|  |  |
| --- | --- |
| **בפני**  | **כבוד השופטת ד"ר דפנה אבניאלי** |
| **תובעת** | **זרמון DDB בע"מ** |
|  ע"י ב"כ עוה"ד דיבון פרקש **נגד** |
| **נתבעות** | **1.אדלר חומסקי ו - ורשבסקי****2.חומסקי החזקות והשקעות (2002) בע"מ****3.מדיה קום פרינט בע"מ****4.אדלר חומסקי תקשורת שיווקית בע"מ****5.גריי קונטנט בע"מ****6.אדלר חומסקי בע"מ** |

 **7.מדיה קומיוניקיישנס ליינקס בע"מ**

 ע"י ב"כ עוה"ד שמוליק קסוטו

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |
| **פסק דין – חלקי****(בשאלת החבות)** |

**תוכן עניינים**

 **פתח דבר2**

 **הצדדים לתביעה3**

**הפעילות מול דלתא4**

 **איתור וגיוס נינט כפרזנטורית ייחודית5**

 **טענות התובעת 7**

 **טענות הנתבעות 7**

 **משא ומתן למראית עין בלבד8**

 **ההחלטה לעזוב את משרד זרמון9**

**סעיף השיפוי והעובדה שדלתא אינה נתבעת בתביעה11**

**האסטרטגיה הקריאטיבית שיצר משרד זרמון12**

**זכות יוצרים בקמפיין פרסומי 13**

 הגבול הדק שבין ביטוי ליצירה או מהי "יצירה"?.....................................................14

 הקמפיין כרעיון פרסומי אינו בר הגנה בזכות יוצרים................................................15

 דרישת מקוריות ..................................................................................................17

 **גלגוליו של קמפיין 19**

 **גיוס פרזנטור – האם יצירה ברת-הגנה בזכות יוצרים21**

**המעבר ממשרד פרסום אחד למשנהו – נוהג מקובל24**

**שמות המותגים- זהות היוצרים וזכות היוצרים ביצירה 26**

 היוצר הוא בעל זכות יוצרים ביצירה ....................................................................27

 המותגים Bravo, מאצ'תונים Q ואחרים................................................................29

**זכות שימוש במותגים עפ"י ההסכם ובמשתמע30**

**עשיית עושר ולא במשפט 31**

**תביעה למתן חשבונות 35**

**אחרית דבר 37**

**פתח דבר**

**"איך שיר נולד" שאל היוצר יהונתן גפן והשיב "זה מתחיל מבפנים ומתגלגל החוצה".**

**"איך קמפיין נולד" שואלת תביעה, הפותחת צוהר לתהליך היצירה והגיבוש של קמפיין פרסומי, לאופן בחירתו של פרזנטור, לבחירת שמות המותגים ולזכויות המשפטיות הנובעות מכל אלה.**

**מדובר בתביעה למתן חשבונות ולתשלום פיצויים, המוערכים בשלב זה בסך 7 מיליון ₪, שהגיש משרד זרמון DDB בע"מ נגד משרד אדלר חומסקי & ורשבסקי וחברות הקשורות בו. התביעה נסבה על קמפיין חדשני שהגה זרמון עבור חברת דלתא, בהובלת הפרזנטורית נינט טייב, אשר לטענתו נגזל ממנו ע"י אדלר חומסקי, תוך הפרת זכות יוצרים ושימוש שלא כדין בשמות מותגים ובמדיות עדכניות, שמשרד זרמון הגה ויצר בעמל רב.**

**אדלר חומסקי טוענים כי מדובר בתביעת סרק, שנועדה לנקום בדלתא על שהעזה לעזוב את זרמון ולעבור למשרד פרסום אחר, לאחר שלא עלה בידי זרמון לגבש עבורה קמפיין משביע רצון. הטענות על גזל הקמפיין או עשיית עושר ולא במשפט מוכחשות על ידי אדלר חומסקי, הטוענים כי גיבשו עבור דלתא קמפיין שונה לחלוטין ולא עשו שימוש בחומרים של משרד זרמון, למעט אלמנטים טריוויאליים שכל משרד פרסום היה חייב להשתמש בהם עבור דלתא.**

**בהסכמת הצדדים פוצל הדיון, כך שבשלב ראשון תידון שאלת החבות והדרישה למתן חשבונות. שאלת הפיצויים תידון בשלב מאוחר יותר.**

**הצדדים לתביעה**

1. התובעת היא תאגיד שבאמצעותו פועל משרד פרסום זרמון (לשעבר זרמון-גולדמן). המשרד נוסד בשנת 1999 ופעל באמצעות שותפות רשומה זרמון-גולדמן, שהיתה בבעלות אילון זרמון והדר גולדמן. כיום, לאחר שזרמון רכש את חלקו של גולדמן, המשרד נמצא בבעלותו המלאה של אילון זרמון ומופעל באמצעות התובעת (להלן: "**משרד זרמון**" או "**התובעת**").

השותפות הרשומה זרמון-גולדמן, שצורפה לכתב התביעה המקורי כתובעת נוספת - נמחקה, לאחר שהנתבעות טענו בכתב הגנתן, כי פעילות השותפות נמכרה לתובעת ולכן אין לשותפות עילה או יריבות כלפיהן.

הנתבעות הן חברות שבאמצעותן פועל משרד הפרסום אדלר חומסקי & ורשבסקי (להלן: "**משרד אדלר חומסקי**" או "**הנתבעות")**. משרד אדלר חומסקי נשלט ומנוהל על ידי אייל חומסקי.

בכתב ההגנה המתוקן העלו הנתבעות טענת חוסר עילה או יריבות כלפי מרביתן, אך בסיכומים זנחו טענה זו, ולכן אתייחס אל הנתבעות במאוחד, ללא הבחנה ביניהן, כפי שעשו הצדדים בסיכומיהם.

1. בסיכומים טענו הנתבעות, כי הסכם המחאת הזכויות בין השותפות זרמון-גולדמן לבין התובעת לא הוצג ע"י התובעת, למרות שהיא נדרשה לעשות כן, ולמעשה לא הוכח כי לתובעת יש עילת תביעה כלפיהן.

סבורני כי לא היה מקום להעלות טענה זו, לאור הצהרתו של הדר גולדמן, כי פרש מהשותפות והסכים שהתובעת תרכוש את כל זכויותיו במשרד הפרסום (סעיף 5 לתצהירו). אני מוצאת טעם לפגם בעצם העלאת הטענה, לאור העובדה שהשותפות נמחקה מכתב התביעה על פי דרישתן של הנתבעות, שטענו כי פעילות השותפות נמכרה לתובעת ודרשו את מחיקתה. בכך יצרו הנתבעות מצג כי, לדידן, התובעת באה בנעלי השותפות ומוסמכת לנהל את התביעה נגדן, וכל ניסיון להתכחש לכך עתה אינו במקומו.

**הפעילות מול דלתא**

1. דלתא גליל תעשיות בע"מ, היא חברה ציבורית וותיקה המייצרת ומשווקת, בין היתר, פריטי הלבשה תחתונה לגברים, נשים וילדים (להלן: **"דלתא**"). במשך עשר שנים היתה דלתא לקוח גדול בעל תקציב פרסום שנתי מכובד של משרד זרמון. באותה עת השותפים במשרד היו אילון זרמון והדר גולדמן. בפועל, יחסי העבודה וההתנהלות מול דלתא נעשו באמצעות הדר גולדמן, עד למועד בו עזב את המשרד בשנת 2012 וזרמון נותר הבעלים היחיד בו.

במשך שנות פעילותה מיצבה עצמה דלתא כחברה שמרנית ויציבה, הפונה לקהל הרחב. בשנים 2010-2011 הוחלט ע"י דלתא ומשרד זרמון (הדעות חלוקות ביוזמתו של מי מהצדדים) כי יש צורך "לאוורר" את המותג, שנתפס כוותיק ושמרני מדי, וליצור מהלך פרסומי ואסטרטגי חדש שיציג את דלתא כמותג אופנה נחשק גם לצעירים.

1. במשך תקופה של כתשעה חודשים התקיימו פגישות בין הדר גולדמן וצוות משרדו לבין נציגי דלתא. בפגישות גובשה אסטרטגיה פרסומית וקריאטיבית חדשה, שהמשרד יזם עבור דלתא, אשר כללה מוטיבים של חזרה ליסודות, תחת הכותרת "ישראל לובשת דלתא" או "איזה יופי ישראלי" (מוטיבים שלא היו מקובלים על דלתא, כפי שיובהר בהמשך).

באותה תקופה, נעשתה במקביל עבודה רבה להשקתו של מותג חזיות חדש של דלתא. המטרה הייתה לשלב את מותג החזיות החדש במסגרת השקת הקמפיין הפרסומי המתוכנן, והשם שהומצא למותג היה Bravo (להלן: "**Bravo**"). הוצע גם לרענן את מותג התחתונים הידוע מאצ'תונים, תחת השם "מאצ'תונים-Q".

כפי שיתואר בהמשך בהרחבה, שם המותג Bravo ושמות תתי מותגים נוספים בתחום החזיות וההלבשה התחתונה, בהם נעשה שימוש בקמפיין להצגת דלתא המתחדשת, הינם נושא למחלוקת שנתגלעה בין הצדדים וסבה סביב הוגה שמות המותגים וזכויות היוצרים בהם, על כך המשתמע מכך.

על כל פנים, השם Bravo שניתן למותג החזיות החדש, היה מקובל על דלתא. מנהלת השיווק של דלתא (להלן: "**גלית**") שלחה דוא"ל בו היא משבחת את הרעיון לשימוש בשם Bravo ומבקשת מאנשי משרד זרמון להמשיך ולקדם את המיתוג תחת שם זה, ולהכין דוגמאות ויזואליות לאופן הצגת המותג ותת הקטגוריות שהוצעו ע"י זרמון.

**איתור וגיוס נינט כפרזנטורית ייחודית**

1. כחלק מגיבוש האסטרטגיה הפרסומית החדשה, נערך חיפוש אחר פרזנטורים להצגת דלתא המתחדשת. משרד זרמון חיפש פרזנטורים המשדרים אופנה וארץ ישראליות, שיהיה קל לחברם אל היותה של דלתא מותג אופנה ישראלי ומשפחתי. במשרד נערכה עבודה רבה לאיתור פרזנטורים מתאימים ונבחנו מספר אפשרויות, ביניהן שילוב של יהודה לוי ונינט טייב שהיו ידועים באותה עת כזוג, או פיטר רוט ונטע גרטי. לבסוף נבחרה נינט לשמש כפרזנטורית של החברה.

אחת מהתובנות אליה הגיע משרד זרמון, בעקבות מחקרי שוק שנעשו עבור דלתא, הייתה, כי דלתא נחשבת מותג ישראלי מיושן ו"עתיק". במובן זה, שיתוף הפעולה עם נינט התאים במיוחד לדלתא ולאסטרטגיה החדשה, שמטרתה הייתה להציג את דלתא ה"חדשה" ולהפכה למותג אופנתי נחשק. זרמון העיד כי נינט - צעירה שגדלה בפריפריה (קרית גת) והתפרסמה עוד בהיותה חיילת, כאשר הופיעה בתכנית "כוכב נולד" - נתפסה משך שנים כ"מאמי הלאומית" ועברה תהליך של טרנספורמציה לדמותה המוכרת היום – ישראלית בועטת, טרנדית, אופנתית ונחשקת. תהליך השינוי אותו עברה נינט, שיקף באופן מושלם את המהלך שמשרד הפרסום רצה ליצור עבור דלתא ואת המעבר ממותג ישראלי וותיק ומשפחתי, למותג ישראלי עכשווי, מתחדש וצעיר.

1. הדר גולדמן (להלן: "**גולדמן**"), שעבר להתגורר בארה"ב והגיע במיוחד לישראל כדי להעיד מטעם התובעת, סיפר בעדותו כי לקח על עצמו לרתום את נינט לקמפיין ובילה אתה שעות רבות, כדי לשכנע אותה להסכים לכך (עמ' 98 שו' 16). לדבריו, לקח לו שבועות רבים לשכנע גם את אנשי דלתא לסמוך על נינט **"הם חשבו שקשה יהיה לסמוך על נינט, שהיא קצת לא יציבה... שכן היה כבר קמפיין קדם עם חברת פלאפון כמדומני, כמה שנים קודם שהוא לא צלח... צביקה היה אז מנכ"ל טרי, והוא פחד לקחת את האחריות עליו של מהלך כל כך נועז וגדול, אז שכנעתי אותו באמצעות מר דבח, הצ'ר מן, וזה שרכש את דלתא**" (עמ' 146).

אל מול עדותו של גולדמן, ניצבת גרסתן של הנתבעות, כי גיוסה של נינט לקמפיין הפרסומי היה דווקא פרי מאמציו של צביקה שווימר, מנכ"ל דלתא, שקיים עם נינט סדרת פגישות וניהל מולה משא ומתן ישיר, עד להבשלת הסכם מחייב בין הצדדים, וזאת לאחר שניסיונו של גולדמן לרתום את נינט לקמפיין לא צלח.

1. בתחילת ינואר 2012, לאחר שהוחלפו טיוטות בין הצדדים, נחתם הסכם בין נינט לבין דלתא. משרד זרמון לא ביקש ולא קיבל עמלת "דמי טיפול" או "תיווך" עבור ההסכם עם נינט, וזאת, בין היתר, לאור ההבנה כי הקמפיין בראשותה עומד לצאת לדרך. למשרד זרמון היה מובן מאליו, כך לטענתו, כי יקבל את התמורה המגיעה בגין העבודה ותהליך היצירה באמצעות עמלות המדיה (תגמול המשולם למשרד הפרסום על בסיס של היקף רכש המדיה, ובמילים אחרות, עמלה מהכסף המועבר לגופי התקשורת) כמוסכם וכמקובל מימים ימימה עם דלתא.

לדברי זרמון, גיוסה של נינט היה מהלך לא שגרתי, מאחר שמאז שכיכבה בקמפיין של חברת פלאפון, מספר שנים קודם לכן, לא הובילה אף קמפיין פרסומי וודאי לא קמפיין הלבשה תחתונה. זרמון טוען כי היה ברור לכל, שאין מדובר ב"דוגמנית" מן השורה והחיבור בינה לבין דלתא רחוק היה מלהיות טריוויאלי, בניגוד לאופן שמשרד אדלר חומסקי ניסה להציגו בדיעבד. המומחה מטעם הנתבעות, מר יאיר גלר (להלן: "**גלר**"), הודה אף הוא כי גיוסה של נינט היה מפתיע ולא טריוויאלי (עמ' 494-496 לפרוט').

**טענות התובעת**

1. לטענת התובעת, הפעולות שביצע משרד אדלר חומסקי ואשר פורסמו ושודרו כמעט בכל מדיה אפשרית, מבוססות באופן מהותי על האסטרטגיה הקריאטיבית של משרד זרמון ותוצריה. לאדלר חומסקי היתה גישה ישירה ומהירה ליצירות זרמון, שכן דלתא עזבה את זרמון כאשר היו בידיה כלל החומרים שנוצרו עבור הקמפיין במשרד זרמון. דלתא שכרה את שירותי אדלר חומסקי, כמשרד פרסום חליפי, על מנת שיוביל עבורה את הקמפיין שנהגה על ידי זרמון.

היצירות מטעם אדלר חומסקי מהוות לדברי התובעת "**יישומים מובהקים וברורים של יצירת האסטרטגיה הקריאטיבית שנהגתה אצל זרמון"**. לטענתה, מדובר בהעתקה מדויקת ומלאה של שמות המותגים ותתי המותגים המהווים את **"המוטיבים החשובים והמרכזיים**" ביצירות זרמון.

1. על כן, טוענת התובעת, כי יש לראות באדלר חומסקי, כמי שהפרו זכויות יוצרים וזכויות מוסריות שלה בכך שהעתיקו, פרסמו, שידרו וביצעו באופן פומבי את יצירותיה – בין אם באופן ישיר (כדוגמת השימוש בנינט כפרזנטורית ובשמות המותגים ותתי המותגים), ובין אם באופן עקיף (באמצעות יצירות נגזרות) – ללא רשותה. נטען, כי אדלר חומסקי הם גם מי שהרוויחו את כל עמלות המדיה בגין היצירות של זרמון, ובכך ביצעו עוולה של עשיית עושר ולא במשפט. עילות תביעה נוספות שפירטה התובעת בתביעתה הן גרם הפרת חוזה, גזל מוניטין וגזל הקמפיין שיצרה עבור דלתא.

**טענות הנתבעות**

1. לטענת הנתבעות, הקמפיין הפרסומי שיצרו עבור דלתא ועמו יצאה דלתא לשוק הינו **"קמפיין חדש מן היסוד"**, המבוסס על אסטרטגיה וקריאייטיב חדשים, שאינם דומים כלל ועיקר לרעיונות הראשוניים של משרד זרמון-גולדמן. נכון הוא כי מטרת הקמפיין הייתה למתג את דלתא מחדש על מנת שתזוהה כמותג צעיר, אופנתי ועדכני, ואולם בכך לטענתן מסתיים הדמיון ליצירת זרמון.

אלדר חומסקי מוסיפים, כי השימוש בנינט כפרזנטורית, כמו גם השימוש בשמות המותגים- מאצ'תונים Q, Bravo ותתי המותגים הנוספים - היה בבחינת "עובדה מוגמרת" בעת ההתקשרות של דלתא עמם, וממילא זכויות היוצרים בשמות המותגים ובחומרי הפרסום במלואם שייכים לדלתא, בין היתר משום שהיו תוצר עבודה משותפת של דלתא ומשרד זרמון ולא רק של זרמון.

1. לטענת הנתבעות, שיטת התשלום הנהוגה במשרדי פרסום בישראל, נחלקת על פי שירותי קריאייטיב ושירותי רכישת מדיה בפלטפורמות הפרסום השונות. התשלום בגין שני השירותים האמורים משולם למשרד הפרסום, בעיקר מהעמלות שהוא גובה בגין רכישת המדיה. עמלות אלה, כוללות עמלה ישירה שמתקבלת מהלקוח, וכן "עמלת יתר" המשולמת למשרד הפרסום ע"י אמצעי הפרסום (המדיה), בגין היקף מחזור הפרסום שעומד ביעדים מוסכמים מראש בין משרד הפרסום ואמצעי פרסום זה או אחר. התוצאה של ההסדר הנ"ל הינה, שכל החומר הפרסומי שהוכן ללקוח על ידי משרד הפרסום, בין אם נעשה בו שימוש ובין אם לא, הינו בבעלות הלקוח. הזכויות בחומר הפרסומי נרכשות על ידי הלקוח ממשרד הפרסום, באמצעות עמלות המדיה השוטפות המשולמות והריטיינר השוטף (אם קיים), שמהם נהנה משרד הפרסום לאורך כל ההתקשרות, בלי קשר להכנת קמפיין כזה או אחר.

בהתאם, טוענות הנתבעות, כי גם אם משרד פרסום גיבש קמפיין כזה או אחר, ובהמשך הלקוח עובר למשרד פרסום אחר, עובר החומר הפרסומי שהוכן על ידי המשרד הראשון עם הלקוח למשרד החדש, מבלי שהלקוח צריך לשלם תמורה כלשהי למשרד הקודם.

1. הנתבעות מוסיפות כי לא הוכח שהרעיון לבחור בנינט היה רעיון מיוחד של זרמון-גולדמן, ולמעשה, ההתקשרות הסופית עם נינט נעשתה ישירות על ידי דלתא, עקב מאמצים שהפעיל מנכ"ל דלתא, צביקה שווימר.

בהקשר זה יצוין, כי משרד אדלר חומסקי אינו מכחיש בסיכומיו את חשיבות רעיון גיוסה של נינט כפרזנטורית, אך טוען, כי משבחרה דלתא לעבור למשרד אדלר חומסקי, עברה נינט יחד עמה ואין לזרמון זכות להלין כלפי דלתא או כלפי אדלר חומסקי, או "לנכס" לעצמו את הזכויות הנובעות מכך. לטענת הנתבעות, רעיון לפרזנטור אינו מהווה יצירה ואינו מוגן בזכויות יוצרים, וממילא, אין זה מקובל לשלם בגינו למשרד פרסום. משכך, בכל מקרה לא הייתה לזרמון הזכות למנוע מדלתא לעבור עם נינט למשרד חדש או לדרוש תמורה בשל כך.

**משא ומתן למראית עין בלבד**

1. לטענת זרמון, במהלך ינואר 2012 יצר משרד אדלר חומסקי קשר עמו, באמצעות מר אורי שמואלי, שהיה באותה עת משנה למנכ"ל AIG, והציע לו לבחון אפשרות לשיתוף פעולה עסקי בין המשרדים. הצדדים נפגשו ודנו באופציות שונות לשיתוף פעולה. מסמכים ונתונים כספיים בדבר רווחיות המשרד הוצגו ובין הצדדים הוחלפו טיוטות הסכמים, אך בסופו של דבר לא נחתם הסכם.

לדברי זרמון, בטיוטות הסכם שנשלחו אליו נכללו תנאים בלתי הגיוניים בעליל, ולכן החליט שאין טעם להמשיך במו"מ ופנה לרכוש את חלקו של הדר גולדמן בעצמו, אך לא קישר זאת עם החלטתה של דלתא לעזוב את משרדו (סעיפים 61-68 לתצהירו).

זרמון טוען, כי התחוור לו שמטרת המו"מ לא היתה לבצע עסקה, אלא לקבל נתונים על לקוחות משרדו ולהגיע לאינפורמציה רגישה וסודית, שאינה חשופה ברבים.

בסיכומיו מפליג ב"כ זרמון בטענות, כי לאחר סיום המו"מ פנה אדלר חומסקי ללקוחות משרד זרמון בניסיון לפתות אותם לעזוב ו"לחש באוזניהם", כי כדאי להם לעזוב את המשרד, מכיוון שהוא עומד להיעלם מהשוק.

1. הנתבעות מכחישות מכל וכל את הטענה לפיה מטרת המשא ומתן שנוהל בין הצדדים, הייתה ללמוד על לקוחותיו של זרמון ולשאוב ממנו מידע רגיש וסודות מסחריים. הנתבעות מדגישות כי עובר למועד בו הבשיל המשא ומתן בין הצדדים, החליט זרמון "בכבודו ובעצמו" להפסיק את המשא ומתן באופן פתאומי וחד צדדי, מטעמיו שלו.
2. **לא מצאתי מקום לקבל את הטענה כי המשא ומתן שנוהל בין הצדדים, היה חלק ממהלך כולל של "משיכת" דלתא למשרד אדלר חומסקי. אייל חומסקי הודה בחקירתו (בחוסר רצון בולט ורק לאחר שנשאל על כך ע"י ביהמ"ש) - כי משרדו נחשף לאינפורמציה חסויה במהלך המו"מ (עמ' 591 שו' 20), ואולם שוכנעתי, כפי שיובהר מיד, כי ההחלטה של דלתא לעזוב את משרד זרמון, לא התקבלה כתוצאה מהמו"מ והמידע אליו נחשף משרד אדלר חומסקי, אלא בשל שינוי האווירה במשרד זרמון, לאחר עזיבת הדר גולדמן. דלתא בחנה אז משרדי פרסום נוספים ולא החליטה עדיין לעבור למשרד אדלר חומסקי.**

**ההחלטה לעזוב את משרד זרמון**

1. סמוך לסוף שנת 2011, מונה מר צביקה שווימר כמנכ"ל דלתא. לאחר תקופת זמן קצרה הודיע שווימר, כי דלתא החליטה לעזוב את משרד זרמון ולהעביר את תקציב הפרסום למשרד פרסום אחר. שווימר העיד, כי הסיבה העיקרית להחלטה לעזוב את זרמון, היתה פרישתו של הדר גולדמן וחילוקי דעות קשים שהיו לאנשי דלתא עם אילון זרמון (סעיף 28 לתצהירו). תיאור דומה מופיע גם בתצהירה של מנהלת השיווק של דלתא, גלית בר-און (סעיף 9 לתצהירה).

אילון זרמון אישר בעדותו, כי חשש מפני האפשרות שדלתא, תעזוב את משרדו כפי שעשו לקוחות נוספים, לאחר עזיבת הדר גולדמן, וכי החשש אכן התממש: **"אני ידעתי שיש סיכון, ויש חשש שמספר לקוחות שטופלו באופן ישיר על ידי הדר, עלולים לעזוב את המשרד, ביניהם דלתא, רולדין, לא רק אני ידעתי, גם קסוטו ידע את זה חודש לפני, ואדלר חומסקי ידע את זה**" (עמ' 246 שו' 12).

זרמון אף אישר, כי נשלח אליו מייל ע"י צביקה שווימר (נ/2), בו נכתב, כי הסיבה להפסקת ההתקשרות עם משרדו היתה "**העזיבה של הדר והשינויים במשרד",** ולא ההתקשרות עם משרד אדלר חומסקי, שסוכמה בשלב מאוחר יותר. משרד אדלר חומסקי נבחר לאחר שדלתא בחנה מספר משרדי פרסום נוספים.

זרמון העיד, כי מעבר של לקוחות בין משרדי פרסום הוא לא עניין נדיר – **"זה לא דבר נדיר, לקוחות עוזבים, לקוחות באים, זה חלק דינמי מהעסק"** (זרמון, עמ' 291, ש' 23 לפרו'), אך חזר על טענתו, כי המעבר הפתאומי של דלתא למשרד אדלר חומסקי, לא נבע מחוסר שביעות רצון מעבודתו של משרד זרמון, אלא מהתנהלות חסרת תום לב ופסולה של משרד אדלר חומסקי, אשר גרם לדלתא להפר את ההסכם רב השנים שהיה לה עם זרמון.

1. במהלך העדויות הוברר, כי ההתקשרות בין דלתא לאדלר חומסקי הייתה בתיווך גורם שלישי, מר יוסי פוקס, אשר ציין בעדותו, כי הוא היה הגורם שקישר בין דלתא למשרד אדלר חומסקי, ובתמורה ל"שידוך" שצלח, נחתם בין משרד אדלר חומסקי לבין חברת LDI שבבעלותו, הסכם לשיתוף פעולה בתחום הפרסום (נספח 2 לתצהירו).

ב"כ זרמון תוקף בסיכומיו את עדותו של מר יוסי פוקס וטוען, כי היתה בלתי מהימנה ולקתה בסתירות, אך לא מצאתי לקבל טענה זו, במיוחד לאור מועד חתימת ההסכם בין חברת LDI לבין משרד אדלר חומסקי, התואם את לוח הזמנים שתיאר מר פוקס בעדותו.

**לסיכום, איני מקבלת את הטענה כי עזיבת דלתא נבעה מתנהלות משרד אדלר חומסקי.**

**שוכנעתי כי ההחלטה לעזוב את משרד זרמון היתה עניינית ונבעה מאי-שביעות רצונה של דלתא מהתנהלות המשרד, לאחר עזיבתו של הדר גולדמן. שוכנעתי גם, כי ההחלטה להפסיק את המו"מ עם הנתבעות הייתה של זרמון דווקא, והיא התקבלה ע"י אילון זרמון "מטעמיו האישיים והעסקיים שלא להתקשר עמך בעסקה כאמור", כפי שכתב בא-כוחו, במכתבו שצורף כנספח 25 לתצהיר זרמון עצמו.**

**בנסיבות אלה, אני קובעת, כי הטענה בדבר גרם הפרת חוזה, המופנית כלפי משרד אדלר חומסקי - ככל שהיא מתייחסת להחלטה לעזוב את משרד זרמון - לא הוכחה ודינה להידחות.**

**סעיף השיפוי והעובדה שדלתא אינה נתבעת בתביעה**

1. בהסכם שנחתם בין דלתא למשרד אדלר חומסקי, לקראת המעבר ממשרד זרמון, הוכנס סעיף שיפוי מיוחד (סעיף 21 ). נאמר בו, בין היתר: **"בכפוף לנכונות הצהרות הלקוח בסעיף 20 לעיל, מתחייב משרד הפרסום לשפות את הלקוח בכל נזק ו/או הוצאה (לרבות הוצאות משפטיות) שייגרמו ללקוח כתוצאה מתביעה נגד הלקוח, מצד משרד הפרסום זרמן DDB או זרמון גולדמן ו/או מי מטעמם...במסגרת פשרה... כתוצאה מפסק דין חלוט בתביעה..."** (נספח 3 לתצהיר התובע).

לדברי זרמון, משרד אדלר חומסקי "פיתה" את דלתא לעבור אליו באמצעות סעיף השיפוי, המאפשר לדלתא "לגנוב" את תוצרי זרמון ללא חשש מתביעות, שתוגשנה נגדה בבוא היום**.**

כדי להעצים את משמעות השיפוי שניתן לדלתא, טען אילון זרמון, כי דלתא "הורו" לאדלר חומסקי לעשות שימוש בתוצרים של זרמון, באסטרטגיה הקריאטיבית, בשמות המותגים, בנינט הפרזנטורית ובכל הפעילות הענפה שסוכמה בקשר אליה, וזאת, רק לאחר שמשרד אדלר חומסקי נתן לדלתא התחייבות לשיפוי, שאיפשרה לה לעשות שימוש בחומרים של זרמון ללא חשש.

זרמון סבור כי דלתא היתה שותפה פעילה להחלטה ליטול את תוצריו, מתוך כוונה לעשות בהם שימוש באמצעות משרד אדלר חומסקי, מבלי לשלם עבורם. זרמון מלין כנגד העובדה שדלתא נטלה עמה את האסטרטגיה הפרסומית והקריאטיבית, שנבנתה עבורה בעמל רב במשרד זרמון, ועשתה בהם שימוש יחד עם משרד אדלר חומסקי.

1. חרף הטענות הקשות שמעלה זרמון כנגד דלתא ואופן התנהלותה, **דלתא אינה צד לתביעה**. כאשר נשאל אילון זרמון מדוע לא צורפה דלתא כנתבעת נוספת, השיב תשובה מעורפלת, כי משרדי פרסום מוחלים על זכויותיהם בסיטואציות דומות, כי "**לתבוע לקוחות זה לא דבר נעים**" (עמ' 333 שו' 12). מעבר לאמירה זו, לא ניתן הסבר נוסף בסיכומי ב"כ זרמון ואף לא בסיכומי התשובה שהוגשו על ידו, להחלטה לא לתבוע את דלתא.

בכתב ההגנה המתוקן העלו הנתבעות ספקולציות באשר לסיבה שבגינה זרמון החליט שלא לתבוע את דלתא בסופו של יום, ואולם בחרו שלא לעמת את זרמון עם גרסתן בעניין זה. חקירתו הנגדית של זרמון אישרה כי טיוטת תביעה מטעמו נשלחה לדלתא (עמ' 332, ש' 7-8) ואולם, כאמור גמלה החלטה בליבו שלא לתבוע את דלתא.

1. **נוכח העובדה שדלתא אינה נתבעת בתביעה, אין מקום להידרש לטענות הנוגעות לאופן התנהלותה של דלתא או לחששה, כביכול, מפני תביעה אפשרית שתוגש ע"י משרד זרמון נגדה. לא ברור גם מדוע מצא ב"כ זרמון להידרש שוב ושוב לסעיף השיפוי ואף לתת לו פרשנות וצבע בסיכומיו, כאשר מעבר לעובדה שסעיף השיפוי אכן הוסף להסכם בין אדלר חומסקי לדלתא, אין מקום להתעכב עליו או לנסות לפרשו, משהחליט משרד זרמון שלא לתבוע את דלתא.**

**האסטרטגיה הקריאטיבית שיצר משרד זרמון**

1. אילון זרמון טען, כי עד לפרישתו של הדר גולדמן בחודש פברואר 2012, כבר היתה בידי זרמון אסטרטגיה קריאטיבית מוגמרת, היתה פרזנטורית מובילה לקמפיין, היה קונספט מוסיקאלי, היו שמות מותגים ונערכה עבודה על תסריטים אפשריים לפרסומת עבור דלתא.

לדבריו, כבר ביום 14/11/11 נערכה ישיבה במשרדי דלתא בראש העין, בה הוצגו בפני אנשי דלתא מצגות, מהן ניתן היה להתרשם מרמת הפירוט ומהעבודה היסודית והמעמיקה שנערכה עבור דלתא (סעיף 34 לתצהיר זרמון).

בסעיף 47 לתצהירו מציין אילון זרמון, כי במהלך פברואר 2012 **"ממש לפני שנסתיימה הדרך המשותפת של הדר ושלי, הוצגה האסטרטגיה הקריאטיבית שגובשה עבור דלתא בפני מר אייזק דבח, שהינו הבעלים ויו"ר דלתא".** בחודש מרץ הוכנה מצגת נוספת, הכוללת שני כיוונים אמנותיים אפשריים, עיצובים של מודעות וקופסאות, ונהגו מספר תסריטים לפרסומות (המצגת צורפה כנספח 5 לתצהיר).

1. משרד אדלר חומסקי טען, כי זרמון התיימר להציג מצג, כאילו משרדו הכין עבור דלתא קמפיין פרסומי, המבוסס על אסטרטגיה מקיפה, אשר היה מוכן לצאת לאור "במרחק של לחיצת כפתור". בפועל, משרד זרמון העלה רעיונות שכלל לא אושרו על ידי דלתא, ובמועד הפרידה מזרמון ה"קמפיין" הנטען היה, לכל היותר, בשלב של רעיונות ראשוניים.

לטענת הנתבעות, העובדה שמדובר אך ברעיונות ראשוניים מלמדת, כי בכל מקרה אין המדובר בתוצרים שמקנים זכות יוצרים, כפי שעולה מהוראות ס' 5(1) לחוק זכות יוצרים, המורה כי **"זכות יוצרים ביצירה... לא תחול על כל אחד מאלה...(1) רעיון; (2) תהליך ושיטת ביצוע;...**".

עוד מוסיפות הנתבעות, כי אסטרטגיה פרסומית הינה לכל היותר התוויית הדרך של הקמפיין ואופיו, כלומר הרעיון לקמפיין. אולם, לאחר מכן, באמצעות הקריאייטיב מיישמים את האסטרטגיה ויוצרים את הפרסומות עצמן. כן מוסיפות הנתבעות, כי אפילו היה משרד אדלר חומסקי מיישם את האסטרטגיה ואת הרעיונות שהגה משרד זרמון, עדיין אין בכך כל פסול וזרמון אינו זכאי בגין כך לתמורה כלשהי, באשר רעיונות ותהליכים אינם זוכים להגנה בדין.

1. בסיכומי התשובה חזר בו משרד זרמון מהתיאור הנלהב של האסטרטגיה הקריאטיבית ושל הקמפיין שיצר, כביכול, וציין כי לא טען כי היה לו קמפיין סופי ושלם "המוכן לירידה לדפוס", וכל שנאמר על ידו בהקשר של נספח 5 הוא, כי לאחר שכבר הוצגה לדלתא האסטרטגיה הקריאטיבית "נמשכה העבודה" והוכנה במשרד זרמון מצגת נוספת (שלא נטען כי הוצגה לדלתא). עוד טען זרמון, כי השוואה בין התוצרים כולם, לתוצרי אדלר חומסקי, מעידה עד כמה מהותי הוא הדמיון ביניהם. לדבריו, מספר לא מבוטל של יצירות הועתקו על ידי משרד אדלר חומסקי, כדוגמת שמות המותגים ותתי המותגים, ומספר לא מבוטל של יצירות אדלר חומסקי היווה יצירה נגזרת של יצירות זרמון.

אתייחס לטענות כסדרן.

**זכות יוצרים בקמפיין פרסומי**

1. קמפיין, על פי הגדרתו המילונית, הוא "מַסַּע פִּרְסוּם לְקִדּוּם דְּבַר-מָה, כְּגוֹן מָעֳמָד לִבְחִירוֹת, מוּצָר; יְצִירַת דַּעַת קָהָל" – מתוך מילון אבן שושן.

**פעולותיו של משרד זרמון, ככל שהיו, נכנסות לכל היותר תחת הגדרה של "סקיצות** **ראשוניות",** **שטרם קרמו עור וגידים והפכו לקמפיין.**

תמיכה באמור לעיל ניתן למצוא בחקירתו של גולדמן, אשר העלתה בין היתר, כי הקמפיין הפרסומי עליו השליכה התובעת יהבה (נספחים 5 ו-43), היה עדיין מצוי בצורתו הגולמית וכלל הפניות (רפרנסים) לקמפיינים וקליפים של משרדי פרסום שונים בחו"ל בנושא אופנה וקולנוע, מהם ניתן אולי יהיה לשאוב בעתיד רעיונות, שישרתו את מטרת הקמפיין של דלתא ומיתוגה מחדש (עמ' 177, ש' 1-13).

מסקנה זו עולה בקנה אחד עם האמור בחוות דעתו של המומחה מטעם הנתבעות, מר יאיר גלר (להלן: "**גלר**"), שסבר אף הוא כי מדובר במסמכים ראשוניים. לדבריו:

**"מסמכים אלה אינם מהווים קמפיין סופי ומגובש שרחוק ימים ספורים מעליה לאוויר כפרסומות, אלא מדובר במסמכים ראשוניים ביותר של חומר פרסומי ברמה בסיסית וראשונית, כולל רפרנסים (הפניות) רבים לחומרים פרסומיים מחו"ל אשר מצריכים עיבוד משמעותי נוסף טרם ניתן יהיה לדבר עליהם ככאלה שמייצגים קמפיין מוכן או אפילו קרוב להיות מוכן"** (סעיף 40 לחוות הדעת מטעם גלר).

1. העובדה שמדובר אך בסקיצות ראשוניות היתה מקובלת גם על המומחה מטעם התובעת, מר עמיר עירון (להלן: "**עירון"**). עירון הודה בחקירתו הנגדית, כי נספח 5 מהווה לכל היותר "**סקיצות ראשוניות ...rough ideas**" (עמ' 107 שו' 17).

עיון בנספח 5 לתצהיר זרמון מעלה, כי מדובר **במצגת ראשונית בלבד, הכוללת אוסף של תמונות של נשים בווריאציות שונות**, כפי שטען משרד אדלר חומסקי בסיכומיו. טענתו של זרמון, כי רק חלקים מהאסטרטגיה הפרסומית באו לידי ביטוי בנספח 5, וחלקים אחרים באו לידי ביטוי במסגרת תוצרים נוספים, שכולם כמכלול מהווים את היישום של הקמפיין כולו, לא הוכחה. כך, גם התסריטים בנספח 11 אשר הוכנו לפרסומות אפשריות בכיכובה של נינט הוגדרו ע"י מומחה התובעת עירון כ"**בקושי התחלה של רעיון**" (עמ' 79, ש' 20).

**אין להתפלא אפוא, על כך שהטענה, כי מדובר בקמפיין שנהגה על ידי זרמון, נזנחה בסיכומי התשובה שלו ובמקומה הושם דגש על הטענה, כי יש לערוך השוואה "בין התוצרים כולם".**

בטרם אעבור לדון בתוצרים עצמם, אשר לפי הנטען נעשה בהם שימוש מפר, אתייחס לפן המשפטי ומהי יצירה מוגנת על פי החוק.

**דין נורמטיבי**

**הגבול הדק שבין ביטוי לרעיון או מהי "יצירה"?**

1. חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: **"החוק"**)אינו מגדיר מהי "יצירה" ולעיתים קיים קושי ממשי להבחין בין יצירה שמשמעה "ביטוי" המוגנת בזכות יוצרים ובין "רעיון" שאינו מוגן בחוק.

בספרו מגדיר המלומד גרינמן יצירה כ- **"תוצר הבלתי מוחשי שיצר היוצר, וכי הוא קיים בנפרד מן החפץ שבו נרשם או נקבע "** ומוסיף כי **"ביסוד כל יצירה נמצא רעיון, אולם הביטוי שניתן לרעיון זה, והוא בלבד, ייחשב כיצירה"** (טוני [גרינמן, **זכויות יוצרים**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/618), כרך א' מהדורה שניה, התשס"ט-2008, עמ' 72 (להלן: "**גרינמן**")).

כך, בעוד שרעיונות הם בבחינת ***"free as the air "*** (מדברי הש' ברנדיס, כפי שצוטטו בספרו של **גרינמן**, כרך ב', עמ' 961 והאסמתכאות שם), המהווים "אבני בניין" יסודיות בנחלת הכלל (עופר טור-סיני, **דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש: מגמות וחידושים במשפט הישראלי**, קרית המשפט (2005), עמ' 225, (להלן: "**טור-סיני**")) והם אינם ברי הגנת זכות יוצרים אלא ניתנים להעתקה, לעיבוד ולשימוש בלתי מוגבל בידי אחרים, ביטוי מוחשי יכול שיחשב כ"יצירה" ויזכה להגנת החוק.

**"הרציונל הבסיס העומד ביסוד ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי (ובמידה רבה, ביסוד ההבחנה בין ביטוי לבין אובייקטים בלתי-מוגנים אחרים, כדוגמת עובדות ונתונים) הוא הרצון להותיר את הרעיונות (ואובייקטים בלתי מוגנים אחרים) בנחלת הכלל, על-מנת שלא לפגוע יתר על המידה בחופש הביטוי בכלל, ובמרחב התמרון העומד לרשות יוצרים עתידיים, בפרט. כדבריו של פרופ' ויסמן: "הסיבה מדוע אין דיני זכויות יוצרים מגינים על רעיונות היא שאם היינו עושים כן, לא הייתה ההתפתחות התרבותית אפשרית. ההתפתחות התרבותית מותנית בשימוש חופשי ברעיונותיהם של קודמינו (ובמאמץ להוסיף עליהם נדבך משלנו)" (טור-סיני,** עמ' 215 והאסמכתאות שם).

**הקמפיין כרעיון פרסומי אינו בר הגנה בזכות יוצרים**

1. [סעיף 4](http://www.nevo.co.il/law/3953/4) לחוק קובע את התנאים לקיום זכות יוצרים ביצירה. בין היתר, מציין החוק רשימה סגורה של סוגי יצירות והן **"יצירה ספרותית, יצירה אומנותית, יצירה דרמטית או יצירה מוזיקלית"** וקובע כי ההגנה תינתן אך ורק ליצירה מקורית אשר קובעה בצורה מוחשית. (תמיר אפורי **חוק זכות יוצרים** (2012), עמ' 91-92).

באשר לדברי פרסומת ותעמולה הרי שאלו עשויים להיות מורכבים משילוב של יצירות ספרותיות, אומנותיות ואף דרמטיות, מוסיקליות או קולנועיות ולזכות בהגנת החוק (**גרינמן**, כרך א', עמ' 72).

ב[ע"א (ת"א) 178/79](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%20178/79) **רלף הלינגר נ' יואל אסתרון ומשרד הביטחון**, פ"מ תש"ם ב', 216, נידונה שאלת טקסט מודעת פרסומת כיצירה הראויה להגנת [חוק זכות יוצרים](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=חוק%20זכות%20יוצרים), ונקבע כי **"דברי פרסומת ותעמולה יכולים להוות יצירות ספרותיות ובלבד שלא יהיו בבחינת סיסמאות גרידא".** באשר למודעת הטקסט שנידונה באותו עניין, קבע ביהמ"ש כי **"זוהי סתם הודעת פרסומת, בלשון הפשוטה ביותר, שאין לה שום אופי מיוחד... היעלה על הדעת שכל מודעה פשוטה שאין בחיבורה שום תחכום ושום ייחוד תהיה מוגנת כ"יצירה מקורית ספרותית", וכי לכך התכוון המחוקק? תמהני".**

בעניין סטרוצקי ([ע"א 360/83 **סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ**,פ"ד מ](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%20360/83&Pvol=מ) (3), 340, 349 (1985)) קבע ביהמ"ש כי "**אכן, טקסט שבפרסומת יכול להיחשב כיצירה ספרותית, אם הוא יצירה הראויה להגנה, בעוד שהחלק הציורי או הגראפי של אותה פרסומת יכול להיחשב כיצירה אמנותית**". ובאשר לטקסט הכתוב נקבע כי **"כדי שיצירה תהיה ראויה להגנה כ"יצירה ספרותית" צריכה היא לתת ביטוי בכתב לרעיון כלשהו, דל ככל שיהיה, וצריכה היא למקוריות ולמידת מה של מאמץ וכשרון".** בעניין סטרוצקי הוכר שלט פרסום כיצירה אמנותית, חרף העובדה שהכיל אלמנטים שנעשה בהם שימוש פרסומי קודם לכן ונקבע, כי המקוריות היא בגין חיבורם של האלמנטים. ואולם, בהעדר מלל למעט שמה של החברה שעבורה נעשה הפרסום, לא הוכרה הפרסומת כיצירה ספרותית.

הכרה בפרסומת הכוללת מוטיבים המוגנים בזכויות יוצרים, היתה גם בפסק דין שנתתי לפני שנים בעניין ענק המזגנים, שאושר גם בערכאת הערעור (ת.א. 53955/97 **מימרן נ' רשת ענק המזגנים**; ע"א (ת"א) 2438/01 **רשת ענק המזגנים שיווק ושירותי מיזוג אויר נ' מימרן יוסי,** פורסם בנבו (24/10/04)). פסק הדין עוסק בהכרה במודעת פרסומת מטעם רשת המזגנים כיצירה מוגנת. שם נקבע כי הפרסומת, הכוללת מוטיב עיקרי בדמות איורם של פינגווינים בצירוף הלוגו "ענק המזגנים" תיחשב כ"יצירה אומנותית", ואילו הטקסט המפורט במודעת הפרסומת כגון, דגמי המזגנים, מחיריהם וכתובות סניפי הרשת לא יחשב כ"יצירה ספרותית", משהוא אינו מהווה ביטוי לרעיון מקורי או כשרון מיוחד של יוצרם.

1. בענייננו, טוען משרד זרמון כי "היצירה הקריאטיבית" בבסיס הקמפיין שהוכן עבור דלתא - על כל האלמנטים הקריאטיביים בו, לרבות השימוש בנינט טייב כפרזנטורית ובשמות המותגים ותתי המותגים - עולים כדי יצירה מוגנת בהתאם לחוק. לטענתו, האסטרטגיה הקריאטיבית פרי יצירתו, הועלתה במלואה על הכתב בשלל דרכים שונות, בין היתר, במצגות, הודעות דוא'ל, תסריטים ותקצירי תסריטים, כמו גם במסגרת טיוטת הסכם בין נינט לדלתא, וכי "**אלה השלבים בהם נוצר הקניין הרוחני שיא תהליך היצירה."**
2. **כפי שציינתי לעיל, מחומר הראיות ומכלול העדויות שנשמעו בתיק זה עולה, כי תוצריו של זרמון כפי שהוצגו לדלתא באותה עת, טרם קרמו עור וגידים לכדי קמפיין פרסומי ולמעשה מדובר בבליל רעיונות, מחשבות, דוגמאות וכיוונים אפשריים לקמפיין, החוסים בגדרי "תהליך" יצירתו של קמפיין ונותנים הצצה ל"איך קמפיין נולד" ותו לא.**

**מכאן, שגם אם יש ממש בטענת זרמון, כי משרד זרמון עסק בהעלאתם של רעיונות ואסטרטגיות שיווקיות לקמפיין הפרסומי של דלתא ומיתוגה מחדש, כמו גם ב"סיעור מוחות" שנעשה לשם תכנון האסטרטגיה השיווקית של הקמפיין, טרם התגבש התהליך לכלל קמפיין ולא נוצרה "קפיצת הדרך" לקביעה, כי הקמפיין הפרסומי מטעם זרמון עונה להגדרת יצירה מוגנת.**

**משכך, ומשאין הגנת זכויות יוצרים חלה על רעיון או תהליך, הרי שאין הגנה על הקמפיין הפרסומי כטענת זרמון, שהיווה לכל היותר אסופה של רעיונות ראשוניים וכיוונים שונים של אסטרטגיות פרסומיות, אשר הועלו על הפרק אך לא הובילו ליצירת קמפיין פרסומי מגובש למיתוגה מחדש של דלתא.**

1. למעלה מן הצורך אציין כי גם אילו הייתי מקבלת את טענת זרמון בסיכומי התשובה מטעמו, כי האסטרטגיה הקריאטיבית זכאית בפני עצמה להגנת זכויות יוצרים (ואיני מקבלת טענה זו), או אם הייתי משתכנעת כי המשרד היה קרוב לגיבושו של קמפיין אך לא הספיק להכין על בסיסה קמפיין סופי ומוגמר (ואיני מקבלת טענה זו), גם אז היה על התובעת לעבור את המשוכה של דרישת המקוריות, וכפי שיובהר להלן, היא לא עמדה בנטל זה.

**דרישת המקוריות**

האם נתקיימה דרישת המקוריות בקמפיין הפרסומי פרי עמלו של זרמון?

1. בפסיקותיו השונות, קבע ביהמ"ש העליון כי דרישת המקוריות הינה דרישת סף לקיומה של זכות יוצרים ביצירה (ראו, למשל, ע"א 7996/11 **סייפקום בע"מ נ' רביב**, (18.11.2013) (להלן: **"עניין סייפקום**"); [ע"א 8485/08](http://www.nevo.co.il/case/6130676) **The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט** פורסם בנבו, 14.3.2010)).

לעניין משמעות דרישת המקוריות כותב גרינמן בספרו כי:

**"משמעו שיצירה נוצרה בידי הטוען לזכות יוצרים (מבחינה זו שהוא 'המקור' ליצירה) ושהיא מגלמת מידה כלשהיא של יצירתיות, או של משאב רוחני – אינטלקטואלי השקול ליצירתיות. אין כל דרישה שהיצירה תהיה חדשנית או ייחודית"** (גרינמן, כרך א, עמוד 90).

בעניין סייפקום נקבע, כי המבחן האם נתקיימה דרישת המקוריות כולל שלושה מבחני משנה – מבחן המקור, מבחן ההשקעה ומבחן היצירתיות, כאשר לא די בקיומו של רכיב אחד לצורך הוכחת מקוריות (עניין סייפקום, פסקה 15):

"*מבחן המקור* - דורש כי מקורה של היצירה יהיה ביוצר וכי אין היצירה מבוססת על יצירה אחרת. ביהמ"ש מציין כי כל יצירה מתבססת על רעיון קיים, היוצר אינו יוצר יש מאין, אלא יש מ-יש, ועל כן, כל שנדרש הוא שהטוען לזכות יוצרים יוסיף משהו מקורי משלו לרעיון ולא יעתיק יצירה מיוצר אחר;

*מבחן ההשקעה* – על היוצר להוכיח כי השקיע "עמל" ביצירה. "עמל" פירושו מידה מינימלית של השקעה של "משאב אנושי" מטעם היוצר;

*מבחן היצירתיות* - בכדי שהיצירה תהיה מוגנת בזכויות יוצרים לא די אם יוכח כי היוצר השקיע עמל ביצירה, אלא על היוצר להוכיח כי ביצירה קיימת מידת יצירתיות, דהיינו כי היצירה משקפת ביטוי אינטלקטואלי של היוצר, בדרגה של "כישרון או שיקול דעת".

 (ר' גם תא (ת"א) 22913-03-10 **צבי תמרי נ' קומפי וור בע"מ**, (20.3.14)).

1. באשר **למבחן ההשקעה** הרי שזה מתקיים בענייננו. אין חולק כי בהכנת הסקיצות לקמפיין [הן הראשוני השם דגש על הישראליות, והן המסמכים שנוצרו לאחר גיוסה של נינט] הושקעו מחשבה ועמל רב. כך, בין היתר, בוצעו סקרי שוק והערכת מצב שיווקית, הוחלט על מטרות וקהלי המטרה לקמפיין, בוצע תכנון אסטרטגי של מסרי קמפיין הפרסום, ותורגם הקונספט הקריאטיבי לסקיצות על פי האלמנטים הפרסומיים המבוקשים.

ואולם, באשר **למבחני המקור והיצירתיות**, הנדרשים אף הם להוכחת "מקוריות" היצירה, איני סבורה כי התובעת הרימה את הנטל הנדרש להוכחת רכיבים אלו.

איסוף רעיונות ובחינת אסטרטגיות פרסומיות ושיווקיות לקמפיין פרסומי, בין היתר, מקמפיינים שונים בחו"ל (ובפנים הארץ) וכהגדרתו של זרמון עצמו – **"איסוף דוגמאות של תצלומי אופנה לפרסום אופנה תחתונה ודוגמאות של פריימים לצילומי פרסומת מהם נינט יכלה ללמוד מהו הלוק אנד פיל (Look & Feel) של הפרסומת שזרמון רצו להפיק עובר דלתא"** (הדגשה במקור), הינם הליך מחשבתי מקובל טרם עלייתו של קמפיין פרסומי לאוויר. התובעת לא הוכיחה יצירה מקורית במצגותיה, ובשלב זה כל שכולל הקמפיין הוא דוגמאות "גזור-הדבק" מקמפיינים עולמיים ומקומיים, ללא כל ביטוי מקורי "בדרגה של כשרון או שיקול דעת".

משכך, הקמפיין אינו עונה להגדרת מבחני המקור והיצירתיות, בעיקר מפני שהוא טרם גובש ועובד לכדי יצירה אחת מקורית וראויה להגנה.

1. לשלמות התמונה ובמענה לטענת זרמון בסיכומיו שהפנה לפרשת עלי שלכת בהקשר זה, יצוין, כי אכן בפרשת עלי שלכת (תא (פ"ת) 7357-09-10 **קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ**, (22/12/13) הכיר בית משפט השלום בקמפיין במצגת פרסומת ובסלוגן כיצירה מוגנת, ואולם בניגוד מוחלט לקמפיין זרמון המורכב כאמור מ"סקיצות ראשוניות", התרשמות ביהמ"ש שם הייתה כי "**המצגת הינה תוצר סופי ומוגמר של קמפיין שיווקי.. המצגת משלבת יצירות בעלות אופי ספרותי, דרמטי, קולנועי ואומנותי במהותן**" וכי "**ה"סלוגן" שיצרה התובעת "להיפרד בדרך שלך" מקיים את שלושת המבחנים**".

**גלגוליו של הקמפיין**

1. מטרת הקמפיין שהוזמן על ידי דלתא היתה מיתוג מחדש של החברה ושינוי מיצובה בקרב הצרכנים, מחברה שמרנית וותיקה לחברה חדשנית, נחשקת ואופנתית.

האסטרטגיה הקריאטיבית שאפיינה את הקמפיין בגלגולו הראשון במשרד זרמון עסקה בישראליות והמוטו המוביל בקמפיין היה "ישראל לובשת דלתא". אין חולק, כי בתכנון אסטרטגיה זו השקיעה התובעת משאבים רבים ונעשתה עבודה יסודית בתכנון הקמפיין, לרבות ביצוע "עבודת שטח" מאומצת לבחינת דעת הקהל בישראל, מתוך מטרה לגבש קמפיין ש"ישים את דלתא על המפה". העבודה על קמפיין זה כללה כאמור, בחינת פרזנטורים מתאימים עד לבחירתה של נינט כפרזנטורית שתוביל את הקמפיין, וכן, סיעור מוחות בין אנשי דלתא למשרד זרמון בנוגע לשמות המותגים ותתי המותגים למותג החזיות החדש של דלתא.

הצדדים אינם מציגים גרסה אחידה לזניחת קמפיין הישראליות. מחד, מתארת התובעת שינוי בקמפיין המתגבש נוכח גיוסה של נינט כפרזנטורית - **"הקמפיין המתהווה עבור דלתא קיבל תפנית בתהליך היצירה, לכיוון קמפיין המבוסס על אלמנטים מוסיקאליים, קמפיין הפונה לצעירים.."** ומציינת כי **"אין זה יוצא דופן שהאסטרטגיה הפרסומית נבנית "סביב" פרזנטור דומיננטי או מיוחד",** ומאידך, טוענות הנתבעות כי חוסר שביעות רצון של אנשי דלתא מקמפיין הישראליות הוא שהוביל לפסילתו.

בכל מקרה, ברור הוא כי קמפיין הישראליות נזנח ולאחר גיוסה של נינט או בסמוך לכך, התבקש משרד זרמון לגבש אסטרטגיה פרסומית חלופית.

1. האסטרטגיה הפרסומית מטעם משרד זרמון בכיכובה של נינט הולידה רעיונות שונים לשילובה של נינט בקמפיין מוסיקאלי, כמו גם כוונה ליצור שיתופי פעולה של הזמרת עם דלתא. בין היתר, הוצעה מכירה מוקדמת של התקליט החדש של נינט בחנויות דלתא, הצבת מיתוג של דלתא בהופעות של נינט, השקת ליין חדש של הלבשה תחתונה על שמה של נינט ועוד. זרמון העיד, כי הוכנה **"מצגת מפורטת המראה מה ניתן לעשות עם נינט. הצענו שורה של אפשרויות לשיתופי פעולה עם נינט ואפיקים קריאטיביים מקוריים, לשילוב הידיים בין נינט ודלתא"** (נספח 40, לתצהיר זרמון). ואולם, הקמפיין בצורתו הגולמית לא קרם עור וגידים נוכח מעבר דלתא למשרד הפרסום אלדר חומסקי.

יצוין, כי מן העדויות שהובאו בפניי, כמו גם מחוות דעת המומחים, עולה כי באופן תדיר רעיונות וקמפיינים אינם יוצאים לפועל ומשרד הפרסום אינו מקבל תגמול נוסף, בגין עבודתו על קמפיין שנזנח.

1. לאחר המעבר למשרד אדלר חומסקי נדרש המשרד לגבש קמפיין חדש. הקמפיין בניצוחו של משרד אלדר חומסקי, שם דגש על "חדשנות- Innovation" במוצריה של דלתא, והאסטרטגיה הפרסומית שגובשה היתה בידול דלתא מול מתחרותיה, על בסיס הטכנולוגיה החדשנית המאפיינת את מוצריה של דלתא. בקמפיין כיכבה נינט כפרזנטורית מובילה ונעשה שימוש בשמות המותגים מאצ'תונים Q ו- Bravo ותתי המותגים הנוספים, שנוצרו בתקופת ההתקשרות של דלתא עם זרמון.

**לאחר שצפיתי באולם ביהמ"ש במצגת הקמפיין של משרד אלדר חומסקי, וקודם לכן ברעיונות ובסקיצות שהוכנו על ידי משרד זרמון, נחה דעתי כי הקמפיין שיצא מטעם אדלר חומסקי עומד בפני עצמו, וכי אין המדובר בהעתקה של החומרים פרי מעשיו של משרד זרמון. אמנם הקמפיין שנוצר מבוסס על חומרים שנוצרו עוד בתקופת ההתקשרות של דלתא עם זרמון, אך השימוש בהם אינו מהווה הפרה של זכות יוצרים אלא שימוש ברעיונות ותהליכים.**

תימוכין למסקנתי זו, ניתן למצוא בעדותו של עירון, המומחה מטעם זרמון, שאישר כי המסר בקמפיין של אדלר חומסקי היה "**של חדשנות טכנולוגית, של השתנות**..." רעיון שלא הוזכר בחוות דעתו בהקשר לקמפיין של זרמון (עמ' 75-76 לפרוט').

החוק אינו מגן על רעיונות ותהליכים ולכן, גם אם עשה משרד אלדר חומסקי שימוש ברעיון כזה או אחר, או אפילו בקונספט שנהגה ע"י זרמון, אין מדובר ביצירה הזכאית להגנה על פי החוק.

1. בניסיון "לנכס" למשרד זרמון זכויות כלשהן, קבע המומחה עירון מטעמו בחוות דעתו כך- **"אני מתרשם, ככל שביכולתי לשפוט, שאף היישום הספציפי הוא אכן פרי יצירתה של מחלקת הקריאייטיב של משרד הפרסום אלדר –חומסקי, הרי שהוא נובע ושואב מהקונספט, הלוז של הקמפיין, ומהאסטרטגיה הקריאטיבית שגובשה ע"י התובעת"** (סעיף 126 לחוו"ד).

לא שוכנעתי שנעשה שימוש ב"קונספט" או ב"לוז של הקמפיין" כטענת עירון. הקונספט מתמצה בהצגת דלתא כחברה הפונה גם לקהל הצעירים עם קו מוצרים חדש, לא היה פרי המצאתו של משרד זרמון; ואילו "הלוז של הקמפיין" הוא ביטוי שאין בו ממש, לאחר שהוכח כי רעיונותיו של זרמון ו"הלוז" שהוצע על ידו ל"קמפיין", לא אומצו על ידי דלתא ולא נעשה בהם שימוש בקמפיין של אדלר חומסקי.

הסרטון "נינט והרובוטים" שהופק על ידי אדלר חומסקי, אינו דומה כלל לתסריטים שהוכנו במשרד זרמון, והוא כולל אלמנט של חדשנות טכנולוגית שאינו קיים בתסריטי זרמון.

יתרה מכך, גם אם גובש קמפיין המבוסס על חדשנות אך נגנז או נדחה על ידי הלקוח, כאשר הלקוח עזב את המשרד ופנה לעבוד עם משרד פרסום אחר, המשרד הקודם לא יקבל עליו תשלום, כפי שאישר הדר גולדמן בחקירתו (עמ' 185 שו' 1).

האם זהו הדין גם באשר לשימוש בפרזנטור ובשמות מותגים? האם אלו מהווים נושא לזכות יוצרים? על שאלות אלה אשיב עכשיו.

**גיוס פרזנטור - האם יצירה ברת הגנה בזכות יוצרים**

1. האם גיוסו של ידוען כפרזנטור בקמפיין פרסומי, ובהתאמה גיוסה של נינט כפרזנטורית לקמפיין של חברת דלתא, על כל התהליך המחשבתי והיישומי שהושקעו בו, עולים כדי הגדרת המחוקק ליצירה מוגנת בזכות יוצרים?

לטענת זרמון **"בחירת נינט כפרזנטורית של דלתא, השפיעה על האסטרטגיה הפרסומית הקריאטיבית"** והיוותה למעשה את הבסיס לתפנית שקיבל הקמפיין הפרסומי (ותוצריו הנלווים) מקמפיין העוסק ב"ישראליות", לקמפיין חדשני המבוסס על אלמנטים מוסיקאליים. לדבריו, **"הפרזנטור הוא עמוד תווך בקמפיין ומשפיע עליו ועל המותגים שנוצרים",** והבחירה בנינט אינה בחירה טריוויאלית אלא תולדה של הליך מחשבתי מאומץ וניסיונות שכנוע רבים, שהושקעו ע"י משרד זרמון לשם גיוסה לקמפיין.

ב"כ זרמון מאשר, כי נכון הוא שרעיון ככלל אינו זכאי להגנה מכוח החוק, ואולם, רעיון שזכה לביטוי כתוב והאסטרטגיה הקריאטיבית שהועלתה עלי כתב, בשלל דרכים שונות (מצגות, תכתובות דוא"ל, תקצירי תסריטים ועוד) זכאים, לדבריו, להגנה בדין, וזאת ברוח דבריו של גרינמן בספרו לפיהם - **"הרחבה פרשנית כזו של תחולת זכות היוצרים אינה תופעה ייחודית ישראלית, אלא כורח המציאות שבה מתפתחים אמצעי ביטוי חדישים חדשות לבקרים"** (**גרינמן,** כרך א, עמ' 59).

1. מנגד, טוען ב"כ אדלר חומסקי, כי עצם הרעיון של שימוש בידוען כפרזנטור, אינו רעיון ייחודי או הברקה יוצאת דופן של זרמון, וכי הבחירה בידוען היתה לבקשתה של דלתא. לטענתו, הוצעו לדלתא **"אין ספור פרזנטורים"** ע"י זרמון-גולדמן טרם בחירתה של נינט, והבחירה בנינט וגיוסה לקמפיין היו תודות למאמציו של מנכ"ל דלתא ולאו דווקא בשל מאמצי התובעת (ככל שהיו).

לטענת חומסקי, מסע השכנועים של נינט שתואר ע"י התובעת כמסע חובק עולם (הועלו גרסאות בדבר פגישות שנתקיימו בפריז, ניו-יורק ובארץ) אינו אלא בגדר **"סיפור כוזב שהומצא בזמן העדויות"**, כי בפועל נינט ביקשה למצוא לעצמה קמפיין פרסומי להשתתף בו, ונוכח מאמצי מנכ"ל דלתא בחרה בסופו של דבר להשתתף בקמפיין של דלתא.

בכל מקרה, הרעיון לבחור בפרזנטור כזה או אחר אינו מהווה יצירה מוגנת והינו רעיון ככל רעיון אחר, וכך גם "תהליך" גיוס הפרזנטור אינו יצירה המוגנת. יתרה מזאת, לטענת חומסקי הנוהג בין משרדי פרסום הוא כי הפרזנטור עובר עם הלקוח למשרד הפרסום החדש, שאליו עובר הלקוח (כמו גם כל החומר הפרסומי שבבעלות הלקוח), וכך נעשה גם בענייננו.

משרד אדלר חומסקי אף מוסיף, כי הבחירה בנינט הייתה עובדה מוגמרת בעת תחילת ההתקשרות בינו לבין דלתא ביום 15/03/12, שכן ההסכם בין דלתא לנינט כבר נחתם ביום 26/01/12 (נספח 1 לתצהיר צביקה שווימר).

1. **לאחר שבחנתי את הדברים, אני סבורה כי בחירתו של ידוען כפרזנטור לקמפיין פרסומי, בין אם מדובר בשחקן, זמר או כל דמות ידועה אחרת, ראויה לתואר "רעיון" בלבד ואינה עולה כדי יצירה המוגנת בזכות יוצרים.**

**כך גם בחירתה של נינט כפרזנטורית של דלתא, אינה מהווה "יצירה" כהגדרתה בחוק ואינה מוגנת בזכות יוצרים, ואין זה מעלה או מוריד אם אקבל את גרסתו של זרמון, כי מאמצי משרדו הם שהביאו לגיוסה לקמפיין או שמא אקבל גרסתו של משרד אדלר חומסקי, כי גיוסה היה פרי מאמצו של מנכ"ל דלתא.**

**גיוס ידוען כגון נינט לקמפיין פרסומי שמטרתו מיתוג מחדש של חברה/רשת אינו רעיון פורץ דרך או ייחודי בתחומו מבית היוצר של משרד זרמון דווקא, אלא דרכם האופיינית של מסעות פרסום בארץ ובעולם.** כך לדוגמא, וכפי שהצביעו הנתבעות בסיכומיהן, דלתא שילבה בפרסומים קודמים מטעמה פרזנטורים ידוענים, כדוגמת לינור אברג'יל (מלכת היופי העולמית) ושרונס יאסיקביצ'יוס הידוע בשם שאראס (רכז מכבי ת"א בכדורסל ובן זוגה של גב' אברג'יל בשעתו). הדבר נכון אף ביחס לנינט עצמה, אשר השתתפה שנים קודם לכן בקמפיין פרסומי של חברת הסלולר פלאפון.

1. השימוש בידוען כפרזנטור, דומה לשימוש ב"סצנות שגורות" - *Scenes a Faire* (ובתרגום מילולי "סצנות שחובה לעשותן") כפי שנעשה בסוגי יצירות שונות –

**"אלו הם יסודות דרמטיים (או ספרותיים) מסוימים הקשורים באופן שגרתי לרעיון או לנושא מסוים, או נובעים באופן סטנדרטי מהז'אנר, והם אינם זוכים להגנה מלאה בזכויות יוצרים. כך למשל, קיומם של שיכורים, זונות ומכוניות נטושות הם סצנות שגורות בסרטים העוסקים בסרטים על אודות שוטרים ברובע 41 בברונקס"** (מיכל שור-עופרי, **פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים**, נבו הוצאה לאור בע"מ, עמ' 79 והאסמכתאות שם. ההדגשה אינה במקור, (להלן: **"שור-עופרי"**)).

דוקטרינת הסצנות השגורות פותחה במשפט האמריקני ולא זכתה לקליטה רשמית במשפט הישראלי, ואולם יישום של הרעיון בבסיס דוקטרינה זו ניתן למצוא בפסקי דין שונים שניתנו בערכאות השונות בישראל.

כך למשל, בפס"ד בעניין בלומנפלד (ת"א (מחוזי ת"א) 1229/95 **בלומנפלד נ' הראל**, (27/11/97) (להלן: "**בלומנפלד**")) קבע ביהמ"ש כי שימוש במוטיבים עלילתיים בספר ילדים העוסק במעבר דירה, כדוגמת הצורך במעבר דירה כאשר נוסף תינוק למשפחה, תיאור אריזת הציוד ומפגש עם חדר הילדים בבית החדש – כולם אלמנטים המוכתבים מ"כורח הנושא", כהגדרתו של ביהמ"ש שם (ראה **שור-עופרי**, שם).

**"עקרון ה-  *Scenes a Faire*מוצג לעיתים קרובות כעקרון הקשור בטבורו לכלל שלפיו אין הגנה על רעיונות. על פי טיעון זה, אם קווים עלילתיים, דמויות טיפוסיות, ורכיבים דרמטיים אחרים נובעים באופן שגרתי מרעיון מסוים והכרחיים כדי לבטא אותו, הכרה בזכויות יוצרים ברכיבים אלה, משמעה בעקיפין מתן הגנה לרעיונות"** (שור-עופרי, עמ' 80).

להשלמת הנושא, יצוין כי בספרה מציינת שור-עופרי, כי קיימים מקרים בהם הפסיקה העוסקת בסצנות השגורות ראתה רכיבים שגורים אלה כ"ביטוי" ולא כ"רעיון" ואולם ההגנה הניתנת להם כ"סטנדרט" היתה פחותה.

1. ובחזרה לענייננו. נכון הוא כי אין עסקינן בסצנות שגורות מתוך קמפיין פרסומי, ואולם נראה כי ניתן להקיש מדוקטרינת ה- *Scenes a Faire* לעניין שילובו של ידוען כפרזנטור בקמפיין פרסומי, כשימוש שגור, העולה לעיתים אף כ"כורח הנושא" (ראה בלומנפלד לעיל) או כ כ"רעיון שיווקי" (ראה מחרז להלן), ומשכך, הוא אינו בר הגנה בזכות יוצרים.

כפי שנאמר בענין מחרז:

 **"רעיון, אפילו הוא חדשני וייחודי אינו נושא להגנת זכויות יוצרים. שיווק תרופה באריזה משולבת הכוללת תרופה ליום ותרופה ללילה, הינו רעיון שיווקי. אפילו הנחתי כי הרעיון הינו פרי הגותה של דקסון, אין בכך כדי להקנות לה זכויות יוצרים ברעיון ולשלול מזולתה את הזכות להשתמש ברעיון."** (תא (ת"א) 1077/01 **ש. מחרז נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ,** (18/03/01), הדגשה אינה במקור)**.**

**לסיכום - הבחירה בנינט לקמפיין הפרסומי, ייחודית ובעלת משמעות ככל שתהיה, אינה נכללת בהגדרת "יצירה" הזכאית להגנת החוק. נוכח קביעתי זו, איני נדרשת לבחון האם מתקיימת בעניין זה דרישת המקוריות על כל מבחני המשנה שהוגדרו בפס"ד בעניין סייפקום, ונדמה כי על פניו, ממילא אלו אינם מתקיימים במלואם בענייננו.**

**המעבר ממשרד פרסום אחד למשנהו – נוהג מקובל**

1. כשם ששילוב ידוען בקמפיין פרסומי הינו הליך שגור בעולם הפרסום, כך גם מעבר של חברות ורשתות (ובכלל זה הפרזנטורים המזוהים עימן) ממשרד פרסום אחד למשנהו, הינו דבר שבשגרה, וידיעה חדשותית בדבר מעבר של תקציב הפרסום של חברה מסוימת ממשרד פרסום אחד למשנהו, אינה חיזיון נדיר. בעניין זה קיימת הסכמה בין הצדדים, כי לעיתים נעשה המעבר תוך כדי פעילות לגיבושו של קמפיין חדש, ולעיתים גם לאחר גיבוש הקמפיין.
2. ביחס לשימוש בפרזנטור, טענו הנתבעות כי **"הנוהג הוא שהפרזנטור עובר עם הלקוח גם למשרד הפרסום החדש אליו עובר הלקוח"** וציינו את מודי בר-און שעבר עם בנק דיסקונט ממשרד אדלר-חומסקי למשרד פרסום אחר, ואת אייל קיציס עם 012 שעברו בין משרדי פרסום שונים.

בחקירתו נשאל גולדמן לעניין מעבר פרזנטור עם החברה עמו הוא מזוהה, ממשרד פרסום אחד למשנהו, וכך השיב (ישיבה יום 17/11/14, עמ' 136, ש' 23 ואילך):

**"ש. אייל קיציס אתה מכיר?**

**ת. כן.**

**ש. מכיר. 012? מזוהה לך.**

**ת. אה אה.**

**ש. אה זה לא שומעים.**

**ת. אה אה, אייל קיציס 012 מוכר לי.**

**ש. יפה. גם הוא עבר יחד עם הלקוח 012 ממשרד למשרד, נכון?**

**ת. לפי מיטב ידיעתי כן, במקרה הזה אני מכיר אותו, את המקרה הזה.**

ובהמשך (עמ' 138, ש' 22-26).

**שאלת בית המשפט: "אז שאלתי אותך, אם היה מקרה, לאור התשובות הקודמות שנתת, שניסיתם למנוע מפרזנטור לעבור ממשרדכם למשרד אחר, כאשר הלקוח עזב אתכם"**

**ת: לא שזכור לי גברתי"**

1. הנוהג בענף הפרסום, של מעבר פרזנטור עם הלקוח ממשרד פרסום אחד למשנהו,הוא נוהג ידוע ומקובל אליבא דשני הצדדים. הדברים נכונים ביתר שאת, כאשר המעבר מתבצע לאחר שנחתם הסכם בין המפרסם לבין הפרזנטור, כפי שאירע במקרה דנן, המעבר בוצע לאחר שההסכם בין נינט לדלתא כבר נחתם. העובדה שמדובר בנוהג מקובל בענף הפרסום, יש בה כדי ליתן משנה תוקף לקביעתי, כי אין לקבל את הטענה לפיה מדובר ביצירה שהיא בבעלות משרד זרמון.

בהקשר זה ראוי לציין, כי בחוו"ד המומחה עירון מטעם זרמון נאמר, כי קיימת הבנה בעולם הפרסום שזכויות הקניין הרוחני בחומר הפרסומים הינם בבעלותו הבלעדית של המפרסם [דלתא בענייננו], אולם הדבר כפוף לתשלום מלוא התמורה בגין השירותים הניתנים ללקוח על ידי משרד הפרסום, והדברים מובאים בהסכמה בסעיף 205 לסיכומי התובעת.

העולה מדברי עירון הוא, כי את התשלום בגין השירותים שניתנו ללקוח משרד זרמון היה צריך לתבוע מדלתא, אך משרד זרמון בחר שלא לתבוע את חברת דלתא, ומה לו כי ילין על משרד אדלר חומסקי, שקיבל את נינט ואת החומר הפרסומי שהגה זרמון כעובדה מוגמרת, עם המעבר של דלתא אליו.

**המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל היא, כי אין לתובעת זכות יוצרים ברעיון לגייס את נינט כפרזנטורית של דלתא, ואין מקום לחייב את הנתבעים בתשלום תמורה מיוחדת, בגין השימוש בה בקמפיין החדש שהגו אנשי אדלר חומסקי לאחר מכן.**

**הגנה על רעיונות - אפשרויות נוספות**

1. כפי שעמדתי בהרחבה מעלה, דיני זכויות יוצרים אינם נותנים הגנה על רעיונות, ייחודיים וטובים ככל שיהיו. יחד עם זאת, קיימים כלים משפטיים אחרים שבעזרתם תימצא הגנה לרעיון. למשל, באמצעות חתימה על כתב סודיות, טענה לקיומו של חוזה משתמע בין היוצר לבין לנחשף לרעיון, קיומה של חובת אמון שמשמעה החובה לשמור את סודותיו המסחריים של היוצר המקורי ועוד (להרחבה בעניין זה ראה **גרינמן**, עמ' 961-968).

לצד כל אלה, שלא מצאתי כי הם רבלנטיים לענייננו, קיימת גם חובת הפיצוי על פי דיני עשיית עושר במשפט, ועל כך ארחיב בפרק נפרד.

**שמות המותגים – זהות היוצר וזכויות היוצרים ביצירה**

1. לטענת התובעת, בין ההפרות שביצע משרד אלדר חומסקי ביצירותיו של משרד זרמון נעשה גם שימוש מפר בשמות המותגים כדוגמת Bravo"" ו-"מאצ'תונים Q" ובתתי המותגים (Delta BRAVO Sexy Wishes;Delta BRAVO Full Support; Delta BRAVO Soft Cotton; Delta BRAVO for 2).

התובעת טוענת להעתקה מלאה ומדויקת של יצירותיה אלה ע"י אלדר חומסקי, ומלינה כי השימוש אינו מוכחש ואף עולה בבירור מן הראיות בתיק. תמיכה לטענתה זו מוצאת התובעת בתשקיף משרד אדלר-חומסקי לבורסה לניירות ערך בעמוד ו-35.

1. הנתבעות טוענות כי שמות המותגים ותתי המותגים לעיל, היו תוצר עבודה משותפת ושיתוף פעולה בין אנשי הצוות הקריאטיבי של דלתא ומשרד זרמון, אשר נהגו תוך הכוונה מפורשת של דלתא, ומשכך, זרמון אינה בעלת זכויות היוצרים הבלעדית בתוצרים אלה (אם בכלל).

לטענתן, מי שהמציא את המותג מאצ'תונים Q היא גלית (מנהלת מחלקת השיווק של דלתא), במסגרת ישיבה משותפת של מחלקות הקריאייטיב של דלתא וזרמון, והשם Bravo הומצא לאחר שדלתא כיוונה את אנשיו של זרמון לעשות שימוש במילה – Bra (חזיה בלעז) בעת מתן השם למותג. באשר לתתי המותגים, הרי השמות שהומצאו ע"י משרד זרמון נפסלו על הסף, ואילו השמות שנבחרו למוצרים בסופו של יום נהגו ע"י אנשי דלתא עצמה. מטעם זה, דלתא שהיתה שותפה מלכתחילה בהמצאת מותגים אלה, רשאית הייתה לעשות בהם שימוש כהבנתה.

זאת ועוד, לטענת חומסקי גם אם תתקבל טענת זרמון לפיה שמות המותגים הומצאו ע"י משרדו בלבד, הרי שמדובר בשמות מותגים המסמנים את המוצרים של דלתא, ודלתא היא שעושה שימוש בשמות אלו לבידול מוצריה מיתר המוצרים בשוק. בנסיבות אלה, הרי שהשימוש במותגים הינו במנותק מהקמפיין הפרסומי ואינו חלק מהקריאייטיב הפרסומי. בהתאם להיגיון זה טוענות הנתבעות, אין שוני בין המותג "דלתא" לבין המותג "דלתא Bravo" ו"מאצ'תונים Q" ואין זה מן הנמנע כי מותגים אלה יופיעו בפרסומות שנועדו לקדם את קווי ההלבשה התחתונה המזוהים תחת שמות מותגים אלה.

**היוצר הוא בעל זכות יוצרים ביצירתו**

1. בהתאם לכלל הקבוע בסעיף 33(1) לחוק זכות יוצרים, היוצר הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה. כלל זה תואם את מטרתם הבסיסית של דיני זכות יוצרים והיא מתן תמריץ ליוצר ליצור יצירתו. המלומד גרינמן כותב כי **"יש בכך משום הכרה בזכותו הטבעית של היוצר ביצירתו"** ומציין כי בעלות היוצר ביצירה, מתיישבת גם עם ההלכה שנקבעה בפס"ד אינטרלגו ([ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A.**, פ"ד מח](http://www.nevo.co.il/case/17936460)(4) 133) לפיה הגורם החשוב ביותר לקיום זכות יוצרים ביצירה הוא היצירתיות.

יודגש, כי קיימים מקרים כדוגמת יצירות אדריכליות או יצירות קולנועיות בהם האחד מעצב את היצירה (אדריכל/תסריטאי) בעוד אחר מבצע אותה או מוציאה לפועל. במרבית המקרים, יש לראות את המעצב ולא את המבצע כיוצר היצירה.

1. באשר ליצירות מוזמנות קובע סעיף 35(א) לחוק:

**"ביצירה שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה, כולה או חלקה, הוא היוצר, אלא אם הוסכם אחרת בין המזמין והיוצר, במפורש או במשתמע"**

גרינמן בספרו מציין, כי ניתוח הסעיף מעלה שאלות ביחס לכוונת המחוקק באשר לתחולת הסעיף – מהי יצירה מוזמנת? מהי "הכוונה המשתמעת" בין הצדדים? האם הזכות עוברת כולה או חלקה ומהו הדין באשר ליצירה משותפת או יצירות הנגזרות? בניסיון ליתן מענה על שאלות אלו מציין גרינמן כך:

**"נסיבות המשא-ומתן שנוהל עובר להזמנה, פרטיו והתנהגות הצדדים יהיו לבטח רלוונטיים לשאלה אם קיימת הסכמה משתמעת בענין זכויות היוצרים, כמו גם שאלת הנוהג בענף מסוים. נוסף לכך, יש לשקול את נושא התמורה, אשר לא נכלל, משום-מה, כתנאי לעצם תחולת הסעיף על יצירה, אף שהוא ללא ספק גורם חשוב ביותר בניסיון לרדת לכוונתם המשתמעת של הצדדים"** (שם, עמ' 497-8).

1. נושא התמורה (או היעדרה) אף עלה בטענות הצדדים באשר לזכויות היוצרים ביצירות המוזמנות לדלתא -

לטענת התובעת, "**זרמון היה מוכן ומזומן להעביר את הבעלות ביצירות לדלתא- כנגד תשלום כמובן"**, ואילו לטענת הנתבעות מלוא התמורה בגין יצירותיו של זרמון כבר הוסדרה בין הצדדים, בהתאם לתנאי ההתקשרות ביניהם- **"נוכח סכומים נכבדים אלה שדלתא שילמה לזרמון-גולדמן, וזאת ללא שום קורלציה להיקף הקריאייטיב שבוצע ע"י זרמון גולדמן בכל שנה ושנה, הרי שהחומר הפרסומי שהגתה זרמון-גולדמן בקשר לדלתא, הינו בבעלותה המלאה של דלתא, והיא רשאית לעשות בו שימוש באמצעות כל משרד פרסום"** (הדגשה במקור).

לטענת הנתבעות, הגיונם של דברים ודרך ההתנהלות של משרדי הפרסום הנהוגה בענף הפרסום, מלמדים כי כאשר חברה בוחרת לעזוב את משרד הפרסום אשר ליווה אותה עד למועד קבלת ההחלטה עד לעזיבה, היא אינה מותירה מאחור את כל שמות המותגים, הרעיונות ועבודת הקריאייטיב אשר רכשה בכסף רב, ואלו ממשיכים איתה למשרד החדש. דוגמא לכך, ניתן למצוא בפרסום לחברת חשמל אשר עזבה את משרד הפרסום אלדר חומסקי והעבירה את תקציבה לתובעת, אך לא נפרדה לשלום מדמויות השיווק המזוהות עם החברה והעונות לשם "שקע ותקע", וזאת, חרף העמל הרב שהושקע במשרד אלדר חומסקי ביצירת הדמויות והטמעתן בקרב הצרכנים.

1. בענייננו הוכח כי יוצר שם המותג Bravo הינו משרד זרמון. יתכן כי שילובן של שתי מילים בשם המותג היה בהכוונתם או בסיועם של אנשי דלתא, ואולם אין חולק ששם המותג עצמו נהגה ע"י אנשי זרמון (נספח 35) ונתקבל בתשואות אצל אנשי דלתא (נספח 36).

באשר ליתר שמות המותגים כגון מאצ'תונים ותתי המותגים כמפורט בסעיף 46 לעיל, הרי שלא עלה בידי התובעת להוכיח כי אנשיה הם שהגו את שמות המותגים הללו, ונראה כי מדובר, לכל הפחות, ביצירות פרי מאמץ משותף של אנשי דלתא וזרמון יחדיו.

**המותגים Bravo מאצ'תונים Q ואחרים**

1. שם המותג Bravo ניתן ע"י משרד זרמון לבקשתה של דלתא, לקו החזיות החדש שיצרה. מן העדויות בפניי עלה, כי בעת ההתקשרות בין דלתא לאדלר חומסקי כבר נעשה שימוש בשמות המותגים Bravo ומאצ'תונים Q כמותגים המסמנים קווי הלבשה תחתונה של דלתא ואלו התנוססו עוד קודם להתקשרות עם אדלר חומסקי, על אריזות המוצרים של דלתא ובחנויות המכירה**.**

מבחינה זו, הרי שאין מנוס מן הקביעה כי בבואו של משרד הפרסום אלדר חומסקי ליצור קמפיין פרסומי למיתוג מחדש של דלתא, ולקדם במסגרתו את מיתוג קו ההלבשה התחתונה החדש, שמות המותגים כבר היו בבחינת מוצר מוגמר. על כן, ברור הוא כי כל פרסום של דלתא במסגרת הקמפיין החדש שנוצר (המטרה לשמה נשכר משרד אדלר-חומסקי) יכלול מטבע הדברים את שמות המותגים המסמנים מוצרים אלה.

1. **שמות המותגים הולכים יד ביד עם המוצרים עצמם, ותפקידם לבדל את המוצרים מיתר המוצרים בשוק. תפקיד משרד הפרסום הוא למתג את החברה ואין לו דרך לעשות כן מבלי להשתמש בשמות המותגים של מוצרי החברה.**

**כאמור, התביעה בענייננו הוגשה כנגד משרד אלדר חומסקי והחברות הקשורות עמו, כאשר התובעת נמנעה במכוון מהגשת תביעה כנגד דלתא, חרף משלוח טיוטת תביעה לדלתא קודם לפתיחת ההליך דנן.**

**משאלו הם פני הדברים, הרי שכל טענה בדבר אי תשלום התמורה המגיעה בגין השימוש בשמות המותגים, או כל טענה באשר לזכות שיש לדלתא בשמות המותגים היה עליה להפנות כלפי דלתא וכלפיה בלבד, ואין לה מקום בתביעה כנגד אלדר חומסקי, כמי שפרסם את מוצריה של דלתא בהסתמך על שמות המותגים המזוהים עמה.**

אבהיר, כי איני נדרשת לשאלה האם שם מותג חוסה תחת ההגדרה של "יצירה" בהתאם לחוק זכות יוצרים או שמא הוא מהווה "סימן מסחר", כהגדרתו בפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972, ומהן הנפקויות הנגזרות כתוצאה מכך. הצדדים אף לא התייחסו לכך בטיעוניהם. סיכומי הצדדים התמקדו בזכות השימוש במותגים ובטענה כי קמה חובת תשלום כלפי זרמון עקב כך, ואף אני אתמקד בשאלות אלה.

**זכות שימוש במותגים על פי ההסכם ובמשתמע**

1. התובעת מפנה לסעיפים בהסכם ההתקשרות בין דלתא לאדלר חומסקי (נספח 3 לתצהיר צביקה שווימר), אשר לשיטתה מורים כי אין יסוד לטענת הנתבעים, כי התוצרים שייכים לדלתא. הסעיפים הרלוונטיים לענייננו הם:

סעיף 26 להסכם המציין כי כל זכויות היוצרים בכל חומר שמייצר משרד הפרסום ו/או מי מטעמו עבור דלתא ולצורך ובמסגרת מתן שירותי הפרסום יהיו קניינה הבלעדי והמלא של הלקוח (דלתא);

סעיף 28 להסכם הקובע כי **"במידה ובמסגרת מתן שירותי הפרסום ולצורך הכנת תוצרי שירות הפרסום, יעשה שימוש בזכויות קניין רוחני (אשר לא נוצרו במיוחד עבור הלקוח) ...יסדיר משרד הפרסום מראש ובכתב את השימוש**".(הדגשה אינה במקור);

וסעיף 29 להסכם הקובע כי **"למעט שימוש בהפקת ילדים לצורך קמפיין קיץ 2012, משרד הפרסום יפיק חומרים חדשים ללקוח ולא ישתמש בחומרים קיימים שנעשו על ידי כל משרד פרסום קודם וזאת למעט שימוש בזכויות יוצרים השייכות ללקוח עפ"י דין ושהשימוש בהם אושר על ידי הלקוח מראש ובכתב. למען השלמות יובהר שהלקוח קשור בהסכם עם נינט טייב שפרטיו נמסרו לידיעת משרד הפרסום קודם לחתימת הסכם זה".** (הדגשה אינה במקור)

לטענת התובעת, ההסכם ובפרט סעיף 29 להסכם, מבהיר ברחל בתך הקטנה את נושא זכויות היוצרים שלה בחומר הפרסומי על כל תוצריו (לרבות רעיון נינט ושמות המותגים) משהוא מבהיר מפורשות, כי חומסקי יוכל לעשות שימוש בהפקת הילדים לקיץ 2012 (שנעשתה אצל זרמון) בלבד, וכי ביתר החומרים הקיימים לא ניתן יהיה לעשות שימוש אלא אם יוצג אישור כתוב בדבר זכויות היוצרים של הלקוח (ולא הוצג אישור כזה).

1. דעתי אינה כדעת התובעת בעניין זה, ואיני סבורה כי סעיפי ההסכם מורים את שהתובעת מנסה לטעון.

**לשון ההסכם שנחתם מורה כי הזכויות והשימוש בתוצרי שירות הפרסום אשר נעשו עבור דלתא הם שלה בלבד**. **ההסכם אף מלמד, כי דלתא התריעה בפני אדלר חומסקי, כ היא קשורה בהסכם עם נינט טייב, כך שלמעשה לא היתה לאדלר חומסקי ברירה אחרת, אלא להשתמש בה כפרזנטורית בקמפיין שיצרה עבור דלתא.**

1. זאת ועוד. העובדות מצביעות על כך שהתובעת העניקה לדלתא הרשאה ו/או רישיון לשימוש בשמות המותגים ותתי המותגים, לרבות שם המותג Bravo שנהגה על ידה, ובכלל זה גם את הזכות לשימוש בהם שלא באמצעות משרד זרמון.

הלכה היא כי רישיון שנותן בעל זכות יוצרים אינו טעון צורה פורמאלית כלשהי, ויכול שיינתן בדרך של התנהגות. בספרו **זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים** [1998],עמ' 104 כותב גרינמן כך:

**"כל הסדר השולל ממחבר זכות יוצרים ראשונית ביצירתו, זר לעצם טיבה של הזכות ולכן אין להסיק כוונה שכזו ללא מסמך בכתב שיעיד עליה. על כן, בהעדר מסמך שכזה, יש לפרש את ההזמנה כמעניקה למזמין רשיון מוגבל לשימוש ביצירה למטרה שלשמה הוזמנה, מבלי להעביר אליו את זכות היוצרים".**

**בענייננו, לא הוכח כי משרד זרמון הגביל את זכות השימוש של דלתא בשמות המותגים. ככל שלתובעת יש טענות כספיות בעקבות השימוש בשמות המותגים או לזכויות היוצרים שלה בהם, היה עליה להפנות טענות אלה כלפי דלתא בלבד. זו לשונו של ההסכם וזו גם כוונתם המשתמעת של הצדדים. משהחליט משרד זרמון לא לתבוע את דלתא, דין תביעתו בעניין זה להידחות.**

**עשית עושר ולא במשפט**

1. התובעת מבססת תביעתה בין היתר גם על [חוק עשיית עושר ולא במשפט](http://www.nevo.co.il/law/4526) , תשל"ט- 1979 (להלן- **חוק עשיית עושר**), בגין התעשרותן שלא כדין של הנתבעות, כתוצאה מהשימוש בתוצרי הפרסום שנהגו על ידה ושימוש ברכיבים מתוך האסטרטגיה הפרסומית פרי עבודתה של התובעת.

[סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/4526/1) לחוק עשיית עושר קובע כי:

**"(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.**

**(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת."**

הסעיף מציב שלושה יסודות הדרושים לגיבושה של העילה:

א. יסוד ההתעשרות.

ב. השאלה האם ההתעשרות "באה" לזוכה "על חשבון" המזכה.

ג. ההתעשרות של הזוכה על חשבון המזכה היא "שלא על פי זכות שבדין".

([רע"א 371/89 **ליבוביץ נ' א. את י.אליהו בע"מ**, פ"ד מד](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעא%20371/89&Pvol=מד)(2) 309, 321; [ע"א 8485/08](http://www.nevo.co.il/case/6130676) **The FA**

 **Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט** (14.3.2010)).

העקרונות להכרה בעילת תביעה מכח דיני עשיית עושר התוו בהלכת א.ש.י.ר ([**רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעא%205768/94&Pvol=נב)(4) 289 (1998) (להלן –

**"הלכת א.ש.י.ר"**), שם נקבע:

**"חשוב לא פחות, להגן על קניין רוחני ולאפשר להוגי רעיונות מקוריים ליהנות מפירות אמצאותיהם, גם אם אלה אינן נופלות לגדרם של דיני הקניין הרוחני**.**"**

ובהמשך:

**"החקיקה אינה מספקת לנו רשימה סגורה של זכויות שבדין ולא אחת תחתך השאלה אם קיבל הנתבע טובת הנאה 'שלא על פי זכות שבדין' על פי המבחן אם ההתעשרות היא צודקת. אם היא בלתי צודקת – אין לראותה כהתעשרות על פי זכות שבדין' [...] 'מבחן הצדק, על פיו נבחנת השאלה אם ההתעשרות אינה כדין, מוצדק על-פי 'תחושת המצפון והיושר' ועל השקפות בדבר 'הישר והטוב'... אין פירושו של דבר כי המבחן ייחתך על-פי תחושתו הסובייקטיבית של כל שופט... לא רגש הצדק של השופט האינדיווידואלי קובע, אילו הן נסיבות המחייבות השבה על-פי כללי היושר, ex aequo et bono, אלא שבמרוצת הזמן נתגבשו עקרונות מסויימים שעל פיהם פוסקים...'".** (הלכת א.ש.י.ר והאסמכתאות שם)

1. עילת התביעה של התובעת באשר לקמפיין הפרסומי על נגזרותיו, מכח דיני הקניין הרוחני - נדחתה על ידי, משהוכח כי קמפיין הישראליות של דלתא נזנח, והקמפיין בכיכובה של נינט המשלב אלמנטים מוסיקאליים היה בחיתוליו, בעת עזיבת דלתא את משרד זרמון וטרם גובש לקמפיין סופי.

נכון הוא כי הבחירה בנינט כקונספט רעיוני אינו זוכה להגנת חוק זכות יוצרים כפי שציינתי לעיל, אך האם השימוש בדמותה הצעירה והבועטת של נינט, כהגדרתה ע"י התובעת, יוצר לתובעת עילת תביעה וזכות לסעד על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט?

1. בענייננו, יש לבחון בראש ובראשונה אם הרעיון שהגה משרד זרמון עולה כדי "נכס, שירות או טובת הנאה" הראויים להגנה מכוח [חוק עשיית עושר ולא במשפט](http://www.nevo.co.il/law/4526). לטענת הנתבעות הבחירה בנינט אינה כה ייחודית כאשר **"כל פרסומאי מתחיל יכול להעלות רעיון כזה"** וממילא האסטרטגיה הפרסומית על בסיס "החדשנות הטכנולוגית" לא נבנתה על נינט והיא לא הייתה אלמנט מרכזי בה.

הנתבעות מדגישות, כי סעד על בסיס דיני עשיית עושר הוגבל בפסיקה למקרים חריגים ונדירים בלבד בהם מתקיים "יסוד נוסף" (ראה תט (ת"א) 1677/08 **לוין נ' לוין ואח'** (פורסם בנבו, 30/09/09)); תא (ת"א) 1711/08 **קדים (הדרכה) בע"מ נ' אלי מולה-פרחי ליאת** (פורסם בנבו, 14/09/10)), ויסוד זה אינו מתקיים לטענתן בענייננו, שכן הוכח כי לא היה שידול או גניבת הלקוח דלתא מצד הנתבעות כלפיי התובעת.

1. בפס"ד שפורסם בשנת 2014 חזר ביהמ"ש העליון וחידד את הלכת א.ש.י.ר והיסוד הנוסף הנדרש בעשיית עושר ולא במשפט (עא 1898/12 **מרכז המתנות 2006 בע"מ נ' קארשי אינטרנשיונל בע"מ** (פורסם בנבו, 28/01/14):

**"ההלכה אשר ניתן לגזור מעניין א.ש.י.ר היא כי האינטרס של הפרט שלא יחקו ולא יעתיקו מוצר שלו לאחר שהשקיע בו כישורים ומשאבים הוא אינטרס הראוי באופן עקרוני להגנה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט והעובדה שאין מדובר במוצר אשר לתובע קניין רוחני בו הנתון להגנה על פי דיני הקניין הרוחני, היא לבדה אינה שוללת את תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט על העניין"**

ולעניין ה"יסוד הנוסף" נקבע:

**האם קיים בענייננו "יסוד נוסף" בעל מטען ערכי שלילי המצדיק מתן סעד בעילה של עשיית עושר ולא במשפט? שני רכיבים עיקריים נדרשים על פי ההלכה שנפסקה בעניין א.ש.י.ר לביסוס קיומו של "היסוד הנוסף": האחד הינו כי מדובר ברעיון "מסוים, ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי ועליו להיות רעיון שבעליו עשו בו שימוש או שבכוונתם לעשות בו שימוש" (עניין א.ש.י.ר, עמ' 431) והשני כי "על הזוכה להיות מודע לכך שהוא מעתיק מוצר פרי רעיון של אחר [...] כמו כן צוינו בעניין א.ש.י.ר קריטריונים נוספים לביסוס "היסוד הנוסף" הנדרש ובהם: היקף ההשקעה בפיתוח המוצר; היות ההעתקה מושלמת או חלקית; היותה שיטתית או חד פעמית; הקושי בביצוע העתקה [...] ככלל, ניתן לומר כי מבחן "היסוד הנוסף" מבוסס על עקרונות מ"משפחת" תום לב והתחרות הבלתי הוגנת, שהינם חיצוניים לדיני הקניין הרוחני והוא נועד לזהות מקרים אשר בהם נפגעו אינטרסים נוספים הראויים להגנה משפטית ומצבים הנוגדים את תחושת המצפון והיושר, המצדיקים החלת שיקולים של צדק ומתן סעד מתאים"**

1. הבחירה בנינט כפרזנטורית, מהווה למעשה את הציר סביבו סבו הקמפיין ונגזרותיו, כפי שנוצר בסופו של דבר על ידי משרד אדלרחומסקי. הדברים נכונים, גם אם הקמפיין החדש מושתת על אסטרטגיה פרסומית אחרת, וגם אם נינט לא מופיעה בכל הפרסומים לדלתא.

**שוכנעתי, כי השימוש בנינט כפרזנטורית הינו פרי מחשבתו של משרד זרמון. מסקנה זו עומדת בעינה, גם אם למאמצי גיוסה לקמפיין הצטרפו אנשי דלתא ומנכ"ל החברה, צביקה שווימר.**

**אין חולק כי הבחירה בנינט התגלתה כבחירה מוצלחת, שהרי בחלוף שנים נינט עדיין מזוהה עם דלתא ועם מוצריה, וה"מהפך" אותו ניסתה דלתא להשיג בקמפיין בכיכובה - נדמה שצלח.**

**גיוסה של נינט והצבתה כפרזנטורית של מוצרי דלתא, השתלבו היטב בקונספט של מיתוג דלתא מחדש, ובכך הקלו על מלאכתם של אדלר חומסקי בהשגת המטרה של הצגת דלתא כחברה צעירה ומתחדשת.**

1. שאלה מעניינת עלתה בפסק דין שניתן בשעתו במדינת קליפורניה בעניין בלאוסטיין (**Blaustein v. Burton**, 88 Cal. Rptr.319 (1970; **גרינמן**, עמ' 963-964). בפס"ד זה מפיק הסרטים יוליאן בלאוסטיין חשב להפיק גרסה קולנועית חדשה למחזהו של שייקספיר "אילוף הסוררת", וייעד את התפקידים מרכזיים לשחקנים ריצ'רד ברטון ואליזבת טיילור. כבמאי, הוא ביקש להעסיק את הבמאי האיטלקי פרנקו זפירלי ולהסריט את הסרט באיטליה, תוך הוספת שתי סצינות – ליל החתונה וליל הכלולות בפורמט השונה מזה המתואר במחזה. בפגישה שערך עם שני הכוכבים חשף את רעיונותיו, אך הסרט בהתאם לחזונו של בלאוסטיין קרם עור וגידים – בלעדיו.

מטעם הצדדים הועלו טענות לפיהם אין חדש ברעיון של בלאוסטיין, שכן כבר נעשו סרטים על בסיס מחזותיו של שייקספיר, לרבות המחזה האמור, כמו גם הבחירה בבמאי זר, ולכן הוא אינו זכאי לפיצוי.

בית המשפט קבע כי חרף כל אלו, בעת המפגש בין הצדדים היה ברור להם כי בלאוסטיין לא חשף רעיונותיו בפני ברטון וטיילור בהתנדבות, אלא בתנאי שאם יעשה ברעיונותיו שימוש אזי הוא יתוגמל (בין בהפקת הסרט ובין בתשלום כספי), והם הסכימו לתנאי זה. לכן קמה לו עילת תביעה המבוססת על חוזה משתמע.

1. **אני מוצאת כי הרעיון שגובש בפסק דין Blaustein נכון וצודק גם כלפי זרמון, ככל שמדובר בזכות לסעד על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט. נראה לי, כי הצדק ושיקולי ההגינות מחייבים מתן תגמול כספי לזרמון, על גיוסה של נינט והצבתה כפרזנטורית של דלתא, גם אם רעיון זה אינו מצמיח לו זכות יוצרים.**
2. יודגש, כי סעיף 29 להסכם בין דלתא לאדלר חומסקי מציין מפורשות, כי דלתא כבולה להסכם עם נינט וכי היא הפרזנטורית הנבחרת. בעובדה זו יש כדי להדגיש את חשיבותה של נינט לקמפיין שייוצר עבור דלתא, ואת הצדק היחסי שיושג במתן תגמול הולם למשרד זרמון על רעיון זה.

הזכות לקבלת סעד כספי במקרה זה אינה רק כלפי דלתא, שאינה נתבעת בתיק, אלא גם כלפי משרד אדלר חומסקי, שהפיק רווחים לאורך השנים מהשימוש בנינט כפרזנטורית.

1. מטרתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט היא השבת המצב לקדמותו כמו גם שלילה של התעשרות על חשבון הזולת. על [חוק עשיית עושר ולא במשפט](http://www.nevo.co.il/law/4526), תשל"ט-1979, נאמר כי "שולח הוא פארותיו אל כל פינות המשפט והוא בצופן הגנטי של כל כלל במשפט" (דברי השופט חשין, כתארו אז, בהקשר של ביטוח כפל ב[**רע"א 3948/97 מגדל, חברה לביטוח בע"מ נ' מנורה, חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/5924808)(3) 769, 814 (2001)); עא 2634/09 **גדעון רוטנברג נ' אלגו השקיה בע"מ**, פורסם בנבו)).סעדים אלו של השבת המצב לקדמותו ומניעת התעשרות שלא כדין, יכול שיהיו מושגים באמצעות אומדנא באשר לנזק הנטען או לחילופין באמצעות תחשיב המבוסס על חשבונות.

**תביעה למתן חשבונות**

1. הסעד העיקרי בתביעה דנן הוא סעד למתן חשבונות, מהם תוכל התובעת ללמוד על עמלות המדיה וגובה הרווחים שהפיק משרד אדלר חומסקי מקמפיין דלתא, ולמעשה מהשימוש בנינט כפרזנטורית מובילה בקמפיין.

עיקר ההלכה בעניין צו למתן חשבונות הובאה ב[ע"א 127/95 **מועצת הפירות ייצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ**, פ"ד נא](http://www.nevo.co.il/case/5678872) (4) 337, 345, שם נקבע כי כדי שהתובע יזכה בצו למתן חשבונות עליו להוכיח קיומם של שני תנאים: ראשית, עליו להראות קיומה של מערכת יחסים מיוחדת בינו לבין הנתבע המצדיקה מתן חשבונות. שנית, עליו להוכיח כי קמה לו זכות – ולו לכאורה – לקבלת הכספים שלגביהם הוא מבקש לקבל את החשבונות.

באם נתקיימו התנאים כאמור, ובהעדר סיבה אחרת המצדיקה הימנעות ממתן החשבונות - כגון חיסיון או העדר הצורך בחשבונות לצורך הבירור הכספי - ייתן בית המשפט צו למתן חשבונות.

1. קבעתי כי קיימת לתובעת עילה מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט, נוכח השימוש ברעיון לגיוס נינט כפרזנטורית של דלתא בקמפיין, אשר יצא לפועל בסופו של דבר באמצעות משרד אדלר חומסקי. השימוש בנינט כפרזנטורית תרם תרומה לא מבוטלת להצלחת הקמפיין ולמיתוגה מחדש של דלתא, וכפועל יוצא השיא גם רווחים לאדלר חומסקי באמצעות עמלות המדיה.

בהתאם להלכה, סעד של מתן חשבונות הינו אחד מן הסעדים אותם רשאי לתת ביהמ"ש במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט. הלכה זו נקבעה עוד בפס"ד [**ע"א 241/55 דפוס ניאוגרפיקה נ' מסדה בע"מ**, פ"ד יא](http://www.nevo.co.il/case/17915837), תשי"ז/תשי"ח, 890, 893 (1957)] שם קבע ביהמ"ש כך:

**"... בתביעה למתן חשבונות יש משום מחילת ההפרה, בעוד שתביעת פיצויים מבוססת על עובדת ההפרה. לשון אחרת, תביעה לתשלום המגיע בהתאם לחשבון אינה תביעת נזיקים, אלא תביעה מעין חוזית, בה תובע בעל הזכות מאת המפר מה שהלה גבה עבורו, על יסוד 'עשיית עושר ולא במשפט'" [**[**ע"א 241/55 דפוס ניאוגרפיקה נ' מסדה בע"מ, פ"ד יא**](http://www.nevo.co.il/case/17915837)**, תשי"ז/תשי"ח, 890, 893 (1957)].** (ההדגשות אינן במקור)

(וראה גם תא (מרכז) 44503-03-10 **Tommy Hilfiger Licensing LLC נ' בן שוורץ**, (20/02/12); דבע (ארצי) נו/3-140 **כי"ל – כימיקלים לישראל בע"מ נ' ד"ר ליאונרד שור** , ל (1997) 152)).

**בנסיבות המקרה דנן, עלה בידי התובעת להוכיח קיומם של שני התנאים הנדרשים לקבלת צו למתן חשבונות והיא זכאית לקבלם מאת הנתבעות.**

**אחרית דבר**

**תביעה בין שני משרדי פרסום מובילים, העלתה שאלות משפטיות נכבדות מתחום דיני הקניין הרוחני. במהלכה ניתן היה ללמוד כיצד נבנית אסטרטגיה פרסומית, כיצד מופק קמפיין וכיצד נבחר פרזנטור כדי לקדם את מוצרי המזמין.**

**קמפיין פרסומי יכול שיהא "יצירה" המוגנת בזכות יוצרים בהתאם לחוק זכות יוצרים, אם הוא מבשיל לכלל קמפיין ואינו מתמצה בסקיצות ראשוניות. משרד זרמון, שהחל לגבש קמפיין עבור חברת דלתא, לא הצליח לגבש עבורה קמפיין משביע רצון, וזו היתה אחת הסיבות להחלטתה לעזוב אותו.**

**משרד זרמון גייס את נינט כפרזנטורית של דלתא, אך גיוס פרזנטורית אינו יצירה ברת הגנה בזכות יוצרים. יחד עם זאת, הבחירה שעשה משרד זרמון בנינט, לא היתה בחירה טריוויאלית ותרומתה לקמפיין ולמיתוגה מחדש של דלתא, היתה משמעותית. המהפך בדמותה של נינט, אשר נתפסה משך שנים כ"מאמי הלאומית" ועברה תהליך של טרנספורמציה לדמותה המוכרת היום – ישראלית בועטת, טרנדית, אופנתית ונחשקת - שירת את מטרת הקמפיין ואת הרצון למתג את דלתא מחדש כחברה מתחדשת.**

**משאלו פני הדברים, קבעתי כי ראוי שתוכר תרומתו של משרד זרמון לקמפיין שנוצר לבסוף במשרד אדלר חומסקי עבור דלתא. עוד קבעתי, כי הוכחה זכותו של משרד זרמון למתן חשבונות, מהם יוכל ללמוד על עמלות המדיה והרווחים שהפיק משרד אדלר חומסקי מקמפיין דלתא, ולמעשה מהשימוש בנינט כפרזנטורית, בהתאם לדיני עשיית עושר ולא במשפט.**

**באשר לשמות המותגים ותתי המותגים בקו החזיות וההלבשה התחתונה של דלתא, קבעתי כי המותג Bravo אמנם נוצר במשרד זרמון, אך לדלתא יש זכות שימוש בשם המותג, כמו גם בשמות המותגים מאצ'תונים Q. בכל מקרה, אין לזרמון עילת תביעה בענין זה כלפי אדלר חומסקי ומאחר שלא תבעה את דלתא, אין גם מקום לדון בטענות כלפיה.**

**לסיכום, אני מחייבת את הנתבעות, ביחד ולחוד, להמציא את החשבונות לתובעת, מאומתים בתצהיר של רואה חשבון, תוך 60 יום ממועד פסק הדין החלקי. החשבונות יתייחסו לרווחים שהופקו מהקמפיין בכיכובה של נינט באמצעות עמלות מדיה או כל עמלה אחרת הקשורה בקמפיין.**

**החיוב למתן חשבונות יבוטל, אם יודיעו הצדדים בתוך 30 יום, כי מוסכם עליהם שהסכום המגיע לתובעת יקבע על דרך האומדנא, וכי הם מבקשים לטעון לענין זה בעל פה, במקום להסתמך על החשבונות.**

**אני מחייבת את הנתבעות לשלם לתובעת, ביחד ולחוד, הוצאות ושכ"ט עו"ד עבור שלב זה של ההליך, בסך 100,000 ₪.**



ניתן היום, י"ד חשוון תשע"ז, 15 נובמבר 2016, בהעדר הצדדים.