים 1-6 הינם חברי להקת "החברים של נטאשה" (להלן: "הלהקה").

2. הנתבעת 1, **הד ארצי בע"מ**, הינה חברת תקליטים העוסקת בהפצה, שיווק והפקה של תקליטים. הנתבעות 2 ו-3 הינן "גלגוליה" השונים של הנתבעת, אשר במועדים הרלבנטיים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

לתובענה דנן נטלו חלק במערכת ההסכמית ששררה בין הצדדים (הנתבעות 1-3 ייקראו להלן יחדיו: **"הנתבעת"** או **"הד ארצי"**).
הנתבעים 4 ו-5 הינם נושאי משרה בנתבעת אשר לטענת התובעים, היו מעורבים באופן אישי בעוולות ובהפרות נשוא התובענה דנן.

3. למן שנת 1988, הסדירו הצדדים את יחסייהם באמצעות מספר הסכמים עיקריים אשר

מפאת חשיבותם לענייננו, נקדים ונפרטם בהתאם למועדי כריתתם. ואלה ההסכמים –

א. הסכם מיום 7/5/1988 שעל בסיסו הופק תקליטה הראשון של הלהקה **"החברים של נטאשה"** (להלן: **"ההסכם הראשון"** או **"הסכם האומן"**). בהסכם זה התחייבה הנתבעת להפיק ולהפיץ את תקליטה של הלהקה ולשאת בכלל העלויות הכרוכות בכך. עוד נקבע בהסכם כי התובעים יהיו זכאים לתמלוגים, שנקבעו כאחוז ממחיר המחירון של התקליט, בניכוי הוצאות ההפקה והמקדמות ששולמו בגין התקליט. תוקפו של ההסכם נקבע ל-12 חודשים מיום חתימתו, כאשר לנתבעת ניתנה האפשרות להארכתו מעת לעת.

ב. הסכם מיום 11/2/90 לפיו התחייבה הנתבעת להפיץ את תקליטי הלהקה ושל מי מבין חבריה (להלן: **"ההסכם השני"** או **"הסכם ההפצה"**). במסגרת זו הפיצה הנתבעת את תקליטה השני של הלהקה **"שינויים בהרגלי הצריחה"** ואת תקליטים של התובעים 1 ו-2 **"רוצה ויהיה"**. התקליטים שיופצו על ידי הנתבעת יימכרו על ידה, כך נקבע בהסכם, בהתאם למחיר המחירון הסיטונאי של הד ארצי, כפי שזה יהיה מעת לעת. תוקפו של הסכם ההפצה נקבע לשלוש שנים, כאשר ניתנה אופציה להארכתו בהתאם למנגנון שנקבע בסעיף 10 להסכם זה.

ג. נספח להסכם ההפצה מיום 18/11/93 (להלן: **"ההסכם השלישי"** או **"הנספח להסכם ההפצה"**). במסגרת נספח זה הפיצה הנתבעת את תקליטי הלהקה **"רדיו בלה בלה"** ו- **"נטאשה בהופעה חיה"**, את תקליטים של התובעים 1 ו-2 **"אחלה זאורים"** ואת תקליט הסולו של התובע 1 – **"חדר משלי"**.
הסכם זה הוחל, כך על פי הוראותיו, גם ביחס לתקליטים שהופצו מכוח ההסכם השני.

ד. הסכם הלוואה מיום 6/11/2000 (להלן: **"הסכם ההלוואה"**) במסגרתו לוהה התובע 1 (להלן ייקרא גם: **"דוכין"**) מהנתבעת סך של \$45,000. פירעון ההלוואה, כך נקבע בהסכם, יהא באמצעות קיזוז התמלוגים להם יהא זכאי דוכין מהנתבעת, עד לפירעון מלא של ההלוואה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

במסגרתו של ההסכם, הסכים דוכין להפקתו והפצתו של תקליט אוסף מתוך שירי הלהקה (להלן: **"תקליט האוסף"**), בכפוף לכך שהחלטה על השירים שייכללו בתקליט האוסף תיעשה על דעתו. עוד הוסכם על הצדדים, כי למן יום 1/4/00 (עדכון למפרע) יעמוד שיעור התמלוגים על 50%.

ה. הסכם פשרה מיום 17/6/02 אשר נכרת בין הנתבעת לבין התובעים 2, 3 ו-4 בגין מחלוקת שנתגלעה בינות הצדדים ביחס לתקליט האוסף שהופץ על ידי הנתבעת במהלך אוגוסט 2001 (להלן: **"הסכם הפשרה"**). במסגרת ההסכמות אשר הושגו בין הצדדים התחייבה הנתבעת, בין היתר, לחדול מייצור יחידות נוספות של התקליט, כאשר הוסכם כי, זו האחרונה, תהא זכאית למכור את יתרת היחידות שנותרו ברשותה.

4. זאת לדעת, לשלמות התמונה העובדתית, כי הנתבעת חתמה על שני הסכמי הלוואה נוספים, האחד מיום 30/7/97 עם דוכין והשני ביום 25/7/00 עם התובע 2 (שייקרא להלן גם: **"שיטורית"**). מכוחם של הסכמים אלו הלוותה הנתבעת סך של 80,000 ₪ לדוכין וסך של 150,000 ₪ לשיטורית.

5. עוד יש לידע כי אין מחלוקת בינות הצדדים באשר לעובדה שתקליטה השני של הלהקה – **"שינויים בהרגלי הצריחה"**, אינו מהווה חלק מהמחלוקת נשוא תובענה זו, שכן כלל הזכויות בו הוסבו למר דני תמיר ולחברת "חשיבה יוצרת" שבבעלות האחרון. אין גם חולק כי תקליטו של דוכין **"כוכב אהבה"**, אינו מהווה חלק מיריעת המחלוקת המתבררת בתובענה זו.

6. לבסוף יצויין כי בין שיטורית וחברה שבבעלותו, מחד גיסא, לבין הנתבעת, מאידך גיסא – התנהלה תביעה ותביעה שכנגד בבית המשפט המחוזי מרכז, בת"א 2211-08 (להלן: **"התביעה הנוספת"**), במסגרתה התבררו, בין היתר, טענותיו של שיטורית ביחס לתקליטו "מסמרים ונוצות".

פסק הדין בתביעה הנוספת ניתן ביום 9/5/10 (מפי כב' השופטת א. שטמר), עוד טרם נסתיימה שמיעת הראיות בתיק דנא.

התביעה וטענות התובעים

7. בתביעה שבכאן, אשר הוגשה ביום 4/3/04, עתרו התובעים לחייב הנתבעים לשלם להם סך של 2,501,000 ₪, בערכי יום הגשת התביעה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

8. לטענת התובעים, הנתבעים הפרו באופן שיטתי ובכוונת מכוון, למעלה מעשור, את ההסכמים שנכרתו בינותם, באופן שהסב להם חסרון כיס, והיווה בנסיבות, עושק וניצול תמימותם.

לשיטתם, הנתבעת נמנעה מלמסור להם דיווח מסודר באשר להיקף מכירת תקליטי הלהקה ויחידה, זאת במטרה ליצור "פערי אינפורמציה" בינה לבין התובעים.

לטענת התובעים, הנתבעת הפרה את ההסכמים עת נמנעה מלשלם להם את כספי התמלוגים בהתאם למוסכם, קרי: **בהתאם למחיר המחירון המלא**, וללא תלות במחיר המכירה בפועל של התקליטים לצרכן.

הפצת תקליטי הלהקה נעשתה רובה ככולה, כך לתובעים, באמצעות רשת חנויות התקליטים שבבעלות הנתבעת Tower Records (להלן: "טאוור"), באופן שהסב נזקים לתובעים, והיווה, לטענתם, פעולה בניגוד עניינים של הנתבעת. בהקשר זה מציינים התובעים, כי הנתבעת התעשרה על חשבונם שלא כדין, כאשר מחד היא משלמת לתובעים תמלוגים מופחתים עקב הוזלת מחיר המכירה, ומאידך, מוכרת את התקליטים לצרכן במחיר מלא באמצעות החברה שבבעלותה.

לטענת התובעים, הנתבעת הגדילה עשות עת חילקה אלפי עותקים של תקליטים בחינם (להלן: "תקליטי פרומו"), בניגוד למוסכם ומבלי ששולמו לתובעים דמי תמלוגים בגין תקליטים אלו.

כפועל יוצא מההפרות האמורות, כך לתובעים, פחת מחזור ההכנסות ממכירת תקליטי הלהקה, ובהתאם פחתו גם הכנסותיהם של התובעים 1 ו-2 מהתמלוגים המכאניים המשתלמים על ידי אקו"ם ליוצרי השירים (כותבי המילים והלחן), המחושבים כאחוז קבוע מההכנסות בגין מכירות התקליטים (להלן: "התמלוגים המכאניים").

התובעים מוסיפים וטוענים, כי הגם שהינם בעלי זכויות היוצרים בכל ההקלטות הראשיות (המאסטרסים) של תקליטי הלהקה, למעט האלבום הראשון – הנתבעת עשתה שימוש שלא כדין ביצירותיהם. כך, לטענתם, הנתבעת עשתה שימוש בשירי הלהקה במסגרתם של תקליטי אוסף שונים (להלן: "האוספים"), זאת מבלי לידעם על כך, שלא בהסכמתם, ומבלי להסדיר את סוגיית התמלוגים בגין השימוש בשיריהם במסגרת האוספים.

לטענת התובעים, הנתבעת הפרה את הסכם הפרשה, עת זו האחרונה המשיכה לייצר ולהפיץ עותקים נוספים מתקליט האוסף מעבר לכמות המוסכמת, זאת חרף התחייבותה לחדול מלייצר עותקים נוספים על אלה שהיו במלאי, במועד בו נחתם הסכם הפרשה.

עוד ובנוסף טוענים התובעים כי הנתבעת גבתה, שלא כדין, תמלוגים מ"הפדרציה הישראלית לתקליטים" בגין זכויות שידור וביצוע פומבי של יצירות הלהקה (להלן: "תמלוגי הפדרציה"). תמלוגים אלה, כך לתובעים, שייכים להם ולא לנתבעת – בהיותם, כאמור, בעלי הזכויות בהקלטות הראשיות של תקליטי הלהקה.

לבסוף מלינים התובעים על כי הנתבעת קיזזה כספים המגיעים להם, ללא דיווח ובניגוד למערכת ההסכמים שבינותם.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

9. לשיטת התובעים, בגין ההפרות של ההסכמים המפורטות לעיל, הינם זכאים מהנתבעת לתשלום סך של 8,132,490 ₪ בהתאם לחוות דעתה של המומחית מטעמם הגב' עירית סימון (להלן: "חוות דעת סימון"), ברם משיקולי אגרה הם מעמידים את תביעתם על סך 2,501,000 ₪.

טענות הנתבעים

10. בכתב הגנתם כופרים הנתבעים בטענות התובעים. לטענתם, דינה של התובענה להידחות על הסף מחמת התיישנות, מניעות וויתור. עוד טוענים הנתבעים, כטענת סף, כי יש לדחות תביעת דוכין באיבה מחמת העדר יריבות, שכן האחרון המחיה את זכויותיו לקבלת תמלוגים מהנתבעת, לחברת קוטלר הפקות. לגופו של עניין, טוענים הנתבעים, כי לתובעים נמסרו באופן רציף ושיטתי, מדי רבעון, דוחות המשקפים נאמנה את שיעורם של דמי התמלוגים להם הם זכאים, כאשר האחרונים אף קיבלו, מעת לעת, מקדמות על חשבון תמלוגים עתידיים. הנתבעים הכחישו את טענת התובעים לפיה הם זכאים לתמלוגים כנגזרת של "מחיר המחירון", שכן, כך הטענה, החל משנת 1995 הגיעו הצדדים להסכמה כי התמלוגים שישולמו לתובעים יחושבו כאחוז מ"מחזור המכירות" בפועל, וכך אכן נעשה. הפצת תקליטי הפרומו מעבר לכמות המותרת על פי ההסכמים, כך לתובעים, נעשתה בידיעת התובעים ובהסכמתם, זאת לשם קידום מכירות תקליטי התובעים, הגדלת היקף המכירות, וכפועל יוצא הגדלת היקף התמלוגים שישולמו לתובעים. הנתבעים מוסיפים וטוענים כי אין שחר לטענת התובעים לפיה תקליטי הלהקה נמכרו לטאווור במחירים נמוכים, מזה שנמכרו לרשתות שיווק אחרות. לשיטתם, ההנחות במחירי התקליטים שניתנו לטאווור על ידי הנתבעת, היו זהות לאלה שניתנו לחברות התקליטים האחרות. הנתבעים כפרו, בכתב הגנתם, בטענת התובעים באשר לשימוש שלא כדין ביצירות הלהקה. לטענתם, הפקת אלבומי האוספים על ידי הנתבעת, בהם נכללו שירי הלהקה, נעשתה בידיעת התובעים ובהסכמתם, בגינם שולמו לתובעים מלוא כספי התמלוגים. הנתבעת, כך לנתבעים, לא ייצרה עותקים נוספים מתקליט האוסף מעבר למוסכם בהסכם הפשרה, כך שטענת התובעים לפגיעה בזכויות היוצרים של הלהקה, לעניין זה – אין לה על מה שתסמוך. עוד טענו הנתבעים, כי התובעים נעדרי זכות תביעה בכל הקשור לתמלוגים המכאניים שישולמו בחסר, שכן סוגייה זו הוסדרה בין אקו"ם לנתבעת, על בסיס הסכמים חוזיים ביניהם. ככול שעומדת לתובעים זכות תביעה באשר לתמלוגים המכאניים, הרי שזו צריכה להיות מופנית לאקו"ם ולא כלפי הנתבעים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

לשיטת הנתבעים, התובעים אינם זכאים אף לתמלוגי הפדרציה, שכן הלהקה, כמו גם יחידה, אינם נמנים על חברי הפדרציה, ולא בכדי לא דרשו מעולם לקבל לידיהם כספים אלה. לבסוף טוענים הנתבעים, כי יש לדחות את טענת התובעים להשתתף חבות אישית על נתבעים 4 ו-5, בגין הפרות, נטענות, המיוחסות לנתבעת.

דיון והכרעה

11. מטענות הצדדים אשר הורצו לעיל ומסיכומי הצדדים עולה, כי חמש הן השאלות העיקריות שבמחלוקת הצריכות הכרעה בתיק דנא, ואלו הן –
 - א. האם זכאים התובעים לתמלוגים על בסיס מחיר מחירון, או שמא זכותם זו נגזרת ממחזור המכירות בפועל?
 - ב. האם – אם לאו – זכאים התובעים לפיצוי כספי בגין תשלומים בחסר לאקו"ם, כמו גם לתגמולי הפדרציה ששולמו לנתבעת?
 - ג. הקיימת הסכמה לבר חוזית בינות הצדדים, באשר לכמות תקליטי הפרומו, אותם זכאית הייתה הנתבעת לחלק ללא תמורה?
 - ד. ההפרה הנתבעת את הסכם הפרשה, בכך שייצרה והפיצה עותקים נוספים מתקליט האוסף, בלא לשלם כל תמורה בגינם לתובעים?
 - ה. האומנם עשתה הנתבעת שימוש בשירי הלהקה במסגרתם של האוספים, ללא הסכמת התובעים ובלא ששולמה לאחרונים תמורה כלשהי בגין שימוש זה.
- יצוין, כי טענת התובעים באשר להפצת תקליטי הלהקה, במחיר מופחת, לחברת טאוור שבבעלות הנתבעת – נזנחו בסיכומי טענותיהם, על כן מנועים אנו מלהתייחס לטענה זו במסגרת פסק הדין (ראו: א. גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, מהדורה עשירית, עמ' 310).

נדון, איפוא, בכל אחת מהשאלות דלעיל כסדרן, ראשון – ראשון ואחרון – אחרון.

זכות התובעים לתמלוגים

12. טרם נידרש למחלוקת, בדבר המחיר ממנו יש לגזור את שיעור התמלוגים להם זכאים התובעים בגין תקליטי הלהקה (או יחידה), מן הראוי להתייחס לטענת התובעים, בה לא מצאתי ממש, לפיה הנתבעת "העלימה" מהם נתונים הנוגעים להיקף מכירת התקליטים באופן שהביא לקיפוחם.
- מחומר הראיות עולה בעליל, כי הנתבעת הנפיקה לתובעות דוחות תקופתיים בגין המכירות והתמלוגים המגיעים להם, הן באשר לתקליט הראשון שהופץ במסגרת הסכם האומן והן באשר לתקליטים מושאי הסכם ההפצה והנספח לו, לרבות ביחס לתקליט האוסף, מושא הסכם הפרשה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

כך עולה מתצהירה של הגב' חנה לאון (להלן: "הגב' לאון"), המשמשת כיום כמנהלת החשבונות של הד ארצי, ואשר הייתה אמונה בזמנים הרלוונטיים לתביעה, על הנפקת דוחות התמלוגים לאומנים השונים.

הגב' לאון טענה בתצהירה (נ/1), טענה שגובתה בתיעוד בכתב, כי היא מסרה באופן רצוף, מדי רבעון, דוחות לחברי הלהקה, ולא זו בלבד אלא שנהגה להיפגש עימם מעת לעת ולהפיק להם דוחות בהתאם לבקשתם.

תצהירה של הגב' לאון לא נסתר בחקירה הנגדית, כך שלא מצאתי טעם וסיבה מדוע שלא ליתן אמון בעדותה.

זאת ועוד. בחקירתו הנגדית הודה התובע 2 כי קיבל הדוחות הרבעוניים שהונפקו על ידי הנתבעת, למצער בחלקם, ואשר נשלחו אליו בזמן אמת (פרוטוקול מיום 11/5/10, עמ' 30 שורה 7).

שיטתית אף הודה בחקירתו כי כל אימת שהוא או מי מחבריו, פנו לגב' לאון בבקשה להפיק דו"ח כזה או אחר בקשר לתגמולים – הדבר נעשה על אתר.

נמצא, שטענת התובעים על כי הנתבעת "העלימה" מהם מידע באשר להיקף התקליטים שנמכרו באופן שהביא לקיפוחם – אין לה על מה שתסמוך.

יתר על כן. בתאריך 7/10/07 מינה בית המשפט (כב' השופט ש. ברוך ז"ל) את רואה החשבון עופר אלקלעי למומחה מטעם בית המשפט (להלן: "מומחה בית המשפט"), כחוקר מטעמו, לבדוק, בין היתר, את כמות התקליטים שנמכרו על ידי הנתבעת למן שנת 1994.

מדו"ח החוקר מיום 24/4/09 (להלן: "דו"ח החוקר") עולה, כי קיימת התאמה בין כמות הדיסקים שדווחה על ידי הנתבעת (כולל תקליטי הפרומו), לבין כמות הדיסקים שיוצרו על ידי חברת CDI (עמ' 14 לבמ/1).

מסקנה זו של המומחה, מחזקת את אמינות גרסת הנתבעת בכל הקשור להיקף המכירות כפי שהוא משתקף בדוחות אשר צורפו לתצהירה של הגב' לאון.

המסקנה המתבקשת מהאמור כי יש לקבל כאמת את דיווחה של הנתבעת באשר לכמות התקליטים שהופצו על ידה, כך שמידע זה יהווה בסיס לחישוב התמלוגים להם זכאים התובעים.

מהו אם כן המחיר, ממנו יש לגזור את שיעור התמלוגים להם זכאים התובעים? סבורני, כי במחלוקת האמורה הדין עם התובעים, קרי: כי יש לגזור את שיעור התמלוגים ממחיר המחירון ולא ממחיר המכירה בפועל.

הבסיס לחישוב התמלוגים

13. סעיף 6 להסכם האומן קובע בהאי לישנא – "החברה תשלם לאומן תמלוגים בשיעור כדלקמן ממחיר מחירון התקליטים נשוא הסכם זה ממכירות בארץ..." (ההדגשה שלי – ח.ט.).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

בפרק ההגדרות, הנושא כותרת "מושגים" – מוגדר מחיר מחירון כך "המחיר אותו תקבע החברה מעת לעת, לצורך מכירת תקליטים, לסוחרים, לאחר ניכוי מס קנייה, היטלים, מיסים ותשלומי חובה החלים ו/או שיחולו על מכירת תקליטים" (סעיף 2 להסכם; נספח א' לת/2).

סעיף 7 להסכם ההפצה (נספח ג' לת/2) קובע אף הוא כי "התקליטים יימכרו במחירי המחירון הסיטונאי של חברתנו כפי שיהיה מפעם בפעם, אלא אם כן יוסכם בינינו אחרת בכתב" (ההדגשה לא במקור – ח.ט.ו.).

הנספח להסכם ההפצה, אשר נחתם, כזכור, בשנת 1993 לא שינה במאומה את הוראות הסכמי האומן וההפצה, בכל הקשור לחישוב התמלוגים להם זכאים התובעים. אדרבה, סעיף זה קובע מפורשות ובהדגשה " ... כל הוראה של ההסכם היסודי אשר לא שונתה ו/או לא נגרעה בנספח זה, הינה ברת תוקף" (סעיף 2ב' לנספח להסכם ההפצה; נספח ג' לת/2). הסכם ההלוואה, מיום 6/11/00, שבין דוכין לנתבעת (נספח ד' לת/2) – לא שינה, אף הוא, את הבסיס לקביעת התמלוגים – קרי: המחיר ממנו ייגזר שיעור התמלוגים – הגם ששיעור התמלוגים הועמד, למפרע למן יום 1/4/00, על – 50%, תחת 39% ששולם לתובעים, על פי הסכם ההפצה והנספח לו.

נמצא, איפוא, מהאמור לעיל, כי על פי ההסכמים החתומים, התובעים זכאים לתמלוגים בהתאם למחיר המחירון הסיטונאי של הד ארצי, להבדיל ממחיר המכירה בפועל או ממחזור המכירות.

ודוק, לא זו בלבד שהוסכם בינות הצדדים, בכתב, על כי המחיר הקובע לחישוב התמלוגים הינו מחיר המחירון, אלא שהצדדים הבהירו מפורשות כי מכירה במחיר הנמוך ממחיר המחירון, תעשה בכתב.

14. הנתבעים אינם מתכחשים, כלל ועיקר, להוראות ההסכמים, ומודים הם כי אכן כך הוסכם בינות הצדדים. אלא מאי? טוענים הנתבעים, כי למן שנת 1995 הגיעו הצדדים להסכמה בעל-פה לפיה שונה הבסיס לקביעת התמלוגים, כך שתחת מחיר המחירון יחושבו התמלוגים מכאן ואילך, בהתאם למחיר המכירה בפועל של תקליטי הלהקה.

הטעם לשינוי האמור, כך לנתבעים, נבע מכורח המציאות שחייב התאמת מחירים של התקליטים לתמורות השוק, מה שחייב הפחתתם של מחירי התקליטים.

מנכ"ל הד ארצי, לשעבר, מר שמואל סחר (להלן: "סחר") הבהיר בתצהירו מיום 29/3/07 (נ/3), כי החל משנת 1995 הלכה והתרחבה תופעת "הפיראטיות" וגדל כוח השוק של הרשתות הקמעונאיות, אשר דרשו להעניק להם הנחות משמעותיות במחיר התקליטים המשווקים באמצעותם.

בגין תמורות אלו, כך למר סחר, הסכימו חברי הלהקה, כמו גם יתר האומנים אשר יוצגו על ידי "הד ארצי", לשינוי הבסיס לחישוב התמלוגים, כך שאלה ישתלמו בהתאם למחזור המכירות, להבדיל ממחיר המחירון כמתחייב מההסכמים.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

כך גם העידו מטעם הנתבעת, סמנכ"ל הכספים, דאז, מר אלי פרשטר (נ/5), וכן הנתבעים 4 ו-5 (תצהירים נ/4 ו-נ/2 – בהתאמה).

אקדים ואומר כבר מבראשית, כי לא מצאתי שחר לטענה זו של הנתבעים, ולצערי לא נתתי אמון בעדותם של עדי הנתבעת.

לא זו בלבד שהנתבעים לא השכילו להמציא שמץ של ראיה **בכתב** המצביעה על הסכמתם של התובעים לשינוי הבסיס המוסכם לחישוב התמלוגים המגיעים להם (מחיר מחירון), אלא שמחומר הראיות עולה שהתובעים לא היו מודעים, כלל ועיקר לפגיעה, בזכויותיהם כמתחייב מההסכמים, ואין צריך לומר שלא הוכח כי הסכימו לכך. ובמה דברים אמורים.

15. לגירסת הנתבעים, כמפורט לעיל, המעבר לחישוב התמלוגים לפי מחיר המכירה בפועל, היה מהלך אשר הוחל על כלל האומנים המיוצגים על ידי הנתבעת, ושינוי זה הודע לכל, בזמן אמת.

אם כך הם פני הדברים, נפלא ממני הכיצד זה לא מצאה הנתבעת לנכון לזמן לעדות מי מהאומנים שיאמתו את גרסתה? אני תמה מדוע הסתפקה הנתבעת לתמוך גרסתה אך בעדותם של נושאי תפקידים בה, שלדעת הכל עניין להם בתוצאת המשפט?

לו אמת בפי הנתבעת, כי למן שנת 1995 היה שינוי גורף בבסיס חישוב התמלוגים **לכלל האומנים**, נפלא ממני הכיצד זה לא נמצא אף לא אחד מעשרות האומנים, שיעיד על כך?! הלכה נודעת היא מימים ימימה "**שמעמידים בעל דין בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט ראיה, שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו ואין לו הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראיה הייתה פועלת כנגדו**" [רע"א 55/89 קופל בע"מ נ' טלקאר חברה בע"מ, מ"ד(4) 595, 602].

זאת ועוד זאת. גרסת הנתבעים לפיה ההחלטה משנת 1995, לשנות את בסיס חישוב התמלוגים "**נגעה לכלל אומני הנתבעת ולא ספציפית לתובעים**", נסתרת מינה וביה ממוצג במ/107, ממנו עולה כי שולם למר דני תמיר, באמצעות החברה שבבעלותו (חשיבה יוצרת), פיצוי בסך 60,000 ₪, בגין הפרשי התמלוגים בין מחיר המחירון למחיר המכירה בפועל. נמצא, כי אין בסיס לגרסת הנתבעים כאילו המעבר לחישוב התמלוגים לפי מחיר המכירה היה בהסכמת כלל האומנים, שכן עצם תשלום הפיצוי למר תמיר מלמד על כי השינוי בחישוב התמלוגים נעשה על דעת הנתבעת – בלא לקבל את הסכמתו מראש.

יתר על כן. בחקירתו הנגדית נשאל מר סחר הכיצד זה לא הועלתה הסכמת הלהקה, או מי מחבריה, עלי כתב? והלה השיב כך: "**הסכמה זו לא הועלתה עלי כתב במקרה של הלהקה כי הם היו מבקרים במשרדי אחת לשבוע שבועיים ונוצרו יחסים ברורים וחבריים ואמיתיים. לא היה צורך להעלות דברים אלו על הכתב, גם עם אומנים אחרים לא העליתי זאת על הכתב. לא זכור לי שהיו אומנים אחרים איתם העליתי זאת עלי כתב**" (פרוטוקול מיום 23/11/10, עמ' 66 שורות 23-26).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

אודה ולא אבוש, לא הבינתי פשרה של תשובה זו. אדרבה, לנוכח העובדה שחברי הלהקה הופיעו באופן תדיר במשרדו של מר סחר, מספר פעמים בחודש, נפלא ממני מדוע לא הוחתמו חברי הלהקה – או מי מהם – על הסכמתם לפגיעה כה דרמטית בזכויותיהם, כאשר הסכם ההפצה קובע מפורשות כי כל שינוי ממחיר המחירון ייעשה בכתב? האומנם בשופטני עסקינן כי נאמין שמנכ"ל הנתבעת הסתפק בהסכמה בעל פה – שלא ניתן יהא להוכיחה במידה וזו תוכחש, לעתיד לבוא, על ידי חברי הלהקה. ואם לא די בתמיהה האמורה, הרי שמחומר הראיות עולה כי אין ממש בטענת מר סחר על כי "גם אומנים אחרים לא העליתי על הכתב". במכתב הנתבעת מיום 26/8/03 למר מאיר קוטלר, נתבקש האחרון ליתן הסכמתו להוזלת מחירי האלבומים של הזמר אביב גפן, והאישור ניתן (נספח א' לכתב התשובה). הנה כי כן, עת ביקשה הנתבעת להפחית את מחירי האלבומים מזה המוסכם, טרחה וביקשה, מראש, את הסכמתו של האומן – זאת בניגוד לנטען על ידי מר סחר. כך או כך, בהעדר ראייה פוזיטיבית בכתב ובהעדר עדות חיצונית אובייקטיבית, המצביעה על הסכמת התובעים לשינוי בסיס החישוב לתשלום התמלוגים, אין בדעתי לסמוך על עדותם של נושאי המשרה (בעבר) בנתבעת אשר, כאמור, הינם בעלי אינטרס בתוצאת המשפט.

16. בצר להם ובהעדר תיעוד בכתב המאשש את גרסתם, ביקשו הנתבעים להיבנות מדוחות החברה, אשר נמסרו באופן סדיר לתובעים. לטענת הנתבעת, בדוחות הרבעוניים לשנים 1995-98, צויין מפורשות כי קיים פער בין מחיר המחירון למחיר המכירה בפועל, זאת באופן שבעמודת המחיר שבדוחות – נרשם 'מחיר המחירון' ולצידו 'מחיר מחושב', הלא הוא מחיר המכירה בפועל. נוכח הפרשי המחירים המשתקפים מדוחות התמלוגים שהופקו לתובעים מדי רבעון, ברי – כך לנתבעים – כי האחרונים היו מודעים להבדלי המחיר, ידעו על כי התמלוגים משולמים להם בהתאם למחיר המכירה בפועל (מחיר מחושב), והסכימו בהתנהגותם (בהעדר מחאה) לשינוי הוראות ההסכמים – המזכים אותם בתמלוגים על בסיס מחיר מחירון. עובדה היא, כך לטענת הנתבעים, כי בשנת 1999 התקשר שיטריט עם הנתבעת (באמצעות חברת תן.סי.די שבבעלותו) להפצת שלושה אלבומים (מוצגים במ/59 ו-במ/60) – כאשר שיעור התמלוגים להם זכאי האחרון, על פי הסכמים אלה, נגזר ממחזור הגבייה בפועל. אין בידי לקבל טענה זו של הנתבעים. מקובלת עלי טענת הנתבעים לפיה מדוחות התמלוגים הרבעוניים שהופקו על ידי הנתבעת, לשנים 1995-98, עולה כי קיים פער בעמודת המחיר שבדוחות, בין מחיר מחירון למחיר מכירה (ראו: במ/62, במ/66, במ/67 ועוד). מוכן אני אף להסכים כי ניתן להבחין על נקלה בשוני במחירים, מעיון בדוחות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

ברם אין באמור כדי להצביע, כלל ועיקר, על כי התובעים או מי מהם – ידעו כי התמלוגים משולמים להם בניגוד להוראות ההסכמים, קרי: על פי מחיר מכירה בפועל. בחקירתו הנגדית נדרש מר שיטתית לעניין זה. לשאלת ב"כ הנתבעים האם נכון שהתובעים ידעו כי משולמים להם תמלוגים על בסיס המחיר המחושב, השיב שיטתית כך: "לא. סביר להניח שההפרש בין המחירים עמד בהנחה המוסכמת בהסכם ההפצה ... איפשרנו לכם לעבוד בתוך הסכם מסגרת זה. את יכולה לקרוא את ההסכם" (פרוטוקול מיום 11/5/10, עמ' 25 שורות 22,23).

ובהמשך: "הד ארצי יכולה בחלקה לעשות מה שהיא רוצה, כשמשלמים לי את הכסף משלמים לי לפי מחיר סיטונאי לפני הנחות, אלא אם זה עומד בקריטריונים של הסעיף של 10 אחוז ... לגבי המחיר המחושב, מסתבר שלא קיבלתי את המחיר שהייתי צריך לקבל" (שם, עמ' 26 שורות 1-7).

הנה כי כן, מר שיטתית הכחיש נחרצות את טענת ב"כ הנתבעים, כאילו הוא היה מודע לכך כי התמלוגים המשולמים לתובעים, מחושבים על פי מחיר מכירה בפועל (מחיר מחושב), זאת חרף הבדלי המחירים בדוחות.

לטענת מר שיטתית – בה נתתי אמון – הוא סבר כי הפרשי המחירים נועדו אך להראות את שיעור (אחוז) ההפרשים לצורך ההתחשבויות, כמתחייב מהוראות הסכם ההפצה (סעיף 8' ו-ה').

בין אם טענתו האמורה של מר שיטתית נכונה היא ובין אם בטעות יסודה, הרי הצד השווה לשתי החלופות הוא – שהאחרון לא היה מודע לכך שהתמלוגים משולמים על ידי הנתבעת שלא בהתאם להוראות ההסכמים, קרי: ממחיר מחירון.

17. זאת ועוד זאת. למן שלהי שנת 1998 ואילך שונו דוחות התמלוגים על ידי הנתבעת, באופן בו לא ניתן היה להבחין בקיומו של פער בין מחיר המחירון למחיר המכירה בפועל – שכן בשתי העמודות נרשם מחיר זהה – הלא הוא מחיר מכירה (מוצג במ/73).

נמצא, כי למן שנת 1999 ואילך דוחות התמלוגים שהופקו לתובעים, לא שיקפו כלל ועיקר את הפער בין המחירים, כך שאדם מן היישוב יכול היה להניח כי המכירה בפועל נעשתה במחיר מחירון.

בנסיבות האמורות, נפלא ממני הכיצד טוענים הנתבעים כי התובעים היו מודעים לכך שהתמלוגים משולמים להם על בסיס מחיר מכירה בפועל!?

לא למותר יהא לציין כי בפסק הדין מיום 9/5/10, שניתן בתביעה הנוספת, קבע בית המשפט (כב' השופט א. שטמר), שהתנהלות הנתבעת, בנסיבות האמורות, מגעת לכדי הטעייה של ממש וזה לשון פסק הדין – "המחיר שנרשם בדוחות של הד ארצי הוא מחיר המכירה ממנו חושבו התמלוגים, אולם בראש העמודה המתייחסת למחיר נרשם 'מחיר מחירון'. לא נתקבל הסבר מניח את הדעת לכך דווקא משום שמדובר בנתון שנוי במחלוקת בין הצדדים, ולפחות לפי הסכם ההפצה התמלוגים אמורים להיות משולמים על בסיס



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

המחירון – יש בכינוי 'מחיר מחירון' כאשר מדובר ב'מחיר מכירה' משום הטעייה בולטת וראוי היה שחברה כהד ארצי לא תנהג כך (עמ' 6 לפסק הדין, שורות 14-6).

בחקירתם הנגדית, נדרשו נציגי הנתבעים למצג המטעה שבדוחות התמלוגים למן שנת 1999 ואילך, ולמרבח הצער לא עלה בידיהם ליתן הסבר אשר יניח את דעתי, באשר להתנהלות הבלתי סבירה הלזו של הנתבעת.

הנתבע 5, סמנכ"ל הד ארצי לשעבר (להלן: "מר וייס") טען, בחקירתו, כי עסקינן ב"שארית היסטורית" של דוחותיה הקודמים של הנתבעת וכלשונו " ... סביר להניח שזו שארית היסטורית, פורמט הדוח. שארית היסטורית לפורמט הישן של הדוח" (פרוטוקול מיום 23/11/10, עמ' 63 שורות 15, 16).

באופן דומה העיד הנתבע 4, מר רוני קליינפלד (להלן: "קליינפלד") עת הבהיר כי "לא שינו את התוכנה במחשב ולכן נותרה עמודה של מחיר מחירון. לא הוריתי לשנות שכן לא עסקתי בעניין זה ולא קיבלנו כל תלונה לעניין דוחות הרישום והתשלום" (שם, עמ' 71, שורות 17-19).

מר אלי פרשטר, סמנכ"ל הכספים של הנתבעת (להלן: "פרשטר"), הודה, ברוב הגינותו, כי אין לו הסבר מדוע לא ראה לתקן הטעות הנשקפת מדוחות התמלוגים. עם זאת מצא לנכון לציין כי "איני חושב שמישהו בנתבעת הייתה לו כוונה להטעות האומנים. אולי זו טעות בתום לב. לא ייחסתי לזה חשיבות" (שם, עמ' 73, שורות 26-28).

מוכן אני להניח, לטובת הנתבעים, כי לא הייתה לנתבעת כוונת זדון, עת נכתב בדוחות מחיר המכירה תחת הכותרת 'מחיר מחירון' – ברם אין בכך כדי להקהות, כהוא זה, את העובדה שהיה בדוחות למן שנת 1999, כדי להוות הטעייה של ממש.

בנסיבות אלו, אני תמה הכיצד זה טוענים הנתבעים, שהיה בדוחות שהונפקו לתובעים כדי ללמד על המחיר ממנו נגזרו התמלוגים? אדרבה, מהדוחות שהונפקו על ידי הד ארצי למן שנת 1998 ואילך, ניתן היה להסיק כי אין כל פער בין 'מחיר המחירון' ל'מחיר המכירה', וכי התמלוגים משולמים כנגזרת ממחיר המחירון, בהתאם להוראות הסכם ההפצה.

אם אומנם מנכ"לי הנתבעת, בעבר ובהווה, לא ייחסו חשיבות למחירים המתנוססים ב"עמודת המחיר" שבדוחות המונפקים על ידי הד ארצי, נפלא ממני הכיצד מבקשים הנתבעים לסמוך על אלה, על מנת להוכיח את ידיעת התובעים באשר למחיר ממנו חושבו התמלוגים?

18. ואם אין די באמור לעיל, בא הסכם הפשרה מיום 17/6/02 וסותם את הגולל על טענת הנתבעים, כאילו התובעים נתנו הסכמתם לשינוי הוראות ההסכמים, בכל הנוגע למחיר ממנו יש לחשב התמלוגים.

בהסכם הפשרה (נספח י"א לת/2), אשר נכרת בינות הצדדים - לנוכח טענת התובעים כי אלבום האוסף הופק על ידי הנתבעת בלא אישורם - נקבע כך: "כמו כן בימים 11/2/90 ו- 18/11/93 נחתמו בינינו הסכמי הפצה הנוגעים בין היתר להפצת תקליטי החברים של



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

נטאשה (להלן: "הסכמי ההפצה"), אין באמור בהסכם פשרה זה כדי לגרוע מזכויותיכם על פי הסכמי ההפצה ו/או לגרוע מזכויותיכם על פי ההסכמים שיש לכם איתנו" (סייפת סעיף 5 להסכם).

אם אומנם, כטענת הנתבעים, הוסכם על התובעים לשנות את הסכם ההפצה - כך שתחת תשלום תמלוגים על בסיס 'מחיר מחירון', אלה ישולמו על בסיס 'מחיר מכירה' - נשגב מבינתי הכיצד זה מצאה הנתבעת להדגיש מפורשות, בהסכם הפשרה, כי אין בהסכם זה כדי **"לגרוע מזכויותיכם על פי הסכמי ההפצה ..."**. הוראה זו מלמדת, כמאה עדים, כי התובעים לא הסכימו, בשום שלב, לשינוי זכויותיהם לתמלוגים בהתאם להסכם ההפצה, קרי: 'מחיר מחירון'.

לו אמת הייתה בפי הנתבעת, כאילו הוסכם על חישוב התמלוגים ממחיר שונה מזה המתחייב מהסכם ההפצה (קרי: 'מחיר מחירון'), ברי לכל בר-בירב כי הנתבעת לא הייתה מאשררת, בהסכם הפשרה, את הוראות הסכם ההפצה, בכל הקשור לתמלוגים להם זכאים התובעים.

טענת מר וייס, בחקירתו הנגדית, כאילו הוראת סייפת סעיף 5 להסכם הפשרה נועדה, כך על פי זכרוננו "במעורפל" " ... לשאר הקטלוג של נטשה שהופץ אצל הנתבעת ... " (שם, עמ' 61 שורות 18-21) – איננה מתקבלת על הדעת.

וכל כך למה? שכן הסכם הפשרה נחתם לאחר מכתבו של עו"ד גולני – בא כוחם דאז של התובעים – מיום 5/8/2001 (במ/110), בו נטען כי בכוונת מר דוכין לדרוש תשלום תמלוגים על פי מחיר מחירון להבדיל ממחיר המכירה בפועל.

נוכח מכתבו זה של עו"ד גולני, כל בר דעת – ואין צריך לומר מנכ"ל הד ארצי – היה מסייג, ולו ברמז, את הוראת סעיף 5 להסכם הפשרה, כך שזה לא יחול על הוראת הסכמי ההפצה המתייחסת למחיר על פיו יחושבו התמלוגים.

העדרו של סעיף כאמור בהסכם הפשרה, מצביע – כך על פני הדברים – כי התובעים לא הסכימו לשינוי זכויותיהם לתמלוגים, המוקנות להם בהסכם ההפצה.

19. אין אני מתעלם כלל ועיקר מטענת הנתבעים לפיה שיטתית התקשר – באמצעות חברת תן.סי.די שבבעלותו – בהסכמי ההפצה משנת 1999, בהם נקבע המחיר, לצורך חישוב התמלוגים, ממחזור 'הגבייה בפועל' (במ/59 ; במ/60).

לשיטתי, העובדה שבהסכמים האמורים נקבע מפורשות שחישוב התמלוגים ייעשה על בסיס 'מחיר המכירה' – היא הנותנת כי באשר ליתר תקליטי הלהקה, מושאי תביעה דנא, מחיר המחירון הוא זה אשר ממנו יש לחשב את התמלוגים, כמתחייב מהסכם ההפצה.

ניסיון הנתבעים להקיש מהסכמי 1999 לענייננו – קרי: הסכמת מר שיטריט לשינוי הסכם ההפצה באשר לתמלוגים – נועדה לכישלון שכן לשיטת שטרית - **"בהסכמים שהצגת מ 99 ואילך ... סוכם שהמחיר לתמלוגים הוא המחיר בפועל ולא מחיר מחירון ... אך לא נקבע שם מי קובע את המחירים, אני הוא המפיק והיצרן שם ... אנו לפני כל תקליט קובעים**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

המחיר שלו ... המחיר נקבע בהסכמה ואם כבר מחירון אז המחירון שלי, הדר (צ.ל. "הד" – ח.ט.) ארצי רק המפיצים ... (פרוטוקול מיום 11/5/10, עמ' 28 שורות 15-19).
הנה כי כן, הסכמת מר שיטריט בהסכמי 1999 הייתה מוסכמת ומודעת, שכן המחיר נקבע על ידו, או בהסכמת הצדדים, בגין כל אלבום אשר הופץ על ידי הנתבעת.

20. אני קובע איפוא, לאור האמור והמקובץ לעיל, שהנתבעים לא השכילו להוכיח טענתם, על כי התובעים הסכימו לחישוב התמלוגים על בסיס מחיר המכירה בפועל, למן שנת 1995 ואילך. הפועל היוצא מהאמור הוא, שיש לחשב התמלוגים להם זכאים התובעים – למן שנת 1995 ואילך – ממחיר המחירון, כמתחייב מהוראות ההסכמים עליהם חתומים הצדדים (הסכמי האומן, ההפצה והנספח לו).

סכום הפרשי התמלוגים

21. אין חולק על כך כי הנתבעת שילמה לתובעים תמלוגים – למן שנת 1995 ועד לסיום ההתקשרות – על פי מחיר מכירה.

משקבענו לעיל כי התובעים זכאים לתמלוגים על בסיס מחיר מחירון אף לתקופה האמורה, שומה עלינו לקבוע מהו הפרש דמי התמלוגים המגיעים לתובעים – בין מחיר המחירון לזה ששולם בפועל ('מחיר מכירה').

כזכור, התובעים השתיתו תביעתם על חוות דעת סימון (ת/1) המתייחסת, בין היתר, להפרש דמי התמלוגים המגיעים לתובעים, בין מחיר המכירה לבין מחיר המחירון – אשר היה אמור להשתלם על פי ההסכמים.

אקדים ואומר, כי אין בדעתי לסמוך על חוות דעת סימון כבסיס לדרישות הכספיות של התובעים, מהנתבעת.

הטעם לכך הוא, כך מצאתי, כי חוות דעת סימון לוקה בפגמים מהותיים לרוב היורדים לשורשה, באופן שאינו מאפשר להסתמך עליה.

בחקירתה הנגדית, הודתה הגב' סימון כי המחירונים עליהם נסמכת חוות דעתה הושגו " ... מזדווחות אחרים של הד ארצי שיש לי גישה אליהם. יש לי גישה לנתוני הד ארצי שעובדת עם חברות אחרות" (פרוטוקול מיום 11/4/10, עמ' 8 שורות 25-28).

דא עקא, כי הגב' סימון לא מצאה לנכון, משום מה, לצרף לחוות דעתה מחירונים כלשהם (לבד מנספח י' המתייחס לשנים 2002 ו-2004). ברי, כי לא ניתן לסמוך על חוות דעת אשר אינה נתמכת במסמכים בכתב (ככול שישנם כאלה), מה גם שמקור המידע בדבר 'מחיר המחירון' שבידי הגב' סימון, הינו עלום.

זאת ועוד זאת, הגב' סימון – בתחשיבה – התעלמה כליל מדמי התמלוגים ששולמו לתובעים, על בסיס מחיר המכירה (שם, 9 שורות 27-32) ואף לא קיזזה מדמי התמלוגים את ההוצאות שהוצאו על ידי הנתבעת (כדוגמת שעות אולפן), כמו גם את דמי התמלוגים להם זכאים גורמים אחרים, להבדיל מהתובעים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

כך, על דרך משל, בתקליט הלהקה "אחלה זאורים", אין חולק כי 20% מדמי התמלוגים המגיעים בגינו, שייכים למר בוזגלו. חרף זאת, לא הופחת שיעור זה מדמי התמלוגים להם זכאים התובעים (שם, עמ' 10 שורות 8-14).

באופן דומה, לא קיזזה הגב' סימון את דמי התמלוגים להם זכאי מר יזהר אשדות בגין התקליט "רדיו בלה בלה", הגם שאין חולק כי האחרון זכאי ל-2% מהתמלוגים בגין תקליט זה (שם, עמ' 10 שורות 9-3). הגב' סימון אף הודתה כי לא הפחיתה את שעות האולפן ביחס לתקליטי הלהקה, הגם שעל פי המוסכם בהסכם ההפצה, הנתבעת אמורה לשאת אך ב-15 שעות אולפן (עמ' 11 שורות 16-22 ו-עמ' 12 שורה 10; וראו גם סעיף 35 לנספח ב' לכתב התביעה).

מנגד, מצאתי את תצהירה של הגב' לאון (נ/1) כמבוסס בהיותו נתמך במסמכים, מה גם שזו האחרונה שימשה בתפקידים שונים הכרוכים בניהול חשבונות הנתבעת, למן שנת 1987. לתצהירה של הגב' לאון צורף תחשיב המציג את הפרש דמי התמלוגים להם זכאים התובעים בהתאם למחיר המחירון של התקליטים, לעומת מחיר המכירה בפועל (להלן: **"תחשיב הגב' לאון" או "התחשיב"**).

הגב' לאון הבהירה בחקירתה כי התחשיב מבוסס על מחירי המחירון של התקליטים כפי שאלה הופיעו בזמן אמת במערכת הממוחשבת של הנתבעת. בתחשיבה, כך עולה מהתצהיר, נלקח בחשבון כי עד לשנת 1995 שילמה הנתבעת את מלוא התמלוגים כמתחייב מהסכמי האומן וההפצה – קרי: על בסיס מחיר מחירון – כך שההפרשים המגיעים לתובעים, הינם אך משנת 1995 ואילך.

לא מצאתי מדוע שלא לקבל את תחשיבה של הגב' לאון כמשקף את הפרשי התמלוגים, מה גם שחוות הדעת מטעם התובעים לוקה, כאמור, בפגמים מהותיים. אני קובע, איפוא, כי תחשיב הפרשי התמלוגים להם זכאים התובעים, ייעשה על בסיס תחשיב הגב' לאון.

22. אין מחלוקת בינות הצדדים כי התמלוגים בגין אלבומה של הלהקה "החברים של נטאשה", שולמו לתובעים על בסיס 'מחיר מחירון'. אין גם חולק כי בגין תקליט זה שילמה הנתבעת, בהתאם לתחשיב הגב' לאון, סך של \$58,635 (סעיף 119 לסיכומי התובעים). אלא מאי? טוענים התובעים כי הנתבעת לא הייתה זכאית להפחית מהתמלוגים המגיעים בגין תקליט זה (\$58,635) הוצאות העולות על סך \$15,000. לשיטת התובעים, הנתבעת עשתה דין לעצמה וקיזזה הוצאות בסך \$57,764, זאת בניגוד להוראות הסכם האומן המגביל את הוצאות הפקת התקליט "החברים של נטאשה" לסך \$15,000 [סעיף 5(א) לנספח א' לת/2].

לא מצאתי ממש בטענה זו של התובעים ודינה להידחות. סעיף 2 להסכם האומן, מגדיר את "הוצאות ההפקה" כך – **"כל התשלומים מאיזה סוג או מין שהוא, הקשורים בהפקת התקליט, לרבות ... תשלומים לאולפני הקלטה, לשכירת**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

ציוד, לחיתוך התקליט ... לפרסומאים, לאנשי מכירות ויחסי ציבור, תשלומים לקידום מכירות ... וכן כל התשלומים הקשורים בהפקת וידאו – קליפ וכל תשלום לאומן (להוציא תמלוגים)”.¹

נקל לראות, כי הוראת סעיף 5(א) להסכם האומן, עליו נסמכים התובעים, מתייחסת אך ל"תקציב הפקת מאסטר גמור לחיתוך" – המהווה אך חלק מהוצאות ההפקה, כהגדרתם בסעיף 2 להסכם.

משהוכיחה הנתבעת שהוצאות הפקת התקליט עמדו על סך \$57,764 (נספח 17 לנ"ו-במ/69), ברי כי היא הייתה זכאית לקזז סכום זה מהתמלוגים המגיעים לתובעים בגינו [ראו סעיף 7 להסכם האומן].

אומדן שיעור ההוצאות שנקבע על ידי הגב' סימון בחוות דעתה (\$27,000), נקבע על דרך הסתם, בלא שהאחרונה תמכה אומדן זה במסמכים ובלא שנתנה הסבר, מניח את הדעת, על מה ועל שום מה אין לסמוך על תחשיבה של הגב' לאון, המגובה במסמכים (שם, עמ' 3 שורות 29-32 ועמ' 4 שורות 1-6).

אוסף ואומר, בבחינת למעלה מן הצורך, כי אף אם היה ממש בטענת התובעים באשר להיקפן של ההוצאות, הרי שדין תביעתם להפרשי תמלוגים ביחס לתקליט הראשון – להידחות מחמת התיישנות.

וכל כך למה? שכן מחומר הראיות עולה כי ביום 3/1/89 נשלח לתובעים דו"ח מסכם באשר להכנסות / הוצאות התקליט, למן מועד הפקתו ועד ליום 30/11/89 (נספח 15 לנ"ו). נמצא, כי כבר ביום 3/1/89 ידעו התובעים על היקף ההוצאות, אשר קוזזו מהכנסות התקליט (110,214 ₪).

ברי, איפוא, כי למן מועד ההודעה כאמור (3/1/89) ועד ליום הגשת התביעה (4/3/04) חלפה עברה לה תקופת ההתיישנות.

נמצא מהאמור לעיל כי יתרת דמי התמלוגים המגיעה לתובעים בגין התקליט הראשון, הינה בסך \$2,143 העולים בש"ח ל-4,286 (סעיפים 85-94 לתחשיב הגב' לאון).

דא עקא, כי הנתבעת קיזזה סכום זה מהסכומים המגיעים לה (30%) מרווחי הלהקה בגין הופעותיה בארץ ובחו"ל.

משהודה מר שיטתית כי התובעים לא שילמו את חלקה של הנתבעת ברווחי ההופעות בארץ, כמתחייב מהוראת סעיף 11 להסכם האומן (פרוטוקול מיום 30/6/10, עמ' 37 שורות 16-20) – בדין קיזזה הנתבעת את יתרת התמלוגים בגין התקליט הראשון, כנגד חלקה ברווחי הלהקה מהופעותיה בארץ.

פועל יוצא מהאמור הוא כי התובעים אינם זכאים להפרשי תמלוגים בגין האלבום הראשון, כך שדין טענתם להידחות.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

23. נוכח מסקנתנו לעיל על כי התובעים זכאים לתמלוגים על פי 'מחיר מחירון' להבדיל מ'מחיר מכירה' בפועל – שעל בסיסו שולמו להם התמלוגים – להלן חישוב הפרשי התמלוגים המגיעים לתובעים, בגין התקליטים מושאי הסכם ההפצה והנספח לו. כפי שהבהרנו לעיל, החישוב ייעשה על בסיס תחשיב הגב' לאון, המפורט בתצהירה מיום 27/3/07 (נ/1).

א. "שינויים בהרגלי הצריחה" – בגין תקליט זה, התובעים אינם זכאים לתשלום הפרשי תמלוגים שכן, כאמור, הזכויות בו הוסבו לדני תמיר ולחברת חשיבה יוצרת שבבעלותו.

ב. "רוצה ויהיה" – אין מחלוקת בינות הצדדים כי מדמי התמלוגים להם זכאים דוכין ושיטריט, בגין תקליט זה, יש לקזז 40% בגין חלקו של מר רפי מלול (נספח 25 לנ/1), הגם ששיעור זה לא קוזז בפועל על ידי הגב' לאון בחוות דעתה. בהתאם לתחשיב, הפרש התמלוגים המגיע לתובעים 1 + 2, לאחר קיזוז חלקו של מלול, עומד על סך **17,113 ₪**.

ג. "אחלה זאורים" – בהתאם לתחשיב הגב' לאון הפרשי התמלוגים (נומינאלית) המגיעים לתובעים, הינם בסך **71,778 ₪**.

מסכום זה יש לקזז 20% בגין חלקו של מר בוזגלו, ובנוסף יש להפחית מהפרש דמי התמלוגים סך של **\$7,000** בגין הוצאות "שעות אולפן" של הנתבעת (להלן: "**הוצאות ההפקה**") בהתאם להוראת סעיף 5(ב) להסכם ההפצה (נספח 31 לנ/1). יתרת הסכום המגיע לתובעים בגין תקליט זה עומדת, איפוא, על סך **6,247 ₪**.

ד. "רדיו בלה בלה" – מהפרשי התמלוגים המגיעים לתובעים בגין תקליט זה, יש לקזז את הוצאות ההפקה שהוצאו על ידי הנתבעת (נספח 37 לנ/1) ודמי תמלוגים להם זכאי מר יזהר אשדות (סעיף 9 לנספח הסכם ההפצה; נספח 36 לנ/1). לאחר קיזוז הסכומים האמורים, עומד הפרש דמי התמלוגים להם זכאים התובעים, בהתאם לתחשיב, על סך **83,870 ₪**.

ה. "חדר משלי" – בגין תקליט זה, כך על פי תחשיב הגב' לאון, זכאים התובעים להפרשי תמלוגים בסך **147,134 ₪**.

ו. "נטאשה בהופעה חיה" – על פי קביעתה של הגב' לאון הפרשי התמלוגים להם זכאים התובעים, הינם בסך **217,724 ₪**.

24. נמצא, איפוא, כי התובעים זכאים להפרשי תמלוגים – בין מחיר המחירון למחיר המכירה בפועל – בסך כולל של **472,088 ₪**.

טענות סף

25. כזכור, טענו הנתבעים כי יש לדחות על הסף את עתירת התובעים להפרשי תמלוגים מחמת התיישנות, בגין התקופה שקדמה ליום 4/3/97.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

טענה זו, לכאורה, טענה נשמעת היא שכן התביעה שבכאן הוגשה ביום 4/3/04, כך שעתירת התובעים להפרשי תמלוגים לתקופה שקדמה ליום 4/3/97 – התיישנה. דא עקא, כי טענת התובעים לפיה הם נחשפו לעובדת תשלום דמי התמלוגים בהקשר (על פי מחיר מכירה), אך בסמוך למועד שליחת מכתבו של עו"ד גולני מיום 5/8/2001 (במ/110) – לא נסתרה כלל ועיקר.

כפי שהבהרנו לעיל ארוכות, לא זו בלבד שלא ניתן היה להסיק מדוחות החברה לשנים 95-98, על כי התמלוגים משולמים על פי מחיר מכירה (להבדיל ממחיר מחירון), אלא שהוכח בעליל כי היה בדוחות שהונפקו על ידי החברה למן שנת 1999, כדי הטעייה של ממש באשר למחיר ממנו נגזרים דמי התמלוגים.

נמצא, בהעדר ראייה לסתור, כי התובעים לא היו מודעים – ובנסיבות, אף לא יכולים היו לידע – לעובדות המגבשות את עילת התביעה בגין הפרשי התמלוגים, זאת עד לשנת 2001. בנסיבות אלו, יש תחולה להוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות תשי"ח – 1958 הקובע כי באם **"נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודע לתובע עובדות אלה"**.

הפועל היוצא מהאמור הוא, כי טענת ההתיישנות שבפי הנתבעים, לתקופה שקדמה ליום 4/3/97 – אין לה על מה שתסמוך.

26. כך גם אמורים הדברים באשר לטענת הנתבעים לפיה יש לדחות את התביעה, ככול שהיא נוגעת לתובע 1.

לטענת הנתבעים, דוכין איננו זכאי כלל ועיקר להפרשי תמלוגים שכן זה האחרון המחזיק ביום 4/4/95 את מלוא זכויותיו לקבלת תמלוגים - בגין התקליטים שהופצו במסגרת הסכם ההפצה והנספח לו – לחברת קוטלר אשר הפקות ואירועים (1991) בע"מ (להלן: **"קוטלר הפקות"**).

בנסיבות אלה, כך לנתבעים, דוכין איננו זכאי להפרשי התמלוגים, שכן אין הוא זכאי כלל לתמלוגים בגין התקליטים מושאי הסכם ההפצה, נוכח המחאת הזכויות, כאמור. אכן, מעיון במכתב מיום 4/4/95 הנושא כותרת **"מכתב הרשאה בלתי חוזר"** (במ/46), עולה כי דוכין הורה להד ארצי בהוראה בלתי חוזרת להעביר לקוטלר הפקות **"... את מלוא הסכומים לרבות המקדמה, להם אהיה זכאי מתוקף ההסכם שנחתם ביני ואחרים לבינכם ביום 11/2/90 ומתוקף הנספח שנחתם ביום 18/11/93"**.

דא עקא כי חרף מכתב ההרשאה הנ"ל, הממחה את מלוא זכויותיו של דוכין לקוטלר הפקות – האחרונה זכאית הייתה אך ל-25% מתמלוגיו של דוכין, בגין האלבומים מושאי הסכם ההפצה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

ממכתב הד ארצי מיום 7/8/96 (במ/47) עולה כי הצדדים (דוכין וקוטלר הפקות) הגיעו לכלל הסכמה כי קוטלר הפקות תהא זכאית אך ל -25% מתגמולי ארקדי דוכין, וכי שאר התמלוגים (בשיעור 75%) יעמדו לזכותו של דוכין. נתברר, שהנתבעת פעלה, הלכה למעשה, בהתאם להסכמה האמורה, שכן מתצהירה של הגב' לאון עולה כי חרף מכתב ההרשאה הגורף (במ/46) נגרעו מתמלוגי התובעים " ... 25% אשר הועברו על ידי הד ארצי ישירות לקוטלר" (סעיף 143 לנ/1).

משכך הם פני הדברים, נפלאה היא טענת הנתבעים לפיה יש לדחות את עתירת דוכין להפרשי התמלוגים – בגין התקליטים מושאי הסכם ההפצה – מחמת העדר יריבות. משהוכח בעליל, כי חרף מכתב ההרשאה מיום 4/4/95 שולמו לדוכין 75% מהתמלוגים בהתאם להסכמה מיום 7/8/96 (במ/47) – דין טענת הנתבעים לדחיית תביעת דוכין מחמת העדר יריבות, להידחות.

תשלומים מכאניים ותשלומי פדרציה

27. אקדים ואומר כי לא מצאתי ממש בטענת התובעים לפיה הם זכאים ל"תגמולים מכאניים" הואיל ואלה שולמו לאקו"ם בחסר – ובשל כך זכאים הם להפרשי התגמולים המכאניים, בין הסכומים שהיו אמורים להשתלם להם מאקו"ם, לסכומים ששולמו בפועל. אודה ולא אבוש, לא הבינותי פשרה של טענה זו שבפי התובעים. מחומר הראיות עולה כי הנתבעת שילמה ומשלמת לאקו"ם תמלוגים בהתאם להסכמים שנכרתו בינה לבין אקו"ם, כאשר זו האחרונה גובה עבור התובעים את התמלוגים המכאניים המגיעים להם מהנתבעת. אף אם יונח, כטענת התובעים, כי הנתבעת שילמה לאקו"ם תמלוגים בחסר, נפלא ממני מדוע עותרים התובעים לתשלום הפרשי התמלוגים מהנתבעת, בה בשעה שטענותיהם לעניין זה צריכות היו להיות מופנית לאקו"ם, אשר לא גבתה עבורם את התמלוגים כנדרש. יתר על כן, טענת התובעים לפיה הנתבעת שילמה התמלוגים לאקו"ם בחסר – לא הוכחה כלל ועיקר. מעדותו של מר סחר עולה, שהנתבעת הגיעה להסדרים עם אקו"ם לפיהם תשלום התמלוגים ייקבע בהתאם למחיר נמוך מזה שהוסכם עליהם בהסכמים הכתובים, קרי: על פי המחזור בפועל (פרוטוקול מיום 23/11/10, עמ' 60 שורות 32-30; עמ' 67 שורות 3-1).

עדות זו של מר סחר לא נסתרה כלל ועיקר כך שלא מצאתי טעם וסיבה מדוע לא לקבלה – כאמת.

זאת ועוד, ביום 14/2/01 נחתם הסכם בין הנתבעת לאקו"ם במסגרתו הוסכם כי הצדדים מוותרים " ... על כל טענה או תביעה או דרישה שיש להם אהדדי, בכל הנוגע לתקופה שקדמה לנספח זה ועד לתאריך 30/6/00" (סעיף 17 לבמ/106).

הנה כי כן, אקו"ם הגיע להסדר באשר להיקף התמלוגים המגיעים מהנתבעת, והיא וויתרה בשמם של התובעים על כל טענה שקדמה למועד חתימת ההסכם הנ"ל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

נמצא, כי הנתבעת שילמה את מלוא התמלוגים לאקו"ם בהתאם להסכמות שבינותם, כך שטענת התובעים לתשלומי תמלוגים מכאניים בחסר – אין לה על מה שתסמוך.

28. לא כך הם פני הדברים באשר לעתירת התובעים להשבת תמלוגי הפדרציה, אותם גבתה הנתבעת מ"הפדרציה הישראלית לתקליטים".

אין חולק על כך כי תגמולי הפדרציה משולמים בגין השמעתן של יצירות בפומבי, קרי: ברדיו, בטלביזיה, במסעדות, בבתי מלון ועוד.

אין גם מחלוקת בינות הצדדים, כי הזכות לקבלת תגמולי הפדרציה נתונה לבעלי זכויות היוצרים בתקליטים, קרי: בעליהן של ההקלטות הראשיות (להלן: "המאסטרים").

נוכח העובדה – שאף היא אינה שנויה במחלוקת – כי התובעים הינם בעלי המאסטרים של התקליטים מושאי הסכם ההפצה והנספח לו (סעיף 13א' לנספח ג' לת/2), ברי כי התובעים זכאים לתגמולי הפדרציה בגינם.

לא מצאתי ממש בטענת הנתבעת לפיה התובעים אינם זכאים לתגמולי הפדרציה, שכן הם אינם חברים בפדרציה הישראלית לתקליטים, ובגין כך הם לא זכאים לקבלת התגמולים חרף היותם בעלי המאסטרים.

טענה זו טוב היה אילמלא נטענה, כלל ועיקר. אף אם יונח כי התובעים לא יכולים היו לגבות מהפדרציה את התגמולים עקב כך שאינם חברים בה, הרי שגביית התמלוגים על ידי הנתבעת מהווה עשיית עושר ולא במשפט, כמשמעות מונח זה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"א-1979.

הדעת אינה סובלת מצב בו תגבה הנתבעת תמלוגים מהפדרציה עקב היות התובעים בעלי זכויות היוצרים בתקליטים, ותשלשל כספים אלה לכיסה משל הינה בעלת המאסטרים של תקליטים אלה.

29. הפועל היוצא מהאמור הוא כי התובעים זכאים להשבת תגמולי הפדרציה, אשר שולמו לנתבעת בגין תקליטי הלהקה – להוציא התקליט הראשון שהנתבעת הינה בעלת המאסטר בו, בהתאם להסכם האומן (נספח א' לת/2).

סכום ההשבה

30. בחוות דעתה, העמידה הגב' סימון את תמלוגי הפדרציה, אשר שולמו לנתבעת, על סך 432,145.84 ₪. סכום זה נקבע על ידי הגב' סימון על בסיס מכתב הפדרציה מיום 24/6/95 (נספח י"ג לחוות הדעת), המרכז את תמלוגי הפדרציה שהועברו לנתבעת משנת 2000 ועד לשנת 2003 (להלן: "אישור הפדרציה").

דא עקא, כי אין באישור הפדרציה פילוח פרטני של התמלוגים שהשתלמו בגין כל תקליט מתקליטי הלהקה, ובגין שנת 1998 לא נמצאו כלל נתונים מפולחים.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

נוכח האמור, ולאור העובדה שאינה שנוייה במחלוקת, כי התובעים אינם זכאים לתמלוגים בגין התקליט הראשון ובגין התקליט "שינויים בהרגלי הצריחה" – לא ניתן לקבוע את סכום ההשבה המגיע לתובעים, על בסיס אישור הפדרציה כמו גם על חוות דעת סימון.

מהו אם כן סכום ההשבה לו זכאים התובעים בגין תמלוגי הפדרציה? סבור אני כי לעניין זה יש לאמץ את קביעת מומחה בית המשפט (סעיף 18 לבמ/1) לפיה, סך הכספים שהנתבעת קיבלה מהפדרציה הינו 178,808 ₪.

מהסכום האמור יש לנכות את התמלוגים שהשתלמו לנתבעת בגין האלבום הראשון, שכאמור, זכויות היוצרים בו שייכות לנתבעת, כמו גם את הסכומים שהשתלמו בגין התקליט "שינויים בהרגלי הצריחה" – העולים לסך 131,268 ₪ (שם, עמ' 13-4).

31. הפועל היוצא מהאמור הוא כי התובעים זכאים להשבת תגמולי פדרציה – שהשתלמו לנתבעת בגין האלבומים בהם התובעים הינם בעלי הזכויות בהקלטות הראשיות – בסך 47,540 ₪.

עותקי הפרומו

32. סעיף 7ב' להסכם ההפצה קובע כך – "בגין כל תקליט מתקליטי ההסכם, אנחנו נהיה רשאים לחלק חינם עד 100 תקליטי פלסטיק, 50 קלטות ו-50 תקליטים, לצורך קידום מכירות בקרב אנשי מקצוע ("פרומו")".

בנספח להסכם ההפצה, הוסכם על הצדדים כי "לא ישולמו תמלוגים בגין מכירתם של 500 (חמש מאות) יחידות קלטות ותקליטים ראשונים ושל 500 (חמש מאות) תקליטים ראשונים (להלן: "המדרג שאינו מזכה")".

לטענת התובעים, חרף ההגבלה של כמות "הפרומו" בהסכם ההפצה והנספח לו, עשתה הנתבעת דין לעצמה והפיצה כמויות אדירות של "פרומואים" בלא ששולמו בגינם תמלוגים. לשיטת התובעים סך כל הפרומואים אשר הייתה הנתבעת זכאית לחלק, בלא תשלום תמלוגים בגינם, הינו בסך 2,300 עותקים בלבד, בה בשעה שזו האחרונה הפיצה עותקי "פרומו" בהיקף של 19,840 ₪.

טוענים איפוא התובעים, כי הינם זכאים להפרשי התמלוגים שבין כמות תקליטי הפרומו שהפצתם הותרה בהסכמים (2,300), לזו שהופצה בפועל (19,840).

33. הנתבעת אינה חולקת על כי הפיצה כמות עותקי פרומו, העולים על הכמות המוסכמת בהסכם ההפצה והנספח לו. אלא מאי? לשיטת הנתבעת הפצת עותקי פרומו נוספים מעבר לכמות המוסכמת נבעה מהתמורות בשוק המוזיקה, אשר חייבו הגדלת כמויות הפרומו (פרוטוקול מיום 23/11/10, עמ' 64 שורות 21-18), בידעתם ובהסכמתם של התובעים.

לשיטת הנתבעת, התובעים נטלו חלק במבצעים שונים שהשיקה הנתבעת, במסגרתם ניתן תקליט נוסף חינם עת נרכשו מספר תקליטים, כל זאת לצורך הגדלת היקף מכירות אלבומי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

הלהקה, וכפועל יוצא הגדלת דמי התמלוגים שהשתלמו לתובעים (שם, שם, שורות 2-19 ו-24-25).

אין בידי לקבל טענה זו של הנתבעים.

לבד מטענה סתמית ובלתי מבוססת, בדבר ידיעת התובעים על כמויות הפרומו שהופצו על ידה מעבר לזו המוסכמת – לא השכילה הנתבעת להוכיח טענתה, אף לא לכאורה.

מעיון בדוחות התמלוגים אתה למד כי אלה לא הכילו מידע כלשהו באשר לכמות עותקי הפרומו אותם חילקה הנתבעת, ובגינוס כאמור לא שולמו לתובעים תמלוגים.

מר פרשטר, סמנכ"ל הכספים של הנתבעת, נדרש לסוגיה דנא בחקירתו הנגדית, והוא השיב כך - **"הדיווחים לאומנים על מבצעי שיווק לא נעשו בדוחות התמלוגים, אלא נעשו בתכנון המבצע וההיוועדות משותפת בקביעת יעדי המבצע, ובישיבות סיכום. בדוחות התמלוגים אין"**. ומשנשאל פרשטר **"האם אתה יכול להראות לי דוח אחד שמסרתם לאמן כמות תקליטי פרומו שאתם הפצתם?"** השיב הלה **"... אין ברשותי דוח כזה"** (שם, עמ' 74 שורות 23-27) (ההדגשות שלי הן – ח.ט.).

אם אומנם כך הם פני הדברים, הכיצד יכולים היו התובעים לידע מה היא כמות תקליטי הפרומו אותה מפיצה הנתבעת? תמהני!

התובעים רשאים היו להניח כי הנתבעת פועלת כדין, במסגרת הסכם ההפצה והנספח לו – כך שהיא מפיצה עותקי פרומו בהתאם לכמות המוסכמת, קרי: 2,300 עותקים (ראו סעיפים 192 לסיכומי התובעים ו – סעיף 193 לסיכומי הנתבעים).

כך או כך, בהעדר בדל ראיה להסכמת התובעים להפצת עותקי פרומואים מעבר לזה המוסכם – זכאים האחרונים לתמלוגים בגין כמות עותקי הפרומו שהופצו על ידי הנתבעת מעבר לכמות המוסכמת.

34. מנגד, לא מצאתי ממש בטענת התובעים כי יש להחיל את הוראות הסכם ההפצה - בכל הקשור להגבלת כמות עותקי הפרומו המותר להפצה - גם על ההסכם הראשון אשר הופץ במסגרתו של הסכם האומן (נספח א' לת/2).

עיון בהסכם האומן מלמד כי אין בנמצא כל הוראה המגבילה את כמות הפרומואים שהנתבעת רשאית להפיץ, על מנת לקדם מכירתו של התקליט "החברים של נטאשה".

מכאן, שהנתבעת לא הוגבלה בהפצת עותקי פרומו בכל הקשור לתקליט הראשון של הלהקה, אשר כזכור הינה אף בעלת הזכויות בהקלטה הראשית, בתקליט זה.

חרף העובדה, שאינה שנוייה במחלוקת, על כי הנתבעת לא הוגבלה בהסכם האומן באשר לכמות הפרומואים – טוענים התובעים, שכמות זו מוגבלת היא לזו שנקבעה בהסכמי המסגרת שבין הנתבעת לאקו"ם [סעיף 11 (ג) לנספחים 12 ו-13 לנ/3; סעיף 9 לנספח 14 לנ/3].

אין בידי לקבל טענה זו של התובעים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

ראשית דבר, לא מצאתי טעם מדוע יש להחיל על הסכם האומן, הוראות שלא נקבעו בו במפורש, רק בשל כך שקיימת הגבלה, כאמור, במישור היחסים שבין אקו"ם לבין הנתבעת. שנית, ההסכמים שבין אקו"ם לנתבעת, אינם מגבילים את כמות עותקי הפרומו המותרים להפצה, אלא שהם קובעים את כמות העותקים אשר בגינם לא תחוייב הנתבעת בתשלום תמלוגים מכאניים לאקו"ם.

35. נמצא, איפוא, מהאמור לעיל כי התובעים זכאים לתמלוגים בגין הפרשי כמות עותקי הפרומואים העולים על זו שנקבעה בהסכם ההפצה והנספח לו, אך לא בגין הפרומואים שהופצו על ידי הנתבעת בגין התקליט הראשון.

סכום תמלוגי הפרומו

36. מהנתונים שנתקבלו על ידי הנתבעת, במסגרת הליכי גילוי המסמכים (נספח י"ב לחוות דעת סימון), עולה כי הנתבעת חילקה 19,887 עותקי פרומו. מכמות זו יש לנכות 2,300 עותקים אשר הנתבעת הייתה זכאית לחלק בהתאם להסכם ההפצה והנספח לו, וכן 1,961 עותקי פרומו של האלבום הראשון (נספח י"ב לחוות דעת סימון), אשר ביחס אליו אין מגבלה באשר לכמות עותקי הפרומו שהנתבעת זכאית לחלק.

עוד ובנוסף יש לנכות 3,135 עותקי פרומו בגין האלבום "שינויים בהרגלי הצריחה" (שם) אשר הזכויות בו אינן מסורות לתובעים.

נמצא כי כמות עותקי הפרומו שהנתבעת הפיצה מעבר למוסכם היא 12,491. בסיכומיהם, הסכימו הנתבעים לקבל את הערכת המומחית סימון באשר למחירו הממוצע של דיסק העומד על סך 40 ₪ (סעיף 195 לסיכומי הנתבעים), ועל כן מחיר זה ישמש בסיס לחישוב הפיצוי בגין ראש נזק זה.

אין גם חולק על כך שעד לשנת 2000 הפיצה הנתבעת 4,655 עותקי פרומו (נספח י"ב לחוות דעת סימון) כאשר התובעים היו זכאים לתמלוגים בשיעור 39% (סעיף 6 לנספח), ולכן שנה זו הפיצה הנתבעת 7,836 עותקים, כאשר שיעור התמלוגים לו היו זכאים התובעים עמד על 50% (נספח י"ב לחוות דעת סימון, סעיף 7 להסכם ההלוואה).

מכאן שסכום התמלוגים לו זכאים התובעים, בגין הפצת עותקי פרומו מעבר לכמות המוסכמת, הינו בסך 229,338 ₪ $(7,836 \times 40 \times 0.50 + 4,655 \times 40 \times 0.39)$.

טענת ההתיישנות שבפי הנתבעים נדחתה, אף באשר לתמלוגי הפרומו להם זכאים התובעים, שכן כמות הפרומואים העודפים שהופצו על ידי הנתבעת, נודעה לתובעים אך בעקבות קבלת המידע מהנתבעת, במסגרת גילוי המסמכים.

אלבום האוסף

37. כזכור, בין הצדדים נתגלעה מחלוקת באשר להפצתו של אלבום האוסף על ידי הנתבעת, בגינה הגיעו הצדדים להסכמה בדמות הסכם הפשרה (נספח י"א לת/2). במסגרת הסכם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

הפשרה ויתרו התובעים על טענותיהם באשר להוצאתו של תקליט האוסף, בכפוף להתחייבותה של הנתבעת לשלם לחברי הלהקה דמי תמלוגים. שיעור דמי התמלוגים נקבע בהסכם הפשרה על סך של 16.5 ₪ ליחידה, כאשר הוסכם כי התשלום בגין 14,000 יחידות של התקליט, יבוצע תוך 72 שעות למן מועד החתימה על הסכם הפשרה (נספח ט' לכתב התביעה, סעיפים 1,2).

לטענת התובעים הנתבעת הפרה את הוראות הסכם הפשרה מיום 17/6/02, אשר התיר לה להפיץ את כמות העותקים שייצרה עד למועד חתימתו של ההסכם העולים ל – 18,418 עותקים בלבד (סעיפים 2 ו-4) (להלן: "הכמות המוסכמת"). לשיטת התובעים, דוחות המחסן של הנתבעת (נספח ה' לחוות דעת סימון), מלמדים שזו האחרונה ייצרה והפיצה כ- 6,000 עותקים מעבר לכמות המוסכמת, אשר בגינם הנתבעת לא שילמה דמי תמלוגים לתובעים.

הנתבעת הכחישה את טענות התובעים, לגרסתה היא לא הפיצה תקליטים מעבר לכמות המוסכמת.

38.

עם מי הדין. סבורני כי מחומר הראיות עולה כי הדין עם התובעים.

מעיון בדוחות המחסן של הנתבעת ביחס לשנים 2001 עד 2004 (נספח ה' לת/1), עולה כי בשנת 2001 עמד מלאי הפתיחה ביחס לאלבום האוסף על 19,840 יחידות.

עוד ניתן לראות בדוחות המחסן כי בשנת 2003, לאחר חתימת הסכם הפשרה, מופיעה בעמודה "כניסות" כמות של 4,651 יחידות ובעמודת "מלאי סגירה" בסוף שנת 2004 עמד המלאי על 440 יחידות. מכיוון שהותר לנתבעת לייצר ולהפיץ, כאמור, 18,418 יחידות בלבד, הרי שהיא ייצרה לכאורה, 5,633 יחידות, מעבר לכמות המוסכמת $[(19,840 + 4,651) - (18,418 + 440)]$.

הנתבעת לא השכילה לספק הסבר מניח את הדעת באשר למסקנה העולה מנתוני דוחות המחסן, לפיה ייצרה הנתבעת 5,633 יחידות, מעבר לכמות המוסכמת.

בחקירתו הנגדית נדרש הנתבע 4 לעניין הדוחות והלה השיב כך –

"ש.ת. מפנה לדוח המחסן נספח ה' לת/1 כניסות יכולות גם להיות תוצאה של החזרות.

ש.ת. יש בדוח רכיב אחר של החזרות בדוח איני יודע להסביר לך".

ולשאלות בית המשפט השיב הנתבע 4 בזו הלשון –

"ש.ת. באותו דוח יש עמודה של החזרות איני מכיר דוח זה.

ש. איך זה שב-2003 יש כניסה של 4,600 עותקים מתקליט שהתחייבתם לא לייצר

יותר ... אני כמנכ"ל לא החלטתי כמה תקליטים לייצר ומאיזה סוג. אין לי מושג

מה התשובה.

ש.ת. מה זה מלאי סגירה ... כנראה המלאי שיש אחרי הספירה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

ש.ת. איך זה שנשארו רק 440 עותקים, משמע שמכרתם אותם אינני יודע להסביר. אינני אחראי למכירה ולמחסן" (שם, עמ' 69 שורות 18-27, עמ' 70 שורות 1-8).

39. בהעדר הסבר למסקנה העולה מהדוחות, אין מנוס מלקבל את גרסת התובעים ולקבוע כי הנתבעת יצרה 5,633 עותקים מעבר למוסכם, ומבלי ששולמו לתובעים תמלוגים ביחס לתקליטים אלה.

סכום תמלוגים בתקליט האוסף

40. הסכם הפרשה קובע, כאמור, כי על הנתבעת לשלם לתובעים דמי תמלוגים בגין תקליט האוסף בסך 16.5 ₪ לתקליט. מכאן, שעל הנתבעת לשלם לתובעת את הסכום הנובע ממכפלת מספר העותקים שיוצרו על ידה במחיר הנ"ל – המסתכם בסך של 92,944.5 ₪.

תמלוגים בגין אלבומי האוספים

41. לטענת התובעים, הנתבעת הפיצה עשרות כותרים (אוספים), שכללו את יצירות הלהקה אשר הבעלות בהם מסורה לתובעים, זאת מבלי לידעם על כך, ואין צריך לומר מבלי שקיבלה את הסכמתם. לא זו בלבד שהנתבעת הפרה, כך לתובעים, את זכויות היוצרים שלהם בשירי הלהקה, אלא שהנתבעת לא שילמה להם דמי תמלוגים בגין השימוש שעשתה ביצירותיהם.

מנגד, טענה הנתבעת, כי הכללת יצירות התובעים במסגרתם של תקליטי אוסף נעשתה בהרשאת התובעים, ואף שולמו לאחרונים תמלוגים כנדרש – כעולה מדוחות התמלוגים שנשלחו לתובעים בזמן אמת (במ/101, במ/102, במ/103). לעניין זה מפנה הנתבעת לתצהירה של הגב' לאון (נ/1) לפיו קיבלו התובעים סך של 62,867 ₪, בגין הכללת יצירותיהם במסגרת האוספים השונים שהפיצה הנתבעת.

42. אין חולק על כך שהנתבעת זכאית לעשות שימוש בשירי האלבום הראשון של הלהקה במסגרת האוספים שהיא מפיצה כרצונה, שכן זכויות היוצרים באלבום זה מסורות לנתבעת [ראו גם סעיף 3(ב) להסכם האומן].

אין גם חולק, כי התובעים מנועים מלהלין על השימוש שעשתה הנתבעת בתקליט "שינויים בהרגלי הצריכה" שכן, כאמור, התובעים אינם בעלי הזכויות באלבום זה (ראו בהקשר זה עדותו של שיטריט בפרוטוקול מיום 11/5/10, עמ' 32 שורות 4-3).

המחלוקת בינות הצדדים ניטשה באשר לתקליטים מושאי הסכם ההפצה והנספח לו. באלבומים אלו, זכויות היוצרים מוקנות לתובעים, ועל כן ברי כי שימוש ביצירות הנכללות בהם, במסגרת האוספים, מצריך הסכמה מוקדמת של התובעים ותשלום בגין שימוש זה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

43. האם השכילו התובעים להוכיח את טענתם בכל הקשור לאלבומי האוספים? מחומר הראיות עולה כי לא עלתה בידם כזאת.

את טענתם בדבר אי תשלום תמלוגים בגין השימוש ביצירות הלהקה במסגרת האוספים, השתיתו התובעים על חוות דעת סימון, הנסמכת על נתוני ייצור אלבומי האוספים ועטיפותיהם, אשר אינם מלמדים בהכרח על כמות המכירות.

יתר על כן, חוות הדעת לוקה בפגמים מהותיים רבים, כמפורט לעיל, כאשר ביחס לאלבום האוספים לא הפחיתה המומחית בחישוביה את דמי התמלוגים שקיבלו התובעים, בגין הכללת יצירותיהם באלבומי אוספים שהופצו על ידי הנתבעת (פרוטוקול מיום 11/4/10, עמ' 18 שורות 20,21).

לא זו אף זו. חוות דעת סימון מתבססת על נתונים, אשר מקורם במידע שנתקבל – כך לשיטת הגב' סימון – מ"צדדים שלישיים", אשר זהותם נותרה עלומה.

ברי, בנסיבות האמורות, כי אין לקבל את חוות דעת סימון, כמשקפת נכונה את דמי התמלוגים המגיעים לתובעים בגין אלבומי האוספים.

כך גם אמורים הדברים באשר לחוות דעת מומחה בית המשפט, אשר נדרש במסגרת סמכויותיו לבחון את כמות האוספים בהם מופיעים שירי הלהקה.

לשיטת המומחה, מבדיקתו עלה כי " ... קיימים מקרים של אוספים אשר בהם נתגלו פערים בין הכמויות המופיעות באקו"ם לבין נתוני הכמויות המופיעות בהז ארצי עד שנת 2008 ... " (עמ' 9, סעיף 13 לבמ/1).

דא עקא, כי אין בדעתי לסמוך על מסקנותיו של המומחה לעניין האוספים, שכן במסגרת חקירתו הנגדית נתברר כי יכול והפער, בין הכמויות המצויינות בדוחות הנתבעת לבין הנתונים המתועדים באקו"ם, מקורו מהשוואת מספרי קטלוגים שונים ולמעשה – השוואת אלבומים שונים.

נוכח האפשרות, המסתברת, כי מסקנת המומחה – בדבר הפערים בין נתוני הנתבעת (בגינם שולמו התמלוגים) לבין הנתונים שנתקבלו מאקו"ם – נסמכת על השוואה שגויה של נתונים, ברי כי אין לקבוע מימצאים כלשהם על בסיסה.

44. הפועל היוצא מהאמור הוא כי דין טענות התובעים באשר לתגמולים המגיעים להם בגין האוספים – להידחות.

הפרת זכויות יוצרים

45. משבאנו לכלל מסקנה כי התובעים לא השכילו להוכיח שהנתבעת עשתה שימוש ביצירות הלהקה במסגרתם של תקליטי האוספים - בהעדר הסכמה ובלא לשלם בגינם תמלוגים – יש לדחות את טענתם בדבר הפרת זכויות היוצרים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

כך גם אמורים הדברים באשר להפצת עותקים נוספים מאלבום האוסף. הגם שהוכח כי הנתבעת הפיצה כמות עותקים בִּיתר מזו שהוסכם בהסכם הפשרה (5,633 יחידות), אין אני סבור כי יש בכך כדי להוות הפרת זכויות היוצרים של התובעים. הטעם לכך הוא שהתובעים הסכימו, בדיעבד, בהסכם הפשרה להפצתו של אלבום האוסף, ואין החריגה מהכמות המוסכמת מגעת לכדי הפרת זכויות היוצרים.

אחריות הנתבעים 4 ו-5

46. אקדים ואומר כי לא מצאתי בסיס לחיובם של הנתבעים 4 ו-5 – באופן אישי. מחומר הראיות עולה כי הנתבע 4 החל בתפקידו אצל הנתבעת בשנת 2002 והנתבע 5 הועסק אצל האחרונה בשנת 1999 (נ/2 ו-נ/4). נמצא, כי עילות התביעה, רובן ככולן, התגבשו עוד טרם הועסקו הנתבעים 4 ו-5 אצל הנתבעת. כך, על דרך משל, ביחס לעילת התביעה המושתתת על תשלום תמלוגים על בסיס 'מחיר המכירה' (להבדיל ממחיר המחירון), אשר הפך לחלק ממדיניות הד ארצי כבר בשנת 1995, שנים הרבה טרם החלו הנתבעים 4 ו-5 לשמש כנושאי משרה בנתבעת. משלא השכילו התובעים להוכיח מעורבות אישית של הנתבעים 4 ו-5 במחדלים המיוחסים להד ארצי, לא הונחה התשתית הנורמטיבית לחייב האחרונים באופן אישי בגין מחדלי הנתבעת.

סיכום הכספים המגיעים לתובעים

47. מהאמור והמקובץ לעיל עולה כי התובעים זכאים מהנתבעת לסך כולל של 841,911 ₪, לפי הפירוט הבא –

א.	הפרשי תמלוגים על בסיס מחיר מחירון	₪ 472,088
ב.	השבת כספי הפדרציה	₪ 47,540
ג.	תמלוגי פרומו	₪ 229,338
ד.	תקליט האוסף	₪ 92,945

אשר לשיעור הריבית. מקובלת עלי טענת באת כוח הנתבעים כי אין לחייב הנתבעת בתשלום הריבית הקבועה בהסכם ההפצה שכן לא עסקינן ב"איחור בתשלום המקדמות ו/או התמלוגים" (סעיף 8"י להסכם), אלא במחלוקת בדבר המחיר ממנו יש לגזור התמלוגים. מהו אם כן שיעור הריבית אותה יש להשית על הנתבעת בגין חובה לתובעים? נראה לי כי נכון יהא להצמיד את הסכומים המגיעים לתובעים כאמור לעיל – למעט הסכום הנקוב בסעיף 47' - על פי הוראות **חוק פסיקת ריבית והצמדה**, תשכ"א-1961, למחצית התקופה שמיום 31/1/95 ועד ליום הגשת התביעה, קרי: 30/6/99.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1368-04

באשר לסך של 92,945 ₪ בגין תקליטי האוסף יוצמד, סכום זה, למחצית התקופה שמיום חתימת הסכם הפשרה (17/6/02) ועד ליום הגשת התביעה, קרי: 1/5/03.

התוצאה

48. סוף דבר, ועל בסיס האמור והמפורט לעיל התוצאה הינה כדלקמן –
- א. הד ארצי תשלם לתובעים סך של 841,911 ₪ על פי הפירוט הבא:
- סך של 748,966 ₪ בתוספת הצמדה וריבית חוקית מיום 30/6/99 ועד התשלום בפועל.
 - סך 92,945 ₪ בצירוף הצמדה וריבית כחוק מיום 1/5/03 ועד התשלום בפועל.
- ב. הד ארצי תישא בהוצאות התובעים ובשכר טרחת עורך דינם בסך כולל של 25,000 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית חוקית מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

המזכירות תשלח עותק מפסק הדין לבאי כוח הצדדים.

ניתן היום, כ"ד ניסן תשע"ג, 4 אפריל 2013, בהעדר הצדדים ובאי כוחם.

חיים טובי, שופט