

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8393/96

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש' לין
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל

המערערים: 1. מפעל הפיס
2. רשות השידור
3. יוסף ריבלין

נ ג ד

המשיבות: 1. The Roy Export Establishment Company
2. Bubbles Inc., S.A.

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו מיום 23.10.96 בת.א. 1376/91
שניתן על ידי כבוד השופטת א' קובו

תאריך הישיבה: ב' בטבת תשנ"ט (21.12.98)

בשם המערערים: עו"ד ארנן גבריאלי, עו"ד עדי לויט

בשם המשיבות: עו"ד ד"ר שלמה כהן, עו"ד ליעד וטשטיין

פסק-דין

השופט י' טירקל:

רקע

1. מפעל הפיס - המערער מס' 1 - פתח בחודש מרץ 1993 במסע פרסום לתכנית הגרלות ה"לוטו" שהוא מקיים. במסגרת מסע הפרסום עשה המערער מס' 1 שימוש בדמות הידועה שגילם השחקן צ'רלי צ'פלין (להלן - "צ'פלין") בסרטיו; וזאת בתשדירי פרסומת שהוקרנו בטלוויזיה, בכרזות שהוצגו על שלטי חוצות, במודעות בעיתונות ועל פריטים שהופצו בציבור. הדמות הוצגה בתשדירים ובתמונות על ידי השחקן יוסף (ספי) ריבלין, המערער מס' 3. בתשדירי הפרסומת נכללו קטעים שהיו מבוססים על שלשה מסרטיו של צ'פלין - "The Gold Rush", "The Kid" ו-"Modern Times" (להלן - "הסרטים") - והם שודרו במסגרת שידוריה של רשות השידור, המערערת מס' 2.

המשיבות הן חברות זרות שבבעלותן זכויות יוצרים ביצירותיו של צ'פלין שהועברו לידיהן מצ'פלין ומחברות שהיו בבעלותו. אחרי שנפתח מסע הפרסום פנו המשיבות למערערים ודרשו מהם לחדול מן השימוש בדמותו של צ'פלין ובקטעים המבוססים על יצירותיו שהפר, לטענתן, את זכויותיהן. נסיונות למצוא פתרון מוסכם למחלוקת לא עלו יפה וכעבור כארבעה חודשים הגישו המשיבות בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תובענה נגד המערערים בה עתרו לצו מניעה קבוע שיאסור עליהם לעשות שימוש בדמותו של צ'פלין ובקטעים המבוססים על יצירותיו; כן עתרו למתן חשבונות לגבי מסע הפרסום ומכירות ה"לוטו", על מנת שייפסקו להן פיצויים לפי החשבונות בגין הפרת זכויותיהן. כמו כן עתרו המשיבות לסעד זמני עד להכרעה בתובענה העיקרית.

2. בית המשפט המחוזי (כבוד הנשיא א' וינוגרד), בהחלטתו מיום 18.12.91, נעתר לבקשתן של המשיבות והורה למערערים לחדול מלעשות שימוש בדמותו של צ'פלין ובקטעים המבוססים על סרטיו במסגרת מסע הפרסום עד להכרעה בתובענה העיקרית. כן הורה לאסוף את הפריטים שעליהם דמותו של צ'פלין, שהפיץ המערער מס' 1 במסגרת מסע הפרסום. המערערים בקשו להרשות להם לערער על ההחלטה. הבקשה נדחתה מן הטעם ש"אין זה מן הראוי כי הבעיות המשפטיות החשובות שהועלו בפנינו, יידונו במסגרת ערעור על החלטת ביניים" (רע"א 72/92).

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת א' קובו), בפסק דינו החלקי מיום 23.10.96, קבע כי המערערים הפרו את זכויות היוצרים של המשיבות ונתן צו מניעה קבוע כפי שנתבקש. כן נתן צו מתן חשבונות לגבי מסע הפרסום ומכירות ה"לוטו" בתקופת מסע הפרסום על מנת שבהמשך הדיון בתובענה ייקבע שיעור הפיצויים שהמשיבות זכאיות להם. את פסק דינו החלקי - שעליו מערערים המערערים לפנינו - סמך בית המשפט על הקביעות הבאות:

(א) המערערים העתיקו בתשדיריהם קטעים מהותיים מן הסרטים. מדובר בקטעים שהם בבחינת "הצימוק שבעוגה", שמהם העתיקו המערערים סצנות, לרבות תסריט, עלילה, בימוי, העמדה, איפור וכיוצא באלה, בליווי מוסיקה הזזה לליווי המקורי. השינויים שנעשו בקטעים אלה במסגרת התשדירים לעומת קטעי המקור אינם משמעותיים ומשקלם בטל.

(ב) המערערים העתיקו בתשדירים ובמודעות את דמות "הנווד" כפי שגילם אותה צ'פלין בסרטיו. דמות זאת מפותחת דיה על מנת שתהא מוגנת כיצירה דרמטית עצמאית, גם בנפרד ממעגל היצירה שבה היא משולבת.

(ג) זכויות היוצרים בסרטים, ובכלל זה בדמות הנווד הכלולה בהם, היו בבעלותו של צ'פלין ושל חברות שהיו בבעלותו, הועברו כשורה לידי המשיבות, והן בבעלותן.

(ד) זכויותיהן של המשיבות מוגנות בישראל מכח צו זכות-יוצרים (ארצות-הברית), תשי"ג-1953- (להלן - "צו ארה"ב"), המגן על יצירות שפורסמו לראשונה בארה"ב, אשר הותקן על ידי שר המשפטים מכח סמכותו לפי סעיף 6 לפקודת זכות-יוצרים (להלן - "הפקודה"). לחלופין, זכויותיהן מוגנות בישראל גם מכח צו זכות-יוצרים (אמנת ברן), תשי"ג-1953- (להלן - "צו ברן"), המגן על יצירות שפורסמו במדינות החברות באמנת ברן - כגון קנדה ואנגליה, שגם בהן פורסמו הסרטים - תוך 30 ימים מן היום בו פורסמו לראשונה בארה"ב. צו ברן הותקן גם הוא על ידי שר המשפטים מכח סמכותו לפי סעיף 6 לפקודה.

(ה) השימוש שעשו המערערים ביצירותיו של צ'פלין אינו בגדר "טיפול הוגן", המותר לפי סעיף 1(1)2 (ל) לחוק זכות-יוצרים, 1911 (להלן - "החוק"), משום שאין לראותו כביקורת, הוא נועד למטרות רווח ואין יסוד לקבוע שנועד לקידום ערכים החשובים לחברה.

ההשגות

4. המערערים משיגים על רוב קביעותיו של בית המשפט המחוזי. לטענתם, דמות "הנווד" המגולמת על ידי צ'פלין, כדמות פיקטיבית שאינה מצוירת, אינה יכולה להיות מוגנת כזכות יוצרים; זכויות היוצרים בדמות, אפילו קיימות זכויות כאלה, היו בבעלות האולפנים בהם נעשו הסרטים הראשונים שבהם הופיעה הדמות ולא בבעלותו של צ'פלין. לפיכך לא יתכן שהזכויות הן בבעלותן של המשיבות; בעלותן של המשיבות בזכויות הנוגעות לסרטי צ'פלין הוכחה על ידי ראיות בלתי קבילות; צו ארה"ב אינו חל על סרטים שפורסמו לראשונה לפני קום המדינה, ולפיכך הזכויות בסרטים אינן מוגנות מכוחו; הראיות שעל פיהן נקבע מועד פרסומם של הסרטים הנדונים בקנדה ובאנגליה אינן קבילות ולפיכך אין יסוד לקבוע כי הזכויות בסרטים מוגנות מכח צו ברן; במסגרת תשדירי הפרסומת לא העתיקו המערערים חלקים משמעותיים מן הסרטים ולפיכך אין התשדירים מפירים את זכויות היוצרים בהם; יתר על כן, יש לראות את תשדירי הפרסומת כפרודיה שנועדה לקידום פעילותו של

המערער מס' 1 - שהכנסותיו משמשות למטרות חינוך, תרבות, ספורט ורווחה - שהיא מותרת בתור טיפול הוגן ביצירה.

המשיבות מבקשות לדחות את הערעור, מן הטעמים שפורטו בעיקרם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. לדבריהן, "לשיטתם של המערערים כל האמצעים כשרים על מנת לגרור את ההליכים ולטרטר את המשיבות והם שבים ומעלים בסיכומיהם בליל אינסופי של טענות משפטיות ועובדתיות חסרות שחר שכבר נדחו".

הדין בהשגות

הבעלות בזכויות היוצרים

5. בסעיף (3)6 לחוק נאמר:

"(3)6 בכל משפט נגד הפרת זכות-יוצרים באיזו יצירה מניחין שהיצירה היא יצירה שקיימת בה זכות-יוצרים, והתובע יהא מוחזק כבעל זכות-יוצרים, חוץ אם חולק הנתבע על קיומה של זכות-היוצרים או, הכל לפי הענין, על זכות הקנין של התובע, ומקום ששאלה כזאת שנוייה במחלוקת, הרי -

(א) אם שם הנראה להיות שמו של מחבר היצירה מודפס או מסומן בצורה אחרת על היצירה בדרך הרגילה, מניחין שהשם הוא שמו של מחבר היצירה עד שלא הוכח ההיפך;
"---

בין הכתוביות שבפתיח לסרטים מופיעה הודעה לפיה בעל זכויות היוצרים המקוריות בהם הוא צ'פלין וכי זכויות היוצרים חודשו - מכח פעולה הנעשית לפי הדין בארצות-הברית - על שמה של המשיבה מס' 1. לפיכך, מעבירה ההודעה אל המערערים את הנטל להוכיח כי זכויות היוצרים המקוריות בסרטים לא היו בבעלותו של צ'פלין. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, לא עמדו המערערים בנטל זה. מן הראיות שהובאו לפניו עולה כי צ'פלין הוא שחיבר את הסרטים והוא שהלחין את המוסיקה בפס הקול המלווה את הסרטים. כמו כן עולה מן הראיות כי הפיק וביים את הסרטים וכי הוא עצמו שיחק בדמותו של הנווד במסגרת הסרטים. מכיוון שכך חלה כאן הוראת סעיף (1)5 לחוק לפיה "יהא מחברה של יצירה הבעל הראשון של זכות היוצרים בה". אין, אפוא, מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט לפיה הבעלים הראשון של כל הזכויות בסרטים שנוצרו היה יוצרם - צ'פלין.

6. אשר להעברת הזכויות למשיבות, סקר בית המשפט את שרשרת העברת הזכויות שהתחילה בצ'פלין, המשיכה בחברות שהקים לצורך ההחזקה בזכויות אלה והסתיימה במשיבות. כפי שקבע:

"מבחינת שרשרת העברות אם-כן, מצאתי תשתית עובדתית איתנה לכך כי זכויות היוצרים לסרטי צ'רלי צ'פלין, כולל לדמות הנווד הכלולה בהם, הועברה כשורה לידי התובעות. שרשרת ההעברות גם מוכיחה שצ'פלין הקפיד והיה ער לזכויות העומדות לו ביצירותיו".

המערערים מערערים על הקביעה כי זכויות היוצרים הועברו כדין לבעלותן של המשיבות. לטענתם, מסמכי העברת הזכויות - שהם תעודות חוץ - הוגשו לבית המשפט מבלי שקוימו בכתב בידי נציג דיפלומטי או קונסולרי ישראל, כנדרש לפי תנאי סעיף 30 לפקודת הראיות, תשל"א 1971-. לפיכך, טוענים הם, שלא הוכחה העברת הבעלות בזכויות לידי המשיבות.

גם טענה זאת יש לדחות. ראשית, בית המשפט הצביע גם על ראיות נוספות - מלבד תעודות החוץ - שבהן מצא סימוכין לכך שהבעלות בזכויות הועברה כדין למשיבות. לכך ניתן להוסיף כי, כאמור, בין הכתוביות שבפתיח לסרטים מופיעה הודעה לפיה חודשו זכויות היוצרים על שמה של המשיבה מס' 1. אפילו אין הוראת סעיף 6(3)(א) לחוק, שצוטטה לעיל, חלה על מי שהבעלות בזכויות הועברה אליו, שאינו היוצר - ובכך איני קובע מסמרות - תומכת, לכאורה, גם הודעה זאת במסקנה לפיה הבעלות בזכויות היוצרים הועברה למשיבות; מסקנה שלא הופרכה על ידי המערערים. שנית, כפי שציין בית המשפט, בשלב גילוי המסמכים הגיעו בעלי הדין להסכם דיוני - אשר ניתן לו תוקף של החלטה - לפיו "שלב הגילוי יהיה ללא נוטריזציה, לגליזציה או אישור כלשהו של המסמכים וניתן יהיה להגיש גם העתקים של המסמכים. אם יתבקש מי מבעלי הדין לאשר את המסמכים כנדרש עפ"י פקודת הראיות יעשה הדבר". כפי שקבע, "הנתבעים לא ביקשו את התובעות לאשר את המסמכים ואף הם נקטו באותה דרך כשהגישו לביהמ"ש העתקי רישומי זכויות יוצרים המהוים 'תעודות ציבוריות' ללא אישור קונסולרי". במהלך שמיעת ההוכחות לא חלקו המערערים על ההסכם הדיוני ולא דרשו אישור או אימות של המסמכים ולפיכך צדק בית המשפט כאשר ראה לנכון לסמוך עליהם. מכאן שבדין קבע כי המשיבות הן בעלות זכויות היוצרים בסרטים.

האם הזכויות מוגנות בישראל?

7. הסרט האילם "The Kid" פורסם לראשונה בארצות-הברית בשנת 1921. הסרט "The Gold Rush" פורסם לראשונה בגירסא אילמת בארצות-הברית בשנת 1925, והופץ שנית בגרסה מדוברת בשנת 1942. הסרט האילם "Modern Times" פורסם לראשונה בארצות-הברית בשנת 1936. סעיף 6 לפקודה

מעניק לשר המשפטים סמכות להורות בצו על הגנתן של יצירות זרות שאמנה בין-לאומית מחייבת את הגנתן בישראל. מכוח סמכות זאת התקין שר המשפטים את צו ארה"ב, בו נאמר כי:

1. "יצירה שפורסמה לראשונה בארצות-הברית של אמריקה תהא מוגנת בישראל כאילו פורסמה לראשונה בישראל.

3. תקפו של צו זה היא מיום ה' באייר התש"ח (14 במאי 1948)."

המערערים טוענים כי מאחר שהסרטים פורסמו לראשונה בארצות-הברית לפני מועד הקמתה של מדינת ישראל - שהוא מועד תחילת תקפו של צו ארה"ב - אין להחיל עליהם את הוראותיו. לטענתם, היו הסרטים לנחלת הכלל בארץ לפני שקמה המדינה, ולפיכך החלתן של הוראות הצו עליהם היא החלה רטרואקטיבית שאין לתת לה תוקף. בטענה זאת אין ממש.

לשונן של צו ארה"ב פשוטה וברורה: מטרת הצו היא להגן על יצירות שפורסמו לראשונה בארצות הברית כאילו פורסמו לראשונה בישראל. ענינה של הוראת המעבר שבצו - הקובעת כי תקפו מיום 14.5.48 - אינו מועד פרסומה של היצירה, אלא המועד שממנו ואילך זכאית יצירה שפורסמה בארצות הברית להגנה בישראל. משמע - אם ההפרה של זכות יוצרים נעשתה בתחומי מדינת ישראל אחרי הקמת המדינה, היא בעל הזכות זכאי להגנה אפילו קדם הפרסום בארצות-הברית להקמת המדינה. אין זאת החלה רטרואקטיבית (השוו לא' ברק פרשנות במשפט (כרך שני - פרשנות החקיקה, 1993), בעמ' 626-627, 630-631). חיזוק למסקנה זאת ניתן למצוא בחילוף האגרות בין ממשלת ישראל לבין ממשלת ארצות הברית של אמריקה המהווה הסכם בדבר זכות יוצר (כתבי אמנה 2, בעמ' 149), אשר בעקבותיו הוצא צו ארה"ב. מלשונן של האגרות עולה כי מטרת ההסכם היתה ליצור רצף של הגנה על זכויות היוצרים בשתי המדינות (ראו דבר המלך במועצה על קופירייט 1933 המטיל על פלשתינה (א"י) את דבר המלך במועצתו על הקופירייט (ארצות הברית של אמריקה) 1915). לפיכך אין יסוד לטענה שההסכם מגן רק על יצירותיהם של יוצרים שיצירותיהם פורסמו אחרי מועד תחילתו - 14 במאי 1948 - שאומץ במסגרת הוראת המעבר בצו ארה"ב.

לפיכך, יש לקבוע כי לפי הוראות צו ארה"ב מוגנות זכויות היוצרים בסרטים שפורסמו לראשונה בארצות-הברית, כאילו פורסמו לראשונה בישראל. לאור קביעה זאת אין צורך לדון בטענות המערערים כנגד קביעתו החלופית של בית המשפט לפיה מוגנות הזכויות בסרטים גם מכח צו ברן.

8. לפי חומר הראיות שהוצג בבית המשפט המחוזי, ועל כך אין חולק, הלך צ'פלין לעולמו בשנת 1977.

לפי סעיף 3 לחוק:

3. המועד שבו תהא זכות-יוצרים קיימת הוא ימי חייו של המחבר ותקופה של חמשים שנה לאחר מותו, חוץ אם קבע חוק זה במפורש הוראה אחרת: ---".

עם זאת, כפי שנאמר בסעיף 8 לפקודה, החוק "יהא נקרא לאור השנויים וההוספות שנעשו בו ע"י פקודה זו"; ובסעיפים 5(3) ו-4(4) לפקודה נאמר כי:

"5(3) הגנה שלאחר מות מחבר או שלאחר פרסומה של יצירה תחול עם המוות או עם הפרסום, אלא שאת תקופתה לפי החוק יהיו מונים מיום ה-1 בינואר של השנה שלאחר המוות או שלאחר הפרסום.

5(4) על אף האמור בסעיף 3 לחוק זכות-יוצרים, 1911, ובכפוף לאמור מפורשות בהוראות האחרות של אותו חוק, תהא ההגנה לאחר מות המחבר שבעים שנה מהמועד הנקוב בסעיף קטן (3).

לפיכך, מוגנות זכויות היוצרים בסרטים עד 1 בינואר 2048 וממילא היו מוגנות בשנת 1993, כאשר ערך המערער מס' 1 את מסע הפרסום הנזכר.

האם הפר המערער מס' 1 את זכויותיהן של המשיבות?

הגנת היצירה הקולנועית

9. החוק אינו דן בפירוש בהגנה על היצירה הקולנועית, או היצירה הטלוויזיונית (להלן, יחד - "היצירה הקולנועית"), כיצירה שלמה אחת. בשל כך התקשו בתי המשפט בישראל להגדיר את זכויות היוצרים בסרטים. כך נוצרה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים גישה לפיה מושתתת הגנת זכויות היוצרים ביצירות קולנועיות על הגנת אגד יצירות המשנה, שמהן מורכבת היצירה הקולנועית השלמה, שיכול שכל אחת מהן תהיה מוגנת בפני עצמה. על כך נאמר, בין היתר, הדברים הבאים:

"לכאורה הרי באמת החוק שלנו אינו פורש הגנתו על היצירה הקולנועית כשלמות בפני עצמה. הוא בוודאי ובוודאי גם לא פורש הגנתו על היצירה הטלוויזיונית בתור שכזאת ובפני עצמה. --- לפיכך, ברור שכל-אחת מהיצירות הקולנועיות והטלוויזיוניות הנדונות כאן, נתונה לא רק לזכות יוצרים אחת אלא לשורה של זכויות יוצרים, והינה מעין 'מאגר' של זכויות יוצרים הקיימות בכ"א ממרכיבי היצירה" (דברי כבוד השופט ש' ברמן בת"פ 916/80 מדינת ישראל נגד וידאוקסט, פ"מ תשמ"ג(ב) 45, 57).

10. האם יש לראות ביצירה הקולנועית יחידה שלימה אחת העומדת בפני עצמה וראויה להגנה בתור שכזאת, או שיש לראות בה אגד של יצירות משנה, שכל אחת מהן מוגנת בפני עצמה?

שתי ההגדרות שבחוק שיש בהן כדי להתוות דרך מצויות בסעיף 35:

"יצירה דרמטית" כוללת כל חיבור לדיקלום, יצירה או שעשוע של מחול
 בהצגה אילמת, שהסידור התיאטרוני או צורת-המשחק שלו קבועים
 בכתב או בדרך אחרת, וכל יצירה ראינועית שסידורה או צורת המשחק
 שלה או שילוב המאורעות שבה משווים ליצירה אופי מקורי;

"ראינוע" כולל כל יצירה הנעשית ע"י פרוצס הדומה לצילומי-ראינוע;

אין צריך לומר שיש קושי להחיל את ההגדרות שבחוק על היצירה הקולנועית מן הטעם שהחוק -
 שהוא משנת 1911 - מיושן, ואינו מותאם לזמנים המודרניים. אולם, בבואנו לפרשו היום ולבחון את החלתו על
 היצירה הקולנועית, אין להתעלם מהתפתחות היצירה הקולנועית מאז שנחקק וממקומה המרכזי והחשוב
 בתחום היצירה האמנותית בימינו. על הצורך להכיר בהתפתחות זאת נאמרו דברים מאלפים בסקירה
 ביקורתית-הסטורית בדבר ההכרה בצילומים ובסרטים כיצירות אמנותיות במשפט הצרפתי:

"[the] law recognised only 'manual' art - the paintbrush, the chisel - or 'abstract' art - writing. The irruption of modern techniques of the (re)production of the real - photographic apparatuses, cameras - surprises the law in the quietude of its categories. A photographer who is satisfied with the pressing of a button, a film-maker with the turning of a crankhandle - are they creators? Is their (re)production equivalent to the over-appropriation of the real?"

The law is surprised by the question and its first answer is in 'resistance'. The man who moves the crankhandle or the man who works a hand-lever is not a creator. The law's resistance first passes through the *denegation* of the subject in law. The labour of this individual is a *soulless labour*. That is the first act.

The second act is the *transition from soulless labour to the soul of the labour*. The time of the resistance was not economically neutral. It was the time of craft production. The fact that industry takes the technique of cinema and photography into account produces a radical reversal. Photography and film-maker must become creators, or the industry will lose the benefit of legal protection" (Edelman **Ownership of the image** (London, 1979), 44).

כאמור לעיל, יצירה קולנועית היא אגד של יצירות שכל אחת מהן עשויה להיות מוגנת כשלעצמה,
 כגון: התסריט, הצילום, הבימוי, המוסיקה ופס הקול. עם זאת, יש הצדקה לראות יצירה קולנועית מקורית שלמה
 כ"יצירה דרמטית" העומדת בפני עצמה, כמשמעות המושג בסעיף 35 לחוק, באשר "סידורה או צורת המשחק
 שלה או שילוב המאורעות שבה משווים ליצירה אופי מקורי" (ראו א' זליגסון **יסודות דיני זכויות יוצרים, סימני
 מסחר, פטנטים ומדגמים בישראל** (1968), בעמ' 32; א' בלום **זכות יוצרים** (תשט"ז), בעמ' 43-44; השו"ג גם
 ל- 1.3 (Copinger and Skone James **Copyright** (13th edition, London, 1991)). נאמר -

לענין זכות יוצרים במחזמר - שהגדרת המונח "יצירה דרמטית" בסעיף 35 לחוק "באה לרבות ולא להקיף הכול מכול כול" (ראו דברי השופט (כתארו אז) מ' שמגר בע"א 15/81 מיכאל גולדנברג ואח' נגד מיכאל בנט ואח', פ"ד לו(2) 813 (להלן - "ענין גולדנברג"), 822). עוד נאמר שם כי:

"ראוי להתייחס אל היצירה הדרמטית במשמעותה הרחבה יותר, כפי שהיא במציאות חיי התרבות. הרי זו הויה חיה ותוססת, מתהווה, מתעוררת, מתייצבת ומתגבשת לכלל יצור בעל דמות ותוכן שנתן לחזות בו, לחוש אותו, להתרשם ממנו, לעמוד על אופיו ולהבחין בתכונותיו המיוחדות" (מתוך פסק דינו של בית המשפט המחוזי (הנשיא התורן (כתארו אז) ד' לוי), צוטט שם, בעמ' 816).

לכך, בכל הכבוד, אני מסכים. כמו שנקבע כי המחזה הבימתי - אף שאינו נכלל בהגדרת "יצירה דרמטית" בחוק - "אך מובן מעצמו, כי גם זה האחרון הוא בגדר יצירה דרמטית" (שם, בעמ' 822), כך יש לקבוע כי גם היצירה הקולנועית היא בגדר יצירה דרמטית. קיומן של זכויות יוצרים עצמאיות, בכל אחת מיצירות המשנה שמהן בנויה היצירה הקולנועית, אינו סותר אינו מונע הכרה בזכות היוצרים ביצירה השלימה.

המסקנה היא שיש לראות ביצירה הקולנועית יחידה שלימה אחת, שהיא יצירה דרמטית העומדת בפני עצמה וראויה להגנה בתור שכזאת, מבלי לגרוע מן ההגנה על יצירות המשנה המרכיבות אותה.

הדמיון בין הסרטים לבין תשדירי הפרסומת

11. לפי בקשת באי כוח המשיבות ובהסכמתם של באי כוח המערערים צפינו בקטעים מן הסרטים ובתשדירי הפרסומת של המערער מס' 1 והאזנו לקטעים מפסי הקול המלולים את קטעי הסרטים ואת תשדירי הפרסומת. אעיר לענין זה כי ההכרעה בשאלה אם נתבע העתיק חלק ניכר מיצירה מוגנת היא, כמובן, עניין שבעובדה המסור לערכאה הדיונית (ראו ענין גולדנברג, בעמ' 823). אולם, ערכאת הערעור רשאית לחזור ולבחון את השאלה ואף להתערב במסקנתה של הערכאה הדיונית (ראו דברי כבוד השופט (כתארו אז) ש' לוי בע"א 23/81 הרשקו נגד אורבוך, פ"ד מב(3) 749, 753-754). לצורך זה רשאית ערכאת הערעור לקרוא, לראות, או לשמוע, לפי הענין, את היצירה המקורית ואת היצירה שנטען לגביה שהיא העתקה, ולהתרשם בעצמה (השוו לדברי בע"א 5689/94 ורגוס בע"מ נגד נגה הנדסה בע"מ, פ"ד נב(1) 521, 527-528). חזרתי ועיינתי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ושקלתי את התרשמויותי שלי מן הצפייה ומן השמיעה ואין לי כל ספק שצדק בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי בתשדירי הפרסומת העתיקו המערערים חלקים ניכרים ומשמעותיים מתוך הסרטים. כלשונו של בית המשפט:

"כעובדה אני קובעת כי הנתבעים אכן העתיקו בתשדירים - ובמודעות את דמות הנווד כפי שהיא מגולמת על ידי צ'רלי צ'פלין בקטעים נבחרים מתוך סרטיו. קטעים שהם בבחינת "הצימוק שבעוגה" באותם סרטים. -- הילד השובר את החלון על מנת לסייע לנווד הזגג והשוטר התופס את השניים בקלקלתם בסרט "הנער", קטע ביטול הנעל ע"י צ'פלין ובהמשך הארוחה של חלקי הנעל ע"י הנווד והבריון ותגובותיהם, מתוך הסרט "הבהלה לזהב", עבודת צ'פלין על יד המכונה והקורה לו בין גלגלי השיניים מתוך "זמנים מודרניים", מהיום כל אחד מהם, אמירה עצמאית, ובכללם יש העתקה של תסריט, עלילה, בימוי, העמדה סצינה, איפור ועוד מתוך הסרטים המקורים. טעמם של אלה לא נס מאז תחילת המאה ועד היום. --- הנתבעים כאמור העתיקו את דמות הנווד בקטעים נבחרים בליווי מוסיקה והכל זהה למקור. הקטעים שהועתקו מהיום חלק מהותי של יצירות צ'פלין. --- בחינת הקטעים בתשדירים, מביאה למסקנה כי לפנינו קטעים מועתקים שהם מהחשובים והמרכזיים בסרטים הספציפיים ובעלי ערך דרמטי לכשעצמם."

חיזוק למסקנה זאת מצוי בדבריהם של מפיק תשדירי הפרסומת ושל מלחין הליווי המוסיקלי של התשדירים בעדויותיהם, שמהם עולה כי יוצרי התשדירים השתדלו ליצור תשדירים הדומים לסצינות מתוך סרטיו של צ'פלין.

12. במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי עמדו המערערים בהרחבה יתרה על רכיביהם השונים של תשדירי הפרסומת ושל פס הקול המלווה אותם כדי להוכיח, על ידי השוואתם של הרכיבים לרכיבים המקבילים של הסרטים, שאין בתשדירים משום העתקה של חלקים ניכרים מן הסרטים. אכן, פירוק סטואציות מורכבות למרכיביהן היא דרך מועילה - ויש שיאמרו אף מהנה - כדי לבחון סוגיות משפטיות, אך לא בכל מקרה. יש יצירות מורכבות שההתרשמות הכוללת ממכלול רכיביהן עדיפה על פני פירוקן לרכיבים, שאותם משוים זה לזה בנפרד, המסיח את המבט - ואת הדעת - מן העיקר. את הדמיון בין היצירה המוגנת לבין היצירה המפירה יש לבחון מתוך הסתכלות רחבה על המכלול, בלי לטשטש את התמונה הכוללת על ידי ירידה לפרטים, שבמקרים כאלה היא, כמדומה, מלאכותית ומאולצת (השוו: *Nichols v. Universal Pictures Corporation* 45 F 123 (1930) 2d). על כך נאמר כי:

"השאלה, אם הדמיון בין שתי היצירות מספיק לשם קביעה, שהנתבע העתיק חלק ממשי ומהותי מן היצירה המוגנת, היא שאלה שבעובדה ושל דרגה, והתשובה לשאלה זו צריכה להינתן לא על סמך השוואה מיכאנית של מספר מלים או שורות, הדומות ביצירות הנדונות, אלא לפי ההתרשמות של השופט מן היצירות בכללותן" (דברי כבוד השופט (כתארו אז) מ' שמגר בענין **גולדנברג**, 823).

גם במקרה שלפנינו כך. ההתרשמות הכוללת מתשדירי הפרסומת היא שהיתה כאן מלאכת חיקוי והעתקה ברורה של קטעים חשובים ומרכזיים מתוך הסרטים ולפיכך יש לאמץ את מסקנתו של בית המשפט המחוזי בענין זה.

האם ההעתקה היא "חלק ניכר" מן הסרטים?

13. המערערים מוסיפים וטוענים כי העתקת סצינות קצרות, שכל אחת מהן נמשכת כחצי דקה, מתוך הסרטים - שארכו של כל אחד מהם הוא כשעה עד שעה וחצי - אינה בגדר העתקה של "חלק ניכר" מן היצירה המוגנת ולפיכך אין לראות בה הפרה של זכות היוצרים. עוד טוענים הם כי חלק משמעותי מן התשדירים הוא תוספת המבוססת על תסריט מקורי, שענינה הגרלת ה"לוטו", וגם מטעם זה לא מדובר בהעתקת "חלק ניכר" מן הסרטים. גם טענות אלה של המערערים אין בידי לקבל.

ההכרעה בשאלה אם הועתק "חלק ניכר" מן היצירה המוגנת - כמשמעותו של מושג זה בסעיף 1(2) לחוק - אינה צריכה להיות רק, או בעיקר, על פי בחינה **כמותית** של הקטעים העומדים להשוואה, אלא יש לבדוק אותם גם - ואולי, בעיקר - מבחינה **איכותית**. גם כאן אין להסתפק בבדיקה מדוקדקת של כל פרט בקטעים המשווים ושל השימוש שנעשה בו, אלא יש לבחון את הקטעים מתוך ראייה כוללת. זאת ועוד. הואיל וההגנה על היצירה המוגנת בכללותה מושתתת על יסודות מקוריים המרכיבים אותה, יש לבחון אם ההעתקה גזלה דבר מיסודות אלה. לפיכך, תיבחן הפגיעה בזכות היוצרים לאור השאלה אם המוטיבים שהועתקו מן היצירה המוגנת - בין אם בצורה ישירה ובין אם במרוםז - כוללים יסודות, אשר יש בהם כשלעצמם מידה של מקוריות (השוו: (Laddie *The Modern Law of Copyright* (London, 1980) 53).

14. כפי שציין בית המשפט המחוזי, נטלו המערערים מן הסרטים - על דרך של העתקה וחקיוי - סצינות שלמות, שהן מן המוכרות והזכורות ביותר בהיסטוריה של הקולנוע בכלל, ובסרטיו של צ'פלין בפרט. לענין זה אין כל חשיבות ליחס בין אורך הסצינות לבין האורך הכולל של הסרטים שמהם הועתקו. די בכך שהסצינות שהועתקו הן, כשלעצמן, מקוריות וכי בזכותן זכו סרטיו של צ'פלין בהצלחה ובהערכה. העתקת סצינות כאלה פוגעת באופן ישיר באינטרס בגינו מוגנת זכות היוצרים ולכן יש לראותה כהעתקה של חלק מהותי, וממילא חלק ניכר, מן הסרטים.

גם העובדה שתשדירי הפרסומת כוללים קטעים נוספים, שלא הועתקו מן המקור, אינה מעלה ואינה מורידה לענין הפגיעה בזכות היוצרים בסרטים. ראשית, כפי שקבע בית המשפט: "התוספות שהוספו לתשדירים, שאינן במקור, בטלות במשקלן; אין בהן כדי לשנות מן הקטע המועתק ואין בהן כדי להוסיף אלא את צרכי הנתבעים". שנית, כפי שכבר נאמר:

"יסוד ההעתקה, במובן סעיף 1(2), מתייחס אל עצם ה"נטילה" (באופן זה או אחר) של החומר המוגן ותו לא. תכלית השימוש והשתלבות החומר הניטל במסגרת רחבה יותר של פעילות אינם רלוואנטיים בהקשר זה. שילובו של פרט מועתק ביצירה חדשה, מידת היצירתיות של המפר, ואף חשיבותה האמנותית או החברתית של יצירתו - כל אלה אינם מעלים ואינם מורידים --- הכללת פאראמטרים כגון אלה בבחינת

התקיימותה של העתקה תגרור אי-בהירות מיותרת ביחס למרכיבים העובדתיים של הפרת זכות יוצרים" (דברי כבוד השופט י' מלך בענין רע"א 2687/92 **גבע נגד חברת וולט דיסני**, פ"ד מח(1) 251 (להלן - "ענין גבע"), בעמ' 268-269).

אכן, יכול שבנסיבות מסוימות "יימהלו" קטעים מועתקים בתוספות המצורפות אליהם עד לבלי הכר. אולם, כפי שנאמר, אין הדבר כך בענינו. לפיכך יש לקבוע כי במסגרת תשדירי הפרסומת העתיקו המערערים "חלקים ניכרים" מן הסרטים ועל ידי פרסומם של התשדירים הפרו את זכויות היוצרים בסרטים.

15. חשוב לציין כי מלבד תשדירי הפרסומת בטלוויזיה כלל מסע הפרסום שערכה המערערת מס' 1 גם כרזות שהוצגו על גבי שלטי חוצות, מודעות בעיתונות והפצה של פריטים, כגון מגבות, חולצות ושוברים. על כולם התנוססה תמונת "דמות הנווד" שאותה גילם המערער מס' 3 בתשדירי הפרסומת. לדעתי, גם הצגת התמונות הנייחות של הדמות מפירה את זכויות היוצרים בסרטים. ביסוד השילוב של אמצעי הפרסום השונים שבהם השתמש המערער מס' 1 לצורך מסע הפרסום עמדה, ללא ספק, הכוונה ליצור אפקט מקיף ומשולב המשפיע על הציבור. כך, לדוגמא, הלקוח הפוטנציאלי המתבונן בתמונתו הנייחת של המערער מס' 3 - כבן דמותו של צ'פלין - הנשקפת מעמודי העיתון או משלטי החוצות, יותר משהוא רואה את המערער מס' 3 רואה הוא את הדמות שבאותו תשדיר פרסומת שראה בטלוויזיה. לפיכך, איני רואה צורך לבחון בנפרד אם כל אחד מאמצעי הפרסום השונים שבהם עשה המערער מס' 1 שימוש הוא פרסום מפר. כשם שיש לראות במסע הפרסום פעולה שיווקית משולבת אחת, המפירה את זכות היוצרים בסרטים, כך יש לראות כל אחד מאמצעי הפרסום המרכיבים אותה כהפרה של זכות היוצרים.

לפיכך יש לקבוע כי מסע הפרסום שערכה המערערת מספר 1 - על רכיביו השונים, שבהם נעשה שימוש בסצינות מן הסרטים ובדמותו של צ'פלין כפי שנלקחה מסצינות אלה - פגע בזכויות היוצרים בסרטים.

האם "דמות הנווד" היא יצירה המוגנת במסגרת החוק?

16. למעלה מן הדרוש אעמוד להלן על שאלה נכבדה נוספת שעליה עמדו המערערים בטענותיהם: האם "דמות הנווד" שאותה גילם צ'פלין בסרטים ואותה גילם המערער מס' 3 בתשדירים היא יצירה המוגנת כשלעצמה על ידי החוק, להבדיל מן הסרטים שבהם הופיעה? אכן, השאלה אם יש זכות יוצרים בדמות דמיונית נדונה בעבר על ידי בית משפט זה. נאמר כי:

"בהקשר של דמויות דמיוניות (characters) מתעוררת השאלה, אם ניתן להכיר בזכות יוצרים בדמות כשלעצמה (כיצירה דרמטית או ספרותית) בנפרד ממעגל היצירה הרחב יותר בו היא שלובה (סרט,

הצגה, סיפור וכיוצא באלה). שאלה זו הושארה, כאמור, בצריך עיון בת"א(ת"א) 1376/91, המ' 9496/91 (החלטתו של כבוד הנשיא א' וינוגרד בבקשתן של המשיבות לסעד זמני בבית המשפט המחוזי - י' ט') --- **ניתן לומר, כי התשובה עליה חיובית.**

סוגיית ההכרה בדמויות דמיוניות (מצוירות, מתוארות באופן מילולי, או מגולמות על ידי שחקנים) כמושא עצמי לזכויות יוצרים, הועלתה לא אחת בפסיקה האנגלו-אמריקנית. בפסיקה האמריקנית גוברת הנטייה להכיר בזכויות יוצרים בהקשר זה, אם כי **הדבר תלוי במידת הייחוד והפיתוח של הדמות**" (דברי כבוד השופט י' מלץ בענין **גבע**, בעמ' 259; ההדגשות שלי - י' ט').

עמדה זאת סומכת, בין היתר, על העמדה המקובלת במשפט האמריקני, לפיה אין מניעה להכיר בזכויות יוצרים בדמות - להבדיל מן היצירה השלימה שבה היא מופיעה - כאשר הדמות מפותחת ובעלת תכונות יחודיות. כמו שנאמר:

"We recognize that cases --- have allowed copyright protection for characters who are especially distinctive. For example, cartoon characters may be afforded copyright protection --- '[Many] literary characters may embody little more than an unprotected idea [while] a comic book character, which has physical as well as conceptual qualities, is more likely to contain some unique elements of expression' --- For similar reasons, copyright protection may be afforded to characters visually depicted in a television series or in a movie" (*Olson v. National Broadcasting Co. Inc.* 855 F 2d 1446 (1988), 1452).

(ראו גם ט' גרינמן **זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים** (תשנ"ח) 52 והאסמכתאות שם; ענין **גבע**, בעמ' 258-261).

17. גם אני סבור כי דמות דמיונית יכול שתבוא בגדר "יצירה דרמטית" שהחוק מגן עליה. עם זאת, כשלעצמי, איני רואה מקום להבחנה דיכוטומית בין "דמות" לבין "יצירה" המשתמעת מן השאלה אם דמות יכולה להיות מושא לזכויות יוצרים להבדיל מן היצירה השלימה. לפי השקפתי, בבואנו לבחון אם הועתקה דמות מתוך יצירה שלמה יש להחיל אותם עקרונות שאנו מחילים על בחינה של העתקה של יצירה, או של חלק מתוך יצירה, ולבדוק אם גילומה של הדמות הוא מקורי במידה הראויה להגנה. על הרצף של יצירה דרמטית, כגון סרט קולנוע, אין קווי תיחום ברורים ומוגדרים בין העלילה והסצינות המרכיבות אותה, לבין הדמויות המופיעות ביצירה, ואי אפשר - גם אין צורך - לקבוע קווי תיחום כאלה (השוו: *Nichols v. Universal Pictures Corporation* 45 F 2d 119 (1930)).

הדמויות המופיעות ביצירה דרמטית מתוארות בקווים חיצוניים ובקווים פנימיים וכן יש להן מאפיינים שהם חלק מן המוטיבים המרכיבים את היצירה הכוללת. לדמויות דמיוניות כאלה אין הגדרה ברורה ומוסכמת בתחום המשפט ואף לא מחוצה לו. כך, לדוגמא, בתחום הספרות קיימות מחלוקות בין זרמים הנוטים לראות את

הדמות כישות עצמאית שיש לה קיום מחוץ למסגרת היצירה שבתוכה נוצרה, לבין זרמים הנוטים לראות את הדמות כחלק בלתי נפרד מן היצירה, שאין לו קיום בזכות עצמו. על רקע זה, אין טעם להגדיר את ה"דמות" שעליה מבקשים להגן על ידי כללים משפטיים וראוי לאמץ כלל גמיש לפיו תוכרע השאלה אם דמות ביצירה דרמטית ראויה להגנה לפי הקריטריונים שעל פיהם נבדקת כל יצירה ולפי נסיבותיו של כל מקרה (ראו: Latman **The Copyright Law** (6th edition, USA, 1986) 49). לענין זה יפים הדברים הבאים:

"From the copyright perspective, the distinction between a stock idea and an original expression is simply a matter for legal decision. Depending on the judgment of the court and the circumstances of the case, a given formulation will for legal purposes be either the expression of an idea or the idea of an expression, protected in one case but not in the other. The legal status of fictional characters and their conditions of existence and use offer a further instance of the juridification of aesthetic culture, perhaps especially important in those sectors of the publishing trade where the identification between work and reader, commodity and consumer, operates through the reader's acquired capacity to recognize and to identify with the character" (Saunders **Authorship and Copyright** (London, 1992), 214).

איני רואה, אפוא, כל קושי עקרוני לקבוע כי בבעלותו של תובע פלוני זכויות יוצרים בדמות דמיונית וכי זכויות אלה הופרו על ידי פרסום שבמסגרתו הועתקה הדמות. זאת, כמובן, מבלי לגרוע מכוחה של הטענה כי הפרסום המפר הוא גם העתקה של "חלק ניכר" מתוך יצירה שלימה.

18. בענייננו הגיע בית המשפט למסקנה לפיה דמותו המועתקת של צ'פלין היא "יצירה דרמטית". כפי שאמר:

"אין מחלוקת כי דמותו של הנווד הצ'רלי צ'פליני היא דמות מפותחת דיה, בצורתה החזותית, בהתנהגותה, בספור המגולם בה, ובסמליות המאפיינת אותה ואת הטראגי קומי שבדמות. תהא היא מוגנת כיצירה דרמטית עצמאית, בנפרד ממעגל היצירה הרחב יותר בו היא שלובה --- דמותו של צ'רלי צ'פלין כפי שהיא מגולמת בסרטים היא בגדר יצירה ראינוע שסידורה וצורת המשחק שלה משוים לה אופי מקורי. טביעת אצבע שאי אפשר לטעות בה."

בכך אין מקום להתערב. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הדמות שהועתקה על ידי המערער מס' 1 במסגרת מסע הפרסום היא דמות מפותחת - שפותחה ושוכללה מסרט לסרט על ידי צ'פלין - המגלמת בתוכה יצירתיות ומקוריות במידה כה גדולה עד שהיא מצדיקה את הגדרתה כ"יצירה דרמטית" עצמאית. אכן, בנסיבות הפרשה שלפנינו אין קביעה זאת משפיעה על ההכרעה מן הטעם שכבר נקבע כי הדמות הועתקה במסגרת

העתקה של סצינות מתוך הסרטים שהיא בגדר הפרה. לפיכך אין צורך לדון בטענת המערערים, כי לא הוכח שהזכויות ב"דמות הנווד" היו בבעלותו של צ'פלין, או בשאלה אם הדמות המועתקת היא גם "יצירת אמנות", כמשמעותו של מושג זה בסעיף 35 לחוק.

19. בשולי ענין זה יצוין כי לטענת המשיבות השימוש שעשו המערערים ב"דמות הנווד" הוא גם בגדר עוולה של גניבת עין, לפי סעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח1968- (השוו, למשל, **Elvis Presley Trade Marks** [1997] R.P.C. 543, 553-554). לאור התוצאה שאליה אני מגיע אין צורך לדון בשאלה והיא תמתין לבוא עיתה.

האם היו מעשי המערערים בגדר "טיפול הוגן ביצירה"?

20. המערערים טוענים כי אפילו אם הפרו במעשיהם את זכויות היוצרים של המשיבות, יש לראות את מעשיהם כטיפול הוגן שנועד לצרכי "ביקורת", כמשמעות הדיבור בסעיף 2(1)(א) לחוק. את טענתם סומכים הם על כך שהמערער מס' 1 אינו פועל למטרות מסחריות, אלא למען מטרות ציבוריות בתחומי החינוך, התרבות הספורט והרווחה. כמו כן, לדעתם, תשדירי הפרסומת הם פרודיה, או סאטירה, העושה שימוש בדמותו של צ'פלין "שהינה סמל תרבותי לעוני כדי 'לעקוץ' אותו סמל תרבותי ולהעמידו במצב אבסורדי".

21. יש מעשים - שהם, לכאורה, בגדר הפרה של זכות יוצרים - היוצאים מן הכלל משום שהם באים בגדר "טיפול הוגן" ביצירה. כך נקבע בסעיף 2(1) לחוק:

"2(1) רואין זכות-יוצרים ביצירה כאילו הופרה ע"י אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות-היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה לבעל זכות-היוצרים: בתנאי שהמעשים דלקמן לא יהא בהם משום הפרת זכות-יוצרים: -

(א) כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה, או תמצית עתונאית; ---"

ליוצא מן הכלל שבסעיף 2(1) לחוק חשיבות רבה, ויש טעם לפרשו שלא על דרך הצמצום. בבואנו להגן על היצירה המקורית יש לתת את הדעת גם על כך שהגנה מוגברת יתר על המידה עלולה לבלום התפתחות תרבותית וחברתית, הסומכת על הישגי העבר. מטבע הדברים, פריצת דרך או התקדמות המשרתת את החברה נובעת מהישגיהם היצירתיים של יחידים הסוללים את הדרך תוך הנחת אבן על אבן. יש, אפוא, מצבים

שבהם מצדיק האינטרס הציבורי את צמצום ההגנה על זכות היוצרים, כמו במקרה של "טיפול הוגן" ביצירה למטרות שהוגדרו בחוק. על כך נאמר כי:

"copyright law also recognizes that all creative efforts necessarily build on the creative efforts that precede them. If copyright law is to promote the national culture and learning, it must allow subsequent creators to draw on copyrighted works for their inspiration and education" (Goldstein **Copyright - Principles, Law and Practice** (USA, 1989) 5).

עוד נאמר על כך:

"ציון כי המחוקק לא התעלם ממשמעות היקף השימוש ותכליתו בעיצוב הזכות; שימושים מסוימים בנסיבות מסוימות הוצאו מתחום הגנת זכויות היוצרים מסיבות של מדיניות ציבורית. ואולם, הכשרתם של אלה אפשרית רק במסגרת החריגים לזכות" (דברי כבוד השופט י' מלץ בענין גבע, בעמ' 268-269).

22. את השאלה אם היה "טיפול הוגן" ביצירה יש להעביר בשני מבחנים (עניין גבע, בעמ' 271): המבחן הראשון הוא - האם השימוש הוגן? המבחן השני הוא - האם השימוש נעשה לצורך אחת מן המטרות הקבועות בחוק: "לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה, או תמצית עתונאית".

סבורני כי המבחן הראשון - הגינותו של השימוש, שבמסגרתו נבחנת התנהגותו של הנתבע - הוא העיקרי. לעומתו, דומה שמשקלו של המבחן השני - מטרותיו של השימוש - קטן יותר. כך, למשל, יש לגלות פתיחות לאפשרות שזרמים יצירתיים יראו את היצירה המקורית כנקודת מוצא, וכחלק משיח בקורתי שגם יוצרים נוספים ישתתפו בו. בראיה כזאת, שימוש ביצירה מוגנת כבסיס ליצירה מקורית חדשה יכול שיראה, בנסיבות המתאימות, כטיפול הוגן לצרכי "בקורת" - תוך מתן פרשנות רחבה למושג "בקורת" - ובלבד שהשימוש ביצירה המקורית יבחן לאור הגינותו של השימוש. לענין זה מקובלים עלי הדברים הבאים:

"הראציונאל להגנה על ביקורת --- איננו רלוואנטי רק לביקורת שלילית, המפחיתה מערכו של המקור, כי אם לכל סוג של בחינה, ניתוח והערכה. לפיכך, ולאור ההרחבה המתבקשת מחופש הביטוי והיצירה --- זו כוללת בגדר 'בקורת' גם העמדתה של יצירה אמנותית בקונטקסט חדש, המאיר אותה באופן מפתיע ובלתי צפוי וחושף בה רבדים סמויים וצדדים נסתרים (דברי כבוד השופט י' מלץ בענין גבע, בעמ' 276).

23. בית המשפט המחוזי קבע כי השימוש שעשה המערער בתשדירי הפרסומת ובדמותו של צ'פלין לא היה "טיפול הוגן". כפי שאמר:

"אמנם מפעל הפיס מקדיש חלק מהכנסותיו למוסדות ציבוריים, רשויות מקומיות להקמת מוסדות חינוך, תרבות וספורט, עם זאת קשה לי להגדירו כגוף שפועל לקידום ערכים חשובים לחברה. מפעל הפיס משווק בתמורה מלאה תכניות הימורים שונות והוא מפיק מכר רווח ניכר. אופן חלוקת הכנסות איננו] משפיע על מהותו של המוסד. לא ראיתי בהימור אף אם חוקי הוא במסגרת מפעל הפיס, מטרה חברתית ראויה."

בענייננו, איני רואה צורך לבחון את המטרות הכלליות של פעילות המערער מס' 1, וזאת משום שלפי המבחן השני ל"הגינותו" של טיפול - ואפילו כאשר אנו מפרשים מבחן זה על דרך ההרחבה - לא ניתן לסווג את מסע הפרסום של המערער מס' 1 בגדר המטרות שנקבעו בחוק ל"טיפול הוגן". השימוש שעשה המערער מס' 1 ביצירתו של צ'פלין נעשה לצרכי 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 "בקורת", "פרודיה" או "סאטירה". פרסומת, מעצם טבעה, אינה במה להבעת בקורת, וגם אם המערערים שילבו במסגרת תשדירי הפרסומת "פרודיה" או "סאטירה", זו שימשה לכל היותר ככלי ולא היתה מטרתם העיקרית של התשדירים.

יתר על כן, גם לפי המבחן הראשון של "טיפול הוגן" ביצירה - האם השימוש הוגן - השימוש שעשו המערערים ביצירתו של צ'פלין אינו בגדר "טיפול הוגן". פגיעה בזכויות יוצרים לשם הגדלת הכנסות מהגרלה היא שימוש הנעשה למטרות רווח ואינו מקדם, כשלעצמו, ערך חברתי כלשהו המצדיק פגיעה כזאת, ויפים לענין זה הדברים הבאים:

"However, the mere fact that Harper's is a non-profit organization that operates at a loss does not preclude a finding of commercial use; non-profit organizations enjoy no special immunity from determination of copyright violation. The question under factor one is the purpose and character of the use, not of the alleged infringer." (*Lish v. Harper's Magazine Foundation*, 807 F. Supp. 1090 (S.D.N.Y. 1992), 1101).

אפילו נמצא כי השימוש שעושה המערער מס' 1 בהכנסותיו מקדם ערכים חברתיים רצויים, אין בכך כדי "להלבין את החטא" שבהפרה ולעשות את הטיפול ל"הוגן". מטבע הדברים, כאשר בפרסום וקידום מכירות עסקי, אין זה סביר כי הפגיעה בזכויות היוצרים חיונית ונדרשת באופן ישיר לקידום של אותם ערכים.

לפיכך, יש לקבוע כי המערערים לא הרימו את הנטל שהיה מוטל עליהם כדי להוכיח את טענתם

שמעשיהם היו בגדר "טיפול הוגן" ביצירה.

הצו למתן חשבונות

24. כאמור לעיל צויה בית המשפט המחוזי, במסגרת פסק דינו החלקי, על המערערות לתת חשבונות לגבי מסע הפרסום ומכירות ה"לוטו" בתקופת מסע הפרסום. המערערות לא העלו השגות נגד סעד זה כשלעצמו כך שנתינתו לא הועמדה להכרעה בנפרד. מכל מקום, יש להעיר שהואיל וצו זה לא סיים **לענין החשבונות** אלא את השלב הראשון של הדיון, יש לראות בו החלטה אחרת שהערעור עליה מצריך נטילת רשות (ראו י' זוסמן **סדרי הדין האזרחי** (תשנ"ה-1995), בעמ' 770-774). רשות זאת לא נתבקשה ולפיכך היה דינו של הערעור בענין זה להדחות גם מטעם זה.

אחריותו של כל אחד מן המערערים

25. בית המשפט קבע כי כל שלושת המערערים תרמו להעתקה, לביצוע ולפרסום שהפרו את זכויות היוצרים של המשיבות. המערערים מס' 2 ו-3 לא ערערו על קביעה זאת ולפיכך יש להשאירה על כנה.

סיכום

26. נמצא כי המערערים הפרו את זכויות היוצרים של המשיבות בסרטים ולפיכך דין ערעורם להדחות.

המערערים ישאו בשכר טרחת עורך הדין של המשיבות בסך 100,000 ש"ח.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא ש' לזין:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' טירקל.

ניתן היום, י"א באדר א' תש"ס (17.2.2000).

שופט

שופטת

המשנה לנשיא

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
M04.96083930