



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ

התובעת:

ע"י ב"כ עו"ד רקפת פלד ו/או מירב שגיא

ממשרד גולדפרב, זליגמן ושות'.

נגד

1. עלי שלכת בע"מ

הנתבעים

2. אלון נתיב

ע"י ב"כ עו"ד יצחק פינק

ממשרד למאעי, סידר, רהט, צידון, פינק.

פסק - דין

בפניי תביעה לפיצוי התובעת בגין קמפיין שיווקי חלקי, אותו הכינה עבור הנתבעת 1, תוך כדי משא ומתן עם הנתבע 2, לגבי התקשרות בין הצדדים ביחס לרכישת תוכן פרסומי על ידי הנתבעת 1 מהתובעת. ההתקשרות בסופו של יום לא יצאה לפועל, ונטען כעילה לפיצוי כי הנתבעים עשו שימוש בקמפיין השיווקי שבוצע על ידי התובעת במסגרת פרסומים אותם רכשו ממתחרים עסקיים של הנתבעת.

רקע

התובעת, הינה חברת פרסום ותדמית המספקת פעילויות תקשורת ופרסום ובכללם קריאטיב, קופירייטינג, תקציב, יחסי ציבור, תשדירים, אינטרנט ועוד.

הנתבעת 1, היא חברה העוסקת בקבורה אזרחית – אלטרנטיבית, שמטרתה לספק טקס קבורה התואם את השקפת עולמו של הלקוח, ונטען כי היא החברה היחידה בארץ אשר עוסקת בשריפת גופות באמצעות קרמטוריום אשר מופעל על ידה.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

הנתבע 2, הוא מנכ"ל הנתבעת 1 מיום הקמתה בשנת 2005, והוא באופן אישי היה בקשר עם התובעת באשר להכנת קמפיין שיווקי לנתבעת 1.

הקשר בין הנתבעים לתובעת נוצר בעקבות הפנייה של הנתבעים על ידי מר ארז שטרן, המשמש כמנהל לקוחות בחברת מקאן-מדיה, לתובעת היות והנתבע 2 היה מעוניין בקמפיין שיווקי אסטרטגי חדש עבור הנתבעת 1 וחברת מקאן-מדיה אינה עוסקת בהכנת קמפיין שיווקי ללקוחות פרטיים כמו הנתבעת 1 אלא ללקוחות גדולים בלבד.

באוגוסט 2009 נוצר הקשר בין הנתבעים לתובעת במסגרתו פעלו הצדדים לקידומה של התקשרות אשר תוביל בסופה ליצירת קמפיין שיווקי אסטרטגי באמצעותו תפרסם הנתבעת 1 את פועלה.

התובעת פעלה לצורך קידומו של הקשר והכינה מצגת הכוללת את העקרונות ודוגמאות של הקמפיין (להלן – המצגת), והציגה אותה לנתבע 2 בחודש דצמבר 2009 במהלך פגישה מסכמת.

לאחר הפגישה המסכמת הודיע הנתבע 2 כי הנתבעים החליטו לפעול בדרך אחרת וניתק את הקשר עם התובעת.

בחודש מרץ 2010 החלה הנתבעת 1 מפרסמת עצמה באמצעות תשדירים ברדיו, בחודש מאי 2010 נודע על כך לתובעת.

טיעוני הצדדים

תמצית טענות התובעת הדרושות להכרעה

התובעת טוענת לארבע עילות תביעה – הפרת זכויות יוצרים של התובעת, עשיית עושר ולא במשפט על חשבונה של התובעת, עילות שונות מתחום דיני החוזים ובהן הטעייה, חוסר תום לב בניהול משא ומתן ומצג שווא, ועילה של שימוש בידע סודי תוך הפרת סודותיה העסקיים של התובעת.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

באשר להפרת זכויות יוצרים של התובעת, נטען כי המצגת אשר הוצגה ונמסרה לנתבעים בחודש דצמבר 2009 קיבעה את הרעיונות של התובעת לקמפיין שיווקי והפכה אותם ליצירה מוגנת אשר זכות היוצרים בה שייכת לתובעת.

נטען כי הפרת זכות היוצרים על ידי הנתבעים נעשתה על ידי העתקת עקרונותיו של הקמפיין השיווקי לתוך תשדירי הרדיו שהופקו עבור הנתבעים וכן העתקת ה"סלוגן" פרי יצירתה של התובעת "עלי שלכת – להיפרד בדרך שלך".

לעניין עשיית עושר ולא במשפט, נטען כי התובעת השקיעה מאות שעות עבודה לשם הכנת הקמפיין השיווקי שקיבל את ביטויו במצגת, וכי הנתבעים עשו שימוש בחומר המצוי במצגת לשם הכנת תשדירי הרדיו, תוך הכנסת שינויים רק כדי שלא יהיה מדובר ב"העתקת קוף", ובאופן זה העלו תשדירי פרסום במהירות לאוויר תוך ניצול עבודתה של התובעת ועשיית עושר על חשבונה של התובעת.

בתחום דיני החוזים נטען כי בכך שהנתבעים הגיבו לטיוטות אשר הוצגו להם על ידי התובעת באופן שביקשו שיוכנסו שינויים כאלה ואחרים, על מנת להתאים את הקמפיין השיווקי אותו יצרה התובעת והתקיים דיאלוג במסגרתו הועברו לתובעת חומרים פרסומיים נוספים כדי לייצר תכנים נוספים, הרי שהנתבעים קיבלו עליהם במשתמע התחייבות חוזית או למצער נהגו בחוסר תום לב במהלך המשא ומתן לקראת התקשרות שכזו, תוך יצירת מצג שווא כלפי התובעת שהינה יכולה להשקיע שעות עבודה מרובות והן יישאו פרי.

באשר לעילה של הפרת סודות מסחריים, מוצאת אני לציין כבר כעת כי לא הונחה תשתית ראייתית מתאימה להוכחת סוד מסחרי והעילה נזנחה בסיכומי התובעת, ומשכך לא מצאתי לדון בה.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

תמצית טענות הנתבעים הדרושות להכרעה

טענתם העיקרית של הנתבעים, מתמקדת בכך, כי המצגת הינה הצעת מחיר ולא יותר. לדידם, אין המצגת מכילה קמפיין שיווקי, הרעיונות המובעים במצגת לא היו לרוחם של הנתבעים ולא התאימו למטרותיהם.

מעבר לכך, טוענים הנתבעים, כי לא ביקשו, לא אישרו לתובעת ואף לא התבקשו על ידי התובעת לשלם עבור העבודה שבוצעה עד לפגישה המסכמת שהתקיימה בדצמבר 2009.

עוד נטען, שהצעת המחיר לא כוללת כל התייחסות לתשלום עבור עבודה זו, אלא לפי הפרסום שיעשה בפועל לכן ברור שאף לתובעת היה מובן, שככל והנתבעים יחליטו שלא לממש את הקמפיין, התובעת לא תהא זכאית לכל תשלום עבור העבודה שבוצעה, ויתרה מכך, נטען שלא ניתן לייחס לנתבעים הסכמה לקמפיין רחב היקף ובעלויות כה גבוהות כמו אלו שהוצגו לנתבעים בפגישה המסכמת בדצמבר 2009.

בנוגע לסלוגן, שהתובעת טוענת שהמציאה, טוענים הנתבעים כי מדובר בשינוי זניח של כותרת שנעשה בה שימוש על ידי הנתבעת "ללכת עד הסוף בדרך שלך" אשר פורסמה תשעה חודשים לפני שהנתבעים פגשו בתובעת, וכי שימוש בצמד המילים "בדרך שלך" נעשה בפרסומים רבים של הנתבעת, כך שהפרסום "ללכת בדרך שלך" קרוב יותר לפרסומים קודמים של הנתבעת מאשר לסלוגן שהתובעת טוענת לזכות יוצרים בו.

באשר לתשדירי הרדיו, נטען כי מעבר לטענה המשפטית ש"הרעיון" בלבד אינו מוגן בזכות יוצרים, המסר בתשדירים ששודרו על ידי הנתבעת שונה מהותית מהמסר העובר בכל המצגת שהוכנה על ידי התובעת ובייחוד בתשדירים שהוכנו על ידה, כך שלא ניתן לטעון להעתקה, כאשר הנתבעים הצביעו על ההבדל המהותי לטענתם במסר שהועבר על ידי התובעת למאזינים שההורה מחליט בעצמו מה



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

תהיה דרכו האחרונה, בעוד שבפרסומי הנתבעת המסר הוא שההורה קורא לילדיו להחליט עמו בשיתוף מה תהיה דרכו האחרונה.

הנתבעים הכחישו מכל וכל שהעבירו דבר ממה שקיבלו מהתובעת לפרסומאים האחרים אשר הכינו להם את תשדירי הרדיו ששודרו.

עוד נטען, כי אין לתובעת עילת תביעה כנגד הנתבע 2, שהוא מנכ"ל הנתבעת ובעל מניות בה ועשה כל שעשה בשמה ולמענה.

דין והכרעה

הצדדים הופיעו לפניי במהלך שני דיוני הוכחות. מטעם התובעת העידו: מנכ"ל התובעת מר שעה סגל, מנהלת הפרסום בתובעת הגברת שרה סגל, מנהל לקוחות בחברת מקאן-מדיה מר ארז שטרן ומר ראובן אדלר אשר מסר חוות דעת מומחה מטעם התובעת.

מטעם הנתבעים העידו: הנתבע 2, שהינו מנכ"ל הנתבעת 1, מר אלון נתיב, הפרסומאים שהכינו את התשדירים ששודרו בפועל - מר אורן ורמוס ומר עמית גל, וכן העיד מר אייל גפן אשר נתן חוות דעת מומחה מטעם הנתבעים.

