

קנין רוחני



## דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחידושים במשפט הישראלי)

מאת

עופר טור-סיני\*

חשיבותם של נכסים רוחניים במציאות בה אנו חיים הולכת וגדלה, ובעקבות כך, מתעצמת גם חשיבותו של תחום הקניין הרוחני במשפט. המאמר סוקר את החידושים המרכזיים מן העת האחרונה בדיני הקניין הרוחני בישראל. הסקירה ערוכה על-פי החלוקה לענפי הקניין הרוחני המסורתיים: דיני פטנטים, דיני זכויות יוצרים ודיני סימני מסחר, ובנוסף לכך, נבחנת התפתחותם של מסלולים נוספים להגנה על תוצרים רוחניים במשפטנו, תוך התמקדות בהתפתחותה של עילת התביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. כמו כן, מנסה המאמר לקשור בין החידושים השונים ולהצביע על המגמות הכלליות המאפיינות את ההתפתחויות בתחום. בין היתר, מצביע המאמר על כך שהתאמתם של דיני הקניין הרוחני למציאות הטכנולוגית והעסקית החדשה מתבצעת במשפטנו בעיקר על-ידי הפסיקה, אשר מנסה לתת מענה הולם לצורכי השעה בגדרי החקיקה הקיימת, ומנתח את היתרונות והחסרונות הכרוכים בהתאמה הדרגתית מעין זו של הדין. בהקשר לכך, עומד המאמר, בין היתר, על כך שהפסיקה בתחום מתאפיינת במעבר מתפיסה המקדשת את הוודאות לתפיסה שבמרכזה ניצב הרצון לעשות צדק בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. מגמה בולטת נוספת עליה מצביע המאמר היא חיזוק זכויותיו של בעל התוצר הרוחני, מגמה אשר מתבטאת בהרחבת הקטגוריות של הנכסים הרוחניים אשר משפטנו מכיר בהם כראויים להגנה; בהרחבת אגד הזכויות אותן מקנה הדין לבעל הקניין הרוחני; ובחיזוקם של הסעדים העומדים לרשותו של בעל הקניין

---

\* חבר סגל, הקריה האקדמית; תלמיד לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לנרדה בן-צבי, שלומית יניסקי-רביד, דפנה לוינסון-זמיר, ומיכל שור על הערותיהן המועילות. תודה מיוחדת למיכל שור גם על הרצאותיה בקורס "זכויות יוצרים וטכנולוגיות מידע" בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, אשר במהלכן נחשפתי לחלק מחידושי הפסיקה הנסקרים בפרק העוסק בזכויות יוצרים במאמר זה.

הרוחני כתגובה להפרת זכויותיו. כמו כן, מצביע המאמר על "גלובליזציה" של דיני הקניין הרוחני במשפטנו, מגמה אשר מתבטאת בקליטתן בחקיקה של אמנות בינלאומיות שישראל הצטרפה אליהן באחרונה, ב"יישור קו" עם דיני הקניין הרוחני הנוהגים במדינות אחרות, ובמתן ביטוי בפסיקת בתי המשפט לשינויים בדפוסי הסחר הבינלאומי ולהתפתחותו של "הכפר הגלובלי" בו אנו חיים היום.

א. פתח דבר

ב. פטנטים

1. אמנת ה-PCT: בקשות בינלאומיות

2. דוקטרינת ההפרה התורמת

3. חריג הניסויים להגנת הפטנט

4. צמצום האפשרות להענקת רישיונות כפייה

5. אפשרות למתן צו מניעה לאחר פקיעת הפטנט

ג. זכויות יוצרים

1. הבסיס התיאורטי של דיני זכויות היוצרים והשלכותיו על עיצובם של עקרונות יסוד: דרישת

המקוריות וההבחנה רעיון-ביטוי

(א) הבסיס התיאורטי של דיני זכויות היוצרים

(ב) דרישת המקוריות

(ג) ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי

(ד) הגנה על מאגרי מידע

(ה) הפסיקה הישראלית — לאן?

2. סוגי היצירות אשר יכולות לשמש נושא לזכות יוצרים

(א) הגנה על יצירה קולנועית

(ב) הגנה על שידור טלביזיוני, לרבות שידור חי

(ג) הגנה על דמות דמיונית

3. דרישת הקיבוע

4. הבעלות בזכות היוצרים

(א) יצירות שנוצרו בידי עובדים

(ב) יצירות משותפות

5. אגד הזכויות הכלכליות של בעל זכות היוצרים

(א) זכות ההשכרה המסחרית; חוק הקלטות הריקות

(ב) זכות הביצוע הפומבי

(ג) הפרה עקיפה על-ידי סיוע לביצוע פומבי אסור

6. המבחנים להפרת זכות יוצרים

7. שימוש הוגן

(א) המבחן הראשון — מטרות השימוש ההוגן

(ב) המבחן השני — מבחן הגינות השימוש

8. סעדים להפרת זכות יוצרים

(א) צו מניעה זמני

(ב) פיצויים סטטוטוריים

(ג) סעדים נוספים — השמדת נכסים; עיכוב טובין במכס

(ד) זכאותו של בעל רישיון ייחודי לתבוע סעד בגין הפרה

9. אחריות פלילית בגין הפרת זכות יוצרים
10. זכויות מבצעים ומשדרים
- ד. סימני מסחר
  1. דוקטרינת הדילול וההגנה על מוניטין בינלאומי
  2. רישום בינלאומי של סימני מסחר
  3. חידוד הקווים לבחינתו של דמיון מטעה
  4. שמות מתחם
  5. סעדים להפרת סימן מסחר – השמדת נכסים או העברתם לידי התובע; עיכוב טובין במכס; החמרת הענישה הפלילית
- ה. מסלולים נוספים להגנה על תוצרים רוחניים
  1. הגנה על תוצרים רוחניים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט
  2. הגנה על תוצרים רוחניים באמצעות עוולת הרשלנות; גזל מוניטין
- ו. סיכום והערכה

## א. פתח דבר

חשיבותו של תחום הקניין הרוחני בחיי המציאות הולכת וגדלה בשנים האחרונות. הדבר נובע, במידה רבה, מן ההתפתחויות הטכנולוגיות הרבות בעשור האחרון, אשר הציבו את התוצרים הרוחניים בחוד החנית של העושר האנושי<sup>1</sup>. התפתחויות אלה, שבמרכזן החידושים הטכנולוגיים בתחומי התקשורת והמחשבים, תרמו להפיכתו של העולם ל"כפר גלובלי", הביאו לשינויים בדפוסי המסחר והפרסום, והגבירו במידה משמעותית את נגישותו של הפרט למידע. לא לחינם זכתה התקופה בה אנו חיים היום לא רק לכינוי "העידן הדיגיטאלי", כי אם גם לכינוי "עידן המידע"<sup>2</sup>.

חשיבותו הרבה של הקניין הרוחני במציאות העסקית והמסחרית של ימינו מורגשת במישורים שונים. כך, למשל, ביחס לפטנטים, עם ההתפתחויות הטכנולוגיות המואצות אשר מיקמו את תעשיית ההיי-טק בחוד החנית, והפכו את האמצאה הטכנולוגית עליה מושתת העסק – בעבור גורמים עסקיים רבים – לנכס החשוב ביותר בו, כך גדלה חשיבותם של הפטנטים כאמצעי להגנה על אמצאות אלה מפני שימוש בלתי-מורשה בידי אחרים. במהלך שנות התשעים, עם עלייתה של תעשיית ההיי-טק, נראה כי חברות הטכנולוגיה בישראל למדו להכיר בחשיבותו הרבה של הפטנט, הן כחבר שנועדה להצר את צעדי המתחרים, והן כמגן מפני טענות על הפרת זכויות של אחרים<sup>3</sup>. מעיון בנתונים הסטטיסטיים שמפרסם רשם הפטנטים בישראל<sup>4</sup>, ניתן לעמוד בנקל על מגמת

1 מ' דויטש "חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 – הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה (תש"ס) 128.

2 ראו, למשל: נ' אלקין-קורן "זכויות יוצרים בעידן המידע – יעדים ותיקים בעידן חדש" שערי משפט א (תשנ"ח) 155.

3 ראו: ט' איתן "אז מה עושים עם פטנט" [www.tehcnolawgy.co.il](http://www.tehcnolawgy.co.il), תחת פירסומים/פטנטים.

4 עיינו באתר האינטרנט של משרד המשפטים, [www.justice.gov.il](http://www.justice.gov.il), תחת רשם הפטנטים/מידע כללי/מידע סטטיסטי.

העלייה במספר הבקשות לרישום פטנט, המוגשות לרשם הפטנטים מדי שנה במהלך העשור האחרון.

גם חשיבותו של השם המסחרי הולכת וגדלה בעידן הנוכחי, שבו מרבית מוצרי הטכנולוגיה הגבוהה כבר אינם מהווים נחלתן הייחודית של קבוצות צרכנים מתוחכמות, אלא משווקים לקהל יעד הולך ומתרחב, ובתחרות הקשה על תשומת לבו של הקונה משמשים סימני המסחר אלמנט מרכזי<sup>5</sup>. זאת ועוד, לשימוש בסימן המסחר נודע משנה חשיבות בעולם של סחר אלקטרוני, שבו מתבצעת עסקת הרכישה בין צרכן – אשר חייב לגלות חשדנות וזהירות בפלסו את דרכו בין מיליוני דפי אינטרנט – לבין ספק, אשר עשוי להיות ממוקם במרחק גיאוגרפי רב ממנו, כאשר העסקה מתבצעת בלא שמתקיים כל מפגש פיסי ביניהם. תופעה נוספת הרווחת בימינו היא התפתחותו של שוק מוצרים נלווים מסביב לסימן מפורסם, דבר שתורם אף הוא לחשיבותם הגדלה והולכת של סימני המסחר בהם נעשה שימוש בעולם העסקים.

לבסוף, גם תחום זכויות היוצרים מקבל משנה חשיבות בימינו כתוצאה מן ההתפתחויות בתקשורת ובטכנולוגיה, ובעיקר כפועל יוצא מן המעבר לרשת האינטרנט כסביבת יצירה והפצה עיקרית של מידע בכלל, ויצירות המוגנות בזכות יוצרים בפרט. מדו"ח שפרסם לאחרונה הארגון העולמי לקניין רוחני (WIPO), העוסק בהשפעת האינטרנט על הקניין הרוחני<sup>6</sup>, עולה, כי למעלה מ-605 מיליון איש, כעשרה אחוזים מאוכלוסיית העולם, משתמשים כיום באינטרנט, ומספר זה רק הולך וגדל. נוכח קלות ההעתקה וההפצה של יצירה דיגיטאלית, רשת האינטרנט אינה משמשת אך ורק כמדיום להפצה חוקית של מידע, אלא גם כר פורה להפרות של זכויות יוצרים. כך, למשל, עולה מן הדו"ח הנזכר של WIPO, כי ברשת האינטרנט מוחלפים באופן בלתי-חוקי בין 400,000 ל-600,000 סרטים מדי יום ביומו. לא לחינם הוכתר, אפוא, האינטרנט בכינוי "מכונת ההעתקה הגדולה בעולם"<sup>7</sup>. תופעה זו מעמידה אתגר עצום בפני דיני זכויות היוצרים ומציבה אותם במרכז הדיון הציבורי והמשפטי בעולם.

למציאות זו, שבה משקלו של הקניין הרוחני בחיי המסחר ואף בחייו של הפרט הולך וגובר, נודעת השפעה ישירה על המשפט, בעולם כולו ובישראל בפרט. בשנים האחרונות, כמות הסכסוכים בתחום הקניין הרוחני אשר נדונים בפני הערכאות השיפוטיות השונות הולכת וגדלה, ובתי המשפט נדרשים להקדיש משאבים שיפוטיים רבים לדיונים הנוגעים לשאלות מתחום הקניין הרוחני, ולהכריע, כעניין שבשגרה, בסוגיות רבות ומגוונות שטרם זכו להכרעה תוך מתן מענה לצורכי השעה. כפועל

5 ראו מאמרה של מחלקת סימני המסחר במשרד איתן, פרל, לצר וכהן-צדק, "זה לא רק שם מסחרי", המופיע באתר האינטרנט [www.technolawgy.co.il](http://www.technolawgy.co.il), תחת [publications/trademarks](http://www.technolawgy.co.il/publications/trademarks).

6 ראו דו"ח מיום 10 באוקטובר 2003, אשר מופיע באתר של WIPO, תחת הקישור: <http://ecommerce.wipo.int/survey/html/index.html>.

7 א' פרוינד-מיה "דיגיטציה של קניין רוחני" <http://www.law.co.il/showarticles.php?d=h&article=206>.

יוצא, אנו עדים להתפתחויות רבות בדיני הקניין הרוחני, ולכך שהיוריספרודנציה המקומית שלנו בתחום משפט זה הולכת ומתעבה במהירות. בגדר תוכנה מקדמית, אשר תימוכין רבים לה ניתן למצוא בגוף המאמר, אנו סבורים, כי ניתן להצהיר בפה מלא על הפיכתם של דיני הקניין הרוחני מתחום איזוטרי יחסית בשיטת המשפט שלנו לענף מרכזי בתחום המשפט האזרחי.<sup>8</sup>

המשפט מצוי כיום בפרשת דרכים, ורבים בעולם מתחבטים בשאלה כיצד יש להתאים את דיני הקניין הרוחני למציאות הטכנולוגית החדשה. ניתן להצביע, באופן כללי, על שתי גישות עקרוניות ביחס לשאלה זו<sup>9</sup>: אסכולה אחת גורסת, כי, במרבית המקרים, ניתן (וראו) להתמודד עם הבעיות שמעוררת המציאות הטכנולוגית החדשה באמצעות הכלים המצויים במסגרת הדין הקיים, תוך התאמתו למצבים החדשים באופן הדרגתי באמצעות פרשנות גמישה של בתי המשפט. מנגד, יש הגורסים, כי המציאות החדשה, ובמיוחד האתגרים שמציבה רשת האינטרנט, דורשים רפורמה מקיפה ונרחבת בדיני הקניין הרוחני<sup>10</sup>. יש אף המצביעים על הצורך ביצירתו של "משפט אינטרנט", אשר יתבסס על עקרונות משפטיים חדשים לגמרי, השונים באופן מהותי מן העקרונות המשפטיים הנוהגים כיום<sup>11</sup>.

ההתפתחויות בישראל אשר תיסקרנה בהמשך מאמר זה מצביעות על כך שככלל, הגישה הראשונה, דהיינו, התאמה הדרגתית של דיני הקניין הרוחני הקיימים אל המציאות החדשה, היא הגישה המאפיינת את המשפט הישראלי. עם זאת, לא נראה, כי מדובר בתוצאה של הכרעה ערכית לפיה זוהי אכן הגישה הראויה להתמודדות עם המציאות

8 המלומדת אלקין-קורן עמדה, למעשה, על מגמה זו כבר בשנת 1997. ראו: אלקין-קורן, לעיל הערה 2, בע' 156.

9 ודוק: אנו מתייחסים בזאת לגישות השונות באשר לדרך העקרונית שבה יש לבצע את השינויים הנחוצים בדין, ולא למחלוקות הנוטשות באשר לתוכנם המהותי של השינויים הנחוצים, אשר בחלקן נעסוק בגוף המאמר.

10 אחד האמצעים בגדר רפורמה שכזאת עשוי להיות חקיקת חוקים מיוחדים להגנה על אובייקטים מוגדרים חדשים, בתבניות דין שעיצובן העקרוני שונה מהעיצוב המסורתי של דיני הקניין הרוחני. ראו: מ' דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב) 28. כך, קיימת דעה בעולם, כי תוכנות מחשב צריכות להיות מוגנות על-ידי מערכת דינים ייחודית הנבדלת מדיני הפטנטים ומדיני זכויות היוצרים: ראו, למשל: P. Samuelson, R. David, M. D. Kapur & J. H. Reichman "Symposium: Toward a Third Intellectual Property Paradigm: A Manifesto Concerning The Legal Protection of Computer Programs" 94 *Colum. L. Rev.* (1994) 2308, ומאמרים נוספים שפורסמו באותו כרך בנושא זה. כדוגמאות להסדרים ייחודיים מסוג זה, ראו: בישראל, החוק להגנה על מעגלים משולבים, התש"ס-1999, אשר מקנה הגנה sui generis לטופוגרפיות מקוריות של מעגלים משולבים; ובקהילייה האירופית, הדירקטיבה להגנה על מאגרי מידע: Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, אשר מקנה הגנה sui generis לתוכנם של מאגרי מידע אשר עומדים בתנאים מסוימים המפורטים בדירקטיבה (ראו דיון להלן בטקסט ליד הערות 196-199).

11 ראו, למשל: א' טננבוים "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" שערי משפט א (תשנ"ח) 133, 146-154.

המשתנה, אלא יותר בתוצאה של הדינאמיקה המאפיינת את עבודת הרשות המחוקקת בארצנו.

עיקר החוקים בתחום שנחקקו בישראל בשנים האחרונות עוסקים בסוגיות המצויות בשולי הטריטוריה של ממלכת הקניין הרוחני. בגדר חוקים אלה, ראוי לציין את חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999 (להלן – "חוק עוולות מסחריות")<sup>12</sup>, אשר ייעודו העיקרי הוא הגנה מפני תחרות בלתי הוגנת<sup>13</sup>, ואשר מסדיר, בין היתר, את הנושא החשוב של סודות מסחריים, שעד כה טרם זכה לעיגון בחקיקה. דבר חקיקה נוסף אשר לא נדון בו במסגרת מאמר זה הוא החוק להגנה על מעגלים משולבים, התש"ס–1999, אשר קובע הגנה מיוחדת (sui generis) לטופוגרפיות מקוריות של מעגלים משולבים (integrated circuits)<sup>14</sup>. מעבר לכך, תיקונים רבים בחקיקת הקניין הרוחני נעשו לצורך יישור קו עם אמנות והסכמים בינלאומיים שונים אשר ישראל הצטרפה אליהם בשנים האחרונות. בגדר אמנות והסכמים אלה ראוי להזכיר כבר עתה את ההסכם על היבטי סחר של זכויות קניין רוחני (Agreement on Trade Related

12 לדיון מקיף בחוק עוולות מסחריות, אשר לא נדון בו במסגרת מאמר זה, ראו: דויטש, לעיל הערה 10.

13 במקורה, נשאה הצעת החוק שבעקבותיה נחקק החוק, את השם "הצעת החוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו–1996", ובסעיף 1 להצעה נקבע איסור כללי על תחרות בלתי הוגנת. ראו, למשל: "עמית" הצעת חוק איסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו–1996 "הפרקליט מג (תשנ"ו) 223, 225. ואולם, לאחר דיונים ארוכים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הוחלט להשמיט את סעיף 1 הנזכר (ובעקבות כך, לשנות את שם החוק), מחשש פן איסור כללי ועמום על תחרות בלתי הוגנת בחוק יביא לפגיעה בלתי-הולמת בתחרות החופשית. ראו: דויטש, לעיל הערה 1, בע' 131. עמדתו של פרופ' דויטש היא כי הכללתו של האיסור הכללי האמור יכולה הייתה להוות צעד חשוב וראוי. שם, בע' 131–134. ראו גם: דויטש, לעיל הערה 10, בע' 43. עם זאת, עמדתו של דויטש היא, כי איסור כללי על תחרות בלתי-הוגנת קיים במשפטנו גם ללא קביעה מיוחדת בחוק, הן מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט והן במסגרת דיני הנזיקין. ראו: דויטש, לעיל הערה 1, בע' 134–140; דויטש, לעיל הערה 10, בע' 50–54. דויטש עומד על כך, שהשמטתו של האיסור הכללי בדבר תחרות בלתי הוגנת מן הנוסח הסופי של החוק אינה מלמדת על קיומו של הסדר שלילי בסוגיה, אלא אך על הימנעות של המחוקק משינוי הסטטוס-קוו המשפטי ששרר בנדון בטרם החקיקה. ראו: דויטש, לעיל הערה 1, בע' 139; דויטש, לעיל הערה 10, בע' 213. ראו גם: ע' גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשס"ב) 338. עד לקבלת החוק לא הייתה הגנה מפורשת על מעגלים משולבים בחקיקה הישראלית, ובמקרים הספורים שנידונו בבתי המשפט, קבעו השופטים כי מעגל מודפס כמוהו כ"יצירה ספרותית", והחילו את הגנת זכות היוצרים, אשר ספק אם מהווה אכסנייה טבעית להגנה על מוצר תעשייתי שכזה. ראו, למשל: ת"א (ת"א) 557/79 קוטליצקי נ' אלקלעי, פ"מ תשמ"ב(1) 387, 392; המ' (ת"א) 14039/90 הדס הנדסת מכונות נ' הבונה הנדסת מכונות, תקדין מחוזי 91(3) 394. החוק החדש נועד, אפוא, להסדיר את ההגנה על מעגלים משולבים באופן פורמאלי ובמנותק מדיני זכויות היוצרים. עם זאת, ראוי לציין, כי ההגנה אותה מקנה החוק דומה במספר היבטים משמעותיים להגנת זכות היוצרים. כך, למשל, ההגנה ניתנת מיד עם יצירת הטופוגרפיה, ללא צורך בקיום דרישות פורמאליות של רישום במרשם כלשהו. בנוסף לכך, אגד הזכויות הבלעדיות הניתנות לבעל הטופוגרפיה אינן כוללות את הזכות למנוע יצירה של טופוגרפיה זהה באופן עצמאי (להבדיל מאשר על דרך של העתקה).



מהווה נספח להסכם שכונן את ארגון הסחר העולמי (World Trade Organization, WTO). כמו אמנות בינלאומית קודמות שעסקו בזכויות קניין רוחני, גם הסכם הטריפס נועד, בראש ובראשונה, להסיר את הקשיים אשר קיומם של משטרי קניין רוחני שונים במדינות שונות עשויים להערים על הסחר הבינלאומי, וזאת באמצעות קביעת מסגרת של סטנדרטים אחידים להגנה על זכויות קניין רוחני במדינות השונות. בעקבות הצטרפותה של מדינת ישראל להסכם הטריפס בשנת 1995, בוצעו מספר תיקונים חשובים בחוקי הקניין הרוחני השונים, אשר נועדו להתאימם לסטנדרטים הקבועים בהסכם הטריפס.<sup>16</sup>

ואולם, מבלי להמעיט בערכם של תיקוני חקיקה אלה, הרי שאין מנוס מלהודות, כי בתחום הליבה של דיני הקניין הרוחני – במיוחד זכויות היוצרים – החקיקה שלנו עדיין מפגרת במידה רבה אחר החקיקה במדינות מערביות אחרות, שבהן עוצבו במהלך השנים האחרונות הסדרים שונים שנועדו להתמודד בצורה מקורית וחדשנית עם בעיות ייחודיות שמעוררות הטכנולוגיות החדשות. כך, למשל, ניתן להזכיר את הדייקטיבה האירופית להגנה על זכויות יוצרים משנת 2001 (להלן – "דירקטיבת זכויות היוצרים")<sup>17</sup>, אשר מחייבת את המדינות החברות, בין היתר, להוסיף לאגד הזכויות של בעל זכות היוצרים את זכות ההעמדה לרשות הציבור (communication to the public)<sup>18</sup>. דוגמה בולטת נוספת לחקיקה בינלאומית, המאפיינת נכונות להתמודד עם

15 את נוסח הסכם הטריפס ניתן למצוא באתר האינטרנט של ארגון הסחר העולמי, [www.wto.org](http://www.wto.org); J.H. Reichman "Compliance with the TRIPS Agreement: זה, ראו: Introduction to a Scholarly Debate" 29 *Vand. J. Transnat'l L.* (1996) 262

16 עיקר התיקונים נעשו במסגרת החוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפס), התש"ס-1999, ס"ח 44 (להלן – "חוק ההתאמה"). ראוי להדגיש, כי במסגרת מאמר זה לא נוכל לעמוד על כל התיקונים שנעשו במסגרת חוק ההתאמה. כך, למשל, אחד התיקונים שלא נדון בהם הוא תיקון לפקודת סימני מסחר ולחוק הגנת כינויי מקור, תשכ"ה-1965, אשר בעקבותיו מוקנית, כיום, במשפטנו הגנה מפני שימוש שלא כדין לא רק בכינויי מקור, אלא אף בצינונים גיאוגרפיים.

17 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (<http://www.eurorights.org/eudmca/CopyrightDirective.html>)

18 ראו: סעיף 3 לדירקטיבת זכויות היוצרים. זכות ההעמדה לרשות הציבור מקנה לבעל זכות היוצרים בלעדיות על כל פעולה המעמידה את היצירה לרשות הציבור, כולל העמדה לרשות הציבור באופן המאפשר לפרטים לגשת אל היצירה במקום ובזמן שיבחרו (ההדגשה לא מופיעה במקור). זכות חדשה זו נועדה ליצור ודאות ובהירות ביחס להגנה על בעל זכות היוצרים מפני העלאת יצירתו לרשת האינטרנט והפצתה באמצעות הרשת, נוכח התחושה כי הזכויות הכלכליות הקלאסיות הכלולות באגד זכויותיו של בעל זכות היוצרים (כגון: זכות הביצוע הפומבי וזכות הפרסום) אינן מתאימות לגמרי לסיטואציה זו. זכות זו מקורה, למעשה, עוד באמנת זכויות היוצרים של WIPO (WIPO Copyright Treaty) אשר אומצה בשנת 1996 על-ידי המדינות החברות באמנת ברן, לשם התמודדות עם ההתפתחויות הטכנולוגיות החדשות. ראו סעיף 8 ל-WIPO Copyright Treaty

המציאות המודרנית באמצעות קונספציות משפטיות חדשות, היא דברי החקיקה השונים העוסקים במתן גיבוי משפטי לאמצעי ההגנה הטכנולוגיים בהם משתמשים בעלי זכויות היוצרים<sup>19</sup>. כך, למשל, בארצות הברית, נתקבל בשנת 1998 תיקון לחוק זכויות היוצרים, המכונה "חוק זכויות היוצרים לעידן הדיגיטאלי" ("Digital Millennium Copyright Act" (להלן – "ה-DMCA")<sup>20</sup>. ה-DMCA מסדיר, בין היתר, את נושא ההגנה המשפטית מפני ניסיונות עקיפה של אמצעים טכנולוגיים שפותחו בידי בעלי זכויות יוצרים לשם שליטה ופיקוח על הגישה והשימוש ביצירותיהם<sup>21</sup>. חקיקה זו מעוררת שאלות כבדות משקל<sup>22</sup>, ובימים אלה מתמקד הדיון הציבורי והמשפטי בארצות הברית במאמצים לחקיקת חוק נוסף, "the Digital Media Consumers' Rights Act", או בקיצור: "ה-DMCRA", אשר נועד לאזן במידת מה את ה-DMCA, ואשר במוקדו תעמודנה דווקא זכויות המשתמשים בעידן הדיגיטאלי<sup>23</sup>.

סוגיות אלה, כמו גם נושאים אחרים המונחים על סדר היום הציבורי ועל שולחנם

תחת הקישור הבא: <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo033en.htm>. ישראל חתמה על אמנת זכויות היוצרים של WIPO, כמו גם על אמנה אחרת שנכרתה בחסות WIPO, העוסקת בזכויות נלוות (WIPO Performances and Phonograms Treaty; ראו הקישור שם), אך מעולם לא אשררה אותן ולא נתנה תוקף להוראותיהן בדברי החקיקה המקומיים (ראו: ט' גרינמן זכויות יוצרים (תשס"ד) 20; עניין ניר, להלן הערה 439). ראוי לציין, כי בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, להלן הערה 24, מוצע לכלול באגד הזכויות של בעל זכות היוצרים את הזכות להעמדת היצירה לרשות הציבור, המוגדרת כ"העמדתה כך שתהיה ליחידים מקרב הציבור גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם האישית" (ראו: סעיפים 10(5) ו-14 לחוק המוצע). דעתנו היא, כי ניסוח זה לוקה בחסר, שכן הזכות אינה צריכה להיות מוגבלת להעמדת היצירה באופן המאפשר ליחידים מקרב הציבור גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם האישית, אלא אך לכלול מצב זה בגדר יתר המצבים בהם מועמדת יצירה לרשות הציבור (השוו הדרך בה מנוסחות ההוראות האמורות באמנת WIPO ובדירקטיבת זכויות היוצרים).

19 ההסדר הראשון בנושא זה נקבע באמנת זכויות היוצרים של WIPO משנת 1996. ראו: סעיפים 11 ו-12 לאמנה, שם. בעקבות כך, נתקבל בארצות הברית ה-DMCA, אשר יידון להלן בטקסט ליד הערה 20. באשר למצב באיחוד האירופי, ראו: סעיפים 6 ו-7 לדירקטיבת זכויות היוצרים, לעיל הערה 17.

20 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860.  
21 ראו: סעיפים 1201 ו-1202 ל-U.S. Copyright Act (להלן – "חוק זכות היוצרים האמריקאי"), אשר הוספו לו במסגרת ה-DMCA; לנוסחו המלא של חוק זכות היוצרים האמריקאי, ראו: <http://www.copyright.gov/title17>. סוגיה חשובה נוספת שהוסדרה עם חקיקת ה-DMCA היא אחריות ספקי שירות אינטרנט להפרות זכויות יוצרים המתבצעות ברשת. ראו: 17 U.S.C. § 512.  
22 ראו דיון תמציתי בחלק מן השאלות העקרוניות אשר מעורר השימוש בהגנות הטכנולוגיות, להלן בטקסט ליד הערות 200-206.

23 למידע אודות החוק החדש, ראו, למשל: [www.publicknowledge.org](http://www.publicknowledge.org), והקישורים המופיעים שם, לרבות לנוסחו המוצע של החוק. לשתי דוגמאות מני רבות באשר לדיון הציבורי המתנהל בארצות הברית בהקשר זה, ראו אתרי האינטרנט הבאים: [www.illegal-art.org](http://www.illegal-art.org), [www.anti-dmca.org](http://www.anti-dmca.org), והקישורים המופיעים בהם. כמו כן, ראו את ספרה המרתק של המלומדת ג'סיקה ליטמן, העוסק בהרחבה בנושאים אלה: J. Litman *Digital Copyright* (Amherst, NY, 2001).

של בתי המחוקקים השונים ברחבי העולם, אשר על חלקם נעמוד בגוף המאמר, טרם זכו להתייחסות מצד המחוקק הישראלי. במהלך השנים האחרונות, הפיץ משרד המשפטים מספר גרסות של תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים חדש, האחרונה שבהם בחודש נובמבר 2003<sup>24</sup>, אך הצעות אלה טרם עשו את דרכן למליאת הכנסת, וככל שנוקפות השנים, כך גדל הפער בין דברי החקיקה שלנו – אשר נוסחו לפני שנים רבות<sup>25</sup> – לבין המציאות המודרנית.

עיקר הפיתוח המשפטי בתחום הקניין הרוחני בישראל נעשה, אפוא, על-ידי בתי המשפט, אשר צריכים לצקת לדברי החקיקה המיושנים תוכן המאפשר התמודדות עם הסיטואציות החדשות שמזמנת המציאות הדינמית. ראוי לציין, כי בתי המשפט עושים זאת בהצלחה לא מבוטלת. את הקרדיט לכך יש לזקוף, כנראה, הן לזכותם של אותם דברי חקיקה, המהווים בסיס לדיני הקניין הרוחני בשיטת המשפט שלנו, אשר מיושנים ככל שיהיו, נוסחו באופן גמיש מספיק המאפשר ברוב המקרים את הפרשנות המרחיבה הנקטת על-ידי בתי המשפט; והן לזכותם של השופטים, אשר נוטלים לעצמם את החירות לפתח את הדין כמתחייב מן הסיטואציות הנדונות בפניהם. פיתוח הדין נעשה בעיקר תוך השראה מן המשפט הנוהג במדינות מערביות אחרות, בעיקר ארצות הברית, אך כפי שנראה בהמשך, במספר מקרים לא היססו בתי המשפט לפתח פתרונות יצירתיים, תוצרת ארץ ישראל, למצבים שנדונו בפניהם.

מאמר זה סוקר את ההתפתחויות המרכזיות בדיני הקניין הרוחני בישראל בשנים האחרונות<sup>26</sup>. מטרתה של הסקירה היא לספק למשפטן העוסק בתחום עדכון מקיף

24 להלן – "תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש". את נוסח התזכיר ניתן למצוא באתר האינטרנט של משרד המשפטים: [www.justice.gov.il](http://www.justice.gov.il). במסגרת המאמר, נתייחס במספר הקשרים להסדרים המוצעים בתזכיר. עם זאת, יוער כבר עתה, כי גם תזכיר זה אינו כולל הסדרים בשאלות משפטיות שונות, אשר בשיטות משפט אחרות כבר קיים הסדר סטטוטורי לגביהן. כך, למשל, בסוגיית הגיבוי המשפטי להגנות הטכנולוגיות, אשר נידונה לעיל בטקסט ליד הערות 19–23. לצדו של תזכיר זה, ראוי להזכיר, כי בשנת 2001 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק ממשלתית נוספת, העוסקת במתן סמכות לבית המשפט המחוזי בתל-אביב לשבת כבית משפט מיוחד ליישוב מחלוקות בענייני תמלוגים. ראו: הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים), התשס"א–2001, ה"ח 548. הדיונים בהצעה זו טרם הסתיימו בוועדת הכלכלה של הכנסת, ומטעמי יעילות, הוראותיה לא הובאו במסגרת תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש. ראו התייחסות לכך בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, בע' 18.

25 חוק זכויות יוצרים, אשר עדיין משמש כבסיס העיקרי לדיני זכויות היוצרים שלנו, הוא חוק אנגלי אשר נחקק בשנת 1911, שנים רבות לפני המצאת הטלוויזיה.

26 בחרנו למקד את הדיון בחידושי חקיקה ופסיקה ממחצית העשור האחרון, אם כי לצורך עמידה על תהליכים ומגמות, נסקרו ונבחנו, לעתים, גם דברי חקיקה ופסקי דין משנים מוקדמות יותר. חשוב להבהיר, כי מאמר זה אינו מתיימר לכסות את כל ההתפתחויות שחלו בתחום הקניין הרוחני במשפטנו מאז פורסמה סקירתו של מ' דויטש "קניין רוחני" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 469, אשר, למיטב ידיעתנו, הייתה הסקירה המקיפה האחרונה בתחום. במסגרת המאמר אף לא התיימרנו להקיף את כל הסוגיות בתחום הקניין הרוחני שנידונו במשפטנו בשנים האחרונות, אלא אך להביא את ההתפתחויות המרכזיות בעינינו,

ביחס לחידושים השונים בתחום, בשילוב דברי הערכה וביקורת, ותוך מבט לעבר משפט משווה בסוגיות שונות. בנוסף לכך, לאורכו של המאמר ובמסגרת דברי הסיכום, ננסה לקשור בין חידושים והתפתחויות בסוגיות שונות ולהצביע על מגמות העולות מן המכלול. סקירת החידושים תיערך לפי חלוקה לנושאים שונים, על-פי החלוקה המקובלת לענפי הקניין הרוחני: דיני פטנטים, דיני זכויות יוצרים ודיני סימני מסחר<sup>27</sup>. לאחר מכן, נעמוד על מספר דרכי הגנה נוספות לתוצרים רוחניים אשר התפתחו במשפטנו בשנים האחרונות, תוך מתן דגש על התפתחות ההגנה על תוצרים רוחניים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. לבסוף, במסגרת הסיכום וההערכה, ננסה לעמוד על המגמות הכלליות המאפיינות את ההתפתחויות בתחום הקניין הרוחני במשפטנו, כפי שעולה מן הסקירה. נאמר כבר עתה, כי המגמה העיקרית עליה נצביע היא המגמה הבולטת של חיזוק זכויותיו של בעל התוצר הרוחני במשפט הישראלי. למגמה זו מספר היבטים, וביניהם: הרחבת הקטגוריות של הנכסים הרוחניים אשר משפטנו מכיר בהם כראויים להגנה; הרחבת אגד הזכויות אותן מקנה הדין לבעל הקניין הרוחני; וחיזוקם של הסעדים העומדים לרשותו של בעל הקניין הרוחני כתגובה להפרת זכויותיו. מגמה נוספת אשר דוגמאות רבות לה תמצאנה בגוף הסקירה, ואשר נעמוד עליה במסגרת הסיכום, היא מגמת הגלובליזציה של דיני הקניין הרוחני. מגמה זו מתבטאת, בין היתר, בהצטרפותה של ישראל לאמנות בינלאומיות חדשות וקליטתן בחקיקה, כמו גם בניסיון של בתי המשפט "ליישר קו" בסוגיות שונות עם דיני הקניין הרוחני הנוהגים במדינות אחרות. זאת ועוד, בסוגיות שונות אותן נסקור להלן נראה, כי בעצבם את הדין נתנו בתי המשפט ביטוי מפורש לשינויים בדפוסי הסחר הבינלאומי ולהתפתחותו של "הכפר הגלובלי" בו אנו חיים היום. לבסוף, כפי שנראה במהלך הסקירה, מגמה נוספת המאפיינת את ההתפתחויות במשפט הקניין הרוחני הישראלי היא המעבר מתפיסה המקדשת את הוודאות (פורמליזם) לתפיסה המקדשת את הצורך לעשות צדק בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (ערכים). מגמה זאת מתבטאת בפסיקת בתי המשפט בסוגיות שונות הקשורות בדיני הקניין הרוחני ובנכונותם להעניק בנסיבות מסוימות סעד לבעליו של תוצר רוחני גם מחוץ לדיני הקניין הרוחני, בעיקר מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

## ב. פטנטים

### 1. אמנת ה-PCT: בקשות בינלאומיות

בשנת 1996, בעקבות הצטרפותה של ישראל לאמנה בדבר שיתוף פעולה בענייני

וכן מספר חידושים אשר אף אם אינם מרכזיים, מצאנו עניין מיוחד להביאם כאן מסיבות אשר תפורטנה בגוף הדברים.

27 בתחום דיני המדגמים לא מצאנו, כי בשנים האחרונות אירעו התפתחויות מרחיקות לכת אשר ראוי לעמוד עליהן במסגרת זו.

פטנטים, המכונה "אמנת ה-PCT" (Patent Cooperation Treaty), תוקן חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967 (להלן – "חוק הפטנטים") והתווסף לו פרק ג', שכותרתו "בקשות בינלאומיות", המחיל בישראל את ההסדר הבינלאומי שנקבע באמנה<sup>28</sup>. על-מנת לעמוד על חשיבותו של התיקון, נסקור בקצרה את המצב המשפטי לפני קבלתו.

דיני הפטנטים מקנים זכויות טריטוריאליות בלבד. במילים אחרות, לבעל פטנט זכויות רק באותן מדינות בהן טרח לרשום פטנט. במרוצת השנים, נכרתו הסכמים בינלאומיים שונים שנועדו להקל על ממציאים לרשום פטנט במדינות שונות ולזכות בהגנה בינלאומית על המצאותיהם. עוד בשנת 1883, במסגרת אמנת פריז, נקבע ההסדר הבינלאומי הבסיסי בסוגיה זו, הוא הסדר "דין הקדימה"<sup>29</sup>. דין הקדימה מאפשר למי שהגיש בקשה לרישום פטנט ב"מדינה חברה"<sup>30</sup> להגיש בקשה לרישום פטנט בכל אחת מן המדינות החברות האחרות בתוך תקופה של שנים עשר חודשים ממועד הגשת הבקשה המקורית, כאשר כל בקשה נוספת כזו תיחשב למפרע כאילו הוגשה בתאריך בו הוגשה הבקשה המקורית<sup>31</sup>. ישראל הצטרפה לאמנת פריז, והוראות חוק הפטנטים כוללות הסדר המאמץ את דין הקדימה<sup>32</sup>. לפיכך, גורם אשר הגיש בקשה לרישום פטנט במדינה חברה, ולאחר מכן הגיש בקשה בישראל בהתבסס על דין הקדימה בתוך תקופה של שנים עשר חודשים, ייהנה מתאריך הגשת הבקשה המקורית. בדומה, גורם אשר הגיש את בקשתו הראשונה בישראל יוכל להגיש בקשות במדינות חברות אחרות בתוך תקופה של שנים עשר חודשים, אשר תיחשבנה כאילו הוגשו בתאריך הגשת הבקשה המקורית בישראל.

בשנת 1970, נכרתה אמנה בינלאומית נוספת, היא אמנת ה-PCT, שנועדה להקל אף

28 למידע מפורט של רשם הפטנטים אודות אמנת ה-PCT, ראו: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Subjects/PatentBakashot.htm>; ראו גם: ע' פרידמן פטנטים – דין, פסיקה ומשפט משווה (תשס"א) 264. לצורך יישום הוראות ההסדר, אף הותקנו תקנות הפטנטים (יישום האמנה בדבר שיתוף פעולה בענייני פטנטים), התשנ"ו-1996, ק"ת 948.

29 פרידמן, לעיל הערה 28, בע' 255.

30 "מדינה חברה" היא כל מדינת איגוד, דהיינו: "מדינה שהיא חברה באיגוד להגנת הקניין התעשייתי, מכוח אמנת פריס בדבר הגנת הקניין התעשייתי, או קבוצה של מדינות האיגוד המקיימת מערכת משותפת עבור הגשת בקשות לפטנט, ולרבות שטחים שהאמנה הוחלה עליהם מכוח הסמכויות שהוענקו לענין זה באמנה" (הגדרת "מדינת איגוד" בסעיף 1 לחוק הפטנטים), והחל מיום 1.1.2000, גם כל מדינה אחרת החברה בארגון הסחר העולמי (WTO), אפילו אותה מדינה אינה חברה באמנת פריס (הגדרת "מדינה חברה" בסעיף 1 לחוק הפטנטים).

31 דין הקדימה מקנה, אפוא, לממציא תקופה של שנים עשר חודשים במהלכם יוכל לשקול היכן להגיש פטנט, תוך שמירה על תאריך הגשת הבקשה המקורית. חשיבותו הגדולה של דין הקדימה נעוצה בכך שבמדינות רבות בעולם, בקשה קודמת לפטנט אשר הוגשה במדינה אחרת עלולה להיחשב כפרסום קודם של האמצאה אשר גורם לפסילת כשירותה של האמצאה כפטנט. ראו, למשל, במשפטנו: סעיף 4 לחוק הפטנטים. ההתבססות על דין הקדימה מחלצת את הממציא מגורל זה.

32 סעיף 10 לחוק הפטנטים.

יותר על הממציאים את הליך רישומו של פטנט ברחבי העולם. האמנה מנוהלת על-ידי המשרד הבינלאומי של הארגון העולמי לקניין רוחני ("WIPO"), מוסד של האו"ם, שמרכזו ממוקם בג'נבה, שווייץ. אל האמנה הצטרפו עד היום 121 מדינות<sup>33</sup>. מטרת האמנה היא ליצור מנגנון אחיד לרישום פטנטים במספר מדינות במקביל. לשם כך, האמנה מאפשרת הגשתה של בקשה בינלאומית אחת לרישום פטנט ל"משרד המקבל" המוסמך<sup>34</sup>, אשר תוכל להפוך בשלב מאוחר יותר לבקשה לאומית בכל אחת מן המדינות שהמבקש ייעד לכך<sup>35</sup>, תוך שמירה על תאריך הבכורה המקורי<sup>36</sup>. יתרונותיו העיקריים של הליך זה טמונים בריכוזיות הפעולות בשלב הבינלאומי, ובאפשרות לדחות לתקופה מסוימת את ההוצאות הכרוכות בשלב הלאומי בכל מדינה.

לאחר הגשתה, עוברת הבקשה הבינלאומית הליך של בחינה פורמאלית, ובתום שמונה עשר חודשים ממועד ההגשה הבינלאומי (או מתאריך דין הקדימה, אם קיים כזה), מפורסמת הבקשה בצירוף דו"ח חיפוש. תוך תשעה עשר חודשים ממועד ההגשה הבינלאומי (או מתאריך דין הקדימה, אם קיים כזה), על המבקש להחליט אם לבקש בחינה בינלאומית מוקדמת, המאפשרת לדחות את הכניסה לשלב הלאומי עד שלושים חודשים ממועד ההגשה הבינלאומי (או מתאריך דין הקדימה, אם קיים כזה). בהיעדר בקשה לבחינה בינלאומית מוקדמת, על המבקש להיכנס לשלב הלאומי תוך עשרים חודשים מן המועד האמור<sup>37</sup>. בסופה של הבחינה הבינלאומית המוקדמת, אם נתבקשה, מקבל המבקש חוות דעת אשר אינה מחייבת את משרדי הפטנטים במדינות השונות בשלב הלאומי.

הכניסה לשלב הלאומי במדינות השונות אותן ייעד לכך המבקש חייבת להיעשות תוך עמידה במועדים האמורים, שאם לא כן ייחשב המבקש כמי שזנח את בקשתו

33 ראו הקישור למאמר באתר של רשם הפטנטים, לעיל הערה 28 (המידע מעודכן נכון ליום 25.8.2003).

34 תחת האמנה, לכל מדינה חברה יש "משרד מקבל", אשר ממוקם, בדרך כלל, בלשכת הפטנטים הלאומית, ואשר פועל כמו סניף של המשרד הבינלאומי בג'נבה ותחת פיקוחו. כל משרד מקבל מוסמך לקבל בקשות בינלאומיות מתושבי ואזרחי המדינה בה הוא ממוקם. בנוסף, יש משרדים מקבלים אזוריים, כדוגמת המשרד המקבל באירופה, המקבלים בקשות מתושבי ואזרחי אותו אזור, ומשרד מקבל בג'נבה המוסמך לקבל בקשות מתושבי ואזרחי כל המדינות החברות באמנה. תושב או אזרח ישראל רשאי להגיש בקשה בינלאומית למשרד המקבל בלשכת הפטנטים בירושלים (ראו: סעיף 48ב לחוק הפטנטים) או במשרד הבינלאומי בג'נבה.

35 ובלבד שהמבקש ישלם את האגרות הלאומיות המקומיות ויעמוד בתנאים אחרים הקבועים בחוקי אותן מדינות בהן הוא מבקש הגנה.

36 כאשר הבקשה הבינלאומית מוגשת תוך שנים-עשר חודשים ממועד הגשתה של בקשה בכל אחת מן המדינות החברות באמנת פריז (או – החל מיום 1.1.2000 – באחת המדינות החברות בארגון הסחר העולמי (WTO)), אף אם אינה חברה באמנת פריז), יכול המבקש לדרוש את דין הקדימה בהתאם לאמנת פריז.

37 עם זאת, במדינות רבות, ניתן להיכנס לשלב הלאומי תוך שלושים חודשים אף אם לא נתבקשה בחינה בינלאומית מוקדמת תוך תשעה-עשר חודשים.

ביחס לאותן מדינות בהן לא נכנס לשלב הלאומי. הכניסה לשלב הלאומי כרוכה בתשלום של האגרה הלאומית במשרד הפטנטים של כל מדינה מיועדת ובהגשת תרגום של המסמכים, אם יש צורך בכך. בשלב הלאומי, כל מדינת יעד מתייחסת לבקשה הבינלאומית כמו לבקשה לאומית, והיא נבחנת בהתאם לדיני אותה מדינה. הצטרפותה של ישראל לאמנת ה-PCT בשנת 1996 פותחת, אפוא, בפני תושבי ואזרחי ישראל את האפשרות לבחור במסלול של הגשת בקשה בינלאומית<sup>38</sup>. היתרונות הכרוכים בבחירה במסלול ה-PCT הם, בראש ובראשונה, דחיית מועד הגשת הבקשה לרישום פטנט במדינות נכר וההוצאות הגבוהות הכרוכות בכך לעשרים או שלושים חודשים ממועד הגשת הבקשה המקורית (לעומת שנים עשר חודשים למי שלא בחר במסלול זה), מהלך זמן בו יכול המבקש לשקול היטב את כדאיות הגשת הבקשה במדינות שונות (בהתאם לפרמטרים שונים, כמו השווקים הרלבנטיים למוצר המכוסה על-ידי הפטנט, ואפשרויות המימון העומדות לרשות המבקש). כמו כן, הליך זה מאפשר קבלתו של דו"ח בחינה בינלאומית, שבעזרתו ניתן לשער מהם הסיכויים לקבלת פטנט לפני הכניסה לשלב הלאומי. הצטרפותה של ישראל לאמנת ה-PCT עשויה, אפוא, להקל על ממצאים ישראלים לזכות בהגנה על המצאותיהם בעולם (כמו גם על ממצאים זרים, לזכות בהגנה על המצאותיהם בישראל<sup>39</sup>), ומהווה התפתחות חשובה בגלובליזציה של דיני הפטנטים.

## 2. דוקטרינת ההפרה התורמת

בפסק דין מהפכני שניתן לאחרונה בעניין רב בריח<sup>40</sup>, הכיר בית המשפט העליון לראשונה בדוקטרינת ההפרה התורמת (contributory infringement) בדיני פטנטים, הלכה שעל חשיבותה הרבה נעמוד להלן<sup>41</sup>. דוקטרינת ההפרה התורמת נועדה להגן על פטנט, בנסיבות מסוימות, מפני פגיעה מצד מי שאינו מבצע הפרה ישירה של הפטנט, אך עושה מעשה המאפשר לאחרים להפר אותו. מספר חודשים לפני שניתן פסק הדין בעניין

38 מן הסטטיסטיקות המופיעות באתר האינטרנט של רשם הפטנטים (לעיל הערה 28) עולה, כי מאז הצטרפותה של ישראל לאמנה חל גידול עקבי במספר הבקשות הבינלאומיות המוגשות לרשם הפטנטים. אם בשנת 1997 הוגשו לרשם 197 בקשות כאלה, הרי שבשנת 2002 עמד מספר הבקשות על 1065, דהיינו, עלייה של פי 5.4 במספר הבקשות בתוך תקופה של שש שנים.

39 יצוין, כי משנת 1996 ועד היום הוגשו כ-24,000 בקשות בינלאומיות של גורמים זרים אשר ביקשו לרשום פטנט בישראל. ראו מידע באתר של משרד הפטנטים, לעיל הערה 28.

40 ע"א 1636/98 רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ, פ"ד נה(5) 337 (להלן – "עניין רב בריח").

41 לניתוח ביקורתי של הלכה זו, ראו: מ' ד' בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה (ש' לביא עורך, תשס"ג) 169. מאמר זה נכתב בטרם יצא לאור מאמרו של בירנהק. מפאת חשיבות מאמרו, הוספו במאמר זה, בשלב עריכתו, הערות מספר המתייחסות למאמרו, אולם רק באופן מוגבל.

רב בריח, בו נקלטה הדוקטרינה במפורש, ניתן פסק הדין בעניין צחורי<sup>42</sup>, בו הביעו מספר שופטי בית המשפט העליון, אגב אורחא, את דעתם, כי ההכרה בדוקטרינת ההפרה התורמת בדיני הפטנטים תהווה התפתחות רצויה במשפטנו. נפתח, אפוא, בתיאור עניין צחורי, ולאחר מכן נדון בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רב בריח.

עיקרי העובדות בעניין צחורי היו כדלהלן: רגבה היא בעלת פטנט ישראלי על שיטה לביצוע חיתוך מיפתח במשטח קשיח לשם התקנה "שטוחה" של כיורים (להלן – "שיטת רגבה"). צחורי היא חברה העוסקת בייבוא ובשיווק כיורים המתאימים להתקנה שטוחה. כתביעה שהגישה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב טענה רגבה, כי הכיורים שצחורי משווקת מותקנים בשיטת רגבה, תוך הפרת הפטנט שלה; וכי צחורי מעורבת בהתקנות אלו ולפיכך נושאת באחריות להפרת הפטנט.

בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה. הנחת המוצא של בית המשפט הייתה, כי משהוברר שהכיורים שמשווקת צחורי מותקנים במפתחים משופעים במשטחים קשים, המהווים "מוצר ישיר" של התהליך המוגן בפטנט של רגבה, הנטל על צחורי להוכיח, כי הכיורים ששווקו על-ידיה הותקנו בשיטה שאינה מפרה את שיטת רגבה. קביעה זו סמך בית המשפט על החזקה שנקבעה בסעיף 50(ב) לחוק הפטנטים (כנוסחו בעת הרלבנטית), לפיה: "ב) הטוען שמוצר פלוני, שבמהלך הרגיל של הענינים הוא מוצר ישיר של תהליך נושא הפטנט, לא יוצר באמצעות אותו תהליך – עליו הראיה"<sup>43</sup>. בית המשפט קבע, כי צחורי לא עמדה בנטל, ועל-כן עומדת בעינה החזקה

42 ע"א 7614/96 צחורי ובניו תעשיות בע"מ נ' "רגבה" – מושב שיתופי חקלאי בע"מ, פ"ד נה(3) 721 (להלן – "עניין צחורי").

43 כפי שמסביר השופט מצא (שם, בע' 734–735), נטל הראייה בטענה שפטנט הופר רובץ על בעל הפטנט. פועלו של סעיף 50(ב) לחוק הפטנטים מוגבל למקרה בו מוכיח בעליו של פטנט שנושאו תהליך מסוים, כי הנתבע ייצר מוצר זהה למוצר הישיר שמיוצר במהלך הרגיל באמצעות התהליך המוגן. משהוכיח זאת בעל הפטנט, מועבר הנטל לשכמו של הנתבע, אשר נדרש להוכיח, כי המוצר המוחזק כמפר לא יוצר בתהליך המוגן בפטנט. נוסחו של סעיף 50(ב) הוחלף, לאחרונה, במסגרת חוק ההתאמה. ראו: ס"ח 44. נוסחו החדש של הסעיף הוא:

"ב) לענין אמצאה שהיא תהליך לייצור מוצר – בתביעה על הפרה, על הנתבע להוכיח כי התהליך שבו עשה שימוש לייצור מוצר זהה, שונה מהתהליך המוגן בפטנט; לענין סעיף קטן זה, יראו מוצר זהה שנוצר בלא הסכמת בעל הפטנט, כל עוד לא הוכח אחרת, כמוצר שנוצר על ידי התהליך המוגן בפטנט אם התקיימו שניים אלה:

(1) בעל הפטנט אינו יכול לברר, במאמצים סבירים, באיזה תהליך השתמשו בפועל לייצור המוצר הזהה;

(2) קיימת סבירות גבוהה שהמוצר הזהה נוצר בתהליך המוגן בפטנט."

כפי שהובהר בדברי ההסבר להצעת החוק, הסעיף נועד להקל על בעל הפטנט בהעברת נטל הראיה לנתבע להוכיח שהמוצר הזהה למוצר המוגן בפטנט נוצר בתהליך שונה מהתהליך המוגן בפטנט. עם זאת נראה, כי על אף הרישא לסעיף, ממנו עולה, לכאורה, שדי בכך שהנתבע עסק בייצור מוצר זהה על-מנת להעביר למגרשו את נטל הראיה, יש לפרש את הסעיף כקובע שהנטל



שהכורים אותם ייבאה הותקנו בשיטת רגבה. בית המשפט היה מודע לכך, שצחורי עצמה לא עסקה בהתקנת הכורים, אלא אך ורק בייבואם ובשיווקם, אולם קבע שעובדה זו אינה פוטרת אותה מאחריות להפרת הפטנט, שכן צחורי ידעה שהכורים אותם היא משווקת עתידיים להיות מותקנים בדרך שיש בה משום הפרת הפטנט. על ידיעה זו למד בית המשפט, בעיקר, מן העובדה שצחורי סיפקה לרוכשי הכורים שבלונות משופעות, אשר ניתן היה להשתמש בהן לצורך התקנה בשיטת רגבה. את אחריותה של צחורי להפרת הפטנט ביסס בית המשפט, במקביל, על שלוש קונסטרוקציות משפטיות שונות: אחריות ישירה בגין הפרת פטנט; העקרון הנזיקי של "מעוולים במשותף"; ודוקטרינת "ההפרה התורמת". בית המשפט המחוזי פסק, כי כל אחת מן הדרכים הללו מובילה למסקנה שצחורי נושאת באחריות להפרת הפטנט, הגם שהמפרים בפועל היו אחרים.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור שהגישה חברת צחורי וקבע, כי אין היא אחראית בהפרת הפטנט של חברת רגבה. ראשית, לעניין החלת חזקת סעיף 50(ב) לחוק הפטנטים, קבע השופט מצא, כי הנחת המוצא עליה הושתתה החלת החזקה, לפיה הכורים ששיווקה צחורי הותקנו דווקא במשטחים קשיחים, לא הוכחה כדבעי, ועל-כן אין מקום להחלת החזקה ולמסקנה כי אותם כורים הותקנו בדרך שיש בה משום הפרת הפטנט. מכל מקום, קבע השופט, כי גם אילו הוכח, שכורים ששיווקה צחורי אכן הותקנו בשיטת רגבה, הרי שלא הובאה כל ראיה ממשית לכך שצחורי נטלה חלק כלשהו בהפרת הפטנט, בעומדו על כך שהשבלונות המשופעות אותן סיפקה צחורי יכולים היו לשמש גם להתקנת כורים בשיטות אחרות.

למעלה מן הצורך, דן בית המשפט העליון בשלוש הקונסטרוקציות המשפטיות עליהן השתית בית המשפט המחוזי את אחריותה של צחורי להפרת הפטנט. לעניין האחריות בהפרה ישירה, קבע בית המשפט העליון, כי בית המשפט המחוזי הרחיק לכת בקובעו שצחורי אפשרה את הפרת הפטנט, ולפיכך – אף שלא עשתה שימוש ישיר באמצאה – הפיקה ממנה הנאה בדרך אחרת, ובכך "ניצלה את האמצאה" והפרה את הפטנט. בית המשפט העליון אישר, כי, אמנם, ההגנה המוענקת לבעל פטנט משתרעת אל מעבר להפרה מילולית של תביעות הפטנט וחלה גם על עיקר האמצאה<sup>44</sup>. אך "עיקר האמצאה" בפטנט של רגבה הוא היכולת לפצות על שחיקת סכין החיתוך; בעוד שעיסוקה של צחורי בייבוא כורים ושיווקם, עיסוק שאינו מוגבל על-ידי

יעבור למגרשו של הנתבע רק אם יוכיח בעל הפטנט את שני התנאים המצטברים הקבועים בסיפא, אחרת אין זה ברור מה תפקידה של הסיפא. ראו גם: פרידמן, לעיל הערה 28, בע' 542-543. כן השוו לסעיף 34 להסכם הטריפס, עליו מבוסס התיקון. לפיכך, לא ברור אם אכן מקל הנוסח החדש עם בעל הפטנט יותר מאשר נוסחו הקודם של הסעיף.

44 סעיף 49 לחוק הפטנטים; ע"א Hughes Aircraft Company 345/87 נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 45, 69.

תביעות הפטנט של רגבה, ואשר ריחוקו מ"עיקר האמצאה" נשוא הפטנט הוא גלוי לעין. בנסיבות אלו קבע בית המשפט, כי לא ניתן לקבוע שצחורי "ניצלה את האמצאה"<sup>45</sup>. כאשר לאפשרות להטיל אחריות מכוח העקרון הנזיקי בדבר חבותם של "מעוולים במשותף", המעוגן בסעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – "פקודת הנזיקין")<sup>46</sup>, קבע בית המשפט, כי לא התקיימה תשתית עובדתית להחלתו של עקרון זה, שכן לא הוכח מעשה או מחדל, שצחורי שיתפה עצמה בו או הרשתה אותו. מבחינה עקרונית, העיר השופט מצא, כי גם בהנחה שהפרת פטנט מהווה, לפי מהותה, עוולה, ושניתן להחיל עליה את העקרונות הכלליים של דיני הנזיקין<sup>47</sup> – ובכללם את עקרון האחריות של "מעוולים במשותף" – ראוי להוציא מכלל תחולתו של עקרון זה מקרים שבהם מתקיימים התנאים להקמת חזקה שהפטנט הופר, כמשמעה בסעיף 50(ב) לחוק הפטנטים. זאת מן הטעם שבשילובם של סעיף 12 לפקודת הנזיקין וסעיף 50(ב) לחוק הפטנטים יש, למעשה, משום יצירת עוולה חדשה, האוסרת על שיתוף פעולה בביצוע פעולות העלולות להוביל להפרת פטנט, מבלי שבעל הפטנט יידרש להוכיח הפרה בפועל של הפטנט<sup>48</sup>.

כאשר לדוקטרינת ההפרה התורמת, ציין השופט מצא, כי על אף שמדובר בדוקטרינה מקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי, אין לה עיגון בחקיקה הישראלית, ושאלת ההכרה בה אף טרם זכתה לדיון ישיר בפסיקה<sup>49</sup>. בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלת ההכרה בדוקטרינה מאחר שקבע, כי אף אם הייתה מוכרת במשפטנו, לא הוכחו התנאים הנדרשים להחלתה בנסיבות העניין. עם זאת, בית המשפט ציין, כי ההכרה בדוקטרינת ההפרה התורמת עשויה להיות התפתחות רצויה<sup>50</sup>. במרכז הדיון בעניין רב בריח<sup>51</sup> עמד פטנט שרשמה חברת רב בריח על מערכת לנעילת ידית הילוכים של רכב לשם הגנה מפני גניבה. המערכת מורכבת משלושה רכיבים, והפטנט ניתן על שילובם; כאשר כל אחד מן הרכיבים, כשלעצמו, אינו מוגן בפטנט. מתחרה של חברת רב בריח, חברת אס.די.אר – שריון שווק ויבוא בע"מ (להלן – "חברת אס.די.אר") ייבאה מטיוואן רכיבים הדומים לשניים מן

45 עניין צחורי, לעיל הערה 42, בע' 741.

46 סעיף 12 לפקודת הנזיקין קובע כי: "המשתף עצמו, מסייע, מיעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם".

47 לאפשרות להחיל את העקרונות הכלליים הקבועים בפקודת הנזיקין על עוולות הקבועות מחוץ לפקודה, ראו פסק דינו של הנשיא ברק בע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1) 393.

48 עניין צחורי, לעיל הערה 42, בע' 742.

49 בע"א 148/64 הוכמן נ' פאגלין ובניו, פ"ד יח(3) 640, 646, נדחתה תחולתה של הדוקטרינה אגב אורחא.

50 עניין צחורי, לעיל הערה 42, בע' 747 (השופט מצא), ובע' 748 (השופט טירקל).

51 עניין רב בריח, לעיל הערה 40.

הרכיבים הלא מוגנים ושיווקה אותם בישראל תחת השם "Defend Lock", ללא החלק השלישי, אך עם התאמה שאפשרה את הרכבתם על הרכיב השלישי (לרבות קדחים ששימשו להכנסת ברגים לשם חיבור הרכיב השלישי, ואף בתוספת ברגים ואומים לצורך כך). בעקבות כך, הגישה חברת רב בריח תביעה נגד חברת אס.די.אר לבית המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר לוותה בבקשה למתן צו מניעה זמני. הבקשה לסעד זמני נדחתה על-ידי השופט שטרזמן, שקבע כי לא ניתן לאסור על ייבוא ושיווק של מוצרים אשר אינם מפרים פטנט רק בשל קיומה של אפשרות, או אף כוונה, להשתמש בהם ביחד עם מוצר אחר להפרת פטנט. בסופו של דבר, נדחתה גם התביעה העיקרית. בית המשפט המחוזי נטה לדעתו של השופט שטרזמן, אשר שלל את תחולתה של דוקטרינת ההפרה התורמת במשפטנו, אך לאור גישתו השונה של סגן הנשיא (כתוארו אז) גורן בעניין צחורי (בה, כזכור, הכיר בהפרה תורמת כאחת הקונסטרוקציות האפשריות להטלת אחריות), איבחן בית המשפט בין שתי הפרשות, ופסק כי גם אם הייתה מאומצת הדוקטרינה במשפטנו, לא היה מקום להטיל על-פיה אחריות על החברה המייבאת בנסיבות העניין.

ערעורה של חברת רב בריח לבית המשפט העליון התקבל. בית המשפט העליון, מפי השופט אנגלרד, בחן, בתחילה, את האפשרות להחיל על המקרה את דיני האחריות של משתף ומשדל הקבועים בסעיף 12 לפקודת הנזיקין. בהקשר זה, עמד השופט אנגלרד על כך, שדינים אלה חלים על הפרת פטנט מכוח ההלכה הפסוקה, באשר הפרת פטנט היא בבחינת הפרת חובה חקוקה<sup>52</sup>. בית המשפט תיאר את האופן בו החילו בתי המשפט באנגליה את דין המזיק המשותף באותם מקרים בהם ניתן היה להצביע על כך שהמשותף, אשר סיפק לאחר חלק מן הרכיבים ששימשו להפרת פטנט, שידל את קונה הרכיבים להפר את הפטנט או לקח בפועל חלק במשימה משותפת עם אותו קונה. ואולם, בית המשפט קבע, כי בעניין הנדון ספק רב אם נתקיימו יסודות סעיף 12 לפקודת הנזיקין, שכן לא הוכח כי בין חברת אס.די.אר לבין קוני המנעולים נוצרה "משימה משותפת"<sup>53</sup>.

בשל ספק זה, עבר בית המשפט לבחון את תחולתה של דוקטרינת ההפרה התורמת במשפטנו. בית המשפט קבע, כי אין כל מניעה לכך שדוקטרינת ההפרה התורמת תוכר בדרך שיפוטית. מסקנה זו ביסס בית המשפט על השוואה למדינות אחרות, שבהן בתי המשפט הם אלה שהכירו בדוקטרינה, לרבות בגרמניה, שם מצוי הדין

52 שם, בע' 352. לדבריו, הלכה זו נקבעה בע"א 817/77 **Beecham Group Limited** נ' בריסטול מייארס קומפני, פ"ד לג(3) 757, 766. ואולם, דומה כי באותו עניין, דברי בית המשפט באשר להיותה של הפרת פטנט בבחינת הפרת חובה חקוקה נאמרו אגב אורחא, שכן אף ללא החלת אחריות של מעוללים במשותף הוכח באותו עניין שהמערערת הפרה את הפטנט של המשיבה על-ידי הפעולות שעשתה לשם מכירת מוצריה בישראל.

53 עניין רב בריח, לעיל הערה 40, בע' 352.

החוק במרכז המשפט. על רקע דברים אלה, קבע בית המשפט את תחולתה של דוקטרינת ההפרה התורמת במשפטנו.

הרציונל ביסודה של דוקטרינת ההפרה התורמת הוא לאפשר לבעל הפטנט לקבל סעד כנגד גורמים אשר אמנם לא מפירים את הפטנט בעצמם באופן ישיר, אולם עוסקים במעשים שנועדו לאפשר הפרה על-ידי אחרים. להגנה כזו חשיבות רבה במיוחד במצבים שבהם אכיפה נגד המפירים הישירים קשה<sup>54</sup>. במשפט האנגלו-אמריקאי, העיסוק בסוגיית ההפרה התורמת החל עוד בשלהי המאה התשע-עשרה. כפי שמציין השופט אנגלרד, "כבר אז הוכרו פטנטים על שילובם של חלקים, שהם כשלעצמם בלתי מוגנים, וכבר אז התחכמו מתחרים בשווקם חלק בלבד מרכיבי הצירוף המוגן"<sup>55</sup>.

בארצות הברית, מעוגנת כיום הדוקטרינה בסעיף 271(c) לחוק הפטנטים<sup>56</sup>, אשר נחקק בשנת 1952. הסעיף, כפי שתוקן בשנת 1994<sup>57</sup>, מטיל אחריות על מפר תורם בהתקיים שלושה תנאים מצטברים, שבעל הפטנט נדרש להוכיח: א) הנתבע הציע למכירה, מכר בארה"ב, או ייבא לארה"ב, רכיב של מוצר המוגן בפטנט, או חומר או מכשיר המשמשים במסגרת תהליך המוגן בפטנט, המהווים חלק מהותי מהאמצאה; ב) הנתבע ידע שהרכיב הנמכר נעשה במיוחד או הותאם במיוחד לצורך שימוש בהפרת הפטנט<sup>58</sup>; ג) אין מדובר בפריט מדף בסיסי ("staple article") או בפריט המתאים לשימוש מהותי שאין בו משום הפרת הפטנט. בקביעת תנאים אלה, ביקש המחוקק בארה"ב לאזן בין הצורך להגן על בעל הפטנט לבין הצורך לתחום את המונופול שלו באופן שלא יפגע בתחרות החופשית במידה העולה על הצורך<sup>59</sup>. לתנאים אלו, הקבועים בחוק, הוסיפו בתי המשפט בארה"ב את התנאי, לפיו על-מנת להטיל אחריות על מי שתורם להפרה, יש להוכיח, ראשית, כי התקיימה הפרת פטנט בפועל<sup>60</sup>.

באנגליה, לאחר שנים רבות בהן סירבו בתי המשפט להטיל אחריות בגין שיווק רכיבים שאינם מוגנים בפטנט, וזאת גם כאשר ידע המוכר שהקונה עשוי להשתמש ברכיב באופן שיהווה הפרת פטנט<sup>61</sup>, נחקק בשנת 1977 חוק פטנטים חדש, המכיר

54 *Dawson Chemical Co. v. Rohm and Haas Company* 448 U.S. 176 (1980) 180

55 עניין רב בריח, לעיל הערה 40, בע' 343.

56 35 U.S.C. § 271(c). לנוסחו של חוק הפטנטים האמריקאי, ראו: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/35>

57 דומה, כי בית המשפט בעניין צחורי, לעיל הערה 42, השתמש בנוסחו של הסעיף לפני התיקון כאשר ביקש ללמוד על התנאים הקבועים בו.

58 בפסיקה האמריקאית נקבע, כי הידע צריך להתייחס לא רק לכך שהרכיב נעשה או הותאם במיוחד לשימוש ספציפי, אלא גם לקיומו של פטנט המכסה שימוש כזה. ראו, למשל: *Hewlett-Packard Co. v. Bausch & Lomb Inc.* 909 F.2d 1464 (Fed. Cir. 1990) 1469

59 לעניין הצורך באיזון כאמור, ראו: עניין צחורי, לעיל הערה 42, בע' 741, 744.

60 ראו: 365 U.S. 336 (1961) 339-346; *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co.*

61 עניין צחורי, לעיל הערה 42, בע' 745; עניין רב בריח, לעיל הערה 40, בע' 348-349.

במפורש בדוקטרינת ההפרה התורמת<sup>62</sup>. בהתאם למתכונת הכלל-אירופית, קובע החוק, כי ניתן להטיל אחריות בשל הפרת פטנט על מי שמספק או מציע לספק לאחר (למעט אדם הרשאי להשתמש באמצאה) אמצעי כלשהו למימוש אמצאה, המתייחס לאלמנט חיוני שלה, כאשר הוא יודע או כאשר אדם סביר בנסיבות המקרה יכול היה לדעת, שאמצעי כזה מתאים למימוש האמצאה ומיועד לכך; אחריות זו לא תוטל אם מדובר במוצר מדף מסחרי בסיסי ("staple commercial product") אלא אם כן המוצר מסופק במטרה לגרום לאדם להפר את הפטנט.

אגב ההכרה בתחולתה של דוקטרינת ההפרה התורמת במשפטנו, קבע בית המשפט העליון בעניין רב בריח את התנאים לתחולתה. בהתבסס על התנאים הקבועים במשפט האנגלו-אמריקאי, קבע בית המשפט, כי התנאים להחלת הדוקטרינה במשפטנו הם אלה<sup>63</sup>: התנאי הראשון הוא, כי הרכיבים הנמכרים מהווים חלק מהותי מהאמצאה המוגנת. התנאי השני הוא, כי המשווק יודע, או בנסיבות העניין היה עליו לדעת<sup>64</sup>, כי הרכיבים מתאימים באופן מיוחד לקומבינציה המפרה את זכות הפטנט וכי הם מיועדים בפועל לכך. התנאי השלישי הוא שלילי, בהיותו חריג לאחריות: הוא קובע, כי האחריות אינה חלה במקרה שבו הרכיב הנמכר הוא מוצר מדף בסיסי ("staple product") המתאים לשימוש משמעותי אחר (להבדיל משימוש כלשהו אשר אינו מהותי) שאין בו משום הפרת הפטנט<sup>65</sup>. בית המשפט ציין – מבלי להכריע בדבר – כי ייתכן שהנטל להוכיח שהרכיב הוא "מוצר מדף בסיסי" צריך להיות מוטל על הנתבע, הטוען טענה זו להגנתו<sup>66</sup>. על אף שבית המשפט לא קובע זאת באופן מפורש, דומה כי אימץ גם את התנאי אותו הוסיפו בתי המשפט בארה"ב, לפיו על התובע להוכיח כי נתקיימה הפרה ישירה של הפטנט<sup>67</sup>.

62 ראו: § 60(2),(3), The Patents Act, 1977, תחת הקישור: <http://www.jenkins-ip.com/patlaw/index.htm>

63 עניין רב בריח, לעיל הערה 40, בע' 354. דומה, כי בהציגו את התנאים, ראה בית המשפט לנגד עיניו רק מקרים כדוגמת המקרה שנדון בפניו, בו דובר ברכיב של מוצר המוגן בפטנט קומבינציה, להבדיל מחומר או מכשיר המשמשים במסגרת תהליך המוגן בפטנט (ראו, במיוחד, הדרך בה נוסח התנאי השני). עם זאת ברור, כי בית המשפט לא נתכוון לצמצם את תחולתה של הדוקטרינה למקרים אלה.

64 בעניין זה, אימץ, אפוא, בית המשפט את גישתו המחמירה של החוק האנגלי, אשר על-פיו מוטלת אחריות לא רק במקרים של ידיעה בפועל, אלא אף במקרים של ידיעה בכוח, וזאת בניגוד לחוק האמריקאי. לביקורת על כך, ראו: בירנהק, לעיל הערה 41, בע' 212–216.

65 בית המשפט לא אימץ את הכלל הקבוע בחוק האנגלי, לפיו האחריות תחול בכל זאת, גם במקרה שבו מדובר במוצר מסחרי בסיסי, אם המוצר מסופק במטרה לגרום להפרת הפטנט. לביקורת מכיוון שונה על אופן ניסוחו של החריג לאחריות, אשר כולל, לכאורה, שני תנאים מצטברים לתחולתו – היותו של הרכיב הנמכר מוצר מדף בסיסי והיותו של הרכיב מתאים לשימוש מהותי לא מפר – וזאת להבדיל מן הדרך בה מנוסח החריג הדומה בדין האמריקאי, ראו שם, בע' 218.

66 עניין רב בריח, לעיל הערה 40, בע' 355. לביקורת על כך, ראו: בירנהק, שם, בע' 218–219.

67 עניין רב בריח, שם, שם. לעניין החשיבות בהכללתו של תנאי זה בין התנאים להחלת דוקטרינת ההפרה התורמת, ראו: בירנהק, שם, בע' 206–212.

בישמו את דוקטרינת ההפרה התורמת על המקרה שנדון בפניו, קבע בית המשפט, כי כל התנאים להחלתה מתקיימים: הרכיבים אותם סיפקה חברת אס.די.אר ללקוחותיה היוו חלק מהותי ביותר של האמצאה השייכת לרב בריח; חברת אס.די.אר ידעה כי הרכיבים אותם שיווקה מתאימים באופן מיוחד להפרת הפטנט וכי הם מיועדים לכך; לרכיבים המיובאים אין כל שימוש מהותי אחר מאשר הרכבתו בתוך הרכב באופן המפר את הפטנט; והוכחו מקרים של הפרה בפועל של הפטנט. כפועל יוצא, קיבל בית המשפט את הערעור והטיל על חברת אס.די.אר אחריות להפרת הפטנט.

בשולי הדברים, התייחס בית המשפט לבקשתה של רב בריח לקבל סעדים על-פי חוק עשיית עושר ולא במשפט<sup>68</sup>. בית המשפט קבע, כי הואיל ונמצא שחברת אס.די.אר הפרה את הפטנט של רב בריח, הרי קיימת, עקרונית, האפשרות לתבוע את השבת הרווח במסגרת עילה של עשיית עושר ולא במשפט כתרופה אלטרנטיבית לתביעת פיצויים לפי חוק הפטנטים. אולם, מאחר שעל-פי הוראת סעיף 183(ב)(3) לחוק הפטנטים, בית המשפט רשאי להביא בחשבון, בכאילו לפסוק פיצויים, את "הרווחים שהפיק המפר ממעשה ההפרה"; וכן, על-פי סעיף 183(ב)(4) לחוק הפטנטים, גם את דמי התמלוגים הסבירים, עמד בית המשפט על כך שלרב בריח אין יתרון מעשי לתבוע דווקא בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

דיני הפטנטים במדינת ישראל מקנים, אפוא, לבעל פטנט, בנוסף לזכות הבסיסית למנוע מכל גורם בלתי מורשה להשתמש באמצאה המוגנת, אף את הזכות למנוע הפרה תורמת. חשוב להבין, כי אין מדובר אך בסעד נוסף אשר מוקנה לבעל הפטנט, אלא ביצירה שיפוטית של עוולה חדשה, המטילה איסור אזרחי על התנהגות מסוג שעד למתן ההחלטה בעניין רב בריח לא נחשבה אסורה. חשיבותה הרבה של דוקטרינת ההפרה התורמת היא באותם מקרים שבהם אין זה מעשי עבור בעל הפטנט להגיש תביעות נגד כל אחד מן המפרים הישירים, בשל ריבויים, ונוכח העובדה שעלויות ההתדיינות מול כל אחד מהם עלולות להיות גבוהות מהנזק אותו מבקש בעל הפטנט למנוע.

בשנים הקרובות, קרוב לוודאי שבתי המשפט ייתקלו במקרים נוספים שבהם יתבקשו להחיל את דוקטרינת ההפרה התורמת, ויצטרכו לעצב את גבולותיה הראויים ואת התנאים להחלתה, וזאת על רקע המתח בין הרצון להרחיב את ההגנה של בעל הפטנט מחד גיסא, לבין הרצון לשמר את חופש התחרות, מאידך גיסא<sup>69</sup>. בין היתר, על בתי המשפט יהא לבחון את הדרך בה תופעל דוקטרינת ההפרה התורמת

68 ראו, באופן כללי, על היחס בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני הקניין הרוחני, הדיון להלן בפרק ה.1.

69 דוקטרינת ההפרה התורמת בפסיקה האמריקאית עברה תמורות רבות במהלך השנים, כפועל יוצא מן המאבק בין שתי מגמות מנוגדות אלה. ראו על כך בפסק דינו של בית המשפט העליון הפדרלי בעניין Dawson Chemical Co. v. Rohm & Haas Company 448 U.S. 176 (1980) (להלן: "Dawson").

כאשר מדובר בתהליך מוגן פטנט (להבדיל מפטנט קומבינציה)<sup>70</sup>. סוגיה נוספת אשר ייתכן כי תעמוד לדיון היא סוגיית השימוש לרעה בפטנט ("patent misuse")<sup>71</sup>, אשר התפתחותה בארצות הברית החלה בסדרת מקרים בהם נדונה תביעתו של בעל פטנט בעילה של הפרה תורמת, שהיצרן התגונן מפניה בטענה שבעל הפטנט מנסה לקבל מונופול על מוצר שאינו מוגן בפטנט ובכך עושה "שימוש לרעה בפטנט"<sup>72</sup>. יתרה מזאת, משהכיר בית המשפט העליון ב"עוולת" ההפרה התורמת, לא מן הנמנע כי יכיר בעתיד בעוולות נוספות, כמו העוולה של גרם הפרת פטנט, בה נעשה שימוש בארצות הברית במקרים מסוימים אשר אינם נתפסים בגדר האיסור של הפרה תורמת<sup>73</sup>. כמו כן, נראה כי פסקי הדין בעניין צחורי ובעניין רב בריח סוללים את הדרך להחלתם של עקרונות שונים בדני הנזיקין, לרבות דין המזיק המשותף הקבוע בסעיף 12 לפקודת הנזיקין, על הפרת פטנט, בין מכוח היותה של הפרת פטנט הפרת חובה חקוקה<sup>74</sup>, ובין מכוח האפשרות להחיל עקרונות אלה על עוולות הקבועות מחוץ לפקודת הנזיקין<sup>75</sup>.

70 לעיל הערה 63.

71 עקרון "השימוש לרעה בפטנט" מעוגן בסעיף 119 לחוק הפטנטים בהקשר של מתן רישיונות כפייה. ואולם, דומה, כי שאלת תחולתה הכללית של דוקטרינת השימוש לרעה בפטנט, כטענת הגנה מפני תביעה על הפרת פטנט, מעולם לא נידונה במשפטנו, ואף לא נתלכנה סוגיית היחס בין דוקטרינה זו לבין דיני ההגבלים העסקיים (ראו, בהקשר זה, גם: סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים). ייתכן, כי בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רב בריח יעלו נושאים אלה לדיון בעתיד הקרוב.

72 פסק הדין הבסיסי בסוגיה זו, שניתן בשלהי המאה ה-19, הוא *Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co.* 77 F. 288 (6<sup>th</sup> Cir. 1896), בו הכריע בית המשפט לטובת בעל הפטנט. גישה זו לא שרדה זמן רב. בשנת 1917 סירב בית המשפט העליון הפדרלי לאכוף פטנט נגד מפר תורם (*Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.* 243 (U.S. 502 (1971)), בנסיבות בהן ראה בניסיון האכיפה שימוש לרעה בפטנט. לאחר מספר פסקי דין נוספים בהם סירבו בתי המשפט בארה"ב לאכוף פטנטים נגד מפריס תורמים (ראו סקירה אצל M.J. Adelman, R.R. Rader, J.R. Thomas & H.C. Wagner *Cases and Materials on Patent Law* (St. Paul, Minn., 1998) 1248), הגיעה מגמה זו לשיאה בשני פסקי דין שניתנו בשנת 1944, בהם נקבע כי לא ניתן לתבוע בעילה של הפרה תורמת בגין מכירת רכיבים שאינם מוגני פטנט, אף אם הם מהווים חלק מן הצירוף או התהליך מוגן הפטנט: *Mercoid Corp. v. Mid-Continent Investment Co.* 320 U.S. 661 (1944); *Mercoid Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.* 320 U.S. 680 (1944). בעקבות פסקי הדין הללו, חוקק הקונגרס האמריקאי, בשנת 1952, את סעיף 271 לחוק הפטנטים האמריקאי (35 U.S.C. § 271), שתחם את הגבולות בין דוקטרינת ההפרה התורמת לבין דוקטרינת השימוש לרעה בפטנט. בית המשפט העליון הפדרלי, במסגרת פסק הדין בעניין *Dawson*, לעיל הערה 69, עמד על כך שבעקבות התיקון בחוק, אשר הגדיר באופן צר יחסית את ההפרה התורמת, אין יותר מקום להשתמש בדוקטרינת השימוש לרעה במקרים של הפרה תורמת.

73 ראו: 35 U.S.C. § 271(b).

74 עניין רב בריח, לעיל הערה 40, בע' 352; וראו לעיל הערה 52.

75 עניין צחורי, לעיל הערה 42, בע' 742 (אם כי ראוי להדגיש, כי השופט מצא נזהר מלהכריע

לבסוף, לא מן הנמנע, כי לפסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין צחורי ובעניין רב בריח תהיינה השלכות גם על ענפים אחרים של דיני הקניין הרוחני. כך, למשל, תחולתם של דוקטרינת ההפרה התורמת (בשינויים המחויבים) ושל דיני המזיק המשותף עשויה להיות רלבנטית ביותר בהקשר של הפרת זכויות יוצרים באינטרנט, שם הקושי לתבוע את המשתמשים בהפרה ישירה גדול, וייתכן כי קיים צורך בקונסטרוקציות משפטיות שתאפשרנה הטלת אחריות על בעלי האתרים בהם מאוחסן החומר המפר, ובנסיבות מסוימות, אף על ספקי השירות<sup>76</sup>.

### 3. חריג הניסויים להפרת הפטנט

בעל הפטנט נהנה מהמונופול שמקנה לו הדין למשך תקופה של עשרים שנה, שמתחילה למפרע ממועד הגשת בקשת הפטנט<sup>77</sup>. במשך תקופת תוקפו של הפטנט אוסר חוק הפטנטים על כל אדם, זולת על בעל הפטנט, לנצל את האמצאה נשוא הפטנט שלא ברשותו של בעל הפטנט<sup>78</sup>. עד לאחרונה, הוגדר המונח "ניצול אמצאה" בחוק הפטנטים כ"כל שימוש באמצאה, לרבות ייצור, שיווק או הפקת הנאה ממנה בדרך אחרת, אך למעט שימוש שאיננו בהיקף עסקי ואין לו אופי עסקי"<sup>79</sup>. במספר פסקי דין שניתנו במהלך שנות התשעים, נדרשו בתי המשפט בישראל לפרשנותו של סייג השימוש שאיננו בהיקף עסקי ואין לו אופי עסקי. לפי קו הפרשנות שהסתמן בפסיקה נראה, כי השימושים היחידים שניתן היה לעשות באמצאה נשוא הפטנט בתקופת הפטנט, ללא רשותו של בעל הפטנט, הם: שימוש פרטי ביתי ושימוש לצורכי מחקר טהור לשם קידום המדע, ובלבד שאין לו כל מטרה עסקית<sup>80</sup>. בתי המשפט הבהירו, כי הסייג אינו מתיר את ניצול האמצאה לשימוש בעל אופי עסקי, אף אם מדובר בשימוש מצומצם שלא נעשה בהיקף עסקי (למשל, הצגת דוגמה של מוצר מוגן בפטנט, לשם עידוד בעלי עסקים להתקשר בהסכמים לרכישת המוצר בתום תקופת הפטנט), כשם

בסוגיה זו). השוו: סעיף 65 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, לעיל הערה 24, בו מוצע לקבוע, ביחס לזכות יוצרים, כי הפרתה היא עוולה אזרחית, אשר הוראות פקודת הנוזיקין חלות עליה בשינויים המחויבים.

76 ראו דיון להלן בפרק ג.5(ג).

77 סעיף 52 לחוק הפטנטים.

78 סעיף 49 לחוק הפטנטים.

79 סעיף 1 לחוק הפטנטים, כנוסחו לפני תיקון מס' 3, התשנ"ח-1998.

80 ראו, למשל: המ' (ת"א) 12288/93 **The Wellcome Foundation Limited** נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, תקדין מחוזי 94(2) 197 (להלן – "עניין Wellcome"); ת"א (ת"א) 881/94 **Eli Lilly and Company** נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, תקדין מחוזי 98(3) 1586 (להלן – "עניין Eli Lilly"); ראו גם דברי הסבר להצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 4) (ניצול אמצאה והארכת תקופת ההגנה), התשנ"ח-1997; א' גולדנברג "חריג הניסויים להגנת הפטנטים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט (א' ברק, נ' ליפשיץ, א' פרוקצ'יה ומ' א' ראבילו עורכים, תשנ"ו) 59.



שאינו מתיר את ניצול האמצאה לשימוש נרחב (בהיקף עסקי), אף אם אופיו של השימוש כשלעצמו איננו עסקי (למשל, ייצור המוצר בהיקף נרחב והפצתו בציבור על-ידי רשות ציבורית ללא כל כוונה לעשיית עסקים והפקת רווחים מכך)<sup>81</sup>. החלתה של גישה פרשנית מצמצמת זו בהקשר הספציפי של אמצאות בתחום הרפואה, הביאה את בתי המשפט למסקנה, כי בעוד ששימוש באמצאה לצורך מחקר אקדמי-רפואי גרידא מותר הוא, אף אם הוא כרוך בניסויים, הרי שברגע שהפעילות המחקרית מפסיקה להיות "טהורה", ונלווה לה גוון עסקי, יהווה הדבר הפרת פטנט<sup>82</sup>. כך, קבעו בתי המשפט, כי ניצול אמצאה לשם ניסיונות המיועדים לגבש תהליך ייצור שיעמוד בדרישות השוק והרשויות הוא ייצור בעל אופי עסקי, אף אם המועד המתוכנן לשיווק המוצר הוא בטווח הרחוק. זאת, כיוון שלא מדובר בניצול פרטי או במחקר מדעי שנעשה לשם פרסום בספרות המדעית לתועלת האנושות, אלא בשימוש באמצאה שנועד לקדם את עסקיו ורווחיו של מפר הפטנט<sup>83</sup>. הדגש בפסיקה הושם, אפוא, על המטרה העסקית של המחקר<sup>84</sup>.

פרשנות זו של בתי המשפט עוררה מחאה בקרב גורמים בתעשיית התרופות הגנריות בארץ<sup>85</sup>. בתחום התרופות, נדרש, כידוע, אישור של משרד הבריאות בטרם ניתן לפתוח בשיווקו של מוצר. תהליך קבלת האישור הנו תהליך מורכב, אשר עשוי לארוך שנים מספר<sup>86</sup>. על-פי הפסיקה שתוארה לעיל, לחברה העוסקת בייצור מוצרים גנריים לא הייתה כל רשות לפתוח בפעולות מחקר ופיתוח או בפעילויות אחרות הכרוכות בהכנות לצורך קבלת רישוי על-פי דין, אלא למחרת פקיעת תוקפו של הפטנט על התרופה המקורית. להבדיל מתחומים טכנולוגיים אחרים, בהם ניתן להתחיל לייצר על-פי אמצאה מיד לאחר תום תקופת תוקפו של הפטנט, בתחום התרופות, עשוי לעבור זמן רב ממועד פקיעת הפטנט על התרופה המקורית עד למועד שבו יגיש היצרן הגנרי בקשה לרישוי, יקבל את הרישוי, ויוכל לשחרר את המוצר לשוק. כתוצאה מכך, מכוח הפרשנות האמורה לחוק הפטנטים, ניתנת הארכה דה-פקטו לתקופת תוקפו של הפטנט המקורי<sup>87</sup>. מצב זה העמיד את התעשייה הפרמצבטית הגנרית בארץ בעמדת נחיתות

81 עניין Wellcome, ש.ם.

82 עניין Eli Lilly, לעיל הערה 80.

83 עניין Wellcome, לעיל הערה 80.

84 לגישה אחרת, לפיה אין להסיק מן המטרה המסחרית, אשר ניצבת, בימינו, ביסוד מרבית הניסויים בתחום הרפואה, כי האופי הניסויי או המחקרי של הפרוייקט נעלם, ראו: גולדנברג, לעיל הערה 80, בע' 65-66.

85 לצד תעשייה גנרית של תרופות ראוי לציין, כי בארץ התפתחה בשנים האחרונות תעשייה גנרית מפותחת גם לחומרי הדברה, וכן למוצרים ביו-טכנולוגיים ודיאגנוסטיים שונים. ראו דברי הסבר להצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 4) (ניצול אמצאה והארכת תקופת ההגנה), התשנ"ח-1997, ה"ח 146, 147.

86 באשר למשכם של הליכי רישוי תרופות חדשות, ראו: א' אלטר "שיקולים בהגנת ידע כלכלי והגנת מידע ביסוד בקשה לרישום תרופה חדשה בישראל" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 181.

87 ראו: הצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 3), התשנ"ח-1997 (אשר הוגשה על-ידי הממשלה), ה"ח 73; הצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 4) (ניצול אמצאה והארכת תקופת ההגנה), התשנ"ח-1997

בהשוואה לחברות זרות, שמושכן בארצות הברית או בקנדה, אשר מתירות ליצרן גנרי לעסוק בפעילויות מחקר, פיתוח וייצור הדרושות לרישוי המוצר הגנרי, להגיש את הבקשה לרישוי ואף לקבל את אישור הרשות, תוך כדי תקופת הפטנט, על-מנת שמיד בתום תקופה זו יוכל לצאת לשוק עם המוצר הגנרי<sup>88</sup>. אם כן, בעוד שיצרן גנרי הפועל בארצות הברית או בקנדה יכול היה לצאת לשווקים במדינות אלה מיד עם פקיעת הפטנט, ואף להגיש בקשה לרישוי למשרד הבריאות בישראל באותו מועד, יצרן גנרי הפועל בישראל יכול היה רק להתחיל באותו יום בהכנות הדרושות להגשת בקשה כזאת. עמדה זו של הפסיקה הביאה, אפוא, לכך שידו של היצרן הגנרי הפועל בישראל הייתה על התחתונה בתחרות עם יצרנים גנריים זרים, הן בשוק המקומי והן בשווקים זרים. אחד החששות שעורר מצב זה היה, כי יצרנים ישראלים יעתיקו את פעילויות המחקר והפיתוח שלהם לארצות הברית או לקנדה, על-מנת להשתוות במעמד למתחרים האמריקאים או הקנדים, דבר שיגרום למשק הישראלי נזק רב<sup>89</sup>.

על רקע זה, תוקן בשנת 1998 חוק הפטנטים<sup>90</sup>. המונח "ניצול אמצאה" כבר לא מוגדר בחוק כרשימה פתוחה של שימושים באמצאה (לרבות ייצור, שיווק או הפקת הנאה ממנה בדרך אחרת), אלא כדלהלן<sup>91</sup>: "(1) לעניין מוצר שהוא אמצאה, כל פעולה שהיא אחת מאלה – ייצור, שימוש, הצעה למכירה, מכירה או ייבוא לצורך אחת מהפעולות האמורות; (2) לעניין תהליך שהוא אמצאה – שימוש בתהליך, ולגבי מוצר שנוצר בתהליך שהוא אמצאה – כל פעולה שהיא אחת מאלה: ייצור, שימוש, הצעה למכירה, מכירה או ייבוא לצורך אחת מהפעולות האמורות"<sup>92</sup>. החריג המסורתי להגדרה

(אשר הוגשה על-ידי קבוצת חברי כנסת), ה"ח 146. לאחר שנידונו בקריאה ראשונה, מוזגו שתי ההצעות להצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 3), התשנ"ח-1998, אשר הובאה לקריאה שנייה ולקריאה שלישית.

88 ראו, בארצות הברית, 35 U.S.C. § 271(e), אשר מקנה פטור מהפרת פטנט ביחס למעשים הקשורים באופן סביר לצורך בקבלת רישוי רגולטורי. גם בארצות הברית תיקון החקיקה בוצע על רקע פסיקה נוגדת, אשר קבעה כי ניסויים הנעשים לשם קידומם של אינטרסים עסקיים כלכליים מהווים הפרת פטנט; ראו, למשל: *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co.* 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984).

89 ראו: ד"כ 165 (התשנ"ח) 1736-1737.

90 תיקון מס' 3, התשנ"ח-1998, ס"ח 138, המכונה בפי רבים גם: "חוק טבע".

91 סעיף 1 לחוק הפטנטים.

92 בקשר לתיקון זה בהגדרתו של המונח "ניצול אמצאה", ראוי להזכיר את בג"ץ 5379/00 *Bristol-Myers Squibb Company* נ' שר הבריאות, פ"ד נה(4) 447, בו עמד בית המשפט על כך שבעקבות התיקון, גם ייבוא מהווה פעולה שעשויה להיחשב הפרת פטנט. לטעמנו, גם תחת הדין הקודם, ייבוא בניגוד להסכמת היצרן עשוי היה להיחשב הפרת פטנט, בבחינת "הפקת הנאה בדרך אחרת". מכל מקום, פסק הדין עסק בשאלה, אם ייבוא מקביל של מוצר מוגן פטנט הוא בבחינת הפרת פטנט. בנסיבות העניין, בית המשפט העליון לא נדרש להכריע בסוגיה זו, אם כי השופט אנגלרד נטה לדעה, כי אין לראות בייבוא מקביל משום הפרת פטנט, וזאת לאור סברתו כי יש לאמץ במשפטנו את דוקטרינת המיצוי הבינלאומי ביחס לזכויותיו של בעל הפטנט. על-פי דוקטרינה זו, מששווק המוצר נשוא הפטנט באחת המדינות בעולם באישורו של בעל

זו, הדין ב"פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי", נותר בעינו, ושני חריגים חדשים נוספו לו.

החריג האחד מתייחס ל"פעולה ניסיונית בקשר לאמצאה שמטרתה לשפר אמצאה או לפתח אמצאה אחרת". מן הפסיקה שקדמה לתיקון חוק הפטנטים עולה, כי לא ניתן היה לבצע פעולה ניסיונית שכזו אם הדבר נעשה לשם מטרה עסקית, ולא לשם מטרה מחקרית-אקדמית גרידא. נראה, כי בהוספת החריג החדש, לצדו של חריג 'היעדר האופי העסקי' הקיים, נתן המחוקק ביטוי לאינטרס הציבורי בפיתוח אמצאות חדשות אשר מתבססות על אמצאות קודמות אף במהלכה של תקופת הפטנט המקורי, תוך הכרה בכך שמרבית הניסויים שנעשים בימינו לצורך כזה מתבצעים כשבבסיסם מטרה מסחרית<sup>93</sup>. מאחר שהחריג החדש ניצב, כאמור, לצדו של חריג 'היעדר האופי העסקי' המקורי, נראה כי פעולות ניסיוניות שנועדו לשפר אמצאה או לפתח אמצאה אחרת תוכשרנה אף אם מטרתן האולטימטיבית של מפתח האמצאה היא עסקית. ראוי לציין, כי ההסדר הקבוע בחוק הפטנטים מאפשר היום, למעשה, לא רק ביצועם של ניסויים שנועדו לפתח אמצאה חדשה על בסיס אמצאה קודמת, שהפטנט לגביה עדיין בתוקף, אלא גם רישומה של אותה אמצאה חדשה כפטנט, אם זו תענה על הדרישות הקבועות בחוק הפטנטים לעניין הזכות לפטנט (לרבות דרישת ההתקדמות ההמצאתית)<sup>94</sup>; וכן – בנסיבות מסוימות – מתן רישיון כפייה לבעל הפטנט המאוחר לנצל את האמצאה הקודמת אם הדבר דרוש לצורך ניצול האמצאה המאוחרת<sup>95</sup>.

החריג השני מתייחס ל"פעולה ניסיונית במסגרת טיפול להשגת רישוי לצורך שיווק המוצר לאחר תום תוקפו של הפטנט", בתנאים מסוימים עליהם נעמוד להלן<sup>96</sup>. חריג

הפטנט, מיצה האחרון את זכויותיו במוצר ואין הוא יכול עוד למנוע את שיווקו במדינה אחרת. לעומת דוקטרינה זו, יש מדינות הדוגלות בדוקטרינת המיצוי הלאומי, לפיה כל עוד לא נמכר המוצר המוגן בתוך הטריטוריה בה מדובר, אין לייבא אליה את המוצר המוגן בייבוא מקביל בניגוד לזכויותיו של בעל רישיון ייחודי לשימוש במוצר בטריטוריה. בית המשפט, כאמור, לא נדרש להכרעה בשאלה עקרונית זו. לדיון בשאלת הייבוא המקביל (אם כי לא בהקשר של דיני הפטנטים), ראו גם: א' סורוקר "ייבוא מקביל של מוצרים המוגנים בסימן-מסחר – הפתרון החוזי" עיוני משפט כז (תשס"ג) 257; ע' נעמת "מניעת יבוא מקביל באמצעות דיני זכות יוצרים" הפרקליט מ (תשנ"א) 125; השוו גם: סעיף 59(2) לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, לעיל הערה 24.

93 יש לציין, כי דברי ההסבר להצעות החוק השונות אינם מתייחסים כמעט לחריג זה, אלא אך לחריג הרישוי שיידון להלן בטקסט ליד הערות 96–100.

94 סעיף 3 לחוק הפטנטים.

95 סעיף 121 לחוק הפטנטים. סעיף זה תוקן, לאחרונה, במסגרת חוק ההתאמה, ונקבע בו כי תנאי לשימוש באמצאה הקודמת הוא, שהאמצאה המאוחרת מגלמת התקדמות טכנולוגית חשובה בעלת ערך כלכלי רב לעומת האמצאה הקודמת (ראו דיון להלן בפרק ב.4). בהקשר בו עסקינן, בו אין מדובר ברישיון כפייה, אלא אך בחסינות מפני תביעת הפרה, לא הוצבו דרישות דומות ביחס לאמצאה המשופרת או החדשה. לדעה לפיה ייתכן כי ראוי לבחון, גם בהקשר זה, את התועלת השולית שבמחקר החדש, ראו: גולדנברג, לעיל הערה 80, בע' 68.

96 סעיף 54 לחוק הפטנטים. ראוי להדגיש, כי סעיף זה נוסח באופן כללי, ולא צומצם לתחום

זה מאפשר ליצרנים גנריים לבצע את הפעולות הנדרשות לצורך השגת רישוי לשיווק המוצר הגנרי במהלך תקופת הפטנט, כך שיוכלו לצאת לשוק עם המוצר החדש מיד לאחר פקיעת הפטנט, דבר שאמור לפעול, כמובן, גם לתועלת ציבור הצרכנים. חוק הפטנטים מתנה זאת בכך שמדובר בפעילות לשם קבלת רישוי בישראל או במדינה אחרת שבה מותרת פעולה ניסיונית באמצאה מוגנת פטנט לשם השגת רישוי לפני תום תוקפו של הפטנט<sup>97</sup>; ובכך ש"כל מוצר שיוצר במסגרת הוראת סעיף זה לא ישמש לכל מטרה זולת לצורכי השגת רישוי כאמור, הן בתקופת הפטנט והן אחריה"<sup>98</sup>. חוק הפטנטים ביטל, אפוא, את ההלכות שנקבעו לפני כן על-ידי בתי המשפט ביחס לפעולות ניסיוניות במסגרת טיפול להשגת רישוי למוצר, וקבע, כי פעולות מעין אלה (אשר כוללות, מן הסתם, את פיתוח תהליך הייצור של המוצר הגנרי) לא תהווה הפרת פטנט אף אם תעמודנה ביסודן מטרות עסקיות<sup>99</sup>. יחד עם זאת, נראה, כי לפסיקה שניתנה לפני תיקון חוק הפטנטים עדיין נותר מרחב מחייה רב<sup>100</sup>, כל אימת שלא מדובר בפעולות הקשורות באופן סביר לטיפול בהשגת הרישוי למוצר, כגון פעולות לשם שיווק החומר הגנרי עם תום תקופת הפטנט. ואולם, בתי המשפט שיתמודדו עם מקרים כגון אלה בעתיד, יצטרכו לבחון את תוקפן של ההלכות הוותיקות על רקע התיקון להגדרת "ניצול אמצאה" בסעיף 1 לחוק הפטנטים, אשר כאמור לעיל, כבר אינה כוללת רשימה פתוחה של שימושים, לרבות שיווק והפקת הנאה בדרך אחרת. כך, למשל, ספק אם משלוח דוגמאות של החומר הגנרי ליצרנים גנריים ברחבי העולם ייחשב בכל מקרה כ"הצעה למכירה" על-פי ההגדרה החדשה.

לצד התיקון האמור, הכיר המחוקק בצורך לפצות את בעל הפטנט המקורי על אובדן ההגנה דה-פקטו שניתנה לו לאחר תפוגת תוקפו של הפטנט מכוח הדין ששרר ערב התיקון. הצורך בפיצוי נובע מכך שאף בעל הפטנט המקורי נאלץ, בזמנו, להמתין זמן רב עד שקיבל רישוי לשיווק תרופתו. מטבע הדברים, בעל פטנט שואף להגן על אמצאתו בפטנט מוקדם ככל האפשר, כדי להבטיח שלא יקדימו אותו. אך הקדמת מועד רישום הפטנט היא חרב פיפיות, שכן במהלך תהליך הרישוי, אשר עשוי לארוך

המוצרים הגנריים. השוו גם: פרידמן, לעיל הערה 28, בע' 864. זאת, להבדיל מהדין החדש המאפשר הארכת תוקפו של הפטנט (ראו דיון להלן בטקסט ליד הערות 101–107), אשר חל רק ביחס למוצרים מסוימים בתחום הרפואה.

97 סעיף זה עורר התנגדות מצד ארה"ב, אשר טענה כי הדבר מקנה ליצרנים גנריים בישראל יתרון על-פני היצרנים הגנריים בארה"ב, בה חל החריג רק ביחס להליכי רישוי מקומיים. בהקשר זה, ראוי לציין, כי התיקון בכללותו עורר התנגדות רבה גם מצד מדינות האיחוד האירופי, בהן לא קיים הסדר דומה. ראו ד"כ 165 (התשנ"ח) 1736.

98 סעיפים 1 ו-54א לחוק הפטנטים.

99 השוו: *Intermedics, Inc. v. Ventritex, Inc.* 775 F. Supp. 1269 (N.D. Cal. 1991), *aff'd* 991 F.2d 808 (Fed. Cir. 1993).

100 ראוי לציין, כי מדובר בהלכות שפותחו על-ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב, שכוחן מנחה בלבד (סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה).

שנים ארוכות, מנוע הממציא משיווק המצאתו. השילוב של רישום פטנט מוקדם עם הליך רישוי ארוך מביא, אפוא, לקיצור דה־פקטו של התקופה בה נהנה הממציא המקורי מרווחי המונופול שמקנה לו הפטנט<sup>101</sup>. על רקע זה, ובעקבות התיקון שהביא לאובדן ההארכה דה־פקטו שניתנה בעבר לבעל הפטנט, הוחלט לפצות את בעליו של פטנט בתחום הפרמצבטי<sup>102</sup>, על־ידי מתן אפשרות להארכת תקופת תוקפו של הפטנט, לפי בקשתו של בעל הפטנט או של בעליו של רישיון ייחודי לניצול האמצאה מוגנת הפטנט<sup>103</sup>. הסדר מעין זה, המאפשר את הארכת הפטנט כאשר התעכבה יציאתו לשוק בשל הליכי רישוי, מקובל גם במדינות אחרות המתירות פעולות לצורך רישוי תרופות גנריות עוד במהלך תקופת הפטנט המקורי<sup>104</sup>. הארכת הפטנט במקרים אלה תהיה בתקופה השווה לתקופה שמיום הגשת הבקשה לרישוי ועד הרישוי, ובלבד שהגשת הבקשה והטיפול בה מטעם המבקש נעשו בתום לב ובדחיפות ראויה<sup>105</sup>, אם כי תקופה זו לא תעלה על 5 שנים מעבר לתקופת הפטנט (20 שנים), ובשום מקרה לא תחול ההגנה לפי חוק הפטנטים לתקופה מצטברת העולה על 14 שנים מיום קבלת הרישוי<sup>106</sup>. במשך תקופת תוקפו של צו ההארכה, זכאי בעל הפטנט הבסיסי למנוע מכל אדם לשווק או לייצר לצורכי שיווק, ללא רשותו, את הציוד הרפואי נשוא הפטנט; או תכשיר רפואי המכיל חומר, ככל שהחומר, התהליך לייצורו, השימוש בו או התכשיר הרפואי עצמו נכללים בתביעות הפטנט הבסיסי<sup>107</sup>.

- 101 עניין **Eli Lilly**, לעיל הערה 80.
- 102 בסעיף 64א לחוק הפטנטים הוגדרו האמצאות אשר ביחס אליהן ניתנת כיום האפשרות להארכת תקופת הפטנט. המדובר בפטנטים המגנים על (1) "חומר", (2) תהליך לייצור "חומר", (3) שימוש ב"חומר", (4) "תכשיר רפואי" המכיל "חומר", (5) תהליך לייצור "תכשיר רפואי" המכיל "חומר", או (6) ציוד רפואי החייב ברישוי בישראל; כאשר המונח "תכשיר רפואי" מוגדר כ"כל צורה של סמי מרפא שעברו תהליך עיבוד, לרבות תכשיר לשימוש ברפואה וטרנירית ותכשיר בעל ערך תזונתי המיועד להזרקה תוך ורידית"; והמונח "חומר" מוגדר כ"מרכיב הפעיל בתכשיר רפואי או מלחים, אסטרס, הידרטים או צורות גבישיות של אותו המרכיב".
- 103 סעיף 64ג לחוק הפטנטים. ראו גם סעיפים 64ב ו־64ד, הקובעים תנאים נוספים אשר צריכים להתקיים על־מנת שיינתן צו הארכה. עוד ראו סעיף 64טו הקובע, כי הבקשה לצו הארכה תוגש לא יאוחר מ־60 ימים ממועד רישוי המוצר; וכן החלטתו של סגן רשם הפטנטים בעניין בקשות לפטנט מס' 101537, 108704, 92904 (ראו באתר של רשם הפטנטים, תחת הקישור: [www.justice.gov.il](http://www.justice.gov.il)), בה נקבע כי במקרים בהם הליך הרישוי הסתיים לפני שניתן פטנט, מירון 60 הימים יחל במועד המאוחר יותר בו יינתן פטנט.
- 104 ראו, למשל, בארה"ב: 35 U.S.C. § 156.
- 105 סעיף 64ב(ב) לחוק הפטנטים, ביחס לפטנט שנתבקש רישוי לגביו רק בישראל. לגבי מקרים אחרים, ראו סעיף 64ט(א) לחוק הפטנטים הקובע, כי ההארכה תהיה לתקופה השווה לתקופת ההארכה הניתנת לפטנט במדינה החברה המאפשרת פעולות לצורך השגת רישוי בתקופת הפטנט.
- 106 סעיף 64י לחוק הפטנטים. הגבלות אלה על תקופת ההארכה נלקחו מן הדין האמריקאי. ראו: דברי הסבר להצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 4) (ניצול אמצאה והארכת תקופת ההגנה), התשנ"ח–1997, ה"ח 146, 148.
- 107 סעיף 64ד(ד) לחוק הפטנטים.

4. צמצום האפשרות להענקת רישיונות כפייה

בנסיבות מיוחדות, מוסמך רשם הפטנטים להעניק, בהתקיים התנאים המפורטים בחוק, רישיון כפייה לשימוש בפטנט<sup>108</sup>. במסגרת חוק ההתאמה, נעשו מספר תיקונים בחוק הפטנטים, אשר רובם נועדו להביא, בהתאם להסכם הטריפס, לצמצום האפשרות להענקת רישיונות כפייה<sup>109</sup>. תיקונים אלה מחזקים, כמובן, את זכותו של בעל הפטנט להלך נסקור אותם.

העילה העיקרית בעטייה ניתן להעניק רישיון כפייה היא ניצול המונופולין שבפטנט לרעה<sup>110</sup>. במסגרת חוק ההתאמה, תוקנו סעיפים 118 ו-119 לחוק הפטנטים, כך שניצול האמצאה נשוא הפטנט בדרך של יבוא בלבד לא ייחשב, כשלעצמו, כניצול לרעה של המונופולין, ולא יהווה עילה למתן רישיון כפייה<sup>111</sup>. המקרים היחידים אותם מגדיר היום חוק הפטנטים כניצול לרעה של המונופולין הם כאשר – בהיעדר הצדק סביר לכך – אין מספקים בתנאים סבירים בישראל את מלוא הביקוש למוצר, או כאשר התנאים שהתנה בעל הפטנט להספקתו של המוצר, או מתן רישיון לייצורו או לשימוש בו, אינם הוגנים בנסיבות העניין ואינם מתחשבים בטובת הכלל<sup>112</sup>.

בנוסף לעילה הכללית של ניצול מונופולין לרעה, חוק הפטנטים התיר בעבר לרשם הפטנטים להעניק רישיונות כפייה לצורכי רפואה<sup>113</sup>. במסגרת התיקון, בוטל היתר זה, נוכח העובדה כי הסכם הטריפס אינו מתיר הענקת רישיונות כפייה באופן גורף, כי אם דורש שכל מקרה של מתן רישיון כפייה ייבחן לגופו של עניין<sup>114</sup>, ולכן הקביעה

108 סעיפים 116–128 לחוק הפטנטים.  
 109 סעיף 12(ב) לחוק ההתאמה קבע, כי על רישיון כפייה שניתן לפני 1 בינואר 2000 יחולו הוראות חוק הפטנטים כנוסחון הקודם.  
 110 סעיפים 117–119 לחוק הפטנטים.  
 111 התיקונים בוצעו לאור סעיף 27(1) להסכם הטריפס, לפיו ההנאה מזכויות בפטנט לא תושפע מן השאלה אם המוצרים מיובאים או מיוצרים באופן מקומי. ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם הטריפס, התשנ"ט–1999, ה"ח 525. במסגרת התיקון, נמחקו מסעיף 119 לחוק הפטנטים שלוש העילות הבאות לקביעה שניצול המונופולין שבפטנט הוא ניצול לרעה, אשר כולן נועדו לשמירה על השוק המקומי מפני פגיעה: (1) "ניצולה של המצאה, בדרך ייצור בישראל, אינו אפשרי או שהוא מוגבל בשל יבואו של המוצר"; (2) "המוצר אינו מיוצר בישראל, ובעל הפטנט מסרב ליתן ליצרן מקומי, בתנאים סבירים, רישיון לייצורו או לשימוש בו, אם לצורכי השוק המקומי ואם לצורכי ייצוא"; (3) "בעל הפטנט מסרב ליתן, בתנאים סבירים, רישיון לייצורו בישראל של המוצר או לניצולו בישראל של התהליך ומחמת סירוב זה – (א) נמנע או נפגע יצואו של מוצר מישראל, או (ב) נמנע ייסודה או פיתוחה בישראל של פעילות מסחרית או תעשייתית". תיקונים מקבילים נעשו גם בסעיף 122 לחוק הפטנטים, הדין בגורמים שעל רשם הפטנטים להתחשב בהם בהחלטה על מתן רישיון כפייה.  
 112 סעיף 119 לחוק הפטנטים.  
 113 סעיף 120 לחוק הפטנטים, לפני ביטולו במסגרת חוק ההתאמה.  
 114 סעיף 31(a) להסכם הטריפס.

שרישיונות כפייה יינתנו במקרים מסוימים, אך ורק משום שמדובר בסוג מסוים של אמצאה, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הסכם הטריפס<sup>115</sup>. עילה נוספת למתן רישיון כפייה, הקבועה בסעיף 121 לחוק הפטנטים, מאפשרת מתן רישיון כפייה לזכותו של בעל פטנט מאוחר, אשר לא ניתן לנצל בלי להשתמש באמצאה קודמת המוגנת בפטנט. במסגרת התיקון נקבע, כי תנאי למתן רישיון כפייה כאמור, הוא שהאמצאה המאוחרת מגלמת התקדמות טכנולוגית חשובה בעלת ערך כלכלי רב לעומת האמצאה המוקדמת<sup>116</sup>. כמו כן, נקבע, כי הרישיון הנוגע לאמצאה המוקדמת אינו ניתן להעברה אלא אם כן מועברות יחד עם הרישיון הזכויות באמצאה המאוחרת<sup>117</sup>.

לבסוף, סעיף 123 לחוק הפטנטים, העוסק בהגבלת היקף רישיון הכפייה, הוחלף בהתאם לדרישות הסכם הטריפס<sup>118</sup>. בעבר קבע הסעיף, כי לא יינתן רישיון כפייה אלא לניצול אמצאה בישראל בדרך ייצור או לשימוש בה בישראל במהלך הייצור, וכי רישיון כזה יינתן רק למי שיכול לנצל את האמצאה בהיקף סביר. כיום, כל שקובע הסעיף הוא, כי רישיונות כפייה יינתנו בעיקר על-מנת להבטיח את האספקה לשוק המקומי. אף על פי כן, נראה, כי יכולתו של מבקש הרישיון לנצל את האמצאה בהיקף סביר עדיין מהווה גורם אשר על הרשם להתחשב בו בהחלטתו לגבי מתן רישיון כפייה. מבחינה פורמאלית, ניתן לעגן זאת בסעיף 122, אשר מונה, בגדר הגורמים שיש להתחשב בהם, את יכולתו של המבקש לרפא את הפגם שבעטיו נתבקש הרישיון<sup>119</sup>, ואת טובת הציבור "המחייבת, דרך כלל, כי אמצאות, שניתן לנצלן בישראל בדרך ייצור או ייבוא, ינוצלו כך בהיקף הרחב ביותר בנסיבות הקיימות וללא דיחוי".

לצד תיקוני החקיקה בעניין רישיונות הכפייה, מעניין להזכיר גם פסיקה שניתנה במהלך שנות התשעים, אשר עסקה בשאלת היחס בין הצורך להוכיח את יכולת ניצול האמצאה בהיקף סביר על-מנת לקבל רישיון כפייה לבין הפרת פטנט<sup>120</sup>. בתי המשפט נאלצו להתמודד עם הטענה לפיה פעולות הנעשות לצורך הוכחת יכולת ייצור במסגרת הליכי רישיון כפייה, לשם עמידה בתנאי הקבוע בחוק הפטנטים, אינן יכולות

115 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם הטריפס, התשנ"ט-1999.

116 סעיף 121(א) לחוק הפטנטים.

117 סעיף 121(ד) לחוק הפטנטים; השוו: סעיף 31(i)(iii) להסכם הטריפס; וראו גם הוראת סעיף 126א לחוק הפטנטים, אשר הוספה במסגרת התיקון, ולפיה לא ניתן להעביר רישיון כפייה, אלא אם כן מועבר, יחד אתו, אותו החלק של העסק או המוניטין הקשור לשימוש בפטנט (השוו: סעיף 31(e) להסכם הטריפס).

118 סעיף 31(f) להסכם הטריפס.

119 ראו: פרידמן, לעיל הערה 28, בע' 628, באשר לקשר בין פרמטר זה לבין הוכחת כושר הייצור.

120 עניין Wellcome, לעיל הערה 80; עניין Eli Lilly, לעיל הערה 80. המדובר, אפוא, שוב, בפסיקה של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, שכוחה מנחה בלבד (סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה).

להיחשב כהפרת פטנט. השופטים שדנו בטענה זו דחו אותה בקובעם, כי הוכחת יכולתו של המבקש לרשם הפטנטים איננה מתירה את הפרת הפטנט בטרם עת<sup>121</sup>. כפי שציין השופט שטרוזמן בעניין **Wellcome**<sup>122</sup>: "הוכחת היכולת של המבקש לרשם הפטנטים איננה מתירה את הפרת הפטנט בטרם עת. יכולת היצור של מוצר מסויים איננה מחייבת את הצגת המוצר בפני רשם הפטנטים אלא את קווי היצור וכישורי מפעיליו בייצור מוצרים שונים ומגוונים שמהם ניתן ללמוד על יכולתו של המבקש ליצר גם את המוצר נשוא הפטנט. אם סובר הרשם שזקוק הוא לדוגמה ממשית של המוצר המוגן על ידי הפטנט המיוצר במפעלי המבקש – יואיל למצוא את הדרך הנאותה, אם היא קיימת, להיתר מצומצם לייצור הדגמה, אך אין למבקש רשות להדגים את יכולתו מיזמתו ללא היתר כדין". גם בעניין **Eli Lilly**<sup>123</sup>, עמדה השופטת קובו על כך שכושר ייצור ניתן לבדוק גם ללא ביצוע פעולות של ניסוי וייצור בפועל, המפרות את הפטנט, וקבעה כי אין לראות בדרישה להוכחת כושר ייצור עוגן להפיכתה של פעולה מפרה לכשרה ומותרת.

אנו סבורים, כי הלכות אלה, אשר ניתנו בטרם תוקן חוק הפטנטים, תקפות גם לאחר תיקונו, ואף ביתר שאת, וזאת משני טעמים: ראשית, כאמור, על אף שסבורים אנו כי כושר ייצור עדיין מהווה שיקול שעל רשם הפטנטים לבחון בבואו להכריע בבקשה למתן רישיון כפייה, חוק הפטנטים כבר אינו דורש הוכחת יכולת ייצור כתנאי לקבלת רישיון הכפייה. שנית, כזכור, במסגרת התיקונים השונים שנעשו לאחרונה בחוק הפטנטים, תוקנה ההגדרה של "ניצול אמצאה", כך שפעולות ניסיוניות לצורך השגת רישוי בסמוך לפני פקיעת תוקפו של הפטנט הרשום לא תיחשבנה עוד כהפרת פטנט. בעוד שבמקרים אלה התיר המחוקק במפורש פעולות אשר אחרת היו עשויות להיחשב כמפרות את הפטנט, לא הוסף כל סייג המכשיר פעולות מפרות לצורך הוכחת כושר ייצור במסגרת הליך של בקשה לרישיון כפייה. דומה, אפוא, כי המחוקק בחר להותיר על כנה את ההלכה לפיה אין היתר לביצוע פעולות מעין אלה<sup>124</sup>.

##### 5. אפשרות למתן צו מניעה לאחר פקיעת הפטנט

סוגיה נוספת אשר נדונה בעניין **Eli Lilly**<sup>125</sup> היא האפשרות למתן צו מניעה לתקופה

121 עניין **Wellcome**, שם; עניין **Eli Lilly**, שם.

122 עניין **Wellcome**, שם, בפסקה ג(2).

123 עניין **Eli Lilly**, לעיל הערה 80.

124 הפעלת כלל הפרשנות "מכלל הן שומע לאו" בנסיבות אלה, לשם הגעה למסקנה כי מדובר בהסדר שלילי הולמת, שכן פסקי הדין אשר בעקבותיהם נחקק "חוק טבע" הם אותם פסקי דין, בהם נקבעו ההלכות ביחס להוכחת כושר הייצור לצורך רישיון כפייה. ניתן להסיק, אפוא, כי המחוקק היה מודע למכלול ההלכות שנקבעו באותם פסקי דין, ובחר להתערב ולקבוע דין שונה רק ביחס לחלק מהן.

125 עניין **Eli Lilly**, לעיל הערה 80.



מסוימת לאחר תקופת תוקפו של הפטנט הרשום, במקרה שבו תוצאת ההפרה היא הקדמת יכולתו של המפר להיכנס לשוק עם פקיעת הפטנט, תוצאה המכונה "אפקט המקפצה" ("spring board effect") או "הקדמת יריית הזינוק" ("jumping the gun")<sup>126</sup>. באותו עניין, קבע בית המשפט, כי בתקופת הפטנט של חברת Eli Lilly על התרופה פרוזאק, ביצעה חברת טבע פעולות מפרות<sup>127</sup>, אשר יצרו לה "קרש קפיצה" אל השוק והעמידו אותה במצב שבו יכולה הייתה לשווק את תחליפי הפרוזאק הגנריים מוקדם יותר מאשר לולא התבצעו ההפרות. השופטת קובו הכירה בכך שהיכולת להחזיק בעמדה עדיפה או בלעדית בשוק עם פקיעת הפטנט הנה אחד מהאינטרסים המוגנים במסגרת המונופול שניתן לבעל הפטנט, וכי יש להעניק סעדים שיגנו על אינטרס זה<sup>128</sup>. השופטת עמדה על כך, שבתי המשפט בארץ ובעולם היו נכונים לא אחת להעניק לבעל פטנט צו מניעה לתקופה שלאחר פקיעת הפטנט, האוסר על אחרים למכור מוצרים שיוצרו בתקופת תוקפו תוך הפרתו, וקבעה כי יש מקום להרחיב את האיסור, במקרים המתאימים, כך שיחול גם על שימוש בידע וביתרונות אחרים שנצברו על-ידי ההפרה, על-מנת לשלול מן המפר את אותו פרק זמן שהרוויח בכניסה אל השוק כתוצאה מהפרת הפטנט. יחד עם זאת, בנסיבות העניין, נוכח משך הזמן הרב שחלף למן מועד פקיעת הפטנט, בחרה השופטת שלא לתת צו מניעה כמבוקש.

### ג. זכויות יוצרים

1. הבסיס התיאורטי של דיני זכויות היוצרים והשלכותיו על עיצובם של עקרונות יסודיים: דרישת המקוריות וההבחנה רעיון-ביטוי

בשנים האחרונות, חלו התפתחויות בדרך שבה מתייחסת הפסיקה לשיקולים הרעיוניים העומדים בבסיס דיני זכויות היוצרים. לבסיס התיאורטי של דיני זכויות היוצרים חשיבות רבה, אשר אינה אקדמית גרידא, שכן יש בו כדי להשפיע במישורין על הגישה אותה נוקטים בתי המשפט לעניין פרשנות החקיקה ועיצוב התכנים אותם יש לצקת

126 שם; ראו גם: פרידמן, לעיל הערה 28, בע' 865, המשתמש בכינוי "דוקטרינת קרש הקפיצה".  
127 בית המשפט דחה את טענותיה של טבע, כי אין לראות בפעולות אלה משום הפרת פטנט, שכן מדובר בפעולות שנעשו לשם קבלת רישוי עם תום תקופת הפטנט ו/או בפעולות לצורך הוכחת כושר ייצור במסגרת הליך רישיון כפייה.

128 כזכור, חוק הפטנטים תוקן לאחר פסק הדין, באופן המאפשר ליצרנים גנריים להקדים את כניסתם לשוק ומונע את יכולתו של בעל הפטנט המקורי להחזיק בעמדה בלעדית בשוק בלא תחרות עם תום התקופה, אך בד בבד מאפשר לבעל הפטנט בתחום הרפואי לבקש צו להארכת תקופת תוקפו של הפטנט. מכל מקום, דומה, כי ההלכה המנחה שנקבעה בפסק הדין עדיין תקפה באופן כללי, וניתנת ליישום במקרים בהם הפעולות המפרות אשר גרמו ל"אפקט המקפצה" לא נעשו תחת חסותו של חריג הניסויים החדש.

לדרישות העקרוניות ולמושגי השסתום המופיעים בה<sup>129</sup>. להלן נסקור את ההתפתחות שחלה בפסיקה בעניין הבסיס הרעיוני של דיני זכויות היוצרים, ובהמשך נבחן כיצד באה לידי ביטוי התפתחות זו בדרך בה יצקה הפסיקה תוכן לשניים מן העקרונות הבסיסיים של דיני זכויות היוצרים, דרישת המקוריות וההבחנה בין רעיון לביטוי.

(א) הבסיס התיאורטי של דיני זכויות היוצרים

דיני זכויות היוצרים התפתחו פחות או יותר במקביל במערכת המשפט האנגלו-אמריקאית ובמערכת המשפט הקונטיננטלית, מתוך מניעים רעיוניים שונים<sup>130</sup>. הגישה האנגלו-אמריקאית ראתה בזכות היוצרים, בעיקר, כלי לעידוד היצירה באמצעות מתן תמריץ ליוצרים לשם הפקת תועלת חברתית<sup>131</sup>. לעומת זאת, הגישה הקונטיננטלית הדגישה יותר את זכותו הטבעית של היוצר ואת הקשר האישי בינו לבין יצירתו<sup>132</sup>.

בעבר, על אף שבתי המשפט בישראל לא דנו במפורש בהצדקה התיאורטית לדיני זכויות היוצרים, הדגישה הפסיקה במספר הזדמנויות את האינטרסים הפרטיים של היוצר כצידוק מרכזי להכרה בזכות היוצרים שלו על יצירתו<sup>133</sup>. ואולם, בפסק הדין בעניין אינטרלגו<sup>134</sup>, אשר ניתן בשנת 1994, חל מפנה משמעותי בתפיסה זו. במסגרת פסק הדין, בו נתקיים דיון יסודי בשאלת המטרות העומדות ביסוד דיני זכויות היוצרים, אימץ בית המשפט העליון, מפי הנשיא דאז מאיר שמגר, את "הבסיס התועלתני" לדיני זכויות

129 ראו, למשל: ג' פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית-המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר 'עידן המידע'" עלי משפט ב (תשס"ב) 297, 313.

130 גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 4; רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 267 (להלן – "עניין גבע"). ראו, באופן כללי, לגבי ההצדקות השונות לזכויות יוצרים: ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359, 361.

131 ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 4–6; עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 267. עקרון זה, אשר עומד גם ביסוד דיני הפטנטים, בא לידי ביטוי בחוקת ארצות הברית, בה נקבע כי: "The Congress shall have power ... to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries" (U.S. Constitution, Article I, Section 8, Clause 8) דבריו של בית המשפט העליון הפרולי בארצות הברית ב: *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service* 499 U.S. 340 (1991), 349–350 (להלן – "Feist"). עוד ראו מאמרם הקלאסי של לנדס ופוזנר, המנתח את דיני זכויות היוצרים מנקודת מבט כלכלית: W.M. Landes & R.A. Posner "An Economic Analysis of Copyright Law" 18 *J. Legal Stud.* (1989) 325, 325–333, 344–346.

132 ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 6; עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 267; ד' לוינסון "ההגנה של 'שימוש הוגן' בזכויות יוצרים" משפטים טז (תשמ"ו) 430, 445; ש' פרזנטי דיני זכויות יוצרים (מהדורה שנייה תש"ס, כרך א) 25.

133 ראו שורה ארוכה של אסמכתאות המובאות אצל פסח, לעיל הערה 129, בע' 300–301, הערה 16.

134 ע"א 513/89 *Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133 (להלן – "עניין אינטרלגו").

היוצרים. בית המשפט קבע, כי מדובר בדינים שנועדו ליצור תמריץ לייצורם ולהפצתם של טובין ציבוריים – ביטויים – לשם הגדלת רווחת הציבור.<sup>135</sup> בית המשפט עמד על כך, שבמסגרת התחשיב התועלתית יש לקחת בחשבון, לצד הצורך לעודד את היוצר העכשווי, גם את המגבלה שעשויה זכות היוצרים להטיל על חופש היצירה של יוצרים עתידיים שכן תהליך יצירתי אינו נעשה בחלל ריק ויוצר מושפע לא פעם מיצירת קודמות. לפיכך, הגנת זכות יוצרים רחבה מדי עלולה להביא לצמצומו של מרחב היצירה העתידית יתר על המידה<sup>136</sup>. במובן מסוים, ניתן לראות את פסק הדין בעניין אינטרלגו כבסיס להכרה בכך שדיני זכויות היוצרים אינם אך ורק "דיני היוצרים", אלא באותה מידה גם "דיני המשתמשים" – "דינים בעלי תכלית כלל-חברתית אשר עוסקים באפשרויות הגישה והשימוש ביצירות של הציבור ושל יוצרים נוספים"<sup>137</sup>. מאימון הבסיס התועלתית לזכות היוצרים נגזר עקרון פרשנות מנחה לפיו בעיצוב הדרישות והתנאים השונים להגנת זכות היוצרים יש לאזן בין האינטרסים הציבוריים השונים העומדים בבסיסה – הצורך לתמרץ יוצרים, מחד גיסא; והצורך להשאיר מרחב תמרון ליצירה מאוחרת ולשמר את התחרות החופשית, מאידך גיסא<sup>138</sup>. על גישה עקרונית זו חזרו בתי המשפט גם בפסקי דין מאוחרים יותר<sup>139</sup>. בד בבד עם אימוצה של הגישה התועלתית, דחה בית המשפט מפורשות את העמדה לפיה התכלית העיקרית של זכות היוצרים היא לגמול ליצר עצמו עבור המשאבים והמאמץ שהשקיע<sup>140</sup>.

135 שם, בע' 154, 160–167. ראו גם: פסח, לעיל הערה 129, בע' 299. יודגש, כי דברים אלה נאמרו אך ורק בהתייחס להצדקה העומדת ביסוד הזכויות הכלכליות הגלומות בזכות היוצרים, להבדיל מן "הזכות המוסרית". ראו: עניין אינטרלגו, שם, בע' 161. עם זאת, בפסיקה מאוחרת יותר, ציין בית המשפט העליון, כי גם את הזכות המוסרית ניתן להצדיק על בסיס הרצון לעודד את היוצר. ראו דבריה של השופטת דורנר ברע"א 6141/02 אק"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' גלי צה"ל (טרם פורסם) (www.court.gov.il) (להלן – "עניין גלי צה"ל"). ראו, באופן כללי, באשר לכך שההצדקה התועלתית-כלכלית משמשת כיום כהצדקה המרכזית במשפטנו לדיני זכויות היוצרים, כמו גם לענפים אחרים של הקניין הרוחני: נ' אלקין-קורן "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה (תשס"א) 9, 15. ראו גם: גרוסקופף, לעיל הערה 13, בע' 53, הערה 73; דויטש, לעיל הערה 1, בע' 130–131.

136 עניין אינטרלגו, לעיל הערה 134, בע' 154, 163.

137 פסח, לעיל הערה 129, בע' 303. גישה כזו, המכירה בציבור המשתמשים – יוצרים נוספים והחברה בכללותה – כמוטבים ישירים של זכות היוצרים, עשויה להיות רלבנטית ביותר שעה שתעמודנה לדיון במשפטנו סוגיות שונות אשר מתעוררות אגב המעבר ממציאות של עותקים פיזיים לעולם של יצירות במדיום דיגיטאלי. מעבר כזה – יש הטוענים – כרוך מטבעו גם בפיחות הזכויות אשר נתונות לציבור המשתמשים. ראו שם, בע' 303–306.

138 עניין אינטרלגו, לעיל הערה 134, בע' 167.

139 ראו, למשל: עניין גלי צה"ל, לעיל הערה 135; המ' (ת"א) 6898/97 חברת אינדקס פרסומים בע"מ נ' בידור ואירוע חברה לפרסום (1996) בע"מ, תקדין מחוזי 97(2) 1261 (להלן – "עניין חברת אינדקס"); ת"א (י"ם) 1396/97 מאיר נ' קנר, תקדין מחוזי 99(2) 3424 (להלן – "עניין מאיר").

140 עניין אינטרלגו, לעיל הערה 134, בע' 164–167; פסח, לעיל הערה 129, בע' 300. פסח מבקר

ראוי לציין, בהקשר זה, כי במקביל לביסוסה של הגישה התועלתית כיסוד התיאורטי לדיני זכויות היוצרים במשפטנו, עמדה הפסיקה על מעמדה של זכות היוצרים כזכות יסוד, הנגזרת מזכות היסוד החוקתית לקניין, המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>141</sup>. לכאורה, משתמע מכך הצורך להגן ביתר שאת על האינטרס הפרטי של היוצר ביצירתו. ברוח זו אף התבטאו חלק מבתי המשפט, אשר עמדו על כך שבחיפוש אחר נקודת האיזון במתח בין ההגנה על זכותו של היוצר לבין השאיפה לאפשר לציבור שימוש ביצירתו, "חלה תזווה לעבר ההגנה על זכותו של היוצר"<sup>142</sup>. עם זאת, חשוב להבהיר, כי מן הקביעה שזכות היוצרים מהווה זכות יסוד חוקתית במשפטנו לא מתחייבת המסקנה, כי בעיצוב התנאים הפנימיים הקבועים בדיני זכויות היוצרים חלה בהכרח תזווה לעבר ההגנה על האינטרס של היוצר. האינטרס העיקרי העומד ביסוד הגנת זכות היוצרים הוא, כאמור, האינטרס הציבורי בהתפתחותם של התרבות והמדע, אשר לשמו מוענק התמריץ הכלכלי ליוצר (אף אם לצדו ניתן להמשיך להכיר בכך שדיני זכויות היוצרים נותנים ביטוי גם לזכותו הטבעית של היוצר ביצירתו<sup>143</sup>). משעה שהתחשיב התועלתי אומץ על-ידי בית המשפט העליון כבסיס להגנת זכות היוצרים במשפטנו, מתחייבת, לדעתנו, ההכרה בכך שזכות הקניין בהקשר זה היא בעלת אופי מורכב, "בבחינת משרתם של שני אדונים"<sup>144</sup>, היוצר וציבור המשתמשים (יוצרים נוספים והחברה בכללותה). אשר על כן, בעיצוב הדרישות הפנימיות הקבועות בדיני זכויות היוצרים (כמו: דרישת המקוריות או הדיכוטומיה רעיון-ביטוי, בהן נדון להלן) יש, לדעתנו, להמשיך לאזן בין האינטרסים השונים העומדים ביסוד הדין, ולא דווקא לבחור בכל מקרה בפרשנות המקדמת את האינטרס הפרטי של היוצר. עם זאת, גם לגישתנו, עדיין ייתכנו מקרים שבהם יתעורר הצורך לאזן בין זכות היוצרים, על מכלול האינטרסים אותם היא נועדה להגשים, לבין אינטרסים חיצוניים לה. במקרים כאלה עשויה, כמובן, להיות חשיבות למעמדה החוקתית של זכות היוצרים<sup>145</sup>.

את העובדה שפסק הדין בעניין אינטרלגו לא הכיר בכלל בכך שזכות היוצרים מבוססת גם על הרצון לגמול ליוצר על המשאבים והמאמץ שהושקעו על-ידיו. שם, בע' 307–312.

141 ראו, למשל: עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 266. ראו, באופן כללי, על ההגנה החוקתית לקניין: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

142 ת"א (ת"א) 1192/96 א.א.ס. סי. מוסיקה בע"מ נ' עירית חולון, תקדין מחוזי 99(3) 47360 (להלן – "עניין א.א.ס. סי."); ת"א (י"ם) 15441/01 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' הרשקוביץ, תקדין שלום 2003(1) 15; עניין תל"י, להלן הערה 244.

143 השוו: ט' גרינמן "זכות היוצר ביצירתו" – היא זכות יסוד" עורך הדין 37 (2003) 60; והשוו ביקורתו של פסח על הפסיקה בעניין אינטרלגו, לעיל הערות 129, 140.

144 פסח, לעיל הערה 129, בע' 307–309.

145 כדוגמה ליישום גישה זו, ראו, למשל, החלטתה של השופטת דורנר בעניין גלי צה"ל, לעיל הערה 135 (ראו דיון בהחלטה זו להלן בטקסט ליד הערות 397–401).

(ב) דרישת המקוריות

כאמור, לבסיס התיאורטי של דיני זכויות היוצרים חשיבות רבה בעיצוב הדין. אחת הדרישות המרכזיות להגנת זכות היוצרים, אשר טיבה מושפע במישורין מן הדיון התיאורטי, היא דרישת המקוריות<sup>146</sup>. המדובר באחת הדרישות היסודיות שעל יצירה לעמוד בהן בכדי לזכות בהגנת זכות יוצרים<sup>147</sup>. קיימות גישות שונות בעולם לעניין התוכן אותו יש ליצוק לדרישת המקוריות<sup>148</sup>. מקובל לומר, כי דרישת המקוריות מקפלת בחובה, בראש ובראשונה, דרישת סף של "עצמאות", "מקור" או "היעדר העתקה". משמעות דרישה זו היא, כי מקור היצירה צריך שיהא באדם הטוען כי הוא היוצר, וזאת להבחין מיצירות שמקורן באדם אחר (העתקה) או בנחלת הכלל<sup>149</sup>. במקרים בהם מדובר ביצירה המבוססת באופן חלקי על יצירה מוגנת אחרת או על מידע המצוי בנחלת הכלל, הגנת זכות היוצרים תיתכן אך ורק ביחס לאותו חלק של היצירה אשר מקורו ביוצר, דהיינו, בערך המוסף אותו תרם ליצירה<sup>150</sup>.

לצד רכיב הסף של "עצמאות" היצירה, טומנת בחובה דרישת המקוריות רכיב נוסף, אשר על טיבו חלוקת הדעות בשיטות המשפט השונות. הגישה המסורתית במדינות המשפט הקונטיננטלי – בהן, כאמור, הושם דגש על הקשר האישי בין היוצר לבין יצירתו – הייתה, כי נדרשת יצירתיות מינימלית<sup>151</sup>. מנגד, הגישה אשר שלטה בכיפה במשפט האנגלו-אמריקאי במשך שנים רבות הייתה גישת ההשקעה (the "sweat theory"), לפיה על-מנת לקיים את דרישת המקוריות נדרש צירוף כלשהו של עמל, מאמץ, כישרון ומיומנות (skill and labor) מצד היוצר<sup>152</sup>. ואולם, בארצות הברית, נדחתה גישה זו לאחרונה, ואת מקומו של רכיב ההשקעה תפס רכיב היצירתיות (creativity). המהפך אירע בעניין *Feist*<sup>153</sup>, אשר נדון בארצות הברית בראשית שנות התשעים, ובו קבע בית המשפט העליון הפדרלי כי ספר טלפונים אזורי, שסודר לפי

146 יסודות נוספים בדיני זכות יוצרים אשר עיצובם מושפע במידה רבה מן הדיון התיאורטי הם ההבחנה בין רעיון לביטוי והיקפה של הגנת השימוש ההוגן, אשר יידונו להלן בפרקים ג.1 (ג) ר-ג.7.

147 דרישה זו חלה במשפטנו על אף שהושמטה בתרגום נוסחו האנגלי של חוק זכות יוצרים לעברית. ראו: ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 (להלן – "עניין סטרוסקי").

148 לסקירה מקיפה על טיבה של דרישת המקוריות במשפט האנגלו-אמריקאי, ראו: מ' ד' בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב (תשס"ב) 347, 385–352.

149 בירנהק, שם, בע' 357; גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 51; עניין מאיר, לעיל הערה 139. ליישום דרישת סף זו בפסיקה, ראו, למשל: ת"א (ת"א) 2233/91 רשות השידור נ' ג.ג. אולפני ישראל – ירושלים בע"מ, תקדין מחוזי 92(2) 1305.

150 ראו, למשל: ת"א (ת"א) 1787/87 אמפיסל נ' יפנלנד, תקדין מחוזי 90(2) 735.

151 לסקירת המשפט הצרפתי בנושא, ראו: פרזנטי, לעיל הערה 132, בע' 288.

152 ראו: בירנהק, לעיל הערה 148, בע' 355, 372–378; גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 52.

153 *Feist, supra note 131*

סדר האלף-בית, אינו מוגן בזכות יוצרים, למרות שבהכנתו הושקע עמל רב, שכן אין בו כל יצירתיות. בית המשפט העליון דחה במפורש את גישת ההשקעה, וקבע כי דרישת היצירתיות נגזרת באופן ישיר מן התפיסה היסודית של דיני זכויות היוצרים כמכשיר להגדלת רווחת הציבור בתחום הביטוי והיצירה. על מסקנה זו, לפיה אימוץ נקודת מבט תועלתית לדיני זכויות היוצרים מחייב, בהכרח, את אימוץ דרישת היצירתיות, נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. טענת המבקרים היא, כי ייתכנו טובין מופשטים בעלי ערך חברתי רב, אך נעדרי מרכיב של יצירתיות, אשר ללא ההכרה בזכות יוצרים לגביהם, ספק אם יהיה תמריץ כלכלי ליצירתם ולהפצתם<sup>154</sup>. לטעון זה עשוי להיות תוקף רב, למשל, בהקשר של מאגרי מידע, בהם נדון בהמשך. עם זאת, ייתכן כי ההגנה המשפטית הנאותה על טובין מופשטים מעין אלה – אשר אינם משתייכים ל"גרעין הקשה" של היצירות "היצירתיות" הנהנות מהגנת זכות היוצרים – כלל אינה צריכה להיות הגנת זכות היוצרים, אלא הגנה נפרדת (sui generis), המביאה בחשבון את המאפיינים הייחודיים הכרוכים בהגנה על טובין מעין אלה<sup>155</sup>.

במשפט הישראלי, עד לאחרונה, לא נערך דיון יסודי בשאלת טיבה של דרישת המקוריות, אך דומה כי הגישה הרווחת הייתה, כי כל שנדרש הוא רמה בסיסית של השקעה, עמל או מיומנות של היוצר<sup>156</sup>. ואולם, בעניין אינטרלגו, במקביל לאימוצה המפורש של הגישה התועלתית לדיני זכויות היוצרים ודחייתה של גישת הגמול ליוצר, ובהתבסס על תשתית תיאורטית זו, קבע בית המשפט העליון, כי על-מנת לקיים את דרישת המקוריות לא די בכך שהביטוי יהא תוצר של השקעה מינימלית של משאב אנושי כלשהו, אלא נדרש, בנוסף לכך, כי היצירה תיעשה תוך שימוש מינימלי ביצירתיות מקורית, כלומר שתהא פרי "עמלו הרוחני" של היוצר<sup>157</sup>. זאת מן הטעם שרק במקרה כזה יש במתן זכות היוצרים כדי לקדם את המטרה החברתית של הרחבת עולם הביטויים<sup>158</sup>. הנשיא דאז שמגר הדגיש, כי זכות היוצרים אינה תלויה, אמנם, ברמתה ובאיכותה של היצירה, אולם נדרש כי ביצירה יושקע הכישרון היצירתי של היוצר. המבחן מתמקד, אפוא, בשיקולי היוצר בעת שיצר את היצירה, ולא בתגובת הציבור. במילים אחרות, היצירתיות נמדדת לפי שיקוליו הסובייקטיביים של היוצר

154 ראו: פסח, לעיל הערה 129, בע' 313–314, הערה 46; פסח, לעיל הערה 130, בע' 368. להערה על טענתו של פסח, ראו: בירנהק, לעיל הערה 148, בע' 389, הערה 186.

155 ראו דיון להלן בפרק ג.1(ד).

156 ראו, למשל: עניין סטרוסקי, לעיל הערה 147, בע' 346; ע"א 136/71 מדינת ישראל נ' אחימן, פ"ד כו(2) 259, 261; המ' (ת"א) 2188/74 ל.מ. ברי ושות' (ישראל) בע"מ נ' אינפורמציה ושרותי פרסום "דפי כל" בע"מ, פ"מ תשל"ד(3) 192, 197–196; לאסמכתאות נוספות, ראו: פסח, לעיל הערה 129, בע' 313–314, הערה 46.

157 בעניין גבע, לעיל הערה 130, נעשה שימוש במונח "ביטוי אישי", אשר ניתן לראותו כשקול למילים "פרי עמלו הרוחני של היוצר", בניסיון להסביר למה הכוונה ברכיב היצירתיות.

158 עניין אינטרלגו, לעיל הערה 134, בע' 154, 164, 166–167, 171, 173; ראו, שוב, ביקורתו של פסח, לעיל הערות 129, 154, ומנגד – דבריו של בירנהק, לעיל הערות 148, 154.

בשלב גיבוש הביטוי, ולא על-פי בחינה אובייקטיבית של היצירה המוגמרת על-ידי בית המשפט<sup>159</sup>. בית המשפט עמד על כך, שבמקרה של יצירה נגזרת, כלומר, יצירה המבוססת על יצירה קודמת, על היוצר לעבור מחסום גבוה יותר כדי להוכיח שיצירתו עומדת בתנאים של מקוריות ויצירתיות<sup>160</sup>.

בהמשך לדברים אלה קבע בית המשפט, כי כאשר מדובר במוצר פונקציונלי<sup>161</sup>, הרף להגנת זכות היוצרים גבוה יותר, שכן בנוסף לדרישת המקוריות, על כל רכיביה, על היצירה לעמוד במבחן האומנותיות<sup>162</sup>. במסגרת מבחן האומנותיות, יש לוודא – בשלב הראשון – כי היוצר, בעיצוב צורת המוצר, הביא בחשבון גם שיקולים אומנותיים, אשר אינם מוכתבים על-ידי השיקול הפונקציונלי, כאשר ההגנה תינתן אך ורק ביחס לחלקי היצירה אשר צורתם מוכתבת על-ידי שיקול אומנותי. בשלב השני, יש לבחון את התוצאה המתקבלת בפועל, ולוודא שמדובר באפשרות אחת בלבד לעצב את המוצר מתוך מספר אלטרנטיבות אפקטיביות בהתחשב בתפקידו הפונקציונלי של המוצר, וזאת בכדי להימנע מלהעניק זכות יוצרים על אלמנטים צורניים, באופן אשר יגביל יתר-על-המידה את עולם הצורות העומד לרשותם של יוצרים עתידיים<sup>163</sup>. בסופו של דבר, גם במקרים בהם נקבע, לכאורה, כי מוצר פונקציונלי מסוים זכאי להגנת זכות יוצרים על צורתו על-פי המבחנים האמורים, עדיין ייתכן כי הגנה זו תישלל בשל כך שאותו מוצר ראוי לרישום כמדגם ומשמש או מיועד לשמש כמודל או דוגמה המוכפלים בתהליך תעשייתי<sup>164</sup>.

דומה, כי החלק השני של מבחן האומנותיות אותו התווה הנשיא שמגר – במסגרתו מוודא בית המשפט שמדובר באפשרות אחת בלבד מתוך מספר אלטרנטיבות אפקטיביות – שואב את הגיונו מאותו בסיס רעיוני העומד ביסודה של ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, אשר אף היא מהווה מושכלת יסוד בדיני זכויות היוצרים. בטרם נמשיך ונבחן את התפתחות הפסיקה בעקבות פסק הדין בעניין אינטרלגו, נעמוד בקצרה על הבחנה זו בין רעיון לבין ביטוי.

159 עניין אינטרלגו, שם, בע' 154, 173.

160 שם, בע' 171; וראו גם: עניין מאיר, לעיל הערה 139.

161 דהיינו, יצירה המיועדת לשימוש כלשהו מעבר להנאה המופקת מעצם הצפייה בה – ראו: עניין אינטרלגו, שם, בע' 152. לסקירה של משפט משווה (תוך מתן דגש על תיאור שיטת המשפט בארצות הברית) באשר לדרך הטיפול בהגנת זכות יוצרים על מוצרים פונקציונליים, ראו שם, בע' 158, 175–179.

162 בית המשפט קבע, כי ההגנה על צורתם של מוצרים פונקציונליים בזכות יוצרים, צריך שתיעשה במסגרת הקטגוריה של "מלאכת אמנות", אשר מהווה אחת הקטגוריות המנויות במסגרת ההגדרה "יצירה אומנותית" בסעיף 35 לחוק זכות יוצרים, ופירש את התיבה "אמנות" כמשקפת את הדרישה הנוספת לאומנותיות. ראו: עניין אינטרלגו, שם, בע' 152, 159.

163 עניין אינטרלגו, שם, בע' 148, 154–155, 180–181. החלתו של מבחן האומנותיות בנסיבות שנידונו בעניין אינטרלגו הביאה לשלילת ההגנה, נוכח הסכנה ליצירת מונופולין בתחום לבני הבנייה לגיל הרך.

164 סעיף 22 לחוק זכות יוצרים.

(ג) ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי

ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי מקובלת בדיני זכויות היוצרים בשיטות משפט רבות<sup>165</sup>. בתי המשפט בישראל עמדו לא אחת על כך שהגנת זכות היוצרים משתרעת אך ורק על ביטויים, ולא על הרעיונות העומדים מאחוריהם<sup>166</sup>. בעקבות הצטרפותה של ישראל להסכם הטריפס, אף קיבל עקרון זה, לאחרונה, ביטוי מפורש בחקיקה<sup>167</sup>. ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי היא הבחנה מורכבת, אשר תלויה ברמת ההפשטה הננקטת בהגדרת המושג רעיון<sup>168</sup>. מקובל לומר, כי התיחום בין רעיון לביטוי לא מושתת על מבחנים לוגיים סדורים, אלא על שיקולי מדיניות<sup>169</sup>. הרציונל הבסיסי העומד ביסוד ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי (ובמידה רבה, ביסוד ההבחנה בין ביטוי לבין אובייקטים בלתי-מוגנים אחרים, כדוגמת עובדות ונתונים<sup>170</sup>) הוא הרצון להותיר את הרעיונות (ואובייקטים בלתי-מוגנים אחרים) בנחלת הכלל, על-מנת שלא לפגוע יתר על המידה בחופש הביטוי בכלל, ובמרחב התמרון העומד לרשות יוצרים עתידיים, בפרט. כדבריו של פרופ' ויסמן: "הסיבה מדוע אין דיני זכויות יוצרים מגינים על רעיונות היא שאם היינו עושים כן, לא הייתה ההתפתחות התרבותית אפשרית. ההתפתחות התרבותית מותנית בשימוש חופשי ברעיונותיהם של קודמינו (ובמאמץ להוסיף עליהם נדבך משלנו)"<sup>171</sup>. במילים אחרות, ניתן לראות את ההבחנה בין רעיון לביטוי כמושתתת על הכרה ברעיון הקידמה, לפיו התפתחות הידע נתפסת כפרויקט אנושי אוניברסלי הנמשך לאורך זמן, במסגרתו תורם

165 ראו, למשל: א' פישמן אפורי "זכות הגזירה וההגנה על רעיונות בדיני זכויות יוצרים" המשפט 17 (תשס"ד) 34, 35, הערה 2.

166 ראו, למשל: ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד(1) 825, 829; ע"א 15/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד לו(2) 813, 820 (להלן – "עניין גולדנברג"); עניין סטרוסקי, לעיל הערה 147, בע' 346; עניין אינטרלגו, לעיל הערה 134, בע' 167–168.

167 ראו סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, הקובע כי לא תהא קיימת זכות יוצרים בכל אחד מאלה: (1) רעיון; (2) תהליך ושיטת ביצוע; (3) מושג מתמטי; (4) עובדה או נתון, כשהם בלבדם; (5) חדשות היום; ואולם על דרך הביטוי שלהם תהא קיימת זכות יוצרים. השוו: סעיף 9(2) להסכם הטריפס; מעניין לציין, כי בסעיף 10(2) להסכם הטריפס נקבע, כי ניתן להקנות הגנת זכות יוצרים על מאגרי מידע בשל בחירת או ארגון התוכן, אף אם התוכן עצמו לא יהא מוגן. ראו דיון באשר להגנה על מאגרי מידע להלן בפרק 1.1(ד).

168 ראו: עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 263; לדוגמה מן המשפט האמריקאי בו הוחלה רמת הפשטה נמוכה באופן מיוחד, ראו פסק הדין של בית המשפט הפדרלי לערעורים (ערכאה ראשונה) בעניין *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.* 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995) (להלן – "*Lotus*"), שם נקבע, כי תפריט היררכי של פקודות מחשב הוא בגדר "שיטת ביצוע" (אשר בדומה לרעיון, אינה מוגנת) ולא בגדר ביטוי, חרף העובדה שקיימות דרכים רבות בהן ניתן לעצב תפריט פקודות כאמור. פסיקה זו ניתנת להסבר על רקע שיקולי מדיניות שונים, שלא כאן המקום לעמוד עליהם. ראו עוד, להלן, באשר לתפקידים של שיקולי מדיניות בעיצוב הדיכוטומיה רעיון-ביטוי.

169 ראו, למשל: דויטש, לעיל הערה 10, בע' 28, הערה 10, ובע' 108.

170 סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים.

171 ויסמן "מעניין לעניין בזכויות יוצרים" הפרקליט מה (תשס"א) 229, 236–237.



כל אדם את חלקו תוך התבססות על קודמיו<sup>172</sup>. רעיונות נתפסים, אפוא, "כאבני בניין הכרחיות" לצורך התפתחות הידע האנושי, ומשום כך עליהם "להישאר חופשיים כאוויר לנשימה"<sup>173</sup>. רציונלים אלה מתיישבים, לדעתנו, היטב עם ההצדקה התועלתית לדיני זכויות היוצרים, אשר אומצה במפורש במשפטנו בעניין אינטרלגו, ואשר לפיה דינים אלה נועדו להגדיל את רווחת הציבור בתחום הביטוי והיצירה, באזנם בין הרצון לתגמל את היוצר על-מנת שייצור ביטויים מקוריים לבין הרצון להימנע מהגבלת-יתר של יוצרים עתידיים<sup>174</sup>. בהקשרים מסוימים, בעיקר בתחום תוכנות המחשב ומוצרים טכנולוגיים אחרים, קיים שיקול נוסף התומך באי-מתן הגנה על רעיונות, והוא הרצון למנוע פגיעה בתחרות, על רקע העובדה שהמשתמשים מורגלים בשימוש ביישומים המושגתים על סטנדרטים מסוימים. המחשבה היא שאם יינתן מונופול לגורם כלשהו על אותם סטנדרטים, ויימנע מאחרים לייצר אפליקציות המושגתות אף הן על אותם סטנדרטים, לא תיווצרנה, למעשה, כל אלטרנטיבות לאותם יישומים, דבר שיפגע בסופו של דבר במשתמשים עצמם<sup>175</sup>.

במשפט האמריקאי פותחה דוקטרינה, המכונה דוקטרינת "האיחוד" או "המיזוג" ("merger"), לפיה כאשר רעיון איננו ניתן לביטוי אלא בדרך אחת או במספר דרכים מצומצמות, חל מיזוג בין הרעיון לביטוי, וכתוצאה ממיזוג זה, אפילו הביטוי אינו ניתן להגנה<sup>176</sup>. בתי המשפט בארצות הברית עשו שימוש בדוקטרינה גם במקרים בהם הביטוי מוכתב לאו דווקא על-ידי רעיון, כי אם על-ידי שיקולי יעילות או גורמים חיצוניים אחרים, כגון דרישות המשתמשים<sup>177</sup>. הרציונל העומד ביסוד דוקטרינת המיזוג הוא, כי במקרה כזה, בו האפשרות לבטא את הרעיון מוגבלת במיוחד (או שדרכי הביטוי מוגבלות כתוצאה משיקולים אחרים), מתן הגנה על הביטוי עשוי להביא בעקיפין גם לכך שהאפשרות

172 לדיון מקיף ברעיון הקידמה, ראו: M. D. Birnhack "The Idea of Progress in Copyright" 3 *Buff. Intell. Prop. L. J.* (2001) 1. ראו גם: אלקין-קורן, לעיל הערה 135, בע' 25.

173 ראו: בירנהק, לעיל הערה 148, בע' 362–368. בעניין מאיר, לעיל הערה 139, אמרה השופטת יהודית צור את הדברים הבאים, אשר דומה כי מבטאים הכרה ברעיון הקידמה: "יש לזכור כי אינטרס הציבור הוא כי רעיונות ומחשבות יהיו חופשיים, תהליך יצירתי אינו נעשה בחלל ריק ויוצר מושפע לא פעם מיצירות קודמות. לכן הגנה רחבה או איסור העתקה גורף עלול להביא לשיתוק בתחום הפיתוח והיצירה ולבלימת התחרות החופשית".

174 השוו: בירנהק, שם, בע' 380; בירנהק סבור שניתן להסביר את רכיב היצירתיות בגדרה של דרישת המקוריות כאמצעי נוסף להבטיח כי לא תינתן הגנה ביחס לרעיונות, אלא רק ביחס לביטויים.

175 כך, למשל, נראה כי לרציונל זה היה משקל בהחלטת בית המשפט האמריקאי ב: Lotus, *supra*, note 168.

176 *Morrissey v. Procter & Gamble Co.* 379 F.2d 675 (1st Cir. 1967) (להלן: "Morrissey"); וראו יישום "מודרני" של הדוקטרינה, בהקשר למערכת הפעלה של מחשב, בעניין *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.* 714 F.2d 1240 (3rd Cir. 1983).

177 ראו סקירה של מקרים כאלה בפסק הדין בעניין *Computer Associates International, Inc. v. Lotus, supra* note 168; השוו: *Altai, Inc.* 982 F.2d 693 (2nd Cir., 1992) (להלן – "Altai"); השוו: Lotus, *supra* note 168.

העומדת לרשות יוצרים עתידיים להשתמש ברעיון תוגבל והיוצר ייחנה ממעין-מונופול על הרעיון<sup>178</sup>. לפי וריאציה שונה מעט של דוקטרינת המיזוג, במצבים שבהם הדרכים האפשריות לביטוי הרעיון מוגבלות, לא תישלל זכות היוצרים, אך תחולתה תהא צרה מאוד, דהיינו, הפרה תגבש רק במקרה של העתקה מדויקת של הביטוי<sup>179</sup>. במשפטנו טרם הוכרעה שאלת תחולתה של דוקטרינת המיזוג<sup>180</sup>. ואולם, כפי שצוין לעיל, דומה כי במסגרת פסק הדין בעניין אינטרלגו, החיל הנשיא שמגר עקרון דומה במסגרת השלב השני של מבחן האומנותיות אותו התווה ביחס ליצירות פונקציונליות. כאמור, במסגרת שלב זה, על בית המשפט לבחון את המוצר המוגמר ולוודא שקיימות אלטרנטיביות אפקטיביות נוספות לעצבו בהתחשב בתפקידו הפונקציונלי, וזאת בכדי לוודא כי היוצר לא יזכה למעין-פטנט עם אורך חיים של זכות יוצרים על הרעיון הפונקציונלי<sup>181</sup>. דעתנו היא, כי מן הראוי לקלוט את דוקטרינת המיזוג במשפטנו באופן ישיר, לא רק כאחד מרכיביה של דרישת האומנותיות, החלה אך ביחס ליצירות המסוגלות כ"מלאכת אמנות", אלא באופן כללי, ביחס לכל סוגי היצירות המוגנות<sup>182</sup>, כאשר הפעלתה תיעשה במסגרת יישום ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי (או בין ביטוי לבין יסודות אחרים שאינם מוגנים בזכות יוצרים). דוקטרינה זו עולה בקנה אחד עם התשתית העיונית לדיני זכויות היוצרים אשר אומצה במשפטנו, ויש בה כדי לסייע לבתי המשפט להגיע, במקרים קשים, לתוצאות התואמות את הרציונלים העומדים בבסיס הדינים ולאזן כראוי בין הרצון לתגמל את היוצר על-מנת לעודד יצירת ביטויים מקוריים לבין אינטרסים חברתיים אחרים, התומכים בהשארותן של יצירות מסוימות בנחלת הכלל<sup>183</sup>.

(ד) הגנה על מאגרי מידע

בטרם נמשיך לסקור את התפתחות הפסיקה הישראלית בסוגיות בהן אנו דנים, נדגים, בקצרה, את יישומן של הדוקטרינות בהן אנו עוסקים ביחס למאגרי מידע, יצירות

178 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 263; עניין מאיר, לעיל הערה 139.  
 179 ראו, למשל: *Continental Casualty Co. v. Beardsley* 253 F.2d 702 (2<sup>nd</sup> Cir. 1958); ליישום גישה זו ראו: עניין מאיר, לעיל הערה 139.  
 180 ראו, למשל: עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 263.  
 181 עניין אינטרלגו, לעיל הערה 134, בע' 168, וכן בע' 181, שם מאזכר הנשיא שמגר, בין היתר, את פסק הדין האמריקאי: *Morrissey, supra note 176*.  
 182 ראו דעתה של השופטת צור בעניין מאיר, לעיל הערה 139, בדבר החלתה הראויה של דוקטרינת המיזוג בהקשר של יצירות ספרותיות.  
 183 לעניין זה עשויה, למשל, להיות חשיבות בתחום תוכנות המחשב, בעיקר לנוכח הגישה המרחיבה הנוהגת במשפטנו ביחס להיקף ההגנה על זכות היוצרים בתוכנה, כפי שנקבע בע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מד(4) 16 (להלן – "עניין הרפז"). ראו התייחסות לפסק דין זה אצל דויטש, לעיל הערה 26, בע' 477. ראוי לציין, כי פסק הדין האמריקאי עליו התבסס בית המשפט העליון בעניין הרפז, *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* 797 F.2d 1222 (3<sup>rd</sup> Cir., 1986), כבר אינו משקף את הגישה הרווחת בקרב בתי המשפט בארצות הברית – ראו, למשל: *Altai, supra note 177*. עוד ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 121–126.

שהחשיבות הכלכלית והחברתית הטמונה בהן הולכת וגוברת<sup>184</sup>, ושהיקף ההגנה עליהן מושפע במידה רבה מן העמדה המשפטית העקרונית בסוגיות הנדונות. מאגר מידע עשוי לכלול פריטים אשר מוגנים, כשלעצמם, בזכות יוצרים<sup>185</sup> או פריטים בלתי מוגנים<sup>186</sup>. כאשר מדובר במאגר מידע שהפריטים המצויים בו אינם מוגנים, כשלעצמם, יש חשיבות רבה לשאלה אם המאגר כמכלול נהנה מהגנת זכות יוצרים. כאשר לכך, יש להבהיר, ראשית, כי בהתאם לרכיב "העצמאות" הכלול בדרישת המקוריות, עורך של יצירת מאסף, לרבות מאגר מידע, עשוי ליהנות מהגנת זכות יוצרים אך ורק ביחס לתרומתו המקורית בהכנת מאגר המידע<sup>187</sup>. באיזה מקרים תיחשב תרומתו של עורך המאגר מקורית? כאן נכנסים לתמונה הבדלי הגישות באשר לרכיב הנוסף הכלול בדרישת המקוריות. במשפט המקובל, שנהג באנגליה לפני הצטרפותה לאיחוד האירופי, ההכרה בזכות היוצרים של עורך מאגר מידע התבססה על גישת ההשקעה; כלומר, אם הכנתו של מאגר המידע הייתה כרוכה במספיק השקעה ומיומנות, די היה בכך כדי להקנות הגנה לעורך המאגר<sup>188</sup>. לעומת זאת, במשפט האמריקאי, לאחר מתן פסק הדין בעניין *Feist*<sup>189</sup>, ההכרה בזכות היוצרים של עורך המאגר מותנית בעמידה במבחן היצירתיות, כלומר – ניתן להגן על דרך הארגון, הבחירה, הסידור והסיווג הכרוכים ביצירתו של מאגר מידע אך ורק במקרים בהם אספקטים אלה מקיימים את דרישת היצירתיות<sup>190</sup>. היצירה שעמדה לדיון בפסק הדין בעניין *Feist* עצמו הייתה ספר טלפונים של אזור מסוים שהועתק בשלמותו על-ידי הנתבע. בית המשפט האמריקאי סירב להכיר בהגנת זכות יוצרים לגבי הספר, בשל היעדר רכיב היצירתיות בעריכתו<sup>191</sup>. יש להבהיר שוב,

184 ראו, למשל, באשר לחשיבותם של מאגרי המידע בימינו: F.W. Grosheide "Symposium on Intellectual Property, Digital Technology & Electronic Commerce: Digital Copyright and Database Protection: Database Protection – The European Way" 8 *Wash. U. J. L. & Pol'y* (2002) 39, 40; A.S. Narayanan "Standards of Protection for Databases in the European Community and the United States: Feist and the Myth of Creative Originality" 27 *GW J. Int'l L. & Econ.* (1993) 457, 458; J.F. Flayden "Copyright Protection of Computer Databases After Feist" 5 *Harv. J. Law & Tec* (1991) 215

185 כך, למשל, במקרה של אנציקלופדיה, אשר מהווה "יצירה קיבוצית" (ראו סעיף 35 לחוק זכות יוצרים), ואשר כל אחד מן הערכים בה נהנה עקרונית מהגנת זכות יוצרים.

186 כך, למשל, במקרה של ספר טלפונים, שהפריטים המופיעים בו מהווים עובדות בלתי-מוגנות.

187 עיינו בסעיף 103 לחוק זכות יוצרים האמריקאי (17 U.S.C. § 103), לעיל הערה 21, המעגן עקרון זה במפורש ביחס ליצירות מאסף.

188 בהתאם לכך, החילה הפסיקה באנגליה את הגנת זכות היוצרים, למשל, על לוח משדרי טלוויזיה, ראו: *British Broadcasting Corporation v. Time Out Ltd.; Independent Television* (Ch.) (available on www.lexis.com) [1983] ועל מדריך עורכי-דין, ראו: *Waterlow Directories Ltd. v. Reed Information Services Ltd.* [1992] FSR 409 (Ch.)

189 *supra* note 131

190 המבחן במשפט הקונטיננטלי דומה. ראו, למשל: Grosheide, *supra* note 184, at p. 40.

191 השוו, לעומת זאת, פסק הדין של בית המשפט הפדרלי לערעורים (ערכאה שנייה) בעניין CCC

כי גם כאשר המאגר כמכלול עונה על דרישת המקוריות, ההגנה היא הגנה צרה ("thin copyright"), במובן זה שאין היא חלה על הרכיבים הבלתי-מוגנים, כלומר על הנתונים עצמם, אלא אך ורק על הארגון, הבחירה, הסידור והסיווג (או על חלק מאספקטים אלה העומדים במבחן המקוריות) – משמע, על-פי עקרונות אלה, בכל מקרה לא ניתן למנוע שימוש בנתונים (רבים ככל שיהיו) מתוך המאגר, אלא רק את העתקתו של חלק ניכר מן המאגר באופן המשמר את הארגון, הבחירה, הסידור או הסיווג המקוריים<sup>192</sup>. הגנת זכות היוצרים על מאגרי מידע במשפט האמריקאי היא, אפוא, הגנה חלקית ביותר, הן בשל הצורך לעמוד במבחן היצירתיות והן בשל היקף ההגנה הצר<sup>193</sup>. נוכח חשיבותם הכלכלית ההולכת וגוברת של מאגרי המידע, רווחת הטענה, כי היקף ההגנה הצר אינו מספק, וכי קיים חשש רציני שהדבר יפגע בתמריץ הכלכלי ליצור מאגרי מידע<sup>194</sup>. בין היתר, עומדים מבקרי המצב המשפטי הנוכחי על הקלות הכרוכה בהעתקת מאגר מידע ממוחשב, בעיקר בהשוואה לעלות הרבה הכרוכה באיסוף המידע וביצירתו של המאגר<sup>195</sup>.

אחת המסקנות האפשריות היא, כי דיני זכויות היוצרים אינם המכשיר המשפטי המתאים להתמודדות עם סוגיית ההגנה על מאגרי מידע. אכן, דומה, כי ערכו העיקרי של מאגר מידע נובע מעבודת איסוף הנתונים אשר עומדת בבסיסו (וזאת, בין אם מדובר במאגר שטמונה יצירתיות בדרך סידורו ובין אם לאו), ואשר על כן, הגנה ברמה כלשהי על הנתונים עצמם – הגנה שתלווה בסייגים שיבטיחו זכויות נאותות גם למשתמשים, ואשר תינתן לתקופה שאיננה כה ארוכה כמו תקופת ההגנה של זכות היוצרים – היא ההגנה האמיתית הנדרשת על-מנת להבטיח תמריץ כלכלי ליוצרי המאגר. ואמנם, בשנת 1996, נעשה צעד משמעותי בכיוון זה באיחוד האירופי, עת

*Information Services v. Maclean Hunter Market Reports, Inc.* 44 F. 3d 61 (2<sup>nd</sup> Cir. 1994), שם נקבע ביחס למחירון רכב, שיש די יצירתיות בבחירת התוכן ובארגונו על-מנת להקנות הגנת זכות יוצרים.

192 ראו: *Feist, supra* note 131; ראו גם: *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing, Inc.* 999 F. 2d 1436 (11<sup>th</sup> Cir. *en banc* 1993); עוד ראו החלטותיו של בית המשפט הפדרלי במחוז המרכזי של קליפורניה: *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.* 2000 U.S. Dist. LEXIS 12987; *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.* 2003 U.S. Dist. LEXIS 6483, בהן עמד בית המשפט, בין היתר, על כך שהעובדות הכלולות במאגר מידע לעולם אינן מוגנות, לא חשוב כמה מאמצים הושקעו באיסופן. לפסיקה דומה במשפט הישראלי, ראו: עניין חיים אחרים, להלן הערה 210.

193 לניתוח מעניין של היקף ההגנה הצר, ראו: J.C. Ginsburg "No 'Sweat'? Copyright and Other Protection of Works of Information After *Feist v. Rural Telephone*" 92 *Colum. L. Rev.* (1992) 338, 348–353.

194 ראו, למשל: V.S. Ekstrand "Drawing Swords ;Narayanan, *supra* note 184, at p. 460 After *Feist*: Efforts to Legislate the Database Pirate" 7 *Comm. L. & Pol'y* (2002) 317, 320.

195 ראו, למשל: Narayanan, *ibid*, at pp. 458–459.

נחקקה הדירקטיבה להגנה על מאגרי מידע<sup>196</sup>. על-פי הדירקטיבה, בהתאם לתפיסה הקלאסית של דיני זכויות היוצרים באירופה, על-מנת להגן בזכות יוצרים על מבנהו של מאגר מידע, עדיין נדרשת יצירתיות בבחירה ובארגון<sup>197</sup>. ואולם, לצד זכות היוצרים מקנה הדירקטיבה זכות מיוחדת (*sui generis right*), שמתייחסת לתוכן המאגר, ואשר מכוחה יכול בעל המאגר למנוע העתקה או שימוש מסחרי בחלק ניכר (כמותית או איכותית) מהמאגר<sup>198</sup>. יוזמות לחקיקה דומה בארצות הברית טרם הבשילו<sup>199</sup>.

ראוי להזכיר, בהקשר זה, כי לצד יצירתה של זכות מיוחדת להגנה על מאגרי מידע, הולכת וגוברת בשנים האחרונות הסתמכותם של בעלי מאגרי מידע ממוחשבים (כמו גם ספקי תוכן אחרים ברשת האינטרנט ובעלי זכויות יוצרים על יצירות במדיה דיגיטאלית) על "הסדרה עצמית", באמצעים חוזיים וטכנולוגיים<sup>200</sup>. השימוש בהגנות אלה מעורר שאלות עקרוניות רבות<sup>201</sup>. אחד המאפיינים העיקריים של השימוש בהגנות אלה – המהווה נושא לדיון ציבורי ומשפטי נרחב בעולם – הוא, כי בעלי הזכויות או ספקי התוכן יכולים להטיל באמצעותן מגבלות על שימושים המותרים, לכאורה, לפי דיני זכויות היוצרים<sup>202</sup>. לאחרונה קיבלו אמצעי ההגנה הטכנולוגיים גיבוי בחקיקה

196 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases

197 סעיף 3 לדירקטיבה.

198 סעיף 7 לדירקטיבה. הזכות חלה ביחס לכל מאגר מידע שהושקעה השקעה משמעותית (כמותית או איכותית) באיסוף הנתונים העומדים בבסיסו, באישורם או בהצגתם. תקופת ההגנה משתרעת על 15 שנים ממועד יצירת המאגר או השלמתו (כאשר עדכון משמעותי של המאגר מביא לאיפוס התקופה). הזכות המיוחדת ביחס לתוכן המאגר יכולה, כמובן, לחול במקביל לזכות יוצרים ביחס למבנה המאגר. ראו, באופן כללי, כאשר למבנה ההגנה תחת הדירקטיבה: Grosheide, *supra* note 184

199 ראו, למשל: Ekstrand, *supra* note 194.

200 ההסתמכות על הסדרים חוזיים מתאפשרת הודות לאופיים האינטראקטיבי של אמצעי ההפצה הדיגיטליים, המאפשרים ניהול משא ומתן ויצירת קשר ישיר בין ספקי התוכן למשתמשים. ראו: ג' אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319, 323; אלקין-קורן, לעיל הערה 2, בע' 163. לצד ההסדרה העצמית באמצעות חוזים, התשתית הטכנולוגית של רשת האינטרנט (או אמצעים טכנולוגיים אחרים בהם נעשה שימוש בקשר למדיה דיגיטאלית לסוגיה) מאפשרת גם שימוש בהגנות טכנולוגיות שונות המקנות שליטה על הגישה ליצירות והזדמנות לפקח על השימוש בהן. ראו: אלקין-קורן, לעיל הערה 2, בע' 162–163; אלקין-קורן, שם, בע' 320, 332.

201 כך, למשל, בקשר לחוזים אלקטרוניים, מתעוררות שאלות שונות הנוגעות להליך כריתתו של החוזה ולתוקפו המחייב. ראו: ג' בן-צבי "האינטרנט כמדף וירטואלי" שערי משפט א (תשנ"ח) 211, 215–223; אלקין-קורן, לעיל הערה 200, בע' 323–332. שאלות אלה טרם זכו לדיון בפסיקה הישראלית.

202 כך, למשל, ניתן למנוע גישה ליצירות שאינן מוגנות, למנוע שימושים בחלקים בלתי-מוגנים של יצירה, או למנוע שימושים אשר נחשבים מותרים (למשל, אם הם חוסים תחת הגנת השימוש הוגן). בהקשר בו אנו דנים כרגע – ההגנה על מאגרי מידע – נוכח הקושי בהחלת הגנת זכות היוצרים, אלטרנטיבות אלה מאפשרות לבעל המאגר שליטה על הגישה והשימוש בנתונים

של מדינות שונות, אשר נועדה להתמודד עם "מרוץ החימוש", כלומר, עם התופעה של פיתוח אמצעי עקיפה כל אימת שאמצעי הגנה חדשים יוצאים לשוק. באמנת זכויות היוצרים של WIPO משנת 1996, התחייבו המדינות החברות לתקן את חוקי זכויות היוצרים שלהן, כך שתינתן הגנה משפטית יעילה כנגד עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים שבהם נעשה שימוש על-ידי בעלי זכויות יוצרים<sup>203</sup>. בעקבות זאת, נתקבל בארצות הברית בשנת 1998, חוק זכויות היוצרים לעידן הדיגיטאלי (ה-DMCA)<sup>204</sup>, אשר אוסר, בין היתר, על שימוש באמצעים שנועדו לעקוף אמצעי הגנה טכנולוגיים וכן על פיתוחם, ייצורם והפצתם של אמצעי עקיפה כאלה<sup>205</sup>. תיקון חקיקה זה עורר ביקורת רבה, המתמקדת בעיקר בעובדה, כי החוק, למעשה, מקנה ליוצר זכות כמעט מוחלטת לשלוט בגישה ליצירה<sup>206</sup>.

(ה) הפסיקה הישראלית – לאן?

על רקע דברים אלה, הגיעה העת לשוב ולתאר את התפתחותן של המגמות בפסיקה הישראלית. כאמור, בעניין אינטרלגו, יישרה הפסיקה הישראלית קו עם הדין האמריקאי, הן בעניין ההצדקה התיאורטית הבסיסית לדיני זכויות היוצרים והן בעניין התוכן אותו יש לצקת לדרישת המקורות<sup>207</sup>. הגישה שאומצה בעניין אינטרלגו

עצמם. ניתן לטעון, כי חלק מן ההגבלות על השימוש, המופיעות בחוזים, מנוגדות לתקנת הציבור או אולי אף "מקפחות" במובנו של חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. ראו: אלקין-קורן, לעיל הערה 200, בע' 331. לדיון נרחב בשאלה אם ראוי לאפשר לבעלי הזכויות להכתיב באופן חד-צדדי את תנאי השימוש במידע, באופן החורג מן האיוונים שנקבעו בדיני זכויות היוצרים, ראו: אלקין-קורן, לעיל הערה 2, בע' 163-164; אלקין-קורן, לעיל הערה 200, בע' 320, 323, 327-328. ראו, באופן כללי, אודות הסכנות הטמונות במתן תוקף להסדרה פרטית, אם באמצעים חוזיים ואם באמצעים טכנולוגיים: אלקין-קורן, לעיל הערה 200, בע' 340-345. ראו גם: N. Elkin-Koren "Symposium on the Internet and Legal Theory: Copyrights in Cyberspace — Rights Without Laws?" 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* (1998) 1155. מנגד, ראו, למשל: J. Ginsburg "How Copyright Got a Bad Name For Itself" 26 *Colum. J.L. & Arts* (2002) 61.

203 ראו: סעיפים 11 ו-12 ל-WIPO Copyright Treaty, <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo033en.ht>

204 לעיל הערה 20.

205 סעיפים 1201 ו-1202 ל-DMCA; וראו: אלקין-קורן, לעיל הערה 200, בע' 334.

206 ראו, למשל: אלקין-קורן, שם, בע' 335; C.A. Nard "Symposium on Intellectual Property, Digital Technology & Electronic Commerce: Digital Copyright and Database Protection: The DMCA's Anti-Device Provisions: Impeding the Progress of the Useful Arts?" 8 *Wash. U. J. L. & Pol'y* (2002) 19. מנגד, ראו: Ginsburg, *supra* note 202. לתיאור תהליך החקיקה, ראו: Litman, *supra* note 23, at pp. 122-150. עוד ראו, באשר לדיון הציבורי המתנהל בארצות הברית בהקשר זה, המקורות הנוכחים לעיל בהערה 23.

207 באשר לדוקטרינות הנוגעות להבחנה בין רעיון לבין ביטוי, ניתן לומר, כי הללו כבר היו מושרשות בפסיקה הישראלית עוד בטרם ניתן פסק הדין בעניין אינטרלגו.

ביחס לדרישת המקוריות הוחלה גם בפסיקה מאוחרת יותר של ערכאות נמוכות.<sup>208</sup> דרישת היצירתיות יושמה, לאחרונה, גם בקשר למאגרי מידע. בעניין חברת אינדקס<sup>209</sup>, עמד בית המשפט המחוזי בתל-אביב על כך, שלצורך הכרה בזכות יוצרים בגין יצירת מאסף, אין די בהוכחת השקעה באיסוף ובליקוט החומר, באמצעות טכניקות שונות לאיסוף עובדות, אף אם מדובר ב"עבודת נמלים", כי אם יש להוכיח מידה כלשהי של יצירתיות. באותו עניין נדון מדריך טלפונים מסווג לבעלי מקצוע בתחומי האמנות ושירותי הבידור. בית המשפט קבע, כי העיצוב והסידור של המדריך לא הועתקו על-ידי הנתבעת, וכי, מכל מקום, המדריך אינו עומד בדרישת היצירתיות<sup>210</sup>. נראה, אפוא, לכאורה, כי גם בסוגיית ההגנה על מאגרי מידע, גישת הדין הישראלי זהה, עקרונית, לגישת הדין האמריקאי<sup>211</sup>.

ואולם, פסק הדין שניתן לאחרונה על-ידי בית המשפט העליון בעניין קימרון<sup>212</sup> מטשטש במקצת את הקביעות דלעיל, ומציב במקום לא ברור את עמדת המשפט

208 כך, לדוגמה, במקרה שנידון בבית המשפט המחוזי בירושלים (עניין מאיר, לעיל הערה 139), החיל בית המשפט את דרישת היצירתיות על שאלון התאמה לפנויים-פנויות ועל פלט מחשב המכיל פרטים אודות בני זוג פוטנציאליים הנשלח ללקוחות. ההגנה בנסיבות אותו עניין נתבקשה הן על תוכן היצירות והן על הצורה והמבנה שלהן. בכוחנו את דרישת היצירתיות, הביא בית המשפט בחשבון את העובדה, כי מדובר במטריה שאפשרויות הביטוי בה מוגבלות, וכן את העובדה כי היצירות של התובע התבססו במידה רבה על יצירות קודמות. בסופו של יום, נדחתה התביעה, שכן נקבע כי לא בוצעה הפרה גם באשר לאותם חלקים ביצירות שענו על דרישת היצירתיות. ראו גם: ת"א (ת"א) 53955/97 מימרן נ' רשת ענק המזגנים שיווק ושירותי מיוזג אויר בע"מ, דינים שלום, כרך יז 727.

209 עניין חברת אינדקס, לעיל הערה 139.

210 ראו גם: בש"א (ת"א) 13191/03 חיים אחרים תקשורת ושיווק בע"מ נ' קריבושאי (טרם פורסם) (להלן – "עניין חיים אחרים"), שם דחה בית המשפט בקשה לצו מניעה זמני כנגד שימוש בנתונים ממדריך מסווג לרפואה טבעית, בעומדו על כך, שהגנת זכות היוצרים במשפטנו מותנית בעמידה בדרישת היצירתיות, ולא די בכך שהושקע מאמץ באיסוף המידע, מה עוד שבנסיבות אותו עניין, כל שהועתק מן המדריך הוא עובדות ונתונים, אשר אינם חוסים בצל הגנת זכות היוצרים. השוו, לעומת זאת, פסק דינו של בית משפט השלום בראשון לציון בת"א (ראשל"צ) 5327/01 גד הפקות בע"מ נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, דינים שלום, כרך יט 652.

211 זאת, במובחן מן הגישה אשר שלטה במשפט המקובל באנגליה (גישת ההשקעה), ולהבדיל מן המצב באירופה, שם קיימת, כאמור, "זכות מיוחדת" להגנה על תוכנם של מאגרי מידע. עם זאת, לא מן הנמנע כי בנסיבות מסוימות, יוכל בעליו של מאגר מידע שתוכנו הועתק בידי אחר לנסות לקבל במשפטנו סעד על בסיס עילה של עשיית עושר ולא במשפט; זאת, בעקבות ההלכה שנפסקה לאחרונה בעניין א.ש.י.ר. (ראו דיון להלן בפרק ה.1). ראוי לציין, כי להבדיל מארצות הברית, האפשרות של בעלי מאגרי מידע בישראל להסתמך על אמצעי הסדרה עצמית עדיין איננה מגובה בכללים משפטיים. כך, בהקשר החוזי, אין בישראל פסיקה באשר לתוקפם של חוזים אלקטרוניים; ואילו בהקשר הטכנולוגי, אין בישראל דבר חקיקה מפורש האוסר על שימוש באמצעים לעקיפת הגנות טכנולוגיות (לפרשנות מוצעת של סעיפים שונים בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 601).

212 ע"א 2790/93, Eisenman 2811 נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (להלן – "עניין קימרון"); תיאור העובדות בהמשך מבוסס, בעיקרו, על פסק הדין של בית המשפט העליון.

הישראלי ביחס לסוגיות הנדונות. במרכז עניין קימרון עמדה אחת המגילות הגנוזות שנמצאו במערות קומראן שבמדבר יהודה, אשר פוענחה על-ידי פרופ' אלישע קימרון, אחד מחברי צוות החוקרים המצומצם להם הוענקה גישה לקרעי המגילות. מלאכת הפיענוח ארכה כאחת עשרה שנים, אשר בסופן, עלה בידי קימרון להרכיב, משישים-שבעים הקרעים אשר היוו בסיס למלאכתו, טקסט בן מאה עשרים ואחת שורות, אשר כארבעים אחוזים ממנו מהווים השלמת חסר שלא נמצא בכתובים שעל גבי הקרעים. טיטת הטקסט המפוענח, אשר הופצה באותו שלב רק בקרב מספר מוגבל של חוקרים עמיתים, הגיעה לידי של מר שנקס, עורך כתב-עת ארכיאולוגי בארצות הברית. בטרם הספיק קימרון לפרסם את הטקסט המפוענח, הוציא מר שנקס ספר בשם "Facsimile Edition of the Dead Sea Scrolls", ובו תצלומים של מאות קרעים של המגילות הגנוזות. כאחד הנספחים למבוא, צורף העתק של טיטת הטקסט המפוענח. שמו של קימרון לא צוין במסגרת הפרסום. קימרון הגיש תביעה בגין הפרת זכות היוצרים שלו וכן בגין הפרת זכותו המוסרית בשל אי-ציון שמו. בית המשפט המחוזי בירושלים נענה לתביעה, והערעור שהוגש על כך נדחה על-ידי בית המשפט העליון. במסגרת פסק הדין של בית המשפט העליון נדונו מספר סוגיות חשובות בדיני זכויות יוצרים, אך בהקשר בו אנו עוסקים כעת, נתמקד בשאלה הבסיסית: האם לקימרון זכות יוצרים בטקסט המפוענח?<sup>213</sup>

213 בין הסוגיות החשובות האחרות אשר נדונו בפסק הדין, ניתן לציין את הגנת השימוש ההוגן, הזכות המוסרית, וסוגיות שונות כתחום הסעדים להפרת זכות יוצרים. בנוסף לכך, מטבע הדברים, פסק הדין אף מעורר שאלות מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי, שכן מדובר בתביעה בבית משפט ישראלי בדבר זכות יוצרים ביצירה ישראלית שהופרה, לכאורה, בארצות הברית. הדיון בבית המשפט המחוזי אמנם התנהל על בסיס ההנחה כי ההפרה נעשתה בארצות הברית. עם זאת, הדין האמריקאי לא הוכח בידי אף אחד מן הצדדים. הנתבעים טענו שמאחר שזכות יוצרים היא זכות קניינית, הנוצרת על-ידי חקיקה טריטוריאלית, חזקת שוויון הדינים לא צריכה לחול, משמע – על התובע להוכיח את עילת התביעה שלו לפי הדין האמריקאי, ומשנכשל בכך – דין התביעה להידחות. ואולם, בית המשפט החיל את חזקת שוויון הדינים והכריע בתובענה על בסיס הדין הישראלי, בעומדו על כך שניתן להחיל את חזקת שוויון הדינים גם ביחס לזכויות קנייניות, מה עוד שתביעה בגין הפרת זכות יוצרים היא תביעה נזיקית במהותה. בית המשפט אף תמך את עמדתו בדבר החלת החזקה בכך, שדיני זכויות היוצרים הן בארה"ב והן בישראל מבוססים על המשפט האנגלי והחקיקה בשתי המדינות מותאמת לאמנות בינלאומיות, ואשר על כן – החלת החזקה אינה פיקטיבית בנסיבות העניין. מבלי להיכנס לעובי הקורה בשאלות המעניינות הכרוכות בהחלתה של חזקת שוויון הדינים בנסיבות העניין, נעמוד רק על כך, שההנחה בדבר זהות הדינים בארצות הברית ובישראל תמוהה בעינינו. לפחות בקשר לזכות המוסרית, אשר חלק מתביעתו של קימרון הושתת על טענה בדבר הפרתה, אין כל דמיון בין הדין הישראלי, אשר כולל הוראות חוק מפורשות בדבר הזכות להורות והזכות לשלמות, לבין הדין האמריקאי, בו הזכות המוסרית מוגבלת ביותר. ראו, למשל: C. Alberts Carson "The Dead Sea Scrolls Copyright Cases" 22 *Whittier L. Rev.* (2000) 47, 51; J.M. Dine "Author's Moral Rights in Non-European Nations: International Agreements, Economics, Mannu Bhandari and the Dead Sea Scrolls" 16 *Mich. J. Int'l L.* (1995) 545, 572; N. Wilkof "Copyright, Moral Rights and the Choice of Law: Where did the Dead Sea Scrolls



בית המשפט המחוזי קבע, כי בהשלמת החסרים בטקסט על-סמך מחקר הלכתי ובלשני יש כדי למלא את דרישת המקוריות<sup>214</sup>. בית המשפט העליון הרחיק לכת אף מעבר לכך, בקובעו כי דרישת המקוריות (ובכללה, דרישת היצירתיות) מתמלאת ביחס לכלל מלאכתו של קימרון, על כל רבדיה הבלתי-ניתנים לניתוק זה מזה: הרכבת הקרעים לפי התאמתם הפיסית זה לזה, סידורם ומיקומם במסגרת המשוערת של יריעת המגילה, פיענוח הכתוב שעל גבי הקרעים והשלמת החסר שעל הקרעים. בית המשפט הדגיש, כי אין מדובר במלאכה טכנית, אשר ניתן לראותה כהשקעה גרידא, אלא בתהליך שבו השתמש קימרון בבקיאיותו, במומחיותו ובדמיונו, הפעיל שיקול דעת ובחור בין חלופות שונות. השופט טירקל דחה את הטענה לפיה טעמים של מדיניות משפטית מחייבים איה-הכרה בזכות יוצרים במקרה כזה, על-מנת שלא להקנות לפרט אחד מונופול על מסמך בעל ערך היסטורי אוניברסלי, בהדגישו כי לקימרון אין זכות ב"חומר הגלם" — קרעיה של המגילה גופם — ועל-כן האפשרות פתוחה בפני אחרים לחקור את קרעיה המגילה בעצמם, לסדרם, לפענח את הכתוב עליהם ולהשלים את החסר שבין הקרעים, בדרך אחרת מזאת שבה הלך קימרון.

פסק הדין בעניין קימרון עורר הדים רבים בישראל וברחבי העולם כולו, ומלומדים רבים מתחו ביקורת על קביעותיו, הן באשר לעצם ההגנה על הטקסט המפוענח והן באשר להיבטים אחרים שנדונו בפסק הדין<sup>215</sup>. גם לדעתנו, הכרתו של בית המשפט העליון בקיומה של זכות יוצרים בטקסט

473–472, 463 *Houston L. Rev.* (2001) 38 “Court Go Wrong?” ראו גם: גרינמן, לעיל הערה 18, בע’ 142–143, הערה 58, לעניין התוצאות האפשריות של החלת הדין האמריקאי על המקרה הנדון, אם לא היה מוחל הדין הישראלי מכוח חוקת שוויון הדינים. יצוין כי בבית המשפט העליון נקבע כי הדין הישראלי חל מבלי להיזקק לחוקת שוויון הדינים, וזאת בהתבסס על כך שעותרים של הספר המפר הגיעו גם לישראל. גם קביעה זו היא בעייתית ביותר, שכן אין היא עומדת בקנה אחד עם המבחנים המקובלים בעולם בשאלה מהו “פרסום” אשר יש בו כדי להביא להחלת דין מסוים — ראו: Wilkof, *ibid.*, at pp. 464–465, 475–482. כמו כן, אף אם נניח שאכן בוצע פרסום בישראל, אין זה ברור כי די בכך כדי להביא להחלת הדין הישראלי אף בשאלת הפרתה של הזכות המוסרית. *ibid.*, at pp. 465–466, 482.

214 ת”א (י”ם) 41/92 קימרון נ’ שנקס, פ”מ תשנ”ג(3), 10, 23–24.  
 215 ראו, למשל: בירנהק, לעיל הערה 148, בע’ 395–408; Carson, *supra*; Dine, *supra* note 213; Carson, *supra*; note 213; Wilkof, *supra* note 213; N. Elkin-Koren “Of Scientific Claims and Proprietary Rights: Lessons from the Dead Sea Scroll Case” 38 *Houston L. Rev.* (2001) 445; M.D. Birnhack “The Dead Sea Scrolls Case: Who Is an Author?” 23 *European Intell. Prop. Rev.* (2001) 128; D. Nimmer “Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality” 38 *Houston L. Rev.* (2001) 1; U. Tempska “Comment — ‘Originality’ After the Dead Sea Scrolls Decision — Implications for the American Law of Copyright” 6 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* (2002) 119; C. Alberts Carson “Raiders of the Lost Scrolls — The Right of Scholarly Access to the Content of Historic Documents” 16 *Mich. J. Int’l L.* (1995) 299; L.M. Weinstein “Ancient Works, Modern Dilemmas: The Dead Sea Scrolls Copyright Case” 43 *Am. U. L. Rev.* (1994) 1637.

המפוענח היא קביעה בעייתית. ראשית, כפי שצוין לעיל, מושכלת יסוד בדיני זכויות יוצרים היא, כי ההגנה משתרעת אך ורק על ביטויים ולא על רעיונות, עובדות, נתונים וכיוצא באלה.<sup>216</sup> דומה, כי בעניין קימרון, הטקסט המפוענח, יותר משמגלם ביטוי מקורי, מגלם הוא עובדה היסטורית (הטקסט המקורי), רעיון או תזה מדעית (בדבר תוכנו של הטקסט המקורי שנכתב על המגילה לפני אלפיים שנים), אשר מקומם בנחלת הכלל. אכן, הנוסח המקורי של המגילה אינו מצוי בדינו, כך שלא ניתן לקבוע בוודאות כי הטקסט המפוענח זהה לו, אולם אין בכך כדי לשנות את העובדה שהטקסט אינו מתיימר להיות ביטוי מקורי שנוצר על-ידי קימרון, כי אם לחשוף עובדות או לשקף רעיון או תזה בדבר תוכנו של הטקסט המקורי, שקימרון טוען לנכונותם.<sup>217</sup> אף אם נאמר, כי הטקסט המפוענח אינו שקול לרעיון עצמו, אלא מהווה ביטוי של אותו רעיון, הרי שבנסיבות העניין, דומה כי ראוי היה להשתמש בדוקטרינת המיזוג. הואיל ואת הרעיון של קימרון – לפיו הטקסט המפוענח מגלם את נוסחה המקורי של המגילה – ניתן לבטא רק בדרך אחת, כפי שביטא אותו קימרון בטקסט המפוענח, הרי שלפי דוקטרינת המיזוג, הביטוי מתמזג ברעיון ולא ניתן להגן עליו בזכות יוצרים.<sup>218</sup> גם אם נתעקש להגדיר את הרעיון ברמת הפשטה גבוהה יותר (למשל, אם נאמר שהרעיון הוא שקרעי המגילה שנתגלו משקפים טקסט שנכתב לפני אלפיים שנה), ניתן לטעון, כי שיקולים רבים אשר אינם, בהכרח, שיקולים יצירתיים (אלא, למשל, שיקולים בלשניים והלכתיים) מביאים לצמצום ניכר של אפשרויות הביטוי של אותו רעיון.<sup>219</sup> כך שגם מסיבה זו, אין זה ראוי לאפשר את ההגנה על הטקסט המפוענח, ובכך להעניק מעין-מונופול על הרעיון. ניתן לטעון, כמובן, כי בתהליך חיבורו של כל טקסט במדעי הרוח והחברה נעשה שימוש בשיקולים שאינם, בהכרח, שיקולים "יצירתיים", ולהקשות מדוע לא תחול מסקנתנו שאין להגן על הטקסט גם ביחס למקרים אלה. התשובה לכך היא, שבמרבית הטקסטים המדעיים, אותם שיקולים "לבר-יצירתיים" אינם מכתיבים את אופן הביטוי בו נעשה שימוש בטקסט, וכפועל יוצא, ניתן להבחין

216 ראו: סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים.

217 לטענות ברוח זו, ראו: Elkin-Koren, *supra* note 215, at pp. 452–456. בהקשר זה, המחברת עומדת, בין היתר, על ההבחנה בין תרגום לפיענוח. מלאכת התרגום, משמעה, העברת יצירה שנכתבה בשפה אחת לביטוי בשפה אחרת. התרגום לעולם אינו זהה ליצירה המקורית, ואינו מתיימר להיות שום דבר מלבד קריאה ספציפית של הטקסט על-ידי מתרגם אחד. בהתאם לכך, התרגום נשפט לפי קריטריונים אסתטיים (תרגום הוא טוב או רע). לעומת זאת, מטרתו של פיענוח או שחזור היא גילויין של עובדות. טקסט מפוענח מייצג טענה, בדבר זהותו לטקסט המקורי. טקסט מפוענח אינו נשפט לפי קריטריונים אסתטיים (טוב או רע), אלא לפי מידת נכונותו (נכון או לא). המחברת אף משווה את פיענוח הטקסט למלאכת פיענוח הגנום האנושי – האספקט הדומה בשני הפרויקטים הוא בניסיון הכרוך בהם לחשוף אמת מוחלטת כלשהי. *ibid*, at pp. 445–448.

218 השוו: Nimmer, *supra* note 215, at pp. 100–105; Weinstein, *supra* note 215, at p. 1664.

219 השוו: Lotus, *supra* note 168.

בנקל בין הרעיונות – אשר אף אם מקורם בפרי רוחו של החוקר נותרים הם חופשיים לשימוש הכלל – לבין הביטוי המגולם בטקסט, אשר בו תהא לחוקר זכות יוצרים. המייחד את עבודת השחזור, בעינינו, הוא התלכדותם של הרעיון והביטוי, באופן שאינו מאפשר הגנה נפרדת על הביטוי שלא תחול ממילא גם על הרעיון. כבר עמדנו לעיל על כך, שההבחנה בין רעיון לבין ביטוי היא הבחנה מורכבת, אשר תלויה ברמת ההפשטה הננקטת בהגדרת המושג רעיון, וכי מדובר בתיחום הנעשה על בסיס שיקולי מדיניות, מתוך שאיפה להותיר את "אבני הבניין" היסודיות בנחלת הכלל, על-מנת להבטיח את הגישה החופשית אליהן, כמו גם מרחב תמרון ליוצרים עתידיים. ניתן, למעשה, לראות את הדיכוטומיה בין רעיון לבין ביטוי כמבחן המסמך את בית המשפט להוציא מהגנת זכות היוצרים את אותן יצירות שהענקת זכויות קניין בהן תעכב את הקידמה<sup>220</sup>. בעניין קימרון (ובמקרים נוספים, בהם "היצירה" העומדת על הפרק מהווה שחזור של מסמך היסטורי), סיווגו של הטקסט המפוענח כביטוי הראוי להגנת זכות יוצרים מוביל, למעשה, למתן מעין-מונופול לאדם פרטי על תוצאותיו של מחקר היסטורי<sup>221</sup>, אשר עשוי להרתיע אחרים מלבחון ולבקר את הטקסט המפוענח<sup>222</sup>, מן הטעם שבכפוף להגנת "השימוש ההוגן", חל עליהם איסור גורף להעתיק קטעים מתוך הטקסט המפוענח<sup>223</sup>. הפגיעה בציבור הכרוכה במתן מעין-מונופול שכזה היא גדולה.

- 220 ראו: Elkin-Koren, *supra* note 215, at pp. 452–453.
- 221 באשר לחשיבותו ההיסטורית הרבה של הממצא בעניין קימרון, ראו: Nimmer, *supra* note 215, at pp. 1637–1638; Weinstein, *supra* note 215, at pp. 76–80.
- 222 השו: Elkin-Koren, *supra* note 215, at p. 132; Wienstein, *ibid*, at p. 1639. ראו בעניין זה גם: Elkin-Koren, *supra* note 215, at pp. 460–461. המחברת עומדת על כך, שהבטחת הנגישות של מדענים לתזות של עמיתיהם היא תנאי הכרחי לקיומו של מחקר מדעי. בהקשר זה, נעיר עוד, כי איננו בטוחים כי הדרך אותה מציע השופט טירקל לחוקרים עתידיים, לפצוח במלאכת מחקר של קרעי המגילה באופן עצמאי, היא אפשרות מעשית בנסיבות העניין. זאת, במיוחד על רקע העובדה, כי הקרעים הפיסיים של המגילות, שהן בבחינת חומר הגלם העומד לרשות החוקרים, נשמרו בסודיות רבה במשך שנים ארוכות תוך מניעת גישה אליהם מן הציבור כולו, למעט קובץ מצומצם ביותר של חוקרים (ראו: Nimmer, *ibid*, at pp. 85–86). מעבר לכך, אף אם כיום, חומר הגלם עומד לרשות הציבור, קיים סיכוי כי אף אם ינקטו חוקרים אחרים בדרך אותה מציע להם השופט טירקל, יימצאו בסופו של דבר מפרים את עבודתו של קימרון, נוכח המבחנים להפרה הקבועים בדיני זכויות היוצרים (לפיהם, די בהוכחת גישה ודמיון מהותי כדי להקים חזקה בדבר העתקה) – ראו: Birnhack, *ibid*, at p. 133.
- 223 אמנם, אחת המטרות המנויות בסעיף 2(1)(i) לחוק זכות יוצרים כמטרות אשר לשמן יכול להיעשות שימוש הוגן ביצירה היא "מחקר", אך למעט בגדר אוביטר במסגרת פסק דין אחד של בית משפט שלום (עניין בס, להלן הערה 385) בקטגוריה זו מעולם לא נעשה שימוש בפסיקה (לרבות לא בעניין קימרון עצמו) לשם הגעה למסקנה, כי שימוש מסוים מהווה שימוש הוגן. באופן כללי, כפי שיתואר בהמשך (ראו להלן הדיון בפרק 7), הגנת השימוש ההוגן במשפטנו, כפי שעוצבה בפסיקה בשנים האחרונות, מסתמנת כהגנה צרה למדי. מעבר לכך, ניתן לחשוב על שימושים שלא דווקא יענו לתואר "מחקר", ואשר בכל זאת היינו מעוניינים להכשיר, כאשר מדובר ביצירה המהווה שחזור של מסמך היסטורי. כך, למשל, שימוש ביצירה לצורכי הוראה (ראו להלן הערה 352 באשר להיעדרו של שימוש לצורכי הוראה מרשימת השימושים הקבועים

גם מנקודת המבט של דרישת המקוריות, ההגנה על הטקסט המפוענח היא בעייתית. כאמור, רכיב הסף של דרישת המקוריות הוא רכיב העצמאות, דהיינו, הדרישה כי מקור היצירה יהא באדם הטוען כי הוא היוצר, ולא באדם אחר או בנחלת הכלל. כאשר מדובר בשחזור של יצירה קיימת, דהיינו, בגילוי וחיפה של טקסט מקורי שנכתב בעבר, הקביעה כי מדובר ביצירה שמקורה במפענח אינה נכונה, בעינינו<sup>224</sup>. בהקשר זה אף ראוי לציין, כי קימרון עצמו הציג את הטקסט המפוענח כיצירה המשקפת את הנוסח "האמיתי" של המגילה, כלומר כיצירה אשר לא הוא המקור הראשוני שלה<sup>225</sup>. מנגד, אם נביא בחשבון את העובדה ש"היצירה המקורית" בשלמותה לא הייתה בנחלת הכלל בטרם התבצע הפיענוח על-ידי קימרון<sup>226</sup>, וכן את חוסר האפשרות לשחזור מדויק של הטקסט המקורי (או לפחות, את חוסר האפשרות לוודא אם אכן מדובר בשחזור מדויק), כמו גם את העובדה שמלאכת הפיענוח כללה הפעלת שיקול דעת נרחב, באופן שעשוי היה להביא חוקרים שונים לתוצאות שונות, הרי שניתן לטעון שבפיענוח יש יסודות שמקורם בקימרון<sup>227</sup>. עם זאת, כפי שהסברנו לעיל, לא ברור בכלל, כי יסודות "מקוריים" אלה מהווים ביטוי מוגן (להבדיל מרעיונות).

כמו כן, אף אם נניח שרכיב "העצמאות" מתקיים בנסיבות העניין, אין לשכוח כי תנאי נוסף להחלת הגנת זכות היוצרים על הטקסט המפוענח היא התקיימותה של דרישת היצירתיות, שאומצה על-ידי הפסיקה בישראל כרכיב אינטגרלי של דרישת המקוריות. כפי שהדגיש הנשיא שמגר בעניין אינטרלגו, היצירתיות נמדדת לפי סוג השיקולים אותם הפעיל היוצר בשלב גיבוש הביטוי, כאשר הגנת זכות היוצרים לפי תפיסה זו מותנית בכך, שהיצירה מגלמת "ביטוי אישי", המשקף בחירה סובייקטיבית של היוצר<sup>228</sup>, ומהווה את פרי רוחו<sup>229</sup>. פסקי הדין של הערכאות השונות בעניין קימרון הדגישו כי בפיענוח הטקסט הפעיל קימרון שיקול דעת רב, והשתמש במומחיותו ובבקיאותו. אין זה ברור, כי בעצם הפעלתו של שיקול דעת מעין זה בתהליך שחזורו של מסמך היסטורי – אשר במרכזו בחירות המבוססות על קריטריונים מדעיים

בסעיף (i)(1)2 לחוק זכות יוצרים). היעלה על הדעת, שעל-מנת להביא את נוסחו של הטקסט המפוענח בפני תלמידים, ייאלץ מרצה להיסטוריה של העם היהודי להשיג את הסכמתו של קימרון?

224 השוו: Nimmer, *supra* note 215, at pp. 92–93.

225 באשר לשאלה אם יש לייחס נפקות לכוונתו זו של קמרון, ראו: בירנהק, לעיל הערה 148,

בע' 402, הערה 237. על האפשרות להחיל דוקטרינה של השתק בנסיבות מעין אלה, ראו:

Weinstein, *supra* note 215, at pp. 1665–1666; Nimmer, *ibid*, at pp. 105–108.

226 ראו: Tempska, *supra* note 215, at p. 137.

227 ראו: בירנהק, לעיל הערה 148, בע' 401. השוו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 142, אשר סבור

כי ניתן לכנות את קימרון מחבר של יצירה מקורית רק ביחס לקטעי ההשלמה.

228 זאת, להבדיל מבחירות המוכתבות על-ידי קריטריונים אובייקטיביים כלשהם. ראו, למשל:

*Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.* 158 F. 3d 674, 689 (2<sup>nd</sup> Cir. 1998)

229 לביקורת על גישה זו, ראו לעיל הערה 154 והטקסט לידה.

שונים (בלשניים, היסטוריים ואחרים) – די כדי למלא את דרישת היצירתיות<sup>230</sup>. נראה, אפוא, כי בהצדיקו את החלת הגנת זכות היוצרים על הטקסט בכך שבשחזור הושקעו מאמצים, זמן, ידע וכישרון, סטה בית המשפט העליון מדרישת היצירתיות כפי שנקבעה בעניין אינטרגלו, כך שתוכנה של דרישת המקוריות במשפטנו שוב אינו ברור לחלוטין<sup>231</sup>.

בטרם נדון בהשלכותיו הכלליות של פסק הדין בעניין קימרון על התפתחות המשפט הישראלי בסוגיות שנדונו בפרק זה, עלינו להתמודד עם הטענה האפשרית כי מסקנתנו, לפיה אין זה ראוי להחיל את הגנת זכות היוצרים על הטקסט ההיסטורי המפוענח, עשויה להרתיע חוקרים עתידיים מלפצוח במלאכת שחזור של מסמכים היסטוריים. בהקשר זה נעיר ראשית, כי איננו טוענים שכל טקסט מדעי באשר הוא אינו ראוי להגנת זכות יוצרים. כפי שכבר ציינו לעיל, במרבית הטקסטים המדעיים, ניתן להבחין בנקל בין הרעיון, אשר אינו חוסה בצל ההגנה, לבין ביטוי יצירתי כלשהו, עליו יוכל החוקר ליהנות מזכות יוצרים. גם בעניין קימרון, לו לטקסט ההיסטורי המפוענח היו נלווים הסברים וביאורים מפרי עטו של המחבר, ברי כי הללו – בניגוד לטקסט המפוענח עצמו – היו מוגנים בזכות יוצרים, בהיותם ביטוי יצירתי פרי רוחו של היוצר. ייתכן, כי באשר לשחזורים, אם קיים צורך במתן תמריץ כלכלי לעוסקים במלאכה<sup>232</sup>, ראוי להקנות להם אותו בדרכים אחרות, כגון: מענקים ממשלתיים או פיתוחה של הגנה משפטית נפרדת (*sui generis*), אשר תביא בחשבון את המאפיינים הייחודיים המבדילים "יצירות משוחזרות" מיצירות אחרות. בין היתר, בפיתוחה של הגנה משפטית כזאת, ראוי לתת את הדעת על הצורך בפיתוחה של הגנת "שימוש הוגן" רחבה יותר מזו הנהוגה ביחס ליצירות הנהנות מהגנת זכות היוצרים, וזאת בשל

230 על ההבחנה בין השיקולים העומדים ביסוד מחקר מדעי לבין ביטוי יצירתי, ראו: Elkin-Koren, *supra* note 215, at pp. 457–458; Nimmer, *supra* note 215, at pp. 109–110.

231 השו: בירנהק, לעיל הערה 148, בע' 381, הערה 160, ובע' 406–407. ראו גם: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 54–55, הסבור, כי דרישת המקוריות במשפטנו כוללת, בעקבות עניין קימרון, דרישה ליצירתיות או להשקעת משאב אינטלקטואלי רוחני הקרוב ליצירתיות. יש הרואים את המשפט הישראלי בעקבות עניין קימרון כדוגל בגישת העבודה – ראו, למשל: Weinstein, *supra* note 215, at p. 1662.

232 יש הטוענים, כי כאשר מדובר במחקר מדעי מסוג זה, התמריץ הרלבנטי המדריך את עבודת החוקר כלל איננו תמריץ כלכלי, אלא תשוקתו המדעית של החוקר ורצונו לזכות בהכרה ובתהילה בקרב הקהילייה המדעית הרלבנטית. ראו: בירנהק, לעיל הערה 148, בע' 402. המחבר עומד על כך, שקימרון אכן נהנה מיוקרה רבה בקרב חוקרי המגילות הגנוזות, ועל כך שקיבל משכורת מהאוניברסיטה שאליה הוא משתייך, בדיוק כדי שיעסוק במחקר. השו גם אלקיין-קורן, לעיל הערה 135, בע' 59, העומדת על כך שאף שבתולדות ההתפתחות המדעית והטכנולוגית זכו הממציאים הגדולים לגמול, לא היה גמול זה בעל אופי כלכלי דווקא, אלא נשא אופי של יוקרה וכבוד, הכרה והוקרה, מבלי להטיל מגבלות על השימוש הציבורי באמצאה החדשנית. ראו גם: Carson, *supra* note 215, at p. 334; Nimmer, *supra* note 215, at p. 135. כשלעצמנו, איננו בטוחים כי ההבחנה בין חוקרים מדעיים לבין יוצרים אחרים היא כה חדה בהקשר זה של התמריץ הגורם להם לחקור ו/או ליצור.

אופיו העובדתי של השחזור, והעובדה כי במסגרתו "מוקמת לתחייה" יצירה שכבר הייתה בעבר בנחלת הכלל. בשולי הדברים ראוי לציין, כי גם לפי הדין הקיים, אפילו הייתה מתקבלת מסקנתנו כי הגנת זכות היוצרים אינה חלה ביחס לטקסט המפוענח, אין זה הכרחי כי המפענח היה נותר חסר הגנה משפטית. ראשית, מן הקביעה שהמפענח אינו נהנה מזכות יוצרים בטקסט המפוענח, לא מתחייבת גם הקביעה כי אין להכיר בזכותו המוסרית על עבודתו<sup>233</sup>, אשר בעניין קימרון, למשל, הופרה בכך שהטקסט פורסם ללא אזכור שמו<sup>234</sup>. מעבר לכך, ייתכן שבנסיבות חריגות, ניתן יהיה להקנות למפענח של טקסט היסטורי סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, כאשר השימוש שנעשה בטקסט המפוענח בניגוד להסכמתו עולה כדי התעשרות שלא כדין על חשבונו<sup>235</sup>.

233 השאלה אם ניתן, בנסיבות מסוימות, להכיר בזכות המוסרית של מחבר על יצירתו אף אם יצירה זו אינה חוסה בצל הגנת זכות היוצרים תלויה במידה רבה בשאלה הרחבה יותר, האם הזכות המוסרית היא חלק מאגד הזכויות המרכיב את זכות היוצרים, או שמא נכון לראותה כזכות נפרדת המתקיימת לצד זכות היוצרים? בשאלה זו ראוי לציין, כי תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש מביע עמדה ברורה לפיה הזכות המוסרית מהווה חלק מזכות היוצרים (ראו הגדרת "זכות יוצרים" בסעיף 1). ואולם, אף אם יש לראות את הזכות המוסרית כחלק מאגד הזכויות המרכיב את זכות היוצרים ולהחיל עליה את הדינים הכלליים החלים על זכות יוצרים, הרי שהללו צריכים לסגת מפני הוראות חוק מיוחדות החלות על הזכות המוסרית, וכן להיות מוחלים בכפוף לשינויים המתחייבים מאופייה המיוחד של זכות זו. פרופ' ויסמן סבור, שבגדר שינויים מתחייבים אלה, ניתן למנות את ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, אשר לגישתו, אין זה ראוי להחילה על הגנת הזכות המוסרית. ראו, בהקשר זה: "ויסמן" הזכות האישית (droit moral) בדיני זכות יוצרים" מחקרי משפט ז' (תשמ"ט) 51, 58-60; ויסמן, לעיל הערה 171, בע' 236-237. גישה זו ראויה, בעינינו, ובמידה שתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש אינו מאפשר לה מרחב מחיה (ראו סעיף 4 לחוק המוצע, המעגן את ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, בלא להחריג לעניין זה את הזכות המוסרית) ראוי, לדעתנו, לשנות את נוסחו.

234 כאן המקום להעיר, באופן כללי, כי מאמרו של ויסמן, לעיל הערה 171, סוקר בפירוט את עיקר החידושים בפסיקה מן העת האחרונה בנושאים הקשורים לזכות המוסרית, ולכן בחרנו שלא להתייחס לחידושים אלה במסגרת מאמר זה. עם זאת, ראינו לנכון להפנות את הקורא המתעניין בחידושי הדין באשר לזכות המוסרית, להחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בבש"א (י"ם) 2184/02 Microsoft Corporation נ' אגמה מחשוב 1999 בע"מ, תקדין מחוזי 2002(3) 8667 (להלן – "עניין אגמה"), אשר בקשת רשות ערעור עליה נדחתה (רע"א 10994/02 אגמה מחשוב 1999 בע"מ נ' Microsoft Corporation, תקדין עליון 2003(1) 822). החלטה זו ניתנה לאחר פרסומה של סקירתו האמורה של פרופ' ויסמן, ובמסגרתה התייחס בית המשפט, בין היתר, לסוגיה של הפרת הזכות המוסרית "בהקשר טכנולוגי" (ראו פסקות 14 ו-15 להחלטה). בנוסף לכך, ראו סעיפים 54-57 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, אשר מסדירים מספר שאלות חשובות באשר לזכות המוסרית, אשר עד כה טרם ניתנה להן תשובה ברורה במשפטנו, כמו הקטגוריות של היצירות אשר בקשר אליהן תהיה ליוצר זכות מוסרית (סעיף 54), ותקופת ההגנה על הזכות (סעיף 56).

235 כפי שנבחר בהמשך, גישתנו העקרונית היא, כי בפסיקת בית המשפט העליון נפתח, לאחרונה, צוהר רחב מדי לאפשרות החלתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט לשם הגנה על תוצרים רוחניים (ראו דיון להלן בפרק ה.1). מכל מקום, משהכירה הפסיקה באפשרות זו, ייתכן כי עניין קימרון מהווה דוגמה למקרה נדיר שבקשר אליו ראוי היה לעשות כן, נוכח נסיבותיה המיוחדות

השלכותיו של עניין קימרון על עמדת המשפט הישראלי בשאלות שנדונו בפרק זה, החל משאלת ההצדקה התיאורטית לדיני זכויות היוצרים (אשר את השפעתה על סוגיות קונקרטיות הכרוכות בעיצוב הדינים ניסינו להדגים), והמשך בשאלת תוכנה של דרישת המקוריות ודרכי הפעלתה של הדיכוטומיה רעיון-ביטוי, עדיין אינן ברורות. ייתכן, כי פסיקת בית המשפט העליון בעניין קימרון תצמצם לנסיבות המיוחדות של אותו עניין. עם זאת, ייתכן, כי גישות עקרוניות הבאות לידי ביטוי בפסיקה זו תוחלנה גם במקרים עתידיים, באופן שיביא לשינוי יסודי בדינים הנוהגים במשפטנו. לפסיקה ברוח זו תיתכנה, למשל, השלכות מרחיקות לכת בתחום מאגרי המידע. מאגרים רבים אינם עומדים במבחן היצירתיות, אף אם חיבורם כרוך בהשקעת עבודה ומשאבים כספיים רבים. המשך התפתחות ההלכה בכיוון המסתמן בעניין קימרון והחלתה של גישה עקרונית זו על מאגרי מידע עשויה להביא לקביעה, כי הגנת זכות היוצרים משתרעת על מאגרי מידע גם כאשר עיצובם אינו עומד בדרישת היצירתיות (תוך שימת דגש על ההשקעה ביצירת המאגר), ונוכח טשטוש הדיכוטומיה בין ביטוי לבין אלמנטים בלתי-מוגנים, אולי אף על תוכן המאגר (כלומר: אף במקרים בהם העיצוב לא יועתק אך תבצע העתקה של מקבץ פריטים מתוך המאגר). התפתחויות מעין אלה אינן רצויות, לדעתנו, שכן הדבר עשוי להביא לטשטוש המבחנים הבסיסיים לתחולתה של הגנת זכות היוצרים, אשר השמירה עליהם מחויבת לצורך קידום הרציונלים העומדים ביסוד הדין. הדבר עלול להביא, בסופו של יום, לכרסום ניכר בנחלת הכלל ולפגיעה בחופש היצירה העתידי ובחופש התחרות. בהקשר הספציפי של מאגרי מידע, דומה כי נוכח עליית חשיבותם של מאגרים אלה בימינו, מן הראוי שהמחוקק ייתן דעתו על הנושא ויקבע הגנה ייחודית (sui generis) המתאימה ל"יצירות" מסוג זה.

## 2. סוגי היצירות אשר יכולות לשמש נושא לזכות יוצרים

חוק זכות יוצרים אינו מגן על כל יצירה, אלא אך על יצירות המשתייכות לאחת הקטגוריות הקבועות בחוק, דהיינו: יצירות ספרותיות, דרמטיות, מוסיקליות או אומנותיות<sup>236</sup>. קטגוריות אלה מוגדרות בחוק זכות יוצרים על דרך של רשימה פתוחה<sup>237</sup>, דבר המאפשר לבתי המשפט לכלול בגדרן גם יצירות מסוגים שונים, אשר לא מפורטות בהגדרות עצמן, כל עוד ניתן, מבחינה מהותית, לשבץ אותן לאחת הקטגוריות האמורות.

של הפרשה, בהן ניתן לכלול את ייחודיותה של היצירה העומדת על הפרק, את ההשקעה ארוכת השנים של מר קימרון במלאכת פיענוח הטקסט (בבחינת "מפעל חייו"), ואת העובדה כי פרסום הטקסט בידי הנתבעים נעשה בטרים עלה בידו של מר קימרון לפרסם את הטקסט בעצמו, שלא אגב ביקורת על תוצאות מחקרו של קימרון, וללא מתן קרדיט כלשהו לקימרון.

236 סעיף 1 לחוק זכות יוצרים.

237 ראו סעיף 35 לחוק זכות יוצרים, העושה שימוש במילה "כוללת" בהגדרות השונות; יצוין, כי המונח "יצירה מוסיקלית" אינו מוגדר בחוק.

אפשרות זו לפרשנות גמישה של סוגי היצירות הזכאיות להגנת זכות יוצרים חשובה במיוחד נוכח העובדה, כי חוק זכות יוצרים הנו חוק מיושן משנת 1911, אשר "אינו מותאם לזמנים המודרניים"<sup>238</sup>. ואכן, בית המשפט העליון עמד במספר הזדמנויות על כך, שבפרשנות הוראותיו המיושנות של חוק זכות יוצרים, אין להתעלם מן ההתפתחויות האדירות שחלו בשנים האחרונות בתחומי היצירה השונים<sup>239</sup>, וברוח זו, קבע, ביחס למספר סוגים של יצירות, כי הגנת זכות היוצרים חלה עליהן, אף כאשר ההגדרות המופיעות בחוק, כלשונו, לא כוללות במפורש יצירות מעין אלה<sup>240</sup>. להלן תפורטנה מספר דוגמאות ליצירות היכולות לשמש, לפי הפסיקה, נושא לזכות יוצרים.

(א) הגנה על יצירה קולנועית

חוק זכות יוצרים אינו כולל קטגוריה נפרדת ליצירות קולנועיות וטלביזיוניות. ואולם, הקטגוריה של יצירה דרמטית כוללת, בין היתר, "כל יצירה ראינועית שסידורה או צורת המשחק שלה או שילוב המאורעות שבה משוים ליצירה אופי מקורי", כאשר "ראינוע" מוגדר כ"כולל כל יצירה הנעשית על-ידי פרוצס הדומה לצילומי ראינוע"<sup>241</sup>. במשך זמן רב התקשו בתי המשפט בישראל להגדיר את זכויות היוצרים בסרטים. כך נוצרה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים גישה לפיה מושתתת הגנת זכויות היוצרים ביצירות קולנועיות על הגנה נפרדת לכל אחת מיצירות המשנה, שמהן מורכבת היצירה הקולנועית השלמה (למשל: התפאורה, המוסיקה והתסריט)<sup>242</sup>. בפסק הדין בעניין מפעל הפיס<sup>243</sup>, אשר ניתן בשנת 2000, נקבע לראשונה במפורש, כי ניתן לראות ביצירה הקולנועית יחידה שלמה אחת העומדת בפני עצמה וראויה להגנת זכות

238 ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד (נר) 577 (להלן – "עניין מפעל הפיס").

239 ראו, למשל: ע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529, 541 (להלן – "עניין טלה-איבנט"); עניין אינטרלגו, לעיל הערה 134, בע' 159.

240 לדוגמה ישנה יחסית להחלה פסיקתית של הגנת חוק זכות יוצרים על אמצעי ביטוי "חדשים", ראו: ת"א (ת"א) 3021/84 Apple Computer Inc. נ' ניו-קוב טכנולוגיות בע"מ, פ"מ תשמ"ז(1) 397, בו הכיר בית המשפט בכך שהגנת החוק משתרעת גם על תוכנות מחשב בגדר הקטגוריה של יצירות ספרותיות, שנים מספר בטרם עוגן הדבר בחוק עצמו, במסגרת תיקון לפקודת זכות יוצרים משנת 1988. רק במסגרת חוק ההתאמה, עוגן במפורש, בסעיף 2 לפקודת זכות יוצרים, הכלל שנקבע עוד באותו פסק דין משנות השמונים, לפיו ההגנה על תוכנות מחשב מתפרסת הן על קוד המקור (source code), דהיינו, השפה בה נכתבה התוכנה, והן על קוד היעד (object code), דהיינו, השפה אשר אליה מתורגם קוד המקור (בתהליך המכונה קומפילציה) על-מנת שהמחשב יוכל לקרואו. עם זאת, הפסיקה הבהירה, כי לא מדובר ביצירות שונות המקנות זכויות שונות, אלא בשני פנים לאותה יצירה. ראו: עניין אשרז, להלן הערה 416. ראו, באופן כללי, כאשר להגנת זכות היוצרים על תוכנות מחשב: ב' לבנפלד וצ' כהנא "זכות היוצרים בתוכנות מחשב בישראל" הפרקליט לט (תש"ן) 179.

241 סעיף 35 לחוק זכות יוצרים.

242 ראו, למשל: ת"פ (רח') 916/80 מדינת ישראל נ' וידיאוקסט, פ"מ תשמ"ג(2) 45, 57.

243 לעיל הערה 238.



היוצרים בתור שכזאת, בנוסף להגנה אפשרית לכל אחד מרכיביה<sup>244</sup>. אגב קביעה זו, עמד השופט טירקל על הצורך לפרש את חוק זכות יוצרים תוך התחשבות בהתפתחויות המודרניות, ובאופן קונקרטי – תוך התחשבות במקומה המרכזי והחשוב של היצירה הקולנועית בתחום היצירה האומנותית בימינו.

(ב) הגנה על שידור טלביזיוני, לרבות שידור חי

בעניין טלה-איבנט<sup>245</sup> קבע בית המשפט העליון, כי גם הפקה טלביזיונית ניתנת להגנה תחת הקטגוריה של "יצירה דרמטית"<sup>246</sup>. באותו עניין נדונה זכות יוצרים בשידור חי של אירועי טורניר ווימבלדון, אשר נקלטו על-ידי הנתבעות באמצעות לוויני תקשורת והועברו למנויי הכבלים בישראל. השופט מצא קבע, כי יש להבחין בין אירוע הספורט, אשר, כשלעצמו, אינו מהווה נושא לזכות יוצרים, לבין הפקתו הטלביזיונית של האירוע ושידורו החי, אשר עשויים ליהנות מהגנת זכות היוצרים<sup>247</sup>. ההכרה בהפקה הספציפית בה דובר בעניין טלה-איבנט כיצירה הזכאית להגנת זכות היוצרים התבססה על ראיות בדבר תהליך ההפקה והשידור, בו נדרשת מידה רבה של מומחיות ומיומנות מקצועית, שיש בה כדי לקיים את דרישת המקוריות<sup>248</sup> (למשל: בקביעת

244 יצוין, כי בית המשפט לא נדרש במסגרת הדיון בעניין מפעל הפיס להכריע בשאלה מי ייחשב לבעל זכות היוצרים ביצירה הקולנועית השלמה (בנסיבות אותו עניין, צ'ארלי צ'אפלין עצמו היה המפיק, הבמאי, השחקן והתסריטאי). לגישות שונות בשאלה זו, ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 237–239; י' ויסמן "הבעל הראשון של זכות-יוצרים" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 29, 44–46. בהחלטה שניתנה לאחרונה בבש"א (ת"א) 4636/03 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' תל"י, תקד"ן מחוזי 2003(2) 6089 (להלן – "עניין תל"י"), נקבע, כי במאי קולנוע וטלוויזיה נמנים על מחבריה של יצירה ראינועית, ועל-כן הם נחשבים לבעלי זכות יוצרים לצורך הזכאות לתמלוגים מכוח סעיף 3ד לפקודת זכות יוצרים. גישה שונה באה לידי ביטוי בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, אשר קובע, כי מפיקה של יצירה אורקולית ייחשב הבעלים הראשון של הזכויות הכלכליות בה (סעיף 49 לחוק המוצע). בדברי ההסבר להצעה, מנומק ההסדר בכך שעדיף כי הזכות לניצול כלכלי של יצירה אורקולית תהא מרוכזת בידי גורם כלכלי אחד (המפיק), על-מנת לאפשר מסחור יעיל של היצירה מבלי להיקלע לפיצול בזכויות שיחייב התקשרויות נפרדות עם בעלי זכויות שונים.

245 עניין טלה-איבנט, לעיל הערה 239.

246 עוד לפני כן, הכיר בית המשפט המחוזי בכך שיצירה טלוויזיונית מוקלטת יכולה ליהנות מהגנת זכות היוצרים. ראו: ת"א (ת"א) 1143/83 Belbo Film Productions נ' חברת מוניטין עיתונות בע"מ, פ"מ תשמ"ז(2) 391.

247 בנסיבות מסוימות, ייהנו עתה משדרים הן מהגנת זכות יוצרים על שידורם והן מההגנה הייחודית אותה מקנה להם חוק זכויות מבצעים ומשדרים, אשר מצומצמת במספר היבטים מהגנת זכות היוצרים, אך אינה דורשת לצורך תחולתה עמידה בתנאים להחלת הגנת זכות היוצרים; ראו להלן פרק ג.10.

248 על אף שאנו מסכימים עם התוצאה, מצער, בעינינו, כי בהנמקתו של בית המשפט לא נעשה שימוש מפורש במבחן היצירתיות, אשר אומץ במשפטנו בעניין אינטרלגו, ואשר ניתן היה לקבוע בנקל, כי הוא מתקיים בנסיבות המקרה הנדון. בית המשפט ביכר להדגיש את המומחיות והמיומנות המקצועית, ובכך תרם לטשטוש השורר כיום בשאלת המבחן הרלבנטי לבחינת

כמות המצלמות, חלוקתן בין המגרשים השונים ובחירת עמדות וזוויות הצילום השונות בכל מגרש; ויסות המצלמות לשולחנות עריכה ספציפיים ומכונות ההילוכים החוזרים; ושילוב מערך הגרפיקה האלקטרונית והסטיסטיקה, כמו גם מערך האולפן ו"ארכיון העבר".

במהלך הדיון בבית המשפט הועלתה הטענה, כי בהעברה משנית של שידור חי, המבוצעת באמצעות הלוויין והכבלים במקביל לשידור המקורי, אין משום הפרת זכות יוצרים, שכן בניגוד להעברת שידורים מוקלטים, הרי שבהעברת שידור חי, נוטל שדרן המשנה חלק פסיבי, ואין לו כל שליטה על תוכנם של השידורים המועברים. בית המשפט דחה את הטענה בעומדו על כך, ששדרני המשנה בוחרים מראש את שידורי החוץ אותם הם מעבירים למנוייהם, וממילא בידם לברר מבעוד מועד אם יש בהעברתם משום הפרת זכות יוצרים. על הלכה זו תלוי ועומד דיון נוסף בבית המשפט העליון<sup>249</sup>. ראוי לציין, כי בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש נקבע הסדר של רישיון כפייה לביצוע שידורי משנה. ההצעה מגדירה "שידור משנה" כ"שידור של שידור אחר של יצירה, שנעשה בו זמנית עם אותו השידור, על ידי מי שאינו המשדר המקורי". ההסדר הקבוע בהצעה מאפשר לשדרן המשנה לשדר את היצירה, ללא קבלת רשותו של בעל זכות היוצרים, בכפוף לחובתו לשלם לבעלי הזכויות תמלוגים ראויים שייקבעו בהסכמה בין הצדדים, ובהיעדר הסכמה — בידי בית המשפט<sup>250</sup>.

#### (ג) הגנה על דמות דמיונית

בשני פסקי דין שניתנו בעשור האחרון על-ידי בית המשפט העליון<sup>251</sup>, הכיר בית המשפט באפשרות להחיל את הגנת זכות היוצרים על דמות דמיונית, וזאת במנותק מההגנה על היצירה הרחבה יותר בה משולבת אותה דמות, ובלבד שמדובר בדמות מפותחת דיה עד שיש לה קיום עצמאי משלה<sup>252</sup>. בעניין גבע<sup>253</sup>, הכיר בית המשפט בזכות היוצרים של חברת וולט דיסני בדמותו המצוירת של דונלד דאק, ואילו בעניין מפעל הפיס<sup>254</sup>, למעלה

דרישת המקוריות, אשר עליו כבר עמדנו (ראו דיון לעיל בפרק ג.1). עניין נוסף שבית המשפט סטה בו מן ההלכה שנקבעה בעניין אינטרלגו, הוא קביעתו כי בחינת השאלה, אם מדובר ביצירה מוגנת, צריכה לעשות בהתייחס לתוצר המוגמר כיחידה שלמה, ולא לתהליך היצירה.

249 דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd. (טרם פורסם).

250 ראו סעיף 18 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, אשר בסעיף קטן (ב) שלו, מסמך את שר המשפטים לקבוע בתקנות קריטריונים לקביעת התמלוגים הראויים, וכן מקרים בהם ייקבעו תמלוגים מופחתים או פטור מתשלום תמלוגים. לביקורת על הסדר זה, ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 750.

251 עניין גבע, לעיל הערה 130; עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238.

252 ראו בעניין זה גם: ש' פרזנטי וי' סיוון "זכויות יוצרים בדמויות דמיוניות" רשימות בנתיב קנייני הרוח — השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה (ע' פרידמן וי' סיוון עורכים, תשס"ד) 103.

253 עניין גבע, לעיל הערה 130.

254 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238.

מז הצורך<sup>255</sup>, הביע בית המשפט את נכונותו להכיר בקיומה של זכות יוצרים בדמות הנווד מסרטיו של צ'רלי צ'פלין. לאחרונה, ניתן פסק דין על-ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בו הוכר במפורש, כי ההלכה האמורה אינה מוגבלת לדמות המוצגת ביצירה בצורה גראפית, וכי הגנת זכות היוצרים עשויה להשתרע גם על דמות וירטואלית מתוך יצירה ספרותית<sup>256</sup>. באותו עניין נקבע, כי דמויות גיבורי חסמבה, יצירתו של הסופר מוסינזון, חוסות בצל הגנת זכות היוצרים<sup>257</sup>. בית המשפט קבע, כי לצורך המסקנה שדמות מפותחת דיה באופן המאפשר את החלת ההגנה עליה, אין הכרח כי קווי אישיותה יפותחו באופן מלא על כל רבדיהם, אלא די בכך שהדמות עוצבה ברמה המאפשרת את זיהויה על-פי מאפייניה הייחודיים.

חשוב להבין, כי ערכה הכלכלי של דמות דמיונית עשוי, לעתים, להיות גדול מערכה הכלכלי של היצירה המקורית בה משולבת הדמות<sup>258</sup>. חשיבותה של ההכרה העקרונית בקיומה של זכות יוצרים בדמות דמיונית הנה, כמובן, באותם מקרים בהם נעשה שימוש בדמות אך לא בהיבטים אחרים של היצירה, ולא ניתן לקבוע כי הדמות מהווה חלק מהותי מהיצירה, כך שהשימוש בה, כשלעצמו, אינו מפר את זכות היוצרים ביצירה עצמה.

### 3. דרישת הקיבוע

באנגליה ובארצות הברית מקובלת הדרישה, כי על-מנת שיצירה מסוימת תהא מוגנת, היא חייבת להיות מקובעת באופן מוחשי<sup>259</sup>. בישראל מופיעה דרישת הקיבוע בחוק אך ורק ביחס ליצירה דרמטית<sup>260</sup>, כך שלא ברור באיזו מידה חלה דרישה זו גם ביחס לסוגי יצירות אחרים. במקרה אחד שנדון בעבר בבית המשפט העליון, נטתה השופטת בן-פורת לדעה, כי גם יצירות מסוגים אחרים חייבות קיבוע, אך מאז לא נדרש בית המשפט העליון לסוגיה זו בשנית<sup>261</sup>.

255 הקביעה, כי דמות הנווד יכולה לזכות בהגנת זכות היוצרים לא נדרשה בנסיבות אותו עניין, נוכח הקביעה כי ביצירה המפרה נעשה שימוש בחלק מהותי מסרטיו של צ'רלי צ'פלין, בהם הופיעה דמות הנווד, ואשר היו מוגנים, כשלעצמם, בזכות יוצרים.

256 ת"א (ת"א) 1437/02 מוסינזון נ' האפרתי (טרם פורסם) (להלן – "עניין מוסינזון").

257 ואולם, בנסיבות העניין, קבע בית המשפט, כי הדמויות לא הועתקו ביצירה שלגביה נטען כי היא יצירה מפרה. לביקורת על כך, ראו: ת' גדרון "עידן הפרודיה – על 'חסמבה', על 'חלף עם הרוח' ועל מה שביניהם" המשפט 17 (תשס"ד) 2, 12-13.

258 גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 143.

259 גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 57.

260 ראו הגדרת "יצירה דרמטית" בסעיף 35 לחוק זכות יוצרים; יצוין, כי דרישת הקיבוע מכוח הגדרה זו אינה חלה על יצירות ראינועיות, אלא רק על יתר היצירות הדרמטיות.

261 ע"א 414/84 ברים נ' מגדלור מרכז לתאורה מודרנית בע"מ, פ"ד לט(3) 109 (להלן – "עניין ברים"), שם נדונה זכות היוצרים ביחס להרצאה בעל-פה. עם זאת יצוין, כי במקרה אחר, שקדם לעניין ברים, הכיר בית המשפט העליון בקיומה של זכות יוצרים בהרצאות בעל-פה,

בעניין טלה-איבנט<sup>262</sup> בחן בית המשפט העליון את התקיימותה של דרישת הקיבוע ביחס לשידור חי, מבלי לערוך דיון עקרוני בשאלת תחולתה של דרישה זו במשפטנו<sup>263</sup>. בית המשפט ציין, כי בבסיס דרישת הקיבוע מונח יסוד פרקטי מובהק: בהיעדר דרישה לרישום פורמאלי של זכות יוצרים (בשונה מן ההסדר הנוהג לגבי פטנטים), מאפשרת דרישת הקיבוע להבטיח ודאות באשר למהות היצירה המוגנת ולהיווכח בנקל בעצם קיומה. כך, למשל, אם שידור חי לא יתועד בהקלטה, אפשר שבית המשפט יתקשה להכריע בשאלה אם השידור החי קיים את התנאים להכרה בו כיצירה דרמטית. מכל מקום, בית המשפט הכיר בהקלטתו הסימולטאנית של שידור, בעת העברתו בשידור חי, כמקיימת את דרישת הקיבוע (במידה שהיא נדרשת), וזאת בדומה לדין הנוהג בארצות הברית.

ראוי לציין, כי בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, אחת האופציות המוצעות בהקשר זה היא לקבוע במפורש דרישת קיבוע כתנאי להגנה על כל סוגי היצירות<sup>264</sup>.

#### 4. הבעלות בזכות היוצרים

בשנים האחרונות, ניתנה פסיקה חשובה במספר סוגיות הקשורות לבעלות ביצירה. בנושא זה קובעים דיני זכויות היוצרים מספר כללים, אשר מכוחם ממוקמת הבעלות הראשונית ביצירה בידי של גורם כלשהו, בכפוף להתנאה נוגדת על-ידי הצדדים. כך, למשל, קובע חוק זכות יוצרים, כי הבעלות בזכות היוצרים לגבי יצירה שנעשתה על-ידי אדם העובד אצל אדם אחר, תוך כדי עבודתו, תהא נתונה למעביד<sup>265</sup>. לעומת זאת, כאשר מדובר ביחסי מזמין-קבלן, למעט במספר מקרים חריגים המפורטים בחוק זכות יוצרים, הבעלות תיוותר בידי הקבלן אשר חיבר את היצירה<sup>266</sup>. בנוסף לכך, מכיר חוק זכות יוצרים באפשרות של בעלות משותפת בזכות יוצרים בידי מחברים

מבלי לערוך דיון בשאלת הקיבוע. ראו: ע"א 323/60 ברישור נ' סופר, פ"ד יד 2231. ראו גם החלטת בית המשפט המחוזי בהמ' (ת"א) 8587/96 בר זאב נ' זלוף, תקדין מחוזי 96(3) 3737 (להלן – "עניין בר זאב"), אשר ייתכן שניתן לראות גם בה אסמכתא לאפשרות להכיר בזכות יוצרים ביחס ליצירה ספרותית שלא קובעה (ראו, בהקשר זה: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 57–58). לבסוף, ראו: ת"א (ת"א) 2477/02 יעקב נ' ענבר, תקדין מחוזי 2003(3) 932, בו נדונה, לאחרונה, תביעה בגין הפרת זכות יוצרים בהרצאות שניתנו במסגרת קורס במוסד להשכלה גבוהה. גם כאן נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלה אם ניתן להגן על הרצאה בהיעדר קיבוע (בנסיבות העניין ההרצאות תועדו בקבצים ובמצגות שהכין המרצה), אם כי נטה להשיב בחיוב על שאלה זו.

262 עניין טלה-איבנט, לעיל הערה 239, בע' 546.

263 כאמור, לעניין יצירה ראינועית, חוק זכות יוצרים עצמו לא מחיל דרישה כזו.

264 ראו: סעיף 3(א)(1) לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש.

265 סעיף 5(1)(ב) לחוק זכות יוצרים; השוו לסעיף 132 לחוק הפטנטים, הקובע הסדר דומה ביחס לפטנטים.

266 סעיף 5(1)(א) לחוק זכות יוצרים.

במשותף של יצירה<sup>267</sup>. כפי שנראה להלן, במספר פסקי דין מן העת האחרונה, אשר עסקו בסכסוכים על בעלות ביצירה, נדרשו בתי המשפט להכריע בשאלות פרשנות שונות הנוגעות לכללים אלה.

(א) יצירות שנוצרו בידי עובדים

כאמור לעיל, דיני זכויות היוצרים קובעים כלל דיספוזיטיבי, לפיו הבעלות בזכות היוצרים לגבי יצירה שנעשתה על-ידי אדם העובד אצל אדם אחר, תוך כדי עבודתו, תהא נתונה למעביד<sup>268</sup>. בשל כך נודעת חשיבות רבה לשאלה מי נחשב לעובד לצורך דיני זכויות היוצרים. המבחן המסורתי לבחינת קיומם של יחסי עובד-מעביד הוא מבחן הפיקוח, אשר היה מקובל בעבר בדיני העבודה הכלליים, ואשר לפיו נחשב מחבר היצירה לעובד אם היה נתון למרותו ולפיקוחו של המזמין בעת חיבור היצירה<sup>269</sup>. בתחום דיני העבודה, מבחן הפיקוח ננטש זה מכבר לטובתו של מבחן מעורב, אשר במרכזו ניצב מבחן "ההשתלבות", שבמסגרתו בוחנים אם האדם "משתלב" במערך הארגוני של המפעל שבו הוא מועסק ועד כמה הוא מהווה חלק אינטגרלי בו (הפן החיובי של המבחן) מחד גיסא; ואם אותו אדם אינו פועל בביצוע העבודה במסגרת עסק עצמאי משלו (הפן השלילי של המבחן), מאידך גיסא<sup>270</sup>. ואולם, בתחום זכויות היוצרים, בחלק מן המקרים שנדונו בעת האחרונה, המשיכו בתי המשפט להפעיל את מבחן הפיקוח. כך, בעניין קימרון, דחה בית המשפט המחוזי את הטענה כי קימרון היה עובד של רשות העתיקות בעת שפיענח את המגילה, בהשתמשו במבחן המרות והפיקוח<sup>271</sup>. בית המשפט עמד על כך, שלמעט הודעת הרשות לחוקרים כי היא שומרת בידה את הזכות ליטול מהם את בלעדיות המחקר, היו החוקרים אוטונומיים לגמרי בעבודתם. גם בעניין דיג'יספיטש<sup>272</sup> עשה בית המשפט שימוש במבחן הפיקוח, אם כי באותו עניין הביאה החלתו של מבחן זה לקביעה כי מתכנתים חיצוניים, אשר יצרו תוכנה בעבור מזמין, נחשבים לעובדיו של אותו המזמין. בקביעתו כי מבחן הפיקוח התקיים בנסיבות העניין, הסתמך בית המשפט על כך שהמזמין יזם את הפנייה למתכנתים והתווה לפניהם את מסגרת היצירה המוזמנת תוך ציון הדרישות המדויקות בהן עליה לעמוד, ועל כך שבמהלך הפיתוח, העבירו המתכנתים חלקים

267 סעיף 16(3) לחוק זכות יוצרים.

268 סעיף 5(1)(ב) לחוק זכות יוצרים.

269 ע"א 571/68 ינאי נ' מנספלד, פ"ד כג(1) 501; גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 243.

270 ראו, למשל: דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 828 (להלן

— "עניין סרוסי"); בג"צ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(4) 628, 641; בג"צ 176/90 מכנס נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(5) 711, 723.

271 פסק הדין המחוזי בעניין קימרון, לעיל הערה 214, בע' 26.

272 ת"א (ת"א) 1308/95 דיג'יספיטש (ישראל) בע"מ נ' שטרסר, דינים מחוזי, כרך כו(7) 701.

שונים שחוברו על-ידיהם לבדיקת המזמין, כאשר המזמין החזיר חלקים אלה תוך הערות, ולעתים תוך דרישות לשינוי או הוספה. בשתי פרשות אלה בחרה, אפוא, הפסיקה להכריע בשאלת הבעלות בזכות היוצרים, תוך מתן דגש על בחינת מידת מעורבותו של המעסיק בתהליך היצירה לעומת מידת האוטונומיה שנשמרה בידי היוצר. מאחר ונקודת המוצא העקרונית של הפסיקה היא, כי לביטויים "עובד" ו"מעביד" אין משמעות אוניברסאלית, אלא קיימות הגדרות רבות ומגוונות, הכול בהתאם להקשר הדברים בו מתעוררת השאלה, תופעה מקובלת היא, כי פלוני נחשב כעובד לצורך חוק אחד, אך לא נחשב כעובד לצורך חוק אחר<sup>273</sup>. בהתאם לכך, ייתכן בהחלט כי בקשר לשאלת הבעלות בזכות יוצרים, יש הצדקה לסטות מן מבחן המעורב הנהוג בידי העבודה – הרואה לנגד עיניו בעיקר את תחולתה של חקיקת המגן לטובת העובד – לטובת מבחן אחר, שיהלום את שיקולי המדיניות הרלבנטיים לסוגיה בה עסקינן<sup>274</sup>. אין באפשרותנו להיכנס לעובי הקורה בניחוח השאלה המורכבת אם מבחן הפיקוח הוא אכן המבחן הראוי לתיחום מרחב מחייתו של הכלל, הממקם את זכות היוצרים הראשונית ביצירה בידי של המעסיק. עם זאת נעיר, כי לפחות בעניין דיגיטלי, בית המשפט יכול היה להגיע לתוצאה אליה הגיע, גם מבלי להיכנס לשאלה אם בנסיבות העניין התקיימו יחסי עבודה. בית המשפט ציין בהכרעתו את הממצא העובדתי לפיו באותו מקרה, התוכנה הוזמנה במטרה למוכרה בשוק החופשי, וזאת להבדיל ממצב בו מזמין אדם תוכנה עבורו כדי להשתמש בה לפתרון בעיה או כמענה לצורך ספציפי שלו (שאו קיים היגיון עסקי בהשאתה של זכות היוצרים בתוכנה בידי מחברה). בהתבסס על עובדה זו, דומה כי בית המשפט יכול היה לקבוע שיש לפרש את החוזה בין הצדדים, בנסיבות העניין, כמעביר את זכות היוצרים בתוכנה למזמין התוכנה, אף אם הכלל הדיספוזיטיבי החל על המקרה (בהנחה כי לא התקיימו יחסי עבודה) הוא הכלל הממקם את זכות היוצרים הראשונית בידי היוצר.

#### (ב) יצירות משותפות

סוגיה אחרת אשר עלתה לדיון במספר פסקי דין מן העת האחרונה היא שאלת הדין החל על יצירה משותפת. המונח "יצירה משותפת" מוגדר בחוק זכות יוצרים כיצירה שחוברה על-ידי מספר מחברים, מבלי שניתן להבחין בין חלקו של מחבר אחד לבין חלקו של מחבר אחר<sup>275</sup>. חוק זכות יוצרים אינו קובע דבר באשר לדין שיחול על

273 על האופי המשתנה של הגדרת יחסי עובד-מעביד כתלות בהקשר המשפטי בו מדובר, ראו, באופן כללי: ע"א 502/87, 515 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה(4) 748, 758; וראו גם: עניין סרוסי, לעיל הערה 270, בע' 828.

274 לדעה כי החלת מבחן ההשתלבות בתחום דיני הקניין הרוחני עשויה להביא לאובדן זכויותיו של העובד על תוצריו הרוחניים לעתים קרובות יותר, ראו: דויטש, לעיל הערה 10, בע' 553.

275 סעיף 16(3) לחוק זכות יוצרים; להחלטה מעניינת מן העת האחרונה העוסקת, בין היתר, בפרשנות הגדרה זו, ראו: ת"א (ת"א) 2014/99 זרודי נ' שנקמן, תקדין מחוזי 2002(2) 3236.

היחסים שבין השותפים לבין עצמם. אשר על כן, דעה מקובלת היא, כי על שיתוף בזכות יוצרים יש להחיל את דיני השיתוף הרגילים הקבועים בחוק המיטלטלין, בשינויים המחויבים<sup>276</sup>. דינים אלה קובעים, בין היתר, כי בעלותו של כל שותף מתפשטת על מלוא הזכות בחלקים בלתי-מסוימים<sup>277</sup>. כמו כן, לפי דינים אלה, רשאי כל שותף, אף ללא הסכמת יתר השותפים, לעשות בזכות שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר<sup>278</sup>. ראוי לציין, כי לפי הדין הנוהג במשפט האמריקאי, רשאי בעלים משותף בזכות יוצרים לעשות בה שימוש מסחרי חופשי, בכפוף למתן דיווח לבעלים האחרים ושיתופם ברווחים, כל עוד אין השימוש מרוקן לחלוטין את הזכות מתוכן<sup>279</sup>. במשפט האנגלי, לעומת זאת, ניתנת בידיו של כל אחד מן הבעלים במשותף של זכות היוצרים האפשרות למנוע משותפיו לעשות שימושים מסוימים ביצירה ללא הסכמתו<sup>280</sup>.

על אף שבמספר מקרים שנדונו בעת האחרונה הזדמן לבתי המשפט בישראל לחוות דעתם על שאלה זו, נראה כי טרם גובשה הלכה ברורה בעניין זה. בעניין עזורי<sup>281</sup>, קבע בית המשפט המחוזי בתל-אביב נחרצות, כי יש לאמץ את המודל האמריקאי, לפיו אין להתנות את ניצול היצירה בהסכמת כל השותפים, אם כי לשאר השותפים יש אפשרות לדרוש חשבונות והשתתפות ברווחים שהופקו מניצול היצירה המשותפת. ואולם, בעניין "המילון החדש"<sup>282</sup>, אשר נדון באותו בית משפט מחוזי מספר שנים מאוחר יותר, ובעניין סיון<sup>283</sup>, אשר נדון בבית המשפט העליון, נמנעו השופטים מלבסס את פסיקתם על הכרעה ברורה בשאלה זו. להלן נדון בכל אחת מפרשות אלה.

בעניין עזורי, התקשר התובע בהסכם עם הנתבעים לפיתוח תוכנת מחשב למכירה ממוחשבת של כרטיסי קולנוע (להלן – "התוכנה המקורית"). בתמורה לעבודתו נקבע לו שכר של \$1,000, והצדדים הסכימו, כי הנתבעים ינסו לשווק את התוכנה המקורית, כאשר כל אחד מן הצדדים ישא באחוז מסוים מהוצאות השיווק ויקבל אחוז זהה מן הרווחים. בסופו של דבר, מאמצי שיווק אלה לא עלו יפה, ככל הנראה לנוכח

276 ראו סעיף 13(א) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, הקובע, כי הוראות החוק יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים, גם על זכויות. ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 230; ויסמן, לעיל הערה 244, בע' 53-54.

277 סעיף 9 לחוק המיטלטלין.

278 סעיף 9(ה) לחוק המיטלטלין, וסעיף 31 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

279 לסקירה של המשפט האמריקאי בסוגיה, ראו: פסקה 14 לפסק דינו של השופט אנגלרד בע"א 1567/99, 1569 סיון נ' שפר, תקדין עליון 2003(1) 1545 (להלן – "עניין סיון").

280 שם; וראו גם: ת"א (ת"א) 869/92 עזורי נ' תיאטראות ישראל בע"מ (טרם פורסם) (להלן – "עניין עזורי"), בפסקה ז לפסק הדין.

281 שם, שם.

282 בש"א (ת"א) 13009/00 פרנקל נ' המילון החדש, תקדין מחוזי 2001(2) 41894 (להלן – "עניין המילון החדש").

283 עניין סיון, לעיל הערה 279.

העובדה שהתוכנה המקורית הותאמה לעבודה על פלטפורמה של מחשבי "קומודור", ועל רקע זה פיתחו הנתבעים תוכנה אחרת למטרה דומה, אשר הותאמה לעבודה על פלטפורמה של מחשבי י.ב.מ. ותואמיהם (להלן – "התוכנה החדשה"). הסכסוך בין הצדדים התמקד בשאלה מהן זכויותיו של התובע ברווחים שהופקו כתוצאה משיווק התוכנה החדשה.

בית המשפט קבע, כי כנסיכות העניין, הצדדים מהווים מחברים במשותף של התוכנה המקורית. בהגיעו למסקנה זו, התבסס בית המשפט על עניין הרפז<sup>284</sup>, שם נקבע כי הגנת זכות היוצרים על תוכנת מחשב חלה לא רק על שלב התכנות, כי אם גם על השלבים המוקדמים יותר בתהליך, הם: שלב הגדרת הדרישות ושלב עיצוב התוכנה. בית המשפט קבע, כי מאחר שהתובע והנתבעים "עבדו יחדיו" בשלב הראשון (וייתכן שהנתבעים אף תרמו לשלב עיצוב התוכנה), הם שותפים בעלות על היצירה. בהמשך לכך, קבע בית המשפט, כאמור, כי יש לאמץ את המודל האמריקאי לעניין היחסים בין בעלים במשותף על יצירה, לפיו אין להתנות את ניצול היצירה בהסכמת כל השותפים, אם כי לשאר השותפים יש אפשרות לדרוש חשבונות והשתתפות ברווחים שהופקו מניצול היצירה המשותפת. ואולם, בסופו של דבר, דחה בית המשפט את התביעה, בקובעו כי פיתוח התוכנה החדשה אינו מהווה ניצול של היצירה המשותפת, שכן לא מדובר בהעתקה אלא ביצירת תוכנה מקורית, אשר דמיונה לתוכנה הישנה הנו "תוצאה של פעולות הגיוניות מסתברות מאופיה של המערכת ומשימושיה"<sup>285</sup>.

פסק דין זה מעורר מספר תהיות. ראשית, באשר לעצם הקביעה כי התוכנה המקורית מהווה יצירה משותפת, ניתן להקשות ולשאול כלום לא בכל מקרה – או, למצער, ברובם המכריע של המקרים – בו תרם הגורם שהזמין את התוכנה לאפיון הדרישות מן התוכנה, ניתן יהיה לראות בו, לפי גישה זו, מחבר משותף של היצירה? גישה כזו, אשר מקנה בעלות משותפת בתוכנה למי שהזמין אותה כמעט כעניין שבשגרה, פוגעת באופן בלתי ראוי בזכויותיו של המתכנת, וכלל לא בטוח כי גישה זו מתחייבת מההלכה שנקבעה בעניין הרפז, אשר עוסקת בקביעת היקף הגנת זכות היוצרים במישור היחסים בין בעל הזכות לבין יוצר יצירה אחרת המפרה, לכאורה, את הזכות. מעניין לציין, כי בדחותו את התביעה, תוך קביעה כי התוכנה החדשה שפותחה על-ידי הנתבעים אינה מהווה העתקה של התוכנה המקורית, דומה כי בית המשפט עצמו זנח את ההלכה שנקבעה בעניין הרפז דווקא בהקשר בו היה, כביכול, אמור ליישם

284 עניין הרפז, לעיל הערה 183. כפי שצינו, פסק הדין האמריקאי, אשר עליו התבסס בית המשפט העליון בעניין הרפז, כבר אינו משקף את הגישה הרווחת בקרב בתי המשפט בארצות הברית בסוגיית היקף ההגנה על תוכנת מחשב.

285 עניין עזורי, לעיל הערה 280, בפסקה ח לפסק הדין. בהקשר זה, הזכיר בית המשפט את פסק הדין האמריקאי: *Lotus, supra note 168*, שם נקבע כי תפריט היררכי של פקודות מחשב הוא בגדר "שיטת ביצוע" (אשר בדומה לרעיון, אינה מוגנת) ולא בגדר ביטוי.



אותה, ונקט גישה מצמצמת בהרבה לעניין היקף ההגנה על זכות היוצרים בתוכנה. גם הקביעה כי יש לאמץ במשפטנו את המודל האמריקאי לעניין מערכת היחסים בין בעלים במשותף על יצירה, איננה נקייה מספקות, נוכח התחולה האפשרית של הסדר השיתוף הקבוע בחוק המיטלטלין בסוגיה זו<sup>286</sup>, הסדר אשר מסופקנו אם דומה הוא לכל דבר ועניין להסדר הנוהג במשפט האמריקאי. מכל מקום, מסתבר, כי שתי הקביעות הללו בפסק הדין (הן הקביעה כי מדובר בבעלים במשותף, והן הקביעה בדבר טיב יחסיהם של בעלים במשותף) כלל לא היו נחוצות לצורך הכרעה בסכסוך, לנוכח העובדה כי בית המשפט פסק, בסופו של דבר, כי בפיתוח התוכנה החדשה ובשיווקה לא היה משום ניצול של התוכנה המקורית.

סוגיית השימוש אותו רשאי בעלים משותף של זכות יוצרים לעשות ביצירה, נדונה, לאחרונה, בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין "המילון החדש"<sup>287</sup>. באותו עניין דן בית המשפט בשאלה, האם רשאי יוצר משותף לעדכן את היצירה המשותפת וכן להוציאה לאור ולהפיצה ללא הסכמת היוצרים האחרים? בית המשפט מנע מלהכריע בין הגישות האפשריות השונות לעניין הדין החל על מישור היחסים בין בעלים במשותף של זכות יוצרים, ועמד על כך שלפי כל אחת מן הגישות האפשריות, השימושים שנעשו ביצירה בנסיבות העניין לא היו כדין. כך, למשל, בכוחו את התוצאה אליה תוביל החלת הלכות השיתוף במיטלטלין על העניין, הגיע בית המשפט למסקנה, כי השימושים האמורים אינם יכולים להיחשב כשימוש סביר שאינו מונע שימוש דומה מן השותפים האחרים. באשר לעדכון היצירה, קבע בית המשפט, כי שינוי יצירה משותפת על-ידי שותף ללא הסכמת יתר שותפיו פוגע בזכותם ומהווה שימוש בלתי-סביר. בהקשר זה עמד בית המשפט על כך, שגם אם סירוב בלתי-מוצדק על-ידי אחד השותפים לעדכונה של יצירה עשוי להיחשב, בנסיבות מסוימות, כחסר תום לב, הרי שבנסיבות העניין, פעל השותף שעדכן את היצירה תוך התעלמות מקיומו של השותף האחר, מבלי לשאול את דעתו או לבקש את הסכמתו, באופן שאינו מתיישב עם דיני השיתוף. באשר להפצת היצירה בידי שותף אחד, קבע בית המשפט, כי מאחר שמדובר ביצירה שפוטנציאל השיווק שלה במדינתנו הקטנה מוגבל, הרי שבנסיבות העניין, קיימת אפשרות ממשית כי הוצאתה של היצירה לאור ושיווקה ימצו את הפוטנציאל לניצולה המסחרי ויתירו את השותפים האחרים כשבידם זכות ערטילאית שאינה ניתנת לניצול מסחרי, ועל-כן השימוש ביצירה אינו יכול להיחשב סביר<sup>288</sup>. בית המשפט הוסיף, כי מכל מקום, שותף אינו יכול להעניק רישיון בלעדי

286 ראו לעיל הערות 276–278 והטקסט לידן. בית המשפט בעניין עזורי לא הזכיר את הוראות חוק המיטלטלין במסגרת הדיון שערך בסוגיית הדין החל על בעלים במשותף של יצירה.

287 עניין המילון החדש, לעיל הערה 282.

288 ראוי לציין, כי על-פי דיני השיתוף, חייב השותף אשר עשה שימוש כאמור ביצירה, לדווח על כך ליתר שותפיו (ראו סעיף 31(ב) לחוק המקרקעין בשילוב עם סעיף 9(ה) לחוק המיטלטלין), ולחלק את ההכנסה שיקבל עם שותפיו (ראו סעיף 33 לחוק המקרקעין, העוסק בחובה לשלם

לשימוש ביצירה ללא הסכמת שותפיו, ומאחר שבנסיבות העניין ניתן רישיון בלעדי, ברור כי לא מדובר בשימוש סביר.

סוגיה נוספת, הקשורה ליחסים בין שותפים בזכות יוצרים, נדונה, לאחרונה, בבית המשפט העליון בפרשה נוספת הקשורה למילוניו של אבן-שושן, היא עניין סיון<sup>289</sup>. באותו עניין, העבירו שני שותפים ביצירה את הבעלות בכל הזכויות בה להוצאה לאור בתמורה לזכות נמשכת לקבלת תמלוגים<sup>290</sup>. בשלב מסוים, הפסיקה ההוצאה לאור את תשלום התמלוגים לאחד השותפים. אותו שותף רצה לבטל את ההסכם עם ההוצאה לאור, אך שותפו, שהמשיך לקבל את התמלוגים כסדרם, לא רצה בכך. השאלה שהתעוררה בעניין היא, אפוא, השאלה האם רשאי שותף אחד לבטל הסכם להעברת זכויות בלי הסכמת יתר השותפים? בית המשפט המחוזי בתל-אביב השיב על כך בחיוב, והשותף שהתנגד לביטול ההסכם מלכתחילה לא עמד על כך בערעור ואף פעל בינתיים באופן שהוכיח כי השלים עם תוצאה זו. אשר על כן, דבריו של בית המשפט העליון בעניין זה מהווים אוביטר בלבד. אף-על-פי-כן, מעניין לעמוד על גישותיהם של השופטים השונים. גישה אחת, שבאה לידי ביטוי בפסק-דינה של השופטת דורנר, היא כי מדובר בנושים בחיוב משותף, והשאלה אם אחד מהם יכול לבטל את החוזה כאשר יתר הנושים מבקשים לקיימו תלויה בנסיבות העניין. מכוח סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, השימוש בתרופת הביטול צריך להיעשות בסבירות ובתום לב, תוך התחשבות באינטרסים של השותפים האחרים לחיוב ובמידת פגיעתו של הביטול במבקשים לקיימו, לעומת פגיעת הקיום במבקש את ביטולו. בנסיבות המקרה הנדון, קבעה השופטת, כי ביטול החוזה לא רק שאינו פוגע באינטרסים של השותף שסירב לכך, אלא אף עשוי להיטיב עמו. השופט אנגלרד, לעומת זאת סבר, כי לא מדובר בנושים במשותף, אלא בנושים בחיובים נפרדים, ועל-כן יכול כל אחד מהם לבטל את חלקו, בלא תלות ברצונותיהם של יתר השותפים. בנסיבות העניין, לו עמד השותף שהתנגד לביטול החוזה על קיומו (דהיינו: על הותרת חלקו בשותפות בידי ההוצאה לאור), הייתה גישתו של השופט אנגלרד מביאה לתוצאה לפיה השותף שביטל את החוזה היה זוכה מחדש בחלקו, אך הופך לשותף עם ההוצאה לאור שאת החוזה עמה ביטל.

בפרק זה, בחנו, אפוא, מספר פסקי דין שעסקו בסוגיות הקשורות לבעלות ביצירה. נראה, כי תחום זה עדיין מתאפיין בערפול מה, וקשה להצביע על גישה מערכתית

שכר ראוי בעד שימוש, וכן סעיף 35 לחוק, הדין בזכותם של כל השותפים לפירות). ייתכן כי יש בכך כדי למתן את הפגיעה האפשרית בשותף, ואולם בית המשפט לא התייחס לכך. השוו לגישה האמריקאית (לעיל הערות 279 ו-281 והטקסט לידן).

289 עניין סיון, לעיל הערה 279.

290 בפסק דינו, עמד בית המשפט על כך שחובת תשלום תמלוגים אינה מהווה אינדיקציה קונקלוסיבית לכך שמדובר בעסקת רישיון, שכן במקרים רבים מועברות הזכויות תמורת תמלוגים בשל הקושי להעריך מראש את ערכה הכלכלי של היצירה.

ברורה הן ביחס לשאלה בידי מי ראוי למקם את הבעלות הראשונית בזכות היוצרים, והן ביחס לשאלות המתעוררות בקשר לניצול יצירה משותפת על-ידי אחד השותפים. ההכרעה בשאלות אלה צריכה, מטבע הדברים, להיגזר משיקולי המדיניות השונים העומדים בבסיס דיני זכויות היוצרים, ולבית המשפט העליון טרם נזדמן לערוך דיון יסודי בשאלות אלה. דומה, כי המבוכה רבה בעיקר כאשר במוקד הסכסוך ניצבת תוכנת מחשב (או יצירה "טכנולוגית" אחרת), יצירה אשר תהליך יצירתה ומאפייני השימוש בה מייחדים אותה מן היצירות הקלאסיות שעליהן נועדו דיני זכויות היוצרים להגן במקור, ומעוררים שאלות ייחודיות גם בסוגיית הבעלות על היצירה. אגב ניסיונות ההתמודדות עם שאלות אלה, ניתן להצביע על השימוש שנעשה, לעתים, בפסיקה במגוון של כלים משפטיים העומדים לרשותה (כגון: סיווג מערכת יחסים מסוימת כיחסי עובד-מעביד או קביעה כי יצירה מסוימת היא יצירה שחבורה על-ידי יוצרים משותפים), כאשר לא תמיד קיים הכרח בכך, ולעתים אף קיימת אפשרות לבסס את ההכרעה על החוזה הקונקרטי בין הצדדים, באופן שימנע יצירת הלכות שאינן תמיד ברורות ועקביות, ושנעדר מהן – כאמור – דיון עקרוני בשיקולי המדיניות העומדים על הפרק.

#### 5. אגד הזכויות הכלכליות של בעל זכות היוצרים

זכות היוצרים כוללת בחובה מספר זכויות משנה לניצול היצירה, אשר מוענקות באופן בלעדי לבעל הזכות, משמע – מהותה של זכות היוצרים היא זכותו של בעליה למנוע מאחרים לעשות מספר מוגדר של פעולות ביחס ליצירתו. לאחרונה, חלה הרחבה באגד הזכויות, הן בחקיקה, שעייגנה במשפטנו את זכות ההשכרה המסחרית, והן בפסיקה, שנקטה קו פרשנות מרחיב הן ביחס לזכות הביצוע הפומבי והן ביחס לאפשרות לתבוע בגין סיוע לביצוע פומבי אסור<sup>291</sup>. נרחיב עתה באשר לכל אחת מהתפתחויות אלה.

(א) זכות ההשכרה המסחרית; חוק הקלטות הריקות  
במסגרת תיקון לפקודת זכות יוצרים שנתקבל בשנת 1996, נחקק סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, הקובע, כי: "השאלה או השכרה, לצרכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי, היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים". בכך הורחב, למעשה, אגד הזכויות הכלכליות המוקנות לבעל זכות היוצרים במשפטנו<sup>292</sup>,

291 ראוי לציין, כי אם יתקבל תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, הרי שבאגד הזכויות של בעל זכות היוצרים צפויה להיכלל גם הזכות להעמדת היצירה לרשות הציבור (ראו דיון לעיל בהערה 18).

292 הדבר נעשה תוך יישור קו עם המצב במדינות מערביות אחרות – לפירוט, ראו: גרינמן, לעיל בהערה 18, בע' 177.

אשר כולל היום, לצד זכויות השעתוק, הפרסום, הביצוע הפומבי והעיבוד, אף את זכות ההשכרה המסחרית – וזאת, באותם מקרים בהם מדובר ביצירה הטבועה על "קלטת". המונח "קלטת" מוגדר בחוק כ"התקן שאין טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב"<sup>293</sup>. אם כן, במקור, זכות ההשכרה המסחרית לא חלה ביחס להשכרת דיסקטים לשימוש במחשב. ואולם, בעקבות הצטרפותה של ישראל להסכם הטריפס, נחקק סעיף נוסף, הקובע כי גם בעל זכות יוצרים בתוכנת מחשב ייחנה מזכות בלעדית להשכרת התוכנה לצרכי מסחר, למעט כאשר תוכנת המחשב מהווה חלק מחפץ אחר, שהוא המושכר העיקרי<sup>294</sup>. במובן מסוים, ניתן לראות את זכות ההשכרה המסחרית כחריג לעקרון מיצוי הזכויות של בעל הקניין הרוחני, אשר ביטויה בתחום זכויות היוצרים הוא "דוקטרינת המכירה הראשונה". לפי הדוקטרינה, לאחר שבעל זכות יוצרים הפיץ או הרשה הפצתו של עותק כלשהו של יצירתו, רשאי בעליו של אותו עותק להעבירו הלאה מבלי שתוטל עליו מגבלה כלשהי מכוח זכות הקניין הרוחני של המוכר<sup>295</sup>. לפי פקודת זכות היוצרים כנוסחה לאחר התיקון, לאחר שמכר בעל זכות היוצרים עותק של יצירתו, אמנם יוכל הקונה למוכרו בשנית, אך לא יוכל להשכירו באופן מסחרי, אלא אם כן הורשה לכך במפורש על-ידי בעל הזכות.

בעניין אן.אם.סי<sup>296</sup>, פירש בית המשפט המחוזי בתל-אביב את המונח "לצרכי מסחר" באופן נרחב, והחיל אותו על שירות של ספרייה ציבורית שמפעילה עיריית חולון, במסגרתו משאלה הספרייה למנוייה תקליטורים שעליהם מוסיקה בתמורה לדמי מנוי גלובליים. בית המשפט קבע, כי אופיה הציבורי של הספרייה אינו שולל את אופיה המסחרי של הפעולה. ואולם, ערעורה של עיריית חולון התקבל על-ידי בית המשפט העליון, אשר קבע, כי אין להחשיב את פעילותה של ספרייה ציבורית בהקשר זה כפעילות "לצרכי מסחר"<sup>297</sup>. תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש<sup>298</sup> מציע

293 סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים.

294 ראו: סעיף 113 לפקודת זכות יוצרים; השוו: סעיף 11 להסכם הטריפס. הוראה זו לא חלה על השכרת תוכנה של מחשב שנרכשה לפני 1 בינואר 2000 (סעיף 12(א) לחוק ההתאמה).

295 פסקה 7 לפסק הדין בע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ, תקדין עליון 1014 (2)2003 (להלן – "עניין עיריית חולון"). לדוקטרינת המכירה הראשונה, ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 175; סורוקר, לעיל הערה 92, בע' 291–292; א' דינשטיין "רשיון-כפייה בזכות-יוצרים" משפטים כא (תשנ"ב) 251, 256.

296 עניין אן.אם.סי, לעיל הערה 142.

297 עניין עיריית חולון, לעיל הערה 295. לביקורת על פסק הדין, ראו: א' יעקב "משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה ברשת" עיוני משפט כז (תשס"ג) 367. בין היתר, עומד המחבר על החשש, כי פסק הדין נותן לגיטימציה רחבה להעתקה הביטית (בעיקר לנוכח הסייג להגנת זכות היוצרים המתייחס להקלטות ביתיות, אשר נידון להלן בטקסט ליד הערות 299–302). באופן כללי, המחבר עומד על כך שבית המשפט העליון, בפסק דין זה, נותן משקל יתר לזכויות המשתמשים.

298 ראו: סעיף 16(2) לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש.

לקבוע במפורש, כי השכרה על-ידי ספרייה ציבורית או על-ידי ספרייה של מוסד חינוך, לא תחשב כהשכרה לצרכי מסחר.

במסגרת אותו תיקון חקיקה שהתקבל בשנת 1996, התווסף לפקודת זכות יוצרים סייג להגנת זכות היוצרים המתייחס להקלטות ביתיות. תיקון זה נועד ליישר קו עם הטכנולוגיה המאפשרת הקלטה ושכפול של יצירות באמצעים ביתיים ופשוטים, כדוגמת מכשירי הרדיו-טייפ והוידאו<sup>299</sup>. פקודת זכות יוצרים קובעת, כי טביעה<sup>300</sup> או שיעתוק<sup>301</sup> של יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות, לא תהווה הפרה של זכות יוצרים או זכות מבצעים<sup>302</sup>. בד בבד קובעת פקודת זכות יוצרים, כי הממשלה תפצה בעלי זכויות יוצרים ובעלי זכויות מבצעים על אובדן הכנסה ופגיעה בזכויות, הנגרמת להם בשל שימוש פרטי וביתי כאמור<sup>303</sup>. הפיצוי אמור להיעשות בדרך של העברת סכום גלובלי – המהווה 5% מן המחיר לצרכן של סך כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי וביתי מדי שנה<sup>304</sup> – מן הממשלה לחברות תמלוגים, אשר תחלקנה אותו בין בעלי הזכויות השונים<sup>305</sup>. זהו, אפוא, מעין הסדר של רישיון כפייה בדיני זכויות היוצרים<sup>306</sup>, במסגרתו נהנים המשתמשים מהרשאה לבצע פעולות מסוימות אשר אחרת היו נחשבות להפרת זכות יוצרים, בעוד היוצרים מקבלים תמלוגים בשיעור הקבוע בפקודת זכות יוצרים, אשר אמורים לפצותם על הפגיעה בזכותם<sup>307</sup>.

כזכור, המונח "קלטת" מוגדר בפקודת זכות יוצרים כ"התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב"<sup>308</sup>. נראה אפוא כי פקודת זכות יוצרים אינה מקנה פטור ביחס להורדת קבצים מהאינטרנט, תופעה נפוצה ביותר בימינו<sup>309</sup>. ייתכן, כי ראוי לשקול מתן פטור גם ביחס להורדת קבצים מהאינטרנט, כל עוד הדבר נעשה "לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות", כאשר השפעתו של פטור כאמור על הכנסות בעלי זכות היוצרים

299 ראו: הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים – קלטות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996, ה"ח 601.  
300 המונח "טביעה" מוגדר בסעיף 33 לפקודת זכות יוצרים כ"שימור של יצירה בכל אמצעי המאפשר לראות, לשמוע או לשעתק את היצירה".

301 המונח "שיעתוק" מוגדר בסעיף 33 לפקודת זכות יוצרים כ"העתק של טביעה או של חלקה המהותי".

302 סעיף 33 לפקודת זכות יוצרים.

303 סעיף 33 לפקודת זכות יוצרים.

304 מסיבה זו, יש המכנים את התיקון בשם "חוק הקלטות הריקות". ראו, למשל, באתר האינטרנט של הארגון "אשכולות": <http://www.eshkolot.co.il/cassettes.html>.

305 ראו סעיפי משנה 33(ב)-(ד) וסעיף 33 לפקודת זכות יוצרים, וכן הגדרת "חברות תמלוגים" בסעיף 33.

306 דינשטיין, לעיל הערה 295, בע' 257, בו הוא מכנה רישיון כפייה מסוג זה בשם "היטל".

307 השוו להסדר של הטלת מס על מכונות צילום, הקבוע בדין הצרפתי, המתואר אצל לוינסון, לעיל הערה 132, בע' 455.

308 סעיף 33 לפקודת זכות יוצרים. לשאלות פרשנות שמעוררת הגדרה זו, ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 209.

309 ראו לעיל הערה 6 והטקסט לידה. על המאבק המתנהל היום על-ידי ארגוני זכויות היוצרים

תקוזה באמצעות החלת הסדר התמלוגים גם ביחס להכנסות ממכירתו של ציוד המיועד לצריכתם ולאחסונם של קבצים דיגיטאליים.<sup>310</sup>

(ב) זכות הביצוע הפומבי

אחת מזכויותיו הבלעדיות של בעל זכות יוצרים היא לבצע בפומבי את יצירתו.<sup>311</sup> מבחן מרכזי שהתפתח בפסיקה לשם הבחנה בין ביצוע פרטי לבין ביצוע פומבי הוא מבחן אופיו של הקהל אליו מכוון הביצוע: כאשר מדובר בקהל מזדמן, להבדיל, למשל, מקהל המורכב מבני משפחה, הרי שהנטייה תהא לקבוע כי מדובר בביצוע פומבי.<sup>312</sup> עם זאת, גם במצבים בהם הביצוע נעשה במסגרת התכנסות פרטית-משפחתית, הוא עלול להיחשב ביצוע פומבי, כאשר מדובר בביצוע בעל אופי עסקי. כך, למשל, כאשר מדובר במוזיקה המושמעת על-ידי תקליטן באירוע משפחתי המתקיים באולם אירועים.<sup>313</sup> מובן, כי על-מנת שביצוע כלשהו ייחשב "ביצוע פומבי", עליו להיות קודם כל "ביצוע". עוד בשנות השמונים, בעניין בלומרס<sup>314</sup>, קבעה הפסיקה, כי העברה משנית של שידורי רדיו או טלוויזיה הנקלטים במקלט רדיו מרכזי לתוך חדרי האורחים בבית מלון באמצעות מערכת של כבלים נחשבת כביצוע, וכי מדובר בביצוע פומבי, וזאת על אף העובדה שכל אורח צופה בשידורים בחדרו. גם כאשר הוצב המקלט במקום מרכזי, כך שהציבור יכול להאזין לו או לצפות בו, כגון מקלט טלוויזיה המוצב בטרקלין בית מלון, קבעה הפסיקה זה מכבר, כי מדובר בביצוע, אף בהיעדרה של פעולת העברה אקטיבית מעבר להצבתו של המקלט באותו מיקום.<sup>315</sup> פסיקה ברוח זו המשיכה להינתן גם בשנים האחרונות. כך, למשל, בעניין מסעדת "פופולו" שנדון בבית המשפט המחוזי בחיפה<sup>316</sup>, ניתן, לאחרונה, צו מניעה זמני האוסר על מנהלי

נגד המשתמשים בתוכנות להחלפת קבצים באינטרנט, ראו: ח' רביה "את המנגינה הזאת אפשר להפסיק?" [www.globes.co.il](http://www.globes.co.il) (4.11.2003).

310 אין ספק כי הסדר מורכב מעין זה מעורר שאלות עקרוניות רבות, כמו גם שאלות פרקטיות, אשר לא כאן המקום לערוך בהן דיון. ראו בהקשר זה גם: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 207–213.

311 סעיף 1(2) והגדרת המושג "הצגה" בסעיף 35 לחוק זכות יוצרים; ראו: גרינמן, שם, בע' 182–183.

312 ראו, למשל: המ' (ת"א) 6751/71 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' חב' מלון דבורה, פ"מ ע"ח 263 (להלן – "עניין מלון דבורה"); ת"א (ת"א) 90117/99 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' קרן, תקדין שלום 2002(4) 343 (בו נקבע, לאחרונה, כי השמעת מוסיקה במספרה מהווה ביצוע פומבי).

313 ראו: נ' אלקין-קורן "הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה" המשפט 17 (תשס"ד) 20, 24, והאסמכתאות שם; ראו גם להלן הערה 323 והקסט לידה.

314 ע"א (ת"א) 1000/80 בלומרס נ' הסניף הישראלי של הפדרציה הבינ-לאומית של תעשיית התקליטים, פ"מ תשמ"ב(2) 156.

315 עניין מלון דבורה, לעיל הערה 312.

316 ת"א (חי') 140/99 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' פ.מ.ג.א. מזון בע"מ, דינים מחוזי, כרך כז(1) 876 (להלן: "עניין מסעדת פופולו").

המסעדה להפעיל מגברי קול שנועדו להעברת המוסיקה הנשמעת ממקלט הרדיו גם בשטחי המסעדה שבהם לא ניתן לשמוע את המוסיקה במישרין מן הרדיו<sup>317</sup>. בעניין קיבוץ הסוללים<sup>318</sup> נדונה סיטואציה עובדתית שונה במקצת. במוקד הדיון עמדו חדרי בית ההארחה של הקיבוץ, בהם מצויים מקלטי טלוויזיה באמצעותם נקלטים שידורי הערוץ הראשון והערוץ השני, לרבות שידורי מוסיקה מהרדיו המשודרים באמצעות הערוץ השני לאחר תום שעות השידור שלו. מצב זה אינו דומה למקרים שנדונו לעיל בהם דובר בהצבתו של מקלט במקום מרכזי, אך גם אין הוא דומה לסיטואציה שנדונה בעניין בלומרס, שם נצפו השידורים בחדרים הפרטיים, לאחר שהועברו אליהם באמצעות כבלים ממקלט מרכזי אחד. בנסיבות אלה, סירב בית המשפט לתת את צו המניעה הזמני שנתבקש לתת, בהתבססו, בעיקר, על ההבחנה בין מצב שבו נעשה מעשה אקטיבי כלשהו ("שידור"), על-מנת לאפשר את ההנאה מן היצירות על-ידי הציבור, לבין מצב שבו בסך הכל סופקו מכשירי טלוויזיה לקליטת שידורים הנעשים על-פי דין, כאשר בגין כל מכשיר טלוויזיה כזה שולמה אגרה על-ידי הקיבוץ<sup>319</sup>. בית המשפט קבע, אפוא, כי בנסיבות העניין, לא מדובר בביצוע פומבי<sup>320</sup>.

(ג) הפרה עקיפה על-ידי סיוע לביצוע פומבי אסור

חוק זכות יוצרים דן במספר מצבים בהם יכול בעל זכות היוצרים לקבל סעדים לא רק מן הגורם שביצע הפרה ישירה של זכויותיו הבלעדיות, אלא גם מגורמים נוספים אשר סייעו בדרך כלשהי להפרה. אחד מן המצבים הללו מוגדר בסעיף (2) לחוק זכות יוצרים, שלשונו: "... רואים זכות יוצרים ביצירה כאילו הופרה אם הרשה אדם לתועלתו הפרטית לתיאטרון או למקום שעשוע אחר להשתמש ביצירה לשם הצגתה בצבור בלא הסכמת בעל זכות היוצרים, חוץ אם לא ידע אותו אדם ולא היה לו יסוד נאמן לחשוד שיהא בהצגה משום הפרת זכות היוצרים"<sup>321</sup>. במספר פסקי דין

317 בית המשפט נמנע, בשלב דיוני זה, מאיסור על פתיחת מקלט הרדיו והשמעת המוסיקה במישרין ממנו, להבדיל מהשמעתה באמצעות הרמקולים.

318 בש"א (נצ') 1343/99 קיבוץ הסוללים – קבוצת מכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, דינים מחוזי, כרך לב(5) 730.

319 לדעה לפיה גם בסיטואציה כזו יש להכיר בכך שמדובר בביצוע פומבי, ראו: ש' פרזנטי דיני זכויות יוצרים (מהדורה שנייה תש"ס, כרך ב) 782, 793. ראוי לציין, כי פרזנטי ייצגה בעניין קיבוץ הסוללים את הפדרציה הישראלית.

320 אלקין-קורן עומדת על כך שבמקרה זה כלל לא נעשה ביצוע בידי בעל חדרי האירוח (אלא רק בידי כל אחד ואחד מן האורחים בחדרו הוא), כך שממילא אין כאן ביצוע פומבי. ראו: אלקין-קורן, לעיל הערה 313, בע' 25, הערה 17. בקשת רשות ערעור על ההחלטה בעניין קיבוץ הסוללים נדחתה. בית המשפט העליון עמד על כך, שמדובר בסוגיה אשר טרם נקבעה בה הלכה מחייבת, אך קבע כי בשלב הדיוני בו מדובר, איננו מוצא להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי, אשר הולמת את אחת האופציות הפרשניות האפשריות לתיבה "ביצוע פומבי". ראו: רע"א 7145/99 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' קיבוץ הסוללים, תקדין עליון 99(3) 645.

321 ראו גם סעיף (1)2 לחוק זכות יוצרים, הקובע כי הרשאה לאחר לבצע פעולה המפרה זכות

שניתנו בשנים האחרונות<sup>322</sup>, נעשה שימוש בסעיף זה בתביעות של איגודי יוצרים כנגד בעלי מועדונים או אולמות שמחה, אשר בהם התקיימו אירועים שבמהלכם הושמעו ללא הרשאה יצירות מוגנות שונות על-ידי תקליטנים שהוזמנו על-ידי בעלי השמחה. בכל המקרים הללו, נתנו בתי המשפט סעד כנגד בעלי האולמות, בנוקטס פרשנות נדיבה לסעיף (3) לחוק זכות יוצרים, על-מנת לסייע בידי היוצרים לזכות בהגנה אפקטיבית על זכויותיהם. על-מנת לבסס טענת הפרה עקיפה לפי סעיף (3) לחוק זכות יוצרים, על התובע להוכיח את היסודות הבאים: ראשית, כי התבצעה הפרה ישירה, כלומר, ביצוע פומבי של היצירה. במרבית המקרים, כאשר מדובר בהשמעת מוסיקה באולמות, סביר להניח שמדובר בביצוע פומבי. הפסיקה הבהירה, כי גם במקרה שבו מדובר באירוע בעל אופי משפחתי (כגון: בר-מצוה או חתונה), הרי שנוכח העובדה שהאירוע נערך באולם שמחה הפועל כעסק מסחרי, וכי הוזמן לשם תקליטן מקצועי המשתכר לפרנסתו מהשמעת המוסיקה, מדובר בביצוע פומבי של היצירות<sup>323</sup>. שנית, יש להוכיח, כי הנתבע הרשה את השימוש כאמור ביצירה. בתי המשפט הבהירו, כי על-מנת שבעל אולם ייחשב כמי שהרשה את השמעת היצירות המוגנות בחצריו, די בכך שאפשר את ההשמעה באמצעות התקליטן, אף אם לא היה מעורב בהזמנת התקליטן על-ידי בעל השמחה<sup>324</sup>. מרבית בתי המשפט שדנו בעניין דחו את דעת המיעוט שנשמעה בעבר<sup>325</sup>, לפיה אדם אינו יכול להיחשב כמרשה לבצע יצירה, אלא אם כן ההרשאה מתייחסת לאותה יצירה ממש. שלישית, יש להוכיח, כי ההרשאה נועדה לתועלתו הפרטית של בעל המקום. הפסיקה עמדה על כך, שהמוסיקה היא מרכיב חיוני וחשוב באירועים המתקיימים באולמות שמחה, וכי ללא הרשאה לבעלי השמחה להשמיע מוסיקה באמצעות תקליטנים, סביר להניח שבעלי האולמות לא יוכלו לקיים את עסקם. מכאן, שבמקרים מן הסוג האמור, ניתן לקבוע כי מדובר בהרשאה לתועלתו

יוצרים כמוה כהפרה; וכן סעיף (2) לחוק זכות יוצרים, הקובע כי פעולות מסחריות שונות בעותקים מפרים עשויות להיחשב הפרת זכות יוצרים. השוו: סעיפים 60–61 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש.

322 ראו, למשל: ע"א (ת"א) 1987/97 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' אולמי חאן הדקל בע"מ, דינים מחוזי, כרך כז(1) 99 (להלן – "עניין חאן הדקל"); ת"א (י"ם) 18941/00 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' ב.ג.ל. הפקות בע"מ, דינים שלום, כרך יח 835; ת"א (ת"א) 1975/99 הפדרציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית נ' אולמי נפטון בת ים בע"מ, דינים מחוזי, כרך לג(3) 667 (להלן – "עניין אולמי נפטון"); ת"א (ת"א) 25/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' אטלנטיס נשר בע"מ, דינים מחוזי, כרך כו(9) 249 (להלן – "עניין אטלנטיס").

323 עניין אולמי נפטון, שם.

324 עניין אולמי נפטון, שם; עניין אטלנטיס, לעיל הערה 322; עניין חאן הדקל, לעיל הערה 322.

325 המדובר בדעתו של השופט בן-דרור בע"א (ת"א) 779/77 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' חברת אהרון ברמן, אמרגן בע"מ, פ"מ תש"ס(1) 441. לפסק דין מן העת האחרונה התומך בעמדה זו, ראו: ת"א (חי) 779/03 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' ר.ק. אוראל אירועים בע"מ (טרם פורסם).



הפרטית של בעל האולם. רביעית, יש להוכיח, כי המוסיקה מושמעת ללא הסכמת בעל זכות היוצרים. הפסיקה הבהירה כי הסכמה כזו יכול שתינתן לתקליטן, ויכול שתינתן לבעל האולם<sup>326</sup>. לפי חוק זכות יוצרים, אפילו קוימו כל התנאים האמורים, אם יעלה בידי בעל האולם להוכיח כי לא ידע ולא היה לו יסוד לחשוד שיהא בהשמעת המוסיקה משום הפרת זכות יוצרים, אזי תעמוד לו הגנה כנגד ההפרה הנטענת. לעניין זה קבעה הפסיקה, כי אין הכרח שבעל אולם יקבל התראה מראש על כך שתקליטנים הפועלים בחצריו משמיעים יצירות מוגנות ללא הרשאה על-מנת שתישלל תחולתה של ההגנה<sup>327</sup>. בעניין אולמי נפטון<sup>328</sup> נקבע, כי יש "להטיל על המפר, כעניין שבמדיניות, חובות בדיקה מסוימות בטרם יוכל להתגדר בהגנה הקבועה בסעיף 2(3) סיפא לחוק זכות יוצרים ואין להסתפק בהקשר זה בעמדה פסיבית מצדו". באותו עניין קבע בית המשפט, כי מקום בו מרשה אדם לצד ג' כלשהו (למשל: תקליטן) להשמיע ולהציג בחצריו יצירות, אשר על-פי טיבן וטבען כרוכות בזכויות יוצרים, עליו לבקש ממנו, כתנאי מוקדם לאישור הופעתו באירוע, להציג הרשאה כדין להשמעת היצירות ולהתחייב כי המוסיקה אותה ישמיע באירוע תהיה בהתאם לאותה הרשאה. או אז, תחול על בעל האולם ההגנה, אף אם לא פשפש בציותיו של התקליטן או ערך חקירה מקיפה ומאומצת בעניין, וגם אם בפועל יפר התקליטן את התחייבותו, או אם יתברר בדיעבד כי ההרשאה שהציג לא הייתה בתוקף מסיבה כלשהי. עמדה זו ראויה בעינינו. אין סיבה מדוע לא יחויבו בעלי האולמות, אשר מפיקים רווח כלכלי מן ההרשאה להשמעת מוסיקה בחצריהם, לסייע בידי היוצרים בדרך זו במלאכת גביית התמלוגים, כאשר אין מדובר בהכבדה בלתי-סבירה עליהם, שכן לא נדרש שישגור אישור להשמעת היצירות בעצמם או שיבואו לפקח על כל אירוע ואירוע.

ראוי לציין, כי לפרשנות המרחיבה של סעיף 2(3) עשויה להיות חשיבות גם בהקשרים נוספים. כך, למשל, בסוגיה של הפרות זכות יוצרים המתבצעות ברשת האינטרנט, נוכח הקושי הרב לאתר ולתבוע את המפרים הישירים, הופכת השאלה האם ומתי ראוי להטיל אחריות על בעלי האתרים בהם מאוחסן החומר המפר, ובנסיבות מסוימות, אף על ספקי השירות, לשאלה רלבנטית ביותר<sup>329</sup>. בארצות הברית ובאירופה קיימים הסדרים מפורטים בחקיקה ובפסיקה העוסקים באפשרות להטיל אחריות על מי שאיננו מפר ישיר של זכות יוצרים, בשל תרומתו או סיועו להפרה הישירה הנעשית

326 עניין חאן הדקל, לעיל הערה 322; עניין אולמי נפטון, לעיל הערה 322.

327 מקרה שבו נשלחה התראה כזו הוא, למשל, המקרה שנדון בעניין אטלנטיס, לעיל הערה 322.

328 עניין אולמי נפטון, לעיל הערה 322.

329 לדיון בשיקולי המדיניות השונים בעד ונגד הטלת אחריות על ספקי שירות ראו, למשל: ר' אלקלעי "אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" המשפט ו (תשס"א) 151; N. Elkin-Koren "Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators" 13 *Cardozo Arts & Entertainment L. J.* (1995) 345; ג' אלקין-קורן "המתווכים החדשים בכיכר השוק הווירטואלית" משפט וממשל ו (תשס"ג) 381.

על-ידי אחר<sup>330</sup>. בדין הישראלי, כל עוד אין הסדר מיוחד בחקיקה המתייחס לסוגיה זו, קיימת חשיבות רבה להכרת הכלים שפיתחה הפסיקה על בסיס החקיקה הקיימת, אשר עשויים לשמש בסיס להתמודדות עם סכסוכים בהם תתעוררנה שאלות מסוג זה<sup>331</sup>. בהקשר זה, לא מן הנמנע, כי הדוקטרינות שפותחו אגב יישומו של סעיף 2(3) לגבי ביצוע יצירות מוסיקליות באולמות שמחה, תוחלנה בשינויים המחויבים על-מנת להטיל אחריות בגין הפרה עקיפה של זכויות יוצרים באינטרנט על-ידי בעלי אתרים, המספקים, למעשה, את הפורום המאפשר את ההפרה. כלי אפשרי נוסף להתמודדות עם סוגיות אלה, אותו כבר הזכרנו לעיל, הוא דוקטרינת ההפרה התורמת שפותחה על-ידי הפסיקה במסגרת דיני הפטנטים, ולצדה גם האפשרות להחלת דוקטרינות כלליות מדיני הנוזיקין, מכוח קונסטרוקציה כזאת או אחרת<sup>332</sup>. כזכור, בית המשפט העליון הכיר בדוקטרינת ההפרה התורמת ללא כל בסיס סטטוטורי בחוק הפטנטים. לא מן הנמנע,

330 כדוגמאות לפסיקה מרכזית בארצות הברית אשר עוסקת בסוגיות אלה (חלקה ניתנה אגב הכרעה בסכסוכים הנוגעים להפרת זכויות יוצרים באינטרנט וחלקה אגב סכסוכים הנוגעים לשימוש בטכנולוגיות אחרות המאפשרות הפרת זכות יוצרים), ראו, למשל: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417 (1984) (להלן – “Sony”); *Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services, Inc.* 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995), אשר בעקבותיו תוקן חוק זכות היוצרים האמריקאי, לעיל הערה 21, והוסף לו סעיף 512 הקובע פטור בנסיבות מסוימות לספקי גישה לאינטרנט. כמו כן, ראו פסקי הדין מן העת האחרונה, העוסקים בשירותי החלפת הקבצים דרך האינטרנט: *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F. 3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir. 2001); *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* (C.D. Cal. 2003) (ניתן לאיתור באתר האינטרנט: <http://www.cacd.uscourts.gov>). גם באירופה, במסגרת דירקטיבת הסחר האלקטרוני אשר אומצה בשנת 2000, נקבע הסדר מקיף בשאלת אחריות ספקי שירות בגין הפצת חומר מזיק. ראו: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), Section 4. לנוסח של הדירקטיבה, ראו: [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). לסקירה מקיפה של ההסדר המשפטי בארצות הברית ובאירופה, ראו המאמרים לעיל הערה 329. ראו, באופן כללי, בקשר לסוגיות אלה: גרינמן, לעיל הערה 18, בע’ 385–386, 409–415, 416–427.

331 להתמודדות ראשונית של הפסיקה עם סוגיות דומות הקשורות לשאלת הרחבת מעגל האחריות בגין פרסום לשון הרע באינטרנט, ראו: ת”א (כ”ס) 7830/00 בורוכוב נ’ פורן, תקדין שלום 2002(2) 1216, שם סוקר בית המשפט גם את המשפט המשווה בסוגיה ספציפית זו (והשוו: ק”פ (ת”א) 145/00 וייסמן נ’ גולן, תקדין שלום 2002(3) 21).

332 ראו דיון לעיל בפרק ב.2. לדעה כי ניתן להחיל את הוראות החלק הכללי של פקודת הנוזיקין על סכסוכים מתחום הקניין הרוחני, אם על דרך של היקש ואם על בסיס ראיית הפרתה של זכות יוצרים ככפופה להוראות הכלליות שבפקודת הנוזיקין, ראו גם: עניין אן.אם.סי, לעיל הערה 142. בהקשר זה ראוי להזכיר, שוב, כי בסעיף 65 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, מוצע לקבוע, מפורשות, כי הפרת זכות יוצרים היא עוולה אזרחית, אשר הוראות פקודת הנוזיקין חלות עליה בשינויים המחויבים. בנוסף לכך, לא מן הנמנע, כי בהקשרים מסוימים תהא הפסיקה נכונה להכיר בהתנהגות כלשהי של “מפר עקיף” כהתנהגות העולה כדי רשלנות, ולהטיל בגינה אחריות נזיקית ישירה על המעוול. השוו להלן הערה 595 והטקסט לידה.

אפוא, כי גם בתחום זכויות היוצרים יפתח בית המשפט דוקטרינה דומה או יעשה שימוש בדוקטרינות מדיני הנזיקין הכלליים. למעשה, על אפשרויות אלה כבר עמד, לאחרונה, בית המשפט המחוזי בירושלים במסגרת החלטה על מתן צו מניעה זמני לטובת חברת מיקרוסופט נגד חברת אגמה מחשוב 1999<sup>333</sup>. באותו עניין נדונה, בין היתר, טענתה של מיקרוסופט כי חברת אגמה מחשוב מוכרת רישיונות לתוכנות של מיקרוסופט בנפרד מן התוכנות המקוריות עמן שווקו הרישיונות, ובכך מתימרת לתת "הכשר" לתוכנות מזויפות ומעודדת את השימוש בהן. בהקשר זה, הזכיר השופט עדיאל את האפשרות לעשות שימוש בדוקטרינת ההפרה התורמת, אך עמד על כך ש"מקורה של הדוקטרינה בדיני הפטנטים ושאלת החלתה על מכלול דיני הקניין הרוחני טרם נדונה בדין הישראלי". לעומת זאת, מצא השופט, כי "ניתן לעגן דוקטרינה זו בדיני הנזיקין הכלליים תוך גזירת האחריות התורמת להפרה מהוראת סעיף 12 לפקודת הנזיקין"<sup>334</sup>.

#### 6. המבחנים להפרת זכות יוצרים

בעניין מפעל הפיס<sup>335</sup>, קבע בית המשפט העליון מספר קווים מנחים באשר לדרך בחינתה של הפרת זכות יוצרים. בחלקם של הדברים אין, אמנם, משום חידוש של ממש<sup>336</sup>, אולם פסק הדין מחדד את הדברים ומחזק את המגמות שנקבעו בעבר במספר היבטים חשובים.

עוד בפסיקה ישנה<sup>337</sup> נקבע, כי ניתן להוכיח שבוצעה העתקה, גם בהיעדר ראיות ישירות לכך, וזאת כאשר הוכח כי לנתבע הייתה גישה ליצירה המקורית, וכאשר הדמיון בין שתי היצירות הוא כזה, שאין זה סביר להניח, שהוא פרי המקריות או שהוא נובע מסיבה אחרת להבדיל מהעתקה. בהתקיים גישה ודמיון כאמור, חזקה היא כי בוצעה העתקה<sup>338</sup>, אך אין בכך כדי לחסום את דרכו של הנתבע לנסות להוכיח כי אין זה כך<sup>339</sup>. מקובל, כי התשובה לשאלה, אם הדמיון בין שתי יצירות מספיק לשם קביעה כי בוצעה העתקה של היצירה המוגנת, צריכה להינתן לא על סמך השוואה מכאנית של אלמנטים בודדים הדומים ביצירות הנדונות, אלא לפי התרשמותו של בית המשפט מן היצירות בכללותן<sup>340</sup>. מגמה זו חוזקה בעניין מפעל הפיס, שם קבע השופט טירקל, כי "יש יצירות מורכבות שההתרשמות הכוללת ממכלול רכיביהן עדיפה על פני

333 עניין אגמה, לעיל הערה 234.

334 שם, בפסקה 21.

335 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238.

336 ראו, בעיקר: עניין גולדנברג, לעיל הערה 166; עניין גבע, לעיל הערה 130.

337 ראו, למשל: עניין גולדנברג, שם.

338 השוו: סעיף 10 לחוק עוולות מסחריות, הקובע חזקת שימוש בסוד מסחרי בנסיבות דומות.

339 ראו, למשל: עניין ברזאב, לעיל הערה 261.

340 עניין גולדנברג, לעיל הערה 166, בע' 823; ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד(1) 825, 830.

פירוקן לרכיבים, שאותם משוים זה לזה בנפרד, המסיח את המבט — ואת הדעת — מן העיקר. את הדמיון בין היצירה המוגנת לבין היצירה המפירה יש לבחון מתוך הסתכלות רחבה על המכלול, בלי לטשטש את התמונה הכוללת על ידי ירידה לפרטים, שבמקרים כאלה היא, כמדומה, מלאכותית ומאולצת<sup>341</sup>. גישה זו עומדת בקנה אחד עם העקרון לפיו זכות יוצרים עשויה לחול גם על יצירה המורכבת משילוב מקורי של אלמנטים לא מקוריים כלשעצמם<sup>342</sup>. ראוי לציין, כי קיימת גם גישה אחרת, בה נוקטים חלק מבתי המשפט בארצות הברית, בעיקר ביחס לתוכנות מחשב, היא גישת הבידוד (dissection), אשר לפיה, בטרם משווים את היצירות זו לזו, יש לסנן (filtrate) מן היצירה המוגנת את האלמנטים הלא מוגנים, כדוגמת רעיונות, עובדות ואלמנטים בלתי מקוריים<sup>343</sup>. גישה זו נועדה להבטיח שלא ייקבע כי בוצעה הפרת זכות יוצרים, כאשר הדמיון היחיד בין היצירות הוא ברכיבים לא מוגנים. עם זאת, קשה ליישב אותה עם העקרון האמור, לפיו הגנת זכות היוצרים משתרעת גם על יצירה המשלבת אלמנטים בלתי-מקוריים באופן מקורי. החלטה של גישת ה-dissection עשויה למנוע את ההגנה מיצירות רבות, לרבות מרבית מאגרי המידע ויצירות מאספ נוספות, אשר המקוריות המגולמת בהן מתבטאת, בעיקר, בבחירתם ובארגונם של החומרים<sup>344</sup>.

לצורך הקביעה כי התבצעה הפרת זכות יוצרים, לא די בכך שהוכחה העתקה, אלא נדרש כי היא מדובר בהעתקה של לפחות "חלק ניכר" מן היצירה המקורית<sup>345</sup>. בעניין מפעל הפיס, הדגיש בית המשפט, כי ההכרעה בשאלה זו אינה צריכה להיעשות על-פי בחינה כמותית של הקטעים העומדים להשוואה, אלא בעיקר על בסיס בחינה איכותית. בית המשפט דחה את טענת המערערים, כי העתקת סצינות קצרות, שאורכה של כל אחת מהן כחצי דקה, מתוך סרטים שאורכו של כל אחד מהם הוא כשעה עד שעה וחצי, אינה בגדר העתקה של "חלק ניכר" מן היצירה המוגנת, בקובעו, כי הסצינות שהועתקו הן בבחינת "הצימוק שבעוגה" בסרטים שמהם נלקחו, ועל-כן מדובר בנטילתו של חלק מהותי, דהיינו, "חלק ניכר", מן היצירה המוגנת<sup>346</sup>. בית המשפט הוסיף וקבע, בהמשך לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון בעניין זה<sup>347</sup>, כי בשאלת התקיימותה של העתקה, אין כל חשיבות לתוספות שהוסיף המפר במסגרת היצירה החדשה בה משולב החומר המועתק, למידת יצירתיותו של המפר, או לחשיבותה האומנותית או החברתית של יצירתו<sup>348</sup>.

341 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238, בע' 590.

342 השוו: עניין גולדנברג, שם, בע' 820–822.

343 ראו, למשל: *Altai, supra note 177*. לדוגמה להחלטה של גישה זו ביחס ליצירה שאינה תוכנת מחשב, ראו: *Alexander v. Haley* 460 F. Supp. 40 (S.D.N.Y. 1978).

344 השוו: *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.* 779 F. Supp. 133 (N.D. Cal. 1991).

345 סעיף 2(1) לחוק זכות יוצרים.

346 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238, בע' 591.

347 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 268–269.

348 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238, בע' 592.

ניתן לסכם ולקבוע, כי פסק הדין בעניין מפעל הפיס מקל על בעל זכות היוצרים להוכיח כי בוצעה העתקה ולהראות כי מדובר בהעתקה של "חלק ניכר" מן היצירה המוגנת. בכך יש, כמובן, כדי לחזק את מעמדו של בעל זכות היוצרים.

#### 7. שימוש הוגן

במספר פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות, חידדו בתי המשפט את המבחנים הנוהגים בסוגיית השימוש ההוגן, הלא היא ההגנה העיקרית מפני תביעה על הפרת זכות יוצרים, המעוגנת בסעיף (I)(1)2 לחוק זכות יוצרים<sup>349</sup>.

בעניין גבע<sup>350</sup> נקבע, כי לשם תחולת הגנת השימוש ההוגן יש לעמוד בשני מבחנים: ראשית, נדרש שהשימוש ביצירה יהא לאחת המטרות הקבועות בחוק זכות יוצרים, שהן בגדר רשימה סגורה<sup>351</sup>. מטרת אלה הן: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית<sup>352</sup>. שנית, נדרש שהטיפול בחומר המוגן במסגרת שימוש זה יהיה הוגן. בעניין מפעל הפיס, הדגיש בית המשפט, כי מבחן הוגנות השימוש הוא המבחן

349 החוק, אמנם, נוקט לשון "טיפול הוגן", אך הביטוי "שימוש הוגן" (המהווה תרגום של המונח המקביל בו נעשה שימוש בארצות הברית, "fair use") מקובל יותר, ולכן נעשה בו שימוש במסגרת מאמר זה. השוו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 429.

350 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 271.

351 יוער, כי בארצות הברית, למשל, מדובר ברשימה פתוחה. ראו: 17 U.S.C. § 115.

352 בולט חסרונו, ברשימה סגורה זו, של שימוש לצורכי "הוראה", להבדיל מלימוד עצמי. האפשרות לעשות שימוש הוגן ביצירה למטרת הוראה מצויה בחקיקה בשיטות משפט אחרות. ראו: לויןסון, לעיל הערה 132, בע' 435. השוו גם סעיף 4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, שם כלול שימוש למטרות הוראה ברשימת השימושים המותרים. ראוי לציין, כי בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, אין שינוי בעניין זה (ראו סעיף 22), אך החוק המוצע כולל הוראות נפרדות, לצד הגנת השימוש ההוגן, אשר קובעות הסדר מפורט באשר לשימושים המותרים במוסדות חינוך, כמו גם בספריות ובארכיונים (ראו סעיפים 35–37; השוו סעיף (IV)(1)2 לחוק הקיים, המקנה פטור בנסיבות מסוימות לעניין פרסום מקראות לבתי ספר; עוד ראו, בהקשר זה: אלקין-קורן, לעיל הערה 313, בע' 26). כאן המקום לציין כי, החוק המוצע כולל מספר הוראות נוספות המקנות פטור למגוון שימושים ביצירה, אשר על-מנת לבצעם, אין צורך לקבל את רשותו של בעל זכות היוצרים ואף אין צורך לשלם לו תמורה. בגדר שימושים מותרים אלה מוצע לכלול: שימוש ביצירה שפורסמה בדרך של הבאת מובאות ממנה (סעיף 23); שימוש ביצירה בהליכים משפטיים או בהליכים מנהליים לפי דין (סעיף 24); שימושים מסוימים ביצירה שהופקדה לעיון הציבור לפי דין (סעיף 25); שימושים שונים ביצירה חדשותית (סעיף 26); שימוש אגבי ביצירה, לצורך הכללתה ביצירת צילום, ביצירה אורקולית, או בתקליט (סעיף 27); שימושים שונים ביחס ליצירה אדריכלית, יצירת פיסול או יצירת אומנות שימושית הממוקמת במקום ציבורי (סעיף 28); והשוו סעיף (III)(1)2 לחוק הקיים); שימושים מסוימים בתוכנת מחשב (סעיף 29); שימור עותק זמני של יצירה בידי גורמים משדרים (סעיף 30); העתקה ארעית כחלק מהליך טכנולוגי (סעיף 31); ביצוע פומבי בטקסים (סעיף 32); יצירה אומנותית נוספת על-ידי היוצר המקורי (סעיף 33); והשוו סעיף (II)(1)2 לחוק הקיים); וכן שימושים מסוימים לצורך שיקום בניינים (סעיף 34).

החשוב מבין השניים<sup>353</sup>, דהיינו – אין כל מניעה לפרש באופן נרחב את הקטגוריות המפורטות בחוק זכות יוצרים, כל עוד תיערך בחינה מעמיקה של הוגנות השימוש בכל מקרה ומקרה. נוכח העובדה כי מטרת השימוש שעשוי להיחשב הוגן מוגדרות בחוק הישראלי כרשימה סגורה, קביעה זו נראית לנו ראויה.

(א) המבחן הראשון – מטרת השימוש ההוגן

במסגרת המבחן הראשון, הקטגוריה העיקרית שבה התעמקה הפסיקה בשנים האחרונות הייתה קטגוריית הביקורת. בעניין גבע, פסק בית המשפט, כי את המונח ביקורת יש לפרש בהרחבה, כך שיחול לא רק על ביקורת שלילית, אלא על כל סוג של בחינה, ניתוח והערכה, לרבות העמדתה של יצירה אומנותית בקונטקסט חדש, המאיר אותה באופן מפתיע ובלתי-צפוי וחושף בה רבדים סמויים וצדדים נסתרים<sup>354</sup>. בין היתר, קבע בית המשפט, כי אין כל מניעה להכיר בשימוש פרודי או סטירי ביצירה כ"ביקורת", כל עוד השימוש בה אכן משרת את האפקט הפרודי או הסטירי שביצירה החדשה<sup>355</sup>. בית המשפט לא אימץ את הדרישה המקובלת במשפט האמריקאי, כי הביקורת תופנה, בהכרח, ליצירה המקורית, לתוכנה או למסר שלה<sup>356</sup>, וקבע כי גם שימוש ביצירה לצורך ביקורת על עניין שאינו קשור ליצירה עצמה עשוי, בנסיבות מסוימות, להיחשב שימוש הוגן<sup>357</sup>. מגמת פרשנות רחבה זו חוזקה בעניין מפעל הפיס<sup>358</sup>, שם עמד השופט טירקל על כך, שבפרשנות המונח "ביקורת", יש לגלות פתיחות לאפשרות שזרמים יצירתיים יראו את היצירה המקורית כנקודת מוצא, וכחלק משיח ביקורתי שגם יוצרים נוספים ישתתפו בו<sup>359</sup>. כפי שיפורט להלן, פרשנות רחבה זו לקטגוריית הביקורת שננקטה על-ידי בית המשפט העליון בשתי הפרשות

353 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238, בע' 597.

354 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 272.

355 עניין גבע, שם, בע' 279.

356 למעשה, הדין האמריקאי אינו מכיר בשימוש סטירי (להבדיל משימוש פרודי) כשימוש הוגן. ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 437, והאסמכתאות שם.

357 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 284. השוו גם: ת"א (י"ם) 8107/01 זום 77 בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ (מוסף מיוחד), תקדין שלום 2003(1) 1614 (להלן – "עניין זום 77"); ת"א (י"ם) 8397/98 ביטון נ' סולטן (טרם פורסם), אשר אושר על-ידי בית המשפט המחוזי, ולאחר מכן על-ידי בית המשפט העליון ברע"א 1108/02 ביטון נ' סולטן, תקדין עליון 2002(2) 1110 (להלן – "עניין ביטון"); וכן ת"א (ת"א) 59127/01 זום תקשורת (1992) בע"מ נ' הטלביזיה הישראלית החינוכית (טרם פורסם) (מתואר אצל גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 434–435) (להלן – "עניין זום תקשורת").

358 עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238, בע' 597.

359 השוו גם עניין מוסינזון, לעיל הערה 256, שם עומד השופט זפט, בהערת אגב, על כך שהביקורת החוסה בצל הגנת השימוש ההוגן אינה מוגבלת לסוג ספרותי מסוים, ועשויה היא, בין היתר, ללבוש צורה של "סיפור עלילה המשמר את הצורה האמנותית של היצירה המבוקרת ומשנה את תוכנה".

האמורות, לא הועילה לנתבעים. עם זאת, במספר החלטות שניתנו לאחרונה בערכאות נמוכות, הכירה הפסיקה במקרים מסוימים בהם נעשה שימוש הוגן ביצירה למטרות ביקורת, בהסתמך על פרשנות רחבה זו של המונח "ביקורת"<sup>360</sup>. מטרת השימוש ההוגן נדונו גם בעניין קימרון<sup>361</sup>. באותה פרשה, טענו הנתבעים, כי פרסום הטקסט המפוענח של המגילה נועד לאפשר לחוקרים ברחבי העולם גישה לטקסט (אשר לא פורסם לפני כן), על-מנת שיוכלו לחקור ולבקר את מסקנותיו של קימרון, כפי שבאו לידי ביטוי במאמרים שפרסם במשך השנים ביחס למגילה. בית המשפט דחה את הטענה, כי מדובר בשימוש למטרת ביקורת או מחקר, בעומדו על כך שהפרסום נעשה ללא כל הערה, ביאור, ביקורת או התייחסות כלשהי לתוכנו של הטקסט. מכאן ניתן להסיק, כי על-מנת ששימוש פלוני ייחשב כשימוש שנעשה למטרת ביקורת או מחקר, השימוש חייב לכלול התייחסות מבארת או ביקורתית לחומר, וכי לא די בכך שעצם הפרסום עשוי לאפשר ביקורת או מחקר בעתיד<sup>362</sup>. טענה נוספת שנדחתה על-ידי בית המשפט הייתה הטענה, כי הטקסט פורסם כ"תמצית עיתונאית", שהביאה "חדשות" לידיעת הציבור. מבלי לחוות דעה בשאלה אם ניתן לכלול בגדר המונח "תמצית עיתונאית" דברים שהם מעבר לדיווחים חדשותיים במובנו הצר של המונח, קבע בית המשפט, כי במקרה הנדון הדברים לא הובאו לידיעת הציבור בתור "חדשה", וכי פרסומו של הטקסט המפוענח בשלמותו אינו יכול להיחשב "תמצית"<sup>363</sup>. מקרה נוסף בו נדונו קטגוריות השימוש ההוגן הוא עניין אן.אם.סי<sup>364</sup>, שם דחה בית המשפט המחוזי בתל-אביב את טענת עיריית חולון, כי השאלת תקליטורים שעליהם מוסיקה למנויים מיועדת לצורך לימוד עצמי של הפרט, מחקר של הפרט וביקורת, בעומדו על כך שאפילו יש בהאזנה למוסיקה משום הרחבת הדעת ולימוד, אין אלה נחלת כל השואלים תקליטורים לביתם, אשר חלקם, לפחות, עושים זאת לצורך הנאה גרידא<sup>365</sup>.

360 עניין מוסינזון, לעיל הערה 256 (באוביטר); עניין ביטון, לעיל הערה 357; עניין זום תקשורת, לעיל הערה 357; ועניין זום 77, לעיל הערה 357. השוו גם עניין בס, להלן הערה 385, באשר למגמת הפרשנות המרחיבה של הקטגוריות, אם כי שם לא דובר במישרין בקטגוריית הביקורת, אלא בקטגוריית המחקר, והקביעה כי בנסיבות העניין נעשה שימוש הוגן הייתה בגדר אוביטר.

361 עניין קימרון, לעיל הערה 212.

362 השוו, באשר לקטגוריית המחקר, עניין בס, להלן הערה 385.

363 לדיון בפסיקה זו, ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 444-445. השוו, באשר לפרשנות התיבה "תמצית עיתונאית", עניין ביטון, לעיל הערה 357.

364 עניין אן.אם.סי, לעיל הערה 142.

365 לטעמנו, המטרות לשמן נעשה שימוש בדיסקים על-ידי המנויים כלל אינן שייכות להכרעה בשאלת השימוש ההוגן, שכן אף אם כל המנויים היו משתמשים בדיסקים לשם לימוד עצמי ומחקר, הרי שהספרייה היא הצד המבצע פעילות המפרה, לכאורה, את זכות היוצרים, ועל-כן עליה להראות שהשימוש אותו היא עצמה עושה בדיסקים (השאלתם) נעשה למטרות האמורות. השוו גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 431-432, וכן החלטת הביניים של השופט שלו בתיק, המתוארת שם.

(ב) המבחן השני – מבחן הגינות השימוש

לעניין המבחן השני, הוא מבחן הגינות השימוש, אימץ בית המשפט העליון בעניין גבע קווים מנחים שהתגבשו במשפט האמריקאי<sup>366</sup>. בית המשפט קבע, כי במסגרת הדיון בשאלה זו יש לבחון ארבעה שיקולים עיקריים, אשר יש לשוקלם באופן מצטבר על-מנת לראות לאן נוטות כפות המאזניים, אם כי לא מדובר בשיקולים בלעדיים וההכרעה בדבר הגינות השימוש צריכה להתקבל, בסופו של דבר, בכל מקרה לאור נסיבותיו הספציפיות<sup>367</sup>.

השיקול הראשון במסגרת זו הוא מטרת השימוש ואופיו<sup>368</sup>. בבחינת שיקול זה יש לקחת בחשבון שני פרמטרים עיקריים: מחד גיסא, אם השימוש שנעשה ביצירה המקורית הוא מסחרי; ומאידך גיסא, אם השימוש מקדם ערכים אחרים החשובים לחברה (חינוך, תרבות, יצירתיות וכיוצא באלה). ככל שיישא השימוש אופי מסחרי יותר, יטה בית המשפט לסווגו כבלתי-הוגן. לעומת זאת, ככל שיהא בשימוש כדי לקדם אינטרסים חברתיים חשובים, או לקדם מטרות חדשות, שונות מאלה של היצירה המקורית ("שימוש פרודוקטיבי"), תהא הנטייה להכיר בו כהוגן גדולה מאשר במקרה של שימוש ביצירה המקורית למטרה שלשמה נועדה<sup>369</sup>. גורם נוסף הקשור באופיו של השימוש הוא השאלה אם מדובר בשימוש יצירתי, במסגרתו נעשתה טרנספורמציה כלשהי ליצירה, או בשימוש ביצירה המקורית כפי שהיא. ככל שמידת הטרנספורמציה גבוהה יותר, וכרוכות בה חדשנות ומקוריות, כך גדלים הסיכויים שיוכר בשימוש כהוגן<sup>370</sup>.

ראוי להדגיש, כי מטרת רווח, כשלעצמה, אינה פוסלת בהכרח את האפשרות שהשימוש יסווג כהוגן, ואין לייחס לשיקול זה משקל בלעדי תוך התעלמות מפרמטרים אחרים אשר עשויים להפוך שימוש מסחרי ביצירה מוגנת, בנסיבות מסוימות, לשימוש הראוי להגנת השימוש ההוגן<sup>371</sup>. כפי שציינ בית המשפט בעניין זום<sup>372</sup>, "בעולם המודרני כמעט לא קיימת פעילות לקידום מטרה חברתית, שמנותקת

366 ראו: 17 U.S.C. § 107, ופסקי הדין הבסיסיים שקבעו את עקרונות היסוד הנוגעים לפרשנותו של סעיף חוק זה: *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (1985) (להלן – "Harper").

367 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 276; ראו גם: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 448.

368 עניין גבע, שם, בע' 277.

369 ראו, למשל: לוינסון, לעיל הערה 132, בע' 437.

370 ראו: גדרון, לעיל הערה 257, בע' 10; פישמן אפורי, לעיל הערה 165, בע' 43. ראו גם להלן הערה 385 והטקסט לידה.

371 ראו, למשל, במשפט האמריקאי: *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S. 569 (1994) (להלן – "Campbell"); ראו גם: עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 277–279.

372 עניין זום 77, לעיל הערה 357. ראו גם: עניין בס, להלן הערה 385, בפסקה 82 לפסק הדין, שם עומד בית המשפט על כך ש"רבות מיצירות בנות-אלמות בתרבות ובאמנות של המין האנושי נוצרו ואף הוזמנו מראש למטרה כלכלית ומסחרית, ונוצרו ככאלה ע"י יוצריהן ... לו היתה נפסלת יצירה בה נעשה שימוש מסחרי, כבלתי הוגנת בטיפולה ביצירה המוגנת, היה הדבר



לחלוטין ממניעים כלכליים". ואולם, דומה כי בית המשפט העליון בכל זאת מייחס לקביעה, כי השימוש שנעשה ביצירה הנו שימוש בעל אופי מסחרי, משקל מכריע. כך נראה, כי שיקול זה עמד בעוכרי המבקשים להסתמך על הגנת השימוש ההוגן בעניין גבע ובעניין מפעל הפיס.

פסק הדין בעניין גבע עסק בשימוש שנעשה בדמותו המצוירת של דונלד דאק לצורך עריכת סיפור מצויר בשם מוכי דאק, שנועד להיכלל ב"ספר הברווז", בו עשה הנתבע שימוש בדמויות שונות של ברווזים ידועים. בית המשפט קבע, כי אופיו העיקרי של השימוש הוא מסחרי<sup>373</sup>, וכי אין בשימוש בדמותו של דונלד דאק כדי לקדם מטרות חברתיות כלשהן, ועל-כן – שיקול זה של מטרת השימוש ואופיו מוביל בכיוון של סיווג השימוש כבלתי-הוגן. בפרט, קבע בית המשפט, כי אין לשימוש בדמותו של דונלד דאק כל ערך סטירי (אף במידה שליצירה החדשה כולה יש ערך כזה), שכן לא נעשה כל שימוש במאפיינים ייחודיים של הדמות או סביבתה התרבותית להעברת מסר חברתי-אמנותי כזה או אחר<sup>374</sup>. גם בעניין מפעל הפיס, הגיע בית המשפט למסקנה, כי השימוש שנעשה באותו מקרה בקטעים מסרטיו של צ'רלי צ'אפלין במסגרת פרסומות של מפעל הפיס, הנו שימוש למטרות רווח, אשר אינו מקדם, כשלעצמו, ערך חברתי כלשהו המצדיק פגיעה בזכות יוצרים<sup>375</sup>. בית המשפט ציין, כי גם אם המערערים שילבו במסגרת תשדירי הפרסומת "סטירה", הרי שזו שימשה לכל היותר ככלי ולא הייתה מטרתם העיקרית של התשדירים.

השיקול השני במסגרת בחינת ההוגנות הוא טבעה של היצירה המוגנת<sup>376</sup>. הפסיקה

---

מוביל לדיכוי פעילויות שהחברה דווקא מעוניינת לעודדן". עוד ראו, בהקשר זה: עניין ביטון, לעיל הערה 357, והשוו גם עניין מוסינזון, לעיל הערה 256, בו לא התייחס בית המשפט לאופיו המסחרי של הפרסום המפר, לכאורה, כשולל את הגנת השימוש ההוגן (אם כי הקביעה כי נעשה שימוש הוגן בנסיבות העניין לא נדרשה להכרעה בתיק).

<sup>373</sup> לביקורת על כך, ראו: ע' שקולניקוב "מות הברווז – פרודיה וסטירה בדיני זכויות יוצרים" המשפט ה (תשס"א) 235, בע' 237–238. המחברת טוענת, כי העובדה שהשימוש ביצירה נעשה אגב פרנסתו של המשתמש אינה הופכת את השימוש למסחרי, שאחרת כמעט ולא יהא בנמצא שימוש הוגן. לדידה, "מבחן המסחריות הוא בניסיון להשתמש בערך המסחרי של היצירה המועתקת, על ידי העתקת חלק מקהל רוכשי היצירה המקורית ליצירה המועתקת" (שם, בע' 238). אנו נוטים להסכים עם דעה זו.

<sup>374</sup> לביקורת על כך, ראו: שקולניקוב, שם, בע' 238–239. המחברת טוענת, כי מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם קביעת בית המשפט שהסטירה ראויה להיכלל בהגנת השימוש ההוגן. ראו, בהקשר זה, של תרומת השימוש המפר לאינטרס החברתי העומד על הפרק, גם פסק הדין בעניין זום 77, לעיל הערה 357, שם הביאה הפעלתו של שיקול זה למסקנות שונות בדבר הוגנות השימוש ביחס לשני הצילומים שנבחנו. המטרה לשמה נעשה שימוש בצילומים באותו עניין הייתה ביקורת. בעוד שאחד הצילומים סייע להבנת הביקורת ולהמחשתה ושירת את הערך החברתי העומד ביסודה של הביקורת, הצילום השני לא עמד במבחן זה, ועל-כן, בסופו של דבר, נפסק שהשימוש בו אינו הוגן.

<sup>375</sup> עניין מפעל הפיס, לעיל הערה 238, בע' 598.

<sup>376</sup> עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 276.

האמריקאית הבחינה, בהקשר זה, בין יצירות "אומנותיות", שקשה יותר לבסס הגנת "שימוש הוגן" ביחס אליהן, לבין יצירות אינפורמטיביות יותר, אשר עשויות מטבען לשמש מקור לפעולות מסוימות<sup>377</sup>. במסגרת שיקול זה, גורם נוסף הראוי להתחשבות הוא הפומביות והיקף ההפצה של היצירה המוגנת<sup>378</sup>. כך, למשל, כאשר מדובר בשימוש ביצירה שטרם פורסמה, הנטייה תהיה לדחות את הגנת השימוש ההוגן, תוך הכרה בחשיבותה של זכות הפרסום הראשוני ליוצר<sup>379</sup>. בעניין קימרון<sup>380</sup>, במסגרת הדיון בטענת השימוש ההוגן, עמד בית המשפט העליון על כך, שהעובדה כי המערערים פגעו ביודעין בזכותו של קימרון להיות הראשון שיפרסם את הטקסט המפוענח ברבים נזקפת לחובתם. יחד עם זאת, כאשר מדובר ביצירה שפורסמה אך לא ניתן להשיגה בשוק במחיר ובזמן סבירים, קיימת דעה כי הנטייה להכיר בשימוש הוגן צריכה לגבור, שכן היוצר לא עמד בהתחייבותו לספק את הביקוש ליצירתו, התחייבות אשר מוטלת עליו, לכאורה, בתמורה להגנת זכות היוצרים שקיבל<sup>381</sup>.

השיקול השלישי הוא היקף השימוש ביצירה המוגנת<sup>382</sup>. בית המשפט בעניין גבע קבע, כי העתקה גורפת ומדויקת (מילולית או ויזואלית, על-פי ההקשר) של היצירה המוגנת תמנע, במרבית המקרים, את סיווגו של השימוש כהוגן, אם כי, בהקשרים מסוימים, ניתן להכשיר גם העתקה מלאה<sup>383</sup>. באשר למקרה של שימוש פרודי או סטירי נקבע, כי הגנת השימוש ההוגן תישלל כאשר השימוש נעשה בהיקף העולה על הנדרש כדי להזכיר את היצירה המוגנת ולרמוז על זהותה לצורך האפקט הפרודי<sup>384</sup>. ראוי לציין, כי במסגרת בחינת השימוש ההוגן, להבדיל מהמבחן לקיומה של הפרה, תיתכן

377 שקולניקוב, לעיל הערה 373, בע' 239; גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 455. המחבר מביא כדוגמה ביוגרפיות וספרי היסטוריה, שמעצם טבעם, משמשים חומר גלם לעבודות מחקר.

378 ראו: לוינסון, לעיל הערה 132, בע' 439.

379 ראו, למשל, פסק דינו של בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית: *Harper, supra note* 366.

380 עניין קימרון, לעיל הערה 212.

381 ראו: לוינסון, לעיל הערה 132, בע' 439–440; עם זאת, המחברת מדגישה, כי אין להפעיל שיקול זה באופן קיצוני ונרחב, שכן לצד זכות הציבור לזרימת מידע חופשי, יש לשקול את זכותו של היוצר לפקח על השימוש הנעשה ביצירתו, ובכלל זה – למנוע הפצה בכמויות ובהיקף שבהם אינו מעוניין.

382 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 276, 279.

383 ראו, למשל: עניין ביטון, לעיל הערה 357.

384 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 279–282, 284. הלכות אלה נקבעו בהתבסס על פסיקה אמריקאית בנושא. מעניין לציין, כי, לאחרונה, ניתן פסק דין על-ידי בית המשפט העליון הפדרלי של ארצות הברית, בו חוזקה עוד יותר מגמת ההקלה עם אמן הפרודיה. ראו: *Campbell, supra note* 371. מכל מקום, דומה כי אמת מידה זו, אשר ניתן ליישמה, למשל, לגבי פרודיה על עלילת סרט, קשה ליישום כאשר מדובר בשימוש פרודי או סטירי בדמות מצוירת. הכיצד ניתן ליצור בעין המתבונן את הרושם של פרודיה על דמות מוכרת, בלא להעתיקה כמעט במדויק? ראו: שקולניקוב, לעיל הערה 373, בע' 240.

חשיבות לא רק להיקף השימוש ביצירה הקודמת, אלא גם למידת התרומה המקורית של המשתמש בה ולמידת חדשנותה של היצירה החדשה.<sup>385</sup>

לכסוף, השיקול הרביעי, ויש הטוענים – החשוב מכולם<sup>386</sup>, הוא השפעת השימוש על ערכה של היצירה המוגנת ו/או על השוק הפוטנציאלי שלה<sup>387</sup>, לרבות ההשפעה על השוק לעיבודים של היצירה<sup>388</sup>. בעניין גבע, קשה להעלות על הדעת, כי מכירותיו של "ספר הברווז" היו עשויות לבוא על חשבון מוצריה של חברת "וולט-דיסני" או לגרום בדרך אחרת לפגיעה כלכלית בה. ואולם, בית המשפט בחר שלא לייחס לשיקול זה משקל רב, ופסק, בסופו של דבר, כי השימוש בדמותו של דונלד דאק אינו הוגן<sup>389</sup>.

ארבעת השיקולים שמנינו לעיל הם השיקולים העיקריים במסגרת בחינת הוגנות השימוש, אך אינם בגדר רשימה סגורה. כך, למשל, ייחס בית המשפט העליון חשיבות רבה, במסגרת בחינת הוגנות השימוש, לעובדה כי לא צוין שמו של המחבר המקורי<sup>390</sup>. שיקולים רלבנטיים נוספים עשויים להיות תדירות השימוש ותום לבו של המשתמש<sup>391</sup>.

כאמור, בפסק הדין בעניין גבע, אשר קבע את הקווים המנחים הבסיסיים בסוגיה, נקבע במפורש כי שיקולים אלה הם מצטברים, וכי הבדיקה צריכה להיערך על בסיס מכלול הנסיבות. ואולם, דומה, כי לפחות בחלק מן המקרים שנדונו בשנים האחרונות, הסתפק בית המשפט העליון בבחינתם של חלק מן השיקולים בלבד, להם ייחס משקל מכריע<sup>392</sup>. כך, למשל, בעניין קימרון, נמנע בית המשפט מלערוך דיון מפורט לפי הפרמטרים האמורים, ודומה כי השיקול העיקרי אשר הוביל אותו למסקנה כי השימוש בנסיבות אותו מקרה לא היה הוגן, הייתה העובדה כי שמו של היוצר לא פורסם<sup>393</sup>. גם בעניין מפעל הפיס, כפי שתואר לעיל, ייחס בית המשפט העליון משקל מכריע לאחד השיקולים – אופיו של השימוש – ומשמצא כי מדובר בשימוש מסחרי, שלל את

385 ת"א (ת"א) 24595/97 בס נ' כתר הוצאה לאור בע"מ, דינים שלום, כרך יט 972, פסקה 84 לפסק הדין; גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 453.

386 ראו: לוינסון, לעיל הערה 132, בע' 442.

387 עניין גבע, לעיל הערה 130, בע' 276. ראו גם: עניין בס, לעיל הערה 385, שם יוחסה חשיבות לכך שהיצירות המוגנות בהן נעשה שימוש אינן רלבנטיות או אקטואליות כיום, ומבחינה מסחרית נס ליחן, כך שלא מתקיימת פגיעה בשוק הפוטנציאלי שלהן.

388 גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 461.

389 לביקורת, ראו: שקולניקוב, לעיל הערה 373, בע' 241.

390 עניין קימרון, לעיל הערה 212, בע' 838.

391 גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 463.

392 השוו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 448.

393 עניין קימרון, לעיל הערה 212, בע' 838. בנוסף לאי-מתן הקרדיט, הזכיר בית המשפט, בחטף, גם את העובדה, כי זכות הפרסום הראשוני נשללה מקימרון, וכן את העובדה כי היצירה המוגנת הועתקה בשלמותה. מפסק הדין נעדר במיוחד הדיון בהשפעתו הפוטנציאלית של השימוש המפר על השוק ליצירה. בנסיבות העניין, ייתכן שהשפעה זו לא הייתה רבה, נוכח העובדה שכל שפורסם על-ידי הנתבעים הוא הטקסט המפוענח של המגילה, להבדיל ממחקרו ומסקנותיו של קימרון, כך שאין זה סביר כי הפרסום פגע בשוק לספר שקימרון התכוון להוציא על מחקר המגילות. השוו: Weinstein, *supra* note 215, at pp. 1667–1670.

הגנת השימוש ההוגן. ראוי, לדעתנו, כי בעתיד תקפיד הפסיקה על ניתוח מקיף של שאלת הוגנות השימוש, תוך בחינתם של כל הפרמטרים הרלבנטיים, לשם שמירה על מסגרת אחידה של דיון, אשר תאפשר את התפתחות הדינים בסוגיה מורכבת זו מתוך ראייה רחבה המתחשבת במכלול השיקולים העומדים ביסודם של הדברים. באופן כללי, ניתן לסכם ולומר, כי הגנת השימוש ההוגן במשפטנו, כפי שעוצבה בפסיקה בשנים האחרונות, מסתמנת כהגנה צרה למדי, לא רק בשל הרשימה הסגורה של המטרות אשר רק שימוש ביצירה לשם השגתן עשוי להיחשב הוגן<sup>394</sup>, אלא אף לנוכח האופן בו יישם בית המשפט העליון את המבחנים השונים להוגנות השימוש במקרים שנדונו בפניו, לרבות המשקל המכריע אותו נתן לקביעה כי מדובר בשימוש מסחרי<sup>395</sup>. מגמה זו מתיישבת, כמובן, עם המגמה הכללית של חיזוק זכויותיו של בעל הקניין הרוחני, על חשבון האינטרסים המתחרים העומדים על הפרק, כדוגמת חופש הביטוי, חופש העיסוק, והשאיפה לאפשר המשך תהליכי יצירה ופיתוח עתידיים על בסיס הקיים.

#### 8. סעדים להפרת זכות יוצרים

לאחרונה, חוזקו הסעדים העומדים לרשותו של בעל זכות יוצרים בתביעה בגין הפרת הזכות. סעדים אלה נועדו לפצות את בעל הזכות, וכן להרתיע את המפר ומפריס פוטנציאליים אחרים<sup>396</sup>. חיזוק הסעדים נעשה הן על-ידי בתי המשפט והן באמצעות תיקוני חקיקה שבוצעו בעקבות הצטרפותה של ישראל להסכם הטריפס.

##### (א) צו מניעה זמני

בהחלטה שניתנה לאחרונה בעניין גלי צה"ל<sup>397</sup>, הוציא בית המשפט העליון צו מניעה זמני, האוסר על תחנות הרדיו גל"צ וגלגל"צ (להלן – "תחנות גל"צ") לשדר יצירות מתוך הרפרטואר המוגן של אגודת אקו"ם, עד להכרעה בתביעה העיקרית שהגישה אקו"ם נגד תחנות גל"צ, במסגרתה ביקשה פיצוי כספי בגין שימוש ביצירות שלא לפי הסכם תמלוגים תקף וכן צו קבוע המונע שימוש כאמור. חשיבותה של ההחלטה, כפי שנפרט מיד, נעוצה בגישה העקרונית שבאה לידי ביטוי בה, בדבר מעמדה החוקתי של זכות הקניין של היוצר ביצירתו, אשר ממנה נגזרים הסעדים הראויים בגין הפרתה. הבקשה לצו מניעה זמני נדונה, תחילה, בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר דחה אותה משלושה טעמים עיקריים: ראשית, המחלוקת בין הצדדים היא במהותה מחלוקת כספית, ומטרתה האמיתית של אגודת אקו"ם היא להבטיח קבלת תמלוגים ולא למנוע את השידור, ולפיכך, גם את הנזק שנגרם לה עקב אי מתן צו מניעה זמני

394 לביקורת על כך, ראו: לוינסון, לעיל הערה 132, בע' 444.

395 לעומת זאת, השוו פסיקתן של ערכאות נמוכות בהחלטות המפורטות לעיל בהערה 357.

396 השוו: עניין שגיא, להלן הערה 403, בע' 265.

397 עניין גלי צה"ל, לעיל הערה 135.

ניתן יהיה לתקן באמצעות פיצוי כספי, אם תקבל תביעתה העיקרית; שנית, אין דוחק בהוצאת צו מניעה קודם לבירור מלא של התביעה, שכן הצדדים מנהלים משא ומתן על הסכם תמלוגים מזה מספר שנים; ולבסוף, אין לאפשר לאגודת אקו"ם שימוש ב"אמצעי קיצוני", כצו מניעה זמני, לצורך הפעלת לחץ על הנתבעים – לחץ אשר, הלכה למעשה, יכתוב את תוצאות המשא-ומתן המתנהל בין הצדדים.

בהחלטת בית המשפט העליון, במסגרתה נתקבל הערעור על החלטה זו, עמדה השופטת דורנר על כך שזכות הקניין של היוצר ביצירתו, המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנה זכות יסוד במשפטנו<sup>398</sup>. השופטת ציינה, כי מטיבה של זכות זו, בכפוף למגבלות שבחוק ובהסכמים שבעל הזכות הנו צד להם, שהיא מקנה לבעליה את הכושר לעשות בקניינו כראות עיניו, ובכלל זה להעמידו לשימוש של אחר בתנאים שייראו לו, או לשלול שימוש כזה אם נעשה הוא בניגוד לדעתו. השופטת קבעה במפורש, כי היוצר זכאי לדרוש עבור השימוש ביצירתו את המחיר הנראה בעיניו. עם זאת, ציינה השופטת, כי על בעליה של זכות היוצרים להשתמש בזכותו בתום לב, בעומדה על כך ששימוש בלתי ראוי בזכות עשוי להביא, בנסיבות מתאימות, לצמצום או אף לשלילת ההגנה שמקנה הדין לבעל הזכות.

מטיבה הקנייני של זכות היוצרים נגזר, כך קבעה השופטת, כי ראש וראשון לסעדים בגין הפרתה הוא מתן האפשרות למנוע הפרה זו, בדרך של עתירה לקבלת צו מניעה, אשר יש לתתו באופן מידי, כבר מעת שעלה בידי היוצר להוכיח כי זכותו הופרה. פיצוי כספי אינו תחליף לסעד המניעה, אלא סעד משלים לו, ובהיעדר הסכמה לכך מצד בעל הזכות, לא יוכל הפיצוי לשמש תחליף לסעד המניעה<sup>399</sup>. מאחר שהבקשה שעמדה לדיון הייתה למתן סעד זמני, בחנה השופטת את מאזן הנוחות בין הצדדים. על אף שהכירה בכך שלסעד המניעה עלולות להיות תוצאות קשות מבחינת

398 למעמדה החוקתי של זכות היוצרים, ראו דיון לעיל הערות 141–145 והטקסט לידן. להתבטאות נוספת בדבר טיבה הקנייני של זכות היוצרים והעובדה כי בעלי הזכות ראוי, כמו כל בעל זכות קניין, להגביל את השימוש בקניינו, ראו: עניין אגמה, לעיל הערה 234.

399 השו: סעיף 144(1) להסכם הטריפס, הדין בצווי מניעה. לביקורת על החלטה זו, ראו: "קרניאל אקו"ם נגד גל"צ: כולם מפסידים" עורך הדין 345 (2002) 56, שם מביע המחבר את דעתו, כי: "אין טעם וערך לדיני זכויות יוצרים אם התוצאה שלהם היא צו מניעה האוסר על השמעתן של יצירות מוסיקאליות שנועדו להשמעה לציבור. צו מניעה כזה הוא חריג שיש להוציאו רק במקרים קיצוניים". המחבר טוען, כי פסק הדין אינו מאזן את זכות היוצרים מול זכות היסוד לחופש ביטוי. ראו, מנגד, תגובתו של גרינמן, לעיל הערה 143, אשר עומד על כך שאי מתן צו מניעה והפניית היוצרים לתביעת סעד כספי בלבד, עשוי לרוקן מתוכן את משמעותה הקניינית של זכות היוצרים ולהופכה לזכות ממונית בלבד – זכות לקבלת תמלוגים. מעבר לכך, עומד גרינמן על כך, שמול זכות היוצרים כאן לא ניצבה כלל הזכות לחופש ביטוי, אלא לכל היותר הרצון "לעשות שימוש בביטוי של אחר". אנו מסכימים, בכל הכבוד, עם דבריו של גרינמן בעניין זה. לעניין החסרונות של "כללי אחריות" (דהיינו, כללים על-פיהם לא יוכל היוצר למנוע את השימוש ביצירתו אלא רק לקבל פיצוי כספי בדיעבד), השוו גם: פסח, לעיל הערה 130, בע' 401.

תחנות גל"צ, קבעה השופטת, כי כאשר החשש לפגיעה בזכות היוצרים כבד וכאשר אל מול המבקשת ניצב גוף ממלכתי בעל כוח לא מבוטל, המפיק, בין היתר, תועלת כספית משימושו בזכותה של אגודת אקו"ם — יש להיענות לבקשה לצו מניעה זמני. השופטת תמכה את החלטתה גם בכך שהמגעים בין הצדדים נמשכים זה זמן רב, באופן שלתחנות גל"צ הייתה שהות מספקת להיערך למצב שבו לא יושג הסכם ויתבקש סעד של מניעה. במסגרת הדיון בצו המניעה הזמני, לא נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה בטענה שהועלתה בפניו, לפיה אגודת אקו"ם הנה גוף מונופוליסטי, המשתמש לרעה בכוח שבידיו לשם כפיית שיעורים בלתי סבירים של תמלוגים, באופן האסור על-פי דיני ההגבלים העסקיים<sup>400</sup>.

בסופו של דבר, בעקבות מתן צו המניעה הזמני, לאחר לילה שלם בו שודרה אך ורק מוסיקה קלאסית בתחנות גל"צ, הגיעו הצדדים להסדר ביניים, במסגרתו התירה אגודת אקו"ם לתחנות גל"צ להמשיך לשדר יצירות מן הרפרטואר המוגן שלה במשך תקופה של 60 ימים, במהלכה ינסו הצדדים להגיע להסכמה בדבר גובה התמלוגים, בכפוף לכך שהמדינה תעביר לאגודת אקו"ם, בינתיים, סכום השווה ל-5 אחוזים מתקציב גלי צה"ל לשנת 2003. מאוחר יותר, הסכימו הצדדים, בהמלצת השופטת דורנר, להעביר את עניינם לגישור<sup>401</sup>.

#### (ב) פיצויים סטטוטוריים

בפקודת זכות יוצרים נקבע, כי במקרה בו הוכח כי הופרה זכות יוצרים, אך לא הוכח הנזק שנגרם כתוצאה מכך, רשאי בית המשפט, על-פי בקשת התובע, לפסוק לו פיצויים סטטוטוריים בגין כל הפרה, בסכום שבין 10,000 ש"ח ל-20,000 ש"ח<sup>402</sup>. פסק הדין המנחה לעניין פרשנותה של הוראה זו ניתן עוד בשנת 1992, מפי הנשיא דאז שמגר, בעניין שגיא<sup>403</sup>. בין היתר, נקבע בעניין שגיא, כי התובע יכול לבקש פיצוי סטטוטורי לא רק מקום בו אינו יכול, מבחינה אובייקטיבית, להוכיח את נזקו, אלא אף במקרה בו ניסה להוכיח נזקו ונכשל או במקרה בו בחר באופן מכוון שלא להוכיח את נזקו<sup>404</sup>. עם זאת, לשם קביעתו של פיצוי סטטוטורי, על התובע להציג מינימום ראייתי, ולו מזערי, אשר יוכל לשמש בידי בית המשפט כנקודת ייחוס בהפעלת שיקול

400 טענות דומות הועלו גם בה"פ (ב"ש) 8171/99 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' גלי דרום א.ב.ג. בע"מ (טרם פורסם). בעניין זה, דחה סגן נשיא בית המשפט המחוזי בבאר שבע, השופט י' טימור, את הטענה כי גובה התמלוגים הנדרשים על-ידי אגודת אקו"ם אינו סביר, וכן קבע שאין כל פסול בכך שאגודת אקו"ם מחייבת לקבל רישיון כולל (blanket license), שכן זוהי טכניקה המקובלת בעולם כולו נוכח הקושי המעשי הרב הכרוך במתן רישיונות ליצירות בודדות.

401 ראו החלטותיו השונות של בית המשפט העליון בעניין גלי צה"ל המצויות ב-[www.court.gov.il](http://www.court.gov.il).

402 סעיף 3א לפקודת זכות יוצרים.

403 ע"א 592/88 שגיא נ' עיזבון המנוח אברהם ניניו ז"ל, פ"ד מו(2) 254 (להלן — "עניין שגיא").

404 עניין שגיא, שם, בע' 263–266; עניין דקל, להלן הערה 409; עניין קימרון, לעיל הערה 212.

דעתו בבחירת גובה הפיצוי<sup>405</sup>. הלכה נוספת שנקבעה באותו עניין היא, כי את הביטוי "כל הפרה" המופיע בפקודת זכות יוצרים יש לפרש כמתייחס לכל סוג של הפרה, וכי במרבית המקרים תיחשב הפרה חוזרת ונשנית של אותה זכות יוצרים<sup>406</sup> כ"הפרה" אחת, אשר בגינה ניתן לבקש פיצוי סטטוטורי אחד בלבד, כאשר אין חשיבות למספרם של האקטים המפרים ששימשו בהפרתה של אותה זכות<sup>407</sup>. עם זאת, בית המשפט הכיר בכך, שייתכן "מצב, בו מידת ההטרוגניות שבין ההפרות השונות תהיה כה רבה ומהותית, עד כי תהיה הצדקה לראות בכל פעילות מפרה כזו משום 'הפרה' עצמאית"<sup>408</sup>.

בפסיקה שניתנה לאחרונה, ניכרת מגמה להפעיל מבחן זה באופן המקל עם בעל זכות היוצרים לזכות בפיצוי סטטוטורי משמעותי בגין הפרת זכותו. בעניין דקל<sup>409</sup>, הוציאה המשיבה מספר חוברות תוך ביצוע העתקה מחוברות שונות של המערער. בית המשפט המחוזי בתל-אביב פסק למערער פיצוי סטטוטורי אחד ויחיד, בקובעו שמדובר בהפרה חוזרת של אותה זכות יוצרים. בית המשפט העליון, מפי השופטת שטרסברג-כהן, קיבל את הערעור שהוגש על כך, בקובעו, כי בכל חוברת שממנה בוצעה העתקה מגולמת זכות יוצרים עצמאית, כך שהעתקת כל אחת מהן מהווה הפרה נפרדת המזכה בפיצוי סטטוטורי<sup>410</sup>. בית המשפט עמד על כך, שהמדיניות המשפטית הראויה תומכת בגישה זו, שכן אם ייקבע שמדובר בהפרה אחת, הרי מרגע שבוצעה

405 עניין שגיא, שם, בע' 265–266.

406 פיצויים מצטברים ייפסקו, אפוא, רק אם הופרו מספר זכויות יוצרים של התובע. כך, במקרה שבו הופרה זכות היוצרים במספר יצירות (לפסיקה ברוח זו, ראו: ת"א (ת"א) 1296/99 בן-אוליאל נ' זר, דינים מחוזי, כרך (1) 267), אולם, ייתכן שגם במקרה שבו הופרו מספר זכויות משניות באותה יצירה, כגון זכות הביצוע הפומבי וזכות השענוק, יוכר בכך כהפרות שונות לעניין הפיצוי הסטטוטורי. ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 488. ראו גם: עניין אשרז, להלן הערה 416, ממנו מסתמנת גישה דומה.

407 דומה, כי מנסחי תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש ביקשו לשמר גישה זו. התזכיר קובע כי הפרות המתבצעות במסכת אחת של מעשים תחשבנה כהפרה אחת, המזכה בפיצוי סטטוטורי אחד. ראו: סעיף 66 לתזכיר. השוו: סעיף 13(ב) לחוק עוללות מסחריות.

408 עניין שגיא, לעיל הערה 403, בע' 270.

409 ע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פ"ד נא(5) 337.

410 שם, בע' 348–349. לפסיקה נוספת ברוח זו, ראו: ת"א (ת"א) 43087/91 סוכנות ידיעות עתים נ' שמואלי (טרם פורסם), שם נפסק פיצוי סטטוטורי בגין העתקה של 34 ידיעות עיתונאיות, תוך דחיית טענתו של הנתבע, כי מדובר בהעתקה אחת בלבד. בית המשפט ציין, כי העובדה שכל הידיעות המועתקות הופיעו בעיתון אחד אין פירושה שמדובר בהעתקה אחת, שכן מדובר בידיעות שונות אשר אספו עובדים שונים, כל אחת עוסקת בעניין אחר וכל אחת מהווה יצירה בפני עצמה. ראו גם: ע"פ (ת"א) 70422/99 כהן נ' בירמן (טרם פורסם), שם אף לא דובר ביצירות שונות מהן בוצעה העתקה, כי אם ביצירה מקורית אחת (המכונה בפסק הדין "היצירה הספרותית"), אשר ממנה הועתקו קטעים רבים במסגרת ארבע חוברות הדרכה "מפרות". בית המשפט המחוזי בתל-אביב (בשבתו כערכאת ערעור) פסק, כי מדובר בארבע הפרות שונות, ובהתאם לכך – קבע פיצוי סטטוטורי בגין כל אחת מהן.

העתקה אחת, יוכל הצד המפר להמשיך ולהעתיק חוברות נוספות ללא סיכון כלשהו<sup>411</sup>. בהגיעו למסקנה כי בכל חוברת שממנה בוצעה העתקה מגולמת זכות יוצרים עצמאית, ציין בית המשפט שכל חוברת נושאת עמה נתונים עדכניים שהם פרי עבודת איסוף, ניתוח ועיבוד, ועמד על מידת ההשקעה הכרוכה בהשגת המידע העדכני ופרסומו<sup>412</sup>. בית המשפט הוסיף, כי לעניין זה ראוי לאמץ גם את מבחן הערך הכלכלי העצמאי, בו נעשה שימוש בפסיקה האמריקאית לצורך הכרעה אם מדובר בעבודות נפרדות, שבגין העתקת כל אחת מהן יש לתת פיצוי. בית המשפט קבע, כי גם החלתו של מבחן זה מביאה למסקנה דומה, שכן בכל חוברת מידע משמעותי חדש ההופך אותה לבעלת ערך כלכלי עצמאי<sup>413</sup>. באשר לגובה הפיצוי הסטטוטורי, הדגיש בית המשפט את שיקול ההרתעה<sup>414</sup>, המאפשר פסיקתם של פיצויים הגבוהים מן הנזק הממשי אותו עלה בידי התובע להוכיח או מן הרווחים הממשיים של הנתבע כתוצאה מן ההפרה. השופט טירקל, שהסכים עם השופטת שטרסברג-כהן, אף קבע, כי: "בהעדר שיקולים כבדי משקל לכאן או לכאן ראוי לפסוק את הסכום המירבי, או סכום קרוב לזה. זאת, בעיקר, משיקולים של הרתעה, שמשקלם גדל והולך ככל שהאפשרויות לפגוע בקניינו הרוחני של הזולת גדלות והולכות עם השתכללותם של אמצעי ההעתקה והשכפול"<sup>415</sup>. בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין אשרז<sup>416</sup>, עמד בית המשפט העליון על מספר שאלות הנוגעות לקביעת הפיצוי הסטטוטורי בגין הפרת זכות יוצרים בתוכנת מחשב. פסק הדין מהווה, לדעתנו, דוגמה יפה לצורך העומד בפניו בתי המשפט להתאים את ההוראות המיושנות הקבועות בחקיקה למציאות המודרנית. עצם הקביעה, כי תוכנת מחשב מוגנת בזכות יוצרים אמנם קבועה היום במפורש בחקיקה<sup>417</sup>, אך ההוראות

411 עניין דקל, לעיל הערה 409, בע' 349.

412 שם, בע' 348. נראה, כי אף אם הגיע בית המשפט לתוצאה הראויה מבחינת גובהו של הפיצוי הסטטוטורי במקרה הנדון, הרי שבהנמקתו — בה הושם הדגש על המידע החדש המצוי בכל חוברת, ועל העובדה שמידע זה הוא תוצאה של עבודה חדשה — משתקפת שוב הנטייה, עליה כבר עמדנו (ראו דיון לעיל בפרק 1.1), לבסס את קיומה של זכות היוצרים על עמלו של היוצר, ולא על יצירתיותו, ולהכיר בקיומה של זכות יוצרים ללא הקפדה על ההבחנה בין ביטוי (אשר ביצירת מן הסוג שנידון בעניין דקל, מחירון תשומות בנייה, בדרך-כלל קיים אך ורק בדרכי הבחירה, הארגון והסיווג של החומר — כלומר, בפורמט של היצירה, אשר סביר להניח כי לא השתנה מחוברת לחוברת, ולא בנתונים העובדתיים הכלולים בה) לבין עובדות, רעיונות ואלמנטים בלתי-מוגנים אחרים.

413 שם, בע' 349.

414 לדעה לפיה הרציונל העומד ביסוד סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים הוא דווקא לא המגמה להרתיע מפריס, אלא רציונל ראייתי, דהיינו, הקושי בהוכחת הנזק כתוצאה מהפרת זכות יוצרים, ראו: דויטש, לעיל הערה 10, בע' 88–89, הערה 169.

415 עניין דקל, לעיל הערה 409, בע' 333.

416 ע"א 2780, 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, תקדין עליון 2003(2) 3908 (להלן — "עניין אשרז").

417 לעיל הערה 240.



הקבועות בחקיקה, שנועדו להגנה על יצירות שהיו לנגד עיני המחוקק בראשית המאה העשרים, אינן מספקות תמיד תשובות לכל השאלות המתעוררות אגב החלת ההגנה על "יצור" חדש זה<sup>418</sup>.

התוכנה שהועתקה בעניין אשרז הורכבה ממספר מודולים. מודול – כפי שהסביר בית המשפט – הוא רצף של הוראות בשפת תכנות כלשהי, הממלא פונקציה מוגדרת, שהיא משימת משנה חלקית בפונקציה הכללית של התוכנה. בית המשפט הכיר, עקרונית, באפשרות, כי מודול יהא עצמאי דיו כדי לזכות בהגנה נפרדת מהתוכנה הבסיסית, אם כי בנסיבות הספציפיות שנדונו באותו עניין אימץ את קביעת הערכאה הדיונית שאין זה כך. באופן כללי, קבע בית המשפט, כי השאלה אם כל מודול מהווה יצירה עצמאית העומדת על רגליה (כך שהעתקתה מזכה בפיצוי סטטוטורי נפרד) או שהמודולים כולם מהווים חלק אינטגרלי של התוכנה, כך שהעתקתם מהווה הפרת זכות יוצרים אחת (המזכה בפיצוי סטטוטורי אחד), היא שאלה עובדתית שבמומחיות, שיש להכריע בה בכל מקרה לגופו<sup>419</sup>. טענה נוספת שבית המשפט נדרש להכריע בה בעניין אשרז היא, כי העתקה של תוכנת מחשב בכל אחת מהשפות שבהן היא כתובה (שפת המקור ושפת היעד) מהווה הפרה נפרדת, המזכה בפיצוי סטטוטורי נפרד. בית המשפט דחה את הטענה, בקובעו שאין מדובר ביצירות שונות המקנות זכויות שונות, שכן שפת היעד אינה אלא שיקוף מלא ומדויק של שפת המקור ושתייהן מציגות את אותה תכנת מחשב. לבסוף, נדרש בית המשפט לטענת התובעת, כי יש לפסוק פיצוי נפרד בגין הפרת זכויות משנה שונות בתוכנה (זכות ההעתקה, זכות השימוש, זכות למתן שירותים בתוכנה). השופט שטרסברג-כהן דחתה את הטענה בעומדה על כך שאגד הזכויות של בעל זכות היוצרים בתוכנה אינו כולל זכות שימוש, כשלעצמה, או זכות למתן שירותים בתוכנה (maintenance)<sup>420</sup>. עם זאת, מעצם היוקקותה של השופטת לטענת התובעת ניתן ללמוד, כי לו היו מופרות זכויות משנה שונות באותה יצירה, ייתכן שהייתה פוסקת פיצוי סטטוטורי בגין כל הפרה שכזאת.

ראוי לציין, כי בית המשפט העליון ביקר, בהזדמנויות שונות, את ההסדר הקיים בפקודת זכות יוצרים, בין היתר באשר לטווח התמרון הקטן העומד על-פיו לרשות בית המשפט בקביעת סכום הפיצוי הסטטוטורי. בית המשפט עמד על כך, למשל, שבמקרה של הפרה קלה של זכות יוצרים, עלול הרף המינימלי הגבוה יחסית לגרום לכך, שבית המשפט יימנע מלפסוק פיצוי סטטוטורי כלשהו<sup>421</sup>. בהקשר זה, ראוי

418 ראו דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין אשרז, לעיל הערה 416, בפסקות 11–13 לפסק דינה. ראו גם: לבנפלד וכהנא, לעיל הערה 240.

419 להתייחסות לשאלה זו, ראו גם: ת"א (י"ם) 472/90 שור תעשיות תכנה בינלאומיות בע"מ נ' מלון שערי ירושלים בע"מ, תקדין מחוזי 92(3) 883.

420 ראו, בהקשר זה, גם: בש"א (ת"א) 8998/00 הד ארצי מולטימדיה בע"מ נ' איזי הלפ בע"מ (טרם פורסם).

421 ראו, למשל: עניין שגיא, לעיל הערה 403, בע' 271; עניין דקל, לעיל הערה 409, בע' 352.

לציין, כי בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש מוצע שלא לקבוע רף מינימלי לפיצוי הסטוטורי, ולהעמיד את הרף המקסימלי על 50,000 ש"ח<sup>422</sup>.

לבסוף, גם בעניין קימרון נדונה סוגיה הקשורה בפיצוי הסטוטורי. בית המשפט העליון קבע, כי פסיקת פיצויים סטוטוריים בגין הפרת זכות יוצרים אינה מונעת פסיקת פיצויים נוספים (לא סטוטוריים) בגין הנזק הלא ממוני שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכותו המוסרית של התובע, ובלבד שלא יוצר מצב של כפל פיצוי בגין נזק זהה<sup>423</sup>.

בסיכומו של דבר, מכלול הפסיקה בנושא הפיצויים הסטוטוריים מעיד על הליכה לקראתו של התובע, אם בהקלה על עצם האפשרות לבקש פיצוי סטוטורי בנסיבות שונות, ואם בניסיון להפעיל את מבחן "סוג ההפרה" באופן המקל עם בעל זכות היוצרים לזכות בפיצוי סטוטורי משמעותי בגין הפרת זכותו.

(ג) סעדים נוספים – השמדת נכסים; עיכוב טובין במכס

במסגרת התיקונים שבוצעו להתאמת דיני הקניין הרוחני להסכם הטריפס, נחקק סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, אשר מקנה לבית המשפט סמכות להורות, בסיום הדיון בתובענה, על השמדת נכסים אשר הופקו תוך ביצוע הפרת זכות יוצרים או ששימשו לביצועה<sup>424</sup>. סעד חשוב זה נועד לסייע במניעתה של המשך ההפרה, וכן להרתיע את המפר הספציפי ומפרים פוטנציאליים אחרים<sup>425</sup>.

אמצעי נוסף לייעול אמצעי האכיפה שמקנה פקודת זכות יוצרים לבעל זכות היוצרים, אשר זכותו הופרה או שקיים חשש סביר שתופר, הוא למסור הודעה בכתב למנהל המכס ולבקש ממנו לעכב את שחרורם של טובין, שלטענתו, הם העתקות מפרות של היצירה, ולנהוג בהם כטובין שייבואם אסור על-פי פקודת המכס<sup>426</sup>. למנהל

במקרה אחד, שנידון בבית המשפט המחוזי בחיפה, הביע בית המשפט את סברתו, כי גם על-פי החוק הקיים, אין הכרח לקבוע כי בשום מקרה לא ניתן לחרוג מסכום המינימום הקבוע בסעיף 3 לפקודת זכות יוצרים. ראו: ע"א (חי') 4886/99 אק"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' מאי מסעדות בע"מ, תקדין מחוזי 2000(3) 107. לדעה דומה, ראו גם: י' מנור "הרהורים על הפיצוי הסטוטורי" רשימות בנתיב קנייני הרוח – השנתון למשפט, תקשורת וטכנולוגיה (ע' פרידמן וי' סיוון עורכים, תשס"ד) 175, 180–181.

422 ראו: סעיף 66 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, אשר קובע גם רשימת שיקולים מנחים לשיקול דעתו של בית המשפט בקביעת גובה הפיצוי הסטוטורי.

423 עניין קימרון, לעיל הערה 212, בע' 844–845.

424 ראו: סעיף 7 שהוסף לפקודת זכות יוצרים; השו: סעיף 46 להסכם הטריפס.

425 דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם הטריפס, התשנ"ט–1999.

426 סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, והתיקון המקביל בפקודת המכס, לה הוספו סעיפים 200א עד 200ה. לסעד זה כבר היה, למעשה, עיגון במשפטנו בסעיף 14 לחוק זכות היוצרים, אשר בוטל במסגרת חוק ההתאמה, אך ההסדר החדש מפורט יותר ועומד בקנה אחד עם הסטנדרטים הקבועים בהסכם הטריפס (ראו: סעיפים 51–60 להסכם הטריפס).

המכס סמכות לעכב טובין מפריס אף אם מצא כי קיימת, לכאורה, הפרת זכות יוצרים בדרך אחרת מאשר קבלת הודעה מבעל הזכויות. בקשה, כאמור, מטעם בעל זכות היצרים יכול שתוגש עוד בטרם הוגשה תובענה לבית המשפט, אך על בעל הזכויות להגיש תובענה במהלך 10 ימי עבודה (הניתנים להארכה ב-10 ימים נוספים) מהיום שנמסרה לו הודעה ממנהל המכס על עיכוב הטובין<sup>427</sup>. בסעד זה לא ניתן להשתמש ביחס להצטקות מפרות שיובאו לשימוש עצמי<sup>428</sup>.

(ד) זכאותו של בעל רישיון ייחודי לתבוע סעד בגין הפרה סוגיה נוספת אשר קשורה אף היא לתחום הסעדים היא סוגיית זכאותו של בעל רישיון ייחודי לתבוע בשל הפרת זכות היוצרים בתחום בו הוקנתה לו בלעדיות<sup>429</sup>. בעניין טלה-איבנט<sup>430</sup>, החזיקה התובעת ברישיון בלעדי מבעל זכויות השידור באירועי טורניר ווימבלדון לניצול זכויות השידור בתחום ישראל. בדחותו את התביעה, פסק בית המשפט המחוזי בתל-אביב, כי הפרת זכות היוצרים אינה מקימה לתובעת זכות לקבלת סעד, שכן כל שברשותה הוא רישיון שימוש, בעוד שהזכות הקניינית מעולם לא הומחתה לה. בית המשפט העליון קיבל את הערעור, בקובעו שמשצורף מועדון ווימבלדון – בעליהן המקורי של זכויות השידור – כמשיב, והצהיר כי הוא מסכים לתביעה, אין כל מניעה לזכות את בעל הרישיון בסעד המבוקש. מעבר לכך, ציין השופט מצא, מבלי להכריע בכך, כי גם במקרים שבהם לא יצורף בעל הזכות, מעמדו של בעל רישיון בלעדי לשימוש בזכות יוצרים אינו בהכרח זהה למעמדו של מפיץ בלעדי לעניין הזכאות לקבל סעד שימנע מצדדים שלישיים לפגוע בבלעדיותו. ראוי לציין, כי בתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש, מוצע לקבוע, במפורש, כי תובענה בשל הפרת זכות כלכלית רשאים להגיש בעל זכות היוצרים ובעל רישיון ייחודי, כל עוד יצרף התובע כבעל דין כל אדם נוסף שזכאי לתבוע<sup>431</sup>.

#### 9. אחריות פלילית בגין הפרת זכות יוצרים

במסגרת תיקון לפקודת זכות יוצרים שנערך בשנת 2002, נוסחו העבירות הפליליות

427 סעיף 200א לפקודת המכס; השוו: סעיף 55 להסכם הטריפס.

428 "שימוש עצמי" מוגדר בסעיף 129 לפקודת המכס כאחד מאלה: (1) שימוש בטובין שייבא יחיד לצרכיו או לצורכי בני ביתו; (2) נתינה במתנה של טובין שייבא יחיד, לצרכיו או לצורכי בני ביתו של יחיד אחר.

429 שאלה זו עשויה להתעורר, כמובן, גם ביחס לבעל רישיון בלעדי לשימוש בנכסים רוחניים אחרים. על זכות התביעה של בעל רישיון בלעדי לשימוש בסימן מסחר, ראו, למשל: ג' כהן "הגנתו של בעל רשות שימוש בסימן מסחר" הפרקליט לו (תשמ"ה) 288.

430 עניין טלה-איבנט, לעיל הערה 239.

431 סעיף 62 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים החדש.

הנוגעות להפרת זכות יוצרים מחדש<sup>432</sup>, הוספו עבירות חדשות<sup>433</sup>, והוחמרו העונשים המקסימאליים הצמודים לחלק מן העבירות הללו, וכל זאת "במטרה להגביר את ההגנה על זכויות היוצרים"<sup>434</sup>. העונשים שהוחמרו הם העונשים בגין עבירות של עשיית עותק מפר של יצירה או ייבוא לישראל של עותק כזה, לשם מסחר בו, מתוך הבנה כי אלו המעשים הגורמים להכנסתם לראשונה לשוק של העותקים המפריים, שבעקבותיה מתחיל המסחר הבלתי-חוקי בהם<sup>435</sup>. לעבירות מסוג זה צמוד עתה עונש מאסר מקסימאלי של חמש שנים, לעומת שלוש שנים על-פי הדין הקודם, ומכאן שמדובר היום בעבירות מסוג פשע, על כל המשתמע מכך. במסגרת תיקון החקיקה האמור, אף הוכנסה לפקודת זכות יוצרים התייחסות מיוחדת לאחריותם של נושאי משרה בתאגידים לעבירות מסוג זה, והוטלה עליהם חובה לפקח ולעשות כל שניתן על-מנת למנוע את ביצוע העבירות המוגדרות בפקודת זכות יוצרים על-ידי התאגיד או עובד מעובדיו<sup>436</sup>.

ברוח דומה, תוקן גם חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984 (להלן – "חוק זכויות מבצעים ומשדרים")<sup>437</sup>. לפני התיקון, חלה ההוראה העונשית בחוק זכויות מבצעים ומשדרים על כל הפרה ביודעין של זכויות מבצעים, והעונש המקסימאלי הצמוד לעבירה זו היה מאסר שישה חודשים. במסגרת התיקון, צומצמה האחריות הפלילית לעבירות מוגדרות יותר, כאשר ההתמקדות היא בפעולות מסוימות שנעשו לשם מסחר או בהיקף מסחרי, וזאת על-מנת לרכז את המאמצים במניעת התופעות שפגיעתן בזכויות המבצעים הן החמורות ביותר, תוך החמרת הענישה ביחס לעבירות אלה<sup>438</sup>. לצד תיקוני חקיקה אלה ראוי לציין, כי לאחרונה – כך נראה – בתי המשפט מודעים יותר לצורך בהטלת עונשים משמעותיים בגין עבירות על דיני זכויות יוצרים<sup>439</sup>. בהקשר זה, יפים דבריו של בית משפט השלום בכפר-סבא, שנאמרו אגב דין

432 סעיף 10 לפקודת זכות יוצרים, כפי שתוקן במסגרת תיקון מס' 8; השוו לסעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, כנוסחו לפני התיקון. ראו דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (תיקון מס' 8), תשס"ב-2002, ה"ח 370.

433 סעיף 10(ד) לפקודת זכות יוצרים, העוסק בהחזקת עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו.

434 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל הערה 432, בע' 370.

435 שם.

436 סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים.

437 סעיפים 6 ו-7, כפי שתוקנו בשנת תשס"ג; ראו דברי ההסבר לתיקון זה בה"ח 854.

438 שם.

439 ראו, למשל: רע"פ 1519/03 סויסה נ' מדינת ישראל, תקדין עליון 2003(2) 795, שם עמדה השופטת דורנר על כך, ש"תופעת העבירות כנגד הקניין הרוחני הגיעו למימדים רחבי היקף, המביאים לפגיעה חמורה בסחר המקומי, כמו גם בסחר הבינלאומי, והמחייבים את רשויות אכיפת החוק, כמו גם את מערכת בתי המשפט, להקפיד כי תהיה הרתעה יעילה כנגד עבירות אלה". ראו גם: ת"פ (ת"א) 7260/02 מדינת ישראל נ' סלמן (טרם פורסם). השוו: ד' כהן-צדק "זייפנים – המשטרה בעקבותיכם!" [www.technolawgy.co.il](http://www.technolawgy.co.il). השוו גם: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 504, על השימוש ההולך וגובר בעת האחרונה בסנקציה הפלילית כנגד מפרי זכות יוצרים. לבסוף, ראו: ק"פ (י"ם) 105/02 ניר נ' מסע אחר בע"מ (טרם פורסם) (להלן – "עניין

בעניינו של נידון שהורשע בגין מכירה ואחזקה של כמות נכבדה של קלטות ותקליטורים פיראטיים<sup>440</sup>:

“אכן, תפישת הפעילות של מכירת תקליטורים וקלטות המפרים זכויות יוצרים ומשדרים, כתופעה של פשיעה מאורגנת לכל דבר, מחלחלת רק לאחרונה לתודעה הציבורית הישראלית וטרם נקבע ע”י בתי המשפט תקדים מחייב או מנחה באשר למדיניות הענישה הראויה בעבירות מסוג זה. התפתחות האכיפה בתחום זה, שהינה בראשיתה, מושפעת הן ממחויבותה של ישראל להגנה על הקניין הרוחני על פי אמנות בינ”ל והחוק במדינה, והן מלחציהם של הארגונים והמדינות הנפגעים מהתפשטות התופעה של ייצור ושיווק פיראטי של יצירות אלה. אין לראות כל פסול בהפעלת לחץ זה להגברת אכיפת החוק בתחום פרוץ ומופקר לפיראטיות מסוגים שונים. אף כי החקיקה בנושא קיימת היא מלפני ולפנים, הרי שרק בתקופה האחרונה עדים אנו למאמצים ניכרים הנעשים, כדי להבהיר שבשעתוק של קלטות ותקליטורים יש כדי לפגוע פגיעה חמורה בזכויות האומנים והיוצרים, כמו גם לגזול מהם את פרנסתם ... החברה הישראלית אף נחשפת במהלך החודשים האחרונים למסע הסברה, שמטרתו להרתיע את הציבור הרחב מרכישת תקליטורים וקלטות מפירים. זאת, כדי לכרות את הענף עליו יושבים הזייפנים והמפיצים המתבססים על שוק הצרכנים המבקשים לחסוך בעלויות ונותנים ידם בעקיפין לתעשייה פלילית זו. אכן, במסגרת המלחמה העכשווית בנגע זה, נדרשת פעולה חינוכית רבת היקף אשר תעמיק את התודעה הציבורית לפליליות המעורבות הישירה והעקיפה בייצור, מסחר והפצה של העתקות מפירות. בנוסף, יש להרחיב ולהגביר את האכיפה המשטרתית על האתרים ה’מועדים לפורענות’, כמו שווקים ידועים בהם מתנהלת לאור היום פעילות מסחרית ערה בהעתקות מפירות. על בית המשפט לתרום את תרומתו לחינוך הציבור, על ידי הטלת עונשים מכבידים ומרתיעים שימחישו כי האיסור איננו בבחינת ‘אות מתה’ בחוק אלא איסור שיש לו ‘שיניים’. בשיקולי הענישה, יש להתחשב בכך שהמדובר בעבירות שנפוצו בשנים האחרונות, עד כי ניתן להגדיר התופעה כ’מכת מדינה’ ממש ... יש להרתיע ככל שניתן עבריינים נוספים מביצוע עבירות דומות, למטרות בצע כסף, ועל כן מן הראוי שענישה זו תהא חמורה ...”.

לבסוף, לא ניתן שלא להזכיר, בהקשר זה, את יחידת הקניין הרוחני המיוחדת שהוקמה

נר”), בו דחתה השופטת אגמון-גונן בקשה להחיל את הגנת ‘זוטי דברים’ בקובלנה שהוגשה על הפרת זכות יוצרים, תוך עמידה על מגמת ההחמרה באחריות הפלילית המוטלת בגין הפרת זכות יוצרים.

440 ת”פ (כ”ס) 4032/99 מדינת ישראל נ’ עבדלקאדר גמהור (טרם פורסם).

במשטרת ישראל לפני כשלוש שנים, אשר עוסקת בחקירת הפרות זכויות יוצרים, זיופים, ואף הפרות של סימני מסחר<sup>441</sup>.

10. זכויות מבצעים ומשדרים

בשנים האחרונות, בוצעו מספר תיקונים משמעותיים בחוק זכויות מבצעים ומשדרים. עיקר התיקונים נעשו במסגרת תיקון שנחקק בשנת תשנ"ו (להלן – "תיקון תשנ"ו")<sup>442</sup> ותיקונים נוספים נעשו במסגרת חקיקתו של חוק ההתאמה<sup>443</sup>. להלן נסקור את הבולטים שבתיקונים אלה.

ראשית, במסגרת תיקון תשנ"ו, הוספה לחוק זכויות מבצעים ומשדרים ההגנה על משדרים<sup>444</sup>, לצדה של ההגנה על זכויות מבצעים שנכללה בחוק זה מראשיתו. בנסיבות מסוימות, עשויים עתה משדרים ליהנות הן מהגנת זכות יוצרים על שידורם, ובלבד שהשידור עומד בתנאים להחלת הגנת זכות היוצרים<sup>445</sup>, והן מהגנה ייחודית אותה מקנה להם חוק זכויות מבצעים ומשדרים. להגנה ייחודית זו יהא זכאי כל "משדר", אשר מוגדר כ"מי שמקיים, על-פי הסמכה בדין, שידורי רדיו או טלוויזיה"<sup>446</sup>. ההגנה אינה משתרעת, אפוא, על שדרנים פיראטיים<sup>447</sup>. כמו כן, אין זכות משדרים ביחס לשידור שנעשה תוך הפרת זכות יוצרים או זכות מבצעים<sup>448</sup>. בדומה לזכות המבצע, חוק זכויות מבצעים ומשדרים מקנה למשדר את הזכות השלילית למנוע את ביצועם של מעשים מסויימים שלא בהסכמתו<sup>449</sup> (אלא אם נעשו לשימוש פרטי או לשימוש הוגן<sup>450</sup>): טביעה של שידוריו; שעתוק טביעות של שידוריו; שידור של טביעה או שעתוק; או מכירה, השכרה, הפצה, יבוא או החזקה לצורכי מסחר של טביעה או שעתוק. כמו כן, מקנה חוק זכויות מבצעים ומשדרים למשדר את הזכות למנוע את העברת שידוריו בשידור משנה ככפוף לסייגים המפורטים בו<sup>451</sup>.

441 על פעילות משטרת הקניין הרוחני, ראו: כהן-צדק, לעיל הערה 439.  
 442 ס"ח 88.  
 443 על תיקונים נוספים, אשר נוגעים לאחריות הפלילית לפי חוק זכויות מבצעים ומשדרים, ראו לעיל פרק ג.9.  
 444 סעיפים 4א–4ד לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.  
 445 ראו: עניין טלה-איבנט, לעיל הערה 239, שנדון לעיל בפרק ג.2(ב).  
 446 סעיף 1 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.  
 447 גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 567.  
 448 סעיף 4ב לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.  
 449 סעיף 4א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.  
 450 ראו סעיף ג4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, בו מוגדרים השימושים ההוגנים באופן שונה במקצת מן הדרך בו הם מוגדרים בהקשר לזכות המבצעים (ראו סעיף 4 לחוק) או בקשר לזכות היוצרים ביצירה (ראו סעיף 1)2 לחוק זכות יוצרים). לדיון, ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 569.  
 451 סעיף 4א(5) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

במסגרת תיקון תשנ"ו, הוסיף המחוקק לשורת הזכויות הנגטיביות של המבצע, המנויות בסעיף 2 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, זכות פוזיטיבית לתמלוג ראוי על השמעה או הצגה של ביצועו<sup>452</sup>. מדובר במעין רישיון כפייה, שכן לא נדרשת הסכמתו של המבצע לצורך השמעה או הצגה של ביצועו, אך יש לשלם לו תמלוגים בגין השימוש בביצועו כאמור.

כמו כן, במסגרת תיקון תשנ"ו, נוספה לחוק זכויות מבצעים ומשדרים ההגנה על זכותו המוסרית של המבצע, הדומה בהיקפה להגנה על זכותו המוסרית של יוצר, והכוללת את "זכות ההורות" (זכותו של המבצע "ששמו ייקרא על כל ביצוע שנעשה על ידיו ועל כל טביעה או שעתוק שלו, בהיקף ובמידה המקובלים לאותו ענין"<sup>453</sup>) ואת "זכות השלמות" (זכותו של המבצע "שלא ייעשה בביצוע שבו נטל חלק או בטביעה או בשעתוק של ביצוע כאמור, כל סילוף, פגימה או שינוי אחר, או כל פעולה שיש בה משום הפחתת ערך ביחס לביצוע העלולים לפגוע בכבודו או בשמו של המבצע"<sup>454</sup>).

במסגרת חוק ההתאמה, הוארכה ההגנה על זכויות מבצעים מעשרים וחמש שנים לחמישים שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי<sup>455</sup>. תקופת ההגנה על זכויות משדרים נותרה עשרים וחמש שנים מתום השנה שבה נעשה השידור לראשונה<sup>456</sup>.

לבסוף, במקביל לחוק ההתאמה, הוציא שר המשפטים, בתוקף סמכותו לפי סעיף 13(ב) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, מספר צווים, אשר לראשונה מאז שנחקק חוק זכויות מבצעים ומשדרים, מחילים את ההגנה שהוא מקנה למבצעים גם על "ביצוע חוץ", ובלבד שמדובר בביצוע אשר בוצע במדינות החברות במסגרות הבינלאומיות הרלבנטיות<sup>457</sup>.

452 סעיף 3א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים. ראו: גרינמן, לעיל הערה 18, בע' 555, בדבר השאלה אם "שידור", המוגדר בסעיף 1 לחוק, נכלל בגדר השמעה או הצגה, לעניין זה. יצוין, כי זכות מעין זו אינה נכללת באגד זכויותיו של המשדר על-פי החוק.

453 סעיף 4א(1) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

454 סעיף 4א(2) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

455 סעיף 10 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים; השוו: סעיף 14(5) להסכם הטריפס.

456 סעיף 10א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

457 הכוונה היא ל"צו זכויות מבצעים ומשדרים (הסכם טריפס), התש"ס-1999", ק"ת 222, אשר מחיל את ההגנה על ביצוע שנעשה במדינה החברה בארגון הסחר העולמי וכן ל"צו זכויות יוצרים, מבצעים ומשדרים (אמנת רומא), התשס"ג-2002", ק"ת 66, המגן על ביצועי חוץ שבוצעו במדינה החברה באמנת רומא להגנה על מבצעים, יצרני רישמות קול ומשדרים International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms) and Broadcasting Organizations), אליה הצטרפה ישראל בשנת 2002. ראוי לציין, כי ההגנה המוקנית לביצוע חוץ צרה במספר היבטים מן ההגנה המוקנית לביצוע בישראל. כך, למשל, לא נהנה מבצע בחוץ מתמלוג על השמעה או הצגה של ביצועו לפי סעיף 3א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים או מן הזכות המוסרית על-פי סעיף 4א לחוק זה.