

## טוני גרינמן, משרד עורכי דין | Tglaw

### עדכונים ומידע בדיני זכויות יוצרים, קניין רוחני, תקשורת ומדיה

#### מוגש כשירות ללקוחותינו וידידנו

אנו שמחים לצרף את מהדורת ספטמבר של העדכונים שלנו.

בהזדמנות זו, אנו מאחלים לכל לקוחותינו וידידנו שנה טובה, בריאה ובטוחה, ומביעים תקווה שהשנה הבאה תהיה שנה טובה יותר לדמוקרטיה הישראלית ולשמירה של עקרונות השוויון וכיבוד זכויות האדם, אשר נשחקו בשנה הקודמת.

#### כיצד להגן על השם המסחרי והלוגו שמשמשים למוצרים או לשירותים שלך

השם או הלוגו שמשמשים בעל עסק לפרסום ושיווק מוצריו או שירותיו עשויים להיות נכס בעל ערך רב לעסק. ערך זה תלוי במידת הבלעדיות של העסק בשימוש בשם או בלוגו. רצוי אפוא לנצל את הכלים המשפטיים העומדים לרשות בעלי עסקים על מנת להגן על השם והלוגו ולהבטיח בלעדיות בשימוש בהם.

הדרך היעילה והטובה ביותר להגן על שם עסק, מוצר או שירות, או הלוגו, הוא רישום השם או הלוגו, כסימן מסחר. לפי החוק, סימן מסחר הוא סימן המשמש, או מיועד לשמש, לזיהוי מקורם של מוצרים או שירותים. סימן יכול להיות מורכב מאותיות או מסימן גרפי, או משילובם של אלה. המילה Nike הינה סימן מסחר לכשעצמה. הוא הדין בסמל ה-"swoosh" של החברה. כך גם השם Disney וגם דמותו של "מיקי מאוז" הם סימני מסחר. סימן מסחר יכול להיות בעל שני ממדים, ואף שלושה. בקבוק הקוקה-קולה הקלאסי הוא סימן המסחר התלת-ממדי המפורסם ביותר.

סימני מסחר נרשמים ומקבלים תוקף לגבי מוצרים או שירותים מסוימים, או סוג של מוצרים או שירותים. מבחינה מנהלית קיימות 45 קבוצות (סוגים) שונות של מוצרים ושירותים. אם מבקשים לרשום את אותו סימן לגבי שני מוצרים או יותר הרשומים באותה קבוצה, אפשר להגיש בקשה אחת בלבד; אם מבקשים לרשום את הסימן ביחס לשני מוצרים או יותר שאינם רשומים באותה קבוצה, יש צורך בבקשה נפרדת לגבי כל קבוצה. רישום הסימן מקנה לבעליו זכות ייחודית לעשיית שימוש בסימן על מוצרים או שירותים מהסוג שלגביהם נרשם הסימן, או בקשר אליהם, או בקשר למוצרים או שירותים "מאותו הגדר", דהיינו שבאופן טבעי קרובים לו. מי שעושה שימוש בסימן הזה לסימן המסחר, או בסימן הדומה לו עד כדי הטעייה, ללא הרשאה מאת בעל הסימן, יהיה בגדר מפר הסימן.

על מנת להיות בר רישום, על הסימן לעמוד בכל המבחנים הקבועים בחוק. עליו להיות בעל אופי מבחין, דהיינו, ניתן להבחנה מהמוצרים או השירותים והסימנים שמשמשים במסחר. סימנים "דמיוניים" לא ייתקלו בדרך כלל בקושי להירשם. הוא הדין, בדרך כלל בסימנים שרק "מרמזים" על המוצר, או השירות. סימנים "מתארים", דהיינו שמתארים את המוצר השירות ניתנים לרישום אם רכשו "משמעות משנית", דהיינו נהיו מזוהים עם המוצר או השירות בצורה מובהקת, כגון הסימנים "American Airlines". סימן גנרי, כגון "מחשבים", או "מסעדה צרפתית" אינו ניתן לרישום.

סימנים מסוימים רוכשים מוניטין רחב המשתרע מעבר לתחום הצר של המוצר או השירות המקורי. סימן כאמור נחשב כ"סימן מפורסם" או "סימן מוכר היטב". סימנים, כגון "Adidas" ו-"Disney" הם סימנים מוכרים היטב. סימן מסחר רשום שהוא סימן מוכר היטב בישראל יהיה מוגן בפני שימוש בידי אחר על כל סוג של מוצרים. עם זאת, מעטים הם הסימנים שזוכים למעמד שכזה.

תהליך רישום סימן מסחר אורך בין שנה עד שנה וחצי. עם זאת, בסופו של התהליך, הרישום תקף באופן רטרואקטיבי ליום הגשת הבקשה. ניתן, בתנאים מסוימים, לבקש לזרז את ההליך. במהלך תהליך הרישום, הבקשה נבחנת על-ידי הרשם ולאחר שהסימן עובר את בחינתו הוא מועבר לפרסום כדי לאפשר לצדדים מעוניינים להגיש התנגדויות. אגרת רישום סימן מסחר בישראל היא כ- 1,560 ₪ לרישום בסוג (קטגוריה) אחד. לרישום אותו סימן בסוגים נוספים יש לשלם אגרה נוספת בסך 1,175 ₪ לכל סוג. שכר הטרחה בגין טיפול בבקשה אינו גבוה במיוחד, אלא אם מוגשות התנגדויות. מומלץ לבצע חיפוש קודם על מנת לוודא כי הסימן מבוקש פנוי ולא צפוי להתנגדות. רישום סימן מסחר בישראל מקנה הגנה על סימן בישראל בלבד. מי שמבקש הגנה על סימנו בחו"ל חייב לרשום אותו במדינות נוספות. בהקשר זה, באחרונה נכנסו לתוקף תקנות "פרוטוקול מדריד", המאפשרות להגיש באמצעות רשם סימני המסחר הישראלי, ובמקביל להגשת בקשה לרישום סימן מסחר ישראלי, בקשה או בקשות מקבילות לרישום סימן מסחר במדינה או במדינות אחרות, החתומות על האמנה. כמו כן, ניתן לרשום סימן "אירופי" שתופס בכל מדינות האיחוד האירופי.

תוקפו של סימן מסחר הוא ל- 10 שנים והוא ניתן לחידוש, כל עוד ממשיכים לעשות בו שימוש, לעשר שנים בכל פעם, ללא הגבלה.

סימן שלא נרשם כסימן מסחר, ואיננו מוכר היטב, לא יזכה להגנה מכוח פקודת סימני מסחר. גם אם יוכיח מי משתמש בסימן כזה, כי מתחרה שלו עושה שימוש בסימן זה או דומה שיש בו כדי להטעות צרכנים, לא יהיה בכך

בלבד כדי למנוע שימוש בידי אחר בסימן. עליו יהיה להוכיח בנוסף כי סימנו זוכה למוניטין. רכיב אחרון זה אינו קל להוכחה. דרושות ראיות חזקות על השקעות משמעותיות בפרסום, אורך שימוש בסימן, פרסומים בעיתונות וסקרי צרכנים. יתרה מזו, אם הסימן איננו רשום, ייתכן שמישהו אחר יקדים וירשום סימן זה ואז בעל העסק עלול למצוא עצמו חסום בפני המשך שימוש בסימן ויהיה חשוף לתביעות, על אף שהיה זה הוא שעשה את השימוש בסימן ראשון. על כן, מי שעושה שימוש בסימן, או מתכוון לעשות בו שימוש, עדיף שיפעל לרישום אותו כסימן מסחר הרשום על שמו בהקדם האפשרי.

### בית המשפט העליון קבע שהעברת שידורי כדורגל באינטרנט אינה שימוש הוגן

ביום שבו כמיליארד אוהדי כדורגל ברחבי עולם צפו בשידור חי בזכיה הדרמטית וההיסטורית של מנצ'סטר סיטי בתואר אלופת הפרמייר ליג האנגלי, תרם בית המשפט העליון פרק נוסף, אך ככל הנראה לא אחרון, בדרמה המשפטית המתחוללת כאן בארץ סביב אותם שידורים. פסק הדין שניתן בעניין הפרמייר ליג נ' פלוני החזיר לפרמייר ליג ולשידורים את הגנת זכות היוצרים שניטלה מהם הלכה למעשה במסגרת פסק הדין השנוי במחלוקת של השופט ד"ר מיכל אגמון גונן מבית המשפט המחוזי בתל-אביב. עם זאת, הוא הותיר לעת עתה את הפרמייר ליג ללא סעד אפקטיבי, שכן נמנע ממנה להשיג את הפרטים המזהים של אותו מפעיל אתר אנונימי שמזרים לציבור את השידורים החיים על אפה ועל חמתה.

הפרמייר ליג היא ליגת הכדורגל הבכירה באנגליה, שנחשבת לחזקה ולעשירה בעולם. היא מפיקה שידורים חיים של המשחקים ומוכרת את הזכויות בהם בסכומים גבוהים לגופי שידור ברחבי העולם שמשדרים אותם לרוב במסגרת ערוצי פרמיום. אתר האינטרנט הנקרא livefooty.co.il מופעל על-ידי המשיב, פלוני. דרך אתר זה מעביר פלוני את אותם שידורים חיים שנקלטים על-ידו, או על-ידי משתמשי האתר שלו. זאת ללא הרשאה מאת המערער. השידורים מועברים בשיטת ההזרמה, (streaming), דהיינו בזמן מוגדר, כאשר הקבצים המכילים את השידור אינם נשמרים באופן קבוע במחשב של הצופה.

הפרמייר ליג עתרה לבית המשפט המחוזי בבקשה שזה ייתן צו שיחייב את ספקית האינטרנט של פלוני למסור לה את פרטיו המזהים. בית המשפט דחה את הבקשה, בקובעו כי חוק זכות יוצרים, התשס"ח – 2007 ("החוק החדש") אינו מגן על שידורים בשיטת ההזרמה באינטרנט וכי ממילא העברת השידורים היא בגדר שימוש הוגן, שכן היא מגשימה את זכות הציבור לצרוך תרבות. בית המשפט המשיך וקבע כי בכל מקרה אין הצדקה למתן צו, שכן פעולותיו של פלוני אינן עולות לכדי עבירה פלילית.

בית המשפט העליון ביטל את קביעותיו של בית המשפט המחוזי בכל הקשור לשאלת ההפרה של זכויות היוצרים. בפסק דין מקיף שניתן על-ידי המשנה לנשיא ריבלין, בהסכמת השופטים הנדל ומלצר נקבע כי למרות שמשחק ספורט אינו מוגן כשלעצמו בזכות יוצרים, שידור ספורט מוגן שכן הוא כרוך בלא מעט יצירתיות, כגון באשר לבימוי ולהפקה. בית המשפט המשיך וקבע כי שידור בשיטת ההזרמה הוא אכן בגדר שידור על-פי סעיף 14 לחוק החדש. לפי סעיף זה "שידור של יצירה הוא העברה קווית או אלחוטית, של צלילים, מראות או שילוב צלילים ומראות, הכלולים ביצירה, לציבור". הגדרה זו חלה גם על העברה של צלילים ומראות דרך האינטרנט. העברה כזו דומה במהותה לשידור ה"קלאסי". מטרת חקיקת חוק זכות יוצרים החדש הייתה להתאים את דיני זכויות היוצרים להתקדמות הטכנולוגית.

בהערת אגב הוסיף השופט, כי ככל שהתוכן המפר הועלה לאתר בידי צד שלישי ולא בידי פלוני תתכן הכרה בבעל האתר כמפר תורם, זאת בהמשך לפסיקת בית המשפט העליון בע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית נ' שוקן. כמו כן, על אף שהמערער לא טענה להפרה של הזכות להעמדה לרשות לציבור, ציין השופט ריבלין כי העובדה שסעיף 15 לחוק זכות יוצרים מתייחס למתן גישה לציבור "ממקום ובמועד לפי בחירתם", אין המדובר על דרישה לזמינות היצירה באופן תמידי וקבוע. על כן, אין לשלול אפשרות שהעברת שידור חי תהווה גם הפרה של זכות העמדה לרשות הציבור.

בית המשפט דחה את קביעת בית המשפט המחוזי כי מדובר במקרה דנן בשימוש הוגן לפי סעיף 19 לחוק. השופט ריבלין הדגיש כי השימוש ההוגן הוא כלי בלבד לצורך איזון בין האינטרסים של היוצר מחד והאינטרס בהעשרת מגוון היצירות בציבור מאידך. אין מדובר בזכות של המשתמשים, אלא בטענת הגנה. בכך, ניתן מענה לדיון סוער שמתקיים בשנים האחרונות בקהילה ובאקדמיית זכויות היוצרים.

במקרה דנן פעולתו של פלוני אינה עומדת בתנאי ההוגנות המפורטים בסעיף 19(ב) לחוק ואשר נבחנים בכללותם, ואינם בלעדיים. ראשית, מבחינת מטרת ואופי השימוש, מדובר בשימוש מסחרי, שכן פלוני מרוויח מקיומן של פרסומות באתרו. יתרה מזו השימוש הוא "as-is" ואינו "טרנספורמטיבי", דהיינו אין בו תרומה חדשה שמציגה את היצירה באור חדש או בפרספקטיבה חדשה ושיוצרת יצירה חדשה. כמו כן, מדובר בשימוש ביצירה במלואה וללא כל שינוי או תוספת. כאשר מדובר בשימוש שכזה, ההצדקה לשימוש הוגן קטנה. יתרה מכך, השימוש פוגע בשוק אליו פונה היצירה שכן הקהל הפוטנציאלי יפנה ליצירה ה"חינמית" במקום לרכוש מנוי לצפייה במשחקים, דבר שפוגע בבסיס הכלכלי של קיום השידורים, וכפועל יוצא מכך בספורט עצמו, מכיוון שהכספים שהמערער מרוויחה מהשידורים מממנים את הפעילות הספורטיבית.

למרות ההסכמה בשאלת ההפרה, דעות שלוש השופטים היו חלוקות בשאלה אם בית המשפט יכול לתת צו לחייב את ספקית האינטרנט להעביר את פרטיו של בעל האתר למערער. עם זאת, כלל המותב הסכים כי השיקולים

העולים בשאלת חשיפת פרטי גולש כשמדובר בטענה להפרת זכויות יוצרים שונים מאלה שעולים אגב בקשה המוגשת בהקשר לתביעת לשון הרע. בעוד שבמקרה השני קיים חשש לפגיעה בחופש הביטוי, הרי שבמקרה הראשון קטן חשש זה, ומדובר בעיקר בהגנה על אינטרסים קנייניים. לדעת השופט ריבלין "האפקט המצנן" שיכול להתקיים במצב של לשון הרע לא מתקיים בעוולה של זכויות יוצרים. לכן, במסגרת איזון האינטרסים תהיה נטייה לחייב בחשיפת פרטי גולשים בהקשר כגון זה.

עם זאת, דעת הרוב, של השופטים ריבלין ומלצר, סברה כי בחקיקה הקיימת אין תשתית להוצאת צו כאמור, שכן מצד אחד, לא ניתן להוציא צו גילוי טרם הגשת תביעה, ומצד שני לא ניתן לתבוע בישראל מפר אנונימי. דעת הרוב סברה, כי יש להשאיר הסדרת סוגיה זו לעת עתה למחוקק, כאשר בשלב זה מונחות על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק בעניין. אולם במקרה שהחקיקה תתמהמה, ישקול בית המשפט להתערב וליצור הלכה פסוקה. לעומת זאת, השופט הנדל סבר, בדעת מיעוט, שכבר עתה ניתן לתת צו כאמור.

כל שלושת השופטים חיפשו אכסניה משפטית למתן צו כאמור, כאשר השופט הנדל סבר כאמור כי האכסניה כבר קיימת ואילו השופטים ריבלין ומלצר סברו כי יש ליצור אותה בעתיד. השופט הנדל הציע שניתן להטיל חובה על הספקית למסירת פרטים על פי עוולת הרשלנות המעוגנת בסעיף 35 לפקודת הנזיקין, שכן מכוח יחסיה של ספקית האינטרנט כמאחסנת האתר, מה שמקביל לבעל דירות המספק דירה, היא חבה חובת זהירות כלפי בעל זכויות היוצרים בכך שהפעילות התרחשה "בשטחה". כתוצאה מאחריות זו יש לה חובה לסייע למנוע הפרות נוספות על ידי חשיפת פרטי "הדייר" המפר. במסגרת חובה זו לא מוטלת אחריות על הספקית בשל ההפרה עצמה אלא רק חובה לספק פרטי גולשים מפרים.

השופט ריבלין הציע כי ניתן להטיל בעתיד חובת גילוי על ספקיות האינטרנט באמצעות ההפרה התורמת המעוגנת בסעיף 12 לפקודת הנזיקין. ואילו השופט מלצר הציע לבסס הסדר עתידי למתן צו כאמור על עילת עשיית עושר ולא במשפט. זאת במסלול המקביל לזה שעושים בו שימוש במשפט המקובל. התנאים למתן צו זה יהיו: (א) מעורבות הצד אליו מופנה הצו בהפרה; (ב) אינדיקציה לקיומה של עוולה או הפרה; (ג) תכלית ראויה; (ד) מידתיות, כאשר במסגרת מבחן זה יש להתייחס להבדלים בין עוולת לשון הרע לבין הפרה של זכויות יוצרים.

אני מסכים בהחלט עם הקביעה כי העברת השידורים נופלת לגדר זכות השידור על-פי חוק זכות יוצרים. פסיקת בית המשפט המחוזי ששללה זאת עמדה בסתירה מובהקת ללשון החוק, לתכליתו ולהיסטוריה החקיקתית. אני גם שותף לדעה כי פעולתו של פלוני היא מקרה של פיראטיות מובהקת שאינה מתקרבת לתכליות ולהצדקות של היתר השימוש ההוגן. עוד אני סבור כי בין השימושים ההוגן תוגדר כ"זכות" או כ"הגנה", העיקר הוא כי מדובר בטענה שהנטל להוכיחה מוטל על הטוען לה, שיהיה בדרך כלל הנתבע. עם זאת, כל שהטענה מוכחת, יש בה להעניק פטור מאחריות, כגון טענת "אמת דיברתי" בדיני לשון הרע. מבחינה זו פעולה שהיא בגדר שימוש הוגן היא פעולה לגיטימית לחלוטין ואינה פעולה מפרה. לכן זכותו של משתמש לעשות שימוש ביצירה שעומדת במבחני ההוגנות. פעולתו של פלוני לא עמדה בהם כלל וכלל.

איננו מבינים, בכל הכבוד, את הקשיים שבית המשפט העמיד לעצמו במציאת סמכות ליתן צו חשיפה. בתי המשפט באנגליה ובארה"ב מסתמכים על סמכותם הטבועה. אכן עדיף שהמחוקק ייצור הסדר חקיקתי, אך העובדה שהסדר זה מתמהמה יותר מעשור אין בה כדי להצדיק חיסונום בפועל של מפרי זכויות היוצרים האנונימיים לעת עתה.

בנוסף, קשה, בכל הכבוד, להבין את הצורך למצוא עילה להטלת אחריות על הספק, שהינו בסך הכל גורם ביניים, על מנת להצדיק את מתן צו החשיפה. חיפוש זה סותר את ההסדרים למתן פטורים לספקים מאחריות שעוגנו זה מכבר בחקיקה ברוב המדינות המתוקנות, ושלעת עתה מעוגנות בפסיקה (הבלתי אחידה) בישראל. הסדרים אלה מאוזנים ותלויים בתנאים מסוימים שבהעדר קיומם הספק יישא באחריות כמפר, ראשי או תורם. עתה, הניסיון לפתור בעיה פרוצדוראלית ולאפשר מתן צו חשיפה עלול להפר הסדרים אלה וליצור בעיות מהותיות יותר. החלת דיני הרשלנות ודיני עשיית עושר בתחום דיני זכויות היוצרים עלולה להפר את האיזון העדין הפנימי שדינים אלה יצרו בין הזכויות הקנייניות של היוצר לבין עקרון חופש הביטוי והמידע. בית המשפט כבר נזהר מכך בפסק דין אחר של הפרמיייר ליג (שעסק בשאלת קיום זכויות יוצרים בלוחות המשחקים) ומוטב שימשיך להישמר מכך.

לכן, יש לדון בשתי הסוגיות במישורים שונים. שאלת חבותם האפשרית של ספקים להפרות המבוצעות בידי גורמים שלישיים באינטרנט צריכה לידון תוך עריכת איזון בין זכויות הקניין של בעלי זכויות היוצרים לבין הרצון לאפשר זרימה חופשית של מידע באינטרנט. סוגיית צו החשיפה צריכה לידון במישור אחר, תוך התייחסות לספק כמקור מידע בלבד ותוך איזון בין הזכויות של בעלי זכויות היוצרים לבין זכות הגולשים לפרטיות ולחופש הביטוי.

אם כן, המשחק בין הפרמיייר ליג לבין פלוני טרם נגמר. בית המשפט אמנם סימן כי יסתיים בצו חשיפה שתינתן לאחר שתושלם החקיקה, או שתפקע סבלנותו של בית המשפט והוא ייצור את ההסדר שמאפשר את נתינתו. השאלה היא עוד כמה זמן יעבור עד לסיום זה והאם עד אז סיטי תהיה עדיין אלופה, או שמא תצליח השכנה העירונית, יונייטד, להחזיר לעצמה את התואר ואת כבודה האבוד?

ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני

## חדשות המשרד

ראה אור הספר "Copyright in 28 Jurisdictions" שמוצא לאור על-ידי Law Business Research כחלק מהסדרה "Getting the Deal Through". את הפרק על ישראל כתב עורך דין טוני גרינמן.