



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

בפני כב' השופט יעקב שינמן

התובעים

1. סמדר כץ

2. סמדר מכחולים בע"מ

באמצעות ב"כ עוה"ד יעקב קלדרון ויעל קלמנוביץ

נגד

הנתבעים

1. בן ציון רוטמן

2. דגש-פרסום והוצאה לאור (1977) בע"מ

באמצעות ב"כ עוה"ד נ. אסיא ואושר בן-עזרי

פסק דין

רקע:

התובעת שהינה ציירת ואומנית, טוענת כי יצירה שצוירה על ידה פורסמה ללא רשותה, על ידי הנתבע, באתר האינטרנט שלו, תוך סילוף היצירה, באופן שיש בו כדי לפגוע בכבודה ו/או בשמה של התובעת.

הצדדים:

התובעת הינה אומנית, שהחלה דרכה כגרפיקאית ומאיירת ספרים ומזה כ-30 שנה שהינה ציירת, מציירת בכל הטכניקות – שמן, אקוורל, פסטל ורישום.

התובעת הציגה 13 תערוכות יחיד בגלריות ברחבי הארץ ובארה"ב, הקימה ומנהלת בית ספר לרישום וציור ריאליסטי הנקרא "מרכז סמדר לציור".

התובעת בחרה להגיש תביעתה זו בשמה ובשם התובעת 2, שהינה חברה בבעלותה המלאה (להלן: **"התובעת 2"**). לטענת התובעת, התובעת 2 הינה בעלת הזכות הבלעדית לקבל את הרווחים ואת התמורות הכספיות הצומחות מהציור ומהפיצויים הכספיים, להם תהיה זכאית התובעת בתובענה זו. (למען הנוחות, בפסק דין זה, התובעות ביחד תיקראנה להלן: **"התובעת"**).

(לתובעת אתר אינטרנט שכתובתו – www.smadar.com להלן: **"אתר התובעת"**).

הנתבע הינו נכה צה"ל, כבן 70 שנה, אשר עיסוקו בציור, והוא מצייר לסירוגין מזה כ-40 שנה. בציור מוצא הנתבע, לטענתו, לא רק מקצוע, אלא גם כלי שיקומי (להלן: **"הנתבע"** או **"בן רוטמן"**).

הנתבע הקים לפני כ-33 שנה את הנתבעת 2, אשר בשלב ראשון נתנה שירותי עיצוב ופרסום, ובשלב שני, אף שירותי הפקת קטלוגים (להלן: **"הנתבעת"**).



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

(לנתבע אתר אינטרנט שכתובתו www.rotman-art.com - להלן: "אתר הנתבע").

הציור:

אחד הציורים אשר יצרה התובעת, הינו ציור שמן שצויר על בד, ושמו של הציור:

"soldiers after war" - "חיילים לאחר מלחמה" (להלן: "הציור").

לטענת התובעת, הציור הינו תוצר של חודשים ארוכים בהם התובעת נשאה בקרבה את הרצון ליצור יצירה המתארת ומבטאת את תחושות הכאב והתחושות הקשות בעקבות "מלחמת לבנון השנייה".

לאחר התלבטויות, החליטה התובעת לבטא את תחושותיה באמצעות ציור של חיילים, גבר ואישה, הנאלצים להפגין לטעמה גבורה, ומאידך, להתמודד עם כאב עצום ולחוות כאב משותף. הציור הינו "דיפטיך" (ציור העשוי משני חלקים נפרדים), כל חלק בגודל 70/100 ס"מ וגודלו של הציור השלם 140/100 ס"מ.

בציור מופיעות שתי דמויות ישובות – חייל לבוש מכנסי מדים וגופיה ואוחז ברובה, ולצדו חיילת שפלג גופה העליון מעורטל ופלג גופה התחתון עטוי מכנסי צבא.

על ברכי החייל מונח רובה ועליו נחות ידיו של החייל, כשעל קצה הרובה נחה גם ידה של החיילת, כך ששלוש ידיים למעשה אוחזות באותו רובה, והכול לטעמה של התובעת, במטרה לסמל את השתתפות החיילת בקרבות בהם נלחם בפועל החייל והסיוע שלה בכך.

פני החייל מבטאים כאב עמוק, והציור הוא ציור ריאליסטי המבטא רגש רב והוא מאופיין במוטיבים של עצב, כאב, ואווירה של כובד ראש.

הציור מוצג בגלריית הקבע של התובעת, ברח' ירקון שבבני ברק, והמחיר של היצירה שמוצע למכירה הוא \$ 6,200 + מע"מ, וכמו כן הציור מופיע בין השאר באתר האינטרנט של התובעת, כראשון הציורים בקטגוריה שלה.

ההפרה:

לטענת התובעת: ביום 21.08.08 (ס' 7 לכתב התביעה), היא קיבלה הודעת דואר אלקטרוני מאחד מתלמידיה, שסיפר לה כי צפה באתר הנתבע, והבחין על דרך המקרה בתמונה של הציור והוא מצא לנכון ליידיע את התובעת על כך.

התובעת מיהרה לפתוח את אתר הנתבע, וכשהבחינה בציור שלה המפורסם בו, לקתה בהלם. התובעת חשה שהציור שסיכם שבועות ארוכים ומאומצים של עבודה, מחשבה ומאמץ, מוצג לפתע כעבודתו של הנתבע, כשהוא מכוסה בצבעוניות ורדרדה, המוחה כל זכר למוטיבים של עצב וכאב, שהינם לטעמה תחום מרכזי ביצירה ובכך הוא מרוקן מעיקר מהות.

התובעת ראתה את השינוי של יצירתה כיצירה שהפכה ל- **"pop art"**, בלא שצוין שמה כיוצרת המקורית של הציור, וכי הסילוף שנעשה הינו סילוף המנוגד לכל צורת עבודתה ותפיסתה



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

האומנותית של התובעת, באמצעות מריחות של צבע ורוד וצבעי פסטל נוספים, באופן שמתחת למריחות נראים במטושטש קווי הציור המקוריים (להלן: **"התמונה"** או **"הפרסום"**). גם השם שבחר הנתבע לציור שהופיע באתר שלו, היה סילוף הפוגע בתובעת לטעמה, והוא נקרא **"naked soldier"**.

לטענת הנתבע: העלאת תמונת הציור לאתר האינטרנט שלו נעשתה בשוגג, בתום לב, והיא הוסרה על ידו וביוזמתו תוך זמן קצר ביותר. כאמור, בתחילת דרכו עסק הנתבע באמצעות הנתבעת בהפקת קטלוגים, כאשר במקביל הוא בעצמו, עסק בעיקר בציור בצבעי שמן. עם הופעת המחשבים האישיים, ראה הנתבע בהם את העתיד, והחל מכשיר עצמו לעבודה דיגיטאלית במחשב, הן בתחום הציור האומנותי, והן בתחום הגרפיקה הפרקטית לה נזקק במסגרת פעילות הנתבעת. במהלך השנים, רכש הנתבע מיומנות גבוהה בכלים השונים של המחשב, אשר אפשרו לו להמיר את תחומי היצירה שלו מציורי השמן המסורתיים, לעבודות דיגיטאליות מסורתיות במחשב. הנתבעת 2 נקלעה לקשיים, ובשנת 2005, הלכה למעשה חדלה מכל פעילות עסקית.

הנתבע, המוכר כנכה צה"ל בן 70 שנה, מצא עצמו חסר פרנסה, שנאלץ להתקיים בעיקר מקצבת ביטוח לאומי, קצבת נכה צה"ל, פנסיה קטנה, ומאז הוא מנסה, באמצעים אלו, לשרוד ולהשתקם. שיקומו של הנתבע השיב אותו לחיקה של האומנות, כאשר כאמור במהלך השנים הוא רכש את מיומנות השימוש בכלים הדיגיטאליים, אשר אפשרו לו לבטא את יצירתו באופן ייחודי ויוצא דופן – באמצעות תמונות דיגיטאליות.

לטענת הנתבע, הוא יוצר את יצירותיו מאפס, כאשר הבסיס ליצירה, הינו תמונה שצילם, או ציור שצייר או ציור שאחר צייר, ואז הוא מתחיל את עבודתו הדיגיטאלית, בשיטה של שכבות על גבי שכבות הנצבעות והמצוירות על השכבה הקודמת, ובכך הוא נותן פרשנות אומנותית משלו לצילום או לציור עליו התבססה העבודה, כאשר בסופו של התהליך, מסיר הנתבע את השכבה התחתונה, דהיינו את הציור או התצלום המקורי עליו התבססה היצירה, כך שנותרת רק העבודה הדיגיטאלית, אשר ביצע על גביה את כל השכבות, ואלה היצירות המתפרסמות באתר הנתבע ושביגין זכה הנתבע להצלחה אומנותית יחסית מחודשת (להלן: **"שיטת השכבות"**).

לצורך תרגול ואימון, נוטל הנתבע צילומים וציורים במדיומים שונים המשמשים לו כהשראה וכך עשה לגבי הציור של התובעת, כאשר על ציור זה, החל התובע מבצע ניסיונות שונים ותרגולים שונים של הטכניקה שלו.



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

תמונה זו, הכוללת את הציור ועל גביו השכבות שהוסיף הנתבע, נשמרת כקובץ במחשב שלו, עליו הוא מבצע את כל עבודותיו.

הנתבע מעת לעת, מעדכן את אתר האינטרנט שלו (אותו הוא מתחזק בעצמו), ואת התמונות המוצגות בו, והעלאת תמונה לאתר מבוצעת באמצעות תוכנה בה עושה שימוש הנתבע. כך ארע, שבאמצע חודש אוגוסט לשנת 2008, ביקש הנתבע להעלות ציור חדש שלו לאתר האינטרנט, לאחר שסיים את כל פעילות השכבות והסיר את התמונה המקורית, אלא שהסתבר לו בדיעבד כי באותה פעולה שביצע בהיסח דעת ובתום לב, תחת לסמן את שם הקובץ שביקש להעלות לאתר, סימן הנתבע שורה אחת מעליו, ומתחתיו ברשימת הקבצים, וכך קרה שבמקום להעלות את הקובץ הנכון, הועלתה בשוגג לאתר האינטרנט של הנתבע, התמונה של הציור. לאחר שבועיים כשהבחין בטעות, מיהר להסיר מיוזמתו במהרה את תמונת התרגול, ובכך ראה את הפרשה ואת הטעות כמחוסלים.