אדון ואכריע בשאלות הדרושות תוך בחינת התשתית הראייתית שהונחה בפניי לפי העניין.

הפרת זכות יוצרים

התובעת טוענת להפרת זכות יוצרים ביחס לשתי "יצירות": האחת - באה לביטוי במצגת והשנייה - הינה ה"סלוגן".



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

הבסיס הנורמטיבי

בפסק הדין בע"א 9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, תק-על 2739 (22.8.2006) (להלן - פס"ד מילטל), סקרה כב' השופטת דבורה ברלינר את התפתחות דיני זכויות היוצרים, הן במשפט העברי והן במשפט הישראלי, באופן מקיף:

"בפרשת אינטרלגו, (אותה ניתן להגדיר כפסק דין מכונן בתחום זה), קבע, הנשיא שמגר, עקרונות מנחים בנושא זכויות יוצרים. החוק, בשונה מחוקים אחרים, יוצר הבחנה בין זכויות "מוסריות", אשר אינן עומדות על הפרק בענייננו, לבין זכויות כלכליות. הזכויות ה"מוסריות" מגנות על זכות היוצר כי היצירה תופיע בשמו ולא תסולף. מנגד, הזכויות הכלכליות יוצרות הגנה על היצירה מפני העתקה ושיווקה על ידי אלו שאינם זכאים לכך (ראו גם י' ויסמן "הזכות האישית" (droit moral) בדיני זכות יוצרים" [23], בעמ' 55).

לאחר שהוא מונה את המבחנים היוצרים את ההגנה, אומר הנשיא שמגר כדלקמן: "זכויות יוצרים מתמקדות בהגנה על תהליך היצירה, ועל-כן עניינם העיקרי במניעת העתקה כדרך ליצירת האיזון הראוי בין עידוד ביטויים חדשים לאי-הרתעת ביטויים פוטנציאליים. על-כן, מה שאסור הוא ההעתקה ולא עצם היצירה של מוצר זהה" (לעניין עקרונות היסוד בדיני זכויות יוצרים עיין עוד בע"א 559/69 דן אלמגור נ' גיורא גודיק ואח' וערעור שכנגד פ"ד כרך כ"ג (2) (825).

הציטטה דלעיל - משקפת את הליבה של ההגנה על זכויות יוצרים, ויש לה השלכה ברורה לענייננו כפי שיפורט להלן".

לעניין זכויות יוצרים במשפט העברי, ראו גם את דברי כב' השופט משה דרורי בת"א (מחוזי ירושלים) 1192/99 שדה ראובן נ' עזבון המנוח טסלר מרדכי ז"ל, תק-מח 2569 (3), 2006:

"במשפט העברי, ניתן למצוא עיסוק נרחב בתחום זה של זכויות יוצרים. בין הפוסקים, קיימת מחלוקת גדולה באשר לעצם האפשרות ש"נכס" מופשט כמו זכות יוצרים, יהיה נשוא לזכות בעלות ולפעולות קנייניות, וזאת על רקע



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

עקרון מוסד במשפט העברי לפיו לא ניתן לבצע פעולות קנייניות אלא ב"דבר שיש בו ממש". (ראה: רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות יג-יד). היו שסברו כי לא ניתן לדבר על זכות בעלות ביחס לנכס מופשט כמו זכות יוצרים (ראה במקורות המובאים אצל הרב ד"ר מיכאל אברהם, "גניבת דעת וקניין רוחני", תחומין כרך כה (תשס"ה), עמ' 353-357; להלן - "אברהם"), ומנגד, היו שטענו כי אין כל מניעה לכך שתהיה בעלות ביחס לנכסים מופשטים, וכל הבעיה היא רק באפשרות לבצע פעולות קנייניות ביחס לנכסים מעין אלה (הרב יעקב אברהם כהן, זכויות יוצרים (כרך ד בסדרת עמק המשפט), סעיף טו; ראה גם: פרופ' נחום רקובר, זכות היוצרים במקורות היהודיים (תשנ"א), עמ' 89-92; להלן - "רקובר"). גם בין מצדדי הגישה שאינה רואה בנכס מופשט כמו זכות היוצרים "נכס" במובנו ההלכתי, נעשו לא מעט ניסיונות לעגן את קיומה של זכות היוצרים במספר קונסטרוקציות הלכתיות: יורד לאומנות חברו, גניבת דעת, דינא דמלכותא דינא ועוד (ראה: אברהם, בעמ' 351-353; הרב עזרא בצרי, "זכות יוצרים", תחומין כרך ו (תשמ"ה); חיים נבון, "זכויות יוצרים בהלכה", צהר ז (תשס"א)).

...

העולה מסקירה קצרה זו הוא, כי גם אם המשפט העברי אינו מכיר באפשרות לקיומה של זכות בעלות על נכס מופשט, ייתכן וניתן יהיה להגן על זכות מעין זו, מכוחן של קונסטרוקציות הלכתיות שונות, ואף לעשות בה עסקאות."

מאחר והאירועים בהם עוסק תיק זה התרחשו החל משנת 2009 ולאחר יום 25.5.2008, הוא המועד בו נכנס לתוקפו חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007 (להלן - חוק זכות יוצרים או החוק), שהחליף את פקודת זכות יוצרים ואת חוק זכות יוצרים 1911, שעמדו בתוקפם מהתקופה המנדטורית, הרי הדין החל על האירועים הינו הדין החדש, על-פי חוק זכות יוצרים.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

הכרעה אם מדובר ביצירה מוגנת

על פי סעיף 4(א)(1) לחוק, זכות היוצרים תינתן לחמישה סוגים של יצירות, וזו לשונו :

"יצירה מקורית שהיא יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית או יצירה מוסיקלית, המקובעת בצורה כלשהי;"

סעיף 5 לחוק מונה במפורש רשימה של "יצירות", שעליהן לא תחול זכות יוצרים, כמשמעה בסעיף 4 לחוק :

"זכות יוצרים ביצירה כאמור בסעיף 4 לא תחול על כל אחד מאלה, ואולם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים :

(1) רעיון;

(2) תהליך ושיטת ביצוע..."

הגנת זכות יוצרים, כאמור, אינה חלה ביחס לרעיונות שהם כשלעצמם "חופשיים כאוויר" או ביחס לתהליך ושיטת ביצוע אלא רק על דרך ביטויים, קרי - ההגנה מוענקת אך ורק ביחס לצורת הבעתם, ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, (14.3.2010); ע"א 2682/11 עיריית פתח תקווה נ' זיסו, (20.5.2013)(טרם פורסם).

במקרה זה, זכות היוצרים הנטענת היא על ביטויים של הרעיונות כפי שבוטאו במצגת וב"סלוגן" שהוצגו לנתבעים בפגישה המסכמת שהתקיימה בדצמבר 2010. לפיכך לא יכולה לחול זכות יוצרים על הקונספט הרעיוני לו טוענת התובעת, ככל שזה לא מצא את ביטויו ב"סלוגן" או במצגת.

דרישת המקוריות שנקבעה בסעיף 4 לחוק, נעדרה מהחוק הישן ומהפקודה, אך הייתה מצוייה בפסיקה עוד בטרם הוכנסה הדרישה לחוק.

את דרישת המקוריות פרשה ההלכה הפסוקה בהרחבה, כך שאין צורך בחדשנות או באיכות יצירתית ודי לעמידה בדרישה כי היצירה לא הועתקה מאחר (ראו: רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח (1), 251, 257 (30.12.93)), כך עוד בטרם הוכנסה הדרישה לחוק, הפסיקה קבעה כי דרישה זו הינה דרישה יסודית, כפי שהיה קבוע בחוק האנגלי, שקדם לחוק זכות יוצרים, 1911, וכך נקבע בפסק הדין בע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3), 340, 346 :



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

"הדרישה למקוריות נשמטה משום מה מהתרגום הרשמי העברי של חוקי ארץ ישראל, אך היא מופיעה בסעיף 1 של הנוסח האנגלי של החוק, שהוא הנוסח הקובע : " every original literary, dramatic, musical and artistic work". הגנת זכות יוצרים אינה ניתנת עבור רעיון מופשט אלא עבור ביטוי המוחשי של רעיון. ביטוי זה צריך שיהיה מקורי. אך הפירוש שניתן למושג "מקורי" הן בפסיקה האנגלית והן בפסיקה האמריקנית איננו המושג המקובל של חדשני, בר-חידוש כלשהו. אין היצירה צריכה להיות ביטוי של מחשבה או אמצאה מקורית. כל שנדרש הוא, שהיצירה לא תהיה מועתקת מיצירה אחרת, אלא שמקורה יהיה ביוצרה, במחברה".

רק יצירה העונה על דרישת המקוריות תהיה מוגנת בעוד שיצירה מועתקת אינה זכאית לאותה הגנה. בבחינת דרישת המקוריות נדרשים אנו לשני מבחנים : יצירתיות והשקעה. לעניין זה ראו את אשר נפסק בפסק הדין בע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (14.3.2010) (להלן – עניין פרמייר ליג) :

"משכך, כיום ניצבים אנו בפני הלכה ברורה, לפיה הן מבחן היצירתיות והן מבחן ההשקעה הינם תנאים הכרחיים למתן הגנת זכויות יוצרים, אך כל אחד מהם כשלעצמו איננו מהווה תנאי מספיק לכך. הגם שהדין הישראלי מפרש את שני המבחנים בצורה מצמצמת למדי – כפי שראינו לעיל – מדובר במבחנים מצטברים ומקבילים, ועל המבקש להגן על יצירתו, להראות את התקיימות שניהם. היעדר יצירתיות איננו ניתן לחיפוי על ידי מידה גדושה של השקעה ביצירה, ולהיפך. לבסוף, מאחר שמבחן ההשקעה איננו מעורר ברגיל קשיים בצליחתו, מבחן היצירתיות הוא שמכריע בסופו של דבר האם יצירה עומדת בדרישת המקוריות בחוק".

לאחר כניסתו של חוק זכות יוצרים לתוקף המשיכה הפסיקה וקבעה בעניין "פרמייר ליג" כי דרישת המקוריות נבחנת על פי שני מבחנים עיקריים – מבחן ההשקעה ומבחן היצירתיות, אולם, לאחרונה נקבע בפסה"ד בע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' עופר רביב, (18.11.13) (להלן – עניין סייפקום), על ידי כבוד השופט יורם דנציגר מבחן נוסף :



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 10-09-7357 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

"אוסף כי לדעתי יש לזהות במסגרת דרישת המקוריות שלושה רכיבי משנה, כאשר נוסף על מבחן ההשקעה ועל מבחן היצירתיות יש לבחון את מבחן המקור. כוונתי היא לדרישה כי מקורה של היצירה יהיה ביוצר וכי זו לא תהיה מבוססת על יצירה אחרת – ובלשונו של חברי השופט א' רובינשטיין "מקורי קרי עצמאי" [ראו: ע"א Krone AG 3422/03 נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נט(4) 365, 378 (2005); ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 (1985) (להלן: עניין סטרוסקי). להרחבה על מקוריות כמקור ראו: בירנהק, בעמ' 355-372].

...

אם לסכם את האמור עד כה, הלכה שנקבעה על ידי בית משפט זה היא כי לצורך הענקת הגנה על יצירה באמצעות זכות יוצרים יש להוכיח כי מדובר ביצירה מקורית תוך בחינת שלושה רכיבי משנה – מבחן המקור, מבחן ההשקעה ומבחן היצירתיות – כאשר אין די בהתקיימותו של רכיב אחד בלבד לצורך הוכחת מקוריות.

אמנם הלכה זו נקבעה לאחר מועד הגשת הסיכומים בתיק זה, אך היות שגם לפי המצב המשפטי, עובר לפרסום הלכה זו, נבדק כי המקור הוא ביוצר כחלק ממבחן היצירתיות, מצאתי לאמץ את ההלכה כבר בפסק דין זה, ואבהיר כי הדבר לא הביא לשינוי כלשהו בתוצאת פסק הדין בנסיבות מקרה זה.

הגדרת אופי היצירות המוגנות הינה הגדרה כוללת ורחבה. לענייננו די בהגדרתן של היצירה הספרותית, הדרמטית, האמנותית והיצירה הקולנועית, כפי שנקבע בסעיף 1 לחוק:

"יצירה ספרותית" – לרבות יצירה המבוטאת בכתב, הרצאה, טבלה, לקט, וכן תוכנת מחשב;

"יצירה דרמטית" – לרבות מחזה, יצירה קולנועית, יצירה דרמטית-מוסיקלית, יצירת מחול ופנטומימה;

"יצירה אמנותית" – לרבות רישום, ציור, יצירת פיסול, תחריט, ליטוגרפיה, מפה, תרשים, יצירה אדריכלית, יצירת צילום ויצירת אמנות שימושית;



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

**'יצירה קולנועית' – לרבות יצירה טלוויזיונית וכל יצירה שדומה במהותה
ליצירה קולנועית או ליצירה טלוויזיונית;**

האם ה"סלוגן" מהווה יצירה מוגנת

בענייננו אין ספק כי ה"סלוגן" עונה על ההגדרה של יצירה ספרותית בהיותו יצירה המבוטאת בכתב. באשר לדרישת המקוריות הרי שכאן ההכרעה אינה כה פשוטה. כאמור לצורך עמידה בדרישת המקוריות נדרשת התובעת לעמוד בשלושה מבחנים מצטברים: מבחן ההשקעה, מבחן היצירתיות ומבחן המקור. ה"סלוגן" בו מבקשת התובעת לקבל זכות יוצרים הינו **"להיפרד בדרך שלך"**, כפי שהציגה לנתבעים כבר בטיוטה הראשונה של הקמפיין (סעיף 21 ונספח 5 לתצהיר שרה סגל) וכפי שתואר בסעיף 63 לתצהירו של מר שעיה סגל:

"כבר בדרפט הראשון של הקמפיין פרטנו בפני הנתבע 2 את המלצתנו בדבר שינוי הסלוגן כדלקמן:

'יש לשנות את הסלוגן המוביל הנ"ל כיוון שיש בו משום שלילה של דרך הקבורה המסורתית. דהיינו הדרך המסורתית לא מכובדת דיה כמו הדרך המוצעת על ידי "עלי שלכת"'. שלילה זו (הבאה כאנדרסטייטמנט) פוגעת במותג 'עלי שלכת' משום שיש בה התנשאות המעוררת אנטגוניזם."

(ההדגשה במקור – ש.ק.ו.)

הנתבעים הציגו שימוש בצמד המילים **"בדרך שלך"** עובר להתקשרות עם התובעת בפרסומים שונים שנעשו מטעמים (נספחים ח' – יא' לתצהיר אלון נתיב).

ההשקעה שתוארה בתצהירה של שרה סגל עסקה בשכנוע הנתבעים להסכים להחלפת ה"סלוגן" ולא בהשקעה ביצירתו של ה"סלוגן", כך בסעיף 23 לתצהירה:

"רק בחלוף הזמן הסכים הנתבע 2 להחליף את הסלוגן, וזאת לאחר שכנוע רב ובהתאם להמלצתנו, ללמדנו כי העבודה המשותפת לא הייתה פגישה או שתיים אלא תהליך עבודה של ממש..."



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

אך נרמז כי העבודה על ה"סלוגן" התבצעה במשך תקופה, כך בסעיף 24 לתצהירה של שרה סגל:

"למותר לציין כי במהלך התקופה שבה גיבשנו את הסלוגן החדש..."

ולצורך גיבושו של "סלוגן" די בהשקעה זו, שהרי גיבושו יכול להתהוות לאחר שעות מרובות או בהבזק של מחשבה רגעית.

ביחס למבחן היצירתיות הרי שה"סלוגן" **"להיפרד בדרך שלך"** ייחד את "הדרך שלך" לנושא הפרידה. מהדוגמאות הרבות שצורפו לחוות דעתו של המומחה מטעם הנתבעים מר אייל גפן (נספחים א' – טז') ניתן ללמוד שהשימוש בצמד המילים "בדרך שלך" הינו נפוץ למגוון רחב של שימושים בהקשרים שונים.

מהדוגמאות בהן נעשה שימוש בביטוי "Your way" בהקשר של לוויית, רק זה המצוי בנספח יז' לחוות דעתו של אייל גפן, "Saying Goodbye Your Way" הינו בעל משמעות דומה עד מאד ל"סלוגן", אך שם מדובר בשם של ספר הדרכה כיצד לתכנן הלוויה.

לא נטענה טענה כי התובעת העתיקה את ה"סלוגן", אלא נטען כי הוא שינוי זניח של ה"סלוגן" הקודם שהיה בשימוש הנתבעת 1 שכלל את המילים "בדרך שלך" או "ללכת עד הסוף בדרך שלך".

לפיכך אני מוצאת שה"סלוגן" שיצרה התובעת **"להיפרד בדרך שלך"** מקיים את שלושת המבחנים: מבחן המקור בכך שמקורו של ה"סלוגן" בתובעת, מבחן ההשקעה בכך שהתובעת השקיעה ביצירתו ובגיבושו תקופת עבודה ואת מבחן היצירתיות בכך שיש בו חדשנות וייחודיות מספקת כדי להצדיק את ההגנה עליו.

האם ה"קמפיין" שבמצגת מהווה יצירה מוגנת

המצגת (נספח 2 לתצהירו של מר שעה סגל) כוללת הן את הסלוגן והן תסריטים לתשדירי רדיו, לסרטונים, לפרסומים באינטרנט ולפרסום בדיוור ישיר. מר אדלר, המומחה מטעם התובעת, הגדיר את המצגת ככוללת תוצרים סופיים מוגמרים. אמנם מר גפן, המומחה מטעם הנתבעים, כינה את המצגת "פרזנטציה" אך בחוות דעתו ניתח את תוכנה למול קמפיינים מהעבר ולמול התשדירים ששודרו בפועל מבלי שהצביע על חוסר כלשהו שהפך את המצגת לחסרה לעומת תוצר סופי מוגמר.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

תימוכין נוספים לדעתו של מר אדלר ניתן למצוא בעדותו של מר ורמוס אשר העיד מטעם הנתבעים, לאחר שעיין במצגת:

"ש. מר ראובן אדלר שהצגנו לו המצגת הזו אמר שמדובר בקמפיין פרסומי ולא באיזה בריף או מצגת פרסומית. האם אתה מסכים או לא מסכים עם דבריו של ראובן אדלר

ת. בריף ומצגת זה לא אותו דבר. בריף זאת הזמנת עבודה ומצגת זה כלי עבודה. זאת מצגת שמציגה הצעה לקמפיין פרסומי

ש. ולדעתך יש שוני בין קמפיין פרסומי שיעשה לאור המצגת לבין המצגת

ת. אני לא כל כך מבין השאלה. זו מצגת שמציגה קמפיין פרסומי."

(עמוד 45, שורות 18-23 לפרוטוקול)

מתוך דבריו של מר ורמוס ניתן להבין שהוא שותף לדעתו של מר אדלר כי המצגת היא תוצר סופי ומוגמר של קמפיין שיווקי.

לפיכך מצאתי להעדיף בעניין זה את האמור בחוות דעתו של מר אדלר.

המצגת משלבת יצירות בעלות אופי ספרותי, דרמטי, קולנועי ואמנותי במהותן.

לעניין דרישת המקוריות אבחן את שלושת המבחנים: מקור, השקעה ויצירתיות.

לא עלתה כל טענה כנגד מקוריות המצגת, לא הוצגה כל ראיה שיש בה כדי ללמד שהתובעת יכולה הייתה להעתיק את התכנים של המצגת ממקורות אחרים, למעט צירוף המילים "בדרך שלך".

ביחס להשקעה העיד מר שעיה סגל:

"ש. מאות שעות עבדתם?

ת. כן.

ש. המומחה מטעמך אומר שזה עבודה של עשרות שעות?



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

ת. אם הוא אמר עשרות שעות הוא אמר, אני אומר שעבדנו מאות שעות. סך הכל של חמשת העובדים שעבדו במהלך החודשים זה מאות שעות.

לשאלת בית המשפט: איך אתה יודע שזה מאות שעות?

ת. אני מנהל המשרד ויודע.

ש. יש רישום?

ת. לא, אנחנו לא משרד עורכי דין, מעולם לא נרשמו שעות עבודה לשום לקוח. לשאלת בית המשפט כיצד אני יודע להעריך את העבודה במאות שעות אני משיב, שאני יודע כל יום מה עושים כל

העובדים שלי במשרד, אני עובר בקרב העובדים שלי ובדק מה הם עושים.

מכיון שבמקרה הזה אני אישית השתתפתי לפחות פעם ביומים בישיבות הצוות של האנשים שטיפלו בזה, אני אחראי כמנהל המשרד על כל הגיבוש האסטרטגיה אני לא עובד על איסוף חומר ביום יום. שאני אומר שאני יודע זה בהערכה זהירה.

ש. אולי גם אלפי שעות.

ת. לא.

לשאלת בית המשפט יש צוות שמיניתי לפרוייקט הזה כולל אני חמישה אנשים. הצוות הזה לא עבד רק על פרויקט הזה, אלא עם פרויקטים נוספים במקביל, כל אחד מהעובדים השקיע עשרות שעות לתקופה של 4 חודשים. (עמוד 24, שורות 1-22 לפרוטוקול)

המומחה מטעם התובעת, מר אדלר, העריך את ההשקעה הנדרשת ליצירת המצגת בעשרות רבות של שעות עבודה, בסעיף 21 לחוות דעתו:

"על בסיס נסיוני והעבודה שראיתי בקמפיין אני מעריך כי תמחור העבודה כקמפיין אסטרטגי לבדו, (ללא פרסום מדיה) ... וזאת בהתבסס על זמן



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

ההשקעה הרב המוערך על ידי בסך עשרות רבות של שעות שהושקעו בקמפיין, המחקר השיווקי הארצי והבינלאומי הדרוש להכנת קמפיין שכזה, וכן לאור היצירתיות והחדשנות השיווקית שהוא מפגין, ויכולתו לרענן את המותג הבלתי אטרקטיבי בעליל של שירותי קבורה..."

לעומתו, המומחה מטעם הנתבעים, העריך את ההשקעה הנדרשת בשעות עבודה ספורות, כך בסעיף 11 לחוות דעתו :

"אני גם יכול לומר כי הטענה שמדובר בתוצר שהושקעו בהכנתו מאות או עשרות שעות, איננה מתקבלת על דעתי. מדובר בתוצר שאיש מקצוע מיומן מכין בתוך מספר שעות (כחצי יום עבודה מקסימום)..."

ביחס לעובדה אחת, שיש בה ללמד על היקף ההשקעה, אין מחלוקת בין הצדדים והיא שחלפו כארבעה חודשים מעת שהנתבעים פנו לתובעת ועד לאותה פגישה מסכמת בה הוצגה לנתבעים המצגת. די בכך שהתובעת הקדישה חלק ממרצה וזמן עבודתם של חלק מעובדיה להכנת המצגת כדי שיהיה בכך די לצורך עמידה במבחן ההשקעה הנחוץ לענייננו.

באשר למבחן היצירתיות, הרי שהתובעת לא הניחה תשתית ראייתית של ממש ביחס לדרך הגיבוש של הקמפיין אותו הביאה לידי ביטוי במצגת, אלא בחרה להביא רק את המוצר המוגמר ומספר מועט של "דרפטים" שהוצגו לנתבעים בתחילת הדרך. אך ביחס למעבר בין אותם "דרפטים" ראשוניים למוצר המוגמר, לא הוצגו ראיות ולא הובאו עדויות של עובדי התובעת, שעשו במלאכה ויכלו להעיד ממקור ראשון על אשר עשו. כל שהוצג בפניי היו אמירות מאד כלליות על כך שהושקעו שעות עבודה רבות, התקיימו פגישות ארוכות בהן נכח גם הנתבע 2 בדרך כלל ומה היו עקרונות האסטרטגיה החדשה שפיתחה התובעת. בעדויות אלה לא היה דבר כדי ללמדני על היצירתיות שבהכנת המצגת ונותר לי ללמוד על היצירתיות, מדברי המומחים שבחנו את המצגת ומבחינת המצגת עצמה.

מתוך חוות הדעת למדתי, שהמומחה מטעם התובעת סבור, שליצירת קמפיין למוצר מיוחד כדוגמת המוצר בו עוסק מקרה זה – קבורה אלטרנטיבית – נדרשת מידה רבה של יצירתיות, כפי שתיאר זאת בסעיף 16 לתצהירו :

"...להבדיל ממוצרי מזון או יופי שבהם קיימים קמפיינים רבים ושונים שניתן לקבל מהם השראה רעיונית, הרי שבכל הנוגע לקבורה אלטרנטיבית, כמעט



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

ולא ידוע לי על שירותים מקבילים ועל כן שעה שמפתחים קמפיין אסטרטגי לשירות זה יש לעבור הליך חשיבתי מורכב, ייחודי וחדשני."

המומחה מטעם הנתבעים התייחס לאספקט מסוים מתוך הקמפיין וסבר כי אינו מהווה פיתוח מיוחד כלשהו – כך בסעיף 13 ב' לחוות דעתו :

"גם אם אניח לטובת התובעת כי היא אכן הציעה לעלי שלכת להתמקד בשירותי קבורה אלטרנטיביים, אינני רואה כיצד מבחינה מקצועית היא פיתחה רעיון מיוחד כלשהו. בעיני, כאיש מקצוע, אך טריוויאלי וטבעי שלא להדגיש בפרסומת את נושא שריפת הגופות, מכיוון שמדובר בנושא המושך תשומת לב גם ללא צורך בפרסומת מיוחדת."

מבחינת היצירה עצמה ניתן להתרשם מהמוטיבים החוזרים בדרכי הפרסום השונות ומהאופן בו שולבו מוטיבים אלה בסרטונים, בתשדירים וכדומה, אך בית המשפט נעדר את הכלים המקצועיים מעולם הפרסום כדי להעריך, לחיוב או לשלילה, את מידת היצירתיות הנדרשת מבלי שהוצגה לבית המשפט תשתית ראייתית המאפשרת בסיס להשוואה, למעט שני תשדירים ישנים של הנתבעת 1 אשר צורפו כנספח 11 לכתב התביעה.

לפיכך מצאתי להכריע בסוגיה זו בעיקר על בסיס חוות הדעת של המומחים, ולקבוע כי התובעת עמדה במבחן היצירתיות ביחס למצגת בכללותה וביחס לתשדירי הרדיו והתסריטים הכלולים בה בפרט לאור השוואתם לתשדירים הישנים של הנתבעת 1.

לפיכך, אני מוצאת, כי המצגת, שיצרה התובעת, מקיימת את שלושת המבחנים : מבחן המקור בכך שמקורה של המצגת בתובעת, מבחן ההשקעה בכך שהתובעת השקיעה ביצירת המצגת עבודה משמעותית הגם שהיקפה נותר בשלב זה לא ברור, ואת מבחן היצירתיות מקיימת המצגת בכך שיש בה חדשנות וייחודיות מספקת כדי להצדיק את ההגנה עליה.

הוכחת יסוד הבעלות על היצירה

על פי סעיף 1(33) לחוק, יוצר היצירה הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה. זכות זו מקנה לבעליה את הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, מגוון שימושים פומביים ומסחריים, בהתאם לסעיף 11 לחוק (להלן - הזכות החומרית). זכות היוצרים כוללת גם זכות



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

אישית, אשר לא ניתנת להעברה וזו מוענקת ליוצר היצירה, ולפיה הוא זכאי לכך, ששמו ייקרא על יצירתו וכי לא יוטל פגם ביצירתו, בהתאם לסעיפים 45 ו- 46 לחוק (להלן - הזכות המוסרית). ראו לעניין זה בפסה"ד בע"א 2790/93 Robert E. Eisenman נ' אלישע קימרון, פ"ד נד(3) 817, 841 :

"אדם זכאי ששמו ייקרא על "ילדי רוחו". זיקתו הרוחנית לאלה כמוה, כמעט, כזיקתו ליוצאי חלציו. פרסומה של יצירה בלי ששמו של מחברה ייקרא עליה "בהיקף ובמידה המקובלים" הוא פגיעה בזכותו המוסרית של המחבר. שורשיו של עיקרון חשוב זה שלוחים גם במקורות המשפט העברי, שעמדו על גודל עונו של מי שאינו אומר דבר בשם אומרו."

בסעיף 64(1) לחוק קבועה חזקה לגבי זהות יוצר היצירה כאשר שמו מופיע על גבי היצירה :

"64. החזקות המפורטות להלן יחולו בכל הליך משפטי, אזרחי או פלילי, שעניינו הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית, אלא אם כן הוכח אחרת :

(1) מופיע על היצירה בדרך המקובלת שמו של אדם כיוצר היצירה, חזקה היא שאותו אדם הוא יוצר היצירה; החזקה האמורה בפסקה זו תחול גם לעניין שמו הבדוי של אדם, ובלבד שזהותו של בעל השם הבדוי ידועה בציבור;"

על המצגת בה מופיע גם ה"סלוגן" נרשם "מוגש ע"י: קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ", כמו כן מופיע הרישום "כל הזכויות שמורות ©" הכיתוב יוצר את החזקה ביחס לזהות יוצר היצירה ולפיכך אף ביחס לבעל זכות היוצרים בה. חזקה זו לא נסתרה על ידי הנתבעים.

לפיכך, אני מוצאת לקבוע, כי התובעת היא בעלת זכות היוצרים במצגת ובכלל זה גם ב"סלוגנים" הכלולים בה "עלי שלכת – להיפרד בדרך שלך" או "עלי שלכת - להיפרד בדרך שלכם", כמופיע בנספח 1 לכתב התביעה (נספח 9 לתצהירה של גבי שרה סגל).



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

האם נעשה שימוש מפר באחת מהזכויות המוגנות של התובעת

לשם הוכחת ההפרה, נדרשת התובעת להוכיח כי לנתבעים הייתה גישה, או הזדמנות לגישה, ליצירות המוגנות, וכן שקיים דמיון מהותי בין היצירות המוגנות ובין יצירות הנתבעים.

את תנאי הגישה יש לבחון ביחס לכל נתבע. במקרה דנן המצגת נמסרה לנתבעים ועל כך כלל לא הייתה מחלוקת. המחלוקת נסבה בשאלה האם הנתבעים העבירו את המצגת לידיעת המפרסמים אשר הכינו את התשדירים אשר שודרו בפועל.

לעניין הגישה, די בכך שהמצגת הייתה מצויה בידם של הנתבעים כדי לקבוע שהייתה גישה גם למי מטעמם באופן ישיר או עקיף, אף שהתובעת לא הביאה כל ראיה לכך שיוצרי התשדירים אכן נחשפו למצגת, והגישה שלהם למצגת תלמד רק מההזדמנות לגישה והדמיון ככל שימצא.

ביחס ל"סלוגן" טענת השימוש המפר הינה כי הנתבעים החליפו את ה"סלוגן" הקודם שלהם "עלי שלכת הבחירה המכובדת" ל"סלוגן" חדש – "עלי שלכת – ללכת בדרך שלך" וכי ה"סלוגן" החדש מהווה העתקה של ה"סלוגן" פרי יצירתה של התובעת – "עלי שלכת – להיפרד בדרך שלך".

ביחס למצגת, טענת השימוש המפר התמקדה בתשדירים הרדיו אותם פרסמו הנתבעים ברדיו, לגביהם נטען כי התשדירים המפרים מאמצים את כל המלצות התובעת והאסטרטגיות שפותחו עבור הנתבעת ואשר הוצגו במצגת, וזאת תוך השוואה בין תשדירי הרדיו שהוכנו על ידי התובעת לאלו ששודרו בפועל על ידי הנתבעים.

החוק קובע, בסעיף 47 מה היא הפרה של זכות יוצרים:

"47. העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר

לעשות פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות

היוצרים, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד'."

בסעיף 11 לחוק, מפורטות הפעולות ביצירה, לגביהן יש לבעל זכות היוצרים את הזכות הבלעדיות:

"11. זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי

ממנה, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן, בהתאם לסוג היצירה:

(1) העתקה כאמור בסעיף 12 – לגבי כל סוגי היצירות;



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

- (2) פרסום – לגבי יצירה שלא פורסמה ;
 - (3) ביצוע פומבי כאמור בסעיף 13 – לגבי יצירה ספרותית, יצירה דרמטית, יצירה מוסיקלית ותקליט ;
 - (4) שידור כאמור בסעיף 14 – לגבי כל סוגי היצירות ;
 - (5) העמדת היצירה לרשות הציבור כאמור בסעיף 15 – לגבי כל סוגי היצירות ;
 - (6) עשיית יצירה נגזרת כאמור בסעיף 16, ועשיית הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (5) ביצירה הנגזרת כאמור – לגבי יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית ויצירה מוסיקלית ;
 - (7) השכרה כאמור בסעיף 17 – לגבי תקליט, יצירה קולנועית ותוכנת מחשב.
- סעיף 12 לחוק מגדיר מהי העתקה של יצירה :
- "12. העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות
- (1) אחסון של היצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי אחר ;
 - (2) עשיית עותק תלת-ממדי של יצירה דו-ממדית ;
 - (3) עשיית עותק דו-ממדי של יצירה תלת-ממדית ;
 - (4) העתקה ארעית של היצירה."

העתקת יצירה היא שאלה שבעובדה, הצריכה הוכחה לעניין זה וכן לעניין דרך הבדיקה האם עמד התובע בנטל ההוכחה הרובץ לפתחו. יפים הדברים שנקבעו בע"א 15/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד לו(2) 813, 823 (1982) :

"ההוכחה בדבר העתקת יצירה יכול שתעלה מתוך ראיות נסיבתיות, מבלי שתהיה הוכחה ישירה לכך שפלוגי נטל יצירתו של פלמוני והפכה לשלו. ניתן להסיק, שבוצעה העתקה של היצירה המקורית, כאשר לנתבע הייתה גישה ליצירה המקורית, וכאשר הדמיון בין שתי היצירות הוא כזה, שאין זה סביר להניח, שהוא פרי המקריות או של סיבה דומה, להוציא ההעתקה (ע"א 559/69 [1], בעמ' 830 מול האות ג. לעניין נטל ההוכחה ראה: ע"א 136/71 [2] הנ"ל,



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

בעמ' 262). השאלה, אם הדמיון בין שתי היצירות מספיק לשם קביעה, שהנתבע העתיק חלק ממשי ומהותי מן היצירה המוגנת, היא שאלה שבעובדה ושל דרגה, והתשובה לשאלה זו צריכה להינתן לא על סמך השוואה מיכאנית של מספר מלים או שורות, הדומות ביצירות הנדונות, אלא לפי ההתרשמות של השופט מן היצירות בכללותן"

בחינה של הפרסומים שנעשו על ידי הנתבעים לאור דברים אלו ולאור ההגדרה של העתקה בחוק, מעלה כי לא נעשתה העתקה מדוייקת אחת לאחת של היצירות המוגנות.

בתשדירים ששודרו לא הופיע ה"סלוגן" "עלי שלכת – להיפרד בדרך שלך", אלא "עלי שלכת בית לוויית – ללכת בדרך שלך", כמו כן לא הופיעו קטעים מועתקים מן המצגת, אך ניכר בחלק מהתשדירים דמיון רב וקריאת התשדירים ששודרו בפועל מותירה בקורא הרגשה כי טבוע בהם החותם העולה מן המצגת.

חלק מהתשדירים אשר שודרו בפועל מבוססים באופן ברור על המצגת תוך הוספה ושינוי שיש בהם משום תוספת יצירתית מסויימת. אולם אף בפעולה זו של עשיית יצירה נגזרת יש לבעל זכות היוצרים ביצירה המקורית זכות בלעדית כאמור בסעיף 11(6) לחוק.

סעיף 16 לחוק מגדיר מהי עשיית יצירה נגזרת:

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

ויפיים לעניין זה דבריו של כבוד השופט עמירם בנימיני בפסה"ד בת.א. (מחוזי- ת"א) 1639/08 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' פרופ' דן לאור, (31.5.09):

"עשיית יצירה נגזרת ופרסומה מהווים הפרה של זכות היוצרים ביצירה הראשונית שהיא מתבססת עליה, אם היצירה הנגזרת נעשתה ללא הסכמת הבעלים של היצירה הראשונית. הזכות לעשות יצירה נגזרת ולפרסומה שמורה בלעדית לבעלים של זכות היוצרים ביצירה הראשונית שממנה נגזרה (סעיף 11(6) לחוק). ודוק: מי שעושה יצירה נגזרת ללא הסכמת הבעלים של היצירה המקורית מפר את זכות היוצרים ביצירה הראשונית, גם אם יצר יצירה שהיתה



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

ראויה להגנת זכות יוצרים כ"יצירה נגזרת" לו נעשתה בידי הבעלים של היצירה המקורית או בהסכמתו.

המבחינים להיותה של יצירה נגזרת אסורה הם "מבחן הזיקה המהותית בין היצירות" וכן "מבחן הזיקה הגלויה ליצירת הבסיס"; השאלה היא האם ניתן לזהות ללא כל קושי את יצירת המקור, כולה או חלקה, בתוך היצירה הנגזרת (ראו: א' פישמן-אפורי, **היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים** (תשס"ה-2005), בעמ' 306-308).

ובטרם אביא את הכרעתי, ביחס לשאלה האם נעשה שימוש מפר ביצירות המוגנות, מוצאת אני לאמץ מבחן נוסף מפסק הדין בעניין סייפקום, מבחן שאינו חדש במהותו, כדברי כבוד השופט אליקים רובינשטיין:

"לכל המבחינים הללו אבקש לצרף מבחן נוסף, מבחן השכל הישר, שאמנם עשוי להישמע כללי מדי, שהרי יאמר האומר, השכל הישר טוב שינחנו בכל עניין, ומנגד אין הוא בהכרח שוה לכל נפש בנושאים פרטניים. אך באמרי "השכל הישר" בנידון דידן כוונתי להצטברות הנתונים שבפני בית המשפט, על מכלולם; וכשמדובר ביצירה, גם מראה העיניים ("טוב מראה עיניים מהלך-נפש", קהלת י', ט') הוא כידוע פרמטר משמעותי בדיני הקניין הרוחני, ורוב מלים אך למותר"

כדי להראות את הזיקה המהותית בין היצירות אביא קטע של "תשדיר רדיו – גבר" מתוך המצגת:

"שלום אני ישראל שומרון. אני כבר לא ילד יש לי משפחה גדולה ואוהבת:

החלטתי, בשביל השקט הנפשי שלי והאהבה הגדולה שיש לי למשפחתי לבחור בעצמי כיצד יראה טקס הפרידה ממני. לכן פניתי אל הצוות המקצועי, המנוסה המנוסה והרגיש של 'עלי שלכת' ויחד אתם תכננתי את מעמד הפרידה שלי ממשפחתי וכל מכרי. כך הייתי רוצה שזה יקרה.

עלי שלכת – להיפרד בדרך שלך. טלפנו עכשיו: XXXXXX"

ומולו את תשדיר 3 מתוך התשדירים ששודרו בפועל על ידי הנתבעים:

"שלום מדבר אבא שלך, לא, לא, אל תדאג לא קרה שום דבר מיוחד.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

הבריאות בסדר, אבל אתה יודע שאני לא אשאר כאן לתמיד אז חשבתי קצת על
איך אני רוצה שמעמד הפרידה, ההלוויה שלי תראה, כדי שאתה ואמא תוכלו
לעמוד שם ולהרגיש שנפרדנו בדרך שלנו.

עלי שלכת בית לוויות – ללכת בדרך שלך "XXXXXX"

יובהר כי לאופן הצגת הטקסט הכתוב אין כל משמעות היות שמדובר בתשדירים המשודרים ברדיו,
כך שהקהל רק שומע את המלל ולא נחשף לכיתוב עצמו.

העובדה כי היצירה היא תשדירי רדיו הינה חשובה גם לצורך ההשוואה היות שהקליטה של מסרים
בשמיעה אינה זהה לקליטה של מסרים בקריאה, בייחוד נכון הדבר ביחס לפרסום ברדיו, אליו
נחשף הציבור בדרך כלל אגב עיסוקים אחרים, ולכן מתוך המלל הכולל נקלטים רק המסרים
העיקריים ולא הפרטים הקטנים, כך גם מצאתי כי נכון לבחון ולהשוות בין התשדירים.

הדוברים אמנם שונים אך שניהם מייצגים אבות אשר באו לדבר על מעמד הפרידה מהם וכיצד
ברצונם שהוא יראה. הנתבעים אמנם שינו את ה"סלוגן" אך הכניסו את המילים "נפרדנו בדרך
שלנו" כמילים האחרונות של הפרזנטור, לפני שהקריין מקריא את ה"סלוגן" ומספר הטלפון
להתקשרות. יש לציין כי העובדה שה"סלוגן" מוקרא על ידי קריין מעניק לו הדגשה והפרדה
מסויימת.

הדגשים בתשדיר ששודר בפועל עוקבים בצורה כה צמודה לדגשים שבתשדיר המקורי עד כי לדעתי
ניתן למצוא בכך זיקה מהותית בין היצירות – השימוש במינוח "מעמד הפרידה" שאינו המינוח
השגור לטקס ההלוויה והדגשת מילוי הרצון האישי של הדובר.

בהקשר זה מוצאת אני להעיר כי בסיכומי הנתבעים נטען, בסעיף 38, כי המסר בתשדירי הנתבעים
קורא למאזין לשתף את בני המשפחה בהחלטה, וזאת בניגוד לתשדירי התובעת. איני יכולה לקבל
טענה זו ביחס לכל התשדירים ששודרו על ידי הנתבעים אלא רק ביחס לחלקם, ובכל מקרה המסר
מנוגד לסלוגן "ללכת בדרך שלך".

אכן אין מדובר בהעתקה מושלמת. בכל תשדירי התובעת מוזכרת פניה לנתבעת 1 לתכנון מעמד
הפרידה. חלק זה הורד בתשדירים ששודרו על ידי הנתבעים.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

יש לזכור כי די שהדמיון בין היצירות מספיק לקביעה שהועתק חלק ממשי ומהותי מן היצירה המוגנת, לפי התרשמות מן היצירות בכללותן, ולעניין זה מתאים השימוש במבחן 'השכל הישר' על סמך הצטברות הנתונים שבפניי, ובמקרה זה לא רק מראה עיניים אלא אף משמע אוזניים.

לפיכך מצאתי כי ה"סלוגן" – "עלי שלכת בית לוויות – ללכת בדרך שלך" אינו מהווה פעולה אסורה בזכות היוצרים של התובעת ב"סלוגן" – "עלי שלכת – להיפרד בדרך שלך".

באשר לשידור תשדירי הרדיו מצאתי כי ביחס לתשדיר 3 כפי שהוא מופיע בנספח 4 לתצהירו של מר שעה סגל (ובנספח 10 לכתב התביעה), יש כדי להוות פעולה אסורה ביצירה מוגנת, שלתובעת זכויות יוצרים בה.

בדיקת הגנות ופטורים

הנתבעים לא טענו לקיומן של הגנות או פטורים מכוח החוק. השימוש שנעשה ביצירה המפרה היה לצרכים מסחריים ומתוך מטרה כלכלית.

היות שעל המצגת מופיע כאמור הכיתוב "כל הזכויות שמורות ©", היה ברור כי התובעת עומדת על זכויותיה במצגת ולא ניתן לייחס לנתבעים הפרה בתום לב, לפי סעיף 58 לחוק:

"58 הופרה זכות יוצרים או זכות מוסרית, ואולם המפר לא ידע ולא היה עליו לדעת, במועד ההפרה, כי קיימת זכות יוצרים ביצירה, לא יחויב בתשלום פיצויים עקב ההפרה."

קביעת הסעד בגין ההפרה

התובעת עתרה לפיצויים ללא הוכחת נזק לפי הרף העליון הקבוע בחוק בגין כל הפרה, כאשר כבר מתוך כתב התביעה עולה שאף התובעת ראתה בשידורי התשדירים מסכת אחת של הפרות בהתאם לסעיף 56(ג) לחוק.

הכלל המנחה לקביעת פיצויים בגין הפרת זכות חומרית או זכות מוסרית, הוא סעיף 56 לחוק. בהתאם לסעיף 56(א) לחוק, אם הופרה זכות יוצרים או זכות מוסרית, רשאי בית המשפט, על פי בקשת התובע, לפסוק לתובע, בשל כל הפרה, פיצויים בלא הוכחת נזק, בסכום שלא יעלה על



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

100,000 שקלים חדשים. בסעיף 56(ב) מונה המחוקק את השיקולים שבית המשפט רשאי לשקול עת קביעת סכום הפיצוי כאמור :

"(1)היקף ההפרה;

(2) משך הזמן שבו בוצעה ההפרה;

(3) חומרת ההפרה;

(4) הנזק הממשי שנגרם לתובע, להערכת בית המשפט;

(5) הרווח שצמח לנתבע בשל ההפרה, להערכת בית המשפט;

(6) מאפייני פעילותו של הנתבע;

(7) טיב היחסים שבין הנתבע לתובע;

(8) תום לבו של הנתבע.

(ג) לעניין סעיף זה יראו הפרות המתבצעות במסכת אחת של מעשים, כהפרה אחת."

בבואי לקבוע את גובה הפיצויים אדרש לשיקולים המנויים בחוק :

היקף ההפרה ומשך הזמן בו בוצעה – התובעת צרפה לתצהירו של מר שעה סגל את פריסת התשדירים מחברת יפעת, כנספח 5 לתצהירו, ממנה ניתן ללמוד כי השידורים נעשו בימים 22.03.2013, 25.04.2013, 27.04.2013 ו- 29.04.2013 וכללו בין 36 ל- 39 השמעות בכל אחד מהימים, אך לא ניתן לדעת מתוך נספח זה כמה פעמים הושמע תשדיר 3 דוקא.

חומרת ההפרה – אמנם שוכנעתי כי נעשה שימוש ביצירתיות של התובעת במסגרת היצירה המפרה, אך זהו אחד המקרים בהם ההפרה היא בחומרה שאינה ברף העליון וקרובה היא יותר לרף התחתון בחומרתה.

הנזק הממשי שנגרם לתובעת – התובעת לא הניחה תשתית ראייתית מספיקה כדי להוכיח שנגרם נזק ממשי לתובעת. הטענה היחידה אותה ניתן לקבל היא אובדן הכנסות, אך גם היקפן של אלו לא הוכח, וכל שנותר לבית המשפט הוא הערכת הנזק מתוך הנתונים המצויים בתיק.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

הנתבעים הציגו חשבוניות לגבי העלויות של הפקת התשדירים ששודרו בפועל, על סך של 30,000 ₪ (נספח ה' לתצהיר אלון נתיב) וכן עלויות זמן האוויר ששולמו בסך של 90,333 ₪ (נספח ז' לתצהיר אלון נתיב). אלו הנתונים האובייקטיביים שהיו בפניי כמדד לעלויות, תוך שאני מוצאת להביא בחשבון שהתובעת פנתה לביצוע עבודתה בפיתוח המצגת כאשר הנתבעים אינם בעלי הניסיון שרכשו בעבודה עימה, ניסיון ממנו נהנו הפרסומאים מר ורמוס ומר גל.

לפיכך הנזק הממשי שנגרם לתובעת מהפרת זכות היוצרים שלה במצגת על ידי פרסומו של תשדיר 3 הינו הפסד הרווח שהיה צומח לה אילו הייתה הנתבעת 1 עושה פרסום זה באמצעות התובעת.

הרווח שצמח לנתבעים בשל ההפרה – לא הובאו נתונים מהם ניתן ללמוד כי הנתבעים הפיקו רווח כלכלי מהפרת זכויות היוצרים של התובעת על פני ביצוע הפרסום דרך התובעת. יתכן כי ההחלטה שלא להשתמש בשירותיה של התובעת נבעה משיקולי הנוגעים לתוכן התשדירים, היקף הקמפיין והמסרים אותם היה מעוניין הנתבע 2 להעביר בניגוד לדעת התובעת.

לא הונחה בפניי תשתית ראייתית מספקת אשר אפשרה לי להשתכנע במידה הנדרשת במשפט אזרחי כי צמח לנתבעים רווח בשל ההפרה של זכות היוצרים של התובעת במצגת על ידי שידורו של תשדיר 3. לא הובאו לי ראיות כלשהן שלפרסום הייתה השפעה כלשהי על המכירות של הנתבעת 1, אף לא הוגשה בקשה לקבלת דין וחשבון בהתאם לסעיף 57 לחוק.

מאפייני פעילותם של הנתבעים – יש לזכור כי במקרה שבפניי הנתבעים הם לקוחות אשר ביקשו לקבל שירותי פרסום. לא הם עצמם יצרו את תשדיר 3 אשר הפר את זכות היוצרים של התובעת, אך למצער הרשו את יצירת התשדיר בצורה בה נעשה והביאו לשידורו.

טיב היחסים שבין הנתבעים לתובעת – כאמור הנתבעים פנו לתובעת כלקוחות המבקשים לקבל את שירותיה. התובעת הכינה את המצגת במטרה שהנתבעת 1 תכנס עמה להתקשרות עסקית ממנה תפיק התובעת רווחים. ניכר מהתנהלות התובעת, כי היא נתנה אמון בנתבעים בשלב הטרם חוזי, פעלה והשקיעה ללא החתמת הנתבעים על התחייבות מצידם ואף מסרה ביד הנתבע 2 את המצגת ללא סייג או החתמה על התחייבות כלשהי.

תום ליבם של הנתבעים – התרשמותי היא כי הנתבעים נקלעו לבעיה מול התובעת אשר הציגה קמפיין מוגמר מקיף ובעלות גבוהה, אשר לא היה התגשמות מענה מדוייק להשקפותיו של הנתבע 2 ביחס לדרך הנכונה לשווק את הנתבעת 1, אך חלקים נכבדים מהמצגת כן מצאו חן בעיניו ותובנות שהוסברו לו ואשר הוטמעו במצגת הופנמו על ידו. כך, שכאשר עבר למשרד פרסום אחר, מצא לדאוג



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

לכך שבתשדירים יוגשמו לצד השקפותיו גם התובנות והחלקים שמצאו חן בעיניו מהקמפיין שהוכן על ידי התובעת, כאשר אני מניחה שהכוונה הייתה לעשות מאמץ שהתשדירים יהיו שונים מספיק כדי שלא יהיה ניתן לטעון לגביהם להעתקה, אך זאת לא מתוך תום לב, אלא מתוך הרצון שלא להיגרר לתביעה משפטית.

לאחר שקלול השיקולים השונים אני מוצאת לפסוק לתובעת פיצוי בגין הפרת זכות היוצרים של התובעת במצגת בסך 35,000 ₪.

עשיית עושר ולא במשפט

התובעת מבקשת לחייב את הנתבעים לפצותה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן - חוק עשיית עושר), בגין התעשרותם שלא כדין כתוצאה מהזולת עלויותיהם באמצעות פניה למפרסמים מתחרים עת בידיהם אסטרטגיה מגובשת מתוך עבודתה של התובעת.

סעיף 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(2) 309, 321).

העקרונות להכרה בעילת תביעה זו התוו בפסה"ד ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998) (להלן - עניין א.ש.י.ר.), שם נקבע כי:



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

"חשוב לא פחות, להגן על קניין רוחני ולאפשר להוגי רעיונות מקוריים ליהנות מפירות אמצאותיהם, גם אם אלה אינן נופלות לגדרם של דיני הקניין הרוחני."
(שם בעמוד 425 מול האות ד).

עוד נאמר בעניין א.ש.י.ר.:

"ככל שהדבר נוגע לידע ולרעיונות שהם "מעין-קניין רוחני" ושאינם באים בגדרם של דיני הקניין הרוחני ראוי, ככל שקשה הדבר, להציב מבחנים שניתן להיעזר בהם כדי לקבוע מתי ראוי "נכס" כזה להגנה מכוח חוק עשיית עושר. מבחנים אלה אינם צריכים ואינם יכולים להיות ממצים. אנסה להציב מבחנים מספר שאינם מהווים רשימה סגורה והגמישות יפה להם:

על הרעיון המועתק להיות מסוים, ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי ועליו להיות רעיון שבעליו עשו בו שימוש או שבכוונתם לעשות בו שימוש (פרידמן [69], בעמ' 311). רק אם כזה הוא, ייחשב הוא ל"נכס" ראוי להגנה."

(שם בעמוד 431 מול האותיות ו – ז)

ובהמשך:

"על הזוכה להיות מודע לכך שהוא מעתיק מוצר פרי רעיון של אחר. כאן ניתן לאתר את מרכיב תום-הלב כפי שהוצג בפסק-דין ליבוביץ [1]. ... חוסר תום-לב מצד הזוכה יכול להתבטא גם בכך שהוא ער לרצונו של המזכה להפיק רווחים מהרעיון שבמוצר המועתק, או ליהנות מייצור בלעדי, ואם אכן היה הוא מודע לכך, יש לזקוף זאת לחובתו."

(שם בעמוד 432 מול האות ג)

(ראו גם: רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את.י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309)

כעת עומד על הפרק הקונספט הרעיוני אשר גובש לטענת התובעת על ידה במהלך ארבעת החודשים בהם עבדה על הכנת הקמפיין השיווקי לנתבעת 1, ואשר לטענתה נעשה בו שימוש על ידי הנתבעים במסגרת הכנת התשדירים ששודרו בפועל על ידי הנתבעים.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

הקונספט הרעיוני אינו זוכה להגנת חוק זכות יוצרים כפי שצינתי לעיל, ולפיכך אין חפיפה בין הגנת חוק זכות יוצרים לבין חוק עשיית עושר בעניין זה.

אמנם לא שוכנעתי כי כל אותם אלמנטים, שהתובעת מייחסת לעצמה, הם אכן רעיונות מקוריים שלה, אך איסופם, וכן העברתם לנתבע 2 בליווי הסברים רעיוניים, כגון זה המופיע בדרפט לגבי החלפת ה"סלוגן":

"יש לשנות את הסלוגן המוביל הנ"ל כיוון שיש בו משום שלילה של דרך הקבורה המסורתית, דהיינו, הדרך המסורתית לא מכובדת דיה כמו הדרך המוצעת על ידי "עלי שלכת". שלילה זו (הבאה כאנדרסטייטמנט), פוגעת במותג 'עלי שלכת' משום שיש בה התנשאות המעוררת אנטגוניזם."

יש בהם כדי להוות מרכיב מהותי בעיצוב הרעיון מאחורי יצירת התשדירים אשר שודרו בפועל גם אם אינם כוללים את כל אותם האלמנטים עצמם או שאינם עולים לכדי העתקה של דרך הביטוי של אותם רעיונות במצגת.

השימוש שעשו הנתבעים באותו קונספט רעיוני הקל עליהם את שיווק הנתבעת 1 ומהווים טובת הנאה בידיהם מעבר לרעיון בלבד, מבחינת הבנה וידע שרכשו ושאותם יוכלו ליישם גם בעתיד וזאת על בסיס העבודה שהשקיעה התובעת.

התובעת לא הביאה בפניי ראיות לרווח שעשו הנתבעים כתוצאה מהשימוש בקונספט הרעיוני, כמה כסף נחסך להם או מהי בדיוק טובת ההנאה שצמחה להם מעבר לזו שכבר ציינתי.

במקרים כאלו רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי על פי שיקול דעתו, בדרך של אומדן (ראו: פסה"ד בע"א 3400/03 רוחמה רובינשטיין נ' עין טל (1983) בע"מ, פ"ד נט(6) 470).

במקרה זה, בבואי לשקול את ערכה הכלכלי של טובת ההנאה אשר צמחה לנתבעים ואשר עוד יכולה לצמוח מהעבודה שנעשתה עבורם אצל התובעת, תוך שיקול הרווח אשר נמנע מהתובעת להפיק מעמלה, ומבלי להכליל כאן את החלק השייך לפרק העוסק בזכות היוצרים שהופרה, מוצאת אני לפסוק לתובעת פיצוי בדרך של אומדן בגובה של 40,000 ₪.

הטענות החוזיות

התובעת טענה להטעיה, ניהול משא ומתן בחוסר תום לב ולמצג שווא.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

איני מוצאת שהתובעת עמדה בנטל ההוכחה הרובץ לפתחה באשר לטענות אלו.

לא שוכנעתי כי הנתבעים בשלב כלשהו הטעו את התובעת באופן מכוון ביחס לכוונותיהם, שהרי הסימנים לכך שהנתבע 2 לא היה שותף לדרך החשיבה של אנשי התובעת הייתה ידועה להם, והם אף העידו על כך. גב' שרה סגל תיארה בסעיף 23 לתצהירה שהיה צורך בשכנוע רב של הנתבע 2 להחליף את ה"סלוגן".

התובעת אף לא עמדה בנטל להוכיח על מי חלה החובה לבצע תיאום ציפיות ביחס להיקף הפרסום המתוכנן, ומשזה לא הוכח, אני מוצאת להעדיף את הפרשנות שבעל הידע והניסיון בתחום, ובמקרה זה התובעת, היא זו שהייתה צריכה להבהיר נושא זה מראש, בייחוד כאשר הצעת המחיר אינה נגזרת מהיקף העבודה המושקעת ביצירת הקמפיין אלא מהיקף השימוש שנעשה בו.

באשר למצג שווא, התובעת לא פרטה למה בדיוק הינה מתכוונת. הטענות בעניין זה נטענו בלשון רפה בחוסר פירוט ובחוסר בהירות, כך שלא עולה בבירור האם כוונתה לעניין הצורך באישור בעל המניות הנוסף, או לגבי המסר שהעביר הנתבע 2 במייל בו כתב שהנתבעים החליטו "לפעול בדרך אחרת" או שהתובעת כיוונה אולי לכך שכל הפניה של הנתבעים לתובעת הייתה מצג שווא – לא ברור, אך מכל מקום לא עמדה היא בנטל להוכיח דבר מכל אלו.

ביחס לתום הלב התייחסתי בהקשר לעשיית עושר ולא במשפט, אכן ישנה חפיפה מסוימת בין הפרישה מהמשא ומתן שהתקיים בין התובעת לנתבעים לבין נסיבות עשיית העושר, אולם כפי שאף הסברתי לא שוכנעתי שהפרישה מהמשא ומתן הייתה כולה מתוך מניעים פסולים.

לטעמי, אף התנהגות התובעת מלמדת שפרישת הנתבעים מהמשא ומתן לאחר הפגישה המסכמת שהתקיימה בדצמבר 2009, הייתה התנהגות סבירה באותן נסיבות בהן נעשתה.

התובעת לא דרשה מהנתבעים כל תשלום עבור העבודה שבוצעה אלא רק לאחר שגילתה שהנתבעים משדירים תשדירי פרסומת שיש בהם דמיון לתשדירים שיוצרו על ידי התובעת.

מכך ניתן ללמוד שבזמן אמת פרישת הנתבעים נראתה לתובעת סבירה בנסיבות העניין, ובאותן נסיבות אף נראה לתובעת סביר שלא לדרוש מהנתבעים כל תשלום עבור העבודה שבוצעה.

לפיכך אני מוצאת לדחות את טענותיה החוזיות של התובעת כנגד הנתבעים.



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

חיובו של נתבע 2

באשר לחיובו של הנתבע 2, נטען על ידי הנתבעים כי אין יסוד לדבר, היות וכל פעולותיו היו כאורגן של הנתבעת 1 מטעמה ועבורה.

ביחס לשאלת חיובו האישי של אורגן בגין עוולה נזיקית נקבע בפסה"ד בע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקויריטי בע"מ, מח (5) 661 (25.10.94):

"השוויון בפני החוק הוא ערך יסוד בשיטתנו. עקרון השוויון קובע כי אדם אשר ביצע עוולה יישא בתוצאות הכרוכות באותה עוולה. "כל מזיק, יהא זה אדם פרטי או ראש הממשלה, אחראי בנזיקין למעשיו, ואין המעמד, בתור שכזה, נותן כל פטור מאחריות" (עניין ראונדנאף [8], בעמ' 794). עצם העובדה כי אישיות משפטית נוספת נושאת באחריות אינה פוטרת אותו מאחריות. מובן כי היקף האחריות נגזר ממשבצות האחריות המוכרות במשפטנו. האחריות הנזיקית תפורש לאור מטרות דיני הנזיקין שיקולי הצדק וההגינות ושיקולי היעילות הכלכלית. החשש מהרתעת יתר עוי להשליך על היקף האחריות. אין לראות טעם טוב מדוע החשש האמור יחתור תחת עצם האחריות האישית של האורגן. רופא אשר מתרשל בביצוע ניתוח נושא באחריות אישית, בדרך כלל, לצד אחריותו של בית החולים. עיתונאי המפרסם כתבה ובה לשון הרע נושא באחריות אישית לצד עורך העיתון והמוציא לאור (סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965). פקיד המציג מצג שווא רשלני נושא באחריות אישית לצד אחריות העירייה. מדוע האורגן יופלה לטובה? עובד בחברה המבצע עוולה נושא באחריות אישית. במה נבדל מנהל בחברה מעובד פשוט? נהפוך הוא: הדעת נותנת כי דווקא נושא המשרה או האורגן יישאו באחריות רחבה יותר בשל מעמדם הרם יותר. כוח ללא אחריות פירושו הפקרות."

ובהמשך נאמר:

"מבחינה עיונית, יש להדגיש כי האחריות האישית מקיימת את העיקרון היסודי בדבר אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה. הרמת המסך מכרסמת באותו עיקרון על-ידי התעלמותה ממנו. יתרונה של האחריות האישית הינו



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

**בהצלחתה "להרחיב את מעגל היריבויות ולתרום לפיתוחם של סטנדרטים לאחריות אישית של נושאי משרה ובעלי שליטה בחברה, מבלי לכרסם בכלליותו של עקרון האישיות המשפטית הנפרדת" (א' חביב-סגל, "מגמות חדשות בהלכות הרמת-המסך" עיוני משפט יז (תשנ"ב-נ"ג 214,197).
האחריות האישית מוטלת על האורגן על-פי קני המידה הרגילים להטלת אחריות במשפט האזרחי."**

במקרה זה, בו כל יסודות העוולה של הפרת זכות יוצרים מתקיימות גם בנתבע 2 באופן אישי, וכך גם לגבי עוולת עשיית עושר ולא במשפט, כאשר טובת ההנאה צמחה לנתבע 2 אף באופן אישי מתוך שניכס לעצמו את הרעיונות והתובנות מהם עתידה הייתה התובעת להפיק את רווחיה, הרי שאיני מוצאת לקבל את טענת הנתבעים כי אין בסיס לחיוב הנתבע 2 בשל היותו ופועלו כאורגן של הנתבעת 1.

לפיכך חיובם של הנתבעים יהיה ביחד ולחוד.

לסיכום

מצאתי כי התובעת יצרה קמפיין שיווקי מקורי עבור הנתבעת 1 אשר מצא ביטויו במצגת אשר הוצגה לנתבעים בפגישה מסכמת שהתקיימה בדצמבר 2009. המצגת כללה "סלוגן" פרי פיתוחה של התובעת "עלי שלכת – להיפרד בדרך שלך" או "עלי שלכת – להיפרד בדרך שלכם", קבעתי כי המצגת והסלוגנים הינן יצירות של התובעת והיא בעלת זכות היוצרים בהן.

הנתבעים פנו למפרסמים אחרים והרשו להם או עשו בעזרתם תשדיר פרסום (תשדיר 3) אשר חלק ממשי ומהותי ממנו הועתק מתוך המצגת שהכינה התובעת, ומצאתי כי הנתבעים ביצעו פעולה מפרה ביצירה מוגנת של התובעת.

לפיכך מצאתי לחייב את הנתבעים לפצות את התובעת בגין עוולה זו בסך של 35,000 ₪.

עוד מצאתי, כי הנתבעים עשו שימוש בקונספט השיווקי הרעיוני אותו פיתחה התובעת ובתובנות נוספות אותן רכשו כחלק מהקשר שניהלו עם התובעת ואשר אינם מוגנים בזכויות יוצרים, זכו עקב



בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"א 7357-09-10 קו האופק מערכות פרסום ותדמית בע"מ נ' עלי שלכת בע"מ ואח'

בפני : כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

כך בטובת הנאה שלא על פי זכות שבדין, ולפיכך מצאתי לחייב את הנתבעים לפצות את התובעת בגין עשיית עושר ולא במשפט בסך של 40,000 ₪.

מצאתי לדחות את טענות התובעת בדבר התקיימותן של עילות תביעה חוזיות וזאת משום שהתובעת לא עמדה בנטל ההוכחה הרובץ לפתחה במישור העובדתי.

כמו כן, מצאתי לדחות את טענות הנתבעים בדבר העדר בסיס לחיובו של הנתבע 2, בהיותו אורגן של הנתבעת 1, ולפיכך מצאתי לחייב את הנתבעים ביחד ולחוד בחוב הפסוק.

סוף דבר

הנתבעים יפצו את התובעת ביחד ולחוד בסך כולל של 75,000 ₪, וכמו כן ישלמו הנתבעים, ביחד ולחוד, לתובעת הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בגובה של 15,000 בתוספת מע"מ ₪ אשר ישולמו תוך 30 יום, שאם לא כן - יישאו הפרשי ריבית והצמדה כחוק.

ניתן היום, י"ט טבת תשע"ד, 22 דצמבר 2013, בהעדר הצדדים.

שלהבת קמיר-וייס, שופטת