

APFELDORF & CO.

עורכי-דין ומגשרים



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 10-10-9540 בי.אין און ליין נ' לב ארי

לפני כב' השופטת אסתר שטמר

התובעת: בי.אין און ליין
ע"י ב"כ עו"ד רון לוינטל

נגד

הנתבע: שי לב ארי
ע"י ב"כ עו"ד ציון סמוכה ועו"ד אביב סמוכה

פסק דין

- 1
 - 2
 - 3
 - 4
 - 5
 - 6
 - 7
 - 8
 - 9
 - 10
 - 11
 - 12
 - 13
 - 14
 - 15
 - 16
 - 17
 - 18
 - 19
 - 20
 - 21
 - 22
 - 23
 - 24
1. תביעה שעניינה הפרת זכויות יוצרים בצילומים, על ידי העלאתם לאתר היכריות באינטרנט בשם Myclick, שהנתבע הוא בעליו. התביעה מעלה שאלות מתחום דיני זכויות היוצרים ובדבר אחריות בעל אתר אינטרנט להפרת זכות יוצרים באתר.
- רקע**
2. התובעת, חברה בבעלות האחים ליאור ואורן פריבאי, מפעילה אתר בשם www.bin.co.il ("אתר התובעת") שבו מוצגים צילומים של מבקרים במועדונים ("התמונות"). התובעת אוזחת בסימן מסחר רשום (מס' 171476) המוטבע על גבי התמונות. הנתבע הוא הבעלים של אתר היכריות בשם www.myclick.co.il ומנהלו ("אתר הנתבע"). אתר הנתבע מאפשר למשתמשים ליצור קובץ פרטי שתוכנו גלוי רק למי שאושר על ידי אותו משתמש. משתמשים יכולים להעלות תמונות הן לעמודים הגלויים הן לעמודים החסויים. התובעת טוענת כי הנתבע העלה או איפשר לאחרים להעלות לאתר שלו תמונות ששייכות לה, ללא הרשאתה. עוד קודם להגשת כתב התביעה ניתן לבקשת ב"כ התובעת ובמעמד צד אחד צו לחיפוש ולתפיסה של פרטי ההפרה במחשבי הנתבע (ת"א 37013-09-10) (בהמשך התברר כי נמצאו בסקירה ראשונית של תוכן האתר מעל 50 תמונות שהכילו את הסימן המסחרי של אתר התובעת. לפחות פעמיים הועלתה השאלה כיצד יישמר החומר התפוס. בהעדר הסכמה בין הצדדים, הוחלט להשאירו בידי התופס. הדיון בתביעה ובבקשה לצו הזמני אוחד, באופן ששאלת החבות נבדקת תחילה. ב"כ הנתבע בקש להקדים לשמיעת ההוכחות דיון בשאלת זכותם של המצולמים להעלות את התמונות לאתר. הבקשה נדחתה, ובר"ע נדחתה גם כן (רע"א 2661/11 שי לב ארי נ' בי אונליין בע"מ (27.4.11)).

1 מתוך 21



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

טענות התובעת

- 1
2
3 האתר של הנתבע מבוסס על תמונות של התובעת, תוך הפרת זכות היוצרים של התובעת
4 (סעיפים 11, 15 בחוק זכות יוצרים, תשס"ח – 2007); הפרת זכותם המוסרית של הצלמים;
5 הפרת חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט - 1999 (גניבת עין והתערבות לא הוגנת); ושמוש אסור
6 בסימן המסחר הרשום לפי פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב - 1972. הנתבע גם
7 התרשל באיתור ההפרות ובשמוש בסימן המסחר של התובעת.
8
9 לפי חו"ד ד"ר רחל אלקלעי, מומחית בתחום זכויות יוצרים, אין לנתבע הגנה בדין. הנתבע
10 אינו "מפר תמים" אלא מפר סדרתי של זכויות יוצרים, שנתבע בעבר בגין הפרות שונות
11 ושילם פיצויים (ת/12). לאחר שהוכח שיש הפרות באתר שלו, עליו להפעיל שיטת סינון
12 שתגלה הפרות נוספות, דבר שהוא נמנע מלעשות.
13 כאשר מצאה התובעת הפרות, היא פנתה אל הנתבע ובקשה להסיר תמונות שמצאה באתר,
14 והנתבע אכן הסירן, כלומר פעל בהתאם לנוהל "הודעה והסרה" (נ/11; מ/10 וכן עמ' 1 שורה
15 22). אמנם בנ/10 מציין ב"כ התובעת כי הוסרו מספר תמונות והתובעת יודעת כי קיימות
16 הפרות נוספות, וכך צוין גם בסעיף 162 בכתב התביעה ובעמ' 109, שורה 26 בפרוטוקול, אך
17 מקריאת החקירות והסיכומים נראה שאין מחלוקת כי התמונות בעמודים הגלויים הוסרו
18 (עמ' 1 שורה 22 מפי עו"ד סמוכה, וסעיף 12 בסיכומי התובעת שם מצוין כי ההפרות
19 שהתגלו הוסרו. לעומת זאת, בסעיף 55 באותם סיכומים מצוין שהנתבע הסיר תמונות
20 ספציפיות, אך לא פעל להסרת תמונות אחרות).
21 מכל מקום, התובעת טוענת כי נוהל "הודעה והסרה" שיכול לנקות בעל אתר מאחריות אינו
22 מוסדר בחוק בישראל, ואין לייבא אותו לדין הישראלי באופן עקיף.

טענות הנתבע

- 23
24
25
26 הנתבע מסביר כי האתר שבבעלותו פועל כספק אירוח, המשתמשים בו פותחים לעצמם דף
27 פרופיל אישי, שבו הם מעלים באופן עצמאי תמונות. הנתבע לא נטל חלק בהעלאת התמונות
28 לאתר, ואינו יודע אודות התוכן שהמשתמשים מעלים. אדרבא, בשלב העלאת התמונות בדף
29 הפרופיל מאשרים המשתמשים כי הם בעלי הזכויות בתוכן שהם מעלים. הנתבע הסתמך
30 בתום לב על הצהרות אלו. התובעת לא הוכיחה את טענתה העובדתית, כי מדובר
31 במשתמשים פיקטיביים. הנתבע לא התנגד למתן צו לגילויים של המשתמשים.
32
33 מיד עם קבלת דרישת התובעת להסיר את התמונות, עשה הנתבע כבקשתה, ואינו חב דבר
34 לתובעת. על פי הדין והפסיקה בארץ לא חלה על הנתבע חובת ניטור; עלות הניטור גבוהה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1 וממילא חברת הניטור אינה יודעת לקבוע אם מדובר בהפרת זכויות יוצרים, משום
2 האישורים שנתנה התובעת.
3
- 4 8. התובעת לא הוכיחה את זכויותיה בתמונות. וגם אם ייקבע כי היא בעלת הזכויות, אזי
5 הרשתה למשתמשים להשתמש בהן. צלמי התובעת נתנו למצולמים אישורים בעל פה
6 להשתמש בתמונות, ולא ניתן להבחין בבעלי האישורים אל מול כל השאר.
7 למשתמשים עומדת טענת הגנה של שמוש הוגן.
8
- 9 9. לטענת הפרת הזכות המוסרית בכך ששמות הצלמים לא הוזכרו השיב הנתבע כי התובעת
10 עצמה, וכך גם מנהליה, חבריהם והצלמים מטעמה הפיצו בעצמם תמונות ברשתות
11 החברתיות עם לוגו של התובעת מבלי לתת קרדיט לצלם; כי כשהורדו תמונות מאתרים
12 אחרים לא הוזכרו הצלמים וכי ברשת חברתית שמנהל מנהל התובעת, שדומה לזו של
13 הנתבע (www.mekorav.co.il) מופצות עשרות תמונות ללא מתן קרדיט לצלם.
14
- 15 **דין**
- 16
- 17 10. שלושה עשר עדים העידו לפני: מטעם התובעת העידו מר ליאור פריבאי (תצהירו - ת/11)
18 ומר אורן פריבאי (ת/9) בעלי התובעת ומנהליה; מר אבינועם עומר, בעלים ויו"ר דירקטוריון
19 של חברת "קוריגן"; מר שוקה כהן, צלם שסיפק שירותי צילום לתובעת במשך מספר שנים
20 (ת/1); מר רותם טל, צלם ורכז צלמים של אזור הצפון באתר התובעת (ת/8); מר מוטי
21 בוגנים, צלם ורכז צלמים ארצי של אתר התובעת (ת/6); מר עידן הר שלג, שנוהג לבלות
22 במועדונים שמצולמים על ידי צלמי התובעת (ת/4); מר ערן פרי, תקליטן במועדונים שונים
23 (ת/5); ומר מאור קור, בעליו של מועדון "הקורנר" שהתיר לצלמים מטעם התובעת לצלם
24 את המבלים בו (ת/2).
- 25 התובעים הגישו חוות דעת של עו"ד ד"ר רחל אלקלעי, מומחית בתחום הקניין הרוחני, דיני
26 מחשבים ואינטרנט ותחומים נוספים (ת/10), והיא נחקרה על חוות דעתה.
27 כיוון שמדובר בחוות דעת אודות המצב המשפטי, יכולה היתה להאיר את עיני המשפט,
28 אך אין להתיחס אליה כאל קביעה מקצועית של עד מומחה. משקלה בהכרח נמוך, שכן
29 הנחת היסוד היא שהמומחיות בעניינים משפטיים נותרת זו של בית המשפט (יעקב קדמי על
30 הראיות חלק שני 948 (2009)).
- 31 מטעם הנתבע העידו מר שי לב ארי, בעל האתר מיי קליק ומנהלו (נ/17); מר נועם סופר,
32 אחד המשתמשים באתר מיי קליק; ומר אהוד אושרי נתנאל, צלם שסיפק לתובעת שירותי
33 צילום.
34



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

11. הדין החל הוא חוק זכות יוצרים החדש שפורסם ביום 25.11.07 ותחילתו ששה חודשים
מיום פרסומו. משנטען כי התובעת הוקמה באוקטובר 2008 (נספח 4 לתצהיר ליאור
פריבאי), יחול החוק החדש (אם כי האתר היה קיים עוד לפני כן, בשם אחר, אך נראה
שהתביעה אינה מתייחסת לאותם זמנים).

12. ראשית יש להסיר מן הדרך את חילוקי הדעות העובדתיים שבין הצדדים בשאלה מי העלה
את תמונות המשתמשים לאתר הנתבע: בעוד שמטעם הנתבע הובא לעדות מר נעם סופר
שהודה כי העלה בעצמו את תמונותיו לאתר הנתבע (עמ' 151, שורות 31-22), לא הובאו
ראיות מטעם התובעת לטענתה כי הנתבע הוא שהעלה את תמונות המשתמשים לאתר שלו.
לפיכך אני קובעת כי התמונות הועלו על ידי המשתמשים עצמם, ולא על ידי הנתבע.

11

12 **תמונות הן נושא לזכות יוצרים**

13

13. צילום הוא "יצירה אומנותית" לפי ההגדרה בסעיף 1 בחוק זכות יוצרים. גם הצילום
התיעודי יכול לחסות תחת הגנת זכות יוצרים:

14

17 "אמנם, הצלם התיעודי אינו מביים את נושא צילומו, אולם אין בכך כדי לשלול
את קיומה של מקוריות ושל יצירתיות בצילום התיעודי. אין להלום צמצום
המקוריות למעשה של ביום. המקוריות יכולה להתבטא בהיבטים רבים
ושונים כמו בחירת התזמון הנכון; בחירת זווית הצילום והתאורה, המרחק
מהנושא, מיקוד התמונה, בחירת הרקע לתמונה וטכניקת הצילום; עיצוב
הצילום, משחקי האור והצל, ההדגשים המגוונים ועצם בחירת הנושא
וסידורו. בכל צילום העומד בדרישת המקוריות המינימלית קיימת טביעת עינו
הייחודית של הצלם...בצילום הפשוט ביותר וחסר היומרה יש יותר מקוריות
מאשר ביצירות לקט, אשר זכות מצידן להגנה" (רע"א 7774/09 אמיר ויינברג
נ' אליעזר ויסהוף בפסקה 11 (28.8.2012)).

26

28 בענייננו, בחירת נושא הצילום וזווית הצילום, "תפישת הרגע", משחקי האור והצל ועיבוד
התמונה לאחר הצילום ראויים להגנת חוק זכות יוצרים (עניין ויינברג, בפסקאות 11-12).

29

30

31

14. הבעלות בזכות היוצרים בתמונות
32 התובעת טוענת לבעלות בזכות היוצרים בתמונות. הנתבע משיב כי זכות היוצרים בתמונות
33 היא של בעלי המועדונים, כמזמיני התמונות, ולמצולמים בהן, כשמדובר בתמונות דיוקן;
34



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1 הצלמים שהובאו לעדות לא זיהו את התמונות ככאלו שצולמו על ידם; לא הוכחה המחאת
2 הזכויות בהן לתובעת; הסכמי המחאת הזכויות מבעלי המועדונים ומהצלמים פיקטיביים.
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
15. אני סבורה כי התובעת אוחדת בזכויות היוצרים בתמונות.
סעיף 133(1) בחוק זכות יוצרים קובע:
"בכפוף להוראות פרק זה –
(1) היוצר של יצירה הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים
ביצירה;
..."
- בפסק הדין בעניין ויינברג נאמר כך:
"באופן רגיל, הבעלות הראשונית בזכות היוצרים ביצירה שייכת ליוצר (ראו
סעיף 15(1) לחוק וסעיף 33 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק
החדש). חריגים לכך הם למשל יצירות שנוצרו תוך כדי עבודה אצל אדם אחר
(סעיף 5(ב) לחוק הקודם; סעיף 34 לחוק החדש) או, לפי החוק החדש,
יצירות שהן דיוקן או צילום של אירוע פרטי (אשר הבעלות בזכות היוצרים
שלהן תהיה למזמין, אלא אם הוסכם אחרת. ראו סעיף 35 לחוק החדש)..."
- זוהי נקודת המוצא לדיוננו.
- בענין ויינברג הובהר כי זכות היוצרים בצילום של ראש הממשלה המנוח יצחק רבין היא
של הצלם, וכי הרשאה שנתנו יורשיו של ראש הממשלה המנוח לשימוש בתצלום המסוים
לצורך הטבעת מדליה לזכר מר רבין ז"ל – לאו הרשאה היא, שכן לא ניתנה מאת בעל זכות
היוצרים.
16. סעיף 35 (ב) בחוק זכות יוצרים קובע:
"ביצירה שהיא דיוקן או צילום של אירוע משפחתי או של אירוע פרטי
אחר, שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה הוא
המזמין, אלא אם כן הוסכם אחרת".
- החריג של צלום שמצולם בארוע משפחתי או ארוע פרטי אחר, שבו זכות היוצרים הראשונה
היא של המזמין, מלמד כי בנסיבות מיוחדות אלו, הזכות לפרטיות גוברת על זכות היוצרים
הראשונית (דברי הסבר לסעיף 35 (ב) להצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה – 2005, ה"ח
הממשלה מס' 196 בעמ' 1131).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

17. כאשר אין מדובר בארוע משפחתי או פרטי – חוזר הדיון לפי הכללים שלעיל, והזכות בתמונה היא לצלם שצלם את התמונה - ת"א (מחוזי נצי) 26485-09-11 קייקי **כפר בלום** ובית הלל ש.מ. נ' צוק **מנרה בע"מ** פסקה 18 (30.12.2012).
- 4
- 5 בע"א 68/56 הלן רבינוביץ נ' יצחק מירלין, פ"ד יא 1224, 1227 (1957) נדונה הסכמה בע"פ שהסכימה רקדנית בלט עם שני צלמים כי יצלמו אותה, ויפרסמו את התמונות. הצלמים השתמשו בצילום להדפסת כרטיסי ברכה ללא ציון שמה של הרקדנית.
- 8 בהסתמך על סעיף 15(1) בחוק זכות יוצרים, 1911 ("החוק הישן") קבע בית המשפט כי הזכות שייכת למזמין. הואיל והרקדנית לא הזמינה את הצילום, ולא נתנה תמורה בעלת ערך בגינו, והיחסים בינה לבין הצלמים "לא היו יחסי לקוח הפונה אל צלם ומשלם לו כסף...אלא, כאמור לעיל, צילומים אלה הוכנו לתועלתם ההדדית של שני הצדדים" - נקבע כי הצלמים הם בעלי זכות היוצרים.
- 13
- 14 כלומר, במקום שלא היתה הזמנה מראש, זכות היוצרים בצילום היא ליוצר, גם אם המצולם ידע שמצלמים אותו (עניין קייקי **כפר בלום** בעמ' 8-10). פסק הדין בעניין רבינוביץ מתייחס אמנם לחוק הישן אולם החוק החדש לא שינה פסיקה זו (טוני גרינמן **זכויות יוצרים** כרך ב 501 (מהדורה שנייה, 2008)).
18. בענייננו אין מדובר בצילום ארוע פרטי; והצילומים נוצרו ביוזמת הצלמים, ולא לפי הזמנה. משום כך, לפי הפסיקה האמורה יש לדחות את טענת הנתבע כי זכות היוצרים בתמונות שייכות למצולמים.
- 22 זכותו של המצולם בצילום דיוקנו שרירה וקיימת במישור משפטי אחר, מישור הגנת הפרטיות. כלומר, שזכות היוצרים מוגבלת מעצם ההגבלות של הגנת הפרטיות. כך, יתכן שלמרות שהצלם אוהז בזכות היוצרים, הוא לא יוכל לפרסם את הצילום אלא בהסכמת המצולם. בית המשפט העליון התייחס לכך בענין ויינברג, בקבעו:
- 26 "לעומת היוצר, האדם המצולם בתמונה אינו מקבל, במקרה הרגיל, זכות יוצרים ביצירה. זכותו של המצולם בקשר ליצירה יכולה לבוא לידי ביטוי בהקשרים אחרים – כך, אם היה ביצירה דבר הפוגע בזכותו של המצולם לפרטיות, או להבדיל, בזכותו לפרסום, הזכות לשלוט בשימוש המסחרי הנעשה בשמו, בדמותו או בקולו (ע"א 8483/02 אלניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004);
- 31 Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright* §2.08
- 32 E (2012) (להלן: Nimmer)...".
- 33 (שם, בפסקה 9).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

- 1
- 2 19. יש לדחות גם את טענתו האחרת של הנתבע, כי זכות היוצרים בתמונות שייכת לבעלי
- 3 המועדונים: הצילום נעשה בהסכמת בעלי המועדונים, והתובעת התירה להם להעלות את
- 4 התמונות לאתר המועדון, ללא סימן המסחר שלה (עדות מאור קור, בעל מועדון "הקורנר",
- 5 בעמ' 38, שורות 30-31; עדות הצלם אהוד אושרי נתנאל בעמ' 157, שורות 18-19, באשר
- 6 למועדון "המוסד"; עדות הצלם רותם טל בעמ' 69, שורות 29-30; וכן נספח 14 לתצהיר
- 7 הנתבע, שם מאשר הצלם נתנאל כי נתן לאחד המשתמשים "קישור לאלבום ביוזר של
- 8 המוסד, שם אין לוגו של בין").
- 9 התובעת צרפה הסכם בינה לבין בעל מועדון "הקורנר" המסדיר את זכות השמוש שלו
- 10 בתמונות מחד גיסא, ואת זכות היוצרים שלה בהן, מאידך גיסא (נספח 1 לת/2). לא הוכח כי
- 11 ההסכם פיקטיבי, כטענת הנתבע.
- 12
- 13 20. סעיף 34 בחוק זכות יוצרים קובע: "מעביד הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה
- 14 שנוצרה על ידי עובדו לצורך עבודתו ובמהלכה, אלא אם כן הוסכם אחרת".
- 15
- 16 הצלמים הועסקו על ידי התובעת כקבלני משנה, ולא כעובדים שלה.
- 17 הנתבע טוען כי התובעת נמנעה מלהמציא את התמונות המקוריות ופרטים בדבר זהות
- 18 הצלם, מקום הצילום והתאריך בו צולמה התמונה, וכי אף לא אחד מן הצלמים זיהה את
- 19 התמונות כתמונות שצולמו על ידו.
- 20 שלושה צלמים שמספקים שירותי צילום לתובעת הובאו לעדות (שוקה כהן; רותם טל;
- 21 ומוטי בוגנים). הצלמים הצהירו כי התמונות צולמו על ידם (ת/1 בסעיף 28; ת/8 בסעיפים
- 22 20-21, 27; ת/6 בסעיפים 24-25); כי שולם להם שכר עבור הצילום (למשל: עמ' 21, שורה 2;
- 23 שורות 28-29; סעיף 5 בתצהיר מוטי בוגנים); וכי התובעת מחזיקה בהסכם העברת זכויות
- 24 המקנה לה את זכויות היוצרים בתמונות (ת/1 בסעיף 25; ת/8 בסעיף 24; ת/6 בסעיף 28).
- 25 לתצהירים צורף נוסח ההסכם שלפיו העבירו הצלמים את הזכויות לטיפטיפה ישראל
- 26 (שממנה רכשה התובעת את מלא הזכויות).
- 27 למרות האמור, במהלך העדות בבית המשפט לא הצליח איש מן הצלמים לזהות את
- 28 התמונות שהוצגו באתר הנתבע כתמונות שצולמו על ידו (ראו למשל: עמ' 22 שורות 9-7, 14-
- 29 17). אך התמונות שהוצגו לצלמים במהלך חקירתם לא היו תמונות המקור, אלא תמונות
- 30 שפותחו במדפסת ביתית, ולפיכך היה קושי לשייך את התמונה לצלם מסוים (ראו למשל עמ'
- 31 23 שורות 5-6, 16-17 וכן עמ' 60 בשורות 11-12).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

- 1 כלומר, יתכן שהתמונות שהוצגו כתמונות מפרות לא צולמו ע"י מי מן הצלמים שהובאו
2 לעדות. ואולם התובעת הציגה את ההסכמים עם הצלמים, ולא נטען כי מי מהם או מצלמים
3 אחרים סבור היה שאין לה זכויות בתמונות.
- 4 זאת ועוד, התמונות הוצגו באתר הנתבע כשהן נושאות לוגו של התובעת שהוא סימן מסחר
5 רשום (נ/1, ת/7). התובעת אוחזת בזכות לשימוש יחודי בסימן, לפי סעיף 46 בפקודת סימני
6 מסחר וכן עומדת לתובעת החזקה שבסעיף 164(1) בחוק זכות יוצרים: **"מופיע על היצירה
7 בדרך המקובלת שמו של אדם כיוצר היצירה, חזקה היא שאותו אדם הוא יוצר
8 היצירה..."**
- 9
- 10 21. אין מחלוקת בין התובעת לבין הצלמים שהעידו מטעמה כי התובעת אוחזת בזכויות
11 היוצרים בצילומים. רק הצלם אהוד אושרי נתנאל שהובא מטעם הנתבע טען שהזכויות הן
12 שלו (עמ' 158, שורות 24-25; וכן נספח 14 לתצהיר הנתבע). אולם גם הוא לא זיהה את
13 התמונות נשוא התביעה ככאלו שצלם בעצמו (עמ' 158 שורות 30-31; עמ' 159, שורות 5-1).
- 14 הטענה לזכויות הצלמים בתמונות הועלתה על ידי הנתבע בנסיון לסתור את טענת הבעלות
15 של התובעת בזכות היוצרים. בנסיבות אלה, כאשר הצלמים לא חלקו על כך שזכויות
16 היוצרים שייכות לתובעת, אין הנתבע יכול לכפות עליהם בעלות בזכות (ת"א (מחוזי י-ם)
17 41/92 אלישע קימרון נ' הרשל שנקס, פ"מ (3) 10, 26 (1993)); גרינמן בספרו, כך ב', בעמ'
18 487).
- 19 לאור כל האמור אני קובעת כי זכות היוצרים בתמונות שייכת לתובעת, בין משום החזקה
20 בדבר הסימן הרשום שלא נסתרה; בין משום הסכמי העברת הזכויות עם הצלמים.
- 21
- 22 **הפרת זכות היוצרים**
- 23
- 24 22. סעיף 47 בחוק זכות יוצרים קובע:
- 25 **"העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות
26 פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא
27 אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד."**
- 28
- 29 ובענייננו, פעולת ההעתקה ופעולת העמדת היצירה לרשות הצבור.
- 30
- 31 השאלה אם פרסום תמונות בדפים החסויים הוא שימוש פרטי, אישי, המותר לכל, בדומה
32 להעמדת תמונות באלבום צילום, והזמנת מוזמנים אישיים לעיין בו – היא שאלה מעורבת
33 של דין ועובדה.
- 34



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1 שאלת הדין שאדרש אליה מתיחסת לאתרי ארוח בכלל, למן הקטנים יחסית כגון זה שלפניי
 2 ועד האתרים הגלובאליים הידועים, ואם הצבת התמונות בהן עונה על הגדרת העמדת
 3 היצירה לרשות הצבור, פעולה שהיא בגדר צבר הזכויות של בעל זכות היוצרים, ואם נעשתה
 4 – מהווה הפרה כאמור בסעיף 47 בחוק זכות יוצרים.
 5 שאלת העובדה היא אם בנסיבות התביעה שלפני ניתן למשתמשים ולנתבע אישור להוריד
 6 את התמונות ולהציבן באתר של הנתבע, באופן שניתן יהיה להזמין אחרים לצפות בהן.
 7
- 8 .23. בהתאם להודעת התופס מיום 1.12.10, מסריקה ראשונית של החומר נמצאו מעל 50
 9 תמונות ועליהן הסימן של התובעת. מדובר בדפים הגלויים בלבד, ואחת מעתירות התובעת
 10 כאן היא לאפשר לבחון גם את הדפים החסויים.
 11 העמדת הצלומים של התובעת זכות יוצרים בהם ואשר נושאים את הלוגו של התובעת באתר
 12 של הנתבע מהווה העתקה ומפרה את זכות היוצרים (גרינמן בספרו, כרך ב', בעמ' 700-699 ;
 13 כרך א' בעמ' 310).
- 14
- 15 .24. העמדה לרשות הצבור מוגדרת בסעיף 15 בחוק זכות יוצרים כ"עשיית פעולה ביצירה כך
 16 שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם".
 17 הנתבע הודה שאין מגבלה על כמות החברים שיכולים לצפות בתמונות, גם באותם עמודים
 18 חסויים – בתנאי שיאשרו על ידי המשתמש:
 19 "ש. יכולים להיות 2500 חברים.
 20 ת. אצלי אין הגבלה.
 21 ש. העמוד חסום לתובעת והגולש לא חפץ שהיא תהיה חברה שלו אבל זה לא
 22 אומר שאין שם אלף איש.
 23 ת. נכון" (עמ' 140 שורה 33, עמ' 141 שורות 5-1).
- 24
- 25 המלומד גרינמן סבור כי יש לפרש את המונח "ציבור" לעניין "העמדה לרשות הציבור" על פי
 26 המובן שניתן לו במסגרת זכות השידור. לפי פרשנות זו, המדובר בציבור שחורג מהתא
 27 המשפחתי הקרוב או מחוג סגור בעל מאפיינים דומים, שאינו נמצא במקום שבו עומדת
 28 היצירה לרשותו. אין זה חייב להיות הציבור בכללותו וגם העובדה שהגישה ליצירה
 29 התאפשרה למנויים בלבד, או שהיא מחייבת רישום לאתר או לשירות, אינה שוללת קביעה
 30 כי העמדת היצירה לרשות אלה שגרשמו לשירות היא העמדה לרשות הציבור (כרך א', בעמ'
 31 313). עם זאת, במקום שהוא מתייחס ישירות לפרסום צלומים משפחתיים באינטרנט סבור
 32 המחבר כי יתכן לראות בכך שמוש הוגן באותן יצירות (טוני גרינמן – זכויות יוצרים כרך א',
 33 עמ' 443) אך המחבר מבהיר כי הוא מבסס זאת על קביעת בית משפט אמריקני, שבאותו
 34 ענין לא התייחס לשאלת השמוש ההוגן אלא לשאלת תום הלב).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1 ד"ר אלקלעי סבורה היתה שהעמדת התמונות באתר של הנתבע ממלאת אחר דרישת
2 הפומביות שבדין, הן מבחינת אופי הקהל שנחשף לתמונות (כל מי שהוזמן על ידי בעל
3 העמוד), הן מבחינת הרווח או התועלת לנתבע. החשיפה היא לקהל מוזמן, אמנם, אך הוא
4 יכול להיות גדול מאוד, ולא מהווה רשימה אינטימית שיכולה היתה להוות רשימה
5 משפחתית (עמ' 26 ו-27 בחוות הדעת).
- 6
- 7 25. אם כן, לכאורה התקימו הן "העתקה" הן "העמדה לרשות הצבור", שתיהן פעולות אסורות
8 לפי הוראות סעיף 47 בחוק זכות יוצרים. אך לענייננו דורש הסעיף התקיימות תנאי חשוב
9 נוסף על מנת שהפעולות תהוונה הפרה של זכות יוצרים, והוא: שלא ניתנה רשותו של בעל
10 זכות היוצרים (דרישה נוספת היא שאין מדובר בפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד' בחוק
11 זכות יוצרים, שהוראותיו אינן חלות בענייננו).
- 12 לאור הראיות שהוצגו, לדעתי סביר יותר לראות את התובעת כמי שנתנה למשתמשים רשות
13 להעתיק את התמונות ולהעמידן לרשות הצבור (ככל שכך עשו), מאשר לראותה כמי שאסרה
14 זאת. משום כך לא נתמלאו תנאי סעיף 11, ואין לראות בפעולות המשתמשים משום הפרת
15 זכות היוצרים של התובעת בתמונות. אלו נימוקי:
- 16
- 17 26. לטענת הנתבע, התובעת אפשרה שמוש גורף בתמונות ובסימנה המסחרי והדבקתו על
18 תמונות שלא צולמו על ידה; התמונות מוצעות חינם, ללא תשלום או התחייבות, ע"י שמוש
19 בלחצן "שמור", ישירות מאתר התובעת; ותקנון האתר – האוסר על העתקה ושמוש -
20 מתייחס רק לתמונות האיכותיות שהתובעת מציעה לגולשים באתר שלה לרכוש ממנה.
- 21
- 22 עדי התובעת העידו כי ניתן לעשות שמוש בצילומים באחת משתי דרכים אפשריות: האחת -
23 התובעת מוכרת את הצלומים לחפץ בהם, ומעבירה תמונות באיכות טובה, שאינן נושאות
24 את הלוגו של התובעת.
- 25 הדרך השניה מאפשרת הורדת תמונות מן האתר של התובעת: המשתמשים מונחים לשמור
26 את התמונה שמופיעה באתר, ונושאת את הלוגו של התובעת, באמצעות לחיצה על לחצן
27 "שמור" בעמוד הבית של התובעת. זאת, כמובן, בנוסף לדרך ההעתקה הרגילה באמצעות
28 הלחצן הימני בעכבר.
- 29
- 30 אורן פריבאי אישר כי התובעת אפשרה למשתמשים "להוריד תמונה שלהם למטרה אישית
31 בלבד, בלי לרכוש בה זכויות, אלא רק לצורך שימוש האישי הבלעדי, כדי ליהנות ממנה
32 בטלפון הסלולארי שלהם. זאת ותו לא או למחשב לשימוש אישי במחשב האישי, הכל
33 באיכות ירודה יותר, ממה שאנו מוכרים או משווקים" (סעיף 21 בתצהיר).
- 34
- 35 במקרים מסוימים נתנה התובעת אישור בע"פ להעלאת תמונותיהם לרשתות חברתיות:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1 מר ליאור פריבאי אישר כי "אלה שקיבלו אישור קיבלו בע"פ. אבל לא כולם מעלים
2 באישור" (עמ' 111 שורה 1).
3 ובהמשך:
4 "ש. אתה יודע שחברים שלך העלו תמונות לדפי הפייסבוק שלך.
5 ת. מי שקיבל אישור בע"פ.
6 ש. איך נדע מי קיבל אישור בע"פ מכל אותם אלה שצירפת לתביעה.
7 ת. לא נתבע מישהו שלא קיבל אישור. בכל מקרה אין להם אישור להעלות את זה
8 לאתרים אחרים. מי שקיבל אישור לפייסבוק האישור תופס רק לפייסבוק"
9 (עמ' 111, שורות 6-10).
10
11 כאשר נשאל כיצד נדע מי מבין המשתמשים קיבל אישור בע"פ השיב כי "אין כזו רשימה"
12 (עמ' 111, שורה 11).
13 כן אושר על ידו כי "כל אחד יכול להיכנס ולהוריד כל תמונה שנמצאת באתר על ידי לחיצה
14 על כפתור ימני בעכבר או לחיצה על שמור בכפוף לתנאי שימוש באתר" (עמ' 106, שורות 7-
15 8; וכן ראו עדות נועם סופר בעמ' 152, שורות 7-8 ועדות הצלם שוקה כהן כי "כל בן אדם
16 יכול להוריד את התמונה על ידי קליק ימני או צילום מסך" (עמ' 26, שורות 1-2)).
17 עדותו של מר פריבאי בדבר מתן אישורים בע"פ נתמכת בעדותם של עידו הר שלג וערן פרי
18 שאמרו כי התובעת אישרה להם בע"פ להעלות תמונות מאתר התובעת לדף הפרופיל האישי
19 שלהם בפייסבוק (עמ' 49, שורות 30; עמ' 50 שורות 1-2; עמ' 51 שורות 27-30).
20 גם הצלם שוקה כהן העיד כי יש לו "רשות כללית" מאתר התובעת להעלות תמונות (עמ' 26,
21 שורות 26-27). מר נעם סופר העיד שהוריד תמונות מאתר התובעת, מעולם לא קיבל רשות
22 לכך, והיה ברור לו שלא היה צורך ברשות. כדבריו, לא קבל רשות, וגם לא נאסר עליו. הוא
23 השתמש בתמונות, בין השאר כדי להעלותן לאתר של התבע, וגם לעמוד הפייסבוק שלו (עמ'
24 151, שורות 12-23).
25
26 גם ליאור פריבאי העיד שניתנו אישורים להורדת תמונות לצורך העלאתן לאתרים אחרים,
27 כגון facebook, והאישורים ניתנו תמיד בע"פ. מעולם לא בכתב. אין לו אמנם רשימה של
28 מקבלי האישור – אך משמעות האישור היא שאלו לא ייתבעו על ידי התובעת לדין. עם זאת
29 הבהיר שעד הגשת התביעה הנוכחית לא נקטה התובעת הליכים כלפי איש, פרט לנתבע.
30 ומאז ואילך תבעה עוד שני בעלי אתרים.
31 התובעת מעסיקה את חברת קוריגון על מנת לסרוק אתרים שונים ברשת למצוא תמונות
32 שנושאות את הסימן הרשום של התובעת. גם פעילות זו החלה רק לאחר תחילת התביעה
33 שלפני.
34



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

27. עו"ד ד"ר אלקלעי טענה בעדות, כי בעל אתר שאינו מזהיר את הגולשים שהתכנים באתר שלו מוגנים, או שהוא אוסר על שימושים מסוימים – חשוף לאחריות (עמ' 91, שורות 6-2). הכוונה לכך שהוא חשוף לאפשרות שייקבע שנתן היתר להשתמש בזכות היוצרים שלו. גם עניין זה אינו נקי מספיקות, שהרי מקובלנו שזכות היוצרים ביצירה קמה ועומדת, ואינה כפופה לכך שבעל הזכות עושה מאמצים להגן עליה (גרינמן, כרך ב', בעמ' 667). גם המומחית הוסיפה (בעמ' 93 שורות 33-30): **"חוק זכויות יוצרים מקנה ליוצר הרבה מאד זכויות בלעדיות, אחת מהן הזכות למנוע מאחרים להעתיק, להציג בפומבי את היצירה. אם היוצר רוצה לתת למישהו רישיון לעסוק ביצירה הוא צריך לעשות זאת במפורש ואם הוא לא אומר אז אסור. מה שאמרתי קודם [בדבר חובת בעל האתר להזהיר את הגולשים אודות תכנים המוגנים בזכויות יוצרים – א"ש], לא קשור לחוק, אלא לחוזה לתקנון"**.
28. התובעת טוענת כי אסרה על השמוש בזכויות היוצרים באופן מפורש בתקנון. התקנון מופיע בקישור מן האתר של התובעת, ליד המלים **"כל הזכויות שמורות לבי-אין אונליין בע"מ"** (6/). אציין שאין חובה לקרא את התקנון לפני הורדת התמונות המותרת, כפי שהוסבר לעיל.
- מכל מקום, אלו ההוראות הרלוונטיות שבתקנון:
- סעיף 34.7 בתקנון אתר התובעת שכותרתו **"זכויות יוצרים"** קובע:
- "7.1 כל הזכויות שמורות לאתר bin.co.il. אין לשכפל, להעתיק, לצלם, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך אחרת, בכל אמצעי אלקטרוני, אופטי, מכני, או אחר, כל חלק שהוא מאתר זה.**
- 7.2 שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול באתר זה כולו או מקצתו אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב ממפעיל האתר"**.
- אם כן, מחד גיסא איסור גורף על פעולות שונות. מאידך גיסא, האיסור כולל גם העתקה, פעולה שהיא מותרת באופן ברור מן העיון באתר. איזו הוראה גוברת?
29. סעיף 34.4.3 בתקנון מתייחס לתמונות שהתובעת מוכרת, שאין עניין לכאן. למרות זאת חשוב לראות כי שם הושקעה מחשבה נוספת, והוראות התקנון הותאמו למקרה הרלוונטי, ואין בהן סתירה פנימית, כמו שאמור לעיל. כך נקבע שם, כי **"רכישת תמונה מהאתר אינה מקנה כל זכויות יוצרים בתמונה, אינה מקנה זכויות לשימוש מסחרי בתמונה ואינה מקנה כל זכות להעביר התמונה לאחר"**.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1 סעיף זה שונה במהלך שנת 2010 ל: "הזמנת ו/או רכישת התמונה מהאתר אינה מקנה כל
2 זכויות יוצרים בתמונה, אינה מקנה זכויות לשימוש מסחרי בתמונה, אינה מקנה כל זכות
3 להעביר התמונה לאחר ואינה מקנה זכות לפרסמה כלל ובפרט באתר אחר ו/או בכל רשת
4 חברתית או מדיה שהיא והינה לשימוש אישי בלבד. אלא אם ניתנה הסכמת החברה בכתב
5 ובמפורש" (נספח 2 לתצהיר הנתבע; נ/6; עמ' 108 שורות 18-22).
- 6
- 7 ד"ר אלקלעי סברה כי פרשנות נכונה של התקנון היא, שהתובעת איפשרה לעשות רק
8 שימוש אישי בתמונה "שימוש אישי זה יכול לשים על שולחן הכתיבה, להדפיס את זה"
9 (עמ' 95 בשורה 2). בהמשך הבהירה כי אם לא ניתן להגיע לתקנון ולהוראותיו המיוחדות,
10 אזי חל החוק והאיסור שבו לעשות שימוש בזכות היוצרים של אחר (עמ' 101 שורות 25 –
11 26). המומחית סברה שעצם העובדה שהתובעת מאפשרת הורדת תמונות באמצעות לחצן
12 ייעודי בעמוד הבית שלה אינה מלמדת על היתר גורף להורדת התמונות.
13
- 14 30. האפשרות להוריד את התמונות הפשוטות עם לוגו, והאפשרות להוריד את התמונות
15 הטובות בתשלום – שתיהן צריכות ללמד על אותו דבר: לתובעת אינטרס שיורידו את
16 התמונות, ולכל הפחות התיירה את הורדתן של הזולות. אזכיר שרק באלו עסקינן בתביעה
17 זו.
- 18 יתכן מאוד שהאינטרס של התובעת הוא דוקא שתועלינה תמונות שצלמה, בפרט כאשר היא
19 מאפשרת הורדתן כשהן נושאות סימן רשום שלה. באופן זה מקבלת התובעת פרסום נוסף,
20 שלא היתה יכולה לקבל בדרך אחרת. אכן, במאמרה של ניבה אלקין-קורן **זכויות**
21 **משתמשים**, יוצרים זכויות, קריאות בחוק זכות יוצרים, עורכים: מיכאל בירנהק וגיא פסח,
22 תשס"ט-2009, 327, 358, נאמר:
- 23 **"רבים מן המודלים העסקיים החדשים אינם מבוססים כלל על הגבלת הגישה**
24 **לתוכן ומניעת העתקה, אלא דווקא על מקסום חשיפתה של היצירה לציבור**
25 **גדול ככל האפשר של משתמשים. מודל עסקי זה מבוסס על קבלת קרדיט**
26 **וצבירת מוניטין, המאפשרים לספק התוכן להגדיל את קהילת המשתמשים**
27 **באתר ולייצר הכנסות באמצעות מכירת פרסומות ופעולות של שיווק וקידום**
28 **מכירות".**
- 29 אך ברי כי ההכרעה לעבוד באופן זה היא של בעל הזכויות, ובשום אופן לא של המשתמש.
30
- 31 31. הרשאה מבעל זכות יוצרים להשתמש בזכותו יכולה להינתן בכתב או בעל פה, ובנסיבות
32 מסוימות ניתן לייחס לבעל הזכות הסכמה משתמעת בשתיקה או בהתנהגות (גרינמן, כך
33 ב', בעמ' 630; ע"א 414/84 רחל ברים נ' מגדלור מרכז לתאורה מודרנית בע"מ, פ"ד
34 לט(3)109, 111 (1985); השו"ת: ת"א (מחוזי נצ') 827/07 ארז בן סימון נ' מוניץ עירו
35 (16.9.2008).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1
2 32. חזרה לשאלת הבסיס: האם יש לראות את התובעת כמי שהתירה את השימוש שעשו
3 המשתמשים בתמונות, לרבות העלאתן לחשבון האישי שלהם באתר הנתבע?
4
5 לדעתי יש לדחות את כל טענות התובעת בהקשר זה: שלא נתנה היתר להעסקת התמונות;
6 שלמרות האפשרות הפיסית להעתיק את התמונות, עדיין היה על המשתמשים לבקש אישור
7 להורדת כל אחת מן התמונות; וגם כי התמונות שהורדו היו לשימוש אישי בלבד, ומשום כך
8 אין להציג אותן בדף אינטרנט שאליו יש גישה למוזמנים רבים. כל הטענות הנ"ל עומדות
9 בסתירה לאפשרות הברורה שהעניקה התובעת למשתמשים להעתיק את התמונות, ואף
10 המריצה את המשתמשים באתר של התובעת לעשות כן.
11 גם אם ניתן היה להבין מתקנון התובעת שחל איסור על השימוש בתמונות, העובדה שבדף
12 הראשי באתר ניתנה אפשרות ברורה לעשות כן – תעמוד לזכותו של המשתמש, שבחר
13 באפשרות סבירה שבעל הזכות נתן לו.
14 ואף זאת: אורן פריבאי העיד כי התיר למשתמשים שונים לעשות שמושים שונים בתמונות,
15 לרבות הסרת הלוגו מהן. כל ההיתרים היו בע"פ, וניתנו על ידו למי שחפץ ביקרו. זוהי אכן
16 זכות השמורה לבעל זכות היוצרים, לעשות בה כבשלו, להגביל את השימוש בה או לאפשר
17 אותה, באורח מלא או בתנאים. ואולם, במקום שהיתרים כאלו לא היו ידועים, ומשתמשים
18 שונים עשו שימוש בהיתר, נוצר הרושם הכללי כי הדבר מותר. גם אם יש בכך משום מסר
19 שונה מן המסר שהתכוון לו בעל האתר, עצם העובדה שתרים בעצמו להוצרות המסר
20 המוטעה, לדעתו, ולא דאג להסיר את הערפל, צריכה לעמוד לזכות המשתמשים דוקא.
21
22 33. למה התכוון אורן פריבאי באמרו שהתובעת התירה הורדת התמונות ל"שימוש אישי"?
23 והאם מדובר אך ורק בפעולה הראשונה של הורדה למחשב האישי או לטלפון האישי? האם
24 כולל השימוש האישי גם הצגת התמונה לאחרים? ואם כן – האם כולל השימוש האישי רק
25 הצגת התמונה על גבי הצג של הטלפון או המחשב האישי או שמא מותר לשלוח את התמונה
26 לאחרים? ואם במשלוח עסקי – האם הוא מוגבל למשלוח אישי, או שמא מותר לשתף
27 אחרים במסגרת תכנות קבוצתיות? ואם תכנות קבוצתיות, האם מותר להזמין את
28 המוזמנים לצפות בדפים של המשתמש באתר רחב יותר כגון facebook או באתר היכריות
29 כגון זה של הנתבע?
30 הצגת השאלה באופן שנשאלה לעיל, מדגישה כי אפשר שההבדלים הם הבדלים כמותיים
31 בלבד. אכן, כך נוצר הדין לפני עידן האינטרנט, וכך אובחן השימוש האישי מן השימוש
32 הצבורי. לא ברור שהאבחנה תקפה בימים אלו.
33
34 34. בנסיבות הענין שלפניי, כאשר קיים פער בין הצעת התובעת באתר להוריד את התמונות לבין
35 האמור בתקנון; כאשר המשתמש אינו מחוייב לקרא את התקנון כלל; וכאשר קיימת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 10-10-9540 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

1 התנגשות בולטת בין הוראות התקנון (איסור העתקה) לבין התמריץ שבעמוד הבית של
2 התובעת (באמצעות לחצן ייעודי לשמירה) – התובעת לא עמדה בחובתה להוכיח אחד מתנאי
3 סעיף 47 בחוק זכויות יוצרים: כי לא התירה את השמושים הנטענים בתמונות. משום כך,
4 אין לראות בהעתקה ובהעמדת התמונות באתר ההכרויות של הנתבע משום הפרת זכות
5 היוצרים של התובעת בתמונות.
6 אך לא רק משום העדר הפרה יש לדחות את התביעה. גם אחריותו של הנתבע לא הוכחה.

אחריות הנתבע

- 7
8
9
10 35. הנתבע הוא בעל האתר ומנהלו. לטענתו, אין לו ידיעה באשר לתוכן המועלה לאתר; הוא
11 אינו מתערב בתכנים; ואף דרש מן המשתמשים לאשר שהם בעלי התוכן המועלה על ידם.
12 הנתבע מתגונן גם בכך שהאתר משמש ספק אירוח שפעל על פי נוהל "הודעה והסרה", ולכן
13 פטור מאחריות.
14 בהמשך לאמור, לדעתו אין לחייב אותו להפעיל ניטור על התוכן המועלה על ידי
15 המשתמשים, שכן בכך עלול הוא לפגוע בפרטיות שלהם.
16
17 36. האתר של הנתבע הוא אתר מסחרי, שמפיק רווח מפרסומות. בסעיפים 59-60 בתצהיר, טען
18 אמנם הנתבע כי מטרתו אינה לשם הרווח וכי אופי השמוש איננו מסחרי, אולם בחקירתו
19 הודה כי:
20 "ש. כשאתה כותב בתצהירך בסעיפים 59-60 אני לא מפיק רווח, אני לא גובה דמי
21 מנוי וכי, זה ברור כי הרגע הבהרת שכל האתרים מבוססים על אותו מודל. זה לא
22 נכון כמו שכתוב שהאתר שלך לא למטרות רווח או שימוש מסחרי.
23 ת. אנו לא אתר מסחרי כמו יוטיוב.
24 ש. כי הצלחתם פחות. אתה אותו מודל בקטן.
25 ת. כן.
26 ש. כלומר שאתה דומה במודל רווח ליוטיוב.
27 ת. כן.
28 ש. בנספח 8 שצירפת לתצהיר, ונספח 9 אנו רואים באנר של ניו פארם.....בעמ'
29 למעלה יש באנר שממנו אתה מרוויח קצת כסף לצורך, ואתה יכול למכור אותו
30 יותר יקר אם יש לך יותר כניסות.
31 ת. כן" (עמ' 130, שורות 13-25).
32
33 37. הואיל וקבעתי כי התמונות הועלו על ידי המשתמשים עצמם ולא על ידי הנתבע, אחריותו –
34 ככל שהיא קיימת – נובעת מהיותו בעל האתר שבו בוצעו ההפרות. לא הוכח שום קשר ישיר
35 שלו להפרות, לא עידוד להפרה, ואף לא כי הרויח מעצם הפרת זכות היוצרים. מכל הסיבות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

- 1 הנ"ל אין לייחס לו אחריות ישירה להפרה (ראו גם חו"ד אלקלעי שדנה בהפרה תורמת
2 בלבד).
- 3
- 4 38. בשלב זה עדיין לא חוקק בישראל חוק מקביל לחוק האמריקני בדבר הפרת זכות יוצרים
5 באינטרנט, והצעת חוק מסחר אלקטרוני, תשס"ח-2008 עדיין לא נתקבלה (ובינתיים
6 התווספה לה הצעת חוק פרטית של ח"כ מאיר שטרית, פ/3418/18 מיום 25.7.2011). משום
7 כך יופעלו גם בפסק דין זה כללי המשפט הפרטי (תא (מרכז) 567-08-09 א.ל.י.ס **אגודה
8 להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטרנט בע"מ** (8.8.11)). עם זאת רצוי
9 להבחין בצרכים המיוחדים הנובעים מן הדיון ברשת האינטרנט, ולבחון את ההשלכות
10 המיוחדות עליה (ניבה אלקין – קורן, **המתוכים החדשים "בכיכר השוק" הוירטואלית**,
11 משפט וממשל ו (תשס"ג) 387, 381 – 402).
- 12
- 13 39. **חוק זכות יוצרים** הכיר בדוקטרינת ההפרה התורמת באופן חלקי במסגרת סעיף 49 בחוק,
14 שקובע:
15 **"המרשה לאחר, למטרת רווח, שימוש במקום בידור ציבורי לשם ביצוע פומבי של
16 יצירה, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן לא
17 ידע ולא היה עליו לדעת שהביצוע מהווה הפרה כאמור..."**
- 18
- 19 40. ד"ר רחל אלקלעי סברה שהנתבע הפר את זכויות היוצרים של התובעת הפרה תורמת, בכך
20 שנמצאו באתר שלו תמונות מפרות. הואיל והתמונות נושאות לוגו של התובעת, לדעת
21 המומחית על הנתבע היה לנקוט פעולה אקטיבית לזוהות הפרות ולמנוע אותן. היא הוסיפה
22 כי הפעלת אמצעים סבירים לזיהוי מפרים חוזרים היא תנאי להפעלת נוהל הודעה והסרה.
23 המומחית התבססה על עקרונות שבחוק זכויות היוצרים האמריקאי הדיגיטאלי משנת 1998
24 Digital Millennium copyright Act 1988 (DMCA) ובחוק האנגלי והצרפתי הרלוונטי;
25 וכן על הפסיקה בארה"ב ובארץ עד מתן חוות דעתה.
- 26
- 27 41. בע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**
28 (20.6.2011), הכיר בית המשפט העליון בדוקטרינת ההפרה התורמת בזכויות יוצרים,
29 בהתקיים תנאים ספציפיים ובאופן מוגבל למקרים חריגים בלבד (עתירה לקיום דיון נוסף
30 בפסק הדין נדחתה בדנ"א 5004/11 **בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' האוניברסיטה
31 העברית בירושלים** (11.9.2011)).
- 32
- 33 3 תנאים מצטברים נדרשים להכרה בהפרה תורמת של זכות יוצרים:
- 34 1. התקיימה הפרה ישירה.
- 35 2. המפר-התורם ידע על ההפרה הישירה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

- 1 "... לא ניתן להסתפק בידיעה קונסטרוקטיבית בלבד, אלא יש לדרוש כי גורם-
 2 הביניים ידע בפועל על השימוש המפר שנעשה ביצירה המוגנת..... הטלת
 3 אחריות מקום בו מדובר בידיעה-בכוח בלבד, תוביל להטלת אחריות רחבה מדי
 4 על גורמי-הביניים, ותפגע שלא לצורך בזכויותיהם לפעול בחופשיות בשוק
 5 ולהשתמש ביצירות המצויות במרחב הציבורי.... יחד עם זאת, אין הכרח כי
 6 תתקיים ידיעה קונקרטית באשר לכל עותק מפר" (סעיף 25 בפסק הדין).
- 7 3. ההפרה התורמת בעלת תרומה משמעותית וניכרת להפרה.
 8 "התרומה לביצוע ההפרה, תבחן אם-כן בהתאם לנסיבות המקרה, ובהתחשב –
 9 בין היתר – בפעולותיו של המפר, לרבות פעולות שנקט בכדי לעודד את קיום
 10 ההפרה; במידת מעורבותו בשרשרת האירועים שהובילה להפרה; וביכולתו
 11 בנסיבות המקרה למנוע באופן אפקטיבי את קיומה של ההפרה תוך נקיטת
 12 אמצעים סבירים....אין אפוא דרישה כי פעולתו של גורם-הביניים היוותה תנאי
 13 הכרחי לביצוע ההפרה, אלא די בכך שהיה לו חלק אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת
 14 האירועים שהובילה אליה" (סעיף 26 בפסק הדין).
 15
- 16 42. בחינת השאלה אם לנתבע היתה אחריות תורמת להפרה מביאה לתשובה שלילית על פי
 17 מבחני פסק דין האוניברסיטה העברית:
 18
- 19 43. **התנאי הראשון** – כאמור לעיל, לא הוכח כי המשתמשים הפרו את זכות היוצרים של
 20 התובעת בתמונות, משום הסכמתה לשימוש שעשו. ראוי להזהיר, אם כי הדבר אינו חל
 21 בענינו, כי ניתן לראות הפרה ישירה גם כאשר המפר הישיר נהנה מהגנה לפי חוק זכות
 22 יוצרים, כדוגמת הגנת השימוש ההוגן (האוניברסיטה העברית, פסקה 24).
 23 ניתן היה לעצור את הדיון כאן ולקבוע כי התביעה נגד הנתבע לא הוכחה. ואולם, התובעת
 24 טוענת כי היה על הנתבע לגטר את התכנים באתר. לשם כך אבחן את התנאים הבאים.
 25
- 26 44. **התנאי השני** דורש מודעות בפועל של הנתבע להפרת הזכויות. ניתן להשיג אותה מודעות על
 27 ידי הודעה של בעל הזכויות ודרישה כי המפר התורם יסיר את היצירות המפרות.
 28
- 29 הנתבע אכן פעל בהתאם לנוהל "הודעה והסרה", והסיר את התמונות מהעמודים הגלויים,
 30 סמוך לאחר שהתובעת הודיעה לו על ההפרה (נ/10, נ/11). התובעת כמובן אינה יכולה
 31 להתריע על הפרות בעמודים המוסתרים מעיניה. בנסיבות אלה, ועל מנת שיוכל הנתבע
 32 להתגונן בטענת "הודעה והסרה" טוענת התובעת כי עליו לפעול לניטור התכנים.
 33 הנתבע טוען כי לא חלה עליו חובת ניטור; כי עלות הניטור גבוהה; וכי גם אם יופעל ניטור
 34 כזה, חברת הניטור אינה יכולה לקבוע אם הופרו זכויות יוצרים אם לאו (נוכח ההוכחה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

- 1 שהתובעת התירה למשתמשים שונים לעשות שמוש בתמונות, ובהעדר רישום מסודר של
2 בעלי היתר אצל התובעת).
- 3
- 4 .45 בת"א (מחוזי מרכז) 567-08-09 א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ
5 **נ' רוטר. נט בע"מ** (8.8.2011) יישם כבי' השופט גרוסקופף את המבחנים שנקבעו בענין
6 **האוניברסיטה העברית** בקשר לאחריות בעל אתר אינטרנט לקישורים שהוצבו בפורום
7 גולשים, במסגרת האתר. נקבע כי במקרה הרגיל, לשם הוכחת התנאי השני בדבר ידיעת בעל
8 האתר על קישור לאתר מפר, יש להפעיל נוהל התראה והסרה, ולבחון את התנהגות בעל
9 האתר לאחר שניתנה לו התראה על קיום קישור לאתר המפר. מודעות כללית לכך
10 שהגולשים נוהגים להציב קישורים לאתרים מפרים, אינה מקימה אחריות.
- 11
- 12 .46 בהתאם לנוהל "הודעה והסרה", **"מנהלי אתר אינטרנט לא ישאו באחריות לעולה שבוצעה**
13 **בפורומים על ידי הגולשים, כאשר ברגע שנעשתה פנייה ישירה אליהם בנוגע לחומר**
14 **החשוד כמפר זכות כלשהיא, הם הסירו אותו תוך זמן סביר מקבלת ההודעה על כך"** (ת"א
15 [\(שלום ת"א\) 64045/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל עמ' 11](#)
16 (10.5.2007); ד"ר שרה פרוזני דיני זכויות יוצרים כרך שני 622-626 (מהדורה שלישית,
17 2008)). החוק האמריקני דורש עמידה בתנאים נוספים, והפעלתו אינה פותרת מהתלבטות.
18 עדות לקושי שבבחינת אחריותו של בעל אתר ארוח לתוכן שמתפרסם באותו אתר, ולקושי
19 שבהפעלת נוהל הודעה והסרה שנקבע בחוק האמריקני עולה מסדרת החלטות של בתי
20 המשפט, האחרונה שבהן החלטת בית המשפט המחוזי במחוז הדרומי של ניו יורק, מיום
21 18.4.2013, **Viacom International Inc. v. Youtube Inc. no.7-cv-02103**, שנוגעת
22 לאחריות Youtube לתוכן שמעלים משתמשים לאתר (תוכן שמפר את זכויות Viacom
23 בסרטים). בהחלטה האחרונה בינתיים (שהוגש עליה ערעור) נקבע Youtubew אינה חייבת
24 בחיפוש תוכן מפר כאשר לא ניתן להבחין בין התוכן המפר לכזה שאינו מפר את זכות
25 היוצרים של התובעת.
- 26
- 27 .47 בפסק הדין בת"א (מחוזי מרכז) Nav N Go Kft 10695-09-09 **נ' דימיטרי גולצמן**
28 (6.9.2011) (הוגש ערעור - ע"א 7950/11) סברתי כי ראוי לאמץ את נוהל הודעה והסרה, ולו
29 על מנת להפחית את הנזק שנגרם בגין ההפרה. בעל הזכויות הנפגע אינו יכול לשקוט על
30 השמרים בראותו הפרה, ולתבוע את נזקיו בבית המשפט, מבלי להתריע על כך קודם לכן
31 כלפי מי שהוא טוען נגדו להפרה תורמת.
- 32
- 33 .48 בנסיבות המקרה, אני סבורה כי אין להטיל על הנתבע חובה לאיתור ההפרות בעמודים
34 החסויים:
35



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

49. הטלת חובת חיפוש ההפרות על ידי הנתבע, באמצעות זחל מתאים או בכל אמצעי טכנולוגי אחר, מסיטה את נוהל הודעה והסרה מן הנתבי המקורי שלו: כל כולו של הנוהל מטרתו פתרון מיידי במקרים שבהם בעל האתר אינו יודע על הפרות שמתרחשות באתר. אם יחוייב בעל האתר לחפש את ההפרות, משמעות הדבר שיחוייב לבחון ולדעת, לפחות קונסטרוקטיבית, את דבר ההפרה. זו הכבדה שעלולה ליטול מנוהל הודעה והסרה את התמריץ של בעל האתר לעמוד בו (ראו גם ענין א.ל.י.ס בסעיף 46 בפסק הדין).
- השופט גרוסקופף אף הביע דעתו בענין א.ל.י.ס כי הטלת הפיקוח על בעל האתר אינה מוצדקת הן מבחינת היעילות הן מבחינת הצדק החלוקתי. הכלל החלוקתי הראוי הוא שבעלי זכות הקניין הם שישאו בעלויות ההגנה על קניינם מפני מפרים, ולא בעלי האתרים שאינם מפרים בעצמם (סעיפים 49-51 בפסק הדין).
50. בהקשר זה אציין כי מר אבינועם עומר, בעלים ויו"ר דריקטוריון של חברת קוריגן (בעלת אפליקציה לחיפוש תמונות באינטרנט לזיהוי הפרות של זכויות יוצרים – עמ' 9, שורות 3-1) העיד כי העלות החודשית של מתן השירות עומדת על כ- 5,000 ₪ בממוצע (עמ' 10, שורות 29-30). לא הוכח שום יחס בין הסכום המבוקש לבין הכנסות איזה מן הצדדים או הפסדי מי מהם. מכל מקום, לא ברור שבענייננו השרות היה מועיל, לאור ההיתרים שניתנו על ידי התובעת למשתמשים שונים.
51. לצורך הקביעה אם הופרו זכויות התובעת בעמודים החסויים, יהיה צורך גם בחשיפת המשתמשים (ראו גם עדות אלקלעי בעמ' 100, שורות 5-6).
- בע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.5.2012) נדחתה בקשה לחשיפת פרטיו של בעלים של אתר אינטרנט שהציע לגולשים לצפות במשחקי כדורגל בשידור חי בטכנולוגיית "Streaming", ללא תשלום, בלא שהחזיק היתר או רשיון להעברת שידורי המשחקים.
- בית המשפט קבע כי נתקיימה הפרה של זכויות יוצרים וכי לא מתקיימת הגנת השמוש ההוגן, אולם דחה את הבקשה לחשיפת זהותו של פלוני בהיעדר עיגון של הסוגיה בחקיקה ראשית. הוסכם על כל שופטי ההרכב כי "על המחוקק לדאוג לכך שלא לעולם חוסן, וכי ניתן יהא להיפרע ממעוולים כמו פלוני ושכמותו". בהיעדר חקיקה ידרש בית המשפט בעתיד לפיתוח החלכה המשפטית (שם, בעמ' 56).
- אם בית המשפט לא מצא לנכון להורות על גילוי הזהות של בעלי אתר שהוחלט שהפר זכויות יוצרים בריש גלי, קשה לגזור דין אחר למי שעשה שמוש באתר היכרויות, ולכל היותר העלה לדפים המוכמנים שלו תמונות שלתובעת זכות יוצרים בהן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליינ נ' לב ארי

52. באשר לתנאי השלישי, בענין א.ל.י.ס נקבע כי כשם שעצם בצוע ההפרה במקום שבשליטת
 1 הנתבע אינו מביא לייחוס תרומה ממשית ומשמעותית להפרה, כך גם באתרי האינטרנט,
 2 העובדה עצמה שבעל האתר שולט באתר שהוצב בו קישור לאתר המפר – אינה מלמדת על
 3 תרומה משמעותית להפרה. בענינו, לא הוכח כי הנתבע פעל באופן אקטיבי לקידום ההפרה.
 4 תרומתו לביצוע העבירות מתבטאת בכך שלא מנע את הפרת הזכות ולא פעל באופן אקטיבי
 5 לעצור את ההפרה לכאורה שהתרחשה באתר שהוא בעליו (פרשת האוניברסיטה העברית,
 6 בפסקה 28). עצם קיומו של אינטרס כלכלי לנתבע באתר אינו ממלא את החסר בתנאי
 7 השלישי, של תרומה משמעותית להפרה.
 8
 9
53. האם יש ללמוד מהתנהגות הנתבע דבר שתומך בעמדת התובעת? למשל, העובדה שקבל על
 10 עצמו את הודעת התובעת, וכאשר ביקשה להסיר תמונות שונות – עשה כן?
 11 אינני סבורה שניתן לייחס לנתבע "אשם" שייחס לעצמו. לאור התוצאה, הנתבע רשאי היה
 12 להשאיר את התמונות גם בעמודים שאינם חסויים. אבל רשאי היה (מבחינת יחסיו
 13 המשפטיים עם התובעת) גם להורידן, כדי לא להתעמת בעימות משפטי כגון זה שלפניי. אכן,
 14 נוהל הודעה והסרה נקבע בדיוק על מנת לאפשר למפר תם לב ברשת האינטרנט להוכיח את
 15 תום ליבו באמצעים פשוטים, מבלי לקבל על עצמו אחריות נוספת.
 16
 17
- רשלנות; הפרת סימן מסחר; גניבת עין; והתערבות לא הוגנת**
- 18
 19
54. התובעת טוענת כי התעקשות הנתבע שלא להפעיל "זחלים" באתר שלו או לבצע בדיקה
 20 פשוטה לאיתור ההפרות, והשמוש הבוטה בסימן המסחר של התובעת, מלמדים על
 21 רשלנות.
 22 אין לקבל את הטענה. ראשית, ככל שהתמונות שהורדו מאתר התובעת הוצבו באתר הנתבע
 23 – הרי הדין מחייב להציב עם הלוגו של התובעת. אין בכך משום הפרה של סימן המסחר,
 24 אלא להיפך: הכרה בזכות היוצרים של התובעת.
 25 משקבעתי כי התמונות הועלו על ידי המשתמשים; כי על הנתבע לא מוטלת חובת ניטור; וכי
 26 אין הוא חב בהפרת זכות היוצרים של התובעת או בהפרה תורמת - יש לדחות גם את טענת
 27 התובעת בדבר רשלנות.
 28 מן הטעם האמור יש לדחות גם את טענות התובעת באשר להפרת סימן מסחר; גניבת עין;
 29 והתערבות לא הוגנת. במאמר מוסגר יצוין כי הטענות בדבר גניבת עין והתערבות לא הוגנת
 30 נטענו בעלמא, ללא פירוט והוכחה כנדרש (בסעיפים 170-172 בכתב התביעה).
 31
 32
 33
 34
 35



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 9540-10-10 בי.אין און ליין נ' לב ארי

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11

סיכום

55. על יסוד כל האמור לעיל, התביעה נדחת.
 התובעת תישא בהוצאות הנתבע ובשכר טרחת בא כוחו בסכום של 15,000 ₪.
 הצו הזמני לתפיסת נכסים מבוטל, והתופס יחזיר את החומר שנתפס לידי הנתבע.
 התובעת תישא בעלות התופס בכל הקשור בהחזקת החומר התפוס.

ניתן היום, י' תמוז תשע"ג, 18 יוני 2013, בהעדר הצדדים.

אסתר שטמר, שופטת

12
13
14
15
16
17
18