

זכות הפרסום: הארות והערות לפרשת מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ

מאת

טלי שפרבר*

זכות הפרסום היא זכות כלכלית מסחרית של אדם. משמעותה שליטה בערך הפרסומי שאדם יצר ורכש במאפייניו הייחודיים (תמונתו, שמו וקולו), וביכולת להרוויח ממנו. מקורה של זכות הפרסום בפסיקה האמריקנית. בישראל נדונה זכות הפרסום בפסקי דין ספורים, שעיגנו אותה בסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981. מטרת המאמר לבסס את זכות הפרסום כזכות קניינית עצמאית המנותקת מזכות הפרטיות, וזאת עקב ההבדל המהותי שבין השתיים: זכות הפרטיות נועדה להגן על צנעת חייו של האדם, לעומתה נועדה זכות הפרסום להגן על ערכו המסחרי כלכלי. הבדל מהותי זה בין האינטרסים המוגנים על ידי הזכויות השונות מחייב הפרדה בין הזכויות. "עירוב תחומין" ביניהן יוביל בהכרח לפגיעה בתכונות הייחודיות של כל אחת מהן. לפיכך קורא המאמר למחוקק לכוון זכות קניינית חדשה, שתגן מפני שימוש מסחרי לא מורשה בדמותו של האדם, שתיקרא "זכות הפרסום".

א. הקדמה. ב. פרשת מקדונלד. ג. זכות הפרסום. 1. הכרה לראשונה בזכות הפרסום – פסק-דין *Haelen*; 2. רקע לזכות הפרסום; 3. הצדקות להכרה בזכות הפרסום; 4. סיווגה של זכות הפרסום; 5. מעמדה של זכות הפרסום בישראל; ד. הארות והערות לפרשת מקדונלד. 1. זכות הפרסום היא זכות קניינית ועצמאית; 2. פיצוי בגין נזק והשבת התעשרות – סעדים מצטברים; 3. זכות הפרסום וסימן מסחרי; ה. סיכום.

א. הקדמה

זכות הפרסום היא זכותו של אדם לשלוט בערך הפרסומי שיצר ורכש במאפייניו הייחודיים (תמונתו, שמו וקולו)¹, ולהרוויח ממנו.² המשמעות המעשית של זכות זו היא

* הלמידת מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 השאלה בדבר היקפה של זכות הפרסום ואיזה מאפיינים המזוהים עם האדם חוסים בצלה חורגת ממסגרתו של מאמר זה.
2 Melville B. Nimmer, "The Right of Publicity," 19 *L. & Contemp. Probs.* 203, 216 (1954). עם התפחות ההכרה בזכות הפרסום בחקיקה ובפסיקה האמריקנית צומצמה הגדרת הזכות ל"זכות של כל אדם, ובייחוד דמות ציבורית או ידוען, לשלוט על ערכו המסחרי ועל ניצול שמו, תמונתו או דמותו, ולמנוע מאחרים שימוש לא מורשה בערכו זה למטרות מסחריות": *McFarland v. Miller*, 14 F.3d 912, 918 (1993).

שלזולת אסור להפיק רווחים משימוש לא מורשה בשמו או בדמותו של אחר. על פי רוב נתנה האדם את השימוש בשמו או בתמונתו בתמורה כספית נאותה. זכות הפרסום נוצרה בפסיקה האמריקנית.³ בישראל דנו בזכות בפסקי דין ספורים,⁴ ולאחרונה במסגרת ת"א (ת"א) 2578/00 מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ⁵ (להלן: "פרשת מקדונלד"). פסקי הדין בארץ בחנו את זכות הפרסום בהתאם למדרים שנקבעו בפסיקה האמריקנית, ועיגנו את הזכות בסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.⁶

נסיבותיה של פרשת מקדונלד יכלו להוות תשתית נוחה למתן פסק דין עקרוני, שישפוך אור על זכות הפרסום ויבסס אותה בארץ כזכות קניינית עצמאית, המנותקת מזכות הפרטיות. אולם, עקב ההתבססות על פסקי דין אמריקניים שאינם מייצגים את התפיסה המקובלת ביחס לזכות, נכרכה זכות הפרסום עם זכות הפרטיות, שלא כדין, ותחת חיוזק מעמדה של הזכות בארץ הותש כוחה.

לא זו בלבד, אלא שבשל הבנה מוטעית של מהות הזכות כהיבט של זכות הפרטיות – ולא כזכות קניינית עצמאית – פסק בית המשפט בפרשת מקדונלד כי פיצוי נזקיו של התובע כתוצאה מפגיעה בפרטיותו ומהפרת חוזה (בינו לבין צד ג', שנגרמה בעקבות מעשי הנתבעת) מחד גיסא, והשבת התעשרות הנתבעת שלא כדין על חשבון התובע מאידך גיסא, יוצרים כפל פיצוי או פיצוי יתר. הבנה נכונה יותר של טבע הזכות הייתה מובילה למסקנה שאין הדבר כן, וכי הסעדים הנתבעים הם מצטברים ולא חופפים.

ב. פרשת מקדונלד

פרשת מקדונלד נולדה בעקבות מאבק פרסומי בין שתי רשתות מובילות לייצור ושיווק של מזון מהיר. ראשיתו של המאבק בהפצת פרסומת מטעם חברת ברגר קינג

- 3 לדאשונה הוכרה מפורשות בפרשת *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.*, 202 F.2d 866 (1953) ראו לעניין זה *Southeast Bank, N.A. v. Lawrence*, 104 A.D.2d 213, 217 (1984); *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day & Night Co.*, 523 F. Supp. 485, 487 (S.D.N.Y., 1981); Howard I. Berkman, "The Right of Publicity-Protection For Public Figures and Celebrities," 42 *Brook. L. Rev.* 527, 534 (1976); Note, "An Assessment of the Commercial Exploitation Requirement as a Limit on the Right of Publicity," 96 *Harv. L. Rev.* 1703, 1704 (1983) (להלן: "הערה על דרישת הניצול"); וכן ראו Felcher & Rubin, "The Descendibility of the Right of Publicity: Is There Commercial Life After Death?," 89 *Yale L. J.* 1125, 1125 (1980).
- 4 בין היתר ראו ת"א (י-ם) 11049/90 רופ נ' "און" הנדסה מחוג אריר (1973), פ"ד נד(4) 500. בנסיבות פסק הדין נעשה שימוש מסחרי (פרסומת) בדמותו של התובע, באמצעות כפיל.
- 5 לא פורסם, 1.7.02.
- 6 פגיעה בפרטיות היא "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח".

בהשתתפות התובע, אריאל מקדונלד, שחקן כדורסל מצליח ובעל שם; המשכו של המאבק בפרסומת תגובה מטעם חברת מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ (להלן: "מקדונלד'ס"), הנחבעת העיקרית.

משום חשיבותן של הפרסומות יובא תיאורן במלואו, כפי שהופיע בפסק הדין: הפרסומת של חברת ברגר קינג:

התובע, אריאל מקדונלד, מגיע לסניף מסעדת "ברגר קינג" לבוש במדי קבוצתו. המסעדה סגורה. עובדת המסעדה מסרבת לפתוח הדלת. התובע דופק בדלת וקורא לעברה:

"It's me McDonald"

התובע מסתובב ומראה לעובדת את שמו "McDonald" מודפס על גב החולצה. העובדת פונה אל התובע ורומזת לו להוריד את החולצה. התובע משאיר את החולצה בידיה ונכנס למסעדה. לסיים: התובע לבוש בחולצה של רשת "ברגר קינג", יושב לאכול, פונה לקהל הצופים בשפה העברית:

"תקשיבו למקדונלד – רק ברגר קינג".

פרסומת התגובה של חברת מקדונלד'ס:

"על רקע אדום עז מופיע כיתוב לבן, באותיות גדולות, מלווה בקריינות, לכל אורך הסרטון:

"היכן אוכל

אריאל מקדונלד?"

"ב-12.5.2000 בעיתון "תל-אביב"

התפרסמה הכתבה הזאת":

על גבי רקע שנחזה כגזיר עיתון, נראה על פני המסך הכיתוב הבא:

"אריאל מקדונלד אוהב

את החיים בתל אביב

הוא אוכל מקדונלד'ס".

"ועוד בכתבה:

ניחשתם נכון,

הוא מעדיף

מקדונלד'ס".

בעקבות פרסומת התגובה ביטלה חברת ברגר קינג את החוזה בינה לבין התובע ושילמה לו פחות משליש שכרו.

התובע, אריאל מקדונלד, ביסס את תביעתו על חמש עילות, מהן ארבע אלה:⁷
 (1) הפרת פרטיות; (2) פגיעה בקניין; (3) גרם הפרת חוזה; (4) עילה מעין-חוזית –
 עשיית עושר.

הנתבעת, מקדונלד'ס, הגישה תביעה שכנגד המבוססת על ארבע עילות, ביניהן עילה
 של הפרת סימן מסחרי רשום.⁸
 בית המשפט קיבל את תביעת התובע על כל ראשיה ודחה את התביעה שכנגד על כל
 עילותיה.

הזכות לפרטיות

לטענת התובע, השימוש שעשתה מקדונלד'ס בפרסומת מטעמה, בשמו וללא הסכמתו
 לרווחיה, מהווה פגיעה בפרטיותו. בין היתר סמך התובע את עילתו על סעיף 2(6) לחוק
 הגנת הפרטיות.

בית המשפט קיבל טענה זו וכיסס את הפגיעה בזכות הפרטיות גם על הפרת זכות
 הפרסום, תוך הישענות על כמה פסקי דין אמריקניים – *Zacchini v. Scripps-Howard*,⁹
 וכן *Stephano v. News Group Publication, Inc.*¹⁰ מעבר לתיאור נסיבות פסקי הדין
 הנ"ל ולהבאת ציטטות מהן, לא ראה בית המשפט לנכון להבהיר מהי זכות הפרסום.
 אזכור שם הזכות בא כבודך אגב, אף על פי שזכות זו חדשה בגוף הפסיקה הישראלית.
 בית המשפט פסק לתובע פיצויי נזיקין עקב פגיעה בפרטיותו.

פגיעה בקניין

בית המשפט קיבל את טענת התובע כי שימוש בשמו ללא הסכמתו מהווה פגיעה בקניין
 כמשמעותו בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התובע לא ביקש פיצויים בגין
 פגיעה זו, ולפיכך גם לא נפסקו לו פיצויים.

גרם הפרת חוזה

לתובע נפסקו פיצויים בשיעור הנזק שנגרם לו כתוצאה מהפרת החוזה על ידי חברת
 ברגר קינג, שנגרמה עקב שידור הפרסומת של חברת מקדונלד'ס.

7 העילה החמישית היא לשון הרע; עילה זו אינה מעניינה של דיונו.
 8 העילות האחרות הן: פגיעה במוניטין, תחרות בלתי-הוגנת, שקר מפגיע ותיאור כוזב. עילות אלו
 אינן רלבנטיות לדיונו.
 9 433 U.S. 562 (1977)
 10 64 N.Y.2d 174 (1984)

עשיית עושר ולא במשפט

בית המשפט קבע כי בפרסומת התגובה של מקדונלד'ס נעשה שימוש בשם התובע לפרסום מוצריה, נוסף על הגנה על האינטרס הנפגע שלה כתוצאה מהפרסומת של ברגר קינג. הוכח אפוא כי הנתבעת מקדונלד'ס התעשרה על חשבון התובע.

עם זאת פסק בית המשפט, כי "המסקנה המשפטית אינה מצדיקה, בנסיבות מקרה זה, פיצוי נפרד בעילה של עשיית עושר ולא במשפט. לעיתים קיימת חפיפה בין האינטרסים השונים הראויים להגנה. לנפגע נפתחת הדרך לתובע על פי כל העילות הבאות להגן על אינטרסים שונים או לפי כל אחת מהן, כל עוד אין סתירה הגיונית בין הסעדים וכל עוד לא מדובר בכפל פיצוי או בפיצוי יתר".

כן קבע בית המשפט, כי "אמנם הפיקה נתבעת 1 [מקדונלד'ס; ט' ש' רווח לא מבוטל על חשבוננו של התובע, אך לא ניתן יהיה לכמת את התעשרותה בחישוב אריתמטי. מאידך, בפיצויים שיקבל התובע בגין העילות האחרות, בהן עוולת גרם הפרת חוזה, לשון הרע ופגיעה בפרטיות, יש כדי לגלם אף את הנוק שהיא תובע מכח דיני עשיית עושר".

התביעה שכנגד – הפרת סימן מסחרי

בית המשפט דחה את טענת מקדונלד'ס, לפיה השימוש שעשה הנתבע שכנגד בשמו "מקדונלד" מהווה הפרה של סימנה המסחרי – "מקדונלד'ס".

לפי בית המשפט, השם "מקדונלד" – "מזוהה בארץ עם הנתבע שכנגד, ספורטאי מצטיין ואדם חביב על הבריות. הפופולאריות שלו אינה קשורה לשמה של רשת 'מקדונלד'ס'. כל נשכח כי סימן המסחר של 'ברגר קינג' חוזר ומופיע לכל אורך הפרסומת, ולצופה הסביר ברור כי היא המפרסמת, באמצעות שחקן הכדורסל הפופולארי. המסקנה המתבקשת לאור האמור כי אין סכנה להטעיית הצרכנים".

ג. זכות הפרסום**1. הכרה לראשונה בזכות הפרסום – פסק-דין *Haelan***

זכות הפרסום הוכרה לראשונה בניו-יורק, בשנת 1953, בפרשת *Haelan*.¹¹ התובע בפסק הדין רכש רישיון בלעדי משחקן בייסבול להשתמש ברמותו לפרסום מוצריו. הנתבע, מתחרה עסקי של התובע, שכנע את השחקן להחיר גם לו להשתמש בתמונתו לפרסום מוצריו ביודעו על ההסכם בין התובע לשחקן. השחקן נאות לבקשת הנתבע. התובע הגיש תביעה נגד הנתבע עקב הפרת הרישיון הבלעדי שהרענק לו.

11 ראו הערה 3 לעיל.

הנתבע טען להגנתו כי ההסכם בין התובע לבין שחקן הבייסבול אינו אלא ויתור על זכות הפרטיות של השחקן, המבוססת על סעיף 50 לחוק הזכויות האזרחיות בניו-יורק. ללא ההסכם, שימוש לא מורשה בדמות השחקן היה עולה כדי פגיעה בפרטיות השחקן. מאחר שזכות הפרטיות הסטטוטורית היא אישית ולא ניתנת להעברה, התובע לא רכש זכות קניינית שבה פגעה התנהגות הנתבע.

בית המשפט דחה את טענת ההגנה, ולראשונה הוכרה מפורשות זכות הפרסום:

We think that, in addition to and independent of that right of privacy (which in New York derives from statute), a man has a right in the publicity value of his photograph, i.e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made 'in gross,' i.e., without an accompanying transfer of a business or of anything else. Whether it be labelled a 'property' right is immaterial; for here, as often elsewhere, the tag 'property' simply symbolizes the fact that courts enforce a claim which has pecuniary worth.

This right might be called a 'right of publicity.' For it is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likenesses, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, busses, trains and subways. This right of publicity would usually yield them no money unless it could be made the subject of an exclusive grant which barred any other advertiser from using their pictures¹²

בית המשפט דחה את הטענה שזכות הפרסום אינה אלא היבט של זכות הפרטיות, וקבע כי היא זכות עצמאית ונפרדת. טעמה של זכות הפרטיות הוא הגנה על רגשות הפרט מפני חשיפתו לציבור; לעומת זאת, זכות הפרסום הוכרה בשל ערכה הכספי, ובעליה של זכות זו מעוניינים, על פי רוב, בפרסום; אולם כשהפרסום נועד להעשיר את האתר חפצים הם בתמורה לשימוש שנעשה בדמותם.

זאת ועוד: ללא היכולת להעניק רישיון לשימוש בלעדי בזכות, המונע מאחרים שימוש בדמות הידוען, אין ערך לזכות. נמצא אפוא, כי תכונת העבירות – המבחינה

12 פסק-דין *Haelan*, הערה 3 לעיל, בעמ' 868.

בין זכות הפרסום לבין זכות הפרטיות¹³ – היא מאפיין מרכזי של הזכות ובלעדיה אין.

2. רקע לזכות הפרסום

דין בזכות הפרסום יש להתחיל מזכות הפרטיות, שממנה צמחה זכות הפרסום.¹⁴ זכות הפרטיות הוכרה בהדרגה בעקבות מאמרם של Brandeis ו-Warren משנת 1890 על "זכות הפרטיות", בו קראו המחברים להכרה בזכות "להיות לבד" ("to be left alone"), היא זכותו של האדם שלא להיות מוטרד על ידי אחרים בענייניו הפרטיים.¹⁵ בשנת 1960 פרסם Prosser את מאמרו על זכות הפרטיות.¹⁶ Prosser טען, כי בהדרגה הוכרה זכות הפרטיות כמורכבת מארבע עוולות עצמאיות, שהרביעית בהן היא "שימוש בשם התובע או בדמותו לתועלת הנתבע".¹⁷ עוולה רביעית זו לא התאימה לעידן הוליווד וברודוויי, עת התפתחה תעשיית הפרסומות, הטלוויזיה והרדיו.¹⁸ בעידן זה ידוענים לא ביקשו פרטיות כי אם גמול לערך הפרסומי של דמותם.¹⁹ העוולה הרביעית של זכות הפרטיות לא סיפקה עילת תביעה לידוענים להגנה מפני שימוש לא מורשה שנעשה בדמותם, מכיוון שהם נדרשו להוכיח "מצוקה נפשית" שנגרמה להם עקב הפומביות שנתנה לדמותם – מצוקה שכלל לא מתעוררת אצל ידוענים החפצים בפרסום דמותם.²⁰ העוולה הרביעית ראתה לנגד עיניה את כבוד האדם שנפגע מהפרסום, ואילו הידוענים תרו אחר רווחים ממסחור דמותם.²¹

- Factors Etc., Inc. v. Pro Arts, Inc.*, 579 F.2d 215, 221 (1978); *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813, 822 (1979); *Lucille Hardy Price v. Hal Roach Studios, Inc.*, 400 F. Supp. 836, 844 (1975) 13
- Timothy P. Terrell & Jane S. Smith, "Publicity, Liberty, and Intellectual Property: A Conceptual and Economic Analysis of the Inheritability Issue," 34 *Emory L. J.* 1, 7 (1985) 14
- בקרב המלומדים נהוג לומר כי זכות הפרסום נבעה מזכות הפרטיות. כפי שניזכר בהמשך, נראה נכון יותר לומר כי זכות הפרסום צמחה כניגוד לזכות הפרטיות.
- Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy," 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890) 15
- William L. Prosser, "Privacy," 48 *Cal. L. Rev.* 383 (1960) 16
- שם, בעמ' 389. שלוש העוולות האחרות הן התערבות בענייניו הפרטיים של האדם, חשיפה ברבים של עובדות פרטיות מביכות אודות האדם, ופרסום המציג את האדם בצורה מטעה בעיני הציבור (שם) 17
- Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 203. 18
- שם, בעמ' 203-204. 19
- Steven M. Fleischer, "Symposium Issue: The Right of Publicity: Preventing an Identity Crisis," 27 *N.Ky. Rev.* 985, 988 (2000) 20
- Fred M. Weiler, "The Herbert Tenzer Memorial Conference: Copyright in the Twenty First Century: The Right of Publicity Gone Wrong : A Case For Privileged 21

ההכרה בחוסר יעילותה של זכות הפרטיות מחד גיסא, והערך הכספי הרב הטמון בדמות הידוענים מאידך גיסא, היוו כר נוח ליצירת עילה להגנה על זכות הפרסום של הידוענים.

בשנת 1953, בפרשת *Haelan*, הוכרה לראשונה זכות הפרסום כעילה עצמאית ונפרדת מזכות הפרטיות.²²

עם השנים התפתחה הזכות והוכרה כ-28 מדינות בארצות-הברית, בחלקן מכוח חקיקה מדינתית ובחלקן מכוח המשפט המקובל.²³

3. הצדקות להכרה בזכות הפרסום²⁴

בפרשת *Haelan* הוכרה זכות הפרסום כשל ערכה הכספי.²⁵ בית המשפט היה מעוניין לאפשר לידוענים להמשיך ולסחור בערך הפרסומי של דמותם. לולא ההכרה בזכות, כל מאן דבעי יכול היה לעשות שימוש מסחרי בדמות הידוען ללא צורך בקבלת הסכמה מוקדמת לכך, וממילא היו נשללים מהידוען דמי ההסכמה הנגבים עבור ההיתר לשימוש בדמותו. כרי להימנע מתוצאה כזו הכיר בית המשפט בזכות הפרסום כזכות עצמאית המנוחקת מזכות הפרטיות.²⁶

בשנת 1954, שנה לאחר מתן פסק הדין בפרשת *Haelan*, פרסם Nimmer את מאמרו "זכות הפרסום".²⁷ Nimmer ראה בזכות הפרסום מעין אקסיומה – זכות טבעית של אדם לקצור את פרות עבודתו – ולכן לא חיפש אחר הצדקות נוספות לזכות זו.²⁸

- 22 Appropriation of Identity," 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 223, 228 (1994). אולם, עמדה זו אינה חד-משמעית, וקיימת פסיקה המגינה על הערך המסחרי של הדמות במסגרת פגיעה בפרטיות מכוח העוולה הרביעית. ראו 498 *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, F. 2d 821, 825 (1974). שם מחזרות שתי התפיסות המשפטיות.
- 23 ראו הערה 3 לעיל.
- 24 J. Thomas McCarthy, "Protection of The Athlete's Identity: The Right of Publicity, Endorsement and Domain Names," 11 *Marq. Sport L. J.* 195, 199 (2001).
- 25 Michael Madow, "Private Ownership of Public Image: לביקורת על הצדקות לזכות ראו: 81 *Cal. L. Rev.* 125 (1993); וכן Weiler, הערה 21 לעיל.
- 26 ראו הטקסט הסמוך להערה 13 לעיל.
- 27 כפי שבואר לעיל ויבואר עוד להלן, זכות הפרטיות אינה מספקת הגנה מפני פרסום בלתי-מורשה של ידוענים.
- 28 Nimmer, הערה 2 לעיל. על מאמרו של Nimmer נכתב: "אם השופט Frank היה הארכיטקט של זכות הפרסום, אזי פרופ' Nimmer היה הקבלן הראשון של הזכות" (השופט Frank נתן את פסק-דין *Haelan*): J. Thomas McCarthy, "Melville B. Nimmer and The Right of Publicity: A tribute," 34 *UCLA L. Rev.* 1703, 1706 (1987).
- 29 Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 216. זכותו הטבעית של האדם לקצירת פרות עבודתו הוכרה מאוחר יותר בשם "תיאוריית העבודה". אדם זכאי לפרות עבודתו ("reap the fruits of their labors"). הידוען השקיע זמן, כסף ומרץ בפיתוח דמותו כבעלת ערך מסחרי; זהותו (תמונתו, שמו,

עם ההכרה בזכות הפרסום בפסיקה ובמאמרים ניתנו נימוקים לזכות הפרסום אף מעבר להיותה זכות טבעית:

(א) מניעת התעשרות שלא כדין: שימוש מסחרי לא מורשה ברמות הידוען להפקת רווחים מהווה התעשרות לא מוצדקת על חשבון הידוען. ללא הכרה בזכות הפרסום, שימוש לא מורשה ברמות היה מחיר למשתמש "לקצור במקום שלא זרע" (reap "where they have not sown").²⁹

(ב) תמריץ: הכרה בזכות הפרסום מהווה תמריץ לידוען להמשיך להשקיע בפיתוח דמותו. הידיעה של אדם כי הוא עתיד לקצור את פרות עבודתו מעניקה לו תמריץ לעבודה מאומצת. החברה נהנית מפיתוח דמות הידוען, המעשיר את תרבותה³⁰ (נימוק זה דומה בעיקרו לטעם התמריץ שניתן לזכות היוצרים).³¹

קולנו של הידוען והתהילה הגלויות לה הן פרי עבודתו. לפיכך, מי שמעוניין להפיק רווחים מדמות הידוען צריך לקבל את הסכמתו לכך. הסכמה זו מותנית על פי רוב כחשלוּם. Madow, הערה 24 לעיל, בעמ' 178; – F. Jay Dougherty, "Symposium: Forward: The Right of Publicity – Towards a Comparative and International Perspective," 18 *Loy. L.A. Ent. L.J.* 421, 441 (1998); כן ראו Weiler, הערה 21 לעיל, בעמ' 240-241.

29 Madow, הערה 24 לעיל, בעמ' 178; Weiler, הערה 21 לעיל, בעמ' 242; Dougherty, הערה 28 לעיל, בעמ' 440. כן ראו Dawn H. Dawson, "The Final Frontier: Right of Publicity in Fictional Characters," 2001 *U. Ill. L. Rev.* 635, 656 (2001).

30 Madow, הערה 24 לעיל, בעמ' 178; Weiler, הערה 21 לעיל, בעמ' 243; Dougherty, הערה 28 לעיל, בעמ' 443; Dawson, הערה 29 לעיל, בעמ' 655; כן ראו McCarthy, הערה 27 לעיל, בעמ' 1710. ניתן לטעון כי תכונת העבירות של זכות הפרסום פוגעת בתמריץ של הידוען להתפתח, מאחר שהזכות להפיק רווחים מדמותו עוברת לאחר. אין ממש בטענה זו, שכן הזכות לא תעבוד לאחר אלא אם זה רצונו של הידוען. אדם אחר שיעשה שימוש ברמות הידוען ללא הסכמתו יהיה צפוי לתביעה על ידי הידוען בנין שימוש לא מורשה זה. לא זו בלבד שתכונת העבירות אינה גורעת מהתמריץ של הידוען להתפתח אלא שהיא אף מגבירה תמריץ זה, שכן עבירות הזכות, המאפשרת הענקת רישיון בלעדי לאחר, בהכרח מעלה את ערכה הכספי של הזכות המועברת.

31 אולם, יש לציין כי למרות הדמיון בשיקול התמריץ בזכות יוצרים ובזכות הפרסום, יש להכיר גם בהבדל המהותי בשיקול זה שבשתי הזכויות, הנגזר מאופיין השונה של הזכויות. לולא הוכרה זכות יוצרים, ליוצר לא היה תמריץ להשקיע את מיטב זמנו ומרצו בפיתוח יצירות, שכן ההכנסה מהיצירות מהווה את עיקר פרנסתו, וללא הגנה על הכנסה זו היה עליו למצוא אפיק פרנסה אחר. לא כן הוא ביחס לזכות הפרסום. עיקר פרנסתו של הידוען אינה מהכנסתו ממימוש זכות הפרסום, אלא מעיסוקו העיקרי שהביאו למעמד של ידוען. היינו: סביר להניח כי גם ללא הכרה בזכות הפרסום היה הידוען ממשיך להשקיע בפיתוח דמותו. זכות הפרסום היא מעין תוצר לוואי ממעמדו של אדם כידוען. זהו ההבדל המהותי בין שתי הזכויות. זכות היוצרים הוכרה בשביל לעודד את היוצר ליצור יצירות, ואילו זכות הפרסום מהווה אמנם תמריץ כלשהו לבעליה להמשיך ולהשקיע בפיתוח דמותו כידוען, אולם מטרתה העיקרית היא להגן על ערכו הפרסומי מפני ניצול לא מורשה. לפיכך נכון יהיה לטעון, כי בעוד זכות יוצרים היא זכות בעלת ערך תרבותי לחברה, זכות הפרסום היא זכות בעלת אופי כלכלי השמור לבעל הזכות.

(ג) הגנת הצרכן: שימוש לא מורשה בדמות הידוען בפרסומת עלול ליצור רושם מטעה שלפיו הידוען נתן את הסכמתו למוצר המפורסם.³²

(ד) חלוקה יעילה של משאבים: העדר פיקוח על השימוש בדמות הידוען והפיכת דמותו לנחלת הכלל יובילו, בסופו של דבר, לאיבוד ערכו המסחרי של הידוען.³³

טענה כבדת משקל נגד ההכרה בזכות הפרסום מבוססת על עימות הזכות עם חופש הביטוי.³⁴ מניעת שימוש חופשי בדמות הידוען וצורך בהסכמה מוקדמת לכך מגבילים בהכרח את חופש הביטוי.³⁵

(א) דמות ציבורית כסמל: זכות הפרסום מתעמתת עם ההנחה שלפיה ידע, תפיסות ורעיונות הם חופשיים כמו אוויר השמיים לשימוש החברה. עם חלוף הזמן, ובעיקר לאחר מותן, דמויות ציבוריות הופכות לסמלים, למייצגות של רעיונות או תפיסות ייחודיים המזוהים עמן. לכן, ניסיון למנוע שימוש בדמות הידוען מונע הפצה חופשית של רעיונות.³⁶

(ב) חופש הביטוי של הרוכשים: הציבור חפץ שידוענים יהפכו לחלק מהמורשת החברתית ושהשימוש בדמויותיהם יהיה חופשי לכל. יוצא, אם כן, שהזכות לחופש הביטוי מתנגשת עם זכות הפרסום המוענקת לידוען.

נהוג לטעון כי אינטרס חופש הביטוי נמוך ואף אינו קיים בשימושים מסחריים. מוצרים מסחריים אינם נחשבים, בדרך כלל, לצורת ביטוי. ניתן לתלות זאת בכך שהמניע המסחרי של הסוחר הוא כה גלוי, שספק אם המוצר מעביר מסר אחר זולת "קנה אותי".³⁷ לכן מקובל לחשוב שזכות הפרסום יכולה למנוע שימוש מסחרי לא

32 Madow, הערה 24 לעיל, בעמ' 178; Weiler, הערה 21 לעיל, בעמ' 244; Dougherty, הערה 28 לעיל, בעמ' 444; Dawson, הערה 29 לעיל, בעמ' 656.

33 Madow, הערה 24 לעיל, בעמ' 178; Dougherty, הערה 28 לעיל, בעמ' 445; Dawson, הערה 29 לעיל, בעמ' 656.

34 דיון בעימות בין זכות הפרסום לבין הזכות לחופש הביטוי ראוי למאמר עצמאי; במאמר זה תסקר הסוגייה בתמצית.

35 שני הטיעונים להלן בדבר ההתנגשות עם חופש הביטוי נאמרו בהקשר של הורשת הזכות וניצולה על ידי יורשי הידוען, ללא הגבלת זמן; אולם טעמיהם נכונים גם להכרה בזכות בחיי הידוען.

36 הערה על דרישת הניצול, הערה 3 לעיל, בעמ' 1720, 1721. וכן David R. Ginsburg, "Transfer of the Right of Publicity: Dracula's Progeny and Privacy's Stepchild," 22 *UCLA L. Rev.* 1103, 1124 (1975).

37 Eileen R. Rielly, "The Right of Publicity for Political Figures: Martin Luther King, JR., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products", 46 *U. Pitt. L. Rev.* 1161, 1173 (1985).

מורשה בדמות בעליה, מכיוון שבנסיבות אלה גובר האינטרס של בעל הזכות על האינטרס הנמוך של חופש הביטוי.

אולם, איוון האינטרסים ישתנה אם מתמקדים ברוכשים – ולא במוכרים – כמתבטאים. רכישה והצגה של מוצרים שמוטבעת עליהם דמות של ידוען הן צורות ביטוי המזמינות שיחה אודות הידוען. מבחינה זו, למוצרים שעליהם מוטבעת דמות הידוען יש תפקיד חברתי חשוב, הראוי להגנה מכוח הזכות לחופש הביטוי.³⁸ הדבר נכון אולי ביתר שאת לאחר מות הידוען, ביחס למוצרים המנציחים את דמותו.³⁹ מנקודת מבט זו, ספק אם האינטרס של בעל זכות הפרסום גובר על האינטרס של הצרכן לחופש ביטוי.

בשל חשיבותו הרבה של חופש הביטוי, הוגבלה תחולת זכות הפרסום להגנה מפני שימושים מסחריים לא מורשים בלבד.⁴⁰ חופש הביטוי מגן בעיקר על שימושים שאינם מסחריים כגון ביטויים פוליטיים ואמנותיים. בשימושים מסחריים האינטרס המוגן על ידי חופש הביטוי הוא נמוך ולכן נרחה מפני זכות הפרסום. בנקודת חיתוך זו, הפגיעה בחופש הביטוי מוצדקת בשל חשיבותה של זכות הפרסום:⁴¹

Some people have criticized the right of publicity as posing the danger of invading our free rights. In fact, for all practical

38 שם, בעמ' 1174.

39 שם, בעמ' 1180.

40 דוגמאות לשימושים מסחריים: שימוש בדמות לפרסום מוצר, הצגת תמונת הדמות על מוצרים כגון פוסטרים וחולצות.

41 Richard B. Hoffman, "The Right of Publicity – Berkman, הערה 3 לעיל, בעמ' 549, וכן: Heirs' Right Advertisers' Windfall, or Courts' Nightmare?," 31 *De Paul L. Rev.* 1, 43 (1981).

המשפט הישראלי גם הוא מכיר בנחיתות חופש הביטוי המסחרי בהשוואה לביטויים אחרים: "פרסומת מסחרית, כפי שראינו, הינה מקטני-ארץ בממלכת חופש הדיבור, ונמור לה הגנה במידתה" – דברי השופט חשין בבג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 30-31. השופט דורנר עמדה על הטעם להגנה הנמוכה המוענקת לביטוי המסחרי: "ביסודו של עקרון חופש הביטוי עומדים רציונלים אחדים: שמירה על ההליך הדמוקרטי, גילוי האמת, הגשמת ה"אני" ואיוון בין רציפות לבין שינוי... לא כל הרציונלים האמורים מתקיימים לגבי כל סוגי הביטויים באותה עוצמה. כאשר מדובר בביטוי שלא "נחפש" על-ידי כל הרציונלים לחופש הביטוי, אפשר שהדבר יתבטא בהיקף ההגנה המשפטית על אותו ביטוי. על ביטויים פוליטיים חלים במידה הרבה ביותר כל הרציונלים לחופש הביטוי... לעומת זאת, לא כל הרציונלים של חופש הביטוי חלים על ביטוי מסחרי. כך, למשל, הרציונל בדבר השמירה על ההליך הדמוקרטי אינו חל לגבי ביטוי מסחרי, או, על-כל-פנים, תחולתו לגבי מוגבלת...". שם, בעמ' 13-14. עוד על חופש הביטוי המסחרי ראו בספרה של חנה קציר, פרסומת מסחרית – הכטים מסחריים 10-18 (תשס"ב). שאלת העימות בין זכות הפרסום לבין חופש הביטוי טרם נדונה בפסיקה הישראלית. בשל מעמדו הנחות של חופש הביטוי המסחרי בארץ, נראה שניתן לאמץ את האיוונים הקבועים בפסיקה האמריקנית לפסיקה בארץ.

purposes, the only kind of speech impacted by the right of publicity is commercial speech – advertising – not news, not stories, not entertainment and not entertainment satire and parody – only advertising and other purely commercial uses.⁴²

לאור האמור לעיל, החשש כי הכרה בזכות הפרסום תפגע בהפצה חופשית של רעיונות אינו מבוסס. הפצת רעיונות אינה כלולה בקטגוריה של שימושים מסחריים, ולכן זכות הפרסום לא יכולה למנוע אותה.

הטענה כי זכות הפרסום מתעמתת עם חופש הביטוי, מנקודת מבטם של רוכשי המוצרים, גם היא אינה מחייבת את שלילת הזכות. האיזון בין חופש הביטוי מזווית הראייה של הרוכשים לבין זכות הפרסום הוא "מלאכותי". השימוש המסחרי בדמות נעשה על ידי המוכרים לתועלתם הכלכלית ולא לצורך חברתי-תרבותי של "הזמנת שיחה" אודות הרמות. שינוי נקודת המבט מהמוכר או מהמפרסם לזו של הצרכן, באופן שיוליך לשלילת הזכות, יביא להתעשרות לא צודקת של המפרסמים על חשבון הידוענים.

זאת ועוד: סביר להניח שהידוענים יעניקו למפרסם שישלם להם את מרב התמורה הכספית – רישיון לעשות שימוש מסחרי בדמותם. מכאן, שמוצרים עם דמות הידוען "שיזמינו שיחה" אודותיו יהיו זמינים בשוק. יוצא אפוא כי אין חשש מפגיעה אפשרית בחופש הביטוי של הרוכשים: זה יתקיים בכל מקרה בעקבות מוצר זה או אתר שיופץ בשוק. השאלה היא מי ייהנה מתהילת הידוען: הידוען או המפרסמים.⁴³ מכל האמור לעיל עולה כי אין תועלת חברתית בשלילת זכות הפרסום: היחידים שיצאו נשכרים ממנה הם המפרסמים, שיוכלו לעשות שימוש בדמות חניסם אין כסף.⁴⁴

אי-התאמתן של תיאוריות משפטיות קיימות

במאמרו על "זכות הפרסום"⁴⁵ ציין Nimmer כי אין בכוח התיאוריות המוכרות זה מכבר – תחרות לא הוגנת, חוזה וגרם הפרת חוזה, וזכות הפרטיות – כדי לספק הגנה מפני שימוש לא מורשה בדמויותיהם של ידוענים.⁴⁶ מתוך הכרה בגבולותיהן של התיאוריות

42 McCarthy, הערה 23 לעיל, בעמ' 198. לאחרונה מסתמנת מגמה להגן מכוח עיקרון חופש הביטוי גם על ביטויים מסחריים ובלבד שהם נכונים: Marci A. Hamilton (Moderator), Steven M. Getzoff, Barbara Kolsun, William M. Hart & Diane L. Zimmerman, "Symposium: Rights of Publicity: an In-Depth Analysis of the New Legislative Proposals to Congress," 16 *Cardozo Arts & Ent L. J.* 209, 217 (1998).

43 יוצא כי לא שאלה של חופש ביטוי ניצבת כאן אלא שאלה של כסף – מי יישא ברווחי הדמות: הידוענים או המפרסמים? Rielly, הערה 37 לעיל, בעמ' 1180.

44 Berkman, הערה 3 לעיל, בעמ' 549.

45 Nimmer, הערה 2 לעיל.

46 שם, בעמ' 204-215.

דלעיל יצק Nimmer לזכות הפרסום תוכן הכולל, בין היתר, את קביעת הזכות כקניינית, את קביעת עכירותה, ואת קביעת הפיצוי לפי ערך הפרסום לנתבע, להבדיל מהנזק שנגרם לתובע.⁴⁷

התיאוריה בדבר תחרות לא הוגנת אינה יעילה לידוענים שנעשה שימוש לא מורשה ברמותם, בין היתר משום שלא מתקיימים יחסי תחרות עסקית בין הצדדים (בין הידוען לבין המפרסם).⁴⁸

עילות הפרת חוזה וגרם הפרת חוזה הן יעילות כאשר צד לחוזה השתמש בזכות מעבר למוסכם בתנאי החוזה, או כאשר צד ג' גרם להפרתו של החוזה. אולם, עילות אלו אינן מספקות הגנה במקרים שבהם צד שאינו קשור בחוזה, או ישירות בהפרתו, נהנה מהשימוש הלא מורשה ברמות התובע.⁴⁹

4. סיווגה של זכות הפרסום

קיים חוסר אחידות בסיווג זכות הפרסום: האם היא זכות אישית שהיא היבט של זכות הפרטיות או שמא היא זכות קניינית עצמאית. הדעות השונות ביחס לסיווג נובעות מכך ששורשיה של זכות הפרסום נעוצים בזכות לפרטיות.⁵⁰

(א) טעמים לסיווג הזכות כהיבט של זכות הפרטיות או כזכות קניינית עצמאית

המסווגים את זכות הפרסום כחלק מזכות הפרטיות מרגישים את ההגנה שמעניקה הזכות לאדם מפני ניצול מסחרי לא מורשה של שמו או דמותו, הגנה המהווה את לב-לבו של חוק הפרטיות.⁵¹ כמו כן יש, לדעתם, טעם בסיווג הזכות כאישית, שהרי ההחלטה אם לנצל את מאפייני דמות הידוען – היינו: שם, תמונה וקול – היא החלטה אישית של הידוען.⁵²

לעומתם, הטוענים שזכות הפרסום היא זכות קניינית, מרגישים את השוני מהותי בין זכות הפרסום לבין זכות הפרטיות. האינטרס המוגן מפני שימוש מסחרי לא מורשה ברמותו של ידוען שונה מהותית מזה המוגן על ידי זכות הפרטיות. שימוש מסחרי לא

47 שם, בעמ' 216.

48 שם, בעמ' 210.

49 שם, בעמ' 214-215. לכאורה צד א' – שנפגע מהפרת החוזה בינו לבין הידוען ע"י צד ד', שרכש את זכותו מצד ג' – יכול לתבוע פיצויים מצד ג' בעילת גרם הפרת חוזה בינו לבין הידוען. אולם, פתרון זה לא רק שאינו מאפשר לתבוע ישירות את המעוול, אלא שאף אינו מעשי כאשר צדדים מרוחקים יותר (ה', ו') מעורבים בהפרת החוזה.

50 פסק-דין *Lugosi*, הערה 13 לעיל, בעמ' 837; Berkman, הערה 3 לעיל, בעמ' 531; Hoffman, הערה 41 לעיל, בעמ' 2; *Reeves v. United Artists*, 572 F. Supp. 1231, 1234 (1983).

51 פסק-דין *Lugosi*, הערה 13 לעיל, בעמ' 824.

52 שם, בעמ' 821, 822.

מורשה בדמותו של ידוען גורם לו פגיעה כלכלית ולא פגיעה נפשית.⁵³ ההכרה בהבדל שבין שיקולים אלו הולידה הגנה עצמאית לאינטרס הכלכלי – זכות הפרסום. כדי להעניק לאינטרס הכלכלי את מלוא ההגנה יש להכיר בקנייניות הזכות.⁵⁴ זאת ועוד: מאפייני הידוען המגבשים את הזכות – שמו, תמונתו וקולו – ניתנים לניתוק ממנו לצרכים מסחריים, ולפיכך מאפשרים לסחור בזכות. תכונת העבירות היא בין התכונות העיקריות המבחינות בין זכות קניינית לבין זכות הפרטיות. נימוק "טבעי" להיווצרה של זכות הפרסום קניינית ניתן בפסיקה, ולפיו שמו של אדם ותמונתו שייכים לו וככאלה הם קנייניים. לפיכך, שימוש לא מורשה בשם או בתמונה של האדם מהווה פגיעה בקניינו:

Entirely apart, however, from the metaphysical niceties, the reality of a case such as we have here is, in the court's opinion, simply this: plaintiffs' names and likenesses belong to them. As such they are property. They are things of value. Defendant has made them so, for it has taken them for its own commercial benefit. New Jersey has always enjoined the use of plaintiff's likeness and name on the specific basis that it was a protected property right. It is as much a property right after its wrongful use by defendant as it might be before such use. We therefore hold that, insofar as plaintiffs' claim is based on the appropriation of their likeness and name for defendant's commercial benefit, it is an action for invasion of their "property" rights and not one for "injury to the person".⁵⁵

53 אין כוונתנו לדרון במקרים חריגים, שבהם שימוש לא מורשה פוגע ומשמיץ את הידוען ובכך גורם לו לפגיעה רגשית נוסף על הפגיעה הכלכלית. ענייננו בשימושים מסחריים רגילים שאמנם מחמיאים לדמות, אך גורמים לה נזק כלכלי מאחר שאינם מורשים.

54 פסק-דין *Lugosi*, הערה 13 לעיל, בעמ' 836.

55 *Nimmer. Estate of Elvis Presley v. Russen*, 513 F. Supp 1339, 1354 (1981) ציין כי הזכות לפרטיות אינה מגינה על ידוענים, היות שמניחים ויתור מצדם על פרטיותם: "he has dedicated his life to the public and thereby waived his right to privacy", *Nimmer*. הערה 2 לעיל, בעמ' 204.

בתי"א רופ, הערה 4 לעיל, בעמ' 515-516, נפסק כי אין להניח ויתור של דמות ציבורית על צנעת חייה: "אין הצדקה עניינית לומר כי אדם, רק משום שהוא ידוע ומוכר בציבור, ויתר מאליו על זכותו לפרטיות ולצנעת חייו ברשות היחיד". אולם בנסיבות שבהן מתעוררת שאלת זכות הפרסום עקב שימוש מסחרי לא מורשה בשם האדם או בתמונתו, אין מדובר על "צנעת חייו ברשות היחיד", שכן הדבר נעשה לרוב במסגרת פרסומת למוצר כלשהו – והשאלה היא האם עצם חשיפתו לציבור של מי שנהנה מכך, מהווה פגיעה ב"צנעת חייו".

(ב) נפקויות סיווג הזכות, כהיבט של זכות הפרטיות או כקניינית**עבירות**

זכות הפרטיות אינה עבירה. סיווג זכות הפרסום כהיבט של זכות הפרטיות יגביל אף את עבירותה של זכות הפרסום. הגבלת עבירותה של זכות הפרסום תפחית מערכה באופן משמעותי. משמעותו של רישיון לשימוש בשם הידוען ובחמונתו יוגבל לשחרור מאחריות בגין פגיעה בפרטיותו של הידוען, אולם לא יהא בכוחו למנוע מאחר שימוש דומה בדמות הידוען הואיל ובעל הרישיון לא "רכש" את זכות הפרטיות של הידוען – שהרי זו אינה עבירה.⁵⁶ סיווג הזכות כקניינית מאפשר הכרה בעבירות הזכות, וממילא שומר על ערכה.⁵⁷

הורשה⁵⁶

28 מדינות בארצות-הברית מכירות בזכות הפרסום לאנשים חיים (מי מכוח ה-C.L. ומי מכוח חקיקה), 17 מתוכן מכירות בהורשת זכות הפרסום.⁵⁹ קיימות שלוש גישות שונות ביחס לסוגיית ההורשה של זכות הפרסום. ההבדל ביניהן נובע מסיווג שונה של הזכות – כהיבט של זכות הפרטיות או כקניינית ועצמאית. הגישה המסוגלת את זכות הפרסום כזכות אישית, כחלק מזכות הפרטיות, גורסת כי בדומה לזכות הפרטיות אף זכות הפרסום מסתיימת עם המוות, היינו: לאתר מות הידוען הופכת דמותו לחלק מנחלת הכלל, והשימוש בה חופשי לכולם.⁶⁰

56 Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 209. כפי שאכן טען הנתבע להגנתו בפרשת *Haelen*, ראו פרק ג.1 לעיל. אולם, על אף שמבחינה עיונית המסקנה המתחייבת מסיווג זכות הפרסום כהיבט של זכות הפרטיות היא שלילת עבירותה של הזכות, הרי שלפחות חלק מהטוענים לסיווג הזכות כהיבט של זכות הפרטיות מוכנים להשלים עם עבירותה, מהטעם שהעברת הזכות לצד ג' כמותה כניצול הזכות על ידי בעליה. באופן חמוה שוללים בעלי גישה זו את הורשת הזכות, מהטעם שניצול הזכות על ידי היוורשים הוא שימוש שלא על ידי מי שזכאי לכך. ראו פסק-דין *Lugosi*, הערה 13 לעיל, בעמ' 823, 824.

לכאורה ניתן לכלול בהסכם בין הידוען לבין הצד השני תניית בלעדיות שתפתור את בעיית אי-עבירותה של זכות הפרטיות. אולם, פתרון זה ניתקל כאותו קושי שעליו הצבענו בהערה 49 לעיל בהקשר של גרם הפרת החזה, היינו: תניית הבלעדיות לא תאפשר לתבוע צדדים רחוקים לחוזה המפרים תנייה זו.

57 יצוין כי פסק-דין *Haelen*, הערה 3 לעיל, הכיר בעבירותה של הזכות מבלי להזקק לסיווג כאישית או כקניינית, מהטעם שללא היכולת להעניק רישיון בלעדי לאחר אין ערך כספי לזכות. בית המשפט לא ראה צורך בסיווג הזכות, מהטעם שהתנוית "קניין" אין בה אלא כדי לציין שמדובר בזכות בעלת ערך כספי. שם, בעמ' 868.

58 סוגיית ההורשה היא מהסוגיות השנויות ביותר במחלוקת בהקשר של זכות הפרסום, ומצדדיה מאמר עצמאי בשאלה זו. במאמר זה יסקרו בקצרה הדעות השונות.

59 McCarthy, הערה 23 לעיל, בעמ' 199.

הגישה ההפוכה מסווגת את זכות הפרסום כקניינית ולכן מכירה בהורשתה, היינו: במות הידוען עוברת הזכות ליורשיו, ואם הועברה בחייו לאתר היא ממשיכה להתקיים בידי אותו אחר.⁶¹

גישת הביניים מסווגת את הזכות כאישית, אולם אם נוצלה במהלך חיי הידוען – היינו: הידוען עשה בזכות שימוש מסחרי השונה מהפעילות הרגילה שעשתה אותו לידוען (למשל, העניק רישיון בזכות לאתר) אזי מעניק "הניצול" לזכות אופי קנייני והיא ניתנת להורשה, אך זו מוגבלת לאותו היקף של ניצול שהיה בחיי הידוען.⁶² משך זכות הפרסום, בהנחה שמכירים בשרידותה אחר המוות, גם הוא נתון במחלוקת. יש הטוענים להגבלת משך הזכות לתקופת זמן קצובה אחר המוות, בדומה לזכות יוצרים,⁶³ ומנגד יש הדוגלים בנצחיות הזכות.⁶⁴ בתוך טוענים להגבלת משך הזכות למשך הזמן שנעשה בה שימוש על ידי היורשים.⁶⁵

60 דעת הרוב בפסק-דין *Lugosi*, הערה 13 לעיל; *Memphis Dev. Found. v. Factors ETC.*; *Inc.*, 616 F.2d 956 (1980) במדינת וירג'יניה ובמדינת נברסקה מוענקת הגנה מפני שימוש לא מורשה בשם ובתמונה של אדם במסגרת זכות הפרטיות, ואף על פי כן הזכות שוררת אחר המוות. *Roberta Rosenthal Kwall, "The Right of Publicity vs. the First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis," 70 Ind. L.J. 47, 53, n33 (1994).*

61 *The Martin Luther King, JR., Center for Social Change, Inc. v. Am. Heritage Prod. Inc.*, 694 F.2d 674, 682 (1983) כן ראו החקיקה במדינת אילינוי, לפיה הזכות שוררת 50 שנה אחר המוות (ILCS 1075/30 § 765); החקיקה במדינת אוהיו, לפיה הזכות חלה עד 60 שנה אחר המוות (ORC Ann. § 2741.02), והחקיקה במדינת קליפורניה, שבה הזכות מסתיימת 70 שנה אחר המוות (Cal Civ Code § 3344.1).

במדינת ניו יורק השתנה הדין בשנת 1984 בעקבות פסק-דין *Stephano*, הערה 10 לעיל, שבו נפסק כי זכות הפרסום מעוגנת בזכות הפרטיות הסטטוטורית. עד לפסק דין זה הייתה ההלכה, מכוח המשפט המקובל, כי זכות הפרסום היא זכות עצמאית המנותקת מזכות הפרטיות, ולפיכך שוררת לאחר המוות (פסק-דין *Lucille Hardy Price*, הערה 13 לעיל, בעמ' 844). לאחר פסק הדין התהפכה ההלכה ונקבע שכשם שזכות הפרטיות מסתיימת עם המוות כך גם זכות הפרסום. ראו *Pirone v. MacMillan, Inc.*, 894 F.2d 579, 586 (1990).

62 *Acme Circus Operating Co., Inc. v. Jane Kuperstock*, 711 F.2d 1538 (1983); *Rosalind Hicks, Agatha Christie, Ltd., v. Casablanca Records*, 464 F. Supp. 426 (1978); פסק-דין *Estate of Elvis Presley*, הערה 55 לעיל; פסק-דין *Groucho Marx Prod., Inc. v. Day & Night Co.* 689 F.2d 317 לעיל; *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day & Night Co.* 689 F.2d 317 לעיל; *Inc.* (1982).

להמחשת העניין ניתן להשתמש בנסיבות פסק דין מקדונלד. מקדונלד הפך לידוען בזכות היותו שחקן כדורסל מצטיין. "ניצול" זכות הפרסום שלו נעשה בהשתתפותו בסרטון הפרסומת של חברת ברגר קינג. לכשירש את זכותו, ההורשה, לפי גישה זו, תוגבל לעשיית סרטוני פרסומת, כלומר: כל שימוש אחד בדמותו – כדוגמת הפצת פוסטרים עם תמונתו או חולצות עם תמונתו וכיו"ב – יורשה ללא צורך בקבלת הסכמה מוקדמת מהיורשים.

63 ראו סקירת החקיקה בהערה 61 לעיל, וכן הערה על דרישת הניצול, הערה 3 לעיל, בעמ' 1720-1721; *Rielly*; הערה 37 לעיל, בעמ' 1173; *Ginsburg*; הערה 36 לעיל, בעמ' 1124.

סעדים

Nimmer ציין במאמרו כי אחד מיסודותיה של עילת הפגיעה בזכות הפרטיות הוא שימוש בדמות באופן פוגע. גם המכירים בהתהוות הפגיעה בפרטיות מעצם השימוש הלא מורשה בדמות, דורשים פגיעה ברגשות כתוצאה משימוש זה כתנאי לפסיקת פיצויים. הפיצוי הניתן במסגרת עילה זו הוא פיצוי בגין הנזק שנגרם לתובע.⁶⁶ לרוב, השימוש בדמות הידוענים בפרסומת מחמיא להם ואינו פוגע בהם, ולפיכך לא מתקיים אצלם התנאי לקבלת פיצויים (פגיעה ברגשות).

אולם, יש חוקים המסווגים את זכות הפרסום כחלק מזכות הפרטיות ואף על פי כן מכירים בזכות התובע לפיצוי גם אם לא הוכיח פגיעה ברגשות. התובע רשאי לתבוע את השבת הרווחים שהפיק הנתבע מהשימוש בדמותו ללא הסכמתו, ונוסף על כך ביכולתו להשיג צו למניעת הפגיעה בו.⁶⁷

יוצא, אם כן, שהתובע יכול לקבל את אותם סעדים בין אם הזכות שנפגעה תסווג בקניינית ובין אם היא תסווג כאישית: פיצוי נזיקי בגין פגיעה ברגשות, השבת התעשרות הנתבע⁶⁸ וצו מניעה.

איזון עם זכויות אחרות

זכות הפרסום מתעמתת עם הזכות לחופש הביטוי. גם המכירים בקנייניות הזכות מודים בכפיפותה לחופש הביטוי, ובשל כך נתחמה הזכות להגנה מפני שימושים מסחריים בלבד. מכאן, שלעניין האיזון של זכות הפרסום עם חופש הביטוי אין רלבנטיות לסיווג הזכות.

לאור האמור לעיל, הנפקויות לסיווג הזכות – אם כהיבט של זכות הפרטיות ואם בקניינית – הן רק לעניין עבירותה והורשתה. השיקולים שהניעו להכרה בקיום הזכות, בעיקר שיקול מניעת התעשרות שלא כדין של המפרסמים על חשבון הידוענים ושיקול התמריץ, תומכים בהורשת הזכות ובעבירותה. לעניין ההורשה – כשם שאין אנו מעוניינים להעדיף את המפרסמים על פני הידוען בחייו, כך אין סיבה שנעדיף את המפרסמים על פני יורשי הידוען לאחר מותו. לפיכך אין להתיר למפרסמים להתעשר על

64 Berkman, הערה 3 לעיל, בעמ' 549.

65 Sheldon W. Halpern, "The Right of Publicity: Commercial Exploitation of the Associative Value of Personality," 39 *Vand. L. Rev.* 1199, 1237 (1986).

66 Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 208-206.

67 Wis. Stat. § 895.50 (2001). סעיף 1 (a) ו- (b). כן ראו החקיקה בניו-יורק, לפיה רשאי התובע לתבוע "damages for any injuries". NY CLS Civ R § 51 (2002). במדינת קליפורניה, שבה זכות הפרסום אינה מסווגת כהיבט של זכות הפרטיות, זכאי התובע לפיצוי כספי בסך \$750 או לחילופין לפיצוי בשיעור נזקו בתוספת השבת רווחי הנתבע על חשבון: Cal Civ Code § 3344 (2002).

68 במדינת ויסקונסין הסעד הנזיקי והסעד הקנייני – השבת התעשרות הנתבע – הם חלופיים. לסעיף בחוק ראו הערה 67 לעיל.

חשבון היורשים לאחר מות הידוען, ויש לשמר את הזכות בידי היורשים. אשר לעבירות הזכות, הרי – כפי שצוין בפסק-דין *Haelen* – ערך הזכות יופחת משמעותית אם לא תוכר עבירותה, משום שלא ניתן יהיה להעניק רישיון בלעדי בזכות. אם מבכרים אנו את עבירות הזכות ואת קיומה לאחר המוות, יש להכיר בסיווג הזכות כקניינית, עצמאית, ומנותקת מזכות הפרטיות.

5. מעמדה של זכות הפרסום בישראל

(א) העדר הכרה מפורשת

זכות הפרסום אינה מוכרת מפורשות בחקיקה הישראלית. הפסיקה שדנה בזכות זו בארץ עיגנה אותה בסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, הקובע כי "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח" מהווה פגיעה בפרטיות.⁶⁹ סעיף 4 לחוק הפרטיות קובע כי "פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה". בד"נ 9/83 קבע כב' הנשיא שמגר (כתוארו אז), כי: "מן הראוי לפרש את החוק שבפנינו [חוק הגנת הפרטיות; ט' ש' על פי מהותו ועל פי מטרתו החקיקתית, ולא דווקא לפי פרשנותו המילולית האפשרית של מונח זה או אחר".⁷⁰ בדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הפרטיות⁷¹ נאמר כי:

תחומי הזכות מתפרשים לגבי אותם עניינים של הפרט אשר על פי מוסכמות חברתיות זכאי הפרט לשמרם לעצמו מבלי שזולתו יתן להם פומבי ללא הסכמתו. הדעה המקובלת כיום היא שלא די בהגנה הניתנת לאדם על פי הדין נגד פגיעה בגופו ובנכסיו אלא יש להבטיח הגנה גם בפני הפגיעה בפרטיות.

התרחבות אמצעי התקשורת ההמוניים, ההתפתחות וגידול התפוצה של מכשירים טכנולוגיים המאפשרים האזנה, התחקות ובידול ממרחק, התרחבות האיסוף והריכוז של מידע בידי גורמים ציבוריים ופרטיים, והגידול המהיר של האוכלוסייה וצפיפות הדיור – כל אלה מביאים להחמרת הפגיעות בפרטיות. הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם והוא חש שענייניו האישיים האינטימיים ייחפכו – ללא הצדקה – לנחלת הציבור. מצב חדש זה יצר את הצורך לשריין את ההגנה על זכותו של אדם לפרטיות, ולמלא חלל משפטי בנושא שחשיבותו גדלה והולכת.

69 ראו הערה 4 לעיל.

70 ד"ע 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853-854.

71 ה"ח 1453 [תש"ם], 206.

סעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתמצת את מהות חוק הגנת הפרטיות בקובעו כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". נראה, אפוא, שמטרתו של סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות היא לשמור על צנעת חייו של הפרט לבל ייעשה בהם שימוש מסחרי לא מורשה; היינו: לא טעם כספי מונח ביסוד סעיף 2(6) לחוק (הגנה על הערך הפרסומי של האדם), אלא ההגנה על פרטיות הפרט ורגשותיו היא היסוד לחקיקתו של הסעיף.⁷² הואיל ותכלית החוק היא הגנה על רגשות הפרט נקבע איסור הפגיעה בפרטיות כעוולה אזרחית, וכן נקבע כי הזכות לפרטיות מסתיימת עם המוות. פגיעה בפרטיות שאירעה לאתר מותו של אדם אינה מבססת עילת תביעה.⁷³ לא זו בלבד אלא שרק האדם הנפגע יכול לתבוע בגין הפגיעה בו, כלומר: לא ניתן להעביר את זכות הפרטיות לאחר.⁷⁴

בעוד זכות הפרטיות מעניקה הגנה לרגשות האדם, זכות הפרסום תרה אחר הגנה לערכו הכספי – לבל ייעשה בדמותו שימוש מסחרי לא מורשה. מאחר שזכות הפרסום היא זכות כלכלית באופייה, הרי שבניגוד לזכות הפרטיות יש לסווגה כקניינית ולהכיר בעבירותה ובהורשתה.

הבסיס השונה של הזכויות מחייב הפרדה ביניהן.⁷⁵ "עירוב תחומין" בין שתי הזכויות יוביל לפגיעה במאפיינים המיוחדים לכל זכות. עיגון זכות הפרסום במסגרת זכות

72 יצוין כי טעם זה נכון גם לחקיקתם של סעיפים 50, 51 לחוק הזכויות האזרחי בניו-יורק (סעיף 50 מקביל בתוכנו לסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, הסעיף אוסר שימוש מסחרי לא מורשה בשמו, ובתמונתו של אדם, סעיף 51 קובע פיצוי בגין הפרת סעיף 50). סעיפים 50, 51, נחקקו בשנת 1903 בתגובה לפסק הדין *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 NY 538 (1902), שלא הכיר בזכות הפרטיות של אשה שנעשה שימוש בתמונתה בפרסומת ללא הסכמתה (מתוך פסק דין *Stephano*, הערה 10 לעיל, בעמ' 182). חוק הזכויות האזרחי מכונה *N.Y. Civil Rights Law* (McKinney 1990). החוק נחקק לראשונה בשנת 1903, והסעיפים המקבילים לסעיפים 50, 51 היו 1-2 ch. 132, 1903 N.Y. Laws. ראו *Madow*, הערה 24 לעיל, בעמ' 164.

73 סעיף 25 לחוק הגנת הפרטיות.

74 זכות הפרטיות היא זכות אישית ורק הדמות שבה פגעו יכולה לדרוש את עלבונה. סעיף 25 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי פגיעה בפרטיות שאירעה לאחר מות האדם אינה מועברת ליורשיו. מכאן, שפרט לגסיבות המיוחדות המנויות בסעיף, שבהן היורשים יכולים לתבוע בגין פגיעה בפרטיות המת (כאשר הפגיעה בפרטיות אירעה בחיי הנפגע והיורשים הגישו תביעה תוך שישה חודשים ממותו), רק האדם הפגוע רשאי להגיש תביעה בעילה של הפרת זכות הפרטיות.

75 ההבדל בין האינטרסים המוגנים הוא שהוליד הכרה בזכות הפרסום כזכות עצמאית המנותקת מזכות הפרטיות בפסק-דין *Haalen*, הערה 3 לעיל (שנת 1953); ראו הסקסט הסמוך להערה 12 לעיל. אולם, הלכה זו התהפכה בפסק דין *Stephano* (שנת 1984), הערה 10 לעיל. שבו נקבע כי ההיסטוריה החקיקתית של זכות הפרטיות – הגנה על צנעת חייהם של אנשים פרטיים – לא מונעת הענקת הגנה גם לידוענים שנעשה שימוש מסחרי לא מורשה בדמותם, ולפיכך יש לעגן את זכות הפרסום בדימויה של זכות הפרטיות (שם, בעמ' 183).

הפרטיות יעקף את תכונת העבירות של הזכות, המשמרת את ערכה הכלכלי, וכן את אפשרות העברתה ליורשים. מדוע שזכות כלכלית תסתיים עם מות בעליה ולא תועבר הלאה ליורשיו? מה ההיגיון בהעדפת המפרסמים על חשבון היורשים, באופן שיורשה למפרסמים לעשות שימוש מסחרי בדמות המת ללא צורך בקבלת הסכמה מוקדמת לכך, וממילא ללא תשלום דמי הסכמה ליורשים?

הפרדה בין זכות הפרטיות לבין זכות הפרסום מחייבת את המסקנה כי פגיעה בזכות הפרטיות, כמשמעה בסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, תפוצה רק אם תוכח פגיעה בצנעת חיו או בפרטיותו של התובע וברגשותיו כתוצאה משימוש לא מורשה בשמו, בכינויו, בתמונתו או בקולו.⁷⁶

הפרדה בין זכות הפרטיות לבין זכות הפרסום קיימת במדינות המצוינות בהערה 61 לעיל, וכן בנברה, בטקסס, בפלורידה, בטנסי ועוד. לעומת זאת, בנברסקה, בניו-יורק, בוירג'יניה ובוויסקונסין מעוגנת הזכות במסגרת זכות הפרטיות. מתוך Kwall, הערה 60 לעיל, בהערה 33, דוגמא יפה לכך ניתן למצוא בנסיבותיו של ת"א (של-ראשלי"צ) 7059/01 מרי נ' בן (לא פורסם, 12.9.2002), שם תבעו אם ובנה חנות צילום שפרסמה ברכים תמונה אישית של השניים שצולמה בחנות במסגרת מסע פרסום לחגות, בעולת פגיעה בפרטיותם. פרסומם ברכים של אנשים פרטיים אכן פוגע בצנעת חייהם (שאלת תחולתה של זכות הפרסום – האם היא חלה רק על ידוענים או שמא גם על אנשים פרטיים – הורגת כמסגרתו של מאמר זה).

בת"א רופ, הערה 4 לעיל, נפסק בעמ' 519 כי: "פגיעה בפרטיות מתרחשת בין אם נפגעו רגשותיו של האדם כתוצאה משימוש בתמונתו בלא רשותו, ובין אם הפגיעה מתבטאת בכך שנמנע ממנו מלהשתלב בעצמו בתהליך של פרסום דמותו לצורך הפקת רווחים לעצמו". ואלם כאשר עבר בית המשפט לדון בפיוצויים בגין הפגיעה בפרטיות של התובע, נפסק כי "התובע לא הוכיח שנגרם לו נזק ממון הנובע מהפרת זכותו לפרטיות" (שם, בעמ' 525); "עם זאת, התובע הצביע על כך שנגרם לו נזק שאינו נזק ממון, המזכה אותו בפיוצוי. השימוש בדמותו של התובע, באמצעות העסקת כפיל, ופרסום המודעות ברכים בלא הסכמתו, פגעו ברגשותיו ובזכותו שלו להפיק טובת הנאה מתדמיתו הציבורית. ראוי לפצותו על עוגמת הנפש שנגרמה לו עקב כך" (שם, בעמ' 525-526). לכאורה, אם די בכך שנמנע מהתובע "מלהשתלב בעצמו בתהליך של פרסום דמותו לצורך הפקת רווחים לעצמו" כדי לבסס פגיעה בזכות הפרטיות, הרי שההימנעות מלשלם דמי הסכמה לפרסום יכולה לבסס את הפגיעה הממונית; אולם אף על פי שבית המשפט הכיר בהימנעות מלשלם כספים אלו כהתעשרות על חשבון התובע וציווה על השבתם בעילה של עשיית עושר ולא במשפט (שם, בעמ' 524), הוא לא הכיר בכך כדי לבסס נזק ממוני בעילה של פגיעה בזכות הפרטיות, ותר אחר פגיעה ברגשות התובע.

גם הפגיעה ברגשות התובע, שלכאורה הוכחה בבית המשפט, אינה נקיה מספקות. האם שימוש בדמות התובע באמצעות העסקת כפיל גורם לפגיעה ברגשות או שמא לאובדן הכנסה? האם פגיעה בזכות להפיק טובת הנאה מהתדמית הציבורית של התובע גורמת לעוגמת נפש או שמא לחסרון כיס?

פרופ' פרידמן, בספרו דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב), בעמ' 455, טען כי העילה בסעיף 2(6) לחוק הפרטיות מגינה גם על אינטרסים רכשיים ולא רק על פגיעה ברגשות. לדעתנו, יש לפרש את החוק לפי תכליתו, וזו – כפי שעולה מקריאת הצעת החוק – נועדה להגן על רגשות הפרט ולא על ממונו. משכך, יש להעדיף, לדעתנו, יצירת זכות חדשה על פני מעשה כלאיים המערב מין בשאינו מינו. היינו: יש לשכור על אינהרנטיות ושלמות פנימית של כל אחת משתי

מקובל להניח כי ידוענים אינם מעוניינים להצניע את חייהם, ופרסומם ברבים אינו פוגע בפרטיותם מכיוון שהם אינם מתפשים פרטיות. כמו כן, הפגיעה בהם עקב שימוש מסחרי לא מורשה בדמותם היא פגיעה כספית ולא פגיעה ברגשות. לכן יהא זה נכון להכיר בעילת זכות הפרסום – להבדיל מעילת הפרטיות – כמגינה על האינטרס הכלכלי של דמותם. עילת תביעה זו צריכה להיות עצמאית, ומנותקת מזכות הפרטיות:

grievance here is not the invasion of his 'privacy', privacy is the one thing he did not want, or need, in his occupation.⁷⁷

סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות נדון, בין היתר, בפסק דין ברקוביץ.⁷⁸ בנסיבות פסק הדין הוכח שימוש מסחרי לא מורשה בדמות התובעים. התובעים לא טענו לפגיעה ברגשותיהם, ובית המשפט פסק להם פיצויים בשיעור דמי ההסכמה שנחסכו מהנתבעים מכוח סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות.

לאור הדיון לעיל, אין לבסס פגיעה קניינית ופיצוי בשיעור דמי הסכמה על יסוד עילת הפגיעה בפרטיות: עילה זו מיועדת להגן על רגשות הפרט ולא על קניינו.

(ב) אי-התאמתן של תיאוריות משפטיות אחרות

עשיית עושר ולא במשפט

סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות נדון גם בפסק-דין רופ.⁷⁹ ברומה לנסיבותיו של פסק דין ברקוביץ, גם בפסק דין זה נעשה שימוש לא מורשה בדמות התובע. בית המשפט פסק לתובע פיצוי נזיקי בגין עוגמת נפש שנגרמה לו עקב הפרסום הלא מורשה מכוח סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, ופיצוי קנייני שהשיב לתובע את התעשרות הנתבעים על חשבוננו – פיצוי שאמר את דמי ההסכמה שנחסכו מהנתבעים מכוח עילת עשיית עושר ולא במשפט.

במצב המשפטי דהיום במדינת ישראל זו העילה היחידה הראויה לפגיעה בזכות הפרסום, שהרי עסקינן בהתעשרות שלא כדין של המפרסמים על חשבון הירוענים. אולם, מאחר שעילה זו היא עילת סל, הרי היא חסרה ממדים לבחינת הזכות כגון היקף הזכות (איזה מאפיינים ייחודיים של האדם ייכללו בזכות – שם, תמונה, קול ואולי

הזכויות, ולא לערב בין הזכויות השונות של השתיים באופן שתיווצר סתירה פנימית במהותה של זכות הפרטיות. מאותה סיבה גם אין להכיר בעבירותה של זכות הפרטיות רק כדי להגן על ממנו של הידוען.

77 Darren F. *Gautier v. Pro-Football, Inc.*, 107 N.E.2d 485, 489 (1952) מתוך: Farrington, "Should the First Amendment Protect Against Right of Publicity Infringement Actions Where the Media is Merchandiser? Say It Ain't So, Joe," 7 *Fordham I. P., Media & Ent. L. J.* 779, 787 (1997)

78 ת"א (שלום ת"א) 19080/91 ברקוביץ נ' עיתונות מקומית (לא פורסם, 20.12.1992).

79 ראו הערה 4 לעיל.

מאפיינים נוספים) ותחולת הזכות (על מי חלה הזכות – ידוענים בלבד או שמא גם אנשים פרטיים?). כמו כן עילת סל זו לא מביעה עמדה בשאלת עבירותה והורשתה של זכות הפרסום. גם שאלת הסעד אינה נקייה מספקות: האם יש להשיב את ההתעשרות בפועל של הנתבע או את דמי ההסכמה שחסך? לא זו בלבד, אלא שעילת עשיית עושר ולא במשפט כלל אינה עוסקת באיזון עם זכויות אחרות, ובענייננו – הזכות לחופש הביטוי. האם בכל הנסיבות יש למנוע שימוש לא מורשה בדמות או רק בנסיבות מסחריות? מסיבות אלו לא ראוי להותיר את זכות הפרסום לעילה של עשיית עושר ולא במשפט, אלא נכון יהיה לכונן זכות חדשה על כל היבטיה.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בקנינו של אדם". זכות הפרסום היא אחת מקנייניו של האדם – אולם החוק הוא לא יותר מאשר קביעת עקרונות, ואין בו ממדים לבחינת מאפייני הזכות ואף לא קריטריונים לסעד שיש לפסוק בגין פגיעה בזכויות המנויות בו. מסיבות אלו אין לעגן את זכות הפרסום בחוק יסוד זה. נסיבות פסק דין מקדונלד ממחישות את מגבלתו של חוק יסוד זה: אף שהוכרה פגיעתו של התובע מכוח חוק יסוד זה, לא נפסקו בשל כך פיצויים מכוחו.

דיני זכויות יוצרים

זכות הפרסום אינה היבט של זכות יוצרים, שכן מאפייני האדם – קולו, שמו ותמונתו⁸⁰ – אינם בגדר "יצירה" כמשמעה בחוק זכות יוצרים, 1911. לא זו בלבד, אלא שהזכויות שונות מהותית זו מזו. זכות יוצרים נועדה לעודד יצירות וככזו היא זכות בעלת ערך תרבותי. לעומתה, זכות הפרסום נועדה להגן על ערכו הפרסומי של האדם, וככזו היא זכות כלכלית. מטעמים אלה לא יהיה זה נכון לעגן את זכות הפרסום בדיני זכויות יוצרים.

מהסקירה לעיל עולה כי אין בישראל עילה הולמת לעיגון זכות הפרסום, ולפיכך, ומתוך הכרה בחשיבותה, יש לכוננה כזכות קניינית עצמאית. אין להירתע מיצירת זכות קניינית חדשה שכן יש להתאים את המציאות המשפטית למצב חברתי המשתנה. אין לאפשר קיומן של עוולות רק בשל הרצון לשמור על רשימה סגורה של זכויות קנייניות. עם ההתפתחות הטכנולוגית הוכרו זכויות קנייניות שלא הוכרו קודם לכן, כדוגמת פטנטים, ולכן עם התפתחותה של תעשיית הפרסומות יש להכיר בזכות הפרסום כאחת מזכויות הקניין הרוחני.

80. אין די בקיום זכות יוצרים בתמונה כלשהי של האדם, שכן אז ניתן יהיה לעשות שימוש בתמונה אחרת שלו.

ד. הארות והערות לפרשת מקדונלד

1. זכות הפרסום היא זכות קניינית ועצמאית

בית המשפט בפרשת מקדונלד ביסס את הפגיעה בזכות הפרטיות של התובע, בין היתר, על פגיעה בזכות הפרסום. כפי שראינו לעיל, זכות הפרטיות וזכות הפרסום מגינות על אינטרסים שונים: בעוד שהראשונה מגינה על רגשות הפרט, האחרונה מגינה על ערכו המסחרי-כלכלי. אינטרסים אלו שונים בתכלית, ולפיכך אין לכרוך את שתי הזכויות יחדיו.

שימוש לא מורשה בדמות של ידוען פוגע לרוב בקניינה של הדמות ולא בפרטיותה. לפיכך, גם הפיצוי בגין פגיעה זו צריך להעריך את הפגיעה הקניינית של העדר הסכמה לשימוש, ולא את הפגיעה הנוזיקית ברגשות הפרט.

בפסק דין מקדונלד אמדו הפיצויים שנפסקו (בגין הפגיעה בזכות הפרטיות) את הפגיעה הנוזיקית ברגשות התובע, ולא את הפגיעה הקניינית עקב אי-תשלום דמי הסכמה. בית המשפט הבהיר כי מטרתם של פיצויים אלה כפולה: "א. שיקום הדימוי העצמי. ב. שיקום הכבוד, קרי התדמית הציבורית"⁸¹. אם אלו הן אכן מטרות הפיצויים

81 ייתכן שבנסיבות פרשת מקדונלד נפגעו אף רגשות התובע בעקבות הרושם הנוצר מפרסומת התגובה, כאילו התובע אינו אמין ומוכן לפרסם שתי חברות מתחרות בעבור בצע כסף. לפיכך בצדק נפסקו לתובע פיצויי נזיקין עקב הפגיעה בפרטיותו. אולם, כאשר עילת תביעה מבוססת על פגיעה בזכות הפרסום, יש להעניק פיצוי קנייני בשיעור דמי ההסכמה שיכול היה התובע לקבל בעבור הסכמתו להשתתפות בפרסומת.

מהשוואת הפיצוי שנפסק לתובע בפרשת מקדונלד עקב לשון הרע ופגיעה בפרטיות – סך של 300,000 ש"ח (נפסק סכום כולל בעבור שתי העילות) – לפיצוי שנפסק בגין פגיעה בפרטיות בת"א מרי, הערה 76 לעיל, עקב שימוש בתמונתם האישית של האם ובנה כמסע פרסום של חנות צילום בה צולמו – סך של 13,500 ש"ח בלבד (יצוין כי פסקי הדין ניתנו בסמיכות זמנים. פסק-דין מקדונלד ניתן ביום 1.7.02, ות"א מרי ניתן ביום 17.9.02), לא ניתן להימנע מהמסקנה שהפיצוי שנפסק לתובע בפרשת מקדונלד נפסק בהתחשב בערכו הפרסומי של אריאל מקדונלד כשחקן מפורסם בעל שם, ובפגיעה הקניינית בערך זה. אחרת, מה בין פגיעה ברגשותיו של מקדונלד לפגיעה ברגשותיהם של האם ובנה? אמנם בפרשת מקדונלד הפיצויים נפסקו גם בגין עילת לשון הרע, אולם הבדל זה בלבד אין בו כדי להסביר את הפער העצום בין סכומי הפיצויים.

המסקנה, שבפיצוי הנזיקי כלול אף פיצוי קנייני בגין הפגיעה בזכות הפרסום של התובע, מתחזקת מקביעתו של בית המשפט, בעניין דחיית תביעת הפיצויים בעילת עשיית עושר ולא במשפט של מקדונלד'ס על חשבון התובע, לפיה "בפיצויים שיקבל התובע בגין העילות האחרות, בהן עוללת גרם הפרת חוזה, לשון הרע ופגיעה בפרטיות, יש כדי לגלם אף את הנזק שהוא תובע מכוח דיני עשיית עושר". מקדונלד'ס פרסמה את עצמה באמצעות שמו של התובע, ללא הסכמתו, ובכך התעשרה על חשבונו. דמי הסכמה אלו מגולמים בפיצוי הגבוה שפסק בית המשפט לתובע בגין הפגיעה בפרטיותו, אולם מבלי שהדבר ייאמר. מלשון פסק הדין עולה כי הפיצוי בסך 300,000 ש"ח הוא רק עבור הפגיעה ברגשות התובע. לו הפריד בית המשפט בין הפיצוי הנזיקי בגין הפגיעה בזכות הפרטיות לבין הפיצוי הקנייני בגין הפגיעה בזכות הפרסום, לא הייתה יצאת

שנפסקו לתובע בעילה זו, טעה בית המשפט בכורכו את זכות הפרסום עם זכות הפרטיות. יסודה של זכות הפרסום הוא ערכה הכספי, ופיצוי בגין פגיעה בה צריך לאמוד את הפגיעה הכלכלית שנגרמה לתובע – ולא פגיעה כלשהי ברגשותיו.

בית המשפט בפרשת מקדונלד כרך את זכות הפרסום עם זכות הפרטיות בהסתמכו על פסק דין *Stephano*,⁸² אולם פסק דין זה לא רק שאינו מייצג את התפיסה המקובלת בעניין זכות הפרסום בארצות-הברית, אלא למעשה אף החזיר את הדין במדינת ניו-יורק לימים שלפני ההכרה בזכות הפרסום.

כפי שראינו בפרשת *Haelan*, זכות הפרסום הוכרה בשל הרצון להגן על ערכה הכספי. כדי לאפשר הענקת רישיון לשימוש בלעדי בזכות, היא הוכרה כמנותק מזכות הפרטיות הסטטוטורית. פסק הדין בעניין *Stephano* החזיר את הגלגל אחורנית, וקבע כי אין קיום לזכות הפרסום מעבר לר' אמותיה של זכות הפרטיות הסטטוטורית:

Since the "right of publicity" is encompassed under the Civil Rights Law as an aspect of the right of privacy, which, as noted, is exclusively statutory in this State, the plaintiff cannot claim an independent common-law right of publicity.⁸³

בכך למעשה הופחת משמעותית מערכה של זכות הפרסום⁸⁴ במדינת הולדתה ניו-יורק.⁸⁵

תקלה תחת ידיו בפוסקו כי "חיוב הנתבעות בגין עשיית עושר בנוסף ליתר עילות התביעה יוביל לפיצוי ביתר". ראו בעניין זה פרק ד.2.

82 הערה 10 לעיל.

83 שם, בעמ' 183.

84 אמנם בהערת שוליים 2 בפסק הדין נאמר, כי בשל נסיבותיו – בהן הוגשה התביעה על ידי הדמות בה נעשה שימוש לא מורשה – לא דן בית המשפט בהשלכות פסק הדין על שאלת עבירותה של זכות הפרסום ועל שאלת הורשת הזכות; אולם, פסיקה מאוחרת יותר, בעניין הורשת הזכות, פירשה את לשונו הרחבה של פסק דין זה כמשווה בין זכות הפרסום לבין זכות הפרטיות הסטטוטורית ולפיכך לא ניתן עוד להוריש את זכות הפרסום. פסק דין *Pirone*, הערה 61 לעיל, בעמ' 585-586. אם כך תגות גם עבירות הזכות, ערכה הכספי של הזכות יקטן משמעותית עקב חוסר היכולת להעניק רישיון בלעדי שימנע מאחר שימוש דומה בזכות.

חריגותו של פסק-דין *Stephano*, הערה 10 לעיל, מתבטאת בעיקר בכך שהוא מעורר ספקות ביחס לשאלת עבירותה של זכות הפרסום. מאז פסק-דין *Haelan*, הערה 3 לעיל, התקבלה עבירותה של הזכות כמובנת מאליה, ואף פסקי דין שפסקו כי הזכות אישית ולא ניתנת להורשה הכירו בעבירותה; ראו פסק דין *Lugosi*, הערה 13 לעיל. זאת ועוד: מרבית המדינות המכירות בזכות הפרסום מכירות אף בהורשת הזכות. בעקבות פסק הדין שונה הדין במדינת ניו-יורק ונקבע סיומה של הזכות עם המוות – ראו הערה 61 לעיל.

יצוין כי גם פסק דין *Zacchini*, הערה 9 לעיל, הוא פסק דין חריג בין פסקי הדין הדנים בזכות הפרסום. בפסק דין זה הוגשה תביעה בגין שידור לא מורשה של מופע פעלולים של התובע. פעולה זו דומה יותר לפגיעה בזכות מבצעים, כמשמעה בחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984,

את הפגיעה הקניינית בתובע ביסס בית המשפט בפרשת מקדונלד על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שנוכחנו לדעת, ראוי לבסס פגיעה זו על זכות הפרסום.

2. פיצוי בגין נזק והשבת התעשרות – סעדים מצטברים

בפרשת מקדונלד פסק בית המשפט כי: "חייב הנחבעות בגין עשיית עושר בנוסף ליתר עילות התביעה [גרם הפרת חוזה, לשון הרע ופגיעה בפרטיות; ט' ש' יוביל לפיצוי ביתר", ולא היא.

גרם הפרת חוזה – עשיית עושר ולא במשפט

מקדונלד'ס פגעה בזכותו הקניינית של התובע בזכות הפרסום שלו. מקדונלד'ס לא הייתה רשאית לשדר פרסומת הכוללת את שם התובע ללא קבלת הסכמתו מראש. בעשותה כן, התעשרה מקדונלד'ס על חשבוננו של התובע. לולא הפרה ברגר קינג את החוזה בינה לבין התובע, לית מאן דפליג כי על מקדונלד'ס היה להשיב את התעשרותה לתובע. אם כך הוא, מה בין הפרת החוזה על ידי ברגר קינג לבין מניעת השבת התעשרותה של מקדונלד'ס? לתובע נגרמו שני נזקים עצמאיים: הראשון הוא התעשרותה של הנחבעת על חשבוננו, והשני – שאינו חופף לראשון – הוא ההפסד הכספי שנגרם לו עקב הפרת החוזה על ידי ברגר קינג בעטייה של מקדונלד'ס.

פגיעה בפרטיות – עשיית עושר ולא במשפט

מקדונלד'ס התעשרה על חשבון התובע כאשר השתמשה בשמו ללא רשותו בפרסומת מטעמה. התעשרות זו אינה צודקת ועל מקדונלד'ס להשיבה לתובע. נוסף על כך, "פרסומת התגובה, על רקע הסרטון שעשה התובע עבור 'ברגר קינג', מציגה אותו כאדם לא אמין, המוכר את שירותיו בה בעת, לשתי חברות מתחרות. הציבור אינו יודע כי השימוש בשמו של התובע בפרסומת התגובה, נעשה שלא בידיעתו. מעבר לכך, פרסומת התגובה פגעה בתדמיתו של התובע בקרב ציבור המפרסמים בארץ. התדמית החיובית והמוניטין שרכש בציבור לא נפגעו, ואולם בקרב העוסקים בענף הפרסום, נפגע שמו של התובע."⁸⁶

מאשר לפגיעה בזכות הפרסום. פגיעה בזכות הפרסום היא על פי רוב שימוש לא מורשה למטרות מסחריות בשם, בתמונה או בקול.

85 פסק דין *Haelen*, הערה 3 לעיל, החיל את הדין המהותי של מדינת ניו-יורק.

86 הדברים אמנם נאמרו במסגרת הנוק שנגרם כתוצאה מעולת לשון הרע, אולם נזק זה נכון גם לפגיעה בזכות הפרטיות, ואכן נפסק פיצוי כולל בגין שתי העולות.

הפיצוי עבור הנזק לתדמית אינו משיב את התעשרות הנתבעת לתובע, והשבת ההתעשרות אינה מרפאה את הנזק לתדמית. פיצוי עבור שתי העילות אינו פיצוי ביתר, ואף אין בו כל "סתירה הגיונית", כדברי בית המשפט. דמי ההסכמה שחסכה מעצמה מקרונלד'ס, ושעליה להשיבם לתובע במסגרת עילת עשיית עושר ולא במשפט, אין משמעם הסכמת התובע בדיעבד לפרסומת ובכלל זה לנזק שנגרם לו בעטייה, אלא אך שיעור התעשרות הנתבעת על חשבוננו של התובע. הנזק לתדמית התובע, שנגרם בעקבות הפרסומת, הוא עניין לפיצוי נפרד.

הנזק לתדמית התובע אינו תולדה הכרחית של השימוש המסחרי הלא מורשה בדמותו. על פי רוב מחמאות הפרסומות למשתתף בהן ואינן פוגעות בתדמיתו. אם בענייננו גרמה הפרסומת לנזק, הרי שעל הנתבעת לרפא נזק זה נוסף על חובתה להשבת התעשרותה על חשבוננו.

כפל פיצוי היה לו תבע התובע הן את דמי ההסכמה שחסכה מעצמה הנתבעת והן את התעשרותה בפועל. לעומת זאת, השבת נזקים מחד גיסא ופיצוי קנייני מאידך גיסא אין בהם כפל פיצוי.⁸⁷

תמוהה לא פחות קביעתו של בית המשפט כי "לא ניתן יהיה לכמת את התעשרותה [של מקרונלד'ס; ט' ש' בחישוב אריתמטי".

מובנה השלילי של זכות הפרסום, הוא איסור על שימוש מסחרי בדמות ללא הסכמתה. מכאן, שהתעשרות הנתבעת על חשבון התובע היא בשיעור דמי ההסכמה שנמנעה מלשלם לו. היות ובנסיבות פסק הדין התקשר התובע עם חברת ברגר קינג, וידועים דמי ההסכמה שחברה זו שילמה לו, הרי שללא כל קושי ניתן היה לכמת את דמי ההסכמה שחסכה הנתבעת.⁸⁸

87 ואכן, בתי"א רופ, הערה 4 לעיל, נפסקו פיצויים הן בגין הפגיעה שנגרמה בפרטיות התובע בעקבות השימוש בכפיל, והן בגין השבת התעשרות הנתבעת על חשבון התובע. שיעור הפיצוי בעילה זו נאמד לפי שיעור דמי הסכמה משוערים שהתובע היה מקבל עבור הסכמתו לפרסומת בהשתתפותו (עמ' 524-526). כן ראו Weiler, הערה 21 לעיל, 1 בעמ' 228, שם ציין המחבר כי למרות שזכות הפרטיות נועדה להגן על רגשות הפרט ואילו זכות הפרסום מגינה מפני נזקים כספיים, הרי שהזכויות אינן חלופיות וניתן להגן ביניהן. על כן, במקרה המתאים ניתן לתבוע פיצויים מצטברים בגין הפרת שתי הזכויות. כן ראו הדין במדינת קליפורניה, שם ניתן לתבוע במצטבר הן פיצוי נזיקי והן פיצוי קנייני: Cal Civ Code § 3344.

88 ייתכן שכונת בית המשפט הייתה שאם התעשרותה בפועל של מקרונלד'ס, בעקבות השימוש שלא כרין בשמו של התובע, לא ניתן לכמת, אולם שיעור ההתעשרות "על חשבון התובע" שיש להשיב הוא שיעור דמי ההסכמה שחסכה מעצמה מקרונלד'ס – ולא שיעור ההתעשרות בפועל.

להטעיית לקוחות, כאילו אמר מקדונלד'ס את כל הדברים שיזכרו לו. אולם, גם אם היו שונים פני הדברים וניתן היה להניח כי אין מדובר בציטוט מפי התובע, וכי התובע לא נתן הסכמתו לפרסומת ולפיכך אין חשש להטעיית לקוחות – עדיין, עקב שימוש לא מורשה בשם התובע, הייתה התנהגות החברה עולה כדי פגיעה בזכות הפרסום. לא הרי סימן מסחר כהרי זכות הפרסום. בעוד שהראשון דורש סיכוי להטעיית לקוחות כתנאי להפרתו, באחרון די בשימוש לא מורשה כשלעצמו כדי לבסס פגיעה.⁹¹

ה. סיכום

בית המשפט ציין בפסק הדין כי "הובאו דוגמאות רבות לשימוש הלגיטימי שעושים פרסומאים, בשם ובתדמית של ידוענים, חמורת שכר (חיים רביבו, עודד קטש, קונסטנטין פופה, גור שלף, גיא גודס)".

די בדוגמאות אלה כדי להמחיש את הצורך בהכרה של זכות הפרסום בארצנו כזכות קניינית המנותקת מזכות הפרטיות. ניתוק בין שתי הזכויות יוכל להעניק לזכות הפרסום את תכונת העבירות, שבלעדיה לא ניתן יהיה להעניק רישיונות בלעדיים – וממילא יקטן משמעותית ערכה של הזכות. כמו כן, הפרדה בין זכות הפרסום לזכות הפרטיות תאפשר הכרה בהורשת הזכות, דבר שימנע מהמפרסמים להתעשר על חשבון יורשי הידוען.

בתיאוריות משפטיות אחרות כדוגמת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ודיני זכויות יוצרים, אין כדי להגן מפני שימוש מסחרי לא מורשה בדמותו של אחר. עילת עשיית עושר ולא במשפט אמנם יכולה לתת מענה כלשהו להפרת זכות הפרסום, אולם לעילה זו חסרים מאפייני הזכות. לפיכך, ומתוך הכרה בחשיבותה של זכות הפרסום, יש לכונן את הזכות כזכות קניינית ועצמאית המנותקת מזכויות אחרות. בחקיקת החוק יש להתייחס למאפיינים הייחודיים של הזכות כדוגמת היקפה, תחולתה, היכולת להעבירה לאחר, אפשרויות הורשתה, הסעדים שיינתנו בגין הפרתה, ואיזונה עם זכויות אחרות.

יפים לסיום הדברים שנאמרו בפסק-דין *Martin Luther King*:

Our ancient maxim – "for every right a remedy" – is, in truth, stated hind part before. The reality of the judicial process is this: wherever there ought to be a remedy, the Court will declare a corresponding right.⁹²

משהוכר הצורך בהגנה על ערכו הפרסומי של האדם, ראוי שבית המחוקקים יכיר בזכות הפרסום ויעגן אותה בחוק.

91 Winner במאמרו, הערה 89 לעיל, בעמ' 214, קורא לאמץ תכונה זו של זכות הפרסום גם לסימן מסחרי, היינו: שהפרה של סימן מסחרי תהא בעצם שימוש לא מורשה בסימן גם אם השימוש לא עלול להטעות.

92 פסק-דין *Martin Luther King*, הערה 61 לעיל, בעמ' 684.