



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4600/08

לפני :
כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט נ' הנדל

המערערים :
1. האולפנים המאוחדים בע"מ
2. אולפני הרצליה
3. אולפני הרצליה מעבדות צבע בע"מ
4. ר.ת. אולפנים בע"מ
5. עמירם גניגר
6. צבי שפילמן
7. מרים שפילמן

נגד

המשיבים :
1. ברקי פטה המפרס ישראל בע"מ- מר יצחק שני
2. האוניברסיטה העברית (משיב פורמלי)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב – יפו
מיום 25.3.2008 בת"א 2062/02 שניתן על ידי כבוד השופט
ד"ר ע' בנימיני

בשם המערערים : עו"ד חיים ויינטרוב, עו"ד רות בן דוד

בשם המשיבים : עו"ד רקפת פלד, עו"ד אוריה ששון

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו (כב' השופט ד"ר
ע' בנימיני) בת"א 2062/02 מיום 25.3.2008. הדיון בעל-פה לפנינו התקיים ביום
8.6.2010, ובסופו קיבלו הצדדים את המלצת ההרכב לנסות הליך של גישור. כחלוף
שנה הודיעו לנו הצדדים שלמרבה הצער, ניסיון זה לא צלח, ומשכך – מבקשים הם
פסק דין מבית משפט זה.

2. בשנת 1967 רכשה המשיבה (להלן: ברקי) זכויות בכחמש מאות יומני חדשות בקולנוע, הידועים בשם "יומני גבע" (להלן: היומנים). בשנת 1976 הפקידה ברקי את היומנים ב"ארכיון שפילברג" (להלן: הארכיון) הנמצא בבעלות האוניברסיטה העברית. במסגרת ההפקדה נחתם הסכם, בו נקבע כי "זכויות הבעלות וזכויות אחרות ביומנים" נותרות בידי ברקי.

בשנת 1978 החליטו ברקי והמערערות 2 ו-3 (להלן: אולפני הרצליה) להתאחד, והקימו את המערערת 1 (להלן: האולפנים המאוחדים). ההסכם שנחתם יכונה להלן "הסכם היסוד". ברקי קיבלה 30% מהמניות וכשליש מהכוח למנות חברי הנהלה. בהמשך הוגדל חלקה של ברקי במניות ל-37.5%. שאלת החזקה והבעלות בנגטיבים לאחר הסכם היסוד והקמת האולפנים המאוחדים נותרה מעורפלת. ב"כ הארכיון הודיעה לברקי בשנת 2002, כי בשנת 1990 העבירה את היומנים לאולפנים המאוחדים, והותירה בידיה רק עותקים לצפייה, ומכאן עולה לכאורה כי המקור של היומנים היה בידיה. נראה כי בשנים שלאחר כריתת הסכם היסוד הוחזקו היומנים תקופות שונות במתקני האולפנים המאוחדים, כמו גם בארכיון שפילברג. בשנת 1990 נערך הסכם בין הארכיון לבין האולפנים המאוחדים בדבר הפקדתם של עותקי וידאו מן היומנים בארכיון, תוך שימור זכויות היוצרים לאולפנים המאוחדים (להלן: הסכם שפילברג). כפי שנראה להלן, האולפנים המאוחדים רואים בכך ראייה שהסכם היסוד העביר את היומנים לבעלותם.

בשנת 1994 נחתם בין ברקי למערערים הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין (להלן: הסכם הפשרה). במסגרת ההסכם מכרה ברקי את מניותיה באולפנים המאוחדים למערער 4. בסעיף 5.2 להסכם נאמר כי:

"ידוע לצדדים כי קיימת ביניהם מחלוקת בקשר עם הזכויות ביומני גבע... מבלי לפגוע בטענות הצדדים אודות הזכויות ביומני גבע, מוסכם בין הצדדים כי אם לטענת התובעים יפרו הנתבעים או מי מהם את זכויות התובעים ביומני גבע, התובעים יהיו רשאים רק לקבלת סעדים כספיים, והם מותרים ויהיו מנועים מקבל סעדים או צווים האוסרים או מונעים, זמנית או באופן קבוע, את השימוש ביומני גבע, אף אם לטענתם השימוש יערך תוך הפרת זכויותיהם בקשר ליומני גבע."

כשמונה שנים לאחר מכן, ביום 5.3.2002, פנתה ברקי לאוניברסיטה ולארכיון בדרישה לקבל לידיה את היומנים. היא נענתה כי בעקבות ההסכם משנת 1990 הוחזרו העותקים המקוריים לידי האולפנים המאוחדים, מתוך הבנה של הארכיון שהם הבעלים של היומנים.

ברקי הגישה תביעה בבית המשפט המחוזי, וביקשה בין היתר את הסעדים הבאים: א. צו המצהיר כי היא הבעלים הבלעדי של היומנים וכל אמצעי האחסון והעותקים שלהם, וכי המערערים אינם רשאים להחזיק ביומנים ולעשות בהם שימוש כלשהו או עסקה כלשהי ללא רשותה, או לחלופין בלא תשלום שכר ראוי. ב. צו המורה על מכירת היומנים לכל המרבה במחיר, או לחלופין לחייב את המערערים לשלם לברקי את שווים כתנאי לכל שימוש בהם. ג. צו המצהיר כי ברקי זכאית לכל הרווחים שנתקבלו עקב השימוש ביומנים וכל עסקה בהם, או לחלופין לחייב את המערערים בפיצוי סטטוטורי מרבי בגין הפרת זכות היוצרים ביומנים, ללא הוכחת נזק. זאת על פי סעיף 3א לפקודת זכויות יוצרים, שהיא החוק הנוהג לעניין הפרת הזכויות הנידונה בתיק זה. ד. צו המצהיר כי ברקי זכאית לקבל מהמערערים כל מסמך רלבנטי בדבר התקבולים להם זכו מהשימוש ביומנים.

עיקרי פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בראשית הכרעתו התייחס בית המשפט המחוזי לטענות שהועלו בדבר התיישנות התביעה ושיהוי בהגשתה. הטענות נדחו. נקבע שתביעת הפיצויים לא התיישנה, משום שמדובר בעוולה מתמשכת. באשר לטענת השיהוי, הודגש (פסקאות 42-43) כי "לעיתים רחוקות יסיק בית המשפט כי אדם וויתר על זכותו הקניינית בנכס בעל שווי ממשי, רק בשל כך שהשתהה בהגשת תביעה לשם מימושה... אכן, השתהות התובעת (=ברקי) בהגשת התביעה לאחר הסכם הפשרה היא אולי בלתי מוצדקת, אך יש לה הסבר... התובעת מוגבלת לתביעת סעדים כספיים מהנתבעים, על פי הסכם הפשרה משנת 1994, וכל עוד סברה כי אין טעם בתובענה כספית נגדם - היא נמנעה מלהגישה... התנהגות התובעת גובלת לכל היותר ברשלנות, אך היא אינה מעידה על העדר תום לב".

מכאן עבר בית המשפט המחוזי לבחינת שאלת הבעלות ביומנים. ראשית נקבע (פסקה 45) כי לפנינו מצב של "הודאה והדחה" בו עובר נטל הראיה אל כתפיהם של הנתבעים, דהיינו המערערים בהליך זה. זאת משום שהם מודים שברקי הייתה בעלת

הזכויות, ושמעשיהם מהווים הפרה של הזכויות באם אלו נשארו שלה, אלא שלטענתם הם הפכו לבעלי הזכויות במסגרת הסכם היסוד. טענה זו, כך נקבע, טעונה הוכחה.

לגופו של עניין, בית המשפט המחוזי סבר שעיון בלשונו של הסכם היסוד, נסיבות כריתתו ותכליתו מלמד שההסכם לא כלל מכר של הזכויות ביומנים. מעבר לכך, בית המשפט המחוזי בחר לתת אמון בעדותו של מר יצחק (איז'ו) שני, מנהלה של ברקי, אודות כוונת הצדדים בהסכם היסוד; ולקבל את דבריו כי בעת חתימת הסכם הפשרה בשנת 1994 היו האולפנים המאוחדים מעוניינים לרכוש מברקי את זכויות היוצרים ביומנים; ורק משנדחתה בקשתם זו העלו טענה לגבי זכותה של ברקי ביומנים. יוחסה משמעות גם להימנעותם של המערערים מהעדתה של המערערת 7, שחתמה על הסכם היסוד מטעם אולפני הרצליה.

בית המשפט המחוזי הוסיף והתייחס לטענה חלופית של המערערים, לפיה גם אם צודקת ברקי בכך שלא העבירה את זכויותיה בהסכם היסוד, היא הפקירה אותן במהלך השנים שחלפו. הטענה נדחתה, תוך קביעה שכוונת הפקירה לא הוכחה כלל ועיקר.

באשר לסעדים המבוקשים, בית המשפט המחוזי הדגיש את נפקותו של הסכם הפשרה, לפיו אין לאפשר כל מניעה של שימוש ביומנים. נקבע שברקי אינה זכאית לכל סעד אחר שימנע מהמערערים את המשך השימוש ביומנים, ובכלל זה מכירתם לכל המרבה במחיר, או חיובם לשלם לה את שוויים, קרי: לרוכשם ממנה: "סעד כזה איננו מוכר בדין כאשר מדובר במפר של זכות קניין רוחני, והוא עומד בניגוד להתחייבות התובעת בהסכם הפשרה להמשיך ולאפשר לנתבעים לעשות שימוש מפר ביומנים, כנגד תשלום פיצוי או תמלוגים לתובעת". ברם, הובהר, נוכח האפשרות לתבוע פיצויים כספיים, אין כל מניעה להעניק סעד הצהרתי על בעלותה של ברקי ביומנים. על כן, סעד זה ניתן, ונקבע כי שימושי המערערים ביומנים מהווים הפרה. בית המשפט המחוזי חייב את האולפנים המאוחדים ואת אולפני הרצליה להעביר לברקי פרטים וחשבונות מלאים וכל מסמך רלבנטי בדבר ההכנסות, התקבולים או הרווחים שהפיקו מהיומנים וכל שימוש שעשו בהם בשבע השנים שקדמו להגשת התביעה. כמו כן, ניתן צו המצהיר כי ברקי זכאית לקבל מהאולפנים המאוחדים ומאולפני הרצליה כל רווח שהפיקו בשבע השנים שקדמו ליום הגשת התביעה, כתוצאה מן השימוש ביומנים או כל ניצול מסחרי שלהם, בניכוי הוצאות שהוציאו לשם אחזקת היומנים, שמירתם או שדרוגם (כולל העברתם לקלטות וידאו); ושלחלופין זכאית ברקי לקבל מהאולפנים המאוחדים פיצוי סטטוטורי, ללא הוכחת נזק, בסכום המרבי הקבוע בסעיף 3א לפקודת זכות יוצרים בגין

כל שימוש שעשתה ביומנים לצרכי עצמה, או לצרכים מסחריים, בשבע השנים שקדמו להגשת התביעה. מכאן הערעור שלפנינו.

טענות המערערים

4. בפיהם של המערערים מספר טענות נגד הכרעתו של בית משפט קמא. באשר לפרשנותו של הסכם הייסוד, הם סבורים שנפלה שגיאה בכך שניתן משקל יתר לעדותו של בעל עניין על פני זה של נסיבות חיצוניות המעידות בבירור על כך שהזכויות ביומנים הועברו לאולפנים המאוחדים. נסיבות אלו כללו את העובדה שהיומנים הוחזקו, לפחות בחלק מהתקופות, באולפנים המאוחדים, ולא אצל ברקי, והאולפנים המאוחדים אף נשאו בהוצאות של אחזקת היומנים ושימורם; את העובדה שברקי לא גילתה התעניינות רבה ביומנים במשך כל השנים עד 2002, ושאינן כל ראייה שעשתה אי-פעם שימוש ביומנים; וכן הסכם שפילברג שנחתם בשנת 1990 בין האולפנים המאוחדים לארכיון, המציין שהזכות ביומנים שייכת לאולפנים המאוחדים, וזאת כאשר ברקי החזיקה בכשליש מהמניות באולפנים המאוחדים באותה עת ומנהלה של ברקי כיהן כדירקטור בהם. המערערים מוסיפים וטוענים, שנסיבות אלו אף מבססות טענה חלופית, לפיה ברקי הפקירה את הזכות ביומנים.

טענה אחרת נוגעת להתיישנות התביעה. לדברי המערערים, עילת התביעה התגבשה באחד משלושה מועדים אפשריים: שנת 1978, עת החלו האולפנים המאוחדים לעשות שימוש ביומנים; שנת 1990, עת נחתם הסכם שפילברג; ושנת 1994, עת הועלתה המחלוקת במפורש. גם לפי המועד המאוחר, התביעה שהוגשה בשנת 2002 עברה את תקופת ההתיישנות. לצד זאת, מוסיפים המערערים, חלה כאן עילה של שיהוי ומניעות, שכן המערערים שינו את מצבם לרעה בשל שתיקתה של ברקי. לדבריהם, אף אם סבר בית המשפט המחוזי שיש לקבל את טענתה המקוממת של ברקי, שהודתה בכך שהשתתה מלתבוע כל עוד לא סברה שמדובר בסכומי כסף גדולים, עליה לכל הפחות לשאת בתוצאות המזיקות של השתהות זו.

5. טענות אחרות שהעלו המערערים מתייחסות לסעדים שהעניק בית משפט קמא לברקי. באשר לרווחים שהופקו קודם להגשת התביעה, הם סבורים שברקי אינה זכאית להם, שכן היא ויתרה עליהם במודע. שנית, גם אם אין לדחות את התביעה – כדבריהם דלעיל – בשל שיהוי ומניעות, ראוי לשיקולים אלו להשפיע לכל הפחות על גובה הפיצויים. ואולם, טענתם העיקרית של המערערים מכוונת כנגד הפיצוי הסטטוטורי שפסק בית המשפט המחוזי, דהיינו פיצוי ללא הוכחת נזק בשיעור המרבי לפי סעיף 3א

לפקודת זכויות יוצרים (להלן: סעיף 3א), בגין כל שימוש שנעשה ביומנים בשבע השנים שקדמו לתביעה. כנגד קביעה זו מעלים המערערים מספר השגות. הראשונה, סעיף 3א חל רק על מקרים של הפרת זכויות יוצרים. בענייננו, הפרה שכזו לא נתקיימה, שכן השימוש ביומנים נעשה מכוח הסכמתה של ברקי בהסכם הפשרה. ממילא, גם הפן ההרתעתי, שעומד ביסוד הפיצוי הסטטוטורי אינו רלוונטי כאן. השנייה, אומד דעתה של ברקי בהסכם הפשרה מלמד כי היא התכוונה לתבוע את הרווחים שהופקו ולא את הפיצוי הסטטוטורי. השלישית, אין זה מן הראוי לחייב בפיצוי סטטוטורי מלא, שאינו מביא לידי ביטוי את ההוצאות שהוציאו המערערים במסגרת החזקת היומנים, ואף אינו מתחשב בכך שלא מדובר בהפרה מכוונת ובוטה. והרביעית, בענייננו אין מדובר בסדרה של הפרות נפרדות אלא לכל היותר בהפרה אחת מתמשכת.

טענות המשיבה

6. ברקי, מצידה, סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ומבקשת לדחות את הערעור. בהתייחסה לשאלה הבסיסית, היא שאלת העברת הבעלות ביומנים במסגרת הסכם היסוד, ברקי טוענת שמדובר בשאלה עובדתית, שהוכרעה בערכאה הדיונית על בסיס עדויות וראיות, ואין מקום להתערב בה. היא מציינת שפסק הדין לא הסתמך רק על עדותו של מר שני, מנכ"ל ברקי, אלא גם על זו של מערער 5, יושב ראש מועצת המנהלים של האולפנים המאוחדים, בה נאמר (עמ' 24 לפרוטוקול) כי "המיזוג תכליתו היתה להתייעל. נכסים שיוצרו קודם נשארו שייכים למי שהיו שייכים לו"; וכן על ההימנעות מהבאתה לעדות של מערערת 7, אשר ניהלה מטעם אולפני הרצלייה את המשא ומתן לכריתת הסכם היסוד.

ברקי מוסיפה ודוחה גם את הטענה בדבר הפקרתה את היומנים, וזאת בשל מספר טעמים: מדובר בהרחבת חזית, כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי; זהו ערעור על ממצא עובדתי שנקבע בערכאה הדיונית, שלא התקיימה כוונה להפקיר; העברת הסרטים הפיזיים אינה מהווה הוצאה של זכויות היוצרים מידי ברקי; הפקרה חייבת להיות לכלל הציבור ולא למחזיק ספציפי; ולסיום – מדובר בנכסים בעלי ערך, שהנחת המוצא לגביהם היא שאין כוונה להפקירם.

באשר להתיישנות, ברקי חוזרת על קביעת בית המשפט המחוזי, שהיות שמדובר בעוולה מתמשכת, אין התיישנות בנוגע לשבע השנים האחרונות. לצד זאת דוחה ברקי גם את הטענות הנוגעות לשיהוי ומניעות, משום שהמערערים לא הסתמכו על שתיקתה של ברקי ולא שינו את מצבם לרעה; משום שהשיהוי לא נבע מחוסר תום לב; ומשום

שאינן לעשות שימוש בדוקטרינה זו אלא בנסיבות חריגות, שכן היא מקצרת למעשה את תקופת ההתיישנות.

7. גם בשאלת הסעדים תומכת ברקי במסקנות בית המשפט המחוזי. ברקי שוללת את הטענה על ויתור מצידה על חלק מן הרווחים, ועל כן גורסת כי היא זכאית להשבתם המלאה.

באשר לפיצוי הסטטוטורי, ברקי סבורה שיש הצדקה מלאה לשימוש בו. לדבריה, אין ספק שמדובר בהפרה של זכות יוצרים. הסכם הפשרה לא אישר שימוש ביומנים, אלא רק קבע שהסעדים שיתבקשו יהיו כספיים גרידא. היא מוסיפה שגם אם תתקבל הטענה שניתנה הרשאה לשימוש ביומנים, הרי שזה היה רק כנגד תמורה כספית, ומשלא ניתנה תמורה, הרי שהדבר נעשה ללא הרשאה. ברקי סבורה שהמערערים רמסו ברגל גסה את זכויותיה, ועל כן הטלת פיצוי מרבי הולמת את הרציונאל ההרתעתי. בהתייחסה למספר ההפרות המדובר, ברקי טוענת שמדובר בכחמש מאות יומנים, וכל שימוש מפר ביומן מהווה הפרה בזכות יוצרים שונה. לדבריה, לא יעלה על הדעת ששימוש מקיף ומגוון ביומנים במשך 7 שנים ייחשב להפרה אחת בלבד, המזכה את הנפגע בפיצוי סטטוטורי של 20,000 ₪.

דיון

הבעלות ביומנים ועצם הזכאות לפיצויים

8. האם העבירה ברקי את זכויותיה ביומנים אל האולפנים המאוחדים? בטרם אבחן את טענות הצדדים בנושא זה, אתייחס לשאלה המקדמית, הלוא היא שאלת נטל הבאת הראיות בכגון דא.

כאמור לעיל, בית המשפט המחוזי קבע שעל בסיס הדוקטרינה של "הודאה והדחה", נטל הראיה לכך שהבעלות ביומנים עברה רובצת על הטוענים כן, דהיינו המערערים. דוקטרינה זו מבוססת בפסיקתנו ורווחת היא אף בשיטות משפט אחרות (ראו המובא בע"א 11100/02 חצור נ' דותן, 16.2.2004, פסקה 18).

יישומה הקלאסי של דוקטרינה זו הוא במקרה בו נתבע טוען "פרעתי" – כיוון שהוא מודה בקיומה של עילת החיוב, אך מעלה טענת "הדחה" שבגינה הוא פטור מלשלם, עליו להוכיח את קיומה של טענה זו. מעניין לציין, שהכלל במשפט העברי

שונה בהקשר זה: נתבע נאמן בטענת "פרעתי" כל עוד אין מדובר ב"מלווה בשטר" (משנה, מסכת שבועות, פרק ו משנה ב). מן הראוי להדגיש ששוני זה כפול הוא. ראשית, המשפט העברי מכיר בדוקטרינה המכונה "מיגו", ולפיה כאשר המקור היחיד שיש לנו לנכונות טענה מסוימת, כגון עילת התביעה הבסיסית, הוא הודאתו של הנתבע, הוא זכאי להסתמך על היכולת שהייתה לו לטעון אחרת ובעזרתה להיות נאמן בטענתו הנוכחית. להשוואה מקיפה בהקשר זה בין שיטות המשפט השונות, הכוללת הצעה אופרטיבית הנוגעת למשפט הישראלי, ראו י' סיני "הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי – ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן" מחקרי משפט כד (2008) 165. שנית, גם כאשר ישנה ראייה חיצונית על יצירת עילת החיוב, כגון עדים מהימנים המעידים על ההלוואה, הנתבע זכאי לטעון כי הוא פרע את ההלוואה (לניתוח היבט זה במשפט העברי, ראו ש' שמעוני "נאמנות הלווה בטענת 'פרעתי'" עלון שבועות 159, 91 (תשס"א)).

כמובן, אף שיישומה הקלאסי של הדוקטרינה של "הודאה והדחה" במשפט הישראלי הוא המקרה של טענת "פרעתי", אין היא מוגבלת למקרה זה, וחלה היא על כל מקרה שבו הודה הנתבע או שהוכחו במלואם הרכיבים הנדרשים להקמת עילת החיוב והנתבע מעלה טענה אחרת שבגינה הוא פטור מלשלם; ראו י' קדמי על הראיות (מהדורה שלישית, תשס"ד-2003) 1530 ואילך.

עם זאת, שייכותה של הדוקטרינה למקרה דנא מוטלת בספק רב. כבר הבעתי את עמדתי, שסכסוך הנוגע לבעלות על נכס, בגדרו ברור שהתובע היה בעליו הקודם של הנכס ושהנתבע הוא שמחזיק בו כעת, והמחלוקת שבין הצדדים נוגעת לדרך שבה עבר הנכס מן התובע אל הנתבע – האם בדרך פסולה של גזילת החפץ או בדרך חוקית של מכר – אינו מתאים לדוקטרינה של "הודאה והדחה" (רע"א 296/11 מוחמד נג'אר נ' שאוקי חמדאן עליאן, 23.2.2012, פסקה 7 לפסק דיני (להלן: עניין נג'אר)). זאת בשל השוני האנליטי בין השניים, באשר בסכסוך הנוגע לבעלות בנכס אין מדובר בהעלאת טענת פטור – הדחה, אלא באי-הסכמה אודות עילת התביעה עצמה הנסובה סביב מחלוקת עובדתית באשר להשתלשלות סיפור המקרה; וכן בשל התוצאות הבעייתיות הנובעות מהחלת הדוקטרינה על טענת "קניתי", שאינן מבחינות בין הנדרש לביסוסה של טענה שכזו לגבי בית לבין ביסוסה לגבי מיטלטלין פעוטי ערך.

כפי שהובהר בפסק הדין הנ"ל, המסגרת הראויה לבחינת נטל הבאת הראיות במחלוקת סביב טענת "קניתי" מושפעת מאופי הנכס הנידון, ובכלל זה – בין היתר – הבחנה משמעותית בין מיטלטלין למקרקעין. כאמור שם בפסקה 9:

“אם פלוני קונה משכנו עט, אין עליו נטל לשמור הוכחות על רכישת אותו עט, לבל יואשם בגניבתו בהקשר פלילי או ייתבע בהשבתו בשל עוולת הגזל בהקשר אזרחי. ברם, בהקשר של מקרקעין, ובפרט לאור שיטת המרשם הנקוטה אצלנו (גם כאשר עסקינן במקרקעין שאינם מוסדרים, ראו סעיף 125(ב) לחוק המקרקעין), לצד דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, זהותו של התובע כמי שהיה בעליה של חלקת קרקע מגדירה את המחזיק בה וטוען לבעלות כ”מוציא מחברו” שעליו נטל הראיה. מבחינה אנליטית, ייתכן כי מדויק יותר לומר כי המוציא מחברו בכגון דא עליו הנטל להביא ראיות מסוימות שמאפיינות את עסקת המקרקעין. שיקול זה אינו משפטי גרידא, אלא גם עובדתי-כלכלי. זאת במובן שבשל חשיבות מושא המכר והערך הכספי המאפיין אותו, ניתן לצפות – גם כהיסק נסיבתי – תיעוד חיצוני המשקף את המכר של מקרקעין”.

האם נגזר מכך שמסקנתו של בית המשפט המחוזי, שבמקרה דנא רובץ נטל הראיה על המערערים, שגויה היא? התשובה היא שלילית. על אף שיוכן של זכויות בדין המהותי לחוק המיטלטלין, תשל”א-1971 (על פי סעיף 13 לחוק), לאור הרציונאלים שפורטו המבחינים בנידון דנא בין מקרקעין למיטלטלין, מסתבר שסכסוך הנוגע לבעלות בזכות יוצרים דומה יותר בהקשר המדובר למקרקעין מאשר למיטלטלין. מדובר בנכס ייחודי ויקר ערך שהעברת הבעלות בו נעשית באופן מסודר ורשמי המגובה במסמכים. יתר על כן, האחיזה הפיזית אינה בעלת משמעות בזכויות קניין רוחני, שכן האחיזה בחומרי הגלם איננה אחיזה בזכות. אכן, קניין רוחני הוא דוגמה מובהקת לבעלות המשותפת מכבליה של ההחזקה. בעבר הרחוק היו שהתקשו בהבנת עצם היתכנותו של קניין ללא החזקה. כפי שכתב Sir Frederick Pollock במכתב לשופט האמריקאי הדגול Oliver Wendell Holmes במכתב משנת 1926 אודות אבות המשפט האנגלי: “our ancestors simply couldn’t understand owning anything one does not “actually possess (“Give me the handle of the church door,” says the grantee) (HOLMES-POLLOCK LETTERS Vol.2 186 (1942, Mark DeWolfe Howe ed.)). ייתכן שאבות אבותיו של המשפט האנגלו-סקסי לא יכולים היו לקבל מושג של קניין ללא החזקה מוחשית. אולם, אנו – ובוודאי בני בנינו – מבינים זאת בקלות ובטבעיות בעידן הקניין הרוחני המפותח, ובפרט בעידן האינטרנט. מים רבים זרמו בנהר הקניין מני אז, ובוודאי שכך ביחס לקניין רוחני. בנכס כגון קניין רוחני, שבו אין משמעות לאחיזה, ברי שעל הטוען לשינוי בעלות להביא ראיה לשינוי שכזה.

להבהרת נושא העברת הנטל מצד לצד בטענת "קניתי", ניתן לבסס העברה כזו לא מכוח הודאה והדחה, אלא בשל סלע המחלוקת הקונקרטי בין הצדדים. כמבואר בעניין נג'אר:

"הנטל הועבר אפוא מכוח הנסיבות, ניסיון החיים והשכל הישר. ודוק: אלו אינם מכריעים בסכסוך, אך בכוחם ליצור מעין ראייה נסיבתית או תשתית נסיבתית. תשתית זו גורמת להעברת נטל הבאת הראיות. לשון אחר, אם בהעברת נטל הבאת הראיות עסקינן, היקף ההעברה וטבעו תלוי בנסיבות המקרה".

9. לגופו של עניין, בין אם נטל השכנוע רובץ על כתפיה של ברקי ובין אם הוא רובץ על כתפי המערערות, כף המאזניים נוטה לכך שברקי לא העבירה את זכויותיה ביומנים לאולפנים המאוחדים.

העילה המרכזית בגינה טוענים המערערים שהזכויות ביומנים עברו לאולפנים המאוחדים היא חתימתו של הסכם היסוד בשנת 1978. על פי סעיף 5(2) לפקודת זכות יוצרים (בדומה לסעיף 37(ג) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007) לשם העברה של זכות יוצרים יש צורך במסמך בכתב. אכן, הפסיקה קבעה שעל אף לשון הסעיף: "כל העברה או נתינה כאלה לא יהא כחן יפה אלא אם כן נעשו בכתב ונחתמו על ידי בעל הזכות שחלו בה ההעברה או הנתינה או על ידי בא כחו המורשה כהלכה" (ההדגשה הוספה), אין מדובר בדרישה קונסטיטטיבית אלא ראייתית גרידא (ע"א 520/80 דוונברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(1) 85, 98). ברם, אף דרישה ראייתית דרישה כבדת משקל היא. זאת במיוחד כאשר העברת הזכויות הנטענת היא מכוח הסכם מסוים, שפרשנותו היא העומדת לדיון – יש להראות היכן מצוינת העברת הזכויות במסגרת ההסכם. בענייננו, עיון בחוזה לאורכו ולרוחבו אינו מגלה כל סימן להעברת בעלות בזכות היוצרים ביומנים. סעיף 18 בחוזה קובע כי "החברה המאוחדת תרכוש מבעלי מניותיה את מלאי חומרי הגלם שלהם שאינם מלאי מת" – מדובר ברכישה של חומרי גלם ולא של זכויות.

מנגד, המערערים הצביעו על מספר אינדיקציות לכך שהבעלות ביומנים עברה אליהם, ובכללן העובדה שהיומנים הוחזקו במהלך השנים ברשותם, שהם נשאו בהוצאות אחזקתם ושימורם, ושברקי לא גילתה בהם התעניינות רבה. גם אם אין בנסיבות אלו בכדי ללמד על פרשנות שונה להסכם המקורי, האם אין בהן בכדי ללמד על חוזה מכללא שנוצר במהלך השנים שחלפו, או לחלופין על הפקרתה של ברקי את

זכויותיה ביומנים? לטעמי, התשובה שלילית, וזאת אף בהתעלם מקביעת בית משפט קמא כי מדובר בהרחבת חזית.

קשה להניח כי גוף עסקי דוגמת ברקי, שרכש את זכויות היוצרים ביומנים בשנת 1976 בסכום של 250,000 ל"י (פסקה 55 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי), בחר לוותר על זכויות אלו. על מנת לבסס טענה של הפקרה או חוזה מכללא יש להראות קיומה של כוונה מוכחת לעשות כן. לצד זאת, יש להוסיף כי הפקרה לפי סעיף 7 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971 מתייחסת לויתור על זכות לטובת הרבים, ולא לטובת שותף עסקי המחזיק בנכס. על כן, צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי הבעלות ביומנים לא הועברה מברקי אל המערערים.

התיישנות ושיהוי

10. בקצרה אציין, שלא ראיתי ממש בטענותיהם של המערערים בדבר שיהוי והתיישנות. אין לקבל טענת התיישנות בנוגע ל-7 השנים שקדמו לתביעה, שכן מדובר בתביעה בגין עוולה מתמשכת. באשר לשיהוי, ברקי ציינה במספר הזדמנויות שאין היא מוותרת על טענותיה בדבר זכויותיה ביומנים, וכי כוונתה להגיש תביעה בנפרד בנושא זה. על כן, אין מדובר במקרה שבו התובע השתהה וגרם לצד השני לשנות את מצבו לרעה בגין אמונה שעילת התביעה נשכחה או נזנחה.

אם כן, יש להותיר על כנו את הסעד ההצהרתי שהוענק בבית משפט קמא, לפיו ברקי נותרה בעליהם של היומנים.

הפיצויים

11. לנוכח המסקנה כי ברקי נותרה בעליהן של זכויות היוצרים ביומנים, וכי לא קמה נגדה עילה של שיהוי, מובן כי היא אכן זכאית לפיצויים בגין הפרת זכויותיה, עליהן היא לא ויתרה. השאלה המרכזית שעליה יש לתת את הדעת היא שאלת השימוש בפיצוי הסטטוטורי.

סעיף 3א לפקודת זכות יוצרים, שכותרתו "פיצויים ללא הוכחת נזק", קבע בעת המדוברת כדלהלן:

"לא הוכח הנזק שנגרם בהפרת זכות יוצרים, רשאי בית המשפט, על פי בקשת התובע, לפסוק לו לכל הפרה פיצויים בשיעור שלא יפחת מ-500 שקלים ולא יעלה על 30,000 שקלים; שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי בצו לשנות את השיעורים האמורים".

האם נכון ליישם סעיף זה במקרה דנא?

הנשיא מ' שמגר, ע"א 592/88 שמעון שגיא נ' עזבון המנוח אברהם ניניו ז"ל פ"ד

מו(2), 254, קבע קיום מנחים בפרשנותו של הסעיף האמור. לדבריו:

"ההסדר נועד לאפשר לתובע מכוח זכות יוצרים, לאחר שהוכיח כי הוא זכאי לתבוע לפי זכות זו, ולאחר שהוכיח דבר הפרתה של הזכות בידי הנתבע, לתבוע פיצוי בגין ההפרה ללא צורך בהוכחת הנזק הממשי. סעד זה ניתן כאמור בסעיף, לפי בקשת התובע (ובכפוף לשיקול דעת בית המשפט), אשר רשאי לבחור בפיצוי, כאמור, משיקוליו שלו: יכול ותובע יבקש נזקיו הממשיים כפי שהוכחו ויכול ותובע יבקש סעד של הפיצוי הסטטוטורי. אומנם, כפי שנאמר בדברי ההסבר, ההסדר נועד בעיקר למצבים בהם לתובע יש קשיים להוכיח את נזקו הממשי, אולם זהו עניין סובייקטיבי ולטעמי אין הגיון במניעת הפעלתו של הסעיף גם כשהתובע יכול היה לנסות ולהוכיח נזקו אך בוחר להסתפק בפיצוי הסטטוטורי... פרשנות זו תואמת גם עקרונות יסוד בהגנה על זכות היוצרים, המשלבים בין מטרת הפיצוי של התובע, לפי עקרונות נזיקיים, לבין המטרה בדבר הרתעתם של המפר ושל מפריס פוטנציאליים אחרים... ההיבט ההרתעתי בא לידי ביטוי, למשל, בייחוס חשיבות למצבו הנפשי של המפר בקביעת הפיצויים... ההיבט ההרתעתי עולה גם מקביעת סכום פיצוי מינימלי בסעיף 3א, הוראה אשר בדרך כלל מוכרת רק בתחום המשפט הפלילי".

הפיצוי הסטטוטורי איננו זהה לפיצויים עונשיים (ראו רע"א 1108/04 קידמה

בע"מ נ' אבקסיס, 20.12.2004, והשוו ע' אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" בתוך יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים 573, 578 ה"ש 19 (בעריכת מ' בירנהק וג' פסח, 2009)). בנושא הפיצויים הסטטוטוריים בגין הפרת זכות יוצרים, שיקול ההרתעה צועד יד ביד עם הכרה בקושי בתיקים מסוימים להוכיח את הפיצוי בדרכים רגילות. כפי שכתב חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין:

"בית המשפט המחוזי נדרש, כאמור, לפיצוי ללא הוכחת נזק נוכח הקושי בכימות שיעור הנזק הקונקרטי בענייננו. מנגנון הפיצוי ללא הוכחת נזק בדיני זכויות יוצרים נועד להתמודד עם קושי שכזה, הקיים באופן טיפוסי בהוכחת הנזק שגרמה הפרת הזכות ביצירה, כמו גם להגביר את ההרתעה מפני הפרות עתידיות (עמית אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" יוצרים זכויות - קריאות בחוק זכות יוצרים 578 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)). החוק קובע אפוא מנגנון המאפשר לבעל זכות היוצרים להתגבר על המכשלה הכרוכה בהוכחת הנזק הפרטני, אך מגביל מנגד את סכום הפיצוי האפשרי (בטווח שבין 10,000-20,000 ש"ח לפי פקודת זכות יוצרים; ועד 100,000 ש"ח לפי החוק החדש), כאשר קביעת שיעור הפיצוי בטווח האמור תעשה לפי שיקול דעתו של בית המשפט. בהקשר שלפנינו יצוין, כי אין מניעה ששיעור הפיצוי ללא הוכחת נזק בגין קיומה של הפרה תורמת, יבחן לפי אותם שיקולים ועקרונות המנחים ברגיל את בית המשפט בבואו לקבוע פיצוי כאמור בגין הפרה ישירה (לפירוט בנוגע לשיקולים אלה, ראו, למשל: ע"א 592/88 שגיא נ' עזבון ניניו, פ"ד מו(2) 254, 270-272 (1992); ע"א 2392/99 אשרז נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נז(5) 255, 283-285 (2003); ע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פ"ד נא(5) 337 (1997); גרינמן, בעמ' 785-790; אשכנזי, בעמ' 588-598) (ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, 20.6.2011).

12. ומן הכלל אל הפרט.

במקרה המדובר, טענות הצדדים נוטות אל הקצוות. המערערים, מן העבר האחד, טוענים שאף אם תתקבל טענתה של ברקי כי היא בעלת הזכויות ביומנים, אין להגדיר את שימושם ביומנים כהפרה, וזאת בשל הסכם הפשרה משנת 1994 אשר מנע מברקי לתבוע הפסקת שימוש ביומנים, ובכך אפשר להם להמשיך שימוש זה. ברקי, מן העבר השני, גורסת כי המערערים רמסו ברגל גסה את זכויותיה ומדובר בהפרה בוטה המקיימת את הרציונאל ההרתעתי. דעתי היא כי האמת מצויה בתווך שבין טענות אלו.

כפי שעולה בבירור מהסכם הפשרה, אין הוא שולל מברקי אפשרות לתבוע בגין הפרת זכויותיה, באם ייקבע שזכויות אלו אכן שייכות לה. על כן, לפנינו הפרה של זכויות, המאפשרת תביעת פיצויים. ברם, קשה לקבוע שזהו המקרה הראוי להטלת פיצוי סטטוטורי. ודוק: הטלת פיצוי סטטוטורי מלא או אף חלקי נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. מקיומו של השיקול ההרתעתי נגזר, שככל שההפרה בוטה יותר, כך

מוצדק יותר לערוך שימוש בפיצוי הסטטוטורי. בענייננו אין מדובר בהתנהגות בוטה ורומסנית, אלא במחלוקת ארוכת שנים בין שותפים. הצדדים השכילו להציב גבולות למחלוקת שביניהם, ולהסדיר את התנהלותם, ובמצב שכזה אין לראות בשימוש ביומנים משום פגיעה שהרציונאל ההרתעתי תקף לגביה. זאת במיוחד כאשר אף ברקי איננה טוענת שאין ביכולתה להוכיח את נזקיה בדרך הרגילה.

בהקשר זה, ראוי לתת משקל גם להשתהותה של ברקי בהגשת התביעה. כפי שצינתי לעיל, אינני סבור שניצבת לפני ברקי מניעות בגין שיהוי, שכן המצב היה ברור לצדדים, והמערערים לא שינו את מצבם לרעה. ברם, הדבר מפחית את מידת הבוטות של ההפרה. מדובר, למעשה, במדיניות מחושבת של נטילת סיכונים, כאשר המשתמשים ביומנים מודעים לכך שאפשר שייאלצו לשלם כדת וכדין על מעשיהם. כך, אכן, עליהם לשלם, אך זאת בגין הוכחה של הרווחים והנזקים, ולא על בסיס הפיצוי הסטטוטורי ההרתעתי.

יש להוסיף, כי אף שחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 אינו תקף בהפרות בהם עסקינן, ניתן לשאוב השראה מסוימת מהוראותיו. סעיף 56 לחוק קובע מספר שיקולים שניתן לשקול בקביעת פיצויים ללא הוכחת נזק:

- "(א) הופרה זכות יוצרים או זכות מוסרית, רשאי בית המשפט, על פי בקשת התובע, לפסוק לתובע, בשל כל הפרה, פיצויים בלא הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על 100,000 שקלים חדשים.
- (ב) בקביעת פיצויים לפי הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט לשקול, בין השאר, שיקולים אלה:
- (1) היקף ההפרה;
 - (2) משך הזמן שבו בוצעה ההפרה;
 - (3) חומרת ההפרה;
 - (4) הנזק הממשי שנגרם לתובע, להערכת בית המשפט;
 - (5) הרווח שצמח לנתבע בשל ההפרה, להערכת בית המשפט;
 - (6) מאפייני פעילותו של הנתבע;
 - (7) טיב היחסים שבין הנתבע לתובע;
 - (8) תום לבו של הנתבע."

בין השיקולים מצויים חומרת ההפרה, טיב היחסים שבין הנתבע לתובע ותום לבו של הנתבע. כמדומה ששיקולים אלה, הגם שהחוק המונה אותם אינו תקף ביחס למקרנו, רלוונטיים המה, ומטים את הכף במקרה דנא לכך שלא יוטל פיצוי סטטוטורי. מדובר במערכת יחסים ארוכת שנים שכללה מחלוקת באשר להעברתן של הזכויות ביומנים, והמשך השימוש בהם על ידי המערערים הוכר במידה מסוימת במסגרת הסכם

הפשרה, כאשר לכך מצטרפת ההשתהות המכוונת במשך שמונה שנים בהגשת התביעה ויכולת להוכיח נזק ממשי במסלול הרגיל.

הנה כי כן, במקרה כגון דא, אין מקום להטלת פיצוי סטטוטורי.

14. נקודה אחרונה. בחלק האופרטיבי של פסק דינו קבע בית המשפט המחוזי כי ברקי רשאית לקבל פיצוי על בסיס הרווח כתוצאה מן השימוש ביומנים, ולחלופין זכאית היא לקבל פיצוי סטטוטורי מלא בגין כל שימוש שנעשה בהם. כמובן, תובע בהליך מעין זה רשאי לבקש סעדים חלופיים, אך העניין נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. פסיקה מעין זו בנסיבות תיק זה מעוררת סוגיה נוספת. בית המשפט המחוזי קבע את הפיצוי החלופי מבלי שנקבע שיעורו של כל מסלול. הרי לצד הפיצוי נפסק כי:

“ניתן צו המורה לנתבעות 1-3 למסור לתובעת בתוך 90 יום דין וחשבון המאמת על ידן בתצהיר, ומאושר בתצהיר על ידי רואה חשבון, ובו פירוט מלא ומדויק של כל ההכנסות, התקבולים או הרווחים שהפיקו מן השימוש ביומנים, או מניצולם המסחרי בכל דרך אחרת, בשבע השנים שקדמו ליום הגשת התביעה. לדו"ח זה יצורפו כל המסמכים שעליהם נסמך הדו"ח, וכן כל המסמכים הנוגעים להכנסות, התקבולים והרווחים שהפיקו הנתבעות 1-3 מן השימוש ביומנים, או מעשיית כל עיסקה בהם בשבע השנים שקדמו ליום הגשת התביעה, והתצהיר יאשר כי אין בידיהן מסמכים נוספים כאמור. במסגרת זו תוכלנה הנתבעות 1-3 להתייחס גם להוצאות שהוציאו בשבע השנים שקדמו ליום הגשת התביעה לשם אחזקתם של היומנים, שימורם, שיפורם ושידרוגם, כולל העברתם לקלטות וידאו”.

הצו האמור מדגיש את החסר שיש להשלים. אכן, יש להשלים. אך בשל קיומו של החסר בית המשפט אינו יכול לדעת מהי המשמעות הכספית של פסיקה בכל אחד מן המסלולים – הוכחת פיצוי באופן רגיל ופיצוי סטטוטורי. נתון זה עשוי להיות רלוונטי בתיק בו השיקולים השונים תומכים במסלולים שונים. יתר על כן, סיום התיק במעין פסק דין חלקי עלול להאריך את הדיון שלא לצורך. מצד אחד, שעון הערעור מחל לפעול, ומהצד האחר התוצאה הכספית אינה ידועה. כמובן, ייתכן שהצדדים יגיעו להסכמה, אך ייתכן שלא. המצב האחרון יצריך המשך התדיינות בפני הערכאה המבררת. או אז יתברר כי התיק שהסתיים בפועל לא הסתיים.

במקרה, לנוכח סלע המחלוקת בין הצדדים ובחינת נסיבות המקרה, ניתן להגיע למסקנה שדין הפיצוי הסטטוטורי להידחות אף מבלי לקבל נתונים מלאים. ברם, ככלל

נכון יהיה לתת את הדעת גם לצורך בהשגת הנתונים בטרם תסיים הערכאה הראשונה את מלאכתה.

15. על כן, דעתי היא שיש לקבל את הערעור במוכן זה שהסעד החלופי שנקבע בסעיף 62(ג) לפסק הדין, בדבר הזכאות לפיצוי סטטוטורי, מבוטל. יתר הסעדים נותרים בעינם. לנוכח התוצאה אליה הגעתי, הייתי מציע שכל צד יישא בהוצאותיו.

ש ו פ ט

המשנה-לנשיא א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה-לנשיא

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ג בניסן תשע"ב (4.4.12).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיא