מבוא לדיני קניין רוחני – אור כהן

[**מבוא** 3](#_Toc13631231)

[**דיני זכויות יוצרים** 4](#_Toc13631232)

[**דיני פטנטים** 6](#_Toc13631233)

[**סודות מסחריים** 8](#_Toc13631234)

[**סימני מסחר** 10](#_Toc13631235)

[**זכויות יוצרים** 10](#_Toc13631236)

[**תיאוריות של זכויות יוצרים** 10](#_Toc13631237)

[**דרישת המקוריות** 12](#_Toc13631238)

[**דרישת הקיבוע** 16](#_Toc13631239)

[**4 סוגי היצירות המוגנות** 16](#_Toc13631240)

[**יצירות ספרותיות** 17](#_Toc13631241)

[**יצירות דרמטיות** 19](#_Toc13631242)

[**יצירות אומנות** 19](#_Toc13631243)

[**יצירה מוסיקלית** 21](#_Toc13631244)

[**היקף זכויות היוצרים ביצירה – על מה אין זכויות יוצרים** 22](#_Toc13631245)

[**הזכויות הכלכליות** 25](#_Toc13631246)

[**הפרת זכויות יוצרים** 30](#_Toc13631247)

[**ההגנות הקבועות בחוק וזכויות משתמשים** 32](#_Toc13631248)

[**שימוש הוגן** 32](#_Toc13631249)

[**חוק זכויות יוצרים במוסיקה – רננה שוורץ (הרצאת אורח – לא למבחן)** 34](#_Toc13631250)

[**הפרה עקיפה של זכויות יוצרים** 40](#_Toc13631251)

[**הזכויות המוסריות של בעל זכויות יוצרים** 45](#_Toc13631252)

[**סעדים כנגד הפרות זכויות יוצרים** 45](#_Toc13631253)

[**פטנטים** 46](#_Toc13631254)

[**תנאי הכשירות להגנת פטנט** 47](#_Toc13631255)

[**1. דרישת הכשירות הנושאית** 47](#_Toc13631256)

[**2. תועלת utility))** 49](#_Toc13631257)

[**3. חדשנות** 49](#_Toc13631258)

[**4. התקדמות המצאתית** 50](#_Toc13631259)

[**ההליך הפרוצדוראלי לרישום פטנט** 50](#_Toc13631260)

[**מהות הגנת הפטנט** 52](#_Toc13631261)

[**תביעות על הפרת פטנט** 53](#_Toc13631262)

[**סעדים כנגד הפרת פטנט** 55](#_Toc13631263)

[**הבעלות בפטנט** 55](#_Toc13631264)

[**הגנה בינלאומית** 56](#_Toc13631265)

[**סימני מסחר (לא למבחן)** 57](#_Toc13631266)

[**רישום סימני מסחר** 58](#_Toc13631267)

[**אופי מבחין**. 58](#_Toc13631268)

[**מהות הזכות ותקופת ההגנה** 59](#_Toc13631269)

[**תביעות הפרה** – **טענות הגנה** 59](#_Toc13631270)

[**דמיון מטעה** 60](#_Toc13631271)

[**סימן מוכרים היטב/מפורסמים** 61](#_Toc13631272)

[**"שמות מתחם" שמות Domain** 62](#_Toc13631273)

[**עסקאות בסימני מסחר** 63](#_Toc13631274)

[**ייבוא מקביל של מוצרים שנושאים סימנים מסוימים** 63](#_Toc13631275)

[**מהו מוצר?** 64](#_Toc13631276)

[**מה נותנת הגנת העיצוב הרשום?** 65](#_Toc13631277)

26.02.19

**שיעור 1 - מבוא**

המרצה –מרים. מלמדת בעיקר קניין. יש הרבה ביטולים על הקורס והסמינריון. המטרה היא לתת לנו תמונה כללית של קניין רוחני. במסגרת הקורס, ככל שהזמן יאפשר המרצה תביא מרצה אורח. המרצה מצפה מאתנו להתאמץ ולהשתתף. היא שולחת רשימות קריאה. יש חובת נוכחות וחייבים להגיע. אפשר להיעדר עד כמות מסוימת – 2-3. משימות הקריאה ישלחו משבוע לשבוע – פסיקה מרכזית וחקיקה מרכזית. חשוב שתהיה חקיקה עדכנית – חוק זכויות יוצרים, חוק הפטנטים ופקודת סימני מסחר. יש בחינה בסוף הקורס – שעתיים, בחינה סבירה עם אירועונים. יש מטיב על נוכחות פיזית יפה והשתתפות פעילה בשיעורים – בד"כ המרצה נדיבה עם מטיבים.

כתובת האימייל של המרצה: Miriam.bitton@biu.ac.il.

היום המרצה תתחיל בסקירה כללית על כל התחומים – מבט על, על מה זה כל דבר, אז נכנס לתחומים בצורה בסיסית ואז נדבר על כל אחד בהרחבה. יש מצגות טובות לכל הקורס.

**מהו תחום הקניין הרוחני?**

כולנו למדנו דיני קניין, מדובר בתחום שמדבר על זכויות של אנשים במשאבים. דיני קניין זה תחום ותיק וישן מבחינת הותק בעולם המשפטי. הוא עסק בכל ההיבטים של קניין מוחשי: מיטלטלין, זכויות וזכויות של אנשים בנכסים אלו. דיני הקניין הרוחני זה תחום מאוד חדש. מבחינה משפטית, עד אמצע שנות ה-80 הוא לא נלמד באוניברסיטאות בכלל. החל משנות ה-80 אנו רואים את החשיבות העולה של טכנולוגיות מידע ואז הייתה פריחה של חשיבות בענפים המשפטיים, כמו זכויות יוצרים ופטנטים.

**בנוסף**, זהו בכלל תחום משפטי צעיר. מדובר בתחומים שבאו בסוף המאה ה18, שהתחילו באנגליה וארה"ב. היסטורית ניתן למצוא גם מעין קניין רוחני במאה ה16 באיטליה אבל לא במתכונות של היום.

כשמדברים על קניין רוחני, מדובר על תחום שנועד להגן על נכסים מופשטים ולא פיזיים. יש לכך נפקויות מבחינת סוג ההגנה, היקף ההגנה, חוסר הבהירות לגבי היקף הזכות הקניינית. מבחינה משפטית מדובר בתחום שמעורר הרבה קשיים (להגן על משהו מופשט).

כשמדברים על קניין רוחני נהוג לדבר על 5 תחומים מרכזיים (יש גם תחומים צדדיים):

1. **דיני זכויות יוצרים** – אחד הענפים העתיקים ביותר שעוסק **בהגנה על יצירות**. אנשים יוצרים יצירות כמו ספרים, מוסיקה, יצירות אומנות, סרטים... אדם שיוצר יצירות יכול לקבל הגנה דרך זכויות יוצרים. עם השנים היקף ההגנה התרחב כמו למשל תוכנת מחשב: עדיין דיני הקניין הרוחני נתנו לה בית.
2. **דיני פטנטים** – **הגנה על המצאות**, הענף המשפטי שמגן על חידושים טכנולוגיים = המצאות של מוצרים או תהליכים בתחומים טכנולוגיים מסוימים. יש הגבלות כשירות חשובות לגבי ההגנה שנותנים על המצאות. בשונה מזכויות יוצרים, בדיני פטנטים אם המצאת המצאה שעומדת בדרישות כשירות אתה צריך לעבור הליך בדיקה מדינתי. דיני פטנטים זו הגנה יקרה מאוד מבחינת המחירים שלה לחדשנות. לכן הגנת הפטנט החזקה מאוד ניתנת לאחר הליך בחינה מדינתי ברשות פטנטים שבוחנת האם ההמצאה עומדת בדרישות.

**באופן כללי**, המצאה שמקבלת הגנה **צריכה להיות** **חדשה**, אבל זה לא מספיק. חדשנות לא מספיקה כי יש ציפייה שתעשה גם משהו לא טריוויאלי – **דרישת ההתקדמות ההמצאתית** – תמציא משהו שלא מובן מאליו לאנשים שנמצאים בתוך התחום. פתרת בעיה שהיה לנו קושי גדול להתמודד איתה. חשוב לדעת כי פטנטים ניתנים מרביתם על **שיפורים** של **המצאות** קיימות. מעט מאוד פטנטים פורצי דרך. למשל: לטלפון יש מאות אלפי פטנטים רק על מכשיר סלולרי.

**פטנטים נועדו בעיקר לתמרץ חדשנות טכנולוגית** – בעיקר חדשנות מסוג שכרוכה בסיכון רב והשקעה. תרופות לדוגמא דורשות עלות פיתוח גבוהה באופן בלתי נתפס: 800 מיליון דולר עד 2.6 מיליארד דולר. עם עלויות פיתוח כאלה גדולות, החברות לא היו נכנסות, וזה בעיקר התמריץ שהפטנט נותן. מצד שני, יש לכך מחירים רבים, רוב ההמצאות לא דורשות עלויות כאלו ועדיין יש הגנה – וכך הם גם מסנדלים חדשנות.

1. **סודות מסחריים** – מדובר **בהגנה מרכזית מאוד**. מדובר בהגנה **רחבה** יותר ו**קלה** יותר להשגה בהשוואה להגנה של פטנטים. היא ניתנת ללא הליך של בחינה והיא ניתנת לכל אדם על כל מוצר שיש לו ערך כלכלי (גם מוצר מידע) שאתה שומר עליו בסוד ונוקט אמצעים סבירים לשמירה על סודיותו. קוקה קולה לדוגמא שרדה מ1880 כסוד מסחרי שמור. בדומה, כמעט כל מידע שנותן ערך כלכלי שאדם שומר עליו בסוד, כמו רשימת הלקוחות של העסק שלי, יכול לקבל הגנה של סודות מסחריים. היתרון הגדול של סודות מסחריים – מדובר **בהגנה שיכולה** **להימשך לנצח** כל עוד המידע לא נחשף (ויש הגנה כלפי חשיפה שלא כדין). קוקה קולה שורדת שנים רבות בדיוק כך. מידע שאפשר לשמור עליו בסוד – אנשים יעדיפו לפעול לפי סודות מסחריים, והיא מאוד רווחת ברוב הסטארטאפים. עלויות הגשת פטנטים גבוהות מאוד. (סוד מסחרי לא רצוי מבחינה חברתית – אם העולם לא יודע על הסוד לא ניתן לשפר אותו. סודות זה דבר נורא, אבל קשה לשמור עליו בסוד. הנדסה הפוכה לדוגמא זה חוקי).
2. **סימני מסחר** – אחד התחומים הכי וותיקים בתחום הקניין הרוחני. ניתן לראות עקבות לכך במאה ה15 והשאה בעיקר באנגליה. סימני מסחר עוסקים בדרך שבה אנשים **ממתגים מוצרים** שלהם **ובהגנה על המיתוג** הייחודי של אותם מוצרים. דיני סימני מסחר נותנים ליצרנים של מוצרים/שירותים לבחור בסימן שיזהה את השיעור/מוצר שהם מוכרים באופן בלעדי איתם כך שאחרים לא יוכלו לעשות שימוש בסימון הזה. הגנה זו באה על רקע של תמריצים, כמו תמריץ **להבדיל ולהשקיע** במוצר שאתה מוכר (אפל לדוגמא – האסתטיקה, האלגנטיות). מדובר בדרך ייחודית ואחר, מה שמעודד השקעה באיכות של מוצרים – אף אחד לא יכול לרכב על השם שלי (מי עדן, נביעות...) אז הדרך הזו בלעדית לי, ואחרים לא יכולים להעתיק ממני דרך זו. זה נותן יתרונות רבים. הנושא הזה משפיע ג על תדמיות, לבישת מותגים... דיני סימני מסחר נתנו כלים לאנשים לייצר גם דברים שהם לא תמיד חיוביים מבחינה חברתית.
3. **דיני עיצובים/מדגמים** – היה מטופל בעבר על ידי פקודת המדגמים, והיום מעוגן תחת **חוק העיצובים החדש** מ-2018 שנכנס לתוקפות אחרי הליך חקיקה ארוך. חשוב לדעת כי חוק זה מבוסס על ההסדרים שנמצאים באירופה ביחס לעיצובים. ההגנה שניתנת דרך חוק זה היא לעיצובים תעשייתיים של מוצרים – **הדרך שבה אתה מעצב מוצר** (אצלה אסתטית, כיסא, נורה). מדובר בעיקר במראה של המוצר, מאפיין חזותי שלו (צבע, צורה, עיטורים...). אנו נראה גם שיש דרישות בחוק לגבי אותם עיצובים – 2 דרישות משמעותיות מצטברות: **עיצוב חדש** – לא היה קיים לפני הגשת הבקשה, ו**צריך להיות לו אופי ייחודי** – תנאי שהוצג בחקיקה/תקינה האירופאית. הוא צריך ליצור רושם כללי שהוא שונה מהרושם הכללי שיוצר עיצוב אחר. הגנה זו נותנת למעשה **בלעדיות למעצב**. חוק זה יצר הגנה לא רק על עיצובים שנרשמים, אלא גם **הגנה על עיצוב שהוא לא רשום** – משהו שהוא יחסית מאוד חריג (לפרק זמן מאוד קצר). המודל זהה למודל האירופאי. מעניין לראות שרוב השימוש נעשה בערוץ הלא רשום.

**עיצובים, סימני מסחר ופטנטים** – בשלושתם יש **מסלול שהוא רשום** (צריך להגיש בקשה, לעבור הליך בחינה ולקבל הגנה). יש לפנות לרשות שנותנת הגנה זו.

למעט פטנטים, **גם בסימני מסחר וגם בעיצובים** – **יש מסלול לא רשום**. מסלול בו לא צריך להגיש בקשה לרישום וניתן לקבל הגנה אוטומטית אם אתה עומד בדרישות סף בלי בקשה לרישום ובלי הליך בחינה.

**דיני זכויות יוצרים**

דיני זכויות יוצרים הוסדרו בעבר על ידי **חוק זכויות יוצרים 1911** (חוק מנדטורי) עד שנת 2007. בחוק זכויות יוצרים 1911 לא היה טלוויזיה, ושופטים ניסו לשחק עם זה. הצלחנו לחיות בלי חקיקה מודרנית עם חוק מ1911! חוק זכויות יוצרים ב2007 עבר הליך חקיקה ארוך של 15 שנים. חוק זה הביא עדכונים רבים ביחס לטכנולוגיות חדשות, אבל לא היה שם שינוי רעשני בהשוואה להסדרים שהיו בחוק המנדטורי. זכויות יוצרים זה התחום הכי דינמי מבחינת שינויי חקיקה והתאמה לטכנולוגיות חדשות.

**בתחילת דרכם**, דיני זכויות יוצרים התחילו בבלעדיות מאוד קצרה לניצול – הם התחיל בענף משפטי שנתן אפשרות לייצר עותקים מיצריות למשך 14 שנים (Copy Right). זה התחיל מענף שאפשר לעשות צנזורה על ידי השלטון (אנגליה) – אפשרו לאנשים לייצר עותקים מדברים שאהבו, ודברי כפירה לא אפשרו להדפיס אותם. **היה למעשה מדובר** **בחקיקת צנזורה – שליטה על חופש ביטוי**.

בהמשך הדרך – יש התפתחות טכנולוגית, ואנו רואים תעשיות שלוחצים לקבל הגנה חזקה יותר. **מזכות בלעדית אחת** ל14 שנים זה הופך להיות **7 זכויות בלעדיות** שנותנות מגוון זכויות בלעדיות ליוצר לתקופת זמן ארוכה מאוד – **חיי יוצר + 70 שנה מרגע מותו**. גם הרבה שנים אחרי המוות ניתן לאכוף זכויות אלו. **תיקון מס' 5** שינה את אמצעי האכיפה – הוגברו אמצעי האכיפה (זה לא עושה את העבודה). מדובר במלחמה, אבל הרבה פעמים היא מוצדקת לדעת המרצה. מצד שני דיני זכויות יוצרים **הלכו רחוק מידי** – לא נגנוב טלפון מארנק אב לאין לנו בעיה להוריד. פיראטיות כוללת צדדים חיוביים ושליליים, אבל זכויות יוצרים כוללים הכי הרבה דינמיות ובעיות לא פשוטות מבחינת אכיפה.

**מה מוגן בזכויות יוצרים?**

**ס' 4 לחוק זכויות יוצרים** – מסגרת ההגנה על יצירות שמציב דרישות-סף שאם אתה עומד בהם אתה מקבל הגנה מיד. יצירה שעומדת בשלושת הדרישות הבאת תקבל הגנה.

1. **דרישת המקוריות**.
2. היצירה צריכה להיות אחת מארבעת סוגי היצירות שהחוק מונה (רשימה סגורה, אבל ההגדרות שלהן הן בצורה של יצירות פתוחה – **ספרותית** (ספר), **אומנותית** (תמונה/פסל), **דרמטית** (קולנוע) ו**מוסיקלית** (מוסיקה, לחן).
3. **דרישת הקיבוע** – יש ליצירה לבוש מוחשי כלשהו – קיימת באופן פיזי. צילום, עותק במחשב.

יצירה מקורית – יצירה שעומדת ב3 דרישות משנה. היא התפתחה במשפט הישראלי.

1. **מקור היצירה ביוצר** - המקור של היצירה חייב להיות היוצר, **ולא בהעתקה**. אני רוצה שתיצור משהו שלך. **השופט לוין** אמר כי אין דבר כזה מקורי לגמרי – כולנו מושפעים מדברים.
2. **תוצאה מהשקעה כלשהי של היוצר** – מדובר בדרישה **מינימלית**. צריך מאמץ מינימלי.
3. **דרישת היצירתיות** – רכיב שהתפתח בפסיקה (בדין הישראלי: **הילכת אינטרלגו בשנת 1994**). כאן הפסיקה דורשת שהיצירה תשקף את עמלו הרוחני של היוצר. מדובר בדרישה שהכי קשה להגדיר אותה (באמצעות דוגמאות) אבל זו גם דרישת רף **מינימלית**.

**בדיני זכויות יוצרים** **אין צורך להגיש בקשה** – ההגנה ניתנת אוטומטית. אין גם דרישות פורמליות לגבי ההצגה של היצירות – לא חייבים לרשום. הדין הבינלאומי אוסר להציג דרישות פורמליות כתנאי להגנה. במידה ועמדת על דרישת המקוריות, היצירה היא תוצאה מהשקעה ויצירתית – תקבל הגנה של זכויות יוצרים על היצירה.

**מטרת ההגנה היא לתמרץ יוצרים** ליצור יצירות מקוריות ולהעשיר את עולם היצירות.

חשוב גם לדעת שדיני זכויות יוצרים **לא מגנים על כל דבר בתוך יצירה**. בהקשר הזה, בדיני זכויות יוצרים יש שורה של נושאים שהחוק מחריג מההגנה. ההבחנות הקלאסיות היא ההבחנה בין רעיון לביטוי, וההבחנה בין עובדות ונתונים מול ביטוי. ביטוי מוגן בזכויות יוצרים, אבל עובדות ורעיונות ביצירה לא מוגנים בזכויות יוצרים.

**מהות המידע המוגן** - המרצה מציינת כי מדובר בענף שהוא מופשט – **המוצר הפיזי הוא לא מה שמוגן.** בהקשר זכויות יוצרים – כשאני כותב ספר לא כל מה שאני כותב מוגן בזכויות יוצרים. יש רכיבים בספר שהם מוגנים, ודיני זכויות יוצרים נותנים הגנה ל**ביטוי ביצירה**. בספר לדוגמא, כל עובדה או נתון בספר לא יקבל הגנה. כל המידע העובדתי שגלום ביצירה הוא בנחלת הכלל.

**מעבר לכך,** צריך להבין כי ביצירות לא כל רעיון שנמצא ביצירה הינו מוגן. **לעומת זאת, הביטוי הרעיוני הוא מוגן**. **למשל**, כל הסרטים של גיבורי העל – יש כל מני סרטים וסיפורים על גיבוי על, הסיפור הוא אותו סיפור. גיבורי על היו גם בתנ"ך. הרעיון של גיבור על הוא רעיון בסיסי שנמצא בנחלת הכלל ודיני זכויות היוצרים לא יתנו עליו הגנה. אבל כשזה מתחיל להיות דמיון בפרטים, האישיות, הדמות... זה מתחיל להיות ביטוי שהוא מוגן.

**ההבחנה הבסיסית - איך מבחינים בין רעיון לביטוי**? בריקוד יכול להיות שיהיה צעד בסיסי שיהיה רעיון לא מוגן, אבל **הביטוי ברצף של צעדים מוגן**. דיני זכויות יוצרים **לא רוצים לתת הגנה למשהו שהוא אבני בניין בסיסיים**. יש כאן ניסיון לעשות איזון בין יוצר נוכחי שאנו רוצים לתמרץ לבין יוצרים אחרים שנרצה לתמרץ. אם צלחתי את דרישות הסף יש לי יצירה מוגנת בחוק זכויות יוצרים.

מעכשיו עד **70 שנה** אחרי מותי יש לי שורה של זכויות בלעדיות מ2 סוגים:

**זכויות כלכליות וחומריות** – שורה של זכויות שנותנות לי יכולת לנצל את היצירה בסוגים שונים.

**זכויות מוסריות** – מגנות על אינטרסים אישיותיים של היוצר.

**הזכויות הכלכליות של היוצרים** – מנויות ב**ס' 11 לחוק זכויות היוצרים**. הזכויות התרחבו מ1 ל7, ובעתיד המרצה חושבת שיהיו יותר. הזרמה לדוגמא אסורה מצד המזרים, אבל לא מצד מי שצופה בהזרמה (להערכת המרצה זה ישתנה בקרוב).

הזכויות הבלעדיות שקיימות בחוק:

1. **העתקה** (זכות ליצור עותקים): אם יצרתי את הארי פוטר, זוהי הזכות הבלעדית שלי ליצור עותקים.
2. **זכות הפרסום הראשוני של היצירה**: היוצר מחליט מתי היצירה תראה את האור לראשונה.
3. **זכות הביצוע הפומבי**: כל השמעה או הצגה בציבור תחת היצירות שהחוק מונה. ביצוע פומבי למשל בטקס הסיום שלנו, המרצה מחליטה לקום ולשיר שיר של שלמה ארצי – מדובר בביצוע פומבי (יש חריג של מוסדות חינוך).
4. **זכות השידור**: לגומא גלגל"צ משמיעים מוסיקה כל היום. זכויות לשדר יצירות גם הן מוגנות. זה מאוד חזק בנושא המוסיקה, כל מי ששם מוסיקה בבית קפה, חייב להיות להם רישיון.

סביב זכות השידור יש התפתחויות טכנולוגיות חדשות – ב2007 חשבו בעיקר על שידורי טלוויזיה ואינטרנט, אבל לא חשבו על **הזרמה** (Streaming). בישראל בסוף הכניסו את ההזרמה.

1. **העמדת יצירה לרשות הציבור** – מדובר בזכות בלעדית חדשה שנוצרה לאינטרנט. כל הנגשה של יצירה באינטרנט – אתה מעלה סרט באתר הורדות, העלאת מאמר של המרצה להורדה. (המרצה מדברת על חוש ההומור של המרצים – כאשר לה יש את חוש ההומור הכי מפותח).
2. **עשיית יצירה נגזרת** – יצירות נגזרות זאת ההרחבה הכי גדולה של הזכויות הבלעדיות של יוצרים, כאשר כאן מדובר בעשייה של יצירה שמבוססת באופן מהותי על היצירה המקורית. כאן למעשה אתה לא יכול ליצור יצירה אחרת שאינה העתקה אבל מבוססת באופן מהותי על היצירה המקורית. תרגום יצירה זה יצירה נגזרת. סרט שמבוסס על ספר זה יצירה נגזרת. Fanfic גם יכול להיחשב כיצירה נגזרת. עם זאת, הם לא יכולים לתפוס את ראש האנשים.
3. **זכות ההשכרה** – פעם היו חנויות וידאו שהיו משכירות סרטים. מדובר במשהו שכבר מת. יצרו זכות בלעדית ליוצר לגבות תמלוגים על השכרה למטרה מסחרית. גם לנטפליקס יש תמלוגים ורישיונות בצורה דיגיטלית – זה נחשב להשכרה.

אם יצרת יצירה מקורית, אתה תקבל את כל 7 הזכויות הכלכליות הללו.

**זכויות מוסריות של היוצרים** – מדובר בזכות משפטית אכיפה שמקבלים עליה פיצוי. זכויות אלו נובעות ממניעים אישיותיים של היוצר.

1. **זכות הייחוס:** אומרת שליוצר יש זכות שהיצירה תיוחס לו.
2. **זכות לשלמות היצירה**: הזכות של היוצר שלא יעשה בה סילוף או שינוי שיש בהן כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר. זה עולה הרבה בהקשר של **יצירות אדריכליות** – אם אתה רוצה לשנות עיצוב של הבית שלך שעוצב על ידי אדריכל – הם תמיד יגישו תביעות של פגיעה בכבוד וברגישות (**אגם בכיכר דיזינגוף**). ההסרה פוגעת בשלמות היצירה.

בתי המשפט זורמים עם היוצרים – מדובר בהגנות כלכך חזקות שכך **בדין האמריקאי** יש הגנות כאלו רק לגבי סוג יצירה אחד, וכל השאר אין. **בישראל אימצו מודל מתון**. **באירופה** יש מדינות עם יותר זכויות.

**משך ההגנה בזכויות יוצרים** - חיי יוצר + 70 שנה אחרי מותו. יש הגנה לגבי יצירות רבות משתתפים (לפי האחרון מהקבוצה).

**הפרה של זכויות יוצרים** - מתרחשת כאשר מישהו עושה פעולה שנכנסת לגדר אחת מהזכויות הבלעדיות. אנו נראה כי **הטכנולוגיה** יצרה הרבה **דוקטרינות של הפרה עקיפה** (אדם מקים אתר לשיתוף קבצים, נוצרו דוקטרינות להכרה באחריות עקיפה שמבוססים על דוקטרינות נזיקיות).

**מעשים מותרים** – אלו שימושים מותרים. החוק הישראלי הוא דווקא בין החוקים הכי טובים בעולם מבחינת היקף ההגנות שהוא נותן לאנשים. הוא נותן לאנשים שורה של שימושים מותרים שמותר לאנשים לעשות למרות הגנת זכויות היוצרים – **ס' 18 ו22 לחוק**.

ההגנה החשובה שנדבר עליה היא **הגנת השימוש ההוגן** – הגנת הסל שנותנת **הכי הרבה הגנות** למשתמשים. **מצד שני** מדובר בהגנה **עמומה** למדי. יש **שורה של מטרות** שניתן לעשות שימוש ביצירה (דיווח עיתונאי, מחקר אקדמאי, ביקורת, פרודיה..) **מצד שני**, אם הם נחשבים להוגנים זה לא הפרה של זכויות יוצרים. זו הגנה עמומה שכוללת שורת מטרות ומבחני הוגנות – שילובם הוא לא פשוט. רק בפרודיות כנראה לא תקבל זכות יוצרים אבל המשפט ייתן לך הגנה.

**סעדים** – הסעדים שמקבלים מבחינה משפטית הם **צווי מניעה ופיצויים**. בדיני זכויות יוצרים, רק בישראל וארה"ב יש פיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק – 100,000 ₪, ובנוסף יש **צווי מסירה וצווי השמדה** שניתן לקבל (**שלום לרנר**, הספר על דיני שטרות, מישהו יצר עותקים מפרים). תמונות/צילום זה מה שתובעים הכי הרבה – כי זה הכי קל, ולא צריך להוכיח נזק – 30,000 ₪.

**דיני פטנטים**

**חוק הפטנטים מ1977**. חוק הפטנטים הישראלי חל בטריטוריה הישראלית. יש משטרים אחידים אבל יש ווריאציות בין מדינה למדינה. יש החמרה של תנאים במדינה אחת ביחס לפטנטים ביחס למדינה אחרת. אירופאים ידחו בקשת הגנה על תוכנה ובאמריקה יקבלו.

**ס' 3 מגדיר מה כשיר להגנת פטנט** – המצאה בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך בכל תחום טכנולוגי, שהיא חדשה, מועילה, ניתנת לשימוש תעשייתי ויש בה התקדמות המצאתית (דרישות הסף)

**במילים אחרות** - המצאה שהיא כשירת פטנט היא **מוצר או תהליך בכל תחום טכנולוגי** (צמצום, לא כל מוצר כשיר אלא רק משהו שרלוונטי לתהליך הטכנולוגי), כאשר דרישות הסף החשובות הן **חדשנות** (המצאה לא התפרסמה בפומבי בישראל ומחוצה לה – לא ידועה בעולם)...

המרצה תשלח משימת קריאה לשיעור הבא.

05.03.19

**שיעור 2 – המשך מבוא, דיני פטנטים - יפעת (מתרגלת)**

**סעדים (זכויות יוצרים)** – יש צווי מניעה, פיצויים, פיצויים סטטוטוריים, צווי מסירה וצווי השמדה. בעל הזכויות ירצה גם לגבל פיצויים וגם ירצה למנוע את המשך ההפרה – שביהמ"ש יוציא צו מניעה. אני לא אדע כמה עותקים המפר מכר, ולכן החוק מאפשר לנו לקבל פיצויים סטטוטוריים – ללא הוכחות נזק, עד 100,000 ₪ (כמעט תמיד זה לא מגיע לסכומים האלה, לא במדינת ישראל לפחות). היה בזמן האחרון משהו עם מרצ שהשתמשו בצלם לתמונה. צלמים מספקים תיקים רבים בקניין רוחני.

צווי מסירה וצווי השמדה זה גם צווים שעושים בהם שימוש רב. אם יש 100 עותקים מפרים ארצה לאסוף אותם. צווי השמדה עושים המון – לוקחים את העותקים המפרים ומשמידים אותם.

**המשך דיני פטנטים** – יש לנו התפתחות טכנולוגית שמקשה על אנשים להבין איך ההמצאה עובדת. **חוק הפטנטים** מעודד את הממציא לגלות את המצאותו. כאשר אדם ממציא המצאה ומגיש אותה לרשם הפטנטים הוא מגלה לרשם הפטנטים איך הוא המציא – איך ההמצאה עובדת. הוא לא יודע אם הוא יקבל פטנט בסוף התהליך. **במשך שנה וחצי המצאתו סודית**. אם אחרי שנה וחצי ההמצאה לא מתקבלת – מה שהוא הגיש נותר פתוח לציבור.

1. **זה מעין עסקה לממציא** – תגיש לנו את כל הידע שלך (איך זה עובד, שרטוטים...) ואנו ניתן לך מונופול ל-20 שנה וכך זה יגיע לידי הציבור – אנו רוצים להתקדם.
2. היום עבור רוב הפטנטים ששווים כסף רב, **מושקע כסף רב במחקר ופיתוח**. טלפון סלולרי כולל פטנטים רבים שעולים מיליארדי דולרים לפתח. החברות לא ייקחו את הסיכון אם הן לא יקבלו את הפטנט - לא יהיה להם אינטרס. מהרגע שתרופה הוכחה כעובדת, ניתן בקלות להפיץ אותה לציבור.

לפי **ס' 3 לחוק** – פטנט הוא:

* **אמצאה**
* בין שהיא **מוצר** ובין שהיא **תהליך**
* **בכל תחום טכנולוגי**

תהליך בחינת הפטנט לוקח **3 שנים**. עורך הפטנט בדר"כ משקיע 24 שעות בבחינת כל פטנט – בחינת ההיסטוריה של הפטנט, הידע שהיה קיים, כמה זה חדש.... בדר"כ מבקשים מממציא הפטנט להגיש מסמכי רקע. רוב הפעמים בוחן הפטנטים מסתמך על מידע זה. מה שנכתב בבקשת הפטנט זה היקף ההגנה שניתן.

הערות:

1. **מושג ההגנה** צריך להיות קשור **לטכנולוגיה.**
2. ההגנה ניתנת גם **לרעיון שבבסיס היצירה וגם לפיתוח שלו** (לעומת זכויות יוצרים – אין הגנה על הרעיון)
3. מה שלא ניתן להגנה – **חוקי טבע**.
4. המטרה של ההגנה זה **לעודד חדשנות**.

**התנאים לרכישת ההגנה:**

דרישות סף מפורטות ב**ס' 3**. על האמצאה להיות:

* **חדשה**, (לא נתפרסמה בפומבי, בין בישראל ובין מחוצה לה).
* **מועילה**, (הפטנט שלי מאפשר לסטודנט לשבת באופן נוח ולהטעין את הטלפון).
* **ניתנת לשימוש תעשייתי** (וזה שזה אשכרה עובד – אם לא עובד, הפטנט לא יתקבל).
* **יש בה התקדמות המצאתית** (התקדמות שאינה נראית כעניין המובל מאליו לבעל מקצוע ממוצע בתחום. אם עדי כשרברב הייתה חושבת לחבר 2 חלקים באופן שמשדרג את הצנרת אבל כולם היו חושבים לעשות כך לא היינו מקבלים הגנה פטנטית).
* קיימת גם **דרישת רישום ברשם הפטנטים** (עלויות גבוהות).

**סעיף 1 - זכויות שניתנות לבעל הפטנט**

* **ייצור** האמצאה.
* **שימוש** באמצאה.
* **הצעה למכירה** - ההצעה למכירה נראה כמו סעיף מיוחד – מספיק שהצעת אותו למכירה (ולא מכרת), כבר הפרת את הפטנט.
* **מכירה.**
* **ייבוא** למדינה אחרת.

המונופול שנותנים לבעלי פטנטים הוא חזק במיוחד בהשוואה לזכויות יוצרים.

**מי שמגיש את הפטנט ראשון – הוא יזכה להגנה.** בארה"ב פעם היה כלל שהראשון שהמציא הוא בעל ההגנה ולא הראשון שהגיש, והיה על כך ליטיגציה. עכשיו זה ראשון להגיש בכל העולם.

**סעיף 52 - משך ההגנה**: הגנת הפטנטים היא למשך 20 שנה. לוקח 3 שנים לאשר פטנט – אז **17 שנה**. ייצור תרופה זה עוד פחות זמן כי לוקח זמן לאשר את התרופה לשימוש ושיווק לבני אדם.

הרבה פעמים, כאשר מגישים את הבקשה החברה עצמה לא יודעת מה הם יעשו עם זה. ויאגרה נרשמה כפטנט כאשר ייעדו את התרופה בכלל למשהו לשריר אוטם לב. גילו שיש לה תופעת לוואי אחרת לגמרי, אבל לפי בקשת הפטנט המקורית זה נועד למשהו אחר.

**מעשים מפרים**:

* **ניצול ההמצאה** בכל אחת מהדרכים שציינו בהתאם לתביעות המפורטות בפטנט (ולא לפי איך שהמוצר משווק בפועל).
* אם הגשתי בקשה לפטנט עם שולחן והטענה לטלפון סלולרי ושיניתי, והפטנט שונה מהמוצר המשווק, ההגנה תינתן רק על מה שהגשתי ולא על המוצר שהגשתי עם הכיס לטלפון. לכן **מנסחים את התביעות להגשת פטנט באופן עמום ורחב**. עורך פטנטים טוב ינסה להגדיר זאת בצורה הרחבה ביותר אך לא רחבה מידי. בדר"כ עורך הפטנטים בקשר עם הרשם. אם זה יהיה צר מידי כל אחד יוכל לעקוף זאת.

**מעשים מותרים**:

גם בפטנטים יש חריגים לשימוש (מעשים מותרים). בארה"ב כמעט ולא מכירים בחריגים ובישראל כן.

* **ס' 117 ו-119 - שימוש באמצאה במקרים בהם הפטנט נוצל לרעה על ידי בעל הפטנט** - תמחור במחירים גבוהים מדי, או מניעת שימוש על ידי הציבור, אז יינתן **רישיון כפייה** ע"י הרשם.
* **סעיף 1 - פעולה שאין לה אופי והיקף עסקי** – אם ננסה לשחזר פטנט במסגרת הוראה/ניסוי, זה לא יהיה הפרה של פטנט.
* **שימוש ניסיוני** – מישהו רוצה שהדיסק און קי יהיה אלחוטי לדוגמא. כדי לעשות זאת נצטרך לקחת אמצאה מוגנת, לפרק אותה ולעשות בה דברים שלכאורה אסור לי לעשות, אבל במקרה הזה יהיה לי מותר לעשות זאת כיוון שמדובר בשימוש ניסיוני בהמצאה שהמטרה שלו לשפר או לפתח המצאה אחרת (הוא לא מתיר לי לשווק באופן שדורס את הפטנט, זה רק השימוש הניסיוני).
* **ס' 54, תיקון טבע - פעולה ניסיונית במסגרת טיפול להשגת רישוי** – אומרים שמטרת התיקון היא לעודד את חברת טבע לפעול. **לדוגמא**, נגיד שלפייזר יש תרופא מדהימה שהפטנט שלה הולך להיגמר אחרי 4 שנים. טבע מחכה ליום שבו התרופה פוקעת. לפני שהפטנט פוקע, טבע יכולה להשתמש בתיק של פייזר כדי לקבל רישוי. טבע יכולה אפילו לייצר ולשווק במחסנים!. יום אחרי זה טבע יכולה לשווק את תרופתה.

**סעיף 183 - סעדים:**

* צווי מניעה
* פיצויים
* פיצויים עונשיים (מעבר לפיצוי על נזק, לשם הרתעה וענישה)

הפיצויים העונשיים הם הייחוד כאן בהשוואה לדיני זכויות יוצרים – כאן ניתן לעשות רווח משמעותי ומהיר שישתלם לי בהשוואה לזכויות יוצרים, שבו הרווח יהיה נמוך יותר ויקח לו יותר זמן.

**סודות מסחריים – חוק עוולות מסחריות התנש"ט – 1999 – מרים ביטון**

(המרצה שלחה את כל המצגות באתר – מוזמנים להשתמש בהן)

**יתרונות** – משך ההגנה, אין צורך ברישום, לא צריך לענות על הדרישות של פטנט. קוקה קולה לדוגמא כוללת סוד מסחרי.

סודות מסחריים מוסדרים בישראל במסגרת **חוק עוולות מסחריות**.

סודות מסחריים היא **הגנה חשובה** לצד דיני הפטנטים. עושה עבודה מצוינת.

**ס' 5**: *"****מידע עסקי*** *מכל סוג* ***שאינו נחלת הרבים*** *ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל.."*

**זוהי הגנה** **רחבה מאוד** – היא נותנת אפשרות לקבל הגנה על כל מידע שנשמר בסוד בתנאי שניתן לשמור עליו בסוד.

**מטרת ההגנה** – ההגנה על סוד מסחרי מאפשרת שיתוף מידע במקום העבודה, וכך מקדמת יעילות יצרנית (ללא ההגנה – היו חוששים לגלות את הסוג לעובדים)

**הדרישה המרכזית**: בעל הסוד **נוקט אמצעים סבירים** לשמור על סודיותו. **אין צורך ברישום** הבעיה: הקושי הוא בשמירת הסוד.

**הזכות המוגנת** – שימוש במידע סודי ולהפיק ממנו ערך.

**משך זמן ההגנה** – עד חשיפת הסוד.

**מצד אחד** מדובר בהגנה מאוד רחבה שמכסה דברים שלא היו מקבלים הגנה כפטנטים, **ומנגד** כרסום עוצמתה הוא הסודיות – לא כל דבר אפשר לשמור בסוד. קשה להגן על טלפונים סלולריים.

**מצד שני**, אם יש לי תהליך ייצור מאוד יעיל במפעל שחוסך לי עלויות אדירות, קשה מאוד לגלות זאת.

ההגנה התיאורטית יכולה להימשך לנצח (בשונה מהגנת הפטנט).

**עם זאת**, מבחינה חברתית **אנו לא אוהבים סודות** – סודות זה דבר רע מבחינת התפתחות טכנולוגית. דיני הפטנטים דורשים חשיפת מידע עם סיכון לא קטן למגיש הבקשה. הגנת סוד מסחרי לא דורשת הגשת בקשה לרישום או הליך בחינה, ולכן החיסרון הגדול שלה הוא שהמידע נשמר בסוד, דבר שאינו טוב בעקרון.

**תדמית** זה דבר חזק מאוד בסימני מסחר (טעם החיים – קוקה קולה). זה מצחיק כמה זה עובד עלינו חזק. יש צורך לנקוט באמצעים סבירים כדי לשמור על הסוד.

אם הסוד יתגלה **באמצעים לגיטימיים** המידע נחשף לנחלת הכלל.

**הזכות הבלעדית** שיש לי היא **ליהנות** מהמידע **ולהשתמש** בו באופן מסחרי.

**ההגנה** של הסוד המסחרי יכולה להימשך לנצח כל עוד הסוד נשמר.

**מעשים מפרים**:

* **סעיף 6(ב) - "גזל" סוד מסחרי:** – כאשר אדם עובר למקום עבודה אחר ואז נתבע על גזל סוד מסחרי. לא קל לנהל תביעות אלו ולנצח אותם, אבל בדר"כ הסקנדלים הם לא במקרים של ריגול תעשייתי אלא במצבים של יחסי עבודה, עובדים שעוברים ממקום למקום.
* **ס' 6 לחוק** - הפרה של סוד מסחרי מוגדרת בסעיף זה – למעשה, **נטילה** של הסוד המסחרי **ללא הסכמת הבעלים** באמצעים פסולים.
* מעבר לכך ובהמשך לנושא יחסי העבודה, גם **שימוש בסוד מסחרי ללא הסכמת הבעלים** כאשר השימוש הוא בניגוד לחיובים חוזיים או לחובות אמון, גם הוא מהווה הפרה.

בהקשר זה, רוב העובדים בחברות טכנולוגיה שעוסקות במחקר ופיתוח חותמים על **NDA** – non-disclosure agreements.

* **תנאי הידיעה** - כאשר אתה מקבל סוד מסחרי ומשתמש בו ללא הסכמת הבעלים כאשר המשתמש יודע כי הסוד הועבר אליו באופן אסור. (אם לא ידעתי זה לא יהווה הפרה).

**הגנות – מעשים מותרים כנגד הפרה של חוק מסחרי**:

* **גילוי עצמאי** - בשונה מהגנת הפטנט, גילוי עצמאי של המידע לא מהווה הפרה של סוד מסחרי. גילוי עצמאי זה לא הגנה בפני פטנט אבל כן בפני סוד מסחרי. יצירה עצמאית היא הגנה מפני זכויות יוצרים.
* **הנדסה חוזרת** – לפרק/לנתח מוצר/תהליך כדי לגלות את הסוד המסחרי, וזה מותר.
* **ס' 7 לחוק עוולות מסחריות** – *"הידע הגלום בסוד המסחרי הגיע לאותו אדם שנטען כי הוא מפר במהלך עבודתו אצל בעל הסוד המסחרי והידע הפך להיות חלק מהכישורים העצמאיים של העובד."* מדובר למעשה **במתח בין חופש העיסוק של האנשים להגנה הקניינית על הסוד המסחרי**. אם אדם קיבל כישורים ונחשף לידע סודי, ידע זה יכול להפוך להיות **חלק מהמיומנות שלו ומה שיש לו להציע כעובד**. בהקשר זה לא יהיה מדובר בהפרת סוד מסחרי, וזה סעיף שאין עליו פסיקה רבה.

**סעדים כנגד הפרה של סודות מסחריים**: צווי מניעה, פיצויים, השבה של רווחים ועוד...

**סימני מסחר**

מדובר בנושא מרתק במיוחד ועולה הכי הרבה בפסיקה בארץ דרך פקודה מנדטורית שעברה חקיקה מחדש בארץ – **פקודת סימני מסחר**.

**מה שמוגן** בסימני מסחר זה **סימנים** – אותיות, ספרות, מילים, דמויות או אותות אחרים. **צבעים** גם יכולים להיות סימן מסחרי. **צלילים** גם יכולים להיות סימנים מסחריים (נוקיה, אורנג').

בסימני מסחר – **סימן מסחר הינו** **סימן שמשמש לאדם לטובין שהוא מייצר או סוחר בו** – לסמן מוצרים, או לחלופין שירות שאני נותן. סימנים מסוג זה מהווים את הסימן המסחרי.

סימני מסחר כוללים הגנה דרך **פקודת סימני מסחר**. אנו רוצים לעודד את התופעה של סימון מוצרים ושירותים. אנו נראה שההגנה בדיני סימני מסחר הולכת בשני מסלולים – **רשום ולא רשום**.

**רשום** – לפי הפקודה שלפיה אני מגיש בקשה לרשום סימן מסחרי (על הסימן HP לדוגמא).

**לא רשום** – הגנה של חוק עוולות מסחריות. המסלול הנ"ל הוא **מסלול נזיקי** – **עוולת גניבת עין**. מדובר במסלול זהה למסלול של סימני מסחר לא רשומים. הוא דורש הוכחה של מוניטין והטעיה (עוולה נזיקית שהייתה פעם בפקודת הנזיקין והיום היא בעוולות מסחריות **סעיף 1**).

המסלול הרשום נותן הרבה יותר הגנות וחיים קלים לתובעים (אתה לא חייב להוכיח מוניטין). אבל עדיין קיימים שני מסלולים.

הגנת סימני מסחר נוצרה מ-3 סיבות מרכזיות:

1. **לתמרץ יצרנים להשקיע** בייחוד ובידול מוצריהם. כך היצרנים משקיעים עוד במוצרים.
2. **הגנה על צרכנים מפני בלבול**/הטעיה ביחס למקור המוצר.
3. **הורדת עלויות המידע לצרכן** (שיבולת הנמל – בלבול).

**התנאים לרכישת הגנה בסימני מסחר**:

כדי לרשום סימן מסחרי הוא צריך לעמוד בתנאי מרכזי חשוב אחד – הוא חייב להיות בעל **אופי מבחין**. אופי מבחין זה **סימן** שיכול להבחין בין הטובין של יצרן אחד לטובין של יצרנים אחרים (גם שירותים, לא רק טובין)

**בנוסף**, יש **לרשום** את הסימן המסחרי, הבקשה עוברת תהליך של **בחינה** והם בודקים האם לסימן יש **אופי מבחין**. אם באמת הסימן בעל יכולת להבחין הוא עושה את העבודה ויהיה כשיר לרישום

ברגע שרשמתי סימן מסחרי/הלכתי למסלול הלא רשום, יש לי זכות לעשות שימוש בסימן ואוכל לעשות בו שימוש באופן ייחודי ביחס למוצרים שלגביהם נרשם הסימן, ואחרים לא יוכלו לעשות זאת בדרך דומה/זהה. מדובר **בבלעדיות**. ההגנה יכולה להימשך **לנצח**. מי שמשתמש בסימן ללא הרשאת בעל הסימן בצורה זהה או דומה – יש מעט מאוד שימושים מותרים, כמו שימושים ללא מטרת רווח. המעשים המותרים הם מאוד מצומצמים לפי פקודת סימני מסחר, בעיקר בגלל הרחבה שהייתה שמונעת שימושים לא מטעים בסימונים.

**הסעדים** הם צווי מניעה, פיצויים, ויש עוד סעדים נוספים כמו השמדה של נכסים. מעבר לכך, יש סעדים של עיכוב טובין במכס – לרשויות יש יכולת לעכב סחורות שהם חושבים שמפרות סימני מסחר.

19.03.19

**שיעור 3 - זכויות יוצרים**

היום נתחיל לדבר על זכויות יוצרים בהרחבה (מצגת 2).

**תיאוריות של זכויות יוצרים**

דיני זכויות יוצרים באופן עקרוני הם דין, כמו בדינים אחרים בקניין רוחני, מנסים לנוע כל הזמן על איזון בין מתן תמריץ ליצירה חדשה וכמובן בו"ז לאפשר גם לאחרים לעשות שימוש ביצירות אחרות לצורך פיתוח של יצירות חדשות. אני רוצה לתמרץ יוצר חדש באמצעות הגנה על יצירה ומנגד מנסים לתת תמריץ ליוצרים נגדיים לבנות על יצירות קיימות. תמיד יש את המתח בין תמריץ ליצור בין תמריצים לתת גישה ליצירות. נראה מתח זה בכל מני דוקטרינות של זכויות יוצרים שמנסות לעשות את האיזונים ולקיים אינטרסים מנוגדים אלו.

כשמסתכלים על הבסיס התיאורטי של זכויות יוצרים, יש מספר הצדקות עקרוניות לדין:

* **ההצדקות המסורתיות** - הצדקות שקשורות לתיאוריות של זכויות טבעיות – **תיאוריית העבודה ותיאוריית האישיות**. אלו ההצדקות המסורתיות של דיני זכויות יוצרים. בעיקר מדינות כמו אנגליה, נורדיות כמו דנמרק. תיאוריות אישיות חזקות בגרמניה וצרפת.
* **ההצדקות כלכליות** – טיעון, תמריץ.
* **תיאוריות דמוקרטיות**.

**ההצדקות המסורתיות**:

1. **תיאוריית העבודה­**  - מקושרת להוגה **ג'ון לוק** שדיבר על הזכות כקשורה לזכות קניין. אם מישהו משקיע משאב, המשאב עובר מהעולם ששייך לכולם למי שהשקיע משאב. לוק התנגד לבזבוז (סייג), ואמר שצריך להשאיר מספיק גם לאחרים – שגם להם יהיה גישה למשאבים. אם השקעת משאבים יש לך זכות לקבל בעלות על התוצר. (יש ביקורת מ**נוזיק** – קטצ'ופ ואוקיינוס). עבודה יכולה להיות הצדקה מוסרית, אבל השאלה למה זה צריך להיות זכות קניין? זה לא מתבקש. לא כל עבודה היא טובה או מייצרת משהו טוב. עבודה הייתה הצדקה מאוד משמעותית בזכויות יוצרים בתחילת דרכן (**הלכת קמרון** – השופט השתמש בכך כהצדקה מרכזית). בשנות ה-70-80 תיאוריית העבודה חזקה גם בפסיקה הישראלית.
2. **תיאוריית האישיות** – מקורותיה באירופה הקונטיננטלית, תיאוריה זו אומרת שאדם זקוק לקניין/נכסים לצורך הגשמה עצמית. ביחס לנכסים כמו זכויות יוצרים – **יצירות נתפסות כחלק שמשקף את האני**, ותיאוריית האישיות אומרת שצריך להגן על הקשר החזק בין אדם ליצירותיו, כי יצירה משקפת את העולם הפנימי של היוצר. מבחינה אופרטיבית, תיאוריית האישיות הצמיחה את כל הענף של **זכויות מוסריות** של היוצר שבארץ ניתנות בצורה מוגבלת (זכות ההורות והזכות לשלמות היצירה מבוססות על הקשר האישי של היוצר ליצירה). כשנדבר על שלמות היצירה – נדבר על כך שאסור לבצע סילוף או לפגוע בשם, כדי לא לפגוע באישיותו של היוצר.

2 תיאוריות אלו עדיין נוכחות בדין הישראלי, תיאוריית האישיות בוודאי, וחשוב לדעת שהיא נוכחת בדין הישראלי גם אחרי החוק החדש.

1. **הצדקה כלכלית, טיעון התמריץ**: **התיאוריה הדומיננטית בדין הישראלי**, החוק החדש מאמץ אותה כהצדקה – טיעון זה מספר את הסיפור של **הנוסע החופשי**. הטענה כאן היא שבעולם בלי זכויות יוצרים, אם היצירה שלי תונגש לציבור כולם יעתיקו ואף אחד לא יקנה את העותק המקורי. אוציא את הדיסק לשוק, אבקש סכום שקלים. אז מישהו אחר ירכב על היצירה שלי ואין הגנה של זכויות יוצרים, ואז לא יהיה לאנשים תמריץ ליצור. זו ההצדקה לאימוץ דיני זכויות יוצרים. אנשים לא באמת מעניינים אותנו כמו תיאוריית האישיות או העבודה, אבל **אנו חושבים עליהם בצורה מכשירנית** – אני זקוק ליצירות שלהם וכדי לאפשר זאת אני חייב לאסור מדיניות של העתקה. מדובר בהצדקה מאוד דומיננטית בארה"ב והיא באמת חזות הכל. אנו נראה שההצדקה שאתה בוחר לזכויות יוצרים משפיעה על כל הניתוח והגישה, אבל (לצערנו) היום ההצדקה הכלכלית היא ההצדקה הדומיננטית בדין הישראלי היום (עוד מפסק דין משנת **1964 – פסק דין אינטרלגו**, **שמגר** אומר שטיעון התמריץ הוא הבסיס מאחורי דיני זכויות יוצרים בישראל. בהמשך החוק הישראלי אומר זאת).

**עם זאת**, הרבה אנשים פועלים היום בעולם גם **בלי תמריצים כלכליים** – אנשים מייצרים הרבה מאוד תוכן בלי ציפייה לקבל תמורה, קוד פתוח, סיפורי המשך.... הכלכלה החדשה והטכנולוגיות החדשות שינו את הסיפור הכלכלי (לא לגמרי, מצד שני הם גם אתגרו את דיני זכויות היוצרים המסורתיים). אנו רואים שקשה מאוד לאנשים שמייצרים את התכנים לשמר בלעדיות (למרות שיש גם אפשרות להגיע להרבה אנשים). **ההצדקה הכלכלית לא תמיד נכונה** – אנשים לא תמיד מייצרים מסיבות כלכליות ולכן הסיפור הזה לא תמיד מדויק. בסביבה הטכנולוגית החדשה הסיפור השתנה מאוד. אנשים כן צריכים לשמר את יצירתם אבל הם יכולים להגיע להרבה יותר אנשים.

1. **תיאוריות דמוקרטיות** – אומרות שדיני זכויות יוצרים **מעודדות ביטוי** – מאפשרים לאנשים להתבטא ונותנים הגנה על כך. **מצד שני**, ההתנגדות לתיאוריות הדמוקרטיות היא שדיני זכויות יוצרים **מדכאים ביטוי** – אני מונע בדרך מאוד משמעותית את יכולת הניצול של יצירות אלו באופן חופשי. אני מטיל מס מאוד גדול על חופש הביטוי של אנשים אחרים. בעוד דיני זכויות יוצרים אכן מאפשרים דמוקרטיה, הם גם מנגד מדכאים ביטויים בגלל ההגנה שניתנת והמניעה של אנשים לעשות שימוש ביצירות.

זהו הבסיס התיאורטי.

**המסגרת הנורמטיבית של זכויות יוצרים**

**חוק זכות יוצרים, התשס"ח 2007** (להוריד גרסא עדכנית, השתנה הרבה לאחרונה), **ופקודת זכויות יוצרים** (ששדרו ממנה מעט סעיפים) **ופסיקה ישראלית**.

**מהי זכות יוצרים?** **ס' 11** לחוק זכויות יוצרים מגדיר את זכות היוצרים כזכות בלעדית לעשות ביצירה או בחלק מהותי ממנה שורה של פעולות שהחוק מונה. ס' זה הוא ההגדרה למעשה של זכות יוצרים. נראה שזכות מוסרית היא לא חלק מהגדרת זכות היוצרים, ויש לכך נפקויות בהמשך לעניין שורת נושאים.

מדובר למעשה בזכות בלעדית לעשות את **7 הפעולות שמנויות בס' 11**. נדבר על פעולות אלו בהרחבה – העתקה, פרסום, ביצוע פומבי, שידור, העמדת היצירה, יצירה נגזרת והשכרה.

**דרישות הסף להגנת זכויות יוצרים** – **ס' 4 לחוק זכויות יוצרים** אומר כי זכות יוצרים תהא ביצירות שמקיימות 3 דרישות עקרוניות:

1. שתהיה יצירה שהיא **אחת מארבעת סוגי היצירות שמנויות בחוק** (ספרותיות, אומנותיות, דרמתיות או מוסיקליות)
2. דרישת **הקיבוע**
3. דרישת **המקוריות**

**דרישת המקוריות** **(ס' 4 בחוק זכויות יוצרים)**

ראינו בתמצית בשיעורי מבוא שדרישת המקוריות נוגעת ב3 דרישות משנה שהמרצה הזכירה, והמרצה רוצה שנרחיב על כך היום. דרישת המקוריות לא הוגדרה בעבר, היא תמיד הייתה פרי פיתוח פסיקתי, והיא עדיין ניתנת לפיתוח אחרי החוק החדש. החוק לא מגדיר אותה בשום מקום, אבל חשוב לדעת שמדובר **בדרישת סף מינימלית – לא דרישת סף מהותית**. היא לא דורשת יותר מידי ולכן לרוב נצלח אותה. הפסיקה עסקה בדרישה זו במספר פסקי דין.

בעבר, תיאוריית העבודה שלטה בדין הישראלי, ולכן דרישת המקוריות התמקדה בדרישות מינימליות יותר ממה שאנו מכירים היום. בעבר דרישת המקוריות הסתפקה באופן עקרוני ב2 רכיבים מרכזיים:

1. **רכיב המקור** – שמקור היצירה יהיה ביוצר.
2. **רכיב ההשקעה** – שהיצירה תשקף השקעה של משאבים שונים של היוצר. רכיב זה מבוסס על תיאוריית העבודה (שהייתה משמעותית מאוד בדין הישראלי בשנות ה70-80 בדין הישראלי).

יש 2 פסקי דין ישראלים שמשקפים גישות של עבודה – **מדינת ישראל נ' אחינם (1972)**, ופס"ד בעניין **סטרוסקי נ' ויטמן (1985)** (ויטמן הייתה חברת גלידות פופולרית בילדות המרצה). שני פסקי דין אלו שיקפו את דרישת המקוריות לפי **רכיב המקור וההשקעה** – רכיבי משנה.

**מדינת ישראל נ' אחינם (1972)** – היה רואה חשבון שהוציא חוברת עם **לוחות לחישוב מס** ומכר אותה בשוק. אחרי זמן מה שהחוברת שלו נמצאת בשוק, הוא פתאום נתקל בתחרות לא צפויה - **מס הכנסה** התחיל להפיץ חוברות ברקע והתחרה בו. החוברות שהוציאה המדינה חולקו באופן חינמי ללא תשלום לאנשים, בעוד הוא הוציא חוברות בתשלום. אחינם החליט לתבוע את המדינה על **הפרת זכויות יוצרים בחוברות** (הן היו דומות). **במחוזי** זה התקבל, המדינה ערערה **לעליון** – **השאלה המרכזית** הייתה "האם קיימות זכויות יוצרים בלוחות לחישוב מס"?

המדינה תקפה בכמה ראשים (טענותיה התקבלו). המדינה קודם תקפה את **דרישת המקוריות** (טענה שקשה להעלות, אבל כאן זה הלך לא רע). האם מדובר ביצירה מוגנת? המדינה אמרה שהיצירה לא מקורית ואינה מוגנת. זה לא הלך למדינה, וביהמ"ש על בסיס החוק הישן קבע כי ההגדרה של יצירות ספרותיות בחוק כוללת לוחות וליקוטים, ולכן הוא דחה את טענת המדינה.

מבחינת המבחן שנדרש לצורך הגנה לגבי מקוריות אחינם, ביהמ"ש אומר שנבדוק האם יש יצירה מקורית, וביהמ"ש בהגדרה מתמקד בעבודתו כבסיס למתן הגנה. שאלת המקוריות למעשה סבה סביב **עניין ההשקעה** – האם נעשה כאן מאמץ/השקעה/עמל – כבסיס לשאלת המקוריות. במקרה הזה עולה באחינם שהשקעה של משאב אנושי כלשהו היא השאלה המרכזית שצריכה להנחות אותנו בקביעת מקוריות של יצירה.

מה שקרה בפועל אחרי שביהמ"ש קבע שלוחות המס מקוריים, הוא נדרש לבדוק אם המדינה הפרה והוא אומר לא! המדינה יצרה את הלוחות **באופן עצמאי**. בדיני זכויות יוצרים יש הגנה שנקראת "**הגנת יצירה עצמאית**". 2 היוצרים יקבלו הגנה (בפטנטים זה לא קיים). כאן קבעו שרשויות המס יצרו את החוברת בעצמן. בנוגע ל**דמיון** – הם אמרו שזה לא נובע מהעתקה אלא מפקודת מס הכנסה. דמיון בין יצירות לא תמיד נובע מהעתקה – שנינו השתמשנו במשאב שזמין לנחלת הכלל ובנינו לוחות לחישוב מס.

**סטרוסקי נ' ויטמן (1985)** – פס"ד של **השופטת נתניהו** שעוסק בהגנת זכויות יוצרים **לשלט פרסומת שסטרוסקי מעצבת עבור ויטמן.** הם מכינים שלט פרסומת, ואחרי זמן מסוים ניתק הקשר העסקי בין השניים. אחרי שניתן הקשר ויטמן המשיכה להשתמש ביצירות וסטרוסקי אומרת שהיא מפרה כי אין לה בעלות. ביצירות מוזמנות ברירת המחדל היא שהבעלות היא של המזמין ולא האדם שעשה את העבודה. אז ויטמן טענו בביהמ"ש העליון ששלט הפרסומת שעוצב לנו **אינו מקורי** – לא עשו משהו שהינו יצירה. המעצבים סה"כ השתמשו בחומרי גלם מאוד בסיסיים – פרח, השם ויטמן... זה לא צריכה להיות יצירה מקורית ולכן הם לא צריכים לקבל הגנה בזכויות יוצרים. **ביהמ"ש העליון** **דוחה זאת** ואומר שהרכיבים הנדרשים הם 1) **רכיב המקור** – שמקור היצירה יהיה ביוצר ולא בהעתקה – סטרוסקי, ו2) **רכיב ההשקעה** – סטרוסקי השקיעה משאבים/מאמץ ביצירת שלט פרסומת. בהתקיים תנאים אלו היצירה תהיה מוגנת, ולכן באמת מדובר בהפרה.

בשנות ה70 וה80 אנו רואים למעשה ששני רכיבים אלו של מקוריות, **המקור וההשקעה, הם למעשה דרישת המוקירות בדין הישראלי**, **עד 1994 – אז אנו עוברים מהעבודה להצדקה הכלכלית**.

**פס"ד אינטרלגו** (94) – **שמגר**. מדובר באחד מפסקי הדין הכי חשובים מבחינת פסקי דין, וחשוב להכיר אותו. השופט שמגר מציג את דרישת המקוריות המודרנית – **רכיב המקור, רכיב ההשקעה ורכיב היצירתיות** (לראשונה). התנועה הזאת נעשית על רקע של שינוי ערבי ומעבר בין הצדקות. שמגר אומר כי **עבודה זה לא מספיק כדי להצדיק זכויות יוצרים**. 3 שנים לפני זה התקבל פס"ד **Feist v Rural (1991)** וביהמ"ש העליון עושה מהלכים זהים לאלו שעשה ביהמ"ש העליון האמריקאי – התרחקות מתיאוריות העבודה ומעבר לתיאוריה הכלכלית. עבודה זה לא מפסיק – זה שעבדת לא אומר שתקבל הגנת זכויות יוצרים רק בגלל עבודתך. **בפייסט** היה מדובר **בספר טלפונים גדול** שיוצרו ביקש הגנה (עבר עליו הרבה), וביהמ"ש אמר שזה לא זכאי להגנה. אצלנו ביהמ"ש העליון אומר שההצדקה הכלכלית הוא התמריץ לדיני זכויות היוצרים בישראל, עבודה לא יכולה להוות הגנה. אדם שרק עבד לא יקבל הגנה – זה לא יהיה מספיק. ביהמ"ש העליון הישראלי אומר שצריך יותר – **יצירתיות**.

כל דרישות אלו הן דרישות סף מינימליות, אבל מצד שני הן כן דורשות משהו שהוא יותר מעבודה.

**אינטרלגו** עסק **בהגנה על קוביות לגו**, האם היא יכולה לקבל הגנה בזכויות יוצרים? מדובר בפסק דין יפה כי הוא בתפר. הבית היותר נכון לקוביות לגו זה לא זכויות יוצרים, אלא עיצובים. **שמגר** מדבר על נושא זה בלי סוף – לאינטרלגו היה **מדגם רשום** באנגליה, ההגנה פקעה, ועכשיו הם טוענים במקום טענת מדגמים טענה של זכות יוצרים. השופט שמגר לא משחק לידיהם – מדובר במשהו פונקציונאלי וקשה מאוד להגן על זה בזכויות יוצרים – הגנה של זכויות יוצרים היא מאוד ארוכה. לכן יש **דיני מדגמים** שנותנים הגנה של 15 שנה. השופט שמגר לא מקבל את העסק, ואומר כי לא צריך לתת הגנה לקוביות אלו בדיני זכויות יוצרים. כל עניין ההצדקות של מקוריות וזכויות יוצרים מתעוררים כאן.

**Feist v Rural (1991)** – היה המעבר לדרישות המעודכנות. היה מדובר על **יצרן שיצר ספר טלפונים**. הוא קיבל רשימות של 11 חברות טלפונים, אחת לא רצתה לתת, הוא הלך והעתיק את המאגר בלי לקבל רישיון. עד שנה זו (1991) דיני זכויות יוצרים זה עניין פדרלי מובהק. בארה"ב המדינה מחולקת ל13 מחוזות, ובכל מחוז יש בית משפט פדרלי, וערכאות ערעורים עד ה13. אחרי זה מגיעים לעליון האמריקאי אם ניתנת רשות ערעור. בערכאות ערעורים אלו היו חילוקי דעות אם ספרי טלפונים מוגנים בזכויות יוצרים – **היו כאלו שאימצו את תיאוריית העבודה – השקעה=הגנה**. **מנגד**, בתי משפט אחרים החזיקו בדעה **שצריך קצת יותר ולא ניתן להסתפק רק בעבודה, אלא נדרש משהו מעבר** ולכן ספרי טלפונים ככאלו לא נראים כמקוריים כי הם משקפים השקעה בלבד והיא לא מספיקה.

**ביהמ"ש העליון** קובע כי ההצדקה המרכזית לזכויות יוצרים בארה"ב היא **הצדקה כלכלית**, השקעה לא מספיקה, וספרי טלפונים לא צריכים להיות מוגנים – מאגרים של מידע עובדתי לא מוגנים בזכויות יוצרים. לפעמים דרך הסידור יכולה להיות מוגנת אם היא מקורית, אבל בספר טלפונים רגיל דרך הסיוד והבחירה הוא בדרך כלל לפי הא' ב', וזה לא מספיק. לכן בפייסט ביהמ"ש אומר כי **ספרי טלפונים לא מקוריים** כי מקוריות בדיני זכויות עוברים דרך הצדקה כלכלית. פסק דין זה אומר מה לא אבל גם לא אומר מה כן. הוא כן עוזר לי ואומר שספר טלפונים הוא לא יצירתי, עבודה לא מספיקה, אבל לא מעבר לכך.

**השופט שמגר** מייבא פסיקה זו ומוסיף את **דרישת היצירתיות** – 3 הדברים מתבקשים כדי שתוכל לקבל הגנה בזכויות יוצרים. דרישת המקוריות ב**ס' 4** מפורשת ככזו שמקיימת את 3 היצירות: **מקור היצירה ביוצרה, משקפת משאב אנושי כלשהו ויצירתיות** – שאנו יודעים מ היא לא לפי פייסט. חשוב לזכור שמקוריות קל לעמוד בה, רוב היצירות עוברות זאת וזה כמעט לא עולה.

שלישי 1:30 – לבחור יום שלישי כל שהו, לא שבוע הבא

26.03.19

**שיעור 4**

שבוע הבא ביום שלישי בשעה 13:30 יש שיעור נוסף עד 3. דרישות הסף לחוק זכויות יוצרים ס' 4 לזכויות יוצרים. אנו מדברים על דרישת המקוריות שפותחה בפסיקה ו-3 דרישות המשנה שלה.

דיברנו על פסק הדין בעניין **פייסט** – מקוריות יצירתית, פסק הדין המרכזי שבאמת אומר שעבודה לא יכולה להיות הצדקה והטיעון הוא כלכלי, ופסק הדין בעניין זה אינו טוב מהבחינה שהוא עוסק במקרה שביהמ"ש סבור שזו לא יצירה מוגנת בזכויות יוצרים. הוא אומר מה לא אבל לא מה כן. החלטה זו היא בעייתית כי היא לא נותנת לי הנחיה חיובית. בפס"ד אינטרלגו שמגר מאמץ את פייסט, את התיאוריה הכלכלית כבסיס להגנת זכויות יוצרים בישראל, ושמגר מאמץ את רכיב היצירתיות כרכיב מרכזי.

אחרי אינטרלגו למעשה לדרישת המקוריות יש 3 רכיבים כדרישת סף להגנת זכויות יוצרים – רכיב המקור, ההשקעה והיצירתיות. מהי יצירתיות? ספרי טלפונים לא מספיק, אבל **באינטרלגו השופט שמגר** אומר לנו **שיצירתיות הוא רכיב שמשקף את** **העמל הרוחני של היוצר**, אבל עדיין קשה לבוא ולהסביר מה המבחן הזה אומר מבחינה חיובית ביחס ליצירות שכן מוגנות. גם לומר בפייסט שספר טלפונים לא מקורי כי הוא לא יצירתי זה לא החלטה מחייבת, ככה שקשה באמת לומר מה זה אותה יצירתיות. **צריך מהיצירתיות מעט מאוד** – יש מעט מאוד התדיינויות משפטיות סביב דרישת המקוריות. אין הרבה דיונים סביב השאלה האם יצירה מקורית או לא.

**פס"ד אייזמנן נ' קמרון (00),** פס"ד זה מאוד חשוב ביחס **לדרישת המקוריות**.

לדעת המרצה מדובר בפסק הדין החשוב והשנוי ביותר במחלוקת ביחס לדרישת המקוריות בישראל. אין הרבה פסיקת עליון מרכזית בנוגע לזכויות יוצרים בארץ. הוא עורר את הנושא של דרישת המקוריות בצורה מעניינת ועורר את הדיון גם מחוץ לישראל (היו הרבה ידידי בית משפט גם מחוץ לישראל). **השופט טירקל** כלכך התפעל מפעולת קמרון כך שברור היה לאן פסק הדין הולך.

**הרקע ההיסטורי** של פסק דין זה חשוב – יש לו השלכות על **שחזור טקסטים ועבודה ארכיאולוגית**. קמרון הוא בלשן (זכה בפרס ישראל לשון עברית) והוא עמל במשך 11 שנים על שחזור מגילה שנמצאה בשלל המגילות הגנוזות בקומרן. נמצאו הרבה קרעים שלה אבל לא טקסט שלם. מגילת מקצת מעשי תורה כללה הרבה חלקים חסרים וקרעים (עשרות שורות). רשות העתיקות שלנו במשך שנים למעשה שלטה בעתיקות, אבל בזמנו רשות העתיקות נתנה מונופול מחקרי לאנשים שרצתה ולא נתנה גישה לעתיקות הללו לקהילייה המחקרית. את המגילה המסוימת הזו הם נתנו לאלישע קימרון וסטרגנל – הם עבדו יחד על שחזור המגילה. **העבודה שיחקה תפקיד מאוד מרכזי אצל טירקל** למרות שהוא לא השתמש בה כהצדקה מרכזית. החוקרים עמלים במשך 11 שנה, שניהם צרפו את הקרעים, הם הצליחו לעשות שחזור ואלישע שחזר את המידע על בסיס ידע הלכתי שלו. מגילות אלו מתוארכות למאה הראשונה לספירה והן חשובות לחקר היהדות והנצרות בתחילת דרכה. הקהילייה המחקרית מאוד כעסה שרשות העתיקות לא נתנה גישה לחומרים אלו.

קמרון שלח טיוטה של מאמר שפרסם לקבוצה מוגבלת של אנשים במייל ואמר לא להפיץ אותו הלאה. המאמר דלף החוצה והגיע לידיים של שנץ ואייזמן – עורכים של כתב עת תנכי בארה"ב, הם לקחו את השחזור של המגילה וכתבו בהקדמה של הספר שהמגילה שוחזרה לאחרונה על ידי סטרגנל וקולגה שלו (כאן מתחילה הבעיה). קימרון מתעצבן ומחליט להגיש **תביעה על הפרת זכויות יוצרים** בטקסט של המגילה שהוא פענח. זה יכול לגעת בכל שחזור היסטורי – זה לא מוגבל רק לפסק דין הזה. ביהמ"ש התייחס רק למקרה הספציפי ולא התייחס למקרים האחרים – ואנשים התנגדו לכך ולפסק הדין. **ביהמ"ש העליון** עיין בעמדות אלו אבל לא התייחס אליהם. הוא התייחס לכך כתיק הפרת זכויות יוצרים בין שנקס, אייזמן וקימרון. מדובר בראייה מצומצמת ושגויה בנסיבות כאלו. ביהמ"ש העליון בא ומנסה לבדוק האם יש כאן יצירה מוגנת. פסק הדין סב סביב השאלה "**האם יש כאן בכלל יצירה מוגנת מקורית?**"

לפי 3 הרכיבים – רכיב של **השקעה** בטוח יש כאן. קמרון השקיע ידע, מחקר ו11 שנה. עיקר השאלות הן רכיב **היצירתיות** ורכיב **המקור** (מקורה חייב להיות ביוצר) והיא חייבת לבטא יצירתיות (כפי שבוטאה בפייסט או באינטרלגו – תרומה בכירה של היוצר ורכיב מקור).

**מצד אחד**: אפשר לומר שהוא השתמש ביצירתיות רב בשחזור והמקור הגיע ממנו בתהליך השחזור.

**מצד שני**: קמרון אומר שהוא הכי קרוב למקור שיש, וזה מבטל את דרישת המקור. המרצה אומרת שקשה עם זאת לחשוב על מקוריות טהורה – אף אחד לא היה מצליח לעמוד בדרישה הזו. אנשים לא יוצרים בוואקום וכולם מושפעים. רכיב המקוריות לא מצפה למשהו טהור, אבל כן מצפים שהיצירה תהיה מקורית.

**עם זאת**, הקושי בסיפור הזה הוא שלמגילה הזו יש **מקור קדום**, מישהו כתב אותה והוא בן 2000 שנה. **היסטורית יש מקור אחר ליצירה**, וגם לטקסט השלם – מקור אחר שהוא לא קמרון. עכשיו אפשר לבוא ולהיאחז בדברים שאור אומר (אני) – אתה כתבת תוספות שלא קיימות. יש אחיזה בטקסט קיים אך ההשלמה היא טקסט מקורי שלו. הטענה לגיטימית, אבל כשמסתכלים על מלאכה של שחזור טקסט היסטורי, ובעיקר מחקר אקדמי מסוג זה, כמו שחזורים ארכיאולוגים, אנשים משחזרים ומנסים להתחקות אחר המקור עד כמה שאפשר.

**בשאלה של יצירתיות גם מתעוררת בעיה** – יצירתיות היא תרומה שמקורה ביוצר (לא דרישה שמוגדרת באופן חד משמעי) וזו גם דרישה נמוכה מאוד. במחקר אקדמי ומלאכה של שחזור **קשה לחשוב על פעילויות אלו כפעולות יצירתיות**. למה? קמרון **לא רוצה שיגידו שהיה יצירתי בעת שחזור המגילה**. הוא התיימר לומר לנו מה היה הטקסט המקורי. קשה לחשוב על חוקרים שמנסים לשחזר טקסט היסטורי כאנשים שמנסים לעשות משהו יצירתי שמביא משהו מעצמם. לכן קשה לחשוב על דרישת היצירתיות. זה גם לא מחמיא לומר לו שהוא היה יצירתי. אפשר לומר שגם כאן קימרון נכשל – קימרון לא היה מגיש את התביעה אם היה מבין מה אומרים דיני זכויות יוצרים.

**אפשר לטעון גם מנגד – מחקר אקדמאי תמיד עם פרשנות, סובייקטיבי, אין אמת אחת**.... קשה לדעת מה היה הטקסט המקורי, יש גם תרומות שלו.... **עם זאת, זה מפספס את כל הרעיון של מחקר אקדמאי**. היה עוזר אם ביהמ"ש היה מתחקה אחר כוונת היוצר – מה התכוון למעשה קמרון לעשות? לשחזר בלבד ולטעון שיש משהו נאמן למקור היסטורי קדום? או שיש כאן פעילות יצירתית שלא בהכרח זהה למקור עם פרשנות וסגנון שלו.

**פסק דין זה בעייתי מבחינת ההשלכות שלו** – זכויות יוצרים למשהו שהיה בנחלת הכלל. המרצה רוצה לחדד **שהשופט טירקל לא סוטה מעקרונות אינטרלגו מבחינה הלכתית**, הוא חוזר על שלושת הרכיבים מאינטרלגו, ואומר שהמקוריות זה העיקר, ולא די בהשקעת מאמץ, זמן וכישרון. **מנגד, הוא אומר שיש מי שסובר שהשקעה שלעצמה יכולה להעיד על קיום של יצירתיות**. בנוגע למלאכת הפיענוח השופט טירקל אומר שאין כאן רק עבודה/השקעה – יש כאן יותר מזה. כל המשימות שנעשו שלובות זו בזו, קמרון הפיח נשמה בקרעי המגילה בזכות הידע והכישרון שלו, עבודתו של קימרון לא הייתה מלאכה טכנית/מכאנית כמו עבודת כפיים פשוטה שתוצאותיה ידועות מראש – קמרון השתמש בבקיאותו, במומחיותו ו**בדמיונו** כדי להפיק את הפירות. זה לא רק עבודה מכאנית טכנית. הוא הפעיל שיקול דעת ובחר בין חלופות – **רכיב היצירתיות** למעשה. לכן יש כאן יצירה מוגנת בזכויות יוצרים.

**לדעת המרצה** הייתה כאן פשוט בעיית ייחוס ויש סיבות רבות למה לא לתת הגנת זכויות יוצרים על טקסט כזה.

אחד ההקשרים המעניינים **זה יצירות צילום ויצירות טלוויזיוניות שמתארות אירועים** – זה נכון שאיכות הצלם לחתונה תשפיע על התוצאה, ועדיין השאלה היא למה מגנים על דברים אלו ואיפה יש מקוריות? גם הפסיקה ההיסטורית שעסקה בהגנה על צילומים עסקה בשאלה האם יש כאן משהו מקורי – **פס"ד בלישטיין** (מאה 19) שעסק בתמונה של אוסטן ווילד – מה מקורי כאן?

זה הגיע להכרעה משפטית ב2 מקרים – **Tele Event נ' ערוצי זהב** – האם שידור חי טלוויזיוני של אירועי ספורט יכול להיות מוגן בזכויות יוצרים? היה שם **שידור חוזר של שידורים שנקלטו בלוויין** ותבעו אותם על הפרה של זכויות יוצרים. ניסו לטעון ששידור של יצירת צילום טלוויזיונית (שידור חי) הוא **לא** יצירה מוגנת. ביהמ"ש (**השופט מצא**) אומר כמה דברים מעניינים .

**האם אירוע ספורט מוגן בזכויות יוצרים? האם יצירת וידאו מוגנת?**

קודם כל – **משחק כדורגל עצמו הוא לא מוגן**. ספורט זה **ענף תחרותי**. אם הייתי נותן לשחקן הגנת זכויות יוצרים על מהלכים שלו זה היה מאוד בעייתי – מדובר בתנועות טבעיות ולתת הגנה על כך זה החלטה של מדיניות. (למרות שיצירת מחול מוגנת בזכויות יוצרים! אבל זה מתוכנן ומשחק כדורגל לא מתוכנן). יש אלמנטים של תכנון גם בספורט עם זאת, ולכן בתכלס מדובר בהחלטת מדיניות. השופט מצא גם אומר שמדובר סה"כ בהחלטת מדיניות – אם ניתן הגנה לדבר כזה ננטרל מהלכים רבים של אחרים גם באופן טבעי וגם דרך חיקוי ונפגע בתחרות. מוציאים את משחקי הספורט מהתמונה (בארה"ב ניתנו פטנטים על מהלכי ספורט בכדורסל!).

**האם צילום מוגן? כן**. כל משחקי הספורט, ליגת הכדורגל, כדורסל.... הם מתפרנסים מזכויות השידור, סגירת המגרשים/אולמות. בעיקר זכויות השידור זה מה שפרנס את הקבוצות. צילום אירוע הספורט (הקבוצות מאוד רגישות לפגיעה זכויות השידור שלהם) – האם הוא מוגן? ומה מקורי בו?

**עדיין יש רכיבים מוגנים**. ההכרעה העקרונית של **ביהמ"ש** בדיון הזה (**01**) **ובדיון הנוסף** (**04**) היא שהיצירות מוגנות. ביהמ"ש אומר שיש הרבה בחירות במהלך תיעוד של אירועים מסוג זה – יצירתיות במיקום המצלמה, זווית צילום, תאורה... כל אלו מספיקות כי שיצירת צילום תהפוך ליצירה מקורית מוגנת בזכויות יוצרים. זה מסוג הדברים שהרבה שנים היה ויכוח אבל ההכרעה היא שיצירות צילום ושידורים טלוויזיוניים הם מוגנים כיצירות טלוויזיוניות ועומדים בדרישת המקוריות.

**עניין פייסט ומאגרי מידע** – שאלת תמריצים היא שאלה חשובה. יש לי אדם שיצר **ספר טלפונים**, או חוק כמו קמרון שעוסק במחקר היסטורי, או מדען שעוסק בתגליות של מחלות. **למה לא לתת להם תגמול?** למה דיני זכויות יוצרים נותנים הגנה לתמונה של שנייה לצלם כיתה ולא על עבודה של 11 שנים? התמונה נראית לא הוגנת ובעייתית מבחינה תמריצית. אנו עושים עוול לאנשים שעושים דברים חשובים. מאגר הגנום האנושי או מאגר אחר, או מאגר של השירות המטאורולוגי או מאגר סביבתי – אלו מאגרי מידע שאנשים מתחזקים ועדיין דיני זכויות יוצרים אומרים שלא מגנים על דברים אלו. (בבחינה הייתה שאלה על העדר זכויות יוצרים על יצירות ממשלתיות)

**השופטת אוקונור** **בפס"ד פייסט** מתייחסת לשאלה זו (וגם הדין הישראלי מתייחס לכך) – דיני זכויות יוצרים לא תמיד הוגנים ולפעמים הם לא מגנים על הדבר היקר ביותר ביצירה. הדין הוא לא בהכרח הוגן וההחלטה אם להגן על משהו דרך הדין או לא היא שאלה של מדיניות משפטית שתלויה בנסיבות של הדבר שבו אנו עוסקים. הרבה פעמים זה נכנס דרך דיני עשיית עושר ולא במשפט – נכנסים במקרים בהם דיני זכויות היוצרים לא מגנים – **הלכת א.ש.י.ר** מתעסקת במתח בין דיני עשיית עושר לקניין רוחני. אנו נראה שהגישה בישראל בשונה מהאמריקאית היא שיש דרך לעשות זאת, אבל **הלכת א.ש.י.ר** כורסמה בשנים האחרונות. **המשפט של אוקונור** שאנחנו לא כלכך הוגנים הוא משפט נכון – לא מוכנים להגן על הכל, ויש אפיקים אחרים.

**יש דברים נוספים שהוחרגו שאינם מוגנים**, **למשל**:

* צורה גיאומטרית בסיסית לא תקבל הגנה דרך דיני זכויות יוצרים.
* דמות מציאותית לא זוכה להגנה בזכויות יוצרים (**דויד אחיטוב**).
* טפסים ריקים לא מוגנים בזכויות יוצרים. אם הוא נעשה יותר מתוחכם אז נותנים הגנה.
* ביטויים קצרים – כאשר מדובר בביטוי קצר מאוד לא תופסים ביטויים אלו ככאלו שזכאיים להגנת זכויות יוצרים, בעיקר עקב עקרונות של חופש ביטוי. תעלה שאלת מקוריות.

**דרישת הקיבוע**

**דרישת הסף השנייה שקבועה בחוק**. דרישה זו הופיע בחוק הישן ביחס ליצירות דרמטיות. החוק החדש קבע שיש דרישת קיבוע ביחס **לכלל סוגי היצירות**. (בארה"ב Fixation – הדרישה חייבת להיות מקובעת ובעלת מדיום מוחשי).

דרישת הקיבוע דורשת קיבוע של היצירה – שהיצירה תהיה **בעלת ביטוי פיזי** (לא בעל פה). אם אין תיעוד ליצירה היצירה לא תהיה מוגנת כי היא לא מקובעת. דרישת הקיבוע לא דורשת שהקיבוע יהיה בהכרח על ידי היוצר – היוצר יכול להסתייע באדם אחר שיקבע אותה בכתב עבורו.

הרציונל של דרישת הקיבוע הוא למעשה דו ראשי:

1. **עניין הוכחתי/ראייתי** – יש בעיה להוכיח שיש לי זכות יוצרים בלי קיבוע.
2. **מקדם את האינטרס הציבורי** כשיש קיבוע.

**יצירה שלא קובעה – הסיכוי שלה להיעלם הוא גבוה מאוד**.

היה סיפור של עזבון שמישהי כתבה במפית שיר אהבה לבעל העיזבון – מהווה תיעוד.

היה פסק דין אחד מעניין שעסק בקיבוע **לפני** החוק החדש – **פס"ד ענבר נ' יעקב**. היה סטודנט למשפטים במרכז **הבינתחומי** שכתב **ספר בקורס בדיני נזיקין**. התלמיד ערער עד לעליון וטען שהוא סיכם את הרצאות המרצה אבל הן לא היו מקובעות ולכן אין לו יצירה מוגנת. המרצה הרצה בעל פה בלי טקסטים ואין לו הגנת זכויות יוצרים (זה היה לפני החוק החדש שאמר שאפשר גם באמצעות אדם אחר) ביהמ"ש העליון מדגיש שיש דרישת קיבוע, והקיבוע התקיים באותן נסיבות – היו מצגות, והתיעוד על ידי הסטודנטים מהווה קיבוע על ידי הסטודנט, וגם הרשמים של המרצה מהווים קיבוע הולם ומספק בנסיבות.

**ס' 4 - 4 סוגי היצירות המוגנות**

מדבר על 4 סוגי יצירות ומונה את הקטגוריות של יצירה **ספרותית, אומנותית, דרמטית ומוסיקלית**.

**יצירות ספרותיות**

מוגדרות ב**ס' 1 לחוק** – ההגדרה בחוק היא הגדרה של **רשימה פתוחה**: *"יצירה ספרותית לרבות יצירה המבוטאת בכתב, הרצאה, טבלה, לקט וכן תוכנת מחשב."* יצירה ספרותית היא למעשה כל יצירה שמבוטאת בכתב – לא בהכרח ספרות "יפה". כל טקסט שבוטא בכתב. כמובן שהיא כוללת גם ספרות ושירה, אבל זה לא הכרחי.

* **יצירה ספרותית היא כל דבר שמבוטא בכתב** – גם מייל, תלונה למרצה, סיכום לקראת פגישה, כל טקסט אחר...
* **הרצאות** - המחוקק גם הכניס הרצאות למרות שלא היה צריך אותם באופן עקרוני, כי הם מוגנות.
* **טבלאות** (לא קטגוריה פסולה, אבל לא כל טבלה תהיה בהכרח יצירה ספרותית מוגנת שהיא מקורית – לזכור את לוחות חישוב המס שלא זכו להגנה)
* **לקטים** - יצירת לקט מוגנת כיצירה ספרותית. מדובר ביצירה שיכולה לאגד הרבה נתונים (מאגר מידע) או יצרה שמאגדת יצירות תחת יצירה אחת. יצירות לקט מוגנות בזכויות יוצרים ככל שהן מקוריות. **ס' 4ב(ב)** *"לעניין ס' (א), מקוריות של לקט היא המקוריות בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים שבו."* המקוריות בליקוט/צירוף מקבלת ביטוי בסעיף זה. המקוריות/יצירתיות יכולה להתבטא בדרך סידור הנתונים. חשוב לזכור שיצירות לקט יכולות להיות מוגנות בדיני זכויות יוצרים. **אם דרך הסידור מקורית – אז תהיה הגנה.** **בפס"ד פייסט** – סידור ספר טלפונים לפי א' ב' זה לא מקורי.

**יצירת לקט** – מאגר/לקט של כל מני פריטים. זה יכול להיות מאגר מידע גולמי (נתונים עובדתיים), ואז המידע הגולמי **לא יוגן** בזכויות יוצרים כי עובדות לא מוגנות בזכויות יוצרים (**ס' 5 לחוק**). **מצד שני** הפריטים יכולים להיות יצירות מוגנות שמוגנות בעצמן בזכויות יוצרים (מאמרים בנזיקין לדוגמא). כשבודקים את שאלה ההגנה של יצירת הלקט אנו שואלים לפי **ס' 4 לחוק**, מקוריות היצירה יכולה להתבטא גם **בדרך סידור ובחירה מקוריים של המידע**. דרך זו יכולה להיות מקורית או לא מקורית.

ב-**Feist** ספר הטלפונים לא היה מקורי – לפי הא' ב' זה מתבקש ולא מקורי. כאשר מדובר במשהו טכני מתבקש זה לא מקורי. **מנגד** – אם זה מתחיל להיות יותר מסודר ומסווג, כולל כותרות יצירתיות, יצרתי ספר טלפונים שכולל מקומות בילוי פי הדרך המקורית שלי... דברים כאלה עם קטגוריות לא סטנדרטיות, שם יש יותר סיכוי שרק דרך הבחירה והסידור יהיו מקוריים (המידע הגולמי לא). מסתכלים על דרך הבחירה והסידור כדי להחליט האם יצירת הלקט מוגנת או לא.

**תוכנת מחשב** - תוכנת מחשב זו יצירה פונקציונלית שעושה עבודה טכנית. הדין הטבעי של תוכנת מחשב הוא **פטנטים**. תוכנת מחשב לא הייתה בזכויות יוצרים עד שנות ה-80. בהתחלה היא שווקה כתוכנה מסחרית והאמריקאים שאלו איך להגן עליה? היו דיונים רבים על כך, כמו ליצור דין ייעודי או להכניסה לזכויות יוצרים. ההחלטה הייתה להכניס זאת לדיני זכויות יוצרים. מדובר בדין שאנו מכירים, התוכנה היא קוד כמו טקסט. זה לא אחד לאחד אבל זה עבד די נוח. אז נתנו לה הגנה דרך דיני זכויות יוצרים וזה עבד טוב. לפעמים הם ינסו לקבל פטנטים על רכיבים בתוכנה (לא נושא פשוט) אבל באופן עקרוני דיני זכויות יוצרים עשו עבודה טובה בנוגע להגנה על תוכנה.

בארץ יש פסיקה לא רבה לגבי הגנה על תוכנות מחשב – פסיקה מרכזית בנושא זה **פס"ד הרפז נ' אחיטוב** – עסק בהגנה על תוכנה, של **ביהמ"ש עליון** של **מלץ**. אחיטוב יצר תוכנה שנקראת **IRIS**, הרפז ביקש גישה לתוכנה כדי לשפר אותה והבטיח לא להתחרות בו עם התוכנה המשופרת, ואז הוא הפר את ההבטחה ושיווק מהדורה משופרת של התוכנה. אחיטוב תובע אותו על הפרת זכויות יוצרים. השופט מלץ בא ונותן הסבר לגבי היקף ההגנה על תוכנה. **השופט מלץ נותן הגנה מאוד חזקה על תוכנה**, והוא אומר שיש שלבים שונים ביצירת תוכנה, ובכל שלב נוצר תוצר מסוים. השופט מלץ מדבר על 3 שלבים ביצירה של תוכנה:

1. **שלב הגדרת הדרישות** – קובעים מהן המטרות שהתוכנה תשרת וכיצד מטרות אלו יוגשמו. מעבר לכך גם מבהירים מה יהיו מגבלות התוכנה ודרך התפעול שלה.
2. **שלב עיצוב התוכנה** – בשלב זה הדרישות מתורגמות למפרטים סכמתיים ותרשימי זרימה.
3. **שלב התכנות** – השלב השלישי והחשוב בו כותבים את קוד התוכנה ומעבירים אותו ממצב של סרטוט סכמתי לשפת מחשב.

השופט מלץ אומר שבכל שלב של יצירת תוכנה נוצרת יצירה וביטוי בר הגנה. כאן הניסיון לתת הגנה מאוד חזקה לתוכנות מחשב. השופט מלץ אומר שבשלבים הראשונים מושקעות עלויות ומאמצים רבים, ולכן לא ייתכן שנגן רק על התוצר הסופי, וחשוב שנגן על התהליך – כל שלב ותוצריו.

חשוב להסביר באופן עקרוני שההגנה שניתנת היא **מאוד חזקה** ומתאימה לתקופה הזו באופן עקרוני. **מצד שני,** הבחירה הערכית להכניס את תוכנת המחשב לזכויות היוצרים ולתת לה הגנה כיצירה ספרותית היא **בחירה בעייתית**. זכויות יוצרים נותנת הגנה של חיים + 70 שנה! למוצר יש חיי מדף הרבה יותר קצרים וזה חוסם אפשרות לפיתוח טכנולוגי של אחרים. זה פשוט לא הבית הנכון. לא רוצים לתת תמריץ יתר.

**הרפז נ' אחיטוב** נמשיך שבוע הבא – שבוע הבא יש שיעור כפול ואחרי זה כל השאר אפשר לטוס לשוויץ (לבוא לנקות בפסח)

02.04.19

**שיעור 5**

המשך יצירות ספרותיות – הגנה על תוכנת מחשב (אחיטוב). ביהמ"ש נותן הגנה לתוכנה. דיברנו על שלושת השלבים ביצירת התוכנה והעובדה שכל שלב מוגן לפי פסק הדין הרפז נ' אחיטוב – הרחבת ההגנה של תוכנת מחשב. בכל שלב נוצר ביטוי מוגן ולכן אנו רוצים לתת לו הגנה כמוצר מפני עצמו – יצירת תוכנה כרוכה במשאבים והשקעה גדולה, ולכן יש להגן על כל שלב וגם על התוצר הסופי. בכלל יש ביקורת על שילוב תוכנה במסגרת זכויות יוצרים וגם היקף ההגנה שניתנת לתוכנה.

גם **בארה"ב** כשהסיפור התחיל, בתי משפט ותובעים שיוצרים תוכנה נשענים בעיקר על זכויות יוצרים וזה עובד יופי מבחינת היקף ההגנה/הזכאות. יש האצה גדולה בהתפתחות טכנולוגית ולכן יש איזשהו פער וחוסר היגיון להגן על מוצרים אלו דרך דיני זכויות יוצרים. ההגנה לא מותאמת לסוג מוצרים זה.

מעבר לכך, כאשר חושבים על יצירתיות פחות חושבים על מוצרים פונקציונאליים, ויצירות תוכנה פחות בבית שלהם. המקום הטבעי הוא דיני הפטנטים, אבל כרגע יש קושי רב בשילוב מוצרים פונקציונאליים אלו במסגרת זכויות יוצרים.

אין הרבה פסיקה של העליון בנוגע לתוכנת מחשב, וזו הפסיקה המרכזית שנחשבת לחזקה מאוד. גם בארה"ב הפסיקות חזקות ונותנות הגנה חזקה לתוכנה, ולאור פסיקות אלו **אנשים נשענים על זכויות יוצרים יותר מדיני פטנטים בהגנה על תוכנה**. (אינו חופף, ההגנה תהיה מאוד חזקה ומונופוליסטית. דיני פטנטים כן מגנים על רעיונות. בדיני פטנטים יש בעיות רבות בהגנה על תוכנת מחשב).

**- דמויות ספרותיות**

גם **דמות ספרותית תהיה מוגנת כ"יצירה ספרותית" שעומדת בפני עצמה** במנותק ממעגל היצירה הכללי. **לדוגמא**, אם יש לי דמויות של הארי פוטר, לכל דמות יש אופי משלה, כל דמות ביצירה מפותחת בצורה שמאפשרת את הזיהוי שלה. דמויות ספרותיות בפני עצמן יכולות לקבל הגנה במנותק ממעגל היצירה הכללי, וניתן להגן עליהם כיצירה ספרותית העומדת בפני עצמה. – כל הדברים שמזהים אותה, הסגנון דיבור שלה... זה יהיה מנותק מהמעגל הכללי. יש למעשה מספר רבדים של הגנה ליצירה.

יש פסק דין חשוב בנוגע **לשימוש הוגן** – **מוסינזון נ' אפרתי** – מדבר על האפשרות להגן על דמות ספרותית, באילו תנאים ניתן להגן על הדמות. שם היה מדובר **בספרי חסמב"ה**. בפס"ד זה אפרתי לוקחת את דמויות חסמב"ה, משבשת את כל הסיפור ועושה להם פתולוגיות – מה קרה לכל אחד. היא שינתה את הדמויות בצורה משמעותית, ופס"ד זה נלמד יותר בנוגע לשימוש הוגן. השופט בפס"ד זה אומר מה נדרש כדי שדמות תהיה מוכרת להגנה ספרותית – היא צריכה להיות **מקורית ומפותחת** במידה והיא **מאפשרת את הזיהוי שלה** – אני יודע איך סופרמן מדבר, או הדמויות של רמזור, ואז הדמות הופכת למוגנת / לא מוגנת. גם דמויות דמיוניות כמו **דונלד דק**, גם הדמויות החמודות האלה יכולות לקבל הגנה כיצירה ספרותית (לא חייבת להיות דמות אנושית).

כשנגיע לסיווגים האחרים של היצירות נראה כי גם הציור של הדמות יכול לקבל הגנה כיצירה אומנותית, גם הגנה כיצירה דרמטית... יש הרבה דרכים להגן עליהם דרך סוגי יצירות שונות.

המרצה הזכירה גם את היקף ההגנה ליצירות אחרות – גם **יצירות היסטוריות תיעודיות** יכולות לקבל **הגנה כיצירה ספרותית**, למרות שהעובדות ההיסטוריות שלעצמן לא מוגנות, עדיין היצירה כשלעצמה כולה עם ביטויה תהיה מוגנת. אם יש ספר היסטוריה הוא יקבל הגנה למרות שבסיס העובדות שלו יהיה בנחלת הכלל בכל מקרה.

אנו נראה **שגם ספרי** לימוד, שאלונים וטפסים יכולים לקבל הגנה כיצירה מוגנת. אנו נראה שכשמסתכלים על ההגנה של יצירה ספרותית גם לקטים נכנסים – כמו טבלאות או לקטים. צריך שתהיה מקוריות, אבל שאלון/טופס יכול לקבל הגנה במסגרת זכויות יוצרים (**מ' ישראל נ' אחימן** – הגנה של טפסי מס לנישומים). גם ספרי לימדו יכולים לקבל הגנה דרך זכויות יוצרים. זה לא חייב להיות ז'אנר של רומן כדי לקבל הגנה.

**יצירות דרמטיות**

החוק מגדיר יצירה דרמטית ב**ס' 1** בדרך הריבוי – *"לרבות מחזה, יצירה קולנועית, יצירה דרמטית מוסיקלית, יצירת מחול ויצירת פנטומימה."* יש לנו הגדרה שהיא על דרך הריבוי – היא פתוחה וניתן להכניס אליה עוד דברים רבים.**מה מוגן?** הדברים המרכזיים המוגנים הם: **מחזות, יצירות קולנוע, יצירה דרמטית מוסיקלית (מחזמר), יצירת מחול וגם יצירות פנטומימה.**

דיברנו על למה משחק ספורט לא מוגן ואמרנו שמדובר בהחלטת מדיניות לא לשלב דברים אלה במסגרת החוק וההגנה בחוק. צריך להבין לגבי הגנה על מחזות, מחזות זמר, אופרה... **ההגנה מתפרסת על כל הביטוי שיש בסוגי יצירות אלו** אבל גם על סדר האירועים וסדר ההתרחשויות. בעניין זה יש פס"ד מעניין – **גולדברג נ' בנט,** שנדבר עליו בהמשך.

לגבי **יצירות מחול/כוריאוגרפיות** – השילוב של הצעדים והתנועות, דברים מתוכננים/מאולתרים, גם הם יכולים לקבל הגנה בדיני זכויות יוצרים, אבל יש מגבלות על הגנה של כל סוג של יצירה, וכך גם מחול. כל **צעד בסיסי** יהיה בנחלת הכלל – **רעיון לא מוגן**. כל ההופעה תהיה אבל **תנועות בסיסיות לא** – לא נמנע מיוצרים אחרים ליצור יצירות נוספות.

**יצירת קולנוע** – כוללת יצירה טלוויזיונית וכל יצירה שדומה במהותה ליצירה קולנועית או אוניברסלית.

בהקשר הזה – **פס"ד Tele Event נ' ערוצי זהב**. פס"ד זה עסק בשאלה **האם שידורי ווימבלדון מוגנים במסגרת דיני זכויות יוצרים**? השאלה הייתה האם המשחק מוגן והאם השידור מוגן. **מצא** אמר **שהמשחק לא מוגן והשידור כן**. בהקשר שלו מעניין לזכור כאן שביחס לשידור עצמו והיצירה הטלוויזיונית, ביהמ"ש **רואה בשידור עצמו יצירה דרמטית** ואומר שיש הרבה יצירתיות והשקעה שגלומים בתהליכי הפקה ושידור של יצירה טלוויזיונית, ואומר **שההחלטה איך לצלם אירוע** כזה כרוכה בהרבה בחירות ושיקול דעת על ידי יוצרי השידור – זוויות של מצלמה, איזו מצלמה תצלם, כניסות לאולפן, טקסט... צריך לדעת שיש מספיק בשידורים כדי לעמוד ברף המינימלי של שידורי טלוויזיה. שידורים יהיו מוגנים ולו רק בגלל המינימום הזה שהשופט מצא ביקש.

**- יצירות קולנועיות**

יצירות קולנוע גם מוגנות. אחד מפסקי הדין המרכזיים שעסקו בכך – **מפעל הפיס נ' רוי אקספורט** – **סרטוני צ'ארלי צ'אפלין, הנווד**. פעם מפעל הפיס יצא עם קמפיין עם ספי ריבלין שהתחפש לצ'ארלי צ'אפלין לקדם את מפעל הפיס. הם לקחו קטעים נבחרים מסרטוני צ'אפלין – סרטונים קצרים, מפעל הפיס לקח את הרגעים החשובים ובנה קמפיין, **ובעלי זכויות היוצרים תבעו את מפעל הפיס**. השופט מקבל החלטה, ואחד הדברים המרכזיים שעלו בפס"ד זה הוא שביצירת קולנוע יש הרבה יצירות ששלובות ליצירה קולנועית. כל יצירה מקבלת הגנה וכל החבילה הסופית מקבלת הגנה: **התסריט, הפס קול, המוסיקה, הצילום, הרקע**... כל אחד יכול להיות מוגן כיצירה נפרדת מהיצירה הגדולה שמוגנת בעצמה. **מדובר בהגנה על רבדים רבים**.

צריך גם לדעת שיש פסיקה שאומרת בעיקר **במפעל הפיס נ' הרוי אקספורט** **שדמויות דמיוניות תוכרנה כיצירה דרמטית!** מלבד ההגנה על דמות כדמות ספרותית, אוכל לתת לה הגנה כיצירה דרמטית (פסיקה ישנה). בהקשר של **צ'ארלי צ'אפלין**, **השופט טירקל** אמר שדמות הנווד בסרטונים מגלמת יצירתיות ומקוריות כלכך גדולה שהיא מהווה יצירה דרמטית כשהיא עומדת בפני עצמה. כמו במוסינזון, גם כאן אומר ביהמ"ש שהדמות של צ'ארלי מפותחת דיה בהופעתה החזותית, בסמליות המאפיינת אותה, והטראגי קומי שבדנות עצמה. לא רק הגנה כיצירה ספרותית אלא גם יצירה דרמטית – גם אפיק אפשרי בהגנה על דמויות.

בפס"ד בעניין **דוד אחיטוב**, ביהמ"ש (**השופט שפירא**) אומר לנו **שדמות מציאותית לא ראויה להגנה בזכויות יוצרים!** (דוד אחיטוב היה אדם אמיתי, עשו עליו קמפיין ביטוח כששחקן גילם אותו). לא צריך לדאוג הרבה כי לדמות יש אפשרות לקבל הגנה באמצעות **הגנת הזכות לפרסום** – הגנה על מאפיינים שונים של דמות אמתית – דיני עשיית עושר שלא במשפט.

**יצירות אומנות**

יצירות אומנותיות מוגדרות בחוק בצורה גמישה ופתוחה: *"לרבות"*. אנו רואים בעולם בו אנו חיים כיום, כמו מוזיאונים, הרבה דברים שאנו אומרים שהם יצירה קשה לבין מה יצירתי ומה זאת היצירה הזאת. יצירות אלו כוללות *"****פיסול, מפות, ציור, יצירות צילום, תחריטים, יצירות שימושיות****..."* (רשימה מלאה בחוק). יש טווח גדול של מה שיכול להיות יצירה אומנותית.

\***הערה 1** – **מפות** בעבר היו בקטגוריה של יצירה ספרותית ושינו את סיווגה (יש בהן הרבה טקסט), והיא נחשבת כעת ליצירת אומנות

\***הערה 2** – **אין חשיבות לערך האומנותי של היצירה**. זה יכול להיות משהו שאתה קונה ברחוב הרצל בתל אביב בשוק או יצירה בגלריית אומנות יוקרתית, שניהם יהיו מוגנים באותה המידה. ציור של ילד בגיל שנתיים מוגן בדיוק כמו ציור של ואן גוך.

**פס"ד טאו נ' הטכניון (1992)** – **השופטת שטרסברג אומרת שיצירה אומנותית תהיה אומנותית בכל מקרה**, די שהיא עונה על טעם במגזר כלשהו בציבור. **הכל הולך**, אנו לא מפעילים שיפוט ערכי. גם אם זה נקרא יצירת אומנות זה לא מעיד על ערך יותר גבוה.

אנו גם רואים **שיצירת צילום** נמצאת בקטגוריה של יצירת אומנות בדומה לקטגוריה של **יצירות טלוויזיה**. כל צילום זכאי להגנה על ידי זכויות יוצרים. **המרצה רוצה לחדד** שבעבר היו בתי משפט בערכאות נמוכות שסברו כי **יצירות צילום לא יכולות להיות מוגנות כשהן מתארות מציאות**, **אבל** בעיקר לאורך השנים (**פס"ד בעניין קרן נ' שביט**) – **ביהמ"ש המחוזי** בתל אביב ב1989 שואל אם דיני זכויות יוצרים צריכים להגן על **תיעוד דוקומנטרי** (בניגוד לצילום מבויים שיש בו מידה רבה של אומנותיות). צילום תיעודי, חוץ מלהקליק... **במקרים מאוד נדירים לא תהיה מקוריות מספקת בהגנה על צילומים**. גם צילום דוקומנטרי מעתיק מציאות למטריה של תמונה מצולמת מבלי שהיה ביום, ההלכה היא שלא צריך ערך אומנותי בהכרח ליצירת צילום. מספיק שהושקע זמן, מאמץ, כישרון, שהצלם בחר את עיתוי הצילום, זווית הצילום, התאורה ופרי עמלו. יש מספיק בחירות שיביאו אותך למינימום הנדרש כדי להגן על יצירת צילום כיצירה אומנותית מוגנת.

**- יצירות אומנות שימושית**

באומנות שימושית ניתן לשאוב הגנה משני מקורות מרכזיים – דיני עיצובים/מדגמים וגם מדיני זכויות יוצרים. גם **דיני זכויות יוצרים** וגם **דיני המדגמים והעיצובים (דיני העיצובים תחת החוק 2018)** יוצרים הגנה על יצירות שימושיות. **מה הקשר ביניהם ומהו היקף ההגנה?**

**ס' 7 לחוק זכויות יוצרים** – *"על אף הוראות סעיף 4, לא תהא זכות יוצרים במדגם כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים* ***או בעיצוב כהגדרתו בחוק העיצובים, התשע"ז-2017****, אלא אם כן המדגם או העיצוב אינו משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי; השר רשאי לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב מדגם או עיצוב כמשמש לייצור תעשייתי.*"

**סעיף 4 לחוק** – הסעיף שמדבר על דרישות הסף בזכויות יוצרים.

למעשה המחוקק אמר **שאם תלך למסלול אחד אתה לא תהיה זכאי למסלול השני**. אם תקבל הגנה לעיצוב כעיצוב אתה לא זכאי להגנה השניה. אם קיבלת הגנה על מדגם דרך חוק העיצובים/פקודת המדגמים לא תוכל להישען על הגנת החוק אלא אם מדובר במדגם שאין בכוונתך למסחר אותו כמוצר (נדיר). ההגדרה של מדגם בחוק העיצובים החדש כוללת **מדגם רשום וגם מדגם לא רשום**. כל מדגם/עיצוב לא יהיה זכאי להגנת סעיף 7 לחוק אלא אם אתה באמת נופל לסיפא – שהמדגם לא משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי.

**באופן עקרוני יצירות של אומנות שימושית כן זכאיות להגנה על ידי זכויות יוצרים**. פס"ד חשוב בעניין זה – **פס"ד אינטרלגו**. עסק ביחס בין הגנת דיני המדגמים לזכויות יוצרים, והיכולת המקדמית להגן על יצירה של אומנות שימושית/יצירה פונקציונלית שאינה רק אסתטית. עד כמה אפשר להגן על יצירות פונקציונאליות/עיצובים דרך זכויות יוצרים?

זה פסק דין חשוב, למרות שהוא ישן. **השופט שמגר** שולח מסר שדיני זכויות יוצרים זה לא הבית הטבעי ליצירות פונקציונליות, ואם מדובר במשהו פונקציונלי היקף ההגנה שהדין ייתן מצומצם מאוד ולפעמים לא קיים (כמו קוביות הלגו). בזמנו היה **ס' 22 לפקודת זכויות יוצרים** (דומה לס' 7).

**השופט שמגר** אומר לנו כי **יש בעיה לתת הגנה ליצירות כאלו במסגרת זכויות יוצרים.** (דומה לניתוח של התוכנה). מדובר ביצירות פונקציונליות שהגנה עליהם במסגרת זכויות יוצרים יכולה למנוע גישה **לרכיבים מאוד בסיסיים** ביחס לתפקוד של מוצרים והאפקט על התחרות בתחום המסוים יכול להיות מאוד משמעותי. ככל שמדובר בהגנה על רכיבים או עיצובים שהם בסיסיים ביותר**, הפגיעה בתחרות יכולה להיות קשה מאוד**, ולכן אומר **שמגר** שצריך להיות **מאוד זהירים** במתן הגנה ליצירות דרך דיני זכויות יוצרים.

מה ששמגר עשה בפס"ד (לא היה אפשרי היום) זה **להרים את הרף מבחינת דרישות רף ההגנה** – שמגר מצפה שתהיה כאן **מלאכת אומנות**. הוא לוקח את דרישת המקוריות ואומר **שהוא דורש** **רף יותר גבוה לגבי יצירות אומנות שימושית**. באופן עקרוני לא היה ניתן לעשות זאת היום, אבל ניסיונו כאן הוא שיהיה עוגן בחוק לצמצום ההגנה של דיני זכויות יוצרים, והוא עושה זאת עם דרישת הסף של מלאכת האומנות – משהו יוצא מגדר הרגיל כיצירת אומנות שימושית.

בסוף ראינו שהוא קובע **שהקוביות לא מוגנות** – זו צורה בסיסית שמתן הגנה עליה תפגע קשות בתחרות עם קוביות אחרות. הגנת זכויות יוצרים זה זמן רב מאוד בהשוואה למדגמים/פטנטים. לעיצוב רשום ההגנה היא **25 שנה ועיצוב לא רשום 3 שנים**. הבית היותר מתאים זה חוק העיצובים, ואם הלכת לשם סגרת את הדלת לגבי הגנת זכויות יוצרים (גם עיצוב לא רשום סוגר את הדלת). הוא שולח מסר לעולם – אומנות שימושית או יצירות פונקציונליות, זה סיכון ללכת רק על זכויות יוצרים.

**- יצירות אדריכליות**

גם קטגוריה שנמצא ביצירות אומנות. יצירות אדריכליות כמו מבנה שבניתי יקבלו הגנה בזכויות יוצרים כיצירה אדריכלית, ומעבר לזה – **גם תכניות בניה** יקבלו הגנה כיצירה ספרותית (וגם אומנותית כיצירה אולי) וגם המודל הקטן יקבל.

**בחוק הישן (ס' 31 (1) מהחוק ב1911)** הייתה דרישה ביחס ליצירות אדריכליות – **דרישת** **מעשה אומן אדריכלי** – כל בניין או מבנה שיש לו אופי או שרטוט אומנותי (אופי אומנותי). מה **ששמגר** עושה **באינטרלגו** לא מנותק מהחוק הישן. פעם ביצירות אומנותיות הייתה דרישה **לאופי אומנותי**.

**החוק החדש ביטל זאת ועשה זאת בצורה מפורשת**. בדברי ההסבר להצעת החוק מציינים את **פס"ד לב נ' המשביר המרכזי** – הציעו לבטל את האופי האומנותי והשאירו את דרישת המקוריות. רואים בפס"ד את הדיון ללמה הדרישה לרף גבוה יותר היא **חסרת היגיון** ומהי הדרישה ברף גבוה יותר. זה משליך גם על **שמגר באינטרלגו** וזה לא פשוט.

**בלב נ' המשבר המרכזי** היה סיפור לגבי בניין שאדריכלים עיצבו אותו **כבניין בן חמש קומות**. בפועל נבנה בניין של 2 קומות והחברה שרכשה את הבניין בהמשך הדרך (המשביר המרכזי) רצתה להשלים את הבנייה מ2 לחמש – להשלים את המקורי. החברה המאוחרת יותר שעשתה את השלמה הבנייה **נתבעה על הפרת זכויות יוצרים**. זה נובע מטעות גדולה בחוזה של הרוכשים – הם היו צריכים לקבל בעלות בחוזה. זה מגיע לביהמ"ש העליון והם תובעים על הפרת זכויות יוצרים, **והמשביר המרכזי טוענים טענה – זה לא בניין בעל אופי אומנותי** ולכן הוא לא זכאי להגנה של זכויות יוצרים. יש כאן שאלה מעניין בדיון העקרוני של האם יש כאן אופי אומנותי וכמה השופטים יכולים להיכנס לכאן. **שטרסברג** אמרה **שהכל הולך** והיא לא נכנסת לזה. כאן רואים את השופטים בעליון נחלקים סביב השאלה האם מדובר במבנה בעל אופי אומנותי או לא. **השופט זילברג** אומר: *"שלא בנקל נקצה את התואר אומנותי לבניין נפה ויאה."* **השופט זילברג** אומר שזה *"דורש שהרעיון האומנותי יוציא אותך מעולם החולין לעולם רוחני ונשגב."*

**השופט אגרנט** אומר מנגד **שהמבחן של השופט זילברג מחמיר מידי**. לשון החוק מעידה על רצון להגן על בניה שכולה תועלתית, אבל המבחן צריך להיות נמוך יותר – האם הבניין בעל רמה אומנותית. בניין כזה יהיה **יצירה מן היצירות שמשקפות את היפה.** יש לעשות זאת דרך חוות דעת של המומחה, ואם הוא יגיד שיש כאן יצירה אומנותית אז זה ייתן את ההגנה.

פסק הדין ממחיש **למה זה לא חכם לדרוש אופי אומנותי**. פסק הדין גם מדגים את העניין העקרוני **שהשופטת שטרסברג לא נכנסת לשיקולים אומנותיים**.

**יצירה מוסיקלית**

שוק המוסיקה זוכה להסדרה רחבה בחוק. גם במחוץ לדיני זכויות יוצרים יש הגנות נוספות בשוק המוסיקה. דיני זכויות יוצרים מגנים על יצירה מוסיקלית, **ויצירה מוסיקלית לא מקבלת הגדרה בחוק**. מלבד ההגנה על יצירה מוסיקלית דיני זכויות יוצרים מגנים על **תקליט** – *"טביעה של צלילים, למעט טביעה של צלילים מיצירה קולנועית."* החוק למעשה מגן על יצירה מוסיקלית (כל סוג של לחן) וגם על תקליט. **ס' 4(א)(2)** – *"זכות יוצרים תהיה גם בתלקיט שמוגן בזכויות יוצרים."*

יש הרבה שחקנים בשוק המוסיקה ומפיקי התקליטים אלו האנשים שמקבלים בדרך כלל את ההגנה על התקליט בנפרד מההגנה על המוסיקה – הלחן, המילים...

* **המילים** תהיינה יצירה ספרותית מוגנת.
* **הלחן** יהיה יצירה מוסיקלית מוגנת. המילים והלחן יכולים להיות מיוצרים שונים.

למילים ולחן יש את אק"ום.

* **תקליט** – נעשה על ידי גורם הפקה. לחברות הפקה יש ערך מוסף יצירתי ביחס ליצירות מוסיקליות. **התפיסה שההפקה הוא תהליך "יצירתי"** – מעבר להגנה של יצירות עצמן. זה יכול להיות על ידי מפיקי תקליטים, מפיק עצמאי או חברות הפקה שונות. בארץ למפיקי תקליטים את הפדרציה לתקליטים וקלטות. למוסיקה מזרחית יש את ה"פיל"
* **מבצעים** – גם הגורם המבצע מקבל הגנה עצמאית מכוח חוק נפרד אחר – **חוק מבצעים ומשדרים (1984 תשמ"ד)**. **לדוגמא**, אם אייל גולן מחליט לעשות שלמה אצרי – על הביצוע החדש תהיה לו הגנה כמבצע. יש להם את ארגון "עיל"ם".

**לסיכום, יש הגנות רבות** שקשורות בשוק המוסיקה, וזה אומר שצריך לשלם לאנשים רבים תמלוגים – מדובר בשוק רווחי ויש הרבה בעלי זכויות שצריך לשלם להם. כל החברה האלה מאורגנים בארגוני גג – תאגידי ניהול משותף ליוצרים בשוק המוסיקה. הם מייצרים "רישיון שמיכה" שמאפשר לעשות שימוש ביצירות ליצירות שונות בארץ ובעולם.

**2 זכויות עיקריות – זכות הביצוע הפומבי וזכות השידור**. בדרך כלל התאגידים מנהלים את זכות הביצוע הפומבי והשידור **וזהו**. לא יותר. תאגידי ניהול משותף הם גורם יעיל שחוסך עלויות עסקה אדירות שנועד לתת מענה למתן רישיונות ליצירות רבות.

**כמעט כל התאגידים הללו הוכרזו כמונופולים** ופעילותם מוסגרת תוך היתר מיוחד מהרשות. הבעיה הגדולה זו העלות שלהם

**ס' 32** – **ייצור תקליטים תמורת תמלוגים**. מדובר בהסדר שיוצר **רישיון כפייה**. מותר להעתיק יצירה מוסיקלית במסגרת תקליט אם מתקיימים **5 התנאים שבס' 32(א)** אף **בלא רשותו** של בעל זכויות היוצרים. לא צריך לקבל הסכמה למעשה.

1. היצירה המוסיקלית נטבעה קודם לכן בתקליט אחר.
2. היצירה הועתקה בשלמותה.
3. ניתנה הודעה לבעל זכות היוצרים מראש.
4. שולמו תמלוגים.
5. לא מתכוונים להשתמש בכך לצורך פרסומת מסחרית.

החוק עוסק למעשה ביצירת **גרסאות כיסוי** ליצירות אחרות והוא קובע את חמשת התנאים המצטברים לכך. **בישראל התעריפים המשולמים הם בין ה-הכי גבוהים בעולם**. צריך לזכור שכמעט אין ביקוש ליצירות ישראליות בעולם, וזה תלוי בשווקים.

**דרישת המקוריות** – דיברנו על מקוריות בכלל, מאגרי מידע, קיבוע... כל הדברים האלה דיברנו

**זיקה לישראל** - כדי שיצירה תהיה מוגנת יש בחוק 2 סעיפים חשובים שיש להכירם והם מעוררים שאלות. לפי **ס' 8 לחוק זכויות היוצרים** תהיה יצירה מוכרת כאשר אחד מהשניים מתקיים

1. היצירה **פורסמה בישראל** (ברור)
2. בעת יצירתה של היצירה היה **יוצר היצירה אזרח ישראלי** או **שמקום מגוריו היה ישראל** (בלי קשר איפה פרסמו אותו).

**ס' 9** – **זכות יוצרים לפי אמנה בין לאומית**. אם נחתמה הגנה על זכות יוצרים בדין בינלאומי ההוראות היו מחייבות. עם מרבית מדינות העולם יש לנו הסכמים. במילים אחרות – **מרבית היצירות בארץ מוגנות דרך ס' 9 ולא 8**, וזה מה שיוצר את ההגנה. יש הרבה צווים שאומצו לדין הישראלי על ידי שר התרבות.

02.04.19

**שיעור 6 – היקף זכויות היוצרים ביצירה – על מה אין זכויות יוצרים** (שיעור השלמה)

על אילו דברים אנו מגנים ואילו לא?

**ס' 5 לחוק זכויות יוצרים** – אומר למעשה מה מוחרג מהגנת זכויות יוצרים.

בדיני זכויות יוצרים ס' 5 אומר כי **זכות יוצרים ביצירה ס' 4 לא תחול** על כל אחד מאלה, ואולם על **דרך ביטויים** של כל אחד מאלה **תחול הגנת זכויות יוצרים**:

1. רעיון.
2. תהליך ושיטת ביצוע.
3. מושג מתמטי.
4. עובדות או נתונים.
5. חדשות היום

חמשת דברים אלו מוחרגים ודרך ביטויים כן מוגנת.

לשון סעיף זה זהה **לס' 7ב בפקודה הישנה**. למה יצרו החרגות אלו? למה יש הבחנה בינם לבין דברים מוגנים? חמשת דברים אלו מוגדרים מכמה סיבות:

1. **מחיר חברתי** – ההנחה היא שחמשת דברים אלו הם אבני בניין ליצירה עתידית. אם ניתן בעלות על דברים אלו עולם הביטוי ירושש ויהיו לנו פחות כלים ליצירה עתידית. הבחנה זו נותנת פחות שיקול דעת לבתי משפט לעשות איזונים בין האינטרסים של בעלי יצירות לבין אינטרסים של יוצרים עתידיים ובכך מרסנת את זכות היוצרים.
2. **עלות אדמיניסטרטיבית בהגנה על דברים אלו**. אם היינו נותנים הגנה על כל אחד מאלו יהיה קשה לתחום את הגבול. במיוחד בנוגע לרעיון: סיפור אהבה בין ילדים של בני משפחות מתחרות.
3. **עידוד יצירה בלבוש יותר מתוחכם** - אנו לא רוצים שאנשים יעצרו בשלב העובדות - שימשיכו בתהליך היצירה.

**1. קטגוריה ראשונה - הבחנה בין ביטוי לרעיון:**

הפסיקה הישראלית עוסקת קצת בשאלות אלו – **פס"ד אלמגור נ' מודיק** – עסק בהפרת זכויות יוצרים **במחזמר קזבלן**. **השופט כהן** אומר שם שזכות יוצרים **לא חלה על רעיונות** אלא על **אופן הביטו**י. **מצד שני** הוא אומר כי **צירוף וחיבור רעיונות** אחדים בעלילה **יכול להגיע לכדי יצירה מוגנת** – יש פה בחירה וסידור של רעיונות מסוימים.

בבתי המשפט כן עמדו על הקושי הזה – **בפס"ד הרשקו נ' אורבך** ביהמ"ש עולה על הקושי של ליישם את ההבחנה בין ביטוי לרעיון. **השופט לוין** אומר כי **אין לקבוע מראש מתי מדובר ברעיון ומתי בביטוי – הכל תלוי בנסיבות**. קשה לדבר על משהו שהוא יצרתי ומקורי טהור. כל המצאה או רעיון הם בדר"כ פיתוח המצאה של דברים אחרים, וקשה לומר אם פלוני הוסיף משהו שלו לרעיון או ליישום קודם של רעיון. **למעשה**, רעיונות הם הרבה פעמים פיתוח של רעיונות מוקדמים. קשה לחשוב על משהו שמקורי בשבילך.

בהקשר של **הגנה על רעיונות** – פס"ד חשוב שדיבר על רעיונות לעומת ביטוי הוא **פס"ד בעניין גולדרבג נ' בנט (1982)** – עסק בהפרת זכויות יוצרים **במחזמר שורת המקהלה**. יצרו בארץ יצירה שנקראת חיידק הבמה שמאוד דומה. ביהמ"ש מדבר על ההבחנה בין רעיון לביטוי ומדגיש את ההבדל של מחזות, ואומר שצירוף וחיבור של רעיונות אחדים בעלילה יכול להוות יצירה בתנאי שאותם רעיונות מצאו ביטוי כלשהו ביצירה עצמה, ולכן אדם אחר שיעתיק את אותו רצף של רעיונות, העתקה של כל השילוב שלהם תהווה הפרה של ביטוי מוגן.

דיברנו על **הגנה על דמויות**. המרצה רוצה להדגיש את עניין **פיתוח הדמות ועד כמה היא מפותחת** – זה מהווה תנאי להגנה עליה כיצירה. מה אם היא לא מפותחת? **מוסינזון** – פס"ד שעסק בחסמב"ה מדבר על אותה הדרישה לפיתוח דמות כתנאי להגנה כיצירה שעומדת בפני עצמה, אבל פסיקה זו מדגישה שכאשר דמות זו רזה מאוד בלי מאפיינים שמאפשרים לזהות אותה היא מהווה רעיון גרידה.

**פס"ד מחוזי בלומנפלד נ' הראל**: עוסק בהבחנה בין ביטוי לרעיון. בלומנפלד הגישה **טיוטה של ספר** **ילדים להוצאה לאור לצורך פרסומו**. הגברת הראל עברה על ההוצאה ודחתה את ההוצאה. הראל הוציאה ספר משלה ובלומנפלד אמרה שהיא גנבה מוטיבים וזה מאוד דומה. הספר הראשון והשני עסקו במעבר דירה מנקודת ראות של ילד. ביהמ"ש אומר שהרבה מהמוטיבים שהיו משותפים לשתי היצירות הם למעשה מוטיבים מרכזיים לטיפול בנושא עצמו. אי אפשר לכתוב על הנושא מבלי לעסוק בנושאים אלו, ולכן המוטיבים המשותפים שקשורים לנושא שיצירה עוסקת בו יהוו רעיון לא מוגן.

בדומה **בפסיקה אמריקאית** מעניינת שהייתה שעסקה בהבחנה בין ביטוי ורעיון היה סיפור על נישואים של גבר ואישה ממשפחות יריבות, והם לא היו מרוצים מהשידוך השאלה היא מהו המחיר החברתי ועד כמה הנטל יהיה כבד.

רעיון וביטוי זה הרבה שיקול דעת להחלטת השופטים. קשה לדעת מראש מה תהיה התוצאה.

**2. הקטגוריה השניה - תהליך ושיטות ביצוע:**

אנו לא מגנים עליהם בגלל **שתהליכים מוגנים בדיני הפטנטים**. דיני זכויות היוצרים לא מגנים על משהו שמוגן בהקשר הזה. פס"ד הכי ידוע שעוסק בכך הוא פס"ד אמריקאי ישן שדומה לאחימן – **Baker v Selden** – היה בחור שפיתח **שיטה לניהול חשבונות** והוא כותב ספר על כך. בספר היו דוגמאות רבות וטפסים שנחוצים ליישום השיטה. כעבור זמן הנתבע כותר ספר דומה באותה השיטה ומשתמש בטפסים דומים מאוד לטפסים של הכותב המקורי. ביהמ"ש אומר **ששיטה לניהול חשבונות היא הליך/שיטת ביצוע**, כאשר דיני הפטנטים זה הבית ולא דיני זכויות היוצרים, ולכן לא ניתן הגנה על עצם שיטה או התהליך באמצעות דיני זכויות יוצרים. על הספר ניתן אבל לא על השיטה.

**פס"ד בוקשטן נ' נוב 1993** – עסק **בשיטה ללימוד מוסיקה**. זוג פיתח את השיטה, ואז באו אחרים עם אותה שיטה. ביהמ"ש שאל אם היא מוגנת בזכויות יוצרים וקבע ששיטה כשיטה לא יכולה לקבל הגנה זו.

**דוקטרינת האיחוד/מיזוג – Merger.** מדובר בדוקטרינה שקשורה להבחנה בין ביטוי ורעיון. היא נוצרה באמריקה בפס"ד **Moresse v Procter**. היא לא אומצה רשמית בדין הישראלי אבל מתייחסים אליה. העוגן של דוקטרינה זו הוא **ההבחנה בין רעיון לביטוי**. כאשר יש מספר מוגבל מאוד של דרכי ביטוי לרעיון מסוים, לא הרעיון ולא דרכי הביטוי שלו יהיו מוגנים בזכויות יוצרים.

במצב הזה אנו באים ושוללים הגנה גם לדרכי הביטוי של הרעיון.

**פס"ד מאיר נ' קנר (90)** – מדובר בפס"ד שעוסק בשאלה **כמה נמוך צריכים להיות מספר דרכי הביטוי?** בפס"ד זה עולה **השאלון שמעלים באתרי היכרויות**. במאיר נ' קנר מישהו השתמש בשאלון דומה לשאלון שלו והוא תבע אותו. כאן עולה הנושא של דוקטרינת המיזוג והאיחוד.

השופטת עושה בדיקה ואומרת שהשאלון המקורי מוגן – יש לו הרבה מאמץ, כישרון, דברים שהוא הוסיף משאל עצמו. קשה לדבר עליהם כלא מקוריים.

אבל **האם יש כאן הפרה?** מדובר בתחום מוגבל מבחינת ההיקף והיצירתיות מוגבלת. אפשרויות הביטוי להעלות שאלונים מוגבלות וחוזרות על עצמן.

אני לא רוצה לתת זכות יוצרים חזקה מידי לאותו יוצר כי אז התחרות תיבלם. זה דומה לקוביות הלגו.

**כדי שתהיה הפרה של זכויות** יוצרים אני אומר שצריך שתהיה **הפרה חמורה יותר** – מקפידים על רמת ההעתקה, צריך שתהיה **העתקה יותר יסודית של השאלון**. אם אין העתקה מפירה יותר לא אקבע שיש הפרה של זכויות יוצרים. **דומה לדוקטרינת המיזוג** אבל לא בדיוק בצורה הזו.

**3. קטגוריה שלישית - מושג מתמטי:**

מושג מתמטי לא מוגן בזכויות יוצרים. מי שכותב ספרי מתמטיקה מקבל הגנה על דברי ההסבר שלהם. ההסברים המילוליים יהיו מוגנים, אבל המושג עצמו בנחלת הכלל.

**4. קטגוריה רביעית - עובדות ונתונים:**

עובדות ונתונים הם גם **אבני בניין בסיסיים** שצריכים להיות בנחלת הכלל. אפשר להתווכח מה היא עובדה או נתון. זה לא תמיד ברור אבל באופן עקרוני עובדות ונתונים בנחלת הכלל כי מדובר באבני בניין בסיסיים. יש לזכור שבהקשר הזה יש יצירות שבמהותן **ההיבטים העובדתיים חזקים מאוד**, כמו יצירה ביוגרפית, אוטוביוגרפית, יצירה תיעודית, דרמטית, סיפורים היסטוריים... הסרט מינכן לדוגמא, רשימת שינדלר... יש הרבה סרטים שעוסקים בנתונים היסטוריים. **דרך הביטוי מצד שני מוגנת**.

**הערכת שווי** – **האם זה עובדה או נתון? לדוגמא**, **יצחק לווי** - סידור של שמות משפחה ספרדיים – **הוצאת דרכון ספרדי**. אז מתחרים שלהם העתיקו את הרשימה, וסטודנט של המרצה פנה ושאל האם זה הפרה של זכויות יוצרים? יש כאן מומחיות, ידע והערכה ששם כלשהו צריך להיות ברשימה. האם זה עובדה/נתון או משהו אחר? לדעת המרצה הערכות השווי על בסיס הפקטורים שאנו שוקלים, גם אם אחרים מגיעים להערכה שונה, האם עדיין הערכת שווי זה עובדה או נתון? המרצה לא יודעת. אבל אפשר להתווכח על זה – במיוחד כשיש יותר מדרך אחת להגיע להערכה מסוימת. כמו **בקמרון** – חשיפה של אמת וטקסט היסטורי. האם זה הערכה אמתית או שזה משהו אובייקטיבי?

במקרה של **יצחק לווי** הם סיימו בפשרה.

**5. קטגוריה חמישית - חדשות היום:**

עובדות או נתונים. **אירוע חדשותי שקרה** – **יהיה הגנה**, כמו לדוגמא הכרזה של טראמפ על הכרה ברמת הגולן. **מצד שני**, העובדות שהאירוע חושף, זה **דיווח עובדתי וחדשות היום בהיבט הזה הן לא מוגנות**. כל עיתונאי רשאי לדווח על אותו מאורע אבל **העובדות החדשות של היום הם נחלת הכלל.** הדיווח עצמו יהיה מוגן אבל העובדות לא יהיו מוגנות.

אם הדיווח היה שקרי – הכוונה הייתה לתת דיווח אמת, אבל אחרי זה שברור שהוא פיקטיבי. **מתייחסים לכוונת המדווח ויתייחסו לכך כעובדה ולא ביטוי מוגן**.

מלבד חמשת קטגוריות אלו יש בחוק החרגה של עוד כמה דברים בהגנה לזכויות יוצרים

**ס' 6 לחוק זכויות יוצרים** – **פרסומים רשמיים - אין זכות יוצרים ברשימה של הפרסומים שהחוק מונה**: *"על אף הוראות ס' 4 לא תהיה זכות בחוקים, תקנות, דברי כנסת והחלטות שיפוטיות של בית משפט או כל סמכות שלטונים המפעילה סמכות זו על פי דין."*

למה המחוקק החריג דברים אלו? למה פסק דין יפה לא צריך לקבל זכויות יוצרים?

רשויות מדינה הן **נאמן הציבור** והן פועלות למעננו **במימון שלנו**. אין זכות יוצרים בכל רשימת פרסומים זו וכל דברים אלו יהיו בנחלת הכלל

**דוקטרינת הסצנות השבורות -** לפי דוקטרינה זו שרווחת בדין האמריקאי, בסוגי יצירות מסוימות יש סצנות או אירועים או דמויות, או אתרים **שהכרחיים** לתחום מסוים של יצירה או **נובעים באופן טבעי** מרעיון של יצירה. למשל – דמות של שריף קשוח ודו קרב אקדחונים במערבון. הרעיון מאחורי הדוקטרינה – **כל יצירות אלו צריכות להיות מוגנות תחת נחלת הכלל**. מדובר בקובץ רעיונות הכרחיים שצריך שיהיה אפשר לכתוב עליהם. **פס"ד שפירו נ' נעמי רייגן** – שפירו טענה שהיא העתיקה ממנה. רייגן אמרה שהגיוני שיהיו דברים דומים, אבל היו **העתקות מילה במילה** – זהות מילולית. כל עוד לוקחים דברים כלליים יותר הם יהיו בנחלת הכלל.

**הלכת א.ש.י.ר**: נכנסת לתמונה בדיוק בגלל הדברים שלא מוגנים בזכויות יוצרים (וגם פטנטים וסימני מסחר). זה נדון עם 7 שופטים – **מה קורה במצבים בהם אין הגנה של קניין רוחני** (נופל לקטגוריות שהזכרנו, לא עומד בדרישות הסף), האם אני עדיין זכאי למנוע מחקיין להעתיק את מוצריי?

בפס"ד זה נקבע כי כאשר אין הגנה כזו עשויה להתקיים עילת תביעה בגין עשיית עושר שלא במשפט בגין **העתקה של מוצר או עיצובו** כשהעתקה נעשית **בנסיבות של תחרות בלתי הוגנת או בתנאים של חוסר תום לב**.

**שופטי הרוב באשיר** בפס"ד מאוד ארוך (כדאי ליצור את התקציר) אמרו שדיני הקניין הרוחני **לא יוצרים הסדר שלילי**. זה לא אומר שיש מניעת הסתמכות במקרה שבו מישהו מעתיק יצירה שלך, כל עוד כאשר **נלווה להתעשרות** **יסוד נוסף**. היסוד הנוסף צריך להיות תחרות בלתי הוגנת בין הצדדים או חוסר תום לב, או חומרה מיוחדת... כל שופט הולך לווריאציה שלו. קשה להבין מפסק הדין באילו נסיבות יהיה ניתן להסתמך על פסק הדין. קשה לחשוב על העתקה ללא רצון ליהנות מפרי עמלך. הפסיקה הישראלית רוב השנים נזהרה מאוד לא ליישם את אשיר באופן ליברלי. זה נידון בהחלטות רבות בבתי משפט נמוכים – לפרש את ההלכה בצמצום בגלל ההשפעה על מה שנשאר בנחלת הכלל. אם הפירוש יהיה ליברלי מידי לאנשים יהיה פחות על מה להסתמך לצורך יצירה/המצאה עתידית.

**רוב הזמן לא נתנו הגנה על בסיס אשיר**. פרשו את ההלכה **בצמצום**. רק במעט מאוד מקרים נדירים נתנו סעדים כנגד אנשים שהפרו ועשו שימוש בדברים שאינם מוגנים. כן חשוב לומר שבפסיקה שכן קיימת – **השופט סולברג** קבע שאם משהו נופל לגדר סעיף 5 ולא מוגן הוא יישאר בנחלת הכלל, ולא יהיה ניתן להכניס אותו – **פס"ד זיסו נ' עיריית פתח תקווה** – פס"ד מחורבן. הבחור הלך לעירייה והציעה להם **לנהל מאגר DNA לצואת כלבים** כדי שיגלו איזה כלב עשה זאת ומי בעליו. עיריית פתח תקווה אמרו לא צריך, ואז עשו זאת. הוא תבע אותם, אמרו שזה רק רעיון, הוא אמר הילכת עשיר – עשיית אושר, **והשופט אמר לו לא**! הרעיון ליצור מאגר מחורבן לDNA לצואת כלבים הוא רעיון והוא לא הצליח להגן עליו. זה אחד מפסקי הדין החשובים שעשיית עושר לא תעזור.

לשיעור הבא תביאו את מצגת 3, 4 5 אחרי זה

30.04.19

**שיעור 7**

בשיעור הקודם דיברנו על הלכת אשיר, אשר ייצרה סוג של סטנדרט שאומר שאפשר להישען ולקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר מקום שאין לך תביעה מכוח דיני הקניין הרוחני הרגילים, אבל זה מותנה עם הוכחת יסוד נוסף. השופטים שנתנו את פסק הדין התמקדו בכך שאותו רכיב נוסף צריך להיות רכיב של תחרות לא הוגנת או חסרת תום לב של המתחרה שמעתיק את המוצרים. במה זה בא לידי ביטוי? קשה לחלץ מתוך פסק הדין. ביהמ"ש אומר שצריך חומרה מיוחדת – נסיבות חריגות. זה לא רק שאתה מעתיק משהו לא מוגן אלא משהו יותר מזה. מה שחשוב לומר מעבר לזה, זה שמלבד אותה חומרה מיוחדת/יסוד נוסף, זה שביהמ"ש העליון אומר שהלכת עשיר תיתן הגנה מכוח עושר על דברים חדשניים/מקוריים שמשקפים מאמץ/השקעה. נוצר למעשה סטנדרט שדומה לקניין רוחני שמוכר מדיני הפטנטים.

זה די מצחיק כי ביהמ"ש העליון מייצר סטנדרט חדש לקניין רוחני, זו חקיקה שיפוטית במיטבה אבל יש לה השלכות. ההלכה צומצמה בצורה ניכרת עד כדי ביטולה – זו עמדת היועמ"ש ב**Fisher Price**-. **השופט רובינשטיין** בפסק הדין אומר שלא נבוא וניתן סעדים מכוח עשיית עושר בדר"כ, היא תהיה מוגבלת למקרים חריגים וזה לא המקום להידרש לשאלה. ההלכה מצמצמת והיום ההלכה כמעט בוטלה דה פקטו.

**הזכויות הכלכליות**

משצלחת את דרישות הסף ויש לך יצירה מוגנת מכוח חוק זכויות יוצרים, ראינו שניתנות לך רשימה של זכויות בלעדיות שרק אתה יכול לעשות ואחרים לא יכולים. חשוב למרצה להדגיש כי ההגדרה של זכות יוצרים זה **זכויות בלעדיות כלכליות**. זכויות מוסריות הן לא זכויות יוצרים – הן ניתנות ליוצר אבל לא נחשבות כזכויות יוצרים.

הרשימה של הזכויות הכלכליות מנויה **בס' 11 לחוק עם 7 זכויות כלכליות**: סייג: אנו נראה שזכויות כלכליות לא קיימות לגבי כל סוג של יצירה. לא תמיד זכות בלעדית מסוימת קיימת לגבי זכות יצירה.

1. **זכות השעתוק (העתקה)** – אם זכות היוצרים, הזכות ליצור עותקים מהיצירה, הזכות הראשונית שניתנה ליוצרים ממנה התרחבו 7 הזכויות. היא נדונה **בס' 12** וקיימת ביחס לכל סוגי היצירות (ארבעת הסוגים – יצירה מוסיקלית, אומנותית, דרמטית וספרותית).

**ההגדרה בס' 12**: *"העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות (לא מוגבל רק ל):*

1. *"****אחסון*** *של היצירה באמצעי אלקטרוני או אמצעי טכנולוגי אחר"* – ייצור עותקים מיצירה לא חייב להיות רק הדפסה של ספר/יצירה של דיסק מוסיקלי, זה יכול להיות גם דיגיטלי במחשב.
2. *"****הדפסה או העתקה*** *תלת ממדית של יצירה דו ממדית."* אם דיסני יצרה את Miki Mouse, אם אייצר בובה תלת ממדית של Miki Mouse זה יהווה עותק של היצירה הדו ממדית.
3. *"עשיית עותק* ***דו ממדי מתלת מימד****"*: גם נחשב להפרה. דיסני מוגנת למעשה מכל הכיוונים.
4. *"****העתקה ארעית*** *של יצירה"* – אם מעתיקים יצירה באופן זמני גם היא מפרה את זכות ההעתקה. אם אתה מייצר עותק לזמן מאוד מוגבל וזה מסתיים מהר מאוד, כמו פיסול בקרח למרות שזה נמס אחרי שעה, גם זה יהווה הפרה.

יהיו **שימושים מותרים לפי ס' 26 לחוק** – העתקה זמנית, מהווה שימוש שהוא מותר. סעיף 26 מדבר על מציאות טכנולוגית – הוא מנסה לדבר על **העברת יצירות על גבי האינטרנט**. יש פטורים טכנולוגיים אחרת כל פעילות שהייתה יוצרת עותק זמני על המחשב שלנו הייתה מהווה הפרה, ואת זה לא ניתן לקבל.

גם **העתקה ידנית**/מכנית מהווה הפרה. גם **העתקה עם קצת שינויים** יכולה להוות הפרה.

1. **זכות לפרסום היצירה** – זכות הפרסום הראשוני היא זכות שחלה **רק על ההפצה הראשונית** של היצירה. החוק אומר לנו למעשה שהיוצר שולט במועד בפרסום הראשוני של יצירתו. נקראת גם **זכות החשיפה**. זה התעורר בצורה מעניינת **בהלכת קמרון**. יש לזכור שבקמרון פרסמו את היצירה עוד לפני שהיוצר הספיק לפרסם.

*""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[.]"*

מדובר על הוצאה של מספר עותקים סביר של היצירה. זה תלוי באופי היצירה. מדובר בחשיפה של היצירה לציבור והפרסום הראשוני שלה (מהרגע שהיצירה פורסמה ויצאה החוצה העותקים לא בשליטת היוצר).

**דוקטרינת המכירה הראשונה** – ברגע שהיוצר מוכר עותק של יצירה/מפיץ עותקים של יצירה לציבור הוא ממצה את זכות הפרסום הראשונית שלו ביחס לאותו עותק ואין לו שליטה לגבי מה יעשה בעותקים הללו – כך נוצר שוק יד שנייה. זכות זו לגבי כל סוגי היצירות (שלא פורסמו)

1. **זכות הביצוע הפומבי** – קבוע ב**ס' 13 לחוק** – לגבי 4 סוגי יצירות – כמו יצירות דרמטיות, יצירה ספרותית שאפשר לבצע אותה, תקליט... אבל **לא לגבי יצירת אומנות – לא ניתן לבצע אותה**.

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

העלאת יצירה על במה – ביצוע פומבי **קלאסי**. **מנגד**, שירה או נגינה בסלון זה **לא ביצוע פומבי** – אין ציבור. אם אני מקריא יצירה ספרותית בציבור זה כן מהווה ביצוע פומבי. אם אני מקרין סרט קולנוע או משמיע שירים באירוע זה כן (באמצעות מכשיר), אבל הסבר בציבור על תמונה התלויה במוזיאון ישראל – אין ביצוע פומבי.

קיימת פסיקה ישראלית שעוסקת בביצוע פומבי. בחוק הישן היה רק ביצוע פומבי, אבל בחוק החדש יש ביצוע פומבי וזכות שידור נפרדת. **בדברי ההסבר לחוק, היסוד המרכזי לזכות הביצוע הפומבי הוא הביטוי לציבור**. המחוקק בכוונה לא הגדיר את המילה ציבור כך שזה יתפרש לפי ההקשר והנסיבות לאור תכלית החוק. החוק גם אומר לנו בסעיף 13 **שהביצוע כולל השמעה או הצגה בציבור**, וזה כולל גם דברים שנעשים במישרין או באמצעות מחשוב.

**מתי ביצוע ייחשב כפומבי?**

בארץ אין הגדרה ברורה לגבי הפומביות, אבל יש פסיקה שהתמקדה בעיקר ב3 רכיבים לגבי פומביות. **שלושת רכיבים אלו הם**:

1. **אופי הקהל**: בהקשר הזה, אופי הקהל, כאשר מדובר בקהל **שחורג מהחוג המשפחתי**, והאירוע פתוח לקהל/קבוצה של אנשים שהיא מעבר לחוג משפחתי (חתונה זה פומבי), אופי הקהל הוא מרכיב משמעותי.
2. **האם הביצוע היה למטרות רווח או מסחריות**: כאשר הביצוע הפומבי נעשה כחלק מפעילות מסחרית כלשהי, כמו להקה שמנעימה את זמנם של האורחים, זה ייחשב לאופי מסחרי.
3. **אופי המקום שבו בוצעה היצירה:** בית פרטי? אולם? ועוד... אם זה היה בבית פרטי עם המשפחה שלי קשה לי לטעון שזה ציבור, אבל אם זה היה במקום לקיום אירועים זה משפיע מאוד על כך שהאירוע פומבי או לא.

**פס"ד מ1981 בעניין בלומהרס נ' הפדרציה לתקליטים וקלטות** – דן בשאלה **האם העברה של שידורי רדיו לחדרי אורחים** במלון (של מוסיקה מוגנת בזכויות יוצרים) מהווה **ביצוע פומבי?** בית המלון אמר שזה מועבר לחדרים ולכן זה לא ביצוע פומבי. ביהמ"ש קבע מספר דברים מעניינים:

1. **הוא דחה את טענות בית המלון** וקבע שמתקנים בחדרי מלון לא נועדו אלא לשפר את השירות שניתן לאורחים, להעלות את רמתו של בית המלון ולהאדיר את רווחיו, וחלק זה משתמש בזכויות היוצרים.
2. **הגדיר את אורחי בית המלון כציבור**, והשמעת מוסיקה לכל אורחים אלה הוא ציבור. זה פסיקה בעייתית כי יש פסיקות שאומרות הפוך – חדר מלון הוא מקום פרטי שנתפס כביתו של אדם. המסקנה היא שציבור האורחים המבקרים בבית המלון אין הם אלא זרים זה לזה וממילא העברת שידורים אליהם היא העברה בפומבי.

מדובר בפסק דין מעניין בגלל המוקד שלו – אתה מפיק כסף ולא תופס את האורחים של בית המלון כציבור פרטי, אלא כציבור כללי.

**בשוק המוסיקה** יש הרבה עניינים שנדונים **בבית דין לעניינים עסקיים**. יש הרבה תאגידים שהוכרזו כמונופולים ויש הרבה שאלות לגבי הפעילות שלהם. היה דיון בבית הדין לעניינים עסקיים ביחס לביצוע בחדרי מלון, **ובהחלטה אחרת** בית דין להגבלים עסקיים אמר שביצוע של מוסיקה בחדרי מלון תוך עשיית שימוש במקלט שסופק על ידי המלון לאורחים הוא **ביצוע ביתי או מעין ביתי**. כאן זה מצב **שהמקלט מסופק לאורח והוא מפעיל אותו מיוזמתו**. ביהמ"ש באמת עושה הבחנה בין פעילות פאסיבית לאקטיבית של בית המלון. השיקול המרכזי היא מה תרומתו של בית המלון לפעילות המוסיקלית של המעשה.

באמת אומר השופט בפסק הדין לאותה החלטה שככל שהוא רואה השתתפות אקטיבית יותר הנטייה תהיה לומר שמדובר בגורם שפולש לתחום הזכויות הבלעדיות של היוצרים.

לשאלה של הגדרת הביצוע הפומבי, ההחלטה נותנת לנו מספר שיקולים שיש לשקול אותם:

מהי **מידת הפגיעה** בזכות המונופולית של היוצר? עד כמה **הפעילות פוגעת** בזכות זו?

מה **הרווח שצומח** לבעל המקלט/מי שהציב את הטכנולוגיה מהשמעת השידורים? (כן)

**האינטרס הציבורי** ליהנות מהיצירה ולהפכה לנגישה לציבור.

**ביהמ"ש** אומר שלדעתו בעניין **הצבת מקלטים אין פגיעה בערך הכלכלי של הזכות** כיוון שהיוצר קיבל תמלוגים מהגורם המשדר. אם אחייב עוד פעם בהשמעה של אורח בחדר לכאורה יהיה **חיוב כפול** של תמלוגים גם מצד בית המלון וגם מבחינת היוצר של המוסיקה.

מדובר בקביעה מעניינת. פעם **טענו נגד חברות האוטובוסים כי הרדיו היה ביצוע פומבי**. חברות האוטובוסים טענו כי זה רק לרווחת הנהג וההנחיה היא לשמוע בעוצמה נמוכה. ביהמ"ש קבע שכך זה, וזה לא חלק משמעותי מהפעילות המסחרית של האוטובוס, אבל הטיעון של כפל תמלוגים הוא מעניין. הטענה היא שהמשדר משלם תמלוגים. אז בוא נכניס תמלוגים גם על השמעת המוסיקה בחדר במלון. צריך לזכור שכל פעם שיש ביצוע פומבי יש לגבות תמלוגים והטיעון של כפל תמלוגים לא תקף – כי אז רק גורם אחד היה משלם. צריך לבדוק מי משמיע ומי נהנה מכך. **לדעת המרצה** מדובר בהחלטה נכונה ויש הנחיה נכונה לגבי המעורבות הפסיבית ואקטיבית. כרגע הנטייה בכל העולם היא כן לחייב על השמעת מוסיקה בחדרים.

1. **זכות השידור** – מדובר **בזכות כלכלית חדשה**. בארץ היא נוצרה רק בחוק החדש. **ס' 11** אומר שזכות השידור חלה לגבי **כל סוגי היצירות**.

***ס'14*** *– שידור היא העברה קווית או אלחוטית, של צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכלולים ביצירה, לציבור."*

מדובר בזכות שבאמת נוצרה בחוק החדש כדי לטפל בטכנולוגיות חדשות (טלוויזיה, רדיו), והשאלה מהו ציבור וכל מה שדיברנו לגבי הביצוע הפומבי עולים גם כאן, וגם המבחנים אם מדובר בהפרה:

**מבחני הפסיקה (אינדיקציות):**

1. **אופיו של הציבור** אליו מכוון הביצוע (קבוצה סגורה ומוגדרת או קהל מזדמן?)
2. האם **המבצע מפיק תועלת/רווח** מהביצוע?
3. אופיו הפומבי של **מקום הביצוע**.

**פסק דין בלומרס [14]**: העברת משנה של שידורי רדיו **ממקלט מרכזי בכבלים לחדרי המלון** *("אין הכרח בביצוע [...] די בהעברתו").*

**פסק דין מלון דבורה [13]**: הפעלת **מכשיר טלוויזיה בלובי המלון** (אין העברה אקטיבית).

**פסקי הדין ונדה קרן (ספרית בבית)**,– הייתה צריכה לשלם תמלוגים על כל שיר שהשמיעה מהרדיו. **פורמן, קיבוץ הסוללים** - גם **מספרה**, **חדר כושר** וכיו"ב. יש על כך ביקורת – **כפל תמלוגים.**

**שידור** בהקשר הזה הוא **כלי חזק להעברת תמלוגים**. אבל צריך לשים לב שמנסים לכלול בשידור מספר טכנולוגיות *(בין אם זה קווי או אלחוטי, או אינטרנט)* ואומרים שזה יכול להיות הכל – *רק צליל, או מראות*... מספיק שהשידור יכול לצפות בזה. גם אם זה סרטון ביוטיוב שאף אחד לא פתח אותו – זה עדיין שידור.

בהקשר של זכות השידור עלתה השאלה לגבי **הזרמה – סטרימינג**. האם זה מהווה הפרה של זכות השידור? **בפס"ד premier league נ' פלוני** – פלוני העביר סרטימינג של **משחקי כדורגל**. סטרימינג זה טכנולוגיה שאדם צופה בהזרמה – מעבירים תכנים אבל לא נותר על המחשב עותק. זה דרך טובה לעקוף את ההפרות של שיתוף קבצים.

השאלה האם מדובר בשידור? **השופטת אגמון** במחוזי אמרה שכשבודקים את החוק החדש, לא חשבו על הזרמה. זכות השידור נוצרה כדי לתת מענה לטלוויזיה בלבד. זה מה שעמד בראש של האנשים. לכן היא אומרת ש**זכות השידור לא חלה על הזרמה** ולכן אין כאן הפרה של הזרמת תכנים כפלוני. היא אמרה שזה **לא שידור** וזה לא נכנס לגדר השידור. החוק אומר ששידור זה העברה קווית או חוקית של צלילים או מראות. מבחינה חוקית הזרמה כן נראית מתאימה לחוק.

**העליון הופך זאת** ואומר כי החוק צופה פני עתיד ויכול לכסות טכנולוגיות חדשות, וצריך לחשוב למה יצרו זכות זו. הוא אומר שהזרמה הפרה את זכות השידור. המזרים מפר והמוזרם כרגע לא מפר (בקרוב הוא גם יפר).

1. **העמדת יצירה לרשות הציבור** – בזה עוסק **ס' 15 לחוק** והוא חל לגבי **כל סוגי היצירות**.

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

זו גם זכות שעלתה **בפרמייר ליג נ' פלוני**, **והשופטת אגמון** במחוזי אמרה כי זו ההוכחה לכך שזכות השידור לא היית רלוונטית. **ס' 15** הוא זה שהיה אמור לעסוק בכך (היסטורית היא צודקת) והיא אומרת שס' 15 **מוגבל בתנאיו** – ס' 15 עוסק בהנגשה של יצירות לאינטרנט, והוא כולל מספר תנאים: כך שלאנשים מקרב הציבור יהיה גישה אליה ממקום וממועד לבחירתם. זה עלה בעניין פרמייר ליג ואמרה שבסטרימינג המשחקים היו נגישים אבל ברגע שזה נגמר הוא לא היה נגיש. לכן זה לא העמדה לרשות הציבור, ולכן אין כאן הפרה של 15.

זכות זו נוצרה בשביל האינטרנט והיא אומצה מחול, והיא מוגבלת מבחינת תחולתה.

1. **הזכות לעשות יצירה נגזרת (זכות העיבוד)** – חלה לגבי **4 סוגי יצירות**: ספרותית, אומנותית, דרמטית ומוסיקלית. מוגדרת ב**ס' 16 בחוק**: *"...עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת, כגון תרגום או עיבוד."*

מדובר בסעיף חוק שנותן דוגמאות. יצירה נגזרת היא למעשה הרחבה מודרנית לזכות השעתוק. אמרו שאפשר להעתיק יצירה בשינוי ולהעתיק את חלקיה. עשיית יצירה נגזרת למעשה רוצה למנוע עקיפה של איסור העתקה, והיא נוצרה בלחץ של תעשיות כדי **לכסות כמה שיותר פעילויות על ידי דיני זכויות יוצרים**. עשיית יצירה נגזרת כנראה משקפת את ההרחבה הכי דרמטית וגדולה של זכויות יוצרים מבחינת הזכויות הכלכליות, שכוללת מתן הגנה מאוד חזקה ליוצרים על חשבון הציבור. אפשר לראות את הרציונל לכך, אבל עדיין, הדרך שבה **סעיף 16** עושה זאת היא בעייתית. היא בעייתית בגלל ההגדרה – עשיית יצירה נגזרת היא עשיית יצירה שמבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת.

מה זה מהותי? יש על כך פסיקה. קשה לדעת על מה תקף האיסור הזה ולא תמיד ברור על מה יש יצירה נגזרת או אין. דוגמאות לכך הן תרגום של ספר, עיבוד של ספר לסרט/הצגה/מחזמר.

**אמיר ויינברג נ. אליעזר ויסהוף** – מדובר בפס"ד מעניין שעסק ביצירת צילום שעל בסיסה **טבעו מטבע. יש את התמונה של רבין שצולמה ב1991** על ידי צלם מקצועי בשם אמיר ויינברג במהלך טקס. ואז, שנה אחרי שהתמונה הצליחה וגורמים שילמו לאותו ויינברג כסף כדי להשתמש בה, שנה אחרי הצילום (98) יצר אליעזר ויסהוף מדליה שנושאת את התמונה של רבין, ועשה זאת כחלק משרד של מדליות של זוכי פרס נובל. לאה רבין היא זו שביקשה שהמטבע יווצר לפי התמונה הספציפית הזו. אז הוא יצא תבליט של המדליה, קיבל 1,500 דולר, והצלם תבע אותו על הפרת זכויות יוצרים בגלל השימוש בתמונה לבסיס יצירת המטבע. פסק הדין התגלגל בכל שלושת הערכאות, ועבר גלגולים של הפרה, אי הפרה... היה דיון שלם בשאלה אם יש הפרה או אין בהקשר הזה.

**בית משפט השלום** פסק **שהתמונה מוגנת בזכויות יוצרים**, וקבע **שתמונות תיעודיות דוקומנטרית עומדת במבחן הפסיקה** ולכן מוגנת כיצירת אומנות. בית משפט שלום אומר שהמטבע התבסס בעיקר על התמונה, המדליה היא העתק של התמונה, לקחו את כל הרכיבים מהתמונה והם זהים בתמונה ובמדליה.

בית משפט השלום התמודד עם השאלה של רכיבי הפנים של רבין – אי אפשר לטעון לזכויות יוצרים על כך הרי? לא? ביהמ"ש אומר שיש רכיבי פנים שהם ספציפיים לאותה תמונה. יש כאן הפרה של הזכות ליצירה נגזרת, דמיון מהותי לתמונה, **יש הפרה**. הכניסו לו 66,000 ₪.

מטביע המדליה ערער למחוזי ו**המחוזי** קיבל את הערעור. הוא יוצר לנו **הבחנה בין מה שהגדיר** **להגנה על הצילום עצמו להגנה על תוכן הצילום**. השופט במחוזי אומר שכאשר צלם מצלם דמות מוכרת באירוע פומבי, הוא לא בעל זכויות היוצרים בפוזיציה שבה הדמות נמצאת, בתווי הפנים של הדמות, בפרטי הלבוש ומאפיינים שונים של הדמות. ביהמ"ש המחוזי אומר שאלו מאפיינים ייחודיים של הדמות עצמה, ואף אם לכדת את התמונה בעצמך זה לא משהו שדיני זכויות היוצרים יגנו עליו. בית המשפט חשב גם שהגנת יתר על אישי ציבור יגבילו את היכולת להכין עוד יצירות של אותה דמות. תמיד יהיו יצירות דומות כי מדובר בהעתקה של אותה דמות. למרות שיש הגנה של זכויות יוצרים על יצירות צילום, **ההגנה מופחתת כשיש העתקה והדגש צריך להיות מושם על רכיבים חיצוניים לדמות** (רקע, תאורה).

ביהמ"ש המחוזי קבע בסופו של יום **שאין הפרה** וביטל את פסק הדין של בית משפט השלום.

זה מגיע ל**ביהמ"ש העליון**, והוא **הופך את פסק הדין של המחוזי**. עולות שאלות של היקף זכויות היוצרים בצילום, עד כמה הגנה על צילום משתרעת על מאפייני פנים של הדמות המצולמת. **ההלכה היא שיצירות צילום מוגנות בזכויות יוצרים**. ביהמ"ש העליון מאזכר את הפסיקה המרכזית שדיברנו עליה, כמו יצירות צילום, טלה-איוונטים, עניין פרמייר ליג...

פסק הדין כאן מנסה לעשות את **האיזונים בין האינטרס של הצלם לאינטרסים אחרים**. **השופט ריבלין** מדבר הרבה על צלמים ועל כך שצריך לתמרץ אותם וראוי לתת הגנה על היצירות שלהם. הוא מדבר על תמונות כמו הצנחנים בכותל, יוסי בן חנן בסואץ, דלג הדיו באילת, דגל בארה"ב... כבר מההתחלה רואים שהוא רצה להפוך את פסק הדין במחוזי. ביצירות צילום מדובר על מקרה מאוד מורכב. אני רוצה לאפשר איזשהו היקף העקה שמותר, והשופט ריבלין מנסה לנוע ולהתמודד עם הקביעות של ביהמ"ש המחוזי. הוא מדבר על ההבחנה של ביהמ"ש המחוזי לגבי מאפייני הדמות והרקע, והוא אומר שהקביעה הזו עשויה לאיין את המשמעות של זכות יוצרים בצילום. אם אומרים שכל מאפייני הדמות הן מחוץ לתחום אתה למעשה כמעט מבטל לחלוטין את ההגנה על יצירת הצילום. הוא הסביר שהקביעה הזו לא נכונה, אומר שצלמים מפעילים שיקול דעת רב ביצירה של צילומים. הבחירה להנציח רגע או מראה מסוים הוא כשלעצמו מקורי או יצירתי. לכן קשה לבודד את הרכיבים ולומר שהן בנחלת הכלל. על רקע זה אומר השופט ריבלין שלא ניתן לקבל את הקביעה של המחוזי. הוא מחזיר את התוצאה של ביהמ"ש השלום, וקובע **שיש הפרה**.

**פס"ד David Sliter** – **צילום הקוף**, זכויות יוצרים על התמונה. זה נגמר בפשרה והצלם אמר שיתרום את הכסף. עניין יצירות הצילום אינו פשוט. זו שאלה מעניינת וחשובה אבל זו שאלה של הכרעת מדיניות. לדעת המרצה אנו כן רואים פעילות יצירתית בצילומים שאנו רוצים לתמרץ אותה. אולי יש לצמצם את היקף ההגנה, משך הזמן... אבל לבטל כליל זו החלטה שגויה לדעת המרצה.

1. **זכות ההשכרה המסחרית** – הזכות הבלעדית שקבוע ב**ס' 17** חלה רק על 3 יצירות – **תקליט, יצירה קולנועית ותוכנת מחשב**.

***ס' 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."* יש לשים לב כי **רק מדובר בתקליטים, יצירות קולנוע ותוכנת מחשב**. השכרת ספרים לצורכי מסחר – הסעיף לא חל על כך!

*"(ב) ... השכרה על ידי ספריה ציבורית או ספריה של מוסד חינוך, אינה בגדר השכרה לצורכי מסחר; השר רשאי לקבוע סוגי ספריות ציבוריות וסוגי מוסדות חינוך, שהוראות סעיף קטן זה יחולו עליהם*.*"* יצרו סעיף זה בגלל **פסק דין של עיריית חולון** – ביהמ"ש קבע כי **פעילויות של ספריות הן אף פעם לא פעילויות מסחריות** (גם אם הם גובים דמי מנוי). סעיף זה חל על עותקים **פיזיים בלבד** ולא דיגיטליים. לכן 17 הופך לפחות ופחות רלוונטי בעידן הדיגיטלי. השכרה היה שוק מסחרי ער. זה לא כולל השכרה של רכבים לדוגמא שכולל תוכנת מחשב. יש הבחנה בין עיקר לתפל.

**הפרת זכויות יוצרים**

בהקשר של הפרה של זכויות יוצרים נהוג לדבר על 2 סוגי הפרה – **הפרה ישירה והקפה עקיפה** של זכויות יוצרים. כשמדברים על הפרה של זכויות יוצרים, זכות היוצרים מדברת רק על **הפרה של הזכויות הכלכליות**. שימוש באחת הזכויות הכלכליות של היוצר ללא הרשאתו ביחס ליצירה או חלק מהותי של היצירה. גם אם תיקח צימוק מהעוגה תפר את כל העוגה. 20 שניות מסרט של שעתיים, אם זה חלק מרכזי.

כדי להוכיח הפרה, **נטל ההוכחה הוא על התובע**. אם התובע מוכיח את 2 הדברים הבאים, זה יש חזקה שהייתה העתקה:

**(א) לנתבע הייתה גישה ליצירה המקורית** (למשל, אם הייתה לה תפוצה רחבה) - אם יש ליצירה תפוצה רחבה זה מספיק לביסוס הנתון הזה.

**(ב) דמיון מהותי בין היצירות, כזה שלא סביר להניח כי הוא פרי המקרה**. – אם אשווה את היצירות אראה שיש דמיון מהותי כך שזה לא יכול להיות יד המקרה.

השילוב בין הדברים יוצר חזקה שהייתה העתקה של היצירה של התובע. **לא נדרש יסוד נפשי** (לא נדרשת כוונה להעתיק) – בארה"ב **פס"ד האריסון (החיפושית)** נקבע שאפילו **העתקה לא מודעת מהווה הפרה של זכויות יוצרים** (!!!). נוצר שיר "My Dear Lords" אבל ביהמ"ש קבע שהייתה העתקה לא מודעת (לא רצו לומר שה-Beetles העתיקו).

**בחוק הישראלי בס' 58** כתוב שאם מפר הזכויות לא ידע ולא היה עליו לדעת שקיימת זכות יוצרים, הוא לא יחויב בפיצויים – **הגנת המפר התמים**.

בשבוע הבא נמשיך לדבר על הפרה, הגנות, זכויות משתמשים. תכינו את הנושא של שימוש הוגן. ישלחו אלינו סרטונים. נגיע גם להפרה עקיפה. שכל אחד ייקח פריט אחד.

07.05.19

**שיעור 8**

אמרנו שזכות יוצרים זה אחת מהזכויות הכלכליות (לא מהזכויות המוסריות). אמרנו שכל שימוש באחת מהזכויות הכלכליות הבלעדיות של היוצר ללא הרשאתו מהווה הפרה, וגם אם נעשה שימוש בזכויות הכלכליות ביחס לחלק מהותי מהיצירה גם זו תהיה אחת מההפרות.

חלק מהותי מהיצירה – חלק ניכר ממנה **מבחינה איכותית ולא כמותית**. (**הלכת מפעל הפיס** – **השופט טירקל** אומר שזה "**הצימוק שבעוגה**" – עניין של הבנה ופרשנות). ברגע שלקחתי את היצירה כולה ועשיתי את אחת הפעולות שנמצאת ברשימה של הזכויות הכלכליות או שימוש מהותי ביחס לאותן זכויות יש הפרה.

**נטל ההוכחה של הפרה הוא על התובע**. יש חזקה שיש הפרה אם התובע מוכיח 2 דברים עיקריים: **גישה ליצירה המקורית ודמיון מהותי**.

* **גישה ליצירה** זה אם יש לה תפוצה רחבה, נמצאת בספרייה, שיר באינטרנט....
* **דמיון מהותי בין היצירות** – ברגע שהיצירות מאוד דומות קשה לחמוק מטענת הפרה ומטענה שמדובר רק במקריות. אז סביר להניח שהבסיס לדמיון הוא העתקה ולא פרי המקרה. מדובר בהעתקה אם התובע מוכיח שני דברים אלה.

**אין דרישה ליסוד נפשי** (כוונה להעתיק מאדם אחר) אבל מצד שני לפי **ס' 58** – **הגנת המפר התמים** (חריגה שלא נמצאת בחוקים זרים) מדברת על מצב שהמפר לא ידע ולא היה עליו לדעת שהיצירה מוגנת בזכויות יוצרים בעת ההפרה. **הגנת המפר התמים** **פותרת אותי מתשלום פיצויים** (לטעון כי לא ידעתי שהיצירה מפרה היא טענה לא פשוטה). המרצה חושבת שלא היה פעם אחת שהצליחו להוכיח זאת. עדיין יינתן לו צו מניעה.

**פס"ד בעניין הראיסון מ1976** – היה פסק דין מרכזי אמריקאי שקבע שיש דמיון בין 2 היצירות. ביהמ"ש חזר על כך שלא צריך כוונה להפרת זכויות יוצרים, ולפעמים יש **העתקה "תת מודעת"**.

**יש 2 סוגי הפרות:**

* מקרים נדירים הם: **ההפרות המובהקות** – אתה נותן לתובע על מגש של כסף את תיק ההפרה.
* המקרים היותר שכיחים הם מקרים של **הפרות עמומות** – מערבים את הזכות של יצירה נגזרת – לא מעתיקים הכל, ההעתקה לא זהה אחת לאחד ואינה מושלמת. יש כל מני אלמנטים מוגנים, יש גם שינוי ויש גם תכנים אחרים שהיוצר הוסיף. המפתח להוכחת הפרה עמומה הוא **הדמיון המהותי** – כמה דמיון אוכל להראות, עד כמה היצירות דומות האחת לאחרת, השוואה בין היצירות ולראות כמה נקודות דמיון יש ועד כמה זה מגיע למצב של דמיון מהותי. **המבחן הוא לא כמותי אלא איכותי** ונותן שיקול דעת רב לביהמ"ש להכרעה בכל מקרה לגופו.

פס"ד **אלמגור נ' גודיק**– צריך לזכור וביהמ"ש אומר לנו שככל שהדמיון רב יותר כך גדלה ההסתברות שמקור הדמיון הוא בהעתקה. צריך הרבה נקודות דמיון, וברגע שיש הרבה כאלו סביר להניח שלא מדובר בצירוף מקרים אלא בהעתקה והפרת זכויות יוצרים. אלמגור נ' גודיק עסק **במחזה קזבלאן**. אלמגור הוא זה שכתב את הפזמונים ביחס למחזה, ואז הלכו ולקחו את הפזמונים, עשו להם פזמונים שונים ושילבו זאת בקזבלן. הוא תבע את צוות המחזמר שהעתיקו ממנו. אם באמת מנתחים יש את השיר המפורסם "כל הכבוד" – רואים את השיר המקורי ואת השינויים שעשו, ועד כמה נקודות הדמיון מצטברות. **יש הבדלים אך עדיין הייתה הצטברות של נקודות דמיון שנקבע שיש הפרה**. ביהמ"ש מדגיש גם **שלפעמים דמיון מהותי יכול לנבוע מסיבות שונות**. הוא יכול לנובע מ3 גורמים:

1. **מצב של יצירה עצמאית** – אם יש ליצירה הקודמת תפוצה נרחבת הטענה קלושה.
2. ייתכן כי מצב הדמיון נובע מזה **ששתי היצירות נסמכות על משהו שנמצא בנחלת הכלל** – אין לאף אחד מאתנו קייס
3. **שני הצדדים העתיקו מיצירה מוגנת אחרת**, צד שלישי.

**כשבוחנים הפרה יש 2 גישות לבחינת זכויות יוצרים:**

1. **גישת הסינון** – גישה שלמעשה באה ומסננת בשלב הראשון מתוך יצירת התובע את כל מה שלא ראוי להגנה, כמו למשל ראיונות, ביטויים שבורים, סצנות שבורות... ואז עושים השוואה בין יצירת התובע ליצרה המפרה.
2. **הגישה הטוטאלית** – משווים יצירה אחת לאחרת כמכלול, התרשמות כוללת ממכלול היצירה, ולא בדרך של לפרק אותה בדרך הזו.

**השופט טירקל** **בפס"ד מפעל הפיס** מעדיף את **הגישה הטוטאלית** – ההתרשמות הכוללת היא משמעותית ופירוק נראית ככזו שמפספסת את העיקר. במקרה של **מפעל הפיס נ' הרולקס** ביהמ"ש אמר שהוא מתרשם מהפרסומת ומהסרטים המקוריים, ומשווה כמה לקחו מהיצירות המקוריות. הוא אומר שלקחו את **לב ליבן של היצירות** (סצנות משמעותיות) וביהמ"ש קבע **שהייתה הפרה**. עדיין צריך לדעת שיש את 2 הגישות האלו, אבל בישראל כנראה הגישה החזקה יותר היא הטוטאלית.

הפסיקה הישראלית מפעיל **סטנדרט שונה ליצירות שונות**. יש קטגוריות שבתי משפט דורשים דמיון רב יותר, בעיקר במצבים שבהם המקוריות ביצירה דלה יותר. **למשל** – יצירות שיש להן **אופי טכני** שקשה למצוא בהן הרבה מקוריות במאמץ רוחני, אז דורשים **העתקה יותר מדויקת** ביצירות אלו כדי שתהיה הפרה. **בפס"ד שעסק בשאלונים של אתרי ההיכרויות** – ביהמ"ש אמר שבגלל שהשאלונים דומים וכולם עוסקים בדבר דומה, ביהמ"ש אומר שהוא יחמיר וידרוש העתקות מדויקות יותר. ככל שרמת המקוריות והיצירתיות ביצירה עשירה יותר, לא תידרש רמה מחמירה של העתקה.

**בפס"ד בעניין סטרוסקי** ביהמ"ש אומר כך – הוא כן רגיל לשאלה של רמת המקוריות והמאמץ כשהוא קובע את רמת ההעתקה הנדרשת. **מחמירים יותר עם יצירות ללא הרבה מקוריות**.

**לסיכום, אפשר להעלות טענת הגנה של זכויות יוצרים מכל מני סוגים**:

1. **היצירה של היוצר לא הייתה מוגנת מלכתחילה** – כמו ספר טלפונים. טיעון שקשה להעלות.
2. **טענה של יצירה עצמאית** – דבר שהוא נדיר מאוד, בעיקר בגלל שאם יש גישה ליצירות קשה לטעון טענה ליצירה עצמאית.
3. **טענה שהעתקנו ממקור שלישי כלשהו שנמצא בנחלת הכלל/מקור שלישי מוגן** – לא העתקתי ממך.
4. **טענה שאין דמיון מהותי/לא היה חלק מהותי, ובסיס ההשוואה/דמיון תמוהה** – משתמשים במומחים לקבוע האם יש מעט/הרבה נקודות דמיון. עניין של שיפוט לפי היצירה שעולה לדיון.

**ההגנות הקבועות בחוק וזכויות משתמשים**

מעבר לכל דברים אלו, יש גם הגנות שקבועות בחוק – **שימושים מותרים שקבועים בחוק**.

קיים פרק שלם בחוק - **פרק ד' – ס' 18-32** שנותנים לנו שורה ארוכה של זכויות משתמשים כשההגנה המרכזית היא **הגנת השימוש ההוגן**.

כל הפרק נותן שימושים מוגנים והגנות **רק ביחס להפרה של זכויות כלכליות של זכויות יוצרים** (לפי **ס' 18**). כל הפטורים לא רלוונטיים לדיון בזכויות מוסריות. המרצה מציעה שנקרא את כל הסעיפים הללו. המרצה לא בוחנת עליהם אלא רק על הדברים המרכזיים שהמרצה מדברת עליהם, אבל חשוב שתעשו את זה – אל תגידו שלא אמרתי.

הדבר המרכזי שחשוב לדעת – החוק יוצר כאן שורה של שימושים מותרים ופטורים.

**ס' 18 – סעיף המסגרת.** **ללא תמורה** (**ס' 32** מדברת על מצב בו יש תמורה). כאן כל השימושים המותרים הם כאלה שניתן לעשות ללא אישור היוצר.

**ס' 19 – שימוש הוגן.** מדובר בהגנה **עמומה**, והיא **ההגנה המרכזית**. מצד שני לא פשוט לדעת האם אהנה ממנה או לא. היא מאוד עמומה וקשה ליישום – יש בה עמימות רבה וקשה לעבוד איתה.

**הגנת השימוש ההוגן** – ישראל העתיקה מהאמריקאים את הסעיף כמעט כלשונו (יש הבדלים קטנים בספר של ניר נתנאל), אבל ישראל וארה"ב הן היחידות שאימצו הגנה פתוחה ורחבה. השימוש ההוגן מהווה הגנה חריגה כי היא למעשה רישיון לעשות שימוש ביצירה שמוגנת קניינית. מפקיעים אותה לאדם פרטי. למה יצרו דבר כזה ביחס ליצירות?

נראה שברגע שמתקיימים התנאים להגנת השימוש ההוגן לא צריך לשלם שקל.

ההצדקות לקיום ההגנה:

1. **טיעון ערכי** – **יש כאן יצירות/ביטוי**. זה נכון שבחוק יש מנגנונים מאזנים בין היוצר והחברה, כמו אבני בניין בסיסיות שמשארים בנחלת הכלל (**ס' 5** לחוק). הגנת שימוש ההוגן גם נכנסת לתמונה ואומרת שצריכה להיות כמות ואיכות בחברה שצריכה להיות לכולם גישה חופשית אליה. אנו לא רוצים שכולם יצטרכו תמיד לשלם על מידע, אלא אנו רוצים שיהיה הסדר כלשהו שיאפשר גישה לביטויים מסוימים בנחלת הכלל בתנאים מסוימים, והאיזון הזה משתקף מבחינה ערכית בהגנת השימוש ההוגן. זו ההצדקה הערכית, והיא חזקה כי דיני זכויות יוצרים מגנים על ביטוי – יש גם את חופש הביטוי, ויש איזונים שיש לקחת בחשבון.
2. **טיעון כלכלי** – **טיעון של עלויות עסקה**. אחד המאמרים החשובים ביותר בזכויות יוצרים זה **מאמר מאמצע שנות השמונים של מלומדת בשם Wendy Gordon**. הטיעון המרכזי שלה הוא שהגנת השימוש ההוגן מוצדקת על **רקע כלכלי של עלויות עסקה**. היא אומרת שכשיש **כשל שוק** ביחס לעלויות עסקה צריך לתת את הגנת השימוש ההוגן. **לדוגמא** – יש מורה בשיעור שאומרת שכל אחד יבחר את השיר האהוב עליו, יעתיק למחברת, יכתוב עליו עבודה ויגיש את העבודה. השיר שהילד בחר מוגן בזכויות יוצרים! תחשבו שהאימהות של הילדים היו צריכות לבקש אישור ולשלם תמלוגים לטובת כתיבת העבודה.

במונחים של וונדי – היא אומרת שבואו נדביק ערך כלכלי לכל דבר כאן. **ערך כלכלי של למידה שווה נגיד 10 שקלים מבחינה חברתית, ערך עלויות עסקה – 50. זה כשלון שוק!** הפעילות החברתית לא תצא לפעול כי יש כאן ערך 50, וזה מצב ש**צריך הגנת שימוש הוגן** – זהו הפתרון לכשל שוק של עלויות עסקה. זו טענה חכמה ויפה, אבל תכלס להדביק ערכים על כל דבר זה לא פעילות פשוטה. מצבים של שימוש הוגן יעלו בטענת הפרה ולא בדיון מקדמי.

בשונה מהעבר, כשהטיעון הכלכלי של וונדי היה חזק (היה קשה לאתר יוצרים ולהגיע אליהם), **היום עלויות העסקה נמוכות הרבה יותר** (כמו שהמרצה מצאה את האיש קשר של הCBS). ההצדקות שלה נשחקות בעידן שאנו חיים, אבל זה עדיין כאב ראש, כסף וזמן (עלויות עסקה).

הדין הישראלי קבע את ההגנה **בסעיף 19.** לפיו, *"שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.*

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

*(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.*

*(ג) השר רשאי לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב שימוש לשימוש הוגן. (לא משתמשים בו הרבה)"*

**ס' 19** מגדיר למעשה 2 דרישות מרכזיות להכרה בשימוש ההוגן – **מטרה והוגנות**. חייב להיות שילוב של מטרה (מנויה בסעיף המטרות – **סעיף (א)**) ומעבר לכך השימוש צריך להיות הוגן (**ס'19(ב)**) – סעיף זה נותן רשימה של שיקולים ששוקלים כדי להחליט אם השימוש הוגן. צריך את השילוב של **שניהם**. **המטרות שהחוק מזהה**: (כגון אלה – יש עוד מטרות שיכולות לא להיכלל כאן, אבל בהצלחה ששופט יסכים)

1. **לימוד עצמי** – לא קבוצתי, לא במסגרת קבוצת חינוך, אם סטודנט רוצה ללמוד בעצמו באופן עצמאי ניתן לעשות שימוש (אבל יש את סעיף ההוגנות לאחר מכך שמשתלב).
2. **מחקר** – שימוש שהוא מאוד רחב שמאפשר שימוש ביצירות וגם שיתופם עם אחרים – אדם יכול לשתף אחרים עם תוצרי המחקר שלו. מחקר נהנה מפרשנות רחבה מאוד – הוא לא חייב לעסוק ביצירה שאתה עושה בה שימוש. הוא מונח רחב וניתן לשלב בו יצירות רבות.
3. **ביקורת** – אחד הרכיבים החשובים ביותר שעולים הכי הרבה. בחברה דמוקרטית זה ערך מקודש שמשבו אנו רוצים לאפשר לעשות שימוש, וזה כולל את השימושים הכי שכיחים – כמו פרודיות וסטירות. **פרודיה** זו הגחכה של יצירה. סטירה זה ביקורת חברתית כללית שניתן לעשות בה שימוש כדי להעביר ביקורת חברתית כללית. ביקורת זה דבר חשוב, אבל פרודיה וסאטירה הן ההקשרים הכי שכיחים שמעלים בהם את ההקשרים, וכאן ההצדקות באמת חזקות, בעיקר בפרודיה שם היוצר לא יסכים שנלעג.
4. **סקירה** – סקירה זה רכיב שנלקח מהפסיקה האנגלית שמתייחס לסקירה של תחום מדעי. היא לאו דווקא ביקורתית – היא יכולה להיות תיאורית, תיאור של עניין, תמצות שלו וכו'. גם למטרות סקירה אפשר לעשות שימוש ביצירות.
5. **דיווח עיתונאי** – גם צורך זה ניתן לעשות שימוש ביצירות (מביא מידע לחיים שלנו).
6. **הבאת מובאות** – להביא ציטטות.
7. **הדבר האחרון** – **הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך**. יש לכך ערך חברתי חשוב ורוצים שאנשים יוכלו ללמוד וללמד בצורה די חופשית, אז גם למטרות הוראה ובחינה ניתן לעשות שימוש.

זה היה סעיף המטרה. לאחר מכן **נצטרך להוכיח הוגנות** – להוכיח שהשימוש הוא הוגן. **החוק נותן 4 דברים**: (לא מצטברים בהכרח, אלו שיקולים שצריך לשקול)

1. **מטרת השימוש ואופיו** – כאן אנו בודקים האם השימוש שנעשה ביצירה הוא למטרה מסחרית, או למטרת רווח ולא מסחרית. זה עלה לעניין **בפס"ד דודו גבע ודיסני**, וגם **בפס"ד מפעל הפיס והרוייקס** שעסק בסרטוני צ'אפלין. בודקים גם האם נעשה שינוי ביצירה (טרנספורמטיבי) או שהוא נקלח AS IS (בלי לעשות שינוי). **למשל,** הסרטון של **הגאנגם סטייל** שאז עשו גמבה סטייל זה טרנספורמטיבי. אם זה לא למטרות מסחריות זה יכול להועיל לך, ואם זה למטרה מסחרית זה יותר בעייתי, אבל **לא סוף סיפור** – כמו הלהקה של **Two Live Crew** – גם כשהמטרה מסחרית זה לא הורג את האפשרות שיהיה שימוש הוגן, אבל זה לא נקודה שתמיד עוזרת.
2. **אופי היצירה שבה נעשה שימוש** – אני בא ובודק את היצירה שהשתמשו בה (שכאילו לכאורה מפרים) – האם מדובר ביצירה שהיא פרי דמיון או שהיא כאילו עובדתית. האם היצירה פורסמה או לא. אם מדובר ביצירות יותר היסטוריות עובדתיות היקף ההגנה עליהם רזה יותר, אאפשר יותר לקיחה של תכנים מהם. ככל שמדובר ביצירה עם פרי דמיון רב יותר אחמיר ואתן הגנה חזקה יותר.

**שאלת פרסום של יצירה זה גם שיקול** – אם היצירה עוד לא פורסמה אתה מנוול לגמרי, בתי המשפט יחמירו ולא יתנו לך הגנת שימוש הוגן. (**קמרון**). בארה"ב זה עלה בעניין **פורד** שמגזין לקח קטעים מהספר שלא פורסם ופרסם אותו.

1. **היקף השימוש מבחינה איכותית וכמותית ביחס ליצירה ושלמותה** – שואלים כמה לקחת מבחינה איכותית וכמותית. האם לקחת יצירה שלמה, חלק מהותי ממנה (צימוק) או חלקים לא מהותיים. יש לזכור כי מי שלוקח סרט עלילתי ומקרין אותו בשיעור אין אישור לעשות כן.
2. **השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה** – מה יהיו ההשלכות של אותו שימוש הוגן על השוק המסחרי של היצירה. אנו שואלים כאן האם סוג השימוש הוא כזה שיש ליוצר שוק לגביו? האם היוצר היה יכול לייצר בשוק שוק מסחרי ליצירות כאלה? הסעיף הרביעי הוא לא הרציונל למתן הגנת זכויות יוצרים. האם השימוש ההוגן יפגע בתמריץ של היוצר? מה היקף הפגיעה בתמריץ ליצור?

**רשאים לשקול שיקולים אחרים** – **תום לב, מתן קרדיט** (ייחוס היוצר).... בעבר הגנת השימוש ההוגן הייתה עם רשימה סגורה של שיקולים, והיום **פתחו אותה בהתאם לדין האמריקאי** – שוקלים דברים אלו ואז מגיעים למסקנה. בשיעור הבא ניתן למרצה האורחת לדבר על המוסיקה, ואז בשיעור לאחר מכן נדבר על השימוש ההוגן, הפרה עקיפה... תביאו מצגת חמישית ואפילו שישית (פטנטים).

**חוק זכויות יוצרים במוסיקה – רננה שוורץ (הרצאת אורח – לא למבחן)**

**הרעיון לחוק זכויות יוצרים** – עולם ללא יצירה הוא עולם שנידון לאבדון. חוק זכויות יוצרים חוקק על מנת להגן על יצירה – אומרים לאומן/יוצר תיצור ואנחנו נגן על היצירה שלך. אבל חוק זכויות יוצרים הוא טריקי – אם נגד יותר מידי על האמן שיצר וחידש אנו עלולים לגרום לאפקט מצנן ליצירות חדשות. ההגנה של חוק זכויות יוצרים צריכה להיות מאוד מדויקת כדי לא לפגום ביצירות חדשות.

כשמגיע אל המרצה לקוח, היא צריכה להוכיח שהבעלות של היצירה אכן שייכת ללקוח, ושהתבצעה העתקה בידי הנתבע (דמיון בין 2 היצירות).

כשמישהו בא ותובע הרעיון הוא לבוא ולהגן עליו בהגנת שימוש הוגן (על הנתבע). **הסעיף הזה תוקן בשנת 2007** – קודם הוא היה סעיף סגור שלא ניתן להוסיף עליו, אבל כעת הוא פתוח וניתן להוסיף עליו. הרעיון מאחורי סעיף זה – אומנות זה לא כמו דירה/נדל"ן. אומנות זה דבר שאנו מאמינים שהוא **משפר את העולם** ויהיו הרבה דברים שכן ניתן אפשרות להשתמש בגלל זה. יהיו מטרות שנסכים להכניס את השימוש ההוגן אפילו אם לא שולם כסף. הבעיה בשימוש בסעיף זה הוא אפקט מצנן. מפחדים להגיע לביהמ"ש שיבוא ויחליט מהו שימוש הוגן.

**שימוש הוגן – המבחנים:**

1. **מטרת השימוש ואופיו** – אם אוכיח שמטרת הדמיון בין שתי היצירות הייתה העתקה זה לא שימוש הוגן. **לעומת זאת, בהאריסון** (my sweet lord) שם ביהמ"ש מכיר בזה שהאריסון לא באמת התכוון להעתיק, אך הוא העתיק בתת מודע
2. **אופי היצירה שנעשה בה שימוש** – ספר טלפונים יהיה יותר קשה לטעון שהעתיקו.
3. **היקף השימוש** – כמו שמעתיקים את המשפט הכי מוכר – מבחינה איכותית הוא נחשב הכי חשוב ולכן זה עדיין העתקה
4. **השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה** – אם השמעתי מוסיקה אלקטרונית באולם קונצרטים – האם השוק באמת נפגע?

זו שאלה האם אנו מסתכלים על זה לפי הגישה האירופאית (צרפת – אומנות זה משהו אחר, נשמור עליה באופן שמתייחס לאישיות של היצירה, האופי והעומק, נשמור בצורה אמתית וגדולה) או לפי הגישה בארה"ב (עזבו אותי – יצירה זה יצירה, דירה זה דירה. בלי השטויות האלה). ופט בארה"ב היה אומר שמה שמעניין אותו אם הייתה העתקה (piracy). לא מעניין אותו למה הייתה העתקה, זה עניין קנייני.

בית משפט אירופאי מנגד היה שואל איך, למה? איפה הם גרים, איך הם הכירו... אם שניהם המציאו את היצירה באופן מקרי אז צריך לחשוב איך זה קרה.. מתחילים לחשוב על עומק היצירה ומה שקרה – פלגיאריזם. אירופה יותר תאמין בזכויות מוסריות ששייכות לו גם אם הוא מכר את היצירה לחברה אחרת – השם עדיין שלו ולא פוגעים ברגשות האמן ביצירתו. (**אריאל זילבר נ' הדג נחש**)

**הרבה טוענים שצריך למחוק את הזכויות המוסריות** – טוענים שהם גורמים לאפקט המצנן של אמנים – אנשים מפסיקים ליצור ומפחדים כי הם מפחדים להיתבע בהמשך.

**מהי יצירה מוסיקלית?**

בסופו של דבר אין החלטה מהי יצירה מוסיקלית (כמות תווים, סוג היצירה, מקצב, מוטיב...)

היום הפסיקה מרחיבה ומקבלת כמעט כל דבר אל תוך הדבר שנקרא יצירה מוסיקלית. מה שכן – אם יש לנו שיר המילים תהיינה מוגנות כיצירה ספרותית.

**זילבר נ' הדג נחש**

מה שנורא מעניין בפסק הבוררות בנוגע ל"ואיך שלא" – ששומעים זאת, הבורר אמר שכל אדם סביר יוכל לשמוע בלי בעיה שיש כאן העתקה וזה בהחלט ברור שיש העתקה. זה מאוד הפתיע את המרצה, יש לה רקע מוסיקלי, ועדיין לשמוע את זה לקח למרצה זמן – היא הייתה צריכה להיות מכוננת. מה שמעניין בפסק דין הבוררות – ניתנה החלטה מאוד שונה ממה שניתן עד כה היום בעולם. הוחלט שלא המילים נחשדות בהעתקה, אלא קו הלחן השני – העיבוד שנעשה על השיר הזה (זה שנעשה באולפן ההקלטות). קו הלחן השני – העיבוד בו נעשתה ההעתקה של השיר של אריאל זילבר – ואיך שלא. מדובר בהחלטה מאוד קריטית (מעבר ל100,000 שח שהדג נחש היו צריכים לשלם) – הם יו צריכים להוריד את הדיסקים מהחנויות, נאסר עליהם להשמיע את השיר. היו מיליונים של שקלים למעשה, וזו הייתה החלטה חד משמעית. היום כשבוחנים העתקה בוחנים גם את קו הלחן השני – העיבוד.

נטען גם כי השיר מדבר על סמים (הדג נחש) וזה פגע בו בעצמו (בשיר המקורי של אריאל זילבר).

**TOY**

טענו להעתקה – המרצה אמרה שלא היה לה ספק בכלל שלא התעסקו בדבר הזה. הגיעו לפשרה כי לא רצו שהשיר יילקח. הכניסו את הסולן של seven nation army לחלק מהיוצרים של toy. אמרו שעדיף לעשות כל דבר מאשר להגיע למשפט.

* **יש מקרים נורא מעניינים – לד זפלין ומדרגות לגן עדן**. ביהמ"ש החליט שלא הייתה העתקה כי הוא אמר שזה צירוף תווים פופולרי (נורא מעניין שעשו את זה כך).
* **מרווין גיי** – הגישו העתקה ולא קיבלו. עכשיו הגישו תביעה נוספת
* **ביונסה** – נתבעה על ידי פאוליניה – הוא טען שחלק כדול מהסרט שלו הופיע אצל ביונסה וגם השירה דומה, המרצה חושבת שיש הרבה בטענות אלו, אבל ביהמ"ש קבע שמדובר בקטעים שבורים ושאין.
* **Shake it off** – אמרו שאין זכויות יוצרים
* לנו יש זכויות יוצרים בארץ על **הופה הולה הולה הולה**, אין סוסים שמדברים עברית ולגור בדירת פאר לחשוב שאתה מיליונר (משפטים משירים)
* **בג'ורג' האריסון** הוחלט שהייתה העתקה ושולם סכום רב של כסף. אפילו בכותרת של השיר, אבל ביהמ"ש הכי בכך שג'ורג' עשה את ההעתקה בתום לב – לא התכוון לכך מלכתחילה.

**פסיקה מנחה**

שימוש בפסיקה מנחה משכנעת את ביהמ"ש ומחייבת אותו, היא עוזרת לעורכי הדין ולמתדיינים.

1. האם לפנות לביהמ"ש או לחלופה דיונית אחרת (מאפשר להעריך מהן סיכויי התביעה)
2. מה לטעון בביהמ"ש

כל זה אין לנו בדיני הזכויות יוצרים במוסיקה בארץ.

**בעיית הפסיקה המנחה בדיני זכויות יוצרים במוסיקה: השלכות רוב התביעות מסתיימות בפשרה**

1. פיצוי למרות שלא הייתה העתקה
2. מפרים סדרתיים מעתיקים ללא חשש

**מבחן המאזין הסביר - רף מקרים ולא מהעתקה**

כאשר אדם שאינו מקצועי בתחום המוסיקה קובע אם הייתה הפרה או לא יקרו טעויות בשני מישורים:

הטלת אחריות בנוגע להעתקה כאשר הדמיון נובע ממקור דומה או מצירוף

אי הבחנה בהפרה כאשר היא כן קרתה.

**הניסוני של לאנד – מבחן האדם הסביר**

לקח 2 יצירות ממקרי הפרת זכויות יוצרים במוסקיה, כאשר אחד דומה ואחד שונה, ובחן איך אנשים הגיבו. בראשון הם אמרו שזה מאוד דומה כי בשניהם יש חצוצרה, מקצב ארבעה רבעים...

מדוע נעשה שימוש במבחן האדם הסביר?

* אנטי פורמליזם.
* טענות התומכים במבחן האדם הסביר:
1. התחום מעומעם
2. יש הבנה לאדם הסביר בנוגע למוסיקה
3. נכתבה עבור האדם הסביר (למה לא קוד פתוח?!)
* **הסתמכות על דעתו של השופט בלבד** – כך זה בישראל. השופט אומר שהוא האדם הסביר, ויש כאן הפרה.
* **אין צורך במומחה שימנה בית המשפט** – אין דרישה למקצועיות בתחום המוסיקלי. יש דירה למישהו מוכר בתחום המדעי, אבל אומנותי אין דרישה שהוא יהיה מוסיקאי שלמד איפשהו או שחוות הדעת תישען על מחקרים בעולם. השופט לקח מישהי שהיא יועצת זוגית.

המרצה אומרת שצריך לקעקע את מבחן האדם הסביר, ושצריך להביא מומחה מוסיקלי – לא סומכת על ביהמ"ש.

14.05.19

**שיעור 9**

אנו מדברים על הפרת זכויות יוצרים והגנות. דיברנו על הפרה ישירה בקצרה ועל הגנת השימוש ההוגן בצורה תמציתית. המרצה רוצה לומר כמה דברים על הגנת השימוש ההוגן ובחינת ההוגנות. דיברנו על ס' המטרה – **19(ב)** – ואמרנו ששוקלים 4 מבחנים כשבוחנים את הוגנות היצירה. מדובר במבחני עזר שנועדו לתת לביהמ"ש כלים להכריע האם השימוש הוגן או לא. הצגנו את השיקולים והמרצה אמרה שיש שיקולים נוספים שנשקלים מכוח פיתוח תפיסתי. **ס' 19** מנוסח דרך הגנה שהיא פתוחה – זה מאוד אופייני לישראל וארה"ב, וככה זה היה גם בעבר תחת הדין האנגלי (**Fair Dealing** – מצומצמת יותר מהדין האמריקאי)

**בנוגע למבחנים – הגנת השימוש ההוגן** (גם מבחני המטרה וגם מבחני ההוגנות) **יוצרת חוסר וודאות** – היא מציגה בחינה שהיא למעשה דוקטרינה מן היושר/צדק שתלויה בהרבה שאלות עובדתיות. **אממה**, היא נותנת **קריטריונים שלא בהכרח ברורים**. חשוב גם להבין שיש אפקט שאם המרצה מביאה ראיות חזקות ביחס לשיקול אחד (הוגנות) זה יכול לפצות על ראיות חלשות יותר ביחס לשיקולים אחרים. המשחק רווי בחוסר וודאות וקשיים ראייתיים.

בנוסף, המרצה הציגה את ארבעת השיקולים באופן עקרוני בשיעור שעבר. **נחזור על כך בהרחבה**:

1. **מטרת השימוש ואופיו** – במסגרת שיקול זה ביהמ"ש בוחן האם הנתבע היה חייב להשתמש ביצירה שהוא העתיק? האם הוא היה יכול להשיג את המטרה בלי להעתיק? בתי המשפט בודקים האם היה ניתן להסתדר גם בלי שימוש ביצירה כולה. (האם זה היה הכרחי?). במסגרת השיקול הראשון לא מסתכלים רק על **מסחריות וטרנספורמטיביות, אלא גם על ההכרחיות**.

לגבי **טרנספורמטיביות** – זה יותר משינוי ממדיה אחת לאחרת (דו מימדי לתלת ממדי). **טרנספורמטיביות זה שינוי במטרות יצירתך, ושינוי בביטוי** – ביקורת או פרודיה על היצירה. לא דובר בשינוי זניח אלא משהו עם מטרה אחרת, ייעוד שונה ליצירה. פארודיות או סאטירות הן בדר"כ הטרנספורמטיביות הקלאסית.

ככל שיש יותר טרנספורמטיביות – מצבך טוב יותר לפי השיקול הראשון, כי יש כאן ביטוי משמעותי שונה מהביטוי המקורי, ולפחות בפסיקה האמריקאית טרנספורמטיביות היא לפעמים השיקול הכי מרכזי בקביעות של הוגנות בהליכים של הפרת זכויות יוצרים.

1. **אופי יצירת התובע שבה נעשה שימוש** – אנו מסתכלים על היקף ההגנה בזכויות יוצרים להגנה – האם מדובר **בהגנה רזה או חזקה יותר**? בדגש על אופי היצירה. יצירות שזוכות להגנה משמעותית יותר – כאלו שיש בהן מקוריות ויצירתיות חזקה מאוד, כמו יצירות פרי דמיון ואומנות. יצירות עם הגנה רזה הן יצירות דוקומנטריות/עובדתיות, אבל חשוב להבין **שלשיקול הזה בניתוח נותנים משקל חלש יותר**, ובתי המשפט בדרך כלל במסגרת השיקול השני שוקלים את השאלה עד כמה חשוב לעשות שימוש ביצירות אלו לצורך יצירת המשך? חשוב לזכור שמסגרת הניתוח השני הנ"ל אנו פחות נותנים ציונים להגנה חזקה/חלשה, אלא בוחנים האם זה קריטי לעשות שימוש ביצירה זו ליצירת המשך בלי קשר לשאלה אם זה עובדתי או פרי דמיון וכו'... אם זה יהיה ציור מפורסם כמו מונה ליזה, בגלל שהיא הפכה להיות יצירה משמעותית נראה שאנשים יעשו בה יותר שימוש. לפחות בפסיקה אמריקאית, השיקול השני של הוגנות פחות חשוב בהשוואה לשיקולים האחרים.
2. **היקף השימוש מבחינה איכותית וכמותית ביחס ליצירה ושלמותה** – אנו שואלים שאלה כמה נקלח ביחס ליצירה כולה? האם נלקח חלק משמעותי? גם דקה מסרט יכולה להיות בעייתית. היה רגע בו **צבי זוהר** דיבר בכנס בבר אילן וזה הועלה ליוטיוב, אבל בגלל שהוא לקח קטע של דקה או 2 מ**עובדה**, האלגוריתם של גוגל הוריד את הסרטון. (גוגל לא צריכה להוריד בעצמה, עובדה צריכה לבקש, ואז גוגל צריכה להחליט האם יש כאן הפרה או לא). לדעת המרצה מדובר **בשימוש הוגן קלאסי** – זה כנס אקדמי. אפשר יהיה לטעון שמבחינה איכותית זה היה שיא התוכנית של עובדה (אפשר לטעון זאת) אבל המרצה עדיין חושבת שזה שימוש הוגן קלאסי (אין מטרות מסחריות, לא החליפו את עובדה ואת יכולתם להתפרנס). המרצה אומרת שהאכיפה האלגוריתמית ברשת היא קטסטרופה.

**לגבי ההקשר השלישי**, גם כאן כשבתי המשפט בודקים את העניין הכמותי, בתי המשפט בודקים קודם כל **האם זה היה חיוני לקחת את ההיקף שנלקח מבחינה כמותית או איכותנית לצורך השימוש שנעשה**. ככל שהשימוש של הנתבע יותר טרנספורמטיבי נאפשר לקחת יותר. היקף הלקיחה יהיה רב יותר. זה נבדק גם איכותנית – האם נלקח לב היצירה. אתה לא תמיד יכול לקחת את הדברים האלה מראש. (לדוגמא – המקרה של עובדה)

חשוב להבין – **אם השימוש טרנספורמטיבי, בתי המשפט יטו לומר כי העתקה מותרת כי זה חיובי וחיוני להעברת היצירה** (ברור במקרה של פרודיות)

1. **השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה** – מאוד משמעותי בניתוח שימוש ההוגן. ברקע יש יוצר שצריך לקבל תמריצים ליצור – אני אומר לו שהוא יוכל ליהנות מפרי יצירתך ולמנוע את אותם נוסעים חופשיים (הטיעון הכלכלי). השיקול הרביעי שואל איך השימוש ביצירה ישפיע על הערך הכלכלי של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה? האם מדובר במשהו תחליפי? משהו שיכול לפגוע בשוק הפוטנציאלי של היצירה שלי? כאן בתי המשפט בודקים שאלות אלו – עד כמה זה יכול להשפיע? בתי המשפט מסתכלים על השוק הקיים והשוק הפוטנציאלי של יצירות נגזרות, ושווקים אחרים שהיוצר יוכל לפתח סביב היצירה.

**לדוגמא – לשבור את הקרח**. יש שוק משני מסיבי סביב סרט זה. דיסני יודעים למתוח את השוק הפוטנציאלי שלה עד אין סוף. הם ממסחרים זאת עד הקצה, וזה שוק פוטנציאלי. **שוק פוטנציאלי של יצירה זה מעשה תלוי ביוצר!**

אם מדובר בהשפעות מנגד של **ביקורת ופרודיה**, בתי המשפט יגידו ששם היוצר כנראה **לא היה נכנס לשוק**, ולשם בתי המשפט בדרך כלל אומרים שאלו לא שווקים טבעיים ליוצר ושם יהיה שימוש הוגן כי לא צפוי שהיוצר יכנס לשווקים אלו.

**שיקולים נוספים במסגרת מערך השיקולים של ההוגנות** – האם נתת **ייחוס/קרדיט** (בתי המשפט מסתכלים על כך לרעה אם לא ניתן), **תדירות השימוש** (כמה פעמים עשית את זה, באיזו תדירות?), **תום לב/שיקולי צדק** (רשימה פתוחה ב**ס' 19(ב'),** ה-4 לא מצטברים ויש עוד דברים נוספים).

**פסיקה לגבי הגנת השימוש ההוגן בארץ**

**פס"ד דודו גבע נ' וולט דיסני (לפני החוק החדש)** – הוא לקח את דמותו של **דונלד דק, והחליט להפוך אותו לציוני**. שם לו כובע טמבל, והשתמש בדמותו. הוא פנה לדיסני לבקש את הרישיון ולא אישרו לו את השימוש בפרודיה (דיסני לא מאשרים בקלות). הוא הכניס אותו בכל זאת לספרו, דיסני מחו על כך ותבעו. **השופט מלץ** אמר שביקורת זה דבר חשוב ולהכניס את הדמות לספר זה ביקורת ופרודיה חשובה, אבל מה שנעשה אינו נכון, אין כאן ערך מצחיק/פרודי ולכן לא ניתן לעשות כן.

**המרצה** – מדובר בספר גדול עם מלא ברווזים וזה סה"כ דמות אחת. **לשופט מלץ** לא היה כנראה חוש הומור. ביקורת חברתית או פרודיה לא חייבת להצחיק אותי. לעג/הגחכה לא חייב להצחיק.

דמויות של דיסני מאוד משמעותיות לציבור האמריקאי ומשמחת אותם. כאשר אומרים שלא ניתן להשתמש בהם צריך להבין את המשמעות של כך. המרצה חושבת שדמויות של דיסני שאנשים רבים גדלים איתם והן משמעותיות בשלבי חיים מוקדמים ומבוגרים, קשה להתייחס לכך בביטול ולומר שזה לא משמעותי ליצירות המשך. **המרצה** חושבת שלפי 4 המבחנים של שימוש הוגן, ניתן לראות שניתוחו ככל הנראה לא נכון.

כשפסק הדין ניתן היה על כך **רעש בארץ** – דודו גבע הוא יוצר מוערך והוא ביקש רישיון! אחרי שסירבו הוא עשה ניהול סיכונים והחליט שזה שווה לו לנסות. גם במקרה של עובדה! זה דקה אחת! זה יכול לעודד אנשים לצפות ביצירה המקורית ולחזק את השוק שלה.

פסק דין זה הוא אחד מפסקי הדין הכי חשובים אבל הוא מוזכר **כפסק דין שגוי** (התפיסה המקובלת בארץ) לגבי שיטת הניתוח שלו. **השופט מלץ** אומר דברים שדיברנו עליהם בנוגע להגנת השימוש ההוגן – הוא חי לפי החוק הישן, אבל היא עדיין נועדה לעשות איזונים בין אינטרסים של יוצרים ומשתמשים, והחוק בתוך ההגנה עושה את מלאכת האיזון וגם בתי המשפט עושים איזון זה (הדוקטרינה עמומה).

**דודו גבע** אומר שמטרת שימושו היא **ביקורת** (אמרנו שזו המטרה הכי קלה להיאחזות), הוא אומר שמדובר גם בפארודיות וסאטירות, והחלק המשמעותי בפסק הדין היא לבדוק האם זה סאטירה או פרודיה. כאן השופט אומר **שאין כאן אמירה של ביקורת על דונלד דק, ואין שימוש בדמותו להעברת מסר חברתי כלשהו.** אין כאן ערך אומנותו סאטירי. אין הגחכה של הדמות – פרודיה עליה או ביקורת חברתית שמשתמשת בדמות עצמה.

**המרצה חושבת** שמלצר לוקח את נושא הפרודיה והסטירה באופן רציני מידי. גבע משנה את הדמות והופך אותה לישראלית (למרות שהמקור לא מתפספס). פרודיה של הדמות/הגחכה שלה – אפשר לטעון שזה דומה ללהפוך את PSY לגרסה ישראלית. לא ברור שדיסני היו עושים את זה וזה נתפס כפרודיה. בעיני השופט זה לא פרודיה, והוא רוצה לראות ביקורת. **המרצה** אומרת שזה לא צריך להיות ביקורתי עד כדי כך – מספיק לעשות משהו שהיוצר המקורי לא היה עושה (דיסני לא רצו), ומלץ לוקח את העניין של פרודיה וסאטירה, ואומר שאין את זה ואין את זה.

**אם היינו לוקחים את הקו של** **מלצר** – לא היו שימושים הוגנים, כי ברוב המקרים עוצמת הביקורת אינה חזקה. מלצר לוקח את זה ומותח באופן משמעותי, אבל אם זה היה הרף אף אחד לא היה מקבל הגנת שימוש הוגן לפי מלץ. הוא אומר שדודו גבע לקח את הדמות בצורה מדויקת לשימוש מסחרי, ולא תהיה לכך השפעה על ערך דמותו של דונלד דק, אבל בשקלול הדברים אין כאן שימוש הוגן.

תוך התייחסות באופן ביקורתי לפסק הדין אפשר לחשוב על **3 הצדקות למה זה כן שימוש הוגן**:

1. **טרנספורמטיביות – אין כאן העתקה זהה.** היקף נטילה – כדי שיהיה שימוש אפקטיבי בדונלד דק צריך אותו במלואו. אם דמות לא הייתה מוגנת בנפרד ממעגל היצירה הכללית שלה, המצב שלו דודו יותר טוב (אבל התייחסו לדמות כיצירה מוגנת בפני עצמה).
2. **עלויות עסקה – הטיעון הכלכלי** (**מאמר של וונדי גורדון**) – שימוש הוגן צריך להיות מוצדק לפי עלויות עסקה. כשיש עלויות עסקה מאוד גבוהות אנשים לא יעשו שימוש ביצירה כשהתועלת נמוכה. כאן היה ניתן לטעון שדודו גבע היה נדרש ליצור יצירה שהוא צריך לקבל **הסכמות מהרבה גורמים** ועלויות עסקתו מאוד גובהה, ודיסני לא הסכימה. כשעלויות העסקה גבוהות והתועלת של דודו גבע נמוכה (הגעה לבימה"ש העליון) זה מצב קלאסי למתן הגנת שימוש הוגן – ביהמ"ש לא עשה בטיעון זה שימוש.
3. **בארה"ב היה פס"ד שעסק ב-Air Pirates**. עשו שימושים של צריכה פורנוגרפית בדמויות של מיקי מאוס כשהתוקף של הזכויות עמד לפוג. דיסני תבעה אותם וניצחו. ביהמ"ש הסתכל על פסיקה זו והיא לא פעלה לטובת דודו גבע אבל לא בצדק לדעת המרצה.

פס"ד זה לא ראוי ביחס למסריו אבל הוא מאוד טיפוסי בנוגע להגנת השימוש ההוגן בישראל.

**פס"ד מפעל הפיס נ' רוייקס אקספורט** – **סרטי הנווד של צ'אפלין**. פעם תעמולת בחירות הייתה מצחיקה – היו עושים סרטונים ומשקיעים. עשו שימוש בדמות הנווד של צ'אפלין לטובת מפעל הפיס. מפעל הפיס טענו שהשימוש הוא **פרודי/סאטירי** שמהווה **שימוש הוגן**. מפעל הפיס גם ניסו לטעון שההגינות נובעת מכך שמוסד **לא למטרות רווח** אלא שכל כולו **לטובת החברה** – אבל **השופט טירקל** לא משתכנע. מדובר במוסד להשאת רווחים, פרסומת אינה שימוש הוגן (שימוש מסחרי) ולקחו כאן גם את **לב היצירה** – הסצנות האהובות והבלתי נשכחות, גם אם הם קטנות מאוד, ולכן יש כאן **שימוש לא הוגן**. בתי משפט מעפילים כאן לא מעט שיקול דעת, אבל מה שהכריע את הכף זה **המסחריות של השימוש**.

**פס"ד פריימר ליג בעליון** (ערעור על המחוזי – מחוזי) – מאוד משמעותי במחוזי (פחות בעליון) מקרה בו הייתה הזרמה של תוכן כדורגל ללא עלות **והשופטת אגמון** טענה כי זה שימוש הוגן. יש חשיבות לשידורי הכדורגל לחברה, זה נעשה ללא עלות. פריימר ליג תובעים את פלוני ובתי המשפט לא מוכנים לחשוף אנשים אלו בלי חובה כזו (תיקון 5 תיקן את זה, אבל אז לא היה ניתן לחשוף גם לפי העליון וגם המחוזי). פלוני מזרים משחקי כדורגל לציבור, המשחק נגרם והשידור לא זמין. פריימר ליג אומרת שיש הסכמים שעושות לה כסף (זכויות שידור), ואחד כמו פלוני חותר תחת העסק – מזרים את השידורים חינם. פלוני אומר שהוא עושה שימוש הוגן, ואגמון קונה זאת. אגמון הורגת את כל הפרשות הקדושות בפסק דין אגרסיבי. אצלה הזרמה לא מהווה שידור אבל לפי העליון זה כן.

**אגמון עושה את ניתוח ההוגנות** (ארבעת השיקולים)

1. **מטרת השימוש אופיו – אדם שמזרים שידורים לציבור – חסד.** זה הנגשה לאנשים שידם אינה משגת. כדורגל הוא חיוני כמו אוויר נקי לנשימה. פלוני עושה שירות לחברה, לא מסחרי, שירות לציבור (מתעלמת שפלוני עושה כסף מפרסומות מסחריות באתר, לא בהזרמה) מדובר בערך ציבורי – הנגשה של צפייה בכדורגל. אפשר לקבל מטרה זו אבל זה בעייתי כשיש פרסומות.
2. **אופי היצירה שבה נעשה השימוש** – אגמון אומרת שיש כאן יצירה שהיא שידור של משחק כדורגל – לא יצירה שביליה זכויות יוצרים. היא חושבת **שמשחק הספורט לא מוגן, השידור מוגן, אבל ההגנה לא חזקה** (כמו יצירות צילום). לכן יש לאפשר יותר.
3. **היקף השימוש** – לקח יצירה כולה אבל זה **חיוני**.
4. **השפעת השימוש על השוק של היצירה – יש כאן סוג אחר של צופים.** אוכלוסייה שידה אינה משגת לרכוש את הרישיון לשידורי הספורט ב67 ₪, ומקבלים אלטרנטיבה – הם ממילא לא היו רוכשים את הרישיונות כי אין את האמצעים הכלכליים. האיכות ירודה יותר, זה לא תחליפי לשוק המקורי ולכן אין כאן השפעות על השוק המקורי של היצירה.

היא חושבת שנעשה שימוש הוגן ביצירה, ואז זה **נהפך בעליון**.

**העליון מתמקד ב2 דברים**:

1. **מטרת השימוש ואופיו** – פלוני עושה כסף ולא ניתן להעלם מכך.
2. **השפעת השימוש על השוק והיצירה** - ממש לא. כל הניתוח לגבי קהל היעד (67 ₪ לחודש) ואיכות ירודה לא נכון – האוכלוסייה יכולה לקבל **ומעדיפה לא לשלם**. מדובר במוצר **תחליפי**, זה פוגע בשוק היצירה, לוקח שוק של משתמשים ליצירה, אנשים ינדדו וזה פוגע בגופי שידור וגורם לפגיעה בהכנסות, צילום המשחקים ושידורם. ביהמ"ש קובע שאין כאן שימוש הוגן.

ביהמ"ש מדגיש את הצורך לתמרץ יוצרים, קשיי הטכנולוגיה – הוא הופך את אגמון גונן לגמרי.

נקודה נוספת – **העניין של** **חשיפת מפרים**. פלוני לא נחשף באותו הליך ובתי המשפט לא רצו לחשוף גולשים בחקיקה שיפוטית, אבל לפי תיקון מס' 5 לחוק זכויות יוצרים יצרו פרוצדורה לחשיפת מפרים.

**הפסיקה בארה"ב יחס לשימוש הוגן** – יש רשימה של פסקי דין חשובים שעוסקים בשימוש ההוגן.

**Campbell v Acuff-Rose (1964) (עליון אמריקאי)** – השירים שהמרצה נתנו לנו לשמוע על **אישה יפה**. יש שם את שיר הנושא מאישה יפה (שיר מאוד ישן) ומנגד להקת ראפ שחורה של 2 life crew שיצרו שיר חדש שמבוסס על השיר הזה עם שינוי. השינויים שהם עשו הם טקסטואליים אבל כששומעים את השיר **ברור מהו המקור**. בדומה לדודו גבע הם הציעו לשלם תמלוגים לזכויות היוצרים, אבל acuff rose סירבה לתת רישיון, והם סברו שהשיר שלהם מהווה פרודיה לשיר של אישה יפה. הם ייחסו אותם לשיר וביהמ"ש העליון האמריקאי סובר כי **מדובר בשימוש הוגן**. בערכאת הערעורים שקדמה לעליון סברו שזה שימוש מסחרי ולקחו יותר מידי, אבל בעליון קבעו שזה כן.

מעניין לראות את דרך הניתוח האמריקאי:

1. **השימוש ואופיו של המפר – היה כאן שימוש טרנספורמטיבי** בו לקחו משהו תמים כמו אישה יפה ואז ביקרו את האישה הלבנה (בזים לאישה, מדברים עליה לא יפה), הם שינו את הקונטקסט הרומנטי התמים לשיר שמגחיך את השיר המקורי. ביהמ"ש מכיר שהשיר למטרות מסחריות אבל זה לא אומר שהשימוש לא יהיה הוגן, וביהמ"ש העליון אומר שבגלל שהשימוש היה מאוד טרנספורמטיבי, הוא יותר משמעותי משימוש למטרות מסחריות.
2. **טיבה של היצירה המוגנת שממנה הלהקה העתיקה – מדובר כאן ביצירה מאוד יצירתית** עם ביטוי מוגן רב, היא זוכה להגנה משמעותית בזכויות יוצרים. מצד שני, יצירות יותר מקוריות הן אלה שנוטים לעשות עליהם פארודיות
3. **הכמות שנלקחה ואיכותה – הכמות שנלקחה סבירה ביחס למטרת השימוש**. ברור שהלהקה העתיקה את החלקים הכי חשובים מהשיר המקורי, אבל פרודיה חייבת לעיתים לקחת את לב היצירה כי שהיא תהיה פרודיה אפקטיבית, ולכן זה בסדר.
4. **ההשפעות על שוק היצירה המקורית** (השוק הפוטנציאלי של היצירה) – בהקשר הזה ביהמ"ש העליון אומר שזה שנעשה שימוש מסחרי ביצירה **לא אומר שזה בהכרח משפיע על השוק הפוטנציאלי של היצירה.** כאשר השימוש הוא פארודי בדר"כ פרודיה אינה תחליף ליצירה המקורית ולא משפיעה על השוק של היצירה. פרודיות יכולות להפחית את השוק (עקב הביקורת) אבל כל עוד הפרודיה לא מחליפה א המקור והורגת את השוק המקורי אי אפשר להשתמש בזה כטענה נגד הגנה של שימוש הוגן.

**Authors Guild, Inc. v. Google, Inc -** פס"ד על **פרויקט הספרים של גוגל**. גוגל סרקה ספרים שלמים – חלקם לא בדפוס, חלקם מוגנים בזכויות יוצרים. גוגל עשתה מיזם גדול של סריקה ואפשרה לספריות שתרמו את הספרים שנסרקו לקבל גישה לעותקים מלאים של הספרים לספריות שהשתתפו במיזם.

**מעבר לכך**, ספר שמוגן עדיין בזכויות יוצרים – לא ניתנה גישה מלאה למשתמשים. הספרייה קיבלה עותק שלם דיגיטלי, והמשתמשים קיבלו תצוגה חלקית – תוכן עניינים, עמודים רנדומליים. גילדת הכותבים לא הסכימו חלקם לפעילותה של גוגל ותבעו אותה על הפרת זכויות יוצרים.

זה הגיע **לביהמ"ש המחוזי** שקובע שיש **שימוש הוגן**, היוצרים מערערים **ובערכאת ערעורים קובעים שוב שמדובר בשימוש הוגן.** האם זה שימוש הוגן?

האם יש כאן **מטרה ראויה?** – **כן** – שימור ספרים ומתן גישה לספרים.

מה לגבי **הוגנות?** – זה לא תחליפי ליצירה אלא **יוצר שוק ליצירה**. ספרים שהיה מהם עותק אחד פתאום זמינים לכולם. גוגל יזמה מפעל הנגשה חשוב שמשמר ונותן גישה ליצירות (גם אלו שבנחלת הכלל וגם אלו שמוגנות).

1. **מטרת השימוש ואופיו – המטרות מסחריות**, היא מרווחיה פרסומות וזה גם פלטפורמה לייצר שוק סביב היצירות הללו.
2. **טיבה של היצירה העומדת לדיון – ברור שהרוב המכריע זה יצירות מוגנות** אלא אם מדובר ביצירות היסטוריות
3. **היקף השימוש ביצירה – לא מנגישים הכל, חלקים קטנים** ולא לב היצירה
4. **פגיעה בשוק היצירה – ממש לא, לא תחליפי**, צריך גישה לכל היצירה ואין גישה כזו.

ביהמ"ש מתרשם ממפעל זה וקובע כי מדובר בשימוש הוגן.

**הפטורים האחרים בחוק** – **ס' 20-32** שיוצרים שימושים מותרים. המרצה תגיד כמה מילים עליהם

**ס' 20** – מדבר על שימוש ביצירה בהליכים משפטיים או מנהליים.

**ס' 21** – העתקה של יצירות שמופקדות לעיון הציבור לפי חיקוקים. למשל – הפקדת תכנית בנייה במשרדי הועדה המחוזית לתכנון ובניה – זו יצירה מוגנת אבל ניתן להעתיק אותה .

**ס' 22** – שימוש אגבי ביצירה. למשל: מצב בו מצלמים סרט ותוך כדי מצלמים תמונות שהיו על הקיר בלי שתכננו זאת מראש. שימוש אגבי כזה ביצירה מותר לפי ס' 22.

**ס' 23** – עוסק בשידור או צילום או ציור של יצירה אדריכלית או יצירת פיסול שממוקמת במקום ציבורי - מותרת. למשל – הסטודנטים לאומנות שיושבים שעות ומעתיקים פסל שנמצא במרחב הציבורי, או צילום של עיתונאי על יצירה בגן.

**ס' 24** – עוסק בשימושים שונים בתוכנות מחשב או עשיית יצירות נגזרות מתוכנות מחשב. הוא מאפשר ללא הרשאה ליצור עותק גיבוי מתוכנה.

**ס' 25** – הקלטות לצורכי שידור.

**ס' 26** – יצירות ארעיות, זכות העתקה.

**ס' 27** – מדבר על האפשרות ליצור יצירות אומנותיות נוספות על ידי היוצר, כמו יוצר שמכר את יצירותיו והעביר את זכויותיו ביצירה, ויש יצירות שמבוססות על היצירה הקודמת שלו – יוצר יכול וצריך להיות מסוגל להמשיך ליצור יצירות נוספות גם אם נפרד מהיצירה המקורית שלו.

**ס' 28** - שיקום והקמה מחדש של בניינים – נגיד צריך לעשות שיקום של המיה או כנסיית נוטרדאם, אם. אם עוד היו לה זכויות יוצרים וזה עדיין לצורך שיקום והקמה מחדש של בניין שנהרס, למרות שזו הפרה מותר לעשות את הפעולות וזה לא ייחשב להפרה (הגיוני סה"כ).

**ס' 29** – ביצועים פומביים במוסדות חינוך. ילדים מעלים מחזמר במוסדות חינוך (כמו אליה) – זה מותר. יש פטור מהפרת זכויות יוצרים.

**ס' 30** – שימושים מותרים בספריות, בארכיונים ובגופים אחרים – יש פטורים מיוחדים.

**ס' 31** – סמכות של השר לקבוע תנאים אחרים (נוספים) בנוגע למוסדות חינוך, ספריות וארכיונים, כמו שימושים נוספים שניתן לעשות, אך השר לא עושה זאת לצער המרצה.

**ס' 32** – ייצור תקליטים תמורת תמלוגים. דיברנו על שוק המוסיקה ויש סעיף שיוצר רישיון כפייה לייצר תקליטים שכבר נוצרו – יש היתר לעשות את זה כל עוד אני משלם תמלוגים. זה למה זמרים שרים שירים אחרים ויש תקליטים, אבל זה נוגע רק לגבי יצירת גרסת הכיסוי (ולא הפצתם בחו"ל). הפעילות של יצירת תקליט מותרת לפי ס' 32. צריך לשלם תמלוגים אבל זה לא רישיון כפייה.

יש לקרוא סעיפים אלו כי זה חשוב – מגלים שיש דברים שמותר לעשות ביצירות.

אם ניקח את **סרטון הגמבה סטייל** – צריך לצפות בהם טוב ולבחון האם נכון לתת להם הגנת שימוש הוגן. לדעת המרצה הגמבה סטייל זה לא פרודיה על PSY המקורי אלא דרך לקדם אג'נדה לטבעונות. יש שם מסרים על טבעונים. החומוס סטייל זה לקחת את PSY ולעשות לו פרודיה ישראלית קלאסית.

לדעת המרצה שני הדברים צריכים לחסות תחת שימוש הוגן, אבל הדרך שונה – ביקורת ופרודיה. חשוב לזכור שצריך לעשות בחינה עניינית ולעשות ניתוח משמעותי.

רואים שמנסים למנוע **מגוגל** להוריד את הסרטון (כותבים PARODY). בנוגע ל**יוטיוב**: יש להם הסדרים משניים עם יוצרים מאחורי הקלעים שאנו לא מודעים אליהם, שאומרים שליוצר יש זכות לדרוש הסרה של יצירות שמפרות את זכויות היוצרים שלו. אין חובה על יוטיוב לפעול כדי לסנן תכנים. ב24 שעות עולים ליוטיוב מיליוני קליפים, ויוטיוב מפתחת אלגוריתמים רבים אבל אין לה חובה לעשות כן.

המנגנון שמפותח בישראל וארה"ב הוא מנגנון של **הודעה והסרה** – רק אז יוטיוב צריכה לפעול ולהסיר. אבל עד אז לא צריך לעשות. ביוטיוב יש יצירות שעדיין נמצאות שם כי ליוטיוב יש את החוזים מאחורי הקלעים שאומרים ליוצר או שאסיר או שאקבל כסף, ורוב היוצרים בעולם מעדיפים לקבל את הכסך מאשר שהתכנים יוסרו. דיסני לדוגמא לא מוכנה בכלל. יש הרבה יצירות מפרות אבל הן נמצאות שם בהרשאה של היוצר.

**הבעיה הגדולה – אכיפה אלגוריתמית ושימוש הוגן**. צבי זוהר זה הכי הזוי לדעת המרצה – זה ממש לא הפרה של זכויות יוצרים. דברים כמו סרטון חתונה עם שיר של מישהו זה בעייתי.

**הפרה עקיפה של זכויות יוצרים**

כאן חשוב להגיד שיש שינויים בתיקון לחוק שנעשה.

**הפרה עקיפה** של זכויות יוצרים כוללת סוגים שונים בחוק החדש. זה נסיבות שבהן אני מטיל אחריות על גורם של ביצע הפרה בעצמו אלא אפשר את ההפרה/סייע לה בדרך כלשהי. נושא זה מאוד מפותח בארה"ב – כל העניין של נפסטר, גרוקסטר, מפרץ הפיראטים ועוד... לא חסרות הפרות עקיפות, אבל יש לזכור שזו דרך להרחיב את מעגל האחריות. בזכויות יוצרים זה הפך להיות משמעותי כי מי שמאפשר את ההפרות האלו זה כיסים עמוקים, וקשה לרדוף אחרי מפרים ישירים. כדי לרדוף אחרי אנשים משפירים באופן ישיש יש לעשות זאת בצורה יעילה.

מדובר **במלחמת מאסף**, ולכן במקום ללכת למשתמשים הולכים לגורם ביניים שמסייע כמו גוגל או יוטיוב, או גוזלן שיוצרים פלטפורמות להפרה (נפסטר בהתחלה) ואז התפתח שיח עד כמה אני יכול להטיל אחריות על גורמי ביניים ובאילו תנאים?

**נפסטר** – היה האתר הראשון שיצר את השיתוף של עמית לעמית שאפשר לאנשים לשתף תכנים, קבצי מוסיקה. זה בעיקר מה שעשו סטודנטים באוניברסיטה בחו"ל באינטרנט. זה חשף הרבה יוצרים והטכנולוגיה אפשרה הרבה דברים. אז לא רדפו אחרי האנשים הספציפיים וניסו להוריד את נפסטר. מדובר בממשק בין טכנולוגיה וזכויות יוצרים (תחילת מותם מבחינת יכולת אכיפה של זכויות יוצרים באינטרנט). **הרדיפה אחרי גורמי ביניים התחילה בגלל זה**.

מעניין שהחוק הישראלי לא בחר להסדיר נושא זה בצורה מפורשת/הרמטית, אלא בחר להסדיר הפרות עקיפות ספציפיות.

**פס"ד שוקן** – הסדיר את הנושא של הפרת תוכן בצורה חלקית דרך דיני הנזיקין וזכויות יוצרים מכל מיני שיקולים, אבל בעיקר בגלל שמדובר על טכנולוגיה והתפתחויות לא צפויות. השאירו את זה לפיתוח פסיקתי.

בחוק שלנו יש הוראות שמסדירות את הנושא של הפרה עקיפה – **ס' 48, 48א' ו49** (סוג של הפרה עקיפה)

**ס' 48** – **הפרה עקיפה של זכות יוצרים להעתקה**. יש כאן הסדרה חלקית שאומרת *" העושה אחת מהפעולות האלה בעותק מפר של יצירה, מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה, ידע או היה עליו לדעת כי העותק הוא עותק מפר"*

*(1) מכירה או השכרה, לרבות הצעה או העמדה למכירה או להשכרה;*

*(2) החזקה למטרה עסקית;*

*(3) הפצה בהיקף מסחרי;*

*(4) הצגה לציבור בדרך מסחרית;*

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

ס' 48 מטפל רק סוג אחד – אדם שמתעסק עם אחד מחמשת סוגי העותקים ומפיץ אותם באופן לא חוקי. אם ידעת/היה עליך לדעת ועשית את אחת הפעולות, כל הדברים מהווים הפרה עקיפה של זכויות יוצרים. **אבל זה מאוד מוגבל** לגבי עותקים שידעת או היית צריך לדעת.

**עם זאת**, העולם של נושא זה רחב יותר – אנשים לא רק סוחרים בעותקים מפרים.

**ס' 49** – **ביצוע פומבי במקום בידור ציבורי** – הפרה עקיפה ספציפית בנסיבות מסוימות. מדברת על מצב בו אדם מאפשר לאנשים לעשות שימוש במקום בידור בבעלותו לבצע ביצוע פומבי. אצור רובד נוסף של אחריות כדי למנוע הפרה של ביצועים פומביים. אם אנו הולכים להתחתן במקום, צריך לשלם לאקו"ם. כדי לאפשר הגנה יותר חזקה כלפי מפיצים ויוצרים – אנו אומרים שזה שנתן את השטח למקום בידור ציבורי לביצוע פומבי, צריך לוודא שזה נעשה הסכמה. לכן בעלי האולם אומרים שיש לשלם לאקו"ם! מדובר בשוק משמעותי של היצירות שלהם ולכן מחפשים גם את זה מששכיר את השטח.

אלה שני הסעיפים בחוק אבל **אין הסדרה כללית**. **פס"ד בעניין שוקן** יצר בארץ את ההסדר המשמעותי דרך פסיקה של בית משפט עליון. היו סטודנטים ממפלגת העבודה באוניברסיטה העברית שייצר ספרים ומכר אותם בעלות סמלית (עותקים של הוצאת שוקן). שוקן תובעים את האוניברסיטה, מי שניהל את התא והמפלגה. שוקן תובעת את האוניברסיטה העברית שבשטחה ואת הסטודנט (כדי להפחיד אותו, הוא נתן חומרים ואז ירדו ממנו).

פסק דין זה היה ההזדמנות להכיר **בהפרה תורמת ושלוחית**. השופט עושה זאת דרך דיני הנזיקין. יש בחוק דוקטרינות של אחריות שמרחיבים את מעגל המעוול מעבר למעוול עצמו.

**ס' 52** – **הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית היא עוולה אזרחית**. סעיף זה הוא למעשה **צינור** שמאפשר להחיל את דיני הנזיקין גם על זכויות יוצרים והשופט ריבלין עושה זאת.

בשבוע הבא כנראה תהיה מחליפה אבל יהיה שיעור כרגיל. נדבר על הפרה עקיפה, סעדים, זכויות מוסריות, יש להכין את פטנטים – מספיק לקורא את החוק.

21.05.19

**שיעור 10 – המשך הפרה עקיפה – (אפרת – מחליפה)**

אחד הנושאים הכי מעניינים לדעת המרצה. הבנתי שהתחלתם לדבר על הפרה עקיפה תורמת.

**בתוך ההפרה העקיפה יש 2 אופציות – הפרה תורמת והפרה שילוחית**. מה ההבדל? המבחנים דומים והסיטואציות דיי חופפות, לפעמים התובע דורש את שניהם (דבור נכנס לכיתה)

**הפרה תורמת** – הייתה **הפרה ישירה**, באופן כללי אדם **תורם משמעותית** לגרם הפרת הזכויות יוצרים, ובנוסף לכך אתה עושה זאת תוך **ידיעה בהפרה** (הפרה, ידיעה ותרומה – 3 תנאים).

**הפרה שילוחית** – התבצעה **הפרה ישירה**, לאותו גורם שלישי יש יכולת **לפקח** על הפעילות והוא מפיק **רווח כספי** (הפרה, פיקוח, רווח – 3 תנאים)

**פס"ד שוקן** – העתיקו ספר על יפן המסורתית, **חברי תא הסטודנטים** השתמשו בציוד כדי לקחת יצירות שמוגנות בזכויות יוצרים, לשכפל לסטודנטים וליצור מקראות. אחת היצירות הייתה מוגנת על ידי שוקן והיא הגישה תביעה נגד העבודה והאוניברסיטה העברית – הסטודנטים שהיו חברים בתא ביצעו את ההפרה, אבל גם האוניברסיטה וגם המפלגה היו אחראיות לטענת שוקן בגין ההפרות בגלל האופן שבו שלטו במתקנים וגם שידעו לכאורה מה הולך שם.

בפס"ד ביהמ"ש מתייחס באופן שונה לאוניברסיטה ולמפלגת העבודה.

בחוק יש לנו את **ס' 48 ו-49** לחוק. **כשריבלין** מתייחס לכך הוא משתמש ב**ס' 52** שמכיר באופן כללי בהפרת זכויות היוצרים כעוולה. כדי לעגן את הדוקטרינה של הפרה עקיפה, ריבלין אומר שיש לנו **הכרה באחריות של משתף או משדל בעוולת הנזיקין**. זכויות יוצרים לא מכירים בהפרה עקיפה, ולכן אנו נשאב את העקרונות הללו מדיני הנזיקין ונחיל אותם בזכויות יוצרים ונחיל אותם על הפרה עקיפה למרות שהחוק לא מתייחס לכך לפי ס' 48 ו-49.

**מה הבעיה? המפרים הם הרבה פעמים משתמשי קצה** – או שקשה לתפוס אותם, או שאין להם כסף, או שלתבוע כל אחד ממשתמשי הקצה יעלה כסף רב – ולכן מחפשים **גורמי ביניים**. אם אומרים שמשתמשי הקצה מבוזרים, רחוקים ויעלה כסף לתבוע ולאתר אותם מחפשים תכלית – בואו נלך לגורם הביניים עם הכיס העמוק אם נצליח להטיל את האחריות על גורם הביניים נוכל לייצר הרתעה שתשמר את **התכליות** של דיני זכויות יוצרים, נגן על **בעל הזכויות** ובו בזמן **נסתום פרצה** שמתקיימת בדיני זכויות יוצרים.

בפס"ד שוקן **השופט ריבלין** מדבר על **מספר תנאים** שצריכים להתקיים כדי שנכיר בהפרה תורמת:

1. **קיום הפרה ישירה** – אם אין הפרה ישירה אז אין הפרה תורמת. אם יש הפרה ישירה שהמשתמש הבודד נהנה מהגנה של שימוש הוגן, זה לא מאיין את האחריות של גורם שלישי בגין הפרה תורמת.
2. **ידיעה בפועל של שימוש מפר** – יסוד נפשי של ידיעה בפועל.
3. **אותו גורם תרם תרומה משמעותית להפרה** – איך בודקים האם יש תרומה משמעותית? רשימה לא סגורה – נסיבות, פעולות של המפר, דברים שעשה כדי לעודד, שרשרת האירועים שהובילה להפרה.

בפס"ד **מבחינים בין האוניברסיטה והמפלגה**.

* בנוגע למפלגה אומרים **שגם ביחס לאוניברסיטה והמפלגה התנאי הראשון מתקיים**.
* **לגבי** **הידיעה יש מחלוקת** – כאשר מדברים על מפלגת העבודה, אומרים שהם העמידו לראשות תא הסטודנטים את החדר וידעתם שיש ציוד צילום – כנראה ידעתם מה הם עושים שם. לגבי האוניברסיטה, אומרים שהאוניברסיטה היא מוסד ענק, פועלים שם תאים רבים, ומאוד קשה לאוניברסיטה לפקח על פעילויות אלו, ואנו לא רוצים להטיל עליה את האחריות כי זה עלול לשתק אותה. זה מטיל אחריות כבדה מבחינה משפטית וכלכלית.
* **בנוגע לתרומה המשמעותית** – ביהמ"ש אומר שקשה לומר שהייתה תרומה משמעותית ספציפית להפרה על ידי האוניברסיטה (בניגוד למפלגה)

**למה הנושא של הפרה עקיפה כלכך חשוב?** למה זה מהותי לנו, לחיינו? למה אכפת לנו מהדוקטרינה של ההפרה העקיפה? מדוקטרינה די ספציפית היא הופכת **לעניין מאוד משמעותי** **בעקבות האינטרנט**. אנו כיום למעשה מתנהלים אונ-ליין ומשתפים קבצים אונ-ליין.

בשנות ה80 היה בארה"ב פס"ד חשוב – **Sony / Betamax** – בשנות ה80 סוני פיתחה טכנולוגיית Betamax שקשורה **למכשירי הווידאו**. העולם רעד, חברות אולפני הקולנוע נכנסו להתקף זעם מטורף על הטכנולוגיה, והם ניסו בכל הכוח לעצור את זה. הם טענו שמה שסוני עושה יגרום לקריסת כל הקולנוע בארה"ב. כשבית המשפט בארה"ב בא ובדק זאת, הוא הסתכל על הטכנולוגיה ואמר נכון – אנשים יוכלו לחבר את מכשיר הווידאו ולהקליט סרט/תכנית טלוויזיה. הם גם יוכלו לצפות בזה, והם יוכלו גם להריץ קדימה את הפרסומות (אף אחד לא ירצה לפרסם!) – זאת הייתה הטענה.

אז **ביהמ"ש בחן האם מדובר כאן בהפרה עקיפה**.

ביהמ"ש אומר שנכון – **אפשר להפר איתו זכויות יוצרים**. **אבל** אפשר גם לעשות איתו **דברים לגיטימיים** – כמו לצלם לבד דברים שלנו, לצפות בסרט חתונה/ברית, לקנות קלטת חוקית, להקליט ולצפות במשהו כמו שהוא בזמן מאוחר יותר (Time Shifting).

ברגע שביהמ"ש הכיר בכך שבאותה טכנולוגיה יש שירותים לגיטימיים הוא **סירב לראות בסוני כבעלת אחריות של הפרה עקיפה**. משם בתי המשפט מאז בודקים לא רק את האם הייתה הפרה ישירה, אלא כשהם בודקים טכנולוגיה חדשה, מה שהם בודקים זה **האם לאותו טכנולוגיה יש גם שירותים לגיטימיים שחורגים מגד השימוש של שימוש מפר**.

אחת ההשפעות הגדולות של השוק – **שוק של מתן רישיונות והשכרת וידאו** (לפני זה אנשים לא יכלו לשכור סרטים). לקח 3 שנים עד שזה קרה, וגם המפיצות העיקריות הבינו שזה עדיף והן אימצו זאת בצורה מדהימה.

שנות ה2000 – **MP3,** טכנולוגיה חדשה שמאפשר לכווץ קבצי מוסיקה בטכנולוגיה של MP3, ויש אינטרנט – **שיתוף הקבצים!** חברות המוסיקה נכנסו לפאניקה. אפשרו לשתף קבצי מוסיקה ללא תשלום. העותקים הפיראטיים הסתובבו בעולם, הכנסות חברות התקליטים ירדו בצורה דרמטית. מרבית התעבורה ברשת הייתה של שיתוף קבצים **מפרים**. אחת החברות הראשונות – **נפסטר**. היה שרת מרכזי אחד ותוכנה. כל אחד הוריד את התוכנה למחשב, והתוכנה אפשרה לאנשים גם להעלות קבצי מוסיקה (אחרי שהומרו לmp3) ולהוריד מנספטר קבצי מוסיקה אחרים. אבל היה שרת אחד מרכזי שאפשר לאנשים לשלוט בתעבורה. היה שרת אחד מרכזי, אנשים העלו והוריד תכנים אבל הכל התרכז לשרת אחד. נפסטר הייתה הצינור וגם המקום בו התכנים אוכסנו.

אז תעשיית המוסיקה הגישה תביעה **וביהמ"ש פסק שמדובר בהפרה תורמת** – הייתה הפרה, היא ידעה שמדובר בהפרה (נתנה שירות ותמיכה לאנשים שהשתמשו בטכנולוגיה) והוא אומר שיש גם **הפרה שילוחית** – לנפסטר יש את היכולת לפקח ולנטר. משלא עשתה את זה והיה לה רווח כלכלי מתקיימות 2 הפרות – **תורמת ושילוחית – תורמת כי היא תרמה והייתה לה ידיעה, ושילוחית כי היא יכלה לפקח ורווח**.

**בחזרה לפס"ד סוני** – ביהמ"ש לא בדק במקרה כאן האם יש שימושים אחרים לגיטימיים לטכנולוגיה. לכאורה, ביהמ"ש כאן לא הלך ובדק האם לאותה טכנולוגיה יש שימושים לגיטימיים. נדמה שביהמ"ש לא עשה כך כי היה ברור שמדובר בהפרה וזה היה האלמנט המרכזי.

עברו כמה שנים, 2005 **גרוקסטר** קמה ואמרה שהתוכנה עכשיו לא כוללת גישה לשרת מרכזי. כשאנשים רוצים להחליף כל אחד מתקשר מחשב עם מחשב (בלי שרת מרכזי). P2P (Peer 2 Peer). הם חשבו שאז לכאורה הם מתחמקים מהסיטואציה של נפסטר וביהמ"ש לא יטיל עליהם אחריות, אבל **ביהמ"ש** **כן הטיל עליהם אחריות**. ביהמ"ש בוחן במקרה הזה עושה ניתוח דומה, ואומר שידעתם מה קורה. נכון שהמחשבים של המשתמשים תקשרו אחד עם השני, אבל היו פרסומות ומדריכים איך להשתמש בתוכנה. אף אחד לא חשב שמשתמשים בתוכנה כדי להחליף תמונות של נוף. לכן לא ניתן להתחמק גם אם שונה העיצוב הטכנולוגי. (אפילו השם היה דומה – גרוקסטר מול נספטר).

בנוסף, בפס"ד זה היה בפעם הראשונה **שביהמ"ש האמריקאי פיתח משהו שנקרא** **תיאורית ההדחה** – בדיני פטנטים יש דבר שנקרא "**הפרה להדחה**", הפצתם את התוכנה גם למשתמשים שלא היו רוצים להפר, אבל ברגע שנתתם ופרסמתם את התוכנה גרמתם להם לעשות זאת. אתה **מדיח אותם** לבצע את העבירה. "שידלתם" אותם. החליטו שזו הפרה

אחרי כמה שנים מה שהפך להיות פופולרי זה טכנולוגיות אחרות – **קישורים**. איך ביהמ"ש יכול להתייחס לאתר שיש בו קישורים לתכנים מפרים – **פס"ד רוטר**.

מדובר באתר עם פורומים. היה **פורום פתוח ופורום סגור**. הפורום הסגור נקרא פורום סרטים **ותבעו את רוטר** על כך שהם הפרו זכויות יוצרים, ידעו שיש לינקים מפרים ורצו שישלמו. עשו הבחנה בין פורום סגור ופתוח. פס"ד רוטר עיגן בהלכה אלמנט/עיקרון מהמשפט האמריקאי – **הודעה והסרה**, הוא מעוגן ב**DMCA**, זה מנגנון שנועד לאזן בין האינטרסים המתחרים. יש לנו היום הרבה אתרים שמאפשרים למשתמשים לפרסם תכנים שלנו. (פייסבוק, אינסטגרם...). ברגע שמאפשרים לאדם לפרסם דברים לכאורה אנו חושפים את הפלטפורמה/האתר לסכנה שתוטל עליהם אחריות עקיפה – למרות שהרבה אתרים אומרים שהם לא יכולים לנטר, זה קצת שטות כי ברגע שאתה שולט על הקוד/מבנה אתה יכול לשלוט בתכנים. אבל אנו לא רוצים להטיל עליהם אחריות רחבה כלכך – יש **אפקט מצנן על השיח**, ומצד שני אנו לא רוצים שיהיה מערב פרוע שכל אחד ישים מה שהוא רוצה.

**לפי המנגנון הודעה והסרה** – יש לי אתר ואני מאפשר למשתמשים לפרסם קישורים ותכנים. האתר לא אחראי כל עוד בעל הזכויות הודיע לי שהתוכן מפר. כל עוד לא הודיעו לי אני לא אחראי, וכל עוד הודיעו לי והסרתי אני גם לא אהיה אחראי.

**יוטיוב** – הפלטפורמה הגדולה ביותר לתוכן של משתמשים. מה הבעיה? הפרת זכויות יוצרים בלתי פוסקת. איך זה עדיין קורה? למה יש הפרות? היצירות יכולות להיות שונות מהיצירה המקורית...

איך יוטיוב (הפלטפורמה) עובדת? - **אכיפה אלגוריתמית** – נושא מעניין לעבודה סמינריונית.

כמה סרטונים עולים בממוצע ביום ביוטיוב? 576,000 ביום. נצפים – 5 ביליון.

אז חצי מליון סרטונים חדשים ביוטיוב מדי יום. בעבר ליוטיוב היה מרכזים שהיו צופים בכל סרטון ומחליטים אם הוא מפר או לא. אבל עם 500,000 סרטונים אי אפשר להספיק – אז עוברים לאכיפה אלגוריתמית.

ביוטיוב יש גם את **מנגנון ההודעה והסרה, CONTENT ID, סריקה של הסרטונים**. מעניין לכתוב עליו וללמוד איך עוברים מחברה בה אדם יושב וצופה לחברה שבא אדם מפתח אלגוריתם שמנתח סרטון, מבין איך אנשים יכולים לעשות מניפולציה, סריקת תוכן עם שפות שונות, ותוך כל זה עדיין יכול להיות מסוגל לזהות תכנים מפרים. זה בעצם משחק שלא נגמר. כמו ששמים **חותמת על קבצי מוסיקה** – **התגברו על זה**. עכשיו מנסים לפתח אלגוריתם שמפתח את עצמו – **Machine Learning** – לראות איך הוא לומד לזהות. אנו לא יודעים מה האלגוריתם עושה, לפעמים החברות שמפתחות אפילו לא מבינות איך הוא פועל – קשה לדעת איזה אלמנטים יש לו. יש עם כך בעיות רבות.

מה שקרה בשנת 2019 – המחוקק הישראלי נכנס לפעולה ויש לנו **תיקון מס' 5 לחוק זכויות יוצרים**

**ס' 48** – *"העושה אחת מהפעולות האלה בעותק מפר של יצירה, מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה, ידע* ***או היה עליו לדעת*** *כי העותק הוא עותק מפר*.*"* אם לפני כן דיברנו על הפרה תורמת והפרה שילוחית, ואמרנו שצריך ידיעה בועל, תיקון מס' 5 אומר שלא צריך רק ידיעה בפועל אלא גם **ידיעה בכוח** (אם ידע או שהיה עליו לדעת). יכול להיות שהיו מטילים על שוקן אחריות כיום לפי זה כי היה אפשר לטעון שהם היו אמורים לדעת.

זה חשוב במקרים כמו **ברוטר**. נגיד אתה מנהל קבוצה בפייסבוק, עד היום היה רק הודעה והסרה, וכעת יכול להיות שאדם שמנהל פורום או עמוד פייסבוק והוא יודע/היה עליו לדעת משתמש מפרסם קישורים לתכנים מפרים ועושה רווח מניהול עמוד הפייסבוק יכול להיות שיטילו עליו אחריות על כך.

אם בבחינה תהיה לנו שאלה על הפרה ON-LINE יכול להיות שיהיה לנו אלמנט טריקי – מישהו שהיה עליו לדעת. אז נגיד שזה כן מספיק. נעדיף לתבוע כמה שיותר גורמי ביניים.

עוד דברים שהחוק מחדש –

**ס' 53א' - צו הגבלת גישה למקור תוכן:**

מדובר במשהו מהפכני אבל גם לא. התיקון לחוק למעשה מאפשר לעשות "**צו מניעה**". צו הגבלת גישה למקור תוכן יוצא לספקית התוכן. נגיד שאני יודע שיש תכנים מפרים – אני צריך להוציא את הצו לכל הספקיות. **הסעד הזה הוא דרקוני מאוד** – אני יודע שאני לא יכול להפסיק את ההפרות, ולכן אני מוריד את השלטר – יש למנוע גישה, ולא תהיה גישה לתכנים הללו. בעל זכויות היוצרים מקבל סעד של הגבלת גישה לתוכן שקיים! (צנזורה).

אימצו ס' חוק זה תחת מספר הגבלות:

* **שימוש באמצעים סבירים לחסום תוכן, כולו או חלקו** – לא נבקש מספק הגישה לחסום את כל האתרים
* **ניתן לביהמ"ש שיקול דעת, מאפשרים לביהמ"ש לשקול את מכלול הנסיבות** – להגן על בעל הזכויות מול הפגיעה שאמורה להתקיים. הדברים שביהמ"ש ישקול:

(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...

**ס' 60ב - בקשה לחשיפת זהות**

*"אדם הטוען כי הופרה זכות יוצרים שלו באמצעות רשת תקשורת אלקטרונית, וזהותו של מי שעשה את הפעולה שעשייתה מהווה את ההפרה כאמור (בפרק זה – עושה הפעולה) אינה ידועה לו, רשאי לבקש מבית משפט להורות לאדם ששמו נקוב בבקשה (בפרק זה – המשיב) למסור לבית המשפט פרטי מידע שברשותו לגבי עושה הפעולה הנדרשים לשם בירור זהותו של עושה הפעולה ונקיטת הליכים משפטיים נגדו בשל אותה הפרה (בפרק זה - בקשה לחשיפת זהות)."*

בעבר לא יכלו לדעת מי המפר, ומי העלה את התכנים. לכן תבעו את גורם הביניים. עכשיו התיקון הזה אומר שנכון שאנו לא יודעים מי זה, אבל **תמיד אפשר לזהות מי זה – באמצעים טכנולוגיים**. עכשיו בעצם מורים לספק האינטרנט **לחשוף את זהות משתמש הקצה שביצע את ההפרות.**

רוצים למעשה להקשות על אנשים להפר. מי שמקצועי בתחום יפר, אבל האנשים הלא מקצועיים יפסיקו.

**הזכויות המוסריות של בעל זכויות יוצרים**

במדינת ישראל (ובעוד מדינות באירופה) יש זכויות יוצרים שנחלקים ל2 תחומים – **הכלכליות** (הזכות להעתיק, להפיץ, פרסום, הנגשה...) ויש את הקטגוריה השניה (**זכויות מוסריות** – בישראל זה הזכות להורות והזכות לשלמות היצירה).

כאשר מדברים על הזכויות המוסריות, על איזה יצירות הן חלות?
יצירה **אמנותית**, יצירה **דרמטית,** יצירה **מוסיקלית** או יצירה **ספרותית** (לא חל על יצירת מחשב, תקליט...) אם סיימתי לכתוב את הדוקטורט, העברתי את היצירה למפיץ, ואני מקבל הכנסות. מה קורה לזכויות המוסריות שלי? הן עדיין שלי כי **אי אפשר להעביר זכויות מוסריות**. הן נשארות אצל היוצר לא משנה מה (גם אם הוא התקשר בחוזה, גם אם זו יצירה מוזמנת על ידי המעביד). זה מתקשר לתיאוריית האישיות – חלק ממך.

**הזכות להורות (זכות הייחוס)** – מעניק קרדיט, יוצר יצירה שיצירתו תיוחס לו בהיקף ובמידה ראויים. אם כתבתי ספר ובתוך הספר יש קריקטורה ששילמתי לבעל הזכויות עליה, מי שצייר את הקריקטורה היא עטירה. לפי הזכות להורות אהיה חייב לתת לעטירה קרדיט. איך מציינים? תלוי במה שנהוג באותו ענף. מה שנדרוש ממפרסם ספר וממפרסם חוברת מתכונים – הדרישה אולי תהיה שונה.

(לא בסילבוס) לפני שנה – יש **פס"ד של מישהו שחיבר מוסיקה בסרטונים לילדים קטנים**. בהתחלה נתנו לו קרדיט באמצעות הבועות הכחולות שמדביקים על סרטון, ואחרי זה קצת שינו את הסרטונים שלהם ונתנו לו את הקרדיט רק במידע מתחת לסרטון יוטיוב. הוא תבע וביהמ"ש קבע שבאופן ששינו את מתן הקרדיט יש פגיעה בזכות להורות כי אף אחד לא מתסכל על כך, היה שינוי....

**הזכות לשלמות היצירה** -לא יבוצע סילוף/פגימה, או פעולה אחרת. עולה בדרך כלל בהקשר של אדריכלים – יש תמ"א, שיפוצים... האדריכל בא ואומר שזה יצירתו, ולהוסיף מעלית תפגע בכך. זו יצירתי שעיצבתי בצורה כזאת, ואני חושב שהבניין כרגע מושלם. הוספת מרפסת תפגע בשלמות היצירה, ו**אי אפשר להעביר את הזכות המוסרית**. הרבה פעמים הם טוענים שזכות שלמות היצירה שלהם הופרה.

**מקרה מוכר** – יעקב אגם מתלונן על הנושא באופן עקבי (**המזרקה בדיזינגוף**) – מזרקת מים ואש, טענותיו כל פעם מחדש היא שפוגעים לו בשלמות היצירה, וכל הרעיון של להוריד את הכיכר ולהעלות פוגע. **ס' 50** לחוק מנסה לאזן בין טענות אלו – למרות שהוראות 50 א' מדברות על הפרה מוסרית, יכולה להיות פעולה שעולה כדי הפרה של הזכות המוסרית אבל היא לא תהיה הפרה אם הפעול הייתה סבירה בנסיבות העניין בהתאם להוראות **ס' 28ב'**

לפני שמכריעים במבחן אם מדובר בהפרה – צריך לבחון את **הסבירות**. לפי **ס' 50ב'**, גם אם משהו נחשב להפרה של זכות מוסרית, אנו צריכים לראות האם זה סביר בנסיבות העניין אם זה סביר זה לא הפרה. תמיד צריך לבדוק את הנסיבות והסבירות – זה החלק הטריקי. אם לא בודקים אם החריג מתקיים מורידים 50% מהשאלה.

**סעדים כנגד הפרות זכויות יוצרים**

* **צו מניעה** - הסעד הכי חשוב בזכויות יוצרים. **ס' 50(3)** מדבר על צו מניעה – מבחינה פרקטית הרבה פעמים הדבר הראשון שבעל זכויות יוצרים מבקש הוא צו מניעה. הדפסת עותקים מפרים, הדבר הראשון שאבקש זה שתפסיקו לעשות זאת. כל עותק זה עוד נזק, ולכן הסעד החשוב ביותר זה צו מניעה. אם אנו נשאלים בבחינה לדון בסעדים, תמיד תכניסו צו מניעה.
* כמובן שיש אפשרות לתבוע גם **בגין הנזקים**, אבל יש בחוק גם **פיצוי סטטוטורי** ללא הוכחת נזק. **ס' 56** – ברירת המחדל שישתמש תובע בזכויות מוצרים. אם המרצה גילתה שאור העתיק את עבודתו והפיץ אותה, המרצה יכולה לתבוע אותו בגין הפרת הזכות – פיצוי של עד 100,000 ₪ ללא הוכחת נזק. בדר"כ מבקשים את הפיצוי הסטטוטורי כי קשה לכמת וקשה לדעת.
* **השמדה של העותקים המפרים** – **ס' 60.** כאשר יש הפרה של זכויות יוצרים אפשר להורות למפר להשמיד את העותקים המפרים. כדי למנוע זליגה לשוק משמידים (ומשמידים הרבה מאוד מוצרים מדי יום – תיקים, בגדים, נעליים, מחשבים, אייפונים, טלפונים).

28.05.19

**שיעור 11 - פטנטים**

**מבוא** (יש לנו את אמנת הTRIPS)

**חוק הפטנטים ב1967** – דיני הפטנטים מנסים לעשות **איזונים בין מתן תמריצים כלכליים** לעסוק בחדשנות טכנולוגית, ומנגד **למזער את העלויות של הגנת הפטנט**, שהיא למעשה בלעדיות לתקופת זמן (של 20 שנה), לכאורה לתקופת זמן קצרה, אבל נראה שהגנת הפטנטים היא הגנה מאוד חזקה בשונה מזכויות יוצרים ודינים אחרים, ולכן מגבלת הזמן של 20 השנים היא הגנה שיוצרת מחירים חברתיים לא פשוטים. לכן דיני הפטנטים נעים בין הרצון לעודד חדשנות טכנולוגית לבין הרצון לרסן את המונופול שניתן.

**מה עושה הגנת הפטנט?**

נותנת לי **בלעדיות כלפי כל העולם**, כשמהותה היא היכולת למנוע מאחרים לנצל את ההמצאה שלי בפטנט שניתן לי, ומנגד נראה כי הגנת הפטנט לאו דווקא נותן לי יכולת חיובית לעשות שימוש בהמצאה – כי הרבה פעמים השימוש בהמצאה כרוך בשימוש בהמצאה אחרת.

חשוב להבין שהכלל שנוהג בארץ ובעולם זה הכלל של **מי שהגיש את הבקשה ראשון הוא זוכה** – אם יש שורה של ממציאים, הראשון שהגיש את הבקשה יזכה להמצאה. היינו יכולים לעצב כלל אחר – **בארה"ב נהג הכלל שנים רבות שאומר שהראשון שהמציא ולא מי שהגיש בקשה**. היו מגיעים אנשים להגיש בקשות, ואם הייתה יותר מבקשה אחת זהה היו מכריזים עם Interference והיה הליך מעין שיפוטי בה כל אחד היה צריך להוכיח מתי גילה את המצאתו – והכל מתועד. זה היה הכלל שהיה נהוג בארה"ב שנים רבות.

**מצד שני** צריך להבין שאמפירית, **כלכלנים הצליחו להראות שדווקא הכלל של מי שהמציא ראשון עדיף מאשר הכלל של מי שהגיש בקשה ראשון**, אבל אפשר להבין מדוע העולם הלך לכיוון הfirst to fire – מי הגיש בקשה ראשון.

חשוב גם לדעת שמתנהל **הליך של בחינה ורישום של בקשות שמוגשות**, בקשה מוגשת לרשות מדינתית שבוחנת על בסיס טריטוריאלי את הכשירות של הגנת פטנט, בוחנים האם זה צולח את דרישות החוק ואם כן ניתן פטנט רשום שזמין בפנקס הזמין לעיון ציבורי. (גם לגוגל יש מאגרים), מדובר במסמכים עם ידע טכנולוגי רב, ומצד שני זהו מידע רב.

בקשה לפטנט מוגשת למשרד, מתפרסמת אחרי זמן מסוים (18 חודשים) ואז הן זמינות לעיון הציבור גם אחרי החלטה לאשר את הפטנט ומתן בלעדיות. צריך לזכור שיש **פומביות** לכל התהליך הזה.

**למה יצרו את משטר הפטנטים?**

הפטנט הגיע לעולם בסוף המאה ה-18. אפשר למצוא עדויות לפטנטים באיטליה במאה ה-16 אבל לא במשמעויות של היום. הגנת הפטנט באה לתת **הגנה לתופעה של סודות מסחריים**. סוד מסחרי היא הגנה שניתנת לאדם ביחס לכל סוד מסחרי שיש לו, אבל הגנה זו יעילה כל עוד ניתן לשמור על הסוד. במקרה של מוצר שיצרתי שניתן ללמוד ממנו איך לייצר אותו אין לי דרך לשמר את הסוד. אבל יש מוצרים אחרים כמו קוקה קולה שמאפשרים לשמור על הסוד לאורך זמן. סודות מזיקים לחדשנות טכנולוגית – לא מאפשר לפתח. לכן ניתן פטנט – ניתן בלעדיות לתקופה מסוימת (20 שנים) אחרי פרסום ההמצאה. הגנת הפטנט מנסה להתגבר על תופעת הסודות המסחריים. אז אדע מה פותח, יהיה ניתן לקבל רישיונות.... 20 שנים זה לחסום את ההתפתחות הטכנולוגית לזמן לא קטן, ומנגד היתרון גלוי ואפשר לעשות איתו משהו.

חשוב לזכור **שהרבה אנשים יעדיפו ללכת עדיין להגנה של סוד מסחרי** כי זו הגנה שניתן לשמור אותה לזמן רב יותר, ואם אני יכול לשמור על ההמצאה בסוד עדיף לי לעשות את זה. במצבים כאלה אם תהיה לי יכולת לשמור את הסוד לא ארוץ לעשות זאת.

דיברנו על ההגדרה של סוד מסחרי **ב-ס' 5 לחוק עוולת מסחריות**, דיברנו על מהו **גזל סוד מסחרי** – נטילה של סודות מסחריים ללא הסכמת הבעלים, וגם כל שימוש בסוד מסחרי.

יש לזכור **שההגנה של סוד מסחרי לא מוגבלת מבחינת הכשירות הנושאית שלה** – כל דבר שניתן לשמור בסוד זכאי להגנה. **הגנת הפטנט לא מכסה את כל הנושאים**. הגנת פטנטים גם כרוכה **בעלויות גבוהות** – ייצוג משפטי, חיפוש, ייצוג במהלך ההליך... (30-50 אלף דולר). **מעבר לכך**, חשוב גם לדעת שגם **ניהול הליך התביעה של גזל סוד מסחרי או הגנת פטנט כרוך בעלות גבוהה**, בסוד מסחרי ובפטנטים.

**בסוד מסחרי** אם מישהו מפתח את אותה המצאה ומפרסם לציבור, הגנת הסוד המסחרי פוקעת. **מנגד, בפטנט** אם מישהו מגלה המצאה באופן עצמאי ההגנה לא פוקעת וניתן לתבוע את האדם.

**תנאי הכשירות להגנת פטנט**

**ס' 3:** *"אמצאה, בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך, בכל תחום טכנולוגי, שהיא* ***חדשה****,* ***מועילה, ניתנת לשימוש תעשייתי ויש בה התקדמות המצאתית*** *– היא אמצאה כשירת פטנט".*

אנו למעשה רואים שיש **4 תנאי כשירות/דרישות:**

1. **כשירות נושאית** patentable subject matter)): ההגנה מבחינת הנושא שלה צריכה להיות כשירה כדי לקבל הגנת פטנט. כאן יש שאלה של אילו טכנולוגיות נכנסות להגנת פטנט ואילו לא.
2. **תועלת** utility)): ההמצאה צריכה להיות יעילה.
3. **חדשנות** novelty)): ההמצאה חייבת להיות חדשה ולא משהו שכבר הומצא.
4. **התקדמות המצאתית** (nonobviousness): הדרישה שהכי קשה לעמוד בה, במהלך סכסוך הכל סב סביב שאלה זו – עד כמה ההמצאה משקפת התקדמות שלא מובנת מאליה לעוסקים בתחום. יש לזכור שבסוף מדובר בשאלות שנותנות שיקול דעת רב לבוחני פטנטים ובתי המשפט, וניתן להגיע למסקנות שונות על בסיס הידע שעומד לנגד עיניהם. מדובר בנושאים שאינם פשוטים.

כדי להתחיל את התהליך **השלב הראשון הוא** **ללכת לאדם מוסמך בעריכת פטנטים** – אנשים שעוסקים בהגשת בקשות לפטנטים. עורכי פטנטים לאו דווקא משפטנים – מדובר באנשי טכנולוגיה שפשוט עם הידע הטכנולוגי שיש להם עובדים במשרד פטנטים למשך זמן מסוים, אז ניגשים לבחינה של עורכי פטנטים של רשות הפטנטים ואז הם כשירים לעסוק בתחום עריכת הפטנטים. הם עובדים עם משרדי הפטנטים שמנסחים את הבקשות, מנהלים עם עורך דין את הבקשה של הפטנט, אבל מדובר באנשי טכנולוגיה. מדובר במסמך לא פשוט מבחינה טכנית, ולפעמים הם לא נגישים כלל.

**1. דרישת הכשירות הנושאית:**

*"אמצאה, בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך, בכל תחום טכנולוגי... [ה]ניתנת לשימוש תעשייתי."*

יש להבין שכדי שהגנה תהיה כשירה להגנת פטנט היא קודם צריכה להיות **אמצאה** – דבר שאדם פיתח שלא קיים בטבע. זה לא יכול להיות תגלית למשהו שכבר קיים (כמו גילוי של צמח עם סגולות מרפא). מדובר במשהו שבני אדם פיתחו.

הוא צריך להיות **מוצר או תהליך** בתחומים טכנולוגיים. יש פרשנויות שונות לגבי מהו מוצר או תהליך.

**מוצרים** – בד"כ מבנים פיזיים או הרכב פיזי/תרכובת כימית של מוצר או חומר חדש – כמו מחשב, מעבד של מחשב, סוללה, חומר ניקוי, תרופה

**תהליכים** – הקטגוריה היותר מאתגרת שיצרה את רוב השיח בנושא כשירות פטנטים. מדובר בסדרה של צעדים שיוצרים שינוי פיזי או כימי בחומרי גלם ופתאום יוצרים לי משהו אחר בסופו של התהליך. מדובר בשורה של צעדים שמביא לתוצאה מסוימת/תוצר מסוים. **למשל** – שיטה לייצור מוצר/תהליך כימי ליצירת אותו מוצר.

**בכל תחום טכנולוגי** – מדובר בהיגד שיצר דיונים רבים. לא פשוט להגדיר את המילה טכנולוגיה. מדובר בניצול חידושים של המדע לפיתוח יישומים לתועלת האנושות. **לדוגמא** – הנדסה, כימיה, מכניקה, ביוטכנולוגיה, רוקחות, מחשבים, מידע, חומרה, תוכנה וכו'....

קיימים תחומים שמעוררים בעיות רבות מבחינת כשירות נושאית – **הגנה על תוכנות מחשב ושיטות לעשיית עסקים.** הרקע לקטגוריות בעייתיות אלו לפטנטים זה החריגים להגנת פטנט, כמו שאין הגנה על תגליות. **חריגים נוספים** כוללים **תיאוריות מדעיות, חוקי טבע, ונוסחאות מתמטיות**. קטגוריות אלו לא קשורות להגנת פטנט, כי תגליות אינן מהוות המצאה, גם חוקי טבע, אבל למה תיאוריה מדעית לא מוגנת על ידי פטנטים? למה לא לתת הגנה על תגלית בכל זאת? למה להחריג דברים אלו?

**קודם כל**, זה מהווה **אבן בניין בסיסית** שלא הייתי רוצה שיהיו בבעלות של אף אחד. גם אם הייתי נותן הגנת פטנט לתגלית, זה היה **חוסם כל יישום מסחרי שלה**. צריך לזכור שהתמריצים לתמרץ פעולה מדעית הם לא בהכרח דרך פטנטים (אינשטיין). **מכון וייצמן** הוא לא מוסד ציבורי אלא פרטי, ורוב ההכנסות שלו הגיעו מ**הקופקסון** לתקופה מסוימת, אבל זו לא המשימה הראשונית של מוסדות מחקר. הבעיה הגדולה היא שלא ניתן תמיד להעביר את קו הגבול למה שנמצא בגדרי הגנת פטנט ומה לא, ושיטות עסקים והתוכנות מחשב מעוררת שאלות אלו.

**בנוגע להגנה על תוכנות מחשב** – צריך להבין שבתחילת הדרך כשתוכנות המחשב הראשונות התחילו לבוא לעולם, בתי המשפט לא ידעו איך להתמודד עם כך. פטנטים לא אמרו תוכנות מחשב בצורה מפורשת, ואז באה תוכנה – מוצר טכנולוגי חדש, שם הקושי המרכזי שהתעורר בראשית הדרך היה **הגנה על תהליכים ותוכנות מחשב**. מדובר על שורה של פעולות שמחשב עושה כדי להשיג תוצאה מסוימת. תוכנה היא למעשה שורה של צעדים/תהליך שמניב תוצאה, והתפיסה שהייתה עד לפיתוח תוכנות היא שתהליכים הם בדר"כ פיזיים או כימיים שיוצרים שינוי במצבם של חומרי גלם. כשבאה תוכנה לעולם אמרו שיש כאן משהו מופשט, אבל זה כן אתגר את החשיבה לגבי הכנה על תהליכים. התפיסה בארה"ב בהתחלה ראתה בתוכנות מחשב כתהליך מופשט כך שההגנה אינה זכאית להגנת פטנטים (יותר דומה לנוסחה מתמטית).

בתחילת שנות ה70 **בפס"ד בנסון** ביהמ"ש האמריקאי אומר **שתוכנה לא יכולה להיות מוגנת – דומה לחישובים שאנשים עושים בראש**.

**בפס"ד Diamond v. Diehr** נקבע כי הפסיקה הקודמת חסרת היגיון ויש לספק הגנה – יש לציין כי היה מדובר בתהליך של **ייצור גומי** שבוצע בין היתר באמצעות תוכנה שחישבה מתי הגומי מוכן ליציקה. זה הזכיר את התהליכים התעשייתיים הישנים, אבל עדיין האמירה העקרונית הלכה נגד הפסיקה משנות ה70 – תוכנה צריכה להיות כשירה. אנו באמת רואים שביהמ"ש העליון האמריקאי וגם ערכאות נמוכות יותר נותנים הגנה לתוכנה, אבל הנושא מתעורר די הרבה בארה"ב. תוכנה באופן עקרוני כן כשירה.

בהמשך הדרך התעוררו שאלות סביב **אלגוריתם שמשולב בתוכנה**, והרתיעה להגן על אלגוריתמים היא כמו הרתיעה להגן על נוסחה מתמטית, ואז גם שם אנו רואים התפתחויות משפטיות שאומרות שבאופן עקרוני אפשר לתת הגנה גם על אלגוריתמים באופן עקרוני בתנאים מסוימים – זה כן מייצר הרבה שאלות משפטיות.

נושא נוסף שאתגר את דיני הפטנטים – **הגנה על שיטות לעשיית עסקים** – היה **פטנט לאמזון לone click** – קונה בקליק אחד במקום להזין את המידע. שיטות לעשיית עסקים לא נשמעות כמו טכנולוגיה. שיטה לעשיית עסקים נשמע כמו תחום כלכלי שלא באמת נשמע כמו סוג התחומים שיכולים לקבל הגנה. זה גם נשמע כמו רעיון מקוצר לעשיית עסקים, ולבוא ולקצר ל-one click – האם ארצה להגן על זה? זה יצר בארה"ב שיח רציני סביב השאלה האם שיטות לעשיית עסקים כשלעצמן כשירות להגנת פטנט? ביהמ"ש העליון האמריקאי אמר פעם באמרת אגב שזה לא נראה מסוג הדברים שדיני הפטנטים באו לטפל בהם, אבל בפסיקה מאוחרת יותר ביהמ"ש העליון האמריקאי אמר שדיני הפטנטים לא החריגו נושאית שום דבר חוץ מהחריגים שדיברנו עליהם (**הלכת בילסקי**) ולכן באופן עקרוני שיטות לעשיית עסקים לא פסולות להגנת פטנט אם הן עומדות בכל הדרישות – למשל אם זו שיטה עסקית ששלובה בפעילות של תוכנת מחשב כלשהי.

**עניין תמיר** – המקרה בו ניסחו את הגנת הפטנטים על שיטות לעשיית עסקים בישראל. יש גם פסיקות מחוזיות ביחס לתוכנת מחשב בארץ. מדובר בשאלות שמעסיקות את העולם אבל צריך להבין שהם כן עדיין מעוררות שאלות. עקרונית הם כשירים אבל צריך לעמוד בדרישות ושילוב טכנולוגי.

**ס' 7 לחוק הפטנטים**:

*"לא יוענק פטנט על: (1) תהליך לטיפול רפואי בגוף האדם; (2) זנים חדשים* ***תהליך לטיפול רפואי בגוף האדם*** *- של צמחים או בעלי חיים, זולת אורגניזמים מיקרו ביולוגיים שלא הופקו מהטבע."*

**מה הרציונל לא להגן על הליך רפואי בטיפול בחיי בני אדם?** אם רופא פיתח ניתוח מעקפים לאדם במצב קשה מבחינה לבבית, אם היה פטנט היו מבקשים רישיונות... אבל מצד שני **כן נותנים הגנת פטנט לתרופות** – **עם זאת**, אדם שמבצע תהליך בטיפול רפואי יכול לא לדעת שמדובר בפטנט ואז אחרי הטיפול יתבעו אותו – אבסורד. אם יש תחום אחד שבו אנו יודעים שהגנת פטנט יוצרת תמריצים לפיתוח מוצרים זה תרופות, **כל השאר לא בטוח אם צריך בכלל פטנטים**.

**זנים חדשים של צמחים** – יש חוק נפרד שמטפל בזה, שנקרא **חוק זכות מטפחים של זני צמחים מ1973** שמסדיר את ההגנה על זנים חדשים של צמחים שאנשים מפתחים.

**2. תועלת utility))**

*"אמצאה, ... שהיא ... מועילה [...]."*

**תועלת – ההמצאה משרתת מטרה כלשהי, יש לה איזושהי פונקציה**. הדרישה מינימלית. בעבר הגישה בארה"ב הייתה שדרישת התועלת צריכה להיות מוסרית (לא אתן הגנה למשהו שכרוך באי מוסריות, כמו שיבוט תאי גזע עובריים באירופה (בוש דחה את זה, אובמה קידם), או פצצות אטום, או נשקים להשמדה המונית). השאלה היא האם במסגרת תועלת אני יכול לשקול שיקולי מוסר והגנת הציבור? עדיין הגישה היום (האמריקאית) היא שלא מפעילים שיקולי מוסר ותקנת הציבור כשמחליטים אם התועלת בעייתית או לא. יש פסק דין בעינין **Juicy Whip** – היה מוצר שהיה מטעה שהטעה את הלקוח האם יש או אין נוזל במוצר, ומשרד הפטנטים אמר שלא ניתן לתת פטנט על כך, והוא אמר שלא – **אפשר לתת הגנה**. **השיקול המוסרי ירד מהפרק בארה"ב, הוא נוכח באירופה, ובארץ אין פסיקות**, אבל משרד הפטנטים בארץ נותן פטנטים כמעט בכל הקשר. בוחן פטנטים אינו פילוסוף, אינו עוסק במוסר ואין לו כשירות לעסוק בשאלות אלו.

דרישת התועלת לא כרוכה במסחור ההמצאה או במצור שעובד – מספיק שבוחן הפטנטים אומר שההמצאה יכולה לעבוד לפי חוקי הפיזיקה, אתה אפילו לא חייב ליישם אותה.

**3. חדשנות**

**ס' 4:** *"אמצאה נחשבת חדשה אם לא נתפרסמה בפומבי, בין בישראל ובין מחוצה לה, לפני מועד הגשת הבקשה לרישום פטנט."* מדובר בדרישת סף חשובה.

מדובר **בדרישה מרכזית בדיני הפטנטים**. אמצאה לא יכולה לקבל הגנה אם היא כבר קיימת, ולכן הגנת הפטנט ניתנת רק לגבי משהו חדש שלא קיים. מדובר בשאלה עובדתית – האם הוא ידוע לציבור או לא.

**איך בוחנים חדשנות?** הבחינה נעשית על **בסיס השוואה** של מה שהומצא בבקשה לבין הידע הקיים בכל העולם ביום בקשת הבקשה – מדובר על בחינה בבסיס גלובלי, מה המידע שקיים בעולם ביחס להמצאה זו, ואם קיימת המצאה כזו ביום הגשת הבקשה, היא תידחה כי הוא לא עומדת בדרישות סעיף 4 לחוק.

בוחן הפטנטים יבדוק את **כל המידע שהממציא הגיש שרלוונטי לבחינת הבקשה**. הממציא בעצמו מציין על גבי מסמך הפטנט את כל הידע הרלוונטי שקדם להמצאתו. בדרך כלל ממציאים בבקשה הפטנט מחויבים בגילוי והם כותבים את כל מסמכי הפטנט בגוף הבקשה. מעבר לכך הבוחן עושה **חיפושים עצמיים** – לוקח ומחפש בשדות טכנולוגיים, עורך חיפוש עצמאי – האם אפשר למצוא המצאה שדומה לממציא של אותו ממציא. לפעמים הוא ימצא משהו זהה למה שמבוקשת עליו בקשה ואז הבקשה תידחה. חשוב להבין **שקשה לתקוף פטנט על בסיס שאלת חדשנות**, כי בדרך כלל אדם שמגיש בקשה לפטנט עושה חיפושים אלו לפני הגשת הבקשה – אף אדם לא יזרוק 30-50 אלף דולר. הסיכוי שיימצא משהו זהה על בקשת פטנט שהגשתי – קרוב לאפס.

**ידע קיים – Prior Art**. מדובר בכל הידע שקיים בתחום המדעי שרלוונטי להמצאה, שבוחני פטנטים בודקים אותו לפני שהם מחליטים אם ההמצאה כשירה או לא להגנת פטנט. בוחן פטנטים בודק את כל הידע המוקדם שקיים על ידי הממציא עצמו או צדדים שלישיים בכל צורה שהיא. אפשר לתאם המצאות או תהליכים בכל מני דרכים – כשאתה בודק חדשנות אתה צריך למצוא מסמך אחד שמתאר את כל פרטי ההמצאה. ברגע שהמידע זמין לציבור מבחינת ההמצאה לא חדשה (נגיד זה קיים ביוטיוב והסבירו איך המוצר עובד – זה פגע בחדשנות, ההמצאה לא חדשה, החוק לא מגן והרגו את כשירות ההמצאה).

אף אהבל בעולם לא יגיש בקשה להגן על המצאה בלי לערוך חיפוש מוקדם. חשוב להבין שצריך פרסום יחיד שמכיל את כל ההמצאה בשלמותה. פרסום יחיד המכיל את האמצאה בשלמותה ("פסיפס" של מסמכים שונים יוצר דבר חדש ואינו מהווה prior art).

**ס' 6** - **חריגים** (מקרים בהם פרסום פומבי שנעשה לפני הגשת הבקשה לא שולל חדשנות). **בקשה זו לפטורים מיוחדים שמאפשרים פרסום לפני הגשת הבקשה. לדוגמא** - החומר שהתפרסם הושג מן הממציא ופורסם ללא הסכמתו, והממציא הגיש בקשה זמן סביר לאחר שנודע לו על הפרסום. – מישהו פרסם ללא ידיעתי ואז הוגשה הבקשה. יש כללים למה שצריך לעשות בלי לפגוע בחדשנות. פרסום ביוטיוב פוגע בחדשנות. צריך להיות ערני לסעיף 6 ולעבוד לפי הכללים**.**

**4. התקדמות המצאתית**

לכאורה היה אפשר לוותר על דרישת החדשנות ולהסתפק רק בדרישת ההתקדמות ההמצאתית. מדובר בדרישה שתוקפים הכי הרבה. *"אמצאה ... [ש]יש בה התקדמות המצאתית"*

***ס' 5****: "התקדמות שאינה נראית כענין המובן מאליו לבעל מקצוע ממוצע על סמך הידיעות שכבר נתפרסמו, לפני תאריך הבקשה."*

כאן אנו בוחנים את הידע שקיים בעולם (בדומה לחדשנות) אבל כאן **ניתן לבחון התקדמות המצאתית על בסיס שורה של פרסומים** (ולא פרסום יחיד כמו בחדשנות). אנו בודקים את הידע שקיים עד לבקשת הבקשה, ובוחנים **האם בעל מקצוע ממוצע היה חושב שההמצאה מתקדמת המצאתית** – אדם עם ידע ממוצע בתחום, לא בעל ידע מינימלי אלא ממוצע (האדם הסביר המדעי). מדובר באדם תואר ראשון שני מקסימום.

**צריך להיזהר מחוכמה לאחר מעשה**. כשתיק מגיע למשפט ההמצאה קיימת כבר זמן רב – צריך להזהיר, ולהיכנס לנעליים של הממציא בזמן הגשת הבקשה. מה קדם למועד הגשת הבקשה? עם איזה ידע הממציא היה מצויד? על בסיס זה אנו מעריכים היסטוריים אם מה שהיה באמת משקף התקדמות המצאתית כולו בהתאם לידע שהיה קיים אז.

**ההבדל הגדול בין ההתקדמות ההמצאתית לחדשנות זה עניין בחינת הפסיפס של הפרסומים** – אפשר לטעון שכבר הייתה קיימת מוטיבציה בספרות ליצור מוצר. צריך להבין שהמלאכה לא פשוטה. עיקר הדחיות של בקשות פטנטים נעשות על רקע התקדמות המצאתית אבל זו לא החלטה פשוטה.

**יש גם לזכור ש-50% מההמצאות בסוף** **מבוטלות בערעור**. למעלה מ-90% מגיעים לפשרה, אבל אלו שמגיעים לפסק דין, 50% מוכרזים כלא תקפים בארה"ב והרבה מהם על רק ההכרעה שאין מספיק התקדמות המצאתית, ולדעת המרצה זה אומר הרבה על בחינת הפטנט עצמו. זמן הבחינה הממוצע הוא 24 שעות לבקשה. (המרצה מציינת כי שלמה כהן במשרד מציב לכל עובד מצלמה על השולחן, מי יודע כמה זמן כל אחד עובד, וכמה רשם הפטנטים עובד במהלך ה24 שעות)

**איך מעריכים התקדמות המצאתית?** הפסיקה בארץ ובעולם יצרה שורה של מבחני עזר שיכולים לעזור לנו לבחון שאלות אלו.

פס"ד החשוב בעניין זה, זה **פס"ד hughes aircraft** (יהיו קטעים ממנו במבחן) – טכנולוגיה שעסקה במטוסי קרב שנטען כי ישראלים גנבו מאמריקאים. מדובר באחד מפסקי הדין החשובים בדיני פטנטים. המבחנים שעולים לפי פסק הדין:

1. **מבחן החסר המתמשך** – האם היה חסר בתחום למוצר שהממציא פיתח? אם היה חסר ההנחה היא שהיה מדובר במשהו שמאוד קשה לפתחו ונכנסת לתוך תחום שייצר פתרון לבעיה. בהקשר הזה, כישלונות של ממציאים אחרים למצוא פתרון הם אינדיקציה מובהקת.
2. **מבחן ההצלחה המסחרית** – מוצר שמצליח מסחרית לא תמיד יהווה אינדיקציה למוצר מתקדם מבחינה המצאתית, אבל גם היא יכולה להיות אינדיקציה להתקדמות המצאתית.
3. **התגובה שההמצאה עוררה בקרב קהיליית אנשי המקצוע** – התגובה בקהילה לפיתוח שלי. התגובה שההמצאה מעוררת היא כן אינדיקציה חשובה להתקדמות המצאתית אם האפקט היה "וואו".
4. **מידת העתקת ההמצאה על ידי מתחרים** – עד כמה מתחרים העתיקו את ההמצאה. העתקה היא לפעמים אינדיקציה להתקדמות המצאתית. ככל שהעתיקו אותך יותר זה אומר שההמצאה שווה הרבה.

**ההליך הפרוצדוראלי לרישום פטנט**

יש במצגת תרשים זרימה שמתאר את התהליך עצמו (מצגת 7 – פטנטים). אדם מגיש בקשה, אחרי 18 חודשים הבקשה מתפרסמת, מגיע שלב שמאשרים/דוחים את הבקשה ואז מתפרסם אישור.

**איך זה עובד בישראל?** בקשה לרישום פטנט מוגשת למשרד הפטנטים, יש חיוב באגרה (זול בארץ – 2000-3000 ₪, לעומת ארה"ב – 2000-3000 דולר) בארץ ובארה"ב זה בוחן אחד, ובאירופה הבחינה נעשית על ידי 3 בוחנים (הבחינה הכי טובה בעולם, חל לגבי כל השטחים של האיחוד האירופאי מינוס אנגליה בקרוב).

**המבנה של בקשה לפטנט** – לרוב מוגשות בשפה האנגלית (נדיר לראות בעברית). הבקשה למבנה שלה כולל מבוא/תקציר שאומר בתמצית מהי ההמצאה שהמצאת. למשל – תרופה שמפחיתה כולסטרול בדם בהשוואה לתרופות אחרות. מיד לאחר מכן יבוא תיאור מפורט של ההמצאה בה אתאר את התרופה שהמצאתי – אתאר את המולקולה, כיצד העבודה עושה את עבודתה, באילו מינונים, ממצאים...

**לאחר מכן יגיע לב הפטנט –** **תביעות הפטנט** (Patent Claims). אלו למעשה גבולות הגזרה של הזכות הקניינית שאתה טוען לה בהמצאה. **לדוגמא**, התרופה שתיארתי – מולקולה שבנויה מהרכיבים הבאים, עם מולקולות כאלו וכאלו – אלו יהיו גבולות הגזרה. האומנות בתביעות פטנטים זה לנסח את גבולות התביעות בדרך כזו שיהיה **קשה מאוד לתקוף את הפטנט**, כי גבולות הגזרה יהיה יחסית ברורים ולא מתוחמים מידי. **מצד שני הגדולה היא שזה לא יהיה צר מידי**, כי אם זה יהיה כך זה לא יעזור לי אם מישהו יעשה שינוי קל וינסה לעקוף. החוכמה זה לשחק משחק שייתן לי הגנה מאוד אפקטיבית, ימנע ממתחרים להעתיק, ומצד שני לא לחשוף את עצמך ליותר מידי תקיפות.

אחרי כל זה יש בפסיקה פרוצדורלית טכנית שהבקשה עומדת בכל הדרישות ואז יש **פרסום ראשון ברשומות** – לא מדובר על פרסום מלא, אלא רק פרסום שם ההמצאה (תרופה להפחתת כולסטרול), שם מגיש הבקשה ותאריך. אז הבקשה נכנסת לתור לבדיקת הבקשה. **אחרי 18 חודש יש פרסום שני ברשומות**, ואז הבקשה מתפרסמת **כולה** לעיון הציבור באתר רשות הפטנטים. עד לנקודת הזמן הזו – 18 חודשים, בקשת הפטנט היא **סוד מסחרי** שהממציא והבוחנים יכולים לגשת אליהם. ניתן למשוך את הבקשה במשך השנה וחצי, ואחרי זה יש גישה ציבורית להמצאה וכולם יכולים לעיין בה.

אחרי שזה נעשה הבקשה תעבור **בחינה של 24 שעות**, ואחרי שמסתיים הליך הבחינה והבקשה פורסמה, צריך לדעת שזמן ההמתנה הוא **3 שנים** עד שבוחנים את הבקשה במלואה.

אחרי הכל **יהיה פרסום שלישי ברשומות שמודיע על קיבול הבקשה**, ואחרי זה הבקשה **נפתחת להתנגדויות** – יש 3 חודשים מרגע הקיבול, שבהם הציבור (צדדים שלישיים, בדרך כלל המתחרים) יכולים להתנגד לבקשה ולומר מדוע לדעתם לא ראוי היה לאשר את הבקשה מלכתחילה. יכולות להיות סיבות רבות מדוע אני מתנגד לבקשה ולא צריך לקבל אותה.

אם לא הוגשו התנגדויות, **אחרי 3 חודשים הפטנט יירשם ויהיה פרסום רביעי שהפטנט התקבל והסיפור נגמר**. חשוב להבין שכל החלטות אלו של רשם הפטנטים נתונות לערעור בביהמ"ש המחוזי (ניתן לתקוף כמו החלטה של כל רשות מנהלית, קשה לתקוף)

**בשונה מארה"ב – מתן הפטנט בישראל הוא לא ערובה לתוקפו אלא רק ראיה לכאורה לתוקפו**. בארה"ב ברגע שניתן פטנט יש חזקה שהוא תקף, אבל לא כך בישראל. כל אדם יכול בכל שלב, גם אחרי שנגמרה תקופת ההתנגדויות, אפשר לבקש את ביטול הפטנט בכל עילה שהיה אפשר על בסיסה להתנגד – בקשה לביטול פטנט. אפשר גם לתקוף את הפטנט במסגרת הליך משפטי – תביעת הפרה, וביהמ"ש יכול להורות על ביטולו של הפטנט.

חשוב לומר מעבר לדברים אלו – הליך בחינת הפטנט כולל **מו"מ רב בין הבוחן לממציא**. הבוחן והממציא מנהלים תכתובות לאורך הדרך לגבי הסטטוס לש הבקשה. בוחן יכול לומר שיש בעיה, הוא שולח לעורך דינו את התשובה ואז אפשר לנסות להסביר. אם התשובה תניח את הדעת אפשר לקבל, ואם לא הבקשה יכולה להידחות. צריך גם להבין שהרבה פעמים בוחן יכול לומר שהוא קורא את ההמצאה ומה נעשה, אבל לדעתו נתבע יותר מידי. אנא צמצם את הבקשה.

צריך להבין שהליך הבחינה כולל "תן וקח רב" מול הממציא ועורך דינו. במסגרת הליכים אלו בקשת הפטנט יכולה לשנות את צורתה. ההליך עצמו הוא הליך עם מו"מ רב סביב המסמך של הפטנט.

שבוע הבא תביאו את המצגת השמינית של הפטנטים ונעבור לסימני מסחר.

04.06.19

**שיעור 12**

עד כה דיברנו על תנאי הכשירות הכלליים של הגנת פטנט. בשונה מהגנת זכויות יוצרים (יצרת, קיבלת הגנה), בדיני פטנטים יש מדינה שעומדת מאחורי ההגנה כי מדובר בהגנה מאוד חזקה. זה נכון שיש פערים שנדמים כאילו זכות יוצרים נותנת הגנה חזקה, אבל הגנת פטנט הינה הרמטית וחוסמת התקדמות טכנולוגית לתקופה ארוכה מאוד, וזה לא מותאם טכנולוגית – הגנת ONE SIZE. המצב של הממציא מצויין, של המשתמשים לא משהו. בגלל זה הגנת פטנטים נתפסת כחזקה מאוד.

אנו נראה שבמסגרת הליך משפטי ניתן לטעון כנגד הפרת פטנט כי אינו תקף מסיבות מסוימות.

עד רישום הפטנט אני לא יכול למנוע מאנשים לעשות שימוש באמצאה. ההגנה תקפה ומשמעותית ברגע שהפטנט מאושר, אבל עד רגע הרישום והקיבול לא ניתן לתבוע אף אחד. אחרי שהפטנט נרשם וקובל, אני יכול לתבוע אנשים ולבקש פיצוי רטרואקטיבי בגין הפרות שנעשו. בארץ זה החל ממועד הפרסום **השני ברשומות** – החל מתקופה של שנה וחצי אחרי הגשת הבקשה. בישראל, בשונה מארה"ב, הפטנט לא פועל במפרע מהגשת הבקשה. רק אחרי פרסום הבקשה אחרי שנה וחצי הפטנט רטרואקטיבי פועל וכל פעולה שנעשתה אחרי **ה18 חודשים** ניתן יהיה לתבוע עליה פיצוי. (ברגע שהבקשה פורסמה במלואה – אחרי 18 חודשים, שנה וחצי).

בארה"ב זה פועל מהיום של הגשת הבקשה – ניתן לתבוע בגין בקשות לפטנטים מהיום הראשון (ההגנה הכי חזקה בארה"ב! גם אם עדיין סודי).

חשוב לדעת **שהפיצוי שאפשר לבקש משתנה** – התקופה בין הפרסום השני לפרסום השלישי, הפיצוי יחושב על בסיס תמלוגים סבירים שהמפר היה חייב לשלם אילו היה מקבל רישיון לניצול ההמצאה (יש שיטות לחישוב התמלוגים), ומתקופת הזמן של השנה וחצי עד הפרסום השלישי, כל פעולה שקרתה בזמן זה ניתן לקבל בגינה פיצויים בגובה תמלוגים סבירים (דרך חישוב – מה היה משלם המפר). בדר"כ זה נקבע לפי רישיונות קיימים שהממציא נתן. אחרי הפרסום השלישי (הודעת הקיבול של הרשם – סיים לבחון ורוצה לקבל את הבקשה, בואו תגידו אם יש התנגדויות) אז אפשר לפסוק פיצוי מלא בגין הנזקים כולל הפסדי רווחים שהיה אפשר להפיק מההמצאה, לאו דווקא תמלוגים סבירים.

המרצה חושבת שהגישה הישראלית הזו היא גישה נכונה.

(פרסום ראשון עם ההגנה – פרסום תמציתי, פרסום שני – פרסום בקשה 18 חודש מההגנה, פרסום שלישי – לאחר בחינה הסתיימה הבחינה, הרשם מחליט על קיבול ונותן 3 חודשי התנגדויות. אם לא קרה כלום יש פרסום רביעי – רישום הפטנט, מתי שהוא תקף קדימה.)

**ניתן לתבוע מהפרסום השני**. **בין הראשון לשני – נקרא השנים האבודות** בהן אפשר לעשות מה שרוצים. היום ניתן להגיש **בקשות מזורזות** – תמיד אפשר לסמן את המוצר שלך כ"Patent Pending" ולהוציא מכתבי התראה. בתקופה הזו לא ניתן לתבוע פיצוי על פעולות שמתבצעות ב18 חודשים אבל אפשר לבקש לזרז את הבחינה, לסמן את המוצר מההתחלה, וזה בדר"כ מרתיע אנשים מלהשתמש במוצר.

**פס"ד Merc וטבע** – **מרק טוענת כי טבע לא יכולה לעשות פעולות על בסיס של עשיית עושר**. חברת טבע מנסה ליהנות מטכנולוגיה לפני שהפטנט ניתן, וחברת התרופות אומרת מה קורה כאן? לא מוכנה ומנסה למנוע את הפעילות על בסיס דיני עשיית עושר – לא ניתן לעשות את הפעולה במהלך התקופה הזו. **ביהמ"ש העליון** אומר שיש **הסדר שלילי** (**פרוקצ'יה**) – כשאתה מגיש בקשת פטנט אתה לוקח סיכון מחושב שהבקשה תתפרסם ולא יינתן לך סעד. האיזון של המחוקק – ברגע שהפטנט אושר ניתן לתבוע, אבל עד שלא אושר לא ניתן לקבל סעד. אם בחרת להיכנס למסלול הפטנטים אתה לוקח סיכון מחושב. **טבע הגישה התנגדות והפטנט לא אושר בסוף** – היא יודעת לקחת חישובים מסוכנים די טובים הרבה פעמים. אנחנו רואים את Merc שרוצה סעד על בסיס הלכת אשיר, וביהמ"ש אומר שלא ניתן להיבנות מדיני עשיית עושר. זה לגבי יכולת לתבוע ושורת הפיצויים שיש במשרד הפטנטים שלנו לגבי המצאות.

**מהות הגנת הפטנט**

בהקשר הזה צריך להבין שאם אנו מסתכלים על החקיקה הישראלית, כשצולחים את דרישות הכשירות ומקבל פטנט רשום ראינו שניתנות בחוק זכויות יוצרים שורה של זכויות כלכליות. בדיני פטנטים ההגנה שניתנת לך זה **זכות למנוע מאחרים ניצול של ההמצאה ללא רשות בעל הפטנט**.

ניצול המצאה מוגדר ב**ס' 1 לחוק**, **והוא כולל שורה של פעולות**: **מכירה, הצעה למכירה, ייבוא, ייצור ושימוש** – אלו פעולות שנחשבות לניצול המצאה.

**עם זאת**, יש גם את **החריגים לכך** – החוק אומר שזה לא כולל שורה של **3 פעולות שנקבעו על ידי המחוקק**, ואלו למעשה **ההגנות כנגד הפרת הפטנט** (הן יחסית מרחיבות ביחס למדינות אחרות בעולם, אבל עדיין מוגבלות):

1. **שימוש שאינו בהיקף עסקי ואין לו אופי עסקי.** פירוש הפסיקה:
* **שימוש פרטי וביתי** (הילד במוסך).
* **שימוש מחקרי טהור** לשם קידום המדע, ללא מטרה עסקית, כמו חוקר אקדמי – לא הפרת פטנט (בארה"ב זה כן. פעם היה חריג בנוגע לאוניברסיטה אבל היום זה כן. היום מוסדות מחקר כוללים אוריינטציה מסחרית). החריג הזה כמעט ולא קיים היום כי מוסדות אקדמאים כמעט ולא כוללים פעילות מחקרית טהורה אלא גם מסחרית. יש להבין כי העסק הוא לגמרי מסחרי, כך שהחריג כמעט לא ניתן לשימוש בסביבה אקדמאית (כמו חוקרי קנאביס).

**מדובר בחריג צר.**

1. **פעולה ניסיונית בקשר לאמצאה שנועדה לשפר אמצאה או לפתח אמצאה אחרת** – חריג שלא נראה אותו במדינות אחרות הרבה. פעולות ניסיוניות נעשות כדי להמציא משהו חדש. אם לא היה את החריג הזה פעולות אלו היו מהוות ניצול אמצאה, ולא הייתי יכול ליהנות מההגנה של החריג הראשון.
* בד"כ המטרה עסקית, ולכן צורך בחריג זה; **הבחנה בין שלב הפיתוח למסחור** - כאן באו ואמרו ששלב הפיתוח של ההמצאה חוסה תחת ההגנה של פעולה ניסיונית. יש משהו טוב בלתת פטורים לפעולות ניסיוניות – תבואו ותתקדמו עם הפיתוחים עד שתסיימו לפתח ותגיעו למסחור.
1. **פעולה ניסיונית במסגרת טיפול להשגת רישוי לצורך שיווק המוצר לאחר תום תוקפו של הפטנט (חריג טבע)**
* **"חריג טבע"**. חברת טבע הייתה חשובה למחוקק הישראלי. רוב הפעילות המסחרית שלה הוא ייצור של **תרופות גנריות**. טבע לא עוסקת בפעילות מחקר כמעט בכלל (היה לה את הקופקסון). היא בעיקר מייצרת תרופות גנריות שמקבילות לתרופה המקורית. זה נועד לאפשר ליצרני תרופות גנריות לעשות הכנות לייצור ושיווק תרופה גנרית עם פקיעת הפטנט על התרופה האתית. טבע הייתה חברה עם נוכחות בינ"ל (תעשיות גנריות עושות כסף רב).
* **במקביל – מתן אפשרות לבקש הארכת תקופת פטנט** על תרופות אתיות כדי לפצות על **משך הליכי הרישוי** (מקסימום – 25 שנים). קיימת רגולציה שלמה של אישור תרופות – בארצות הברית זה נעשה על ידי הFDA. יכול להיות שיינתן לך פטנט בתום הרגולציה, וחברת תרופות מיד יגישו את הבקשה בשלב המוקדם כדי לתפוס את הבעלות על ההמצאה. יעבור זמן רב עד שהתרופה תקבל רישיון לשיווק – יכול להיות לי פטנט ביד בלי אישור לשווק את התרופה. חלק לא קטן מהחיים האפקטיביים של תרופה מת למעשה (עד שניתן רישיון – 10 שנים, ואז נשארו לך 10 שנים של בלעדיות למסחור המוצר). המחוקק שלנו יצר פתרון שנקרא "**צו הארכה**" – הארכת תוקף של פטנט למקסימום של 5 שנים כדי לפצות את המבקש על התקופה שהפטנט מת במסגרת הליכי רישום. - קורה כל הזמן.

החריג השלישי למעשה נקרא חריג טבע (כך הכנסת למעשה העבירה אותו) – חברת טבע אמרה שהיא רוצה שניצור חריג שיאפשר לה בזמן שהפטנט תלוי ועומד לקבל רישיון לשווק תרופה גנרית. חברת טבע אומרת שהיא רוצה לקבל פטור שיאפשר לה בזמן שהפטנט של חברות התרופות בתוקף לעשות את כל הפעולות הניסיוניות כדי לקבל את רישיון שיווק התרופה כדי שתוכל להיכנס לשוק. אם לא יינתן – גם אם הפטנט פוקע, לא יהיה שחקן אחר. טבע באה לטובת הצרכנים! רוצה שברגע שהעסק נגמר יהיה ניתן להיכנס (זה לא נכנס לחריג של פעולה ניסיונית כי הם לא משפרים אלא רק מעתיקים). רוצים שברגע שהפטנט יפקע יוכלו להיכנס לשוק ולהתחרות ביצרן האתי. ברגע שיש 2 שחקנים בשוק התמחור לא יהיה מונופוליסטי. הכנסת השתכנעה ואמרה שניתן רק לטובת הפעולות הניסיוניות. פרקטיקה זו רווחת במדינות רבות.

**תביעות על הפרת פטנט**

ראינו מהו ניצול המצאה – **מכירה, הצעה למכירה** (לא חייבים למוכר בפועל), **ייצור שימוש וייבוא** (למעט 3 החריגים שהזכרנו). אומר לנו **חוק הפטנטים (ס' 49)** ש-*"בעל פטנט זכאי למנוע כל אדם זולתו מנצל בלי רשותו או שלא כדין את האמצאה שניתן עליה הפטנט, בין בדרך המוגדרת בתביעות ובין בדרך דומה לכך שיש בה, לנוכח המוגדר באותן התביעות, עיקר האמצאה שהוא נושא הפטנט (להלן – הפרה)."*

המרצה מדברת על הפטנט ששלחה לנו על **החזירים על המקרר** – זה טיפשי (אולי אפקטיבי) למה אני צריך פטנט לכך? הפטנט די פשוט להבנה ולדעת המרצה הוא דוגמא טובה ונגישה לגבי איך נראה מסמך פטנט.

תביעות הפטנט – בסוף מסמך הפטנט של הבובה שנשלחה לנו יש מסמך "**תביעות**" (claims)

1. **תקציר ההמצאה**.
2. **פירוט האמצאה** – איל לייצר ולהשתמש באמצאה – גרפים, תרשימי זרימה, איורים.
3. **תביעות הפטנט – Claims** – החלק הכי חשוב. שימוש במונח I claim ואז יש את שורת התביעות של הפטנט. מדובר בחלק שמגדיר את היקף ההגנה הקניינית שמקבל הממציא.

אני נותן לך **הגנה** בתמורה לכך שאתה **מגלה לציבור את המצאתך**. מדובר בחלק שמגדיר את היקף המונופול שלך, ועורך דין לא זהיר יכול לתת לך היקף הגנה מוגבל מאוד. לעומת זאת, **עו"ד חכם ידע** לעצב את התביעות כך שלא יהיו חשופות לתקיפה אבל **מספיק רחבות כדי לתפוס מפרים עתידיים**.

יש תופעה שנקראת "**פטנטים של צוללות**" – אנשים שמגישים פטנט ונכנסים לתקופה רדומה.

**לדוגמא**: **הפטנט של הברקודים** – **למלסון**. הוא הגיש בקשה לפטנט נכנס מתחת למים ומרח את הבקשה שלו. ברגע שהוא ראה מה אנשים עושים – הוא ניסח את התביעות באופן שונה כשהוא ראה לאן אנשים הולכים עם הטכנולוגיה. לאחר מכן הוא הצליח להגיש תביעות נגד החברות, לתבוע רטרואקטיבית.

אבל **לא ניתן לחזות את העתיד באופן אסטרטגי** (למלסון הוא דוגמא חריגה). עיצוב של תביעות זה הימור, אבל עורכי דין חכמים שכותבים את תביעות הפטנט והיקף ההגנה הקנייני של ההמצאה – זו מלאכת מחשבת. התביעות מנוסחות ב2 דרכים בדר"כ:

1. **תביעות עצמאיות** - עומדות בפני עצמן – תביעה שמנוסחת בצורה עם כל רכיבי האמצאה. לדוגמא אופניים חשמליות – כוללות את הרכיבים מא'-ד'.
2. **תביעות תלויות** - תלויות בתביעה עצמאית שמנוסחות בדרך ההפניה אליהן עם שינוי. **לדוגמא**, אומר שכמו תביעה מס' 20, אבל במקום ב' יהיה ה' (החלפת רכיב אחד) – מדובר בתביעה זהה עם שינוי. כך יש הגבלות על כמות התביעות וכמות ההמצאות שניתן לכלול בפטנט (בדר"כ המצאה אחת).

האומנות היא לשחק בתווך כדי לתפוס כל אדם שייצר מוצר אחריך, באופן לא רחב מידי ולא צר מידי. צריך לשחק עם זה ולא להפר בצורה מילולית זהה אחת לאחת את כל רכיבי ההמצאה.

1. צריך לזכור שכל מוצר שמתחרה ייצר שיהיו בו **כל הרכיבים** של אחת מתביעות הפטנט – זו תהיה **הפרה מילולית** של הפטנט – **הפרה 1:1.** חשוב לדעת **שרוב ההפרות אינן מילוליות** – שחקנים לא דבילים, לוקחים ייעוץ משפטי ואומרים להם לשנות רכיבים. בדר"כ אף אחד לא מגיש לך על מגש של כסף הפרה מילולית (חוץ מהסינים).
2. **הפרה של עיקר ההמצאה** – שם אני אומר **שברור לי שאנשים ינסו לעשות מניפולציות** וינסו להחליף רכיבים ולעקוף את לשון התביעות בדרך כזו או אחרת. בא המחוקק ואומר ב' **ס' 49** שמי שמנצל את האמצאה בין בהפרה מילולית ובין בדרך דומה לכך שיש בה עיקר ההמצאה שמפרה את הפטנט (נוטלת את עיקר האמצאה – לוקחת את לב האמצאה) – אז אתה גם מפר.

צריך לזכור **שרוב הזמן העניין יסתיים ברישיונות ופשרות ולא בהכרעה משפטית**. אנשים לא רוצים שההליך יסתיים בביטול פטנט (חצי מהפטנטים מבוטלים). כשיש לנו שווקים של מעט מאוד שחקנים כמו סמסונג ואפל – רוב הסיכויים שזה ייגמר בפשרות. אם פטנטים יבוטלו כל השוק ייפתח לתחרות.

צריך לזכור שכשאדם נתבע על הפרת פטנט ניתן לטעון **טענות הגנה רבות** – **שלושת החריגים** שציינו שהם למעשה **שימושים מותרים בפטנטים**. מעבר לכך, **ניתן לטעון שלא הפרתי כלום** – לא הפרתי מילולית ולא נטלתי את עיקר האמצאה. משווים את המוצרים שלי ללשון התביעות.

מעבר לשני סוגי כיוונים אלו של טענות הגנה, ניתן **לטעון גם נגד תוקף הפטנט** – שלא היה צריך להינתן מלכתחילה משורה של טענות – המצאה לא חדשה, לא מתקדמת המצאתית, אמצאה גנובה ממני.

טענה שקיימת בדין הישראלי ובזר בצורה מאוד מוגבלת – **ס' 53 בחוק הישראלי – זכויות מכוח ניצול קודם** – ממתן את זכויות הממציא ביחס לתקופה שקדמה להמצאתו. ***"מי שבמועד הגשת הבקשה לפטנט*** *ניצל בתום לב את האמצאה... או עשה בתום לב הכנות ממשיות לניצולה, זכאי לנצלה בעצמו ובמהלך עיסוקו, מבלי לשלם תמורה לבעל הפטנט"*. מדובר באנשים שעשו שימוש בתום לב באמצאה ועשו הכנות ממשיות, ואז פתאום הופיע בעל הפטנט. אם ביום הגשת הבקשה ידעת על האמצאה בעצמך בלי קשר לממציא, תוכל להמשיך לנצל את האמצאה גם במהלך העיסוק שלך (גם מסחרי) בלי לשלם תמלוגים – זה **חריג פנטסטי** (אבל נדיר). צריך להוכיח את הדברים שניצל בתום לב ביום הגשת הבקשה את האמצאה.

**זכויות מכוח ניצול קודם זו הגנה חריגה**. אם יש פרסום פומבי לאמצאה (קודם) והוא מוכר מוצר החוצה, יכול להיות שהאמצאה תבוטל כי אינה חדשה – המידע זמין לציבור. זה יכול למעשה להרוס את החדשנות של האמצאה.

**בדומה לזכויות יוצרים** – גם בהקשר של דיני פטנטים אנו מדברים על **הפרה עקיפה** – **הלכת רב בריח**. מדובר בהלכה שיצרה דוקטרינה של הפרה עקיפה בדיני פטנטים. שם המציאו **מערכת לנעילת ידית ההילוכים של הרכב.** הפטנט היה פטנט קומבינציה על שילוב של 3 רכיבים (שילוב של א', ב' וג'). המפר התורם הייתה חברה בשם SDR שייבאה מטאיוון 2 מהרכיבים של הקומבינציה המוגנת ושיווקה אותם למוסכים יחד עם רכיב ג' שהיה ניתן לקנות בארץ (היה כבר את ההכנה לרכיב ג' וברגים לכך). מי המפר הישיר? **רק המוסכים** – מי שמשלב את א' וב' יחד עם ג'. **חברת SDR רק משווקת את א' וב'**, והמוסך שלוקח את א' וב' מפר את הפטנט באופן ישיר. הרבה יותר אפקטיבי אבל לרדוף אחר SDR, אבל באיזו עילה?

**הטענה כאן הייתה שSDR מאפשרת הפרה** – היא מבצעת **הפרה תורמת** כי היא מספקת רכיבים לאנשים שמבצעים את ההפרה. ביהמ"ש מגדיר את התנאים להפרת פטנטים, וביהמ"ש אומר שכדי שתהיה הפרה תורמת לפטנט, יש שורה של תנאים:

1. הרכיבים שנמכרים מהווים **חלק מהותי מההמצאה הכוללת**.
2. **הנתבע יודעת בכוח ובפועל** שהשילוב של א' וב' יתאים לחלק ג' וכך יופר הפטנט.
3. **צריך להראות שיש הפרה ישירה** – להראות שיש מישהו שעשה את ההפרה.
4. **החריג לאחריות – אם יש שימושים מהותיים למוצר שSDR מוכרת שהם לא שימושים מפרים, לא תהיה אחריות עקיפה** (דומה **להלכת סוני** שדיברנו עליה). אם רכיבים א' וב' כוללים שימושים משמעותיים שאינם מפרים, אולי היא לא תהיה אחראית להפרה תורמת. אבל כאן הוכח **שאין שימוש אחר** (והנתבעת צריכה להוכיח זאת כטענת הגנה).

**סעדים כנגד הפרת פטנט**

הסעד המרכזי שאפשר לקבל בעת הפרת פטנט – **צו מניעה ופיצויים**

* **צו מניעה** – ניתן על מספר שיקולים, והשיקול העיקרי הוא **סיכויי התביעה**. צו מניעה זה סעד שיכול **להרוס את המתחרה**, וצריך לשקול זאת **בכובד ראש.** מתן צו מניעה זמני לבלאקברי למעשה הורס את העסק – בלאקבארי לא תוכל ליצור את המוצר במשך 4-5 שנים (הצדדים ייגמרו את העניין במתן רישיון) סעד זה דרמטי מידי ולכן לא תמיד ניתן אותו בשלב מוקדם כשהתביעה הוגשה.
* **פיצויים** – סעד שכיח
* **על כל נזק שנגרם** – איבוד נתח שוק, פגיעה במוניטין, כל נזק שנגרם.
* **השבת רווחים שמיוחסים להפרה** – כל הרווחים שהפקת, אלי לכיס – זה מוצר שלי שהיית צריך לייצר ברישיונות.

**בארה"ב** התחום הפך לאטרקטיבי – ניתן לתבוע **פי 3 מהנזק** במצב שאתה מוכיח שההפרה הייתה **מכוונת**. בארץ זה לא קיים. (מקסימום פי 2).

* **אין פיצויים סטטוטורים**, אין פיצויים ללא הוכחת נזק.
* **בית המשפט מוסמך לחייב את המפר בפיצוי עונשי** אם המפר לא הפסיק את ההפרה לאחר שקיבל דרישה בכתב להפסיקה מבעל הפטנט (גובה הפיצוי העונשי - עד סכום הפיצוי המקורי). – עד פי שניים.

**הבעלות בפטנט**

גם כאן בדומה לזכויות יוצרים יש שאלות **למי יש בעלות בפטנטים**. השאלות של בעלות מוסדרות בחוק הישראלי, ובדומה לדיני זכויות היוצרים יש כאן **הסדר מפורט**.

הפרק החשוב הוא נושא של אמצאות שירות – **ס' 131-141**. הס' החשוב הוא **ס' 132 לחוק** שעוסק בשאלה **למי קמה אמצאה של עובד במקום עבודה.** ***"אמצאה של עובד, שפותחה בתקופת שירותו ועקב שירותו, שייכת למעביד, בהעדר הסכם אחר ביניהם****."* אמצאות במקום עבודה זה נושא נפיץ. יש שאלות משמעותיות בנוגע ליעילות ההסדרים לברירת מחדלים בנוגע לאמצאה ששייכת בבעלות המעביד. ההסדר של אמצאת שירות לא ממצה יכולות של עובדים בצורה הכי טובה – גרמניה בולטת בהסדרים שלה שנותנים לעובד גם זכויות על האמצאה, וכך עובדים ממציאים יותר בעבודה.

**ההסדר החוקי בס' 132** – אם אני מתכנת והמצאתי קוד, זה בבעלות המעביד. זה מתמרץ מתכנתים לשתוק. **אין אינטרס לעובד לתת את הכל למקום עבודתו**. לכן אוניברסיטאות מגיעות להסדרים.

היה סכסוך גדול של **ג'ונסון אנד ג'ונסון** – פיתחו **דבק ביולוגי מול חברה ישראלית**, ואז ישראל אמרה שהיה יועץ מבית חולים שנתן ייעוץ מסגרת העבודה וזו אמצאת שירות. זה סוג הדברים שקורים כאשר יועץ נותן שירות והמדינה הצליחה לשים יד על חלק מהכסף בהסכם פשרה. יש לזכור שההסכם אינו מתבקש בדר"כ.

אחד הסיפורים היפים – **פוסט דוקטורנית שעבדה באוניברסיטה**. היא עבדה אצל ד"ר, עשתה פוסט אצלו, הייתה חברה מסחרית שנתנה להם כסף לפתח טכנולוגיה **להדביק זהב ליהלומים**. היא הצליחה למצוא טכנולוגיה שעושה זו, ואז כשהגיע הרגע לדעת איך עשתה את זה, אמרה שהיא לא מוכנה לגלות את הפרטים עד שלא יגיעו איתה להסדר כלכלי (תכלס, היא לא יכולה לעשות את זה – היא צריכה קודם להודיע על ההמצאה). היא לא הייתה מוכנה לגלות זאת לאוניברסיטה, הגישו נגדה תביעות, הציעו לה כסף... בסוף נעשה הסדר פשרה וכך היא לא גילתה את ההמצאה, עזבה את בר אילן ובר אילן שרפה אותה בכל מקום. זה דוגמא טובה למה ההסדר בחוק לא נותן את התמריץ הכלכלי הכי טוב.

**ס' 134** – *"אם אין הסכם שקובע שהעובד זכאי לתמורה באמצאת שירות ובאילו תנאים ובאילו מידה יקבע הדבר על ידי הועדה לפיצויים ותמלוגים."* אם אין הסכם כזה במקום עבודה, יש **ועדה** שניתן לפנות אליה והיא תקבע את גובה הפיצוי שאתה צריך לקבל בגלל האמצאה במקום העבודה. מעבידים בגלל הסעיף הזה **ייצרו הסכם שאומר שהעובד לא יהיה זכאי לדרוש דבר מעבר לשכרו** והוא מוותר על תמורה נוספת – למעשה לא מתמרצים להמציא.

**ממציא שנפטר – האמצאה עוברת בירושה עד פקיעת הפטנט**.

ניתן לבצע **עסקאות בפטנט**, לרבות העברת בעלות, מתן רישיון שימוש, שעבוד וכו'.

**הגנה בינלאומית**

חשוב לדעת ולזכור **שהגנת פטנטים היא** **טריטוריאלית**, ואם אתה רוצה הגנה במדינה מסוימת אתה צריך להגיש בקשה לפטנט בכל מדינה שבה אתה רוצה את ההגנה. לכל מדינה יש אינטרסים שלה. עיקר הפטנטים נוגעים בעניין התרופות, וצריך להבין שהגנת פטנט כוללת אינטרסים טריטוריאליים והיקף ההגנה משתנה ממדינה למדינה.

**מצד שני** – **יש הסדרים אזוריים ובינלאומיים שנועדו להקל על רישום פטנטים במדינות זרות**. **ההסכם החשוב** – **PCT (Patent Cooperation Treaty)** – אמנה שמנוהלת על ידי **WIPO** (שאנו רוצים לטייל אליו בדצמבר). ניתן להגיש בקשת PCT וכך לזכות ב-18 חודשים נוספים של ארכה עד הכניסה לשלב הלאומי. יש לסמן את המדינות שאני רוצה שהבקשה תיבחן בה (רוב המדינות חברות מהעולם). בסופו של דבר, יש לעמוד בתנאים המהותיים בכל מדינה. ברגע שהגשת בקשה במדינה אחת (גם אם זה אמנת פריז) יש לך דין קדימה למועד המקורי שלך – אם הגשתי בקשה בישראל היום, יש לי דין קדימה לתאריך המקורי שהגשתי בישראל גם אם הגשתי בישראל שנה לפני ההגשה בארה"ב, אהנה מההגשה למשך שנה. ב-PCT האריכו את התקופה הזו ל-18 חודשים נוספים של ארכה לשמר את תאריך ההגשה המקורי (דין קדימה מוארך לשנתיים וחצי – 18+12).

הערך של הגשת בקשות של PCT או משרדים אזוריים (משרד הפטנטים האירופאי) הוא **שהליך הבחינה מאוד מקצועי** – בחינה של PCT או במשרד הפטנטים האירופאי (EPO) – הוא שבEPO- יש 3 בוחנים לכל בקשה (והתשלום בהתאם). הבקשה עוברת בחינה על ידי 6 עיניים – 3 בוחנים בודקים, וכמות הפטנטים שמאושרים בהתאם. ה-PCT גם מנוסים ומקצועיים, והרף מאוד גבוהה. בהתחלה הם מוציאים דו"ח חיפוש ואומרים לך מה המצב בהתחלה.

מי שרוצה לקבל מושג מה מצבו אם ההמצאה מאוד טובה ילך על המסלול הבינ"ל ולא הלאומי של המדינות בנפרד.

**הגנת פטנט זה ONE SIZE FITS ALL** – למעט תרופות הגנת פטנט מספקת הגנה זהה לכולם (פעם נתנה שאלת מחשבה על כך בבחינה – מישהו הציע לתת הגנות שונות בהתאם לתקופה ולמוצר, יתרונות וחסרונות). יש לכך **יתרונות**, ומצד שני **מחירים** – כמו פגיעה בחדשנות טכנולוגית, כמו מוצר טכנולוגי שיושב על המדף שנתיים יהיה מוגן 20 שנה. גם תוכנה שנים מוגנת בזכויות יוצרים. אין הגיון שמוצר שהתיישן ימנע כניסה של מתחרים חדשים בשוק, ופטנטים מסנדלים. מצד שני למערכת מותאמת יש עלויות רבות – דורשת ידע רב ומומחיות של הבוחנים. באופן טבעי, אם אתה נותן הגנה טוב יותר וטוב פחות כולם ינסו להיכנס לטוב יותר ואנשים ינסו לתחמן את המערכת ולעגל פינות.

**מצד שני יש קושי** – רוב ההצעות בדרך כלל מתמקדות בבתי משפט, ובאמת בפועל, במקומות יש בהם הרבה פעילות פטנטית (דין אמריקאי) רוב הפעילות של התאמה לטכנולוגיה נעשית על ידי בתי המשפט – ולא מחוקקים דרך החוק.

**מה שכן ברור – יש מחירים מאוד גבוהים למערכת הפטנטים**. **היקף ההגנה לא ברור** (נושא תביעות פטנט, מה מכסה כל תביעה של פטנט – המסמך המשפטי אינו ניתן לפירוש בקלות). מעבר לכך **היקף ההגנה לרוב חורג מהתרומה של ההמצאה לחדשנות** (רוב המוצרים בכלל לא מבשילים לאמצאה שעושים איתה משהו). יש להבין שהמערכת לא מתעסקת במסחור כתנאי, אבל מצד שני יש לה **הרבה עלויות בכלל ההגנה הארוכה ובגלל שזה לא רגיש לסוגי טכנולוגיה**. היא כוללת בעיות רבות ואתגרים רבים, וזה לא מקרי שיש הרבה ספרים אמפיריים שעוסקים בדיני פטנטים.

**ארה"ב חלוצה** – כל הזמן חושבים איך לעשות רפורמה שמטיבה עם ממציאים מצד אחד ומצד שני לא בולמת חדשנות ומקדמת אותה. אנו יודעים שבתרופות המערכת עושה את העבודה. בכל התחומים האחרים יש ספק גדול אם צריך פטנטים – כמו מחשבים וטכנולוגיות מידע.

**סימני מסחר (לא למבחן)**

דיני סימני מסחר מקנים זכויות בלעדיות ביחס לסימנים שמשמשים לזיהוי סחורות או שירותים. קיימות מספר סיבות מדוע אנו נותנים הגנה של סימני מסחר אליהם. **הרציונליים:**

1. **מניעת פגיעה בציבור הצרכנים** – שהצרכן לא יטעה ויחשוב שהמוצר מגיע מיצרן אחר. זה מגן על צרכנים. שיסתכלו על פיוז טי ולא יחשבו שזה נס טי. (קופיקס וקופיז – לדעת המרצה מטעה, הציבור גם יכול לתבוע בטענה להטעיה)
2. **הגנה על המוניטין של בעל הסימן** – מוניטין זה דבר שיצרנים משקיעים בו זמן ומאמצים. כשנותנים לאדם זמן לסמן את המוצר נותנים לו זמן להשקיע במוצר ולבדל אותו ממתחרה, ואז מדובר בכלי להגנה על המוניטין שלי. יצרן מתחרה יפגע במוניטין שלי, והאפשרות למנוע מיצרן מתחרה להשתמש בסימן המסחר מגיע על הרקע של רצון למנוע פגיעה במוניטין שפיתחתי.
3. **לחסוך עלויות חיפוש לצרכנים** - הסיבה ליצירת סימני מסחר. כשאני יודע שיש מוצר שאני אוהב אותו, אני לא צריך להתחיל לחפש. אם 3 אנשים יכולים לקרוא למוצר שלהם קוקה קולה, איך אדע אם פפסי ואר סי זה אותו דבר? סימן המסחר עושה לי קיצור דרך. נחסכות עלויות החיפוש. אני יודע שיצרן מתחרה לא יכול להשתמש בסימן המסחר.

בארה"ב הרציונל המקורי של הגנה על סימני מסחר היה דווקא הגנה על מוניטין של בעל הסימן. באירופה היה מדובר על הגנה על צרכנים תחילה ולא על מוניטין של יצרנים

שבוע הבא נדבר על סימני מסחר. תביאו את סימני מסחר וגם מקדמים. שבוע הבא ייבדקו השמות. יש בלי סוף דוגמאות של מבחנים אחרים.

מי שלא מגיע בשיעור הבא – יש הקראת שמות, אנא שלחו תמונה אם אתם לא מגיעים. (מטיב)

11.06.19

**שיעור 13 – סימני מסחר**

אירועון של 65 נקודות ושאלת מחשבה של 35 נקודות. יש שעתיים. שאלת מחשבה עם טענה חדשה ממאמר ושאלת מחשבה על זכויות יוצרים ופטנטים (אפשר לצאת אחרי שעה).

דיני סימני המסחר התחילו דרך עוולה נזיקית באנגליה – **עוולת גניבת עין**.

היא התחילה כעוולה נזיקית לא רשומה שהיו לה מספר יסודות –

1. **מוניטין** – להוכיח שיש לי מוניטין במסחר המסוים ושאני משתמש במונטין.
2. כתוצאה מכך יש **הטעיה**.

**חיקוי והעתקה שלעצמה היא למעשה מותרת (כשזה לא עוולה)** – ככל שיש יותר חקיינים התחרות בשוק גדולה יותר והמחירים של מוצרים זולים יותר. העתקה אסורה לצורך גניבת עין היא העתקה שבאה ממוניטין – אתה צריך להראות כי הציבור יודע לזהות שמוצר X בא מיצרן Y (להראות שיש מוניטין מבוסס). **מוניטין הוא תנאי סף שחייבים להוכיח אותו כתנאי לעילה לגניבת עין**, ואם הוכחתי מוניטין סביר להניח שיהיה קל לבסס הטעיה. **יש טעויות בפסיקה כאשר שופטים חושבים שחיקוי של מוצר ללא מוניטין זה עוולה**.

בהמשך הדרך הוצגה **ההגנה של סימן המסחר הרשום אבל לא הביאה לביטול עוולת גניבת העין**. שני המושגים חיים זה לצד זה, ושני המסלולים זהים. **החיסרון הגדול הוא שעוולת גניבת עין דורשת הוכחה מצד התובע** (מוניטין והטעיה). **מצד שני מי שהולך לפי הסימן הרשום – רק צריך לטעון שיש הפרה** (הוכחה של מוניטין לא נדרשת ודרישות הסף נמוכות באופן משמעותי)

**בארץ המסגרת הנורמטיבית** – **חוק עוולות מסחריות (גניבת עין) ס' 1 ופקודת סימני מסחר**

**בפקודת סימני מסחר** יש את הסימן המסחרי הרשום הרגיל ואת הסימן המסחרי המוכר היטב. סימני מסחר מוכרים מקבלים הגנה גם בלי רישום, ואם רושמים אותם מקבלים הגנה יותר חזקה!

**הגדרות:** (לפי **ס' 1**)

1. **סימן**: צירוף של מלים, אותיות, ספרות, דמויות, צורות. סימן יכול להיות גם תלת-ממדי (יגואר). סימן יכול להיות אחד מכל הדברים האלה (ויש סימני מסחר לא קונבנציונליים). סימני מסחר משלבים בדר"כ צורה של סימנים. מסחר יכול להיות אותיות. מנגד ניתן לקחת ספרות (21 לנצח), מילים (פרצוףספר) או אותות אחרים וצירופים של אלה – דברים אחרים כמו צבעים, ריחות, צלילים שאינם שגרתיים. צבע, ריח וצליל – כמו כניסה לללין, או מוסיקה קצבית בחנות בגדים, צלילים של נוקיה או אורנג' (מעבר למוסיקה שמוגנת בזכויות יוצרים – יכולה להוות גם סימן מסחר). גם צבעים – יש מיליוני צבעים על הספקטרום וניתן לרשום סימן מסחר על כוון מסוים. זה יכול להיות גם תלת ממדי כמו הפסלון של מרצדס.
2. **סימן מסחר**: *"סימן המשמש או מיועד לשמש לאדם לעניין הטובין שהוא מייצר או סוחר בהן"* במילים אחרות – סימן מסחר זה סימן שמשמש יצרן לזהות סחורה או שירות שהוא נותן. זה לא חייב להיות רק מוצר, אלא שירות כמו יגאל ארנון ושות'. ניתן לקבל הגנה על סימני מסחר לפני שהם נרשמים (לא חייבים לרשום מיד). בסימני מסחר גם אין את כלל של כל הקודם זוכה (בניגוד לפטנטים). יכול להיות ששני אנשים יגישו בקשה לסימן מסחר ולרשם סימני המסחר יש שיקול דעת רחב. לפעמים הוא יוכל אפילו לאשר שני סימנים לרישום בו"ז שדומים והוא ידרוש מהצדדים לבדל את הסימנים כדי למנוע חשש מהטעיה. אם יש סימני מסחר יש שורה של שיקולים – אחד מהם זה מי הגיש ראשון, אבל הרשם בוחן גם מי השתמש יותר זמן, תום לב בהגשת הבקשה.... שורה של שיקולים שלא מסתכמים בכלל עדיפות פשוט של כל הקודם זוכה. השיקול המרכזי הוא לטובת מי נוצר המוניטין הראשון, מי השתמש בסימן יותר זמן מהאחר ולא מי רשם את הסימן ראשון.

אחד המקרים המעניינים – **מלון הנסיכה** שהיה מלון יוקרה באילת. והיה מישהו עם מלון פשוט שרשם את סימן המסחר "מלון הנסיכה", ואז הוא אמר שמצפים ליוקרה ומתאכזבים. הוא תבע על הפרת סימן מסחר וביהמ"ש החליט שמי שצריך לקבל את הסימן זה מלון הנסיכה באילת – המוכר בעל המוניטין. מי שיצר את המוניטין ראשון הוא זה שיקבל את העדיפות.

**רישום סימני מסחר** - יש את המסלול הרשום והלא רשום.

בדומה להגנת הפטנט, גם כאן יש לנו את רשם סימני המסחר שאליו מגישים את הבקשה לרשום את סימן המסחר. כשמגישים את הבקשה צריך לזהות קטגוריות של טובין/שירותים שבקשר אליהם אתה מתכוון לעשות שימוש בסימן. CASTRO – תחום הלבשה והנעלה. יגאל ארנון – שירותים משפטיים. זה יוצר הגבלה על הסימן שלך ועל היקף ההגבלה. סימן מסחר הוא רישיון ציד מוגבל רק ביחס לטובין שאליהם נרשם הסימן – תקבל הגנה על קאסטרו רק ביחס להלבשה הוא הנעלה, ולא ביחס לחנויות פלאפל. (הורחב... נדבר בהמשך)

**הבקשה עוברת בחינה** – התהליך דומה לרישום פטנטים מבחינה עקרונית – כשאתה מגיש בקשה היא עוברת בחינה, יש הודעה של קיבול, חלון התנגדויות, וכאשר הסימן מאושר יש חלון לבקשות ביטול. ההבדל הגדול הוא שכאן התהליך הוא פשוט, מהיר וקל יותר – לבחון סימן מסחר דורש רק לראות את המאגר הרשום, ואם לא לעשות עוד כמה בדיקות ענייניות.

אחרי שהסימן נרשם ניתן להגיש בקשה לבטלו (כמו פטנטים) וגם ניתן לטעון נגד הכשרות שלו מלכתחילה. החלטות הרשם נתונות לערעור בבית המשפט המחוזי.

**אופי מבחין** - דרישת הסף הכי משמעותית לרישום סימני מסחר. (המרצה חושבת שיהיה ניתן להשתמש באלגוריתם לכך בעתיד... צרפת העבירה חקיקה שאוסרת לעשות מחקרים אקדמיים של BIG DATA על פסיקות שופטים! גם בחינת פטנטים מסתייעת כיום באמצעי בינה מלאכותית).

***ס' 8:*** *" ... יש בו כדי להבחין בין הטובין של בעל הסימן לבין הטובין של אחרים".*

כדי שסימן יהיה יכול להיות כשיר לרישום, חייב להיות בו אופי מבחין שהוא יהיה מסוגל להבחין בין טובין של יצרן אחד לאחר. הבחירה של הסימן צריכה להיות מוצלחת – יש מוצלחים ויש מוצלחים פחות. סימן המסחר צריך שיהיה לו כוח לייצר הבחנה בין טובין, לזהות טובין. הוא לא יכול להיות משהו שלא מאפשר זיהוי. למשל – בפסיקה ביחס לסימנים מילוליים נוצרו ההבחנות הבאות:

1. **מלים ללא משמעות מילונית** (במבה, פפסי) - אופי מבחין מולד (אינהרנטי). – כמו גוגל. אלו סימני המסחר הכי מוצלחים – מילים מומצאים שאף אחד לא מכיר אותם. מדובר בסימני מסחר בעלי אופי מבחין מולד (אינהרנטי).
2. **סימני מסחר שרירותיים** - מלים מלוניות שלא מתארות את הטובין (Apple למחשבים, orange לשירותי תקשורת) – הן לא מתארות את הטובין אבל מהוות סימני מסחר שרירותיים. גם הם נמצאים בקטגוריית אופי מבחין מולד. קטגוריה 1+2 הן סימני המסחר המוצלחים ביותר.
3. **מילים בעלות "משמעות משנית"**: סימן ה**מתאר** מהות או איכות (דלק, חומוס אשכרה) - אופי מבחין נרכש. או סימני מסחר גנריים. הם לא יהיו כשירים לרישום, ויהיו כשירים רק אם אצליח להוכיח כי הסימן רכש אופי מבחין במהלך השימוש שנעשה בו (לכן במקרים אלה נדרש שימוש קודם). גם חומוס אחלה, דלק, סבון.... אם אצליח לרכוש אופי נרכש עם טקטיקות עיצוביות – כמו חומוס כתוב בגרגרי חומוס ואת זה ארשום, ועם הזמן הציבור יאהב את החומוס הזה והוא יהיה פופולרי, יכול להיות שהמילה חומוס תרכוש אופי תיאורי נרכש. חומוס אחלה – השם התיאורי לא יכול להיחסם, אלא רק בהרכב מסויים בסוג גופן מסויים ובצבע מסויים, ללא טענת בעלות על המילה אחלה.

**ביחס לסימנים לא מילוליים**: הגבלה לדרך כתיבה/צבע פונט/תוספת איור וכו' – פונקציה של משא ומתן עם הרשם לעניין דרישת האופי המבחין. לדוגמא, ברקוד לא יוכל להיתפס בחושים של הצרכנים וזה לא יבחין בין צרכן אחד לאחר.

צריך לזכור שסימני מסחר שנרשמו יכולים עם הזמן לאבד את הגנתם, ובדר"כ זה קורה לסימנים הכי מוצלחים. לדוגמא – המילה ג'יפ הפכה משם של יצרן לשם גנרי של ג'יפים – התהליך הזה יכול להתרחש. המילה פריג'ידר, יויו, צלופן (הנייר צלופן היה שם של יצרן!) התהליך הוא הפיך! בדרך כלל סימני המסחר הכי מוצלחים הכי מועדים להפוך לגנרים. פלאפון – עם הזמן אם זה יהפוך לשם של המוצר, יכול להיות שהסימן יאבד את חוזקו והאופי המבחין שלו.

**ס'11** - **סימנים שאינם כשירים לרישום** – יש רשימה של 14 סעיפים, ביניהם:

* **11(1):** סימן המרמז על קשר עם נשיא המדינה
* **11(5):** סימן העלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר. - יש גם מצבים בהם אתה קורא למוצר פטנט והוא לא באמת. סימני פוגעניים (כמו נאציזם) – יהיה קושי לרשום סימנים כאלה.
* **11(6):** סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור או לעודד תחרות בלתי הוגנת – העילה הקלאסית לסירוב רישום סימן מסחר.
* **11(9):** סימן הזהה/דומה עד כדי להטעות לסימן ששייך לאחר שכבר רשום בפנקס לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר (סוג, קטגוריה). למשל – ניסו ליצור מוצר בשם סמבה והמוצר היה דומה לבמבה – זה דוגמא לכך.

בקריאת סעיף 11 לעומק נראה כי קיימות עילות רבות.

**מהות הזכות ותקופת ההגנה**

ברגע שרשמתי סימן מסחר, זה נותן לאדם שרשם את הסימן **זכות בלעדית** לעשות שימוש בסימן ביחס לסוג הטובין שביחס אליהם הוא נרשם. (אם רשמתי את הסימן קסטרו ביחס לביגוד והנעלה, יש לי זכות בלעדית לכך ביחס לביגוד והנעלה) - אם כן, בעל הסימן יכול למנוע מאחרים שימוש בסימן מסחר זהה [או, לפי הפסיקה: דומה עד כדי להטעות] לגבי מוצרים או שירותים מאותו סוג, קטגוריה או הגדר. היום לסוג/הגדר/קטגוריה יש הגדרה רחבה מאוד – שופרסל פתאום הפך לסימן מסחר לכמעט כל מוצר היום, והיום סימני מסחר מקבלים קטגוריה רחבה. אבל הם חייבים לשווק מוצר עם סימן ביחס לכל הסוגים.

* **כאשר אתה תובע על הפרה** – אתה לא צריך להוכיח שהעתיקו ממך, כוונה או אפילו ידיעה על הסימן – זה לא נדרש מבחינת יסודות הוכחת הפרת סימן מסחר (ככה זה גם בפטנטים). מספיק שמשתמשים בסימן זהה או דומה העילה בוססה. לא צריך להוכיח.
* **לאחר הרישום הראשוני** – 10 שנים, אך ניתן לחדש ללא הגבלה. סימני מסחר חיים לנצח למעשה כל עוד מחדשים את הרישום ומשווקים מוצרים - ניתן להאריך את ההגנה לתקופות זמן ארוכות מאוד.
* **ס' 41: אם לא נעשה שימוש בסימן במשך שלוש שנים ניתן לבקש את ביטול הרישום.** בעל הסימן יכול לשכנע כי התקיימו נסיבות מיוחדות המצדיקות את העדר השימוש.
* **הגנת סימן המסחרי הינה הגנה טריטוריאלית**. ישנן אמנות המקלות על רישום סימן במדינות זרות [אמנת פאריס, פרוטוקול מדריד]. זה תלוי בסוג המוצרים. אם זה שוק בינלאומי יש הגיון לרשום, ואם זה שוק מקומי כמו שלום פלאפל אין סיבה לרשום אותו מחוץ לישראל.

**תביעות הפרה** – **טענות הגנה**

צריך להבין שכאשר מגישים תביעה בגין הפרת סימן מסחר, אם סימן המסחר רשום, ההנחה היא שהשימוש יהיה מטעה. בדר"כ ברגע שאתה מבסס את הדמיון ביחס לטובין תהיה הנחה שיש דמיון מטעה. צריך להבין **שכמעט ואין טענות הגנה נגד הפרה של סימן מסחר** – השימושים המותרים מאוד מוגבלים. ההגנה המרכזית שהחוק מדבר עליה זו ההגנה בס' 47 לפקודה שמדברת על שימוש אמת בשם, שלמעשה אומרת: *"רישום לפי פקודה זו לא ימנע אדם מלהשתמש שימוש אמת בשמו או בשם עסקו ... או מהשתמש בהגדר אמיתי של מהותם או איכותם של טובין שלו".*

אם אני מקים את רשת חנויות המכולת של מרים ביטון ויש מרים ביטון אחרת שרוצה להקים מכולת, לא ניתן למנוע ממנה.

ברכה של מרים - את הטוסיק לא ניקיתם, הגן היה תמיד מטונף אבל הבנו שזה הרף. הילדים למדו רק שלושה מספרים סיימו גן לגילאי 3-4 והבנו שזה מה שהם יודעים... עקצתם כל הורה, על כך נומר תודה רבה מעכשיו שום דבר לא יהיה אותו דבר.

אז הבעל כתב – ליוויתם את ילדנו במשך שנה שלמה, הגיעו לגן לתינוקות גדולים ובזכותכם הפכו לאנשים רגילים. למדו לקלל, לנשוך, קנו ממתקים... היה חשוב ומרגיע.

**מדובר בהגנה מאוד מצומצמת – שם אמת**.

**סיפא:** דוגמאות: משווק המוצר / נותן שירות למוצר / מוכר מוצר משלים. שימוש בנסיבות אלה אינו מהווה הפרה, אם הדבר נעשה בתום לב ומבלי לגרום לטשטוש מקור הסחורה/השירות, תוך הבהרה שאין כל קשר לבעל הסימן. ההגנה אומרת שזה לא מונע שימוש במהות או איכות הטובין שלו – אם אני מוכר מתאם שתואם סמסונג דור 1,2,3 מותר לי ואזה לא אומר מאיזה יצרן זה מגיע – הדברים האלו מותרים – משווקים שמוכרים מוצרים יכולים לתאר את הסחורה או השירות שהם נותנים. הרבה פעמים תידרש הבהרה. אין דבר שדומה להגנת שימוש הוגן/סימני מסחר.

צריכה להיות הגנה סטייל פרודיה/שימוש הוגן גם בסימני מסחר לדעת המרצה במסגרת חופש ביטוי כל עוד מובהר כי אין קשר לחברה המקורית. דברים מסוג זה ניתן לעשות ואלו פסיקות נמוכות (לא עליון – יש מאמר יפה על כך של לאה על הגנת שימוש הוגן וסימני מסחר). בסימני מסחר יש דווקא הרבה פרסומות השוואתיות (נוזלים של כביסה – הדבר הכי טוב לדעת המרצה זה סנו אוקסיג'ן). פס"ד בעניין מקדונלד – ריבלין אומר שיש הגנה מוגבלת לפרסומת השוואתית. בארץ אנו לא נדיבים בהגנה, וההגנה היחידה שיש זה ההגנה של שימוש אמת, שימוש בשם או שימוש במטרה לתאר את המהות או השימוש בטובין.

סעדים כנגד הפרה:

* צו מניעה
* פיצויים
* אין פיצוי סטטוטורי
* אין פיצוי עונשי

**דמיון מטעה** - איך בודקים דמיון בין מוצרים?

המרצה מודיעה כי במועד א ' אין סימני מסחר אבל במועד ב' אולי יהיה, אז צריך לכתוב.

רלוונטי ל2 שלבים מרכזיים – שלב הרישום של הסימן ושלב ההפרה.

1. **בשלב הרישום** (**ס' 11(9)**: לא ניתן לרשום סימן דומה עד כדי להטעות לסימן רשום);
2. **בנוגע להפרה** (בעל סימן רשום יכול למנוע שימוש בסימן דומה עד כדי להטעות).

ברגע שיש דמיון – יש חשש הטעיה (לא צריך להוכיח את זה אפילו).

**הפסיקה קבעה כי יש לבחון כל מקרה לגופו** כדי לראות אם מדובר בדמיון שיש בו כדי להטעות את ציבור הצרכנים, תוך שימוש במבחני העזר הבאים (המבחן המשולש):

* **מבחן המראה והצליל** – בודק את הדמיון בין הסימנים עצמם. אם מדובר בגניבת עין ביחס לסימנים לא רשומים זה אותו מבחן, אבל בגניבת עין בודקים את המראה הכללי של המוצרים. מבחן זה בודק גם את המראה (מידת הדמיון במראה של הסימנים), מידת הדמיון בצליל הסימנים, ואם מדובר על גניבת עין – המראה הכללי של המוצרים עצמם. לדוגמא – פרו פרו לגבי עוגיות – מפר את הסימן פרומין לעוגיון, הוגי בוס מפר את הוגו בוס, קורקט לא מפר את קולגייט, מנטיקס מפר את מנטוס, טינמברג'ק מפר את טימברלנד. לפעמים סימנים שנראים שונים אבל יש להם אותו צליל הגייה – גם זה יכול להיות הפרה של סימן מסחר.

**חשוב להבין** שכאשר מדובר במוצרים יקרים שהצרכנים בודקים ובוחנים אותם בקפדנות, לפעמים דמיון גדול לא יבסס הטעיה והפרה (רכב הונדה ויונדאי). לעומת זאת, אם מדובר על מוצרים זולים שקונים יום יום, מידת הדמיון הנדרשת תהיה פחותה.

**צריך לזכור** כשבוחנים דמיון יש מבחן עזר שעושים בו שימוש – מבחן השכל הישר, שאומר שהרבה פעמים הדמיון בין סימנים יבוא לידי ביטוי דווקא באיזשהו רעיון/קונספט ששני היצרנים משתמשים בו. למשל – אם תקום מחר חברת טלפון סלולרי שתרצה לרשום סימן מסחר בצורת תפוז/כתום, לא ירשמו את זה בגלל הדמיון והרעיון הדומה לאורנג' (למרות שזה לא דומה פיזית, המשמעות הדומה יוצרת את סכנת ההטעיה).

**צריך גם לדעת** שכאשר מדובר במוצרים שלא נדרש מהם תיווך במסגרת הקנייה – כמו מוצר במדף, המראה יותר קריטי מהצליל. לעומת זאת, מוצר שרוכשים באמצעות מדף כמו סיגריות, ההגיה והצליל יותר קריטיים (אומרים למוכר מה אני רוצה).

* **פס"ד במבה נ' סמבה** – נשמע דומה
* **מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות** – מבחן זה מתייחס לדמיון בין המוצרים עצמם. אנו בודקים האם סוג הסחורות הוא מאותו סוג/הגדר או לא. כאן אנו שואלים האם צרכן שרואה את הסימן הזהה/דומה על מוצר שונה עלול בטעות להניח שיש למוצר זה קשר לבעל הסימן. פעם הפסיקה בארץ (בעבר), העניין של הגדר טובין היה מאוד מצומצם, ודרשו שהגדר הטובין יפורש בצורה מאוד דווקנית. אבל אם הזמן אומצה בארץ גישה אמריקאית שמקובלת גם באירופה – הגדרת הטובין תהיה חזקה ורחבה יותר ככל שהטובין יהיה מוכר יותר. (לא רוצים שיחשבו שקסטרו התחילה למכור פלאפל).

**לגבי סימני מסחר מוכרים היטב – הם מקבלים הגנה רחבה יותר אם הם נרשמים**. סימן כזה שנרשם מקבל הגנה גם ביחס לטובין שאינם מאותו סוג. ברגע שיש לי סימן מסחר מפורסם הוא מקבל הגנה מפני ששימוש זהה או דומה ביחס לאותו סימן גם לגבי טובין שאינם מאותו סוג.

**בנוסף** – כאשר סוג הלקוחות שונה זה עלול לשלול את סכנת ההטעיה, ואם מדובר בלקוחות הדיוטים סכנת ההטעיה גדולה יותר. שני המבחנים הללו רלוונטיים גם לעוולת גניבת עין

* **מבחן יתר נסיבות העניין** (בין היתר: דרכי השיווק) – האם יש נסיבות נוספות שמקטינות או מגדילות את סכנת ההטעיה. מבחן זה יבדוק לדוגמא דרכי שיווק של מוצר – אם אני כותב על מוצר שלא מדובר על מוצר של אסם, אם אשתמש באמצעים לשלול אפשרות של הטעיה זה יבוא לחשבון בבחינת שאלת הטעיית הצרכנים, ויכנס למבחן נסיבות העניין.

**אותם מבחנים משמשים גם בהקשר לעוולת גניבת העין**, לצורך בחינת חשש הטעיה [מושא הבדיקה – מכלול מעשים]. – אותו ניתוח לגניבת עין, רק שאין סימן רשום אז משווים מוצר אחד לאחר. בסימן הרשום משווים סימן אחד לאחר.

**סימן מוכרים היטב/מפורסמים**

**ניתנה הגנה רחבה מאוד לסימנים מפורסמים, והיצרנים רצו הגנה גם אם אין להם סימן רשום בטריטוריה מסוימת.** באו ויצרו הגנה לסימני מסחר מפורסמים במסגרת אותן אמנות בינלאומיות. בהתחלה ההגנה הזו נקלטה בעליון בפסיקה מוקדמת ובהמשך זה אומץ בחקיקה. צריך להבין שהגנה כזו לסימנים מפורסמים כמו קוקה קולה, פייסבוק, מקדונלדס... סימנים אלו יכולים להיות גם סימנים מקוריים מפורסמים – ארומה, קופיקס, עלית, תנובה.... כל הדברים הללו מפורסמים בכל הארץ, וחשוב להבין שסימני מסחר מפורסמים/מוכרים היטב מקבלים הגנה מיוחדת בפקודת סימני מסחר.

**הם מוגנים גם ללא רישום, גם אם אין פעילות עסקית בישראל של המותג המסוים** – גם אם פראדה לא מוגנים בארץ יש הגנה של פראדה בישראל. אם הסימן גם נרשם הוא מקבל הגנה שחורגת מההגנה שניתנת לסימן המסחר הרשום.

למעשה – סימן מפורסם שלא נרשם מקבל הגנה בישראל כמו סימן רשום. סימן שנרשם בישראל מקבל הגנה יותר חזקה – הגנה מפני הטעיה גם ביחס לטובין שאינם מאותו הסדר – הגנה הרמטית.

**דוקטרינת הדילול** – ניתן לקבל סעדים בגין השימושים בסימן מסחר גם אם אין הטעיה ככל שנעשה שימוש בסימן המסחר באופן שמטשטש/פוגע בחוזקו של הסימן. יש לשים לב שלא מצפים ליסוד של הטעיה – אם מישהו מקים חנות פלאפל בשם "פלאפל פראדה", חברת פראדה יכולה לתבוע אותו בגין דילול למרות שברור לכולם. הטענה היא שיש שחיקה של הסימן לייצג את המודל היוקרתי. אם אקרא לרשת חנויות טבעיות רולקס אז רולקס יטענו שנשחק מעמד הסימן.

בהקשר הדילול, יש גם שימושים שהם מבזים – אם אפתח רשת של חנויות כמו מין/סמים שנקראת רולקס, הם יטענו לשימוש מבזה של הסימן.

**מדובר על הגנה קניינית שמתרחקת מהגנה של סימני מסחר** – פגיעה במוניטין של בעל הסימן (ולא מניעת הטעיה צרכנית – המהות הראשונה)

**פס"ד בעניין טופיפי** – קראו אותו. פרשת טופיפי הייתה על השאלה **האם צורה תלת ממדי כשירה לרישום סימן מסחר**. בא יצרן ישראלי ויצר מוצר מתחרה שנראה בדיוק אותו דבר. החברה תבעה את היצרן הישראלי שמייצר את השוקולד באותה צורה. זה מגיע לעליון וביהמ"ש אומר כמה דברים חשובים על הכשירות של צורה תלת ממדית לקבל הגנה על צורת מסחר. הוא אומר שבאופן עקרוני הגישה היא שלילית – לא נרצה לתת הגנה על סימן מסחר בגלל פונקציונליות. ביהמ"ש אומר כי בהגדרה הוא לא רוצה לתת הגנה על צורה תלת ממדית. זה יהיה אם יהיה ניתן להוכיח שהצורה מהווה סימן מסחר, אבל צריך לשלול שאין גם תפקיד פונקציונלי לצורה (דבר לא פשוט – כמו שהצורה משפיעה על המרקם) ושגם אין תפקיד אסתטי (תמיד יש!). בעקבות החלטה זו של העליון יצאה גם **הנחיה של רשם סימני המסחר שהיא אגרסיבית – אומר הרשם שיש לך את דיני המדגמים, ולא דרך דיני סימני מסחר.** אנו חריגים בעולם כי האירופאים והאמריקאים כן נותנים הגנה. פעם ניתנה על כך שאלת מחשבה אבל לנו זה לא יקרה.

בשיעור הבא המרצה תדבר על שמות מתחם ודיני מדגמים

18.06.19

**שיעור 14 – שמות מתחם ודיני מדגמים (סיכום על ידי חן יחזקאל – תודה!)**

פס"ד טופיפי**-** (המשך מהשיעור הקודם) הגנה על סימני מסחר תלת- ממדים, משקף גישה קיצונית נגד הגנה על סימני מסחר תלת ממדים, שנובעת מההיבטים הפונקציונאליים של צורות. ברגע שנותנים למשהו תלת ממדי הגנה בסימני מסחר, אנחנו יכולים לנעול זאת לתקופות לא מוגבלות (סימני מסחר נמשכים לנצח). ביהמ"ש לא יכול לפתוח פתח כזה גדול, יש את דיני המדגמים ולא ניתן לקבל הגנה על יותר מדין אחד. סימני מסחר תלת ממדים לא זכאים להגנה במסגרת דיני סמני מסחר. גם אם מדובר בתפקיד אסטטי של הצורה וגם אם יש תפקיד פונקציונאלי לצורה. אם לצורה יש תפקיד פונקציונאלי- משפרת את תפקוד המוצר (למשל, המבנה הייחודי של קוקה קולה המאפשר לזהות אותו). לפעמים יש לצורה התלת ממדית תפקיד אסטטי ופונקציונאלי, ככל שהיא משמשת באחד מהתפקידים לא ניתן לקבל הגנה בדיני סימני מסחר.

אין כמעט דרך להגן על סימני מסחר תלת ממדים בישראל, זו גישה מחמירה ביחס לאירופה**-** שם הגישה ליברלית יותר. יש קושי רב להגן על סימני מסחר תלת ממדים, זו גישה נוקשה לדעת רבים. עם זאת, דיני המדגמים יכולים לתת מענה.

**"שמות מתחם" שמות Domain**

כשהאינטרנט בא לעולם, היה גורם דרכו (ICANN- איגוד האינטרנט) שריכזו את שמות הדומיין. נרשמו כל סימני המסחר של החברות המצליחות ויקנו אותם ואז הן יצטרכו לקנות מהחברות. מי שרשם את סימני המסחר האטרקטיביים ביותר- השתלטו על דומיינים של חברות מסחריות לכאורה. הייתה שאלה אם מדובר בהפרה של סימני מסחר? שמות מתחם באינטרנט, הדיון בארץ נעשה דרך דיני סימני מסחר. בארה"ב זה נעשה דרך חקיקה ייעודית אבל בארץ לא חוקקו משהו ייעודי וזה נעשה דרך דיני סימני מסחר. אדם שיש לו בעלות בסימן מסחרי ורואה שאחר השתלט על הדומיין שלו, יכול לתבוע על הפרת סימן מסחר כי זה שימוש בסימן מסחרי של אדם שהוא בעליו של הסימן ואז הוא יחויב למסור את הדומיין לאדם ויתפסו את הפעילות כהפרת סימני מסחר. הטיפול בארץ נעשה דרך דיני סימני מסחר. אם זה לא סימן רשום- דרך דיני גניבת עין (המסלול הלא רשום של דיני סימני מסחר).

**מפתוח -** שימוש במילות מפתח בסביבה האינטרנט. ההקשר הוא- **מנועי חיפוש**. כשמחפשים משהו במנוע חיפוש- לא תמיד נקבל את התוצאה שחיפשנו. כשגוגל משתמשת במנוע החיפוש, היא עושה דילים עם הרבה אנשים ומרוויחה כסף רב ממנועי החיפוש, שכן היא מקדמת את התוצאות של אנשים שמשלמים לה יותר, מצד שני היא עושה זאת בגלות (קישורים ממומנים מופיעים בצבע אחר). קידום תוצאות על פני אחרות מושפע משיקולים עסקיים של גוגל- משלמים יותר- מקבלים מקום יותר טוב, מה שמאפשר את הגדלת עסקאות החברה.

כאשר גוגל נותנת לאנשים גישה לקישורים ממומנים, מגיעים אליה חברות ואומרות שכשמקישים מילות מפתח מסוימות התוצאה תעלה, בד"כ מילות מפתח יעלו גם את תוצאות המתחרים. האם זו הפרה של סימני מסחר? האם מפתוח תוך כדי שימוש בסימני מסחר של אחרים מהווה הפרה של דיני סימני מסחר? יש דיונים רבים בהקשר של מפתוח חוקי. (כל פעם שמישהו מחפש את חברת מוצצים, תעלה בתוצאת החיפוש "שילב"- האם השימוש במילה מוצצים מפר דיני סימני מסחר?) הגישה בארץ אומרת שלא. זו במידה רבה תחרות חופשית. בקניון למשל, יכולים להיות כמה יצרנים שמפרסמים את המרכולת שלהם- זו תחרות חופשית לגיטימית והמקבילה היא לעשות זאת דרך מילות מפתח (**פס"ד קרייזי ליין וזברה).**

יש מדינות שתופסות זאת כפעילות מפרה. יש חילוקי דעות לגבי זה. האינטרנט מייצר הרבה שאלות מעניינות בהקשרים האלה

**עסקאות בסימני מסחר**

**ניתן לסחור בסימני מסחר אך יש הגבלות על הפעילות**. בשונה ממוצרים אחרים שאנחנו מוכרים (כמו מכירת פטנט, אין הרבה רגישויות). עם זאת, כשמוכרים סימן מסחר הוא מגיע עם מוניטין מסוים. אם מדובר ביצרן עם יכולות מסוימות ומעבירים לעסק אחר. מצד שני, אחר משתמש בסימן המסחר ויכול לייצר באיכות לא טובה. הצרכנים חושבים שמדובר באותו יצרן, אך אז מגלים שמעבירים את העסקים לחברה אחרת שלא יודעת לייצר. במצב כזה, יש רגישות לגבי יכולת למכור סימני מסחר לאנשים או לתת רישיונות לשימוש בסימן. יש בארץ הרבה עסקי זכיינות. בארה"ב היו הגבלות לעשות על עסקאות כאלה, הם טענו שכשמוכרים סימן מסחרי צריך להעביר את כל העסק כולל יכולות ייצור כדי שלא יהיה פער במוצרים אותם הצרכנים מקבלים. עם השנים התרככו הגישות, אבל בדין האמריקאי יש דרישות של בקרת איכות של מי שנותן רישיון שימוש בסימן המסחרי שלו.

**בארה"ב רישיונות וסימני מסחר חייבים לבוא עם בקרת איכות של היצרן** כדי לוודא שהצרכנים מקבלים את אותו איכות. ניתן למחוק את הסימן בטענה שהוא מטעה.

בארץ יש גישה ליברלית לגבי עסקאות מכירה ורישיונות של סימני מסחר. הדרך היחידה להעלות טענות היא לפנות לרשם סימני המסחר ולבקש שימחק זאת. עם זאת, בארץ אין בקרת איכות דווקנית כמו בארה"ב. יש משמעות לעסקאות של מכירה ורישיונות. מי שנותן רישיון לשימוש בסימן המסחרי יש תמריץ לשמור על חוזק הסימן שלו ולכן באופן מובנה הוא מפעיל מנגנונים של בקרת איכות. כך שפחות רואים תופעות של ניצול לרעה מצד זכיין.

לגבי מכירה ורישיונות חשוב לדעת שיש מעט פסיקה בארץ, אך הרבה דיונים סביב השאלות האלה.

**ייבוא מקביל של מוצרים שנושאים סימנים מסוימים**

מה קורה אם יש יבואן מקביל? זו תופעה בא מגיעים יצרנים גדולים ומחזיקים שפועלים במדינות עם משווק בלעדי, חברה אחרת מקבלת רישיון שיווק של המוצרים תמורת תשלום והם מוכרים את המוצרים בארץ באופן בלעדי. יצרנים בד"כ עובדים עם משווק בלעדי ולא רוצים שיהיו יצרנים רבים. **ייבוא מקביל- יצרנים מקומיים שרוצים לייבא את המוצר ולמכור בארץ**. נוצרת תחרות בשוק ואז המחירים יורדים. אנו מעודדים ייבוא מקביל כי זה מוריד עלויות של מוצרים. המשווקים הבלעדיים והיצרנים אומרים שהיבואן המקביל תופס טרמפ על סימני המסחר ומפר אותם- הוא משווק את המוצרים שלו ומשקיע כספים רבים בשת"פ עם היצרן כדי לעודד אנשים לייצר מוצרים. ואז הוא תופס נתח מהשוק מבלי שהוא השתמש בעלויות. המשווקים והיצרנים טוענים כי זו הפרה של סימני המסחר. בתי המשפט בארץ סירבו לקבל את הגישה.

פס"ד לייבוביץ'**-** בישראל מתאפשר ייבוא מקביל. כשהתפיסה היא לקדם תחרות, ייבוא מקביל מאפשר תחרות ולכן הוא מותר, גם אם הוא פוגע באינטרסים של בעל הסימן המסחרי והרישיון הבלעדי, עדיין מאפשרים אותו. מצד שני, **כאשר יש ייבוא מקביל שכרוך בסכנת הטעייה- לא נאפשר ייבוא מקביל**.

**בארץ הוכר חריג אחד לאפשרות לייבוא מקביל- זהו מצב בו הסימן המסחרי שנעשה בו שימוש מצביע על מוניטין של היבואן הבלעדי**. אם מראים בארץ שכאשר משתמשים בסימן המסחרי זה מתקשר בתודעת הצרכנים ליבואן בלעדי (הם לא יודעים שיש יבואנים מקבילים כי הם לא מזהים את עצמם כיבואן מקביל- יש סכנה של הטעייה). אדם שעוסק בייבוא מקביל צריך לוודא שהוא לא רוכב על מוניטין היבואן הבלעדי ושזה ברור שהוא לא היבואן הבלעדי. **במצב בו יש חשש להטעיה ביחס ליבואן המקביל והבלעדי** (הציבור יחשוב שזה מהיבואן הבלעדי שיש לו מוניטין)- היבוא המקביל יאסר. במצבים שאין בהם סכנת הטעייה ויבואן מקביל פועל בצורה גלויה ומסביר שהוא לא קשור ליבואן הבלעדי- היבוא הבלעדי יהיה מותר.

**בארה"ב יש עוד חריג- כשאיכות המוצרים שונה, אם היבואן המקביל מביא מוצרים פחות איכותיים- יש סכנת הטעית לקוחות לגבי האיכות וזו פעילות אסורה בארה"ב, בארץ ניתן למכור מוצרים נחותים וזה לא ייחשב כהפרה של סימני מסחר.**

בארה"ב תופסים סימני מסחר כזכויות קנייניות. זו לא התפיסה בישראל. דיני סימני מסחר לא מקנים בעלות בסימן לכל דבר, אלא מתייחסים למכירה של מוצרים שנושאים את אותו סימן.

**דיני העיצובים/ המדגמים-** דיני מדגמים הוא ענף משפטי חשוב (כאשר דיני עיצובים זה השם החדש שלהם). חוק חדש, מודרני שישראל אימצה ונכנס לתוקפו ב-2018. הוא החליף את פקודת הפטנטים והמדגמים מ-1924.

הם מגנים על עיצוב של מוצרים, התכלית של דיני העיצובים היא לעודד פיתוח של עיצובים חדשים לטובת הציבור. התחום הוסדר במשך הרבה שנים בפקודה מנדטורית שהסדירה את דיני הפטנטים עד שהוסדר חוק הפטנטים. חוק העיצובים התקבל בכנסת ב-2017, אבל נכנס לתוקפו ב- 2018, אחרי תהליך חקיקה ממושך והרבה בעלי עניין שהיו שותפים בתהליך.

הרבה סוגיות לא קיבלו מענה בפקודת המדגמים הישנה, אבל החוק מבוסס על חקיקה אירופאית (האיחוד האירופי). יש הרבה שאלות סביב נוסחים שונים של החוק.

מבחינתנו- זה החוק המחייב.

כדי לרשום עיצוב בפנקס המדגמים יש צורך לעמוד בכמה תנאי כשירות:

1. המושא להגנת החוק הוא עיצוב**-** מראהו של מוצר או של חלק ממנו, שמורכב ממאפיין חזותי אחד או ותר של המוצר או של חלק מהמוצר, לפי העניין ובכלל זה, מתאר, צבע, צורה, עיטור, מרקם או החומר שממנו הם עשויים (זו ההגדרה בסעיף ההגדרות). עשויה להיות חפיפה גם לדינים אחרים כי עיטור, צורה וכו' יכולים להיות מוגנים בזכויות יוצרים. אם זו יצירה מוגנת, יצירת אומנות- יכולה להיות הגנה דרך דיני פטנטים. יצרנים מנסים לקבל הגנה דרך יותר מענף אחד. לקבל הגנה דרך דיני העיצובים יותר קלה מדיני זכויות יוצרים. דיני העיצובים זו הדרך המועדפת לעשות זאת. סימני מסחר תלת ממדים- אנחנו לא נותנים הגנה לסימני מסחר פונקציונאליים כי אנחנו נותנים הגנה לעולמי עד על צורת מוצרים. דיני המדגמים אמור לטפל בכך.

**מהו מוצר?**

מערכת של פריטים, אריזה, סימן גרפי, תצוגת מסך- לא כולל גופנים ותוכנות מחשב (מטופלים דרך דיני זכויות יוצרים). עם זאת, ההגנה על גופנים נכנסה לאחרונה לחוק זכויות יוצרים.

סעיף 28 ב לחוק זכויות יוצרים**-** עוסק בנושא הגופנים.

סעיף 41 א לחוק זכויות יוצרים**.** היה ניסיון לשלב אותם בחוק העיצובים ולא הסכימו לכך.

**עיצובים יכולים להינתן גם ביחס למוצרים לא מוחשיים**- ניתן להסתכל על סימן גרפי ותצוגת מסך כמשהו שנחשב עיצוב מוגן. מצד שני מחריגים גופנים ותכונות מחשב. הגדרת המוצר היא פתוחה- ניתן להכניס עוד דברים למסגרת ההגנה. אין אפשרות להגן כעיצוב על מראהו של מוצר או של חלק ממוצר שמוכתב בידי פעולת המוצר- קרי, לא ניתן להגן כעיצוב דרך חוק העיצובים על מראה של מוצר או של חלק ממנו כשהעיצוב מוכתב משיקולים פונקציונאליים של פעולת המוצר. קרי, צריך להיות ערך שחורג מתפקוד או הפעלה של המוצר.

**אין אפשרות להגן בעיצוב על מראה של מוצר או חלק ממנו, אם המוצר או חלקו נועדו להתחבר למוצר אחר**, להשתלב במוצר אחר, או שמוצר אחר ישתלב בהם. זה צריך להיות מוצר שעומד בפני עצמו, זה לא יכול להיות חלק מהרכב של מוצרים שמשתלבים למוצר אחד.

אם יש לנו מוצר שיכול להיחשב עיצוב- **העיצוב צריך לעמוד במספר דרישות** –

1. **הוא חייב להיות חדש**- הדרישה מתקיימת אם לפני מועד הבקשה לרישום העיצוב לא פורסם בישראל או מחוצה לה, עיצוב זהה או עיצוב שנבדל מעיצוב מסוים בפרטים שאינם מהותיים. פרסום בציבור כולל גם הפצה בציבור או הצעה למכירה של מוצר שנושא את העיצוב. החוק מבהיר שפרסום באינטרנט או הפצה שקולים לפרסום בציבור. הצגה של עיצוב בידי בעל העיצוב- לא תיחשב פרסום בציבור, אם האדם שהעיצוב הוצג לו הסכים לא לגלות את העיצוב, בין אם במפורש או במשתמע.
2. **מעבר לדרישת החדשנות, העיצוב חייב להיות בעל אופי ייחודי.** (חדש ואופי ייחודי- מצטברים). מהו אופי ייחודי? מתקיימת אם הרושם הכללי שהעיצוב יוצר אצל משתמש מיודע שונה מהרושם הכללי שיוצר עיצוב אחר שפורסם בציבור לפני מועד הגשת הבקשה לרישום אצל משתמש מיודע. יובאו בחשבון עיצובים שנוגעים לכל סוגי המוצרים. למשל- אם רוצים לרשום עיצוב על בקבוק- האם כשרואים את הבקבוק ש לו אופי ייחודי? רוב בקבוקי השתייה נבדלים בצבע בקבוק, העטיפה שכרוכה על הבקבוק. אם מפשיטים את הבקבוקים מהמיתוג, רובם דומים זה לזה. כדי להבין אם יש אופי ייחודי- שוקלים את מגוון האפשרויות שקיים לעיצוב מוצרים ביחס למוצרים מהתחום. בודקים כמה אפשרויות עיצוביות קיימות ביחס למוצר שמבקשים להגן עליו- חלקים קעורים, פסים וכו'. ככל שמדובר במשהו פונקציונאלי שקשור לפעולת המוצר, לא נוכל לתת עליו הגנה כי נותנים מונופולין על מוצר. ככל שיש אפשרויות עיצוביות יהיה קל יותר לקבל הגנה.
3. משתמש מיודע**-** אדם שמעוניין במוצר נושא העיצוב לשם שימוש בו, שמכיר מגוון של עיצובים הקיימים בתחום שאליו משתייך המוצר. כשמדברים על משתמש מיודע הוא אדם שמתעניין בעיצובים לצורך שימוש בהם, שמכיר את מגוון המוצרים הקיים. יוצרים כאן סטנדרט של איש מקצוע או משתמש.

**החוק קובע כי פרסום בציבור, לא פוגע בכשירות להגנה על העיצוב כעיצוב רשום אם הפרסום נעשה במשך שנה שקדמה למועד הגשת הבקשה לרישום בידי בעל העיצוב**, בין אם המידע הושג כדין ובין אם הושג שלא כדין. נותנים לאנשים תקופה של שנה לפני הגשת הבקשה- אם הם פרסמו בעצמם את העיצוב בציבור זה לא יפגע בהם.

עיצובים שיש בהם פגיעה בתקנת הציבור לא יהיו כשירים להגנה (למשל עיצוב עם סממנים גזעניים).

**בקשה לרישום עיצוב צריכה לכלול את הדברים הבאים**- **יש להסביר האם עיצבת בעצמך**- כעובד, כמעביד. יש להראות את **הקשר בין העיצוב המבוקש למגיש הבקשה**. יש להראות **איך יש בעלות בעיצוב המסוים**. מעבר לכך, צריך **לפרט את סוג ותת הסוג שבו מבוקש הרישום**- באיזה תחומים העיצובים, סיווג התחומים. הבקשה צריכה לכלול גם **תיאור חזותי נאות או מפורט של העיצוב**, כששניים מגישים בקשות נפרדות לרישום אותו עיצוב, הכלל הוא- **כל הקודם זוכה**, מי שהגיש בקשה לרישום עיצוב ראשון הוא זה שזוכה.

**מה נותנת הגנת העיצוב הרשום?**

**כשיש עיצוב רשום, אנו מקבלים שורה של זכויות בלעדיות לבצע את הפעולות שנזכיר לגבי העיצוב הרשום ולגבי כל עיצוב אחר שיוצר רושם דומה אצל משתמשים מיודעים.** קרי- עיצוב שזהה לעיצוב הרשום או דומה לו מאוד ומותיר רושם דומה או זהה אצל משתמש מיודע. הפעולות הבלעדיות שמקבלים כשיש עיצוב רשום- ייצור, מכירה, השכרה, לרבות הצעה או העמדה למכירה או השכרה של מוצר שנושא עיצוב רשום והכל באופן מסחרי, הפצה של מוצר בהיקף מסחרי או ייבואו לישראל שלא לשימוש עצמי, למעט ייבוא לישראל של מוצר שיוצר מחוץ לישראל אם זה נעשה ברשות בעל העיצוב או מישהו מטעמו, אבל באופן עקרוני כל הפעולות העסקיות מסחריות אסורות. מעבר לכך, הזכויות הבלעדיות הנוספות שמקבלים- החזקת מוצר שנושא עיצוב רשום למטרת כל הפעולות שהוזכרו- ייצור, מכירה, השכרה וכו'.

**תקופת ההגנה לעיצובים רשומים היא ל-25 שנים**, הפרה של עיצוב רשום תהיה ניצול של העיצוב הרשום לאחר מועד פרסום הבקשה ההפרה תהיה כל פעולה שקרתה אחרי פרסום הבקשה. הגנת העיצובים היא טריטוריאלית, יש אמנות בינלאומיות מתוקפן ניתן ליהנות מדין קדימה ברישום עיצובים באמנות אחרות (אמנת פריז, בקרוב אמנת האג).

**אחד מחידושי החוק- הגנת העיצוב הלא רשום והאפשרות לתת הגנה לעיצובים לא רשומים**. המטרה של העיצוב הלא רשום- לתת הגנה למוצרים שיש להם חיי מדף קצרים, לא כל פעם מעצבת תרשום את העיצובים שלה, למשל. מי שעוסק במוצרים עם חיי מדף קצרים- לא רשמו מדגמים לגביהם ולכן בחרו להקל על מעצבים ובעלי עסקים קטנים או מעצבים בתחילת דרכם שלא מודעים לצורך ברישום ואינם מעוניינים לשאת בנטל הכלכלי שכרוך בכך. זו הגנה שחלה באופן אוטומטי אם עומדים בתנאי החוק. בפקודת המדגמים לא היתה הגנה על עיצובם ל רשומים אבל החוק מייצר הסדר חדש שנותן הגנה למעצבים הללו.

מי שמילא את החלל ביחס לעיצובים לא רשומים היה דיני עשיית עושר ולא במשפט. עד אז, ניסו להישען על זה כבסיס לעילות תביעה להפרה של עיצוב לא רשום. הם לא תמיד קיבלו הגנה אבל זה עבד לפעמים.

**מה הדרישות של החוק לגבי עיצוב לא רשום?** **(1) חדש (2) בעל אופי ייחודי (3) נדרשת זיקה של העיצוב לישראל,** כך שהמוצר שנושא את העיצוב הוצא למכירה או הופץ בציבור באופן מסחרי לרבות באמצעות האינטרנט, בידי בעל העיצוב או מישהו מטעמו.

אם יש פגיעה בתקנת הציבור- עיצוב לא רשום לא כשיר להגנה בארץ.

מה שונה בין עיצוב רשום ללא רשום? למי שיש עיצוב לא רשום הוא זכאי למנוע מאחרים לייצר לצורך שימושים מסחריים מוצר שהוא העתקה של העיצוב שלו, בין אם הוא עיצוב זהה או כזה שיוצר רושם כללי דומה או זהה לעיצוב של המעצב. ההגנה פה היא הגנה מפני העתקה בלבד, אין הגנה של עיצוב לא רשום כנגד יצירה עצמאית של העיצוב- חייבים העתקה לצורך רישום לא רשום. אם מישהו יצר משהו באופן עצמאי זו לא הפרה.

**אם מדובר בעיצוב רשום תמיד זו הפרה, גם אם זה עיצוב עצמאי.** למי שיש עיצוב לא רשום יש פרק זמן של שנה מיום שהוא הגיש את הבקשה ופרסם את העיצוב הלא רשום שלו. ההגנה היא לשלוש שנים מהיום בו הוא פרסם את העיצוב והוא נגיש לציבור. הוא זכאי תוך שנה מהיום שבו זה נגיש לציבור לרשום את העיצוב ואז הוא יקבל 25 שנות הגנה.

**סעדים**- צווי מניעה, פיצויים סטטוטוריים (עד 100,000 ₪).

**היחס להלכת אשיר-** אחרי שחוקקו את חוק העיצובים, החוק קבע **בסעיף 2** כי לא תהיה זכות בעיצוב אלא לפי החוק. הלכת אשיר לא תחול ביחס לעיצובים לא רשומים. (לא יהיה בבחינה)

הכנה למבחן –

זמן הבחינה שעתיים.

יש אירועון אחד לא ארוך על זכויות יוצרים ופטנטים- 3 עמודים.

שאלת מחשבה (35%)- עמוד אחד- פטנטים.

שתי שאלות המחשבה בשני המועדים הן על פטנטים.

יהיה סיפור על מישהו שהמציא המצאה ויהיו פעולות על מישהו שעשה פעולות דומות למה שעשה היוצר- בודקים האם יש המצאה או יצירה מוגנת, יש להתייחס לעובדות (לא רק לכתוב "מתקיים"). יש לבדוק איך מיישמים את העובדות על המציאות. יכול להיות סיווג של יותר מסוג יצירה אחד.

יצירה או המצאה מוגנת- אילו פעולות נעשו ע"י האדם שהפר. אילו זכויות בלעדיות המפר הפר- אילו טענות הגנה הוא יכול להעלות- היצירה לא כשירה להגנה מלכתחילה ומעבר לכך. יש להכיר את ההגנות טוב. ההגנות בזכויות יוצרים הם רק כנגד הפרה של זכויות כלכליות. יש להסתמך על הלכת אשיר. הרבה פעמים על תוכנת מחשב נדון גם בפטנט וגם בזכויות יוצרים.

יש להביא את חוק זכויות היוצרים וסעיפי חוק הפטנטים עליהם דיברנו.

ביחס לשאלות המחשבה- יש לענות על מה שנשאלים. השאלות דורשות מחשבה ומבוססות על מה שלמדנו בקורס. באירועון יש שאלות ממוקדות. יש לענות רק על מה שנשאלנו.