



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

בפני כב' השופטת שרון גלר

תובעת

קרין מגריזו
ע"י ב"כ עו"ד רפי שפטר

נגד

נתבעת

טו גו הלבשה והנעלה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ישראל ליכטנשטיין

פסק דין

א. כללי

הליך זה עניינו תביעה כספית ע"ס 311,000 ₪, לתשלום פיצוי מוסכם, בגין הפרת הסכם מיום 20.2.07, להענקת שרותי פרסום על ידי התובעת לנתבעת.

מטעם התובעת העידו התובעת עצמה, סוכנה אילן בושרי, עובדת במשרדו - גב' מורן מאור והשליח אשר מסר לנתבעת מכתבי התראה - נתי חנוכה. מטעם הנתבעת העידו המנכ"ל ואחד הבעלים מאיר נגיבי, וכן מנהלת חברת פרסום אשר נתנה שירותים לנתבעת - ענת בן נתן (בעלות הדין יכוננו להלן: "הנתבעת" ו"הנתבעת" בהתאמה, והעדים הנ"ל יכוננו להלן בשם משפחתם).

ביום 3.3.11 הסתיימה שמיעת ההליך בסיכומים בעל פה מפי ב"כ הצדדים. להלן הכרעתי בתובענה.

ב. ההסכם

על פי הסכם מיום 20.2.07 בין הצדדים, התחייבה התובעת, אמנית הפעילה בעולם הבידור, להעניק לנתבעת, רשת למכירת מוצרי הנעלה, שרותי פרסום ולשמש כפרזנטורית של הנתבעת. זאת, למשך תקופה של 12 חודשים, מיום 1.3.07 ועד ליום 28.2.08 (להלן: "ההסכם"). ראה בעניין זה סעיף 2.1.1 להסכם.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

שרותי הפרסום, אותם התחייבה התובעת להעניק לנתבעת על פי ההסכם, הוגדרו בסעיף 2.1.3 להסכם וכללו, בין היתר, השתתפות התובעת בעשרה ימים של צילומי תמונות סטילס, לשימוש הנתבעת בפרסום בטלויזיה, בשילוט חוצות, בעיתונות הכתובה, בנקודות מכירה ובמסגרת יחסי הציבור שלה.

בסעיף 6 להסכם, הוא סעיף התמורה, נקבע, כי התשלום לתובעת בגין שרותי הפרסום על פי ההסכם, יעמוד על סך 28,000 דולר בצירוף מע"מ (וכן תשלום נוסף בסך 1,000 דולר עבור כל יום צילומים נוסף).

כן נקבע בסעיף התמורה, כי עבור 'מיתוג החנויות', מונח אליו אדרש בהמשך פסק הדין, תשלום לתובעת תוספת עבור חודשיים נוספים מעבר לתקופת החוזה של 12 החודשים.

הצדדים אף הסדירו ביניהם, בסעיף נפרד ומפורט, הוא סעיף 9 להסכם, את מה שהגדירו בכותרת סעיף זה כ'זכויות קנייניות והגבלת שימוש לתקופת ההסכם'.

הואיל וסעיף זה עומד בלב התביעה, ועליו נסמכות טענות התובעת הן לעניין עילת התביעה והן לעניין סכומה, יובא נוסחו המלא להלן (שיבושי הלשון במקור, ההדגשות כאן ולהלן הוספו – ש.ג.):

"זכויות קנייניות והגבלת שימוש לתקופת ההסכם"

9.1 זכויות השימוש בשמו בדמותו של האמן כמפורט בסעיף 2.1.3 לעיל, זכויות אלה לרבות רשיון שימוש בשירותי הפרסום שיתן האמן לפי הסכם זה יהיו של החברה בלבד והיא תהיה רשאית לעשות בהם שימוש בתקופת ההסכם בלבד.

9.1.1 למען הסר כל ספק, החברה לא תהיה רשאית לעשות כל שימוש בתמונתו ו/או דמותו ו/או בכל חומר אחר ו/או בזכויות היוצרים ו/או ברשיון שהעניק לה האמן בתום תקופת ההסכם.

9.1.2 מבלי לפגוע בזכויות האמן, מובהר בזאת במפורש כי שימוש בתמונות האמן ו/או כל פעולה אחרת הקושרת את האמן או את דמותו או את שמו וכו' למוצרי החברה ו/או למסע הפרסום של החברה לאחר תום תקופת ההסכם כאמור לעיל, יזכה את האמן בסך מוסכם של \$20,000 הכולל מע"מ בעבור כל פרסום חד פעמי של התמונות למשך יום אחד לכל יום נוסף לאחר מועד סיום ההסכם ו/או שימוש חד פעמי אחר כלשהו. למען הסר ספק במידה והחברה תפר את ההסכם כאמור בסעיף זה, תינתן התראה על לחברה בכתב והחברה תתקן את ההפרה תוך 14 ימים מיום הוצאת המכתב.

כאמור, סעיף זה להסכם, מהווה את נדבך התביעה המרכזי, לעניין עילתה וסכומה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

ג. טענות הצדדים

הצדדים חלוקים ביניהם בנוגע לארבע הפרות הסכם נטענות, אשר המשותף לכולן, הינו טענת התובעת לשימוש אסור בדמויות ותמונותיה לאחר תום תקופת ההסכם, ומכאן, להפרת הוראת התניה הנ"ל שבסעיף 9.1.1 להסכם.

התובעת טענה, כאמור, לקיומן של ארבע הפרות לפחות של ההסכם מצד הנתבעת. הפרה נטענת אחת נוגעת לפרסום תמונותיה של התובעת בחנות הנתבעת ברחוב אלנבי 82 בת"א. השניה, לפרסום כאמור של תמונת התובעת בחנות הנתבעת בקניון 'מול הים' באילת. השלישית, לפרסום התמונות באתר האינטרנט של הנתבעת. והרביעית, להכללת תמונותיה של התובעת בחוברת תדמית שהפיקה הנתבעת בחודש דצמבר 2009.

כנגד טענות אלו של התובעת להפרת ההסכם, העלתה הנתבעת מספר טענות הגנה עיקריות. האחת, נוגעת להעדר הפרה נוכח ניצול הנתבעת את זכותה החוזית לשימוש בתמונות התובעת במשך חודשיים נוספים לצרכי 'מיתוג החנויות'. השניה, עניינה טענת הנתבעת לאי עמידת התובעת בדרישה החוזית למתן התראה מוקדמת של 14 ימים בגין כל הפרה נטענת. השלישית, נוגעת לפרסום חוברת התדמית, לגביה נטען כי הופצה בהיקף מצומצם בלבד.

ד. דיון

1ד. האם הפרסומים נשוא ההליך אכן אירעו ?

נבחן את טענות התובעת להפרה ההסכם כסדרן. ראשית, יש לבחון ולהכריע בשאלת הבסיס העובדתי לעניין הפרסומים הנטענים לאחר תום תקופת ההסכם.

הפרסום בחנות ברחוב אלנבי

תקופת ההסכם הסתיימה כאמור ביום 28.2.08. בסעיף 3.5.1 לתצהיר סוכנה של התובעת, בושרי, נטען, כי לאחר תום תקופת ההסכם, בחודש אפריל 2008, עשתה הנתבעת שימוש נרחב בתמונות התובעת בחנותה אשר ברח' אלנבי 82 בת"א. טענה זו של בושרי גובתה בצילום של הפרסום ההפר (נספח ג')



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1 לתצהיר בושרי). אזכור של פרסום זה נכלל אף בתצהיר התובעת ובתצהיר עובדת הסוכנות מאור.
2 למעשה, הפרסום עצמו, במועד הנ"ל, אף אינו מוכחש על ידי התובעת.

3
4 מכאן, שעצם הפרסום – הוכח.

הפרסום בקניון מול הים באילת

5
6 אף פרסום נטען זה של תמונות התובעת, בחנות הנתבעת בקניון 'מול הים' באילת, אירע בחודש אפריל
7
8 2008, היינו לאחר תום תקופת ההסכם. זאת, כעולה מסעיף 4 לתצהיר מאור, אשר העידה, כי נחשפה
9 לעובדת הפרסום במהלך שהותה בחופשה בעיר אילת. גם פרסום זה, לכשעצמו, אינו מוכחש על ידי
10 הנתבעת.

11
12 מכאן, שאף עובדת פרסום זה, לכשעצמה – הוכחה.

הפרסום באתר האינטרנט של הנתבעת

13
14
15 בסעיף 3.5.3 לתצהיר בושרי, נטען לפרסום תמונות התובעת באתר האינטרנט של הנתבעת, בחודשים
16
17 אפריל ומאי 2008, היינו אף זאת מספר חודשים לאחר תום תקופת ההסכם. טענה זו גובתה בתדפיסים
18 מתוך אתר האינטרנט של הנתבעת, אשר צורפו בגדר נספחים ד' ו-ה' לתצהיר בושרי. תדפיסים אלו
19 נושאים תאריכי הדפסה לכאורה בימים 16.4.08 ו-25.5.08.

20
21 מנהל הנתבעת, נגיבי, התייחס לעניין זה בסעיף 4 לתצהיר עדותו הראשית. שם, לא הכחיש נגיבי, כי
22 מדובר אכן בפרסום מתוך אתר הנתבעת, אך טען, כי לא קיבל על כך התראה מאת התובעת וכי לא היה
23 מודע לקיומו, באשר אתר הנתבעת מתופעל ומנוהל על ידי חברה חיצונית ולא ישירות על ידי הנתבעת
24 עצמה.

25
26 בעדותו טען נגיבי, כי אינו יודע, האם הפרסום הנדון אכן אירע במועדים הנטענים על ידי התובעת, אך
27 גם לא הביא כל ראיה סותרת בעניין זה, על אף שטענת התובעת בעניין, הייתה מוכרת וידועה, וניתן היה
28 לבדוק אותה על נקלה מול אותה חברה אשר מנהלת עבור הנתבעת את אתר האינטרנט שלה.

29
30 יודגש, כי בעניין זה לא די בעדות נגיבי, בחקירתו החוזרת, כי פנה לחברה המתפעלת את האתר ונאמר
31 לו כי לא ניתן לקבל מידע לגבי מועד פרסומן של תמונות התובעת באתר הנתבעת ומועד הסרתן (נגיבי,
32 עמ' 24 ש' 28-30 לפרוטוקול). ראשית, היה מקום למסירת עדות ראשית בעניין זה מאת הגורם המקצועי
33 הרלבנטי באותה חברה המתפעלת את האתר ולא די בעדות אגבית ועקיפה של נגיבי בעניין בחקירה
34 חוזרת. שנית, על פניו קביעה זו אינה סבירה בעיני אף לגופה, באשר ניתן להניח, ומכל מקום לא הובאה
35



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

לפני ראייה או עדות ממשית המלמדת אחרת, כי קיימת אפשרות טכנית לשחזור מצב האתר במועדים
השונים על ידי הגורמים המקצועיים המתפעלים את אתר האינטרנט של הנתבעת, לרבות לעניין מועדי
העלאת והסרת תמונות התובעת מן האתר.

אי הכחשת טענת הפרסום במסגרת תצהירי ההגנה ואי הבאת ראיה לסתור את מועדי הפרסום
הנטענים, כאשר מדובר בראיה המצויה בשליטת הנתבעת, או מכל מקום, היה זה ביכולתה של הנתבעת
להשיג נתונים בעניין מאת אותה חברה המתפעלת עבורה את האתר, אומרת דרשני ונוקפת לחובת
הנתבעת.

משכך, אני סבורה, כי עצם עובדת הפרסום באתר האינטרנט – הוכחה אף היא.

חוברת התדמית

עצם פרסום חוברת התדמית, הכוללת את תמונות התובעת, ומועד פרסומה, בחודש דצמבר 2009, אינם
שנויים, למעשה, במחלוקת. צילום החוברת צורף כנספח ד' לתצהיר התובעת מיום 17.1.10 וחוברת
המקור אף הוגשה כמוצג במהלך שמיעת הראיות בתיק (מוצג ת/2).

מדובר בחוברת תדמית, צבעונית ומהודרת, הכוללת, בין היתר, צילומים מתוך קמפיינים של הנתבעת
בתקופות שונות, ביניהם תמונות התובעת, המופיעות בחלק בחוברת הנושא את הכותרת 'הקמפיינים
קארין מגריזו, 2007-2008'.

יצוין, כי פרסום זה נעשה לא רק לאחר תום תקופת ההסכם, אלא אף לאחר הגשת התביעה בגדר הליך
זה, אשר הוגשה כבר בחודש מאי 2009, ואשר קדם לה אף הליך בורות בין הצדדים.

מכאן שאף עובדת קיומו של פרסום זה על ידי הנתבעת, לאחר תום תקופת ההסכם – הוכחה.

**הנה כי כן אני קובעת, כי הוכח לפני, באופן ברור וחד משמעי, כי ארבעת הפרסומים נשוא טענות
התובעת להפרת ההסכם כלפיה, אכן אירעו, וכן הוכח, כי פרסומים אלו בוצעו במועדים המאוחרים
לתום תקופת ההסכם (28.2.08).**

על פניו מדובר בפרסומים אסורים, המנוגדים להוראת סעיף 9.1 להסכם, בהיותם שימוש אסור בדמותה
של הנתבעת, לאחר תום התקופה החוזית.

כעת, יש לבחון את טענות ההגנה שהעלתה הנתבעת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

2ד. טענת ההגנה בעניין מיתוג החנויות

הגנת הנתבעת בעניין זה נסמכת על הוראת סעיף קטן 6.1.4 אשר מהווה חלק מסעיף התמורה בהסכם, ובו נקבע:

"עבור מיתוג החנויות – תוספת עבור חודשיים נוספים מעבר ל 12 ח' \$ 2,500".

כאמור, ההסכם הסתיים בסוף חודש פברואר 2008. לטענת הנתבעת, מכוח הסעיף הנ"ל, היא היתה רשאית לעשות שימוש בתמונות התובעת ודמותה במשך חודשיים נוספים, במהלך החודשים מרץ ואפריל 2008.

הואיל ומדובר בטענה לשימוש בתמונות התובעת לצורך מיתוג **חנויות**, הרי שטענת הגנה זו אינה רלבנטית לגבי הפרסומים באינטרנט ובמסגרת חוברת התדמית שהפיקה הנתבעת. זאת, מה גם שפרסומים אלו אירעו במועדים מאוחרים יותר.

יצוין, כי בעניין זה הבהירה אף עדת ההגנה בן נתן, אשר שימשה במועד הרלוונטי כמנהלת חברת הפרסום של הנתבעת, כי מיתוג חנויות הינו מונח מתחום הפרסום, הנוגע לפרסום **בתוך נקודות המכירה**, היינו **בתוך החנויות**:

"ש. מפנה לסעיף 3 לתצהירך שם את מתייחסת לסעיף המיתוג 6.1.4 בהסכם – מה זה מיתוג חנויות ?

ח. בשפה של משרדי הפרסום מיתוג חנויות מתייחס לתוך מה שקורה בתוך נקודות המכירה. כאשר אנו מדברים על שטח החנות, קאפות, פוסטרים פלקטים, מעמדי קופה, תגיות מחיר וכו'".

(בן נתן, עמ' 19 ש' 23-19 לפרוטוקול).

מכאן, שיש לבחון טענת הגנה זו אך ורק בהקשר לפרסומים בחנויות הנתבעת לאחר תום תקופת ההסכם.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

ולגוף הטענה :

אין חולק, כי הנתבעת לא הודיעה לתובעת או לסוכנה בושרי, מראש, במהלך תקופת ההסכם, כי בכוונתה לממש את זכותה החוזית הנ"ל, ולעשות שימוש בתמונות התובעת במשך חודשיים נוספים.

אף אין חולק, כי את אותה תמורה נוספת הנזכרת בסעיף 6.1.4 הנ"ל, היא שילמה לתובעת רק ביום 4.9.08 (ראה צילום השיק ע"ס 9,000 ₪ נספח יד לכתב התביעה המתוקן, אשר אין חולק כי נפרע).

כלומר, הנתבעת שילמה לתובעת את הסך הנ"ל אף לשיטתה רק בדיעבד, למעלה מחצי שנה לאחר תום תקופת ההסכם ולמעלה מחצי שנה לאחר תחילת מועד ההפעלה לכאורה של אותה זכות חוזית לשימוש נוסף בתמונות התובעת לשם מיתוג חנויות. התשלום אף נעשה לאחר פתיחת הליך הבוררות בין הצדדים (אשר קדם להליך שלפני).

כל זאת, כאשר עד לתשלום כאמור (אשר לוה במכתב ב"כ הנתבעת מוצג ת/1), אף לא העלתה הנתבעת טיעון בדבר שימוש בזכות כאמור לשם הצדקת הפרסומים הנ"ל בחנויותיה, למרות פניות התובעת ונציגיה אליה בעניין השימושים המפרים בתמונותיה.

אכן, ברור הוא, כי התשלום הנ"ל וייחוס השימוש הנוסף בתמונות התובעת לאותה זכות חוזית בעניין מיתוג חנויות, הינו מהלך אשר ננקט על ידי הנתבעת בדיעבד, נוכח טענות התובעת להפרת ההסכם, וזאת, כפי שהעיד נגיבי על סמך ייעוץ משפטי (נגיבי, עמ' 23 ש' 9-7 לפרוטוקול).

ואולם, האם יש בכך, בהכרח, כדי לשמוט את הקרקע מתחת לטענת הגנה זו של הנתבעת ? לאו דוקא.

עיון בהסכם עצמו מלמד, כי אינו כולל דרישה להודעה מוקדמת מצד הנתבעת לעניין מימוש זכותה החוזית לשימוש בתמונות התובעת למשך חודשיים נוספים לצרכי מיתוג חנויות. דרישה כאמור אינה נכללת בסעיף 6.1.4 הנ"ל עצמו, הן בזכות לעניין מיתוג חנויות, ואף אינה נזכרת במקום אחר כלשהו בהסכם. אף לא הובאו לפני עדויות כלשהן בדבר סיכום אחר בין הצדדים ביחס לחובת מתן הודעה מראש מצד הנתבעת בהקשר זה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

הגב' בן נתן, אף העידה מטעם הנתבעת, בעניין מיתוג החנויות, כי הדרישה להכללת זכות זו לשימוש
נוסף בתמונות התובעת במשך חודשיים מעבר לתקופת ההסכם, באה מצד הנתבעת, וכי נועדה לכסות
אפשרות להארכת הקמפיין בתקופה קצרה נוספת, נוכח הקושי הצפוי להסיר את כל שלטים והתמונות
מכלל חנויות הרשת של הנתבעת בתום תקופת ההסכם:

3" במעמד חתימת ההסכם עם התובעת, דרש מר מאיר נג'יבי, מנכ"ל טוגו,
להכניס להסכם את סעיף 6.1.4 (להלן: "סעיף המיתוג") וכך נעשה כאשר גם אני
הצטרפתי לדרישה...

4. ברצוני להסביר, כי כאשר מדובר ברשת הכוללת עשרות חנויות כמו חברת טוגו,
אנו מביאים בחשבון, כי יכול והרשת תרצה להאריך את הקמפיין בתקופה קצרה נוספת
וזאת בשל הקושי הקיים בהורדת כל השלטים מכלל החנויות ולכן הכנסנו סעיף של מיתוג
הסניפים ואת סעיף 12.3 להסכם שמטרתם להשאיר את הקמפיין באוויר ללא שום יוזמה
פרסומית חדשה. נציין כי אכן לא הייתה כל יוזמה חדשה לפרסום ולא יצאנו בשום פרסום
חדש עם הפרזנטורית קרין מגריזו ואף לא שימשנו כמשרד הפרסום של הרשת עם תום
תקופת החוזה".

(סעי' 3-4 לתצהיר בן נתן).

אף במישור התשלום, שותק ההסכם ואינו קובע לוח זמנים לתשלום בגין מימוש הזכות לשימוש נוסף
בתמונות התובעת מכוח סעיף 6.1.4 להסכם. אף לא הוצגו לפני ראיות אחרות כלשהן לעניין סיכום
כלשהו בין הצדדים בכל הנוגע ללוח זמנים לתשלום במקרה של מימוש הנתבעת את זכותה לשימוש
נוסף על פי סעיף זה.

בהקשר זה יצוין עוד, כי תנאי התשלום לעניין תקופת ההסכם עצמו נקבעו בסעיפים 6.1.1 ו- 6.1.2
להסכם, ועל פיהם שולמה לתובעת תמורה כוללת של \$ 28,000 בגין תקופת ההסכם כולה, כאשר 18,000
מתוך סכום זה שולמו רק לאחר חלוף כמחצית מתקופת ההסכם. לפיכך, אף מטעם זה אני סבורה, כי
אין לראות במועד התשלום עבור החודשיים הנוספים הנדונים, כמחצית השנה לאחר תחילת השימוש
עצמו, משום הפרה של ההסכם בין הצדדים.

עוד מובהר, כי טענות ההפרה בגין החנויות אינן נדחות בשל כך שהתובעת, באמצעות ב"כ, הסכימה
לקבל התשלום בסך 9,000 ₪, כעולה ממכתבו של בא כוחה מיום 8.9.08 (מוצג ת/1). טוב עשתה
התובעת, כי קיבלה התשלום, תוך שמירת זכויותיה. כאמור, בהקשר לשימוש בתמונותיה בחנויות הנ"ל,
איני מקבלת את טענות ההפרה לגופן, ולא בשל קבלת התשלום בדיעבד.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1
2 הנה כי כן, מבחינת תוכן השימוש אשר נעשה בתמונות התובעת בפועל בחנויות הנתבעת הנ"ל, מדובר
3 בשימוש העונה על הגדרת 'מיתוג חנויות', כאשר במישור החוזי לא הייתה הנתבעת מחויבת ליתן
4 לתובעת הודעה מראש על מימוש זכות זו.

5
6 אדגיש בהקשר זה, כי גם אם השימוש שעשתה הנתבעת בתמונות התובעת בשתי החנויות הנ"ל לא נעשה
7 מתוך הכרה מודעת כי מדובר במימוש של זכות חוזית למיתוג חנויות במשך חודשיים נוספים מתום
8 ההסכם, הרי שעצם קיומה של הזכות החוזית, והתאמת השימוש שנעשה בפועל לדרישת התניה החוזית,
9 די בהם, לטעמי, כדי להכשיר שימוש זה במישור החוזי, גם אם בדיעבד, וכדי לקבוע, כי לא מדובר
10 בפרסומים המהווים הפרה של ההסכם בין הצדדים.

11
12 עוד אציין, כי גם במישור המהותי, לא נגרמה לתובעת פגיעה כלשהי, מעצם כך, שלא ניתנה לה, או
13 לסוכנה בושרי, הודעה מראש, או תוך כדי השימוש הנוסף בתמונותיה במהלך אותם חודשיים נוספים.
14 כעולה מסעיף 6.1.4, מדובר בזכות חד צדדית של הנתבעת לשימוש נוסף, כפוף לתשלום הקבוע בסעיף
15 זה, אשר בוצע.

16
17 כן יובהר, כי לא הובאו לפני ראיות המלמדות על המשך שימוש בתמונות התובעת במועדים המאוחרים
18 לחודשים מרץ ואפריל 2008. בכתב התביעה המתוקן נטען אמנם, לגבי החנות ברח' אלנבי, כי השימוש
19 בתמונות התובעת בחנות זו אירע אף בחודשים מאי ויוני 08' (סעי' 1.10.1 לכתב התביעה המתוקן), אך
20 בתצהירי בושרי ומאור, וכן בסיכומי ב"כ התובעת, הועלתה הטענה בהתייחס לחודש אפריל 08' בלבד
21 (סעי' 3.5.1 לתצהיר בושרי וסעי' 5 לתצהיר מאור), היינו בתוך פרק הזמן של אותם חודשיים נוספים
22 לאחר תום תקופת ההסכם.

23
24 אף לעניין הפרסום בחנות בקניון 'מול היס' לא הובאה כל ראיה לפרסום שחרג מחודש אפריל 08' (סעי' 4
25 לתצהיר מאור), היינו לאחר פרק הזמן של החודשיים הנוספים לאחר תום תקופת ההסכם.

26
27 בנסיבות אלו אני סבורה, כי יש לראות בשימוש אשר נעשה בתמונות התובעת בחנויות הנתבעת אשר
28 ברח' אלנבי בת"א ובקניון 'מול היס' באילת, בחודשיים העוקבים לסיום תקופת ההסכם, משום שימוש
29 שעשתה הנתבעת בזכותה מכוח סעיף 6.1.4 להסכם.

30
31 משכך, נדחית טענת התובעת להפרת ההסכם בגין השימוש בתמונותיה בחנויות הנתבעת ברח' אלנבי
32 בת"א ובקניון 'מול היס' באילת.

33
34 3ד. המחלוקת בשאלת משלוח מכתבי ההתראה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

בסעיף 12.3 להסכם קבועה דרישה למתן התראה של 14 ימים בגין הפרה נטענת של ההסכם, על מנת לאפשר לצד המפר לתקן את המעשה או המחדל המפרים:

"לא יחשב כל מעשה או מחדל ע"י צד כלשהו בגין הסכם זה כהפרה של תנאי מתנאי ההסכם (להלן – "המעוות") אלא אם ניתנת התראה בכתב לצד המפר ע"י הצד האחר, והצד המפר לא תיקן את המעוות תוך ארבע עשרה ימים מקבלת ההתראה כאמור".

דרישת מתן ההתראה מופיעה באופן ספציפי גם בסעיף 9.1.2 להסכם, אשר צוטט לעיל, המסדיר את איסור השימוש בתמונות התובעת לאחר תום תקופת ההסכם:

"... למען הסר ספק במידה והחברה תפר את ההסכם כאמור בסעיף זה, תינתן התראה על לחברה בכתב והחברה תתקן את ההפרה תוך 14 ימים מיום הוצאת המכתב".

סעיף 12.4 להסכם הסדיר את אופן מסירתן של הודעות בין הצדדים כדלקמן:

"הודעות בקשר להסכם זה תשלחנה בדואר רשום או תימסרנה ביד על פי מעני הצדדים הנקובים במבוא להסכם זה (או לכל מען אחר עליו תבוא הודעה מתאימה בכתב), ויראו כל הודעה כאמור כאילו נמסרה לנמענה עם מסירתה בפועל (או הצעתה לנמען, במקרה של סירוב לקבלה), או כעבור ארבעה ימי עסקים מהמועד בו נמסרה למשלוח בדואר".

בתצהירי בושרי ומאור נטען, כי נשלחו ממשרדם מספר התראות בכתב וכן התראות טלפוניות אל הנתבעת בטענה להפרת ההסכם. בהקשר זה נטען למשלוח מכתב התראה ביום 4.3.08 (שלא צורף), וכן ביום 3.4.08 (נספח ב1 לתצהיר בושרי). ביחס למכתב ההתראה האחרון, אף הובא תצהיר מאת השליח, חנוכה, לעניין מסירתו במשרדי הנתבעת ביום 3.4.08. כן צורף אישור משלוח בדואר"ל (נספח ב2 לתצהיר בושרי).

הנתבעת, מצידה, הכחישה קבלת מכתבי ההתראה וכן טענה, כי היה על התובעת לשלוח מכתב התראה כאמור בגין כל הפרה נטענת.

נוכח קביעתי לעיל, כי בכל הנוגע לשימוש בתמונות התובעת בחודשים מרץ ואפריל 08 בחנויות הנתבעת, אין מדובר בהפרה של ההסכם מצד הנתבעת, הרי שהמחלוקת בין הצדדים בסוגיית מכתבי ההתראה רלבנטית רק לגבי שתי הפרות ההסכם האחרות להן טענה התובעת, היינו פרסום תמונותיה באתר



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1 האינטרנט של הנתבעת בחודשים אפריל ומאי 08' והפקת חוברת התדמית הכוללת את תמונותיה של
2 התובעת בחודש דצמבר 08'.

מתן התראה בגין הפרסום באתר האינטרנט של הנתבעת

8 באשר לפרסום תמונות התובעת באתר האינטרנט של הנתבעת, הרי שכפי שקבעתי לעיל, הוכח לפני, כי
9 פרסום זה נעשה במהלך החודשים אפריל ומאי 08'.

11 האם התובעת עמדה בדרישה החוזית למתן התראה של 14 ימים בגין הפרה זאת? סבורני, כי התשובה
12 לשאלה זו הינה חיובית, וזאת מהטעמים אשר יפורטו להלן.

14 ראשית מובהר, כי אינני מוצאת צורך להכריע בשאלה האם מכתב ההתראה הראשון, הוא המכתב מיום
15 4.3.08, אשר לטענת בושרי נשלח אל הנתבעת בסמוך לתום תקופת ההסכם באמצעות דואר אלקטרוני
16 (סעי' 3.1 לתצהיר בושרי), אכן נשלח והגיע ליעדו.

18 זאת, באשר די בכך, שאגיע למסקנה, כי מכתב ההתראה השני, אשר נושא תאריך 2.4.08 ונטען כי נמסר
19 לנתבעת ביום 3.4.08 (להלן: "מכתב ההתראה מאפריל") אכן נמסר בפועל לנתבעת, בכדי לראות
20 בתובעת כמי שעמדה בדרישת ההסכם למתן התראה ביחס לשימוש בתמונות התובעת באתר האינטרנט,
21 בחודשים אפריל ומאי 08'.

23 בנוגע למשלוח ומסירה של מכתב ההתראה מאפריל, נמסרו מטעם התובעת מספר עדויות אליהן צורפו
24 ראיות נוספות. בושרי העיד בתצהירו (סעי' 3.3) על הכנה ומשלוח של מכתב התראה זה בדואר רשום
25 ובדוא"ל וצירף את נוסח המכתב עצמו וכן אישור, לכאורה, בדבר משלוח בדוא"ל (נספחים ב1 ו- ב2
26 לתצהירו).

28 השליח חנוכה העיד, כי ביום 3.4.08 מסר מעטפה לידי הנתבעת, בכתובתה אשר ברח' חומה ומגדל 2
29 בת"א, ואף צירף דו"ח של חברת השליחויות שבבעלותו ובו פירוט השליחויות שנעשו במועד הרלבנטי
30 (נספח א' לתצהירו).

32 בנוסף לגרסת עדי התביעה בתצהיריהם כמפורט לעיל, הרי שאף מחקירתם הנגדית של העדים הנ"ל
33 בעניין זה עולה, כי מכתב ההתראה מאפריל הוכן והועבר לשליח לצורך מסירתו לנתבעת (בושרי, עמ' 9
34 ש' 23-25 לפרוטוקול; מאור, עמ' 15, ש' 23-24 לפרוטוקול).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

בהתייחס למסירת מכתב ההתראה מאפריל לידי הנתבעת, הרי שתדפיס המסירות שצורף לתצהיר השליח חנוכה וכן עדותו בחקירה נגדית, מבססים את גרסת התובעת, כי מכתב ההתראה אכן הגיע ליעדו, היא כתובת הנתבעת המעודכנת ברח' חומה ומגדל.

יצוין, כי שליחות נוספת אשר משתקפת מדוח השליחויות נספח א' לתצהיר חנוכה, כביכול יצאה אל הנתבעת יום קודם לכן, ביום 2.4.08, שהינו התאריך שנושא מכתב ההתראה עצמו. כעולה מדוח זה, יצאה השליחות לכתובת אשר ברח' לבנדה 30 ת"א. כתובת זו תואמת את הכתובת המופיעה בכותרת ההסכם ככתובתה של הנתבעת, אך זו שינתה את מענה בהמשך ועברה לרח' חומה ומגדל בת"א (נגיבי, עמ' 21 ש' 1-4 לפרוטוקול), ומכאן שנדרשה שליחות נוספת למחרת היום, לכתובת המעודכנת ברח' חומה ומגדל.

כן יוער, כי לטעמי, אין בסימון שליחות כפולה בגין כל אחת משתי השליחויות הנ"ל, כדי לשלול את האמור לעיל לעניין מסירת המכתב בפועל ביום המחרת, בכתובתה העדכנית של הנתבעת. כיתוב זה, אינו משקף בהכרח מסירה בפועל בכתובת ברח' לבנדה, אלא יתכן כי זה האופן שבו הוגדרה השליחות על ידי המזמין מלכתחילה. מכל מקום, העניין נוגע להתחשבות בין המזמין לחב' השליחויות ואינו שומט את הקרקע מתחת מהימנות מסמך זה כולו, בפרט לעניין ביצוע מסירה בכתובתה המעודכנת של הנתבעת, ברח' חומה ומגדל.

בהקשר זה יצוין, כי אני ערה לכך, שלמרות שבעולה מדוח השליחויות הנ"ל, בדבר הגדרת השליחות כשליחות כפולה, היינו שליחות שבה אמור היה השליח להחזיר אישור מסירה חתום למשרד מזמין השליחות (חנוכה, עמ' 5 ש' 23-24 לפרוטוקול), הרי שאישור מסירה כאמור לא הוצג לפניי ובושרי אף הודה, כי אינו בנמצא. ואולם, בעניין זה אני מקבלת את הסברו של בושרי, כי משרדו אינו נוהג לדרוש ולשמור אישורי מסירה בידיו, אלא סומך על חברת השליחויות, עימה עובד משרדו באופן קבוע, למעט במקרים של שיק בסכום גדול, שאז אכן נדרש ונשמר אישור המסירה (בושרי, עמ' 9 ש' 14-25).

חיזוק נוסף למהימנות גרסת עדי התביעה בהקשר למכתב ההתראה אני מוצאת בכך, שעל אף שגרסת בושרי ומאור לעניין משלוח שני מכתבי ההתראה וגרסת חנוכה בדבר מסירת מכתב ההתראה מחודש אפריל הועלו בצורה מפורשת ומפורטת כבר בגדר תצהירי התביעה, לא הכחיש עד ההגנה נגיבי בתצהירו, שהוגש כמובן לאחר תצהירי התביעה, את קבלת מכתב ההתראה מחודש אפריל. זאת, למרות שטרם גם טרח להכחיש את קבלת מכתב ההתראה מיום 4.3.08 (סע' 3 לתצהירו), אשר עותק ממנו אכן לא צורף לתצהירי התביעה.

יתרה מכך: נגיבי אף התייחס בתצהירו לשיחת הטלפון בינו לבין מאור ביום 1.4.08 (סע' 4 לתצהירו) וטען, כי רק במועד זה נודעו לו לראשונה טענות התובעת לגבי הפרת ההסכם. ואולם, למרות התייחסות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

פרטנית זו בתצהירו, הן למכתב מיום 4.3.08 והן לשיחת הטלפון עם מאור, לא הכחיש נגייבי, כי בהמשך לשיחת הטלפון נמסר לנתבעת אף מכתב התראה, הוא מכתב ההתראה מחודש אפריל.

אמנם, בחקירתו הנגדית, הכחיש נגייבי את קבלת מכתב ההתראה מאפריל וטען, כי "מעולם לא קיבלתי את המכתב הזה וגם לא מייל" (נגייבי, עמ' 20 ש' 21-22 לפרוטוקול) ובהמשך, כי "לא זכור לי. אני לא זוכר שקיבלתי מכתב. אם הייתי מקבל בנוסח הזה הייתי זוכר" (נגייבי, עמ' 20 ש' 32 לפרוטוקול).

ואולם, משעומת נגייבי עם העובדה, כי מדובר בגרסה עובדתית חדשה מצידו, וכי לא הכחיש בתצהירו את קבלת המכתב הנדון למרות שכן הכחיש את קבלת מכתב ההתראה שקדם לו, ונשאל לפשר תמיהה זו, השיב נגייבי באופן סתמי:

"הרבה דברים שלא קרו לא נזכרים. התייחסתי לכך בכתב ההגנה. לא חשבתי להזכיר את זה כשכתבתי את התצהיר ואינני זוכר למה לא, זה לא רלבנטי מבחינתי כי באמת לא קיבלתי את המכתבים הנ"ל".

(נגייבי, עמ' 20 ש' 32-21 לפרוטוקול).

למותר לציין, כי כמובן שלא די בהכחשת קבלת מכתב ההתראה מאפריל במסגרת כתב ההגנה כתחליף להצגת גרסה בתצהיר, בודאי כאשר מדובר בסוגיה המהווה טענת הגנה מרכזית של הנתבעת.

בעניין זה התרשמותי היא, כי הסברו הנ"ל של נגייבי בחקירתו הנגדית הינו מאולץ, וכי יותר משהוא משקף את המציאות להוויתה, ניתן להסבירו בכך, שלגבי מכתב ההתראה הראשון מיום 3.4.08, אשר נטען כי נשלח בדוא"ל, היה ברור לנגייבי כי עותק ממנו אינו בנמצא, באשר לא צורף לתצהירי בושרי או מאור. לעומת זאת, מכתב ההתראה השני, הוא מכתב ההתראה מאפריל, צורף כנספח ב1 לתצהיר בושרי וכן צורפה אסמכתא בדבר משלוח מכתב זה לכאורה אף בדוא"ל (נספח ב2 לתצהיר בושרי) ואף הוגש תצהיר השליח חנוכה, בצירוף דוח שליחויות הכולל לכאורה את השליחות הנדונה של מסירת מכתב התראה זה לידי הנתבעת. רק בחקירות הנגדיות של עדי התביעה הסתבר, כי הגם שעדים אלו עומדים על גרסתם בדבר משלוח ומסירה מכתב ההתראה מאפריל, הרי שאין בידי בושרי או בידי חנוכה אישור מסירה ממש לעניין ביצוע המסירה הנתענת, הנושאת חתימת מקבל של נגייבי או של גורם אחר כלשהו אצל הנתבעת. והנה, לאחר תום חקירות נגדיות אלו, ובמסגרת החקירה הנגדית שלו עצמו, מצא נגייבי לנכון להכחיש אף את קבלתו של מכתב ההתראה מאפריל. התנהלות זו אומרת דרשני ואינה תורמת להתרשמותי בדבר מהימנות גרסתו של נגייבי בעניין.

מעבר לכך, אף איני מוצאת כל אינטרס או מניע אשר יכול ועמד בזמנו לנגד עיני התובעת וגרם לה, ולפועלים מטעמה בושרי ומאור, שלא לשלוח את מכתב ההתראה האמור. שהרי, אין חולק, והדבר אינו



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

מוכחש על ידי נגיבי, כי התקיימו שיחות טלפון בין בושרי ומאור לבין נגיבי אודות הפרות ההסכם, וזאת כבר בראשית חודש אפריל. מכאן שברור הוא, כי התובעת והגורמים מטעמה לא ניסו למנוע מהנתבעת לתקן את הפרות ההסכם או להכשילה בהסתרת עובדת ההפרה על מנת לייצר זכות לתשלום הפיצוי המוסכם. נהפוך הוא, הם שבו והתריעו, לפחות באותן שיחות טלפון שקיומן אינו שנוי במחלוקת, על קיומן של הפרות אלו ודרשו את הסרת תמונותיה של התובעת לאלתר.

בנסיבות אלו, נוכח עקביות גרסת עדי התביעה וחוסר העקביות בגרסת נגיבי בעניין זה, אני מעדיפה את גרסת עדי התביעה, אשר כאמור אף מתיישבת לטעמי יותר עם הגיונם של דברים ועם אינטרס התובעת במשלוח ההתראה.

משכך, אני קובעת, כי התובעת עמדה בנטל להוכחת טענתה בדבר מסירת מכתב ההתראה מאפריל לנתבעת, וזאת ביום 3.4.08.

לאחר שראינו כי מכתב זה נמסר והגיע ליעדו במועד הנטען, ונוכח טענת הנתבעת, כי היא זכאית למתן התראה בגין כל הפרה נטענת, יש לבחון כעת את השאלה, האם די במכתב זה, מבחינת תוכנו, כדי לענות על דרישת מתן ההתראה ביחס לשימוש המפר בתמונות התובעת באתר האינטרנט.

עיון במכתב זה מלמד, כי הוא כולל דרישה להפסקתו המיידית של כל שימוש אסור ומפר בתמונות התובעת לאחר תום תקופת ההסכם. בפיסקה האחרונה במכתב זה, הוצגה דרישה כללית ומפורשת לקיום ההסכם ולהסרה מיידית של כל תמונה או איזכור של התובעת עם הנתבעת:

"אני דורש ממך לקיים את ההסכם שאתה חתום עליו ולהורות על הסרה מיידית של כל תמונה או איזכור של קרין מגריזו עם TO GO. אם לא תעשה כן תהייה הראשון שאתבע אותו בבוררות בגין הפרת הסכם מזה 25 שנה, אני מבקש ממך לחסוך מעצמך וממני אי נעימויות מיותרות".

דרישה זו להסרת כל תמונה או איזכור של התובעת עם הנתבעת, מעבר להיותה כללית וגורפת ומכסה ממילא כל שימוש מפר אשר נעשה אותה עת ביחס לתמונות התובעת, אף עולה בקנה אחד עם הגדרת שרותי הפרסום בהסכם בין הצדדים, אשר כללה את השימוש בתמונות סטילס של התובעת, בין היתר, באינטרנט. ונזכיר את הגדרת 'שרותי פרסום' בסעיף 2.1.3 להסכם:

" שירותי פרסום – שיתן האמן פירושו השירותים כמפורט להלן:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 09-168324 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

2.1.2.1 להשתתף בצילומי סטילס, לשימוש בפרסומת בטלביזיה, לשלטי חוצות ...
למודעות בעיתונים (מקומי וארצי) לנקודות מכירה, לאינטרנט וכן לשימוש במסגרת יחסי
הציבור של החברה".

מכאן, שמכתב ההתראה מאפריל, בו נדרשה הנתבעת להפסיק כל פרסום או שימוש מפר בתמונות
התובעת נוכח סיום ההסכם, רלבנטי לגבי כל הפרה של ההסכם אשר אירעה במועד זה בו נשלח המכתב.

אציין, כי אני ערה לכך, כי בושרי אישר בחקירתו הנגדית, כי אינו זוכר תאריכים מדויקים וכי נכון
שאחרי משלוח מכתב ההתראה מאפריל נכנסו הוא ואנשיו לאתר האינטרנט של התובעת וראו את
הפרסומים האסורים (בושרי, עמ' 13 ש' 31 – עמ' 14 ש' 6 לפרוטוקול).

ואולם, מעת שנקבע לעיל, כי שימוש בתמונות התובעת באתר האינטרנט של הנתבעת אכן אירע לאחר
תום תקופת ההסכם, בחודשים אפריל ומאי '08, הרי שיש לראות במכתב ההתראה מאפריל כמתרה
בנתבעת, אשר חזקה עליה כי היא מודעת למעשיה או מכל מקום אמורה להיות מודעת להם, אף לעניין
השימוש האסור בתמונות התובעת באתר האינטרנט של הנתבעת.

בהקשר זה יודגש, כי איני מקבלת את טענת הנתבעת הנסמכת על כך שאתר האינטרנט שלה מתופעל על
ידי חברה חיצונית לניהול אתרים, וכי לפיכך, ללא התראה קונקרטית בעניין שימוש בתמונות באתר
האינטרנט דווקא, לא יכולה הייתה לדעת אודות הפרה זו ולתקנה.

טענה זו, מוטב היה לה שלא הייתה נטענת.

שהרי ברור הוא, כי מדובר באתר אינטרנט של הנתבעת עצמה, וכי גם אם הוא מנוהל ומתופעל על ידי
נותן שירותים חיצוני כלשהו, הרי שאחריות הגג לתפעולו, לרבות בכל הנוגע לדאגה לכך שלא יופרו
במסגרתו התחייבויות חוזיות של הנתבעת, מוטלת על הנתבעת עצמה, ועליה לדאוג להנחות את מפעילי
האתר בהתאם לכך.

כך, כאשר מסתיים הסכם עם פרזנטורית, על הנתבעת לדאוג ליתן לחברה המפעילה את האתר את
ההנחיות המתאימות להסרת תמונות הפרזנטורית מן האתר, באם הדבר נדרש על פי ההסכם בינה לבין
אותה פרזנטורית, כבמקרה דנן. בודאי ובודאי שהיה עליה לעשות כן לאחר קבלת מכתב ההתראה
מאפריל, הכולל כאמור דרישה כללית להסרת כל פרסום מפר של תמונות התובעת, היינו בכל מדיה
שהיא.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

בעניין זה יובהר, כי נגיבי הבהיר בעדותו בחקירה נגדית וכן בתשובה לשאלות בימ"ש, כי לא פנה אל חברת ניהול האתר לפני קבלת מכתב ההתראה מאפריל, ואף לא לאחר קבלתו, על מנת לוודא כי תמונות התובעת הוסרו מהאתר לאחר תום תקופת ההסכם (נגיבי, עמ' 21 ש' 26 – עמ' 22 ש' 11, עמ' 25 ש' 2-5 לפרוטוקול). כאמור, טענת נגיבי כי לא ידע אודות הימצאות תמונות התובעת באתר הנתבעת, אינה מועילה לנתבעת, באשר היה זה מחובתה ובאחריותה של הנתבעת לוודא, כי תמונות התובעת הוסרו מן האתר לאחר תום תקופת ההסכם.

לפיכך אני קובעת, כי התובעת עמדה בדרישת ההסכם למתן התראה בכתב בכל הנוגע לשימוש האסור בתמונותיה באתר האינטרנט של הנתבעת לאחר תום תקופת ההסכם.

מתן התראה בגין פרסום תמונות התובעת בחוברת תדמית של הנתבעת

כפי שהעיד נגיבי, הפקת חוברת התדמית הנדונה ופרסומה, הייתה חלק מפעילות יחסי הציבור של הנתבעת, וכללה אזכור של קמפיינים קודמים שלה:

ש. מה זה? מיתוג חנויות? לא ידעת שזה פרסום? טעות סופר? מה ההסבר שלך להצדקת הפרסום הזה?

ח. החוברת יצאה ראיתי אותה, מבחינתי לא הסתכלתי על החוברת שיצאה ב 200 יחידות. המטרה של החוברת היא לא פרסום או קידום מכירות אלא תזכרה את הקמפיין, המטרה היא הנתבעת ומדברת על פרזנטוריות אחרות של הנתבעת. לא חשבתי לעצמי שלא מותר לי להזכיר את התובעת שהיתה פרזנטורית שלנו בעבר. משרד הפרסום הכין את הקטלוג

ש. לא חשבת שאסור לך להשתמש בתמונות ובאזכור של הקמפיין עם התובעת...?

ח. לא, לא חשבתי."

(נגיבי, עמ' 23 ש' 26 – עמ' 24 ש' 5 לפרוטוקול).

תשובתו זו של נגיבי כהסבר לפרסום תמונות התובעת בחוברת התדמית למרות סיום ההתקשרות בין הצדדים, הינה תמוהה בפני עצמה ולכך אתייחס להלן. אך מכל מקום מדבריו אלה עולה בבירור, כי השימוש בתמונות התובעת במסגרת חוברת התדמית נכנס להגדרת 'שירותי פרסום' אשר בסיפא סעיף 2.1.3.1 להסכם בין הצדדים, הכוללת שימוש בתמונות לצורך מערך יחסי הציבור של הנתבעת:

"2.1.3 "שירותי פרסום" – שיתן האמן פירושו השירותים כמפורט להלן:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

2.1.3.1 להשתתף בצילומי סטילס, לשימוש בפרסומת ... וכן לשימוש במסגרת יחסי הציבור של החברה".

מכאן אתה למד, שאף האיסור בשימוש בתמונות התובעת לאחר תום תקופת ההסכם, הקבוע בסעיף 9.1 להסכם, וכן הסנקציה של הפיצוי המוסכם הקבועה בסעיף זה, חלים גם לגבי מוצרים מתחום יחסי הציבור, לרבות אותה חוברת תדמית נדונה.

מטעם זה נדחית אף טענת ב"כ התובע בסיכומיו (עמ' 29 ש' 13-15 לפרוטוקול), כי אין מדובר בהפרת ההסכם באשר הפרסום לא נעשה לצורכי קידום מכירות אלא לצורך יחסי ציבור בלבד. כאמור לעיל, אף שימוש בתמונות התובעת לצורך יחסי ציבור בא בגדר הגדרת שירותי הפרסום הנ"ל שבהסכם, וממילא כפוף לתנאיו, לרבות לעניין איסור השימוש בתמונות לאחר תום תקופת ההסכם ולרבות לעניין הסנקציה בדמות הפיצוי המוסכם הקבועה בהסכם.

באשר ללוח הזמנים בו הופקה חוברת התדמית, הרי שאין חולק, כי זו הופקה והופצה על ידי הנתבעת בחודש דצמבר '09 (נגיבי, עמ' 23 ש' 24-25 לפרוטוקול), חודשים ארוכים לאחר תום תקופת ההסכם.

עוד אין חולק, כי חוברת זו כוללת שימוש בתמונות התובעת (לצד שימוש בתמונות של פרזנטוריות אחרות של הנתבעת, מתקופות מאוחרות יותר).

מכאן, שהפקת חוברת התדמית במועד הנ"ל, נעשתה לא רק לאחר תום תקופת ההסכם, אלא גם כאשר המחלוקת בין הצדדים בסוגיית השימוש בתמונות התובעת באפיקים שונים, כבר היתה מונחת על השולחן במלוא עוזה, באשר הליך משפטי זה נפתח ביום 21.5.09 ואף קדם לו הליך בוררות בין הצדדים, הגם שלא הושלם.

הנה כי כן, בעת הפקת חוברת התדמית ע"י הנתבעת בחודש דצמבר '09, פעולה אשר אין חולק, ולא נטען אחרת, כי הנתבעת ובראשה נגיבי ביצעו באופן מודע, כחלק ממהלך של יחסי הציבור של הנתבעת, הייתה החברה מודעת היטב להתנגדות התובעת לכל שימוש שהוא בשמה ו/או תמונותיה על ידי הנתבעת לאחר תום תקופת ההסכם.

בנסיבות אלו, טענת הנתבעת, כי לא ניתנה לה התראה בכתב כנדרש בנוגע לשימוש זה בתמונות התובעת ובשמה, אינה יכולה להישמע, והינה בגדר היתממות גרידא. התנהלות זו אף מנוגדת, לטעמי, להוראת סעיף 39 לחוק החוזים [חלק כללי] תשל"ג-1973, המחייבת צדדים להסכם לעשות שימוש בזכות חוזית בתום לב.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 09-168324 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1 שהרי, נוכח ההליכים בין הצדדים, אשר היו מצויים בעיצומם בעת הפקת חוברת התדמית, היה מונח
2 לפני הנתבעת הרבה יותר מאשר מכתב התראה. מונח היה לפניו כתב תביעה מפורט, הסוקר את
3 השתלשלות העניינים ביחס לכל הפרות ההסכם הקודמות הנטענות על ידי התובעת, לרבות פירוט של
4 הוראות ההסכם הרלבנטיות והטיעון המשפטי המבוסס עליהן.

5
6 בנסיבות אלה, היה לפני הנתבעת, קודם להפקת חוברת התדמית, מסמך בכתב, בדמות כתב התביעה,
7 אשר מילא מעל ומעבר את הצורך והרציונאל אשר בבסיס הדרישה החוזית למשלוח התראה. מכיוון
8 שאין חולק, כי הנתבעת הפיקה את החוברת ביוזמתה אף אין כל סימן שאלה ביחס לשאלת היותה
9 מודעת למהלך זה של שימוש בתמונות התובעת.

10
11 זאת, מה גם שמכתב התראה קודם, הוא מכתב ההתראה מחודש אפריל, כבר היה מצוי אף הוא אותה
12 עת בידי הנתבעת, במצורף לכל הפניות והמגעים הנוספים בין הצדדים, אשר בכולן הובעה עמדת
13 התובעת, בדבר עמידתה על זכותה החוזית שלא יעשה ע"י הנתבעת שימוש כלשהו בתמונותיה או בשמה
14 לאחר תום תקופת ההסכם.

15
16 בשולי הדיון בסוגיית מתן התראה באשר להפרה הנטענת ביחס לחוברת התדמית אע"פ, כי למעשה
17 בסיכומי ב"כ הנתבעת, לא עמדה הנתבעת באופן ספציפי וממשי על טענתה בדבר אי מתן התראה
18 בהקשר לפרסום זה, אלא טענה באופן כללי כי התובעת לא עמדה בחובתה ליתן התראה בגין כל הפרה
19 נטענת, כך שניתן לראות בטענה זו כטענה שנזנחה בכל הנוגע לחוברת התדמית. מכל מקום, וכמפורט
20 לעיל, טענה זו נדחת על ידי לגופה.

21
22 לפיכך אני קובעת, כי התובעת עמדה בדרישת ההסכם למתן התראה בכתב אף בכל הנוגע לשימוש
23 האסור בתמונותיה בחוברת התדמית.

4ד. טענות הנתבעת לעניין היקף ומטרת הפרסום של חוברת התדמית

24
25
26
27
28 בסעיף 9 לתצהיר עדותו הראשית וכן בחקירתו הנגדית (נגיבי, עמ' 23 ש' 26 – עמ' 24 ש' 5 לפרוטוקול,
29 ראה ציטוט לעיל), טען נגיבי, בשם הנתבעת, כי מדובר בחוברת/קטלוג אשר הופצו במספר עותקים
30 מצומצם, חסר אפקט פרסומי.

31
32 בתצהיר אף נטען על ידי נגיבי, כי מיד לכשנדע לו הדבר, חדלה נתבעת לעשות שימוש בקטלוג. יצוין, כי
33 אמירה זו בתצהיר סותרת במידה מסוימת את עדותו של נגיבי בחקירה נגדית, שם טען, כי ראה את
34 חוברת התדמית כשיצאה, אך לא ייחס לה חשיבות נוכח היקף ההפצה הנמוך.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1 כמובן, שבאם נגיבי ראה את החוברת עם יציאתה, יכול היה להיווכח כי היא כוללת את תמונות
2 התובעת וכן את אזכור שמה והקמפיין בו השתתפה.

3
4 בהקשר זה אף יצוין, כי נגיבי הסתפק בטיעון עמום בהקשר זה בתצהירו, ולא הבהיר מתי בדיוק נודע לו
5 אודות הכללת תמונות התובעת בחוברת התדמית.

6
7 מכל מקום, בשים לב לכך, שמדובר בחוברת שהופקה על ידי הנתבעת, ביוזמתה ובפיקוחה, הרי שברור
8 הוא, כי הייתה מודעת, או מכל מקום הייתה צריכה להיות מודעת, לתוכנה של חוברת התדמית והיותה
9 כוללת את תמונות התובעת, בודאי כאשר מונח היה לפניו 'תמרור אזהרה' בדמות הליך משפטי.

10
11 כפי שהובהר לעיל, העובדה כי מדובר בחוברת תדמית אשר הופקה במטרה לתרום ליחסי הציבור של
12 הנתבעת ולא בקמפיין של קידום מכירות, אין בה כדי להוות הגנה כלשהי מפני הטענה להפרה חוזית
13 ומפני התביעה לתשלום הפיצוי החוזי המוסכם. זאת, באשר גם נושא יחסי הציבור נכלל והוסדר כחלק
14 מיחסי הצדדים בהסכם (ראה הגדרת 'שירותי הפרסום' בסעי' 2.1.3.1 להסכם, שצוטט לעיל). לפיכך,
15 האיסור על שימוש בתמונות התובעת לאחר תום תקופת ההסכם, והסנקציות החוזיות במקרה של הפרת
16 איסור זה, חל גם על שימוש לצורך יחסי ציבור.

17
18 בהקשר זה יצוין, במאמר מוסגר ולמעלה מן הצורך, כי גם לו מדובר היה בשימוש בתמונות התובעת
19 למטרה אשר אינה נזכרת בהסכם בין הצדדים, עדיין יכולות היו לעמוד לזכות התובעת עילות תביעה
20 אחרות בגין השימוש בתמונותיה ללא קבלת אישורה וללא תשלום, כגון מכוח דיני עשיית עושר או מכוח
21 דיני החוזים או הנזיקין הכלליים, אלא שאז לא יכולה הייתה לתבוע את הפיצוי החוזי המוסכם, אלא
22 פיצוי או שכר ראוי כלשהם.

23
24 באשר להיקף הפרסום 'המצומצם', 200 עותקים בלבד לטענת נגיבי (עמ' 23 לפרוטוקול, ראה ציטוט
25 לעיל), הרי שגם טענה זו אין בה כדי להוות הגנה, באשר האיסור החוזי לגבי שימוש בתמונות התובעת
26 לאחר תום תקופת ההסכם, הינו מוחלט ואינו מותיר כל אפשרות לשימוש כלשהו, בהיקף כזה או אחר.

27
28 כן אציין בהקשר זה, כי אין מדובר בהיקף זניח וב'זוטי דברים', אלא בחוברת יחסי ציבור מהודרת, אשר
29 אין חולק כי הופצה בכמה מאות עותקים, ואשר תמונות התובעת בה מופיעות באופן בולט ומרכזי,
30 כאחת משלושת הפרזנטוריות אשר השתתפו בקמפיינים שקיימה הנתבעת, בשנים אשר קדמו להפקת
31 חוברת התדמית.

32
33 אף איני סבורה כי ניתן לרכך או לעמעם את משמעות ההפרה בטענה כי מדובר ב'אזכור' שמה ותמונותיה
34 של התובעת בלבד, כפי שטען ב"כ הנתבעת בסיכומיו. 'אזכור' זה הינו בדיוק סוג השירותים אשר
35 הנתבעת רכשה מאת התובעת למשך תקופת ההסכם, כנגד תשלום מוסכם בסכום לא מבוטל של 28,000



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 09-168324 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1 דולר (ותוספת של \$ 2,500 בגין השימוש בתמונות בחנויות למשך חודשיים נוספים). זהו הרי מקור
2 פרנסתה של התובעת בהקשר זה, שימוש בשמה ותמונותיה, כפרזנטורית וכדמות מוכרת בעולם הבידור,
3 לשם קידום ענייניה של הנתבעת. אינטרסים אלו בדיוק הם אלה אשר עמדו בבסיס ההתקשרות בין
4 הצדדים מלכתחילה.

5
6 בנסיבות אלה, לא הייתה הנתבעת רשאית להניח, כי שימוש חוזר בתמונות התובעת ושמה, גם אם בדרך
7 'אזכור' הקמפיין בו הייתה התובעת מעורבת בקטלוג התדמית שהפיקה, מוענקים לה חינם אין כסף.

8
9 ודוק: מעבר לסוגיית התשלום, אף הייתה הנתבעת מחויבת לבדוק עם התובעת האם מעוניינת כלל
10 בקשר נוסף עמה. שהרי, למשל, שימוש בתמונות התובעת יתכן שיעמוד בסתירה להתחייבויות אחרות
11 של התובעת באותו מועד כלפי גוף עסקי אחר כלשהו כפרזנטורית, או שיהיה מנוגד לאינטרס כלכלי או
12 אישי אחר כלשהו שלה, אשר נוצרו לאחר תום תקופת ההסכם.

13
14 זילות זו מצד הנתבעת בכל הנוגע לתובעת, שמה והאינטרסים הכלכליים והאישיים שלה, עליהם בדיוק
15 ביקשה להגן במסגרת אותו סעיף 9.1 להסכם המסדיר את איסור השימוש לאחר תום תקופת ההסכם –
16 אין לקבלה.

17
18 משכך, אני דוחה את טענת ההגנה של הנתבעת בעניין היקף ומטרת פרסום חוברת התדמית וקובעת,
19 כי מדובר אף בעניין זה בהפרת התחייבותה מכוח סעיף 9.1 להסכם.

5ד. סיכום ביניים בשאלת האחריות

20
21
22
23
24 נוכח האמור לעיל עד כה אני קובעת, כי התובעת הרימה את הנטל להוכחת הפרת ההסכם באשר
25 לפרסום תמונותיה באתר האינטרנט של הנתבעת ובאשר לפרסום חוברת התדמית הכוללת את
26 תמונותיה.

27
28 טענות התובעת להפרת ההסכם בגין השימוש בתמונותיה בחנויות הנתבעת ברח' אלנבי בת"א ובקניון
29 'מול הים' באילת – נדחות.

30
31 ומכאן להכרעה ביחס לסכום הפיצוי המוסכם הנתבע על ידי התובעת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

6ד. האם התובעת זכאית למלוא סכום הפיצוי המוסכם הנתבע בגין שתי הפרות ההסכם ?

התובעת דרשה בתביעתה תשלום של פיצוי מוסכם בסך 20,000 דולר בגין כל הפרה נטענת של ההסכם, ובסך הכל תבעה, בגין ארבע הפרות ההסכם להן טענה, סכום בש"ח התואם את הסכום הדולרי של 80,000 דולר.

יצוין, כי התובעת לא תבעה פיצויים מכוחן של עילות תביעה אחרות כלשהן.

הואיל ובמישור האחריות נותרנו עם שתי הפרות מתוך הארבע הנטענות – הפרסום באתר האינטרנט ובחוברת התדמית, הרי שבהתאמה, יש להתייחס לפיצוי נתבע בסך 40,000 דולר לכל היותר.

נזכיר את נוסחו של סעיף הפיצוי המוסכם, הוא סעיף 9.1.2 להסכם :

"מבלי לפגוע בזכויות האמן, מובהר בזאת במפורש כי שימוש בתמונות האמן ו/או כל פעולה אחרת הקושרת את האמן או את דמותו או את שמו וכו' למוצרי החברה ו/או למסע הפרסום של החברה לאחר תום תקופת ההסכם כאמור לעיל, יזכה את האמן בסך מוסכם של \$20,000 הכולל מע"מ בעבור כל פרסום חד פעמי של התמונות למשך יום אחד לכל יום נוסף לאחר מועד סיום ההסכם ו/או שימוש חד פעמי אחר כלשהו..."

על אף שההסכם קובע פיצוי בסך 20,000 דולר לכל יום של הפרה, הרי שהתובעת לא הגישה תביעתה למלוא סכום זה, אלא תבעה את סכום הפיצוי המוסכם בגין כל סוג הפרה (ולחילופין בגין כל אחד מארבעת החודשים בהם אירעו ההפרות הנטענות).

לטענת הנתבעת, מדובר בפיצוי גורף ומופרז וזהו אחד מאותם מקרים בהם מוצדק, כי בית המשפט יפעיל סמכותו על פי הדין והפסיקה ויתערב בסכומו.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 09-168324 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

המסגרת הנורמטיבית

במישור הדין, קובע סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970 (להלן: "חוק התרופות") כדלקמן:

"הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה".

הנה כי כן, לצד קביעת תוקפה העקרוני של הסכמת הצדדים, הקנה המחוקק לבית המשפט שיקול דעת להתערב בגובה הפיצוי החוזי המוסכם, באותם מקרים בהם בית המשפט סבור, כי סכום הפיצויים החוזי משקף התעלמות בוטה מן הרציונל 'המפצה' אשר בבסיס תרופת הפיצויים.

במישור שאלת עצם ההתערבות בסכום הפיצוי החוזי, וכעולה מאמת המידה הקבועה בסיפא סעיף 15(א) לחוק התרופות, על בית המשפט לבחון האם, בראיה של אדם סביר המתקשר בהסכם הנדון, ניתן היה לראות מראש, בעת כריתת ההסכם, בסכום הפיצוי המוסכם שנקבע, משום סכום התואם את שיעור הנזק הצפוי להיגרם לנפגע, אם וכאשר יופר ההסכם, בהפרה מן הסוג המוגן באותו פיצוי מוסכם.

במילים אחרות, מידת סבירותה של ציפיות הצדדים להסכם ביחס לנזק המשוער, תוחמת ומגבילה את גובה הזכות לפיצויים. חריגה מציפיות סבירה, תצדיק את התערבות בית המשפט בסכום הפיצוי המוסכם.

לעניין שיעור ההפחתה, במובחן משאלת עצם כינונה של סמכות ההפחתה הנ"ל, אין סעיף 15(א) לחוק התרופות מספק מענה ישיר.

עם זאת נוכח עילת ההתערבות הקבועה בסעיף זה, העדר יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לנזק הצפוי, הרי שניתן לומר, כי על התערבות בית המשפט והפחתת הפיצוי המוסכם, להיות בשיעור אשר יביא את סכום הפיצוי לרמה בה יתקיים יחס סביר, ולו דחוק, בין הפיצוי לנזק, בראיה של צפיות הצדדים בעת כריתת ההסכם.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

לעניין שיקוליו של בית המשפט באיתור הסכום אשר ישקף עמידה בגבול הסבירות לגבי היחס בין הפיצוי לנזק אשר צפוי היה להיגרם, נקבע בפסיקה, כי מדובר במבחן אובייקטיבי, של אדם סביר הבא בנעלי המתקשרים בהסכם נשוא ההליך.

ביחס לגורמים המשפיעים על בחינת שאלת הנזק שנצפה, נקבע, כי על בית המשפט לבחון את אותם גורמים המשפיעים על צפיית הנזק בדומה לשיקולים בתביעה 'רגילה' לפיצויים, כגון חומרת ההפרה, משך ההפרה, שיעור התמורה החוזית או שוויו הכלכלי של הנכס או השירות נשוא ההסכם, טיב העסקה, היקפה הסתברות קרות הנזק בהינתן הפרה מן הסוג שאירעה, אפשרות לקרות נזקים תוצאתיים עקב ההפרה, מספר ההפרות הכולל שביצע המפר, וכיוצא באלו נתונים ומאפיינים, אשר עשויים להשפיע על שיעור הנזק הצפוי.

[ראה: ג' שלו ו- י' אדר דיני חוזים – התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, דין הוצאה לאור בע"מ, עמ' 501-502 (להלן: "שלו ואדר") וההלכות הנזכרות שם].

בנוסף לשיקולים הנ"ל, הרי שגישת הפסיקה בעניין הינה, כי על ההתערבות בסיכום החוזי בהקשר זה להיעשות על דרך הצמצום ולא ביד נדיבה, ויש להביא בחשבון, בהקשר לבחינת סבירותו של סכום הפיצוי המוסכם החוזי, כל חשש, ולו מרוחק, אשר עשוי היה לקנן בלבו של מתקשר סביר בעת כריתת ההסכם.

בהקשר זה, קבע בית המשפט העליון, כי את הסמכות להתערב בתניית הפיצויים המוסכמים יש להפעיל במשורה ובמתכונות, וזאת גם כאשר הפיצוי המוסכם שנקבע הינו גבוה כשלעצמו, וכי אין להקל יתר על המידה על מפירים המבקשים מבית המשפט שלא להחמיר עימם באמצעות התערבות בתוכן החוזה.

בפסקי דין שונים נקבע, כי סמכות ההתערבות אשר בסעיף 15(א) לחוק התרופות תופעל רק כאשר סכום הפיצוי החוזי המוסכם משקף סטייה ברורה ובוטה שלא ניתן להסבירה במונחים של פיצוי על נזק משוער, וכי גם אז תהא ההתערבות במידה המזערית המתחייבת לשם שמירה על סבירות הפיצוי המוסכם [ראה, לדוגמא, ע"א 300/77 רוזנר נ' בניני ט.ל.מ. חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פ"ד לב (3) 682,0686].

וידגש: המבחן לפי סעיף 15(א) לא יעשה על פי הנזק הממשי אשר נגרם בפועל, כפי שמתברר בדיעבד עקב ההפרה, ואין זה מעלה ואין זה מוריד, אם בפועל לא נגרם נזק ממשי כלשהו לתובע, או אם נגרם נזק העולה על השיעור המוסכם. השאלה אינה אם הפיצוי המוסכם גבוה או נמוך בהתייחס לנזק ממשי כלשהו, אלא האם סכום הפיצויים המוסכמים נקבע תוך יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו מראש בשעת כריתת החוזה כתוצאה צפויה ומסתברת מהפרה מן הסוג שארעה בפועל [ע"א 313/85 קור נ' דיין ואח', פ"ד מא (4) 151, 159].



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

ומן המסגרת הנורמטיבית - לענייננו

ראשית מובהר, כי במקרה דנן, ובניגוד לטענת הנתבעת, אין מדובר לטעמי בתנית פיצויים מוסכמים 'גורפת'. אין זה מקרה בו נקבע פיצוי מוסכם על הפרות שונות של ההסכם ללא ניסיון להבחין ביניהן על פי מידת החומרה היחסית, שהרי תנית הפיצוי המוסכם נקבעה רק ביחס לאיסור השימוש בשירותי הפרסום. מכל מקום, אין לסיווג זה משמעות פרקטית, באשר להבדיל מסוגיית בטלותה של תניה כאמור כאשר המחלוקת שעל הפרק נוגעת לביטול ההסכם, תניה לפיצוי מוסכם, גם בהיותה גורפת, אינה נדונה לביטול אלא לכל היותר להתערבות בדרך של הפחתת הסכום.

האינטרס המוגן בתניית הפיצוי המוסכם – 'הזכות לפרסום' של התובעת

כנקודת מוצא לבחינת ציפיית הצדדים לגבי סוג והיקף הנזק הצפוי להיגרם במקרה של הפרה, יש לבחון מהו האינטרס עליו ביקשה התובעת להגן באמצעות תניית הפיצוי המוסכם. תניה זו קבועה בסעיף 9.1.2 להסכם, וקובעת סנקציה כספית משמעותית, במקרה של הפרת הנתבעת את התחייבותה החוזית אשר בסעיף 9.1.1 להסכם, היא ההתחייבות להימנע, לאחר תום תקופת ההסכם, מכל שימוש בתמונות התובעת או בזכות אחרת לשירותי פרסום שהקנתה לה התובעת בהסכם למשך שנה בלבד. בכך, ביקשה התובעת, למעשה, להגן על זכותה הבלעדית לסחור בדמותה, בשמה ובתמונותיה, בהתאם לשיקול דעתה בלבד.

זכות זו של ידוענים, להגן על האינטרס הכלכלי שלהם לעשיית שימוש מסחרי בדמותם המוכרת, הוכרה בפסיקה כזכות מוגנת ומכונה 'הזכות לפרסום'.

בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ ואח' נ' אריאל מקדונלד (פורסם בנבו, להלן: "הלכת מקדונלד") נקבעה זכות זו במשפט הישראלי במפורש, תוך ניתוח נרחב של אדניה המשפטיים והאינטרסים הכלכליים והאחרים הניצבים בבסיסה ומוגנים על ידה. נקבע:

"הזכות לפרסום היא, אפוא, זכות כלכלית הנתונה לאדם לסחור ב"פרסונה" שלו – בדמותו, בקולו ובשמו. היא מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית על השימוש שיעשה בדמותו, בקולו ובשמו, לצורכי מסחר וקידום מכירות".



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1 (שם, סעי' 38 לפסק הדין).

2
3
4 "... ראוי, כי גם במשפט הישראלי, תינתן הגנה לזכותו הכלכלית של האדם לעשות
5 שימוש בשמו לצרכי פרסום..."

6
7 (שם, סעי' 48 לפסק הדין).

8
9 "העושה שימוש לא מורשה בדמותו, בשמו או בקולו של האדם מתעשר ולא במשפט. הוא
10 מחוייב לפיכך להשיב את הזכיה – את ערך השימוש בזכות לפרסום. ודוק: משמעם של
11 דברים אלה הוא כי המפר את זכות הפרסום של האחר יחוב בהשבה בין אם הפיק
12 מהפרסום המפר תועלת מסחרית – כספית ובין אם לאו. בכל מקרה של הפרה מפיק המפר
13 רווח, וזאת מעצם הגדרת השימוש המפר, וכל עוד יש ערך לזכות הפרסום של האדם, אשר
14 בדמותו נעשה השימוש. הרווח מבטא את החסכון שבאי תשלום דמי השימוש"

15
16
17 (שם, סעי' 57 לפסק הדין).

18
19 "כללם של דברים: סבורים אנו כי העושה שימוש מסחרי בשמו, בדמותו או בקולו של
20 אחר, מבלי לקבל לכך את הסכמתו, עושה עושר ולא במשפט. חייב
21 הוא לשלם למי אשר בדמותו, בשמו או בקולו עשה שימוש, את דמי השימוש הראויים
22 באותו הנכס"

23
24 (שם, סעי' 59 לפסק הדין).

25
26 ודוק: הקביעות הנ"ל בהלכת מקדונלד, ביחס לזכות הפרסום העומדת לידוענים, לא נאמרו בהקשר
27 לדיון בתניית פיצוי מוסכם. ואולם, הן רלבנטיות בהחלט לענייננו, באשר יש בהן כדי לקבוע את גבולות
28 הגזרה של אינטרס הפרסום, שהינו האינטרס, אשר מפני נזקי הפגיעה בו ביקשה התובעת להישמר,
29 באמצעות קביעת תניית הפיצוי המוסכם.

30
31 לפיכך, ניתן להסתייע בקביעות אלו אשר בהלכת מקדונלד לשם בחינת סוג והיקף הנזק אשר הצדדים
32 צפו, בעת כריתת ההסכם, כי עלול להיגרם לתובעת עקב פגיעה באינטרס הפרסום שלה. כך, ניתן יהיה
33 לגבש עמדה האם מתקיים במקרה דנן יחס סביר בין הנזק הצפוי לסכום הפיצויים המוסכמים, או שמא
34 יש מקום להתערבות והפחתה של סכום זה ע"י בית המשפט מכוח סעי' 15(א) לחוק התרופות.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

על רקע זה, נבחן להלן את השאלה, האם סכום הפיצוי המוסכם החוזי במקרה דנן, עומד בדרישת היחס הסביר בין הפיצוי לנזק, בראיה של צפיות הצדדים בעת כריתת ההסכם.

האם יש מקום להתערבות בית המשפט בסכום הפיצוי המוסכם במקרה דנן ?

במקרה דנן, התובעת - ידוענית בעולם הבידור, התקשרה עם הנתבעת - רשת חנויות נעליים, בהסכם לשנה אחת בלבד, במהלכה התחייבה ליתן לנתבעת שירותי פרסום, אשר במרכזם זכות הנתבעת לעשיית שימוש בתמונות התובעת ודמותה לצרכי שיווק ופרסום של מוצריה. באמצעות סעי' 9.1.1 ו- 9.1.2, ביקשה להגן על אינטרס הפרסום שלה לאחר תום אותה שנה ולוודא, כי המונופול לסחור בדמותה, ב'פרסונה' שלה, ישוב אליה באופן מלא.

זאת, על מנת שתוכל, לפי רצונה ושיקול דעתה הבלעדיים, לסחור בשנית ב'פרסונה' זו שלה, למשל בדרך של התקשרות עם גורם מסחרי אחר כלשהו, כפרזנטורית, כדוגמנית, או תוך שימוש כלכלי אחר כלשהו ביתרונותיה כידוענית, אשר שמה ודמותה מבוקשים על ידי גורמים מסחריים לשם קידום ענייניהם הכלכליים.

אחד הנזקים אשר ניתן להניח כי התובעת כידוענית סבירה ביקשה להימנע ממנו באמצעות תניית הפיצוי המוסכם, הינו הנזק אשר צפוי היה להיגרם לה באם הנתבעת תמשיך לעשות שימוש בדמותה, ובכך תגרום לגורמים מסחריים אחרים כלשהם, בתחום ההנעלה, האופנה או כל תחום אחר, להימנע מלהתקשר עם התובעת במהלך אותה תקופה, או להפסיק התקשרות עימה, באשר דמותה תמשיך להיות מזוהה עם הנתבעת ומוצריה למרות תום תקופת ההסכם.

במילים אחרות, מדובר בצפיות לגבי נזק של אובדן או פגיעה בהכנסה ממקורות אחרים, בתקופה שלאחר תום ההסכם עם הנתבעת.

לעניין הצפיות ביחס להיקף ההפרה, ניתן לומר, כי נוכח אופי ההפרה בה מדובר (להבדיל למשל מהפרה מתחום העמידה בתשלום התמורה החוזית), כי הצדדים להסכם הבינו וצפו, כי במקרה דנן קיים היה חשש להפרה חוזרת ונשנית מצד הנתבעת, בדרך של שימוש חוזר ונשנה בתמונות התובעת, דמותה ושמה, בדרכים שונות ומקומות שונים – חנויות הנתבעת השונות, אתר האינטרנט, פרסומים באמצעי תקשורת שונים, קטלוגים וכו'.

חשש זה מהפרה נמשכת וחוזרת של ההסכם, בהקשר זה של שימוש בדמותה ותמונותיה של התובעת, אכן בא לידי ביטוי בנוסח סעי' 9.2.2 הדן ב- "כל פרסום חד פעמי של התמונות למשך יום אחד לכל יום נוסף לאחר מועד סיום ההסכם ו/או שימוש חד פעמי אחר כלשהו".



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

לעניין הערכת הצדדים בעת כריתת ההסכם את **היקף הנזק הצפוי** להיגרם לתובעת עקב הפרה ושימוש מפר בדמותה ותמונותיה לאחר תום תקופת ההסכם, וכמפורט לעיל בסקירת המסגרת הנורמטיבית לדיון, נקבע בפסיקה, כי יש לקחת בחשבון, בין היתר, את **היקף התמורה החוזית והשווי הכלכלי של הנכס או השירות נשוא ההסכם**.

קריטריון דומה נקבע אף בהלכת מקדונלד הנ"ל, לעניין בחינת **הנזק הממשי** שנגרם לידוענים עקב פגיעה באינטרס הפרסום שלהם. כמצוטט לעיל, שם נקבע, כי יושבו לידוען דמי השימוש הראויים אשר יבחנו לאור **ערך השימוש בזכות לפרסום והחיסכון בתשלום דמי השימוש** בדמות הידוען, נקבע כאבן בוחן ראויה לעניין.

אכן, הפסיקה הנוגעת לפיצויים מוסכמים נדרשה לאבן בוחן זו בהקשר לקביעת נזק צפוי מראש בעוד שבהלכת מקדונלד נבחנו הדברים באספקלריה של פסיקת פיצויים בגין נזק ממשי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ואולם, כאמור, מדובר מהותית במבחן דומה, במסגרתו נלמד 'תג המחיר' לנזק, הצפוי או הממשי, מנתוני התמורה החוזית או 'מחיר שוק' כלשהו לשירותיו של הידוען.

כלומר, **שיעורו הכספי** של חשש זה הינו בהתאם ל**פוטנציאל ההכנסה** של התובעת בכל הנוגע להתקשרויות מסחריות מסוג זה, כאשר אינדיקציה לסדר הגודל הכספי של פוטנציאל זה קיים בהתקשרות עם הנתבעת עצמה בהסכם דנן.

כידוע, בהסכם עם הנתבעת שולמה לתובעת תמורה של **28,000 דולר עבור שנת פעילותה כפרזנטורית**.

בנסיבות אלו ברור הוא, לטעמי, כי סכום הפיצוי המוסכם שנקבע בסעיף 9.1.2 להסכם, העומד על סך של 20,000 דולר לכל יום שבו הופיע פרסום מפר עם תמונות התובעת ודמותה, הינו פיצוי המהווה חריגה בוטה מציפיות סבירה של הצדדים בעת כריתת ההסכם, לעניין הנזק הצפוי מהפרת ההסכם.

שהרי, כאשר התמורה החוזית השנתית עומדת על 28,000 דולר, היא משקפת סדר גודל של פוטנציאל השתכרות של התובעת, הנמוך משמעותית, בראיה שנתית, חודשית או יומית, מסדר גודל של 20,000 דולר ליום. לפיכך, סכום הפיצוי המוסכם, אינו משקף, לטעמי, ולו בדוחק, נזק ריאלי אשר הצדדים יכלו לצפות באופן סביר כי יגרם לתובעת עקב הפרת ההסכם.

יודגש, כי הצדדים עצמם אף לא הציגו לפני, במסגרת הראיות מטעמם, כל הסבר או נתונים כלשהם אשר יכולים לשכנע, כי מדובר ביחס סביר בין הנזק הצפוי לתובעת לבין סכום פיצוי של 20,000 דולר לכל יום של פרסום מפר. התרשמותי היא, כי סכום זה נבחר באופן שרירותי **כסכום אסטרונומי**, אשר באמצעותו קיוו התובעת וסוכנה בושרי, אשר ניהל המו"מ החוזי מטעמה, **להרתיע** את הנתבעת מלהפר ההסכם בהקשר לשימוש בשמה ודמותה של התובעת לאחר תום ההסכם. ואולם, רצון זה להרתיע, אינו



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

משמש כאבן הבוחן היחידה לבחינת סבירות סכום הפיצוי המוסכם, ויש לבחון את סבירות היחס בין הנזק הצפוי לסכום, סבירות אשר לא מתקיימת במקרה דנן, ולו בדוחק.

דברים אלו היו ברורים ככל הנראה אף לתובעת, אשר טוב עשתה, מן הסתם בהמלצת ב"כ, כי נמנעה מלהגיש תביעתה על בסיס תחשיב של פיצוי נתבע לכל יום של פרסום מפר, אלא תבעה בגין 'ראשי' ההפרה בלבד, היינו בגין כל מקרה של הפרה, ללא קשר למישכה.

מטעמים אלה אני קובעת, כי קיימת הצדקה במקרה דנן להתערבות בית המשפט בסכום הפיצוי החוזי אשר נקבע בסעיף 9.1.2 להסכם, מכוח הסמכות הנתונה לבית המשפט בסעיף 15(א) לחוק התרופות.

מהו שיעור ההתערבות הראוי במקרה דנן ?

ומכאן, לעניין שיעור ההתערבות וקביעה מהו סכום הפיצוי המוסכם הסביר והראוי.

בהלכה הפסוקה לא נקבעו מסמרות לעניין שיעור ההתערבות הראוי, באשר ברור הוא, כי הצפיות הסבירה וממילא שיעור ההתערבות של בית המשפט בגובה הפיצוי המוסכם, באותם מקרים בהם מוצדקת התערבות כאמור, משתנים ממקרה למקרה, בהתאם לטיב העסקה, היקפה הכלכלי, קשת ההפרות שניתן לצפות ביחס אליה, היקף הסיכונים הכרוכים בהפרה הצפויה ממנה חוששים הצדדים, ושיקולים נקודתיים נוספים.

עם זאת, בהקשר המיוחד של חוזים למכר מקרקעין מסתמן נוהג שיפוטי שלפיו תניה הקובעת עד כ- 20% מערך הנכס כפיצוי מוסכם במקרה של הפרה יסודית, תוכר, בדרך כלל, כסבירה וכמוגנת מהתערבות שיפוטית. עם זאת, במקרים מסויימים, הכירו בתי המשפט, גם לגבי הסכמי מכר מקרקעין בשיעור פיצוי מוסכם ראוי גבוה יותר [ראה: שלו ואדר, שם, בעמ' 503 וההלכות הנזכרות שם]

ביחס להסכם דנן, אני סבורה, כי נוכח אופי ההתקשרות במקרה זה – חוזה למתן שירותי פרסום, וטיב 'הנכס' בו מדובר – זכות הפרסום של התובעת, יש לאבחן את המקרה דנן מאותן הלכות לגבי עסקאות מכר מקרקעין, ולקבוע כפיצוי מוסכם סביר, סכום פיצוי המשקף שיעור גבוה יותר מהיקף התמורה החוזית, היינו שיעור העולה על 20% אשר נהוגים לגבי הסכמי מקרקעין.

אבחנה אחת נובעת, לטעמי, ממישור הזמן. שהרי, באותם מקרים של הסכמי מכר מקרקעין, מדובר בנכס אשר מגיע בסופו של דבר לאותו צד בהתקשרות כלפיו הופר ההסכם (בין בדרך של מסירה באיחור ובין בדרך של ביטול ההסכם והשבתו של הנכס לבעליו המקוריים) ומשעה שהגיע לידיו, הנאתו ממנו חזרה לידיו. ואילו בענייננו, הואיל ומדובר ב'נכס' מסוג אחר, הנוגע להיותה של התובעת בעלת 'פרסונה' ציבורית מוכרת בתקופה נתונה, הרי שהנזק הצפוי לתובעת ולפוטנציאל ההכנסה שלה ממקורות



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1 מסחריים אחרים בפרקי הזמן בהם מתרחשת ההפרה, הינו בלתי הפיך, באשר **פרקי זמן אלו לא ישובו**,
2 כך שמדובר בפוטנציאל הכנסה שיורד לטמיון.

3
4 אבחנה נוספת, ומשלימה, נוגעת **למידת התחליפיות** של הנזק עבור הצד הנפגע. זאת, שכן בהסכמי מכר
5 מקרקעין, כאשר קיים, למשל, נזק של איחור במסירת דירה, מתגורר הרוכש מן הסתם, עד למסירה,
6 בדירה אחרת, כך שיש לו פתרון מגורים חלופי והפיצוי המוסכם מתמודד עם העלויות הכרוכות בו.
7 לעומת זאת, במקרה דנן, הפרת ההסכם צפויה להביא לפגיעה בפוטנציאל ההכנסה של התובעת
8 מפעילותה בתחום הפרסום והבידור עם גורמים מסחריים אחרים, ולנזק מסוג זה אין תחליף אשר
9 יצמצם את עוצמתו. ודוק: לטעמי, אבחנה אחרונה זו רלבנטית גם אם לתובעת מקורות הכנסה נוספים
10 מפעילותה כאמנית בתחום הבידור, באשר לעניין הכנסתה **ממתן שירותי פרסום**, ובשונה ממסירת
11 דירה, לא מתקיימת תחליפיות.

12
13 עוד אבחנה בין חוזי מקרקעין לענייננו, המצדיקה קביעה מראש של פיצוי מוסכם בשיעור גבוה יותר,
14 טמונה **בפוטנציאל החזרתיות וריבוי ההפרות**. שהרי, לאחר תום תקופת ההתקשרות יוותר בידי
15 הנתבעת מאגר גדול של תמונות התובעת, אשר צולמו במהלך תקופת ההסכם. בנסיבות אלו, החשש
16 מהפרה חוזרת, לאורך חודשים ושנים, בדרך של שימוש מפר בתמונות התובעת לאחר תום תקופת
17 ההסכם, ומפוטנציאל הנזק הטמון בהפרות חוזרות של ההסכם, הינו רב. חשש זה אינו מתקיים במקרה
18 של הפרות הסכם פוטנציאליות בהסכמי מכר מקרקעין, אשר מטיבן, פוטנציאל החזרתיות שבהן, מוגבל,
19 אם בכלל.

20
21 מטעמים אלו אני סבורה, כי במקרה דנן, סכום הפיצוי המוסכם הסביר, צריך שיעמוד על שיעור גבוה
22 יותר מאשר 20% משיעור התמורה החוזית המקובל כאמור בהסכמי מכר מקרקעין.

23
24 לעניין שיעורו הראוי של סכום הפיצוי המוסכם במקרה דנן, ובנוסף על האבחנות הנ"ל הנוגעות לאופי
25 ההתקשרות וטיב הנזקים, אני לוקחת בחשבון, בין היתר, את **תקופת הזמן הכוללת**, אשר לאורכה
26 אירעו הפרות ההסכם, ולכך, כי הנתבעת חזרה והפרה את ההסכם למעשה עד לתום שנת 2009, שהרי
27 את חוברת התדמית הפיקה והפיצה בחודש דצמבר 2008.

28
29 כן אני מייחסת משקל **למספר הפרות** ההסכם בגדר התקופה הנ"ל, באשר אף למספר ההפרות קיימת
30 השלכה לעניין צפיות הצדדים בזמנו בעת כריתת ההסכם, בכל הנוגע **לעוצמת הפגיעה** והנזק לתובעת,
31 כאשר ככל שרב יותר מספר ההפרות, עולה בהתאמה אף הנזק הצפוי.

32
33 עוד אני לוקחת בחשבון את העובדה, כי אחת ההפרות (הפקת חוברת התדמית) בוצעה **לאחר שכבר**
34 **הוגש ההליך המשפטי שלפני**, עניין המשקף, לטעמי, זילות שהפגינה הנתבעת כלפי התובעת ואינטרס



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

הפרסום הלגיטימי שלה, זילות אשר לטעמי, ובראיה של צפיות סבירה הצדדים בעת כריתת ההסכם, מצדיקה אף היא שיעור פיצוי מוסכם גבוה יותר.

אני אף לוקחת בחשבון, כי גם אם בית המשפט מצא לנכון, מהטעמים שפורטו לעיל, להתערב בסכום הפיצוי המוסכם, עדיין יש לשמר את רצונם וכוונתם של הצדדים, המשתקפת ברורות בסעיף 9.1.2 להסכם, כי הפיצוי המוסכם ישולם בגין כל מקרה ומקרה של פרסום מפר.

בהתחשב במכלול הטעמים והשיקולים הנ"ל אני קובעת, כי שיעור הפיצוי המוסכם הסביר והראוי במקרה דנן, בגין כל אחד משני מקרי הפרת ההסכם, הינו 40% מהיקף התמורה החוזית (28,000 דולר), דהיינו פיצוי מוסכם בסך של 11,200 דולר בגין כל אחת משתי הפרות ההסכם אשר נקבעו לעיל.

ה. סיכום

נוכח כל האמור לעיל אני קובעת, כי הנתבעת תשלם לתובעת בגין שתי הפרות ההסכם אשר נקבעו לעיל, סכום בש"ח השווה לסך של 22,400 דולר (11,200 דולר בגין כל הפרה).

סכום זה מהווה שיעור של 56% מהסכום שנתבע בגדר התביעה בגין שתי הפרות הסכם אלו – 160,000 ש"ח (יתרת הסכום נתבעה בגדר כתב התביעה המתוקן בגין טענות לשתי הפרות הסכם נוספות, אשר נדחו על ידי לעיל).

מכאן, ובהעדר מחלוקת לעניין שער החליפין, אני קובעת, כי התביעה מתקבלת על סך של 89,600 ₪ (56% x 160,000 ₪). סכום זה ישא הפרשי הצמדה וריבית כדין, ממועד הגשת התביעה ועד לתשלום בפועל.

הנתבעת תישא בהוצאות התובעת בגין האגרה אשר שולמה בתיק וכן בשכ"ט ב"כ התובעת בסך 20,000 ש"ח. סכומים אלו ישאו הפרשי הצמדה וריבית כדין, מיום פסק הדין ועד לתשלום בפועל.

המזכירות תשלח פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ט אדר ב תשע"א, 04 אפריל 2011, בהעדר הצדדים.

שרון גלר, שופטת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

04.04.2011

ת"א 168324-09 מגריזו נ' טו גו הלבשה והנעלה בע"מ

1
2