

בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"א 50172-01-13 קניספל נ' עיריית חיפה

תיק חיצוני:

בפני כב' השופטת שושנה שטמר

גרשון קניספל ת.ז. xxxxxxxx
ע"י ב"כ עו"ד י. נחשון ואח'

התובע

נגד

עיריית חיפה

הנתבעת

ע"י עו"ד עפרה שלו יפתחאל מהמח' המשפטית עיריית
חיפה.

חקיקה שאוזכרה:

חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007: סע' 46, 78(ה)

פקודת זכות יוצרים: סע' 4(א)(2), 4א, 4(2)

חוק זכות יוצרים, 1911: סע' 5(1), 5(1)(ב)

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973

ספרות:

טוני גרינמן, זכויות יוצרים (מהדורה שנייה, 2008)

תמיר אפורי, חוק זכות יוצרים (2012)

מיני-רציו:

* השמדת יצירה כלולה באיסורים לפגוע בזכות המוסרית של היצירה, והיא גורמת לפגיעה בשמו ובכבודו של היוצר. התובע זכאי לפיצוי בגין השמדת פסל שהקים לבקשת הנתבעת, מבלי ליידע את התובע.

* זכויות יוצרים – יצירה – הגנתה

* זכויות יוצרים – בעלות על זכות יוצרים – קביעתה

* זכויות יוצרים – זכות מוסרית – הפרה

תביעה בגין פגיעה בזכות יוצרים של התובע בפסל שהוקם על קיר בית ספר, כאשר העירייה ניתצה את אריחי הפסל וזרקה אותם מבלי ליידע את התובע.

בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה בחלקה ופסק:

הנתבעת הוכיחה כי מספר אריחים נפלו ממספר מקומות בתבליט וכנראה הייתה קיימת סכנה לילדים ולעוברי האורח. ואולם, ניתן היה לנטרל סכנה זו באופן זמני, עד לבירור מקצועי וטיפול מקצועי במטרד, שלא חייב הריסת הפסל באופן מוחלט כפי שנעשה. התבליט הוזמן על ידי הנתבעת ולא בוצע במהלך עבודתו של התובע כיועץ אומנתי אצלה במשרה חלקית, אך זכות הבעלים ביצירה נותרה של התובע, משלא הוכחה הסכמה לפיה זכות היוצרים שייכת למזמין. זכויות העירייה בפסל כללו את הצגתו במקום בו הוצב לתקופה בלתי מסויגת מראש, טיפול במיומנות על מנת לשמרו, ואם הייתה נוצרת סיבה הולמת להסרתו או להזזתו היה עליה ליידע את האמן ולבצע את השינוי בהתייעצות עמו או בדרך שהוא יבחר בה, כל עוד איננה מסכנת מי מאנשי העיר. השמדה כלולה באיסורים לפגוע בזכות המוסרית של היצירה, והיא גורמת לפגיעה בשמו ובכבודו של היוצר. במקרה זה, השלכת היצירה כפסולת מצביעה על שהיצירה לא נעשתה באופן מקצועי ושערכו של הפסל הוא כה זניח עד שאין כדאיות לתחזקו – שהתנהלות זו פוגעת בשמו, במוניטין ובכבוד של היוצר. התובע זכאי לפיצויים בגין שווי הפסל, פגיעה במוניטין ועגמת נפש, אך אין מקום לאכוף על העירייה להקים את הפסל מחדש על ידי התובע ובתמורה.

פסק דין

1. התביעה שלפניי עוסקת בהפרת זכות יוצרים של התובע, שהוא אומן, העוסק בפיסול וציור, אשר הקים פסל בצורת תבליט גדול (להלן "הפסל" או "התבליט") על קיר בית ספר בחיפה. מבלי ליידעו ניתצה העירייה את האריחים שהרכיבו את הפסל וזרקה אותם כפסולת. הגנתה של העירייה הייתה, שהתבליט הורד בשל הסכנה לעוברי אורח עקב נפילה של אריחים. פסק הדין ידון, בין היתר, בשאלות למי הבעלות על התבליט, ומהם הסעדים העומדים לתובע, עקב השמדת היצירה.

רקע עובדתי

2. התובע הוא אמן בעל שם ומוניטין בארץ ובחו"ל (ככל הנראה בעיקר בברזיל). פיסול מונומנטאלי על קירות מבני ציבור מאפיין את יצירתו. בחיפה הוצבו מספר פסלים-תבליטים כאלו על קירות (לרבות על קירות גשר "פז")

3. בשנת 1965 הוזמן התובע על ידי הנתבעת (להלן גם "העירייה") להקים פסל על חזית קיר בית הספר "עירוני ה'" ברחוב האסיף בחיפה (להלן "בית הספר"). הפסל בוצע בצורת תבליט, שהורכב מ-154 לבני שמות בגודל של 30X50X5, שנשרפו בתנורי בית החרושת "נעמן" וצופו בגלזורה. לטענת התובע, הציפוי גרם שקרני השמש ישתקפו בתבליט, מה שהוסיף לייחודיותו. התבליט השתרע על פני כ-30 מ"ר (7.7 מ' X 4 מ'). הנושא היה חג האסיף והתייחס לעבודת האדמה בארץ עם מוטיב תנ"כי מחד גיסא והתיישבותי-חלוצי מאידך גיסא (ראו נספח ד' לתביעה, מאמר בעתון "הארץ" מיום 21/12/1965).

4. עיריית חיפה הסיירה את התבליט בתחילת שנת 2012. נטען על ידה, כי נוצרה סכנה בטיחותית חמורה לילדי בית הספר ולעוברי אורח בשל נפילת אריחים מהתבליט. לפני הורדת התבליט לא הודיעה העירייה לתובע על כך שהיא עומדת להשמיד את הפסל. בכתבי הטענות, ואף בשאלות שנשלחו אליה על ידי התובע, נמנעה העירייה להבהיר מה נעשה באריחים והיכן הם נמצאים. בהעדר תשובה, שנראתה מכוונת, מטעמה, הוריתי, שיש להניח כי האריחים נזרקו והושמדו (וראו החלטות מימים 10/07/13 ו-17/07/13). במהלך ההוכחות, התברר כי הנחה זו התאימה למה שקרה במציאות, שכן עלה, כי קבלן לעבודות איטום ושיפוץ מטעם העירייה הוריד את האריחים, ניפץ אותם וזרקם כפסולת לאתר בלתי ידוע.
5. בתחילת שנת 2012, הובא לידיעתו של התובע כי התבליט נעלם, ובמקומו צבעה העירייה את הקיר, עליו עמד התבליט, בצבע גור.

טענות הצדדים

6. התובע טען כי התבליט לא התפורר, והכחיש שהיה פגם כלשהו ביצירה. נטען כי הוא ביקר בנובמבר 2011, יחד עם מנהל היחידה לאומנויות בעירייה, מר עמי אטיאס, באתר הפסל, בדק את התבליט ולא היה בו כל פגם. נטען כי ההחלטה על הורדת התבליט התקבלה באופן לקוי, כאשר אף אחד מאלו שהיו שותפים להשמדתו לא ידע שמדובר ביצירת אומנות; ההחלטה להרסו לא עברה כל בקרה, לא צוינה באף מסמך, ולא הובאה לידיעתו של האדם האמון על הטיפול ביצירות אומנות בעירייה, מר עמי אטיאס. נטען כי מדובר בהתנהגות רשלנית חמורה של העירייה, ונרמז כי אף פעולה בזדון תתכן.
7. עיקר המחלוקת העובדתית הייתה בסוגיה למי הבעלות בזכות היוצרים. התובע אמנם עבד באותה עת במשרה חלקית בעירייה כיועץ לראש העיר לענייני אמנות ואיתור מקומות להצבת פסלים במתחם הציבורי בעיר, אולם הוא טען כי התבליט לא נעשה במסגרת עבודתו; הוצא מכרז להקמתו, הוא זכה במכרז, הגה, תכנן וביצע את הקמת הפסל שלא בשעות העבודה. לגרסת התובע, תרומת העירייה להכנת התבליט ולהצבתו על הקיר, הסתכמה בכך שהעירייה הקצתה לאמן את הקיר. נכון ששולם לתובע עבור זמן עבודתו על התבליט ועל החומרים להכנתו, אולם ערכה של זכות היוצרים לא שווה לתמורה ששולמה, ועל אף שהיצירה הייתה מוזמנת, הבעלות הראשונית בה נותרה בידיו, ולא הועברה לנתבעת. התובע הוסיף, כי התשלום עמד על סכום קצוב (1000 ל"י) למטר עבודה, כאשר את הסכום הזה קיבלו גם אומנים אחרים, שזכו בד בבד עם התובע במכרזים להקמת פסלים במקומות אחרים בעיר.
8. באשר לסעדים, דרש התובע לחייב את העירייה לאפשר לו לשחזר את התבליט ולהציבו על חזית קיר בית הספר, על חשבונה של העירייה. הסכום שהתובע טען שיש לשלם לו עבור שחזור התבליט והקמתו מחדש, הועמד על ידו על 830,000 ₪. בנוסף טען התובע שיש לפצותו בגין פגיעה במוניטין שלו שגררה צמצום בהזמנות ובפרנסתו וכן בשל עוגמת הנפש, שנגרמה לו בסכום כולל של 650,000 ₪. נטען כי העירייה הפרה את זכותו המוסרית, ויש לפסוק לו פיצוי עקב כך בסכום של 350,000 ₪ נוספים. נטען כי התבליט הושמד ללא סיבה וכנראה בכוונת זדון או ברשלנות חריגה וקיצונית, שפגעה אף ב"רוח העיר" דהיינו בזכותו של הציבור החיפאי ליהנות מיצירת אמנות

שעמדה במקום ממנו נראתה למרחוק והייתה אחד ממאפייני העיר. בנסיבות אלו, טען התובע, שיש לפסוק לו גם פיצויים עונשיים בסכום של 500,000 ₪. התובע הקטין את סכום תביעתו, על מנת לחסוך בחלק מהאגרה, והעמידה על 1,000,000 ₪.

9. הנתבעת לא הכחישה כי התובע הוא אמן בעל שם ושהיא הסירה את התבליט, כפי שנטען על ידי התובע. כאמור, להגנת התנהלותה זו, הבהירה כי היא פעלה בהתאם לחובותיה כרשות מקומית למנוע סכנה, שכן האריחים הנופלים הוו מפגע, אשר חשף את העוברים והשבים, לרבות תלמידים ומורים, לסכנה מיידית. בשל דחיפות העניין, הוסר התבליט באופן מיידי.

10. הנתבעת טענה כי היא בעלת זכות היוצרים הראשונית-הכלכלית בתבליט, דהיינו הבעלים שלו, מתוקף היותה מעבידתו של התובע ומשום שהתבליט הוקם על ידי התובע במסגרת עבודתו. כאמור, התובע עבד בעירייה בזמן יצירת התבליט כיועץ בענייני אומנות, והיה עליו לבצע גם יצירות אומנות משלו עבורה. התובע הודה שניתנה לו תמורה עבור התבליט, ולפיכך, זכות הבעלות שייכת לנתבעת. כל שנותר לתובע בתבליט היא הזכות המוסרית, אולם פעולתה של העירייה הייתה סבירה בנסיבות, ואינה מהווה הפרה של הזכות.

11. שני הצדדים הביאו מומחים להוכחת הנזקים. יש פערים ביניהם באשר לסכומים שכל אחד מהם סבר שמייצגים את נזקיו של התובע.

המחלוקות להכרעה

12. עיקר המחלוקות שעלו מעמדות הצדדים היו כדלקמן: האם התובע היה עובד או קבלן עצמאי שהוזמנה אצלו עבודה; מה היו זכויותיו בתבליט – האם "הזכות הכלכלית" או זכות הבעלות הייתה שלו או שנותרה בידו רק ה"זכות המוסרית"; מהם הפיצויים המגיעים לו.

דיון והכרעה

המפגע, חומרתו, והתנהלות העירייה בטיפול בו

13. יורם אורן, מנהל בית הספר (להלן "המנהל"), העיד כי הובא לידיעתו שנפלו אריחים מהתבליט, אולם הוא לא זכר את זהות האדם שהתקשר אליו. לפי מיטב זכרונו, היה זה מורה (ע" 33, ש' 14-17 לפרו'). המנהל לא בדק את התבליט, אלא יצר קשר טלפוני עם אלי המאירי, ממונה הבטיחות האזורי בעיריית חיפה וכן עם אליא מרון, מפקח מהמחלקה לפיתוח ואחזקת מבנים בעירייה. כמו כן, נתן המנהל הוראה לגדר את המקום מתחת לתבליט ולסגור את המעבר בסמוך לו, בכניסה הראשית לבית הספר וזאת עד להחלטה אחרת מהגורם המוסמך (ס' 3 ו-4 לתצהירו נ/4). הוא לא היה מודע לכך שמדובר ביצירת אומנות (ע" 33, ש' 26-27 לפרו'). כשהגיע למקום הוא לא ראה אריחים על הרצפה (ע" 34, ש' 21-23).

המאירי העיד כי לאחר שקיבל את ההודעה של המנהל אורן, דיווח על כך למחלקה לאחזקת מבנים בעירייה. גם הוא לא ידע שמדובר ביצירת אומנות, ולא יצא לשטח כדי לבחון את המפגע (עמ' 26 לפרו'). הוא הזעיק באופן מיידי את המפקח מרון כדי לטפל במפגע (ס' 4 ו-7 לתצהירו, נ/3).

מיכאל זדייב, מנהל המחלקה לפיתוח ואחזקת מבנים בעירייה (להלן "זדייב"), העיד כי לאחר שהמנהל אורן דיווח על המפגע, הוא שלח באופן מיידי את המפקח מרון כדי לתחום את איזור הנפילה ולהיערך למתן מענה בטיחותי הולם (ס' 2 לתצהירו, מסומן נ/6). למחרת, הגיע הקבלן ובנה פיגום כדי להסיר את המפגע (ס' 3 לתצהירו). אף זדייב העיד שלא ידע שמדובר ביצירת אומנות, ואם היה מודע לכך, היה פועל באופן אחר (ע' 41, ש' 1-3 לפרו').

14. השתלשלות האירועים עמומה לאחר פועלו של זדייב. המפקח מרון, שנכח בשטח, ונתן הוראות כיצד לטפל בתבליט, לא הובא לעדות, ויש להתפלג על כך, בהתחשב שנטל הראיה באשר לסיבה להסרת הפסל ולחומרתה הייתה על העירייה. אי העדתו, פועלת לחובתה (וראו ע"א 795/99 אנטוני (טוני) פרנסואה נ' אהוד (אודי) פוזיס, פ"ד נד(3) 107 (2000)).

15. דוד פלוטקה, שהגדיר עצמו כקבלן איטום ושיפוץ (עמ' 20, ש' 23 לפרו') (להלן "הקבלן"), הוא היה זה שטיפל בהסרת האריחים, בהתאם להוראותיו של המפקח מרון. הקבלן הצהיר כי נפלו מספר אריחים מחזית הכניסה לבניין (ס' 3 לתצהירו, נ/2), וסימן את המקומות מהן נפלו בקירוב על גבי דף נייר (4/ת). הוא לא ספר אותם ואינו זוכר בדיוק מהיכן נפלו, אך הוא העריך כי מדובר בעשרה אריחים לפחות ובמספר מקומות שונים בתבליט (ע' 24, ש' 1-7). האריחים נפלו מגובה שבעה או שמונה מטרים (שם, ש' 16). המפקח מרון נתן לו הוראה לפרק את האבנים שנופלות מהקיר (ע' 21, ש' 10-11), והוא הסיר את כל התבליט כדי למנוע את הסכנה, מה גם שמצא כי הטיח מתחת לאריחים התפורר (עמ' 21 לפ', שו' 20-25).

16. עדותו של הקבלן מבססת קיומו של פגם ביצירה. כלומר, הנתבעת הוכיחה כי מספר אריחים נפלו ממספר מקומות בתבליט. אם כי בהעדר תיעוד של התבליט ובשל זיכרונו המעורפל, לא ניתן לומר בדיוק מה הייתה חומרת הפגם. לא האמנתי לקבלן כי היו עשרה או עשרות אריחים שנפלו. סביר להניח כי עם נפילת אריח או שניים, היו המורים או ההורים נזעקים, כך שסביר אף להניח כי התלונה הגיעה למנהל אורן לאחר נפילה של מספר קטן של אריחים.

17. אני סבורה כי "אם כל חטאת" בטיפול בתבליט, היה בורותם ורשלנותם של כל המטפלים בעירייה בנושא: נראה שבשל רשלנות זו הגיעה התלונה למחלקה לטיפול במבנים מסוכנים ולא לאגף המטפל בפסלי רחוב אומנותיים או גם לאגף זה. הטיפול היה כמו טיפול במבנה מסוכן, כאשר באים להסיר טיח נופל וכיוצא"ב. בלא כל היסוס, בוונדליזם מוחלט, הלך הקבלן והסיר את התבליט תוך שבירת האריחים היקרים וזריקתם כפסולת בניין. אינני יכולה להבין כיצד המנהל, המפקח והקבלן לא ראו כי מדובר בפסל סביבתי בעל ערך אומנותי וכספי; קשה להבין את הטענה של הקבלן שהוא לא הבחין שמדובר במשהו שונה מאשר, למשל, הסרת טיח נופל בבניין מסוכן - "העיניים להם ולא יראו" (תהילים פרק קט"ו פסוק ה). לדעתי, לו הטיפול היה זהיר ומקצועי היה נמצא פתרון אחר כגון להקים רשת על הקיר שתמנע עד להחלטה מקצועית פגיעה אפשרית בתלמידים או גידור השטח ומניעת כניסה לאזור הסכנה, או הורדה זהירה של כל אריח על מנת לשמרו. זאת ועוד הסרת התבליט והדרך בה בוצעה עבודת הקבלן אינה מתועדת, אך למיטב זכרונו של הקבלן העבודה נמשכה לפחות שבוע, כאשר שלושה או ארבע עובדים עבדו מהבוקר ועד הצהריים. במהלך העבודה הם השתמשו במספר מכשירים, לרבות מכשיר "קונגו" (פטיש אויר), שיברו את האריחים וזרקו

אותם לאשפה (ע' 23, ש' 22-30). לאחר מכן, הצמידו רשת ברזל לקיר, עבדו עם בטון וטיח וצבעו את הקיר מחדש (ע' 25, ש' 10-8 לפרו'). היה זמן די והותר להזעיק את התובע לבוא למקום ולבדוק את הפסל או להזעיק איש מומחה אחר אשר יבדוק אם ניתן לחדש את הטיח המחזיק את האריחים (ואינני קובעת כממצא עובדתי, בהעדר עדות מומחה, כי ההדבקה של האריחים והצמדתם לקיר לא הייתה תקינה וזאת לאור עדותו של התובע כי האריחים הוצמדו לקיר גם על ידי מסגרות ברזל בפינות, שחיברו אותם בנוסף לתומר שהדביקם לקיר) או למצער לשמר את האריחים שלא ניזוקו, מה שהיה מאפשר לאמן להשתמש בהם בקיר זה או אחר.

18. לסיכום חלק עובדתי זה: ככל הנראה הייתה קיימת סכנה לילדים ולעוברי האורח, סכנה שניתן היה לנטרל אותה באופן זמני, עד לבירור מקצועי וטיפול מקצועי במטרד, שלא חייב הריסת הפסל כולו ובאופן מוחלט והרסני כפי שנעשה.

רקע נורמטיבי קצר על הבעלות בזכות היוצרים

19. חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן "חוק זכות יוצרים") החליף את פקודת זכות יוצרים מ-1924 (להלן "פקודת זכות יוצרים"), שהתבססה על חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן גם "החוק הישן"), הפנתה אל החוק הישן, ובאה אף לתקנו או להבהירו. מאחר שההתקשרות החוזית בין התובע לעירייה והקמת הפסל, היו בתקופת היותה בתוקף של הפקודה, יש לבחון את הזכויות שנתרו בידי התובע או שהעירייה רכשה, לפי הפקודה, החוק הישן, והפסיקה שבאה לפרשם (וראו סעיף 78(ה) לחוק זכויות יוצרים).

20. ביצירה שחלים עליה החוקים בעניין זכות היוצרים (הן לפי הפקודה והן לפי חוק זכות היוצרים 1911 והן לפי חוק זכויות יוצרים) יש שני סוגים של בעלות: הבעלות הראשונית או הבעלות הכלכלית וכן הזכויות המוסריות. הבעלות הראשונית היא של היוצר, ואין מחלוקת כי זהו התובע. סעיף 15(ב) לחוק הישן, קובע כי הבעלות הראשונית נשארת של היוצר, אלא אם הוא נעשה תוך כדי עבודתו, אולם הצדדים יכלו להסכים כי היצירה תישאר של העובד.

החוק הישן והפקודה לא התייחסו ל"יצירה מוזמנת", על ידי מעביד מאמן עצמאי, לפיכך יחול גם עליה סעיף 15 לחוק הישן, לפיו היוצר הוא בעל הזכות הראשונית ביצירה ולא המזמין, אפילו דובר ביצירה ששולמה עבורה תמורה על ידי המזמין. הפסיקה בסוגיה זו אימצה את ההלכה לפיה כאשר יש הזמנה בתמורה, רוכש המזמין את הזכויות שביושר בבעלות. כמו כן צומצמה זכות המזמין לעשות ביצירה אך ורק את השימוש שהוסכם עליו, בין מפורש ובין מכללא. המלומד טוני גרינמן בספרו זכויות יוצרים מהדורה שנייה (להלן "גרינמן") סיכם את ההלכה בכותבו:

"אם כן, על פי גישת הרוב, על-פי הדין קודם, נשמרה זכות היוצרים ביצירה המוזמנת ליוצר, כאשר למזמין היה רישיון מוגבל לעשות ביצירה את השימוש שבגינה הוזמנה. זרם אחר בפסיקה היה מוכן לקרוא לתוך ההזמנה הסכמה משתמעת שלפיה הזכויות הן של המזמין" (וראו שם עמ' 503-501 והמצוטט הוא מעמ' 503).

22. יש לקבוע, אם כן, אם התובע הקים את הפסל במהלך עבודתו או כקבלן היוצר עבודה מוזמנת, ואם העירייה רכשה את הזכויות בעבודה המוזמנת.

האם התבליט יוצר במסגרת עבודתו של התובע אצל העירייה.

23. כאמור, לפי חוק זכות יוצרים, 1911, הזכות הראשונית היא של היוצר. סעיף 15(ב) לחוק מ-1911 קבע כי המעביד הוא הבעלים הראשון של הזכות, אם היצירה "נעשתה תוך כדי עבודתו" של היוצר ולא הוסכם ביניהם אחרת:

"אם היה המחבר עובד אצל אדם אחר עפ"י חוזה שירות או שוליאות והיצירה נעשתה תוך כדי עבודתו אצל אותו אדם הרי, באין הסכם הקובע את ההיפך, יהא האדם שהעביד את המחבר הבעל הראשון של זכות-היוצרים..."

אין מחלוקת שהתובע היה עובד של העירייה בתקופה הרלוונטית, כך שנטל ההוכחה מוטל עליו שהוסכם אחרת (ראו גם ת.א. (י-ם) 8303/06 מחולה המרכז למחול בע"מ נ' חנו כהן, פס' 14 לפסק דינו של השופט שפירא (נבו, 14.08.08) וכן בספרו של גרינמן עמ' 492). התובע הכחיש שהוא הקים את הפסל עבור המעביד במסגרת עבודתו; נטען כי הוא הועסק על ידי העירייה החל משנת 1964 כיועץ אמנותי לראש העיר בחצי משרה, במשכורת של מורה, ושעיקר עבודתו הייתה לאתר מבנים על מנת לשלב בהם פסלי אומנות על חזיתותיהם ובכיכרות העיר (סעיף 11 לתצהירו של התובע), ולא היה זה מתפקידו להקים פסלים. בין יתר 12 אתרים שאיתר התובע, היה גם בית הספר. הוצאו מכרזים לגבי אתרים אלו, ואף התובע, אחד מני רבים, הגיש שלוש הצעות, כפי שנדרש במכרז, וזכה להקים את התבליט. לטענתו, עד שנת 1975 הוא הגיש הצעות לעשרות מכרזים. רק בשנת 1975, משנדרש לוותר על כל יתר עבודותיו הרבות מחוץ לעירייה, הפך להיות עובד עירייה במשרה מלאה.

24. באשר לתבליט, התובע טען, כאמור, כי הוא ביצע את הקמתו כקבלן עצמאי; הוא עשה ימים כלילות על מנת להוציא את היצירה מן המחשבה אל החומר, וזאת בלא קשר לעבודתו החלקית בעירייה. הוא היה זה שייצר את הפסל על כל שלביו, לרבות חציבת הציור בתוך האריחים שנוצרו עבים למטרה זו, פיקוח על שריפתם בתנורי בית החרושת "נעמן" (שבינתיים הפסיק להתקיים) וכן פיקוח על הצבתם בתבליט על ידי עובדי העירייה. בכל התהליך לא היה עליו כל פיקוח של העירייה.

25. התובע המשיך וטען, כי הנתבעת לא הציגה ראיות לעניין הפיקוח על התובע, מידת השליטה שלה על אופן הכנת התבליט, זמן העבודה על התבליט והאם זה חפף את שעות העבודה בעירייה, וכיוצא באלה עובדות שמהן ניתן להסיק אם היצירה נוצרה תוך כדי העבודה (וראו ע"א 414/84 רחל ברים נ' מגדלור מרכז לתאורה מודרנית בע"מ, פ"ד לט(3) 109, 111-112 (1985); ת"א (ת"א) 1484/97 חיים אורבון נ' משרד החינוך והתרבות, פס' 39-38 לפסק דינו של השופט קלינג (נבו, 19.02.04)). הזמן הרב שעבר מקשה על הצדדים להביא ראיות או נתונים לעניין הזה. אמנם עובדי העירייה סייעו בהצבת התבליט על חזית קיר בית הספר, אך אין זה קשור ליצירת התבליט עצמו.

26. הגרסה של הנתבעת נשענת בעיקרה על מכתבו של התובע למהנדס העיר יוסף כהן (להלן – "המהנדס") מיום 20/08/64 (נ/19), שיש בו הודעת קיבול להצעת המשרה של הנתבעת:

"בהמשך לשיחתנו מיום ה-18 לספטמבר, בה נתבקשתי לקבל על עצמי משרה של יועץ לאומנות במחלקת התכנון של עיריית חיפה (ההדגשה שלי, ש.ש.), החל מ-1.10.64, הריני לסכם כדלקמן:

א. **עבודתי תסתכם בשלושה ימים בשבוע, יום ראשון, חמישי וששי. היא תקיף: יעוץ, תכנון, שילוב עבודות דקוראטיביות ויצירות מונומנטאליות בבנייה העירונית** (ההדגשה שלי, ש.ש.); בנייני ציבור חדשים, בניינים בעלי משמעות ועניין בשילובים בתכנון העירוני, מרכזים שכונתיים, עבודות אפליקציה אמנותיות בככרות ושכונות קימות, חזיתות במרכזים שכונתיים הנמצאים בתכנון, **יעוץ בכל עבודה אחרת** (ההדגשה שלי, ש.ש.) שתדרש מטעם מחלקת התכנון והבנייה ושתפקידה לשפר את האספקט האסטטי של התכנון העירוני (עבודות דקוראטיביות ומונומנטאליות, בעלות אופי של קבע)...

ג. **הריני מקבל את הצעתכם לדרג את משכורתי כשל מורה אקדמאי, בעל תואר אקדמי ב.א. במשרה מלאה (24 שעות שבועיות)** (ההדגשה שלי, ש.ש.), עם ותק של 10 שנים, מתאריך קבלת התואר וכניסתי לעבודה במשרד החינוך לפי הדרג הנ"ל..."

לגרסת הנתבעת, המכתב מראה כי עבודתו של התובע בעירייה כללה שילוב עבודות בבנייה העירונית, כלומר, היה עליו לגרסתה ליצור עבודות אומנות עברה.

27. מבין שתי הפרשנויות עדיפה עלי זו של התובע: בשל התמחותו ביצירת פסלים מונומנטליים, שרובם מוצגים על קירות חיצוניים, היה עליו לאתר קירות הולמים למטרה זו, אולם לא סביר להניח שבמסגרת השעות המצומצמות שהועסק על ידי העירייה ובמשכורת בה הועסק, הוא נטל על עצמו לבצע גם את עבודת היצירה של פסלים כאלו (ראו גם סי' 11 לתצהירו ת/1). בנוסף, בדו"ח המהנדס, "דין וחשבון שנת"י לשנת 1964/65, תוארה עבודתו של התובע כיועץ לענייני אומנות (מוצג מסומן נח/2). ניתן להניח כי אם תפקידו כלל ייעוץ וביצוע יצירות משלו עבור העירייה, לא היה התפקיד מוגדר כנוגע לייעוץ בלבד. אפנה גם לסיכום לחוות דעתה של המומחית מטעם התובע, פרופ' (בדימוס) גילה בלס (להלן – "בלס"), הסבורה אף היא שאין זה סביר שהתובע, במוניטין שהיו לו, קיבל עליו לוותר על עצמאותו כאומן.

בעלות ביצירה מוזמנת

28. משקבעתי כי התבליט הוזמן על ידי הנתבעת ולא בוצע במהלך עבודתו של התובע כיועץ אומנותי אצלה במשרה חלקית, יש לבחון מה הן הזכויות של מי מהצדדים בתבליט בהתאם לכללים החלים לגבי "יצירה מוזמנת".

אציין כי על פי החוק החדש (שכאמור איננו חל על המקרה דנן) נקבע כי:

35. (א) ביצירה שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה, כולה או חלקה, הוא היוצר, אלא אם כן הוסכם אחרת בין המזמין והיוצר, במפורש או במשתמע".

התובע הודה ששולמה לו תמורה על זמן העבודה ועלות החומרים, העירייה סברה כי יש בכך הוכחה שהבעלות הכלכלית בזכויות הועברו אליה.

29. בחוק הישן לא נקבע הוראות לעניין הזמנת יצירה. לפיכך, יחולו הוראות סי' 5(1) בחוק זה, לפיו היוצר היה הבעלים של היצירה מוזמנת אלא אם היה הסכם אחר (גרינמן, בעמ' 503-501). נראה שגישת הרוב בפסיקה היא כי ניתן להתנות על בעלות היוצר במסמך בכתב בלבד (שם, בעמ' 503). וראו ה"פ (ת"א) 732/96 עמוס יפרח נ' תיאטרון הקאמרי (נבו, 26.10.98), להלן – "פרשת יפרח"; ת.א. (ת"א) 1217/06 חנן פלד נ' מתב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, פס' 11-9 לפסק דינה

של השופטת רונן (נבו, 28.05.06); ת.א. (ת"א) 10722/93 ירון רון נ' טריו מסעדות בע"מ, ס' 22 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו, 14.02.96)). במקרה בו אין מסמך בכתב, יש למזמין רישיון מוגבל לעשות ביצירה את השימוש עבורו הוזמן, וביישום למקרה הנדון, לעיריה הזכות להשתמש בתבליט, להציבו ולהשאירו על חזית בית הספר. בפרשת יפרח, פס' 5-6, כתב השופט קלינג לענייננו:

5" טענת המשיבים היא כי יפרח הסכים להעביר למשיבים את כל זכויותיו, הן זכויות היוצרים והן זכויותיו כמבצע היצירה בקלטות אשר מסר לטובי.

6. אפילו קיבלתי את גירסת המשיבים, אין היא יכולה להושיעם, מחמת העדרו של מסמך החתום על ידי יפרח שבו מועברות זכויות היוצרים למי מהמשיבים. ... ניתן היה לומר שיפרח העניק לטובי או למי מהם, רישיון ולא העביר להם את זכות היוצרים, וכי רישיון, ניתן להעניק לאו דווקא בכתב (ע"א 414/84 רחל ברוש נ. רפאל בן נון, פ"ד ל"ט(3) 109).

... מכיוון, שכאמור, העברת זכות היוצרים טעונה במסמך, ואין כל מסמך החתום על ידי יפרח שבו העביר את זכות היוצרים במוסיקה להצגה, המסקנה היא שזכות היוצרים נותרה בידי יפרח" (ההדגשה שלי, ש.ש.).

30. מנגד, ישנו זרם בפסיקה המוכן לקרוא לתוך ההסכם בין המזמין ליוצר הסכמה משתמעת, לפיה זכות היוצרים שייכת למזמין מבלי מסמך בכתב (גרינמן, בעמ' 503), גישה הדומה להסדר אשר אומץ בחוק החדש. בת.א. (ת"א) 1662/89 דפוס בארי נ' יוסף וולף בע"מ, [פורסם בנבו] פ"מ תשנ"ה 265, 307-308 (1995) (להלן – "פס"ד דפוס בארי") נקבע כי ניתן להסיק על אומד דעת הצדדים בשאלת הבעלות באמצעות הפרשנות הנוהגת של דיני החוזים, מהנסיבות והעובדות הקשורות להתקשרות בין הצדדים. באותו פסק דין, הוכרע כי הנוהג הענפי יכול להיחשב כמוסכם מכללא:

"לנו עניין עם "יצירה ספרותית", אשר, כאמור, הסייג של סעיף 15(א) אינו חל עליה. אך הדברים שנאמרו לגבי ההכרעה בעניין לפי האופי ההסכמי של היחסים בין המזמין לבין היוצר, יפים גם לכאן. גם ללא קשר לסעיף 15(א) לחוק, אין בחוק זכות יוצרים, דבר הפוגע בחופש ההתקשרות החוזית (ההדגשה שלי, ש.ש.). המזמין והיוצר יכולים להגיע ביניהם להסכם בדבר הזכות ביצירה, הסכם מפורש או מכללא. ניתן להסיק הסכם מכללא גם ממנהג בענף.

... הקובע הוא ההסכם שבין המזמין לבין היוצר, הסכם אשר כאמור יכול להיות מכללא. הטוען שבעניין מסוים הסכימו לנהוג באופן שונה מהנוהג בענף, עליו הראיה. בהיעדר הסכם מפורש להיפוכו של דבר, הנוהג בענף ייחשב למוסכם מכללא (ההדגשה שלי, ש.ש.)" (שם, בעמ' 308).

נראה כי פסק הדין דפוס בארי אינו מתמודד באופן ישיר עם דרישת הכתב, אלא קובע כי החוק הישן אינו פוגע בחופש ההתקשרות החוזית. ניתן למצוא חיזוק לגישה הזו בת.א. (ת"א) 1428/03 אייל לוי נ' גלריה גורדון בע"מ, פס' 23 להחלטתו של השופט בנימיני (נבו, 22.12.03) (להלן – "פרשת לוי"):

"ואולם, גם אם הכלל הוא שהזכות ביצירה שנוצרה בידי קבלן עצמאי נותרת בידיו – הרי שכלל זה כפוף להסכם שבינו לבין המזמין, ולענין זה גם הסכם מכללא יהיה בר-תוקף. סעיף 25(2) לחוק זכות יוצרים מחייב אמנם מסמך בכתב לצורך העברת הזכות מהיוצר למזמין. ואולם בע"א 691/66 פילמטכניק (ישראל) בע"מ נ' פקיד השומה, פ"ד כא(2) 642, בעמ' 646, נפסק כי יש להתחשב גם ב"העברה שביושר" של זכות יוצרים בתרגום, כאשר המתרגם קיבל שכר תמורת עבודתו, והתחייב מכללא להעביר למזמין את זכות היוצרים בתרגום. כך אף נאמר בספרו של ט' גרינמן, זכויות יוצרים, אומנים ומפיקים (1998), בעמ' 104, דהיינו: כי חרף האמור בסעיף

25) לחוק ניתן להסיק כוונה מכללא להעביר את זכות היוצרים למזמין, בהעדר מסמך בכתב.

בעניין הסקת הכוונה של הצדדים, ניתן להסתמך על נוהג ענפי (גרינמן בעמ' 104, וכן ת.א. (ת"א) 1662/89 **דפוס בארי נ' וולף**, [פורסם בנבו] פ"מ תשנ"ה 265) המשיבים טוענים כי הנוהג בענף התרגום הוא שזכות היוצרים שייכת למזמין העבודה, ולכן יש לפרש את ההסכם בין המבקש למשיבים ברוח זו, כקבוע בסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. ואולם, בשלב זה של הדברים אין די ראיות, אף לא לכאורה, לתמיכת טענה זו, זולת דבריה של המשיבה 3 (לאחר שהחלטתי להתעלם מתצהירו של פרופ' פרי, שלא התייצב לחקירה) (פסקה 23 להחלטה).

יש לציין כי הקביעה בהחלטה מבוססת בחלקה על הכרה בבעלות שביושר כאשר קיימת הזמנה כנגד תמורה, הלכה שנוחחה בפסיקה (גרינמן, בעמ' 502).

31. עוד אציין כי הפסיקה ראתה, בחלקה, בדרישת הכתב כדרישה ראייתית בלבד אם כי כבדת משקל (שם, בעמ' 549; וראו ת.א. (שלי-נת') 8882/03 **עמותה של תנועת הצמחונים הטבעוניים נ' ד"ר יונה ליאור**, פס' 8 לפסק דינה של השופטת אברמוביץ-קולנדר (נבו, 30.10.06), לפיה הפסיקה דורשת ראיה כלשהיא בכתב, ואין ויתור מוחלט על דרישת הכתב; ע"א 4600/08 **האולפנים המאוחדים בע"מ ואח' נ' ברקי פטה המפריס ישראל בע"מ ואח'**, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.4.12)).

32. נתזכר לעניינינו, הנתבעת לא צירפה מסמך בכתב לעניין ההתקשרות בין הצדדים. כך שלפי הגישה הדורשת הסכמה מפורשת, היא אינה יכולה להוכיח בעלות בזכות היוצרים הכלכלית. אקדים את המאוחר, ואקבע שלדעתי לא ניתן להסיק גם הסכמה משתמעת. כך שאין צורך לנקוט עמדה במחלוקת בפסיקה לעניין דרישת הכתב.

33. ניתוח כוונתם המשתמעת של המזמין והיוצר, דומה לניתוח כוונת הצדדים בחוזה "רגיל" (תמיר **אפורי חוק זכות יוצרים** 298 (2012)). מלבד הנוהג הענפי, ניתן לשקול את נסיבות המשא ומתן שנוהל עובר להזמנה, התנהגות הצדדים, התמורה שניתנה בעסקה וכו' (גרינמן, בעמ' 497-498).

34. הנתבעת לא הצליחה להראות כי הנוהג הענפי מחזק את גרסתה. הגב' נטע טלמור, חברה בועדת פיסול עירונית העוסקת בבחירה ומיקום פסלים (ס' 2 לתצהירה, נ/8) צירפה לתצהירה חוזה אחד משנת 2007 (נ/8), שיועד להסדיר את היחסים המשפטיים בין העיריה ליוצר פלוני. לפי החוזה, זכות היוצרים עוברת לעירייה, זאת לעניין יצירות שעוברות דרך ועדת הפיסול. הגב' טלמור לא ידעה להעיד לגבי יצירות שלא עברו דרך הועדה, והיא לא הייתה מודעת לכך כי התקיימו בעבר מכרזים לעניין יצירות אומנות (ע' 59-60 לפרו'). לא נראה כי עדותה יכולה לסייע לנו לבחון מה היה הנוהג הענפי בתקופה הרלוונטית, שכן ההסכם האחד נכתב כחמישים שנה לאחר יצירת התבליט ששוא דיוננו. הנתבעת לא צירפה ראיות או עדויות אחרות לעניין הזה.

35. כאמור, התובע הודה ששולמה לו תמורה עבור היצירה. הנתבעת טענה כי יש בתשלום תמורה, כדי להראות כי הזכות הועברה לה. מנגד טען התובע לגבי תנאי העסקתו כדלקמן:

ש"ש. כמה שולם לך ע"י העירייה לצורך ביצוע העבודה במתחם בית הספר ת. קשה לי להיזכר, היה מדובר שבאופן סמלי, כל אותם אנשים שהשתתפו במכרז, וגם אלה שהשתתפו אחר כך, קיבלו תשלום סמלי. הפרמטר היה 1,000 לירות ישראליות עבור מטר מרובע. לא משנה מאיזה חומר זה נעשה. זה היה תשלום שכר אמון" (ע"י 4, ש' 26-32 לפרו').

36. סכום התמורה שניתן אינו מצביע באופן חד משמעי על זהות הבעלים בזכות. אך נסיבות עריכת המכרז, והדרך בה נקבעה התמורה, מובילים למסקנה כי הזכות נשארה בידי התובע.

התובע טען כי לכל אמן, ללא קשר לחומר ממנו הכין יצירתו, ניתן סכום זהה של 1,000 עבור כל מטר מרובע. באם היה ניסיון להתאים את התמורה לתבליט, כך שהתמורה תגלם את עלות החומרים, הגיית הרעיון והשקעתו של התובע בתבליט, אולי ניתן היה להסיק כי הזכות הועברה. בנסיבות העניין, בהתאם לגרסת התובע, לא הוערך שווי יצירתו של התובע באופן ספציפי, ולא ניתן לומר שניתן להסיק מכך הסכמה משתמעת להעברת הבעלות ביצירה.

37. משקבעתי כי זכות הבעלים ביצירה נותרה של התובע, נדרשת השאלה מה כללו זכויותיה של העירייה בפסל: לדעתי היתה לעירייה זכות להציג את הפסל במקום בו הציבו האומן, להציגו לעין כל, זאת לתקופה בלתי מסויגת מראש, לטפל במיזמנות על מנת לשמרו, אם הייתה נוצרת סיבה הולמת להסרתו או להזנתו, היה עליה ליידע את האמן על צורך זה ולבצע את השינוי בהתייעצות עמו או בדרך שהוא יבחר בה, כל עוד איננה מסכנת מי מאנשי העיר.

הפרת זכות היוצרים הכלכלית

38. התובע הוכיח כי הוא בעל זכות היוצרים בתבליט, ואין חולק כי העירייה פגעה בתבליט. על מנת שתוטל אחריות על העירייה, לא נדרש יסוד נפשי (ראו ת.א. (י-ם) 1192/99 **שדה ראובן נ' עזבון המנוח טסלר מרדכי ז"ל**, פס' 39 לפסק דינו של השופט דרורי (נבו, 24.07.06)).

39. הנתבעת ניסתה להראות כי באיזון בין זכות היוצרים של התובע לבטיחות האנשים החשופים לסכנה מנפילת האריחים, ידה של זכות היוצרים על התחטונה. כבר קבעתי כי ההתנהלות של הנתבעת הייתה בלתי סבירה בכך שלא הביאה מומחה למקום ובכך שלא פעלה לנטרל את הסכנה המיידית באופן זמני עד שהדברים יתבררו לאשורם ובדרך שבה הסירה את הפסל תוך כדי הריסתו המוחלטת (וראו יהושע וייסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכות יוצרים", **מחקרי משפט** ז' 51, 67 (1989) להלן – "וייסמן"; ת.א. (ת"א) 64221/00 **פביאן פרדי נ' עיריית טבריה**, פס' 6 לפסק דינה של השופטת אבי גיא (נבו, 31.03.04), להלן – "פרשת פביאן נ' עיריית טבריה").

הזכות המוסרית

40. הצדדים מסכימים כי התובע הוא בעל הזכות המוסרית בתבליט. ההוראה הרלוונטית מופיעה בסעיף 44 לפקודת זכות יוצרים 1924

"44. (1) מתברר זכאי ששמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה המקובלים.

(2) מחבר זכאי שלא ייעשה ביצירתו כל סילוף, פגימה או שינוי אחר, או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה, העלולה לפגוע בכבודו או בשמו של מחברה.

בחוק החדש בסעיף 46 נקבעה הזכות המוסרית והאיסורים לפגוע בה או בכבודו ובשמו של

היוצר:

"46. זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר –
 (1) כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין;
 (2) כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר."

התובע טען כי השמדת הפסל היא פגיעה בזכותו המוסרית; לעמדתו השמדת הפסל נכללת בסעיף של סעיף 4(א) לפקודת היוצרים; אם סילוף יצירה נחשב לפגיעה, קל וחומר שהשמדת התבליט מהווה הפרה חמורה של הזכות. לטענת הנתבעת, פעולתה הייתה סבירה בנסיבות העניין, והפקודה לא קבעה הוראה לעניין השמדה מוחלטת.

41. הסוגיה של הריסת יצירת אומנות לא נדונה רבות בפסיקה, ואין הלכה מחייבת לעניין. בת.א. (שלי-ת"א) 73028/95 **פרדי פביאן נ' עיריית רמת גן** (נבו, 15.09.97) (להלן – "**פרשת פביאן נ' עיריית רמת גן**"), נידון מקרה בו הועבר פסל ממקומו בכיכר הוורדים ברמת גן, שלטענת הנתבעת היה במצב מתפורר, לפארק הלאומי. ונראה כי הפסל היה מונח שם עד שנזרק. נכתב שם בעמ' 4 לפסק דינו של השופט טל:

"נראה לי שלשונה הרחבה של סעיף 4א' (2) **לפקודת זכות יוצרים מביאה למסקנה שהוא חל גם על השמדתו של פסל** (ההדגשה שלי, ש.ש.), ללא צורך בחוק נפרד. קביעה זאת תקפה גם לאור מגמתו של המחוקק להגן על זכותו המוסרית של הפסל, ולא רק על זכותו הכלכלית, מפני פגיעה ואין פגיעה חמורה מזו שנעשתה על ידי הנתבעת במקרה זה כאשר עובדיה הסירו את הפסל מכיכר העיר ונהגו כלפיו כחפץ חסר כל חשיבות וחסר כל ערך" (ההדגשה שלי, ש.ש.).

פסק הדין דן בזכות המוסרית לפי ס' 4א(2) **לפקודת זכות יוצרים**, 1924, אך אותו סעיף דומה לקבוע בחוק החדש לעניין הפעולות הפוגעות בזכות המוסרית, אם כי במקום "כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לאותה יצירה", בחוק החדש יש סעיף סל רחב יותר הכולל "כל פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה". יש לציין כי באותו מקרה הפסל לא הושמד מיידית, אלא הוסר והועבר תחילה, כך שהייתה אפשרות לעוברים ולשבים לראותו, בעלבוננו, במקום שונה ממקום הצבתו המקורי.

בפרשת פביאן נ' עיריית טבריה, פס' 6, נקבע כי:

"מצבו של הפסל היום מדגים פגיעה בזכות היוצרים המוסרית של התובע, שכן זכותו של אמן שיצירתו לא תינזק ולא תיהרס" (ההדגשה שלי, ש.ש.).

בת.א. (ב"ש) 5211/08 **אבנר בר חמא נ' עיריית קרית גת** (נבו, 07.06.12) (להלן – **פרשת בר חמא**), נידון מקרה של הזנחת פסל, אשר הוסר בטעות על ידי טרקטור והושלך לאשפה. לא נראה כי השמדת הפסל והשלכתו לאשפה פגעה בזכות המוסרית, כי השופטת דברת התמקדה בהזנחת הפסל, אך הוער שאופן הסרתו לא הייתה מוצדקת (שם, פס' 18):

"העיריה לא טענה כי נדרש תקציב גבוה על מנת לשמרו, לא נראה כי היתה הצדקה להזנחתו. יתכן כי העיריה היתה רשאית להסיר את הפסל ממקומו לאור גילו ושינוי תנאי האזור בו הוצב, אולם **אף העיריה אינה חולקת על כך כי לא היתה הצדקה לאופן בו הפסל הוסר ממקומו**" (ההדגשה שלי, ש.ש.).

42. אביא סקירה קצרה של המחלוקת לעניין השמדת יצירה אומנותית. אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואומנותיות משנת 1886, אשר עיגנה את הזכות המוסרית, לא הורתה באופן מפורש כי השמדה נחשבת לפעולה הפוגעת בזכות המוסרית, אם כי מקובל במרבית מדינות אירופה לראות בהשמדה כהפרת הזכות (גרינמן, בעמ' 857). נראה תמוה שהשמדה אינה נחשבת לדעת רבים כפגיעה בזכות, בשונה משינוי או סילוף היצירה. הנמקה אפשרית לכך היא שבמקרה של שינוי, נכפה על היוצר המשך קיום יצירתו, אך בצורה מסולפת. תוצאת ההשמדה היא שהיצירה חדלה להתקיים (וייסמן, בעמ' 68). לפי הגישה המכירה בהשמדה, העובדה שהיצירה חדלה מלהתקיים מהווה פגיעה כי היא מונעת מהיוצר את האפשרות להציג את הרעיון וביצועו שהגה (גרינמן, בעמ' 857) וכן מונעת ממנו להוכיח לעולם את יכולותיו המקצועיות ואת מודעותו העצמית (Adolf Dietz, *Moral Rights* (1995) 19 COLUMBIA-VLA J.L. & ARTS 199, 224).

במחלוקת אם השמדה אכן כלולה באיסורים לפגוע בזכות המוסרית של היצירה, דעתי היא כדעת הפוסקים בפסקי הדין הישראליים שהבאתי לעיל – דהיינו שגם השמדה גורמת לפגיעה בשמו ובכבודו של היוצר. במקרה שלפנינו, כאשר היצירה נזרקה כפסולת, יש בכך כדי להצביע שהיצירה שנועדה להחזיק מעמד עשרות רבות של שנים, לא נעשתה באופן מקצועי, שכן עובדה היא שהאריחים נפלו, כביכול מבלי יכולת לחזקם ולתקן את הטיח המתבר אותם לקיר או את החיזוקים שהפסל דאג לעשות בזמנו. יש בה אף להצביע כי ערכו של הפסל הוא כה זניח, עד שאין כדאיות לתחזקו. בוודאי שהתנהלות זו פוגעת בשמו, במוניטין ובכבוד של היוצר. אוסיף, כי לדעתו של גרינמן, די להראות פגיעה פוטנציאלית (עמ' 854).

מכאן אפנה להכרעה בעניין הפיצויים המגיעים לתובע. אולם תחילה אתעכב לבקשתו של התובע לפסול את חוות דעתו של המומחה לאומנות, מר ברייר, שחיווה דעתו לעירייה.

האם יש לפסול את חוות דעתו של המומחה לאומנות מטעם הנתבעת

43. יורם ברייר (להלן – "**המומחה ברייר**") חיווה דעתו באשר לסוגיות שבמחלוקת. ביום 22/01/14 נדחתה בקשת התובע לפסול את חוות הדעת על הסף; נקבע שתינתן החלטה בסוגיה זו במסגרת פסק הדין, בהתבסס על העובדות שיעלו מעדותו של המומחה.

44. אין מחלוקת כי התובע פנה למומחה ברייר על מנת לבדוק אם הוא מוכן לתת חוות דעת מטעמו, וכי המומחה לא הזכיר פניה זו בכל אופן שהוא בחוות דעתו.

45. התובע טען כי הסביר למומחה את הנסיבות לבקשתו לקבל חוות הדעת, ושלח אליו, וכן למומחה נוסף, דוד פרקש (להלן – "המומחה פרקש"), את כתב התביעה וכן תצהיר מטעמו. לטענתו, טיוטת התצהיר כללה סעיפים ותכתובות פנימיות אשר רק המומחה מטעם התובע אמור היה להיחשף אליהם. המומחים נתבקשו לתת הסכמתם ולהציע את המחיר לעריכתה. המזכירה של המומחה מסרה לתובע כי הוא מוכן לתת חוות דעת, אך התובע סירב לסכום שכר הטרחה שנקב, והחליט להתקשר עם המומחה פרקש.

לגרסת הנתבעת, המומחה ברייר לא נתן הסכמתו להכנת חוות הדעת עבור התובע, כיון שההסכמה והעיון היו תלויים באישור שכר הטרחה, והוא כלל לא עיין בחומר שנשלח למזכירתו. בנוסף, הוכחש כי הוצגה למומחה תשתית ראייתית חסויה. נטען כי יש להתייחס באופן שונה לעד מומחה מטעם אחד הצדדים, לעומת עד מומחה שמונה על ידי בית המשפט. המומחה ברייר העיד כי בשיחה עם התובע אמנם הסכים שהיה זה מעשה בל יעשה להוריד את הפסל, ואף היום הוא עומד על עמדתו זו, אולם חוות דעתו התייחסה לשווי של היצירה, לערך המוניטין ולגבי השווי של הזכות המוסרית (ע' 49, ש' 21-19 לפרו'), נושאים עליהם לא שוחח עם התובע.

46. דבריו של המומחה ברייר במחלוקת זו אמינים עלי. לפיכך, החלטתי היא שאין לפסול את חוות דעתו, על אף הפגם האתי החמור שמצאתי בהתנהלותו כשלא טרח לציין בחוות דעתו או במכתב נלווה על הפנייה של התובע אליו, לפני שהועסק על ידי הנתבעת כמומחה מטעמה.

מהם הפיצויים להם זכאי התובע

47. לעמדתו, התובע לא הוכיח כי ההסכם בינו לבין העירייה על יצירת הפסל והענקת הרשיון לעירייה להציגו ברחבי העיר, היא התחייבות לנצח מצידה של העירייה לעשות שימוש בפסל ולהקימו מחדש, אפילו בסיטואציה שהושמד עקב טעות ורשלנות. יש לקחת בחשבון כי הפסל עמד על מכוננו מזה למעלה מ-50 שנים. בתקציב מוגבל של העירייה, אין מקום, לדעתי, לחזור ולבנות את הפסל הזה דווקא, מעשה שעלול להיות אנכרוניסטי, בלא חדשנות, ותוך מתן עדיפות לפסל זה על אחרים, שאולי יתאימו יותר לבית הספר ולרוח התקופה. לפיכך יש לעמדתו לפסוק לתובע פיצויים על השמדת הפסל ואופן השמדתו ולדחות את תביעתו לאכופף על העירייה להקים את הפסל מחדש, כאשר הוא יהיה המבצע ובתמורה.

48. כאמור, התובע כן זכאי לפיצויים בשל השמדת הזכות הכלכלית שלו בפסל (ראו גרינמן, בעמ' 772; ע"א 241/55 דפוס ניאוגרפיקה נ' מסדה בע"מ, פ"ד יא 890 (1957)).

כדי להעריך את שווי הפגיעה יש לבחון את טענות הצדדים המתבססות על חוות דעתם המומחים.

49. התובע ביסס את טענותיו לעניין הסעדים בעיקר על חוות דעתו של המומחה פרקש (ת/3). המומחה לא השתמש בשיטת ההשוואה לעבודות דומות כדי להעריך את שווי היצירה, כי שיטה זו, לעמדתו, מיועדת לעבודות סחירות לשימוש פרטי. התבליט הוא גדול מימדים ואינו ניתן להעברה ללא השקעה כספית ניכרת. שווי היצירה שווה לעלות הייצור ועלות החלק הרוחני-אומנותי, עם ערך מוסף סביבתי. היצירה המקורית בוצעה באמצעות לבנים עם גימור קרמי, אך מפעל "נעמן" לא קיים עוד, כך שלעניין עלות הייצור התחשב המומחה בשחזור העבודה על ידי תבליטי אלומיניום,

כפי שהוצע על ידי התובע. נכתב בחוות הדעת כי בשחזור יהיה שימוש ב-49 תבליטים (והוא תיקן בעדותו ל-64 תבליטים).

המומחה ביסס את עלות היצירה בהשוואה לעלות הייצור של שחזור העבודות בתבליטי גשר פז, שנעשו על ידי התובע לבקשת העירייה בתקופה קודמת לארועים שכאן, בסך של 642,000 ₪. זאת כי היקף העבודה באותו פרויקט דומה להיקף העבודה הדרוש בתבליט הנדון. המומחה ציין כי לנוכח עליית השכר והמדד, העלות כיום היא גבוהה יותר. וכן נערכה השוואה לעבודה של התובע על תבליט במוסד "תן יד" בסאן פאולו בברזיל בעלות של 2,000,000 ₪. זאת בהתבסס על מחקר שכתב מנכ"ל המוסד שעבורו בוצעה העבודה (ת/ל1. וראו ע' 18 לפרו'). היקף העבודה הזאת דומה לתבליט הנדון, אך עבודת הפיסול מסובכת יותר. בהפחתת עלות הייצור בהתחשב בכך ובהוספת עלות היציקה לעניין שחזור התבליט, עלות הייצור שווה ל-699,000 ₪. לפי ההשוואה לשתי העבודות, המומחה קבע כי עלות הייצור שווה ל-650,000 ₪, וסכום זה כולל שכר עבודת הכפיים של האמן. לעניין המרכיב האומנותי, השכר עבור הגייט הרעיון הרוחני, ביסס המומחה את הערכתו על מכירת ציור גדול של התובע בסכום של \$46,000, כ-180,000 ₪. התוצאה הייתה שהמומחה פרקש סבר כי שווי היצירה הכולל הוא 830,000 ₪.

50. המומחית פרופ' בלס, סברה כי התבליט שווה לפחות פי ארבעה משווי יצירה של התובע שנמכרה במכירה פומבית בסכום של \$46,000.

51. המומחה ברייר העריך את עלות שחזור התבליט לפי עלות חומרי הגלם, העבודה של קבלני המשנה ועלות הפיקוח. אם התבליט ה"חדש" יכלול 28 תבליטים, בהתבסס על הנתונים מכתב התביעה (לפי ב"כ התובע, מדובר בטעות סופר - ע' 3, ש' 10-11 לפרו'), כאשר ערך כל תבליט כ-6,600 ₪, השחזור יעלה כ-184,400 ₪. המומחה ברייר העיד, כי אם צודק המומחה פרקש לעניין מספר התבליטים הנחוץ, ההערכה תשתנה בהתאם (ע' 53, ש' 26-28). כלומר, 422,400 ₪. לעניין שכר הפיקוח, המומחה קבע את השכר על סך של 120,000 ₪ בהשוואה לעבודת התובע בגשר פז (לפי ס' 19 לכתב התביעה המותקן). כך שעלות הכוללת לשחזור היא 304,800 ₪ (ובהנחה שהמומחה פרקש צודק לעניין מספר התבליטים, 542,400 ₪).

המומחה העיר לעניין הרכיב האומנותי, וההשוואה ליצירת התובע שנמכרה במכירה פומבית, כי הסכום ששולם בפועל לתובע שווה ל-\$35,280, ואין לכלול את העמלות ששילם הצד שרכש את היצירה, בהתאם לנוהל המכירה בבתי מכירות פומביות. בנוסף, לא ניתן להשוות את הערך האומנותי ליצירה אחת, וכשבוחנים את מכלול היצירות של התובע שהוצבו למכירה, נראה כי המומחה פרקש התעלם מהיצירות של התובע שנמכרו בסכום נמוך, וכן מהעובדה כי 38% מיצירותיו כלל לא נמכרו.

52. לעניין הערכת שווי היצירה, נראה כי יש להעריכו לפי שילוב של העבודה שהושקעה בתבליט, לרבות השכר עבור הגייט הרעיון, עלות החומרים, בחישוב לפי 64 תבליטים, וסיכויי של הפסל למצוא קונה במחיר זה היום. המומחה פרקש לא עמד על סיכויי המכירה של הפסל. לפיכך, ואף מטעמים של הוכחת הסכומים, והתרשמות שמומחיותו של המומחה ברייר בתחום הרלוונטי, גדולה יותר מזו של פרקש, אני מעדיפה את חוות דעתו של המומחה ברייר.

יש לחשב את הפיצויים על שווי היצירה לפי ההפרש בין ערכה של הזכות לפני ההפרה לבין ערכה לאחריה, אך במקרים בהם יש קושי בהערכת הזכות לפני ואחרי ההפרה, לבית המשפט שיקול דעת חופשי, בלתי מוגדר מראש, לעניין פסיקת הפיצויים (ראו ע"א 528/73 עמוס אטינגר נ' דן אלמגור, פ"ד כט(2) 116, 120-121 (1975); ע"א 4500/90 הרשקו ואח' נ' אורבוך ואח', פ"ד מט(1) 419, 433 (1995), להלן – "פרשת הרשקו"). בנסיבות העניין, אני אומדת את הפיצויים לתובע בגין זכותו הכלכלית בסכום של 542,400 ₪, כפי שהעריך המומחה ברייר את שווי ההקמה, אולם בשל סחירותו הנמוכה של פסל זה והסיכויים למוכרו, בהשוואה לפסלים אחרים שנמכרו על ידי התובע, ובלוקחי בחשבון שחלק גדול של הפסלים והציורים של התובע לא נמכרו, אני מפחיתה מערך ההקמה סכום של 20% ובסה"כ יעמוד הפיצוי על הסכום של 433,920 ₪.

לעניין שיטת החישוב, ראו את השיטה שיושמה על ידי המומחית מטעם בית המשפט בת.א. 11264/97 יגאל תומרקין נ' עיריית קרית ים (נבו, 09.01.01):

53. לתובע נגרמו נזקים נוספים, כמו פגיעה במוניטין ועוגמת נפש (ראו **פרשת הרשקו** בעמ' 432). המומחה פרקש ביסס את הפגיעה על מספר שחכו לאישור של גורמים ציבוריים להתקשרות עמו. התובע טען כי הפרסום על השמדת הפסל, פגע בנכונות להתקשר עמו. המומחה פרקש העריך את הפיצויים בראש נזק זה בסך של 650,000 ₪. לדעתו של המומחה ברייר המוניטין של התובע לא נפגע.

על אף שהתובע לא הוכיח כי ההמנעות מלהתקשר עמו בפרוייקטים אותם הזכיר באה בשל השמדת הפסל, יש בפרסום כדי לעורר תהיות על איכות עבודתו. לעמדת סביר להניח את סכום הנזק עקב פגיעה במוניטין בסכום של 40,000 ₪.

54. אין ספק, שהשמדת התבליט באופן כה רשלני, גרמה לתובע עגמת נפש גדולה (וראו על כך שניתן לפסוק נזקים לא ממוניים בדיני זכות יוצרים ב**פרשת הרשקו**, בעמ' 419). אני אומדת את הפיצוי בראש נזק זה בסכום של 60,000 ₪.

בנסיבות, לא מצאתי לנכון לפסוק לתובע גם פיצויים עונשיים.

55. אשר על כן, אני מחייבת את הנתבעת בגין ראשי נזק אלו:

שווי התבליט	₪ 433,920
מוניטין	₪ 40,000
עגמת נפש	₪ 60,000
	=====
סה"כ	₪ 533,920

אני מחייבת את הנתבעת לשלם לתובע את הסכום של 533,920 ₪. לסכום זה יצטרפו ריבית חוקית והפרשי הצמדה מיום הגשת התביעה.

56. כמו כן אני מחייבת את הנתבעת לשלם לתובע את שכר טרחת עורך דינו וכן הוצאותיו בסכום כולל (לרבות שכר טרחת מומחים ואגרה ומע"מ) של 75,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ד שבט תשע"ו, 03 פברואר 2016, בהעדר הצדדים

שושנה שטמר 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן