



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

כבוד השופט גיא הימן

לפני:

יצחק (איציק) קפ"ש, ת"ז 201200474

התובע (הנתבע-שכנגד):

נגד

1. אבנר אליאסיאן, ת"ז 034198820
2. Facebook Ireland (נדחתה, 10.11.2020)
3. Facebook Inc. (נדחתה, 10.11.2020)
4. איילים – התיישבות סטודנטים ויוזמים, ע"ר 580398352

הנתבעים (נתבעת 4
היא התובעת-שכנגד):

עו"ד גיא אופיר; עו"ד רועי בן דוד
עו"ד ירון קוסטליץ; עו"ד אביעד שאולזון
עו"ד אודליה עפר; עו"ד פני דואק

בשם התובע (הנתבע-שכנגד):

בשם נתבעים 1 ו-4 (התובעת-שכנגד):

בשם נתבעות 2 ו-3:

פסק-דין

תמצית-הקביעות המשפטיות בפסק-דין זה

- א. חשבון ברשת-חברתית הוא, היום, חלק בלתי-נפרד מן הזכות החוקתית לאישיות, הנגזרת מן הזכות היסודית לכבוד-האדם.
- ב. בהעדר-עיגון ישיר לזכות חוקתית זו במשפט הפרטי, תהיה החלטה עקיפה, באמצעותם של דינים ושל עקרונות שמן המשפט הפרטי.
- ג. הזכות לשליטה בחשבון ברשת חברתית, על רשימת-ה"עוקבים" שבו, היא זכות שבקנין.
- ד. הקביעה למי הוא הקנין מקיפה שורה של משתנים ובהם, בין השאר, מי יזם את פתיחתו של החשבון; מה נועד החשבון לשרת; מי נשא במימונו; מי קבע את תכניו וגם: לשם מה נרשם אדם ברשימת-"עוקביו" של החשבון.
- ה. חשבון ברשת חברתית – לעצמו ובנפרד מכל אחד מתכניו הפרטניים – יכול להיות יצירה, המוגנת בזכות-יוצרים.
- ו. שימוש לא מורשה בחשבון, או בשם-מתחם של אתר-אינטרנט, עלול להקים עוולה מסחרית מסוג של גניבת-עין, תיאור כוזב או התערבות בלתי-הוגנת.
- ז. אם, בנסיבות-הענין, לא קמה עוולה לפי איזה מדיני-הקנין הרוחני הפרטניים, אין לפנות לדינים של עשיית-עושר כמקור משלים, אלא במקרים חריגים.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

ההליך

1. תיק זה הועבר לטיפולו של בית-משפט השלום מבית-המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופט רחמים כהן, 23.6.2019), לאחר שנקבע כי שוויו של צו-העשה, שהתבקש בתביעה העיקרית הוא, יחד עם הסעד הכספי, בסמכותה העניינית של הערכאה דנן. ביום 10.11.2020 דחיתי, לבקשת-הצדדים, את התביעה העיקרית נגד חברות "פייסבוק" (כשמן אז; Meta Platforms היום), קודם שזו נתבררה. נותרו לדיון התביעה העיקרית נגד נתבעים 1 ו-4 ותביעתה הנגדית של נתבעת 4. תביעות אלו מעוררות, בין השאר, סוגיות של משפט אשר טרם לובנו כל צורכן, בהקשרן המתעורר כאן, בפסיקתו של בית-המשפט העליון. נדרשו אפוא התייחסות רחבה מן הרגיל לפסיקותיהן של ערכאות דיוניות ועיון בפסיקתן של ערכאות בארצות-הברית – ערש-הולדתן של הרשתות החברתיות – שהקדימו ודנו בחלק מן הדברים.

2. סיפור-המחלוקת הוא זה: נתבעת 4, עמותת איילים ומטרתה היא חיזוק-ההתיישבות בנגב ובגליל, הקימה בשנת 2009 מועדון-תרבות בבאר-שבע ושמו, ככתובתו, "החלוץ 33". ביום 11.10.2010 החל המועדון להפעיל עמוד-פייסבוק, הפועל ברשת עד היום. התובע, מר קפ"ש ולשיטתו הוא "בעליו" האמתי של עמוד זה, הלן על כך שהעמותה, בהובלתו של מר אליאסיאן ושימש בה מנהל-הכספים, הדירה אותו מניהול-העמוד. העמותה, מצדה, גרסה כי העמוד הוא שלה וכשם, שזה שנים אין מר קפ"ש מעורב עוד בהפעלתו של המועדון, כך אין לאפשר לו חלק ונחלה בעמוד, המוקדש לפעילות זו.

בתביעה העיקרית עתר מר קפ"ש לצו המורה על השבת-העמוד לידיו ולפיצוי, בשל פגיעה בקנין, בסך של 200 אלף ש"ח. סכום זה נגזר מ"צרכי-אגרה", אפילו שלשיטתו זכאי התובע לפי שלושה. התביעה-שכנגד הלינה על נזק בן 358 אלף ש"ח וכנטען גרם מר קפ"ש לעמותה בשימוש, שאינו כדין, בשם-המועדון ובקנינו הרוחני. העמותה הוסיפה ועתרה לחיובו של מר קפ"ש להשיב לידיה את שם-המתחם (domain) של אתר-האינטרנט של המועדון הרשום, היום, על שמו.

המסגרת הנורמטיבית

הזכות לשימוש בעמוד-פייסבוק

א. עמוד-פייסבוק והזכות לאישיות

3. חשבון ברשת-חברתית הוא, היום, חלק בלתי-נפרד מזכותו של הפרט להגדיר את עצמו, לבטא את הדברים הנראים לו חשובים ולקיים אינטראקציה עם אחרים. שם-המשתמש; האוטרך



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

שלו (בעברית: יִצְחָק); הפרופיל שבחר לעצמו או כל ביטוי ייחודי אחר לזהותו – עמוד-פייסבוק מקיף כמה וכמה ביטויים שכאלה – הם ענינים רציניים למדי, הנקשרים בזכויות כבודות-משקל.

לכל אותם מרכיבים, המסייעים בכינונו של "האני החברתי" של הפרט – כמו זכותו לשם, זכותו לשם טוב, הזכות לפרטיות, חירות-הביטוי האישי, חופש-המחשבה, חופש-היצירה, הזכות לטפח את רגשותיו ועוד יסודות של עצמיות-הרצון החופשי (אוטונומיה) של הפרט כחלק ממערכת-יחסיו עם אלה אשר סביבו – יש היבטים, הנשקפים מזכותו היסודית לאישיות. זכות זו, בלשונו של אהרן ברק, היא מ"בנותיה" של הזכות לכבוד. הוא כתב:

"כבוד האדם מבטא את אנושיותו של האדם. האין לומר כי מרכיב מרכזי של אנושיות האדם היא אישיותו? אפשר למצוא בפסיקה רשימה מרשימה של מצבים אשר הוכרו על ידי בית-המשפט העליון כמעניקים זכות הנגזרת מכבוד האדם ואשר הקו המחבר ביניהם הוא אישיותו של האדם. יבוא היום ובית המשפט העליון יהא מוכן לאפיין היבטים אלה כולם כהגנה על אישיות.

זכות-הבת לאישיות מבטאת את כבוד האדם – כלומר חופש הרצון שלו, האוטונומיה שלו, כוחו לטוות את סיפור חייו ואנושיותו – בהיבט המיוחד של הגנה על אישיותו. היבט זה משתקף בהגדרה העצמית, בביטוי העצמי וביושרה (ה-personal integrity) של האדם" (אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 539 (2014). הסוגריים הם במקור).

כבודו זה של האדם – כשם, שיש לו ביטוי בעולם הממשי כך ראוי להכיר בו בעולם הווירטואלי וודאי בממשק בין אלה השניים. אישיותו של הפרט ברשת היא, בימינו, מרכיב חשוב באישיותו בכלל. לעתים היא חופפת את ביטויי-האישיות אשר בממד הפיזי, לעתים היא מקבילה לאלה ועל-פי רוב משלימים השניים זה את זה. כך הוא בכל הנוגע לביטוי האישי של האדם וכך הוא בקשר, שבין הביטוי הזה לבין מיקומו בסביבה הווירטואלית החברתית. אין כמו הכינוי "רשתות חברתיות" לבטא את התלות שבין כוחו של אדם לפתח ולבטא את אישיותו לבין היותו חלק מחבר-"אישיות" רחב יותר. בהשאלה יפים לכאן דברים, שכתב באחת הפרשות בית-המשפט העליון:



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

"עקרון האוטונומיה האישית ונושאי, הפרטים, אינם שרויים בחלל ריק. לחיים בחברה אנושית השלכות בעלות משמעות ניכרת על החופש ממנו נהנה כל אחד מבני החברה. מטבע הדברים, יתקשה הפרט לפתח את דמותו כישות אוטונומית בסביבה חברתית הנעדרת מרכיבים של הכרה הדדית, של התחשבות ושל כבוד מצד בני החברה האחרים. הוא יתקשה לראות את עצמו כבעל בחירה חופשית בלא שיוכר ככזה בידי סביבתו. האוטונומיה היא, אפוא, תלוית יחסים. יסודות חברתיים ראויים הם תנאי הכרחי לקיומה. [יסודות אלה] מבטאים את כבודו של בעל הזכות כפרט-בין-פרטים" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 780,619 (כבוד השופט אדמונד א' לוי) (2006)).

ברשימה, שפורסמה לאחרונה, הציע צמד-המחברים המלומד להיטיב את ההגנה על הביטוי הייחודי במרשתת באמצעות הכרה בזכות "לזהות ציבורית אותנטית" (יצחק בומבך ודן בומבך "שימוש ללא רשות בדמות האחר: האם קמה זכות תביעה משפטית? מקרה המבחן של התחזות ברשת החברתית טוויטר" פורום עיוני משפט מו 1, 38 (התשפ"ג)). במקובץ הוסבר:

"ראוי, הן מבחינה מוסרית, והן מבחינה משפטית, להתמקד בעצם המשגת נכס השליטה בדימוי הציבורי. לא מדובר בשליטה של אדם במשאב רגיל, אלא בשליטה בדימוי שלו ובהזדמנויות שנגזרות מכך. הזכות לזהות ציבורית אותנטית עוסקת במשאב שאינו פיזי, בזהות האדם ברשת. עלינו להותיר לו לבחור כיצד הוא רוצה לנהוג בדמותו הציבורית. קיומה של זהות ציבורית אותנטית, הוא זה שמאפשר קיום מלא של אישיות. קיום זה הוא תנאי למימוש עצמי של היחיד, ולמימוש של קשרים ציבוריים ואישיים. קיומה של זהות ציבורית אותנטית מאפשר ביטוי חיצוני של האישיות, גם אם לא במובן הפיזי[.], בתודעה של הציבור, החיצוני לאדם. בפן העמוק, היעדר קיום אותנטי בתודעה של אחרים, עלול לפגוע בגיבוש הפנימי של האישיות. שכן גם זו מושפעת מקיום אינטראקציות עם גורמים חיצוניים, ומאישורים חיצוניים כלפי פעולותיו" (שם, מעמ' 40).





בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

4. הזכות היסודית לאישיות, ובתוכה הזכות ל"אישיות דיגיטלית" אותנטית, היא נגזרת של הזכות החוקתית לכבוד. שאלת-משנה, המתעוררת אגב עיסוק בנושא היא מה בענינו של תאגיד, כלומר מי, שאיננו אדם ועל כן עלול השיח החוקתי של כבוד לפסוח עליו (ברק, הזכות החוקתית ובנוחיה לעיל, בעמ' 386). מכל מקום, כידוע היטב, להכרה החוקתית תחולה ישירה אך במישור של המשפט הציבורי. היא מחילה את עצמה, באורח ישיר, אך על הכפופים להוראתה של "פסקת-הכיבוד" שבסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היינו, על "כל רשות מרשויות השלטון". ביחסים שבין פרטים לבין עצמם, להבדיל מן היחסים שבין פרט לבין גורמי-השלטון, אין הפרדיגמה החוקתית תקפה ישירות. "שלא כמו במשפט הציבורי, בסכסוך 'אזרחי' בין פרטים אין לאחד חובה חוקתית כלפי האחר והאחר איננו אחוז בזכות חוקתית. כך הוא משום, שהמשפט הישראלי לא ראה מקום להחיל את הרעיון החוקתי, באופן ישיר, על הדין הפרטי" (ת"א (שלום תל אביב-יפו) 41627-02-19 בס"פ לוב' נ' שידורי קשת בע"מ, בפסקה 12 לפסק-דיני (פורסם במאגרים, 10.1.2022)).

נדרש, אפוא, לאתר "צינורות" מן המשפט הפרטי ודרכם ניתן יהא להחיל, תחולה עקיפה, את הרעיון החוקתי גם בסכסוך בין פרטים (ובמקרה של סכסוך אשר תאגיד הוא צד לו – תחולה שבהיקש). על הדעת עולים שניים. ראשונים הם מושגי-שסתום בתחיקה של הדין הפרטי וקרובים ב"רוחם" לרעיון החוקתי ולדרך-ההגנה עליו (תום-לב ותקנת-הציבור הן דוגמאות בולטות). שנית מצויים דברי-חקיקה, הקובעים חיובים במשפט הפרטי ומעגנים, במדרגה נורמטיבית שמתחת לזו החוקתית, הכרה באיזה מהיבטיהן של זכויות חשובות. כזו היא, לדוגמה, ההוראה שבסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ואוסרת על "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח". כאלו הן ההוראות שבסעיפים 31 ו-52 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ומגנות על קנינו של הפרט במיטלטליו. כזו היא, בדוגמה שלישית, עוללת-הרשלנות והוכרה כבר מקימה זכות לסעד בגין פגיעה באוטונומיה (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 575 (כבוד השופט תאודור אור) (1999). ברעיון דומה עשיתי שימוש בגזירתו של פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, שנכרכה בשימוש אסור במקרקעין; ראו ת"א (שלום תל אביב-יפו) 9207-08-10 מלון אמפריאל ת"א בע"מ נ' ביתרמי בע"מ, בפסקה 17 לפסק-דיני (פורסם במאגרים, 29.12.2016). עוד ראו, ב"דעת-יחיד", יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" ספר שטרסברג-כהן: קובץ מאמרים לכבודה של השופטת טובה שטרסברג-כהן 470, 465 (2017)).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

אכן, ההגנה על זכויות מוכרות מן המשפט החוקתי אינה מעוגנת, כיחידה שלמה אחת, בחקיקה של המשפט הפרטי. ברם זו הקיימת מדברת, לא אחת, בהיבטים מרכזיים של זכויות-כבודות-משקל אשר היקף-ההכרה בן או אופן-ההגנה הניתנת להן יכולים לשאול, ולהימצא נשכרים, מן הכלים אשר פותחו במשפט החוקתי. לאחדים מאלה אדרש עתה.

ב. הזכות לשליטה בעמוד-פייסבוק, על עוקביו – נכס שהוא קנין

5. שאלת-הזכות לשליטה בעמודי-פייסבוק עלתה מעט פעמים בפסיקתם של בתי-המשפט בישראל. פרשה מוכרת היא זו, שנדונה לפניו של בית-הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו בסע"ש 46976-09-17 ערוץ 10 החדש בע"מ נ' לדר (פורסם במאגרים, 22.4.2018). בפרשה זו תבעה, בשנת 2017, "חדשות 10" את מר גיא לדר, מגיש לשעבר של תוכנית "הצינור" בערוץ 10, בענינו של עמוד-פייסבוק אשר נשא את שמה של התוכנית. את העמוד הקים מר לדר עוד כש"הצינור" הייתה פינה בתוכנית אחרת והוא הוסיף להפעילו עם התבססותה כתוכנית יומית עצמאית ומצליחה. בשנת 2017 עזב לדר את הערוץ; הנחייתה של התוכנית עברה לידיים אחרות אך הוא המשיך להפעיל את עמוד-הפייסבוק, באותו שם. התביעה, שעתרה להשיב לידיה של "חדשות 10" את השליטה בעמוד, נדחתה. הוסכם עם זאת כי שמו של העמוד ישונה לפי בקשתו של הערוץ וכי תפורסם בו רשומה, המסבירה כי אין הוא קשור עוד לתוכנית "הצינור". בהעדר-ערעור נעשה פסק-הדין חלוט.

6. בית-הדין לעבודה לא פסח על תובנה יסודית, הטבועה בהפעלתם של חשבונות ברשתות החברתיות. באלו נמדד משתמש, ראש וראשונה, לפי מספר ה"עוקבים" שצבר. אין זה רק ענין של אגו. למספר-העוקבים השלכה על הכוח להשיא רווחים – חומריים ובלתי-מוחשיים כאחד – מן הפעילות ברשת החברתית. "כמות המשתמשים העצומה", כתב בית-הדין הנכבד, "של הרשתות החברתיות בכלל ושל פייסבוק בפרט, הפכה רשתות אלו לכלי עבודה, המשמש עסקים על מנת להרחיב את מעגל הלקוחות ואת תפוצת המידע (שיווקי או אחר) שהם מבקשים להפיץ. רשימת העוקבים של חשבון ברשת חברתית, עשויה להיות מתורגמת, בין היתר ובהתנהלות מקצועית, ליצירת הכנסה, אך לא רק לצורך זה, שכן דפי הפייסבוק משמשים גם לקידום מטרות חברתיות, פוליטיות ואחרות. דף פייסבוק, אשר צבר כמות נכבדה של עוקבים, הינו בעל ערך רב למי שמבקש לפנות במסרים לאותם עוקבים" (שם, בפסקה 45 לפסק-דינם של כבוד השופטת מיכל נעים דיבנר ונציגי-הציבור, ה"ה קפלניקוב ומנוביץ. הסוגריים הם במקור).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

תובנה דומה הייתה נחלתו של בית-משפט אמריקני בפרשה, הדומה בחלק ממאפייניה לתביעה העיקרית דנן. עובדת תבעה את מעסיקתה הקודמת בגין שימוש בחשבונות טוויטר ופייסבוק (והפסידה). כל אחד מן החשבונות הללו צבר מספר-מה של "Followers", שעליהם אמר בית-המשפט הפדראלי של המחוז הצפוני של אילינוי כי "This following has, in the internet age, become a marketable commercial interest" (*Maremont v. Fredman*, No. 10 C 7811, at par 13 (N.D. Ill. Mar. 3, 2014). ניתן לעיון כאן). ראו, עוד, והשוו ל- *Christou et al v. Beatport, LLC et al*, 849 F. Supp. 2d 1055 (D. Colo. 2012). ניתן לעיון כאן).

בפרשה אחרת סירב, לעומת זאת, בית-משפט פדראלי של אותה הדרגה (במחוז הדרומי של קליפורניה) לראות ברשימת-"עוקבים" – "לייקים" בעמוד פייסבוק – ענין רכושי של בעל-השליטה בעמוד. נפסק כי ה"Like" שייך לגולש, שבחר לסמנו ובאותה קלות יכול להחליפו ב-Unlike ויסירו מרשימת-העוקבים. מטעם זה לא יכול בעל-השליטה בעמוד לטעון לגזל של זכות-בעלות ברשימה שכזו (*Mattocks v. Black Entertainment Television*, 43 F. Supp. 3d 1311 (S.D. Fla. 2014)). ניתן לעיון כאן). פרשות אלו לא הגיעו להכרעתה של ערכאת-ערעור.

7. ברם עיקר הוא בכך, שבתי-משפט אמריקניים, במחוזות שונים, מוכנים היו להכיר בהיותו של חשבון ברשת חברתית – פייסבוק, טוויטר ואחרות – קנין, הניתן להגנה באמצעותם של דיני-הנזיקין המתאימים. זאת, אפילו שמדובר בנכס אשר איננו נכס מוחשי-פיזי. תובנה זו הוחלה גם שלא בהקשר של יחסי עובד-מעביד, כי אם בהתקשרויות עסקיות בין בעליה של זכות-השליטה בחשבון לבין ספק של שירותי-ניהול של מדיה חברתית (*Salonclick LLC v. Superego Management LLC et al*, No. 16 Civ. 2555 (KMW), 2017 U.S. Dist., at par. 3 (S.D.N.Y. May 8, 2017). פְּרָק-הדיון ניתן לעיון כאן). בפרשה אחת אף התבססה קביעה כאמור על הכרה ביחסי-נאמנות, שקמו בין הצדדים, היינו, על חובת-הנאמנות של ספק-השירותים כלפי מי ששכר את שירותיו (*Keypath Education, Inc. v. Brightstar Education Group*, No. 16-cv-2545- (JWL, 2017 U.S. Dist. (D. Kan. Jan. 31, 2017). לעיון – כאן).

8. אשוב לפסק-הדין בפרשת "הצינור", שעסק בהבחנה בין קנינו של עובד לבין הקנין של מעסיקו לשעבר. סוגיה זו מתעוררת באורח חלקי בפרשה שלפני, משום שמר קפש שימש עובד של העמותה רק בחלקה הראשון של התקופה הרלוונטית. בחלק השני התקיים קשר חוזי אחר – של זיכיון, שקיבלה חברה שבבעלותו של מר קפש, מן העמותה, להפעיל את המועדון. הסכם-הזיכיון לא הסדיר במלים מפורשות את ענין-השליטה בעמוד.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

מן הקביעות שקבע בית-הדין האזורי לעבודה ניתן להקיש, לעניננו, לא מעט. נדבך מרכזי בפסק-הדין הוקדש לזיהוי של מרכיבים בהתוויתו של הגבול בין עמוד, שנותר נחלתו של המעסיק לבין זה, שזכות-הניהול בו נשמרת לעובד אפילו לאחר סיומם של יחסי-העבודה. בית-הדין קבע שמונה מרכיבים כאלה ואביאם כאן, כפי הניתן בתמצית אך בלשון נאמנה למקור:

"מצאנו לנכון להצביע על הבאים, כסממנים עיקריים לסיוע בסימון הגבול האמור:

א. מי יזם את פתיחת החשבון [ברשת החברתית] ולאילו מטרה הוא נפתח? [האם] מדובר בחשבון שנוצר על ידי העובד בהוראת המעסיק? האם החשבון נפתח עוד לפני כינון יחסי עבודה?

ב. מה מידת המתאם בין החשבון לבין העבודה? המתאם יבחן בין היתר על ידי שמותיהם, תוכניהם, זהות מטרותיהם [ו]היקף השימוש שעשה המעסיק בחשבון, אל מול שימושים אחרים שנעשו בו.

ג. האם החשבון נוהל ותופעל בשעות עבודתו של העובד או בזמן הפנאי שלו?

ד. מי נשא בהוצאות ניהול החשבון?

ה. מי היה שותף בניהול החשבון בפועל? האם [העובד] עשה זאת לבדו או שהיו עובדים נוספים שעסקו בכך מטעם המעסיק[?]. מי החזיק באפשרות לנהל את החשבון, בסיסמא ובשם המשתמש?

ו. האם ניהול ותפעול החשבון בוצעו על פי הוראות המעסיק ותחת פיקוחו[?]

ז. האם קיימות בהסכם העבודה הוראות ביחס לחשבון [לרבות] סוגיית ניהול[ו] לאחר סיום יחסי עבודה ו/או סוגיית הבעלות [ב]זכות השימוש בחשבון?

ח. האם קיים במקום העבודה נוהל עבודה ביחס לזכות השימוש בחשבונות ברשתות חברתיות?" (שם, בפסקה 53).





בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

דחיית-התביעה באותה פרשה והותרתו של העמוד בשליטתו של העובד-לשעבר נסמכו על הכרה בכך, שהעובד לבדו הוא שיזם את הקמת-העמוד; שמקום-העבודה לא היה מעורב כלל בהפעלתו; שמטרות-העמוד, ובהתאם לכך: תכניו, השתרעו הרבה מעבר לענייני המסוימים של התוכנית ואת שמה הוא נשא; ששמו של העמוד לא היה זהה לשמה של התוכנית בתחילת-דרכה וכך גם הסמליל (לוגו) של כל אחד מאלה; בכך שהעמוד הפנה לא רק לתוכנית-הטלוויזיה אלא גם לאתר-אינטרנט פרטי של העובד; בהיעדרן של ראיות לתרומה, שהשיא העמוד לתוכנית ולהפך; בכך, ש"חששות 10" לא השתמשה בעמוד הזה, בעצמה, לשום פעילות מעבר לזו שעשה בו העובד ואף לא נשאה בהוצאות-ניהולו של העמוד; בכך שרבות מן השעות, שהוקדשו לניהולו של העמוד, היו מחוץ לשעות-העבודה; בכך שהעובד, לבדו, הוגדר "מנהל" (Admin) בחשבון, איש לא פעל בו ללא רשותו ואיש לא נתן לו הנחיות כיצד להפעיל את העמוד ובכך שלא החוזה שבין הצדדים, וכמוהו שום נוהל פנימי, עיגנו קשר בין "חששות 10" לבין העמוד.

9. כל אחד מן המרכיבים, שנבחנו בפסק-דינו של בית-הדין לעבודה בענין "הצינור", אם תוחלפנה בו התיבות "מקום-העבודה" ו"המעסיק" ב"מועדון" וב"עמותה", הוא בן-שייכות לעניינו. דומה היא פרשה נוספת, שבאה לפניו של בית-משפט השלום בעפולה בשנה שלאחר מכן. בהתבסס על חלק מן המבחנים, שנקבעו בענין "הצינור", פסקה אותה ערכאה כי יועץ לרשות מקומית אינו רשאי לטעון לבעלות בעמוד-פייסבוק של הרשות ואותו הוא הקים וניהל. זאת, משום שההקמה והניהול הללו היו חלק בלתי-נפרד מחובתו, המעוגנת בחוזה, לספק לרשות המקומית שירותי-הסברה; משום שהרשות הייתה מעורבת ישירות בתכנים שהועלו לעמוד; משום שהיועץ לא הוכיח כי הוא השקיע ממשאביו הפרטיים בהקמת-העמוד ובתפעולו ומשום שההתקשרות בין הצדדים קבעה, מפורשות, כי כל תוצרי-עבודתו של היועץ יהיו שייכים באורח בלעדי לרשות המקומית (ת"א (שלום עפולה) 5854-12-18 עיריית בית שאן נ' אזולאי, החלטתו של כבוד השופט ויטאם חיר (פורסמה במאגרים, 19.12.2018)).

10. מי שעסקו לא מעט בשאלת-שיוכם של עמודי-פייסבוק הם יושבי-הראש, לדורותיהם, של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ולרשויות המקומיות. אין זו, אמנם, פסיקה של בית-המשפט העליון אך החלטותיהם של יושבי-ראש הוועדה הן מקור שופע וחשוב של הכרעות בנדון. לפנייהם של יושבי-הראש נדונה הסוגיה באספקלריה המיוחדת של סעיף 2א לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, האוסר על שימוש ב"נכס ציבורי" לתעמולת-בחירות. ההכרעה התמקדה בהבחנה בין עמודי-פייסבוק, השייכים למתמודדים, לבין כאלה ששייכים לרשות הציבורית, שממנה באו המתמודדים או שלכהונה בה הם נשאו את עיניהם.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

בבחירות לכנסת ה-24 עשה ראש עיריית תל אביב-יפו, רון חולדאי, שביקש להתמודד לכנסת ברשימה ובראשה הוא עמד, שימוש בעמוד-פייסבוק. את העמוד הזה הוא הקים בעצמו במהלך כהונתו כראש-העירייה; העמוד נשא את שמו ופעל בנפרד מעמוד אחר, שהפעילה העירייה. מר חולדאי לבדו אישר את התכנים, שהועלו לעמוד הזה. כל אימת, שנערכו בחירות לראשות-העירייה, נטלו האנשים של מסע-הבחירות שלו את ניהולו של העמוד לידיהם. בכל זאת מצא יושב-הראש של ועדת-הבחירות המרכזית, כבוד השופט עוזי פוגלמן, מקום לאסור על המתמודד להשתמש בעמוד.

11. החלטתו פירטה מספר מבחנים לקביעת-שיוכו של עמוד (תב"כ 7/24 עו"ד בן מאיר נ' חולדאי, בפסקאות 11-14 להחלטה (פורסמה במאגרים, 24.1.2021)). ראשית נשאל אם תכני-העמוד קשורים לביטוי האישי של האדם או, תחת זאת, לפעילותה של הרשות הציבורית. מבחן, שנקבע בפסיקתו של בית-המשפט העליון בהקשר אחר (בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מו(2) 692, 702 (1992)) ואומץ אחר כך בהקשר המסוים שבו אנו דנים (תב"כ 6/23 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, בפסקה השלישית להחלטה (פורסמה במאגרים, 19.1.2020)), התחקה על מרכיביהם הדומיננטיים של תכני-העמוד. הוא שאל מהו, בעיניו של גולש סביר, עיקר-התוכן – אם ענינו בביטוי האישי של מתמודד או שעיקרו פעולתה של הרשות הציבורית. לצדו של התוכן ניתנה הדעת למאפיינים נוספים של העמוד – שמו, מראהו, עיצובו וכיוצא באלה ענינים ולאורם מגבש אדם סביר את הבנתו אם זהו עמוד של המתמודד או של הרשות הציבורית. עוד נמצא מקום לשאול אם זולת העמוד הזה, שהבעלות בו שנויה במחלוקת, יש למתמודד עמוד נוסף ובו הוא משתמש לצרכיו האישיים, לרבות לתעמולת-הבחירות שלו. חשיבות של עיקר יוחסה לשאלה מי מספק את האמצעים להפעלתו של העמוד, מי מממן את העלויות הכרוכות בו ומי מעסיק את מפעיליו. סוגיה אחרונה זו עמדה במוקד דבריו של יושב-ראש אחר של ועדת-הבחירות, כבוד השופט חנן מלצר שכתב, בפרשה נוספת: "השימוש, התחזוקה והתפעול [של עמוד] הם בוודאי פעולות שוות ערך כלכלי, אשר ניצולם עלול לעלות כדי שימוש בנכסי הציבור" (תר"מ 1/22 דד' סוויסה נ' גלאס, בפסקה 47 להחלטתו [\(פורסמה\)](#) באתר של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ולרשויות המקומיות ((17.12.2019)).

12. בפרשה שלישית הוסיף כבוד השופט טלים ג'ובראן נדבך חשוב לסוגיה. מתוך הבנה כי לעתים קרובות רשימת-העוקבים היא-היא הנכס שעליו מבקשים להגן, נדרש להוסיף ולשאול



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

לשם מה צירפו עצמם אותם עוקבים לרשימה. כלום עשו הם זאת כדי להיחשף לתכנים, שהם ביטוי האישי של המועמד ושמא על מנת לעקוב אחר פעילותה של הרשות הציבורית? במילותיו של יושב-הראש הנכבד:

"לדף הפייסבוק הפרטי של ראש העיר כיום, אשר בו הוא עושה שימוש לטובת קמפיין הבחירות שלו, כ-6,000 מנויים. יש להניח כי חלק הארי שלהם נרשם לדף בתקופה שטרם הבחירות, קרי – בתקופה שבה היה מדובר בדף עירוני גרידא, אשר שימש לקבלת מידע אינפורמטיבי על הנעשה בעיר. מתן 'לייק' לדף פייסבוק [הוא] מעין רישום של דף הפייסבוק של נותן ה'לייק' כמנוי של מקבל ה'לייק'. כאשר תושב [העיר] עושה 'לייק' לדף פייסבוק עירוני, כל פעם שהוא יפתח את דף הבית של אתר הפייסבוק שלו, כברירת מחדל הוא יחזה בפרסומים שפרסם דף הפייסבוק העירוני. בכך שה[מתמודד] השתמש במאגר המנויים, שעשו 'לייק' לדף הפייסבוק העירוני, כל פרסום אשר הוא יפרסם יגיע כברירת מחדל לדף הבית של כ-6,000 המנויים אשר עשו 'לייק' לדף [במטרה אחרת]. מאגר 6,000 המנויים מהווה ללא עוררין משאב ציבורי" (תר"מ 22/20 דד' רון נ' אדיב, בפסקה 12 להחלטתו (פורסמה במאגרים, 1.7.2013)).

ג. זכות-יוצרים בעמוד-פייסבוק

13. האפשרות כי עמוד-פייסבוק, ככל פלטפורמה המאפשרת הבאתו של מידע לציבור של צופים, ישמש בהפרה של זכות-יוצרים ביצירה מוגנת, מתקבלת על הדעת. גם האפשרות כי תוכן פרטני – תמונה או שיר לצורך הדוגמה, שנלקח מעמוד-פייסבוק, ייחשב ליצירה מוגנת אינה מצריכה עיון מעמיק. אלה הם בבחינת המובן מאליו. בפסיקתנו רבים המקרים ובהם נדונה איזו מן האפשרויות הללו. במקרים המתאימים הגן הדין על היצירה המוגנת והגיב להפרתה של זכות-היוצרים בה – זו ה"כלכלית" וזו המוסרית, כאחת.

14. שתי סוגיות צריכות העמקת-מה. ראשונה מעוגנת בהוראתו של סעיף 34 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. זו קובעת:



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

34". יצירה מעביד הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים
שנוצרה בידי ביצירה שנוצרה על ידי עובדו לצורך עבודתו
עובד ובמהלכה, אלא אם כן הוסכם אחרת".

ברירת-המחדל היא, אלא אם הותנה עליה פְּחוּזָה כי יצירה, שיצר העובד במסגרת-עבודתו
ולשמה, זכות-היוצרים בה היא למעסיק. בית-הדין לעבודה ביאר: "התיבה 'לצורך העבודה
ובמהלכה' מגלמת בתוכה שני מדדים לקיום זכויות יוצרים בידי מעביד – מדד הזמן ומדד
התכלית. תנאי לכך שלמעביד תהא זכות ביצירה, הוא שהיצירה נוצרה במהלך העבודה ולצרכי
העבודה" (ס"ע (אזורי תל אביב-יפו) 46261-10-10 א.מ.א.ר. מחשבים ותוכנה בע"מ נ' שטיין,
בפסקה 13 לפסק-דינה של כבוד השופטת הבכירה מיכל לויט (פורסם במאגרים, 22.10.2013)).

15. סוגיה שנייה נדרשת לשאלה כלום עמוד-פייסבוק של משתמש – העמוד עצמו וכמוהו
מקבצי-ביטויים ברשתות חברתיות בכלל – יכול להיחשב "יצירה" הזכאית להגנה. סעיף 4(א)
לחוק קובע יצירות, שכן נקנית זכות-היוצרים:

4". היצירות שבהן (א) זכות יוצרים תהא ביצירות
יש זכות יוצרים אלה:

(1) יצירה מקורית שהיא יצירה
ספרותית, יצירה אמנותית,
יצירה דרמטית או יצירה
מוסיקלית, המקובעת בצורה
כלשהי.

(2) תקליט [...].

"יצירה ספרותית" מוגדרת בסעיף הראשון לחוק על דרך-ההכנסה אל הכלל: "לרבות
יצירה המבוטאת בכתב, הרצאה, טבלה, לקט, וכן תוכנת מחשב". "לקט" הוא, בחוק זה, "לקט
של יצירות לרבות אנציקלופדיה או אנתולוגיה, וכן לקט של נתונים לרבות מאגר מידע". בצירופם
זה לזה של המושגים "יצירה מקורית" ו"לקט" עוסק סעיף 4(ב) לחוק:

" [...] (ב) לעניין סעיף קטן (א),
מקוריות של לקט היא



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

המקוריות בבחירה ובסידור
של היצירות או של הנתונים
שבו".

שמע מנה כי ליקוטם של נתונים והבאתם יחדיו עשויים להקים יצירה מוגנת בזכות-יוצרים אם הם עולים כדי "יצירה ספרותית". ברם בכך לא די. זכות-היוצרים ביצירה מוגנת, כהגדרתה בסעיף 4 לחוק, סויגה בסעיף 5 לו. נקבע כי יצירה מוגנת לא תוכל להקיף "רעיון; תהליך ושיטת ביצוע; מושג מתמטי; עובדה או נתון" וכן את "חדשות היום", אלא אך את דרך ביטויים. בית-המשפט העליון עמד על כך בפרשה, שפדקה את קיומה של זכות-יוצרים בלקט של נתונים על אודותיהם של משחקי-כדורגל. הוסיף וכתב כבוד השופט ג'ובראן:

"מבין מגוון היצירות אליהן מתייחס החוק, זכות יוצרים מוענקת גם ל'יצירה ספרותית'. סעיף 4(א)(1) לחוק קובע, כי זכות יוצרים תהא בין השאר גם ביצירה מקורית שהיא יצירה ספרותית. סעיף 1 לחוק, כולל בהגדרתה של 'יצירה ספרותית' טבלה ולקט של נתונים. לבסוף, לפי סעיף 5, זכות יוצרים ביצירה לא תחול על רעיון, עובדה או נתון, אלא רק על דרך ביטויים" (ע"א 8485/08 *The FA Premier League Limited* נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, בפסקה 23 לפסק-דינו (פורסם באתר הרשות השופטת, 14.3.2010)).

16. ההגנה על זכות-יוצרים נשענת על הכרה ביצירתיות, שהושקעה בידי המלקט ועל מידת-השקעתו ביצירה. שתי אלו הן פנים, מצטברות, של הדרישה למקוריות-היצירה – דרישה שבה פותח, ואותה מעלה על נס, סעיף 4(א)(1) לחוק זכות יוצרים. "היצירתיות", הסבירה הפסיקה, "מתמקדת באינטרס העידוד של יצירת טובין ציבוריים, באמצעות הרחבתו והפצתו של עולם הביטויים" [באופן אשר] מבטיח שהתוצר מוסיף תרומה כלשהי לחברה". יסוד-היצירתיות "לא מתמקד בתוצר המוגמר, אלא דווקא בתהליך הכנתו, ובוחן מהי מידת היצירתיות שנפח המחבר או המלקט ביצירתו בשלבי גיבושה". הדרישה להשקעה, בתורה, "מבוססת על תפיסה [ולפיה] יהיה זה בלתי הוגן לאפשר לאדם ליהנות מפירות עמלו של אחר בלא רשות או תמורה, [ולכן] יש להעלות על נס את מידת ההשקעה של המחבר ביצירה [המלוקטת], כתנאי לקיומה של דרישת המקוריות" (שם, בפסקאות 26, 27 ו-33).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

17. על "יצירה מקורית" ראוי להגן גם משום שהיא מגלמת ביטוי אישי ייחודי של היוצר. "היצירה חייבת לשאת בחובה חותם כלשהו – גם אם לעיתים מזער – של המחבר או המלקט" (שם, בפסקה 31). עליה להיות "פרי עמלו" של יוצר זה, אפילו היא מבטאת אך "רמה נמוכה ביותר של ביטוי אישי" (רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 257; 266 (כבוד השופט יעקב מלץ) (1993)). אותו עמל, המזכה בהגנה על היצירה, נדרש לחרוג מ"מלאכה טכנית, מכנית, כמו עבודת כפיים פשוטה שתוצאותיה ידועות מראש". עליו לבטא את "שאר הרוח של [היוצר], [את] 'הנשמה היתרה' שנתן ב[נתונים] [ואת] פירותיו של תהליך שבו השתמש [היוצר] בבקאות, במומחיותו ובדמיונו, הפעיל שיקול-דעת ובחר בין חלופות שונות" (ע"א Eisenman 2790/93 נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, 833 (כבוד השופט יעקב טירקל) (2000)).

18. יצירה תוכל לזכות להגנה של זכות-יוצרים אפילו עיקר השימוש בה לא נועד לקליטה חושית אלא הוא אחר. על אבחנה בין יצירות "אמנותיות", כלומר אלו שנועדו ראש וראשונה לייצר תגובה חושית (צפייה, האזנה, טעימה וכיוצא בכך), לבין "מוצרים פונקציונליים" ותכליתם שונה (למשל: העברה גרידא של אינפורמציה), עמד כבוד הנשיא מאיר שמגר בפרשה ידועה, שעסקה בקוביות-המשחק "לגו" (ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133 (1994)). כבוד הנשיא קבע:

"בעבר רווחה ההנחה כי מוצרים פונקציונליים זכאים להגנה על הרעיון בלבד באמצעות פטנט, בעוד שמוצרים 'אמנותיים' שמטרתם היא שהצופה יפיק הנאה מעצם הצפייה בהם ללא כל שימוש אחר, רק הם זכאים להגנת זכויות יוצרים. לפי גישה זו גם מוצרים אשר להם תפקיד כפול, היינו, שיש להם אספקט אמנותי אך משמשים גם לצורך פונקציונלי כלשהו, אינם זכאים להגנת זכויות יוצרים. הגישה המתוארת אינה מקובלת כיום. ההתקדמות הטכנולוגית מחד גיסא, והרעיונית מאידך גיסא, הובילו לטשטוש ניכר של קו הגבול בין יצירות אמנותיות לפונקציונליות ולהכרה גוברת בערכם האמנותי האפשרי של מוצרים ויצירות מכל הסוגים, ובכלל זה פונקציונליים. מכאן שאין כל סיבה א-פריורית לשלול באופן מוחלט מ[יוצר] את היכולת ליהנות מזכות יוצרים על הצורה של המוצר אך ורק משום שיש למוצר תפקיד פונקציונלי... החוק הישראלי הולך בעקבות האנגלי ועושה שימוש בדרישת



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

ה'אמנותיות' כדי להתמודד עם הקשיים המיוחדים שאותם מציבים מוצרים פונקציונליים" (שס, בעמ' 154).

לאמור, גם יצירות, שערכן העיקרי הוא בשימוש שלא לצרכי גירוי חושי, תוכלנה לזכות בהגנה של זכות-יוצרים אם, זולת התועלת השימושית שהן נועדו להשיג, יש בן יסוד של "מלאכת אמנות" (שס, בעמ' 161). השאלה היא אם כוונתו של היוצר והתוצאה, שיצאה תחת ידיו, "מביאות בחשבון גם שיקולים שאינם מוכתבים על-ידי השיקול הפונקציונלי או השיקול התועלתני" (שס, בעמ' 182).

19. כל היסודות הללו – כוחם יפה אף כשהיצירה היא איסוף, ליקוט או עריכה של תכנים, בין שכל אחד מתכנים אלה, לעצמו, מוגן בזכות-יוצרים ובין שלא. "העובדה כי 'אבני הבניין', שהיו החומר שביד היוצר במלאכתו, הן נחלת הכלל, אין לה ולא כלום לשאלה אם קמה לו זכות יוצרים ביצירתו" (שס, בעמ' 828). "הגנת זכויות יוצרים", הוסבר, "מוענקת במקרים אלה [ל]בחירה יצירתית של הנתונים, [ל]תהליך מחושב של סינון[נם], [ל]צורת עיבוד [ייחודית] של הפריטים המלווקטים ו[ל]אופן יצירתי או אישי שבו הם מוצגים" (ע"א 8485/08 הנ"ל, בפסקאות 40, 41, 46, 52 ו-53 לפסק-דינו של כבוד השופט ג'ובראן).

"יצירות לקט", הוסף ונפסק, "יהיו מוגנות רק ככל שהבחירה והסידור של חומרי הגלם – שהם בגדר עובדות לא מוגנות – יענו על דרישת המקוריות. אין לשלול את האפשרות ששילובם של הרכיבים לכדי יצירה ויזואלית אחת עולה כדי יצירת לקט], המקנה הגנה על אופן סידור הרכיבים בשונה מהגנה על כל רכיב בנפרד" (ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב, בפסקאות 18 ו-31 לפסק-דינו של כבוד השופט יורם דנציגר (פורסם באתר הרשות השופטת, 18.11.2013)). אכן, "על פי הוראות חוק זכות יוצרים, נדרש עורך או מחבר של לקט, למידה מסוימת של יצירתיות על מנת לזכות בזכות יוצרים על הלקט. יצירתיות זו צריכה להימצא בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים בלקט" (ת"א (מחוזי תל אביב) 21235-12-13 וולפה יחיאלי נ' צזאנה, בפסקה 40 לפסק-דינה של כבוד השופטת דר' דפנה אבניאלי (פורסם במאגרים, 30.4.2017)). ראו גם ת"א (מחוזי תל אביב) 60077-01-17 גרוס נ' טרטקובר, בפסקה 30 לפסק-דינה של כבוד השופטת רחל ברקאי (פורסם במאגרים, 29.5.2019) ות"א (מחוזי חיפה) 14982-09-16 אר. אר. אר. גרופ בע"מ נ' קטן, בפסקה 10.6 לפסק-דינה של כבוד השופטת רבקה למלשטריך-לטר (פורסם במאגרים, 7.10.18).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

20. קביעות אלו שמן הדין הכללי אינן נהדפות מפניהם של תנאי-השירות של פייסבוק והם החוזה אשר מסדיר זכויותיו וחובותיו של המשתמש כלפי הפלטפורמה וכלפי חברי-ה"קהילה" שלה. ענינם של תנאי-השירות לא נדון בהעמקה לפני בהליך זה ולפיכך אסתפק בהפניה אל התנאי השלישי שבהם, המותיר בידיו של המשתמש כל זכות-יוצרים, שהייתה לו באיזה מן החומרים שהוא העלה לפלטפורמה או שיצר בה. אביא מניסוחו דהיום, שלא היה שונה מהותית בעת-הגשתה של התובענה, של סעיף 3.1 לתנאי-השירות (הסוגריים העגולים הם במקור):

"You [the user] retain the ownership of the intellectual property rights (things like copyright or trademarks) in any such content that you create and share on Facebook and other Meta Company Products you use".

כמו מאליו נהיר כי אם נשמרת זכות-היוצרים ביצירה שהיא פריט יחיד – תמונה, סרטון, ציור וכדומה – כך היא נשמרת בלקט, שערך המשתמש, אם לקט זה עולה כדי "יצירה" במובנה המתואר קודם. הסוגיה עשויה אמנם להיות מורכבת מעט יותר, משום שתנאי-השירות מוסיפים ומחייבים את המשתמש לתן הרשאות, מסוגים שונים ולמורשים שונים, לשימוש בחומרים שיצר. עם זאת, ברי כי אותן הרשאות כפופות לתנאי יסודי בתנאי-השירות, המדגיש את העקרונות של authenticity ושל integrity כמרכיב הכרחי בהשתתפות בפלטפורמה זו (ראו, בייחוד, את המבוא לתנאי-השירות). עיקר הוא בכך, שהשתתפות ב"קהילת"-פייסבוק אינה כרוכה בויתור על קנינו הרוחני של המשתמש בכל יצירה מוגנת, שיצר הוא במסגרתה.

ד. השימוש בעמוד ומסחר הוגן

21. אלה הם היבטים של הגנה על הקניין, הגלום בתכניו של עמוד-פייסבוק או במאגר-עוקביו. אינטרס נוסף, העשוי לבקש הגנה במחלוקת על שליטה בעמוד, הוא זה של הבטחת-המסחר ההוגן או, בלשון-הצד האחר למטבע, של מניעת "הלכות מסחר לא הוגנות" (פרק א' לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999). כל שלוש העוולות, שמוגה הפרק הראשון לחוק, עולות על הדעת. שימוש בעמוד עלול לחולל גניבת-עין אם תוצאתו היא "שנכס או שירות ייחשבו, בטעות, של עוסק אחר או שיש להם קשר לעוסק אחר" (סעיף 1(א) לחוק). הוא עלול להוליד לתיאור כוזב "לגבי עסק, מקצוע, נכס או שירות" של מפעיל-העמוד או של בן-ריבו על זכות-השליטה בו (סעיף 2(א)). הוא עלול להכביד "על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר" ובזה לכוון התערבות לא הוגנת (סעיף 3 לחוק).





בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

1. גניבת-עין

22. "עוולת גניבת העין", פסק בית-המשפט העליון, "תכליתה להגן על עוסק מפני פגיעה בזכותו הקניינית במוניטין שרכש לעסקו. על התובע להוכיח שני יסודות: כי אכן רכש מוניטין בטובין או בשירות [שהוא מציע] וכי מעשי הנתבע מובילים לכך שהציבור מוטעה או עלול להיות מוטעה לחשוב כי הטובין או השירות אשר סופקו על ידו סופקו למעשה על ידי התובע" (ע"א 1898/12 מרכז המתנות 2006 בע"מ נ' קארשי אינטרנשיונל בע"מ, בפסקה 16 לפסק-דינה של כבוד השופטת אסתר חיות (פורסם באתר הרשות השופטת, 9.9.2014)).

בכל הנוגע ליסוד הראשון, זה של הוכחה של עצם-הקיום של מוניטין, דומה כי הדרישה המונחת לפתחו של תובע בעוולה של גניבת-עין היא קלה באורח ממשי מזו, הנדרשת בכימותו של נזק בשל פגיעה במוניטין (ראו ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' אס.בי.סי. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 942, 933 (כבוד השופט מישאל חשין) (2001) והשוו לע"א 550/72 באומל נ' פקיד השומה, חיפה, פ"ד כח(1) 655, 650 (כבוד השופט יצחק כהן) (1974); (ע"א 516/89 אחוזות והשקעות (חיפה) בע"מ נ' פלדמן, פ"ד מו(1) 533, 529 (כבוד השופט שלמה לוי) (1992); ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים והפקות נ' עטרי, פ"ד נא(5) 258, 241 (כבוד השופטת דורית ביניש) (1997)). לאמור, די בכך שהתובע יראה כי הוא רכש לעצמו מוניטין בשירות או במוצר שהוא מספק, אף בלי לכמת את ערכו ואת מקורותיו, למלא יסוד זה של העוולה של גניבת-עין.

שאלת-ההטעיה נבחנת במבחן משולש "של מראה וצליל, סוג הסחורה/השירות וחוג הלקוחות" (רע"א 2960/15 הרצנו נ' P-Kama International Limited, בפסקה 12 להחלטתו של כבוד השופט יצחק עמית (פורסמה באתר הרשות השופטת, 7.9.2015)). שלושה תנאים מצטברים אלה בוחנים דמיון פיזי – של צורה, של קול וכיוצא באלה; דמיון במוצר שנמכר או בשירות המסופק וקיומו של מאתר דומה של לקוחות פוטנציאליים. יסודות נוספים, שקבעה הפסיקה, הם יסודות-"סל" המתייחסים, רביעית, ליתר-נסיבותיו הרלוונטיות של הענין וחמישית למצוותו של השכל הישר.

"הבדיקה", הוסף בפרשה אחרת הרלוונטית, בייחוד, להיותו של עמוד-פייסבוק מקבץ של תכנים, "היא האם מכלול התנהלותו ופועלו של הנתבע עולה כדי יצירת חשש להטעיה.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

הקביעה שמושא הבחינה הוא מכלול מצגי הנתבע עשויה במקרים מסוימים להביא להרחבת ההגנה. כך יהיה במקרה בו השוואה בין רכיבי המוצרים או השירותים תלמד על דמיון מסוים בין כל רכיב ורכיב אשר בעומדו בפני עצמו אינו מעורר חשש להטעיה, אולם צירופם של כל הרכיבים יחדיו מצטבר לכדי 'מסה קריטית' היוצרת חשש סביר להטעיה" (רע"א 4322/09 ש.א. פורמט סחר ושירותים (1994) בע"מ נ' א.ש. שניר בע"מ, בפסקה הרביעית לפסק-דינו של כבוד הנשיא אשר גרוניס (פורסם באתר הרשות השופטת, 3.8.2009)).

23. בפרשה, שבאה לפניו של בית-המשפט המחוזי בחיפה הופעלו מבחניה של הטעיה בענינו של בית-עסק, שמאפיינים בעשייתו ובכלל זה עמוד-פייסבוק שהפעיל, דמו יתר על המידה לאלה של בית-העסק התובע. במקובץ להלן נפסק:

"מדובר בדיוק באותו סוג שירות ובאותו חוג לקוחות. גם שאר נסיבות הענין דומות. הנתבעים הקימו אתר אינטרנט שיווקי ודף פייסבוק הדומה לאתר האינטרנט של התובעת, משתמש בתכני התובעת ובצילומיו. מאחר ומדובר במוצר שפרסומו נעשה בעיקר דרך האינטרנט, הדגש הוא על [קיומו של דמיון] ויזואלי. ניתן לומר כי הוכחה עולה של גניבת עין" (ת"א (מחוזי חיפה) -14166-05-17 טרדק ים אכזיב בע"מ נ' קינן, בפסקאות 8.11 ו-8.14 לפסק-דינה של כבוד השופטת למלשטריך-לטר (פורסם במאגרים, 3.9.2019)).

למסקנה דומה הגיעה אותה ערכאה בענינו של זכ"ן, אשר בתום תקופת-הזיכיון פתח בית-עסק מתחרה; הקים עמוד-פייסבוק דומה ואף הוסיף להשתמש בעמוד-הפייסבוק של מתחרהו:

"הנתבע הקים עמוד פייסבוק, ועשה שימוש בעמוד הפייסבוק של התובעת. הוצגה תמונה מעמוד הפייסבוק של הנתבע מיום 16.7.16 המציע שירותים דומים ובכותרתו מופיע הסימן המסחרי הרשום של התובעת. דף הפייסבוק מיום 20.7.16 כבר כלל לוגו שונה, של מספר גלגלי שיניים (בלוגו של התובעת מופיעים שני גלגלי שיניים) ולידו הכיתוב [של] צמד מילים שגם רשום בסימנה



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

המסחרי של התובעת. כמו כן, בדף פייסבוק של התובעת מיום 10.8.16 נראה צילום של כיתה, שם על הלוח מודבקת כרזה של התובעת ביחד עם הסימן המסחרי של התובעת (ת"א (מחוזי חיפה) 58241-11-16 קבוצת העשור – מהנדסים צעירים בע"מ נ' אבו נדא, בפסקה 5.3 לפסק-דינה של כבוד השופטת למלשטריך-לטר (פורסם במאגרים, 13.8.2018). הסוגריים העגולים – במקור).

קיומו של מוניטין הוסק באותה פרשה, באורח מענין, מקיומם של עוקבים ומהיקפה של תעבורת-הרשת:

"בעמוד הפייסבוק הישראלי יש לתובעת 6,000 חברים ובעמוד הפייסבוק הבינלאומי – 14,000 חברים. באתר האינטרנט של התובעת תעבורה מאוד גבוהה של אלפי כניסות בשנה... נראה כי במצב דברים זה ניתן לייחס לתובעת, הפעילה מזה 9 שנים בהיקפים שציננה ונוכח היקף פרסומה – מוניטין הדרוש לצורך ביסוס העילה של גניבת עין" (שם, בפסקה 7.4).

24. בארצות-הברית נדון מקרה, שבו עשתה חברה שימוש בחשבון ברשת-החברתית LinkedIn של עובדת שלה ובעלת-מניות בה לשעבר, בלי להסיר את שמה של האישה ממלוא-מרכיביו של החשבון הזה ותוך שהיא, החברה, נוטלת לידיה את השליטה הבלעדית בחשבון. גולשים שביקשו ליצור קשר עם העובדת הזו, בעלת-שם בתחומה, בזכות המוניטין שלה הופנו בעקבות כך אל חשבונה של החברה. נפסק, על יסוד הוכחתם הן של מוניטין והן של הטעיה, כי התנהלות זו של החברה עלתה כדי misappropriation of publicity וכמוה כגזל של מוניטין. התובעת, קבע בית-המשפט הפדראלי של המחוז המזרחי של פנסילבניה, "maintains an exclusive right to control the commercial value of her name and to prevent others from exploiting it without permission" (*Eagle v. Morgan*, No. 11-4303, 2012 U.S. Dist. at Par. 23 (E.D. Pa. Oct. 4, 2012)). ניתן לעיון כאן). מענין לציין כי באותו מקרה צעד בית-המשפט במסלול שבו הוא צעד על אף, שלשיטתו לא היה מקום לראות בעצם-החשבון ברשת החברתית, להבדיל מן המוניטין שהוא מקדם או שעליו הוא נשען – קנין.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

2. תיאור כוזב

25. בפרשה, הזכורה במקומותינו כ"פרשת סוכן-הביטוח שוקה", הסביר בית-המשפט העליון את תכליתה הייחודית של העוולה של תיאור כוזב. עוולה זו, נפסק, "היא אחד הכלים שהעמיד המחוקק לצורך הבטחת קיומה של תחרות הוגנת אולם היא מתמקדת באספקט צר ונקודתי. עוולה [זו] חלה רק על 'עוסק', להבדיל ממי שאינו כזה, המפרסם מידע כוזב בנוגע לעסקו של אדם. פורשת [היא] מצודתה גם על עוסק, המפרסם שקרים על עסקו-שלו. [זוהי] עוולה ספציפית, העוסקת בפרסום הודעות כוזבות בזיקה לעולם התחרות העסקית. [היא] אינה מעניקה זכות תביעה לצרכן שהוטעה, אלא רק לעוסק שנפגע מהפרסום הכוזב" (ע"א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, בפסקה 54 לפסק-דינו של כבוד השופט עמית (פורסם באתר הרשות השופטת, 30.4.2017)).

על יסודותיה של העוולה הוסף ונכתב לאמור: "עוולת תיאור כוזב אוסרת על פרסום מידע כוזב, ובלשון הסעיף: 'מידע' שהוא 'אינו נכון'. 'מידע כוזב' הוא מידע מן הסוג שניתן לקבוע לגביו, על פי אמת מידה אובייקטיבית, אם הוא נכון אם לאו. אין [זו] עוולה צרכנית, ויסוד ההטעיה אינו יסוד מיסודותיה. ואולם, בבואנו לקבוע אם פרסום עולה כדי תיאור כוזב, שומא עלינו לבחון כיצד הוא נתפש בעיני הצרכן הפוטנציאלי. רק אמירה שהצרכן הסביר יתייחס אליה ברצינות, היא אמירה המקימה עילה. יש צורך במידע בלתי נכון מבחינה עובדתית לצורך התגבשות עוולת תיאור כוזב. [אף] יש היגיון בהנחה כי הצרכן הממוצע יטה להאמין ביתר שאת לפרסום בעל אופי עובדתי. העוולה נעדרת דרישה להוכחת 'זדון' מצד המעוול (לשון סעיף 2(א) לחוק עוולות מסחריות נוקטת לשון 'אשר הוא יודע או שהיה עליו לדעת')" (שם, בפסקאות 35, 37, 56, 57 ו-59 לפסק-דינו של כבוד השופט עמית. הסוגריים העגולים וההדגשות הם במקור).

26. באחד המקרים קבע – אמת: בית-המשפט המחוזי בחיפה – כי שימוש במרשתת להצגתו של מצג-שווא בדבר שיתוף-פעולה עסקי, שאינו קיים, בין הצדדים – שימוש, שתכליתו הייתה קנייתו של יתרון של העוסק האחד על האחר באמצעות הטעייתו של ציבור הצרכנים לחשוב שיש שיתוף-פעולה כזה – קולע ליסודותיה של עוולה זו. "באתר [האינטרנט] של [הנתבעת]", נקבע, "מוצגת התובעת כמי שממשיכה לשתף פעולה עם הנתבעת ו[להם] מוצר משותף – תיאור שאינו נכון. בכך יש העלמה של פעילות נפרדת של התובעת בשוק ו[קמה] עוולה מסחרית של תיאור כוזב. הכלל [שביסודה של עוולה זו] הוא כי אין זה לגיטימי, בין מתחרים, לזכות ביתרון באמצעות הטעיית הלקוחות" (ת"א (מחוזי חיפה) 14982-09-16 אי. אר. אס. גרופ בע"מ נ' קטן, בפסקאות 12(א) ו-15 לפסק-דינה של כבוד השופטת למלשטריך-לטר (פורסם במאגרים, 7.10.18)).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

27. שלא כעוולה של גניבת-עין, בעילה של תיאור כוזב אין תובע זכאי לפיצוי ללא הוכחת-נזק (סעיף 12 לחוק עוולות מסחריות). כך הוא גם בענינה של התערבות בלתי הוגנת – עוולה ואלה אדרש עתה, בתמצית המתחייבת.

3. התערבות בלתי-הוגנת

28. התערבות בלתי-הוגנת הוגדרה בפסיקה: "הכבדה פיסית או טכנית על מערך שיווקי של עוסק, כגון חסימת הכניסה למקום העסק או תפיסת קו הטלפון שלו או הכבדה על הגישה לאתר האינטרנט שלו" (ע"א 5066/10 שלמה א. אנג'ל בע"מ נ' י. את א. ברמן בע"מ, בפסקה 55 לפסק-דינו של כבוד השופט עמית (פורסם באתר הרשות השופטת, 30.5.2013)). הכבדה כזו הוכרה, לדוגמה, כשפעילות אינטרנטית של עוסק אחד גרעה מגישתם של גולשים אל זו של אחר. "די לי", נכתב בענין טרק ים אכזיב הנ"ל, "בהכבדת הכניסה לאתרי האינטרנט של התובעת, שהיא תוצאת העתקת חלקים נרחבים מאתר התובעת על ידי הנתבעים, על מנת לקבוע כי יש בכך לחסום טכנית גישה לעסקה של התובעת באופן לא הוגן ולכן מתקיימים יסודות העוולה" (ת"א (מחוזי חיפה) 14166-05-17 הנ"ל, בפסקה 9.6). מכאן קלה, וקצרה היא, הדרך לקביעה כי שימוש בפייסבוק, הגורר הכבדה שכזו, עשוי לכונן את יסודות-העוולה.

ה. השימוש בעמוד-פייסבוק ופגיעה בסימן-מסחר

29. היריעה הרחבה שפרשו הצדדים לא החמיצה אפילו טענה, הדדית, לגזל של סימן-מסחר. אף לא אחד מהם הוכיח את קיומו של סימן-מסחר וממילא היה הדיון בנושא דל ומצומצם. לא אכנס, אפוא, בעובי-הקורה של סוגיה זו. אסתפק בציטוט מדבריו של כבוד השופט חשין, לאמור:

"דיני העוולה של גניבת עין דומים במאוד לדינים של סימני מסחר; הגיון ההגנה כאן וכאן היגיון דומה הוא, והמגבלות החלות על ההגנה הניתנת אף-הן דומות הן בשני המקרים. שני הדינים מקורם (במשפטנו) הוא בחוק החרות, ופיתוחם בא בהלכה. אלא שהדין החרות של סימני המסחר דין מפורט הוא, בעוד העוולה של גניבת עין מציבה לפנינו מעין עוללת-מסגרת שעיקר פיתוחה הוא בהילכות בתי-המשפט. ואולם מתוך הדמיון-עד-כדי-זהות שבין שני הדינים ניתן לשאוב הלכות מן התחום האחד לתחום האחר ולו להרחבת הידע וההבנה" (ע"א 5792/99 משפחה חדשה הנ"ל, בעמ' 943. הסוגריים – במקור).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

1. עשיית-עושר ולא במשפט

30. בפסיקתו של בית-המשפט העליון הוער כי "פיתוח כללי התחרות ההוגנת באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט נועד לקדם תכליות חברתיות רצויות"; אך גם כי "הגנה חזקה [מדוי] עלולה לפגוע בתחרותיות בשוק, תוך פגיעה בחופש הביטוי וחופש העיסוק" (ע"א 3425/17 *Societe des Produits Nestle* נ' אספרסו קלאב בע"מ, בפסקה 42 לפסק-הדין (פורסם באתר הרשות השופטת, 7.8.2019)).

דברים אלה מתכתבים עם אינטואיציה יסודית מן הדינים של עשיית-עושר ולא במשפט. ב"מקרים בהם לא ניתן להצביע על דין מפורש אשר מקנה לזוכה זכות להתעשר או שולל זאת ממנו, המבחן לשאלה אם ההתעשרות אינה כדין הוא בבחינה אם התעשרות זו היא בלתי צודקת" (כבוד הנשיא שמגר ברע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. את. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2), 309, 324 (1990)). זהו "מבחן הצדק, [ה]מורדך על-פי תחושת המצפון והיורש ועל-פי השקפות בדבר הישר והטוב" (שם, שם). ניתן, במינוח עדכני, לתארו כמבחן של איזון בין אינטרסים נוגדים, הנדרש לשאלות של תכלית, של מידה ראויה ושל מאזן-תועלות.

31. במקרים, שבהם אותה מערכת מדוברת של דין מפורש, "חיצוני" לדינים של עשיית-עושר, מאפשרת לקבוע אחריות, אין מתעוררת בעיה מיוחדת. אם הדין החיצוני מאפשר מיצוי של הסעדים המבוקשים, דומה כי כלל לא ניזקק להשבתה של התעשרות שאינה כדין מכוחה של עשיית-עושר ולא במשפט. ואילו כשהשבה שכזו חסרה בדין החיצוני, תשמש הטלתה של אחריות לפי הדין הזה בשכלולו של היסוד השלישי, החיוני, של דיני-עשיית-העושר – "שלא על פי זכות שבדין" (סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979). הדין החיצוני יאפשר, בעקבות כך, את סעד-ההשבה של התעשרות אשר איננה כדין.

קושי מתעורר כשהדין החיצוני, מכל סיבה שהיא, איננו מטיל אחריות. או-אז לא ניתן לבסס על דין זה עילה טובה לתביעה וממילא לא ניתן להושיט איזה מן הסעדים שהוא מציע. כלום ניתן אז לפנות אל הדינים של עשיית-עושר כמקור משלים? לשאלה מורכבת זו הוקדש הדין שבפסק-הדין הידוע ברע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998). באותו מקרה התקשו תובעים (בשלוש פרשות שונות) לקבל סעד מכוחם של דיני-הפטנטים והמדגמים ומכוחה של טענה לגניבת-עין. תחת זאת עתרו הם להשבתה של זכיה, שנטען כי נתקבלה שלא לפי זכות שבדין. תביעותיהם נגזרו, לשבט או לחסד,



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

מטעמים שבנסיבות-המקרים שם, אך הפרשה הניבה דיון מקיף, בהרכב מורחב בן שבעה שופטים, ביחס שבין דיני הקניין הרוחני לדינים של עשיית-עושר.

דעת-היחיד, שכתב באותה פרשה כבוד הנשיא אהרן ברק, נשענה על שני יסודות אשר בחשיבותם לא ניתן להפריז. ראשונה הלכה עמדו אחר אותה אינטואיציה יסודית של דיני-עשיית-העושר ובה דובר בפתח-הדברים: ההבנה כי ענף משפטי זה של דיני-החייבים מבסס את עצמו, בייחוד, על אדנים של צדק ושל יושר. היסוד השני באותה עמדה הייתה תפישה הוליסטית של המשפט וחתימה לקיומה של הרמוניה בין מערכות-הדינים הפרטניות אשר מרכיבות אותו. בתמצית קבע הנשיא כי אי-הטלתה של אחריות לפי דין פרטני – שם: דינים אחדים מתחום-הקניין הרוחני – אינה, א-פריורי, הסדר שלילי, המונע את תחולת-הדינים של עשיית-עושר. לאלה האחרונים ניתן להידרש כמסגרת משלימה לדינים של קניין רוחני אם התעשרות, שבאה לנתבע מן התובע, נתקבלה שלא לפי זכות שבדין. אפילו במקרים, שבהם אין הדינים של קניין רוחני מאפשרים לקבוע כי קמה הפרה, עשוי היסוד השלישי בעילה של עשיית-עושר – "שלא על פי זכות שבדין" – להתקיים. יהא זה במקרה, שבו נתגלה בהתנהלותו של הנתבע, זולת היסודות שלכתחילה הצמיחו בדיקה לפי דיני-הקניין הרוחני, היעדרו של תום-לב, במידה העושה התנהלות זו בלתי-צודקת, כלומר התנהלות שלא לפי זכות שבדין (שם, בייחוד מעמ' 462 ואילך).

32. הדרישה לקיומו של "יסוד נוסף" – מונח, שטבע כבוד הנשיא שמגר כבר בפסק-הדין בפרשת ליבוביץ (רע"א 371/89 הנ"ל, בעמ' 323) – הוכרה בידיו של רוב-השופטים בענין א.ש.י.ר. תנאי הכרחי להחלתם של דיני-עשיית-העושר במקום, שבו אין הדין החיצוני לה מספק מענה. בכך נעשתה דרישה זו להלכה פסוקה והיא, מאז, נחלתן של כל הפרשות, העוסקות בממשק שבין דיני-עשיית-העושר לבין אלה החיצוניים להם. אלא, שאותו רוב בענין א.ש.י.ר. נחלק בדעותיו בשאלה עד כמה חריף נדרש להיות היסוד הנוסף הזה, היינו, עד כמה צריכה ההתנהלות להיות נגועה בהיעדרו של תום-לב ובחוסר-צדק עד כי היא תיחשב "שלא לפי זכות שבדין". מן המענה לשאלה זו נגזרת גם תפישתו של המשיב לגבי מידת-התחולה של הדין הכללי של התעשרות שלא כדין כנתיב משלים למערכות-הדינים הפרטניות.

ההלכה הפסוקה שלאחר א.ש.י.ר. אימצה עמדה מחמירה, הנוטה לגישה שהציע שם כבוד השופט חשין (שם, בעמ' 370). הצוהר, שנפתח באותה פרשה, צומצם לכדי פתח צר בלבד (ע"א 563/11 ADIDAS SALOMON A.G נ' יאסין, פ"ד סה(3) 774, 788 (2012)). בית-המשפט העליון הסתייג משימוש בדין הכללי של עשיית-עושר כמסלול חלופי לדרך-המלך של



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

מערכות-הדינים הפרטניות. "חשוב להדגיש", כתבה כבוד השופטת דפנה ברק-ארז, "כי דיני עשיית עושר ולא במשפט לא נועדו ליצור נתיב 'עוקף' לדיני הקניין הרוחני אשר יאפשר להרחיב את כוחם המונופוליסטי של בעלי זכויות המוגנות בקניין רוחני אף מעבר לאיזונים הפנימיים הקבועים בדינים אלה" (ע"א 7629/12 טוויסה הנ"ל, בפסקה 34). בענין Nestle הוסף לאמור:

"[במקום שבו] 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, 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" (ע"א 3425/17 הנ"ל, בפסקה 39).

33. נדרש אפוא כי אותו "יסוד נוסף" יהא "בעל משמעות של ממש" (ע"א 7629/12 טוויסה הנ"ל, בפסקה 34). עליו להיות "שלילי, חריג וחמור" (ע"א 3425/17 הנ"ל, בפסקה 39). הוא יוכר במקרים חריגים ומעטים בלבד (ע"א 945/06 General Mills Inc נ' משובח תעשיות מזון בע"מ, בפסקה 20 לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה, השופט אליעזר ריבלין (פורסם באתר הרשות השופטת, 1.10.2009)).

34. עמדה זו הוחלה לא רק בקשר לדינים של קניין רוחני אלא, למשל, בענינה של תביעה לפי חוק איסור לשון-הרע (ע"א 3322/16 איי די איי הנ"ל, בפסקאות 75-76 לפסק-דינו של כבוד השופט עמית). הכלל הוא כי אם הענף המשפטי המסוים ולפיו נבחנת התנהלות אשר נטען כי היא מפרה, אינו מוצא בה פסול, כי אז לא תוכל לגלות עצמה, כתחליף, עילה לפי הדינים של עשיית-עושר. זאת, אלא במקרה שלהתנהלות זו נלווה פן של חומרה מיוחדת, אשר אל מולה אין הדין יכול להישאר שווה-נפש לאפשרות, שתובע יצא וידיו על ראשו.

שימוש בשם-מתחם (domain)

35. על רציונאל זהה – איסור על הצבתם של מכשולים בלתי-הוגנים בדרכם של גולשים לפעילותו המקוונת של עוסק – ביסס הדין את התייחסותו לשימוש, שאינו הוגן, בשמות-מתחם



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

של אתרי-אינטרנט – אותו מרכיב מרכזי ב"כתובתו" של האתר והוא אחד האמצעים בגישה אליו. "הצדקה לתחולתו של סעיף 3 [לחוק עוולות מסחריות]", כתב פרופסור מיגל דויטש בהתייחס להתערבות בלתי הוגנת, "קמה אם רואים] הכבדה על יכולתה של [עוסקת] לפתח 'שביל גישה' טבעי לעסק שלה, באמצעות האינטרנט. תפיסת שם ה-domain, הנושא את שמו המסחרי של [עוסק], מהווה הכבדה על דרך הגישה הטבעית לעסק באמצעות האינטרנט. אמנם, לאחר שייכנס לאתר של [המשתמש בשם-המתחם], ייוכח לעתים הלקוח שהוא אינו נמצא על 'השביל' הנכון, אך עדיין יכבד עליו בנסיבות אלה למצוא את השביל הנכון. אין כאן רק שידול לפנות [אל המשתמש בשם-המתחם], אשר כשלעצמו לא היה מצמיח עילה על-פי סעיף 3, אלא גם 'תפיסת המרחב' – תפיסת ה'שביל' המוביל אל עסקו של [העוסק], באופן בלתי-הוגן" (מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 66 (2002)).

דברים אלה נכתבו בעקבות פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל אביב בת"א 1627/01 מ.ש. מגנטיקס בע"מ נ' דיסקופי (ישראל) בע"מ (פורסם במאגרים, 3.6.2001). באותה פרשה ראה בית-המשפט בהחזקתו, ללא שימוש, של שם-מתחם זהה לשמו של עוסק – מניעה, שלא מטעם לגיטימי, של גישה אל אתר-האינטרנט של עוסק זה, המקימה עוולה של התערבות בלתי הוגנת. "הגשמת תכלית החקיקה", נפסק, "מחייבת הכרה בכל אחד מאמצעי הקשר האלקטרוני באמצעותם עסק מקיים קשר עם לקוחות עובדים או סוכנים – [לרבות] הקמת אתר באינטרנט – כ'גישה' לעסק במובנו של סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות" (שם, בפסקה ב(3) לפסק-דין של כבוד השופט יהודה זפט). מאוחר יותר, בבית-המשפט העליון, עמדה על כך כבוד השופטת ברק-ארז:

"עשויה להיות רלוונטית עוולת ההתערבות הלא הוגנת, הקבועה בסעיף 3 לחוק עוולות מסחריות. דמיון רב בין שם המתחם [של משתמש מתחרה] לבין סימן מסחר [של עוסק] מקים חשש סביר להטעיית הלקוחות אשר עלולים להגיע בטעות לאתר המתחרה במקום לאתר של [העוסק] אליו התכוונו להגיע" (ע"א 7629/12 טוויסה נ' TOMMY HILFIGER LICENSING LLC, בפסקה 78 לפסק-דין (פורסם באתר הרשות השופטת, 16.11.2014)).

36. בהעדרה של "הכבדה", הנחוצה לביסוסה של עוולת ההתערבות הבלתי הוגנת, עדיין תיתכן אחריות בעוולה מסחרית אחרת. שימוש בשם-מתחם, שאינו מונע גישה לאתר-האינטרנט



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

של המתחזה אך יש בו "להטעות את ציבור הצרכנים שמא מתעטף פלוני בנוצותיו של אלמוני" עשוי להקים אחריות בגניבת-עין (ת"א (מחוזי באר-שבע) 28630-11-13 חתוקה נ' עמר, בפסקאות 14 ו-15 לפסק-דינה של כבוד השופטת ברקאי (פורסם במאגרים, 26.8.2015)). מנגד, כך נפסק באחת הפרשות, בחינה המתייחסת לדמיון בשמות-מתחמים עשויה להיות צרה מדי. גם דמיון מובהק בשם יכול שלא יקים הטעיה אם לאתרי-האינטרנט המתחרים סימנים אחרים, ניכרים לעין – למשל סמליל (לוגו) או סיסמה (החלופה העברית, המוצלחת פחות, לסלוגן) – המבדילים אותם היטב זה מזה (ת"א (מחוזי חיפה) 44032-04-17 לבוביץ' נ' ששון, בפסקה השביעית לפסק-דינו של כבוד השופט גדעון גינת (פורסם במאגרים, 18.6.2019). אושר בבית-המשפט העליון בע"א 5887/19 מיום 19.7.2021).

זכות-יוצרים בסמליל

37. הדעת נותנת כי סמליל (לוגו) יקלע לרוב להגדרה של "יצירה אמנותית" – ודאי במוכנה שבסעיף ההגדרות שבחוק זכות יוצרים: "לרבות רישום, ציור, יצירת פיסול, תחריט, ליטוגרפיה, מפה, תרשים, יצירה אדריכלית, יצירת צילום ויצירת אמנות שימושית"; אך גם במוכן, שייחס לה כבוד הנשיא שמגר בענין *Interlego*, כלומר של יצירה שיש בה "מלאכת אמנות" (ע"א 513/89 הנ"ל, בעמ' 161). אם כך יהא, הרי שעל נקלה זוכה סמליל שכזה להגנתם של דיני זכות-היוצרים, על הרציונאלים להם, על תנאיהם ועל מגבלותיהם כמבואר בחוק זכות יוצרים ובפסיקה. כך הוא הדבר בנוגע לזכות-היוצרים ה"כלכלית" וכך הוא בזכות המוסרית ביצירה.

למקרה הפרטני

מה ארע כאן? התמונה העובדתית

1. הקמתו של מועדון "החלוק 33", והפעלתו בשנים 2014-2017

38. "החלוק 33" הוקם בשנת 2009 בידיה של נתבעת 4, עמותת איילים, שביקשה ליצור מרכז-תרבות ורוח עבור תושביהן של באר-שבע וסביבתה. בשנותיו הראשונות הופעל המועדון בידי-העמותה, באמצעותם של עובדיה השכירים. שמו של המועדון, כבר כתבתי, ניתן לו לפי כתובת-הנכס שבו הוא שוכן.

39. התובע החל לעבוד בעמותה בחודש אוגוסט 2014. די מהר הוסכם כי הוא ינהל את המועדון וכך היה. עד לחודש אפריל 2016 היה התובע עובד שכיר בעמותה. בנספח השמיני לתצהיר-ההגנה צורפו תלושי-משכורת שלו וטפסים של ריכוז-הכנסותיו השנתיות ממשכורת



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

("טפסי 106"). בחודש פברואר 2015 שיגרה, אמנם, העמותה לתובע מכתב-פיטורים (הנספח הראשון לתצהירו). היה זה בעקבות קשיים, שפקדו אז את העמותה והוליכו אותה לפטר חלק ניכר מעובדיה. אלא, שמכתב זה לא הביא לסיום-עבודתו של התובע בעמותה. זו נמשכה אף לאחריו. על אף שבחר להציג זאת, באורח מעורפל למדי, כהסדר "מיוחד", שבמסגרתו הוא עבד "במבנה המשפטי של העמותה" (פסקה 9 לתצהירו), הרי שתפקידו של התובע לא השתנה ועבודתו הוסיפה לשאת מאפיינים של עבודת-שכיר. התובע ניהל את המועדון בעמותה ומטעמה. בכל חודש הוציאה לו זו תלוש-שכר, שהופק ממערכת-המשכורות הממוחשבת שלה. שכרו המשיך להקיף, כמקודם, מרכיבים של "שכר יסוד" ושל "הבראה". העמותה ניכתה במקור את מס-ההכנסה, מס-הבריאות ותשלומים לביטוח הלאומי. היא הפקידה מדי חודש כסף בקופת-גמל שעל שמו של התובע. התובע הוסיף ודיווח לה על היעדרויותיו מחמת חופשה, מחלה וכיוצא באלה. בקיצור: שכיר. העובדה, שהתובע קיבל יד חופשית למדי בניהולו של המועדון לא הפכה אותו לעצמאי, אף לא ל"שכיר שלא במובן הרגיל" (עדויות מפרוטוקול-הדיון, בעמ' 32, ש' 29).

הסדר-ההצסקה אשר הוחל על התובע התייחס לאופן, שבו תורגמו הכנסותיו של המועדון ממכירה של כרטיסים לקהל, למשכורת לעובדים ובכלל זה לתובע עצמו. חברה חיצונית בשם "טגונט בע"מ", שסיפקה למועדון שירותי-הקמה או החזקה של אתר-אינטרנט ובו מכירת-כרטיסים מקוונת, ריכזה עבור העמותה את ההכנסות שהתקבלו. אלו שימשו את העמותה למימון-הוצאותיו של המועדון ובכלל זה לתשלום-משכורתו של התובע, כאמור כעובד שכיר.

40. בחודש מאי 2016 החליטו התובע והעמותה על שינוי. הסיבה אינה חשובה לעניינו. התובע הקים חברה ושמה, כשמו של המועדון וככתובתו, "החלון 33 בע"מ". הוא היה בעליה היחיד של חברה זו. החברה נקשרה עם העמותה בהסכם להפעלתו של המועדון. את ההסכם, שכותרתו "הסכם זכיון" ואין חולק כי זה ההסכם אשר מכוחו הופעל המועדון בשנים שלאחר מכן, צירף התובע בנספח החמישי לתצהיר-עדויות הראשית. לאמור, אפילו שחלקים בכותרתו של ההסכם ובכלל זה התאריך שבו הוא נקשר ופרטים של נציגי-הצדדים נותרו בו חסרים, הרי שאלבא לתובע עצמו חייב ההסכם זה, כלשונו, את הצדדים שניהם. רק בחקירתו הנגדית גילתה את עצמה, באורח כבוס ומעורפל ממילא, טענה כי "זה טיוטה של ההסכם. המסמך הזה לא חתום. זה עבר כמה שינויים" (פרוטוקול, מעמ' 38, ש' 17). זכרה של טענה זו – בהקשרו של המסמך המסוים שהוגש – לא בא בכתב-התביעה, אף לא בתצהירו של התובע. ממילא אין הוא מתיישב עם העובדה שהתובע צירף את המסמך הזה – ושום אחר זולתו – לראיותיו והכתירו: "ההסכם הזכיינות ביני לבין העמותה" (פסקה 22 לתצהיר-עדויות הראשית).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

המבוא להסכם-הזיכיון קבע, בין השאר, כך:

"...הואיל והחל מחודש יולי 2014 ועד למועד החתימה על הסכם זה הפעיל הזכיין את המועדון במסגרת עבודתו כשכיר של העמותה;

והואיל והעמותה מעוניינת בהמשך הפעלתו של המועדון במתכונת דומה למתכונת הפעלת[ו]ן על ידי הזכיין עד למועד החתימה על הסכם זה..." (ההדגשות – במקור).

מן ההוראות הללו למדים אנו שתיים: ראשית, זולת העברתה של הפעלת-המועדון למסגרת משפטית חדשה, באמצעותה של חברה זכיינית תחת שהדבר יעשה בידיו של עובד שכיר, גמרו הצדדים בדעתם כי הפעילות תימשך באותה מתכונת ובאותם מאפיינים. שנית, ההסכם לא הבחין באורח ברור בין התובע לבין החברה שבבעלותו. מחד גיסא נרשם בכותרת: "החלוק 33 בע"מ באמצעות המורשים מטעמה _____ (להלן: הזכיין)" (הסוגריים והתנאי הריק הם במקור). מאידך גיסא נכתב כי "עד לחתימה על הסכם זה הפעיל הזכיין את המועדון כשכיר של העמותה".

41. הסכם-הזיכיון, כנקוב בסעיף השלישי לו, נקבע לעמוד בתוקף מיום 1.5.2016 ועד ליום 31.8.2017. לזכיין ניתנה אופציה, מותנית בקיומו של ההסכם להנחת-דעתה של העמותה, להאריך את תקופת-הזיכיון בשנה נוספת, עד יום 31.8.2018. אלא, שההסכם לא הוציא אפילו את תקופת-חייו הראשונה. בחודש פברואר 2017 העביר התובע את החזקותיו ב"החלוק 33 בע"מ" לידיהם של אחרים ולא שב עוד לעסוק בהפעלתו של המועדון. העמותה ניסתה להמשיך את ההפעלה בזיכיון עם בעליה החדשים של החברה אך גם עניין זה בא אל קצו בסופה של אותה שנה. לאחר חודשים מספר, במרס 2018, פרסמה העמותה מכרז להפעלתו של המועדון בידיו של זכיין חדש.

2. הפרסום הרשתי של פעילות-המועדון

א. אתר-אינטרנט ושם-מתחם

42. שני אמצעים עיקריים שימשו את המועדון בפרסום-פעילותו במרשתת ובשיווקה לקהל. כתבתי כבר כי נוהלה מכירה מקוונת של כרטיסים. דבר זה נעשה אמצעותו של אתר-אינטרנט,



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

שהקימה או הפעילה אותה "טגונט" נזכרת עבור העמותה ובו פורסמה פעילותו של המועדון. שם-המתחם של האתר, halutz33.co.il, נרכש בידיה של "טגונט" באמצעות מנהלה, מר יובל אמיר, עבור העמותה בחודש ינואר 2015 (נספח ז' לתצהיר-ההגנה). הוא שימש את המועדון במשך שנים מספר.

43. גרסתו של התובע, בחקירתו הנגדית, כאילו מר אמיר רכש את שם-המתחם לעצמו במסגרת "פעילות עסקית" עלומה כלשהי וכי הוא נאות למסור אותו לשימוש של התובע אך משום חברותם האישית (פרוטוקול, מעמ' 41, ש' 18), לא נתמכה בשום ראיה שהיא. את מר אמיר לא טרחה התביעה לקרוא לעדות. לא הוסבר, בעדות או בכל ראיה אחרת, באילו נסיבות נרשם שם-המתחם הזה על שמו של התובע.

נכון הדבר כי גם העמותה, שתביעתה הנגדית היא שעתרה להשבתו של שם-המתחם לידיה, לא העידה את מר אמיר. אלא, שלשיטתי עמדה התובעת-שכנגד בנטל הנדרש ממנה במידה, שדי בה להניח את המשך-ההוכחה לפתחו של מר קפ"ש אשר לא הצליח לעשות כן. ראשית, בנספח ז' האמור הראתה העמותה כי נכון לסוף ספטמבר 2017 – לאחר שמר קפ"ש סיים את פעילותו במועדון – עוד היה שם-המתחם רשום על שמו של מר אמיר. גם אם אניח, לצורך-הדיון, כי האחרון הרשה לתובע להשתמש בשם-המתחם הזה, הרי שאין שום ראיה לכך כי היה זה שלא בקשר לפעילותו של המועדון.

44. שנית, שם-המתחם הוא כשמו של המועדון. בדיוק. לא פחות ולא יותר; לא בקירוב ולא בדמיון. לו רק מטעם זה נהיר בעיני כי קישורו הטבעי של שם-המתחם, בהבנתו של אדם סביר, הוא למועדון. די בכך למלא את חלקה של בעלת-המועדון, העמותה, בנטל-ההוכחה. מי שמבקש להשתמש בשם הזה לפעילות, שאינה פעילותו של המועדון, יתכבד נא ויוכיח כי הוא זכאי לכך. יתכבד ויוכיח נא כי אין שימוש שכזה עולה כדי הטעייתו של גולש סביר ברשת. אלא, שבקידו של מר קפ"ש לא עלה להציג ולו ראיה יחידה, זולת עדותו-הוא, לזכות לשימוש בשם-המתחם. מחקירתו הנגדית של יד-ההגנה, מר אליאסיאן, לא עלה דבר, שיכל לתמוך בגרסתו של התובע. יד זה לא נשאל בחקירתו דבר וחצי דבר על אודותיו של שם-המתחם ועל השימוש בו.

מבחנו של שכל ישר – מבחן, שבו צידד גם התובע (פסקה 47 לתצהירו) – מתיישב יותר עם הבנה כי כחלק משירותי-הרשת, שסיפקה "טגונט בע"מ" לעמותה ובייחוד במסגרת-הקמתו או הפעלתו של אתר-האינטרנט של המועדון, נרכש שם-מתחם אשר יזוהה עם העמותה ועם



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

המועדון שבבעלותה. מר אמיר, בין שהוא חברו הטוב של התובע ובין שלא, לא נקשר – הוא או החברה שבניהולו – בקשר חוזי כלשהו עם התובע או עם חברת "החלון 33 בע"מ", שאלמלא כן היה התובע מציג לבית-המשפט ראייה כלשהי להתקשרות כזו. אם הסכים מר אמיר להעביר את הרישום משמו-הוא, לא היה זה אלא לטובת-הפעלתו של המועדון ולא על מנת להקנות לתובע, אישית, או לחברה שבבעלות-התובע, בעלות בנכס לא מוחשי זה.

ב. עמוד-פייסבוק

45. לצדו של אתר-האינטרנט הפעיל המועדון, כבר משנת 2010, עמוד-פייסבוק בשם "החלון 33" והוא במוקד-דיוננו. מחומר-הראיות, שהניחו לפני הצדדים שניהם, נהיר כי התובע לא יסד את העמוד הזה. לכל היותר הוא קיבל את העמוד לידי, כמנהלו של המועדון מטעם העמותה, יחד עם עמודים נוספים אשר לימים הפכו לא-פעילים. בתצהיר של עדותו הראשית כתב התובע: "עמוד הפייסבוק מושא ענייננו הועבר אלי בשנת 2014 ממר שי סורק, יחד עם עוד 4 עמודים נוספים... המזוהים עם מועדון החלון 33, אשר במשך הזמן נסגרו על ידי" (פסקאות 15.1 ו-15.10 לתצהיר). התובע לא טרח לבאר מיהו אותו שי סורק; הוא לא מצא מקום לזמן אדם זה למסירתה של עדות ורק כתב: "מר סורק מעולם לא הועסק על ידי העמותה" (שם, בפסקה 15.2). מה היה, אפוא, הרקע להקמתם הנטענת של העמודים קודם לכניסתו של התובע לפעילות בעמותה? אינך יכול לדעת זאת מעדותו.

העמותה, מצדה, גרסה כי היא זו שהקימה את העמוד לצורך קידומה של פעילות-המועדון. בִּית־דיוק, בחקירתו הנגדית הבהיר מר אליאסיאן כי "מי שהקים את הדף הוא שי סורק, שהיה ספק של העמותה, בשביל העמותה" (פרוטוקול, בעמ' 50, ש' 4-7). לתצהיר-ההגנה צורף צילום של עמוד-הפייסבוק וכתוב בו כי הוקם כבר בחודש אוקטובר 2010 – זמן רב קודם לקבלתו של התובע לעבודה בעמותה. עם זאת, העמותה לא הסבירה לבית-המשפט מהו המנגנון, שמכוחו נוצר הכיתוב הזה ואם הוא ראייה תקפה לאמתות-תוכנו. העד היחיד מטעמה, מר אליאסיאן, לא פירט בתצהירו מיהו האדם, שהקים את העמוד ומה היו נסיבותיה של ההקמה.

46. אין חולק על כך, שבמהלך-תפקידו בניהול-המועדון היה זה התובע אשר העלה תכנים לעמוד-הפייסבוק. לצורך כך הוא נרשם בפלטפורמה כמנהלו ("Admin") של העמוד הזה, ענין שהקנה לו גישה טכנית אל העמוד ויכולת לעדכנו. קשה לחלוק על כך, שהתובע הגדיל את חשיפת-הגולשים לעמוד זה וכי בתקופה, שבה הוא שימש מנהל-המועדון, גדל ממשיית מספרם של ה"עוקבים" אחר העמוד ותכניו.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

בניסיון להראות כי העמוד קנה לו חיים משלו, אף במנותק מפעילותו של המועדון, העיד התובע כי אפילו בתקופה ובה היה ניהולו של המועדון בידיו הוא פרסם בעמוד הזה פעילויות, שאינן קשורות למועדון. בבאר-שבע פועל מועדון-הופעות "מתחרה" ושמו "ברקה". בכמה מקרים פרסם התובע, בעמוד של "החלוץ 33", אירועים שנערכו במועדון האחר. התובע המשיך להעלות רשומות אל העמוד אף לאחר, שהוא סיים את פעילותו במועדון וניתק את קשריו העסקיים עם העמותה. "הציבור התרגל", כתב התובע בתצהירו, "להכיר את העמוד כעמוד הנותן מידע על הופעות במועדון [ה'החלוץ'] וב[ה'ברקה'] כאחד. משהפסקתי להפעיל את מועדון [ה'החלוץ'], מי שנכנס לעמוד עשה כן כדי לקבל מידע על הופעות במועדון [ה'ברקה']" (פסקה 29 לתצהיר).

העמותה אינה חולקת על כך, שהתובע השתמש בעמוד לפרסומן של פעילויות, שאינן של מועדון "החלוץ 33". אף אין מחלוקת על כך, שהעמותה לא ידעה על הפרסומים הללו בזמן-אמת. בתצהירו קבל מר אליאסיאן על כך ש"התובע, למעשה, הפך את דף הפייסבוק לכלי לשיווק ולפרסום כלל האירועים שבארגונו, ללא כל קשר למועדון 'החלוץ 33', ועוד לטובת מועדון מתחרה!" (פסקה 50 לתצהיר. סימן-הקריאה הוא במקור). יתרה מכך, העמותה הציגה לבית-המשפט רשומה, שהעלו התובע או מי מטעמו אל העמוד ביום 5.3.2018 – זמן רב לאחר שהתובע חדל לנהל את המועדון – ובה נכתב:

"לקהל לקוחותינו היקר, מועדון החלוץ יהיה סגור בזמן הקרוב. אנו עושים מאמצים לחזור לפעילות בהקדם. חלק מההופעות יתקיימו בליין [line] המשותף עם ה[ה'ברקה'] ויעודכנו כאן" (נספח ל' לתצהיר-ההגנה).

47. בחודש אפריל 2018, לאחר בחירתו של זכייין חדש להפעלת-המועדון, החליטה העמותה לשים סוף להתנהלות זו ולהשיב את העמוד לשליטתה. בא-כוחה פנה אל התובע במכתב אך ללא הועיל. ביולי 2018 שיגרה אפוא העמותה פנייה ישירה לפלטפורמה, בצירוף תצהירו של מר אליאסיאן ומסמכים. בעקבות כך הוסיפה Facebook את נציג-העמותה לרשימת-המנהלים של העמוד – דבר, שאפשר לעמותה גישה טכנית אל העמוד ומחיקתן של הרשאות-הניהול לתובע. כך נטלה העמותה לידיה את השליטה הבלעדית בעמוד. משסירבה להשיבה – נולדה תובענה זו.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

48. ברם עוד קודם לכן, בתווך שבין מסירתן לעמותה, בידי-Facebook בחודש אוגוסט 2018, של הרשאות לניהול העמוד לבין ביטולן, בידי-העמותה, של הרשאות-הניהול לתובע בחודש ספטמבר של אותה שנה, נטל לעצמו התובע חירות לערוך כמה עדכונים במאפייניו הרשומים של העמוד. התובע רשם את שמו כ"בעליו" של העמוד בשדה ששמו "הוכחת-בעלות" ובתיאור המילולי של העמוד תחת הכותרת "our story". במקום הכיתוב: "המקום [המועדון] הוקם ע"י עמותת איילים" הוא רשם: "דף הפייסבוק מפרסם גם את הופעות לייב – לייב ההופעות המשותף של ה[חלוצי] וה[ברקה]". לטענתה של העמותה, אף שהתובע אינו זוכר שעשה זאת, שינה התובע את הכיתוב בכותרת "מועד פתיחת העסק", מיום-הקמתו הנכון של המועדון בינואר 2009 לתאריך בחודש ינואר 2015.

כשנשאל על כך בחקירתו הנגדית השיב, תחילה, התובע תשובות מערפלות וחמקניות. "עשיתי עשרות אלפי שינויים [בעמוד]", הוא ענה, "כל יום בעצם עדכנתי פוסטים, שיניתי פוסטים וכך קרה גם באוגוסט 2018" (פרוטוקול, בעמ' 29, ש' 18-19). זאת, כאילו אין הוא בקיא היטב בהבדל, שבין עריכתה של רשומה בעמוד לבין רישום מאפייניו של העמוד ושל בית-העסק שהוא משרת. אחר כך הודה התובע כי הוא ערך חלק מן השינויים הללו בכוונה להעמיד על מכונם את מאפייניו הנכונים של העמוד. זאת, בתגובה לשינויים אשר ערכה העמותה בעמוד עם "השתלטותה" עליו ואל מול רצונה לדחוק את רגליו של התובע מן העמוד הזה. במקובץ הוא העיד: "באוגוסט 2018 הם [גורמי-העמותה] פשוט הסירו אותי מה-Admin של העמוד. אחרי זה הם באים אלי ואומרים: 'אתה שינית'. אני [בסך הכול] נהגתי ב[עמוד] מנהג בעלים, אני זה שהיה בעל העמוד" (שם, בעמ' 29, ש' 19-23). גם בבית-המשפט המחוזי נשאל התובע על השינויים הללו וגם שם נרשמו מפיו תשובות מתחמקות עד אשר הודה:

"עשיתי את זה אחרי שאתם תפסתם לי את העמוד. כי זה [הכיתוב הקודם] משמש כראייה עבורכם. שיניתי פרטים בעמוד הפייסבוק כדי שעמותת איילים לא יבלבלו לא את פייסבוק ולא את בית המשפט. שיניתי פרטים בעמוד גם אחרי שאתם גנבתם לי את העמוד, על מנת שלא תבואו כביכול עם ראיות ותבלבלו את בית המשפט כמו שאתם מנסים לעשות. זה משמש כראייה שקרית עבורכם" (פרוטוקול-הדיון בבקשה לסעד זמני, בעמ' 6, ש' 5; עמ' 13, ש' 28; עמ' 14, ש' 10 ועמ' 21, ש' 12-16).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

3. תשלומן של הוצאות-המועדון וקביעת-תכניו

49. כעובד שכיר של העמותה נהנה התובע מיד חופשית למדי בניהול-המועדון ובכלל זה בניהולו של עמוד-הפייסבוק. ברם העמותה היא שנשאה, למצער בחלק, מן ההוצאות אשר נכרכו בדבר. לפי הסדר-ההעסקה, שמכוחו המשיך התובע לעבוד בעמותה עד למעבר להפעלה בזיכיון, שילמה העמותה לתובע לא רק את שכרו אלא גם השיבה לידי הוצאות שהוצאו מכיסו.

לעמוד-הפייסבוק נלווה "חשבון-פרסום" ואותו חייבה הפלטפורמה בגין תוכן שיווקי שפורסם בעמוד. התשלום נוכח מכרטיס-אשראי, שהזין התובע בהגדרות-העמוד והוא, כנדמה, כרטיסו האישי. במשך חודשים רצופים, מדצמבר 2014 ועד ליוני 2015, פנה התובע אל העמותה בבקשה לאשר את ההוצאות הללו ולהשיבן לידי. לאחר בדיקה ואישור של נציג-הכספים של העמותה, אכן החזירה זו לתובע את ההוצאות הללו. בנספח העשירי לתצהירו של מר אליאסיאן צורפה הודעה של דואר אלקטרוני, ששלח התובע לעמותה ולה הוא צירף את ריכוזי-החיוב של חודש מרס 2015. בנספח 13 לתצהיר הזה הוצג אישור מאת נציג-הכספים של העמותה, לתשלומן של ההוצאות הללו לתובע באמצעות "קופה קטנה". כך היה גם בחודשים דצמבר 2014, ינואר 2015, פברואר 2015 ושוב בחודש יוני של אותה שנה (נספח 12). בכל האסמכתאות שהוגשו – הן פנייתו של התובע להחזר-הוצאות והן אישורן של הוצאות אלו בידי העמותה – מופיעים באורח ברור הרישומים "פייסבוק" או "פרסום בפייסבוק".

הענין עלה בחקירתו הנגדית של התובע:

"בא-כוח הנתבעים: בסעיף 15.8 לתצהיר שהגשת כאן,

אתה מצהיר, אני מצטט: 'כרטיס האשראי שלי היה בחשבון הפרסום של העמוד וממנו חויבו כל התשלומים בגין פרסום'.

התובע: נכון.

בא-כוח הנתבעים: רק [ש]אתה לא כותב שמיד לאחר מכן

אתה העברת בדיוק את אותן ההוצאות, ש[בהן חויב] כרטיס האשראי האישי שלך, לחשבת של עמותת איילים והיא



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

החזירה לך, back to back, אחד לאחד,
כל שקל שהוצאת על הפייסבוק.

התובע:

יש לי ארבעה כרטיסי אשראי שהוזנו
בעמוד. באחד מהם, כן, באחד מהם...
שוב, לא קיבלתי החזרים אלא העברתי
כספים לעמותה, העמותה החזירה לי
את הכספים על ידי זה שאני העברתי
לה כספים. כלומר העמותה בעצם
הייתה מנגנון ש... בשנה הזאת, טרם
הקמת החברה.

בא-כוח הנתבעים: מר קפ"ש, אתה, בסוף, לא נשאת
בחשבון הפרסום של העמוד. במשך כל
השנים שעבדת מטעם העמותה, לא
נשאת שקל מכיסך, הכול העמותה
החזירה לך, אמת?

התובע:

ארבעה כרטיסי אשראי שהוזנו.
בכרטיס אשראי אחד, שהיה בשנת
2015, אני העברתי כספים לעמותה,
העמותה החזירה לי את הכספים האלה
חזרה, עדיין הכרטיס אשראי שלי הוא
זה שהיה מוזן בעמוד.

בא-כוח הנתבעים: בשלושת כרטיסי אשראי האחרים,
אתה טוען שאתה שילמת לפייסבוק על
חשבונך ולא קיבלת החזר?

התובע:

כן" (פרוטוקול, מעמ' 34, ש' 9).

הנה כי כן, לפי ראיות-הנתבעים ואותן לא עלה בידיו של התובע לסתור, העמותה נשאה,
באמצעות החזר של כסף לתובע, בהוצאות-פרסום בפייסבוק מסוף 2014 ועד אמצע 2015 לכל
הפחות. שלא כטענתו, התובע לא הציג שום ראיה שהיא להוצאות אשר יצאו מכיסו בתקופה,
שבה הוא עבד בעמותה ולא הוחזרו לידיו. יותר מזה, ניסיונו לצייר את השבת-הכספים בצבעים



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

אחרים לא עלה יפה. "העמותה החזירה לי את הכספים על ידי זה שאני העברתי לה כספים", ניסה התובע, "[הכסף] הוחזר לי, אבל לא על ידי העמותה" (שם, בעמ' 35, ש' 5-6 ובעמ' 36, ש' 13). הוא נשאל והשיב:

"בא-כוח הנתבעים: מה זאת אומרת 'לא על ידי העמותה'?

האם העמותה לא שילמה לך? האם אתה לא מסרת לעמותה את כל ההוצאות ששילמת לפייסבוק והיא שילמה לך back to back?

התובע:

תראה, שוב אני אומר, אתה... אז אני מסביר שוב. לא העמותה שילמה, אלא הכרטיסים, הלקוחות שקנו, הם אלה שבעצם שילמו את הכספים האלה. הכספים האלה הגיעו לחברה שנקראת 'טגונט' [שממנה] הכסף הגיע לעמותה, והעמותה החזירה לי אותו" (שם, בש' 17-27).

כדי להבין טוב יותר את הסברו זה של התובע יש לפנות לפרוטוקול-הישיבה בבית-המשפט המחוזי, כשהתיק עוד עמד לפניו ונדונה בקשתו של התובע לסעד זמני. אף, שנזהיר את עצמנו כי כוחה של ראיה זו, וממילא קבילותה, מצמצמים את עצמם לעצם-אמירתם (ולתיעודם) של הדברים בבית-המשפט המחוזי, שם היה התובע בהיר יותר:

"כל [ה]הוצאות שהיו לי בתקופה הזאת, של 'קופה קטנה' שהראיתם פה מ-29.3.15, אני כנגד[ן] הכנסתי הכנסות וזה היה ההסכם עם העמותה. בוא רגע נבין מה קרה. עמותת איילים [נקלעה בשנת 2015 לקשיים ובעקבותיהם] נחסמו לה חשבונות הבנק. [מועדון] 'החלוץ 33' לא יכל לעבוד. באתי והצעתי רעיון: לפני פברואר 2015 העמותה סבסדה את המועדון [ובעקבות הקשיים התקשתה להוסיף ולעשות כן]. אני אמרתי: 'חבר'ה, אני לא רוצה שהמועדון ייסגר. המועדון הזה חשוב לי ואני אדאג



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

שהעמותה לא תשקיע שקל'. עבדתי מול [חשבת-העמותה]. הכנו טבלה מאד מסודרת, הראיתי להם כל הזמן שאנחנו מתקזזים. כלומר שהעמותה לא צריכה להשקיע שקל. החל מפברואר 2015 עד אפריל 2016, עמותת איילים לא הוציאה שקל על מועדון 'החלוץ', לא בפייסבוק ולא בשום דבר. המועדון הרוויח כסף, באמצעות זה קיזזנו את [ההוצאות]. יכולתי להוציא משכורות לעובדים, יכולתי להוציא משכורת לי. אבל עמותת איילים לא השקיעה פה שקל" (ישיבה מיום 15.10.2018, מעמ' 27, ש' 4; הנספח התשיעי לתצהיר-ההגנה).

50. במלים פשוטות: לפי המתכונת, שגובשה בראשית 2015, הופעל המועדון כיחידת-תקציב סגורה. הכנסותיו, מכל מקור שהוא, תורגמו למימון של הוצאות-הפעלתו. כיוון שכך, לא נדרשה העמותה לממן את המועדון בסכומים נוספים מעבר לאלה, שהצמיחו הכנסותיו. בתמצית, שגם היא מן הפרוטוקול בבית-המשפט המחוזי:

"בא-כוח הנתבעים: בכל התקופה [שמ]פברואר 2015 עד

אפריל 2016, העמותה החזירה לך את

כל מה ששילמת לפייסבוק.

התובע: נכון, אבל העמותה לא השקיעה [כסף

מחוץ להכנסות-המועדון]" (שם, בעמ' 28, ש' 11-14).

אלא שגם הסבר זה, ואין לי סיבה לפקפק בו, אינו מניח בסיס איתן לעמדתו של התובע. כך או כך לא יכול להיות חולק על כי הכספים, ששולמו לתובע כמשכורת או בהחזר-הוצאות, היו כספי-העמותה. המועדון היה, הלא, רכוש של העמותה. הכנסותיו – קנינה. כל חלק מן ההכנסות הללו, שנוצל לתשלום לתובע במסגרת-עבודתו בעמותה לא היה, אפוא, כספו של התובע אלא כסף של העמותה. אין זה מעלה או מוריד כי העמותה לא גייסה כסף זה ממקורות שמחוץ למועדון. אין בדבר לגרוע מן העובדות הפשוטות כי העמותה ידעה על "סעיף" של הוצאות להפעלתו של עמוד-פייסבוק וכי היא נשאה בחלק מן ההוצאות הללו, אם לא בכולן.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

51. כך היה עד לשינויה של שיטת-ההפעלה, עם קשירתו של הסכם-הזיכיון במאי 2016. ההסכם עיגן הסדר שונה למשכה של תקופת-הזיכיון, אך טרח גם וקבע כי לפני תחילתה של תקופה זו ובסמוך לסיומה ישוב על כנו ההסדר הקודם, זה שלערב-הזיכיון. הסעיף החמישי להסכם קבע: "עד ליום 28/5/2016 ישולמו על ידי העמותה כל ההתחייבויות הכספיות שנעשו עד תאריך ה-1/5/2016 [תחילתה של תקופת-הזיכיון] על ידי המועדון וכן ייגבו כל ההכנסות של המועדון בגין פעילות שנעשתה עד 1/5/2016], לחשבון העמותה...". בסעיף התשיעי נקבע כי שלושה חודשים לפני סופה של תקופת-הזיכיון תיערך התחשבנות כספית בין הצדדים ולאחריה, באותם שלושה חודשים, תשולמנה כל ההוצאות שלפי הסכם-הזיכיון מונחות לפתחה של העמותה, "מתוך הכנסות המועדון ו/או מהמלאי שיותר נכון לסיום החוזה". גם מכך למדים אנו כי מחוץ לתקופת-הזיכיון היו ההכנסות מפעילות-המועדון – קנינה של העמותה וזו שילמה באמצעותן את הוצאות-המועדון, לרבות בדרך של החזרה לתובע של כספים שהוא הוציא מכיסו.

לתקופת-הזיכיון גופה נקבעה מתכונת שונה. על אף חיובו של הזכיי "לשאת בהוצאות הפעלת הנכס, לרבות הוצאות תחזוקה" (סעיף 7(ה)) ובהתאם, במשמע, להיות זכאי לכל ההכנסות מפעילותו של המועדון, נטלה על עצמה העמותה להשתתף בחלק מסעיפי-ההוצאות, כמפורט בנספח השני להסכם. הסעיפים הללו, שמנו אך מרכיבים של החזקה שוטפת של הנכס – שכר-דירה, חשבונות חשמל ומים ותשלומי-ארנונה – לא כללו הוצאות-שיווק או פרסום של המועדון ושל פעילותו, בכל מדיום שהוא. ממילא לא נקב בהסכם או בנספחו השם "פייסבוק" ולא הייתה התייחסות פרטנית לעמוד הנדון.

בלבו של ההסכם עמדה התחייבותו של הזכיי להפעיל את המועדון "לפי ערכי העמותה המפורטים בתקנון העמותה" (סעיף 7(א)) ועוד יותר מכך: "להציג לאישור נציג העמותה תכנית רבעונית בתחילת כל רבעון" (סעיף 7(ב)). מן הניסוח הזה וממיקומו בהסכם נהיר כי לא בתוכנית כספית גרידא דובר כי אם, בייחוד, בכזו המתייחסת לתוכן-פעילותו של המועדון. העמותה שימרה, אפוא, בידיה כוח להשפיע בכל רבעון על מהותו של המועדון ועל השירות שהוא מציע לקהל. הוראה נוספת, בת-חשיבות ניכרת לענייננו, קבעה לאמור:

"הזכיי מתחייב להציג לאישור נציג העמותה את כל חומרי השיווק והמיתוג [של המועדון] טרם פרסומם וכן מתחייב הזכיי למתג את כל החומרים השיווקיים, לרבות שלט הכניסה למועדון, עם לוגו עדכני של העמותה ו[של] גורמים נוספים בהתאם לדרישת



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

העמותה. בתחילת תקופת הזיכיון תתקיים ישיבה להסדרת תנאי השיווק שתיכלל כנספח לחוזה" (סעיף 7(ד) להסכם-הזיכיון).

ראיות לישיבה לא הוצגו וממילא לא הוצג נספח שכזה להסכם-הזיכיון. אולם, עיקר הוא כי ההסכם העניק לעמותה מידה לא מבוטלת של שליטה בפעילות-השיווק, הפרסום והמיתוג של המועדון והכפיף את זו לערכיה של העמותה ולדגשים החשובים לה. כפי שכתבתי, הסכם-הזיכיון לא הזכיר מפורשות את השם "פייסבוק" ולא התייחס פרטנית לשיווק באמצעותה של רשת חברתית; ברם בכך אין מאום. ההסכם לא דיבר פרטנית בשום מדיום אחר של שיווק ושל פרסום, בשמו המפורש או במאפייניו. ממילא, לא צריך היה לעשות כן. ההוראה הרחבה, שממנה הבאתי זה עתה, מסרה אמנם לזכיון את שיקול-הדעת באילו אמצעים לפרסם את המועדון ועד כמה; אך הותירה בידי-העמותה סמכות בלעדית לאשר את תוכנית-השיווק. את מאפייניו של השיווק הזה, ככל מרכיב בהפעלתו של המועדון, הכפיף הסכם-הזיכיון לערכיה של העמותה ולאינטרסים שלה.

4. סמליל-המועדון

52. זה עתה צוטטה ההוראה ההסכמית, שחייבה את הזכיון "למתג את כל החומרים השיווקיים, לרבות שלט הכניסה למועדון, עם לוגו עדכני של העמותה בהתאם לדרישתה". הוראה זו מצביעה על החשיבות שייחסה "איילים" לקיומו של סמליל ולקישורו עם פעילותו של המועדון. זולת הסמליל של העמותה עצמה, יצרה זו סמליל מיוחד למועדון. אפילו התובע לא חלק על כך שמדובר בפרי-יצירתה של העמותה (פרוטוקול, בעמ' 44, ש' 3). לפי עדותו, שלא נסתרה, של מר אליאסיאן, "הלוגו פורסם לראשונה לציבור על-ידי פוסט בדף הפייסבוק של המועדון ביום 26.5.2013 ושימש כ'תמונת הפרופיל' של דף הפייסבוק" (פסקה 16 לתצהירו). היה זה חודשים רבים קודם לתחילת-עבודתו של התובע בעמותה.

בנספח הרביעי לתצהירו של עד-ההגנה צורף צילום של מה, שנחזה לרשומה בעמוד-הפייסבוק "החלוק" 33 מיום 26.5.2013 ובו תמונה של סמליל זה – שם-המועדון באותיות עבות של דפוס ומתחתיו קו מדגיש שבתוכו סיסמה: "חצר התרבות של עמותת איילים". לצד הסמליל בישרה הרשומה לאמור: "תגידו לו שלום, תעשו לו מקום, ש'שינים' [שין-שינים], מתנדבים של שנת-שירות] תעיפו לו 'הקשב' באוויר, קבלו אותו.... הלוגו החדש שלנו!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!" (ייתכן שהיו עוד כמה, או כמה פחות, סימני-קריאה). גולשים הגיבו: "לוגו אששששש"; "באמת, אש! שידרוג ענק!". המועדון השתמש בסמליל בכמה וכמה פרסומים, בפייסבוק, של פעילותו, כולם מן התקופה אשר קדמה לתחילת-העסקתו של התובע (הנספח השישי לתצהיר-אליאסיאן).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

בחדש אוקטובר 2015 – והתובע עודד מנהל-בשכר של המועדון מטעם העמותה – פורסם בדף-הפייסבוק סמליל נוסף למועדון (הנספח החמישי לתצהיר-אליאסיאן). הוא דמה עד מאד לסמליל הקודם: שוב הופיעו בו האותיות השמננות, באותו גופן בדיוק ובהדגשה בקו תחתון, רק המספר "33" שינה את מיקומו. לעדותו של מר אליאסיאן ולא נסתרה גם בנקודה זו, גם את הסמליל הנוסף עיצבה העמותה והוא שימש בתמונת-הפרופיל בעמוד-הפייסבוק של המועדון (פסקה 17 לתצהירו).

53. התובע העיד, והעמותה לא חלקה על כך, כי "הלוגו עוצב ושונה על ידי לא אחת" (פסקה 57 לתצהירו; ההדגשה הכפולה היא במקור). לתצהיר-התובע צורפו שני סמלילים שכאלה: בראשון ניטל, בדיוק, הכיתוב המעוצב "החלון 33" מן הסמליל של שנת 2013, על גופנו ועל הקו המדגיש שתחתיו; צילום של גיטרה חשמלית הוסף מעל לו והמלים "רוקנרול ישראלי" נוספו מתחתיו (נספח ט"ו לתצהיר-התובע). בשני ניטל אותו כיתוב מעוצב מסמליל 2013; לשמאלו הוסף איור של משקפיים ושפם ומתחתיו הכיתוב המעודן: "תרבות לתוך הפרצוף שלך" (נספח ט"ז לתצהיר-התובע). חרף היצירתיות, שהושקעה בעדכונו של סמליל-המועדון המקורי, היה גרעינו – אותה כתובת: "החלון 33", על אותיותיה, גופנה, צבעה והקו שתחתיה – זהה לסמליל המקורי, שעיצבה העמותה חודשים ארוכים קודם לקליטתו של התובע כעובד בשורותיה.

בחדשים מרס ואפריל 2018 פרסם התובע בעמוד-הפייסבוק של המועדון, במודעות-פרסום אשר נשאו את סמליל-המועדון, אירועים שהוא קיים במועדון האחר – "ברקה" (נספח 28 לתצהיר-אליאסיאן). בפעילות הזו נעשה ניסיון לקשור את שמו של מועדון "החלון 33", בבחינת-ארגונו של "ליין"-אירועים משותף לשני המועדונים, אפילו שבשלב זה כבר לא היה התובע חלק מהפעלתו של "החלון 33" וממילא עמד המועדון סגור ולא פעיל. אפילו אחרי, שהעמותה התרתה בו כי ישיב לידיה את העמוד, פרסם בו התובע, תוך שימוש בשם "החלון 33" ובסמליל-המועדון, אירועים של מועדון-"ברקה" וזאת באופן רציף בחודשים יוני עד נובמבר 2018. כך הוא עשה אפילו לאחר הגשתו, לבית-משפט זה, של שתי התביעות בהליך זה.

בעדותו לא הכחיש התובע כי הוא עשה כן. אדרבה, הוא נאחז בטענה כי האירועים התקיימו ב"ברקה" ולא במועדון לתמיכה בטענתו כי עמוד-הפייסבוק "החלון 33" שוב לא זוהה אך עם המועדון הפיזי של העמותה, אלא עם "ליין" האירועים, שמאחוריו עמד התובע ובכלל זה עם אירועי-המועדון האחר.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

5. ציוד במועדון

54. את הנספח הראשון להסכם-הזיכיון ייעדו הצדדים לפירוטו של הציוד, שהיה במועדון ערב-תחילתה של תקופת-הזיכיון. בסעיף 7(ח) להסכם התחייב הזכיון "לשמור על שלמותו ותקינותו של מבנה המועדון, לרבות הציוד שבו, כמפורט בנספח א' המצורף להסכם זה" (ההדגשה הכפולה היא במקור). משום מה, בעותק-ההסכם, שהגיש התובע בחומר-ראיותיו (הנספח החמישי לתצהירו), נותר נספח א' ריק לגמרי. זולת הכותרת: "ציוד המועדון" לא נכתב בו דבר. לעומת זאת, בעותק שהגישו הנתבעים (נספח 14 לתצהיר-ההגנה) כלל נספחו הראשון של הסכם-הזיכיון שתי טבלאות, מפורטות מאד, של ציוד ובכללו מערכות-הגברה וקול, ריהוט, פנסי-תאורה ומערכת-תופים.

בעדותו גרס מר אליאסיאן כי הציוד, שנמסר לשימושו של הזכיון, נרכש בידי-העמותה והוא רכוש. אמנם התובע הוא שרכש פיזית, למצער חלק מן הציוד הזה, אך היה זה עבור המועדון והוא עשה כן בכספיה של העמותה. העד פירט:

"התובע אישר שהוא קנה בשביל העמותה את הדברים האלה. זה [נרכש ב]כספים שהתקבלו מתרומות שהעמותה השיגה, והוא [התובע] כבא כוח של העמותה קנה. הם [התורמים] ב[עקבות] פנייה של העמותה הביאו כסף לצורך רכישת ציוד, נקנה עם זה המיקסר [ציוד-אודיו]. מי שהלך וקנה את המיקסר זה מי שהיה אמון על 'החלוק' מטעם העמותה באותה תקופה[:]. איציק קפ"ש [התובע]. העמותה נתנה לאיציק קפ"ש כסף כדי שילך ויקנה. הוא לקח צ'ק של העמותה או משהו כזה ושילם. אני לא הייתי צריך להעביר לאיציק קפ"ש כסף כדי שיקנה אותו. זה היה בתשלום של העמותה, אין לי מושג אם זה היה בצ'ק או בהעברה כספית" (שם, בעמ' 67, ש' 5-6; ש' 13-14 וש' 31-33; עמ' 68, ש' 10-16 וש' 32-33; עמ' 69, ש' 2 וש' 13-14).

לגרסתו, בסופה של שנת 2017 ביקש ממנו התובע, כטובה אישית, לשאול ציוד מן המועדון לטובת הופעה במועדון "ברקה" והוא הסכים. "לתדהמתי", כתב העד שהוא גם נתבע 1 בתביעה העיקרית, "קפ"ש סירב להשיב את הציוד לעמותה, באמתלות מופרכות" (פסקה 77



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

לתצהירו). העד הוסיף ומנה עשרה סוגים של פרטי-ציוד, שלשיטתו הם רכושה של העמותה אך נותרו בידיו של התובע (פסקה 78 לתצהיר).

השוואה בין רשימת-הציוד, שנטען כי התובע לקח ולא השיב, לבין זו שבנספח הראשון להסכם-הזיכיון מגלה דמיון ניכר. עם הציוד, המופיע בשתי הרשימות כאחת, נמנים "מיקסר" מדגם LS9; מגבר לגיטרה, מתוצרת Epiphone; מגבר לגיטרה-בס, מתוצרת Fender; תשעה "סטנדים" למיקרופונים; כבלים מסוג XLR; לוח-פיקוד של תאורה; ארבעה מגברי-סטריאו DI; שני מוניטורים מתוצרת Turbosound; שישה מיקרופונים מדגם SM57 וארבעה מסוג SM58 (בהסכם-הזיכיון נכתב, כנדמה בטעות, SMS7 ו-SMS8); שני מיקרופונים אלחוטיים מתוצרת AKG, מדגם 1000c; ומערכת-מיקרופונים לתופים. פרטי-ציוד יחידים, שלהם טענה העמותה אך לא הופיעו בהסכם-הזיכיון, הם ארבעה מיקרופונים. זולתם, כל הציוד שלטענת-העמותה לא הוחזר לידיה נמנה עם פרטי-הציוד, שהועמדו בהסכם-הזיכיון לרשותו של הזכייך ובתומה של תקופת-הזיכיון היה עליו להחזירם לעמותה.

55. זהות כמעט מוחלטת זו שבין שתי הרשימות פותרת קושי אשר עלה בחקירתו הנגדית של מר אליאסיאן. העד נשאל מדוע העמותה לא הציגה לבית-המשפט חשבוניות, המוכיחות כי היא הבעלים של פרטי-הציוד אשר, לטענתה, נותרו בידיו-התובע. תשובתו הייתה כי אסמכתאות שכאלו מצויות בידי העמותה "אני לא זוכר איפה, אבל אפשר לחפש" (פרוטוקול, בעמ' 66, ש' 18-19). אלא שברי כי די בכך, ששני הצדדים הסכימו, בכתב, כי הציוד הזה נמסר לזכייך למשך-הזיכיון וכי עליו להשיבו לידיה של העמותה, לסלק כל מחלוקת בדבר-הבעלות בו.

חיזוק נוסף לעמדת-הנתבעים בנדון נמצא לי בכוחו של מר אליאסיאן לתאר מזיכרונו, לפרטים, את אירוע-השאלתו של הציוד לתובע. העד סיפר כי בתקופה, שבה עמד המועדון מושבת מפעילות בשל אי-הסדרתו של רישיון-עסק, הוא עצמו נעל את ציוד-המועדון באחד מחדריו. הוא המשיך ופירט את המקובץ להלן:

"בפברואר 2018, [החדר ובו] הציוד הזה נפתח לבקשה מאוד מאוד מתחננת של איציק קפ"ש, ואני אומר 'מתחננת' כי הוא היה עם דמעות בעיניים, שיש לו היום בערב הופעה של דני סנדרסון, ובגלל שאין רישוי, כי הם לא פעלו להסדרת הרישוי, הוא נאלץ להעביר אות[ה] למועדון ה'ברקה' ממועדון 'החלוץ', וביקש



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

לקחת ציוד. אמרתי לו: 'בסדר, אבל אתה מחזיר את זה תוך יומיים'. אני פתחתי את החדר של הציוד, נתתי לו את הציוד שהוא ביקש, תוך התחייבות בעל פה שלו, כי אז אנחנו היינו עדיין בגדר חברים, [להחזיר את הציוד]. אני טוען שאיזיק קפ"ש לקח [ולא החזיר], אין לי מושג מה הוא עשה עם זה" (שם, בעמ' 70, ש' 17-6; עמ' 71, ש' 14).

ראיה נוספת אשר תמכה בטענת-העמותה התייחסה לפריט-הציוד שעמד, אולי בשל ערכו הכספי, במרכז-המחלוקת: אותו "מיקסר" של אודיו. בנספח ה-40 לתצהיר-ההגנה צורפה הודעה בדואר אלקטרוני, ששלח התובע לעמותה ביום 12.2.2018 ובה כתב הוא ברחל בתך הקטנה: "הבהרה בעניין המיקסר: המיקסר [כמו ציוד נוסף], הגיע [למועדון] בעקבות בקשה שלי [מהעמותה] לתמיכה בציוד עבור [החלון 33]. אני לא טוען על בעלות עליו אלא על זכות שימוש עתידית במסגרת הסכם כולל".

56. זה המקום להטעים כי עתירה לחיוב בגין ציוד חסר הופיעה אך ורק בתביעה הנגדית. היא לא גילתה את עצמה בתביעה העיקרית ואף לא כטענת-קיוזו בכתב-ההגנה-שכנגד. התקשיתי אפוא להבין את הרבותה שבטרונייתו של התובע, בתצהירו, כי העמותה היא שגזלה ממנו ציוד אישי ואותו הוא אחסן במועדון (פסקה 75 לתצהיר).

6. פעילות-המועדון ממרס 2018 ואילך

57. משהתברר לעמותה כי התובע והחברה, שהייתה בבעלותו, לא ישובו עוד להפעיל את המועדון, פרסמה זו מכרז ובחרה זכיין חדש. בין היתר על סמך רעיון, שהעלה באוזניה התובע (נספח 40 לתצהיר-אליאסיאן), החליטה העמותה לגבות מן הזוכה, כנגד זכותו להפעיל את המועדון, "דמי-כניסה" בסך של 130 אלף שקלים ועוד תשלום קבוע, מדי חודש בחודשו. לתקופת-הזיכיון הראשונה, בת שנה, הועמד התשלום החודשי על סך של 7,000 ש"ח בתוספת של מס ערך מוסף. עבור כל אחד מחודשי-הארכתה של התקופה, לפי אופציה בת 60 חודשים, נקבע תשלום של 12,500 ש"ח בתוספת מע"מ (העתק-נוסחו של הסכם-זיכיון חדש צורף בנספח 26 לתצהיר-ההגנה). ביום 13.5.2018 בחרה ועדת-המכרזים של העמותה לזכיון את מי, שהיא כינתה ברישומיה בתואר הארוך: "יקיר – הבעלים של חברת 'ים-ברים', מפעיל גם את מועדון ה'מנגה' בבאר שבע" (נספח 27).



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

דא עקא, כך העיד מר אליאסיאן, כי התנהלותו הקלוקלת של התובע, בייחוד בקשר לשימוש בעמוד-הפייסבוק של המועדון, הניאה את הזכייין החדש מלממש את זכיייתו. "הזכייין אשר זכה במכרז להפעלת המועדון סרב להפעילו, לנוכח השימוש של קפ"ש [התובע] בשם המועדון, הלוגו ופלטפורמת הפרסום בפייסבוק, הפוגעים במוניטין של המועדון ובהפעלתו השוטפת" (פסקה 55 לתצהיר-עדוּתו הראשית). לשיטתו, וזהו אחד מראשיה המרכזיים של התביעה הנגדית, הפסידה העמותה בשל כך את דמי-הכניסה ואת דמי-הזיכיון החודשיים (פסקה 56 לתצהיר). בחקירתו הנגדית שב נציג-העמותה על טענה זו ואמר: "בהליך של בחירת הזכייין החדש שבוצע, פרסמנו בעצם לקבל הצעות לזכיינות למקום. הגיעו כמה מציעים, למשל חבר'ה שמפעילים את 'פאב 40', למשל יקיר, שקוראים לו 'יקיר ברים' ועוד כל מיני. הדרישה שלנו בעצם לזיכיון הייתה 130 אלף שקל דמי כניסה ו-7,000 שקל בחודש" (פרוטוקול, בעמ' 63, ש' 14-19).

58. אלא שזולת הדברים האלה, והושמעו מפיו של עד יחיד שהוא בעל-דין, לא הונחה לפני כל ראייה שהיא לתמיכה בטענות-העמותה. הזכייין, אותו 'יקיר' חצי אלמוני, לא נקרא למסירתה של עדות. "אני לא מאמין שהוא היה מגיע [להעיד] אחרי שהוא בזבז כל כך הרבה זמן להגיע ולהציע את ההצעה שלו", ניחש עד-ההגנה (שם, בעמ' 64, ש' 26-28), ללמדך כי איש כלל לא פנה לאדם זה בבקשה כי יבוא וממילא לא סורב. שום תכתובת, בין העמותה לבין אותו זכייין, לא הוצגה. "איך אתה יודע", נשאל העד, "שהזכייין לא שילם לכם 130 אלף שקל בגלל התובע?" והשיב: "הוא [הזכייין] אמר". ובהמשך: "הוא אמר ככה: 'בגלל איציק קפ"ש אני לא משלם לכם 130 אלף שקל'?" – "כן". – "הוצאתם לו איזה מייל?" – "לא" (שם, שם, מש' 31). אמת, ראייה לכך כי היו אלה מעשים, שיש לייחס לתובע, אשר הביאו לנסיגתו הנטענת של הזכייין החדש מן הזכיייה – לא באה.

7. מעורבותו של נתבע 1 בהתרחשויות שנסקרו

59. אין כל ספק כי נתבע 1, מר אליאסיאן, היה מעורב עמוקות בפעילותה של העמותה, למצער זו שנגעה למועדון "החלוץ 33" וכי היה לו, בתוך כך, חלק מרכזי באינטראקציה מול התובע. בידיו של נתבע זה ובשמו מצויות היום הרשאות-הניהול של עמוד-הפייסבוק. באחת מתשובותיו בחקירה הנגדית, לשאלה אם גובשה ונרשמה החלטה של העמותה להגיש תביעה-שכנגד בתיק זה, הוא השיב: "אני [היא] החלטת [ה]עמותה" (שם, בעמ' 65, ש' 14). ההגנה הסתפקה, כזכור, בעדותו ולא נדרשה לגורמים אחרים בעמותה.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

אלא שאת כל שעשה, עשה נתבע 1 במסגרת-תפקידו בעמותה, מטעמה ועבורה. לא קמה לו מחלוקת אישית עם התובע וממילא לא ביאר כתב-התביעה העיקרית עילה אישית נגדו. נתבע 1 הוא אורגן של העמותה, נתבעת 4 וממילא, כנדמה, חבר בה. התובע לא ביקש להפעיל בענינו קונסטרוקציה של "הרמת-מסך" או מעין-הרמה שכזו וממילא לא פירט את הנסיבות החריגות, המצדיקות לעשות כן לפי ההלכה הפסוקה ועיקרן שימוש לרעה בהפרדה שבין חבר-עמותה לבין העמותה גופה (ע"א 4395/06 עמותת ז.פ.נ' לוי רמות עבודות עפר, כבישים ופיתוח בע"מ, בפסקאות 18-19 לפסק-הדין ובהפניות שם (פורסם באתר הרשות השופטת, 6.5.2009)). הוא לא נתלה בִּדְוִקטרינה, הלקוחה מדיני-השליחות (שם, בפסקה 20). הוא לא הציע נתיב חלופי של הטלה של אחריות אישית בשל מעשה נזק, שנטען כי הנתבע גרם לו כמזיק ישיר, להבדיל מחיובו בגין הפרה של הדין המיוחסת לעמותה.

אלו הן העובדות. צירופן אל הדין אשר פורט בחלקם הראשון של הדברים מניח את היסודות להכרעה בתיק זה. לזו אעבור עתה.

המסקנות

1. הצדדים למחלוקת

60. אתחיל מהסוף: לא ראיתי כל עילה לחיובו האישי של נתבע 1, מר אליאסיאן, באיזו מעילותיה של התביעה העיקרית. אני סבור כי התובע הניח בסיס לכלילתו ברשימת-הנתבעים אף מבחינתם של הסעדים המבוקשים – צו-עשה וחיוב בפיצוי כספי. המחלוקת, כבדת-המשקל, שהתעוררה לא קמה אלא בין העמותה, ומטבע-הדברים פועלת באמצעות-אנשים בשר ודם, לבין התובע. צו, לו ניתן נגד העמותה, מחייב היה, ללא כל ספק, את נתבע 1 אשר ממלא בה תפקיד.

2. הזכות לשליטה בעמוד-הפייסבוק

61. מאפייניה המתוארים של הפעילות, הקשורה לעמוד-הפייסבוק, קולעים לשיטתי את הזכות לשליטה בעמוד הזה, על עוקביו, לקנינה של העמותה. גם אם, בשעתו, לא נוצר העמוד בידי-עובד של העמותה אלא באמצעות מי, שסיפק לה שירותים, הרי שהוא נוצר עבור המועדון ולשם פעילותו. אלה – של העמותה לבדה הם. העמוד הועבר לשליטתו של התובע אך משום היותו עובד של העמותה ואך לשם ניהולו של המועדון בידי מטעמה של העמותה ועבורה. הוא לא נועד, וככלל לא שימש, לעניניו האישיים של התובע או לביטוי האישי, הנפרד מהיותו עובד-העמותה. העמוד זוהה עם פעילותו של המועדון הן בשמו, שהוא בדיוק כשם-המועדון והן



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

במרבית-תכניו, זולת חריגים מעטים אשר ממילא לא זכו לאישורה של העמותה. בחלקה הראשון של התקופה הנדונה היה ניהולו של העמוד חלק בלתי-נפרד מעבודתו של התובע כמנהל-המועדון.

זאת ועוד, העמותה החזירה לתובע הוצאות, שהוא הוציא בניהולו של העמוד למטרות-פרסומה של פעילות-המועדון. היא ידעה, מתוך כך, כי ניהול זה פלל גם עשייה במתחם הווירטואלי של פלטפורמה מסוימת זו. בתקופת-הזיכיון היה ההסדר הכספי כזה, שהכנסות-המועדון שימשו בכיסוי-הוצאותיו, כך ששום הוצאה לא הוציאו התובע או החברה שבבעלותו מכיסם שלא בקשר להפעלתו בזיכיון של המועדון.

נכון הדבר כי התובע הופיע, בשמו ולבדו, בהרשאות-הניהול של העמוד אולם היה זה מוצדק כל עוד הוא קיים את חיוביו החוזיים לעמותה – תחילה כעובד שלה ואחר כך כזכייין. בצדק השתכנעה Facebook, למקרא פנייתה של העמותה בשנת 2018 והמסמכים שצורפו לה, כי יש לאפשר לעמותה להשיב לידיה את ניהול-העמוד באמצעותו של בעל-תפקיד בה – תפקיד, שהתובע חדל מלמלא.

בעובדה, שהסכם-הזיכיון לא התייחס מפורשות לעמוד, איני מוצא רבותה משום נוסחו הכללי אשר הקיף, כפי שכבר ציינתי, את כל דרכי-המיתוג והפרסום של המועדון. באלה שימר הסכם-הזיכיון בידיה של העמותה כוח השפעה, באמצעותם של פיקוח ושל שליטה על תוכנית-הפרסום והפעילות. עם התגבשותה של הפעלה מסודרת של המועדון התקבע מצב, ואין זה מעלה או מוריד כי התובע הוא שתרים לו, ובו אין עמוד אחר מוקדש לפעילותו של המועדון. גם כיום אלה הם פני-הדברים. גולשים "סבירים" לא יזהו, אפוא, את העמוד קשור לתובע, אישית, ולעשייתו שמחוץ למועדון. עמוד זה ישמש, ראש וראשונה, גולשים המבקשים להתעדכן בפעילותו של "החלוץ 33" – לא החברה אלא המועדון והתובע אינו קשור בו עוד. גולשים שכאלה, אגב, יתעניינו פחות בפרטי "על אודות" העמוד. עיקר-מעייניהם נתון יהא לרשומות בו גופן. מכאן נהיר, בייחוד, כי גולשים צירפו את עצמם, בתקופת-פעילותו של התובע במועדון וגם לאחריה, לרשימת-ה"עוקבים" של העמוד שלא כדי לעקוב אחר התובע אישית אלא אחר המועדון, שעמוד זה מוקדש לו.

כל אלה הם, לפי הפסיקה המבוארת לעיל, מאפייניו של עמוד אשר הזכות לניהולו ולשליטה בו היא של בעלת-המועדון – העמותה.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

3. זכות-יוצרים

62. התייחסות למרכיבים פרטניים בתוכנו של עמוד-הפייסבוק לא עלתה בתביעה העיקרית, שאותה מיקד התובע בפגיעה הכללית בזכות-יוצרים שלו בעצם-שלילתה מידי של השליטה בעמוד. התובע יכול לעשות כן אם נראה בעמוד "לקט", שהוא יצירה מוגנת. אלא, שכבר בנקודה זו ניתן לסייג: מה לגבי תוכן, שהעלו אחרים לעמוד – למשל: תגובות לרשומות שכתב התובע? מכל מקום, גם אם אניח שהתובע יצר בעצמו חלק, אפילו ניכר, מתוכנו של העמוד, לא מצאתי כי זכות-היוצרים בעמוד היא לו וממילא כי יש לראות בעמותה מי שפגעה בזכות נטענת זו.

בתקופה הראשונה, בת השנתיים, שבה היה מעמדו של התובע זה של עובד-העמותה, ממילא חולשת על הסוגיה הוראתו של סעיף 34 לחוק זכות-יוצרים. התוכן, כבר כתבתי, נעשה לשם ניהולו של המועדון ובמסגרת-תפקידו של התובע כמנהל ועל כן במהלכו של "זמן-העבודה", שהוא הקדיש לתפקידו הניהולי. הסכם-העבודה לא הִחריג את העמוד ואת תכניו מזכות-היוצרים של המעסיק, היא העמותה. ברם אף כזכייני אינני סבור כי התובע "יצר" את העמוד, שהורכב גם מתכנים אשר הועלו אליו שנים קודם להיותו מנהל-המועדון וגם שנים לאחר סיום תפקידו שם. לשיטתי, בעמוד – כיצירה אחת שלמה – אין ולא הייתה לתובע זכות-יוצרים, וזאת בכל אחד מן הכובעים שהוא חבש לראשו בניהולו של מועדון "החלוץ" 33.

63. דווקא התובע הוא שהפר את זכות-היוצרים של העמותה, וזאת בסמלילי-המועדון שהיא יצרה. הזכות בסמלילים לא הייתה לתובע. גם הזכות לעשייתה של יצירה נגזרת מאלו – וכוונתי היא לסמליל או סמלילים, שיצר התובע בגזירה מן הסמליל המקורי של העמותה – הייתה לעמותה לבדה (סעיף 11(6) לחוק זכות-יוצרים). מבט, ולו חטוף, באלה מגלה על נקלה כי הם בוססו "באופן מהותי" (סעיף 16 לחוק) על הסמלילים, שיצרה העמותה. אסור היה אפוא לתובע להשתמש בסמלילים שהוא יצר ללא הרשאתה של העמותה – בעליה של זכות-היוצרים.

רק מן הטעם, שהתובעת-שכנגד לא טענה לכך, לא אדרש לענין-הפרתה של זכות-יוצרים בעמוד – כיצירה שהיא "לקט", בעצם ניכוסו לתובע ובהמשך השימוש בו. אעיר רק כי לשיטתי, אפילו שלעמוד-פייסבוק, בייחוד של בית-עסק, יש תפקיד פונקציונלי חשוב בהפעלתו של בית-עסק זה ובקידומו, הרי שיש בעיצובו של העמוד, בליקוט-חומריו ובעריכתם, מן היסוד ה"אמנותי", העושה את תוכנו של העמוד, כיחידה מצרפית אחת, ליצירה המוגנת בזכות-יוצרים.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

4. עוולות מסחריות

64. כמאליו ברור כי העמותה, ולה זכות-השליטה והניהול של עמוד-הפייסבוק, לא עוולה כלפי התובע כל עוולה מסחרית שהיא בהשיבה לידיה שליטה זו עם סיום-הקשר של התובע למועדון. המוניטין של מועדון "החלוץ 33", ואין זה מעלה או מוריד כי התובע תרם ליצירתו, הוא של מועדון זה לבדו. אין הוא חופף למוניטין של התובע עצמו, חרף היותו איש פורה בחיי-הלילה של באר-שבע. לעמותה, שהיא בעלת-המועדון, קנין במוניטין של מועדון זה, ודאי מעת שאין התובע קשור עוד בהפעלתו.

לדאבוני, התנהלותו של התובע דווקא היא שעלתה כדי פגיעה בהלכות התחרות ההוגנת. בזאת היא הקימה עליו אחריות בנזיקין, בכל אחת משלוש העוולות הראשונות, שבהן עוסק חוק עוולות מסחריות. הרי הפירוט.

65. גניבת-עין: התנהלות-התובע הביאה, אף לשיטתו-הוא, לכך שמועדון "החלוץ 33" ופעילותו יהיו מזוהים עם עשייה, שכלל אינה קשורה למועדון הזה ואפילו נוגעת לבית-עסק מתחרה. התובע יתקשה לאחוז מקל משני קצותיו: מחד גיסא לטעון כי מעשיו הובילו לכך, שעמוד-הפייסבוק ואירועים שפורסמו בו לא יזוהו עם "החלוץ 33" לבדו, אלא עם אירועים שעורך התובע בכלל ובייחוד במועדון "ברקה"; ומאידך גיסא לטעון כי אין הוא חב בעוולה של גניבת-עין.

סבורני כי מכל המפורט לעיל עלה בידיה של התובעת-שכנגד להוכיח את קיומו של מוניטין למועדון, ולהוכיח כי המוניטין הזה הוא קנינה כבעלת-המועדון. ניסיונו המקיף של התובע, ואף לשיטתו-הוא עלה יפה, לקשור בדעת-הקהל בין השם וה"מושג" "החלוץ 33" לבין פעילות אשר בינה לבין המועדון אין כל קשר, מכונן את היסוד השני בעוולה של גניבת-עין, הוא זה של הטעיה. המבחנים, שקבעה הפסיקה, מתקיימים כאן אחד לאחד.

ראשית, ה"מראה" וה"צליל" קמים, כמאליהם, מן השימוש בשמו של המועדון ובסמליליו. שנית, סוג-השירות הוא זהה – אירועי-תרבות והופעות. לא בכדי הציג התובע תחילה את האירועים, שהוא קיים מחוץ למועדון, כ"ליין" משותף לשני המועדונים; וגם לאחר מכן, כשה"שיתוף" הפך לאירועים בלעדיים של "ברקה", הוסיף התובע וקשר בינם לבין סוג-הפעילות שהוא נהג לקיים במועדון-העמותה.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

קהל-הלקוחות – אותו קהל הוא וגם את זאת קל להסיק מן הדמיון הרב בתוכנו של השירות ומהמשך-השימוש בשמו של "החלוק 33" ובסמליליו. העובדה, שעסקינן בעמוד-פייסבוק ו"קרב" נחוש מתנהל על רשימת-עוקביו, יוצקת ממד נוסף של תוקף ליסוד זה של חשש מהטעיה.

אמת, משקבעתי כי "החלוק 33" לא היה אך שמו של עמוד-פייסבוק, המנותק מפעילותו של המועדון אלא הולך, בדיוק, אחר הפעילות הזו ונסמך עליה; ולא היה אך שמה של חברה, שהפעיל התובע ללא קשר לפעילותו של המועדון אלא חברה, שקמה ונקראה בשם כדי לשרת את הפעילות במועדון "החלוק 33" – תומכות הנסיבות כולן, ואף ראייתן במבחנו של "שכל ישר", בקביעה כי התובע עלול היה להטעות את ציבור-הלקוחות לחשוב כי פעילותו, שאינה קשורה עוד במועדון, נסמכת על המוניטין שצבר המועדון עצמו בפעילותו. אמת: המשך-השימוש של התובע בעמוד-הפייסבוק של המועדון, בשמו ובסמליליו עלו, לשיטתי, כדי חשש ממשי להטעייתו של ציבור-הלקוחות הרלוונטי, באופן ה"רוכב" על המוניטין של "החלוק 33" ואף של העמותה שהיא בעליו. זאת, בייחוד משום שניהולו של עמוד-פייסבוק הוא מהאמצעים המובילים בקידומה של פעילות-המועדון; ולראיה: רצונו העז של התובע להותיר את העמוד בידיו. בכל אחד ממרכיבים אלה של התנהלות, ומקל וחומר בהתקיימם יחד, הושתו יסודות-העוולה של גניבת-עין.

66. על פני הדברים, ואין נעיצתם של מסמרות מתחייבת משום שהתובעת-שכנגד לא טענה לעילה זו, תיאור כוזב מתקיים גם הוא בתובע, משום שהוא "עוסק" אשר, עם סיום-עשייתו כעובד של העמותה ואחר כך כזכין מטעמה, נעשה למתחרה בפעילותו של המועדון שלה. תיאורה של עשייתו-הוא, בכובעיו החדשים שאינם עוד אלה של העמותה ושל המועדון, כקשורה גם בעמותה וגם במועדון הלא היא תיאור, שאיננו נכון מבחינה עובדתית, של הפעילות הזו. כך הוא גם תיאורו של המועדון ככזה, שקשור בפעילות הנעשית מחוץ לו וכך הוא "עירוב-התחומין" שבין עוסקים, נפרדים זה מזה. זהו, במלים פשוטות ובעיניו של כל אדם סביר – יהא זה צרכן של הפעילות, יהא זה ספק של המועדון ותהא זו, אפילו, תורמת פוטנציאלית – תיאור כוזב. הוא עלול לפגוע בתחרות ההוגנת שבין העוסקים ועל כן הוא אסור בדין.

67. התערבות בלתי-הוגנת, היינו, הכבדה על פרסומה של הפעילות ועל הגישה להיבטיה הווירטואליים – אפילו שגם אותה ייחס התובע לעמותה, התקיימה בו לבדו. גם בענין זה לא נדרש להרחיב כי התובעת-שכנגד לא טענה לעילה זו. אומר רק כי החזקתן של הרשאות-הניהול בעמוד-



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

הפייסבוק, אף לאחר שהתובע שוב לא קשור היה לפעילותו של מועדון "החלוץ 33", ושליטתו מבעלת-המועדון, מנעה ממנה את הכוח לפרסם את פעילותה או את פעילות-המועדון שלה בעמוד הזה. נטילתו של שם-המתחם "halutz33.co.il", בין שהתובע השתמש בו לגישה לאתר-אינטרנט שהוא הפעיל ובין שהוא מנע מן העמותה לעשות כן – גם היא, ללא ספק, הקשתה על גישת-הגולשים לאתר-האינטרנט של המועדון בעידן שלאחר התובע. מעשיו אלה של התובע עלו כדי התערבות בלתי הוגנת בעסקיה של העמותה.

5. עשיית-עושר ולא במשפט

68. משקבעתי כי התובע נושא באחריות לעוולות מכוחם הישיר של דינים פרטניים של קניין רוחני איני מוצא מקום, לפי ההלכה הפסוקה, להידרש לטענתה הנוספת של העמותה כי התובע התעשר, שלא כדין, על חשבונה. אין בדבר הזה צורך כאן ואין זה מן המקרים החריגים והמעטים אשר מחייבים שקילה של חיוב בעילה הזו בהעדר-מענה אחר מן הדין.

6. גזל של ציוד-המועדון

69. לבית-המשפט הוכח כי רובו, כמעט ככולו, של הציוד אשר נמסר לשימוש של התובע כזכייך-מנהל של המועדון, לא הוחזר לתובעת-שכנגד עם סיומו של הזיכיון. זולת פריטים בודדים של מיקרופונים, שהתובעת-שכנגד לא ביארה לבית-המשפט את מיקומם בנספח הראשון להסכם-הזיכיון, יתר-הציוד שפירט ההסכם הזה ניטל בידי של התובע ולא הוחזר לרשותה של העמותה. הוכח כי הבעלות בציוד הזה היא לעמותה. לתובע לא נמצאה כל הגנה – עובדתית או משפטית – מפני אחריות לעוולה שבסעיף 52 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], היא עוולת-גזל. יסודותיה של עוולה זו – "שהנתבע-שכנגד העביר שלא כדין, לשימוש עצמו, מיטלטלין שהזכות להחזיקם היא לתובעת-שכנגד, על ידי שלקח אותם ושלל אותם מן התובעת-שכנגד" – לשון-החוק, התקיימו כולם בתובע.

כפי שצוין, טענתו של התובע כי העמותה הותירה בידיה ציוד אחר, השייך לו, אינה צריכה לפניו בהליך זה משום שהיא לא באה בדמותה של עילת-תביעה מצדו ואף לא כטענת-קיוזו.

7. הטענה להפרתה של חובה חקוקה

70. התובעת-שכנגד לא הותירה הרבה אבנים, שבית-המשפט לא נתבקש להפוך. כך, כנדמה, נולדה טענתה – יצירתית גם היא, על גבול ה"אמנות" – כי התובע עוול כלפיה בהפרה של חובה



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

חקוקה. ומהי חובה זו? – האיסור, בסעיף 242 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 על "השמדת ראיה". איסור זה קובע עונש-מאסר בן חמש שנים למי ש"יודע כי דבר פלוני דרוש, או עשוי להיות דרוש, לראיה בהליך שיפוטי, והוא, במזיד, משמידו או עושה אותו בלתי ניתן לקריאה או לזיהוי, והכל בכוונה למנוע את השימוש בו לראיה". בזאת כיוונה העמותה לאותם שינויים, שלעיל קבעתי כי למצער את רובם ערך התובע, בפרטי ה"על אודות" של עמוד-הפייסבוק; ובלשונו בבית-המשפט המחוזי: "על מנת שלא תבואו כביכול עם ראיות ותבלבלו את בית המשפט".

71. איני סבור כי יש לחייב את התובע באחריות בעוולה זו. זאת, משום שלשכלולה דרושים יסודות אחדים ואין די באי-קיומה, גרידא, של הוראה שבחוק. ראשון אומר כי בהליך שלפני תמך מרכז-הכובד הראיתי במסקנה כי התובע עשה את הדברים לא מפני שביקש לשבש את ההליך בבית-המשפט אלא בעיקר משום שהוא סבר, באמת ובתמים, כי עמוד-הפייסבוק הוא שלו ופעל להשיב דברים על מכונם, כפי שהוא ראהו. ממילא, וכפי שכבר הדגשתי, מה שנאמר בבית-המשפט המחוזי איננו, לבית-משפט זה, ראיה לאמתות-תוכנו.

שנית לא קם, כך לדעתי, היסוד שבמציעא לסעיף 63 לפקודת-הנזיקין ומחייב כי "ההפרה גרמה ל[תובעת-שכנגד] נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאלי נטוון החיקוק". הוראתו של סעיף 242 לחוק-העונשין נועדה להגן על התשתית הראייתית אשר ניתן להניח לפניה של ערכאה שיפוטית. במישור הפלילי זוהי "עבירת-כוונה" – היא ה"כוונה למנוע את השימוש לראיה" – ושכלולה אינו מותנה בתוצאה. אלא שלשיטתי, בעת-מעברה של הוראה זו ב"צינור" (והנה, כמו סגרנו מעגל), אשר מקשר בין הדין הפלילי לבין זה הנזיקי, חל שינוי. דיני-הנזיקין מחייבים תוצאה. ללא נזק – אין חיוב. בתרגומה לדרישה זו שבפקודת-הנזיקין, סבורני כי "הנזק שאלי נטוון[נה]" הוראתו של סעיף 242 לחוק-העונשין, היא מניעתו של השימוש כראיה בַּדבר שהושמד או, למצער, הכבדה ממשית על כוחו של הטוען להציג דבר זה כראיה. לא כך ארע במקרה שלפני ובו לא רק, שעלה בידיה של התובעת-שכנגד לאתר את השינויים שנעשו ולהתחקות על ההבדל שבינם לבין פרטי-העמוד אשר קדמו להם, אלא שעצם-עריכתם של השינויים הייתה בידי-העמותה ראיה לביסוס תביעתה בעוולות הפרטניות של קנני רוחני.

לזאת אוסיף, בלי למצות, כי ממילא אפשר שבעוולה שבסעיף 63 לפקודת-הנזיקין יש היבט שיורי (קצת כמו העילה של עשיית עושר ולא במשפט, כמוסבר לעיל). משנמצא מקום לקבוע אחריות בעוולות פרטיקולריות, פוחת משקלו של הצורך להידרש לעוולה זו.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

הטעמים

72. משלא הוכחו עילותיה של התביעה העיקרית, פשיטא כי גם סעד לא יינתן בה. מנגד, בתביעה הנגדית יש מקום להיעתר לבקשתה של העמותה לצו-עשה וכן לפסוק לה פיצוי, אם כי לא בשיעור, הגבוה, שהתבקש.

הבקשה לצו-עשה עתרה להשבתו לידיה של העמותה של שם-המתחם. תוצאה מתבקשת מן הקביעה כי התובע נטל את השם הזה לידי, שלא כדין, היא מתן הצו המבוקש.

אשר לכסף. התובעת-שכנגד טענה לארבעה מרכיבים של פיצוי. ראשון התבקש פיצוי ללא הוכחתו של נזק, לפי איזו מן ההוראות שבסעיף 56(א) לחוק זכות-יוצרים ובסעיף 13(א) לחוק עוולות מסחריות. כל אחת מן ההוראות הללו מאפשרת, לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט, פסיקת-פיצוי של עד מאה אלף שקלים. התובעת-שכנגד תבעה סכום זה – מאה אלף ש"ח – כפיצוי כולל ללא הוכחה של נזק. בד בבד התבקש בית-המשפט לפסוק לעמותה 158 אלף ש"ח – סכום אשר, בהיותו לא "עגול", מרמז על טיבו – פיצוי בגין נזק מוכח. היה זה נזק של אובדן-הכנסה ולפי הטענה נגרם בהימלכותו של הזכייין החדש בדעתו ובנסיגתו מן ההסכמה לשלם לעמותה 130 אלף ש"ח לדמי-הכניסה ועוד 28 אלף שקלים, יחד בגין ארבעת החודשים שחלפו, עד שעלה בידיה של העמותה להפעיל את המועדון מחדש (7,000 ש"ח בכל חודש). שלישית עתרה העמותה לחייב את התובע ב-50 אלף שקלים והוא שוויו, המוערך, של הציוד שלא הוחזר לה. רביעית גילתה עצמה תביעה, בסכום זהה, לפיצוי על הפרתה של החובה החקוקה.

73. אפתח במה, שאיני סבור כי הוכח לבית-המשפט יסוד לפוסקו. זולת עדותו של מר אליאסיאן, שום ראיה לא הציגה העמותה לכך, שהזכייין החדש נמלך בדעתו בשל מעשיו של התובע. הענין הזה כה קל היה להוכחה – בצירופה של התכתבות כלשהי עם הזכייין ההוא או, אם אין כזו, בהזמנתו לעדות בבית-המשפט – עד כי המחדל לעשות כן צריך, לשיטתי, לעלות לתובעת-שכנגד במלואו של ראש-הפיצוי הזה. אמת, העמותה לא הוכיחה את היסוד הגדול של קשר סיבתי ומשכך אינני סבור כי היא זכאית לפיצוי בגין אבדן של הכנסות. אחריות להפרה של חובה חקוקה לא נמצא, כאמור, מקום להטיל וממילא אין לחייב את התובע בפיצוי בראש זה.

74. נותר אפוא להעריך את שיעורו הנכון של פיצוי ללא הוכחה של נזק וכן את מידתו של הנזק, שנגרם בגזל-הציוד ואותו לא כימתה התובעת-שכנגד אלא בהערכה. אשר לזה האחרון, לא הוצגה כל ראיה – בין ב"הצעת-מחיר" למיניה ובין בחוות-דעתו של בעל-מקצוע מומחה לדבר



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

– לשוויו של הציוד החסר. כיוון, שהגזל גופו הוכח, מצאתי מקום שלא להוציא את התובעת-שכנגד וידיה על ראשה אלא להעריך בעצמי את הנזק, באומדנה גסה ומטבעה נוטה לזכותו של מר קפ"ש. אני אומד את הנזק בראש זה בסך של 25 אלף שקלים – אומדנה, המתחשבת במספרם של פרטי-הציוד, במהותם, בחיוניותם לקיומם של אירועים (הכול כמבואר לעיל) וכן בהערכה, שאינה מבוססת על דבר, ולה טענה התובעת-שכנגד.

75. עתה לפיצוי ללא הוכחה של נזק. מניה וביה משמיעה צעידה במסלול זה של תביעה – פטור לתובעת-שכנגד מהוכחת-שיעורה של פגיעה אשר נגרמה לה במעשי-התובע. זאת, להבדיל מעצם-קיומה של פגיעה כלשהי ולשיטתי הוכחה די צורכה, בהיותה טבועה במהותן של העוולות ובנסיבות שבהן הן נעשו. ריבויים של מרכיבי-ההפרה; העובדה שהפרות אלו קלעו הן לגריעה מזכות-יוצרים והן לפגיעה בתחרות הוגנת (בהיבט של גניבת-עין); התכחשותו העיקשת של התובע כי אין הוא אחראי, כל עיקר, לעוולות הללו; התועלת הכלכלית, שחזקה על התובע כי הוא הפיק מן ההפרות הללו – באירועים שערך ובניסיון לצבור לעצמו מוניטין על חשבונה של העמותה; ומנגד, התרומה, שהשיא התובע למועדון כשימש בו מנהל והצלחתה של העמותה להשיב את המועדון לפסים של הפעלה תקינה, הן של המועדון והן של עמוד-הפייסבוק שלו – כל אלה מוליכים אותי לחייבו בפצויה של העמותה, ללא הוכחת-נזק, בסך של 45 אלף ש"ח.

התוצאה

76. התביעה העיקרית – נדחית. התביעה-שכנגד מתקבלת ברובה, כמפורט לעיל. בתוך 30 ימים מיום, שקיבל לידי פסק-דין זה ישלם מר קפ"ש, הוא התובע והנתבע-שכנגד, לתובעת-שכנגד:

- א. סך של 70 אלף שקלים לעילותיה של התביעה-שכנגד, בצירופם של הפרשי-הצמדה וריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 מיום-הגשתה של התביעה-שכנגד ועד היום, ובסך הכול: 80,979 ש"ח;
- ב. הוצאות-משפט בסך של 9,960 ש"ח, בצירופם של הפרשי-הצמדה וריבית כאמור, היינו, סך של 11,520 ש"ח;
- ג. שכר-טרחה של עורכי-דין בסך, כולל מע"מ, של 17 אלף ש"ח.



בית-משפט השלום בתל אביב - יפו

21 במאי 2023

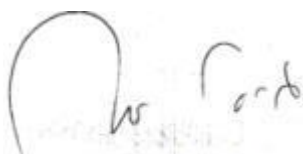
ת"א 3742-09-18 קפ"ש ואח' נ' אליאסיאן ואח'

איחור באיזה מהתשלומים יוסיף לו הפרשי-הצמדה וריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, מיום-החיוב האמור ועד למועד-התשלום בפועל.

77. שם-המתחם: halutz33.co.il יעבור לבעלותה של עמותת איילים או של כל גורם מוסמך, בכתב, מטעמה. אם נדרשת פעולה כלשהי מצדו של מר קפ"ש לקיומו של צו זה, הוא ינקוט אותה ללא כל דיחוי ובלא דרישה של תמורה כלשהי מן התובעת-שכנגד. אם נדרשים תשלומים של דמי-רישום או כל דרישה אחרת לפי דין, יש לקיים דין זה.

78. המזכירות תמציא פסק-דין זה לצדדים ועוד קודם לכן תתקן ברישומי-המחשב – כפי שנתבקש לעשות כבר בהחלטה מיום 27.1.2020 – את שם-משפחתו של נתבע 1, כמופיע בכותרת למסמך זה.

ניתן היום, א' בסיון התשפ"ג, 21 במאי 2023, שלא במעמד-הצדדים.


גיא הימון, שופט