

דיני קניין רוחני – ד"ר מעיין פרל

פרק א - דיני זכויות יוצרים

1. מהי יצירה מוגנת?
2. הנושאים שאינם מוגנים בזכות יוצרים: ההבחנה בין ביטוי לבין רעיון
3. יצירות הראויות להירשם כמדגם
4. סוגי היצירות המוגנות
5. הזכויות הכלכליות
6. זכויות מבצעים
7. הפרה ישירה ועקיפה
א. הפרה עקיפה והפרה תורמת
ב. צווי חסימה;
8. פטורים והגנות; הגנת השימוש ההוגן
9. הזכות המוסרית
10. הבעלות הראשונית ביצירות
11. סעדים

פרק ב - דיני פטנטים

המרצה לא לימדה - הפרק לא נכלל במבחן

פרק ג - סימני מסחר

1. מהו סימן מסחר?
2. היקף הזכות, הפרה
3. סימן מוכר היטב ודוקטרינת הדילול
4. גניבת עין

מבוא

ציון – 100% בחינה בחומר פתוח

ציון מטיב – 8 נקודות על השתתפות פעילה

אתר הקורס – סילבוס ומצגות

שעת קבלה – יום ג' 16:00 – 14:00

בבחינה – יש בין 10-6 נקודות בונוס על דוגמאות שניתנו בכיתה.

חקיקה – חוק זכות יוצרים – להדפיס את החוק גם לבחינה ולבוא איתו לשיעורים.

המאטריה הכללית : דיני קניין רוחני

דינים הנוגעים לנכסים בלתי מוחשיים שלא ניתן לגעת או להרגיש בהם במרחב הפיסי. דוגמאות : יצירות אומנות, המצאות וחידושים טכנולוגיים, מוניטין של חברה ועיצור מוצר. קניין פיסי (ספר, דיסק אייפון) לעומת קניין רוחני (יצירת ספרות, מוזיקאלית, המצאה).

לקניין רוחני שתי תכונות מרכזיות :

1. **מופשטות** – מה הכוונה מופשט ? הנפרדות וההבחנה בין פיסי למופשט, הספר שהושאל מהספרייה הוא מיטלטלין ויכולות להיות לנו זכויות קנייניות בספר הזה אבל היצירה הספרותית שבתוך הספר זה משהו נפרד, כשרכשנו את הספר בחנות רכשנו את הספר הפיזי ולא את היצירה הספרותית שבתוך הספר.
2. היכולת להימצא בו זמנית במספר רב של מקומות (השוו למיטלטלין או מקרקעין) – זה הבדל מרכזי מקניין פיסי, קניין פיסי יש רק אחד כזה – בית יש רק אחד יש רק כתובת אחת. לעומת זאת, קניין רוחני יכול להימצא במיליוני מקומות בו זמנית. יצירה מוסיקאלית למשל לא נמצאת במקום אחד בהמון מקומות יכולים לשמוע שיר בו זמנית בהמון מקומות. קניין רוחני הוא לא רק מופשט אלא נמצא בהון מקומות בו זמנית.

ענפי הקניין הרוחני

נתמקד בקורס בארבעה ענפים שונים : נתמקד בשניים הראשונים, קצת בשלישי וברביעי כמעט ולא ניגע וכך גם בבחינה.

1. **זכויות יוצרים** – דינים החלים על יצירות מתחומי אמנות שונים – בדגש על אומנות. זכויות יוצרים אנחנו מדברים על עולם הומני של אומנות (שירה, קולנוע, ציור, פיסול, תוכנות מחשב ועוד). תוכנות מחשב למשל אף על פי שהן חורגות מהדיכוטומיה של אומנות זה עדיין נכנס תחת זכויות יוצרים.
2. **פטנטים** – לעומת זכויות יוצרים כאן עוסקים בהמצאות וחידושים טכנולוגיים (תרופות, מערכות טכנולוגיות שונות, תהליכים תעשייתיים, מוצרי צריכה ועוד).
3. **סימני מסחר** – דינים החלים על מוניטין עסקי (לוגו, שם החברה). הם נועדו מצד אחד לגרום ליצרן להשקיע באיכות, ומצד שני זה להגן על הצרכן מפני הטעיה שמישהו שלא יקנה זיוף.
4. **מדגמים** – דינים החלים על עיצוב תעשייתי של מוצר (אופנה, ריהוט).

במקביל קיימות **הגנות נוספות** – הגנת הסוד המסחרי, עשיית עושר ולא במשפט, חוק עוולות מסחריות.

זכויות יוצרים – copyrights

מושא ההגנה – ביטויים מקוריים מתחומי אמנות שונים. החוק קובע 4 קריטריונים יש לקיים על מנת לענות על חוק זכויות יוצרים :

1. יצירה, מקוריות
2. קיבוע במדיום פסי כלשהו (ספר, תמונה, דיסק) - למה אנחנו צריכים קיבוע ? זכות יוצרים בשונה מדיני פטנטים אין חובת רישום ואין רשם זכויות יוצרים ברגע שאני עומדת בקריטריונים של החוק ההגנה קמה ללא כל אישור או רשם. בניגוד מוחלט לדיני פטנטים שם יש הליך פרוצדוראלי מסודר ברשם הפטנטים. הרישום נותן וודאות ופומביות ויודעים מה המצב המשפטי. לעומת זאת, בזכויות יוצרים לכאורה אין את זה כי אין רשם זכויות יוצרים. מה כן יש על מנת כן ליצור את הוודאות הזו? זו דרישת הקיבוע שמטרתה לאותת לעולם שיש פה זכות יוצרים וגם להראות את הרצינות של היוצר בתור יוצר.
3. זיקה לישראל

דוגמאות :

- יצירה ספרותית – סיפור, שיר, תוכנת מחשב – כל מה שכתוב.
- יצירה מוזיקאלית – לחן, מוזיקה – כל מה ששומעים.
- יצירה דרמטית – סרט, תוכנית טלוויזיה, הצגה, מחזה, מופע מחול.
- יצירה אומנותית – ציור, פסל, צילום.

משך ההגנה – חיי היוצר **(פס"ד מוסינזון)** + 70 שנה. ההגנה אינה מותנית ברישום. דרישת הקיבוע מספקת וודאות ומעידה על כוונת היוצר.

סימני מסחר – trademarks

מושא ההגנה – סימן שבאמצעותו יצרנים או נותני שירותים מנסים לבדל את מוצריהם או שירותיהם מאלו המתחרים בהם. הכוונה היא לכל מה שממג את המוצר או השירות, כמו שם ייחודי (נייק, גוצ'י, אל על), לוגו (התנין של לקוסט, הסוס של ראלף לורן ועוד) או צורה (הבקבוק של קוקה שולה, הצורה של אייפון, צורות של בקבוקי בשמים).

יש להצביע על **אופי מבחין** – הציבור מזהה את הסימן עם המוצר / שירות הספציפיים.

משך תקופת ההגנה – **ההגנה מותנית ברישום**, כל עוד לא משתמשים בסימן, ההגנה נמשכת, אך יש צורך **לחדש רישום כל 10 שנים**. זה חריג כי מבחינה טכנית כל עוד משתמשים ההגנה יכולה להמשיך לנצח. הגנה תחת פקודת סימני מסחר טעונה רישום (סימן לא רשום מוגן תחת חוק עוולות מסחריות).

Patents – פטנטים

מושא הזכות – אמצאות וחידושים טכנולוגיים.

יש להצביע על מוצר/ תהליך מכל תחום טכנולוגי (כגון חשמל, כימיה, ביולוגיה, הנדסה, מכניקה, ביוטכנולוגיה, רפואה) שניתן לשימוש תעשייתי ולהראות תועלת, חדשנות והתקדמות המצאתית.

דוגמאות : אייפון (מורכב ממאות אלפי פטנטים), תרופות, מכשירים רפואיים, שואב אבק שגם שוטף, כיסוי מבודד חום לכוס חד פעמית, אפליקציות ועוד.

עשרת הפטנטים המשמעותיים בתולדות האנושות : טלפון, מחשב, טלוויזיה, אוטו, מכונה למיפוי כותנה גולמית, מצלמה, מנוע קיטור, מכונת תפירה, נורה חשמלית, פניצילין.

משך תקופת ההגנה – 20 שנה **מיום הרישום!!!**

רישום – פטנט דורש רישום ברשם הפטנטים!!!

מדגמים (עיצובים)

מדובר על עיצוב שהוא לא פונקציונלי אלא מוצר מעוצב בצורה מסוימת שמאפשרת לרשום אותו כמדגם.

מושא ההגנה : עיצוב תעשייתי, אלמנט עיצובי שאינו מוגדר רק על ידי שיקולים פונקציונאליים ומיוצר בצורה תעשייתית.

דוגמאות : אופנה, רהיטים.

משך ההגנה : עד 25 שנה מיום הגשת הבקשה בכפוף לתשלום אגרות.

טעון רישום.

סוד מסחרי – Trade Secret

חלופה חשובה להגנת דיני הפטנטים.

יתרונות : אין פרסום, ההגנה עשויה תיאורטית יכולה להימשך לנצח (כל עוד הסוד נשמר), אין הוצאות רישום גבוהות כמו בדיני פטנטים אך ישנן הוצאות שמירה על סודיות. היא יותר נוחה לצעירים שאין לה הרבה כסף.

חסרונות : קשה לשמור על סודיות, מותר למתחרים לנסות לפצח את הסוד, ברגע שהסוד נחשף אין יותר הגנה ולא ניתן לפנות לערוצי הגנה אלטרנטיבה. כן תהיה עילה לנזיקית כנגד העובד שגילה את הסוד אבל ברגע שתשתחרר הנוסחה היא תשתחרר.

דוגמא : הנוסחה של קוקה קולה.

אנחנו בקורס נלמד זכויות יוצרים וסימני מסחר ולא דיני פטנטים.

סקרו בשיעור האחרון כי בעל מוצר יגן על המוצר שלו ע"י סימני מסחר.

מקורות המשפט

- חקיקה: חוק זכות יוצרים, חוק הפטנטים והמדגמים, פקודת סימני מסחר.
- פסיקה: ישראלית, זרה, בינלאומית.
- אמנות בינלאומיות (כמובן שמחייבות רק אם נקלטו בחקיקה).

סיכום הגנות

ענף	מושא ההגנה	הסיבה למתן הגנה	תקופת ההגנה	כלפי מי?	רישום
הפטנטים	המצאות טכנולוגיות	מוסרי + תמריץ	20 שנה	In rem	V
זכויות יוצרים	יצירות		חיי היוצר+70 שנה	מפר	-
סימנים מסחריים	שמות וסימנים אחרים, לוגו	מניעת הטעיה	אין הגבלה	In rem	V
מדגמים	עיצוב תעשייתי פונקציונאלי	לתמריץ פיתוח	2 + 5 הארכות (15 מקס.)	In rem	V
סוד מסחרי (נדיקין)	כאמור בחוק עוולות מסחריות.		-	מפר	-
גניבת עין (נדיקין)	חיקוי מטעה של מוצר		-	מפר	-
עשיית עושר	עשיית עושר שלא במשפט		-	מפר	-

קניין רוחני כאיזון

פגיעה בתחרות – מונופולזציה, ברגע שאני נותנת זכות בלעדית לאדם כלשהו באופן אוטומטי אני פוגעת בתחרות (מונופול- מחירים גבוהים, בגלל זה תרופות כשיוצאות מחירן מאוד גבוהה).

חופש ביטוי / חופש עיסוק – ברגע שאנו נותנים זכות בלעדית צריך לשים לב למידת הפגיעה בחופש הביטוי/חופש העיסוק. היות ואני מונעת מיוצרים עתידיים להשתמש ביצירה הזאת.

פגיעה בתמריץ ליצירה (צמצום מרחב היצירה): יוצרים עתידיים שרוצים ליצור הלאה תמיד יחששו היות והם לא ידעו היכן עובר הגבול בין השראה לבין העתקה, הרי השראה היא חוקית (כאשר אדם לוקח אותה מיצירה כלשהי) מתי זה הופך להעתקה ולכן כאשר הגבול לא ברור יהיה תמריץ שלילי ליוצרים עתידיים.

נדרש לשים זאת על רעיון רחב ויש לקניין רוחני גם מחיר חברתי, היות והתועלת עולה על העלות. אל לנו לשכוח את המחיר החברתי ואת העלויות הכלכליות ואת ההוצאות שנלוות לכך. כדי ליצור איזון בתמריץ יצירה/לתמריץ ממצאים לבין המקום שלא רוצים לפגוע יתר על המידה בחופש העיסוק וכו' יש איזונים שונים כדלהלן:

פתרונות:

הגבלה בזמן – אתמריץ את היוצר, ולאחר מכן כלל הציבור יוכל להשתמש בכך.

איזונים בחוק (כגון, שימוש הוגן) – למטרות של חינוך לדוג', מדובר בשימוש הוגן ולא מדובר במטרה כלכלית, החוק יוצר איזון ולא נוקשה מידי, הוא מסתכל גם על החברה ולקדם מטרות חברתיות.

מהי יצירה מוגנת?

מצגת 2:

תכונות משותפות לענפי הקניין הרוחני:

- 1. מהות הזכות: זכות שלילית** – אשר מאפשרת לבעל הזכות למנוע מאחרים לעשות פעולות מסוימות, וזכות יוצרים מונעת העתקה של היצירה של ולשדר אותה ללא האישור שלי. אם אנו מסתכלים על שתי יצירות והן אותו דברים אז אין זכות יוצרים, דוג: מציינים שני ציורים אותו דבר אז לא ניתן לתבוע בגין זכות יוצרים כי כל אחד פעלה בצורה אישית. תיאורית כל עוד אין העתקה אז אין זכות יוצרים. לעמות זאת זכות הפטנטים הזכות עומדת עבור כל העולם זאת בהנחה והפטנט רשום. אלא, לבעל הקניין הרוחני זכות למנוע מאחרים לבצע פעולות מסוימות ללא הסכמתו. מכך נובעת זכות בלעדית לנצל את הקניין הרוחני בדרכים שונות המוגדרות בחוק.
זכות שלילית הרחבה מעטה – טרול פטנטים, ייחודית לסוגייה של זכות שלילית והבעייתיות שבה. הבעייתיות באה לידי ביטוי בהקשר של דיני פטנטים בחברות טרול פטנטים על אותו רעיון הן פועלות, הן מחזיקות המון פטנטים והמצאות בלי לייצר אותם וזאת בשביל לחכות לאותו סטארטפיסט או אדם שירצה לעשות צעד (הנבט במקרה זה הוא תביעה לבימ"ש) במידה והסטארטפיסט ירצה לשלם הוא יוכל לעשות זאת. דוג' מטכנולוגיית הוייפי, הגיעה חברה לא מוכרת וטענה שבחזקתה יש פטנט שקשור לויי פי (פטנט יחסית זקן) כולם כולל ביהמ"ש ידעו כשהפטנט הזה יתקבל הוא לא התכוון לתחום הוייפי, אך משום שהוא נכתב בצורה רחבה ולא ברורה אפשר לומר כי אם אני קורא את המילים של פעם, זה אכן מכסה את טכנולוגיית הוייפי. לכן, הם שילמו את מה שביקשו וסיימו את התיק. **דוג' על עניין הזכות השלילית כיצד היא מונעת מאחרים.**
דוגמא: מהן הזכויות השליליות הכלולות בחוק זכויות יוצרים (אגד של מספר זכויות המדברות על פעולות מסוימות שמותר לבעל הזכות למנוע מאחרים לעשות אותן)? ליצור עותקים, להפיץ, לבצע בפומבי, להעמיד לרשות הציבור, ליצור יצירה נגזרת, לשדר ולהשכיר (עשיית כל אחת מפעולות אלה דורשת הסכמה או רישוי מצד בעל הזכות). לא נדרש להוציא מיליון עותקים, אלא ניתן להקליט בדיסק ולהשאיר אותו אצלי, החשוב הוא שיהיה לכך קיבוע, אין זכות חיובית (אני לא חייבת לעשות עם זה משהו) אך לזה יש תוספת של זכות שלילית שאני יכולה למנוע מאנשים אחרים להעתיק/להפיץ.
שימו לב: קיים הבדל בין דיני זכויות יוצרים (זכות רק כלפי מי שהעתיק בפועל) לבין יתר ענפי הקניין הרוחני (זכות כלפי כולי עלמא). מכאן נובע הבדל בעניין הרישום.
- 2. נפרדות:** קניין רוחני יכול לבוא לידי ביטוי בנכס מוחשי, אך אין לזהות את הקניין הרוחני עם אותו נכס מוחשי. הצגנו מה זה קניין רוחני וצינינו מה ההבדל בין קניין רוחני לפיזי. פיזי כמו רכב וציוד מטלטלין, ואליו רוחני מדובר על דברים מופשטים שנמצאים בכל העולם.
דוגמא: בעלות על עותק ספציפי של ספר אינה מגלמת בעלות על היצירה הספרותית; בעלות על דיסק אינה מגלמת בעלות על היצירה המוזיקאלית.
כלומר: רכישת הנכס הפיזי בו מגולם הקניין הרוחני אינה שקולה לרכישת הזכויות בקניין הרוחני.
- 3. עבירות:** זכויות קניין רוחני הן עבירות – הן עוברות בירושה, ניתן למכור אותן, לשעבד אותן ולעשות בהן עסקאות אחרות.
למעט, זכויות מוסריות (moral rights) מתקשר ל"האני הפנימי שלי" לקשר שלי ברמה הכי פנימית (פרי בטן). היצירה הזו משקפת את הביטוי האוטונומי שלי ברמה הכי טהורה של הדברים. לדוג' **זכות האבהות** (זכות למתן קרדיט) זכות שהיצירה שלי תיקרא על שמי, דוג' ה"ש בעבודה כלשהי- מדובר בקרדיט). דוג' נוספת: רכישת תמונה, על התמונה יהיה רשום את השם של הצייר שצייר אותה. אין בעניין זה פן כלכלי, אך יש בעניין זה מוסר היות וזה יצא מאדם מסויים וזה שלו לאחר עבודה קשה וארוכה, אותו אדם עבד

על כך ומישהו אחר אמר כי זה שלו. דוג' נוספת: **הזכות לשלמות היצירה**, לא לסלף אותה, לא לבזות את היצירה (פסל שהוצב בעירייה מסוימת, העירייה זנחה אותו בצורה קיצונית ואפשרה לסבך ועשבייה לגדול, חלקים מהפסל נשברו והעירייה החליטה לצבוע בצבע אחר ולא בצבע של הפסל והיא פגעה באיכות ובמקוריות של הפסל- לא מדובר בפגיעה כלכלית, אך בפגיעה מוסרית). לאור כל האמור לעיל, אם זה משקף את האני האישי שלי, לא ניתן להעביר את אותה יצירה.

4. **מוגבלות בזמן (לרוב):**

- **פטנט:** 20 שנה מיום הגשת הבקשה (תרופות: ניתן להאריך בתנאים מסוימים ל-25 שנה).
- **זכות יוצרים:** חיי היוצר (מיום מותו) + 70 שנה.
- **מדגם:** עד 25 שנים.
- **סימני מסחר:** עקרונית, ההגנה יכולה להימשך לנצח (כל עוד נעשה שימוש בסימן). יש אפשרות לקבל הגנה לכל העולם. סביר להניח כי החברות ירצו לעגן את הסימנים שלה, ויכולה למחוק את הזכות.

חלוף הזמן, עובר הקניין הרוחני לנחלת הכלל (public domain).

מה זה אומר שהזכויות הללו מוגבלות בזמן בחלוף הזמן, עובר הקניין הרוחני לנחלת הכלל (public domain). מכתביו של ג'ון לוק- **המאמר של גיא פסח**, יכולה להעתיק כי עברו הרבה מ-70 שנה. כעת, זה שייך לנחלת הכלל. היות וכל הפילוסופים וכלל העולם יודעים את האמת כי מכתביו של ג'ון לוק שייך אך ורק לו. עיוות התמונה של המונה לזיה- זכות מוסרית.

הצדקות מסורתיות להגנה על קניין רוחני

שיקול כלכלי-שיקול מרכזי, תמריץ כלכלי לפעילות מו"פ/יצירה/ עיצוב והתמודדות עם בעיית הרכב החופשי שקיימת ביחס למוצרים ציבוריים. לפני שאנו נכנסים לזכויות יוצרים, מדוע יש התערבות של המשפט בנושא קניין רוחני ?

מילת המפתח היא תמריץ לחידושים ולביטויים, אחרת התחרות החופשית לא מספק את הצורך, למשל אנו משווקים תרופה חדשה וזה עולה המון כסף והשקעה של 10 שנים, וכעת הגיעה הזמן לפרסום וכעת השכן יכול למכור במחיר יותר זול, וכאשר הוא מוכר בזול אני הבעלים לא יכול להתחרות איתו והוא רוכב על מה שאני עושה. וכעת אני כבן אדם עם רעיונות חדשים לא ארצה לעשות משהו, ואז אין לנו תמריץ כלכלי. צריך שתהיה אבטחה מצד המדינה.

המנוח מוצר ציבורי – זה מסוג הדברים אשר רלוונטי למס' תחומים, מוצרים ציבוריים להבדל ממוצר פרטי נתפסים כי לכל החברה יש להם אינטרס להשיג אותו, אבל אף אחד מהחברה לא ירצה לעשות אותו בעצמו, להבדיל ממוצרים גדולים אשר משווקים ע"י חברות. כמו דוגמאות: חינוך, משטרה, תברואה, צבא. נדרש תמריץ כזה, משום שהקניין הרוחני נתפס כמוצר ציבורי. מוצר ציבורי- כולנו רוצים אותו, צריכים אותו אבל אף אחד מאתנו כפרט אין לו אינטרס /יכולת מספיק כדי לספק אותו (לדוג' ביטחון, צבא, חינוך). למה אין לפרט יכולת לספק זאת?

מוצרים ציבוריים: אספקתם אינה מספקת תחת שוק תחרותי (**כשל שוק**) שני מאפיינים מרכזיים: למה אף לא ישוק מוצר ציבורי ?

1. העדר יריבות- צריכה ע"י פרט אחד אינה גורעת מאפשרויות הצריכה ע"י פרט אחר (להבדיל מקניין פיסוי). זה שהצבא מגן על עליו, זה לא אומר שהוא לא מגן על אחר (בין אם אדם שילם מיסים לבין אם לא, כולם יזכו לאותה הגנה). **כי ברגע שיתקנו תאורת רחוב זה משהו שכולם נהנים ממנו.**

2. חוסר יכולת למנוע מי שלא שילם עבור המוצר להנות ממנו. כלומר מי שישלם יקבל, במוצר ציבורי לא יכול לעשות משהו כמו תאורת רחוב. וברגע שיש לי מוצרים ציבורי אני לא יכול למנוע מהאנשים להשתמש בו. וזה מתקשר לקניין רוחני יש קושי במניעת העתקות

המופשטות היצירה נמצאת בכל מקום, איך אני כבעלים יכול למנוע מהאנשים להעתיק, אין שליטה ממי שלוקח לשלם. צורכים את הקניין הרוחני בכל מקום, אם אני יודע שאין לי הגנה אז אני לא אייצר דברים חדשים.

איזה עוד תמריץ כלכלי יש? למשל המדינה תיתן סובסידיה בתחום מסוים, בתחום של קניין רוחני – המדינה נותנת הגנה דרך הזמן.

קל מאוד להנות ממוצר ציבורי גם מבלי לשלם. לדוג' דיני הפטנטים- טלפונים חכמים כולם יכולים להשתמש בו בזמנית. התכונה הזאת חזקה מאוד בקניין הרוחני, קל מאוד להעתיק, איך אני כסופרת בכלל יכולה לדעת אם העתיקו או אם לא? בגלל שמדובר בהעתקה של משהו מופשט מאוד קל להעתיק. המוצר של קניין רוחני הוא סוג של מוצר ציבורי, כולם רוצים אותו. **אם המדינה לא תדאג לכך יהיה כשל שוק ולכן המדינה חייבת להתערב, כנ"ל גם לגבי קניין רוחני(הדוג' אם התרופות).** המדינה בקניין הרוחני נותנת זכויות יוצרים לדוג', היא נותנת הגנה כלפי יוצרים שהפרו את היצירות שלהם, היא עובדת על כך שלא יהיה מחסור ביצירות/טכנולוגיות, המדינה מתערבת ואומרת שהיא תגן בביהמ"ש על אותם יוצרים וכך היא פותרת את כשל השוק ואת בעיית הרוכב החופשי. אחת הטענות **שהועלתה בספרות** ונדחתה לאחר מכן, מספיק ואתו אינטרס של הפרט ביוקרה וקידום (לדוג' פרס נובל) זה מספיק בשביל מחקר, אותו אדם יהיה מוכר וזה תמריץ מספק, אך בפועל היא נדחתה היות ולא מוחזרת ההשקעה. פתרון חלופי זה להכניס את דיני החוזים, גם כאן מתעוררות בעיות היות וזה רלבנטי לעסקאות בודדות לדוג' יוטיוב (מילוני צופים שומעים בו זמנית את אותו שיר)

מאחר והציבור כולו מעוניין לצרוך מוצרים ציבוריים, אך לאף פרט יחיד אין יכולת לספקם בעצמו, נוצר כשל שוק. התערבות המדינה הכרחית כדי להבטיח אספקת מוצרים אלה (מס, סובסידיה, מונופול). תמריצים חלופיים:

תיאוריית העבודה: הצדקה לוקיאנית (הזכות לקצור את פירות עמלך).

תיאוריית האישיות: זכות יוצרים- היצירה מגלמת את ה"אני הפנימי" של היוצר.

שתי הצדקות מסורתיות

סימני מסחך: רציונל אחר (הגנה על מוניטין, הגנה על הציבור מפני הטעיה).

נוגעת לזכות של האדם בעמל השקעת קיבלת, אדם יכול לקצור את הפירות. כמו שיש יחסים בין ההורים לילדים, צריך לתת ביטוי ליוצר אשר עלו מהבטן שלו. כלומר הסיבה היא להדוף את המתחרים.

הצדקות: זכויות יוצרים (פס"ד אינטרלגו)

פס"ד אינטרלגו: חברת אינטרלגו מייצרות קוביות דופלו למשחק (קוביות בנייה של ילדים אשר מתחברות אחת לשנייה). חברה ספרדית (המשיבה) מייצרת ומוכרת קוביות הדומות בצורתן. **אינטרלגו טוענת להפרת זכות יוצרים.**

הדיון בביהמ"ש האם יש להגן על זכויות יוצרים בקוביות דופלו (העניין הוא העיצוב של הקוביות הללו). זה נופל יותר על מדגמים מאשר על זכויות יוצרים. הצדקות לקניין רוחני במבט ספציפי לזכויות יוצרים. השאלה המשפטית הייתה בעצם האם עיצוב מסוים מוגן בזכויות יוצרים? לקוביות האלו יש אלמנט שניתן לחבר אותם בקלות ולא מתפרקות בלקות מידי וזה מחזיק מעמד, כך שזה יוצר את האיזון שההורים רוצים. עלה שאלה אם יש זכות יוצרים בגין מדגם? כמו איך הכיסא נראה. האם צורה של קוביה מקבלת זכות יוצרים.

התעוררה השאלה איך מגנים על אותם קוביות, הטענה הייתה שניתן להגן עליהם כזכות יוצרים. למה שירצו להגן על הקוביות כזכות יוצרים ולא כמדגם? השאיפה של אותה חברת אינטרלגו לקבל הגנת זכות יוצרים נובעת מאורך חיי הזכות ולא להסתפק ב-15 שנה של הגנה תחת מדגמי. הבעיה של בימ"ש הייתה כי המוצר הזה תעשייתי ויש כמויות ממנו ולתת לו הגנה של זכות יוצרים זה משהו קצת מלחיץ ועלול להשפיע על

התחרות בשוק וזה גובל ברעיון שחשוב למסחר ולא דווקא משהו יצירתי אלא יותר פטנט. החשש של בימ"ש לתת הגנה של זכות יוצרים נובע מחשש של פגיעה בתחרות ופגיעה ביצרנים עתידיים. מה שחשוב לנו בפס"ד **זה ההצדקות של השופט שמגר:**

הצדקות: זכויות יוצרים (פס"ד אינטרלגו)

הפס"ד הוא מהפכני בנושא של זכות יוצרים, ועד כמה מה שעשית זה זכות יוצרים, כל עוד שהיצירה שלך מקורית. התפיסה הישנה הייתה מקורי זה לא מועתק ובוצעה עבודה קלה ובסיסית זה מספיק, זאת הייתה הגישה עד הפסד של אינטרלגו, ואז מגיע אלינו פסד אינטרלגו ניתן זכות יוצרים כאשר יש משהו מקורי הכרוך בהשקעה.

ואז מגיע פס"ד פיסט: מדובר על ספר טלפונים, החברה ניגש בית בית והשיקעה עבודה ועשה את הדברים בעצמה, השאלה אם יש כאן זכות יוצרים. עלתה שאלה של מקוריות? כדי שזה יהיה מקורי צריך השקעה מינימאלית והשקעה קלה. ואז הגיע ביהמ"ש- ואמר ספר טלפונים אין בו זכות יוצרים כי לא מספיק שהשקיעו עבודה ומקוריות, צריך שיתקיים התנאי השלישי שזה היצירתיות שזה ביטוי יצירתי של היוצר כלומר יש השקעה מעבר, וצריך שתהיה כאן יצירתיות מעבר לזה שהוא השקיע עבודה, צריך לוודא שיש כאן משהו יצירתי אשר יש בו משהו לחברה. ביהמש בפסד פיסט אם אני אתן זכויות יוצרים של מחוז אחד אז מה יקרה אם יהיה ספר אשר יכלול את הכל המחוזות לכן, ביהמש אומר נעשה שינוי בגישה זה לא רק להשקיע העבודה ומקוריות, צריך שיהיה כאן יצירתיות.

השופט שמגר בפסד אינטרלגו אומר לא מספקה שיש השקעה ומקוריות, אלא מחפש מרכיב נוסף של יצירתיות. רק אם יש 3 התנאים יכנו דיני זכויות יוצרים, ורק גישה כזאת של הגנה על זכויות יוצרים עם 3 התנאים אז תהיה הגנה.

1. **הצדקת האישיות:** היצירה כביטוי לאישיותו של היוצר ולהגשמתו העצמית. היא פשוטה מאוד מעניקים זכויות בלעדיות כדי להגן על הביטוי האישי הנפשי של היוצר. הזכות הבלעדית היא זכות שלילית כיוון והיא מונעת מאחרים פעולות מסוימות שקובע החוק. ההצדקה הזו נותנת תמריץ ליצור שהמדינה תגן על היוצר ממעתיקים.
 2. **הצדקת ההשקעה/העבודה:** אדם זכאי לפירות עמלו.
 3. **הצדקה חברתית/הצדקת היצירתיות:** עידוד יצירתיות, העשרת עולם הביטויים.
- יצירה כמוצר ציבורי/בעיית הטרימפיסט.

רוב הדיון בפס"ד אינטרלגו הוא בין ההצדקה השנייה לשלישית. למשל סטודנטים לאומנות שמסוגלים להעתיק תמונות אחד לאחד וזה דורש כישרון אבל האם אנחנו ניתן הגנה לאותו ציור מועתק? בוודאי שלא כי זה לא שלו ואין פה יצירתיות שהוא הוסיף לעולם שלנו. אז נכון שהוא השקיע אבל הוא לא חידש את העולם המקורי אלא העתיק וכשזה נעשה זה לא מספיק לעולם המשפט להתערב, כי ההתערבות הזו יוצרת מונופול של מחירים גבוהים ומתי המדינה תעשה את זה? כשהיוצר לא רק עמל והשקיע זמן אלא גם חידש והעשיר את העולם במשהו מקורי שלו. חשוב לציין שההצדקות הללו הן הצדקות קיימות בפסיקה והן קיימות כולם ואנחנו לא צריכים להוכיח אותם ויותר צריך להתאים איזו הצדקה מתאימה. מה שחשוב בפס"ד הזה זה שהשופט שמגר אמר שההצדקות של אישיות והשקעה לא מספיקות אלא חייב להראות משהו ייחודי ומקורי.

פיתרון: המדינה מתערבת ע"י מתן זכות בלעדית מוגבלת בזמן ליוצר להשתמש ביצירתו.

מחיר: הגבלת חופש הביטוי וחופש העיסוק של יוצרים עתידיים משך תקופת הבלעדיות.

זכות יוצרים – מהי?

סעיף 4 לחוק ("היצירות שבהן יש זכות יוצרים"):

"זכות יוצרים תהא ביצירות אלה:

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

(2) תקליט ...

ובלבד שהתקיים לגבי היצירות האמורות אחד התנאים הקבועים בסעיף 8 או שיש בהן זכות יוצרים מכוח צו לפי סעיף 9"

קטגוריות של יצירות מוגנות של יצירה

זיקה לישראל

סעיפים של 8+9 מדברים על זיקה לישראל או שהיוצר הוא ישראלי או שהיצירה נוצרה בישראל. כלומר ישראל מכבדת בעלי זכויות יוצרים ז"א גם לבעלי זכויות זרים יש להם הגנה. בין אם היוצר הוא ישראלי או שהיצירה נוצרה בישראל מכוח אמנות. ז"א ישראל מכבדת אמנים ישראלים.

המטרה שלנו לפרק את הס' ולבדוק מתי יש זכות יוצרים. מאחר ואין רישום לזכויות יוצרים צריך לבדוק את תנאי ס' 4.

נדבר על שני התנאים הראשונים היום:

זכויות יוצרים: התנאים לתחולת הזכות

1. יצירה + קטיגוריות מוכרות
2. מקוריות
3. קיבוע
4. זיקה לישראל

התנאי הראשון – יצירה + קטיגוריות מוכרות (נדון בזה בהמשך)

לא מוגדרת בחוק – בחוק יש סעיף הגדרות, גם אם נסתכל שם אין הגדרה ליצירה. בפסיקה נאמר כי אין מבחן איכות לא בודקים האם זה יצירה אם זה יפה או לא יפה.

אין מבחן איכות/כוונה - לא מעניין אן היצירה יפה או לא אין כאן מבחן איכות.

המבחן: מידה מינימאלית של מורכבות יש להשתמש בביטוי זה – מה הכוונה? אם שירטטתי על הלוח קו האם יש כאן מורכבות? זה לא מספיק! צריכה להיות מידה מינימאלית של מורכבות לא יכולים לעשות משהו חסר כל מורכבות אפשרית. אין מבחן כמותי של קיום המורכבות אלא זה על פי ההיגיון והשכל הישר, כי אנו רוצים להעשיר את עולם הקניין הרוחני.

הגנה על ביטוי יצירתי ולא על רעיון יצירתי (רעיונות הן אבני בניין חופשיות לכל)

פס"ד אינטרלוג: השופט שמגר אומר: הביטוי צריך ללוש חזות ממשית ולהיות תוצר של עבודה אנושית.

מה זה אומר עבודה אנושית? אם זה מחשב עשה את זה? למשל תוכנת מחשב שמוגנת תחת זכות יוצרים. התשובה היא שמדובר כאן על זה שהאדם צריך להיות מעורב איפשהו בתהליך וגם אם יש מעורבות של

מחשב וטכנולוגיה זה לא סותר כי יש אדם שיושב מאחורה ומנהל את הדברים ומושך את החוטים. מספיק שיש לי בן אנוש שמעורב בדברים. ברוב המקרים האנשים עושים את העבודה.

התנאי הראשון של יצירה הוא לא התנאי המסובך ולרוב מרבית היצירות עוברות את התנאי הזה ללא בעיה.

הקטגוריות ליצירה - הקטגוריות הללו הן חלק מהלמידה שלנו אבל אנחנו לומדים את זה בהמשך.

במבחן זה לא צריך לקחת יותר משורה אנחנו צריכים למצוא פשוט מידה מינימאלית של מורכבות.

ומה לגבי יצירה שנוצרה על ידי מכונה? (למשל, קוביות הדופלו, תקליט?) מצלמת מהירות אשר מצלמת את האנשים. האם תהיה כאן זכות יוצרים? לא כי אין כאן יוצרים. של ספרות.

התנאי השני (והעיקרי) – מקוריות

דיברנו על שמגר בפסד אינטרלגו ומאמץ את ההלכה של פסד פיסט, הוא אומר לא מספק שיש מקוריות וחוסר העתקה, צריך גם יצירתיות.

משוכה נמוכה. לא דווקא חדשנות או מיוחדות (בניגוד לפטנט) - דרישות מאוד מינימאליות ולא מורכבות.

פס"ד סטרוצקי: דובר על שלטים שחברת ויתמן הזמינה מגרפיקאים. השלטים כללו את שם החברה, ציור של פרח ופסים שהגרפיקאים נהגו להשתמש בו. מה היצירה כאן? הסה"כ השילוב שיוצר שלט ואז קובעים שיש כאן יצירה כלשהי שמורכבת משלושה אלמנטים שעיצבו אותם יחד על ידי הגרפיקאים. לאחר מכן עוברים לדרישה השנייה, בימ"ש בוחן האם השלט הזה הוא דבר שהוא מקורית.

הש' נתניהו מתייחסת לשלושה מרכיבים בדרישת המקוריות:

יש לנתח את שלושת המבחנים הללו על מנת להוכיח את דרישת המקוריות אבל יש יחסי גומלין בין המבחנים וככל שדרישה אחת תעמוד מאוד חזקה כך נוכל להפחית מדרישה אחרת אבל יש צורך לנתח את שלושתם):

1. **עצמאות (בהתאם לדרישות של הס')** – היוצר הוא מקור היצירה

■ היוצר הוא מקור היצירה (היצירה אינה מועתקת). המקוריות היא לא במובן של חדשנות אלא שהיוצר במקרה הזה הגרפיקאים הם מקור היצירה והם לא העתיקו את זה. האם השם חברת ויטמן הוא של הגרפיקאים? לא. אבל השילוב של הפסים, הפרח ושם החברה הם ביחד יוצרים את היצירה של הגרפיקאים ולכן הגרפיקאים הם מקור היצירה והיצירה היא השלט.

■ הבחינה נעשית לפי המקור ולא לפי התוצר הסופי: מקוריות עשויה להתקיים אף אם ישנה זהות ליצירה קיימת (במצב זה, גם אין הפרה). כדי להגיד שאני מקור היצירה ושאתי יצירתי אותה אנחנו לא מסתכלים על התוצר הסופי אלא אנחנו בודקים לפי תהליך היצירה עצמו, בניגוד לדיני פטנטים בזכויות יוצרים זה לכאורה יכול להיות מצב שיהיו לנו שתי יצירות שהן זהות מבחינת התוצר הסופי. למשל שני סטודנטים שבאותו זמן בשיעור אומנות ציירו את אותו ציור בדיוק ללא העתקה אחד מהשני. הסיכוי שזה יקרה נמוך מאוד אבל נניח וזה קרה ויש לנו שתי יצירות זהות כל אחד מהיוצרים יקבל את זכות היוצרים כי כל אחד מהיוצרים יהיה עדיין מקור היצירה כי הוא לא העתיק את זה מאף אחד.

■ אם היצירה מבוססת חלקית על חומרים קודמים, תתכן הגנה על הערך המוסף (צירוף יצירתי של שם החברה, פסים ופרח).

2. **רכיב ההשקעה** (שמגר באינטרלגו קובע לאחר מכן שלא די ברכיב זה שכן תפקיד ז"י היא לעודד יצירתיות ולא לפצות על השקעה). השקעת כל משאב אנושי: זמן, מאמץ, כישרון, השקעה אינטלקטואלית (**פס"ד קימרון**). לא די בהשקעה- יש להצביע גם על **יצירתיות מינימלית** (שמגר באינטרלגו). האם הייתה כאן

השקעה מינימאלית מצד הגרפיקאים? כן כמובן השלט לא נחת עליהם הם השקיעו קצת וזה מספיק כי הדרישה היא להשקעה מינימאלית, השקעה יכולה להיות מינימאלית כמו השקעת כסף.

3. **יצירתיות מינימלית** - ביטוי אישי של היוצר: השקעה גבוהה יותר יכולה לפצות על יצירתיות נמוכה יותר. צריך להראות יצירתיות מינימאלית, צריכים להראות שיש כאן משהו אקסטרה שמעשיר את עולם הביטויים וזה לא בדיוק כמו משהו שקיים כבר. היצירתיות מתכתבת עם החברתיות. בין רכיב ההשקעה ליצירתיות יש יחסי גומלין, כלומר אחד יכול לחפות על השני.

תוצאה בסטרוצקי: השלט הוא יצירה מקורית הראויה להגנה. אמנם סטרוצקי השתמשו בלוגו המוכר של ויטמן ובעיצוב פסים בו השתמשו בעבר, אך הם גם סידרו את כל המרכיבים בצורה מקורית, שאינה העתק של יצירה אחרת.

מה שמייוחד בפס"ד **סטרוצקי** הוא מורכב משלוש דברים שם, פרח, פסים, ז"א האם יש זכות יוצרים בפסים או בפרח בנפרד. בכל אחד בנפרד צריך להיות מורכבות מינימאלית, מה גם שסטרוצקי הם לא מקור היצירה, והגרפיקאים הם לא המקור. אבל הם רוצים לתבוע את ויתמן בגין העתקה. הש' נתניהו קובעת כי זה של סטרוצקי ויש זכות יוצרים בשלט עצמו כי הם המקור והשקיעו כולל יצירתיות מינימלית.

מצגת 3:

שקף דרישת המקורית: המשך.

מאגרי מידע/ שימוש בנתונים קיימים

- **ס' 4(ב) (סעיף חשוב מאוד):** "מקוריות של לקט היא המקוריות בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים שבו" – כלומר, לקחת דברים שונים שקיימים כבר בעולם וללקט אותם ואז המקוריות נבדקת בסה"כ של הבחירה והסידור של העובדות או היצירות. הלקט צריך שמישהו חיבר ביחד את כל הנתונים. למשל ערכתי לקט של שירי דיכאון.

- **ס' 1 לחוק:** "לקט של יצירות לרבות אנציקלופדיה או אנתולוגיה וכן לקט של נתונים לרבות מאגר מידע"

- כלומר, צריך להראות עצמאות ויצירתיות מינימלית בבחירה ובסידור. לא די בהשקעה. עצמאות מתקיימת רק ביחס לערך המוסף.

- **פס"ד פייסט:** ספר טלפונים המשתמש בעובדות קיימות ובסידור טריוויאלי שלהן. בה"מ האמריקאי קובע כי לא די בהשקעת עבודה. אין כאן יצירתיות מינימלית ולכן אין הגנה לספר הטלפונים (עד לפייסט, ניתן היה לזכות בהגנה גם בגין השקעת העבודה, אפילו אם התוצר חסר יצירתיות).

- **פס"ד אייזנמן:** קימרון החוקר עסק משך 11 שנים בפיענוח הקרעים של מגילה גנוזה. הוא צרף פיסית את הקרעים, פיענח אותם והשלים חוסרים לכדי טקסט כתוב.

הקרעים עצמם לא מוגנים, הם נחלת הכלל (אבני בניין בסיסיות), אבל המגילה עצמה כן מוגנת: בה"מ חוזר על שלושת מרכיבי המקוריות ומסביר כי קימרון השקיע ממומחיותו, בקיאותו, יצירתיותו ופרי דמיונו ביצירת הלקט.

פס"ד קימרון – מדבר על חלקי נייר של מגילות שנמצאו במערות הקומראן. הפיסות הללו בפני עצמן לא אומרות שום דבר. הפיסות הללו הועברו למקום מיוחד וניתנה רשות למס' חוקרים לעבוד עבודת בלשנות וצירוף הפיסות הללו יחד על מנת להוציא מהן משהו בעל משמעות. במובן הזה זה מאוד מזכיר את פס"ד סטרוצקי כי הדברים הללו זה נחלת הכלל. הפיסות הללו כפיסות היו קיימות בעולם מאז ומתמיד ואי אפשר

לתת בהם בעלות לאף אחד זה משהו בגדר נחלת הכלל כמו אוויר חופשי לכולם. **קימרון פרופ' מטעם אוניברסיטת בן-גוריון החוקר הישראלי במשך 11 שנים (רכיב ההשקעה) אותו קימרון לוקח** את הפיסות הללו וממייין אותם ומתרגם אותם ומנסה להמציא סיפור כלשהו. האם יש רק סיפור אחד שאפשר לספר? לא. אם היינו לוקחים המון חוקרים ונותנים לכל אחד מן החוקרים הללו את אותן פיסות כל חוקר היה יוצר משהו אחר, איך שאתה מחבר את הדברים ומארגן אותם משפיע על התוצר הסופי. **לקימרון יש תוצר סופי אחד ומיוחד. קימרון סיים את המסמך ושלה את זה לכמה עמיתים שלו על מנת לקבל חוות דעת דבר שהוא מקובל מאוד.** המגילה התגלגלה לידיים אחרות ובסופו של דבר מתפרסם. **העורכים של אותו אייזנמן מפרסמים את המגילה ובעצם פוגעים בזכות לפרסום שלו, הוא יחליט מתי הוא מעוניין לפרסם את היצירה שלו.** בנוסף הם פגעו בזכות המוסרית שלו כי הם לא פרסמו את השם של קימרון. המקוריות כאן מבחינת דרישת העצמאות קימרון הוא מקור היצירה. מבחינת ההשקעה – ברור לנו שיש כאן השקעה של קימרון. יצירתיות מינימאלית – יכלו להיות המון סיפורים שונים אחד מהשני וקימרון עשה את זה בדרך המיוחדת שלו. יש כאן לקט, וקמרון השלים כי 40 אחוז מהתוכן מהידע שלו וזה עונה על היצירתיות, יש כאן זכות יוצרים בלקט ולא בכל אחד מהקרעים עצמו והוא לא מוגן כי נמצא בנחלת הכלל. קמרון השקיע המון זמן והתוצר מגלם יצירתיות, כל המרכיבים הם חלק מהמחבר עצמו אול מסתכלים על התוצר הסופי. שתי סוגיות נוספות כמו זכות מוסרית וזכות כלכליות אשר נדון בהם בהמשך. הפס"ד הזה ניתן לנו לפני חוק זכות יוצרים 2007 אבל זה לא משנה מבחינתנו כי החוק לא שינה את ההלכות הללו. מה שחשוב להבין את הניתוח של המקורית לפי 3 המרכיבים. **הש' טירקל אומר:** כי העבודה של קמרון כללה עבודה של חיבור פיסות אשר בהם רב הנסתר על הגילוי, ז"א נדרשה כאן המון מומחיות ומקצועיות כי קמרון השלים 40 אחוז מתוך מה שחסר. לכן ביהמ"ש קובע שיש כאן זכות יוצרים.

פס"ד פייסט: פס"ד אמריקאי חשוב שיש לצטט אותו. יש התייחסות אליו בפס"ד אינטרלגו. מעניין לראות את ההתייחסות בפייסט לכל הסוגיה של מאגר מידע. בפייסט הייתה חברה אמריקאית שרצתה להכין ספר טלפונים אזורים של כמה מדינות והיא ביקשה רשות מכמה מדינות במחוז להשתמש בספרי הטלפונים המקוריים שלהם וכולם הסכימו למעט קנזס אבל פייסט לקחה בכל זאת והעתיקה. חברת פייסט יצרה את אותו ספר טלפונים האזורי ויש בו את כל הפרטים של כל המדינות כולל קנזס שלא הסכימה. קנזס באה ותבעת בגין זכויות יוצרים על ספר הטלפונים שלה. בימ"ש אומר שזה לא מעניין אותו שאלת ההעתקה כי אין כאן יצירה מוגנת בזכות יוצרים, אם אנחנו מסתכלים פה על לקט ועל אוסף נתונים אנחנו צריכים להראות מקוריות בבחירה ובסידור של העובדות. בימ"ש לא ראה שום מקוריות בבחירה ובסידור בספר הטלפונים הזה. בה"מ האמריקאי קובע כי לא די בהשקעת עבודה. אין כאן יצירתיות מינימלית ולכן אין הגנה לספר הטלפונים (עד לפייסט, ניתן היה לזכות בהגנה גם בגין השקעת העבודה, אפילו אם התוצר חסר יצירתיות). מול הפס"ד של פייסט עומד פס"ד קמרון אשר קיבל הגנה.

חשוב – כשבוחנים את דרישת המקוריות יש לבדוק האם זה לקט ואם זה אכן לקט האם יש מקוריות בסידור העובדות או היצירות (פס"ד קימרון) או שאולי אין מקוריות בסידור הזה (פס"ד פייסט).

התנאי השלישי – קיבוע

מהות הדרישה: קיבוע היצירה באמצעי מוחשי כלשהו (נייר/מחשב/הקלטה) – היוצר צריך להראות שהוא רציני ביחס לזכויות שלו, יש קיבוע של היצירה מה שמראה על רצינות. חשוב לציין זכות יוצרים לא קמה מכוחו של רשם כלשהו, אלא בימ"ש בודק האם קמה זכות יוצרים ע"פ התנאים הללו כי אין רשם של זכות יוצרים. **דרישת הקיבוע בעצם מחליפה את הרישום שלא קיים בזכויות יוצרים.** האם חלום הוא יצירה מקובעת היא לא. אלא השאיפה מבחינת דיני ראיות וצריך קיבוע לכך. אחרת היא לא תהיה מוגנת כי יש עניין של אי וודאות כי זכויות יוצרים אין להם רישום, לכן אני כיוצר חיי באי וודאות וכל אחד יטען משהו

נגדי, לאור העובדה שאין רישום מסודר כי להראות שיש גבול לכן נדרש קיבוע אשר מראה על רצינות מצד היוצר. כלומר צריך ביטוי פיזי השיר צריך להיות בתוך קובץ, או תצלום של הדברים, כתיבה של הדברים. עולה השאלה מה לגבי ההרצאות? יש את פס"ד יעקב נ' ענבר.

רצינות: אם היוצר לא טרח לקבע, כנראה היצירה לא חשובה לו ולכן החוק לא יגן עליו. הקיבוע יוצר וודאות מקום בו לא קיימת חובת רישום.

פסיקה מרכזית:

פס"ד יעקב נ' ענבר - לא צריך להיות קיבוע מדוקדק של היצירה על כל פרטיה, די במצגת וסיכומי שיעור כדי לקבע הרצאות של מרצה.

המערער היה סטודנט למשפטים. במסגרת לימודיו הוא השתתף בקורס דיני נזיקין שלימד המשיב ד"ר אסף יעקב. המערער פרסם ספר, בשם "דיני נזיקין - בראי ההלכה הפסוקה", שפורסם ע"י המשיבה 2. ביהמ"ש המחוזי קיבל את תביעת המשיב 1 וקבע כי הופרו זכויות היוצרים שלו בהרצאותיו על ידי המערער והמשיבה 2. על כך הערער כאן. המערער גורס כי לא הוכח שההרצאות קובעו בכתב, ועל כן אין הן מקימות למשיב זכויות יוצרים בהן; כן טוען המערער כי אין בהרצאות מקוריות - כנדרש לשם מתן הגנה של זכויות היוצרים. **ביהמ"ש העליון דן בשאלה האם הרצאה היא יצירה המקנה זכויות יוצרים לנושאה?** והשיב על כך בחיוב לאור הוראות חוק זכויות יוצרים, בכפוף לכך שהיא עומדת בתנאי הדין להקניית זכויות שכאלו. לטענת המערער, הרצאותיו של המשיב אינן מקנות לו זכויות יוצרים, שכן הן נישאו בעל-פה, ובלא קיבוע בכתב וזהו יסוד הנדרש לשם קבלת הגנת הדין. או שמא השמעת הרצאה בעל-פה מול קהל היא "הגשמה" מספקת? ביהמ"ש השאיר השאלה בצ"ע, שכן הרצאות המשיב קובעו בכתב בשלוש דרכים. קיבוע הרצאות המשיב נעשה בשלוש דרכים: "מצגות" אשר הוצגו לכיתה וחולקו לתלמידים; רישומים אשר ערך המשיב לפני ההרצאה; וסיכומים שנעשו בכיתה בזמן ההרצאה על ידי סטודנטים. כאן למעשה הסטודנט אומר שאין קיבוע כי הדברים הועברו בעל פה, ביהמ"ש העליון בעצם מרכז את דרישת הקיבוע ואמר שהקיבוע לא צריך להיות אחד לאחד והדרישה היא מרכזת, ויש 3 דברים לקיבוע: מצגות, הסיכומים של הסטודנטים, והסיכום של המרצה. והרישומים, זה קיבוע מספק ולכן ופסק כי נגישות המערער ליצירה המוגנת ברורה. המערער היה סטודנט בקורס שהעביר המשיב, למערער הייתה נגישות להרצאות, ודי בכך. כן פסק ביהמ"ש כי מהשוואה בין היצירות עולה כי הדמיון ביניהן גדול מאוד. לפיכך, המערער העתיק, שלא בהסכמה, חלק ממשי ומהותי מהרצאות המשיב תוך הפרת זכויות יוצרים.

פס"ד Tele Event - שידור חי של אירועי ספורט מקיים את דרישת הקיבוע אפילו שהקיבוע מתבצע סימולטנית עם ההפרה.

בעניין הקיבוע הסוגיה של שידור חי מעלה בעיה בהקשר של קיבוע ומה שמוגן בזכות יוצרים זה לא המשחק עצמו או הבעיטות של השחקן אלא השידור עצמו. מהלכי הספורט בעצמם ברור שהם לא יהיו מוגנים בזכות יוצרים אבל השידור בשידור חי למשל יכול להיות שאני בתור ערוץ בחרתי לשדר בצורה מסוימת בחרתי איזה פרסומות לשים איזה קריינות להכניס ואיזה זוויות צילום ולכן כל המכלול הזה מוגן בזכות יוצרים. הקיבוע מתרחש תוך כדי פעולת השידור כי כשמשדרים בשידור חי (streaming) נוצרים לנו עותקים בעת השידור על המחשב ואז נוצר גם קיבוע ובימ"ש אומר ומרכז את הדרישה שזה מספיק לקיים את דרישת הקיבוע.

התנאי הרביעי – זיקה לישראל

8. זיקה לישראל

(א) זכות יוצרים תהא ביצירה כאמור בסעיף 4(א)1, בהתקיים אחד מאלה:
(1) היצירה פורסמה לראשונה בישראל;
(2) בעת יצירתה של היצירה היה יוצרה אזרח ישראלי, או שמקום מגוריו הרגיל היה בישראל, וזאת בין שהיצירה פורסמה ובין שלא פורסמה.

9. זכות יוצרים לפי אמנה בין-לאומית

נחתמה אמנה בין ישראל לבין מדינה אחרת בעניין הגנת זכות יוצרים, או שישאל הצטרפה לאמנה בעניין זה, רשאי השר לקבוע, בצו, כי יצירות כאמור בסעיף 4(א), שהאמנה מחייבת את הגנתן בישראל, יהיו מוגנות על פי ההוראות שבצו ...

כלומר ס' 4 מפנה אותי לס' 8+9 .

ס' 8 מדבר על זיקה של ישראל אם היא פורסמה בישראל או שהיוצר היה אזרח תושב של ישראל אשר יצרה את היצירה.

אולם ס' 9 מוסיף וקובע אם יש אמנה בין שתי מדינות או נגן על הזכויות, ז"א אם היצירה לא פורסמה בישראל ואין לה שום קשר בישראל, והיצירה היא בארה"ב עדיין נכבד את הזכויות של היצירה האמריקאית מכוח האמנה.

מה זה אומר זיקה לישראל? לציין את ס' 8 בשורה וזה תמיד מתקיים.

הזיקה לישראל מופיעה בסעיפים 8+9 (לא לשכוח את ס' 9). הזיקה בעצם בודקת האם יש קשר בין היצירה לבין ישראל. אבל לפי ס' 9 זה בעצם לא משנה לנו האם היוצר הוא ישראלי או לא. כלומר, אם ביצענו שיר של מדונה זה לא אומר שאנחנו מוגנים כי היא אמנית שאיננה מארץ ישראל כי ההגנה של זכויות יוצרים חולשת גם על מדינות אחרות. זה אומר שאנחנו במבחן בודקים את תנאי הזיקה לישראל אנחנו בודקים לפי ס' 8 או 9 – אם רשום שהיוצר הוא דני מראש העין אז קמה זיקה לישראל מכוח ס' 8 ואם כתוב שזאת ג'ניס מארה"ב אז קמה זיקה לישראל מכוח ס' 9 לפי אמנות בינלאומיות. מבחינתו כל מדינה שתצוין במהלך הקורס או במהלך הבחינה זאת מדינה שאנחנו מכבדים את זכויות היוצרים שלה והן את שלנו.

שקף – חזרה על התנאים

דוגמא: קוקו הוא זמר מזדקן העובר לאחרונה תהליך ספיריטואלי של התבוננות פנימית. הוא יצר לקט של שירים רוחניים בשפות שונות, והוסיף ליד כל שיר מילה אחת המייצגת את הרגש שהוא חש כיום כלפי השיר. קוקו קרא לדיסק שלו: "המנגינה פנימה". האם תהיה לקוקו זכות יוצרים ביחס ללקט?

נבדוק את

מה הם התנאים

1. יצירה?
2. מקוריות?
3. קיבוע?
4. זיקה לישראל?

בנוגע לתנאי הראשון יצירה - נראה כי ישנה מידה מינימלית של מורכבות.

בנוגע לתנאי השני המקוריות - מדובר כאן בלקט ואז אוטומטית אנחנו צריכים להזכיר את סעיף 4(ב) ולכן זכות היוצרים תחול רק על הערך המוסף- הסידור, תוספת המילים, הבחירה וכו'. **יש להוכיח מקוריות בלקט לפי שלושת המרכיבים מפס"ד סטרוצקי**: עצמאות, השקעה ויצירתיות מינימלית.

בנוגע לתנאי השלישי שהוא קיבוע – מתקיים כי יש כאן דיסק.

בנוגע לתנאי האחרון של הזיקה של ישראל - מתקיים (כנראה) כי אם הוא ישראלי אז מתקיימת הזיקה מכוח ס' 8 ואם לא אז תתקיים הזיקה מכוח ס' 9.

במבחן נבחן האם קמה ליוצר זכות יוצרים ביצירתו לפי סעיף 4 לחוק זכויות יוצרים-

1. יצירה: האם היצירה היא מורכבת תוצר של עבודה אנושית (אינטרלגו) בהתאם לתנאים

לעיל.

2. מקוריות: 1. עצמאות האם קוקו הוא מקור היצירה הוא עשה את זה.

2. השקעה-נדרשת מינמאלית זמן, כישרון, ידע.

3. יצירתיות מינמאלית- ביטוי אישי של היוצר, הרגש שהוא שם וזה לקט לפי סעיף 4 ב'.

לקט נבחן על פי סעיף 4 אני צריכה להראות מקוריות בבחירה ובסידור. הוא סידר אותם

בצורה מסוימת הוא בחר מספר שירים.

3. קיבוע: העלה את זה על גבי דיסק, ספר, העלאה ע"ג כתב. הדרישה היא מרוכבת פס"ד

יעקב נ' ענבר.

4. זיקה לישראל- לפי סעיפים 8,9. תמיד יש זיקה לישראל במבחן.

מתי אנחנו נדע בוודאות יחסית גבוהה שמתקיימת זכות יוצרים על יצירה מסוימת? בשלב שבית המשפט יכריע בסכסוך בשאלה הראשונה האם קמה זכות יוצרים ביצירה המסוימת הזאת. אבדוק את זה על סמך ס' 4.

למבחן להדפיס את חוק זכויות יוצרים

בהמשך נתחיל לסווג את היצירה עצמה

מצגת מספר 4

הנושאים שאינם מוגנים בזכות יוצרים:

ההבחנה בין ביטוי לבין רעיון

הבינו כי על פי ס' 4 יש דברים אשר מקבלים זכות יוצרים, ישנם דברים אשר לא מקבלים הגנה על זכות יוצרים

היקף זכות היוצרים ביצירה

סעיף 5:

"זכות יוצרים ביצירה ... לא תחול על כל אחד מאלה, ואולם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים:

1. רעיון;
2. תהליך ושיטת ביצוע;
3. מושג מתמטי;
4. עובדה או נתון;
5. חדשות היום."

אלו דברים שלא מקבלים זכות יוצרים, כי אם אני אתן זכות יוצרים על רעיון אז זה יפגע בחופש הביטוי וזה יוצר קיבוע ומכשול של רעיונות עתידיים. למשל פס"ד הרשקו אשר עוסק במתמטיקה שיש בהם דברים שלא מקבלים זכות יוצרים כמו לוח ה-100 או לוח הכפל. בנוסף הרשמית לעיל אינה עומדת בדרישת המקוריות.

היקף זכות היוצרים ביצירה: חריגים

Idea/expression dichotomy - ההבחנה בין רעיון לביטוי

הגנת זכות היוצרים משתרעת אך ורק על הביטוי הגלום ביצירה: פיתוח יצירתי של הרעיון.

ס' 5 בעצם מבחין בין ביטוי לרעיון - זכויות יוצרים יש אך ורק בביטויים מקוריים ולא ברעיונות, רעיונות הם אבני בניין חופשיים וכך גם תהליכים בשיטות ביצוע, הליכים מתמטיים וכו'. יש דברים שנתונים לנחלת הכלל ולא תינתן בגינם זכויות יוצרים ובלעדיות. למשל ניקח רעיון של גיבור על ועכשיו נגיד שהראשון שהיה לו רעיון על גיבור על יש לו זכות בלעדית על הרעיון הזה אנחנו נגביל מאוד משמעותית את המגוון ואת חופש היצירה כי למשל עכשיו לא יהיה מקום גם לבאטמן וגם לספיידרמן ואנחנו לא רוצים שזה מה שיקרה כי הרעיון הזה של גיבור על שמציל את העולם ניתן לביטוי בכל מיני דרכים ולא צריך לחסום את הרעיון הזה אלא ההגנה תהיה על הביטוי הספציפי למשל על ספיידרמן אבל לא על הרעיון עצמו של גיבור העל שמציל את העולם. חשוב לשים לב מתי הרעיון מגבש הופך להיות ביטוי, וכאן הרעיון כאן סימן קונקרטי כדי להפוך את הרעיון לביטוי, ועם מתן הגנה לספיידרמן מן זה לא יפגע במתחרים אחרים. כלומר צריך לפתח את הרעיון לביטוי קונקרטי, כמו הפגנה לא מוגנת בזכות יוצרים, אבל דרך הביטוי תהיה מוגנת כמו צלם אשר צילם את ההפגנה לא ניתן לקחת לו את הצילום עצמו או התסריט של ההפגנה. או למשל אנשים אשר מתעדים את הטבע והוא לא שייך לאף אחד, אבל התמונות של נאשוויל ג'רפיק מוגנות בזכות יוצרים.

כלומר הביטוי הקונקרטי עצמו מקבל זכות יוצרים. לפעמים קשה להגיד מה זה רעיון או ביטוי.

היקף זכות היוצרים ביצירה: חריגים

החריגים לזכות היוצרים ע"פ ס' 5 –

1. רעיון - הרעיון הוא חופשי כאוויר לנשימה.
 - ✓ רציונל – מרחב ליצירה עתידית. השראה היא רצויה. רעיונות הם אבני בניין בסיסיות.
 - ✓ הביטוי הוא לאו דווקא מילולי, אלא פיתוח יצירתי של הרעיון.

- ✓ התייחסו אינו חד ומדויק: ככל שנוסיף יותר רבדים – מתרחקים מרעיון ומתקרבים לביטוי. הכרעה קשה, ובמידה רבה – סובייקטיבית.
2. **תהליך ושיטת ביצוע - שיטה חדשה ללימוד חשבון? מתכון?**
פס"ד על השולחן נ' אורט: בה"מ קובע כי מתכונים, כשלעצמם, אינם מוגנים בזכויות יוצרים בהיותם אוסף של עובדות ונתונים (רשימת חומרים והוראות הכנה). ככל שהוראות ההכנה הינן ייחודיות (מבחינת צורת הביטוי שלהן), תיתכן הגנה תחת ז"י.
על השולחן עוסקת בהפצת מתכונים אוכל, בעצם חברת אורט השתמשה במתכונים של חברת על השולחן, עלתה השאלה האם יש זכות יוצרים במתכון?
בימה"ש אומר כי במתכון עצמו אין זכות יוצרים, כי במתכון יש רשימת מוצרים ואיך להכין את המוצר, וכל מה שיש כאן זה "שיטת ביצוע" סעי' 5 לחוק, ולכן זה לא מוגן. הם לקחו את הכתבה אשר מוגנת לכוראה בזכות יוצרים? השאלה אם מה שנקלח עולה כדי הפרה? אבל בהימ"ש אומר שאורט לקחו את המתכונים שזה כולל רק "שיטת ביצוע". אבל ספר מתכונים כן יהיה מוגן בזכויות יוצרים.
מתי ניתן למור כי המתכון עצמו יהיה מוגן בזכויות יוצרים?
אופן ההגשה והעיצוב של המנה עצמה, לגבי המתכון עצמו איזה דרך ביצוע שהיא יחודית כמו להעביר את זה ע"י שיר או דבר יצירתי או להפוך את המתכון לרשימת ביצוע מסודרת.
מה לגבי מתכון – דרך אחרת לשמור עליה זה למשל כמנת שף ולא לומר מה המתכון שלה כמו סוד מסחרי. אבל על מתכון אין הגנה של זכות יוצרים כי זה עולה בגדר שיטת ביצוע ואין על זה הגנה של זכות יוצרים, חשוב לך כל כך לשמור על המתכון שלך אל תספר מה יש במנה ועל המתכון. על מה כן אפשר לקבל הגנה? על ספר מתכונים עצמו על הסך הכל על הצורה שהוא בנוי ועל דרך הביטוי אבל לא על המתכון עצמו.
- פס"ד כנרת פיקובסקי:** מדובר על עו"ד שכתבה ספר לימוד למבחני הרשות לני"ע. היא טענה שהספרים בכל מיני מכללות קטנות מועתקים מהספר לימוד שלה. היא הוכרזה כתובעת סדרתית. בה"מ מסביר כי אין הגנה לשיטת ההוראה או הלימוד, אפילו אם היא מקורית. בימ"ש אומר כי נכון שיש דברים דומים אבל דרך הביטוי היא שונה בסופו של דבר החומר יהיה אותו חומר אבל צורת הביטוי הייתה שונה, הדברים לא היו מסודרים באותו סדר, הטיפים ללימוד היו שונים ולכן לא הייתה העתקה להבדיל מפס"ד הרשקו ומה שנקלח פה זה הרעיון והרעיון לכתוב ספר לבחינות לרשות לניירות ערך זה רעיון בלבד ואין עליו זכות יוצרים.
ספר לימוד למבחני הרשות לני"ע. בה"מ מסביר כי אין הגנה לשיטת ההוראה או הלימוד, אפילו אם היא מקורית. באותו אופן, זכות היוצרים אינה חלה על העובדות המאוזכרות בספר. זכות היוצרים תחול רק על אופן הביטוי של השיטה והעובדות (למשל, באופן הבחירה והסידור של העובדות, בביטוי המילולי-ספרותי או בסיגנון הכתיבה).
3. **מושג מתמטי – פס"ד הרשקו:** יסודות טכניים, נוסחאות וסימנים בהוראת החשבון הם נחלת הכלל, אך יישומם יכול להיות מוגן. היישום מתבטא בדרך ההגשה, בצורת התרגילים ובאופן סידור ודירוג בחומר.
4. **עובדה או נתון – אינם מוגנים. (פרימייר ליג נ' המועצה להסדר הימורים בספורט)**
מדובר על לוחות המשחקים של פרימייר ליג איזה קבוצה משחק נגד איזה קבוצה, המועצה להימורי ספורט משתמשת בנתונים של הלוח הזה כדי להציג אותם בפני המהמרים שלה, פרימייר ליג טוענת שיש פגיעה בזכויות יוצרים לטענתם הייתה השקעה אשר התבטאה עד שהגיעו לסידור המשחקים והשקיעו המון זמן וכסף באותם לוחות, בימה"ש אומר זה מזכיר את הפס"ד של פייסט אשר ההשקעה הייתה גדולה אולם לא הייתה זכות יוצרים כי מדובר על לקט, גם בפס"ד זה זמני המשחקים זה עובדה ונתון, ולאחר מכן יוצרים לוח משחקים שלא כולל את כל התחרויות שיש

באזורים, הם בעצם הכניסו את כל המשחקים לפלט, אם היו מסדרים אותם באופן יצירתי כמו חלוקה גאוגרפית. יתר מכך ביהמ"ש אומר גם אם נגיד שיש זכות יוצרים המועצה לא לקח את הלוח אלא חלק מהמשחקים עצמם וזה מה שחשוב כי מדובר רק בנתון. חשוב להבין כי הצדדים פרימייר ליג טוענת אחרת יש הבנה והסכמה כי מועד המשחקים זה עובדה, אבל מה שמנסה להגיד הלוח זה זכות יצירה. אבל ביהמ"ש קובע שזה לא זכות יוצרים ודחה את התביעה.

5. חדשות היום - לעיתונאי המדווח מהשטח אין זכות באירוע עצמו, אלא רק בצורת הדיווח/ההגשה שלו.

חריגים נוספים לזכויות יוצרים

- **סעיף 6 לחוק:** "על אף הוראות סעיף 4, לא תהא זכות יוצרים בחוקים, בתקנות, בדברי הכנסת ובהחלטות שיפוטיות של בית משפט או של כל רשות שלטונית המפעילה סמכות שפיטה על פי דין." לדוג': פס"ד אינו מוגן, אבל כתב טענות המבוסס עליו- כן.
כי זה אבני בניין שלנו, ואם אני רוצה להגיע לרשות הבניין ולהגיד לה שיש עבירה על החוק אז אין מניעה. מה כן יהיה מוגן? הרצאות אשר הועברו באופן ספציפי, כתבי טענות.
- **רציונל:** הציבור נושא בעלויות של ההליכים המשפטיים, החקיקתיים וכד', ולכן ראוי שהוא ייהנה מהתוצרים של הליכים אלו מבלי לשלם.
- **סעיף 7 לחוק:** "על אף הוראות סעיף 4, לא תהא זכות יוצרים במדגם כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים או בעיצוב כהגדרתו בחוק העיצובים, התש"ז- אלא אם כן המדגם אינו משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי."
מדבר על דברים כמו בפס"ד אינטרגלו כמו יצירות פונקציונאליות, לא תהיה חפיפה בין זכות יוצרים לבין מדגם כמו עיצוב. למשל אם נקבל הגנה על מדגם כמו קוביות לגו אז לא נקבל גם זכויות יוצרים. החוק קובע אם מדובר במדגם של עיצוב כמו כיסא, הוא לא יקבל גם הגנה של זכות יוצרים. כי יש כאן אלמנט פונקציונאלית גם אם ניתן להגנה של זכויות יוצרים של חיי היוצר + 70 שנה תהיה בעיה של התפתחות.
אבל אם אנו מדברים על כיסא אשר נמצא בתוך מוזיאון ויש עליו שלט "אסור לשבת" כיסא כזה יש לקבל הגנה וזה מה שאומר סעי' 7. אז כל עוד שזה מכוון ליצור תעשייתי מעל 50 חתיכות זה לא נותן הגנה.
- מוציא מגדרו דברים הראויים להירשם כמדגמים, כל עוד הם מכוונים לייצור תעשייתי (יותר מ-50 יחידות לפי תקנה 72 לתקנות המדגמים).
סעיף 7 למעשה מוציא מהתכולה של דיני זכויות יוצרים את אותם דברים שנרשמו או ראויים להירשם כמדגם ולא מאפשר לבצע חפיפה זין מדגמים לזכויות יוצרים בתנאי שאותו מדגם משמש או מכוון לייצור תעשייתי – התקנות קובעות שמדובר במכירה של מעל 50 יחידות. אם הוא כשיר להירשם כמדגם והוא לא מיוצר בצורה תעשייתית (מעל 50 יחידות) אז ייתכן וכן נוכל לתת לו הגנה של זכויות יוצרים.

חריגים נוספים לזכות היוצרים

- **פס"ד אינטרגלו:** קוביות הדופלו הן **יצירה פונקציונלית**: מערבים שיקולים פונקציונליים עם שיקולים אסתטיים. יש להן מטרה שימושית, מעבר להנאה המופקת מעצם הצפייה בקוביות. האם יש מקום לתת הגנה תחת זכויות יוצרים? **אומנם הפס"ד הוא ניתן לפי החוק החדש, ז"א אם יש הכלה אשר נקבע בהתאם לחוק הישן זה אומר כי ההלכה עדיין תאומץ על החוק החדש, לכן ההלכה נשאר למרות שהייתה**

בזמן סעיף שין, בפס"ד אינטרלגו מדובר על קוביות לגו, והיא תביעה בגין תביעת הפרת זכות יוצרים בגין מדגם, ולמה היא תובע ?

מדגשם נתן 15 שנים הגנה, ואילו עיצוב נותן הגנה של 25 שנים. למה הם מעלה טענה של זכות יוצרים? כי יש כאן הגנה יותר רחבה. **השופט שמגר אומר:** שצריך לתת לקוביות הגנה של זכויות יוצרים הוא פעל לפי סעי' 21 הישן, אבל בפועל הוא אומר שיש חשש לתת הגנה מה זה יצירות פונקציונאליות ? זה יצירות אשר מעבר למימד האסתטי יש להם מימד פונקציונאלית מעבר לזה שזה צריך לגרות את החושים, צריך לשרת מטרה ספציפית. לגבי הקוביות ?

הכוונה ליצור מטרה לילדים שיכולים לחבר את הקוביות ולפרק אותם וזה קל לתפעול. השופט שמגר כי במוצר פונקציונאלי שצריך לשרת מטרה מסוימת אז אפשרויות היצירה מצטמצמות. לכן היצירות הפונקציונאליות אם אני אתן להם הגנה של חיי היוצר + 25 שנה אני תוקע את השוק. הדיון לכאורה הוא מיותר כי יש את סעי' 7 והעסי' הישן זה 21 וזה היה נגמר, לכן כדי למנוע מונופול על היצירה הוא לא נותן הגנה. ולא רוצה להגביל את המתחרים.

- יש חשש להגבלת יתר של מתחרים פוטנציאליים. אם מספר הדרכים לבטא רעיון מסויים הן מצומצמות (מאחר ויש הגבלות פונקציונליות), החשש הוא שניתן הגנה מונופוליסטית לרעיון (דוקטרינת המיזוג).
- **האם די במבחן המקוריות?** הואיל ומדובר במוצר, קל לעבור את משוכת המקוריות. שמגר חושב שדווקא בגלל זה שמוצר פונקציונלי יש להוסיף מסננת נוסף על מבחן המקוריות כדי שתעצור את הזרם ותהפוך את קבלת ההגנה על זכות יוצרים ליותר קשה.

שמגר נותן לנו מבחן עזר שהוא:

- שמגר מנסח את **מבחן האומנותיות שרלוונטי אך ורק ליצירות פונקציונליות:** מבחן דו שלבי שמסתכל גם על כוונת היוצר וגם על התוצר הסופי. פה החידוש, הוא מסתכל גם על התוצר המוגמר וזה חריג כי בזכויות יוצרים מבחינה מהותית יכול להיות שתי יצירות זהות אבל לא תהיה הפרה של זכות יוצרים כי אמרנו שההגנה היא לא כלפי כולי עלמא אלא רק כלפי מעתיקים ואם קרה מקרה ושני אנשים ציירו שתי שקיעות זהות באותו זמן ולא העתיקו אחד מהשני שניהם יקבלו הגנת זכות יוצרים כי אף אחד לא יכל להעתיק מהשני. פה, להבדיל מהמצב הרגיל ורק בהקשר הספציפי והצר של יצירות פונקציונליות אין להסתכל רק על תהליך היצירה ויש להסתכל גם על התוצר הסופי.

הוא אומר כי הקוביות הם יצירה אומנותית שזה יכול להיות פסל, תמונה, ושמגר אומר כי לקבוע אם לתת הגנה ליצירה פונקציונאלית אשר משרתת מטרה מיוחדת. אנו נבחן את היצירות האלו לפי מבחן כפול:

- **כוונת היוצר:** עד כמה נשקלו שיקולים אסתטיים על-ידי היוצר? דגש על עידוד יצירה, **המבחן הוא מבחן תיאורטי-** עד כמה היצירה הזאת בכלל משקפת שיקולים אומנותיים אסתטיים? האם זה נבע ממקום של לייצר משהו אסתטי או שהכוונה נבעה ממקום פונקציונלי של לבנות קוביות נוחות למשחק לילדים? ונקבע שיצור הקוביות נבע משיקול פונקציונלי ואין שם אלמנט עיצובי מיוחד במינו.
- **תוצר סופי:** עד כמה התוצר הסופי מגביל את מרחב היצירה של יוצרים עתידיים? **הוא אומר שאין דרך אחר לעשות את הקוביות האלו, לכן צריך להגביל את היצירה עצמה,** כמובן שבמצב רגיל אנחנו לא בודקים את זה אנחנו לא בודקים עד כמה הגנת יוצרים על ציור אחד מגבילה את התחרות וזה רלוונטי רק למוצרים פונקציונליים! זה מה שמכריע את הכף בפס"ד אינטרלגו שמגר אומר שאם ניתן הגנה לקוביות הללו של זכויות יוצרים תהיה כאן הגבלה גדולה מידי על התחרות ויש כאן אולי מקום לתת רק הגנה של מדגמים מכיוון שהמוצר הזה כל כך פונקציונלי. חשוב מאוד למבחן הזה ובפס"ד הזה גם נאמר שאין כמעט אלטרנטיבות לייצר את אותו מוצר בדרך שונה ובימ"ש באמת אומר שאין כמעט אלטרנטיבות אסתטיות אחרות ואולי אין בכלל אלטרנטיבות לייצור שונה של קוביות הדופלו.
- **תוצאה:** אין זכות יוצרים בקוביות הדופלו מכיוון שהן עושות שימוש באבני בנין בסיסיות, אין הרבה אלטרנטיבות אומנותיות לשיטת החיבור, מדובר במימד פונקציונלי.

פס"ד דוורון: (יצירות הראויות להירשם כמדגם) "Fisher-Price" הוא מגישה תביעה מכוח אמנה עפ"י סעיף 9 כי מודבר כאן באמנה בין לאומית ויש זיקה לישראל. במבחן צריך לבדוק קודם את סעי' 4 ולאחר מכן לציין את סעי' 9. הכיסא כשיר להירשם כמדגם, הוא לא נרשם בישראל, ומכרו ממנו יותר מ-50 כיסאות לכן מחילים את סעי' 7. אבל עולה השאלה אם לתת הגנה על חלק מהחפץ כזכות יוצרים כמו הציור של האריה? ערעור על פס"ד מחוזי במסגרתו נדחתה תביעת המערערות (הבעלים של המותג "Fisher-Price") כנגד המשיבים בגין הפרת זכויות יוצרים בכיסא הנדנדה של המערערות. אין חולק כי העיצוב המקורי של האריה המופיע בריפוד שתי הכיסאות וחוברת ההדרכה מקורם במערערות ובעובדיהן, וכי הכיסאות שיובאו שווקו ע"י המשיבים תחת השם "Infanti" הם עותקים מפריס, לפי הגדרת החוק. עיקר הדיון עסק בשאלת היחס בין דיני המדגמים לדיני זכויות היוצרים והאם ניתן להעניק זכות יוצרים ליצירה שהיא חלק מחפץ הכשיר להירשם כמדגם? שאלת היחס שבין דיני זכויות יוצרים לדיני מדגמים. **בימ"ש הולך בדרך של המחוזי ומשתמש בחריג של ס' 7 ועל כיסא הנדנדה אין מקום לתת הגנה של זכויות יוצרים כי הוא כשיר להגנת דיני מדגמים.**

- **דיני זכויות יוצרים מגנים על ביטויים מקוריים.**
 - **דיני דגמים מגנים על צורתם המיוחדת של מוצרים שנמכרים בהיקף תעשייתי.** אין הגנה למוצרים שהם רק פונקציונליים (דיני פטנטים) והם בהיקף תעשייתי = יותר מ-50 יח' (ראו תקנה 72 לתקנות המדגמים).
 - ולכן, אין מקום להגנת זכות יוצרים על מוצר הכשיר להירשם כמדגם (למעט אלו המיוצרים/מיועדים לייצור תעשייתי). כלומר, **אין להגן על כיסא הנדנדה תחת דיני זכויות יוצרים.**
 - **מה לגבי הציור של האריה?** האם ניתן להעניק הגנה לחלק מחפץ שראוי להירשם כמדגם? אין הצדקה לשלול הגנה על יצירה רק משום שהיא מופיעה על מוצר הכשיר להירשם כמדגם. (למשל, מיקי מאוס) **בימ"ש מציין את הדמות של מיקי מאוס והוא אומר שזה שמו את הדמות של מיקי מאוס על מוצר אחר זה לא אומר שלא תהיה עליה הגנת זכות יוצרים וזה לא מתקבל על הדעת שכן על הדמות של מיקי מאוס עצמה יש את זכות הגנת יוצרים לא משנה על איזה מוצר היא תהיה.**
 - **בימ"ש משתמש במבחן הפרדה:** יש לבחון האם ניתן להפריד את החלק לגביו נטענת הגנה תחת זכויות יוצרים מהמדגם בכללותו (האם אפשר להפריד את ציור האריה מהכיסא).
 - **הפרדה פיסית:** סמל מכונית אותו ניתן להפריד ממכסה המנוע. **הפרדה מהותית:** הדפס מחולצה, עיטור מטפט, איור מכלי מטבח.
 - ניתן "להפריד מהותית" את היצירה מן החפץ, אם היצירה יכולה להתקיים – כשרטוט על נייר או כפסל תלת ממדי, לדוגמה – בנפרד מן החפץ בלא להרוס את צורתו הבסיסית. **ביקורת?**
 - **תוצאה:** במקרה זה, האריה ניתן להפרדה מן הבחינה המהותית ולכן ניתן להגן עליו תחת דיני זכויות יוצרים. בה"מ איננו מכריע בשאלה האם יש לאמץ גם את מבחן ההפרדה הפיסית.
- יש כאן 3 שלבים לניתוח:** (1) הכיסא עצמו הולך למדגם ואז אני הולך לסעי' 7 ובגלל שיש יותר מ-50 כיסאות אז הוא לא מקבל הגנה. (2) האם אפשר להפריד בניהם כן הולכים לשלב השלישי (3) כעת צריך להיכס לסעי' 4 ולשאול את האריה מוגן לפי סעי' 4 עם כל התנאים. אז ביהמ"ש מגן על האריה.



חני נצר

היסטרופוליה" של פישר פרייס (מימין) וההעתק של דוורון

דוגמא למדגם שלא ניתן להפריד:



פס"ד סטארט אתלטיקה (ארה"ב) לגבי חולצות של מעודדות – נשאלה השאלה האם ניתן להגן על הפסים של חולצות המעודדות בהגנת זכויות יוצרים? נקבע שהמדים עצמם הם מדגמים אבל אותה יצירה אומנותית של העיצוב הספציפי של הפסים על החולצה יש לו קיום נפרד והוא ניתן להפרדה וניתן לשים אותו על מוצרים אחרים ולכן בימ"ש בארה"ב מגיע לאותה הכרעה ופס"ד דוורון בעקבותיו שיש לתת לאותו רכיב שנמצא על אותו מוצר המוגן בדיני מדגמים הגנה של זכויות יוצרים מכיוון שניתן להפריד אותו.

חריגים נוספים לזכות היוצרים

ראינו כדי ליצור הגנה על זכויות יוצרים אז הדרישה היא מינימום וביהמ"ש לא שואל אם היצירה היא יפה או מכוערת וזה משהו סובייקטיבי, ואם אני אקבע סטנדרט אז אני אגביל את היוצרים.

פס"ד סקס סטייל: שאלת ההגנה על יצירות פורנוגרפיות. ביהמ"ש אומר שיש זכות יוצרים, אבל הוא לא אוכף אותה ולא נותן סעד על הפרה של זכות יוצרים, לכן לנתבע אין עילה של הפרה. במקרה הזה אבוטבול לקח קישורים מאתר של סקס סטייל והפיץ אותם. בימה"ש אומר שיש זכות יוצרים אבל לא יאכוף אותם מטעמים של כבוד נשים, כי יש עוד הרבה אנשים כמו אבוטבול אשר מעלים קבצים לא חוקיים. כלומר יש זכות יוצרים אבל לא יאכפו אותה. הבעיה הנוספת למונח פורנוגרפיה אין הגדרה הוא משתמש בפסיקה של פאליי-בוי שאין שם הגדרה של פורנו. הוא מסתכל על חוק העונשין מדבר על תועבה קונקרטיה ביחס לילדים, ואם אני אגדיר כי תועבה הם רק של נשים אז אני משמיט את דברי המחוקק. **זאת הייתה פסיקה שנויה בחלוקת כי בימה"ש אומר שיש זכות יוצרים אבל לא נותן סעד, אבל יש להם הצדקות חברתיות.**

- סקס סטייל עוסקת ביבוא, הפקה ופיתוח של מוצרי סקס, לרבות סרטי פורנוגרפיה.
- הנתבע אבוטבול מפעיל אתר אינטרנט אשר בו לכאורה הציבו גולשים לינקים לסרטים של סקס סטייל, מבלי לקבל את רשותה.
- האם קיימת זכות יוצרים ביצירה פורנוגרפית?
- מדובר ביצירה דרמטית מוגנת בזכות יוצרים.
- האם ראוי לאכוף אותה?
- הנתבע טוען כי אין על בהמ"ש להגן על היצירה הפורנוגרפית הן מטעמים של אי חוקיות והן מטעמים של תקנת הציבור.
- בהמ"ש קובע כי היצירה הנדונה אינה חוקית ולכן אין לאוכפה מכוח סעיפים 30 ו-61(ב) לחוק החוזים. לחלופין ניתן להיעזר בכלל "מעילה בת עוולה לא תצא זכות תביעה".
- האם מדובר כאן בהכנה ובהפצה של "תועבה" אשר איננה חוקית לפי חוק העונשין? "תועבה" איננה מוגדרת בחוק העונשין, אולם בהמ"ש קובע כי כאן מדובר בתועבה ולכן מחליט שלא להעניק הגנה לבעלי זכות היוצרים בצירה.

זכויות יוצרים – תנאים לתחולה

1. יצירה + קטיגוריות מוכרות
2. מקוריות
3. קיבוע
4. זיקה לישראל

סוגי היצירות המוגנות

קטיגוריות מוכרות

לסיווג היצירה יש נפקות מבחינת היקף ההגנה

סעיף 4 לחוק ("היצירות שבהן יש זכות יוצרים"):

"זכות יוצרים תהא ביצירות אלה:

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

הקטגוריות של ס' 4 (היצירות שבהן יש זכות יוצרים) – היום נעשה הבחנה בין סוגי היצירה, הסיבה שאף פים לא שוכחים את הקטגוריה כי החל משבוע נתחיל לדבר על הפרה של זכויות יוצרים, הכוונה היא פעולות תחת זכויות יוצרים כמו עותקים, לשדר אותה, לבצע אותה בפומבי, מה שמעניין על פעולה כלכלית זאת היא נדבקה לקטגוריה של יצירה, ז"א לא כל פעולה היא יצירה כמו זכות השידור. לכן חשוב לחלק את זה לקטגוריות. כמו זכות השידור נדבקה לזכות מסוימת אם היא ספרותית, אמנותית, דרמטית, מוסיקלית.

יצירה ספרותית

הגדרות בסעיף 1: רשימה פתוחה ("לרבות").

"יצירה ספרותית" - לרבות יצירה המבוטאת בכתב, הרצאה, טבלה, לקט, וכן תוכנת מחשב.

מה אנחנו למדים? אנחנו רואים שרשום "לרבות" משמע, שזו רשימה פתוחה ולא סגורה. ניתן לומר כי כל מה שבכתב היא יצירה ספרותית כמו פישר Fisher Price Inc נ' דורון.

- ספרות ושירה; לרבות יצירות שימושיות (למשל, כתב תביעה, מחירון ענף הבנייה).
- מה לגבי דמות ספרותית? **פס"ד מוסינזון:** האם תהיה זכות יוצרים לדמות ולא רק ליצירה ספרותית? בעצם מה שהיה הדמות של החסמ"ה תוארה באופן אחר. שופט בית המשפט המחוזי בת"א, יהודה זפט, דחה את תביעתה של חנה מוסינזון, אלמנתו של יוצר חסמב"ה, יגאל מוסינזון, למנוע את פרסום הספר "לא תשווה" שנכתב על-ידי שפרה האפרתי, הנתבעת. גיבורי ספרה של האפרתי הם בני חברת חסמב"ה המפורסמת. בספר מתוארים בני החבורה לעת זקנתם, לאחר שכל אחת מהדמויות עברה משבר זהות, שהוביל לתפנית חדה בחייה. כוכב נוסף הוא הסופר המנוח יגאל מוסינזון, המתואר בספר כמי שנפטר וכניסתו לגן עדן עוכבה על-ידי היושב במרומים עד לתיקון דרכיו ושיפור מצבם של בני חברת חסמב"ה.

לטענת התובעת, פרסום הספר יפגע בזכות היוצרים שלה ובנוסף יהא בו התעשרות שלא כדין. התובעת אינה טוענת כי בספר נכללו קטעים שהועתקו מספרי חסמבה. הטענה היא הפרת זכות יוצרים בדמויות שפותחו בספרים אלה. **מה אנחנו לומדים?**

קודם כל ניתן לראות שעל אף שיגאל מוסינזון נפטר זכות היוצרים לא פגה אלא היא מועברת לאשתו כ-70 שנה לאחר מותו והזכות היא עבירה. בנוסף נקודת המוצא של בימ"ש היא שהיצירה של ספרי חסמב"ה בוודאי שזו יצירה ספרותית ואין על זה שום וויכוח אבל הספרים הללו זה לא מספיק לסופרת השנייה כי אותה סופרת שמגיעה מאוחר יותר כותבת ספר בשם לא תשווה ובספר שלה היא לוקחת רק את שמות הדמויות ולא שום דבר מעבר. כלומר, שמבחינת התובעת גברת מוסינזון לא די לה להסתפק בזכות יוצרים בספר עצמו ולכן חשוב לגברת מוסינזון להראות שיש זכות יוצרים נפרדת בדמויות כי אם אין אז לא תהיה לה בכלל עילת תביעה כי העלילות לא דומות אלא רק שמות הדמויות וזוהי הסיבה שבגללה בימ"ש מתעכב על השאלה האם בכלל יש זכות יוצרים בדמויות. מה שגברת האפרתי עשתה זה בעצם לקחת את שמות הדמויות והרכיבה אותן מחדש ובעצם היא ביקשה לקרוא תיגר על מה שספרי חסמב"ה מתארים. בימ"ש אומר שהאפרתי לוקחת את שמות הדמויות אבל אפילו התוכן שלהם שונה לחלוטין אבל היא ביקשה לקרוא תיגר ולעשות פרודיה על חסמב"ה ואי אפשר להעביר ביקורת ללא שימוש במקור. בעצם הפס"ד הזה חשוב לנו כרגע בגלל שהוא קובע שהדמות יכולה לקבל הגנה מעבר למעגל שהיא נמצאת בו. כלומר כאן הייתה רק העתקה של דמויות. שכן נקבע כי, דמויות ספרותיות זכאיות להגנה בנפרד מהיצירה הספרותית בה הן מופיעות, בתנאי שעומדות בתנאי החוק (יצירתיות, מקוריות, קיבוע וזיקה). כיצד נקבע שהדמות מקורית? נבחן עד כמה היא מפותחת, האם אפשר לצפות את התנהגותה. הדמויות המקוריות מוגנות כיצירה ספרותית כשלעצמן. כלומר, היצירה הספרותית של עלילות חסמב"ה מכילה גם מספר יצירות ספרותיות בודדות - כל אחת מהדמויות.

התוצאה היא לאלמנתו של מוסינזון יש זכויות יוצרים גם בדמויות של גיבורי חסמב"ה אבל היא לא תחול עליה ביצירה של האפרתי כיוון והיצירה מוגדרת כפרודיה. לאלמנתו של מוסינזון יש זכויות יוצרים גם בדמויות של גיבורי חסמב"ה 5 (שימו לב לעבירות של הזכות). כי אפרת לוקחת את הדמויות וכותב אותם בתרחיש אחר. ויוצרת יצירה ספרותית באופן אחר. חשוב להבין האם יש זכות יוצרים בתוך דמות? אם התשובה היא לא אז הקיס נופל, בימ"ש אומר כי המונח דמות חוזר על עצמו, ברמת העיקרון ניתן לתת הגנה רק כאשר הדמות פותחה באופן כזה שעברה מקו הדמיון מרעיון לביטוי. לכן בימ"ש אומר עד כמה הזכות מפותחת הוא משתמש **במבחן "זיהוי הדמות" לקחת ספר מסוים ולהוריד ממנו את הדמויות, ולשייך את המשפטים לדמויות אם נגיע למסקנה כי על סמך השייך של המשפטים לדמות עצה, ואז אנו למדים כי ניתן לזהות את הדמות. חשוב כעת להבין את ההלכה כי דמות יכולה לקבל הגנה. אבל בסיטואציה הזו שהסופרת לקחה את הדמויות להעברת מסר וביקורת כללית על החברה, אבל כאן לא הייתה הפרה כי רק לקחה את השם ויצרה דמויות אחרות לגמרי.**

המשך יצירות ספרותיות שהם מוגנות –

עבודות היסטוריות/תיעודיות: נכנסות בגדר יצירה ספרותית, אך התזות בבסיס העבודות הללו, הנתונים הם בגדר רעיון לא מוגן. ככל שהעבודות מבוססת על נתונים אז אין הגנה על פי סעי' 5 כי הנתונים פתוחים ונשארים בחוץ או אם אני כותב ספר טיולים על מסלולים, על הספר יש הגנה, ז"א אם מישוהו יבוא ויקח את הספר ויפרסם אותו הוא יפר זכויות יוצרים.

הרצאות: נכללות מפורשות בגדר יצירה ספרותית.

שלטים: יש לחלק את האלמנטים שבשלט (פס"ד סטוצקי) – השלט יכול להיות יצירה אומנותית (הגרפיקה, הציורים) ויצירה ספרותית (סיסמאות, מלל).

ספרי לימוד/שאלונים/טפסים: ספרי לימוד מוגנים בז"י, אך לא שיטת הלימוד (פס"ד הרשקו, עו"ד כנרת פיקובסקי). גם טפסים וטבלאות נכנסים תחת קטיגורית היצירה הספרותית (למשל, טפסי מס לנישום-פס"ד אחימן).

תוכנות מחשב: מוגנות כיצירה ספרותית, בכל צורה בה הן מבוטאות. ביקורת: תוכנה היא פונקציונאלית, אין אלמנט אומנותי. הגנה מאוד ארוכה לתחום דינמי. הם מוכרות כהגנה של זכויות יוצרים. כמו C ליד התוכנה. הדבר הנוסף אשר מעורר עוד קושי הוא למה צריך הגנה, כי המצב הרגיל הוא תחרות חופשית ונתנו בעבר דוג כמו תאורה ברחוב, ואם לא יהיו אנשים אשר יהגו עוד רעיונות אז לא תהיה התקדמות של "תמריץ כלכלי". אולם התחום של תוכנות מחשב זה לא עלה מתוך זכות יוצרים כי יש צורך של השוק לדרוש את תוכנות המחשב. ואין צורך של הגנת זכויות יוצרים. ולפעמים קשה להציב גבולות. אז למה בכלל צריך הגנה על תוכנות מחשב? כי הטכנולוגיה משתנה.

מה עם דמות אנושית כמו למשל יהודה לוי או גל גדות? – לאדם אין זכות יוצרים על האישיות שלו אבל יש לו הגנה של זכות פרסום והגנת הפרטיות. זכות הפרסום הזו היא זו שדרך הגנת הפרטיות מונעת שימוש בשם שלהם או בכינוי שלהם ללא הסכמתם. בנוגע למקרים כמו **ארץ נהדרת** פה לא תהיה רלוונטיות לזכויות יוצרים כי זו דמות אנושית אבל בגלל שזה ביקורת (רלוונטי לחוקתי) על דמויות ציבוריות מנגד להגנת הפרטיות עומדת זכות הציבור לדעת וחופש הביטוי והזכויות הללו גוברות על דיני הגנת הפרטיות.

יצירה דרמטית

ב. "יצירה דרמטית" - לרבות מחזה, יצירה קולנועית, יצירה דרמטית-מוסיקלית, יצירת מחול ופנטומימה;

זה מופיע בסעי' לחוק, זה כולל פנטומימה כמו תיאטרון.

גם פה אנחנו רואים את המילה לרבות שמלמדת אותנו שזו רשימה פתוחה.

שידורי טלוויזיה מוגנים כיצירה דרמטית. ראו ס' ההגדרות ("יצירה קולנועית").

פס"ד Tele Event: דובר בזכויות השידור של טורניר הטניס בווימבלדון, אשר נרכשו ע"י טלאיבנט בישראל. ערוצי זהב מעבירות ללקוחותיהן שידורי לוויין של רשתות זרות, וביניהן גם שידורים של טורניר ווימבלדון. אירוע ספורט, כשלעצמו, אינו מוגן בז"י (אחרת תהיה פגיעה בחיקוי והשראה לגיטימיים).

חברת הכבלים ערוצי הזהב – האם שידור חי של אירוע יכול להיחשב ליצירה דרמטית? כן. יש פה מקורות ויצירתיות המתבטאת בבחירת מיקום המצלמות, הכנסת גרפיקה, קטעי ראיונות. מתקיימת גם דרישת הקיבוע (ריכוך בדרישה). **אירוע ספורט אינו כשיר להיות נושא לזכות יוצרים מפני שהכרה בשיטות משחק ובביצועי ספורטאים במהלך אירוע ספורט כנושא לזכות יוצרים מוגנת תמנע חיקוי על-ידי ספורטאים מתחרים ותסכל את ההתקדמות הספורטיבית.** אבל מה לגבי השידור עצמו האם יש פה מקורות? בהחלט

כן! על "יצירה" להיות "מקורית" (original). במקרה דנן, בפירוט רכיבי התהליך שבו מופקים הצילומים, ולאור המיומנות המקצועית הנדרשת בהפקות מסוג זה, יש משום הוכחה מספקת כי בשידורי הטורניר יש מידה לא מבוטלת של מקוריות וביטוי אישי, יש פה מקוריות ויצירתיות המתבטאת בבחירת מיקום המצלמות, הכנסת גרפיקה, קטעי ראיונות. מתקיימת גם דרישת הקיבוע (ריכוך בדרישה) – בימ"ש מביא מומחים טכנולוגיים וקובע שמספיק שהקיבוע מתבצע סימולטנית גם לשידור החי כדי לקיים את הקיבוע. כלומר, הקלטת השידורים מאירועי הטורניר, במקביל להעברתם בשידור חי, מקיימת את דרישת הקיבוע. **חשוב לזכור ששידור של אירועים חיים המהלכים והביצועים אינם מוגנים ומהלכי הספורט חופשיים לכולם!** ביהמ"ש אומר שיש את אירוע הספורט עצמו שהוא לא מוגן. אבל זכויות השידור של תלא-איבנט יש לה זכויות שידור כי החברה החליטה על מיקום זוויות המצלמות, הכנסת גרפיקה, קטעי ראיונות, הילוך מהיר, כל הדבר הזה עובר את הרף המינמאלית לחוק זכויות יוצרים. **ז"א שידור של אירוע עצמו יש זכויות יוצרים. (אבל האירוע עצמו לא מקבל הגנה).**

מה לגבי הדרישה של הקיבוע? ביהמ"ש אומר שאין דרישה כזאת כן וביהמ"ש מרכז את הדרישה.

פס"ד מפעל הפיס נ' רוי אקספורט: מפעל הפיס עשה שימוש בדמות הנווד של צ'ארלי צ'אפלין במסגרת תשדירי פרסומת. יש כאן יצירה קולנועית מוגנת- הסרטים של צ'אפלין. האם יש כאן הגנה נפרדת לדמות של צ'אפלין כיצירה דרמטית?

הם תבעו מכוח סעי' 9 מכוח אמנה, מפעיל הפיס משתמש בדמות של צ'ארלי צ'אפלין לשם פרסום, גם כאן כמו בפס"ד **מוסינזון** כי צ'ארלי צ'אפלין היא דמות מפורטת בהתנהגות שלה, היא סמל בתרבות. מספיק לקחת רק את הדמות, לכן יש הגנה על הדמות עצמה. ראינו זאת בפס"ד **מוסינזון** לגבי הספר של החסמב"ה. גם כאן לדמות עצמה תהיה הגנה.

בה"מ: ניתן להכיר בזכות יוצרים גם בדמות דמיונית כשלעצמה (כיצירה דרמטית או ספרותית) בנפרד ממעגל היצירה הרחב יותר שבו היא שלובה. בבחינה אם הועתקה דמות מתוך יצירה שלמה יש להחיל אותם עקרונות המוחלים בבחינה של העתקה של יצירה או חלקה, ולבדוק אם גילומה של הדמות הוא מקורי במידה הראויה להגנה. במקרה הנדון הדמות שהועתקה על-ידי מפעל הפיס היא דמות מפותחת המגלמת בתוכה יצירתיות ומקוריות במידה כה גדולה עד שהיא מצדיקה את הגדרתה כ"יצירה דרמטית" עצמאית. במקרה דנן, ההתרשמות הכוללת מתשדירי הפרסומת היא שהייתה כאן מלאכת חיקוי והעתקה ברורה של קטעים חשובים ומרכזיים מתוך הסרטים. במקרה דנן העתיקו המערערים וחיקו סצנות שלמות מהמוכרות ומהזכורות ביותר בהיסטוריה של הקולנוע. יש לראות במסע הפרסום פעולה שיווקית אחת המפרה את זכויות היוצרים בסרטים, וכך יש לראות כל אחד מאמצעי הפרסום המרכיבים אותה כהפרה של זכות היוצרים. במקרה הנדון לא ניתן לסווג את מסע הפרסום של המערער בגדר החרג של שימוש הוגן כיוון והשימוש שנעשה אינו נכלל בגדר המטרות שנקבעו בחוק, אף במובן הרחב. הפגיעה בזכויות נעשתה למטרות רווח. "אין מחלוקת כי דמותו של הנווד צ'רלי צ'פלין היא דמות מפותחת דיה, בצורתה החזותית, בהתנהגותה, בספור המגולם בה, ובסמליות המאפיינת אותה ואת הטראגי קומי שבדמות. תהא היא מוגנת כיצירה דרמטית עצמאית, בנפרד ממעגל היצירה הרחב יותר בו היא שלובה... דמותו של צ'רלי צ'פלין כפי שהיא מגולמת בסרטים היא בגדר יצירה ראינוע ששידורה וצורת המשחק שלה משווים לה אופי מקורי. טביעת אצבע שאי אפשר לטעות בה."

יצירה מוסיקלית, תקליט זה הסוג השלישי שלנו.

"תקליט" – טביעה של צלילים, למעט טביעה של צלילים ביצירה קולנועית.

- **יצירה מוסיקלית:** יצירה המיועדת לביטוי דרך השמעה (לחן). שיר יכול להיות מורכב ממספר סיווגים – המילים יכולות להיות יצירה ספרותית, הלחן הוא היצירה המוסיקלית, ההקלטה היא התקליט ויש זכות על תקליט.
- זכות יוצרים נפרדת ליצירה המוסיקלית, למילים (יצירה ספרותית) ולהקלטה שלה (תקליט).
- **זכויות מבצעים:** מבצע הוא אדם שמבצע במשחק, בשירה, בנגינה, במחול או בדרך אחרת יצירה ספרותית, אומנותית, דרמטית או מוסיקלית (חוק זכויות מבצעים ומשדרים). ישנן פעולות שאסור לבצע ללא הסכמת המבצע (הקלטת הביצוע, שידור) **זכויות מבצעים הם לא זכויות יוצרים**, זו לא זכות למנוע מאחרים לבצע, זו זכות שמוגנת תחת חוק נפרד אבל היא כן רלוונטית לדיון של יצירות מוסיקליות מעצם זה שבתהליך מעורב לא רק כותב השיר, מלחין השיר ומקליט השיר אלא גם מבצע השיר ואותו מבצע מקבל הגנה כנגד פעולות מסוימות (הגנה של 50 שנה) כמו למשל הקלטת הביצוע.



- (1) של יוגב יש הגנה על ההקלטה עצמה, אבל הקולות של הדולפינים לא מוגנים כי זה נחל הכלל.
 - (2) גיא צריך לבקש אישור את ההקלטה.
 - (3) הלחן של מתי כספי מוגן, ז"א גולן צריך לבקש אישור להקלטה.
 - (4) בעז שרבי כתב אז יש לו הגנה, וכוכב נולד צריך לבקש אישור ממושיקו לשם השידור.
 - (5) יניב צריך אישור של נעמי כיצירה ספרותית, מאהוד מנור אישור שלו כי מדובר ביצירה מוסיקלית, ואישור של הד ארצי על ההקלטה.
- מה שקורה בפרקטיקה, יש גופים אשר עוסקים בתיווך לקבלת כל האישורים במקום לפנות לכל אחד בנפרד.

יצירה אמנותית

"יצירה אמנותית" – לרבות רישום, ציור, יצירת פיסול, תחריט, ליטוגרפיה, מפה, תרשים, יצירה אדריכלית, יצירת צילום ויצירת אמנות שימושית.

ס' 1 נותן לנו הגדרות ספציפיות, והוא רושם לנו לרבות – זה אומר שזו רשימה פתוחה. בנוסף יש לשים לב שזה דברים וויזואליים שאנחנו רואים אותם. כוונה כאן לתמונות פיסול, עיצוב אדריכלית. מה זה אמנות שימושית? היא שימושית לא רק לגו, פישר-פרייסר יש להם מטרה נוספת, לכן הם יחשבו כיצירה אמנותית.

פס"ד גבע- גבע יוצר קומיקסים. הוא מתבסס על דמותו של "דונאלד דאק" כדי ליצור את מובי דק.

- האם הדמות חלק מנחלת הכלל? מתח שבין חופש הביטוי לזכות הקניינית של וולט דיסני. התביעה מוגשת בהתאם לסעיף 9 כי יש אמנה והנושא ידון בהתאם לחוק הישראלי. גבע יוצר קומיקסים. הוא מאייר קומיקסים והוא מתכנן להוציא ספר שנקרא ספר הברווז והוא לוקח את דונלד דק מוסיף לו כובע ותלתל וקורא לו מובי דק. מגיע חברה וולט דיסני ומגישה כנגדו תביעה בגין הפרת זכות יוצרים. בימ"ש המחוזי מוציא צו מניעה שכנגד הוצאת הספר. גבע מערער לעליון בטענה שהדמות הזו של דונלד דק זה משהו שנמצא בנחת הכלל. למעשה הוא טען כי "דונאלד דאק" היא דמות מוכרת ויש זכות יוצרים, אבל הסימן הגרפי שלו הפך להיות בנחלת הכלל. כמו אות או סימן או תמרור שלא ניתן שלא להתייחס אליהם.
- בה"מ:** לא מקבל את הטענה של גבע ומסביר שהתפיסה של גבע שבגלל שהדמות של דונלד דק היא כל כך מפורסמת אז אי אפשר למנוע את השימוש בה והיא נחלת הכלל. בימ"ש מעמיד את גבע על מקומו ואומר שזו לא משמעותו של נחלת הכלל, להפך! דווקא בגלל שהדמות של דונלד דק כל כך מפורסמת זה מחזק את ההגנה שלו בגלל המשמעות הכלכלית שלו! בימ"ש מחזק את ההלכה של פס"ד רוי אקספורט וקובע דמותו של דונלד דק נופלת תחת היצירה האומנותית. הדמות באה לידי ביטוי ויזואלי בציור ובשרטוט שלה. ניתן להכיר בדמות דמיונית כיצירה מוגנת בנפרד ממעגל היצירה הרחב בו היא שלובה. כלומר קבע נטל את זכויות היוצרים ופגע בקניין של יולד-דיסני. לדעת המרצה צריך להסתכל על המדינות של הפס"ד יש את חברת וולד-דיזס שיש לה קניין רוחני, ועמוד מולה סופר ישראלי אשר השתמש "דונאלד דאק", יש תחושה מצד דוד כי ישנה אכיפה בררנית.

- בה"מ דוחה את תיאוריית המיזוג** בהקשר זה.

למשל מישהו שחיבר שאלונים לפנויים פנויות ביקש על זה זכות יוצרים. בימ"ש מימש את תאוריית המיזוג ואמר ששאלונים לפנויים פנויות זה רעיון שאפשר לבטא אותו בצורה מאוד מוגבלת ויש דברים מאוד בסיסיים שיהיו בכל השאלונים. בימ"ש אמר שכשיש רעיון שאין הרבה אפשרויות ביטוי אז הוא יקבע שגם הרעיון וגם הביטוי אין להם הגנה כי ההגנה בעצם תמנע תחרות. זאת טענה שגבע מנסה להעלות בפס"ד הזה והוא טוען ומתבסס על אותו טיעון של נחלת הכלל והוא אומר שהדמות של דונלד דק זה אולי משהו שמוגן אבל הסממנים של הדמות הזו אין מספיק דרכים לבטא את זה בציור ולכן מכוח תאוריית המיזוג אין לתת לו הגנה – בימ"ש באמת דוחה את הטענה הזו ואומר שגם הדמות מוגנת וגם הביטוי הגרפי מוגן.

- אין הגנה על דמות מציאותית.**



לחופש גולד מובי דק



אמנות שימושית: מופיעה לנו גם בהגדרה של יצירה אומנותית. מהי אומנות שימושית? יצירה המיועדת לשימוש מעבר להנאה המופקת מעצם ההתבוננות בה (למשל, עיצוב מקורי של תיק, שלא מיוצר תעשייתית). אותם דברים המיועדים לשימוש מעבר לצפייה וההתבוננות בהם. אמנות שימושית זה אותם מוצרים פונקציונלית ואסתטיים ואז אנחנו יודעים לפי ס' 7 שכל עוד אותו מוצר מיועד לשימוש תעשייתי (מעל 50 יח') זה יקנה לו הגנה של מדגם ואם זה יהיה פחות מ- 50 יח' זה יוכל לקבל הגנה של זכות יוצרים תחת יצירה אומנותית.

פס"ד אינטרלוג: נפסק לפני חקיקת החריג בסעיף (2)7 המונע הגנה כפולה של ז"י ומדגמים. שמגר קובע את מבחן האומנותיות בכדי להכריע האם להגן על אמנות שימושית תחת ז"י:

(1) **כוונת היוצר:** עד כמה העיצוב הפונקציונאלי נבע משיקולים אמנותיים.

(2) **התוצר הממשי:** האם קיימות אלטרנטיבות אומנותיות אפקטיביות שעונות על השיקולים הפונקציונליים? אם אין אלטרנטיבות, אין הגנה.

סעיף 7: מונע הגנה כפולה במקרים של ייצור תעשייתי (50 יח' לפחות).

יצירה אדריכלית: בניין או מבנה אחר, וכן מודל לבניין או למבנה כאמור. **יש להבחין** בין התוכניות (יצירה ספרותית) למבנה (יצירה אומנותית). יצירה אדריכלית יש זכות יוצרים על הבניין שלו וגם על התוכניות של שזה יצירה ספרותית ואומנותית. מה לגבי בניינים כמו מגדל איווול? אין הגנה כי זה כבר שייך לנחלת הכלל.

יצירות פורנוגרפיות: לא נדרש סטנדרט ערכי. שאלת "ראוי" לא רלוונטית. המחוקק לא רוצה לשים את בימ"ש במקום של להכריע מה מוסרי ומה לא מוסרי או מה יפה ומה לא יפה ולכן זכות יוצרים תוכל להיות גם על פסל שבעיני חלק מהאוכלוסייה הוא לא מוסרי או לא יפה או לא ראוי.

יצירת צילום: **פס"ד קרן נ' שביט:** המחוזי עוסק בשאלת הצילומים הדוקומנטריים, מתעדי מציאות: האם הם זכאים להגנת ז"י? בפס"ד הזה בימה"ש קובע את ההלכה ואומר כי הצילום עצמו מקבל הגנה של זכות יוצרים. כמו שאמרנו על מהלכי ספורט שהם לא יהיו מוגנים על זכות יוצרים **אבל השידור שלו עצמו יהיה מוגן הזוויות של המצלמות הפרסומות העריכה וכד', כלומר התיעוד עצמו יהיה מוגן. כי התיעוד דורש מיומנות, מקור הצילום הוא מקבל הגנה.** בימ"ש בפס"ד שביט בעצם קובע את זה והשי' שהם קובע כי בכל צילום יש לתת הגנה כי דרישת הסף בדיני ז"י נמוכה ולא קשה לעמוד בה ע"מ לקבל הגנה גם על צילומים. הפרשנות של דרישת המקוריות אינה דורשת ערך אומנותי גבוה בעיני "מבקר **אומנות". בעולם דיני ז"י מספיק שהושקע זמן, מאמץ, כישרון, הצלם בחר בחירות מסוימות (עיתוי, זווית הצילום) והצילום הוא פרי עמלו (רף נמוך) ולכן זה יקבל הגנה של זכות יוצרים תחת הקטגוריה של יצירה אומנותית.**

סעיף 35: יצירה מוזמנת: ביצירה מוזמנת היוצר יהיה הבעלים הראשון של ז"י, אלא אם הוסכם אחרת בין הצדדים. אבל, אם מדובר ביצירה שהיא דיוקן, או צילום של אירוע משפחתי או אירוע פרטי אחר, המוזמן יהיה הבעלים הראשון של ז"י, אלא אם הוסכם אחרת.

יצירה מוזמנת

35. (א) ביצירה שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה, כולה או חלקה, הוא היוצר, אלא אם כן הוסכם אחרת בין המזמין והיוצר, במפורש או במשתמע.
(ב) ביצירה שהיא דיוקן או צילום של אירוע משפחתי או של אירוע פרטי אחר, שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה הוא המזמין, אלא אם כן הוסכם אחרת.

זה למעשה אני מזמין מהיוצר תמונה מסוימת כמו ציור של שמש, זכות היוצרים תהיה ליוצר עצמו, ס' 35 הוא סעיף דיספוזיטיבי וניתן להקנות עליו. המחוקק נותן לי ברירת מחדל אבל הצדדים יכולים להסכים כך או אחרת. ס' 35 בעצם אומר לנו שברגיל ביצירה מוזמנת כמו למשל בקבלן שהזמין יצירה מוזמנת מאדריכל – היוצר (האדריכל) הוא יהיה הבעלים הראשון של הזכות אלא אם כן הם קבעו אחרת ביניהם. אבל, **כשמדובר ביצירה שהיא דיוקן או אירוע משפחתי אז הכלל הזה מתהפך וברירת המחדל משתנה** – המזמינה תהיה בעלת זכות היוצרים (האמא של הבת באירוע הבת המצווה) ולא הנותן שירות (הצלם). אבל גם פה הם יכולים לקבוע אחרת.

עד פה זה היה הסיווג של הקטגוריה וחשוב לזכור במבחן אנחנו צריכים לכתוב לאיזה קטגוריה היצירה מתאימה להגנה ולא מספיק לרשום את הסעיף או את פס"ד.

הזכויות הכלכליות

אגד הזכויות הכלכליות – ס' 11 לחוק זכות יוצרים

11. זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, **או בחלק מהותי ממנה**, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן, בהתאם לסוג היצירה (כמו מוזיקלית, ספרותית, אמנותית):
- (1) העתקה כאמור בסעיף 12 – לגבי כל סוגי היצירות;
 - (2) פרסום – לגבי יצירה שלא פורסמה;
 - (3) ביצוע פומבי כאמור בסעיף 13 – לגבי יצירה ספרותית, יצירה דרמטית, יצירה מוסיקלית ותקליט; **אמנותית לא מסווגת כזכות פומבית**
 - (4) שידור כאמור בסעיף 14 – לגבי כל סוגי היצירות;
 - (5) העמדת היצירה לרשות הציבור כאמור בסעיף 15 – לגבי כל סוגי היצירות;
 - (6) עשיית יצירה נגזרת כאמור בסעיף 16, ועשיית הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (5) ביצירה הנגזרת **כאמור – לגבי יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית ויצירה מוסיקלית; חסר כאן תקליט**
 - (7) **השכרה** כאמור בסעיף 17 – לגבי תקליט, יצירה קולנועית ותוכנת מחשב.

להביא את הסעיף למבחן, זכות היוצרים שלנו בעצם מונעת את הביצוע של כל אחת מהפעולות של ס' 11, לא מדובר רק בהעתקה אלא יש עוד הרבה פעולות נוספות שנמנעות ע"י הגנה של זכות יוצרים. אנחנו נלמד כל זכות בפני עצמה ונעבור עליהן אחת אחת. אבל כרגע חשוב לזכות שזכות יוצרים זו אגד של זכויות כלכליות (7 במספר) שהן בעצם משקפות פעולות שלבעל זכות היוצרים יש זכות למנוע מאחרים לבצע את הפעולות הללו. **יש לשים לב! כל זכות כלכלית וכל פעולה הסעיף אומר לנו ביחס לאיזה סוגי יצירות זה רלוונטי**, למשל העתקה זה לכל סוגי היצירות ופרסום זה רק ליצירות שטרם פורסמו, ביצוע פומבי למשל לא חל על יצירה אומנותית. מה היא זכות היוצרים שלנו? זאת זכות חיובית אלא שלילית אשר מאפשרת מהבעלים למנוע מהאחרים לעשות פעולות מסוימות, עד עכשיו הבנו כי מדובר רק בהעתקה, לכן זה נקרא קפוי-רייט, אבל זכות יוצרים היא לא רק זכות אחת של איסור העתקה, אבל הזכות נוגדות לפעולות מסוימות שלא רק העתקה ללא ההסכמה שלי שזה "אגד של זכויות כלכליות". כל 7 הזכויות האלה הן בונות זכות בלעדית לבעלים וזו זכות שלילית, ולא ניתן לבצע פעולה ללא אישור של בעל הזכות. אף אחד לא יכול לבצע פעולה ללא האישור שלי, ואלה הן הפעולות הכלכליות שלי ומי שרוצה לעשות פעולה צריך את האישור שלי.

פירוק הסעיף לזכויות :

1. זכות העתקה – ס' 12

12. העתקה - העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות –
- (1) אחסון של היצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי אחר;
 - (2) עשיית עותק תלת-ממדי של יצירה דו-ממדית;
 - (3) עשיית עותק דו-ממדי של יצירה תלת-ממדית;
 - (4) העתקה ארעית של היצירה. ז"א העתקה זמנית.

אמרנו כי הזכות ההעתקה חלה על כל סוגי היצירות, מה זה אומר העתקה, אם זה העתקה אחד-לאחד, אז סעי' 12 מסביר את ההעתקה.

גם פה אנחנו רואים את המילה "לרבות" שמסמלת רשימה פתוחה. אבל כאשר צופים במשהו באופן ישיר זה לא העתקה, אבל הטענה הטכנולוגית תהיה כהעתקה זמנית.

הזכות הבסיסית (Copy-right): יש לשלם לבעל הזכות עבור הזכות להעתיק.

לגבי אילו יצירות הזכות חלה? (ס' 11(1)): כל סוגי היצירות (ספרותית, דרמטית, מוסיקלית, אומנותית ותקליט).

מהי העתקה? הגדרה רחבה. כל המפורט בסעיף, לרבות, העתקה ידנית או מכאנית; פיראטית או מתוככמת (עם שינויים), זמנית (רשימה פתוחה).

ס"ק (2): הפיכת תמונה לפסל.

ס"ק (3): הפיכת פסל לתמונה (כל עוד הפסל אינו נמצא, דרך קבע, במקום ציבורי – ס' 23).

הזכות ההעתקה היא בלעדית לבעל הזכות עצמו.

2. זכות הפרסום - ס' 11(2)

1. "פרסום", של יצירה - הוצאה של מספר סביר של עותקים של היצירה, בשים לב לאופייה, לרשות הציבור, ברשותו של בעל זכות היוצרים, למעט ביצוע פומבי של היצירה או שידורה, ולמעט הצגה לציבור של יצירה אמנותית.

זכות הפרסום עשויה לבלבל בגלל המילה של פרסום במובן של פופולארי, אבל הכוונה היא הוצאה לאור, והבעל יכול לשלוט בעיתוי הפרסום כי יש ערך כלכלי. למשל מישהו כתב ספר ויכול לו יכולת להחליט מתי לפרסם את הספר, יתכן בגלל מלחמה לא יפרסם, אבל כאשר האדם נבחר לתפקיד חדש אז הוא יחליט מתי לפרסם. מה זה פרסום? הוא קבוע בסעי' 1 לחוק. מה זה מס' סביר של עותקים? תלוי באיזה יצירה מדובר. זה רלוונטי שטרם פורסמה, אבל פרסמתי מישהו אשר פורסם אז זה העתקה, אבל הכוונה כאן לפרסום זה משהו שטרם פורסם.

לגבי אילו יצירות הזכות חלה? (ס' 11(2)): כל יצירה שטרם פורסמה. כל יצירה שטרם פורסמה.

ברגע שיצירה פורסמה ברשות בעל זכות היוצרים, אין לדבר על הפרת זכות הפרסום.

פרסום = הוצאה של מספר סביר של עותקים. בפס"ד קימרון ההפרה שנידונה שם התייחסה להפרה של "זכות הפרסום" וכך הופרה בעצם זכות היוצרים, טענת ההגנה שעלתה היא שקימרון כבר פרסם את המגילה שלו והזכות הזאת חלה רק על יצירה שטרם פורסמה. בימ"ש לא מקבל את הטענה הזאת כי מדובר על מספר סביר של עותקים אבל קימרון שלח את זה רק למספר קולגות שיחוו את דעתם וזו פעולה מאוד מקובלת אך זה לא אומר שקימרון פרסם את היצירה שלו. כלומר, יכול להיות שתהיה הוצאה של עותקים במספר מועט מאוד וזה לא יהווה עדיין פרסום של היצירה.

זכות זו מקנה לבעליה את היכולת לשלוט בעיתוי הפרסום של היצירה.

מדובר על פעולה פיסית של הפצה. כלומר, כל מי שהוציא מספר סביר של עותקים ופרסם את היצירה ונגישה לציבור הפר את הזכות הכלכלית של היוצר. לעיתוי יש ערך כלכלי מאוד חשוב כי יכולים לפרסם יצירה שהיוצר עובד עליה לפני שהיא מוכנה לחלוטין או בעיתוי לא כלכלי למשל ביום חול ולא חג מסוים.

קימרון: האם יצירתו של קימרון פורסמה מכוח "נוהג מלומדים"? בה"מ קובע כי הגם שקימרון שלח את יצירתו למספר מצומצם של קולגות, אין בכך כדי לפרסם את יצירתו ולשלול ממנו את זכות התביעה בגין הפרת זכות הפרסום.

דוקטרינת המכירה הראשונה (First sale doctrine): "דוקטרינת מיצוי הזכויות": הדוקטרינה הזאת אומרת שברגע שהיצירה כבר פורסמה וכבר הופצו מספר סביר של עותקים אין ליוצר כבר שליטה על ההפצה הלאה של אותם העותקים שנקנו. זה לא אומר שמישהו יכול להדפיס עוד עותקים כי זאת פגיעה בזכות העתקה ס' 12 אבל אין ליוצר שליטה על מספר העותקים שהוא כבר שחרר. כלומר, שכל מי שרוכש כדין מוצר מוגן בזכויות יוצרים, רשאי להמשיך ולמכור אותו הלאה. היוצר שמכר עותק מהיצירה, מיצה את זכותו לשלוט בהפצה של עותק זה (למשל, מכירת ספרים משומשים או דיסקים ישנים).

3. זכות הביצוע הפומבי – ס' 13

13. ביצוע פומבי - ביצוע פומבי של יצירה הוא השמעתה או הצגתה בציבור, במישרין או באמצעות מכשיר.

מילת המפתח זה ציבור

לגבי אילו יצירות הזכות חלה? ס'11(3) ספרותית, דרמטית, מוסיקלית ותקליט. מה חסר לנו? **זכות**

אומנותית. כלומר, אם יש לנו יצירה כמו פסל אז אנחנו לא נרשום על זכות הביצוע הפומבי.

ספרותית- הקראת ספר בערב הוקרה, צריך אישור לכך.

דרמטית- סרט, ברגע במסיבה אני מציג סרט זה ביצוע פומבי.

מוסיקלית- שירים. (וצריך אישור הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית).

תקליט-

חשוב לציין כאשר אנו מנתחים את סעי' 4 יש לעבור על כל היסודות לרבות סעי' 8+9 ובסוף חשוב לסווג את היצירה עצמה. ויצירה אומנותית לא נדבקת על ביצוע פומבי. לא לשכוח לסווג את הקטגוריה ואם יש לנו יצירה אמנותית אז ביצוע פומבי ליצירה אומנותית לא רלוונטי.

האם הדוגמאות הבאות מהוות ביצוע פומבי?

- ביצוע של "אגם הברבורים" ע"י הבלט הישראלי באודיטוריום בחיפה : כן, כי מדובר על יצירה דרמטית.
- שירה או נגינה של יצירה מוסיקלית לבד בסלון : לא
- הקראת יצירה ספרותית בבית קפה במסגרת ערב תרבות : כן, יצירה ספרותית
- השמעת שירים על ידי תקליטן או הקרנת סרט באירוע (ביצוע "באמצעות מכשיר") : כן, כן זה תקליט.
- מוזיאון מציג בתערוכה תמונה שרכש מציירת (יצירה אומנותית) : לא, כי זאת יצירה אומנותית.

זכות הביצוע הפומבי - המשך

השאלה הבעייתית ביותר בזכות הזו היא השאלה מהו "ציבור"?

זאת השאלה המרכזית, בפס"ד הפדרציה עלתה שאלה כזאת, הם מחזיקים את חברות התקליטים. המטרה של הגופים האלו זה קולקטיב-סוסיאטי, אני חברת תקליטים צריכה להיעזר בגוף בניינים כדי לעגן את זכויות היוצרים.

השמעת רדיו בבתי קפה: ביצוע פומבי (אקו"ם), הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות, הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית (הפיי"ל) מעניקים "רישיונות שמיכה" כדי להוזיל עלויות עסקה).
השמעה בבית מלון: בית מלון יוצר לנו קושי ליצור את ההבחנה בין ביצוע פומבי לביצוע לא פומבי וזאת מפני שמצד אחד מקום ציבורי, הפועל ממניע עסקי, ומצד שני – כל חדר במלון הוא פרטי-ביתי.

פס"ד הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים:

אם מציבים מקלט רדיו או טלוויזיה בחדר ואורח מלון מפעיל את המקלט ובוחר תכני מוזיקה, זה לא ביצוע פומבי ע"י המלון אלא ביצוע ביתי. הנימוק: המלון פאסיבי, הוא לא עושה פעולות אקטיביות, כגון חיבור מקולים ושליטה על התכנים. חיוב המלון לשלם לפדרציה יגרום לתשלום כפל: פעם אחת מחברת הכבלים ופעם שניה – מהמלון.

בימה"ש אומר ככל שהתערבות המלון היא נמוכה כי האנשים נמצאים בחדרים שלהם והן מעין תחליף בבית ובמקום להיות בבית אנו נמצאים בחדרים, בית המלון כבר שילם לערוצי השידור. לכן התביעה נדחתה.

בימ"ש מסביר לנו על אותם ארגוני זכויות ואומר שהארגונים הללו נועדו לשרת כולם כלומר את בעלי הזכויות אבל לא רק אותם אלא גם את ציבור המשתמשים. למשל מישהו בעלים של פאב והוא רוצה להשמיע שם גלגל"צ יש פה לכאורה ביצוע פומבי כי הפאב הוא מקום פומבי ואנחנו משמיעים יצירות מוגנות בזכות יוצרים דרך הרדיו שהוא מכשיר. מה הבעלים של הפאב צריך לעשות? לשם כך קמו הארגונים הללו שנועדו לתווך בין המשתמשים לבין בעלי הזכויות. הגופים הללו מחזיקים את הזכויות ומייצגים את כל בעלי הזכויות והם בעצם מעניקים למשתמשים רישיון שמכינה (רישיון גורף) אדם בעלים פאב משלם לגופים הללו ואז הוא יכול להשתמש בכל היצירות שקיימות באותו ארגון.

השאלה המשפטית בפס"ד : האם כאשר מציבים מקלט רדיו או טלוויזיה בחדר ואורח מלון מפעיל את המקלט ובוחר תכני מוזיקה זה ביצוע פומבי? הטענה של בית המלון הייתה שזה ביצוע ביתי והתשלום נעשה כבר עבור רשות השידור וחייב תשלום עבור הארגונים המתווכים יהיה כפל תשלום.

בימ"ש : קודם כל אומר שאותו תשלום שנעשה לרשות השידור כגופים פרטיים הוא נעשה במסגרת חוזים שמתייחסים לצפייה פרטית אבל לקחת את הסרט שיש בווי או די ולהקרין אותו בקיבוץ לכל הקהילה זה כבר לא בגדר ההסכם עם הוט או יס וזה לא מכסה את התשלום הראשוני כי בעל הזכות לא מקבל את מה שמגיע לו בגדר ביצוע פומבי. בהקשר של בית המלון אומר בימ"ש כי זה לא ביצוע פומבי ע"י המלון אלא ביצוע ביתי. **הנימוק :** המלון פאסיבי, הוא לא עושה פעולות אקטיביות, כגון חיבור רמקולים ושליטה על התכנים. חיוב המלון לשלם לפדריציה יגרום לתשלום כפל: פעם אחת מחברת הכבלים ופעם שניה – מהמלון. בימ"ש עושה השוואה לפסיקה של המחוזי בעניין **פס"ד בלומרס** ששם גם נידונה השאלה של שידור שיר בשטח המלון ושם כן חויב המלון. אבל בימ"ש אומר ששם בעל המלון מעביר שידורי רדיו לכלל חדרי האורחים ע"י שידור משנה פנימי. **האם ההשמעה הזו מהווה ביצוע פומבי?** יש כאן מערכת ממסר מרכזית אשר לבעל המלון יש שליטה עליו להבדיל מבפס"ד פדריציה לא הייתה שליטה, רק הוצב משדר וכל אורח בחר לעצמו. בימ"ש מפנה אותנו גם **לפס"ד מלון דבורה** וגם שם היה ביצוע פומבי כי שם הטלוויזיה הייתה ממוקמת בלובי והלובי הוא מקום ציבורי.

פס"ד בלומרס :

כאן יש התעברות של בית המלון, כי הוא קובע את השידורים, וכאן ההתייחסות היא ציבורית כי בכל חדר זה משודר באופן אחיד, ז"א עד כמה בעל העסק מעורב בביצוע הזה. למשל בעל פיצועיה משדר את משחק טלוויזיה עם רמקולים זה יחשב ביצוע פומבי.

מלון מעביר שידורי רדיו לכלל חדרי האורחים ע"י שידור משנה פנימי. **האם ההשמעה הזו מהווה ביצוע פומבי?** יש כאן מערכת ממסר מרכזית אשר לבעל המלון יש שליטה עליו (בפס"ד פדריציה לא הייתה שליטה,

רק הוצב משדר וכל אורח בחר לעצמו). **בה"מ קובע שמדובר בביצוע פומבי משלושה נימוקים :**

א. המלון מרוויח מהביצוע, שידור המוזיקה נועד להעלות את רמת המלון, להגדיל הכנסותיו

ב. מה שקובע הוא אופי הקהל ולא אופי המקום -הקהל לא בוחר את התכנים

ג. אורחי המלון זרים זה לזה- מדובר בציבור ולא במשפחה

דוגמאות נוספות : עובד גלידריה שמדליק רדיו להנאתו האישית: לא יחשב כביצוע פומבי כי הוא שם לעצמו רדיו קטן לשמוע שיר כשהוא מכין את הגלידה. מוסיקה באירוע משפחתי כשיש אורחים שלא קשורים למשפחה: ביצוע פומבי, מוסיקה במכון כושר: ביצוע פומבי, טלוויזיה בלובי של מלון, שידורי כדורגל בפיצוייה (נעשתה פסיקה לגבי פיצוייה קטנה בכרמל ששידרה משחק כדורגל והיו שם רק מספר אנשים בודד וצ'רלטון תבעו אותם ונקבע שזה נחשב לביצוע פומבי), השמעת מוזיקה בחנות/מספרה/קאנטרי קלאב: ביצוע פומבי.

אם נחלץ את האינדיקציות על בתי המלון:

סיכום מבחני הפסיקה (אינדיקציות) (אלו הן רק אינדיקציות ואין מבחנים חותכים):

1. אופיו של הציבור אליו מכוון הביצוע: קבוצה סגורה ומוגדרת או קהל מזדמן? בני משפחה או אנשים זרים? זה נגד ביצוע פומבי, וככל שזה יותר בשטח ציבורי כמו לובי בבית מלון זה יחשב פומבי.
2. מידת המעורבות של המבצע: (מבחן המפתח שלרוב יכריע את הכף) האם רק סיפק מקלט/משדר, או עשה מעשים אקטיביים כמו חיבור רמקולים, העברת מסר מרכזי?
3. האם המבצע מפיק תועלת/רווח מהביצוע? אבחנה בין מטרות רווח להנאה אישית. כמו גלידריה שזה רק עבור העובדים.
4. אופיו הפומבי של מקום הביצוע: בית פרטי, בית מלון, אולם שמחות וכו'. זה לא מכריע כי תלוי באופן הקהל שמגיע כי גם לבית פרטי יכולים להגיע אלפים של אנשים שזרים אחד לשני לחלוטין וקיום מסיבה בבית כזה והשמעת שירים לאלפי אנשים זה כנראה יהיה ביצוע פומבי על אף שזה בית פרטי.

14. "... העברה קווית או אלהוטית, של צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכלולים ביצירה, **לציבור**."

מה ההבדל בין ביצוע פומבי לשידור ?

ההבדל בביצוע פומבי זה בציבור, ואילו השידור זה שידור לציבור. אם השידור עצמו מבוצע בציבור זה יהיה הפרה פעמיים גם לציבור וגם בציבור.

הזכות חלה לגבי כל סוגי היצירות: ס' 11(4) - ספרותית, דרמטית, מוזיקלית, אומנותית ותקליט. זה שונה מזכות הביצוע הפומבי כי הנוסח היה "**ב-ציבור**" כאן הניסוח הוא "**ל-ציבור**".

איך משדרים יצירה אומנותית ?

למשל יש סרט, וברקע יש פסל שאינו בנחלת הכלל, השידור של הפסל עצמו יהיה שידור של יצירה אומנותית.

מהות הזכות: להעביר צלילים/מראות שקשורים ליצירה באופן קווי/אלחוטי לציבור.

האם השידור צריך להיות מוגבל בטכנולוגיה כמו שידור, האם שידור גם באמצעות (STREAMING) הוא נחשבת העברה קווית ? זה עלה בפס"ד: יש כאן אדם בשם פלוני אשר משדר דרך אתר "Livefooty":

פס"ד The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (פרימייר ליג): דובר על

טכנולוגיית הזרמה (STREAMING) של שידורי כדורגל חיים ללא יצירה של קיבוע, מה שמיוחד בטכנולוגיה הזאת היא השידור לא יוצר העתקה של המשחק כלומר, הצפייה לא יוצרת עותק אצל הצופה ולכן אין כאן הפרה של זכות העתקה. בה"מ חוזר על קביעתו **מפס"ד טלאיבנט טele Eventu** (שידור משחקי הווימבלדון) ומסביר כי זכות יוצרים יכולה לחול על שידור חי של אירועי ספורט, אף כי האירוע עצמו אינו מוגן, השופטת עגמון גונן בבימה"ש המחוזי היא אורמת שידור חיים אינו עונה על שידור קווי, כאן מדובר על שידור כמו ברדיו שלא ניתן לשמור את השידור. לכן היא אומרת שאין כאן שידור בכלל, והיא שואלת האם יש כאן העמדה לרשות הציבור ? זה אומר כי היצירה נגישה לכולם מהטלפון או מהמחשב ומכל מקום, אז לכאורה (STREAMING) הזה הוא לרשות הציבור, אבל בגלל שזה שידור חי אז אין זכות יוצרים. ואז יש ערעור לעליון.

העליון – הוא חוזר על **פס"ד טלאיבנט אשר דן בחוק הישן לפני 2007**. אין זכות יוצרים על הבעיטות או על המהלכים של השחקנים אבל על השידור עצמו והתוצר הסופי יש הגנה של זכות יוצרים (זוויות צילום, סלואו מושן, פרשנות ועוד). **ניתן לשים לב כי הנתבע מכונה פלוני** שהוא המפעיל של האתר והזהות שלו לא ידועה אבל אנחנו כן יודעים שהמפעיל של האתר הוא משדר את טורניר הכדורגל והוא אפילו רושם את זה באתר שלו ומתפאר בכך שהמטרה שלו היא לתת לכל הצופים להנות מן חווית הצפייה ללא התשלום לפרימייר ליג. בימ"ש אומר שאין לו סמכות בחוק לחשוף פרטים של משתמשים ושל בעלי האתרים הללו ולכן בימ"ש מסרב להורות לספקיות האינטרנט לחשוף את בעלי האתרים, בימ"ש אומר שזה צריך להיות מכוח חוק וכל עוד אין חקיקה בנושא הוא לא מוכן לעשות את זה. הצעת חוק זכויות יוצרים מנסה ליצור פיתרון לסוגיה הזו וליצור הסדר חקיקתי שיוורה כי במצבים כאלו כאשר יש הפרה ניתן יהיה להורות על ספקיות האינטרנט לחשוף את בעלי האתר. **חשוב לשים לב כי הצופה הוא לא מפר** מעצם הצפייה אלא בלבד אם הוא מעתיק את התוכן למחשב שלו. לעיתים בצפייה ישירה נוצרים במחשב עותקים זמניים כתוצאה מהצפייה הישירה, בימ"ש מבהיר כי העותקים הללו לא מהווים הפרה ! רק בעל האתר (פלוני) הוא המפר ! ביהמ"ש אומר כל החוק החדש משנת 2007 הוא נועד להגן על צפייה ישירה לרבות (STREAMING), וזה נעשה לציבור, לכן יש הפרה של זכות יוצרים.

חלק השני של הפס"ד שלא ביקשתי לקרוא ?

האם יש סעד לחברת **Premier League**, לא כי לא ניתן את פלוני, ובסדרי דין חייבים לפרט את שם הנתבע כי ליידע אותו שיש משפט נגדו, כדי שיכול להתנגד. לכן הם צירפו את נייט-וויזן כי שתחשוף את פרטי פלוני. השאלה אם בימה"ש תיתן צו לנייט-וויזן כדי לחשוף את האדם ?

לא כי אין הסדר בחוק, אשר מאפשר בחוק כנגד צד שלישי שאינו צד לסכסוך וזה עלול לפגוע בזכויות של נייט-וויזן. בימה"ש אומר שצריך הסדר בחוק.

עכשיו יצא תיקון של חוק זכויות יוצרים לפני מס' שבועות:

תיקון לחוק זכויות יוצרים אשר מאפשר לתת צו כדי לחשוף את פרטי צד שלישי. התיקון מעגן הליך כאשר יש מצב של פלוני שלא ניתן להגיש נגדו תביעה, אולם תיקון 5 לחוק מאפשר לפנות לספק אינטרנט באמצעות צו בית המשפט כדי לחשוף את זהות האדם.

האם הופרה זכות השידור? בה"מ קובע שלושה מבחני משנה: [אותם אנחנו בוחנים במבחן]

1. קיומו של "ציבור" שאליו היצירה מועברת : היצירה מוצבת באתר הפתוח לקהל הרחב.
2. מהותה של היצירה המשודרת : מדובר ביצירה מוגנת (אירוע ספורט + פרשנות, מוזיקה, גרפיקה).
3. פעולת השידור עצמה : בה"מ קובע ששידור יכול להתבצע גם באמצעות טכנולוגיית הזרמה. כלומר, אין הגבלה לטכנולוגיית שידור ספציפית, ואין לפרש את לשון החוק בצורה דווקנית.

5. העמדה לרשות הציבור (Making available) ס' 15

15. "...עשיית פעולה ביצירה כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם."

לגבי אילו יצירות הזכות חלה? (ס' 11(5)): לגבי כל סוגי היצירות, רלוונטי בעיקר להעלאת יצירות לאינטרנט. רק לבעל הזכות יש לו אפשרות להעלות את היצירה לאינטרנט. וברגע שאני מעלה תמונה לרשת או סרטון אנו בתור צרכנים יכולים לצפות בו מכל מקום ובכל זמן זה נותן מקום לאינטראקטיביות וזה מאפשר זמינות לבורח.

פס"ד פרימייר ליג: באוביטר של פס"ד נעשתה התייחסות לשאלה האם טכנולוגיית ההזרמה עומדת בתנאי הסעיף להעניק לאנשים מקרב הציבור גישה ליצירה "ממקום ובמועד לפי בחירתם"? לכאורה, אפשרות הבחירה היא מאוד מצומצמת. את המועד לא ניתן לבחור רק זה בשידור חי, זה נשאר באוביטר כי קבע לשידור יש זכות שידור, אבל בימה"ש אומר באוביטר שלא נתפסים בקשר לשידורים חיי ואי אפשר לקבוע את המועד, הרי מלשון החוק כתוב "ממקום ומועד..". אבל בהימ"ש אומר על זה שמכניסים את הצופה לתמונה הוא לא פותח עכשיו את הרדיו, אלא כאשר הוא פותח את האינטרנט זה מאפשר ללקוח חשיפה, לכן מה שפלוני עשה באתר שלו והזרים את השידורים באמצעות צפייה ישירה זה מהווה שידור ומהווה העמדת יצירה לרשות הציבור. הדגש הוא על האינטראקטיביות והלקוח יש לו שטח רחב לבחירת תוכן.

בה"מ: מסתכל על לשון הסעיף ואומר כי אין בתיבות "ממקום ובמועד לפי בחירתם", המצויות בהוראת סעיף 15 לחוק החדש לשלול את ההפרה במקרה בו מדובר בשידור חי. בימ"ש אומר שעל אף שמדובר בצפייה ישירה והזרמה של שידורים חיים משמע, שהבחירה של הצופה היא רק בבחירת המקום ולא גם בבחירת הזמן אך אומר בימ"ש כי תיבות אלה באות להבהיר כי הדגש הוא על יכולת הבחירה והפעולה של הציבור. על אינטראקטיביות מסוימת מצידו של הציבור. זאת, גם אם הברירה הקיימת למשתמשים היא תחומה במועד ובמקום מסוימים, כל עוד בתוך אותו פרק הזמן מוקנית לציבור האלטרנטיבה. כלומר, הגבלת ממד הזמן אינה שוללת, אפוא, את עצם ההעמדה לרשות הציבור במקרה שמדובר בשידור חי ואומר בימ"ש שההגבלה של מימד הזמן אינה שוללת שמדובר בהפרה של העמדה לרשות הציבור.

אם השידור החי היה נשאר גם באתר וזמין לצפייה מאוחרת יותר היו מתקיימות שלוש הפרות : זכות השידור, זכות ההעמדה לציבור וזכות ההעסקה!

האם תצוגה של יצירה אמנותית בתערוכה מהווה העמדה לרשות הציבור? לא, מאחר והגישה מוגבלת לגלריה הספציפית בה מוצגת היצירה ולמועד התערוכה.

6. הזכות לעשות יצירה נגזרת (זכות העיבוד, derivative work) ס' 16

16. "...עשיית יצירה מקורית המבוססת **באופן מהותי** על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד."

לגבי אילו יצירות הזכות חלה? (ס' 11(6)): עשיית יצירה נגזרת כאמור בסעיף 16, ועשיית הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (5) ביצירה הנגזרת כאמור – לגבי יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית ויצירה מוסיקלית. הזכות הזו היא זכותו של היוצר ליצור יצירות נגזרות מהיצירה שלו ואף אחד לא יכול לעשות זאת. כאשר יוצר אחר יוצר יצירה אשר מבוססת באופן מהותי זו הפרה של זכות היוצרים. חשוב לראות שיש לנו בסעיף את המילה **פגון** משמע שזו רשימה פתוחה ולא מדובר רק על תרגום או עיבוד.

מה הכוונה בלשון הסעיף ועשיית הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (5) ביצירה הנגזרת? מדובר בזכות רחבה, גם העתקה, גם העמדה לרשות הציבור ובקשר לאותה יצירה נגזרת (סרט שיצא ללא הסכמה) ייתכן שיהיה גם הפרה של זכות הפרסום.

הרבה פעמים הדיון נעשה דרך זכות ההעתקה: יכול להיות שאנחנו נתרחק מידי מההעתקה ויהיה קשה לומר על יצירה מסוימת שהיא העתקה כי נוספו הרבה דברים ויהיה לנו קשה לטעון לזכות העתקה ולכן נוצרה הזכות ליצור יצירה נגזרת. הזכות ליצור יצירה נגזרת נועדה להרחיב את הזכות להעתקה. לרוב יתקיימו לנו שתי הזכויות ביחד, **תמיד כשיש הפרה של זכות העתקה או זכות יצירה נגזרת צריך לבדוק גם הזכות השנייה מתקיימת פה כי הן בד"כ באות ביחד!**

יש המון מקום לשק"ד: האם נלקח חלק מהותי? אז מתי זה מבוסס באופן מהותי ומתי זה לא מבוסס באופן מהותי? תלוי בנסיבות אין פה אמת מידה באופן קונקרטי ומשמעותי ופה יהיה דיון שלנו במבחן ועלינו לבדוק האם זה מבוסס באמת באופן מהותי או לא. אבל אם לקחתי רעיון של מתמודדים או רקדנים וקיימת את הרעיון בצורה אחרת אין הגנה, אבל אם אני לוקח את הרעיון ומעבד אותו אז הפרת את הזכות לעשות יצירה נגזרת.

דוגמאות:



הסרט ללכת בדרכך, היא לא בדיוק כמו הספר המקורי באנגלית. כשלוקחים ספר והופכים אותו לסרט - בוחרים את הסצנות המעניינות וייתכן ויהיו שינויים בדמויות. בתוך אגד הזכויות הללו, יש ליצר זכות ליצור יצירה נגזרת. זכות היוצרים של הסופרת היא בין היתר למנוע ממפיקי הסרט/מבמאי הסרט להוציא את הסרט הזה ללא הסכמתה. וזאת כי הוא מבוסס באופן מהותי על היצירה שלה. היצירה של ג'וג'ו היא אותו ספר באנגלית, ואם זה מבוסס באופן מהותי על היצירה המקורית שלה. אנחנו מדברים על עשיית פעולה שהיא הפעולות המיוחדות שלה. נדרשת הסכמה / רישיון. הכוונה היא להתבסס באופן מהותי על היצירה, וליצור יצירה נגזרת מתוך היצירה המקורית. "כגון" – מהווה רשימה פתוחה ולא דווקא מחייבת.

הזכות של אובמה : הצייר צייר את התמונה של אובמה שאותה צילם צלם ואף על פי שיש כאן יצירתיות ונדרשת כאן רמה גבוהה של אומנות וזאת יצירה אומנותית שיכול להיות מאוד שעומדת בקטגוריה של זכות יוצרים , זאת זכות לעשות יצירה נגזרת , אבל מה הבעיה? שהיצירה הזאת מבוססת באופן מהותי על צילום שהוא מוגן, זה שהיצירה המאוחרת בזמן היא יצירה בעומדת בפני עצמה כיצירה מוגנת בזכות יוצרים זה עדיין לא שולל את זה שיש לקבל רשות על הזכות ביצירה המקורית שבמקרה הזה היא הצילם.

7. זכות ההשכרה המסחרית ס' 17

17. (א) ...השכרת עותקים פיזיים של היצירה לציבור, לצורכי מסחר, למעט השכרה של תוכנת מחשב או של תקליט המהווים חלק בלתי נפרד מחפץ אחר שהוא המושכר העיקרי.
(ב) ... השכרה על ידי ספרייה ציבורית או ספרייה של מוסד חינוך, אינה בגדר השכרה לצורכי מסחר; השר רשאי לקבוע סוגי ספריות ציבוריות וסוגי מוסדות חינוך, שהוראות סעיף קטן זה יחולו עליהם.

לגבי אילו יצירות הזכות חלה? (ס' 17(7)): תקליט, יצירה קולנועית ותוכנת מחשב.

זה כבר לא רלוונטי אף אחד לא מסתובב על דיסקטים. זה נועד אז להתמודד על תופעת השכרת הסרטים של הוליווד.

רציונל: התמודדות עם הפגיעה בהכנסות היוצרים כתוצאה מהתפתחותו של ענף השכרת הדיסקים וסרטי הווידאו.

הזכות הזו די חלפה מן העולם כיוון ומדובר על סיטואציות בעבר כשהיה לנו את הבלוקבסטר שהציע סרטים להשאלה והבלוקבסטר הזה היה צריך לקבל אישור מבעל הזכויות כיוון והוא מקבל על זה תמלוגים. היום מדובר יותר על עותקים דיגיטליים ולא פיזיים ולכן הזכות הזו אומנם קיימת בחוק אבל פחות נפוצה.

חריגה מדוקטרינת המכירה הראשונה (מיצוי זכויות) – היא נותנת לבעל הזכויות יוצרים שליטה בשוק המשני (דהיינו בהשכרה של העותקים) ואז גם בשלב המשני היוצר ממשך לקבל תמלוגים. כיום לא רלוונטי כי כמעט ולא מתעסקים בעותקים פיזיים.

הזכות הולכת ונעשית פחות רלוונטית בעידן הדיגיטלי. מדובר בעותקים **פיזיים** בלבד.

ס' 17(א) סיפא: להוציא השכרה של תוכנת מחשב אגב השכרה של נכס אחר (תוכנת ניווט ברכב, GPS). תואם TRIPS. **הכוונה היא השכרת רכבים למשל שבתוכם יש איזושהי תוכנת מחשב וזה בעצם קובע שכאשר ההשכרה נעשית אגב להשכרה של נכס אחר יש מושכר עיקרי וכאשר התוכנה היא חלק שולי שנמצא בתוך המושכר העיקרי זה יהיה חריג לזכות וזאת לא תהווה הפרה של הזכות. כלומר לא חל על המקרים האלו.**

ס' 17(ב): חריג הספרייה הציבורית, הכוונה למשל אם אנחנו הולכים לספרייה במכללה ואנחנו משאילים קלטות ווידאו או דיסקים של כל מיני תכנים מסוימים, הספרייה הזו שבעצם משכירה עותקים פיזיים של היצירה היא לא מפרה זכות יוצרים כיוון והיא ספרייה ציבורית והמחוקק קבע לכך פטור לספריות ציבוריות ומוסדות מסוימים של חינוך שהשר קבע. מדוע קיים הפטור? מתוך רצון לאפשר מחקר והרחבה אופקים למי שידו איננה משגת והנגשת מידע וידע אינה צריכה להיות יקרה.

הפרה ישירה והפרה עקיפה

כל מי שמבצע את הפעולות לעיל אשר נמצאות בסעי' 11 לזכויות הכלכליות אז יחשב מפר. חשוב להבין כי זכות יוצרים כוללת זכויות כלכליות והם נמצאים בתחום המונופול של היוצר, ואז כל מי שרוצה להעמיד את היצירה לכולם אז הוא צריך אישור של הסכמת בעל הזכות. מכאן מי שלא יעשה את הפעולה הזו בהתאם לאישור הבעל אז הוא מפר את זכות היוצרים.

הפרה ישירה של זכות יוצרים

סעיף 47: העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד'.

הפרה = שימוש באחת הזכויות הכלכליות ללא הרשאת בעל זכות היוצרים ביחס ליצירה או לחלק מהותי ממנה (סעיף 11 קובע כי "זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, את אחת מהפעולות המנויות). **נטל ההוכחה הוא על התובע (המוציא מחברו עליו הראיה).** משמע, שאלא אם כן ניתנה הסכמה של בעל זכות היוצרים מפר הפרה ישירה של זכות היוצרים אלא אם כן הוא עונה לאחד מהפטורים בפרק ד' (למשל שימוש הוגן). המוציא מחברו עליו הראיה. התובע מגיש תביעת הפרה והוא צריך להוכיח כי הצד השני עשה חלק מהפעולות של סעי' 11 וצריך לרשום את זה במכתן, כמו העתקה, העמדת לרשות הציבור וכל מה שרלוונטי שיש מהקיס.

אין דרישה ליסוד נפשי – לא נדרשת כוונת הפרה, דוגמא מאוד בולטת לכך היא פס"ד גבע על המאייר קומיקסים שמודה ומתוודה לכך שהוא השתמש בדמות של דונלד דק והוא פשוט לא ראה את זה כהפרה אבל **בימ"ש לא מתעסק בכלל בדרישה ליסוד הנפשי וזה לא רלבנטי אם גבע ידע שזו הפרה או התכוון או לא התכוון מה שמשנה זה רק התוצאה.**

אבל יחד עם זאת שהכוונת לא מעניינית אותי, **מפר תמים: סעיף 58 קובע כי אם המפר לא ידע ולא היה עליו לדעת, במועד ההפרה, כי קיימת זכות יוצרים, הוא לא יחויב בפיצויים.** אבל, **ההפרה עדיין מתקיימת ויכול להינתן צו מניעה.** הפטור מפיצויים חל **במקרים חריגים**, כגון שימוש ביצירה שנטען לגביה כי היא **בנחלת הכלל או מקום בו קיים ספק שהיצירה מוגנת.** ז"א אם אותה מפר יוכיח שלא ידע על זכות יוצרים סובייקטיבית ולא היה עליו לדעת אובייקטיבית אז בימה"ש לא ייתן פיצויים צו מניעה לשימוש. מה זה יקרה כאשר כבר יש נחלת הציבור ולא יודעים מי היוצר כמו לחן עממי שעבור יותר מ 70, לכן אם במידה ואותה לחן כן מוגן בזכות יוצרים, מה שיקרה המפר לא יחויב בפיצויים וינתן צו מניעה.

הפרה יכולה להיות בשני סוגים:

הפרה מובהקת – העתקה "אחד לאחד" (קל מאוד לזהות: הורדה פיראטית של סרטים).

הפרה עמומה – קיים שוני בין המקור ליצירה המפרה (יצירה נגזרת), זה כבר לא אחד לאחד ופה אנחנו נדרשים לדיון נרחב יותר בשאלה האם יש הפרה או אין הפרה כי זו שאלה יותר מהותית ולא טכנית כמו בהפרה מובהקת. מילת המפתח בהפרה עמומה היא **הנטילה**, כדי לקבוע שיש הפרת זכות יוצרים בכלל לא מעניינת היצירה הסופית (היצירה המעתיקה) מבחינת רמת האומנותיות שלה והתרומה היצירתית שלה ולכן למשל בפס"ד גבע היצירה של גבע יכולה להיות בעלת תרומה חברתית מאוד חשובה אבל בימ"ש מנתק את כל השיקולים הללו משאלת ההפרה.

פס"ד גבע: זו אינה העתקה מדויקת של דמותו של דונלד דק, אלא גבע הוסיף שינויים (הוסיף כובע טמבל). בה"מ מבהיר נקודה חשובה: **לעצם שאלת ההפרה, אין חשיבות להיקף היצירה העצמאית של היוצר.** "שילובו של פרט מועתק ביצירה חדשה, מידת יצירתיותו של המפר, ואף חשיבותה האמנותית או החברתית של יצירתו – כל אלה אינם מעלים ואינם מורידים. עצם הנטילה היא קובעת. כאן מדובר על הפרה עמומה, לכן שאלת ההעתיקה היא יוצר קשה, ובימה"ש מחליט שזה מועתק. מה שחשוב זה **נטילה** האם בבסיס מדובר על דונלד-דק, מבחינת ביהמ"ש גבע נטל את הדמות.

פס"ד מפעל הפיס (צ'ארלי צפלין): את הדמיון בין היצירה המקורית ליצירה המפרה יש לבחון מתוך הסתכלות על מכלול היצירה. ההתרשמות הכוללת מתשדירי הפרסומת מעידה שהייתה מלאכת חיקוי והעתקה ברורה של קטעים חשובים ומרכזיים מתוך הסרטים. **איכות החומר שנלקח ולא כמותו היא שקובעת.** מה שחשוב לשים אליו לב בפס"ד הזה הוא שטענתם של מפעל הפיס הייתה שהפרסומת הזו היא באורך של דקה וסרטיו של צ'ארלי צפלין הם ארוכים ולקחנו רק קטעים קטנים ונבחרים ובימ"ש עונה שזה לא רלבנטי הכי בימ"ש מסתכל על היצירה בכללותה. בימה"ש אומר עצם הנטילה מה נלקח מבחינה איכותית ולא כמותית.

פס"ד גולדנברג נ' בנט: עוסק במחזמר האמריקני המצליח "שורת המקלה". נטען שהמחזמר הישראלי "חיידק הבמה" מהווה העתקה של המחזמר האמריקאי ובכך מפר ז"י. **מדובר על יצירה מוגנת שהיא יצירה אומנותית, ספרותית. השאלה אם יש כאן העתקה לפי סעי' 11 לחוק זכויות יוצרים, בימה"ש קובע חזקה מאוד חשובה.**

(מתעסק בהפרה עמומה) ערעור זה עניינו מחלוקת סביב זכות יוצרים במחזמר. המשיבים טוענים כי העלאת המחזמר הישראלי "חיידק הבמה" מהווה הפרת זכות היוצרים שלהם כיוון שהוא מועתק בכללותו מהמחזמר "שורת המקלה" אשר מוצג בברודווי. הגיע בית-משפט קמא לכלל מסקנה, כי זכות היוצרים של המשיבים בהצגת "קורוס ליין" הופרה על-ידי המערערים מבחינות רבות ושונות על-ידי העלאתו של המחזמר "חיידק במה" והצגתו בפומבי. על-כן - "כל עוד לא יסולקו מהמחזה הישראלי, חיידק במה' כל אותם מרכיבי חיקוי, אלה שפרטתי אותם לעיל, ואלה המשתמעים מכלל הדברים והידועים לנתבעים ולבמאי יותר מכלל אדם אחר, לא יוכל 'חיידק במה' להמשיך בדרכו.

בימ"ש קובע בערעור כי השאלה, **אם הדמיון בין שתי היצירות מספיק לשם קביעה, שהנתבע העתיק חלק ממשי ומהותי מן היצירה המוגנת, היא שאלה שבעובדה ושל דרגה, והתשובה לשאלה זו צריכה להינתן לא על סמך השוואה מכאנית של מספר מלים או שורות, הדומות ביצירות הנדונות, אלא לפי ההתרשמות של השופט מן היצירות בכללותן.** נטילת הצירוף והחיבור של הרעיונות כגיבושם במחזמר "קורוס-ליין" כדי ליצור מהם מחזמר בעל שם אחר תוך חיקוי הקומביניציה של המאורעות הדרמטיים ושל הסיודור התיאטרוני, מהווה הפרה של זכות היוצרים. ההשוואה של שני המחזות, זה האמריקאי מול זה הישראלי, מצביעה כאמור על כך, שכל הצירוף והשילוב הדרמטיים של המאורעות כביטויים המוחשי ב"קורוס ליין", "שהיו חדשים, מיוחדים ומקוריים, ככל שהדבר נוגע למחזמר האמור, הועתקו תוך הסוואות קלות לתוך המחזמר הישראלי. המדובר על חיקוי של המכלול של הנסיבות והאירועים (situations and incidents) תוך שינויים והתאמות, שלא היה בהם כדי להסתיר את המקור האמיתי.

מהו סוג היצירה? מה לגבי הטקסט/תמליל המחזמר? מה לגבי הלחנים?

בה"מ בעצם קובע **בפס"ד בנט** **חזקה חשובה להפרה עמומה** הקובע כי הנתבע העתיק כאשר מוכחים שניים אלה:

1. לנתבע הייתה גישה ליצירה המקורית (יצירה מפורסמת/ידועה לציבור)
2. דמיון מהותי בין היצירות (כזה שאין זה סביר כי הוא מקרי)

חזרה על גישת המכלול: בוחנים את היצירה בכללותה, ולא משווים באופן מכאני את המילים/השורות. יש להראות כי נלקחים חלקים **ממשיים ומהותיים**. בעצם המבחן הזה אומר כי כאשר מתקיימת החזקה (מתקיימים שני התנאים: יש כאן גישה ליצירה ויש דמיון מהותי בין היצירות) וכעת חזקה על הנתבע שהוא הפר וכעת נטל ההוכחה יעבור אל הנתבע – "תוכיח שלא העתקת".

כשיש לנו הפרה עמומה מה אנחנו בוחנים: את גישת הנטילה של פס"ד גבע, לאחר מכן את גישת המכלול של פס"ד רוי אקספרס ואת החזקה הקבועה בפס"ד בנט.

באיזה מקרים למשל יכול להיות מצב שיש דמיון אבל אין העתקה?

הדגשים לגבי דרישת המהותיות:

- יתכנו מקרים של **דמיון מהותי** שאינם מהווים הפרה (יצירה עצמאית, שתי יצירות המועתקות מיצירה שלישית הנמצאת בנחלת הכלל). **אין כאן הפרה כי בשיעורים הראשונים אמרנו כי זכות יוצרים עומדות רק כלפי מי שהעתיק, פטנטים למשל כשיש לבן אדם פטנט היא כלפי כול עלמא, ז"א כאשר יש לי פטנט על הרצאה אין לאף אחד אפשרות להשתמש בזה. לעומת זאת זכות יוצרים היא רק כלפי מי שמעתיק למשל ציור של שקיעה ששני אנשים עבדו בו"ז אף אחד לא העתיק, כי זכות יוצרים פועלת כלפי המעתיק. כלומר כאשר יש שני יוצרים אשר מעתיקים משייקספיר שהוא נמצא בנחלת הכלל אין כאן העתקה.**
 - בחינת המהותיות היא **איכותית, ולא כמותית**. גם לקחת חלק קטן שהוא משמעותי, "הצימוק שבעוגה", יכול לעלות לכדי הפרה.
 - **פס"ד סטרונצקי:** אותו פס"ד שלקחו את ציור הפרח של ויטמן מהעטיפה של גלידה. באותה פס"ד בימה"ש אומר: יש לזכור בחינתה של שאלת ההפרה זה נמצא בשק"ל של בימה"ש וזאת ככל שזה עמום, אבל ככל שהיצירה היא גבוה יותר כמו השקעה מקצועית, כלומר ככל שהיצירה הראשונה שממנה מעתיקים היא מקורית יותר והייתה בה השקעה אז תקבל הגנה חזקה יותר המשמעות היא להיות הרבה יותר קל בהוכחת ההפרה. לעומת זאת כאשר יצירות שרמת ההשקעה היא נמוכה כמו ספר טלפונים או לקט של מידע בימה"ש ייתן להם הגנה מצומצמת ולא רחבה.
- מידת המהותיות נגזרת ממידת המקוריות:** ככל שהיצירה דלה מבחינת מקוריות (יצירתיות והשקעה), אנו נדרוש העתקה מדויקת/מהותית יותר לצורכי הפרה. כאשר רמת המקוריות גבוהה, נסתפק גם בהעתקה פחות מדויקת/מהותית (הגנה חזקה יותר).

הפרה ישירה – סיכום זה צ'קליסט למבחן:

השלבים בבחינת הפרה:

1. **האם יש יצירה מוגנת בז"י? יצירה, מקוריות (עצמאות, השקעה ויצירתיות מינימאלית), קיבוע, זיקה לישראל וזיהוי הקטגוריה.**
2. **האם נעשתה פעולה שיוחדה לבעל זכויות היוצרים? לפי סעיף 11, חשוב לבדוק התאמה בין סוג היצירה לזכות הכלכלית המופרת (למשל, זכות ההשכרה אינה רלוונטית ליצירה שהיא ספרותית)**
3. **האם ניתנה הסכמה מצד בעל ז"י? רישיון?**
4. **יש להראות שההפרה נעשתה לגבי היצירה כולה (הפרה מובהקת) או לגבי חלק מהותי ממנה. ככל שההפרה אינה מובהקת צריך לבדוק אם נלקחו חלקים מהותיים ואז צריך לדון בחזקה של פס"ד בנט.**

דוגמאות

דוגמא ראשונה –

כתבתי שיר "שלוות חורף" והקלטתי אותו על דיסק בעזרת חברי הטוב בעל אולפן הקלטות. כעבור שבוע, שמעתי להקת חימום לא מוכרת מבצעת את השיר שלי במועדון הבארכי מול קהל נלהב ומפרגן. **צריך לבדוק אם 4 השלבים לעיל.**

1. האם יש כאן יצירה מוגנת בהתאם לסעי' 4 לחוק זכויות יוצרים ?

- יצירה- מידה מינימלית של מורכבות (פס"ד אינטרלגו)
- מקוריות- אני מקור היצירה, השקעתי כישרון, יצירתיות מינימאלית.
- קיבוע- דיסק
- זיקה לישראל- קיימת זיקה מכוח ס' 8 שזה אני תושב ישראל וגם את סעי' 9 מכוח אמנות בינלאומיות.
- קטגוריה- המילים הם יצירה ספרותית, הלחן יצירה מוזיקלית, ההקלטה – תקליט.

2. האם נעשתה פעולה שיוחדה לבעל ז"י לבדוק את סעי' 11 לחוק ?

יש כאן ביצוע פומבי פס"ד הפדרציה ? לא די לרשום במבחן ביצוע פומבי זה לא מספיק! צריך לרשום

לאיזה סעיף זה מתקשר ויש לנתח גם ביצוע פומבי – האם זה נעשה לציבור – לא "לציבור" כי זה

שידור, להזכיר את פס"ד הפדרציה. אנחנו צריכים לנתח ולהסביר ולהיכנס לדקויות של הסעיף!

על פניו הלהקה היא מוצאיה לאור אז לכאורה יש תחושה כי הלהקה פגעה בעיתוי של הפרסום, **אבל סעי' 1 לחוק** הוא סעי' הגדרות אשר מגדיר מהו פרסום, וסעי' 1 זה הוצאה של מס' של עותקים שלא בהסכמה של היוצר למעט ביצוע פומבי. **הוא לא נכלל בפרסום.**

פרסום ? (אין, ראו ס' 1 לחוק: פרסום - "למעט ביצוע פומבי"), **ביצוע פומבי** (ע"י להקת החימום). כלומר אין כאן דיון בפרסום אלא רק בביצוע פומבי.

3. אין הרשאה - יש לציין כי אין הסכמה של בעל הזכות.

4. הפעולה נעשתה לגבי היצירה כולה – במקרה הזה הלהקה שרה את כל השיר ולא חלקים ממנו. כאן יש הפרה מובהקת לא נלקחו חלקים מהותיים הם ביצוע את השיר שלי באופן מלא.

דוגמא שנייה

כשיצאתי ממועדון הבארבי נכנסתי לחנות תקליטים והבחנתי בדיסק חדש של חברי(אותו חבר בדוג הקודמת). האזנתי לדיסק ושיר מספר 3, "העונה השלווה", חזר במדויק על הפזמון של השיר שלי. שאר הבתים השתמשו בלחן זהה, אך במילים שונות. מבואסת ומאוכזבת, נסעתי צפונה ושמעתי פתאום ברדיו את ביצוע השיר המקורי שלי "שלוות חורף". כדי להפיג את הדיכאון, עצרתי באלונית לקנות בירה והמוכרת שריחמה עליי הציעה לי הנחת עובד על ספר שירים מאת חברי. המומה וכואבת קראתי את רשימת השירים והשיר "העונה השלווה" הופיע כשיר 1.

הטכניקה היא אף פעם לא לענות על הכל צריך לענות מנקודה לנקודה בקיס ולא עונים באופן כללי, לפרק את הקיס.

השלב הראשון כבר עשינו לעיל.

1. **פעולות מפרות:** העתקה המילים והלחן (ע"י החבר), שידור (ע"י הרדיו), יצירה נגזרת (ע"י החבר), פרסום היצירה הנגזרת (ע"י החבר) (יעשיית יצירה נגזרת כאמור בסעיף 16, ועשיית הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (5) ביצירה הנגזרת כאמור).

2. **אין הרשאה**

3. **העתקה:** זו אינה העתקה מובהקת ולכן צריך **להוכיח את דרישת המהותיות:**

• (1) לחבר הייתה גישה לשיר שלי (בעל האולפן), (2) נלקחו חלקים מהותיים וממשיים, הפזמון הוא לב השיר, נלקח גם הלחן. אין זה משנה שהחבר חיבר גם מילים מקוריות (גבע).

זכות השידור: העברה לציבור שומעי הרדיו ללא הסכמתי. מפר תמים? ס' 58 קובע כי הפרה לא תלויה ביסוד נפשי ולא צריך כוונה להפר או זדון או רשלנות ולא מעניין אותנו הכוונה של המפר. אבל מה יש לנו? יש פטור מפיצויים למפר תמים, אותו מפר שלגביו אפשר להוכיח שהוא גם לא ידע וגם לא היה עליו לדעת על ההפרה וזה רף מאוד גבוה שחל במקרים קיצוניים – בסוגיה הזאת מתאים להעלות את זה כי ייתכן שהרדיו באמת לא ידע ולא היה עליו לדעת.

הזכות לעשות יצירה נגזרת: האם הספר מבוסס באופן מהותי על השיר המקורי שלי? נראה שיש כאן עיבוד.

זאת הדרך לניתוח, לעבור על סעי' 4 לאחר מכן סעי' 11, לאחר מכן אם זה הפרה מובהק או עמום, לאחר מכן אם נלקחו חלקים מהותיים.

הפרה שניונית

קודם יש לבחון הפרה ישירה במבחן – אם אין הפרה ישירה אין הפרה שניונית!!!! קודם כל

מישהו אשר עושה את הפעולה בס' 11. לאחר מכן יש לבחון את ההפרה השניונית.

בד"כ זה אנשים שמגדלים ומאפשרים את ההפרה, ובעלי זכויות יוצרים יכולים להיפרע לא רק כלפי הסטודנט אלא צריך לאתר כיס עמוק, ז"א צריך לאתר אתר האתר אשר איפשר הורדת החומר. אולם גם אם אני רוצים לאתר את הסטודנט זה בעייתי כי קשה לאתר אותו כמו פס"ד **פרימייר ליג נ' פלוני**, לכן אני מעדיף לאתר את האתר עצמו במקום להתחיל לחפש. לכן כל הנושא של הפרה שניונית הוא שונה מהפרה ישירה. וזה לא מי שעושה את הפעולות בסעי' 11, זה מישהו אשר תורם לפרה שזה הפרה שניונית.

הפרה שניונית מאפשרת לנו לתבוע גורמים שלישיים שמאפשרים או מעודדים הפרת ז"י.

מותנית בקיומה של הפרה ישירה.

התמודדות חלקית של החקיקה בישראל.

סוגי הפרה שניונית:

1. הפרה עקיפה (סטטוטורית) – סעיפים 48-49 לחוק. נזכיר כי היה תיקון לסעי' 5 לחוק שהוא יהיה במבחן.

2. הפרה תורמת (יציר הפסיקה) – היא יצירה הפסיקה, דוקטרינה משפטית המבוססת על דיני הנזיקין והיא מכוח הפסיקה (פס"ד שוקן). מצב שבו אדם מאפשר/מתיר/מסייע/תורם/מעודד הפרת ז"י שמבצע אדם אחר, תוך ידיעה על ההפרה (מכוח פקודת הנזיקין).

הפרה עקיפה (סטטוטורית) היא מעוגנת בחוק

אני לא נכנס לדיון של הפרה שניונית אם אין לנו הפרה ישירה. לא לשכוח: אף פעם לא מנתחים הפרה ישירה ואומרים שאין הפרה בסעי' 11, ואז מדלגים לפרה שניונית. ורק כאשר הפרה ישירה עוברים לסעי' 11 ולאחר מכן בודקים הפרה שניונית.

עלתה שאלה בקשר לס' 48 אמרנו כי ההפרה מתבטאת בהפרה של זכות "ההעמדה", אולם יש עוד סוגים של הפרה כמו העמדה של רשות הציבור, שידור כלומר למה זה לא כולל את ס' 11? בתיקון מס' 5 יש גם זכות העמדה לרשות הציבור. וזה בהפרה סטטוטורית. יתר הזכויות אשר נמצאות בסעי' 11 נכללות בהפרה תורמת.

ז"א תיקון מס' 5 כולל הפרה עקיפה סטטוטורית: של העמדה לרשות הציבור (48א) + העמדה (ס' 48).

ס' 49 הוא לא כחלק מהתיקון החדש הוא ישן וכולל ביצוע פומבי של יצירה (ס' 49) למטה.

סעיף 48: העושה אחת מהפעולות האלה בעותק מפר (חשוב אני בוחן את הסעי' אחרי שיש הפרה ישירה כאומר בסעי' 11, יש כאן כבר הפרה ישירה) של יצירה, מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה, ידע (סובייקטיבית) או היה עליו לדעת (אובייקטיבית) כי העותק הוא עותק מפר:

(1) מכירה או השכרה, לרבות הצעה או העמדה למכירה או להשכרה; יש לו עותק לא חוקי ואני מוכר אותו.

(2) החזקה למטרה עסקית; אני מחזיק את העותקים וטרם מכרתי אותם.

(3) הפצה בהיקף מסחרי;

(4) הצגה לציבור בדרך מסחרית;

(5) ייבוא לישראל שלא לשימוש עצמי כהגדרתו בסעיף 129 לפקודת המכס.

תנאים לקיומה של הפרה עקיפה:

1. קיומו של עותק מפר (ראו סעיף ההגדרות – עותק לא חוקי) – **כלומר כבר מתקיימת לנו הפרה ישירה.**
2. ביצוע אחת מהפעולות האסורות המנויות בסעיף 48
3. "ידע או היה עליו לדעת" – ידיעה בכוח או בפועל שהזכויות ביצירה שייכות לאחר.

תיקון 5 – (זה ס' חדש) סעיף 48א: הפרה עקיפה של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור

"הועמדה יצירה שיש בה זכות יוצרים לרשות הציבור, כאמור בסעיף 15, בלא שניתנה רשותו של בעל זכות היוצרים, לרבות לאחר העמדתה כאמור לראשונה, באופן שמהווה הפרה של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור כאמור בסעיף 11(5) (בסעיף זה – העמדה בהפרה), ועשה אדם, על דרך עיסוק, פעולה שיש בה כדי להקל את הגישה של הציבור ליצירה שהועמדה בהפרה או להרחיב את הגישה של הציבור אליה, במטרה להפיק רווח מעשיית פעולה כאמור ומקיומה של גישה ליצירה שהועמדה בהפרה, מפר הוא בכך את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה ידע או היה עליו לדעת כי היצירה הועמדה בהפרה; לענין זה, אדם המפעיל אמצעים טכנולוגיים למניעת גישה ליצירה שהועמדה בהפרה לא יוחזק מחמת זה בלבד כמי שהיה עליו לדעת כי היצירה הועמדה בהפרה."

כאן אנו מתייחסים להפרה אשר הועמדה לפרה, העמדתי תוכן באינטרנט בצורה לא חוקית, וכעת יש מישהו אשר מבצע הפרה ע"י הצבת קישור. יש אתרים פיראטיים שהם מפרים ישירים. וכעת יש אתרים נוספים שיש להם קישור לאותם אתר. וכדי ללכת נגד אותם אנשים אשר מציבים את הקישור ניתן להגיע אליו.

תנאים לקיומה של הפרה עקיפה של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור:

1. הפרה ישירה – יצירה שהועמדה לרשות הציבור ללא הסכמת בעל הזכות
2. צד שלישי הקלה/הרחיב את הגישה ליצירה למטרת רווח (למשל, לינקים שמציב בעל אתר שמרוויח מפרסומות)
3. ידיעה בפועל או בכוח של הצד השלישי כי היצירה הועמדה בהפרה

הסעי' השלישי אשר מתייחס להפרה עקיפה (סטטוטורית) –

סעיף 49: המרשה לאחר, למטרת רווח, שימוש במקום בידור ציבורי לשם ביצוע פומבי של יצירה, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן לא ידע ולא היה עליו לדעת שהביצוע מהווה הפרה כאמור; לענין זה, "מקום בידור ציבורי" – מקום המשמש למופעי בידור ותרבות, לרבות אולם שמחות, גן אירועים, מסעדה, בית קפה או מועדון. (תמריץ לבעל עסקים לוודא כי מי שמופיע בעסקים שילם תמלוגים).

הסעיף הזה בעצם נותן תמריץ לבעלי עסקים לוודא שמי שמופיע אצלו באמת שילם תמלוגים ליוצר שאת היצירות שלו הוא מבצע. חשוב לשים לב גם פה שיש פטור לבעל העסק שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהביצוע הפומבי הזה הוא ביצוע שאינו חוקי ואינו מאושר.

תנאים לקיומה של הפרה עקיפה של זכות היוצרים לביצוע פומבי:

1. הפרה ישירה – ביצוע פומבי של יצירה (למשל, להקה שמופיעה בפאב)
2. צד שלישי (בעל הפאב) מרשה למבצע לבצע בשטחו למטרת רווח
3. חריג: אלא אם כן, הצד השלישי לא ידע ולא היה עליו לדעת שהביצוע מהווה הפרה

הפרה תורמת

אינה מופיעה בחוק אלא יצר פסיקה, לכן בחוק נראה הפרה עקיפה.

רציונל: דוקטרינת ההפרה התורמת (יציר הפסיקה) מרחיבה את מעגל הנתבעים האפשריים מקום בו מתקיימת הפרה ומעניקה אפשרות רחבה יותר לבעל זכות היוצרים להיפרע ממי שהייתה לו יד בהפרת זכותו. מוגבלת למקרים חריגים וספציפיים.

בד"כ יש הפרה המונית כמו אומן שהיצירה שלו מופצת ומאוד קשה לו לעצור את זה, ומאוד קשה לו לפעול ומדובר בהפרה נוספת וכאן זה ההחרבה של מעגל ההפרה. ואם נעצור את האתר כבר אני נמצא במצב טוב.

הצדקות: (1) תיאוריית ההשקעה: היוצר השקיע עבודה ולכן מגיע לו להיפרע מגורמי ביניים שמאפשרים הפרה של זכויותיו. (2) "בעיית הפעולה המשותפת" – הבעיה הזו היא למשל כאשר יש זכויות או חלקי זכויות אצל המון גורמים וקשה להם לפעול ולהגיע להסמכה ביחד וצריך נציג או גורם מרכזי שייצג את כל האינטרסים הללו. הבעיה של פעולה משותפת בצורתה ההפוכה באה לידי ביטוי בעניין ההפרות משום שכיום קשה לאכוף ז"י מול מפרים ישירים כי הם רבים כ"כ (קשיי איתור) (**פס"ד צ'רלטון**). (3) בשל עלויות האכיפה כנגד מפרים ישירים הרי שלא יהיה יעיל לתבוע 2 מיליון מפרים ולכן, גורמי ביניים הם בבחינת מונעי הנזק הזול ביותר.

פס"ד שוקן (פס"ד חשוב מאודדדד): האם האוניברסיטה העברית אחראית על הפרה שהיא לא היתה שותפה לה אך בוצעה בתחומה? תא סטודנטיאלי מכר עותקים של "יפן המסורתית" בהוצאת שוקן בתחומה של האוניברסיטה.

בפס"ד זה קבעו את הדוקטרינה של הפרה תורה. של הוצאת "בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ" הוציאה לאור, בין השאר, את הספר "יפן המסורתית" מאת בן עמי השילוני. בכריכתו הפנימית של הספר נכתב "Coryright by Schocken Publishing House Ltd. Tel-Aviv". יצירה זו הועתקה בשלמותה, שוכפלה ונמכרה במסגרת "מקראה(אוסף של מאמרים)" המשמשת ללימודי סטודנטים. מכירת המקראה התקיימה באולם 300, בבניין מדעי הרוח בקמפוס הר הצופים של האוניברסיטה, על-ידי המשיב 3, מר כהן, אשר שימש באותה התקופה כיושב ראש "תא אופק". מדובר בתא סטודנטיאלי, הפועל בתחומיה של האוניברסיטה, ואשר נתמך על-ידי מפלגת העבודה הישראלית. תא אופק מזוהה רעיונית עם המפלגה, אשר מממנת חלק מפעילותו, ומאפשרת לו – בין היתר – להשתמש במכונות הצילום שלה. למקראה הוצמד, אם-כן, דף שער שנשא את פרטיהם של המפלגה ותא אופק, וכן את שמותיהם של כהן ושל סטודנטית נוספת. על רקע זה, הגישה שוקן תלונה במשטרה נגד כהן, ובעקבות זאת, בחודש מרץ 2002, הוגש נגדו כתב אישום. במסגרת עסקת טיעון שנחתמה הודה כהן בביצוע המעשים שיוחסו לו, והוטל עליו לבצע שירות לתועלת הציבור. לצד זאת, הגישה שוקן תביעה אזרחית לבית המשפט המחוזי כנגד כהן, המפלגה והאוניברסיטה, בטענה שהפרו את זכות היוצרים שלה בספר. המצב הנתון אין מספק עותקים של הספר, ומר כהן מדפיס כרכים ומוכרים אותם במחיר זול, מר כהן הוא המפיר הישר ומדובר על העתקה על פי ס' 11, כלומר יש מפיר ישיר. במקביל לדיון האזרחי מתקיים הליך אזרחי נגד מר כהן בהליך פלילי, בהליך אזרחי אם שוקן תלך רק נגד מר כהן אין לו כיס עומק, לכן שוקן רוצה ללכת לגוף יותר מבוסס שזה או האוניברסיטה או מפלגת העבודה אשר תמכה בתא הסטודנטיאלי.

בית המשפט העליון קיבל בחלקו ערעור שעניינו הפרת זכויות יוצרים באוניברסיטה העברית בקובעו, כי יש להכיר בהפרה תורמת בדיני זכויות יוצרים בישראל, אך אין להטיל אחריות על האוניברסיטה במקרה זה, שכן אין מקום להטיל עליה חובה לפקח על פעילותם של התאים הסטודנטיאליים בקמפוס, באופן שיאפשר לה למנוע קיומן של הפרות המתרחשות בתחומה.

בית המשפט: החלת דוקטרינת ההפרה התורמת מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין וסעיף 52 לחוק ז"י:

ס' 12 לפקודת הנוזיקין: "המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם".

סעיף 52 לחוק ז"י: "הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בשינויים המחוייבים ובכפוף להוראות חוק זה".

ס' 52 הוא צינור אשר מחיל את הוראות פק' הנוזיקין.

שלושה תנאים מצטברים לתחלתה של הדוקטרינה:

1. קיומה בפועל של הפרה ישירה (גם אם קיימת הגנה למפר, כגון שימוש הוגן, עדין יש הפרה);
2. ידיעתו של המפר/התורם על ההפרה הישירה שבוצעה (מודעות בפועל, אך לא נדרשת מודעות קונקרטית לגבי כל הפרה והפרה), **מספיק שהידיעה באופן כללי שהדפיסו עותקים.**
3. קיומה של תרומה **משמעותית**, **ניכרת** **וממשית** לביצוע ההפרה. **ז"א צריך להראות כי האוניברסיטה תרמה להפרה.**

התנאים האלו בעניין האוניברסיטה לא מתקיים במיוחד בתנאי השלישי. אין יכולת לפקח על שטחי הקמפוס. לא היה פרסום מצד האוניברסיטה, לא הייתה מכירה מצידה. ביהמ"ש אומר משיקולי מדיניות לא להטיל אחריות על האוניברסיטה אחרת זה יעסיק אותה בפיקוח על הסטודנטים, מושג אקדמי נועד למטרות השכלה.

אינדיקציות: הפעולות שנקט גורם הביניים לעודד את ביצוע ההפרה ויכולת הבקרה והפיקוח האפקטיביים של גורם הביניים.

יישום (שוקן): האוניברסיטה לא תרמה משמעותית להפרה. היא לא עודדה את הסטודנטים ולא תמרצה באופן אקטיבי את תא אופק למכור עותקים מפרים. האוני' לא מנעה את הפעילות המפרה, אך מחדל זה אינו עולה כדי תרומה משמעותית, ניכרת וממשית.

אז מי כן אחראי ?

- לגבי מפלגת העבודה שמימנה את תא אופק, בה"מ קובע שכן הייתה הפרה תורמת. לולא תמיכתה הכלכלית והספקת מכונות הצילום, ההפרה לא מתקיימת. המפלגה ידעה על ההפרה ויכלה למנוע אותה בקלות ובזול.

מפלגת העבודה אחראית.

פס"ד צ'רלטון: דובר בזכויות השידור במשחקי המונדיאל 2006. לפיפ"א נתונות זכויות השידור ברחבי העולם. צ'רלטון רכשה את זכויות השידור הבלעדיות בישראל. טלראן סיפקה ללקוחותיה כרטיס מוצפן המאפשר פענוח שידורי לוויין מקודדים של רשתות זרות, דרכם ניתן לצפות בשידורי המונדיאל. הרשתות הזרות שידרו את משחקי המונדיאל, קליטתם וצפייה בהם בישראל התאפשרה רק באמצעות הכרטיס המוצפן שמכרה טלראן.

למעשה יש את צ'רלטון שיש לה זכות שידור בלעדית בישראל, והרשתות הישראליות מחשיכות את השידורים. דרך הלוויין יש אפשרות לצפות בשידורים אחרים, מה שקרה חברת טלראן מפתחת כרטיס ודרכו ניתן לצפות בשידורים דרך רשתות זרות. ביהמ"ש העליון (מפי השופט צ' זילברטל, בהסכמת השטים א' רובינשטיין וי' עמית) קיבל את הערעור בחלקו מהטעמים הבאים: דיני הקניין הרוחני בכלל, וזכויות היוצרים בפרט הם פרי של מלאכת איזונים מורכבת בין האינטרסים השונים המצויים ברקע ההסדר החוקי שהמחוקק בחר לעצב ועל כן השתרעותה של זכות היוצרים היא אך ורק עד לגבול אשר נתחם עבורה בדיון.

סדר הבדיקה של בימה"ש:

הפרה ישירה? עצם מכירת הכרטיס המקודד ע"י טלראן אינו מהווה הפרה ישירה. טלראן לא ביצעה פעולה שיוחדה לצ'רלטון, אך מאידך סיפקה פלטפורמה להפרת ז"י. מכאן בימה"ש אומר פעולה של מכירת כרטיס זה לא הפרה של זכויות יוצרים. אבל, בארה"ב ובאירופה נכנסו הנחיות של "פריצת גידור אלקטרוני" וקבעו עקיפה של הפריצה, זה מהווה הפרה של זכויות יוצרים, עולה למה בימה"ש לא מאמץ הסדר של פריצה גידור אלקטרוני? כלומר למה אומר בימה"ש אין כאן הפרה ישירה?

כי זה לא מופיע בחוק, מעבר לטענה שזה לא מופיע בחוק, אף על פי שיש מנגנון של הסדרה עצמית בין בעל הזכות לצד אחר, יש להם בעיה אחרת, הם נותנים לבעל הזכות יוצר ממה שמגיע לו, לדוג ניתן להעתיק רק פעם אחת ואי אפשרות להוריד את התוכנה עוד פעם, הבעיה היא שדיני זכויות יוצרים לא רוצים מגדמה כזאת, בנסיבות מסוימות קניתי תוכנה בזמן מסוים אני עובד עליה במכללה ומצד שני עובד עליה בבית, זה מה שהדין קובע, לכאורה בעל התוכנה יכול למנוע ממני דבר כזה כלומר שיש בו"ז, המחוקק שלנו לא הלך אחרי ארה"ב, ואירופה, וכאן טלראן מאפשרת רק צפייה היא לא עושה משהו ביצירה, לכן היא לא מפירה ישירה וזה לא נופל בגדר ס' 11, לכן אין הפרה ישירה ולא הפרה שניונית ביהמ"ש אומר משיקולי מדיניות אין הפרה ישירה. ביהמ"ש מחזיר את התיק למחוזי בגין עשיית עושר ולא במשפט.

הפרה עקיפה (סעיף 48)? ללא הפרה ישירה (קיומו של עותק מפר) לא יכולה להיות הפרה עקיפה. אין כאן גם הפרה ישירה ע"י הצופים: (יפעולת הצפייה בתוכן מוגן אינה מן הפעולות שנתייחדו לבעל זכות היצרים בחוק י).

הספקת אמצעי לעקיפה של גידור טכנולוגי: נעילת קבצים, קידוד (DRM). בארה"ב פיתוח מפתחות לעקיפת גידור אסור עפ"י החוק. בארץ אין עדין הסדר חקיקתי (הצעת חוק).

הפרה תורמת? אין הפרה ישירה ע"י משתמשי הקצה ולכן לא יכולה להיות הפרה תורמת. בה"מ מחזיר תיק למחוזי לבחון האם יש עילת פיצויים בגין עשיית עושר ובסופו של דבר התיק נסגר בפשרה (טלראן מפצה את צ'רלטון).

בישראל, זה לא נופל באף אחד מההוראות של ס' 11, אם המחוקק רוצה לקבוע שעקיפה של גידור אלקטרוני זה מהווה הפרה של ז"י, שיעשה זאת. בימ"ש לא מוכן לעשות חקיקה שיפוטית. אין הפרה ישירה, ולכן העניין נדחה. עקיפה של אמצעי גידור טכנולוגי היא מהווה הפרה של ז"י. למחוקק יש רתיעה להכיר בזה בהפרה של ז"י, גם מהסיבה הפרקטית. מאוד קל לעקוף אמצעי גידור שכאלה, לכל מנעול יש מפתח (האקרים יודעים לעשות פריצות) אי אפשר לעמוד מול הטכנולוגיה ולכן לדעת המרצה המחוקק לא הלך לפי עקיפה של אמצעי גידור אסורה. כמו כן, גם מהסיבה הכלכלית, לדוג' אישה שקונה תוכנה מקודדת, והיא צריכה אותה לשני מחשבים, התוכנה נעולה. אז מה ההיגיון שעומד מאחורי זה? שהיא תקנה את התוכנה לשני מחשבים, לדעת המרצה זה לא עולה על הדעת.

הפרה תורמת – נוהל הודעה והסרה

אחריות אתרים לחומרים מפריים המצויים באתר (לינקים שמועלים לאתרים אחרים), אליס היא אגודה אשר מגנה על זכויות יוצרים, באתר של רוטר יש גולשים אשר מעלים לינקים לתכנים שהם פיראטיים אשר מוביל לאתרים, וזה הפרה של זכויות יוצרים. בתוך האתר של רוטר יש לינקים אשר מובלים לאתרים הפיראטיים, אותם אתרים פיראטיים יש להם הפרה ישירה. מהי האחריות של האתר רוטר בנוגע לכך?
רוטר חלקו הוא למנויים בלבד, חלקו הוא פתוח. באתר יש כל מיני תכנים ובעיקר פורומים של גולשים (פורום סדרות וכו'), יש החלפת מידע והחלפת כתובות. הכתובות נעשות דרך לינקים, הם מפנים את הגולשים לאתרים פיראטיים שבהם יש תכנים מפריים. השאלה היא: מהי האחריות של אותו רוטר (האתר הכשר) לאותם לינקים לאתרים אחרים שמפריים זכויות יוצרים? (הגולשים הם אלו אשר מצביים את הלינקים

האלה באתר רוטר). האם בימה"ש מצפה מרוטר להתחיל לבדוק כל לינק? מה האחריות שאנו רוצים להטיל על רוטר?

ביהמ"ש אומר שאם אני אטיל אחריות של רוטר זה לא יהיה מידיתי, ולא יהיו פורמים. וזה נטל יותר מידי, ואם נטיל אחריות על בעלי האתרים זה יפגע בהם.

פס"ד אליס נ' רוטר: אליס היא אגודה המגנה על יצרני סרטים. תובעת את רוטר בגין אירוח חומרים מפריס: פורומים בהם החליפו המשתמשים כתובות לאתרים להורדת עותקים מפריס של סרטים. מהי אחריות האתר לקישורים שמציבים הגולשים המפנים לאתרים פיראטיים?

האם רוטר מבצע הפרה ישירה? בה"מ (גרוסקופף) בוחן אם הופרה זכות ההעמדה לרשות הציבור (ס' 15). רוטר לא עשה (או אפשר לגולשים לעשות) פעולה ביצירה (הפעולה היא ביחס ללינק לאתר המפר). היצירה כבר הועמדה לרשות הציבור ע"י האתרים הפיראטיים. **המפר הישיר אלו האתרים הפיראטיים.** אליס מעלה טענה: חובת ניטור, שאתר רוטר יבדוק את התכנים המועלים באתר. **האם ניתן סעיף 48 מתאים כאן? הס' כאן מרחיב ידע והיה עליו לדעת. לא בטוח.**

האם רוטר מבצע הפרה תורמת? בוא נבדוק אם רוטר מפרה תורמת (הפרה ישירה היא מתקיימת ע"י האתרים הפיראטיים ולכן אני יכולה לבדוק הפרה תורמת): יישום שלושת התנאים של שוקן: 1. הפרה ישירה (מתקיים ע"י האתר הפיראטי), 2. מודעות בפועל, (ניתן להוכיח, ברגיל, רק ע"י מתן התראה על פעילות מפרה כאמור לעיל – מודעות בפועל ולא בכוח בנוגע למה שמתרחש, לא צריך להראות אחד ואחד) 3. תרומה משמעותית, ניכרת וממשית (ההפרה נעשתה מחוץ לתחומי שליטתו של רוטר- באתר אחר). **תנאים 2 ו-3** יתקיימו בד"כ אך ורק שאותו אתר תורם לכאורה (רוטר נט) קיבל הודעה על הפרה, כשהוא מקבל הודעה ספציפית על הפרה, ניתן לומר שיש לו מודעות בפועל. אך, **אם הוא לא קיבל הודעה לא תוטל עליו אחריות** (לא מבקשים ממנו לבדוק כל דבר וכו'). רוטר לא קיבל הודעה על ההפרה. לכן אין הודעה ממשית.

מתי בכל זאת אין צורך לתת הודעה? בשני מקרים:

1. כאשר יש לנו חריג העידוד, עידוד הצבת לינקים (הבאת כסף תמורת הצבת לינקים של אתרים פיראטיים).
2. אפשר להגדיר את הפורום אך ורק בנוגע להפרת זכויות יוצרים, ולא כמו שבמקרה הזה רק חלק מהגולשים הציבו לינקים של אתרים פיראטים. אם נוכל להוכיח שרוב מה שנעשה שם נועד רק עבור משתמשים להחליף כתובות מפרות פיראטיות, אוטומטית תוטל אחריות תורמת. **פס"ד רוטר -** מועלים אלפי לינקים רוטר טוען שזה לא אחריות שלו, אם אליס בעל זכויות היוצרים מזהה לינקים ספציפיים שמפנים לאתרים מפריס שיודיע לרוטר ורוטר יסירו את הלינקים. אך מכאן להטיל נטל שיטור לבדוק את כל הלינקים שמועלים כאן, מדובר בעלויות גבוהות. לאליס יש זכויות יוצרים על אותם תכנים ולכן רוטר אומר לו שאם הוא מגלה לינקים באתר רוטר, שהוא יגיד לו משום שהם יודעים הכי טוב מה מפר ומה לא מפר כי הם בעלי הזכויות ובמידה ויש כזה לינק רוטר יסירו, רוטר טוען כי הוא לא יכול להיות שוטר. **ביהמ"ש מקבל את הטענה של רוטר –** את מנגנון ההודעה וההסרה. אין הוראת חוק שמטילה על אתרים לעמוד בחובה ש הודעה והסרה, אך בימ"ש מכיר בזה ואם הוא לא הסיר, תוטל עליו אחריות.

"אחריות בעל אתר להימצאות קישור לאתר מפר יכולה להתקיים בנסיבות מתאימות, אולם למעט מצבים קיצוניים, היא מותנית בכך שנמסרה לבעל האתר התראה על הימצאות הקישור באתר שבבעלותו, והוא נמנע מלפעול לגביה בהתאם לנוהל של 'הודעה והסרה'."

נוהל הודעה והסרה: איזון בין הקושי של בעלי ז"י להילחם נגד הפרות המוניות באינטרנט, לבין החשש מפני הכבדה יתרה על אתרי אינטרנט. אמנם האתר הוא מונע הנזק הזול, אך אם נדרוש ממנו לנקוט באמצעי סינון, יש סיכוי לאפקט מצנן ולפגיעה בחופש הביטוי (הדרישה לניטור היא כמו דרישה לידיעה בכוח).

הנוהל: אם עולה חומר מפר לאתר שלך, אינך חייב להפעיל שירותי סינון וניטור מראש – אבל אם מגיעה אליך פניה בה מתלוננים על הפרת ז"י, ישנה ידיעה ולכן עליך להסיר את החומר המפר לכאורה (השוו לקונטנט איידי).

מתי לא צריך ליידע בגין הפרה, כלומר מתי צריך לא צריך לפעול לי נוהל הודעה והסרה ?

מתי כן תהיה הפרה תורמת (אף ללא מתן הודעת הפרה לפי הנוהל)? כשבעל האתר מעודד הצבה קישורים מפריס ובמקרה של פורומים פסולים ("מדריך להפרת זכויות יוצרים"- חזקת מודעות).

צווי חסימה

איך בעלי זכויות מתמודדים על זכויות לא ישירות, למעשה מדובר על הפרה המונית, לא הכרח בתוך ישראל, כמו תוכנה של אופיס, אם אני אתבע סטודנט אחד זה לא פותר את הבעיה, לכן אני אתבע את הכיס העמוק אותו אתר אינטרנט, לכן כאשר אני אתבע את האתר השגתי את המטרה.

עולה השאלה מה ספקית האינטרנט? הם מחברים אותנו לאינטרנט, מצד שני הם מרוחקות מההפרה, השאלה אשר עלתה האם ניתן להגדיל את אחריות ההפרה? כלומר אולי מי שמחבר את האנשים לאינטרנט שהוא יבדוק מי מתחבר. כמו מסנן תכנים. נדבר על שני פסקי דין אשר סותרים אחד את השני.

זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) נ' פלוני אלמוני: הפס"ד מדבר על תכנים של פופרוקן וכדי להגיע לתוכנה הזאת יש אתרים אשר נקראים "פופקורן טיים" וממנו ניתן להוריד תכונות, למעשה זיר"ה היא תובעת את פופקורן טיים שמהם ניתן להוריד את התוכנה, היא תובעת את פלוני ואת אלמוני שהם בעלי האתר והם לא ידועים. אפילו לא מדובר כאן בהפרה ישירה של המשתמשים, יש את זיר"ה אשר תובעת ויש את האתר אשר מספק את השירות שהבעלים שלהם לא ידועים הם פלוני ואלמוני, **לכן הפתרון של זיר"ה זה לחייב את ספקי האינטרנט בזק בינלאומי, פרטנר, נטוויז'ן לחסום את הכניסה לאתר של פופקורן טיים ז"א לחסום את הכתוב IP הישראלית לאתר.** אבל המשתמשים יכולים לפתוח כתובת IP אחרת וזה יהיה מחשק של חתול ועכבר, לכן החסימה הזאת טכנולוגית היה בעייתי. **ביהמ"ש מחליט לא לחסום את הגישה, הוא אומר קודם יש שיהוי כי אתרי פופקורן קיימים הרבה זמן, וכעת זיר"ה מסתכלים מעבר לים ומנסחים לאמץ את הגישה, כאן הבקשה היא סעד זמני שזה סעד שבימה"ש נותן לפני שהוכרע התיק כלומר לפני שבימה"ש נותן את התשובה לגופו של עניין.** בנוסף לא ניתן לדעת מי זה פלוני ואלמוני. לכן בהתחשב בשני הדברים האלו לא נותן הסעד. בימה"ש מדגיש את החשיבות הפרוצדורלית של סעד זמני בד"כ זה כאשר יש צד אחד, ושיטת המשפט שלנו היא אדברסרית ויש כאן שני צדדים. בנוסף אין בחוק הישראלי נכון לאז בשנת 2015 אין בספר החוקים סעד כלפי צד שלישי. עוד בעיה היום כאשר יש חסימה של כתובה IP וברגע שאני חוסם את הכתובת אני חוסר אחרים שנמצאים על אותה כתובת וזה עלול לחשוף את נטוויז'ן לתלונות מצד הלקוחות. **בסופו של דבר בימה"ש מחליט שאין לו כוח סטטוטורי לתת סעד כלפי צד שלישי.**

העותרות מבקשות צו זמני שיורה לבעל אתרי פופקורן להפסיק את פעילותו (תוכנת פופקורן מאפשרת צפייה ישירה והורדה של תכנים המוגנים בז"י). **בנוסף,** העותרות מבקשות להוציא צו חסימה כנגד ספקיות הגישה (בזק בינלאומי, פרטנר, נטוויז'ן ועוד) לחסום את הגישה לאתרי פופקורן. פלוני אלמוני אינו ידוע לעותרות וטענת זיר"ה היא שלספקיות האינטרנט היכולת הזולה והיעילה ביותר להפסיק את ההפרה ע"י חסימת גישה. **ספקיות האינטרנט טוענות** כי הן אינן צד ישיר להליך ולכן לא ניתן להפנות סעד כנגדן. כמו כן, הסעד לא יעיל מכיוון שאין בו כדי למנוע מפלוני אלמוני לפתוח אתרי פופקורן נוספים. **בה"מ חוזר על הלכת רמי מור** (בעניין חשיפת פרטי מעוול במסגרת תביעה בלשון הרע) וקובע כי **אין מסגרת חקיקתית באמצעותה ניתן להעניק סעד כנגד צד שלישי, שאין שום הליך עיקרי המתנהל כנגדו.** (היום – תיקון 5 מסדיר זאת). בה"מ מתנגד למתן צו כנגד ספקיות הגישה מהסיבה שהן אינן מהוות מונע הנזק הזול – פלוני אלמוני איננו מזוהה ולא ניתן למנוע ממנו פתיחת אתרי פופקורן נוספים בעתיד. בנוסף, אין כאן דחיפות (העתירה הוגשה בשיהוי).

"בנסיבות כפי שפורטו לעיל ובמצב המשפטי הנוכחי, איני סבור שנכון להורות כן בכלל, ובוודאי לא בטרם התבררה תביעת המבקשות. בכלל חשבון יש להביא את גודלו הבלתי ידוע של קרחון חסימה זה העשוי להטביע את התחרות החופשית, את חופש הביטוי, וכיוצא באילו אם בית המשפט ייתן סעד של חסימה בטרם מתבררת המחלוקת בין הצדדים הנכונים". זאת ועוד, 'המחיר' הערכי של הפיכת ספקיות האינטרנט למעין צנזור ברשות בית המשפט, הוא מחיר שקול לפחות, אם לא כבד יותר, לפגיעה בזכות הקניין הרוחני של המבקשות."

הפס"ד שקדם בזמן לפס"ד זיר"ה וכאן ניתן צו חסימה, אן אם סי יונייטד נ' בלומברג: איך זה בפס"ד זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) נ' פלוני אלמוני לא ניתן צו חסימה, אולם כאן בפס"ד, אן אם סי יונייטד נ' בלומברג יש כאן צדדים, והבקשה היא לא סעד זמני. אז מה שיש כאן עם אתר יונייטד מאפשר לחפש תוכן ביוטיוב ולמצוא את היצירה הטובה ביותר, תעשו חיפוש דרכנו דרך יונייטד זה יאפשר תוצאות חיפוש איכותיות ועוד דבר זה מאפשר הורדה של תכנים למחשב, עוד דבר באתר יונייטד אין פרסומות כמו ביוטיוב וגם עם אפשרות להוריד את זה למחשב. (אם אנו מדברים על ס' 11 הגולשים מפרים את זכות ההעתקה), **מעגל ראשון הפרה ישירה-** זה הגולשים אשר מורדים את התוכנה למחשב שלהם. **מעגל שני הפרה תורמת-** האתר יונייטד (עם 3 התנאים: קיום הפרה ישירה, ידיעה, קיומה של תרומה משמעותית). **מעגל שלישי –** צו חסימה נגד ספקי האינטרנט, בימה"ש אומר למרות שאין חיקוק בחוק שלא ניתן לתת סעד נגד צד שלישי, בימה"ש הוסיף כי המחוקק פועל לאט, אבל בכל זאת הוא נותן צו של פיצויים שספקות האינטרנט יצטרכו לשלם.

התובעות הן חברות תקליטים שמחזיקות בזכויות יוצרים בהקלטות מקוריות של מוסיקה ישראלית. הן גם מייצגות חברות תקליטים זרות. הנתבע – בלומברג – הוא הבעלים של אתר UNIDOWN המפר. כמו כן נתבעות ספקיות הגישה לאינטרנט. **טענת התובעות:** האתר מפר את זכות ההעמדה לרשות הציבור, את זכות השידור ואת זכות ההעתקה – הגולשים יכולים להאזין ליצירות מיוטיוב בסטרימינג וגם להוריד את היצירות למחשבם האישי. ספקיות האינטרנט הן מונעות הנזק הזול ביותר. עלות החסימה נמוכה והתועלת גבוהה. התובעות טוענות כי היתרון היחסי שמייצר אתר האינטרנט UNIDOWN על פני אתרים חוקיים אחרים, כגון: 'יוטיוב' אשר דרכו UNIDOWN מאפשר למשתמשי האזנה ישירה ליצירות המוסיקליות, הוא בכך ש"האתר המפר מאפשר למשתמש [בנוסף להאזנה הישירה, ג. ג.]. 'הורדה' של היצירות המוסיקליות היישר למחשבו האישי", פעולה אשר לטענתן אינה ניתנת לביצוע ביוטיוב. **"גלום בעצם העובדה כי הוא מנגיש, עבורם הורדת שירים מאתר YouTube לרוב יצירות שבעלי הזכויות העלו על מנת לחשוף אותן לקהל שירכוש את האלבום"** (סעיף 24 לסיכומים). התובעות טוענות כי בניגוד לאופיו של 'אתר יוטיוב' שבו עובר לניגון השיר המבוקש "נאלץ" המשתמש לצפות בפרסומות ממומנות, הרי ש"באתר המפר, לא נאלץ המשתמש לעבור דרך שום 'משוכת פרסום', והוא 'מועבר' ישירות לשמיעת השיר ולאחר מכן לחלון המאפשר הורדה שלו" **בה"מ קובע:** אתר UNIDOWN אחראי בהפרה תורמת של זכות ההעתקה. שירות ההאזנה ושירות הורדה מאפשרים לגולשים להוריד יצירות של יוטיוב למחשבם האישי, תוך יצירת עותקים: **"אתר UNIDOWN מספק "כלי ניווט" כדי להקל על המשתמש ולסייע בידו "להוריד" באופן מפר תכנים מוגנים מאתר "יוטיוב" (באמצעות יצירת קישורים "מוטבעים" הן לנגן של אתר "יוטיוב" לצורך האזנה ישירה, הן לאתרים ייעודיים הממירים את קישור ההאזנה הישירה לקובץ שמע "mp3 המורד" למחשבם האישי של המשתמשים באתר).**"

הסעדים - הנתבעים יסגרו את האתר וישלמו לתובעות סך של 100,000 ש"ח, את הוצאות ההליך וכן שכ"ט עו"ד בסך 50,000 ש"ח. הסעדים הזמניים יהפכו לקבועים. יש לקבל במלואה את עמדת התובעת ביחס לנתבעת 2 (בזק בינלאומי). **אין מניעה להעניק סעד נגד צד שלישי בעניין זה** והפסיקה האנגלית תומכת בכך. אין בקיומו של סעיף מפורש בחקיקה האנגלית, בניגוד לדין הישראלי, המתיר לביהמ"ש להורות לספק שירותי האינטרנט לנתק משירות גורם שביחס אליו לספק השירות ידיעה בפועל על כך שהוא משתמש בשירותי האינטרנט לשם הפרה, כדי לשנות ממסקנה זו. בימ"ש אומר כי קצב תיקוני החקיקה בתחום זכויות היוצרים, ביחס להשפעות הניכרות של ההתקדמות הטכנולוגית העכשווית וההתקדמות התקשורתית, איטי במיוחד. בעניין רמי מור [רע"א 4447/07], בו נקבע כי אין ליצור הסדר דיוני בדרך של חקיקה שיפוטית, עמדה על הפרק סוגיה שונה של חוקיות הזכות לאנונימיות ברשת. אין להקיש מפרשה זו לעניין זה ומאז אותה פסיקה חלפו 5 שנים והקריאה למחוקק לשנות את המצב החוקי לא נענתה. **בימ"ש מחייב את הנתבעים לסגור את אתר UNIDOWN ומעניק צו חסימה.**

סעד חסימה: אין מניעה להעניק סעד כנגד צד שלישי בעניין זה. הוצאות החסימה יוטלו על ספקיות האינטרנט, כאשר בה"מ מותיר פתח לספקיות לשוב ולפנות לבה"מ בבקשה להחזר הוצאות חסימה. כלומר, פסיקות המחוזי בעניין זה הן סותרות.

הצעת חוק זכות יוצרים, התשע"ח – 2017: מבקשת להסדיר הליך חוקי למתן צווי הגבלת גישה כנגד אתרים מפריס, אשר יופנה לספקיות גישה לאינטרנט. **ההצעה כוללת הפללה על פעולות מסוימות, שידור מסחרי של יצירות מסוימות, מציעה הליך לחשיפת פרטיו של פלוני אלמוני כדי להגיש כנגדו תביעה. הצעת החוק מסדיקה הליך שמאפשר לקבל צווי חסימה כנגד ספקיות האינטרנט, כנגד צדדי ג'. במקרה של צווי חסימה, בימ"ש יכול לתת את צו החסימה עוד לפני שיתברר ההליך העיקרי. חשוב לציין שזה כבר לא הצעת חוק אלא חוק מלא. **צו הגבלת גישה למקור תוכן (תיקון מס' 5) תשע"ט-2019 זה ס' 53 א.****

למבחן להדפיס את החוק ולהכניס אותו למבחן.

(ב) בית המשפט רשאי, על פי בקשה של בעל זכות יוצרים או בעל רישיון ייחודי (בסעיף זה – המבקש), לתת צו המופנה כלפי ספק גישה ומורה לו להגביל את הגישה למקור תוכן, כולו או חלקו (בסעיף זה – צו הגבלת גישה), אם שוכנע כי מתקיים לגבי עיקר התוכן שבאותו מקור תוכן אחד מאלה:

- (1) שידורו או העמדתו לרשות הציבור, כאמור בסעיף 11(2), (4) או (5), באמצעות מקור התוכן, מהווים הפרה של זכות יוצרים לפי סעיף 47;
- (2) פעולה בה מהווה הפרה של זכות יוצרים לפי סעיפים 48 או 48א.

(ג) בצו הגבלת גישה יורה בית המשפט לספק הגישה לנקוט אמצעים סבירים להגבלת הגישה למקור התוכן, כולו או חלקו, והכול בתנאים ובמידה שאינה עולה על הנדרש, כפי שיוורה בית המשפט, כדי למנוע, ככל האפשר בנסיבות העניין, את הפגיעה בבעל זכות היוצרים או בבעל הרישיון הייחודי; בצו כאמור ייכללו בין השאר כל אלה:

- (1) פרטי מקור התוכן שהגישה אליו תוגבל;
- (2) הוראות לעניין היקף הגבלת הגישה למקור התוכן;
- (3) התקופה שבה תוגבל הגישה למקור התוכן.
- (ד) במתן צו הגבלת גישה ובכלל זה בקביעת תנאיו ישקול בית המשפט, בין השאר, את כל אלה, אף אם לא הוגשה התנגדות לבקשה:
 - (1) ההשפעה על הציבור כתוצאה מהגבלת הגישה לפי הצו או מהחלטת בית המשפט שלא לתת צו;
 - (2) חומרת ההפרה הנטענת;
 - (3) חיוניות הצו למניעת הפרה, ככל האפשר, של זכות יוצרים;
 - (4) יעילותם של סעדים אחרים העומדים לרשות בעל זכות היוצרים או בעל הרישיון הייחודי, ובכלל זה פנייה למפר או למשיב, אם זהותו ידועה או אם ניתן לאתרו בשקידה סבירה;
 - (5) מידת הפגיעה הצפויה בגישה למקורות תוכן אחרים;
 - (6) מידת הפגיעה הצפויה בפרטיות של משתמשי האינטרנט.

צ'רלטון נ' סמייל טלקום: לצ'רלטון זכות שידור בלעדית לגבי שידורי ספורט שונים מרחבי העולם, המשודרים בהוט וב-YES בכפוף לתשלום מצד המנויים. גורמי מפרי זכויות יוצרים הקימו אתרים פיראטיים בהם ניתן לצפות בשידורים בחינם – הרווח של אתרים אלו הוא מפרסום. צ'רלטון פנתה לספקיות הגישה שיחסמו את הגישה לאתרים הפיראטיים, והן סירבו. **טענת התובעות:** ספקיות האינטרנט הן מונעות הנזק הזול. מחויבות לפעול לפי נוהל הודעה והסרה **טענת הנתבעות:** הן מהוות "כביש גישה" לתכנים המועברים ברשת. הן אינן שולטות בתכנים. לפי חוק התקשורת, אסור לספקיות הגישה לחסום גישה ללא צו של בה"מ. "ספקיות האינטרנט אינן יכולות לשמש גוף אשר יבדוק דרישת גורם פרטי כלשהו לחסום גישה לאינטרנט, ולא צנזור בפתח הגישה לאינטרנט, תוך פגיעה חמורה בחופש זרימת המידע, בזכות הציבור לדעת, ובחופש הביטוי." ספקיות האינטרנט הן אינן מונע הנזק הזול – עלויות החסימה גבוהות, חסימות מסיבות נזק למוניטין של הספקיות ועלולות לחשוף אותן לתביעות מצד הגורמים הנחסמים.

פטורים והגנות; הגנת השימוש ההוגן

שימושים מותרים – פרק ד' לחוק. אם סיימנו לדבר בבחינה על הניתוח של השלבים, יש וחשוב להזכיר את ס' 19 אשר פועל לטובת הנתבע כטענת הגנה. ס' 19 (א) מדבר על תנאי המטרה, 19 (ב) מדבר על תנאי ההגנות. חשוב במבחן לדבר על שני הסעיפים גם ס' 19(א)+19(ב). חשוב לא להתבלבל במבחן ס' 19 הוא רלוונטי עבור זכויות כלכליות בלבד שיש להם ערך כלכלי (לא רלוונטי לזכויות מוסריות).

חשוב להזכיר עוד פעם ס' 19 : רלוונטי רק להפרה של הזכויות הכלכליות!

ס' 19 כולל שני ס' 19 א+ב וצריך לדברים על שניהם

שימוש הוגן: תנאי המטרה

סעיף 19(א): שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון (רשימה פתוחה) אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.

אלו סוג המטרות שהן כשרות ואם אני אשתמש ביצירה כחלק מהסוגים אז זה יהיה שימוש הוגן אבל חשוב לדבר אחרי ס' 19(א) אז על ס' 19(ב). ס' 19 (א) הוא לשם ביקורת לא כדי להשתמש ביצירה עצמה. או כמו סטודנט אשר כותב עבודה ומצטט דברים מתוך מאמר. או פרופ' פישר אשר העלה שיר ואת הקאבר(עיבוד) שלו צריך אישור של היוצר. אבל יחד עם זאת שמדובר בזכות הכלכלית של היוצר המרצה השתמש בחלק מהשיר כדי להסביר מה זה קאבר וזה היה בתוך ההרצאה אשר הועלתה ליוטיוב והאחרונה הסירה את הקאבר. הדבר הזה הגיע לבימ"ש ונקבע כי מדובר בשימוש הוגן.

דוקטרינה שנועדה לאפשר את קיומם של שימושים שנתפסים כרצויים מבחינת התכלית החברתית שהם משרתים.

אם השימוש הוא שימוש הוגן, אין צורך לקבל אישור ואין צורך לשלם לבעל הזכויות.

הצדקות: מבחינה ערכית, כמות מסוימת של מידע צריכה להיות חופשית לשימוש הציבור, מבלי קשר ליכולת הכלכלית שלהם. מבחינה כלכלית, עידוד שימושים רצויים כאשר קיים חשש כי בהעדר פטור, הצדדים לא יצליחו להגיע להסכמה בדבר השימוש (עלויות עסקה גבוהות לעומת שימוש בעל ערך נמוך).

רשימה פתוחה של מטרות ("כגון"): לימוד עצמי (צילום ספרי לימוד לצורך למידה לבחינה), אך לא מסחרי (שוקן), מחקר, ביקורת (סאטירה, פרודיה), סקירה, דיווח עיתונאי (חופש ביטוי), ציטוטים (תוך מתן ייחוס ליוצר), הוראה ובחינה ע"י מוסד חינוך (לימוד היצירה).

שימוש הוגן: תנאי ההגינות

19(ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין השאר, כל אלה:

האמצעים צריכים להיות הוגנים, ז"א אם נחזור לאותה דוג של המרצה אשר השיר חלק מתוך השיר, אם אותו מרצה היה משמיע את כל השיר יתכן וזה לא תקין.

אלה לא מבחנים מצטברים, אך פרמטרים שיש לשקלם: **אסור לדלג במבחן על אף אחד מהפרמטרים!!!**

- 1. מטרת השימוש ואופיו:** האם מדובר בשימוש מסחרי? האם מדובר בשימוש טרנספורמטיבי? עד כמה השימוש מעשיר/משנה את המקור? האם נעשה למטרה אחרת? (גוגל בוקס, למשל) **השימוש בפעולה המאוחרת.** אם זה מסחרי תהיה פעולה לא הוגנת כי יש כאן פגיעה בערך הכלכלי אבל הוא לא מכריע. מה זה טרנספורמטיבי- כלומר שינוי, הכוונה האם היצירה עוברת שינוי במטרה שלה כלומר במקור שלה הייתה מסחרית וכעת היא שונתה למטרה לימודית ביקורת, קהלה היעד השתנה. עוד דוג בנושא שימוש טרנספורמטיבי- זה הפרויקט של גוגל בוקס, מה שהיה גוגל פתחה אפשרות להנגיש ספרים מכל הספריות שיש בארה"ב ע"י מנוע חיפוש, והיא העלתה סניפצ' שזה כולל שם הספר ומספר חלקים. האם השימוש הוא מסחרי? כן. אבל בימה"ש מקבל את הטענה וזה שימוש טרנספורמטיבי. כי זה למען החברה ונחשב שימוש הוגן. **ככל שיש טרנספורמטיבי אז זה שימוש הוגן, ואם זה מסחרי בימה"ש יתכן וכי בימה"ש ישקול שלא מדובר בשימוש הוגן.**
- 2. אופי היצירה שבה נעשה שימוש:** **אני מסתכל על היצירה המקורית** (א) האם מדובר ביצירה בליבת ז"י? (יצירות עם רמת יצירתיות גבוהה לעומת יצירה המבוססות על עובדות/נתונים) נטייה להתיר שימוש ככל שהיצירה פחות מקורית (ב) האם מדובר ביצירה שפורסמה: **יצירה שפורסמה מדובר על יצירה אשר פורסמה.** יצירה שטרם פורסמה תישקל כנגד שימוש הוגן. **ככל שיש יצירה שטרם פורסמה וברגע שמישהו עשה שימוש ביצירה שטרם פורסמה הנטייה להגיד שזה לא שימוש הוגן, לעומת זאת היצירה פורסמה הנטייה לומר כי מדובר בשימוש הוגן.**
- 3. היקף השימוש מבחינה איכותית וכמותית:** כמה לקח הנתבע מבחינת כמות ואיכות? ככל שלקח יותר/חלק מהותי יותר, השימוש יהיה פחות הוגן. מה משעות של מה שלקחת (פס"ד צ'רלי צ'פלין) **אם לקחת את החלק הכי מרכזי זה לא הוגן.** אם לקחת חלקים קטנים זה יחשב שימוש הוגן.
- 4. השפעת השימוש על ערך היצירה והשוק הפוטנציאלי שלה:** ככל שהפגיעה הכלכלית קשה יותר, תפחת הנטייה להכיר בשימוש הוגן. השימוש אשר נעשה ביצירה עד כמה הוא פוגע בשוק הפוטנציאלי, האם זה משפיע על שוק ועל קהל היעד.

עוד שיקולים אשר בימה"ש יבדוק אותם

שיקולים נוספים

(קרדיט, תדירות, תום לב, צדק, נסיבות נוספות).

גבע נ' וולט דיסני: גבע לא מצליח להשיג אישור מדיסני להשתמש בדמות דונאלד דק ומחליט להשתמש בה ללא רשות. הוא מעניק לה סממנים ישראלים. דיסני תובעת על הפרת ז"י.

בה"מ מדגיש את חשיבות השימוש ההוגן למטרת ביקורת כגון סאטירה או פרודיה, אך לא כל שימוש קומי הוא בבחינת שימוש ביקורתי מוגן.

יישום תנאי המטרה: מדובר בביקורת שכן דמותו של ד"ד הועמדה בקונטקסט חדש המאיר אותה באופן מפתיע ובלתי צפוי וחושף בה רבדים סמויים.

מדובר באותו מאייר ישראלי אשר לקח את הדמות של דונלד דק והוא משתמש בו באחד הספרים שלו, מבחינת השוק הפוטנציאלי יש את הקהל הישראלי ונראה על פניו כי זה שונה מהקהל של דונאלד דק, גבע טוען עי מדובר בשימוש הוגן, איך זה נדחה.

יישום תנאי ההגינות:

1. מטרת השימוש ואופיו: מבחינת אופי השימוש, מדובר בביקורת מאחר ודמותו של דונאלד דק הועמדה בקונטקסט חדש, המאיר אותה באופן מפתיע ובלתי צפוי וחושף בה רבדים סמויים וצדדים נסתרים. עם זאת, אין כאן תרומה חברתית משמעותית. מבחינת מטרת השימוש, המטרה היא מסחרית.

2. היקף השימוש: הדמות של דונאלד דק הועתקה במלואה, ואין כאן אופי סאטירי.

3. השפעת השימוש על הערך הכלכלי של היצירה: בה"מ מסביר כי לרוב פרודיה וסאטירה אינן פוגעות בערך הכלכלי של היצירה.

הכרעה: יש העתקה מדויקת ומלאה לשימוש מסחרי, ללא כל ערך סאטירי, ולכן בה"מ לא מכיר בהגינות השימוש. **ביקורת?**

מוסינזון נ' האפרתי: לכל הפחות, מדובר בשימוש הוגן מכיוון שנעשה שימוש פארודי בדמויות.

דחה את תביעתה של חנה מוסינזון, אלמנתו של יוצר חסמב"ה, יגאל מוסינזון, למנוע את פרסום הספר "לא תשווה" שנכתב על-ידי שפרה האפרתי, הנתבעת. גיבורי ספרה של האפרתי הם בני חבורת חסמב"ה המפורסמת. הנתבעת ביצעה שינוי בדמויות. יש זכות יוצרים דמות עצמה, האפרתי לקחה את שמות של הדמויות והיא שנתה אותם, גם אם אפרתי לקחה את הדמויות זה היה לשם ביקורת חברתית אמירה של סטירה על החברה. השימוש לא היה בדמויות עצמם, ולא מדובר באותו קהל יעד. לא התביעה נדחתה ובימה"ש קבע כי מדובר בשימוש הוגן.

פס"ד פרמייר ליג: אתר אינטרנט שהעביר ברשת, דרך טכנולוגיית הזרמה, אירועי ספורט בשידור חי, ובכללם משחקים של ליגת העל באנגליה. הליגה המעניקה רישיונות שידור לגופים שונים טוענת להפרה. בה"מ קובע שהופרה זכות השידור. האם הזרמה של שידורי ספורט יכולה להיות שימוש הוגן?

בה"מ מבהיר כי טענת שימוש הוגן היא טענת הגנה שהנטל להוכיחה מוטל על הנתבע. זו אינה זכות פוזיטיביסטית.

בה"מ מחיל את המבחנים ומכריע כי אין מדובר כאן בשימוש הוגן:

1. מטרת השימוש ואופיו: מדובר בשימוש מסחרי שכן בעל האתר מרוויח מפרסומות. אין כאן שימוש טרנספורמטיבי לצורך הפקת מוצר חדש, אלא בשימוש ביצירה בדיוק במתכונת בה פורסמה. השימוש משרת את אותה תכלית ופונה לאותו קהל.

2. היקף השימוש: מדובר בשימוש ביצירה בכללותה.

3. השפעת השימוש על השוק הפוטנציאלי: ככל שהשימוש שנעשה מתחרה ביצירה המוגנת ופוגע בשוק הפוטנציאלי שלה, קטנה ההצדקה להכיר בשימוש כ'הוגן'. האתר מספק בדיוק את אותו המוצר, בדיוק באותו המועד ולאותו קהל יעד פוטנציאלי. בנסיבות אלה, מדובר בפגיעה קשה בשוק של היצירה.

שימושים מותרים נוספים (ס' 20-32 לחוק)

פטורים נוספים בנוסף לשימוש הוגן – הפטורים של פרק ד' זה רק לזכויות כלכליות

ולא מוסריות – הנתבע צריך להעלות אותן ולהוכיח אותן

חשוב לדבר קודם על ס' 19 ולאחר מכן הס' האלו אם הם רלוונטיים לאותה סיטואציה.

שימושים מותרים נוספים (ס' 20-32 לחוק)

1. ס' 20: שימוש ביצירה בהליכים משפטיים או מנהליים: מותר בהיקף המוצדק – כמו שימוש בתמונה במסגרת הליך משפטי או להקריא מתוך ספר.
2. ס' 21: העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור לפי חיקוק למטרה שלשמה הופקדה דוגמא: צילום של תוכנית בניה במשרדי הוועדה המחוזית לתכנון ובניה.
3. ס' 22: שימוש **אגבי** ביצירה בדרך של הכללתה ביצירת צילום, יצירת קולנוע או בתקליט דוגמא: אגב צילום סרט, צולמו תמונות התלויות על הקיר, באופן שלא תוכנן מראש. לא חל על שימוש מתכוון ביצירה המוגנת. כמו צילום תמונה וברקע יש משה וכמו פסל.
4. ס' 23: שידור או צילום/ציור של יצירה אדריכלית/פיסול הממוקמת במקום ציבורי דוגמא: תייר מצלם מבנה אדריכלי מיוחד, סטודנט מצייר פסל המוצב במוזיאון – אם זה תערוכה או במוזיאון זה קשה לומר שהיא מקום ציבורי והיא לא בקביעות כי זה מתחלף וניתן לאוס את הצילום. אבל אם אני נמצא בטיול ומצלם מבנה חדש כאן אני לא מפר את זכויות היוצרים של האדריכל כי זה נמצא בגישה לכולם, ובקביעות במקום ציבורי.
5. ס' 24: שימושים שונים בתוכנה דוגמא: יצירת גיבוי
6. ס' 25: הקלטה של יצירה לצרכי שידור בידי מי שרשאי לשדרה ובתנאי שההקלטה תושמד תוך פרק הזמן שנקבע בחוק.
7. ס' 26: העתקות זמניות: העתקה אגבית המהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי (סטרימינג).
8. ס' 27: עשיית יצירה אומנותית נוספת ע"י היוצר: עשיית יצירה אמנותית חדשה שיש בה העתקה חלקית של יצירה קודמת או שהיא יצירה נגזרת של יצירה אמנותית קודמת, וכן כל שימוש ביצירה החדשה כאמור, מותרים ליוצר של היצירה האמנותית הקודמת, גם אם אינו בעל זכות היוצרים בה, ובלבד שהיצירה החדשה אינה מהווה חזרה על עיקרה של היצירה הקודמת או חיקוי שלה. מצב בו הזכויות הכלכליות כבר לא בידי היוצר. לדוג': פסל מפסל פסל עבור מוזיאון ישראל בהזמנה. המוזיאון הוא בעל ז"י. הפסל יכול להשתמש באלמנטים של הפסל ביצירה מאוחרת יותר (שימוש בקווים אומנותיים קודמים).
9. ס' 28: שיקום והקמה של מבנים: למשל כשמבנה ציבורי נהרס ורוצים להקימו מחדש. למשל יש מבנה אדריכלי ויש בו מפגעים אשר מסכן את חיי הציבור, האדריכל לא יכול להתלונן שזה פוגע ביצירה של המבנה.
10. ס' 29: ביצוע פומבי במוסדות חינוך: העלאת מחזה בסוף החטיבה (וגם צילום שלו), כל עוד נעשה מול העובדים, ההורים והקרובים. מדברים על מסיבות ביום עמו בבתי ספר.
11. ס' 30: שימושים מותרים בספריות, ארכיונים ומוסדות חינוך – כמו מחקר וחינוך.
12. ס' 32: ייצור תקליטים תמורת תמלוגים

שימוש הוגן – חזרה

- שימוש הוגן (ס' 19) לחוק: קידום תכליות חברתיות ועידוד שימושים אשר אלמלא מתן הפטור לא היו מתקיימים בשל עלויות עסקה גבוהות
- **תנאי מטרה 19(א):** רשימה פתוחה של מטרות, כגון מחקר, לימוד עצמי, הבאת מובאות, הוראה ובחינה על-ידי מוסד חינוך, ביקורת
- **תנאי ההוגנות 19(ב):** (1) מטרת השימוש ואופיו, (2) אופי היצירה, (3) היקף השימוש, (4) השפעת השימוש על השוק הרלוונטי
- **מוסינזון נ' האפרתי:** השימוש בדמויות חסמב"ה עולה כדי פרודיה. האפרתי הציגה את הדמויות באור מגוחך, כאורמת: ראו לאן התגלגלה אותה חבורת נערים תמימה, נועזת ושחרת טוב..
- הערכים המתנגשים: מחד **עידוד יצירה** ופרסומה לתועלת הרבים ומאידך **חופש הביטוי** והחופש לבקר את היצירה המוגנת.

פטורים – יישום

מוטי מצלם סרט גמר במסגרת הקורס בקולנוע בפארק גורן. ברקע הוא מציב כמוטיב מרכזי תמונה של חבורת ילדים שצוירה על ידי צייר מפורסם. הצייר תובע אותו. מהם סיכוייו של מוטי ליפול לגדרו של אחד הפטורים?

1. ס' 22: לא יחול מכיוון שמוטי הציב את התמונה מראש ובמתכוון. זהו אינו שימוש אגבי.
2. **שימוש הוגן:**
 - א. ס' 19(א): תנאי המטרה, יתכן שמתקיים מאחר ומדובר בסרט גמר (לימוד עצמי? בחינה ע"י מוסד חינוך?).
 - ב. ס' 19(ב): תנאי ההגינות: יש לבדוק את הפרמטרים:
מטרת השימוש ואופיו: מדובר במטרה לימודית ולא במטרה מסחרית. מבחינת אופי השימוש, נראה טרנספורמטיבי מכיוון שהתמונה הוצגה בקונספט ייחודי ושונה. כמו כן, נעשה בתמונה שימוש למטרה השונה מהמטרה המקורית.
 - אופי היצירה בה נעשה שימוש: מצד אחד, מדובר ביצירה שכבר פורסמה. מצד שני, דרגת היצירתיות והמקוריות גבוהות מאוד.
 - היקף השימוש: מבחינה כמותית, נלקחה היצירה בשלמותה.
 - השפעה על השוק: לא מדובר במוצר תחליפי, קהל הצרכנים שונים, לא נראה שתהיה השפעה משמעותית על השוק הפוטנציאלי ליצירה המקורית.

הזכות המוסרית

Moral Rights – הזכויות המוסריות

סעיף 45(א): ליוצר של יצירה אמנותית, יצירה דרמטית, יצירה מוסיקלית או יצירה ספרותית, למעט תוכנת מחשב, שיש בה זכות יוצרים, תהיה ביחס ליצירתו זכות מוסרית, למשך תקופת זכות היוצרים באותה יצירה.

(ב) הזכות המוסרית היא אישית ואינה ניתנת להעברה, והיא תעמוד ליוצר אף אם אין לו ביצירה זכות יוצרים או אם העביר את זכות היוצרים ביצירה, כולה או חלקה, לאחר.

התובע יכול לתבוע בנוסף לזכויות הכלכליות גם זכויות מוסריות, חשוב גם לדבר על זכויות מוסריות. זכות מוסרית נדבקת לזכות יוצרים, מבחינת אורך החיים של הזכות המוסרית זה חיי היוצר + 70. אבל יש הבדל מזכות כלכלית וזכות מוסרית אינה חלה על "תוכנת מחשב" **אין עליהם זכות מוסרית ומדוע?** תוכנות מחשב זה משהו שנועד להיות שירותי מאשר תמונה או ספר שבהם אומן ביטא את ה"אני שלו". וכי זכות מוסרית היא מבוססת על ההצדקה שיש תפיסה כי בין קשר אישי בין היצירה ליוצר עצמו, כי עולם האומנות מאפשר לאנשים להביע את התחושות שלהם זה פרי הבטן שלהם. תיאורית המוסריות היא מתקשרת למצבים שלא מעתיקים את היצירה כלומר אינה פגיעה כלכלית, אלא פוגע בשם הטוב של היוצר אשר מהוות פגיעות מוסריות. **זכות מוסרית לא ניתנת להעברה אבל בני משפחתו כן יכולים לפעול בשמו. אבל אם היוצר נתן את הזכות הכלכלית הועברה לחברה מסוימת והדפיסה את היצירה באיכות ירודה אז לא ניתן לטעון מצד החברה כי נפגעה זכות מוסרית.**

- **רצינות:** תיאוריית האישיות, בין היוצר ליצירה מתקיים קשר חזק שממשיך להתקיים גם כאשר הזכויות הכלכליות מועברות הלאה. מקורן באירופה. בארה"ב הגנה מאוד מוגבלת.
- **מהות:** זכויות משפטיות לכל דבר (סעד נפרד על הפרתן), מובחנות מהזכויות הכלכליות.
- **תוקף:** זהה לזכויות הכלכליות (חיי יוצר + 70), כשהיוצר נפטר, יורשיו יכולים לתבוע בשמו **(מוסינזון).**
- **תחולה:** כל קטיגוריות היצירה, **למעט** תוכנות מחשב (מדוע?).
- **מאפיינים:** זכות אישית, אינה ניתנת להעברה, ממשיכה להתקיים בנפרד מז"י. אבל, ניתן לוותר עליה.

הזכויות המוסריות – המשך

46. זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר –

(1) כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין ;

(2) כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס

לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר.

במשפט הישראלי **שתי זכויות מוסריות:**

1. הזכות להורות (קרדיט), attribution: ליוצר זכות ששמו ייקרא על "ילדי רוחו" **(עניין קימרון:** אזכור שמו לא היה בהיקף ובמידה ראויים בנסיבות העניין ("פרופ' סטרנגל ועמית נוסף")) אחת הטענות אשר עלתה **בפס"ד קמרון** שלא הזכירו את שמו, בימה"ש אומר יש צורך לרשום שם+משפחה וזאת הזכות לתת קרדיט, כמו ציטוט בהערות שוליים.
2. הזכות לשלמות, integrity: זכות היוצר לשלמות יצירתו, שלא יוטל בה פגם, שלא תסולף, תיהרס וכ"י.. הכוונה פגיעה בפסל עצמו כמו בפס"ד **בר-חמא נ' עיריית קריית גת** עובדי העיריה תחזקו את היצירה בצורה פוגענית וגרמו לסילוף של הפסלים.

- **הבחינה היא אובייקטיבית עם מימד סובייקטיבי:** מתמקדים בסבירות היפגעותו של היוצר מן הפגיעה בשלמות (האם הציבור עלול לסבור בטעות כי היצירה הפגומה או המסולפת היא יצירתו של היוצר, מהי מידת השינוי הפוגע במאפייניה היצירתיים, האם נעשו שינויים קודמים ביצירה)
- **דוג':** עריכה וקיצור של יצירה, השמטת קטעים, הוספת צבע ליצירה שבשחור-לבן, הוצאה לאור של ספר באיכות ירודה.

פס"ד רות פוגטש נ' כנרת: ספר האגדה של ביאליק ורבינצקי פורסם במסגרת סדרת עם הספר תוך ביצוע שינויים והשמטות דרמטיים: חלקים ניכרים מן היצירה הושמטו ממנה לחלוטין, ובנוסף הוסרו הניקוד, ההקדמה והפירושים והביאורים שכתבו ביאליק ורבינצקי – שהם חלק אינטגרלי מן היצירה. האם יש כאן הפרה של הזכות לשלמות היצירה? (1) נעשה סילוף; (2) האם הסילוף פגע בכבודו או בשמו של היוצר? **בה"מ:** בשינויים שביצעה ובחלקים שהשמיטה פגעה משכל לא רק בשלמותה של היצירה אלא גם בערכה הספרותי הייחודי, ולא יהיה זה מוגזם לומר כי היצירה המפורסמת בסדרת עם הספר היא יצירה שונה מספר האגדה המקורי. אשר על כן, פרסום ספר האגדה בסדרת עם הספר מהווה פגיעה בשלמות היצירה שיש להניח כי היוצר הסביר היה מוצא שהיא פוגעת בכבודו.

יש לנו כאן את הוצאה לאור "משכל" שהיא רוצה להוציא ספר, כאשר המטרה היא חיובית של הנגשת היצירה העברית, זה נועד לעודד להחיות את הספרות של המורשת היהודית, "משכל" פונה לכנרת אשר מחזיקה את הזכויות ומבקשת להשתמש "בספר האגדה" הכולל אגדות עתיקות, כנרת אומרת אין בעיה להשתמש וכותרים חוזים שלא לשנות שוב דבר כי מדובר כאן על מקור ראשון ולא משנים שום דבר, מה שקרה בגלל לחץ זמן והצורך להוציא את היצירה לקראת חגיגות היובל, אז משכל לוקחת חלק מהספר והיא משמיטה חלק מהספר, ברגע שהספרים מגיעים לחנויות, אז כנרת מבקשת להוציא צו מניעה שהוא סעד זמני טרם בירור התביעה זה נועד למקרה דחוף במטרה להפסיק את הפצת הספרים. הועלתה טענה מצד כנרת בשל סילוף ופגיעה בשלמות היצירה.

מבחינת זה שהיצירה סולפה אין מחלוקת על כך, ואז עולה טענה הגנה של ס' 50 (ב) חשוב חשוב הס' הזה רלוונטי רק עבור הזכות המוסרית וזה טענת משכל של שימוש הוגן בנסיבות העניין. יש מס' תנאים כדי לבדוק את הסבירות למטה בס' 50(ג).

הזכויות המוסריות – טענת הגנה

סעיף 50 (ב): אם נעשה שימוש סביר ביצירה בנסיבות העניין יש הגנה מפני הפרת הזכות לשלמות היצירה

תכלית ההגנה: לאזן בין האינטרסים האישיים של היוצר, לבין אינטרסים לגיטימיים אחרים שיכולים להיות ביצירה – כגון אינטרסים ציבוריים, או אינטרס כלכלי של בעל זכות היוצרים ביצירה.

הנטל להוכיח את הסבירות מוטל על מי שביצע את הפעולה שפגעה בזכות המוסרית של היוצר לשלמות היצירה (משכל - המו"ל של סדרת עם הספר)

כיצד בוחנים סבירות? לפי האינדיקציות שבסעיף 50(ג):

1. **אופי היצירה שביחס אליה נעשתה הפעולה:** למשל, יצירה לגביה המחברים ראו חשיבות גדולה לשמירה על שלמותה? (ספר האגדה) לעומת יצירה בה שינויים קלים אינם בעלי השפעה. **בעלי הזכויות הדגישו שלא להשמיט ולא לשנות את היצירה.**
2. **אופי הפעולה ומטרתה:** בעניין פוגטש, מטרתה של משכל הייתה חשובה: "תחיית היצירה היהודית-עברית והנגשתה לציבור רחב של קוראים". עם זאת, "השינויים וההשמטות שעשתה משכל בספר האגדה הם כה דרמטיים – עד כי היצירה איבדה לא רק מחינה, אלא אף ובעיקר מערכה וייחודיותה הספרותיים". משכל היא עושה את זה למטרה חיובית של הנגשת היצירה.

3. יצירה ע"י העובד במסגרת עבודתו או לפי הזמנה: המחוקק רוצה לאפשר למקום העבודה יותר שליטה ופחות כוח לעובד ביחס לזכויות המוסריות. הכוונה כאשר יש יצירות אשר נעשו במקום עבודה, והזכות הכלכלית נמצא את המעביד והעובד מחזיק בזכות המוסרית, מצב כזה יכול להוביל לניגוד עניינים. למשל גרפיקאי עובד אצל משרד פרסום הזכות הכלכלית נמצאת את המעביד, והזכות המוסרית נמצא אצל העובד. לכן ככל שמדובר ביחס בין עובד-למעביד הנטייה של בימה"ש להיות גמישה כדי לא לאפשר כוח יתר לעובד.

4. המקובל בענף: בדיקה של הפרקטיקה באותו ענף. למשל, אם בתחום האדריכלות מקובל שהאדריכל לא מתערב בשינויים שנעשו בבית שהזמינו ממנו, לא יראו בזה משהו לא סביר. למשל לאחר מסי' שנים, בעלי הבית שינוי את הבית והוסיפו מרפסת, לכן המקובל בענף כאשר האדריכל מעצב בית, אז בעלי הבית יכול לשנות הבית, ולא תקום זכות מוסרית לאדריכל.

5. הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה: "יש לתהות אם השמטה של הניקוד והפירושים והביאורים דווקא, אכן מגשימה את המטרה של הנגשת ספר האגדה לקהל היעד – או שמא ההיפך מכך". השוו לשימוש הוגן.

מסקנה: משכל הפרה את זכותה המוסרית של פוגטש, אך לא כן לגבי כנרת-דביר הוצאה לאור.

ס'50(ג) – הגנה שרלבנטית רק לשלמות היצירה רק עבור זכות מוסרית זאת כאשר בוחנים את הסבירות.

הזכויות המוסריות – האם קמה חובה לתחזק את היצירה?

פס"ד בר-חמא נ' עיריית קריית גת: שניים מפסליו של בר-חמא – פסל האנדרטה ופסל הפרח – הוצבו בשטחה של עיריית קריית גת. פסל האנדרטה שופץ במהלך השנים, תוך שינוי צבעיו המקוריים ושלא כמו תכנונו המקורי. פסל הפרח הוזנח במהלך השנים עד אשר הוסר והושלך לאשפה.

לגבי פסל האנדרטה, בה"מ קובע: "הרושם הוא של איש בעירייה לא היה ממש אכפת נושא שיפוץ האנדרטה. העירייה, אמנם שלחה אנשי תחזוקה לבצע תחזוקה, אך ללא כל הנחיה שנועדה לשמר אופי היצירה. הרי ניתן היה, לצבוע האנדרטה באותו צבע בו נצבעה במקור, והדבר לא נעשה לטעמי מהיעדר אכפתיות, תשומת לב ומחשבה, במיוחד שעה שהתובע נתפס כ"מטרד", אשר לו דרישות לרוב".

לגבי פסל הפרח: "שמורה לעירייה הזכות לקבוע את סדרי העדיפויות הכלכליים שלה בבואה להחליט האם לשפץ את האנדרטה אם לאו... עם זאת, אין פירוש הדבר שהעירייה פטורה כליל מתחזוקת הפסלים ומשמירת זכותו המוסרית של התובע, ועליה לעשות את מיטב מאמציה לעשות כן במסגרת התקציב העומד לרשותה, ואת הדבר האלמנטרי הזה העירייה לא עשתה".

מסקנה: העירייה הפרה את זכותו המוסרית של התובע הן ביחס לליקויים מסוימים באנדרטה והן ביחס לפסל הפרח.

החובה של עירייה כאשר היא מתקנת פסלים בשטחה, היא צריכה לעשות את המיטב של היכולות שלה כדי לשמור על הפסלים ולשמור על המקור, בכדי לא לפגוע בשלמות היצירה, ולא לפגוע בכבוד של הפסל, והשם הטוב של הפסל.

הבעלות הראשונית ביצירות

כל הסוגיה של הבעלות הראשונית ביצירות מתעוררת רק בזכויות כלכליות, כי הם אצל היוצר בלבד. ולא חלות על זכות מוסרית.

הבעלות הראשונית ביצירה

- **ס' 33 כלל ברירת המחזל:** היוצר של יצירה הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה.
- **יצירות שנוצרו בידי עובדים (ס' 34):** ברירת המחזל היא שהמעביד הוא הבעלים של זכות היוצרים ביצירה שנוצרה ע"י העובד במהלך העבודה, אלא אם כן הוסכם אחרת. מדובר רק בזכות הכלכלית, בעוד הזכות המוסרית נשארת בידי העובד (גרפיקאי ומשרד פרסום)
- **יצירות מוזמנות (ס' 35):** אם יצירה נוצרה לפי הזמנה אז הבעלים הראשון ביצירה, כולה או חלקה, הוא היוצר אלא אם כן הוסכם אחרת בין היוצר למזמין במפורש או במשתמע. **למשל הזמנתי תמונה מציייר הזכות נשארת אצלו אלא אם קבעתי אחרת עם היוצר הס' הוא דיספוזיטיבי.**
- **ס' 35(ב):** ביצירות שהן דיוקן או צילום של אירוע משפחתי או אירוע פרטי אחר שנוצרה לפי הזמנה אז הבעלים הראשון הוא המזמין, אלא אם כן הוסכם אחרת. (זכות היוצרים תהיה של המזמין, ולא של היוצר). **הס' הוא דיספוזיטיבי.**
- **בעלות המדינה ביצירה (ס' 36):** המדינה היא בעלים ראשון ביצירה שנוצרה או שהוזמנה ע"י עובד המדינה עקב העבודה או במהלכה, אלא אם כן הוסכם אחרת.
- **העברת ז"י (ס' 37) –** ניתן להעביר לפי חוזה או דין אחר. חוזים להעברת זכויות טעונים מסמך בכתב.
- **חיי היצירה (ס' 38 – 42):** מה קורה אח"כ? היצירה נכנסת לנחלת הכלל וכולם רשאים להשתמש בה בחינם.

סיכום סעיפים

- ס' 38 קובע שמשך ההגנה של יוצר יחיד הוא חיי היוצר ו-70 שנים לאחר מותו.
- ס' 39 עוסק ביוצרים משותפים: 70 שנה מיום מותו של אחרון היוצרים.
- ס' 40 עוסק ביצירה שפורסמה בעילום שם וקובע שההגנה היא ל-70 שנים מיום הפרסום, אך לא תמיד קל לקבוע את מועד הפרסום.
- ס' 41 קובע שתקליט תקף ל-50 שנים מהוצאת התקליט.
- ס' 42 עוסק ביצירות של המדינה- היא תקפה ל-50 שנים ממועד יצירתה.

דוגמא

מושיקו היה מתכנת באינטל, אולם במעמקי ליבו הוא חש שהוא משורר, ולכן החליט להתפטר מהעבודה. ביום עבודתו האחרון באינטל, הוא עבד על קוד חדש, ובהפסקת הצהרים כתב שיר על אהבה מבלבבת. לאחר שעזב, המנהלת של מושיקו, דפנה (שתמיד קינאה בו קצת), מצאה הן את הקוד והן השירים על המחשב של העבודה. היא מסרה את הקוד לממונים כאילו הוא עבודה שלה. בנוסף, בפרץ של יצירתיות, היא התבססה על השיר שכתב מושיקו וכתבה שיר על אהבה נכזבת, אותו העלתה לבלוג האישי שלה. אם היית עורך דינו של מושיקו, מה היית ממליץ לו לעשות?

נדרש לבדוק על איזה יצירה מדובר:

1. **הקוד:** מהווה יצירה ספרותית, אולם מושיקו אינו נהנה מזכות מוסרית כיוון שמדובר בתוכנה, ואין לו זכות יוצרים בו כיוון שנוצר במסגרת יחסי עובד/מעביד (ראו ס' 34). אין זכויות מוסריות על תוכנות מחשב.
2. **השיר:** יצירה ספרותית. השיר נכתב בהפסקה ולא במהלך העבודה ולכן ככל הנראה נותר בבעלות מושיקו. יתכן שדפנה הפרה זכויות כלכליות: פרסום, העתקה, עיבוד, העמדה לרשות הציבור. יש

כאן גם הפרה של זכות מוסרית מכיוון שנעשה שינוי ביצירה (סעיף 46(2)). הפרה של זכות הקרדיט – על מה מבוסס השיר שלה, היא יכלה לכתוב כי השיר מבוסס על השיר של מושיקו, ומשלא עשתה זאת הפרה את זכות האבהות לפי ס' 46(1).

שימוש הוגן (ס' 19) שייך לפרק ד' רק להפרה של זכויות כלכליות בלבד: מטרה? הגינות? אופי השימוש:
האם מסחרי? (האם מקבלת הכנסות מפרסומות?) (כנראה) לא מסחרי (בלוג אישי), השימוש נראה טרנספורמטיבי. **לא נתון מה ההיקף** של מה שלקחה ואם נלקח "לב היצירה". מבחינת אופי היצירה, מדובר ביצירה שטרם פורסמה וביצירה בדרגת מקוריות גבוהה. **האם תהיה השפעה על השוק של היצירה המקורית?** ניתן לומר שהיצירות פונות לאותו קהל יעד, ואז מדובר בפגיעה משמעותית בפן הכלכלי. באם לא היה פונה לאותו קהל יעד ייתכן ולא היה מדובר בפגיעה משמעותית כלכלית.
לזכויות מוסריות יש הגנה בס' 50(ב) ו-(ג) רק לזכות של שלמות היצירה.

סעדים

סעדים: סעיפים 53-60 (עונשין: ס' 61-63, מאסר עד 5 שנים)

הבעיה עם סעדים זמניים, שטרם התבררה התביעה בביהמ"ש, והנתבע טרם קיבל את יומו בפני ביהמ"ש (חשוב מאוד בז"י כשיש הפרה דרסטית ומתמשכת).

1. **פסק דין הצהרתי** - מצהירים שהזכויות הם של הבעלים. יש חשיבות לגשת לבימה"ש לבקש פס"ד הצהרתי לזכות ביצירה גם כאשר אין תביעה. כי אין רישום של זכות יוצרים.
2. **צו מניעה** - זה סעד זמני למשל אבקש שיפסיקו מהמעשה. אז צו מניעה זמני הוא חשוב בהקשר של זכויות יוצרים, כי יש כאן פגיעה בבעל הזכות. הבעיה עם צו מניעה זמני מעצם הדבר שזה ניתן בהליך מקדמי עפ"י בקשת התובע, יתכן וזה בהמשך יתברר לשווא. ולפעמים צו מניעה זה ניתן במעמד צד אחד. וככל שצו מניעה ניתן במעמד צד אחד, אז לפי תקנות סדר דין אזרחי יש לקיים דיון תוך שבוע.

א. ס' 53: התובע זכאי, א"כ מצא בית המשפט כי קיימים טעמים המצדיקים שלא להורות כן (פס"ד

הפדרציה נ' רדיו הבירה: צו מניעה איננו צודק בנסיבות העניין)

המבקשת היא תאגיד המייצג מספר חברות תקליטים ומפיקים. הגישה, בקשה למתן צו מניעה זמני שיאסור על המשיבים, לשדר מוסיקה מוקלטת שלמבקשת זכויות בה, הבקשה הוגשה במסגרת תביעה מטעם המבקשת לקבלת סעד קבוע של צו מניעה ופיצוי כספי בסך 280,000 ₪ בגין הפרות של זכויות השידור של התובעת אותן ביצעו, לטענתה, הנתבעים. **בימה"ש אומר**, שאין ספק, כי המבקשת זכאית לאכוף את זכויותיה בתקליטורים המושמעים על ידי המשיבים, ולמנוע המשך ההפרה הנמשכת. מזה כשלוש שנים. **בימ"ש, קיבל בחלקה את הבקשה לסעד זמני ודחה את הבקשה לסעד של צו מניעה זמני. בקובעו:** הסעד המבוקש, דהיינו צו מניעה זמני, הוא סעד פוגעני ביותר, כאשר מדובר במניעת השמעת תוכן בתחנת רדיו, המגלם בתוכו בין היתר גם **פגיעה ביוצרים אחרים, פגיעה לא מבוטלת בחופש הביטוי, ולנוכח היקף התקליטורים הרלוונטיים, ככל הנראה יוביל להשבת יכולתה של משיבה 1 לפעול כתחנת רדיו. הכרעה: המשיבים ישלמו למבקשת על-חשבון הפיצוי שיגיע מהם סך של 90,000 (תשעים אלף) ₪ בעבור תקופה של שנת שימוש.**

ב. **חריג:** ס' 59: אם מדובר בבניין שהוחל בבנייתו, יצירה אדריכלית דהיינו אומנותית - לא יוצא צו מניעה. זה בא ע"י ביטוי שאם מדובר בבניין שהחלו לבנות אותו, ויש מחלוקת אז האדריכל לא יכול לבקש לעצור את הבנייה כסעד של מניעה.

3. פיצוי כספי

- א. פיצוי על הנזק (אובדן מוניטין, הפסד הכנסה, עוגמת נפש)
- ב. השבת רווחי הנתבע (יש לבקש צו למתן חשבונות)
- ג. פיצוי סטטוטורי: ס' 56 – **מאוד חשוב:** בה"מ רשאי לפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק במקרה של הפרת ז"י או הפרת זכות מוסרית. **התקרה היא 100,000 ₪ בגין כל הפרה** (אפשר לפסוק גם פחות). בה"מ יתחשב, **בין השאר**, בשיקולים הבאים: היקף ההפרה, משך ההפרה, חומרת ההפרה, הנזק הממשי לתובע (להערכת בה"מ), הרווח שצמח לנתבע מההפרה (להערכת בה"מ), מאפייני פעילותו של הנתבע, טיב היחסים בין התובע לנתבע, תום ליבו של הנתבע.

ס 56(ג): יראו הפרות המתבצעות במסכת אחת של מעשים כהפרה אחת - **שיקולים של בימה"ש זה רלוונטי להפרה לזכות כלכלית ומוסרית.**

ביהמ"ש מתחשב בכל מיני שיקולים: מסתכל על היקף ההפרה, זמן שהתרחשה ההפרה, חומרת ההפרה, הרווח שצמח לנתבע, היחסים בין התובע לנתבע, אולי חשב הנתבע כי זה בנחלת הציבור או שמא מדובר ביצירה שהיא בעילום שם.

ס 58: מפר תמים - מפר שלא התכוון ופעל בתו"ל - להפרה לא מעניין כוונה, עדיין מדובר במפר אך ייתכן שיהיה פטור מפיצויים (אבל כן יהיה צו מניעה). **לא ידע ולא היה עליו לדעת.** זו טענת הגנה של הנתבע.

שאלה לדוגמא

דני הוא מדריך מנוסה מטעם רשות שמורות הטבע והגנים. לאור ניסיונו העשיר, החליט דני להוציא לאור ספר טיולים למטיבי לכת. לשם כך, דני מלקט מסלולי טיול ידועים בשמורות טבע בישראל ומוסיף ליד כל מסלול סיפור קצר המתאר את חוויתו האישית מהליכה במסלול המתואר. ספר הטיולים המכיל 100 עמודים יוצא לאור בשם "טיולי חוויה".

בקשר לעובדות הנ"ל, התייחסו לשאלות הבאות (שימו לב שכל תת שאלה היא בלתי תלויה בשאלה אחרת, אלא אם כן נאמר אחרת בשאלה באופן מפורש):

שאלה לדוגמא ממבחן

א. רינת היא מדריכת טיולים ידועה. בעקבות קריאת הספר של דני, נזכרה רינת במסלול הטיול הנהדר בשמורת עין אפק המתואר בספר ומחליטה לקחת קבוצת גימלאים לטיול מודרך שם. **האם רינת מפרה את זכות היוצרים של דני? בתשובתך, הסבר/הסבירי תחילה האם קמה לדני זכות יוצרים ביצירתו.**

נדרש לבדוק האם היצירה של דני יש לה זכות יוצרים לפי ס' 4:

יצירה- תוצר של עבודה ממשית, מורכבות מינימלית פס"ד אינטלגו.

עצמות, השקעה, מקוריות יצירה

חשוב לדבר על ס' 4(ב) וכאשר אנו אוספים יש לבחון את הבחירה והסידור של העובדות.

דני מקור הבחירה לכן הוא הוסיף חוויה אישית.

קיבוע- הספר הודפס

זיקה לישראל- יש זיקה לישראל.

לכן לדני יש זכות יוצרים ביצירה.

האם רינת מפרה את זכות היוצרים ?

כדי לבחון אם רינת הפרה נבחן את ס' 11, היא לא ביצעה את הפעולות המנויות בס' 11, ויש גם את ס' 5 אשר עושה את ההבחנה בין יצירה לביטוי לרעיון. דרך הביטוי זה מוגן, אבל המסלולים לא מוגנים. לכן רינת לא הפרה זכויות יוצרים.

ב. דני מגלה כי בעיתון סוף השבוע של "ידיעות אחרונות" פורסמו המלצות לטיולים חוויתיים למטיבי לכת. לתדהמתו, המלצות אלה מתבססות על שלושה טיולים מספרו "טיולי חוויה" והן כוללות גם ציטוט של הסיפורים הקצרים המתארים את חוויתו האישית של דני מהטיולים הללו, מבלי לציין את שמו של דני. כמו כן, דני מבחין כי המלצות אלו של "ידיעות אחרונות" מופיעות גם באתר YNET **מהן עילות התביעה של דני כנגד עיתון "ידיעות אחרונות"?**

עילות תביעה הכוונה לזכויות כלכליות זה ס' 11, נבחן אילו זכויות נפגעו לפי ס' 11:

- העתקה - לקחו את הסיפור.
- העמדה לרשות הציבור-תמיד שיש אינטרנט זה תמיד רלוונטי העמדה לרשות הציבור.
- יצירה נגזרת- כי לא לקחו את הכל, יצרו עיבוד לסרט.

זכות מוסרית:

- זכות האבהות, זכות הקרדיט
- סילוף של היצירה זה אומר שפגעו בחלק ממנה.

ג. אפרים מכשיר מדריכים בחברה להגנת הטבע. באחד משיעוריו, הוא מחלק לתלמידיו עשרה דפים מצולמים מספרו של דני "טיולי חוויה" ומסביר להם כיצד ניתן להעניק גוון אישי לכל מסלול טיול ידוע ומוכר. רוני, אחד מתלמידיו של אפרים, שיכפל באיכות ירודה 40 עותקים של עשרת הדפים המצולמים מספרו של דני, כךך אותם למקראה ומכר אותם לתלמידים שנעדרו מהשיעור. **האם אפרים מפר את זכויותיו של דני? האם רוני מפר את זכויותיו של דני? בתשובתך, הסבר/הסבירי האם קיימת לאפרים ולרוני הגנה כלשהי תחת החוק.**

אפרים :

יש הפרה לפי ס' 11 :

יש הפרה של זכות העתקה, וכאשר מדברים על העתקה, יש לדבר על העתקה נגזרת.

הגנה של אפרים –

ס' 19 מדברים על שימוש הוגן, יש לו ס 19(א) תנאי המטרה- יש מטרה לימודית מסוג המטרות שאנו רוצים לעודד.

19(ב) אמצעים, הוגנות- יש לבחון את 4 הקריטריונים של הס':

- 1) זה לא מסחרי
- 2) טרנספורמטיבי ניתן לומר שיש כאן טרנספורמטיביות כי המטרה של הספר שאנשים יכירו את המסלול, אולם המטרה של אפרים זה ללמד את התלמידים איך ללמד.
- 3) מהות היצירה- אנו רואים כי מדובר ביצירה מפורסמת, וכאשר היא מפורסמת אז אנו בעד שימוש הוגן, אולם מצד שני מבחינת האופי שלה ככל שהיא ברמה יותר גבוהה אז תקבל הגנה, במקרה שלנו מדובר בלקט בדרגת מקוריות שלא גבוהה. וגם שילב סיפור אישי.
- 4) פנייה לשוק פוטנציאלי- לא כי אפרים פנה לסטודנטים שלו בכיתה וחילק 10 עותקים.

מסקנה יש כאן שימוש הוגן.

רוני:

משכפל באיכות נמוכה

העתקה + העתקה נגזרת.

פגיעה בזכות מוסרית.

האם יש לו הגנה – פס"ד שוקן, הוא כךך אותם באיכות ירודה דבר אשר פוגע בשלמות.

ס' 50(ב)+(ג) רוני ינסה לטעון לפי פס"ד שוקן כי השימוש היה הוגן.

המסקנה כי השימוש ההוגן נחלש כי הוא מסחרי. אולם ניתן לנסות להגיד לפי פס"ד שוקן שזה שימוש הוגן כי הוא מכר רק לקובצה קטנה להבדיל מהספר של יפן המסורתית ששם לא היה שימוש הוגן.

פרק ג - סימני מסחר

דיני סימני מסחר - כללי

מהו סימן מסחר?



מקנים זכויות בלעדיות ביחס לסימנים המשמשים לזיהוי מקור סחורות או שירותים. הגנה כלפי כולי **עלמא**. דוגמאות? **מתייחסים לזיהוי המקור של שירותים: קוקה-קולה, שטראוס, נייק ועוד... הכוונה לראות למי המוצר או מי נותן את השירות זה יכול להיות שירותי ניקיון, טיסה או כל דבר אחר. למשל כאשר אנו רואים את סימן "נייק" זה משדר על הטיב של הסטייל ומקטלג את המוצר. בעצם הרעיון הוא לרכב עם הקניין הרוחני של הצד השני כי אנו מדברים על המוניטין של הצד השני, במטרה לנסות לבלבל את היצרנים ולגרורם ליצרן להתבלבל במדף ולרכוש משהו אחר. מתי יש בד"כ סבירות גבוהה לבלבול בסימני מסחר? בד"כ מוצרים שהם זולים כמו מוצרי מזון. חשוב לשים לב שסימני מסחר בניגוד לזכויות יוצרים, זכות סימני מסחר: (1) היא מוגנת כלפי כולם (2) נדרש רישום אצל "רשם סימני מסחר הפטנטים והמדגמים", כדי לקבל את ההגנה.**

רציונל: הסדרת השוק ועידוד איכות

1. מניעת פגיעה בציבור הצרכנים (הטעייה). אינדיקציה לטיב המוצר ואיכותו.
2. הגנה על המוניטין של בעל הסימן, יצירת אבחנה בין הטובין שלו לאלו של מתחריו. היצרן בעל סימן המסחר משקיע בסימן המסחר כדי לשדר ללקוחות שלו משהו מבחינת איכות וסוג כדי לבדל את המוצר שלו ממוצרים אחרים.

דיני סימני המסחר נועדו להגן גם על הצרכנים וגם על היצרנים. על הצרכנים הם מגנים מפני הטעייה למשל שמישהו שהתכוון לקנות קוקה קולה לא יקנה משקה דומה של רמי לוי בגלל שהם עשו סמל זהה או דומה מאוד בגלל שבלבלו והטעו אותו. המטרה היא שיצרנים לא יחקו סימני זיהוי של יצרנים אחרים כדי להטעות את הצרכן. ההגנה היא גם על היצרנים אנתנו רוצים לעודד את היצרנים להשקיע באיכות המוצרים שלהם בכך שאם הם ייצרו מוצר כזה דיני סימני המסחר ימנעו מיצרנים אחרים לייצר מוצרים דומים בסימנים מזהים דומים.

שני מסלולי הגנה:

- (1) סימן רשום מוגן תחת פקודת סימני המסחר
- (2) סימן שאינו רשום: מוגן מכוח עוולת גניבת עין, מרגע שהסימן צבר מוניטין

מסגרת נורמטיבית: פקודת סימני מסחר [נוסח חדש]

הגדרות – ס' 1 לפקודה:

1. **סימן**: צירוף של מלים, אותיות, ספרות, דמויות, צורות. סימן יכול להיות גם תלת-מימדי (יגואר).
2. **סימן מסחר**: סימן המשמש או מיועד לשמש אדם בהקשר לטובין כלשהם שהוא מיצר או סוחר בהם או לשירות שהוא נותן. ניתן להשתמש בסימן טרם רישומו (אין דרישת "חדשנות"). ניתן לרשום סימן לפני שמשמשים בו, אך ניתן לבטל סימן רשום, אם לא נעשה בו שימוש (ס' 41).

או מיועד לשמש – למשל יש לי עסק וטרם הקמתי אותו, אז אני יכול הגיש בקשה לסימן מסחר, הבעיה היא מצד אחד יש את סימן המסחר וכאשר אנו רושמים אותו הוא לגבי סוג מסחריים מסוים למשל טוטו היא לשירותי הימור ומחסר, או חומוס אחלה היא לשירותי מאכלים, לכן לא ניתן לרשום את הסימן תחת כל הסימנים לכן צריך לבחור את הקטגוריה הרלוונטית, לאחר מכן צריך להראות ראייה פיזית כי אנו משתמשים בדברים נוספים, ההגנה מתקבל על סוג מסוים של קטגוריה למשל אגוזי זה דברי מתוקים. מצד שני מדובר כאן על מילים בשפה, ולכאורה פוגעים בחופש הביטוי והעיסוק, לכן צריך לאזן את שני הערכים. **ס' 41 מאפשר לאדם להגיש בקשה לביטול של סימן ז"א כאשר אדם הגיש בקשה לרישום ועברו 3 שנים ולא השתמש בסימן אז יבוא צד שלישי יכול להגיש בקשה לרשום את סימן שלו.**

בדיני סימני מסחר **לא חל הכלל של "כל הקודם זוכה"**. בבקשות לרישום סימנים מתחרים, הרשם מוסמך לבחון מגוון שיקולים בהחלטתו למי להעניק את הסימן (ולפעמים יאשר שני סימנים דומים, אם ניתן לנטרל את חשש ההטעה). כלומר אם שניים הגישו סימן מסחר אין כל הקודם זוכה, ובימה"ש יבחן את שני סימני המסחר ויתכן ויאשר את שני סימני המסחר. דוג היו שני חדר כושר אחד בירושלים ואחד בת"א ביהמ"ש אישר לשני חדרי הכושר להמשיך לפעול מטעמי מרחק ונוחות למשתמש ובסייג שלא להרחיב את החדר כושר.

סימני מסחר - רישום

- הגנת סימן המסחר טעונה **רישום** – רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר.
 - בבקשה לרישום יש לציין מהן הקטגוריות של הטובין או השירותים שבקשר אליהם נעשה/יש כוונה לעשות שימוש בסימן (ביגוד, קוסמטיקה, ספורט, שירותי ניקיון)
 - תהליך הרישום דומה (אך פשוט ומהיר יותר) לתהליך רישום של פטנטים. בין היתר, גם כאן ניתן בשלב מסוים חלון של 3 חודשים לציבור להגשת התנגדויות.
 - גם לאחר רישום הסימן ניתן להגיש בקשה לביטולו וכן לטעון נגד כשרותו במסגרת תביעת הפרה.
 - החלטות הרשם נתונות לערעור בבית המשפט המחוזי.
 - **תוקף ההגנה**: 10 שנים מיום הגשת הבקשה (ס' 31 לפקודה).
 - ניתן להאריך את תוקף ההגנה ב-10 שנים כל פעם (ס' 32).
 - **ס' 46**: סימן מסחרי מעניק לבעליו בלעדיות להשתמש בסימן
- ביחס לסוג הטובין הספציפי שלגביהם הוא נרשם** (מילקי למעדן חלב, אך לא לעסק המוכר טלסקופים)
(חריג: סימן מסחרי מוכר היטב)



כשרות לרישום – אופי מבחין

ס' 8 לפקודת סימני מסחר: (א) אין סימן כשר לרישום כסימן מסחר אלא אם יש בו כדי להבחין בין הטובין של בעל הסימן לבין הטובין של אחרים (להלן - בעל אופי מבחין).
(ב) הרשם או בית המשפט הבאים לקבוע אם סימן מסחר המשמש למעשה הוא בעל אופי מבחין, רשאים לשקול עד כמה הפך השימוש למעשה את הסימן לבעל אופי מבחין בטובין שלגביהם נתבקש או נעשה הרישום.

לפי ס' 8 צריך שתהיה יכולת הבחנה בין שני סוגים המוצרים, בעצם כאשר אנו מדברים על אופי מבחין ס' 8 מדברים על שני סוגים של אופי מבחין.
אופי מבחין הינו התנאי הבסיסי לרישום:

סעיף 8(א): אופי מבחין טבעי/אינהרנטי – עצם הבחירה בשרטוט מסוים או מילה

מסוימת היא כבר מבחינה, אין בעיה לרשום סימן שהוא סימן שלא אומר שום דבר לקהל למשל סתם קשקוש כי זה לא לוקח משהו קיים ולא משדר משהו אחר. לצורך כזה יש אופי מבחין ואינהרנטי וקל מאוד לקבל עליו הגנה. למשל אני פותח חנות ונותן לה שם מסוים של החנות זה אופי מבחין, אין לציבור קונוטציה קודמת, באופן טבעי כי מי שיתקל במילה החדש של העסקה זה משהו חדש. ז"א יצרנו מילה חדש. לעומת זאת, "דלק" זה לא ייחוד, או למשל "חומס אחלה". או משהו גנרי זה כבר אל אופי טבעי ואני צריך להוכיח בפני הרשם ובימה"ש כי הגעתי לנק' כי הציבור מבחין בשם של הסימן שלי.

ביחס לסימנים מילוליים, נוצרו בפסיקה ההבחנות הבאות המשפיעות על היקף ההגנה:

1. **מלים ללא משמעות מילונית/מילים בדיוניות (במבה לא הייתה מילה כזאת לפני שאסם המציאה את השם, פפסי) -** אופי מבחין מולד (אינהרנטי). מדובר בשמות דמיוניים ולכן זוכים להגנה החזקה ביותר. אין חשש לצמצום נחלת הכלל.
2. **מלים מילוניות שלא מתארות את הטובין/שרירותיות (Apple למחשבים, orange לשירותי תקשורת)** - אופי מבחין מולד.
3. **מילים שמרמזות על טיב המוצר, אך לא באופן אינטואיטיבי (נייק, מייקרוסופ) -** אופי מבחין מולד

הגנה תחת סעיף 8(א)

ס' 8(ב): אופי מבחין נרכש – זה כאשר אנחנו לוקחים משהו שהוא כן קיים כבר למשל סימן

"ויי" של נייק שזה סימן קיים כבר וברגע שנייק ביקשו לרשום אותו כסימן מסחר שלהם הם צריכים לעבוד יותר קשה כי הם לוקחים סימן שכן קיים בעולם כבר ולשייך אותו לעצמם ולקבל עליו זכות בלעדית. הם יצטרכו להוכיח שה"ויי" הזה רכש אופי מבחין כי כשלעצמו ל"ויי" אין אופי מבחין אינהרנטי. כדי לזכות בהגנה, יש להוכיח כי הסימן רכש אופי מבחין במהלך השימוש שנעשה בו. לכן במקרים אלה נדרש שימוש קודם.

4. **מילים תיאוריות בעלות "משמעות משנית":** סימן המתאר מהות או איכות (תפוחי הגליל, חומס אחלה, קרמבו, אגוז) - אופי מבחין נרכש. ס' 8(ב): כדי לזכות בהגנה, יש להוכיח כי הסימן רכש אופי מבחין במהלך השימוש שנעשה בו. לכן במקרים אלה נדרש שימוש קודם. למשל חומס אחלה – אחלה זאת מילה שכולם מכירים והם רוצים עכשיו לרשום את השם חומס אחלה כסימן המסחר שלהן האם יתנו להם? אחלה זאת מילה שכולם משתמשים בה ולכן הם יצטרכו להוכיח שיש למילה אחלה אופי מבחין נרכש לחומס שלהם אחרת הם מצמצמים את נחלת הכלל ויצרו בלבול כי זה שם תיאורי. לכן הם צריכים להתחיל לשווק ורק כאשר הם יגיעו לנקודת זמן שבה יכולים להוכיח שכשאומרים חומס אחלה וכולם יודעים שזה מתקשר לאותו חומס – רק אז הם יוכלו לרשום אותו כסימן מסחר לפי סעיף 8(ב). **משמעות שנייה** = זיהוי מקור הטובין מעבר למשמעות הרגילה, אחרת נצמצם את נחלת הכלל וניצור בלבול (חברת "דלק" למשל). כלומר - לגבי מילים תיאוריות, כדי לזכות בהגנת סימני מסחר נצטרך להוכיח שהמילה רכשה משמעות משנית, מעבר למשמעות הראשונית התיאורית שלה. כלומר, יש להוכיח שהציבור התל לזהות את המילה עם המוצר/השירות הספציפי אותו הוא מסמן.

הגנה תחת סעיף 8(ב)

5. **מילים גנריות:** גייפ, פריג'יידר, פלאפון, אספירין, דלק, טוטו - יזכו להגנה במקרים שבהם הוכחה משמעות שנייה. אלו הן מילים שהתחלה כן זוהו עם מקור מסוים והיו שייכות לכאורה לסעיף 8(א) אבל עם הזמן הן הפכו להיות גנריות כי היום כשמשמשים במילה גייפ מדובר על סוג מסוים של רכב אבל לא על החברה הספציפית שנקראת גייפ או חברת פלאפון למשל שהיא הייתה החברה הראשונה אבל היום השם פלאפון הוא כבר שם של מוצר מסוים ואין דרך אחרת לתאר את השירות הזה או את המוצר הזה. **בארה"ב תבטל הגנה אבל בישראל זה לא חז משמעי יתבטל אך ההגנה תהיה הכי חלשה מכל שאר ההגנות.**

הגנה תחת
סעיף 8(ב)

פקטורים להוכחת משמעות משנית/אופי מבחין נרכש : לס' 8(ב)

- כמה זמן הסימן נמצא בשימוש
- מהו אופי השימוש של הסימן (האם נעשה בו שימוש כסימן מסחרי)?
- היקף הפרסום של הסימן?
- מהם האמצעים הצרכניים שהושקעו ביצירת התודעה הצרכנית בין הסימן למקור?
- האם יש חיקוי של הסימן כדי להיבנות מהמוניטין?

היקף הזכות והפרה

צורה של מוצר – סימן מסחר?

פס"ד אלפא אינטואיט: האם ניתן להגן על צורתן של סוכריות הטופיפי? לכאורה, זו הארכה אינסופית של ההגנה הניתנת לעיצוב הפונקציונאלי של המוצר תחת דיני פטנטים ולעיצובו האסתטי תחת מדגמים. צמצום אפשרי של נחלת הכלל ופגיעה בחופש העיסוק.

מבחינה דיונית: תביעה על הפרת סימן מסחר, כאשר הנתבעת טוענת כי לסימן המסחר של טופיפי (שנרשם) אין תוקף בהיותו תלת מיימדי.

ס' 64 לפקודת סמני מסחר: רישומו של סימן מסחר מהווה ראייה לכאורה לתוקפו של הרישום. לפיכך, יוטל נטל השכנוע ביחס לטענה כי אין תוקף לרישום מוטל על הנתבע.

מהו הקושי? לצורת המוצר יש תפקיד אחר, נוסף מעבר לזיהוי מקור המוצר: יש לצורה תפקיד פרקטי מבחינה פונקציונלית (החיבור בין פיסות נייר הטולאט) ומבחינה אסתטית. אם ניתן בלעדיות לתרופה בלית מוגבלת אנו עלולים לפגוע בתחרות.

פס"ד אלפא אינטואיט (מוצר תלת ממדי): המערערת היא חברה המאוגדת בגרמניה, הינה יצרנית של דברי מתיקה ובכלל זה ממתק שוקולד קרמל המשווק בארץ מאז שנת 1996 תחת השם "TOFIFEE". מדובר בממתק העשוי שוקולד וקרמל, שצורתו מזכירה חצי כדור, מעין בלוט. ביום 15.4.03 הגישה המערערת 1 בקשה לרישום סימן מסחר - הכולל תצלום של שלוש יחידות של ממתק טופיפי משלוש זוויות שונות - במסגרת פנקס סימני המסחר- נרשם סימן המסחר בפנקס (סימן מס' 163894), וזאת ביחס לטובין הבאים: "ממתקים, מסטיקים לא עבור מטרות רפואיות, שוקולד, מוצרי שוקולד, פרלינים, מאפים, כל הסחורות לעיל מיוצרות גם עם יין ואלכוהול. אלפא הינה חברה העוסקת בייבוא ממתקים ובשיווקם. אלפא מייבאת לישראל ומשווקת בה ממתק שוקולד קרמל, אשר צורתו התלת ממדית דומה לצורתו של ממתק טופיפי. ממתק זה משווק באריזה, עליה מופיע השם "CHOCODAN'S". במסגרת התובענה נטען, כי שוקודנס שיווקו ממתק בעל צורה דומה לממתק טופיפי המיוצר על ידי אלפא וזה מהווה הפרה של סימן של המערערות. המערערות הוסיפו וטענו, כי במעשים האמורים של המשיבות יש משום עשיית עושר ולא במשפט. בפסק הדין דחה בית המשפט המחוזי את טענתן של המערערות לפיה סימן המסחר שלהן הינו סימן תלת ממדי המורכב מצורתו של ממתק טופיפי. תחת זאת נקבע, שסימן המערערות הינו סימן דו ממדי אשר אינו מגן על צורתו של ממתק טופיפי כי אם על הצורה הגרפית כפי שהיא מוצגת בנסח הרישום. **בית המשפט המחוזי המשיך והשווה את אריזתו של ממתק שוקודנס לזו של ממתק טופיפי, והגיע לכלל מסקנה כי אריזת שוקודנס אינה מעוררת חשש להטעיה.**

בימ"ש העליון קבע: לא ניתן לומר כי מכיוון שלא הוזכרה המילה תלת מימד בבקשה אין הגנה תלת ממדית וזאת מפני שתקנה 15(1) דורשת ציור או תמונה של דמות הסימן, כך שניתן יהיה להבחין בסימן מכל צדדיו. **התצלום המופיע בגדר סימן המערערות עונה בבירור על דרישה זו.** אם כן כי סימן המערערות נרשם כסימן מסחר תלת ממדי, המתייחס לצורתו של ממתק טופיפי. בכך קבלנו, למעשה, את עמדתן של המערערות בעניין זה. אין מניעה כי במסגרת תובענה בעילה של הפרת סימן מסחר יעלה הנתבע טענה בדבר היעדר תוקפו של הסימן, בשל היותו בלתי כשר לרישום אך יוטל נטל השכנוע ביחס לטענה זו על הנתבע (ראו, ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט.).

צורה של מוצר – סימן מסחר?

בה"מ: אין מניעה עקרונית שצורה של מוצר תירשם כסימן מסחרי. הפקודה מכירה בסימן בעל שלושה מיימדים. הנטייה הטבעית תהיה שלא להכיר בצורה כבעלות אופי מבחין אינהרנטי, אבל אם אפשר להוכיח שעם הזמן, בתודעה הצרכנית צורת המוצר הפכה להיות כזו שיש לה אופי מבחין נרכש, יהיה ניתן לרשום את הסימן התלת ממדי.

ניתן לרשום סימן מסחר על צורת המוצר תחת החלופה השנייה של אופי מבחין נרכש.

הסייג: אם לצורה יש תפקיד פונקציונאלי או אסתטי ממשי לגבי תפקוד המוצר, לא ניתן הגנה :

צורתו התלת ממדית של מוצר אינה כשרה לרישום על בסיס החלופה שעניינה אופי מבחין אינהרנטי. עם זאת, כשרה היא לרישום על בסיס החלופה שעניינה אופי מבחין נרכש, ובלבד שמוכח האופי המבחין הנרכש וכן היעדרו של תפקיד אסתטי או פונקציונלי. נדגיש, כי ככל שצורת המוצר ממלאת תפקיד פונקציונלי או אסתטי (מעבר לתפקיד זניח), הרי שסימן המסחר יהא בלתי כשר לרישום אף אם רכש אופי מבחין למעשה. הן דיני הפטנטים והן דיני המדגמים מעניקים הגנה מונופוליסטית תחומה בזמן. כאמור, המטרה הינה לעודד פיתוח ויצירה של המצאות ושל עיצובים, על מנת שאלה יהפכו לנחלת הכלל עם תום תקופת המונופולין. לעומת זאת, רישום סימן מסחר ביחס לצורתו התלת ממדית של המוצר עשוי להעניק לבעל הסימן מונופולין בלתי מוגבל בזמן ביחס לצורת המוצר. החשש הוא שעשויים הבעלים של פטנטים לרשום סימן מסחר ביחס לצורת מוצר שהינה בעלת אופי פונקציונלי, ובכך למנוע עשיית שימוש בהמצאה אף לאחר תום תקופת הפטנט. בדרך זו עלולים דיני סימני המסחר לשמש מעין "מסלול עוקף" לדיני המדגמים ולדיני הפטנטים ולכן אין מנוס מן המסקנה לפיה היותו של הסימן בעל אופי פונקציונלי (או אסתטי) שולל את כשרותו להירשם כסימן מסחר.

התוצאה היא כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי מבוטל. ההליך מוחזר לבית משפט קמא על מנת שיכריע בסוגיית תוקפו של סימן המערערות על פי הכללים אם יפסוק בית המשפט המחוזי שסימן התלת ממדי של המערערות תקף, יהיה עליו להמשיך ולהכריע האם פעולותיהן של המשיבות מפרות את הסימן.

ס' 8 לפקודת סימני מסחר: (א) אין סימן כשר לרישום כסימן מסחר אלא אם יש בו כדי להבחין בין הטובין של בעל הסימן לבין הטובין של אחרים (להלן - בעל אופי מבחין).
(ב) הרשם או בית המשפט הבאים לקבוע אם סימן מסחר המשמש למעשה הוא בעל אופי מבחין, רשאים לשקול עד כמה הפך השימוש למעשה את הסימן לבעל אופי מבחין בטובין שלגביהם נתבקש או נעשה הרישום.

סימני מסחר – על כף המאזנים

- מחד, זכותו הקניינית של בעל סימן המסחר והמוניטין שצבר ביחס לסימן.
- מאידך, חופש הביטוי וחופש העיסוק: סימן מסחר מעניק לבעליו **בלעדיות** ומונע ממתחרים את היכולת להשתמש בסימן דומה ביחס לאותו סוג של מוצרים/שירותים.
- **מועדון מנויי טוטו זהב נ' המועצה להסדר הימורים בספורט**: האם השימוש עשוה המועדון במילה "טוטו" מפר את סימן המסחר הרשום של המועצה?
השאלה האם המועצה להסדר הימורים הצליחה להוכיח כי המילה טוטו היא גנרית, יש את מועדון מנויי טוטו שהיא חברה פרטית והיא מפעילה מועדון ויש מודל עסקי של מספרים שתופים כלומר אם יש זכייה אז הזכייה תחולק בין כולם. המועצה טוענת להפרה של סימני מסחר בדין שימוש במילה "טוטו זהב". ביהמ"ש אומר כי המילה טוטו מכוח ס' 8(ב) ניתן לראות כי היא בעלת משמעות גנרית. ביהמ"ש אומר כי טוטו השקיעו בפרסום לאורך השנים ובנו לעצמם מוניטין לכן יש לה מעמד מונופוליסטי.
- הסימן "טוטו" נרשם ביחס לארגון משחקי הימורים ומשחקי ספורט.
- בהמ"ש יוצא מנקודת הנחה שמדובר בשם גנרי ולכן יש לבחון האם רכש אופי מבחין לצורך כשירותו לרישום.
- סעיף 8(ב) – אופי מבחין נרכש: יש להוכיח כי המילה "טוטו" רכשה משמעות שנייה, כך שהציבור מזהה אותה, באופן ספציפי, עם משחקי ההימור שמארגנת המועצה, ולא עם משחקי הימור כלשהם.
- **כיצד מוכיחים משמעות שנייה?** תקופת השימוש בסימן, מידת הפרסום שזכה לו והמאמץ שהשקיע בעל הסימן ביצירת קשר בין הסימן לשירות/מוצר שהוא מציע.
- טוטו הצליחה לעמוד בנטל ולהוכיח כי המילה "טוטו" רכשה אופן מבחין: במשך שנים היא משתמשת בסימן זה בפרסומות במדיה כתובה ומשודרת, השקיעה משאבים רבים ביצירת קשר תודעתי בינו לבין השירות. לכך מתווספת העובדה שלטוטו מעמד מונופוליסטי בשוק שמדגישה את הקשר התודעתי.

משמעות שנייה – כיצד להוכיחה? לס' 8(ב)

- לגבי מילים תיאוריות, כדי לזכות בהגנת סימני מסחר נצטרך להוכיח **שהמילה רכשה משמעות שנייה, מעבר למשמעות הראשונה התיאורית שלה**. כלומר, יש להוכיח שהציבור החל לזהות את המילה עם המוצר/השירות הספציפי אותו הוא מסמן.
 - **פקטורים להוכחת משמעות שנייה/אופי מבחין נרכש**:
 - כמה זמן הסימן נמצא בשימוש
 - מהו אופי השימוש של הסימן (האם נעשה בו שימוש כסימן מסחרי)
 - היקף הפירסום של הסימן
 - מהם האמצעים הצרכניים שהושקעו ביצירת התודעה הצרכנית בין הסימן למקור
 - האם יש חיקוי של הסימן כדי להיבנות מהמוניטין?
- ניתן להגיש את המידע הנ"ל לרשם סימני מסחר בכדי שהדבר יסייע לי לקבל הגנה של סימן מסחר.

משמעות שנייה – נטל ההוכחה

- **קופי טו גו נ' שקד:** מבחינה דיונית, הוגשה בקשה לרשם למחוק את סימן המסחר לשם "קופי טו גו" בטענה כי מדובר בשם תיאורי. הרשם נענה לבקשה ומכאן הערעור. השם "Coffee to Go" נרשם ביחס לשירותי ממכר מוצרי קפה, לרבות בתי קפה. הרישום כלל גם גרפיקה של ספל.
- שימו לב שרישום הסימן כלל הודעת הסתלקות ביחס למילה Coffee וביחס לדמות הספל – כלומר לא ניתנת בלעדיות לשימוש במילה זאת, אלא רק כשהיא חלק מהשם הכולל. כנ"ל לגבי השימוש בגרפיקה של ספל. ההגנה היא רק לגרפיקה הספציפית.
- הנתבע, ישראל שקד, הוא בעל בית קפה "קול קפה" והוא ציין בשלט : Coffee to Go- Cool Coffee. המערער תבעה ובה"מ המחוזי פסק לטובתה והורה לו להסיר את השלט. שקד החליף את השלט בכיתוב : Cool Café to Go. המערער פנתה שנית לבה"מ וזה קבע שיש לה זכות שימוש בלעדית במונח "To Go". לכן, שקד פנה לרשם בבקשה למחיקת הסימן המסחרי. רשם קיבל את בקשתו של שקד וקבע כי לא יהיה שימוש בלעדי בצמד To Go לבדן או יחד עם המילה Coffee. הוא כן הותיר את הרישום על הסימון הגרפי.
- סעיף 38 : (א) בכפוף להוראות פקודה זו, מי שנפגע על ידי שתרשומת פלונית לא נרשמה בפנקס או נשמטה ממנו, או נרשמה בו בלי סיבה מספקת, או נשארה בו שלא כדין, או חלו בה טעות או פגם, רשאי להגיש בקשת תיקון, בדרך שנקבעה, לבית המשפט העליון, או תחילה לרשם, לפי בחירת המבקש.
- סעיף 39 : (א) בקשה לפי סעיף 38 למחיקת סימן מסחר מהפנקס, מחמת שהסימן אינו כשר לרישום לפי סעיפים 7 עד 11 לפקודה, או מחמת שרישום הסימן יוצר התחרות בלתי הוגנת לגבי זכויותיו של המבקש בישראל, תוגש תוך חמש שנים מיום מתן תעודת הרישום לפי סעיף 28.
- כלומר, בקשת מחיקה יכולה להתבסס על הטענה שהסימן לא היה כשר לרישום מלכתחילה. כלומר, זו בקשה שפותחת את הדלת לבחינה מחדש. זאת בניגוד לטענתה של המערערת כי שקד היה צריך להוכיח שהסימן איבד את אופיו המבחין.
- סעיף 11(10) לפקודה מפרט מהם הסימנים שאינם ברי רישום, בין היתר "סימן המורכב מספרות, אותיות או מלים, הנוהגות במסחר לציונם או לתיאורם של טובין או סוגי טובין או הנוגעות במישרין למהותם או לאיכותם, זולת אם הוא בעל אופי מבחין כמשמעותו בסעיפים 8(ב) או 9". כלומר, שמות תיאוריים. לגבי שמות אלו יש להוכיח כי השם רכש משמעות שנייה.
- סעיף זה נועד להגן על מתחרים מפני הפקעה לא הוגנת של סימנים המתארים את טיב הסחורה.
- האם השילוב Coffee to Go הוא שילוב מתאר? יש כאן תיאור של אופי השירות שניתן, המאפשר "לקחת לדרך". מעבר לכך, מדובר בביטוי שגור. בישראל, הגם שהוא באנגלית. המקנה היא שהצירוף הוא תיאורי.
- לכן, הסימן יוכל לשרוד רק אם יוכח שרכש אופי מבחין (סעי' 8(ב)). זוהי הכרעה עובדתית המתמקדת בשימוש למעשה (בפועל). אולם על מי מוטל הנטל?
- בבקשה למחיקת רישום הנטל הראשוני מוטל על מבקש המחיקה, אולם נטל הבאת הראיות עובר מצד לצד. ברגע ששקד הביא ראיה לכאורה, הנטל עובר למערערת. שקד הביא ראיה

- שמדובר בשם תיאורי ולכן נכלל בגדר סי' 11(10) ואינו כשיר לרישום. בשלב זה, הנטל עובר למערערת לסתור ולהביא ראיה התומכת בכך שהסימן רכש אופי מבחין.
- המערערת לא הוכיחה כי הציבור מזהה את השם Coffee to Go דווקא עם שירותיה, בפרט לא נערך סקר צרכנים.
- מאחר וקיימים בתי עסק רבים שמספקים קפה לדרך, הראיות לקיומו של אופי מבחין צריכות להיות משמעותיות ומשכנעות.
- "נראה לי כי הביטוי Coffee To Go הוא אחד מהביטויים שלגביו גם הוכחת משמעות שניה לא תועיל לרישום סימן. כל הרעיון של סימן מסחר הוא יצירת זהות בין הסימן למוצר, עד כי הציבור בראותו את הסימן יקשר אותו מיד עם סחורה ממקור מסוים." אך כאשר הביטוי משמש **למטרה תועלתית** כלשהי (A Functional Feature) אפילו יש בו גם לזהות את מקור המוצר ואפילו היה התובע ההוגה הראשון של הרעיון לעשות בו שימוש" אין הוא כשר לרישום."
- **מסקנה: אין להפקיע את הביטוי מנחלת הכלל. לא אישרו את הרישום של קופוי טו גו.**

סימנים גנריים

- **יוטבתה נ' תנובה:** מחלוקת בין יוטבתה לתנובה על הבעלות בשם "אשל".
- תנובה החלה להשתמש בשם "אשל" בסוף שנות החמישים – היא לא רשמה אותו, אך אין ספק שאז היה מדובר בשם דמיוני ולכן בעל אופי מבחין טבעי.
- האם השם "אשל" הפך עם השנים לשם גנרי לתוצרת חלב ניגרת 4.5% שומן?
- בה"מ קובע כי סימן מבחין יכול עם הזמן להפוך להיות גנרי. במקרה כזה, ניתן יהיה לעתור למחיקת סימן המסחר הרשום. **אולם**, "מצבים אלה ייתכנו כאשר הותרת המילה ביחזקתו של הפרט עלול ליצור ריק בלשון או בשפה המדוברת והשגורה".
- מדובר במעין הפקעה קניינית, ולכן יש צורך כי האינטרס הציבורי בביטוי באמצעות השם הגנרי יוכל במלואו – האם אין דרכים חלופיות באמצעותן יוכל המתחרה להעביר את המסר? יש כאן נטל הוכחה מוגבר על המבקש לבטל את רישום סימן המסחר.
- בה"מ קובע כי השם "אשל" עדין לא הפך לגנרי: לאור הפירוש המילוני (אשל איננו מתורגם ברוב המלוניס כמוצר חלב, אלא כסוג של עץ), לאור האופן בו בעל הסימן תפס את השם (שתי החברות שיווקו את המוצרים בשם אשל, אך מתחת תיארו את המוצר – לבנייה 4.5%, משמע שאשל איננו סוג המוצר אלא שמו המסחרי). **הצדדים לא הגישו סקר צרכנים, הגם שזו אינדיקציה מרכזית.**
- לא הוכח כי המילה "אשל" היא שם המתאר **מוצר** להבדיל מסימן מסחר. **נקבע, כי הואיל וקיימת סכנת הטעייה אין מקום לרישום מקביל של סימני המסחר לא הוכח כי המילה אשל היא סימן גנרי.**

סימנים לאו ברי רישום

מדובר על סימנים שלא ניתן לרשום אותם

ס' 11 – סימנים שאינם ניתנים לרישום, לרבות (לקרוא ולהשלים סעיפים):

- 11(1): סימן המרמז על קשר עם נשיא המדינה - סימן המרמז על קשר עם נשיא המדינה או עם ביתו או על חסותו של הנשיא, וסימן שניתן להסיק ממנו על קשר או חסות כאמור;
- 11(5): סימן העלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר - סימן הפוגע או העלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר;
- 11(6): סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור או לעודד תחרות בלתי הוגנת (שימוש בתינוק של במבה לשיווק בגדי תינוקות, רכיבה על המוניטין העסקי) - סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור, סימן המכיל ציון מקור כוזב וסימן המעודד התחרות בלתי הוגנת במסחר;
- 11(6א) - סימן הכולל ציון גאוגרפי לענין טובין שמקורם אינו באזור הגאוגרפי המצוין, אם יש בציון הגאוגרפי כדי להטעות ביחס לאזור הגאוגרפי האמיתי של מקור הטובין;
- 11(6ב): סימן הכולל ציון גאוגרפי מטעה (גבינת רוקפור, תפוחי ירושלים לתפוחים מהגליל) - סימן הכולל ציון גאוגרפי נכון מילולית, אולם יש בו מצג שווא כאילו מקורם של הטובין באזור גאוגרפי א;
- 11(7): סימן בעל משמעות דתית - סימן הזהה עם סמל בעל משמעות דתית בלבד, או הדומה לו;
- 11(8): סימן שיש בו תמונה של אדם, אלא אם ניתנה הסכמתו (או הסכמת שאיריו, אם מת) - סימן שיש עליו תמונתו של אדם, זולת אם נתקבלה הסכמתו של הנוגע בדבר, ואם היא תמונתו של אדם שמת - ידרוש הרשם הסכמתם של שאיריו, זולת אם קיימים לדעתו טעמים סבירים שלא לעשות כן;
- 11(9): סימן הזהה/דומה עד כדי להטעות לסימן ששייך לאחר שכבר רשום בפנקס לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר - סימן הזהה עם סימן שהוא שייך לבעל אחר וכבר הוא רשום בפנקס לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר, והוא הדין בסימן הדומה לסימן כאמור עד כדי שיש בו להטעות;
- ס' 30: מאפשר לרשם להתיר שימוש בסימנים זהים/דומים עד כדי להטעות לגבי אותם טובין או טובין מאותו הסוג, כאשר השימוש המקביל נעשה בתום לב. הרשם יכול לאפשר את רישום שני הסימנים בכפוף להגבלות (שימוש בשמות זהים למכוני כושר, אחד בת"א ואחד בירושלים).

שימוש מקביל

30. (א) ראה הרשם שהיה שימוש מקביל בתום לב, או שהיו נסיבות מיוחדות אחרות המצדיקות לדעתו רישום של סימני מסחר זהים או דומים, לגבי אותם טובין או אותו הגדר טובין, על שמם של בעלים אחדים, רשאי הוא להרשות רישום כאמור בתנאים ובהגבלות שיראה לנכון או בלעדיהם.
- (ב) החלטת הרשם לפי סעיף קטן (א) תהיה נתונה לערעור לפני בית משפט מחוזי; ערעור כאמור יוגש תוך שלושים יום מיום החלטת הרשם; בערעור יהיו לבית המשפט כל הסמכויות הנתונות בסעיף קטן (א) לרשם.
- (ג) המערער ימסור לרשם הודעה על הגשת ערעור לפי סעיף קטן (ב) בתוך שלושים ימים מיום הגשתו.
- (ד) בערעור לפי סעיף קטן (ב) ישמע בית המשפט, אם נדרש לכך, את הרשם.

סעיף 29: הוגשו שתי בקשות נפרדות לרישום סימנים זהים/דומים כדי להטעות לגבי אותם טובין, או טובין מאותו הסוג, לרשם יש שק"ד להחליט איזה מהם לרשום. לא בהכרח מי שהגיש ראשון, יזכה, אלא הרשם יתחשב בעיקר בתו"ל וייבחן מי גיבש כבר מוניטיין.

בקשות מתחרות לסימנים זהים (תיקון מס' 5) תשס"ג-2003

29. (א) הגישו אנשים שונים בקשות נפרדות להירשם כבעלי סימני מסחר זהים או דומים עד כדי להטעות, לגבי אותם טובין או הגדר טובין, והבקשה המאוחרת הוגשה לפי שקובלה הבקשה המוקדמת, רשאי הרשם שלא לקבל את הבקשות עד שייקבעו זכויותיהם בהסכמה שבא עליה אישור הרשם, ובאין הסכמה או אישור כאמור יחליט הרשם, מנימוקים שיירשמו, לגבי איזו בקשה יימשכו ההליכים לפי פקודה זו.

(ב) על החלטת הרשם לפי סעיף קטן (א) ניתן לערער לפני בית משפט מחוזי בתוך שלושים ימים מיום החלטת הרשם.

(ג) המערער ימסור לרשם הודעה על הגשת ערעור לפי סעיף קטן (ב), בתוך שלושים ימים מיום הגשתו.

(ד) בערעור לפי סעיף קטן (ב) ישמע בית המשפט, אם נדרש לכך, את הרשם.

- 11(11): סימן שמשמעותו הרגילה היא גיאוגרפית או שם משפחה, אם אינו מוצג בדרך מיוחדת, אלא אם הוא בעל אופי מבחין - **סימן שמשמעותו הרגילה גיאוגרפית או שם משפחה, אם אינו מוצג בדרך מיוחדת, זולת אם הוא בעל אופי מבחין כמשמעותו בסעיפים 8(ב) או 9;**

סימנים לאו ברי רישום - המשך

- 11(12): סימן המזהה יין או משקה אלכוהולי הכולל ציון גאוגרפי, אם מקורו של היין או המשקה האלכוהולי אינו באותו אזור גיאוגרפי (בורדו, שמפניה)
- 11(9): סימן הזהה עם סימן שהוא שייך לבעל אחר וכבר הוא רשום בפנקס לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר, והוא הדין בסימן הדומה לסימן כאמור עד כדי שיש בו להטעות
אם אני מעוניין לרשום סימן מסחר לא ניתן לרשום אותו אם הוא מאותו סוג או דומה לאותו הגדר במטרה להטעות, אולם אם אני רוצה לרשום במבנה ביחס לבגדי תינוקות, ככל שבמבנה אינו מכור אז אין מניעה לרשום אותו ביחס לבגדי תינוקות.
- 11(13): סימן שהוא זהה או דומה עד כדי להטעות לסימן מסחר מוכר היטב (ראו סעיף 1) אף אם אינו סימן מסחר רשום, לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן היטב או לגבי טובין מאותו הגדר. **סימנים מוכרים היטב מקבלים הגנה זהה לסימנים רגילים, גם אם הם אינם רשומים.**
אותה הגנה לגבי סימנים מסחריים שגם הם לא רשומים. אם סימן מסחר מוכר היטב מחוץ לארץ אינם רשומים בישראל עדיין יקבלו את אותו הגנה שיש כאן בארץ.
למשל "אפל" - אם היא לא רשומה בארץ אך היא מוכרת בישראל עדיין תקבל הגנה, במקביל אם אפל רשומה בישראל אז היא תקבל הגנה רחבה יותר וכעת כל ישראלי אשר רוצה לרשום "אפל" להקשרים אחרים לכאורה הוא לא יכול לשעות את זה כי כאן "לאפל" יש הגנה רחבה יותר.
- 11(14): הרחבה לגבי סימנים מוכרים היטב שהם רשומים: לא יתאפשר רישום סימן שהוא זהה או דומה גם ביחס לטובין שאינם מאותו הסוג, אם יש בסימן המבוקש כדי להצביע על קשר בין הטובין שלגביהם מבוקש הסימן לבין בעל הסימן הרשום, ובעל הסימן הרשום עלול להיפגע כתוצאה משימוש בסימן המבוקש.
יש כאן 3 תנאים: הסימן מוכר, קשר בין הטובין לבין בעל הסימן הרשום (פס"ד מולטילוק) ז"א האם זה עלול ליצור לצרכן הטעיה כי יש קשר בין הסימנים כמו שדרוג או עיצוב תדמיתי יותר מעודכן, פגיעה של בעל הסימן.
- סימנים מוכרים היטב שהם רשומים זוכים להגנה רחבה יותר: יוכלו למנוע רישום של סימנים זהים או דומים גם ביחס לטובין מסוג אחר (למשל, הסמל של Audi לשעונים).

ישנם שני מצבים של סימן מסחר מוכר היטב: רשום אשר מקבל היקף הגנה גדול, ואילו סימן מסחר שאינו רשום אולם מקבל סימן מסחר הואיל הוא מוכר היטב.

- הרציונל: לעודד רישום בישראל.

סימנים לאו ברי רישום- המשך

- **יגאל קרדי נ' בקרדי:** המערער הגיש לרשם בקשה לרישום הסימן BAKARDI לגבי מוצרי הלבשה. חברת המשקאות "בקרדי", לה יש סימן מסחר רשום לגבי משקאות חריפים, BACARDI, הגישה התנגדות לרישום בטענה שהרישום יגרום להטעייה ולתחרות בלתי הוגנת. שני טעמים נוספים להתנגדות היו שמדובר בשם משפחה וכי הרישום מנוגד לתקנת הציבור. כמו כן, חברת בקרדי רשמה את סימנה המסחרי באיי הבהמה לגבי חולצות.

- טענת המערער הייתה שהשימוש נעשה משך שנים ע"י אביו בעסק למכירת ג'ינסים כאשר הכוונה הייתה לכוון לשם המשפחה שלהם – קרדי (כלומר, ג'ינסים ב-קרדי). הרשם קיבל את התנגדות המשיבה מכוח סעיף 11(6) לחוק: "סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור, סימן המכיל ציון מקור כוזב וסימן המעודד התחרות בלתי הוגנת במסחר";

- בה"מ קובע כי ל-BACARDI מוניטין בינלאומי, זהו סימן מפורסם מאוד ולכן יש חשש לדילול. **דוקטרינת הדילול.**

- "דילול מוגדר כמצב בו נעשה שימוש בסימן מסחר חזק בלא רשות בעליו וללא יצירת הטעיה, המביא לשחיקה וטשטוש של התדמית הייחודית והאיכותית שהסימן הצליח להעביר לצרכניו, וכתוצאה מכך נפגמת תדמיתו החיובית של סימן המסחר בקרב קהל הצרכנים ונגרעת ייחודיותו. שחיקה בתדמיתו של סימן מסחר בקרב קהל הצרכנים גורמת אף לגריעה מערכו המסחרי של סימן המסחר, וזאת בעקבות ירידה בכוח (או כח) המכירה הטמון בו." (קלדרון).

- עקרונות אלה מהמשפט האמריקאי הוכנסו תחת עקרון "התחרות הבלתי הוגנת", אולם כיום קיימים סעיפים 11(13) ו-11(14) שמתייחסים מפורשות לסימן מסחרי מוכר היטב.

בהמשך אומר כי יש חשש להשחית את הסימן, מדובר על תחרות בלתי הוגנת וניצול מוניטין.

סימנים מתחרים

- **יוטבתה נ' תנובה:** מחלוקת בין יוטבתה לתנובה על הבעלות בשם "אשל".

- סעיף 29 לפקודה: "הגישו אנשים שונים בקשות נפרדות להירשם כבעלי סימני מסחר זהים או דומים עד כדי להטעות, לגבי אותם טובין או הגדר טובין והבקשה המאוחרת הוגשה לפני שקובלה הבקשה המוקדמת, רשאי הרשם שלא לקבל את הבקשות עד שייקבעו זכויותיהם בהסכמה שבא עליה אישור הרשם, ובאין הסכמה או אישור כאמור יחליט הרשם, מנימוקים שיירשמו, לגבי איזו בקשה יימשכו ההליכים לפי פקודה זו".

- כדי לקבוע זכותו של מי עדיפה יש לבחון:

1. תאריכי הגשת הבקשה לרישום (מבחן טכני שיינתן לו משקל מינימאלי).

2. מידת השימוש שעשה כל צד בסימן המבוקש על ידו עד להגשת הבקשה וממועד הבקשה.

3. תום הלב של המבקשים בבחירת הסימן המבוקש (האם הבחירה בסימן נבעה מטעמי תחרות בלתי הוגנת?).

- תנובה הגישה את הבקשה לרישום ראשונה, אולם כאן שתי החברות עשו שימוש בסימן משך עשרות שנים לפני שהגישו בקשה לרישום סימן מסחר.
- איזה מבין מגישי הבקשות המתחרות הצליח לרכוש בארץ הכרה והוקרה לסימנו בקרב בציבור עד למועד הגשת בקשת הרישום? נקבע כי תנובה עשתה שימוש בהיקף משמעותי, לעומת השימוש של יוטבתה שהיה נקודתי מאוד (בדרום הארץ) ומכל מקום עשתה שימוש מכוח הסמכה בהסכם הפצה שהיה לה עם תנובה. משבוטל ההסכם, בוטלה הסכמתה של תנובה כי יוטבתה תשתמש בסימן המסחר "אשל".
- לבסוף, יוטבתה נהגה גם בחוסר תו"ל כשהמשיכה להשתמש בסימן גם שנפרדה מתנובה ועברה לשטראוס.
- חוסר תו"ל מצידה של יוטבתה מתבטא גם בכך שטענה במקביל לבעלות על השם "אשל יוטבתה" ולכך ש"אשל" הפך לשם גנרי.
- סעיף 30: "ראה הרשם שהיה שימוש מקביל בתום לב, או שהיו נסיבות מיוחדות אחרות המצדיקות לדעתו רישום של סימני מסחר זהים או דומים, לגבי אותם טובין או בתנאים ובהגבלות שיראה לנכון או בלעדיהם."
- רישום מקביל יתאפשר כאשר ניתן להצביע על תו"ל בבחירת השמות וכאשר אין חשש להטעיית הצרכנים. בנסיבות המקרה, רישום מקביל עשוי לגרום להטעיה, שכן מדובר באוו סוג של מוצרים ובסימנים מאוד דומים.
- בתי המשפט נוהגים ליתן משקל רב יותר לתחיליות: **אשל** יוטבתה (טוטו זהב).

הזכות לשימוש ייחודי

ס' 46 מדבר על סימן מסחר רגיל.

ס' 46: (א) רישומו התקף של אדם כבעל סימן מסחר יזכה אותו לשימוש ייחודי בסימן המסחר על הטובין שלגביהם נרשם הסימן ובכל הנוגע אליהם, בכפוף לכל תנאי וסייג הרשומים בפנקס *(הודעת הסתלקות)*. **מה זה בכפוף? כמו קופי תו גוי, יתכן ולא אקבל הגנה קופי.**

(ב) היו כמה בני אדם רשומים כבעלים של סימני מסחר זהים, או זהים בעיקרם, לגבי טובין זהים, יהיו זכויותיו של כל אחד מהם כאילו היה הבעל הרשום היחיד של הסימן, אך לא יזכה הרישום איש מהם לעומת רעהו לשימוש ייחודי בסימן המסחר אלא במידה שהרשם או בית משפט מחוזי קבעו לכל אחד את זכויותיו *(דוגמת מכוני הכושר)*.

ס' 46 א אם הסימן לא רשום יקבל הגנה בתנאי שהוא מוכר היטיב והוא לא חייב להירשם.

ס' 46: (א) **סימן מסחר מוכר היטיב** אף אם אינו סימן מסחר רשום, יזכה את בעליו בשימוש ייחודי בסימן לענין טובין שלגביהם הוא מוכר היטיב בישראל או לענין טובין מאותו הגדר.

(ב) סימן מסחר מוכר היטיב, שהוא סימן מסחר רשום, יזכה את בעליו בשימוש ייחודי בסימן גם לענין טובין שאינם מאותו הגדר, אם השימוש בסימן על ידי מי שאינו בעליו עשוי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום, ובעל הסימן הרשום עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור.

הפרת סימן מסחר

ס' 1: "הפרה" - שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך -

- (1) בסימן מסחר רשום או בסימן הדומה לו, לענין טובין שלגביהם נרשם הסימן או טובין מאותו הגדר;
- (2) בסימן מסחר רשום, לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לשם פרסום טובין מאותו הגדר;
- (3) בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לענין טובין מאותו הגדר;
- (4) בסימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו, לענין טובין שאינם מאותו הגדר, ובלבד שיש בשימוש זה כדי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום, עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור;

סימן מסחר מוכר היטב

- **סעיף 1 לפקודה:** "סימן מסחר מוכר היטב" הוא "סימן המוכר היטב בישראל כסימן שבבעלות אדם שהוא אזרח מדינה חברה [באיגוד להגנת הקניין התעשייתי או בארגון הסחר העולמי – א' ר'], תושב קבוע בה או שיש לו בה מפעל עסקי תעשייתי פעיל, ואפילו הסימן אינו סימן מסחר רשום בישראל או אין משתמשים בו בישראל; לענין קביעתו של סימן מסחר כסימן מוכר היטב בישראל יילקחו בחשבון, בין השאר, המידה שבה הסימן מוכר בחוגי הציבור הנוגע לענין, והמידה שבה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק".

ז"א עד כמה הרשם מכיר את הסימן.

- מדובר בסימן מסחר שהוא מוכר דווקא בישראל. אין די בהיותו מוכר בארצות אחרות.
- דוגמאות: GUCCI, נייק, מאזדה, אפל.
- **היתרון לו זוכה סימן מסחר רשום בכל הנוגע לרישום:**
 - סעיף 11(13) לפקודה: איסור על רישום סימן זהה/דומה כדי להטעות לסימן מסחר מוכר היטב, גם אם אינו רשום, ביחס למוצרים מאותו הגדר.
 - סעיף 11(14) לפקודה: איסור על רישום סימן זהה/דומה לסימן מסחר מוכר היטב רשום גם ביחס לטובין שאינם מאותו הגדר, אם עלול להתפרש קשר בין הסימן לטובין ובעל הסימן עלול להיפגע.

סימן מסחר מוכר היטב

- היתרון לו זוכה סימן מסחר מוכר היטב בכל הנוגע להפרה: (מראה של רישום)
 - שימוש בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לענין טובין מאותו הגדר מהווה הפרה (ראו ס' 1, ס"ק (3) להגדרת "הפרה").
 - שימוש בסימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו, לענין טובין שאינם מאותו הגדר, ובלבד שיש בשימוש זה כדי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום, עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור מהווה הפרה (ראו ס' 1, ס"ק (4) להגדרת "הפרה").

- כלומר, בנוגע להפרה, סימן מסחר מוכר היטב נהנה מהגנה חזקה יותר – יהיה מוגן כמו סימן רגיל אם אינו רשום, מוגן יותר מסימן רגיל (גם ביחס למוצרים מסוג אחר), אם הוא כן רשום.
- היתרון לו זוכה סימן מסחר מוכר היטב מבחינת היקף הגנה:
 - סעיף 46א(ב) לפקודה: "סימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן מסחר רשום, יזכה את בעליו בשימוש ייחודי בסימן גם לענין טובין שאינם מאותו הגדר, אם השימוש בסימן על ידי מי שאינו בעליו עשוי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום, ובעל הסימן הרשום עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור. מה משמעות תנאים אלה?"

סימן מסחר מוכר היטב

- **V & S נ' אבסולוט שוז**: המערערת היא בעלת סימן המסחר אבסולוט לסוג משקאות אלכוהוליים (וודקה). אבסולוט שוז היא חברת ישראלית בעלת רשת חנויות הנעלה. המערערת התנגדה לרישום סימן המסחר "אבסולוט" על ידי החברה הישראלית ודרשה שזו תפסיק להשתמש בסימן שלה. החברה הישראלית טוענת לשימוש בשם Absolute עם האות E בסוף, אשר לדעתה הוא שם תיאורי בלבד שלא נועד לרכב על המוניטין של Absolut. הכוונה ב-"Absolute Shoes" הוא שהיא מוכרת נעלים מושלמות.
- Absolut הוא סימן מסחר מוכר היטב.
- לענין ההגנה שתחת סעיף 46א(ב), יש להראות 3 תנאים: (1) שהסימן המוכר היטב רשום, (2) כי השימוש עשוי להצביע על קשר עם הסימן הרשום, (3) כי בעל הסימן הרשום עלול להיפגע.
- האם יש לצמצם את ההגנה רק לתחומים קרובים ומשיקים? לא. **ז"א בימה"ש אומר** **אנו לא מרגישים שיש קשר בין סימן המסחר בין Absolute עם האות E ללא האות E ואף הביאו דוגמאות מארה"ב עם אותו שם, לא הייתה תשתית כי Absolute עלולה להיפגע, לכן בימה"ש לא משתכנע ודוחה את העתירה. כיוון ש 3 התנאים של ס' 46א אינם מתקיימים.**
- **חשוב קודם לעשות את ההבחנה בין סימן מסחר רשום או לא רשום, האם הוא רשום יקבל הגנה רחבה יותר בהתקיים 3 התנאים של ס' 46א אם הוא לא רשום יקבל הגנה רק לאותו הגדר.**
- הבחינה צריכה להיות זהירה כדי למנוע פגישה בתחרות החופשית.
- לענין התנאי השני, אין צורך להוכיח ממש הטעייה, אלא הרף נמוך יותר.
- לענין התנאי השלישי, יש להניח תשתית ממשית לכך שיש פגיעה.
- יישום: Absolut זהו אכן סימן מסחר מוכר היטב, אולם השימוש שעשתה בו המשיבה אינו עשוי להצביע על קשר בין חברת וודקה Absolut לנעלים שמוכרת המשיבה. Absolute היא מילה תיאורית, שנעשה בה שימוש במגוון הקשרים כדי לתאר את הטובין – "נעליים מושלמות". נעליים הם מאוד רחוקות ממשקאות אלכוהוליים ולכן אין כאן הפרה לפי ס' 46א(ב) לפקודה.

טענת הגנה – שימוש אמת

מדובר בהגנה אשר נועדה ליצור איזון, ז"א יש למישהו סימן מסחר ואינה מוחלטת ויהיו אינטרסים מהצד השני שצריך להגן עליהם.

- ס' 47 לפקודה: רישום לפי פקודה זו לא ימנע אדם מהשתמש שימוש אמת בשמו או בשם עסקו, או בשמו הגאוגרפי של מקום עסקו, שלו או של קודמיו בעסק, או מהשתמש בהגדר אמיתי של מהותם או איכותם של טובין שלו.
- גם אם יש סימן מסחר שהוא רשום לא ימנע מהצד השני לעשות שימוש אמת, למשל – השם כהן למטה.
- מזכיר את טענת השימוש ההוגן בדיני זכויות יוצרים: הגם אם קיים רישום של סימן מסחר, אין בכך כדי למנוע מאדם אחר להשתמש בסימן "שימוש אמת".
- מתי רלוונטי? כאשר סימן המסחר הוא גם שם משפחה (מקדונלד, Cohen), כאשר השימוש הוא במשמעות הראשונה, התיאורית (למשל, Absolute), כאשר סימן המסחר מתאר מיקום גיאוגרפי (למשל בד שהגיע מחבל שמפיין).
- המטרה היא ליצור איזון ראוי בין זכותו הקניינית של בעל סימן המסחר לאינטרס הציבורי ולחופש הביטוי העסקי. לא ניתן לשלול מאדם את הזכות להשתמש בשמו רק משום ששם זה נבחר ע"י מתחרה כשם מסחרי.
- אם כן, מדוע בה"מ לא אפשר ליגאל קרדי להשתמש בשם המסחר "בקרדי" למכירת הגיינסים שלו?
כי כאן לא היה שימוש אמת.

טענת הגנה – שימוש אמת

- **אלוניאל נ' מקדונלד:** אלוניאל היא הזכיינית הישראלית של "מקדונלד'ס". המשיב, אריאל מקדונלד, שחקן כדורסל, התקשר עם חברת הפרסום של "ברגר קינג" והוסכם שיכבב בפרסומת מטעמה. בפרסומת נראה אריאל, עם חולצת הכדורסל שעליה שמו, אומר: "תקשיבו למקדונלד, רק ברגר קינג". בתגובה, "מקדונלד'ס", מוציאה תשדיר פרסומת שבו מוצגים קטעי ראיונות כתובים בהם מקדונלד תועד אומר שהוא מעדיף לאכול ב"מקדונלד'ס". מר מקדונלד מגיש תביעה בגין שימוש בשמו ללא הסכמתו. הוא טוען לפגיעה בזכות לפרטיות. "מקדונלד'ס" מגישה תביעה שכנגד בגין הפרת סימן המסחר שלה. המחוזי קיבל את טענת מר מקדונלד ודחה את טענת "מקדונלד'ס".
- <https://www.youtube.com/watch?v=Z5Sah2Gwsjk&t=71s>
- החל מדקה 1: 11

טענת הגנה – שימוש אמת

- האם השימוש שעושה ברגר קינג בשם מקדונלד מפר את סימן המסחר הרשום של "מקדונלד'ס"?
- ס' 1(2) לפקודה: הפרה היא שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך "בסימן מסחר רשום, לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לשם פרסום טובין מאותו הגדר".
- מאחר והשימוש בשם מקדונלד נעשה בע"פ, הרי שזה נשמע כמו "מקדונלד'ס" ולכן ניתן לומר שברגר קינג עושה שימוש בסימן המסחר של מקדונלד'ס. האם נדרשת הטעייה לצורך הוכחת הפרה? לא. אין זה משנה שהשימוש שעשתה ברגר קינג לא יצר ייחוס מוטעה של הפרסומת מטעמה למקדונלד'ס.
- בד"כ שימוש מפר בסימן מסחר מטרתו תהיה לרכב על המוניטין של בעל הסימן ולמשוך לקוחות. אך אין זו דרישה מטעם החוק שתהיה הטעייה כדי שתתקיים הפרה של סימן מסחר. מספיק כאן הניסיון להשיג יתרון תחרותי פסול מאזכור שמו המסחרי של האחר. **זה מתקשר לשימוש אמת, השם משפחה שלו מקדונלד אבל כאן השימוש בשם המשפחה לא היה סתם אלא נועד כדי לייצור לברגר-קינג יתרון תחרותי וביהמ"ש קובע שזה לא שימוש אמת.**
- **דוג לשימוש אמת- סימן מסחר לשני סוגי טלפונים, הסימן משמש בכדי לשווק את המוצר.**

טענת הגנה – שימוש אמת

- אולם הזכות הקניינית בסימן מסחר איננה מוחלטת.
- סעיף 47 לפקודה: "רישום לפי פקודה זו לא ימנע אדם מהשתמש שימוש אמת בשמו או בשם עסקו או בשמו הגאוגרפי של מקום עסקו, שלו או של קודמיו בעסק, או מהשתמש בהגדר אמיתי של מהותם או איכותם של טובין שלו".
- משה מפרסם את המוצר שלו – קייס לטלפון חכם – שמתאים גם לאייפון וגם לשיומי. האם האיזכור של אייפון ושיומי מפר את סימן המסחר שלהם? משה משתמש בהגדר האמיתי של מהות המוצר שלו.
- האם מדובר בפרסומת השוואתית? פרסומת השוואתית משווה בין המוצרים המסופקים על-ידי מתחרים, בין המחירים שגובה כל אחד מהם, בין טיב השירות שניתן על-ידי כל אחד מהם וכיוצא באלה. אולם כאן, מעבר לאזכור השם מקדונלד, אין שום דבר השוואתי. כאן ברגר קינג ניסתה להפחית מערכה של מתחרתה, שלא על סמך נתונים עובדתיים כלשהם. נעשה כאן "שימוש במוניטין לעלוב בבעליו".
- מדובר כאן בהפרה "במהופך" – המטרה אינה ליצור קרבה בין ברגר קינג למקדונלד'ס כדי להיבנות מהמוניטין של מקדונלד'ס, אלא ליצור ריחוק בין השניים ולהרחיק את הלקוחות ממקדונלד'ס. יש פה ניסיון להטיב עם ברגר קינג על חשבון הסימן של מקדונלד'ס.
- ומה עם חופש הביטוי המסחרי? חופש הביקורת? השימוש שעשתה ברגר קינג בשם מקדונלד לא נועד לשרת צורך ציבורי חשוב ולכן יש הפרה של סימן מסחר.
- מה לגבי הגנה אישית לאריאל מקדונלד, שזהו שמו?

טענת הגנה – שימוש אמת

- סעיף 47 נועד ליצור איזון בין שני האינטרסים המתנגשים במאבק בין ההגנה על סימן המסחר לבין ההגנה על זכותו של האדם לעשות שימוש בשמו הוא.
- יש לסייג את ההגנה המוענקת לאדם העושה שימוש בשמו שלו תוך פגיעה בסימן מסחר של אחר. זכות השימוש מותנית בכך שהשימוש שנעשה בשם יהא שימוש בתום-לב. כלומר, זכותו של אריאל מקדונלד להשתמש בשמו לשם מכירת טובין או פרסום אינה זכות מוחלטת.
- האם אריאל מקדונלד עשה שימוש בתום לב? כל מטרת השימוש של אריאל בשמו בפרסמו את ברגר קינג הייתה ניצול מתוחכם או מתחכם של סימן המסחר של מקדונלד'ס.

דמיון מטעה



כאשר בן אדם יבקש לרשום סימן ואותו סימן כבר קיים, למשל הפסטה של רמי לוי והפסטה של בארילה, אולם הם דומים, נדבר **על פס"ד של מולטילוק** בימה"ש מדבר על דימון רעיוני, כלומר כאשר בוחנים אם יש דימון בין הסימן הרשום לבין הסימן שרוצים לרשום אותו הרי הצרכן לא עושה את זה למעשה הצרכן לקוח את המוצר, מכאן ביהמ"ש אומר **בפס"ד מולטילוק** זה לבדוק אם קשר אסוציאטיבי. לגבי איך נראה הבקבוק עצמו, וברגע שהצרכן ראה את המוצר אז הוא טועה, לכן צריך שהמוצר היה דומה בכדי לגרום לטעות, כלומר האם באופן אוטומטי הדבר מטעה. כלומר אם בפעול הדבר גורם להטעיה. הנושא של דמיון מטעה לא נכס רק לגבי סימן מסחר. ואם הסימן מסחר נרשם לא ניתן להשתמש בו לתחומים אחרים או לאותו תחום, לכן לגבי הפרה של סימן מסחר זה יכול להיות גם לקחת משהו וזה מטעה. **סימן מסחר שאינו רשום יקבל הגנה באותו תחום, ולא לגבי תחומים אחרים, אבל הוא יטען להגנה של "דוקטרינת הדילול" פס"ד יגאל קרדי נ' בקרדי.**

דמיון מטעה

הסוגיה של דמיון מטעה היא רלוונטית לשלב של הרישום, ולשלב המטעה, כמו בשלב הרישום אינני יכול לרשום סימן שהוא מטעה, אותו דבר לגבי ההפרה אינני יכול להשתמש בסימן שהוא מטעה ביחס לאותו הגדר.

• רלבנטיות:

- בשלב הרישום ס' 11(9)(13): לא ניתן לרשום סימן דומה עד כדי להטעות לסימן רשום/סימן מסחר מוכר היטב לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר;
 - בנוגע להפרה (בעל סימן מסחר מוכר היטב יכול למנוע שימוש בסימן דומה עד כדי להטעות ביחס לטובין שלגביהם מוכר הסימן או טובין מאותו הגדר).
 - ס' 12: "הרשם רשאי לסרב לבקשת רישומו של סימן מסחר הזהה עם שמו של אדם אחר או של עסקו און הדומה לאותו שם, לרבות שם עסקו, או המכיל שם זהה או דומה כאמור, אם יש בסימן כדי להטעות את הציבור או לגרום התחרות בלתי הוגנת."
- ס' 12 גם מתייחס לדמיון מטעה, למשל לקחת שם זהה או דומה כדי להטעות, נניח – שם משפחה אהרוני ואדם מסוים רוצה לפתוח מסעדה בשם אהרוני, אז אם נסתכל על הס' נראה כי לרשם יש סמכות לסרב לרישום, כי ברגע שהאדם רוצה לקרוא למסעדה שלו אהרוני זה מטעה ויתכן כי הציבור יחשוב שמדובר בשף אהרוני. לכן הרשם רשאי לסרב לרישום.

- האם מדובר בדמיון שיש בו כדי להטעות את ציבור הצרכנים? הבחינה תיעשה ביחס לאנשים בעלי היגיון רגיל, הנוהגים בשקידה סבירה, ביחס לסימן בשלמותו, תוך שימוש במבחני עזר.

הפרה – אופן בחינתה

- מולטילוק בע"מ נ' רב בריח: לחברת רב בריח סימן מסחר על "דמות איש השרירים". מדובר בסימן מסחר מוכר היטב. חברת רב בריח וחברת הבת, רב בריח טכנולוגיות שינו שמן בהתאמה ל"מולטילוק" ו"למולטילוק טכנולוגיות בע"מ".

בשל קושי כלכלי,

חלק מהפעילות העסקית נמכרה

למשיבה וזו החלה להשתמש בסימן

"איש הלפיד".

לטענת מולטילוק יש כאן חשש להטעיית

הצרכנים, בשל הדמיון בין שני הסימנים.

- מולטילוק מביאה כראיה כתבה בה מעצב "איש לפיד" מודה כביכול שמדובר בעיצוב/מיתוג מחדש של הסימן המקורי של רב בריח.

- המבחן לקיומה של הפרה, כאשר אין מדובר בסימן זהה, הוא מבחן הדמיון המטעה. יש לבחון האם הסימן המפר דומה לסימן הזכאי להגנה, עד כדי קיומו של חשש סביר להטעיה של הציבור.

הקשר הרעיוני מטעה ביניהם, יש כאן דמיון מטעה זאת כאשר יש קשר אסוציאטיבי ז"א הציבור יכול לחשוב שי סוג חדש של סימן. חשוב לזכור כי דמיון מטעה יבחנה מבחנה אסוציאטיבי רעיונית.



הפרה – אופן בחינתה

- הבחינה האם קיים דמיון מטעה בין שני סימני מסחר אינה נעשית בהכרח כאשר שני הסימנים מוצגים זה לצד זה. לכן, גם אם כאשר מוצגים שני הסימנים זה לצד זה קיימים ביניהם הבדלים לא קטנים, אין בכך כדי לשלול את המסקנה כי קיים דמיון מטעה.
- עשויים להיות מקרים בהם לא קיים חשש כי הציבור יטעה בין שני סימני המסחר במובן זה שהוא יחשוב כי מדובר באותו סימן מסחר, ועדיין יש לומר כי קיים דמיון מטעה. הכוונה לדמיון רעיוני. במקרים כאלה, קיים חשש סביר כי הצרכן יטעה לחשוב שהסימן המפר הוא וריאציה או חידוש של הסימן המוגן.
- **האם הדמיון הרעיוני או הקשר האסוציאטיבי מקימים חשש כי הצרכן יסבור שמקורם של שני הסימנים אחד הוא?**
- במקרה הנדון, קיים חשש לכאורה כי הצרכן יקשור את סימן "איש הלפיד" לדמות "איש השרירים" כך שיטעה לחשוב ששניהם מצביעים על מקור זהה.
- "הסימן החדש" קורץ" לדמות איש השרירים, תוך שהוא נאמן לתרשים הרעיוני הבסיסי שלו מחד ומציג מראה ויזואלי מעודכן וחדשני יותר".
- הנימוקים: (1) שני הסימנים מיועדים לשימוש בקרב אותו סוג לקוחות; (2) המשיבה משתמשת גם בסימן "איש השרירים" ביחס לתחומים משיקים ולכן יש חשש מוגבר להטעיה.

מתוך הראיות ניתן לראות **מולטילוק** גם לפעמים מתחרה בר-בריה ולפעמים בתחומים מסומים הם עובדות בשיתוף, בימה"ש אומר שיש כאן הפרה בהתבסס על דמיון מוטעה אשר יוצרת קשר אסוציאטיבי.

הפרה – אופן בחינתה

- **אדידס נ' יאסין:** לאדידס סימני מסחר רשומים על סימן המורכב משלושה פסים מקבילים ואלכסוניים בצידם של נעלים. יאסין ייבא נעלי ספורט לרשות הפלסטינית, שבצידן ארבעה פסים אלכסוניים. השם SYDNEY הוטבע עליהן בשלושה מקומות שונים. אדידס קיבלה הודעה מהמכס בנמל לגבי חשש להפרת סימן המסחר שלה.
- לסימן שלושת הפסים של אדידס יש אופי מבחין **מולד חלש מאוד**, לצד אופי מבחין **נרכש חזק מאוד**. בה"מ אומר ששלושת הפסים עשויים להתפרש גם כאלמנט עיצובי, ולא בהכרח כסימן מסחר ולכן היקף ההגנה לאדידס צריך להיות מוגבל, ולא לכלול שימוש במספר אחר של פסים. איננו רוצים להוציא את עיצוב הפסים מנחלת הכלל.
- האם יאסין הפר את סימן המסחר של אדידס לפי החלופה ה-1?
ס' 1: "הפרה" - שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך -
(1) בסימן מסחר רשום או בסימן הדומה לו, לענין טובין שלגביהם נרשם הסימן או טובין מאותו הגדר ;
- מה משמעות "סימן הדומה לו"? יש להחיל את המבחן שבס' 11(9) הקובע את אופן בחינתו של הסימן לצורך הליך רישומו, ולפיו סימן הדומה לסימן רשום אחר במידה שיש בה להטעות אינו כשר לרישום.



יש את אדידס, שהיא מספקת נעליים עם 3 פסים, ואילו יאסין מייבא נעליים עם 4 פסים, אדידס טענה שיש הפרה של סימן מסחר לפי החלופה הראשונה (1) של ס' 1 לעיל, ביהמ"ש קבע שלא מדובר בהפרת של סימן מסחר.

הפרה – אופן בחינתה

- **נטל ההוכחה:** הטוען להפרה ביחס לשימוש בסימן דומה לסימן הרשום צריך להוכיח שהסימן האחר דומה לסימנו עד כדי הטעיית הציבור, והבחינה בהקשר זה נעשית "ביחס לאנשים בעלי היגיון רגיל, הנוהגים בשקידה סבירה".
 - לא מדובר כאן על כוונה להטעות, או לחקות, אלא על חשש להטעייה בפועל.
 - **המבחן המשולש:** (א) מבחן המראה והצליל; (ב) מבחן סוג הסחורה וחוג הלקוחות; ו-ג) מבחן נסיבות העניין. יישום המבחן יעשה בכל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות הקונקרטיות. **במבחן כאשר בוחנים "דמיון מטעה" צריך ליישם את המבחן המשולש.**
- כלומר צריך לקחת את שני המוצרים הואיל ומדובר בסימנים גרפיים ע"ג נעל, צריך להסתכל על הנעל עם הסימן ניתן לזהות כי יש 4 פסים ובעל השנייה יש 3 פסים, נדרש לבחון גם את סוג הסחורה יש כאן פערי מחירים בשוק הפלס' יימכר במחיר זול.
- מבחן השכל הישיר (מולטילוק): "האם קיים מסר רעיוני זהה בין המוצרים"?
 - האם מדובר במוצרים מאותו הגדר? כן, גם אדידס וגם יאסיין משתמשים בסימנים לנעלים. שימו לב, כי מגמת בה"מ ביחס לגבולות ההגדר היא מרחיבה (פרשת טוטו).
 - יש להשוות בין הסימנים בשלמותם, אולם ככל שמדובר בסימנים מילוליים ("במבה") יש להתעלם מחזות המוצרים או האריזות. עם זאת, כשמדובר בסימנים ויזואליים, קשה להתעלם מחזות המוצרים, שכן הצרכן אינו מנתק את הסימן מהמוצר, ורגיל לראותם יחד.

דמיון מטעה

- מבחני עזר:
- **מבחן המראה והצליל:** זהו המבחן המרכזי. השוואת החזות והצליל של הסימנים, כשהדגש הוא על הרושם הראשוני. כאן, יש הבדלים רבים בין הסימנים: ארבעה פסים, לעומת שלושה, תוספת המילה SYDNEY.
- **מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות:** סיכוי גדול יותר להטעייה לגבי מוצרים/שירותים יומיומיים שקהל לקוחותיהם פשוט לעומת מוצרים/שירותים מקצועיים ויקרים הפונים לקהל מתוחכם. כמו-כן, נבדוק מהו הסיכוי שאותו חוג לקוחות יתעניין בשני המוצרים. ככל שפערי המחיר נמוכים יותר, יש חשש גדול יותר להטעייה. כאן, מדובר באותו סוג סחורות, אך בקטיגורית מחיר שונות מאוד. גם אופן השיווק שונה – בחנויות מותגים לעומת מותגים בשוק. הסיכוי שמי שרוכש בשוק נעל זולה של יאסיין יטעה לחשוב כי מדובר בנעל של אדידס הוא נמוך ביותר. לעומת זאת, מי שרוכש נעל של אדידס, יבחן אותה היטב.
- **מבחן יתר נסיבות העניין** (בין היתר: דרכי השיווק, חוסר תום לב, מידת הפירסום של הסימן).
- מסקנת בה"מ: אין חשש להטעיית הלקוחות ולכן אין הפרה מצד יאסיין.

דמיון מטעה

- **טעם טבע טיבולי נ' אמברוזיה:** טעם טבע מייצרת את "גלופלקס", ואת "מגה-גלופלקס" תכשירים, המיועדים לסייע לסובלים מכאבי פרקים. שני השמות נרשמו כסימני מסחר, בצירוף הסתייגות (הודעת הסתלקות) בנוגע למונח "מגה". הסימן נרשם עבור הכיתוב בעברית, עם ניקוד.
<https://www.youtube.com/watch?v=RBnuDDSU9WY>
- אמברוזיה החלה לשווק גם היא תכשיר להקלה בכאבי פרקים בשם "מגה-ריפלקס". משתמשת בכיתוב באותיות לועזיות Mega-Replex.
- טעם טבע מגישה תביעה בגין הפרת סימן מסחר. מאחר והסימנים אינם זהים, אנו נדרשים לשאלת הדמיון ביניהם. השימוש שעושה אמברוזיה בסימן הוא לגבי אותו סוג של טובין.
- **מבחן המראה והצליל:** יש להבחין בין שני סוגי מוצרים: כאלו המונחים "על המדף", שצרכנים יכולים ליטול אותם באופן חופשי, וכאלו המצויים "מעבר לדלפק", שעל-מנת לקבלם יש לבקשם מהמוכר. הצורך לבטא את סימן המסחר בעל-פה, מגבירים את המשקל שיש ליתן לדמיון בצליל ביחס לסימנים של מוצרים מן הסוג השני. לעומת זאת ביחס לסימנים המתייחסים למוצרים מן הסוג הראשון יש לשים דגש דווקא על הדמיון החזותי, שהרי הצרכן נוטל את המוצרים לאחר שהוא מתבונן בסימנים המופיעים על גבי אריזתם.
- כנ"ל לגבי אופי הפרסום של המוצרים – האם נעשה בצליל/בקול או באופן חזותי (למשל, מוצרי טבק, לגביהם יש לשים דגש על החזות ולא על הצליל, כי פרסום ברדיו או בטלביזיה הוא אסור).

דמיון מטעה

- **מבחן סוג הסחורות וסוג הלקוחות:** מבחן זה עוסק בשני דברים – (1) השפעת סוג המוצרים הנדונים על מידת הסכנה להטעיה. ככל שמדובר במוצרים יקרים יותר, או בעלי חשיבות גבוהה יותר, כך ייטו הצרכנים לבדוק באופן מעמיק מהו מקור המוצרים שהם עומדים לרכוש. (2) השפעת סוג הלקוחות על הסיכוי להטעיה – ככל שכושר האבחנה של הלקוחות נמוך יותר ומדובר בחוג מצומצם של לקוחות, הסיכוי להטעיה גבוה יותר.
- **מבחן יתר נסיבות העניין:** כאן ישקלו שיקולים שטרם נלקחו בחשבון, כמו למשל מידת הפרסום ממנו נהנה הסימן המסחר.
- **מבחן השכל הישר:** יבחן דמיון רעיוני בין שני הסימנים.
- **יישום:** מאחר ונתנה הודעת ויתור ביחס למילה "מגה", נשאלת השלה הם יש להשוות בין מגה-גלופלקס למגה-רפלקס או בין גלופלקס לרפלקס? בה"מ קובע כי הודעת הויתור משמעה שימוש בלעדי בצירוף כולו (מגה-גלופלקס) ולכן זהו הסימן בשלמותו אליו יש להשוות את הסימן של המתחרה.
- מבחינה חזותית, הסימנים שונים, אולם מבחינת הצליל קיים דמיון. שני הסימנים זהים במילה "מגה" ובסיומת "לקס". השוני הוא בהברה האמצעית שיכולה להיבלע. האם די בדמיון בצליל? יש לבחון גם את יתר נסיבות ובמקרה זה, הצרכנים התוודעו ל"מגה-גלופלקס" בעיקר דרך תשדירי הרדיו, ולכן אין משמעות גדולה לחזות של הסימן. מבחינת סוג המוצרים, העלות שלהם אינה גבוהה באופן מיוחד וגם אין מדובר במוצר שרכישתו היא חד פעמית (כמו מכונית, למשל).

שאלות לדוגמא

איילת היא מעצבת תכשיטים ישראלית, שמחפשת סימן מסחר מוצלח לעסק העתידי שבכוונתה לפתוח שבו תמכור את התכשיטים שהיא מייצרת. במסגרת חופשה זוגית בפריז, בן זוגה רוכש לה זוג עגילים בשוק אומנים מקומי. על גבי הקופסא מתנוסס השם "Shine & Sparkle". איילת חושבת ששם זה יכול לשמש כסימן מסחר מוצלח ביותר ועם חזרתה לארץ, מגישה בקשה לרשם סימני מסחר לרשום את הסימן Shine & Sparkle ביחס לתכשיטים. ג'וליה, מעצבת התכשיטים הצרפתית, מגלה אודות בקשתה של איילת דרך בת דודתה שעובדת אצל רשם הפטנטים והמדגמים ומגישה התנגדות לרישום. ג'וליה טוענת כי הזכויות בסימן shine & sparkle הן שלה וכי מתן זכות שימוש בלעדית לאיילת יגרום להטעיית הציבור.

1. דונו בטענות הצדדים בפני הרשם.

2. כיצד ניתן ליישב המחלוקת ביניהם?

ראשית יש להתחיל עם סעיפי החוק ולציין את פסקי הדין, הרי מדובר בחומר פתוח.

שאלה 1, יש לחלק את הצדדים:

- (1) **איילת** – מגישה בקשת רישום – shine & sparkle מדובר בסימן מסחר בעל אופי מולד יקבל הגנה לפי ס' 8(ב), ישנם סימנים גם מרמזים כמו נייק אשר יקבל הגנה בס' 8(א) הרי איילת מתכננת לפתוח חנות תכשיטים עם שם תיאורי, כאן מדובר בתחילת הדרך של איילת לכן בכדי שתקבל הגנה על השם היא תצטרך לרשום אותו לפי ס' 8(א) הואיל ומדובר בעסק חדש. יש לשים לב כי כתוב לה על קופסת העגילים shine & sparkle זה אומר שזה לכאורה מרגש כמו משהו תיאורי אך אפשר אולי לרשום בתשובה ויתכן וניתן לרשום אותו כמשהו מרמז. כי יש תפיסה מקובלת לקופסת תכשיטים של shine & sparkle. יש סיכוי קלוש כי איילת יכולה לטעון לפי ס' 8(א) מדובר בסימן מרמז. כלומר לקחת את המילים של shine & sparkle לתכשיטים בישראל זה דורש מחשבה ואולי איילת תוכל להגיד שזה מרמז ונדרש רישום לפי ס' 8(א).
- (2) **ג'וליה** – מתנגדת לרישום של הסימן – יש לשים לב לעובדות כי קנו את התכשיט בשוק מקומי בחו"ל, הרי לא כתוב כי הסימן מוכר בישראל, סימן של ג'וליה לא בטוח שהוא מוכר בישראל ס' 1 נדרש שהסימן יהיה מוכר בישראל.

שאלה 2 איך ניתן ליישב את המחלוקת ביניהם?

פס"ד יטבתה נ' תנובה, זה ס' 29+30 וגם הדוג של שני מכוני הכושר אחד בת"א ואחד בירושלים, הרשם קובע שניתן להשתמש בסימן כל אחד באזור שלו. כאשר יתן שימוש מקביל הרשם צריך לשקול: מי הגיש קודם: במקרה שלנו איילת הגישה ראשונה, תום לב: יש כאן תחושה כי איילת נוהגת בחוסר תו"ל כי היא חיפשה שם מאוד מוצלח, מידת הפרסום: זה קצת בעייתי כי מדובר בשני עסקים נפרדים.

שאלות לדוגמא

הנח/הניחי כי רשם סימני המסחר דחה את התנגדותה של ג'וליה ורשם את סימן המסחר "shine & sparkle" על שמה של איילת ביחס להגדר של תכשיטים. איילת מקבלת הצעה מפתיעה לעבור לאפריקה ולסייע לילדי פליטים, ולכן נאלצת לזנוח לעת עתה את תוכניותיה לגבי הקמת העסק לעיצוב תכשיטים. בינתיים, ג'וליה מתפתחת עסקית ופותחת רשת לעיצוב ולמכירת תכשיטים מעוצבים בעבודת יד ששמה "shine & sparkle". מאחר והיא מוכרת את תכשיטיה גם באתרים מקוונים (באינטרנט), תכשיטיה זוכים לפרסום רב בישראל. לאחרונה, נודע לג'וליה כי איילת שבה משליחותה לאפריקה וכי היא מוכרת בנחלת בנימין תכשיטים משעה ידה תחת השם shine & sparkle.

ג'וליה מעוניינת לעצור את איילת. מה תציע/תציעי לה לעשות?

תחילה, בהנחה ועבור 3 שנים, ג'וליה יכולה להגיש בקשה שיימחקו את השם בגלל שהיא נסעה לאפריקה והיא לא משתמשת בעסק שלה - ס' 41 לפקודה.

עפ"י נתוני הקייס נראה כי שם החברה הפך לסימן מסחר מוכר היטב- היא מוכרת באינטרנט וכו' ולכן היא לא חייבת לרשום אותו בישראל. איילת משמשת לאותו הגדר, גם לתכשיטים, ולכן בשלב הזה לאחר שהיא ביקשה למחוק את סימן המסחר בגין אי שימוש בפועל.

היא תבוא ותגיד שזה שאין לה רישום זה לא משנה כי הסימן הפך להיות מוכר היטב, הוא מאוד מוכר בישראל בקרב חובבי התכשיטים ולכן מה שאיילת עושה בנחלת בנימין מפר את סימן המסחר שלה.

אם איילת עכשיו הייתה מוכרת עכשיו משהו אחר באותו השם (שמפניות), ג'וליה למעשה מוגנת רק כנגד מי שמשתמש בסימן לאותו הגדר (לתכשיטים) ואם ג'וליה רוצה שהשם שלה יהיה מוגן בכל הגדר אפשרי היא חייבת לרשום את השם שלה (באמצעות ס' 8(ב) כסימן מסחר מוכר היטב, וזה לא מספיק שזה רק סימן מסחר מוכר היטב !!

גניבת עין

- עוולה נזיקית: מקורה בחוק עוולות מסחריות
- עשויה להתקיים במקביל לעילת התביעה בגין הפרת סימן מסחר
- מגנה על מוניטין שרכש אדם בעסקו, אשר לא בהכרח מתבטא בסימן מסחר רשום.
- על התובע מוטל להוכיח כי השם/הסימן/התיאור רכש מוניטין (אין רישום שמקים חזקה)
- סעיף 1(א) לחוק עוולות מסחריות: "לא יגרום עוסק לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר."
- 2 תנאים מצטברים להוכחת העוולה: (1) מוניטין שיש לטובין או לשירותים של התובע; (2) חשש סביר להטעיית הציבור כי טובין או שירותים שמציע הנתבע לציבור – הם של התובע הם או שקשורים אליו.
- כיצד נוכיח מוניטין? יש להראות כי השם/הסימן/התיאור רכשו להם הוקרה והכרה בקהל, ושהקהל התרגל לראות בהם את ציון עסק/ציון סחורותיו של התובע. כלומר, יש להראות כי לשם, לסימן או לתיאור יש אופי מבחין (בהתאם לקטיגוריות שלמדנו – דמיוני, שרירותי, מרמז, תיאורי וגנרי).
- כיצד נוכיח הטעייה? יש להראות כי קיים חשש סביר להטעיית הציבור בהתאם למבחנים: (1) המראה והצליל, (2) סוג הסחורות וסוג הלקוחות, (3) יתר נסיבות העניין. בניגוד להפרת סימן מסחר, כאן נסתכל על מכלול מעשי הנתבע (ולא רק על הסימנים עצמם). (ראו בעניין יאסין, שם יאסין דאג להצמיד תווית עם השם SYDNEY לנעלים שמכר, ורשם את השם בבירור גם על קופסת הנעלים).

גניבת עין

- **עיתון "משפחה" נ' עיתון "משפחה טובה":** שני עיתונים המיועדים למגזר החרדי. העיתון "משפחה" הוא שבועון, שיוצא לאור מאז 1993 וזוכה לתפוצה רבה בקרב הציבור החרדי. כולל חלק חדשותי, חלק לילדים וחלק לנשים. ב-1999 נודע לשבועון "משפחה" כי עומד לצאת ירחון חדש בשם "משפחה חדשה" שמופנה לנשים, לפני ואחרי לידה ולאמהות לילדים קטנים. עיתון זה מחולק בחינם. בעלי "משפחה" פונים לבית המשפט המחוזי שיוציא צו מניעת קבוע וימנע את הפצתו של הירחון "משפחה חדשה".
- מדובר בשמות תיאוריים: "משפחה" ו"משפחה חדשה", המתארים את תוכן העיתונים. לפיכך, יש להוכיח קיומה של משמעות שנייה (קרי, משמעות המייחדת את השם והמקשרת אותו עם השבועון). יש לבחון משך השימוש בשם, אופי הפרסום והיקפו ואמצעים אחרים שנקטו ליצירת קשר בתודעת הצרכנים בין השם התיאורי לבין הטובין המסוימים.
- המערערים לא הוכיחו כי השם "משפחה חדשה" רכש משמעות שנייה ולכן אין הצדקה להקנות להם מונופולין בשם זה.
- שימו לב: סיווג שם כתיאורי הוא תלוי הקשר – "משפחה" לעיתון העוסק בענייני משפחה הוא לא כמו "משפחה" לחנות לחומרי בנין.
- לא רק שלא הוכח קיומו של מוניטין, גם לא הוכח חשש סביר להטעייה. שני העיתונות מאוד שונים במראה שלהם. קהל היעד שונה, צינורות ההפצה והמחיר ("משפחה חדשה" הוא חינמי). מאחר וצריכת עיתון היא חוזרת – סביר כי גם אם תהיה טעות, היא תתוקן ברכישה הבאה.