טענות הצדדים:

לטענת התובעת, הציור המעוול, המפר והמזוין, הינו העתקה מדויקת של יצירת התובעת, והנתבע סילף ועשה את השינויים בציור מבלי לבקש רשותה ובכלל זה לא ביקש את רשותה של התובעת לעצם פרסום הציור, והכל עשה מבלי לציין אפילו את שמה של התובעת כיוצרת מקורית של הציור.

עוד טענה התובעת, כי הנתבע יצר עותקים דיגיטאליים של היצירה, המפרה ומעמיד למכירה עותקים פיזיים של היצירה המפרה והמעוולת.

לטענת התובעת מעשי הנתבעים מקימים להם 10 עילות תביעה, שבגין כל אחת ואחת מהן הם זכאים לפיצוי. להלן העילות והפיצוי הנדרש בגין כל אחת מהן:

א. הנתבעים מפרים זכויות יוצרים חומריות של התובעת, מאחר והציור, נשוא התובענה, הינו מושא של זכות יוצרים בהתאם לסעיף 4(א) לחוק זכויות יוצרים תשס"ח – 2007 (להלן: "חוק זכויות יוצרים" או "החוק" או "החוק החדש").

במעשים המתוארים בכתב התביעה, יש לראות את הנתבע כמי שמפר ופוגע בזכויותיה, והיא זכאית לסעדים הקבועים בחוק, בין היתר מכוח: סעיף 12, ו-11(1), סעיף 14 ו-11(4), סעיף 15 ו-11(5), 16 ו-11(6), סעיף 48(1)(2)(4), ובשל כל אלו, זכאית התובעת לפיצוי סטטוטורי בסך של 100,000 ₪ בגין הפרת זכויותיה החומריות ללא הוכחת נזק, כאמור בסעיף 50 לחוק.

ב. הנתבעים מפרים זכויותיה המוסריות של התובעת, והיא זכאית לסעדים הקבועים בחוק, בין היתר מכוח: סעיף 46(1)(2), סעיף 50, סעיף 51(1)(2)(4), ובשל כל אלו, זכאית התובעת פיצוי



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

סטטוטורי נוסף בסך של 100,000 ₪, בגין הפרת זכויותיה המוסריות, ללא הוכחת נזק, כאמור בסעיף 50 לחוק. התובעת זכאית לפיצוי סטטוטורי מקסימאלי בסך של 200,000 ₪ בגין העילות ובגין הפרת הזכויות החומריות והמוסריות.

ג. עוולה של **גניבת עין** המבוצעת על ידי הנתבעים כמשמעות העולה בסעיף 1 לחוק העוולות המסחריות התשנ"ט – 1999 (להלן: "חוק עוולות מסחריות").

לטענת התובעת, הציור המפר מוצג לעיני כל גולשי אתר האינטרנט של הנתבע, או באתרים הקשורים אליו, בדרך כלשהיא, ייחשבו בטעות כציורים שיש להם קשר לפעילותה של התובעת, ובכך הנתבעים מטעים את ציבור הצרכנים, בפועל, או שקיימת אפשרות ממשית של הטעיה. במעשים אלו, מפרים הנתבעים את מחויבותי והם ומבצעים עוולה של גניבת עין, המעניקה לתובעת פיצוי סטטוטורי, על פי סעיף 13 לחוק העוולות המסחריות, בסך של 100,000 ₪ ללא הוכחת נזק.

ד. הנתבעים מציגים **מצג שווא** בפני כלל הציבור בישראל, והציורים המפרים המוצגים על ידיהם, יוצרים הטעיה לגולשים באתרי האינטרנט.

במעשים אלו, מפרים הנתבעים את מחויבותיהם, ומבצעים עוולה של תיאור כוזב, במשמעותה בסעיף 2 לחוק העוולות המסחריות, והתובעת זכאית לפיצוי בגינה והיא מעמידה לצורך אגרה ואת סכום התובענה בעילה זו, על סך של 20,000 ₪.

ה. במעשה הנתבעים יש משום **עשיית עושר ולא במשפט**, כמשמעותה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט – 1979 (להלן: "חוק עשיית עושר ולא במשפט"). התובעת טוענת, כי בגין עילה זו היא אומדת את נזקה בסך של 50,000 ₪.

ו. הנתבעים מבצעים עוולה של **גזל**, כמשמעותה בסעיף 52 ו-53 לפקודת הנזיקין, והיא אומדת את נזקה בגין עילה זו בסך של 20,000 ₪.

ז. הנתבעים בפעילותם **התרשלו בחוסר תום לב רבתי**, ומעשיהם מהווים עוולה לפי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, והמקרה נשוא התובענה, חלות עליו הוראות סעיף 41 לפקודת הנזיקין, והיא אומדת את נזקה בגין עילה זו בסך של 20,000 ₪.

ח. הנתבעים בפעילותם ובמעשיהם עוברים על **איסור הטעית הצרכן**, כמשמעות סעיפים אלו בסעיפים 2(א)(1), 2(א)(6)(7)(10), ו-2(ב) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א – 1971, (להלן: "חוק הגנת הצרכן"). לאור השימוש שעושים הנתבעים בציורים, זכאית התובעת לסעדים הנובעים מהטעיה



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

שכזו, מכוח התיקון בחור עוולות מסחריות, שהוחל בסעיף 31(א1) לחוק הגנת הצרכן, והיא אומדת את נזקיה בגין עילה זו בסך של 20,000 ₪.

ט. במעשיהם המתוארים בכתב התביעה מפרים הנתבעים חובה חקוקה, בכך שהם מפרים את החובה שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, בסעיף 2(א)(1)(6)(7)(10) ו-2(ב) לחוק הגנת הצרכן, סעיף 252, 252, ו-254 לחוק החברות התשנ"ט – 1999 – (להלן: "חוק החברות") וסעיף 151 (א) לחוק החברות. במעשים אלו, מעוולים הנתבעים על פי סעיף 63 לפקודת הנזיקין, והיא אומדת את נזקיה בגין עילה זו בסך של 20,000 ₪.

י. הנתבעים מתערבים, פוגעים ומכבידים על עסקה בהתערבות בלתי הוגנת כאשר הם מציגים בפני קהל הלקוחות הרלוונטיים את הציור המפר כיצירה של הנתבע, ואינם מאפשרים למי ששמע על הציור המקורי להגיע ליוצרת המקורית ולרכוש אותו, ובעשותם כן הם גוזלים מהתובעת לקוחות קיימים ופוטנציאליים.

בכך, מפרים הנתבעים את זכויותיה של התובעת, ומקימים לה עילה של עוולה בהתאם לסעיף 3 ל- חוק עוולות מסחריות, והיא אומדת נזקיה בגין עילה זו בסך של 20,000 ₪.

בסה"כ, תובעות התובעות מהנתבעים בגין כל העוולות האמורות **סך של 390,000 ₪**, וכן היא עותרת לצו מניעה קבוע המורה לנתבעים שלא לעשות שום שימוש בציור בדרך כלשהיא, וכן, עותרת התובעת בצו למתן חשבונות (סעד שנזנח גם במהלך הדיון וגם בסיכומי התובעים – ראה סעיף 65-71 לכתב התביעה).

הנתבעים טענו מנגד, כי הם לא הפרו את זכויות התובעת, וכל שעשו נעשה בשוגג ובתום לב והוסר על ידם בהזדמנות הראשונה שנודע להם על כך לאחר כשבועיים מאז שהתמונה הובאה לפרסום באתר הנתבע.

הנתבע עשה שימוש בציור, לצורך תרגול ולימוד, ולא הייתה לו כל כוונה לפרסום, מכירה, שיווק או הצגה וכל דרך אחרת של הציור, וכי בגין מעשים אלו של הנתבע התובעת אינה זכאית לפיצוי כלשהוא.

עדים:

מטעם התובעים הוגשו תצהיריהם של מר דן כץ, שהינו בעלה של התובעת (להלן: "מר כץ"), תצהירו של עופר צינורי, שהינו סוכן ביטוח של התובעת (להלן: "מר צינורי"), תצהירה של התובעת-הגב' סמדר כץ, וחוות דעת של ד"ר ורדה מאייר שהינה מרצה לאומנות (להלן: "הגב' מאייר"). מטעם הנתבע, העיד רק הנתבע-מר רוטמן עצמו.



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

דיון והכרעה:

לאחר ששמעתי את העדים, עיינתי בראיות ובטענות הצדדים, אני סבור כי דין התביעה להידחות. לטעמי, התובענה חרגה מהפרופורציות הדרושות לצורך הגנת זכויותיו של יוצר, גם אם היה ניתן לראות במעשיו של הנתבע הפרה, הרי שהייתה זו הפרה שנעשתה בתום לב, ואולי אף בשוגג לפרק זמן קצר ביותר ובהיקף חשיפה מינורי.

התובענה הוגשה ביום 15.09.08, ללא שנשלחה כל הודעה או התראה מוקדמת לנתבע להפסיק את אותה הפרה, שבעיני התובעת מתוארת כהפרה חמורה שאין כמעט עילה בדין, שאותה הפרה לא נכללת בגדרה, כפי שפורט בכתב התביעה (הפרת זכויות יוצרים חומרית, מוסרית, גניבת עין, מצג שוא, עשיית עושר ולא במשפט, גזל, רשלנות, הטעיית הצרכן, הפר חובה חקוקה).

יש ציפייה שתובע בטרם יגיש תביעתו, בייחוד כאשר בכוונתו לעתור לסעד של צו עשה, ייתן הזדמנות לנתבע (הפוטנציאלי) לסלק את התביעה ולתקן את העוולה ללא צורך בנקיטה בהליכים משפטיים, שאם לא יעשה כן – לא יהיה זכאי בד"כ להוצאות משפט ולשכר טרחה בהתאמה. אין הוראה שבדין המחייבת תובע במקרה שכזה, לנקוט בהליך של התראה, אך חובה זו קמה ועולה מחובת תום הלב שחלה על הצדדים בניהול הליכים משפטיים בכלל ובבית משפט בפרט.

יש לציין, להאיר ולהדגיש כבר עתה, כי הנתבע מעולם לא התנגד למתן צו מניעה קבוע כנגדו, כמבוקש בכתב התביעה, שכן הוא הסיר את התמונה מהאתר מיד כשגילה זאת, ולא הייתה לו כל כוונה לעשות שימוש במישרין או בעקיפין בציור ולטענתו השימוש שעשה היה שימוש מתוך טעות ובשוגג.

התובעת, שידעה כי לנתבע אין כל כוונה לעשות עוד שימוש בציור כאמור לעיל, עמדה על המשך ניהול ההליך לצורך קבלת פיצויים, והיא התמקדה ב"עונש" המגיע לנתבע או בפיצוי הסטטוטורי המגיע לה לטעמה, בגין כל אחת מההפרות.

ס' 56 לחוק החדש, קובע זכותו של תובע לקבלת פיצוי, מקום בו הופרה זכות היוצרים או הזכות המוסרית שלו. הסעיף מונה תשעה שיקולים שבית המשפט רשאי לשקול כשהוא פוסק פיצויים ללא הוכחת נזק: היקף ההפרה, משכה, חומריותה, הנזק שגרמה, הרווח שצמח לנתבע, מאפייני פעילותו של הנתבע, טיב היחסים שבין התובע לנתבע ותום ליבו של הנתבע.

התובעת סירבה לכל הסדר פשרה, ובין היתר גם להסדר הפשרה שהוצע על ידי, בהתחשב בקריטריונים המפורטים בס' 56 (ב) לחוק ולאור הנסיבות המיוחדות של תיק זה (ראה עמ' 6-8 לפרוטוקול הדיון). כפי שהודעתי לצדדים גם במהלך הדיון, זכותו של צד מתדיין למצות את



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

זכויותיו, אך יש תיקים בהם כבר בתחילת הדיון, ניתן להעריך כי המאמצים והאמצעים הנדרשים לניהולו של התיק, אינם עומדים ביחס ישיר, לנסיבות המקרה עצמו, וכך היה בתיק זה.

ברור היה, כבר מהשלבים הראשונים של הדיון, כי הנתבע הינו אדם מבוגר, נכה צה"ל, שטעה טעות חד פעמית, ומבלי שהפיק ממנה כל תועלת. גם החוק המאפשר להשית פיצוי סטטוטורי מעמיד במבחן את היקף ההפרה ואת תום ליבו של המפר כאחת השאלות הדרושות לצורך שיקול דעתו של בית המשפט בעת פסיקת הפיצויים.

הגעתי למסקנה, כי הנתבע הסיר את הפרסום מיד בהזדמנות הראשונה כשנודע לו על הטעות, ואפילו עוד בטרם הוגשה התביעה, אך גם אם הוא עשה זאת מיד לאחר הגשת התביעה מבלי שנשלחה לו כל התראה מוקדמת, די בכך לטעמי, כדי להצביע על תום ליבו, ועל העובדה שכשמאן דהוא, האיר את עיניו לגבי הופעת התמונה באתר האינטרנט שלו, הוא לא התווכח ומייד הסיר את התמונה, שלטענת התובעת מהווה הפרה של יצירתה.

בכל מקרה, היקפה של ההפרה כאן ככל שהייתה, משכה והנזק שהיא גרמה, ייתכן וניתן להגדירה של "דבר מה בכך", שאינו מצדיק נקיטת הליכים כדברי כב' השופט פרוץ' גרוסקוף בהחלטתו בתיק 5731-08-07 מחוזי (מרכז) יובל קיכל נ' בזק (מיום 7.3.10):

"לא זו אף זו, כל הפעולות עליהן מצביעה בזק הן בגדר "דבר של מה בכך", או שמא נאמר "הוצאה של מה בכך". כידוע החוק אינו עוסק בזוטות (*de minimis non curat praetor*). לכלל זה אומנם יש ביטוי מפורש רק בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (סעיף 4 שכותרתו "מעשה של מה בכך"), אולם אני סבור כי הוא מהווה עקרון כללי במשפט הישראלי, ולו מכוח החובה להשתמש בזכויות משפטיות בתום לב (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), החל על כל חיוב וכל פעולה משפטית מכוח סעיף 61(ב) לחוק. השוו גם סעיף 4 לתזכיר חוק דיני ממונות הקובע עקרון יסוד לפיו "לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו".

השאלות שעומדות להכרעה בתיק זה הן שתיים:

א. האם פרסום התמונה באתר האינטרנט של הנתבע, מהווה הפרה של זכויות התובעת.

ב. האם התובעת זכאית לפיצוי בגין הפרת זכויותיה.

תשובה שלילית של כל אחת מהשאלות תוביל לתוצאה של דחיית תביעת התובעת.

כבר בשלב זה של ההכרעה, אני מוצא לנכון להאיר ולהדגיש כי במקרה זה, גם אם הייתי למסקנה כי הייתה הפרה של זכויות התובעת, אני סבור כי זה המקרה הנדיר והחריג בו אין להשית על המפר תשלום פיצוי, שכן ההפרה נעשתה על ידי הנתבע בתום לב ומתוך רצון לעשות שימוש הוגן באותה



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

יצירה ולא לצורך העתקתה, שינויה או סילופה כדברי התובעת **ובמקרה שכזה מתייטר הצורך להכריע בשאלת ההפרה עצמה.**

המחוקק, שינה לאחרונה בחוק זכויות יוצרים את תחומי הפיצוי הסטטוטורי, כאשר בתחום העליון הוא הגדיר את הפיצוי הסטטוטורי ל-100,000 ₪ (כאשר קודם לכן, היה 20,000 ₪) ובתחום התחתון, הוא אפשר לבית המשפט, במקרים המתאימים, **שלא לפסוק פיצוי כלל**, גם כאשר מסתבר שהייתה הפרה (כאשר קודם לכן הרף התחתון עמד על 10,000 ₪).

העובדות בתיק זה, שלא כמו בתיקים אחרים, רובן ככולן, אינן שנויות במחלוקת. אין חולק, כי הציור הוא יצירה שנעשתה על ידי התובעת תוך השקעה של עמל רב, מחשבה, וכנראה גם זמן לא מועט.

הנתבע העתיק את הציור כאשר הוא הוריד אותו מרשת האינטרנט ולטענתו, שלא נסתרה, למטרת תרגול טכניקת הציור בה הוא עובד ולא למטרת מסחר, טענה שנטענה ע"י התובעת אך לא הוכחה. כאמור, הנתבע מצייר ציורים דיגיטאליים באמצעות מחשב בשיטת השכבות. הנתבע הצהיר לגבי שיטות העבודה בהן הוא משתמש, כשהוא מצייר את יצירותיו (ראה סעיף 19 לתצהירו), ובנוגע לציור של התובעת הצהיר התובע, כי הוא העתיק אותו לצורך תרגול בשיטת השכבות והתחיל עובד עליו על ידי מריחת שכבות, אלא, שמפאת טעות בתום לב, כשלא הייתה בצדה כל כוונה להפר את זכויות התובעת (סעיף 35-36 לתצהירו) הוכנסה התמונה המעובדת לאתר האינטרנט שלו. על גרסה זו חזר גם במהלך עדותו לפניי כשאמר: **תראי, זה כל מה שיש לי, וכפי שכבר טענתי, בטעות הקלקתי, כמו שהראיתי לכם פה, שאפשר להחליק אחד מלפני, אחד אחרי, ובטעות זה מה שקרה** (עמ' 80 לפרוטוקול) ובהמשך אמר, **"אני אמרתי אז ואני אומר גם היום, זה סקיצה שלא גמורה, שהייתי צריך להוריד מתחתיה את התמונה, ואותה, ועליה לעבוד, כמו שהסברתי לפני כן. ובטעות הקלקתי את הדבר הזה והוא נכנס לי לאתר"** (עמ' 91 לפרוטוקול).

כאן המקום לציין, כי עדותו של הנתבע מר רוטמן הייתה עדות מהימנה, שלא נסתרה באף אחת מהנקודות המהותיות. טענת התובעת כי בעדותו הראה הנתבע "חוסר קונסיסטנטיות...ערפול" (ס' 2 לסיכומי התשובה של התובעת) ואין להאמין לעדותו, אין בידי לקבלה. דווקא חוסר הרהיטות וכנות תשובותיו יצרו אצלי תחושה הפוכה. יתכן שמפאת גילו, מפאת אופיו או מצבו הנפשי (כשיש לזכור שמר רוטמן הינו נכה צה"ל בן 70), לא זכר מר רוטמן פרטים ותאריכים, ולא תיעד אירועים באופן מדויק, אך אין בליבי ספק כי מדובר בעדות מהימנה, עליה ניתן להשתית את גרסת ההגנה.

עדותה של הגב' כץ - התובעת, גם היא הייתה עדות מהימנה, אלא שעדותה לוותה לא פעם בתגובות אמוציונאליות וכעסים מרובים (עמ' 51 שורה 13-14 לפרוטוקול), הנובעים מ"מכת ההענקות" הקיימת לדעתה בשוק (עמ' 52, שורה 10 לפרוטוקול), וקיומם של אומנים מסוגו של הנתבע, עוררה



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

את חמת זעמה וגרמה לה להתרגשות יתר גם במהלך עדותה, שהובילה לא פעם למסקנות שמקורן באותן רגשות ולא דווקא כאלה המבוססות על העובדות והאירועים הרלוונטיים. התרגשות זו, וכעס זה, ליוו את כל עדותה של הגב' כץ, וכך למשל תיארה הגב' כץ את האירוע ממנו ניתן ללמוד בין היתר, על רמת הכעס שלה: **"ואחרי כל זה, אתה פותח ואתה רואה שמישהו לקח את הציור שלך, לקח אותו כמו שהוא, אפילו לא התאמץ לשנות אותו, לקח אותו כמו שהוא ומרח עליו, לכלך עליו עם פוטושופ כמה צבעים, כמה צבעים כאלה ורדרדים וצבעים פסטליים כאלה, מרח כזה ככה מסביב והפך את זה לאיזה פוסטר ליצני כזה, מה שיש לך לעשות זה אתה מתפוצץ. אתה כל כך נעלב, זה באילו שלקחו את הילד שלך והשחיתו אותו בצורה פוגעת וכל כך מעליבה שאתה פשוט לא יודע איפה לשים את עצמך"** (עמ' 50 שורה 23-14 לפרוטוקול. הדגשה שלי י.ש.).

דברים אלו, מייצגים את רמת הכעס של הגב' כץ, וייתכן כי מבחינה סובייקטיבית רמת הכעס הייתה מוצדקת, אך מבחן ההפרה ומבחן הצדק לפסיקת פיצוי, הינו המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר כשמדובר בפיצוי סטטוטורי שכזה.

מה שהניע את התובעת במהלך כל הדיון, היה הרצון במקרה זה **"להעניש את הנתבע"** עקב ובגין שני אירועים קודמים, בהם הועתקו ציוריה ע"י אחרים והיא לא עשתה דבר בקשר לאותן ההפרות. **"סמדר כץ: ניקרה במוחי המחשבה איך אני מענישה את הבן אדם הזה על מה שהוא עשה."**

ש. הבנתי. זאת אומרת, לא היה לך איכפת שהציור הזה יישאר שם עוד חודש, אבל את רצית נקמה.

ת. לא רציתי נקמה, **רציתי להעניש אותו ואני לא יודעת אם הציור באתר איפה הוא עוד נמצא, אולי הוא עשה ממנו פוסטרים וזה נמצא אצלו בבית, אצלו בגלריה, אני לא יודעת"** (עמ' 53 שורה 14-7 לפרוטוקול ההדגשות בקו אינן במקור י.ש.).

ובהמשך, כשהיא מתייחסת לשני מפרים קודמים היא נשאלת ועונה:

ש. **זאת אומרת החזקת בבטן את המקרים הקודמים, הם הכאיבו לך הרי לא עשית איתם בסופו של דבר שום דבר אופרטיבי**

ת. נכון

ש. **ועכשיו הכל יצא במקרה הזה שראית את הציור הזה הכל פרץ החוצה נכון**

ת. **במקרה הזה זה היה יותר חמור מאשר המקרה הקודם**

ש. **אבל כל מה שהחזקת בבטן, כל אותן 7**

ת. **בהחלט כן"**

(עמ' 61 שורה 15-6 לפרוטוקול).



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

מעדותה של התובעת ברור שכעסה כלפי הנתבע, הינו תוצאה בלתי פרופורציונאלית למעשיו, וכעס זה נובע מהצטברות גם של המקרים הקודמים בהם לא נקטה בפעולה.

אין ספק כי התובעת רואה בעצמה (כנראה בצדק רב), ציירת ריאליסטית מוכשרת מאוד, אך היא אינה מחזיקה מהנתבע ומאחרים שכמותו כאומנים ברמתה, והיא מתייחסת אליהם כ-**"לכלכלני בדים"**, **"חפיים מכישרון"** (עמ' 56 שורה 22-24 ועמ' 57 שורה 16-26 לפרוטוקול), שאינם יודעים לצייר, כאשר הנתבע דומה להם אך:

"הוא לא מלכלך בדים מפני שהוא לא מתעסק עם בדים, הוא מתעסק עם מחשב, עוד לא קראתי לו מעולם לכלכלן בדים..." (עמוד 63 שורה 5-3 לפרוטוקול).

רצונה של התובעת להעניש את הנתבע אינו מתיישב עם המבחנים שנקבעו בדין, בהם יהיה ניתן להשית פיצויים עונשיים על נתבע (אלא אם הדבר נקבע כך מפורשות בחוק). מושג "העונש" הינו מונח המוכר בתחום הפלילי ולא בתחום האזרחי ובתי המשפט העושים שימוש בפיצוי העונשי, עושים זאת במשורה ורק במקרים קיצוניים ונדירים. תכלית מתן פיצויים היא להעמיד את הניזוק, עד כמה שאפשר, באותו מצב בו היה נתון בעת מעשה הנזיקין ללא מעשה הנזיקין, וזאת בדרך כלל באמצעות תשלום כסף או באמצעות סעד האכיפה. עקרון זה מקורו בכלל הבסיסי כי יש להוכיח קודם כל את האחריות לנזק וזאת באמצעות קיומו של קשר סיבתי בין העוולה לנזק ולאחר שנקבע שזה קיים, יחוייב המעוול בפיצויי ביחס ישיר ובהתאם לנזק שגרם בפועל (ויכול זה להיות נזק ישיר או עקיף).

המונח "פיצויים" (compensation), המופיע בס' 76 **לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]**, הינו סעד שאינו הצהרתי או עונשי, אלא סעד תרופתי (remedial), שנועד להסיר את הנזק ולהטיבו (ע"א 1977/97 **יוסף ברזני נ' בזק החברה הישראלית, פ"ד נה(4) 584**). למרות האמור, ישנן שיטות משפט המכירות בפיצויים העונשיים ואין כל מניעה שבדין, מלעשות שימוש שכזה גם במשפט הישראלי במקרה המתאים (exemplary damages, punitive damages, vindictive damages), קרי - **"פיצויים שעל המזיק לשלם לניזוק בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק שגרם המזיק לניזוק על ידי עוולה, אלא בא להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה ובכך לבטא סלידה ממנה"**. (פרופ' א' ברק, **דיני הנזיקין** - תורת הנזיקין הכללית מהדורה שניה, 1976) 579.

הפיצויים העונשיים, אינם מבוססים על בסיס "מרפא" או "מתקן" של הנזק שגרם המזיק. ההגיון שעומד בבסיס הפיצוי העונשי הרתעתי, וזאת לאותם מקרים אשר בהם התנהגות המזיק היא חמורה במיוחד או שיש עמה פגיעה קשה בזכויות חוקתיות.

בתי המשפט בישראל הכירו באפשרות לחייב מזיק בפיצויים עונשיים, כבר בע"א 216/54 **שניידר נ' גליק**, פ"ד ט, 1331.



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

סקירה נרחבת בקשר לסוגיית הפיצוי העונשי (גם בארץ וגם בחו"ל) ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון, מפי כב' השופט ריבלין (בהסכמת כב' השופטים א. ברק, ת. אור, מצא, דורנר) בע"א 140/00 - עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל ואח' נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ ואח', פ"ד נח(4) 486.

הפסיקה חזרה וקבעה כי במקרים המתאימים, לבתי המשפט בישראל סמכות לפסוק פיצויים עונשיים (ראו ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225, 234; ע"א 277/55 רבינוביץ נ' סלע, פ"ד יב 1261; ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225, 237; ע"א 670/79 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169. בפועל, בתי המשפט בישראל אינם נוהגים אלא במקרים נדירים מאוד לפסוק פיצויים עונשיים (ע"א 3654/97 קרסין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג(3) 385, 406).

איני סבור כי המקרה שבפני הוא אחד המקרים בהם יש להשית פיצויים עונשיים כפי שהתובעת ביקשה וביטאה רצונותיה אלו בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, ורצון זה מהווה אולי ההסבר לכך, שלא הסכימה להתפשר גם מקום בו הסכים הנתבע שיוצא נגדו צו מניעה קבוע. כפי שכבר צוין, הנתבע התגלה לפני כמי שטעה טעות וכל פעילותו בהעתקת הציור מקורה בטעות שאין שמץ של זדון מאחוריה, וניסיון זה של התובעת להביא לכדי הענשתו אין לה כל בסיס עובדתי או משפטי. רצון זה של התובעת להעניש את הנתבע, לא גרע ממנהימנות עדותה ומהתרשמותי מכנותה, אך כאמור הוביל אותה כאמור לאי דיוקים כאלו ואחרים שאינם מאפשרים להשתית על עדותה את העובדות המבססות את כתב תביעתה.

כך למשל, לא ידעה הגב' כץ להסביר את הסתירה שקיימת בין עדות בעלה לבין עדותה שלה, לגבי המועד בו נודע להם לראשונה על ההפרה לבין המועד בו הם פנו לייעוץ משפטי כדי לטפל באותה הפרה. בכתב התביעה צוין, כפי שפורט לעיל כבר, כי לתובעת נודע ביום 21.08.08 על ההפרה. מאידך, בעלה העד מר כץ בעדותו, העיד כי אשתו גילתה את ההפרה באתר הנתבע ביום 20.08.08, והם החליטו לפנות לטיפול משפטי "אולי שלושה שבועות, לא יודע משהו כזה" לאחר אותה הפרה (עמ' 32 לפרוטוקול). בהמשך שינה העד מר כץ את גרסתו בעניין זה ואמר כי אינו זוכר את המועד בו הם פנו לטפל בהפרה באמצעות ייעוץ משפטי והוא אמר: "לא זוכר, שבועיים, שלושה, עשרה ימים, אני לא ממש זוכר, סמדר טיפלה בזה יותר מאשר אני" (עמ' 33 לפרוטוקול).

הגב' כץ לעומת בעלה, טענה כי פנתה לעורכי הדין מייד ביום בו גילתה את ההפרה (עמ' 51 לפרוטוקול), אך היא לא יכלה להסביר, מדוע חלפו כשלושה שבועות מאז שגילתה את ההפרה ועד ליום שבו הוגשה התביעה ביום 15.09.08, כאשר ההפרה הציקה לה וגרמה לה לתסכול וכעסים קשים עד כדי השוואתם לרמה שלקחו את "הילד", ולא יכלה להסביר מדוע בכל אותה תקופה של שלושה שבועות מאז הגילוי ועד להגשת התביעה, אפילו לא דאגה כי ישלח מכתב התראה לנתבע,



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

ולא הוגשה בקשה לצו מניעה זמני, בד בבד עם הגשת התביעה, כדי להסיר את התמונה מאתר הנתבע ולהקטין את עוגמת הנפש שנגרמה לה ובלאו הכי את נזקיה שנגרמו לה, כטענתה.

התובעת דבקה בגרסתה, כי התמונה לא הוסרה בטרם הוגשה התביעה, וכי היא התובעת ראתה את הציור באתר ביום 16.09.08, דהיינו יום לאחר הגשת התביעה. טענה זו של התובעת לא הוכחה, ובכלל זה גם לא הוכח כי במועד זה, דהיינו ביום 16.09.08, נמסרה התביעה לנתבע ואם בכלל ידע על קיומה. בעניין זה, בעלה של התובעת, מר דן כץ, היה הרבה יותר החלטי ממנה, והוא העיד כי הורדת התמונה מאתר הנתבע הייתה ב-15.09.08, וכשנשאל איך הוא יודע על כך, הוא השיב כי אשתו הזכירה לו את זה (עמ' 34 לפרוטוקול):

"דן כץ: לא זה היה, אני לא זוכר, זה היה ב-15, מכיוון שהיא הזכירה לי את התאריך הזה.

ש. ב-15 זה ירד?

ת. כן. כן.

ש. אני מבין. עכשיו, מי אמר לך שכתב התביעה נמסר ב-15 לספטמבר?

ת. בבקשה?

ש. מי אמר לך שכתב התביעה נמסר ב-15 לספטמבר? אתה כותב בתצהיר שלך בסעיף 15:

'נאמר לי שזהו המועד בו כתה התביעה הגיע לידיו', ידיו של הנתבע. מי אמר לך את זה ?

ת. זה סמדר."

בהמשך, כאשר עומת העד מר כץ עם הטענה כי כתב התביעה נמסר רק ביום 17.09.08 לנתבע, ואם הוא הוריד את התמונה מיום 15.09.08, הרי שהוא הוריד אותה ללא קשר לתביעה, הוא לא ידע מה להשיב על כך (עמ' 35 שורות 12-1).

כפי שכבר צוין לעיל, הנתבע מנגד טען, בתוקף, כי הוא הסיר את התמונה מהאתר עוד לפני שקיבל את כתב התביעה ואין חולק כי הוא לא קיבל מעולם מכתב התראה מהתובעת ומבא כוחה בטרם הוגשה התביעה (ס' 38 לתצהירו).

מהאמור לעיל עולה, כי טענת התובעת כי התמונה הוסרה מאתר הנתבע רק לאחר שנמסרה לו התביעה, לא הוכחה. בעניין זה, יש להעדיף את עדותו של מר רוטמן, שלא נסתרה ונמצאה מהימנה כאמור, ואני קובע כי מר רוטמן הסיר את התמונה מהאתר עוד בטרם קיבל את התביעה.

כפי שכבר נאמר התוצאה לא הייתה משתנה, גם אם הייתי סבור כי מר רוטמן הסיר את התמונה מיד לאחר שקיבל את התביעה, שכן החשוב בעיני, שהוא הסיר אותה מיד כשנודע לו על כך, ואם התובעת לא טרחה ליידיע אותו על כך, באמצעות מכתב התראה או טלפון, הרי שמבחינתה המועד הראשון בו הוא ידע על כך, הוא המועד בו מסרה הודעה, דהיינו היה זה בעת מסירת כתב התביעה.



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

וכאמור אם מר רוטמן הסיר את התמונה מיד לאחר קבלתה של התביעה, הרי שגם בכך יש להצביע כי הוא פעל בתום לב, וכי לא הייתה לו כוונה להפר את זכויותיה של התובעת, ובהתנהלותו זו, יש חיזוק לגרסתו כי העלאת התמונה לאתר עד להסרתה, נעשתה בשוגג.

במקרה זה הגעתי למסקנה, כי התובעת אינה זכאית והנתבע אינו חב בפיצוי, ולפיכך מתייתר הצורך לדון בשאלה האם הייתה הפרה ואם לאו, אך מצאתי בנסיבותיו המיוחדות של תיק זה, בטרם מתן ההנמקה לשלילת הפיצוי, להאיר מספר הארות גם לגבי הספק המתעורר אם מעשיו של הנתבע אכן היוו הפרה של זכויות התובעת ואם לאו.

האם פרסום התמונה באתר הנתבע מהווה הפרה של זכויות התובעת

הנתבע הסביר בפרוטרוט את הטכניקות בהן הוא מצייר. הנתבע כאמור לוקח תמונה או ציור שלו או של צייר אחר, ועל גבי יצירה מקורית זו נצבעות שכבות צבע באופן דיגיטלי באמצעות המחשב.

בשיטה זו, למעשה, נותן הנתבע לטעמו, פרשנות אומנותית נוספת ושונה לציור המקור, כאשר בסוף התהליך הוא מסיר את המקור וכל שנותר רק היצירה שביצע. שיטת עבודה זו אינה ייחודית לנתבע, והוא לא המציא אותה, וכך אמר בעדותו הנתבע כאשר התבקש להסביר איזה שימוש הוא עשה בציור המקורי :

"ת.לא כדי לעבוד עליה.לא כדי לעבוד עליה.

ש.אלא?

ת. אלא כדי ליצור ממנה איזה שהן אינספירציה, איזה שהן השראות, איזה שהם דימויים ועליה אני עושה כל מיני שכבות, אח"כ אני זורק את התמונה וממשיך לעבוד עליה באיזו שהיא צורה, אבל זה שוב, זה לא צורת העבודה, זה חלק מצורת העבודה, שלא רק,אני לא המצאתי אותה, דרך אגב זה מקובל. " (עמ' 88 שורות 15-20).

ובהמשך כשהתייחס לתמונה אמר: " אני אמרתי אז ואני אומר גם היום, זו סקיצה שלא גמורה שהייתי צריך להוריד מתחתיה את התמונה ואותה, ועליה לעבוד כמו שהסברתי לפני כן. פה בטעות הקלקתי את הדבר הזה והוא נכנס לאתר. " (עמ' 91 שורות 11-14).

הסבר נוסף לגבי שיטות העבודה של הנתבע ניתן למצוא גם בתצהירו (סעיף 18 לתצהיר הנתבע).

כפי שניתן לראות, ככלל הנתבע בשיטת עבודתו, אינו עושה שינוי או סילוף של תמונת המקור אלא הוא משתמש בה כבסיס או כהשראה, ומהלך העבודה על התמונה או בסופה של היצירה שהוא עושה, הוא מסיר את תמונת ציור המקור. תיאור זה של שיטת העבודה לא נסתרה ולא הוצגו לי מקרים בהם הנתבע בסופו של דבר לא הסיר את תמונת המקור למעט המקרה שלפניי, שכאמור קיבלתי את גרסתו של הנתבע, כי העלאת התמונה לאתר בלאו הכי השארת ציור המקור במשך כשבועיים, נבעו מטעות בתום לב ולא מתוך כוונה לעשות שימוש בציור תוך כדי שינויו וסילופו.



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

מסתבר כי השימוש כאמור בתמונת מקור איננו נדיר. הנתבע טען ואף הוכיח כי התובעת עצמה, עושה שימוש בתמונות מקור של אחרים כדי לצייר ציורים. במהלך הדיון התברר כי התובעת עצמה עושה שימוש בטכניקה זו כאשר היא עושה שימוש ביצירות קיימות, כבסיס לעבודותיה.

באתר האינטרנט של התובעת מופיעה ציור הנקרא "Jordan and barkley", ובו מצוירים שני שחקני כדורסל אמריקאיים מפורסמים. ציור זה הינו העתק של צילום שהתפרסם בתקשורת והתובעת הודתה בכתב התשובה כי אכן העתיקה את הצילום מבלי לתת קרדיט לצלם, מאחר ולטענתה לא הצליחה לאתר את הצלם.

לא רק התובעת והנתבע עושים שימוש בטכניקה זו, דהיינו לקיחת ציור מקור ושינויו כך שנוצרת בסופו של תהליך יצירה חדשה, וגם אם קיימים קווי דמיון בין היצירה החדשה לבין היצירה המקורית, וכל עוד אין חשש להטעיה, לסילוף או לזיוף, הרי שאין לכאורה פסול בשימוש בציור המקור כדי לייצר יצירה חדשה.

לאחרונה, התפרסם בכתב העת **"עלי משפט"** (המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, כרך ח', אדר תש"ע, פברואר 2010, בעמוד 237, בהוצאת נבו), מאמר של המחברת המלומדת **קים טרייגר בר-עם** (שתקרא להלן: **"המחברת"**) בשם: **"הזכות המוסרית, הגנת הסבירות והאיזונים החינוכיים"**.

במאמרה זה, מתייחסת המחברת לזכות המוסרית לשלמות היצירה על פי חוק זכויות היוצרים המגנה על היוצר משינויים מפרים ביצירתו.

במאמר, המחברת סוקרת את הזכות המוסרית לשלמות היצירה בחוק הישראלי המביאה לאיזון ראוי בין אינטרסים וזכויות שונים ומגוונים, כאשר מחד רואה המחברת מקום להגן על היוצר, אך מאידך גם רואה מקום להגן על מי שמשנה את היצירה, בנסיבות המתוארות במאמרה, ורואה ביצירה ששונתה, יצירה בפני עצמה.

בסעיף 19 לחוק החדש נקבע כי שימוש שהוא בגדר שימוש הוגן יהיה מותר על פי החוק. המחוקק קבע בסעיף זה, רשימה של קריטריונים (שאיננה רשימה סגורה לטעמי) לפיהם ניתן יהיה לאבחן את השימוש ביצירה כשימוש הוגן (מטרת השימוש, אופי היצירה, היקף השימוש והשפעת השימוש על השווי של היצירה).

בענייננו, אין חולק כי הנתבע עשה שינוי ביצירה (והתכוון להמשיך ולעשות בה עוד שינויים) והשאלה אם טרנספורמציה שכזו מהווה שימוש הוגן ואם לאו.

כשסוקרת המחברת את אפשרויות השינוי ביצירה המקורית, ואת אוטונומיות הביטוי של המשנה, היא קובעת בין היתר, כי: **"טענת הטרנספורמציה בדיני זכויות היוצרים היא אלמנט מוכר**



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

בדוקטרינת השינוי ההוגן. על פי התפיסה היום, שימוש הוגן נחשב לא רק כמדיניות בלבד, או פריווילגיה שדוקטרינת זכויות היוצרים נותנת ומרשה, אלא כזכות. טרנספורמציה ביצירה קודמת, אכן מהווה בעצמה ביטוי של היוצר המאוחר ועל כן ראויה להגנה."

בסעיף 50(ב') לחוק קבע המחוקק, כי פעולה "סבירה" הפוגעת בזכות המוסרית (בהתאם לס' 46(2)), לא תחשב כהפרה והוא קבע בס"ק (ג'), רשימה של קריטריונים (שאיננה רשימה סגורה לטעמי) לפיהם בית המשפט יוכל לעשות בהם שימוש כדי לאבחן את השינוי או הסילוף ביצירה כשימוש סביר (אופי היצירה, אופי הפעולה ומטרתה, היצירה נעשתה במהלך עבודתו של עובד, המקובל בענף, הצורך לעשות את הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר).

חלק מקריטריונים אלו רלבנטיים לעניינו.

אותם הביטויים של סבירות או הקריטריונים שפורטו, היו גם קיימים טרם חקיקתו של חוק זכויות היוצרים על תיקונו לעניין הזכות המוסרית.

כשבוחנת המחברת הגנה מידתית ואיזון ראוי בהם יש להפעיל את החוק, קובעת המחברת (בעמוד 274), כי החוק החדש מונה את השיקולים שבהם בית המשפט רשאי להתחשב בעת קביעת הסבירות של הפעולה שבוצעה ביצירה בהתאם לסעיף 50 (ג) לחוק זכויות היוצרים, והיא מציעה מתודה פרשנית לפרשנות הסבירות, כאשר שני השיקולים הראשונים הרלבנטיים לעניינו שעומדים לנגד עיניה הם: "אופי היצירה שביחס אליה נעשתה הפעולה" ו"אופי הפעולה ומטרתה".

מבחינים אלו, מבחינים זהים למבחיני הגנת השימוש ההוגן, כאשר נדרשת הבחנה בטיב היצירה ובפעולת השינוי, אם היצירה ו/או השינוי נעשו כביטוי מסחרי, ההגנה תהיה ברמה נמוכה. הגנת השימוש ההוגן חלשה יותר כשמדובר בשימוש מסחרי של יצירה המוגנת על ידי זכויות יוצרים. ניתן להתחשב גם במניעי היוצר ביצירתו ובמניעים של משנה היצירה, בשינוי שביצע. לפי הדוקטרינה הצרפתית של הזכות המוסרית לשלמות היצירה, תום לב הוא תנאי בהפעלת הזכות ובהפעלת השינויים. הגעתי למסקנה כי הנתבע לא עשה שימוש מסחרי בתמונה (ועל כך יורחב בהמשך) ואם היה בכוונתו לעשות שימוש שכזה, השימוש היה נעשה רק לאחר שהנתבע היה מבצע בתמונה שינויים נוספים שהיו יוצרים יצירה חדשה והציור היה לכל היותר מהווה השראה ליצירה החדשה.

שיקול רלוונטי נוסף בו רשאי בית המשפט להתחשב לצורך בחינת הסבירות הינו: "המקובל בענף". המחברת מביאה כדוגמאות לפיהן אין קושי לאבחן מה "מקובל בענף" לעומת מקרים שקיים קושי: "החוק לא יכיר בתביעת מתמחה נ' שופט, על כי ביצע שינוי בעבודתו. לא כך מקובל בענף. ולעומת זאת, בהקשרים אומנותיים, שיקול זה בעייתי. לעתים, טרנספורמציה דורשת פעולה שאינה מקובלת בענף. פעולת השינוי שביצע דושאמפ בדמותה של המונה ליזה משנת 1919 שצייר את השפם על העתק דמותה, לא הייתה מקובלת בענף בתקופה הזאת, ולכן, הפעולה עוררה רעש גדול בקהילה האומנותית. כאשר הצייר Eduard manet צייר את "דג'נר סור ל'הרב" שהוא שינוי



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

של יצירה מאת מארק- אנטוניו ריימונדי Marcantomio Raimondi בשם judgment of paris – פעולה זו לא הייתה מקובלת בזמנו בענף. לעתים קרובות בעולם האומנותי, עבודות יצירות נחשבות ליצירות דווקא כשהן אינן מבוצעות לפי המקובל בענף. בפס"ד אלוניאל (ע"א 8483/02) אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד (פ"ד נח' (4) 31, פס' 40). העיר בית המשפט :
 "לא אחת שכל מי שמוכר בדברי עיני האומנות כאמן דגול, תלו את וינסנט ואן-גוך למשל, בניסיונותיו למכור את יצירותיו בדמי זנו, תפיסות חברתיות אשר שלטו באותו הזמן לא יחסו ליצירתו כל חשיבות".

כפי שכבר צוין, הטכניקה בה השתמש הנתבע הינה טכניקה מקובלת ומוכרת כבר מאות בשנים והוכח כי גם התובעת עשתה שימוש בטכניקה דומה.

גם השיקול החמישי, המפורט בסעיף 50(ג) לחוק, רלבנטי לענייננו וזה המבחן, "בעשיית פעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה". שיקול זה קורא לבית המשפט להפעיל איזון מפורש בין האינטרסים. הפסיקה קבעה כי יש לבדוק לצורך מבחן זה כל מקרה לנסיבותיו בכדי לקבוע את הפרופורציה הנכונה. על הצורך באיזון שבין זכות היוצרים לבין זכות המשתמשים ביצירה עמדה גם כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון בפסק הדין שניתן על ידה בעניין **The Football Association Premier League Ltd נגד פלוני**, נטוויזן 013 ברק בע"מ, נענע 10 בע"מ ביום 02/09/09 (פורסם ב"נבו"). בפסק דין זה, תומכת כב' השופטת אגמון בזכות המשתמשים, במידה ובמגבלות החוק, לעשות שימוש ביצירה ובכלל זה לשנותה והיא קובעת : **"כי אין זה ראוי כי שמנסה לערוך סיפור, קטע מוזיקה או סרט באמצעות הטכנולוגיה הדיגיטלית והיצירות ברשת, יצטרך להביט כל הזמן לאחור כדי לבדוק האם אין בעל זכויות יוצרים כזה או אחר בעקבותיו " ובהמשך " עידוד השיח והיצירה מחייבים אפשרות לשיטוט חופשי ברשת, האזנה, קריאה וצפייה ביצירות שונות , חיבור יצירות מיצירות אחרות, חלקן מוגנות וחלקן שאינן מוגנות, ללא חשש מתמיד שמא פעולה כזו או אחרת אסורה מכוח דיני זכויות יוצרים".** השופטת אגמון בפסק דינה המקיף סוקרת מאמרים ופסקי דין, ובסופו של דבר, היא קובעת שם, מספר דרכים לצורך האיזון שיעשה בית המשפט בין הזכויות השונות ואני סבור כי אכן אחת הדרכים לקביעת האיזון האמור הינו קביעת גובה הפיצוי הסטטוטורי, אם בכלל, במקרה בו ייקבע שהייתה הפרה של הזכות.

כאמור, לצורך בחינת איזון האינטרסים יש לבדוק כל מקרה לנסיבותיו בכדי לקבוע את הפרופורציה הנכונה. מקרה זה שלפני הינו מקרה מיוחד בהתחשב בהיקף ההפרה, משכה, תום הלב של הנתבע ונסיבותיו האישיות של התובע. התובעת לאורך המשפט וגם בעת שסירבה להגיע להסדר פשרה עם הנתבע טענה, כי תוכיח את חוסר תום ליבו של הנתבע ואת הרווח שצמח לו מההפרה. מהראיות שהוצגו בפניי על ידי התובעת, לא ניתן להגיע למסקנה כי הנתבע נהג בחוסר תום לב או שהפיק רווחים למעשיו אלא ההפך. מדובר באירוע מינורי שמקורו בטעות ואכן לא היה כל קושי ליישב אותו בין כותלי בית המשפט, ואף לפני כן, לו רק היה נשלח מכתב התראה או אפילו התובעת או מי מטעמה היה



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

יוזם שיחת טלפון לנתבע ומיד הטעון תיקון היה מתוקן וההפרה הייתה מוסרת.

הנתבע שכנע אותי, כי לא רק שהיה תם לב ולא הפיק כל רווח מהעלאת התמונה לאתר, אלא גם מדובר בצילום של ציור ברזולוציה נמוכה המאפשרים רק תרגול על גבי המחשב כאשר אין כל דרך באמצעות קובץ שכזה לייצר הדפסה של תמונה בגודל סביר לציור. טענה זו נטענה על ידי הנתבע (סעיף 32 לתצהירו), והיא לא נסתרה ולא התערערה בחקירה הנגדית. גם התובעת הודתה, כי הנתבע עשה שימוש בציור השמן שלה והפך אותה ל"פוסטר פופ-ארט", וכי העברת היצירה ממדיה אחת למדיה אחרת היא דבר נאור ומקובל כפי שהתובעת עצמה עשתה שימוש בציור הכדורסלנים שפורט לעיל, כאשר לטענתה העתקה של צילום זה נעשתה על ידה לצורך השראה (ראה עמ' 68 שורה 11-3 לפרוטוקול הדיון). גם המומחית מטעם התובעת אישרה כי השימוש בטכניקה בה עשה הנתבע שימוש, היא טכניקה ידועה בעולם הציור כבר מלפני 500 שנה, כאשר "דושן" שינה במודע לצורך מחאה חברתית ב-1920 את "המונה ליוה" של "ליאונרדו דה-וינצ'י" (ראה עמ' 18 לפרוטוקול הדיון), ובסופו של דבר הודתה המומחית מטעם התובעת כי אינה יודעת שמטרת הנתבע בעת עשיית השימוש בציור לא הייתה: "לא לצורכי לימוד או השוואה" (עמ' 20 שורה 12-11), ואף תיארה, כיצד הנתבע הוציא את יצירת התובעת מהקשרה, והודתה כאילו היה מציין הנתבע שיצירתו אינה בהשראת יצירת התובעת הרי שהיא לא הייתה, קרוב לוודאי, רואה פסול בכך (עמ' 18 שורה 12-5).

העברת הציור מציור שמן על בד למדיה דיגיטלית ועיבודה בדרך בה עיבד אותה הנתבע יצרה יצירה חדשה.

מסכים אני עם דברי המומחית מטעם התובעת, כי במקרה שכזה היה על הנתבע לדאוג להשאיר או אפילו לציין את שמה של התובעת, שעל פי יצירתה נעשתה ההשראה ליצירתו, ולכן מטעם זה כפי שיפורט בהמשך, החלטתי שלא לזכותו בהוצאות ובשכ"ט עו"ד למרות שהתביעה כנגדו נדחתה.

השימוש בתמונה נעשה כאן לשם לימוד והשראה, ובנסיבות אלה, ניתן גם לראות בכך שימוש הוגן המותר על פי סעיף 19 לחוק, המאפשר שימוש לצורך לימוד עצמי, ובמקרה שלפניי לשם ניסיונו לתרגול.

בחינת העובדות שלפניי ע"פ המבחנים שפורטו בסעיף 19 (ב') מעלים, כי גם בהתאם לסעיף זה נעשה שימוש הוגן בציור ובכל מקרה ברור כי בשלב זה, לא היה מדובר ולא הוכח לי כי השימוש היה בעל אופי מסחרי (מבחן אותו הציבה כב' השופטת אגמון בנוסף לאלה הקבועים בסעיף 19 בפסק דינה הנ"ל - "הפרמייר ליג").

בנסיבות אלו, אילו הייתה כאן הפרה המזכה את התובעת בפיצוי, היה פיצוי שכזה נמוך יותר



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

מההוצאות ושכ"ט להן היה זכאי הנתבע בהתייחס לסעד הנתבע מלכתחילה לעומת הסעד לו היה זכאי, אם היה נקבע שהתובעת זכאית לפיצוי בגין הפרה אחת. החוק קובע כי הנפגע זכאי לפיצוי סטטוטורי בגין כל הפרה, אך כאמור סעיף 56 ג' קובע, כי מסכת אחת של מעשים תיחשב כהפרה אחת. איני מסכים עם טיעוני התובעת כי גם היה ניתן במקרה זה פיצוי היה מדובר על שלוש הפרות נפרדות בגין "זכות יוצרים" ובגין "הזכות המוסרית" (סעיף 25 ו-26 לסיכומי התובעת). גם אם הייתי קובע כי יש כאן הפרה, איני סבור כי הפיצוי שהיה מגיע לתובעת הינו פיצוי שיש לחשבו בדרך המוצעת על ידה, כאמור לעיל. המבחן שנקבע בפסיקה, איננה מספר האקטים שמפרים, אלא הזכות שנפגעה. (ת.א. ת"א 2555/04 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נגד ברקת התלתן בע"מ, בעמוד 13).

לאור כל האמור לעיל, אני בדעה כי פרסום התמונה לא היה בגדר הפרה של זכויות היוצרים או הזכות המוסרית, אך כאמור פטור אני מלהכריע בשאלה זו, שכן הגעתי למסקנה כי גם אם הייתה הפרה, לנתבע עומדות ההגנות והטענות המוצדקות הפוטורות אותו מתשלום פיצוי.

פיצויים בגין רווח ממכירה או פרסום התמונה או פיצוי סטטוטורי

התובעת טענה וניסתה להוכיח, כי הנתבע ניסה לעשות רווחים והון ממכירת התמונה, אך היא כשלה בכך. מהעדויות שהובאו בפניי, עולה כי אתר הנתבע אינו אתר מסחרי בו ניתן לרכוש את התמונות ולא הוכח כי לנתבע היה רווח ישיר או עקיף מפרסום התמונה. התובעת לא הציגה כל ראיה בעניין זה, בעוד מר רוטמן בעדותו העיד מפורשות לשאלתי:

"ש. לא מכרת אתה דרך האתר?"

ת. מעולם לא"

(עמ' 108 שורה 4-2 לפרוטוקול).

טענות התובעת לגבי האפשרות כי הנתבע ניסה לעשות רווח מהתמונה, אינן מעוגנות בראיות, אלא בהנחות שלא הוכחו, ודי לעיין בסיכומי התובעת כדי ללמוד על כך כשהתובעת משתמשת במילים כי **"אין סבירות באמרתו של הנתבע כי אם יקבל פניה מפלוני שקיבל באתרו ויבקש לרכוש את אחת היצירות שבו, יענה בשלילה"** (סעיף 23 לסיכומי התובעת).

לא רק שלא הוכח לי כי הנתבע עשה רווח מהפרסום, אלא שגם לא הוכח לי כי התובעת ניזוקה בדרך כלשהיא מהפרסום, למעט הפגיעה הנפשית שהייתה לה, כטענתה. התובעת טענה בעת עדותה, כי הציור מוצג אצלה בגלריה במחיר של \$6,200, למעלה משלוש שנים, וטרם נמכר גם קודם לפרסום הציור באתר הנתבע.



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

יש לחזור ולהאיר כי עסקינן כאן, בצילום אחד של ציור אחד, אשר הוצג על ידי הנתבע באתר האינטרנט שלו, שהינו אתר לא פופולארי, ומספר הגולשים בו הינו נמוך, כך ש-היקף ההפרה היה במקרה זה מזערי יחסית. כפי שקבעתי כבר לעיל, העדפתי את גרסת הנתבע לפיו הצילום של הציור באתר הוסר בטרם הוגשה התובענה, כאשר לכל היותר הוכח לי כי הוא הוצג במשך פרק זמן של שבועיים, ואפילו אם הייתי מקבל את גרסת התובעת כי הוא הוסר מספר ימים לאחר הגשת התובענה, הרי שהיה מדובר בפרק זמן של שלושה שבועות, כך שלכל היותר **משך זמן שבו בוצעה ההפרה** היה קצר ביותר יחסית.

מהראיות שהוצגו בפניי, אין חולק כי למעט הנזק הנפשי שאולי נגרם לתובעת, לא נגרם לתובעת כל נזק חומרי. גם אם אבחן את טענת התובעת לגבי היקף הנזק הנפשי שנגרם לה, הרי שקשה להבין כיצד אירוע כה דרמטי, מסעיר ופוגע, שעבר על התובעת לאחר שגילתה את התמונה באתר הנתבע, לא נענה בפעולה מיידיית של הפסקת אותה הפרה. כפי שנאמר לעיל, התובעת לא שלחה מכתב התראה והמתנה כחודש ימים בטרם הוגשה התביעה, כאשר גם הגשת התביעה לא לוותה בהגשת בקשה לצו עשה זמני להסרת התמונה מאתר הנתבע. לנוכח סערת הרגשות שעברה על התובעת שגילתה את התמונה מחד, ולנוכח העובדה כי לא נקטה כל פעולה במשך חודש ימים מאידך, המסקנה המתבקשת הינה, או שהפגיעה לא הייתה כל כך קשה בתובעת, או שבמועד הגשת התביעה ידעה התובעת כי התמונה הוסרה כבר. שתי מסקנות אפשריות אלו עומדות בסתירה לעדותה של התובעת על כל המשתמע מכך. כפי שכבר נאמר מעדותה של התובעת, ניתן ללמוד כי בראש מעייניה של התובעת לא עמד הצורך או הרצון להסיר או למנוע את המשך ההפרה, אלא עמד הרצון להעניש את הנתבע על מעשיו כשברקע רצון זה, עמדו שני אירועים קודמים של הפרות על ידי אחרים שהנתבע לא היה קשור אליהם ולא היה לו בהם יד ורגל.

התמונה שהופיעה באתר הנתבע הינה כאמור, צילום ברזולוציה נמוכה ולא נסתרה הטענה של הנתבע כי כל אשר ניתן היה לעשות בה לכל היותר היה להדפיס אותה כצילום של ציור בגודל שקטן מגודל תמונת פוסטר ואין כל חשש כי בנסיבות אלו, כאשר התמונה הייתה מרוחה בצבעים כטענת התובעת, והיא נראתה גם בעיניה כ-"פוסטר פופ – ארט", שהתובעת לא הייתה מציגה בגלריה שלה (עמ' 64 שורה 8-10 לפרוטוקול), כי מאן דהוא יטעה או יחליף את הציור בתמונה שהייתה באתר הנתבע. כך שגם **חומרת ההפרה**, הינה ברמה הנמוכה ביותר שניתן להעלות, גם אם ידע הנתבע שמדובר בהפרה.

התובעת לא טענה כי נגרם לה נזק ממשי ובלאו הכי היא לא הוכיחה נזק שכזה. העדר נזק ממשי לתובעת הינם אחד הרכיבים שבית המשפט בוחן כשהוא פוסק פיצויים. התובעת אישרה כי הציור שלה מוצג מזה זמן רב בטרם הופיע הצילום באתר הנתבע והיא ניסתה למוכרו בסכום של \$6,200, והיא לא הצליחה למוכרו, לא לפני ולא אחרי הופעת הצילום באתר. יש



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

להניח כי מטעמים אלו, של היעדר נזק ממשי לתובעת (למעט הנזק הנפשי), היא בחרה לשים יתבה בשאלת הפיצוי על הפיצוי הסטטוטורי או על הפיצוי הנפשי.

ואמנם, כשקיימת הפרה של זכות מוסרית או זכות אחרת על פי חוק זכויות היוצרים, מקנה סעיף 56 לחוק את הזכות לצד הנפגע לקבל פיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק (ועל כך ארחיב בהמשך), אך קביעת רף הנזק אם בכלל, נבחנת גם לאור שאלת קיומו של נזק ממשי. התובעת הודתה בעצמה כי הנזק שנגרם לה הינו נזק עקיף והיא טענה שהפגיעה היא פגיעה בעיקר במוניטין ובתדמית שלה (עמ' 64 שורה 18 ועמ' 65 שורה 8 לפרוטוקול).

הנתבע טען כי הוא מעולם לא מכר דבר ובפרט לא מכר את התמונה של הציור ולא התכוון למכרה (עמ' 108 שורה 3-2 לפרוטוקול). התובעת לא הציגה כל ראיה לגבי מכירות כאלו שבוצעו על ידי הנתבע, וכפי שפורט כבר לעיל, היא מתבססת על הלכות והשערות ולא על ראיות ממשיות. התובעת כאמור לא הוכיחה כי נגרם לה נזק ממשי, ומאידך לא הוכיחה כי לנתבע **צמח רווח בשל ההפרה**.

אין חולק גם כי **טיב היחסים שבין התובעת לבין הנתבע** הוא כזה ששני הצדדים הודו ואישרו כי הם לא הכירו איש את רעהו, וכפי שפירטתי כבר ארוכות לעיל, הגעתי למסקנה לגבי **תום לבו של הנתבע**, כי בטעות העלה לאתר את תמונת הציור, ולא פחות חשוב מכך, שהוא הסיר את התמונה מייד כשהבין שזו מצויה בטעות באתר שלו.

כל המבחנים הנ"ל שנקבעו בחוק החדש, מובילים למסקנה כי זה המקרה בו גם אם קיימת הפרה, אין מקום להשית פיצוי כלל על הנתבע גם מקום בו קיימת הפרה טכנית של זכויות התובעת.

נותר אפוא לבחון האם בנסיבות העניין זכאית התובעת לפיצויים הסטטוטוריים הקובעים בחוק. כפי שכבר צוין לעיל, הפיצוי הסטטוטורי בהתאם לחוק החדש עומד בין 100,000 ₪ ל-0, והחוק קובע מספר שיקולים שבית המשפט ישקול בבואו לדון בגובה הפיצויים. כפי שכבר ציינתי, כעיקרון איני סבור כי החוק החדש קבע מבחנים שונים במהותם מאלו שהיו בחוק הישן (דהיינו **חוק זכויות יוצרים 1911 לפקודת זכויות יוצרים 1924**).

בית המשפט העליון, קבע את המבחנים לקביעת היקף הפיצוי הסטטוטורי כשהוא יצר איזון ונוסחה הקובעת כי הפיצוי צריך להיבחן לאור שאלת כוונתו של המפר לבצע את ההפרה לאחר שהוכח כי הייתה הפרה: **"מחד גיסא מחייבת המגמה הראשונה שלא להיתלש לחלוטין מאומדן עסקו המשוער הממשי של התובע ולא להביא להתעשרות שלא כדין...מאידך גיסא, מצדיקה המגמה השנייה להתחשב, לקבוע את סכום הפיצוי, במצבו הנפשי של המפר, היינו להחמיר פחות עם מפר**



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

תמים, ולהחמיר יותר עם מפר במתכוון...שיקולים שונים עשויים להילקח בחשבון בקביעת הפיצוי לאורן של מגמות היסוד הנ"ל: עוצמתן, מספרן, ומשכן של ההפרות; סוג היציאה; אשמו של המפר; אופיו וגודלו של העסק המפר וכיוצא בזה".

(ע"א 592/88 שמעון והלן שגיא נ' עיזבון המנוח אברהם ניניו ז"ל ואח' פ"ד מו' (2) 254 מפי כב' הנשיא (בדימוס) שמגר בעמוד 271-272 הדגשות שלי י.ש.).

בתי משפט שיישמו עיקרון זה בפסקי דין שונים, קבעו לא פעם את הרף התחתון (שהיה אז כפיצוי בגין הפרות של זכויות היוצרים), כשחשבו שנסיונות המקרה הינן כאלו שאינן מצדיקות פסיקת הפיצוי המקסימאלי, אלא הפיצוי המינימאלי, ולפעמים אף מצאו לנכון לרדת מתחת לפיצוי המינימאלי כאשר קבעו כי רף תחתון זה אינו מחייב את בתי המשפט אלא רק מנחה אותו, ולפיכך רבים המקרים בהם הפיצוי שנפסק היה נמוך בסך של 10,000 ₪. יש לציין כי עמדה זו, לפיה בית המשפט גם לפי החוק הישן היה מוסמך שלא לחייב בפיצוי הסטוטורי נתמכת גם על ידי המלומד עו"ד טוני גריינמן בספרו "זכויות יוצרים - אמנים ומפיקים", באומרו "פסיקת הפיצוי נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט הרשאי לפסוק כל סכום בתחום הסכומים הקבועים בחוק. והוא רשאי גם להימנע בפסיקת פיצוי כלשהוא" תוך הפנייה לפס"ד שגיא נ' עיזבון ניניו הנ"ל (מהדורה ראשונה בעמ' 484).

עקרון זה, של האפשרות לרדת לסכומים המינימאליים של הפיצוי הסטוטורי או שלא לפסוק פיצוי כלל במקרים מיוחדים, קיבל את ביטוי בחוק החדש בו לא נקבע רף תחתון והחוק מעמיד שורה של שיקולים כפי שכבר נאמר, שבית המשפט ישקול בפוסקו את הפיצוי המתאים במקרה שבפניו, יהיו בין היתר:

"היקף ההפרה; משך הזמן שבו בוצעה ההפרה; חומרת ההפרה; הנזק הממשי שנגרם לתובע, להערכת בית המשפט; הרווח שצמח לנתבע בשל ההפרה, להערכת בית המשפט; מאפייני פעילותו של הנתבע; טיב היחסים שבין הנתבע לתובע; תום לבו של הנתבע" (סעיף 56(ב) לחוק החדש).

בחינת הראיות שלפניי מובילה למסקנה, כי בכל אחד ואחד מהמבחנים הנ"ל הכף נוטה לטובת הנתבע ומעמידה את מעשי ההפרה הנטענים כלפיו בגדר מקרה חד פעמי שנעשה בשוגג, שלא מתוך כוונה להפיק רווח. מייד כשהוארו עיניו של הנתבע הוא הסיר את התמונה ולא ביקש להמשיך ולעשות בה שימוש במישרין או בעקיפין, ואף היה נכון במהלך הדיון שבפניי לפצות את התובעת (ע"י התגייסות חבריו מהצבא לעזור לו), מבלי שהודה בחבותו, והכל רק כדי להביע התנצלותו על הטעות וכדי להפיג את כעסה של התובעת. ניסיונות אלו כשלו, כפי שצוין לעיל, ואין מנוס מהמסקנה, כי על פי הדין ועל פי המבחנים האמורים אין מקום להשית על הנתבע תשלום פיצוי לתובעת, בנסיבותיו של המקרה בכלל, ובפרט וכפי שעוד יפורט בסופו של פסק הדין, כאשר פיצוי אפשרי מינימאלי



בית המשפט המחוזי מרכז

08 יולי 2010

ת"א 7648-09-08 כץ ואח' נ' רוטמן ואח'

בנסיבותיו של המקרה, היה פחות לאין שיעור מההוצאות ומשכר הטרחה להן היה זכאי הנתבע אם הייתי מוצא לנכון לפסוק כאלה.

איני סבור כי איזה מהעילות הרבות שפורטו על ידי התובעת הוכחו, ובייחוד כפי שפורט לעיל לא הוכחו לי הנזקים, ואין זה המקום בו יהיה זה צודק לעשות שימוש בהערכה או אומדנא או תוך שימוש בפיצוי הגלובלי שנקבע בחוק עוולות מסחריות או בחוק החדש.

סיכום

מאחר והגעתי למסקנה כי בכל מקרה, מעשי ההפרה (ככל שהיו כאלו), אינם מזכים את התובעים בפיצויים ובכלל זה בפיצויים סטטוטוריים, הרי שדין התביעה להידחות.

מאידך, יש לזכור כי התובע העלה את התמונה לאתר, מבלי לציין את שמה של התובעת, כמפורט לעיל. עובדה זו אינה משנה את מסקנתי כי דין התביעה להידחות אך יש בה כדי להשפיע על החלטתי לעניין ההוצאות.

אני סבור כי הנתבע שעשה את "המריחות" והשינויים הראשונים בציור, כנראה מחק את שמה של התובעת מהתמונה מבלי משים. חוסר תשומת לב זו של הנתבע, הובילה אותי למסקנה כי הנתבעים אינם זכאים להוצאות משפט או לשכ"ט עו"ד, למרות שהתביעה כלפיהם נדחתה ואני קובע כי כל צד יישא בהוצאותיו.

המזכירות תשלח העתק מפסק הדין לצדדים.

ניתן היום, כו בתמוז תש"ע, 08 יולי 2010, בהעדר הצדדים.

חתימה