



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3425/17

וערעור שכנגד

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא

1. המערערות והמשיבות שכנגד: Societe des Produits Nestle .1
2. Nestle Nespresso S.A .2
3. נספרסו ישראל בע"מ .3

נ ג ד

המשיבה והמערערת שכנגד: אספרסו קלאב בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
מיום 2.3.2017 בת"א 45192-12-14 שניתן על ידי כבוד
השופט מ' אלטוביה

בשם המערערות והמשיבות שכנגד: עו"ד דוד גילת; עו"ד רקפת פלד;
עו"ד אילה הרצוג

בשם המשיבה והמערערת שכנגד: עו"ד זוהר לנדה; עו"ד גילי כהן ארזי

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

במרכז הבמה של ערעור זה ניצבת פרסומת למכונות קפה וכמוסותיהן (קפסולות). הטענה היא כי מדובר ב"חיקוי פסול" של פרסומת אחרת למוצרי קפה, בה מככב השחקן ג'ורג' קלוני. בפרסומת מושא המחלוקת מופיע כפיל של קלוני, מבלי להסתיר – ודווקא תוך הדגשה – שמדובר בכפיל. ההליך מצוי בצומת מרובע. דרך אחת, המובילה אל הצומת, מוצאה בעולם המסחרי – פרסומת עסקית שנועדה ליצור תדמית חיובית של המפרסם (המשיבה), באמצעות הנגדתו לתדמית של המתחרה (המערערות), המוצג באור שלילי. שלוש הדרכים הנוספות היוצרות את הצומת נטועות בקרקע של דיני זכויות היוצרים,

דיני סימני המסחר ודיני עשיית עושר ולא במשפט. וממקום המפגש הייחודי של הדין אל השאלות המשפטיות המרכזיות המתעוררות בהליך: מה דינה של פרסומת שבליבה פרודיה על פרסומת של יצרן מתחרה? האם פרסומת כזו מפרה את זכויות היוצרים בפרסומת המקורית? האם הרמיזות הברורות כלפי היצרן המתחרה פוגעות במוניטין שלו או מנצלות אותו באופן שנאסר לפי דיני סימני המסחר? ובראיה כוללת – האם מערכות דינים אלה ונוספות, כגון דיני לשון הרע וחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, אינן ממצות את ההגנה על היצרן בהקשר של פרסומת פרודית, כך שיש להשלימן באמצעות פניה לדיני ההתעשרות שלא כדין? כל אלה מעלים את הצורך להגדיר, לבחון ולהכריע בדבר מעמדה של הפרודיה – ענף בעץ ההומור – בשדה המשפט.

א. רקע, הליכים קודמים ומבט על

1. ברקע, קמפיין פרסומי נרחב של בעלות הזכויות השונות במוטג מוצרי הקפה NESPRESSO (שתי חברות המאוגדות בשוויץ וחברה ישראלית. להלן גם המערערות או נספרסו), שבמרכזו דמות המגולמת על ידי השחקן ג'ורג' קלוני. בסרטוני הפרסומת משולבים קטעים שבהם קלוני מביט בנשים נאות, נוסע במכוניות יוקרה ושותה את הקפה של נספרסו. בחלק מסרטוני הפרסומת נכנס קלוני לחנות הקפה של נספרסו, במחשבה שכולם מתפעלים מזהותו ומהמוניטין הרב שלו, אך בדיעבד מתברר לו שהוא ניצב בצל הקפה המשובח של נספרסו. עלילה זו קשורה לסיסמה שבה משתמשות המערערות – "Nespresso. What else?". מאפיין נוסף של חלק מהפרסומות הוא היוקרה הרבה שמיוחסת לחנות ולקפה של נספרסו, המתבטאת, בין היתר, בלבוש האלגנטי והיקר של כל השחקנים, במוזיקה המלווה את הסרטונים ובשחקנים הנאים והמפורסמים שמופיעים בפרסומות. לבסוף, בחלק מהפרסומות דמותו של קלוני אינה מודעת לגמרי לעצמה ואינה קוראת נכונה את המציאות, עניין המתבטא ב"הפסד" לקפה בתחרות על תשומת ליבם של הסובבים.

זהו הרקע ליציאת הקמפיין הפרסומי של המשיבה – חברה המתחרה במערערות במסגרת השוק הישראלי של מכונות קפה ומוצרים נלווים. במסגרת קמפיין המשיבה יצאו מספר סרטוני פרסומת שעליהם נסוב הליך זה. בפתח הסרטון המרכזי רואים דמות דומה מאוד לדמותו של קלוני במראה ובלבוש, כשכל העת מופיע לצידה הכיתוב "המציג אינו ג'ורג' קלוני". כיתוב דומה מופיע באופן בולט בפתח הפרסומת. כפילו של קלוני יוצא מחנות קפה, כזו המזכירה את החנויות המופיעות בסרטוני הפרסומת של נספרסו, ומחזיק בידו שקית נייר מהודרת. ברקע נשמעת מנגינה דומה לזו שבפרסומות של נספרסו, וקול של קריין אומר "There is nothing like a new espresso machine".

כפילו של קלוני מתבונן באשה הפוסעת ברחוב ומביטה בו, ובאותו רגע נתקל מבטו בבחור ישראלי הלבוש באופן שגרתי, שקוטע את המנגינה ואת הגיגיו ואומר לו בעברית "הלו, תפסיק לדבר לעצמך, גוררים אותך" ! הכפיל עונה באנגלית מהוקצעת " wait, but I left the car with the valet [=עם שירותי החניה]" ! והבחור עונה לו "לא אחי, with the פקח". בהמשך ניתן לראות כי רכבו של כפיל-קלוני נגרר, והבחור אומר לו שאצל המשיבה ניתן להזמין מכונת קפה עד הבית, ולא לשלם על מכונת הקפה עצמה. בנוסף לכך, הוא "עוקץ" את הכפיל על כך שהוא "מחייך לבחורות" כל היום, "מדבר לעצמו", ו"מתלבש כמו חתן לחנות קפה". את הסרטון חותם קולו של קריין, המכריז על האפשרות לקבל מכונת קפה עד הבית וללא תשלום, בתנאים מסוימים.

שני סרטוני פרסומת נוספים וקצרים של המשיבה בווימו ברוח דומה. כפילו של קלוני נכנס למכונית ופוקד על הנהג לנסוע. הבחור הישראלי דופק על החלון, שואל אותו אם הוא יודע שאצל המשיבה ניתן לקבל מכונת קפה בחינם עם משלוח עד הבית, והאם הוא מודע לעובדה שאין לו נהג פרטי ואין ברכב איש מלבדו. בהמשך רואים כי כפילו של קלוני אכן יושב לבדו במכונית. בסרטון קצר נוסף שואל הבחור הישראלי את כפילו של קלוני "לשלם על מכונת קפה – מה, אתה חי בסרט?", והכפיל משיב לשאלה זו בחיוב. נוסף על אלה מופנות טענות המערערות כלפי מודעת פרסומת שהופיעה באתר הפייסבוק של המשיבה, שבה נראה כפילו של קלוני לצד הבחור הישראלי מסרטוני הפרסומת. תחת הכפיל נכתב "המציג אינו ג'ורג' קלוני", ושתי הדמויות מחזיקות אריזת מתנה שעליה מצויירת מכונת קפה. בניתוח שלהלן נתייחס לפרסומת המרכזית (להלן: הפרסומת), אלא אם תידרש לצורך ההכרעה התייחסות נפרדת ועצמאית לאחת מהפרסומות הקצרות או למודעת הפרסומת.

2. המערערות הגישו נגד המשיבה תובענה בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בגין סרטוני הפרסומת האמורים (ת"א 45192-12-14, כב' השופט מ' אלטוביה), וביקשו סעדים של מתן צווי עשה ולא תעשה, פיצויים ומתן חשבונות. במרכז ההכרעה עמדו חמש עילות: הפרת זכויות יוצרים, הפרת סימן מסחר, דילול מוניטין, גניבת עין והתעשרות שלא כדין. הטענה של הפרת זכויות יוצרים נדחתה ממספר טעמים, ובעיקר לנוכח קביעת בית המשפט המחוזי כי המשיבה השתמשה ברעיונות דומים לרעיונות שהופיעו בפרסומות מטעם המערערות – אך לא בדרכי ביטוי המוגנת על פי דין. כן נקבע כי דמותו של קלוני בפרסומות אינה חוסה תחת הגנת דיני זכויות היוצרים, וכי ממילא לא הוכח שהמערערות אוחזות בזכויות אלה. הטענה בדבר הפרת סימן מסחר נדחתה בעיקר לנוכח הקביעה כי לא הוכח שנעשה בפרסומת שימוש בסימן מסחר של המערערות או סימן הדומה לו עד כדי הטעיה. העילה של דילול מוניטין נדחתה בנימוק שלא הוכח

נזק למוניטין של המותג NESPRESSO, ולנוכח ההלכה לפיה כאשר השימוש הוא ביחס למוצרים הדומים למוצרים של בעל הסימן המוגן – אין מקום לטענה של דילול המוניטין בהעדר חשש להטעיה. אשר לגניבת עין, נקבע כי לא הוכח יסוד ההטעיה של ציבור הצרכנים. לבסוף נדחתה הטענה בדבר התעשרות שלא כדין, מן הטעם שנסיבות העניין אינן מבססות תחרות שאינה הוגנת ושלא הוכח כי השימוש במוניטין של המערערת לא היה כדין. מכאן הערעור והערעור שכנגד.

המערערת שבות וטוענת כי המוניטין שלהן נפגע בצורות שונות: הפרת סימן מסחר, לנוכח השימוש בסמליל ("לוגו") בעל עיצוב דומה לזה של הסימן הרשום NESPRESSO, לנוכח עיצוב החנות המופיעה בפרסומת בדומה לחנויות המערערת, ולנוכח השימוש בכפילו של קלוני; דילול מוניטין ופגיעה בנכס מוניטין כתוצאה מהשימוש בדמות הכפיל, הגורם לצרכנים לזהות את ג'ורג' קלוני עם המשיבה, וכתוצאה מביזוי והגחכת דמותו; גניבת עין, לנוכח הטעיית הצרכנים לחשוב כי קיים קשר בין המערערת למוצרי המשיבה; ותיאור כוזב – סוגיה שנדונה בעקיפין בערכאה קמא, מבלי להזכיר במפורש את שם העילה. לפי המערערת, ניתן היה להבין בטעות מהפרסומת כי הן אינן מבצעות שירות משלוחים עד הבית. לצד הטענות הקשורות למוניטין, נטען כי הפרסומת מפרה את זכויות היוצרים של המערערת בפרסומות מטעמן, הן מבחינה כוללת והן בהיבט הפרטני של שימוש בדמות שאותה משחק קלוני. בפרט נטען כי מטרת הפרסומת ליצור דמיון בין מוצרי נספרסו למוצרי המשיבה באמצעות העתקת הרכיבים המהותיים מפרסומות המערערת. עוד נטען כי גם לו ייקבע שמדובר בפרודיה או סאטירה, ולא בניסיון ליצור דמיון – גם אז לא עומדת למשיבה הגנת השימוש ההוגן, שכן מדובר בשימוש במסגרת פרסומת מסחרית. המערערת מוסיפות וטוענות כי הפרסומת היא בגדר התעשרות שלא כדין ותחרות בלתי הוגנת, שכן קיים אינטרס ציבורי חזק בהגבלת שימוש במותג של מתחרה במסגרת פרסומת, כפי שהמערערת מבקשות ללמוד גם מהמשפט המשווה. לבסוף, המערערת חולקות על הקביעה כי לא הוכח שנגרם להן נזק כתוצאה ממעשי המשיבה, ומלינות על סכום הוצאות המשפט שנפסק לחובתן.

המשיבה חולקת על טענות המערערת, וסומכת את ידיה על קביעות ערכאה קמא ביחס לכל הסוגיות. בנוסף לכך הגישה ערעור שכנגד, שעניינו גובה ההוצאות שנפסקו לזכותה בערכאה קמא – סך של 110,700 ש"ח.

3. מהזווית המשפטית, עיקר עניינו של התיק בדיני זכויות היוצרים, דיני סימני המסחר ודיני עשיית עושר ולא במשפט. מהי נקודת המבט הדומיננטית מבין אלה? בפתח הדיון שנערך בפנינו, ולשאלת בית המשפט, טען בא כוחן המלומד של המערערת כי

העילה המרכזית היא לדידו עשיית עושר ולא במשפט. תשובה זו אינה מובנת מאליה, ובכל מקרה לא ניתנה בכדי. הבנת העניין, ולו במעין מבט על ביחס להסתייגות המערערות, עשויה לסייע להכרעה. הסכסוך שלפנינו עוסק ב"קרב פרסומות". הפרסומות משמשות יצרנים מתחרים כשדה קרב, לא רק לשם האדרת שמם אלא גם להורדת קרן המתחרה. "קרב" כזה יכול לכלול גם הופעה של סימן מסחר של היצרן המתחרה בפרסומת, כפי שהמערערות טוענות שקרה בענייננו; הוא יכול לכלול גם שימוש פרודי בפרסומת של היצרן המתחרה; אך רכיבים אלה אינם הכרחיים לקיומו של הקרב. אפשר לחשוב על פרסומת המתייחסת ל"מתחרה", מבלי להציג את סימן המסחר שלו, בשוק שבו זהותו של אותו מתחרה ידועה וברורה. אפשר גם להקניט את אותו מתחרה בלי לעשות שימוש ישיר או נגזר בפרסומת שלו, אלא באמצעות התייחסות אליו ואל תדמיתו. בפרסומת כזו אין הכרח שתתעוררנה הסוגיות של זכויות יוצרים וסימני מסחר, אך למרות זאת רצונו של יצרן למנוע פרסומת כזו מצד המתחרה עומד על כנו. בעיניו העיקר הוא הפגיעה שהוא סבור שנגרמה לו – ביזויו, השפלתו, ניצול המוניטין שלו במסגרת פרסומת של יצרן מתחרה, וההפסד הכלכלי שנגרם לו. לפיכך ניתן להבין את השלכת עיקר יהבן של המערערות על דיני ההתעשרות הבלתי צודקת, את רצונן ליצור באמצעות דינים אלה "כללי תחרות" הקובעים את גבולות הפרסומת המותרת, ואת פנייתם לשיטות משפט שבהן מוסדר בדברי חקיקה התחום של פרסומות מעין אלה. כמובן, הבנת המערערות לחוד, ועיגון משפטי לחוד. אין בהצגת רצונן לפגוע בפרסומת כדי למנוע מהמשיבה להתגונן בטענה שסיפור המעשה אינו מתאים ליסודות של עילת ההתעשרות שלא כדין.

בכל מקרה, שימת דגש המערערות בעילה של התעשרות שלא כדין אינה גורעת מהטענות הפרטניות, הנוגעות לזכויות יוצרים, סימני מסחר, גניבת עין ותיאור כוזב. ברי כי ככל שהופרו זכויות אלה זכאיות המערערות להגנת הדין. ועדיין, האמור לעיל מאיר שאלה מרכזית המתעוררת בענייננו – גבולות דיני סימני המסחר וזכויות היוצרים. האם הם כוללים התייחסות ממצה גם לסוגיה של פרסומת השוואתית הכוללת פרודיה, לבדם או בצירוף דינים נוספים; או דילמא דברי החקיקה הספציפיים מכילים חלל נורמטיבי – לקונה – שאותו יכולים דיני עשיית עושר ולא במשפט למלא ולהשלים. כדי לענות על שאלה זו יש לבחון לא רק את מה שיש בדינים אלה (ההסדרים החיוביים) אלא גם את מה שאין בהם (הסדרים שליליים או העדרם). תחילה נבחן אפוא את ההסדרים החיוביים: האם הופרה זכות של המערערים בדיני סימני המסחר, זכויות היוצרים, והעוולות המנויות בחוק עוולות מסחריות? בהמשך וכפוף למענה שניתן לשאלות אלה, נוסיף ונבחן את מעמדה הנורמטיבי של הפרסומית הפרודית בישראל אף בראי דיני ההתעשרות הבלתי צודקת.

4. המערערות טוענות כי זכויותיהן בסימן מסחר הופרו במספר דרכים. ראשית, עיצוב סימן המסחר Espresso דומה עד כדי להטעות לעיצוב סימן המסחר Nespresso. ודוק, הטענה אינה כי המילה Espresso מטעה, אלא רק עיצוב המילה המופיעה בפרסומת. שנית, נטען כי עיצוב החנויות של נספרסו הוא סימן מסחר מוכר היטב, וכי עיצוב החנות המופיעה בפרסומת של המשיבה מפר את הזכויות בסימן זה. שלישיית, נטען כי השימוש בכפילו של קלוני הוא בגדר "נטילת המהות" של הדמות שמשחק קלוני בפרסומות לנספרסו, דמות שהיא "חלק ממארג האסוציאציות החובק את המותג נספרסו", כלשון המערערות. כאמור, בית המשפט המחוזי דחה טענות אלה. נקבע שהמילה Espresso הופיעה בפרסומת רק במטושטש, ואין כל דמיון בין המילה המטושטשת לבין סימן המסחר Nespresso. כן נקבע שלא הוכחו המוניטין של המערערות בעיצוב החנויות שלהן, וכי דמותו של קלוני אינה סימן מסחר רשום של המערערות. נפנה לדון בשלוש טענות המערערות כסדרן.

הטענה הראשונה עניינה הפרת סימן המסחר של המערערות באמצעות עיצוב המילה Espresso בדומה לעיצוב סימן המסחר הרשום Nespresso. הבסיס הנורמטיבי לטענה זו מצוי בסעיף 1 לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (להלן גם: הפקודה), אשר מגדיר "הפרה", בין היתר, כ"שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך... (2) בסימן מסחר רשום, לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לשם פרסום טובין מאותו הגדר". אין חולק כי הסימן המעוצב Nespresso רשום בישראל, וכי הפרסומת מושא המחלוקת היא לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן – וביניהם מכונות קפה. הקושי בטענת המערערות נעוץ במילה הראשונה של הגדרת "הפרה": "שימוש". המילה Espresso עצמה לא הופיעה באופן גלוי וברור בתשדירי הפרסומת, וטענות המערערות כווננו כלפי שתי מילים מפוקסלות ומטושטשות שהופיעו במהלך תשדיר הפרסומת.

כנגד זאת טוענות המערערות כי הפרה אינה תלויה בשימוש בסימן הזהה לסימן המסחר הרשום, אלא די בשימוש בסימן הדומה לו עד כדי הטעיה. הן מוסיפות כי לא זו בלבד שטשטוש המילה אינו יוצר שוני מספיק בין הסימנים – הרשום והמטושטש – אלא שהטשטוש אף מגדיל את החשש מפני הטעיית הצרכנים ביחס לעיצוב. ברם, עיון מדוקדק בפרסומת – בין בצפייה ראשונה ובין בצפייה חוזרת ונשנית – מוביל למסקנה אחרת. אחת משתי המילים שאליהן מתייחסות המערערות מופיעה על גבי שקית שאוחז כפילו של קלוני. מילה זו מטושטשת כל כך, שגם במאמץ לא ניתן להבין את הכיתוב,

ובטח שלא לזהות עיצוב כלשהו שלו. לא ניתן אפוא לומר שנעשה שימוש בסימן מסחר, ולו כזה שעיצובו דומה במידת מה לעיצוב סימן המסחר של המערערות.

המילה השניה חקוקה מעל חנות הקפה המופיעה בתשדיר הפרסומת. אך גם מילה זו מטושטשת מאוד, וגם לאחר עיון מדוקדק קשה מאוד – אם בכלל – לזהות את המילה Espresso, מלבד האות o ומספר האותיות במילה. זאת ועוד, גם אם הייתי מניח שבמבט ממוקד ניתן להבין איזו מילה אמורה להיות כתובה מעל החנות בפרסומת, עדיין אין המדובר בהפרה של סימן מסחר. יש לזכור כי אין טענה שהמילה Espresso, כשלעצמה, מהווה הפרה של סימן המסחר הרשום Nespresso, אלא הדגש הוא על אופן עיצובן של שתי המילים. מבחינה עיצובית, ניתן להבחין בשני אלמנטים גרפיים המאפיינים את המילה המטושטשת בפרסומת – צבעה הלבן על רקע כהה, והעובדה שגובה האות הראשונה במילה כפול מגובהן של יתר האותיות. אשר לצבע – בנסיבות העניין צבע לבן על רקע כהה אינו אלמנט עיצובי המספיק, לבדו, לומר כי עיצוב שתי המילים דומה עד כדי להטעות, כאשר כלל לא ניתן להבחין באלמנטים נוספים, כגון גופן האותיות, זהותן וכדומה. לא למותר לציין שהמערערות צירפו לתיק את סימני המסחר הרשומים שבבעלותן, ובתוכם המילה המעוצבת Nespresso בכיתוב כהה על רקע בהיר, אך לא בכיתוב בהיר על רקע כהה. עניין זה אינו עומד בלב ההכרעה, אך גם הוא תומך במסקנה. אשר לגובה האות הראשונה לעומת יתר האותיות, הרי שבהקשר זה העיצוב של שני הסימנים שונה, ולא דומה. בסימן המסחר הרשום Nespresso גודל כל האותיות זהה, מלבד בליטה אלכסונית קטנה יחסית כלפי מעלה וכלפי מטה של האות הראשונה. בנסיבות אלה יש לדחות את הטענה שנעשה שימוש בסימן המסחר Nespresso (או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות) במסגרת תשדיר הפרסומת. כמוכך, המבחן בכגון דא הוא במכלול. האחרון אינו משדר את המילה המעוצבת Nespresso. יתכן כי מי שמכיר את הפרסומת היטב, לאחר שצפה בה מספר פעמים ומכיר גם את הפרסומות מטעם המערערות, עשוי לחשוב שמטרת במאי הפרסומת היא להציג את המילה Espresso מתוך רמיזה לפרסומות של המערערות. הא ותו לא, ואין די בכך כדי לומר שנעשה שימוש בסימן המסחר שלהן.

5. לשם הצגת הלכה על מכונה, יצוין – למעלה מן הצורך – כי גם לו הייתה המשיבה משתמשת בגלוי בסימן המסחר המעוצב Nespresso, עדיין היה עלינו לפסוע כברת דרך בטרם מסקנה כי סימן המסחר הרשום הופר. במקרה כזה נדרשים היינו לנתח את המקרה בראי ההלכה שנקבעה בעניין מקדונלד. באותו עניין נדונה פרסומת מטעם רשת "ברגר קינג", אחת המתחרות של רשת מקדונלד'ס העולמית במסגרת שוק המזון המהיר. בתשדיר הפרסומת נאסר על שחקן הכדורסל אריאל מקדונלד להיכנס לסניף של ברגר

קינג בעודו לבוש גופיה שעליה שם השחקן באנגלית (McDonald), וכניסתו הותרה רק לאחר שהחליף את גופייתו לחולצה הנושאת את הסמליל של ברגר קינג. בית משפט זה, מפי השופט א' ריבלין ובהסכמת השופט ט' ג'ובראן, קבע כי מדובר בהפרת סימן המסחר McDonald's. השופט מ' נאור, לעומת זאת, קבעה בדעת המיעוט כי דיני סימני המסחר לא נועדו למנוע שימוש בסימן בסיטואציה מעין זו.

המחלוקת בעניין מקדונלד ניטשה בעיקרה סביב מקומו של החשש מפני הטעיית הצרכן בדיני סימני המסחר. ב"קרב פרסומות" מעין זה שנדון שם ונדון כאן, השימוש בסימן המסחר של המתחרה אינו כרוך בחשש מפני הטעיה. הפרסומת נועדה לבדל בין הסימנים ולהציג את השוני ביניהם, שוני שלדעת המפרסם מקנה לו יתרון על פני יריבו. השופט נאור סברה כי האיסור על שימוש בסימן מסחר רשום במסגרת פרסומת נועד למנוע הטעיה של הצרכנים, כגון יצירת רושם מוטעה שהמוצר שמוצג בפרסומת קשור לבעל סימן המסחר הרשום. מכיוון שאין חשש כזה במסגרת פרסומת "לעומתית" מהסוג שלנו, עצם הופעת סימן המסחר הרשום בפרסומת אינו בגדר הפרת הזכויות בו. מנגד סברו שופטי הרוב כי "שימוש במוניטין לעלוב בבעליו" מפר את זכויות בעליו, גם אם הדבר אינו כרוך בחשש להטעיה, לפחות ככל שעלכון זה לא מלווה בנתונים עובדתיים הנוגעים לעסקו של המתחרה (שם, עמודים 335-336). בפסיקה הוצגה המחלוקת באמצעות תפיסות שונות של תפקיד דיני סימני המסחר – הגנה על זכות קניינית של בעל סימן המסחר, או הגנה על הציבור מפני הטעיה (ע"א 5066/10 שלמה א. אנג'ל בע"מ נ' י. את א. ברמן בע"מ, פסקאות 37-38 (30.5.2013) (להלן: עניין אנג'ל)). זוהי שונה של המחלוקת הוארה בספרות – שאלת היקף ההגנה הראוי על תדמית של סימן מסחר. עמדת הרוב מגינה על התדמית ומעודדת את ההשקעה ב"שוק התדמיות". לעומת זאת, עמדת המיעוט אינה מעודדת השקעה בתדמית הנלווית לסימן המסחר, שכן פגיעה "תדמיתית" בלבד ללא חשש להטעיה אינה זוכה להגנה (קטיה זכרוב "היקף ההגנה על תדמית של סימן מסחר (בעקבות ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד)" משפטים לה 435, 445-446, 460-463, 469 (תשס"ה-תשס"ו) (להלן: זכרוב)).

הלכת מקדונלד נקבעה בשנת 2004. מאז נשמעו בבית משפט זה מספר קולות התומכים בדעת המיעוט של השופט נאור, או מטילים ספק – במפורש או במשתמע – בנכונות ההלכה (ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט(1) 873, 892 (2004) (להלן: עניין טוטו זהב) (השופט ד' ביניש); עניין אנג'ל, פסקה 37 (השופט י' עמית); ע"א 7629/12 טוויטה נ' TOMMY HILFIGER LICENSING LLC, פסקה 32 (16.11.2014) (להלן: עניין טומי הילפיגר)

(השופטת ד' ברק-ארז); ע"א Fisher Price Inc 1248/15 נ' דוורון - יבוא ויצוא בע"מ, פסקאות עט-פ (31.8.2017) (המשנה לנשיאה א' רובינשטיין)). גם בספרות ניתן למצוא ההסתייגות מהלכת מקדונלד (ראו למשל מאמרה של זכרוב, שהוקדש לדיון ביקורתי בפסק הדין; לאה צ'אן גרינוולד "סימני מסחר וחופש הביטוי" קניין רוחני: עיונים בינתחומיים 215, 255-259 (מרים מרקוביץ-ביטון וליאור זמר עורכים, 2015) (להלן: צ'אן גרינוולד)). ארשה לעצמי להצטרף למקהלת המסתייגים. להשקפתי, עמדת המיעוט הציגה פרשנות לשונית ראויה של המונח "פרסום", לצד הגיון רב בניתוח תכלית דיני סימני המסחר. בענייננו, לו היה סימן המסחר של המערערות מופיע בפרסומת, היינו נדרשים לדון בהבחנות האפשריות בין עניין מקדונלד למקרנו, כמו גם בתוקפה של הלכת מקדונלד כיום. אולם מכיוון שאצלנו כלל לא נעשה שימוש בסימן המסחר הרשום או בסימן הדומה לו, בניגוד לעניין מקדונלד שם נקבע כי היה שימוש במילה McDonald, די לנו באמור עד כה במסגרת פרק זה. נשוב ונרחיב בסוגיה זו בהמשך, בפרק העוסק בדילול סימן מסחר.

6. טענה שנייה להפרת סימן מסחר עוסקת באופן עיצוב וסידור החנויות של המערערות. עיצוב החנויות אינו רשום כסימן מסחר בפנקס סימני המסחר הישראלי (להלן: סימן רשום), אך בכל זאת סבורות הן כי הוא "סימן מסחר מוכר היטב". פקודת סימני מסחר מכירה בזכויות הקיימות לבעליו של סימן מסחר מוכר היטב, ואף כזה שאינו רשום, הגם שההגנה על סימן שאינו רשום מצומצמת יותר. סימן מסחר מוכר היטב מוגדר כך:

"סימן המוכר היטב בישראל... ואפילו הסימן אינו סימן מסחר רשום בישראל או אין משתמשים בו בישראל; לענין קביעתו של סימן מסחר כסימן מוכר היטב בישראל יילקחו בחשבון, בין השאר, המידה שבה הסימן מוכר בחוגי הציבור הנוגע לענין, והמידה שבה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק" (סעיף 1 לפקודה. ההדגשה הוספה).

הגדרת הדיבר "הפרה" בסעיף 1 לפקודה כוללת גם שימוש בסימן מסחר מוכר היטב שאינו רשום:

"הפרה" – שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך... (3) בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לענין טובין מאותו הגדר".

סעיף 46א(א) לפקודה מוסיף וקובע את זכות השימוש הייחודית השמורה לבעליו של סימן מסחר מוכר היטב שאינו רשום:

”סימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, יזכה את בעליו בשימוש ייחודי בסימן לענין טובין שלגביהם הוא מוכר היטב בישראל או לענין טובין מאותו הגדר” (ראו גם סעיף 11(13), המונע רישום של סימן המפר את הזכויות בסימן מוכר היטב שאינו רשום).

סעיפים אלה מבססים את התשתית הנורמטיבית לטענת המערערות כי עיצוב חנויותיהן הוא סימן מסחר מוכר היטב, הגם שאינו רשום, וכי עיצוב החנות בפרסומת של המשיבה מפר את זכותן לשימוש ייחודי בו. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו על בסיס עובדתי, וקבע כי המערערות לא הניחו כל תשתית ראייתית לכך שעיצוב חנויות המערערות הוא סימן מסחר מוכר היטב. תשתית כזו אכן לא הונחה גם לפנינו. המערערות משליכות יהבן על אמירה של גורם מסוים מגורמי המשיבה, אולם אמירה כזו, שאינה מגובה בכל מסמך או חומר אחר, לא תצליח להוכיח מידת פרסומו של סימן המסחר. גם אם נניח כי אמירה כזו מעידה על מוניטין, עדיין רב המרחק בין קיומו של מוניטין שהיקפו אינו ידוע לבין היותו של סימן ”מוכר היטב”. די בכך כדי לדחות את טענות המערערות בהקשר זה. יחד עם זאת, ומכיוון שטענת המערערות מעוררת מספר שאלות שטרם זכו להתייחסות קונקרטיה במשפטנו, נתייחס באופן בלתי ממצה לשתי נקודות העולות מטענת המערערות.

