

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1858/96

בפני: כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן  
כבוד השופט י' טירקל

העותרת: אסם, השקעות בע"מ

נגד

המשיבות: 1. רשות השידור  
2. עלית, תעשיות בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"א בסיוון תשנ"ז (16.6.97)

בשם העותרת: ד"ר גולדנברג; עו"ד בנד  
בשם המשיב 1: עו"ד אורית קורן  
בשם המשיבה 2: עו"ד רון רוטמן

### פסק-דין

#### השופטת ט' שטרסברג-כהן:

1. עניינה של העתירה שלפנינו הוא בבובת חיפושית - "שוש" - המככבת במקביל בתכניות טלוויזיה לילדים המשודרת על ידי רשות השידור ובפרסומות לחטיף, המיוצר ומשווק על ידי חברה מסחרית והמיועד אף הוא לילדים. כפל תפקידים זה הוא המעורר את השאלה שביסוד העתירה: האם רשאת רשות השידור לשדר תכנית בה מככבת דמות שמוסחרה על ידי רשות השידור ומופיעה בפרסומות למוצרים המשווקים על ידי גופים מסחריים ואף ליהנות מרווחי השיווק של מוצרים אלה, על דרך של קבלת תמלוגים?

#### העובדות

2. בובת החיפושית "שוש" הופיעה בצורות שונות בתכניות טלוויזיה לילדים המשודרות על ידי רשות השידור. "שוש" פופולרית מאד בין הילדים. במסגרת פעילותה, הגישה רשות השידור בקשה לרישום סימני מסחר הכלולים את עיצוב דמות הבובה "שוש" בואריאציות שונות. רשות השידור כרתה הסכם עם חברה מסחרית, לפיו ניתנו לאותה חברה זכויות למסחורה של "שוש" - היינו, שימוש בשם ובדמות לשם שיווק וקידום מכירות של מוצרים שונים - ובתמורה התחייבה החברה המסחרית לשלם לרשות השידור תמלוגים מהכנסותיה

מפעילויות אלה. מכוח הסכם זה התקשרה החברה המסחרית עם עלית תעשיות בע"מ (להלן: עלית). לעלית הוקנתה זכות שימוש בלעדית בדמות של "שוש" לצורכי פרסום, שיווק, הפצה וקידום מכירות של חטיפים מלוחים שישאו את שם הסדרה ו/או הדמות. עלית מצידה החלה לשווק חטיף בטעם בוטנים הנושא את השם "שוש". במהלך הקשר העסקי בין רשות השידור לבין עלית באמצעות החברה המסחרית קיימה רשות השידור מגעים עם עלית בשאלת גודלה וצבעה של "שוש" ועלית מימנה (בסכום של 15,000 ש"ח) את עלות יצירתה של דמות חדשה של "שוש". רשות השידור דרשה כי תתקיים אחדות חזותית בין הדמות שעוצבה על ידה לצורך תוכניותיה בטלוויזיה לבין הדמות שתופיע בפרסומת של החטיף על-ידי עלית. רשות השידור הגישה בקשה נוספת לרישום סימן מסחרי על דמותה החדשה של "שוש". "שוש", בדמותה החדשה, הופיעה על גבי שקית החטיף וכיכבה בערוץ השני בפרסומות למוצר זה כדמות חיה, רוקדת ושרה. כמו כן כיכבה היא בתכנית טלוויזיה לילדים ששודרה על ידי רשות השידור הקרויה "החברים של שוש".

### העתיקה

3. העותרת, אסם השקעות בע"מ (להלן: אסם), מייצרת מזה זמן חטיף בטעם בוטנים הקרוי "במבה". מטבע הדברים, מתחרות עלית ואסם על אותו קהל יעד, כך ששיווקו של החטיף "שוש" פוגע או עשוי לפגוע בשיווקו של החטיף "במבה". לטענתה של אסם, פועלות רשות השידור ועלית בעצה אחת במטרה לקדם אינטרסים כלכליים משותפים. כך נוצרה, במימונה של עלית, דמותה החדשה של "שוש"; כך החליטה רשות השידור לשדר את תכנית הטלוויזיה "החברים של שוש" בכיכובה של הבובה "שוש". לטענת אסם, שיתוך הפעולה בין רשות השידור לעלית בכל הנוגע ל"שוש" הוא פסול. רשות השידור אינה רשאית - כך על פי הטענה - לשדר תכנית טלוויזיה בה מופיעה דמות שהפכה לסמלו של מוצר צרכני. יש בכך כדי להוות שידור פרסומת מסחרית אסורה; יש בכך משום הפרת חובת הנאמנות של רשות השידור לציבור, תוך שרשות השידור העמידה עצמה במצב של ניגוד עניינים בין חובתיה לפי חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 לבין האינטרסים המסחריים שלה; יש בכך משום הפליה של אסם והעדפה שלא כדין של עלית. בעתירתה מבקשת אסם, כי נורה לרשות השידור להימנע משימוש בדמות של "שוש" ובשמה, במסגרת תוכניותיה. לחלופין מבקשת היא, כי ההרשאה שניתנה לעלית לעשות שימוש בשם ובדמות "שוש" תבוטל.

4. בתשובה מעלות רשות השידור ועלית מספר טענות סף: שיהוי, אי ניקיון כפיים, אי צירוף צדדים חיוניים והעדר מעמד. ראוי שאציון בפתח דברי, כי לא מצאתי ממש בטענות אלה. לגוף העניין, מצינת רשות השידור כי היא תכננה בעבר - ללא קשר לעלית - את פיתוח דמותה של "שוש". לא צרכיה של עלית הם הבסיס להחלטות רשות השידור, אלא החלטות רשות השידור הם הבסיס לפרסומיה של עלית. החלטות רשות השידור

בעניין "שוש" נעשו מטעמים ערכיים. בתכנית לא מוזכרים כלל מוצריה של עלית, אין זו פרסומת מסחרית, אלא תכנית חינוכית. לטענתה, לא חל איסור על רשות השידור למסחר דמויות טלוויזיוניות, כל עוד נשמרת ההפרדה בין חובתה הסטוטורית לשדר תכניות המגשימות את תכלית החוק, לבין פעילותה הכלכלית-מסחרית. הפרדה זו נשמרת על פי הטענה, לאור מבנה הרשות, המפריד בין מחלקות מקצועיות לבין מחלקת השיווק, ולאור העובדה שהכנסותיה של רשות השידור משיווק מסחרי הן מזעריות, הן מועברות לתקציבה הכללי של הרשות ואין ההכנסות משיווקה של "שוש" משמשות לתוכנית הטלוויזיה "החברים של שוש".

## דין

5. רשות השידור היא תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק) ומוסמך מכוחו לשדר שידורים המוגשים לציבור כשירות ממלכתי. סעיף 3 לחוק מגדיר את תפקידי הרשות. אין חולק, כי התכנית "החברים של שוש", בה מככבת הדמות "שוש", הינה תכנית ילדים ערכית וחינוכית העולה בקנה אחד עם המטרות שנקבעו בסעיף 3 לחוק. מטעם זה, אין התכנית, כשלעצמה, פסולה. אך, האם פסול שידור התכנית מחמת שהוא משמש לפרסומת אסורה?

6. על פי החוק, אף שרשות השידור כשרה "לכל חובה, זכות ופעולה משפטית" (סעיף 5 לחוק), ההלכה היא, כי אין היא רשאית לשדר במסגרת שידורי הטלוויזיה, פרסומת מסחרית. הלכה זו נקבעה לראשונה בבג"ץ 757/84 איגוד העיתונים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד מא(4) 337 בהתבסס על חוות הדעת משנת 1971 של היועץ המשפטי דאז, מ' שמגר, שאומצה בהחלטת ממשלה מיום 31.1.71 (מס' 328). הלכה זו נומקה בכך, שתאגיד סטטוטורי אינו מוסמך לעשות אלא מה שהוסמך לעשות מפורשות בחיקוק (ראו: י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך א), 54-50 והאסמכתאות המופיעות שם). בחוק רשות השידור אין הוראה, מפורשת או מכללא, המסמיכה את הרשות לשדר שידורי פרסומת מסחרית, ועל פי מהותו של החוק ותכליתו אין ליחס לה סמכות כזו. עם זאת, לא מצא בית משפט זה לפסול החלטת רשות השידור לשדר תשדירי שירות, הבאים להעמיק את מודעותו של הציבור בנושאים לאומיים וציבוריים שונים, ותשדירי חסות, שמטרתם לתת הודעה מטעם הרשות על מתן סיוע להפקת התכנית על ידי חברה מסחרית פלונית, ובלבד שאין בהם מסר פרסומי ישיר. עקרונות ההלכה סוכמו בהחלטות בבג"ץ 3424/90 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(2) 24, 26:

- א. שידור פרסומת מסחרית אסור. ...  
 ב. תשדירי שירות כשלעצמם מותרים, והינם במסגרת התפקידים המוטלים על רשות השידור בסעיף 3 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965  
 ג. פירסום בתשדירים אלה מותר. פירסום מסחרי בהם - אסור.  
 ג. שידורי חסות, שעיקרם הקרנת שקופית ובה הבעת תודה לממן התכנית המשודרת, אינם בגדר תשדיר או תכנית אלא הינם בבחינת

נספח לשידור. אין הם כשלעצמם, אסורים, כל עוד אין הם גולשים לתחום הפרסומת המסחרית.  
 ד. כללית, פרסומת מסחרית היא כזו, אם יש בה כדי לקדם יצרן מסוים או מוצר מסוים, באופן שיש בהם מימד של תחרותיות כדי לסייע בידי אותו יצרן בשיווק מוצריו.  
 ה. רשות השידור מצווה על זהירות מרובה, לבל תחרוג הפרסומת המותרת, שאינה מסחרית, לפרסומת אסורה, זו המסחרית".

ראו גם: בג"ץ 1893/92 רשפ נ' רשות השידור, פ"ד מו(4) 816; ובג"ץ 6032/94 רשת נ' רשות

השידור, פ"ד נא(2) 790.

הדברים האמורים נכונים הן לגבי פרסומת מסחרית גלויה והן לגבי פרסומת מסחרית סמויה, האיסור לעניין שידורה של פרסומת כזו על ידי רשות השידור חל על שתיהן. חריגים לכך הם תשדירי שירות ותשדירי חסות, המותרים בשידור על ידי רשות השידור בסייגים מסוימים, כגון: סעיף 11(ב)(5) לכללי רשות השידור (מימון חוץ למשדרי טלוויזיה), התשמ"ו-1985, אוסר שידור נוסח הודעה של מממן העושה "שימוש בשם של דמות טלוויזיונית מתכניות שמשדרת רשות השידור, כל עוד הן משודרות". אין חולק, כי התכנית הנדונה בענייננו איננה באה בגדרו של תשדיר שירות וגם לא של תשדיר חסות וגם אין היא באה בגדרה של פרסומת מסחרית גלויה. אף על פי כן, נותרת על כנה השאלה האם התכנית הנדונה בענייננו אסורה באשר היא מהווה פרסומת מסחרית סמויה.

7. סוגיית הפרסומת הסמויה הועלה בבג"ץ 596/75 מכבי תל-אביב אגודה לספורט ולהתעמלות ואח' נ' רשות השידור, פ"ד ל(1) 772, שם הכשיר בית המשפט החלטה של הוועד המנהל של רשות השידור להגביל את הפרסומת המסחרית ה"אינצידנטלית" הכרוכה בשידור משחקי ספורט, כגון פרסומת נייחת לאורך קו המגרש ופרסומת ניידת על חולצות השחקנים (וראו גם: בג"ץ 2868/90 האגודה הישראלית למניעת עישון נ' רשות השידור ואח', פ"ד מו(1) 163, 166 פסקה 4).

החובה להפריד בין תכנית משודרת לבין פרסומת מסחרית והאיסור על פרסומת סמויה עולים גם מדברי חקיקה שונים שעניינם שידורי הערוץ השני (ראו: סעיף 83 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן 1990-; כלל 9 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), התשנ"ד 1994-; פרק ד' לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שיבוץ תשדירי פרסומת בשידורי טלוויזיה), התשנ"ב 1992-). חקיקה זו מטילה מגבלות על פרסומת סמויה במסגרת בה מותרים שידורי פרסומת מסחרית. ודוק: אף שדברי חקיקה אלה אינם חלים על רשות השידור, הרי יש בהם כדי ללמד, כי גם מקום בו מותרת פרסומת, יש להביא לידיעת ציבור הצופים מתי נחשפים הם לדבר פרסומת על מנת שיוכלו לבחון על פי מיטב שיפוטם ולהפעיל כלפיו שיקול

דעת ביקורתית. דברים אלה יפים ביתר שאת בשידורי הערוץ הממלכתי של רשות השידור, מקום בו אסורה הפרסומת המסחרית.

8. לפרסומת הסמויה מספר היבטים מזיקים: חשיפת הציבור לפרסומת מסחרית שאינה מזוהה בתור שכזאת, עשויה ליצור את הרושם שרשות השידור הממלכתית ממליצה על מוצר, שירות, ארגון או איש, או תומכת בהם; פרסומת כזו, שפועלה הוא על תת המודע של הצופה בה, עשויה להיות יעילה יותר ואף מסוכנת יותר, מפרסומת גלויה. זאת, כיוון שהצופה בה אינו מודע לאינטרס המסחרי שבה ואינו מפעיל מנגנוני ביקורת וסינון אינפורמציה, כפי שהוא עושה בעת שהוא צופה בפרסומת גלויה; מתן יתרונות בלתי הוגנים בתחרות המסחרית על ידי העדפת גורם או איש על בסיס קשרים אישיים או אחרים; מניעת הכנסות מרשות השידור מפרסומת מסחרית על ידי מתן פרסומת חנם; פתיחת פתח לקבלת טובות הנאה אישיות (ראו: דו"ח מבקר המדינה, דו"ח שנתי מס' 38 לשנת 1987, ע' 784; וכן בג"ץ 15/96 תרמוקיר חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 97, 415).

האם התכנית נשוא עתירתנו מהווה פרסומת סמויה?

9. מבחן הפרסומת הסמויה שאומץ בפסיקה, אם כי לענין פרסומת סמויה בשידורי הרשות השנייה, הוא מבחן התוצאה, הבוחן את טיב השידור מנקודת מבטו של הצופה. על פי מבחן זה, פרסומת סמויה היא חשיפה של הצופה למוצר מסחרי או לשירות מסחרי באופן ובמידה שיש בהם כדי לתת עדיפות לאותו מוצר או לאותו שירות בעיני הצופה הסביר (ראו: בג"ץ 7833/96 פנחס מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (טרם פורסם)). האם כיובנה של הבובה "שוש" במסגרת התכנית המשודרת בערוץ הראשון יש בה לפי מבחן התוצאה משום פרסומת סמויה? התשובה היא חיובית.

התכנית "החברים של שוש" מבוססת על הדמות "שוש" ונושאת את שמה. הדמות "שוש", שבמוקד התכנית של רשות השידור, זהה לדמות "שוש" המופיעה על גבי החטיף המיוצר על ידי עלית, ומככבת בתשדירי הפרסומת בערוץ השני. במהלך התכנית המשודרת על-ידי רשות השידור נעשה שימוש רב בשם "שוש" וכן במשחקי מילים, העשויים להזכיר את סיסמת המכירות של החטיף "שוש" בערוץ השני. התכנית "החברים של שוש" משודרת בשעות בהן נוהגים ילדים - שהם קהל היעד של התכנית - לצפות בטלוויזיה. באופן דומה, הצרכנים הפוטנציאלים של החטיף "שוש" הם ילדים. הילדים הצופים לומדים לקשר בין הדמות "שוש" מן הטלוויזיה ובין המותג "שוש" שעל גב החטיף. הדמות "שוש" מתחבבת על הילדים במהלך הצפייה החווייתית

בתכנית הטלוויזיה והופכת להיות מוכרת ומושכת. לכך השפעה מהותית על העדפת הילד כצרכן לצרוך את החטיף "שוש".

10. פרסומת זו פסולה היא לא רק מחמת שהיא משפיעה באופן בלתי הוגן על הצופים בה, אלא גם מחמת שהיא עלולה להכניס שיקולים זרים למסגרת שיקולי הרשות בבואה לקבוע את לוח השידורים. הכיצד? בתמורה לזכות השימוש בסימן המסחרי "שוש", שהוענקה מכוח הסכם לחברה מסחרית וממנה לעלית שייצרה את החטיף "שוש", זכאית רשות השידור לקבל מאותה חברה מסחרית תמלוגים מסך הכנסותיה שנצמחות לה מכלל השימושים בשם ובדמות "שוש". העולה מן האמור הוא, שכלל שגדל היקף המכירות של החטיף "שוש", גדלות ההכנסות של החברה המסחרית, וביחס ישר גדלים התמלוגים המשתלמים לרשות השידור. לפיכך, ברי כי לרשות השידור יש אינטרס כלכלי בהצלחת פעילותה של החברה המסחרית, ובהצלחת מכירתו של החטיף "שוש". אינטרס כלכלי זה עלול להעמיד את רשות השידור במצב של ניגוד עניינים, כך שהשיקול המסחרי הוא אשר ינחה אותה בקבלת החלטותיה בכל הנוגע לתכנית בה מככבת "שוש". שיקולי רווח אינם שיקולים המותרים במסגרת השיקולים שעל הרשות לשקול על פי סעיף 3 לחוק. במובן זה שונה התכנית שלפנינו מתכניות אחרות, שהוזכרו על ידי המשיבות, בהן מככבות דמויות ממוסחרות, שאין לרשות השידור אינטרס כלכלי בהצלחתן המסחרית או שלא הוכח כי יש לה אינטרס כזה.

במהלך הדיון עלתה השאלה האם מלכתחילה ראשית רשות השידור לעשות פעילויות בעלות גוון מסחרי, בין השאר לרשום סימן מסחרי ולהעניק זכויות לאחרים להשתמש בסימן מסחרי או בדמויות שעוצבו על ידה ולהפיק מכך רווחים. שאלה זו אינה צריכה הכרעה במקרה זה, לאור התוצאה אליה הגעתי לפיה דין העתירה להתקבל.

11. רשות השידור הצהירה בפנינו כי הפסיקה את שידורה של התכנית ואף הציעה הצעת פשרה, לפיה תמחק העתירה תוך שמירה על זכותה של אסם לשוב ולעתור אם יחודש שידור התכנית. ההצעה לא התקבלה על-ידי אסם.

12. לאור האמור לעיל אני מציעה לקבל את העתירה ולהפוך את הצו על תנאי למוחלט במובן זה שניתן בזה צו המורה לרשות השידור להמנע מלשדר את התכנית "החברים של שוש" ומלעשות שימוש בדמות "שוש" ובשמה, בשידוריה.

שופטת

**הנשיא א' ברק:**

אני מסכים.

שופט

**השופט י' טירקל:**

אני מסכים.

שופט

הוחלט לקבל את העתירה כאמור בפסק-דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן.

ניתן היום, י"ג בחשוון תש"ס (21.10.99).

שופט

שופטת

הנשיא

J15.96018580