



בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

ח' ניסן תשפ"ג
30.3.2023

בפני כבוד השופטת רונית אופיר

ג'סון דונילי – Jason Donelly, דרכון בריטי מס'
801678450
באמצעות ב"כ עו"ד עודד הכהן

התובע:

נגד

הוצאת עתון הארץ בע"מ ח.פ. 510015449
באמצעות ב"כ עו"ד דור ליאונד ועו"ד רם פרייס סיטון

הנתבעת:

פסק דין

א. רקע

1. שורשיה של תביעה זו נטועים בידיעה שפורסמה ביום 16.7.2019 באתר ה"דיילי מייל" הבריטי (להלן: "הפרסום בדיילי מייל" וה"דיילי מייל" בהתאמה). בפרסום בדיילי מייל נטען כי ראש ממשלת ישראל לשעבר, מר אהוד ברק (להלן: "ברק"), תועד בשנת 2016 בכניסה לביתו של מר ג'פרי אפשטיין (להלן: "אפשטיין") בניו יורק, כשהוא מסתיר את פניו. כפי שעוד תואר בפרסום בדיילי מייל, באותו היום בו נצפה מר ברק בכניסת לבית אפשטיין תועדו מספר נשים צעירות אשר נכנסו גם הן לביתו של מר אפשטיין בניו יורק.
2. הפרסום בדיילי מייל כלל תיעוד מצולם של ברק, העוטה מחמם צוואר ('חם צוואר') אשר כיסה את פניו עד לגובה עיניו (להלן: "הצילום"). עוד כלל הפרסום בדיילי מייל צילומים נוספים של אותן נשים אשר נטען כי נצפו נכנסות לביתו של מר אפשטיין באותו היום.
3. הפרסום בדיילי מייל, אשר התייחס למאורע שאירע בשנת 2016, היה בעל אופי חדשותי אקטואלי בשל אירועי התקופה:

- א. יש לזכור כי באותו הקיץ מדינת ישראל הייתה מצויה בעיצומה של מערכת בחירות שנייה לאותה שנה. ביום 6.7.2019 הודיע ברק על חזרתו למגרש הפוליטי ועל הקמת מפלגה חדשה בראשותו שתתמודד בבחירות.
- ב. באותו היום (6.7.2019) נעצר אפשטיין בניו יורק והוגש נגדו כתב אישום בגין סחר בקטינות למטרות מין.



בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

- ג. מספר ימים לאחר מכן, ביום 11.7.2019 פורסמה בעיתון "הארץ" חשיפה של העיתונאי גידי וייץ בדבר קשריו הכלכליים של ברק עם אפשטיין.
4. כאמור הפרסום בדיילי מייל נעשה מספר ימים לאחר חשיפתו של וייץ, ביום 16.7.2019.
5. עוד באותו הערב, פורסמה באתר "הארץ" ידיעה המסקרת את הפרסום בדיילי מייל, יחד עם תגובתו של ברק לפרסום ואיומו להגיש תביעת דיבה כנגד הדיילי מייל. במסגרת הידיעה הובא תיאור תמציתי של הפרסום בדיילי מייל, לצד דיווח עדכני אודות ההתפתחויות והתגובות בפרשה. לידיעה צורף קישור ישיר לפרסום באתר הדיילי מייל ונכלל בה צילום מסך של מקטע מתוך הפרסום באתר הדיילי כשהוא כולל את הצילום המתעד את ברק כשהוא עוטה על פניו את אותו חם צוואר (להלן: "צילום המסך").
6. למחרת, ביום 17.7.2019, פורסמה כתבה דומה גם במהדורה המודפסת של עיתון "הארץ". גם בכתבה במהדורה המודפסת הופיע צילום המסך, הכולל את הצילום המתעד את ברק בכניסה לבית כשהוא עוטה 'חם צוואר'.
7. ביום 18.7.2019 פורסמה ידיעה נוספת ב"הארץ" אשר התמקדה במכתב ההתראה ששיגר עורכי דינו של מר ברק לדיילי מייל ובתגובתו של הדיילי מייל למכתב ההתראה וסירובו להסיר את הצילום שפורסם. גם בידיעה זו נכלל קישור ישיר לפרסום בדיילי מייל וכן צילום המסך הכולל את תמונתו של מר ברק העוטה חם צוואר.
8. לשם השלמת התמונה נציין, כי כחודש לאחר מכן, בעודו במעצר, על פי הפרסומים, שם מר אפשטיין קץ לחייו.
9. התובע, מר גייסון דונילי (להלן: "התובע" או "דונילי") הוא הצלם אשר צילם את התמונות שנכללו בפרסום בדיילי מייל ובכלל זה הצילום מושא תביעה זו. הנתבעת, הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, היא המוציאה לאור של עיתון "הארץ", במהדורתו המודפסת והאינטרנטית (להלן: "הנתבעת" ו"הארץ" בהתאמה). כפי שנטען במסגרת תביעה זו, פרסום הצילום על ידי הנתבעת במהדורות השונות של עיתון "הארץ" הפר את זכויות היוצרים של התובע.
10. על כן הוגשה תביעה זו, על סך של 480,000 ₪, לפיצוי התובע בגין הפרת זכויות היוצרים שלו בצילום.



בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

ב. תמצית טענות הצדדים:

ב.1. תמצית טענות התובע

11. לטענת התובע, הוא בעל זכויות היוצרים בצילומיו ובכלל זה בעל הזכות הייחודית והבלעדית להעתיק את תצלומיו, לפרסם אותם, לשווקם, להעמידם לרשות הציבור וליתן רישיונות לצדדים שלישיים לעשות כן. התובע הוא גם בעל הזכות המוסרית בצילומים שצילם.

12. בפרסום הצילום במסגרת הכתבות במהדורות השונות של עיתון "הארץ", העתיקה הנתבעת ועשתה שימוש מסחרי מפר בצילום והפרה את זכויות היוצרים שלו, הן את הזכויות הכלכליות והן את הזכויות המוסריות.

13. עוד טוען התובע בכתב תביעתו כי בפרסום הצילום, עשתה הנתבעת עושר שלא במשפט, פגעה במוניטין של התובע ופגעה באופן אנוש בזכות הקניין שלו, אשר הוכרה כזכות על חוקתית.

14. לטענת התובע, מדובר בשישה מקרים שונים של שימוש מסחרי מפר בצילומיו על ידי הנתבעת. על כן עותר התובע לפיצוי ללא הוכחת נזק אותו העמיד על סך של 50,000 ₪ בגין כל הפרה של זכויות היוצרים שלו בצילום וסך נוסף של 30,000 ₪ בגין כל הפרה של זכותו המוסרית בצילום. בסך הכל העמיד התובע את תביעתו לפיצויים ללא הוכחת נזק על סך של 480,000 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה ועד יום התשלום בפועל.

ב.2. תמצית טענות הנתבעת

15. לטענת הנתבעת, אין מדובר בהפרת זכויות היוצרים של התובע, אלא בשימוש מותר. הפרסומים מושא התביעה נעשו למטרות סקירה ודיווח עיתונאי ועל כן עומדת לנתבעת הגנה של "שימוש הוגן" מכוח שילוב הוראות סעיפים 18 ו-19 לחוק הגנת זכות יוצרים, התשס"ח – 2007 (להלן: "חוק זכות יוצרים").

16. אין מדובר בשימוש מסחרי אלא בפרסום של ידיעה חדשותית מסוג "פולו אפ", אשר במסגרתה הוצג צילום מסך מתוך הפרסום בדיילי מייל. צילום המסך נעשה באופן המקובל במקרים של סיקור ודיווח על ידיעה ראשונית מתוך כלי תקשורת אחר, ובייחוד כאשר אותו פרסום ראשוני מבוסס רובו ככולו על צילומים.



בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

17. עוד טוענת הנתבעת כי היא לא העתיקה צילום כלשהו מהתובע. הנתבעת לא הורידה למחשביה תמונה כד לפרסמה לאחר מכן ברזולוציה גבוהה. כל שפורסם במסגרת הפרסומים ב"הארץ" היה צילום מסך כפי שהופיע באתר הדיילי מייל. בצילום המסך נראו רק שני צילומים כפי שהופיעו בפרסום בדיילי מייל, באופן מוקטן ולצד טקסט מן הפרסום באתר הבריטי בנוסף לכיתוב שהובא בפרסום המקורי ביחס לכל אחד משני הצילומים.
18. עוד מעלה הנתבעת טענות ותהיות באשר לזכויות התובע בצילומים הנטענים. לטענתה, הצילומים המקוריים לא צורפו לתביעה וגם במכתב ההתראה אשר מוען לנתבעת נטען כי זכויות היוצרים בצילומים שייכות לסוכנות צילום Probe Media ולא לתובע.
19. לטענת הנתבעת אין מדובר בשישה מקרים שונים, אלא בשני מופעים בלבד של אותו צילום.
20. באשר לזכותו המוסרית של התובע בצילום, כאמור, לטענת הנתבעת התובע לא הוכיח את זכויותיו בצילום, ונטען במסגרת מכתב ההתראה כי אלו שייכות לסוכנות Probe Media. עוד טוענת הנתבעת כי היא הציגה את הפרסום המקורי בדיילי מייל, אשר כלל את הקרדיטים המופיעים בפרסום הדיילי מייל בדיוק כפי שפורסמו. הקרדיט בגין הצילומים המופיעים בצילום המסך ניתן בפרסום בדיילי מייל לסוכנות Probe Media ולסוכנות EPA ולא לתובע. שמו של התובע לא צוין מלכתחילה כצלם של הצילום מושא התביעה, ועל כן יש לדחות את התביעה כנגד הנתבעת הן בטענה להפרת זכויות היוצרים הכלכליות של התובע והן להפרת זכויותיו המוסריות בצילום.
21. באשר לשיעור הפיצוי הסטטוטורי אותו יש לפסוק, טוענת הנתבעת כי התובע אינו זכאי לסעד כלשהו. לחילופין, שיעור הפיצוי שיש לפסוק לתובע הוא אפסי או נמוך באופן דרסטי משיעור הפיצוי הסטטוטורי הנטען על ידו, שכן לא נגרם לתובע כל נזק, לא נוצר לנתבעת כל רווח ומכלול הנסיבות מחייב פיצוי מינימאלי.

ג. השאלות המצויות במחלוקת

22. מטענות הצדדים כפי שאלו נפרסו בכתבי טענותיהם, במסגרת הדיון ובמסגרת סיכומיהם עולה כי השאלות המרכזיות שבמחלוקת הן השאלות הבאות:

- א. שאלת זכויות התובע בצילומים מושא התביעה – האם לתובע זכויות יוצרים בתמונות, או שמא אלו אינן שייכות לתובע אלא לגורמים אחרים.
- ב. האם מדובר בפרסומים מפרים, או שמא עומדת לנתבעת טענת ההגנה כי מדובר ב"שימוש הוגן". כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון האם מתקיימים תנאי סעיף 19





בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

לחוק זכות יוצרים ובין היתר, האם מדובר ב"ביקורת", "סקירה" או "דיווח עיתונאי", והאם התנאים בהם נעשה השימוש בצילום עולה כדי שימוש הוגן.

ג. האם הופרו זכויותיו המוסריות של התובע.

ד. ככל שייקבע כי הופרו זכויותיו של התובע, יש לבחון את מספר ההפרות שנעשו על ידי הנתבעת – האם מדובר בשישה פרסומים מפרים כטענת התובע; או בפרסום יחיד, כטענת הנתבעת; האם יש לפסוק פיצוי בגין הפרת זכותו המוסרית של התובע; ומהו סכום הפיצוי המתאים לעניין.

ד. ראיות הצדדים:

21. הצדדים הגישו ראיותיהם במסגרת תצהירי עדות ראשית. מטעם התובע הוגש תצהיר מטעם התובע בלבד, אשר נחקר על תצהירו. מטעם הנתבעת הוגש תצהירו של מר תמיר כהן, עורך החדשות בעיתון "הארץ" בתקופה הרלוונטית (להלן: "כהן"). כן הוגשה מטעם הנתבעת חוות דעת של פרופ' צבי רייך מהמחלקה לתקשורת באוניברסיטת בן גוריון, אשר חיווה דעתו ביחס לשאלה האם הצגת התצלומים על ידי "הארץ" בפרסומים מושא התביעה נעשתה על פי הנהוג והמקובל בעיתונות.

22. העדים נחקרו בחקירה נגדית בדיון מיום 27.4.2022 ובהמשך סיכמו הצדדים את טענותיהם בכתב.

23. הדיון התקיים בהקלטה במסגרת תיעוד הדיונים של מערכת בתי המשפט, וחלקו נערך בשפה האנגלית. נוכח העובדה כי במסגרת תיעוד הדיונים לא נערך תמלול לשפה האנגלית, ההפניות לתמליל הדיון יעשו לתמליל אשר תומלל ותורגם על ידי חברת סטנוגרמה, שצורף וסומן כנספח 1 לסיכומי הנתבעת.

ה. דיון והכרעה

ה.1. זכויות התובע בצילום

24. התובע טען, והעיד על כך במסגרת מספר תצהירים שהוגשו מטעמו במסגרת ההליך, כי זכויות היוצרים בצילום שייכות לו. כך העיד במסגרת תצהיר גילוי המסמכים מיום 8.1.2021, וכן במסגרת תצהיר עדותו הראשית מאפריל 2021.

25. אקדים ואומר כי לא מצאתי כי ניתן לייחס משקל לתצהיריו של התובע, אשר ניכר כי לא נוסחו ונכתבו על ידו. התובע הוא אזרח בריטי ששפת אמו אנגלית והוא אינו דובר את השפה



בית משפט השלום בבת ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

העברית. עיון בתצהיר התובע, אשר נכתב בשפה האנגלית ואומת בתצהיר נוטריון ציבורי אמריקאי, מגלה שגיאות תחביריות ותוכניות בשפה האנגלית, אשר לא סביר כי נכתבו על ידי מי ששפת אמו היא השפה האנגלית.

26. כך לדוגמא הצהיר התובע במסגרת תצהיר גילוי המסמכים:

"Copyright and distribution rights have always main..."

(ההדגשה אינה במקור – ר"א)

27. כך לדוגמא הצהיר התובע במסגרת תצהיר העדות הראשית מטעמו:

"3. I take pictures Description of their photography offers them to a variety of sites in the world

4. After I took the photos detailed in the statement of claim – the photos of Ehud Barak outside Jeffrey Epstein's house, I offered the photos to the Daily Mail, the price closed in a phone call, the advertising information, I sent an invoice for payment.

...

5. Copyrights and distribution rights have always remained with me....

8. Copyrights in my above photos.

9. The defendants, contrary to the provisions of the old law and made commercial use of infringing on 6 of my original photographs on the newspaper and on the website..."

(ההדגשות אינן במקור – ר"א).

28. כאשר נשאל התובע בחקירתו הנגדית על אופן הניסוח בתצהיריו, הוא הודה כי הוא לא היה מנסח את הדברים באופן שנכתבו (עמ' 9 ש' 7 – 8). התובע העיד כי לא הוא שניסח את התצהירים, אלא אלו נוסחו בעברית ותורגמו לאנגלית (עמ' 11 ש' 5 – 8).



בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

29. באופן כללי, ניכר היה מעדותו של התובע, כי הוא אינו בקיא בתכתובות ובכתבי הטענות אשר הוגשו מטעמו, ולא ברור כלל אם אלו הובאו לעיונו ואישורו בגרסתם האנגלית קודם למשלוח או להגשה לבית המשפט. כך לדוגמא, התובע לא ידע להשיב בנוגע למכתב ההתראה אשר נשלח בשמו קודם להגשת התביעה. לא היה ברור מעדותו באם תורגם לו המכתב ואם הוצגה לו גרסה אנגלית של המכתב (עמ' 33).
30. יחד עם זאת, ועל אף שלא מצאתי משקל בתצהיריו, מצאתי כי התובע הרים את הנטל המוטל עליו להוכחת זכויותיו בצילום.
31. סעיף 35(א) לחוק זכות יוצרים קובע את זכות היוצרים הראשונית של המחבר. הסעיף קובע כי מחבר היצירה יהיה בעל זכות יוצרים ראשונית ביצירה זו ולא המזמין, אלא אם כן הוסכם אחרת בין המזמין והיוצר, במפורש או במשתמע.
32. התובע העיד כי הוא זה שערך את המחקר וצילם את התמונות (עמ' 15 ש' 22 – 24; עמ' 46 ש' 13). עדות זו לא נסתרה. התובע העיד כי הוא אינו עובד של הדיילי מייל אלא היה "פריילנסר" במועדים הרלוונטיים (עמ' 27 ש' 12 – 16). עוד העיד כי הוא מכר את הצילום כחלק מסט צילומים שלם בצירוף מידע אותו הוא מכר לדיילי מייל (שם, בש' 16).
33. על כן, וגם אם הדיילי מייל הוא מזמין "היצירה", וגם אם התמונות צולמו לפי הזמנתו של הדיילי מייל, עדיין זכות היוצרים הראשונית בצילום שייכת לתובע ולא לדיילי מייל.
34. הנתבעת עמדה ארוכות על משמעות הנכתב בחשבונית שהוצאה על ידי התובע לדיילי מייל (נספח A לתצהיר עדות התובע, נכללה במסגרת נספח 2). בחשבונית זו צוין כי הוצאה עבור "Photography Jeffrey Epstein Pic Set" עבור משמרת יום ("Day Shift") ביום 18.1.2016. הנתבעת ניסתה ללמוד מהאמור בחשבונית כי התובע עובד עבור הדיילי מייל, כי עבודתו נעשית במשמרות, וכי מלכתחילה העבודה במסגרת בוצע הצילום בוצעה על ידו עבור הדיילי מייל. על כן לשיטת הנתבעת מבחינה מהותית הוא פעל כעובד שכיר אצל הדיילי מייל וזכויות היוצרים בצילומים אינן שייכות לתובע (סעיפים 63 – 69 לסיכומי הנתבעת). אולם לא מצאתי לקבל טענות אלו.
35. התובע העיד כי הוא לא העביר את הזכויות בצילום לדיילי מייל והנתבעת לא הוכיחה כי התובע והדיילי מייל הסכימו אחרת מהכלל הקבוע בסעיף 35(א) לחוק זכות יוצרים. אומנם לא קיים הסכם כתוב בין הצדדים באשר לזכויות בצילומים. עם זאת, התובע העיד כי היו הסכמות בעל פה בינו ובין הדיילי מייל לפיהן הדיילי מייל זכאי לקבל גישה לתמונות שצולמו על ידו ולבחור מבניהן את התמונות אותן ירצו לפרסם (עמ' 28 ש' 8 – 10 וכן בש' 22).



בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

16. התובע העיד כי רכישת סט התמונות נעשתה לשימוש חד פעמי (עמ' 37 ש' 2 – 4) וכי הוא היה רשאי למכור אותם שוב לשימוש מי שיחפוץ (עמ' 38 ש' 6 – 14).

36. גם מעיון בתכתובת שהוצגה בין התובע ובין נציגת הדיילי מייל, לאחר פרסום התמונות והאיוס בתביעת דיבה מצד מר ברק, עולה כי המידע – Metadata – הנוגע לתמונות נותר בידיו של התובע על גבי מצלמתו, ולא הועבר לדיילי מייל (מוצג 3 למוצגי הנתבעת). כך גם הסביר התובע בעדותו, אשר לא נסתרה:

"... And that information is all stored on my camera. All the settings, the setup for the exact time, date, every bit of information that takes that photo. Then on the computer, in my software that's used, there's metadata on every single image I shoot. And that metadata stores a basic information of everything, before someone writes an article or whatever they do with it". (עמ' 39 ש' 14 – 20).

37. עדותו של התובע יחד עם התכתובת מול הדיילי מייל, מרימים את הנטל המוטל עליו להוכחת זכויותיו בצילומים:

"כאשר מדובר בזכות יוצרים ראשונית, ייתכן כי לא יידרש להוכחת הזכות יותר מאשר עדותו בעל פה של התובע, שלא נסתרה בבית המשפט, על כך שהוא יצר את היצירה. זאת לאור הכלל כי היוצר הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה" (טוני גרינמן, זכויות יוצרים, מהדורה שנייה (התשס"ח-2007) עמ' 635 – 636).

38. לכל הפחות, עדותו של התובע, יחד עם התכתובת האמורה מול הדיילי מייל מעבירים את הנטל לנתבעת להוכיח אחרת. פרט לטענות המכחישות את זכויותיו של התובע בצילומים, לא הובאו ראיות או עדים מטעם הדיילי מייל המעידים כי אין לתובע זכויות בהם.

39. כך שמצאתי כי התובע הוא בעל זכות היוצרים בצילום.

ה. 2. מהו היקף ההפרה הנטענית – האם מדובר בצילום אחד או בשישה צילומים

40. קודם לדיון באם מדובר בפרסום מפר או באם מדובר בפרסום מותר, יש לבחון באופן עובדתי מהו היקף ההפרה. לטענת התובע, מדובר בשישה מקרים שונים בהם פורסמו צילומיו על ידי הנתבעת (סעיף 7 לכתב התביעה המתוקן). לא מצאתי כי התובע הוכיח טענה





בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

זו, אלא מצאתי כי היקף ההפרה עומד על פרסום הצילום – צילום בודד – במסגרת שלושה פרסומים שנעשו על ידי "הארץ".

41. במסגרת הכתבה באתר הנתבעת ובעיתון (נספח 5 לתצהיר הנתבעת; נ/2) נכלל צילום מסך הכולל שתי תמונות לצד כיתוב מהפרסום בדיילי מייל. אין מחלוקת כי רק התמונה השמאלית בצילום המסך צולמה על ידי התובע. כפי שמצוין על גבי התמונה השנייה (הימנית מבין השתיים) וכפי שהודה התובע עצמו הצילום לא צולם על ידי התובע אלא על ידי מי מצלמי סוכנות EPA (עמ' 16 ש' 25).

42. כך שמדובר בפרסום של צילום אחד של התובע, אשר הופיע הן בכתבה באתר הנתבעת ביום 16.7.2019 הן בפרסום במסגרת כתבה בעיתון המודפס יום למחרת, והן בכתבת המשך אשר פורסמה ביום 18.7.2019.

ה. 3. האם הנתבעת הפרה את זכות היוצרים של התובע או שמא מדובר בשימוש מותר

ה.3.א. שימוש הוגן

43. סעיף 47 לחוק זכות יוצרים קובע כי "העושה ביצירה פעולה מהפעולות המנויות בסעיף 11, או מדרשה לאחר לעשות פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכויות היוצרים, מפר את זכות היוצרים". אחת מהפעולות המנויות בסעיף 11 היא העתקה אשר מוגדרת במסגרת סעיף 12 לחוק זכות יוצרים כ"עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית". על כן, על פני הדברים פרסום הצילום אשר נלקח מאתר הדיילי מייל על ידי הנתבעת ללא רשותו של התובע מהווה הפרת זכות היוצרים שלו.

44. עם זאת, קיימים שימושים מותרים אשר עשייתם אף ללא הרשאתו של בעל זכות היוצרים תקנה הגנה בפני תביעה להפרת זכות יוצרים. שימושים אלו נכללים בפרק ד' לחוק, כאשר השימוש הרלוונטי לענייננו הוא השימוש ההוגן, בהתאם לסעיף 19 לחוק זכות יוצרים.

45. בהקשר זה, אכן צודקת הנתבעת כי יש לבחון את השימוש המותר בהתאם לחוק זכות יוצרים, אשר נכנס לתוקפו בחודש מאי 2008, ולא בהתאם לחוק הישן אליו מתייחס התובע בסיכומיו. כבר כאן אציין, כי חוק זכות היוצרים אשר נכנס לתוקפו בשנת 2008 כולל בחובו את הסטנדרטים המקובלים על פי אמנת טריפס.

46. טוען התובע כי בשימוש שנעשה בצילום יש משום פגיעה יסודית בזכות הקניין שלו. הצדק עמו, שכן כל הפרה של זכות יוצרים מהווה פגיעה בזכות הקניין של היוצר. עם זאת, גם



בית משפט השלום בבת ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

זכות הקניין, על חשיבותה הרבה, אינה זכות מוחלטת ויש לאזנה כנגד זכויות וערכים שונים.

חוק זכות היוצרים עומד על המתח הקיים בין הזכויות השונות – מחד זכות הקניין של היוצר, ומאידך זכויות וערכים נוספים עליהם מבקש החוק להגן. במסגרת זו נקבע איזון מסוים במסגרת השימושים המותרים:

כפי שנקבע על ידי כבוד השופטת אגמון-גוון בבש"א (מחוזי תל אביב) The 11646/08 football Association Premier League Ltd. נ' פלוני (2.9.2009):

"השימוש ההוגן הינו לב ליבו של האיזון בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים בין זכויות היוצרים לנחלת הכלל. בין זכות הקניין לזכות להשתתף ביצירת תרבות וצריכתה. חוק זכות יוצרים החדש קובע רשימה של שימושים מותרים, ביניהם שימוש הוגן. שימוש הוגן הוא שימוש שמותר לעשות ביצירה מוגנת גם ללא הסכמתו של היוצר או בעל הזכות... לצורך עידוד היצירה, מאפשרים ליוצר ליהנות, הנאה בלעדית, לתקופה מסוימת מפירות יצירתו. לכאורה, הנאה בלעדית כזו מחייבת איסור על כל שימוש אחר ביצירה. אולם, יד ביד עם דיני זכויות יוצרים, נקבעו זכויות מסוימות למשתמשים, המאפשרות שימוש מסוים ביצירות, גם ללא נטילת רשות מבעלי הזכויות. הצורך באיזון נובע מכך שמתן זכות יוצרים ביצירה, מטיל מגבלות על חופש הביטוי, הזכויות התרבותיות, חופש היצירה וחופש המידע. השימושים המותרים, ובראשם השימוש ההוגן מדגישים את האינטרס הציבורי בשימוש חופשי ביצירות התרבות ובהנגשתם לציבור רחב ככל האפשר..." (ההדגשה אינה במקור- ר"א).

47. שימוש הוגן, כאמור בסעיף 19 (א) לחוק זכות היוצרים, הוא שימוש לאחת מבין המטרות הקבועות בסעיף: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך. אין מדובר ברשימה סגורה (טוני גרינמן, זכויות יוצרים, מהדורה שלישית (התשפ"א- 2020) עמ' 406, להלן: "גרינמן" (ההתייחסות להלן תעשה למהדורה השלישית לספרו של גרינמן).

48. בענייננו, תוכנה של הכתבה עוסק בפרסום בדיילי מייל. כותרת הכתבה מכריזה כי: "ברק יתבע עיתון שרמז שנפגש עם צעירות בביתו של אפשטיין" ובכותרת המשנה: "ה"דיילי





בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

מייל פרסם תמונות של ברק שבהן הוא נכנס לביתו של המליארדר המואשם בסחר בקטינות לצד תמונות של נשים שנכנסו לאותו בית, כנראה בשעות אחרות באותו היום". בגוף הכתבה מתואר כי מר ברק "הודיע אמש שבכוונתו להגיש תביעת דיבה נגד אתר ה"דיילי מייל" שפרסם תמונת פפרצי שבה תועד ב-2016 כשהוא נכנס לביתו של המיליארדר החשוב בסחר בקטינות ג'פרי אפשטיין בניו יורק, כשאת פניו מכסה צווארון מעילו". הכתבה מצטטת את הדיווח באתר הדיילי מייל ואת תגובתו של ברק לאמור בכתבה. כאמור, הצילום מצורף כחלק מצילום מסך שנעשה לפרסום בדיילי מייל.

49. לא יכולה להיות מחלוקת כי מדובר בדיווח עיתונאי. הנתבעת פרסמה את הכתבה על מנת להביא לידיעת הציבור את דבר פרסום הכתבה בדיילי מייל, את תגובתו של ברק לפרסום ואיומו להגיש תביעת דיבה. מדובר בדיווח עיתונאי אשר נעשה על רקע כתבה קודמת אותה פרסמה הנתבעת מספר ימים קודם לפרסום בדיילי מייל אודות השותפות בין אפשטיין לברק (נספח 1 לתצהיר הנתבעת), כאשר מדינת ישראל היתה מצויה בעיצומה של מערכת בחירות, ועל רקע הכרזתו של ברק כי יתמודד בבחירות במסגרת מפלגה בראשותו (סעיפים 1 – 4 לתצהיר כהן; עמ' 51 ש' 7 – 16).

50. מדובר במידע רלוונטי, בעל ערך חדשותי, הקשור לאירועים הפוליטיים והאקטואליים באותה תקופה וכן לידיעה חדשותית קודמת שפורסמה.

51. כפי שכותב המלומד גרינמן בספרו:

"ההיתר לשימוש הוגן לצורך דיווח עיתונאי מתבקש לנוכח האינטרס הציבורי הגלום בהפצת מידע ובריבוי דעות. המונח "דיווח עיתונאי" החליף את המונח "תמצית עיתונאית" שחתם את רשימת השימושים המותרים על פי החוק מ-1911 והוא ללא ספק רחב מקודמו. לכן, הוא חל לא רק על עיתונות כתובה מסורתית אלא גם על עיתונות משודרת ואלקטרונית....

...

ייתכנו מקרים שבהם יעשה שימוש ביצירה כגון תצלום, סרטון או מכתב בשלמותם במסגרת דיווח כתוב או מצולם שעשוי להידרש ליצירה בהקשר חדשותי, או עיתונאי במובן רחב יותר. במקרים כאלה יש לראות בפרסום דיווח עיתונאי ולהמשיך לשקול את יתר





בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

שיקולי ההוגנות....” (שם בעמ' 527 – 528, ההדגשה אינה במקור- ר"א).

52. הגנת השימוש ההוגן יכולה לחול גם על פרסום אודות אירועים שהתרחשו זמן רב לפני הפרסום "שעה שאירועים אלה היו רלוונטיים בעת הפרסום" (גרינמן, שם). העובדה כי מדובר בצילום אין בה כשלעצמה כדי להחריג את הפרסום מגדר "דיווח עיתונאי" במקרים בהם הצילום הינו חלק בלתי נפרד מהדיווח העיתונאי:

“החוק האנגלי אינו מתיר שימוש בצילומים לצורך דיווח עיתונאי, מן הטעם שהערך העיקרי בצילום נמדד, לעיתים רבות, בשימוש המיידי בדיווח חדשות. היתר להשתמש ביצירת צילום ללא הסכמת הצלם עלול לשלול ממנו מקור פרנסה חשוב. בחוק הישראלי אין סייג כאמור, אך בית המשפט מצווה לשקול בכל מקרה ומקרה את השיקולים האמורים ושיקולים אחרים במסגרת שיקולי ההוגנות...

אלה עשויים לשלול מהמשתמש את האפשרות לחסות בצילו של היתר, אך כל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו. ייתכנו נסיבות שבהן יהווה יצירת הצילום חלק אינטגרלי מהסיפור החדשותי. בדומה לנסיבות שבהן דיווח חדשותי הוא חלק אינטגרלי מהחדשות עצמן...

כמו במקרים אחרים, בדרך כלל יש לבחון את מטרת השימוש בעיקר אצל המשתמש הנתבע, ולא אצל המשתמש הסופי....

למרות הדברים לעיל... בנסיבות מתאימות שימוש ביצירה ייחשב להוגן בשל מטרת השימוש של המשתמש הסופי. זאת, כאשר הערך שבשימוש עולה על ה"פסול" שבמטרה המסחרית של המשתמש. (גרינמן, שם בעמ' 530 – 531, ההדגשות אינן במקור- ר"א).

53. בת"א (שלום בית שאן) 4384-12-13 אפרים שריר נ' טלטל ערוצי תקשוב בע"מ (28.9.2014) (להלן: "עניין שריר") נדון מקרה בו פורסמה באתר וואלה כתבה אודות כתבה שפורסמה בעיתון לבנוני על רקע חלופי 5 שנים למלחמת לבנון השנייה. במסגרת הכתבה הלבנונית נעשה שימוש בתמונה שצולמה על ידי התובע בהליך בה נראית דמותו של שר הבטחון דאז, מר עמיר פרץ, כשהוא מביט בתרגיל צבאי דרך משקפת סגורה. הכתבה בוואלה סיקרה את הכתבה בעיתון הלבנוני בהביאה צילום מסך מתוך האתר של העיתון



בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

הלבנוני, כאשר תמונת שר הביטחון מהווה חלק מאותו צילום מסך. בעניין שריד נקבע כי מדובר בדיווח עיתונאי, אולם בית המשפט שם לא מצא כי הדבר עונה על מבחני ההוגנות הנדרשים בהתאם לסעיף 19(ב) לחוק זכות יוצרים וזאת בעיקר משום שהופרה הזכות המוסרית של התובע באותו מקום בשימוש בצילום בכתבה הלבנונית (ועל כך עוד בהמשך).

54. הנתבעת טענה והרחיבה במסגרת ההליך באשר לפרקטיקה הנוהגת בפרסומים מסוג ידיעות "פולו אפ". לטענתה פרסום מסוג "פולו אפ" הוא נפוץ ומקובל בעולם העיתונות ובפרט כאשר מדובר בדיווח על פרסום של גוף תקשורת זר אודות מקרה שארע בחו"ל. לטענתה, פרסומה של ידיעת ה"פולו אפ" אינו כרוך באישור מעם המפרסם הראשון או בתשלום כלשהו. די בכך כי גוף התקשורת ינהג במקרה זה בהתאם לכללי הפרקטיקה הרווחת וכללי מועצת העיתונות. לטענתה, אלמלא כן "חופש הביטוי וזרימת המידע היו נפגעים באופן ממשי ודרמטי, העיתונות היתה חוטאת לתכליתה וחובתה המקצועית והמוסרית" (סעיף 106 לסיכומי הנתבעת). בתמיכה לכך הביאה הנתבעת את חוות דעתו של פרופ' רייך, אשר סקר פרסומים מסוג פרסומי פולו אפ, תוך שעמד על מקומן של ידיעות "הפולו אפ" בעולם העיתונות (פרק א' לחוות דעת פרופ' רייך); עמד על טיבן של ידיעות חדשותיות המבוססות על צילומים ובאופן ספציפי על ידיעות "פולו אפ" צילומי (פרקים ב' ו' לחוות דעת רייך). באשר לפרסום מושא התובענה, חיווה פרופ' רייך דעתו כי זה נעשה תוך שימוש מצומצם בצילום, במינימום הנדרש, בדרך עקיפה של צילום מסך ותוך מתן קרדיט לדיילי מייל ולמצלם ובהתאם לפרקטיקה הנוהגת (פרק ד' לחוות דעת פרופ' רייך).

55. אומנם חוות הדעת הייתה מעניינת ומחכימה (על שלל דוגמאותיה וצילומיה) אך לא מצאתי כי יש לקבוע מסמרות באשר להכללות ידיעות "פולו אפ" באופן גורף בגדר הגנת השימוש ההוגן". הנהוג הקיים בפרקטיקה העיתונאית הנוגע לפרסומי "פולו אפ" אינו עומד מעל הוראות חוק זכות יוצרים. לשון חוק זכות יוצרים אינה מאבחת את ידיעת ה"פולו אפ" מכלל הדיווחים העיתונאים, ואינה מגדירה אותה באופן נפרד כשימוש הוגן. אומנם כאמור אין מדובר ברשימה סגורה, אולם עדיין יש לבחון כל שימוש בהתאם למבחני ההוגנות. העובדה כי מדובר בדיווח עיתונאי, ובאופן ספציפי בדיווח עיתונאי מסוג "פולו אפ" אינה מקנה באופן אוטומטי הגנה, אלא יש לסרוק את הפרסום במסרקות מבחני השימוש ההוגן. בכלל זה יש לבחון האם הצילום שנכלל בגדר הדיווח עומד במבחנים הקבועים בסעיף 19(ב) לחוק זכות יוצרים ולבחון האם הערך בגלום בפרסום עולה על הערך "הפסול" של הפגיעה בזכות היוצרים של התובע.



בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

ה.3.ב. מבחני ההוגנות

56. באשר לבחינה הנדרשת לשם הגדרת השימוש כ"שימוש הוגן" קובע סעיף 19(ב) מספר שיקולים אותם יש לשקול:

לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לפי 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.

57. הגנת השימוש ההוגן אומצה מהחוק האמריקאי והדמיון בין סעיף 19 לחוק זכות יוצרים ובין החוק האמריקאי הוא כמעט זהה. על כן עיון בפסיקות אמריקאיות יש בו כדי להרחיב ולהבהיר ביחס לענייננו. כבר כאן אציין, כי על אף שהתובע הפנה לתמיכה בטענותיו למספר פסקי דין שניתנו ביחס לשימוש הוגן, מצאתי כי יש לאבחן את ענייננו מאותם פסקי דין. כפי שגם יפורט בהמשך, באותם מקרים נשללה הגנת השימוש ההוגן בין היתר מתוך שלא ניתן קרדיט לבעל היצירה, ונעשתה הפרה של זכויותיו המוסריות. לא כך בענייננו. על פני הדברים, הנתבעת כללה בצילום המסך את הצילום כפי שפורסם בדיילי מייל, לרבות הקרדיט לסוכנות Probe-media ולרבות הקרדיט לדיילי מייל. על כן, מצאתי להידרש לפסיקה אמריקאית שהובאה לפניי, וכן פסיקה נוספת, הדנה במבחנים דומים אותה מצאתי רלוונטית לענייננו.

ה.3.ב.1. מטרת השימוש ואופיו:

58. אין מחלוקת כי הנתבעת היא גוף מסחרי. מדובר בחברה מסחרית המספקת מגוון שירותים ותכנים הנוגעים לעדכוני חדשות ואקטואליה ופועלת למטרות רווח. עם זאת, לא די בכך כדי לקבוע כי מדובר בשימוש לא הוגן. כפי שקובע גרינמן בספרו:

"במקרים רבים יימצא כי לשימוש ביצירה המוגנת יש מאפיינים מעורבים. על כן יש לבחון את שאלת המסחריות לצד מאפיינים



בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

נוספים של השימוש ולערוך ביניהם איזון... אם השימוש ביצירה הוא בעל אופי טרנספורמטיבי, פוחת משקלו של האופי המסחרי... כך למשל לשימוש טרנספורמטיבי ביצירה למטרת דיווח חדשותי יש מאפיין אינפורמטיבי מובהק. בה בעת העיתון או גוף השידור המביא את הדיווח עשוי להיות עסק מסחרי. מכיוון שהאינטרס החברתי לקבל מידע חדשותי הוא חזק, במקרים רבים יהיה הערך החברתי של השימוש בעל משקל רב יותר ממשקלו של ההיבט המסחרי" (שם בעמ' 571, וכן בפסיקה המוזכרת שם).

59. כפי שנפסק בפסיקה לא אחת, האופי הטרנספורמטיבי של השימוש הינו השיקול הראשון במעלה לבחינת השימוש ההוגן (וראו: ע"א 9183/09 The football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.5.2012); ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ (7.8.2019)).

60. גם בפסיקה האמריקאית השאלה החשובה ביותר בבחינת אופי השימוש היא השאלה האם השימוש הוא שימוש "שמחדש" ("טרנספורמטיבי"). כלומר, האם השימוש ביצירה הקודמת הוא "שימוש שמוסיף ביטוי חדש שלא היה קיים קודם לכן, בעל תכלית, אופי, או מסר שונים מן התכלית, האופי או המסר של היצירה הקודמת" (גרינמן, בעמ' 508). כך מביא גרינמן בספרו פסיקה אמריקאית בה נקבע כי השימוש שעושה מנוע החיפוש "גוגל" בתמונות ממוזערות שהועתקו מאתרי אינטרנט נחשב כשימוש הוגן משום שנמצא טרנספורמטיבי (Perfect 10, Inc. V. Amazon.com., 508 F.3d 1146 (9th Cir.2007)).

61. אומנם העתקה של יצירה או חלקים ממנה והשתלתם ביצירה אחרת אינן כשלעצמן בגדר שינוי טרנספורמטיבי, אולם כאמור יש לבחון את ההקשר ואת הנסיבות:

62. כך קבע בית המשפט הראשון לערעורים בארה"ב בפסק דין Nunez v. Caribbean International News Corp. 235 F3d 18, 22 (1st Cir. 2000) (צורף לסיכומי הנתבעת כאסמכתא 1, להלן: "עניין Nunez"). באותו עניין, נדונו תמונות חושפניות של מיס פורטו ריקו שצולמו על ידי התובע. על רקע סערה ציבורית שהתעוררה בשאלה האם מיס פורטו ריקו ראויה לייצג את מדינתה לאור תמונות אלו, פורסמו מספר מאמרים וכתבות על ידי הנתבעת בתיק, אשר כללו את התמונות שצולמו על ידי התובע. בית המשפט קבע כי לעיתים התמונה נדרשת כדי להעביר אינפורמציה ולהציב את הידיעה בחדשותית בהקשר המתאים לה. על כן ישנם מקרים בהם התמונה היא הסיפור: "the pictures were the story". באותם מקרים, לא ניתן להסביר את הדיווח מבלי ללוותו בתמונה או בצילום כפי שהם.





בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

63. בפסיקה אמריקאית נוספת, שניתנה בבית המשפט המחוזי בוירג'יניה: *Philpot v. Media*, Research Center, 279 F. Supp 3d. 708, 714-15 (E.D.Va 2018) (להלן: "עניין Philpot"), נקבע כי העובדה שהנתבעת שם עשתה שימוש בתמונות של מוזיקאים שצולמו בעת הופעה כדי להתייחס לנושאים המצויים בדיון ציבורי (פרסום תמונות המוזיקאים באתר הנתבעת נעשה כדי להביא לציבור את העובדה כי אותם מוזיקאים תומכים ב"זכות לחיים" (pro-life)), מהווה טרנספורמציה של המטרה לשמה צולמה התמונה ובהתאם שימוש הוגן.

64. בעניין *Nunez* ועניין *Philpot*, הצגת התמונות במסגרת הדיווח עיתונאי שינתה ממטרתן המקורית של התמונות – שהייתה צילום אומנותי לצרכי דוגמנות או תיעוד מוזיקאים. לא כך בענייננו, שכן הצילום מלכתחילה נועד לצורך חדשותי, אינפורמטיבי.

65. אולם גם בענייננו, קיים שימוש טרנספורמטיבי בצילום. בעוד עיקר הכובד של הפרסום בדיילי מייל עוסק בהימצאותו של מר ברק בפתח ביתו של אפשטיין תוך הסתרת פניו; נקודת הכובד בכתבות הנתבעת עוסק בתביעת הדיבה אותה מתעתד ברק להגיש בעקבות הפרסום בדיילי מייל. כמו ב עניין *Nunez*, גם בענייננו מצאתי כי הדיווח האינפורמטיבי ימצא חסר באופן מהותי ללא פרסום הצילום, ועל כן הערך האינפורמטיבי עולה על הערך המסחרי של הפרסום.

66. בהקשר זה, קשה עד לא ניתן לנתק את הצילום מהדיווח עצמו. הכתבה מדווחת על תביעת הדיבה אותה מתעתד מר ברק להגיש בשל הרמזים שנרמזו כנגדו בפרסום בדיילי מייל. כמתואר בכתבה הפרסום בדיילי מייל דיווח כי "אהוד ברק נראה מסתיר את פניו בכניסתו לאחוזתו של ג'פרי אפשטיין בינואר 2016... קבוצת נשים נראו גם הן נכנסות לביתו של המולטי מיליונר באותו היום שבו ברק, הנשוי, תועד". הפרסום בדיילי מייל הסתמך על הצילום בו נראה ברק מסתיר את ברק. מכאן, שהצילום הוא הסיפור. גם ברק בתגובתו התייחס לצילום ולטענה כי הסתיר את פניו, ודחה את הנרמז כנגדו, כאילו הסתיר את פניו "מלבד העובדה שברק מודה שבינואר בניו יורק קר מאד" נמסר".

67. אומנם באופן עקרוני ניתן לדווח על תביעת הדיבה אותה התעתד מר ברק להגיש גם ללא הצילום; אולם הדיווח העיתונאי ימצא חסר. שכן מהו הסיפור? התמונה מגלמת בחובה את הסיפור: האופן שבו נצפה ברק בכניסתו לביתו של אפשטיין והאם ניסה להסתיר את פניו. יראו הקוראים וישפטו – האם הסתיר את פניו, או שמא מדובר בפריט לבוש תמים. לא ניתן לדווח דיווח עיתונאי מלא ללא פרסום הצילום עצמו. על כן הצילום עצמו, על אף אפיה המסחרי של הנתבעת, הוא עצמו הדיווח.





בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

68. כפי שנפסק ב עניין Nunez, העובדה כי הצילום מהווה ידיעה עיתונאית אין בה די כדי להקנות לה את הגנת השימוש ההוגן, אולם אין באופיו המסחרי של הפרסום כדי לשלול ממנה את ההגנה ועל כן יש להוסיף ולבחון את יתר המבחנים:

"In sum, the highlighting of the photograph on the front cover of El Vocero exposes the commercial aspect of the infringing use, and counts against the appellee. However, the informative nature of the use, appellee's good faith, and the fact that it would have been difficult to report the news, without reprinting the photograph suggest that on the whole, this factor is either neutral or favors a finding of fair use" (p. 6)

ה.3.ב.2. אופי היצירה שבה נעשה השימוש

69. בבחינת אופי היצירה יש לבחון את רמת היצירתיות המושקעת ביצירה. ככל שמדובר ברמת יצירתיות גבוהה, כך ההגנה על היצירה תהיה רחבה יותר (וראו לעניין זה בת"א (שלום ראשלי"צ) 13-11-48263 יואל רונן נ' עמותת "תנו לחיות לחיות" (5.1.2016)). כך נקבע בפסיקה האמריקאית כי "אם מדובר בתיעוד עובדתי, ייתכן שיש עניין לחשוף אותו לציבור ובייחוד אם מדובר בתיעוד של אירוע ובעיקר תיעוד מצולם ייחודי, עשויות "דרישות ההיסטוריה" לחייב מרחב לשימוש הוגן" (גרינמן, שם בעמ' 575 – 576).

70. במסגרת מבחן זה יש משמעות לעובדה אם מדובר בפרסום ראשון. בתי המשפט ראו בחומרה את עובדת פרסומה של יצירה שטרם פורסמה, ונתנו לכך משקל משמעותי בבחינת הוגנות הפרסום (ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, 839 (2000); גרינמן בעמ' 577).

71. בענייננו, חשיבות התמונה אינה ביצירתיותה, אלא בעצם קיומה. מדובר בתמונת פפארצי שכל מטרתה הייתה "לתפוס" את ברק במקום. כפי שהתובע עצמו העיד – הוא אינו צלם אומנותי או "עריכת" אלא צלם "חקירתי" (עמ' 21 ש' 24 – 26). כך שערכו של הצילום אינו אומנותי – מסחרי, אלא חקירתי – אינפורמטיבי.

72. על כן ועל אף שהושקעו מצדו של התובע מאמצים ושעות עבודה הרבות לשם השגת התמונה, לא ניתן לומר כי מדובר ברמת יצירתיות גבוהה אשר מטה את הכף לשם הסרת



בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

הגנת השימוש ההוגן. ממילא הפרסום נעשה בעקבות הפרסום בדיילי מייל, כך שאין מדובר בפרסום ראשון, אלא בפרסום הנותן תהודה ונפח נוסף לפרסום בדיילי מייל.

ה.3.ב.3 היקף השימוש

73. היקף השימוש נבחן הן מבחינה איכותית והן מבחינה כמותית, ביחס ליצירה בשלמותה. ביחס לצילומים היקף השימוש נבחן באופן מעט שונה, שכן לא ניתן לקחת רק חלקי צילום על כן יש ליתן משקל למבחנים האחרים (וראו: ד"ר דפנה לוינסון – זמיר "ההגנה על שימוש הוגן בזכויות יוצרים" משפטים טז 430 (1986)).

74. בענייננו, מצאתי כי הנתבעת עשתה שימוש בצילום אחד של התובע. צילום זה פורסם כצילום מסך מתוך הפרסום בדיילי מייל, משקף את הפרסום בדיילי מייל ולצד מלל מהפרסום בדיילי מייל, כך שהיקף השימוש אינו חורג משימוש הוגן.

75. באופן דומה נקבע בפסיקה אמריקאית בפסק דין של בית המשפט המחוזי של המחוז הדרומי של ניו-יורק Yang v. Mic Network, Inc. 405 F.Supp 3d 537, 543 (S.D.N.Y. יורק 2019) (צורף כאסמכתא 4 לסיכומי הנתבעת, להלן: "עניין Yang"). שם פורסם בעיתון הניו יורק פוסט מאמר פרובוקטיבי של כותב בשם Rochkind תחת הכותרת "Why I won't date hot women anymore" כאשר במסגרת המאמר הופיעו מספר צילומים של הכותב, אשר צולמו על ידי התובע. הנתבעת פרסמה מאמר המתייחס למאמר המקורי ולביקורת שהתעוררה בעקבותיו, כאשר במסגרת מאמר התגובה נכלל צילום מסך מהמאמר המקורי אשר כלל בחלקו את אחד מהצילומים. בית המשפט קבע כי מדובר בשימוש הוגן:

"Here, Defendant used a significantly cropped version of the Photograph as part of a Screenshot including the Post article's headline... Even drawing all available inferences in Plaintiff's favor, it is implausible that this was not a reasonable use of the Photograph to achieve the purpose of both identifying the object use of controversy and satirizing the Post article and Rochkind" (p. 12)

(ההדגשה אינה במקור – ר"א).

76. באופן דומה נפסק בת"א (שלום ראשל"צ) 3051-12-17 ברדוגו נ' אביר (3.4.2019) (להלן: "עניין ברדוגו") לגבי תמונתו של הרמטכ"ל אשר הובאה כחלק מכתבה אותה ביקר הנתבע באותו מקרה (אשר לגבי התמונה ניתן קרדיט לצלם):



בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

"בענייננו, נעשה השימוש בצילום כחלק מהכתבה שהיא והתופעה שהיא מבטאת הן מושא ביקורתו של הנתבע. למעשה, לא ניתן היה לבקר את האמור בכתבה מבלי לכלול בה את התמונה, כחלק מאותה כתבה..." (שם בפסקה 13, ההדגשה אינה במקור- ר"א).

77. ודומים הדברים לענייננו. הנתבעת עשתה שימוש בצילום מסך מתוך הפרסום בדיילי מייל, כשהוא כולל תמונה אחת של התובע, הנוגעת לתוכן הכתבה בקשר הדוק. כך שמצאתי לקבל את טענת הנתבעת כי מדובר בשימוש מידתי שאינו עולה על הנדרש לצורך השימוש.

ה.3.ב.4. השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה

78. כפי שנקבע לא אחת, השימוש משפיע על ערך היצירה והשוק הפוטנציאלי שלה, כאשר הפרסום מופנה לאותו שוק עמו מתכתבת היצירה המקורית. בענייננו, אכן מדובר באותו שוק עמו מתכתבת היצירה המקורית – שוק החדשות והאקטואליה.

79. יחד עם זאת, אין מדובר בפרסום הצילום המקורי, אלא כחלק מצילום מסך. כך שלא סביר כי משתמשים עתידיים יבקשו לעשות שימוש בצילום המסך תחת הצילום המקורי (וראו לעניין זה בעניין Yang בעמ' 14 לפסק הדין).

80. על כך אוסיף כי לא הוצגו על ידי התובע ראיות המלמדות על ערכו של הצילום המקורי, או על כי ערכו של הצילום ירד. בהקשר זה לא ניתן להתעלם מהעובדה שהתמורה עבור הצילום שולמה לתובע על ידי הדיילי מייל ועמדה על סך של \$ 4,000. תמורה זו ניתנה עבור סט של תמונות אשר צולמו באותה משמרת יומית ביום 18.1.2016.

מהו ערכו של הצילום הבודד מכלל התמורה? לא הובאו ראיות לכך.

81. זאת ועוד. מדובר בצילום חדשותי מסוג "פפארצי", ולא בצילום אומנותי. כך שעיקר ערכו של הצילום מגולם בפרסומו הראשוני, ולאחר פרסומו הראשוני ערכו של הצילום והשוק הפוטנציאלי שלו פוחתים באופן משמעותי.

על העובדה כי עיקר ערכה החדשותי של תמונה מסוג זה הוא מופעה הפומבי הראשוני, ניתן גם ללמוד מההתכתבות שבין שחר גולן, מפיקה בעיתון הארץ ובין סוכנות Probe Media מיום 16.7.2019 (נספח 6 לתצהיר כהן; סעיף 17 לתצהיר כהן). במסגרת אותה התכתבות ביקשה המפיקה לעיין בתמונות שצולמו על ידי הסוכנות, ולא פורסמו, על מנת לאתר תמונות נוספות בעלות מידע חדשותי.



בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

82. גם הפרסומים הרבים של הצילום בכלי תקשורת רבים, לרבות בכלי תעמולה במסגרת מערכת הבחירות מעידים כי עיקר ערכו של הצילום הוא בפרסומו הראשוני, ואין בפרסום על ידי הנתבעת כדי להשפיע על ערכו או על השוק הפוטנציאלי שלו (נספחים 7 – 12 לתצהיר כהן; נספחים 27 – 34 לחוות דעת רייך). המפרסמים האחרים לא עשו שימוש בפרסום אותו פרסמה הנתבעת, אלא רובם ככולם עשו שימוש בצילום כפי שזה הופיע בדיילי מייל.

83. כך שגם בהתאם למבחן זה מצאתי כי השימוש בו עשתה הנתבעת בצילום אינו חורג מגדר "השימוש ההוגן".

84. כפי שנפסק לא אחת, אין מדובר ברשימת שיקולים סגורה, אלא בנוסף לשיקולים אלו יש לשקול את כיבוד זכותו המוסרית של התובע, תום ליבה של הנתבעת ותדירות השימוש ביצירה או ביצירותיו של התובע. אקדים ואומר, כי גם לאחר שבחנתי שיקולים אלו מצאתי כי עומדת לנתבעת הגנת השימוש ההוגן.

4. ה. זכותו המוסרית של התובע ושיקולים נוספים

85. בסיכומיו מפנה התובע למספר פסקי דין בהם נשללה הגנת השימוש ההוגן. המכנה המשותף בין פסקי דין אלו הוא הפגיעה בזכות המוסרית של בעל היצירה ואי ציון שמו של בעל זכות היוצרים ביצירות שפורסמו.

86. כך בעניין שריד, צילום המסך מהכתבה הלבנונית נעשה מבלי שבכתבה הלבנונית ניתן קרדיט לצלם. כפי שנפסק על ידי בית המשפט שם, היה על הנתבעת, מפרסמת הכתבה והתמונה, לברר מיהו בעל זכות היוצרים בתמונה והימנעותה ממתן קרדיט לתובע מצדיקה את שלילת הגנת השימוש ההוגן.

כך גם נקבע בת"א (מחוזי תל אביב) 18-02-17253 שוורצברג נ' וואלה תקשורת בע"מ (17.3.2020) כי לא עומדת לנתבעת הגנת "מפר תמים" או הגנת ה"שימוש ההוגן" וזאת בעיקר משום שלא ניתן קרדיט לצלם, אשר זהותו היתה ניתנת לגילוי במאמץ לא רב.

כך גם נפסק בע"א (מחוזי תל אביב) 3038/02 זום תקשורת (1992) בע"מ נ' הטלוויזיה החינוכית הישראלית (29.4.2007), כי משלא ציינה הנתבעת את בעל זכות היוצרים ביצירה, אין היא יכולה להיחשב כמי שעשה שימוש ביצירה שימוש הוגן.

87. לא כך בענייננו. עיון בפרסומי הנתבעת מעלה כי צילום המסך נכלל בכתבות כשהוא כולל את הקרדיט לצלם, כפי שזה נכלל בפרסום בדיילי מייל. אומנם לא ניתן קרדיט לתובע עצמו; אך בצילום המסך ניתן קרדיט ברור לסוכנות "Probe Media.com".





בית משפט השלום בבית ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

88. התובע העיד כי הוא אינו מעוניין ששמו יופיע על הצילומים. התובע הסביר כי בשל האופי המסוכן של עבודתו, הוא מעדיף לחסום תחת שם הסוכנות Probe Media על מנת להגן עליו ועל משפחתו (עמ' 18 ש' 16 – 20 וכן בעמ' 21 – 22). התובע גם העיד כי לא הייתה לו כל השגה כלפי הדיילי מייל על כי לא ציינו את שמו על הצילום (עמ' 18 ש' 7 – 11).

89. התובע עצמו העדיף כי שמו לא יופיע על הצילום, אלא יופיע שמה של הסוכנות Probe media. על כן משניתן הקרדיט לסוכנות הצילום, לא ניתן לומר כי לא ניתן קרדיט מתאים לבעל זכות היוצרים. הנתבעת פרסמה את הצילום כפי שהופיע בפרסום הדיילי מייל, על הקרדיט המופיע בו, ועל כן לא ניתן לשלול ממנה בשל כך את הגנת המפר התמים.

90. כך גם לגבי הטענה להפרת זכותו המוסרית של התובע ביצירה. הזכות המוסרית מורכבת משתי זכויות משנה: זכות ההורות, או זכות הייחוס והזכות לשלמות היצירה (רע"א 7774/09 ויינברג נ' ויסהוף (28.8.2012); וכן גיא פסח "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי" ספר ויסמן (תשס"ב) 463).

91. בענייננו, לא נפגמה שלמות היצירה, שכן הצילום פורסם כפי שהופיע באתר הדיילי מייל. באשר לזכות הייחוס, הרי שהיא מוגבלת להיקף ולמידה הראויים בנסיבות העניין (וראו לעניין זה בת"א (שלום תל אביב) 18-01-21219-01 עדי נס נ' עופר בינשטוק (26.4.2020) פסקאות 36 – 43, להלן: "עניין נס"). בענייננו, מקום בו התובע עצמו ביקש לחסות תחת שמה של הסוכנות, הרי שניתן להסיק כי התובע לא עמד על זכות הייחוס שלו באופן אישי, אלא די בציון שמה של Probe Media. מכל מקום, גם במקרים בהם הוכרה בפסיקה הפרת זכות הייחוס, לא בהכרח נפסק פיצוי בגין כך (וראו בעניין נס, שם בפסקה 50).

92. כך גם באשר לתום ליבה של הנתבעת. כהן העיד בדבר השיקולים אותם שקל כעורך החדשות (סעיפים 9 – 17 לתצהיר כהן) וכן נחקר על כך במסגרת חקירתו הנגדית. מצאתי את עדותו כעדות מהימנה. מעדותו ניתן לקבוע כי נציגי הנתבעת פעלו על פי שיקולים מקצועיים שאינם חורגים מנורמות עיתונאיות מקובלות כפי שאלו באות לידי ביטוי בתקנון האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות בישראל (סעיפים 10 – 11 לחוות דעתו של פרופ' רייך), כך שלא מצאתי כי היה חוסר תום לב בפעולת הנתבעת.

93. גם אין מדובר בשימוש תדיר ביצירותיו של התובע. השימוש שנעשה הינו מוגדר ומתוחם לשימוש בצילום אחד לצורך דיווחים עיתונאיים במסגרת שלוש כתבות. כך שלא מצאתי כי קיימים שיקולים נוספים שיש בהם כדי לשלול את הגנת השימוש ההוגן.

94. מכל המקובץ עולה, כי עומדת לנתבעת הגנת "שימוש הוגן" ועל כן דין התביעה להידחות.





בית משפט השלום בבתי ים

ת"א 19-10-2365 דונילי נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ

תיק חיצוני:

95. בשים לב למסקנתי האמורה כי הפרסום הינו בגדר דיווח עיתונאי, לא מצאתי להידרש לטענות הנתבעת כי מדובר בסקירה או בביקורת. רק אומר בתמצית, כי אין אני סבורה שפרסום הצילום נכנס בגדר "סקירה" או "ביקורת".

כך גם לא מצאתי להידרש לשאלת הנזק הכספי אשר נגרם לתובע (אליו התייחסה הנתבעת באריכות במסגרת פרק ט' לסיכומיה) ולשאלת גובה הפיצוי. שכן, משמצאתי כי השימוש הוגן, לא עומדת לתובע הזכות לפיצוי.

1. לסיכום

96. נוכח האמור, אני מורה על דחיית התובענה.

97. התובע יישא בהוצאות הנתבעת בסך של 6,000 ₪, ובשכ"ט עו"ד הנתבעת בסכום של 34,000 ₪ (כולל מע"מ). סכומים אלה ישולמו תוך 30 ימים, שכן אחרת יישאו הצמדה וריבית פיגורים מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

בקביעת ההוצאות סכום שכ"ט עו"ד הנתבעת, נתתי את דעתי לסכום התביעה; לאופייה ולטענות שהופנו כלפי הנתבעת; לכמות הדיונים שנערכו בתובענה; לכמות וסוג העדים שנחקרו בדיון ההוכחות; ולסכום שנקבע כשכר טרחה מינימאלי מומלץ בכללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), תש"ס-2000.

ניתן היום, ח' ניסן תשפ"ג, 30 מרץ 2023, בהעדר הצדדים.

רונית אופיר, שופטת

