**מחברת בחינה- קניין רוחני/ ד"ר מרים ביטון**

**מסכמת: שרית סגל**

**1.זכויות יוצרים:**

רשימה פתוחה ("לרבות"):

1. **יצירה אומנותית**= כוללת רישומים טכניים, יצירות פיסול, אדריכלות, יצירות צילום ואומנות שימושית וכו', כלומר כולל רשימה מאוד רחבה.
2. **יצירה דרמטית**= יצירות קולנועיות, מוסיקליות כמו מחזמר, מחול ופנטומימה.
3. **יצירה ספרותית**= כל דבר שנעשה בכתב, הגדרה ברורה "לרבות יצירה הנעשית בכתב" כמו ספר, שיר שנכתב ואף תוכנת מחשב (תוכנות מחשב נכנסו דווקא לזכויות היוצרים כי ההיקף והאלמנטים שונים בדיני פטנטים ואילו האלמנטים של תוכנת מחשב מתאימה יותר לכאן.)
4. **יצירה מוסיקלית**= שיר, לחן וכו'.

**התנאים לרכישת הגנה**: דרישות הסף מאוד נמוכות-

1. **דרישת המקוריות**- יצירה בלתי מועתקת, היצירה צריכה לנבוע מהיוצר המקורי שלה, אתה צריך להיות המקור שלה.
2. **דרישת היצירתיות**- היצירה חייבת לכלול אלמנט יצירתי. אין הרבה הדרכה בנוגע לדרישה הזו, היא מתעוררת במקרים מאוד נדירים. צריך דרישת רמה מינימאלית בלבד-אפילו לכתוב באימייל, קל מאוד להוכיח זאת.
3. **דרישת הקיבוע**- תיעוד של מה שיצרת, ספר שלם שנמצא לך בראש זה לא מספיק, צריך להעלותו על כתב, מהווה דרישה ראייתית -הוכחה שבאמת יצרת, לא די באמירה בע"פ.

**🡨אין דרישת רישום**- אין צורך בסימן ה©, לא צריך לכתוב "כל הזכויות שמורות" ולא דרישות פורמאליות וזאת, כדי להקל עלינו. ברגע שיצרנו גם אם אנו לא רוצים, זה מוגן אוטומטית בזכויות יוצרים.

**משמעות הגנת זכויות יוצרים**: יש לך כיוצר בלעדיות על היצירה שלך ואתה נהנה מזכויות כלכליות וגם מוסריות.

הזכויות הכלכליות(ס' 11):

בעבר הזכות היחידה שזכויות היוצרים נתנו זה בלעדיות ההעתקה, היקף ההגנה היה מועט ל15 שנה בלבד, כיום יש מערכת אכיפה דרקונית ויש זכות הגנה בלעדית, כמו כן נוצרו זכויות נוספות המעניקות בלעדיות:

1. **זכות העתקה-** רק אני יכול להעתיק את היצירה של עצמי.
2. **זכות הפרסום-** רק אני יכול להחליט מתי לפרסם את היצירה, זכות הפצה בלעדית.
3. **זכות** **הפומביות**- השמעה או הצגה בציבור, תשלום תמלוגים על ביצוע פומבי של היצירה. מחייב רישיון לביצוע הפומבי.
4. **שידור**
5. **העמדת יצירה לרשות הציבור-** אם פרסמתי באינטרנט זוהי העמדה לציבור. זכות בלעדית ליוצר.
6. **עשיית יצירה נגזרת**- תרגום, עיבוד של ספר לסרט, שינוי הספר או הסרט אלו יצירות נגזרות.
7. **השכרה**-של עותקים פיזיים לצרכי מסחר, למשל השכרת סרט לבתי ספר לקולנוע.

**ה**זכויות המוסריות (ס' 45-46):

המשפט הטבעי מכיר בהם. לא קיימות בכל שיטות משפט אלא רק בכאלה שנותנות ערך למאפיינים אישיותיים. כוללות מגוון זכויות שהשתיים החשובות בהם:

1. **זכות הייחוס**-היצירה תיוחס ליוצר, יינתן ליוצר קרדיט.
2. **הזכות לשלמות היצירה**- שיצירתו לא תסולף, ששינוי זה לא יפגע בכבוד או שם היוצר.

**משך זמן ההגנה**: **משך חייו של היוצר+ 70 שנה לאחר מותו.**

**מה ייחשב להפרת זכויות יוצרים?** הפרה היא **עשיית כל מעשה הנתונה בלעדית ליוצר המקורי**. כל אדם כזה נחשב למפר של זכויות יוצרים (ס' 47). בנוסף, העושה ביצירה פעולה הפוגעת בזכות הפוגעת בזכות המוסרית של היוצר, מפר את הזכות האמורה (ס' 50).

**מעשים מותרים: ס' 18-32**

1. **הגנת השימוש ההוגן**- הגדרה די עמומה, פותחה בעיקר בארה"ב ורק ישראל וקנדה אימצו את עיצוב הגנת השימוש ההוגן. ניתן לעשות שימוש הוגן ביצירה כמו לימוד עצמי, מחקר, ביקורות, סקירות, ציטוטים, דיווח עיתונאי, בחינה של מוסד חינוך וכו' (ס' 19).
2. **העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור**-לפי חיקוק (למשל תכנית לפי חוק התכנון והבניה= תו"ב) יצירות כאלו יש זכות לבוא ולהעתיק אותם. מותר לי לעיין בתיק ואין זכות לתבוע אותי.
3. **שימוש אגבי ביצירה**- למשל ברקע של הסרט יש תמונה של המונה ליזה.
4. **שידור או העתקה של יצירה אדריכלית**- צילום סרט ליד אייפל למשל, לצייר את האייפל וכו'.
5. **העתקת תוכנת מחשב מותרת למי שמחזיק עותק מורשה של תוכנת המחשב בתנאים מסוימים** (ס' 24)
6. **שימושים מותרים בספריות , מוסדות חינוך וכו.**

**סעדים:** יש רשימת סעדים ארוכה בפרק ח' לחוק-

1. צווי מניעה
2. פיצויים
3. פיצויים סטטוטוריים – ללא הוכחת נזק בגובה הקבוע בחוק (עד 100,000 ₪).
4. צווי מסירה (מסירת עותקים מפרים)
5. צווי השמדה (השמדת עותקים מפרים)

יש עלויות גבוהות לגלות הפרות במיוחד בעידן האינטרנט, קשה מאוד לגלות הפרות מלכתחילה, ישנן גם עלויות ליטיגציה גבוהות.

**2. דיני הפטנטים**

החוק המדובר הוא **חוק הפטנטים**, התשכ"ז-1967.

1. **מהות המידע המוגן-** סעיף 3 לחוק:

* "אמצאה" -**אמצעי**
* "בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך"- **מוצר או תהליך**
* בכל תחום טכנולוגי..." – מושא ההגנה **קשור לטכנולוגיה.**

דוג': תרופה, מצלמה וכו'.

ההגנה היא על המוצר עצמו והיא יותר משמעותית מזכויות יוצרים. אם יש 2 חברות תרופות גדולות שעובדות בו זמנית על אותו פרויקט, מי שתגיש ראשונה את הבקשה לרישום במשרד הפטנטים- הפטנט יהיה על שמה גם אם החברה השניה גם יצירה אותו באופן עצמאי.

* ההגנה ניתנת ל**רעיון** בבסיס היצירה וגם ל**פיתוח** שלו (לעומת זכי"ו שם אין הגנה על הרעיון).

אם אתה מנצח במשפט אתה מקבל הרבה פיצויים על הפטנט שלך ותמלוגים עליו בהמשך.

1. **מטרת ההגנה**- עידוד המצאות וחדשנות
2. **התנאים לרכישת ההגנה-** ביחס לזכויות יוצרים יש יותר תנאים המפורטים בס' 3:
3. **על ההמצאה להיות חדשה**- לא נתפרסמה בפומבי או שהייתה כבר בחזקת הציבור וידענו עליו. גם אם יכולנו לדעת ולא ידענו בפועל זו לא נקראת אמצעה חדשה. אם למשל גילינו שמשחת שיניים מסוימת מועילה גם לאקנה- זו לא נקראת המצאה חדשה. המצאה עם סגולות חדשות זו לא המצאה חדשה!
4. **מועילה-** אם היא באמת עובדת למטרה שהיא הוגדרה בה.
5. **ניתנת לשימוש תעשייתי**
6. **יש בה התקדמות המצאתית**-התקדמות שאינה נראית כעניין המובן מאליו לבעל מקצוע ממוצע בתחום. זו חייבת להיות התקדמות שאותם אנשים עם ידע מקצועי בתחום יתרשמו ממנה כהמצאה התקדמותית.

**🡨דרישת רישום**-יש- ברשם הפטנטים (עלויות גבוהות)-אחרי בחינת ההמצאה לפי קריטריונים מוגדרים, מאשרים את הרישום ויש לה תוקף רטרואקטיבי ומקבל תוקף של פטנט. יש שיג ושיח בין מגיש הבקשה לבוחן שעושה מחקר על כל ההיסטוריה של אותם המצאות בתחום ובודק אם היו המצאות כאלו בעבר, תפקיד מגיש הבקשה הוא להראות את החידוש בהמצאה. בארה"ב רישום עולה 30 מיליון דולר.

1. **הזכויות המוגנות**- זכויות בלעדיות של בעל הפטנט (סעיף 1):

* ייצור ההמצאה
* שימוש בהמצאה
* הצעה למכירה
* מכירה
* ייבוא למדינה אחרת

1. **משך ההגנה**- (ס' 52) **20 שנה** מיום הגשת הבקשה לרישום הפטנט. ניתן לבצע הארכה לפטנט, מי שמגיש ראשון בקשת רישום הפטנט יהא על שמו.
2. **מעשים מפרים**: (ס' 49)
3. **הפרה מילולית**- רואים שיש בהמצאה אותם פריטים בפטנט הקיים-קליעה לתביעות המגדירות את המצאת הפטנט. מה שקורה בפועל, הוא שהיצרנים מוסיפים פריטים ועושים שינויים טריוויאלים כדי שלא יראו שיש אותם פריטים. משום, כך, נקבע שגם שינויים טריוויאלים יחשבו להפרה.
4. **הפרת מהותית**- העתקה דומה של עיקר ההמצאה מסתכלים האם השינוי הוא טיריוויאלי או לא. ביהמ"ש כאן אומר שכל דבר השונה מהותית יחשב להמצאה ואם לא- הפרה.
5. **מעשים מותרים**: ישמספר מצומצם של מעשים מותרים:
6. שימוש בהמצאה במקרים בהם **הפטנט נוצל לרעה** **על ידי בעל הפטנט** -לא אפשר שימוש לציבור, תמחר במחירים גבוהים ובלתי סבירים. השימוש יהא על בסיס "רשיון כפיה" שנתן הרשם: סע' 117, 119(רווח בישראל, בארה"ב אין רשיון כפיה- ההנחה היא שלא רוצים להתערב ולכפות על יצרנים כי זה יגביל אותם ואולי לא ירצו ליצור). בשונה מזכויות יוצרים יש מעט מאוד מצבים בהם ניתן לעשות פעולות בפטנט.
7. **פעולה שאין לה אופי והיקף עסקי (סעיף 1)**- חוקר באוניברסיטה למשל שצריך לעשות מחקר.
8. **שימוש ניסיוני** בהמצאה שמטרתה לשפר המצאה או לפתח אמצאה אחרת (סעיף 1). - קשה לעשות שימוש נסיוני שאינו מסחרי, אך כשעושים זאת זה מותר. לא ברור מה גבולות הגנות אלו ואין בארץ כמעט שום פרשנות על כך.
9. **פעולה נסיונית במסגרת טיפול להשגת רישוי** לצורך שיווק המוצר לאחר תום תוקפו של הפטנט (סעיף 54א, "תיקון טבע", מאפשר להתחיל בהליכי רישוי תרופה בזמן הפטנט כדי ששיווקה יחל מיד עם פקיעתו). משרד הבריאות למשל דורש אישור לפני קבלת תרופה ושיווקה. אותו יצרן צריך להוכיח שהתרופה תקינה ואז הם מקבלים היתר שכל פעולה נסיונית כדי להוכיח שהתרופה בטוחה- ניתן לעשות גם במהלך חיי הפטנט כל עוד זה קשור להשגת האישור בלבד.

8. **סעדים:**

1. צווי מניעה

2. פיצויים- בארה"ב ניתן לקבל את שילוש סכום הפיצוי על הפרה

**3.סודות מסחריים:**

החוק המדובר הוא **חוק עוולות מסחריות**, התשנ"ט – 1999.

סוד מסחרי בשונה מפטנט ניתן לקבל על כל דבר שאינו נחלת הכלל ולא ניתן בקלות לגלותו ע"י אנשים אחרים. לא צריך לעמוד בחוק ורשימת התנאים של דיני הפטנטים ובלבד שישמר בסוד וזהו דבר קשה כי בחברה שלנו כל דבר יוצא לציבור. לא קל לנצח בתביעות הפרה כאלה מאותה סיבה.

1. **מהות ההגנה:** סעיף 5-

* **"מידע עסקי**, מכל סוג,
* **שאינו נחלת הרבים** ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים,
* אשר **סודיותו** מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו...

יש סכנה שבתום בחינת הבקשה, היא לא תתקבל, ואז- בעצם חשפת את המידע כבר לעולם באותו תהליך ויתכן שהפטנט לא יתקבל. **המחיר הוא חשיפת המידע ואי היכולת להגן עליו יותר**. יש הרבה חברות שמעדיפים להישאר על הגנת הסוד המסחרי. מבחינת ההיקף שלה, **הגנת עוולות מסחריות הרבה יותר מוגנת** כאשר מדובר על סוד מסחרי. כל מידע בעל ערך הנותן יתרון עסקי לבעליו נחשב לסוד מסחרי כל עוד הציבור לא יודע עליו וזהו גם חולשתו-כדי שיוכל להיות אפקטיבי ונוכל להגן עליו, עלינו לשמור עליו בסוד. הדוג' הקלאסית לסוד מסחרי הוא הסוד של **המתכון לקוקה קולה**-חברה שעשתה זאת ביעילות. כל אותם אנשים שנחשפו לסוד הזה (רבנים שהיו צריכים לדעת את המתכון לצורך מתן הכשר וכו') חתמו על הסכם לא לחשוף את סוד המתכון.

1. **מטרת ההגנה**: הגנה **כדי לתמרץ אנשים לשתף מידע** אבל בנסיבות של שמירת סודיות וכפוף לתנאים. חברות שרוצות לשמור ביעילות על המידע שלהם ויחד עם זאת לקיים פעילות יצרנית בעבודה, צריכים להיות מסוגלים לחשוף את המידע לפחות לעובדיהם. זה חלק ממטרת ההגנה. סוד מסחרי נועד לעודד שיתוף מידע ללא חשש, יחד עם זאת, היא חשופה גם להרבה סכנות.
2. **התנאים לרכישת הגנה**:

* **שמירת סודיות**(ס' 5)- בעל הסוד נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו: לוודא שאין גישה לזרים למידע סודי, מנגנוני חברה לשמירת סודיות כולל עובדי הניקיון וכל אדם העובד בחברה עליו לחתום על הסכמי סודיות.
* ההגנה היא מידית ולא מוגבלת בזמן, אין צורך ברישום.
* סוד מסחרי לעומת פטנט יותר קשה להגן עליו- ברגע שהגשתי בקשה לפטנט והייתי הראשונה שנגשתי להציע את הפטנט -אף אחד אחר לא יכול להגיש אותה בקשה גם אם עשה זאת במקביל. לא מעניין אותי אם כולם ידעו עליו כי ברגע שרשמתי אותו על שמי-הוא ינוכס לי. אולם, מידע מסחרי בעל ערך ניתן להעתיק כי אין רישום ולכן חשוב לשמור עליו בסוד.

4.  **הזכויות המוגנות**- הזכות להשתמש במידע הסודי ולהפיק ממנו ערך.

5. **משך זמן ההגנה**- עד חשיפת הסוד. פטנט לא מוגבל בזמן, סוד מסחרי כן. בשל כך קוקה קולה מעדיפה לא לכתוב את המתכון כפטנט-אם היא הייתה כותבת זה היה מוגבל בזמן ובדרך של סוד מסחרי כל עוד לא מגלים אותו יש לה הגנה בלתי מוגבלת.

6.  **מעשים מפרים**:

* גזל של סוד מסחרי יהיה בדר"כ **נטילת הסוד ללא הסכמת הבעלים באמצעים פסולים**- השימוש בסוד הוא בניגוד לחיוב חוזי או לחובת אמון.
* כל חשיפה של הסוד המסחרי באמצעים פסולים כמו שיחוד עובד לקבלת מידע, או לחילופין שימוש בסוד שהושג תוך כדי הפרת אמון-כל אלו נחשבות לפעילות אסורה להשגת הסוד המסחרי.
* יש לציין שגם **קבלת סוד מסחרי מוגן** מהווה הפרה אם אותו מקבל ידע שהסוד יועבר אליו באופן אסור.
* הבעיה: קשה מאוד להוכיח הפרות, קשה לעלות על ריגולים תעשייתיים ולגלות את אותן הפרות ולהביא ראיות לכך ולכן ההשלמה היא אותם מעשים מותרים- אם יאשימו אותי בדבר אסור ניתן להראות שהמעשה הזה היה מותר.

7. **מעשים מותרים-**

א. **גילוי עצמאי**- אני פתחתי את אותו מידע באופן עצמאי ללא קשר אליך, אני גיליתי אותו לפניך ולא נעזרתי בך. זוהי הגנה מאוד חזקה שאין בפטנטים-שם כל עוד זה נרשם לאף אחד אחר אין הזכות לייחס לו את הפטנט.

ב. **הנדסה חוזרת-** פעולה שדרכה אפשר לבוא ולגלות את אותו סוד מסחרי. הכוונה לאדם שרוצה לבחון תהליך מסוים שמוצע לציבור כמו קוקה קולה-אותו אדם חוקר את אותו תהליך ומנסה לגלות מהו, מה התרכובת שלו וכו'. פעילות זו לגיטימית לגמרי אם הצלחת לעלות על הסוד.

ג. **כישורים מקצועיים-** אדם הוכשר בתחום מסוים ובמסגרת ההכשרה נחשף למידע סודי רב. כחלק מאותו ידע וכישוריו המקצועיים שרכש- הוא משתמש בו גם בעבודות אחרות שעוסק בהם. דבר זה מותר כי אי אפשר להגביל אדם מלהשתמש בכלים שצבר בחייו.

8. **סעדים-** אחד הקשיים הכי גדולים היא שקשה להוכיח את ההפרות ולנתח תיקים של סודות מסחריים בגלל מחסור הראיות. סוגי הסעדים-

* צווי מניעה
* פיצויים
* פיצויים עונשיים (בלא הוכחת נזק)
* השבת רווחים (השבת הרווחים שהפיק המפר מההפרה. סע' 7(ב))
* צו השמדה
* צו העברה

**4.סימני מסחר**

יש הגנה שונה משאר התחומים שדברנו עליהם- לא מנסים לתמרץ את הגנה. החוק המדובר הוא ***חוק עוולות מסחריות.***

1. **מהות המידע המוגן**- סימן הכולל אותיות, ספרות, מילים, דמויות. למשל-הסמל של אורנג' הוא ריבוע כתום. כדי שיהיה מוגן זה צריך לשמש אדם לטובת הטובין שהוא משתמש או סוחר בהם. כלומר, הסמל נלווה למוצר כלשהו.
2. **מטרות הגנה**- מדוע צריך הגנה על הסמל?

א. **תמריץ ליצרנים**- הגנה על הסמל תביא לשיפור או לרמה גבוהה יותר למוצר לאורך זמן. אותו אדם מבסס את הסמל על איכות החוסכת חיפוש אחר האיכות שהם מחפשים. למשל, אני מחפש מוצר בריאות כלשהו- אני אייצר סמל המסמל איכות, בריאות-מסייע ליצרן בשיווק המוניטין שלו.

ב. **הגנה על הצרכן-** הורדת עלויות המידע, מניעת בלבול. אם אני מחפשת מוצר מסוים-אני יודעת לפי הסמל שלו מה הוא מייצג. אני לא צריכה לדאוג שקניתי דבר שאני לא מעוניינת בו.

1. **התנאים לרכישת הגנה**:

* הכי חשוב שאותו סימן יהיה בעל אופי מבחין שיהא ניתן ליחד את הסימן מסימנים אחרים.
* נראה שההגנה בשונה מהגנות של זכויות יוצרים וכו'- **מצריכה רישום**, הם עוברים תהליך בחינה. יש לציין שסימן המוכר היטב (כמו NIKE) או **סימן הידוע לכל- גם אם הוא לא רשום תהיה לו הגנה**.

1. **הזכויות המוגנות**- שימוש ייחודי בסימן המסחר על הטובין שלגביהם נרשם סימן המסחר ובכל הנוגע אליהם.
2. **משך זמן ההגנה**- כל עוד נעשה שימוש בסימן המסחר.
3. **מעשים מפרים**- שימוש בידי מי שלא זכאי לכך:

א. **סימן מסחר רשום** או בסימן הדומה לו-טובין מאותו גדר.

ב. **סימנים מוכרים היטב שלא נרשמו**- גם הם יקבלו הגנה אפילו יותר חזקה גם ביחס לטובין שהם לא מאותו הגדר.

ג. **סימן המוכר היטב שנרשם-** ההגנה תשתרע גם על מצבים בהם עשיתי שימוש בסימן המסחרי גם ביחס לטובין שהם לא באותו תחום שלגביו נרשם הסימן או נעשה שימוש בסימן. אם יהיה חשש לפגיעה-ניתן יהא לתבוע וזו תחשב להפרה.

1. **מעשים מותרים**- א. שימושים שאינם מסחריים ב. שימושים שאינם מטעים
2. **סעדים**-

* צווי מניעה
* פיצויים
* צו השמדת נכסים (שיש עליהם סימן מסחרי מפר) (סעיף 59א)
* עיכוב טובין מפרים במכס (סעיף 69א)

🡨 כשלא מצליחים להכנס לאחד מהענפים שהזכרנו- מנסים פעמים רבות להכנס לעילת סל של עעו"ב.

**תיאוריות להצדקת הקניין הרוחני:**

1. **תיאורית העבודה-** ***ג'ון לוק*** פיתח גישה שגורסת שאותו שפע אלוקי ניתן לנו על משאביו במשותף לכולם ואינו שייך לאף אחד. טענתו הייתה שיש שלושה שלבים שבאמצעותם אנשים יכולים לרכוש זכויות באותו עולם השייך לכולם: א.לכל אחד שליטה על **גפו**

ב. לכל אחד בעלות על **העבודה שעשה**

ג. כאשר מערבים עבודה עם נכסים שניתנו לכולם במשותף- אפשר לרכוש זכויות בהם. אם כן, לדידו **העבודה היא כלי לרכישת זכויות בנכסים** שנמצאים בנחלת כלל.

מגבלות שהוא נותן: א. צריך להשאיר מספיק לאחרים ולא לקחת הכל לעצמך.

ב. מניעת בזבוז- אל תיקח יותר ממה שאתה צריך ותזרוק.

ביקורות:

**א**. אם עבדתי והשקעתי בנכס- **מדוע לחשוב דווקא על מוסד הקניין**? איך התוצאה הזו נגזרת מעבודה? יש איזשהו פער שצריך לבוא וליישב אותו.

**ב.** טענה נוספת היא שגם כשאדם יוצר, **נראה שזו לא ממש 'עבודה קשה'** (האם אדם שצילם תמונה- זו היתה עבודה כ"כ קשה עבורו?)

**ג.** טענה בקשר לערך המוסף- גם אם אתה עובד, **זה לא אומר שאתה זכאי להכל**.

1. **תיאורית האישיות**- קיימת חשיבות בחברה לאישיות ולרצונות האנושיים. ההנחה היא שלאנשים יש רצונות פנימיים ושואפים לתת להם ביטוי מהכוח לפועל. כדי לבטא אישיותנו אנו זקוקים לנכסים, בין אם מדובר על קניין רוחני או מוחשי. אותה הגנה משפטית על תוצרי אותם פעולות כמו ביטוי, מהווה את אותה הכרה חברתית לייחוד שלנו ולאותה אישיות. זו אחת התיאוריות המשמעותיות לייצוג הדין- שיטות משפטיות הדוגלות בתיאוריות כאלו התומכות באישיות יוצר בייצוג הדין, נותנות רשימת זכויות שגישות אחרות לא נותנות.

ביקורת: קשה לתקוף גישה זו על ביסוסה בעיקר בחברה המקדמת את האינדיבידואל. כאשר נכנסים לפרטים, קשה למצוא את יישומה בפועל- למשל, כאשר מדובר על תוכנת מחשב-הממד האישיותי פחות ניכר כאשר מדובר על דבר פונקציונאלי. בשל כך, אין זכויות מוסריות בהקשר של תוכנת מחשב.

1. **תיאורית התמריץ-** בשיטה האמריקאית מאמצים תיאוריה זו, החוקה האמריקאית מאמצת זאת בדרך הכי טובה- היא אומרת בפירוש **שמטרתה לקדם את עולם הביטויים מסביבנו** וזה האינטרס החברתי הנעלה שיש לקדם. פטנטים יהיו מוגבלים בזמן, אך טיעון התמריץ מהווה מכשיר למטרה חברתית. **זוהי הגישה הרווחת**, היא אמפירית ויש דרכים לתקוף אותה. ישנם מס' שלבים:

* **מוצרי מידע אוגרים בתוכם אינפורמציה רבה** (זכויות יוצרים, פטנט וסימני מסחר- כל אלה אוגרים מידע בעל ערך)
* **טובין ציבוריים**- בעלי מס' מאפיינים:

א. ניתן לצרוך אותו ללא יריבות-למשל אם אני שותה מים מבקבוק- אני נהנית ממנו בלי שאחר ישתה ממנו.

ב. קשה מאוד להדיר אחרים מאותם טובין ציבוריים ולמנוע מאחרים להשתמש באותם טובין ציבוריים למרות שלא שילמו עליהם:

**טובין ציבורי שאינו מידע**- למשל *בטחון לאומי*-תקציב אדיר המבוסס על כל תשלומי המיסים וגורמים נוספים המעשירים את קופת המדינה. כאשר יש לי בטחון לאומי יש לי צבא ומשטרה ואם יש חבורת אנשים שלא משלמים מיסים, הם עדיין יכולים ליהנות מביטחון לאומי. המדינה לא יכולה לומר שהיא לא שומרת עליך כי אתה לא משלם מיסים.

לעומת זאת, כאשר מדברים על **אינפורמציה במוצרי מידע**, התקדמות טכנולוגית עזרה להגן על המידע כדי להדיר אחרים: ניתן ליצור מנגנונים להדרת אחרים כמו שימוש *בטכנולוגיה-* תוכנה למניעת גישה למחשב שלי שם יש מידע חסוי. בשונה מביטחון לאומי שם לא מעשי להדיר אחרים, יש דרכים לעיתים למנוע מאחרים לגשת למידע. שיתוף קבצים זוהי דוג' קלאסית שאי אפשר תמיד להגן על המידע למרות שהוא מוגן על זכויות יוצרים-מייצג את אי היכולת תמיד לאכוף את אותם תכנים.

ג. יש פער גדול בין עלות היצירה המקומית לבין השעתוק וההגנה שלה- ההעתקה נוצרת ב**עלות אפסית, בקלות וללא סיכון** לעומת היוצר המקורי שהשקיע משאבים רבים (זמן,כסף וכ'ו) ואף לקח סיכון שאם יצירתו לא תניב פרי הוא מפסיד את המשאבים שהשקיע. הרבה יוצרים יפסיקו ליצור ואנו לא רוצים להגיע למצב כזה. תפקיד זכויות הקניין היא לתת איסור לעשות את כל אותם הפרות והעתקות לכל אותן בעלי הזכויות. אותה בלעדיות מאפשרת גביית מחיר לכל אותם שימושים וכך יוצרים מרגישים יותר בטוחים ובעלי מוטיבציה ליצור.

ביקורת: יש טענות רבות שאנשים יוצרים מטבעם וימשיכו ליצור גם ללא הגנה כי זה חלק מהטבע האנושי, ישנם אינטרסים נוספים מלבד כסף כמו פרסום ומוניטין שיש להם ערך כלכלי לצידם כמובן, ולכן אולי חקיקת זכויות יוצרים כלל לא נחוצה. ישנם מודלים עסקיים שנועדו להגן על כך גם ללא זכויות יוצרים, אך יש להבין שהם לא תמיד נותנים הגנה מלאה. בנוסף, כחלק מההגנה של חוקי קניין רוחני- זה גובה עלייה במחיר המוצר ואולי אנשים לא ירצו לקנות אותו. אלו טיעונים שאומצו בדין הישראלי והחקיקה מאמצת את ההצדקה הזו ובשל כך, יש לה השלכות לגבי היקף ההגנה.

1. **התיאוריה הדמוקרטית**- מבוססת על התיאוריה הכלכלית. מאמצת את תיאורית התמריץ כנק' פתיחה אך לא מסתכמת בכך. את טיעון התמריץ מעודד שיווק של עבודות ומהווה **פונקציה יצרנית** חשובה, אך מעבר לכך, דיני זכויות היוצרים משמשים גם **פונקציה מבנית** חשובה- הם מבטיחים המשך יצירה של סקטור ללא תלות בממשלה. אותו סקטור מאפשר מידע אמין שיכול לבקר את הממשלה , לפקח עליה ולעשות עוד הרבה דברים הקשורים למה שהוא יוצר.שוק יצירתי מייצג אנשים שמסוגלים לנהל את חייהם בצורה עצמאית. ישנה התנגשות מתמדת בין חופש ביטוי לבין זכויות יוצרים-עולות פעמים רבות עמימות לגבי הנושא וזו תוצאה שלא תמיד טובה ומצננת ביטוי מלצאת לאור.

🡨לסיכום, זכויות יוצרים יכולה להיות מיוצגת ע"י כל אחת מהתיאוריות הנ"ל. הטיעון הכלכלי אומץ ע"י מרבית המדינות. בחינת התיאוריה גוזרת בפועל על הדין, כאשר הדין מפעיל דוקטורינות בהקשר זכויות היוצרים.

1. **זכויות יוצרים**

יש מס' תנאי הגנה הקבועים בס' 4 לחוק המגדיר מהי אותה יצירה מוגנת: מקורית, חייבת ליפול לאותן 4 קטגוריות המנויות לו וחייבת להיות מקובעת. המחוקק מותיר את המונח יצירה מקורית ללא הגדרה.

4. (א) זכות יוצרים תהא ביצירות אלה:

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

(2) תקליט;

**1. דרישת המקוריות:**

זוהי הדרישה החשובה ביותר מכוח החוק. הפסיקה נותנת הנחיות חשובות אך לא מנסה ליישמן על המקרים הקונקרטיים.

3 דרישות המקוריות:

1. **רכיב המקור**- יצירה חייבת להיות מקורית ליוצר, מקור היצירה ביוצרה.

2. **השקעת משאב אנושי-** זמן, מאמץ, כסף, כישרון- כל דבר המייצג השקעה.

3. **יצירתיות-** זהו מושג עמום המוסבר בפסד"ים בעיקר בזרים. זוהי גישה לא ברורה.

חדשנות אינה תנאי לקבלת הגנה. הפסיקה הישראלית לפחות עד סוף שנות ה80 לא היתה ברורה. הפסיקה אימצה גישות השקעה כיאה לזכויות יוצרים. **יצירה מקורית מקורה ביוצר, אך חייבת להיות תוצר של השקעה**.

**אחימן-** אחימן מכר לוחות לחישוב מס כחוברות, רשות המיסים מכרו לוחות כאלו לחישוב מס. אחימן ניסה למנוע את הפצתם ותבע את רשות המס על שהעתיקו ממנו. העליון סבר שאין בכך הפרה. זהו פס"ד נדיר שאומר שרשות המס לא העתיקה כי היצירה לא היתה מוגנת כי לא עולה כדי רכיב ההשקעה- אין מספיק עמל ולכן לא עונה על דרישת המקוריות.

***לנדאו***- **מאמץ גישת עבודה**. דן בדרישת המקוריות. **אם יוצר השקיע מאמץ מחשבתי, עמל או מיומנות מיוחדת-יקבל הגנה**. אין ספק שהיו בלוחות שיפורים ניכרים לעומת לוחות קודמים ולכן סבר שלמרות הכל יקבל הגנה כי התמלאה דרישת החדשנות והמקוריות, כל עוד יש חידוש- היצירה תקבל הגנה. יש לזכור שחדשנות אינה תנאי לזכויות יוצרים! מוזר שלנדאו לא בחן האם היתה כאן השקעה למרות שזה עיקרון שהתווה בעצמו, אלא בחן את החדשנות. ביהמ"ש אינו אומר ישירות שהשקיע בלוחות. חשיבות הפס"ד היא **שהשקעת משאב הוא תנאי להגנה.**

סטרוסקי נ' ויטמן- ויטמן יצרנית הגלידה הזמינה אצל הגרפיקאים סטרוסקי שלטים לשימוש מסחרי לעסק-דרשו שיכלול פסים, פרח ושם הפירמה. סטרוסקי עצבו את השלטים אך לאחר שינויי בעלות בחב' ויטמן, הם הזמינו שלטים מאותו דגם אצל חברה אחרת. סטרוסקי תבעו להפרת זכויות יוצרים. המחוזי קבעו שהשלט הינו יצירה אומנותית מקורית ברת הגנה אך דחה את עתירתם כי השלט היה פיתוח לרעיון של ויטמן ולכן הם בעלי זכויות היוצרים. סטרוסקי מערערים.

**נתניהו**- **מאמצת גישת עבודה. יצירה שרוצה לקבל הגנה צריכה לעמוד במס' תנאים: 1. השקעת משאבים 2. יצירתיות 3. מקור היצירה חייב להיות ביוצרה**. העליון מגיע למסקנה שהשלט עונה על כל התנאים ולכן הוא בר השקעה. אם לסטרוסקי לא היה כישרון לא היו פונים אליהם כלל. מה שמעניין בפס"ד הישן הזה הוא שביהמ"ש לא אומר למה הוא זכאי להגנה. סטרוסקי הם הבעלים הראשונים ולכן יקבלו הגנה.

הערה: בעבר לא היה את הכלל שזכויות יוצרים שייכות למזמין-כיום לא היינו מגיעים מלכתחילה לסכסוך הזה.

**אינטרלגו נ' EXIN LINES-** אינטרלגו הינה חברה המייצרת משחקי ילדים. היא רשמה כפטנט קוביות משחק של לגו שהחברה המשיבה העתיקה. המערערת טענה שההשקעה שהשקיעה במוצר מחייב הגנת זכויות היוצרים. האם השקעת משאבים עולה כדי דרישת המקוריות?

***הש' שמגר*** אומר לנו מהי ההצדקה לדיני זכויות יוצרים בישראל- דוחה במפורשות את דישת העבודה וההשקעה ו**מאמץ חד משמעית את גישת התמריץ** ומסביר מהו אותו טיעון תמריץ שדברנו עליו. הסיבה- שמגר מאמץ את הגישה הכלכלית מאחר ודיני זכויות יוצרים נועדו לתמרץ את עולם הביטויים סביבנו. הוא אומר זאת בצורה ברורה ואומר שיחד עם זאת, יוצרים איזון בין אינט' היוצר ליצור לבין אותם אינט' ציבוריים רחבים יותר של נגישות לביטוי עצמו וגם יצירת הגבלות ליוצרים מאוחרים-מכיר בצורך הטבעי של יוצרים מאוחרים ליצור. גם אם אנו רוצים להעשיר את עולם הביטויים עדין צריך להיות רגישים לביטויים עתידיים דומים. שמגר אומר שגישת השקעה לא רגישה דיו ועשויה להוביל להגנה ליותר מדי דברים המפרים את אותו איזון שיש ליצור ביחס בין יוצרים קיימים ליוצרים עתידיים. זוהי גישה רחבה מדי ולכן אין לקבל אותה לעומת **גישת התמריץ המשקפת בצורה טובה יותר את הרגישות בין היוצרים לציבור וליוצרים העתידיים**. יש להיות יותר רגישים כפי יוצרים מאוחרים שרוצים ליצור ולכן נחפש גישה מצמצמת יותר. ככל שנרחיב את היקף ההגנה-ההגנה עצמה תהיה פחותה.

מסביר מהי אותה דרישת מקוריות (לא באופן הכי ברור אך נותן כלים לכך)-**יצירה מקורית היא יצירה שעומדת ב3 התנאים הנ"ל.** החידוש בפס"ד-לראשונה אמרו שמקוריות צריכה לעמוד כחלק מהדרישות (דרישה מינ'). במ"ד אותן קוביות עומדות בדרישת המקוריות אך אין לתת להן הגנה בזכוי"ו כדי לא ליצור מגבלות פונקציונאליות גדולות ליצור מוצרים דומים-זה ימנע תחרות ולכן תופס את אותן קוביות כאבני בניין בסיסיות ביותר שעלולות למנוע פיתוח מוצרים דומים. אין מספיק נימוק למה לא יקבלו הגנה ואין ביסוס על דוק' זכוי"ו למרות שיש את דוק' הבחנה בין רעיון ליישום.

**פ"ד FEIST-** אימץ את רכיב היצירתיות. חברה שרצתה ליצור ספר טלפונים למס' אזורים בארה"ב. עד לאותו פס"ד לא היה ברור אם ספר טלפונים מוגן בזכוי"ו. אם פנו ל12 חברות כדי לקבל מהם מידע. 11 חברות קבלו רשיונות ולקחו מהם מידע, אל חברה אחת סרבה למסור להם מידע. הם לקחו את הסיכון והעתיקו מהם מידע. על מנת לתפוס מעתיקנים היו שותלים מנויים פיקטיביים ודרכם לעלות עליהם-בדרך זו תפסו את החברה ותבעו אום על הפרת זכוי"ו. השאלה היתה האם ספר טלפונים מוגן בזכוי"ו? היו בתימ"ש שאמרו שעבודה לעצמה מצדיקה הגנה והיו שאמרו שנדרש יותר כי לא היתה כאן יצירתיות ולכן לא יקבלו הגנה.

**העליון האמריקאי**- ספר הטלפנים לא עומד בדרישות ההגנה ולכן לא מגן בזכוי"ו. יש הבדלים בין הדין הישראלי לאמריקאי-החוקה האמריקאית נותנת ס' עם הגדרה מפורשת שיש לתת הגנה רק בדין יצירות והמצאות שמקדמות מדע ואומנויות כמו יצירות מוגנות מכוח דיני הפטנטים. העליון אומר **שאותם ספרי טלפונים לא עומדים בדרישות הס' בחוקה-היא דורשת מתן תמריץ ליוצרים רק כשיש אלמנט קידום ולכן לא יקבלו הגנת זכוי"ו**, לא רוצים לבזבז הגנה על ספרי טלפונים.

**הש' סנדרה אוקונור**- ספר טלפונים לא עונד בדרישת המקוריות, **יצירה** **חייבת להיות מקורית עם השקעה אך חייב גם מינ' יצירתיות**. השקעה גרידא לא תצדיק הגנה בזכוי"ו כי השקעה לא מצדיקה בהכרח קיום או העשרת עולם הביטויים. ספר טלפונים מכיל עובדות-ס' 5 לחוק זכוי"ו בארץ וס' 102 לחוקה האמריקאית קובעים שאינן מוגנות. מעבר לכך, אף הסידור של העובדות לא יצירתי-הוא סודר בצורה בלתי נמנעת, טכנית ומתבקשת-אלפבתי"ת. זה לא עולה כדי רכיב היצירתיות. ביהמ"ש אומר רק מה לא יהיה מוגן אך לא מפרט מה כן ולא נותן מבחן יצירתיות.

הערה: האם יכלו לטעון שהיצירתיות מתבטאת בשמות הפיקטיביים? יש לחברה מחויבות על המצג שיצרה, ברגע שהטעתה את הצרכנים לא ניתן לומר שהעתיקו ביטוי מוגן כי הוא פיקטיבי וידעתי זאת מראש.

**אייזמן נ' קימרון-** בשנות ה50' נחשפו מגילות בקומראן מתקופת בית שני שמהוות ראיות להתפתחות היהדות באותה תק'. רשות העתיקות אפשרה רק למס' חוקרים מצומצם שמצאה אותם לחקור אותם. קרעי אחת המגילות של מקצת מעשה תורה הגיעו לידי פרופ' קמרון וסטרונגל שעמלו עליה 11 שנה לפענחה. הם מיינו את קרעי המגילה וגילו ש40% היה חסר ועל כן שחזרו בעצמם את החלק החסר-130 שורות של טקסט. במהלך העבודה הפיץ קמרון טיוטה של המאמר שכתב לקב' אנשים שהתחייבו לסודיות, אולם אחד מהם הפיץ את המאמר וזה הגיע לידי עורך כתב עת שפרסם את הטיוטה עם הכתב המפוענח. זאת ועוד, בקרדיט אמרו שהמגילה פוענחה ע"י סטרונגל ועמית שלו. קמרון שלא הוזכר תובע את עורך כתב העת.

***טיריקל-*** גישת ההשקעה. מדובר על יצירה הזכאית להגנה. קמרון הוא זה שהפיח רוח חיים ביצירה ולולא כשרונו זה היה סתם קרעים אקראיים. **השקעה גרידא ועבודה טכנית אכן אינם מצדיקים הגנה, אך כאן התהליך המורכב של איחוי הקרעים והפענוח הם אלו שהיוו את דרישת היצירתיות** ונתנו משמעות חדשה למגילה. הכשרון שלו ושאר הרוח, הנשמה היתרה שהשקיע- הם אלו שביטאו את היצירתיות ומהווים תהליך שיש בו מקום לביטוי אישי. מנגד, ניתן לתקוף זאת במס' כיוונים:

1. ניתן לומר שמדובר על חשיפת עובדות שגם חוקרים אחרים יכלו לעשות זאת🡨אולם הפענוח יהא שונה בגלל הידע והמיומנויות השונות ולכן התוצ' תהיה שונה.
2. כוונה- אם תופסים זאת כמחקר אוב' ושחזור יצירה של מישהו אחר-האם צריך לקבל הגנה? לא הייתה לו מלכתחילה כוונה לכתוב באופן מקורי אלא לשחזר🡨 יש ביטוי לעבודה אישית שעשה ולכן זכאי להגנה. (בארה"ב הדרישה היא לקידום המדע-לכן היה מקבל הגנה ממילא.) מנגד, ניתן לומר שהתהליך אוב' מטבעו גם אם התוצ' שונה, כוונתם היתה לשחזר ולא ליצור משהו חדש.
3. גם ללא הגנה של זכוי"ו, ישנו תמריץ כלכלי לקמרון-הוא היה ממשיך ליצור גם ללא ההגנה ויקבל הכרה אקדמאית ותהילה על יצירתו. הוא יכול לכתוב ספר וסדרת מאמרים על תהליך השחזור וזה יקבל הגנת זכוי"ו.
4. שימוש מותר- המגילה הינה נחלת הכלל, זה נכס צאן ברזל ציבורי שאמור להיות נגיש לכל אחד ואולי לא אמור לקבל הגנה. נראה כאימוץ תיאוריית העבודה בסופו של דבר.

**מעריב נ' חברת all u need" "-** קצירת מידע. חברת מעריב פרסמה מודעת דרושים. חברת All u need עשתה מאגר דומה, מעריב תובעים אותם על כך על הפרת זכוי"ו ועעו"ב. כי חששו שהראשונה תתבטל. העליון בהליך ביניים הוציא צו מניעה ודן האם יש סיכויי תביעה להשארת הצו. החברה טוענים שיש כאן מידע עובדתי ולכן אין כאן יצירתיות ולא זכאית בכלל לקבל הגנת זכוי"ו. יותר מכך, גם אם היה בר הגנה, מי שזכאי לקבלה אלו מפרסמי הידיעות ולא מעריב. מנגד, דרך סידור המודעות היה יצירתי ואת זה מעריב עשה.

***ריבלין***- נותן אמירה עמומה לגבי הכלי של עעו"ב ואומר **שאם אי אפשר לתבוע דרך זכוי"ו נלך למסלול עעו"ב.** לא נראה לו ראוי לשלול ע"ע אם לא ניתן ללכת לזכוי"ו, נותן פתח להגנה כזאת באופן עצמאי.

**דוד הכי טוב נ' אדלר חומסקי**- הגנה לכינוי של אדם פרטי. דוד הכי טוב יצר לעצמו את הכינוי ונקרא כך בפני החוגים שהיה בהם. הוא דורש הגנת זכוי"ו על שמו כי זו הדמות שהוא מגלם.

***שפירא-*** **לא ניתן לרכוש זכוי"ו על שם**. כאשר זהו כינוי המתקשר לאדם מציאותי ונקרא כך גם בחוגיו הפרטיים, זה מתקשר לדמות אמיתית ולכן לא יקבל הגנה (אם היה מדובר בדמות בדיונית היה מקבל הגנה). הרציונאל- זהו מחיר חברתי כבד ומרחיב מדי שעלול ליצור הגבלות יתר ובעל השלכות בעייתיות-עלול להגביל את חופש הביטוי ויגדיל עלויות ליטיגציה(לדעת ***ביטון*** תרומה חברתית היא לא דבר שהדינים נועדו להגן עליו וכן לא מקבלת את ההבחנה בין שניהם). ביטויים נוספים יש לבחון האם נכנסים לתחום זכוי"ו או לסימני מסחר

🡨יש פסיקה בשלום שנתנו **הגנה לצרוף** "צמד הבטלנים" כזכוי"ו. לא בטוח שדיני זכוי"ו אמורים להגן על כך כי דברים קצרים ללא טקסט רחב לא ממש צריכים לידון בקניין רוחני.

**הרשקו נ' אורבוך-** הרשקו כתב ספרי חשבון והעתיק את הפורמט מחברה מבוסטון של אורבוך.

***העליון***- אין כאן שום דבר מקורי ולכן אפשר להעתיק זאת. אנשים לא יוצרים בוואקום וטבעי שיושפעו מאחרים, אם כל יצירה תעבור דרישת סף גבוהה כזאת- עלויות הליטיגציה היו עולות וזה לא היה נגמר. במ"**ד מאחר ומדובר על רעיונות כלליים משותפים לכל ספרי החשבון וזו יצירה טכנית-לא ניתן להגן על הדרך בה מוצג החומר** והעתירה נדחית.

1. **דרישת הקיבוע:**

ישנה דרישה שכל יצירה שנוצרת יהיה לה קיבוע- **עיגון פיזי מוחשי** של כל יצירה בעולמנו (לא יתכן שהשיר ירחף בראשך- רק אם תכתוב אותו זה יהא בר הגנה). קיבוע **לא חייב להיות ע"י היוצר עצמו אלא יכול להיות גם בידי אחרים** (אני מכתיב למישהו את השיר והוא כותב אותו). הרציונאל:

1. תמריץ ליצור- כי תיעוד זה שלב בדרך לשיתוף העולם עם היצירות שלהם. זה יבטיח העשרת עולם הביטויים וזהו אינט' חברתי חשוב.
2. תפקיד ראייתי- מתמודד עם בעיית ההוכחה.

נושאים אלו התעוררו בדרך אגבית מאוד בפסיקה. בעבר נדרש קיבוע רק ליצירת דרמטיות, אך החוק החדש דרש דרישת קיבוע לגבי כלל היצירות.

**בפ"ד ענבר נ' יהלום-** סטודנט הוציא את סיכומי השיעור בנזיקין בתור ספרים. המרצה תבע אותו אך הסטודנט טען שהמרצה לא אמר שום דבר מקורי ובנוסף, לא היה קיבוע להרצאות. המרצה מראה ש**היו מצגות והיו טיוטות שיצר ואף הרצה בע"פ בפני כל התלמידים- ביהמ"ש החשיב זאת כקיבוע כי ביטא את הרעיון כלפי העולם.**

**הגבלות זכויות היוצרים:**

בס' 5 ישנם מס' הגבלות לזכויות יוצרים:

1. **רעיון שאינו מקבל ביטוי** אינו מוגן בזכויות יוצרים.
2. **תהליכים לשיטות ביצוע** לא יחשבו לזכויות יוצרים כי זה מוגן בדיני פטנטים. מעבר לכך, תהליכים בשיטות ביצוע משקפים בעצמם רעיונות. ככאלה הם אינם מוגנים.
3. כל **מושג מתמטי** לא יהיה בדר"כ מוגן וגם כאן ניתן לעשות זאת דרך השקפת רעיון שלא מוגן.
4. **עובדות או נתונים.**
5. **חדשות היום**

**הבחנה בין ביטוי לרעיון:**

הרעיון לא יהא מוגן אך הביטוי כן. מדוע אנו יוצרים את ההבחנות הללו ולא מגנים עליהם אלא רק על ביטויים? יישום ההגנה לא תמיד קל ונתון לשק"ד של השופט. עם השנים גם בישראל וגם בארה"ב התגבשו הרבה דוקטורינות לגבי כך. נראה שהן מסייעות לנו ומהוות מבחני עזר כלפי ההבחנה בין רעיון לביטוי או בין רעיון לעובדות או לדברים אחרים שלא מוגנים.

**פ"ד סוכנות חדשות אמריקאית**- סוכנות ידיעות אחת העתיקה מהשניה פרטים חדשותיים ולפני שהסוכנות הספיקה לפרסם את הידיעות, הסוכנות השניה העתיקה ופרסמה אותם. אחת השאלות שהתעוררה היא מה ניתן לעשות? בארה"ב אותה תק' אותם דברים חדשותיים לא קיבלו הגנה בגלל תקלה פורמאלית.

***העליון האמריקאי***- נעזר בדוק' כדי להתמודד עם השאלה איך ניתן בכל זאת להגן על כך. ביהמ"ש קבע שיש **לאותה סוכנות ידיעות זכות מעין קניינית במידע וקבע את העיקרון ש'במקום שחרשת יש לקצור' ואין ליהנות מפרותיו של אדם אחר- ערך העבודה הקלאסי.** מאז ההלכה בוטלה והתבטל הצורך להתמודד עם הגנה לעובדות חדשותיות. נתוני חדשות נתונים לציבור ולכן מאוד קל להעתיק אותם. אתרים רבים ניזונים מחדשות של סוכנויות אחרות ולכן עולה השאלה כיצד להתמודד עם זה. האמריקאים חשבו שיש לטפל בזה כן ביצירת זכות, אך אכפו זאת באזורים מאוד מסוימים בארה"ב.

מדוע עושים הבחנה בין ביטוי לרעיון?

1. **מחיר חברתי גדול-** מדובר באבני בניין בסיסיים, אם ניתן בעלות לרעיונות או פריטים בס' 5 נפסיד יותר ועולם הביטויים ירושש. לא יהיו כלים לאנשים ליצור בסופו של יום ולכן נדרש איזון פנימי בין מה שמוגן למה שלא ע"י מגוון ערכים. כשנחשוב על הקשר בין ביטוי לרעיון נראה שיש הצדקות כלכליות, אך נראה שיש גם תיאוריות אחרות כמו ערכי חופש ביטוי שחשוב אף הוא לא פחות. מאפשר רגישות לתת לאנשים להתבטא וליצור ונותן מענה לאותו איזון על חשיבת אינט' יוצרים עתידיים.
2. **עלויות הגנה עצומות-** אחת הסיבות להגבלת שמירה על רעיונות (בפטנטים אי אפשר להגן על משהו שהוא מופשט אלא אם כן הפכת אותו למוחשי) יש עלויות גבוהות למשהו שהוא רק רעיוני. קשה מאוד לתחום את היקף ההגנה למשהו שהוא דבר כזה והעלויות בגין הפרת זכויות יוצרים של רעיונות.
3. **עידוד היצירה**- שיטה שמאמצת את הדיכוטומיה בין רעיון לביטוי או בין עובדות לביטוי מוגן-נותנת תמריץ לא לחשוב רק על רעיון אלא גם לממש אותו. לא מספיק לנו שחשבת על גיבור אלא רוצים שתהפוך אותו לדמות ממשית (עלילה, סרט..).

הרשקו נ' אורבוך- אורבוך הוציא סדרת ספרי חשבון לילדים ורכש זכויות הפצה בהם. הרשקו הנתבע חיבר ספרים חדשים לילדים והטענה כלפיו היה שהעתיק את הרעיון לספרי חשבון לילדים ובכך הפר את זכויות היוצרים שלו.

***הש' לווין***- אומר ש**אין לקבוע מראש מסמרות מתי מדובר ברעיון ומתי מדובר ביישומו אלא הכל תלוי נסיבות**. אותה מערכת עובדות יכולה להיחשב כרעיון ובעניין אחר נחשבת לביטוי רעיון. הוא אומר שבהיבט רחב אין שום דבר מקורי- כל דבר הוא פיתוח למעשה של רעיון קודם. הוא אומר גם ש**השאלה תמיד היא האם נוסף משהו מקורי לרעיון או שמדובר ביישום קודם ורק העתיק אותו**. רוב האנשים ניזונים ממעשי אחרים ולכן קשה להוכיח מקוריות בלעדית.

מיכאל גולדנברג נ' מיכאל בנט (לא בסילבוס)- הבחנה בין רעיון לביטוי בהקשר של סיפור עלילתי של יצירות דרמתיות כמו מחזות. עוסק בהפרת זכוי"ו של המחזמר "חיידק הבימה".

**ביהמ"ש-** קבע שאין מניעה ליצור מחזמר חדש עם שינויים עלילתיים לגבי מחזמר קודם בזמן. ברגע שאנו לוקחים רצף של אירועים עלילתיים ודרמתיים, גם אם לא מדובר בהעתקה מילולית של אותו רצף אירועים, גם אם זה לא נעשה בצורה מילולית וזהה, זה יכול להיחשב להפרה.ביהמ"ש אומר שיכול להיות רצף רעיונות כמו גיבור, דמות אב זהה, או רעיונות שחוזרים במחזות ותמיד ניתן לטעון שלקחתי רצף רעיונות שאינם מוגנים, ביהמ"ש אומר **שאם חברת רצף רעיונות שמצוי במחזמר אחר והעתקת אותם זו תהווה הפרה. אותה נטילת צרוף רעיונות מהווה הפרה גם אם כל רעיון בפני עצמו היה רכיב ביצירה שהוא בלתי מוגן**. הרצף הכולל ברגע שיש דמיון בינהם- זו הופכת ליצירה דומה, היצירה כמכלול דומה לקודמת. ברגע שלוקחים רצף רעיונות, זה כבר לא מקרי. יש 2 גישות מרכזיות להפרה:

1. **גישת המכלול**-יש להסתכל על היצירה כמכלול ואם הדמיון מתבטא ברצף רעיונות אז מדובר על הפרה. עצם החיבור של הרעיונות מהווה ביטוי מוגן.

2. **גישת הסינון-** מסננת רעיונות לא מוגנים ואלמנטים דומים, מסתכלים על מה שנשאר ומשווה אותה ליצירה.

ניקולס נ' יוניברלסל פיקצ'רס (לא בסילבוס)- ניקולס כתבה מחזה שעסק במשפחה יהודית ואירית שילדיה מתחתנים. הסרט של יוניברסל פיקצ'רס היה סיפור דומה עם נישואי תערובת, אולם העלילה שונה לגמרי מבחינת התפתחויות מרכזיות בפרשה (האמא כועסת באחד והאבא בשני וכו') הסיפור בגדול מדבר על משפחות יריבות שמתנגדות לנישואי ילדיהם (כמו ברומאו ויוליה) **אין לקיחה של התפתחויות דומות ולכן אנו עדיין נמצאים באזור של ביטוי לא מוגן.**

מוסינזון נ' האפרתי- עומד על הקושי בהבחנה בין ביטוי לרעיון מוגן. שימוש בגיבורי חסמב"ה של מוסינזון בספר "לא תשווה" של האפרתי.

**זפט**- נותן כלים להבחנה בין דמות שתהווה רעיון לבין ביטוי שאינו מוגן. יש דרישה מינ' של היוצר לפיתוח אותה הדמות. **לעיתים דמות יכולה להיות קו חזק בעלילה אך עדיין לא תהיה זכאית להגנה, נדרש פיתוח של אותה דמות כך שנוכל לזהות אותה**. גם אם היה פיתוח עלוב, כל עוד היא רוקמת עור וגידים וניתן לזהותה בקלות ע"י מידע על העולם שלה-זה יוציא את הדמות מגדר רעיון כללי ויזכה אותה בהגנה. היכולת לזהות את הדמות, אם מיד אזהה שזה מזכיר לי דמות מסיפור אחר, זה עשוי להיות בגדר העתקת ביטוי ולא רק רעיון. בסופו של דבר זפט קבע שאומנם הדמויות של מוסינזון מחסמב"ה ברות הגנה כי פיתח אותם מספיק כדי להיחשב לדמות מוגנת, אך המהות של הדמויות של האפרתי לא נחשבות העתקה כי יצרה מהות שונה לדמויות של מוסינזון. **ביהמ"ש מכנה זאת כפרודיה ומתייחס לכך כשימוש מותר כחלק מ"ביקורת".**

Baker v selden- דומה מאוד לאחימן. בייקר היה אדם שפיתח שיטה לניהול חשבונות, הוא כתב ספר שמסביר את השיטה שפיתח. לאחר זמן מסוים הנתבע הוציא ספר דומה בו מפרט את אותה שיטה ומשתמש בטפסים שבהם בייקר עשה שימוש.

ביהמ"ש- אומר לנו **שהעבודה של סלדן היא למעשה תהליך** וכדי לקבל הגנה יש ללכת לדיני הפטנטים, זכויות יוצרים לא יגנו על כך. הספר שהוא מוכר ותיאור השיטה שלו מזכיר את פס"ד קמרון. ניתן לעשות הבחנה שעדיין יש לו תמריץ ליצור גם ללא הגנה וגם אם הרעיונות בבסיסו אינם מוגנים-הספר עדיין יכול לקבל הגנה. **כל שיטה לביצוע דבר מסוים לא יהיה מוגן**.

**דוקטורינת האיחוד:**

דוק' שיוצרת חריג לכלל שרעיון לא מוגן וביטוי כן. דוק' זו עוסקת במצבים בהם לרעיון מסוים יש מס' מצומצם מאוד של דרכי ביטוי. לכן, הכלל הוא ש**אם באותם נסיבות יש מעט דרכים לבטא את הרעיון- הרעיון והביטוי יהפכו לאחד והופכים להיות דבר לא מוגן**. כאשר יש מס' מצומצם של דרכי ביטוי- נתייחס לדרכי הביטוי של הרעיונות כאינם מוגנים. הרציונאל הוא המחיר החברתי.

**פס"ד MORRISEY**- חברה ניסחה כללים של מבצע הגרלה. נטען שהנתבע העתיק את כללי המבצע של התובע. ביהמ"ש אומר שבנסיבות הללו יש מס' דרכים מצומצם לנהל כללים של הגרלות. בגלל שלנתבע אין יכולת לשונית ליצור כללים אחרים מהתובע- **יש מיזוג רעיון וביטוי ולכן לא מקבלים הגנה** והנתבע חופשי לעשות מה שהוא רוצה.

**מאיר נ' קנר-** אתר הכרויות באינטרנט בשם "דוקטור קשר" שהתובע הוא בעליו. הוא גילה שיש אתר שמתחקה אחרי שאלוני החיפוש שלו ותובעו בגין הפרת זכוי"ו.

***בעליון***- השופטת נכנסה לשאלה שמשווה את השאלונים ומנסה לבדוק דמיון בינהם. היא אומרת שבנסיבות הללו יש לזכור שמדובר בהיקף מצומצם ועוסק במאטריה עם גבולות צרים לאפשרויות הביטוי בשאלונים כאלו. אין לאנשים יכולת ביטוי ויצירתיות רחבה כאן ולייחד את השאלון מאחרים. כשהיא בוחנת את הדמיון ואם יש הפרה, היא אומרת שצריך לנסות לאזן בין חופש העיסוק לבין זכות יוצרים. בתחרות בין השניים **חופש העיסוק גובר על זכויות יוצרים**. כדי להיות מסוגל ליצור את הכרויות חייבים ליצור שאלון. היא מעודדת יוזמה ושיפור של מוצרים, מביאה להפחתת מחירים. אם נבלום העתקה, זה יפגע ברווחת הציבור וטוב שיהיה לציבור יותר אופציות. הש' לא אומרת מפורשות שמאמצת את דוק' האיחוד. אין בחוק החדש אמירה כמאמצת אותו. אולם, **כשאנו בתחום צפוף, קשה יותר לומר שיש הפרה וניתן הגנה מצומצמת יותר מאשר בתחום שיש יכולת רחבה ליכולת ביטוי ויצירתיות.**

**פס"ד קמרון-** טענה נוספת שעלתה היא שיש דרכים מצומצמות לפרש את המגילה ולכן אין כאן ביטוי מוגן כי זה יגביל את דרכי הפרוש של המגילה (לדעת ביטון הדרך הפשוטה יותר היא הדרך בה פסקו השופטים).

**Rosemont v .random house** - (פס"ד אנגלי) עיתונאי העתיק ביוגרפיה שכתב רוזמונט בתואנה שזה עובדות ולכן זהו שימוש מותר. ביהמ"ש אמר **שנלקחו רק עובדות ואין מניעה בשל כך לעשות בה שימוש**. קשה לגוון בביוגרפיה, אין יותר מדי מה לחדש וזה תחום מצומצם-דוק' האיחוד תבטל את ההגנה.

**בלבו פילם נ' חברת מוניטין בע"מ-** חברה הולנדית הפיקה תוכנית תיעודית הנותנת את סיפור לכידתו של אייכמן. בתוכנית יש ראיון של אחד מאנשי המוסד שהשתתפו במבצע. טרם השידור בטלוויזיה היא הוקרנה בפני מבקרים וכתבים. בקהל ישב כתב שפרסם מאמר בכתב עת 'מוניטין' ובה נתן את התמליל המלא של אותו ראיון עם סוכן המוסד. בעלי הזכויות בסרט תבעו אותו ואותו כתב עת טוען שהעתיקו עובדות שהינם שימוש מותר.

***בימ"ש-*** אומר שנכון שבבסיס מדובר בעובדות, אך הדרך שתמלל את דבריו כלשונם **והדרך בה סידר איש המוסד את העובדות ברי הגנה**. לא ניתן לקחת את דרך הביטוי אם עשית זאת בדרך שלך, אך כאן הוא תמלל אחד לאחד את חוויות איש המוסד. כל אותם דברים והדרך בה עשה זוכים להגנה.

כל חוק דברי כנסת, החלטות שיפוטיות או כל פרסומי החלטות שיפוטיות של רשות שלטונית אחרת לא יהיו מוגנים בזכוי"ו.

ס' 7 לחוק מסדיר את נושא המדגם-

7. על אף הוראות סעיף 4, לא תהא זכות יוצרים במדגם כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים, אלא אם כן המדגם אינו משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי; השר רשאי לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב מדגם כמשמש לייצור תעשייתי.

**פ"ד אינטרלגו**- ברירת המחדל אומרת **שמדגם לא יכול לקבל הגנה בזכויות יוצרים**. אם קיבלת הגנת מדגם אין הגנה גם בזכוי"ו. באינטרלגו ***שמגר*** אומר לגבי הקוביות שהסיכון במתן הגנה לאלמנטים הבסיסיים באותם קוביות לגו בעייתית. אם משהו חוסה תחת מדגם אי אפשר לזכות גם בהגנת זכוי"ו והגנת המדגם מאזנת בין 2 הדינים הללו.

**דוקטורינת סצנות שגורות:**

מוציאה בדר"כ סצנות מסוימות, ארועים, דמויות, אתרים ונופים שעשויים להיות הכרחיים לטיפול מסוים של יצירה. למשל, יש במערבונים תמיד את כניסת הקאובוי לבר, מרדף משטרתי, דו קרב בין דמויות וכו'. יש סוג מסוים של ארועים שחוזרים על עצמם בהרבה יצירות ובדומה להבחנה בין ביטוי לרעיון גם בדוק' זו מכירים שכדי לטפל בסוג מסוים של יצירות יש דברים שלא יכולים להיות מוגנים כמו סצנות מעין אלו שחוזרות על עצמם בהרבה סרטים.

בלומלפלד נ' הראל- אישה הגישה ספר לפרסום להוצאה לאור. האישה שקראה את ספרה קראה אותו ודחתה אותו. אותה אישה הוציאה ספר בעצמה עם סיפור מאוד דומה. ביהמ"ש אומר שיש סצנות קלאסיות כמו ילד במשפחה שעוברת דירה ואותה משפחה מצפה לילד נוסף- הסיפור המדובר הוא סיפור שחוזר על עצמו ולא יחודי.

***בימ"ש***-קבע **שלא היתה כאן עלילה המזכה הגנה**. אלו דברים שלא ניתן למנוע מאנשים אחרים לעשות בהם שימוש.

פס"ד א.ש.י.ר עסק במנסרות חילופיות לדיני הקניין רוחני. חברת אשי"ר הוציאה אביזרים לאמבטיה ואדם אחר העתיק אותם. היו עוד 2 מקרים באותו סיפור- העתקה של מבלט שלא נרשם כמדגם ורעיון נוסף לייצור אלבומי תמונות. המשותף למקרים היא שהיה מידע כלשהו שאינו מוגן וענפי הקניין לא נותנים לא הגנה. השאלה היתה האם ע"ע יכולים לתת הגנה במקרה שמוסד הקניין רוחני לא מאפשר זאת?

**ביהמ"ש**- לא פוסל זאת ואומר ש**תיתכן עילת תביעה בע"ע בגין העתקת מוצר, עיצובו וכו' ובלבד שההעתקה נעשתה בנסיבות תחרות לא הוגנת או חוסר תו"ל**. ההרכב היה של 7 שופטים ודובר על האם העובדה שהדין לא נתן הגנה מאפשר הסדר שלילי שאומר שלא ניתן לקבל הגנה או שניתן? לפי ע"ע יש חובת השבה בנסיבות בהם זכית בדבר שלא כדין ולא על פי זכות. בימ"ש אומרים שכשיש חוסר תו"ל, הם מאמצים את ע"ע רק במצב בו מתווסף להתעשרות יסוד נוסף- ביהמ"ש נחלק לגבי אותו יסוד נוסף:

* ***שטרסברג-כהן וברק*** אמרו שהתנהגות חסרת תו"ל.
* ***לווין ואור*** הסכימו שהיסוד הנוסף יתקיימו בתחרות בלתי הוגנת (השאלה מה ההקבלה בין תחרות בלתי הוגנת לחוסר תו"ל).
* ***חשין*** אמר שאם לא נפלת להגדרות קניין רוחני לא תקבל הגנה כלל. מוכן להכיר במצבים מסוימים לפי ע"ע שתחשב להתנהגות עוולתית של אותו חקיין מידע.
* ***זמיר***- תתכן עילת תביעה בע"ע גם ללא קיום יסוד נוסף ובלבד שתהיה חומרה מיוחדת בהתנהגות. נסיבות בהם יש העתקה שלמה, ביודעין, מתוך רצון להתעשר וכאשר היתה השקעה בעיצוב ובחדשנות של אותו מוצר שהועתק.
* ***אנגלרד***- לא חושב שכשאין הגנה בקניין רוחני תהיה הגנה בע"ע אך ניתן לפתח את עוולת הרשלנות כשיהיו מקרים מתאימים דרך דיני הנזיקין ולא ע"ע.

לסיכום, ניתן לראות שכאשר יש תחרות בלתי הוגנת או התנהגות חסרת תו"ל יהיה יסוד נוסף ובמצב כזה יהיה ניתן לתת סעד של ע"ע. מצב כזה יהיה מצב קלאסי של תחרות בלתי הוגנת בכפוף לדרישה שבאמת השקיעו גם אם לא מדובר על מצב בר הגנה כל עוד השקיעו מאמץ מיוחד בעיצובו של אותו מוצר שעכשיו תובעים את אותו צד שני עקב לקיחת היצירתיות שלא מוגנת. כל עוד הושקע מאמץ יזכה להגנה.

ביקורת על פס"ד אשי"ר: **לא נותנים בפס"ד מספיק הנחיה**. אחת הביקורות עליו הוא שיש כאלו שטוענים שלמעשה דיני הקניין הרוחני ניסו ליצור איזונים ובחירות ערכיות לגבי מה שמוגן ומה שלא. היה ניסיון לייצא דברים שלא מוגנים. **נוצרה עמימות למה באמת נמצא בנחלת הכלל**. הוא יוצר עמימות לדברים שלא היו מוגנים בדר"כ בקניין רוחני. **כשיש חוסר וודאות קשה לנהל חיי מסחר תקינים, לא יודעים מה מותר ומה אסור לי לעשות**. זהו לא פס"ד שסוגר את הנושא הרמטית, היו דברים שנותרו בצריך עיון ועלו בפסדי"ם נוספים בהמשך. בסופו של דבר אלו מוצרים חשובים לצרכנים, אנו רוצים לתמרץ את היצירה שלהם ופיתוחם, אותם אנשים השקיעו זמן ומשאבים כלכליים-אותם אנשים לא מקבלים הגנות וצריך לחשוב מה אותם אנשים ירוויחו בסופו של דבר וצריך למצוא משהו שיתמרץ אותם. ע"ע כענף עמום ממילא אולי לא הפתרון האולמטיבי, אך היא עדיפה מכלום. היו מס' חברי כנסת שניסו להגן על מאגרי מידע עובדתיים ועשה תיקון חוק לא כ"כ ברור בה ניסו לתקן עיוותים של פסיקה כמו פייסט, מחוקקים מנסים להתמודד עם שאלות כאלו ויש מקומות שמכירים בהגנות כאלו. המחיר של ע"ע היא שאם זה סעד, זה תאורטית סעד שנוצר לנצח. בזכויות יוצרים אנו יודעים לפחות מתי ועד מתי נקבל הגנה (70 שנה). כאן יש הגנה לנצח והיקף הגנה שתמיד קיים ומהותית קניינית ביסודו. הפתרונות שהוצגו עד כה לא תמיד ברורים ויש מחירים ובעיות לכל גישה.

בחוק זכויות יוצרים יש 4 סוגי יצירות המוגנות לפי ס' 1 לחוק(רשימה פתוחה):

1. יצירות אומנותיות- כולל רשימה רחבה של דוג' למה יחשב יצירה אומנותית שחלקם זוכים גם להגדרה נפרדת בחוק. כולל יצירות כמו רישום, פיסול, אדריכלות צילום, אומנות שימושית.
2. יצירות דרמתיות- יצירות קולנועיות, מחזות, יצירות דרמתיות מוסיקליות, מחול ופנטומימה.
3. יצירה מוסיקלית- לא זוכרה להגדרה כלל. גם יצירות טלוויזיוניות ולקטים נחשבות ליצירה.
4. יצירה ספרותית- ס' 1 מגדיר יצירה ספרותית על דרך הריבוי ("לרבות") ואומר שיצירה ספרותית כוללת יצירות בכתב, הרצאות, טבלאות, לקטים ותוכנות מחשב. כל יצירה ספרותית מוגנת מכילה את המבחנה של העלילה, סדר התרחשויותיה, כל הדיאלוגים וכו'.

מוסינזון נ' האפרתי- דברנו על כך **שדמות ספרותית מופשטת** צריכה להיות מפותחת דיו ושנצפה את המעשים שלה כדי שתקבל הגנה. דמויות מופשטות מקבלות הגנה וההגנה יכולה להיות עצמאית ונפרדת מהיצירה עצמה. לא רק הספר של הארי פוטר למשל יקבל הגנה, אלא גם הארי פוטר עצמו כדמות על אישיותו ומאפייניו תקבל הגנה עצמאית.

בפ"ד דוד הכי טוב- **דמות מציאותית** לא תקבל הגנה אם היא לא דמיונית, לא משנה כמה היא מפותחת.

**דמויות קולנועית -** פ"ד מפעל הפייס- דובר על דמות הנווד של צ'רלי צ'פלין הוכרה כיצירה דרמתית. היה סרטון של מפעל הפייס שספי ריבלין גילם את דמות הנווד. זוהי דמות מפותחת דיה בצורתה החזותית, התנהגות וסמליות ולכן היא מגלמת יצירתיות ומקוריות המצדיקה הגנה עצמאית בשונה מהסרט שבה כלולה אותו דמות ומוכרת כיצירה דרמתית כשלעצמה. אין מניעה שתהיה הגנה כזו.

יצירות ספרותיות יכולות לכלול **יצירות היסטוריות** כמו סרט תיעודי למשל. ההגנה תהא פחות חזקה כי יש להן אופי עובדתי- ההגנה נחלשת לעובדות כי הם אלמנטים לא מוגנים וגם האינט' הציבורי יותר גבוה מיצירות שהם יותר פרי הדמיון ולכן ההגנה יותר צרה ביצירות הסטוריות. בעבר, הרצאות אקדמיות לא כלולות ביצירה תיעודית. כיום - פ"ד ענבר- קבע שיצירה ספרותית רואה הרצאות כיצירה ספרותית. יש להבין שעובדות בספרי לימוד לא יהיו מוגנים ועובדות ומושגים כנוסחאות מתמטיות לא יקבלו הגנה.

בפ"ד אחימן- גם **טפסים** יהיו מוגנים. יש קטגוריות שבהם הוכרו טפסים כמוגנים לעומת זאת במקרים אחרים הם לא- תלוי במידת התרומה של היוצר.

**תוכנות מחשב**: מוכרות כיצירות ספרותיות ומקבלות הגנת זכוי"ו. דיני פטנטים נכנסו לתמונה בשלב מאוחר יותר, אותם דינים נותנים הגנות אחרות לתוכנות מחשב. אין הגנה כפולה לאותם אלמנטים של תוכנות מחשב אלא הגנה לדברים שונים. *קוד המקור* של התוכנה יוגן כיצירה ספרותית **בזכוי"ו** ולא יוגן דרך דיני הפטנטים אך א*לגוריתמים* באותו קוד- הדין האמריקאי והישראלי מאפשר קבלת הגנה דרך **דיני הפטנטים**.

יש דיון נרחב האם דיני הפטנטים יכולים להגן על תוכנות. יש הרבה קושי לשלב יצירות אלה במסגרת הדין ודווקא בדיני זכויות יוצרים שנראה פחות מתאים להגן עליהם, בגלל אופיים הפונקציונאלי-נבחר להגן עליהם:

1. **פונקציה**- אנו רואים שעיצובם מונחה באופן טבעי ע"י שיקולים פונקציונאלים: יצירות או עבודות אמורות להוות תפקיד טכני ולא אמורות להעביר תוכן או סוגי רעיונות בדומה ליצירות אחרות המוגנות בדיני זכויות יוצרים. בתחילת שנות ה80 היתה הנחה שבגלל שמדובר בטקסט אז כדאי ללכת בדרך ההגנה הזאת דווקא. המטרה של תוכנה היא לתקשר עם מכונה ולא עם בני אדם, לחולל תוצאה מעשית וטכנית.
2. **היקף ניסיון-** חשוב לציין שדווקא דיני זכויות יוצרים כענף משפטי בתחום הפרות של תוכנות מחשב הם הרבה יותר מתאימים לזכויות יוצרים בעיקר בשל היקף הניסיון הרב יותר מאשר בדיני הפטנטים, שם גם כיום יש חוסר בהירות על פטנטים על תוכנה והאפשרות לתבוע על כך בבימ"ש היא פחותה ולכן מעדיפים ללכת בדרך זכויות היוצרים.

הרפז נ' אחיטוב-הפס"ד הכי חשוב בהקשר של תוכנות מחשב. הרפז קיבל מאחיטוב עותק של תוכנת מחשב שפיתח בשם "איריס" לשם שיווקה. הרפז התחייב לא להעתיק את התוכנה, למוסרה או למוכרה. משנודע לאחיטוב כי הוא משווק אותה בשם "לוטוס 8", הגיש תביעה למחוזי בטענה שהעתיק את התוכנה שמסר לו. המחוזי קיבל את התביעה. מכאן הערעור.גם אם אינה זהה לגמרי מדובר על תוכנה דומה וזו הפרת הזכות הבלעדית הכלכלית ליצור תוכנה נגזרת. כאן יש כמובן הפרה של זכות בלעדיות ליצור יצירות נגזרות כי התבסס על התוכנה שלו.

מלץ- נדרש לשאלה מהו היקף הגנה משפטית של אותן עבודות נגזרות**? הוא מפרק את יצירת תוכנה ל3 שלבים ואומר שכל תוצר שנוצר במהלך אותו שלב יהא מוגן כמו התוצר הסופי של אותו תהליך. ביהמ"ש למעשה נותן הגנה מאוד חזקה גם על השלבים וגם על אותו תוצר סופי**. השלבים:

1. שלב הגדרת הדרישות- בו אנו מגדירים מהם אותם מטרות בתוכנה, מה יהיו אותם המגבלות ואיך תעבוד מנק' ראות המשתמש.

2. שלב עיצוב התוכנה –לוקחים את אותם מטרות ומתרגמים את הדרישות לתרשימי זרימה סכמטיים.

3. שלב התכנות- מתכנתים אשר מעבירים את התוכנה מפאזת הסרטוטים לשפת המחשב.

זכות היוצרים תהיה על כל אחד משלבי התוכנה ובסופו של דבר היצירה המוגמרת אף היא תהיה מוגנת. לדברי מלץ, אותו שלב ההגדרות והעיצוב (2 השלבים הראשונים) הם השלבים הקריטיים בהם 60% מהמאמץ מושקע. אם לא ניתן הגנה לכל אחד מהשלבים אנשים יקחו את התוצרים, ישתמשו בהם ואחד הקשיים הוא שאם ישתמש בהם יכול להיות שלא יהיה קשר בין התוצר המוגמר של אותו מעתיק לתוצר התוכנה המקורי. אין הכרח שאותו מוצר מוגמר יהא זהה או דומה לתוצר המקורי בדרך זאת. לכן, אנו נזקקים לאותה הרחבה והגנה על כל שלב מאותו שלב של יצירת התוכנה ולא רק של אותו שלב מוגמר של יצירת התוכנה.

מלץ **מכיר בצורך ליצור איזונים ובצורך לעודד את התפתחות הענף ולאפשר תחרות**. כשמקבלים החלטות בתחום הזה יש להיות רגישים לאפשרות התחרות בענף ולהכניסו לשיקולים בבחירת היקף ההגנה של זכוי"ו. ביהמ"ש מונע כאן ע"י תיאוריות של עבודה שמתרשמות מהמאמץ שאנשים משקיעים ולכן בוחר לתת הגנה רחבה על יוצר תוכנה ומתעלם מהמרכיבים האופייניים לו. ענף פיתוח התוכנה זהו תחום מתפתח בימינו ונראה שיש פער בציפיות לגבי היקף התוכנה. התוכנות לא שורדות הרבה זמן והן כל הזמן מקבלות גרסאות חדשות ולכן לטעם המרצה אין צורך בהגנה כ"כ רחבה. אם ניתן הגנה כ"כ רחבה אפשר גם לפגוע בענף הזה וימנע ממנו להמשיך להתפתח. אותם תוכנות צריכות להיאבד מהר כדי שיוכלו ליצור חדשות וזה מייקר את המחירים שלהם. בגלל משך הזמן והיקף הנרחב כך פוסק מלץ. הוא מאזכר פסיקה של גישות יותר מצמצמות ביחס להגנה שתקבל פיתוח של תוכנה. ש' נוטים לעשות בתחום הזה הרבה טעויות בשל בורות טכנולוגית. מלץ מנסה לעשות אנלוגיות בין תוכנה למחזה. זה מגוחך כי מחזות זה יצירה ששורדת הרבה זמן לעומת יצירה דינאמית כמו תוכנה.

בארה"ב בשונה מישראל, המגמה היתה להקשות על היקף ההגנה של תוכנות מחשב, וביהמ"ש נוטים להוציא אלמנטים מהתוכנה שאומרים שאינם מוגנים. הפסיקה האמריקאית כוללת 2 פסד"ים שאמרו ש**גם** **אלמנטים שאמורים להיות מוגנים לא יקבלו הגנה**:

**פס"ד לוטוס נ' בורנד (1995)** נקבע **שתפריט הוראות של תוכנה הוא שיטת הפעלה** שלא זכאית להגנה בזכויות יוצרים ויכולה להיות מועתקת ע"י אחרים.**(שיטות / תהליכים מקבילים לרעיונות שלא יהיו מוגנים ולא יזכו להגנה)**

**פס"ד אפל נ' מיקרוסופט (1994)** בית משפט אמריקאי קבע שאין **לאפל זכויות יוצרים ברעיון בשימוש באייקונים בעיצוב מסך במערכת הפעלה וגם עיצוב האייקונים כשלעצמם ראוי להגנה מוגבלת**. בית המשפט מצמצם את ההגנה מתוך הבנה שתוכנה הוא מוצר פונקציונאלי וקשה למנוע מאחרים לעשות בזה שימוש, המוצר עושה משהו מעשי ולא נועד לתת הנאה אסטטית או רוחנית בשונה מיצירות אחרות עליהן ניתנת הגנה בז"י. בנוסף, יש אלמנטים שאסור להם לקבל הגנה כי אחרת יחסמו שימוש ופיתוח עתידי של התוכנה. הנטייה אם כן היתה להוציא אלמנטים מגדר ההגנה.

בחוק הישן לא היו הרחבות כ"כ נרחבות, כעת היא כוללת יצירות דרמתיות מוסיקליות, יצירות מחול ופנטומימה, מחזות שלא היו בעבר. ניתן להכניס יצירות אחרות בעלות אופי דומה לדוג' שהמחוקק נותן.בהקשר הזה, הדוג' המובהקות הם מחזות זמר, אופרות, מה שיהיה מוגן יתפרס לא רק על אותו מלל אלא גם על סדר ההתרחשויות ועל האירועים, ההגנה היא מעבר לדברים שנאמרים במחזה. חשוב להבין שבכל יצירה גם ביצירות דרמתיות עשויים להיות רכיבים שונים שאמורים להיות מוגנים כיצירות עצמאיות כך שהטקסט של המחזה, כל אותו טקסט בבסיס המחזה יהיה מוגן, היצירה הקולנועית תהיה כיצירה קולנועית עצמאית, המוסיקה המלווה את המחזמר תהיה בנפרד מהמחזמר וכו'.

**כוריאוגרפיה-** מהו **רעיון** של ריקוד מוגן לעומת **ביטוי** מוגן- כל אלו החלטות לא פשוטות, אם יש **צעדים בסיסיים שהרבה עושים בהם שימוש- יחשבו לנחלת הכלל כרעיון לא מוגן, אך המצרף של הריקוד יהיה מוגן.** רוב הזמן לא מתעוררים סכסוכים בהקשר הזה, יש לא רק חופש ביטוי אלא גם חופש תנועה. יצירה של ריקוד כן תהיה מוגנת, ההופעה כמכלול תהיה מוגנת, אך יכולים לעלות טענות חזקות על מתן הגנה לסוג כזה. זה לא קורה בפועל כי אף אחד לא תובע חברת ריקוד אחרת על גניבת ריקוד, לכל אחד יש סגנון משלו ולא מעתיקים כ"כ ריקוד שלם. יש הבנה שבהקשרים הללו יש להיות יותר זהיר בקביעה מהי אותו ביטוי מוגן ומה לא.

**שידורי טלוויזיה-** מוכר כזכאי לקבל הגנת זכוי"ו כיצירה קולנועית. גם סרט המתעד את המציאות- למשל הקלטת ההפגנה שהיתה, ביהמ"ש קובע שיש כאן יציירה הזכאית לקבל הגנה. יש כאן מציאות שמתרחשת, ולכן היינו יכולים לחשוב שהוא לא ראוי לקבל הגנה, אולם, המגמה בביהמ"ש היא להעניק לה הגנה לאחר שבחנו את התהליך עד קבלת המוצר המוגמר.

טלא איוונט נ' ערוצי זהב- האם שידור טלוויזיוני של שידור ספורט יקבל הגנת זכויות יוצרים? ערוצי זהב העבירו את השידור של משחקי טניס שקלטו דרך לוויינים ושידרו את המשחקים שקלטו מתחנות זרות בישראל. הטענה היתה הפרת זכוי"ו. בתג' אמרו שאין הגנה בהעברת שידור של ארוע ספורט ולכן לא הגיוני שיהיה זכאי להגנה. מנגד, אותה חברה שהיתה לה בלעדיות אמרה שלא טוענת שהארוע מוגן אלא אותה שידור של יצירה ויזואלית המועבר לצילום כתוצאה מצילומו- הוא הזכאי להגנה.

***מצא-*** אומר שהמשחק כשלעצמו לא יהיה מוכר לא רק כי לא נופל לאותן הגדרת יצירות מוגדרות אלא בשל החשש לתת הגנה לאותם ארועים כאלו- אנו לא רוצים למנוע מאנשים להתמודד בתחרויות ספורטיביות כאלו,זה יכול להיות משמעותי לגבי ענף הספורט. בהקשר הזה, מתן הגנת השידור, **אין בעיה לתת הגנה לצילום והשידור של היצירה כביטוי המעשיר את העולם שלנו**. זה לא יחשב ליצירה דרמתית אך השידור עצמו כן **בשל המאמץ בשידור והפקה של השידור-הבחירה איזו מצלמה תצלם ומתי, שילוב של הקטעים המוקלטים והחיים, הקריינות- כל אלו מהווים רכיבים המגלמים מקוריות העונה על הסף הנמוך הנדרש. כל ההחלטות הללו בעלי אופי ייחודי משידור של ערוץ אחר.**

הייתה טענה שהרבה מהאלמנטים שנוספו הם תוצר של שימוש מציוד עזר שהוא פסיבי מכיוון שהוא מגיב למה שמתרחש על המגרש, יש עבודה טכנית ולא עבודה שכוללת אלמנטים של בחירה. הטענה היתה שזה לא מספיק מקורי. ביהמ"ש דוחה טענות אלו ואומר שיש כאן מאמץ ומקוריות, הצילום נבדל מצילומים אחרים ולכן התוצר הסופי שונה מאוד מחומרי הגלם בהם מופק השידור. היום יש דרישת קיבוע לכל היצירות וגם שידור טלוויזיוני צריך להיות מקובע עם בכתב ואם בדרך אחרת, אם משדרים ואין תיעוד וקיבוע ולא עומדים בדרישות הקיבוע, ההפקה הטלוויזיונית לא נחשבת למקובעת.

בישראל ובמקומות אחרים המילים של יצירה יוכרו כיצירה ספרותית, הלחן יהיה יצירה מוסיקלית אך המילים של השיר יקבלו הכרה של יצירה ספרותית.

**יצירות אומנותיות:**

יש מס' קטגוריות בחוק בהקשר זה, הן כוללות את אותם קטגוריות קלאסיות כמו ציורים, פסלים, יצירות צילום ושל אומנות שימושית וכו'. גם עבודות גרפיקה ואומנות מסחרית באות בגדר יצירות אומנותיות. ההגדרה הינה רחבה וכוללת את כל הקטגוריות הנ"ל. פס"ד סטרוסקי- שלטי פרסומות קיבלו הגנה כיצירה אומנותית, גרפיקות על מוצרים אף הם ראויים להגנה.

יצירות אומנותיות כוללות כל סוג יצירה גם אם מטרותיה מסחריות לגמרי ולא לצרכי אומנות דווקא. יצירות צילומיות מוגנות כיצירה אומנותית, בדומה לאותם שידורים דרישת הסף מאוד נמוכה ואין לקבל הגנה.

יצירה מוזמנת: עסקנו בשאלה מי יקבל את זכויות היוצרים בתוצר צילום שהוזמן- המזמין או יוצר התמונה? האם היוצר יכול להפיץ את התמונות גם אם זה שייך לכם? החוק החדש של זכויות היוצרים בס' 35 מסדיר זאת:

35. (א) ביצירה שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה, כולה או חלקה, הוא היוצר, אלא אם כן הוסכם אחרת בין המזמין והיוצר, במפורש או במשתמע.

יצירה מוזמנת

הבעלים הראשון של זכות היוצרים הוא היוצר-הצלם, אלא אם כן הוסכם אחרת במפורש או בעקיפין בין היוצר למזמין בחוזה.

(ב) ביצירה שהיא דיוקן או צילום של אירוע משפחתי או של אירוע פרטי אחר, שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה הוא המזמין, אלא אם כן הוסכם אחרת.

ס' (ב) עוסק בהקשרים שלנו, מדבר על 2 סיטואציות: 1. יצירה שהיא דיוקן 2. צילום של ארוע משפחתי או כל ארוע אחר שנוצר ע"פ הזמנה, החוק קובע שהבעלים הראשון הוא ה**מזמין**.

ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות אוסר בכל מקרה שימוש בתמונה של אדם אחר לצרכים אחרים ללא הסכמתו ולמטרות רווח לכן, גם אם זכוי"ו הם של היוצר, זה לא אומר שלפי חיקוקים אחרים מותר לו לעשות זאת.

אומנות שימושית- נחשבת אף היא ליצירה אומנותית.

אינטרלגו- נותן הסבר עמום להיקף ההגנה של יצירות של אומנות שימושית. אינטרלגו תובעים על הפרת זכוי"ו את חברת EXIN LINES על קוביות אופלו שהשיקו דומות לשלהם. חב' EXIN LINES טוענים שמדובר במדגם ולא זכוי"ו. החוק הישן שאין לעשות כפילות הגנה ואם מקבל הגנת מדגם לא יקבל גם זכוי"ו. כל מכשיר בעל פונקציה שמעוצב ייחודית נחשב ליצירה פונקציונאלית.

***שמגר-*** איזו הגנה תקבל יצירה פונקציונאלית? הולך צעד נוסף מדרישות הסף של יצירות אומנותיות, כאן הניסיון מגן על הצורה של קוביות הלגו-אין מניעה לתת הגנת זכוי"ו כי כל דבר אסטטי עם עיצוב ייחודי יכול לקבל הגנה אך תמיד יש להיזהר כי זה יכול לתת מונופול על הזכות וככל שהצורה בסיסית יותר-הפגיעה בתועלת החברתית תגדל. נותן מס' מבחנים:

1. **מבחן אומנותיות**-מגדיל את דרישת מקוריות יצירתית-רק אם יש שילוב אלמנטים אומנותיים במוצר. נועד למנוע הגנה מיצירות פונקציונאלית שעומדות בדרישת הסף אך לא נותנות יותר. כשמציג את הדרישה אומר שזו תהיה מסננת שתאפשר למנוע הגנה לרעיונות. את אותו מבחן אומנותיות הוא יפעיל על השלב של גיבוש המוצר ולא על המוצר הסופי🡨 במ"ד מדובר בצורה בסיסית ולא כדאי לתת להם מונופול והגנה.
2. **מבחן כוונת היוצר**- האם כשהיוצר החליט לעצב את אותו מוצר הוא הביא בחשבון שיקולים שאינם בהכרח שיקולים תועלתנים ופונקציונאליים?
3. **מבחן הבחירה**- האם היו מס' אופציות בבחירת היוצר לעצב את המוצר הסופי? האם היו שיקולים אסטטיים בנוסף לפונקציונאליים?

במ"ד, בקוביות הדופלו היו שיקולים פונקציונאליים ואסטטיים ולמרות זאת נראה לו מסוכן לתת להם הגנה בשל שיקולי מדיניות- הוא לא רוצה שינתן הגנה לכל קובית משחק שיוצאת ולכן לא זוכות לקבל הגנה בהחלטתו. **המגמה היא לצמצם את ההגנה על מוצרים פונקציונאליים.**

בפ"ד פייסט השופטת אומרת שאנו מוכנים לשלם מחיר כ"כ כבד במתן זכוי"ו כי אנו יודעים שההגנה תיתן ערך מוסף ליצירות. רעיונות הם חלק מהדברים ששורדים לאורך זמן ביחס ליצירות נתונות. אולם, **החשיפה לסכנה ותועלת חברתית מאוד גבוהה ומכאן, השלכות מתן מונופול דרך זכויות יוצרים יותר רחבות- לכן יש יותר להיזהר.**

1. על אף הוראות סעיף 4, לא תהא זכות יוצרים במדגם כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים, אלא אם כן המדגם אינו משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי; השר רשאי לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב מדגם כמשמש לייצור תעשייתי.

**אם משהו חוסה תחת הגנת מדגם- לא יקבל הגנה של זכויות יוצרים**. הגנה זו שרדה ויש לשמור על ההפרדה ולא לחפוף את התחומים השונים. כל ענף המדגמים הוא נפרד, נותן הגנה מוגבלת הרבה יותר בזמן (15 שנה), מגנים על מדגם חדשני של מוצרים, המבחן הוא משיכת העין- כמה הוא אסטטי. סכסוכים מעין אלו לא עולים הרבה.

יצירות אדריכליות- מוגנות אף הן כיצירה אומנותית:

1. **התוכניות** של היצירה יזכו להגנה **כיצירות ספרותיות**- כל סרטוט ותרשים יקבל הגנה.
2. **המבנה** יוכר **כיצירה אדריכלית** ויקבל הגנה.

לב נ' המשביר- היתה דרישה לאומנותיות בבניין ששאלו האם ראוי להגנה. הפס"ד מדגים כמה לא טוב להיכנס לשיפוטים ערכיים בדיני זכויות יוצרים.

***זילברג (מיעוט)***- ניסה להכריע האם המבנה מקבל הגנה כיצירה אומנותית? הוא אומר שדרוש שהרעיון האומנותי הגלום צריך להיות "לתפוס אותך בציציות" כלומר **שיהא מובהק וניכר לעין ורק ככזה יקבל הגנה**. הוא נותן סטנדרטים גבוהים מאוד, יש בעיה עם שיפוטיים ערכיים בתחום הזה.

***אגרנט (מיעוט)-*** אומר שזה מחמיר מדי ואלו צפיות גבוהות מדי מיצירות אדריכליות. הוא **נותן מבחן אחר-** "יצירה אמנותית היא **יצירה שגורמת הנאה אסתטית ומשקפת את היפה"** אך שוב מדובר על השקפה סוב', לאנשים יש טעם שונה. אנשים יכולים להגיע לשיפוטים ערכיים שונים לפי העולם שלהם, אלו לא סוג השיפוטים שאנחנו יכולים להרשות לעצמנו בעולם של הגנה על זכויות יוצרים.

זכויות כלכליות ומוסריות נותנות ליוצר רשימת זכויות בלעדיות שרק הוא יכול לנצלן. ס' 11 אומר מהי זכות יוצרים- 11. זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן, בהתאם לסוג היצירה...

**הזכויות הכלכליות:**

ישנה רשימה של 7 זכויות כלכליות שניתנות ליוצר. זכויות יוצרים הוא נותן זכות העתקה, עם השנים הגענו למקום האידיאלי שיש ליוצרים זכויות רבות שהגבולות של חלקן אינו ברור ולכן יש קושי להגדיר באיזה מרחב פעולה יכול לפעול בלי לחשוש מהפרה. יצירה נגזרת זה תחום עמום שלא ברור מהן זכויותיו. ס' 11 מגדיר את היצירות הכלכליות:

* 1. זכות העתקה: מפנה אותנו לס' 12-

12. העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות –

העתקה

(1) אחסון של היצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי אחר;

(2) עשיית עותק תלת-ממדי של יצירה דו-ממדית;

(3) עשיית עותק דו-ממדי של יצירה תלת-ממדית;

(4) העתקה ארעית של היצירה.

המחוקק בטעות שכח להסיר את היכולת להעביר יצירות באמצעים טכנולוגיים כיום מותר לצרוב לעצמך דיסק שקנית. ס' זה נועד לפתור גורמי ביניים כמו העברת קבצים באינטרנט.

2. זכות הפרסום- גם היא זכות בלעדית, מדובר על יצירות שלא פורסמו. **יש בלעדיות ליוצר לפרסם את היצירה ואסור לאדם אחר לפרסם אותו.** ס' 1 מגדיר את 'הזכות לפרסום' כפרסום מס' עותקים של היצירה לרשות הציבור ברשותו של בעל זכויות היוצרים. **למעט**: ביצוע פומבי, שידור והצגה לציבור של יצירה אומנותית.

1. פרסום פומבי- חלה לגבי יצירות דרמתיות, ספרותיות, מוסיקליות, ותקליטים. **יצירה אומנותית לא תקבל הגנה על ביצוע פומבי. כל השמעה של היצירה בציבור בין אם במישרין או אותו מכשיר- יקבל הגנה**- קבוע בס' 13 לחוק. המושג 'ציבור'- מהי אותה השמעה בציבור ומהו אותו ביצוע הנחשב לפומבי? פס"ד אגד מדבר על כך.
2. זכות השידור-זכות השידור לגבי כל סוגי היצירות זו גם זכות בלעדית של היוצר. בס' 14 זה מוגדר כ"העברה קווית או אלחוטית של שילוב צלילים ומראות המשודרים לציבור". זכות שידור היא זכות חדשה שהוכרה מפורשות, היא פותרת בעיות טכנולוגיות שניתנות להרחבה להקשרים מודרניים אחרים. היא הוכרה בפסיקה אך לא במסגרת החוק מפורשות. היא קבלה ייחוד בחוק החדש.
3. העמדת יצירה לרשות הציבור- בס' 15 מדובר על זכות חדשה שלא היתה קיימת בעבר, מדובר על פרסום למשל באינטרנט. העמדה לרשות הציבור היא זכות השייכת רק ליוצר. יש להם אפשרות מתי לגשת לאותם תכנים. חשוב להבין שאפשר היום גם להסתדר ללא הס' הזה (כי זה יכל ליפול לס' העתקה יצירה נגזרת או הפרה פומבית), אך בכל זאת באו והכירו בו מפורשות כדי להעצים את זכויות היוצרים. זוהי זכות שנועדה להתמודד עם העלאת חומרים לאינטרנט. ההגדרה שהמחוקק נותן היא העמדה לציבור לפי מועד ובחירתו של היוצר.
4. עשיית יצירה נגזרת- חלה לגבי כל 4 הקטגוריות, חשוב להבין שמדובר בס' 16 על **עשיית כל יצירה מקורית שמבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת.** יצירה חדשה המתבססת על יצירה המוקדמת בזמן. יצרה עמימות לגבי היקף ההגנה. עשיה של יצירה נגזרת לפי ס' 16, היא כל עשיה של יצירה מקורית עצמאית, אך מבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת של יוצר אחר ובהקשר הזה המחוקק נתן דוג' כמו **תרגום של יצירה או עיבוד של יצירה** כמו מספר לסרט וכו'. זו אחת הזכויות שיוצרת בעיות רבות, זוהי הרחבה מודרנית שלא היתה קיימת בעבר ומבטאת את הגישה שמנסה לתת הגנה רחבה וחזקה ליוצרים. הזכות לעיבוד לא אומרת שמה שיצרת אינה יצירה מקורית-אתה יצרת יצירה מקורית אך זה התבצע עם הפרות של זכוי"ו. זה לא פוגע בזכותך לקבל זכוי"ו אך זה לא אומר שהפרת זכוי"ו של אחר. הרבה אנשים יוצרים תוך כדי השראה מאחרים ונשארים על יצירות מקוריות אחרות. יש רכיבים של יצירתיות גם במהלך העיבוד.
5. זכות השכרה- ס' 17- השכרת עותקים פיזיים של יצירה לציבור, לצרכי מסחר-מגבלה: תקליטים, יצירות קולנועיות ותוכנות מחשב. יש החרגה של ספריות ציבוריות ומוסדות ציבור שלא נחשבות למשכירות בהקשר מסחרי. בעבר היתה גם זכות השאילה אך היום הוא הושמט וקיימת רק השכרה.

זכות יוצרים משמיעה זכויות יוצרים ביחס ליצירה או ביחס לזכויות הנגזרות ממנה לפי הרישא של ס' 11. הפרשנות מתייחסת גם לדברים שכמותית מהותיים או מבחינה איכותית יכולה להיות מהותית:

**זכות השיעתוק**:

הזכות הראשונה והחשובה בזכוי"ו ואף היתה היחידה בעבר. הזכות ליצור עותקים היתה הזכות הכלכלית היחידה בעבר והיתה מעין פורצת דרך. בהמשך היו קב' שידול וטכנולוגיות שאילצו את המחוקק להרחיב את החוק של הפרת זכוי"ו. אין לתת לאחרים אפשרות להעתיק את היצירה אא"כ שילמו תמלוגים ליוצר. לפי ס' 12, עשיית עותק של יצירה בכל צורה מוחשית הינה הפרה. ישנם דוג' לרבות 4 מקרים שאותם פעולות יחשבו להעתקה על דרך הריבוי- כלומר, מדובר ברשימה פתוחה:

12. העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות –

העתקה

(1) אחסון של היצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי אחר;

(2) עשיית עותק תלת-ממדי של יצירה דו-ממדית;

(3) עשיית עותק דו-ממדי של יצירה תלת-ממדית;

(4) העתקה ארעית של היצירה. גם אם העותק לא יהיה קיים יותר זה נחשב להעתקה.

כל ההעתקות הללו אם לא היתה הרשאה משתמעת נקראת העתקה. אם ניקח כתבה ונפרסם אותה זו תהיה פעולת העתקה, קריאת העותק אינה נחשבת להפרה. לא משנה אם ההעתקה היא זמנית או קבועה, אם הורדנו תוכנה ומחקנו אותה- זו עדיין נחשבת הפרה.

ס' 26 מנסה לטפל בגורמי ביניים ליצירות שמתרחשות במהלך גלישות של משתמשי קצה באינטרנט. זוהי העתקה זמנית.

26. העתקה זמנית, לרבות העתקה כאמור שנעשתה בדרך אגבית, של יצירה, מותרת אם היא מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת, על ידי גורם ביניים, או לאפשר שימוש אחר כדין ביצירה, ובלבד שאין לעותק האמור ערך כלכלי משמעותי משל עצמו.

העתקה זמנית

אם נסתכל על דברי ההסבר לחוק, נראה שהס' מדבר בצורה מפורשת שהוראה זו נועדה לפטור את כל אותם גורמי ביניים שמתפעלים את האינטרנט ממשתמשי קצה. **אותם גורמי ביניים לא אמורים להיות אחראי לאותם מפרי זכוי"ו בהעתקות שעוברות דרך אמצעי התקשורת**. בארה"ב יש חקיקה שהיא חלק מזכוי"ו אך התקבלה כעצמאית בסוף שנות ה90 שנוגעת **לספקים שעובדים ברשת האינטרנט**. היא נותנת חסינות לאותם ספקים מאותם תביעות הפרות אם מבצעים את תפקידם באופן פסיבי ולא נוטלים חלק פעיל בהפרות ומאמצים נוהל של הודאה בהסרה שמאפשר לנתק משתמשי קצה בנסיבות מסוימות. מהם אותם תנאי פטור של ספקים? החסינות מתקיימת אם עומדים ב4 תנאים מצטברים:

1. שלא יזמו את ההפרה של התוכן המפר אלא **הגיבו באופן פסיבי** לבקשות של לקוחות.
2. אותם ספקים **לא ידעו מראש** על אופיו המפר של התוכן.
3. הם **לא התערבו** בתוכן המועבר בשום צורה. אין מעורבות בשלב העברת התכנים.
4. הם לא **מנעו מבעלי זכוי"ו לעדכן את התכנים ותנאי השימוש בתכנים** לפי בקשות של אותם יוצרים.

כלומר, **כל עוד אתה פסיבי, לא מעורב ולא יודע- אין אפשרות להטיל עליך אחריות**. אותם גורמי ביניים אחראים על העברת האינטרנט בלבד לציבור ולא הגיוני להעניש את כולם. עם אתרים שמארחים תכנים ומשתמשי קצה- שם עשוי להיות הבדל ביחס לאותם גורמים ואז הנוהל שאמצו בארה"ב האומר שאם יש תוכן מפר שעולה לאתר שלך- אם יש פניה מבעלי זכוי"ו בטענת הפרה, יש לך חובה להסיר את אותו תוכן. אין לך חובה לבקר באופן תמידי לעשות איזשהו פיקוח על התכנים אך עליך להגיב על הבקשה ולהסיר. ביו-טיוב למשל עושים את הפיקוח מעצמם, הם מפקחים על התכנים ואם יש תוכן מפר הם מורידים אותו.

**זכות הפרסום:**

הזכות מאפשרת שליטה ליוצר על בחירה מתי לפרסם לראשונה את היצירה. אותה זכות עלתה בעניין קמרון- ראינו שאחד הדברים שהפריעו לקמרון היא חשיפת הטקסט המפוענח עוד לפני שחשף אותה לציבור. היתה חשיפה לקב' חוקרים, אך לא כל חשיפה משמיעה פרסום. יש לבדוק בכל מצב האם זה נחשב לפרסום. הוא הפיץ את המאמר אך הגביל את הנגישות כי הדגיש את החשיבות שלא יפורסם הטיוטה שלו. אותם אנשים פרסמו את הטיוטה לפני שהיתה לו הזדמנות לפרסמה בציבור. זה פגע למעשה ביכולת של קמרון לבוא ולפרסם את היצירה. הדין הישראלי מגדיר בס' 1 לחוק את המונח פרסום: "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;

חייבת להיות הפצה פיזית של עותקים לרשות הציבור. במקרה של החשיפה המוגבלת בקמרון רק לקב' החוקרים-קב' מצומצמת להגדרה מוגבלת של קבלת הערות על הטיוטה ולכן זה לא נחשב לפרסום.

**דוקטורינת מיצוי הזכויות/המכירה הראשונה FIRST SALE DOCTORINE) )** - למוכר יש יכולת בחירה מתי יצירתו תפורסם ראשונה לציבור והוא זה שמחליט מתי כמה ואיך להזרים עותקים נוספים לציבור. אם קניתי ספר ואני רוצה למכור אותו הלאה למחרת-מכירה כזו לא תהווה הפרה. יש שוק ראשוני שלו יש זכות בלעדיות ליוצר, אך ברגע שהיצירה נכנסה לשוק, יש יכולת חופשית לשוק משני-אחרי שהיצירה נקנתה, השוק המשני בבעלות הקונים. יש לנו יכולת מכירה ואין הפרה בלסחור במוצר. ניתן ללמוד מס' החוק שזה אפשרי, יש הוראות שאוסרות סחר בעותקים אחרים של יצירות. עותק מקורי שנרכש במיטב כספינו זו לא הפרה. אין לכך עיגון מפורש בחוק אך זו דוק' ידועה ומקובלת.

**הזכות להשכיר:**

אנשים החלו בעסקים שהשכירו יצירות במקום למכור להם כמו תעשיית השכרת סרטי הוידאו. ליוצר יש יכולת בלעדית ליצור ולהשכיר את היצירה. החשש היה שברגע שיתפתחו שווקים להשכרות זה יפגע ביצירה עצמה-אנשים יקנו פחות, זה יפגע ביוצר ולכן נוצרה זכות ההשכרה המוגבלת לתקליטים, תוכנות מחשב ויצירות קולנועיות. ס' 17 המדבר על השכרה אומר שזה השכרה פיזית לצורכי מסחר למעט השכרה של תוכנת מחשב או תקליט המהווים חלק בתי נפרד מחפץ אחר שהוא המושכר העיקרי. החוק אומר שכל אחת מ3 היצירות הללו תהווה הפרה כלכלית. זה חייב להיעשות לציבור ולצרכי מסחר. יש נסיבות בהן יש מיעוט של סיפא 17א שזה לא יחול בנסיבות מסוימות- למשל השכרת רכב ומותקנת בו תוכנה, הסיפא אומרת **שאם שכרת משהו אחר שהוא תוצר לוואי כמו תקליט או תוכנת מחשב שנמצאות באותו מושכר- זה לא יהווה הפרה של זכות ההשכרה**.

17. (א) השכרה של יצירה היא 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.

השכרה

(ב) לעניין סעיף קטן (א), 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.

**כל השכרת תוכנות מחשב או תקליטים ע"י ספריה ציבורית- לא נחשבת לצרכי מסחר.**

עריית חולון נ' NMC מוסיקה- ספריית עיריית חולון השכירה תקליטי מוסיקה מוגנת. ביהמ"ש **המחוזי** קבע שזה היה לצרכי מסחר ולכן הפר זכוי"ו.

***העליון***- הפך את ההחלטה ואמר שצרכי מסחר מתפרש ע"פ משמעותו היומיומית ופעילות הספרייה לא יכולה להיחשב לצרכי מסחר. הוא מדגיש את המדיניות שרוצה לקדם את הפצת הידע של הציבור, להרחיב נגישות אנשים לציבור וספריה היא גורם קלאסי להפצת ידע ולכן אין ספק שלא מדובר על צרכי מסחר ולכן עוד טרם ההוראה החדשה בחוק נקבע באותו פ"ד **שפעילות של ספריה אינה נחשבת להפרה ולצרכי מסחר**. [הערה: לפיכך, כל אותם עסקים כמו בלוקבאסטר או אתר אינטרנט המאפשר בלצפות בעותק של סרט וזה נעלם אחרי כמה זמן, לא ניתן לעשות אותם ללא תשלום.]

**זכות הביצוע פומבי:**

יש הרבה שאלות ביחס למס' גורמים של ביצוע יצירה- מה קורה כאשר יש יותר מגורם אחד ששילם עלות? האם זה נעשה באופן ישיר או ע"י מכשיר? זכות הביצוע הפומבי אומרת שביצוע פומבי של יצירה זה הצגה/השמעה שלה בציבור. **הזכות הינה ביחס ליצירות קולנועיות, ספרותיות, מוסיקליות ותקליטים אך לא אומנותיות**.

השמעה לציבור- יסוד עשיית מעשה בציבור. נוכל לתת פרשנות לפי ההקשר והנסיבות ומותירים פתח לשק"ד ביהמ"ש. ביצוע של יצירה יכול להיעשות באופן ישיר ע"י אדם שאנשים נמצאים עימו בחדר או ע"י טכנולוגיות מסוימות. ניתן ליצור יצירה ולשדרה בקהל גדול בטלוויזיה- גם זה נחשב לביצוע פומבי. יש פסיקות מחוזיות (אין פסיקה בעליון) שעסקו בשאלת פרשנות לאותה שאלת ביצוע פומבי-זה עלה בהקשרים רבים: השמעת ומסיקה באוטובוס, במעלית, בחדרים בבית מלון. מתי זה ייחשב ביצוע פומבי? אם בבית קפה שומעים מוסיקה שהיא מוגנת, יש להבין שכל אותה השמעה של מוסיקה נחשבת לביצוע פומבי וכל אותם גורמים צריכים לשלם כספים כדי שזה יהיה מותר. בגלל הקושי לעמוד מול כל יוצר יש חברה שאחראית לכך.

בארה"ב ביצוע פומבי הוגדר בשני מצבים:

1. כשהביצוע מיועד לקבוצת אנשים החורגת מהחוג המשפחתי

2. כאשר הביצוע משודר בפומבי

בישראל החוק אינו מגדיר זאת אך ישנם פסקי דין המנסים למקד את ההגדרות:

1. אופי הקהל.
2. האם הביצוע למטרת רווח או מטרה מסחרית.
3. אופי המקום בו בוצעה היצירה (בית פרטי, אולם וכד').

אגד נ' אקו"ם: אקו"ם דרשו תמלוגים עבור מוסיקה שהושמעה באוטובוסים. אגד הפסיקו להשמיע מוסיקה בעקבות כך, הם לא הסכימו לשלם תמלוגים מ2 טעמים: 1. זה היה שימוש פרטי כי הנהג שמע בשביל עצמו 2. מי ששידר כבר שילם תמלוגים על כך- זה יוצר כפל תמלוגים. 🡨 המטרה היתה גם מסחרית כי הנוסעים נהנו ממנה ולכן **השמעת מוסיקה באוטובוס זו השמעה פומבית** ולא נחשב לכפל תשלומים.

פ"ד מספרה- בעל מספרה השמיע מוסיקה מהרדיו- ביהמ"ש קבע שהבעלים חייב לשלם תמלוגים כי גם זה נחשב לביצוע פומבי. אחת הטענות היא שהמשדר כבר שילם לאקו"ם, מדוע גם השומע צריך שוב לשלם? ביהמ"ש אמר שאין כאן כפל תשלום. **תמיד שואלים האם זה חלק מהשרות שלך וזה למטרה מסחרית? בבתי קפה או במספרה זה מנעים את השרות ולכן יש כאן פן מסחרי ולכן אין כאן כפל תשלום**. אין הכרעה כאן יותר משמעותית של הכרעה בעליון.

אקו"ם נ' חברת מלון דבורה- עסק **בשידור תוכניות טלוויזיה בלובי המלון**. ביהמ"ש אמר **שזהו ביצוע פומבי המחייב תשלום**.

בלומארס נ' הסניף הישראלי של הפדרציה הלאומית של תעשיית התקליטים (מחוזי)- האם **שידורי רדיו בחדרים פרטיים** של אורחי בית מלון נחשבת להפרת זכוי"ו? השידורים כללו מוסיקה שמקורם בתקליטים מוגנים, האם זו מהווה הפרה של זכות הביצוע הפומבית שיש בה כדי פגיעה בזכוי"ו? בעלי המלון אמרו שזה השמעה לחדר פרטיים במלון ולכן זה לא פומבי. טענת כפל פיצויים עולה גם כאן.

ביהמ"ש-1. **מטרת האלמנט המסחרי-** חלק מפעילות המלון היא השמעת מוסיקה כחלק ממקור רווחיו ורצונו לשפר את השירות המסחרי-אין ספק שזה ביצוע פומבי. 2. **אופי המקום-** בין אם זה אגפים חיצוניים או חדר פרטי, מלון זה לא בית ונחשב תמיד לפומבי. 3. **אופי הקהל**- האורחים הם זרים זה לזה ואין להם יחסי קרבה ולכן העברת מוסיקה לכל אותם אורחים זה ביצוע פומבי לכל דבר.

**פס"ד אגודת הקומפוזיטורים, מחבריו ומולים למוזיקה בישראל בע"מ (אקו"ם)** התעוררה שאלה באופן אגבי שנדרשו להכריע בה לעניין ביצוע בחדרי בית מלון תוך עשיית שימוש במקלט שסופק ע"י המלון לאורחיו?

**ביהמ"ש**-מדובר בביצוע מעין ביתי, אין פה ביצוע פומבי. בית הדין להגבלים עסקיים מאבחן בין השכרת ציוד לאורחים כמו כאן לעומת שידור בו זמני וריכוזי לכל האורחים (פס"ד בלומארס). ***השיקולים:***

* 1. **מהות הביצוע**- מהי אותה **תרומה** של מציב המקלט להעברת הביצוע והגברתו של אותו ביצוע? בהצבת המקלט בחדר- **תרומת מציב המקלט היא מינורית**, ההתערבות של מציב המקלט והעברת השידור אינה מספיק גדולה כדי להפוך את מעשה מציב המקלט למפר מכוח זכויות יוצרים. דומה להשכרת ציוד ולכן לא נראה אותה כביצוע פומבי.ככל שהצבת המקלט הופכת להיות יותר מתוחכמת ומורכבת כמו חיבורו למס' רמקולים- בנסיבות כאלו, תהיה נטיה לראות בהתערבות מציב המקלט **כהתערבות ממשית שתחשב כהפרה**. במצבים כאלו שיש מעורבות פיזית נאמר שאין פה פעילות שהיא פסיבית בלבד כמו אספקת ציוד אלא השתתפות בביצוע עצמו.
  2. האם יש **פגיעה בזכוי"ו** ע"י המלון- מה הפגיעה בערכה של הזכות שניתנת ליוצר?
  3. **רווח מסחרי-** מה הרווח שצומח לבעל המקלט בהשמעת המוסיקה לציבור?
  4. **אינט' הציבור**- מה האינטרס הציבורי ועד כמה הוא רכיב בהכרעה?
  5. **טענת כפל התשלומים**- אין שום פגיעה בערך הכלכלי של אותה זכות עצמה, כי היוצר כבר קיבל תמלוגים מזה שמשדר. **ביהמ"ש מקבל את הטענה ואומר שהציב בחדר של אורח מקלט ולכן מי ששילם עבור אותו שידור, זה אומר שאני כבר לא צריך כי אחרת יהיה כפל תמלוגים לאותו יוצר**. בשונה מבלומרס שם היה שידור ריכוזי והיתה מעורבות בהעברת השידורים באופן אקטיבי ולכן אין כפל תשלומים וצריך לשלם, באקו"ם המלון היה פסיבי ורק נתן ציוד ולכן ההחלטה היתה שונה-אין הפרה כי שכירת חדר במלון הופכת אותו לביתו הזמני של האדם ויש כאן משהו פרטי-זה כמו נתינת ציוד לשם השכרה.

בארה"ב התעוררו שאלות בהקשרים שונים: בהקשר של האינטרנט וגם בהקשר טכנולוגיות אחרות לגבי ביצועים פומביים. אחד הנושאים הוא לגבי חברות כבלים שנותנות שירות של לקוחות כמו שרותי טלוויזיה ועוד. חלק מהטכנולוגיות היא היכולת להעתיק תוכניות בזמן אמת ולצפות בהם יותר מאוחר.

FOX נ' -Cablevision שאלו מה בנוגע למצבים שבה העתקה נעשית על רשת הכבלים של החברה עצמה שנותנת את השירות במיקום פיזי שאינו בבית הלקוח- האם יש הפרה של זכוי"ו ע"י העתקה של לקוח? העתקת לקוח זהו שימוש הוגן לרוב, אך **האם יש הפרת פרסום פומבי והעתקה כאשר יש אמצעי שמירה דיגיטלי של חברת הכבלים עצמה**? ביהמ"ש קבע בהקשר זה שיש הפרת זכויות של אותה חברת כבלים כי לא מדובר על חברת ארוח בלבד, אין ספק שהחברה לוקחת חלק פעיל בביצוע העתקה וגם בביצוע של התוכנית כי היא מספקת ללקוח את החומר המועתק. כל אותם טכנולוגיות חדשות מעין אלו, בתי משפט אמרו שגם בהקשר שלהם- אותו ארוח של העתקה למרות שהלקוח הזמין את הסרט- **החברה היא זו שמאחסנת את התוכנית ושולחת זאת לבית הלקוח ולכן משתתפת בהפרה.**

**עשיית יצירה נגזרת:**

כל יצירה המתבססת מהותית על יצירה אחרת-יש זכות לבעלים לגבות תמלוגים על עיבודים של יצירתו המקורית. דוג'- ספר שהופך לסרט, שיר שהופך למחזמר, וכדו'. בעיבוד המבוסס על יצירה אחרת- נוצרות זכויות חדשות שעומדות ליצירה החדשה בפני עצמה. גם היצירה הנגזרת מוגנת באופן עצמאי.

ס' 11 (רישא) – הפרה "ביצירה או בחלק מהותי ממנה" – הזכות ליצור עותקים שדומים מהותית, ולכן אפשר לתבוע כאן על הפרה. כל עשייה מקורית שמבוססת בצורה מהותית על יצירה אחרת (כגון תרגום, עיבוד ועוד) תחשב הפרה. אין הרבה פסיקה בארץ. בד"כ מגיעה גם עם תביעה של זכות העתקה בשל החפיפה בין האיסורים.

בית שוקן הוצאת ספרים בע"מ נ' מפלגת העבודה (ת"א)- פרופ' לאור חיבר ביוגרפיה על ש"י עגנון לבקשת חברה מסוימת. לאחר 10 שנים הוא חתם על הסכם עם חברה אחרת לביוגרפיה חדשה על חיי עגנון שפרסם באופן עצמאי. הטענה כלפיו שהפר את הזכות ליצור יצירה נגזרת לפי ס' 16. נשאלה השאלה האם זכות שהמחיתי כבר לאחר- האם מותר לי להפר אותה?

***בנימני***- המבחן ליצירה נגזרת אסורה היא **מבחן הזיקה המהותית בין היצירות ומבחן הזיקה הגלויה ליצירת הבסיס**- **האם ניתן לזהות את היצירה המקורית ביצירה החדשה**? אלו מבחנים הדומים למבחנים הרגילים ביחס להפרה-הפרה מילולית או מהותית. במ"ד, הדמיון בין הספרים לאחר שמשווים את היצירות, היא תולדה ישירה של העובדה שמדובר בביוגרפיה של אדם אחד-בלתי נמנע שהטיפול בדמות הזאת יהיה דומה! הש' בנימיני אומר שאין הרבה יכולת לתמרן בחיי אדם, לא ניתן לשנות ולגוון את קורות החיים שלו והדברים שעשה בחייו. אלו נתונים עובדתיים וההגנה על יצירות שאופיין יותר עובדתי היא מאוד מצומצמת. **לא ניתן לטעון שזו יצירה נגזרת אלא עצמאית ועובדתית והזיקה בינהם מובנית מאליו בשל אופייה העובדתי על בסיס זהה.**

ווינברג נ' ויינסוף- ויינברג שהיה צלם מקצועי צילם את יצחק רבין. ווינסוף עיצב מדליה של יצחק רבין על סמך אותה תמונה שצילם. עלתה טענת יצירה נגזרת-המדליה היתה מבוססת על תמונתו.

***ביהמ"ש***- מנתח ומביא מומחים לערוך השוואה בין התמונה למדליה. **הוא מראה שהיו אלמנטים דומים ומצביע על 6 דברים כאלו**: 1. המבט והבעה 2. הזווית של הפנים- הזווית של הראש יוצרת נק' מפגש בין האף ללחי הימני והוא זהה ב2 היצירות 3. הפרופורציות של חלקי הפנים זהות, הפרופיל 4. הצווארון של החולצה מודגש גם בצילום 5. העמדת השיער 6. קפלי העור זהים. 🡨 לא משנה שזהו היה ציור דו-ממדי ותורגם למדליה תלת ממדית, **למרות שנוצרה יצירה שונה ומקורית- היא נגזרת ונעשתה תוך כדי הפרת זכוי"ו.** בדר"כ קל למצוא דמיון מהותי של יצירה מבלי להיכנס לעניין הפרת יצירות נגזרות.

לדעת ***אורית פישמן-עפורי*** שניתחה היסטורית את זכות הגזירה- אחת הבעיות של זכות הגזירה היא שמהווה מתן הגנה לרכיבי יצירה מעבר לזכות על היצירה בכללותה. אין הגנה כאן רק על רכיבים מילוליים אלא כולל גם הגנת רעיונות ורכיבים רעיוניים של היצירה. בגלל עמימות הזכות וחוסר הנחיה, דמיון מהותי יכול להשתרע גם על רכיבים רעיוניים של יצירות ולגלוש למקרים שאולי בנסיבות אחרות לא היו מקבלות הגנה. **לדעתה, יש לצמצם את הזכות של יצירה נגזרת כי היא יכולה לגלוש למקרים נרחבים מדי הכוללים הגנת רעיונות.**

**הפרה ישירה ועקיפה:**

זהו הנושא החשוב ביותר בהפרת זכויות כלכליות. ס' 47 לחוק החדש בדומה לס' 2 בחוק הישן קובע שכל העושה פעולה בלעדית ששייכת ליוצר-מהווה הפרת זכויות יוצרים אא"כ זהו שימוש מותר המוגדר בפרק ד'.

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

הפרת זכות יוצרים

פ"ד PREMIER נ' פלוני- האם טכנולוגית הזרמה מהווה הפרת זכוי"ו של אחת מהזכויות הבלעדיות ליוצר?

***אגמון גונן-*** המחוקק לא ממש טיפל בהפרות עקיפות.בוחנת מס' זכויות:

1. העמדה לרשות הציבור- זו פעולה שאמורה להיות נגישה לציבור לפי מקום ומועד בחירתו אך הזרמה זה תוך כדי השידור המקורי ולא זמין לפי זמן בחירת הציבור ולכן לא מתקיים.
2. זכות ביצוע פומבי- הזרמה לא נכנסת לזה.
3. שידור- לפי ס' 14 זה לא נכנס כי זו לא העברה קווית או אלחוטית, **שידור לא כולל אינטרנט** (המחוקק מתייחס לאינטרנט בס' 15– העמדה לרשות הציבור, אך מפרש זאת בצורה מצומצמת, באנגליה הזרמה כן נתפס כשידור)

מכאן **שפעולת ההזרמה לא נכללת בהפרת שום זכות ולכן מותרת ולא נתפסת כהפרה**. דיני זכויות יוצרים דואגים לאזן בין צרכי הכלל, יוצרים מקוריים ויוצרים מאוחרים. אי אפשר להיות אדישים לאיזון העדין, אם יש צורך לחזק את נחלת הכלל לא ניתן ליצור הרחבות שהמחוקק לא עשה.

**ה**

שיקולים בבחינת המעשה המפר:

1. האם זו זכות הנתונה באורח בלעדי ליוצר?
2. האם היתה הסכמה מבעל זכות היוצרים לפעולה? כל מקום שיש הסכמה – לא נמצאים בכלל במישור ההפרה.
3. האם הפעולה נעשתה לגבי היצירה כולה או חלק מהותי ממנה? זוהי בדיקה עובדתית.

אחד הדברים הכי חשובים בהפרת זכות יוצרים, זה לבדוק האם יש העתקת כל היצירה או חלק מהותי. אנו דורשים דמיון בין היצירות-עלינו לבדוק עד כמה הן דומות זו לזו. **לצורך הפרת זכויות יוצרים אין צורך בכוונה של המפר להפר את הזכות**.

**Bright Tunes Music v. Harrisongs** - להקת שיפון תבעה את ג'ורג' הריסון מהחיפושיות על הפרת זכויות יוצרים בשל הדמיון בין השיר שלהם לשיר של החיפושיות.

***ביהמ"ש***- כשהריסון יצר את השיר, ההעתקה לא היתה מודעת, נאמר ששאב השראה מלהקת שיפון כי לא היה ראוי לומר שהעתיק, אמרו שלא היה מודע כדי לא לפגוע ביוצר ולומר שאינו יצירתי ולא מסוגל ליצור מבלי להעתיק. יש כאן מעין אמירה מרוככת, אך כשעושים ניתוח של התווים, הרצף והחזרות- רואים שיש דמיון מהותי בין היצירות. אם לא מצליחים להוכיח את אותו דמיון- אז אין הפרה. ביהמ"ש קבע שהיצירות דומות, הניתוח הקלאסי היא שאלת נגישות ושאלה של אותו דמיון מהותי- ככל שהדמיון יהיה רב יותר, שאלת הנגישות תהיה שאלה שפחות קשה להוכיח אותה כי ההנחה היא שההעתקה המדויקת או דמיון משמעותי לא יכול להיות מקרי. לא היתה סמיכות של היצירות אך כאשר נעשתה השוואה בין התווים והרצף רואים שיש דמיון עקבי שלא יכול להיות מקרי, הרבה פעמים יש העתקות מכוונות כדי ליצור פארודיה ורוב הזמן המעתיק יודע שנכנס לשאלת שימוש הוגן. אולם, לעיתים אנשים שומעים שיר ובאופן בלתי מודע מושראים ממנו וביהמ"ש אומר **שגם אם לא הייתה כוונה וזה לא נעשה באופן מודע- זו הפרה.** **הם כן דורשים דמיון מהותי** ובמקרה הזה, מראים שיש דמיון שאינו יכול להיות מקרי: היה כאן רצף שחזר על עצמו 4 פעמים, גם כשמאזינים לשירים יש התרשמות של שירים דומים.

כשאנו בודקים את נושא ההפרה בדין הישראלי, דנים הרבה בהפרת זכות העיבוד-יצירה נגזרת הנסמכת באופן מהותי על יצירה אחרת ואז נדרשת **הוכחת נגישות היוצר ליצירה המקורית**. אם אתה יוצר ידוע לא תהיה לך בעיה בדר"כ להוכיח זאת. במקרה של נעמי רגן היא הכירה את היוצרת המקורית שסיפרה לה על הספר שלה. זה העיד באופן בלתי משתמע ששאבה השראה מהיצירה שלה, ברור לנו שהיתה נגישות למקור ולכן קל להוכיח שהיתה העתקה. ביהמ"ש אומר לגבי יצירות רבות שלא משנה שהיצירה מקורית ועצמאית, זה לא מעלה או מוריד לדמיון המהותי-אנו צריכים לבדוק עד כמה היצירות דומות.

בפ"ד אלמגור ניתחו את שאלת הדמיון המהותי והנגישות- דובר על המחזמר קזבלן. אלמגור היה הפזמונאי שתבע את הצוות שהפיק את המחזה בטענה שכל אותם פזמוני המחזה מבוססים על פזמונים שהוא כתב. המחוזי קבע שלא היתה הפרה לגבי הפזמונים המסוימים שעמדו לאותו פס"ד.

***בעליון***- הופכים את ההחלטה חלקית-נותנים כללים מתי יש הפרה:

* 1. אם 2 יצירות דומות אך הוכח שנוצרו באופן בלתי תלוי **והשניה נעשתה באופן עצמאי- היצירה השניה לא תחשב כמפרה** ותקבל הגנה.
  2. נק' הדמיון בין 2 היצירות- **ככל שיש מס' נק' דמיון רב יותר בין היצירות כך נוכיח שיש העתקה** ולא נראה את היצירה כעצמאית.
  3. **צריך להוכיח שההעתקה הינה מהותית וממשית**.
  4. ביהמ"ש מקבל את הטענה שלפעמים יש הגבלות אינהרנטיות של יכולת הביטוי בהקשרים שונים. לפעמים טיפול בנושא מסוים מצריך שימוש בכלי ביטוי שונים שאין אפשרות לבטא את אותם דברים אחרת. יש הגבלה על יכולת הביטוי שלנו וטיפול בנושאים מסוימים ולכן בנסיבות מסוימות הדמיון הזה הוא לא דמיון שנובע מההעתקה בהכרח. **אם יש מגבלות על מס' דרכי הביטוי על רעיון- ביהמ"ש מודע לכך ויטו לומר שאין הפרה אך יש להבין שטענה זו תהיה חלשה** כאשר מדובר על יצירה מקורית בתחום האומנות והספרות. ככל שיש דמיון רב יותר אם זה שיר או ספרות יפה- יותר קשה לטעון שיש דמיון על כלי העבודה באופן הביטוי של אותם יצירות.

בהקשר הזה, כשביהמ"ש מיישם את העקרונות למקרה המסוים הוא מסתכל על 3 שירים דומים וקובע שהיתה כאן הפרת זכוי"ו. באותו פס"ד היה ניתן למנוע שאלות כאלו אם אותו פזמונאי היה ממחה את אותם זכויות דרך חוזה. לא היו צריכים להיקלע לדיון הזה בכלל על זכויות כלכליות אם היו מונעים זאת ע"י עיצוב העסקה בדרך כזו שתתן זכויות כלכליות מראש לאלמגור.

עוד טענה שהעלו הנתבעים- טענו כי היו מוגבלים ביכולת לשכתב את השירים במחזה (למשל בשיר "כל הכבוד") כי אלו הוכנו לפי תבנית המחזה. העליון קבע כי ככול שמדובר בעניין יותר אומנותי ופחות טכני- לא תעמוד טענה זו של מוגבלות המחזה, אולם אם היה עניין טכני היא היתה עומדת.

אחימן- ביהמ"ש אומר שהיתה יצירה עצמאית. כשמסתכל על טבלאות חישוב המס, עובדתית משרד האוצר הראה שיצרו את אותן טבלאות לחישוב מס בשלב מוקדם לפני שקיבלו את הטבלאות לידיהם, ולכן **הדמיון הוא תוצר של יצירה עצמאית ולא העתקה**. לפעמים הדמיון ליצירה שלישית אחרת יכולה להיות יצירה שנמצאת בנחלת הכלל ואז הטענה היא שנשענתי על יצירה אחרת ומקור הדמיון הוא לאו דווקא מיצירה שלך אלא מיצירה שנמצאת גם ככה בנחלת הכלל ולכן אין כאן הפרה. אם אתה יכול להראות שהדמיון מקורו ביצירה שלישית בנחלת הכלל ולא מהראשונה- זו תהיה הגנה טובה.

כשמנתחים הפרות יש 2 בחינות: בודקים נגישות ודמיון מהותי כפי שאמרנו. במדליה של רבין עשו ניתוח השוואתי בין המדליה לבין התמונה. ישנם מס' גישות לניתוח:

1. גישת הסינון- מסננים **מהיצירה המקורית את כל אותם אלמנטים שאינם ראויים להגנה ולאחר הסינון כמו רעיונות, סצנות שגורות, ביטוי שגור-רק אז ניתן להשוות בין היצירות**. זוהי **גישה ששגורה בדין האמריקאי**. אחת הטענות נגד אותה גישה שהיא מחמירה מדי- אם נסנן את אותם אלמנטים לא מוגנים, אנו מפחיתים מהיצירה עצמה. יש משהו מלאכותי בין ההפרדות האלו ולעיתים סידור רעיונות לא מוגנים של רצף מסוים היא מגנה על הרצף המסוים הזה ותחשב להעתקה של הרצף.
2. הגישה הטוטאלית- **נהוגה בארץ,** **השוואת כל האלמנטים ביצירה ליצירה המקורית.** מנסים להתרשם מכלל היצירה בלי להסיר אלמנטים לא מוגנים.

בפס"ד מפעל הפייס –גישה טוטאלית. עסק בהעתקת סצנות מהסרט של צ'אפלין***.***

***טיריקל-*** אומר **שהגישה הראויה יותר היא הגישה שבודקת את היצירה בכללותה-גישה טוטאלית**, ואומר שפרוק סיטואציות מורכבות לרכיבים שלהם היא דרך יעילה לבחון סוגיות משפטיות אך זה לא יהיה הדין בכל מקרה. יש מצבים בהם יש יצירות שהן מורכבות ולעיתים ההתרשמות הכוללת מהיצירה כולה על מכלול רכיביה עדיפה על גישה שמפרקת אותן לרכיבים ומסננת. כאשר ביהמ"ש בוחן את היצירות, למרות שהסצנות היו קצרות מסרטו של צ'אפלין, **לקחו סצנות מהותיות שהיו לב היצירה ולכן הדמיון הוא מהותי** אך אין פה העתקת סצנות נרחבות מאותם סרטים- זה עומד במבחן העתקה של זכויות יוצרים. ביהמ"ש אומר באופן עקבי שכשאשר בוחנים הפרה, יש להבין שבנסיבות מסוימות **אם יש יצירה שאופיה יותר טכני או אופיה יותר עובדתי, היקף ההגנה עליה או הדמיון שידרש יהיה הרבה יותר רב ומדויק.** תידרש העתקה מסיבית יותר כדי למצוא הפרה.

סטרוסקי -**ככל שביצירה עצמה תהיה פחות יצירתיות ויותר קל להעתיק אותה ללא מאמץ- נצפה להעתקה נרחבת יותר כדי לבסס הפרה**. אם יש יצירה עובדתית או היסטורית, לא נסתפק בדמיון של העתקת עובדות בלבד, אלא נדרש להראות שהרצף דומה וכו' כדי לבסס הפרה. אם מדברים על עובדות יצירתיות שיש בהם יותר מהדמיון- שם ההעתקה תהיה רחבה יותר.

גולדנברג נ' בנט- ביהמ"ש מזכיר ודן בשאלת הפרה של זכויות יוצרים. תיק קלאסי על העתקה בין 2 יצירות מאוד דומות. היה מחזמר 'שירת המקהלה' שהעתיק ממחזמר 'חיידק הבימה'. השאלה היתה אם יש הפרה. זה הגיע לעליון שם ***שמגר*** נדרש לבחון האם היתה העתקה. הוא מצליח לזהות דמיון בהרבה מישורים בין 2 היצירות ומדגיש שגם אם לקחנו רעיונות, אם לקחנו אותם ברצף המסוים- עדין תהיה הפרה של זכויות יוצרים. **לא חייב להיות דמיון ברמת הטקסט, כל עוד הרצף דומה, הדברים שמתרחשים וכו'-נוכל לבסס על כך הפרה.**

דרישות הפרה:

1. יש **דמיון מהותי** בין היצירות, לא חייב להיות גדול. הדמיון חייב להיות דמיון שלא מקרי, אותה השוואה בין היצירות ובדיקת נק' הדמיון-ככל שהדמיון רב יותר לא נצטרך להוכיח אפילו נגישות כי נניח שיש גישה ליצירה הזו.
2. **נגישות**- ההשראה אינה מקרית, יש סמיכות והיצירות תלויות זו בזו.

טענות הגנה:

1. נוכל לטעון שהיצירה **אינה ראויה להגנה מלכתחילה**.
2. טענה של **יצירה עצמאית** למרות שלא התקבלה וקשה לבסס אותם.
3. **העתקה ממקור אחר שנמצא בנחלת הכלל**.
4. **שימושים הוגנים**.

**הפרות עקיפות:**

כל נושא הפרות עקיפות מוסדר רק בצורה חלקית ולא מלאה. בחוק החדש יש 2 ס' מרכזיים- ס' 48-49:

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:

(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 מפרט שורת מעשים שיהוו הפרת זכויות יוצרים. אם היה אדם אחר שהעתיק זכויות יוצרים-יש פרוט שמי שעושה את הזכויות הבאות יהווה הפרה:

1. אדם שהשכיר או העמיד למכירה יצירות מוגנות.
2. אדם שהחזיק לצורך מסחרי
3. אדם שהפיץ באופן מסחרי
4. אדם שהציג לציבור באופן מסחרי
5. ייבא דברים לישראל ללא שימוש עצמי.

ס' זה דומה לס' אחר בחוק הישן אך אין חידוש בחוק החדש לכך.

ס' 49 מרחיב את האחריות גם למצבים של ביצוע פומבי, עוסק באחריות של בעלי מקום בידור ציבורי.

49. המרשה לאחר, למטרת רווח, שימוש במקום בידור ציבורי לשם ביצוע פומבי של יצירה, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן לא ידע ולא היה עליו לדעת שהביצוע מהווה הפרה כאמור; לעניין זה, "מקום בידור ציבורי" – מקום המשמש למופעי בידור ותרבות, לרבות אולם שמחות, גן אירועים, מסעדה, בית קפה או מועדון.

ביצוע פומבי במקום בידור ציבורי

אם יש אדם שמחזיק במקום בידור ציבורי ומרשה לאדם אחר לעשות שימוש באותו מקום (כמו באולם שמחות) ואותו אדם מציג יצירות מפרות ולא משלם תמלוגים ומפיץ יצירות ללא רשות-זאת תהיה הפרה גם ע"י בעל המקום, אא"כ לא ידע ולא היה עליו לדעת שהביצוע מהווה הפרה.

הנושא של אחריות עקיפה זה אחד הנושאים של תביעות בגין הפרות. 2 הס' לעיל מתייחסים לסיטואציות של הפרות. יש להבין ששני הס' האלו בעבר היתה פסיקה שהרחיבה אותם גם בלי שהיתה החקיקה שעסקה במצבים אלו מפורשות. היו פסד"ים שעסקו באחריות בעלי אולמות:

הפדרציה הישראלית נ' אולם אטלנטיס נשר- בעל אולם שהשמיע מוסיקה מוגנת. **אותם בעלי אולמות מפיקים רווח מכך ולכן לא יכולים לטעון שלא היתה כאן הפרה**. ביהמ"ש אמר שבמצב הזה ש**היתה הפרה עקיפה של אותו בעלי אולם** שהיה מושכר בגין אותה הפרה.

הפדרציה הישראלית נ' גן הפקאן (2007)-השמעת מוזיקה ע"י תקליטן באולם שמחות מהווה הפרה עקיפה של בעל האולם, כמי שהרשה הפרה לתועלתו הפרטית-כלכלית. ביהמ"ש דחה טענה בדבר היעדר קהל פומבי- מרבית המוזמנים, גם אם קשורים בקשרי משפחה וחברות, עדיין אין המדובר בהשמעה ביתית סגורה. **על בעל האולם לוודא שהתקליטן (ומי שפועל בשטחן) בעל רישיון מהגופים המתאימים והוא משלם תמלוגים. הדרך לטפל בכך היא בצורה חוזית**.

במציאות של החוק הישן לא התבצעו הרבה בשאלות הפרות עקיפות. הדברים השתנו והקושי הגדול בשינויים הטכנולוגיים הוא לרדוף אחרי כ"כ הרבה משתמשים המפרים זכויות יוצרים. **דוק' הפרה עקיפה יצרה אחריות על גורם ביניים אחר שמנסה לשנות את האחריות המשפטית של אותו גורם ביניים.** עד כה עשו זאת בצורה די מוצלחת. כל אותה אחריות שילוחית ותורמת בהפרות יוצרים בעיקר בארה"ב בתי משפט אמריקאים העלו דיני קניין אחרים- 2 הדוק' שהוכרו בארץ, הוכרו מכוח דין ולא מכוח זכויות יוצרים.

בשוקן- מדבר על 2 סוגי ההפרות שהעליון מכיר בהם:

1. הפרה תורמת או אחריות תורמת- כאן מדובר על מצב שאדם **מפתה, מדיח או תורם משמעותית** להפרת זכויות יוצרים של אדם אחר. זה נעשה בדר"כ תוך ידיעה להפרה.
2. הפרה או אחריות שילוחית- הפרה שבה יש **לאדם יכולת לפקח על פעילות מפרה** ומעבר לכך שיש לו יכולת פיקוח הוא גם **מפיק רווח כספי מהפעילות עצמה**, מאותה פעילות מפרה. מצב קלאסי של פעילות שילוחית מוזכרת גם בפ"ד שוקן-אדם שמשכיר לאחר דוכן למכירת מוצרים, ואותו אדם מוכר דברים שמפרים את זכויות היוצרים.

בדר"כ אתרים שמנסים לתבוע אתרים אחרים מנסים לתבוע כיס עמוק כמו אתר גדול שנותן פלטפורמה לאנשים להפר. **הרדיפה אחרי אנשים נעשה דרך גורמי ביניים ולא משתמשי קצה**: אוניברסיטאות, קולג'ים ומקומות שמאפשרים לשתף קבצים אלו כיסים עמוקים שבדר"כ תובעים אותם. מעדיפים ליצור אחריות יותר משמעותית מאשר לתבוע יחידים.

פס"ד סוני- הראשון שהתמודד עם הפרה עקיפה. סוני פיתחה את טכנולוגית הוידאו שהיה מאוד חדשני ואפשרה הקלטת תוכניות וסרטים. אולפני הקולנוע נלחצו ואמרו שזה ימנע הפקת רווחים מסרטי הקולנוע וצפו שזה עתיד להפר את הזכויות שלהם. הם אמרו שתוך כדי הפצת המכשיר זה תורם בעקיפין להפרת זכויות יוצרים.

***העליון האמריקאי****-* אמר **שאין כאן אחריות עקיפה של אותה הפרה**. **לטכנולוגיה יש מס' שימושים ויכולה גם לשמש לשימושים כשרים שלא מפרים**. אם יש לה אפשרות לפעילות חוקית נשקול זאת שוב למבט צופה עתיד. אחת הטענות נ' הצרכנים הביתיים היא שהעתיקו יצירות שפספסו כדי שיוכלו לצפות מאוחר יותר-ביהמ"ש אמר שזהו שימוש הוגן. כל תהליך time shifting- כל אותם העתקות למאוחר יותר היא פעילות לשימוש הוגן, הפוטנציאל של הטכנולוגיה הזאת היא גם לפעולות חוקיות. אנו בודקים את המכשור שאתה מפיץ, האם יש כאן אחריות תורמת? **אין אחריות תורמת כאשר אותו מכשיר שהפצת משמש לדברים חוקיים גם ולא היתה להם אחריות תורמת לדברים הלא חוקיים.**

פ"ד נאפסטר- תעשיית המוסיקה תבעה את אתר שיתוף הקבצים "נאפסטר". אנשים שמורידים ומשתפים תוכן זוהי הפרה קלאסית של יצירה. בדר"כ לא אוהבים לרוץ אחרי יחידים ובאמת הפסיקו מדיניות זו ב2003. הם מעדיפים לרדוף אחרי גופים גדולים כאוניברסיטאות שיש להם הרבה משתמשי קצה שניתן לשלוט עליהם (שוקן). נאפסטר נתבעה על **הפרה עקיפה ותורמת ואף שילוחית** בגין אותם שירותים שהציעו באתר המסוים שלהם. הם אפשרו לאנשים להעביר קבצים בין משתמשים,אפשרו לגשת לקבצים של אנשים אחרים ולהעתיק משם שירים ולעשות חיפושים אחרי הקבצים הללו. חלק ניכר מפעילות האתר היתה ללא ספק פעילות בלתי חוקית. יש הרבה שימושים חוקיים שנעשה שימוש בתוכנות לשיתוף יוצרים כמו פרסום ספר בנחלת הכלל או שיתוף בהסכמה אך כולל גם דברים המהווים הפרה.

***ביהמ"ש-*** ידע שיש אנשים שמפרים באופן ישיר, יש לאתר יכולת לדעת מה מתרחש באתר ויודעים טוב שהוא מפר. **הם תרמו באופן מהותי לאותם הפרות ישירות, ספקו תוכנה שמשמשת אותם להפרה, ולכן בעלי אחריות.** ללא אותה תוכנה כל פעילות אותם מפרים ישירים- לא היתה אפשרית. התרומה המשמעותית לאותה הספקת התוכנה, **היתה פה גם אחריות שילוחית כי היא פקחה על האתר שלה וגם הרוויחה מכך כסף**. בנוסף, יכלה להפסיק פעילות באתר כשרצתה, העיצוב הטכנולוגי אפשר לה לשלוט על מה שקורה ויכלה להוריד תוכנה או לבלום תכנים מפרים אך לא עשתה זאת.

הערה: תגובת נגד למהלך הזה היא שחברות העתיקו את המודלים העסקיים שלהם לפעילות שאפשרה להרבה יוצרים להיחשף כמו I-tunes וכו' שאפשרו למשתמשים לצרוך מוסיקה גם באופן חוקי. גם פ"ד נאפסטר לא הצליחה להלחם עד הסוף בשיתוף קבצים.

MGM נ' גרוקסטר- גרוקסטר הינו אתר לשיתוף קבצים. כדי להמנע מקבלת אחריות על ההפרה, הם עיצבו את האתר שלהם בצורה כזו שתהיה להם פחות שליטה ופיקוח ומעורבות במה שאנשים משתפים קבצים. בשונה מנאפסטר שעשתה הכל דרך שרתים פנימיים והיה להם שליטה על מה שנעשה באתר, גרוקסטר אפשרה שיתוף שלא דרך שרתים מרכזיים. בדומה לנאפסטר, התוכנה היתה חינמית אך היא היתה יותר מבוזרת טכנולוגית. אין ספק שהחברה ידעה שנעשה שימוש בתוכנה שלה למטרת הפרות זכויות יוצרים, היתה הפרה של תכנים לא מוגנים.

***ביהמ"ש***- שאלו דוק' מדיני הפטנטים- **דוקטורינת ההדחה** אך עשו זאת בצורה לא כ"כ טובה. הם מאמצים את דוק' ההדחה במסגרת ההפרה התורמת ואומרים **שמי שמפיץ תוכנה במטרה לעודד אחרים לעשות שימוש מפר בין היתר של זכויות יוצרים, יהיה אחראי בגין הפרה של זכויות יוצרים.** ביהמ"ש אומר שצריך אינדקציה לפעילויות אקטיביות שמעידות על הרצון שלה שיעשה שימוש בתוכנה שלה למטרות הפרה. ביהמ"ש מסתכל על פעילות החברה ואומר שהיו אינדיקציות ברורות שהתוכנה ניסתה להדיח אחרים להפר זכויות יוצרים:

1. החברה הציגה עצמה לקהל הצרכנים בכך שאמרה שהיא תחליף חדש לנאפסטר.
2. החברה ידעה והיו מסמכים שהעידו על כך שידעו באופן פנימי גם בתוך החברה שנעשה שימוש בתוכנה שלהם להורדות לא חוקיות, ולמרות זאת לא נעשו לפתח מנגנונים באתר שימנעו הפרות. החברה היתה פסיבית לעניין פיתוח טכנולוגיות מפרות.
3. האתר הרוויח בעיקר מהפרסומות. כדי שהיא תהנה מהרווח מהפרסומות, החברה היתה יוצרת קשר עם משתמשי קצה ובכך שעודדה אנשים להשתמש בתוכנה- הרוויחה כסף מהצפיה בפרסומות.

למרות שהשליטה שלהם יותר מוגבלת מנאפסטר, ע"י האינדקציות לעיל בימה"ש מרחיב את האחריות ואומר **שאם לא מנעת את אותן הפרות למרות שידעת על כך- זוהי אינ' ברורה לכך שהפרת זכויות יוצרים**. תמיד מנסים לתקוף אתרים ועושים זאת בהצלחה, אך הם עדיין קיימים ולא מצליחים להלחם בהם בצורה מושלמת.

פ"ד שוקן נ' האונ' העברית- סטודנטים באונ' העברית צלמו ספר במוגן בזכוי"ו ומכרו עותקי צילומים לסטודנטים אחרים.הסטודנטים היו מזוהים עם מפלגת העבודה ולכן בחן את האחריות של מפלגת העבודה וכן את אחריות האונ' להפרה כי הופץ בחדרי הרצאות האונ'.

***ריבלין***- מדוע מוצדק להטיל אחריות תורמת? הוא מזכיר 2 דברים- את המקרה של האולם שמחות ואומר שהיו רמזים להפרה תורמת בחוק וגם מסובב זאת על דיני הנזיקין על אחריות תורמת לפי ס' 12 לפקנ"ז ואומר שגם דברים מחוץ לפקודה חלה עליהם דוק' הפרה תורמת. מקרים כאלו של הפרה תורמת יהיו רלוונטים. התנאים להוכחת הפרה תורמת:

1. העותק צריך להפר **חלק מהותי** מהיצירה נשוא זכות היוצרים-הפרה ישירה כלשהי.
2. ניתן סיוע להכנת עותק מפר של זכות היוצרים-**תרומה משמעותית** לביצוע ההפרה.
3. **ידיעת** בעל המקרקעין/ המחזיק בהם, שבתחומו מבוצעת ההפרה, על דבר ביצועה.
4. **אי מניעת** ביצוע ההפרה/ אי נקיטה באמצעים שיש בהם כדי למנוע ההפרה מקום שניתן למונעה.

ביהמ"ש מכיר בכך שהיוצר משקיע משאבים ולכן יש לתגמל אותו באותם דברים. הכרה בדוק' אחריות מתחייבת כדי להגן על אינט' אותם יוצרים. יש חשיבות להגן על יוצרים בעיקר בעידן בו יש משתמשים אנונימיים והפרות יותר נרחבות במיוחד בנסיבות כאלה. ביהמ"ש הפך את החלטת המחוזי בשוקן ויוצר הבחנה בין מפלגת העבודה לאונ' עצמה:

* המפלגה- אפשרה את צילום הספר והפצתו ותמכה בתא המפלגה באוניברסיטה-יש תרומה משמעותית וידיעה ולכן ישנה הפרה תורמת עקיפה.
* האוניברסיטה- לא ידעה בפועל על ההפרה, היא ידעה באופן כללי אך לא על כל ההפרות הספציפיות. הם לא התאמצו למנוע פעילות מפרה בשטחם, במחוזי נאמר שמעורבות האונ' היתה גבוהה כי ידעו שזה קורה ולכן תרומתם היתה משמעותית, אולם ריבלין בעליון הופך את ההחלטה משום 2 טענות עיקריות:

1. בשטח האונ' יכולים לקרות הרבה דברים ולכן קשה לבסס את התרומה הישירה שלה כי **אין לה** **שליטה אפקטיבית** בהם.
2. מעבר לכך, מתייחס לפן הכלכלי ואומר שזה יצמיח **עלויות גבוהות** מדי לפקח על הסטודנטים.

ההפרה יכולה להיות ישירה או עקיפה ויש תמיד לעשות הבחנה בין אחריות תורמת לשילוחית, לבוא ולבדוק את התנאים ולראות אם היתה תרומה משמעותית. הבחנה לדוג' בין מקרים כמו נאפסטר וגרוגסטר בהם היתה אחריות לבין מקרים שיכולת הפיקוח היו דלות.

**הבעלות הראשונית ביצירות:**

ישנם ס' בחוק זכויות יוצרים החדש שמסדירים את השאלה למי יש זכויות יוצרים-33-37 לחוק:

33. בכפוף להוראות פרק זה –

הבעלים הראשון של זכות היוצרים

(1) היוצר של יצירה הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה;

(2) המפיק של תקליט הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים בתקליט.

ס' 33- קובע את הכלל שיוצר היצירה הוא בעלי הזכות הראשונית לזכויות יוצרים. זהו כלל פשוט וקל ליישום.

34. מעביד הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה שנוצרה על ידי עובדו לצורך עבודתו ובמהלכה, אלא אם כן הוסכם אחרת.

יצירה שנוצרה בידי עובד

ס' 34- יצירות שנעשו ע"י עובד. הכלל שנקבע הוא שמעביד הוא בעלי זכוי"ו ביצירה ע"י עובדו, זה צריך להיות לצורך עבודתו אלא אם כן במהלכה הוחלט אחרת. זהו סייג- הזכויות הם של העובד אא"כ הם מסכימים על מצב אחר.

35. (א) ביצירה שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה, כולה או חלקה, הוא היוצר, אלא אם כן הוסכם אחרת בין המזמין והיוצר, במפורש או במשתמע.

יצירה מוזמנת

יצירה מוזמנת- הבעלים הראשונים הוא **היוצר** אא"כ הוסכם אחרת במפורש או במשתמע.

(ב) ביצירה שהיא דיוקן או צילום של אירוע משפחתי או של אירוע פרטי אחר, שנוצרה לפי הזמנה, הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה הוא המזמין, אלא אם כן הוסכם אחרת.

(ב) בדיוקן או בצילום אירוע משפחתי-הבעלים הראשון הוא ה**מזמין** אא"כ הוסכם אחרת. אם הזמנתי אדם שיצלם את האירוע שלי, המזמין הוא היוצר הראשון ולא מי שצילם את הארוע.

36. המדינה היא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה שנוצרה או שהוזמנה על ידה או על ידי עובד המדינה עקב עבודתו ובמהלכה, אלא אם כן הוסכם אחרת; לעניין זה, "עובד המדינה" – לרבות חייל, שוטר, וכל נושא משרה או בעל תפקיד על פי חיקוק במוסד ממוסדות המדינה.

בעלות המדינה ביצירה

ס' 36- **בעלות המדינה ביצירה**-המדינה נחשבת לבעלים ראשון לזכות יוצרים ביצירה שהוזמנה על ידה או ע"י עובדי המדינה אא"כ הוסכם אחרת. כל דבר שהמדינה יצרה או הזמינה מאחרים יחשב ליצירה שהמדינה היא בעליה הראשונים. למשל, אם המדינה הזמינה כתיבת דו"ח- היא תהיה בעלת זכויות היוצרים עליה. הוא הדין ביחס לכל דבר אחר שהזמינה.

ס' 37- עוסק **בהענקת רישיונות**-בכל מצב שמישהו רוצה להעניק לאחרים רישיונות או להעביר לאחר את זכותו ביצירה. לדוג', להרשות לאחר לתרגם את היצירה ואז צריך רישיון.

37. (א) זכות יוצרים ניתנת להעברה בחוזה או על פי דין, ורשאי בעל הזכות לתת לגביה רישיון ייחודי או רישיון שאינו ייחודי.

העברת זכות יוצרים והענקת רישיון

ניתן או לתת את כל הזכות ואז אני יוצא מהתמונה או לתת רישיון. ישנם 2 סוגי רישיונות:

1. רישיון ייחודי- רק לאדם מסוים יש רשות לעשות יצירות נגזרות.
2. רישיון לא ייחודי- יכול להיות כלפי כל אחד.

(ב) העברת זכות היוצרים או מתן הרישיון, כאמור בסעיף קטן (א), יכול שיהיו לגבי זכות היוצרים, כולה או חלקה, וניתן להגבילם למקום מסוים, לתקופה מסוימת או לעשיית פעולה מסוימת ביצירה.

יש לנו חופש ליצור כל סוג רישיון שאנו רוצים-רישיון ייחודי או העברת כל הזכות.

(ג) חוזה להעברת זכות יוצרים או למתן רישיון ייחודי לגביה, טעון מסמך בכתב.

יש דרישה בכתב למתן זכויות יוצרים או רישיון ייחודי. לא ניתן להעביר אם זו לא העברה בכתב.

(ד) בסעיף זה, "רישיון ייחודי" – רישיון המעניק לבעליו זכות ייחודית לעשות פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, כפי שנקבע בו, ומגביל את בעל זכות היוצרים מלעשות ומלהרשות לאחר לעשות פעולה כאמור.

ס' 38-42 מסדירים את המצבים של תקופת זכויות היוצרים:

38. זכות יוצרים ביצירה תהא למשך חייו של היוצר וכן שבעים שנים לאחר מותו, בכפוף להוראות פרק זה.

ס' 38-תקופת ההגנה של זכויות היוצרים: חיי יוצר +70 שנה אחרי מותו.

39. זכות יוצרים ביצירה משותפת תהא למשך חייו של היוצר האחרון שנותר בחיים, מבין היוצרים במשותף של היצירה, וכן שבעים שנים לאחר מותו.

תקופת זכות יוצרים ביצירה משותפת

עוסק בשאלה של משך חיי ההגנה של יצירה שנוצרה ע"י יוצרים משותפים. כדי שתחשב היצירה למשותפת חייב להיות יותר מיוצר אחד. חייב להיות קושי להפריד בין תרומות של היוצרים- כל אחד תרם ליצירה. אנשים פותרים בדר"כ את הכל חוזית ברגע שיש שיתו"פ ולכן אין הרבה סכסוכים כאלה. משך ההגנה ביצירה משותפת היא כמו בס' 38 אך לגבי האדם האחרון שמת.

40. לא מופיע על יצירה שמו של אדם כיוצר היצירה ויוצרה אינו ידוע בציבור, או שמופיע עליה שם בדוי של אדם שזהותו אינה ידועה בציבור, תהא זכות יוצרים ביצירה לתקופה של שבעים שנים מהמועד שבו פורסמה לראשונה; לא פורסמה היצירה עד תום שבעים שנים ממועד יצירתה, תהא זכות היוצרים בה לתקופה של שבעים שנים ממועד יצירתה; ואולם אם גילה יוצר היצירה את זהותו לציבור, במהלך תקופת זכות היוצרים כאמור, יחולו הוראות סעיפים 38 או 39, לפי העניין.

תקופת זכות יוצרים ביצירה שפורסמה בעילום שם

אם לא יודעים מי היוצר אז 70 שנים מיום הפרסום שלה.

41. זכות יוצרים בתקליט תהא לתקופה של חמישים שנים ממועד יצירתו.

תקופת זכות יוצרים בתקליט

42. זכות יוצרים ביצירה שהמדינה היא הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה לפי הוראות פרק ה', תהא לתקופה של חמישים שנים ממועד יצירתה.

תקופת זכות יוצרים ביצירה של המדינה

אם מדובר ביצירה של מ"י- היא לא מוגנת לפי חיי העובד אלא 50 שנה מאז שהיא נוצרה. הסיבה היא שהבעלות הראשונית היא של המדינה ולכן היוצר הוא לא פונקציה של הבעלות ומכאן גם לא רלוונטי לחיי ההגנה.

43. תקופת זכות היוצרים ביצירה תסתיים ב-31 בדצמבר של השנה שבמהלכה אמורה לפקוע הזכות לפי הוראות פרק זה.

סיום תקופת זכות יוצרים

מוצע לקצר את משך ההגנה כי הציבור מימן בדר"כ את יצירת אותם תכנים ויש אינט' שיפלו לנחלת הכלל בשלב יותר מוקדם.

**זכויות מוסריות:**

* ס' 45-55- קובעים אילו זכויות מוסריות יש לנו
* ס' 50-55- מדברים על הפרה של זכויות מוסריות

🡨חשוב להבין שזכויות אלו לא עבירות.

פרק ז': זכות מוסרית

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

הזכות המוסרית – זכות אישית

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

ס' 45- ליוצרים של כל יצירה בין אומנותית, דרמתית וכו'- יוצר יצירה מהותית יש זכות מוסרית למשך תק' זכות היוצרים **למעט תוכנת מחשב**- שם המחוקק לא מכיר בזכויות מוסריות.

45(ב) הזכות היא בלעדית ואינה ניתנת להעברה. גם אם ממחים רשיונות ונפרדת מהזכויות הכלכליות, אין יכולת להעביר את הזכויות המוסריות.

46. זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכות היוצר –

זכות מוסרית מהי

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

(2) כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר.

ישנן 2 זכויות מוסריות:

1. **זכות ההורות**- זכות שהיצירה תקרא על שמו
2. **זכות לשלמות היצירה**-יכולת לשלוט בסילופים או כל שימוש אחר ביצירה רק אם זה פוגע בשמך או בכבוד היוצר.

הרציונאל לזכויות מוסריות: לא קיימות בארה"ב אלא קיימות שם במתכונת יותר מצומצמת. הרציונאל הוא אישיותי. לקחנו משיטות קונטיננטאליות את הקשר החזק בין היוצר ליצירה שהאמריקאים לא מכירים בקשר החזק לעיל. כשמסתכלים על זכויות מוסריות מסתכלים על אותו קשר אישיותי. היצירה זו מעין הרחבת האישיות של היוצר ועל כן זכויות אלו לא עבירות כי לא ניתן להעביר אישיות.

**הערה חשובה**: ס' 1- ס' ההגדרות: זכות יוצרים מוגדרת כמשמעותה בס' 11- כלומר זכויות כלכליות בלבד. כל הנושא של בעלות בזכויות יוצרים של בעלות ביצירה מתייחסת רק לזכויות כלכליות. בגלל ההגדרה בס' 1 בעלות ראשונית ביצירה הינה ביחס לזכויות כלכליות בלבד. זכויות מוסריות תינתנה למי שיצר את היצירה בפועל- זה שצייר, צילם- כלומר ה**עובד**. לפי ס' 45 רק לעובד יהיה את הזכות המוסרית ולא המעביד אע"פ שלמעביד יהיה את הזכויות הכלכליות.

הביקורת כלפי חוסר יכולת עבירות זכויות מוסריות היא שזה פוגע במסחר בהם. אולם, הרציונאל מאחורי כך היא שרוצים שהיוצר יוכל עדיין לשלוט בקשר של היצירה, כי זה חלק מהאישיות שלו ולכן לא מאפשרים להעביר את זכויותיו המוסריות.

אם מפרשים את הזכות להורות ושלמות יש מס' היבטים:

* 1. **הזכות להורות**- זכות שמחייבת מתן קרדיט ליוצר. נדרש אזכור בהיקף ובמידה מקובלים. תלוי בנסיבות המקרה.

פ"ד קמרון- סטרונגל קיבל ייחוס ונאמר שעשה זאת "יחד עם עמית" זו היתה הפרה של הזכות להורות שלא נזכר שמו של קמרון.

התעוררו עוד מס' מקרים בפסיקה לכך. כל נושא זכויות מוסריות מקבל מתן קרדיטים בהקשר הזה.יש על כך תביעות מעטות מאוד בשלום כך שהדברים הללו מתעוררים אך לא הרבה.

* 1. **הזכות לשלמות**- בעיקר בגלל הסיפא של 46(2) מקשה על כך. היא קובעת איסור גורף לעשות שינויים ביצירה של יוצר. בחוק החדש לעומת החוק הישן היה איסור גורף לעשות שינוי. היום האיסור הוא לעשות שינוי או סילוף כדי לא לפגוע בזכויות היוצר, פגיעה בכבוד או בשם היוצר ומעלה טענות כלפי שלמות היצירה.

בלסגונסקי נ' תנועת כ"ך- הכותבים של הכתבות טענו שפרסום הכתבות על הכרוזים של תנועת כך פוגעת בכבודם ובשמם מאחר ולתנועה יש אופי שלילי זה מציג אף אותם באור שלילי. ביהמ"ש קבע שהטענה מוצדקת כי **זה פוגע בכבודם, מה גם שהשתמשו בכתבות ללא רשותם.**

פ"ד דידי מנוסי(השלום פ"ת 97')- דידי מנוסי פרסם כתבה שהתפרסמה אף בעלון בישוב התנחלות אורנית. טענתו היתה שפרסום כתבה שלו בהתנחלות פוגע בכבודו כי הוא לא רוצה שייחסו לתדמית שלו תמיכה בהתנחלויות מעבר לקו הירוק. ביהמ"ש מקבל גם טענה זו.

אם כן, זכות זו מאפשרת פתח לתביעות רבות. אדם שירגיש פגיעה בכבודו- בימ"ש יכיר בכך. ישנו מתח מתמיד בין **חופש הביטוי** והשימוש באותה זכות **לשלמות יצירה** כדרך לדכא ביטויים שחופש הביטוי אולי היה מאפשר אותם גם בהקשרים פוגעניים. יש קביעות על הנושאים הללו אך כשזה מתעורר ביהמ"ש נוטים לבוא לקראת היוצר ולעורר את טענת תדמית ושם טוב.

ס' 50-51: יש אף ס' מיוחדים ביחס להפרת הזכות המוסרית עצמה והפרה עקיפה של הזכות המוסרית. ס' אלו חשובים. החוק החדש מסייג את ההפרה ביחס לסבירות.

50. (א) העושה ביצירה פעולה הפוגעת בזכות המוסרית של היוצר, מפר את הזכות האמורה.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), עשיית פעולה ביצירה הפוגעת בזכות המוסרית האמורה בסעיף 46(2) אינה מהווה הפרה של הזכות האמורה, אם הפעולה היתה סבירה בנסיבות העניין.

(ג) לעניין סעיף קטן (ב), רשאי בית המשפט להתחשב, בין השאר, באלה:

(1) אופי היצירה שביחס אליה נעשתה הפעולה;

(2) אופי הפעולה ומטרתה;

(3) יצירתה של היצירה על ידי העובד במסגרת עבודתו או לפי הזמנה;

(4) המקובל בענף;

(5) הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה.

50(ב) אומר שלא תהיה הפרה של אותה זכות לשלמות אם הפעולה היתה סבירה בנסיבות העניין. איך נדע מה סביר? נשקול את אותם שיקולים שגם אם היתה פגיעה בכבוד שלך, יהיו פגיעות שכן יהיו אפשריות. יש כאן בחינה אוב' בהכנסת שיקולים אחרים. איך יעשו זאת זה יותר מעניין. 50(ג) יש בס' 5 שיקולים שיעידו אם יש פגיעה בכבוד של היוצר. הריסון של השימוש באותה זכות לשימוש ביצירה הוא חשוב ולכן ניתן לפתוח פתח לכך שפעולות כאלו לא יהוו הפרה.

ס' 51- יש אפשרות להפר באופן עקיף את הזכות המוסרית (זה תמונת הראי של ס' 48 רק ביחס לזכויות מוסריות ולא כלכליות):

51. העושה אחת מהפעולות האלה בעותק של יצירה, שיש בו משום הפרה של הזכות המוסרית האמורה בסעיף 46(2), למעט בבניין או במבנה אחר, מפר את הזכות המוסרית, אם בעת ביצוע הפעולה ידע או היה עליו לדעת כי יש בעותק משום הפרה כאמור:

הפרה עקיפה של זכות מוסרית

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

(2) החזקה למטרה עסקית;

(3) הפצה בהיקף מסחרי;

(4) הצגה לציבור בדרך מסחרית.

ס' 45- הסיפא אומר שהזכויות המוסריות קיימת למשך תק' זכות היוצרים. היא לא קיימת לנצח אלא לפי משך תק' ההגנה של היוצר.

בהקשרים שונים ביהמ"ש כשבוחן את שאלת השימושים ההוגנים שואל האם הופרה זכות מוסרית. נבחן בהמשך האם ראוי לעשות זאת.

**שימושים מותרים**

פרק ד' מוקדש לכך. הס' הכי חשוב הוא ס' 19 העוסק בשימוש הוגן. נושא ההגנה הזו די עמום, אין הרבה הנחיה על יכולת השענות על שימוש הוגן. אין הרבה הנחיה על טיב ההגנה.

פרק ד': שימושים מותרים

18. על אף הוראות סעיף 11, עשיית הפעולות המפורטות בסעיפים 19 עד 30 מותרת בתנאים המפורטים באותם סעיפים ולשם השגת המטרות המפורטות בהם, אף בלא קבלת רשות מבעל זכות היוצרים ובלא תשלום תמורה, ולעניין הפעולות המפורטות בסעיף 32 – בתמורה ובהתאם להוראות אותו סעיף.

שימושים מותרים

ס' המסגרת אומר שאם אתה נופל בגדר השימושים המותרים-19-20 , אתה לא צריך לקבל אישור מאף אחד. ס' 32 אומר שיש חשיבות לשלם תמורה בכל הנוגע לגרסאות כיסוי למוסיקה. יש רישיון כפיה ליצור גרסאות כיסוי-כל אחד יכול לעשות את זה וס' 32 היא המסגרת לכך אך זה רשיון כפיה עם תשלום תמלוגים ליוצר המקורי.

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

שימוש הוגן

(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.

20. שימוש ביצירה בהליכים משפטיים או בהליכים מינהליים לפי דין, לרבות דיווח על הליכים אלה, מותר בהיקף המוצדק בשים לב למטרת השימוש כאמור.

שימוש ביצירה בהליכים משפטיים או מינהליים

אפשר לעשות שימוש ביצירה לצורך הליכים משפטיים או מנהליים. השימושים המוצדקים הם מותרים.

21. (א) העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור לפי חיקוק, מותרת למטרה שלשמה הועמדה לעיון הציבור, ובהיקף המוצדק בשים לב למטרה האמורה.

העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו לגבי יצירות שנמסרו לפי חוק הספרים (חובת מסירה וציון הפרטים), התשס"א-2000.

העתקה של יצירה המופקדת לציבור-אנשים יכולים להעתיק יצירות ציבוריות. למשל, אני רוצה לצלם תוכניות שהופקדו במסגרת הליכי תכנון (רישום אדריכלי זה נחשב ליצירה אומנותית או ספרותית) ישנם מסמכים כאלו שמוגנים בזכויות יוצרים כמו מסמכים של חברה. דוג' נוספת, אני רוצה לצלם מסמכים של הגשת הפטנט- יש לי אינט' לבוא ולהעתיק אותם אך הם מוגנים בזכוי"ו.

22. שימוש אגבי ביצירה בדרך של הכללתה ביצירת צילום, ביצירה קולנועית או בתקליט, וכן שימוש ביצירה שבה הוכללה היצירה כאמור, מותר; לעניין זה, הכללה במתכוון של יצירה מוסיקלית, לרבות המילים הנלוות אליה, או של תקליט שבו היא טבועה, ביצירה אחרת, לא תיחשב לשימוש אגבי.

למשל השמעתי מוסיקה בהפגנה-שימוש אגבי ביצירה הוא מותר (התכוונתי לצלם את ההפגנה ותפסתי גם את המוסיקה בהפגנה). דוג' נוספת-עשיתי סרט שמצלם את הבית הלבן וצילמתי גם תמונה שמוצבת שם בלי לשלם זכויות יוצרים ליוצר התמונה.

23. שידור, או העתקה בדרך של צילום, ציור, שרטוט או תיאור חזותי דומה, של יצירה אדריכלית, יצירת פיסול או יצירת אמנות שימושית, מותרים אם היצירה ממוקמת בקביעות במקום ציבורי.

שידור או העתקה של יצירה הממוקמת במקום ציבורי

שידור או העתקה של פסל או ציור וכו' מותרים אם היצירה ממוקמת בקביעות במקום ציבורי. בגלל הס' הנ"ל אנו לא נחשבים כמפרים זכויות יוצרים. לדוג', צייר יושב מול בניין ומצייר אותו.

24. (א) העתקה של תוכנת מחשב לצורכי גיבוי, מותרת למי שמחזיק עותק מורשה של תוכנת המחשב; מי שמחזיק עותק כאמור ישמידו עם חלוף הצורך שלשמו נוצר.

העתקה של תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה

(ב) העתקה של תוכנת מחשב לצורך תחזוקה של עותק מורשה של התוכנה או של מערכת מחשב, או לצורך מתן שירות למי שמחזיק עותק מורשה של תוכנת המחשב, מותרת, אם הדבר נחוץ לשם שימוש בתוכנה.

(ג) העתקה של תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה, מותרת למי שמחזיק עותק מורשה של תוכנת המחשב, למטרות אלה ובהיקף הדרוש לכך:

(1) שימוש בתוכנת המחשב למטרות שלשמן נועדה, ובכלל זה תיקון שגיאות בתוכנת המחשב או התאמתה למערכת מחשב או לתוכנת מחשב אחרת;

(2) בדיקה של אבטחת המידע בתוכנת המחשב, תיקון פרצות באבטחת המידע והגנה מפניהן;

(3) השגת מידע הדרוש לצורך התאמת מערכת מחשב או תוכנת מחשב אחרת, המפותחת באופן עצמאי, כך שתוכל לפעול עם תוכנת מחשב זו.

(ד) הוראות סעיף קטן (ג) לא יחולו על העתקה של תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה, כאמור באותו סעיף קטן, אם במידע שהושג במהלכה נעשה שימוש כמפורט להלן, או שהיה אפשר לגלותו, בנקל, גם בלעדיהן:

(1) המידע הועבר לאדם אחר, למטרה שונה מהמטרות האמורות בסעיף קטן (ג);

(2) המידע שימש לצורך יצירת תוכנת מחשב אחרת המפרה את זכות היוצרים בתוכנת המחשב.

(ה) בסעיף זה , "עותק מורשה", של תוכנת המחשב – עותק של תוכנת המחשב שנעשה על ידי בעל זכות היוצרים בה או ברשותו.

ס' מפורט המאפשר העתקת תוכנות מחשב לצורך תחזוקה או גיבויים של מערכת המחשב.

25. (א) הקלטה של יצירה בידי מי שרשאי לשדרה, מותרת אם היא נעשית לצורך שימוש בשידוריו בלבד.

הקלטה לצורכי שידור

(ב) מי שהקליט יצירה לפי הוראות סעיף קטן (א) ישמיד את ההקלטה עד תום שישה חודשים מיום שידורה הראשון או עד למועד מאוחר יותר הקבוע לפי כל דין, או עד למועד מאוחר יותר שעליו הסכים עם בעל זכות היוצרים ביצירה שהוקלטה כאמור.

(ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), שמירת הקלטה מותרת –

(1) למטרות ארכיון;

(2) לעניין מי שרשאי לשדר את היצירה – כל עוד הוא רשאי לעשות כן.

עוסק בהקלטות ע"י אנשי שידור הרשאים לשדר יצירות. זה מותר רק במהלך השידור עצמו ולצורכו. יש הוראות לגבי השמדה של יצירות, יש מגבלות כמה זמן מותר לשמור אותם ומתי צריך להשמיד אותם.

26. העתקה זמנית, לרבות העתקה כאמור שנעשתה בדרך אגבית, של יצירה, מותרת אם היא מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת, על ידי גורם ביניים, או לאפשר שימוש אחר כדין ביצירה, ובלבד שאין לעותק האמור ערך כלכלי משמעותי משל עצמו.

העתקה זמנית

דברנו על העתקות זמניות שנעשות כחלק מפעילות האינטרנט.

27. עשיית יצירה אמנותית חדשה שיש בה העתקה חלקית של יצירה קודמת או שהיא יצירה נגזרת של יצירה אמנותית קודמת, וכן כל שימוש ביצירה החדשה כאמור, מותרים ליוצר של היצירה האמנותית הקודמת, גם אם אינו בעל זכות היוצרים בה, ובלבד שהיצירה החדשה אינה מהווה חזרה על עיקרה של היצירה הקודמת או חיקוי שלה.

יצירה אמנותית נוספת על ידי היוצר

עוסק במצב בו יש יוצר שרוצה ליצור יצירה נגזרת. מתבססת על יצירה של העתקת היצירה שלו. למשל יצרתי יצירה והעברתי את הזכויות הכלכליות. מלכתחילה הזכויות הכלכליות אינה שלי בגלל מצבי כמו הבעלות הראשונית. כשאדם יוצר יצירה החוק אומר שניתן לעשות שימוש ביצירה גם אם הוא לא בעל הזכויות היוצרים בה ובלבד שלא מהווה חזרה על עיקרה של היצירה הקודמת או חיקוי שלה. לא משנה שאתה רק המעביד ואין לך בעלות ראשונית. ניתן לעשות שימוש אם כן כל עוד זה לא חוזר.

28. שימוש ביצירות אלה מותר לצורך שיקום או הקמה מחדש של בניין או של מבנה אחר:

שיקום והקמה מחדש של בניינים

(1) היצירה האדריכלית שהיא הבניין או המבנה האמורים, או המודל שלהם;

(2) השרטוטים והתכניות ששימשו, ברשות בעל זכות היוצרים בהם, להקמת הבניין או המבנה האמורים, בעת שהוקמו.

עוסק בשיקום והקמה מחדש של בניינים-אם היתה יצירה שצריך להפר אותה כדי להקים למשל בניין או לשקם אותו זה אפשרי גם אם זה כרוך בהפרה.

29. ביצוע פומבי של יצירה מותר במהלך פעילותו החינוכית של מוסד חינוך מסוג שקבע השר, על ידי העובדים במוסד החינוך או על ידי התלמידים הלומדים בו, ובלבד שהביצוע הפומבי הוא לפני ציבור הכולל את העובדים או את התלמידים כאמור, קרוביהם של התלמידים או אנשים אחרים הקשורים במישרין עם פעילותו של מוסד החינוך, והם בלבד; ואולם, הצגת יצירה קולנועית מותרת לפי סעיף זה רק אם היא נעשית למטרות הוראה או בחינה, על ידי מוסד החינוך.

ביצוע פומבי במוסדות חינוך

עוסק בביצוע פומבי של יצירה- כמו בתי ספר שיש להם מקהלה ששרה מול כל קהל ההורים. הילדים מעלים מופע לחנוכה ושרים שירים מוגנים. **אם זה למטרות חינוך וכולל ציבור של הורים ותלמידים וזה לא למטרות מסחר, אז אומרים שזה אפשרי ולא הפרה**. יש בסיפא אמירה חשובה- אם אגודת הסטודנטים מראה לנו סרט אחרי הלימודים צריך לכך רישיון. הצגת סרט במהלך שיעור זה למטרת לימוד וזה מותר ולא נחשב להפרת זכויות יוצרים.

30. (א) העתקה של יצירה, שעותק ממנה מצוי באוסף הקבוע של ספריה או של ארכיון, מסוג שקבע השר, מותרת למטרות אלה, ובלבד שלא ניתן לרכוש עותק נוסף של היצירה בתוך פרק זמן סביר ובתנאים סבירים:

שימושים מותרים בספריות, בארכיונים ובגופים אחרים

(1) שימור, בכל דרך שהיא, של יצירה שעותק ממנה מצוי בידי הספריה או הארכיון, ובלבד שלא ייעשה בעותק לשימור שימוש כעותק נוסף על העותקים שבספריה;

(2) החלפת עותק של היצירה, שהיה בידי הספריה או הארכיון ואבד, הושמד או נעשה בלתי ראוי לשימוש;

(3) החלפת עותק של היצירה, שהיה באוסף הקבוע של ספריה אחרת או של ארכיון אחר, ואבד, הושמד או נעשה בלתי ראוי לשימוש.

(ב) העתקה של יצירה שעותק ממנה מצוי בספריה או בארכיון שנקבעו כאמור בסעיף קטן (א), בעבור אדם המבקש זאת, מותרת, ובלבד שההעתקה המבוקשת, אילו נעשתה על ידי אותו אדם, היתה מותרת לפי דין; השר רשאי לקבוע טופס בקשה מספריה או מארכיון לעניין סעיף קטן זה.

(ג) העתקה של יצירה על ידי גופים מסוג שקבע השר, לצורכי שימור, מותרת; השר רשאי לקבוע סוגי יצירות שסעיף קטן זה יחול עליהם, תנאים לביצוע העתקה וכן תנאים למתן גישה לציבור לעותקים שנעשו לפי סעיף קטן זה.

מה קורה אם עותק עומד להתכלות וצריך להשמיד אותו.

31. השר רשאי לקבוע תנאים אחרים לתחולת הוראות סעיפים 29 ו-30, דרך כלל או לעניין סוגים מסוימים של מוסדות חינוך, ספריות או ארכיונים, בשים לב למאפייני פעילותם.

תקנות לעניין מוסדות חינוך, ספריות וארכיונים

תקנות לעניין מוסדות חינוך-השר יכול לחוקק תקנות למטרות חינוך.

32. (א) על אף הוראות סעיף 11, העתקה של יצירה מוסיקלית, בתקליט, מותרת בהתקיים תנאים אלה, אף בלא רשותו של בעל זכות היוצרים:

ייצור תקליטים תמורת תמלוגים

(1) היצירה המוסיקלית נטבעה קודם לכן, ברשותו של בעל זכות היוצרים, בתקליט אחר שפורסם לצורכי מסחר (בסעיף זה – התקליט הקודם);

(2) היצירה המוסיקלית הועתקה בתקליט בשלמותה למעט שינויים הנובעים מעיבוד היצירה, ולמעט שינויים הדרושים לצורך ההעתקה או שינויים שכבר נעשו בתקליט הקודם;

(3) עושה ההעתקה הודיע על כך מראש לבעל זכות היוצרים;

(4) עושה ההעתקה שילם תמלוגים ראויים כפי שהסכים עם בעל זכות היוצרים, ובהעדר הסכמה – כפי שקבע בית המשפט;

(5) ההעתקה אינה משמשת ואינה מכוונת לשמש לפרסומת מסחרית.

(ב) השר רשאי לקבוע הוראות בעניינים אלה:

(1) דרכי ההודעה לבעל זכות היוצרים כאמור בסעיף קטן (א)(3);

(2) שיקולים ואמות מידה לקביעת התמלוגים הראויים על ידי בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א)(4).

(ג) בסעיף זה, "יצירה מוסיקלית" – לרבות המילים הנלוות אליה, אם נלוו אליה גם בתקליט הקודם.

כל עניין של גרסאות כיסוי ותקליטים. יש רישיון כפיה לעשות שימוש במוסיקה. אם רוצים להעתיק יצירות של אחרים, למעשה זה הבסיס שניתן לעשות אלפי קאברים לשירים. ברגע שהיצירה יצאה לנחלת הכלל כל אחד יכול לעשות עליו קאבר ולעשות שירים חדשים עליו גם למטרות מסחריות. כדי לעשות זאת יש לשלם תמלוגים. החוק קובע איך עושים זאת ובאילו תנאים. חשוב להבין שצריך לעבור את התהליך של 32א. יש 5 תנאים חשובים לכך. רישיון הכפיה הוא לא רק על המילים אלא גם על הלחן. זה תלוי בקבלת רשות, לצורכי מסחר, העתקה בשלמות, הודעה מראש וכו'.

פק' זכויות יוצרים מ24'- המחוקק שכח לבטל כמה ס' ואף אחד לא טרח לתקן אותם. ס' 3 שחוקק ב26' למשל קובע לגבי שעתוק הקלטות ביתיות- לא תהיה הפרה של זכויות יוצרים שלא למטרות מסחריות כל הנושא של הקלטות למטרות מסחריות וכל הנושא של הקלטות ביתיות- הס' מאפשר הקלטות ביתיות. כל דבר שרוצים להעתיק לצורך שימוש במחשב זה בעייתי אך אם למשל היתה לי קלטת ורוצים להעתיק את זה כי זה עומד להתקלקל זה מותר. ישנו סייג שאם הייתי מקליטה מוסיקה בקלטת פרטית אין בכך שום בעיה כי זה למטרת שימוש ביתי ולא מסחרי. כל תחום המחשבים מחוץ לתחום- החריג הזה נחשב להגנה.

פ"ד בעניין PRMIER השופטת ***מיכל אגמון*** אומרת **שזו זכות ולא הגנה שיוצרת כוח נטילה פרטי למשתמשים**. הפקעה כרוכה בפיצוי, כאן יש הפקעה פרטית בלי חובת פיצוי וזה משמעות של שימוש הוגן. כשמנסים לחשוב על הצדקות לחריג השימוש המותר יש מס' טיעונים:

1. **טיעון ערכי-**גם אם יש הגנה בזכויות יוצרים יש שימושים מותרים גם ביצירות בלי קשר ליכולת של אנשים לעשות שימוש באותו מידע. לכולם צריכה להיות נגישות לפחות למשהו מסוים. גם אם יש הגנה בזכויות יוצרים גם אנשים שלא יכולים לשלם עבור שימוש- גם להם יש דברים שמותר להם לעשות. בשל כך יוצרים הסדר שכל אחד יוכל לעשות שימוש ביצירות בתנאים מסוימים בלי שיצטרך לשלם על כך.
2. **טיעון כלכלי**- עלויות עסקה. פרופ' ***וונדי גורדון*** כתבה מאמר מאוד משפיע "כשלון שוק" לפיו יתכן מצב בו אף שבעל הזכות מוכן למכור במחיר המתאים למשתמש, עלויות העסקה ללא נושא השימוש ההוגן גבוהות מכדי להתבצע ולא בעל הזכות ולא המשתמש מרוויחים.ע"פ המאמר, הגנת השימוש ההוגן זו הגנה הניתנת במצבים שיש כשלון שוק, מצבים שמבחינה כלכלית יש ערך לאנשים בשימוש מסוים ומצבים שבשביל השגת אותו ערך, כדי לקבל אישור לאותו שימוש לאדם מסוים-זה כרוך בעלויות עסקה הרבה יותר גבוהות מערך השימוש. דוג': אם ציטטתי חוקר מסוים במאמר שכתבתי-הערך הכלכלי שלי זה 30 שקלים, כדי לקבל את ההסכמה שלו העלויות הם 100 (התקשרתי אליו, עשיתי מו"מ)- גורדון אומרת שיש כאן מצב של כשלון שוק וזה עולה הרבה על ערכו של שימוש במשתמש. כאן אתה יכול לעשות שימוש ללא תשלום, הדין מתערב כדי למנוע כשלון שוק. הגנת השימוש ההוגן נועדה לבוא ולפתור את אותו כשלון שוק ולעשות שימוש במצבים שהעסקה לא היתה מתרחשת בגלל אותו כשלון**.**

חולשת הטענה הכלכלית:

1. מבחינה יישומית, למרות שהטיעון התיאורטי נכון, בפועל **קשה לביהמ"ש לגלות את העלויות של אותה עסקה**.
2. הנושא של עלויות העסקה **משתנה לאורך זמן,** כל **התהליך המסורבל** של קבלת מכתב ההסכמה, עד שמקבלים את ההסכמה בחזרה, **איתור אותם האנשים גוזל זמן רב**. הרבה יותר קל לקבל הסכמה מרוכזת עם עלויות יותר נמוכות.

כיום בעידן האינטרנט הטענה הזאת יותר חלשה להגנת השימוש ההוגן אך עדיין ישנו הטיעון הערכי והמתח בין חופש ביטוי לזכוי"ו ולכן פונים פעמים רבות לטיעון הערכי ולא הכלכלי.

19. (א) 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.

הדין הישראלי מגדיר את השימוש ההוגן בס' 19. בחוק החדש המחוקק העתיק את נוסח הס' האמריקאי להגנת השימוש ההוגן. זה הוזכר בפס"ד גבע. זוהי הגנה שבדר"כ יותר סגורה. ס' 19 נותן לנו מס' דברים חשובים- הנוסח שלו פתוח: ס' 19א אומר שמיועד למטרות "כגון אלו" כלומר **הרשימה הינה פתוחה** ואלו רק דוגמאות. מטרת השימוש היא דבר חשוב כשבאים ובוחנים האם השימוש הוא הוגן. המטרות הם: לימוד עצמי, ביקורת, סקירה , בחינה ע"י מוסד חינוך וכו'. רואים שיש כאן רשימת מטרות שאם עושים אותם הם מותרים כשימוש הוגן. עם זאת, כשנכסים לס' (ב) רואים שאם רוצים לקבוע שימוש הוגן או לא, מעבר לכניסה של אחת המטרות יש מטרות נוספות ונותנים קריטריונים להערכה האם מדובר בשימוש הוגן ולא (יש לכך 4 קריטריונים). אם כן המישור הראשון הוא איתור המטרה:

**לימוד עצמי-** כל שימוש ע"י סטודנטים או כל אדם הרוצה ללמוד ע"י העתקה של ספר לימוד וכו'. לימוד קבוצתי במסגרת מוסד חינוך כמו אונ' לא נכנס לגדר לימוד עצמי! לימוד עצמי זה רק להעשרת הידע האישי שלך. (בפס"ד שוקן זה חרג מלימוד עצמי ולכן לא נחשב לשימוש מותר)

**מחקר**- משהו יותר רחב מלימוד עצמי. אם מעתיקים חומרים לצורך מחקר זה מאפשר שיתוף חומרים עם אנשים אחרים. ניתן להתייחס למחקר בדרך צרה או רחבה:

* פרשנות צרה- מטרת מחקר אפשרית **רק אם מושא המחקר הוא היצירה עצמה**.
* פרשנות רחבה- מטרת מחקר אפשרית **על כל נושא ולא חייב להיות קשר הכרחי בין היצירה למחקר**, ניתן לדון ביצירות גם אם הנושא המרכזי לא עוסק במישרין ביצירה עצמה. הגישה הרחבה מצויה בפסיקה מחוזית קדומה יותר, כך שהנטייה היא לא ללכת לפרשנות מצמצמת אלא יותר לרחבה בהקשר שימוש הוגן.

**ביקורת**- פרשנות רחבה כי ראו את החריג של שימוש הוגן בחברה הדמוקרטית.

פס"ד גבע- ביהמ"ש מבהיר בכל הערכאות שחריג הביקורת לא מוגבל לביקורת שלילית אלא כל העמדה של היצירה כהקשר חדש יהווה ביקורת אפשרית, כלומר **ביקורת היא לא בהכרח שלילית אלא כל הצגה בצורה שונה**. זה כולל גם סאטירה או פרודיה ביחס ליצירות:

* פרודיה- הצגת היצירה באופן מגוחך.
* סאטירה- לקיחת יצירה ועשיית שימוש לא כדי לבקר את היצירה עצמה אלא כדי לעשות שימוש בה על מנת לבקר תופעה כללית.

בהבחנה בין פרודיה וסאטירה נראה שבארה"ב (בארץ קשה להבחין בינם כי אין הרבה פסיקה) נראה **שיש נטייה לתת הגנה יותר גדולה על פרודיות**. ההנחה היא שבוודאי היוצר לא יסכים שישימו את היצירה שלו ללעג, ולכן בגלל חשיבות חופש הביטוי וערך החברתי הרב, הנטייה היא לראותה יותר כשימוש הוגן. בסאטירה לא חייבים דווקא להשתמש באותה יצירה כדי להעביר ביקורת חברתית ולכן מחמירים יותר בסאטירה.

פס"ד 2life crew - להקת 2life crew עשו פרודיה על השיר "אישה יפה", העבירו ביקורת על האישה הלבנה. השיר בא ממקום ביקורתי. כאשר הנושא הגיע לבירור משפטי בית המשפט קבע **שיש פה שימוש הוגן.** חשוב להבין ששימושים שהם למטרות מסחריות בתי משפט נוטים לגלות עוינות ולוקחים את זה כשיקול נגד שימוש הוגן. אבל כאן בית המשפט קבע **שמדובר בפרודיה: העברת ביקורת על האישה הלבנה, לקחת את השיר ולעשות ממנו צחוק**. הרבה ביקורת על האישה מכל מיני הקשרים. בית המשפט קבע **שזה יהיה שימוש הוגן גם כשיש מניע מסחרי חזק בהקשר של השימוש ביצירה.**

**סקירה:** רכיב שנלקח מהפסיקה האנגלית המתייחס לסקירה של תחום כלשהו. סקירה היא רכיב שלא מחייב סקירה של כל הנושא, לא מתחייב לתת הארה של נושא מסוים ולא מתחייב לתת ניתוח. **מטרת הסקירה לאפשר לסקור תחום כלשהו מבלי לחשוש שיקבע שהם מפרים זכויות יוצרים**. כאן בתי משפט מחוזיים קבעו שסקירה בדר"כ מחייבת: תאור כולל של עניין, תמצות שלו, הבעה באופן שונה וכד' כאשר **בתי המשפט לא מחפשים את ההקשר הביקורתי.**

**דיוות/תמצית עיתונאית:**מטרתו לאפשר במסגרת הליכים חדשותיים להשתמש ביצירות. בתי משפט גילו מגמות מצמצמות לדיווחים חדשותיים עם כל הערך של חופש הביטוי שיש בחדשות. אם רוצים לעשות שימוש חשוב שזה יהיה דיווח במסגרת של חדשות ולא בהקשרים רחבים. הדיווח חייב להיעשות ע"י העוסקים בתחום.

קמרון- ניסו לעלות טענה היא שהיה דיווח חדשותי והביאו לעולם בשורה על כך שהצליח לפתח את המגילה. זו לא היתה בפועל המטרה, אנשים חוקרים לא כדי לדווח על כך חדשותית ולכן לא קיבלו את שימוש הוגן זה.

**הבאת מובאות**-ציטוטים.

**הוראה ובחינה למטרות הוראה-** שימוש ביצירה במבחן בגרות זה מותר למשל.

**השלבים לשימוש ההוגן:**

1. יש להכנס לאחת המטרות. עיקר הסכסוכים היא לראות אם זה למטרות מסחר או שימוש הוגן, אם מדובר על פרודיה או סאטירה.
2. יש להראות שהשימוש הוא הוגן. עיקר השיקולים הם לא רק מהרשימה אלא יש טענות נוספות. החוק הישראלי נותן לנו מבחני עזר. מאחר והחוק הישראלי לא אומר כמעט כלום על מבחן ההגינות בגרסתו הישנה, בפסיקה אומצה ההלכה האמריקאית כלשונה, שם השימוש ההוגן מעוגן בסעיף 107 ל- Copyright Act והמחוקק הישראלי אימץ בס' 19 ארבעה מבחני עזר:
3. **מטרתו ואופיו של שימושו של הנתבע:**  
   א. שימוש שאינו מסחרי לעומת מסחרי- נחמיר כאשר מדובר על שימוש מסחרי.  
   ב. יצירתיות ותרומה לחברה.  
   ג. טרנספורמטיביות (העתקה בשינוי) לעומת העתקה מדויקת- האם היתה העתקה גורפת או היו שינויים קטנים ששינו את המהות.
4. **טבע עבודת התובע:**  
   א. עבודות בעלות אופי עובדתי/ פונקציונאלי בהן ניטה להכיר בשימוש הוגן לעומת עבודות פרי דמיון (מאחר ולציבור אינטרס חזק יותר בגישה לעבודות בעלות אופי עובדתי-יש אינטרס חברתי).  
   ב. עבודות שפורסמו לעומת עבודות שטרם פורסמו- יש נטיה להחמיר עם אנשים כשהיצירה לא פורסמה.

פס"ד פורד- עיתון מסוים לקח 400 מילים מהיומן של פורד ופרסם אותם לפני שספר הביוגרפיה שלו פורסם. ביהמ"ש קבע **שלא היה שימוש הוגן**. זה היה לב יומנו של פורד **ולא היתה אפילו הזדמנות לפרסם** ולכן זוהי הפרה קלאסית. אם נסתכל על יצירת התובע, **ככל שהיצירה יותר פונקציונאלית-יהיה יותר נטיה לאפשר שימוש הוגן.**

1. **היקף הנטילה של הנתבע:**  
   א. מימד כמותי- ככל שנלקח יותר יורדת הנטייה להכיר כשימוש הוגן.  
   ב. מימד איכותי- מבחן משלים הבוחן האם נלקח לב היצירה, , סצנות מרכזיות, קטעים חשובים ביצירה, או לא. יש קושי אדיר לבוא ולתת קווים מנחים מראש ולעשות שימוש הוגן. כשבאים ובודקים את לב היצירה גם 50 מילים יכולים להיות הפרה אם זוהי לב היצירה.

מפעל הפיס-למרות שהכמות היתה קטנה- האיכות היתה משמעותית, אלו סצנות שמייצגות את מהות סרטי צ'אפלין. לא משנה מה האורך, אם לקחת את לב היצירה זו בעיה. [זה הקושי לתת ייעוץ משפטי בשימושים הוגנים ולצפות את דעת השופט- אנשים יכולים להתחבט רבות מהו לב היצירה כי זה סוב' מאוד.]

1. **השפעת הנטילה על ערך השוק ליצירת התובע**- מבחן זה מתקשר לתיאורית התמריץ- ככל שהפגיעה ביוצר גדולה יותר- הנטייה להכיר בשימוש כהוגן תפחת. בוחנים מה השפעת השימוש ביצירה על השוק של התובע או שווקים פוטנציאלים שהתובע יכול להכנס אליהם. יש לבחון האם הכרה בשימוש הוגן יכול לפגוע בערך היצירה המקורית ולשמש לה כתחליף ולמנוע מהיוצר המקורי כניסה לשוק מסוים בגלל אותה יצירה נגזרת. אם זה פוגע ביוצר המקורי- נראה את היצירה הנגזרת כשימוש בלתי הוגן.

דודו גבע- דודו גבע רצה לקחת את הדמות של דונאלד דאק ורצה להפוך אותו ל"ישראלי"- לשים לו כובע טמבל ותלתל. בנוסף, רצה לשים 2 תרנגולות לצידו ולכן דיסני התנגדו לכך ואסרו עליו כי זה שימוש פורנוגראפי לטעמם. גבע טוען שהיה שימוש הוגן-ביקורת.

***מלץ***- מנתח את השימוש ההוגן ואומר שאם יש כאן סאטירה, מדובר כאן בגדרי הביקורת כשימוש הוגן ולכן בוחן זאת. גבע טוען שאוהב את דונאלד דאק כמו משפחה שלו, דיסני באים אליו בטענות-אם אתה אוהב אותו כמו משפחה אז למה אתה לועג לו? לפי מלץ אין ספק שאין כאן פרודיה, גבע לוקח דמות אהובה עליו ולא מנסה להגחיך את דונאלד דאק. הוא שואל האם היה ניתן לעשות שימוש בדונאלד דאק בלי להגחיך אותו? אין כאן רמז לביקורת על דונלאד דאק. לעניין ביקורת חברתית כללית- מדובר כאן בסאטירה חברתית אך לא ע"י השימוש בדונאלד דאק-הסאטירה היא כללית של כל היצירה אך לא בשימוש הדמות הגראפית עצמה, זה אולי מושך את הלב ויש לכך ערך מסחרי אך לא השתמש בה כסאטירה. לסיכום**, אין** **כאן לא סאטירה ובטח שלא פרודיה. יש כאן שימוש מסחרי, העתקה מדויקת של הדמות עצמה וכן לא מדובר כאן בביקורת כשימוש הוגן**.

ביקורת:הפס"ד זכה להרבה ביקורות וטענו **שיש כאן העתקה בשינוי- הפך את דונאלד דאק לישראלי**. יש כאן הגנה עצמאית מהמעגל הרחב של היצירה ולכן זה מקשה מאוד לעשות שימוש בדמות. אין ספק שזו לא העתקה מושלמת ולכן מתמיהה שביהמ"ש דחה את טענתו. גבע עשה ספר על דמויות של ברווזים וגם אם היה משתמש בברווזים לאו דווקא של דיסני, היה צריך לבקש הסכמות רבות וככל שיש יותר גורמים שיצטרך לבקש מהם הסכמה, זה יהיה לו יותר קשה. ביצירות כאלו מספיק שכמה מתנגדים כדי להקשות על העלויות שלו ויוצר מצב של "כשל שוק" ומבטא את האנטי קומון. בימ"ש מגדיר פרודיה וסאטירה כשימוש הוגן אך זה לא המקרה כאן.

מפעל הפיס- מקרה יותר פשוט אך לא בטוח שההחלטה שם היתה נכונה . לקחו סצנות מסרטי צ'ארלי צ'פלין כאשר ספי ריבלין גילם את הדמות. מפעל הפיס העלה את טענת הביקורת כשימוש הוגן, פארודיה ,סאטירה. מנגד, נאמר שהמטרה היתה מסחרית ולעודד את פעילותם העסקית ולכן זה לא שימוש הוגן.

***טיריקל***- בוחן את הקריטריון הראשון- זה רק שיקול אחד ולא בלעדי ואומר שאם השימוש מסחרי זה מסיים את הסיפור. למה הוא עוצר כאן ולא ממשיך לבחון את השיקולים האחרים? זה מוסד שבהגדרתו לא למטרות רווח , אך הפרסומת עצמה היא כן למטרות רווח. מפעל הפיס זה גורם שתורם הרבה לחברה, טיריקל אומר שמבחינת הסצנות- **אלו הסצנות הכי חשובות ביצירה והמטרה כן היתה הגדלת רווחים**- זה מוסד רווחי לכל דבר ועניין. **אין כאן סטירה או פרודיה וזה לא היה למטרת שימוש הוגן**. מעבר לכך, **גם אם היה שימוש למטרות חברתיות חשובות-זה לא מלבין את חטאם באופן כללי. לא כל פעילות שמטרתה ערך חברתי חשוב, צריכה להיות על גב יוצרים אחרים. רק אם זה פרודיה או סטירה, אולי רק שם נאפשר את הסבסוד הזה אך לא כל שימוש רחב.**

שיקולים נוספים בפסד"ים אחרים:

* **הזכות המוסרית**- זכויות כקשר אישי בין היוצר ליצירה.
* **תו"ל של הנתבע-** ככל שפחות תם לב- נראה את השימוש כלא הוגן.

ביהמ"ש בפועל מסתכלים על הפרות מעין אלו ובודקים האם מדובר בשימוש הוגן. אם כך, רואים את הקו שהפסיקה נוקטת בהקשר של דודו גבע, בחוק הישן. החוק החדש חולל שינוי בהקשר של הגנת השימוש ההוגן. הפרשנות שלו תהיה שונה מהפרשנות הקדומה, לדעת ביטון פרשנות רחבה יותר. פס"ד PREMIER של אגמון גונן- מראה את גישת בית המשפט לחוק החדש. גישתה מפרשת את החריג בצורה רחבה בצורה שחורגת מההגנה של חריג השימוש ההוגן.

PREMIER- אגמון עסקה בשאלה האם יש לחשוף את בעל אתר האינטרנט שהיה אחראי להזרמת שידורי הספורט? היא מנתחת את השימוש ההוגן בכך שאומרת שדיני זכוי"ו בעלי מתח מובנה עם זכויות אחרות- חופש מידע, ביטוי, ובגלל המתח הזה היא מנתחת את הזכות בצורה רחבה. היא מסתכלת בהצעת החוק של זכויות יוצרים ומביאה עוגן משם לדבריה. [הטענה של שימוש הוגן והפרת זכוי"ו יתהפכו בעליון בעתיד לדעת ביטון.] **שימוש הוגן זו זכות לדבריה ולא סתם הגנה**. אחת הטענות החזקות שניתן לטעון זהו שימוש הוגן. הוגנות השימוש ומטרת השימוש מצוי בפרק שימושים מותרים, לא כתוב שם שזוהי זכות, אך מאחר וזו זכות חשובה למשטר דמוקרטי, אגמון אומרת שזו זכות שכנגדה יש חובה ואף יש נפקות מעשית למהלך הזה. **אם רוצים להשתמש ביצירה ואני טוען שיש לי זכות, אני יכול לבקש מתן דין הצהרתי וניתן לבקש שיקבעו כשימוש הוגן. ברגע שמכירים בכך כזכות, לא צריך לחכות שמישהו יתבע אותי אלא לקבל שקט מראש בכך שאני אהיה זה שיבוא לביהמ"ש ויצהיר שזה לא מהווה הפרה של זכויות יוצרים.** מהלך זה מאוד חשוב אך לא בטוח שיש לו בסיס מבחינת המחוקק. היא מכירה בשימוש הוגן כזכות.

רק ישראל וקנדה מכירות בשימוש הוגן כזכות שכשנגדה חובה, אפילו ארה"ב לא מכריה בה כזכות. גם בקנדה בתי משפט מכירים בכך כזכות, זה לא מהלך של המחוקק אלא של בתי המשפט. המהלך נעשה כדי להתאים עצמנו לעולם הדיגיטלי והיא הולכת הרבה לכיוון של ***לסיג***(הפרופ' בסרטון שצפינו בכיתה) ולהתקדמות הטכנולוגית שאנו חיים בה. בפרמייר דובר על אדם שלא מכר פרסומות, היה מדובר על שימוש שאינו מסחרי קלאסי –שידור משחקי ספורט ללא קבלת רווח. הטענה היתה הנגשת מוצרי תרבות חשובים. זהו חומר תרבותי שחשוב להנגיש אותו, יש אנשים שלא יכולים להרשות לעצמם לשלם על כך ולכן חשוב לאפשר לכולם צפות בשידורי הספורט. **אין ספק שאין כאן שימוש מסחרי למטרות רווח ולכן אין ספק שהנטיה תהיה לומר שיש כאן שימוש הוגן.** **גם אם זה היה מסחרי זה יכל להיות שימוש הוגן וזה לא שיקול שסוגר את הסיפור אלא שיקול אחד מיני רבים.** השימוש הוגן אם היתה תועלת חברתית ממשית. היא מאזכרת פסיקה מספרד שאומרת ששם בתי משפט קבעו שאנשים לא הפרו זכויות יוצרים והשימושים –שיתופי אלפי סרטים ושירים באתר שם נקבע שהשימושים אישיים ולא למטרות רווח והכשירו את האתר. השופטת מציינת את הפס"ד באהדה ואומרת שהצפיה בסרטים בחינם או הוזלת הצפיה לאוכלוסיות שאחרת לא יכלו לגשת לאותם תכנים זוהי מטרה ראויה. האזכור של הפסיקה בספרד הוא בעייתי לדעת ביטון. זה פוגע בזכות היוצר ואין לפתוח לכך פתח.

אגמון מנתחת את השיקולים לעיל:

1. אופי היצירה-האם שידורי הספורט זו יצירה שבאופיה ניתן ליטול? בטלא איוונט דובר על צילום של שידורי ספורט- משחק ספורט כשלעצמו לא יהיה מוגן כי מחר לא נוכל לעשות תנועות מסוימות ולשחק בכדורסל. הצילום לעומת זאת מוגן, זוויות הצילום וכו'. אלו סוג יצירות כמו עובדתיות שימושיות שנמצאות יותר בפריפריה**, לאף אחד לא אכפת מזוויות צילום של שידורי ספורט ויש נטיה להקל בהם כי הם לא בלב של זכויות היוצרים.** לדעת אגמון יש מקום לייחס לכך פחות חשיבות, הנטיה היא לאפשר שימושים הוגנים.
2. היקף השימוש- מה היקף שידור הספורט מבחינה ציבורית? מבחינת האיכות והכמות- לפי אגמון **העובדה שיש טכנולוגית הזרמה לא בהכרח יצרה נדידה של לקוחות לחלופה חינמית**, כל האנשים שצופים במשחקים, לא היתה נדידת צרכנים שהיו משלמים למדיום אחר חינמי**. אין כאן פספוס של צופים פוטנציאלים אלא כאלו שאם לא השידור החינמי לא היו רואים זאת**. אין כאן ממש לקיחה או שימוש זהה למקורי. מטרת ההנגשה היא מטרת העל, ברגע שמאפשרים אותה זה נעשה לאוכלוסיה פוטנציאלית שלא היית רואה לולא השימוש החינמי. היא לא מביעה דעה על האיכות- ההזרמה היא באיכות פחותה יותר, אין העתקה גורפת בצורה זהה (היא לא מציינת זאת אך זו טענה טובה). טענה דומה קיימת בשוק המוסיקה- אם לא הייתי מוריד שיר מסוים אז לא הייתי שומע אולי את הזמר הזה, זה לא מפחית מכמות הדיסקים שקונים. אגמון מאזכרת צדק חלוקתי ומאזכרת את המאמר של מולי.

*ביקורת:* הכשרה של פסקי דין כאלו בהקשרים אחרים תכשיר שיתופי קבצים ולכן זה בעייתי. זה יפגע בשוק הראשוני של היצירה. הרעיון הכללי לדעת ביטון של הנגשת יצירות הוא חשוב, אך ביטון מעריכה שביהמ"ש בעתיד יהפוך את ההכרעה.

1. השפעת הנטילה על שוק היוצר- אחת הטענות שהעלו בהקשר הפס"ד היא שאם יאפשרו את השימוש ההוגן בהזרמה, זה יוביל להפרות רבות ויפגעו בשוק של היוצר הראשוני. במסגרת השימוש ההוגן כאשר בוחנים את שאלת שווקי היוצר, אגמון לא חושבת שיש לתת לטענה זו משמעות. בתי משפט בדר"כ כן מסתכלים על ההשפעה המצטברת אם מתקבלת החלטה שמדובר בשימוש הוגן.

אגמון בוחרת בגישה ערכית שאפילו האנשים שהיא מאזכרת לא מסכימים להיקפים שהיא מציינת. ***לסיג*** טוען שלא יתכן לחיות במציאות שקבוצה כ"כ גדולה לא מיישמת את החוק ולתת לכך לגיטימציה מבחינה נורמטיבית ולכן יש לאפשר לאכוף את החוק עצמו ולאפשר שימושים הוגנים. יש לזכור שיש ס' פליליים בחוקים האלו עם ענישה וקנסות.

הפתרונות שהציעו לכך אלו **פתרונות חוזיים**-שימושים בחוזים כדי לאכוף את החוק עצמו, לסיג הקים תנועה מצליחה אך לא נגישה לציבור הרחב creative commons (תנועת הקוד הפתוח)- החלה ליצור פלטפורמות של שיתופים לא מסחריים. תנועת הקוד פתוח שהרבה אנשים שותפים ליצירה שלה, פעלה עם חוזה רישיון כללי שמאפשר לכולם לתרום והיא מצויה ברשות כולם, הכל תחת הגנות זכויות יוצרים אבל עם פחות מגבלות-הגבלות על שימושים מסחריים מבחינת הגלגול שלה. ויקיפדיה למשל עובדת עם סדרת רישיונות שמאפשרת פתיחות עם פחות מגבלות. זה יצר בעיות וכשלים אך עדיין מתמודדים עם בעיות רבות של הקניין הרוחנית.

**ס' 53-60 עוסקים בסעדים/תרופות:**

* 54- בעלי זכויות יוצרים ובעלי רישיונות ייחודים רשאים לתבוע בגין הפרות
* 55- מי רשאי לתבוע בגין הפרת הזכות המוסרית.
* 56- מי רשאי לתבוע בגין פיצויים ללא הוכחת נזק, הסעיף הרווח בדר"כ הפיצוי הוא סטטוטורי ללא הוכחת נזק, ההליך המרכזי שבתי המשפט עושים בו שימוש. לא שוברים את הראש בהערכת הנזק
* 58- מפר תמים, קובע פטור מתשלום פיצוים.
* אפשרות להוציא צווי מניעה, השמדה .

פרוייקט הספרים של גוגל**-**אספו את כל הספרים שנפלו לנחלת הכלל, סרקו את כל הספרים, המודל שלהם היה שספרים שלא נפלו לנחלת הכלל יחשפו רק חלקים. גוגל לקחו סיכון וטענו שזה שימוש הוגן להראות קטעים נבחרים מספרים מוגנים, היתה תועלת חברתית- רצו לעשות דיגיטיזציה. יוצרי הספרים תבעו אותם והגיעו לפשרה שהיא למעשה קבלת זכות בלעדית לעשות את זה באינטרנט, אך בית משפט לא אישר את ההסכם כי היו סכנות לזכויות יוצרים, פרטיות של אנשים- הפשרה קרסה.

**דיני פטנטים**

אין הרבה פסיקה בנושא בארץ. דיני פטנטים וסימני מסחר אלו תחומים המשלימים זה את זה.

**הגנת הפטנט לעומת זכות היוצרים:**

ראינו שהגנת הפטנט יותר חזקה מאשר זכויות היוצרים. נותנת מונופול שאין עליו הרבה הגנות.

פטנטים נבדלים מזכויות יוצרים בכמה מובנים:

1. **ניתן לרוכשם באמצאות שימושיות בלבד**-פטנט ניתן לרכוש רק בהמצאות שימושיות ביחס לזכויות יוצרים.

2. **נדרשת הגשת בקשה לפטנט המפרטת את החדש והמועיל באמצאה וקבלת אישור משרד הפטנטים-** בזכויות יוצרים אין צורך לעמוד בדרישות פורמאליות אלא ישר מקבלים זכות יוצרים, בפטנט יש לפרט מה ההתקדמות האמצאתית ויש הליך מוסדר שבסופו ניתן הפטנט, כל ההליך עולה הרבה כסף והעלויות יותר גבוהות והזמן שלוקח לבקש.

3. **הגנה מוגבלת לרשימת התביעות (claims) – על הממציא לפרט מהן תביעותיו ואלה שתאושרנה קובעות את היקף ההגנה**- בזכוי"ו היקף ההגנה מאוד רחב, האפקט המצנן הוא שאנשים מבקשים רישיונות גם כאשר יש שימוש הוגן, קיים קושי לדעת מה בדיוק היקף ההגנה. בפטנטים לעומת זאת ההגנה היא לתביעות. מגיש התביעה עושה זאת דרך העו"ד או מומחה לפטנטים, הוא מנסח את התביעה ומרגע שמאשר אותם זו התביעה שקובעת את היקף ההגנה לאותו ממציא. היקף ההגנה בפטנט רחב ויש גבול עמום מעבר ללשון התביעות שגם היא גורמת להרבה עלויות עסקה ביחס לאנשים שרוצים להכנס לשוק חדש או לתעשיות שיש בהם הרבה הגנות פטנטים. המסגרת כאן היא התביעות.

4. **על הממציא להגיש את הבקשה תוך פרק זמן מסוים מיום האמצאה (אחרת – אובדן זכות)**-בשונה מזכויות יוצרים שמקבלים ישר את ההגנה, לפטנט צריך להגיש בקשה בהקדם, יש מגבלות מה יכול לעשות עם האמצעה עד שיקבל אישור, כלומר, לא נחכה יותר מדי כי אם נעשה כל מיני פעולות שיחלקו את המידע עם הציבור יש לכך מגבלות. לכל מדינה יש את החוקים שלה, אך החוק הישראלי יש לו חוקים מיוחדים שמבדילים אותה מארה"ב למשל, אז יכול להיות שההגנה שתקבל בארץ-לא תקבל אותה בארה"ב ויש להבין שהחוק מוגבל לטריטוריה שלך. גם אם תפעל לפי חקיקה ישראלית, זה יכול להיות מפר זכויות יוצרים של מדינה שונה ולכן צריך תמיד לדעת מה קורה גם במדינות אחרות ולהזהר עם עצות שנותנים למגישי בקשות.

5**. פטנט מופר ע"י כל אחד המייצר, משתמש, או מוכר את האמצאה, אפילו הגיע אליה באופן עצמאי** – בזכויות יוצרים יש הגנה של יצירה עצמאית, אם יצרנו שיר דומה לשיר אחר אבל זה היה עצמאי-לא תחשב למפר זכויות יוצרים. כאן זה לא משנה אם ידעת או לא אתה תחשב למפר פטנט.

**פטנטים – יתרונות וחסרונות:**

* רבים מעדיפים להסתמך על הגנת הסוד המסחרי- הגנת הסוד המסחרי משלימה והרבה אנשים מעדיפים להסתמך דווקא להגנת הסוד המסחרי ולא ללכת למסלול הפטנט כי היא יותר מוגבלת.
* קיימת חפיפה בין סודות מסחר לפטנטים – כל אמצאה בת פיטונט ניתנת להגנה באמצעות סוד מסחרי; ההיפך – לא הכרחי סוד מסחרי משתרע על כל לקוח שלא יכול היה להיות מוגן, כל ידע שהיה ברשות חברה או יחיד. המצב בדר"כ הוא שכל דבר הוגן דרך דיני פטנטים ניתן להגן עליו גם דרך סודות מסחר. ההפך לא יהיה בהכרח נכון- לא כל דבר שיקבל הגנת סוד מסחרי יקבל הגנת פטנטים.
* הערכה רווחת – מקום בו הגנת פטנט אפשרית – ממציאים יבחרו בהגנת הפטנט- הרבה יבחרו להגיש בקשה לפטנט מבחינת נושאי ההגנה, אם אפשר לקבל אותה, יבחרו לקבל הגנה דרך דיני הפטנטים ולא דרך מסלול סודות מסחריים.
* ככל שהגנת הסוד המסחרי רחבה יותר, תהיה נטייה להסתמך על סוד מסחרי יותר– מדוע? יש להבין שבהקשר הזה, שהרבה פעמים כדאי להסתמך על סוד מסחרי בגלל מגבלות הקשורות להגנה הפוטנציאלית שמשפיעות על הדרך של אנשים האם להגיש בקשה או לא-
* הגנת הפטנט סובלת ממס' מגבלות**:**

1. **משך אישור הבקשה לרישום פטנט – מס' שנים; כאשר ניתן הפטנט – לא תמיד יהיה רלוונטי לאור התפתחויות טכנולוגיות בזמן שקילת הבקשה;** הבחינה שלה הולכת 4 שנים בממוצע ולעיתים הטכנולוגיה הופכת כבר להיות לא רלוונטית בשווקים שמתחדשים. פעמים רבות עד לקבלת האישור יש בעייתיות בנוגע לכדאיות הבקשה מלכתחילה. הבקשה משתרעת מיום הגשת הבקשה והיא למפרע, גם כשהיא יסודית-זה יחשב גם אם הבקשה היתה סודית ויכסה פעולות שקרו באותו זמן. הסיכון הוא שלעיתים הבקשות יכולות להדחות ואז אם הבקשה מתפרסמת –הלך הסיכוי לקבל הגנה כי זה פורסם לציבור ולא ירשם על שמך לעולם פטנט.

2. **פרסום או שימוש קודם – הופכים את האמצאה לבלתי ניתנת להגנת פטנט;**

**3. רעיון בלתי מוגן – רק תהליך או מוצרים מוגנים;** לא כל דבר מוגן בפטנטים, רק תהליכים ומוצרים יקבלו הגנה. אף אחד לא מבין ממש את גבולות הגנת הפטנט והוא מאוד עמום. בגלל הקושי הזה אנשים יעדיפו הרבה פעמים לשמור בסוד על המידע ולא לבקש הגנת פטנט.

**4. הגנה מוגבלת לרשימת התביעות – מגיש בקשה מציין על מה הוא מבקש להגן וניסוח תביעות – חשוב ביותר!** סוד מסחרי יכול להיות על הכל ואילו פטנט התביעות מגדירות את היקף ההגנה ולכן צריך עו"ד מנוסה שינסח תביעה טובה כי אחרת זה יכול לפגוע בך אם תתפשר על מה שמגיע לך.

**5. הגבלה טריטוריאלית – בקשה ואישורה מעניקים הגנה במדינה בה ניתנו בלבד;** צריך לזכור שההגנה תהיה רק למדינה שקבלת בה אישור ולא יהיה לה תוקף במדינות זרות.

**6. עלות ההגנה (רישום+אכיפה) – הוצאות משפטיות יכולות להיות עצומות**. אנשים שנכנסים התדיינויות והליכים משפטיים בפטנטים יכולים להגיע למיליון דולר בממוצע.

**דרישות היסוד של כשירות לפטנט:**

**אמצאה כשירת פטנט - מהי?** "אמצאה, בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך, בכל תחום טכנולוגי, שהיא חדשה, מועילה, ניתנת לשימוש תעשייתי ויש בה התקדמות המצאתית - היא אמצאה כשירת פטנט." ס' 3 לחוק הפטנטים מביא מס' דרישות:

1. **מוצר או תהליך**

2. **בכל תחום טכנולוגי** – לא כ"כ ברור מה זה תחום טכנולוגי, הדרישה אף היא לא ברורה.

3. **חדשה** (new)- דרישת הנובלטי במ' האמריקאי.

4**. מועילה** (useful)- לאותה מטרה שהיא נועדה להשיג

5. **ניתנת לשימוש תעשייתי** – גם הדרישה הזו לא כ"כ ברורה מה פועלה, באיחוד האירופי יש דרישה דומה אך באמריקאי אין בכלל.

6. **התקדמות אמצאתית** (non-obviousness) –זה מוקד המלחמה בין ממציאים למפרי פטנטים והכי קשה לעמוד בה. הציפייה היא שמעבר לזה שהיא חדשה היא לא יכולה להיות מובנת מאליה לאנשים שמתמחים בתחום. מיהו אותו בעל מקצוע ממוצע בתחום? גם על אותו אדם יש וויכוחים. קשה מאוד לעמוד בדרישה זו וזה בסיס לדחייה וזה המישור שיתקפו בדר"כ את כשירות הפטנט כי קל לרוב לבטלה.

**מוצר או תהליך:**

**מה אינו מוגן? – רעיונות מופשטים ללא יישום, חוקי טבע, תופעות טבע, משפטים מתמטיים טהורים, אלגוריתמים.** קווי הגבול בינם למה שאינו מוגן לא תמיד ברורים. אנו רואים הרבה סימני שאלה לגבי היקף הגנת הפטנט. הרשימה אינה סוגרה אך זה הרשימה המובהקת שהדין לא מכיר בהם כפטנט:

1. **רעיונות**– נדרשת הוצאת רעיון מן הכוח אל הפועל בצורה מוגדרת ומעשית. כלל זה מונע מהוגי רעיונות שאינם יודעים כיצד לפתחם באופן מעשי מקבלת הגנה – "פרדוקס הגילוי" של קנת ארו (Arrow). מדוע לא רוצים לתת הגנה לרעיונות? העלויות יכולות להיות אדירות ולא רוצים להרחיק לכת ולתת הגנה כ"כ כללית ולתת מונופול בשלב כ"כ מוקדם ולכן דורשים שקודם תיישם אותו ואז תקבל הגנה.
2. **חוקי טבע** – לא ניתן לרכוש הגנה בחוקי טבע או תופעות טבעיות. דוג': ניוטון לא קיבל הגנה על תיאוריית המשיכה, איינשטיין לא יכול לקבל הגנה על תיאוריית היחסות. אולם, אם אתבסס על דבר שקורה בטבע ואשנה אותו אקבל הגנה. ניתן לתבוע הגנה על אורגניזמים חיים שפותחו על ידי מחקר גנטי :

* Diamond v. Chakrabarty- בעליון האמריקאי שנות ה80 ניתן פטנט על בקטריה מהונדסת גנטית המסוגלת לאכול כתמי שמן ונפט- אדם הצליח לפתח בקטריה מהונדסת גנטית שמסוגלת לאכול כתמי שמן וזיהומים באוקיינוסים ובאוויר, זה הגיע לעליון האמריקאי ושאלו האם זה יכול לקבל הגנה? ביהמ"ש אומר שכן-כל המצאה תחת השמש שאינה מוצר טבעי יכולה לקבל הגנה.
* פס"ד הרוורד- העכבר המפורסם של הרוורד אשר שונה גנטית כדי להתאים לחקר מחלת הסרטן. (סעיף 7(2) לחוק הפטנטים).עליון האמריקאי קבע שכל דבר שונה מהטבע יקבל הגנה.

1. **אלגוריתמים** – לא מוגנים כשלעצמם, אך כאשר אלה משולבים במסגרת תהליך או מוצר יכול ותינתן עליהם הגנה. שמנתחים אותה מתייחסים אליהם כרצף לוגי אשרת כל עוד אשמש בו במסגרת מוצר אחר שיוביל לתוצאה של מוצר אחר-זה יהיה מוגן. למשל, שימוש בנוסחה מתמטית לצורך הגעה ליחס חומרים נכון בתרכובת מסוימת.
2. **הגנה על תוכנות מחשב ושיטות לעשיית עסקים** – קיים קושי לאשר הגנה בישראל לתוכנת מחשב (קיימת הגנה לפי חוק זכות יוצרים); בארה"ב הנושא נדון במשך שנים וטרם הוכרע סופית.קוד המקור כפי שראינו מוגן. כשאנו חושבים על מוצר זה יכול להיות כל מוצר. בעולם המסורתי כשהסתכלנו על תהליכים, זה יכול להיות תהליכים פיזיים, גם תהליכים היו המצאות שיש להם עוגן או בסיס פיזי באופן כללי. בתחילת הדרך כשהחלו תביעות לגבי תוכנות מחשב, כל השאלה של היקף ההגנה לתהליך התעוררה בצורה חריפה. עד אמצע שנות ה70 היינו עם פסיקה שעסקה במוצרים של תעשיות מסורתיות, תהליכים פיזיים וכימיים ששינו ממצב מסוים לאחר ולא תהליכים של משהו יותר מופשט. כל מה שנוגע לתוכנות שניסו לקבל הגנה- ניסו לקבל הגנה על אלגוריתמים שמשולבים בתוכנת מחשב כאשר זו סדרה של פעולות לוגיות לתוצאה מוגדרת לאותה תוכנה. אחת הטענות היו שהתוכנות צריכות להיות מוגנות בדיני הפטנטים.

בפ"ד בנסון- ניתן בתחילת שנות ה70 במ' האמריקאי. העליון האמריקאי אמר **שאלגוריתם הוא כמו רעיון מופשט ולכן לא יקבל הגנה**.נכון שזהו תהליך עם מס' צעדים אך זהו תהליך מופשט לוגי והם דברים שהם כמו אבני יסוד ואמיתה או משפט מתמטי ולא יכולים לקבל הגנה. נותנים הגנה ליישומים ולא לרעיונות.אותו אלגוריתם מופשט הוא תהליך שאדם לטענתם יכול לעשות בראש שלו וביהמ"ש אומר שהוא לא רוצה למנוע מאנשים לחשוב ולכן לא יתכן שנמנע הגנה כזו.

diamond v. diehr - אחד מפסה"ד הכי חשובים, היתה התעקשות לקבל הגנה. היה שימוש באלגוריתם ששולב יחד עם מחשב לצורך עיבוד גומי סינטטי. כחלק מהתהליך היה הליך של חישובים חוזרים ונשנים של גומי ששהה במיכל ששימש לצורך תעשייתי, היה צורך בחישוב חוזר לטמפרטורה לפי משוואה עד לסיום תהליך העיבוד. האלגוריתם למעשה בחן כל מיני גורמים ונועד להודיע מתי ההליך הושלם וניתן לפתוח את הגומי.

***ביהמ"ש***- אמר שהבקשה שמנסה לתת הגנה לתוכנת מחשב כי זה לב ההמצאה- לא ניתן לתת לה הגנה. כמו כל חוק טבע או כל אמיתה אחרת שקיימת בטבע, מדובר על כלי עבודה בסיסי ולא ניתן לקבל הגנה כזאת. גם משרד הפטנטים בקשר ליכולת מחשבה או שימוש באותה הנוסחה, משרד הפטנטים אומר שלא תינתן הגנה לסוג זה ודוחה את אותה בקשה. בשלב הראשון זה נדחה, ערכאת הערעורים הופכת את ההחלטה- הם אומרים שהאלגוריתמים גורמים לשינוי פיזי של אותו עיבוד, אם היה שינוי שכולל צעדים אחרים שמובילים לתוצאה פיזית-גומי מעובד חדש, זה שמעורב מחשב זה לא סיבה לפסול את הבקשה. יש שילוב אלגוריתם אך התוצאה הסופית היא פיזית וישומית ולכן אין בעיה להגן על אותה תוצאה. העליון מאשר את ערכאת הערעור ואומר שכל מה שנעשה תחת השמש ע"י האדם יקבל הגנה. העליון **אומר כל תהליך כדי שיהיה מוגן כפטנט, חייב להיות מבוצע ע"י מכשיר פיזי או לחילופין התהליך צריך להיות כזה שיוצר שינוי של חומר פיזי ממצב אחד לאחר**. העליון מבטא את העולם היישום של ההמצאות- רק אם זה יחולל שינוי יקבל הגנה, מדובר על המצאות יותר מסורתיות וביהמ"ש מתווה מבחן שנראה אותו חוזר שנקרא **"מבחן השינוי"-**הוא מעגן את 2 האפשרויות של תהליך מוגן. לסיכום: **גם אלגוריתמים יכולים להיות מוגנים אם ישולבו בתהליך שיבוצע ע"י מחשב או שתוצאתו שינוי פיזי של מוצר ממצב אחד לשני.**

State street bank (98' ע"י הfederal circuit- זוהי ערכאת הערעורים היחידה שמאחדת את כל הערעורים בלי קשר לאיזה מחוז הוא נמצא). הגנה לתכונות מחשב. פס"ד זה לראשונה התמודד עם השאלה האם תוכנות מחשב או אלגוריתמים יהיו מוגנים כשלעצמם בלי להיות משולבים באותם הליכים פיזיים או בהליכים הכוללים מכונה או לא? שאלה נוספת היתה האם שיטות לעסקים יכולות להיות מוגנות? יש הרבה וויכוחים האם שיטות לעשיית עסקים יכולות להיות מוגנות, אחת התופעות הרווחות מאותו פס"ד היא הגשת בקשות על כל מיני בקשות עסקיות [לדוג': אם אדם קונה באמזון למשל יש הליך לעקוף את הצ'ק אאוט והם הפכו זאת לרכישה מהירה שמדלגת ומקצרת את תהליך הרכישה של מוצרים אונליין, מה שהם עשו זה תהליך רישום- אתה נרשם והם אוספים עליך נתונים.] בstate street bank - היתה תוכנה לעשיית עסקים של מערכת לשימוש מס' קרנות במשותף. בסופו של כל יום המערכת קבעה מה יופרש לקרנות וניהלה את אותם חשבונות של אותם קרנות בצורה משותפת. היה בהם שילוב של מחשב ובחלק לא היה. באותם תוכנות היו אלגוריתמים שעליהם ניסו לקבל הגנה. ניסו לקבל הגנה לאלגוריתם באותה תוכנה.

***ביהמ"ש***- נוטש לחלוטין את מבחן השינוי ואומר **שמוצר או תהליך יקבל הגנה כל עוד יש לו אלגוריתם בהקשר תוכנות מחשב לצורכי עסקים. אם בסופו של יום התוצאות יהיו מועילות, קונקרטיות ומוחשיות-אותם אלגוריתמים יקבלו הגנה**. ביהמ"ש אומר שאין מניעה לקבל מניעה על אלגוריתם כזה כי התוצאות שלו עונות על הדרישות, הם יוצרים בכך מבחן חדש. העולם המוחשי של DIAMOND היה של שינויים פיזיים אך כאן העולם הפך ליותר מוחשי, המציאות השתנתה. לכן, ביהמ"ש מתגמש במבחן ואומר שכל עוד תוצאותיו יעילות, לא צריך יותר עוגן מוחשי. מספיק שזה יהיה קונקרטי ומסוים, חייב להיות מוגבל כי אי אפשר לתת הגנה רחבה מדי, אך אם ישנה יעילות מוחשית-זה יקבל הגנה.

חשוב להבין שפסה"ד הזה פתח צוהר לחדשנות והכרה בהגנה עליה. אם זה אלגוריתם יעיל זה יקבל הגנה. אחרי פסה"ד הזה, משרד הפטנטים היה מוצף בבקשות הזויות (כמו פטנט להצעת נישואין מוצלחת) אך גם בקשות שראוי לתת להם הגנה שלא יכלו בעבר לקבל הגנה. המצב הזה נמשך כמה שנים ונוצרו בקשות רבות שמאוד רחבות. היתה חוקרת שאמרה שזה לא נורא- אז מה אם יהיו פטנטים שהם חסרי חשיבות ממילא אף אחד לא יתייחס אליהם. מנגד, נאמר שגם אם יש סימן שאלה לגבי התקיפות שלהן, ניתן ללכת לקב' אנשים ולאיים עליהם שעשו המצאה דומה וזה פותח פתח לסחטנות. מרבית הפטנטים הכי מוצלחים הם של חברות קטנות דווקא, אחד הדברים הלא טובים בפתיחת דלת היא בשל הצפת משרד הפטנטים ואיומי תביעות ותופעות של 'טרולים' של פטנטים. החברות הללו מחפשות קורבנות שיכול להיות שמפרים את הפטנטים. לא יכול להיות שכל אדם יקבל הגנה כי הוא יעיל.

פס"ד BILSKY- נדון בעליון האמריקאי, מה שקרה הוא שלפני שהגיע הענין לעליון האמריקאי זה הגיע לערעור והיתה דחייה לבקשה לפטנט על תהליך שנעשה בו שימוש בקרנות מסוימות ביחס לסחר במוצרים מסוימים בנוגע לקרנות גידור. הם חוששים שיהפכו את ההחלטות של ביהמ"ש ולכן חזרו לתקדימים –ביהמ"ש אומר שטעה בסטריט בנק ואומר שכדי שהליך יהא מוגן חייבת להיות משולבת בו מכונה או שינוי פיזי אבל, בבילסקי אומר שזה לא מוגבל להמצאות במונחים התעשייתי שאנו מכירים. זה יכול לחול גם ביחס לתוכנות וגם **שינויים שיכולים לקרות כתוצאה מעיבוד מידע שיוצר שינוי בסטטוס המידע, זה יכול להיחשב לטרנספורמציה, כל עוד הם מייצגים משהו פיזי**. סביר להניח שהוא מתכוון לפס"ד אחרים שאמר שאם יש תהליך לעיבוד- **אם המכונה מייצגת פעילות פיזית אז תקבל הגנה**. ביהמ"ש לא נפרד לגמרי מהעוגן הפיזית אך אומר שזו יכולה להיות גם פעילות פיזית.

האם המצאת סטריט בנק יכולה להיות מוגנת? זה מייצג כסף שהוא פיזי ולכן לכאורה זה מייצג פעילות פיזית-עובר מכיס של אחד לאחר. העליון האמריקאי לאחר שחזרו לשיטה הישנה מתרגז ואומר שלא מבינים למה עשו את המהלך הזה, מבחן השינוי הוא לא המבחן הבלעדי והאמת נמצאת בין המבחן של סטריט בנק לבין מבחן השינוי. הוא לא מפרט איזה מבחן ראוי לטעמו. זה לא מתאים לעידן המידע ויש לגלות גמישות.

**הפסיקה בישראל:**

פס"ד רוזנטל (80') - שיטה אלקטרונית לקיזוז שינויים במידות של כלים של מכונות– נשללה האפשרות. הוגש ערעור על החלטת הרשם שלא לתת לכך פטנט.

**המחוזי-** אישר את החלטת הרשם- תוכנה לא תקבל הגנת פטנט. מדוע? ביהמ"ש חוזר מה שהיה בשנות ה-70 בארה"ב- מדובר בחישובים, הוראות שניתנים למחשבים בשלבים מחשבתיים (הליך מנטלי). אני יכול לחשב בעיפרון או לחשוב עליו. יש כאן בעיה עם חופש ביטוי- אני לא יכול לחשוב על משהו בשל החשש להפר את הגנת הפטנט שלך. **תוכנה לא מוגנת כפטנט כי מדובר בתהליך חישובי מחשבתי.** משווה את המחשב לראש שלנו- זה שלבים שמתבצעים במחשבותיו של אדם, זה לא מצדיק מתן פטנט. שיטת חישוב דומה לתופעות טבע, אבל הרציונאל להשוואה לראש של אדם, זה בעייתי. ביקורת-יש הרבה דברים שאדם אינו יכול לבצע בראש, בעיפרון ומחק.

פס"ד יונייטד (94')- כן הגנו על הבקשה בפטנט. דובר על תוכנת מחשב המאפשרת הפחתת צריכת דלק במסוקים ע"י חישובים מסוימים.

**המחוזי-** נתן הגנה. נאמר שיש גם רכיב פיזי בשילוב עם התוכנה – דומה להלכת דיימונד נ' דיר***.*** בשונה מרוזנטל ( תוכנת מחשב – הליך מחשבתי טהור) יש כאן תוצאה פיזית- שינוי פיזי מוחשי. זהו תהליך מוגן לפי ס' 3 לחוק הפטנטים*.* התהליך אכן השפיע על ויסות צריכת הדלק. זהו פס"ד מנחה, אין תקדים**. אין מניעה להגן על תוכנה אם היא משולבת בתהליך פיזי שבסופו של יום הרכיב של התוכנה הוא לא הדבר היחידי שנמצא בו. צריך שההליך יביא לחידוש והתקדמות טכנולוגית ואין מניעה שתוכנת המחשב תהיה משולבת.**

ההלכה בארץ: תוכנת מחשב כשלעצמה לא מוגנת בישראל כפטנטים, אלא דרך זכויות יוצרים (כיצירה ספרותית). **בפטנט התוכנות יקבלו הגנה רק בשילוב עם אלמנטים פיזיים שיש בהם חידוש והתקדמות המצאתית**. באיחוד האירופאי זה כמו בארץ . כמו כן, באנגליה.

**שיטות לעשיית עסקים בישראל:**

פס"ד אלי תמיר- שיטות לעשיית עסקים בישראל-דובר על שיטה לקידום מכירות מוצרים או שרותים שלא היתה מעורבת בהם תוכנת מחשב. זו שיטה כלכלית מסחרית ולא טכנולוגית-כלומר נדחה לפי ס' 3 לחוק ולכן הרשם דחה זאת כי היא לא נכנסת לדרישת "תחום טכנולוגי". **שיטה עסקית כשלעצמה לא תקבל הגנה כי זה רעיון עסקי מופשט. אולם, כאשר מדובר בהמצאה הברידית המשלבת שיטה עסקית עם תוכנת מחשב-אם לב ההמצאה היא במערכת הפיזית ולא השיטה העסקית או תוכנה גרידא-זה יקבל הגנה.**

**הפרטים ברישום הפטנט:**

* מצד שמאל יש לרשום את **שם הפטנט**
* מתחתיו את **שם הממציא ומידע עליו** (בדר"כ זו קב' של יחידים או יחיד) –לא ניתן להסתפק רק בשם החברה שהמציאה או האדם אלא חייבים לתת מידע עליו.
* **תאריך בו הפטנט ניתן,** כומר היום שאושר ונכנס לתוקפו. אול, כאשר מחשבים את הגנת הפטנט זה מיום הגשת הבקשה ולא מרגע אישורה.
* **הסיווג של אותה המצאה-** עשו רשימה של סיווגים כדי שיהיה קל לאתר את הפטנט ומקל על חיפושים.
* מאשר הבקשה צריך לרשום את **המקורות והתחומים בו חיפש כדי לאשרר את ההמצאה**-תחום המזון, הרפואה וכו'.
* **אינפורמציה על התחום של ההמצאה**-כל המסמכים שהבוחן שקל, זה יכול להיות מסמכים שעשה חיפוש עצמאי או מסמכים שהובאו ע"י מבקש הבקשה. זה ייתן אינדקציה למי שיגיד שהפטנט לא תקף ואז ניתן לראות שהבוחן שקל אותה וכנראה היתה לו סיבה לא לקבל את הטענה. המסמכים בדוג' (דף פטנט מצורף של בובה שעוזרת לשמור על המשקל) הם מסמכים של פטנט אמריקאי והוא נותן את המסמכים שלפיהם אישר את הבקשה.
* **השם של העו"ד או החברה שהכינה את מסמך הפטנט**- גם זה חשוב כי לעיתים יש עילות שבאות לתקוף את התנהגות מבקש הבקשה וניתן להזמין את עו"ד לחקירה כדי לאשר את תקפותו.
* **אבסטרקט**- תמצית ההמצאה- מה טוב בהמצאה, איך היא מקדמת אותנו ביחס למה שהיה בעבר.
* **תיאורים מצוירים של ההמצאה -**יש תיאור מצויר ומפורט של איך לעשות את ההמצאה ואיך להשתמש בו.
* **תיאור מילולי של ההמצאה**- של מה כל אחד מהאיורים מתאר, למה זה חשוב ומה הוא עושה. התיאור המפורט של ההמצאה לוקח את הרישומים הגרפים ודרכם מתמלל את ההמצאה תוך שימוש בדוג' ותוך הפניה לכל רכיב של ההמצאה בתיאור הגרפי.
* **תיאור של התביעות של הפטנט**- "אני תובע את ההמצאות הבאות.." יש 2 דרכים לתביעות:

1. תביעה עצמאית- תיאור של המצאה עצמאית שעומדת בפני עצמה (יש ז'רגון מיוחד לגבי היקף ההגנה שמבקשים כמו COMPRISING OFF או COMPRISING.)
2. תביעות תלויות- מסתמכות על המצאה מס' 1 ומצטרפים אליה תוך שינויים- למשל תביעות 2-7 מוסיפים אלמנטים נוספים למה שאני תובע- תביעה 2 נסמכת על תביעה מס' 1 ומוסיפה לה אלמנט נוסף או משנה מאפיין באותה תביעה (אני תובעת אותו דבר מה שיש בתביעה 1 אך מחליפה את הרכיב הראשון בתביעה ברכיב אחר). התביעות זה מעין ביטוח, אנשים שמגישים בקשת פטנט רוצים לקבל כמה שיותר הגנה ולכן בתביעה ידברו בלשון רחבה אך מנגד התביעות יהיו מצומצמות ליישומים מסוימים של ההמצאה שלי- א אבקש תביעה רחבה והלשון תהיה מאוד כללית, מישהו יכול לתקוף את התביעה שעלולה לבטל את הבקשה שי. גם אם ביהמ"ש יגיד שהתביעה הראשונה לא תקיפה, תמיד אוכל להסתפק בשאר התביעות ואוכל להסתמך עליהם כדי לקבל הגנה. כל אחת מהתביעות היא בלתי תלויה ברעותה- א ביהמ"ש קובע שתביעה מסוימת רחבה מדי ומבטל אותה או שמבטאת אלמנט שכבר הומצא-התביעה עצמה מבוטלת אך לא שאר התביעות.

**סייג למתן פטנטים –ס' 7 נותן הגבלות**

על אף האמור בסעיף 2 לא יוענק פטנט על -

(1) **תהליך לטיפול רפואי בגוף האדם**-רק תהליך, אם זה היה מוצר כמו תרופה או תכשיר זה יקבל הגנה. אם אפתח שיטה לניתוח מעקפים שהיא יעילה ובטוחה- לא אקבל על כך הגנה. בארה"ב ניתן אך בישראל לא מאפשרים זאת.

(2) **זנים חדשים של צמחים או בעלי חיים, זולת אורגניזמים מיקרו-ביולוגיים שלא הופקו מהטבע.** כל זן חדש של צמחים או בע"ח לא מאפשרים הגנה. כל זן חדש שמפתחים ניתן לקבל הגנה מכוח חוק מיוחד אך לא מכוח חוק הפטנטים-*חוק זכות מטפחים של זני צמחים, תשל"ג*-1973, מקביל לחוק הפטנטים ביחס לצמחים. יצירת זן חדש של צמח מאפשרת רישום המקנה הגנה על הפיתוח.

**דרישת מוצר או תהליך:**

מוצר או תהליך אינו מוגדר בחוק אך פורש על ידי הפסיקה:

* **מוצר-** כל מכונה, חפץ, תרכובת או שילוב חומרים. למשל, סוללה חדשה, חומר ניקוי, תרופה.
* **תהליך-** שורה של צעדים הכוללים שינויים פיזיקליים או כימיים במוצרי הגלם באופן ההופך אותם לבעלי תכונות חדשות; שורה של צעדים שאני עושה על משהו שיוצר משהו חדש, או שחומרים משנים את התכונות שלהם. בארה"ב יש הרחבה גם למוצרים שיוצרים פעילות פיזית (דברנו על כך בבילסקי) רוצים לתת הגנה גם לתהליכי שיותר מאפינים את טכנולוגית המידע בשונה מהתהליכים התעשייתיים שהיו כשהחוקים האלו באו לעולם. בארץ תהליך מפורש כשינוי פיזי ולא משהו שמייצג משהו פיזי ולכן הדרישה יותר מצמצמת ומחמירה מארה"ב.

הערה חשובה: אין צורך שהמוצר החדש הנוצר באמצעות התהליך המוגן יהיה חדש אף הוא. התהליך יכול להיות חדש אך עדיין אייצר את אותו כיסא- תהליך יקבל הגנה גם אם המוצר עצמו הוא לא באמת חדש.

**פטנט על תהליך או מוצר? מה עדיף?**

מקובל לחשוב שפטנט על מוצר עדיף על פטנט על תהליך משני טעמים:

1. פטנט על תהליך מקנה הגנה רק לתהליך המסוים ולא למוצר הסופי. לפיכך, אם יש דרכים אחרות להגיע למוצר הסופי, הממציא יהיה חשוף לתחרות.הגנת התהליך מאוד מוגבלת לתהליך המסוים שאותו תבעתי וא אפשר לייצר בדרכים אחרות זו לא הגנה רחבה לעומת הגנה על המוצר שלא משנה אם עשית אותו בדרך אחרת- תהיה לי הגנה פוטנציאלית על הוצר ואין הגנה על התהליך השונה שעשית אותו.
2. **בעיה ראייתית** – קל יותר להוכיח הפרת פטנט על מוצר מאשר הפרת פטנט על תהליך. קשה מאוד לאתר ולהוכיח הפרות פטנט על תהליכים מאשר במוצרים. כשיש מוצר פשוט נשווה את המוצרים, אולם קשה לאכוף תהליכים, העלויות עצמות ולכן מעדיפים ליטות לבקש הגנה למוצר ולא תהליך.

**דרישת היעילות (Utility):**

* כדי שאמצאה תחשב יעילה, עליה להשיג את המטרה שהוצגה בבקשה לפטנט. אם התרופה אמורה להוריד לחץ דם ואכן עושה זאת- היא עומדת בדרישת היעילות.
* די שהמבקש ייתן "הבטחה" בדבר יעילות האמצאה. בשלב הגשת הבקשה אין הוא נדרש עדיין להוכיח את הבטחתו (ענין סאנופי-השופטת נתניהו). אם התרופה עומדת בדרישת היעילות אין צורך להראות בדיקות מעבדה שהוא מצליח אלא מספיק שאצהיר שזה עובד, מסתמכים עלי כאדם בתחום שאומר זאת ואין צורך להוכיח זאת. המבקש צריך אבל לתת הבטחה לכך שזה משיג את היעילות לצורך העניין. הרציונאל הוא שלא תצטרך לעשות סתם ניסויים על בני אדם, לא רוצים לעודד זאת.
* מוסריות הבקשה- אין דרישה שהאמצאה תיטיב עם החברה או תתרום לרווחה המצרפית: הפטנט יכול להיות חסר כל ערך מסחרי, ומספיק שהוא יעבוד כפי שמוצג בבקשת הפטנט.מספיק שהוא יעבוד-זו כל הדרישה והציפייה ממבקש בקשה.
* גם אמצאות מזיקות עומדות בדרישת היעילות. למשל, בקשה על כלי נשק או מכונות הימורים. ביהמ"ש אומר שלא נכנס לשאלת המוסריות, כל דבר שנותן תועלת כלשהי, גם אם נועד ליצור אשליה אצל הלקוח-אנו נקבל זאת.
* אין די בספקולציות בדבר התועלת- Brenner v. Manson- הגישו בקשה על סוג מסוים של סטרואידים שהיו דומים לאחרים שהוכחו כיעילים בטיפול על סרטן, ידעו שמאוד דומים לאחרים. ביהמ"ש אומר שזה חשדות ולא וודאי, אני צריך לדעת שמה שאתה מבקש לקבל הגנה יהיה לו תועלת , שיהיה לך ידיעה וודאית שזה עובד ולא השערות שזה עובד וקולע למטרה שיועדה לו. יעילות בדר"כ לא תוקפים אלא רק כשיש לך וודאות שהמוצר לא יעיל.

**דרישת החדשנות (Novelty):**

* קיימת דרישה של העדר פרסום או ניצול קודם של האמצאה: אמצאה נחשבת לחדשה אם לא נתפרסמה באופן פומבי בארץ או בעולם לפני מועד הגשת הבקשה.אם לא פורסמה קודם בארץ היא תחשב לחדשה. מהי המצאה חדשה? ס' 4 לחוה"פ אומר זאת:

"אמצאה נחשבת לחדשה, אם לא נתפרסמה בפומבי, בין בישראל ובין מחוצה לה, לפני תאריך הבקשה -

(1) על ידי תיאור, בכתב או במראה או בקול או בדרך אחרת, באופן שבעל מקצוע יכול לבצע אותה לפי פרטי התיאור;

(2) על ידי ניצול או הצגה, באופן שבעל מקצוע יכול לבצע אותה לפי הפרטים שנודעו בדרך זו."

הרעיון של פטנט זו עסקה היפוטתית ביני לבין הממציא, אנו נותנים בלעדיות לממציא למידע שאני לא יודע עליו, אם ישנו פרסום קודם אז למה אני צריך לתת מונופול למידע שאני קיים? את זה לא נאפשר. זה יכול להיות גם ע"י ניצול או הצגה- מישהו עשה ניסוי בשטח המפעל ואחרים יכלו לראות זאת, אותו ניצול או הצגה צריך להיות נורמטיבי ושידעו שזו המצאה כדי שיחשב למפורסם. תביעות כאלו מסתיימים פעמים רבות בפשרות, בתי משפט מבטלים פטנטים רבים ואומרים שאינם תקפים.

לרשם הפטנטים אין יכולת לבצע בדיקה ודאית ומוחלטת ביחס לפרסומים קודמים. בוחן אמריקאי משקיע 24 שעות בממוצע לבחינה של בקשה-יממה זה זמן מגוחך לאיתור פטנטים ומידע על הפטנט מכל העולם.רוב הזמן יודעים אם היה משהו חדש או לא אך תמיד תהיה שאלה האם היה פטנט כזה או לא. בארה"ב יש חברות שמתמחות בחיפוש הזה אחרי מידע מוקדם על ההמצאה-חיפושים מדעיים בשפות שונות, בספריות וכו' (יכול להיות המצאה בארץ נידחת שתפסול את הבקשה שלך)

פסק הדין בענין Hughes נ' מדינת ישראל(עליון): היו מטוסי קרב ולא נתנו להם להוציא את המוצר עצמו.

***שמגר:*** מס' עקרונות להם מחויב ביה"מ בבוחנו חדשנות של אמצאה:

* + יש צורך **במסמך המכיל את האמצאה כולה** – אין ליצור פסיפס של ידיעות המלוקטות מתוך מסמכים שונים ונפרדים (The Single Reference Rule). **אם ציינתי 5 רכיבים של הבובה ואני מוצאת מסמך שכולל את כל 5 היסודות- רק מסמך כזה יפגום בכשירות הבקשה שלי. אם מצאתי מסמך שרק חלק נמצאים-זה לא מספיק!** הכלל The Single Reference Rule אומר שאותו מסמך צריך לכלול את כל הרכיבים של הפטנט ולולא אחד אי אפשר לבטלו. אולם, זה לא חזות הכל- התקדמות אמצאתית מאפשרת לצרך מסמכים- אומנם אי אפשר לבטל זאת על סמך המסמך שאומר שהיו כבר צירוף של 4 רכיבים, אך אדם שיראה זאת יאמר שזו לא התקדמות אמצאתית ואז אולי ניתן לבטל.
  + המידע בפרסום אפשר הוצאתה לפועל של האמצאה – **נדרש פירוט המאפשר פיתוחה.** צריך שיהיה בעל מקצוע שיאפשר פיתוח המצאה, אם לא עדיין צריך את הממציא ואת רשם הפטנט. המערכת רוצה לעודד פרסום מידע, אילולא כך אני עדין צריכה את הממציא שיוציא לאור את המידע. כל דרישה לקבלת המידע-הכל נעשה בעיני בעל מקצוע ממוצע בתחום. הרבה פעמים גם אם אלמנט מסוים של ההמצאה לא נמצא- הוא משתמע. אם יש גרף או ציור שניתן ללמוד על אותו אלמנט חמישי-גם זה יהיה ביטוי לרכיב ולא חייב להשתמע מפורשות. זו דוק' שלא כ"כ מפותחת בארץ אך זו דרישה שקיימת.
  + אין לפסול פטנט בשל חוסר חידוש אך ורק משום שניתן למצוא זהות בין המונחים או המילים בפטנט לבין המתואר בפרסום קודם – מבחן החידוש מתייחס למהות הדברים המתוארים בפרסום.
  + בבחינת פרסום קודם יש להצטייד בידע המקצועי הכללי בתחום, כפי שהיה ידוע באותו הזמן, אולם אסור להוסיף על סמך הידע הכללי רכיבים ויסודות שלא הוזכרו בפרסום (השלמת חוסרים)
* גם אם הפרסום נעשה תוך הפרת חובת סודיות או בדרך לא לגיטימית אחרת – גם זה נחשב לפרסום שפוגע בחדשנות האמצאה.
* **פרסומים שאינם פוגעים בזכות בעל אמצאה:** זכותו של בעל אמצאה לקבלת פטנט לא תיפגע על ידי פרסום לפי סעיף 4 אם -

**(1)** הוכח שהחומר שנתפרסם הושג מבעל האמצאה או ממי שקדם לו בזכות בעלות ונתפרסם שלא בהסכמתו, ובקשת הפטנט הוגשה זמן סביר לאחר שנודע למבקש דבר הפרסום;

**(2) (א)** הפרסום היה על ידי בעל האמצאה, או ממי שקדם לו בזכות בעלות, באחת הדרכים

(I) הצגה בתערוכה תעשייתית או חקלאית בישראל או בתערוכה מוכרת באחת מהמדינות החברות שעליהן הגיעה לרשם הודעה רשמית לפני פתיחתן;

(II) פרסום התיאור של האמצאה בזמן תערוכה כאמור;

(III) שימוש באמצאה לצורך התערוכה ובמקום התערוכה;

**(ב)** הפרסום היה בדרך שימוש באמצאה, אף שלא בהסכמת בעליה, בזמן התערוכה, במקום התערוכה או מחוצה לה;

ובלבד שהוגשה בקשת הפטנט תוך ששה חדשים לאחר פתיחת התערוכה;

**(ג)** הפרסום היה בהרצאת הממציא בפני אגודה מדעית או בפרסום ההרצאה בכתבים רשמיים של האגודה, ובלבד שהגיעה לרשם הודעה על ההרצאה לפני שהורצתה ובקשת הפטנט הוגשה תוך ששה חודשים לאחר הפרסום".

אם מישהו גונב מהמפעל שלי מסמכים או מדיף מידע לענין ההמצאה שלי ותוך זמן סביר הגשתי בקשה- זה לא יפגע בחדשנות ההמצאה למרות שהמידע דלף. מצד שני, אם המידע הזה לא הושג ממי שהמציא אלא בדרכים אחרות- למשל שהחומר הושג מאדם אחר באופן כללי שידע על ההמצאה בדרך אחרת והחומר הזה דלף (פרסם באינטרנט את ההמצאה)- זה יפגע בחדשנות. רק אם הוכח שהחומר התפרסם והושג מבעל ההמצאה/ ממי שהיתה לו זכות בעלות- זה עדין יחשב לחדשנות. פעמים רבות אנשים מציגים בפומבי את ההמצאה לפני שרשמו אותה- פרסומים אלו לא יפגעו במגיש באופן כללי בתנאי שרשמו הודעה לרשם לפני אחת מהתערוכות הללו ובלבד שהיתה תוך חצי שנה מיום פתיחת התערוכה. מעבר לזה, יכולים להיות בהרצאות בפני אגודה מדעית וכו' וגם כאן צריך הודעה לרשם לפני ההרצאה ותנאי ההודעה תוך חצי שנה מצוי גם כאן.

יש לזכור עם זאת שלמרות האמור בדין הישראלי יכולה חשיפת הפטנט בהרצאה או בכנס לפגוע בתוקפו במקומות אחרים בעולם. לכן, יש לנהוג משנה זהירות ולא להסתמך יתר על המידה על הכללים הקבועים בארץ. יש להבין שזה יכול לפגוע בהגשת הפטנט-זה יכול לפגוע ביכולת לקבל הגנה. יש מדינות שרוצים לקב להגנה אך המעשים הללו יכולים לפגוע בחדשנות במדינות אחרות. יש לבדוק אם יש השפעה במדינות אחרות כי זה ימנע ממני מלקבל הגנה במדינות אחרות.

**דרישת התקדמות המצאתית (Nonobviousness):**

הדרישה שהכי קשה לעמוד בה והכי קשה לבוחנים להוכיח. רוב הפסדי"ם הם וויכוחים על זה. מהי התקדמות המצאתית? "התקדמות המצאתית היא התקדמות שאינה נראית כענין המובן מאליו לבעל מקצוע ממוצע על סמך הידיעות שכבר נתפרסמו, לפני תאריך הבקשה, בדרכים האמורות בסעיף 4."

ניתן לומר שההמצאה שהמצאת נראית טריוויאלית מתוך נק' ראות של בעל מקצוע כי הצירוף של שני הרכיבים נראית פשוטה ומהווה שינוי זניח למוצר קיים. קשה מאוד לבטל פטנטים, בארץ הרמת בחינה יותר קטנה ולכן אין חזקת תקפוץ, בארה"ב יש חזקת תקפות, לכן הבחינה יותר קשה. קשה לבוא ולהצליח בטענה זו, עיקר הוויכוחים הם על התקדמות המצאתית כי זה דבר שלא קל לבסס אותו כשמנסים לתקוף פטנט שכבר קיים.

* שמגר ב-Hughes**: ניתן לצרף פרסומים, אולם על פעולת הצירוף האמורה להיות מובנת מאליה**.
* יש לאמץ את **נקודת המבט של "בעל המקצוע הממוצע"** (person having ordinary skill in the art) הבקיא ברזי התחום הרלוונטי שאינו מפעיל כושר מחשבה אמצאתי. לכן, אם היה צורך בכושר מחשבה אמצאתי כדי להגיע לצירוף – יש להעניק את הפטנט המבוקש. לא טוב שיהיה הכי גאון בתחום כי כל דבר יראה לו טריוויאלי, אלא מספיק אחד שעוסק בתחום.

**הבחנה בין חדשנות להתקדמות המצאתית:**

* **חדשנות🡨**צריכים לבסס המצאה חדשה על כך שלא הומצאה קודם לכן, כדי לפגוע בחדשנות צריכים למצוא פרסום יחיד שמכיל את כל הרכיבים(יש למצוא מסמך אחד של המצאה קודמת שמכילה את כל הרכיבים-יכול להיות במפורש-מלל רשום המפרט את הרכיבים, או במשתמע- גרף שמתאר זאת). אם המידע לא קיים במסמך אחד, כנראה שנצטרך ממציא חדש וניתן לו מונופול.
* **התקדמות המצאתית**🡨 כדי לפגוע בהתקדמות המצאתית אפשר לצרף פרסומים. **שמגר** בHughesאומר שהתקדמות המצאתית זה לקחת את הרקע המדעי הקיים ועל סמך אותו רקע להעריך ע"י בעל מקצוע ממוצע בתחום.

כאשר מדברים על התקדמות המצאתית **ניתן לצרף פרסומים, לא בהכרח מדובר בהמצאה שלא מובנת מאליה**, ועל סמל הידע הקיים יש לבדוק האם ההמצאה מצדיקה את אותה פטנט, לכאורה לא היינו צריכים חדשנות, **אם משהו מתקדם המצאתית הוא לא בהכרח חדש**. בשונה מחדשנות, בהתקדמות המצאתית אפשר לצרף פרסומים. נניח שיש פרסום A,B,C (ברב התיקים הפטנטים רב הזמן קשה למצוא מסמך יחיד) רב הזמן מה שנוכל למצוא זה אוסף של מסמכים מהתחום/תחומים קשורים שלאורם באים ואומרים:"האם לאור הפרסומים שקיימים האופניים צריכים לקבל הגנה והאם מהווים התקדמות המצאתית?" ניתן לומר שאת אלמנט א' של האופניים ניתן למצוא בפרסום A, את ב' בפרסום B וכד'. רוב הפטנטים ניתנים על שיפורים של המצאות קיימות, שילוב של 3 גורמים קיימים לא אומר שזה בהכרח מובן מאליו, לפעמים השילוב הוא מפתיע, לא מובן מאליו לאנשים בתחום ולכן זה לא הכרחי ומתחייב שהמצאה לא תהיה מתקדמת המצאתית בגלל שהרכיבים היו קיימים.

**לסיכום, כאשר מדברים על פגיעה בחדשנות שילוב מסמכים לא אפשרי, נדרש מסמך יחיד. כאשר מדברים על התחדשות המצאתית, ניתן לשלב.**

בעל המקצוע הממוצע: זה לא האדם עם הכי הרבה ידע בתחום (חתן פרס נובל) אלא בעל מקצוע ממוצע –לא הדיוט וגם לא יודע על, אלא אדם עם ידיעות סבירות. מיהו אותו אדם? בדר"כ קביעה עובדתית, גם כאן הצדדים מנימוקים אסטרטגים ינסו לטעון לרמת ידע שמקדמת את האינטרס שלו לגבי הסוגיות המשפטיות שעולות.

•          ההתקדמות ההמצאתית איננה חייבת להיות בדרגה גבוהה – די בצעד המצאתי קטן וצנוע

•          נקודת הזמן הרלוונטית לבחינה היא זמן האמצאה  (יש להתייחס אך ורק לידע שהיה קיים בזמן הגשת בקשת הפטנט)

•          יש להיזהר מחוכמה לאחר מעשה (hindsight bias) – בדיעבד הכל נראה יותר טריויאלי

בתי משפט נוקטים משנה זהירות כאשר בוחנים התקדמות המצאתית. בפס"ד Hughes ופסקי דין אחרים, כאשר מעריכים התדקמות המצאתית יש מבחני עזר כדי להעריך האם מדובר בהתדמות המצאתית, אינדיקציות שונות שעוזרות לבית משפט, מדובר בשיקולים משניים ולא שיקולים שכל אחד בפני עצמו הכרחי ביחס לתוצאות שלו. בארה"ב השיקולים היו משמעותיים, אך בישראל לא: המסגרת בארץ היא מה היה קיים קודם, כמה עשה הממציא, כמה התקדמות, ולא שאלה שמבחני העזר יתנו תשובה חד משמעית. המבחנים בפסיקה הישראלית חשובים, מביטים אליהם הרבה ובתי המשפט מפנים אליהם:

**מבחני עזר להתקדמות המצאתית:**

1. מבחן החסר המתמשך (long felt need) – האם האמצאה פתרה בעיה שהעסיקה את האנשים בתעשייה הרלוונטית זמן רב ולא נמצא לה פתרון.
2. מבחן ההצלחה המסחרית – יש להבחין בין הצלחה מסחרית שמקורה באמצאה עצמה לבין הצלחה מסחרית שמקורה בתנודות שוק ואסטרטגיות שיווק.
3. מבחן ההפתעה (Teaching Away) – האם האמצאה התקבלה בהפתעה על ידי אלה העוסקים בתחום? האם כולם ניסו להגיע דרך מצב מסוים, ופתאום נפתח מסלול חדש?
4. מבחן ההעתקה – האם המתחרים ניסו להעתיק את האמצאה?

בתי המשפט בישראל מפנים אל מבחני העזר הרבה מאוד פעמים, אבל הם לא קריטיים לפסיקה עצמה. יש החלטות רשם פטנטים (בערכאות נמוכות) שעוסק בפטנט שעוסק בפטנטים משולבים (Combination Patent – שילוב של רכיבים קיימים) – **האם בידע המוקדם היה תמריץ לשלב אותם?** כדי לטעון ששילוב לא היה מתקדם המצאתית, היה צריך למצוא אינדיקציה מפורשת/משתמעת כדי לקבל זאת.

לגבי הפטנטים המשולבים התפתח בארה"ב מבחן דומה לזה של הרשם בארץ: מבחן ה-TSM (Teaching Suggestion Motivation)– **האם בידע המוקדם היה איזשהו לימוד/מוטיבציה לשלב מספר רכיבים או לא? חייבים להציג אינדקציה מפורשת או משתמעת לעשיית השילוב.** מדובר במבחן שהוצע ע"י ערכאות נמוכות, וכאן הונמך הרף של שלילת פטנט-קל לקבל הגנת פטנט ולא ישללו אותה כ"כ מהר כי קשה למצוא אמירה מפורשת ביחס לשילוב רכיבים קיימים.

גם בארה"ב לאחרונה בפס"ד שניתן בערכאת הערעורים כביהמ"ש העליון (KSR v. Teleflex – 2007), **מעמדם של מבחני העזר פוחת והולך ואומר שהמבחנים האלה משניים בלבד**. אצלנו ראינו זאת בפ"ד בילסקי (אין ממש פסיקה בארץ לגבי זה)**. מבחן ה-TSM קשיח, לא גמיש ובהחלט לא בלעדי לבדיקת סוג התקדמות המצאתית. זהו אולי מבחן עזר, אך לא יותר מכך**.

-KSR v. Teleflex מדובר באנשים עם יכולות וידע לא חייבים שיהיה בידע המוקדם הנחיות מפורשות, יש לאנשים יכולת להסיק ולהמציא המצאות בעזרת קישור לא צריכים אמירה מפורשת ולכן המבחן לא הכרחי כדי שאנשים יוכלו להמציא ולכן אי אפשר להגיד שזה צריך להיות הסטנדרט להתקדמות אמצאתית, לבעלי מקצוע בתחום יש יכולות למידה, ולכן המבחן הנוקשה עושה חיים קלים. הבחינה היא עובדתית, כל מקרה נדון לגופו.

פס"ד hughes - עוסק בפיתוחים שקשורים למטוסים, המוצר היה הד הולוגרפי, ניסו לטעון שהיו פרסומים קודמים שפוגעים בתקפות שלו, לאור הפרסומים הטענה הייתה שההמצאה אינה מתקדמת המצאתית.

***שמגר-*** מדבר ראשית על 4 מבחני העזר. כאשר בית המשפט מעריך את הפרסומים, אומר שאמנם היו מסמכים, אבל מה שמעניין זה שהפתרון שהוצע ע"י הממציאים היה פתרון שניסו להרחיק ממנו. שמגר דווקא לומד מהמסמכים האלה שהפתרונות שהיו קיימים קודם להמצאה דווקא תמרצו חוקרים למצוא פתרונות באפיקים אחרים מזה של ההמצאה.

**דרישת הפירוט:**

**12. הפירוט**- **(א) הפירוט יכלול שם שיש בו כדי לזהות את האמצאה, את תיאורה, עם שרטוטים לפי הצורך, וכן תיאור דרכי הביצוע של האמצאה שעל פיו יוכל בעל המקצוע לבצעה."**

**דרישת הפירוט מחייבת את מגיש הבקשה לפרט כיצד ניתן להוציא אל הפועל את האמצאה המבוקשת.**

**דרישת הפירוט מבטאת את רעיון העסקה ההיפוטתית – בין הממציא לבין החברה לפיו מעניקה החברה לממציא הגנה ובתמורה עליו לספק ידע.**

**הפירוט של האמצאה: יכלול שם, עם שרטוטים, לב הרעיון-דרכי הביצוע של האמצאה שעל פיו יוכל בעל המקצוע לבצעה. נותנים בפטנט כדי שתגלה את הידע ביחס להמצאה, למד אותנו איך לעשות אותה.**בעל המקצוע הממוצע בתחום הוא הנמען של דרישת הפירוט, האמצאה מגלמת את העסקה באופן כללי, יש לתת את המידע בתמורה לקבלת הגנה. הדרישה לא גבוהה מבחינת היקף הידע שצריך לגלות, הפירוט לא צריך להיות ברמה שתחנך הדיוט לעשות את זה, אלא צריך להיכתב לקהל היעד של בעלי מקצוע ממוצעים בתחום. בתי משפט מדגישים שבמסמך לא צריך להיות מפורט ברמה מסחרית, צריך פירוט כללי שיאפשר לאנשים לעשות, גם אם נדרשים קצת ניסויים כדי להוציא את האמצאה מהכוח לפועל זה אפשרי. כמות מסוימת של ניסויים שנדרשת היא אפשרית כשחושבים על דרישת הפירוט.

בחינת הבקשה ומתן פטנט:

* בקשה לפטנט צריכה להכיל **אמצאה אחת** בלבד.
* הרשם יכול לבקש **לפצל בקשה** מרובת המצאות.
* **סעיף 18 לחוק**מורה שבבדיקת בקשות על הרשם להסתייע לפחות באחד מן המקורות הבאים:

(1) רשימת האסמכתאות שעליהן הסתמכו רשויות הפטנטים בכל מדינת-חוץ בבדיקת בקשה לפטנט על אותה אמצאה שהוגשה במדינת-החוץ בידי המבקש או מי שקדם לו בזכות הבעלות על האמצאה;

(2) רשימה של פרסומים שפורסמו לפני תאריך הבקשה, הידועים למבקש והנוגעים במישרין לאמצאה;

(3) עותקים של פרסומים ואסמכתאות שהמבקש חייב בהמצאת רשימתם לפי סימן זה, במידה שידרוש זאת ממנו הבוחן;

(4) עותקים של פרסומים ואסמכתאות שאוזכרו בפרסומים או באסמכתאות שהמבקש חייב בהמצאתם לפי סימן זה במידה שידרוש זאת ממנו הבוחן;

(5) העברת פירוט הבקשה, לשם חיפוש חומר המאפשר ללשכה את הבחינה, למוסד בישראל או מחוצה לה, שעמו התקשרה הלשכה לפי כל חוק בחוזה שערך הרשם והכולל סעיף בדבר שמירה בסוד של כל בקשת פטנט ואי גילוי ידיעה לפי סעיף 165;

המסמך מגיע לבחינה במשרד הפטנטים, ס' 18 מדבר על אמצעי עזר שהבוחן עושה שימוש כשהבקשות מגיעות למשרד לבחינתו. בדר"כ שיקבל בקשה לבחינה היא ייעזר בכל מיני מקורות מידע כדי להיות מסוגל לבחון את אותה בקשה. במסגרת הבחינה **יש** **חובות על מגיש הבקשה לגלות כל מידע רלוונטי שידוע לו ביחס לבקשה שלו**, אם יש 20 פרסומים שחשובים לבחינת הבקשה אני חייב לידע את הבוחן עליהם, הבוחן יכול להיעזר במקורות חיצוניים, למשל הבקשה הוגשה במדינה זרה לפני כן, יש תיק בחינה שמוצע לעיון באגרה. אם המבקש יודע אם מסמכים חשובים ולא מגלה אותם, זו יכולה להיות בעיה בהליכי בחינה. הסתרה של מידע ממשרד הפטנטים לא נראה טוב בהליכים משפטיים. במהלך הבחינה, כל מקורות האינפורמציה נלמדים, לאורם ניתנות תגובות ונשלחים מסמכים למגיש הבקשה ובסופה מתקבלת החלטה.

•          **אישור בקשת הפטנט אינה משמשת ערובה לכך שהפטנט בר תוקף** (סעיף 37 לחוק) בשונה מן הדין האמריקאי (presumption of validity)

בארה"ב🡨 כשניתן פטנט, יש הנחה בדין האמריקאי שהפטנט תקף, יש חזקת תקפות בגלל תהליכי הבחינה. בתום הבחינה ניתן הפטנט ונגמר הסיפור.

בארץ🡨יש בחינה, אך אישור הבקשה ע"י משרד הפטנטים לא משמש ערובה לכך שהפטנט הוא תקף, זה עדין לא פטנט, גם אם ניתן אין חזקה לעניין התקפות. הנטל הראייתי במהלך תביעות הם גבוהים יותר בהשוואה למדינות אחרות.

פס"ד סאנופי: ***הש' נתניהו-*** אומרת שיש לתת הבטחה במהלך הבחינה, **ההבטחה מספיקה על מנת לתת פטנט אך בבוא היום תצטרך להוכיח שיש לך פטנט תקף, אין חזקת תקפות כמו בדין האמריקאי**,בארץ אתה צריך לבסס הרבה דברים כדי לעלות טענות כי אתה לא נהנה מהחזקה.

מרגע אישור הפטנט (לפני שמקבל תקפות) הרשם מפרסם ברשומות את קבלת בקשת רישום הפטנט (חובתו לפי ס' 26) ישנם 3 חודשים להתנגדות לפטנט, אם אף אחד לא מעלה התנגדות-הפטנט ניתן. התנגדות זה מעין כלי ניגוח למתחרים, הבקשה מתפרסמת בדרך זו וגם דרך טובה לשפר את הפטנטים.

**התנגדויות – סעיפים 30-34 לחוק**

* על פי סעיף 26 לחוק יפרסם הרשם ברשומות את דבר קבלת בקשת רישום הפטנט.
* הפרסום יכלול את שם האמצאה וסוגה. הפרסום מיידע את הציבור ומאפשר לצדדים שלישיים להגיש התנגדויות לבקשה.
* ס' 30 לחוק קובע כי לאחר פרסום הקיבול ברשומות, רשאי כל גורם מעוניין להודיע לרשם על התנגדותו לרישום הפטנט בתוך שלושה חודשים.
* התנגדויות מסייעות בהליכי הבחינה ומשפרות את איכות הפטנטים; אלה משמשות גם לצורך מיקוח עם מגיש הבקשה.

**31. עילות התנגדות**

ואלה עילות ההתנגדות למתן פטנט:

(1) קיימת סיבה שלפיה היה הרשם מוסמך לסרב לקיבול בקשת הפטנט;

(2) האמצאה אינה כשירת פטנט לפי סעיף 4(2)—אינה עומדת בדרישות המועילות, חדשנות, התקדמות אמצאתית או פירוט.

(3) המתנגד, ולא המבקש, הוא בעל האמצאה—למשל במקרה של אמצאת שירות—אמצאה על ידי מעביד במהלך יחסי עבודה—אם העובד מגיש בקשה לקבלת פטנט, יכול המעביד להתנגד.  העובד יגיד שזה לא נעשה במהלך העבודה ולא קשור לעיסוק.

בסוף ההליך נותן הרשם החלטה, ההחלטה היא סופית, ניתן להגיש ערעורים לפי הפרוצדורה שיש בחוק. אך יש לזכור שהתנגדות היא כלי טוב להפיל את מתן הפטנט.

בקשה לביטול פטנט

יכולה להיות מוגשת גם ע"י בעל הפטנט עצמו, או לחילופין כל גורם אחר על סמך עילות ההתנגדות. גם אם פטנט ניתן ועובר חלון הזמן של ההתנגדות, נפתח חלון חדש עד ליום פקיעת הפטנט שבו ניתן להגיש בקשה לביטול. ברגע שמתבטל, זה פועל למפרע, הפטנט כאילו לא ניתן. בקשות ביטול זה כלי אסטרטגי חשוב לצדדים שנמצאים בליטיגציה.

**בקשות ביטול פטנט – סע' 73-75 לחוק**:

**בקשה לביטול פטנט**

* **סעיף 73 מאפשר הליך מחיקת או ביטול פטנט בפני הרשם.**
* בקשת הביטול אפשר שתוגש על ידי בעל הפטנט עצמו (סעיף 73) או על ידי אדם אחר (סעיף 73ב').
* החליט הרשם לבטל את הפטנט, משמעו כאילו לא ניתן מעולם.
* -ביטול הפטנט יכול להינתן גם אם בעל הפטנט לא שילם את אגרת חידוש הפטנט (בתוך שלושה חודשים מסיום התקופה).
* לעתים קרובות בקשת הביטול מוגשת במקביל לדיון בבימ"ש על הפרת פטנט, כדרך של התקפה נגדית. הרשם יכול לדון בבקשה שהוגשה לאחר פתיחת הליך בבימ"ש, רק באישור ביהמ"ש.

**נוהל בקשת ביטול**

* ניתן להגיש במשך כל תקופת ההגנה -- 20 שנה מיום מתן הפטנט.
* בעל הפטנט אמור להשיב ולהגיש ראיות בתוך **שלושה חודשים**. העדר תגובה שקול להודאה.
* מבקש הביטול צריך להגיש ראיות תגובה **בתוך חודשיים**.
* נטל ההוכחה מוטל על מבקש הביטול.
* לאחר הבירור, החלטת הרשם אשר ניתנת לערעור בזכות למחוזי תוך 60 יום. –לא סוף פסוק, ניתן להגיע לדיון בנושא. יתכן ותינתן החלטה שמבטלת את החלטת הביטול.

**בעלות וזכויות בפטנט**

* בעלי פטנט יכול לנצל את זכויותיו בשלוש דרכים מרכזיות:

1. ניצול הפטנט בעצמו והדרת אחרים מלהשתמש בו.
2. מכירת הפטנט
3. מתן רישיונות לניצול הפטנט (ייחודי/לא ייחודי)

* הזכויות עומדות במשך 20 שנים מיום הגשת הבקשה
* מקור סכסוכים אפשריים ביחס לבעלות בפטנט:
* בין עובד למעסיק – אמצאת שירות
* בין שותפים לאמצאה (סע' 77 לחוק)
* בין הממציא האמיתי לבין הגורם שהגיש את הבקשה ("נוכל")

**76. חזקת בעלות באמצאה**: "מי שהגיש בקשה לפטנט רואים אותו כבעל האמצאה, כל עוד לא הוכח ההיפך."

* רוב הזמן – מגיש הבקשה = בעלי הפטנט.
* במקרים אחרים – הבעלות מועברת לאחרים, למשל, תאגידים, והם אלה המגישים את הבקשה.

**סע' 77-81 – בעלות משותפת באמצאות**

* + סע' 77 – בעלות משותפת מקום בו יש תרומה אמצאתית – תרומה כלשהי לפיתוח האמצאה או הקונספט שמאחוריה; די בתרומה לאחת התביעות שבפטנט.
  + סע' 78 – אפשרות ניצול אמצאה לכל אחד מן השותפים באופן סביר, בהעדר הוראה אחרת בהסכם ביניהם; כל שותף רשאי לתבוע בגין הפרה.

יש חזקה שמי שמגיש זה הבעלים, אלא אם כן יש ראיה לסתור, יש לזכור שהרבה פעמים אנשים מוכרים את האמצאה שלהם לאחרים, זו יכולת של בעל פטנט, פטנט זה סחיר.

**בעלות משותפת באמצאות**: מצב שבו יש מס' גורמים שכל אחד מהם תרם לפיתוח של האמצאה, לרכיב שמוצא את הביטוי בתביעה מוגנת. חשוב שהתרומה שכל אחד מהאנשים שהמציאו תגולם ברכיב בפטנט. חייב שהתרומה תהיה לפיתוח האמצאה עצמה. רוב הזמן אמצאות שעושים יותר מאדם אחד נעשה בחברות, והזכויות מומחות בהסכמים למעביד ולכן אין הרבה סכסוכים בהקשר.אם כולם שותפים להמצאה- לכל אחד ניתנת אפשרות לנצל את האמצאה באופן סביר אלא אם כן הסכמנו אחרת.

**רישיונות**

* בעלים של פטנט רשאי להעניק לאחרים רישיונות ניצול. 2 סוגי רישיונות: (סעיף 84)
* רישיון ייחודי: על פי סעיף 85 מתן רישיון ייחודי **מעניק לבעליו זכות ייחודית** לפעול לפי סעיף 49 כאילו היה הוא בעל הפטנט ואוסר על בעל הפטנט לנצל בישראל את האמצאה נושא הפטנט.
* רישיון לא ייחודי: רישיון לא-ייחודי **מעניק למקבלו כוחות וזכויות בפטנט לפי מה שנקבע בהסכם בין הצדדים** (סעיף 86).הגבלות לתכנים,שימושים מסויימים,מס' שנים. **ניתן לתת רשיונות גם לבעלים אחרים.**
* רישום: ללא רישום אצל רשם הפטנטים (כמו כל זכות קניינית אחרת), לא יהיה לרישיון תוקף כלפי צדדים שלישיים (אלא רק כלפי הצדדים לרישיון) (סעיף 87**).  גם הפטנט נרשם וגם הרישיון.**
* רישיון לניצול פטנט משותף: ככל שמדובר בפטנטים משותפים, קובע סעיף 88(א) ש"רשיון לניצול פטנט שבבעלות משותפת לא יוענק אלא **בהסכמת כל השותפים**."
* סמכות בית המשפט: בית המשפט **מוסמך עפ"י סעיף 81 לצוות על הענקת רישיון כשחלק מתנגדים, במידה והענקה כזאת לא תסתור את הסכם השותפות או את זכויות צד ג'**. הרציונאל הוא כדי לא ליצור קיפאון אם הצדדים לא מצליחים להגיע לידי הסכמה.

**אמצאות שירות- ס' 139-141 לחוק**

נושא שיש סביבו סכסוכים רבים, בדר"כ בין עובדים למעבידים. הסכסוך נדון אצל רשם הפטנטים ובגלל סודיות ביחס להמצאות כלל לא ניתן לקרוא את ההכרעות לפי החוק, המצאה של עובד במהלך ובעקבות עבודתו, שייכת למעביד.

**132. אמצאות עקב שירות**

1. אמצאה של עובד, שהגיע אליה עקב שירותו ובתקופת שירותו (להלן - אמצאת שירות), תקום לקנין מעבידו, אם אין ביניהם הסכם אחר לענין זה, זולת אם ויתר המעביד על האמצאה תוך ששה חדשים מיום שנמסרה לו ההודעה לפי סעיף 131.

ברירת המחדל שהאמצאה של המעביד, אלא אם היה הסדר אחר או שהמעביד ויתר. כלומר, אם העובד המציא במהלך העבודה במסגרת תק' העבודה, למעביד יש אפשרות לבחור האם מעוניין בה. כל מעביד במהלך עבודה מגיע להסכמים של עובדים, המסדירים מה ההיקף של הקניין הרוחני.

(ב) הודיע העובד בהודעתו לפי סעיף 131 כי בהעדר תשובה נוגדת של המעביד, תוך ששה חדשים מיום מתן הודעת העובד, תקום האמצאה לקנין העובד, ולא נתן המעביד תשובה נוגדת כאמור, לא תקום האמצאה לקנין המעביד."

מרכיבי אמצאת שירות המקנים אותה למעביד

1. אמצאה של עובד
2. קיום יחסי עבודה (עובד/מעביד)
3. עקב שירותו
4. בתקופת שירותו

  חריגים שמונעים את הקניית האמצאה למעביד

* הסכם אחר הקיים בין הצדדים
* ויתור המעביד על האמצאה בתוך 6 חודשים

הערה: הסע' מדבר על אמצאה, ולא על פטנט. אין דיון בכשירות האמצאה להיות פטנט.

**סכסוכים בנוגע לאמצאת שירות:**

* כל צד יכול לפנות לרשם שיכריע בשאלת הזכויות באמצאה.
* אם העובד פונה בבקשה לפטנט, המעביד יכול להתנגד (ס' 31(3)) בנימוק שהוא בעל האמצאה.
* אם בקשת העובד התקבלה, ללא התנגדות המעביד, האחרון יכול לפנות לרשם ולדרוש להעביר את הפטנט על שמו, בכפוף להשארת העובד כממציא.

**131. הודעה על אמצאות**- עובד חייב להודיע למעבידו בכתב על כל אמצאה שהגיע אליה עקב שירותו או בתקופת שירותו, סמוך בכל האפשר לאחר שהמציא אותה, וכן על כל בקשת פטנט שהגיש.

במסגרת ההודעה נדרש העובד למסור את כל פרטי האמצאה, ולסייע למעביד להוציא עליה פטנט. במידה והעובד אינו מוכן לסייע, המעביד יכול לפנות לרשם שיספק לו את העזרה שהיה אמור לקבל מהעובד.

המעביד יכול לוותר על זכויותיו באמצאה **בויתור מפורש**.

**ויתור מכללא**יהיה כאשר המעביד ידע על הפיתוח אך לא התעניין בו. כמו כן, העובד יכול לציין בהודעתו שאם המעביד לא יבקש את האמצאה בתוך חצי שנה, היא תישאר בידי העובד.

**קביעת התמורה לעובד בשל העברת אמצאתו למעביד:**

במידה ולא היה הסכם בין העובד למעביד בנושא תמורה עבור אמצאותיו, תיקבע התמורה ע"י ועדה שחבריה הם רשם הפטנטים, שופט ביהמ"ש העליון ונציג האקדמיה (ס' 109).

**134. תמורה בעד אמצאת שירות**

באין הסכם הקובע אם זכאי העובד לתמורה בעד אמצאת שירות, ובאיזו מידה ובאילו תנאים, ייקבע הדבר על ידי הועדה לעניני פיצויים ותמלוגים שהוקמה לפי פרק ו'. **בדר"כ ההסכמים יתייחסו לשאלת התמורה, קשה ונדיר שאין הסדרה של השאלה. ההסכמים שנעשים עם העובד אומרים שיקבל שכר תמורת ההמצאות (בונוסים).**אם אין הסדרה ושאלת התמורה בגין האמצאה לא הוסדרה אפשר להגיע לוועדה לקביעת תמלוגים ששוקלת מס' שיקולים :

**135. הנחיות לקביעת התמורה**- הועדה לעניני פיצויים ותמלוגים בבואה להכריע לענין סעיף 134 תתחשב, בין היתר, בגורמים אלה:

(1) התפקיד בו הועסק העובד;

(2) טיב הקשר בין האמצאה לעבודת העובד;

(3) יזמתו של העובד בהמצאה;

(4) אפשרויות הניצול של האמצאה וניצולה למעשה;

(5) הוצאות סבירות בנסיבות הענין שהוציא העובד להשגת הגנה על האמצאה בישראל.

ככל שהקשר בין האמצאה לעבודה קטן יותר, התמורה תהייה גדולה יותר.

**הפרת פטנט**

49. זכויות בעל הפטנט וסייג לניצול הפטנט-

(א) בעל פטנט זכאי למנוע כל אדם זולתו מלנצל 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). **החוק קובע שרק לממציא יש יכולת להדיר אחרים מאפשרות לנצל את האמצאה.**ההפרה תיהיה ניצול של האמצאה בדרך שמוגדרת בתביעות, הפרה מילולית או בדרך שדומה לכך לאור מה שמוגדר בתביעות, אם מדובר באמת בלקיחת עיקר האמצאה.

**מהו ניצול המצאה?** סעיף 1 לחוק מגדיר "ניצול אמצאה" כ-"**ייצור, שימוש, מכירה או הצעה למכירה או ייבוא** לצורך אחת מן הפעולות האמורות"-לעניין אמצאת מוצר; **וכאשר האמצאה היא תהליך, שימוש בתהליך.**

ההגדרה קובעת שלושה סוגי חריגים שאינם מהווים ניצול אמצאה ואלו הם(תנאים מצטברים):

* 1. פעולה **שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי**.
  2. **פעולה ניסיונית** בקשר לאמצאה **שמטרתה לשפר אמצאה או לפתח** אמצאה אחרת.
  3. **פעולה ניסיונית** **במסגרת טיפול להשגת רישוי** לצורך שיווק המוצר לאחר תום תוקפו של הפטנט.

יש יכולת למנוע מכל אדם לנצל המצאה, אולם ניצול המצאה מחריג את הפעולות לעיל.

 ישנן שני סוגי הפרות:

1. **סוג א' - הפרה מילולית** - **כאשר המפר מייצר את אותו מוצר או תהליך המוגן בפטנט בהתאם לתביעות המפורטות בפטנט.** הפרה מילולית קיימת כאשר כל הגבלה או אלמנט שמצוטט ע"י התביעות קיימים במוצר המפר (זה כולל יצירה/שימוש/ייבוא של מוצר שכל האלמנטים בו). למשל, יסודות א', ב' ו-ג' של תביעה מס' 1 של פטנט התובע מופיעים במוצר הנתבע. העימות הוא לא מול המוצר עצמו, אלא לוקחים את לשון התביעה כיוון שמה שמגדיר את המונופול זה תביעות הפטנט. אם לא כל האלמנטים מופיעים יתכן וזה תהיה הפרה של עיקר האמצאה ולא הפרת פטנט מלאה, אך גם את זה צריך לבדוק.
2. **סוג ב' - הפרת עיקר האמצאה** ((Doctrine of Equivalents- **הפרה מתוחכמת, שאינה מגיעה כדי הפרה מילולית**. בתי משפט לשם הכרעה תחילה מפרשים את תביעת הפטנט, מה המשמעות של כל רכיב, על סמך הפרשנות מגדירים את היקף ההגנה. היקף ההגנה לא מוגבל ללשון, תמיד רחב יותר מהתביעה הלשונית. כיוון שלכאורה ניתן לחמוק מהלשון ומהחלה של התביעה ולכן בתי משפט ושיטות משפט תמיד נותנות הגנה שחורגת מהלשון המילולית של לשון התביעות.

בארה"ב🡨כשמנסים לברר מה זה הפרה של עיקר האמצאה בוחנים לפי "דוקטרינת האקוויוולטים"-דוק' שבוחנת נק' דימיון: אם יש **דמיון בתפקיד, בדרך ובתוצאה** ביחס למוצר המפר- תהיה הפרה לפי דוק' האקוויוולנטים. בישראל🡨 לא קיים בחוק, נעזרים בדוק' אך משתמשים בעיקר האמצאה (תוכן ומהות האמצעה)-משהו שיותר רחב לשונית ע"פ שמגר, זהו מבחן עזר טוב לזהות מה הוא לב האמצאה.זה מצריך פרשנות-האם בעל מקצוע סביר היה מבין שממציא התכוון שכל מרכיב בפטנט הוא מהותי והכרחי להרכב הפטנט, או שניתן לוותר עליו.

הוראת סעיף 183 (א) לחוק הפטנטים מניחה את הכלל הבסיסי על פיו "**בתביעה על הפרה זכאי התובע לסעד בדרך של צו מניעה ולפיצויים**".

**ניתוח התביעות:** השלבים בישראל וארה"ב משותפים-

1. בוחנים את **לשון התביעות**-פרשנות פנימית מתוך מסמך הפטנט-פרוט וסרטוטים (אם הלשון ברורה נעצור כאן, אך אם הלשון לא מספיק נהירה עוברים לשלב הבא-)
2. בודקים האם נעשתה הפרה ע"י **פרשנות** מסמכים נוספים ונצרף את הגבלות התביעות, אפשר להיעזר באמצעי עזר נוספים כמו הגדרות מילוניות מאותה תק' של ההמצאה, ידע טכנולוגי מוקדם

כשקוראים את לשון התביעות **אסור לקרוא מגבלות מתוך הפירוט לתוך התביעה – דוגמה לא אומרת שהוא מוגבל רק לגילוי של הדוגמה המסוימת הזאת** (שכן, הפרת עיקר ההמצאה חורגת מלשון התביעות). כאשר כותבים בפרוט הגבלה-למשל שהמוצר רק מחומר מסוים, אני מגביל את היקף ההגנה ולומדים זאת מלשון ההמצאה. אולם, אם כתבתי פרוט ואז מדברים על דוג' מיישמת,למשל מוצר מחומר מסוים-זו רק דוג' ולא מגבילה את היקף ההגנה, הפרוש יותר רחב, אפשר לתבוע על לקיחת לב ההמצאה. החוכמה היא לכתוב כמה שפחות כדי לא לעזור למתחרים שלך וההגנה תהיה יותר רחבה, אך לתת מספיק פרוט ומידע כדי לענות על דרישות החוק.

פס"ד לנפלסט- ***שמגר***-עקרון הפרשנות הוא שיש לפרש את המסמך כטקסט שלם הכולל פרוט, תיאורים וסרטוטים. יש לבחון לא רק לשון מילולית אלא גם היקף ההמצאה כי ההגנה היא לא רק הפרה מילולית אלא גם נטילת תוכן ומהות של ההמצאה. שמגר מדבר על **דוק' "ההשתק או המנע של תיק הפטנט במשרדי הרשם" File Wrapper Estoppel או Prosecution History Estoppel**:

* מקור השם ברישומים שמבצע רשם הפטנטים הבוחן את הבקשה על התיק בו נשמרת כל בקשה לפטנט. קיים נוהג אצל רשם הפטנטים לרשום על תיק הפטנט את ציוני הדרך המרכזיים בהליך האישור. כך, למשל, יצוינו תביעות שנדחו או תוקנו ואף ויתורים וביאורים שנמסרו על ידי מגיש הבקשה. ציוני דרך אלה מהווים בעצם את ההיסטוריה של הפטנט ולכן בארצות הברית מכונה הדוקטרינה גם Prosecution History Estoppel. יש צורך בהתחקות אחר ההסטוריה של הבקשה כדי שנוכל לפרש את הבקשה. הליך בחינת הפטנט הוא מעין דו שיח בין הבוחן למבקש אשר במהלכו מעוצב הנוסח הסופי של כתב הפטנט עד שניתנת לו לבסוף הגנה משפטית. הצדדים מסכימים על היקף הידע הקיים בענף הרלוונטי והיקף האמצעה. לעיתים קורה שבמהלך הדו שיח המבקש מתקן את בקשתו ומכניס שינויים בתיאור ובתביעות הפטנט.
* משמעות הדוק': בכל משרד פטנטים יש מסמך שמתאר את הפטנט, או לחילופין יהא מסמך שיטען שההמצאה לא מתקדמת המצאתית-אדם יכול לבוא ולהראות שההתקדמות ההמצאתית הינה טריוויאלית. יכולים להיות הרבה בסיסים לטענה שיש בעיות עם הבקשה לפטנט. צריך להיות איש מקצוע מתוך התחום-אנשים עורכי פטנטים. אם נשנה את הלשון כדי לעמוד בדרישת החוק כדי שתעמוד בדרישת הפירוט או שתחשב להתקדמות המצאתית-זה ישמש נגדי כאשר יפרשו את לשון הפטנט. אם אתבע מוצרים אחרים שנוצרו ממתכת-אני וויתרתי על סוגי מתכות אחרים ברגע שהגבלתי רק לחומר מסוים. **כאשר אעשה שינויים בהיקף התביעה , לא אוכל מאוחר יותר בתביעת הפרה לטעון להיקף הרחב כי וויתרתי עליו-נוצר "השתק" כלפי.** כלומר, ברגע שעושים שינויים בדוח-שיח עם הרשם, עיקרון השתק תיק הפטנט נכנס לתוקף– זה נחשב ויתור על מרכיב מרחיב.
* על אף דברים אלה, **מחליט שמגר להשאיר את סוגית אימוץ הדוקטרינה במשפט הישראלי בצריך עיון** הן משום שהליך הבדיקה המקובל במשפט האמריקאי שונה מזה המקובל במשפט הישראלי והן משום שבארצות הברית פותחה הדוקטרינה בצורה מבוקרת לאורך זמן.

**הפרה תורמת בפטנטים**:

זה נושא שעולה הרבה בעיקר בהקשרים של מחשוב אנונימי (תוכנות כמו דרופבוקס). רק בשוקן ריבלין הסדיר את העניין בצורה מפורשת. בארה"ב נושא ההפרה תורמת הוסדר בעליון אך בישראל לא נדרשו על כך בפסיקה. בזכוי"ו דיברנו על אתר שמאפשר למשל להוריד קבצים-זו הפרה תורמת.

רב בריח- רב בריח ייצרו פטנט עם 3 חלקים שרק צרופם מוגדר כפטנט. חב' חבשוש ייבאה 2 חלקים דומים להם ונתבעה כמפר תורם. נושא הפרה תורמת בפטנטים עלה לראשונה.

***אנגלרד-*** הפרה תורמת הינו כל סיוע ע"י אדם אחר להפרה- לספק חלקים שמאפשרים הפרת הפטנט עצמו, למשל תהליך המוגן כפטנט ועושים שימוש בכל מיני חלקים שלו. אדם שמייבא את החלקים הללו שמשמשים רק לפטנט הנ"ל- במצבים כאלו **נוכל לקבוע שאותו אדם שהפיץ את המוצר לשוק- יהווה מפר באופן תורם**. כשישנם מס' שימושים- ברגע שיש משמעות שאינה מפרה בשימוש של אותם חלקים, הייבוא שלהם לא יהווה הפרה. **כאשר יש שימוש משמעותי שאינו נחשב להפרה- הפצתו לא תהיה בעייתית** (נלמ"ד מסוני עם הווידאו בהקשר זכוי"ו). כאן היתה ידיעה והחלקים יכלו לשמש רק לצרוף הזה ולכן הואשמו כמפרים תורמים.

שאלת הכוונה- בדין האמריקאי יש דיון בשאלה האם נדרש שהמפר העקיף שמפיץ את אותם רכיבים יתכוון שישמש להפרה או שאין צורך ברמה כזו של כוונה אלא מספיקה ידיעה? ככל שלא מסתפקים בידיעה אפשר לתפוס פחות אנשים. בדין האמריקאי היה בנושא חילוקי דעות. **הנטיה החזקה היא לדרוש כוונה ולא נסתפק בידיעה.** בארץ אנגלרד סופג השראה מהדין האמריקאי: לא רק המפר הישיר אלא גם אחרים התורמים בדרך עקיפה להפרה יכולים להיתבע. יש תנאי בהקשרים הללו כדי שתהיה הפרה תורמת- אם אין לי מפר ישיר אין הפרה עקיפה.

**הגנות כנגד הפרה**:

* הנתבע יכול לומר שאינו מפר ולהסביר למה.
* לעלות טענות בהליכי ביטול או ההתנגדות לגבי ההמצאה עצמה- אני הממציא, ההמצאה לא היה צריכה לקבל תוקף מלכתחילה.

צריך למצוא דרכים להפעיל לחץ על הממציא, הסיכוי למצוא פשרה גדל עם עליית הלחץ. אם תבעתי על הפרת פטנט אשלוף את כל הטענות כדי להראות שדווקא השני מפר.

ישנן פעולות שאינן נחשבות "ניצול אמצאה" כמוגדר בסעיף 1 והן:

1. פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי;
2. פעולה נסיונית בקשר לאמצאה שמטרתה לשפר אמצאה או לפתח אמצאה אחרת;
3. פעולה הנעשית לפי הוראות סעיף 54א.
4. **פעולות נעדרות היקף ואופי עסקי** :

עד לאחרונה פורש בצמצום:נאסר כל אופי עסקי גם אם השימוש לא היה בהיקף עסקי והשימושים היחידים שהותרו היו שימוש פרטי ביתי ושימוש לשם מחקר טהור לצורך קידום המדע. גישה זו הביאה לכך שבתחום הרפואה הותר לחקור תרופות מוגנות בפטנט אולם כל ניסיון לחרוג מעבר למחקר טהור נחשב להפרה. פרשנות זו יצרה בעיה קשה לחברות כמו טבע אשר ביקשו לבסס יכולות ייצור של תרופות גנריות במהלך תקופת הפטנט. כמו כן החברות הגנריות שאפו לסיים את **הליכי הרישוי הרגולטוריים** במהלך **תקופת ההגנה** (ההליך הרגלטורי וההגנה נפרדים זה מזה). חברות אלה טענו שהפרשנות המצמצמת שאומצה על ידי בתי המשפט בארץ העמידה אותן בעמדת נחיתות ביחס ליצרניות תרופות גנריות מחו"ל. החשש הגדולהיה שיצרניותגנריות ישראליות יעתיקו את מרכז פעילותן למדינות זרות בהן הדין נוח להן יותר תוך פגיעה חמורה במשק הישראלי.

מבחינה ביולוגית התרופה המפרה מקבילה פעמים רבות לתרופה המקורית וזו הטענה של כשרותם אך חייבים להוכיח שהתרופה כשרה. חברת טבע זו חברה מסחרית ולכן החריג הראשון לא היה עוזר להם. בס' 54א לחוק-נוצר אפשרות לחברות כמו חברה טבע לעשות פעולות ניסיוניות להשגת רישוי לצורך שיווק המוצר-

1. **פעולה ניסיונית באמצאה שמטרתה לשפר או לפתח אמצאה אחרת**

חריג זה נותן ביטוי לאינטרס הציבורי בפיתוח מהיר של אמצאות חדשות. כיוון שמדובר בחריג עצמאי המצטרף לחריג הפעולה נטולת האופי העסקי דומה שהחריג מאפשר שיפור ופיתוח אמצאות מתוך מניעים עסקיים.

**54א. פעולה נסיונית להשגת רישוי – "תיקון טבע"**

פעולה נסיונית במסגרת טיפול להשגת רישוי לצורך שיווק המוצר לאחר תום תוקפו של הפטנט, אינה בגדר "ניצול אמצאה" אם התקיימו שניים אלה:

(1) הטיפול לקבלת הרישוי נעשה לשם קבלת רישוי בישראל, או במדינה שבת מותרת פעולה נסיונית באמצאה מוגנת פטנט לשם השגת רישוי, לפני תום תוקפו של הפטנט;

(2) כל מוצר שיוצר במסגרת הוראת סעיף זה לא ישמש לכל מטרה זולת לצורכי השגת רישוי כאמור, הן בתקופת הפטנט והן אחריה;

לא נותנים אישור להתחיל בפעולת ייצור כך שתוכל להכנס לשוק מייד, תמיד יהיה פער בין סיום תוקף הפטנט-הס' מגביל ואומר **שרק אחרי שהפטנט פוקע תכנס לשוק**. אם אתה רוצה לעשות שיפורים והמצאות זה חריג עצמאי שמאפשר לעשות פעולות ניסיוניות גם אם אני מפתחת המצאה או שיפור מתוך מניע עסקי. כל אחד מהחריגים הללו שמטרתן לשפר או לסייע תהיה בהקשר עסקי. למרות החריג האחר- רק פעולה שאין לה אופי עסקי, זה **אפשרי גם אם המטרות שלי עסקיות ובתנאי שמטרתי לא סתם להעתיק המצאה אלא לשפר אותה**.

הרקע לחריג הזה היה רצון של טבע ליצור רישיונות לתרופות הגנריות שלהם אבל זה הורחב לכל פעולה שנועדה לשפר בתנאי שעומדים בתנאי הס'. החריג השני של ס' (2) חשוב להבין שיש מחיר.

**מלחמת יצרניות התרופות האתיות בגנריות:** פטנטים חשובים ביותר לתעשיית התרופות:

* עלות ומשך פיתוח תרופות – 8-10 שנים והעלות הממוצעת 800 מיליון דולר לתרופה;
* עלות התרופות לצרכנים – צרכן ממוצע מוציא 1500 דולרים על תרופות בשנה;
* מעמד יצרניות גנריות – יצרניות אלה מחכות לפקיעת פטנטים כדי לחדור לשוק

טבע היא חברה דומיננטית שמנסה להכנס לכל תרופה אתית. גם בארץ הצליחה לפתוח שוק תחרות לתרופות רבות-זו אסטרטגיה שהיא תמיד נוקטת להביא לבטלות פטנטים של תרופות אחרות כדי שתוכל לייצרן. ייבוא מקביל, חריגי הניסויים אם מתקיימים או לא, בהקשר של MERCK נ' טבע היו ניסיונות של טענת עשיית עושר.

אלי לילי נ' טבע- עסק בעניין רשיון כפיה- ההבדל בין ניצול עסקי למחקרי, חשוב ביחס לפרשנות של חריג מהי פעולה שאינה בהיקף עסקי. טבע רצתה להכנס לשוק עם תרופת הפרוזאק ולכן ניסתה להשיג רשיון כפיה לשימוש בתרופה.

ביהמ"ש- קבע שהפעילות היתה בהיקף עסקי. יש תנאים לקבלת רשיון כפיה בס' 122: כדי לקבל רשיון כפייה החברה צריכה להוכיח יכולת לתקן את הפגמים, שבעל המקצוע מנצל זאת לרעה, לא משווק באמת את התרופה, דורש יותר מדי כסף, לא מנצל את שוק המוצר. כדי להיות מסוגל לקבל רשיון כפיה החברה שמבקשת צריכה להוכיח יכולת לייצר את התרופה. זה היה לפני שתוקן הס' של חברת טבע. חברת טבע ניסתה להבנות מזה שעשתה את כל הפעולות שלה כדי להוכיח שהיא עומדת בתנאי החוק כתנאי לקבלת רשיון כפיה. הרישיון לא ניתן בסוף כי לא היה את ס' 54. השופטת אמרה שאי אפשר לטעון ברצינות שכל פעילותם היתה כדי לעמוד בדרישות החוק. **רישיון כפיה חריג לכלל של מתן הגנה לבעל הפטנט ולכן הפרשנות צריכה להיות מצמצמת**. ישראל סוטה מהכלל של מדינות העולם שם מאמינים שאין להתערב בהחלטת בעל הפטנט. בישראל יש התערבות אגרסיבית שמעקרת במידת מה את החופש שיש לבעל הפטנט מתי לתת היתר. יש בישראל מעט רשיונות כפיה. טבע מנסה להשיג יתרונות לפני תיקון טבע בס' 54 א שייתר את כל ההליכים הללו אך זו היתה דרך שלה לנסות להכנס לשוק כמתחרה.

יש מס' דרכים לעשות ייבוא מקביל:

1. **מוגנת במדינה אחת או לייבאה לשניה**- אפשר לייבא באופן פרטי תרופה המוגנת ע"י פטנט, יבואן פרטי רוכש תרופה ממדינה אחרת בעולם מייבאה לארץ, רוכש בקובה למשל את התרופה ב10 דולר אך בגלל הפערים בכסף הוא מצליח להפיק רווח. זה מעין עשיית עושר על חשבון היצרן.
2. **לייבא תרופות שאינן זהות מלכתחילה**- אפשר לייבא תרופות גנריות-תרופות שתואמות ביולוגיות לתרופה אתית המוגנת כפטנט, יכולות להשיג אותו אפקט ביחס למקורית אך מהוות תחליף לתרופה אם כי לא זהה.

בריסטול מייארס נ' שר הבריאות - פס"ד שנוגע לסוגית ייבוא מקביל בדוק' מיצוי-לאומי או בינ"ל. זה הגיע לבג"ץ. בישראל האסטרטגיה לשלוט בשוק התרופות היתה בדרך של פיקוח והגבלת המחירים. זה עורר הרבה בעיות בכל מיני מישורים לקבוע מה מחיר התרופות בשוק הנתון. יש בעיה להחליט מה יהא מחיר תרופה בשוק מפוקח. החליטו לאפשר ייבוא מקביל. היה צריך לבוא ולבקש אישור רישום מהרוקחים וקבעו מי רשאי לעסוק בייבוא תרופות. על רקע זה בא אותו תיקון שייצר מסלולים לייבוא מקביל שמפורטים בתקנות. החברות לא אהבו את הרעיון ועתרו נ' תקנות הרוקחים, לא ברור למה התנגדו לייבוא מקביל והעדיפו פיקוח. כשרואים איך הרגולוציה עובדת מבינים למה- שליטת פיקוח הרבה יותר קשה, המדינה מקימה וועדת פיקוח כדי לראות מה המחיר המפוקח ומתייעצת ועושה מו"מ מול החברות.בפוליטיקה יש הפעלת קבוצות שידול ובפיקוח קל יותר להשיג מחיר מונופוליסטי לעומת המחיר המקורי. היכולת לשאול מי יקבל רשיונות ולקבוע יותר מוגבלת מפיקוח על מחירים. בפיקוח של מחירים מעורבים בקביעת המחיר ולכן עותרים לבג"ץ על המסלול הזה. הטענה היה שזה פוגע בקניין הרוחני של יצרני התרופות כי לא יוכלו להדיר יצרנים מלייצר אותה תקופה. הם לא רוצים שהמחירים יהיו קרובים למחיר המקורי אלא שתהיה יותר תחרות.

**יש 2 עקרונות של הבאת פטנט:**

* עקרון המיצוי הלאומי-אחרי שאני מוכרת בפעם הראשונה מוצר מוגן שנכנס לשוק, עקרון המיצוי הלאומי אומר שאני מיציתי את ההמצאה המוגנת שגולמה במוצר. אין לי יכולת לשלוט על אותו מוצר ולהחליט מה יקרה איתו הלאה, ברגע שמכרתי פעם אחת את המוצר אז אחרים יכולים למכור את המוצר אפילו במחיר יותר יקר.
* מיצוי בינלאומי- אם נמכרה פעם אחת זה לא מוגבל לטריטוריה אלא מוגבל בכלל, אין לי שליטה מה יקרה הלאה ומיציתי את זכויותי. גם אם זה מוצר מוגן, ברגע במייבאים אותו למדינות אחרות אז איבדתי את השליטה עליו, אפשר למכור אותו במדינה אחרת אפילו במחיר יותר יקר.

החוק לא אומר מה ההעדפה הברורה לדין הישראלי. אין בחוק בחירה מה עדיף, אך ***אנגלרד*** **מעדיף בפסיקה את המצוי הבינלאומי. אם יש במדינה אחת מוצר מוגן כפטנט אז מיציתי את זכויותי לאותה טריט' ולכן לא תוכל לבקש הגנה במדינות אחרות**. ייבוא מקביל מוזיל מוצרים ומשרת אותנו לאותם תעשיות שרוצות לבקש מחירים יותר קרובים לעלות המקורית.

**למבחן:**

* הבחינה אך ורק על הנושא של דיני זכויות יוצרים ודיני פטנטים ורק על הנושאים שנדונו בכיתה. יש לדעת את כל החומרים בסיליבוס באשר לשני נושאים אלה.
* יש גם לדעת את כל מה שעשינו בשיעורי המבוא בסקירה הכללית, כולל הדיון הכללי בכל ענפי הקנין הרוחני.
* הבחינה תהיה במתכונת של ארועון ושאלת מחשבה-מבחן שעתיים.

הרצאה עם פרופ' סנדי:

**CLAIM:** בובת חייל צעצוע, גוף עם חלקים זזים-רגליים, ראש וידיים.

אם ישנה המצאה רשומה של הבובה ואדם יוצר בובה ללא רגליים האם זו הפרה?

ישנן 2 סוגי הפרות:

1. **הפרה מילולית-**בדיקה האם כל האלמנטים קיימים
2. **הפרת עיקר ההמצאה-**חסר אלמנט אך נלקחה ליבת ההאמצאה (ס' 49)

אם זו לא בובה ראשונה- עלי לבדוק האם מה שבפטנט שהורד היה עיקר ההמצאה. אם הCLAIM יותר רחב- דינו מתבטל. באיזה מסגרת? בבית משפט בהתנגדות או אצל הרשם. זה יכול להיות במס' אופציות:1. הבוחן יכול לשלול 2. התנגדות 3. בקשת ביטול אצל הרשם 4. בימ"ש. יכול להיות שההמצאה המפרה היא יותר מהCLAIM ואז זו הפרה מהותית. הפרשנות הישראלית על עיקר ההמצאה הולכת לפי פרשנות גרמנית-יש דוק' אקווילנטים. בימ"ש לא יתן הגנה מעבר למה שיש לך. אם אני הייתי הראשון להמציא את הבובה- נחזור לשאלה שלנו: האם בובה ללא רגליים תפר את הפטנט?

האם יש הפרה מילולית? לא-כי אין רגליים.

האם יש הפרת עיקר ההמצאה? תלוי מה מטרת ההמצאה.

יש להבין שככל שאכתוב פחות בCLAIM ההגנה למעשה תהיה יותר רחבה- אם לא הייתי כותב "רגליים" הייתי יכול לתבוע אותו על הפרה. בבובה המפרה כביכול יש גמישות של הידיים. צריך לבחון האם יש חדשנות (ס' 4) והתקדמות המצאתית. זו שאלה אוב':

האם יש חדשנות? כן- בבובה המפרה יש חידוש כי היא יותר גמישה בידיים. כבוחן פטנטים אסור לך לבדוק סוב', אתה לא יכול לומר סתם שמשהו נראה לך טריוויאלי ולכן תפסול את הבקשה. בדיוק מהסיבה הזו מביאים בעל מקצוע בתחום, בתיקים גדולים מביאים גם מומחים בתחום כי הוא לא אדם ממוצע בשטח. אנו לא נפסול על בסיס טריוויאליות כי יכול להיות שנעשה בדרך זו עוול ללקוח. אם ממציא הבובה היה רושם מבנה רחב יותר אולי היה זוכה באופן מובהק- בכך שכתב סתם בובת צעצוע בצורת חייל זה לא מספיק. לא כדאי לך לכתוב בצורה מצומצמת בשל כך.

**CLAIM לבובה המפרה**: מבנה- בובה גמישה בידיים ללא רגליים. לא כדאי לכתוב ללא רגליים כדי שגם מקרים של בובה עם רגליים תוכל להיחשב למפרה ואקבל יותר הגנה.

בובה חדשה: CLAIM- מבנה גוף עם ידיים, רגליים וראש מסתובבים 360 מעלות, עשוי מחומר גמיש, גם החלק התחתון עצמו מסתובב. עורך פטנטים חכם לא היה מפרט כ"כ על כך בפטנט אחד- היה עושה זאת כפטנט אחד עם מס' תביעות שונות: 1. גוף עם ראש מסתובב 2. גוף עם ידיים מסתובבות 3. גוף עם חלק תחתון מסתובב 4. גוף עם רגליים מסתובבות.

כאשר אני מחבר את הראש שמסתובב עם הידיים אפשר לתבוע אותי על כך. כל קומבינציה תחשב להפרה. כאשר מכניסים חידוש לCLAIM העיקרי ויש בהמצאה יותר מחידוש אחד- יש לכתוב את התביעות בנפרד- **תביעות עצמאיות** ובסוף לכתוב **תביעה תלויה** שמחשיבה את שילוב כל התביעות לתביעה אחת.

כדי לעשות את התביעה כללית היה צריך לכתוב: גוף עם אברי גוף זזים. זהו תיאור כללי ולא מצומצם שהיה מקבל יותר הגנה. אם ישנה בובה עם אברי גוף זזים אך יש חידוש-גמישות, האם ניתן להפר את הפטנט אך בגלל החדשנות לרשום על כך פטנט משלי? לא! ביצרן של הטרנזיסטור למשל עשה פטנט על כך וכל מי שעשה היה צריך לשלם לו. מאוחר יותר נוצרו על כך פיתוחים על הפטנט של הטרנזיסטור ושנים רבות לאחר מכן היה צריך לשלם לו על כל חידוש. מדוע היה שווה להם לשלם? כל אדם שעשה שיפור, הקטין את המוצר ועשה אותו יותר קומפקטי-אתה צריך לשלם.

אם משהו מצליח בשוק סימן שזה לא משהו מובן מאליו ולכן יש בכך אלמנט חידוש וזה כבר לא טריוויאלי.