

## הזכות לפרסום ושימושים פרודיים: הרהורים בעקבות

### הלכת נספרסו נ' אספרסו קלאב

מאת

#### מרים מרקוביץ-ביטון, הלל בילואר ואופק אפרים אללון\*

המאמר עוסק בפסק דינו החשוב של השופט הנדל בענין נספרסו נ' אספרסו קלאב בנוגע לסוגיה שהושארה בצריך עיון בפסק הדין: נקודת האיזון שבין חופש הביטוי והערך החברתי בקיום שיח חופשי וביקורתי ובין הזכות לפרסום.

המאמר מציג את הזכות לפרסום ומנתח את תוכנה של הזכות בדין האמריקני והישראלי. בהמשך, המאמר מדגים כיצד שימוש פרודי בדמותו של אדם עשוי לעיתים לעורר מתח בין הזכות לפרסום ובין זכויות ואינטרסים נוספים, כגון חופש הביטוי והאינטרס החברתי ביצירת שיח ציבורי עשיר, פורה וביקורתי. המאמר סוקר את מבחני האיזון השונים שפותחו בדין האמריקני לשם איזון בין האינטרסים המתחרים, ועומד על היתרונות והחסרונות של כל אחד מאותם מבחנים.

לאחר בחינת מבחני האיזון השונים, ובהינתן הקשיים הקיימים בכל אחד ממבחני האיזון שפותחו בדין האמריקני, המאמר ממליץ לאמץ לדין הישראלי את "מבחן הדומיננטיות", שבוחן אם המטרה הדומיננטית הגלומה בשימוש היא אכן פרודית, ומקדמת עקרונות אקספרסיביים וביקורתיים של חופש ביטוי, או שמא מדובר בשימוש שמטרתו הדומיננטית היא מסחרית, כשהשימוש המסחרי "מוסווה" במעטפת הפרודיה, בניסיון לחסנו מטענות להפרת הזכות לפרסום. המאמר מסביר כי מבחן זה הוא המתאים ביותר לבחינת שימושים פרודיים בתדמית המוגנת על ידי הזכות לפרסום, בשים לב למאפיינים הייחודיים של השימוש הפרודי, ושל הזכות לפרסום.

בשלב האחרון, המאמר מתמודד עם אחת מטענות הביקורת המרכזיות שהועלו נגד מבחן הדומיננטיות – שלפיה מבחן זה הוא שרירותי מדי, ואינו מספק כללים מנחים לבחינת המטרה הדומיננטית של השימוש. בכדי להתגבר על קושי זה, המאמר מסביר כי בתי המשפט מיישמים במגוון רחב של הקשרים משפטיים מבחנים הבוחנים מהי "המטרה הדומיננטית" מבין שלל המטרות העומדות בבסיס הפעולה הנבחנת, ומציע למלא את מבחן הדומיננטיות בתוכן ממשי על ידי אימוץ ופיתוח של מבחני עזר. גם פתרון זה הוא בהשראת דרכו השיפוטית של השופט הנדל, אשר הציע בעצמו את אימוצו של "מבחן ההקשר", הבוחן את ההקשר הרחב והחברתי האופף את השימוש הקונקרטי בדמותו של מי שטוען כי הופרה זכותו לפרסום. לסיום, לצד מבחן זה, הפועל מעל, לצד ובגדרי כלל מבחני העזר, המאמר ממליץ לאמץ שלושה מבחני עזר

\* מרים מרקוביץ ביטון, פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן; הלל בילואר, מתמחה בבית המשפט העליון, בוגר תואר ראשון במשפטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן; אופק אפרים אללון, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.

נוספים – את "מבחן ההטעיה", את "מבחן תחליף השוק" ואת "מבחן חיוניות השימוש", כאשר המטרה העליונה ("הדומיננטיות") של מבחני עזר אלו היא להקל על בית המשפט בבואו לזקק את מטרתו הדומיננטית של השימוש – כשימוש פרודי-ביקורתי בעיקרו, או כשימוש מסחרי במהותו, שאינו מקדם בצורה מהותית את ערכי הביקורת והאקספרסיביות של חופש הביטוי. הכותבים מדגישים כי מבחנים אלו הם בגדר הצעה בלבד – נקודת מוצא לדיון, אשר רחוקים מלנעול את הדיון. המאמר מחדד כי יש להמשיך ולפתח את הדיון סביב מבחנים אלו, ולהוסיף להם מבחני עזר נוספים, בכדי לדייק את היקף ההגנה הראוי שיש לתת לזכות לפרסום ביחס לשימושים פרודיים – והכול על גבי הבסיס המוצק שמוריש לנו השופט הנדל לקיום דיון זה.

## א. מבוא

לאורך שנות כהונתו, הטמיע השופט הנדל את חותמו על מגוון רחב של תחומי משפט – מסוגיות במשפט החוקתי, לשאלות קשות במשפט הפלילי, ועד לענפי המשפט הפרטי. אחד מהתחומים שבהם ניכרת תרומתו של השופט הנדל בפיתוח המשפט הפרטי הוא בתחום הקניין הרוחני.

בתחום הקניין הרוחני, דן השופט הנדל במגוון נושאים רחב, כגון דיני פטנטים,<sup>1</sup> היבטים בינלאומיים של הגנת הפטנט,<sup>2</sup> דיני סימני מסחר<sup>3</sup> ודיני זכויות יוצרים.<sup>4</sup> השופט הנדל העשיר רבות את ענף הקניין הרוחני בהכרעותיו בסוגיות מרתקות, סבוכות ותקדימיות, כגון שאלת השימוש בסימני מסחר במסגרת מוצרים המשווקים בישראל במסגרת "ייבוא מקביל",<sup>5</sup> או שאלת השימוש בסימני מסחר על גבי חלקים ממוצרים מקוריים שהופרדו מן המוצר המקורי ונמכרו באופן עצמאי.<sup>6</sup> ניתוחו הביקורתי והמעמיק של טענות הצדדים, ההצגה המאלפת של התשתית הנורמטיבית והמסגרת העיונית, חיבתו למשפט המשווה ולדין הזר וחוש ההומור הייחודי הניכר בפסקי דינו הפכו עם השנים למעין "סימן מסחר" (ואולי אף מוכר היטב) של השופט הנדל. אחד מפסקי הדין החשובים והמרתקים שכתב השופט הנדל בתחום הקניין הרוחני הוא פסק הדין בעניין **נספרסו** – שעליו נסוב מאמר זה.<sup>7</sup>

- 1 ע"א 7247/19 PFIZER INC. נ' אוניפארם בע"מ (נבו) (15.3.2022).
- 2 רע"א 8127/15 התאחדות התעשיינים בישראל נ' Merck Sharp & Dohme Corp.f/k/a (נבו) (15.6.2016).
- 3 רע"א 1042/17 מלכי נ' המועצה לייצור צמחים ולשיווקים – ענף ההדרים (נבו) (19.11.2017).
- 4 ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פ"ד (3) 521 (2012).
- 5 ע"א 7934/20 יפאורה תבורי בע"מ נ' בן שלול יבוא ויצוא בע"מ (נבו) (5.7.2022).
- 6 ע"א 8668/19 CHANEL – (חברה מאוגדת על פי דיני צרפת) נ' סנט ווי שבע"מ (נבו) (31.10.2021).
- 7 ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ (נבו) (7.8.2019) (להלן: עניין **נספרסו**).

ברקע לפסק הדין בעניין **נספרסו**, עומדות שתי פרסומות מסחריות מתחרות. בסדרת הפרסומות של חברת נספרסו, מגלם השחקן ג'ורג' קלוני דמות בדיונית הנוסעת ברכבי יוקרה, מתלבשת בלבוש מהודר, ושותה את מוצריה של נספרסו. האנשים הסובבים את דמותו של קלוני מתפעלים לכאורה מהדמות הנוצצת והיוקרתית, אך מתברר לבסוף שהתפעלותם היא דווקא ממוצרי הקפה היוקרתיים של חברת נספרסו. חברת אספרסו קלאב, המתחרה בנספרסו, השיקה על רקע פרסומות אלה סדרת פרסומות משל עצמה. כפי שהציג השופט הנדל את קמפיין הפרסומות בפתח פסק דינו: "בפתח הסרטון המרכזי רואים דמות דומה מאוד לדמותו של קלוני במראה ובלבוש, כשכל העת מופיע לצידה הכיתוב "המציג אינו ג'ורג' קלוני". כיתוב דומה מופיע באופן בולט גם בפתח הפרסומת. כפילו של קלוני יוצא מחנות קפה, כזו המזכירה את החנויות המופיעות בסרטוני הפרסומת של נספרסו, ומחזיק בידו שקית נייר מהודרת. ברקע נשמעת מנגינה דומה לזו שבפרסומות של נספרסו, וקול של קריין אומר 'There is nothing like a new espresso machine'. כפילו של קלוני מתבונן באשה הפוסעת ברחוב ומביטה בו, ובאותו רגע נתקל מבטו בבחור ישראלי הלבוש באופן שגרתי, שקוטע את המנגינה ואת הגיגיו ואומר לו בעברית "הלו, תפסיק לדבר לעצמך! גוררים אותך!" הכפיל עונה באנגלית מהוקצעת "wait, but I left my car" with the valet [+עם שירותי החניה]! והבחור עונה לו 'לא אחי, with the פקח'".<sup>8</sup> ניכר כי מטרת הפרסומת המתחרה הייתה להבליט את שירותיה, ואת שירות המשלוחים של חברת אספרסו קלאב, תוך לעג לפרסומת של חברת נספרסו.<sup>9</sup>

על אף ההומור הרב בפרסומת של חברת אספרסו קלאב, היא לא מצאה חן בעיני חברת נספרסו, שהגישה כנגד אספרסו קלאב תביעה בגין עילות שונות מתחום הקניין הרוחני והתחומים המשיקים אליו, ובכלל זה: טענות להפרה של סימני מסחר; הפרה של זכויות היוצרים של נספרסו; טענות לדילול מוניטין; גניבת עין; התעשרות שלא כדין; ולענייננו – הפרה של הזכות לפרסום של הידוען ג'ורג' קלוני.<sup>10</sup>

השימוש שנעשה בכפילו של קלוני במסגרת פרסומת מסחרית, כך נטען על ידי חברת נספרסו, מהווה הפרה של הזכות לפרסום של ג'ורג' קלוני. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט מכיוון שהדמות שבה נעשה שימוש על ידי חברת אספרסו קלאב הייתה דמות בדיונית שגילם קלוני, ולא דמותו האמיתית של קלוני עצמו. על כן, נקבע שהדמות שבה נעשה שימוש מהווה "יצירה", ושיש לערוך את הדיון בשימוש שנעשה ביצירה זו במסגרת דיני זכויות יוצרים, ולא במסגרת הזכות לפרסום של קלוני עצמו.<sup>11</sup>

8 שם, בפס' 1 לפסק הדין. לצפייה בפרסומת, ראו אספרסו קלאב (@espresso-club) Espresso  
 Club\_46sec אספרסו קלאב – פשוט לשתות קפה "יוטיוב" (4.1.2015).  
 9 עניין **נספרסו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 1.  
 10 שם.  
 11 שם, בפס' 37.

על אף דחיית הטענה, השופט הנדל מעלה באופן אגבי שאלה מרתקת שטרם זכתה לדיון מעמיק במשפט הישראלי – והיא השאלה העומדת בליבת מאמר זה – שאלת היחס שבין חופש הביטוי ובין הזכות לפרסום.<sup>12</sup>

שאלה זו מתעוררת ביתר שאת במקום שבו מדובר בשימוש פרודי בדמותו של ידוען. קשה לתת הגדרה מדויקת למונח "פרודיה", אך ניתן לאפיין אותה, ככלל, כצורת ביטוי המתבססת על יצירה, דמות, מצב דברים, סגנון או כל דבר אחר, אך כרוכה גם בפן הומוריסטי, חיקויי או ביקורתי המייצרים ממד של לעג או ניגודיות לעומת המקור שעליו מתבססת הפרודיה.<sup>13</sup> מטבעה כאמצעי לביטוי, "הפרודיה עשויה להיות סוג של ביקורת",<sup>14</sup> להוות "כלי חזק של תקשורת ושכנוע", ולשמש לקידום ולהעשרת השיח הציבורי.<sup>15</sup>

על רקע האמור, במאמר זה, נבקש לדון בסוגיה שאותה העלה השופט הנדל בדרך אגב בפסק הדין בעניין נספרסו – ולבחון כיצד יש לאזן את המתח הנוצר בין זכותו של הפרט לשלוט בתדמיתו ובין האינטרסים הציבוריים המגולמים בחופש הביטוי, וברצון לאפשר מקום לפרודיות ולביטויים ביקורתיים החשובים להעשרת השיח הציבורי.

דרך הילוכו של מאמר זה תהיה כדלקמן: בפרק ב', נציג בקווים כלליים את מקורותיה ואת עקרונותיה של הזכות לפרסום בדין הישראלי. בפרק ג', ניגש לבחון את מהות הזכות לפרסום – נבחן את היקף הזכות לפרסום ואת הפנים השונות הקיימות לה, כפי שאלו פותחו במשפט האמריקני, ונשווה בין הזכות לפרסום שפותחה במשפט האמריקני ובין הזכות לפרסום הקיימת בשיטת המשפט הישראלי. לאחר שנציג את מהותה, את היקפה ואת תוכנה של הזכות לפרסום, נמשיך לדון בפרק ד' במתח הקיים בין הזכות לפרסום ובין זכויות ואינטרסים אחרים – מתח שביטויים פרודיים מרבים לעורר – ונפנה לבחון את האופן שבו המשפט האמריקני ניגש לאזן בין האינטרסים המתחרים. לבסוף, בפרק ה', נדון במבחן הראוי שיש לאמץ בכדי לאזן בין האינטרסים העומדים בבסיס חופש הביטוי, וביטויים פרודיים בפרט, ובין אלו העומדים בבסיס הזכות לפרסום – וזאת בשים לב למאפיינים ולחשיבות המיוחדת של הפרודיה כחלק מהשיח הציבורי. פרק ו' יוקדש לסיכום הדיון.

## ב. הזכות לפרסום, והטעמים העומדים בבסיסה

הזכות לפרסום היא זכות כלכלית המקנה לאדם שליטה על השימוש המסחרי שיעשה בדמותו ובשמו.<sup>16</sup> בעבר, הזכות הוכרה כנגזרת של הזכות לפרטיות, אך עם הזמן, היא הוכרה כזכות כלכלית עצמאית, העומדת על רגליה שלה.<sup>17</sup> הזכות לפרסום הוכרה בישראל

12 ש.ס.

13 ש.ס, בפס' 24.

14 ש.ס.

15 ש.ס. עוד ראו לעניין חשיבות הפרודיה בשיח הציבורי, בפס' 37.

16 ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 351, 314 (2004).

17 ש.ס, בעמ' 365, 358.

לראשונה בעניין **אלוניאל**. באותו עניין, לאחר שהשופט ריבלין דחה בפסק דינו ניסיונות שונים לבסס את הזכות על הזכות לפרטיות ועל עולה מסחרית, הוא קבע כי "העושה שימוש לא מורשה בדמותו, בשמו או בקולו של האדם מתעשר ולא במשפט".<sup>18</sup> כפי שהסביר השופט הנדל בעניין **נספרסו**, מקובל להכיר בזכות לפרסום בשני הקשרים מרכזיים – שימוש בתדמיתו או בשמו של אדם על גבי מוצרים נלווים (Merchandise); ושימוש בתדמיתו או בשמו של אדם במסגרת פרסומת מסחרית.<sup>19</sup> הזכות לפרסום מקנה אפוא לאדם את הזכות לשלוט בשימוש הנעשה בשמו או בתדמיתו לשם הפקת תועלת כלכלית. גם בשיטת המשפט האמריקנית וגם בשיטה הישראלית, ניתן למצוא תאוריות רבות המצדיקות ומבססות את ההכרה בזכות לפרסום. הצדקה מרכזית, שהוכרה כבר בפסקי דין מוקדמים של בתי משפט בארצות הברית, היא תאוריית העבודה.<sup>20</sup> תאוריה זו, אשר עוצבה בכתביו של הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק (Locke) בדבר "תורת העבודה", מניחה שלאדם יש זכות טבעית בפרי עמלו, משמע, בתוצרי עבודתו והשקעתו.<sup>21</sup> בתי המשפט השונים בארצות הברית סברו כי יש להגן על זכותו של הידוען לרווחים הצומחים מהשימוש בדמותו, בין השאר מכיוון שמדובר בתוצר של עמל קשה – מאמץ להצטיין בתחומו.<sup>22</sup> אם כן, רציונל העבודה מתבסס על כך שהאדם משקיע עמל ועבודה ביצירת שמו ובבניית תדמיתו והם שהופכים את דמותו לבעלת ערך כלכלי ומסחרי. משכך, בהתאם לתאוריית העבודה, האדם זכאי להגנה על זכותו לשלוט בתוצרי עבודתו ולהפיק מהם את רווחיו. הצדקה נוספת מבוססת על תאוריית האישיות,<sup>23</sup> הידועה גם בשמה האחר תאוריית כריכת הנכסים באישיות. על פי תאוריה זו, שעה שישנם נכסים הקשורים באופן הדוק

- 18 שם, בעמ' 364.
- 19 עניין **נספרסו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 37; Eugene Volokh, *Freedom of Speech and the Right of Publicity*, 40 Hous. L. Rev. 903, 904 (2003).
- 20 עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 351–352.
- 21 שם. בהקשר זה, ראוי להביא את דבריו של לוק בעניין הקשר שבין העמל שאותו האדם משקיע והיות העמל מייצר ומצדיק זכות קניינית מלאה על פרי עמלו, כפי שבאו לידי ביטוי בחיבורו "שתי מסכתות על ממשל מדיני", וכך הוא כותב: "Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a property in his own person: This nobody has any right to but himself. The labour of his body and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that Nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property". JOHN LOCKE, *WORKS OF JOHN LOCKE*, 353–354 (1963).
- 22 שם. בעניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 16, השופט ריבלין מתבסס בעניין זה גם על דבריהם החשובים של שופטי המותב בעניין *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* 433 U.S. 562 (1977). כן ראו את דבריו של מלוויל נימר, מבין הכותבים המרכזיים בתחום דיני היוצרים בארצות הברית, אשר יצק תוכן ומשמעות לדבריו של לוק בהקשרו זה: M.B. Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 203, 216 (1954). חשוב לציין כי תוקפו של רציונל זה אינו מוגבל אך ורק לעמל פיזי, ומלומדים רבים סבורים שגם אדם שזכה בנכס (ובמקרה זה בפרסום) הודות למזל וללא כל השקעת מאמץ פיזי מצידו ראוי להגנת הדין. את הדברים היטיב לתאר בית המשפט בארצות הברית בעניין *White v. Samsung Electronics America, Inc.* 971 F. 2d 1395, 1399 (1992).
- 23 עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 357.

לאישיותו של האדם, על החברה להגן על שלמותם ולהעניק לבעליהם את היכולת לממש את זכות הבעלות בהם.<sup>24</sup>

נוסף על תאוריות אלה, המתמקדות בפן המוסרי של זכותו של הפרט לשלוט על תדמיתו – בין אם כגמול על העמל שהשקיע בפיתוח תדמיתו, ובין בשל הקשר ההדוק שבין תדמיתו לאישיותו של הפרט – ישנן מספר הצדקות נוספות לזכות לפרסום המתבססות על רציונליים של התאוריה הכלכלית. אחת מאותן הצדקות כלכליות המבססות את הזכות לפרסום, מבוססת על רציונל התמריץ. מלומדים שונים טוענים כי יש ערך חברתי רב לתמרץ יוצרים להמשיך ולהעשיר את החברה בפיתוח יצירותיהם ולשם כך נדרש להעניק להם הגנה חוקית על היצירה, בדומה לנעשה בדיני הקניין הרוחני.<sup>25</sup> בעת שבה אנו מגינים על רווחיו של היוצר, קרי על האינטרס הכלכלי שלו, אנו מעודדים השקעה ביצירה וחתירה למצוינות בתחום העיסוק של היוצר – אשר מפרה בתורה את הציבור הרחב.<sup>26</sup> עם זאת, כפי שהטעים השופט ריבלין בפרשת **אלוניאל**, אין לקבל הנחה זו כמובנת מאליה ולעיתים קרובות פרסומו של אדם נובע מצירוף מקרים אשר אין קשר בינו לבין מצוינות.

יתרה מכך, יש המבקרים את רציונל התמריץ בכך שהאינטרס הכלכלי המרכזי של יוצרים הוא רווחים שהם זכאים להפיק מיצירותיהם, ולא דווקא מהפרסום שלהם. שיקול זה הוביל את בית המשפט בארצות הברית בעניין *Cardtoons* לקבוע כי סביר להניח שגם בהיעדרה של יכולת להפיק רווחים מן הערך הפרסומי של זהות היוצר ישנם די והותר תמריצים אשר יעודדו יוצרים להצטיין בתחומם.<sup>27</sup> יש לציין כי הנחה זו הופרכה במידת מה במחקרם של המלומדים ג'ייקובי וצימרמן, אשר מצאו כי בחלק מהמקרים הרווחים המופקים מן הזכות לפרסום עלולים לעלות בערכם על הכנסתו של היוצר מתחום עיסוקו העיקרי ובחלק מהמקרים הם מהווים תמריץ כלכלי ניכר ליוצרים.<sup>28</sup>

הצדקה נוספת להכרה בזכות לפרסום, ובזכותו של אדם על דמותו ואישיותו, מתמקדת דווקא בציבור הרחב, ולא בידוען עצמו – האינטרס שבמניעת הטעיה והגנת הצרכן. לפי רציונל זה, שימוש מסחרי בדמותו של אדם ללא הסכמתו עלול לעורר בלבול בקרב הציבור הכללי ובקרב ציבור הצרכנים בפרט, וליצור מצג שווא שקרי בדבר מתן חסות של ידוענים למוצרים שונים. על כן, קיים ערך חברתי במתן זכות לפרטים בחברה, ובמיוחד לאלו

24 שם. להרחבה על משמעותה של תאוריה בהקשרים נוספים, ראו כתביה של פרופ' מרגרט רדין בנושא: Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 Stan. L. Rev. 957 (1982).

25 עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 355–356. להרחבה ראו את הנאמר בעניין *Zacchini* הנזכר לעיל, ה"ש 22, בעמ' 573 וכן במאמרם של המלומדים פלשר ורובין: Peter L. Felcher & Edward L. Rubin, *Privacy, Publicity, and the Portrayal of Real People by the Media*, 88 YALE L.J. 1577, 1601 (1979).

26 שם.

27 *Cardtoons v. Major League Baseball Players*, 95 F. 3d 959, 973 (1996).

28 Melissa B. Jacoby & Diane Leenheer Zimmerman, *Foreclosing on Fame: Exploring the Uncharted Boundaries of the Right of Publicity*, 77 N.Y.U. L. Rev. 1322, 1330–1332 (2002). כן ראו עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 356.

ספר ניל הנדל הזכות לפרסום ושימושים פרודיים: הרהורים בעקבות הלכת נספרסו נ' אספרסו קלאב

שדמותם בעלת חשיבות ציבורית, לשלוט על השימוש בדמותם ובזהותם בכדי למנוע הטעיה מסוג זה.<sup>29</sup>

בחלק זה הצגנו את הרציונל העומד בבסיס הזכות לפרסום, בחלקו הבא של המאמר נציג את תוכנה ואת היקפה של הזכות בפסיקה בתי המשפט בארצות הברית ובישראל. מכיוון שהמשפט הישראלי טרם הגדיר בצורה מדויקת את גבולותיה של הזכות לפרסום, נציג תחילה את היקפה של הזכות בדין האמריקני.

## ג. היקף הזכות לפרסום בדין האמריקני ובדין הישראלי

### 1. היקפה של הזכות לפרסום בדין האמריקני

הרב-גוניות של הזכות לפרסום והעובדה שהיא משיקה לתחומי משפט רבים, הובילה מלומדים רבים בארצות הברית למסקנה כי יש לארגן ולסדר מחדש את גבולותיה ולייצר מודל קוהרנטי שיאפשר אחידות משפטית ושימוש נכון בזכות. לשם כך, ניתן לחלק את הזכות לפרסום לארבע תתי-קבוצות, אשר כל אחת מהן מגלמת אינטרס אחר שעליו הזכות מגינה. ארבע הזכויות הנגזרות מהזכות לפרסום הן: (א) הזכות להופעה מסחרית; (ב) הזכות לשליטה בזהות (אוטונומיה זהותית); (ג) הזכות לכבוד זהותי ו-(ד) הזכות לערך זהותי-מסחרי.<sup>30</sup> נסביר בקצרה על כל אחת מתתי הקבוצות.

#### (א) הזכות להופעה מסחרית (The Right of Performance)

הזכות להופעה מסחרית היא זכותו של הידוען להגן מפני ניצול או ניכוס של ההופעות שביצע,<sup>31</sup> והיא מופרת כאשר הנתבע משתמש בהופעה ללא הסכמתו המפורשת של התובע.<sup>32</sup> זכות זו זכתה לפרשנות בפסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Zacchini*.<sup>33</sup> בפסק דין זה קבע בית המשפט האמריקני כי מערך הפעולות המסוימות

29 ת"א (שלום י-ם) 11049/90 רופ נ' "און" הנדסה מיזוג אויר (1973) בע"מ, פס' 6 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 11.1.1995); בהקשר זה אעיר כי מדובר באימוץ של רציונל מניעת ההיסח (Confusion), שהובע באופן נרחב בפסיקה האמריקנית. אחד מן המקרים המובהקים המשתמשים ברציונל זה הוא עניין *General Motors* שבו נקבע כי השימוש של החברה בשמו של שחקן הכדורסל המפורסם, כרים עבדול-ג'באר, בפרסומת לאחד ממוצריה יצר הסח ניכר, שיכל לפגוע באפשרויות מסחריות עתידיות של ג'אבר הנוגעות למתן חסות למוצרים דומים. להרחבה ראו *Abdul Jabbar v. General Motors Corp.*, 85 F.3d 407 (9th Cir. 1996). כן ראו *Dora Georgescu, Two Tests Unite to Resolve the Tension Between the First Amendment and the Right of Publicity*, 83 *FORDHAM L. REV.* 907, 940 (2014).

30 Robert Post & Jennifer Rothman, *The First Amendment and the Right(s) of Publicity*, 130 *YALE L.J.* 86, 96 (2020).

31 ש.ם.

32 ש.ם.

33 עניין *Zacchini*, לעיל ה"ש 22; את הבסיס הדוקטרינרי להכרה במופע של הזכות לפרסום כזכות להופעה מסחרית נוכל למצוא כבר בפסיקה קודמת של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Sperry & Hutchinson Co. v. Rhodes*, 220 U.S. 502, 505 (1911).

במרחב ובזמן שביצע *Zacchini* מהווה ביצוע פומבי מוגן, וכי בדומה להגנה על זכויות יוצרים, גם ביצועים פומביים ראויים להגנה מסחרית, שאותם ביצועים פומביים לא יהיו ניתנים להעתקה.<sup>34</sup>

הזכות להופעה מסחרית אינה מסתכמת רק בגבולות שהוצגו בעניין *Zacchini*, ופותרת בפסיקה גם להגנה על המופיע מפני שימוש בחלקים מהופעותיו במופע חדש, שאינו קשור למופיע. אפיק זה פותח במסגרת עניין *No Doubt*, שם נקבע כי על אף שהנתבעת קיבלה אישור לשימוש בתדמיתם של התובעים לשם יצירת יצגנים ("אוטארים") במסגרת פיתוח משחק מחשב, הנתבעת הפרה את הזכות לפרסום של התובעים כאשר השתמשה, ללא רשותם של התובעים, באותם יצגנים המבוססים על דמויותיהם כדי לבצע הופעות שונות במסגרת המשחק.<sup>35</sup>

ההשפעה הניכרת של עניין *No Doubt* על הניתוח הדוקטרינרי שאנו עורכים כעת היא בחידוד ההבדלים בין הזכויות הבלעדיות השונות הכרוכות בזכות. אלמלא הייתה הנתבעת משתמשת ביצגנים למימוש מטרתה אלא בחקיינים למיניהם לצורך יצירת הופעות חדשות (לכאורה מעשה שאינו בעל חשיבות ניכרת), היה על התובעים לתבוע בגין פגיעה בזכות לערך מסחרי ולא בזכות להופעה מסחרית.<sup>36</sup> לעילת התביעה יש משמעות על היקף הזכות שכן, כפי שנראה בהרחבה בהמשך, החלפת עילות התביעה עשויה להוביל להגנה חוקתית מכוח התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, ומשכך לשינוי ניכר בהיקף הזכות ובתוצאת ההליך המשפטי.<sup>37</sup>

נציין כי בשימוש בזכות הבלעדית להופעה מסחרית ראוי להיזהר מאפקט מצנן על יצירת הופעות חדשות. נדמה כי הזכות להופעה מסחרית צריכה להיות מסויגת למצבים שבהם ההופעה החדשה נובעת באופן ישיר וברור מהופעתו המקורית של התובע.<sup>38</sup>

### (ב) הזכות לאוטונומיה זהותית (*The Right of Control*)

באופן אינטואיטיבי, הזכות לאוטונומיה זהותית, שאותה נכנה לצורכי הנוחות "הזכות לשליטה", מקושרת לעיתים רבות לדיני הקניין. עיקרה של הזכות היא זכותו של הפרט לשלוט בזהותו במידה הנדרשת לפיתוחו האישי.<sup>39</sup> הרציונל העומד מאחורי תפיסה זו היא הטענה שלפיה אם האדם לא יוכל לשלוט בשימוש של אחרים בזהותו, הרי שזהותו תישלט בידי אחרים ובכך הוא יאבד את האוטונומיה האישית שלו, שהיא מרכיב חשוב ביכולת לפתח את אישיותו באופן מלא.<sup>40</sup>

34 עניין *Zacchini* (1977), לעיל ה"ש 22, בעמ' 573–576.

35 *No Doubt v. Activision Publishing, Inc*, 122 Cal. Rptr. 3d 397 (Ct. App. 2011).

36 *Post & Rothman*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 103.

37 שם.

38 שם.

39 שם, בעמ' 116.

40 *Post & Rothman*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 119.

גם בתי המשפט ברחבי ארצות הברית עמדו על רציונל זה וביססו אותו בפסקי דינם. פסק דין מרכזי בנושא, שעיצב את עמדתם של בתי משפט שונים לאורך השנים, ניתן בעניין *Pavesich*,<sup>41</sup> שם נקבע כי שימוש ללא רשות באלמנטים מזהותו של אדם (בהם תמונתו למשל), לצרכים מסחריים, ללא הסכמה וללא פיצוי בגין השימוש, תפגע ותשלול מהאדם את חירותו.<sup>42</sup> אם כן, הפן היישומי של זכות זו היא למעשה הענקת הזכות לפרטים בחברה לשלוט באופן שבו נעשה שימוש בזהות שלהם או במרכיבים ממנה.<sup>43</sup>

### (ג) הזכות לכבוד זהותי (The Right of Dignity)

הזכות לכבוד זהותי, שאותה נכנה בהקשר זה "הזכות לכבוד", דומה במידה מסוימת לזכות לאוטונומיה זהותית (המתמקדת, כזכור, בזכותו של אדם לשלוט על זהותו), אך מתמקדת בזכותו של הפרט לדבוק בעמדות המרכיבות את זהותו, ומבקשת להגן עליהן על ידי מניעת השימוש בזהותו באופן הנוגד אותן, ובאופן הצובע את אישיותו בניגוד לאופן שבו הפרט מבקש להיתפס בעיני החברה. הזכות לכבוד מתמקדת בהנחה שלפיה זהותו של האדם מתהווה בתהליך חברתי שבו האדם מאמץ נורמות חברתיות ההופכות לרכיבים זהותיים שלו. על כן, נוצרת תלות הדדית בין הפרטים השונים בחברה אשר מבקשים לפתח את זהותם בתהליך המלווה אותם כל ימי חייהם. אנשים המעורים בחיי החברה והקהילה, שאינם מתבודדים, חווים באופן פוגעני ומשפיל את השימוש שנעשה בזהותם, ללא רשותם, בניגוד לרצונם, ובאופן הסותר את עמדותיהם ופוגע ביושרם. על כן, ישנם מלומדים הטוענים כי הזכות לפרסום, במובנה כזכות לכבוד, היא המקור החוקי המתאים לכך.<sup>44</sup> אותם מלומדים טוענים שמרבית התביעות בימינו בנוגע לזכות לפרסום כוללות אספקטים רבים הקשורים לפגיעה בכבוד ולהשפלת התובע. כך למשל, המקרה המובהק ביותר הוא עניין *Waits*,<sup>45</sup> שבו קבע בית המשפט כי הפרסומת המסחרית שהשתמשה בקולו של *Waits* גרמה לו לכעס, למבוכה ולהשפלה.<sup>46</sup> בית המשפט הטעים כי למרות שהרציונליים העיקריים שעליהם מגינה הזכות לפרסום הם בעלי אופי מסחרי, אין בכך כדי לשלול מן התובע סעדים בגין השפלה, מבוכה ומתחים נפשיים שנגרמו לתובע עקב שימוש לרעה ברכיבים זהותיים שלו.<sup>47</sup> בפן היישומי, בכדי לטעון להפרת הזכות לפרסום, במובנה כזכות לכבוד, על התובע להוכיח כי הנתבע השתמש לרעה בזהותו של התובע, באופן שייתפס כ"פוגעני ביותר" לאדם הסביר.<sup>48</sup>

41 *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

42 שם, בעמ' 80.

43 *Post & Rothman*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 119.

44 שם, בעמ' 122.

45 *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).

46 *Post & Rothman*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 122.

47 עניין *Waits*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1103.

48 *Post & Rothman*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 124.

**(ד) הזכות לערך זהותי-מסחרי (The Right of Commercial Value)**

הזכות לערך זהותי-מסחרי, שאותה נכנה לצורכי הנוחות "הזכות לערך מסחרי", עוסקת בהגנה על שווי השוק של זהות הפרט בחברה.<sup>49</sup> כפי שראינו, ניתן להבין את הזכות לפרסום ואת הזכויות המרכיבות אותה, באופנים מגוונים, המשליכים על היישום והנפקות שלה. רוב המלומדים רואים בזכות לערך מסחרי את ליבת הזכות לפרסום. דרך נוספת להמשיג את הזכות לערך מסחרי היא לתופסה כקניינו הרוחני של אדם, שהפגיעה בה עולה לכדי עוולה מסחרית כסוג של תחרות בלתי הוגנת.<sup>50</sup> אם נלך בדרך זו, נסיק כי האדם יכול להיות הבעלים של הערך המסחרי של זהותו.<sup>51</sup>

במבט רחב יותר, נוכל להבחין כי הצדקה זו עשויה לעוררת התנגשות עם ערכים מוגנים נוספים, כגון עם ערכים של חופש הביטוי. כך למשל, מחברי ביוגרפיות ומדורי רכילות מפיקים רווחים מהשימוש בזהות של האדם שעליו הם מדווחים. על כן, הדין בארצות הברית רואה את הזכות לערך מסחרי באופן צר ומוטעם יותר.<sup>52</sup> בתמצית ניתן לומר, אם כן, כי הזכות לערך מסחרי מתבססת למעשה על שלושה רציונליים שניתן להבחין ביניהם – (I) מניעת הטעיה; (II) מניעת דילול ו-(III) מניעת התעשרות שלא כדין.

(I) מניעת הטעיה (Confusion): אחד מן הרציונליים הבסיסיים שעליהם מגינה הזכות לערך מסחרי היא מניעת הטעיה לגבי עמדת הידוען בנושאים שונים. כך למשל, תביעות רבות מכוח זכות זו מבקשות למנוע שימוש בזהותם של ידוענים באופן שעלול להתפרש כתמיכה או כמתן חסות מסחרית למוצר מסוים.<sup>53</sup> אחד מפסקי הדין הידועים שעסקו ברציונל זה הוא פסק הדין בעניין *General Motors (1996)*, שבו נקבע כי השימוש של החברה בשמו של שחקן הכדורסל המפורסם, כרים עבדול-ג'באר, בפרסומת לאחד ממוצריה יצר הטעיה ניכרת, שיכולה לפגוע באפשרויות מסחריות עתידיות של ג'אבר הנוגעות למתן חסות למוצרים דומים.<sup>54</sup> חיזוק נוסף לרציונל זה נוכל למצוא בקביעתו של בית משפט במחוז קולומביה משנת 2023, אשר קבע כי שימוש בתמונות של פרטים בחברה בפרסומות ללא הסכמתם יוצרים הטעיה הנוגעת למתן חסותם המשוערת למוצרים או שירותים שונים.<sup>55</sup>

ניתן לומר, כי היבט זה של הזכות לערך מסחרי מתכתבת במידת מה עם דיני סימני מסחר אשר מבקשים להגן על מוצרים באופן המונע בלבול או הטעיה באשר למקור המוצר או לנותני החסות של מוצרים ושירותים שונים.<sup>56</sup> במערכת משפטית שבה המקור היחיד להגנה על היבט זה הוא דיני סימני מסחר, הרי שרוב בני האדם לא ייהנו מהגנת דיני סימני

49 שם, בעמ' 107.

50 J. THOMAS MCCARTHY, 1 THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY § 1:3 (2018 ed.)

51 Post &amp; Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 109.

52 שם.

53 שם, בעמ' 110.

54 עניין *General Motors*, לעיל ה"ש 29. ראו דיון אצל Post & Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 110.55 *Sampedro v. Anyado Grp., LLC*, 2023 U.S. Dist. LEXIS 16231 (2023)

56 Post &amp; Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 111.

מסחר, זאת בגלל הקושי שבו יתקלו כאשר יצטרפו להוכיח כי זהותם היא גם זהות מסחרית בעלת חשיבות ומשכך ככזו היא ראויה להגנת דיני סימני מסחר כסימן מסחרי העומד בפני עצמו. על רקע זה, הזכות לפרסום בהיבטה זה נכנסת לתמונה ומשלימה את ההגנה על זהותם של פרטים בחברה.<sup>57</sup>

(II) מניעת דילול (Diminishment): הזכות לערך מסחרי מכירה בכך ששימוש בזהותו של פרט בחברה עלול להוביל לכדי ירידת ערכה המסחרי, ומבקשת להעניק לפרט הגנה מפני הפגיעה הפוטנציאלית בערכו המסחרי של זהותו.<sup>58</sup> המקרה שביסס רציונל זה בפסיקה האמריקנית היה עניין *Carson (1983)*, שבו נקבע כי למרות שהשימוש לא עלול להוביל להטעה צרכנית מכל סוג, מתן גושפנקה שיפוטית לשימוש לא מורשה מסוג זה בזהותו של אדם עלול להוביל לפגיעה בדרך של דילול ערכה המסחרי של זהותו, שככזו צריכה לזכות במתן פיצוי על שימושים אסורים בזהותו.<sup>59</sup>

גם כאן נוכל לראות את הקשר שבין הזכות לערך מסחרי לדיני סימני מסחר. רציונל הדילול דומה באופן ניכר לרציונליים העומדים מאחורי הסנקציות בגין דילול סימני מסחר באופן כללי. כפי שהבחין בית המשפט העליון בארצות הברית, כלל אחריות המוטל בעקבות דילול ערכו של סימן מסחרי אינו נובע בהכרח מקיומה של הטעה.<sup>60</sup> דוקטרינת הדילול עוסקת בשימור הייחודיות והבלעדיות של הסימן המסחרי ומניעת השחיקה של ערך זה.<sup>61</sup> לטענתם של מלומדים רבים, האינטרס שעליו המחוקק ובתי המשפט מגינים בעודם מיישמים את דוקטרינת הדילול הוא רציונל זהה לרציונל מניעת הדילול העומד בבסיס הזכות לערך מסחרי.<sup>62</sup>

בדומה לרציונל מניעת הטעה, טענות לדילול דמות של ידוען מהוות גם הן מקור משלים להגנה על הזהויות בחברה, אשר רק חלק מהן מוגנות על ידי דיני סימני מסחר.<sup>63</sup> תובעים רבים יוכלו להעלות טענות כאלו גם מבלי שזהותם תהווה סימן מסחר רשום ולכן הכרה בהיבט זה של הזכות לפרסום מקילה על תובעים הלכה למעשה. אם כן, טענות דילול יכולות להיות מועלות בנסיבות דומות לטענות המועלות על בסיס דוקטרינת דילול סימני מסחר. הראשון, חשיפת יתר של הזהות עלולה להביא לירידת ערכה המסחרי של הדמות. השני, תיאור שלילי של אדם באופן המכתיים את זהותו ובכך מוביל לירידה בערך המסחרי של זהותו.<sup>64</sup>

57 ש.ם.  
 58 ש.ם.  
 59 *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 698 F.2d 831, 833 (6th Cir. 1983).  
 60 *Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418, 429 (2003).  
 61 Post & Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 112.  
 62 ש.ם. להרחבה השור *Barton Beebe, What Trademark Law Is Learning from the Right of Publicity*, 42 COLUM. J.L & ARTS 389, 394-395 (2019).  
 63 זאת עקב התנאים המחמירים אשר נדרש לעמוד בהם בכדי שזהותו של הפרט בחברה תוכר כסימן מסחרי. ראו לעיל, בסמוך לה"ש 56-57.  
 64 Post & Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 113.

בצד ההיגיון הרב הטמון ברציונל הדילול, יש להיזהר מפני ניצול יתר של רציונל זה גם לתחומים שאותם הן המחוקק והן החברה אינם רואים כפגיעה בזהותו של אדם. כך למשל, כתיבת ביקורות נוקבות על אישים וידוענים עלולה להוות בסיס לתביעה בגין עילה זו. על כן, חשוב להגביל את יישומו של רציונל הדילול רק למצבים של שימוש מסחרי טהור בזהות הידוען.<sup>65</sup> לפיכך, הסיווג הטוב ביותר של טענת הדילול היא ככלי לתיקון נזקים מסחריים שנגרמו לידוענים אשר הצליחו לבסס תדמית המוכרת לציבור, אשר יכולה לשמש אותם בזירה המסחרית, ואשר עשויה להיפגע (בין אם כתוצאה מחשיפת יתר של הדמות ובין אם כתוצאה מהכתמתה באור שלילי) כתוצאה מן השימוש הבלתי מורשה; ולא כזכות קניינית המוקנית לכל פרט בחברה כחלק מזהותו ללא קשר לאופיו של השימוש.<sup>66</sup>

(III) מניעת התעשרות שלא כדין (Unjust Enrichment): רציונל נוסף המעגן את הזכות לערך מסחרי, הוא כלל האחריות המוטלת במקרים שבהם הנתבע התעשר שלא כדין כתוצאה משימוש "לא הוגן" בערך המסחרי של זהות התובע.<sup>67</sup> נטל ההוכחה המוטל על התובע בעילה זו הוא קל, שכן התובע לא נדרש להוכיח חשש להטעיה וכן לא נדרש להוכיח דילול של הערך המסחרי של זהותו. כל שעל התובע להראות הוא שהנתבע השתמש בזהותו ללא רשות לשם הפקת רווח.<sup>68</sup> הסעד שאותו מצאו בתי המשפט בארצות הברית כראוי ביותר בנסיבות אלו הוא השבת הרווחים (restitution), כך שלמעשה, מושב המצב לקדמותו באופן שמחזיר את התובע למצב שבו היה אלמלא הייתה מתרחשת ההתעשרות.<sup>69</sup>

פסק הדין המנחה בעילה זו הוא עניין *Fraley*, שבמסגרתו חברת פייסבוק השתמשה בשמם ובזהותם של התובעים לצורך קידום מסחרי של מוצרים ושירותים למנויים ברשת החברתית.<sup>70</sup> לטענת התובעים, הרווח המסחרי שהפיקה פייסבוק ממעשיה הוא מדיד והוא למעשה הכנסותיה העודפות של החברה בהשוואה להכנסותיה בימים כתיקונם ולכן מאחר שהרשת השתמשה בזהותם באופן לא ראוי, עליה להשיב רווח עודף זה.<sup>71</sup> בכך למעשה פסק הדין ביסס את עילת ההתעשרות שלא כדין כעילה חשובה, משמעותית ומשלימה לשתי העילות הנוספות שהוצגו לעיל.

ש.ם. 65

ש.ם. 66

ש.ם, בעמ' 114; בתי המשפט בארצות הברית הכירו באופן מפורש ברציונל זה ככזה הכלול בתוך הזכות לפרסום, להרחבה ראו *McFarland v. Miller*, 14 F.3d 912, 918 (3d Cir. 1994); לטענת כותבים רבים, המעבר להכרה ברציונל של מניעת התעשרות שלא כדין הוא למעשה מעבר מראייה של הזכות לפרסום כזכות מוסרית, להבנה שלה כזכות המגינה על זכותו של האדם לפרי עמלו, להרחבה ראו: Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STANFORD L. REV. 1161, 1181 (2006).

ש.ם. 68

ש.ם. 69

ש.ם. 70 *Fraley v. Facebook, Inc.*, 830 F. Supp. 2d 785 (N.D. Cal. 2011).71 *Post & Rothman*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 115.

## 2. היקפה ותוכנה של הזכות לפרסום בדין הישראלי

כאמור, אבן דרך בסקירה זו הוא הניסיון להבין את ההיקף של הזכות לפרסום בישראל. עד כה, עמדנו על ההצדקות התאורטיות לזכות לפרסום שהוכרו בפסיקה בישראל ובארצות הברית ותיארנו בפירוט את היקף הזכות בדין האמריקני. כעת, נפנה לסקור את היקף הזכות בישראל בראי הבסיס העיוני-משפטי בדין האמריקני. בניגוד לדין בארצות הברית, שבו פותחה הזכות לפרסום הן כזכות יצירת הפסיקה והן כזכות המעוגנת בחקיקה מפורשת בשורה של מדינות בארצות הברית,<sup>72</sup> הזכות לפרסום בדין הישראלי היא זכות שנוצרה בפסיקה בלבד, אשר היקפה אינו מוגדר בהירות בפסיקה מחייבת.

דיוננו מתחיל בחוות דעתו של השופט ריבלין בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין אלוניאל.<sup>73</sup> בפסק דין זה, השופט ריבלין רואה בזכות לפרסום זכות עצמאית המקנה סעד מכוח דיני עשיית עושר;<sup>74</sup> אולם, הוא עושה זאת ללא דיון בהיקף הזכות ובגבולותיה. על רקע חסר זה, נדון להלן בהיקפה של הזכות לפרסום בישראל תוך התייחסות לזכות זו בפסיקה ובחקיקה, כאשר ברקע הדיון ניצבת הפסיקה הענפה, המגוונת ולעיתים אף הסותרת, הקיימת בארצות הברית בנושא, אשר שולבה לא אחת גם בפסקי הדין העוסקים בנושא בישראל. את מסענו נתחיל מבראשית, בבחינת הרציונליים לזכות אשר נדונו בדין הישראלי, על ארבעת מופעיה השונים, כפי שתוארו לעיל באריכות.

כאמור, הזכות להופעה מסחרית היא זכותו של המופיע להגן על ההופעות שביצע מפני שימוש לרעה.<sup>75</sup> הפסיקה בישראל בנושא הזכות לפרסום קשרה מן הרגע הראשון את הזכות לפרסום עם זהותו של האדם בלבד, על כן, מופע זה אינו מוכר במסגרת הפסיקה או הכתיבה הישראלים הנוגעים לזכות לפרסום, אלא זה צריך להיבחן לעומק במסגרת דיני זכויות יוצרים, שהם האכסניה הנכונה לדיון בהיבט זה של הזכות.

עיקרה של הזכות לאוטונומיה זהותית, כפי שעמדנו עליה לעיל, היא זכותו של הפרט בחברה לשלוט בזהותו במידה הנדרשת לפיתוחו האישי.<sup>76</sup> אלמנט זה של הזכות לפרסום, אשר מעניק לתובע את היכולת למנוע מאנשים אחרים שימוש בזהותו ובמרכיבים ממנה, מוכר במידה מסוימת בישראל במסגרת סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, הקובע כי "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח" מהווה פגיעה בפרטיותו. כך, בעניין רופ, עמד בית המשפט על כך ש"מבחינתו של החוק, נתפסים שמו של האדם, תמונתו, או קולו כחלק מזהותו האישית והם שייכים לתחום האינטימיות האינדיבידואלית שלו, שאין לאחר רשות לעשות בהם שימוש".<sup>77</sup> עם זאת, יש לזכור כי הגנה זו אינה מעניקה לאדם

72 בין המדינות בארצות הברית שעיגנו את הזכות לפרסום בחקיקה ראשית נוכל למצוא את אלבמה, קנטקי, וושינגטון, קליפורניה, הוואי, נבדה, טקסס, אוקלהומה, נברסקה, דרום דקוטה, ארקנסו, פלורידה, טנסי, אילינוי, אינדיאנה, אהיו, פנסילבניה, ורג'יניה, מסצ'וסטס, רוד-אייילנד וניו-יורק.

73 עניין אלוניאל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 365.

74 שם, שם.

75 Post & Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 96.

76 שם, בעמ' 116.

77 עניין רופ, לעיל ה"ש 29, בפס' 6.

שליטה מלאה בזהותו, וממילא מוגבלת למקרים שבהם השימוש בזהותו של האדם נעשה לצרכים מסחריים.

בהמשך לכך, ולאור הקביעות השונות בגלגוליה השונים של פרשת אלוניאל, הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליון, שלפיהן מטרתו של סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות הוא הגנה על כבוד האדם ומניעת נזק נפשי הנגרם על ידי שימוש שלא כדין בדמותו של אדם או ברכיבים שלה<sup>78</sup> – ניתן לומר כי גם הזכות לכבוד זהותי, העוסקת במשמעויות של הפרת הזכות לפרסום על כבוד האדם ושמה לה למטרה למנוע השפלה ופגיעה ברגשות האדם, זוכה להגנה מסוימת במסגרת הדין הישראלי.<sup>79</sup>

בדין הישראלי ניתן אף למצוא את טביעת אצבעותיה של הזכות לערך זהותי-מסחרי, העוסקת כזכור בהגנה על שווי השוק של הזהות של הפרט בחברה.<sup>80</sup> כפי שתואר בהרחבה, למופע זה של הזכות לפרסום ישנם שלושה רציונליים עיקריים: מניעת הטעיה, מניעת דילול, ומניעת התעשרות שלא כדין – כאשר ניתן להבחין בקיומם של כלל רציונליים אלו גם בדין הישראלי.

ראשית, נבחן אם אומץ בישראל רציונל מניעת הטעיה. בענייננו, נראה כי הקביעות של השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין בעניין רופ, שם נקבע (בהסתמך בין היתר על הפרשנות המקובלת של סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות) כי על אף ש"פשוטו של סעיף 2(6) לחוק מדבר על האיסור לעשות שימוש בתמונתו של אדם ללא הסכמתו למטרות רווח [...] אין קושי לגזור ממטרותיו של האיסור את המסקנה כי הוא אמור להתפרש גם על מצבים בהם נעשה שימוש בכפילו של אדם כדי להטעות את הציבור לחשוב כי התמונה משקפת את חזות האיש שאותו כפיל מחקה", עולות בקנה אחד עם הרציונל ומאמצות אותו במידה רבה לתוך הדין הישראלי.<sup>81</sup> מזו נוסף רציונל זה, אם כי מצומצם ורחוק יותר, עשוי להימצא גם במסגרת עוולת גניבת עין, המגדירה הטעיה צרכנית שעיקרה מצג שווה בגין מתן חסות או תמיכה כעוולה נזיקית המזכה את הניזוק בסעד.<sup>82</sup>

רציונל נוסף של הזכות לערך מסחרי הוא הגנה מפני שימוש בזהותו של פרט בחברה באופן העלול להוביל לפגיעה בערך המסחרי של הדמות, ולדילולו.<sup>83</sup> תימוכין בדין הישראלי לרציונל זה ניתן למצוא בהערת אגב של השופט בן-יאיר בעניין בואינג, שבה הוא

78 עניין אלוניאל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 347; ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ, ס' ד לדין בתביעה שכנגד (נבו 1.7.2002).

79 שם, בעמ' 122; להרחבה ראו עניין Waits, לעיל ה"ש 46.

80 Post & Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 107.

81 עניין רופ, לעיל ה"ש 29, בפס' 6. עוד יצוין, כי בבחינת התקיימות הפגיעה וההיקף הנדרש לכדי התגבשות עילה, אימצה השופטת פרוקצ'יה בפסק דינה את המבחן שאומץ בארצות הברית בפרשת אונאסיס, להרחבה ראו Onassis v. Christian Dior New York Inc., 254 D. 2N.Y. Supp.472 (1984).

82 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ת"א) 1769/83 The Boieng Company (Delaware Corporation) נ' בואינג נסיעות ותיירות בע"מ (נבו 1.1.1989); ת"א (מחוזי מרכז) 11740-03-13 FUNDACIO GALA SALVADOR DALI נ' וי. אס מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ, פס' 142 (נבו 28.8.2016).

83 Post & Rothman, לעיל ה"ש 30, בעמ' 111.

ציין כי שימוש בלתי מורשה בשם ובמוניטין של אדם עלול להוביל להפצה נוספת שלהם, להחלשתו של המוניטין ומשכך לפיחות בערכו.<sup>84</sup> עם זאת, עלינו לציין כי הדברים נאמרו כאמרת אגב, וכי לא נקבעו גבולות ברורים לשימוש ברציונל זה ותחולתו על רכיבים נוספים בזהות האדם מלבד ההגנה על השם והמוניטין.

רציונל נוסף ואחרון, כאמור, הוא כלל האחזיות המוטל במקרים שבהם הנתבע התעשר שלא כדין כתוצאה משימוש "לא הוגן" בערך המסחרי של זהות התובע. תימוכין לרציונל זה בדין הישראלי נוכל למצוא בפסק דינו של השופט ריבלין בעניין אלוניאל, שקבע, כאמור, כי הזכות לפרסום היא זכות שמעוגנת בדיני עשיית עושר.<sup>85</sup> מנגד, ראוי לציין כי טרם ניתן פסק דין הקובע את גבולות הגזרה של עילה זו אשר יכולה להתפרס על מגוון רחב וניכר של התנהגויות בחברה, שעליהן צריך המשפט לתת את הדעת.

בחלק זה הראינו כי ניתן למצוא במשפט הישראלי תשתית נורמטיבית המאפשרת להכיר, ולו באופן חלקי, בחלק ניכר ממופעייה של הזכות לפרסום שהוכרו במשפט האמריקני – הזכות לאוטונומיה זהותית; הזכות לכבוד זהותי; וברכיביה השונים של הזכות לערך זהותי מסחרי – מניעת הטעיה; מניעת דיילול; ומניעת התעשרות שלא כדין. בהינתן קליטתה של הזכות לפרסום בדין הישראלי, להלן נדון באופן שבו זכות זו עשויה להתנגש עם ערכים מוגנים נוספים, ובאופן שבו ניתן ליישב בין זכויות וערכים אלו.

#### **ד. הזכות לפרסום כחלק ממכלול של ערכים מתנגשים ואיזונים נדרשים**

כפי שכבר ציינו לעיל, התהוותה של הזכות לפרסום בדין הישראלי מחייבת את איזונה מול אינטרסים אחרים. האיזון בין הזכויות השונות במשפט הישראלי משפיע על היקף הזכות לפרסום בהתאם לנסיבות ספציפיות.

הדין הישראלי טרם פיתח את מבחני האיזון הנדרשים כדי ליישב את המתח שעלול להיווצר בין הזכות לפרסום ובין אינטרסים וערכים אחרים, כגון חופש הביטוי. מקרה פרטי של מתח זה מתעורר במצבים שבהם נעשה שימוש בדמותו של ידוען לשם פרודיה. כפי שציין השופט הנדל בעניין נספרסו, קשה לקבוע הגדרה ממצה למושג "פרודיה", אך מבין מגוון ההגדרות השונות שהוצעו לכך, ניתן לזקק מעין "מכנה משותף", העומד בבסיסה של הפרודיה – ביטוי שהוא מעין חיקוי מכוון, המבקר את התוכן המקורי על ידי שמירת התבנית המקורית של היצירה, תוך הכנסת שינויים במטרה לייצר ניגודיות ואף לעג: "[ה]פרודיה משתמשת ביצירה על מנת ללעוג לה או לבקרה".<sup>86</sup> הפרודיה מתייחדת לא רק בכך שהיא מחייבת, ככלל, שימוש בדמותו של הידוען, אלא גם בחשיבותה בעיצוב השיח הציבורי: "השימוש הפרודי ביצירה עשוי להוסיף נדבך חשוב וייחודי לביקורת. במקרה של פרודיה אף ניתן לומר, כדברי מרשל מקלוהן, שהמדיום הוא המסר. פרודיה בת שניות

84 עניין בואינג, לעיל ה"ש 82, בפס' 11.

85 עניין אלוניאל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 364.

86 עניין נספרסו, לעיל ה"ש 7, בפס' 24.

ספורות מסוגלת להעביר מסר ביקורתי שלא ניתן יהיה להעבירו היטב גם באמצעות עשרים עמודי ניתוח מדוקדק [...]. פרודיה, דהיינו הומור על דרך ההגזמה, עשויה להיות כלי חזק של תקשורת ושכנוע. בכוחה לבקר. ראייה כזו חושפת פן נוסף של העניין – לא רק אינטרס ציבורי בביקורת, אלא גם חופש הביטוי של אדם ואף חופש העיסוק המתבטא באפשרות אפקטיבית לבקר את המתחרה.<sup>87</sup> חשיבותה ומאפייניה הייחודיים של הפרודיה מחייבים, לדעתנו, אימוץ של מבחן שיוכל לאזן ברגישות הנדרשת בין האינטרסים המתחרים – בין זכותו של הידוען לשלוט בתדמיתו מחד גיסא, ובין האינטרסים הציבוריים המגולמים בפרודיה מאידך גיסא.

פיתוח של מבחני איזון אלה הוא, במידה רבה, מטרתו מרכזית של מאמר זה. על כן, ובדומה לסקירה שערכנו בנוגע לקביעת היקף הזכות לפרסום, נתחיל גם פה את מסענו ממשנתו הסדורה של המשפט האמריקני בנושא, שנדרש לא אחת לסוגיית איזונה של הזכות לפרסום עם ערכי חופש הביטוי המוגנים על ידי התיקון הראשון לחוקה האמריקנית. מטרת הסקירה היא ללמוד מהניסיון האמריקני בבואנו לעצב את ההסדר הרצוי במשפט הישראלי.

## 1. על שלושת מבחני האיזון של המשפט האמריקני

התיקון הראשון לחוקה האמריקנית מעניק הגנה חוקתית למגוון רחב של צורות ביטוי, מתוך מטרה לאפשר שוק דעות מגוון נטול רגולציה ממשלתית.<sup>88</sup> ההגנה הרחבה לחופש הביטוי של הפרטים בחברה מחייבת אפוא איזון בין אינטרסים מתחרים – בין הזכות לפרסום של הידוען ובין החשיבות הרבה המגולמת בחופש הביטוי. בפסיקה האמריקנית נתגבשו שלושה מבחנים מרכזיים לעריכת איזון זה.

### (א) מבחן הקרבה (Relatedness Test)

מבחן הקרבה הוא הראשון מבין שלושת המבחנים העיקריים שהוצגו במערכת המשפט בארצות הברית, המנסים לאזן בין ההגנות הניתנות מכוח התיקון הראשון לחוקה האמריקנית ובין כללי האחוריות של הזכות לפרסום בנוגע לפרטים בחברה. המבחן הוצע לראשונה ב־Restatement (Third) of Unfair Competition,<sup>89</sup> ועוסק במידת הקרבה שבין השימוש בזהות לדמות שמאחורי הזהות. כלומר, ככל שהקשר שבין השימוש ובין הדמות עצמה חזק יותר, כך ניטה יותר להעניק לנתבע את הגנת התיקון הראשון לחוקה.<sup>90</sup> הלכה למעשה, מבחן זה מאפשר את קיומם החופשי של כתבות עיתונאיות, ביוגרפיות וסרטים,

87 שם.

88 John Grady, Steve Mckelvey & Annie Clement, *A New "Twist" for "The Home Run Guys"?: An Analysis of the Right to Publicity Versus Parody*, 15 J. LEGAL ASPECTS OF SPORTS 267, 272 (2005).

89 RESTATEMENT (Third) OF UNFAIR COMPETITION § 47 cmt. c (1995).

90 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 272.

בשל הקשר ההדוק שבין הדמות בפועל ובין השימוש שנעשה בה, בהיותם שימושים הקשורים לזהותה האמיתית של נושא הפרסום.<sup>91</sup>

את הדוגמה המובהקת באשר ליישומו של מבחן הקרבה נוכל למצוא דווקא בדעת היחיד של נשיאת בית המשפט העליון בקליפורניה דאז, השופט Bird, בעניין *Gugliemi (1979)*,<sup>92</sup> שבמסגרתה צוין כי בבחינת האיוון בין הזכות לפרסום ובין התיקון הראשון לחוקה עלינו להתמקד במהותו של השימוש בזהות ובטבעו, והודגש כי במקרה היפותטי שבו היה נעשה שימוש בשמו של השחקן לצורך קידום ספר מתכונים – דוגמה להיעדר כל זיקה בין הדמות לשימוש בה – ייתכן שהזכות לפרסום הייתה גוברת על התיקון הראשון לחוקה.<sup>93</sup>

דעתה של הנשיאה בירד יכולה לעזור לנו בשרטוט גבולות הגזרה של מבחן זה, אך זכתה גם לביקורות נוקבות. בפסיקה ובספרות המשפטית האמריקנית, נטען כי מבחן הקרבה הוא אמורפי ואינו מספק אמת מידה מדויקת דיה להערכת מגוון דרכי הביטוי הקיימות בחברה המודרנית.<sup>94</sup> ביקורות אלו הובילו גורמים שונים להעדיף מבחני איוון אחרים, כגון מבחן הטרנספורמטיביות.<sup>95</sup>

נוסף על כך, דווקא בהקשר של שימושים פרודיים מבחן הקרבה עשוי להתקל בקשיים ממשיים. כפי שציין השופט הנדל לגבי השימוש הפרודי שנעשה במסגרת הפרסומת מושא פסק הדין בעניין **נספרסו**: "הצופה הסביר בפרסומת מבין היטב כי אין כאן קרבה אלא לעומתיות; לא ניסיון לחקות אלא ניסיון להגחיק".<sup>96</sup> כשימוש פרודי מתייחד דווקא ביצירת מרחק ולעומתיות בין השימוש ובין זהותו האמיתית של מושא הפרסום, מבחן שמתבסס על קרבה ביניהם עשוי להחטיא את המטרה, ולפספס את החשיבות שבשימוש הפרודי.

## (ב) מבחן השימוש הטרנספורמטיבי (The Transformative Use Test)

מבחן השימוש הטרנספורמטיבי (או: מבחן הטרנספורמטיביות) פותח על ידי בתי המשפט במדינת קליפורניה לבחינת היחסים שבין הזכות לפרסום על נגזרותיה השונות, ובין ההגנות מכוח התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, וזאת באמצעות השאלת מבחן הטרנספורמטיביות המשמש לבחינת הוגנות השימוש במסגרת דיני זכויות יוצרים לטובת איוון האינטרסים המתחרים בגדרי הזכות לפרסום.<sup>97</sup> המבחן מקבע כקריטריון מרכזי את השאלה אם מושא הבחינה, אשר מכיל אלמנטים מזהותו של התובע, עבר הליך טרנספורמציה כה משמעותי עד שהוא הפך לצורת ביטוי של הנתבע יותר מאשר היותו

91 Missouri's Interfacing of the First Amendment and Right of Publicity 807  
92 *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions*, 25 Cal.3d 860 (1979)  
93 שם, בעמ' 457.  
94 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 275.  
95 *Montgomery v. Montgomery*, 60 S.W.3d 524, בעניין Keller בעניין, 535 (2001).  
96 עניין **נספרסו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 24.  
97 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 276; *Comedy III Prods., Inc. v. Gary*; *Saderup, Inc.*, 25 Cal. 4th 387, 106 Cal. Rptr. 2d 126, 21 P.3d 79 7 (2001).

כולל אלמנטים זהותיים של התובע.<sup>98</sup> ודוק, כאשר אלמנטים חיקויים תופסים מקום מרכזי יותר ביצירה הנבחנת, התיקון הראשון לחוקה חייב לסגת מפני הזכות לפרסום של התובע.<sup>99</sup> וכפי שנאמר בעניין *Comedy III (2001)*, חוק המדינה בקליפורניה מתעדף את פרי עמלו של היוצר המקורי על פני האינטרסים היצירתיים של האומן המחקק.<sup>100</sup> אך אם היצירה כוללת בתוכה אלמנטים מקוריים השולטים באופי היצירה ובמהותה אזי הגנת התיקון הראשון לחוקה האמריקנית חייבת לחול על האומן המחקק.<sup>101</sup> דרך נוספת וברורה יותר להבין את המבחן הזה היא לבחון אם השימוש בזהותו של התובע הוא חלק מן החומרים הראשוניים שסונתזו לתוך היצירה החדשה או, לחלופין, אם התפקיד שאותו זהותו של התובע תופס ביצירה הוא מצומצם.<sup>102</sup>

למרות כל זאת, גם אימוצו של מבחן השימוש הטרנספורמטיבי נתקל בקשיים ובביקורת רבה. המבחן תואר לעיתים קרובות כמבחן צר המאפשר לתובע לקבל סעד רק כאשר השתמשו בזהותו ללא כל תוספת.<sup>103</sup> עוד נטען שמבחן הטרנספורמטיביות אינו מתווה קווים מנחים ברורים מספיק להגדרת שימוש מסוים כטרנספורמטיבי.<sup>104</sup> יתרה מכך, השימוש במבחן הטרנספורמטיביות במסגרת הזכות לפרסום, שהושאל מהגנת השימוש ההוגן בדיני זכויות יוצרים, זכה לביקורת רבה במסגרת דיני זכויות יוצרים,<sup>105</sup> כגון היותו מעורפל למדי.<sup>106</sup> בפן המהותי, היו כאלה שטענו כי במיוחד בהקשר של הזכות לפרסום, אין בהכרח פגם בשימושים שאינם טרנספורמטיביים, ושההתמקדות ברמת הטרנספורמטיביות עשויה לחטוא למטרה ולפסול שימושים התורמים להעשרת השיח הציבורי רק בשל העובדה שאינם טרנספורמטיביים דיים.<sup>107</sup> על כן, ובהתחשב בביקורת ובקשיים שאותם מעורר מבחן הטרנספורמטיביות, נאלצו בתי המשפט לאמץ מבחן נוסף, והוא מבחן המטרה הדומיננטית.

### (ג) מבחן המטרה הדומיננטית (Predominant Purpose Test)

יש שתיארו את מבחן המטרה הדומיננטית (או "מבחן הדומיננטיות") כמוצא הטוב ביותר לפתרון ההתנגשות בין הזכות לפרסום להגנות המוענקות על ידי התיקון הראשון לחוקה

- 98 שם, בעמ' 406.
- 99 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 276.
- 100 עניין *Comedy III*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 405.
- 101 שם, בעמ' 407.
- 102 שם, בעמ' 406.
- 103 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 279. ראו גם Gloria Franke, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: Will One Test Ever Capture the Starring Role*, 79 S. CAL. L. REV. 945 (2006), שבו נבחר מבחן הדומיננטיות כמבחן מועדף לצורך עריכת האיוון שבין חופש הביטוי לזכות לפרסום.
- 104 Georgescu, לעיל ה"ש 29, בעמ' 933.
- 105 שם, בעמ' 933.
- 106 Franke, לעיל ה"ש 103, בעמ' 973.
- 107 שם.

האמריקנית.<sup>108</sup> המבחן הוצע לראשונה על ידי מארק לי (Mark Lee),<sup>109</sup> כשהרציונל העומד מאחורי מבחן זה נעוץ בבחינת אופי השימוש בדמותו או בשמו של התובע. ככל שהשימוש בדמותו של התובע כרוך באופן דומיננטי בניצולו לצורך שימוש מסחרי, נוכל לתפוס את השימוש כשימוש הפוגע בזכות לפרסום של התובע. מנגד, אם מטרתו הדומיננטית של השימוש בדמותו או בשמו של התובע הוא בעיקרו לצורכי ביטוי, ערכי חופש הביטוי שבבסיס הפרסום עשויים לגבור על הזכות לפרסום.<sup>110</sup>

בעניין *Twist*, בית המשפט העליון במדינת מיזורי אימץ לראשונה את מבחן הדומיננטיות.<sup>111</sup> במקרה זה, בית המשפט פתח את ניתוחו הדוקטרינרי באמירה שלפיה חרף העובדה שהתובעים הגישו את תביעתם בגין הפרת עוולת הפרטיות הנזיקית, תביעתם עוסקת למעשה בהפרת הזכות לפרסום ולכן בית המשפט יכריע במקרה לאורה.<sup>112</sup> בית המשפט עמד על הקשיים שבמבחן הקרבה ומבחן הטרנספורמטיביות, ועל כך שהם אינם מספקים מענה הולם למצבים שבהם שימוש בדמותו או בשמו של אדם היא מסחרית אך גם אקספרסיבית בעת ובעונה אחת.<sup>113</sup> על כן, בית המשפט אימץ לראשונה את מבחן הדומיננטיות – בהיותו נותן מענה הולם יותר למצבים שבהם השימוש בדמותו או בשמו של ידוען כרוך ברכיבים אקספרסיביים לצד רכיבים מסחריים.<sup>114</sup> בית המשפט קבע ששאלת הסף היא אם השימוש שנעשה בזהותו של התובע כלל אלמנטים רבי הבעה וביטוי, אשר מספיקים לצורך הגנתם, או שמא אלמנטים מסחריים גרידא, שאז הם אינם מוגנים כלל על ידי התיקון הראשון לחוקה.<sup>115</sup> בעשותו כן, דחה בית המשפט הן את מבחן השימוש הטרנספורמטיבי והן את מבחן הקרבה, ובמקביל הכיר ביצירה בעלת אלמנטים רבי הבעה וביטוי כעונים על הגדרת הביטוי *Speech* המופיעה בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית.<sup>116</sup> חשוב לציין שגם מבחן זה אינו חף מקשיים, וזכה לביקורות משלו. יש שהגדירו את המבחן כסובייקטיבי ושרירותי מדי.<sup>117</sup> אחרים ביקרו את המבחן על כך שהוא אינו מעניק קווים מנחים לקבוע מתי שימוש הוא אקספרסיבי באופן דומיננטי.<sup>118</sup> ביקורת נוספת היא שהמבחן מתמקד יתר על המידה בשאלת כוונת המשתמש (אם הייתה כוונה אקספרסיבית

108 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 279.  
 109 Mark S. Lee, *Agents of Chaos: Judicial Confusion in Defining the Right of Publicity-Free Speech Interface*, 23 LOY. L.A. ENT. L. REV. 471, 498–500 (2003).  
 110 שם, בעמ' 281. כן ראו Doe v. TCI Cablevision, 110 S.W.3d 363, 374 (2003) (להלן: עניין *Twist*).  
 111 שם, בעמ' 368.  
 112 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 282.  
 113 עניין *Twist*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 373–374.  
 114 שם, בעמ' 374.  
 115 שם, בעמ' 373.  
 116 שם; Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88.  
 117 Hart v. Elec. Arts, Inc., 717 F.3d 141, 154 (3d Cir. 2013).  
 118 David Tan, *Political Recoding of the Contemporary Celebrity and the First Amendment*, 2 HARV. J. SPORTS & ENT. L. 1, 30 (2011).

או מסחרית), כאשר לא תמיד ניתן להתחקות אחר כוונות אלה וכאשר התמקדות שכזו אינה בוחנת ומאזנת את האינטרסים השונים המגולמים בזכות לפרסום או בחופש הביטוי.<sup>119</sup>

## 2. הזכות לפרסום וביטויים פרודיים במשפט האמריקני

ניתן לומר כי חופש הביטוי המוגן על ידי החוקה האמריקנית כולל מנעד רחב של ביטויים הנעים על גבי סולם מדורג, אשר העלייה במדרגותיו תקנה הגנה חזקה יותר מפני זכויות אחרות של פרטים אחרים בחברה. באופן היסטורי, פרודיה וסטירה מוקמו על ידי בתי המשפט השונים ברחבי ארצות הברית ככאלו הזוכים להגנה ברמה הגבוהה ביותר.<sup>120</sup> אותם ביטויים מוגנים עשויים להימצא במתח עם הזכות לפרסום, אך החשיבות המיוחדת וההגנה הרחבה המוענקת לביטויים פרודיים חייבו את בתי המשפט לבחון את הסוגיה מזווית מעט שונה, ולנהוג בזהירות וברגישות בכואם לאזן מתח זה.

אחד מפסקי הדין המרכזיים בעניין הגנת הפרודיה מול הזכות לפרסום היה עניין *White*.<sup>121</sup> במקרה זה, חברה שהוכח כי יצירתה היא פרסומת שנועדה כולה להפקת רווח ממכירות, טענה להגנת הפרודיה. בנימוקיו קבע בית המשפט כי אמת המידה להבחנה בין יצירה פרסומית ובין צורות אחרות של ביטוי טמונה בקיומם של שני אלמנטים נפרדים: הראשון הוא המידה שבה היצירה אכן מזכירה את דמותו של התובע, והשני הוא מידת ההגנה שתוענק ליצירה על ידי התיקון הראשון לחוקה.<sup>122</sup> בית המשפט קבע כי אין מקום לתת את הגנת הפרודיה בנסיבות אלו שכן השימוש שנעשה לא היה למטרת הגחכת דמותה של ואנה וויט אלא לצורכי רווח מסחרי.

אם כן, בתי המשפט בארצות הברית קבעו בהקשר זה, שהזכות לפרסום היא זכות כלכלית במהותה, אשר מעניקה לתובעים (לרוב מדובר בידוענים) את הזכות למנוע שימוש בערך הכלכלי של זהותם והפרסום שלו הם זוכים.<sup>123</sup> בהתאם לפסיקה, כאשר היצירה כוללת אלמנטים טרנספורמטיביים משמעותיים, היא אינה רק ראוייה להגנה על ידי התיקון הראשון לחוקה המגן על חופש הביטוי, אלא גם מנקודת המבט הכלכלית: בית המשפט נוטה שלא להתערב ביצירה כאשר אין פגיעה ברורה באינטרס הכלכלי שעליו הזכות לפרסום מגינה.<sup>124</sup> ניתוח כלכלי זה משתלב עם ההנחה שפרודיה אמיתית לא יכולה להוות תחליף למוצרים קונבנציונליים המפורסמים באמצעות זהותו של התובע ומשווקים על ידו, ולכן היא אינה פוגעת באינטרסים המוגנים על ידי הזכות לפרסום.<sup>125</sup>

119 Georgescu, לעיל ה"ש 29, בעמ' 931.

120 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 283.

121 עניין *White*, לעיל ה"ש 22.

122 שם, בעמ' 1041.

123 עניין *Comedy III*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 403.

124 שם, בעמ' 405.

125 שם; גישה זו זכתה לחיזוק נוסף בפסק הדין שניתן בעניין *Twist*, לעיל ה"ש 110.

תימוכין נוספים לדברים שנכתבו לעיל, נוכל למצוא בדבריו של בית המשפט בעניין Lyons,<sup>126</sup> שקבע כי פרודיה אינה יכולה להיבחן במשקפיים של הטעיה.<sup>127</sup> נוסף על כך, קבע בית המשפט כי ככל שהפרודיה מזכירה את התובע, כך היכולת של הצרכן להבין כי אכן מדובר בפרודיה מתחזקת.<sup>128</sup>

ניסיון נוסף לפתור את המתח שנוצר בין הגנת הפרודיה ובין הזכות לפרסום הוא שימוש במבחן דו-שלבי, אשר הושאל לעניין זה מדיני סימני מסחר: מבחן Rogers.<sup>129</sup> במסגרת מבחן זה, ניתן לקבוע כי פרודיה תיסוג מפני הזכות לפרסום במקרה שבו אין ליצירה ערך אומנותי, ואם יש כזה נדרש לבחון אם היצירה יוצרת הטעיה באופן ברור ומובהק.<sup>130</sup> כמו כן, מלומדים הציעו כי אמת מידה נוספת צריכה להיות מידת היותה של הפרודיה פוגענית, זאת מתוך ההבנה כי חיזוק אלמנט זה בפרודיה יקשה אף יותר על טענת פגיעה באינטרסים הכלכליים הנובעים משימוש בזהותו של התובע.<sup>131</sup> דרך נוספת ליישם את הדברים היא בקביעה שלפיה כאשר התובע משתמש בפרודיה על זהותו של הנחבע בסימן מסחרי משלו, אין לראות בכך הפרה של הזכות לפרסום שכן ערכו של הסימן נובע באופן ישיר מהחשיבות החברתית של הסימן ולא דווקא מזהותו של התובע.<sup>132</sup> כך גם כאשר הנסיבות האופפות את היצירה החדשה מובילות לכך שמדובר בבדיחה או במתיחת ביקורת בעיני האדם הסביר, הרי ששום פגיעה בזכות לפרסום לא תימצא.<sup>133</sup>

לאחר הצגת הצורות השונות שבהן התמודד הדין האמריקני עם המתח בין הזכות לפרסום ובין חופש הביטוי ושימושים פרודיים בתדמיתם של ידוענים, נעבור עתה לסקור את האיזונים הקיימים בנושא זה בדין הישראלי.

## ה. הזכות לפרסום מול שימושים פרודיים וביקורתיים – הצעה לאיזון בין האינטרסים המתחרים בדין הישראלי

עד כה, הצגנו את הזכות לפרסום – מקורה, הרציונליים העומדים בבסיסה, תוכנה והיקפה. ראינו כי בדין הישראלי, הזכות לפרסום היא זכות "גסה" יותר, ומוגדרת פחות, מן הזכות לפרסום בנוסחה האמריקני. כאמור, וכפי שהציג השופט הנדל – הזכות לפרסום בדין הישראלי היא "הזכות לשליטה על השימוש בשמו או תמונתו של אדם [...] לשם הפקת תועלת כלכלית".<sup>134</sup> כפי שראינו לעיל, הזכות לפרסום פועלת לעיתים קרובות בזירת

126 Lyons Partnership v. Giannoulas, 179 F.3d 384 (5th Cir. 1999).

127 שם, בעמ' 389–390.

128 שם. פסיקה מאוחרת משנת 2016 מאמצת את קו הטיעון הזה. ראו Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc., 156 F. Supp. 3d 425, 117 U.S.P.Q.2d 1537 (S.D.N.Y. 2016).

129 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 31:153, 448 (5<sup>th</sup> ed. 2019).

130 שם.

131 שם.

132 שם, בעמ' 459.

133 שם.

134 עניין נספרסו, לעיל ה"ש 7, בפס' 37.

הביטוי הפומבי הציבורי באופן העשוי לעורר מתח בין הזכות לפרסום של הפרט ובין אינטרסים אחרים, כגון חופש הביטוי ועידוד השיח והביקורת הציבורית. על אף שבעניין **אלוניאל** השופט ריבלין הכיר בכך שהזכות לפרסום צריכה להיות כפופה "למגבלות שמטיל עליה חופש הביטוי"<sup>135</sup>, אותן מגבלות טרם לובנו כנדרש בפסיקה הישראלית.

מלבד אמרות אגביות לגבי הצורך באיזון הזכות לפרסום עם אינטרסים מתחרים כגון חופש הביטוי,<sup>136</sup> השופט הנדל היה הראשון להאיר את שאלת איזון המתח שבין האינטרסים המוגנים של חופש הביטוי ובין האינטרסים המוגנים בזכות לפרסום, כשדן באופן אגבי ביחס שבין הזכות לפרסום ובין שימושים פרודיים בתדמיתם של ידוענים. במסגרת פסק דינו, עמד השופט הנדל על חשיבות הפרודיה והביקורת בשיח הציבורי: "פרודיה, דהיינו הומור על דרך ההגזמה, עשויה להיות כלי חזק של תקשורת ושכנוע. בכוחה לבקר.<sup>137</sup> [...] הכרה בזכות לפרסום גם ביחס לפרודיה הייתה גודעת, מן הסתם, את רובו של ענף ביקורתי חשוב זה, שחשיבותו אינה פוחתת בנסיבות שבהן מדובר בתכניות מסחריות ורווחיות"<sup>138</sup>. על כן, קבע השופט הנדל ש"ככל שהשימוש בכפיל הוא אכן פרודי, וזו מטרתו הדומיננטית, האינטרס הציבורי בביקורת מטה את הכף לכיוון התרת השימוש בדמות"<sup>139</sup>.

השופט הנדל מצביע לכאורה על אימוץ מבחן המטרה הדומיננטית של המשפט האמריקני, שעליו עמדנו לעיל. לדעתנו, ולמרות הביקורות שלהן זכה מבחן המטרה הדומיננטית, ייתכן שיש יתרונות המצדיקים את אימוצו של מבחן זה במשפט הישראלי לצורך איזון בין חופש הביטוי ובין הזכות לפרסום במצבים שבהם נעשה שימוש פרודי בתדמיתו של ידוען.

ככל ששימוש בדמותו או בשמו של ידוען נעשה לצורך שאינו מסחרי בכלל, מלכתחילה לא היינו מוצאים את עצמנו נאלצים לדון בזכות לפרסום, מכיוון שהזכות לפרסום מוגבלת מראש לשימושים מסחריים.<sup>140</sup> במקרים כאלה, ייתכן שהמקרה ייפול תחת הזכות לפרטיות, והאינטרסים המתחרים יאוזנו במסגרת הסדרי דיני הפרטיות של המשפט הישראלי. מנגד, ככל שהשימוש שנעשה בדמותו או בשמו של הידוען הוא למטרה מסחרית באופן בלעדי, וללא כל פן ביקורתי, ביטוי או אקספרסיבי, דומה כי יהיה קל יותר להוכיח שהזכות לפרסום אכן הופרה. מקרים שבהם כרוכה פרודיה נמצאים על הספקטרום הרחב שבין שני קצוות אלו: מצד אחד, הפרודיה היא ביטוי יצירתי ומחדש שעשוי להעשיר את השיח הציבורי, אך מנגד, ייתכן כי אותו שימוש פרודי מפיק תועלת כלכלית, וכרוך בו גם

135 עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 358.

136 כגון אמירתו של השופט ריבלין בעניין **אלוניאל**, שם, שם, או דברי המלומד פרידמן, שלפיהם מן הראוי שהכרה בזכות לפרסום לא תגרור אחריה הגבלה חריפה מדי על חופש הביטוי: דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** א 522 (מהדורה שנייה 1991).

137 עניין **נספרסו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 24.

138 שם, בפס' 37.

139 שם.

140 עניין **אלוניאל**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 365–366.

פן מסחרי. אלו המצבים "הקשים" שבהם צריך לבחון את האיזון הראוי שבין חופש הביטוי ובין הזכות לפרסום.

כעולה מסקירת המשפט האמריקני שערכנו לעיל, אף אחד ממבחני האיזון המוצעים בדין האמריקני אינו מושלם, וכל שלושת מבחני האיזון סובלים מקשיים מסוימים וזוכים לביקורות שונות. על כן, בבואנו לאמץ מבחן שיאזן בין חופש הביטוי ובין הזכות לפרסום בכל הנוגע לשימושים פרודיים, עלינו לשים לב ולגלות רגישות למאפיינים הייחודיים של הפרודיה כצורת ביטוי, ולבחון את מבחני האיזון לאור אותם מאפיינים ייחודיים. חשוב לומר כי ייתכן שהמבחן שאותו נבקש לאמץ לא יתאים בתור מבחן מאזן לשימושים אחרים, שאינם פרודיים בהכרח, אך מטרתנו במאמר זה אינה להציע מבחן איזון כולל שיתאים לכל מקרה שבו עולה שאלת האיזון שבין הזכות לפרסום לאינטרסים אחרים. משימה זו היא מורכבת, וייתכן שאף אינה אפשרית.<sup>141</sup> כל שנבקש לעשות הוא להציע מבחן איזון אשר יש בכוחו לסייע לבית המשפט בבואו לאזן בין חופש הביטוי ובין הזכות לפרסום, כשאיזון זה נחוץ עקב שימוש פרודי בדמותו או בקולו של בעל הזכות לפרסום.

### 1. חוסר התאמתם של המבחנים האמריקנים לאיזון בין הזכות לפרסום ובין שימושים "פרודיים" בדין הישראלי

כפי שתארנו לעיל, מבחן הקרבה אינו תואם את סביבת הפרודיה, בהיותו בוחן את הקרבה שבין השימוש ובין הזהות האמיתית של הידוען – בעוד ייחודה של הפרודיה טמון בשאיפתה לייצר דווקא הנגדה ושוני מסוים בין המקור ובין הפרודיה.<sup>142</sup> לטעמנו, בהתחשב בערכי חופש הביטוי הגלומים, לעיתים קרובות, בכיטויים פרודיים, אין די בבחינת רמת ה"קרבה" הקיימת בין הדמות המקורית ובין הפרודיה שלה. בחינה כזו אינה מתחשבת בערך 'הביטוי' של השימוש הפרודי, ועשויה ללקות בחסר בשני מישורים: היא עשויה להיות רחבה מדי, ולהתיר שימושים שאין בהם כל ערך של חופש הביטוי, רק בשל "המרחק" הקיים בין השימוש ובין הדמות המקורית; וחשוב מכך, היא עשויה לאסור שימושים פרודיים בעלי ערך ביקורתי הראויים להגנה של חופש הביטוי, רק בשל הקרבה (המתחייבת) שבין הדמות המקורית ובין השימוש הפרודי.

גם מבחן הטרנספורמטיביות אינו בהכרח המבחן הנכון ליישום במסגרת שימושים פרודיים, הכרוכים באופן אינהרנטי בשינוי ובפיתוח הדמות המקורית שעליה מתבססת הפרודיה – כפי שציין השופט הנדל בנוגע לפרודיה כיצירה טרנספורמטיבית בהקשר של דיני זכויות יוצרים: "מבחן הטרנספורמטיביות מעודד אפוא פרודיות מטיבו".<sup>143</sup> במסגרת דיני זכויות יוצרים, אין קושי ממשי בכך שמבחן הטרנספורמטיביות נוטה באופן עקבי להכשרת שימושים פרודיים, מכיוון שמבחן זה הוא רק אחד מארבעה מבחנים, כשבניהם יש לערוך בחינה של כלל האינטרסים המנגודים בין כלל האינטרסים המנוגדים. ברם,

141 Franke, לעיל ה"ש 103.

142 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 86–87.

143 עניין נספרסו, לעיל ה"ש 7, בפס' 29.

אימוץ מבחן הטרנספורמטיביות כמבחן מאזן בלעדי במסגרת הזכות לפרסום עשוי להוביל לצמצום יתר של הזכות לפרסום, ולהכשרת כל שימוש פרודי-טרנספורמטיבי בדמותו או בשמו של מושא הפרסום. ביקורת זו הושמעה באופן רחב יותר על המבחן הטרנספורמטיבי כולו, ואינה מוגבלת ליישום המבחן על שימושים פרודיים בלבד.<sup>144</sup>

## 2. שימושים "פרודיים" ומבחן הדומיננטיות כמבחן הראוי לאיזון בין הזכות לפרסום ובין חופש הביטוי

משעמדנו על הקשיים שביישום מבחן הקרבה ומבחן הטרנספורמטיביות, ניגש לבחון את התאמת מבחן המטרה הדומיננטית להפגת המתח שמתעורר בין חופש הביטוי ובין הזכות לפרסום בכל הקשור לשימושים פרודיים. ייחודו של מבחן המטרה הדומיננטית הוא ביכולתו של המבחן לבחון מקרים שבהם השימוש כולל בו זמנית רכיבים מסחריים ואקספרסיביים. זהו גם כוחו בכל הקשור לשימושים פרודיים. כפי שתיארנו לעיל, שימושים פרודיים נמצאים לרוב בין שני קצות הספקטרום – מצד אחד, הם כוללים תמיד ביטוי אקספרסיבי-ביקורתי, ומהצד השני, לא מעט פעמים, הם כוללים גם רכיב מסחרי מסוים. בעוד מבחן הטרנספורמטיביות אינו מתעניין במהות המסחרית של השימוש ומכשיר את השימוש הפרודי בשל הממד הטרנספורמטיבי-אקספרסיבי הכרוך בו באופן אינהרנטי, ומבחן הקרבה מתעלם גם הוא מהמהות המסחרית של השימוש ופוסל את השימוש הפרודי דווקא בשל הניגוד והלעומתיות האקספרסיבית של הפרודיה, מבחן המטרה הדומיננטית מסוגל להפריד בין הרכיב האקספרסיבי (המבטא את עקרונות חופש הביטוי) ובין הרכיב המסחרי של השימוש (המבטא את הזכות לפרסום), ולאזן ביניהם.

מבחן זה אינו חף מקשיים או נקי מביקורות, אך כל מבחני האיזון זוכים לביקורות בתורם, ואין מבחן אחד שנהנה מתמיכה גורפת. לדעתנו, על חלק מביקורות אלו ניתן אף להתגבר. כזכור, ביקורת מרכזית כלפי מבחן המטרה המהותית היא שקשה לבית המשפט לזהות את מטרת השימוש כמסחרי או כאקספרסיבי. לדידנו, קושי זה אינו ייחודי למבחן המטרה הדומיננטית שאותו אנו מציעים לאמץ, וזה קיים בהקשרים משפטיים נוספים, כאשר בית המשפט מצליח להפריד ולהבחין בין המטרות השונות בפועל.<sup>145</sup> כך לדוגמה, בית המשפט מפעיל "מבחן דומיננטיות" בענפי משפט שונים, כגון במסגרת דיני החברות, שבמסגרתם על בית המשפט לבחון ולהכריע אם השיקולים הלגיטימיים של מנהלי החברה הם הסיבה המכרעת והמטרה הדומיננטית העומדות בבסיס קבלת הכרעתם, למרות

144 Grady, Mckelvey & Clement, לעיל ה"ש 88, בעמ' 279. ראו גם Franke, לעיל ה"ש 103, שבו נבחר מבחן הדומיננטיות (שעליו נעמוד להלן) כמבחן מועדף לצורך עריכת האיזון שבין חופש הביטוי לזכות לפרסום.

145 כך לדוגמה, במסגרת יצירות פונקציונליות, בית המשפט נאלץ להבחין בין רכיבי היצירה היצירתיים ובין הרכיבים הפונקציונליים. ראו לעניין השוואה זו Franke, לעיל ה"ש 103, בעמ' 984.

השיקולים והמניעים הפסולים העומדים לצידיהם.<sup>146</sup> כך, גם במסגרת דיני החוזים,<sup>147</sup> או בגדרי המשפט המנהלי<sup>148</sup> והחוקתי,<sup>149</sup> בית המשפט עושה שימוש ב"מבחני דומיננטיות" בכדי לזקק מבין תמהיל המטרות השונות העומדות ביסודה של פעולה משפטית כלשהי את מטרתה הדומיננטית.

למעשה, אין צורך לפנות אל תחומי משפט כה רחוקים מענייננו. כפי שציין השופט הנדל בפסק הדין – "קיימת חפיפה רבה בין הדיון הנוכחי לדיון בזכויות יוצרים בהקשר של פרודיה".<sup>150</sup> ואכן, גם במסגרת דיני זכויות יוצרים, שאלת המטרה הדומיננטית של היצירה – כיצירה שבתכליתה ביטוי ביקורתי, או כיצירה עם תכליות נוספות שאינן בהכרח ביקורת – היא שאלה משמעותית, הנבחנת בפועל על ידי בית המשפט בכדי לבחון אם שימוש ביצירה מוגנת רשאי לחסות תחת כנפיה של הגנת השימוש ההוגן: "לעיתים יצירה תכיל יסוד של ביקורת לצד יסודות חזקים אחרים, שתכליתם אינה מאפשרת להגדיר את השימוש כהוגן. במקרה כזה יהיה צורך לבדוק מהו היסוד הדומיננטי ביצירה. ככל שהיסוד הדומיננטי אינו הביקורת, הרי שלא יהיה ביסוד הביקורתי החלש כדי [...] להתיר את השימוש ביצירה".<sup>151</sup> כך לדוגמה, גם בעניין **מפעל הפיס** (שנידון לפני שהזכות לפרסום נקלטה בשיטת משפטנו),<sup>152</sup> דן בית המשפט בפרסומת מסחרית שבה הופיעה דמות הנווד של צ'רלי צ'פלין, וקבע כי הפרסומת מהווה שימוש אסור בדמות המוגנת, בין היתר, מכיוון שהשימוש הפרודי בדמותו של צ'פלין הנווד "שימשה לכל היותר ככלי ולא הייתה מטרתם העיקרית של התשדירים".<sup>153</sup>

נוסף על כך, אחד מהמבחנים המרכזיים לבחינת שימוש כ"שימוש הוגן" הוא מבחן "מטרת השימוש ואופיו", שבמסגרתו בית המשפט בוחן בין היתר אם מטרת השימוש היא מסחרית, או אם השימוש הוא למטרה שאינה מסחרית.<sup>154</sup> גם מבחן זה מחייב את בית המשפט לזהות את המטרה הדומיננטית של השימוש – ולהבחין בין מטרה מסחרית למטרה של חופש ביטוי גרידא. בהקשר זה, עומד השופט הנדל על מספר נקודות הרלוונטיות לענייננו, ושיש להתחשב בהן במסגרת מלאכת איזון הערכים המתנגשים: "חלק מהמטרות המאפשרות להכיר בשימוש כהוגן הן דיווח עיתונאי, סקירה או ביקורת – תחומים

146 ראו לדוגמה ע"א 8857/21 גינזבורג נ' מדיפאואר אוברסיו פאבליק קו. לימטר, פס' 48, 54 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 26.2.2023).

147 ע"א 4305/10 אילן נ' לוי, פס' 29 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 9.5.2012). כן ראו את הסתייגותו של השופט הנדל להחלת מבחן הדומיננטיות בזירה החוזית, שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

148 בג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389, 419–420 (1999); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 56–57, 65 (1997).

149 בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2003).

150 עניין **נספרסו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 37.

151 שם, בפס' 25.

152 ע"א 8393/96 **מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company**, פ"ד נד(1) 577 (2000).

153 שם, בעמ' 598.

154 עניין **נספרסו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 27.

שפועלים על פי רוב למטרות רווח. שלילת ההגנה משימוש מסחרי, בוודאי למטרות רווח, עלולה לרוקן מתוכן חלקים נרחבים מהסדר השימוש ההוגן, ולפגוע בתכליות החברתיות החשובות שלשמו נועד". גם במסגרת הזכות לפרסום, שלילת ההגנה משימוש פרודי רק בשל הפן המסחרי של השימוש, ומבלי לאזן בין הפן המסחרי ובין האינטרסים החברתיים הכרוכים בשימוש, תוביל למסקנה שאינה רצויה. לכן, מבחן מטרת השימוש בדיני זכויות יוצרים "נועד לבחון האם השימוש ביצירה הוא בעל ערך חיובי מבחינה חברתית (כאשר השימוש אינו למטרות רווח), אך אין בו כשלעצמו כדי לסווג את השימוש כשלילי". גם בכל הקשור לזכות לפרסום, אנו סבורים שחשוב שמבחן האיזון שיאומץ ייתן מקום לשקול את המטרה המסחרית של השימוש כנקודת מוצא, אך ימשיך משם לבחון גם את התכליות החברתיות שהשימוש יקדם, ויאזן בין שני רכיבים חשובים אלו.<sup>155</sup> לכן, אנו סבורים שיש בכוחו של מבחן המטרה הדומיננטית להועיל באיזון בין חופש הביטוי ובין הזכות לפרסום, בכל הקשור לשימושים פרודיים בדמותו או בשמו של מושא הפרסום.

איננו מתעלמים מהקושי שעשוי לעיתים להתעורר כאשר בית המשפט יידרש לבחון את המטרה הדומיננטית של השימוש. כזכור, ביקורת מרכזית המועלית כנגד מבחן הדומיננטיות היא כי מבחן זה הוא שרירותי למדי, ואינו מספק כללים מנחים לבחינת המטרה הדומיננטית של השימוש. כפי שציין השופט הנדל, תוך כדי הצגת מבחן הדומיננטיות שבו נעשה שימוש במסגרת דיני זכויות יוצרים והגנת השימוש ההוגן: "הצורך לבחון [...] את היסוד הדומיננטי ביצירה, מעורר את שאלת היכולת של בית המשפט להבחין בין שימוש ביקורתי ביצירה לשימוש שאינו כזה, והאם רצוי שמהותה של יצירה תיקבע בין כתיב. השאלה מתחדדת ביחס ליצירות אמנותיות. בית המשפט אינו מומחה בתחום האמנות, ואין זו מלאכתו הטבעית להיכנס להבחנות וחילוקים דקים בתחום זה, או להכריע בין אסכולות אמנותיות שונות".<sup>156</sup> עם זאת, בהמשך דבריו, מסביר השופט הנדל כי ניתן להתגבר על קושי זה – קושי המהווה כזכור את הביקורת המרכזית הנשמעת נגד מבחן הדומיננטיות – באמצעות מבחני עזר שיוכלו להקל על בית המשפט בבואו להכריע בדבר המטרה הדומיננטית של השימוש.<sup>157</sup>

כך, כדי להתגבר על הקושי האמור, מציע השופט הנדל ככלי עזר את "מבחן ההקשר", הבוחר את ההקשר הרחב והחברתי האופף את השימוש הקונקרטי.<sup>158</sup> לצד מבחן ההקשר – המרחף מעל יתר מבחני העזר, ומשמש כמעין "עמוד אש" ביישומם – אנו סבורים כי ניתן לפתח מבחני עזר נוספים שיהא בהם כדי למלא את מבחן הדומיננטיות בתוכן ממש, ולהקל על בית המשפט ביישומם. במסגרת יישום מבחן הדומיננטיות, אנו מציעים אפוא לאמץ מבחני עזר שונים, שמטרתם להבהיר את ההבחנה בין המטרה הפרודית-ביטויית-

155 כפי שציין השופט הנדל, הערכים החברתיים הכרוכים בשימוש פרודי בדמותם של ידוענים אינם פותחים גם "בנסיבות שבהן מדובר בתוכניות מסחריות ורווחיות". עניין נספרסו, לעיל ה"ש 7, בפס' 37.

156 שם, בפס' 25.

157 שם.

158 שם.

אקספרסיבית ובין המטרה המסחרית. מבחני עזר אלו יכולים לכלול, לדוגמה, את "מבחן הטעיה", הבוחן אם השימוש מייצר הטעיה בקרב הציבור בין הדמות המקורית ובין השימוש הנעשה בו;<sup>159</sup> את "מבחן תחליף השוק", הבוחן אם השימוש הפרודי בדמות מהווה "תחליף" לשימוש מסחרי בדמות המקורית, באופן אשר עשוי להוות מעקף לקבלת רשות מהידוען לשימוש בדמותו, ולהכריח את הידוען "להתחרות" עם התרת השימוש בדמותו;<sup>160</sup> ואת "מבחן חיוניות השימוש", שבגדרו ייבחן אם העברת הביקורת או הרעיון שבגיננו נעשה השימוש מחייב דווקא את השימוש בתדמיתו של הידוען הספציפי, או אם ניתן היה להשיג את אותה המטרה האקספרסיבית (או מטרה הדומה לה) אף בלעדיה – ובמילים אחרות, האם השימוש שנעשה בדמותו של הידוען נעשה אך בהיותו ידוען, בכדי לזכות בתדמיתו המפורסמת, או האם השימוש בתדמיתו של אותו ידוען קונקרטי דרוש בכדי לבטא את הרעיון הביקורתי?<sup>161</sup> יש להדגיש כי אין מדובר במבחני עזר מצטברים או מחייבים, וכי אין מדובר ברשימה סגורה, ממצה או סופית. מבחני העזר המוצעים כאן הם תחילת דרכו של הדיון המשפטי שיש להמשיך ולפתח סביב נושא זה, והם רחוקים מלהיות סופו.

ניתן להיעזר בשימוש שנעשה בדמותו של השחקן ג'ורג' קלוני בפרסומת העומדת בבסיסו של עניין נספרסו בכדי להדגים את יישומם של מבחנים אלו. ראשית, מבחינת

159 חלק מההשראה למבחן זה הוא מהדין האמריקני. ראו את הדיון לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 129, ובהפניות המופיעות שם. מבחן העזר מתכתב גם עם אחד מהרציונלים של הזכות לפרסום – האינטרס במניעת הטעיה מסחרית והטעיה של הציבור. ראו לעניין זה את הדיון לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 29, ובהפניות המופיעות שם.

160 גם למבחן זה ניתן למצוא הדים בדין האמריקני: ראו והשוו לדיון לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 50 ו-125. גם בדין הישראלי ניתן לראות דוגמה למבחן זה בטענות שהועלו והוכחו בעניין רופ, לעיל ה"ש 29, בפס' 4, שלפיהן נעשה שימוש בכפיל של הידוען דני רופ מתוך הערכת המשתמשים ש"סברו כבר מתחילת הדרך, כי יהיה קושי לגייס את דני רופ עצמו למבצע זה". ביישום מבחן זה, יש לשים לב גם לקיומו של שוק שבמסגרתו ניתן לזכות עסקאות עם הידוען עבור השימוש בתדמיתו, חסמי כניסה לשוק זה, וכן כשלי שוק פוטנציאליים שעשויים למנוע מהידוען להסכים לשימוש בתדמיתו.

161 מבחן זה דומה במידת מה להבחנה הקיימת בדיני זכויות היוצרים בין שימוש "פרודי" – המשתמש ביצירה או בדמות בכדי ללעוג לו; ובין שימוש "סטירי" – שבו נעשה שימוש ביצירה או בדמות מסוימת בכדי ללעוג ולבקר רעיון אחר, "החיצוני" למושא השימוש. ראו לדוגמה עניין נספרסו, לעיל ה"ש 7, בפס' 24; רע"א 2687/92 גבע נ' וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 273–275 (1993). אם זאת, חשוב לציין כי עצם העובדה שהשימוש בתדמיתו של ידוען כלשהו הוא שימוש "סטירי" – שאינו מחייב דווקא את השימוש בתדמיתו של הידוען הספציפי שנבחר – אינה מחייבת בהכרח את המסקנה שיש לאסור על השימוש כליל: מדובר באינדיקציה אחת, המתווספת למארג הנסיבות והשיקולים הכוללני המתעורר בכל מקרה לגופו ומשתלבת בו. כפי שציין השופט הנדל בעניין נספרסו, לעיל ה"ש 7, בפס' 37, "קל יותר לחרוץ את דין השימוש בדמות במסגרת פרודיה", אך אין בכך כדי לפסול בהכרח שימושים "סטיריים" שבהם חיוניות השימוש היא תלשה יותר, במקרים המתאימים. מבחן זה אף דומה במידה מסוימת ל"מבחן הייחודיות" שהוצע בעניין דוד דבש, שלפיו, ככל שהתובע יוכיח כי המאפיין אשר הוצג במסגרת השימוש הוא מאפיין ייחודי לו אזי ניתן לומר כי השימוש אשר נעשה במאפיין זה הוא שימוש הנוגד את הזכות לפרסום. ראו ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי, פס' 64 (נבו 7.11.2006).

"מבחן ההטעיה", צפייה בפרסומת מגלה כי השימוש אינו יוצר חשש רב להטעיה בקרב הציבור בין הדמות המופיעה בפרסומת ובין ג'ורג' קלוני עצמו – הן בשל ההבדלים הקלים הקיימים בנראות ובקולה של הדמות המופיעה בפרסומת, והן בשל הכיתוב המופיע בתחילת הפרסומת ולכל אורכה, לפיו "המציג אינו ג'ורג' קלוני".<sup>162</sup> השימוש הפרודי בדמותו של קלוני במסגרת הפרסומת מבקש לייצר הבחנה, ביקורת והנגדה בין הפרסומת של חברת אספרסו קלאב ובין הפרסומת המקורית של חברת נספרסו. השימוש הפרודי אף אינו מהווה "תחליף שוק" לשימוש בדמותו המקורית של קלוני – השימוש הפרודי אינו שקול לשימוש בדמותו של קלוני, ולא נועד להוות תחליף לקבלת רשות מקלוני לעשיית שימוש בדמותו; ולא ניתן לעשות שימוש בכפילו של קלוני, באופן שבו נעשה שימוש בכפיל זה במסגרת הפרסומת, כדי "להתחרות" בשימוש שקלוני עושה ברגיל בדמותו. לכך יש לשים לב גם "לחסמי השוק" האינהרנטיים העשויים להתקיים סביב שימוש פרודי בדמות, ובגיוסן של דמויות לשימושים מעין אלו. יישום "מבחן חיוניות השימוש" מחייב אף הוא את המסקנה שמדובר בפרודיה ביקורתית אקספרסיבית – כאשר ניכר כי השימוש בדמותו של קלוני הוא חלק אינטגרלי, חיוני ומתחייב להעברת המסר הביקורתי כלפי הפרסומת המקורית של נסטלה. ללא השימוש בכפילו של קלוני – ודווקא בכפילו של קלוני – לא ניתן היה להעביר את המסר הפרודי הביקורתי. "מבחן ההקשר" מוביל למסקנות אלו ומחזק אותן – זאת, בהתחשב במכלול הנסיבות של הפרסומת, כגון האופי הקומדי והלעגני של הפרסומת; ההבהרה הברורה שלפיה "המציג אינו ג'ורג' קלוני"; ההקשר המסחרי הרחב של הפרסומת כ"פרסומת מתחרות"; וכן בהתחשב בתרומה של האופי הפרודי של השימוש בתדמיתו של קלוני ליצירת הבחנה ותחרות בין החברות השונות ולהעברת המידע המסחרי לצרכן. כל אלו מובילים למסקנה שהשימוש שנעשה בדמותו של קלוני – על אף הפן המסחרי שלו – מהווה ברובה הדומיננטי שימוש פרודי ביקורתי, המקדם את עקרונות חופש הביטוי, את השיח הציבורי ואת שוק הרעיונות הציבורי; שימוש שאין מקום לאוסרו מכוח הזכות לפרסום.

ניתן לסכם ולומר אפוא כי יישום מבחן המטרה הדומיננטית, שאותו אנו מוצאים לנכון לאמץ למשפט הישראלי, יכלול בעצם שני שלבים: בשלב הראשון, עלינו לפרק את השימוש לגורמים, ולסווג את מטרת השימוש שמאחורי כל גורם – כשימוש המקדם מטרה מסחרית, או כשימוש המקדם מטרה אקספרסיבית או ביקורתית שיש בכוחה להעשיר את השיח הציבורי. בבחינת המטרה העומדת בבסיס השימוש, ניתן להיעזר במבחני העזר שעליהם עמדנו לעיל – מבחן ההטעיה, מבחן תחליף השוק, מבחן חיוניות השימוש, ומבחן ההקשר המרחף מעליהם – וכן במבחני העזר שיפותחו בהמשך הדרך; בשלב השני, עלינו לרכז את כל אותם הרכיבים – המסחריים והביטויים – ולהעמידם אחד אל מול השני. ככל שהחשיבות שברכיבים האקספרסיביים והביקורתיים של הפרודיה עולים על הרכיבים המסחריים שבה, ניתן לומר כי קיימת בשימוש חשיבות רבה יותר לאינטרס הציבורי שבחופש הביטוי והעשרת שוק הרעיונות מאשר לאינטרס הכלכלי שבזכות לפרסום, וכי

162 כשהמילה "אינו" אף מודגשת ומוגדלת בכיתוב המופיע בתחילת הפרסומת.

המטרה המסחרית של השימוש היא משנית למטרה האקספרסיבית – שהמטרה האקספרסיבית היא הדומיננטית יותר – ושיש להתיר את השימוש הפרודי, בשל האינטרס בקידום חופש הביטוי ותרומתו להעשרת השיח הציבורי. מנגד, ככל שהרכיבים המסחריים של השימוש, והמטרות המסחריות שהשימוש משיג בפועל, עולים על הרכיבים האקספרסיביים ועל האינטרסים הציבוריים של השימוש (כגון, במצב שבו הקשרו הרחב של השימוש מוביל למסקנה כי השימוש נועד לייצר הטעיה בקרב ציבור הצרכנים, לשם יצירת יתרון כלכלי-מסחרי; אינה הכרחית להעברת רעיון ביקורתי כלשהו; ותהווה אף "תחליף שוק" ומעקף לקבלת רשות לעשות שימוש בתדמיתו של מושא הפרסום) – ניתן לומר כי המטרה האקספרסיבית היא שולית לעומת המטרה המסחרית הדומיננטית של השימוש והזכות לפרסום תגבר. במילותיו הקולעות של השופט הנדל: "ככל שהשימוש [...] הוא אכן פרודי, וזו מטרתו הדומיננטית, האינטרס הציבורי בביקורת מטה את הכף לכיוון התרת השימוש בדמות".<sup>163</sup>

## ו. סיכום

כתיבתו השיפוטית של השופט הנדל תרמה רבות לפיתוח ולהעשרת המשפט הישראלי. מאמר זה הוא, במידה רבה, השלמה והמשך לפסק דינו החשוב בעניין **נספרסו** – סגירת מעגל, שנועדה לענות על שאלה שהשאיר השופט הנדל בצריך עיון בפסק הדין: נקודת האיזון שבין חופש הביטוי והערך החברתי בקיום שיח חופשי וביקורתי ובין הזכות לפרסום. במענה לשאלה זו, הילכנו בעקבות שביל פירורי הלחם שהשאיר לנו השופט הנדל בפסק דינו; עברנו – כדרכו של השופט הנדל – לסקור את הדין המשווה בסוגיה זו, וערכנו דיון נורמטיבי בסוגיה.

התחלנו בהצגת הזכות לפרסום, ובניתוח ההיקף והתוכן של הזכות לפרסום בדין האמריקני והישראלי כאחד. משם המשכנו לדון במתח ששימוש פרודי בדמותו של אדם עשוי לעיתים לעורר בין הזכות לפרסום ובין זכויות ואינטרסים נוספים, כגון חופש הביטוי והאינטרס החברתי ביצירת שיח ציבורי עשיר, פורה וביקורתי. סקרנו את מבחני האיזון השונים שפותחו בדין האמריקני לשם איזון בין האינטרסים המתחרים, ועמדנו על היתרונות והחסרונות של כל אחד מאותם מבחנים.

לאחר בחינת מבחני האיזון השונים, ובהינתן הקשיים הקיימים בכל אחד ממבחני האיזון שפותחו בדין האמריקני, המלצנו לאמץ לדין הישראלי את "מבחן הדומיננטיות", שבוחן אם המטרה הדומיננטית הגלומה בשימוש היא אכן פרודית, ומקדמת עקרונות אקספרסיביים וביקורתיים של חופש ביטוי, או שמא מדובר בשימוש שמטרתו הדומיננטית היא מסחרית, כשהשימוש המסחרי "מוסווה" במעטפת הפרודיה, בניסיון לחסנו מטענות להפרת הזכות לפרסום. הסברנו כי מבחן זה הוא המתאים ביותר לבחינת שימושים פרודיים

163 עניין **נספרסו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 37.

בתדמית המוגנת על ידי הזכות לפרסום, בשים לב למאפיינים הייחודיים של השימוש הפרודי, ושל הזכות לפרסום.

בשלב האחרון, התמודדנו עם אחת מטענות הביקורת המרכזיות שהועלתה נגד מבחן הדומיננטיות – שלפיה מבחן זה הוא שרירותי מדי, ואינו מספק כללים מנחים לבחינת המטרה הדומיננטית של השימוש. בכדי להתגבר על קושי זה, הראינו כי בתי המשפט מיישמים במגוון רחב של הקשרים משפטיים מבחנים הבוחנים מהי "המטרה הדומיננטית" מבין תערובת המטרות העומדות בבסיס הפעולה הנבחנת, והצענו למלא את מבחן הדומיננטיות בתוכן ממשי על ידי אימוץ ופיתוח של מבחני עזר. גם פתרון זה הוא בהשראת דרכו השיפוטית של השופט הנדל, אשר הציע בעצמו את אימוצו של "מבחן ההקשר", הבוחן את ההקשר הרחב והחברתי האופף את השימוש הקונקרטי בדמותו של מי שטוען כי הופרה זכותו לפרסום. לסיום, לצד מבחן זה, הפועל מעל, לצד ובגדרי כלל מבחני העזר, המלצנו לאמץ שלושה מבחני עזר נוספים – את "מבחן ההטעיה", את "מבחן תחליף השוק" ואת "מבחן חיוניות השימוש", כאשר המטרה העליונה ("הדומיננטית") של מבחני עזר אלו היא להקל על בית המשפט בבואו לזקק את מטרתו הדומיננטית של השימוש – כשימוש פרודי-ביקורתי בעיקרו, או כשימוש מסחרי במהותו, שאינו מקדם בצורה מהותית את ערכי הביקורת והאקספרסיביות של חופש הביטוי.

הדגשנו כי מבחנים אלו הם בגדר הצעה בלבד – נקודת מוצא לדיון, אשר רחוקים מלנעול את הדיון. אנו סבורים כי יש להמשיך ולפתח את הדיון סביב מבחנים אלו, ולהוסיף להם מבחני עזר נוספים, בכדי לדייק את היקף ההגנה הראוי שיש לתת לזכות לפרסום ביחס לשימושים פרודיים – והכול על גבי הבסיס המוצק שהוריש לנו השופט הנדל לקיום דיון זה.