7. הנקודה הראשונה עניינה הופעת סימן מסחר מוכר היטב שאינו רשום במסגרת פרסומת, באופן שאינו כרוך בחשש להטעיית הצופים בפרסומת. ניתן לטעון שהדין אינו מונע שימוש כזה בסימן המסחר הבלתי רשום, לנוכח ההבחנה שיוצרת הפקודה בין שני סוגים סימנים מוכרים היטב – רשומים ושאינם רשומים. כאשר הסימן המוכר היטב רשום, הנוסח הרלוונטי של הפקודה המגדיר מהי ”הפרה” אינו כולל את המילה ”הטעיה” על הטיותיה השונות, וזאת בשונה מהגדרת ”הפרה” ביחס לסימן מסחר מוכר היטב שאינו רשום (ראו חלופה (4) להגדרת ”הפרה” בפקודה, לעומת חלופה (3)). על בסיס נוסח זה של החוק ועל יסוד אינדיקציות פרשניות נוספות, העמדה הרווחת בפסיקה ובספרות היא שהגנת הדין מפני שימוש בסימן המסחר המוכר היטב והרשום עשויה לקום גם אם אין חשש להטעיית הצרכנים (ע”א V&S Vin Spirit Aktiebolag 9191/03 נ’ אבטולוט שז בע”מ, פ”ד נח(6) 869, 885 (2004) (להלן: עניין אבטולוט); ע”א Adidas 563/11 בע”מ, פ”ד נח(6) 869, 885 (2004) (להלן: עניין אבטולוט); עניין טומי Salomon A.G. נ’ יאטין, פסקה 19 (27.8.2012) (להלן: עניין אדיט); עניין טומי הילפיגר, פסקה 31; איריס סרוקר “עיונים בעיצובו של סימן המסחר המודרני” טפר

שלמה לווין 527, 565-566 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013) (להלן: סורוקר)). בשונה מכך, כאשר הסימן המוכר היטב אינו רשום, הפרה מוגדרת כשימוש בסימן או בסימן הדומה לו "עד כדי להטעות". יוצא כי בעל סימן מסחר שלא רשם את הסימן בפנקס נושא ב"מחיר". הדין מגן על הסימן הרשום יותר מאשר על רעהו שאינו רשום. תמריץ לרישום הסימן מסייע לוודאות, הנדרשת בעולם המסחרי. אחד ההבדלים בין סוגי ההגנות השונות הוא התלות בקיומו של חשש מפני הטעיה. לנוכח הבחנה מפורשת זו הקבועה בחוק, נראה שהמחוקק ביקש לייחד את ההגנה המורחבת שאינה תלויה בחשש מפני הטעיה לסימנים מוכרים היטב רשומים, ולא לסימנים מוכרים היטב שאינם רשומים. יוער כי כוחם של סימנים מוכרים היטב שאינם רשומים נופל אפילו מכוחם של סימנים רשומים "רגילים", שבהם עסקה הלכת מקדונלד, עניין המתבטא גם בקשת הסעדים הרלוונטית לכל אחד מסוגי הסימנים (סעיף 59 לפקודה).

8. הנקודה השנייה העולה מטענת המערערות נוגעת לסוג סימן המסחר שעל הפרק – עיצוב ייחודי של חנות. הגדרתו של סימן מסחר היא "סימן המשמש, או מיועד לשמש, לאדם לענין הטובין שהוא מייצר או סוחר בהם". "סימן" מוגדר כ"אותיות, ספרות, מלים, דמויות או אותות אחרים או צירופם של אלה, בשני ממדים או בשלושה" (סעיף 1 לפקודה). עיצוב של חנות אינו אותיות, ספרות או מילים, ונראה שגם לא "דמות". האם ניתן להגדירו כ"אותות אחרים"? ולחלופין, האם הרשימה המנויה בסעיף אינה ממצה? התפיסה המקובלת של דיני סימני המסחר היא שהדגש אינו מצוי רק ב"מה" (מהו סוג הסימן) אלא גם ב"האם": האם הסימן הוא בעל מאפיין ייחודי המסוגל לסייע לצרכן להבחין בין יצרנים שונים (סורוקר, עמודים 528-529). כך, למשל, נדונה בארצות הברית ובאירופה השאלה האם ריחות או טעמים כשרים וראויים להירשם כסימן מסחר. מן הצד האחד, הוכר הקושי הכרוך בסימני מסחר מעין אלה, כאשר אחד השיקולים המרכזיים שהועלו הוא יכולתו החלשה של חוש הריח או הטעם האנושי לאותות לצרכנים בקלות וביעילות כי מוצר מסוים מיוצר על ידי פלוני ומוצר אחר על ידי אלמוני (In case C-) 273/00, Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent-und Markenamt [2002] ECR I-11737; סורוקר, עמודים 540-541).

מן הצד השני, הוכרה האפשרות העקרונית הזו, וריחות מסוימים אף נרשמו כסימני מסחר לאחר שרכשו את היכולת לסמן באפקטיביות מוצרים ולהבחין בין יצרנים. לדוגמא, ריח פירותי לסימון מוצרי דלק או ריח של דשא קצור לכדורי טניס (ראו ההפניות שם). סוג נוסף של סימני מסחר שהוכר באופן עקרוני ומעשי הוא צלילים. בארצות הברית, למשל, נרשמה כסימן מסחר שאגת האריה המפורסמת בה נפתחים הסרטים שמפיקה חברת (Metro Goldwyn Mayer) MGM (In re N.V. Organon, 79)

(U.S.P.Q.2d 1639 (T.T.A.B. 2006)). באירופה אף הוכר אופן עיצובה של חנות כסימן מסחר, זאת ביחס לחנויות של חברת Apple (In Case C-421/13, Apple Inc. v.) Apple (Deutsches Patent- und Markenamt [2014] BusLR 962). דוגמא אחרונה זו של חברת Apple ממחישה היבט נוסף של השיקולים. מילה זו כשלעצמה אינה בעלת אופי מבחין "מולד" אינהרנטי, דהיינו Apple היא מילה המצויה בנחלת הכלל ולא ניתן למנוע את השימוש בה באופן גורף. כוחה כסימן מסחר נובע מהקשר השרירותי בין תפוח לטכנולוגיה והמשמעות שרכש הסימן הספציפי – תפוח נגוס – עם השנים. עניין זה מתבטא בהיקף האיסור על השימוש בסימן – לא בכל הקשר ובכל מצב, אלא רק בתחומים שבהם הסימן הוא בעל אופי מבחין חזק (ראו עניין אדיט, פסקה 9).

לשם הבנת הרקע להכרה הנרחבת, יחסית, בהתפרשותם של דיני סימני המסחר על סוגי סימנים שונים, נשוב ונזכיר את התכלית המרכזית שביסודם: הבחנה בין יצרני סחורות, המתבטאת ביכולת לסמן לצרכן מהו מקורו של כל מוצר תוך מניעת הטעיה ויצירת חיץ בין המוניטין של היצרנים השונים. הגנת הדין מתבקשת ככל שאות כלשהו – יהא זה ריח, טעם, צליל או עיצוב – נצרב בתודעתו של הצרכן כקשור ליצרן מסוים דווקא. בהעדר איסור על שימוש בסימן, ניתן יהיה להשתמש בו אפילו באופן שעלול להטעות את הצרכנים ולהסב מכירות מבעל הסימן שאת סחורתו התכוונו לרכוש. כמובן, ישנם שיקולים רלוונטיים נוספים לשם הכרה באות מסוים כסימן מסחר הניתן לרישום, מעבר לחשש ההטעיה. כך, בית המשפט האירופי דחה עתירה לרשום את צליל "קריאת התרנגול" כסימן מסחר, בין היתר לנוכח הקושי הטכני לנהל מרשם אפקטיבי, שהמעייין בו יוכל להמנע מלהשתמש בסימן אך יוכל להשתמש בסימנים דומים שאינם מטעים (Shield Mark BV v. Joost Kist (Case C-283/01) [2003] E.T.M.R 3).

להשלמת התמונה נאמר גם כי לא דיברנו עד עתה אלא באפשרות העקרונית לרשום עיצוב ייחודי של חנות שצבר מוניטין כסימן מסחר. שאלה נפרדת, שמצריכה ליבון ודיון, היא גבולות ההכרה באותו סימן מסחר. הקושי המרכזי בהקשר זה נעוץ בתפר שבין דיני סימני המסחר לדינים אחרים, כגון עיצובים, פטנטים או זכויות יוצרים. עיצוב יכול להיות גם בעל תכונות אסתטיות, פונקציונליות או אומנותיות. ככזה, עשויות לחול עליו מערכות דינים נוספות, שמאפשרות את העתקתו בגלל אינטרסים ציבוריים חשובים. מקרה בולט שנדון בבית משפט זה נסוב על האפשרות שעיצובו של ממתק שוקולד ("טופיפי") ישמש סימן מסחר של יצרנית הממתק (ע"א 11487/03 August Storck KG נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ, פ"ד סב(4) 1 (23.3.2008)). באותו עניין הוכרה האפשרות שעיצוב של מוצר, שזכה עם השנים לאופי מבחין, יוכל להירשם כסימן מסחר, אך זאת רק בכפוף לאיזונים המצויים במערכות דינים אחרות. למשל, הכרה

כזו תתאפשר רק אם אין לעיצוב תפקיד אסתטי או פונקציונלי ממשי, אלא הוא משמש לבידולו של המוצר ממוצרים אחרים (שם, פסקה 30). אם כן, הכרה באפשרות לרשום עיצוב כסימן מסחר כפופה למגבלות נוספות. כאמור, לנוכח התשתית העובדתית אין לנו צורך לדון בכל אלה בהליך הנוכחי.

9. הטענה השלישית שהעלו המערערות ביחס להפרת סימן מסחר היא כי המשיבה השתמשה במוניטין המשויך לסימן Nespresso, באמצעות השימוש בכפילו של קלוני. הן אינן חולקות על כך שדמותו של קלוני אינה סימן מסחר רשום בישראל, ואף לא נטען כי הדמות כשלעצמה היא סימן מסחר מוכר היטב שאינו רשום. הטענה היא כי דמותו של קלוני היא חלק בלתי נפרד מההקשרים או האסוציאציות המשויכות למותג Nespresso ומן המוניטין של המערערות. דא עקא, דיני סימני המסחר עוסקים בסימני מסחר, ולא בהקשרים, אסוציאציות או במוניטין שלא עברו קריסטליזציה וגובשו לכדי סימן מסחר. הגדרת "הפרה" – על כל ענפיה – פותחת ב"שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך בסימן מסחר". שימוש בסימן מסחר, ולא במוניטין, הקשר או אסוציאציה שאינם בגדר סימן מסחר. אין כל בסיס לטענת המערערות כי יש להרחיב את הגנת פקודת סימני מסחר גם אל מה שאינו שימוש בסימן מסחר. טענה כזו אף אינה עולה בקנה אחד עם תכלית הדין, והיא פוגעת בתכליות ואינטרסים חשובים אחרים, כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק – ואין כאן המקום או הצורך להאריך. ניתן להסתפק בכך כדי לדחות את טענות המערערים בהקשר זה. נשוב ונדון בה במסגרת הדיון בעילה של התעשרות שלא כדין ממוניטין, הגם שמוניטין אלה אינם בגדר סימן מסחר.

לסיכומו של פרק זה, המערערות לא הוכיחו כי המשיבה השתמשה בסימן מסחר שלהן, רשום או מוכר היטב, ומטעם זה יש לדחות את שלוש טענותיהן להפרת סימן מסחר, ולאשר את מסקנת בית המשפט המחוזי בעניין זה.

ג. דילול סימן מסחר

10. עילת תביעה נוספת שהעלו המערערות היא "פגיעה בנכס מוניטין ודילול מוניטין". כפי שנראה להלן, עילת הדילול אינה עילת תביעה עצמאית, אלא טענה נוספת, רביעית במספר, להפרת סימן מסחר. מכל מקום, המערערות טוענות כי השימוש בכפילו של קלוני "שחק" את המוניטין של המערערות שכן כעת מי שיצפה בקלוני ייזכר גם במוצרי הקפה של המשיבה. כן נטען כי השימוש בכפיל "הכפיש" את סימן המסחר של המערערות, החליש אותו ופגע בערכו. בית המשפט המחוזי דחה טענות אלה, בעיקר מן הטעם שלא הוכח פוטנציאל לשחיקה וטשטוש המוניטין. מסכים אני לתוצאה של דחיית

טענות המערערות בהקשר זה, אף כי לשיטתי אין צורך להידרש כלל לשאלה האם הוכח או לא הוכח פוטנציאל לפגיעה כלכלית במערערות בנסיבות העניין. אבאר.

עילת הדילול נקבעה בדין הישראלי בע"א 6181/96 קרדי נ' Bacardi & Company Limited, פ"ד נב(3) 276 (1998) (להלן: עניין בקרדי). באותו עניין נדונה התנגדותה של חברת המשקאות החריפים הבינלאומית BACARDI לרישום של סימן המסחר BAKARDI ביחס לדברי הלבשה. ייחוד המקרה נבע מכך שסימן המסחר BACARDI נרשם בישראל רק ביחס למשקאות חריפים, ואף לא נעשה בו שימוש בפועל ביחס לטובין מסוגים אחרים. לכן לא ניתן היה למנוע את הרישום ביחס לדברי הלבשה על בסיס סעיף 11(9) לפקודת סימני מסחר, המונע על פי רוב רישום של סימן הזהה או דומה עד כדי להטעות לסימן מסחר רשום: "סימנים אלה אינם כשרים לרישום... סימן הזהה עם סימן שהוא שייך לבעל אחר וכבר הוא רשום בפנקס לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר, והוא הדין בסימן הדומה לסימן כאמור עד כדי שיש בו להטעות" (ההדגשה אינה במקור). למרות זאת סרב רשם סימני המסחר לרשום את סימן המסחר BAKARDI מנימוקים אחרים שיפורטו להלן, ובית משפט זה דחה את הערעור על החלטתו. בית המשפט עמד על המגמה המודרנית של הגנה רחבה על מוניטין בינלאומיים, שמתבטאת בדוקטרינת ה"דילול" של סימני מסחר, שאומצה בארצות הברית ובאנגליה (שם, עמוד 281). בית המשפט, מפי השופט י' אנגלרד ובהסכמת השופטים ש' לוין וט' שטרסברג-כהן, הוסיף והסביר שדוקטרינת הדילול נועדה למנוע שימוש בסימן מסחר של עסק "חוצה גבולות" גם כאשר השימוש בו אינו מעלה חשש להטעיית הצרכנים, למשל לנוכח השימוש בו על גבי סחורה שונה לחלוטין מזו שעל גביה מוטבע הסימן בדרך כלל.

ההצדקה לאיסור על השימוש בסימן חרף העדר חשש להטעיה נומקה בשלושה טעמים: אחד, "המשתמש בסימן המסחר קוצר פירות של מוניטין שעליהם לא הוא טרח". שני, "ניצול המוניטין טומן בחובו פגיעה אפשרית בבעליו החוקיים של סימן המסחר, בגלל פיחות ודילול המוניטין ושחיקת הייחודיות של סימן המסחר". שלישי, שימוש בסימן המסחר ייצור מצב "בלתי סביר, שבו תימנע מבעליו המקוריים של הסימן המפורסם הזכות להשתמש בשמו ובסימניו המקוריים, שכן זכויות אלה כבר נרכשו על-ידי היצרן המקומי, ברושמו את סימן המסחר המפורסם" (שם, עמודים 282-284). הלכת בקרדי פסעה בנתיב שונה מפסק דין שקדם לה בכמה עשורים, בו נקבע כי הגם שראוי להגן על בעל סימן מסחר מפורסם מפני דילול – העניין לא נקבע במפורש בפקודת סימני מסחר, ופיתוח הדין בצורה זו הוא עניין למחוקק ולא לבית המשפט (ע"א 352/69 חברת מנהטן נ' המגפר בע"מ, פ"ד כג(2) 373, 380 (1969)). בעניין בקרדי סבר בית המשפט כי ראוי לעיין מחדש בהלכה הוותיקה, לנוכח ההתפתחויות שחלו בשלושים השנים

שעברו בפסיקה בישראל ובדרכי המסחר בארץ ובעולם. בד בבד, נקבע שניתן לעגן את דוקטרינת הדילול הישראלית בסעיף 11(6) לפקודת סימני מסחר, הקובע כי "סימן המעודד התחרות בלתי הוגנת במסחר" אינו כשר לרישום.

כשנה ומחצה לאחר שנקבעה הלכת בקרדי תוקנה פקודת סימני מסחר, ובין היתר נוספו הסעיפים העוסקים בהגנה על סימן מסחר מוכר היטב, שחלקם צוטטו ונדונו לעיל (על הרקע לתיקון זה, והקשר שלו למוניטין בינלאומיים, ראו לאחרונה פסק דינו של חברי, השופט ג' קרא, בע"א 9839/17 הביטאט בע"מ נ' CAFOM, פסקאות 13-15, 18 (17.12.2018)). במסגרת התיקון נוספה גם ההגנה על סימני מסחר מוכרים היטב הרשומים בישראל, אשר מזכירה בהיבטים רבים את דוקטרינת הדילול. בפרט, שני ההסדרים נועדו להגן על בעליהם של סימני מסחר "חזקים" מפני שימוש בהם ללא רשות, גם כאשר השימוש בסימן נעשה על גבי סחורה שאינה מסומנת בסימן המסחר הרשום ולא מתעורר חשש להטעיית הצרכנים. כך, כדי למנוע פגיעה כלכלית בבעליהם (מיכאל כהן "העלייה, הנפילה והצעה לרגנרציה של דוקטרינת דילול המותגים הישראלית" משפטים מז 449, 459-463 (2018) (להלן: כהן)). הדמיון הרב בין שני ההסדרים העלה את השאלה האם ההגנה החקוקה על סימן מסחר מוכר היטב הרשום בישראל החליפה את דוקטרינת הדילול הפסיקתית שקדמה לה, או שמדובר בשני הסדרים שונים שיש להוסיף ולבחון את שניהם באופן עצמאי. בשנים הראשונות לאחר תיקון הפקודה הוצע בספרות לראות בתיקון אימוץ חקוק של דוקטרינת הדילול (Amir H. Khoury, *Well-Known and Famous Trademarks in Israel: TRIPS from Manhattan to the Dawn of a New Millennium!*, 12 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 991, 1031 (2002); עופר טור-סיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחידושים במשפט הישראלי)" קרית המשפט ה 177, 278-282 (התשס"ה) (להלן: טור-סיני)). למרות זאת, בפסקי הדין שניתנו בתקופה זו נותחו שתי העילות – דילול והפרת סימן מסחר מוכר היטב ורשום – כשתי עילות נפרדות (עניין אבסולוט, עמודים 878-888; ע"א 8441/04 Unilever Plc. נ' שגב, פס' 24-26 (23.8.2006) (להלן: עניין Unilever)); ע"א 10959/05 Tea Board, India נ' Delta Lingerie S.A of Cachan, France, פסקאות 11-16, 19-20 (7.12.2006) (להלן: עניין דלתא)). בפסק הדין האחרון, שניתן בשנת 2006, הועלתה במפורש סוגיית היחס בין העילות, והושארה ללא הכרעה (שם, פסקאות 19-20).

כיום הנטייה בפסיקה ובספרות היא לראות בהוספת ההגנה על סימן מסחר מוכר היטב ורשום כהכרה בחקיקה בדוקטרינת הדילול, כך שאין לבחון באופן נפרד את שני ההסדרים: "בשנת 1999, הוסף לפקודת סימני המסחר סעיף 46א אשר מכיר בעיקרון של

דילול... כעת, משהתקבלו חלקים מדוקטרינת הדילול אל תוך החקיקה הישראלית, אין עוד ספק כי בעל סימן מסחר יכול לתבוע מכוחה" (עניין טומי הילפיגר, פסקאות 53-52). וכן ראו עניין אדית, פסקה 19; סורוקר, עמודים 557, 565-566; כהן, עמודים 459-463). משמעות הדבר היא שיש לבחון את דוקטרינת הדילול על פי דרישות הפקודה, ואין המדובר בשני הסדרים משפטיים נפרדים שעשויים להוביל לתוצאות שונות. יוער כי גם בעבר, עת נותחו שתי העילות באופן עצמאי, הגיעו בתי המשפט לתוצאות זהות בעת ניתוח העילות – או ששתיהן נדחו או ששתיהן אושרו. מבחינה מעשית, אם כן, מעולם לא היה ביניהן הבדל (ראו למשל שלושת פסקי הדין שהובאו בסוף הפסקה הקודמת).

11. כיצד ההקדמה האמורה משתלבת בנסיבות המקרה שלפנינו? כאמור, עילת ה"דילול" שאומצה בחקיקה מותנית ברישומו של סימן המסחר המוכר היטב בפנקס סימני המסחר הישראלי. כאשר סימן המסחר המוכר היטב אינו רשום, ההגנה המוקנית לו מפני הפרה מוגבלת לשימוש בסימן (או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות) לשם סימון אותו סוג סחורה שביחס אליה נרשם סימן המסחר, דהיינו סחורה מאותו "הגדר" – מאותה משפחה מסחרית (חלופה 3) להגדרת "הפרה" בסעיף 1 לפקודה; עניין טוטו זחב, עמודים 894-895). מדובר בסיטואציה הכרוכה מטבעה בחשש מפני הטעיה, והיא אינה קשורה לדוקטרינת הדילול. לעומת זאת, ביחס לסימן מוכר היטב הרשום בישראל הורחבה הגדרת ההפרה בכמה מובנים חשובים:

"הפרה" – שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך [...] (4) בסימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו, לענין טובין שאינם מאותו הגדר, ובלבד שיש בשימוש זה כדי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום, עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור" (סעיף 1 לפקודה. ההדגשות הוספו).

מאפיין ייחודי ראשון של הסדר זה הוא שהפרה יכולה להיות גם כאשר השימוש בסימן הוא על גבי מוצרים שונים לחלוטין מאלה שביחס אליהם רשום סימן המסחר ("שאינם מאותו הגדר"), למרות שבאופן טיפוסי לא מדובר בסיטואציה הכרוכה בחשש להטעיית הצרכנים. שנית, נאסר גם השימוש בסימנים הדומים לסימן הרשום, אך כפי שכבר פורט לעיל – בולטת בחסרונה הדרישה לדמיון מטעה. שלישית, לצד העדרה של דרישה לדמיון מטעה, נקבעו שני מבחנים לשם הטלת האחריות בגין השימוש בסימן הרשום או בסימן הדומה לו – השימוש צריך להצביע על "קשר" לבעל הסימן הרשום, ובעל הסימן הרשום "עלול להיפגע" מהשימוש בסימן.

האם במקרנו המערערות יכולות ליהנות מההגנה המורחבת – לא רק מפני הפרה "קלאסית" אלא גם מפני דילול המוניטין? הטענה שאותה העלו היא כי הדילול הוא של ה"מוניטין", כאשר עיקר הדגש הושם על דמותו של קלוני, ש"דוללה" באמצעות דמותו של הכפיל. אך טענה זו אינה עוברת משוכה ראשונית. כפי שהוצג לעיל, עילת הדילול אינה אלא עילה של הפרת סימן מסחר מוכר היטב הרשום בישראל. הפרה כזו נעשית באמצעות שימוש בסימן או בסימן הדומה לו, ולא ב"מוניטין" של אדם או חברה גרידא. ברם, דמותו של קלוני אינה סימן מסחר רשום, כמוסבר לעיל. לכן, גם אם היינו מניחים שלדמות יש מוניטין ושנעשה שימוש במוניטין אלה – ואיני קובע כי זה המצב – עדיין לא היה בכך לסייע למערערות. רק שימוש בסימן מסחר רשום יכול להקים עילת הפרה של סימן מסחר מוכר הרשום בישראל. אגב, גם לפי דוקטרינת הדילול הפסיקתית שקדמה לתיקון הפקודה, לא ניתן היה לדלל "מוניטין" כשלעצמם, אלא נדרש היה להראות שימוש בסימן המסחר הרשום או בסימן הדומה לו (כפי שהיה בפרשות בקרדי ו-Unilever). אשר לסימן המסחר המוכר היטב Nespresso, הוא אמנם רשום בישראל, אך כאמור – לא נעשה בו (או בסימן המעוצב בדומה לו) שימוש במסגרת הפרסומות מטעם המשיבה.

בשולי הדיון נעיר כי בפני המערערות ניצבת משוכה נוספת במסגרת טענת הדילול. נניח, למשל, שתמונתו של קלוני הייתה – בהסכמתו – סימן מסחר רשום של המערערות ביחס לקפה ומוצריה (ראו סעיף 11(8) לפקודה). אפילו במקרה כזה, ניתן היה לטעון שפרסום מוצרי הקפה של המשיבה באמצעות תמונת כפילו של קלוני (עם כיתוב המבהיר שלא מדובר בקלוני) אינו מדלל המוניטין שמאחורי דמותו ותמונתו של קלוני. הסיבה לכך היא שהשימוש בשני הסימנים – תמונת קלוני ותמונת הכפיל – הוא ביחס למוצרי קפה שאותם משווקים שני הצדדים להליך, ומצויים במוקד התחרות ביניהם. בפסיקה ובספרות קיימים חילוקי דעות ביחס לשאלה האם ניתן לטעון לדילול סימן מסחר, בנסיבות שבהן אין חשש להטעיה, כאשר שני הסימנים המתחרים מוטבעים על סחורה מאותו "הגדר". נטיית הפסיקה כיום היא לשלול את האפשרות לטעון לקיומו של דילול במקרה כזה (עניין אדיט, פסקה 19; עניין אנג'ל, פסקאות 44-45), הגם שמפסיקה מוקדמת יותר עולה עמדה שונה (עניין Unilever, פסקה 26. באותו עניין היה חשש להטעיה, אך בית המשפט היה נכון לבחון את תחולת ההגנה על סימן מוכר היטב ורשום ביחס למוצרים מאותו הגדר, גם בהנחה שלא נדרש חשש להטעיה. וכן ראו כהן, עמודים 468-471). יצוין כי בארצות הברית ובאירופה נקבע במפורש כי ניתן לדלל סימן מסחר גם באמצעות שימוש בו או בסימן הדומה לו על גבי אותו סוג של סחורה, גם כאשר אין דמיון מטעה העולה לכדי הפרה של סימן המסחר. דוגמא יפה לגישה זו מצויה בפסק דין שניתן על ידי בית הדין לערעורים של OHIM (Office for Harmonization in the

(Internal Market (Trade Marks and Designs) – הגוף האחראי על מרשם סימני המסחר בתוך האיחוד האירופי. באותו עניין טענה חברת משקאות האנרגיה המפורסמת Red Bull, בין היתר, כי סימן מסחר של חברה מתחרה בשם Red Dog פוגע באופי המבחין של סימן המסחר המפורסם. הערכאה הראשונה קיבלה את הטענה ובית הדין לערעורים דחה את הערעור של Red Dog, תוך קביעה שסימן המסחר דולל – הגם שדובר על טובין זהים. למעשה אף ניתן משקל ניכר לנתון זה (RED DOG / RED BULL et al) R-69/2009-1, par. 18, 24-26 (11 January 2010). לדוגמא מארצות הברית ראו *Levi Strauss & Co. v. Abercrombie & Fitch Trading Co.*, 633 F.3d 1158 (9th Cir. 2011). בפסק הדין הוכרה האפשרות של דילול סימן מסחר, ללא חשש הטעיה, במקום שבו שני הסימנים המתחרים הופיעו על גבי מכנסי ג'ינס). כאן, כאמור, איננו נדרשים לדון בעניין זה, הואיל ודמותו של קלוני אינה סימן מסחר השייך למערערות.

12. עד עתה עסקנו באחד משני ענפיה של דוקטרינת הדילול, כפי שמקובל לראותה בארצות הברית ובאירופה, ענף שנהוג לכנותו Blurring, ובעברית – טשטוש, שחיקה או הקלשה (ראו עניין אדיט, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת חיות; זכרוב, עמוד 446). כיום מוגדר ענף זה בחקיקת סימני המסחר הפדרלית בארצות הברית כך (ההדגשות כאן ובציטוטים הסמוכים אינן במקור):

"dilution by blurring" is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that **impairs the distinctiveness** of the famous mark" (15 U.S.C. § 1125(c)(2)(b)).

דילול על ידי טשטוש נסוב סביב "קשר" או אסוציאציה בין סימן לסימן מפורסם. כתוצאה מקשר או אסוציאציה אלה נפגעים האופי המבחין וייחודיות הסימן המפורסם. כך, למשל, כאשר צד שלישי משתמש בסימן המפורסם ביחס לסחורה ששונה במהותה מהסחורה שעליה מופיע הסימן. בעקבות הטשטוש, סימן המסחר אינו בודד בשוק. הוא מאבד את ייחודיותו ואינו מסמן, כבעבר, רק את הסחורה שמוגנת על ידי סימן המסחר, אלא גם סחורה אחרת. ניסוח דומה של דילול על ידי טשטוש מופיע בתקנות האיחוד האירופי העוסקות בסימני מסחר: "use of that sign [...] is **detrimental to, the** " distinctive character... of the trade mark Regulation on the European Union) (trade mark, Art. 9(2)(c)). לפי ענף הטשטוש של דוקטרינת הדילול, השימוש בסימן מסחר גם אם הפגיעה ביכולת ההבחנה שלו אינה כרוכה מטיבה בחשש להטעיית הצרכנים. הייחודיות נתפסת כחשובה מתוך הנחה שחלק מכוחו המסחרי של סימן המסחר

– שהוא מושא הגנת הדין – נעוץ בהיותו ייחודי, וללא קשר הכרחי לחשש מפני הטעיה.

דילול מסוג טשטוש הוא הדילול שנדון בפסיקתו של בית משפט זה תחת הכותרת "דילול". כך, למשל, נאמר בעניין בקרדי: "ניצול המוניטין טומן בחובו פגיעה אפשרית בבעליו החוקיים של סימן המסחר, בגלל פיתוח ודילול המוניטין ושחיקת הייחודיות של סימן המסחר" (עניין בקרדי, עמוד 282). באותו עניין, כמו גם בעניין אדידס, אף צוטטה בהסכמה הגדרתם למונח "דילול" של יעקב וחנה קלדרון חיקויים מסחריים בישראל 189 (1996): "שימוש בסימן מסחר חזק בלא רשות בעליו וללא יצירת הטעיה, המביא לשחיקה וטשטוש של התדמית הייחודית והאיכותית שהסימן הצליח להעביר לצרכניו". גם יתר פסקי הדין של בית משפט זה שעסקו בדוקטרינת הדילול דנו בטענות של דילול סימן המסחר על דרך טשטושו (כך היה, למשל, בעניין אבסולוט, עניין Unilever, עניין דלתא, עניין אדידס, ועניין טומי הילפיגר). בענף הטשטוש עסק גם דיוננו עד כה, וכאמור – לא קמה למערערות עילת תביעה מכוחו. אך המערערות טוענות כי קמה לזכותן עילת תביעה טובה גם מכוח הענף השני של דוקטרינת הדילול, שאליו נפנה עתה.

13. הענף השני של דוקטרינת הדילול מכונה בארצות הברית ובאירופה Tarnishment, דהיינו הטלת כתם במוניטין של סימן המסחר, למשל ביזויו, זיהויו עם איכות נמוכה או שימוש בו בהקשר פוגעני. לא תהליך נבילה של העלה אלא תקיפה ישירה של שמו המסחרי הטוב של העץ. כך מוגדר ענף ההכתמה של עילת הדילול בחקיקת סימני המסחר הפדרלית בארצות הברית:

“‘dilution by tarnishment’ is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that **harms the reputation** of the famous mark” (15 U.S.C. § 1125(c)(2)(c)).

הגדרה דומה מופיעה בתקנות האיחוד האירופי: "use of that sign [...] is **detrimental**" (Regulation on the European Union trade mark, Art. 9(2)(c)). הדגש הוא בפגיעה במוניטין של סימן המסחר שבו נעשה שימוש.

בשונה מענף הטשטוש של דוקטרינת הדילול, ענף ההכתמה לא אומץ במפורש בפסיקה הישראלית. עם זאת, הלכת מקדונלד קבעה הסדר היוצר מעין "דילול באמצעות הכתמה" מתוצרת הארץ. כזכור, באותה פרשה קבע בית המשפט, בדעת הרוב, כי שימוש

בסימן מסחר במסגרת פרסומת הוא בגדר הפרה של סימן המסחר, מכיוון שהשימוש נועד "לעלוב בבעליו" ללא ביסוס עובדתי מתאים, והגם שדובר על סיטואציה שאינה מעוררת חשש להטעיה באופן טיפוסי. למעשה, הלכת מקדונלד קובעת הסדר מרחיק לכת הרבה יותר מענף ההכתמה של דוקטרינת הדילול כפי שהיא קבועה בארצות הברית ובאירופה. דוקטרינת הדילול בארץ ובעולם שמורה לסימן מוכר היטב או מפורסם, ואילו הלכת מקדונלד נקבעה ביחס לכל סימן מסחר רשום, ואפילו כזה שאינו מוכר היטב. ההלכה התבססה על לשון חלופה (2) של הגדרת "הפרה" בסעיף 1 לפקודה, העוסק בשימוש בסימן רשום – כל סימן רשום – במסגרת פרסום. זאת, בשונה מהפרה על דרך הדילול, המופיעה בחלופה (4) להגדרת "הפרה" המיוחדת לסימן מסחר מוכר היטב ורשום. בנוסף לכך, ספק רב אם הנסיבות שנדונו בעניין מקדונלד היו עולות לכדי "הכתמה" בשיטות משפט אחרות, שבהן שמור ענף זה בעיקר לשימוש בסימן מפורסם בהקשרים של מין, סמים וכדומה, או לזיהויו עם מוצרים מאיכות נמוכה (זכרוב, עמודים 468-496). מכיוון שבית משפט זה טרם נדרש לתחולת ענף ההכתמה של דוקטרינת הדילול במשפטנו, הסוגיה עשויה להתעורר אם ייקבע שהשימוש בסימן מסחר מוכר היטב אינו עולה לכדי הפרה לפי הלכת מקדונלד. במקרה כזה, עדיין יש לשאול האם לנוכח פרסומו הרב של הסימן – השימוש בו הוא בגדר דילול על דרך ההכתמה.

14. כאמור, בספרות ניתן למצוא הסתייגות מהלכת מקדונלד, המונעת התייחסות בלתי מחמיאה במסגרת פרסומת לבעליו של סימן מסחר, באמצעות שימוש בסימן המסחר שלו (ראו ההפניות לזכרוב וצ'אן גרינוולד, לעיל בפסקה 5). הקושי נובע מהפגיעה המשמעותית בחופש הביטוי, במקרים שבהם לא ניתן "לבקר" בעליו של סימן מסחר מפורסם באמצעות התייחסות לתדמית הסימן. אף נטען כי הדבר פוגע בתחרות ובחופש העיסוק. אך כאמור, גם לשיטת המבקרים יתכן שמוצדק להכיר באיסור מצומצם יותר של "הכתמה", שנועד להגן על ערכם הכלכלי של סימני מסחר מוכרים היטב (זכרוב, עמודים 468-496). לתפיסתי, המפתח להבנת העניין של דילול על ידי הכתמה בישראל מצוי בדרישות פקודת סימני מסחר, שמבחינה בין דינו של סימן רשום רגיל לדינו של סימן רשום מוכר היטב. השימוש בסימן רשום רגיל נאסר רק ביחס למקרים שבהם קיים חשש הטעיה אינהרנטי – שימוש ללא רשות בסימן מסחר (או בסימן הדומה לו דמיון מטעה – רע"א 5454/02 טעם טבע (1998) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה טופהרב בע"מ, פ"ד נז(2) 438, 450 (2003)) ביחס לאותה סחורה שעליה הוא מוטבע באופן רגיל, או במסגרת פרסומת לסחורה כזו (חלופות (1) ו-(2) להגדרת "הפרה"). בנבדל, השימוש בסימן רשום מוכר היטב נאסר גם בסיטואציות שאינן מעוררות באופן טיפוסי חשש כזה – שימוש ביחס לסחורות שונות לגמרי (חלופה (4) להגדרת "הפרה"), וגם כאשר הסימן דומה לסימן הרשום באופן שאינו בהכרח מטעה. המוקד בחלופה (4) אינו ההטעיה, אלא

הצבעה על קשר בין הסימן לסימן מוכר היטב, וחשש לפגיעה בבעליו של הסימן המוכר היטב – שני התנאים החקוקים שבהם תלויה הגנת הדין.

כבר הבעתי לעיל את הסתייגותי מהפרשנות שניתנה לחלופה (2) בדעת הרוב בעניין מקדונלד, החורגת מהמטרות המסורתיות של דיני סימני המסחר ה"רגילים". הסתייגות מפרשנות זו הובאה בפסיקה ובספרות (פסקה 5 דלעיל). אך עדיין יש לדון בחלופה (4) להגדרת "הפרה". יושם אל לב כי בחלופות (1) ו-(2), העוסקות גם בסימן מסחר שאינו מוכר היטב, אין הבחנה בין שימוש מותר ושימוש אסור בסימן. ברגע שנקבע כי נעשה בו שימוש (או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות), השימוש אסור. לעומת זאת, בחלופה (4) קיימת מסננת אחריות חשובה – החשש מפגיעה בבעל סימן המסחר. לא כל שימוש אסור, אלא רק כזה שהוכח כי הוא עלול לפגוע בבעל הסימן המוכר היטב. כלשון חלופה (4): "ובלבד ש... בעל הסימן הרשום, עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור".

צמצום זה של איסור השימוש – "עלול להיפגע" – עשוי לסייע באיזון בין הערכים המתנגשים. לו היה כל שימוש "מכתיים" בסימן המוכר היטב אסור, היה יוצא שהאינטרס המוגן הוא "כבודו" של סימן המסחר או שמו הטוב. כנגד אינטרס כזה עומדים שיקולים כבדי משקל של חופש ביטוי, תחרות בין מתחרים ולעיתים אף האינטרס בביקורת, כדי להשפיע ואולי "להעיר" את הצרכן. יש אפוא חשיבות רבה לתליית הגנת הדין על סימן המסחר – בדמות הגדרת "הפרה", מניעת רישום של סימן ומתן שימוש ייחודי – בשיקול כבד המשקל של חשש מפני פגיעה כלכלית בבעליו. עמדתי זו תובהר, הן לגבי הדין הן לגבי יישומו על נסיבות המקרה, באמצעות שלוש נקודות.

15. ראשית, וכאמור לעיל, בעת תיקון פקודת סימני מסחר נקבע בה מעין "דילול מתוצרת הארץ", שהשתלב בדוקטרינת הדילול הפסיקתית והוסיף לה תנאים מסוימים. תנאים אלה יפים לא רק ביחס לדילול על דרך הטשטוש, אלא גם לדילול על דרך ההכתמה. הואיל ושני ענפי הדילול אינם מופיעים במפורש בפקודה, ההכרה בהם תלויה בתנאי חלופה (4) להגדרת "הפרה" ובסעיפים המקבילים בפקודה. כפי שנראה, תנאים אלה מתאימים גם לענף ההכתמה המוכר ברחבי העולם. התנאי הראשון הוא שיהיה שימוש בסימן מסחר. לא די בשימוש במוניטין. המערערות כינו את ענף ההכתמה בשם "פגיעה בנכס מוניטין", אך כינוי זה אינו מדויק. לא כל פגיעה במוניטין מקימה את עילת הדילול, על שני ענפיה, אלא רק פגיעה במוניטין המתבטא בסימן מסחר. כך הוא לפי לשון הפקודה ("הפרה" – שימוש... בסימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן רשום...). כך הוא אף ברחבי העולם, שם הדילול על כל ענפיו הוא חלק מדיני סימני המסחר, ומתייחס

לסימני מסחר ולא ל"מוניטין" (ראו ההפניות לעיל, פסקאות 12-13, לדברי החקיקה העוסקים בסימני מסחר, שתחולתם דורשת שימוש בסימן מסחר). כך היה גם בעניין מקדונלד, שדן בהפרת סימן מסחר. לכן יש לדחות את טענת המערערות, שהתבססה בהקשר זה בעיקר על השימוש בדמות כפילו של קלוני, שלא הוכח כי היא בגדר סימן מסחר (אלא רק יצגן – "פרזנטור"). כדי להמחיש את הנקודה, לא ניתן לטעון לדילול סימן מסחר בתרחיש שבו יצרן מכתים את "המתחרה" – כפי שהוא מכונה בפרסומת – ללא שימוש בסימן המסחר של המתחרה, גם אם מדובר בשוק שבו שני מתחרים בלבד וברור לכל מיהו אותו מתחרה. יתכן שבמקרה כזה תקום לאותו "מתחרה" עילת תביעה אחרת, כגון לשון הרע, תיאור כוזב או שקר מפגיע, אך מכיוון שאין שימוש בסימן המסחר – לא מדובר בהפרת סימן מסחר, הגם שעשויה להיות פגיעה במוניטין.

16. שנית, אף אם היינו מקבלים את הטענה כי דמותו של קלוני היא חלק מסימן המסחר המוכר היטב – הייתה טענת המערערים נכשלת במסגרת המשוכה השנייה הקבועה בחלופה (4) להגדרת "הפרה" בסעיף 1 לפקודה, הלא היא הדרישה כי הסימן המוכר היטב יהיה רשום בישראל. עמדנו על דרישה זו לעיל, והדברים יפים גם בהקשר הנוכחי, מבלי שיהיה צורך להרחיב שוב. נזכיר רק כי המחוקק בחר במפורש שלא להעניק את ההגנה הרחבה והמיוחדת לסימנים מוכרים היטב שאינם רשומים בישראל, והגיונו של כלל זה מדבר בעד עצמו. כאמור, גם סימנים אלה זכאים להגנה, אך זאת רק במצבים שבהם קיים חשש שהציבור יטעה וישייך מוצר מסוים למי שאינו קשור אליו, ולא ההגנה הרחבה יותר מפני דילול.

17. שלישית, ההגנה מפני דילול תלויה בשני תנאים נוספים הקבועים בפקודה – הצבעה על "קשר" בין המוצרים לבעל הסימן הרשום, והתנאי לפיו בעל הסימן הרשום "עלול להיפגע" כתוצאה מהשימוש בסימן (חלופה (4) להגדרת "הפרה" בסעיף 1 לפקודה; סעיף 11(14) לפקודה; סעיף 46א(ב) לפקודה). דרישת הצבעה על קשר מצריכה ליבון ודיון ביתר שאת בתיקים של דילול על דרך הטשטוש. במקרים כאלה יש לבחון האם הדמיון בין הסימנים מצביע על קשר הדוק דיו כדי לענות על דרישת החוק (עניין אבסולוט, עמוד 885; עניין אנג'ל, פסקה 46). כאשר מדובר על דילול על דרך ההכתמה, נדמה באופן כללי כי קל יותר יהיה להוכיח את דרישת הקשר, שכן על פי רוב תכלית ההכתמה היא שהצרכן יבין כי מושא הדברים הוא סימן המסחר המפורסם, ויקשר בין השימוש לסימן המפורסם ובעליו. בענייננו, הנחת היסוד של הפרסומות היא כי הצרכן יבין את הקשר של הפרסומת למוצרי המערערות ולסימן המסחר שלהן. עיקר הדיון בתיקי הכתמה מתרכז אפוא בתנאי השני – האפשרות לפגיעה כתוצאה מהשימוש.

לתנאי זה חשיבות רבה, בגדרי האיזון בין האינטרסים והזכויות המתנגשים במסגרת ענף ההכתמה של דוקטרינת הדילול.

ודוקו, עסקינן בפגיעה כלכלית. כך עולה מדברי ההסבר להצעת החוק, המסבירים את תיקון הפקודה "בשים לב לצורך לתת הגנה לזכויות הקנין הרוחני", שהוא "בעל ערך כלכלי רב" (דברי הסבר להצעת חוק לתיקון דיני הקנין הרוחני – התאמה להוראות הסכם הטריפס, התשנ"ט-1999, ה"ח הממשלה 2819, 524. וכך ראו טור-סיני, עמוד 281). בנוסף, תכליתה המרכזית של דוקטרינת הדילול היא להגן על ערכו המסחרי – המגולם במוניטין – של סימן המסחר מפני פגיעה, על דרך הטשטוש או על דרך ההכתמה. כך מבחינה היסטורית וגם נורמטיבית (עניין בקרדי, עמודים 282, 284; עניין אדית, פסקה 19)). יודגש כי לפי הפקודה אין צורך להוכיח "פגיעה", דהיינו נזק כלכלי. לשון הסעיף היא "עלול להיפגע", ולא "נפגע". מן הצד השני, אין הנחה כי עצם השימוש בסימן גורר מיניה וביה פגיעה בערכו, אלא נדרש להוכיח קיומו של חשש קונקרטי. עלבון, הגחכה והכתמה עשויים לפגוע ברגשות בעליו של הסימן, אך לא לבוא לידי ביטוי בהתנהגות הצרכנים. הנטל מוטל על הטוען לקיומה של העילה. יש להוכיח אפוא בדרכים שונות כי השימוש בסימן המסחר עלול לגרום לפגיעה כלכלית בבעליו. ודייק עוד – נדרש "קשר סיבתי" בין השימוש בסימן לפגיעה בבעליו – "בעל הסימן הרשום עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור". הפגיעה האסורה היא זו הנובעת מהשימוש, ולא מגורמים אחרים.

לדוגמא, שימוש בסימן מסחר מפורסם במסגרת פרסומת משווה של המפרסם עם בעליו של סימן המסחר. במקרה כזה, גם אם השימוש בסימן אינו "מכתים" אלא ענייני, לשם השוואת המוצרים, התחרות בין המשתמש בסימן המוכר היטב לבעליו עשויה לפגוע ברווחי האחרון. במקרה כזה, חרף השימוש בסימן והפגיעה ברווחי בעליו, אין קשר סיבתי בין השימוש לפגיעה, שקשורה לעצם התחרות ולא לשימוש בסימן. על כן "הפרה" אין. דוגמא נוספת היא ביקורת על בעל הסימן שבה נעשה שימוש בסימן. גם במקרה כזה יתכן שהשימוש כשלעצמו אינו "מכתים" ואינו כרוך בפגיעה במוניטין של בעל הסימן, אלא שעדיין תיגרם פגיעה כלכלית לנוכח תוכן הביקורת. גם כאן יש שימוש בסימן ופגיעה, אך הואיל ואין קשר בין השניים – אין הפרה. כמובן, ככל שהשימוש בסימן המפורסם עצמו הוא פוגעני, ועלול לגרום לפגיעה הכלכלית, אין בכך שנלוו לו תחרות או ביקורת כדי להעניק חסינות מפני עילת הדילול. הסיבה להבחנות אלה נעוצה בתכלית הדין – מניעת פגיעה בבעל הסימן הנובעת מהשימוש בסימן, ולא מניעת פגיעה כלכלית הנובעת מסיבה אחרת. בל נשכח כי הענף המשפטי בו עסקינן הוא דיני סימני המסחר,

שמעייניהם מופנים כלפי השימוש בסימן. בכך אין לשלול את האפשרות שבעל הסימן ימצא תרופה לפגיעה בו בענפי משפט אחרים.

לשם השוואה, בחוק סימני המסחר הפדרלי בארצות הברית נקבעו במפורש סייגים להגנה מפני דילול – על דרך הטשטוש ועל דרך ההכתמה. כך נקבע בסעיפי החוק העוסקים בדילול, תחת הכותרת "Exclusions" (ההדגשות הוספו):

"The following shall not be actionable as dilution by blurring or dilution by tarnishment under this subsection:

(A) Any fair use, including a nominative or descriptive fair use, or facilitation of such fair use, of a famous mark by another person other than as a designation of source for the person's own goods or services, **including use in connection with—**

(i) advertising or promotion that permits consumers to compare goods or services; or
(ii) identifying and parodying, criticizing, or commenting upon the famous mark owner or the goods or services of the famous mark owner.

(B) All forms of news reporting and news commentary.

(C) Any noncommercial use of a mark" (15 U.S.C. § 1125(c)(3)).

הגנת שימוש הוגן זו, המתייחסת גם לשימוש במסגרת תחרות וביקורת – לרבות פרודיה – אינה מופיעה בחוק הישראלי, אך באמצעות דרישת הקשר הסיבתי בין השימוש בסימן לפגיעה בבעליו מתקבלת תוצאה הדומה להגנה זו, לפחות בהיבטים מסוימים. נזכיר כי גם לפי הלכת הרוב בעניין מקדונלד לא נאסר כל שימוש בסימן במסגרת פרסומת השוואתית, ואפילו הוכרה האפשרות של שימוש בסימן מסחר לשם העלכת בעליו בנסיבות מסוימות:

"ניתן לשקול התרתו של שימוש במוניטין כדי לעלוב בבעליו כאשר הוא נעשה כחלק מפרסומת השוואתית. כאשר הפרסומת מכילה השוואה עובדתית של נתונים בדבר שירותי המתחרים, וההתייחסות המבזה למתחרה נלווית להשוואה זו, במקרים המתאימים... יהיה ניתן לשקול את התרתה של התייחסות שכזו בשל הערך החברתי שבפרסומת ההשוואתית" (שם, עמוד 336).

האיזון המדובר אינו נזכר ולו ברמז בלשון החוק שעליה התבססה הלכת הרוב בעניין מקדונלד. זאת, בשונה ממסנתת הקשר הסיבתי הקבועה במסגרת סעיפי הדילול

הישראלים, המאפשרת למנוע רק פגיעה בבעל הסימן המוכר היטב הנובעת ישירות מהשימוש בסימן, ולא מנתוני רקע אחרים כגון תחרות או ביקורת. יודגש כי הפסיקה עמדה על הצורך להוכיח את החשש לפגיעה ב"תשתית של ממש" (עניין אבסולוט, עמוד 885; עניין אנג'ל, פסקה 45), וקביעה זו מתייחסת גם לייחוס החשש לשימוש בסימן, ולא לסיבות אחרות (לדיון בשיטות הוכחה אפשריות ראו J. Thomas McCarthy, *Proving a Trademark Has Been Diluted: Theories or Facts?* 41 HOUS. L. REV. 713, 742-745 (2004)).

אצלנו, כאמור, איננו נדרשים לטעת מסמרות בשאלה האם הוכח חשש לפגיעה כלכלית במערערות, שלא צלחו את מבחן הסף של שימוש בסימן מסחר שלהן. נסתפק אפוא בקביעה שהחשש צריך להיות מגובה בתשתית עובדתית מבוססת, ובפרט כאשר מדובר במוניטין "חזק", שלא בהכרח נפגע בעקבות התייחסות כזו או אחרת. תשתית כזו יכולה לכלול, למשל, התייחסות להשפעה בפועל של הפרסום על המוניטין של סימן המסחר ועל האופן שבו הוא נתפס בעיני הצרכנים לאחר הפרסום המכתיים. יתכן שגם פרסום חריף לא יגרום לצרכנים לתפוס את סימן המסחר המפורסם באופן שלילי יותר, ועל התובע מוטל הנטל להוכיח את טענתו בעניין זה.

ד. תיאור כוזב וגניבת עין

18. במסגרת משפחת "טענות המוניטין", טענו המערערות, לצד הפרת סימן מסחר ודילולו, גם לתיאור כוזב במסחר וגניבת עין, עוולות הקבועות בשני הסעיפים הראשונים של חוק עוולות מסחריות. מכיוון שעילות תביעה אלה אינן מעוררות קושי בנסיבות העניין נוכל לקצר בדיוננו.

תיאור כוזב. הטענה המרכזית של המערערות בהקשר זה היא כי מפרסומות המשיבה, שהתהדרה בשירות משלוחים "עד הבית", ניתן היה להבין שמכונות הקפה של נספרסו אינן נשלחות עד לבית הלקוח – נתון שאיננו נכון. אם אכן ניתן היה להבין זאת מהפרסומות, היה הדבר מנוגד, לכאורה, לסעיף 2(א) לחוק עוולות מסחריות: "לא יפרסם עוסק מידע ולא יגרום לפרסום מידע, אשר הוא יודע או שהיה עליו לדעת שהוא אינו נכון, לגבי עסק, מקצוע, נכס או שירות, שלו או של עוסק אחר (להלן – תיאור כוזב)". בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערערות, בקבעו כי אין אחיזה בפרסומות לחשש שקהל הצרכנים יסבור שהמערערות אינן מבצעות משלוחים. דעתי כדעתו. נזכיר שוב כי עיקרי הפרסומת של המשיבה הם אלה: הבחור הצעיר אומר לכפילו של קלוני להפסיק לדבר לעצמו, הוא מודיע לו שגוררים את רכבו, הוא עוקץ אותו על כך שהוא מחייך

לנשים כל היום, משוחח עם עצמו ומתלבש "כמו חתן" לחנות קפה. אכן, במהלך הפרסומת – ובהקשר של גרירת הרכב – הבחור מודיע לכפיל שאצל המשיבה אפשר להזמין מכונת קפה עד הבית. אך בהקשר הדברים אין להבין מכך באופן סביר כי מתחרי המשיבה אינם מספקים שירות דומה. הדגש הוא על המודל המסחרי של המשיבה, ולא על התנאים שקבעה המתחרה. מעבר לכך, הזהירות מתבקשת. אין לדרוש כי גם מהפרסום מן הסוג הנדון קיימת חובה לציין בכל שלב לא רק מה המפרסם מציע, אלא גם מה מציעים מתחרי. כמובן, אם עולה מהפרסום שרק המפרסם מציע שירות או מוצר, עשויה עילה לקום. אך כאמור, זה אינו המצב. למצער, המערערות – הן התובעות בערכאה קמא, הנושאות בנטל השכנוע – לא הציגו כל ראיה התומכת בעמדתן, כגון סקר צרכני שניתן ללבנו בחקירה נגדית. בנסיבות אלה נטל השכנוע לא הורם.

טענה נוספת הקשורה לעוולת התיאור הכוזב העלו המערערות דווקא תחת הכותרת של עוולת "גניבת עין". לפי טענה זו, מספר לקוחות שצפו בפרסומת של המשיבה סברו בטעות כי מדובר בפרסומת מטעם המערערות, וכי האחרונות יצאו במבצע שבו מוענקת מכונת קפה ללא עלות למי שעומד בתנאים מסוימים. הסיווג המתאים לטענה זו הוא "תיאור כוזב", ולא "גניבת עין", כפי שיוסבר בפסקה הבאה. לגוף הטענה, על פי רוב – וכך התפתחו הדינים הקרובים לעוולה מבחינה היסטורית, כגון עוולת שקר מפגיע – התיאור הכוזב מתייחס לפרסומים שליליים ומשמיצים של המתחרה או סחורתו, או לפחות לעליונותו של המפרסם על המתחרה (ראו הסקירה הרחבה בע"א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, פסקאות 39-51 (30.4.2017) (להלן: עניין סוכני הביטוח)). לעומת זאת, ביחס לפרסומת של מכונת הקפה נטען לפרסום מידע "חיובי" בקשר למתחרה – כי הוא יצא במבצע אטרקטיבי. עם זאת, יושם אל לב כי לפי לשון החוק, תיאור כוזב אינו חייב להיות תיאור שלילי שגוי של המתחרה ומוצריו, או תיאור חיובי שגוי של מפרסם המידע, אלא כל תיאור כוזב – חיובי כשלילי – עשוי להקים את היסוד של פרסום מידע שאינו נכון. הגיונו של הכלל הוא שגם פרסום חיובי כוזב לגבי המתחרה עלול לפגוע בו, לנוכח אכזבת הלקוחות כשיתברר כי מדובר במידע כוזב. התחרות ההוגנת מחייבת אפוא לשלול אסטרטגיה עסקית מעין זו, שכן העיקר אינו תוכן המידע אלא פוטנציאל ההשפעה השלילית שלו על הצרכנים (שם, פסקה 51). כך או אחרת, מסכים אני עם קביעת ערכאה קמא כי לא הונחה תשתית מתאימה להוכחת חשש להטעיה של ציבור הצרכנים. החשש מפני הטעיה נבחן מנקודת מבטו של הצרכן הפוטנציאלי הסביר, והמבחן הוא "אובייקטיבי" (שם, פסקאות 57-61 לפסק דינו של השופט עמית, וכן פסק דינה של השופטת ברוך). אמנם התנהגות הצרכנים יכולה להיות כלי עזר ראייתי בעל משקל, אך אצלנו הציגו המערערות חמישה או שישה מקרים שבהם צופים טעו לחשוב שהפרסומת היא מטעם המערערות. אחוז זעום

של טעויות אינו יכול לחרוץ את גורל סוגיית החשש מפני הטעיה, בפרט לנוכח הניתוח ה"פנימי" של הפרסומת, שאינו מלמד על פני הדברים על חשש להטעיה. אחוז כה קטן של טעויות יכול להיות מוסבר בדרכים שונות, למשל מספר צופים שלא טרחו לצפות בפרסומת במלואה או שהקשיבו לה בחצי אוזן. מבלי לכמת את המספר הדרוש להוכחת חשש להטעיה, אין די במספר הזעיר שהובא. המערערות לא עמדו אפוא בנטל השכנוע גם בהקשר זה.

19. גניבת עין. העוולה של גניבת עין קבועה בסעיף 1 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". לפי ההלכה הפסוקה יש להוכיח שני יסודות מצטברים במסגרת עוולה זו – חשש להטעיה ומוניטין (ראו עניין אנג'ל, פסקה 9). בהקשר זה העלו המערערות שתי טענות.

הטענה הראשונה היא, כאמור, כי מספר לקוחות טעו לחשוב שהפרסומות של המשיבה הן מטעם המערערות. לאמור, מתקיים יסוד ההטעיה הנדרש במסגרת העוולה. אלא שכאמור, חשש כזה לא הוכח, ואין במקרים הספורים שהוצגו כדי לשנות ממסקנה זו. מטעם זה דין טענת המערערות להידחות. נעיר כי לו היה מוכח חשש להטעיה, יתכן שהדבר היה עשוי לעלות לכדי תיאור כוזב, אך לא לכדי גניבת עין. אין לפנינו טענה כי לקוחות רצו לרכוש את מוצרי המערערות ובטעות פנו אל המשיבה ורכשו את מוצריה, אלא מעין מצב הפוך, שבו (לפי הנטען) לקוחות היו עלולים לרכוש בטעות את מוצרי המערערות. העניין ממחיש כי במקרה כמו זה של לפנינו, שבו מטרת המפרסם אינה להידמות למתחרה אלא דווקא לבדל את עצמו ממנו – העילה של גניבת עין אינה רלוונטית (עניין סוכני הביטוח, פסקה 15). אם תרצו – שליחת לקוחות אל המתחרה אינה בגדר "גניבה" שלהם ממנו. הקושי שהיה מתעורר לו הייתה הטענה מתקבלת, היה נובע כתוצאה מהתיאור הכוזב – לשיטת המערערות – ולא מכך שלקוחות פנו למערערות בעקבות הפרסומות.

הטענה השנייה של המערערות היא כי עצם השימוש בכפילו של קלוני לשם קידום מוצרי המשיבה הוא בגדר גניבת עין, שכן הצופים בפרסומת עלולים לחשוב שקלוני תומך במוצרי המשיבה, או כי קיימת זיקה בין המשיבה למערערות. טענה זו נטענה בעלמא וללא תימוכין. על פני הדברים אין כל בסיס לחששות אלה של המערערות. מי שמכיר את מוצרי המותג Nespresso הבין בוודאי את העוקץ הטמון בפרסומות, וגם אם לא – לא היה טועה ורוכש מוצרים של חברה מתחרה במחשבה השגויה שהשימוש בכפילו של קלוני מייצג קשר בין שתי החברות, או כי קלוני עצמו קשור באופן כלשהו

למשיבה. זאת גם בשים לב לתחרות בשוק מוצרי הקפה, מחירן של מכונות הקפה וכמוסותיהן, העובדה שבכל הפרסומות של המשיבה הודגש באופן בולט לאורך התשדיר כי מדובר בכפיל, ועקיצת "תרבות הקפה" המלווה את המותג Nespresso. ומי שאינו מכיר את המותג האחרון בוודאי לא רכש ממוצרי המשיבה לנוכח המוניטין של קלוני כיצגן המערערות דווקא. יוזכר כי הכיתוב "המציג אינו ג'ורג' קלוני" ליווה את כל הפרסומות. זוהי התמונה העולה מצפיה בפרסומות, והמערערות לא הציגו כל ראייה או נתון המכרסמים בה, גם בשים לב למספר תמונות באתר ה"פייסבוק" של המשיבה שגם בה נראית תמונת הכפיל (תוך הבהרה כי לא מדובר בקלוני) המציע יחד עם הבחור מהפרסומת מכונת קפה עד הבית ללא תשלום נוסף. צפייה במודעות מלמדת כי מדובר בחלק שולי יחסית של הקמפיין המבוסס על סרטונים, ולא במודעות עצמאיות שמטרתן לגרום לצופים לחשוב שקלוני פורש את חסותו על מוצרי המשיבה. המסקנה היא שלא הוכחו העילות של גניבת עין ותיאור כוזב. ניגש אפוא לסוגיה המרכזית שבה נותר לדון במסגרת דיני הקניין הרוחני – הפרת זכות יוצרים.

ה.1 הפרת זכויות יוצרים – הקדמה כללית

20. המערערות סבורות כי הפרסומת של המשיבה הפרה את זכויות היוצרים שלהן בפרסומות מטעמן בשתי דרכים מרכזיות. ראשית, השימוש בכפילו של קלוני הפר את הזכויות שלשיטת המערערות יש להן בדמות שמגלם קלוני בפרסומות שלהן – דמות בדיונית של כוכב קולנוע שנופל קרבן לכוכבות של עצמו. שנית, זכויות היוצרים שיש להן בפרסומות כמכלול, על רכיביהן השונים. בהקשר זה הצביעו המערערות על היבטים שונים בפרסומת מטעם המשיבה שנלקחו מהפרסומות של המערערות, כגון התפאורה, המוזיקה ועוד.

בית המשפט המחוזי דחה טענות אלה מכמה טעמים, והמשיבה סומכת ידיה על נימוקיו. הטעם המרכזי התבסס על ההבחנה הידועה בדיני זכויות היוצרים בין רעיון לביטוי: "זכות יוצרים ביצירה... לא תחול על כל אחד מאלה, ואולם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים: (1) רעיון...". (סעיף 5 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007; ע"א 7517/17 גואטה נ' מיטלפונקט, פסקה 2 (11.11.2018)). הרעיון אינו זוכה להגנת הדין, אלא רק דרך ביטוי (ע"א 2682/11 עיריית פתח תקווה נ' זיסו, פסקאות 38-42 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (20.5.2013)). בית המשפט המחוזי קבע כי המשיבה לא השתמשה במסגרת הפרסומת בדרכי ביטוי שהופיעו בפרסומות של המערערות, אלא לכל היותר ברעיונות, כגון: גבר נאה לבוש בחליפה היוצא מחנות קפה, המחזיק בשקית בידו ומביט באישה נאה החולפת על פניו. ברם, יש צדק רב בטענת המערערות כי הפרסומת

של המשיבה לא הסתפקה באלמנטים כלליים כאלה, אלא התבססה במהותה על היבטים קונקרטיים של הפרסומות מטעם המערערות. הבנת הפרסומת והרעיון שמאחוריה תלוי בהיכרותו של הצופה עם הפרסומות של המערערות – לא היכרות כללית אלא היכרות גם עם הפרטים הקטנים. אמנם האלמנטים שהזכיר בית המשפט המחוזי קרובים במהותם לרעיונות ולא לביטויים, אך לא אלמנטים אלה עמדו במרכז, אלא הרעיון הפרודי, שהוא ודרכי ביצועו בפרסומת מתכתבים באופן הדוק עם הפרסומות של המערערות: בגדי כפילו של קלוני, הרכב ושירותי החניה, חנות הקפה ממנה יוצא, מוזיקת הרקע, החשיבות העצמית שהוא משווה לעצמו, התנהלותו סביב נשים נאות, זוויות הצילום, וכמובן עצם השימוש בכפילו של קלוני והתמה החוזרת את הפרסומות שהפיקה המשיבה. צופה שאינו מכיר את הפרסומות של נספרסו יתקשה להבין את הרעיון מאחורי פרסומת המשיבה ואת פשרה.

אכן, אין המדובר בהעתקה ממש, לנוכח השינויים הבולטים שקיימים גם הם בין הפרסומות, ובעיקר השוני ב"עלילה" – כוכב קולנוע נוצץ שמגלה כי הקפה של נספרסו נחשק יותר ממנו, לעומת כפילו של כוכב קולנוע ש"חי בסרט" ולא מביין כי ניתן לרכוש קפה בפשטות, בישירות, וללא צורך בגינונים או אף יציאה מהבית. בנסיבות אלה, שבהן לא מדובר בהעתקה אך קיים קשר הדוק בין הפרסומות, לרבות בפרטים קונקרטיים, ניתן לומר שהפרסומת היא "יצירה נגזרת" של הפרסומות מטעם המערערות, המוגדרת בסעיף 16 לחוק זכות יוצרים כך: "עשיית יצירה נגזרת היא עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד". לנוכח השוני הבולט בעלילה ובפרטים נוספים, הפרסומת של המשיבה היא "יצירה מקורית" – ולא העתקה גרידא – אלא שהיא "מבוססת באופן מהותי" על הפרסומות שקדמו לה, כך שלא ניתן להבינה כראוי מבלי להכיר אותן. בקו שכולל שלוש תחנות עיקריות – העתקה, יצירה נגזרת, ורעיון גרידא – נראה שעסקינן בתחנה האמצעית. היצירה החדשה של המשיבה מבוססת באופן מהותי על היצירה של המערערות. יצירה נגזרת – פשוטו כמשמעו. הפרסומת של המשיבה יצירה היא. אם תרצו – חידוש ולא העתקה. לצד זאת, היא נגזרת מהפרסומות של המערערות. הואיל ומדובר ב"יצירה נגזרת", היא עלולה להפר את זכויות היוצרים שיש למערערות ביצירה המקורית:

"זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן... (6) עשיית יצירה נגזרת" (סעיף 11 לחוק זכות יוצרים).

לבעל זכות היוצרים ביצירה יש את הזכות הבלעדית ליצור יצירה מקורית נוספת המבוססת באופן מהותי על יצירתו. אלא שבלעדיות זו אינה מוחלטת, והיא כפופה לשימושים המותרים הקבועים בפרק ד' לחוק, שמתוכם רלוונטי לענייננו חריג השימוש ההוגן. יוער כי חריג השימוש ההוגן הוא גם העדשה המרכזית שדרכה נוהגים בתי המשפט בארץ ובעולם לבחון פרודיות על יצירות אחרות (ראו למשל בע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577 (2000) (להלן: עניין צ'פלין); רע"א 2687/92 גבע נ' וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (1993) (להלן: עניין גבע); (1994) 1164 S.Ct. 114 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., (להלן: עניין Campbell). פרודיה – שהגדרתה תידון בהמשך – היא גם דוגמא קלאסית שבה משתמשים לצורך הדגמת ההגנה של שימוש הוגן על יצירה נגזרת (אורית פישמן אפורי היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים 343, 362-358 (2005) (להלן: פישמן אפורי)). שאלת הוגנות השימוש היא שתעמוד אפוא במרכז הדיון.

21. סעיף 18 לחוק, שכותרתו "שימושים מותרים", קובע כי "על אף הוראות סעיף 11, עשיית הפעולות המפורטות בסעיפים 19 עד 30 מותרת בתנאים המפורטים באותם סעיפים ולשם השגת המטרות המפורטות בהם, אף בלא קבלת רשות מבעל זכות היוצרים...". השימוש ההוגן ביצירה מופיע בסעיף 19 לחוק, שאלה חלקיו הרלוונטיים לענייננו:

19. (א) שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה:
 - (1) לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.
 - (ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין השאר, כל אלה:
 - (1) מטרת השימוש ואופיו;
 - (2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;
 - (3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;
 - (4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

הסעיף קובע כי שימוש הוגן ביצירה צריך לעמוד בשני תנאים מצטברים – מטרה והוגנות. הראשון, עליו להיות לשם אחת מהמטרות הקבועות בסעיף או מטרה "כגון" אותן מטרות. במילים אחרות, המחוקק קבע כי ישנן מטרות שאינן יכולות להכשיר את השימוש ביצירה, ללא צורך בהמשך בחינת יתר מבחני ההוגנות. השני, ובהנחה שהשימוש הוא למטרה מתאימה, יש לבחון את הוגנותו על יסוד השיקולים המנויים בסעיף ושיקולים נוספים. השיקול הראשון ברשימת מבחני ההוגנות הוא מטרת השימוש,

כך שסוגיית המטרה מנויה פעמים במסגרת הסעיף ומתעוררת שאלת תפקידה במסגרת כל אחד מתתי הסעיפים. יש שביקשו להסיק כי כיום – ולנוכח המילה "כגון", ההופכת את רשימת המטרות לפתוחה – יש לבחון את הוגנות השימוש רק לפי מבחני ההוגנות, כך שמטרת השימוש תהיה רק נתון עזר אחד מבין כמה במסגרת ההכרעה, ולא תנאי סף (ראו למשל טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך א 409-410 (מהדורה שנייה 2008) (להלן: גרינמן)). ברם, לשון סעיף 19(א) אינה מאפשרת לוותר על מבחן המטרה כמבחן סף עצמאי. לכן כאשר מדובר בהעתקה "פשוטה", כגון העתקה מלאה של יצירה ושימוש בה באופן מסחרי, בדומה לאופן השימוש ביצירה המקורית – כלל לא נחצה מבחן הסף, ואין צורך להוסיף ולבחון את יתר מבחני העזר. זה המצב גם כאשר השימוש ביצירה הוא לתכלית המנוגדת בעליל לדוגמאות הנקובות בחוק, ושאינה כרוכה על פני הדברים בערך חברתי ממשי. המכנה המשותף לדוגמאות אלה הוא שימוש בעל ערך מבחינה חברתית. החיפוש אחר מכנה משותף זה חיוני הוא, לנוכח הוספת המילה "כגון" – מונח מרחיב – לצד רשימת הדוגמאות.

22. לאחר הצגת לשון הסעיף, ובטרם דיון בתכליתו ובפירושו הראוי, עלינו להציג, ולו בתמצית, מושכלות ראשוניים בדיני זכויות היוצרים. למושכלות אלה תפקיד חשוב בפירוש ויישום הדין. סופה של דרך טמון במידה רבה בראשיתה.

בפסיקה ובספרות מקובל לראות את עידוד היצירה כתכלית המרכזית של דיני זכויות היוצרים בישראל. תכלית זו נובעת מהכרה בערכן החברתי והתרבותי של יצירות. הגבלת האפשרות לשימוש ביצירות נועדה להעשיר את נחלת הכלל באמצעות מתן תמריץ ליוצר, בדמות הזכות לשלוט על יצירת העתקים מיצירתו (ע"א 513/89 Interlego A/S ו' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 163-165 (1994); ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ, פסקה 13 (2.9.2013); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359, 374-361 (2000) (להלן: פסח)). השימוש בהענקת זכויות יוצרים לתכלית זו אינו הכרחי מבחינה עיונית. אפשר לחשוב על חברה שבה היצירה תהא נגישה לכל ללא מגבלה. בחברה כזו ניתן לתת ליוצרים תמריצים אחרים מלבד זכות יוצרים, למשל מתן מלגות או פרסים ליוצרים וליצירות מצטיינים. יש הגורסים כי הבחירה בהענקת זכויות היוצרים דווקא נובעת מתפיסה שפתרונות אחרים כרוכים בקשיים שונים (Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 THE YALE L.J. 283 (1996)). בראייה זו, אף אין בזכויות היוצרים הכרח חברתי, בשונה למשל מזכויות קניין בנכסים מוחשיים, שבלעדיהן נמצאת החברה מתפוררת. חברה שבה מותר להעתיק בחופשיות יצירות של אחרים תעמוד על תילה, ואולי אף תשגשג במובנים רבים. ניתן להוסיף אפוא כי היסוד להכרה בזכות היוצרים

עשוי לבטא תפיסה קפיטליסטית, שמודעת לכוחות השוק והתחרות. לאמור, ההנחה היא כי הדרך הטובה ביותר לעודד את היוצר היא יצירת זיקה כלכלית ישירה בינו לביין יצירתו.

מכיוון שהגבלת גישת הציבור אל יצירות נועדה, בסופו של דבר, גם להעשיר את נחלת הכלל ולהעניק לציבור גישה ליצירות רבות יותר, יש לקבוע זכות מאוזנת, שאינה חזקה או חלשה מדי. תמריץ נמוך מדי לא יעודד מספיק את היוצרים, אך מתן תמריץ גבוה שאינו נחוץ ימנע את גישת הציבור ליצירות ללא הצדקה. מסיבה זו סויגו זכויות היוצרים ונתחמו גבולותיהן, ולפי שיטות אחדות אף קיימות מעין זכויות שימוש עצמאיות לציבור ביצירות, בתנאים מסוימים (ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב, פסקה 35 לפסק דינו של השופט דניציגר (18.11.2013) (להלן: עניין סייפקום)). כאן יש לחדד נקודה שחשיבותה רבה לדיון בשימוש הוגן: לפי גישת התמריץ, זכות היוצרים מעניקה ליוצר אפשרות לשלוט על השימוש ביצירתו ולהפיק את הרווח הכלכלי הנובע משליטה זו. ברם, הזכות אינה מעניקה חסינות מפני ביקורת או תחרות הוגנת, הגם שאלה עלולות לפגוע בערך הכלכלי של היצירה, בתמריץ להמשיך וליצור, ולהגביל את רווחי היוצר. דיני זכויות היוצרים לא נועדו לתת ליוצר כל תמריץ שהוא, דהיינו להגן עליו מפני כל פגיעה בערכה הכלכלי של היצירה. המיקוד הוא בסוג אחד ספציפי של תמריץ – זכות בלעדית להעתיק את היצירה או לאפשר את העתקה ואת השימוש בה (ראו למשל MELVILLE B NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05(A)(4) (2001); Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1125 (1990); עניין *Campbell*, עמודים 1177-1179; פישמן אפורי, עמוד 339). במובן זה, המונח המשפטי "Copyright" מדויק מאוד. הזכות של היוצר היא ליצור עותקים – the right to copy. חוק זכות יוצרים אינו פוסל ביקורת על יצירה שאינה כרוכה בשימוש בה, או יצירת יצירה "מתחרה" שאינה מבוססת על יצירה מוגנת, חרף הפגיעה בתמריץ של בעל היצירה המבוקרת או הסובלת מתחרות. חידוד זה מסייע להבין חלק מהזירה שבה נערכת מערכת השימוש ההוגן. מצד אחד נעשה שימוש ביצירה על ידי אחר, ולכן יש פגיעה בזכות הבלעדית של היוצר. מן הצד האחר, השימוש הוא במסגרת פעולה שאינה אסורה לפי תכליות הדין. מכאן הצורך באיזונים ובמבחני עזר שונים, המסייעים לקבוע ידה של איזו תכלית תגבר.

להשלמת התמונה נציין כי התכלית של עידוד היצירה מצויה ביחסי גומלין עם ערכים ואינטרסים חשובים נוספים, המשפיעים על זכות היוצרים ומושפעים ממנה: חופש הביטוי של המשתמשים ביצירות, קידום ערכים חברתיים רצויים כגון חינוך, מדע ושוק תחרותי, ואף שיקולי יעילות, חסכון ותיקון "כשלי שוק" שעלולים להתגלע בשוק זכויות

היוצרים. לעיתים השיקולים כולם עולים בקנה אחד עם הרצון לתת תמריץ ליוצר, אך לעיתים קיים מתח בין חלק מן השיקולים ויש להכריע מהי התוצאה המאזנת ביניהם באופן הטוב ביותר. עוד נציין כי לצד גישת התמריץ, הדין הישראלי מכיר ויונק גם מהצדקות נוספות לקיומן של זכויות היוצרים, המדגישות את היות היצירה פרי עמלו של היוצר ואת היותה חלק מ"אישיותו" במובן הרחב (פסח, עמודים 383-391, 399-405). הגישות האחרונות יוצרות השוואה מסוימת, אך לא חפיפה, בין החומר והרוח. כשם שאדם בעל מקרקעין, הוא יכול להיות היוצר של רעיון ויישומו, באופן שיש לו זכויות קניין רוחני. במובן מסוים זכות הקניין של אדם ביצירתו חזקה אף יותר מזכות הקניין במקרקעין שלו.

חוק זכות יוצרים אף מכיר, לצד זכות היוצרים, בזכות נוספת – "הזכות המוסרית" של היוצר ביצירתו: "זכות היוצר כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין", ו"זכות היוצר כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר" (סעיף 46 לחוק זכות יוצרים). בעל הזכות המוסרית בפרסומות מטעם המערערות – ככל הנראה החברה שהפיקה את הפרסומות ומכרה את זכויות היוצרים בהן למערערות – אינו צד להליך זה, וזכות זו לא הועלתה על ידי המערערות ולא נדונה בערכאה קמא. למרות זאת נזכיר גם אותה בהמשך, לא לשם הכרעה קונקרטית אלא כדי להגיע להבנה שלמה יותר של האיזון העדין בין ההגנה על היוצר והיצירה, לאינטרסים הציבוריים והאישיים של יוצרים אחרים. בשלב הנוכחי של הדיון נדגיש רק את השוני בין זכות היוצרים – שבה אנו עוסקים – לזכות המוסרית. ההגנה מפני פגיעה בכבוד היוצר או בשמו אינה באמצעות זכות היוצר אלא באמצעות הזכות המוסרית, הגם שיש בכך פגיעה בתמריץ שלו להמשיך ביצירתו. כאמור, התמריץ שניתן במסגרת זכות היוצרים הוא רק האפשרות להפיק רווחים משימוש ביצירה והעתקתה, כמו גם הגנה "קניינית" במובן אחר – האפשרות לקבוע האם אחרים יוכלו להשתמש בקניין. אלה – ולא הגנה מפני כל פגיעה שהיא.

23. זהו הרקע העיוני לקיומה של זכות היוצרים. בהקשר של שימוש הוגן הוא בא לידי ביטוי באמצעות שלושה שיקולים מרכזיים, שמבחי העזר הקבועים בחוק נועדו לסייע בבחינתם בנסיבות המקרים השונים המתעוררים (השוו לע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited '1 פלוני, פסקה 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (13.5.2012) (להלן: עניין *Premier League*)). שיקולים אלה משקפים את המבנה של סעיף 19. כזכור, סעיף 19(א) עניינו מטרת השימוש. בהעדר מטרה מתאימה, לא ניתן להגדיר את השימוש כ"הוגן". לכן יש לשים דגש תחילה על

המטרה. לאחר מכן יש לעבור לבחינת ההוגנות. ניתן לחלק את הסעיף כך שסעיף 19(א) מתיר את השימוש ההוגן (כלשון החוק – "מותר"), ואילו סעיף 19(ב) קובע את גבולותיו ובוחר האם השימוש למטרה מוגדרת הוגן הוא.

שיקול ראשון בוחן עד כמה היצירה מושא המחלוקת מקדמת תכליות בעלות ערך חברתי. התכליות המנויות בפירוש בחוק כוללות "לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך". המילה "כגון" פותחת את הפתח למטרות נוספות, ומטרה חשובה נוספת שהוכרה בפסיקה בארצות הברית ובישראל היא המטרה של עידוד היצירה עצמה. מטרה זו נעוצה בתכליות דיני זכויות היוצרים, שאחת מהן היא העשרת נחלת הכלל ביצירות. השיקול של קידום תכליות רצויות בא לידי ביטוי בסעיף 19(א) כמובן, אך ניתן לו משקל גם בגדר מבחני העזר המנויים בסעיף 19(ב) – מבחן העזר הראשון (מטרת השימוש ואופיו. ודוק – גם האופי יכול להעיד על התועלת החברתית) ומבחן העזר השני (אופי היצירה המוגנת).

שיקול שני, השאלה עד כמה השימוש ביצירה המוגנת פוגע בתכלית המרכזית של הדין, קרי, עד כמה נפגע התמריץ של בעל זכות היוצרים. כאמור, לא מדובר על כל פגיעה בתמריץ, אלא על פגיעה בתמריץ הנובעת מהעדר שליטה על השימושים ביצירה וניצולה הכלכלי. אפשרות להשתמש ביצירה שנלווית לה פגיעה משמעותית בתמריץ ליצור אותה מלכתחילה, עלולה לכרות את הענף שממנו צמח ההיתר להשתמש ביצירה. השימוש ההוגן אמור לאפשר ליוצר להמשיך לנצל את יצירתו מבחינה כלכלית, תוך מתן אפשרות מוגבלת לאדם שלישי להשתמש ביצירה ללא תשלום או ללא רשות בנסיבות מסוימות – ולא לפגוע במידה ממשית ביכולתו של היוצר לשלוט על יצירת העתקים מיצירתו. במשקפי סעיף 19(ב) לחוק, העניין מתבטא בעיקר במבחן העזר הרביעי (השפעה על ערך היצירה והשוק הפוטנציאלי שלה) ובמבחן העזר השלישי (היקף השימוש ביצירה).

לעיתים שני השיקולים הראשונים – קידום תכליות רצויות והשפעה על תמריץ היוצר – מובילים לאותה תוצאה, אך יכול להיות ביניהם גם מתח. כך, למשל, מקום שבו יצירה המשתמשת ביצירה מוגנת עלולה לפגוע בנתח השוק של האחרונה, אך לצד זאת השימוש בה מקדם אינטרס ציבורי חשוב. המתח נוצר כאשר החובה לשלם לבעל זכות היוצרים תמנע את השימוש הרצוי ביצירה.

שיקול שלישי, שניתן לכנותו "שימוש מידתי", עניינו בחינה "פנימית" וקונקרטי של אופן השימוש ביצירה המוגנת במסגרת היצירה מושא המחלוקת: עד כמה

השימוש ביצירה המוגנת משרת את התכלית הכללית של היצירה מושא המחלוקת. יתכן שהאחרונה היא, למשל, יצירה ביקורתית, אולם במסגרתה נעשה שימוש רב מדי ובלתי נחוץ בחלקים שונים של היצירה המוגנת. הביטוי הבולט ביותר של שיקול זה במסגרת החוק הוא במסגרת מבחן העזר השלישי (היקף השימוש ביצירה), הגם שהוא יכול לבוא בחשבון גם במסגרת ניתוח מבחן העזר הראשון (מטרת השימוש ואופיו).

עד כאן הרקע הכללי. להלן, בעת יישום הדברים, נרחיב ונדגים את האמור. כעת נפנה ליישום ולהכרעת הוגנות השימוש שעשתה המשיבה בפרסומות של המערערות.

ה.2 שימוש ביצירה לשם ביקורת

24. אחת המטרות המפורשות בסעיף 19(א) היא "ביקורת". המערערות טענו כי הפרסומת של המשיבה אינה בגדר ביקורת או פרודיה, וכי תכליתה אינה לבדל בין שתי החברות אלא להפך – ליצור ביניהן דמיון באמצעות העתקת הרכיבים המהותיים מפרסומות המערערות. לפי טענה זו הכסות הפרודית של הפרסומת אינה אלא אמתלה, שתכליתה האמיתית היא ליצור בתודעתו של הצרכן קישור בין המערערות למשיבה. כך המשיבה תיהנה מהמוניטין השייך למערערות. נבחן אפוא האם הפרסומת של המשיבה היא בגדר ביקורת או פרודיה.

פרודיה מוגדרת במילון אבן שושן בזו הלשון: "יצירה שנכתבה מתוך חיקוי מכוון ליצירה רצינית וחשובה לשם לעג או היתול או שנינה וכדומה. הפרודיה שומרת על הצורה האמנותית, אך משנה את התוכן, באופן שנוצר ניגוד משונה ומלעיג". במילון המקוון "רב מילים" ניתן למצוא כמה הגדרות חלופיות: "יצירה מוזיקלית, ספרותית וכדומה המחקה סגנון כלשהו בצורה מלגלגת או עוקצנית מתוך נאמנות לצורה וסילוף התוכן; חיקוי מצחיק של מצב או של אדם מוכר, בדרך כלל באמצעות הגזמה". אמנם המילה "ביקורת" אינה מופיעה בהגדרות המילוניות השונות, אולם "ביקורת" מוגדרת במילון "רב מילים", בין היתר, כך: "ביטוי של אי-שביעות רצון ממהו באמצעות הצגת חולשותיו, חסרונותיו, הפגמים שבו וכדומה; חוות דעת מקצועית על יצירות בתחום הספרות והאומנות; ניתוח אובייקטיבי וענייני של דבר מה והבעת הערכה או שיפוט בנוגע אליו, לרוב תוך שלילתם או פסילתם של רכיבים או יסודות". ההגדרות השונות מלמדות כי אין משמעות אחידה לאף אחד מן המושגים, אך עולה כי פרודיה עשויה להיות סוג של ביקורת.

בארצות הברית מקובל לראות בפרודיה סוג של ביקורת (עניין *Campbell*, עמוד 1171). יצוין כי בעבר רווחה בפסיקה האמריקאית הבחנה בין "פרודיה" ל"סאטירה" במסגרת הדיון בשימוש ההוגן, כאשר ההבדל בין המונחים הוצג כך: פרודיה משתמשת ביצירה על מנת ללעוג לה או לבקרה, ואילו סאטירה משתמשת ביצירה על מנת לבקר אדם או גורם שלישי, ולא את היצירה שבה נעשה שימוש. בהתאם להבחנה זו, קל יותר יהיה להכשיר את השימוש בפרודיה, שכן במסגרתה ההתייחסות ליצירה היא כמעט הכרחית, בשונה מהסאטירה שאינה חייבת להשתמש דווקא ביצירה פלונית או אלמונית כדי לבקר גורם שלישי (שם, עמוד 1172). יוער כי הבחנה זו היטשטשה בארצות הברית במידה רבה (ראו למשל *Blanch v. Koons* 467 f.3d 244 (2d cir. 2006)). גם בפסיקה הישראלית נקבע כי "ביקורת" יכולה לכלול פרודיה ואף סאטירה (עניין גבע, עמודים 273-275. וכן ראו גרינמן, עמוד 431). ההגדרות והדעות השונות ממחישות את הקשר בין המונח "ביקורת" למונח "פרודיה", הגם שאין חפיפה הכרחית ביניהם. הבחנה זו מעוררת את השאלה האם סעיף 19(א), הקובע רשימת מטרות פתוחה, כולל גם שימוש למטרת פרודיה שאינה כוללת ביקורת בין מטרותיו, ככל שנכיר בקיומה של פרודיה מסוג כזה. נניח, למשל, כי היוצר המאוחר טוען שפרודיה על דמות בדיונית נועדה אך ורק ללעוג לאורך אפה – לעג לשם הלעג ללא כל יומרה עניינית נוספת. האם גם לעג מסוג כזה יכול להיחשב ל"ביקורת"? האם תכלית כזו היא "כגון" המטרות המנויות בסעיף? כך או כך, ספק אם יש לשאלה זו ערך מעשי רב. הפרודיות שנדונו בפסיקת בתי המשפט לוו באלמנט ביקורתי, דהיינו הלעג לא היה לשם הלעג בלבד, אלא לשם המחשת נקודה עניינית וקונקרטיית. כפי שנראה, זה המצב גם אצלנו.

ודוק, קיימות צורות רבות של ביקורת, וניתן לבקר יצירה גם מבלי "להשתמש" באותה יצירה. אפשר, למשל, להתייחס אליה מבלי לצטטה או לתאר דרכי ביטוי קונקרטיים של הרעיונות הגלומים בה. הקושי במסגרת השימוש ההוגן נובע מהשילוב בין ביקורת לשימוש ביצירה, כגון ביקורת על מחזה שבמסגרתה מצוטטים חלקים משמעותיים ממנו. המקרה של פרודיה ביקורתית ממחיש היטב את המתח. הביקורת אינה מילולית, אלא נעשית באמצעות שימוש ברכיבים של היצירה תוך חשיפת רבדי משמעות חדשים. ניתן לטעון כי האינטרס הציבורי בביקורת בא על סיפוקו באמצעות קיומן של דרכי ביקורת שאינן מחייבות שימוש ביצירה; אך המחוקק בחר לפסוע בדרך שונה, ולא לשלול באופן גורף שימוש ביקורתי כאשר קיימים אמצעי ביקורת חלופיים. זוהי הכרה בכך שהשימוש הפרודי ביצירה עשוי להוסיף נדבך חשוב וייחודי לביקורת. במקרה של פרודיה אף ניתן לומר, כדברי מרשל מקלוהן, שהמדיום הוא המסר. פרודיה בת שניות ספורות מסוגלת להעביר מסר ביקורתי שלא ניתן יהיה להעבירו היטב גם באמצעות עשרים עמודי ניתוח מדוקדק. ככלל, הומור מהווה דרך לחדד נקודה. זיגמונד פרויד הכיר

בכתביו בכדיחה כההליך חברתי (SIGMUND FREUD, THE JOKE AND ITS RELATION TO THE UNCONSCIOUS (Joyce Crick trans., 2003) ובעיקר הפרק החמישי בספר, שכותרתו "The Motives for Jokes – The Joke as Social Process"). פרודיה, דהיינו הומור על דרך ההגזמה, עשויה להיות כלי חזק של תקשורת ושכנוע. בכוחה לבקר. ראייה כזו חושפת פן נוסף של העניין – לא רק אינטרס ציבורי בביקורת, אלא גם חופש הביטוי של אדם ואף חופש העיסוק המתבטא באפשרות אפקטיבית לבקר את המתחרה.

נשוב לנסיבות ענייננו. הצופה הסביר בפרסומת מבין היטב כי אין כאן קרבה אלא לעומתיות; לא ניסיון לחקות אלא ניסיון להגחך. ההתייחסות לפרסומות של המערערות לא נועדה לשדר זהות בין התדמית של שתי החברות, אלא ליצור תדמית שונה, אולי אפילו הפוכה: לא תרבות קפה ויוקרה אלא עממיות, כזו שמדגישה נוחות וענייניות. הבילוי החברתי בחנות הקפה מוחלף בהזמנת מכונה מבלי לצאת מפתח הבית. הדרך להמחשת תדמית זו הייתה באמצעות פרודיה ביקורתית על התדמית שאותה מבקשות המערערות ליצור למותג Nespresso: הלבוש הפשוט של הבחור לעומת הלבוש המהודר של קלוני בעת הביקור בחנות הקפה, בעיות החניה וגרירת הרכב אל מול תרבות השימוש ב"שרת" לשם חניית הרכב ועוד. הדמות מעוררת ההזדהות בפרסומות של המערערות היא זו של קלוני, ואילו בפרסומת של המשיבה מדובר בבחור הישראלי, העומד אל מול הכפיל. אכן, באמצעות הפרסומת מנסה המשיבה להציב עצמה בשורה אחת עם נספרסו במסגרת שוק הקפה – חברה המוכרת מוצרים בעלי תכונות דומות לאלה של מוצרי נספרסו. במובן זה ניתן להבין את טרוניית המערערות. ברם, מיצוב זה נעשה באמצעות אזכור התדמית והמוניטין של המערערות לשם הצגת אלטרנטיבה, ולא לשם הצגת זהות או דמיון. תכלית הפרסומת אינה הידבקות במוניטין של המערערות, אלא יצירת מוניטין חדש ושונה. מן המכלול עולה אפוא בבירור שלא מדובר בהעתקה מתוחכמת של פרסומות המערערות, אלא בפרודיה הכוללת אלמנט ביקורתי מובהק. הלעג אינו לשם הלעג, אלא לשם המחשת נקודה עניינית וקונקרטית בקשר לתדמית של נספרסו, כפי שהיא עולה מפרסומות המערערות. הדגש הוא על חידוד המודל העסקי של המשיבה, הכולל משלוח מכונת קפה עד הבית ללא עלות, לעומת המודל המוצג בפרסומות של המערערות. לכן מתקיימת החלופה "ביקורת". ובל נשכח עיקר: דיני זכויות היוצרים לא נועדו להגן מפני שימוש במוניטין של היוצר, אלא מפני העתקה של יצירתו. כאן הפרסומת חושפת את יצירת המערערות, תוך סימון חולשותיה והצגת יתרונות מוצרי המשיבה בעקיפין ושלא בעקיפין.

25. בענייננו קל יחסית לקבוע כי הלעג בפרסומת כרוך בביקורת קונקרטית, אך ניתן לשאול כיצד יש לבחון במקרה הכללי והגבולי טענה כי שימוש ביצירה הוא פרודי או

ביקורת. נקל לקבוע כי אין די בכך שיוצר יטען כי השתמש ביצירה מוגנת לשם פרודיה כדי לצלוח את משוכת התכלית הקבועה בחוק. אין לשלול את האפשרות ששימוש ביצירה יוצג כפרודיה ביקורתית, למרות שלאמיתו של דבר הוא אינו כזה, אלא נובע מרצון להעתיק חלקים מהיצירה וליהנות ממנה מבלי לשלם: "This is not, of course, to say that anyone who calls himself a parodist can skim the cream and get away scot free... the question of fairness asks what else the parodist did besides go to the heart of the original" (עניין *Campbell*, עמוד 1176). על מי שמעלה את טענת השימוש ההוגן, הנושא בנטל ההוכחה ביחס לטענה זו, מוטל להוכיח גם כי מדובר בביקורת (עניין *Premier League*, פסקה 18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין)).

לעיתים יצירה תכיל יסוד של ביקורת לצד יסודות חזקים אחרים, שתכליתם אינה מאפשרת להגדיר את השימוש כהוגן. במקרה כזה יהיה צורך לבדוק מהו היסוד הדומיננטי ביצירה. ככל שהיסוד הדומיננטי אינו הביקורת, הרי שלא יהיה ביסוד הביקורתי החלש כדי לאפשר את המשך בדיקת מבחני ההוגנות שבסעיף 19(ב) לחוק ולהתיר את השימוש ביצירה. הצורך לבחון את נכונות טענת הביקורת, ולחלופין את היסוד הדומיננטי ביצירה, מעורר את שאלת היכולת של בית המשפט להבחין בין שימוש ביקורתי ביצירה לשימוש שאינו כזה, והאם רצוי שמהותה של יצירה תיקבע בין כתליו. השאלה מתחדדת ביחס ליצירות אמנותיות. בית המשפט אינו מומחה בתחום האמנות, ואין זו מלאכתו הטבעית להיכנס להבחנות וחילוקים דקים בתחום זה, או להכריע בין אסכולות אמנותיות שונות. המענה לקושי מצוי בכלי עזר, שיכול לסייע בהערכת שאלת הביקורת, לצד בחינת תוכן היצירה – ההקשר בו מפורסמת היצירה. כפי שקבע בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Campbell*, "In parody context is everything". כדי להמחיש את העניין נציג ארבע דוגמאות – שלושה פסקי דין מהארץ ומארצות הברית, ויצירת אמנות מפורסמת.

בדוגמא הראשונה, שנדונה בארצות הברית, השתמשה יצרנית המכוניות Honda בכפיל של דמות הסוכן החשאי הבדיוני ג'יימס בונד, באופן המזכיר סצנה מפורסמת מאחד הסרטים שבהם מככב בונד (*Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Am. Honda*) (Motor Co., Inc., 900 F. Supp. 1287 (C.D. Cal. 1995)). בפרסומת משתלשל הנָבֵל ממסוק ונתלה על גג הרכב, ובונד מצליח להיפטר ממנו באמצעות פתיחת גג הרכב – זאת לשם הדגשת רכיב הגג הנפתח הנלווה למכונית שפורסמה. הונדה טענה, בין היתר, כי מדובר בפרודיה על דמותו של ג'יימס בונד ולכן בשימוש הוגן. בית המשפט הפדרלי דחה את הטענה שמדובר בפרודיה, וקבע כי הפרסומת מפרה את זכויות היוצרים בדמותו של השחקן ובסרט ממנו לקוחה הסצנה שהופיעה בפרסומת.

דוגמא שנייה ודומה עולה מנסיבות עניין צ'פלין. באותו עניין נדונה פרסומת של מפעל הפיס, שבמרכזה כפיל של דמות הנווד המפורסמת שגילם השחקן צ'רלי צ'פלין – דמות שאותה שיחק בפרסומת השחקן ספי ריבלין. בעלות הזכויות בסרטיו של צ'פלין הגישו תביעה נגד מפעל הפיס, שטען, בין היתר, כי הפרסומת היא "פרודיה, או סאטירה, העושה שימוש בדמותו של צ'פלין שהינה סמל תרבותי לעוני כדי 'לעקוץ' אותו סמל תרבותי ולהעמידו במצב אבסורדי" (שם, עמוד 596). בית משפט זה דחה את הטענה, וקבע כי השימוש בדמות הנווד לא היה למטרת פרודיה, סאטירה או ביקורת אחרת כפי שטען מפעל הפיס, אלא כדי לרתום את כוחה הפרסומי של הדמות לטובת השאת רווחים. לחלופין נקבע כי גם אם שולבה פרודיה בפרסומת, לא זו הייתה המטרה העיקרית של מפעל הפיס (שם, עמוד 598).

דוגמא שלישית לקוחה אף היא מהפסיקה בארצות הברית. במסגרת כרזת פרסומת לאחד מסדרת סרטי "Naked Gun" (שזכתה לתרגום העברי "האקדה מת מצחוק") נעשה שימוש בתמונה מפורסמת של דוגמנית שהצטלמה ללא בגדים בעודה בהריון. בכרזת הפרסומת לסרט הוחלף ראש הדוגמנית בראשו של כוכב הסרט (Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998)). בית המשפט הפדרלי קיבל את הטענה שמדובר בפרודיה, וקבע שמדובר בשימוש הוגן על יסוד זה ועל בסיס הקביעה שלא הייתה השפעה על ערך היצירה המקורית והשוק הפוטנציאלי שלה. בפסק הדין הודגשו הניגודים הבולטים בין התמונה המקורית לכרזת הפרסומת, ובין היתר החלפת ראשה של האישה הצעירה בראשו של גבר מבוגר, ש"הולבש" על גוף של אישה בהריון; וכך הרושם הרציני שעולה מהתמונה המקורית, לעומת הרושם ההיתולי העולה מכרזת הפרסומת.

דוגמא רביעית, הלקוחה מעולם האמנות ומשמש פעמים רבות להדגמת דילמות ומתחים בדיני זכויות היוצרים, היא יצירתו של האמן המפורסם מרסל דושאן (L.H.O.O.Q. (Marcel Duchamp), מסוף העשור השני של המאה העשרים. היצירה אינה אלא גלויה הנושאת את הציור המפורסם של לאונרדו דה וינצ'י "מונה ליזה", שדושאן שרבט על גביה שפם מסולסל וזקנקן. ברקע היצירה – השתייכותו של דושאן לזרם האמנותי-תרבותי שכונה "דאדא" וקרא תיגר על המוסכמות של התרבות האירופאית באותה תקופה, והעובדה שמונה ליזה נחשבה לאחד מסמלי האמנות הקלאסית (לדיון בדוגמא זו, בהקשר של הוגנות השימוש ובהקשר של הזכות המוסרית, ראו למשל Geri J. Yonover, *The Precarious Balance, Moral Rights, Parody, and Fair Use*, 14 Molly Torsen, *Authorial Rights and* ; CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 79 (1996)

Artistic Works: An Analysis of the International Calibration, 15 ELAW J. 230, (2008) 239-40; קים טרייגר בר עם "הזכות המוסרית, הגנת הסבירות והאיזונים החיוניים" עלי משפט ח 237, 239, 265-266, 276 (תש"ע).

26. ארבע הדוגמאות שהובאו יכולות לסייע בהבהרת "מבחן ההקשר" בנוגע לטענות בדבר שימוש ביקורתי ביצירה. בשלוש הדוגמאות הראשונות מדובר בפרסומת מסחרית, שמבחינה סטטיסטית אינה כרוכה באמירות ביקורתיות. בדוגמא הראשונה והשנייה אכן קשה לגלות עמדה ביקורתית. על פני הדברים, תכלית השימוש בדמותו של ג'יימס בונד אינה כדי ללעוג לו ולהציג את תדמיתו באור ביקורתי, אלא כדי ליהנות מהיוקרה הנלווית לדמות במטרה לזהותה עם מכוניות הונדה. קשה גם לקבל את הטענה כי השימוש בדמותו של צ'פלין נעשה מתוך פרודיה וביקורת על הדמות ועל מה שהיא מסמלת. מדובר בדמות שהיא עצמה בגדר פרודיה, והפרסומת של מפעל הפיס לא הגחיכה אותה יותר מכפי שהיא, אלא בעיקר ניצלה את היכרות הצופה עמה. לא ביקורת אלא העתקה.

בדוגמא השלישית, לעומת זאת, נראה כי הורם נטל השכנוע. הסיבה לכך כפולה. ראשית, הניגוד החזק בין דמות הדוגמנית הצעירה לדמות הגבר המבוגר בעל הגוף הנשי הצעיר מבהיר היטב כי מדובר במצב מגוחך ונלעג – ולא בנסיון לזהות את היצירה המקורית עם הסרט ההיתולי, תוך ייחוס יוקרת התצלום המקורי לתדמיתו. שנית, הסרט שפורסם בכרזה היה סרט פרודי, כזה המציג במהלכו תופעות ואנשים רבים באור חדש ומגוחך, ולא סרט "רציני" המנסה ליצור לעצמו תדמית חיובית או אמנותית. הבחירה בתמונת הדוגמנית נבעה, כנראה, משילוב של שם הסרט, הכולל את המילה Naked, ומאופיו הפרודי. אם כן, בשונה משתי הדוגמאות הראשונות לא דובר על "רפליקה" או העתקה של היצירה המקורית, אלא בניצול היכרות הצופה איתה כדי ליצור יצירה חדשה בעלת מסר שונה המנוגד למסר של היצירה המקורית.

ואל תקשה כי ניתן לעקוף בקלות את ההבחנה בין העתקה לפרודיה, באמצעות תוספת לגלוג או "ירידה" על היצירה המוגנת. כך, נדמה כי בעניין צ'פלין מפעל הפיס רצה להשתמש בדמות הנווד במיטבה, ונסיון להגחיק את הדמות לא היה משיג את התכלית של פרסום הגרלות מפעל הפיס. כמובן, אפשר לטעון לקיומה של יצירה פרודית על ידי שינויים פשטניים ו"קלים מדי", אך נסיון כזה עשוי להיכשל בשל כך. להבהרת הנקודה נפנה לנסיבות פסק הדין בעניין Metro-Goldwyn-Mayer v. Showcase Atlanta Co-Op. Prod., 479 F. Supp. 351 (N.D. Ga. 1979), שם נקבע כי עיבוד הסרט "חלף עם הרוח" למחזמר אינו יצירה פרודית כפי שנטען, חרף אלמנטים פרודיים מסוימים. האחרונים שימשו אך כסות לעיבוד שגרתי של הסרט למחזה, שאינו חוסה תחת

הגנת השימוש ההוגן. הפרודיה לא הייתה אלא כלי "שקוף" להתיר העתקה אסורה של הסרט. ועדיין, מבחן ההקשר בשלו. יתכן שבהקשר מסוים דווקא שינוי "שקוף", לשם השינוי בלבד, עשוי להיכנס לגדר החריג של שימוש הוגן לנוכח הסטנדרט החברתי השורר באותו תחום ובאותה עת. בכך עוסקת הדוגמא הרביעית.

דוגמא אחרונה זו לקוחה מעולם האמנות. האם הוספת השפם והזקן לדמות המונה ליזה טומנת בחובה אמירה ביקורתית, או שהתוספת היא רק כסות להעתקת היצירה? דוגמא זו ממחישה את הקושי של בית המשפט להכריע בטענות אמנותיות מעין אלה. אפשר לטעון שאין משמעות אמנותית או ביקורתית אמיתית להוספת השפם והזקן, אך תולדות האמנות מלמדות לקח אחר. התנועה שאליה השתייך דושאן – דאדא – התעוררה במהלך ובעקבות מלחמת העולם הראשונה. יוצרי זרם אמנותי זה התאפיינו בסגנונם הבוטה והחריג, שנתפס באותה העת כ"אנטי-אמנות", ולא כאמנות ביקורתית לגיטימית. ואולם, בראייה היסטורית מוכרת במחקר תרומתו הרבה של זרם זה לאמנות ולתרבות – קריאת תיגר על תפיסות מסורתיות שהובילו לדעת האמנים לניוון ולמלחמה האיומה, מתקפה חריפה על מוסכמות, ועידוד השיח הביקורתי (גיא פסח "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי" 99 ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 463, 538-539 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002)). האם יכולים היו בתי המשפט לזהות את חשיבות העניין בזמן אמת? וגם אם נניח שניתן היה להבין את חשיבות הביקורת בזמן אמת – מה דינם של שינויים בוטים פחות של יצירה מפורסמת, כגון שינוי צבע הרקע של התמונה לצבע אחר, תוך טענה ששינוי הצבע נושא ביקורת תרבותית? האם בית המשפט יכול להכריע בין טענה זו לטענת בעלי זכויות היוצרים כי אין כאן ביקורת אלא העתקה? האם ראוי שיעשה כן?

הכללת ניתוח הדוגמאות מובילה למסקנה הבאה: אין תחליף למבחן ההקשר. כמובן, יש להתמקד בהשוואה בין שתי היצירות – המקור והיצירה החדשה המתיימרת להיות ביקורתית. לעיתים, כמו בדוגמא האחרונה הלקוחה מעולם האמנות, מבחן ההקשר כולל בחינה של הקשר חברתי רחב. אך לרוב ניתן – כפי שכאן – להתמקד בשתי היצירות. כאמור, בעניין *Campbell* נאמר ביחס להקשר כי "context is everything". אמרה זו יש ליישם בזהירות, ולהימנע מהגישה לפיה: "everything is context". גם למבחן ההקשר יש הקשר. בעולם של מדיה וניו-מדיה יש להכיר את התרבות, אך לרוב השוואה עניינית בין החומרים תוביל ליישום המבחן המשפטי בצורה נכונה.

בל נשכח כי לא פעם נהוג לרתום אנשים ויצירות בעלי מוניטין לשם מכירת המוצר. אך כפי שהודגם בדוגמא השלישית העוסקת בפרסומת לסרט "Naked gun" –

היוצר עדיין יכול להוכיח באופן קונקרטי ומשכנע כי גם פרסומת מסחרית היא פרודיה או ביקורת אחרת, תוך הנחת תשתית ממשית ומשכנעת. ואילו בדוגמא הראשונה והשנייה – ג'יימס בונד וצ'רלי צ'פלין – היצירה שבמחלוקת מעתיקה את היצירה המוגנת ומנצלת אותה לצרכי שיווק ורווח ממוצר אחר. מנגד, יש ענפים אמנותיים שמוקדשים לביקורת על יצירות קודמות. במסגרת זו, תהיה נטייה גדולה יותר לקבל את הטענה שמדובר בביקורת. יש להזכיר שוב כי הקביעה שמדובר בפרודיה או ביקורת אינה סוף פסוק. עדיין יש לבחון את יתר מבחני ההוגנות, כגון – אך לא רק – מבחן ערך היצירה והשוק הפוטנציאלי שלה. כמו כן, ליוצר קיימת זכות מוסרית לכך שיצירתו לא תסולף, אם כי גם זכות זו מאוזנת אל מול ערכים נוספים. הנה כי כן, קבלת הטענה בדבר ביקורת לחוד וקביעת ההוגנות לחוד.

סיכומה של נקודה, במקרנו הונחה תשתית מספיקה לכך שאכן דובר בפרודיה ביקורתית, ולא בנסיון לרתום את המוניטין של דמות בדיונית מפורסמת לשם פרסום מוצרי המשיבה. כך עולה מראייה כוללת של שתי היצירות וכניסה לפרטיהן. היצירה השנייה אכן מהווה תגובה ליצירה הראשונה, אך היא אינה העתק שלה. היא לא באה לעולם כדי להחמיא לה אלא לשם ביקורת על דרך של פרודיה. יוצא כי המשיבים צלחו את משוכת המטרה הקבועה בסעיף 19(א). כעת נפנה למבחני העזר שנקבעו בסעיף 19(ב) לחוק זכות יוצרים.

ה.3 מבחני הוגנות השימוש

27. מבחן העזר הראשון הנזכר בחוק זכות יוצרים הוא מטרת השימוש ואופיו. עמדנו לעיל על הכפילות הקיימת בסעיף 19 לחוק, המונה את מבחן ה"מטרה" פעמיים – כתנאי עצמאי ובמסגרת מבחני הוגנות השימוש. ברם, כוונת המחוקק אינה לבחון פעמיים את מטרת השימוש, כל פעם בדרך אחרת, אלא לבחון את המטרה במסגרת סעיף 19(א), כתנאי סף, וככל שסף זה נחצה – לבחון את אופי השימוש במסגרת סעיף 19(ב), כחלק ממבחני העזר לבחינת הוגנות השימוש. בבחינת ההבדלים בין ה"מטרה" בשני תתי הסעיפים יש לדייק בלשון. בסעיף 19(א) כתוב "שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה...". יושם אל לב כי ההיתר כפוף לאחת מהמטרות הראויות. לעומת זאת, מבחן העזר הראשון להוגנות השימוש בסעיף 19(ב) הוא "מטרת השימוש ואופיו" (ההדגשה הוספה). מבחן זה אינו בודד אלא חלק ממבחנים נוספים. נדמה כי המטרה של השימוש ואופיו מהווים לא רק אחד מהמבחנים, אלא עדשה דרכה בוחנים ועומדים על מאפייני מבחני העזר הנוספים. ההבחנה האמורה עולה גם מהצעת החוק, בה נאמר שנוסח החוק מבוסס על הפסיקה שקדמה לו, שאימצה בתורה את מבחני הדין האמריקאי. בפסיקה הקודמת

ובדין האמריקאי אין בחינה כפולה של מטרת השימוש, אלא בחינה של המטרה לחוד ושל האופי לחוד. בדברי ההסבר אף נאמר מפורשות כי "השיקול הראשון [=מטרת השימוש ואופיו] נוגע לאופי של השימוש. כך למשל ישנה אבחנה בין אופי מסחרי לבין אופי של לימוד ומחקר שלא למטרות רווח" (ה"ח הממשלה תשס"ה מס' 196, 1126). מבחן אופי השימוש, שהוא חלק ממבחני ההוגנות, נבחן רק לאחר שהנתבע עבר את משוכת המטרה בסעיף 19(א). בגדרי מבחן העזר הראשון של סעיף ההוגנות, הדיבר "מטרה" כבר אינו תופס אפוא את מרכז הבמה, אלא ה"אופי" של השימוש הוא שעומד במרכז.

החוק אינו מצייין באיזה אופן יש לבחון אופי השימוש ביצירה המוגנת, ולפי הפסיקה יש לבחון במסגרת זו שני נתונים מרכזיים. הנתון הראשון הוא מידת ה"טרנספורמטיביות" של השימוש, דהיינו עד כמה שונה היצירה שבמחלוקת במהותה מהיצירה המוגנת. אם תרצו – החידוש של היצירה המאוחרת לעומת היצירה הקודמת. הנתון השני הוא השאלה האם מדובר בשימוש מסחרי או שימוש שלא למטרות רווח. מכיוון שמדובר בשיקולים שונים, נדון בכל אחד מהם בנפרד.

ה.3(א) שימוש טרנספורמטיבי ביצירה נגזרת

28. שיקול הטרנספורמטיביות עוסק בשאלה עד כמה היצירה מושא המחלוקת היא בעלת אופי שונה או חדשני לעומת היצירה המוגנת, והאם יש בה משום נדבך או ממד נוסף. יש לבחון "whether the new work merely 'supersede[s] the objects' of the original creation... or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is 'transformative'" (עניין *Campbell*, עמוד 1171). ובלשון בית משפט זה:

"היבט נוסף אשר נבחן לעתים בגדר אופיו של השימוש, נוגע לשאלה עד כמה מדובר בשימוש 'טרנספורמטיבי', אשר יוצר בעצמו מוצר חדש. ככול שמדובר בשימוש פרודוקטיבי, אשר אמנם נשען על היצירה הקודמת (המוגנת) – אך זאת לצורך הפקת מוצר או ביטוי חדש, בעלי אופי ותכלית שונים מן המוצר המקורי – גוברת הנטייה להכיר בשימוש כהוגן. התפיסה היא שקל יותר להכיר בשימוש טרנספורמטיבי כ'הוגן', שכן הוא מגשים את תכליתו של ההיתר – לעודד את היצירה ולהעשיר את מאגר הידע המצטבר בחברה. מעבר לכך, במרבית המקרים השימוש הטרנספורמטיבי אינו מהווה תחליף או תחרות למוצר המוגן, כך שממילא לא נפגע האינטרס הכלכלי של היוצר והתמריץ הקיים להמשך היצירה"

(עניין Premier League, פסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

שיקול הטרנספורמטיביות נתפס כיום כנתון המרכזי ביותר בפסיקה האמריקאית, וגם בפסיקה בישראל הוא הוכר כשיקול מרכזי בגדרי בחינת אופי השימוש (שם). וכן ראו עניין סייפקום, פסקה 37 לפסק דינו של השופט דנציגר; רע"א 7774/09 ויינברג נ' ויטהוף, פסקה 22 (28.8.2012) (להלן: עניין ויינברג)). בארצות הברית חשיבותו של מבחן זה כה רבה, עד שבית המשפט העליון קבע כי ככל שהשימוש ביצירה יותר טרנספורמטיבי, כך יקטן משקל מבחני העזר האחרים הקבועים בחוק (עניין *Campbell*, עמוד 1171). עם זאת, כפי שהודגש בהצעת החוק, אף אחד ממבחני העזר אינו מכריע. חשיבותו של המבחן הראשון נעוצה בקשר שלו לתכלית שביסוד דיני זכויות היוצרים – העשרת נחלת הכלל ביצירות. העתקה של יצירה ללא תוספת יצירתית אינה מרבה יצירה. נחלת הכלל אינה נשכרת מהעתקה כזו, וקשה להצדיק את הפגיעה בתמריץ שנגרמת ליוצר הראשון כתוצאה מההעתקה. מנגד, ככל שהתוספת היצירתית גדולה יותר, כך רבה היצירה ויש אינטרס ציבורי משמעותי יותר בעידוד הפעולה. עוד נאמר כי ככל שמדובר בשינוי וחיידוש – יש לשאול מה ההצדקה לכך שהיוצר הראשון ימנע את הפצת היצירה השנייה.

מבחן הטרנספורמטיביות חושף את המכנה המשותף של מבחן ה"מטרה" ומבחן ה"אופי". ביסוד שני המבחנים מצויה השאלה עד כמה השימוש ביצירה מקדם תכליות רצויות. ההבדל ביניהם הוא בסוג התכלית שאותה מקדם הדין. הטרנספורמטיביות, כמבחן אופי השימוש, נוגעת בתכלית ה"פנימית" של דיני זכויות היוצרים – עידוד היצירה. מבחן ה"מטרה" מתרכז במטרות "חיצוניות" יותר לדיני זכויות היוצרים, כגון מחקר, חינוך או ביקורת.

שאלת השינוי והחדשנות מקבלת משנה חשיבות כאשר היצירה שבמחלוקת אינה כוללת העתקה של יצירה מוגנת, אלא מדובר ביצירה נגזרת. כזכור, החוק מגדיר יצירה נגזרת כ"יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד". המייחד את היצירה הנגזרת הוא היותה יצירה מקורית, המבוססת במהותה על יצירה קודמת. מדובר בהרחבה משמעותית של זכות היוצרים, שאינה משתרעת רק על היצירה אלא גם על יצירות חדשות. לנוכח רוחב הזכות נדרש קו גבול חזק, שאלמלא כן לא ניתן היה ליצור יצירות חדשות המתייחסות ליצירות קודמות. כידוע, ובדומה לעולם המדע ואף לעולם המשפט, עולם היצירות מתקדם פעמים רבות באמצעות התייחסות של יצירה ליצירות שקדמו לה תוך הוספת נדבך חדש, לבנה על גבי אריח ואריח על גבי לבנה (כפי שהתלמוד הבבלי קובע שיש לכתוב שירה בספר התורה (מגילה טז, ע"ב)). איסור גורף

על התייחסות כזו עלול לפגוע באפשרות היצירה ובטיבה, בניגוד לתכליות דיני זכויות היוצרים. מכאן שיש לאזן בין היקפה של הזכות ליצירה לנגזרת, והאינטרס לאפשר ליצירות להתבסס על יצירות אחרות.

איזון כזה ניתן להשגה באמצעות מבחן הטרנספורמטיביות, היוצר הבחנה בין "מקוריות" (כהגדרתה בחוק של יצירה נגזרת) ובין "שינוי וחדשנות". תפיסה מקובלת היא שלא כל מה שמקורי הוא טרנספורמטיבי, אך אם מתקיים יסוד השינוי והחדשנות מתקיים ממילא גם יסוד המקוריות (פישמן אפורי, עמוד 346, וההפניות שם). לאמור, לא כל יצירה נגזרת היא גם טרנספורמטיבית. הדוגמאות המסורתיות ליצירות נגזרות הן תרגום של יצירה או עיבוד של ספר למחזה ("יצירה נגזרת היא... כגון תרגום או עיבוד" (סעיף 16 לחוק זכות יוצרים)). התרגום או העיבוד הם תוספת מקורית שעולה לכדי יצירה עצמאית – יצירה נגזרת. אלה מקרים קלים יותר לסיווג, בשל הקשר ההדוק בין היצירה החדשה ליצירה המקורית. הרעיון המהותי של היצירה המקורית נותר בעינו, הגם ששינוי המדיום כרוך אף הוא על פי רוב בחדשנות מסוימת. לעומת זאת, יש יצירות נגזרות שמכילות גם שינוי וממד חדשני משמעותי – לא רק עיבוד מקורי של יצירה, אלא גם פיתוח או הרחבה שלה. מבחן השינוי והחדשנות ראוי הוא. אמנם גם אם היצירה מקורית אך לא חדשנית יש בה משום תוספת לנחלת הכלל, אבל היתר בלתי מבוקר ליצור כל יצירה נגזרת, לרבות תרגומים ועיבודים, עלול לרוקן מתוכן את ההגנה מפני העתקה ולחתור תחת התכלית של מתן תמריץ ליוצר. מן הצד האחר, מתן משקל לחדשנות מונע התרחבות יתר של הגנת היצירה הנגזרת. נקודת האיזון של חדשנות שומרת אפוא מפני שתי הסכנות – פגיעה חזקה מדי בתמריץ ופגיעה קשה מדי בנחלת הכלל.

29. הדוגמא הבולטת ביותר שניתן למצוא בפסיקה בבית המשפט העליון בארצות הברית ליצירה נגזרת שהיא לא רק מקורית אלא גם טרנספורמטיבית היא – פרודיה. ההלכה המרכזית שקבעה את מבחן הטרנספורמטיביות בפסיקה האמריקאית בעניין *Campbell* התייחסה לפרודיה על השיר "Oh, Pretty Woman" של הזמר Roy Orbison. במסגרת הפרודיה הופכת האישה הנאה מהשיר ל"hairly woman". בית המשפט קבע כי למרות שמדובר בפרודיה מסחרית למטרות רווח, יש להגדירה כיצירה נגזרת שהשימוש בה הוגן לנוכח אופייה הטרנספורמטיבי. מבחן הטרנספורמטיביות מעודד אפוא פרודיות מטיבו, הגם שיש לזכור כי מדובר בשיקול אחד מבין כמה שיקולים נוספים. אמרנו כי מבחן זה נועד להגשים את התכלית ה"פנימית" של זכויות היוצרים – עידוד היצירה עצמה. אם כן, המבחן תומך בהתרת הפרודיה לנוכח התוספת היצירתית שבה. הכרה זו מאירה את שני פניה של הפרודיה. מן הצד האחד, כאשר מדובר בפרודיה ביקורתית חשיבותה נעוצה בערך הביקורתי המוסף שלה – באפשרות להעביר ביקורת מסוג ייחודי.

מן הצד השני, הפרודיה היא יצירה, וככזו היא מעשירה את נחלת הכלל גם מעבר לערכה הביקורתית.

ביישום לענייננו, הפרסומת של המשיכה היא בעלת אופי שונה וחדשני ביחס לפרסומות של המערערות. אין המדובר בעיבוד מקורי בלבד שלהן, אלא ביצירה שונה, בעלת מהות שונה ומסר שונה, גם אם לצורך הרעיון הפרודי נעשה שימוש בכפילו של קלוני וכמה אלמנטים נוספים המופיעים בפרסומות של המערערות. מסקנה זו מתבקשת מן האמור לעיל, בדבר ההנגדה והלעומתיות שיש בה ביחס אליהן, והדברים פורטו לעיל.

ה.3(ב) שימוש מסחרי או שימוש שלא למטרות רווח

30. כאמור, במסגרת מבחן "אופי השימוש" יש לבחון גם האם מדובר בשימוש מסחרי או שלא למטרות רווח. לשם הבנת מבחן מסחריות השימוש, יש להקדים ולהציג את הרקע לחקיקת חוק זכות יוצרים. בחוק שקדם לו, חוק זכויות יוצרים, 1911, נקבע כך: "...המעשים דלקמן לא יהא בהם משום הפרת זכות היוצרים: (I) כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עתונאית" (סעיף 2(1)(I)). ניתן לראות כי לצד רשימת המטרות – שגם בה נכללה החלופה "ביקורת" – נקבע גם התנאי של "טיפול הוגן". ברם, לא נקבעו מבחני עזר להוגנות הטיפול. בעניין גבע שניתן בשנת 1993, נקבע כי החוק משנת 1911 מאפשר לפסוע בעקבות החוק האמריקאי (כפי שעשתה גם הפסיקה האנגלית), ולקבוע את הוגנות ה"טיפול" ביצירה גם לפי מבחני עזר הקבועים במפורש בחקיקה בארצות הברית (שם, עמודים 270, 276). כך קובע סעיף 107 לחוק זכויות היוצרים האמריקאי (Copyright Act of 1976, 17 U.S.C.S. § 107) (ההדגשות הוספו):

"...the fair use of a copyrighted work... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use **the factors to be considered shall include—**

- (1) **the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;**
- (2) the nature of the copyrighted work;

- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
 (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work".

יושם אל לב כי סעיף (1) אינו מתייחס רק לאופי ולמטרה של השימוש, אלא נאמר גם שיש לבחון האם השימוש הוא בעל אופי מסחרי, או למטרות חינוך ללא כוונת רווח. המבחנים הללו נקלטו בעניין גבע, לרבות המבחן של מסחריות או שימוש שלא למטרת רווח. בחוק זכות יוצרים החדש, משנת 2007, אומץ במפורש נוסח כמעט זהה לנוסח האמריקאי, מלבד שינויים ספורים. אחד השינויים הוא השמטת מבחן העזר של מסחריות השימוש או שימוש למטרות חינוך ללא כוונת רווח: "לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו... (1) מטרת השימוש ואופיו" (סעיף 19(ב)(1) לחוק זכות יוצרים. לדיון ביחס בין החוק הישראלי החדש לדין האמריקאי ראו ניל נתנאל "שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)). בדברי ההסבר להצעת החוק, שצוטטו לעיל, הוסבר כי "...כך למשל ישנה אבחנה בין אופי מסחרי לבין אופי של לימוד ומחקר שלא למטרות רווח". לאמור, ההשמטה לא נבעה מהתפיסה שאין לשקול שיקול זה, וגם הפסיקה הכירה בצורך לשקלו גם לאחר חקיקת החוק החדש (ראו למשל עניין *Premier League*, פסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). עם זאת, אין להתעלם מכך שהמחוקק השמיט באופן בולט מילים אלה מהחוק עצמו, בעוד יתר הסעיף הוא תרגום כמעט מדויק של לשון החוק האמריקאי. דומה כי תכלית ההשמטה היא לפתוח פתח לבחינה רחבה יותר של מטרות ואופי של שימושים, ולמנוע את שלילת הוגנות השימוש בשל אופי מסחרי. ניתן להבין השמטה זו על רקע הדין האמריקאי עצמו, שמדגיש בגדרי מבחן אופי השימוש דווקא את שאלת הטרנספורמטיביות, ולא את מבחן המסחריות, כאמור לעיל. אם בארצות הברית העדפה זו אינה עולה מלשון החוק, בישראל פתח המחוקק פתח רחב לבתי המשפט, מבלי להנחותם לשקול דווקא את סוגיית המסחריות. כך או אחרת, הן בארצות הברית והן בישראל נתפס שיקול המסחריות כאחד משני השיקולים שיש לשקול לעניין אופי השימוש ביצירה, גם אם משקלו חלש יותר.

31. הבנה מדויקת יותר של מבחן מסחריות השימוש מחייבת הבהרה של שתי נקודות.

ראשית, מתן משקל לאופיו המסחרי של השימוש עשוי להפגיע. חלק מהמטרות המאפשרות להכיר בשימוש כהוגן הן דיווח עיתונאי, סקירה או ביקורת – תחומים

שפועלים על פי רוב למטרות רווח. שלילת ההגנה משימוש מסחרי, בוודאי למטרות רווח, עלולה לרוקן מתוכן חלקים נרחבים מהסדר השימוש ההוגן, ולפגוע בתכליות החברתיות החשובות שלשמו נועד. ואכן, בפסיקה בארצות הברית עמדו בתי המשפט על כך ששימוש מסחרי אינו פוגע באפשרות לראות את השימוש כהוגן. גם בישראל נקבע כי "עצם קיומו של שימוש מסחרי אינו שולל את תחולתה של הגנת השימוש ההוגן" (עניין *Premier League*, פסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). שימוש מסחרי רק מחליש את הטיעון, במובן זה שעל המשתמש להוכיח את הוגנות השימוש באמצעות מבחני העזר האחרים, שאם לא כן תהיה ידו על התחתונה. הדגש במבחן זה לא בא לזקוף אפוא את המסחריות לחובת השימוש באופן חזק, אלא בעיקר לסייע בסיווג המקרה ובנקודת המוצא של בחינת ההוגנות. לשון אחר, מבחן המסחריות הוא במידה מסוימת "חד-סטרי". הוא נועד לבחון האם השימוש ביצירה הוא בעל ערך חיובי מבחינה חברתית (כאשר השימוש אינו למטרות רווח), אך אין בו כשלעצמו כדי לסווג את השימוש כשלילי (גרינמן, עמוד 448, וההפניות שם). ככל שהמטרה היא לחינוך ללא רווח, קל יותר להגיע לתוצאה שהשימוש עומד במבחני ההוגנות. כמובן, עדיין יש צורך בבחינת יתר מבחני העזר.

שנית, מבחן המסחריות, כפי שהוצג, מבטא את העמדה ששימוש ביצירה שאינו בלתי-מסחרי רצוי לחברה יותר משימוש בעל אופי מסחרי. כך, אף על פי ששני השימושים הם למטרה רצויה מבחינה חברתית, כגון חינוך או מחקר. אפשר לראות בכך מעין תמריץ לחוקרים, לעוסקים בחינוך וכיוצא באלה לעסוק בפעילויותיהם שלא למטרות רווח, אלא לשם תרומה לחברה, אף כי כמובן פעילויות למטרות רווח אף הן עשויות לתרום לחברה. נקודה אחרונה זו זורקת אור על פן נוסף של הגנת השימוש ההוגן, לפיו תכלית ההגנה היא למנוע מעין כשלי שוק (עניין *Premier League*, פסקה 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). לפי קו זה, תכלית הסדר השימוש ההוגן היא לאפשר שימושים רצויים ביצירות, במקום שבו השימוש היה נמנע לו המשתמש היה נדרש לשלם לבעל זכות היוצרים עבור השימוש (Wendy J. Gordon, *Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives*, in *THE COMMODIFICATION OF INFORMATION* 149 (Niva Elkin-Koren & Neil W. Netanel (eds., 2002)). כאשר מדובר בשימוש בעל אופי מסחרי, ההנחה היא שהמשתמש יכול לשלם עבור השימוש ביצירה, ולגלם את המחיר ב"מוצר", יהא זה מוצר מסוג חינוך, מחקר או כל יצירה אחרת. מנגד, שימוש ללא כוונת רווח עלול לפעמים שלא לצאת אל הפועל משיקולי תקציב, אם יהיה הכרח לשלם עבור השימוש ביצירה. כאשר השימוש שלא למטרות רווח הוא בעל תועלת חברתית, תהיה נטייה גדולה יותר לסווג את הפעילות כשימוש הוגן.

לאחר שהבהרנו שתי אלה, נפנה ליישם את הדברים על נסיבות המקרה.

32. הרחבנו בעניין מפני שמבחן מסחריות השימוש עמד בלב טענות המערערות לעניין הסוגיה של שימוש הוגן. בהתייחסותן לאפשרות של שימוש הוגן, טענו כי השימוש שעשתה המשיבה ביצירותיהן הוא שימוש מסחרי למטרות רווח, וכי שימוש כזה אינו יכול להיות הוגן. עוד נטען כי יסוד לטענה זו מצוי בפסיקת בית המשפט. בעניין צ'פלין קבע בית המשפט כי השימוש בדמות הנווד אינו הוגן, שכן הוא נעשה לצורכי פרסומת שמטרתה להגדיל את הכנסות המפרסם. ברם, עיון מדוקדק בפסק הדין מלמד כי באותו עניין לא התייחס בית המשפט לאופי השימוש, לרבות השאלה האם האופי היה מסחרי או ללא כוונת רווח, אלא למטרת השימוש – האם השימוש בדמות הנווד היה למטרות פרודיה וביקורת, או לתכלית של העתקה לשם השאת רווחים. מטעם זה – המטרה ולא האופי – קבע בית המשפט מפי השופט י' טירקל כי לא מדובר בשימוש הוגן:

”לא ניתן לסווג את מסע הפרסום של המערער 1 בגדר המטרות שנקבעו בחוק לטיפול הוגן. השימוש שעשה המערער 1 ביצירותיו של צ'פלין נעשה לצורכי פרסומת – כזו שמטרתה להגדיל את הכנסותיו מהגרלות ה'לוטו' שהוא מקיים. שימוש במסגרת של פרסומת מסחרית אינו אחת מן המטרות הנופלות בגדרו של 'טיפול הוגן', כגון 'ביקורת', 'פרודיה' או 'סאטירה'. פרסומת, מעצם טבעה, אינה במה להבעת ביקורת, וגם אם המערערים שילבו במסגרת תשדירי הפרסומת 'פרודיה' או 'סאטירה', זו שימשה לכל היותר ככלי ולא הייתה מטרתם העיקרית של התשדירים (עניין צ'פלין, עמוד 598).

נקבע, אם כן, כי התכלית לא הייתה ביקורת, או לפחות לא הייתה זו המטרה הדומיננטית של השימוש. בכך שונה אותה פרשה ממקורנו, שבו נקבע כי השימוש בכפילו של קלוני לא נועד לנצל את פרסומו של השחקן כפי שהוא ללא שינוי או חידוש בדמות, אלא לצורך פרודיה על המסרים התדמיתיים העולים מפרסומות המערערות. אם כן, בעוד בעניין צ'פלין השאלה הייתה האם מדובר בביקורת וניתנה לכך תשובה שלילית, השאלה שאותה אנו שואלים כעת שונה היא: האם מדובר בביקורת בעלת אופי מסחרי, או בביקורת שלא למטרות רווח. סוגיה זו לא נדונה בעניין צ'פלין, וגם לא בפרשות אחרות, כגון עניין גבע, שגם בו נקבע שתכלית השימוש ביצירה לא הייתה ביקורת או פרודיה כלל (שם, עמוד 277). מדברי בית המשפט עולה כי אם היה נקבע שמדובר בפרודיה, ניתן היה להכיר בשימוש (או ב"טיפול") כהוגן חרף אופיו המסחרי – ראו שם, עמודים 275-277).

לגוף טענת המערערות, נכון הוא כי הפרסומת של המשיבה – ובתוכה הפרודיה על דמותו של קלוני – היא בעלת אופי מסחרי. ברם, בהתאם לנקודה הראשונה שהובהרה לעיל, עניין זה כשלעצמו אינו מטה את הכף לחובת השימוש. המשמעות המרכזית של האופי המסחרי היא שיש להפנות את המבט אל מבחני העזר האחרים. בנוסף, ובהתאם לנקודה השנייה דלעיל, יש לבחון האם בענייננו קיים מעין "כשל שוק", שיימנע את השימוש ביצירה אם תוגן זכות המערערות ביצירותיהן. כאן בולט ייחודן של הפרודיה והביקורת. על פי רוב, כאשר מדובר בשימוש בעל אופי מסחרי, אין מניעה לדרוש מהמשתמש לשלם עבורו, אפילו כאשר תכלית השימוש רצויה היא. אך כאשר מדובר בביקורת, ניתן להניח שבעל זכות היוצרים לא יאפשר את השימוש ביצירה גם תמורת תשלום. כך בוודאי היה קורה לו הייתה המשיבה מבקשת לרכוש מהמערערות את זכויות היוצרים בפרסומות כדי לבצע פרודיה עליהן. לכן, בהקשר של ביקורת יש מעין כשל שוק, והערך הציבורי בביקורת ובפרודיה תומך בהגדרת השימוש כהוגן ללא תלות בסוגיית מסחריות השימוש (ענת שקולניקוב "מות הברווז – פרודיה וסטירה בדיני זכויות יוצרים" המשפט ה' 235, 239 (תשס"א)). יתכן שאין זה מקרה כי התקדים המרכזי בבית המשפט העליון האמריקאי בעניין השימוש ההוגן נקבע דווקא ביחס לפרודיה בעלת אופי מסחרי, תוך קביעה כי מדובר בשימוש הוגן.

סיכומו של מבחן העזר הראשון – מטרת השימוש ואופיו מטים את הכף לטובת הכתרת השימוש שעשתה המשיבה ביצירות של המערערות כהוגן.

ה.3(ג) השפעה על ערך היצירה והשוק הפוטנציאלי שלה

33. נמשיך בבחינת "המבחן הכלכלי", המופיע כמבחן העזר הרביעי בחוק, שבעבר אף נחשב בעיני רבים למבחן העזר המרכזי (Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 476, (1984)). התכלית העיקרית של דיני זכויות היוצרים היא להרבות יצירה באמצעות מתן תמריץ כלכלי ליוצר, ואפשרות להשתמש ביצירה באופן שפוגע בערכה חותרת תחת תכלית זו. כיום עיקר המשקל ניתן למבחנים של מטרה ואופי השימוש, אך מבחן ההשפעה על ערך היצירה עדיין מבחן הוא.

לשם יישום נכון של המבחן הכלכלי יש להדגיש כי ההשפעה הנבחנת היא על הערך ועל השוק הפוטנציאלי של "היצירה", כלשון החוק. יצירה – ולא המוצר שהיצירה נועדה למכור. דמותו של קלוני ולא מכוונות הקפה. יש לבחון אפוא את השפעת הפרסומת על ערכן היצירתי של פרסומות המערערות, ולא על ערך מוצריהן. לדוגמא, גם אם היינו

מניחים שהפרסומת פגעה בשמן הטוב של המערערות ובהיקף מכירת מוצריהן, עדיין אין הכרח להניח שנפגע גם ערך היצירה שלהן. ערכן היצירתי של פרסומות המערערות טמון, למשל, ביכולת המערערות להשתמש בדמותו של קלוני לשם פרסום מוצרים אחרים, או יכולתן למכור את ההיבטים הישומיים של הפרסומות למי שמעוניין להשתמש בהם כדי לפרסם מוצרים נוספים. כבר הודגש בהקדמה שהתמריץ שנותן הדין הוא הגנה מפני יצירת עותקים ותחליפים, ולא הגנה מפני ביקורת, תחרות או פגיעה אחרת. לכן השאלה אינה האם ערך הפרסומות נפגע מחמת הלעג כלפיהן, אלא האם הפגיעה נגרמת מפני שפרסומת המשיבה, על דמות הכפיל שבה, עשויה לשמש בשוק הפרסומות העתק תחליפי לפרסומות המערערות ולדמותו של קלוני.

המבחן הכלכלי עשוי לעורר קושי מיוחד כאשר מדובר בזכות ליצירה נגזרת. כאשר מדובר בהעתקה פשוטה, קל יחסית לבדוק האם היצירה החדשה נתפסת כעותק חלופי של היצירה המוגנת בשוק הרלוונטי ועלולה לפגוע בנתח השוק של בעל זכות היוצרים. שונה המצב כאשר מדובר ביצירה נגזרת. במקרה כזה יתכן שהשוק של היצירה המקורית כלל לא ייפגע, שכן היצירה הנגזרת היא יצירה מקורית. כך, עיבוד של ספר למחזה לא יפגע בהכרח בהיקף המכירות של הספר, ואולי אף יגדיל אותו. מה שעלול להיפגע הוא האפשרות של מחבר הספר לעבד אותו בעצמו למחזה, דהיינו הפגיעה היא ביכולתו של המחבר לעשות שימוש ייחודי ביצירות הנגזרות מיצירתו. אך כיצד ניתן לדעת מהו היקף השוק הפוטנציאלי של יצירות נגזרות? אפשר להמחיש את השאלה באמצעות נסיבות ת"א (מחוזי - ת"א) 1437/02 מוסינזון נ' האפרתי (29.5.2003) (להלן: עניין חסמב"ה), שנדונה בבית המשפט המחוזי מבלי שהוגש ערעור על פסק הדין. באותו עניין נדונו הדמויות שכיכבו בסדרת ספרי הילדים המפורסמת 'חסמב"ה', פרי עטו של הסופר יגאל מוסינזון. הנתבעת פרסמה ספר שעלילתו עוסקת בדמויות חסמב"ה בבגרותם, תוך תיאור מצבם העגום והשינוי העצום שחל באישיותם מאז ימי התום של ילדותם. האם בגדרי הזכות ליצירה נגזרת כלולה גם הזכות לפתח דמויות בדיוניות של ילדים ולספר על מעלליהם בבגרותם? האם יהיה הבדל בעניין זה בין פיתוח המשקף המשך טבעי של אופי הדמות לפיתוח הסוטה באופן בולט ממאפייני היצירה המקורית? מדובר בשאלות שאינן פשוטות ומעוררות חילוקי דעות. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה בגין הפרת זכויות יוצרים בנסיבות המתוארות, ואילו בספרות נמתחה על כך ביקורת (תמר גדרון "עידן הפרודיה – על 'חסמב"ה', 'חלף עם הרוח', 'פיטר פן' ועל מה שביניהם" המשפט י 9, 37-38 (התשס"ה) (להלן: גדרון)).

בהליך שלפנינו, העוסק בפרודיה, אין צורך להכריע בכל השאלות שהועלו. פרודיה בעלת אופי טרנספורמטיבי אינה העתק של היצירה המקורית. הפרסומת אינה

דומה במהותה לפרסומות המערערות אלא מבטאת רעיון שונה וחדש. פרסומת היתולית, פרודית ולעומתית, ולא פרסומת המדגישה באופן חיובי את ערכו של הקפה. ככל שיש שוק לפרסומות מן הסוג האחרון או לדמותו של קלוני – הפרסומת של המשיבה ודמותו של הכפיל אינם נסחרים בשוק זה, אלא בשוק אחר המיוחד לפרסומות פרודיות. גם מנקודת המבט של יצירה נגזרת לא מדובר במקרה גבולי. יוצרים אינם נוהגים ליצור פרודיה על יצירתם המקורית, ולכן יצירה פרודית אינה פוגעת בציפייה המסחרית הסבירה של היוצר, בערך יצירתו (לפי ההגדרה למעלה) או בשוק הפוטנציאלי שלה. גם מבחן עזר זה תומך אפוא בהוגנות השימוש.

ה.3(ד) היקף השימוש ביצירה המקורית ואופיה

34. שני השיקולים האמצעיים ברשימת סעיף 19(ב) אינם מעוררים מורכבות במקרה דנן ולכן נדון בהם בקיצור יחסי. אשר לשיקול של היקף השימוש ביצירה – הוא מבחן העזר השלישי בחוק – מדובר במעין מבחן של "מידתיות" השימוש ביצירה המוגנת, ולא במבחן פשוט או כמותי במובהק של "היקף". לשון החוק דורשת לבחון את היקף השימוש "מבחינה איכותית וכמותית", וזאת "ביחס ליצירה בשלמותה". לעיתים גם שימוש ביצירה כולה לא יתמוך באיסור על השימוש, ובפעמים אחרות גם שימוש בחלק מן היצירה יכול להיחשב כהיקף העולה על הנדרש, הגם שעל פי רוב הכמות משפיעה גם על האיכות (גרינמן, עמודים 455-456 והאסמכתאות שם; ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740, פסקה 31 (2011)); עניין *Premier League*, פסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). השאלה, אם כן, היא מידתיות השימוש בנסיבות העניין ולא דווקא ההיקף המוחלט של השימוש. הכוונה למעין "קשר רציונלי" בין התכלית המצדיקה את השימוש ביצירה ובין אופן השימוש בה בפועל – האם נעשה שימוש בחלק של היצירה הגם שאין בכך צורך בראי הוגנות השימוש. מבחן זה יכול להיות רלוונטי גם לפרודיות (פישמן אפורי, עמוד 362). נזכיר שוב כי היקף השימוש ביצירה עשוי להיות נתון חשוב מאוד בגדרי המבחן הכלכלי שנדון לעיל (ראו שם), אך יש חשיבות לסוגיית ההיקף גם במקום שבו המבחן הכלכלי לא מוביל לפסילת השימוש.

לעיתים ההפרדה בין חלקי היצירה המוגנת שבהם נעשה שימוש יכולה להיות קשה או מלאכותית. בפרסומת שלנו יש אלמנטים השלובים אלה באלה, כגון המוזיקה, העיצוב והגינונים הנלווים להצגת דמות הכפיל. אפשר אמנם לנסות ולפרק את הפרסומת לגורמים – משפטים, מילים, מוזיקה, עיצוב פה עיצוב שם – ולבחון האם כל אחד מהם הכרחי לשם ביצוע הפרודיה; ברם, ספק רב אם ניתוח כזה רצוי או אף מעשי. נראה כי

בכגון דא המבט הוא ביחס למכלול – האם נראה בהתרשמות כוללת כי הפרודיה כוללת רכיבים מהותיים מתוך היצירה המוגנת שאינם תומכים באופן סביר ובמידה מספיקה בהיבטים הפרודיים של הפרסומת, וניתן להפרידם ולהשמיטם מבלי לפגוע בפרודיה. עיון בפרסומת הנדונה אצלנו ובפרסומות המערערות מוביל למסקנה שהשימוש במכלול האלמנטים מפרסומות המערערות הוא בהיקף שאינו חורג מן הדרוש לצרכי הפרודיה באופן סביר.

מבחן העזר השני הקבוע בחוק עוסק ב"אופי היצירה שבה נעשה שימוש". מבחן זה מבטא מספר שיקולים, חלקם מנקודת מבטו של היוצר המאוחר ושל הציבור בכללותו, וחלקם מנקודת מבטו של בעל זכות היוצרים. דגש אחד מושם בשאלה האם מדובר ביצירה דמיונית או יצירה בעלת הקשר עובדתי, כגון תיעוד או איסוף נתונים. למשל, בארצות הברית נקבע כי כאשר מדובר בצילום ייחודי של אירוע חשוב, הערך הציבורי של הצילום עשוי להצדיק את התרת השימוש (*Monster Communications v. Turner*) (Broadcasting, 935 F. Supp. 490, 494 (S.D.N.Y. 1996); עניין ויינברג, פסקה 22). זוהי דוגמא לשיקול המדגיש את האינטרס הציבורי בפרסום היצירה. הבחנה נוספת וקשורה היא בין יצירה מפורסמת או בעלת חשיבות תרבותית רבה, ליצירות שאינן כאלה (*Note, Gone With The Wind Done Gone: "Re-Writing" and Fair Use*, 115 HARV. L. REV. 1193 (2002)). שיקול נוסף שהוזכר בפסיקה הוא האם היצירה המוגנת פורסמה כבר אם לאו. כאשר מדובר ביצירה שטרם פורסמה, הדבר יתמוך יותר באיסור על שימוש בה לנוכח הפגיעה ביכולתו של בעל זכות היוצרים לפרסם ראשון את החלק שבו נעשה שימוש (ע"א Eisenman 2790/93 נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, 839 (2000)). זו דוגמא לשיקול המדגיש את האינטרס של בעל זכות היוצרים. במקרה דנן אופי היצירה אינו בעל חשיבות מיוחדת. מדובר בפרסומות, ולא בתיעוד או אף יצירה בדיונית בעלת חשיבות תרבותית. מן הצד השני, אף לא מדובר בפרסום של מידע שטרם פורסם או שהיוצר מעוניין להסתירו. העובדה שהפרסומות הן יצירה בדיונית תומכת במידת מה בעמדת המערערות, אך כאמור – אופי היצירה אינו בעל ייחוד ביחס למקרים אחרים, ולכן כאן משקל מבחן עזר זה אינו רב. תוצאה זו אינה מפתיעה. נדמה כי על פי המקרים שנדונו בפסיקה, השיקול של אופי היצירה המוגנת יתפוס מקום רב רק במקרים בעלי פן ייחודי, כמודגם לעיל.

ה.3(ה) שימוש מקומם במיוחד או חסר טעם ביצירה

35. סעיף 19 לחוק קובע כי רשימת מבחני העזר אינה רשימה ממצה: "לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין השאר, כל אלה...". מכאן

שעשויים להיות שיקולים נוספים שיכולים לסייע לשם הערכת הוגנות השימוש, בהתאם לנסיבות המקרה והקשיים הכרוכים בו. בנסיבות מקרנו אפשר להזכיר שיקול נוסף שניתן למצוא בפסיקה בארצות הברית – האם השימוש ביצירה הוא מקומם במיוחד, או כלשון הפסיקה והספרות בארצות הברית: *Distasteful*: Paul Tager Lehr, *The Fair-Use Doctrine before and after Pretty Woman's Unworkable Framework: The Adjustable Tool for Censoring Distasteful Parody*, 46 FLA. L. REV. 443, 460-64 (1994) וההפניות שם. בעברית כונתה הדוקטרינה גם "שימוש סר טעם" – ראו גדרון, עמודים 37-38). לפי דוקטרינה זו, יש קווים אדומים גם לשימוש פרודי ביצירה. הדיונים בארצות הברית נסובים בעיקר סביב פרודיות המציגות את היצירה המוגנת בהקשרים בלתי מוסריים כגון פורנוגרפיה, אלימות קשה או סמים (ראו ההפניות אצל Lehr, לעיל בפסקה זו). גם בארצות הברית קיימות מחלוקות ביחס להיקף הדוקטרינה, תוך הדגשת חופש הביטוי וציון העובדה שהמחוקק לא מצא לנכון לאסור כל שימוש הכרוך בפורנוגרפיה, ולכן לעיתים גם שימושים כאלה יהיו מותרים (ראו למשל *The Pillsbury Company v. Milky Way Productions, Inc. et al.* 215 U.S.P.Q. 124 (1981)). ברם, ניכר כי קיימת בפסיקה בארצות הברית הסכמה בסיסית לפיה גם אם לפרודיה יש גבול – שיקולים של חופש הביטוי והיצירה מחייבים שהוא יעבור רחוק מהמרכז. אין די בכך שהביטוי יהיה חסר טעם, מקומם או בוטה, אלא נדרשת עוצמה ממשית לכל אלה כדי שניתן יהיה לדון בשאלה האם נחצה הגבול (ראו האסמכתאות אצל Lehr וגדרון לעיל בפסקה זו). בכל מקרה, פרודיה "חסרת טעם" או "מקוממת במיוחד" תידרש להתמודד גם עם מבחני העזר האחרים, לרבות המבחן הראשון, השני והרביעי.

חשוב להבחין בין השיקול של שימוש מקומם במיוחד או חסר טעם ביצירה לדיון בזכות המוסרית של היוצר. שני ההסדרים עוסקים, בין היתר, בשימושים פוגעניים ביצירה, אך קיימים הבדלים משמעותיים בין השניים. ראשית, הזכות המוסרית עניינה היוצר, שמו הטוב וכבודו. מדובר בזכות אישית של היוצר. זכות היוצרים לעומת זאת, שאת הפרתה בוחנים מבחני העזר, מעמידה במרכז מבחני הוגנות השימוש את היצירה וערכה הכלכלית. מדובר בזכות קניינית, שיכולה להיות שייכת למי שרכש אותה לתועלתו הכלכלית, ולא דווקא ליוצר. שנית, הזכות המוסרית היא זכות בפני עצמה, ואילו השיקול של שימוש מקומם או חסר טעם הוא אך שיקול אחד מבין שיקולים רבים הקובעים את הוגנות השימוש, ולא דווקא המרכזי שבהם. שלישית, הזכות המוסרית עשויה להעניק ליוצר הגנה רחבה יותר מזו שמעניק לו מבחן העזר של שימוש מקומם או חסר טעם. רביעית, הזכות המוסרית אינה מתמצה בהגנה על כבודו ועל שמו הטוב של היוצר. אחד מענפיה כולל את הזכות של ייחוס היצירה ליוצר (סעיף 46 לחוק זכות יוצרים). חשוב אפוא להפריד בין השאלה האם מדובר בשימוש פוגעני בגדרי מבחני

העזר של הוגנות השימוש, ובין ניתוח הפרתה של זכות מוסרית. עוד נזכיר, ומבלי לשרטט קווים מדויקים, כי השיקול של חופש הביטוי בזכויות יוצרים – ודאי בהקשר המסחרי – הוא בעל משקל שונה מזה של חופש הביטוי במקרים אחרים, גם משום שמדובר בקניין רוחני של היוצר.

לגופו של מבחן, ענייננו אינו קשור לאותם מקרים שבהם יש להעניק משקל (שאף הוא אינו בלעדי) לשיקול של שימוש מקומם במיוחד ביצירה. לא מדובר בהקשר פוגעני במיוחד, ולעג לדמות בדיונית אינו נתון התומך – כשלעצמו – באיסור על השימוש בה. אין אפוא משקל למבחן עזר זה במקרה דנן.

סוף דבר, מכלול השיקולים מוביל למסקנה שמדובר בשימוש הוגן. ראשית, המשיבה עמדה במבחן של מטרת השימוש. שנית, ואשר להוגנות השימוש, העיקר הוא בכך שמדובר בפרודיה בעלת אופי שונה וחדשני, ולא בהעתק נוסף עם שינוי קל של פרסומות המערערות. הפרסומות המתחרות אינן יושבות בצוותא חדא על אותה משבצת ואינן יכולות לשמש תחליף האחת של השנייה. ערך השוק של הפרסומות – כיצירות הנסחרות לשם שימוש בהן – לא נפגע, מלבד פגיעה אפשרית כתוצאה מהלעג, שלא אותה נועד הדין למנוע. לכן, ולמרות שמדובר בפרודיה בעלת אופי מסחרי, ולא בפרודיה שלא למטרות רווח – הכף נוטה לטובת התרת השימוש הפרודי. גם היקף השימוש ואופי הפרסומות של המערערות אינם משנים את המסקנה המשפטית שבנסיבות אלה יש לדחות גם את העילה של הפרת זכויות יוצרים. כאן המקום לרשום הערת אזהרה: כל האמור לעיל נכון ביחס לחלופת הביקורת, ובפרט זו הפרודית, והוא אינו חל בהכרח ככתבו וכלשונו ביחס למטרות אחרות של שימוש ביצירה. לא כל חלקי הניתוח של חלופת הביקורת מתאימים או חופפים גם לחלופות אחרות, כגון מחקר או עיתונות. הדיון בחלופות אחרות צריך להיעשות בזהירות ראויה, בצעדים מדודים ותוך התאמה לעובדות, תוך הכרה במבחן ההקשר.

בטרם דיון בעילה השלישית והמרכזית שהעלו המערערות – התעשרות שלא כדין – נתייחס בקצרה ומעבר לנדרש לשתי סוגיות שעשויות לעורר עניין במקרים דומים לשלנו – הזכות המוסרית של יוצרי הפרסומות מטעם המערערות, וזכותו של ג'ורג' קלוני לפרסום. התייחסות זו תסייע להבין טוב יותר את הגיונו של האיזון שבוצע בחלקו האופרטיבי של פסק הדין, ומכאן חשיבות הדיון גם מעבר לדרוש.

36. הזכות המוסרית. חוק זכות יוצרים מכיר, כאמור, בקיומה של זכות מוסרית של יוצר ביצירתו לצד זכות היוצרים: "ליוצר של יצירה... תהיה ביחס ליצירתו זכות מוסרית, למשך תקופת זכות היוצרים באותה יצירה" (סעיף 45(א)). ביטוי אחד של הזכות המוסרית הוא כי שם היוצר "ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין". ביטוי שני הוא "כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר" (שם, סעיף 46). החוק מוסיף וקובע כי מדובר בזכות אישית, בשונה מזכות היוצרים הרכושית שניתן לסחור בה: "הזכות המוסרית היא אישית ואינה ניתנת להעברה, והיא תעמוד ליוצר אף אם אין לו ביצירה זכות יוצרים או אם העביר את זכות היוצרים ביצירה, כולה או חלקה, לאחר" (שם, סעיף 45(ב)). הזכות המוסרית לא נדונה בהליך קמא ולא נזכרה על ידי המערערות, ככל הנראה על רק העובדה שהמערערות לא יצרו את הפרסומות, אלא רק רכשו את זכויות היוצרים בהן. ברם, לשם הבנת זכות היוצרים באופן רחב יותר, נאמר כמה מילים כלליות על זכות זו ועל יחסה לפרודיה.

הזכות המוסרית כשמה כן היא. שורשיה הרעיוניים לא נטועים ברצון לעודד יצירה ולהעשיר את נחלת הכלל, אלא יונקים מהכרה בקשר בין היוצר ליצירתו, ובכך שחלק מאישיותו של היוצר מגולמת ביצירה – היא פרי עמלו. במובן זה, הזכות המוסרית דומה לזכויות אישיות אחרות, ולא בכדי אחד מהיבטי הזכות עוסק בפעולה שעלולה לפגוע "בכבודו או בשמו של היוצר" (על היחס המורכב בין העוולה של לשון הרע והזכות המוסרית ראו גדרון, עמודים 48-52). כדי להבין את חוק זכות יוצרים טוב יותר יש לתת את הדעת על כך שזכות היוצרים אינה ממצה את ההגנה על היוצר. לצד ההתייחסות לזכות היוצרים קיים נדבך נוסף בעל חשיבות רבה. לעיתים שיקולי המדיניות לא יובילו להכתרת השימוש כבלתי הוגן, אולם הפגיעה ביוצר תקנה לו תרופות שונות מכוח זכותו המוסרית.

השימוש הפרודי עלול ליצור מתח עם הזכות המוסרית, בהיבט של מניעת פגיעה בשמו ובכבודו של היוצר. הפרודיה כרוכה לעיתים בלעג ליצירה, ואיסור על לעג כזה עלול לחסום באופן מעשי את השימוש הפרודי הביקורתי – באופן המנוגד לניתוח התכליתי דלעיל. בתשובה לכך יש להצביע על שתיים. ראשית, לא כל פגיעה או סילוף של יצירה הפוגע בשם היוצר או בכבודו מפר את הזכות המוסרית, אלא קיימת הגנה של "פעולה סבירה בנסיבות העניין" (סעיף 50(ב) לחוק זכות יוצרים). היחס של הגנה זו ויצירה פרודית טרם לובן באופן מלא בפסיקת בתי המשפט. הדעה הרווחת בספרות היא

שחשיבות הפרודיה מצדיקה להגביל את הזכות המוסרית בהקשר זה. יחד עם זאת, אין המדובר בהגבלה מוחלטת, ויכולות להיות נסיבות שבהן פרודיה תפגע בזכות המוסרית (גדרון, עמוד 59; גרינמן, עמודים 440, 465; פישמן אפורי, עמודים 375-376). שנית, לא נאסרה כל פעולה פוגענית או מסלפת ביחס ליצירה, אלא רק "אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר". במוקד מצוי כבוד היוצר, ולא כבוד היצירה. בהקשר של פרודיה יש חשיבות לשאלה האם הלעג ליצירה מחלחל גם אל היוצר. ניתן לצפות שבמקרים שונים יהיו הבדלים בעוצמת הקשר בין היוצר ליצירה ובמידה בה הוא מזוהה עמה. לעג ליצירה לא פוגע בהכרח בשמו ובכבודו של יוצרה – כך עולה בפירוש מנוסח החוק. דוגמא ליוצר המזוהה עם יצירתו היא נסיבות עניין חסמב"ה, שהוזכר לעיל, שעסק ביצירה הנחשבת ל"מפעל חיים" של הסופר יגאל מוסינזון ומזוהה עמו מאוד. בנוסף לכך, באותו עניין דובר על פרודיה שהתייחסה לא רק לדמויות הסדרה, אלא שילבה בסיפור גם את מוסינזון עצמו, שהוצג בלעג וכונה "אידיוט" ו"סופר כושל". במקרה כזה הטענה כי הלעג של המבקר מחלחל גם אל היוצר מתבקשת היא. לעומת זאת, יש מקרים רבים בהם זהות היוצר כלל אינה ידועה, אם כי אין זה אומר שאין ליוצר זה כל זכות מוסרית. כאמור, העניין לא הובא לשם ההכרעה, אלא כדי להציג את כל צדדיו ואת הממדים השונים של העניין.

37. הזכות לפרסום. בית המשפט המחוזי קבע, בין השאר, כי דמותו של קלוני המופיעה בפרסומות אינה דמות בדיונית החוסה תחת הגנת זכויות היוצרים, אלא דמותו של קלוני עצמו. קלוני עצמו אינו יצירה, ואין בדמותו האמיתית זכות יוצרים. כאמור לעיל, בנקודה זו התקבלה עמדת המערערות לפיה הפרסומות של המשיבות, ובתוכן דמותו של קלוני, הן יצירות שיש בהן זכות יוצרים. עם זאת, קביעת בית המשפט המחוזי מובילה לדיון בסוגיה מעניינת אחרת – הפרת זכותו של קלוני לפרסום. הזכות לפרסום היא הזכות לשליטה על השימוש בשמו או תמונתו של אדם – להבדיל מיצירה או דמות שהיא בגדר יצירה – לשם הפקת תועלת כלכלית. מקובל להצביע על שתי קרניים של זכות זו – הזכות לפרסום על גבי מוצרים נלווים (Merchandise) והזכות לשימוש בדמות במסגרת פרסומות מסחריות. הזכות לפרסום זוכה להגנה בחקיקה בכמה ממדינות אירופה, כגון גרמניה וצרפת, וכן להגנה בחלק ממדינות ארצות הברית, בהתאם לחקיקה המדינתית (ראו באופן כללי – JENNIFER E. ROTHMAN, THE RIGHT OF PUBLICITY – PRIVACY REIMAGINED FOR A PUBLIC WORLD (2018); Eric E. Johnson, *Disentangling the Right of Publicity*, 111 NW. U. L. REV. 891 (2017); Mark P. McKenna, *The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition*, 67 U. PITT. (L. REV. 225 (2005)).

מבחינה היסטורית צמחה הזכות לפרסום מהזכות לפרטיות, אך כיום ישנה הכרה בכך שמדובר בזכויות נפרדות, ואפילו סותרות בכמה מובנים: הזכות לפרטיות היא הזכות למניעת חדירה והתערבות של הציבור בחייו של הפרט, ואילו הזכות לפרסום היא זכותו של הפרט לנצל את התועלת הכלכלית מפרסומו בקרב הציבור. עמד על כך בית משפט זה בפרשת מקדונלד, שבה הכיר לראשונה בזכות לפרסום, בתורו אחר מקור נורמטיבי לזכות זו במשפט הישראלי. לאחר שלילת האפשרות להכיר בזכות זו במסגרת חוקים שונים, כגון חוק הגנת הפרטיות או חוק עוולות מסחריות, נקבע כי שימוש בשמו של אחר ללא הסכמתו תוך ניצול הערך הכלכלי של פרסומו היא בגדר התעשרות שלא כדין על חשבון האחר (שם, עמודים 348-366). יצוין כי באותו עניין נדונו שתי תביעות – תביעה ותביעה שכנגד. התובענה שהגישה רשת המזון המהיר McDonald's נגד שחקן הכדורסל אריאל מקדונלד ורשת ברגר קינג נדונה לעיל בהרחבה בדיון בסימני מסחר, ואילו כעת ענייננו בתביעה שהגיש שחקן הכדורסל מקדונלד נגד McDonald's. התביעה הוגשה לאחר ש-McDonald's – בתגובה לפרסומת של ברגר קינג שתוארה לעיל – פרסמה ראיון שבו הכריז שחקן הכדורסל על חיבתו ל-McDonald's. בית המשפט קבע – פה אחד – כי הזכרת שמו של מקדונלד ללא רשותו במסגרת פרסומת מסחרית היא בגדר התעשרות שלא כדין. יחד עם זאת, התביעה נדחתה לנוכח הקביעה שקיימות "נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת" (סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979) – ציטוט דברים שאמר מקדונלד מיוזמתו במסגרת כתבה עיתונאית, והעובדה שדובר בפרסומת תגובה.

בהליך דנן, המשיבה לא השתמשה בדמותו של קלוני עצמו, אלא בדמותו של כפיל. ניתן לשאול האם שימוש בכפיל הוא בעל פוטנציאל, באופן עקרוני ובנסיבות המתאימות, להפר את זכותו של קלוני לפרסום באופן העולה לכדי התעשרות בלתי הוגנת. מכיוון שקיבלנו את עמדת המערערות לפיה גם בפרסומות המקוריות השימוש היה בדמות בדיונית ולא בדמותו של קלוני עצמו, ולדמות בדיונית אין זכות לפרסום – נסתפק בכך: גם אם ההנאה מדמותו של כפיל מציגה שאלה קשה במישור של זכות הפרסום, קל יותר לחרוץ את דין השימוש בדמות במסגרת פרודיה. קיימת חפיפה רבה בין הדיון הנוכחי לדיון בזכויות יוצרים בהקשר של פרודיה. ככל שהשימוש בכפיל הוא אכן פרודי, וזו מטרתו הדומיננטית, האינטרס הציבורי בביקורת מטה את הכף לכיוון התרת השימוש בדמות. ידוע ומפורסם במחוזותינו כי חלק מרכזי בביקורת הציבורית מצוי בתוכניות שבהן נעשה שימוש סאטירי או פרודי בדמויות מפורסמות של פוליטיקאים, אך גם בדמויות של אושיות תרבות ו"סלבים" אחרים. הכרה בזכות לפרסום גם ביחס לפרודיה הייתה גודעת, מן הסתם, את רובו של ענף ביקורתי חשוב זה, שחשיבותו אינה פוחתת בנסיבות שבהן מדובר בתכניות מסחריות ורווחיות. חשיבותן

של תכניות מעין אלה ממחישה שוב את האמור לעיל – לעיתים המדיום הוא חלק מהמסר. אין דומה ביקורת כזו לניתוח ביקורתי כתוב או לסוגי ביקורת אחרים.

ז. עשיית עושר ולא במשפט

38. לאחר שדנו בעילות התביעה לפי דיני הקניין הרוחני וחוק עוולות מסחריות, הגיעה העת לדון בעילת ההתעשרות שלא כדין. כפי שהוזכר בפתח פסק הדין, זוהי עילת התביעה העיקרית – אך לא היחידה – שציינ בא כוח המערערות בדיון שנערך בפנינו. הקדמנו ודנו ביתר העילות גם מפני שדיון בעילת ההתעשרות מצריך למפות תחילה את המארג הנורמטיבי הרלוונטי לתשתית העובדתית. מיפוי כזה נדרש בעיקר לנוכח דרישת החוק כי ההתעשרות תהיה "שלא על פי זכות שבדין", דרישה המחייבת לפנות גם אל מערכות הדינים שעשויות לחול על נסיבות המקרה.

המערערות טוענות כי הפרסומת היא בגדר "תחרות פרועה", כי המשיבה הפיקה רווחים מהמוניטין של המערערות מבלי להשקיע ביצירת המוניטין, כי הפרסומת היא פוגענית, מבזה ומציגה את מי שרוכש את מוצרי המערערות כ"חי בסרט", וכי אין תועלת ציבורית בפרסום מסוג זה. עוד נטען כי בשיטות המשפט השונות בעולם הייתה הפרסומת נאסרת לפרסום, תוך שימת דגש על סעיפי הדירקטיבה האירופית הרלוונטית (Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising). יוער כבר עתה כי נטען שזוהי העמדה גם בארצות הברית, תוך הפניה לפסק דין אחד משנת 1994 העוסק בדוקטרינת הדילול של סימני מסחר (Deere & Company v. MTD Products, Inc., 41 (F.3d 39 (1994)). ברם, בשנת 1996 נוספו לחקיקה הפדרלית הסעיפים העוסקים מפורשות בדילול, ובשנת 2006 בוצע תיקון חשוב של סעיפים אלה, תוך הוספת ההגנה של שימוש הוגן, העוסקת בפרודיה ובפרסומת השוואתית. המשיבה, מנגד, סומכת ידיה על הניתוח שנערך בערכאה קמא, תוך הדגשה כי לא הוכחו היסודות הרלוונטיים של העילה.

39. קיומה של עילת התעשרות שלא כדין מותנה בהוכחת שלושה יסודות מצטברים: התעשרות; שמקורה באחר; והיותה שלא על פי זכות שבדין. ובלשון סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט – "מי שקיבל... נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה)", ו"שלא על פי זכות שבדין". לצורך פסק דיננו נתמקד בדיבר "שלא על פי זכות שבדין", שעמד במוקד טענות הצדדים. בהקשר זה

הבחינה הפסיקה בין שני סוגים של מקרים המתעוררים ביחס לתחרות מסחרית, על רקע המעלה גם סוגיות מדיני הקניין הרוחני או דיני הנזיקין.

בסוג הראשון בא תובע בשעריהן של מערכות דינים ספציפיות, כגון דיני סימני המסחר או דיני לשון הרע, אלא שהתנאים המהותיים הקבועים באותן מערכות דינים מובילים לדחיית התביעה מכוחן (ראו לדוגמא עניין אדידס ועניין טוכני הביטוח). במקרים אלה נטיית הפסיקה היא לשלול, ככלל, את קיומה של עילת תביעה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, שכן עילה כזו מתערבת באופן מעשי באיזונים שנקבעו על ידי המחוקק וב"הסדרים שליליים" שנקבעו במערכות הדינים האחרות. חוק עשיית עושר ולא במשפט אינו בגדר סלילת כביש עוקף לדין המהותי, המחייב כל אדם שקיבל טובת הנאה הקשורה לאדם אחר להשיבה לאחר. מבחינה קונספטואלית, מצב חקיקתי כזה עשוי ללמד כי המחוקק הביע את עמדתו כי התעשרות הזוכה במצב כזה היא "על פי זכות שבדין" (סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט). זאת, הגם שעדיין נותר פתח צר למתן סעד נקודתי גם במקרים כאלה, כאשר האינטרס הציבורי מצדיק זאת או במקרים שבהם קיים "יסוד נוסף" שלילי, חריג וחמור (עניין טומי הילפיגר, פסקה 34; ע"א 945/06 Genrerall Mills Inc נ' משובח תעשיות מזון בע"מ, פסקה 20 (1.10.2009), שם נשללה העוולה של גניבת עין)).

במקרים מהסוג השני, עניינו של התובע לא נבחן באופן מהותי על פי מערכות דינים ספציפיות, כגון דיני הקניין הרוחני, הגם שהמחוקק הסדיר באופן עקרוני מקרים מהסוג הנדון. הסיבה לאי-תחולת מערכת הדינים הספציפית יכולה להיות, למשל, העדרו של תנאי סף כגון רישום בפנקס. במקרה כזה "קצרה ידם של דיני הקניין הרוחני, לא בגלל המהות אלא כיון שלא היה רישום" (עניין אדידס, פסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין; שם, פסקה 21 לפסקה דינה של השופטת חיות). במקרים אלה עשויה להיות נטייה גדולה יותר לבחון את תחולת דיני ההתעשרות שלא כדין (עניין אנג'ל, פסקאות 52-53).

כך אכן קרה באחת הפרשות שנדונו ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ פ"ד נב(4) 289 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ר.). יצוין כי חלק אופרטיבי זה של הלכת א.ש.י.ר. בוטל בפירוש על ידי המחוקק במסגרת חוק העיצובים, התשע"ז-2017. במסגרת חוק זה, שנועד להחליף את ההגנה על מדגמים (תוך שינוי המונח ל"עיצובים"), נקבע מפורשות כי לא ניתן לעקוף את הסדרי החוק באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, גם כאשר קצרה ידו של הדין "כיון שלא היה רישום". סעיף 2 לחוק, שכותרתו "ייחוד הוראות החוק", קובע כי "לא תהיה זכות

בעיצוב, אלא לפי הוראות חוק זה". כך הוסבר העניין בדברי ההסבר: "מטרתו של הסעיף המוצע היא להבהיר כי חוק זה הוא המסדיר את דיני העיצובים... זאת, בין השאר על רקע הלכת א.ש.ר., אשר הכירה בקיומה של זכות בעיצוב... אף שלא נרשם... מטרתה של הוראה זו היא להבהיר כי לבעל עיצוב לא תהיה עילת תביעה לפי חקיקה כללית ושיורית, כגון חוק עשיית עושר ולא במשפט" (הצעת חוק העיצובים, התשע"ה-2015, ה"ח הממשלה 696, 700). כן הובהר כי לאחר הלכת א.ש.ר. נוצר "חוסר ודאות בעולם העסקי" (שם, עמוד 696). יחד עם זאת יש לציין כי ההכרעה המהותית של הלכת א.ש.ר. אומצה במסגרת החוק, שקובע במפורש כי לצד ההגנה על עיצובים רשומים – עיצובים שאינם רשומים יהיו מוגנים מפני העתקה למשך שלוש שנים, בהתקיים התנאים המתאימים (פרק ה' לחוק העיצובים). אם כן, בשדה הספציפי של מדגמים ועיצובים נשללה במפורש תחולתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט, אך רק לאחר הוספת הגנה חקוקה ומיוחדת, הקובעת מעין "דיני עשיית עושר" פנימיים ביחס לעיצובים. כמובן, מקרנו אינו עוסק בעיצובים. אף אין צורך בנסיבות תיק זה לדון בשאלה מתי, באיזה היקף ובאילו תנאים ראוי ליישם את החריג של הכרה בעילה של עשיית עושר כלפי סוג המקרים השני.

בראי חלוקה זו בין סוגי המקרים, יש חשיבות לשאלה לאיזו קבוצה – אם בכלל – יש לסווג את המקרה שלפנינו. האם מדובר במקום שבו "מהות" מערכות הדינים הספציפיות הובילה לדחיית התביעה, או שמקרנו לא מוסדר בגדרן באופן מהותי? כדי לענות על השאלה יש להבחין בין שתי טענות ל"התעשרות" שהעלו המערערות. הראשונה, התעשרות באמצעות פגיעה במוניטין שלהן על דרך הלעג למי שרוכש את מוצריהן. זוהי התעשרות שעל פי הנטען יש בה יסוד נזיקי – העושר מופק כתוצאה מגרימת נזק זולת, וביתר דיוק – נזק לשמו הטוב ולמוניטין שלו. השניה, התעשרות כתוצאה מניצול הילת המוניטין של המערערות, וזיהויו של קלוני גם עם מוצרי המשיבה. זוהי התעשרות שיש בה יסוד "קנייני", מעין הנאה ללא עמל תוך "רכיבה חופשית" או תפיסת טרמפ על מאמצי הזולת. מכיוון שכל אחת מהטענות נופלת לסוג מקרים אחר לפי החלוקה למעלה, נדון בהן באופן נפרד.

40. התעשרות כתוצאה מלעג למוניטין של הזולת. האם התעשרות כתוצאה מלעג למוניטין של הזולת והכפשתו מקימה עילת תביעה על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט? שאלה זו נדונה בפרשת סוכני הביטוח, שעסקה בפרסומת שעל פי הנטען לעגה לסוכני הביטוח והשפילה אותם. כך קבע בית המשפט מפי השופט י' עמית:

"חוק איסור לשון הרע הוא האכסניה הטבעית לתקיפת תשדירי הפרסומת על ידי הסוכנים... נטען כי 'סוכני הביטוח מושפלים ומבוזים באמצעות הקמפיין המשלב מצגי עובדה שקריים שאינם בגדר הבעת דעה המוגנים מכוח חופש הביטוי המסחרי'; וכי מדובר בקמפיין פרסומי פוגעני ומעליב המציג את סוכני הביטוח בצורה שלילית המגיעה כדי 'רצח אופי'. טענות מסוג זה בדבר העלבה והשפלה, זוכות ברגיל למענה בחוק איסור לשון הרע, על שלל הוראותיו, סייגיו, הגנותיו וסעדיו... רוצה לומר, שבניגוד למצבים אחרים בהם תיתכן הצדקה להחיל את דיני עשיית עושר – אם מאחר שאין תשובה בדבר חקיקה (עניין ליבוביץ), ואם מכוון ש'קצרה ידו' של הדין הרלוונטי מלתת מענה (כדברי השופט רובינשטיין בעניין Adidas) – המקרה שלפנינו שונה בתכלית, לנוכח קיומו של הסדר נקודתי השולל קיומה של עילת תביעה. מקום בו המחוקק שלל באופן מפורש עילת תביעה, אין "לעקוף" הוראה זו באמצעות היזקקות לדיני עשיית עושר ולא במשפט... איזון זה, שהובא בחשבון על ידי המחוקק, הוליד הסדר השולל עילת תביעה לפי חוק איסור לשון הרע, גם כאשר מדובר בפרסום הנעשה בקונטקסט מסחרי בין מתחרים עסקיים. הסדר זה עומד בתוקפו במקרה דנן, ועל כן, לטעמי, אין בדיני עשיית עושר ולא במשפט כדי לאפשר את עקיפתו" (עניין סוכני הביטוח, פסקאות 75-74. חלק מההפניות הושמטו).

השופטת ע' ברון הוסיפה:

"אכן, הקמפיין מגחיק את תפקיד סוכן הביטוח ומציגו באור גרוטסקי וארכאי. ואולם בעוד חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 נועד להגן על נכס פרטי של אדם שהוא שמו הטוב... ובהעדר עילה לפי חוק איסור לשון הרע, שהוא חוק ספציפי, ממילא לא קמה לסוכנים עילה כללית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט" (שם, חוות דעתה של השופטת ברון).

הכלל הוא, אם כן, כי פרסומת המגחיכה את המתחרה ומשפילה אותו צריכה להיבחן – בכל הנוגע לאלמנט הביזוי וההשפלה ה"אישי" של האדם או התאגיד – בראי דיני לשון הרע (כאמור לעיל, אלמנט ההכפשה והביזוי של סימן הסחר עצמו, בשונה מבעליו, זוכה להתייחסות ייחודית בדיני סימני המסחר. גם בדיני זכויות היוצרים ישנה התייחסות לאלמנטים של ביזוי והשפלה של יוצר היצירה). חוק עשיית עושר ולא במשפט אינו אמור, ככלל, לעקוף את האיזונים שנקבעו בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ולהקנות תרופה בשל פגיעה במוניטין ובשם הטוב שאינה מקימה עילה לפי חוק זה. ניתן אפוא לומר כי מקרנו נופל לגדר סוג המקרים הראשון דלעיל, שבו הכלל הוא כי לא תוכר עילה עצמאית של התעשרות שלא כדין. כך מפני שהתעשרות, ככל שהיא קיימת, היא

על פי זכות שבדין, באופן שמערכות הדינים הספציפיות – לשון הרע, קניין רוחני ועוולות מסחריות – התירו את ההתנהגות של הזוכה (היא המשיבה). נעיר כי דומה שדעת השופט מ' מזוז בעניין סוכני הביטוח הציגה עמדה מחמירה אפילו יותר ביחס לטענות המערערות. לגישתו, דיני לשון הרע אינם האכסניה הטבעית של סכסוכים מסחריים מעין אלה שנדונו שם, אלא רק דברי החקיקה העוסקים בעוולות מסחריות, כגון גניבת עין ותיאור כוזב. הוא הסכים לתוצאה לפיה בכל אותם חוקים אין תרופה לסוכני הביטוח, ולדחיית תביעתם, לרבות בעילה של התעשרות שלא כדין. דומה כי החקיקה המסחרית בישראל, המדגישה בעיקר אלמנטים של מסירת מידע, הטעיה, השפעה לא הוגנת, או הגנת הצרכן – מקשה אפילו יותר לקבל את עמדת המערערות המדגישה את העלבון וההשפלה.

המערערות התייחסו אמנם לפרשת סוכני הביטוח, וציינו כי באותו עניין נדחתה התובענה בעילה של לשון הרע לנוכח ייחוס הפרסומים ל"ציבור" – כלל סוכני הביטוח – ולא לסוכן ביטוח מסויים. כאן, לעומת זאת, עסקינן בביזוי והשפלה של "יחיד", והמערערות טענו כי מטעם זה לא ניתן להקיש מהתם להכא. על זאת יש להשיב כי אם סבורות המערערות שבכך שונה עניינן מעניין סוכני הביטוח, לא הייתה מניעה כי יגישו תובענה בעילה של לשון הרע. אך כזאת לא עשו – וזוהי כמובן זכותן – והעילה של לשון הרע לא נדונה בענייננו. בכל מקרה, הדגש אינו על דחייה או קבלה של תביעת לשון הרע, אלא על כך שאין הצדקה לוותר על הדיון בדיני לשון הרע. כאשר תובע סבור כי עניינו בא בגדר החריג המצומצם המאפשר, במקרים נדירים, לתבוע בעילה מכוח דיני ההתעשרות שלא כדין חרף קיומה של מערכת דינים ספציפית המסדירה את הנסיבות העובדתיות, עליו מוטל להוכיח את קיומו והצדקתו של אותו חריג. בכלל זאת – עליו להראות מדוע חרף דחיית תביעתו בדרך המלך מוצדק בכל זאת לפנות למסלול הצדדי. בהיעדר "תקיפה ישירה" והתייחסות לאותה דרך-מלך, אין הצדקה לדון מלכתחילה ב"תקיפה עקיפה" ובמסלול הצדדי של דיני ההתעשרות הבלתי הוגנת.

41. התעשרות כתוצאה משימוש במוניטין של הזולת. סוג ההתעשרות השני שנגדו יצאו המערערות קשור לעצם ההנאה שהפיקה המשיבה מהקישור שיצרה בינה לבין המערערות, באופן שלטענתן גורם לכך שהמוניטין שלהן ידבק גם בהן. הן סבורות כי כעת המוניטין שלהן מזוהה גם עם המשיבה, למרות שהיא לא טרחה על בנייתו אלא קטפה את פירות העמל וההשקעה של המערערות. המיקוד הוא השימוש בדמותו של קלוני, על כל הכרוך בה. בדיון בהפרת סימן מסחר עמדנו על כך שדמות זו אינה סימן מסחר רשום, ואף לא הוכח כי מדובר בסימן מסחר מוכר היטב בלתי רשום, ומכוח קביעות אלה נדחו טענות המערערות על הסף. עולה כי לא נערך דיון ענייני ומהותי בשימוש בדמות הכפיל

עצמה, לא מפני שדיני סימני המסחר קובעים כי העניין אינו פסול אלא מפני שכלל לא מדובר בסימן מסחר. גם הדיון בדיני זכויות היוצרים לא התייחס למוניטין של המערערות העומד מאחורי דמותו של קלוני, אלא לדמות עצמה ובאפשרות להעתיקה – היצירה ולא המוניטין של בעל זכות היוצרים. יש לדון אפוא בגוף טענות המערערות ביחס לסוג זה של התעשרות.

הסוגיה שניצבת לפתחנו – חיוב בדיני עשיית עושר בגין השימוש בדמות כפילו של קלוני – נוגעת לפרסומת השוואתית שבמסגרתה אדם אחד מתייחס למוניטין של המתחרה בפרסום מטעמו. בעניין מקדונלד ציין השופט ריבלין כי באותה פרשה לא דובר בפרסומת השוואתית, שכן "פרסומת השוואתית, לדעתנו, כשמה כן היא: משווה היא בין המוצרים המסופקים על-ידי מתחרים, בין המחירים שגובה כל אחד מהם, בין טיב השירות שניתן על-ידי כל אחד מהם וכיוצא באלה" (שם, עמוד 334). על עמדה זו נמתחה ביקורת. היא מתעלמת מכך שכיום השוק אינו מתמקד רק בנתונים יבשים כגון מחיר, טיב השירות או תכונות פיזיות של המוצר. כיום השוק מבוסס במידה רבה – ואולי אפילו בעיקר – על יצירת תדמיות. דוגמא טובה היא הפרסומות של המערערות עצמן, שאינן מדגישות את מחיר מכוונות הקפה או תכונותיו, אלא דווקא את התדמית הנלווית למוצריהן. העיקר מצוי בדוגמנים, בשחקנים, בעלילה, במוזיקה ובאווירה הנלווית. ואם יצרן מציג בפרסומת תדמית ולא תכונות של המוצר – הרי שפרסומת השוואתית מטעם המתחרה יכולה להשוות גם בין התדמיות, ולא רק בין נתונים יבשים (זכורב, עמודים 453-456, 460). השופט ריבלין עצמו ציין כי עמדתו לא התקבלה בחקיקה האירופית המסדירה את שדה הפרסומות ההשוואתיות, לפיה גם פרסומת המשווה תדמיות היא פרסומת השוואתית. מכל מקום, לא ההגדרה הפורמלית היא החשובה, אלא חידוד הנקודה שמדובר בפרסומת המשווה בין תדמית המתחרה לתדמיתו של המפרסם. האם יש לקבוע כי פרסומת השוואתית – באופן כללי, באופן המתייחס רק לתדמית, או בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו – אסורה מכוח דיני ההתעשרות הבלתי הוגנת, גם כאשר לא נעשה שימוש בסימן המסחר של המתחרה?

42. הסוגיה של פרסומת השוואתית אינה בגדר שאלה נקודתית ביחס למקרה או סוג מקרים, אלא תחום עצמאי, המוסדר באירופה בחקיקה ייחודית, שאליה הפנו המערערות כאמור לעיל. ראינו כי גם בארצות הברית כוללת חקיקת סימני המסחר איזונים שונים הנוגעים להכתמת סימני מסחר, ובין היתר נקבע החריג של "שימוש הוגן" לדוקטרינת הדילול במקרים שונים, לרבות פרסומת משווה ופרודיה: "advertising or promotion that permits consumers to compare goods or services; or identifying and parodying, criticizing, or commenting upon the famous mark owner or the

שעולה מדברי החקיקה ומן הפסיקה בארצות הברית ובאירופה, ההתייחסות לפרסומת ההשוואתית היא מורכבת ורבת פנים. ישנם כללים, חריגים, וחריגים לחריגים. בשיטה הישראלית החוק אינו מתייחס במפורש לדיני הפרסום המסחרי המשווה. האם ראוי לו לתחום מסחרי זה שיפותח באופן פסיקתי, ממסד ועד טפחות? תשובה לכך הוצעה, לכאורה, בהצעת חוק עוולות מסחריות, בה נכלל סעיף כללי של "איסור תחרות לא הוגנת" (סעיף 1 להצעת חוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו-1996, ה"ח 2471, 346). סעיף כללי כזה קורא לפיתוח כללי תחרות הוגנת בידי בית המשפט. ברם, הסעיף הושמט מנוסח החוק שהתקבל, בעיקר לנוכח אופיו העמום והחשש מפגיעה בלתי רצויה בתחרות (מיגל דויטש "חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 – הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה 128, 131 (2000)). בפסיקה הובעה עמדה לפיה יש לתת משקל להשמטה זו, ולהימנע מלפתח מערכת פסיקתית של כללי תחרות הוגנת באמצעות דיני ההתעשרות שלא כדין (עניין סוכני הביטוח, פסקה 72).

אכן, בספרות ישנן דעות לפיהן למרות השמטת הסעיף, ראוי כי בתי המשפט יפתחו "כללי תחרות הוגנת" באמצעות דיני ההתעשרות שלא כדין – גם כאשר נדחו טענות מתחום דיני הקניין הרוחני – ולא יסתפקו במתן מענה נקודתי ומצומצם למקרים קשים וחריגים (עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 238-239, 309-330 (2002); מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 129 (2002)). מנגד ראו יובל קרניאל "תחרות לא הוגנת בעידן המידע – על עוולות מסחריות וסודות מסחר" מאת: מיגל דויטש "המשפט 511, 516 (תשס"ה); ההפניות בעניין סוכני הביטוח, פסקה 73). יחד עם זאת, במקרה הנקודתי סבורני כי אפילו לפי הגישה המרחיבה אין מקום לקבל את טענת המערערות בדבר חיוב מכוח דיני עשיית עושר, וזאת משלושה טעמים מרכזיים.

אחת, בהצעת חוק עוולות מסחריות הוצע לקבוע עוולה של "גזל מוניטין" – מקרים שבהם יצרן משתמש במוניטין של עוסק אחר, מבלי להטעות את ציבור הצרכנים ביחס לזהות היצרן: "לא יעשה עוסק בידועין שימוש במוניטין של עוסק אחר ללא הסכמתו של העוסק האחר" (סעיף 3 להצעת חוק עוולות מסחריות, התשנ"ו-1996). כך הוצג הסעיף בדברי ההסבר: "ההוראה קובעת הגנה כללית על מוניטין מפני שימוש בו שלא כדין על ידי אחר. המצב הטיפוסי של שימוש במוניטין של אחר הוא גניבת עין. אולם ייתכנו מקרים שבהם לא קיימת הטעיה כלפי הציבור – והנתבע לא מתיימר לזהות את עצמו או את מוצריו כאילו הם יוצרו על ידי התובע – אך בכל זאת הוא עושה שימוש בשמו המסחרי של האחר, תוך שהוא נהנה מהיתרון שמקנה השם המסחרי של העוסק

האחר". לאמור, הסעיף נועד למנוע שימוש במוניטין של אחר, גם כאשר אין בכך משום הטעיה, מעין "דילול מסוג טשטוש", לא של סימן מסחר אלא של המוניטין עצמו. ברם, סעיף זה הושמט מנוסח החוק שהתקבל. להשמטה זו בוודאי יש לתת משקל, גם אם לא מכריע, במובן זה שיש לדחות טענה כי יש לאסור את עצם ההנאה – בכל הנסיבות והמקרים – ממוניטין של אחר, ללא כל יסוד שלילי נוסף. מהצעת החוק עולה כי המחוקק לא התעלם מהעניין אלא שקל אותו, ולבסוף החליט שאין כיום מקום לאסור את עצם ההנאה מהמוניטין. לפיכך יש להוסיף ולבחון את נסיבות כל מקרה ומקרה, ואת קיומו של היסוד הנוסף ההופך את השימוש במוניטין למנוגד לדין.

שני, פיתוח כללי התחרות ההוגנת באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט נועד לקדם תכליות חברתיות רצויות. אך כלל לא ברור האם ראוי לאסור פרסומת השוואתית-תדמיתית שאינה עולה לכדי לשון הרע ואינה "מדללת" על דרך ההכתמה. יש הגורסים כי אין לעודד יצרנים להשקיע דווקא בתדמית המותג באמצעות הגנה מיוחדת, שכן מדובר בתופעה שלילית שמן הראוי לצמצם את השפעתה על הצרכן, ולכל הפחות לא מדובר בתופעה חיובית: יצרנים מקצים משאבים לפרסום ומיתוג חלף השקעה באיכות המוצר, הפיכתו לידידותי יותר לסביבה או הוזלת מחירו (VANCE PACKARD, THE WASTE MAKERS 263 (1960)). בנוסף, תעשיית והמיתוג מנצלת את החשיבה הבלתי-רציונלית של הצרכן, וגורמת לו לרכוש מוצרים על פי "תדמית" ולא לפי תכונותיהם (WILLIAM S. COMANOR & THOMAS A. WILSON, ADVERTISING AND MARKET POWER) Katya Assaf, *Magical Thinking in Trademark Law*, 37 L. & Soc. ;19 (1974) INQ. 595, 619 (2012)). יש הטוענים כי גם לפי ניתוח כלכלי, הגנה חזקה על התדמית עלולה לפגוע בתחרותיות בשוק ולהיות כלי אסטרטגי בדיהן של חברות חזקות. לפי קו זה, התייחסות לתדמית של חברה (באופן שאינו מטעה) יכולה לסייע למתחרים חדשים בשוק לנצל קישורים ושדות משמעות קיימים, ובכך לחסוך ב"עלויות הכניסה" לשוק ולהתחרות באופן אפקטיבי בחברות בעלות תדמית עוצמתית במיוחד (Robert G. Bone,) *A Skeptical View of the Trademark Dilution Revision Act*, 11 INTELL. PROP. L. BULL. 187 (2007)). הניתוח הכלכלי עוסק גם בתועלת שעשוי הצרכן להפיק מפרסום השוואתי תדמיתי (צ'אן גרינוולד, עמודים 256-257). לפי גישה זו אין הצדקה להעניק הגנה מיוחדת לתדמית, החורגת מיתר דיני הקניין הרוחני ודיני הנזיקין, תוך פגיעה בחופש הביטוי וחופש העיסוק של יצרנים המעוניינים לפרסם פרסומים השוואתיים.

מנגד, יש המדגישים את העמל שמשקיע יצרן במוניטין שלו; את הפגם המוסרי שב"רכיבה חופשית"; ואת העובדה שהשוק החופשי מעוניין בתדמיות יוקרתיות והצרכנים מוכנים לשלם עבורן ממון רב, תוך טענה שאין זה ראוי להתערב בהעדפה

JERRY KIRKPATRICK, IN DEFENSE OF ADVERTISING: ARGUMENTS) לגיטימית זו (FROM REASON, ETHICAL EGOISM, AND LAISSEZ-FAIRE CAPITALISM (1994). המערערות הדגישו בטיעוניהן את דברי החקיקה באירופה, המאמצים קו שמעניק הגנה רחבה יחסית לתדמית במסגרת פרסום משווה. מנגד יש הסבורים כי "האקלים הנורמטיבי" בישראל מתאים יותר דווקא לגישה הרווחת בארצות הברית, הנותנת משקל רב יותר לחופש הביטוי וחופש העיסוק, ונכונה להכשיר גם התייחסות לתדמית של מתחרה במסגרת פרסום משווה (זכרוב, עמודים 456-453). אין צורך להכריע או אף להביע עמדה במסגרת זו ביחס לדעות השונות. הדברים לא הובאו אלא כדי לחדד את הקושי להכריע בסוגיה הסבוכה שלפנינו במסגרת שיפוטית, מבלי שהמחוקק קבע איסור מפורש על הפרקטיקה המסחרית של פרסום-תדמית-משווה.

שלישי, ובכל מקרה, אין לקבל את תביעת המערערות גם בראיה קונקרטי של הסכסוך שלפנינו, ומבלי לקבוע כללי תחרות רחבים. ההכרעה הנקודתית מתמקדת בקיומו או העדרו של יסוד נוסף שלילי, מעבר לעצם ההנאה מהמוניטין של הזולת. כזכור, הדרישה ליסוד נוסף בעל מטען ערכי שלילי כתנאי להצלחת התביעה במקרים מעין אלה מעוגנת בפסיקה (עניין א.ש.י.ד., עמודים 366-363; עניין אדית, פסקאות 20-21). לשם המחשת העניין נפנה אל המחלוקת שנפלה בין שופטי ההרכב בעניין אדית. באותו עניין נדון חיקוי של סימן המסחר של חברת Adidas, המורכב משלושה פסים אלכסוניים היוצרים צורת משולש. הנתבע ייבא לארץ נעלים שעליהם סימן של ארבעה פסים אלכסוניים היוצרים צורת משולש. בנסיבות העניין נקבע פה אחד כי אין מדובר בהפרה של סימן מסחר – אף לא על דרך הדילול – בעיקר לנוכח הכיתוב הבולט "SYDNEY" שהופיע בכמה מקומות על גבי הנעליים, וסייע להבחין בכך שהנעל אינה של חברת Adidas. עם זאת, בדעת המיעוט קבע המשנה לנשיאה ריבלין כי אף על פי שהצרכן הרוכש את הנעליים אינו טועה בדבר זהות היצרן, הקרבה בין הסימנים נועדה לגרום לצדדים שלישיים (שאינם הצרכן הישיר) לטעות ביחס לזהות היצרן, ולגרום לצרכן עצמו לחוות את החוויה של נעילת נעלי Adidas – להיות בלי ולהרגיש עם. כן הודגש החשש לנזק כלכלי שייגרם ל-Adidas. לנוכח הנאה זו של הנתבע מן המוניטין של Adidas והחשש מפני נזקים כלכליים, כך נקבע, מדובר בהתעשרות שלא כדין. מנגד קבעו השופטים חיות ורובינשטיין כי בנסיבות כאלה לא מתקיים היסוד הנוסף, הדרוש במסגרת עילת ההתעשרות הבלתי הוגנת. המשקל ניתן לנתונים אלה: היעדר חשש להטעיית הצרכנים; היעדר "העתקה מושלמת" (בניגוד לנסיבות עניין א.ש.י.ד.); השוני בין הנעליים שמוביל לכך שהרוכשים אותן לא יחוו את החוויה של נעילת נעלי Adidas; העדר הוכחה בדבר נזק שעלול להיגרם ל-Adidas (להבדיל ממצב שבו "זה נהנה וזה לא חסר"); העדר הוכחה

שהמוניטין של Adidas הם שגרמו לצרכן לרכוש את נעלי הנתבע (שם, פסקאות 21-22 לחוות דעתה של השופטת חיות; פסקה ה לחוות דעתו של השופט רובינשטיין).

אם ניישם את כל אלה לענייננו, נראה שלפי כל הדעות אצלנו לא מתקיים אותו "יסוד נוסף" הדרוש כדי לחייב את המשיבה. זאת בעיקר לנוכח העובדה שמדובר בפרודיה, שתכליתה להבחין בין המוניטין של המשיבה לזה של המערערות. לפי עמדת הרוב בעניין אדטיט, יש לתת משקל להעדר חשש להטעיית הצרכנים בעקבות ההבהרה הכתובה כי "המציג אינו ג'ורג' קלוני", לכך שעולה כי ה"חוויה" שמוכרת המשיבה שונה מחוויית הקפה שאותה מנסות המערערות לשווק לצרכן, העדר הוכחה בדבר חשש לנזק כלכלי והעדר הוכחה כי בעקבות הפרסומת לקוחות מזהים את קלוני (השחקן בעל המוניטין, לא הכפיל) עם מוצרי המשיבה. אשר לעמדת המיעוט – גם זו הדגישה את החשש לפגיעה כלכלית ואת העובדה שמי שרכש את נעלי הנתבע היה יכול להתהדר כלפי צדדים שלישיים כאילו ברשותו נעליים שייצרה התובעת. אצלנו המצב רחוק מכך. סימני המסחר על המוצרים שונים, התדמית שונה, וההנאה היחידה של המשיבה מהמוניטין של המערערות היא הנאה רחוקה ועקיפה, שנובעת מעצם ההנגדה בין שתי החברות. ניתן לומר שדעת המיעוט עסקה, באנלוגיה לענייננו, במקרה שבו היה נעשה שימוש בדמות כפיל שלא באופן פרודי תוך הבהרה שמדובר בכפיל: להיות בלי ולהרגיש עם. במקרה כזה יש הנאה ישירה יותר מן המוניטין, ותתכן "רכיבה" על המוניטין של השחקן המקורי באמצעות הפרסום על ידי כפיל. כך או אחרת, אצלנו אין הנאה ישירה מהמוניטין של המערערות. הכפיל מדגיש כי הוא אינו קלוני אלא שונה ממנו. זוהי סיבה נוספת לדחיית תביעת המערערות בהיבט הנוכחי, אף לפי דעת המיעוט בעניין אדטיט, ובוודאי לפי דעת הרוב שם.

סיכומו של פרק, התביעה על בסיס של עשיית עושר ולא במשפט נדונה לדחייה, הן בראייה פנימית של כללי חוק זה, והן בראייה חיצונית הפונה כלפי הדין המהותי החל על המקרה. זה מלמד כי הרכיב של "שלא על פי זכות שבדין" אינו בנמצא.

43. נסיים את הדיון בהפניית המבט למשפט העברי, שמספק זווית ראייה מאירה ומרעננת ביחס לכמה מן הסוגיות שבהן דנו. נתייחס בתמצית לשש נקודות.

א. צוין לעיל כי המחוקק הבחין בין סימן מסחר מוכר היטב רשום לכזה שאינו רשום. בין היתר, כאשר סימן המסחר אינו רשום, ההגנה המוקנית לו מפני הפרה מוגבלת לשימוש בסימן (או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות) לשם סימון אותו סוג סחורה שביחס אליה נרשם סימן המסחר. לעומת זאת, אם הסימן רשום בישראל לא ניתן להטביע

אותו ללא רשות בעליו על כל סחורה שהיא – לא מן הסוג שעליה הוא מוטבע בדרך כלל אך גם לא על גבי מוצרים שונים לגמרי. ניתן להבין את פשרו של הבדל זה באמצעות הבחנה ששימשה את האסכולה הידועה במשפט העברי כ"שיטת בריסק", שפותחה בתורתו של ר' חיים הלוי סלובייצ'יק, איש בריסק (ליטא) ומגדולי חכמי ההלכה במאה ה-19. לפי גישה זו, פעמים רבות ניתן לנתח סוגיה משפטית באמצעות הבחנה בין "חפצא" ל"גברא" (חפץ ואדם). דוגמא להמחשת חלוקה זו היא המצווה לקבוע מזווה בפתח הבית. אפשר להבין את המצווה כך שכל בית צריך מזווה, כחלק משלמותו הנורמטיבית. במילים אחרות, זוהי חובה המתמקדת בחפצא (הבית). מנגד, ניתן לטעון שהמצווה היא שכל בעל בית יקבע מזווה בפתח ביתו, דהיינו מדובר בחובת גברא – חובה אישית של בעל הבית. נפקות אפשרית של הבחנה זו מתעוררת, למשל, כאשר אדם חי בטבע ללא בית. האם הפר את מצוות המזווה? ניתן לסבור שהתשובה לכך תלויה בשאלה האם חובת המזווה היא חובת חפצא או חובת גברא.

במקורו, יש לומר שאם סימן המסחר אינו רשום, הגנת הדין נפרשת על ה"חפצא" בלבד – הסחורות שלגביהן קיים חשש להטעיית הצרכנים. כך, למשל, אם מדובר בסימן מפורסם המופיע על גבי עטים, הדין מגן על המוצר ומבטיח כי מי שקונה עט או מוצר קרוב, כגון קלמר, לא יטעה בקשר לזהות היצרן – זאת גם אם הסימן המפורסם אינו רשום בישראל. לעומת זאת, ההגנה גם על מוצר הרחוק מאוד מֵעֵט, כגון מזון, לא נועדה להגן על טעות ביחס למוצר זה, שכן היא חלה גם אם אין חשש שהציבור יחשוב שחברת מכשירי הכתיבה החלה לייצר פסטה. ההגנה הרחבה, השמורה רק לסימן מוכר היטב ורשום, נועדה להגן על המוניטין או הרווחים של בעל הסימן המפורסם (ה"גברא").

ב. פסק דין זה עוסק בפרודיה. כזכור, ביקורת תוך שימוש ביצירה עשויה להכשיר את השימוש ביצירה המוגנת ולהכתירו כ"הוגן". הפרודיה יכולה להיות סוג של ביקורת, על דרך של הגזמה והומור. מכיוון שכך, נחשבת הפרודיה הביקורתית ליצירה חדשה, ודיני זכויות היוצרים רואים בה כלי שעשוי לקדם ערכים רצויים מבלי לפגוע ביוצר המקורי. ראיית הפרודיה כסוג של ביקורת באמצעות הומור מצויה גם במשפט העברי. רבים כתבו על מקומו הייחודי של ההומור ביהדות ובתרבות היהודית בדורות השונים סביב הטקסטים המשפטיים הקאנוניים – התלמוד הבבלי והירושלמי – ואף סביב התקופות האפלות בהיסטוריה של העם היהודי, כגון ההומור בתקופת השואה. לא בכדי הפסיכולוג זיגמונד פרויד, בספרו על הבדיחה שהוזכר לעיל, מקדיש חלקים נרחבים מחיבורו לדין בבדיחות "יהודיות". אך עדות למקומו החשוב ביהדות של ההומור כיצירה ביקורתית ניתן למצוא כבר במקרא עצמו. בספר שמות מסופר כי בני ישראל התלוננו וביקרו את האל בעת שצבא מצרים רדף אחריהם במדבר וכמעט השיגם:

"נִיאֲמָרוּ אֶל מֹשֶׁה הַמְּבַלֵּי אֵין קְבָרִים בְּמִצְרַיִם לְקַחְתָּנוּ לְמוֹת בְּמִדְבָּר? מַה זֹאת עֲשִׂיתָ לָנוּ לְהוֹצִיאָנוּ מִמִּצְרַיִם" (שמות יד, יא). הרב שמשון רפאל הירש, מגדולי רבני גרמניה במאה ה-19, מסביר כי "אירוניה חדה זו, אפילו ברגע של פחד וייאוש שאין למעלה מהם, מציינת את חוש ההומור שהיא תכונה המוטבעת בעם היהודי מראשיתו" (פירוש רש"ר הירש על התורה, שם). במקום לבקר את האל באופן ישיר, הטיעון הוא בשפת ההומור והאירוניה. זוהי דוגמא לביקורת תוך הגזמה, עוקצנות ואפילו סוג של לגלוג. היהדות מצויה אפוא בשיג ושיח עם ההומור והאירוניה מערש לידתה.

ג. האם המשפט העברי מכיר בקניין רוחני בכלל, ובזכויות יוצרים בפרט? האם שימוש בלתי הוגן ביצירה אסור? ומה טעם הדבר? יש להודות כי ההסטוריה משפיעה על התשובות לשאלות אלה. המשפט העברי בנוי על תקדים. המעמד של התורה וחכמיה כיוון את הפוסק למקור קיים, גם בשאלות חדשות.

נראה כי צודק הרב ד"ר מיכאל אברהם בדבריו, תוך סיכום המצב ההלכתי בימינו: "ישנה תחושה ברורה שפגיעה בזכות היוצרים אמורה להוות גם איסור הלכתי, ואף ישנה מגמה למצוא עוגן הלכתי גם לחובתו של הפוגע לפצות את היוצר בנסיבות מסוימות. רוב הפוסקים, לפחות בדורנו, מסכימים לגישה עקרונית זו" (מיכאל אברהם "גניבת דעת וקניין רוחני" תחומין כה 350, 350-351 (תשס"ה)). עיגונים הלכתיים שונים הוצגו לביסוס עמדה זו, למשל "יורד לאומנות חברו", "תחרות לא הוגנת והסגת גבול", "חייב הנאה", "דינא דמלכותא", "מנהג האומנים", "תקנת חכמים" ו"גניבת דעת" (ראו שם; חיים נבון "זכויות יוצרים בהלכה" צהר ז 35 (תשס"א)).

הסוגיה המשפטית בצורתה זו התעוררה לראשונה באמצע המאה ה-16, ביחס למהדורה חדשה של הספר "משנה תורה" שכתב הרמב"ם (Neil Weinstock Netanel, *Maharam of Padua v. Giustinani: The Sixteenth-Century Origins of the Jewish Law of Copyright*, 44 Hous. L. Rev. 821 (2007)). מבחינה עיונית, כעבור כ-300 שנה (דהיינו לפני כמאה וחמישים שנה) חל שינוי אנליטי בסיווג הסוגיה. הכוונה היא לתשובת הרב יוסף שאול נתנזון (1810-1875, לעבוב-למברג) ביחס לשתי מהדורות של אחד מארבעת חלקי הספר "שולחן ערוך" שכתב ר' יוסף קארו. הרב נתנזון פסק כי יש להכיר בזכות קניין של היוצר במהדורה אותה ההדיר. כך נומקה מסקנה זו:

"דזה ודאי שספר חדש שמדפיס מחבר וזכה שדבריו מתקבלים ע"פ תבל, פשיטא שיש לו זכות בזה לעולם. והרי בלאו הכי אם מדפיסים או מחדשים איזה מלאכה, אינו רשאי אחר לעשות בלא רשותו. והרי נודע שר' אברם

יעקב מהרובשוב שעשה החשבון במאשין [Machine] – מכונה], כל ימיו קיבל שכרו מהקיסר ירום הודו בווארשא; ולא היא תורה שלמה שלנו כשיחה בטילה שלהם?! וזה דבר שהשכל מכחישו. ומעשים בכל יום שהמדפיס חיבור יש לו... זכות" (שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא, חלק א, מד).

יושם אל לב שלצד ההכרה בזכות, מסקנתו מבוססת על סברה – שכל ישר – ואף על המקובל באומות העולם. לתיאור הסטורי מרתק של התפתחות דין זכויות היוצרים במשפט העברי ראו ספרו המקיף מבחינה הסטורית-משפטית של פרופ' ניל נתנאל מאוניברסיטת UCLA בארצות הברית (NEIL WEINSTOCK NETANEL, FROM MAIMONIDES TO MICROSOFT – THE JEWISH LAW OF COPYRIGHT SINCE THE BIRTH OF PRINT (2016) (with contributions by David Nimmer). בדרך זו, ואף בהכרה בבעלות, צעדו פוסקים עד לימינו. כך למשל פסק הרב אשר וייס (פוסק ירושלמי בן דורנו): "נראה לעניות דעתי דזה סברא פשוטה דיש לאדם אף זכות ממנית בפרי רוחו ויצירתו ולא גרע מה שהוליד ממה שקנה, וכשם שפירות דקל של בעל הדקל הם – אף שלא קנאם בדרכי הקניין, כך פרי רוחו שלו הם ולא צריך בזה קניין" (הרב אשר וייס, דרכי הוראה ד, ק (התשס"ו)). אף כאן ניכר כוחה של הסברה – אך לא רק הוא. יש הישענות על הכלל לפיו קניין בעץ מעניק בעלות על פירותיו תוך השוואה של האדם לעץ ופרי רוחו לפירות האילן. ואולם בשונה מפירות האילן – חפצים – היצירה היא דמיון האדם. כך כתב הרב אברהם יצחק הכהן קוק על תכונה זו: "באוצר הדמיון מונח כל האמת וכל הגודל, שמתברר קמעה קמעה על ידי כמה צינורות מקטינים... השכל הרציונלי אינו כי אם תלמיד קטן, המסביר קצת את כל אור החיים שיש באוצר דמיונינו העשיר והקדוש" (שמונה קבצים, קובץ ג, קסד). ההכרה הרחבה ביצירת האדם, שבה ניתן לראות מקור לקניין הרוחני, מעוגנת בהיבטים פילוסופיים של מהות האדם וכבודו, כפי שנראה בהמשך.

כאמור, הפוסקים בני דורנו מכירים באיסור העתקה של יצירה מוגנת. המחלוקת אינה ביחס לעצם האיסור אלא ביחס לבסיס הדין (נחום רקובר זכות היוצרים במקורות היהודיים (1991)). להשקפתי, יש יתרונות להגדרת הזכות כסוג של בעלות, לנוכח מעמדו החזק של הקניין במשפט העברי. קניין אף מהווה ערך אוניברסלי קדום וטבעי (ראו את "חלוקת העולם" בין קין והבל בספר בראשית, ד, ב, וכן את היות איסור הגזל אחד משבע מצוות בני נוח – רמב"ם, משנה תורה, הלכות מלכים, פרק ט, הלכה ט). זיהוי זכות היוצר כ"בעלות" מחזק את כוחו של איסור ההעתקה – וביתר שאת הגניבה – ואת ההכרה במעמד היוצר בתור שכזה.

ד. לא זו בלבד שהמשפט העברי מכיר בזכות היוצר על יצירתו, חקיקת זכויות היוצרים הישראלית יונקת גם ממורשת המשפט העברי בהקשר זה. במילותיו של המלומד פרופ' נחום רקובר, "גישתה של המורשת היהודית לעניין זכותו של היוצר, שתיקרא יצירתו על שמו, זכתה להכרה חוקית בחוק שחוקקה הכנסת" (נחום רקובר סודו של המשפט העברי – צדק משפט יושר ורחמים כרך ב 707 (2019)). כך, למשל, נאמר במבוא להצעת חוק שתיקנה את פקודת זכות יוצרים: "חכמי ההלכה [היו] ערים כבר בזמנים קדומים לזכות [הרוחנית של היוצר]. הזכות בדבר קריאת שמו של היוצר על יצירתו מעוגנת הן ביחסם של חכמינו אל 'האומר דבר בשם אומרו', והן בהעמדתו של מי שאינו אומר דבר בשם אומרו בשורה אחת עם הגזלן... החיוב לומר דבר בשם אומרו לא נשאר חיוב מוסרי גרידא: יש שראו בגונב דברים משום 'גנב' על התוצאות הנובעות מכך" (חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (תיקון מס' 4), התשמ"א-1981, ה"ח 1517, 238)).

ה. עמדנו לעיל על התיאוריות המדגישות את היצירה כחלק מאישיותו של האדם, בעיקר במסגרת הדיון בזכות המוסרית של היוצר. גם לעניין זה פינה ויתד במשפט העברי ובהגותו. האל, אבי אבות היוצרים, יצר את האדם בצלמו. לפיכך האדם הוא יוצר מטבע ברייתו: "אין ספק שהמושג 'צלם אלהים' שבתיאור הראשון בתורה מתייחס אל כשרונו הכריזמטי של האדם היוצר. דמיונו של האדם היוצר לאלוהים מתבטא בשאיפתו וביכולתו של האדם להיות יוצר. האדם הראשון שנברא בצלם אלוהים נתברך בתנופה רבתי לפעילות יוצרת ובכוחות כבירים לשם הגשמת מגמה זו" (הרב יוסף דב סולוביצ'יק איש האמונה הבודד 14 (1992). תורגם מהמקור: RABBI JOSHEPH B. SOLOVEITCHIK, (THE LONELY MAN OF FAITH (1965)).

ו. הדיון המשפטי לעיל עסק בזכות היוצרים. ההלכה, כדרכה, לא עסקה רק בזכויות אלא גם בחובות הנובעים מזכויות אלה. לפי המשפט העברי, ההכרה בזכות היוצר על יצירתו כרוכה גם באחריות כלפיה. כידוע, אחד מארבעת אבות הנזיקין המוזכרים בתלמוד הבבלי במסכת בבא קמא הוא הבור. ר' שמעון שקופ (ראש ישיבת גרודנה שחי באירופה ונפטר בשנת 1939), מסביר מדוע מי שכרה בור ברשות הרבים חייב לפצות מי שנפל לתוכו ונפגע: "ומה שהבור שלו זה בא לו על ידי כרייה ופתיחה, היינו שהוא הכין את המזיק ועל ידי זה נקרא בעלים עליו, כמו שבדברים שנוגעים לזכות האדם מוסכם על פי דיני התורה ודיני העמים שכל מי שממציא דבר חדש בעולם הוא הבעלים עליו לכל דבר זכות" (חידושי ר' שמעון שקופ, בבא קמא סימן א. ראו גם רע"א 7337/12 אמ"ד כהן נ' John Deere Water Ltd, פסקה 6 לחוות דעתי (12.03.13)). הנה כי כן, יצירה יוצרת בעלות, והבעלות אינה רק זכות אלא גם יוצרת חובות ואחריות כלפי היצירה.

44. פתחנו בארבע הדרכים הנפגשות בהליך זה ועמן נסיים. שלוש מן הדרכים הובילו אותנו לשדות הקניין הרוחני – סימני מסחר וזכויות יוצרים – ולחלקת העוולות המסחריות. דרך רביעית וכללית עסקה בהתעשרות הכרוכה בשימוש במוניטין של הזולת ודיני התחרות ההוגנת. בסופו של מסע, אף לא אחת מן הדרכים מובילה לקבלת הערעור. הנסיבות העובדתיות נוגעות בשוליהן של סוגיות מרתקות בדין סימני המסחר, אך סוף כל סוף לא הוכח שימוש בסימן מסחר של המערערות. אמנם נעשה שימוש בפרסומות מטעם המערערות, אך שימוש זה לא היה בגדר העתקה, מלאה או חלקית, אלא בגדר פרודיה – יצירה חדשה ועצמאית. בנסיבות העניין דווקא ההכרה באפשרות של המשיבה ליצור פרודיה כזו מקדמת את הערכים שדיני זכויות היוצרים נועדו להגשים. דיני העוולות המסחריות אינם מסייעים למערערות, שכן לא הונחה תשתית לכך שפורסם מידע כוזב או שהוסבו מכירות מהמערערות למשיבה. לבסוף, אף לא עולה כי המשיבה התעשרה שלא כדין על חשבון המערערות. טענותיהן בדבר ביזוי והשפלה צריכות להיות מבוררות – אם כבר – בגדרי דיני לשון הרע, וטענות כאלה לא נשמעו בהליך קמא או לפנינו, וספק אם היו מסייעות למערערות; ולא הוכח יסוד שלילי נוסף ההופך את הפרודיה לבלתי הוגנת, בעיקר בשים לב להבחנה הברורה שהמשיבה ביצעה בין המוצרים של המערערות, על המוניטין שרכשו, למוצריה ולמוניטין שאותו ביקשה ליצור לעצמה.

אין לכחד כי עולם הפרסום ההשוואתי והתדמיתי מעורר ענין, רגשות ויריבויות. המתח אף מחייה. בטיעונים שלפנינו הוצגו גישות שונות ומנוגדות ביחס לתופעה זו. יש הסבורים כי אין זה רצוי ששדה הפרסום יהפוך לשדה קרב, וכי בעלי מותגים יקדישו את מאמציהם להכפיש את יריביהם. מנגד, יש המדגישים את ההגנות הקיימות בדין – כגון דיני לשון הרע וענף ההכפשה בדיני סימני המסחר – וטוענים כי אלה מכילים את האיזונים הראויים, וכי פרסום שאינו עולה לכדי לשון הרע או הפרת סימן מסחר ראוי הוא ומפתח את עולם המסחר ואת התחרותיות בשוק. גישות שונות לשאלות אלה ניתן למצוא ברחבי העולם. תמונה זו מביאה למסקנה כי למחוקק פתרונים. בידי הכלים המתאימים, הרחבים והטובים לבחון את ההשפעה הצפויה להסדר מסחרי כזה או אחר על השוק ועל התחרות. ובהיבט אחר, נדמה כי תיק זה חידד עד מאוד את כוחה של הפרודיה. בגבולות הנכונים, זוהי יצירה כללית ועצמאית שעשויה לחשוף חולשה של פרסומת אחרת תוך שימוש באירוניה. ביקורת כזו, במידה המתאימה ובהתאם לכללים – ראויה להגנה.

בשולי הדברים נתייחס בקצרה לסוגיית ההוצאות שנפסקו לטובת המשיבה בערכאה קמא, בסך של 110,700 ש"ח. שני הצדדים מלינים על גובה הסכום. לטענת המערערות, מדובר בתיק בעל ערך תקדימי; גם בהליכי הסעד הזמני הן חויבו בדמי הוצאות לא מבוטלים; עיקר ההשקעה בתיק נעשה על ידיהן. בערעור שכנגד טוענת המשיבה כי יש להגדיל את הסכום בעיקר מן הטעמים הבא: המערערות עמדו על התובענה נגדן בבית המשפט המחוזי "לכל אורך הדרך" ולמרות סיכוייה הנמוכים; המערערות הציגו עדויות מומחים שהצריכו הכנה ואף התקיימו חמישה דיוני הוכחות; הסיכון שנשקף למשיבה כתוצאה מהגשת התביעה נגדה. לגופו של עניין, אין צורך להאריך ונפנה לטענות שהועלו משני הצדדים, כמו גם לכלל של אי-התערבות ערכאת הערעור בפסיקת ההוצאות, כדי לדחות את שני הערעורים בנקודה זו.

45. סוף דבר, אציע לחבריי לדחות את הערעור. במכלול, לרבות דחיית הערעור שכנגד, המערערות תישאנה בהוצאות המשיבה ובשכר טרחת עורכי דינה בסך של 60,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הפרודיה היתה לסלע-מחלוקת; ארשת-פנים רצינית תלף חיוך; לקרוא בקפה ולפסוק את הדין. את הכל עשה חברי, השופט נ' הנדל, בשום שכל וכטוב טעם הקפה. כמותו אף אני סבור כי דינם של הערעור ושל הערעור שכנגד – להידחות; אך לא הכל צחוק ולא לעולם חוסן: אין בפסיקתנו כדי לסתום את הגולל על הכרה באפשרות שבפרודיה, בנסיבותיה, תהא הפרה של זכויות יוצרים.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ו' באב התשע"ט (7.8.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט