



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7996/11

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט צ' זילברטל

המערערים: 1. סייפקום בע"מ
2. דוד זילברברג

נגד

המשיב: עופר רביב

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום
28.08.2011 בת"א 542-04-09 שניתן על ידי כב' השופט ד"ר
ע' זרנקין

תאריך הישיבה: ו' בחשון התשע"ד (10.10.2013)

בשם המערערים: עו"ד נחום גבריאלי

בשם המשיב: עו"ד תמיר אפורי

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט ד"ר ע' זרנקין)
מיום 28.8.2011 בת"א 542-09-09 במסגרתו נדחתה תביעת המערערים כנגד המשיב
בגין הפרת זכויות יוצרים בשרטוטים שבבעלותם.

רקע עובדתי

1. המערערת 1, סייפקום בע"מ (להלן: סייפקום), עוסקת בפיתוח ושיווק של
מוצרים בתחום גיבוי חשמלי למערכות שידורי טלוויזיה בכבלים והמערער 2, דוד

זילברברג (להלן: זילברברג) הוא מנהלה ומבעלי מניותיה. זילברברג הכיר את המשיב כשהאחרון ביקש לשווק את מוצרי סייפקום לחברה בה עבד והוא אף יצר קשר בין זילברברג לבין חברה אמריקאית, Innovative Solutions 21, Inc. (להלן: החברה האמריקאית). קשר זה הוביל לשיווק מוצרי סייפקום בארצות הברית וביום 18.6.2002 נחתם בין סייפקום לבין החברה האמריקאית הסכם לפיו החברה האמריקאית תהיה המפיצה הבלעדית של מוצרי סייפקום (להלן: ההסכם). ההסכם קבע כי כל זכויות היוצרים, הפטנטים וזכויות הקניין הרוחני האחרות הקשורות למוצרים אשר פותחו על ידי סייפקום יישארו בבעלותה, לרבות רישומים, סקיצות ומודלים. למשיב לא היה מעמד פורמלי בחברה האמריקאית אך הוא היה מעורב בעניינים הטכניים הקשורים בשיווק מוצרי סייפקום בארה"ב ובמסגרת זו אף השתתף בעריכת שרטוטים טכניים של מוצרי סייפקום. במאי 2005 בוטל ההסכם על ידי סייפקום ובשנת 2008 נודע לה כי התקבלה בקשת פטנט שהגיש המשיב בארה"ב ביחד עם נשיא החברה האמריקאית שעניינו הוא מערכת לגיבוי מתח חשמלי עבור מערכות כבלים. לאור טענת סייפקום כי השרטוטים שבבסיס בקשת הפטנט מפרים את זכויות היוצרים שלה בשרטוטי מוצריה, הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי. בהסכמת המשיב, ניתן צו מניעה זמני על ידי בית המשפט. בקשת התנגדות שהגישה לרישום הפטנט האמריקאי נדחתה.

2. סייפקום טענה כי המשיב העתיק 14 שרטוטים מקוריים שזילברברג הכין כחלק ממצגת עבור מוצרי סייפקום, אשר הועברה למשיב בשנת 2003 כאשר ההסכם עוד היה בתוקף. לטענתה, השרטוטים שהכין זילברברג מוגנים בזכויות יוצרים ונמצאים בבעלותה ואילו שרטוטי המשיב זהים להם באופן מוחלט והועתקו "אחד לאחד" באופן המגבש הפרה של זכות ההעתקה שלה. לשם הדגשת ההעתקה טענה סייפקום כי שרטוטיה הכילו טעות בתצוגת קופסת המיתוג, וטעות זו הועתקה על ידי המשיב.

3. המשיב, מצידו, טען כי הדין החל על התביעה הוא הדין האמריקאי שכן מעשה ההפרה הנטען התבצע בארה"ב, ומשלא הוכח דין זה יש לדחות את התביעה. לטענתו, על פי הדין האמריקאי התביעה הייתה נדחית בשל כללי השימוש ההוגן הנהוגים בו. לעניין עצם ההפרה, טען המשיב כי כיוון שעל המעשה חל חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: החוק הישן), יש להוכיח תחילה כי ההפרה הנטענת מהווה הפרה גם לפי חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק החדש). לטענתו, על פי סעיף 21 לחוק החדש, העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור מהווה שימוש מותר ולכן כלל לא מדובר בהפרה. לעניין טענת ההעתקה, טען המשיב כי אין דמיון רלבנטי בין השרטוטים של סייפקום לבין השרטוטים שלו, לא דמיון ראייתי ולא דמיון מהותי. לטענתו, בשרטוטים שבבקשת הפטנט נמצאים כ-32 רכיבים בעוד שבמצגת מצויים 19

רכיבים בלבד, וזאת בשל השוני בין הטכנולוגיה שבה נעשה שימוש לשם ייצור מוצרי סייפקום לבין זו המוצגת בבקשת הפטנט. עוד טען המשיב כי הדמיון בין השרטוטים נעוץ בפונקציונאליות המשותפת שלהם באופן שאינו מקנה הגנה. המשיב טען גם כי היה שותף ליצירת השרטוטים ולכן יש לו זכות בעלות בשרטוטי סייפקום וכי ההסכם אינו חל עליו שכן לא היה עובד החברה האמריקאית. המשיב הגיש גם תביעה שכנגד אך כיוון שלא הוגש לגביה ערעור הרי שאין זה מענייננו להתייחס אליה.

99 סק דינו של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי דחה תחילה את טענת המשיב לפיה חל על העניין הדין האמריקאי. בית המשפט קבע כי המשיב קיבל את המצגת לידיה בישראל ולכן סביר שמעשה ההעתקה בוצע גם הוא בישראל וכי לא הוכח אחרת. מכל מקום, קבע בית המשפט כי המשיב לא כפר בסמכות בית המשפט לדון לפי הדין המקומי בעת שהתבררה הבקשה לצו מניעה זמני ולכן הוא מנוע מלטעון כך. באשר לדין הישראלי, קבע בית המשפט כי שרטוטי סייפקום אכן עולים כדי יצירה מוגנת הן לפי החוק הישן והן לפי החוק החדש. בית המשפט דחה את טענת המשיב לפיה השימוש שעשה היה שימוש מותר לפי סעיף 21 לחוק החדש, שכן הסעיף עוסק בשימוש ביצירות שהיו כבר מופקות לעיון הציבור ולא בשימוש המהווה בעצמו הפקדה לעיון הציבור.

5. באשר לטענת ההעתקה, קבע בית המשפט המחוזי תחילה כי המשיב אינו בעלים משותף של הזכויות בשרטוטי סייפקום, שכן גם אם לא נמנה על בעלי התפקידים הפורמליים בחברה האמריקאית, הרי שבאופן מהותי תפקד ככזה ולכן יש להחיל עליו את ההסכם. בית המשפט דחה עם זאת את טענת סייפקום לפיה המשיב הודה בהעתקת השרטוטים. בית המשפט הדגיש כי טענת המשיב באשר לשוני בכמות הרכיבים בין שרטוטי סייפקום לשרטוטים שבבקשת הפטנט לא נסתרה ולכן לא הוכח דמיון ראייתי. בית המשפט דחה את טענת סייפקום בדבר העתקת הטעות שבשרטוטיה שכן לשיטתו אין מדובר בטעות כלל. לבסוף, קבע בית המשפט כי בשל הפונקציונאליות הרבה שבשרטוטי סייפקום הרי שמתחייב דמיון כלשהו בין שרטוטים שיבקשו להציג מוצר דומה ולכן לא הועתקו שרטוטי סייפקום או חלק מהותי מהם.

מכאן הערעור.

6. המערערים – באמצעות בא כוחם, עו"ד נחום גבריאלי – טוענים כי שגה בית המשפט המחוזי כשקבע כי לא התבצעה העתקה במקרה דנא. לטענתם, לא היה עליהם להביא ראיות ישירות להעתקת השרטוטים שכן הדין מאפשר להסתפק בראיות נסיבתיות להוכחת העתקה. המערערים טוענים כי הנגישות שהייתה למשיב לשרטוטיהם, אשר איננה שנויה במחלוקת, בצירוף הדמיון הממשי בין שרטוטיהם לשרטוטיו, מובילים למסקנה אחת ויחידה לפיה התבצעה העתקה. המערערים מדגישים את האלמנטים הזוהים בין השרטוטים שלהם לבין שרטוטי המשיב שאינם נגזרים מההצגה הפונקציונאלית של המוצרים, דוגמת הפיתולים הזוהים בקווים המוצגים על גביהם. לטענתם, המשיב עצמו הודה כי קיימות דרכים רבות לשרטט את המוצרים דגן ואף הציג דוגמות לשרטוטים של מערכות דומות שהינם שונים מהשרטוטים בענייננו, אך יתרה מכך, ברמה העקרונית לא ניתן לקבוע כי כאשר מדובר בשרטוטים טכניים פונקציונאליים לא ניתן להסיק בהכרח העתקה. המערערים מוסיפים כי הקביעה לפיה הדמיון בין השרטוטים אינו פרי העתקה אינה עולה בקנה אחד עם מערכת היחסים בין הצדדים כפי שתוארה לעיל. לבסוף, טוענים המערערים כי בית המשפט נפל לכלל טעות כשבחן את הדמיון המהותי על בסיס כמות הרכיבים המופיעים בכל אחד מהשרטוטים ולא על בסיס התרשמות כללית ממהותו של החלק המועתק, שלטענתם הייתה מחייבת את המסקנה כי התבצעה העתקה האסורה.

תמצית תגובת המשיב

7. המשיב – באמצעות בא כוחו, עו"ד תמיר אפורי – טוען כי בצדק הבחין בית המשפט המחוזי בין הוכחת דמיון ראייתי לבין הוכחת דמיון מהותי. לטענתו, לא התקיימה במקרה דנא העתקה כעניין עובדתי, שכן גם אם הוכח שהייתה לו גישה לשרטוטי סייפקום, בית המשפט קבע כעניין עובדתי שלא קיים דמיון ראייתי בין היצירות. לטענתו, כדי להוכיח דמיון כאמור היה על המערערים להציג חוות דעת מומחה ככל שהדבר נוגע לשרטוט טכני. מכל מקום, טוען המשיב כי לא התבצעה העתקה של חלק מהותי שהוא מקורי למערערים, וכי העתקה של חלקים מהיצירה שאינם מקוריים ממילא אינה מהווה העתקה והפרת זכות של בעלי היצירה. לטענתו, במקרה דנא מדובר ביצירות שרק חלקים מהן הם מקוריים ויש לבחון היטב האם החלקים המקוריים שהועתקו מהווים חלק מהותי מיצירת התובע. כיוון שבענייננו מדובר ביצירות פונקציונאליות, רק העתקה של חלקים מקוריים העולה כדי זהות תחשב כהפרה של זכות יוצרים, כך לטענת המשיב. המשיב מדגיש כי לאחר סינון כל החלקים

הבלתי מקוריים בשרטוטי סייפקום, נותרת לכל היותר "העתקה" של קווים מעוקלים שאינם מהווים חלק מהותי מהיצירה.

8. המשיב מוסיף כי לא היה מקום לשלול את זכויותיו בשרטוטי סייפקום בהיותו יוצר משותף שלהם בשל ההסכם בין סייפקום לבין החברה האמריקאית שהוא לא היה צד לו, ולכן יש לקבוע כי הוא בעלים משותף ויוצר משותף של שרטוטי סייפקום. בנוסף, טוען המשיב כי לא היה מקום לקבוע כי הדין החל על ההפרה הוא הדין הישראלי שכן המערערים לא הוכיחו כי ההפרה להם טוענים בוצעה בישראל ונטל זה מונח על כתפיהם. לטענתו, אין בהסכמתו למתן צו מניעה זמני כדי להעיד על הסכמתו לניהול התיק העיקרי לפי הדין הישראלי. לבסוף, טוען המשיב כי גם אם אינו הבעלים של שרטוטי סייפקום, הרי שהוא עודנו היוצר במשותף שלהם ולכן השימוש שעשה בהם הוא שימוש מותר לפי סעיף 27 לחוק החדש המאפשר ליוצר יצירה אמנותית לעשות יצירות המהוות העתקה חלקית שלה או יצירה נגזרת שלה אף אם אינו הבעלים בזכות. נוסף על כך, לטענתו השימוש שעשה בשרטוטים מוגן גם מכוח סעיף 20 לחוק החדש שכן הוא נעשה במסגרת הליך מנהלי כדין ולחלופין מדובר בשימוש הוגן לפי סעיף 19 לחוק החדש.

9. בדיון שנערך לפנינו, נעשה ניסיון להביא את הצדדים לכלל הסכמה שתייתר את הצורך בהכרעתנו, אך ניסיון זה לא צלח.

דיון והכרעה

10. הערעור שלפנינו מעורר שאלות הנוגעות לליבם של דיני זכות היוצרים, ובעיקר לאבני היסוד עליהן מתבססת ההגנה על יצירות ובפרט: שאלת מקוריותו של היוצר; ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי; והפרת הזכות להעתקת היצירה. שאלות אלה מתחדדות בכל הנוגע להגנה על יצירות פונקציונליות והן דורשות חידוד והבהרה. לאחר שקראתי את סיכומי הצדדים והאזנתי לטיעונים שהעלו בדיון לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל וכי יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת שזה ידון בשאלת הסעדים, וכך גם אמליץ לחברי לעשות.

בסיס ההגנה על יצירות – מקוריות

11. דרישת המקוריות הוכרה על ידי בית משפט זה כדרישת סף לקיומה של זכות יוצרים ביצירה [להרחבה אודות מקור הדרישה ראו: מיכאל בירנהק "דרישת המקוריות

בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב 347, 352-355 (2002) (להלן: בירנהק)). פיתוחה של הדרישה בפסיקה הישראלית התבסס על הוראות החוק הישן, על אף שבנוסחו בעברית לא הזכיר את המונח "מקוריות" הרי שבנוסחו האנגלי המחייב קובע סעיף 1 כי זכות יוצרים תוענק ל:

"every *original* literary, dramatic, musical and artistic work..." [י. ד.].

דרישת המקוריות זכתה לעיגון במסגרת החוק החדש בהוראת סעיף 4(א),
הקובע כי:

"זכות יוצרים תהא ביצירות אלה:
(1) יצירה מקורית שהיא יצירה ספרותית, יצירה
אמנותית, יצירה דרמטית או יצירה מוסיקלית, המקובעת
בצורה כלשהי" [ההדגשה הוספה – י. ד.].

12. בית משפט זה סקר בהרחבה את ההלכות הנוגעות ליסודות שבבסיס דרישת המקוריות במסגרת ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (14.3.2010) (להלן: עניין פרמייר ליג). נקבע כי דרישת המקוריות נבחנת על פי שני מבחנים עיקריים – מבחן ההשקעה ומבחן היצירתיות.

במסגרת מבחן ההשקעה, יש לעמוד על כך שהיוצר השקיע עמל מסוים ביצירה כדי לזכות בזכות לפירותיה, בדומה לבסיס העיוני להכרה בזכות בקניין "גשמי" [ראו: עניין פרמייר ליג, בפסקה 26; ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 164 (1994) (להלן: עניין אינטרלגו)]. מבחן זה מבוסס על גישת העמל ותיאוריית הזכויות הטבעיות הנשענות על משנתו של הפילוסוף ג'ון לוק כהצדקה עיונית להענקת זכויות קנייניות בכלל וזכות יוצרים בפרט [להרחבה ראו: בירנהק, בעמ' 375-373; גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359, 386-391 (2001) (להלן: פסח); Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEORGETOWN L.J. 287, 297-98, 302-10 (1988); Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533 (1992)].

במסגרת מבחן היצירתיות, המתבסס על הרציונאל לפיו מטרת דיני זכויות היוצרים היא להעשיר את עולם היצירה ואת מגוון הביטויים הזמין לציבור, יש לעמוד

על אופייה של ההשקעה במנותק מהכמות שלה כדי להראות כי היא תורמת למטרה זו [ראו: עניין פרמייר ליג, בפסקה 27; עניין אינטרלגו, בעמ' 164-165]. גישה זו מבוססת על תפיסה חברתית יותר של זכויות יוצרים אך יחד עם זאת גם על גישה תועלתנית-כלכלית לפיה יש לאזן בין העלות – התמריץ שיש לתת ליוצר בדמות המונופול הניתן לו על השימוש והשליטה ביצירתו, לבין התועלת – שמירה על נחלת הכלל לצורך המשך יצירה עתידי [להרחבה ראו: פסח, בעמ' 374-361; William M. Landes & Richard A. Posner, *An economic analysis of copyright law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989)].

אוסף כי לדעתי יש לזהות במסגרת דרישת המקוריות שלושה רכיבי משנה, כאשר נוסף על מבחן ההשקעה ועל מבחן היצירתיות יש לבחון את מבחן המקור. כוונתי היא לדרישה כי מקורה של היצירה יהיה ביוצר וכי זו לא תהיה מבוססת על יצירה אחרת – ובלשונו של חברי השופט א' רובינשטיין "מקורי קרי עצמאי" [ראו: ע"א Krone AG 3422/03 נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נט(4) 365, 378 (2005); ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 (1985) (להלן: עניין סטרוסקי)]. להרחבה על מקוריות כמקור ראו: בידנהק, בעמ' 355-372].

13. בית משפט זה נדרש גם לשאלת טיב וכמות רכיבי דרישת המקוריות המספיקים להתגבשותה. ביחס למבחן ההשקעה נקבע כי כל שנדרש להוכחתו הוא השקעה מינימאלית של משאב אנושי כלשהו [ראו: עניין אינטרלגו, בעמ' 173; עניין פרמייר ליג, בפסקה 34]. לעומת זאת, הגדרת כמות היצירתיות הנדרשת מורכבת מעט יותר ונראה כי בית משפט זה טרם עיצב נוסחה אחת ויחידה להתגבשותה. יחד עם זאת, הגדרת היצירתיות הנדרשת להגנה על יצירה נתחמה בפסיקה על דרך השלילה. כך, נקבע כי מבחן היצירתיות אינו מציב רף גבוה במיוחד עבור היוצר וכי לעתים יהיה די ביצירתיות מועטת ואף חסרת ערך [ראו: עניין אינטרלגו, בעמ' 173; ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבוך, פ"ד מב(3) 749, 759 (1988) (להלן: עניין הרשקו); רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 257 (1993) (להלן: עניין גבע)]. עוד נקבע כי אין צורך שהיצירה תהיה חדשנית ביחס ליצירות קיימות באותו תחום [ראו: עניין סטרוסקי, בעמ' 346]; עניין גבע, בעמ' 257].

14. בשל היעדרה של הגדרה מגובשת וסדורה לדרישת היצירתיות, ובשל היעדר מחלוקת כאשר להגדרת ההשקעה הנדרשת להגנה על יצירה, הועלתה האפשרות לפיה השקעה ניכרת ביצירה יכולה לפצות על היעדר יצירתיות באופן שיענה על דרישת המקוריות ויקים הגנה על היצירה. ואולם, גישה זו נדחתה זה מכבר על ידי בית משפט

זה בעניין אינטרלגו, במסגרתו אומצה גישת המשפט האמריקאי, כפי שזו באה לידי ביטוי בפסק דינו של בית המשפט העליון שם בעניין Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc., 499 U.S. 340 (1991) (להלן: עניין Feist), לפיה אין די בהשקעה בלבד לצורך הגנה על יצירה באמצעות זכות יוצרים [ראו: עניין אינטרלגו, בעמ' 165, 169; עניין פרמייר ליג, בפסקאות 36-38].

15. אם לסכם את האמור עד כה, הלכה שנקבעה על ידי בית משפט זה היא כי לצורך הענקת הגנה על יצירה באמצעות זכות יוצרים יש להוכיח כי מדובר ביצירה מקורית תוך בחינת שלושה רכיבי משנה – מבחן המקור, מבחן ההשקעה ומבחן היצירתיות – כאשר אין די בהתקיימותו של רכיב אחד בלבד לצורך הוכחת מקוריות.

החלק המוגן ביצירה – דיכוטומיית רעיון/ביטוי

16. בטרם אעבור לדון בשאלת המקוריות הנדרשת להגנה על יצירות פונקציונליות, אבקש לעמוד על כלל בסיס נוסף הנוגע להגנה על יצירות באמצעות זכות יוצרים – ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי. עקרון בסיסי בדיני זכויות יוצרים הוא כי הרעיון העומד בבסיס יצירה לא יהיה מוגן על ידי הזכות וכי ההגנה תינתן רק על דרך ביטוי. כלל זה היה מעוגן בסעיף 7 ב לפקודת זכות יוצרים החל על ענייננו ועוגן בהמשך בסעיף 5 לחוק החדש הקובע כך:

”זכות יוצרים ביצירה כאמור בסעיף 4 לא תחול על כל אחד מאלה, ואולם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים:
(1) רעיון...”.

17. בית משפט זה הדגיש את ההבחנה האמורה באופן עקבי בפסיקתו [ראו למשל: ע”א 10242/08 מוצפי נ’ קבלי (10.10.2012), פסקה 24 (להלן: עניין מוצפי); ע”א Tele Event Ltd. 2173/94 נ’ ערוצי זהב ושות’, פ”ד נה(5) 529, 544 (2001) (להלן: עניין Tele Event)]; עניין סטרוסקי, בעמ’ 346; ע”א 139/89 הרפז נ’ אחיטוב, פ”ד מד(4) 16, 19 (1990)]. הבחנה זו מבוססת על התפיסה לפיה מתן הגנה לרעיונות בלבד יסכל את אחת המטרות המרכזיות של דיני זכויות היוצרים – עידוד יצירה והותרת די “חומר גלם” בנחלת הכלל [ראו: טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך א 75 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן)]. ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי, בהקשר של ספרי לימוד למשל, הביאה לעתים למסקנה לפיה הופרה זכותו של היוצר בשל כך שהועתק הביטוי של שיטת הלימוד אותה יצר (המהווה רעיון בלבד בפני עצמה) [ראו למשל: עניין הרשקון],

אך לעתים גם למסקנה ההפוכה לפיה כל ש"הועתק" הוא הרעיון עצמו העומד בבסיס היצירה [ראו למשל: עניין מוצפי].

18. הכלל בדבר היעדר הגנה על רעיון אלא על דרך ביטוי בלבד משיק לכלל לפיו עובדות כשלעצמן אינן מוגנות. כלל זה בא לידי ביטוי כאשר מדובר ביצירות לקט ונקבע כי יצירות כאמור יהיו מוגנות רק ככל שהבחירה והסידור של חומרי הגלם – שהם בגדר עובדות לא מוגנות – יענו על דרישת המקוריות [ראו: עניין אינטרלגו; ע"א Eisenman 2790/93 נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (2000); עניין Tele Event]. דרישה זו עוגנה בחוק החדש הקובע בסעיף 4(ב) כי:

"...מקוריות של לקט היא המקוריות בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים שבו".

ואולם, לאור עליית קרנה של דרישת היצירתיות והקביעה כי לא די בהשקעה לצורך הוכחת מקוריות, נקבע כי במקרים מסוימים "יצירת לקט" לא תהא מקורית דיה ולכן לא תזכה בהגנה [ראו: עניין פרמייר ליג, בפסקאות 51-54].

19. רואים אנו כי להבחנה בין רעיון לבין ביטוי חשיבות מרכזית בדיני זכויות היוצרים, וכי היא משיקה במובנים מסוימים גם לדרישת המקוריות העומדת בבסיס ההגנה על יצירות באמצעות זכות יוצרים. ההשקה בין שני עקרונות יסוד אלו בדיני זכויות היוצרים הינה רלבנטית במיוחד כאשר מדובר ביצירות פונקציונליות, כפי שיוסבר להלן.

דוקטרינת האיחוד ויצירות פונקציונליות

20. בשים לב להבחנה שבין רעיון לבין ביטוי, התפתחה התפיסה לפיה ככל שניתן לבטא רעיון מסוים בדרך אחת ויחידה, הרי שלא תינתן הגנה ליצירה המהווה את אותו ביטוי. תפיסה זו כונתה בשם "דוקטרינת האיחוד" (Merger Doctrine). דוקטרינת האיחוד זכתה להתייחסות מועטה בפסיקת בית משפט זה [ראו: עניין גבע, בעמ' 262; ע"א 2682/11 עיריית פתח תקוה נ' זיסו (20.5.2013), פסקה 49]. מקורה של הדוקטרינה הוא במשפט האמריקאי והשימוש בה בפסיקה המודרנית מתבסס על פסק הדין בעניין Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1880) (להלן: עניין Baker). בעניין Baker נדונה השאלה האם ספר המציג שיטה חדשה להנהלת חשבונות, וכולל גם טפסים ריקים המאפשרים יישום של השיטה, מעניק ליוצרו זכות בלעדית על השימוש

בשיטה עצמה. בית המשפט העליון האמריקאי קבע באותו מקרה כלל שימש לבחינת יצירות שהשימוש היחיד או העיקרי בהן הוא תועלתני. בית המשפט באותו מקרה קבע כי:

"... where the art it teaches cannot be used without employing the methods and diagrams used to illustrate the book, or such as are similar to them, such methods and diagrams are to be considered as necessary incidents to the art and given therewith to the public" [שם, בעמ' 103].

בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית נתלו בדברים אלו כדי לפתח את דוקטרינת האיחוד. פסק הדין המפורסם והמרחיב ביותר של הדוקטרינה הוא *Morrissey v. Procter & Gamble co.*, 379 F.2d 675 (1st Cir. Mass. 1967) (להלן: עניין *Morrissey*). בעניין זה נקבע כי כאשר לרעיון אחד יש מגוון מצומצם ביותר של ביטויים אפשריים, הרי שאין להעניק הגנת זכות יוצרים ליצירה המהווה את אחד הביטויים (שם, בעמ' 678-679). בתי המשפט פדרליים רבים תמכו בהלכת *Morrissey* אך נשמעו גם דעות חולקות בעניין [ראו: MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, (2002) NIMMER ON COPYRIGHT § 2.18[C] (להלן: NIMMER)].

21. על עניין *Baker* ועל פיתוחו בפסיקה הובעה ביקורת נחרצת [ראו: NIMMER, בסעיף 2.18[C]]. ראשית, נטען כי בעניין *Baker* עצמו סייג בית המשפט העליון האמריקאי את תחולת הכלל שהובא לעיל רק לזכות השימוש בשיטה או ברעיון שהיצירה מביאה לידי ביטוי וכי שימוש בביטוי לצורך הצגת השיטה יהווה הפרה של זכות היוצרים, ובמילותיו של בית המשפט העליון האמריקאי:

"The use by another of the same methods of statement, whether in works or illustrations, in a book published for teaching the art, would undoubtedly be an infringement of copyright" [שם, בעמ' 103].

שנית, נטען כי ההבחנה בין העתקת הביטוי לצורך שימוש בשיטה (או הרעיון) לעומת העתקת הביטוי לצורך הצגת השיטה (או הרעיון) הינה מלאכותית. לכן, הוצע לקבוע כי גם העתקה לצורך שימוש ברעיון תהווה הפרת זכות יוצרים, וכי כל שיש לאפשר הוא שימוש בשיטה או ברעיון לצרכים פונקציונליים [ראו: NIMMER, בסעיפים

[D]-[C]2.18]. הצעה זו מתבססת על התובנה לפיה זכות יוצרים אינה מונעת את ההתבססות על יצירה המהווה ביטוי מסוים לרעיון ומציגה שיטה מסוימת כדי ליישם את השיטה לכדי תוצר. הגנה כאמור מוענקת רק על ידי דיני הפטנטים. לצורך המחשה, נניח כי חברה מייצרת מוצר חשמלי מסוים שאינו מוגן בפני עצמו בזכות יוצרים. לצורך הייצור, יוצרת החברה שרטוטים המהווים יצירה מוגנת (כפי שיפורט בהרחבה בהמשך). לאור ההצעה שהוצגה לעיל, חברה מתחרה לא תהיה רשאית להעתיק את השרטוטים, אך בהנחה שהמוצר עצמו לא מוגן בפטנט או במדגם תוכל החברה המתחרה לייצר את המוצר על בסיס השרטוטים מבלי להפר זכות יוצרים. אומר כבר עתה כי הבחנה אחרונה זו מקובלת עלי ודעתי היא כי יש לאמצה.

22. על אף הביקורת שהוצגה, נראה כי כאשר מדובר בהתמזגות מוחלטת בין הרעיון לבין הביטוי וכאשר קיימת רק דרך אחת לבטא את הרעיון, קיימת תמימות דעים כי היצירה המבטאת את אותו רעיון לא תזכה להגנת זכות יוצרים [ראו: גרינמן, בעמ' 83; NIMMER, בסעיף 2.18[C][2]; 2.3.2 § 1 PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT]. ואולם, הדעות נחלקות בשאלה מה הדין כאשר קיימות אפשרויות ביטוי מועטות בלבד לרעיון, כאשר לפי גישה אחת, כפי שנקבע בעניין *Morrissey*, גם במקרה זה אין להעניק ליצירה הגנת זכות יוצרים, ולפי גישה אחרת, תוענק ליצירה זכות יוצרים אך הפרתה תתקיים רק כאשר יתקיים דמיון מוחלט או כמעט מוחלט בין היצירות [ראו: גרינמן, בעמ' 83; עניין גבע, בעמ' 262]. למחלוקת זו רלבנטיות לענייננו, שכן במקרה שלפנינו נטען על ידי המשיב כי על סייפקום היה להוכיח העתקה מדויקת כיוון ששרטוטיה מהווים רעיון שיש דרכים מוגבלות לבטאו (סעיף 12 לסיכומי המשיב). כדי להכריע במחלוקת זו, ניתן לדעתי לפנות לכלל היסוד בדיני זכויות היוצרים שהוצג לעיל – דרישת המקוריות.

23. סוגיות הנוגעות לדוקטרינת האיחוד מתעוררות במקרים רבים ביחס לסוגים מסוימים של יצירות. כך, בעת המודרנית מתעוררת השאלה ביחס לתוכנות מחשב [ראו: גרינמן, בעמ' 81]. בנוסף, נטען כי בתי המשפט בארצות הברית מרחיבים את השימוש בדוקטרינה בכל הנוגע ליצירות חזותיות [להרחבה בעניין זה ראו: Michael D. Murray *Copyright, Originality and the End of the Scene A Faire and Merger Doctrines for Visual Works*, 58 BAYLOR L. REV. 779 (2006)]. תחום נוסף של יצירה המעורר מעצם טבעו סוגיות הנוגעות לדוקטרינת האיחוד, הוא תחום היצירות הפונקציונליות. בענייננו, מדובר ביצירה פונקציונלית שהיא גם יצירה חזותית. למעשה, את דוקטרינת האיחוד ניתן להבין היטב לא רק על בסיס ההבחנה בין רעיון

לבין ביטוי, או ליתר דיוק האיחוד ביניהם, כי אם גם על בסיס דרישת המקוריות, ובמיוחד ככל שהיא נוגעת ליצירות פונקציונליות.

24. בעניין אינטרלגו עמד הנשיא מ' שמגר בהרחבה על הקשיים שמעלה דרישת המקוריות בכל הנוגע ליצירות פונקציונליות. אחת הקביעות החשובות של הנשיא שמגר בעניין זה הייתה כי באופן עקרוני אין למנוע הגנת זכות יוצרים מיצירה אך בשל היותה פונקציונלית [שם, בעמ' 160]. יחד עם זאת, קבע הנשיא שמגר כי החוק הישן מציב לגבי יצירות אלה מסננת נוספת על דרישת המקוריות אותה הוא כינה "מבחן האמנותיות" [שם, בעמ' 173]. אבהיר כבר עתה כי את ההידרשות למבחן זה ביסס הנשיא שמגר על הוראת סעיף 35(1) לחוק הישן המגדיר יצירה אמנותית כ"עבודות ציור, שרטוט, פיסול ומלאכת אמנות ומעשי-אמן אדריכליים ופיתוחים וצילומים" [ההדגשה הוספה – י. ד.]. במקרה שלפנינו, שרטוטי סייפקום עונים להגדרה המדויקת של "שרטוט" כיצירה אמנותית בהתאם להוראת סעיף 35(1) לחוק הישן ולכן, על פניו, לא חל עליהם במישרין מבחן האמנותיות. ואולם, דעתי היא כי ניתן לשאוב ממבחן זה השראה לצורך פרשנות תחולתה של דוקטרינת האיחוד על שרטוטי סייפקום ולצורך בחינת מקוריותם בהיותם יצירה פונקציונלית.

25. בעניין אינטרלגו תואר הקושי שמציבות יצירות פונקציונליות בפני דרישת המקוריות באופן המזכיר מאוד את עקרונות דוקטרינת האיחוד. במילותיו של הנשיא שמגר:

"כאשר הצורה מוכתבת על-ידי הפונקציה, דהיינו כאשר הפונקציה מצמצמת את הצורות האפשריות שבהן ניתן לעצב את המוצר, אזי אין הצדקה להענקת זכות יוצרים על הצורה שהיא תוצר של שיקול פונקציונלי-אמנותי, שכן ההגנה שתינתן מגינה על הפונקציה ולא על הבחירה המקורית של היוצר בצורה הספציפית. זוהי נסיבה שבה הצורה של המוצר נקבעת בגלל התפקיד הפונקציונלי שלו" (שם, בעמ' 177) (ההדגשה במקור – י. ד.).

למעשה, את המונחים "פונקציה" ו-"צורה" ניתן להמיר במונחים "רעיון" ו-"ביטוי". כדי לפתור בעיה זו הציע הנשיא שמגר שישה מבחנים אפשריים לזיהוי ה"אמנותיות" שביצירה: מבחן הבחירה; מבחן כוונת היוצר; מבחן קבלת הדבר בציבור; מבחן נכונות הציבור לשלם כסף; מבחן הרמה האסתטית המינימאלית; ומבחן האמנות לשמה (שם, בעמ' 179). לאחר דיון מפורט, הציע הנשיא שמגר את "מבחן

הבחירה" כמבחן המתאים לבדיקה האם ביטוי של יצירה נגזר אך ורק מהפונקציונליות שלה, אם לאו. המבחן הוגדר על ידיו כך:

"מבחן הבחירה: אחד המאפיינים של אמנות הוא שהיא משקפת את היכולת לבטא רעיון במיגוון של דרכים. לענייננו זהו מבחן רחב מאוד, שכן הוא יתקיים כל עוד יש ליוצר המוצר הפונקציונלי יכולת לבחור בין מספר אופציות" (שם, בעמ' 179).

ובהמשך:

"נדמה שלאור המטרות של זכויות יוצרים כפי שהוצבע עליהן, ולאור העקרונות לפתרון כפי שגובשו, יש לראות במבחן הבחירה מבחן ראוי, בהקשר של בדיקת המוצר הסופי. כלומר, כל זמן שהצורה המתקבלת היא אחת מתוך מספר צורות אלטרנטיביות. האלטרנטיבות צריכות להיות אפקטיביות. אלטרנטיבה אפקטיבית היא זו שלא רק ממלאת את התפקיד הפונקציונלי של המוצר, אלא גם עונה על צמצום האופציות הצורניות הקיימות לגבי יצירות עתידיות הנובע מן הקשר הקיים בין פונקציה לצורה. צריכות להיות אלטרנטיבות אשר, בנוסף לתפקיד הפונקציונלי, עומדות במגבלה הצורנית הנובעת מתפקידו הפונקציונלי של המוצר, ובמילים אחרות, צריכות להיות מספר אלטרנטיבות אשר כולן עומדות במגבלות צורניות הנובעות מן התפקיד הפונקציונלי" (שם, בעמ' 181).

26. שימוש במבחן הבחירה יכול לסייע בקביעת ההגנה הראויה ליצירה אשר נטען לגביה כי בשל הפונקציונליות הרבה שבה קיימות דרכים מצומצמות בלבד לביטוי הרעיון הגלום בה. בהתאם למבחן הבחירה, יש להתחקות אחר הפונקציה או התכלית שלשמה מיועדת היצירה ולבחון האם צורת ההצגה של אותה תכלית – הביטוי – לוותה בבחירה של היוצר מבין כמה אפשרויות היכולות להגשים את אותה תכלית. ודוקו, ייתכן בהחלט כי שימוש במבחן זה יוביל למסקנות שונות באשר לרכיבים שונים של היצירה. ניתן לחשוב על יצירה פונקציונלית אשר חלק מרכיביה מהווים ביטוי הכרחי של התכלית שלשמה נוצרה, ולכן אינם מחייבים את היוצר לבחור בין חלופות בעת יצירתם, אך בה בעת חלק אחר מרכיביה כלל אינם מתבקשים לאור תכליתה ולגביהם ברור כי ליוצר היה מגוון רב של אפשרויות בחירה באשר לדרך הביטוי. לאור דברים אלו, ניתן לשוב לבירור המחלוקת הקיימת בדבר נפקותה של דוקטרינת האיחוד. כאמור לעיל, דעתי היא כי כאשר קיימת אפשרות אחת ויחידה לבטא רעיון מסוים, הרי שאין מקום לתת הגנה לדרך ביטוי יחידה זו. ואולם, כאשר קיימות מספר אפשרויות לביטוי

של רעיון מסוים, אף אם מספר זה מצומצם ביותר, הרי שדעתי היא כי בשים לב למבחן הבחירה קיימת ליוצר בחירה בין אותן אפשרויות ביטוי ולכן אין מקום לשלול הגנה של זכות יוצרים לביטוי שנבחר. יחד עם זאת, מוכן אני לקבל את התפיסה לפיה במקרים כגון דא, כאשר מספר האפשרויות הוא מצומצם ביותר, הרי שכדי להוכיח הפרה של זכות יוצרים יהיה צורך להקשיח את מבחני ההעתקה ולדרוש כי היצירה שנטען לגביה כי היא "יצירה מפרה" תהיה דומה דמיון כמעט מוחלט ליצירה המוגנת [ראו: עניין גבע, בעמ' 262; עניין סטרוסקי, בעמ' 357; גרינמן, בעמ' 83].

העתקת יצירה פונקציונלית

27. שאלת המבחנים לקיומה של העתקה בדיני זכות יוצרים היא שאלה חמקמקה. ואולם, בית משפט זה קבע כבר בראשית שנות ה-70 של המאה הקודמת אמות מידה לבחינה זו במסגרת ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד(1) 825 (1970) (להלן: עניין אלמגור). אמות המידה שנקבעו בעניין אלמגור נוהגות גם בימינו וסוכמו בעת האחרונה על ידי השופט י' עמית בעניין מוצפי כך:

"(-) יש להוכיח כי הנתבע העתיק חלקים ממשיים ומהותיים מיצירת התובע, כאשר לא הכמות היא הקובעת, אלא האיכות.
 (-) ניתן להסיק העתקה כאשר לנתבע היתה גישה ליצירת התובע, וכאשר הדמיון בין היצירות הוא במידה כזו אשר לא סביר להניח כי הוא יד המקרה.
 (-) יש חשיבות להצטברות נקודות דמיון. ככל שהן רבות יותר, גובר החשש כי מדובר בהעתקה.
 (-) השאלה אם הדמיון בין שתי היצירות מספיק על מנת לקבוע כי מדובר בהעתקה של חלק ממשי ומהותי היא שאלה של עובדה ושל דרגה. תשובה לשאלה זו צריכה להינתן לא על סמך השוואה מכנית של מספר מילים או שורות הדומות ביצירות הנדונות, אלא לפי התרשמות של השופט מהיצירות בכללותן" (שם, בפסקה 26).

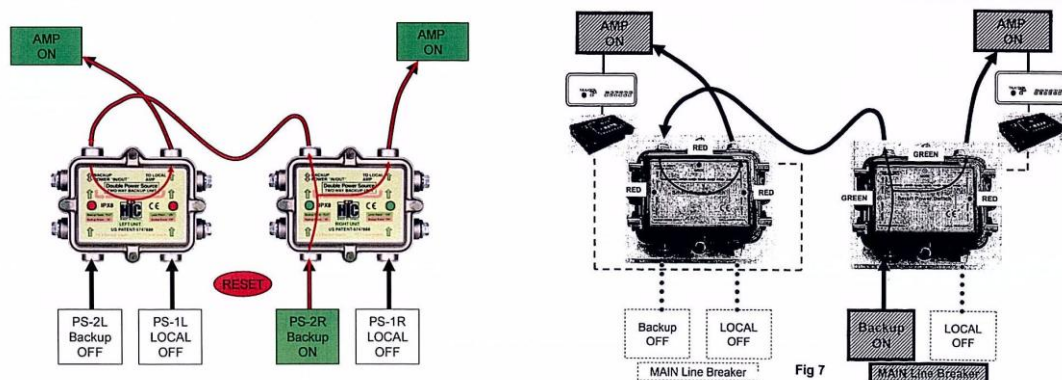
28. האם אמות מידה אלה משתנות כאשר היצירה המוגנת היא יצירה פונקציונלית? דעתי היא כי יש לענות על שאלה זו בשלילה. כפי שתוארתי לעיל, יצירות פונקציונליות מעלות קשיים שונים בשלב בחינת המקוריות הנדרשת לצורך ההכרה בהן כיצירות מוגנות בזכות יוצרים. ואולם, משצלחה יצירה פונקציונלית את שלב דרישת המקוריות ואת מבחן הבחירה, הרי שמדובר ביצירה מוגנת לכל דבר ועניין שלא ניתן להעתיק חלקים מהותיים ממנה. לעניין זה, גם אם רק חלק מהרכיבים המרכיבים את היצירה

הפונקציונלית עברו את "מסננת הבחירה" אין בכך כדי לפגוע בהיותם יצירה מוגנת מפני העתקה. הנפקות היחידה לעניין אמות המידה לבחינת העתקה הנובעת מהיותה של היצירה פונקציונלית היא ככל שהרכיבים המוגנים מהווים ביטוי של רעיון שיש מספר מצומצם של דרכים לבטאו. או אז, יידרש רף גבוה יותר כדי להוכיח העתקה, וכפי שצינתי לעיל יהיה מקום לדרוש כי יהיה מדובר בדמיון כמעט מוחלט בין הרכיבים המוגנים לבין הרכיבים שלגביהם נטענת ההעתקה כדי לבסס את אותו דמיון מהותי.

האם הועתקו שרטוטי סייפקום?

29. לאחר שעמדתי על הרכיבים הנדרשים לגיבוש הגנה על יצירה ולהוכחת הגנתה בדגש על יצירות פונקציונליות, אעבור כעת לבחון האם בנסיבות העניין שלפנינו שרטוטי סייפקום עולים כדי יצירות מוגנות והאם השימוש שעשה בהם המשיב עלה כדי העתקה המפרה את זכויות היוצרים בהם.

30. ראשית, יש לציין כי ככלל שרטוטים עונים להגדרת יצירה אמנותית לפי סעיף 135(1) לחוק הישן, וממילא לא נטען על ידי המשיב כי שרטוטי סייפקום אינם נכנסים בגדר היצירות להן מוענקת הגנה. לכן, יש לבחון האם השרטוטים עונים על דרישת המקוריות, ובמקרה זה, בשל היותם יצירות פונקציונליות, גם על מבחן הבחירה. לא בכדי נאמר שתמונה אחת שווה אלף מילים, ולכן אציג תחילה את אחד משרטוטי הצדדים כפי שהם מופיעים בטבלת ההשוואה שצירפו המערערים (מוצג 1 למוצגיהם).



*משמאל – שרטוט סייפקום, מימין – שרטוט המשיב

שרטוטי סייפקום מתארים מוצר חשמלי שתכליתו היא מתן גיבוי חשמלי בעת תקלה. בשרטוטים מופיע איור/צילום של המוצר ומצדדיו מרובעים ובתוכם טקסט המבטא פעולה חשמלית כלשהי, כאשר בכל אחד מהשרטוטים מופיעים, על גבי המוצר ובינו לבין המרובעים, קווים וחיצים המתארים את הפעולה החשמלית שהשרטוט מבקש לתאר באמצעות ביטוי ויזואלי. אציין תחילה, כי מקובלת עלי טענת המשיב לפיה המרובעים בפני עצמם, כמו גם הטקסט שבתוכם, אינם עולים כדי יצירות מוגנות. מקובלת עלי גם טענתו לפיה בשרטוטיו מופיע צילום מוצר שונה מזה של סייפקום ולכן אין בכך משום העתקה. ואולם, בכך לא די לשאלת מקוריות השרטוטים ולשאלת ההעתקה.

31. תחילה, יש לציין כי גם אם כל אחד מהרכיבים בשרטוטי סייפקום אינו עולה, בפני עצמו, כדי יצירה מקורית, אין בכך כדי לשלול את האפשרות ששילובם של הרכיבים לכדי יצירה ויזואלית אחת עולה כדי יצירת לקט המקנה הגנה על אופן סידור הרכיבים בשונה מהגנה על כל רכיב בנפרד [ראו: גרינמן, בעמ' 119-124]. ואולם, גם מבלי לקבוע ששרטוטי סייפקום עולים כדי יצירת לקט מקורית ניתן לדעתי לקבוע שהם מהווים יצירה אמנותית מקורית דיה.

32. מהתבוננות בשרטוטי סייפקום עולה כי אין ספק שמטרתם היא להמחיש את התהליך החשמלי ואת הפעולות שמבצע המוצר אותו היא מייצרת. לצורך המחשה זו, אין ספק שיש הכרח להשתמש בביטויים מוגדרים מראש כגון הטקסט המתאר פעולות חשמליות נפוצות וכגון הצגת המוצר עצמו אליו מתייחס הטקסט. יחד עם זאת, שרטוטי סייפקום כוללים גם קווים וחיצים הממחישים את תהליך הזרימה המתואר בשרטוט. ממבט בשרטוטים עולה כי המחשה זו, שלה תפקיד פונקציונלי, ניתנת לביטוי במספר רב של דרכים אשר יכולות להגשים תכלית זו ואילו סייפקום בחרה דרך ביטוי מסוימת לפיה הקווים והחיצים יהיו באורך מסוים, בעובי מסוים ובתואי מתפתל המתאים לדרך שבה בחרה למקם את המוצר ואת ריבועי הטקסט על גבי השרטוט. דעתי היא כי בחירה זו של סייפקום מעניקה לה הגנת זכות יוצרים על הרכיב הויזואלי המסוים המבקש "להתכתב" עם אותם רכיבים שאינם עולים כדי יצירה מוגנת.

33. משקבעתי כי חלק מהרכיבים בשרטוטי סייפקום עולים כדי יצירה אמנותית וראויים להגנת זכות יוצרים, נותר לקבוע האם שרטוטי המשיב מהווים העתקה של שרטוטיה. ציינתי לעיל כי כאשר מדובר ביצירה פונקציונלית, ככל שקיים מספר מצומצם של דרכים לבטא את הרעיון שבבסיסה, יהיה צורך להראות כי היצירה לגביה נטען שהיא מפרה דומה כמעט לחלוטין לרכיבים המוגנים ביצירה הפונקציונלית. מוכן

אני להניח, לצורך הדיון, כי בין אם שרטוטי סייפקום מהווים בשלמותם יצירת לקט מוגנת ובין אם חלק מרכיביהם מוגנים בנפרד כיצירה אמנותית הרי שמספר הדרכים לבטא את המחשת התהליך החשמלי במוצר הינו מצומצם. ואולם, גם מתוך נקודת הנחה זו, מהשוואה בין שרטוטי סייפקום לבין שרטוטי המשיב עולה כי בכל הנוגע לשרטוטים המסומנים Fig 2 – Fig 13 ו-Fig 15 – Fig 16 (מוצג 1 למוצגי המערערים), המשיב העתיק העתקה זהה (או למצער כמעט זהה) את הרכיבים המוגנים שבשרטוטי סייפקום בדמות הקווים המתארים את תהליך הזרימה.

34. טוען המשיב בהקשר זה כי לאחר סינון צילום המוצר שלא הועתק ורכיבים שאינם מוגנים בדמות המרובעים והטקסט שעליהם "לכל היותר, נשארים... קווים מעוקלים מסויימים המתארים את החיבורים בין חלקי המערכת. קווים מעוקלים בשרטוט אינם 'חלק מהותי' ביצירה. מדובר בזוטי דברים של ממש" (סעיף 14 לסיכומי המשיב). אין בידי לקבל טענה זו. העובדה שרכיבים מסויימים ביצירה אינם זוכים להגנת זכות יוצרים, בין אם זה כיוון שמדובר בעובדות בלתי מוגנות, ברעיונות בלבד או באיחוד מושלם בין רעיון לבין ביטוי, מותרת רכיבים אלו בנחלת הכלל ובכך מאפשרת שימוש חופשי בהם על ידי כל המעוניין בכך. ואולם, כאשר רכיבים אחרים ביצירה זוכים להגנת זכות יוצרים, לא ניתן לומר כי העובדה שרכיבים נוספים ביצירה אינם מוגנים הופכת את העתקתם לבלתי מהותית. קביעה כאמור תשלול את עצם ההגנה על רכיבים אלו ולכך לא ניתן להסכים. דעתי היא כי דווקא מקום בו רכיבים ניכרים מהיצירה אינם זוכים להגנת זכות יוצרים ונותרים בנחלת הכלל, יהיה בהעתקת כל אותם רכיבים מוגנים כדי להעיד על העתקת חלק מהותי מהיצירה, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בדמיון מוחלט או כמעט מוחלט [על מהותיות ההעתקה בשים לב לכמות ההעתקה ראו עניין מוצפי, בפסקה 91]. זאת במיוחד, כאשר אין מחלוקת כי למשיב הייתה גישה מלאה לשרטוטי סייפקום. יש לזכור, כי המשיב יכול היה לעשות שימוש באותם רכיבים בלתי מוגנים בשרטוטי סייפקום ולהוסיף עליהם תיאורים ויזואליים שונים המגשימים את הפונקציונליות של השרטוטים, ואף יכול היה לסדר את הרכיבים בשרטוט בסדר שונה שהיה עונה גם הוא על התכלית הפונקציונלית. משבחר המשיב לעשות שימוש מדויק באמצעים הויזואליים המוגנים של סייפקום הרי שהפר את זכות היוצרים שלה ברכיבים אלו. יפים לעניין זה דבריה של השופטת ש' נתניהו בעניין סטורטוקי:

"אולי יש מקום למשוואה כללית של יחס הפוך, כי ככל שדלים המקוריות והמאמץ הרוחני שביצירה, כך נדרשת להפרת זכות היוצרים בה העתקה מדויקת יותר. על-פי משוואה זאת ניתן לומר, כי המקוריות והמאמץ שבשלט

הם צנועים, ולעומת זאת ההעתק הוא כמעט מדויק. בכך די להפרה" (שם, בעמ' 357).

שימושים מותרים

35. משקבעתי כי המשיב הפר את זכות היוצרים של סייפקום בשרטוטיה, נותר לדון בטענותיו של המשיב לפיהן פעולתו והשרטוטים שיצר מהווים שימוש מותר לפי החוק החדש ולכן אינם עולים כדי הפרה. המשיב מבסס טענותיו אלה על סעיף 78(ג) לחוק החדש, לפיו פעולה שאינה מהווה הפרה של זכות יוצרים לפי חוק זה לא תהווה הפרה של זכות יוצרים לפי החוק הישן על אף תחולתו בנסיבות העניין. לאור טענה זו, יש לקבוע תחילה האם שימוש ביצירה בהתאם לשימושים המוגדרים בפרק ד' לחוק החדש כ"שימושים מותרים" מהווים הפרה של זכות יוצרים. דעתי היא כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. בע"א 5097/11 טלדאן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (2.9.2013) (להלן: עניין טלדאן), הביע חברי השופט צ' זילברטל את העמדה לפיה שימוש בהתאם לשימושים שהוגדרו בפרק ד' לחוק החדש אינו יכול לעלות כדי הפרה של אותו חוק (שם, בפסקאות 28-30). עמדה זו מתבססת הן על לשון החוק והן על התפיסה כי ישנם שימושים מסוימים שבהתאם לתכליות העומדות בבסיס זכות היוצרים עולים כדי זכות של המשתמש ולא רק כדי הגנה מפני הפרה של החוק [להרחבה ראו: ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" 327 יוצרים זכויות (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)]. עמדה זו מקובלת עלי, הן לעניין הקביעה כי שימוש מותר כהגדרתו בפרק ד' לחוק החדש אינו מהווה הפרה של החוק והן לעניין הקביעה כי שימוש מותר מהווה למעשה זכות המוענקת למשתמש לעשות ביצירה שימושים מסוימים. אני מודע לכך שעמדה זו עומדת בסתירה לקביעתו של המשנה לנשיא א' דיבלין בע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.5.2012) (להלן: עניין פלוני), בפסקה 18 לחוות דעתו, וייתכן כי הגיעה העת, לאור המחלוקת הקיימת, לדון בשאלה זו בהרכב מורחב.

36. משקבעתי ששימוש מותר אינו עולה כדי הפרה של החוק החדש, יש לדון בסוגי השימושים המותרים להם טוען המשיב במקרה שלפנינו.

ראשית, מעלה המשיב טענה כי השימוש שלו בשרטוטי סייפקום הינו שימוש מותר לפי סעיף 20 לחוק החדש המתיר שימוש ביצירה בהליכים מנהליים לפי דין בהיקף המוצדק בשים לב למטרת השימוש. אין בידי לקבל טענה זו. מוכן אני להניח לצורך הדיון כי שימוש ביצירה לצורך הצגתה לפני רשם פטנטים במדינה פלונית

מהווה שימוש בהליך מנהלי לפי דין, על אף שקביעה כאמור אינה חפה מקשיים. ואולם, הרכיב העיקרי בשימוש מותר זה הוא היקף השימוש בשים לב למטרות. במקרה שלפנינו, מטרת השימוש בשרטוטי סייפקום והצגתם לרשם הפטנטים האמריקאי במסגרת הבקשה לרישום פטנט, הייתה רישום פטנט למוצר מתחרה למוצר שמשווקת סייפקום. דעתי היא כי שימוש של מתחרה ישיר כאמור תוך שימוש ביצירה המוגנת בזכות יוצרים לצורך תחרות ישירה עם בעל היצירה אינו יכול לעלות כדי שימוש מותר לפי סעיף 20 לחוק החדש.

37. שנית, מעלה המשיב טענה לפיה השימוש שעשה בשרטוטי סייפקום עולה כדי שימוש הוגן כהגדרתו בסעיף 19 לחוק החדש. סעיף 19(א) לחוק החדש מונה רשימה פתוחה של סוגי שימושים ביצירות מוגנות אשר יהיו מותרים והוגנים. סעיף 19(ב) לחוק החדש מונה ארבעה שיקולים לא בלעדיים אשר יש לשקול לצורך הקביעה האם שימוש מסוים עולה כדי שימוש הוגן, וביניהם:

- (1) מטרת השימוש ואופיו;
- (2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;
- (3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;
- (4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

בית משפט זה קבע כי "אין מדובר בשיקולים הכרחיים או מצטברים, אלא ברשימה בלתי ממצה של פרמטרים שעשויים להצביע על הוגנותו של שימוש מסוים שנעשה ביצירה מוגנת" [עניין פלוני, בפסקה 19 לחוות דעתו של המשנה לנשיא ריבלין].

ארבעת מבחני המשנה המנויים בסעיף 19(ב) לחוק החדש מבוססים על מבחני המשנה שנקבעו בחוק זכות יוצרים האמריקאי [ראו: 17 U.S.C. § 107]. מחקרים אמפיריים שנערכו מעידים על כך שעל אף שמבחן המשנה הרביעי – השפעה על השוק הפוטנציאלי – זוכה לאזכור הרב ביותר כגורם המכריע את שאלת הוגנות השימוש, בפועל דווקא מבחן המשנה הראשון – מטרת השימוש ואופיו – משפיע בצורה הניכרת ביותר על ההכרעה, כאשר הגורמים המשפיעים ביותר הם שאלת מסחריות השימוש והטרנספורמטיביות (Transformative) שלו [ראו: Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U. PENN. L. REV. 549 (2008); Neil Weinstock Netanel, *Making Sense of Fair Use*, 15 LEWIS &

[CLARK L. REV. 715 (2011)]. ניכר כי גורמים אלו היו גם המשפיעים ביותר על פסיקת בית משפט זה בעניין פלוני [שם, בפסקה 20].

בענייננו, נראה כי השימוש אותו עשה המשיב בשרטוטי סייפקום לא עומד באמות המידה לקיומו של שימוש הוגן. כך, במסגרת מבחן המשנה הראשון, ברור כי השימוש שעשה המשיב הינו שימוש מסחרי שהרי כל מטרתו הייתה להביא לרישום פטנט על מוצרו המתחרה במוצרה של סייפקום. גם בבחינת שאלת השימוש הטרנספורמטיבי, לא ניכר כי שימוש של המשיב בשרטוטי סייפקום מביא ליצירת ביטוי חדש ושונה מהביטוי המקורי הגלום בהם. באשר למבחן המשנה השלישי – היקף השימוש – כבר קבעתי לעיל כי המשיב עשה עותק מדויק או כמעט מדויק של שרטוטי סייפקום ולכן מדובר בהיקף שימוש מלא. ולבסוף, בשים לב למבחן המשנה הרביעי, ברור כי בהיותו של המוצר שמשווק המשיב מתחרה ישיר למוצרה של סייפקום אין ספק כי השימוש משפיע על השוק הפוטנציאלי של שרטוטי סייפקום.

בשולי הדברים, אציין כי אין בידי לקבל את טענתו של המשיב לפיה משרד הפטנטים האמריקאי גילה דעתו לפיה שימוש ביצירה מוגנת לצורכי בקשת פטנט עולה כדי שימוש הוגן. מעיון בגילוי הדעת (שצורף כאסמכתא י' לדרך האסמכתאות מטעם המשיב), עולה כי כוונת משרד הפטנטים האמריקאי היא שהשימוש שהמשרד עצמו עושה ביצירות מוגנות במסגרת התקשרותו עם מגישי בקשות פטנטים עולה כדי שימוש הוגן [ראו: United States Patent and Trademark Office, USPTO Position on Fair Use of Copies of NPL Made in Patent Examination (January 19, 2012)].

38. שלישיית, טוען המשיב כי השימוש שעשה בשרטוטי סייפקום מותר לפי סעיף 27 לחוק החדש. סעיף 27 לחוק החדש קובע כך:

“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”.

כדי להיכנס לגדר הסעיף, על המשיב להראות כי היה לכל הפחות יוצר במשותף של שרטוטי סייפקום. בית המשפט המחוזי קבע כי המשיב ויתר על זכויותיו

בשרטוטים לטובת סייפקום במסגרת ההסכם. טוען המשיב בהקשר זה כי גם אם ויתר על זכויותיו בשרטוטים, הרי שמבחינת החוק החדש הוא עודנו היוצר הראשון במשותף שלהם. דעתי היא כי אין צורך להכריע בשאלה זו, שכן גם אם המשיב הינו יוצר במשותף של שרטוטי סייפקום, הרי שסעיף 27 לחוק החדש אינו פועל לטובתו במקרה דנא, שכן השימוש שעשה המשיב בשרטוטי סייפקום עולה כדי העתקה מוחלטת או כמעט מוחלטת שלהם. לכן, לא ניתן לומר כי מדובר ב"העתקה חלקית" או ביצירה נגזרת של שרטוטי סייפקום, ובנקל ניתן לקבוע כי שרטוטי המשיב מהווים "חזרה על עיקרה של היצירה הקודמת או חיקוי שלה".

39. בטרם סיום, אדרש בקצרה לטענת המשיב בדבר הדין החל על המקרה שלפנינו. לטענת המשיב, דיני זכות היוצרים מטבעם הם טריטוריאליים וכך גם תחולתו של החוק הישן. משהעתקת שרטוטי סייפקום בוצעה בארצות הברית, טוען המשיב כי הדין החל על המקרה הוא הדין האמריקאי שלא הוכח על ידי המערערים ומשכך יש לדחות את הערעור. בית המשפט המחוזי נדרש לטענה זו של המשיב וקבע כי העתקת השרטוטים לא נעשתה רק במסגרת הגשת הפטנט וכי המשיב קיבל לידיו את המצגת ובה שרטוטי סייפקום בישראל והעתיק אותם באמצעות המחשב שבביתו בישראל. לכן, קבע בית המשפט כי ניתן להחיל על המקרה את הדין הישראלי. קביעות אלה של בית המשפט הן קביעות עובדתיות שלא מצאתי מקום להתערב בהן בשלב הערעור. אציין אך זאת, כי גם אם היה מקום לקבוע שעל המקרה שלפנינו חל הדין האמריקאי, הדבר לא היה מוביל בהכרח לדחיית הערעור בהיעדר הוכחה של הדין הזר. כך במיוחד, כאשר עסקינן בתחום המוסדר באמנות בין-לאומיות רבות אשר מובילות למתאם רב יחסית בין הדינים המדינתיים השונים [ראו לדוגמא: ע"א 169/94 ורנר נ' Amorim, פ"ד נ(3) 119, 124 (1996); ע"א 1227/97 סלעית האדומים מחצבה ומפעל לעיבוד אבן בע"מ נ' אברהים, פ"ד נג(3) 247, 259 (1999); ע"א 7687/04 ששון נ' ששון (16.2.2005), פסקה 10].

40. סיכומם של דברים, אמליץ לחב"י שנקבע כי רכיבים מסוימים משרטוטי סייפקום עולים כדי יצירה מוגנת, כי 13 משרטוטי המשיב עולים כדי העתקה מוחלטת או כמעט מוחלטת של שרטוטי סייפקום וכי השימוש שעשה המשיב בשרטוטים לא עולה כדי שימוש מותר. כמו כן, אמליץ לחב"י כי נחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך הכרעה בעניין הסעדים המתאימים בגין הפרות אלה וכי נחייב את המשיב בהוצאות המערערים בסך 40,000 ש"ח.

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתו המאלפת של חברי השופט דנציגר.

ב. חברי כידו הטובה נדרש לתמונה רחבה של דיני זכויות היוצרים, לעניין המקוריות כתנאי להגנה על יצירה, ההגנה על אופן ביטוי של רעיון להבדיל מן הרעיון עצמו, והמבחנים לעניין יצירות בעלות אופי פונקציונלי, נושא מורכב כשלעצמו.

ג. לכל המבחנים הללו אבקש לצרף מבחן נוסף, מבחן השכל הישר, שאמנם עשוי להישמע כללי מדי, שהרי יאמר האומר, השכל הישר טוב שינחנו בכל עניין, ומנגד אין הוא בהכרח שוה לכל נפש בנושאים פרטניים. אך באמרי "השכל הישר" בנידון דידן כוונתי להצטברות הנתונים שבפני בית המשפט, על מכלולם; וכשמדובר ביצירה, גם מראה העיניים ("טוב מראה עיניים מהלך-נפש", קהלת י', ט') הוא כידוע פרמטר משמעותי בדיני הקניין הרוחני, ורוב מלים אך למותר (וראו ע"א 3422/03 Krone נ' ענבר, פ"ד נט(4) 365, גם לעניין שרטוטים. עוד ראו, בין השאר, ע"א 7125/98 מיפרומאל נ' קליל, פ"ד נז(3) 702, 710 ואילך). אגב, הביטוי "מבחן השכל" (במובן שונה במקצת) מצוי בפסיקה, וראו דברי השופט (כתארו אז) גרוניס ברע"א 5454/02 טעם טבע נ' אמברוזיה, פ"ד נז(2) 438, 453 (2005) המביא מבחן זה מפי המלומד זליגסון (דיני סימני מסחר ודינים הקרובים להם, תשל"ג, 80-81) לעניין השוואת מסר רעיוני. ובנידון דידן, כשהבטנו – חברי ההרכב – בעת הכנת התיק אל השרטוטים בהם מדובר, היה בעינינו דמיון רב שהזדקר מייד. על כן התבקשה בעיניי התוצאה שאליה הגענו, גם בשכל הישר, גם במראית העין.

ד. אכן, דיני הקניין הרוחני כוללים במקרים רבים דקויות של תחכום שקשה לאחת לבור לגביהן את המוץ מן הבר, ועל קשיי התדיינות בתחום זה נשתכרו קולמוסים (ראו ד' פריימן, פטנטים (הדפסה 2, 2008), 7); אך המקרה דנא לעניות דעתי אינו מן הקשים, המשקיף אל השרטוטים שהביא חברי בחוות דעתו (פסקה 30) אינו זקוק

ל"מלות בית מרקחת", ויכול הוא להיות בגובה העיניים, כמעט כמו הגדרתו הנודעת של השופט פוטר סטיוארט בבית המשפט העליון של ארה"ב לעניין פורנוגרפיה להבדיל, שאולי קשה להגדירה, אך כשרואים – יודעים כי זוהי.

ה. כאמור, תיכון ידי עם סקירתו של חברי, על קטלוג הנושא וסידורו.

ו. בטרם סיום אזכיר כי המשפט העברי, בעיקר בגילומיו המודרניים אך עוד מקדמת דנא, נדרש לנושא זכויות הקניין הרוחני; ראו חוות דעתי בע"א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שזו, פ"ד נח(6) 869 בעמ' 888-892, הנדרשת גם (בעמ' 890, פסקה יח (3)) ליסודות ההלכתיים לאכיפה בנושאי קניין רוחני, ואטעים כאן את הגישות בהלכה שעניינן יורד לאומנות חברו, הסגת גבול וגזל, ועוד; בפרשת Krone הנזכרת (בעמ' 379) נדרשתי גם לנושא תבנית גרפית (או סרטוטים) כעילה לתביעה בגדרי המשפט העברי, וראו גם חוות דעתי ברע"א 7774/09 וינברג נ' ויטהוף (2012) פסקאות ט' – י"ב והאסמכתאות שם.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ט"ו בכסלו תשע"ד (18.11.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט