



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 12614-04-16 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

לפני: כבוד השופט גיא הימן

התובעת: שחורי תקשורת סלולרית בע"מ, ח"פ 511899999

נגד

הנתבעים: 1. ברקום שיווק והפצה בע"מ, ח"פ 513562892
2. איל בראל
3. אומגה סינטק בע"מ

בשם התובעת: עו"ד דורון תמיר
בשם הנתבעים: עו"ד גיא פרל

פסק-דין

1. את הבר יש לבור מן המוצן. בָּמָה, שהוא בן-שייכות להכרעה הדרושה כאן, די בתמצית הבאה: התובעת פרסמה באתר-האינטרנט שלה שלוש תמונות של מוצר, שהיא משווקת בישראל. לפי הטענה, העתיקו הנתבעים את התמונות הללו ועשו בן שימוש באתרי-האינטרנט שלהם, לשם מכירתו של מוצר דומה.

התביעה

2. התובעת מלינה על הפרתן של זכות-היוצרים ושל זכותה המוסרית ביצירה. מקורן הנטען של אלו הוא בכך, שאפילו לא התובעת היא שצילמה את התמונות הללו, הרי שהיא עיבדה אותן לכלל-המוצג באינטרנט. התמונות המועתקות, הוסיפה התובעת וקבלה, הטעו את הצרכן הפוטנציאלי לסבור כי מה, שהוצע למכירה באתרי-הנתבעים הוא המוצר שמשווקת התובעת והרי זו גניבת-עין. עוד נטען להתעשרותם של הנתבעים על חשבונה של התובעת, שלא כדין, ואם בכל אלה לא די – יוחסה גם עוולה של הפרת-חובה חקוקה.

3. סכומה של התביעה, לאחר הפחתתו בכתב-תביעה מתוקן – 360 אלף שקלים, נתקבל מצירופם זה לזה של סכומי-הפיצוי, שניתן לתבוע ללא הוכחתו של נזק לפי כמה הוראות-חוק יחד. נתבעה תקרת-הפיצוי, הקבועה בהוראתו של סעיף 56(א) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 12614-04-16 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

— בכל אחד ואחד מן המקרים של פגיעה בזכות-היוצרים ובכל אחד ואחד מן המקרים של פגיעה בזכות המוסרית. נתבעה, עוד, תקרת-הפיצוי שבסעיף 13(א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 בכל הנוגע לגניבת-עין. את הסכום השלימה תביעה לדמי-שימוש ראויים בתמונות ואת אלה נתבקש בית-המשפט "לקבוע בין אם באומדן ובין באמצעות מינוי מומחה מטעם בית המשפט שיאמוד את שווי דמי השימוש הראויים" (פסקה 58 לכתב-התביעה המתוקן). אחר כל אלה, ואינם נטולי-קשיים, מנה כתב-התביעה שורה של סעדים נוספים: ציווי על הסרתן של התמונות מאתרי-הנתבעים; ציווי על מסירת-דו"חות מפורטים בדבר המכירות, שהניב השימוש בתמונות-התובעת וחיוכם של הנתבעים להעביר לידיה של התובעת, כך ולא אחרת, "את מלוא התקבולים אשר נתקבלו אצלם ממכירת המוצר המפר" (שם, בפסקה 60(ד)).

דיון

4. חוק זכות יוצרים מגדיר, בסעיף 11 לו, את זכות-היוצרים, בין היתר כזכות הבלעדית להעתיק את היצירה או חלק מהותי ממנה; לשדרה לציבור; להעמידה לרשותו בדרך אחרת ולגזור ממנה יצירה אחרת, ש"היא עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על [ה]יצירה, כגון עיבוד". במלים פשוטות, רק בעליה של זכות-היוצרים רשאי להעתיק את היצירה, להעמידה לרשותו של הציבור לרבות באמצעי-קווי או אלוטרי ולגזור ממנה יצירה אחרת.

5. ליוצר של יצירה — זכות-יוצרים בה (סעיף 33(1) לחוק) וזכות מוסרית (סעיף 46). אלא, שלשווא ביקשתי לתור בתצהיר עדותו הראשית של עד-התביעה היחיד, מר שחורי והוא מנהלה של התובעת, אחר תיאור כלשהו של מלאכת-היצירה ולמצער אחר ראייה כלשהי, זולת אמירה בעלמא, לעצם-קיומה של יצירה. דבר זה לא עלה בידי. התצהיר כולו, מראשית ועד סוף, כמו נכתב עבור תביעה אחרת ועוסקת במכירתו המפרה של המוצר. מה אעשה ותביעה כזו איננה מונחת לפניי ואין הכרעתי נדרשת בה, כל עיקר.

בתצהיר-העדות הראשית מופיעות בעלמא, ללא פירוט נוסף, אמירות לקוניות ודלות-מכל-דלות: "תמונות אשר עובדו על ידי באופן אישי" (פסקה 11 לתצהיר) ו"התובעת עיבדה את התמונות באמצעות" (פסקה 28). לא הוסבר מה עיבוד נעשה. לא הוסבר מה מאפיינים של יצירה יש לו. אין הקומץ שהובא מאפשר להבין מדוע עיבוד שכזה הוא "יצירה" כמשמעה בדיני-זכויות-



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 12614-04-16 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

היוצרים. חקירתו החוזרת של ע"ד-התביעה הייתה הפעם הראשונה, שבה הוא הניח לפניו של בית-המשפט עדות בדבר-יצירה: "מי שערך את התמונה הזאת, זה בעצם אני בעזרת צייר. אני נותן פה, מראה פה דוגמא איך אני מבצע את התמונה הזאת. בסופו של דבר, זאת התמונה שיצאה, בעצם הוצאתי את החלק הזה. ואם אפשר, ניתן לראות במוצר שמופיע באתר את הסימנים פה הקטנים, שבעצם הם הסימנים האלה שאי אפשר לעשות קו ישר" (פרוטוקול, מעמ' 26, ש' 14).

6. דא עקא שהחקירה החוזרת, כשהיא לבדה, לא תוכל להיות אכסניה נכונה להוכחתה של התשתית העובדתית ועליה נסמך כתב-התביעה. החקירה החוזרת איננה חלון ודרכו מוכנס מה, שלא השכילה התובעת להביא בדלת. ממילא מסיימת החקירה החוזרת את העדות ועל מה, שעלה בה, מצוי קושי ממשי לחקור בחקירה נגדית. באחת הפרשות תאר בית-המשפט העליון מצב-דברים לקוי זה: "את נקודות הציון הללו מוצאים אנו בעדות לראשונה רק בחקירה החוזרת, בתשובה לשאלות מדריכות של התובעת. כתוצאה מכך לא עמדו עובדות אלה במבחן חקירה נגדית" (ע"פ 210/81 עקביוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 393, 403 (כבוד השופט דב לוין) (1982)). מה, שעלה לראשונה בחקירה החוזרת לפני הוא, לכל היותר, גרסה כבושה שמשקלה, בהעדרו של הסבר מניח את הדעת לכבישתה, הוא קל שבקלים. אפילו מה שהובא באותה גרסה – כללי מדי היה ונאמר גם הוא בעלמא. הנאמר לא הוכיח די הצורך, לגופו, את קיומה של יצירה במובנם של דיני-זכות-היוצרים.

7. חוששני כי לא מקרה הוא שכך ארע. דומה עלי כי תכליתה האמתית של תובענה זו לא הייתה הפסקתו של שימוש בייצירה-ושמה-תמונות, כי אם ביאת-חשבון עם הנתבעים על העתקתו הנטענת של המוצר, על מכירתו בישראל ועל הפרתה הנטענת של מערכת-יחסים ראויה בין מתחרים. כל אלו, בין שיש יסוד לטרוניות אודותן ובין שלא, ענין הן – ומובן כי בית-המשפט איננו מייעץ או ממליץ דבר – לתביעה מתאימה, המתמודדת עם המשוכות המשפטיות אשר הבאתה לפניו של ערכאות מחייבת.

8. די באמור לדחייתה של התובענה. אם אוסיף, בכל זאת, משהו הרי זה מה שעלה, עוד, משמיעתן של העדויות. לא מצאתי כי התובעת שמטה את הקרקע מתחת לגרסאות-העובדה שהציגו הנתבעים. תחילה לענינה של נתבעת 3 והוא פשוט יחסית. העד מטעמה – בעליה ומנהלה,



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 12614-04-16 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

מר הררי – הצהיר כי תמונות, שבן עשתה נתבעת 3 שימוש, ניטלו מאתר-האינטרנט של נתבעת 1 וממנה רכשה נתבעת 3 את המוצר לשם מכירתו. נתבעת 3 לא העתיקה את התמונות הללו מן התובעת וממילא לא היה בכוחה לעמוד על הקשר הנטען של זו אליהן. העד הוסיף והצהיר כי התמונות הללו הוסרו, לאחר בדיקה ובדיקה חוזרת, באורח מוחלט מאתרה של נתבעת 3, לרבות מן הקישור אליו באתר-החיפוש, והיה זה בעקבותיו של מכתב-התראה מאת התובעת ולאחר הגשתו של כתב-התביעה. ממילא, הצהיר העד, לא מכרה התובעת אף לא יחידה אחת של המוצר שרכשה ומכאן שאפילו התעשרות מן התמונות הללו לא צמחה לה. גרסה זו, על פרטיה, צלחה את מבחנה של החקירה הנגדית. זו הייתה תמציתה:

"הסרנו, קודם כל, אני אגיד לך את האמת. מכתב [ההתראה] נראה מופרך לחלוטין, א[נך] אנחנו לא מכניסים ראש בריא למיטה חולה. גם המכתב הכי הזוי ביותר שכל דכפין ששולח לנו, אז אנחנו מסירים. יש לנו אלפיים – שלושת אלפים מוצרים, לא רוצים, לא צריכים את [המוצר הזה]. אז דבר ראשון מורידים את זה [את תמונות-המוצר] מהאתר, ועם זה חשבנו שסגרנו את העניין. [אחרי הגשתו של כתב-התביעה בדקנו שוב ו]מחקנו לגמרי. מחקנו לגמרי את המוצר, כן. לא רק מהאתר, באתר עצמו אי אפשר למצוא את התמונות. מי שנכנס לאתר... לקחנו [מנתבעת 1] שתי יחידות דוגמא [מהמוצר], והחזרנו [לנתבעת 1]. אחד השתמשנו בו לבדיקה, והשני החזרנו אותו אחרי מכתב ההתראה" (פרוטוקול, בעמ' 28, ש' 10-26 וש' 29-30).

כאמור, גרסתה של נתבעת 3 לא הופרכה בחקירה הנגדית. כל ראייה אחרת, להראות שאין בגרסה זו ממש, לא הונחה לפניו של בית-המשפט.

9. עתה לנתבעים 1 ו-2. האחרון, שהוא בעליה ומנהלה של הראשונה, העיד כי שתיים מתוך ארבע תמונות, שפורסמו באתר של נתבעת 1, נתקבלו אצלה מן היצרן. עוד שתיים צילם עובד בנתבעת: "יש שתי תמונות שרועי צילם, מהמצלמה שלו. קודם כל ביקשתי ממנו לצלם את



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 16-04-12614 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

המוצרים, והוא אכן הוא צילם אותם. ה-note [מכשיר נייד מסוג Galaxy Note], note של רועי, שהוא מצלם ב-note. זה תמונות שצולמו ב-note. בוודאות מספר 4 [לפי הסדר שבנספח ו' לכתב-התביעה המתוקן]. תמונה מספר 4 בוודאות, ועוד תמונה נוספת. ואת שאר התמונות קיבלנו מהיצרן" (פרוטוקול, בעמ' 34, ש' 16-23; עמ' 40, ש' 19-20 ועמ' 41, ש' 5-6).

בתצהיר של עדותו הראשית העיד גם העובד, מר רועי בן ישי, כי הוא צילם שתיים מן התמונות במצלמה, שבמכשיר הטלפון הנייד שלו, לשם העלאתן לאתר. בחקירתו הנגדית הוא פירט מדוכן-העדים:

"אני צילמתי את התמונות [ו' 3 ו-ו' 4] השלישית והרביעית בנספח ו' לכתב-התביעה]. אם אני צילמתי את התמונה הזאת, ואם אני צילמתי את התמונה הזאת, זה אותו דבר. תמונה שלי. יש לי פה ריבוע כזה, שאני יודע שזה שלי. גם פה זה אותו דבר. [צילמתי] שם על השולחן. על השולחן שלי, יש לי במשרד ערכת סטודיו, פרוז'קטורים. צילמתי תמונה אחת בפרונט של המוצר הזה, ותמונה אחת back up הזאת. אני מצלם תמונות שלי, כי לא תמיד התמונות של היצרן טובות. כל מוצר שמגיע, אני עושה את זה. זה לא בקשה: 'לך עכשיו תצלם'. אני הולך [לצלם] ברגע שיש כל מוצר חדש, זה בקשה אוטומטית שאני אעלה את המוצר הזה לאתר. אני מוציא את זה מהאריזה, ואני מצלם. צילמתי אפילו תמונות של האריזה" (פרוטוקול, מעמ' 52, ש' 9).

את גרסתם של עדי-הגנה אלה ביקשה התובעת לסתור בטענה, שבתמונות אשר הציגו הנתבעים באתרם צולם המוצר שמכרה התובעת ולא המוצר, השונה לשיטתה, שמכרו הנתבעים. בטענה זו נמצא לי קושי ממשי. ראשית, מאפייניהם של המוצרים לא הוכחו לפניו של בית-המשפט. לא די בהצגתם לעיניו של בית-המשפט, לראשונה באולם-הדיונים, של שניים ומקל וחומר של שלושה מוצרים, מבלי שקדמו לתצוגה הזו ניתוח מדוקדק של מאפייניהם, הוכחת-מקורם וקשירתם אל התמונות מכאן ומכאן. שנית, בפיהם של שני עדי-ההגנה הנזכרים, כאחד,



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 16-04-12614 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

נמצא מענה לטענת-התובעת. הם הסבירו כי לכתחילה שלח להם היצרן, והעד בן ישי צילם, תמונות של מוצר "גנרי" קודם שנעשו בו, לבקשתם, שינויים ייחודיים. כלומר, לפי טענתם של נתבעים 1 ו-2 הם לא העתיקו את תמונותיה של התובעת אלא, לכל היותר, עשו שימוש בתמונות של מוצר זהה לשלה. במלוא כובד-הראש, לא אוכל לדעת מה בטענה זו הוא "הרחבת חזית", לשון-התובעת. העובדה כי זכרה של הטענה לא בא בכתב-ההגנה או בתצהירים לא עושה את החזית – שונה. לכל היותר מותר לשאול מדוע הועלתה גרסה זו לראשונה באולם-הדיונים. המענה לכך הוא נהיר – היא הושמעה בתשובה לשאלות בחקירה הנגדית, שהנתבעים לא נדרשו לצפות קודם שנשאלו.

עיקר מצוי בכך, שדבר בחומר-הראיות אשר הונח לפניו של בית-המשפט איננו מוכיח, במידה הנדרשת בהליך אזרחי כי מקורן של התמונות, שהועלו לאתר-האינטרנט של נתבעת 1, הוא העתקה מאתר-האינטרנט של התובעת. הלכה היא כי "דמיון מסויים בין יצירות אינו מספיק כשלעצמו להוכחת העתקה, כי יכולות להיות סיבות אחרות שונות לאותו דמיון" (ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד (1) 825, 830 (1970)). להשקפתי, הדמיון הנטען כאן, לרבות "זוויות אור דומות" (סיכומי התובעת, פרוטוקול בעמ' 60, ש' 1), לא הוכח כל צורכו. גם סדר דומה של התמונות, לבדו, איננו אינדיקציה מספקת להעתקה. בנדון מתקשה אתה להסתפק במראה-עיניים לבדו. חוות-דעתו של מומחה, בייחוד מומחה לצילום או לעיבוד גרפי, לא הונחה לפניו של בית-המשפט.

לא זו בלבד. שום תמונה מן התמונות, שעליהן סמכה התובעת את תביעתה, לא הוגשה כראיה במסגרת-תצהיריה. העד, כזכור היחיד, מטעמה לא דיבר – מחקירתו הראשית, דרך זו הנגדית ועד לדברים, שאמר בחקירה החוזרת – בתמונות קונקרטיות. התובעת הסתפקה בצירופן של תמונות, ובביאורן פְּכוּתוּת, בנספחים לכתב-התביעה. בכך לא סגי להוכחת-אמתותו של הנטען לגביהן של תמונות אלו. דבר בראיותיה של התובעת לא הוכיח כי מה שהופיע בנספח השביעי לכתב-התביעה הוא, אכן, תמונות-המקור שקיבלה היא מן היצרן. דבר לא הוכיח כי מה שצורף בנספח הששי – כאמור, לכתב-התביעה בלבד – הוא אכן תמונות, שנלקחו מאתר-האינטרנט של נתבעת 1. זאת ועוד, אין זהות בין תוכנם של הנספחים הללו. בתמונות, שיוחסו לנתבעים 1 ו-2, מופיעה רביעית תמונה, שאיננה נמנית עם התמונות אשר לטענת-התובעת הן



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 12614-04-16 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

תמונותיה. זוהי אחת מן התמונות – "ו'4" – שהעיד בן ישי העיד כי הוא עצמו צילם. בזאת נמצא חיזוק לגרסה שהשמיע העד הזה בעדותו. העד התייחס, אמנם, גם לתמונה השלישית ("ו'3"), וזו דומה-עד-זהות לאחת מן התמונות שייחסה התובעת לעצמה. ברם לא מצאתי כי די בדבר הזה – שנאמר בתנאים של אולם-דיונים וזמן ממושך לאחר הצילום – ליטול ממהימנותה של עדותו. אפשר בהחלט כי העד שגה בהתייחסו לתמונה יחידה זו.

ברם אפילו היה חלק מן התמונות – זהה לחלוטין לתמונות-התובעת, אינך יכול לדעת כי מקורה של הזהות הוא בהעתקה, שהעתיקו נתבעים 1 ו-2 את התמונות הללו. אפשרות חלופית, ולה היתכנות בעדויות, היא כי שורשיה של הזהות הם בארץ-המוצא של המוצרים. "המוצר הזה מיוצר בקרב לפחות, אם אתה מסתובב בתערוכות בסין, לפחות ב-5 עד 10 ביתנים שונים", העיד נתבע 1 מבלי שנסתר (פרוטוקול, בעמ' 32, ש' 19-20). בין שמקור-הזהות בתמונות הוא בהעתקה בארץ-המוצא, ובין שפשר-הדברים הוא אחר, ראיה קונקלוסיבית לכך שנתבעים 1 ו-2 העתיקו את התמונות לא הונחה לפני. לא הונחה דעתו של בית-המשפט, והוא העיקר, כי "אין זה סביר להניח, שדמיון זה הוא פרי של מקרה או של סיבה אחרת, מלבד העתקה, תוצאה של איזה שהן סיבות, פרט להעתקה" (ע"א 559/69 אלמגור הנ"ל, בעמ' 830). במלים פשוטות: לא אוכל לדעת אם ההעתקה המיוחסת לנתבעים אכן התרחשה. היות, שהנטל הוא על התובעת, לא נמצא לי מקום לחייב את הנתבעים בתרופותיה.

10. לטענה לגניבת-עין. לפי ההגדרה, שבסעיף 1(א) לחוק עוולות מסחריות, "לא יגרום עוסק לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר". דווקא הדמיון הנטען בין המוצרים, שהתובעת לא התכחשה לו אפילו שלשיטתה אין אלה מוצרים זהים, שומט את הקרקע מתחת לקיומה של הטעיה כאמור. אפילו נקבע – ולא נקבע – כי התמונות הועתקו, לא נמצא לי יסוד לקבוע כי הדבר היה מוליך קונה סביר לטעות ולסבור כי מה, שהוא קונה מן הנתבעים, איננו המוצר שמכרו כי אם המוצר ששיווקה התובעת.

11. עשייתו של עושר – לא הוכחה אף היא. ראשית, התובעת לא הוכיחה כי לנתבעים צמחו הכנסות כלשהן ממכירתו של המוצר, שהופיע בתמונות אשר פורסמו באתרי-האינטרנט שלהם.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

28 במאי 2017

ת"א 12614-04-16 שחורי תקשורת סלולרית בע"מ
נ' ברקום שיווק והפצה בע"מ ואח'

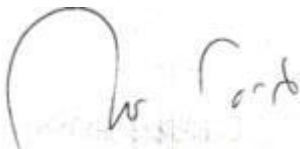
אמת, אחד הסעדים שנתבקשו כאן היה, כנזכר, ציווי למסור דו"חות מפורטים בדבר המכירות. ברם עתירה לסעד אחד אינה יכולה להחליף דרישה להוכחתו של סעד אחר. שנית, ועיקר, הואיל ולא הוכחה העתקתן של התמונות בידי הנתבעים, לא הוכח כי התעשרות, ככל שקמה בקשר לאותן תמונות, הייתה על חשבונה של התובעת. ממילא לא הוכח שום בסיס לחיובם של הנתבעים ב"מלוא התקבולים אשר נתקבלו אצלם ממכירת המוצר המפר". סעד זה הולך אחר טענה להתעשרות שלא כדין ממכירתו של מוצר מפר, ולא אחר טענות להעתקתן של התמונות. אין מקומו בתובענה זו.

התוצאה

12. לא אוכל לדעת אם הנתבעים חבים לתובעת דבר-מה במישור-מכירתו בישראל של מוצר זה או אחר. לא אדע אם תמונות, שהועלו לאתרי-האינטרנט של הנתבעים, היו זהות לתמונות שהציגה התובעת באתרה. ענין אחד נהיר הוא היטב: ראיות לכך שהתובעת יצרה יצירה; ראיות לכך שזכויותיה ב"יצירה הופרו; ראיות לעוולה של גניבת-עין וראיות להתעשרות שלא כדין על חשבונה של התובעת – לא הונחו במידה הנדרשת לפניו של בית-המשפט. הדבר חורץ את גורלה של תובענה זו לשבט.

התביעה נדחת. בתוך 30 ימים מיום קבלתו של פסק-דין זה לידיה תשלם התובעת לכל אחת מקבוצות הנתבעים – נתבעים 1 ו-2 מזה, ונתבעת 3 מזה – הוצאות-משפט בסך 4,500 ש"ח ועוד שכר-טרחה של עורך-דין בסך, כולל מע"מ, של 14,000 ש"ח.

ניתן היום, ג' בסיון התשע"ז, 28 במאי 2017, שלא במעמד-הצדדים.


גיא הימון, שופט