

מחברת קורס

מבוא לדיני קניין רוחני

99-307-01 – תשס"ו

פרופסור גדעון פרחומובסקי

סיכום : יזהר יצחקי

תודה על חומרי השלמה :
מר ישראל קופלוביץ'
מר ניר שני

מהו קניין רוחני?

מדובר בקניין על נכסים שאינם מוחשיים.
 ההגדרה: תחום הקניין הרוחני יוצר ומגן על זכויות קניין בנכסים בלתי-מוחשיים.
 נשוא ההגנה הוא **ידע**, **מידע** בעל ערך.

תחומיו של הקניין הרוחני מעוצבים להגן על סוגים שונים של אינפורמציה בקונטקסטים שונים.
 לפיכך, לכל ענף מענפי הקניין הרוחני תחולה אחרת ועיצוב ייחודי.

- לפעמים ישנה חפיפה במובן זה, שעל מידע מסויים ניתן להגן באמצעים שונים.
- * לעיתים, כשמפותח מידע חדש, ניתן להגן עליו או באמצעות **סוד מסחרי** או באמצעות **פטנט**.
- * תוכנה – על תוכנה ניתן להגן או באמצעות **פטנט** או באמצעות **זכות יוצרים**.
- * ישנם פרמטרים עסקיים וכלכליים שנוגעים להחלטה באיזו דרך לבחור.

טכנולוגיה: פרמטר מרכזי המשפיע על התחום – טכנולוגיה – אין תחום המשפיע יותר על הקניין הרוחני.

מדוע? הטכנולוגיה מאפשרת הפצת מידע, היא משפיעה על היכולת לשמור ולאכוף את הקניין.

ההשפעה מתחלקת ל-2 רמות:

- א. ערך המידע.
- ב. עלויות ההגנה על המידע.

בשל הקשר הזה, אין תימה שהתחום של הקניין הרוחני צבר עוצמה ועבר לקדמת הבמה. כיום יש חברות רבות, מרכזיות, שהנכס המרכזי שלהן הוא קניין רוחני.

חקיקה: תחום זה דינאמי, ולאור עובדה זו, החקיקה בתחום בעייתית. חלקים גדולים מהתחום מוסדרים בחוקים ישנים.

- תחום זכויות היוצרים, הדינאמי מכולם, מוסדר בחוק שחוקק ב-1911.
- החקיקה לא תואמת את המציאות, ולכן, כשיש פער בין חקיקה למציאות, ביהמ"ש נדרש לא אחת להתייעלות והתפלפלות משפטית.

השופט חשין: פרשת **אשי"ר**: "יחיים אנו כיום בעולם הנשלט בחלק ניכר בו בידי הסרטים המגנטיים, הפלסטיק והצייפים... שינויים אלה... בהכרח נודעת להם השפעה על האדם, על התנהגותו... על חיי הנפש שלו... מנגד, כלי משפט שניתנו בידינו נבראו ועוצבו בעולם של אתמול... כך למשל חוק הפטנטים של שנת 1967... הנה המציאות, הנה הם אנשי המשפט... כלים שנבראו לספר ולמתכת אמורים לשמש לנו לסרטים מגנטיים ולפלסטיק..." (ציטוט לא מדוייק).

ביהמ"ש הצליח לגשר על הפער לרוב.

כיום ישנן הצעות חוק, למשל משנת 1999, אשר לא עוברות. מתי תעבור? אם תעבור עתה, הרי שהיא ישנה. הצעת החוק מתיישנת עוד לפני שעברה, ונוצר מעין מעגל שוטה.

ענפי הקניין הרוחני

ננסה למפות את הענפים מבחינת האלמנטים הרלוונטיים והמרכזיים (לא לפרטים).

דוגמה	זכויות יוצרים	פטנטים	סודות מסחריים	סימני מסחר
דוגמה	שיר.	המצאה טכנולוגית. מכונת כביסה.	תהליך ייצור. למשל, נוסחת הייצור של קוקה קולה.	סמל של מותג, כגון קוקה קולה; Levi's – סימן מובהק. כל אדם צופה בכ-1000 סימנים כאלה ביום.
נשוא ההגנה	נשוא ההגנה הוא יצירות ספרותיות, דרמטיות, מוסיקליות או אומנותיות (סעי' 1). הרשימה אינה סגורה – ישנן	כל המצאה שהיא מוצר, או תהליך בכל תחום טכנולוגי, לרבות תעשייה, חקלאות או כל תחום אחר.	מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל ע"י אחרים; אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי	כל סימן המורכב מאותיות, ספרות, מילים, דמויות או אותות אחרים; דו מימדי או תלת מימדי, המשמש אדם לעניין הטובין שהוא מייצר או

<p>סוחר בהם. סימן המסחר מגלם בחובו מוניטין וידע. זהו Proxy למשהו אחר – איכות וטיב.</p>	<p>(סעי' 5).</p>	<p>קטגוריות נוספות. הביטוי בספר מוגן. הספר הוא נכס פיזי, הוא לא נשוא ההגנה. יש להבחין בין הנכס הפיזי לביטוי עצמו. רק השימוש בביטוי, מביא להפרת זכות יוצרים. הביטוי המוגן לא כולל: רעיונות, עובדות ומחקר היסטורי. מי שמבאר ומפרש, למשל את התני"ך או את פסיקת ביהמ"ש למשל: בפ"ד אסף יעקב נ' ענבר – ישב תלמיד בקורס בנוזיקין ופרסם שיעורים שכתב, ונתבע ע"י המרצה. התלמיד ניסה להגן עצמו בכך שזה חומר שאינו מוגן ע"י יוצר, אך הפסיד.</p>	<p>מה בדיוק מוגן?</p>
<p>פקודת סימני מסחר (נוסח חדש), תשל"ב-1972.</p>	<p>חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.</p>	<p>חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.</p>	<p>חוק זכות יוצרים, 1911; פקודת זכות יוצרים, 1924.</p>
<p>הגנה על הצרכן. סימני מסחר ממוזערים את עלויות המידע לצרכנים. למנוע את החיפוש אחר איכות של יצרן שוב ושוב – סימן המסחר <u>אט אט צובר מידע על איכות המוצר והיצרן</u> – נביט על המותג וכך נקבל אינפורמציה. -- מזעור עלויות מידע לצרכנים. -- גם סימני מסחר פוגעים בתחרות. מקשים על חדירה לשוק. -- הדבר מתמרץ עסקים לשמור על איכות גבוהה</p>	<p>הגנה על אינפורמציה עסקית בעלת-ערך. יש המעגנים זאת בעידודה של תחרות הוגנת. המרצה: מבחינה תיאורטית התחום לא הכי מעוגן, אך התזה היא שיש בכך משום עידוד זרימת מידע בתוך חברות (אחרת לא תעבור אינפורמציה גם בתוך תאגידים בין עובדים, ותיפגע היעילות הפרודוקטיבית בתוך החברה – זה מאפשר לחברה ליצר באופן יעיל יותר), וכן עידוד של אנשים להשקיע.</p>	<p>עידוד והגנה על השקעה בפיתוח המצאות וחשיפתן לציבור.</p>	<p>עידוד והגנה על יצירת ביטוי תרבותי. מה המטרה בהגנה על תחום זה</p>

<p>ולשפר את איכות המוצרים.</p>	<p>-- סוד מסחר למעשה פוגע בתחרות, וכל פגיעה כזו היא גורם מזיק לצרכן.</p>			
<p>1. הסימן חייב להיות בעל אופי מבחין, המבחינו מסימנים אחרים. 2. אסור שהסימן יהיה קשור או יעשה שימוש בראשי המדינה ובסמליה. 3. אסור שהסימן יפגע בתקנת הציבור (עילת פסילת רישום). 4. רישום בפנקס סימני המסחר.</p>	<p>1. מידע המקנה יתרון עסקי. 2. אינו ידוע ברבים. 3. נדרשים אמצעים סבירים לשמירה על סודיות. מדובר על סוד מסחר, וצריך לשמור עליו בסוד – באמצעים סבירים – לא חובה שיהיו אמצעים מוחלטים, אלא רק סבירים, לשמור על המידע בסוד.</p>	<p>1. צריך להראות חדשנות (סטנדרט גבוה יותר מזכויות יוצרים); 2. ההמצאה מועילה (יש המצאות חסרות תועלת לחלוטין); 3. ההמצאה ניתנת לשימוש תעשייתי; 4. התקדמות המצאתית (הפיתוח אינו טריוויאלי בעיני אדם המבין בתחום). 5. רישום – נדרש תהליך של רישום, במשרד רשם הפטנטים (משרד המשפטים). ההגנה קשה יותר להשגה, הליך ארוך ויקר; ההגנה חזקה יותר מזכויות יוצרים.</p>	<p>1. מקוריות (ביטוי מקורי, נוצר ע"י היוצר); 2. יצירתיות (מידה מועטה). 3. אין צורך ברישום ואין מרשם. - הגנה זולה על הביטוי. מעוגן בנכס פיזי – מחברת, ספר. © - סימן זה הוא רק יידוע, מסייע בהוכחת חוסר תום לב מצד המעתיק. מינימום תנאים פורמאליים.</p>	<p>תנאים לרכישת ההגנה</p>
<p>מקנה לבעל סימן המסחר שימוש בסימן למוצרים ושירותים של בעל הסימן.</p>	<p>זכות בלעדית לשימוש ולהנאה מן האינפורמציה המוגנת.</p>	<p>1. הזכות לשימוש. 2. הצעה למכירה. 3. מכירה. 4. ייבוא.</p>	<p>הזכות הכלכלית: 1. שיכפול או שעתוק. Copyright – הזכות ליצור עותקים של היצירה. 2. זכות הפרסום (ובכלל זה הפצה ברבים). 3. זכות הביצוע הפומבי. 4. זכות העיבוד – עבודות נגזרות או אדפטציה (סרט על בסיס ספר, משחק מחשב על בסיס סדרת טלוויזיה, מוסיקה המסמפלת קטעים מיצירה קודמת). הדבר מרחיב ביותר את זכויות היוצר המקורי. 5. זכות השאלה/השכרה של קלטות (ותוכנות מחשב), הפצה ברבים.</p>	<p>הזכות המוגנת</p>

			<p>-- הכל נגזר מהזכות הראשונה, של שעתוק. --</p> <p>הזכות המוסרית 6. זכות המחבר, ששמו יופיע על היצירה, ושלא יבוצע ביצירה סילוף, המוריד מערכה או פוגע בשמו הטוב של המחבר.</p>	
משך הזכות	<p>חיי היוצר + שבעים שנה (שבעים שנה ממות היוצר). -- תאגיד – 95 שנה (מרגע הפרסום) או 120 שנה.</p>	<p>20 שנה ממועד הבקשה לרישום (האישור יכול לקחת בין מס' חודשים ל-3 שנים).</p>	<p>סוד מסחר מוגן עד לחשיפתו וגילוי, בדרך לגיטימית. אם חברה עמיתה חושפת סוד שמשותף לכמה חברות בשוק, החשיפה לגיטימית.</p>	<p>לנצח, עד שנזנח.</p>
מעשים המהווים הפרה	<p>עשיית כל מעשה שהזכות הבלעדית לעשייתו נתונה בחוק לבעל זכות היוצרים (סעי' 12(1) לחוק).</p>	<p>הפרת פטנטים מוגדרת בסעי' 49: 1. שימוש או כל מעשה הנופל בגדר התביעות המוגדרות בפטנט (בקשה לפטנט היא למעשה תביעה לפטנט); התביעות מגדירות את ההמצאה ומאפיינות אותה. 2. מעשה הנופל בגדר רעיון דומה (ישנם מפרים המצליחים ליצור מוצר דומה, הפרה שאינה מפרה את <u>לשון הפטנט</u>, אך מפרה את <u>רוחו</u>). דהיינו, הפרה של הפטנט בלי להפר את התביעות כלשונו – עדיין יכולה להתקיים הפרה.</p>	<p>1. נטילת סוד מסחר ללא הסכמת הבעלים, באמצעים פסולים או שימוש בסוד. 2. שימוש בסוד בניגוד לחיוב חוזי או חובת אמון (זה נוגע גם לעובדים, בחוזה עבודה- במסגרת החוזה אסור לגלות סודות מסחריים). 3. קבלת סוד מסחרי שידוע או צריך היה להיות ידוע, שהושג באמצעים פסולים (נוגע לצד ג', שמקבל את הסוד).</p>	<p>1. שימוש מסחרי ללא רשות בסימן זהה או דומה עד כדי להטעות לסימן רשום אחר (Adidas, Adidos). 2. דילול – שימוש בסימן מוכר בהקשר לטובין או מוצר גם כשאינן בהם כדי להטעות (פסק דין מקדונלדס בארה"ב – חבי מקדונלדס תבעה רשת אכסניות שנקראה McSleep Inns. נטען שיש בכך דילול בעסקי מקדונלדס, למרות שהיא לא עוסקת בהלנה בכלל; בישראל – חברה שמייצרת את המשקה בקרדי, נגד חברת הלבשה שביקשה להשתמש במונח "בקרדי" – למרות שמדובר כאן במשקה אלכוהולי וכאן בהלבשה. ביהמ"ש הכיר בעילת הדילול). הדילול מתמקד בערך המותג לבעליו, יותר מאשר בהטעיית הציבור. זוהי הגנה על ערך, יותר מאשר על הציבור.</p>
זכויותיהם	הציבור מקבל	1. טענת ניצול	1. תקיפה	1. תקיפה חזיתית.

<p>של אחרים – הגנת מרכזיות מפני תביעה או אחריות. זכותו של מי שנחשף לזכות הקניינית</p>	<p>חשיפה של מידע חדש, וההגנה מוגבלת בזמן (אם כי מדובר בזמן רב מאוד).</p> <p>1. טיפול או שימוש הוגן. 2. תקיפה חזיתית של זכות היוצרים – עצמה – היעדר זכות יוצרים. 3. יצירה עצמאית (רק בזכויות יוצרים). 4. רשיונות כפייה – הסדרים שקיימים בחוק למצבים מסוימים, המאפשרים להשתמש בזכויות היוצרים בסכום שנקבע בחוק – תעריף. מדובר כאן, בעיקר על שימושים ביתיים מסוימים – והדגש הוא על קלטות והקלטות (להקליט אך לא להפיץ היצירה). רשיונות כפייה נעשים בדרך של מס או היטל על הקלטות – משלמים סכום נוסף. הכסף מחולק ליוצרים. ההבדל בין רשיון לרשיון בכפייה הוא האם זה נעשה במו"מ או בקביעת הסדר של צד ג'.</p>	<p>פטנט לרעה ע"י בעליו (סעי' 117, 119). בעל הפטנט משתמש בו כדי לפגוע בתחרות, בד"כ בלי לנצל את המוצר. הדבר נכנס לדיני הגבלים עסקיים (דוגמה - בעל תוכנת מחשב, כגון מיקרוסופט, מגביל את הקפה שישתו לילד המחשב לקפה של חברת XY כי יש לו מניות בחברה הזו).</p> <p>2. תקיפה חזיתית של הפטנט על-אף הליך הרישום: ההגנה הטובה ביותר – משרד הפטנטים בדיקתו שטחית, ורק כשיש ליטיגציה, הנתבע, המפר הנחזה, יתקוף את הפטנט – ימצא שאינו חדש, שלא הייתה התקדמות המצאתית.</p> <p>3. חריג נוסף: שימוש נסיוני. "תיקון טבע" – שימוש נסיוני לצורך הליכי רישוי לשם שיווק מוצר לאחר פקיעת הפטנט (סעי' 54א'). תרופות, יש בהן הליך של פטנט, אך יש גם הליכים רגולטוריים – ה-FDA, משרד הבריאות, צריכים לאשר. בעבר אסור היה לעשות שום שימוש ניסיוני לצורך פתיחת הליכי הניסוי, והדבר היה מעכב את השימוש בתרופה התרופות נקראות תרופות גנריות – ללא מיתוג וסימן מסחר – לאחר שפקע פטנט על תרופה, כולם יכולים לייצרה; חברות התרופות נפגעו עקב הזמן הארוך של ההליך הרגולטורי. בישראל העבירו חוק שימוש בכך הוא תקין.</p>	<p>חזיתית – אין סוד מסחרי. זה עובד רבות. 2. גילוי עצמאי – עניין קריטי. בסודות המסחר מתרחש העניין הבא: מישהו לא חושף סוד מסחר, הציבור לא נהנה ממנו, האדם הזה שומר את הסוד כנחלתו בלבד. זו הבעיה – הפטנט, אם נחשף אותו, נותן הגנה חזקה אך זמנית – מונופול ל-20 שנה. סוד מסחרי נותן הגנה מוגנת ללא סוף – בין אפס לאינסוף. אך יש כאן עניין של סיכוי מול סיכון: יכול להיות שתוך יום מישהו יגלה את הסוד המסחרי הזה. לכן, חייבים את הגילוי העצמאי, אחרת איש לא היה מגיש בקשה לפטנט – הסוד המסחרי היה אינסופי!</p> <p>3. הנדסה חוזרת – Reverse engineerin.g. לוקחים את המוצר, מפרקים ולומדים את ייצורו. זה קורה בתחומים צבאיים ובתחום התוכנה. לוקחים מוצר, מפרקים ואז משתמשים מחדש. כלי שאפשר לעשות לו הנדסה חוזרת, לא כדאי להשתמש בסוד מסחרי לגביו. אין המצאה שזכאית לפטנט שאינה זכאית לסוד מסחרי. יש מעגל של סודות מסחריים ובתוכו מעגל של פטנטים.</p>	<p>2. שימושים שאינם מסחריים או עסקיים (בשיעור ניתן להשתמש בסימן של לויסי או קוקה קולה, למשל). 3. שימוש בשוק גיאוגרפי אחר (סימני מסחר מקנים הגנה טריטוריאלית, ויש גם סיווגים מקומיים יותר, בין אזורים באותה מדינה).</p>
---	--	--	---	--

<p>עבירות</p>	<p>גבוהה מאוד.</p>	<p>זה מקצר את תקופת הכניסה לשוק. גבוהה מאוד (ככל שהזכות הקניינית חזקה יותר כך העבירות גבוהה יותר – הזכויות הקנייניות מוגדרות היטב, וגם ההגנה חזקה). זכויות פטנטים מוגדרות באופן מעולה, כי בזכויות יוצרים יש הבדל בין רעיון לא מוגן לביטוי מוגן; ואילו כאן אין את הבעיה הזו. תמיד אפשר לעקוף זכות יוצרים, אך פטנט קשה לעקוף – יש גם הגנה על תקיפה עקיפה.</p>	<p>נמוכה מאוד. ברגע שגילית את הסוד המסחרי, ההגנה עשויה לפקוע. עם זאת, ישנם מכשירים חוזיים המאפשרים גילוי סלקטיבי – אלו הם חוזי סודיות ואי-גילוי. זה קיים במיזמי הייטק. הכלים אפקטיביים באופן מסויים אך לא עד הסוף – ברגע שאינפורמציה נודעת, קשה לשמור עליה.</p>	<p>סבירה. סימן המסחר מגלם בחובו מוניטין וידע. זהו Proxy למשהו אחר – איכות וטיב. את הנכסים האלה, של <u>איכות וטיב, מוניטין וידע, אי אפשר לקנות</u>. בארה"ב אסור להעביר סימן מסחר ללא העברת מוניטין. שם, צריך להעביר את כלל הפעילות העסקית, את כלל השם העסקי. עסקאות חלקיות נדירות ולעיתים מהוות את ההעברה הפסולה – Naked transfer.</p>
<p>עלויות ההגנה</p>	<p>1. עלויות אכיפה. אינן זניחות כלל – צריך להוכיח שזכות היוצרים נפגעה. 2. עלויות של איתור הפרות. באינטרנט, קשה לגלות זאת בצורה מאוד בעייתית.</p>	<p>1. עלויות הרישום: א. מחקר מקדים (רשם הפטנטים). ב. עלות רישום הפטנט והחזקתו (דמי חידוש, למשל, כדי לשמור על הפטנט לכל התקופה). בישראל (10,000-3,000\$, רישום גם בחו"ל – \$100,000). 2. עלויות אכיפה.</p>	<p>1. עלות שמירת הסוד – אמצעים חוזיים ופיזיים. 2. עלויות של תסכול עובדים – דרך שבה מעסיק שומר על סוד מסחרי, זה באמצעות תניות הגבלת תחרות (אל תעבוד ב-Google למשך שלוש שנים – זהו כלא לעובדים, אשר הם המקור העיקרי לסודות מסחריים והם הנתבעים לרוב). 3. עלויות האכיפה – עלויות גבוהות, שכן המון פעמים נגנב סוד מסחר, אך קשה להוכיח שנגנב ולא הושג בדרך אחרת. לעיתים במקרי ריגול תעשייתי קל להוכיח, אך לעיתים רבות אין דרך לדעת כיצד המידע המתחרה.</p>	<p>1. רישום וידוא מקוריות סימן המסחר. הסימן חייב להיות מבחין וקיים. יש לבדוק שאין סימן מסחר שקרוב לסימן המסחר שלנו. הדבר דומה למלחמה על Domain Names באינטרנט. 2. עלויות המיתוג (Branding). ברגע שנרשם סימן מסחר, הוא מייצג נכס, ערך שיש לעסק. כדי ליצור ערך זה, יש להשקיע בפרסום, בשמירה על טיב המוצר. עלויות המיתוג רבות. 3. עלויות אכיפה – עלויות האכיפה נמוכות יחסית, בטה"כ לא קשה לזהות הפרות. אין פה בעיה של שימוש ביתי או שימוש סמוי, קל לזהותן.</p>
<p>סעדים נרחבים מאוד בקניין הרוחני</p>	<p>1. סעדים זמניים (צו מניעה זמני). 2. צו מניעה. 3. פיצויים. 4. פיצויים סטטוטוריים (פיצויים ללא הוכחת נזק). 5. צו מסירה</p>	<p>1. סעדים זמניים. 2. צווי מניעה. 3. פיצויים. 4. פיצויים עונשיים על הפרות מכוונות (הכוונה ליצירת הרתעה).</p>	<p>1. סעדים זמניים. 2. צווי מניעה. 3. פיצויים. 4. השבת רווחים.</p>	<p>1. סעדים זמניים. 2. צו מניעה. 3. פיצויים. 4. צו השמדת נכסים (סעי' 59א'). 5. צו עיכוב טובין במכס (כגון פ"ד אקסימין – לא נותנים להכניס את המוצר לשוק).</p>

			טובין	(מסירת מפרים).
			השמדת	6. צו נכסים.

אנו עדים למגמת הרחבה של הקניין הרוחני, בשנים האחרונות הדבר משמעותי. מלומדים רבים סבורים כי ההגנה הניתנת לבעלי קניין רוחני רחבה יתר על המידה, זה לא מפתיע לאור העליה בערך הקניין הרוחני: אין כאן הפתעות גדולות. יחד עם זאת, בשיטתנו נעשתה הרחבה נוספת מצד תחום משפטי שאינו קניין-רוחני, והוא ע"ע **שלא במשפט**. דיני עשיית העושר שלא במשפט רלוונטיים לתחום, והדבר בולט בפ"ד א.ש.י.ר.

פ"ד א.ש.י.ר: ביהמ"ש מצא לנכון להגן על מידע שלא נפל בגדר אחת ההגנות הקונבנציונאליות, באמצעות דיני ע"ע.

השימוש הזה קונסטיטוטני עם מגמתו הכללית של ביהמ"ש העליון, אשר שם לעצמו יד להופכנו "לאנשים טובים יותר", זאת באמצעות העלתם על נס של עקרונות כלליים כתום-לב, הגינות מסחרית וכו'.

לדעת המרצה, בתחום הקניין הרוחני, המהלך בעייתי, וביהמ"ש אינו המוסד הנכון לבצע את ההרחבה, מסיבה פשוטה, והיא שמדובר כאן בכך:

- א. הצרכנים - אינטרס הציבורי לא מיוצג בביהמ"ש. כל ציבור הצרכנים הנהנה מתחרות ולא מהגנה קניינית גבוהה מדי, לא מיוצג: יש עסק שאומר שגזלו ממנו בחוסר תו"ל, ועסק שני אשר מתגונן וטוען כי אין כאן נכס קנייני וכו' – וביניהם ציבור הצרכנים, אשר מקומם נפקד מביהמ"ש.
- ב. האינפורמציה - לביהמ"ש אין די אינפורמציה להביא את האינטרס הציבורי לידי ביטוי. ביהמ"ש, יותר ויותר, במקום לבצע איזונים כלכליים, די נסחף אחר הרעיונות של זכויות קנייניות חזקות, בין השאר עקב הגדרת זכות הקניין כזכות יסוד.

דיני הקניין הרוחני בישראל דומים מאוד לאלו שבארה"ב.

ההתרחבות של דיני הקניין הרוחני היא תוצר של כוחות לוביסטיים – מצד אחד עומדות תעשיות רבות כוח, עם אינטרס מאוד חזק וממוקד: חברה בתעשייה עתירת ידע או בתעשיית בידור, האינטרס בהגנה על הזכויות הוא כלכלי ועצום. בשל זאת, ארה"ב תומכת כ"כ בחיזוק הקניין הרוחני: זהו אינטרס אמריקאי וישראלי גם יחד.

ממול, מתייצב הציבור המבוזר שלכל אחד מפרטיו אינטרס מוגבל יחסית בחקיקה מסויימת, שלו יש השפעה אפסית.

- מערכת של חקיקה מחמירה ואכיפה חלקית תוביל בסוף לאכיפה קשה (תחום המוסיקה בארה"ב).
- הגנה חזקה מדי בסוף פוגעת – אי אפשר להגיע עד אינסוף – אם פטנט יחול נצח, הדבר ייקר את מחיר המוצר וגם ייקר את האפשרות ליצור המצאות נוספות באותו תחום. האינטרס החברתי-כלכלי, של המדינה שונה מהאינטרס של גופים מסחריים. אנו יוצרים האטה של פיתוח וחדשנות עתידיים, לכן יש ליצור האיזון – א"כ נאמין שאלה שחידשו הם אלה שיחדשו בעתיד.

דיני זכויות יוצרים

נעסוק בהצדקות תיאורטיות. אותן הצדקות תיאורטיות, לפחות 3 מהן חלות גם בנוגע לדיני הפטנטים, ו-2 מהן הן הצדקות קנייניות כלליות.

ההצדקות יחולקו ל-2 קטיגוריות:

הצדקות שעוסקות בזכויות	הצדקות תועלתניות
אירופה	ארה"ב

ההצדקות שעוסקות בזכויות מעמידות במרכז את היוצר; ההצדקות התועלתניות לא עוסקות כ"כ בזכות היוצר עצמו, אלא באפקט דיני הקניין הרוחני.

תיאוריות קלאסיות של זכויות:

1. תיאורית העבודה – גיון לוק. גיון לוק, פילוסוף שעסק בין היתר בדיני הקניין. פילוסוף דתי, שניסה להסביר כיצד ניתן לרכוש זכויות בשפע האלוהי שמקיף אותנו – אלוהים נתן לנו משאבים, וצריך לראות כיצד נעביר משאב מנחלת הכלל אל נחלת הפרט. כיצד הופכים אנו משאב לקניין פרטי. בתיאוריה שלו מספר צעדים:
 - א. לכל אחד מאיתנו יש בעלות בגופנו.
 - ב. יש לנו בעלות בעבודה – העבודה מופקת ע"י הגוף.
 - ג. ← רכישת זכויות בנכסים מתרחשת ע"י ערבוב העבודה בנכסים חיצוניים. ברגע שקטפתי תפוח – השקעתי עבודה בו, ולכן הוא לא סתם תפוח, אלא מגלם עבודה שלי – זהו אקט הרכישה.
- גיון לוק קבע גם 2 מגבלות: איסור בזבוז. הותרת כמות מספקת, באיכות מספקת, לאחרים.

השאלה: האם ניתן להשתמש בתיאוריה זו כדי להצדיק קיומם של דיני זכויות היוצרים? גיון לוק לא התעסק בכלל בזכויות יוצרים, אך יש אפקט נלווה לתיאוריה הקניינית הכללית שלו. נעשו מאמצים להרחיבה, גם כדי להסביר דיני זכויות היוצרים.

תשובה: אינטואיטיבית, יש בסיס להחיל התיאוריה על זכויות היוצרים – הבסיס הוא, שלא משנה אם מדובר בתפוח או ביצירה – יש השקעת עבודה ע"י היוצר, ולפיכך הוא קונה זכויות בביטוי או היצירה שהם פרי עמלו.

שאלה: מה לגבי המגבלות הלוקיאניות?
תשובה: הן נוצרו בתקופה בה הכלכלה המודרנית לא פותחה – כיום אנו יודעים שאין משאב אינסופי – אפילו האוויר סביבנו לא מספיק. כל צריכה, ע"י כל אדם, מפחיתה מהכמות והאיכות (!) – יש דגש איכותי של המשאב.

המעניין הוא שלזכויות היוצרים יש בהחלט Case לעמוד במגבלות – בזכויות יוצרים, כפי שאנו זוכרים, מדובר ביצירה עצמאית, אשר מהווה הגנה על גביה. אם שני אנשים יוצרים אותו הדבר באותו הזמן, אין לנו הפרה! יוצר עצמאי אינו מפר!

יחד עם זאת, זכויות יוצרים מטילות הגבלות מסוימות על שימוש בביטוי המוגן ע"י הזולת – למשל, אם אנו רוצים לשכתב פסקה מספר, כאן כבר תהא הגבלה על כך והדבר עשוי להוות הפרה מסוימת של המגבלה.

שאלה: האם באמת עבודה מהווה בסיס לרכישת זכויות היוצרים?
תשובה: למשל, כשאני לוחץ על לחצן של מצלמה ומצלם תמונה – הדבר מוגן. כלומר, הבסיס לרכישת זכויות, קניין פוזיטיבי על פי החוק – הוא על בסיס של מקוריות ורמה נמוכה של יצירתיות.

כלומר, בעבודה "סתם", אין די כדי לרכוש זכויות! ויתר על כן – פסיקה מודרנית בארה"ב ובישראל, בהחלט מפחיתה מחשיבות השקעת המאמץ כתנאי לרכישת זכויות.

בעיה נוספת בתיאוריה הלוקיאנית: כמה רחבה ההגנה ולמה לוק התכוון – לפרט או לכלל?
תשובה: לוק בעצם ניסה להצדיק את זכות השימוש העצמי של העובד! הוא ראה עולם שבו אדם קוטף פרי ואוכלו – הכל עניין של שימוש עצמי – ותיאורטיקנים מודרניים מצביעים על כך שערך שוק של מוצר רחב בהרבה משימוש עצמי, והוא חיצוני ליוצר במידה מסוימת – הוא נקבע ע"י כוחות שוק.

אם שיר מצליח או לא – הדבר תלוי לא מעט בטעמי הקהל, ובכל זאת כפי שנראה, דיני זכויות היוצרים המודרניים, מקנים ליוצר את כל ערך השוק שמניבה היצירה. דהיינו, למרות שראינו בעיות בתיאורית לוק על זכויות היוצרים – עדיין מחילים אותה במלוא העוז.

2. תיאורית האישיות – הגל.

תיאוריה זו, שונה לגמרי – כאן במרכז עומד הרצון האנושי – Human Will, ובאופן יותר רחב: **האישיות האנושית.**

הגל האמין, שכל אדם הוא מיוחד, ומכאן פיתח תיאוריה קניינית מרתקת. הוא סבר, שאנשים מפתחים את אישיותם באמצעות קניין.

כיצד הקניין עוזר לנו לפתח את האישיות? למרות שאישיותנו מיוחדת, היא נסתרת מהעין – מאפיינינו המיוחדים לא ניתנים לצפייה רצינית – אנו מחצינים ומקרינים את האישיות שלנו על חפצים חיצוניים. כשאנו לובשים, רוכשים, מאזינים למשהו, משמיעים משהו, הדבר מבטא את האישיות שלנו.

ש': אז למה מערכת קניינית? יש שיוך ותו לא!

אלא, שהגל סבר, שבהגנה על הקניין החברה מכירה בערך האני ומכבדת אותו, ובאמצעות עצמים, אנשים מגיעים להגשמה עצמית. זו הייתה התיאוריה של הגל לגבי קניין כללית.

הגל, בשונה מלוק, בן דיבר על קניין רוחני – ושם היו לו דיונים מעניינים: הגל סבר שיצירות הן בעצם הרחבה או ביטוי של המוח והמחשבות האנושיות, ולכן היצירות הללו ראויות להגנה.

זו הייתה ההצדקה הקניינית של הגל. נשים לב, שהתזה ההגליאנית, יש לה כוח אינטואטיבי רב בכל הנוגע להצדקת זכויות יוצרים.

בשונה מהביקורת על לוק – כאן אין את הביקורת על כך יש כאן מקוריות ויצירתיות! כשאדם יוצר משהו מקורי שהוא שלו, הגל בהחלט רוצה להעניק לכך הגנה.

אבני המסד, מקוריות ויצירתיות, משתלבות אינטואטיבית בתזה שלו.

לוק מסתכל על העבודה כחזות הכל; הגל רואה זאת אחרת – אם מישהו נותן לך מתנה, והיא יקרה מאוד, ולא הושקעה בכך עבודה כלל (כגון מילה טובה על נייר) – הוא יגן על כך: הוא יגן על אדם באשר הוא אדם.

ביקורת על הגל:

א. יש הרבה עבודות, יצירות קולנועיות למשל, בהם הרבה גורמי ייצור אנושיים מעורבים ומשקיעים מידה מסוימת מאישיותם: במאי, תסריטאי, צלם ושחקן – כל אחד מהם משקיע מאישיותו ממש.

יחד עם זאת, המשפט לא מכיר בזכויות האישיות של כל גורם מעורב.

ב. מעבר לכך, בעידן המודרני הגנת זכות היוצרים הורחבה גם ליצירות דוגמת תוכנה – ובכל הקשור בתוכנה, השיקול המנחה הוא שיקול פונקציונאלי: ביצוע משימה, ביעילות המירבית. יש פחות מקום כיום לדבר על אישיות היוצר (אם כי גם כאן, כשיש בעיה פונקציונאלית, אנשים שונים יפתרו אותה בדרכים שונות בהתאם לטבעם ואישיותם).

- הגל האמין, שטוב מאוד שהמשפט מכיר באפשרות ליצור עותקים ליצירה ולהפיצה ברבים, אך אסור לנתק את הקשר בין יוצר ליצירתו ע"י המחאת הזכות עצמה. להגל הייתה בעיה עם המחאת הזכות באופן גורף.

נסכם את תיאוריות הזכויות, החזקות באירופה: התיאוריות האלה מצדיקות הגנה חזקה מאוד – צד אחד של המשוואה הוא החשוב – היוצר. לציבור אין משקל או חלק בהליך זה, לא מדובר בהליך איזון, אלא יש לנו דגש מאוד ברור: היוצר, ועליו צריך להגן ובו נתמקד.

תיאוריות קלאסיות של תועלתנות – מודרניות ביותר וחשובות:

1. הגישה הכלכלית התועלתנית.
 הגישה התועלתנית קנתה לעצמה אחיזה חזקה, גם בשיטת המשפט הישראלית. מקור הגישה הכלכלית, הבסיס לה, הוא דווקא בחוקה האמריקאית – שם מתייחסים לקניין רוחני. נקבע שיש להעניק ליוצרים ולממציאים זכויות מוגבלות ביצירותיהם והמצאותיהם, זאת כדי להביא לפיתוח המדע והאומנות.

לסעי' יש מבנה של אמצעי ושל מטרה:

אמצעי - הגנת זכויות המוגבלות ביצירות והמצאות של ממציאים ויוצרים (זכויות מוגבלות בזמן).
מטרה - פיתוח המדע והאומנות.

כך מיטיבים עם הציבור ע"י פיתוח מאגר הידע והביטוי.

2. תיאורית התמריץ – נשענת על נדבך הגישה הכלכלית התועלתנית.
 השאלה הראשונה: מדוע יש ליצור תמריץ לאדם ליצור?
 לצורך כך נזדקק לתיאוריה הכלכלית, שנוקטת לאינפורמציה.
 יש מונח בשם **טובין ציבוריים** (Public goods) – זהו לא ערך אידיאלי כלשהו, אלא במובן הכלכלי.
 דוגמה מובהקת היא **אינפורמציה**, ודוגמה אחרת היא **ביטחון לאומי**.

לטובין הציבוריים, יש שני מאפיינים:

א. צריכה ללא יריבות. Non-Rivalrous Consumption

ב. קשה מאוד למנוע את הספקת המוצר לכאלה שאינם משלמים בעבורו.

א. שני אנשים, לא יכולים לצרוך מוצר פיזי אחד (כוס שתיה, מכונת פרטית) – יש בצריכה פיזית יריבות ממשית.

לא כך כשמדובר באינפורמציה: כולנו יכולים לקרוא כתבות בעיתון, לצפות במשחק בטלוויזיה – היות אדם אחד צורך את המידע הזה, הבידור וכו', לא מפחית מהנאתם של השאר.
 זה נכון לגבי כל סוג של ביטוי: כולנו נשמע שיר בעת ובעונה אחת, ואין בכך שום בעיה – זוהי צריכה ללא יריבות.

ב. דבר שני שקשה לעשות, הוא מניעת אדם שלא משתמש במוצר מלהשתמש בו – זוהי **בעיית הטרמפיסט** – גם מי שלא משלם על המוצר, יכול ליהנות ממנו.

כשמדינת ישראל מספקת ביטחון לאומי לאזרחיה – המשלם הוא משלם המסים – ואלו שלא משלמים מסים, אף הם נהנים – קשה למנוע מהם לקבל ההטבה.
 אותו הדבר קיים, במידה פחותה אמנם, גם לגבי מוצרי מידע. הורדת קבצים ברשת.

זו הבעיה, בגלל שני המאפיינים הללו – ובייחוד ב' – קיימת בעיית הספקה.

אדם שיש לו נפש של סופר, התשובה היא שהוא אולי יכתוב גם בלי שישלמו לו – אך יהיו לצידו רבים שלא יכתבו, כי ברגע שהיצירה תיוצר, בהיותה יצירת מידע שהיא טובין ציבוריים, המוני צרכנים יעדיפו להשתמש בה ולצרוך אותה בחינם, ללא תשלום (כקבצים מהאינטרנט).

כשאפשר לקבל בחינם, מעט מאוד אנשים מעדיפים לשלם.

היוצרים, לא יוכלו להיפרע על השקעתם זו הראשונית ביצירה. בעולם כזה, לא יהיו לנו 0 עבודות יצירתיות, אך יהיו לנו פחות עבודות משמעותיות ממה שהיינו רוצים (מהאופטימום החברתי).
 יהיו הסופרים בנפשם שחיבים לכתוב ולהלחין ולפסל, אך רבים, עדיין, לא ייצרו – מס' העבודות שיווצרו יהיה נמוך מהרצוי. לכן, יש כאן בעיה אספקה שדורשת פיתרון, **תמריץ**.

התמריץ: זכויות קנייניות, מוגבלות בזמן, ביצירות מקוריות.

עתה, לפתע, המשפט ומע' האכיפה של המדינה, מתערבים בצדו של היוצר, ומאפשרים לו לקבל **עילת תביעה כלפי צרכנים שאינם משלמים**.

התמריץ המשפטי נועד לפתור בעיית האספקה – ללא זכויות משפטיות לא תיוצרה מספיק עבודות.

- אף אחד לא יודע מהי הנק' האופטימלית – ואיש לא יודע להגדיר זאת – לא בחינוך, לא בביטחון לאומי ולא ביצירה, אכן – אך עדיין מנסים ליצור איזון.
- אנו מתמרצים הן את מערך היצירה והן את מערך ההפצה – אלו שני רובדים שקשורים ביצירה העצמאית היצירתית והמקורית.

ביקורת:

א. על התמריצים שיש ליצור – ישנם תמריצים, שהם לבר-כלכליים, שיש לאנשים. אנשים יוצרים גם למען פרסום, כבוד, מוניטין.
יש לדעת, שאפשר לתרגם הכל לכסף, וגם ללא הגנה משפטית – אולי לא צריך תמריץ משפטי כלל לכך! אולי לא צריך דיני קניין ביצירות.

ב. יש גישה חזקה של אקדמאים, שטוענים שבעצם כל עניין התמריץ משולל הגיון – היצירתיות טבועה בנו כאנשים, אנו יוצרים יצירות כל הזמן, לא צריך תמריץ לשוחח בטלפון; לא צריך תמריץ ליצור יצירות מוגנות.
לסיג, בנקלר – מאמינים שהיצירתיות טבועה בנו. בכל שנותיו אדם יוצר.

ג. כמו-כן, יש עניין פשוט של קידום – אנשים צריכים לפרסם חומרים, בקונטקסטים רבים (קידום בעבודה, באקדמיה וכו').

תגובות לביקורת זו:

- I. נכון – יהיו מי שיצרו גם בלי התמריץ. יהיו יצירות! גם בעולם ללא הגנה משפטית! והם יהיו רבים – אך החשש הוא שמספר היצירות יהיה קטן מדי, ואיכותן ירודה ביחס למה שהיינו שואפים אליו.
- II. יש לנו את כל מערך ההפצה – המפיקים, המוציאים לאור, חברות התקשורת, חברות התקליטים וכו' – בעוד שלגבי היוצרים עצמם ניתן לומר שאינטרס היצירה מפגע בהם, כל מערך ההפצה נטול השראה – הוא עסק מסחרי נטו. אלו אנשים שעוסקים בתחום בשביל הכסף.
- III. יתר על כן, המפיצים והיוצרים חשופים לאלמנט בעייתי – **אלמנט הסיכון**. למעתיקים יש שני יתרונות מרכזיים – ראשית, הם לא משלמים – הם לא נושאים בעלות ההשקעה הראשונית; שנית, מעתיקים לא מסתכנים ואינם נושאים בסיכון.
המעתיקים הם שניים בזמן.
כלומר, עניין ההעתקה, בעולם הטכנולוגי, הוא אפסי במחירו. בעוד שעלות היצירה המקורית הראשונית משמעותית. לוקח זמן רב ליצור משהו, כישרון. ועוד לגבי הסיכון, בעיה אחרת – המפיצים, יש להם פורטפוליו של יצירות – וחלק עצום מהפרוייקטים כושלים. פרוייקטים בודדים מצליחים, והפרוייקטים האלו צריכים לכסות על הרבה כישלונות.
רק היצירות המצליחות שהן המסד הכלכלי לכל מערך ההפצה – מועתקות. זאת כי המעתיק **יודע** מהן כי הוא שני בזמן, בדיעבד, והיוצר והמפיץ, לכתחילה, לא. הפיתרון הוא כמובן יצירת זכויות משפטיות.

ד. ביקורת עיקרית נוספת לעניין התמריץ: בעולם ללא זכויות משפטיות, איך יוצרים ומפיצים היו מתמודדים עם בעיית ההעתקה? האם היו יושבים בחיבוק ידיים?

הביקורת טוענת שיהיו אמצעים להגן על קניין רוחני, ללא הגנת זכויות יוצרים.

1. טכנולוגיה (קוד – **הארי לסיג** – הוא אומר, שנכון, אפשר להשיג הכל, אבל הטכנולוגיה מאפשרת גם הגנה על יצירות).
2. אמצעי הכנסה אחרים (כגון פרסום – במדינות רבות הרדיו בחינם, ויש הכנסות שבאו מפרסום).
3. מוניטין (אפשר להשתמש בסימני מסחר).
4. אמצעי שיווק (בונוס, קופון, הקונה הראשון, הקונה המליון).
5. אמצעים חוזיים.

כלומר, הביקורת על הגישה הכלכלית – ניתן להגן על יצירות גם ללא זכויות יוצרים משפטיות – מדוע עלינו, על כן, לתמרץ ע"י מתן זכויות אלו דווקא?

תגובה לביקורת – דווקא אמצעי 5 הוא זה שראוי לביטול:

1. חוזים חלים אך ורק מול הצד השני לחוזה, אך לא מול הצד הרחב.
 - a. אך אפשר להפיץ עותקים שהתניות החוזיות לא מופיעות בהן, לציבור.
 2. בעיית האכיפה – קשה לאכוף חוזה.
 - a. עם זאת, גם קניין רוחני של זכויות יוצרים קשה לאכוף, הכל קשה לאכיפה. מי אמר שעם זכויות יוצרים יש פחות בעיות באכיפה? לכן זו ביקורת פחות חזקה.
- האופציה החוזית קיימת תמיד, ללא קשר אם יש זכויות יוצרים או לא (והייתה מחלוקת בארה"ב האם החוזים באינטרנט – I Agree, הם תקפים או לא).

האמצעים האלטרנטיביים לא מושלמים, רחוק מכך. אבל, וזה דבר שראוי לזכור, גם ליצירת זכויות יוצרים יש מחיר חברתי לא מבוטל. בנקודה הזו אנו רואים את המחיר החברתי של דיני זכויות היוצרים: התועלת לכלל החברה מצטמצמת.

3. התיאוריה האחרונה שנציג – התיאוריה הדמוקרטית. זוהי תיאוריה תועלתנית, שמיוחסת למלומד **ניל נתנאל**. הוא פיתח את התיאוריה הכלכלית באופן הבא, כאיש של חופש הביטוי. התיאוריה שלו מורכבת משני נדבכים: לדיני זכויות היוצרים 2 פונקציות:
 - א. פונקציה **יצרנית** (תמריץ – ראה דיון לעיל). אך זו לא כל הדרך:
 - ב. פונקציה **מבנית** – באמצעות עידוד יצירה והבעה עצמאית, דיני זכויות היוצרים מעגנים ומחזקים את המבנה הדמוקרטי של משטרנו והחברה בה אנו חיים.
 זהו פיתוח מעניין – לא מעניין האופטימום החברתי הכלכלי, אלא נביט באושיות המבנה החברתי שלטוני. לשלטון כוח רב, בדמוקרטיה, ואם היינו חיים בעולם ללא זכויות יוצרים, ללא יצירה, רוב האינפורמציה תגיע מהשלטון (כגון ברוסיה הקומוניסטית – שם העיתון הממלכתי נקרא "פרבדה" – "אמת"). התרומה של זכויות יוצרים היא לא ביטוי אופטימאלי או לאו, אלא שנוצר סקטור עצמאי ופרטי של יצירה, שיוצר סביבה מאוד דמוקרטית, ואזרחים יוצאים נשכרים בכך שהם מיוודעים.
- ביקורת:** זו לא בדיוק דמוקרטיה – "כוכב נולד" לא חשוב במיוחד; תשובה: אך הדבר חשוב – חשוב לתת להמונים את מה שהם רוצים. יש כאן **עידוד ועיגון למבנה הדמוקרטי**.

אגב - התזה הזו לא ישימה לגבי דיני פטנטים, כל השאר, כן.

- המחיר החברתי של זכויות יוצרים לאור הדיון בתיאורית התמריץ ובביקורות עליה:
 1. **המחיר** – בעבודות מסוימות נוצר מונופול שהמשמעות החשובה ביותר שלו, היא גישה מצומצמת יותר למידע. נפרט: דיני זכויות היוצרים, יוצרים בלעדיות ביצירה, זו הדרך בה הם מתמרצים. כמובן, שבלעדיות פוגעת בתחרות ובצרכן. המחיר המונופוליסטי גבוה לאין שיעור מהמחיר התחרותי. יש לכך שני אפקטים: המחיר התחרותי של ספר של הארי פוטר הוא 30 ש"ח, למשל. אך כיום המחיר הוא 100 ש"ח. נניח שהשווי לצרכן הוא 40 ש"ח. בתמחיר המונופוליסטי דהיום, הצרכן לא ירכוש את הספר. היו עסקאות שהיו משתכללות בתמחור תחרותי (30 ש"ח) אך לא בתמחור מונופוליסטי. זהו הפסד יעילות, במשטר המונופוליסטי.
 - ב. אפקט נוסף, שלא קשור ליעילות, הוא **אפקט אנטי חלוקתי**: הנפגע הוא הצרכנים שיש להם יכולת כלכלית חלשה, מעוטי-יכולת. הפגיעה הזו מוציאה את החלשים מהמשחק.
 2. עלות שניה: **עלות משפטית** – הגדרת הזכויות, סכסוכים משפטיים, ליטיגציה והתדיינות.

נבכי זכויות היוצרים – פרקטית

תנאי סף לרכישת הגנה:
מדובר ביצירות, ביטוי.

1. **מקוריות** – זוהי הדרישה הכי חשובה, והיא נשמטה מסעי' 1 לחוק שלנו, הנוסח גרוע ביותר. אך כמובן, ההשמטה הושלמה ע"י הפסיקה – זהו תנאי שאין בלתו לרכישת ההגנה.

מהי מקוריות?

פ"ד סטרוסקי נ' ויטמן: אין צורך שהיצירה תהיה חדשנית, כל שנדרש הוא שהיצירה לא תהיה מועתקת מיצירה אחרת, אלא שמקורה יהיה ביוצרה, במחברה.

מדוע מקוריות?

הגיון צרוף יאמר, שאנו מצפים כחברה, לתמורה מסויימת כנגד הענקת ההגנה מצידנו. התרומה הזו, במקרה שלנו, מגולמת ביסוד המקוריות.

אכן, אפשר ליחס זאת לתיאורית העבודה, לתיאורית האישיות של הגל, לתיאוריה הכלכלית – אפשר לתמוך זאת בתיאוריות, אך ברור לנו העניין הזה לעיל – תמורה להגנה שמוענקת.

כמה מקוריות?

זוהי דרישה מינימאלית = היא לא תנאי סף משמעותי. אין צורך בחדשנות, לא מדובר בדרישת סף משמעותית. הדרישה היא מינימאלית. אולם, עדיין היא לא בלתי-קיימת. למשל, שם משפחה כמו פרחומובסקי לא יהיה מוגן. לכל הגנה יש מחיר משלה – אם שם המשפחה יהיה מוגן, כל כתיבה שלו, כל שימוש בו, יהיה להפרת זכויות יוצרים בשם. במאזן המחיר מול התמורה, נראה שאנו לא רוצים להקנות זכות יוצרים בשם משפחה.

* הביטויים המוצאים מההגנה, מכוח דרישת המקוריות:

1. צורות גיאומטריות בסיסיות.
2. משפט יחיד, או סיסמה.
3. שמות – שם יצירה או שם בודד.
4. עיצוב של פונטים.
- 5* ארה"ב – טפסים ריקים – פורמטים של טפסים.

יחד עם זאת, יש שורה של פסקי דין מחוזיים שמאוד הורידו את סף המקוריות, אפילו מעבר למינימום שהוזכר. הם לא החלטים: יש בהחלט אי-קונסטטיטוניות בפסיקה, שנובעת מ"אימפולס קנייני", הרצון העז של שופטים להכיר בזכויות קניין בכל מצב ודרך.

נדגים כמה פסקי דין:

ת"א (ת"א) אקו"ם נ' ראובני פרידן בע"מ: השופט אזר ז"ל פסק, שהצירוף "הופה-הולה-הולה-הולה" משיר הבטלנים, כשלעצמו, מוגן בזכויות יוצרים. הוא מקורי מספיק, ולכן זכאי לזכות יוצרים ללא קשר לשאר השיר. משמע, כל המשתמש בצירוף ללא אישור, עלול למצוא עצמו מפר זכויות יוצרים. **ת"א (הרצליה) נשר נ' גלעד**: השופט גלין פסק, שסיסמת הפרסומת "הסיידר לא נופל רחוק מהעץ" גם היא מקורית מספיק ויצירתית מספיק, כדי שתוענק לה הגנת זכויות יוצרים.

גם בתי משפט בחו"ל לא תמיד היו כה מדוייקים:

פ"ד Universal city studios vs. Kamar Indus. הסיסמה או המשפט "E.T. Phone home" מקורית מספיק וזכאית להגנת זכויות יוצרים.

ביקורת: בעיני המרצה פסקי הדין הללו משוללי כל הגיון. כשאנו חושבים על כך – לא באמת נדרש כאן תמריץ כדי ליצור משפטים כמו הופה-הולה-הולה, ואפילו סיסמת "הסיידר לא נופל רחוק מהעץ", שבסה"כ הוחלפה מילה במטבע לשון, הופכת אנשים תמימים למפרים פוטנציאליים. אין שום צורך בתמריץ לביטויים האלה, שהם חסרי מקוריות, ובהחלט נשאלת השאלה "מה השלב הבא": לא נוכל להגיד "אני רוצה תרנגולת לארוחת בוקר"?! בתי המשפט לא מפעילים הגיון בריא לעיתים. יש בעיה של חוסר עקביות.

"הסיידר לא נופל רחוק מהעץ" – הפרסומת ראויה להגנה – אך יש ללכת לסימני מסחר! סימני מסחר חוסמים שימוש מסחרי, אך לא כל אמירה שאומר אדם, כפי שחוסמות זכויות היוצרים. לדעת המרצה לא צריך כאן יותר מהגנת סימן המסחר – די בכך, ולא צריך לגלוש לזכויות יוצרים, משני טעמים:

1. אין הצדקה לכך – משפט מטיל חובות, וצריך הצדקה לכך – כל דרישה שנדרוש ממישהו, ננסה להעמיד אותה בהגיון. מקוריות הגליאנית תמיד תימצא, אך צריך מינימום, ואין להטיל נטל על הציבור, בוודאי לא על משפט כגון "הופה-הולה".
2. זה רק מעמעם את ההבחנות הדוקטרינריות – רשימה מעין זו שהציג המרצה, הייתה יוצרת בהירות, ולעומתה, עמימות פסקי הדין לא נחוצה ולא תורמת לרווחה כלל.

* יצויין - שמגר קיבל את הניתוח הכלכלי מארה"ב בפ"ד אינטרלגו (שמגר, ניתוח כלכלי).

* לעיתים המקוריות תימצא לאו דווקא במרכיבים האינדיווידואליים לכשלעצמם, אלא **בצירופם**. פ"ד מרכזי בנושא: פ"ד סטרוסקי בע"מ נ' גלידות ויטמן: "חשיבות הצירוף".

העובדות: חברת ויטמן פנתה לסטרוסקי המעצבים הגראפיים, וביקשה מהם לעצב לוגו-שלט בעבור מוצרי החברה, השלט שעוצב היא פרח עם כיתוב "ויטמן", עם סימן המסחר המקובל, והוספת פסים. 1. ויטמן. 2. פרח. 3. פסים. בשלב מסויים, חברת ויטמן עברה חילופי בעלים, ובעקבות זאת, נותק הקשר עם סטרוסקי, והייתה פניה לחברת עיצוב אחרת. אלא מאי? ויטמן החלו להשתמש בעיצוב עבורם סטרוסקי על אריזות גלידה.

סטרוסקי תבעו על הפרת זכות יוצרים.

בין השאר, אחת טענות ההגנה של ויטמן, הייתה שאין מקוריות בלוגו-שלט הלז.

נקבע: השופטת נתניהו קבעה שהשלט והעיצוב עומד בדרישת המקוריות י"אף על פי שהמערערים השתמשו בשם ויטמן, שהחברה המשיבה השתמשה בו כבר קודם, ובסימן הפרח שגם הוא היה בשימוש קודם של החברה המשיבה, ובפסים שהמערערים השתמשו בהם קודם; ובכל אחד מאלה לא היו חידוש ומקוריות" והיא ממשיכה: "די בכך שהמערערים עמלו והשתמשו בכישורם המקצועי וחיברו את כל המרכיבים גם יחד ליצירה חדשה משלהם, שמקורה בהם ושאינה העתקה של יצירה אחרת" (פסקה 5 לפסה"ד).

הכל היה מינימאלי. הפסים היו של המערערים, והפרח והשם של ויטמן. 2 מתוך 3 הרכיבים היו כבר שלה לגמרי.

אך סטרוסקי הם המעצבים – והנה – אפשר להגיע לרף המינימאלי ע"י צירוף מרכיבים שונים, שהם אינם מקוריים כשלעצמם.

- מבחינה עסקית הייתה כאן טעות פטאלית של הנהלת ויטמן: היא יכולה הייתה לעשות חוזה שונה.
- בכל חוזה שיוצר קניין רוחני, בתור מזמין העבודה, אדם חייב לתבוע את הבעלות ביצירה שהזמין. בעיני המרצה, פלאי שחברות לא עושות זאת – זה נובע מחוסר מודעות לחשיבות הקניין הרוחני. בנוסף, זו רשלנות מקצועית של עוה"ד לא לעשות כן. הם שילמו על העבודה, התקשרו, קיבלו תוצר, ניתקו קשר, ואז נתבעו וגם הפסידו.

המקוריות יכולה להימצא בליקוט (כגון עיצוב של שירון שכולל שירים שונים).

יצויין כי ההגנה מאוד מצומצמת על השירון הזה – די יהיה בשינוי הסדר כדי לא להפר את הזכות. ככל שהמקוריות דקיקה יותר, חלשה יותר, כך צריכה להיות ההגנה חלשה יותר על היצירה – כל שינוי קל יביא לכך שאין הפרה. כך בדין הרצוי – אך במציאות ביהמ"ש נותנים הגנה די חזקה גם על אלו.

אגב, ניתן ליצור יצירה שתהיה מוגנת מכל צד ג', אך מול צד ב' (למשל אם צד א' עשה שירון של כל שירי אקו"ם), תהיה הפרה.

* מדוע דרישת המקוריות (וגם היצירתיות) לא גבוהה? מדוע אין דרישת סף גבוהה יותר? למה לנו רק בהצבת דרישת סף כה מינימליסטית? מדוע שלא נתבע חדשנות, כמו בדיני פטנטים?

א. תשובה שגרתית – מהות התחום היא כזו, שאילו תבענו מקוריות במובן החזק, כאילו הייתה חדשנות, כמעט שום יצירה לא הייתה זוכה להגנת זכויות היוצרים.

למשל בפ"ד ע"א 21/23 הרשקו נ' אורבוך (ספרי החשבון) "בהיבט רחב אין שום דבר מקורי". כלומר, הרי יודעים אנו שאפילו שייקספיר נחשב למעתיק מיוצרים בני זמנו. כולנו עומדים על כתפי ענקים, לא מחדשים במובן החזק של המילה.

ב. יש כאן עלות מעטה להגנה – ישנו סינון מינימאלי מראש (Ex ante). לא נתעכב מראש על תנאי סף מחמירים, בניגוד לפטנטים (שם יש צורך באישור מחמיר, הליך אדמיניסטרטיבי, סינון). ללא שום ספק, קל מאוד לרכוש זכויות.

והנה איפה המחיר? העלות באה לאחר מעשה (Ex post) בהתדיינות המשפטית.

ההזדמנות הראשונה, כנתבע, לתקוף את הזכות, היא רק בדיעבד, בהתדיינות. וגם, יש עלויות גבוהות של אינפורמציה לצדדים שלישיים.

אין מרשם, דרך לדעת מה מוגן ומה לא מוגן.

כשמתמש, קשה לדעת אם כל אלמנט ביצירה מקורי או לאו.

* אמירה נוספת: האם דרך המקוריות מדוייקת, זו שאלה אמפירית, אך זוהי הבחירה של דיני זכויות היוצרים. כנראה שההנחה שעומדת בבסיסה, היא שקשה ויקר מאוד לבצע סינון מראש. לפתח הליך שיפעיל תנאי סף משמעותי זה כמעט בלתי אפשרי.

יש מיליוני יצירות מוגנות, מיליארדים!

המחוקק ובתי המשפט בחרו בדרך אחרת: תנאי סף מאוד מאוד נמוך.

הבחירה לאקס-פוסט מוצדקת, הסינון יעלה כסף רב כאמור, ולמעשה, מספר הסכסוכים קטן בהרבה ממספר העבודות הפוטנציאליות.

ולכן: מאחר ומראש המספר הוא עצום, הרי שבדיעבד מספר הסכסוכים שמתעוררים מצומצם מאוד; יש הגיון בשיטה הזו.

הבחירה הזו באקס-פוסט, מוצדקת.

הערה: אכן לאי הוודאות בנושא יש עלות חברתית, אך לרוב ברור לנו מה מוגן ומה לאו.

* הערה על הדין הנוהג: שאלה מעניינת עולה – האם די בהשקעת משאבים ומאמץ כדי לעמוד בדרישת המקוריות + יצירתיות?

באנגליה התשובה חיובית – כן.

בארה"ב – חל שינוי ב-1991 בפ"ד של ביהמ"ש העליון האמריקאי בעניין **Feist v.s Rural**. חברת פייסט ביקשה לפרסם מדריכי טלפון, פ"ד מנחה.

היא רצתה לפרסם מדריך טלפון כולל המכיל מסי' מדריכים אזוריים.

הם החלו לקבץ ספרי טלפון אזוריים של חברות שונות אחרות!

והם עשו זאת באופן הוגן – הם פנו לכל החברות הללו, וקיבלו אישור מרובן – כולן חוץ מ-Rural (הכל היה במדינת קנזס).

חברה אחת, מסרבת, ואז פייסט לקחה את השמות, העתיקה אותם ושכתבה לאחר הסירוב – החברה פשוט משכתבת, מעתיקה, את החומר.

[איך ידעו שהייתה העתקה? הם הכניסו 4 שמות פיקטיביים למדריך, כדי לפתור את בעיית האכיפה – הכנסתו של מעט חומר חסר ערך – משתנים שלא משתמשים בהם בקוד וכו']

והתביעה הזו עשתה את הדרך, כתביעת זכויות יוצרים, לביהמ"ש העליון בארה"ב, שפסק: המידע המופיע במדריך אינו מוגן, אין הגנה של ביהמ"ש העליון – אין די בהשקעת מאמץ ועבודה כדי לרכוש זכויות יוצרים.

נדרשת בהחלט מידה מסויימת של יצירתיות.

כאמור, בפ"ד אינטרלגו: השופט שמגר אימץ את השיטה האמריקאית. הנשיא שמגר, לאחר שאימץ את הגישה התועלתנית כהצדקה לדיני זכויות היוצרים, קובע: "לאור מטרתם של דיני זכויות היוצרים, ברור כי המסקנה היא שאין די בהשקעה בלבד. כדי להצדיק הענקת הגנה של זכות יוצרים לביטוי נדרש שימוש מינימאלי של יצירתיות מקורית".

כך, שמגר אימץ את הלכת Feist. הבעייתיות: אמנם פ"ד אינטרלגו מנחה, חשוב מאוד, אך גם די מבולבל. לאחר שמגר הבהיר זאת, הוא הוסיף תוספת: "לשם רכישת הגנה נדרשת גם השקעה של משאב אנושי כלשהו". באמירה הזו רומזים לתיאורית העבודה.

הבעיה: יש מתח בדיני זכויות היוצרים – גישות העבודה תתמוכנה בהרחבת ההגנה; הגישה התועלתנית אף היא תתמוך בהענקת ההגנה (מכיוון שמדובר בטובין ציבוריים ודרוש מישהו שישקיע את ההשקעה הראשונית).

יש כאן שתי גישות מאוד מרכזיות, שלכאורה אומרות שדי בהשקעה בלבד, אחרת איש לא ישקיע בכך.

אך מאידך - עבודות אינן הופכות מקוריות או יצירתיות אם השקיעו בהן מאמץ ועבודה! יש דרישה ליצירתיות מקורית כלשהי – ופה יש מתח רב.

בתי המשפט לא הצליחו ליישב את המתח הזה ולהקפיד על הכלל שאין די בהשקעה בלבד.

ע"א 2970/93 אייזנברג נ' קימרון – המגילות הגנוזות.

מגילה אחת גנוזה, מגילת "מקצת מעשה תורה", שנמצאה בקומראן. חוקר מהרוורד, בשם ג'ון סטרוגנל, ניסה במשך שנים לפענחה. במשך עשרות שנים הוא נאבק במגילה ללא הצלחה. נתגלו כ-60% מגזרי המגילה, ו-40% היו חסרים. בשלב מסוים, סטרוגנל צירף אליו את אלישע קימרון מאוני' בן-גוריון בב"ש, מומחה בתחום. ביחד הם החלו לעבוד על פענוח המגילה, בעיקר קימרון, וקימרון הצליח בפענוח, כולל 40% החסרים. מדי פעם, בתחילת שנות ה-90, הצוות המפענח שלח טיוטות לחוקרים מובילים מרחבי העולם כדי לשתפם בממצאים, והכל תוך הקפדה על אי הפצתה של הטיוטה המלאה. אבל, בדרך כזו או אחרת, הטיוטה הגיעה לידי של הרשל שאנקס, חוקר מקרא אחר, ובשלב זה קימרון כבר כרת חוזה עם הוצאת הספרים של אוקספורד, שתפרסם את ממצאי המחקר על המגילה. הוא היה אמור לפרסם זאת ולקבל תהילת עולם, אבל למרבה הצער, הרשל שאנקס הקדים את הפרסום באוקספורד, והוציא ספר משלו בנושא, וזה, בעיקרו, הכיל צילומים של המגילות השונות, לרבות "מקצת מעשה תורה" (MMT). בין היתר, הוא הציע את הטיוטה המפוענחת, ללא איזכור שמות המפענחים.

אלישע קימרון הגיש תביעה בביהמ"ש בישראל (למרות שזה פורסם בארה"ב) וטען, כי יש לו זכות יוצרים בנוסח המגילה.

המגילה היא בסה"כ אכסניה פיזית, קלף – החשוב הוא הנוסח. המחוזי פסק: יש לו זכות יוצרים במגילה בת קרוב ל-2000 שנה.

היה ערעור לעליון: ישב שם מותב בראשות השופט טירקל, וניתן פ"ד בעיית. השאלה המשפטית הייתה האם זכאי קימרון לזכות יוצרים בטקסט המפוענח.

השופט פסק כך: קרעי המגילה (הנכס הפיזי) הם נחלת הכלל; אבל זה לא מושא הזכות. תרומתו של קימרון הייתה בפענוח ובנתינת הרוח והנשמה בקרעים, שעשתה אותם לטקסט חי ובעל משמעות.

הוא חוזר על דברי שמגר בפ"ד אינטרלגו: השקעה בלבד אין בה כדי להוות בסיס ברכישת זכויות בקניין רוחני; אולם, מוסיף, ושוב, בהסתמך על אינטרלגו, שיש הסוברים, שהשקעה כשלעצמה, של מאמץ, זמן או כישרון ע"י היוצר יכולה להעיד על קיומה של יצירתיות.

והנה הנקודה המרכזית בהבחנה של טירקל: העתקת המקור, אף אם מסובכת ביותר, אינה מזכה בזכות יוצרים; אבל בענייננו, כמעט מחצית מן המקור הייתה חסרה (כ-40%), ונדרשו ידע וכישורים כדי להשלימה.

מקוריות בהשלמת החסר.

חיבור הטקסט המורכב, על סמך מחקר הלכתי ובלשני, מהווה יצירה מקורית.

- השופט טירקל התייחס גם לשיקולי מדיניות: המערערים טענו – לא ייתכן שמסמך כה חשוב יהיו בו זכויות יוצרים – השופט מתייחס לכך בשתי רמות: (פסקאות 9-15 לפסה"ד):
 - א. גזרי המגילה הפיזיים הם נחלת הכלל ולכן כל אחד יכול לעיין בהם ולנסות ולהשלים את המגילה.
 - ב. יש בחוק חריגים המגנים על האינטרס הציבורי, החשוב שבהם הוא **טיפול הוגן**, ודי בכך כדי ליצור את האיזון הנאות בין זכויותיו של קימרון לאינטרס הציבורי (שימושים מסויימים למחקר או לימוד עצמי מותרים גם כשהיצירה מוגנת).
- פסק הדין הזה שם אותנו על מפת זכויות היוצרים, והדבר היה נלעג: **ביקורת עליו**:
 - א. יש כאן בעיה עם דרישת המקוריות – הביטוי הזה, המסמך, חשוב ככל שיהיה, קיים כבר המון זמן – כיצד ניתן לומר שקימרון הוא יוצרה של המגילה הגנוזה "מקצת מעשה תורה". על פי הגיון זה, כל ארכיאולוג יזכה בזכות יוצרים בכל ממצא ארכיאולוגי שימצא (יצירה ספרותית, לא שונה מעיצוב פונקציונאלי של פסל למשל).
 - הוא טען שזהו המסמך האוטנטי – לא פרשנות או השלמה מקורית – ולכן קשה לטעון שהתוצר שלו הוא מקורי שלו.
 - הוא ניסה להנות משני העולמות: מהגדולה של ההכרה בהשלמה שהוא עשה למגילה; ומאידך, לצד התעקשותו על כך שהחומר מקורי ואוטנטי, טען לזכות יוצרים!
 - ב. התמריץ - הספר לא גוזל מקימרון את התהילה – ניתן היה פשוט לבקש סעד, שהוא לא צו מניעה על פרסום הספר המתחרה, אלא סעד שמחייבם לציין את שם המפענח – להכיר בזכות מוסרית מוגבלת; אך כששואלים על עניין התמריץ – קימרון יכול היה לכתוב ספר שתיאר את פענוח המגילה – יש לו ערך מספיק כשלעצמו, בלי לתבוע זכות יוצרים במגילה. הוא יכול היה להרוויח יותר אם היה זוכה בזכות יוצרים מלאה – אך באיזון הנכון, קימרון מקבל מספיק – את תהילת העולם, את המוניטין.
 - ברור לנו שהוא היה מוכן לטפל ולהיות חתום על פענוח של מגילה גנוזה, ללא קשר לזכויות יוצרים – לא היה צריך תמריץ נוסף.
 - ג. המגילה היא סוג עובדה היסטורית, או רעיון - שאינו ראוי להגנה!
 - ד. דוקטרינת האיחוד המיזוג – דוקטרינה זו, קובעת שכשיש איחוד, כשיש מס' מצומצם מאוד של דרכי ביטוי לרעיון מסויים, אף אחת מהן אינה זכאית או ראויה להגנה. למשל: הדרך להגיד שלום לחברך.
 - קימרון טען, שזהו הנוסח הנכון, האוטנטי והמדוייק – ומכיוון שכך, יש רק דרך אחת לבטא הנוסח הנכון האמיתי של המגילה, והביטוי הזה לא צריך להיות מוגן לפי דוק' האיחוד.
 - ה. באשר לאינטרס הציבורי – שיקולי המדיניות של השופט טירקל – לדעת המרצה, הטיעון שיש גישה לגזרי המגילה הפיזיים ודי בכך, לא נכון! לא כל אדם יכול לעשות זאת! זה לא פאזל, ואין גישה לציבור הרחב, ומדובר במסמך בעל ערך כה חשוב, שצריך היה להתיר לציבור לגשת אליו ולהשתמש בו ולהציגו.
 - יותר מכך – גם אם היה ניתן לנסות ולהשלים את הפיסות – וברגע שנעשה זאת, נפר את זכות היוצרים – זוהי בעיה לוגית – ברגע שנחבר את התצריף הנכון, נגיע ליצירתו של קימרון.
- * זהו בעצם הביטוי למתח שצוין לעיל בפ"ד אינטרלגו: גם עבודה משמעותית ומאמץ קריטי, אין בהם די כדי להצביע על מקוריות, לדעת המרצה.

נמשיך עם עקרונות ההגנה על זכויות היוצרים:**הדיון ביצירתיות:****• ההבחנה בין רעיון לביטוי:**

• זוהי הבחנה קלאסית, בין רעיון לביטוי..

עיקרון אוניברסאלי הוא, שמופיע בסעי' 7ב' לחוק, שרעיון אינו מוגן, וביטוי כן.

על אף האמור בסעי' 1, לא תהיה קיימת זכות יוצרים באחד מאלה: א. רעיון. ב. תהליך ושיטת ביצוע. ג. מושג מתמטי. ד. עובדה או נתון. ה. חדשות היום.

וסיפת הסעי' אומרת, "אולם, על דרך הביטוי שלהם היה קיימת זכות יוצרים".

הבה נביט במושג הרעיון הבסיסי:

פ"ד זנסון נ' טבע. החברה פיתחה אריזה משולבת, לתרופה שמכילה 2 תרופות – יום ולילה. הם רצו זכות יוצרים על המארז הזה, שמגדיל מכירות.

הם טענו שה מוגן בזכות יוצרים, ושטבע הפרה את הזכות הזו באריזה המשולבת כאשר החלה לשווק בעצמה תרופות באריזה דומה.

ביהמ"ש פסק שרעיון האריזה הכפולה אינו זכאי להגנת זכויות יוצרים, אלא רק הגרפיקה והטקסטים של המארזים – הם היצירה המוגנת, הם הביטוי, ואילו הרעיון אינו מוגן.

בפ"ד סטורזה נ' יונייטד אראב אמירייטס (איחוד האמירויות, פ"ד אמריקאי) – עסקו בעיצוב אדריכלי. אדכירלית מוכשרת עיצבה בניין וכדי להקנות לו חזות אוריינטאלית, ביססה העיצוב על קשתות, כיפות ומגדלי רוח. האיחוד שכר אדריכל אחר ורצו בניין עם חזות שכזו – לכן ביקשו שימוש באותם אלמנטי עיצוב.

האדריכלית תבעה על הפרת זכויות יוצרים: ביהמ"ש פסק שהעיצוב הספציפי שלה, אכן מוגן כיצירה ארכיטקטונית, אולם אין לה כל זכות בעלים בשימוש במוטיבים הספציפיים, העתיקים, של קשתות, כיפות ומגדלי רוח.

• נשים לב, כי ההבחנה בין רעיון לביטוי היא מאוד מעורפלת וזה כך בכוונה (לפי הפסיקה).

יש עניין בין עידוד והגנה על יצירה מקורית, לבין עידוד תחרות חופשית. המציאות מורכבת, והמבחן למעשה משקף מדיניות של איזון בין שני האינטרסים.

נפרט מעט יותר – מדוע נזקקים אנו להבחנה כזו, כעניין של מדיניות?

1. הרעיונות הם אבני הבניין של יצירות, של יצירת ביטוי. יצירת זכות בלעדיות ברעיונות תגרום נזק חברתי, בשיקול של עלות המהלך מול תועלתו.
2. יעילות אדמיניסטרטיבית - לרעיונות אין תחומים ברורים, ואם נתחיל ליצור זכויות קנייניות ברעיונות (מעבר לבעיית ההגדרה) הדבר ייצור המון סכסוכים משפטיים.
3. אנחנו רוצים לעודד יוצרים לא להפסיק בשלב הרעיון, אלא להמשיך הלאה, להלביש ביטוי מסויים על הרעיון. אנחנו רוצים יצירה דו-שלבית למעשה, ולכן רק שלב ב' מוגן.

• שיטת הביצוע – לא מוגנת מכוח זכויות יוצרים

גם אלו מוצאות מתוך הגנת זכויות היוצרים.

הסיבה לכך היא שישנן הגנות אחרות, כסודות מסחריים, ובעיקר, פרקטית, פטנטים.

דיני הפטנטים מציבים תנאי סף אחרים – ההגנה רחבה יותר, אך תנאי הסף קשוחים יותר (כזכור לנו) והמטרה, למנוע הערמה על החברה ע"י "עטיפת" הליך ביצוע בזכויות יוצרים ואז לעקוף למעשה את הדרישות של פטנט. לכן נקבע שלא תחול הגנת זכויות יוצרים בנושא זה.

דוגמה:

פ"ד **Bake vs. Seldan** – התובע פיתח שיטה לניהול ספרים (חשבונאות) וחלק מהשיטה היו טבלאות וטפסים, וגם הם הוכנסו לספר שכתב. שנים אח"כ, הנתבע פרסם ספר דומה, עם לוחות וטבלאות דומים.

נקבע: ביהמ"ש דחה את התביעה, ופסק שאין זכויות יוצרים במטריה שהיא נשוא דיני הפטנטים. אסור לאפשר לתובע לעקוף את התנאים המחמירים יותר של הגנת הפטנט. התובע זכאי להגנה, אך ורק בביטוי הספציפי שבו השתמש. ומודגש: לא נוכל לקבל טענה ולא נעניק הגנה, על השיטה עצמה מכוח דיני זכויות היוצרים.

בפסק זה, בית המשפט האמריקאי סבר שהטפסים והלוחות הם חלק אינטגרלי מהשיטה עצמה, ולכן אין להגן עליהם (בישראל הדין מעט שונה).

* זהו העיקרון. אך יש בעיות יישום קשות, בשאלה של רעיון מול ביטוי: פ"ד הרשקו נ' אורבך – פסק דין של העליון. אורבך, לשעבר מנהל בית ספר בב"ש, חיבר סדרת ספרים להוראת החשבון, שמה "צעד-צעד", ואף רכש זכויות להפיץ בארץ סדרת ספרים אמריקאית "ספרי בוסטון". הרשקו, חיבר סדרה מתחרה שהתקראה "חשבון חדש לכיתה..." – ולטענת אורבך העתיק הרשקו מספריו מספר אלמנטים מוגנים, כך הפר זכויות יוצרים שלו. המחוזי פסק שאכן כך – הופרו הזכויות. הרשקו ערער לעליון.

נקבע: השופט ד' לוין קובע: "אין לקבוע מראש מסמרות מתי מדובר ברעיון ומתי מדובר בביטוי. אלא הכל תלוי בנסיבות. אותה מערכת עובדות יכולה להיחשב לעניין אחד רעיון ולעניין אחר יישום של רעיון". המערער טען שלא ניתן להעניק הגנה לסימנים טכניים ולשיטת הבדידים ולרצועות המאה! אלו רעיונות או שיטת ביצוע! ביהמ"ש קבע, למרות זאת, שסימנים כגון אלה שמופיעים בספרי לימוד החשבון, זכאים להגנת זכויות יוצרים (סע' 13 לפסה"ד). **ניתנה הגנה!**

← כלומר, קשה מאוד לפעמים להבחין בין רעיון או שיטה, לביטוי. **ביקורת**: השימוש בבדידים – אפשר בקלות לומר שזה רעיון, ולהביא אולי שיקולי מדיניות לתמוך בכך. אנו רוצים שהילדים ילמדו בצורה הטובה ביותר, ורוצים תחרות. למרות זאת, ביהמ"ש סיווג אותם כביטוי. זה קצת בעייתי.

המרצה, חושב שהצורך בתחרות חופשית פה, הוא מאוד חשוב, מקדם את הענף, לעומת קביעת זכויות יוצרים, שתתקע את הענף. גם כאן, עולה הרעיון של המדיניות בהבחנה בין רעיון לביטוי: זה יסב יותר נזק מאשר תועלת, לתת זכויות יוצרים על "רעיון הבדידים" – לכן לא נרצה להגן על כך.

• דוקטרינת האיחוד (Merger).

דוקטרינה זו קשורה להבחנה בין רעיון לביטוי, אך שונה באופן מהותי. היא קובעת שכשיש מספר דרכי ביטוי מוגבלות לרעיון, ההגנה נשללת מכל דרכי הביטוי, משום שהביטוי והרעיון מתמזגים ומתאחדים לאחד: אין ביטוי ואין רעיון, זה בלי זה. כתוצאה מהמיזוג, ההגנה נשללת מכל דרכי הביטוי.

דוגמה: לרעיון א' מס' עצום של דרכי ביטוי (למשל: רעיון של "נער פוגש נערה", ספרותי) – זו דוגמה קלאסית של רעיון מול ביטויים במערך חד-רב ערכי. לעומת זאת, לרעיון ב' יש מספר מצומצם של דרכי ביטוי – במצב זה אף אחת מדרכי הביטוי לא מוגנת.

מבחינת היוצר דוק' האיחוד הרבה יותר הרסנית מאשר ההבחנה בין רעיון לביטוי (כי קביעה שביטוי הוא למעשה רעיון, שוללת הגנה מאותו הרעיון בהיותו רעיון, אך הדוקטרינה הזו שוללת הגנה מכל הביטויים!).

דוקטרינת האיחוד ו"הביטוי האפקטיבי":

פ"ד **Morrissey Vs Prieter & Gemble** (אמריקאי) – מורסי תבעה את פרוקטר וגמבל, על הפרת זכויות יוצרים בכללי הגרלה נושאת פרסים לקידום מוצר. ביהמ"ש דחה התביעה על בסיס דוקטרינת האיחוד. במקרה זה, דרכי הביטוי הן כה מוגבלות שאין להעניק הגנה כלל וכלל.

יש לציין, שהנתבעת לא העתיקה מילה במילה, אך זה היה מאוד דומה.

● השאלה האם באמת מספר דרכי הביטוי פה היה כה מצומצם:

לא! המספר לא היה כה קטן, **מה שכן היה מוגבל, הוא מספר הדרכים האפקטיביות** לכתב את כללי המבצע.

יש רעיונות רבים שמחירם הוא חוסר אפקטיביות, פגיעה ביעילות, בשיווק המוצר עצמו וכו'. הכללים אינם יצירה בפני עצמם, אלא נועדו לקדם מכירתו של מוצר – אם נעניק בלעדיות בכללים האלה, נפגע בתחרות בנוגע למוצר.

וזוהי לא מטרת דיני זכויות היוצרים: אנחנו רוצים להעשיר את עולם הביטוי!

כלומר, תרומת הכללים לעולם היצירה היא קטנה, אם קיימת בכלל, ואילו המחיר ביעילות (פגיעה בתחרות בשוק המוצר) הוא גבוה – העלות גבוהה מהתועלת. לכן, לא נעניק זכות יוצרים על ביטוי שכזה.

עושים זאת דרך דוק' האיחוד.

- את הדוקטרינה הזו, נסיף, צריך גם כדי למנוע ניצול לרעה של דיני זכויות היוצרים, שסף הקבלה להגנתם הוא נמוך.

*גם אם היו משתמשים בתנאי היצירתיות והמקוריות כדי לדחות את התביעה, אז החברה הייתה מנסה שוב לתבוע על הפרת ז"י על כללים של הגרלה אחרת שתתעורר בעתיד (להגרלה שהיא תערוך), ולכן שללו הכל – על כל הביטויים – ע"י דוק' האיחוד.

יצירתיות, עושה את הסינון מראש, אך רק מינימלית, ואילו דוק' האיחוד מאפשרת לשלול הגנה בדיעבד – ביהמ"ש מעדיפים להתערב רק לאחר מעשה. כאשר קם סכסוך, הם יתערבו – אין רצון לשלול ההגנה מראש לפי תנאי סף נוקשים שלעולם לא יתאימו לכל המקרים.

דוק' האיחוד, היא היא דוקטרינת השסתום.

● בארץ, מעמד דוק' האיחוד הוא:

בפ"ד אינטרלגו – שמגר מכיר, אם כי לא במפורש, בדוק' האיחוד לפחות בהקשר של מוצרים פונקציונאליים (פסה"ד עסק בקוביות לגו). שמגר פסק שאין להעניק הגנת זכויות היוצרים כאשר הדבר **עלול לצמצם** את הביטויים הפתוחים לאחרים במידה לא רצויה.

פ"ד מחוזיים – השתמשו בדוקטרינה זו במפורש:

ת"א (ירושלים) מאיר נ' קנר – התובע הוא בעליו של עסק המכונה "ד"ר נשר" – תוכניות שידוך. הוא תבע על הפרת זכויות יוצרים נגד עסק מתחרה על כך שהעתיק את שאלון ההתאמה ואת הרשימה המיוצרת על בסיס השאלון.

השאלה הייתה האם אלמנטים אלה מוגנים בזכויות יוצרים, אם לאו. השופטת צור, קבעה שחלק גדול מהשאלות בשאלון נלקחו ע"י התובע עצמו משאלונים אחרים מוקדמים יותר (לא העתיק, אך יש דימיון). אך עדיין התובע עומד בדרישות הסף של עבדה ומאמץ (היא לא דייקה, אך זה בסדר). כלומר, יש פה ביטוי מוגן – זה מספיק יצירתי ומקורי.

ואז, למרות זאת, השופטת אומרת שיש לנו כאן עניין בתחום שהוא מוגבל מבחינת היקפו וסוגו, עוסק במטריה אשר גבולות היצירתיות בה מוגבלים ביותר. אם כן, מהו האיזון הנכון? באיזון בין חופש העיסוק והתחרות לבין הרצון לעודד יצירתיות, האינטרס הראשון גובר! קיומה של תחרות חופשית הוא אינטרס חשוב ביותר במעלה. **תחרות** פועלת לטובת **כלל הציבור** בכך שהיא תורמת לתחומים הבאים: –

1. יעילות.
 2. לשיפור איכות המוצר והשירות.
 3. הדבר מעודד יוזמה.
 4. הדבר מקטין הוצאות.
 5. הדבר גורם להפחתת המחירים.
- איסור העתקה מחמיר וגורף, עלול להביא לבלימת התחרות ולפגוע ברווחת הציבור.

דהיינו, ככל שהתחום צר ומוגבל יותר, ככל שמדובר במאטריה פשוטה, גובר החשש שהענקת ההגנה תפגע ברווחת הציבור.

במצבים אלה, רמת ההעתקה חייבת להיות גבוהה, במדויק, ומשמעותית ביותר, בכדי להצמיח אחריות בגין הפרה; אחרת, יופר האיזון בין האינטרסים.

ולכן נפסק שלא הייתה הפרה פה.

● ההבדל בין ארה"ב לישראל: יש לשים לב: יש פה שימוש בדוקי האיחוד המרוככת – לא שוללים כל הגנה, אך נותנים הגנה צרה מאוד, כדי לא להפר את האיזון. יש פה צמצום מודע של היקף ההגנה כדי לשמור על האיזון (Cut & Paste) זה מעשה אסור! אך כמעט כל דבר אחר – מותר!

● דרישת הקיבוע:

הדרישה קיימת אך ורק לגבי עבודות דרמטיות. היא אינה מוזכרת לגבי יצירות ספרותיות ואומנותיות (סעי' 135(1)).

נפרט:

ע"א 8117/03 ענבר נ' יעקב: סטודנט למשפטים נתבע ע"י אחד ממרציו על הפרת זכויות יוצרים. הסטודנט, במרכז הבינתחומי, נתבע ע"י אסף יעקב שאצלו למד דיני נזיקין. הסטודנט הוציא ספר "דיני הנזיקין בראי ההלכה הפסוקה". ד"ר יעקב טען שנכללו בספר קטעים מהותיים מהרצאותיו במסגרת הקורס שהוא העביר.

המחוזי פסק שהצדק עימו.

בערעור, נשאלה השאלה האם ההרצאות מוגנות, או האם ביטוי בע"פ זכאי להגנה תחת החוק הישראלי? אחת מטענות הערעור היא שכל עוד אין קיבוע, אין הגנה, ולכן ביטוי בע"פ לא זכאי להגנה.

השופטת נאור קבעה ← לפי פ"ד אינטרלגו המעורפל, לפי פסיקת שמגר: "כדי שביטוי יזכה להגנה, נדרש שיזכה וילבש חזות ממשית. לא די בכך שהביטוי ישכון בראשו של היוצר, אלא צריך **שיתגשם במציאות**".

מכאן עולה, שאין צורך בקיבוע ממשי (שמדבר על כך שהביטוי ישכון באכסניה פיזית כלשהי); ואכן אמירה זו של שמגר, פתחה וויכוח – למה הוא התכוון.

נאור, בפסק דין חדש זה, אומרת שמדברי שמגר, לא הניתן להסיק בהכרח דרישת קיבוע בכתב. אפשר שגם ביטוי בע"פ מקיים את דרישת הקיבוע, את דרישת ההתגשמות במציאות – ואז יש הגנה!! **ביהמ"ש החליט שהעניין ישאר בצריך עיון, בכל מקרה.**

מדוע לא נפסק פוזיטיבית מהי דרישת הקיבוע בישראל?

מכיוון שהיה כאן קיבוע ממשי, פיזית ובכתב, בשלוש דרכים שונות: א. ע"י מצגות. ב. ע"י רישומים שערך המרצה לפני השיעור. ג. ע"י הסטודנטים עצמם (בנוסף גם רישום על הלוח מקיים את דרישת הקיבוע, כי לפי הפסיקה האמריקאית מספיק שניתן לקלוט בחושים את מה שנכתב, גם אם מוחקים אותו אח"כ).

מסקנה מפסק זה:

- לא ברור מפסק הדין האם ביטוי בע"פ (ללא רישום מוקדם) מוגן בזכויות יוצרים או לא.
- בארה"ב, נבחין, הקיבוע צריך להיות בהסכמה, כדי שלא תופר זכויות היוצרים בסיכומים של הרצאה. בארץ, כאמור, הדין אינו ברור – אך ההשפעה אצלנו מארה"ב כה רבה שאולי זה יכנס.

דיון במדיניות לגבי דרישת הקיבוע – האם עדיף שתהיה או לאו?

1. מצד אחד – קיבוע יוצר וודאות ומפחית את בעיית ההוכחה (בביטוי בע"פ קשה מאוד להוכיח מהו הביטוי המדויק).
2. סיבות נוספות לא להגן על ביטוי בע"פ: הקיבוע מגדיל את שווי היצירה לחברה, כי הוא מאפשר שימוש חוזר בה.
3. אפקט חברתי – לא נרצה שכל דבר שאני אומר למישהו בע"פ יהיה מוגן. אם נגן על ביטויים בע"פ, האפקט על הביטויים יהיה שלילי ביותר.

מהן היצירות המוגנות?

א. יצירות ספרותיות.

1. ספרות יפה – הגנה זכויות יוצרים חלה על ספרות יפה כגון רומאנים, שירה, ואפילו ספרות בדיונית.
* מהם האלמנטים המוגנים?
* הביטוי עצמו.
* מבנה העלילה וסדר ההתרחשויות.
אלו נחשבים לביטויים ולא לרעיונות. ההבחנה, נדגיש, היא דקה ובעייתית: לדוגמה: כל אחד יכול לכתוב ספר על קוסם צעיר כמו הארי פוטר. אבל כדאי מאוד לשנות את מבנה העלילה וסדר ההתרחשויות.
2. I. דמויות ספרותיות – האם זכאיות להגנה בפני עצמן? האם מותר לי לכתוב ספר שבו אני לוקח את דמותו של הארי פוטר המבוגר? סוגיה זו עלתה בלא מעט מקרים:
שרלוק הולמס (בפ"ד אנגלי שם נפסק שאינו מוגן), רוברט לנגדון (צופן דה וינצ'י) ועוד.
בשנים האחרונות התפתחו ז'אנרים שמספרים סיפורים של דמויות ידועות מנקודת מבטן.
בפ"ד מוסינזון נ' האפרתי אלמנת מוסינזון תובעת את האפרתי, שכתבה ספר על מפגש בין דמויות חסמב"ה המבוגרות, ליגאל מוסינזון, בשערי גן עדן.
השופט זפט קבע שכדי שדמות ספרותית תזכה להגנה עליה להיות מקורית ומפותחת מספיק במידה המאפשרת זיהויה (דיסטינקטיבית).
המבחן הוא: האם ניתן לצפות את מעשיה ותגובותיה של הדמות, בתחום הרלוונטי ליצירה.
דמויות חסמב"ה ללא ספק עומדות במבחן זה, הן מפותחות ומקוריות דיין.
* יש עוד סוגי דמויות שזכו להגנה בישראל:
II. דמויות מצוירות – גבע נ' וולט דיסני – הברווז מול דונאלד דאק. העליון פסק שדונאלד דאק זכאי להגנת זכויות יוצרים עצמאית בנפרד ממעגל היצירה הרחב יותר בו הוא שולב (עלילתית).
גבע לא העתיק סרט או סצנה, אלא רק איפיון דמותי מצויר, הוא צייר את דמות הברווז שלו (מובי דאק) באופן דומה לדונאלד דאק – נקבע שבכך הוא הפר את זכויות היוצרים.
III. דמות דרמטית – בפ"ד מפעל הפיס נ' Roy Export - הדמות הינה "דמות הנווד" של צ'רלי צ'פלין. ספי ריבלין עשה דמות דומה.
האם דמות הנווד כשלעצמה מוגנת? קבעו שלא כך בענייננו – כי הדמות מוגנת כדמות דרמטית.
הש' טירקל קבע שהדמות שהועתקה במסגרת מסע הפרסום, היא דמות מפותחת דיה, שפותחה ושוכללה מסרט לסרט של צ'פלין, ומגלמת בתוכה יצירתיות ומקוריות במידה כה גדולה עד שהיא מצדיקה הגדרתה כיצירה דרמטית עצמאית.

- לסיכום, הפסיקה שלנו הכירה הן בדמויות ספרותיות, הן בדמויות מצוירות והן בדמויות דרמטיות.

המרצה אומר, כי מבחינת הרציונאל: אין צורך אמיתי בהגנה על דמויות, שכן אם הן לא יהיו מוגנות, עדיין הדמויות יוצרו ויהיו איכותיות באותה המידה.

3. עבודות ספרותיות – עבודות דוקומנטריות והיסטוריות, וכן חדשות היום – כאן מדובר בספרות שהיא אינה בדיונית אלא עוסקת בדברים שהיו בעבר.
הביטוי הזה הוא מוגן – זאת לעומת עצם העובדות והמחקר שבסיסו של הביטוי, שאינם מוגנים.

כך נקבע בסעי' 7ב' – עובדה או נתון אינם מוגנים.

גם המחקר ההיסטורי אינו מוגן (לפחות לא בחו"ל) – אפשר להשקיע המון שנים בחשיפת אירוע היסטורי, ולכתוב ספר:
 כאן הביטוי מוגן, אך כל אחד אחר עדיין יכול להשתמש במחקר ובעובדות שנחשפו, **אפילו אם הן מבוססות על השערות בלבד.**

- **לכן, תיאוריות קונספירציה אינן מוגנות.**

דוגמה:

פ"ד שפילברג – העתיק סרט על ספינת עבדים שהיה בה מרד, הוא נתבע ע"י סופרת בטענה שהסרט מתבסס על עובדות ומחקר שפרסמה בספרה.
 ביהמ"ש פסק לטובת שפילברג, בין היתר כי המחקר ההיסטורי אינו מוגן.

● הרציונאל לאי ההגנה:

- א. זכות הציבור לדעת. כך, בייחוד בנושאים של ההיסטוריה. ההיסטוריה וחשיפתה לציבור חשובות יותר מהתמריץ לעודד אנשים לחקור וכו'. זהו רציונאל קלוש במקצת, נעיר, שכן דווקא בגלל זכות הציבור לדעת, צריך לעודד את המחקר!
- ב. עוד אפשר לומר, כי התמריץ מגולם בהגנה החלקית, על הביטוי שבמחקר. ההגנה הזו מספיקה כדי לתמרץ את המחקר. בנוסף, אנשים יחקרו גם ללא התמריץ. יש מספיק תמריצים אחרים לכך.

4. הרצאות – אלו מוגנות – כבר ראינו את פ"ד **ענבר נ' יעקב** – נפסק שאע"פ שהרצאות אינן מוזכרות בגדר הגדרת "יצירה ספרותית" בחוק, הרי שהרשימה בחוק אינה סגורה אלא רשימה פתוחה הניתנת להרחבה לאור שינויים עתידיים.

הרצאה, נפסק, מהווה מושא מתאים להקניית זכויות יוצרים. משמע, **הרצאות נוספות לרשימת היצירות בהן תוענקה זכויות יוצרים, באמצעות פרשנות משפטית** [בהצ"ח חדשה, הרצאות מוזכרות מפורשות].

5. ספרי לימוד, שאלונים וטפסים – פ"ד **הרשקו נ' אורבון** – כזכור, עסק בספרי הוראת החשבון. נקבע בפסק הדין הנ"ל ע"י העליון, שגם ספרי הוראה זכאים להגנה. ההגנה צריכה לחול על הביטוי אך לא על שיטת הלימוד עצמה.

שם, בית המשפט קבע כי הנתבע העתיק גם את דרך הגשת החומר, דירוגו, ודרך יישומם של הסימנים והיסודות הטכניים.

המרצה מבקר את פסק הדין: הביקורת היא שביהמ"ש אמר שגם אופן הגשת החומר, דירוגו וסידורו הם אלמנטים מוגנים.
המרצה: דירוג החומר וסידורו, הם חלק משיטת הלימוד ולכן אינם אמורים להיות מוגנים לפי סעי' 7ב'. סידור החומר הלימודי וכו' חייב להיעשות בהגיון מסויים, אחרת זה לא יהיה לימוד אפקטיבי.
 כלומר, יש מספר מצומצם של דרכי ביטוי אפשריות אפקטיביות, זוהי שיטת לימוד.
לכן, אם נרצה תחרות, יש להכיר בסידור ובדירוג כחלק משיטת הלימוד, שאינה ביטוי מוגן בזכויות יוצרים.

5.1. לגבי טפסים – פ"ד **ע"א מד"י נ' אחימן** - אחימן, רוא"ח, תבע את מדינת ישראל על הפרת זכויות יוצרים בחוברת לוחות של סכומי מס, ומלווה, וניכויים אחרים שמעביד מנכה לפי דין.

כלומר, רוב הספר היה טבלאות עם מספרים. מדינת ישראל בשלב מסויים פרסמה חוברת דומה לנישומים ואחימן תבע אותה.

הוא ניצח במחוזי, וערערו כנגדו לעליון. מדינת ישראל טענה שהעבודה הזו אינה ראויה להגנה, כי זו עבודה לא ספרותית, ולא ממש יצירתית ומקורית.

השופט לנדוי פסק לטובת אחימן. הוא קבע שההגדרה סעי' 35(1) כוללת גם לוחות וליקוטים (Tables and compilations), ולכן אין מניעה מלזכות בהגנת זכויות היוצרים גם לגבי לוחות וליקוטים. כל זאת, במידה וצורת העריכה שלהם או עיצובם מיוחדים ומקלים את השימוש בהם, או אם הושקעו מאמץ, עמל מחשבתית או מיומנות מיוחדים ביצירת הלוחות. (בסוף נפסק שהלוחות מוגנים, אך שהמדינה לא הפרה)

6. מפות – זו הקטגוריה התמונה ביותר בחוק הישראלי – הן **נחשבות אצלנו ליצירה ספרותית!** אם ישנם אלמנטים אומנותיים מסויימים, אז ניתן להגן עליהם כעבודה אומנותית. אך המפתיע הוא, שבכלל, המפה עצמה היא יצירה ספרותית.

המרצה מבקר: ההגנה על מפות מיותרת כיום! פעם מקצוע הקרטוגרפיה היה קשה ומאומץ, אך כיום רוב המפות נוצרות בקלות ע"י מחשב – סריקה, צילום, והדפסה. - לכן, עורכי מפות מוסיפים סממנים ייחודיים למפות – **רחובות בדויים וכו'**, כדי להגן על מפותיהם. - כלומר, בגלל ההגנה, נוצר תמריץ מעוות ליצור עיוותים באינפורמציה! - עדיף כבר לא להגן על מפות.

המשך יצירות מוגנות - יצירות ספרותיות למיניהן – המשך:

7. **תוכנת המחשב** – הוספת התוכנה היא מהלך מודרני, שגם יצר מתח רב בתוך זכויות היוצרים. במה תוכנה נבדלת משאר היצירות הספרותיות?

תוכנה היא ביטוי פונקציונאלי: בניגוד למטאריה הקלאסית של זכויות היוצרים, המסעירה דמיון ומגרה חושים, גורמת לנו לחשוב, לתוכנה תפקיד פונקציונאלי נטו: היא מיועדת לתת פקודות או הוראות למכונה (מחשב, או מכשיר אחר; תוכנה שמפעילה מיזוג אוויר בבניין).

← לכן, נוצר חשש מסויים, שבהגנה על תוכנה, הדבר יפגע ביעילות ויטשטש הרבה דוקטרינות – כגון דוק' האיחוד, ההבחנה בין ביטוי לרעיון או סעי' 7(ב') של שיטת היצירה או תהליך.

פ"ד הרפז נ' אחיטוב - אחיטוב פיתחה תוכנת מחשב, איריס. בשלב מסויים הרפז מבקש להכניס שינויים מסויימים בתוכנה. הוא עושה הסכם שאוסר שימוש בתוכנה. בפועל הוא מייצר תוכנה בשם לוטוס 8 ובכך מפר את ההסכם. ברגע שיוצאים מן ההסכם, נעיר ברוב חשיבות, גם מפירים את החוזה, וגם מפירים את זכויות היוצרים. ההסכם מקנה אזור של חסינות, אך הפרתו מביאה גם להפרת זכויות יוצרים.

השופט **מלץ**: מהם האלמנטים המוגנים בתוכנה? מהו היקף ההגנה המשפטית המוקנה לתוכנה?

שלושה שלבים בתוכנה:

1. הגדרת הדרישות – בשלב זה נקבעות מטרות המערכת, אופן הביצוע, מגבלותיה ותפעולה.
2. עיצוב התוכנה – מתורגמים כל הפרמטרים לסכמות (מפרטים סכמתיים) ותז"פים.
3. שלב התכנות – בו נכתבת התוכנה, מבחינת הקוד.

השופט מלץ ממשיך: בכל שלב משלבי היצירה, נוצר ביטוי ולכן **הכל ראוי להגנה**: אולם, השלבים הקריטיים הם 1-2, שלב ההגדרות ושלב עיצוב התוכנה – כאן משקיע הצוות הרבה: ומושקעים 60-70% מהזמן, העבודה והמאמץ:

בבסיס פסק הדין, עומדת תיאוריית העבודה והמאמץ. שיטה תועלתנית – לא תתעניין בעבודה ומאמץ, אלא בהעשרת הביטוי.

מכיוון שמלץ מוטרד מהעבודה והמאמץ – יש מקום לחשש מן התחמנות – העתקת המבנה של התוכנה, רק תוך שימוש בקוד אחר, וכך יערימו על המערכת המשפטית. איך נתגבר על בעיה זו? צריך להעניק הגנה רחבה בגלל החשש לעורמה מסוג זה!

ההגנה תתפרש גם למבנה התוכנה, מעבר למרכיבים החיצוניים או המילוליים, כך שתשתרע גם על התכנון, הבחירה והארגון המיוחדים של הרעיונות הקונקרטיים וההתפתחות הפנימית המיוחדת של מרכיבי היצירה.

מלץ חותם את פסק הדין בתשלום מס שפתיים של "איזון" – יש להסתכל בנסיבות של כל מקרה קונקרטי...

ביקורת המרצה:

1. מלץ לא עלה כלל על שום בעיה יחודית לתוכנה: גם במקרה של מחזה או ספר ניתן לקחת את מבנה העלילה ולהרכיב עליו סיפור אחר! אין באמת הבדלים מהותיים בין תוכנה ויצירות אחרות.
2. האם מלץ באמת מתריע מפני חשש אמיתי, או שמא זה הפוך לגמרי? מתן הגנה רחבה כזו, תגרום ליותר נזק מתועלת – הוא מפספס את המהות – ההגנה הרחבה עשויה ועלולה בהחלט לפגוע באופן קשה מאוד בהתקדמות הטכנולוגית בענף.
3. מלץ מזהה תופעה של חיקוי ופיתוח, ומגדיר אותה כבעיה, אך זה בעצם לא בעיה כלל אלא דבר חיובי – זה ביטוי שונה לאותו רעיון! בכך הוא מסכל את ההתקדמות בענף.
4. מלץ לקח תחום דינאמי שהתחרות בו היא עצומה, ויבא לתוכו הגנה של 120 שנה! זאת לעומת המציאות בענף, שבה חיי התוכנה הם לרוב בין שנה לשנה וחצי.

גם בארה"ב הכירו בתחילה בהגנה רחבה לתוכנה שחלה, הן בשפה העילית (שפת הקוד) והן בקוד היעד (שפת המכונה הבינארית). לאחר מכן היו מספר פסקי דין, שהתפתחו והבינו את המטאריה יותר, צמצמו את היקף ההגנה לתוכנה.

פ"ד (1994) Apple V. Microsoft – עסק בעיצוב האייקונים בתוכנת ההפעלה. אפל טענה, שיש לה זכות יוצרים בשימוש באייקונים עצמם ובעיצובים. טענה זו נדחתה מכל וכל: ביהמ"ש גם מאוד הגביל את זכויות היוצרים בעיצוב הספציפי של האיקונים: נקבע שיש כאן איחוד בין הרעיון לביטוי – רק פח האשפה הוכר כיצירתי מספיק (ולכן מיקרוסופט משתמשת בסל מחזור).

פ"ד (1995) Lotus V. Borland – לוטוס המציאו תוכנה שמאפשרת לחשב נתונים (גליון אלקטרוני). בורלנד עיצבו גליון אלקטרוני משובח משלהם. הגליון של לוטוס, חלש על השוק. כתוצאה מכך, כל המשתמשים כבר הכירו את המקשים ואת פקודות ההפעלה בתוכנה.

התוכנה שבורלנד פיתחה, היתה משלה, אולם, כדי לחסוך "הוצאות מעבר" (Switching Cost), היא העתיקה את כל פקודות ההפעלה המוכרות; כמו"כ, המסך למשתמש היה זהה לזה בלוטוס. עלויות המעבר מונעות מחברות חדשות להיכנס לשוק, בכך שהמשתמש לא צריך לא יכול ללמוד מחדש את התוכנה בקלות. הם הורידו את עלויות המעבר ל-0!

לוטוס תבעו על הפרת זכויות יוצרים. ביהמ"ש קבע שזו בעצם שיטת הפעלה, או הליך ביצוע, שכלל אינו זכאי להגנה (אצלנו: סעי' 7ב').

כל הוראות ההפעלה לא שונות בדבר, מכפתורי מכשירי הוידאו – זהו ביטוי פונקציונאלי.

■ בתי המשפט בארה"ב צמצמו מאוד את ההגנה המוכרת, ובין היתר הוציאו מהתחום המוגן את כל האספקטים של תוכנה המוכתבים משיקולי פונקציונאליות ויעילות (כגון שיטה רקורסיבית של כתיבת קוד) או משיקולי סטנדרטים טכנולוגיים שקיימים בשוק (תוכנה צריכה, הרי, לתקשר עם תוכנות אחרות – ופונקציות אלה לא מוגנות).

- ראוי להנגיד בין פ"ד לוטוס נ' בורלנד מול פ"ד הרפז נ' אחיטוב: הוא בחיים לא היה ניתן בארץ – הוא שלל הגנה בתחומים רחבים ועצומים. בית המשפט בארץ מאוד מודאג מההשקעה של עבודה ומאמץ.

אגב, בארה"ב חלק גדול מהשלב 1-2 בתוכנה, מוכתבים משיקולים פונקציונאליים – לכן ההגנה נותרת בעיקר על שלב 3 (שאותו קל יחסית לשנות, את שלבים 1-2 קשה לשנות והם יביאו לסרבול של התוכנה – ואז אמנם נשנה את הכל, אך התוכנה לא תהיה תחרותית).

יצירות דרמטיות

יש 4 קטגוריות: ספרותיות, דרמטיות, מוסיקליות ואמנותיות.

ההגדרה בחוק, נמצאת בסעי' 35(1), מסורבלת ומיושנת. בעיקרה, קובעת ההגדרה, שיצירה דרמטית כוללת כל חיבור לדיקלום יצירה או שעשוע של מחול בהצגה אילמת.

זוהי הגדרה, "מתשבץ הגיון גרוע", לדעת המרצה. זהו מעשה חקיקה מ-1911. ברבות השנים, נדרשה הפסיקה להתערבות רצינית כדי להרחיב ולבאר את גבולות הקטיגוריה הזו.

מה מייחד יצירות דרמטיות, חוקית?

המייחד יצירות דרמטיות משאר היצירות בחוק, הוא שלגביהן קיימת דרישת קיבוע חזקה. סעי' 35(1) דורש זאת כחלק מהגדרת הקטיגוריה: קיבוע בכתב או בכל דרך אחרת (זה לא נדרש לגבי עבודות אחרות) – ייצוג פיזי של העבודה.

מחזות, מחזות זמר ואופרות, אלו העבודות הקלאסיות. הקטיגוריה הוגמשה ונוספו ליצירות הדרמטיות גם יצירות סינמטוגרפיות, טלוויזיה וכוריאוגרפיה (ריקוד). גם כאן, ההגנה מתפרשת לא רק על ביטוי המלל, אלא גם על האירועים וסדר ההתרחשויות (כך בפ"ד גולדברג נ' בנט).

- יש אפשרות לקבל הגנה עצמאית למרכיבים אינדיווידואליים של יצירות דרמטיות. כך למשל, המוסיקה במחזמר (כגון "הפנטום באופרה") תיחשב ליצירה מוסיקלית, והטקסט בבסיסו של מחזה יכול שיהא מוגן כיצירה ספרותית.

מה זה דרמטי? דבר שדורש אלמנט של מתח, התרגשות.

הדרישה לדרמטיות היא היקש לוגי, מעצם ההגדרה. בפ"ד Tele-Event מצא מדבר על כך.

1. יצירות כוריאוגרפיות: ריקוד ומחול. יש לזכור, שריקודי עם וריקודים סאלוניים הם ישנים מספיק, והם מנחלת הכלל.

גם כשמדובר במחול מודרני וריקודים יותר "חדשים", יש לזכור שהרבה פעמים התנועות הבסיסיות אינן מוגנות, אך שילובן יכול להקנות למשל את ההגנה של זכויות היוצרים.

הבה נבחן ההגנה על "ריקוד המקרנה".

מקוריות – ישנה.

יצירתיות מינימאלית – ישנה, לפחות לפי הפסיקה הישראלית, שהעמידה הדרישה מאוד נמוך.

אך כאן יש טוויסט מעניין בשאלה: מכיוון שאצלנו יצירות כוריאוגרפיות לא עומדות ברשות עצמן כקטיגוריה מוגנת, אלא זוכות להגנה כיצירה דרמטית, יש בסיס לטעון שצריך להיות בריקוד **מימד דרמטי** כדי שיזכה להגנה.

לעניות דעתו של המרצה, המקרנה לא עומדת במבחן. אין פה שום ריגוש ודרמה.

מחול מודרני, וכל בלט, בוודאי, דרמטיים.

2. שידורי טלוויזיה:

פ"ד Tele Event: ההשלכות של פסק הדין חלות על כל שידורי הטלוויזיה – משדרי בחירות, משדרי כדורגל, כדורסל ועוד.

פ"ד טלה אוונט נ' ערוצי זהב ארוך ומעניין: שידור משחקי ווימבלדון: החברה התובעת החזיקה בזכויות השידור לאירועי ווימבלדון, בין היתר, במדינת ישראל.

המשיבות, 5 במספר, הן חברות כבלים, שקלטו את השידור מתחנות זרות באמצעות לוויין ואז העבירו אותם בכבלים למנויים שלהם.

המערערת תובעת פסק דין הצהרתי, שיש לה זכויות יוצרים בלעדיות בשידור אירועי ווימבלדון.

אותנו מעניינת טענת ההגנה שמדובר כאן בעבודות שהן נחלת הכלל – אין פה זכות יוצרים ואין הפרה.

השאלה: האם שידור חי טלוויזיוני (או ברדיו) של אירועי ספורט יכול להוות נושא לזכויות היוצרים בכלל? האם הדבר בר הגנה?

סעי' 15-20 הם הרלוונטיים בפסק הדין.

במחוזי, נטען שזוהי יצירה אומנותית: הבסיס לטענה היה שהשידור משלב בתוכו צילומים, וצילום הוא נשוא קלאסי של יצירה אומנותית – בגלל הצילום הם אמרו, שהדבר מכניס אותם לקטיגוריה של יצירה אומנותית.

טענה זו נדחתה בביהמ"ש המחוזי – הוא לא הכיר בשידור כיצירה אומנותית, אלא אך ורק כיצירה דרמטית ראיונית (סעי' 35(1)).

ועל זה הערעור: המשיבות טוענות שאין זכויות יוצרים באירועי הספורט עצמם, ולפיכך, לא תיתכן זכות יוצרים בשידורי הספורט!

זוהי טענה לוגית, אך רק לכאורה: אם אין זכות יוצרים באירוע נשוא השידור, אין גם זכות יוצרים בשידור עצמו.

בעליון :

מצא מבצע הבחנה :

I. אירוע ספורט אכן לא זכאי להגנה, משני טעמים :

- a. אירוע הספורט אינו נופל לאף אחת מן הקטיגוריות המוגנות בזכויות היוצרים בחוק.
 b. חשוב מכך, אין הגנה בספורט עצמו, משום שמתן הגנה ימנע מאתלטים מתחרים לעסוק בפעילות הספורטיבית.
 זהו כבר שיקול מדיניות : לא רצוי לתת הגנה, כי, אם למשל ד"ר ג'יי כמטביע מקו העונשין היה מוגן בזכויות יוצרים, אף שחקן אחר לא היה עושה זאת.
 המרצה מדגיש : התחרות עצמה מתמרצת מספיק, הרצון לזכות – בין מתעמלי התעמלות אומנותית, בין כדורסלנים וכו'.

II. מצא ממשיך : **אותם הטעמים המרתיעים מפני הכרה בזכויות יוצרים בספורט עצמו, תומכים בהכרה בזכויות בשידורי האירועים, שהרי מטרת התחום להעשיר את עולם הביטוי.**

מקובלת על השופט החלטת המחוזי לסווג את היצירה כדרמטית :
המקוריות והיצירתיות מצויים בהליכי ההפקה והשידור – החלטות כגון בכמה מצלמות להשתמש, היכן להציבן, איזו מצלמה תשדר בכל רגע נתון וגם החלטות עריכה כמו כניסות מן האולפן, Feeds של סרטוני וידאו וכו'.

המשיבות העלו טענה מאוד מעניינת : הן התנגדו לטיעון זה בטענה, שרוב האספקטים בהם גלומה המקוריות הם בעצם אמצעי עזר והחלטות פאסיביות בנלווה למתרחש על המגרש.
 כמו"כ, הן טענו שבהיעדר מתכונת קבועה מראש, ובהיעדר מקוריות (Origin) אין השידור החי ראוי לזכות בהכרה כיצירה דרמטית מוגנת (אלא אם הוא משחק ספורט מבוים כגון ה-WWF).

מצא דוחה את הטענה : **בשורה התחתונה אין ספק שהמוצר הסופי שמתקבל, דהיינו, השידור עצמו, שונה מהותית מן החומרים שמהם הוא הופק.**
לכן, מתקיימת מקוריות.

נדגיש : בזמן שפסק הדין הזה עבר מן המחוזי לעליון, התבצע הליך חקיקה בארץ – תוקן **חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984.**

החוק, כפי ששמו מעיד עליו, מקנה זכויות למשדרים בשידוריהם – שידור מוגדר ככל העברה של תוכן הן מעל גלי האתר, הן באמצעות כבלים או לוויין.
 הזכאי לזכות הוא המשדר : "משדר" – כל המעביר שידורי טלוויזיה או רדיו על פי הסכמה כדין (כלומר, מוצאים מתחולה משדרים פיראטיים בתחנות פיראטיות וגם שידורי תוכן המפר זכויות יוצרים).

ההגנה הזו בחוק, עושה 2-3 דברים :

1. אוסר שעתוק והטבעה (למעשה, הקלטה).
2. החוק מתיר את השמעתם ושידורם לציבור, של שידורים ללא צורך בתשלום תמלוגים (מי שיש לו מסעדה, יכול על פי חוק זה להקרין בו את השידור מן הטלוויזיה, לכל באי המקום).
3. משך ההגנה הוא 25 שנה בלבד.

המצב המשפטי שנוצר : בשילוב החוק ופסק הדין, ישנם 2 מקורות הגנה :
 גם חוק זכויות מבצעים ומשדרים ;
 גם על פי חוק זכויות יוצרים (יצירה דרמטית) ;

הכפל הזה משמעותי ביותר!

על פי חוק זכויות מבצעים ומשדרים, אפשר לבצע ולשדר בפומבי את היצירה – **אך לפי חוק זכויות יוצרים הביצוע הפומבי אסור!**

יש לתמרן בין 2 מערכות דין.

שתי הערות סיכום ל-Tele-Event:

1. יצירות דרמטיות מחייבות קיבוע – אם רק אחרי שזה מגיע למסך, אז יש בעיה – לכן צריך הקלטה סימולטאנית – בשידורים חיים הקיבוע נעשה סימולטאנית.
2. Tele Event הוא המפתח "לזוועה שתתחולל עלינו עם המונדיאל": השידור עצמו הוא יצירה מוגנת, זה שאח"כ מקרינים אותו זהו בעצם שימוש באחת הזכויות הבלעדיות של בעל זכות היוצרים – ביצוע היצירה, שידורה. אין זכות על האירוע עצמו, אלא על השידור.

יצירות מוזיקליות

בקטיגוריה זו מוענקת הגנה לכל:

1. לחן. 2. קומפוזיציה. 3. עיבוד. 4. תזמור.

מבלי קשר לז'אנר – שירי א"י, קטע ג'אז, יצירה קלאסית מודרנית. כל עוד יש לחן, יש הגנה.

באשר למקוריות – זו לרוב תימצא בקומפוזיציה עצמה, ולעיתים אפשר למוצאה במקצב או בהרמוניה המוסיקלית.

מהו מעמד המילים, הליריקה? האם חלק מהיצירה?

בארה"ב – כן.

בישראל – לא.

אפילו אם המילים נכתבו באופן יעודי ותואם לחן. מילים נחשבות בישראל ליצירה ספרותית ולכן הן לא חלק מהלחן. יש לנו פיצול בין הלחן למילים: כך בפ"ד "הופה הולה": **פ"ד אקו"ם נ' ראובני**.

סימפול – למשל, לקיחת 4 דגימות מוסיקליות ו"משחק" ביניהן. כיום מאפשרים זאת, למרות שיש הגנה על הדברים האלה בזכויות יוצרים, מכיוון שישנן הסכמות בתעשיית המוסיקה לגבי זאת.

יצירות אומנותיות

קטגוריה זו כוללת עבודות מוכרות וקלאסיות:

1. פיסול. 2. ציור. 3. צילום.

אך היקף הקטגוריה רחב בהרבה: כולל גם עבודות בעלות אופי מסחרי מובהק: **פ"ד סטרוסקי נ' ויטמן** – שם דובר בעיצוב שלט (לוגו על שלט).

וכך גם לגבי עיצוב גרפי למוצרים תעשייתיים: **פ"ד דקסון נ' טבע** (רעיון לא מוגן אך עיצוב כן).

1. מונח הפיתוחים:

המונח נכלל בגדר ההכללה של יצירות אומנותיות: סעי' 35(1): כוללים כתובת-קעקע, פיתוחי אבן, חיתוכי עץ, חיקוקים ושאר יצירות כיוצ"ב, פרט לצילומים.

במה דברים אמורים?

הכוונה, לכל אותן עבודות שמיוצרות על בסיס תבנית או גלופה אחת. מדובר בהדפסים ותחריטי עץ ומתכת (ליטוגרפיה). ישנה תבנית, או גלופה, ובאמצעותה מנפיקים עותקים של העבודה. זוהי קטיגוריה מוזרה.

מה שמייחד פיתוחים: על פי סעי' 5(1)א' לחוק, זכות היוצרים הראשונית נתונה **למזמין העבודה**, לא לאומן שיוצר את היצירה. הזכות היא גם בגלופה וגם בעותקים שניתן להפיק.

יש כאן העברת בעלות ראשונית מכוח החוק עצמו – ונדגיש: זהו הסדר הנתון להתנאה נוגדת.

כל שזה אומר: אם רוצים בתור אומן או יוצר לקבל את זכות היוצרים הראשונית, צריך לדאוג שבחזרה הזמנת העבודה תהיה תניה חוזית על זכות היוצרים, אחרת זכות היוצרים של המזמין.

ההגדרה כיום: בעייתית. כי כיום באמצעות טכנולוגיה דיגיטלית, קיים מס' עצום של עבודות שניתן לשכפל מעותק אחד: סורק דיגיטלי מעלה חומר למחשב ומופץ. השאלה מעניינת – רוחב ההגדרה משמעותי, ועלה בפ"ד **סטרוסקי נ' ויטמן**. ויטמן טענה שהשלט המקורי שעיצבו סטרוסקי הוא גלופה (לוח), וכל השלטים האחרים שנוצרו אח"כ הם בעצם עותקים וכולם נופלים בקטיגוריה של "פיתוחים". לויטמן זה עוזר, כי אז הזכות שלהם לפי החוק: לסטרוסקי אין זכות יוצרים. **הטענה הזו נדחתה** אך היא חשובה: **בעידן הדיגיטלי אפשרויות רבות בהרבה לסווג עבודות כפיתוחים**.

2. **צילומים** – גם צילומים זוכים להגנה, הם נחשבים עבודות אומנות.

אך נזכור 2 דברים:

א. סעי' 21 לחוק קובע לגבי צילומים, כי יוצר הצילום הוא הבעלים של **הנגטיב** (תשליל), בזמן שהצילום נוצר.

זהו הסדר חריג להסדר הכללי, לא הצלם זכאי, אלא בעל הנגטיב, הקובץ הדיגיטלי.

ב. כאשר הצילום מוזמן ע"י אחר, חל גם סעי' 15(א), אז כשמישהו מזמין את הצילום, הוא הופך לבעליו של הצילום.

מבחינת ההסדר הבסיסי: ישנם צילומים שלא הוזמנו ואז בעל התשליל מקבל זכות היוצרים; וישנם צילומים מוזמנים, בהם המזמין הופך לבעלים.

תמונתו של אחר:

פ"ד 66/56 רבינוביץ' נ' מירלין – רקדנית בלט תבעה צלם שהשתמש בדמותה בכרטיסי ברכה שהוא הפיק ושיווק. היא ביקשה להפסיק את ההפצה, היא רצתה שיכירו בזכותה. הצלם ניצח במקרה זה, משום שלמרות שהרקדנית הופיעה בצילום, היא לא **הזמינה אותו**: היא רק הופיעה בעבודה, והוא בעל התשליל.

כיום המצב אחר: חקיקת חוק הגנת הפרטיות, סעי' 6(2) לחוק הגנת הפרטיות, אוסר על שימוש בתמונתו של אחר למטרת רווח וללא הסכמתו. לעניין הזה יש סייגים (כדיווח חדשותי, פפראצי). הכוונה היא לדברים כמו פ"ד רבינוביץ': גלויה או כרטיס ברכה למטרת רווח.

- זה בשונה מעניין הזמנת הצילום: אם הזמנתי צלם הביתה – מעולה, יחול סעי' 15(א).

תחום אפור, בכל הקשור לצילומי אירועים וחתונות.

פרשת קרן נ' מעריב: החתונה שאירעה באולמי וורסאי, נשאלה השאלה מי הבעלים של זכות היוצרים בצילומי אותו ערב – האם הצלם או החתן והכלה. בית משפט השלום פסק שזכויות היוצרים שייכות למשפחה – מדובר בצילום מוזמן.

איזו רמת התנאה נדרשת כדי להפוך ההסדר בחוק:

זה דומה לשאלה של סעי' 21 – מי שומר הבעלות בנגטיבים. בפרשת קרן פסק בית המשפט באופן די רחב, שמזמין שירותי הצילום הוא הבעלים, אא"כ **הותנה במפורש אחרת!** רק כך נשבור את הסדר הבעלות של סעי' 15(א).

בעידן הדיגיטלי:

פ"ד פרחי גורדון, נקבע כי הקובץ הדיגיטלי הראשון שקול לנגטיב. **עבודות לא מוזמנות, בעלי הקובץ הדיגיטלי הוא בעל זכות היוצרים.**

צילום או ציור אותו נושא:

מותר לצלם מקום ספציפי כגון מגדל אייפל, אלפי פעמים מאותה זווית – תמונה ייחודית מפורסמת, אך אין להעתיק תמונה שעשה מישהו אחר, גם אם אתה מסוגל לשחזר את התנאים. מותר לכת לכל מקום מסויים ולצלמו (למרות שיש פסקי דין בודדים שעשו את הטעות הזו, זה נורא מבחינת דין מצוי, שאף אחד לא יצלם את הכותל המערבי למשל).

3. **דיוקנאות:** חריג להסדר, שייך למשפחה תמיד (משיקולי פרטיות).

4. אמנות שימושית:

שמגר בפ"ד Interlego נ' Exin Dines:
מדובר על לבני לגו דופלו.

אינטרלגו היא החברה הסקנדינבית שיצרה את זה, טאנטה אלפנטה היא חברה ספרדית שלקחה את הרעיון גם היא (קראה לזה טאנטה אלפנטה).

במחוזי נקבע שאין זכות יוצרים בגלל שאפשר לקבל בזה פטנט או מדגם: סעי' 122(1), קובע שכשעבודה ניתנת להגנה כפולה תחת דיני המדגמים או הפטנטים (עיצוב תעשייתי), וגם תחת זכויות היוצרים – תישלל הגנת זכויות היוצרים! ← צריך ללכת למסלול של פטנטים ומדגמים. בלגו, אלו פטנטים בעיצוב, המכונים בארץ "מדגמים".

פ"ד זה מגיע בערעור לעליון, ושמגר מבכר ללכת בדרך אחרת: קודם לבחון את שאלת זכויות היוצרים, האם ראויות לבני המשחק להגנת זכות יוצרים ללא קשר לשלילת ההגנה מכוח סעי' 122(1)?

כלומר: מהו היקף ההגנה ליצירות שימושיות (פונקציונאליות)? "אתגר השימושיות". (התחלנו בתוכנה ועוברים אנו ללבני בניה בלגו).

"אתגר השימושיות" אתגר משמעותי הוא משני טעמים:

- א. יש שאלה של תיחום נכון בין תחומים שונים בקניין הרוחני (בשיעור הראשון עסקנו בכך – לתחומים שונים הגנות שונות, ואין רצון לעודד הערמה על המערכת).
- ב. זה לא פורמאלי בלבד, כל הגנה מקדמת מטרה חברתית מסויימת, אם נאפשר הגנה של זכות יוצרים במוצרים פונקציונאליים, הרי ששכרנו עשוי לצאת בהפסדנו, כחברה. במילים אחרות: לבני לגו תהייה מוגנות 120 שנה – טוב ללגו ולא טוב לנו.

ביטוי ורעיון ביצירה אומנותית פונקציונאלית:

שמגר מבחין הבחנה בסיסית בין ביטוי לרעיון (זכויות יוצרים הן בדרך הביטוי, אך לא על רעיון או על דרך ביצוע). כלומר, מבחינת לבני הלגו, המימד היחיד, האספקט היחיד שיש לו פוטנציאל להגנה, הוא העיצוב והצורה.

החשש: דרך הצורה או העיצוב, חברת לגו תשיג מונופול בלבנים עצמם, במשחק עצמו. זהו שילוב של ביטוי מוגן – צורה מאוד מושכת ואומנותית, אסתטית, תשולב עם הלבנים של הלגו ואז נקבל הגנה מלאה. יש כאן סיכון מסויים, למרות ההגנה הגדולה על זכויות יוצרים, שהכל ייפול ושום דבר לא יהיה מוגן: כשהעיצוב והפונקציה של מוצר כה דומים ומאוחדים ושלושים, ההגנה תישלל.

אז האם מוגן או לא?

- - שמגר לא שלל קטגורית הגנה למוצרים פונקציונאליים: ניתן היה לומר שברגע שמוצר פונקציונאלי, הוא נופל מזכויות היוצרים ומקומו בדיני הפטנטים, אך הוא לא אמר זאת: **מוצרים פונקציונאליים אף הם זכאים, כעיקרון, להגנת זכויות היוצרים. אין שלילה קטגורית. נדרש איזון.**

יש להבין היכן הגבול בין ביטוי לרעיון – חייבים לחשוב על כך, כפי שכבר למדנו, מבחינת שיקולי מדיניות: כך שמגר אומר (סעי' 9-10 לפסה"ד).

וכאן המהלך של שמגר:

יש לזכור שמתן זכות יוצרים ביצירה פונקציונאלית כמוהו כמתן מונופול במושא הזכות. באשר לעיצוב, מתן בלעדיות בצורה המעוצבת, פוגע במתחרים, וככל שהצורה בסיסית יותר, גוברת הפגיעה בתחרות, ועימה הפגיעה בתועלת החברתית.

מדוע? כי מוצרים פונקציונאליים משווקים בצורה רחבה יותר, ולכן הפגיעה קשה יותר.

אז מתי נגן? יש אפשרות להגנה, כשהעיצוב משלב אלמנטים אסתטיים שאינם פונקציונאליים.

וכמובן, שההגנה תחול רק על האלמנטים האסתטיים.
מה ששמגר עושה, בשל החשש מפגיעה בתחרות, זה בעצם הפרדה שמעלה את דרישת הרף למקוריות היצירתית.

בד"כ צריך מקוריות יצירתית מינימאלית, אך במקרה זה מציע השופט שמגר את מבחן האומנותיות.

זהו מבחן נוסף על דרישת הסף של מקוריות יצירתית.

מבחן זה הופך לדרישת הסף, ומבצע את מלאכת הסינון: מדובר בו רק במוצרים פונקציונאליים, ויש להחיל את המבחן על שלב **גיבוש היצירה, ולא על המוצר סופי**.
נחפש שם חשיבה יצירתית אומנותית, בשלב גיבוש היצירה (סעי' 13 לפסה"ד).

שמגר – כדי לקבוע אומנותיות יש מבחנים שונים, ביניהם:

1. מבחן הבחירה (האם היו ליוצר מס' אפשרויות).
2. מבחן כוונת היוצר.
3. מבחן קבלת הדבר בציבור (האם הציבור אומר "וואו" כשהוא רואה זאת).
4. מבחן נכונות הציבור לשלם כסף.
5. מבחן הרמה האסתטית המינימאלית (אם הציבור לא אומר "איכס").
6. מבחן האומנות לשמה.

המבחן שבחר שמגר, הוא מבחן **כוונת היוצר**:
המבחן בעייתי, כי הוא סובייקטיבי, שעוסק בכוונה. שמגר מודע לבעייתיות ואומר זאת בעצמו, אך זה המבחן שבחר.
המבחן אומר, שיש לבדוק אם היוצר, בעיצוב צורת המוצר, הביא בחשבון גם שיקולים שאינם מוכתבים ע"י השיקול הפונקציונאלי או השיקול התועלתני.

המרה מדגיש: המבחן הוא די אוילי. אם שואלים יוצר "מה התכוונת" התשובה היא כזו: "זה אומנותי, המוזה שרתה עלי!"

שמגר פותר זאת בעזרת מבחנים אובייקטיביים:

אפשר להיעזר במבחן הבחירה (אופיציות נוספות) ובמבחן המוצר הסופי, כדי לקבוע את כוונת היוצר.

נקבע: האם לבני הלגו ראויות להגנה? **לא**. אבני הדופלו לא ראויות להגנה, משום שעיצוב קוביות הדופלו הונחה הן ע"י שיקולים פונקציונאליים והן ע"י שיקולים אסתטיים.

והוא לא מדבר על מבחן כוונת היוצר, לבסוף, אלא מדבר לבסוף על שיקולי מדיניות (שיקולים בסעי' 17 לפסה"ד) – הוא אומר שיש כאן פגיעה באפשרות לתחרות במשחק.
אכן, הועתקו במדויק הפרופורציות של לבני הדופלו, אך משיקולי מדיניות לא נכיר בזכויות יוצרים בפרופורציות.

יש כאן הטעיה בפסה"ד: יש כאן הרבה עיסוק משפטי, אך לבסוף נאמר שמה שמשנה באמת זו המדיניות.

• מהלך נוסף בפסק הדין:

אינטרלגו אמרו, שאם נאמר שקוביות משחק לא ראויות להגנה, ישנה טענה נוספת: התרשימים והשרטוטים.

מאחורי הקוביות שרטוטים או תרשימים – ולא ייתכן שזה לא מוגן! זוהי יצירה ספרותית!

שמגר שוב מרחיב את שיקוליו: משיקולי מדיניות, אם נעניק זכות יוצרים בשרטוטים לא עשינו דבר לגבי הניתוח של פגיעה בתחרותיות.
לכן, מאותם שיקולי מדיניות, מכוחם שללנו הגנה בקוביות עצמן, אנחנו צריכים לשלול ולא להכיר בהגנה גם בשרטוטים או בתרשימים.

השופט דורנר הגיעה לתוצאה דומה, כמו בפסה"ד המחוזי: דרך ההשתק – היא מצאה שאינטרלגו, במקום אחר, טענו שהקוביות הן מדגם: ואם זה מדגם, הרי שסעי' 122(1) אומר שפגה ההגנה של זכויות היוצרים!

דב לוי: הסכים עם שיקולי שניהם.

--

הנשיא שמגר, בפסק דין טיפוסי שלו ממש, רצה לקבוע הלכה לדורי דורות.

ההבדל בינו לבין השופט דורנר, משפטית, הוא זה שדורנר העדיפה להתמקד בגבולות החיצוניים של תחומי הקניין הרוחני – דהיינו, בסעי' 122(1). מי שטען שהקוביות הן במדגמים ופטנטים, מכאן לא יטען בזכויות היוצרים.

שמגר מנתח פנימית: רוצה לקבוע מה נכלל בתחום ההגנה, לכן הוא לא נזקק לסעי' 122(1). שמגר מעצב את ההלכה בזכויות היוצרים.

סעי' 122(1): סעי' חשוב ביותר, כך נדגיש שוב ושוב: זה לא עניין של מה בכך – הגנת הפטנט או המדגם דורשת רישום, אם לא רשמת בזמן, משום שסמכת על קבלת הגנת זכות יוצרים, תצא קירח מכאן ומכאן, מכיוון שלא יהיו לא זכויות יוצרים וגם הפטנט לא יהיה רשום. שכן העיצוב, שלא רשום, מתיישן בשוק, והופך גם ללא חדשני!

גם לא חדשני, וגם בגלל התאמתו לדיני הפטנטים והמדגמים: סעי' 122(1) לא בודק האם אכן רשמת והשגת הגנה בדיני המדגמים ופטנטים, אלא רק את הפוטנציאל: האם היה ניתן לרשום.

עיצוב תעשייתי, כדי להירשם כמדגם, ישנם 2 תנאים להגנה הזו:

סעי' 2 לפק' הפטנטים והמדגמים: דורש –

1. משיכת העין.
2. חדש ומקורי.

לעומת זאת, בדיני זכויות היוצרים נדרשת:

1. מקוריות יצירתית.
2. ושמגר מוסיף: מבחן האומנותיות וכל הכרוך בו.

מצב מוזר ותמוה מבחינת שיקולי מדיניות יכול לצאת: העיצוב לא די חדש כדי להירשם כמדגם, ואז לא חל סעי' 122(1); ואפשר לרכוש הגנה מכוח זכות היוצרים, ובמקום לקבל הגנה של 15-20 שנה, נקבל הגנה של 120 שנה במסגרת זכויות היוצרים. * אך הפרדוקס מטעה, כי ההגנה חלשה יותר בזכויות יוצרים.

5. עבודות אדריכליות (במסגרת יצירות אומנותיות): תרשימים או שרטוטים, כמו באינטרלגו, נחשב אצלנו כיצירה ספרותית. שנית, הבניין עצמו נחשב אף הוא למוגן, אך הפעם כעבודה ויצירה אומנותית.

סעי' 135(1) לחוק מגדיר מעשה אומן אדריכלי: פירושו כל בניין או מבנה שיש לו אופי או שרטוט אומנותי.

ההגנה תצומצם לאופי או לשרטוט האומנותיים ולא תחול על פרוצסים (תהליכים) או שיטות של בניה.

פ"ד ע"א 448/60 לב נ' המשביר המרכזי: פה דובר בזכות יוצרים בבניין המכונה "בניין פרדס", השאלה היא מהו הסטנדרט להחלת ההגנה:

השופט זילברג: הוא אמר שהרעיון האומנותי בבניין צריך להוציא אותך מעולם החומר לעולם רוחני ונשגב.

מהו בניין בעל אופי אומנותי? בניין שהרעיון האומנותי הגלום בו יתפוש אותך כאילו בציציות ראשך ויוציא אותך מעולם החולין לעולם רוחני ונשגב.

הוא דיבר על בניין בבריסל: **בניין האטומיום** (בלגיה).
 הבניין צריך להכיל חידוש אומנותי כביר, לגלם אידיאה רוחנית אומנותית חדשה – רק אז הוא זכאי להגנה.
 ולדעת זילברג, "בניין פרדס" לא בליגה.

השופט אגרנט: המבחן של זילברג מחמיר מדי, והמבחן הנכון הוא מבחן הרמה האומנותית האסתטית: מבחן בעל רמה אומנותית – יצירה מן היצירות הגורמות הנאה אסתטית ומשקפת את היפה.

אומר אגרנט: לא צריך הסכמה אוניברסלית, קבוצת השיפוט הרלוונטית היא קבוצת "יודעי הדבר" – מי שמסוגל להגיד שהיצירה ראויה.

זהו מבחן "בגדי המלך החדשים": מי יודע שאפשר להעריך את היצירה? מי שמעריך את היצירה!

השופט אגרנט במבחנו לגבי קבוצת השיפוט הבודקת אסתטיות (**מבחן לא טוב לדעת המרצה, כל מומחה יגיד דבר אחר**): אם השופט משתכנע מן דברי המומחים וכו' שהבניין משלב אסתטיקה ופונקציונאליות, דהיינו, ממלא את המטרה התועלתנית-פונקציונאלית ויש לו בנוסף פן אומנותי, נזכה בהגנה של זכות יוצרים.

רשימת הזכויות המוגנות.

- רשימת הזכויות, סטטוטורית, מקורותיה:
- סעי' 1 לחוק זכויות יוצרים – מפרט את רוב הזכויות בשפה ארכאית ובלתי-מובנת לחלוטין.
 - ההשלמה נעשתה באמצעות סעי' 3(ו) לפקודה.
- שני המקורות הסטטוטורים מאוד לא נהירים, לצערנו.
- הרשימה המתומצתת והמבוארת: יש חלוקה ברורה לזכויות כלכליות או "חומריות", 5 במספר:
- זכות השעתוק.
 - זכות הפרסום, הכוללת גם הפצה.
 - זכות ההשאלה וההשכרה.
 - זכות הביצוע הפומבי.
 - זכות העיבוד (הזכות לעבד את היצירה, ליצור עבודות נגזרות, המתבססות על היצירה המקורית).

א. זכות השעתוק:

הזכות החשובה ביותר, הזכות העוסקת בכוח שניתן לבעלים לשלוט בהכנת עותקים מן היצירה.

לפי תיאורית התמריץ, זהו מקור התמריץ למעשה – אחרי שנוצרה עבודה חדשה, ביטוי חדש לרעיון, מאיפה יגיעו הרווחים על הוצאות היצירה?
התשובה היא: שליטה במכירת וייצור העותקים.

באנגלית כל התחום נקרא Copyright – the right to make copies.

מכל מה שאמרנו, בהרבה מקרים, נראה שזכות השעתוק מופרת בצוותא חדא עם זכות הפרסום וההפצה:

מדובר במעתיקים מסחריים המעתיקים גם את היצירה, וגם מפיצים את אותה – כי מההפצה מגיע גם הרווח.

זהו סמן טוב לכיוון: **אם יש הפרת שעתוק, צריך ישר לחפש הפרה של זכות הפרסום וההפצה.**

* דוגמה להפרת זכות השעתוק בלבד: הורדת קבצים מהאינטרנט, שלא ברישיון.

* דוגמה להפרת זכות ההפצה ללא זכות השעתוק: חומר גנוב – מפיצי קסטות פיראטיות – הם לא בהכרח המעתיקים, מגיעים אליהם עותקים מפרים והם פותחים את הדוכן שלהם ומוכרים את המוצרים. הם לא יצרו את העותק, רק מפיצים.

זכות השעתוק מגינה מפני הפרה בכל טכניקה שהיא: בכתב יד, או בצורה מכאנית-אנלוגית, או דיגיטלית. ברגע שנוצר עותק של יצירה מוגנת, הופרה זכות השעתוק.

אך כמובן, הדגש פה הוא על יצירתו של עותק: אם אין עותק, אין הפרה של הזכות.

הצורך בעותק מעלה סוגיה מרתקת בכל הקשור באינטרנט, כ"כ מדוע: ארעיות וספקי שירות.
 יש אתגר מעניין בכל הקשור ל"עותקים ארעיים" – פשיטא אם הוכן עותק לשימוש חוזר: קלטת שמע שיש בה יצירות מוגנות, תקליטור.
 אך ישנו אתגר בעותקים ארעיים:

כשיש ממסר באינטרנט נוצרים עותקים באינטרנט לאורך הדרך – על כל מיני שרתים.

מטמון – Cache – כל עוד שהוא נשמר נוצר עותק.

אם מקומות הגלישה או התוכן המבוקש מכילים חומר מפר, כל עותק כזה הוא לכאורה הפרה של זכות השעתוק.

אם כך, יש לנו המוני הפרות ביום – וכולן באמצעות ספקי הגישה לאינטרנט (ISP).
 אם אנו תובעים ספקי גישה, ומטילים עליהם אחריות – הדבר ישתק את כל מערך האינטרנט.
 יהיו עשרות אלפי תביעות, אם לא מספרים גדולים יותר. זה קורה כל הזמן – יש עותקים ארעיים.
אין כאן שאלת יסוד של כוונה! האחריות לרוב היא מוחלטת. מעבר לכך, קשה לטעון שאין ידיעה.
 לרוב, כשמישהו מעלה חומר אסור – בעל הזכות יפנה ל-ISP ולספק השירות שנתן את הפלטפורמה לאתר – מכתב ישלח לספק הגישה הרלוונטי ויבקש הסרת החומר.

מה אפשר לעשות, מבחינת ספקי הגישה לאינטרנט?

- בארה"ב, בסעי' 512 לחוק זכויות היוצרים, הוסדרה אחריותם של ספקי שירות בחקיקה:
- מוקנית חסינות לספקי שירות מפני תביעות כספיות.**
 - אם יבוקש צו עשה או מניעה, זה תקין, אך אין אחריות כספית כל עוד ספקי השירות ממלאים את תפקידם באופן פאסיבי (לא להתערב בתוכן העובר).
 - באופן עקרוני עליהם לאמץ נוהל אפקטיבי למניעת השירות למנויים מפריס.

בישראל, עניין זה עוד לא הוסדר. בכל הקשור לזכויות יוצרים בעידן האינטרנט, אנו מפגרים. בכל זאת, יש וועדה של משרד המשפטים, שנתנה המלצת וועדה: לאמץ הסדר הדומה לזה הקיים בארה"ב, לפיו ספקי שירות יהיו פטורים מאחריות כאשר מתקיימים ארבעה תנאים:

- לא יזמו את העברת התוכן המפר;
 - לא ידעו מראש על אופיו המפר של התוכן;
 - לא התערבו בתוכן המפר;
 - אפשרו לבעל הזכויות בתוכן לעדכן אותו ולעקוב אחר השימוש בו;
- דהיינו: לבעל התוכן תינתן אפשרות לראות מה קורה עם התוכן ברשת, כדי שיזהה הפרות.

איך נגדיר עותק ארעי?

- אם הוא אינו עותק, אז אין בעיה.
אבל הקושי העצום הוא בהגדרת הארעיות, כי מעט מאוד עותקים קיימים "לנצח".
בארה"ב, עותק נחשב לכל מה שעולה על המחשב, גם אם הוא לא נשמר ולאחר אתחול לא ישמר. קשה להבחין בארעיות ומהותה.
ונדגיש: ישנה אחריות מוחלטת.
בארה"ב, גם אם נשלח אחוז קטן מהקובץ, מדובר בעותק.

ועם כל זאת: בארה"ב יש בכל זאת חסינות, לפי סעי' 512 לחוק זכויות היוצרים.
צו העשה לספקי השירות באינטרנט: "הסר את העניין הזה, חסום את הגישה לאתר ולקובץ המועבר".

הזכות הקניינית, למותר לציין, מרשה לנו לעצב מגבלות ותניות לגבי השעתוק: "מותר להעתיק רק עמוד אחד".

למה נטפלים לספקי השירות?

- ההגיון הכלכלי של הטלת אחריות על ספקי השירות:** הם "שומרי הסף" (GateKeepers). מבחינת בעלי הזכויות יש יתרון עצום בהטלת האחריות על ספקי השירות:
- עלות הזיהוי והתביעה נמוכה יותר. יש גישה קלה אליהם – קל **ולזהותם**.
 - כיס עמוק.
 - שליטה. יכולת אפקטיבית לפקח על מקבלי השירות.
 - יכולת לפזר את העלות – בינם לבין משתמשיהם יש **מנשק חוזי**. הקשר עם המשתמשים, כחוזי, יביא לתוצאה הבאה: כשנטיל את האחריות על ספקי השירות, הם פשוט יעלו את המחיר למשתמשים. הם יפזרו את העלות על כל ציבור המשתמשים. זוהי cross subsidizations – המשתמשים הישירים ישלמו מחיר רע.

ב. זכות הפרסום וההפצה.

נהוג לפצל הזכות הזו לשניים:

זכות הפרסום הראשוני	זכות ההפצה
---------------------	------------

א. זכות הפרסום הראשוני:

זכות זו מקנה ליוצר או לבעלים את הכוח לקבוע את עיתוי חשיפת היצירה לציבור.

פרשת קימרון (ת"א 92 / 41 אלישע קימרון נ' הרשל שנקס נ"ג (3) 10) – המגילות הגנוזות אחת הטענות שם הייתה שהנתבעים הפרו את זכות הפרסום הראשוני השמורה לבעלים, קימרון. זאת בכך שכללו את נוסח המגילה המשוחזר ("מקצת מעשה תורה") בספרם, טרם קימרון עצמו פרסם.

נפסק שבכך הפרו המפרים את זכות הפרסום הראשוני.
[מטבע הדברים גם זכות ההפצה הופרה: הספר הוצא למכירה לציבור.]

ישנו ניואנס לגבי זכות הפרסום הראשוני:

א. "פרסום סלקטיבי" (למשל – רק למומחים ולהגהה)

לא כל חשיפה של היצירה תיחשב פרסום – בקימרון, סטרונגהולד, שלחו את הפיתוח לכל מיני מומחים בעולם.

חשיפה סלקטיבית מסוג זה לא תיחשב לפרסום ראשוני – כך גם נקבע בקימרון. הנתבעים טענו: איך הפרנו את זכות הפרסום הראשוני, והרי הנוסח נשלח כבר לכל העולם למומחים – בית המשפט קבע שזהו לא פרסום ראשוני.

ב. במשפט הישראלי, פרסום תובע קיומם של עותקים.

לכן, הצגת יצירה דרמטית, ביצוע יצירה מוסיקלית או מתן הרצאה פומבית, לא בהכרח יחשבו לפרסום (מה שכן יופר, אגב, הוא זכות הביצוע הפומבי).
יש צורך בעותק.

ב. הפצה/פרסום לציבור: נדרשת כוונה מצד המחבר, להעמיד את היצירה לרשות ציבור אנשים שאינם בחוג מכריו הקרוב, ידידיו או עמיתיו, ולהשאיר בידיהם עותקים מן היצירה (וקימרון טרם עשה זאת).

- הפצה היא כאשר רוצים גישה רחבה של הציבור ליצירה והזמנת הציבור לרכישת עותקים מהיצירה. גם בקימרון רואים זאת בנקל.
- השאלה, אגב, היא אינה אם אכן קנו או השיגו את החומר שהועמד להפצה ע"י המפר – זה חשוב רק לקביעת הנזק ולא לעניין חישוב הנזק.

[באירופה, זכות ההפצה, הפרסום, נחשבת אפילו כזכות מוסרית – מאוד חזקה.]

דין: אם כל זה נכון, כיצד יש בארץ שוק של ספרים משומשים וכדומה?
הבעיה היא שברגע שמוכרים חפץ פיזי, שיש בו יצירה מוגנת, אנו מפיצים את היצירה המוגנת ואז הפצנו את יצירה, והפרנו את הזכות!

ת': השאלה היא בעצם כמה פעמים מותר לגלגל זכות ולבעל הזכות לגבות כסף – האם בכל גלגול של היצירה?

דוקטרינת המכירה הראשונה פותרת את הבעיה: First sale doctrine. דוק' זו מאפשרת את קיום אותם שווקים משניים, "משומשים".

קביעתה: על פי דוק' זו כל מי שרוכש עותק **חוקי** של יצירה מוגנת, רשאי להיפטר מעותק זה או להעבירו לאחר כראות עיניו.
דהיינו, דוק' המכירה הראשונה מאפשרת קיום שוק משני לספרים, דיסקים וכו'.

מאיפה הדוק'?

בארה"ב – סעי' 109(a).

בארץ – אין סעי'. מסיקים דוקטרינה זו ע"י היקש שלילי:

אצלנו סעי' 2(2) לחוק וסעי' 10 לפק', קובעים איסורים מסויימים בנוגע להפצת עותקים בלתי חוקיים, מפריס. מכלל הלאו, נלמד כלל ההן.

דהיינו: אם אסור לסחור בעותקים מפריס, אזי בעותקים חוקיים מותר לסחור.

3 הערות:

א. מעמד הדוק' בארץ רעוע.

ב. האם מדובר בעצם על זכות דיספוזיטיבית, הניתנת להתנאה נוגדת? האם הוצאת ספרים יכולים להתנות "אל תמכרו את העותק בפעם נוספת". זוהי שאלה, ייתכן שהדוק' תוגבל בחוזה. ג. ניתן להרוס עותקים שיש בהם יצירות מעניינות.

כך, מותר להפיץ, להעביר, להוריש, עותק חוקי. ויש לחשוב כבר עתה על **הסתירה בין קניין פיזי לקניין רוחני**. זהו מוצר מאוגד – כל התנאה על אחד הקניינים פוגעת גם בעבירות הקניין השני. בשוק משוכלל מה שיקרה הוא, אם יגבילו אחד מהם – צרכנים יתרחקו ממוצרים כאלה. שיווק של DVD שמוגבל ל-3 צפיות ואח"כ תשלום נוסף (שלם עבור צפייה) נחל כישלון חרוץ.

חסמים בפני הגבלות כגון אלו לעיל, על הפצה משנית וכו' :

- א. יש מנגנון שוקי – סביר להניח שמפיץ שמגביל קניין, יפגע. צריך עוצמה למשל, כמו של "דיסני", כדי להתגבר על תגובה ציבורית שלילית.
- ב. כאשר מישהו לא מקבל מה שהוא רוצה בשוק, הולכים לפוליטיקה ומנסים לתקוף ולמנוע את האפשרות להגביל את הקניין.
- ג. מדובר בזכות קניין – אך כדי להטיל אחריות, בעל הזכות צריך להגיש תביעה על הפרה.

ג. זכות ההשכרה וההשאלה:

זכות חדשה בשיטתנו המשפטית.

בהתחלה היו עסקים שהשכירו את המוצרים מתוך היקש שלילי ודוקטרינת המכירה הראשונה, הם השכירו בתחילת שנות השמונים תקליטורים (שירים), קלטות וכו'.

מה קרה, שהפך את הנושא הזה לחם?

מי ששכר דיסק שכר אותו גם כדי ליצור עותק, להקליט, להטביע את היצירה בקלטת שמע. בוודאזו זה לא קרה, כי ווידאו כנראה היה יקר.

בגלל עסקי ההשכרה האלה, נוצר מצב ששוכרים בתקליטורים יכלו להעתיק את החומר. תעשיית המוסיקה פנתה לכנסת.

נחקק חוק והפקודה תוקנה, כך, שבסעי' 3(ו') לחוק נכתב: השכרה או השאלה של תקליט, תקליטור או קלטת לצרכי מסחר מהווה הפרת זכות יוצרים, אם היצירה המגולמת היא מוגנת. **אסור יותר להשכיר תקליטורים, קלטות וכו' מכוח הפקודה.**

- בהמשך, האיסור על השכרה והשאלה הורחב גם לתוכנות מחשב ולכן היום אין עסקים להשכרת תוכנה.
- משכירים משחקים ולא תוכנות, כי על משחקים מגנים כנראה באופן טוב.

לעניין זה נוצרה בעיה ונאלצו לקבוע סייג:

בביה"ח אפשר לשכור מחשבים ניידים למשל, והרבה מכשירים אחרים שנשכרים, יש בהם תוכנה! מה אם שכרתי מחשב נייד שבא עם תוכנה?
הסייג: כשנשכר מוצר עיקרי שמשמש בתוכנה, דוגמת מחשב נישא, כשמותקנות בו תוכנות חוקיות, אין בכך הפרה של זכות ההשכרה.

השאלה או השכרה לצרכי מסחר – מהי?

ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אנ-אמ-סי (NMC) מוסיקה בע"מ.

עובדות: הספרייה הציבורית בחולון השאילה גם תקליטורים לבאי הספרייה.

חברת NMC לא מרוצה, טוענת שיש כאן הפרה של הזכות שלה לשלוט בהשאלה של התקליטורים ע"י ספרייה ציבורית.

ביהמ"ש המחוזי, קבע ש-NMC זכו. הוא נתן למונח "לצרכי מסחר" פרשנות רחבה וקבע שההשאלה הייתה לצרכי מסחר.

ביהמ"ש העליון, השופט שלמה לוין, הפך את החלטת ביהמ"ש המחוזי וקבע שההשאלה לא הייתה לצרכי מסחר. המונח "לצרכי מסחר" יפורש לפי "משמעותו היומיומית". לפי המשמעות היומיומית הפעילות של ספרייה ציבורית איננה פעילות מסחרית. עצם היות הספרייה "ציבורית", משמעו שהיא פתוחה לציבור הרחב. ומכאן, אינה יכולה להיות לצרכי מסחר.

ביהמ"ש פנה למשפט משווה וגם לניתוח מדיניות בהמשך. שי לוין הזכיר שבמשפט האנגלו-אמריקני, מטרת דיני זכויות היוצרים להעשיר מאגר ידיעותיו של הציבור ע"י חשיפתו לחינוך ולתרבות, ואין מוסד שמקדם את האינטרס הזה יותר מאשר ספרייה ציבורית.

כך הספרייה ניצלה.

ד. זכות הביצוע הפומבי/הציבורי:

מעוגנת בסעי' 1(2) לחוק: זכות הבעלים להעלות על הבמה את היצירה או כל חלק ניכר ממנה.

זהו העיגון הסטטוטורי. המשפט עצמו פירש זאת כזכות לבצע את היצירה בכל דרך שהיא – ההגבלה היא לביצוע פומבי. זהו מפתח הגבלת הזכות.

כאן אנו נבחין בין 2 סוגי ביצועים: ביצוע ישיר וביצוע מכאני. ביצוע ישיר – תזמורת- פשוטו כמשמעו. העלאת הצגה, הופעת מחול, קונצרט מוסיקלי ואפילו הקראה פומבית של יצירות ספרותיות. ביצוע מכאני – DJ – ביצוע באמצעות מכשירים מכאניים, אנלוגיים או דיגיטליים: פטיפון, מכשיר וידאו, נגנים למיניהם. הביצוע המכאני נותן לבעלי זכות היוצרים יכולת לשלוט בהקרנת סרט וידאו באירוע משפחתי, או שימוש ב-DJ בחתונות. גם שידור בטלוויזיה או ברדיו הינו ביצוע פומבי.

פ"ד טלה-איבנט – שם שידורי ווימבלדון סווגו לא כביצוע פומבי אלא כהפצה של עותקים. השופט מצא, סיווג זאת כהפצה. הייתה ביקורת רבה על הסיווג הזה. הרבה יותר נכון לראות בפעולה הזו ביצוע פומבי של היצירה.

ביצוע משני – אוני בר אילן חושבת שחשוב מאוד שהסטודנטים יוכלו לצפות במונדיאל, ומציבה טלוויזיה בחוץ. יש לה חבילת כבלים שהיא רכשה למען הסטודנטים. * הרעיון הוא העברת שידור – הצבת מקלט רדיו בפאב – האם צריך לשלם על כך תמלוגים לבעל זכות היוצרים?

פ"ד אקו"ם נ' חברת מלון דבורה (מחוזי, 1971): מלון שהציב טלוויזיה בלובי, במקום בו עוברים ושבים יכולים לצפות בשידורים, נתפס כמפר הזכות לביצוע פומבי. **פ"ד אקו"ם נ' קרן (שלום, 1999):** ביהמ"ש השלום פסק הפרה במקרה בו ספרית השמיעה ברדיוטייפ רדיו.

מדובר כמובן, רק בביצוע ציבורי – מה שניצל הוא השימוש הפרטי: הזימרה במקלחת למשל. מקום פומבי – מהו?

למרבה הצער יש רק פסיקה מחוזית בכך. וישנם 3 פרמטרים לעניין הפומביות:

- א. **אופי הקהל** – מסגרת המשפחה והחברים, או משהו רחב יותר?
- ב. **מטרת הביצוע** – מטרת רווח, האם קיימת?
- ג. **אופי המקום בו בוצעה היצירה** – בית פרטי, או מאידך אולם שמחות, פאב או אוטובוס?

בארה"ב ביצוע פומבי מוגדר בחוק בסעי' 101: ביצוע נחשב פומבי אם בוצע:

- א. לציבור אנשים החורג מגבולות המשפחה.
- ב. אם הביצוע משודר – כל אימת שיש שידור, זה פומבי.

- **הפרה כפולה: ראוי להבחין** - אם שודרה תוכנית בטלוויזיה והשידור בוצע פומבי (למשל אצל מלון) – מדובר בהפרה כפולה – של בעל הזכויות על היצירה, ועל בעל הזכות על השידור (כמו בפ"ד טלה-איבנט, ווימבלדון).

ה. זכות העיבוד:

מאפשרת לבעלי זכויות היוצרים לגבות תמלוגים בעבור עיבודים של הזכות. כל עיבוד של יצירה מקורית מקנה לבעל זכות היוצרים את הזכות לתמלוגים.

עיבודים מהם?

החוק מתייחס ספציפית ל-

- א. תרגומים – כל מי שמתרגם צריך לשלם ליוצר המקורי.
- ב. הפיכת יצירה ספרותית לסרט קולנוע.
- ג. עיבוד יצירות מוסיקליות למחזמר (ממה מיה בחו"ל).
- ד. סרטים נגזרים – סרט על משחקי ווידאו וההיפך, סרטי אנימציה, ווידאו קליפים.

ברור, שיוצרה של עבודה נגזרת, זכאי אף הוא לזכות יוצרים – כל אימת שנוצרת עבודה נגזרת "מקורית" (העומדת בתנאים) יש לנו זכות יוצרים נוספת, נגזרת. זוהי לא העתקה נטו. לא שעתוק ולא ביצוע פומבי. ביצירות נגזרות המשתמש-היוצר יכול לרכוש זכות יוצרים עצמאית ביצירה נגזרת.

יש שתי זכויות יוצרים, למשל בשר הטבעות: זכות היוצר של הסיפור, הספר, וזכות היוצר של הסרט.

ואם אני אלך ואעשה סרט המבוסס על השניים, אתבע משניהם (אך אהיה מוגן מהשאר)!

סעי' 4א' לפקודה – זכויות יוצרים מוסריות.

- א. זכות ההורות (מעוגנת בסעי' 4א'(1)) – מקנה ליוצר את הכוח להיות מוכר כמחבר היצירה: "מחבר זכאי ששמו יקרא על יצירתו בהיקף ובמידה המקובלים".
- ב. הזכות לשלמות (מעוגנת בסעי' 4א'(2)) – מרחיקת לכת ומעניינת יותר – מקנה ליוצר את הכוח למנוע כל סילוף, פגימה או שינוי אחר המפחיתים מערכה של היצירה ועלולים לפגוע בכבודו או בשמו הטוב של המחבר.

מה מבחין את הזכויות המוסריות מהחומריות-כלכליות? 4 הבדלים:

- א. הזכות המוסרית ניתנת תמיד ליוצר, גם כשהזכויות הכלכליות מוענקות מראש לאדם אחר. זו הקנאה מקורית. דוגמה: עובד יוצר יצירה במסגרת עבודתו. הזכויות החומריות תוקנינה למעביד (סעי' 5(1)(ב') לחוק). לא נדרשת המחאה של הזכויות – מראש הן למעביד, אוטומטית. יחד עם זאת, הזכות המוסרית נשארת למחבר, לעובד.
 - ב. זכויות מוסריות נותרות בידי המחבר גם שהיא המחאה את הזכויות הכלכליות לצד שלישי. דהיינו, היפרדות מהזכויות החומריות לא גוררת פרידה מן הזכות המוסרית. כך בסעי' 4א'(4) לפקודה.
 - ג. אי-עבירות. ככל הנראה הזכויות המוסריות אינן עבירות. כך לפחות הדין בשיטות מש' אחרות וכנראה גם אצלנו (אם כי לא נקבע מפורשות בעניין זה). אי העבירות נובעת מאפיון הזכות כזכות אישית מובהקת. ישנו תזכיר של הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ד-2003 – שם נקבע מפורשות שהזכות אינה עבירה (סעי' 54(ב') לתזכיר חוק זכויות יוצרים).
- השאלה של וויתור או מחילה: האם המחבר יכול למחול על הזכות המוסרית? להגיד שאין רצון לשמור על הזכות?
- השאלה הזו מעניינת: מה יהיו הטיעונים בעד ונגד?
1. העובד, המחבר, הוא צד חלש – אם אנו רוצים לתת לו כיוצר כוח, עלינו לא לאפשר מו"מ בנושא. כוח המיקוח הוא זה שיקבע, ולרוב באמת כוח המיקוח לא נמצא בידי המחברים. לכן, באפשרות לויתור, בעצם לא השגנו דבר בכך שאסרנו את העברת הזכות. יש כאן **פטרנליזם** מסויים על המחברים, כי זו מהות הזכויות המוסריות.
 2. מאידך – אנו לא רוצים ליצור **פיצול של זכויות קניין שישתק את העבירות**. אם אין יכולת להכריח את המחבר או לשכנעו למחול, יצא מצב שהפעם הפיצול אינו בין קניין פיזי לרוחני, אלא פיצול בתוך הקניין הרוחני שיכול לפגוע בערך הקניין.
 - ד. הבדל רביעי – לעניין פיצויים. ביהמ"ש מוסמך להעניק פיצויים על הפרת הזכות המוסרית **גם אם לא הוכח נזק ממוני**. הזכות המוסרית לא צריך להוכיח בה נזק. כך בסעי' 4א'(5) – ביהמ"ש יקבע פיצוי, גם אם לא הוכח נזק ממוני.

דוגמה לעניין הפיצול – המחילה והויתור על אי-עבירות:

ע"א 2965/95 עטיה נ' עיריית ת"א – עטיה תכנן את מרכז עזריאלי. עיריית ת"א בשלב מסויים החליטה להכניס שינויים בבניינים. אלא מה, האדריכל מתנגד לכך: אסור לכם – יש לי זכות מוסרית – לא תפגעו ביצירתי.

הסיפור הולך לעליון.

שני צדדים עם זכות וטו – בעל הקניין הפיזי – בעלי הקרקע; ואיתם המחזיק בזכות היוצרים החומרית בקניין רוחני – חברת קנית. והנה נוסף מחזיק הזכויות המוסריות – האדריכל!

התיק הלך לבוררות, ולאחריה הגיעו לעליון (דרך המחוזי). גם במחוזי וגם בעליון נפסק שבעצם החתימה על הסכם הבוררות האדריכל מחל או וויתר על זכותו! ניתן לוותר על זכות מוסרית, ואפילו בצורה משתמעת – מכללא.

נחזור לזכות להורות והזכות לשלמות:

הזכות להורות התעוררה בפרשת **קימרון**:

אחת מטענותיו של קימרון שם הייתה ששאנקס, הנתבע, שפרסם נוסח המגילה המפוענח, לא ציין את שמו של קימרון כמחבר היצירה!

ביהמ"ש העליון מצא הטענה מוצדקת, ולעניין זה אמר **השופט טירקל**: "אדם זכאי ששמו יקרא על ילדי רוחו, זיקתו הרוחנית לאלה כמוה כמעט כזיקתו ליוצאי חלציו".

נפסק: אסור לשבש את מקור היצירה, צריך לתת קרדיט, **כנהוג וכמקובל**.

הזכות להורות במקרה דנן תובעת להזכיר את שם המחבר ביצירה, בהיקף ובאופן המקובלים. היקף האזכור תלוי קונטקסט. לרוב צריך לציין את שם מחבר היצירה.

- הזכות הורחבה בשיטות מסויימות של משפט גם לסיטואציה של איסור על שימוש בשם המחבר כשהיצירה שונתה או סולפה, או בקשר ליצירות שהוא לא חיבר.

ההרחבה הזו מאפשרת למחבר, למשל, דן בראון, למנוע את השימוש בשמו בקשר ליצירה שהוא לא כתב – אפילו אם אין העתקה כלל – עדיין אפשר לאותו אדם לתבוע אותנו.

הזכות לשלמות:

עפ"י פרשנות לשונית גרידא, סעי' 4א(2) אוסר כל שינוי שהוא ביצירה, ולא רק סילוף פגימה הפחתת-ערך.

הייתה שורת פסיקה מחוזית שאמרה שכל שינוי שהוא פוגע בזכות המוסרית

בעיני המרצה, קודם כל, נזדקקו בתי המשפט לפרשנות המורחבת בנימוק הבא: מאוד קשה לדעת אם נפגע הערך או נפגע המוניטין – פשוט קבעו כלל גורף שאומר שכל שינוי פוגע בזכות לשלמות.

ביקורת: בעיני המרצה הפרשנות הזו מטורפת: היא יוצרת התנגשות מאוד מוחלטת עם הזכות החומרית-כלכלית לעיבוד.

מי שמעביר את כל הזכויות החומריות למוציא לאור – לא יכול לעשות את השינויים האלה, כי הזכות המוסרית מונעת זאת!

זהו מצב דברים בלתי נסבל, ולא מעט פסקי דין העניין הזה עלה בהם (רק במחוזי, אמנם).

פ"ד טאו נ' הטכניון (חיפה): הוספה שבוצעה במבנה להנדסה חקלאית בטכניות סווגה כפגיעה בזכות המוסרית של האדריכל, המעמידה לו את הזכות לפיצויים. נקבע: הוספה למבנה, "השבחה", זה לא משנה כלל: זה אסור.

פ"ד עליון (לפני תיקון הפקודה): **ע"א 276/79 ישיבת פורת יוסף נ' צפדיה** (לפני סעי' 4א): תיכנון מבנה מפואר, ולא היה מעבר בין המבנים שלא חשף את תלמידי הישיבה לגשם. רצו לבנות מעבר מקורה. ואז האדריכל תקף זאת ומנע זאת. העניין הוגבל בצורה קיצונית – ביהמ"ש לא אפשר את השינוי.

ת"א מויאל פאר-הקודש נ' גלילי: העבודה הייתה הגדה מפוארת לפסח. ההפרה הנטענת הייתה "הדפסה של ההגדה באיכות ירודה" – יוצר ההגדה לא היה מרוצה מאיכות ההדפסה והנייר, ותבע על הפרת הזכות המוסרית – ואכן זכה. אפילו הדפסה באיכות ירודה אף היא פוגעת בזכות המוסרית.

- **השמדת היצירה:** אסור לעשות שינוי, אסור לעשות סילוף – מה לגבי השמדה? להרוס את מגדל עזריאלי של האדריכל!

ת"א פביאן נ' עיריית ר"ג:

ביהמ"ש פסק שעיריית רמת-גן שהסירה פסל של התובע שהוצב בכיכר העיר והרסה אותו, הפרה את זכותו המוסרית של היוצר לשלמות היצירה על פי סעי' 4א(2). גם השמדה אסורה. אגם, בפסל דיזינגוף - אפשר לתקן זאת: להכריח לשפץ ולתקן את הפסל.

כל הדברים האלה מגיעים מצרפת:

המקרה של ברנרד בופט – הוא לקח מקרה, צייר עליו פאנלים ומכר אותו מכירה פומבית. הקונה רצה לפרק את המקרה ולמכור כל חלק בנפרד. הוגשה תביעה וניתן צו מניעה.

עוד דוגמה: למשל, צביעת סרטים בשחור לבן: הייתה תנועה של צביעת סרטי שחור-לבן מחדש. ניתן לקבל צו מניעה על מעשה כזה. **הסרט "ג'ונגל האספלט", מנעו בו עשייה כזו.**

• **משך הזכויות:** כנראה, כמשך כל שאר הזכויות – חיי היוצר + 70.

בעלות ראשונית ומשך ההגנה

לעניין משך ההגנה ישנו הסדר פשוט ואלגנטי בחוק הישראלי.

הסיווגים:

משך ההגנה	בעלות ראשונית
חיי היוצר + 70 שנה.	הליך היצירה א. יוצר יחיד ככלל זכות היוצרים מוקנית ליוצר. חריגים: ככלל, זכות היוצרים כך. חריגים: 1. פיתוחים – מזמין הקלישאה (סטרוסקי). 2. צילומים – מזמין הצילום. 3. ציורי דיוקנאות – מזמין הדיוקן. השוני הוא בזכות הראשונית – למי מגיעה.

<p>50 שנה.</p>	<p>חריגים ב': ישנו סוג מסויים של עבודות, שהן כאלה: 1. רשמות קול – הקלטות של יצירות מוסיקליות. 2. צילומים. 3. פרסומים ממשלתיים.</p> <p>באלה, משך ההגנה הוא חמישים שנה בלבד. זאת מיום היצירה או הפרסום.</p> <p>הערת שוליים: לגבי צילומים שלא הוזמנו, בעל התשליל (הנגטיב) הוא בעל הזכות. יש פה הסדר מורכב לגבי צילומים: גם משך ההגנה וגם בעלות ראשונית.</p>
<p>השמירה: לפי השורד האחרון מהיוצרים המשותפים. זה יכול להאריך מאוד את משך ההגנה. (כדאי להוסיף עבודה עם הילד).</p>	<p>ב. יוצרים משותפים: תנאים למצב זה: 1. ליצירה יותר מיוצר אחד. 2. לא ניתן להפריד בין התרומות השונות (מבחינת המשתמש). דוגמה: הספר "חותם הארבעה" הוא כזה. "רומח הדרקון" כזה אף הוא. 3. כל אחד מהיוצרים הרים תרומה הזכאית להגנה. כל אחד תרם "ביטוי מוגן". אם ליאור והמרצה כותבים משהו, וליאור רק מעיר הערות מפגרות של "תשנה את השם של העיר מבר אילן לבר אלון", הוא לא נחשב ליוצר במשותף. 4. נדרשת כוונה לשתף פעולה. זה נועד למנוע מחטפים: אקח יצירה של מישהו, אדחוף את האף ואכתוב לו ליצירה.</p>
<p>משך ההגנה סטנדרטי: חיי היוצר + 70. לכן כדאי למעביד לטפח את חייהם של עובדים.</p>	<p>ג. יצירה ע"י עובד במהלך העבודה: הכלל הוא שהזכות הראשונית מוענקת למעביד. הוא מקבל היצירה. מתי מתקיימים יחסי העבודה? 1. מבחן ישן – מבחן הפיקוח. יחסי עבודה מתקיימים כשלמעביד יש כוח ויכולת לפקח על העובד. 2. כיום – מבחן חדש – דיני העבודה הכלליים – מבחן ההשתלבות. האם העובד השתלב במערך העבודה של המעביד? נדרשים פה שני דברים: 1. יחסי עובד-מעביד 2. היצירה נעשתה במסגרת העבודה.</p>
<p>70 שנה מן הפרסום – לא יודעים מי היוצר. לטובת מי ההגנה? ההנחה היא שהזכות הומחתה למישהו. מישהו מחזיק בזכות היוצרים.</p>	<p>ד. יצירות צללים (פסבדונים), או שהמחבר אינו ידוע (אנונימיות).</p>

הפרה

החוק שלנו יוצר זיקה מאוד ברורה ולוגית בין רשימת הזכויות לבין המושגים של הפרה.

סעי' 2(1) לחוק: **הגדרתה של הפרה:**

זכות יוצרים מופרת - כל אימת שאדם עושה ביצירה, או בחלק ניכר ממנה, מעשה שהזכות הבלעדית לעשותו שמורה לבעל זכות היוצרים, ללא הרשאה מבעל הזכות.

ההגדרה ברת חלוקה ל-3 חלקים:

1. ביצוע מעשה שעשייתו נתונה בלעדית לבעל הזכות.
2. המעשה נעשה ביצירה כולה או בחלק ניכר ממנה.
3. בעל הזכות לא נתן הרשאה למעשה (מרכיב טריויאלי, לעיתים תהיה פרשנות חוזית של עסקה – מה ההרשאה ומה טיבה).

• האלמנטים החשובים הם 1-2, וביחוד אלמנט 1.

אפשר להבחין עקרונית בין 2 קטגוריות של הפרה:

א. הפרה מובהקת (ברורה).

בקטגוריה זו נופלים כל אותם מקרים בהם ברור לכולי עלמא, שהייתה הפרה – לדוגמה – באמצעות שכפול, צילום, הקלטה וכיוצ"ב. אלו הם מקרים של הפרה מובהקת.

קטיגוריה זו של הפרות מובהקות בד"כ יקשרו לזכויות הבלעדיות של: פרסום והפצה; שעתוק; השכרה ושאיילה; ביצוע פומבי.

פ"ד סטרוסקי נ' ויטמן - הפרה מובהקת – קל לנתח העתקה ופרסום.
פ"ד קימרון – הנתבעים שאנקס וחבורתו פשוט הציגו צילום של העותק המשוחרר של המגילה, אכן היה ספר מסביב, אך אין ספק שהמרכיב של פענוח המגילה, הנוסח המפוענח, שוכפל בספר.

ב. הפרה עמומה (סמויה) - המקרים המאתגרים.

קטיגוריה זו של הפרות עמומות, בד"כ תיקשר לזכות הבלעדית של **עיבוד**.

בד"כ בעיבוד יש הסתמכות על יצירה מוגנת, אך לא ברור אם הייתה הסתמכות והעתקה, לא ברורה ההפרה! אלו מקרים קשים מאוד, ויוצרים קשר בין סוגית היקף ההגנה לבין ההפרה.

המרצה הביא בפנינו פסק דין קלאסי.

המקרה הוא מקרה אמריקאי בו היו מעורבים 2 שירים, הראשון: He's so fine של ה-George Harrison; My sweet Lord של George Harrison.

האם יש כאן הפרה? פסק הדין במקרה זה:

Bright Tunes Music vs. Harrison's Music (1977) – הוכרע שהייתה הפרה.

זהו מקרה מאוד בעייתי. התימוכין למציאת ההפרה?

היו שלושה אקורדים, מוטיבים שחזרו על עצמם בשני השירים (הפריטה על הגיטרה וכו').

זוהי המחשה של מקרה אמיתי – וזהו סיפור מדהים. קרו דברים בשולי הפסיקה שהיו מרתקים: My sweet Lord היה השיר הראשון לאחר פירוק החיפושיות שהגיע לראש המצעדים. לאחר מכן ה-chiffons עשו גרסת כיסוי לשיר הזה עצמו! הדעות היו חלוקות והרבה כסף הוטל.

משפטית:

גיורג' הריסון העיד והצהיר שהוא לא חשב בכלל על השיר שלהם.

ביהמ"ש קבע שאין צורך ביסוד של כוונה כדי שתימצא הפרה.

השופט האמין לו, שהכל התרחש באופן תת מודע – ויחד עם זאת נמצאה אחריות במקרה הזה.

דהיינו, אין צורך להוכיח שהתכוונת להפר או שאפילו היית מודע להפרה, זהו כלל על גבול האחריות המוחלטת ממש.

קשה להוכיח כוונה במקרה הפרה. לכן, הנטל על הנתבע להוכיח שיצירתו עצמאית – זוהי ההגנה.

ישנם שני אלמנטים שצריך להראות כדי שתהא הפרה:

- א. גישה - לנתבע הייתה גישה או יכולת גישה ליצירת התובע. עניין הגישה חשוב מאוד לשאלת היצירה העצמאית: אם יש באמת רק דמיון, ואפילו דמיון חזק, עדיין יכול להיות שהנתבע יצר זאת באופן עצמאי – ישב על אי בודד.
- ב. דמיון מהותי (או זהות כלשהי) - קיים דמיון מהותי בין יצירת הנתבע ליצירת התובע.

ומכאן השאלה לעניין היסודות:

1. גישה - השאלה הראשונה במקרה ברייט טונס מיוזיק – איך ידע ג'ורג' האריסון על העניין? השיר של השיפונס היה בראש המצעדים ודבק במוחו והשפיע על השראתו – כך נפסק בעניין הגישה.
2. דמיון - באשר לשאלה השניה: הדמיון המהותי – ביהמ"ש פסק שהיה דמיון גם בריפס (Riffs) של הגיטרה וגם בהרמוניה.

פ"ד Selle vs. Gibb (הביגיז) – דנו בשיר How deep Is your love. התובע, באמריקה, הכין שיר מאוד מאוד דומה, לא היה ספק בדמיון – הוא הפיץ אותו ל-11 תקליטני רדיו. במקביל, הביגיז הקליטו באנגליה ותיעדו את הליך היצירה של השיר וכו'. ועל אף הדמיון, הייתה הגנה: זוהי יצירה עצמאית. ביהמ"ש פסק שלא הייתה כאן הפרה למעשה.

הפסיקה בישראל לגבי זיהוי של הפרת זכויות יוצרים

בישראל - המבחן לדמיון (בחלק מהותי) של היצירה: מבחן איכותי ולא כמותי – גם אם זה לא חלק מהותי מהיצירה, המבחן הוא איכותי.

ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק.

העובדות: המערער, פיזמונאי בשם דן אלמגור, נשכר לחבר פיזמונים (רק המילים) למחזמר קזבל [יגאל מוסינזון (חסמב"ה) כתב אותו]. לאחר שחיבר מספר שירים בנושא, התעוררה בין הצדדים מחלוקת, והשתתפות המערער בהפקה מופסקת.

יש סכסוך ואז הפסקת הקשר. דומה מאוד לפ"ד סטרוסקי נ' ויטמן.

עקב הפסקת הקשר, צוות ההפקה יוצר קשר עם פיזמונאים אחרים ומבקש מהם לחבר מילים למחזמר. הם עושים זאת, ואלמגור זועם – הפיזמונים לא חדשים בכלל, והוא יוצר השוואה בין הפיזמונים המקוריים לפיזמונים החדשים.

ביהמ"ש המחוזי מצא שהייתה הפרה רק לגבי קטע הסיום של המחזמר, ודחה את התביעה לגבי כל שאר הקטעים לגביהם נטענה הפרה - ביהמ"ש המחוזי מצא שלא הייתה הפרה.

בעליון דנו: האם הופרו זכויות היוצרים של אלמגור? מהו מבחן ההפרה בחוק הישראלי?

השופט יצחק כהן מנתח משפטית את המקרה, קובע קיום הלכת "היצירה העצמאית". אם הוכח ששתי יצירות שוות נוצרו באופן בלתי תלוי זו מזו, היצירה המאוחרת אינה מפרה את זכות היוצרים ביצירה המוקדמת, והמחבר הראשון בזמן אינו זכאי לכל סעד שהוא נגד המחבר השני בזמן.

כדי להוכיח ולבסס הפרה, מה נדרש?

נטל ההוכחה על התובע – על התובע להראות:

1. העתקת חלקים ממשיים ומהותיים שהנתבע ביצע. Substantial and Material. המבחן איכותי.
2. דמיון מסויים אינו מספיק - בדמיון מסויים בין היצירות, אין די, משום שיכולות להיות סיבות אחרות לדמיון. צריך הצטברות רבה של "נקודות דמיון".

עם זאת, ככל שהדמיון רב יותר, גוברת ההסתברות שמדובר בהעתקה, ובאותו עניין חשיבות מיוחדת למה שבית המשפט מכנה "הצטברות נקודות של דמיון". הצטברות שכזו, מקטינה את ההסתברות שמקור הדמיון אינו בהעתקה.

לגבי טענת המשיבים לגבי ההגבלה האינהרנטית של מספר המילים בשפה:
ביהמ"ש קובע שבהגבלה זו אין להציל את המעתיק כשמדובר בשירה או בספרות יפה. הטענה הזו הייתה בעלת משקל רב יותר בעבודה בעלת אופי טכני.

התוצאה: בסופו של יום, השופט מיישם העקרונות שפורטו, ומוצא הפרות לגבי שלושה שירים נוספים: "כל הכבוד", "תרד ממני קזבלן", "פניך אהובי בערפלי". המשיבים, כך נמצא, העתיקו חלקים חשובים מיצירת המערער.

הערת המרצה: השופט מדגיש שנדרשת העתקת חלקים ממשיים, דמיון מסויים בלבד אינו מספיק, יש דגש על חלקים ממשיים ומהותיים.

ביקורת המרצה:

[המרצה הביא את מילות השירים מפסק הדין]

נוסח המערער	נוסח המשיבים
היה צריך לבוא לראות בבית במרוקו צועד לי שם בסמטאות כמו פפה דה לה מוקו לאט לאט כמו בונפרט הולך שם ברחובות והשוטרים עושים "בונזור!" "כל הכבוד!"	צריך לראות בקאסבה איך כשהשוק פתוח הייתי ככה סתם הולך והחזה מתוח כולם אומרים "איזה קאנון עובר בסימטאות". עושים שלום מכל חלון "כל הכבוד"

ומהי הביקורת?

המשיבים טענו, שהעלילה מכתובה את הנושא של השירים – מפני המחזה עצמו – הוא לא יצעד בשוק בווארשה! יש למחזה הזה אפיון מובהק (לרעיון מס' ביטויים מוגבל, על גבול ה-Merge). בית המשפט לא התעלם מהטענה הזו, לקח אותה ברצינות, אך לא מקנה לה משקל כראוי. המרצה: במוטיבי-המחזה לא הייתה זכות יוצרים למערער, אלא למחבר עצמו – יגאל מוסינון.

ביהמ"ש מחווי סבר שלא היה כאן דמיון, כי הדין דורש העתקה של חלקים ממשיים ומהותיים. יחד עם זאת, השופט יצחק כהן בעליון, ראה כאן הפרה באותם שלושה שירים שנמצא שהם מפירים זכויות יוצרים, בביהמ"ש העליון, כי יש להם מכנה משותף:

הייתה גישה. צוות ההפקה נתן את נוסחיו של אלמגור לפיזמונאים החדשים – והם ראו אותם היטב לפני שחיברו מחדש את הנוסחים שלהם.

אנו למדים מפסק הדין, לפחות שני דברים חדשים:

- השפעת הגישה** – עניין הגישה, לדעת המרצה, היה מרכזי – ביהמ"ש בחר בשלושה השירים האלה, משום שללא ספק הייתה גישה אליהם. המרצה מבקר: לא צריך לקבוע הפרה רק בשל הגישה, היא לא חזות הכל. העתקה כשלעצמה איננה דבר פסול. יש העתקות רצויות – זהו עניין של שיקולי מדיניות שמושפעת מרצון שהיקף ההגנה לא יהיה מוחלט, זוהי שאלת היקף ההגנה הראוי. לכן, עושה רושם שההסתמכות של בתי המשפט על עניין הגישה, היא חזקה וכבדה מדי. הוכחת גישה, דבר לא קשה במיוחד, תעזור מאוד לתובעים – בית המשפט מאוד מושפע מכך.
- בחינת הדמיון:** רואים אנו שהגנת זכויות היוצרים רחבה יותר ממקרים של שכפול ועתוק מילולי. לפי ביהמ"ש כאן, כבר רואים שההגנה רחבה: לא די לקחת ביטוי ולשכתבו כדי להתחמק מהאחריות! אם משווים מילה במילה בין הנוסחים, יש מילים דומות, אך רוב המילים שונות.

ויחד עם זאת זה ממש לא מספיק (בפ"ד גולדנברג נ' בנט נראה זאת עוד) – דיני זכויות היוצרים מגנים מעבר להפרה מילולית ושיעתוק. גם לגבי זכות העיבוד, לא תמיד נראה שהנתבע לקח טקסט או מספר תווים או יצירה וויזואלית והעתיקה, אלא ניתקל במקרים שבהם היה שכתוב של המילים ויכול להיות שבסופו של יום אף מילה לא תישאר על מכונה – ובית המשפט יפסוק שהייתה הפרה.

סיבות נוספות שיכולות להסביר דמיון בין 2 יצירות:

1. הסתמכות על ביטויים מיצירות שהן **נחלת הכלל**. היצירה לא מוגנת כלל: למשל, פיוטי רשב"ג.
2. הסתמכות או שאילה ממקור **שלישי** – הביטוי המועתק אינו מקורי לתובע. "לקחתי, אך לא ממך אדוני התובע – הייתה עבודה מקדימה, גם אתה הסתמכת עליה, ולכן אתה לא זכאי לסעד כנגדי".

אגב, ההבחנה המטאפיזית בין רעיון לביטוי, קשה מאוד גם היא.
הכל כאן הוא שאלה של היקף ההגנה: מהו היקפו, ומהי הגדרתו המהותית, של הקניין.

גם לגבי הזכות **המוסרית** (כגון מקרי הארכיטקטים), השאלה נוגעת להיקף ההגנה על זכויות יוצרים, כפי שנגעה לה בדיון לעיל. **אם נקטין את היקף הדברים שנופלים בגדר הפרה, נקטין את ההגנה, יקבע שבכלל לא היה עיבוד אלא משהו חדש.**

דיון על בחינת הדמיון.

- יש שתי גישות שניתן למצוא בפסיקה האמריקאית, לבחינה טכנית של הפרה, של הדמיון שניתן למצוא בין 2 יצירות:
 1. Subtractive Approach – שיטת הסינון – כשבוחנים הפרה, לוקחים את יצירת התובע, מתחילים איתה ומורידים או מוחקים את כל האלמנטים שאינם מוגנים. כגון: רעיונות; סצנות שגורות (למשל: בספר על ת"א תהיה סצינה על חוף הים, כי זה מאפיין את העיר הזו); ביטויים שהם נחלת הכלל; ביטויים שנתונים למיזוג (אין דרכים רבות לבטא הרעיון);

← **את מה שנתר משווים ליצירת הנתבע, ואז בוחנים האם קיים דמיון מהותי בין היצירות.**

הסיבה לסינון ולהפחתה ברורה – הרבה פעמים הדמיון יכול שינבע מקיום אלמנטים דומים שאינם מוגנים, בשתי היצירות. זוהי שיטה לכאורה טובה – מסננת את כל מה שאינו מוגן וקובעת באופן מדויק יותר את היקף ההגנה לפני שאנחנו מטילים אחריות (רק ביצירה הראשונה מסננים – בשניה לא מנסים להגדיר היקף הקניין, זה הגיוני לסנן רק את הראשונה, כדי לבדוד אלמנטים קנייניים).

2. Totality Approach – הגישה הטוטאלית – חייבים להשוות את שתי היצירות במלואן – אלמנטים מוגנים ולא מוגנים כאחד. התומכים, טענתם היא שגישת הסינון תביא להגנת חסר, מעטה מדי, משום שיכול להיות ששילוב אלמנטים שאינם מוגנים בפני עצמם (פ"ד סטרוסקי!), בסידורם ובשילובם, יש מקוריות מספקת – ואנו מתעלמים מכך ומסננים זאת.
דווקא בשילוב הגורמים האלה יכולה להיות מקוריות.

לפי הגישה הטוטאלית אסור בשום אופן להוריד שום אלמנט שהוא, שמה נחמיץ קווי דמיון באשר לשילוב של כל האלמנטים יחדיו.

כך, יש בעיה בשיטת הסינון: הגנת חסר.
ומאידך, **הבעיה בשיטה הטוטאלית: הגנת יתר** – "רגע! גם הרעיונות דומים!" – ולמרות שהרעיונות לא מוגנים, תיחשב הפרה קיימת!

בישראל: ביהמ"ש העליון בפסיקתו בחר בגישה הטוטאלית (תואם לגישת הפרשנות התכליתית).
השופטים רוצים כמה שיותר שיקול דעת ומידע, והתרשמותם חשובה במערכת המשפט.
ע"א מפעל הפיס נ' Roy Export – נדחתה גישת הסינון ופירוק היצירה לגורמים.

נאמרו הדברים הבאים: "פירוק סיטואציות מורכבות למרכיביהן, היא דרך מועילה, ויש שיאמרו אף מהנה, כדי לבחון סוגיות משפטיות, אך לא בכל מקרה. יש יצירות מורכבות שההתרשמות הכוללת ממכלול רכיביהן עדיפה על פירוק מכלול הרכיבים, פירוק המסיח את הדעת מן המכלול ומן העיקר".

המרצה מבקר: לא ברור תמיד, מהו העיקר.

העקרונות הם סבירות, הגינות וכו'. התרשמות כללית. Conceptual feel.

שאלה נוספת על הדמיון: מי בעצם הוא זה שמחליט על הדמיון? מיהו הבוחן?
דמות האדם הסביר רלוונטית, אך הרעיון כאן הוא להביט יותר על **המשתמש הסביר** – האנשים העשויים לצרוך את הביטוי, היצירה.

בישראל אין כמעט דיון בשאלה הזו של "מי יבחן". **בארה"ב** לעומת זאת ישנן הצעות לשינוי. במשחקי מחשב שמופנים לילדים, יש פסיקה שטוענת שילדים יש להם פחות יכולת להבחין בפרטים (זו שטות לדעת המרצה) ולכן צריך להוריד את דרישת הדמיון, כדי להגן עליהם: הן עשויים להתבלבל יותר – גם קווי דמיון כלליים יותר יבלבלו אותם, והסטנדרט יורד.

כלומר: **פחות דמיון מספיק כדי למצוא הפרה**. למשל: FIFA Pro evolution מול FIFA מאידך, יש פסיקה אחרת שאומרת שכשמדובר בתוכנות מחשב (שבד"כ הן מופנות לאנשים בתעשייה ולמתכנתים) ניתן לדרוש סטנדרט דמיון גבוה יותר, מכיוון שהאנשים האלה שאמורים לרכוש את העבודה, הצרכנים, המשתמשים, יכולים לאבחן קווי דמיון ברמה נמוכה: **דרוש יותר דמיון כדי למצוא הפרה**.

← אין פסיקה ישראלית לגבי העלאת הרמה הנדרשת או הורדתה.
יחד עם זאת, זה לא אומר שאין לטעון כי "הסטנדרט צריך להיבחן בעיניו של המשתמש בן העשרה, שמשחק במשחק המחשב המדובר".

ש': האם סטנדרט הדמיון, שונה בעבור יצירות שונות? על מה נביט כדי לאפיין דמיון? ישנם שני שיקולים שניתן למצוא בפסיקה, שעולים.

בית המשפט העליון עצמו, כפי שכבר נרמז בדוננו בפ"ד אלמגור, מבחין בין יצירות שונות. **יצירה טכנית המכתיבה סוג ביטוי מסויים**, טיבה משליך גם על ניתוח הדמיון. זאת משום שביצירות טכניות, דמיון מסויים לכל הפחות הוא בלתי נמנע (למשל: ציור של גלגל רכב).

הפרמטרים הנדרשים הם (פ"ד סטרוסקי נ' ויטמן):

1. מידת **היצירתיות** ביצירת התובע.
על כך אמר ביהמ"ש בפ"ד סטרוסקי נ' ויטמן: יש מקום למשוואה כללית של יחס הפוך: ככל שדלים המקוריות והמאמץ הרוחני שביצירה, כך נדרשת להפרה העתקה דומה/זהה יותר.
רמת יצירתיות נמוכה ← רמת דמיון גבוהה.
2. במילים אחרות, בעצם, הכל מתקשר להיקף ההגנה: ככל שהמקוריות בעבודה נמוכה יותר, היקף ההגנה מצומצם יותר; ולפיכך, רק העתקות מאוד מדוייקות יצמיחו סעד ליוצר.
כמובן, אפשר לומר גם את הדבר ההפוך: ככל שבעבודה מקוריות רבה יותר, כך גם תרד רמת הדמיון הנדרשת כדי שתימצא הפרה.
2. אלמנט נוסף – **מורכבות** היצירה המוגנת. ככל שהיצירה המוגנת מורכבת פחות (פשוטה), כך ידרש דמיון רב יותר.
הסבר: ברור, שכל שקיימות יותר דרכי ביטוי, המורכבות גדלה. דהיינו, ככל שמספר הביטויים האפשריים רב יותר, ייטה בית המשפט להניח שאם קיים דמיון בין היצירות, לפחות באופן הסתברותי, ניתן לומר שמקור הדמיון בהעתקה (וביצירה פשוטה, גם דמיון רב יותר, לא יעיד על הפרה).
3. **אופי היצירה עצמה** – ציורי או צילומי נוף, למשל – מטבע הדברים יהיו קווי דמיון בין נופים: לא יעלה שכל מי שצילם את מגדל דוד בירושלים ירכוש זכות יוצרים על המגדל. יש גבול לאפשרויות הגיוון באופי צילום הנוף. ישנם צילומים מאוד מיוחדים, אך הרוב המכריע, יש לו

גבול – וזה צריך גם להתבטא בניתוח ההפרה – תידרש רמת דמיון גבוהה ביותר בצילומים של מגדל דוד.

המרצה תומך בקבלת כלל מעין "אסור לצלם את הצילום, אך מותר לצלם את המקור" – אחרת נבטל את היכולת לצלם את מגדל דוד למשל.

למותר לציין, ממשיכה כאן המגמה, של בחינה איכותית, יותר מאשר כמותית.

● **ההפרה עוסקת בהעתקת "חלק מהותי ממנה" – מה בין חלק ניכר לבין דמיון מהותי?**
אולם, למרות שיש מגמה איכותית, לשם הפרה במשפט הישראלי, צריך שימוש ביצירה או בחלק ניכר (באלמנטים) מהותי ממנה.

כל סוגיה כאן נפרדת לגמרי מבחינה אנליטית: החלק הניכר לחוד, והדמיון לחוד.

עפ"י הדין הישראלי, כדי שתהא הפרה, נדרש שתועתק יצירה או חלק ניכר מהותי ממנה.

החלק המהותי הוא תנאי להפרה בדיננו. בעצם, סוגיה זו עולה כל אימת שנתבע העתיק או השתמש בחלק מיצירה אבל טוען "זה לא עולה כדי חלק מהותי".
ישנה למעשה דרישת סף לגבי הביטוי שנלקח.

הדמיון המהותי הוא סוגיה מסוג אחד: – סוגיה זו עולה כל אימת שהנתבע מכחיש את הדמיון בין יצירתו ליצירת התובע, ואומר "זה בכלל לא דומה".

החלק הניכר, הוא סוגיה מסוג אחר; לקיחת חלקים שוליים ולא עיקריים, אינה מהווה הפרה. למשל, אם לקחנו צירוף של 3 מילים מרומאן ארוך מאוד של טולסטוי, ניתן להגיד: "כן, שאלתי משהו, אך זה לא מגיע כדי שימוש בחלק ניכר מהיצירה".
[זאת אא"כ ביהמ"ש יחליט שזה, איכותית, מהווה לב היצירה].

נטל ההוכחה:

בארה"ב הנטל יכול לעבור לנתבע, כפי שראינו (**פ"ד ברייט טונס נ' האריסון**).
בישראל, הנטל הראשוני הוא על התובע: המוציא מחברו עליו הראיה. אך יש דרך להפוך אותו.

בהוכחת הפרה: מה אם התובע הוכיח גם גישה, וגם דמיון מהותי?

פ"ד אחימן נקבע: נטל ההוכחה יעבור לנתבע בשני מקרים:

א. כאשר קיים **דמיון מובהק** בין היצירות, או –

ב. כאשר קיים דמיון (לא מובהק) והוכחה **גישה**.

והנה הוכח אחד משני האלמנטים.

הוכיחו דמיון-מובהק או דמיון + גישה.

מהן טענות היכולות לעלות לנתבע?

א. תקיפה ישירה של זכות היוצרים ביצירת התובע – אין זכויות יוצרים ביצירה המוגנת. בשיטה הישראלית אין רישום ובדיקה, אדם פשוט טוען שעבודתו מוגנת.

בראש ובראשונה תוקפים את עבודת התובע ומנסים להוכיח היעדר מקוריות או היעדר יצירתיות. זהו הליך אפשרי, מאוד מאוד מקובל בדיני הפטנטים.

בדיני זכויות היוצרים, סיכויי ההצלחה נמוכים – **דרישות הסף מאוד נמוכות**, וקשה מאוד לערער את ההגנה מיניה וביה.

ב. יצירה עצמאית.

ג. העתקה ממקור אחר כלשהו, צד ג'.

ד. חריגים: הנתבע יכול להוכיח שהשימוש שעשה נופל במסגרת החריגים וההגנות הקבועים בחוק – החריג המרכזי: **טיפול הוגן**.

כמובן, כל שאלת ההפרה מושפעת מאוד מהיקף ההגנה – ככל שהיא רחבה יותר, יהיו יותר מקרי הפרה, וככל שמצומצמת, יהיו פחות מקרי הפרה והגנה.

זה מושפע מכל הגורמים: רמת היצירתיות, מורכבות היצירה, אופי היצירה וכו'.

נסקור הדברים הללו דרך שני פסקי דין:

ע"א גולדנברג נ' בנט – כישלון הנתבע:

עובדות: הוגשה תביעה נגד הפקת מחזה ישראלית ע"י צוות הפקה אחר. שני המחזות המדוברים היו "שורת המקלה" (Chorus Line) – עבודת התובע; "חייזק הבמה" – עבודת הנתבע.

כשעמדו להפיק המחזה הישראלי, חברת ההפקה אמרה בפרסומיה שהוא מבוסס על המחזה האמריקאי. זה מושך קהל של דגיגים (הציבור), וגם קהל של כרישים.

היו שמועות שהצוות הולך להיתבע, וברגע שזה קרה, הם הכחישו מכל מכל את הדמיון בין היצירות: אין ולו אף צליל או תו שמשותפים לשני המחזות. טענו שיצירתם מקורית, ושבוש פנים ואופן לא העתיקו יצירת המשויבים או חלק ניכר ממנה.

ביהמ"ש המחוזי קבע שהייתה זכות יוצרים במחזה האמריקאי. נקבע שעל אף שרעיונות אינם מוגנים, הרי **ששילובם של רעיונות כן מוגן**: שילוב של רעיונות ועלילה, עם אפקטים בימתיים ובימוי. המחוזי סבר שהמערערים העתיקו מהמשיבים את המוטיבים המרכזיים, הרצף העלילתי, האפקטים הבימתיים וקטעי הפתיחה והסיום.

מה שחשוב מאוד להדגיש, הוא שלא העתיקו כאן דיאלוגים ולא העתיקו מוסיקה בפני עצמה, אלא יצרו הכל מסביב ליצירה האמריקאית, בלי לגעת בה.

ביהמ"ש העליון, מפי הנשיא שמגר: אישר את החלטת המחוזי – שמגר חזר על העניין – רעיונות ואף רצף הבסיס של העלילה אינם מוגנים, אבל הפרה יכולה לצמוח גם כשמועתקים רצף של רעיונות או עלילה, בשילוב אפקטים בימתיים.

לעניין הגישה, לא היה ספק שהייתה כאן לנתבעים גישה למחזה של היוצרים – אין מחלוקת.

באשר לדמיון: ביהמ"ש העליון הזכיר את הפרסומים המוקדמים בהם צויינה הזיקה בין המחזה של הנתבעים למחזה התובעים. ביהמ"ש אמר שאף אם אולי בפרסומים לא היה די, הרי שיש דמיון ברצף העלילה ובאפקטים הבימתיים.

[ביהמ"ש העליון לא התאפק וקבע שאף הרעיון הבסיסי הועתק: במאי תובעני תובע ממועמדים לפתוח את סיפור חייהם והם עוברים תהליך פסיכולוגי בתהליך המיון להשתתפות במחזה כלשהו]

ביקורת קשה של המרצה: ביהמ"ש נסחף ונתן הגנה מופרזת. היה צריך להתיר את העלאת המחזה הישראלי, לא ליצור כאן הפרה – מה שהועתק בסופו של דבר היה רעיונות – מחזה יש לו דרכי ביטוי מסוימות שמוכתבות מעצם מהותו! ולכן, אין תימה שהיה דמיון. המחזה מכתוב את הדרכים הללו, וההגנה שהוענקה הייתה למעשה יותר על הרעיון – שאין להגן עליו! צריך להיות נופך דרמטי, ביטוי אפקטיבי!

נקבע, בכל מקרה, שגם היה דמיון מהותי וגם הועתקו אלמנטים שהיוו חלק ניכר מעבודת התובעים.

מסקנה פרקטית: למדים אנו מהקואורדינטות שמכתיב שמגר, שאם יש רצף עלילה דומה, צריך לשנות את המבנה של היצירה – לעשות רוטציה בקטעי הפתיחה והסיום, להכניס קטעים באמצע. שכתוב לא מספיק כשיש רצף עלילתי דומה ואפקטים בימתיים (העמדה, תאורה, תפאורה) דומים! צריך להכניס דברים חדשים, לשנות.

מפ"ד בנט, למדנו שההגנה היא לא רק על ביטויים פרופר – יש הגנה על סדר הרעיונות, ואף, נרהיב לומר, על הרעיון עצמו.

פ"ד אחימן – הצלחת הנתבע:

המדינה נתבעה בפסק דין זה (רואה חשבון הכין טבלאות ולוחות מס, זו העבודה המוגנת). לנדוי הפך את הקביעה: אמר שיש מה להגן על לוחות וטבלאות מס, יש הגנה, אך לא הייתה הפרה.

והנה סיבותיו וטעמיו :

- א. **יצירה עצמאית** - אין הפרה – כל החידושים שהכניס המשיב כבר ניסרו בחדר דיוניה של הוועדה שעסקה בנושא, עוד לפני שהגיעה החוברת המשיב לאנשי האוצר; מה גם שחידושו של המשיב לא בשמיים הם, וסביר להניח שאנשי האוצר יכלו להגיע אליהם בעצמם.
- ב. **מקוריות נמוכה ואף יצירתיות נמוכה** : אנשי האוצר יכלו להגיע לכך בעצמם. למשל, הוספת טורים חדשים למצבים משפחתיים מיוחדים, זהו עניין של נוחיות בלבד, **אין** פה שום חידוש שדרש מאמץ מחשבתי מיוחד. **המקוריות** נמוכה במיוחד – האפשרות הזו אוזכרה בתזכיר הוועדה, חודשים לפני צאת החוברת.
- ג. ציון השכר לפני תוספת היוקר, יש לה כאן נפילה ברעיון של **יצירה עצמאית**, וגם עניין של **העתקה ממקור אחר** (צד שלישי, הגנה ג' ברשימתנו לעיל).

ערעור המדינה מתקבל.

הערה: לגבי כל הפרה נטענת אפשר לפרק את הנושא לגורמים ולשמוט הקרקע סביב היצירה – כל טענת הפרה, אפשר לתקוף בטיעון אחר – זה ביצירה עצמאית, זה בהעתקה ממקור אחר וכו'.

סוגיית האחריות העקיפה – מול הפרות

דנו באחריות ישירה.

בשונה ממנה, האחריות העקיפה מקורה בדיני הנזיקין הכלליים. לא צריכה להיות חקיקה נפרדת וחדשה כדי להחיל אחריות זו בארץ.
ישנן 2 דוקטרינות בניתוח אחריות עקיפה :
* הפרה תורמת.
* הפרה שילוחית.

ניתן לפרוט כל דוקטרינה למרכיביה :

- הפרה תורמת, אחריות תורמת, מתרחשת כאשר אדם מפתה, מדיח, גורם או תורם באופן משמעותי להפרה על ידי אחר, וקיימת ידיעה של ההפרה. האדם הזה יודע על ההפרה.
- הפרה שילוחית, אחריות שילוחית, מתקיימת כאשר יש זכות ויכולת פיקוח על פעילות מפרה, והוא מפיך מן הפעילות הזו רווח כלכלי.

באחריות עקיפה, הנתבע איננו זה שמפר – אין כאן הפרה ישירה מצידו, מישהו אחר הפר. מדובר כאן בצד ג' שמפר – ומי שנתבע על אחריות עקיפה, בסה"כ נותן לאותו צד ג' יכולת או היתר להפר זכויות יוצרים – לא מונע את ההפרה, הוא מפיך ממנה רווח כלשהו (למשל – יצרני BitTorrent, eMule, Napster וכו').

בעיה: העניין באחריות עקיפה הוא זה שאין לכך סוף!

אדם שפגע בו רכב, האם הוא יכול לטעון לקשר סיבתי ישיר של יצרן הרכב?
האם אני יכול לתבוע עירייה שסללה כביש שעליו אירעה התאונה – אלמלא הכביש האדם לא היה נפגע! או אולי את הקבלן שסלל את הכביש? די ברור לכל אדם, שמכוניות יביאו אחוז של תאונות. שיתוף קבצים – בכל פעם שאדם מוריד קובץ למחשב, ספק השירות לאינטרנט הופך לאחראי בעקיפין, כך גם יצרן המודם!

פ"ד סוני, 1984 (מנשק הטכנולוגיה ודיני זכויות היוצרים): יש המצאה חדשה, ומבקשים לשנות את דפוסי הצרכנות – המציאו את הוידאו-טייפ.
סוני רוצים לשווק המוצר, לא מעט מאולפני הקולנוע תובעים – תביעה על הפרת זכויות יוצרים.

עד אז נושא האחריות העקיפה היה רדום וחסר משמעות. סוני נתבעת בטענה שהטכנולוגיה החדשה שפיתחה, מכשיר הוידאוטייפ, תורמת משמעותית להפרת זכויות יוצרים בסרטי קולנוע שהזכויות בהם מוקנות לתובעים. ולפיכך, דרשו האולפנים סעד מסוני – צו מניעה, פיצויים וכו'.

המקרה הזה, התהלך עד לבית המשפט העליון, שם ברוב של 5 מול 4 (בפ"ד שנכתב בהתחלה כפ"ד מיעוט ושופט החליף צד באמצע), הוחלט שסוני אינה נושאת באחריות עקיפה.

הבעיה הייתה כזו: יש טכנולוגיה שניתן לעשות בה שימושים לא מפרים – צפייה בקלטות וידאו, וגם שימושים מפרים, לצד השימוש הלגיטימי. דרשו להוריד את כפתור ההקלטה: היה אפשר לעשות מכשיר וידאוטייפ שהוא פשוט נגן, כמו נגני DVD הראשונים בשוק, בלי אפשרות שכפול ושעתוק.

זהו מכשיר בעל אופי מעורב, ובנוסף, יש סרטים שאינם מוגנים – יש רשות להשתמש בהם!

ולפיכך, קבע ביהמ"ש את המבחן הבא:

אחריות עקיפה לא תקום, כל אימת שהטכנולוגיה (במקרה הזה, וידאוטייפ) מסוגלת לשימושים נוספים, לא מפרים, לגיטימיים, מהותיים.

Capable of substantial non-infringing use.

לפסק דין זה השפעה עצומה על הסקטור הטכנולוגי של ארה"ב – הוא קבע תחום מוגן, כלשהו, בתוכו הסקטור הטכנולוגי יכול היה לפתח טכנולוגיות חדשות בוודאות גבוהה, שהם לא יתבעו ע"י בעלי זכויות היוצרים.

כל פסקי הדין האלה היו חשובים ותקדימיים כלפי עתיד – במשך 20 שנה היה סטנדרט טכנולוגי שאפשר לתעשיות עתירות-ידע לתפקד: הרבה טכנולוגיות קמו כך. זה נתן תמריץ ליצרני טכנולוגיה שמשלבת יכולות לשימושים מהותיים לא מפרים.

אפשר ליצור חבילה או מארז שיש לה יכולות מפרות וגם יכולות לא מפרות – והמבחן היה מבחן פוטנציאלי, וקשה להפריז בחשיבותו:

שכן אם זו שאלה של מה שקורה בשטח – קשה לדעת מה יעשו הצרכנים במוצר כשיגיע לשוק – ניתן לעשות שימוש שהוא לגמרי מפר, וליצור אין שליטה על כך!

השימוש הלא מפר בוידאו: time-shifting – העתקת זמן: לאפשר לצפות בתוכניות בזמן מאוחר יותר – שימוש מהותי שאינו מפר. הציבור מקליט וצופה בתוכנית מאוחר יותר.

- כיום יש את סוגיית ה-TIVO – ושיתוף הקבצים שינה את המשחק לגמרי.

כיצד? הרבה שיטות שיתוף קבצים וכו', ניסו להתבסס על פ"ד סוני. הטענה הייתה שיוצרים עצמאיים יפצו עצמם, בשימוש לגיטימי, כ-10% מהתנועה ברשת, של משתפי הקבצים. ואז, התפתחה חזית מול שיתוף הקבצים: נאפסטר, איימסטר, ובקיץ 2005 ניתן פ"ד גרוקסטר – כל הקהילה האקדמית והטכנולוגית היו מעורבות בהליך הליטיגציה – כ-Amicus curia.

והשאלה: באילו נסיבות ישא מפיץ של מוצר או טכנולוגיה, המסוגלת בעת ובעונה אחת הן לשימושים לגיטימיים וחוקיים, והן לכאלה שאינם, באחריות להפרת זכויות יוצרים שמבצעים צדדים שלישיים באמצעות אותו המוצר?

פ"ד גרוקסטר, שם החליטו 9:0, ברוב מוחלט, בעליון בארה"ב, ביולי 2005, להטיל אחריות, שם אמר השופט סוטר: המפיץ מוצר במטרה לקדם את השימוש בו, להפרת זכויות יוצרים, נושא באחריות להפרותיהם של צדדים שלישיים.

זהו מבחן ה-inducement – "מבחן הפיתולההדחה".

ההלכה הזו היא בסטיה מפ"ד סוני – אז לא עניינה מטרת ההפצה – אלא עניין השימוש הלגיטימי האפשרי.

בודקים מה הייתה מטרת המפיץ, כוונתו. האם המטרה הייתה לגרום או לעודד הפרות זכויות יוצרים, אזי ניתן יהיה להטיל אחריות על ספק הטכנולוגיה.

כאן אנו עומדים על פרשת דרכים, וקשה להמעיט בחשיבותו של פ"ד גרוקסטר זה. נפתחה כאן חזית, החל מנאפסטר וכלה בגרוקסטר, נגד שיתוף הקבצים.

יש כאן למעשה חריג להלכת סוני: היא לא בוטלה בפסק דין זה – אך ברגע שיש הדחה, פיתוי להפר, מטרה כזו, היא לא תחול.

סייגים והגנות

כבר ראינו כמה טענות הגנה של הנתבע כנגד טענת הפרה (בעיקר הכחשה או תקיפת הזכויות). נעמיק יותר להגנות לעניין שבו יש הפרה, אך המפר לא ישא באחריות.

הגנות ספציפיות להפרה – חריגים ספציפיים:

I. רישיון כפייה ברישמת קול.

II. הקלטות ביתיות.

III. ציור וצילום של עבודות מלאכת אומנות המוצגות דרך קבע בציבור.

I. רישיון כפייה ברישמת קול:

דיני זכויות היוצרים מאפשרים לעשות גירסאות כיסוי רבות לשירים. בידי יוצר יצירה מוסיקלית, למשל, שיר, נתונה הזכות להחליט בידי מי להפקיד את ביצוע רישמת הקול המקורית (ההקלטה). לאחר שהיצירה הוקלטה באופן חוקי, רשאי כל אומן אחר לבצע רישמת קול נוספת – לאותה היצירה. הרישיון הזה חל גם על מילות השיר (בישראל הן נחשבות "יצירה ספרותית"). לדוגמה: אם הזמרת **נינט** הייתה רוצה להקליט את "יש לך אותי" של יזהר **אשדות**, היא יכולה הייתה לעשות כן גם ללא הסכמתו, וזאת ב-3 תנאים (סעי' 19 לחוק):

א. יידוע בעל זכויות היוצרים בלחן בעניין הכוונה לבצע רישמת קול של היצירה (ולידוע את בעל הזכויות במילים).

ב. אסור לשנות את הגרסה המקורית באופן משמעותי – עבודת סינרגיה – גבולית.

ג. חובה לשלם לבעל זכויות היוצרים את הסכום הקבוע בחוק (6.25% מסך המכירות הקמעוניות – כך נקבע בצו מנדטורי מ-1928 שהוחל בארץ).

- ברגיל, הבסיס הוא, שלבעל זכויות היוצרים יש את הזכות הקניינית – כלומר, הוא יכול לקבוע את המחיר לשימושים ביצירה. כאן, יש התערבות של המחוקק, והוא הקובע את המחיר בעבור השימוש ביצירה הזו. **זוהי רגולציה**. מדוע קבעו זאת? היה חשש, שהמו"ל וחב' התקליטים ירכשו מונופול בשוק המוסיקה. תמוה. באנגליה זה כבר לא קיים, בארה"ב פחות או יותר כן.

זהו מנגנון שמפקיע את ההגנה הקניינית ומחליף אותה בהגנת אחריות (Liability Rule vs. Property Rule).

המאמר של קלברזי ומלמד מדבר על כך. הם חילקו את כל ההגנות המשפטיות ל-3:

אחת: קניינית.

שנייה: אחריות.

שלישית: אי-עבירות (Inalienability Rule).

כידוע, **בקניינית**, הסעד הקלאסי הוא צו **מניעה**, שלאחריו יש מו"מ, כדי שבכל זאת נגיע למחיר מוסכם בו יעשה שימוש בקניין.

באחריות, הזכות הקניינית מופקעת למעשה והמחוקק קובע זכות לפיצוי שמתקבלת ע"י גורם שופט כלשהי – סעד קלאסי של **פיצויים**.

אי עבירות זהו כלל יותר נדיר, וקשור לנכסים נעלים שלא נרצה שתהיה יכולת בלתי מוגבלת על עבירותם (למשל זכות האדם על גופו).

רישיון הכפייה, מעביר ההגנה על זכויות היוצרים מרמה קניינית להגנת אחריות – אתה מקבל פיצוי ששיעורו קבוע מראש בחוק.

יש לציין, שבארה"ב רוב העסקאות הקשורות קובעות סכום שהוא בצל הסכום הסטטוטורי, אך הוא קצת פחות מסכום זה – זאת כנראה עקב כוחם של כוחות השוק. כלומר, דה-פקטו, הסכום הוא דיספוזיטיבי, שהרי אם מתנים עליו, לא תובעים; אך אי אפשר לעלות מעליו – **נקבעת גם חובה להרשות, וגם תקרה לבעלי הזכות על הרישיון, ברישיון הכפייה**.

II. הקלטות ביתיות:

בארה"ב חריג זה לא קיים.

בישראל – חריג זה קיים. בשנת 1996 תוקן סעי' 3ג' לפק' זכויות יוצרים, 1924.

ג. שימוש פרטי וביתי (תיקון: תשנ"ו)

לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים לטבוע או לשעתק יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות.

ברור שהשימוש צריך להיות פרטי, בית ולא מסחרי. אך מונח המפתח הוא המונח "קלטת". זה מוגדר בסעי' 3ב':

ב. הגדרות (תיקון: תשנ"ו)

"קלטת" - התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב;

ואם התקן המיועד לשימוש במחשב אסור - מה כן מותר? קלטות וידאו! מה מוצא באופן וודאי: כוננים והתקני זיכרון למיניהם. אך לגבי תקליטורים למשל - יש שאלה, כי הם אינם מיועדים רק לשימוש במחשב. אולם, בסעיף לא מדובר על רק", ולכן **ייתכן שאסור. לעניין זה כמה גישות פרשניות.**

אם נגיד שמותר תקליטורים, אז הדרך מפה להפצה היא קצרה מאוד (וזה כמובן אסור). לכן, **לדעת המרצה, ביהמ"ש לא יתירו זאת.**

• האם ניתן להתגבר על ההגנות ע"י תנייה חוזית (למשל: בתנאי מכירת סרט לקהל)? התשובה אינה ברורה בישראל, ואם ניתן - זאת סוגיה מעניינת, האם ההגנות קוגנטיות או דיספוזיטיביות - התשובה לא ברורה.

○ ברוב המדינות, נחקקו הדברים וההסדרים הללו כדי לפצות את בעל זכויות היוצרים על אובדן ההכנסה עקב הסייג דלעיל, וזאת ע"י קביעת היטל על הקלטות וציווד הקלטה - ואת הכסף מעבירים לבעלי זכויות היוצרים. זה הוא כלל טוב, כי מי שמשלם אותו הוא אכן מי שמקליט (בד"כ).

• **ייחודו של הדין הישראלי:**

1. אצלנו, לא מוטל היטל. הוחלט להעניק 5% מסך התקבולים על מכירת קלטות לבעלי זכויות היוצרים. כלומר, זה נעשה ללא היטל, ובאופן גורף.
2. על אף הכלל הנ"ל, לא העבירו כספים, עד ימינו, לאף אחד.

III. ציור וצילום של יצירות "מלאכת אומנות":

למדנו שפסלים ובניינים מוגנים, ואף ראינו עיסוק ברמת הזכות המוסרית בעניין - אם כן, מדוע מותר לנו לצלם אותם - עקב חריג זה שקבוע בסעי' (III)(1)2 לחוק זכויות יוצרים, 1911:

(III) עשייתם או פרסומם

של ציורים, שרטוטים, פיתוחים, או צילומים של יצירת פיסול או מלאכת-אמנות,

אם דברים אלה נמצאים באופן קבוע במקום או בבנין ציבורי,

או עשייתם או פרסומם

של ציורים, שרטוטים, פיתוחים או צילומים (שאינם מסוג שרטוטים או תרשימים אדריכליים) של כל יצירה אדריכלית אמנותית;

מדובר כאן בסייג שנוגע לעבודות מלאכת אומנות - כגון פסלים, ציורים ובניינים אשר:

- א. מוצגים דרך קבע.
- ב. במקומות ציבוריים.

א. "דרך קבע":

הבעיה היא תערוכות מזדמנות, והיה פסק דין בו נתבע צילם עבודות שהוצגו בחלון ראוה של חנות, ונקבע שזו לא תצוגת קבע - ולכן החריג לא חל, ונאלץ הנתבע לשלם.

השאלה היא – מה עם תצוגות מזדמנות במוזיאונים (אך בד"כ יש תניה חוזית בכלל, שאסור לצלם, וזה תקף)?

ב. "במקומות ציבוריים":

מהו מקום ציבורי? בד"כ אומרים שזהו מקום שפתוח לציבור, ללא תשלום.

בארה"ב: החריג המקביל מדבר על עבודות שמוצגות במקום בו ניתן לראותן ממקום ציבורי – כלומר החריג רחב יותר. **לדעת המרצה זו גישה, על דרך ההרחבה, שהיא טובה יותר. הסיבה לטיבה הרב:**

1. אם נגיד שזה מפר, אז אנחנו גוזרים על הצבור גזירה שהוא לא יכול לעמוד בה (אסור לצלם עבודה שמוצגת, במקום שניתן לראותו ממקום ציבורי).
2. בכל מקרה של נזק, מבחינת ניתוח כלכלי של הסיטואציה, ניתוח כלכלי של המשפט, צריך להטיל את הנזק על המונע הזול ביותר. רבים מתקוממים על גישה זו, ובמיוחד כשמדובר על תאונות ועל נזקי גוף, אולם, בסיטואציה שלנו, 2 צדדים שיכולים למנוע נזק שהוא כמעט וכלכלי גרידא – אחד מהם הוא הציבור, שלא יצלם, והשני הוא בעל זכות היוצרים, שלא יציג את עבודתו בציבור. הטענה היא, שצריך להטיל על בעל הזכות את החובה להקטין את הנזק, למנוע אותו – מכיוון שיש פער באינפורמציה – אנו מניחים שהציבור יודע חוק, אך זה לא כך. ולעומת הציבור, לבעלי זכויות היוצרים תמריץ לדעת מהן זכויותיהם – ולכן צריך להטיל, עקב פער מידע – את המניעה על בעל הזכות (ומספיק לשים שלט בלבד, שהצילום אסור).

החריג הכללי החשוב מכולם:

שימוש \ טיפול הוגן (אנגליה: טיפול הוגן, ארה"ב: שימוש הוגן).

בניגוד להגנות שדנו בהן עד כה, הספציפיות והמתייחסות לעבודות ספציפיות ולזכויות ספציפיות, הגנת השימוש ההוגן חלה על כל העבודות המוגנות, ועל כל הזכויות.

דוקטרינת השימוש ההוגן פותחה במקור ע"י ביהמ"ש של דיני היושר באנגליה, כהגנה או פריבילגיה העומדת למפירים של זכויות יוצרים ביצירה מוגנת. מעצם היותה טענת הגנה, היא תועלה רק לאחר שהוכחה ההפרה, והנטל הוא על הנתבע (בדיעבד, והנטל על המפר).

הדוקטרינה מכשירה שימושים מסויימים, שבלעדיה, היו נחשבים ללא ספק להפרות!

- דוקטרינה זו נותנת בידי המשתמשים כוח לנטילה פרטית של קניין רוחני – בד"כ אין לנו מצב של הכשרתה של נטילה פרטית. בד"כ כוח זה נתון למדינה – בדמות של הפקעה.
- בנוסף, אין חובת פיצוי, אין צורך לפצות – וזאת בניגוד להפקעה. זהו כוח אדיר בידי המשתמש.

• מהי ההצדקה למצב של קיומה של דוק' שימוש הוגן?

יש 2-3 הצדקות עליהן ניתן לחשוב:

1. **עלויות עסקה** (Wendy Gordon) – לעיתים ישנם שימושים בעבודות מוגנות אשר לגביהם עלות השגת הרישיון מבעל הזכות גבוהה משווי ההרשאה למשתמש. לדוגמט: ציטוט מתוך ספר לימוד אנגלי בעבודה סמנריונית בארץ – שווי הציטוט קטן מעלות העסקה של השגת הרישיון להשתמש בציטוט מאנגליה. במצב כזה העסקה לא תמומש לעולם. השימוש ההוגן מתיר למשתמש לצטט, ונוצר מצב של "זה נהנה, וזה לא חסר". הכיצד? מדוע בעל הזכות לא חסר? כי הוא לא היה מקבל את הכסף עבור הרשות ממילא.
- אין מנשק חוזי, לא הייתה כלל יכולת לכרות עסקה כאן כלל ועיקר – זה לא שווה למשתמש, ואם הוא ישתמש בקניין הזה, במילא הבעלים לא חסרים.

הבעיה בהצדקה זו: צריך להבחין בכל מקרה לגופו – לכן צריך כלל משפטי שיפריד בין המקרים בהם באמת הבעלים לא חסר, לבין המקרים בהם הוא חסר (והבחנה טובה היא ההבחנה בין שימוש מסחרי לשימוש לא מסחרי).

הבעיה השניה בהצדקה זו: היא לא מסבירה מדוע אין חובת פיצוי. פרופ' פרחומובסקי עונה שאין אפשרות יעילה וזולה מספיק לקבל פיצוי זה (התביעות יקרות) – הכלל גורף מדי, אך אין דרך למנוע את תחולתו.

דהיינו: ביקורות על הצדקה זו:

א. שווי השימוש למשתמש ועלויות העסקה אינם ידועים לביהמ"ש – אין דרך לדעת זאת, ולכן אי אפשר להשוות בין הצדדים ובין השימושים, ולדעת האם העסקה תצא לפועל או לא, כשאין דוקי שימוש הוגן. ב. הדבר דורש הכרעה לגבי כל מקרה ומקרה בנפרד. ג. עלויות העסקה משתנות כל הזמן, ובעיקר עקב טכנולוגיה (טלפון מול אינטרנט, בשביל המשתמש; תפריט חוזי עם אפשרויות מחיר ומוצרים שונים בשביל בעל הזכות מוזיל עלויות אף הוא).

2. החצנות – הנכס בו מדובר הוא אינפורמציה; עבודות או יצירות הן אינפורמטיביות. מטבעה, האינפורמציה היא נזילה; עוברת לאנשים שלא שילמו עבורה. כך נוצרות החצנות – ואם נרצה – Free riders. המשתמש, כאשר הוא מחליט אם לרכוש זכות או לא, הוא לא לוקח בחשבון את התועלת לחברה כולה אלא רק לעצמו – ולכן שווי העסקה למשתמש יהיה תמיד נמוך באופן משמעותי מהשווי לציבור כולו. במצב כזה, העסקה לא תצא לפועל למרות שזה שווה לחברה בכללותה. ולכן, בא ה**חריג של שימוש הוגן להביא לכך ששימוש ביצירות כאלה יהיה אפשרי, אחרת לעולם לא יהיה שימוש כזה והחברה תפסיד** (אף פרט לא ישלם את המחיר הגבוה, אף כי לציבור כולו זה משתלם – לכן שימוש הוגן הוא הפירון הדרוש). למשל – אם ערוץ 1 לא יכול לשלם על המונדיאל, או בדוגמה נכונה יותר, על קלטת רצח רבין, אך היו משיגים את הקלטות איכשהו, והיו משדרים – ייתכן שהיו מכריעים שמדובר בשימוש הוגן. ביקורת: אך גם פה, לא יודעים את כל השווי.

3. חלוקה – הצדקה המתמקדת בחלוקה. כיוון שהגנת זכויות היוצרים מנכרת ומונעת גישה ליצירות, נרצה לאזן זאת איכשהו ונשתמש בחריג השימוש ההוגן כדי להקל על אלה שאין להם כסף, כי הם הכי נפגעים מהעלאת המחירים.

הבעיה בהצדקה זו: לא נראה שהדוקטרינה עוצבה על פי ההגיון החלוקתי.

• הדין:

החריג מעוגן בסעי' 2(1)(I) לחוק, והוא מציב 2 דרישות סף:

1. מבחן המטרה – שימוש הוגן יכול להתקיים, אם מתבצע לאחת מ-5 המטרות שבחוק:
 - a. לימוד עצמי.
 - b. מחקר.
 - c. ביקורת.
 - d. סקירה.
 - e. תמצית עיתונאית.
 זוהי רשימה מאוד צרה ומצומצמת.
2. מבחן אופי השימוש – מבחן ההוגנות. גם אם אני משתמש לשם אחת המטרות, הנ"ל עצמן לא מספיקות, ויש לעמוד בקריטריון ההוגנות.

בפ"ד מפעל הפיס נקבע שהמבחן השני חשוב יותר. זו נראית קביעה משמעותית, אך עדיין צריך את קיום המטרות – הדבר שאולי ניתן ללמוד מפסק דין זה, הוא על גמישות פרשנית אפשרית בנוגע למטרות.

המטרות: א. מבחן המטרה.

1. לימוד עצמי – חריג זה מתיר להעתיק קטעים מיצירות לשם לימוד עצמי. הדגש הוא על עצמי, ולכן נראה שמוסדות חינוך לא יכולים לנצל מטרה זו כדי לשכפל חומרים לתלמידים. באופן פורמאלי, זוהי סוגיה שלא הוכרעה בישראל.

בחו"ל נקבע על מרצה באוניברסיטה שהורה לצלם חומר, שאין זה שימוש הוגן (פ"ד MDS).

אפשר לראות הצדקה אחת להרחבת הלימוד העצמי, דרך חוק זכויות מבצעים ומשדרים: סעי' 4 מתיר לעשות שימוש בשידורים לשם הוראה שלא למטרות רווח; לכן, הרחבת המונח "לימוד עצמי" לשימושי הוראה, תסייע ליצור הרמוניה חקיקתית.

2. מחקר – זהו חריג רחב יותר המאפשר לכל הפחות עבודה בצוות – שיתוף חומרים מחקריים במסגרת המחקר. ניתן לפרש "מחקר" בשלושה פירושים:

a. רחב מאוד – כל עוד אני עוסק בפעילות מחקרית כלשהי, מותר לי להשתמש באיזו יצירה שאני רוצה (גם בסרטים, במחקר משפטי).

b. רחב – כל עוד המחקר קשור באופן כללי לעבודה המוגנת, מבחן המטרה מתקיים (למשל: חוקר קולנוע שמפיק סרט, יכול לכלול בסרט המחקרי שלו קטעים מסרטים אחרים).

c. צר – המחקר צריך להתמקד בעבודה עצמה בה אתה משתמש.

פרופ' פרחומובסקי: בעד הגישה הרחבה, ובפ"ד **בס נ' "כתר" הוצאת ספרים (שלוס)** נדון ספר תרבות ונוסטלגיה משנות ה-50 במד"י, ובמסגרתו שעתק עבודות של היוצר בס, שהיה צייר ואומן קריקטורות, ונטען שזוהי הפרה. טענו לשימוש הוגן, והשופט שחר בחר בפרשנות **המרחיבה**, ונקבע שדרישת המחקר במקרה זה מתקיימת.

3. ביקורת – המונח הזה זכה לפרשנות מרחיבה במספר פסקי דין – בפ"ד **גבע** הורחב המונח של ביקורת בכמה דרכים:

א. דחו גישת המחוזי, וקבעו כי **ביקורת לא חייבת להיות שלילית** – הגישה היא שכל אמירה שמאירה יצירה באופן חדש, יכולה להיחשב לביקורת.

ב. גם **פארודיה וסאטירה נחשבות לביקורת** (פארודיה: מתייחסת לעבודה עצמה; סאטירה משתמשת בעבודה לשם ביקורת בנושא אחר).

לעומת זאת, בפ"ד **קימרון** הנתבעים טענו שהם כיוונו בספרם להביע ביקורת על המונופול המחקרי של של קימרון וחבורתו בעניין פיענוח מגילת "מקצת מעשה תורה". הטענה נדחתה מכיוון שהם לא הביעו ביקורת על **היצירה עצמה** (כלומר, זהו הפירוש הצר – היו צריכים לבקר את היצירה עצמה ולא באופן כללי את קימרון).

4. סקירה – Review – החריג מאפשר כנראה שימושים נרחבים יותר מדיון מחקרי ביצירות – מרחב הסקירה תלוי בפרשנותנו למונח מחקר. אם נפרשו באופן רחב, אזי הסקירה מתייחסת – אך בעצם לא, שכן אולי יש לה תפקיד אחר, סקירה כללית לעומת מחקר ספציפי.

בפ"ד בס נ' כתר נטען שהיצירות הובאו לשם סקירת התקופה.

בפ"ד (מחוזי) הארץ נ' בגס: השופט זפט דחה טענת שימוש הוגן במקרה בו הנתבע ליקט ופרט בכתבותיו אותן הפיץ, קטעים של כתבות מלאות מעיתונים שונים. השופט זפט קבע שזו לא סקירה, שכן סקירה מחייבת תיאור כולל של עניין, תמצותו, הבאתו באופן שונה וכו'. **לפסה"ד הזה יכולות להיות השלכות לגבי ליקוט ידיעות עיתונאיות באינטרנט!**

5. תמצית עיתונאית – זהו מונח צר יותר מסקירה, ובו מדובר על דיווח במסגרת הליך חדשותי. זה עלה בפ"ד **קימרון**, בו טענו שהצגת הנוסח המפוענח היא בגדר חדשה לציבור. ביהמ"ש דחה זאת ואמר שהם לא התכוונו למסור חדשה לציבור, וממילא לא מתקיים **יסוד התמצית** הדרוש בהליך חדשותי, כי נוסח המגילה הובא במלואו.

ההוגנות: ב. מבחן אופי השימוש, ההוגנות.

בפ"ד גבע חלה התפתחות חשובה בעניין זה, השופט מלץ ייבא את הדין האמריקאי (סעי' 107 לחוק האמריקאי) ובמסגרת מבחן זה ישנם 4 מבחנים עזר:

1. מטרת ואופי השימוש ע"י הנתבע, לרבות אופיו המסחרי של השימוש – אם **מסחרי**, זה נגד השימוש ההוגן.
2. טבעה של יצירת התובע – בפרט האם היא בעלת אופי **עובדתי** – אם כן, אז זה בעד שימוש הוגן.
3. **היקף הנטילה** ע"י הנתבע – מבחן יחסי, כמותי+איכותי.
4. **השפעת הנטילה** (אם תוכר כהוגנת) על השווי הפוטנציאלי של עבודות התובע.

היישום בפ"ד גבע: דודו גבע הכניס דמות בשם "מובי דאק" שנראית כמו דונאלד דאק לספר שלו, תבעו אותו מטעם דיסני על הפרת זכויות היוצרים בדמות. דודו גבע, מה שעשה, היה לשנות קצת את דמות דונאלד דאק, להוסיף לה תלתל וכובע. חשוב להדגיש, שהוא לא העתיק את הסיפורים, אלא את הדמות עצמה.

השופט מלץ, בניתוח מדויק (אם כי בתוצאה שגויה):

1. מציב את העימות בין זכויות הקניין לחופש הביטוי, ומסביר: דוק' השימוש ההוגן, היא מכשיר איזון בין הזכויות.
2. בנוסף, השופט מלץ מרחיב את חריג ה**ביקורת**.
3. מאמץ את הגישה האמריקאית להוגנות, שהיא מרחיבה יותר מהאנגלית. ומיישמה:
 1. מטרת ואופי השימוש – מסחרית – זה נגד השימוש ההוגן. אך כיום אין לתת לזה משקל רב מדי, כי כיום הכל מסחרי.
 2. מלץ מזהה פה גם יצירתיות ותרומה לחברה (יצירת קולאז') – וזה בעד. כמו"כ, מדובר פה גם על סאטירה חברתית מסויימת – זהו נימוק בעד. אולם, אין ביצירה הזו כל ביקורת על דמות דונאלד דאק, אלא זוהי סאטירה חברתית כוללת, שהיא מטרה ראויה, אך דונאלד דאק עצמו לא מקדם את הביקורת החברתית הזו כשלעצמה. זה לא מספיק שהוא מצחיק או מעניין.
 3. היקף השימוש – הדמות נלקחה במלואה – היקף גורף, ולכן השיקול היה במקרה גבע, כנגד החלת הגנת השימוש ההוגן.
 4. השפעה על השוק – אין כמעט השפעה על השוק, והשיקול כאן הוא בעד השימוש ההוגן.

בסופו של יום: מבחן המטרה התקיים בפ"ד גבע, אך מבחן ההוגנות לא התקיים, ולכן דודו גבע הפסיד את המשפט כנגד דיסני.

המשך - שימוש ההוגן:**המשך פ"ד גבע וניתוח ההוגנות:**

1. מטרת ואופי השימוש – הפרמטר הראשון, יש בו 2 פנים:
- א. **האם השימוש מסחרי או לא** – כאשר השימוש הוא מסחרי, תקטן נטיית בתי המשפט להכיר בשימוש כהוגן, והדברים אינטואיטיביים – מי שעושה ביצירה שימוש מסחרי, עליו לשלם עליה.
- ההצדקה של עלויות העסקה, עלויות ההתקשרות לסטודנטים למשל – יש הנחה שכאשר מדובר בחברה מסחרית (IBM שרוצים חומר), שווי ההתקשרות מתגמד לעומת הרווח שלהם.
- אולם, הדגש עבר מהמסחריות לפן הבא: טרנספורמטיביות.
- ב. **האם השימוש טרנספורמטיבי או העתקה גרידא** – האם הנתבע עיבד את היצירה המוגנת, או שהנתבע אך העתיקה.
- ולמה? העתקה של ספר שכבר קיים – אין תועלת לעולם הביטוי! מדוע שהחברה תיתן גושפנקא לכך? ביצירה משלך, טרנספורמטיבית, יש תרומה לחברה.
- השימוש של דודו גבע**: הוא טרנספורמטיבי לעילא ולעילא.
2. טבעה של היצירה – בעבודות עובדתיות או דוקומנטריות, לציבור יש עניין רב. לדוגמה: אותו סרט וידאו של רצח רבין. היה מקרה בארה"ב לגבי הסרטו של רצח קנדי. חוקר השתמש ב-frames מאותו סרט (פרשת Geis – שנות השישים) – נקבע שהיה שם שימוש הוגן, וזאת מכוח זכות הציבור לדעת בחב' דמוקרטית.
- זאת להבדיל משירים או ביטויים בידוריים, לגביהם הנטייה להכיר בשימוש הוגן פחותה יותר.
- טבעה העובדתי של היצירה – הוא שיקול שיקול **בעד שימוש הוגן**.
- בפרשת גבע**: אין עבודה עובדתית, ולכן אין עניין לפסוק שימוש הוגן לגבע, כי דונאלד דאק אינו יצירה עובדתית.
3. היקף הנטילה - מימד כמותי ואיכותי, פורפוציונאליות – כמה מן העבודה המוגנת, הן כמותית והן איכותית, נטל הנתבע. לעיתים די בנטילה קטנה יחסית כמותית, אם היא נוגעת ללב היצירה המוגנת.
4. השפעת הנטילה אם תוכר כהוגנת, על שווי העבודה המוגנת – **ככל שהשפעה גדולה יותר ושלילית, ייטו בתי המשפט לא להכיר בשימוש כהוגן**.
- יש כאן שאלה של תמריץ: ככל שהפגיעה קשה יותר, כך קטן התמריץ ליצור יצירות עתידיות. יש קשר בין המבחן-העזר הראשון, של מסחריות, למבחן הרביעי – ככל שיש מסחריות רבה יותר, סביר להניח שהשפעה שלילית יותר.*
- בפרשת גבע**: מלץ בחן את המבחנים:
1. הוא ראה שהשימוש טרנספורמטיבי.
 2. לא אמר הרבה על שיקול 2.
 3. על 3 הוא הרחיב – הוא הגדיר את הביטוי המוגן, ודן בדמות דונאלד דאק עצמה, לא בעלילות דונאלד דאק – הייתה כאן נטילה רחבה מאוד של הדמות עצמה.
 4. לגבי המבחן הרביעי – ההשפעה הייתה מזערית.
- אולם, בכל זאת דודו גבע הפסיד – למרות שמלץ נזקק למבחנים האמריקאים, הוא אומר את הדבר הבא:

הוא מכיר בשימוש של דודו גבע כשימוש סאטירי למטרת ביקורת [האגף הראשון של מבחני השימוש ההוגן – המטרות] (ביקורת מוגדרת כעניין רחב).

אולם, הוא אומר שדונאלד דאק לא היה הכרח – ניתן היה לבחור בכל דמות שהיא.

מעל לכל – הוא מוסיף מבחן זיקה – מבחן הגיוני מאוד, ואין לזלזל בו: "מה קשור דונאלד דאק"?
- יחד עם זאת, המרצה סובר שביהמ"ש היה בנקל מעניק שימוש הוגן לדודו גבע: ומדוע?

ניתוח כלכלי טהור וניתוח מדיניות, מביאים לנימוקים הבאים:

השיקול הראשון, שימוש טרנספורמטיבי

1. ראשית, אין ספק שמדובר כאן בשימוש **טרנספורמטיבי** – **סאטירה**.

סאטירה, לצורך הניתוח המשפטי – מקרה בו נעשה שימוש ביצירה מוגנת, כדי להביע ביקורת על תופעה מסוימת שהיא חיצונית ליצירה. רוב הדברים – "ארץ נהדרת" וכו' הם החלת סאטירה על המציאות הישראלית;

פארודיה, היא שימוש ביצירה מוגנת כדי לבקר את היצירה עצמה, זה מצומצם יותר). בארה"ב יש נטיה להכיר בשימוש רחב מאוד בפארודיה – כי צריך להתמקד ביצירה עצמה, ובמקרה הזה יש משום דוגמה קלאסית **לכשל שוק**: איש לא יתיר לאחרים לעשות פארודיה מיצירתו! מאידך, בכל אותם מקרים של פארודיה או ביקורת, כדי שהיא תהיה אפקטיבית, אנחנו לא רוצים צנזורה – לא רוצים שרק מי שקיבל אישור יעשה פארודיה – כי אז תהיה "ביקורת מטעם". למען הפארודיה האפקטיבית, מעדיפים שהיא תחסה תחת כנפי השימוש ההוגן, משום שאז מגיעים לביקורת אמיתית ומלאה. בארה"ב, למונח פארודיה יש נפוצות רבה מאוד – הסיכוי משופר באופן ניכר לזכות בשימוש ההוגן, אם נופלים תחת הכרה זו.

בארה"ב לא נדרש **אפקט קומי**: פ"ד **Suntrust Bank** – עסקו שם בספר **"חלף עם הרוח"** (מרגרט מיטשל), אשר הוא סיפור שמצייר באופן רומנטי את הדרום בתק' העבדות בארה"ב, את ההרס שנגרם שם במלחמת האזרחים בשנות ה-90 נכתב ספר בשם "הרוח חלפה ונמוגה" (אליס רנדל) – מה שהיא עשתה, היא ביקשה לספר את עלילת חלף עם הרוח מנק' ראותם של העבדים השחורים בסיפור, וע"י כך למסמס את האופי הרומנטי של החיים בדרום. להציג את הדברים באור אחר. היא נתבעה על הפרת זכויות יוצרים: השתמשה בדמויות, בסצנות, בדיאלוגים מסויימים – היא הפסידה בערכאה הראשונה, הפצת הספר נאסרה – ואז בערעור הספר הוכר כשימוש הוגן משום שהעבודה הוכרה בפארודיה על חלף עם הרוח. זאת למרות שלא היה כאן ניסיון קומי, ליצור שעשוע. נהפוך הוא, הייתה כאן ביקורת נוקבת על תופעה היסטורית כפי שתוארה בספר קודם.

ברור שספר הברווז אף הוא אינו פארודיה – גבע לא ביקש לבקר את דונאלד דאק, הספר הוא **סאטירה**.

אלא שההבדל הוא שסאטירה אצלנו, בפ"ד גבע, זוכה למעמד כשל הפארודיה בארה"ב. יש כאן הבדל עקרוני חשוב: כשמדובר בפארודיה, צריך עבודה אחת ספציפית (חייבים את חלף עם הרוח, אי אפשר להשתמש בקופיקו); לעומת זאת בסאטירה יש מבחר עבודות רב בהרבה. אולם, גם שם יש את הבעיה בפארודיה – לאיש בדיסני אין עניין לתת אישור לאדם כמו דודו גבע להוציא את ספרו. **כשל שוק**: דיסני מאוד מקפידים על ערכי-המשפחה, הם משגיחים על זכויות היוצרים וכל סכום מדודו גבע לא היה משפיע עליהם. הם לא רוצים לאפשר זאת, לא רוצים להתחיל לפקח על מובי דאק ואביו דודו גבע. כך שיש כאן כשל שוק: מו"מ לא היה מניב חוזה כאן.

2. ויחד עם זאת, צריך לזכור, שדודו גבע עשה ספר מסוג קולאז' – דן בברווזים מסויימים מכל העולם – ובכל פעם שמנסים להשיג זכות קניין באופן סדרתי, קמה "בעיית הסחטן": HoldOut – כל אחד מבעלי הקניין מנסה להמתין עד הרגע האחרון בשביל לסחוט את הקונה. יש לבעלי הקניין כוח ווטו, והם יכולים להכשיל את כל הפרוייקט. לכן, יש בקרקעות הפקעה, ובזכויות היוצרים יש שימוש הוגן. כל הספר התמסס לדודו גבע, ברגע שהוא לא קיבל אישור. הטעם היה נפגם.

השיקול השלישי, שיקול היקף הנטילה: אפשר להתווכח – האם ניטלה הדמות לגמרי.

השיקול הרביעי, לגבי הפגיעה בדיסני מיצירת ספר הברווז: ההשפעה אפסית לדעת המרצה. ניתוח כלכלי של הפגיעה: המרצה מסביר שיש הבדל בין מוצרים **תחליפיים**, אשר אם מציעים אותם, הם פוגעים במהדורה המקורית, שהיא כנראה יקרה יותר; לבין מוצרים **משלימים**, המוצרים המשלימים יכולים אף להעלות את שווי השוק של העבודה! הספר של אליס ראנדל, הרוח חלפה ונמוגה – מכירה במקביל של שני הספרים, כשמתייחסים לסיפור כאל ספר המשך, יכולה להעלות את השווי. הספר של דודו גבע, כפי שתוכנן, אין לו שום השפעה על הכנסות דיסני – אין כאן פגיעה בתמריץ;

העניין שמדגיש המרצה: אם היה מוכר כאן שימוש הוגן, לא הייתה שום פגיעה בדיסני, ובנוסף היינו מקבלים את דודו גבע ויצירתו. ביהמ"ש לא שינה דבר לדיסני, הוא פשוט פגע בדודו גבע שלא העניק את הביטוי שלו לציבור.

סיכום הביקורת על פ"ד דודו גבע: ניתוח כלכלי יותר זהיר, מדגיש המרצה, יש בו כדי לשנות את התוצאה.

לגבי מבחן הזיקה: בגלל שמדובר בביטוי, ויש ערך לאינפורמציה ולתרבות-פתוחה, אין מה להקל ראש במבחן הזיקה. הגיונו של המבחן: "למה דונאלד דאק בשביל לבקר את החברה הישראלית?" "מה עניין שמיטה להר סיני?" מדוע שנרחף בזוהר של דיסני כשאנו מבקרים את הישראליות?

התשובה היא תרבותית, לדעת המרצה: יש עבודות שהן נכסי צאן ברזל תרבותיים, ויש להן השפעה על הציבור. דונאלד דאק הפך לנכס תרבותי, גם בישראל. כשאין פגיעה אמיתית ביוצר, בדיסני, והפגיעה היא מדומה, אפשר היה לקבל את אינטרס הציבור ולאפשר פרסום היצירה. זה היה ספר שלא פגע בדמות, לא הייתה לו משמעות שלילית.

אך במבחן הזיקה ההדוק של השופט מלץ, היה בכדי לגבור על השיקולים האמריקאיים, ולא הוענקה הגנת השימוש ההוגן.

למרות אימוץ המבחנים האמריקאיים והחלתם בערכאות בישראל, מבחן הזיקה הוא אלמנט ישראלי הנוסף עליהם שעשוי לשנות את התמונה.

פ"ד Roy Export, מפעל הפיס:

עובדות: מפעל הפיס השתמש בדמות הנווד של צ'רלי צ'פלין, דמות הנווד גולמה ע"י ספי ריבלין. הם השתמשו בקטעים משלושה סרטים:

- "הנער" – צ'רלי צ'פלין מתקן חלונות וילד קטן שובר לו את החלונות.
- "הבהלה לזהב" – אכילת הנעל בתוך צריף.
- "זמנים מודרניים" – הניסיון להפעיל את פס הייצור.

בעלי זכויות היוצרים של צ'רלי צ'פלין קמו על מפעל הפיס בטענות:

1. גם הפרת זכויות בדמות עצמה 2. וגם הפרת זכויות בסצנות מסרטי צ'רלי צ'פלין.

מפעל הפיס לא הצליח עם טענת שימוש הוגן בביהמ"ש המחוזי.

בעליון: השופט טירקל חוזר על המסקנה שהייתה הפרת זכויות יוצרים, ודן בשימוש ההוגן: מזכיר לנו את מבחני העזר:

- א. מבחן המטרה.
- ב. מבחן האמצעי (ההוגנות).

א. המטרה שנטענה הייתה שמדובר בביקורת. טענת מפעל הפיס בעניין זה נדחתה – השופט טירקל אומר שלביקורת יש לתת פרשנות רחבה. אולם, מפעל הפיס אמר שהשימוש שלו הוא **פארודיה** או **סאטירה**, העושה שימוש בדמות צ'פלין כדי לעקוץ את **הסמל התרבותי של העוני**. הטענה מגוחכת לדעת המרצה.

לגבי המטרות נפסק שאין כאן ביקורת: שפירסומת מעצם טיבה אינה במה לביקורת. כמה שההגדרה של ביקורת רחבה (גבע) היא לא חלה כאן. קשה לראות כיצד השימוש של מפעל הפיס בדמות הנווד לצורך פרסומת, מהווה איזו שהיא ביקורת על היצירה או על תופעה חברתית.

ב. מבחן ההוגנות: ביהמ"ש המחוזי קבע, שטיפול מפעל הפיס לא היה הוגן, משום שמפעל הפיס מנפיק תוכניות הימורים, ומפיק מכך רווח רב (יש כאן קשר למבחן העזר האמריקאי הראשון, של מסחריות, בתוך מבחן ההוגנות). השופט טירקל לכאורה דוחה זאת, הוא אומר: אין צורך להיכנס לבחינת מטרותיו של מפעל הפיס; לדידו השימוש אינו עומד במבחן ההגינות, משום שהשימוש נעשה לצורכי פרסומת שנועדה להגדיל את רווחי מפעל הפיס מהגרלות לוטו שהוא מקיים.

זוהי אמירה לא ברורה: מחד, טירקל אומר שהוא לא יכנס למטרות מפעל הפיס, האם טוב או רע לחברה; מאידך הוא תוקף את המטרה של הגדלת הרווחים. המסחריות אינה משרתת את מטרות השימוש ההוגן, אין הפרסומת המסחרית נופלת בגדר ביקורת פארודית או סאטירית.

השופט טירקל אומר, שהעובדה שהשימוש כאן נועד לקדם מטרות חברתיות, אין בה כדי להלבין את החטא. זה שמפעל הפיס עושה למען החברה הישראלית, אין בכך להלבנת החטא. **לא מוכר שימוש הוגן: המערערים לא הרימו את הנטל שהוטל עליהם.**

הערות המרצה:

- מדוע בעצם לא צריך היה להכיר כאן בשימוש הוגן? מדוע לא לקבל טענת מפעל הפיס, שהוא תורם לציבור? מפעל הפיס מקדם פרויקטים חברתיים, מתנ"סים וכו'.
- זאת משום ששימוש הוגן הוא **סובסידיה** שנותן יוצר מוקדם, ליוצר מאוחר – היוצר המוקדם נותן ליוצר המאוחר תרומה. לגיטימי להשתמש בסובסידיה הזו, בהליך ההעברה הזה, כאשר המטרה המקודמת היא העשרת הביטוי. כלומר, כשמדובר בעבודה מאוחרת, **טרנספורמטיבית**, העשרנו את עולם היצירה: הסובסידיה מעשירה את עולם היצירה; לא מדובר על מטרותיו של מפעל הפיס (למרות שמטרותיו החברתיות חשובות וראויות) - אין סיבה לגלגל חלק מהעלות על בעל זכות יוצרים ספציפי כזה או אחר. לא לשם כך נוצרה הגנת השימוש ההוגן – זו נוצרה לשרת מטרה ספציפית אחת, והיא לשרת את עולם היצירה, את העשרת עולם הביטוי: לכן שונה מקרה גבע ממקרה מפעל הפיס – אין כאן לא ביקורת, לא סאטירה, ואין כאן יצירה טרנספורמטיבית-עיבודית.

הדיון ב"מהי היצירה המוגנת": יש בדיקה והגדרה של האלמנטים המוגנים: השופט טירקל אמר שגם הדמות, שגנבה במלואה, וגם הסצנות, שגנבו בחלקן, נפגע הקניין הרוחני בהם.

- שיקולים פסיקטיים נוספים בהכרת השימוש ההוגן, שעולים בישראל:
 - א. הפרת הזכות המוסרית. זה רע לשימוש ההוגן (פ"ד קימרון).
 - ב. חוסר תום לב. בתי המשפט גם בישראל וגם בארה"ב, מדגישים זאת כדבר ששולל שימוש הוגן. הדבר הזה בעייתי – אתה בין הפטיש לסדן – אם ניסית לפנות לבעלי הזכות ולא קיבלת מהם רשיון שימוש, והשתמשת – גנבת; אם לא ניסית לפנות לבעלי הזכות – יש בכך משום חוסר תום לב.

דיני הפטנטים**ההבדלים בין פטנטים לזכויות יוצרים:**

- א. פטנטים ניתנים רק בהמצאות שימושיות. השימושיות היא מכשול להשגת הגנת זכות היוצרים, וכפי שראינו, לא זוכה להגנה בזכויות יוצרים (אינטרלוגו במחוזי).
- ב. כדי לזכות בהגנת פטנט, יש להגיש בקשה לרישום פטנט ולקבל את אישור רשם הפטנטים (בזכויות יוצרים אין הליך רישום ובדיקה מהותית של היצירה; זוהי משוכה אמיתית לקבל ההגנה). רק בקשות שעומדות בתנאים הקבועים בחוק תאושרנה.
- ג. ההגנה מוגבלת לרשימת התביעות (Claims). כלומר – מוטלת חובה על מגיש הבקשה לפרט באופן מדויק את תביעותיו, והתביעות שתאושרנה בתום הליך הבדיקה, תקבענה את היקף ההגנה הקניינית על הפטנט. **בבחירת הפרה משווים את המוצר המפר לתביעות.** [לא משנה אם בפועל פיתחתי מוצר רחב ממה שתבעתי – רק על מה שתבעתי מוענקת לי הגנה. אם המצאתי כיסא מיוחד, ובפועל ייצרתי אותו עם בסיס נדנדה – יהיה מותר לייצר את בסיס הנדנדה בלי להפר, משום שבבקשת הפטנט לא נתבע הנושא של בסיס נדנדה].
- רשימת התביעות היא הדבר החשוב, היא לב העניין – כל התיאורים והפירוטים הם רק אמצעי עזר לתביעות. וחשוב לא לתבוע פחות מדי: אנו מנהלים מו"מ על התביעות מול רשם הפטנטים – צריך לדרוש הגנה רחבה כמה שיותר, ואז לרדת במו"מ מול הרשם. רשימת התביעות מגדירה את ההגנה, אין כאן תביעה כללית על הפרת זכויות יוצרים וקביעה של בית המשפט לפי שיקוליו.
- כאן בית המשפט אכן מפרש את התביעות, אך אי אפשר לכתוב הכל ולפתור דברים בדיעבד – צריך לדעת מלכתחילה, Ex ante, מה רוצים להשיג.
- ד. בבקשה צריך להראות את ה**חדש והמועיל**, את ה**התקדמות ההמצאתית** בהמצאה.
- ה. על הממציא להגיש בקשת הפטנט תוך פרק זמן מסויים מיום ההמצאה, אחרת הוא מסתכן באובדן הזכות להגנה.
- ו. לעניין ההפרה, הפטנט מופר ע"י כל אחד המייצר, משתמש או מוכר את ההמצאה, **אפילו אם הגיע להמצאה באופן עצמאי (אין כאן הגנת "המצאה עצמאית")**.
- ז. מספר ההגנות בדיני הפטנטים מצומצם ביותר – אין הגנה רחבה, דוגמת שימוש הוגן.
- ח. פטנט הוא טריטוריאלי יותר מאשר זכויות יוצרים, בהיותו דורש רישום וכו'.

פטנטים – יתרונות וחסרונות**החפיפה לסודות מסחריים:**

- לאדם הפשוט, הפטנט חשוב מאוד – וזוהי תפישה רומנטית חסרת בסיס במציאות. דרך טובה להבין פטנטים, היא ע"י השוואתם לסודות מסחר. הרבה מאוד ממציאים ואנשי-עסקים מוותרים על הגנת הפטנט ומסתמכים במקומה על סודות מסחר.
- מבחינת נשוא ההגנה, יש חפיפה מסויימת בין פטנטים לבין סודות מסחר.**
- יש סודות-מסחר שאינם זכאים לפטנט – למשל, רשימת לקוחות. אין דרך לקבל בה פטנט. תהליכי ייצור ושיווק הם שיפורים קטנים לעיתים שלא ניתן לקבל עליהם פטנט, והם סוד-מסחר.
- יחד עם זאת, יש תחום חפיפה מסויים, של המצאות שעליהן ניתן לקבל או סוד-מסחר או פטנט. למעשה, ברוב המקרים מעדיפים סוד-מסחרי על פטנט.
- אגב, יש גם פטנטים שביניהם לבין מסחר אין מגע.

אולם, רוב הדברים החשובים הם כאלה שהם חופפים:

- יש להבין: על הנוסחה של קוקה-קולה היה ניתן להשיג פטנט. אבל יוצרי הנוסחה, בעלי קוקה-קולה, העדיפו להידרש דווקא להגנת סוד-המסחר.
- בעצם, דיני הפטנטים במובן מסויים, מפרספקטיבת סודות-המסחר, מטרתם היא לגרום לממציאים להעדיף את הגנת הפטנט על סוד-המסחר.
- יש לפתות את הממציא לבחור בפטנט, ולא בסוד-מסחר.
- מדוע בפטנט? כי בפטנט הציבור מקבל את המידע; ובסודות מסחר הציבור לא מקבל את המידע.

התחליפות של סוד-מסחרי\פטנט:

- אלו הגנות תחליפיות: ככל שהגנת סוד-המסחר רחבה יותר, יש פחות תמריץ להידרש לפטנט (זהו מוצר תחליפי, ולא משלים, בהשאלה ואנלוגיה).

פרקטיות:

תחת הדין כפי שהוא עומד היום, לעיתים אין טעם להשתמש בסודות המסחר. לדוגמה: כיסא שהמצאתי – ברגע שאחשוף אותו לשוק, האינפורמציה נחשפת עם המוצר עצמו – אין טעם להשתמש בסודות מסחר! ויתרנו על הסודיות ואז אי אפשר לקבל את ההגנה – כל אחד בהנדסה חוזרת יכול לייצר את המוצר הזה. גם שעונים הם כאלה: אין בעיה להנדסה חוזרת. לכן, לפטנטים יש עדיפות ברורה על סודות מסחר בעניין זה.

הדדיות ויחסיות בין פטנט וסוד-מסחרי:

ככל שהגנת סודות המסחר טובה ורחבה יותר, כך יש פחות עניין בפטנטים. כלומר, יכולים היו לעשות חוק ששולל הנדסה חוזרת בסודות מסחר – אך כשלא עושים, הולכים לפטנט – הגבולות, העלויות והיחסים בין ההגנות הללו, הם הדדיים ומשפיעים רבות.

בדרך כלל, יש לחשוב על שני דברים כשחושבים על פטנט מול סוד-מסחרי:

- א. רוחב ההגנה – גבוה יותר למעשה.
- ב. עלויות – בוודאי גבוהות יותר.

לדוגמה: בפס יצור, במפעל, ניתן לשמור על סוד מסחר, לשמור על הפס ולמנוע אחרים מלראות. אך כשאני מייצר מוצר ומשווקו, סוד המסחר, שהוא לכאורה נצחי, עשוי להישבר תוך יומיים מרגע ההמצאה!

קוקה-קולה, כדוגמה בולטת, הוא לא מייצג בכלל: יש עלויות גם לשמירה על סודיות, בנקיטת אמצעים פיזיים ומשפטיים כדי לשמור עליה. כחלק מכך, נפגעת היכולת לשווק את המוצר.

לעומת זאת, בפטנט, ההגנה רחבה, אפשר להיחשף לאור השמש, אך העלויות גבוהות, ובנוסף, ההגנה בת 20 שנה בלבד.

המגבלות והחסרונות של דיני הפטנטים והגנותיהם:

בדין בבחירת החלופה הנכונה, פטנטים מול סודות מסחר, ניתן לראות שלפטנטים עלויות רציניות המגבילות את אפקטיביות הגנת הפטנט. הבה נעמוד עליהם:

א. משך אישור בקשת הרישום – כשמגישים בקשה לרישום פטנט, לא מקבלים תשובה מיידית; הרשם, ובוחני הפטנטים, אמורים לבדוק את כל הספרות הקיימת, פטנטים מהעולם וכו', כדי לברר באמת האם הבקשה עומדת בקריטריוני (1) החדשנות ו(2) ההתקדמות ההמצאתית. הדבר אורך שנים.

הערה פרקטית וחשובה: בד"כ, כשתובעים רחב, Claims, לא נקבל אישור מידי, יהיה תהליך התכתבות מול רשם הפטנטים, והליך האישור הופך למסורבל יותר. בינתיים יגיעו מוצרים אחרים לשוק ומסחרית, הפטנט יהפוך לבעל ערך מועט ביותר. הפטנט עשוי להפוך בלתי אטרקטיבי לאור שינויים טכנולוגיים וכו'.

* תחרות מועד הרישום - בישראל – הראשון **לרשום**; בארה"ב – הראשון **להמציא** (בארה"ב הנושא בעייתי מאוד).

ב. פרסום או שימוש קודם – אלו עשויים לעלות באובדן ההגנה במקרים רבים; נדון בכך יותר בהרחבה. במכוני מחקר ואוניברסיטאות, החוקרים רוצים לפרסם מהר ככל האפשר – למשל, תגליות בביו-טכנולוגיה. אלא מאי? שהפטנט עשוי להיאבד. יש הגנה מסויימת, טווח זמן מסויים, אך פעולה כגון פרסום במאמר או הצגה בכנס עשויה לפגוע ביכולת לרשום פטנט – זוהי זכייה מן ההפקר של הציבור.

מי שרוצה פטנט, שלא יפרסם – אם כבר פרסם ולא חשב, הוא נוהג בנאיביות. בדיעבד, השאלה היא האם הידע שמאפשר את ההמצאה נחשף או לאו. החשיפה צריכה להיות מאוד ממודרת.

ג. רעיונות גרידא אינם מוגנים – זוהי מגבלה עצומה – אם למישהו יש רעיון ביום בהיר אחד, כגון הרעיון להוציא אנרגיה מתירס; הוא לא זכאי להגנה! צריך מעבר לרעיון, צריך תהליך או מוצר ברי-ביצוע כדי לזכות בהגנת הפטנט.

ד. ההגנה מוגבלת לרשימת התביעות (Claims). משמעות העניין היא, שאם יש אפשרות אחרת להגיע לאותו המוצר, שאיננה מכוסה ע"י רשימת התביעות, הרי שאין הפרה. אם רוחב התביעות הוא מסויים, אז כל מה שמחוץ לתחום התביעות לא מוגן.

כך גם אם מישהו מצא הליך אלטרנטיבי להגיע לתוצאה מסויימת אליה הגענו. תמיד יש להביט בעיניו של מפר או משפר פוטנציאלי: "אם אני מפר וקורא תביעות, איך הייתי מתגבר עליהן, איזה דרכים הייתי נוקט בהן כדי לצאת מהיקף התביעות".

ה. ההגבלה הטריטוריאלית – הגבלה קטלנית בדיני הפטנטים. כשרשמתי פטנט בישראל, אני מוגן בישראל בלבד; צריך לרשום את הפטנט גם בארה"ב, גם ביפן, גם בסין, גם באירופה וכו'. עלות הגנה רצינית בעולם, ראשונית, ללא ליטיגציה, היא בסביבות ה-100,000\$. צריך לעמוד מול כל משרד פטנטים שהוא ולרשום את הפטנט. הוצאת הפטנט בישראל מקנה קדימות בזמן, אך היקף ההגנה נמוך. משחק הפטנטים גרוע – ממצאים צריכים להבין שהעלויות רבות ועצומות; עצם התרגום של בקשת הפטנט והתאמתו לדין הזר עולה עשרות אלפי דולארים. הסינים הרימו כלכלה משמעותית ולא-רעה בכלל באמצעות חיקויים! * שווי ההגנה בישראל קטן – השוק מזערי. רק הקדימות רלוונטית. אמנם לא יוכלו לרשום זאת במדינות אחרות, אך יוכלו בהחלט לייצר את המוצר במדינה אחרת. ו. עלויות ההגנה – ההגנה יקרה מאוד; וכשמחליטים לתבוע, המחיר עצום. באכיפת פטנטים, בתביעות רציניות, אנחנו בממוצע בעלויות של מיליוני דולארים. הקרבות אכזריים מאוד, אין כמעט טענות הגנה אפשריות. הנתבע בד"כ תוקף את הפטנט חזיתית, הבדיקה היא לא מקילה כמו של רשם הפטנטים; הנתבע ינסה להראות כמה שאפשר שהמצאה **לא חדשנית או נעדרת התקדמות המצאתית**. הרבה חברות גדולות התפרקו בקרבות הגנה על פטנט או התגוננו ממנו.

הדין – הדרישות:

גם בפטנטים, כמו בזכויות יוצרים, דרישות סף. אך כאן הן הרבה יותר רציניות. **סעי' 3 לחוק הפטנטים:** המצאה כשירת פטנט מהי? "המצאה, בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך, בכל תחום טכנולוגי, שהיא חדשה, מועילה, ניתנת לשימוש תעשייתי, ויש בה התקדמות המצאתית, היא המצאה כשירת פטנט".

נפרק זאת:

- א. נשוא ההגנה - מוצר או תהליך.
- ב. תנאי הסף להגנה
 - יעילות.
 - חדשנות.
 - התקדמות המצאתית.

א. נשוא ההגנה - מוצר או תהליך:

רעיונות גרידא אינם מוגנים, קונספציה בלבד אינה המצאה. נדרשת הוצאת הרעיון מן הכוח אל הפועל, בצורה מוגדרת ומעשית, כדי לזכות בפטנט.

רעיונות שמוצאים לפועל – דיון:

מכיוון שהדין הוא כזה, הוגי רעיונות כשלעצמם אינם זכאים להגנה. הרעיון של הפקת אנרגיה מתירס, למשל, במצבנו, על הממציא לפתח את הרעיון בעצמו ולהביאו לפועל (דרושים כישורים טכניים); או להתחבר עם גורם נוסף בעל כישורים.

וכאן יש בעיה. הקורס עוסק בידע ומידע – יש כאן את **פאראדוקס החשיפה**.

הכלכלן זוכה פרס הנובל, קנת ארוואו (Arrow) מדבר על מצב כדלהלן:

אסף רוצה למכור את הרעיון שלו לאנרגיה מתירס, למומחה פיתוחי אנרגיה. אם אסף יגלה את הרעיון, כבר אין לו מה למכור – אין לו מוצר, אין לו הגנה משפטית – יש לו רעיון! ההגנה לא חלה בשלב הרעיונות גרידא, ולכן יש בעיה לאסף. אדם לא קונה חתול בשק, הוא רוצה לדעת מה הוא קונה – וברגע שהדברים נחשפו, כבר אין מה לקנות.

יש לכך פתרונות חלקיים: **הסכם-סודיות למשל**.

יש כמה בעיות עם זה – זה חל רק לגבי הצדדים המיידים, אך האינפורמציה כבר עברה, והיא תופץ, וקשה להוכיח שהאינפורמציה עברה.

מעבר לכך, הסכם-סודיות הם דבר שמפתח אמיתי לא עוסק בו – מפתחים שומעים רעיונות רבים מאנשים רבים, ויש סיכוי גבוה לתביעה בעקבותיהם. מפתחים רבים לא עוסקים בזה, אומרים לך כך: "או שתסמוך על המוניטין שלנו, או שתלך למקום אחר".

יש כאן כשל חוזי. ברגע שהאינפורמציה עוברת, היא ברחה בין אצבעותינו.

אך, מאחורי כל תהליך יש רעיון מסויים – כשהוא כבר עוטה את "חליפת" ההליך או הדרך להעביר את הרעיון מהכוח לפועל, משל היה מתכון, אלגוריתם לפיתוח המוצר, הוא מוגן – יש לו פיתרון.

רעיונות, אין להם הגנה. כשיש מוצר או תהליך, יש להם הגנה.

מוצר או הליך – גופא :

מוצר: כל מכונה, חפץ, תרכובת או שילוב חומרים.
דוגמאות למוצרים ברי-פטנט:

סוללה חדשה.

חומר ניקוי.

תרופה.

מברג מיוחד.

תהליך: שורת צעדים המביאים לשינוי פיזי או כימי בחומרי גלם, שינוי המקנה להם תכונות שונות (התהליך לא חייב להוביל דווקא למוצר חדש – אם אמציא תהליך חדש, לייצור שולחנות רגילים לחלוטין, או תהליך טיהור מים למשל – זה לא משנה שלא יצאתי מוצר חדש, התהליך עצמו חשוב, והוא בר-פטנט. יש מקרים שבהם גם תהליך וגם מוצר חדש קמים, ותובעים בהם 2 פטנטים, על ההליך ועל המוצר; אך יש מקרים אחרים, של מונו).

אלגוריתמים:

אגב, אלגוריתם אינו מוגן לכשלעצמו – הוא יצירה ספרותית. בכל הקשור לתוכנה ולמחשבים, כשאין שינוי פיזי או כימי, יש בעיה בישראל (בארה"ב זה שונה, וכבר לא צריך שינוי פיזי או כימי).
אך כשיש אלגוריתם כחלק מתהליך ייצור, הוא מוגן – כגון אלגוריתם למדידת טמפרטורה במהלך ייצור של גומי.

פטנט על מוצר קיים:

יש גם פטנטים של שימוש חדש למוצר קיים: שימוש במוצר א' לטיפול בבי'.
זה עניין שכרוך במזל:

כשפותחה תרופה שהייתה נמכרת בעולם, הוואגרה, היא פותחה לטיפול בלחץ דם, ואז התגלתה תופעת לוואי בולטת.

* פטנט על תהליך או מוצר: מה כדאי? פטנט על מוצר בעל ערך רב יותר, משני טעמים:

1. כשיש כמה תהליכים להגיע למוצר, כשהמוצר מוגן, זה לא משנה – כל הדרכים מובילות לאותו מוצר, לאותו "ים", ואי אפשר לתקוף אותו – לא ניתן יהיה להשתמש בתהליכים האלה כדי ליצר את המוצר. לכן, כשיוצרים רק תהליך טוב וזול, הדרך הנכונה היא לפנות למי שיצר את המוצר ורשם עליו פטנט, ולהציע לו הפטנט על התהליך, ולחלוק רווחים.
2. ההבדל השני – עלויות האכיפה – כשיש פטנט על תהליך ויש כמה תהליכים לייצר את המוצר הסופי, קשה מאוד לדעת האם השתמשו בתהליך שלך או בתהליך אחר. קשה לדעת אם השתמשו בתהליך של יזהר או בתהליך של ליאור, לייצור שולחנות. כשיש פטנט על המוצר – אזי בוודאי השולחן מוגן, ואפשר לתבוע. קשה לדעת על אודות תהליכים.

גילויים שאינם ברי הגנה:

הפטנט לא יכול לחול על דברים שונים – יש דברים שאי אפשר לרכוש בהם הגנה:

- א. חוקי טבע – לא ניתן לרכוש פטנט בחוקי-טבע או בתופעות טבעיות. כך למשל איינשטיין לא יכול היה לקבל פטנט בתורת היחסות. חוקר מבר-אילן שנוסע לברזיל ומגלה זן פרפרים חדש, אף הוא לא יוכל להוציא על זה פטנט. חוקי טבע לא ניתן "לפטנט".

כאן נכנס הסייג של **ביוטכנולוגיה**: אם מדובר באורגניזם או מיקרואורגניזם שפותח במעבדה (הנדסה גנטית) – ניתן להוציא פטנט - פטנט על פיתוח באמצעות ביוטכנולוגיה או מחקר גנטי.

פ"ד ידוע של ביהמ"ש העליון בארה"ב: **Diamond v. Chakrabarty** – מדען פיתח בקטריה (מיקרואורגניזם) מהונדסת גנטית. הוא חשב שאפשר להשתמש בה כדי להפיק מזון מדלק. בנוסף, התגלה שהבקטריה הזו יכולה לטפל בזיהומי דלק – היא אוכלת דלק בעצמה. הוא ביקש לשים פטנט עליה – ההתנגדות הייתה שמדובר כאן בתופעת טבע, זה דבר "חיי", אורגניזם. ביהמ"ש העליון קבע שזה בר פטנט.

לאחר הבקטריה הזו הופיעו כל מיני יצורים מהונדסים: העכבר של הארוורד – עכבר שהונדס לשם טיפול בחקר בסרטן. אפשר גם להקים פטנט על צמחים.

ב. רעיונות גרידא, ומשפטים מתמטיים טהורים (אלגוריתמים): על רעיונות דיברנו. לגבי אלגוריתמים ומשפטים מתמטיים – אלו אף הם אינם ברי-הגנה.

אולם, ניתן לתבוע הליך מתמטי לשם תהליך או מוצר ספציפיים: למשל, אם אני משתמש בנוסחה מתמטית שפיתחתי כדי להגיע ליחס חומרים נכון ביצירת סגסוגת מסויימת, אזי אוכל לקבל הגנה על הנוסחה **לשימוש זה בלבד**.
* אפשרי כאן גם שימוש במוצר קיים לתהליך או מוצר חדש: אימוץ דברים קיימים לדברים חדשים – זה ברור.

ג. טיפול רפואי בגוף האדם וזנים חדשים של צמחים (סעי' 7 לחוק מגביל זאת, כותרתו "סייג למתן פטנטים": "על אף האמור בסעי' 2א' לא יוענק פטנט על תהליך לטיפול רפואי בגוף האדם"):

לא ניתן להוציא פטנט על שיטת ניתוח או על שיטת דיאגנוזה של מחלות, אי אפשר להגיד שטיפול כגון "2 כדורי X וכדור Y" הוא בר-פטנט.

התרופות או מכונות רפואיות בעצמן מוגנות.

סעי' 27(2) מסייג לעניין צמחים ובעל"ח – אי אפשר להקים עליהם פטנט, זולת זנים מיקרוביולוגיים שלא הופקו מהטבע (יש כאן חריג, וחריג לחריג).

נזכיר גם את **חוק זכות-מטפחים של זני-צמחים, תשל"ג-1973** – החוק הזה יוצר הסדר הדומה לפטנטים, אך הוא לגבי יצירתם של זני-צמחים בהכלאות וכו'.

ד. המצאות בתחום תוכנת המחשבים – הנושא של פטנטים בתוכנה לא קיים בישראל – תוכנה מוגנת בזכויות יוצרים כיצירה ספרותית. קיים כיום קושי לאשר תוכנת מחשב בארץ כפטנט תהליכי, חסרה טרנספורמציה כימית או פיזית. בארה"ב העניין שונה: פ"ד **State Street Bank** הוא תקדים שאפשר להכיר ולקבל פטנט על תוכנה; אפשר גם לקבל פטנט על שיטות לעשיית עסקים – וכך אנשים הגישו פטנטים על שיטות מכרזים, דרך להגיש מזון במסעדות, פטנט רכישת אינטרנט בקליק אחד (Amazon) וכו'.

ה. המצאות בתחום מחקר האנרגיה הגרעינית – **סעי' 99 לחוק הישראלי**: יש אפשרות לממשלה להפקיע פטנט על מחקר גרעיני – הממשלה, לאחר התייעצות עם צו המשפטים יכולה להורות על מניעתו של רישום פטנט של אנרגיה גרעינית ויכולה גם לאסור או להגביל פירסום או מסירת ידיעות בקשר לבקשה או למידע הכלול בה. זהו סייג מיוחד וביטחוני לגבי אנרגיה גרעינית.

ב. דרישות הסף:

יעילות:

כדי שהמצאה תיחשב יעילה, די לנו שתושג המטרה שמצויינת בבקשה לפטנט. כלומר, מדובר ב**יעילות במובן הצר: המצאה המסוגלת להביא למטרה המוצהרת**. לא מדובר בתועלת חברתית. כלומר, ניתן לקבל פטנטים גם על המצאות הנוגעות לכלי-נשק או אפילו למוצרים אחרים שהם מזיקים (למשל: פטנט על מכונת הימורים, גם אם זה פסול ערכית). אין דרישת תועלת חברתית ושההמצאה תיטיב עם החברה או תתרום לרווחה המצרפית.

כמו"כ, הרשם לא בוחן ערכה המסחרי של ההמצאה: ייתכן שהמצאתי תהליך נפסד מבחינה שוקית לייצר משהו, זה לא עניינו של איש. ממציא לא ימציא משהו כזה לרוב, אך אם ימציא – זכותו לקבל הגנה.

אין די בספקולציות – לא ניתן לקבל פטנט אם אנו לא בדיוק יודעים מה המטרה שהוא משיג. כלומר, נדרשת יעילות ספציפית, קונקרטית ופרקטית.
גם ביעילות אסתטית אין די: אם עשיתי שינוי פיזי, ייצרתי כד חדש שהוא יפה יותר, עשיתי מצגת לייזרים שעושה מופע מרהיב, זה לא מספיק.

פ"ד אמריקאי חשוב: Brener v. Manso –

העובדות: הממציא ביקש לקבל פטנט על סטרוואיד שפיתח, במחקר ביוכימי, אשר לטענתו מונע התפתחות גידולים סרטניים בעכברים.
אלא מאי? הבעיה היא שהוא לא הצליח להוכיח שהסטרוואיד הזה באמת משיג את המטרה. הטענה היא שהמטרה אולי מתקיימת.
במקום לבסס יעילות, הוא אמר "יש סטרוואידים אחרים דומים שעושים זאת, לכן אני מניח שגם הסטרוואיד שלי זכאי לפטנט".
ביהמ"ש: דחה זאת מדרישת היעילות – פטנט לא נועד להיות היתר ורישיון למחקר נוסף, צריך רמת הסתברות גבוהה שהמצאה מקיימת את המטרה המוצהרת.
אי אפשר להגיד "זה עושה משהו" או "זה אולי עושה משהו" – צריך יעילות קונקרטית.

חדשנות:**החדשנות מוצגת בסעי' 4 לחוק:****4. אמצאה חדשה - מהי?**

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.

כלומר: כל חשיפה יכולה לפגוע בחדשנות – והמועד הרלוונטי – **יום הגשת הבקשה** – זהו מועד בחינת החדשנות.
הרשם אמור לבדוק כל דבר תחת השמש – האם ההמצאה נמצאת בסין או בברזיל וכו' – אך לאור משאבים מוגבלים ומסיבות מובנות, בוחנים פרסומים מקצועיים, בוחנים מגזינים של תחומים ספציפיים ומרשמי פטנטים במדינות אחרות ככל האפשר.
כל מה שהוא נחלת הציבור, ידע קיים, לא ניתן לרשום עליו פטנט.
הגנת הפטנט היא פרס שהמדינה נותנת לממציאים ששיפרו את רמת הידע הקיים – אם הם לא שיפרו, אין טעם לפגוע בתחרות ולהעניק מונופול כאשר יכולים היינו לקבל זאת בחינם.

פ"ד יוז נ' מדינת ישראל: Huzhes נ' מ"י (סעי' 49 ואילך): חדשנות והתקדמות המצאתית.

העובדות: החברה תבעה את מדינת ישראל וחברה נוספת על הפרת פטנט למערכות תצוגה אופטיות המשתמשות בעדשות הולוגרפיות.
כאן מדובר על תיאור הפטנט – עוד לא נכנסו לתביעות.
הדבר לא פשוט, ומשמש במטוסים כדי להציג תמונה של HUD – יש העמדה תלת מימדית של כל מה שקורה סביבו של טייס.
המשיבות, מ"י והמשיבה השניה, התגוננו בשלושה מישורים (השניים הראשונים רלוונטיים):
א. אין הפרה.
ב. נטען: **ההמצאה לא הייתה חדשה** בתאריך הבכורה של הפטנט; **לא הייתה בה התקדמות המצאתית**; והתיאור של ההמצאה בבקשת הפטנט לא היה מספק.
ג. המשיבות מחזיקות ברישיון להשתמש, מאת ממשלת ארה"ב (טענה חוזית).

ביהמ"ש המחוזי: דחה את טענות 2-3, אבל קבע שלא הייתה הפרה. כלומר, ביהמ"ש המחוזי קיבל טענת המשיבות שלא הייתה הפרה.

מכאן הוגש ערעור: פסק הדין ניתן ע"י השופט שמגר, הסעי' הרלוונטיים לחדשנות: 45-48. השופט שמגר, בפ"ד מקיף, פורט את עקרונות בחינת החדשנות.

איך בודקים חדשנות?

- א. **כדי לשלול חדשנות**, על הנתבע להוכיח קיום מסמך אחד המכיל את ההמצאה כולה. **Single reference**. **לא ניתן ליצור פסיפס של פרסומים קיימים, כדי לשלול חדשנות.** צריך מסמך אחד המתאר את ההמצאה כולה, לא חלקים ממנה בלבד המצורפים יחד.
- ב. **כדי לשלול חדשנות**, המידע בפרסום צריך לאפשר את הוצאת ההמצאה מן הכוח אל הפועל. לא די בתיאור במסמך יחיד, אלא צריך תיאור שמאפשר לאדם בתחום המקצוע, לבצע את ההמצאה.

- ג. כדי לשלול חדשנות, לא די בהיעדר חדשנות אך ורק משום שקיימת זהות בין המילים או המונחים. צריך לבצע בדיקה מהותית שאינה רק משווה מונחים ומילים. גם אם בפרסום יש את אותם מילים שבפטנט, צריך למצוא את המילים ולראות, בנוסף לכך, שהשימוש הוא בן אותה משמעות, גם לעניין מהותם של דברים.
- ד. כדי לשלול חדשנות, בבחינת הפרסום הקודם מותר לבית המשפט להצטייד בידע המקצועי הכללי, כפי שהיה באותו זמן. אולם, אסור להוסיף ידע מאוחר שנצטבר לאחר הפרסום. יש להסתפק בידע המצטבר בפרסומים הקודמים לאותו הזמן. לא בוחנים את הידע הקיים כיום, אלא את הידע הכללי הקיים בזמן הפרסום – האם היינו מצליחים ליצור את ההמצאה או לא.
- ה. מבחן נוסף של שמגר כדי לשלול חדשנות: בוחנים את המאמר שיש לנו, כמתכון שנתן הוראות – ואם חזרנו על הפרסום צעד צעד והגענו לתוצאה שמפירה את הפטנט המבוקש, סימן שהפטנט לא חדשני. יש לזכור שהפרסום קדם לפטנט שהוצע.

במקרה דנן: במקרה הזה היו שני פרסומים מוקדמים עליהם הסתמכו המשיבות, ובכללן מדינת ישראל. שני הפרסומים הונפקו ע"י מעבדות המחקר של היוז. אחד מהם ע"י עובדי מעבדות המחקר; השני הוא דו"ח של מעבדות המחקר המתייחס לנושא.

ושני המסמכים האלה – ואסור לצרף ביניהם (יש לבדוק כל אחד לעצמו האם שולל חדשנות) – לא שוללים חדשנות! עיון בהם, כך שמגר קובע, מלמד כי המתואר בהם אין בו כדי ללמד על האמור בפטנט. המסמכים הללו מתייחסים לכל היותר אל שלבי ביניים בדרך רצופת מכשולים, שרק בסופה ניתן להגיע אל נושא הפטנט. שמגר מוסיף, למעלה מן הצורך, כי בפרסומים האלה הייתה אפשרות הטעיה! חוקר שהיה מתמקד בפרסומים האלה היה אף הולך בדרכים לא נכונות, הפוכות מאלו שבסופו של דבר הובילו להמצאה. לכן, טענת היעדר החדשנות נופלת. בסופו של דבר המצאת היוז חדשנית.

איך ניתן לפגוע בחדשנות, בדרכים נוספות?

1. הצגה בכנס, מתן היתר כניסה למפעל ייצור – אלו עשויים לגלות לבעל מקצוע את ההמצאה.
2. פרסום (גם בעיתון מקצועי) – שולל את החדשנות.
3. גם פרסומים תוך הפרת חובת-סודיות או בדרך בלתי-לגיטימית – אלו שוללים אף הם חדשנות. כמובן, תקום עילה כנגד המפרסם.

מהם אותם מסמכים או שימושים השוללים חדשנות?

1. כל מסמך הנגיש לציבור יכול לפגום בחדשנות. למשל, במקרה פארק דייוויס נ' אביק: נפסק שפרסום בספריית מכון-ויצמן שולל חדשנות. זה לא משנה שהממציא לא הגיע למסמך זה.
2. בפ"ד אחר: דיסרטציה של סטודנט בספריה בגרמניה שוללת חדשנות אף היא – למרות שאיש לא ניגש בפועל – הנגישות בפועל יש בה כדי לשלול חדשנות.
3. גם פטנטים בחו"ל, בקשות לפטנטים בארץ או בחו"ל, יכולים לשלול חדשנות.
4. שימוש קודם בהמצאה – שולל פטנט, אם מדובר בשימוש עסקי. אך יש חריג לכך: שימוש באופן ניסיוני – בדיקה האם ההמצאה עובדת. ואם כשעובדת עושים בה שימוש בעל אופי עסקי, הדבר שומט את החדשנות תחת הפטנט ושוללו.

הצלת החדשנות:

סע' 6 לחוק הפטנטים יוצר חריג לעילות הפסילה בפרסומים:

כותרתו: "פרסומים שאינם פוגעים בחדשנות".

ישנן 2 קטיגוריות:

- I. החומר שנתפרסם הושג מבעל ההמצאה שלא בהסכמתו (גניבה למשל) ובקשת הפטנט הוגשה תוך זמן סביר (ממהרים לרשום). אז אין פסילה.
- II. פרסום ע"י בעל ההמצאה בתערוכה תעשייתית או חקלאית בישראל או בתערוכה במדינה אחרת – נדרש שפירסום התיאור היה בזמן התערוכה, ורק לצורך התערוכה; או אפילו שימוש בתערוכה – מציגים המצאה ומראים פעולתה. וכל זאת בלבד שהוגשה בקשת הפטנט לאחר שישה חודשים מעת פתיחת התערוכה. הרעיון הוא להציג את ההמצאה לקונים פוטנציאלים מבלי להפסיד את ההגנה: יש תקופת חסד של חצי שנה להגיש את הפטנט.

פטנטים - המשך:

דגש בינ"ל: דין הפטנטים מיוחד גם בכך שיש לו דגש בינ"ל מובהק. גם אם הפרסומים שאינם פוגעים בזכות בעל האמצאה, לפי סעי' 6 לחוק הפטנטים, אינם מזיקים לחדשנות בישראל – הם יכולים להזיק בכל מקום אחר בעולם.

לכן אסור למהר ולייעץ "זה תערוכה חקלאית וכו'". יש כאן מימד בינ"ל מובהק. זה שאנחנו בסדר בדין הישראלי, זהו עדיין שוק קטן מאוד.

התקדמות אמצאתית

מעוגנת בסעי' 5 לחוק. לעומת חדשנות, לא קשה לעמוד בה. תועלת, גם זו דרישת סף קלה.

אך התקדמות אמצאתית, החוק מגדיר:

התקדמות אמצאתית היא התקדמות שאינה נראית כעניין המובן מאליו לבעל מקצוע ממוצע.

כלומר:

- אינה מובנת מאליה.
- לבמ"מ (בעל מקצוע ממוצע).
- על סמך הידע הקיים בזמן הרלוונטי.

בפ"ד יוז, Hughes, שמגר דן בעקרונות החשובים מן החוק, לעניין בחינת התקדמות אמצאתית:

1. **ניתן לצרף פרסומים כדי לפסול, אולם על פעולת הצירוף להיות מובנת מאליה.** צירוף שאינו מובן מאליו, יכול להוות התקדמות אמצאתית. זה מאוד דומה לדרישת המקוריות בזכויות היוצרים (סטרוסקי נ' ויטמן) – גם שם דובר על צירוף אלמנטים. כשאנו עוסקים בצירוף לצורך פסילת הפטנטים, אך ורק צירוף מובן מאליו, פוסל את האמצאה על בסיס היעדר-התקדמות-אמצאתית. לניתוח החדשנות היה לנו כלל הפרסום היחיד – אך כאן ניתן לצרף לצורך הפסילה הזו. יש לאמץ את נק' המבט של בעל המקצוע הממוצע, ושמגר מדגיש: הבקיא ברוי התחום הרלוונטי, ושאינו מפעיל כושר מחשבה אמצאתי. "זה אדם שהוא ממציא ממוצע, אך אסור לו להפעיל כושר מחשבה אמצאתי". אם הדבר טריוויאלי לאדם בקיא זה, הוא לא מהווה התקדמות אמצאתית.
3. סוג ההתקדמות האמצאתית: לא נדרשת פריצת דרך, וגם לא צריכה להיות התקדמות בדרגה גבוהה. די לנו בצעד המצאתי צנוע וקטן.
4. יש להתייחס רק לפרסומים הקיימים בזמן ההגעה לאמצאה. להיזהר מחכמה בדיעבד.

ועתה מבחני העזר ששמגר אימץ מן הפסיקה האמריקאית בפ"ד "יוז" – הם מחוץ ללשון החוק.

הכל נוצר בפ"ד Graham בארה"ב, ואומץ כלשונו בפ"ד יוז של שמגר: על אף החלטותיו של שמגר, לא פשוט לקבוע את ההתאמה לעקרונות לדעיל. לכן יש מבחני עזר משניים בעלי גוון כלכלי ולא טכני.

ישנם ארבעה מבחנים כלכליים/מסחריים להתקדמות האמצאתית:

1. מבחן החסד המתמשך (Long Felt Need) – האם האמצאה פתרה בעיה שהעסיקה את התעשייה הרלוונטית, משך זמן רב, ולא נמצא לה פיתרון.
2. מבחן ההצלחה העסקית – בוחנת כיצד הצליח המוצר או ההליך בשוק; כלומר, מה הייתה תגובת השוק להמצאה. מבחן חזק, בשל אופיו האובייקטיבי (אך עדיין לא נקי).
3. מבחן ההפתעה – האם האנשים בתחום הרלוונטי הופתעו מהאמצאה. מבחן ה-Wow. מבחן חלש יחסית.
4. מבחן ההעתקה – האם המתחרים העתיקו את האמצאה. ככל שההעתקה גורפת יותר, כך יש יותר בסיס לפסוק שהייתה התקדמות המצאתית. זהו מבחן עסקי שבוחן איך התעשייה קיבלה את ההמצאה. מבחן חלש יחסית אף הוא.

הערות על המבחנים: יש התבססות גוברת בבחינת הפטנטים – הרעיון של מבחני העזר טוב.

* הבעיה היא שיש בעיה עם הצלחה עסקית, שהיא לא תוצר של המצאה בלבד: ה-IPOD, יש בו פטנט על עיגול השליטה, אך שם יש כישורי שיווק עצומים. מה שהצליח עבור אפל זה לא הפטנט אלא גם השיווק. כמו"כ, יש עניין של מיתוג מותגים, שמשפיע על כך.

* אלו מבחנים עצמאיים – חלקם מתקיימים, חלקם לא.
* לכן, ביהמ"ש נזהר ומדגיש לגבי מבחן ההצלחה העסקית את הגורמים החיצוניים, ומנסה לבדד את ההשפעה ההמצאתית לעומת השפעת גורמים אחרים כגון מאמצי שיווק ומיתוג.

* **בפ"ד סאנופי** (השופט נתניהו), **וגם בפ"ד יוז** – קבע בית המשפט את ההלכה הבאה: בעל מקצוע ממוצע, אינו בהכרח אדם בודד. זה יכול להיות צוות, שהיינו פונים אליו לשם יישום ההמצאה.

* דבר מעניין נוסף הוא עיקרון החכמה שבדיעבד: **Hindsight bias**. זהו כשל קוגניטיבי. בדיני הראיות יש קושי רב של "חכמה שבדיעבד". בדיעבד, הרבה דברים הופכים לברורים מאוד ופשוטים: "מה הבעיה להמציא את זה?". זה חל גם לגבי התקדמות אמצאתית! אע"פ שנחה את השופט להתבסס אך ורק על הפרסומים בזמן הרלוונטי, זה לא פותר את הבעיה. אסור להסתמך על חומר חדש, אך גם בהסתכלות על החומר הקודם, קל מאוד להגיד "זה לא בעיה, זה טריוויאלי לצרף פרסום א' ופרסום ב' וזהו!"
צירופים הרבה פעמים הם טריוויאליים רק בדיעבד, אך חשוב להיזהר מלחשוב שאין בהם התקדמות אמצאתית, ואסור ליחס ידע שלא היה קיים בעבר רק כי היום אנו יודעים התוצאה.

* החסך המתמשך – כשהבעיה אקוטית, הזמן "המתמשך" מתקצר.

הבדיקה מרכיבה את סוגי המבחנים – הן את העקרונות, והן את מבחני הפסיקה. צריך להסתמך גם על הרשימה של החוק וגם על רשימת פ"ד Graham.

* פרקטית: רוב הפטנטים שמוגשים כיום, הם ברמה נמוכה ביותר. דרישות הסף נמוכות. הפטנטים ברובם המוחלט הם חסרי ערך-כלכלי. יש פטנט על כל דבר: בניין עם מדרגות בחוץ, סנדוויציים מחמאת בוטנים ולחם כשחותכים את החלק הקשה. זהו עולם מבולגן והסטנדרטים נמוכים מאוד בפועל, למרות היות המבחנים גבוהים ורציניים.

* פרסום שפוגע: פרסום יכול לפגוע הן בהתקדמות אמצאתית (גם בצירוף פרסומים) והן בחדשנות (בפרסום בודד). המדד הוא, האם הפרסום הופך אמצאה למובנת מאליה לבעל מקצוע הבקיא בתחום.
בחדשנות, הקריטריונים ברורים: פרסום אחד.
כאן הקריטריון גמיש: בעל מקצוע בתחום יגיד שמשו מובן מאליו, ויצרף פרסומים.

* התקדמות אמצאתית נותנת יותר יכולת פסילה.
בחדשנות צריך את האלמנטים של הפטנט (כולם): א', ב', ג'.
בהתקדמות אמצאתית צריך שבעל מקצוע הקורא את הפרסומים יגיד שזה מובן מאליו.

דרישת הפירוט בפטנטים – סעי' 12 לחוק הפטנטים

נדרש, שבבקשה לרישום הפטנט, מגיש הבקשה (שאינו תמיד הממציא) יפרט כיצד ניתן להוציא את האמצאה לפועל: כיצד ניתן לממש את האמצאה. לא די שאדם יגיד כי יש לו מוצר חדש שהוא מוכיח חדשנותו ואת מועילותו ואת ההתקדמות האמצאתית.

מדוע נדרש הפירוט:

דרישת הפירוט היא מהות העסקה ההיפוטטית בין החברה (Society) לממציא. החברה מספקת הגנה לפטנט, והממציא מספק ידע. הפירוט כ"כ חשוב, משום שאנו רוצים שבסוף חיי הפטנט השוק יפתח לתחרות. שמתחרים ידעו איך ליצר את המוצר.
לא עוזר שיודעים שיש תרכובת כימית, אך לא מצליחים ליצור אותה (למשל – הפטנט על קוקה-קולה – חייבים לכתוב את הדרך להכין אותו, לא לכתוב רק "משקה מרווה").
אם אין פירוט, נשמרת לממציא היכולת להגן על המצאתו רק באמצעות סודיות, סוד מסחר.
החברה דורשת חשיפה לשם הגנת הפטנט.

התמריץ של הממציא לגבי פירוט – מהו?

1. לדעת המרצה, התמריץ הטבעי הוא לפירוט מינימאלי ועמום בלבד. הרבה פעמים, ממציא ממחר להגיש בקשה, כי הוא מפחד שמישהו אחר יצליח – ולכן, לפני שהכל ברור, הם מגישים פטנט.

העמימות נובעת מכך שהממציא תמיד חש שהמתחרים נושפים בעורפו.

2. סיבה אסטרטגית יותר לגלות כמה שפחות: האינטרס שלי הוא להקשות את החיים על המתחרים. ברגע שאני חושף חשיפה רחבה, אתן למתחריי ידע.

היה וויכוח בארה"ב האם על הממציא לפרט את השיטה הטובה ביותר הידועה לו כדי להגיע להמצאה. בישראל צריך רק לספק "דרך כלשהי".

3. ללא דרישת הפירוט – התמריץ הוא לחשוף כמה שפחות. כי הפטנט נותן סובסידיה למתחרים.

דוגמה: חב' "טבע" עושה ניסויים בפטנט כדי להיכנס פנימה עם פקיעתו. אך גם אם הפטנט טרם פקע, אנשים עוקפים את הפטנט ומוצאים דרך אחרת ליישם פתרון שמגיע לתוצר של ההמצאה.

המטרה של הפירוט היא דרישה לפירוט, לגילוי.

בתי המשפט צריכים לדרוש פירוט רחב ולנקוט סנקציות כלפי העמומים והמסתירים.

← **אלא מאי, המשפט תופש את הממציא כגיבור חברתי: דרישת הפירוט אינה מאוד רצינית.**

בפ"ד סאנופי – דרישת הפירוט לא גבוהה, היא די מינימאלית.

כללי הליך בחינת הבקשה לפטנט ואישורה – מה מתרחש אצל רשם הפטנטים.

1. בקשה לפטנט צריכה להכיל המצאה אחת בלבד. המצאה פר בקשה. אם יש יותר מאחת, הרשם יכול לפצל את הבקשה.

בדיקת הבקשות: סעי' 18 לחוק, מורה שעל הרשם להיעזר באחד או יותר מן הגורמים הבאים:

- רשימת האסמכתאות שעליהן הסתמכו רשויות פטנטים זרות.
- רשימה של פרסומים שפורסמו לפני תאריך הבקשה, שנוגעים במישרין להמצאה.
- עותקים של פרסומים והמצאות שהמבקש עצמו מספק (בבקשה שכתובה היטב תהיה רשימת פרסומים ואסמכתאות שנוגעים להמצאה המבוקשת). וכמובן, פרסומים שלא פוגעים בחדשנות או בהתקדמות האמצאתית.
- יכול הרשם לבקש שיעבירו לו חומרים נוספים.

בתום תהליך הבדיקה, הרשם יחליט האם לאשר את הפטנט.

2. סעי' 37 לחוק, קובע שאישור הרשם והוצאת הפטנט, אינם משמשים ערובה שהפטנט בר-תוקף. **אצלנו אין חזקה של תקפות (בארה"ב יש – שם כשיש אישור, יש חזקה שהפטנט תקף).** זה משמעותי מבחינת דיני הראיות.

למרות התהליך הרחב והמפורט, מכיוון שבדיקת הרשם היא לא באיכות גבוהה, ואין דרך לעמוד בעומס, ותהליך הבדיקה יקח זמן רב מאוד (צריך כעיקרון להגיע לכל חומר שהוא בנושא, וזה קשה עד בלתי אפשרי) אין חזקת תקפות.

* מבחן האש האמיתי לפטנט, הוא בקרב עליו – כשמנסים לאכוף את הפטנט נגד המפירים. וצריך לחשוב הרבה לפני שמגיעים לביהמ"ש. אפשר לאיים, אך אסור לגרור צד לביהמ"ש – נפתחת שם תיבת פנדורה, והתקיפה נגד הפטנט תהיה חזיתית ואינטנסיבית, כי ההגנות מצומצמות. עדיף להגיע לפשרה בשל העלות העצומה

3. סעי' 26 – פרסום ברשומות: הרשם צריך לפרסם את שם ההמצאה וסוגה. ואז, בדין הישראלי, קורה דבר מעניין:

4. סעי' 30 - קובע שלאחר הפרסום ברשומות, יכול כל צד להגיש התנגדות. זאת עוד טרם אושר הפטנט סופית.

סעי' 31 - יש 2 דרכי תקיפה:

I. תהליך של התנגדות. עילות ההתנגדות:

א. 31(1) - קיימת סיבה לפיה היה הרשם מוסמך שלא לרשום את הפטנט, לסרב לבקשה.

- ב. 31(2) – ההמצאה אינה כשירת פטנט. תוקפים חזיתית את החדשנות, את ההתקדמות האמצאתית וכו'.
- ג. 31(3) – המתנגד, ולא המבקש, הוא בעל ההמצאה.
- (קורה בהמצאות שירות – המצאה של עובד במסגרת יחסי עובד-מעביד. לפי החוק המעביד הוא הבעלים של ההמצאה. במצב כזה, אם העובד מגיש בקשה לרישום פטנט, המעביד יכול להתנגד ולהגיד לו שעם כל הכבוד הוא בעליה של ההמצאה).

הנוהלים: ניתן להגיש התנגדות תוך 3 חודשים מיום הפרסום; מכיוון שכל אדם יכול להתנגד, המתנגד האמיתי יכול להתחבא מאחורי שליח או דמות פיקטיבית. זאת משום שהגשת התנגדות היא הכרזת מלחמה. זוהי חזית מול יריב עסקי.
לאחר קבלת ההתנגדות, אם המבקש לא מגיב תוך 3 חודשים, היעדר תגובה שווה להודאה.
ואז יש עוד 3 חודשים בהם הצדדים מביאים ראיות ואסמכתאות, ואז נקבע מועד לדיון; ונטל ההוכחה חשוב מאוד והוא על המבקש – כי עוד לא נרשם פטנט.
על החלטת רשם בהתנגדות ניתן לערער לביהמ"ש המחוזי.

II. לאחר שהוצא הפטנט – לנקוט בבקשת ביטול.

פ"ד סאנופי נ' אוניפארם:

- עובדות: המערערת סאנופי ביקשה לרשום פטנט על שימוש חדש לתרכובת כימית ידועה. השימוש היה לטיפול בבני אדם. המשיבה, אוניפארם, התנגדה לרישום. הרשם דחה את ההתנגדות, כפי שמתוארת בהליך לעיל, ודחה את הבקשה להתנגד להענקת הפטנט. המשיבה, אוניפארם, הגישה ערעור לביהמ"ש המחוזי וטענה 2 טענות:
- א. היעדר יעילות לפי סעי' 3 לחוק הפטנטים – הייעוד החדש, השימוש החדש לתכשיר, היה טיפול בבני אדם; והמערערת לא ערכה שום ניסויים בבני אדם. מכאן, שטענת היעילות חסרת בסיס: המערערת טוענת שהתכשיר מטפל בבני אדם, אך לא ביצעו אף ניסוי. ההמצאה לא נוסתה כיעילה במובן הצר.
- ב. היעדר פירוט – המערערת לא הסבירה איך ליצר את התכשיר שאת הפטנט עליו היא תובעת בעצמה. היה שם פירוט איך ליצר את החומר הכימי הפעיל, אך הוא היה מוכר, ולא היה פירוט על התכשיר עצמו.

ביהמ"ש המחוזי קיבל זאת, הפך החלטת הרשם וביטל את הפטנט. הרושמת סאנופי מערערת.

ועל כך הערעור לביהמ"ש העליון, והשופטת ש' נתניהו פסקה שם.
פסה"ד מסכם את דרישות הסף ואת כל הדיון בהליך ההתנגדות.

- א. נתחיל בטענת חוסר היעילות ותועלת: אכן הם לא ביצעו שום ניסוי! לא בדקו שהמכשיר עובד אך השופטת קובעת: **די בהבטחה שההמצאה יעילה**. די שמבקש הרישום ייתן הבטחה שההמצאה יעילה; בשלב בקשת הרישום אין צורך להוכיח את ההבטחה.
- איך צורך בהוכחה – מבקש יצטרך להוכיח רק אם מתנגד מספק ראיות המעידות על חוסר יעילות**: על המבקש לעמוד בנטל השכנוע שההמצאה יעילה, אך ורק אם המתנגד יצא ידי חובת הבאת הראיות כי ההמצאה חסרת יעילות.
- ב. השופטת מקילה עם המבקש ומסבירה זאת באמצעות סעי' 37 לחוק: אין אצלנו יצירת חזקת תקפות של הפטנט – בחינת הבקשה למתן הפטנט אינה יוצרת חזקה שהוא בר תקף. הבדיקה של הרשם אינה מעמיקה ויסודית (סעי' 4-3 לפסה"ד).
- ג. המשיבה, היא המתנגדת, אוניפארם, לא סיפקה ראיות שהתכשיר מסוכן או לא יעיל. בנסיבות אלו, לא נדרשת המערערת לספק ראיות ולשכנע ליעילות המצאתה.

ב. לגבי חוסר פירוט: השופטת נתניהו דנה בדיות הפירוט מתייחסת ל-2 נקודות:

1. מיהו הנמען שאליו מופנה הפירוט?
2. האם הצורך בניסויים פוגע בפירוט? האם הצורך בקיום ניסויים פוגע בפירוט?

השופטת נתניהו משיבה לשתי השאלות ומסבירה:

בשל מורכבות הייצור בתחומים מסויימים, ביניהם התעשייה הכימית והפרמצבטית, המחייב שילוב מומחים מתחומי מחקר שונים, הנמען אינו חייב להיות אדם בודד, כי אם צוות מומחים, שיחד יהיו מאגר של ידע.

לאחר שנוצר צוות זה, די בכך שתהליך הייצור המתואר בבקשה יאפשר לצוות המומחים לייצר את ההמצאה, או שהתהליך יהיה ברור לצוות כזה גם ללא פירוט. כלומר, משתמע, שזה שצריך לבצע ניסויים מסויימים כדי ליצר המצאה, לא בהכרח פוגע בדרישת הפירוט. יש כאן סימפטיה רבה למבקש.

סיכום - בפ"ד סאנופי השופטת נתניהו מבכרת גישה מקלה עם המבקש לעניין יעילות ופירוט. היא מסבירה בחירתה, מפרטת טעמיה, והרי הם:

א. בהיעדר הגנת פטנט, יש חשש של הסתפקות בחיקוי המצאה קיימת. הגנה המונעת חיקוי, וכך יש תגמול למקוריות, תעוזה ודמיון יוצר.

ב. פרסום מוקדם יעורר עניין בקהילה המדעית, יעורר עבודת צוות, בבחינת קנאת סופרים תרבה חוכמה.

ג. ללא תגמול להמצאות פורצות דרך, לא ימצאו המשאבים למחקר ולהמציא. צריך תמריץ כלכלי בהוצאות המחקר והפיתוח.

ביקורת המרצה:

אכן היא מסבירה מדוע עמדתה תומכת במבקשי הבקשות לפטנטים: בפניהם עומדים סיכונים גבוהים, ואנו רוצים לעודד מחקר שיש בו תעוזה ולקייחת סיכונים. כתוצאה מכך, היא מוכנה להגמיש ולרכך את דרישות הפירוט והיעילות. לדעתה חשוב גם גילוי מוקדם למידע, ואז יש הפרייה של הסביבה האינפורמטיבית – יש מידע חדש על השולחן.

אך זה לא נכון – כמדיניות הגישה המקלה בעייתית.

יש כאן באמת גילוי של מידע, הפרייה של הסביבה האינפורמטיבית. יש מידע חדש על השולחן. אך, לא די לנו באמת בהבטחה שהמצאה יעילה? תינתן בלעדיות על פטנטים רחבים והמצאות לא ברורות. כתוצאה מכך תיגרם תופעה של אי-מיצוי במחקר. נותנים פטנטים היוליים, בוסריים. ואז, כשיש תחרות בין 2 חברות, ולחברה אחת רעיון ודרך מעולה לתוצאה, ולשניה יש הימור – לתת הבטחה על יעילות, ולהגיש פטנט.

ברגע שהוגש פטנט היולי, החברה (Society) לא מרוויחה דבר. התמורה שהחברה מקבלת בעבור הפטנט אינה מספקת. מידע מוקדם מדי, עמום מדי, רחב מדי, לא תורם דבר.

II. לאחר שהוצא הפטנט – לנקוט בבקשה ביטול.

עניין הבקשה לביטול: סעי' 73 לחוק.

- בעל הפטנט רשאי לבטל את ההמצאה – סעי' 73.
- אדם אחר רשאי לבקש – סעי' 73ב.

הליך זה אף הוא מתבצע מול הרשם. החליט הרשם לבטל את הפטנט, דינו כאילו לא הוענק מעולם. Void.

- הביטול פטנט יכול להתרחש גם אם בעל הפטנט לא משלם את אגרת החידוש.

פעמים רבות בקשות ביטול צצות כאשר בעל הפטנט תובע מפר, ובמקביל להתגוננות בביהמ"ש, המפר הלכאורי פותח בהליך מקביל אצל הרשם לביטול הפטנט. אין כאן הגבלה של 3 חודשים כעל בקשת התנגדות. הפטנט הוא בן 20 שנה, וניתן להגיש בקשה בכל עת.

סדרי הליך הביטול:

בעל הפטנט משיב תוך 3 חודשים.
התוקף מגיש ראיות תוך חודשיים.
נערך דיון, ובסופו הרשם יחליט אשר יחליט.
נטל ההוכחה על התוקף, מבקש הביטול.
על החלטת הרשם ניתן להגיש ערעור למחוזי תוך 60 יום.

ההבדלים בין בקשת התנגדות לבקשת ביטול ויישומיהם

דגש על ההתנגדות:

בפרקטיקה מוגשות לא מעט התנגדויות – מדוע להגישן?

- א. איכות הביקורת של הרשם גרועה. יש מחקר ידוע שמוזכר על הזמן, שנערך באירופה: EPO – European patent office – 41% מהפטנטים שהוצאו הם חסרי תוקף ועשויים ליפול בהתנגדות.
- ב. יכולת לדחוף, לעכב, לגרום הפסדים לבעל הפטנט, בעלות לא גבוהה מדי בשביל המתנגד. זה נותן עמדת מיקוח גבוהה מול בעל הפטנט. זה מוגש בישראל כמכשיר לשיהוי וייקור העלויות מול בעל האמצאה. זה משפר את המיקוח. ללכת על תביעה בביהמ"ש לביטול פטנט, היא יקרה מאוד למבקש הביטול, כפי שיקרה לצד השני, הממציא.
- ג. חוסר תום לב בשיהוי, מביא להשתק – מי שחיכה 5 שנים מרגע שהפטנט נכנס לתוקף, ורק אז תבע ביטול של הפטנט, יגידו לו: "למה חיכית?"

דגש על הביטול:

- א. נטל ההוכחה שונה.
הבדל חשוב הוא לעניין נטלי ההוכחה:
בתהליך התנגדות הנטל הוא על מבקש הפטנט, על הממציא.
בהליכי ביטול, או במסגרת תביעה על הפרת פטנט, הנטל הוא על מבקש הביטול (המבטל! התוקף!), או, אם מדובר על תביעת הפרה – על הנתבע (המפר!).
 - ב. סיבה נוספת להגיש בקשת ביטול ולא התנגדות, בהגשת ביטול מה שמרוויחים הוא, שבינתיים יריב עסקי פותח פס ייצור – דבר יקר. ואז, אם הצלחנו לבטל פטנט, "דפקנו" – ממש כך – את היריב, הרבה יותר. זהו רעיון של העלאת עלויות ליריבים – לא יפה, אך עובד. לכן ביטול הוא עדיף.
 - ג. החלטת הרשם בבקשת ביטול, היא מעשה ביי"ד לעניין בקשת ביטול בין אותם צדדים. נחסמת הגשת בקשת ביטול נוספת.
- דוגמה: א' מגיש בקשה לפטנט. ב' מתנגד. יש דיון, וא' זוכה וההתנגדות נדחית – ואז אי אפשר לבקש ביטול לפטנט (אם כי תמיד אפשר לשלוח מישוהו אחר).

בעלות וזכויות בפטנטים

בעל פטנט יכול לנצל את הפטנט ב-3 דרכים:

- א. **ניצול עצמי**; דוגמה קלאסית – חברה המפתחת הליך ייצור חדש של שבבים, משווקת את המוצר וכו'. לא חייב להיות ניצול עצמי רק לצורך ייצור – אפשר גם לשווק את הפטנט.
- ב. **מכירת הפטנט**.
- ג. **רישיון בפטנט**.

יש כאן המון משחק מבחינה עסקית.

פטנט, במכירתו – העברנו את כל אגד הזכויות לצד אחר. כשמדובר ברישיון, אפשר לתת רישיון ייחודי, רישיון לא ייחודי, וגם לעצב את הרישיון בדרכים מגוונות מאוד.

לגבי משך ההגנה: הזכויות עומדות למשך 20 שנה מיום הגשת הבקשה לרישום. משום כך, בקשת ההתנגדות מאוד חשובה, יש להגישה מהר: ככל שאנחנו משהים את הבקשה, הערך הכלכלי של הפטנט יורד.

בעלות: סכסוכים לגבי הבעלות הם רבים.

המבנה הבסיסי של בעלות פשוטה:

סעי' 1 לחוק מגדיר בעל המצאה באופן הבא – הממציא עצמו או הבאים מכוחו, והם מי שזכאי להמצאה מכוח הדין (המצאת שירות בעובד-מעביד, ירושה) או עפ"י העברה עפ"י הסכם. ממציא, באים מכוחו, בעלים מכוח דין.
חזקת הבעלות באמצאה: סעי' 76 על פי הדין, מגיש הבקשה לרישום הוא בעל האמצאה.

ברוב המקרים, כשיש ממצאי שהוא אדם מהיישוב, הוא גם זה שיגיש את הבקשה (בעזרת עו"ד). יש לנו חפיפה בין הממצאי למגיש-הבקשה. אך ישנם מקרים רבים שבהם מגיש הבקשה איננו הממצאי: עובד-מעביד; שותף-עסקי; מממן מחקר (למשל לאוני', יש הסכמים כאלה שהם מאוד מורכבים).

מגיש הבקשה, הרשם מתייחס אליו כבעלים לפי סעי' 76. מי שאינו בעלים, נכנסים הבעלים-האמיתיים לסעי' 31(3) ומגישים התנגדות, כי מגיש הבקשה אינו בעלים.

בעלות משותפת – סעי' 77-78 לחוק:

ריבוי בעלים – כיצד אפשרי?

- א. ריבוי ממצאים – מי נחשב לממצאי? כל אדם שתרום תרומה לאחת התביעות בבקשת הפטנט נחשב ממצאי. זה לא משנה מה משקל התרומה – לא משנה שמישהו נתן 99% וחברו 1%. חייבת להיות תרומה לגיבוש הקונספט האמצאתי. לא מספיק שהיית פועל שחור, לא להיות עוד זוג ידיים שעבד קשה – חייבת להיות תרומה לגיבוש האמצאה עצמה. ברגע שהייתה כזו, הפכת לבעלים משותפים.
- ב. העברה למספר אנשים – זה יכול לקרות בהסכם, או בירושה, ואז שוב יש לנו מצב של ריבוי בעלים.

הדין לגבי ריבוי בעלים: סעי' 77(ב') קובע שאם היו להמצאה או לפטנט בעלים אחדים, יראו אותם כבעלי חלקים שווים אם לא נקבעה חלוקה אחרת בהסכם. זכויות שוות בהיעדר הסכם נוגד.

זכויות שוות – סעי' 78: קובע שכל אחד מהשותפים רשאי לנצל את ההמצאה. כל אחד רשאי לנצל את ההמצאה באופן סביר, בהיעדר הסכם נוגד. שימוש לא סביר, מאפשר לבעלים האחרים לבקש סעד משפטי, ובין היתר, להשתתף בתמלוגים או ברווחים. מדובר כאן על נקיטה בניצול לא סביר של המצאה, תחת זכות הבעלות. - דוגמה: ניצול לא סביר כזה הוא ייצור המוני של המצאה, ואז חלוקתה בחינם לכל דורש. זה פוגע בכל האחרים!

כל אחד מהבעלים יכול להגיש תביעה על הפרת פטנט, כל שותף. זאת משום, שאם היה הליך קבע שהפטנט חסר תוקף, הדבר פוגע בשותפים האחרים.

מכירת הפטנט תחת בעלות משותפת – סעי' 79-80: הללו עוסקים בזכות מכירה, לא ברישיון. השותפות בפטנט היא מלאה למעשה, אתה שותף למלוא הפטנט – אין חלק מוגדר של בעלות. זה כמו היחס להורים – לכל אחד יש אמא או אבא, למרות שחולקים ברוב המקרים את האמא והאבא עם אחים ואחיות אחרים. כך, כשמכרנו את החלק, מכרנו זכות בפטנט למעשה.

סעי' 80 - כל שותף, כל בעלים משותף, יכול למכור זכותו כפי ראות עיניו, רשאי להעביר הבעלות על חלקו בלא הסכמת הבעלים האחרים – וזאת בהיעדר הסכמה נוגדת בכתב, רשומה.

זה פותח פתח לבעיות רבות, וגם לאסטרטגית הגנה מעניינת: מכיוון שכל אחד יכול למכור את חלקו, נוצר מצב שבהיעדר תיאום, חלקים וזכויות בפטנט עשויים להימכר לחברות יריבות. אסטרטגיית ההגנה שהמרצה חושב עליה: אם אתה נתבע ע"י בעליו של פטנט בבעלות משותפת, דרך הגנה טובה מאוד היא לרכוש זכויות מבעלים אחר. במצב כזה, אי אפשר לתקוף אתכם – ככה נרכשה לו למפר זכות בפטנט. כשרואים תביעה הפרה באופק, צריך לחפש פטנטים אחרים באופק – דרך טובה היא להשיג זכויות באמצעות רכישה מהבעלים האחרים.

סעי' 79 יוצר חזקה מעניינת לטובת הרוכש: הוא קובע, שכאשר אישיות משפטית, אדם או תאגיד רוכש פטנט מבעלים משותפים, רואים אותו כאילו רכש את המוצר מבעל פטנט יחיד. כלומר, עומדת לרוכש חזקה כאילו רכש את הפטנט מבעל פטנט יחיד, וקיבל בכך את כל הזכויות שבפטנט. הדבר חייב להיעשות בתום לב. זוהי חזקה מרתקת הקיימת אצלנו בסעי' 79.

דרך להגנה ולחלוקת זכויות כראוי, היא ביצירת חוזה. כך אפשר להגן, למשל, על ממציא חסר-משאבים שהוא שותף לממציא רב-משאבים (אך לאחר מעשה תמיד לא יסכימו לכך, יש כאן כשל-חוזי). פתרון מעולה אחר הוא התאגדות לחברה, והוא אולי הפיתרון הטוב ביותר לבעיות הללו – החברה תהיה בעלת הפטנט, והממצאים בעלי מניות. יש עניין הן עם הבעלות השווה והן עם זכות המכירה ללא הסכמה

רשימות:**ההסדר מפורט מאוד בסעי' 84-88.**

בעליו של פטנט רשאי להעניק רשימות ניצול, וסעי' 84 מפרט את שני סוגי הרשימות. יש רישיון ייחודי, ורישיון לא-ייחודי. רישיון ייחודי לפי סעי' 85 יוצר את ההסדר הבא: הוא מעניק לבעליו זכות ייחודית לפעול לפי סעי' 49, כאילו הוא היה הבעלים של הפטנט. כלומר, רישיון ייחודי מביא מצבך למצב של בעלות, כמקבל הרישיון.

ייתכן כי תהיה הגבלה על העברת הרישיון לצדדים שלישיים – זוהי הגבלה ברישיון, בהסכם הרישיון, שמותר לנצל אך אין להעביר לצד שלישי. זה מוסדר פרטית בין הצדדים (זה מותר איזו שהיא זכות בידי בעל הפטנט למעשה, למקרה של הפרת הרישיון).

במכירה הכל עובר, ברישיון, נותרות כמה זכויות שיריות בידי בעל האמצאה. אגב, אפשר לעשות גם מכירה חלקית.

הרעיון ברישיון: הרישיון לא ינתן לאף אדם או גוף נוסף.

רישיון לא-ייחודי: סעי' 86.

מאפשר ליותר מגוף אחד לנצל את האמצאה, ותנאי הרישיון מוסדרים בצורה חוזית.

סעי' 87 תובע רישום כדי שיהיה תוקף כלפי צדדים שלישיים. נדרש רישומו של כל סוג של רישיון, לא רק רישוי ייחודי, אלא שני סוגי הרישוי. רק כך משיגים תוקף מול צד ג'.

לגבי הרעיון של ניצול פטנט משותף: סעי' 88. ההסדר הוא, שכאן נדרשת הסכמת כל השותפים. זהו הסדר שיוצר זכות וטו.

לא ברור, מדוע לגבי מכירה יש הסדר לא נוקשה, ולגבי רישיון הסדר כה נוקשה. המרצה משוכנע שיש בכך בעייתיות: ברגע ששותף אחד לא מסכים לניצול, אפשר למכור; אך הבעיה במכירה, מבחינת מקבל הזכות, היא שהשותף המסרב לרישיון יכול למכור בעצמו את הפטנט.

בשני המצבים, שני הרשימות, בשותף מתנגד, יש לו זכות וטו. המנגנון היחיד הוא פניה לביהמ"ש שעל פי סעי' 81 רשאי לצוות על הענקת רישיון גם כשחלק מן השותפים מתנגדים. כך, במידה וצו כזה אינו סותר הסכם שקיים בין השותפים או זכויות צד ג'. הדרך היחידה היא לפנות לביהמ"ש.

כמובן, שאם הצד השני לא רוצה לתת בלעדיות, לא רוצה רישיון בלעדי, ואין רצון להשתמש בסעי' 81 אפשר לקנות את החלק של הבעלים המתנגד מהפטנט, במקום לחפש את הסכמת כל השותפים שמטילים וטו.

דחינו: כדי להשיג בלעדיות בפטנט, צריך או לקנות את כל החלקים מכל השותפים בפטנט, או להגיע לרישיון ייחודי.

כשנותנים רישיון להמצאה או פטנט, יש 3 מישורים שיש לזכור, ואלו הם:

- א. טריטוריה – סיווג המקום. האם זה רק למזרח התיכון? רק לאירופה?
- ב. הזמן – לכל חיי הפטנט, 20 שנה? או לתקופה קצרה יותר כאשר לא רוצים למצות את חיי הפטנט עם אדם מסוים, מקווים להצעות טובות יותר בחלוף השנים.
- ג. אגד הזכויות – אפשר להעניק את זכויות הייצור.

- ← בדיון במישורים הללו, הכל מתפצל: יש רישיון ייחודי ורישיון לא-ייחודי.
- ← בארה"ב אפשר לפצל רישיונות ייחודיים לאזור מסויים, לזמן מסויים, לפצל את אגד הזכויות: ליצר חלק מן ההמצאה, לשווק אותה בלי לייצר אותה, וזאת רק לשנה מסויימת ורק במקום מסויים וכו'.
- ← מה שמנחה את בעלי הפטנט, הוא שצריך לזכור למקסם את הרווחים לבעלים המיוצגים.

כמקבלי רישיון:

- ← חשוב מאוד להבין מה מקבלים בעבור הלקוח: איזה יחוד מוענק וכיצד.
- ← חשוב להסדיר זאת, כי ההוצאות כדי לעמוד ברישיון, גבוהות: לבסס מערך שיווק, מערך ייצור, וכדאי מאוד לקבל את המוצר על כמה שיותר מקום, ולכמה שיותר זמן (כל חיי הפטנט).
- ← קבלתו של רישיון בעל **ייחודיות**, קריטית.
- ← ויש כאן המון מקום ליצירתיות – המנחה הוא מיקסום הרווח, ובניסוח הרישיון זה השלב לכך.

שאלה מרכזית היא התמורה, חד-פעמית או רב-פעמית – איזה אופן עדיף?

1. תשלום חד פעמי ברישיון: יתכן שהפטנט יצליח, ויתכן שלא. אכן יש סיכון שהפטנט יצליח מעבר למצופה, אך זו האופציה הפחות מסוכנת, כי אקבל הכסף ללא תלות בהצלחת הפטנט.
2. תשלום בהסכם תמלוגים: הממציא מקבל במצב הזה אחוז מסויים מההכנסות, וכאן יש גם כן סיכון מסויים – כאן הכל תלוי בהצלחת המוצר בשוק. הסיכון כאן גבוה יותר גם מסיבות של אסטרטגיה עסקית של החברה שמולכם (כגון חדלות פירעון, בעיות שיווק וייצור) – התמלוגים עשויים לרדת. עוד בעיה: בהסדר תמלוגים יש גם בעיה לעקוב אחרי רווחים. נדרש פיקוח מסכנת חסר-בדיווח.
3. הסדר נוסף: **Joint venture** – חברה משותפת. זוהי חברה משותפת, שאחד מנכסיה הוא הפטנט. יש לכך יתרונות וחסרונות – יתרון: מעורבות בניהול ובניצול ההמצאה עצמה בשוק. חיסרון: בעיות נציג – מניות שליטה מול מניות מיעוט וכו'.
4. ניתן גם לעשות קומבינציות בין אפשרויות: חלק מהעסק בתשלום חד פעמי, חלק בתמלוגים.

הסכמי העברת ידע:

העברת יכולות ייצור, שיווק, ניהול המוצר. יש גם הסכמים שמטפלים בכך.

- כמה משלמים על פטנט, מבחינת תמורה?
- עבור פטנט, התגמולים הממוצעים הם 5-8%, לא יותר.
- עבור פטנט שטרם אושר, משלמים בין 2-5%.

לא מדובר בסכומי עתק.
יש להדגיש, שאסור להסתכל רק על האחוזים – תלוי מי לוקח את הפטנט.
הנתח של האחוז לא חשוב לעיתים, אם עוגת הרווחים היא טובה.

מותר לקחת גם 1% מחברה כמו IBM.

המצאות שירות:

סעי' 132 קובע הסדר מיוחד להמצאות שירות: מדובר בהמצאת עובד, שהזכות בה הולכת למעביד. המעביד (ביחסי עובד-מעביד) נחשב לבעל ההמצאה.

עובד שממציא המצאה, **בארבעה תנאים מצטברים**, ההמצאה שייכת למעביד. ואלה הם:

1. אמצאת עובד;
2. קיום יחסי עובד-מעביד;
3. עקב שירותו;
4. בתקופת שירותו;

וזה סדר הדברים:

יחסי עובד מעביד.
סעי' 131: עובד שממציא המצאה מחוייב לפי סעי' 131 ליידיע את המעביד.
המעביד מקבל תקי של 6 חודשים להגיב – להגיד אם הוא רוצה או לא רוצה.
רוב המעבידים "רוצים", בלי קשר לשווי.

יש 2 דרכים בלבד שבהן תיוותר ההמצאה אצל העובד :

1. **הסכם מפורש** בין העובד למעביד (עורכי דין בדיני העבודה צריכים להסדיר זאת מראש).
2. **ויתור מכללא** של המעביד, שבמסגרתו המעביד פשוט לא מגיב להודעת העובד על פי סעי' 131 – המעביד לא אומר דבר, וניתן להסיק מכך ויתור משתמע.

הוועדה לענייני פיצויים ותמלוגים :

העובד לא יוצא לגמרי קירח. אם לא נקבע בין עובד למעביד דבר לגבי התמורה המגיעה לעובד, ייכנס לתמונה סעי' 134, שאומר, כי תמורה בעד המצאת שירות תהיה כך :

באין הסכם (כלומר, הסכם ספציפי) הקובע אם זכאי העובד לתמורה בעד המצאת-שירות, ובאיזו מידה ובאילו תנאים – יקבע הדבר ע"י הוועדה לענייני פיצויים ותמלוגים (שהוקמה לפי פרק ו').

וסעי' 135 מפרט את השיקולים שעל הוועדה לשקול :

- א. תפקיד העובד.
 - ב. טיב הקשר בין האמצאה לעבודה.
 - ג. יוזמתו של העובד באמצאה.
 - ד. אפשרויות הניצול של האמצאה.
 - ה. הוצאות סבירות שהוציא העובד כדי להשיג הגנה.
- הרכב הוועדה יהיה רשם הפטנטים, שופט ביהמ"ש העליון ונציג האקדמיה..

פנטנטים – המשך

עם קצת מאמץ כמעט כל פטנט אפשר לרשום – פנטנטים הם לא ממש דברים פורצי דרך. מניחים ש-95% מהפטנטים הם חסרי ערך כלכלי. אז למה רושמים אותם? יש לזה עלות כלכלית! אלא, שהרבה פעמים ממציא בודד לא מבין את העלות הכרוכה בהליך – הוא לא מבין כמה יקר הליך המסחור והשיווק, הוא לא מבין מה עלויות הרישום, והאכיפה שתבוא אח"כ. כמו"כ הם רושמים פנטנטים שהם פשוט לא רשומים טוב או מייצגים מוצר שחסר בו חלק שיהפוך אותו להצלחה מסחרית.

השימושים בחברות הגדולות הם בעיקר אסטרטגיים, לצורך הגנה מתביעות אחרות, להגנה ממתחרים. הרעיון של חברה גדולה הוא ליצור פורטפוליו של פנטנטים לצורך יצירתו של מאזן אימה מול אחרים: זה כמו נשק גרעיני – עצם הקיום של פטנט ברשותך הוא רעיון מעולה.

הפרת פנטנטים

סעי' 49 לחוק הפטנטים, המרכזי לעניין: "בעל פטנט זכאי למנוע מכל אדם לנצל בלי רשותו את ההמצאה שניתן עליה הפטנט"
 - בין בדרך המוגדרת **בתביעות**; (מילולית)
 - ובין בדרך דומה לה המפקיעה את **עיקר ההמצאה**; (עיקרית)

סעי' 49 **מקנה בלעדיות בהמצאה, לבעל הפטנט, וזו מסקנה מתוך לשונו השלילית של הסעיף: בעל הפטנט יכול למנוע מאחרים לנצל את הפטנט.**
המטרה היא, להעניק בלעדיות כלכלית לבעל הפטנט, בכל הנוגע לניצול ההמצאה.

- ושאלה שנעסוק בה (לא נעסוק בסעדים פרטנית), נזכיר לגביה את סעי' 183(א') לחוק: בתביעת הפרה זכאי בעל הפטנט לסעד בדרך של צו מניעה או פיצויים.
- חוזרים כאן לקו הבסיסי של הקניין: בכך שביהמ"ש מעניק צו מניעה, זה נותן כוח להדיר אחרים, ומאידך כוח לקבוע את המחיר לשימוש בהמצאה, על הניצול בה.
- ניצול המצאה – מוגדר בסעי' 1 לחוק הפטנטים:
 - I. לגבי המצאה שהיא מוצר: ניצול ההמצאה הוא א. ייצור. ב. שימוש. ג. מכירה/הצעה למכירה. ד. יבוא לשם אחת מן הפעולות האמורות.
 - II. לגבי המצאה שהיא תהליך: כל שימוש בתהליך המוגן בפטנט.
- חריגים לניצול המצאות:
 - א. פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי.
 - ב. פעולה ניסיונית שמטרתה לשפר המצאה או לפתח המצאה אחרת.
 - ג. פעולה לפי סעי' 54(א'): פעולה במסגרת טיפול להשגת רישוי לצורך שיווק המוצר בתום תקופת הפטנט. "תיקון טבע" אפשר לקרוא לכך.

יש להבין, הליכי הרישוי נפרדים מהליכי הפטנט, יקרים וגוזלים המון זמן – שנים וסכומי עתק. רוב ההשקעה מושקעת בהליכי הרישוי: להשיג אישור משרד הבריאות לשיווק תרופה – אפקטיביות, אי פגיעה בציבור, הוכחת תנאי פעולתה וכו'.
 במדינת ישראל, יש בה את חברת טבע, והליכי הרישוי הארוכים מאריכים את תקופת הפטנט: המתחרים לא יכולים להיכנס לשוק עם פקיעת הפטנט, אלא צריכים לעבור רישוי. לכן מה שנעשה בישראל, הוא ליצור אפשרות לחברות פרמצבטיות (ובעיקר, למעשה לטבע, הנהנית העיקרית) לעסוק בפיתוח תרופות גנריות, ולנסות ולהעניק רישיון לתרופה מהר יותר. זוהי הקדמת כניסת המוצר הגנרי לשוק.
 בעולם התרופות, שהוא עולם מדהים, יש גם רישיונות כפיה וכו'. פיתוח תרופה מקורית, קרוב לעלות של מיליארד דולר; תרופות גנריות זולות יותר. לכן צריך להיזהר – אם החברות הפרמצבטיות המובילות לא יפתחו תרופות מקוריות, חברות התרופות הגנריות הן מסוכנות: חברת טבע היא טפיל, ואם הוא הורג את הנשא, הוא פוגע בכל השוק.

סוגי ההפרות:

- א. הפרה מילולית – מה שכונה בעגת זכויות היוצרים "שעתוק". מפר מביט על התביעות בפטנט, קורא אותן, ומכין את המוצר – כאילו הביט ב"מתכון". וכמו בזכויות יוצרים, הפרה מילולית, שעתוקית, היא דבר פשוט: אדם מנסה ליצר, להשתמש, לייבא, למכור מוצר שמוגן בפטנט.
- ב. הפרת עיקר ההמצאה – הפרה מסוג יותר קשה. כאן נופלים המקרים הקשים יותר, שגם אותם ראינו בזכויות יוצרים: לא מייצרים את ההמצאה כהגדרתה בתביעות – אלא לקחת את הפטנט, וליצור שינויים; ובכך – לצאת מהמרחב המוגן. אם תחולת התביעות של הפטנט היא באזור מוגדר, מכניסים שינויים כדי לצאת מתחום ההפרה. אלו אותם מקרי **התחכמות**. זה מה שקורה – מביטים על פטנט, ושואלים: "איך ליצור המצאה בלי להפר את הפטנט" – כי אם נפר את הפטנט, יבוא סעי' 183(א') – צו מניעה, פסיקת פיצויים, השבת רווחים ועוד.

מתחרה המביט במוצר מוגן:

1. או ישלם לבעל הפטנט, ישיג אישור.
2. או למצוא דרך לעקוף את הפטנט.

מדוע שלא ניתן הגנה מאוד רחבה, לכל התחכמות שהיא, שאף אחד יתקרב לאזור זה? כי אז יצא שכרנו בהפסדנו, איש לא יפתח המצאות המשך. הגנה רחבה מדי לא טובה לנו.

מבחינה אידיאלית, תחום ההגנה צריך היה להיות כך:

מחד: אופטימאלית צריך למדל את ההגנה כך שתחפוף את כל אותן דרכי הביצוע שחשב עליהן הממציא. הממציא מגדיר תביעות ב-X, אך מתכוון שגם אפשר לייצר את המוצר ב-XY, וזה עדיין צריך ליפול במסגרת הפטנט! מאידך: יש להגן על מי שיש לו רעיונות אחרים שהממציא לא חשב עליהם – לתת להם הזדמנות.

ההגנה צריכה להיות שכל אשר הממציא חשב עליו יהיה מוגן, ובמסגרת זו גם שינויים שהם טריוויאליים להמצאה: שינויים שאין בהם חדשנות של ממש ואין בהם התקדמות המצאתית.

פ"ד ע"א 804/89 לנפלסט נ' ברקמן – התמודדות עם הפרה:

המשיבים (ברקמן), בעליהם של פטנט ישראלי שכולל:

- א. שיטה – "שיטה ליצור אקרן רב-שימושי";
- ב. מוצר – "אקרן המיוצר עפ"י שיטה זו";

הם תובעים במחוזי את המערערת (לנפלסט) על הפרת פטנט. התביעה מתייחסת גם לתהליך וגם למוצר המוגמר.

כמה דברים לגבי זאת:

המערערת, המפרה הנטענת, מעלה טענות הגנה רבות:

תקיפת הפטנט:

1. הפטנט אינו תקף מחמת היעדר חידוש, היעדר התקדמות המצאתית, חוסר תועלת וחוסר בהירות (אפילו הפירוט לא רלוונטי!). זוהי תקיפה חזיתית: המוצר המוגמר לא מוגן.
2. הפטנט עוסק רק בתהליך ייצור, ולא במוצר הסופי (הם רוצים לפחות את האפשרות ליצור אותו – יותר קל להתמודד עם תהליך, ניתן לשנות תהליך הייצור ולהגיע למוצר הסופי בדרך אחרת; בפטנט על מוצר מוגמר, הוא מגן עליו, ולא משנה דרך הייצור).

הגנה עצמית:

3. אין הפרה.

נתמקד בטענה השלישית. מהו "היעדר ההפרה"?

ביהמ"ש המחוזי הגיע למסקנה שהפטנט תקף – גם לגבי המוצר וגם לגבי התהליך – שניהם מוגנים; כמו-כן הוא הגיע למסקנה שהייתה הפרה.

פסה"ד בעליון ניתן ע"י הנשיא שמגר שדן בשאלה: האם הופר הפטנט?

- מהו היקף ההגנה? מהן התביעות? איך נפרש את התביעות ורוחבן? הדבר מחייב פרשנות.
- האם ישנם דיני פרשנות מיוחדים בדיני הפטנטים? שמגר פוסק שלא! על פרשנות פטנט יחולו כללי הפרשנות הרגילים החלים לגבי מסמכים. עם זאת, מתחייבת זהירות מיוחדת, מכיוון שהפטנט מקנה מעין-מונופולין בשוק.
- כלומר: ניעזר בכל כללי הפרשנות בענייני מסמכים. אך בכל זאת יש להיזהר, ואם יש ספק לגבי פרשנות רחבה, נעדיף פרשנות מצמצמת.
- למה פונים אנו בפרשנות?
מתחילים בתביעות; אבל לא מסתפקים בכך – לא נגביל עצמנו לתביעה. עיקרון הפרשנות הבסיסי הוא שיש לקרוא את מסמך הפטנט כמסמך שלם.
יש כאן התבוננות בפטנט כבמסמך שלם – לא בתביעות גרידא. שהרי מבנה הפטנט:
1. תיאור ההמצאה – מבוא לעבודה: מסבירים מה רוצים לעשות.
2. התביעות עצמן.
3. תרשימים, מצגות גרפיות.
• לכן – אין לקרוא את תביעות הפטנט במנותק מהנאמר בתיאור והמתואר בשרטוטים.

הבה נביט בפטנט בלנפלסט (נביט ב-2 מן התביעות הפטנטיות של ברקמן):

שיטת ייצור אקרן רב שימושי המותאם באופן מיוחד הן להצגתן של דמויות מוקרנות עליו והן לכתובה עליו.

1. האקרן מורכב מלוח קשיח מחומר תרמופלסטי.
2. לוח הפלסטי הנ"ל מושם בלחץ למשך 90-150 דק', בטמפ' 130-200 מעלות צלזיוס, ובלחץ של 50-20 ק"ג/סמ"ר.
3. לפחות אחד המשטחים של הלוח נלחץ כנגד לוח כבישה אשר לו ריבוי של בליטות הקרובות זו לזו, שהן בגובה של 0.02-0.2 מ"מ לערך.
4. כתוצאה מהתהליך לפחות אחד ממשטחיו של האקרן מתחפספס ונוצר עליו בהתאמה ריבוי של שקעים קרובים לזה לזה. מכך מותאם משטח האקרן הן להפחתת ההבהק של דמויות המוקרנות עליו והן לאפשרות קליטתם באופן המאפשר מחיקה של חתיכות גיר ממכשירי כתיבה בגיר הנלחצים אליו.
5. אקרן רב שימושי כל אימת שהוא מיוצר ע"י התהליך המתואר לעיל.

זו היא המצאה פשוטה יחסית, אך עדיין יש כאן פירוט טכני רב, ולא בכדי: מאוד חשוב המרחק בין השקעים: כי אחרת התמונה תאבד רזולוציה, ואם השקעים עמוקים מדי, לא ניתן יהיה לכתוב על הלוח. זהו מרחק מאוד מסוים ושקעים מאוד מסוימים ברווחים מאוד מוגדרים: רק כך אפשר גם להקרין וגם לכתוב על הלוח.

אפשר ליצור תחליף להמצאה, לעקוף את הפטנט. אולם, הגם שאפשר ליצור משהו דומה שהוא מוחץ לפטנט – שהרי בסופו של יום המטרה היא לא להימנע מהפרה, לא להשיג פטנט משלכם, אלא להצליח עם הפטנט בשוק – ועל עוה"ד להבין זאת.

טענות המערערת לכך שאין הפרה:

1. שימוש בחומר שאינו תרמו-פלסטי או שאינו קשיח: אקרן המערערת עשוי מלמין: חומר תרמוסטי (להבדיל מתרמופלסטי). בית המשפט צריך להיכנס להבדל בין החומרים האלה – חומר תרמופלסטי נחשב חומר זורם שניתן להמיסו; חומר תרמוסטי הוא חומר קשיח שאינו זורם.
2. תהליך הכבישה המתואר בפטנט, דורש שהלוח יהיה במצב צבירה קשיח, בעוד שבהליך הננקט ע"י המערערת, הלוח במצב צבירה נוזלי. דהיינו, בפטנט הכבישה כשהלוח במצב מוצק, ואצל המערערת הלוח נמצא במצב צבירה נוזלי בעת הכבישה.
3. החיספוס בלוחות שונה: עומק החיספוס בפטנט בין 0.02-0.2 מ"מ, ובהליך אצל המערערת החספוס שונה.
4. זמן הכבישה אינו 90-150 דק', אלא רק 10 דק'.

אלו הבדלים ממשיים! מוצר שהוא לוח מחוספס, אך ישנם ההבדלים – וברי לכל שברקמן לא המציאו לא את הלוחות ולא את האקרנים. הם יצרו לוח מסויים בשילוב המכונה "אקרן רב-שימושי".

התמודדות ביהמ"ש עם טענות האבחנה, ומה בסופו של דבר:

1. ביהמ"ש דוחה הטענה הראשונה: בפטנט מצויין שעל החומר להיות תרמופלסטי בתחילת ההליך – לא בסופו. זאת משום שבחומר תרמוסטי לחלוטין לא ניתן להטביע את המרקם המחוספס.

ביהמ"ש מחוּזי, עובדתית, קבע כממצא עובדתי, שבתהליך המערערת עוברים החומרים ממצב תרמופלסטי למצב תרמוסטי. לפיכך, אין בעובדה שבתהליך מצוי החומר במצב תרמוסטי בשלב מסוים, כדי למלט את המערערת מגדר ההפרה. כמו"כ המחוזי קיבל חו"ד מומחה שביקר במפעל המערערת, שקבע שהליכי הייצור בעצם זהים. הליך הכבישה המתואר בפטנט דורש שהלוח יהיה במצב צבירה קשיח וכו' – שמגר דוחה טענה זו, כי נזנחה ע"י המערערת בשלב הסיכומים, ומכאן שאין להתייחס אליה בערעור. זהו שימוש נדיר בטעם פרוצדורליסטי. לפני משורת הדין, השופט שמגר מוסיף, שהמערערת לא הוכיחה שהכבישה נעשית כשהלוח במצב צבירה נוזלי כטענתה.

2. החיספוס במשטחי הכבישה שונה – השופט שמגר קובע, כי טענה זו לא פורטה בסיכומים, ויתר מזאת, ההבדלים בחיספוס, ככל שהיו, הם זניחים.

3. הטענה הרביעית: לנפלטט עשו מה שברקמן עשו תוך שמינית מהזמן - יצרו לוח. זה מאיץ את הליך הייצור ומוריד את העלויות למתחרה. משמעותי.

מכשיר הכבישה הוא פונקציה שאינו חלק מההמצאה: מכשירי כבישה חדשים יכולים להאיץ את תהליך ההטבעה; זהו שינוי טכני של רכיב אשר אף אם יש בו כדי להוזיל-משהו את עלות הייצור, המומחים הקוראים את הפטנט היו מבינים כי הממצא התכוון ששינוי כזה יפול בגדר הפטנט!

שמגר חוזר להיקף ההגנה: "מה חשב הממציא" – למה התכוון הממציא. אי אפשר ליצור פטנט מפלצתי שיכלול כל אפשרות שהממציא חשב עליו – פשוט מפרשים את כוונת הממציא.

חשוב להזכיר: הגנת פטנט על תהליך היא גם על המוצר הישיר: לפי סעי' 50א' בחוק, כשמדובר בתהליך – חזקה שהפטנט יחול גם על המוצר הישיר של התהליך (לא מוחלטת, אם מדובר במוצר שהוא לא יכול להיות מוגן וכו').

* טענת המערערת הייתה שברקמן לא תבעו מוצר אלא רק את התהליך ואת המוצר הישיר שהוא תוצר שלו – הגנה מצומצמת יותר.

אולם, בתביעות באמת הם תבעו גם את המוצר: אקרן רב-שימושי.

שמגר אומר שנתבע פה גם מוצר חדש! יש כאן גם תהליך וגם מוצר חדשים, ולכן יש הגנה גם על המוצר. זהו לא מקרה שבא בגדר ההגנה הצרה של סעי' 50א'.

תיאורית חיפוש ההפרה – בירור התביעות והתחכמויות:

• תביעה כללית וגדולה:

למה לא לתבוע כל מוצר שהוא לוח שניתן לכתוב ולהקרין עליו, אקרן רב שימושי? זאת מכיוון שרוצים פירוט בפטנטים – כך שבעוד 20 שנה יוכלו להשתמש בפטנט. כמו"כ רוצים לאפשר לאחרים להתפתח, דרך אפשרויות שהן מחוץ למרחב הגנת הפטנט.

יש להבין: ניתן היה לכתוב ולהקרין גם על קיר – יש אמצעי כתיבה מחיקים, ואפשר לסייד כל פעם. בצורה מגחיכה, אפשר לומר שקיום קירות לבנים בכל העולם מונע פטנט אקרן רב-שימושי.

התשובה הפשוטה ביותר: הם לא היו יכולים לקבל פטנט רחב, משום שהם לא היו עומדים בדרישות של קבלת פטנט – אלו דברים שהיו כבר לפני, ואי אפשר לתבוע את כל העולם.

• ממציא חייב לתחום עצמו לתחום מסוים, גם כדי לחסוך במשאבים וגם כדי שהפטנט ירשם ולא ידחה משום שהוא רחב ולא ספציפי – ואז יש הזדמנות למחדשים אחרים לצאת מחוץ לתביעות.

• תורת האקוויולנטים: Equivalentents –

תורה שבעצם נועדה למנוע התחכמויות: אם אדם מציע דרך אחרת ליצור מוצר או מוצר אחר, הדומה לדרך או למוצר המוגנים, אבל מבחינות פונקציונאליות ומהותיות ההצעה המאוחרת זהה-שווה-אקוויולנטית להצעה הראשונה – אזי עדיין יתייחס מפר:!

מי שחושב להתחכם מהתביעות, לא ינצל אם יצירתו יפול בגדר תורת האקוויולנטים. תורה זו מרחיבה את ההגנה הניתנת לבעל הפטנט המקורי. ההגנה רחבה, מעבר לתביעות.

- לכן, כאשר כל התביעות מוגבלות בשפתן, וכאשר יש את הגנת תורת האקוויולנטים, בשל מגבלות השפה והאמצעים, ביהמ"ש חייב להשתמש בכללי פרשנות לפטנט, לראות אל מה התכוון הממציא.

זהו מעין "מבחן הטרדן המתערב": "האם התכוונת גם לזה, אדוני הממציא?"

- ישנם מילוני פטנטים: מושגים שעברו טבילת אש בביהמ"ש ויש להם משמעות – בפטנטים חשוב מאוד הדיוק. השימוש במילה "לערך" למשל, מרחיב את ההגנה: "50 ק"ג לערך". המטרה היא להשתמש בביטויים כמה שיותר מרחיבים כל עוד רשם הפטנטים מאפשר, ולבנות עליהם גם אפשרות לפרשנות.

- דוקטרינה נוספת: **השתק תיק הפטנט – File Wrapper Estoppels**. זוהי דוקטרינה מהמש' האמריקאי.

הדוק' נדונה בצ"ע בפ"ד לנפלטסט: ברישומים שמבצע רשם הפטנטים במסגרת הליך הבדיקה. כל בקשת פטנט מקבלת תיקיית קרטון שעליה רשומות הערות של הרשם. במהלך הליך רישום הפטנט יש מגעים בין רשם הפטנטים למגיש – בקשת הבהרות, בקשות תיקון (מצד המבקש, אם תבע יותר או פחות מדי). כל תרשומת זו בוצעה על תיק הפטנט. הכוונה היא לכל התרשומת המתעדת את ההיסטוריה של תהליך אישור הפטנט. היסטוריה זו היא גם מקור מתועד לפרשנות (כמו נסיבות או היסטוריה חקיקתית). אם מגיש הבקשה מסדיר ומבהיר בשלב מסויים את תביעה 2 – הרשם יכתוב זאת על הקרטון. כיום זה מקובל בשם Prosecution History Estoppel – השתק בהליך האישור. ההשתק מה? דוגמה: תובעים משהו ואומרים "1 טון לערך", ואז הרשם אומר "הורד 'לערך' " ותובע הפטנט מוריד זאת – יש לו השתק: הוא לא יוכל לטעון שיש הגנה גם על משהו שהוא למשל 1.5 טון.

כלומר – מי שויתר על תביעה במסגרת ההתכתבות של הליך האישור, אסור לו לטעון שלא ויתר. מי שרוצה להתגונן מתביעת הפרה רוצה להיעזר בכך, כדי לכבול את בעל הפטנט ולצמצם את מרחב הפרשנות.

מעמד הדוק' במש' הישראלי: האם ההיזקקות להיסטוריה נקלטה גם במש' הישראלי?
שמגר משאיר את סוגיית אימוץ הדוקטרינה בצ"ע, מהטעמים הבאים:

- א. הליך בדיקת הבקשה לפטנט במש' האמריקאי שונה מזה הקיים בארץ.
- ב. הדוקטרינה הזו התפתחה לאורך זמן ובאופן מבוקר במש' האמריקאי.
- ג. במקרה דנן, גם השימוש בדוקטרינה לא יעזור למערערת.

לגבי הנימוק ה-3 אין בעיה. אכן זה תלוי בנסיבות.

נימוקים 1-2, הם שגויים לדעת המרצה: סיבה 2 היא רק סיבה לאמץ את הדוק' – היא עברה בחינות רבות, ודווקא בשל זאת היא מוצדקת.
סיבה 1 היא שגויה אף היא: אנו מחפשים בפרשנות מידע, וכל מידע שהתפתח באופן אמין וסביר, כדאי להיעזר בו.
כשדנים במכשיר מדיניות ומוצאים בו פגמים – השאלה המעניינת היא לא אם יש בו פגמים, אלא מה האלטרנטיבות: האם הוא טוב יותר ממה שיש לנו?

האלטרנטיבה היא מבחן האקוויולנטים, או "מה הייתה כוונת הממציא".

מדגמים

עד כה דנו בפטנטים פר אקסלנס : המצאות שקשורות ליעילות.
עיצוב תעשייתי .

קל להתבלבל בין הפונקציונאליות (פטנט) לבין העיצוב (המדגם), אך אלו שונים בדין.

פקודת הפטנטים והמדגמים, 1924 עוסקת גם בפטנטים וגם במדגמים, אך עם חקיקת חוק הפטנטים רוב חוק זה בוטל, ונותר רק החלק של המדגמים, קרי העיצוב התעשייתי.

בארה"ב מבחינים בין Utility Patents : פטנטים רגילים, ל- Design Patents : פטנט עיצובי/מדגם.

מכיוון שיש לנו תחום נפרד בזה, ישנם דינים מורכבים יותר.
 בארה"ב הכל הוא תחת אותה החקיקה – כך היה גם אצלנו במקור, אלא שדברים השתנו מאז.

כיום יש לנו למעשה דין מיוחד שחל בעניין המדגמים.

"מדגם" מוגדר בסעי' 2 לפק' הפטנטים :

מדגם, אין פירושו אלא קווי דמות, צורה, דוגמה או קישוט שמייחדים לכל חפץ, ע"י תהליך, או אמצעי תעשייתי, אם בעבודת יד או ... או...**הבולטים לעין** הרואה בסחורה המוגמרת, ואפשר להבחין רק במראית עין...

כלומר – מגנים על כל תחום העיצוב התעשייתי, עיצוב המוצרים.
 באמצעות הגנה על מדגמים, אי אפשר לתבוע את שיטות ייצור המוצר עצמן או שיטות הבניה – אלו שייכים לפטנטים.

• המדגמים מזכירים לנו פסק דין שעסקנו בו. **"פ"ד לב (האומנות בעיצוב בניין), פ"ד אינטרלגו.**

אפשר להגן על מדגמים גם בעזרת זכויות יוצרים!

בפ"ד אינטרלגו יש עיסוק גם במדגמים!

עיצוב – גם מדגמים, וגם זכויות יוצרים.
 יש כאן חפיפה נוספת – בין זכויות יוצרים לדיני מדגמים.
 יש, נזכיר, גם חפיפה בין סודות מסחר לבין פטנטים.

מה עדיף – זכויות יוצרים או מדגם? השאלה לא קמה!

סעי' 22 לחוק זכויות יוצרים מחייב, שאם יש לך הגנה במדגמים או בפטנטים, צריך ללכת לשם ואי אפשר להשתמש בזכויות יוצרים.

חובה לפנות לדרך המדגמים כשאפשר להשתמש בזאת.

יש הבדל בזמנים – ההגנה חלה מעת הרישום.

← זו הייתה בדיוק חוות דעתה של **הש' דורנר בפ"ד אינטרלגו** : דורנר טענה שאינטרלגו מושתקת, כי היה מרשם של מדגם על לגו, באנגליה. יש לה מניעות מכוח השתק.
 כשאינטרלגו הלכה לרשום את עיצוב קוביות הלגו כמדגם באנגליה, היא איבדה את הזכות לחפש את זכויותיה בחוק זכויות יוצרים!

דהיינו :

• סעי' 22 לחוק זכויות היוצרים יוצר הירארכיה נורמטיבית ומחייב פניה לדיני המדגמים ולפני ההזקקות לדיני זכויות היוצרים.

מדגם שזכאי להירשם (סעי' 1)30 לפקודת הפטנטים):

*תנאי נוסף : משיכת העין (להבדיל ממקוריות ואמנותיות שיש בזכויות יוצרים).

א. מדגם חדש (כמו פטנט).

ב. מקורי (כמו זכויות יוצרים).

ג. שלא נתפרסם קודם בישראל (כמו פטנט).

← וכמובן, בשונה מבדיני זכויות היוצרים : נדרש רישום.

משך ההגנה:

לפי סעי' 33 לפק', משך ההגנה הוא לחמש שנים. ניתן להאריך תקופת ההגנה ב-5 שנים נוספות ע"י תשלום דמי חידוש. בתום 10 השנים ניתן להאריך ל-5 שנים נוספות בתשלום דמי חידוש. סה"כ מקסימום של 15 שנה. ההכרעה אם לחדש או לא היא הכרעה פשוטה: עלות מול תועלת.

• **לגבי הפרות, הסע' הרלוונטי: סעי' 37 לפק': קובע זכויות בעל המדגם.**

לפי סעי' 37, הגנת המדגם נועדה להעניק מונופול לבעלים על העיצוב המסחרי. בעידננו לעיצוב מסחרי חשיבות כלכלית עצומה. פעמים רבות הייחוד העיצובי חשוב מן התועלת במוצר. המשיכה הויזואלית קריטית. סעי' 37, שוב, בנוסח שלילי, עושה עבודה דומה לסעי' 49 לחוק הפטנטים, ומקנה בלעדיות לבעל המדגם לייחד לצרכי מכירה את המדגם, או כל חיקוי תרמית או חיקוי בולט הימנו. סעי' 37 מגן על המדגם ע"י הקניית כוח למנוע:

- מכירה.
- חיקוי תרמית.
- חיקוי בולט.
- פרסום סחורה או הצעתו למכירה של עיצוב הזהה למדגם או מחקה אותו בחיקוי תרמית או בחיקוי בולט.

ע"א 7125/98 מיפרומאל נ' קליל תעשיות:

מחוזי (סירוטה): המערערת והמשיבה מתחרות בייצור פרופילי אלומיניום. סירוטה, בתביעה, קבעה כי עיצובה של המערערת הפר את המדגם של המשיבה.

המבחן בו השתמש המחוזי לגילוי הפרה: "מבחן ההתרשמות מן התדמית הכוללת של המוצרים".

בהחילה מבחן זה, קבעה השופטת כי בין המוצרים קיים דמיון רב, לצד מס' הבדלים קטנים שאין בהם כדי להושיע את המערערת.

העליון (השופט א' ריבלין): השאלה הרלוונטית בענייננו בביהמ"ש העליון – מהו המבחן הנכון לבדיקת הפרות בכל התחום של דיני המדגמים?

פרמטר ראשון: השופט ריבלין משתמש ב"מבחן העין".
במבחן העין 3 שלבים:

א. קביעת **זהות הבוחן** – מיהו הצרכן הרלוונטי? ישנו הצרכן הממוצע, צרכן סביר, ובמקרים מסויימים אופי המוצר יחייב את נקודת המבט של המומחה לדבר (בעל מקצוע ממוצע).
זוה דומה לפטנטים בתחומים של חדשנות והתקדמות המצאתית: בחינה בעיניו של בעל מקצוע רלוונטי.

ב. **הגדרת המוצרים העומדים להשוואה** – המיקוד פה הוא בשאלה **כיצד נמכר המוצר, כיצד מתבצע בו שימוש בפועל.**

ג. **שלב ההשוואה** – השלב הקשה ביותר, בו על ביהמ"ש לקבוע **האם המבקש לרכוש את המוצרים סבור** שהמוצר של הנתבע מהווה חיקוי בולט של המוצר המוגן ע"י המדגם.

אך מבחן זה לא עובד לגמרי:

פרמטר שני: ישנו מבחן עזר: **מבחן החשש להטעייה.**

ביקורת המרצה: אך זה מה שצריך לבצע בשלב השלישי! ההשוואה!

השופט ריבלין אומר: כאשר קיים דמיון, אך לא זהות, על בית המשפט להיעזר במבחן החשש להטעייה/שלקוח גם מסימני המסחר וגניבת-עין], כדי לבדוק האם הצרכן הרלוונטי עלול לטעות בין המוצרים.

אומר ביהמ"ש, וזה חשוב: ניתן לערוך את מבחן החשש להטעייה כאשר שני המוצרים מוצגים בנפרד, ולא זה לצד זה.

הרציו: בד"כ צרכנים לא מביטים במוצרים זה מול זה, הם רואים כל מוצר לבדו – ואז צריך לבדוק אם נוצר בלבול, בשל הדמיון הכללי.

פרמטר שלישי: פרמטר נוסף, שהשי' ריבלין קובע שרלוונטי לקביעת הפרות: **ההיקף של ההגנה: יש לבחון מידת החידוש והמקוריות במדגם. אם החידוש או המקוריות אינם משמעותיים, עשוי בית המשפט לשלול טענת הפרה על יסוד שינויים קלים שהוכנסו במוצר החדש.**

הערה: אותה הגישה קיימת גם לגבי פטנטים – בפ"ד לנפלסט השופט שמגר אומר – אם יצרת מוצר פורץ דרך, או במקרה שלנו, עיצוב פורץ דרך – ההגנה מורחבת. אך אם נוצר משהו שהוא לא מרשים במיוחד, ההגנה תהיה מצומצמת ופחותה. נתקלנו בתמה הזו גם בזכויות היוצרים: אם יצרת משהו מאוד מיוחד, ניתן לכך הגנה רבה, כי הושגה תועלת חברתית רבה. אך אם מישהו רק יצר זיז מסויים, שינה את העיצוב של המסגרת, זה לא מצדיק הגנה רבה מדי.

שלב היישום, מן הכלל אל הפרט:

- א. הצרכנים הרלוונטיים – ארכיטקטים, קבלנים, יצרנים.
- ב. המוצרים שמשווים – פרופילי אלומיניום נמכרים מפורקים, וכך יש לבחנם.
- ג. ההשוואה גופה – קובע ביהמ"ש המחוזי שישנם 3 הבדלים:
 - a. הבדל חיצוני – לפרופיל החדש נוסף חריץ בפס האמצעי.
 - b. זיזים זעירים הממוקמים בצידה הפנימי של הקשת – בפרופיל החדש פונים הזיזים כלפי בסיסו של הפרופיל; בפרופיל המוגן צורתם היא כמעין ר' הצמודה לקשת, והם פונים זה אל זה.
 - c. הבדל פנימי נוסף: לצידן הפנימי של צלעות הפרופיל החדש נוספו 4 זיזים, 2 בכל צלע, בצורת T.

ההבדלים לא הצילו את הפרופיל הזה: השופט ריבלין קובע שההבדלים מזעריים ואינם מצדיקים שלילת ההפרה – יש הפרה!

לעניין היקף ההגנה, קובע השופט ריבלין, שצריך המדגם להראות צורה או קישוט בחפץ שהם שונים באופן ניכר ממה שהיה ידוע קודם לכן, ושינויים קלים המקובלים במסחר אין די בהם כדי להעניק למדגם את החידוש והמקוריות הדרושים על פי הפקודה. צריך חדשנות ומקוריות.

עם זאת, בתחומים מסויימים תבוא דרישת החידוש או המקוריות על סיפוקה, גם על יסוד שינויים ותוספות די קטנים.

- תחומים בהם מוגבלת חירות העיצוב עקב טיבו, תפקידו או אופן השימוש במוצר.
 - תחומים בהם מתרבה מספר המדגמים במהירות:
- ← באלה שינויים מועטים, יכולים לעלות כדי חידוש מדגמי.

דהיינו: השופט ריבלין אומר שיש לחלק את עולם העיצוב לתחומים, כדי להבין בדיוק מהם תנאי הסף והיקף ההגנה של המדגמים:

1. בתחום הקונוונציונאלי: יש אופציות עיצוב רחבות ומגוונות. שם רמת החדשנות והמקוריות הנדרשת היא גבוהה יותר. שם, אומר השי' ריבלין, לא נסתפק בשינויים קלים שהם חלק מחיי המסחר (בידול תחרותי – התחרות מביאה למגוון – ובדינאמיקה של המסחר יש שינויים).
2. בתחום החריג: כשאין הרבה אופציות עיצוב – א. מראש מדובר בתחום עיצובי שאין בו הרבה אופציות. ב. היו הרבה אופציות, אך כיום העניין כבר מוצה ואין אופציות רבות (הרבה יצרנים עושים את אותו הדבר). שם רמת החדשנות והמקוריות הנדרשת היא נמוכה יותר.

ביקורת: האם החלוקה שמבצע השי' ריבלין ראויה?

גישה שונה ראינו בתחום זכויות היוצרים.

בדוקטרינת המיזוג: אם נעניק זכויות יוצרים כשמי' זכויות הביטוי מוגבל, נעניק מונופול חזק מדי, על הרעיון! אין להעניק זכות יוצרים במקרה כזה.

האם אותו שיקול קיים במדגמים?
 ההבדל הוא שאין כאן ביטוי מול רעיון בתחום המדגם. פה יש גישה שמבחינה בין תחום פתוח, לתחום מוגבל פונקציונאלית או רווי וצפוף: ובדיון בתחום צפוף, אנו עשויים לפגוע בתחרות.

לכן:

כשנותנים הגנה בתחום צפוף וחוששים מפגיעה בתחרותיות, הפיתרון צריך להיות כזה:
נגן רק מפני העתקה מוחלטת;
אבל כל שינוי קטן כבר יוציא את היצרן החדש מגדר ההפרה. נפטור מפריס פוטנציאלים אפילו בשינוי קטן.

אך הבעיה בפסיקתו של ריבלין: מתקנים עיוות, בעיוות שני!
 את העיוות של חוסר יכולת לעצב עיצובים רבים, פותרים בעזרת קביעת הגנה פוזיטיבית מפני שינויים.
 אך יוצרים פתח רחב יותר להימלטות בהפרה בתחום הבעייתי, בעזרת שינויים קטנים.

דהיינו, ביקורת המרצה:

1. באינטרלגו השי' שמגר לא נתן הגנת זכויות יוצרים בסוף, בשל שיקולי מדיניות של פגיעה בתחרות.
2. גם השופט ריבלין במיפרומאל שם מנגנון ביטחון מפני פגיעה בתחרות בתחום צפוף.
אך הוא מעלה עלות התדיינות ותביעות רבות – כי הוא מעניק הגנה, אבל בסוף מביא שסתום של שינויים קטנים.
 ראוי יהיה, שבתחום שבו מוצו העיצובים והתחום נהיה צפוף ואין מקום לחדשנות, לא תהיה הגנה על המדגם:
 התחרות היא דבר רחב – יש בה גם פרמטרים של מחיר, איכות, שם מותג וכו'.
 כשהתשואה השולית היא כה נמוכה על העיצובים, ומתחילים לדבר על מיקומים של זיזים, אין סיבה להעניק הגנת מדגמים.

ככל שמדובר בדיני מדגמים, ניתן לקבוע הלכה: למרות שהמאטריה דומה, הבחינה שונה מאשר בדיני הפטנטים או דיני זכויות היוצרים.

אע"פ שמדובר בהגנות על מאטריה דומה, יש לנו הבדלים, הן מבחינת תנאי ודרישות הסף בין מדגמים לזכויות יוצרים, הן לגבי הליך הרישום, הן לגבי משך זמן ההגנה וזמן ההגנה (בזכויות יוצרים – מיידית; כאן במדגמים לא היא) וגם מבחינה ההפרה שונים במקצת.

- מה ראה לעצמו המחוקק הישראלי לאמץ 2 מערכות דינים כדי להגן על עיצוב? לדעת המרצה מוטב היה שהיה דין אחד החל על סוגיה זו ומסדירה בצורה כוללת.
למרצה ביקורת על כך שחרדים וממהרים להגן על המעצב, מכיוון שישנה כאן פגיעה בתחרות:
 אין יותר מדי יצרני פרופילי אלומיניום, ולהגיע לביהמ"ש העליון ולבחון מיקומי זיזים, זה מגוחך.
נוצרת הגנת יתר במדגמים.

אחריות תורמת

ע"א 1636/98 רב-בריה נ' חבשוש :

רב בריח מחזיקה פטנט על מערכת נעילת ידית הילוכים. המערכת מורכבת משלושה רכיבים, והפטנט ניתן על שילובם.

חברת אס.די.אר, מייבאת שניים מתוך שלושת הרכיבים של מערכת רב-בריה (המכונה : מערכת Defend lock) + הכנה לרכיב השלישי : קדחים להרכבת הרכיב השלישי, ברגים ואומים.

רב בריח מגישה תביעה על הפרת פטנט לביהמ"ש המחוזי, ומבקשת צו מניעה.

ביהמ"ש המחוזי דוחה את התביעה : כי סעי' 49 לא חל כאן – ההמצאה היא על השילוב, לא על הרכיבים עצמם (דהיינו, הם לא שילבו, הם רק סיפקו את הרכיבים).

לכן העילה היא אחריות עקיפה, אחריות תורמת. אולם יש בעיה : בדין הישראלי לא מוכרת אחריות תורמת, בחוק הפטנטים. אין דין בחוק הפטנטים, צריכים ליצור עילה חדשה בדין הישראלי.

בפ"ד רגבה, השופט מצא משאיר דוק' זו בצ"ע, כי זוהי חקיקה שיפוטית – יצירת עילה, והיא לא דבר של מה בכך.

השופט אנגלרד, בפסק דינו:

1. לפני שאני יוצר עילות, ישנו סעי' 12 לפק' הניקין : יש אחריות משדל ומשתף – אז אולי לא צריך אחריות תורמת במש' הישראלי, כי אין ספק שדין משדל ומשתף חל על הפטנט. [הפרת פטנט ישירה - זוהי עוולת הפרת חובה חקוקה]
2. אך אין להגיד שהצרכנים עם חברת אס.די.אר מבצעים משימה משותפת! לכן לא הופר סעי' 12.
3. **לכן, חייבים ללכת לדוק' האחריות התורמת:** הש' אנגלרד אומר : אין מניעה לייבא את הדוק' למש' הישראלי בחק' שיפוטית, משום שהדבר נעשה גם במדינות אחרות דוגמת גרמניה.

מה ההגיון באחריות התורמת? לאדם יש אחריות בכך שהוא גורם לאנשים להפר את החוק. דוק' האח' התורמת מאפשרת לבעל הפטנט להיפרע מגופים או אנשים שאינם מפריס את הפטנט באופן ישיר, אבל מאפשרים לצדדים שלישיים לבצע הפרות.

מבחינת מדיניות: כאשר אין דרך כלכלית-יעילה להיפרע מהצדדים השלישיים! מיהם המפריס? בתי העסק המרכיבים את המערכת, משלבים את המרכיב השלישי. יש לזכור שנדרש מרכיב עסקי להפרה – מי שמרכיב קיט כזה בביתו, רוב הסיכויים שזה בסדר.

השופט אנגלרד אומר : האם ניתן לאמץ – כן ; האם מועיל – כן.

ולכן הוא פונה לסעיף 271(c) לחוק הפטנטים האמריקאי, שקובע בחקיקה וגם בפסיקה, אחריות תורמת בהתקיים 3 תנאים מצטברים :

1. הנתבע מכר או ייבא מוצר המוגן בפטנט או חומר/מכשיר המשמשים בתהליך מוגן פטנט.
2. הנתבע ידע שהרכיב/חומר יוצר במיוחד או הותאם לצורך שימוש לשם הפרה.
3. לא מדובר ברכיב או פריט שהוא מוצר בסיסי (Staple Article), המתאים לשימוש משמעותי שאין בו הפרת פטנט (זכור לנו מפ"ד הוידאו, סוני). זהו תנאי מגביל.
- (4) קיום הפרה בפועל.

פירוט על 3 : אם הפטנט הוא תהליך הרכבת כיסאות באמצעות מברג, לא ניתן לבעל הפטנט לתבוע כל מוכר או משווק מברגים. לא נרחיב את ההגנה מעבר לכך.

פירוט על 4 : זהו תנאי פסיקתי בפסיקה האמריקאית – לא ניתן לתבוע אם אין הפרה בפועל.

מן הכלל אל הפרט :

1. תנאי א' מתקיים – שני רכיבים מתוך שלושה של רב בריח מיובאים ומיוצרים.
2. אכן הנתבע ידע שהקדחים מתאימים בדיוק להרכבת הרכיב השלישי בפטנט של רב בריח.

3. לא מדובר ברכיב או פריט שהוא מוצר בסיס.
4. בסופו של דבר היו גם הפרות בפועל – רב בריח הוכיחה גם הפרות בפועל.

נולדה במשפט הישראלי עילה בדיני הפטנטים: עילת האחריות התורמת.

ברגע שהוכחה האחריות התורמת: עכשיו נתונה לבעל הפטנט בחירה בין המפר בפועל, לבין המפר התורם. אפשר גם לתבוע את שניהם.

- שיקולים בשימוש באחריות תורמת כלפי הפרה ישירה או תורמת: בפטנטים, מבחינת תביעות, אפשר לתבוע או את המפר, או את התורם להפרה (המפר התורם), או את שניהם, לפי השיקולים:
1. מי שיש לו כיס עמוק (וניתן גם לקבל רווחים בתביעה בגין הפרת פטנט).
 2. יעילות של מניעה. זאת למרות שיכול להיות יותר מיבואן אחד, למשל, כי אפשר להוציא צו מניעה ליבוא רכיב מסויים קריטי. לתבוע מישהו שהוא GateKeeper.
 3. ד לנו לעיתים בתביעת אדם אחד מפר. נשלח סימן, מסר. זהו דגל אזהרה לכל שאר המפרים – "אתם על הכוונת". ולכן, יש כאן שיקול קריטי: לתבוע לא את מי שיש לו משאבים גדולים, שיאבק בחירוף נפש כדי לנצח – גם כי הוא חזק וגם כי יש לו הרבה מה להציל, אלא את מי שסביר שיפסיד, וליצור הד בעזרת זאת.
 4. בזכות הקניינית שהולכת כלפי כולי עלמא, צריך להיזהר מראש: אם בחרת נתבע לא נכון, **צריך לסגור זאת בפשרה.** תיק שמתנדנד צריך שיסגר בפשרה. **יש להיאבק על הפטנט במקום אחר – מחפשים נתבע נוח יותר.** אם הפטנט יפול מול אחד, הוא יפול מול כולם.

הנתבע

טיעוני ההגנה. בכמה מהם נגענו ואנו כבר מכירים אותם. נראה שלושה קוי הגנה.

- א. "אין פטנט" - עילות ההתנגדות המפורטות בסעיף 31 : שלוש במספר :
1. קיימת סיבה לפיה הרשם היה מוסמך לסרב לבקשת הפטנט.
 2. האמצאה אינה כשירת פטנט.
 3. התובע אינו בעל האמצאה. **המתנגד ולא המבקש, הוא בעלי האמצאה.**
- ב. אין הפרה. לצורך הוכחת טענה זו יש להיכנס לקרבי הפטנט ולהוכיח שהאמצאה של הנתבע היא לא מפרה, היא לא נופלת בגדר התביעות כפי שתפורשנה ע"י ביהמ"ש. ראינו בשיעור שעבר כיצד נתבעים מנסים להוכיח שאין הפרה (**פ"ד לנפלסט**).
- ג. ישנן מספר טענות שהן "פעולות שאינן נחשבות ניצול האמצאה". ניצול האמצאה כזכור מוגדר בסעי' 1, והוא למעשה מקנה את לבעלי הפטנט את הזכות לנצל אמצאה. זוהי הזכות המגולמת בפטנט – בלעדיות בניצול. ישנם 3 חריגים כאלה, שמאפשרים בכל זאת ניצול, בלי להתחייב באחריות כלפי בעלי הפטנט :
1. פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי.
 2. פעולה ניסיונית בקשר לאמצאה שמטרתה לשפר אמצאה או לפתח אמצאה אחרת.
 3. פעולה הנעשית עפ"י סעי' 54א'.

נרחיב על ג':

ג'1) היה המסורתי. הוא פורש בצמצום בפסיקה. פסקי הדין המוקדמים קבעו שכדי שפעולה לא תיחשב ניצול אמצאה, היא צריכה גם להיות לא בהיקף עסקי, וגם שלא יהיה לה אופי עסקי. פרשנות זו הדורשת 2 תנאים מצטברים לשם קיום החריג, הותירה מרחב פעולה מצומצם מאוד. השימושים היחידים שהותרו למעשה היו שימושים שהם או ביתיים או מחקריים טהורים לשם קידום המדע (חוקר שעוסק באמצאה לשם מאמר חסר אפליקציה עסקית).

התרופות הגנריות: בפרשנות המסורתית, הייתה פגיעה קשה בתעשיית התרופות הגנריות בארצנו. ישנם שיקולי מדיניות רבים בנושא של תרופות גנריות: אם לא נאפשר מחקר בתרופות :

1. זה ייקר עלויות ויצור עלויות שאינן יעילות;
2. לא תהיה התקדמות בשוק התרופות.
3. תהיה בכך דה-פקטו הארכת תקופת הפטנט.

4. גלובליזציה – אם טבע לא תהיה מרוצה, היא תעבור למדינה שבה היא תוכל לבצע פעולות במהלך תקופת הפטנט. לאבד תעשייה כזו זה דבר שהמחוקק לא רצה.

אך הרעיון היה בעצם לשמר את התעשייה ולספק תמריץ להישאר כאן. יש כאן Arbitrage דיני או רגולטורי שמבוצע כאן : בכלכלה גלובלית, החברות מחפשות את המדינה שמעניקה את מע' הדינים הטובה ביותר – ולא רק בקניין רוחני, אלא ככלל – למשל בתחום המיסוי. חברה שמייצרת תרופות גנריות, הקניין הרוחני הוא השורה התחתונה והרלוונטית מבחינתה. אם טבע לא תהיה מרוצה, תהיה לנו כאן בריחת מוחות ותשומה של כסף. היה לחץ עצום על המחוקק הישראלי להתערב, והוא התערב, וזה יהיה בדיון של סעי' 54א'.

אנו מתחילים לראות מה קורה בזירה הרחבה : פעמים רבות עוצרים בפרשנות של ביהמ"ש, ולא רואים את כל התמונה. זוהי בעיה של שיטת משפט בה יש אקטיביזם כה גדול. לשופטים רבים אין הכשרה בכלכלה ואין להם הבנה מלאה לאינטרס ולרצון המחוקק באספקלריה מערכתית.

בפ"ד "אילי לילי" נראה זאת.

חריג ג'2):

נותן ביטוי לאינטרס המסחרי בקידום אמצאות, בהאצה של התהליך האמצאתי, ומאפשר לממציאים פוטנציאליים לשפר ולפתח אמצאות גם במהלך חיי הפטנט, במהלך תק' ההגנה. ביקורת: גם פה פרשנות נכונה של הסעיף תתמוך בסברה, שהעובדה שמדובר בשיפור עסקי, אין בה כדי להשפיע, ועדיין החריג צריך לחול. לא מדובר כאן בחריג ג'1) המסורתי והצר (אחרת לא היה טעם בחקיקת החריג הזה מחדש).

אם בסה"כ היה מדובר בחריג צר שאין לו אופי עסקי, לא היינו צריכים להרחיב, וזה קיים זמן רב במש' הישראלי. המגמה הייתה להרחיב. למימד העסקי העתידי אין השפעה על חריג זה.

רישיונות כפייה בפטנטים

סעי' 117-126 לחוק הפטנטים.

מהו רישיון כפייה?

פונקציונאלית המהלך פשוט: מפקיעים קניין מבעל הפטנט, במיוחד את הכוח להדיר אחרים מלהשתמש בפטנט, ומאפשרים לצדדים אחרים להשתמש באמצאה המוגנת ע"י הפטנט גם ללא הסכמת בעל הפטנט.

רישיון כפייה – הפרוצדורה:

פונים לרשם. סעי' 117 קובע כוחו של הרשם להעניק רישיונות כפייה.
סעי' 117(ב): הסעיף גם קובע שיש פרק זמן של 3 שנים מיום מתן הפטנט בהן אסור לרשם להעניק רישיון כפייה, או 4 שנים מיום הגשת הבקשה, לפי המאוחר.

כלומר, החוק הישראלי קובע איזו שהיא תקופת "חסד" המוענקת לבעל הפטנט, שבמשכה לא ניתנו רישיונות כפייה, והוא יוכל לנצל אותו כרצונו.

הרבה מאוד פעמים, 3-4 שנים אלו לא יספיקו:

1. הליך הבדיקה של רשם הפטנטים.
2. התנגדויות שמעכבות פטנטים.
3. הליך רישוי של מוצרים שדורשים רישוי. הליך רגולטורי שבא בנוסף על בדיקת הפטנט. אלו מעכבים את היכולת להשתמש בפטנט. הליך זה עשוי לקחת שנים.

במקרים רבים, מדובר בהרבה פחות זמן בלעדיות ממה שנחשוב.

סיבות להעניק רישיון כפייה:

סעי' 119: עילת שימוש לרעה במונופולין.

שימוש לרעה יכול להיעשות ב-2 דרכים:

1. מחדל – אי שימוש בפטנט. יש לי פטנט על תרופה חשובה, אבל אני לא רוצה להשתמש בו. אלו מצבים די חריגים – האם אדם שהשקיע בפטנט ששווה כסף למישהו, הוא לא פועל כדי לנצל ולקצור את רווחיו?! זהו מחדל אי רציונאלי לרוב. יש יותר סיכוי שהניצול לרעה יעשה באופן השני:
2. מעשה – הספקה מצומצמת כדי ליצור מחסור ולהעלות מחירים (גם זה, בתנאים הכלכליים, לא תמיד אפשרי), או יותר חשוב – הסדרים כובלים. הסדרים כובלים הם מקרים בהם בעל פטנט מנצל הכוח שמוענק לו ע"י הפטנט, כדי להיכנס להסדרים בלתי-תחרותיים.

הסדר כובל מסוג ידוע, הוא הסדר מסוג Tying.

לדוג': מכוונות צילום המוגנות ע"י פטנט, בעל הפטנט מחייב את הרוכש גם לקנות ממך Tuner. יש הסדרים כאלה שמחייבים רכישת מוצרים למשך 30 שנה, גם לאחר פקיעת הפטנט. זהו ניצול לרעה, המהווה עילה להעניק רישיונות כפייה לצד אחר להשתמש באמצאה.

סעי' 122 מפרט 5 גורמים שיש להתחשב בהם בעת מתן רישיונות כפייה:

- a. יכולתו של המבקש לרפא את הפגם (שבניצול המונופולין).
- b. טובת הציבור בישראל.
- c. הזכות לתמורה סבירה.
- d. שמירת זכויותיו של מי שמנצל את האמצאה בישראל (בעל הפטנט או מישהו שמחזיק ברישיון בלעדי לנצל את האמצאה – למשל באמצאה שמגיעה מחו"ל או שהממציא בישראל לא מנצל בעצמו את האמצאה).
- e. טבע האמצאה, הזמן שחלף מאז מתן הפטנט והצעדים שנוקט בהם בעל הפטנט. ככל שחולף יותר זמן מאז מתן הפטנט, כך גדל הסיכוי שינתן רישיון הכפייה! במיוחד אם לא רואים ניצול.

הבעיה היא הדרך שבה הרשם יאזן בין השיקולים, אילו רישיונות כפייה הוא יתן. **בסעי' 126** רישיון הכפייה מוגדר כך שאפשר **להתנות בו תנאים**: לרשם שיקול דעת רחב מאוד בעיצובו – יש רישיון ייחודי, לא-ייחודי, וסוגים שונים של תנאים אחרים.

זכורים לנו השיקולים שיש לבעל פטנט בעת מתן רישיון ייחודי, גיאוגרפי וכו' – והנה סעי' 126 נוטל מבעל הפטנט את היכולת לשחק עם זה אסטרטגית.

לכן ישנו מנגנון הגנה: סעי' 123 מגביל את רישיון הכפייה א. לניצול בשוק המקומי בלבד; ב. להמצאות בישראל; ג. רישיון כפייה ינתן רק לגופים שיכולים לנצל את הפטנט במצב הנתון.

איך נמנעים מרישיון כפייה בפטנט?

מלחמות התרופות

תעשיות הפארמה הן תחום מעולה לקניין הרוחני בפטנטים: יש לנו כאן תמריצים חזקים לשימוש באמצאה.

יש כסף רב בתחום, ומהציבור יש לחץ ציבורי עצום על החברות, על רשם הפטנטים, על המחוקק, להפצת התרופה כמה שיותר מהר, בהיקף רחב ובזול. תיאורית התמריץ תופסת חזק מאוד.

הפרמטרים המשפיעים בתחום זה:

1. משך הפיתוח ועלותו.

על פי המידע מהתעשייה, משך פיתוח תרופה בשנים 1990-1995 מרגע הגילוי עד רגע שיווק התרופה, הוא כ-15 שנה. בשנות השישים משך התקופה היה רק 8 שנים. העלות הממוצעת של פיתוח תרופה: 800 מיליון דולאר.

* מבקרי תעשיית התרופות טוענים שהמספר לא נכון. אך תעשיית התרופות לא מספקת לאף אחד מידע. לתעשיית התרופות תמריץ רב להציג עלות גבוהה – איך תפגעו בנו? העלויות גבוהות! יש גם תרופות שלא מצליחות!

2. עלות התרופות לצרכנים:

לפי הדיווחים, בארה"ב ב-2002 עלות ההוצאות לצרכן פר תרופה היו \$1500, במיצוע כללי. שווי השוק וסך ההוצאות על תרופות בשוק האמריקאי: 200 מיליארד דולאר. גם תרופות אלו וגם תרופות גנריות.

* זוהי הערכה נמוכה יותר המבוססת רק על צריכה פרטית, ולא מוסדית.

3. מעמד היצרניות הגנריות:

בכל תעשייה ובכל ארץ יש יצרניות גנריות שחוסות בצל היצרניות הגדולות ומחכות בכליון עיניים לפקיעת הפטנט.

אגב, גם היצרניות המקוריות נכנסות לתחום הגנרי עם פקיעת פטנט. התחום הגנרי הוא תחום מאוד מפותח, ממותג והמלחמות מעניינות. גם לטבע, יצרנית גנרית, יש גם תרופות מקוריות.

מסקנה:

חברות הפארמה מהוות מטרה עצומה לביקורת. הביקורת בחלקה מוצדקת: נוצר כאן מצב קלאסי של קבוצה קטנה מאוד שבידיה מרוכז עושר גדול. מולה עומד ציבור מבוזר. **קשיש** – הטענה של חברות התרופות היא שפגיעה בהן תביא לנזק בפיתוחים עתידיים – אך זה לא מעניין את הקשיש מה יקרה עוד 15 שנה כשתצא תרופה חדשה. הוא צריך התרופה כעת. **היצרניות הגנריות.**

יש כאן משחק בין היצרניות המקוריות, היצרניות הגנריות והציבור בכללותו, שלעיתים מתאחד עם היצרניות הגנריות.

במצב כזה חברות הפארמה עושות כל מה שהן יכולות כדי לשמור על הקופה הכלכלית שלהן:

ממננות פוליטיקאים! זה מקומם, אך אין להן ברירה – הן קונות את הביריון המקומי.

חברות הפארמה משקיעות הרבה יותר כסף בלובי פוליטי מאשר במו"פ.

זה חיים ומוות. הן מצליחות לקנות פוליטיקאים בושינגטון, כי שם העניין חשוב. אצלנו טבע קונה את הפוליטיקאים.

ניתוח פ"ד: פ"ד אלי לילי נ' טבע:

מה חברה של תרופות מקוריות (אתיות) צריכה לעשות כדי להימנע מרישיון כפיה לחב' גנרית: ליצור רישיונות עם חברות אחרות בארץ, לותר על טיפת רווחים, כדי לא להיקלע לרישיון כפיה מחברה גדולה כמו טבע.

כדאי היה להם ללכת למו"מ עם חברה מן הדרום בשם "תחכום", שאין לה מסוגלות אמיתית להוות סכנה לחברת לילי.

עובדות: לילי פיתחה חומר כימי בשם פלואוקסטיין (חומר פעיל) ואת התרופה פרוזאק, הפופולארית מאוד בארה"ב.

בממשק בין חברות הפארמה ליצרניות הגנריות, חברות הפארמה רוצות הגנה כמה שיותר רחבה מעבר לזמן הרישיון לכניסה לשוק, ולחברות הגנריות רצון להיכנס כמה שיותר לשוק.

גנריות רוצות להקדים; חברות הפארמה רוצות לדחות.

טבע הבינה שיש כאן תרופה עם פוטנציאל עצום, ופנתה לרשם לקבל רישיון כפיה. הרשם נתן. ואז לילי מערערת למחוזי, הערעור מתקבל ויוצא צו מניעה זמני.

ואז לילי תובעת במחוזי על הפרת פטנט, ועל עשיית עושר ולא במשפט.

במה חטאה טבע?

היא קיצרה את הזמן של לילי. התחרות הקדימה עצמה.

משפטית: טבע עשתה פעולות, שלטענתה, היו כדי להשיג את רישיון הכפיה. הם רצו לבצע פעולות מסוימות כדי להוכיח זכאות לרישיון הכפיה – על בסיס ביצוע פעולות אלה חברת לילי תובעת את "טבע" על הפרה.

טענת ההגנה המרכזית של טבע: בסה"כ ביצענו פעולות במסגרת הליכי רישיון הכפיה.

עובדתית:

הפעולות שטבע עשתה בטענה שהכל במטרה לרישיונות כפיה:

- א. עריכת ניסויים לתרופה ביו-אקוויוולנטית.
- ב. מחקר ויצירת תהליך ייצור (סקר, בחירת תהליכי ייצור, ניסויים, אפיון חומר גלם).
- ג. ייצור 50 ק"ג של פלואוקסטיין (מספיק למיליוני טבליות).
- ד. שיווק – החומר הופיע בעלוני פרסומת גם בחו"ל.
- ה. פעולות אישור ורישום במשרד הבריאות.
- ו. שליחת דגימות התרופה לחו"ל.

האם יש בפעולות האלה שביצעה טבע, ניצול האמצאה לפי סעי' 1, והפרתה לפי סעי' 49, על פניו?

ביהמ"ש קובע שכן. לפי ההגדרות דאז יש כאן משום ניצול האמצאה.

בזמנו, בעת מתן פסה"ד, הגדרת ניצול האמצאה הייתה מאוד רחבה (זה תוקן אח"כ) וסעי' 54א' לא היה קיים, זה היה לאחר פסה"ד.

התייחסות לטענות טבע:

1. אין הפרה, כל הפעולות היו בעלות אופי מחקרי בלבד. השופטת אסתר קובו קובעת: זה לא נכון. הפעולות חרגו מהתחום המקרי, והיו ניצול עסקי. טבע יצרה עשרות ק"ג מהחומר, פתחה בהכנות לשיווק במדינות שונות בעולם, החומר הופיע בעלוני פרסומת מטעם טבע. יכולת הייצור אף הוצגה בכנסים ובפניות ישירות ללקוחות, ודוגמאות מהחומר נשלחו ליצרנים גנריים במדינות שונות. **בתי המשפט החלו להגדיר פעולות בעלות אופי מחקרי בצורה מאוד צרה.**
2. היינו צריכים לעשות את כל זה לצורך הוכחת יכולת וזכאות לקבל רישיון כפיה. זאת על בסיס 3 סעי' חוק:

01. **סעי' 122** יש בו 2 שיקולים: א. יכולת המבקש לרפא את הפגם. ב. טובת הציבור המחייבת ניצול האמצאה (כדי להראות שזו טובת הציבור, טבע טענה שהיא צריכה להראות שהיא מסוגלת לנצל את האמצאה, לעשות בה שימוש).
02. **סעי' 123** לחוק, המגביל מתן הרישיון לאנשים שיכולתם לנצל את האמצאה בהיקף סביר.
03. **תקנה 117(א')** לתקנות הפטנטים; מדגישה את מחויבות הרשם לשקול את יכולתו של המבקש לנצל את האמצאה ואת היקף הייצור האפשריים.

רואים כאן סעי' בחוק שמחייבים את הרשם ואת מבקש רישיון הכפייה לראות שיש יכולת אמיתית לנצל את ההמצאה: לעמוד בתנאי שוק, בדרישות הצרכנים וכו'. ונטען: זו לא הפרה, זה במסגרת ההליך.

השופטת קובו לא מקבלת זאת! יש לדחות טענות טבע – היא חרגה בהרבה ממה שהייתה צריכה להוכיח לצורך קיום רישיון הכפייה.

השופטת קובעת שיש כאן הפרה, ומסבירה שיש כאן מעין מעשה-איזון:

- ☒ לא רוצים לפתוח את כל הסכרים במסגרת הדיון הראשוני בהליך רישיון הכפייה. זוהי פגיעה קשה מדי ביצרניות התרופות המקוריות;
- ☒ האינטרס הציבורי מזוהה עם היצרניות המקוריות – הציבור חפץ בתרופות מקוריות, רוצה בפיתוחן ובאיכותן. אין התנגשות בין אינטרס הציבור לאינטרס היצרניות המקוריות.
- ☒ השופטת תוקפת ומונעת מ"טבע" את אפקט המקפצה הזה שבעצם הניסיון לדחוף את הכנת הייצור עוד בבקשת רישיון הכפייה, ולחדור לשוק בטרם עת.

כיום, עם סעי' 54א', אולי טבע הייתה מצליחה, אך לא ברור שאפשר לבצע את כל הפעולות שנעשו.

הרפורמה - תיקון החוק בסעי' 54א

בתום ההליך הרגולטורי (בתרופות: משרד הבריאות), של אישור התרופה של לילי בישראל, נותרו לה מהפנטט רק 4.5 שנים, מתוך 20!

במשרד הבריאות יש תקני משרה מעטים, ותרופות רבות ממתונות לאישור. משרד הבריאות מבקש מהיצרן ממצאים רבים כדי לאשר תרופה מבחינה בריאותית: תנאי עבודת התרופה, תופעות לוואי וכו'.

היסוד הפעיל התגלה בשנת 1975 והפנטט נרשם רק בשנת 1990! אנו מחפשים איזון נכון בשמירת התמריץ ליצרניות המקוריות ואספקת המוצר הקיים לצרכנים באמצעות החברות הגנריות.

ובעוד ההתדיינות הייתה בעיצומה, כבר התגבש שינוי בחוק, ונחקק סעי' 54א'. בהצ"ח מוסבר: מטרת החוק יצירת הסדר שיתיר ליצרן הגנרי הישראלי להתכונן לשיווק מוצרו תוך כדי תק' הפנטט מחד, ויפצה מאידך את בעלי הפטנטים בדרך של הארכת תוקף הפטנטים בשל התקופה שבה טרם קיבל את אישור הרשות המוסמכת. הרפורמה הזו הביאה את סעי' 54א' – "תיקון טבע" – מעוז החב' הגנריות. ומאידך את סעי' 64 – פיצוי ליצרניות המקוריות.

סעי' 54א': מאפשר ליצרניות הגנריות לבצע פעולות, במסגרת טיפול להשגת רישוי לצורך שיווק המוצר הגנרי עוד במהלך חיי הפטנט.

ב-54א' המתוקן, יש גם התייחסות ל**שיווק** – זה לא מוגבל רק לרישוי, אך כבר אנו עם הפנים לשיווק. זהו חריג יותר רחב, ויש לראות כיצד התפרש בפסיקה:

פעולות הכנה, ייצור ואף שיווק לא יהוו הפרת פטנט. אך כמה ירחיקו החב' הגנריות לכת? כמה פעולות שיווק, מהו היקף השיווק, מותרים?

סעי' 64: מנגד תוקן סעי' 64, המאפשר לבעל הפטנט או לבעל רישיון ייחודי בו לבקש להאריך את משך הפטנט. תק' ההארכה:

1. שווה למשך תקופת הרישוי, מיום הגשת הבקשה ועד ליום הרישוי עצמו.
2. אולם, ההארכה לא תעלה על 5 שנים.
3. בכל מקרה התק' הכוללת לאחר ההארכה לא תעלה על 14 שנים מיום מתן הרישוי.

מוגבל מאוד, וזה לא צריך להפגיע: כל מטרת 2 ההסדרים הייתה לסייע לטבע. היה מוזר אם טבע הייתה מקבלת פחות מיצרניות התרופות המקוריות בשוק. כך, קיצרו מאוד את משך הכניסה של יצרניות התרופות הגנריות בשוק. הן יכולות להתחיל בהליכים במהלך חיי הפטנט.

עניין נוסף, הוא הקלה בהליכי הרישוי:

הביו-אקוויולנטיות: החברה הגנרית צריכה להוכיח שהחומר הפעיל בתרופה הגנרית שווה לחומר הפעיל בתרופה האתית. ברגע שהוכחנו שהם שווים, הליכי הרישוי נחסכים.

כל מה שצריך להוכיח: כימית, המוצר הפעיל הוא ביו-אקוויוולנטי למוצר הפעיל המקורי. וכך נשים אותו על המדף. זה עולה פרוטות יחסית לעלויות לחברות המקוריות.

כך, חברת טבע לא עוזבת את ישראל והיא מרוצה ושבעה.
סעי' 54' טיפל בזמן, והנושא של ביו-אקוויוולנטיות טיפל בעלות הכלכלית.

סוגית היבוא המקביל בפרמצבטיקה

ניתוח פ"ד: בג"צ 5379/00 בריסטול מאיירס נ' שר הבריאות:
BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY

העובדות: פ"ד לגבי תרופות מיובאות. עד צו שר הבריאות יכלו לייבא רק דרך היצרן הרשמי, ועתה ניתן לייבא גם שלא דרך היצרן.

כנגד מה העתירה?

סטטוטורית: **תיקון תקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים), תש"ס-2000.**
מהותית: לחברות התרופות, פטנט על תרופות המיובאות לישראל. התיקון אפשר לייבא תרופות לאו דווקא דרך יבואנים המאושרים ע"י היצרנית.

ישנן תרופות מוגנות פטנט, המיובאות לארץ, בין ע"י היצרניות ובין ע"י יבואן מורשה. אך שונה היבוא המקביל: פתיחת שוק התרופות ליבואנים נוספים, שלא מאושרים ע"י היצרן.

ישנם שני סוגי יבוא מקביל:

א. יבוא תרופה מוגנת.

ב. יבוא תרופה גנרית.

דהיינו:

א. אפשר לייבא את התרופה המוגנת עצמה.

ב. אפשר לייבא את המגוון הגנרי, לא תרופה מוגנת, אלא תרופה גנרית השקולה לה.

איך התמודדה ישראל טרם היבוא המקביל?

- פיקוח מחירים. הפיקוח לא הצליח, אחרת מדוע לנו לתקן את תק' הרוקחים? הרוקחים אמרו שהמחירים נמוכים מדי, ואז קבעו מחיר ביניים בצו, בין המחיר בישראל למחיר באירופה, וכו'.
- קשה לקבוע מחיר. קל להגיד "נפקח על המחיר". השוק שלנו לא מתאים לכך. זה לא הצליח. ומשזה לא הצליח, רצו לתת לשוק לקבוע את המחירים.
- אך לא ניתן לפתוח את השוק בגלל שהפטנט יוצר מונופול.**
- אך רצו ליצור מקורות הספקה ותחרות – ריבוי מקורות מקרב אותנו למחיר השוק, לתחרות שוקית. הפיקוח הוחלט בשנות ה-90.

בשנת 2000 תוקנו התקנות, כדי להביא לתחרות מספקת.
הוחלט להגדיל את מספר הספקים ע"י יבוא מקביל.

טרם התיקון היה הסדר מגביל יחסית, לגבי רישוי יבוא תרופות לישראל.
המטרה הייתה להקל על קבלת הרישוי לייבוא תרופות (לא לייצור ולשיווק בארץ, אלא לייבוא).

המטרה: הורדת רמת המחירים של תרופות בשני כלים:

- אפשרות לייבוא תרופות ע"י יבואן שאינו באמצעות בעל רישום הפטנט.
- אפשרות לייבוא תרופות ממדינות זרות.

התיקון הציע שלושה מסלולי יבוא:

1. אישור יבוא לתכשיר רשום.
2. אישור לתכשיר תואם (גנרי).
3. אישור לתכשיר תואם ע"י מוסד מוכר (מסלול מקוצר לבתי חולים, מוסדות בריאות).

חברות התרופות הזרות, בעלות הפטנטים, לא היו מרוצות ועתרו לבג"צ בטענות שונות:

1. האישור ליבוא המקביל גורם להפרת הפטנט. התקנות, התיקון המוצע הוא בבחינת הפרת פטנט **כמפורט בסעי' 49(א') לחוק הפטנטים, בנוסף לניצול כהגדרת ניצול פטנט בסעי' 1.**
2. פגיעה בחוקי יסוד: כבוד-האדם וחירותו – **הגנה על הקניין לפי סעי' 3.** לדעת העותרות הפגיעה בקניין הרוחני גדולה, לא לתכלית ראויה ובמידה העולה על הנדרש, וזאת בניגוד לפסקת ההגבלה בסעי' 8 לחוק היסוד.

השופט אנגלרד: דוחה את העתירה.

יש לנו כמה עקרונות בפטנטים:

- א. **עיקרון המיצוי הלאומי** – על פי עיקרון זה, לאחר המכירה הראשונה של המוצר המוגן, בתוך הטריטוריה, כל רוכש של המוצר רשאי לנצלו בתחומי אותה טריטוריה לאומית. אולם, עיקרון המיצוי הלאומי **לא מאפשר יבוא מקביל ממדינה אחרת שגם בה שוק המוצר ע"י בעל הפטנט או מטעמו.**
- ב. **עיקרון המיצוי האזורי** – כגון בתחומי האיחוד האירופי.
- ג. **עיקרון המיצוי הבינ"ל** – **מאפשר יבוא מקביל.** עיקרון רחב יותר: שיווק המוצר המוגן באחת ממדינות העולם באישור בעל הפטנט ממצה את זכויותיו שלו במוצר, ואין הוא יכול למנוע את שיווק המוצר באמצעות יבוא מקביל במדינה אחרת.

יש פה חלוקת העולם לגזרות של שיווק, לטריטוריות שבהן מותר לשווק.

השופט אנגלרד אומר שעיון בחוק הפטנטים לא נותן תשובה; אך מביא מש' קומפרטיבי:

בחוו"ל הנטייה היא לקבל את עיקרון המיצוי הבינ"ל, וגם דעת השופט אנגלרד נוטה לקבלו, אך הוא לא מכריע.

ממה הוא מסיק זאת? מכך ששינו את התקנות: הגישה בישראל אט-אט פונה אל עבר המיצוי הבינ"ל (למרות שבהן לא הוזכר המיצוי הבינ"ל... שהרי לא ייתכן ששר הבריאות יעשה משהו שמנוגד לתפישתו את הפטנטים).

השופט אנגלרד מסיק: שיטת המש' הישראלית נוטה למיצוי בינ"ל.

העתירות נדחות ומתאפשר יבוא מקביל.

ניתוח פסה"ד:

- א. דרכו הפרשנית של השופט אנגלרד – היא לא שגרתית. מובאות בפניו תקנות. מביטים בהסדר החקיקתי, ובוחנים אם אנחנו במיצוי בינ"ל או מיצוי בינ"ל. השופט אנגלרד אומר שהוא לא מוצא זאת, ורואה את המצב בעולם שהולך לכיוון מיצוי בינ"ל, וטוען שגם התקנות שלנו, מעידות על שינוי והליכה לכיוון זה.
- הוא מסיק את הנטייה שלנו, בהשקפה בינ"ל, מן התקנות המותקפות עצמן – זה מעגלי קמעה.**

ב. ענייני המדיניות:

מדוע חשוב כ"כ הנושא של המיצוי הזה?

מה שעומד מאחורי עניין זה, הוא שכל השוק של הספקת שירותי בריאות לציבור, יש בו מטרה להורדת המחירים.

לחברות התרופות יש כאן בעיה: יש את עניין השליטה במחירים. הנושא שכל הזמן נמצא ברקע הוא נושא ה-Arbitrage: איזון והפליית מחירים.

יש כאן עניין של נקיבת מחיר שונה לסוגי צרכנים שונים לפי יכולתם לשלם. היצרן מנסה לקחת כמה שיותר מן הצרכן.

נניח שאנו מוכרים תרופה בשם "מרקרים", עלות הייצור היא 0.5 ש"ח. הצרכן יכול לקנות אותה בארה"ב ב-10 ש"ח; אך הצרכן בישראל יכול לקנות אותם ב-1 ש"ח בלבד.

השאלה היא: האם יש מצב שבו יהיה ארביטראגי? האם ייתכן שאחד יקנה ב-1 ש"ח וימכור לחברו ב-7 ש"ח?

המכירה שווה, אין הפסד – אך מתח הרווחים מתכווץ!

אם יש שוק משני, לא נצליח למכור בשוק הרווחי יותר, וכשהוא קיים, עדיף שלא נמכור לשוק השני בכלל, נקבע מחיר גלובאלי שרירותי של 10 ש"ח, נרוויח יותר בסה"כ בתנאים מסויימים.

לא נמכור, למרות שנפסיד מכך כסף בטווח הקצר, בגלל החשש מהפסד מהשוק המשני.

- * אם אין יבוא מקביל, ארביטראג', מיקסום הרווחים אומר שנמכור במחירים שונים לשווקים שונים ביכולת התשלום, זה ימקסם את הרווחים.
- * אם יש יבוא מקביל, נמכור הכל באותו המחיר! ואז מיליוני אנשים ימותו מ"מחלת המרקרים". ואף אחד לא רוצה להרוג, אך רוצים להרוויח כסף. הציבור שלא יכול לשלם יפסיד.

אם היה מיצוי לאומי בישראל, ולא היה ניתן לייבא לארה"ב, הכל היה תקין. **היה נוצר רק שוק שחור בעייתי של התרופות.**

מה הסיכוי שיהיה יבוא מקביל ומה ניתן לעשות כדי למנוע את החשש מיבוא מקביל?

מה שיגרום תמריץ חזק לשוק שחור: רגולציה. אפשר להטיל מכסים; אפשר ליצור אמנות מגבילות על הפצת תרופות.

- א. אך יש אמצעים שוקיים. כשמדובר בתרופות, אנשים רגישים להבדלים ממש קטנים בתרופות. מה שאפשר הוא לשווק תרופה בדרך אחרת בישראל מאשר בארה"ב. למשל – לעשות את הכדורים בצבע אחר. והתשובה היא: כן. צרכן שרגיל לצבע צהוב ומקבל כדור בצבע כחול וחב' התרופות אומרת שזה לא אותו הדבר, זה יכול ליצור פאניקה ולחסל את הביקוש.
- ב. מעבר לכך ישנם הרופאים, חוץ מהפוליטיקאים: לארגן כנסים מפוארים לרופאים, ולמכור ולשכנע להם שהכדורים מארה"ב טובים מהכדורים שמישראל.

יצרניות התרופות העדיפו מנגנוני פיקוח מחירים על פני מנגנון יבוא מקביל, על פני הגדלת מספר הספקים ע"י יבוא מקביל:

דיון ברגולציה על פני תחרות חופשית

רגולציה היא 2 דברים:

1. פיקוח על מחירים.

2. הגבלת מספר ספקים.

שני דברים מתרחשים ברגולציה:

1. תופעת ה-Capture – התעשייה משתלטת על הרגולטור: התעשייה שולטת במידע המוזרם לרגולטור. כתוצאה מכך לרגולטור אין מידע מספיק טוב לקבוע את המחירים.
2. עוד חלק מה-Capture: המפקח, הממונה על התחום – ברגע שהוא על התפקיד, הוא מבין שהתפקיד הבא שלו הוא להיות מנכ"ל בחברה כלשהי. האינטרס הוא לא לריב, לשתף פעולה, כדי לקבל את הגיוב הנכסף. כמה שהמדינה תשלם, היא לא תתקרב למשכורות שיש בתעשייה. מפקח רציונאלי מבין, שאין לו עניין מיוחד לקלקל את מע' היחסים עם המפוקח. זהו ניתוח ציני אך נכון.

הטווח הוא בין מחיר שוק (עלות שולית, מחיר תחרותי) לבין מחיר מונופולין. התעשייה רוצה ללכת למונופול והציבור לשוק.

מחיר שוק → ===== ← מחיר מונופולין.

התחרות תציב אותנו היכן שהוא באמצע, בחלק התחתון של הטווח. אך אם תהיה מגבלה על השוק, בעזרת תופעת ה-Capture אפשר יהיה להגיע יותר קרוב למחיר המונופולין: פיקוח על המחיר נותן סיכוי טוב להיות בצד המאזניים של מחיר המונופולין. הגורמים שפירטנו מראים שכאשר פותחים את השוק לתחרות, ליבוא מקביל, המחיר ירד לחלק התחתון של הטווח.

- אכן חשוב להדגיש: ישנו מעבר משיקולי תועלת לשיקולים של צדק חלוקתי.

- מעבר ל-2 המודלים שהוזכרו (רגולציה או יבוא מקביל והתאמת תרופות לשוק), ישנו מודל נוסף:
המודל הקנדי: קבוצות צרכנים. בקנדה יש תיירים מסוג חדש – קשישים שנוסעים לקנדה כדי לקנות תרופות שם.
 ומדוע התרופות זולות יותר בקנדה?
 הפער במחירים לא נובע מסבסוד מחירים, אלא שבקנדה קבוצות צרכנים התאגדו ונשאו ונתנו כגוף קולקטיבי על מחירי התרופות אל מול היצרנים. בהתאגדות הזו, מה שהצרכנים יצרו לעצמם, הוא **כוח שוק**. זה לא הצרכן הבודד האמריקאי מול IBM, אלא מו"מ קולקטיבי שמשפר את התנאים.
יודעים זאת משוק דיני העבודה: מו"מ קולקטיבי משפר עמדות מיקוח.
 בקנדה זוהי דרך נוספת, שוקית, להגדיל את התחרות החופשית: קבוצות צרכנים מפעילות לחצים ומגיעות לדרך שוקית ללא התערבות הממשלה.

ניתוח פ"ד מחוזי: פ"ד מרק נ' טבע.

Merck & Co. Inc

פ"ד חשוב מאוד, השונה מ-2 פסקי הדין בהם דנו עד כה.
עובדות: מרק באמצעות חברת בת יצרה את תרופת הפוסלן. הפכו את התרופה מ-10 מ"ג ל-70 מ"ג ואז אפשר לקחת את התרופה פעם בשבוע.
 פריצת הדרך הייתה פעם בעבר, וכך קמה לה עתה תרופה שהיא חלק מתופעת ה-Me Too – תרופות שהן בהבדלים קטנים.
 היו כמה חברות שיצרו את התרופה הזו בכמה שמות. לטבע יש את התרופה בשם "אלנדרונט 70" ולמרק יש את התרופה בשם "פוסאלאן 70".
 מרק מבקשת לרשום את התרופה בפטנט על הפוסאלאן 10. טבע מתנגדת.
 הנה, החברות של התרופות המקוריות רוצות להאריך את המונופולין בעזרת פטנט נוסף על תרופה קטנה. **זהו מהלך נגד כדי להדיר את היצרניות הגנריות.**
 טבע מנגדת לכך. היא הולכת ומתנגדת בכל מדינה ומדינה. וגם זוכה ברוב המדינות.
 הפטנט לא אושר עדיין כלל.

ולכן מרק תובעים בעילה של ע"ע ולא במשפט.

מכאן מגיעים דיני עשיית העושר – ברקזיציה של המשפט. בפ"ד אשי"ר הוחלט על כך שזה חל בפטנטים.
 בפ"ד אומלל זה, הייתה תביעה שעסקה בייבוא אביזרים לאמבטיה שלא היו מוגנים בפטנט, ולכן **תבעו שם על עשיית עושר ועל גניבת עין.**
 נקבע שאין הסדר שלילי בדיני הקניין הרוחני המונע החלת דיני ע"ע. זאת משום שהם מייצגים עיקרון כללי בשיטתנו המשפטית, בדומה לתום הלב. בעיני המרצה זה גרוע מאוד.
שופטי הרוב קבעו בגאווה שאין הסדר שלילי ודיני הקניין הרוחני לא מונעים החלת דיני ע"ע – כך שאם אין לך פטנט ל-20 שנה, הרי שיש לך ע"ע לכל החיים!

הנה, שם המשחק משתנה: לא הפרת פטנט, אלא עשיית עושר על חשבוננו!
חברות התרופות האתיות, נתלו בהלכת אשי"ר, ותבעו גם כאשר עדיין לא אשרו להן פטנט.

טענות מרק:

- א. אף אם אין פטנט, הושקעו בתרופה משאבים יקרים, ונטילתה ע"י המשיבות מצמיחה עילה בע"ע.
- ב. דיני הפטנטים אינם מספקים הגנה מספקת משום שהליכי ההתנגדות יוצרים עיכובים גדולים.
- ג. חוק הפטנטים אינו יוצר הסדר שלילי המונע תחולת דיני עשיית-עושר.
- ד. המשיבות התעשרו שלא כדין על חשבון המבקשות.

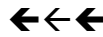
מענות טבע:

- א. המבקשות מנסות למעשה לעקוף את דיני הפטנטים באמצעות דיני עשיית-עושר, ולזכות במונופולין שאינו מגיע להן.

- ב. הלכת אשי"ר קובעת שדיני הקניין הרוחני אינם יוצרים הסדר שלילי כללי ביחס לדיני עשיית-עושר; אולם ההלכה מכירה באפשרות קיומם של הסדרים שלילים ספציפיים, ואכן הסדר כזה קיים בסוגיה הספציפית נשוא ההתדיינות.
- ג. כיוון שהמבקשות מנסות להשיג פטנט, הן מנועות מלהסתמך על הלכת אשי"ר; ובמילים אחרות: דיני עשיית עושר הם אופציה, רק כאשר אופציית הפטנט אינה קיימת.
- ד. המבקשות אינן זכאיות להגנה כלשהי, משום שהן רק ממחזרות תרופה קיימת.
- ה. קבלת טענות המבקשות תשמוט את הקרקע תחת שוק התרופות הגנריות.

קביעת ביהמ"ש:

ביהמ"ש מביט על סעי' 179 וסעי' 183.
סעי' 179: אין להגיש תביעה על הפרה אלא לאחר שניתן הפטנט. דהיינו – תביעה על הפרה ניתנת לביצוע רק לאחר שניתן הפטנט; רשאי בית המשפט להעניק סעד על הפרה שנעשתה לאחר יום הפרסום לפי סעי' 26 (מרגע שניתן פטנט, **סעד רטרואקטיבי**).
הטענה: ביהמ"ש יכול להעניק סעד על הפרות מיום פרסום הבקשה (כשמתחילות ההתנגדויות).



יש לנו כאן ציר זמן:

הגשת הבקשה	מועד פרסום הבקשה	תקופת ההתנגדויות	החלטה על מתן הפטנט
		ביהמ"ש יכול להעניק סעד על פי סעי' 179.	מותר לתבוע מכאן לפי סעי' 49 + סעי' 1 (ניצול והפרת פטנט)

וסעי' 183(ב') (3) מלמד כי ניתן להעניק לבעל הפטנט את רווחי המפר – **השבה**. זאת אם יתקבל הפטנט כמובן.

השופט אומר 2 דברים:

- יש כאן איזון ראוי. אם יהיה פטנט, סעי' 183(ב') (3) ייתן סעד של השבה.
- עוד, יש כאן הסדר ספציפי שלילי – שולל את תחולת דיני עשיית העושר. אם כן, דיני עשיית העושר, אין מניעה מלהחילם כללית – אך כאן ספציפית אין מעמד ותחולה לדיני עשיית העושר.

השופט עורך דיון מעמיק מאוד בפ"ד אשי"ר – וקובע כי גם לפי שופטי הרוב וגם לפי שופטי המיעוט, יש כאן הסדר שלילי ספציפי.

1. ניתוח דקדקני של דעות השופטים באשי"ר, מראה שרוב הדעות סברו שכאשר יש אפשרות להשגת הפטנט, הלכת אשי"ר לא תחול.

2. נדייק: כאשר הוגשה בקשה לפטנט, ואף נתקבלה, אלא שאישור הפטנט מתעכבת בשל הליכי התנגדות, אין תחולה להלכת אשי"ר.

3. ובשולי הדברים השופט מוסיף: קבלת התביעה של המבקשות הייתה מובילה ליצירת מונופולין דה פקטו לפני שיש מונופולין דה יורה: קריסת השוק הגנרי ויצירת מונופולין דה פקטו.

סימני מסחר

ההצדקות: מה משרתים דיני סימני המסחר?

1. **תמריץ כלכלי:** בזכויות יוצרים ופטנטים ראינו כי התיאוריה המובילה הייתה תיאוריית התמריץ. המרצה טוען שהיא חלה כאן – יש ממון רב בסימני המסחר. בנוסף לשם, משקיעים בלוגו, בחזות. זו לא השקעה גבוהה כמו בפטנטים, אך כזכור, אפילו "הופה הולה" מוגן בזכויות יוצרים. כך בוודאי בסימני המסחר, שם יש השקעה גבוהה יותר מזה, ב"בניית המותג".
אם כן, מסיבה זו יש מקום לתיאוריית התמריץ גם פה – אם לא נגן על לוגו, אף אחד לא ישקיע בו – בדומה לזכויות יוצרים ולפטנטים.
2. ההצדקה המקובלת: **נקודת מבט בעל העסק** – אנחנו רוצים להגן על סימני מסחר כדי לאפשר לבעלי עסקים ליצור הבחנה בין העסקים או השירותים שלהם, לבין האחרים. הבחנה זו חשובה מאוד בכדי שבעל העסק יוכל להשקיע באיכות השירות או המוצר. מבחינת בעל העסק הסימן המבחין מאפשר השקעה במוניטין. אלמלא ההגנה על הסימן, כל יצרן יכול היה להשתמש בו וזה היה מחליש את התמריץ להשקיע במוצרים ובפרסום. זה יוצר *החצנות*.
3. מאידך, ישנה הצדקה גם **בנקודת מבטו של הצרכן** – סימני מסחר מסמלים איכות וזה חוסך עלויות בדיקה וחיפוש אחר מוצר איכותי. זה מצטבר לכל המוצרים אותם אנו צורכים.

המחיר של סימני מסחר:

1. יש פרמיה על מותגים. הם עולים יותר.
2. סימני מסחר מהווים חסמי כניסה שפוגעים בתחרות – קשה להחדיר לשוק מוצר לא מוכר.
3. סימני המסחר יוצרים *Switching cost* – עלויות של מעבר ממוצר למוצר. זה מחליף דרך חוזית ליצירת התחייבות ל-X זמן. נוצרת מעין נאמנות למוצר מצד הצרכן.

- הסימן המסחרי דהיום הוא הנכס, לעיתים אף יותר מהמוצר. ישנן חברות שהנכס הכי גדול שלהן הוא סימן המסחר שלהן. כך בקוקה קולה, שווי סימן המסחר שלה מוערך ב-70 מיליארד דולר.

פקודת סימני המסחר:

- "סימן מסחר" מוגדר סעי' 1 –
- "סימן" – אותיות, ספרות, מלים, דמויות או אותות אחרים או צירופם של אלה בשני ממדים או בשלושה.
- "סימן מסחר" – סימן המשמש או המיועד לשמש לאדם לעניין הטובין שהוא מייצר או סוחר בהם.
- "סימן שירות" – אותה הגדרה, רק שבמקום טובין מדובר על "שירות".

באשר לסימן שירות:

ההוראות לעניין סימן המסחר חלות גם לעניין סימן שירות, אנו נתייחס לכולם כאל סימן המסחר.

"משמש או מיועד לשמש":

אין דרישת שימוש בחוק הישראלי, וניתן לרשום סימן גם לפני שנעשה בו שימוש של ממש.

כדי לאזן זאת, סעי' 41 לפק' מאפשר להגיש בקשת ביטול סימן מסחר על בסיס העובדה שלא נעשה בו שימוש במשך 3 השנים שקדמו לבקשה.

רישום סימן מסחר:

בישראל יש לרשום סימן מסחר. הרישום הוא קונסטטיטויטיבי.
סעי' 4 מפרט את ההסדר של הרישום בפנקס סימני המסחר.

כשבקשה לרישום מוגשת לרשם סימני המסחר, הרשם יכול לבחור:

1. לאשר הסימן במלואו.
 2. לדחות את הסימן במלואו.
 3. לאשר אותו בסייג או בתנאים מסויימים.
- התנאי החשוב ביותר הוא ויתור על אחת המילים ולפעמים על 2 המילים.

לדוג': סימן "אוטו דיפו" אשר רק לאחר שהמבקש חתם על ויתור על 2 המילים בנפרד כי הן מילים גנריות, זכה לסימן מסחר, והצירוף **עצמו, בלבד, זכה להגנה**.

ערעור:

ניתן לערער על החלטת הרשם: סעי' 17-21 לפק'.

הבקשה לרישום – מבנה:

הבקשה לרישום חייבת להתייחס לסיווג הספציפי: יש צורך לבחור בקטגורית מוצר/שירות.

משך ההגנה:

הרישום תקף ל-10 שנים **מיום הרישום**, ואח"כ ניתן לחדשו בכל פעם, לתקופה נוספת של 14 שנה בכל חידוש (סעי' 31-35).

בלעדיות – רק לעניין הטובין הספציפיים:

הרישום מקנה זכות בלעדית לשימוש בסימן ביחס לטובין אליהם נרשם (סעי' 46א'): "שימוש ייחוד בסימן לעניין טובין...". גם סעי' 7 לפק' רלוונטי לכך.

בחירת הסימנים הכשירים לרישום:

א. סעי' 8 לפקודת סימני המסחר דורש אופי מבחין כך שניתן להבחין בינו לבין סימנים אחרים.
ב. סעי' 8(ב') קובע, שהרשם או ביהמ"ש יקבעו האם הסימן למעשה הוא בעל אופי מבחין. הם רשאים לשקול, עד כמה הפך השימוש למעשה את הסימן לבעל אופי מבחין בטובין לגביהם נתבקש או נעשה הרישום.

א. 4 הקטגוריות של שמות המסחר:

פ"ד ע"א תקשורת וחינוך דתי יהודי נ' א.ס.בי.סי – (פ"ד משפחה נ' משפחה טובה):

א. **שמות גנריים** – שמות המתייחסים לסוג או לזן שאליו משתייך הנכס או השירות.

לדוגמה: "שירותים משפטיים", "חומס", "נפח".

ההגנה: שם גנרי אינו זכאי להגנה בעולה של **גניבת עין**, והסיבה היא שאין אדם זכאי להשתלט על שם גנרי, שכן זכותם של כל העוסקים במקצוע לתאר מוצריהם בשם הגנרי.

- ההגיון באי ההגנה על שמות גנריים היא שזה יוצר מונופול על השמות. זה מקביל להגנה על רעיון בזכויות היוצרים.
- שכן, אם חומס יהיה מוגן – כיצד יתארו בעלי החומסיות את מוצרם הטעים?
- יש תופעה נוספת: שמות שאינם גנריים הופכים לשמות גנריים: כמו Jeep שהיה מוצר של קריילר אך כיום כל רכב שטח בארץ מכונה ג'יפ.

ב. **שמות תיאוריים:** שם המתאר תכונות או רכיבים של נכסים/מוצרים או שירותים.

לדוגמה: "ביטוח ישיר", "אגוזי", "קרמבו".

ההגנה: שמות תיאוריים, יסווגו כלא כשירים לרישום, א"א המבקש יצליח להוכיח שבמשך שנים הסימן רכש לעצמו אופי מבחין משל עצמו.

"אופי מבחין משל עצמו" הוא **משמעות שניה**: במשך השנים עם השקעת מבקש הרישום, הוא הצליח להעניק לשם התיאורי משמעות שניה מבחינה. **ההתייחסות היא לספק ספציפי**.
למשל: אצל הציבור צריכה להיות **ההיווצר ממש תודעה, כי לשם התיאורי "ביטוח ישיר" יש משמעות שניה**, והיא חיבור לחברה אחת בלבד שמספקת שירותי ביטוח בטלפון.

ג. **שמות מרמזים:** שם המרמז על הטובין או על השירותים בלי לתארם באופן מפורש, אלא

יוצר זיקה מחשבתית מסויימת בין הסימנים לבין הטובים, אך הקשר או הזיקה

מצריכים מחשבה קצרה מטעם הצרכן. לדוגמה: "אל-על", "ביס-לי", "פלא-פון".

שמות מרמזים הם בעלי אופי מבחין בפני עצמם – לא נדרש משמעות שניה והם מוגנים. אלו

שמות שאפשר לומר שיש להם Catch קופירייטרי מאוד ברור.

ההגנה: לא נדרשת משמעות שניה לאלה, והם מוגנים.

ד. **שמות שרירותיים/דימינייים** – שמות שהומצאו מעיקרם, מכלתחילה, כסימנים בעלי אופי מבחין ונועדו מלידתם ליחד טובין מסויימים ולאבחנם. דוגמה: Google, Apple. לאלה לא נדרשת משמעות שניה, אין דרך לטעות בהם.

ההגנה: להם ההגנה החזקה ביותר..

- **קיים יחס, מתאם בסיווג, שמרמז להצדקת התמריץ: ככל שמשקיעים יותר בבחירת השם, כך ההגנה חזקה יותר.**

שם גנרי	אין הגנה
שם תיאורי	השקעה מעטה מאוד ביצירת הסימן – צריך להוכיח משמעות שניה.
שם מרמז	יש הגנה
שם שרירותי	ההגנה הכי חזקה, ההשקעה הכי גדולה.

זהו יחס הפוך, בין הטריטוריאליות של הסימן לבין ההגנה שניתן: ככל שהסימן פחות טריטוריאלי (דהיינו, דורש יותר השקעה לשם יצירת זיהוי של הסימן עם הטובין), כך נעניק יותר הגנה.

כלומר: שמות תיאוריים וגנריים נותנים נקודת פתיחה טובה יותר בשוק, ולכן ניתן להם פחות הגנה, או בכלל לא.

ב. מבחן המשמעות השניה:

שיקול נוסף שקיים הוא "מבחן המשמעות השניה". סימנים שמוגדרים כחסרי אופי מבחין (שמות תיאוריים) זכאים להירשם, אם המבקש יוכיח שקיימת לשם משמעות שניה: הקונה בשוק יזהה סחורה המסומנת בסימן כסחורתו של בעל הסימן.

ישנם מספר מבחני עזר לקביעת משמעות שניה מבחינה:

1. משך תקופת השימוש בסימן, תוך מתן דגש לאופי השימוש.
 2. אופי והיקף הפרסום של הסימן.
 3. האמצעים שהושקעו ביצירת זיקה מודעת בקרב קהל הצרכנים, בין הסימן לבין ספק הטובין או השירותים.
 4. חיקוי הסימן ע"י אחרים במטרה להיבנות מהמוניטין (גם בפטנטים זה קיים).
- ביסוס משמעות שניה דורש המון השקעה מצד בעליו של הסימן.

סעי' 11: סימנים שאינם כשירים לרישום: למשל -

11(1): אסור לרשום סימן המצביע על קשר או חסות לנשיא המדינה.

11(2): אסור לרשום סימן שקשור לסמלי המדינה.

11(11): אסור לרשום סימן שמשמעותו הרגילה גיאוגרפית ("הגלילי") או שם משפחה (כהן) אלא אם כן הוא מוצג בדרך מיוחדת.

- הרעיון ברור: אם יהיה מותר לרשום את הנ"ל – זה ימנע מאחרים רבים מדי את הרישום.

סעי' 11(5): אוסר רישום סימן הפגוע או עלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר.

סעי' 11(6) – אוסר רישום סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור וסימן המכיל ציון מקור כוזב, וכן סימן המעודד התחרות בלתי הוגנת במסחר.

- סעי' 11(6) הוא סוג של סעי' סל, והוא ממש זועק לפרשנות: כאן הרשם נדרש לסנן מראש את הסימנים הנרשמים; זאת בכדי להגן על רציונאל ההגנה: להגן על הציבור מהטעיה.

- מה הרשם צריך לבדוק במסגרת סעי' 11(6)?

- א. האם הסימן מוכר וידוע היטב לציבור בישראל?
- ב. האם בפועל הסימן מטעה או שיש חשש להטעיה?
- ג. האם רישומו של הסימן מבוקש בתום לב או שמא מתוך רצון להיבנות ממוניטין של סימן דומה המוכר לציבור?

פ"ד קרדי נ' בקרדי: פרשנות סעי' 11

עובדות: יצרן גיינסים בשם קרדי רצה לרשום את הסימן Bakardi וחברה ידועה לשיווק משקאות אלכוהוליים בשם Bacardi התנגדה לכך (הם לא היו רשומים, אך בכל זאת היו זכאים להגנה מכוח חריג מסויים בחוק). ההתדיינות בפני הרשם לקחה 15 שנים. הרשם החליט לדחות בסופו של דבר את בקשת הרישום. הדבר הגיע לעליון שם נדונה השאלה **באילו מצבים רשאי הרשם לסרב לרשום סימן מכוח סעי' 11(6)?**

השופט אנגלרד אומר: סעי' 11(6) יפורש לאור 2 דוקטרינות עולמיות בתחום:

1. דוק' המוניטין הביני"ל - השוק היום הוא גלובאלי וחב' הן חוצות גבולות.
2. עילת הדילול – לא דנים בהטעיית הציבור, אלא כל שימוש של סימן מוכר/חשוב מבטל את ערכו הכלכלי, וזה מצמיח עילה למחיקת הסימן או לדחיית הבקשה.

מבחינת הדין הישראלי, אומר אנגלרד, צריך לקרוא את 2 הנ"ל לעניין התחרות הבלתי הוגנת: כלומר, הוא מכניס אותם לתוך סעי' 11(6) – מפרש את התחרות הלא הוגנת בהרחבה.

חשוב: שימוש במוניטין של עסק מפורסם חוצה גבולות, לשם קידום עסק אחר, מהווה תחרות בלתי הוגנת, וכן גרימת דילול בערך של סימן מוכר.

הרצינאל: סימן מסחר שרכש לעצמו מוניטין והכרה ביני"ל כה גדולים, החורגים מעבר למוצרים הספציפיים אותם משווק בעל הסימן – יש להגן עליו ביתר שאת לפי סעי' 11(6) מ-2 טעמים שונים:

1. המשתמש קוצר פירות אותם לא זרע. כלומר: ע"ע ולא במשפט.
2. יש כאן פגיעה אפשרית בבעל הסימן, בגלל פחות ודילול המוניטין נשחקת הייחודיות של הסימן. כלומר: פגיעה כלכלית בייחודיות המותג ובעל הסימן המסחר.

אנגלרד מוסיף שיש טעם בטענת בקרדי, שאולי יום אחד תרצה לשווק בגדים בישראל. ובעולם בו המותג הוא נכס כה חזק, יש להסכים עם הטענה. לדוג': חב' הרכב Ferrari משווקת אף מחשבים.

סימן מסחר מוכר היטב

סעי' 11(13) וסעי' 11(14) מקנים הגנה מיוחדת ל**סימנים מוכרים היטב**. בדין הישראלי ישנם חריגים, פריבילגיות שניתנות לסימנים אלו:

- * ברירת מחדל: ההגנה ניתנת ל**לא רישום** (סעי' 11(13)).
- * אך אם **נרשם** (11(14)) הסימן המוכר היטב, ההגנה חורגת ממסגרת הטובין באותו הגדר, רחבה.

כלומר: אם Bacardi רושמים סימן מסחר, סימנם מוגן מעבר לתחום המשקאות: להלבשה ועוד.

טבלה: סימן מסחר מוכר היטב - מה שווה רישומו?

11(14) – רשום בישראל	11(13) – לא רשום בישראל.
זכאי להגנה סטנדרטית (פשיטא).	זכאי להגנה ולמניעת סימן מסחר דומה (חריג).
משתרעת גם כלפי טובין שאינם מאותו הגדר	מול טובין מאותו הגדר

הטעיה

- סעי' חשוב לעבודת הרשם: **סעי' 11(9):**
אוסר רישום סימן הזהה עם סימן השייך לבעל סימן אחר, והוא כבר רשום בפנקס, לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר, והוא הדין **בסימן דומה עד שיש בו כדי להטעות**.

אסור לרשום סימן זהה, או דומה עד כדי הטעיה, לסימן שכבר קיים ורשום ע"י אחר לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר.

- תכלית האיסור בסק"ט זה היא הגנה על צרכנים מפני הטעיה, וגם על בעלי סימנים רשומים.
- ואכן, כשמדובר בסימן זהה הדברים פשוטים. הבעיה היא כאשר ישנו דמיון. מהו הסימן הדומה, "בדמיון העולה עד כדי הטעיה"? מה המבחנים לכך?

ניתוח פ"ד: פ"ד טעם טבע נ' אמברוזיה:

עובדות: טעם טבע יצרו את "מגה גלופלקס". אמברוזיה יצרו את "מגה רפלקס" (Replex). גלופלקס רשומה תוך ויתור על המילה "מגה", שהיא מילה יותר מדי גנרית.

2 החברות עוסקות בכדורים שמונעים שחיקת הסחוס וכאבי פרקים. אמברוזיה רוצה לרשום את הסימן שלה.

הערכאה המחוזית קבעה שכיוון שטעם-טבע ויתרו על המילה "מגה" צריך להראות ש"גלופלקס" דומה ל"רפלקס" – להשוות בין אלו. ולכן, מכיוון שהם שונים, אפשר לרשום את הסימן.

בעליון השופט גרוניס קובע:

עניין הדמיון מתעורר ב-3 מצבים:

1. בקשת רישום – סעי' 11(9), (12), (13), (14) – התנגדות או מניעת רישום.
2. לעניין הפרה – תביעה קניינית.
3. לעניין גניבת עין – גניבת עין.

סעי' 11(9) דורש דמיון מטעה. השופט גרוניס אומר שאלו המבחנים, והם מגיעים מפ"ד פרומין – מקורם בעוללת גניבת העין.

ההבדל הוא, שבגניבת עין מסתכלים על מכלול מעשי הנתבע ועל שאלת המוניטין שנפגע, ובסימני מסחר מתמקדים אך ורק בסימנים עצמם.

ואלו המבחנים:

1. מבחן המראה והצליל – במבחן מביטים אנו על החזות ועל הצליל. ומי מאלה חשוב יותר? הדבר תלוי בנסיבות. אם מדובר במוצר שנמכר מעבר לדלפק, אז הצליל חשוב יותר (הלקוח אומר למוכר את שם המוצר), אך אם זה נמכר כמוצר מדף – החזות חשובה יותר. פרמטר נוסף לעניין זה הוא אופי הפרסום: כאשר הדבר נעשה בעיתונות המודפסת – חשוב יותר המראה, אם ע"י הרדיו – הצליל.
2. מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות. במוצרים יקרים יותר, הלקוחות יותר בררנים וזהירים. וכן, כשציבור לקוחותיהם של שני המוצרים זהה, אז סיכויי ההטעייה גובר. מבחן זה, פוסק הש' גרוניס, הוא משני למבחן המראה והצליל.
3. מבחן יתר נסיבות העניין.

מן הכלל אל הפרט:

מבחינת מראה – הסימנים לא דומים כלל, אומר הש' גרוניס. מבחינת צליל, קיים דמיון מטעה בין הצלילים. המוצר פורסם ברדיו, ומכיוון שקהל הלקוחות הפוטנציאלי נחשף באופן כמעט בלעדי לצליל ולא לחזות הסימן, יש להעניק משקל גדול לסכנת ההטעייה הצלילית.

סוג הסחורות והלקוחות: אמרובזיה טענו שחוגי הלקוחות מצומצמים ומדובר באנשים שרגישים למצבם וזה מפחית את סיכויי ההטעייה. בנוסף טענו מצידם כי מדובר במוצר די יקר, ולכן הסיכוי להטעייה קטן. השופט קובע: המוצרים לא זולים, אולם אין להשוות העלות למחיר מוצרים כגון מכונית או פסנתר, שבנוגע לאלו, יבצעו הלקוחות בחינה דקדקנית. יתרה מכך, לא מדובר במוצר שנרכש באופן חד פעמי, אלא בחבילת טבליות שיש לרוכשה מעת לעת, ולכן בדיקת קונה ממוצע לא תהא מדוקדקת.

מה גם, שמבחן הסחורות וחוג הלקוחות משני למבחן המראה והצליל.

"מגה": לעניין מבחן יתר הנסיבות: נכון שהם ויתרו על "מגה", אבל קיומה של הודעת ויתור אינו מוביל להתעלמות מוחלט מן החלק לגבי ניתנה ההודעה בעת רשימת סימני המסחר. הדמיון גם הוא לא מוגבל רק ל"מגה" אלא גם גלופלקס וריפלקס דומים – אולם, יחד עם השם "מגה" הדימיון אף גדל.

לכן הש' גרוניס מחזיר זאת למחוזי, מגה-גלופלקס תחת טעם טבע, ניצח.

ביקורת המרצה: ניתוח המבחן של סוג הסחורות והלקוחות – מדוע הש' גרוניס משווה בין פסנתר, שהוא אמנם יקר, אך הוא נעשה ברכישה חד-פעמית, לבין מגה-גלופלקס, שזו קנייה רב-פעמית?

ראשית, זה יכול לעלות יותר מהפסנתר בטווח הארוך. **בנוסף,** קנייה חוזרת יכולה להפחית דווקא את הסיכוי להטעייה (ולא להגדילה כפי שאומר הש' גרוניס).

סימני מסחר – המשך:

פ"ד עלית- "גולים".

הוגשה בקשה לרשום אותו בקשר למסטיקים עגולים. המתנגדת לרישום הייתה עילית שמחזיקה בסימן "גולים". בהחלטת הרשם לגבי "גולים" מדובר באותו הגדר של ממתקים, ולכן השאלה היא האם מדובר על סימן דומה.

ישנה חפיפה כמעט מוחלטת בין העילות לפסילת רישום (סעי' 11(6) ו-11(9)) לעילות ההפרה שנראה היום לגבי סימני מסחר (לדוגמה: כמובן, שעילת הדילול שנכנסת במסגרת 11(6), היא רלוונטית גם כעילת הפרה).
לאמור: ישנו בסיס רחב משותף – **רמת הרישום ורמת ההפרה קרובות.**

בפנטים הבדיקה של רשם הפטנטים אינה רצינית ולא יוצרים הנחות או חזקות של תקפות; אך בסימני מסחר זה לא כך – הרישום בסימני מסחר והבדיקה הראשונית משמעותית ביותר, מכיוון שקלות הבדיקה רבה: לא מדובר בפטנטים שיש להם עשרות עמודים ופרסומים, לא מדובר ביריעת הביטוי של זכויות היוצרים, אלא בסימן אחד שניתן לבדוק מהותית.

זכויותיו של בעל הסימן – 3 הן:

1. הזכות לשימוש ייחודי בסימן המסחר – סעי' 46 לפק'.
2. היכולת להעביר את הזכויות בסימן הרשום – העברה קניינית לפי סעי' 48 לפק'. אפשר למכור את הסימן ביחד עם המוניטין (בד"כ) לחב' אחרת.
3. הזכות לשימוש בסימן – מתן רשות שימוש בסימן – העברה חוזית לפי סעי' 49(ג') לפקודה.

לא מעט פעמים הסימן הופך לנכס, וחברות רבות החליטו במקום להשקיע בייצור מוצרים חדשים ושיווקם, פשוט לתת זכות שימוש נרחבת בסימן שלהן, ולהרוויח תמלוגים.
פייר-קורדן עשו זאת – נתנו לאחרים לחלוק את ההילה בתמורה לתשלום.
כמובן, לא נותנים אישורים רבים מדי, כדי לא להביא לפגיעה בערך הסימן, לפי עלותותועלת.

הפרה:

- מוגדרת בסעי' 1 לפקודה – הפרת סימני מסחר – יש שם מס' תתי סעיפים ואופציות:
- הפרה היא שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך; **שימוש ללא רשות בסימן מסחר רשום או בסימן הדומה לו (כדי חשש להטעיה).**
 - לעניין הטובין לגביהן נרשם הסימן או טובין מאותו הגדר; נדרש שהסימן יהיה לגבי טובין מאותו הגדר. הסימן תמיד נרשם ביחס לטובין מסויימים – יש קטגוריות, לא רושמים סימנים בעלמה. **אותם טובין.**

חשש ההטעיה (זיהוי דמיון מטעה) - אלו המבחנים שראינו:
כזכור, מבחני: מבחן המראה והצליל; סוג הסחורה וחוג הלקוחות; יתר נסיבות העניין.

שאלת הטובין מאותו הגדר:

ע"א 352/69 חברת מנהטן נ' המגפר: התובעת, חב' מנהטן, ייצרה ושיווקה מוצרי הלבשה תחתונה לנשים תחת הסימן "ליידי מנהטן" ו"מנהטן" (Manhattan); המשיבה חב' המגפר ביקשה לייצר ולשווק מוצרי הנעלה תחת הסימן "מנהטן" בעברית. אין ספק שהסימנים זהים, באנגלית ובעברית, ומדובר היה בסימן דומה – השאלה הייתה האם הלבשה והנעלה הם טובין מאותו הגדר.

ביהמ"ש פסק כי הנעלה אינה מאותו הגדר של מוצרי הלבשה!
לצורך שאלת הסיווג, יש לבחון את מהותם של הטובין, **ייעודם ושיווקם.**

ההחלטה בפ"ד המגפר היא דעה מאוד מצמצמת, ויש התפתחות בפסיקה.

בפ"ד טוטו זהב, בשונה מפ"ד המגפר, השופטת בייניש מראה התפתחות בזירה הבינ"ל (כמו בפ"ד קארדי) והיא מסבירה שכיום המגמה בעולם המסחר היא לאחד אספקת טובין עם שירותים קרובים ושאינם קרובים לאותן טובין. לכן אין לפרש את המונח "מאותו הגדר" בצורה דווקנית וצרה, כי אם מבחן המשפחה המסחרית.

מוצרי הלבשה והנעלה, הם אכן מאותה משפחה מסחרית. על פי גישת המשפחה המסחרית הם יפלו באותו הגדר.

השאלה: האם אנו בגדרה של אותה משפחה מסחרית, במסגרתה מתקיים החשש לפיו יסיק הצרכן על קשר או חסות מטעם בעל הסימן הרשום על העושים שימוש בו?

כמובן, שהמשפחה המסחרית, מסבירה הש' ביניש, משתנה ותוגדר ממקרה למקרה, בהתאם למבנה השוק והשחקנים הפועלים בו.

כיום, חברות רבות בתחומי ההלבשה וההנעלה מייצרות לכל התחומים: נייק, טימברלנד, אדידס, גלי וכו'.

גניבת עין:

כל התביעות בסימני מסחר, הן גם על הפרת סימן מסחר וגם על גניבת-עין – עילה נזיקית. בפ"ד פרומין היא הוגדרה כ"יומרונות", ומדובר בשה"כ בעילה שעברה מס' גלגולים ללא שינוי.

זו אותה עילה ואותה בחינה ע"י ביהמ"ש. כיום לעילה בית חדש: **חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999**. היא מוגדרת בסעי' 1 לחוק:

הפרת סימני מסחר מוגדרת בסעי' 1 לפק' סימני המסחר. גניבת עין מתואר בסעי' 1 לחוק עוולות מסחריות.

השוואה בין סימני מסחר לבין גניבת עין:

סימני מסחר	גניבת עין
1. רישום + חריג הסימן המוכר היטב.	1. מוניטין – זיהוי בין היצרן/נותן השירות למוצר (דורשים כאן אלמנט <u>מבחין</u>).
2. חשש ממשי להטעייה – חשש ממשי להטעייה נבחן ב-3 מבחנים:	2. חשש ממשי להטעייה – חשש ממשי להטעייה נבחן ב-3 מבחנים:
a. מבחן המראה והצליל.	a. מבחן המראה והצליל.
b. מבחן הסחורה וחוג הלקוחות.	b. מבחן הסחורה וחוג הלקוחות.
c. מבחן יתר נסיבות העניין.	c. מבחן יתר נסיבות העניין.
הרישום בסימני המסחר מחליף את רעיון המוניטין, חוסך את הסיפור הזה. אך הרישום אינו פורמאלי: כדי להירשם צריך להוכיח "אופי מבחין".	לביסוס עילת גניבת העין, על התובע להוכיח מוניטין. דרישה קשה מרישום. מוניטין דורש השקעה. זוהי דרישת סף הרבה יותר משמעותית.
<u>השופטים מדברים גבוהה-גבוהה, והדברים בין סימני מסחר לבין גניבת עין זהים.</u>	כמובן, זה נותן תמריץ רציני לרשום את הסימן המסחרי (אא"כ אתה כבר רכשת מוניטין רב וביססת סימן מסחר <u>מוכר היטב</u>).

פ"ד פרו-פרו ביסקויט נ' פרומין:

הייתה כאן העברת בעלות בחברת פרומין. האחים פרומין הקימו חברה, מכרו והקימו "פרו-פרו".

העילות בתביעה:

1. הסימן הלא-רשום פרו-פרו (גניבת עין).

2. הסימן הרשום פרו-ביסק (הפרת סימני מסחר; גניבת עין).

2. **פרוביסק** – פרומין טענו שזה פרומין + ביסקויט (חשש להטעייה הן בעיני החנווני והן בעיני הציבור). ביהמ"ש לא בוחן מוניטין, כי לא צריך להוכיח מוניטין לגבי סימן מסחר שנרשם.

השופט לנדוי קובע: הייתה הטעייה! זה נועד ליצור את הרושם שהמוצר הוא של פרומין. בנוסף, היו תצהירים שהעידו על הטעייה בפועל. **קיים חשש להטעייה.**

1. **פרו-פרו** – בזמן הגשת התביעה היא הוגשה רק על גניבת עין, וכאן כדי לזכות היו צריכים פרומין להוכיח מוניטין.

המשיבה לא הצליחה לבסס מוניטין משום שלא השתמשה בסימן למשך זמן והיקף מספקים.

1. לא ברור מה כמות הסחורה ששווקה ע"י המשיבה - פרומין - תחת שם זה.

2. דומה שהסחורה ששווקה לא נקלטה יפה בשוק.

ואם לא הצליחו להוכיח מוניטין, אין צורך לבחון חשש להטעייה (רק השופט חשין עשה זאת פעם אחת בפ"ד משפחה-חדשה, הוא בדק חשש להטעייה רק למען הבידור).

בסימן מסחר מדובר על סימן המשמש או מיועד לשמש לשימוש מסחרי כלשהו וכו' (ראה בשיעור קודם),
בגניבת-עין צריך להוכיח מוניטין וזיהוי בין מוצר ליצרן, אלמנט מבדל ליצרן.

גניבת עין היא טיפה יותר כללית מאשר סימן מסחר – מה בינה לבין ע"ע ולא במשפט?

גניבת-עין היא עילה חובקת עולם כמו ע"ע – הכל ניתן לפתור בע"ע, בצורה גרועה וכללית. זו טעות. הבעיה בעילת ע"ע היא שהמיוצג בעילה זו היא הציבור, אולם פוגעים בציבור בכך שמשתמשים בעילה זו, שהיא עילה מונעת-תחרות.
ביהמ"ש מתכסה באצטלה דקה ומדומה של צדק, אינטואיטיבית, הוא עשוי אפילו למנוע הקמתו של בית קפה אחד לצידו של בית קפה אחר.
בע"ע אין אפילו צורך בביסוסו של מוניטין – אפשר פשוט לטעון שיש מישהו שמתעשר על חשבונו של אדם. נקודה.

יישומי גניבת העין בפסיקה וגוניה

פ"ד תקשורת וחינוך דתי יהודי נ' SBC (אס.בי.סי.) פרסום – "משפחה" מול "משפחה-טובה". בפסה"ד הזה עסקו גם בעולת גניבת עין.

התובעים מוציאים שבועון חרדי בשם "משפחה" למגזר החרדי. המשיבים מחלקים ירחון מחולק בחינם בשם "משפחה טובה".

חשין:

א. הדבר הראשון שבוחנים הוא: בוחנים **מוניטין** לגבי המילה "משפחה". השי' חשין מסביר שמוניטין בהקשר זה משמעותו שהציבור מזהה מוצר או שירות מסויים כמוצרו של התובע. צריך לזהות בין היצרן לבין המילה "משפחה".

ב. שנית בוחן השי' חשין את **השמות** (בהקשר למוניטין). "משפחה" הוא שם תיאורי. **שם תיאורי צריך לבסס לו משמעות שניה/משנית.** צריך כאן Secondary Meaning. חוץ מהמשמעות של התיבה "משפחה", שהציבור בהקשר לעיתון מקשר זאת לעניין הספציפי: צריך זיהוי המילה לתובע, בין היצרן לבין המילה "משפחה". **הכל בעיני הצרכן.**

הם לא הצליחו לבסס משמעות משנית. את זאת המערערים לא עשו – אין משמעות שניה **מדוע?** חשין מצא שהמשיבה מוציאה עיתון בשם **"להיות משפחה"**. והמערערים לא הזכירו זאת בכלל! לכן, המערערים לא הוכיחו שהמושג "משפחה" מזוהה איתם בכלל – הוא עשוי להיות בכלל מזוהה עם המשיבה!

ג. שימוש ממושך בשם: אין לשימוש ממושך בשם כלשהו, למשך זמן ואפילו זמן ניכר, אין בו כשלעצמו כדי ליצור משמעות שניה המזכה בהגנה.

ד. חשש להטעייה:

השי' חשין, למרות שאין מוניטין, מדבר גם על המבחן הזה, השני שמבסס גניבת-עין: המבחן המשולש: מראה-צליל; סחורה וחוג לקוחות; יתר נסיבות העניין.

1. הטעייה – קיים דמיון מה בין השמות. אך השופט חשין אומר שהוא קיים כי מדובר **במילים תיאוריות.** ואז אומר השי' חשין:

הציבור אינו עולם-גולם, והקוראים עיתונות יודעים כי אותה מילה עצמה יכולה שתתאר מוצרים שונים באותו ענף. וגם אם אמרנו שיש חשש-מה לטעות, נטילת סיכון זה ראוייה ולו למען התחרות החופשית וחופש העיסוק של הכלל;

היחיד לא יפקיע לעצמו מן הציבור ומן המתחרים מילה או שם אך בשם
אותו חשש מסוים להטעיה.

מוסיף חשין ואומר:

מעבר לנקי המבט העקרונית לגבי אופי הבחינה – לא הכל הוא קצה קצהו של החשש להטעיה!
יש מחיר, יש פגיעה בתחרות! לשם יש משמעות אחרת, ולא הייתה כאן פגיעה בתחרות.

כלומר – יש דמיון משום שמדובר על מילה תיאורית, אך הדמיון הזה לא יכול להתיר למישהו
להפקיע את השם "משפחה" לגבי עיתון שנועד לענייני משפחה!

והמראה:

ישנם הבדלים ברורים בין 2 העיתונים; דרך עיצוב שם העיתון, הכותרות בעיתון, התכנים
המובלטים בין העיתונים (כנראה המילה "חינם"), דרך עיצוב תוכן-העניינים, החלוקה
למדורים וגם בתכנים שונים העיתונים.

2. סוג הסחורה וחוג הלקוחות: כאמור, העיתונים שונים.

21. אם אין די בכל אלה, נוסיף ונאמר עוד זאת: שלא כשאר טובין הוא
עיתון, וחשש להטעיה בטובין אחרים אינו חשש להטעיה באשר לזהותו של
עיתון. קוראי עיתון, ידעו כולנו, נאמנים הם לעיתון החביב עליהם... ומתוך
היסח הדעת, יכולה שתחול טעות פעם אחת, וקורא נאמן של עיתון פלמוני
ירכוש עיתון קלמוני. ואולם עיתון אינו מוצר הנרכש פעם אחת; נרכש הוא
כל פרק זמן קבוע - כל יום, כל שבוע, כל חודש וכיוצא בזה - וטעות כי תארע
לא תחזור. מטעם זה, בין השאר, נטיית הפסיקה הייתה תמיד שלא להכיר
בתביעות מוציאים לאור שטענו לחשש הטעיה אך מחמת השם בלבד.

כלומר – טעו פעם אחת? לא נורא. בעיתון הבא יחזרו לעיתון הרצוי.
דחינו: עיתון שונה מטובין אחרים לעניין חשש מהטעיה – החשש קטן יותר! קוראים נאמנים
לעיתון ואפילו אם טעו אחת, בשניה יתקנו את הטעות.

אגב נדגיש:

מבחן ה"זיהוי", "האלמנט המבחין":

המבחן הוא לא הכרת היצרן או מספק השירות – צריך זיהוי של שירות לחברה ספציפית, זיהוי
של "מעריב" – זה העיתון הידוע שמשווק כך וכך... לא צריך לדעת שמדובר על משפחת נמרודי
שהם בעליה של קב' הכשרת היישוב וכו'.

פסה"ד מראה את הרציונאלים שראינו – שמות תיאוריים זוכים להגנה מעטה ובמקרים נדירים.
לא נרכש אופי מבחין? לא נרכשה משמעות משנית מקשרת עם טובין ספציפיים? לא תהיה עילה
של גניבת עין, שכן רואים בכך שאין מוניטין למעשה.

דרך אלטרנטיבית: אם המקרה שלנו היה כזה שבו יש סימן מוכר היטב, הרי שהייתה קמה עילת
דילול הקיימת רק לגבי סימן מוכר היטב.

ביסוס המוניטין וגדרותיו – ראייתית – גניבת עין על עיצוב

ע"א 86 / 18 מפעלי זכוכית ישראלים פניציה בע"מ נגד LES VERREIES DE SAINT
GOBAIN

היצרנית הצרפתית יצרה את כוסות "דורלקס" – סימן מסחר מוכר היטב, אף אם אינו רשום.

הצרפתים יצרו את הכוסות בשם Duralex Made in France.

פניציה יצרו את כוסות דומות תחת סימן מסחר "פניציה-לקס" והיה כתוב Made in Israel.
למעשה, זה לא סימני מסחר כי פניציה קראו לזה בשם אחר, וכי היה כיתוב "Made in
Israel".

אלא מאי? המארזים שווקו בצורה שונה – החזי של השיווק שונה, ולא מטעה.

התביעה בביהמ"ש העליון נסובה על החזי: בשל העיצוב. נטען לגביו כי יש כאן **עילה של גניבת-עין**.

שתי החברות מייצרות כוסות שמעוצבות בצורה דומה – ויש כאן **עילה של גניבת עין, עילה רחבה יותר** (אפשר היה גם ללכת על זכויות יוצרים, אך צריך שם מקוריות; ואם רצו להגן על החומר עצמו, צריך היה ללכת לפטנטים; ועל העיצוב-התעשייתי: מדגם; וכיום היו הולכים על ע"ע ולא במשפט).

הש' נתניהו קובעת: אין גניבת עין.

הכלל: היא קובעת - חיקוי **המוצר** לכשעצמו איננו עוולה. החיקוי לבדו אינו מלמד שהתובע רכש מוניטין במוצר, שהרי עצם החיקוי הינו לגיטימי ומותר. ואם אין מוניטין, אין גניבת עין (והרי ברור שיש חשש להטעיה – הכוסות דומות, ולכן העיסוק הוא במוניטין).

עניין לנו בחיקוי המוצר עצמו, להבדיל מסימן המסחר, ורק במקרים נדירים רואים בצורת המוצר עצמו, להבדיל מהחזי שלו, נושא לרכישת מוניטין ומתן צו מניעה.

ונדגיש: הש' נתניהו לא משבחת את החיקוי לכשלעצמו (הגם שאינו עוולה וכו'); היא פשוט משבחת את **התחרות** – היא הראויה. מטעמי עידוד תחרות זה אין זו גניבת עין לחקות אפילו באופן מדויק את צורתו ועיצובו של המוצר. והחריג: אא"כ צורת המוצר היא **אינדיקציה למקור** (למעשה, נושאת מוניטין).

אם רואים את הבקבוק של קוקה-קולה, ואפילו ללא שם, יש זיקה בין העיצוב למקור!

הש' נתניהו מגיעה לכל הפרמטרים שצריך להסתכל עליהם לשם ביסוס מוניטין:

א. שימוש נרחב:

אין די בשימוש נרחב ובהיקף מכירות רחב כדי לבסס מוניטין. התובע חייב לבסס מוניטין מזהה. **ב. לשם ביסוס מוניטין:**

נטל ההוכחה איננו קל, כשרוצים להוכיח מוניטין: צריך להוכיח שהציבור קונה את הכוס בעיצוב מסויים משום שהוא מזהה את עיצוב המוצר עם המקור. והוא איננו קל מכיוון שבד"כ צרכן של מוצר רוכשו לא מפני שהוא מיוצר ע"י יצרן מסויים אלא מפני שהוא מעדיף את צורתו, את נוחיות השימוש בו או את המחיר שלו.

דהיינו, מוניטין קיים לא כאשר בוחרים בקבוק כי הוא יפה, אלא כי העיצוב יוצר זיקה לחברת קוקה-קולה. זהו נטל קשה מאוד.

לכן, כדי לבסס מוניטין:

- צריך סקר שווקים – המדד של שימוש ארוך לא מספיק, חיקוי ללא סיבה לא מספיק (כי חיקוי הוא דבר טוב, ולא די בו לבסס מוניטין), צריך להראות סקר שווקים.

ג. סקר שווקים:

- יש להעניק משקל לעדויות מקרב הציבור, להראות **זיקה**.

ד. ירידת מכירות:

לא קריטית!

המשיבה, החברה הצרפתית, הצליחה להראות ירידות במכירותיה. אך זה לא מספיק: אכן הירידות היו בשל תחרות. חברות אחרות הציעו חיקויים שהיו זולים יותר, ויותר מכך היה שם פן של רכישות ע"י בתי מלון מהחברה הישראלית מטעמי-כשרות.

סיכום: נקבע כי חיקוי הוא תקין, וגם חיקוי מודע הוא בסדר גמור. זה מוריד מחירים לצרכן, זה

טוב לתחרות, וזה תקין שהצרכנים יעדיפו את הכוסות שהן חיקוי, מטעמי חיקוי. כלומר – אם הצרכן יודע שמדובר בחיקוי וקונה בגלל המחיר, זה תקין.

זה לא בסדר רק כאשר בגלל העיצוב הצרכן חושב שהוא קונה מיצרן שאינו היצרן שאותו רצה. דהיינו: אם צרכן יודע שזה חיקוי וקונה אותו לכן גורם לירידה במכירות – העניין תקין לגמרי; תהיה בעיה של גניבת-עין רק כאשר הצרכן מוטעה וחושב שהוא קונה את המוצר המקורי.

מלץ ואלון מסכימים לתוצאה:

הש' מלץ : מעביר ביקורת מסויימת - **השופטת נתניהו** נתנה משקל נמוך מדי לפרמטר השימוש הנרחב בקרב הציבור והיקף המכירות, ומשקל גבוה מדי לעדויות מקרב הציבור.

לדידו של הש' מלץ, גם חיקוי ללא סיבה פונקציונאלית (סיבה בכוס – עיצוב רחב יותר או דק יותר, לשם הנוחות ואיכות בחימום תה...) מהווה ראייה לקיום מוניטין. יש בכך הגיון: אם אין סיבה פונקציונאלית לחקות? מדוע שנחקה מוצר אם אין רצון ליהנות מהמוניטין למעשה? זוהי ראייה לקיום מוניטין.

בסופו של יום, אומר הש' מלץ: הוכחת מוניטין היא נטל קשה, ולא צריך להקשות יתר-על-המידה על התובע, הכל צריך להיעשות לפי נסיבות העניין. בסופו של דבר, אומר הש' מלץ שהוא מסכים שצריך לבסס מוניטין ושהם לא הצליחו, אך לא מסכים עם המבחנים.

הש' אלון: חיקוי הוא תקין לפי הדין המצוי, אך לא טוב שזה ראוי לפי הדין הרצוי, אך נשאר זאת בצ"ע.

לפסה"ד 2 השלכות עיקריות:

1. יש כאן שאלה של ראיות כדי לבסס מוניטין: האם צריך **סקר שוק**? האם שצריך להראות שימוש בהיקף נרחב? האם צריך להראות חיקוי ללא סיבה? וכו' – תשתית ראייתית דרושה. צריך להביא סקר שווקים בשביל מוניטין.
2. פסה"ד חוזר לגבולות הקניין הרוחני – בעיני הש' נתניהו – יש גבולות מוגדרים לקניין הרוחני. הש' נתניהו אומרת לחברה הצרפתית: אתם רוצים הגנה על העיצוב? לכו לזכויות יוצרים, לכו למדגמים – אך אל תפגעו בתחרות, בשל העולם של עשיית-עושר ולא-במשפט! **אסור ליצור מע' שבולעת את עולם הקניין הרוחני על כל חלקיו.** אנו לא רוצים לפגוע בתחרות, ואם רוצים להגן על עיצוב, יש לפעול בגדרי דרכי הקניין הרוחני.

שני פסקי הדין שעסקנו בהם התמקדו בעילת גניבת-העין.

לסיכום נראה פ"ד שמאחד גם את עילת הפרת סימני המסחר וגם את עילת גניבת-העין:

פ"ד טוטו-זהב נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט:

העובדות: מועדון טוטו-זהב, הוא מועדון המספק שירותים וייעוץ למילוי טפסי טוטו. זוהי שיטה שמאפשרת לחברים לזכות בזכויות גדולות יותר באמצעות השימוש בשיטה.

המועצה להסדר ההימורים בספורט מחזיקה ב**סימן הרשום "טוטו"**. באמצעות טפסי הטוטו ניתן להמר על משחקי כדורגל.

המועצה להסדר ההימורים בספורט מגישה תביעה: א. הפרת סימן מסחר ב. גניבת עין בשל השימוש בסימן המסחר: טוטו מול טוטו-זהב.

ביהמ"ש המחוזי פסק לטובת המשיבה, ומכאן הערעור.

עיקרי טענות המערערת:

- א. טוטו – סימן גנרי (לא רק תיאורי, אלא גנרי ממש).
- ב. אין הפרה, משום **שאינ התאמה לשונית וגראפית** בין הסימנים.
- ג. ביהמ"ש המחוזי טעה ביישום מבחני גניבת-העין.

פסה"ד של השופטת **בייניש**.

דיון בהפרת סימן המסחר:

א. האם השם טוטו הוא שם גנרי? ביהמ"ש מניח גנריות. הוא לא קובע מסמרות, אך מניח זאת. אפשר גם ללכת על תיאורי.

ב. ואז נדרשת **משמעות שניה**. כשהשם טוטו הוא גנרי, כי משתמשים בשם הזה כשם כולל להימורים בספורט במדינות רבות, לא רק בישראל.

המבחנים בהם נעזרת הש' בייניש בניתוח המשמעות השניה :

1. תק' השימוש בסימן – שנים רבות.
2. מידת הפרסום – פרסום רב ומקיף.
3. המאמץ שהשקיע בעל הסימן (מאמץ שיווקי) – מאמץ רב מצד המועצה להסדר הימורים בספורט.

היא חוזרת בעניין המשמעות השניה למבחנים המסורתיים, בדומה לחשין. אם כי שם הדיון נעשה במסגרת גניבת-עין, והיא מקנה להם חשיבות רבה.

דרכים ראייתיות להראות את המשמעות השניה :

- I. קטעי עיתונות המעידים על זיקה.
- II. המעמד המונופוליסטי של המועצה.

מכל זה ניתן להסיק על קיומה של משמעות שניה.

ג. לכן השם זכאי וראוי להגנה.

ד. החשש להטעיה : דימיון בין הסימנים.

ביהמ"ש מניח לצורך הדיון, שתוספת המילה "זהב" והצירוף של כדורגלן, כתוספות, הופכות הסימנים לדומים ולא לזהים.

דהיינו : אם הסימנים זהים – אין ספק שיש חשש להטעייה, ואם הסימנים אינם זהים, אזי נדרשים אנו לסוגיית הדמיון.

שניהם משתמשים במילה "טוטו".

הש' בייניש מעניקה הגנה רחבה ביותר מפני סימנים זהים. פה מוכנים אנו להניח שמדובר בסימנים דומים.

והדמיון כאן : האם התוספות של "זהב" וכדורגלן מצילות את המערערת מהפרה?

רק תוספת דומיננטית תציל את המפר הנטען, לא כל תוספת קטנה תשנה את התמונה. כאן לא הייתה תוספת דומיננטית, אלא אלו רק הדגישו את הסימן המוגן.

הוספת המילה זהב אינה דומיננטית, משום שרוב הציבור משמיטה וחוזר ל"טוטו". הוספת הכדורגל גם בה אין די, היא לא דומיננטית כנדרש.

כך, מבחינת מבחני ההטעיה :

1. מבחן המראה והצליל : תומך בהטעייה.
2. מבחן חוג הלקוחות וסוג הסחורות : המבחן החשוב כאן. המערערת מנסה לטעון, כי המועצה להסדר ההימורים בספורט, המשיבה, משווקת מוצר של טפסי טוטו, וכי היא מספקת שירות. המערערת טוענת כי לא מדובר במוצרים מאותו הגדר. זה בסעי' 13 לפסה"ד.

הש' בייניש : לעיתים המוצר והשירות קרובים כ"כ, שניתן להתייחס אליהם כהיינו הך. הם באותו הגדר (משפחה מסחרית).

מכאן שיש הפרה של סימן המסחר "טוטו".

סיכום שלבי הניתוח של הפרת סימן מסחר :

סימנים גנריים אינם ראויים להגנה לבד. כדי לחלץ את הסימן יש לנתח משמעות שניה ולמוצאה. לאחר ביסוס משמעות שניה צריך לפנות לסוגיית ההטעייה. כאן מתמקדים בכך שהסימנים אינם זהים אלא דומים, אבל קווי השוני אינם דומיננטיים מספיק כדי להציל את המערערת. דהיינו, קיים חשש להטעייה. והשלב האחרון הוא לנתח טובין מאותו הגדר : האם המוצר של השיבה והשירות של המערערת הם מאותו ההגדר? הש' בייניש סברה שהם מאותו הגדר. מכאן שהייתה הפרה של סימן המסחר של המשיבה, השם "טוטו".

דיון בעילת גניבת-העין : דיון דומה

- א. האם יש כאן מוניטין? מנתחים האם יש משמעות שניה לשם, סימן מבחין. ברגע שיש משמעות שניה, יש גם מוניטין. השם והסימן "טוטו" רכש לעצמו משמעות שניה.
- ב. מכאן פונים למבחני גניבת העין :
- a. מראה וצליל – מפנה הש' בייניש לניתוח שנעשה בעניין ההפרה : התוספת של "זהב" והכדורגלן אין בהם כדי להבחין סימנה של המערערת מסימנה של המשיבה. יש הטעייה.
- b. סוג סחורה וחוג לקוחות – על פי מבחן אופי הסחורה וחוג הלקוחות קיימת הטעייה – המועדון מספק שירות למילוי טפסים אותם מנפיקה המועצה עצמה והחברים בו מהמרים במסגרת המשיבה, המועצה. יש הטעייה. זהו אותו הגדר וזהו אותו חוג הלקוחות!
- c. יתר נסיבות העניין – הטיעון של המערערת הוא של פגיעה בתחרות. אך נקבע: שיקולי קידום תחרות הם שיקול אחד מני רבים, ואין בהם כדי להטות את הכף לטובת המערערת.

מכאן שהמערערת מפסידה גם בעילת גניבת-העין.

מדוע לא נקבע כאן דילול כבסימן מוכר היטב?

ביהמ"ש השאיר זאת בצ"ע, כי לא רצה להכריע בשאלה האם טוטו הוא סימן מוכר היטב.

הבחנה לעומת פ"ד פניציה : כאן עשויים לטעות ביניהם, שם הטעות לא הייתה ניכרת וקיימת.

סימני מסחר מוכרים היטב:

סימן מסחר מוכר היטב מוגדר בסעי' 1 לפקודה: הוא מוגדר כסימן המוכר היטב בישראל, ואפילו הסימן אינו סימן מסחר רשום, או אין משתמשים בו בישראל.

ולעניין הקביעה ילקחו בחשבון, בין השאר:

- א. המידה בה הסימן מוכר בחוגי הציבור הנוגע לעניין.
- ב. המידה שבה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק.

ומה מיוחד?

רישום:

- סעי' 11(14) לפק' מגן על סימנים מוכרים היטב גם לגבי טובין שאינם מאותו הגדר.
- סעי' 11(13) + (1) לפק' - אין צורך ברישום כדי לרכוש הגנה; במקרה זה סימן מסחר מוכר היטב שאינו רשום מגן רק בנוגע לטובין מאותו ההגדר.

ההפרה:

כהגדרתה בסעי' 1 לפק', יש הסדר מאוד ידיוותי לסימני מסחר מוכרים היטב:
ההסדר מקביל ל-11(13) ול-11(14):

סימן מוכר היטב שנרשם, מגן גם נגד שימוש בסימן זה/דומה בטובין שאינם מאותו הגדר. ולגבי סימן מוכר היטב שאינו נרשם, הוא מגן אעפ"כ מפני שימוש בו, רק בטובין מאותו הגדר.

יש לפנות גם לסעי' 1 לפק' וגם לסעי' 46א(ב) לפק'.

הדילול – בסימנים מוכרים היטב

זה הוכר בפ"ד בקארדי במס' סעי' 11(6) לפק' – לגבי סימנים מפורסמים. ישנה פריווילגיה נוספת שלה זוכים סימני מסחר מוכרים והיא עילת הדילול:

דילול – מצב בו נעשה שימוש בסימן מסחר מוכר היטב, ללא רשות וגם כשזה ללא יצירת הטעייה, והשימוש שוחק או גורע מן התדמית הייחודית המיוחסת לסימן המוכר.

דוגמאות פסיקה:

* **בג"צ אורלוגד בע"מ נ' רשם הפטנטים**: ביהמ"ש העליון קבע כי אין לרשום את סימן המסחר "דופון" (Du Pont) ביחס לשיווק שעונים, וזאת לאור התנגדותה של חברה צרפתית ששיווקה מוצרים תחת הסימן S.T. Dupont.

החברה הצרפתית התנגדה, וביהמ"ש קבע שזה אסור; וזאת אע"פ שסימן המסחר של החבר הצרפתית לא היה רשום בישראל.

יחד עם זאת, קבע ביהמ"ש שבבחירת הסימן התכוונה חברת אורלוגד ליהנות מן המוניטין שרכשה החברה הצרפתית.

הייתה שם גם הטעייה מסויימת.

*** מחוזי ת"א - פ"ד Chanel נ' ברקוביץ':**

תביעת גניבת עין שהוגשה נ' משווקי תיקים שהתיימרו להיות של שאנל. תיקי "כאילו-שאנל". אבל, באותו זמן שאנל לא שיווקו תיקים בארץ. היא שיווקה אך ורק מחוץ לישראל.

אעפ"כ, ביהמ"ש פסק כי עוולת גניבת-העין חלה גם כאשר הצרכן אינו נחשף למוצר דווקא בישראל. **העוולה חלה גם על מוצרים שקיימים רק בחו"ל.**

*** פ"ד Cartier נ' סנוקרסט (מחוזי):**

סנוקרסט רוצה לעשות ארטיק בשם קרטייה. ביהמ"ש קבע שחב' קרטייה בנתה **מוניטין** כעוסקת במוצרים איכותיים יקרים ורציניים, יוקרתיים – המותג קרטייה מייצג יוקרה ואיכות, ולכן חברת סנוקרסט העוסקת בשלגונים,

המנסה להיבנות מהשקעת חברת קרטייה בעזרת יצירת שלגון וקריאתו בשם קרטייה לא תזכה לכך.

**בגניבת עין, המוניטין של סימן מוכר היטב מונח מראש.
בגניבת עין אפשר גם לתקוף מוצרים מהגדר שונה כמובן.
וכך גם בדילול, אפשר לתקוף מוצרים מהגדר שונה.**

גבולות ההגנה

* בסימן מסחר מוכר היטב, שנרשם, ההגנה חורגת מטובין באותו הגדר, היא משתרעת גם על גבי טובין שאינם מאותו הגדר:
אבל מה המשמעות? האם כל טובין שהם יכולים להיות משווקים תחת אותו סימן, או שיש מקום בו ההגנה נעצרת?

פ"ד ע"א 03 / V&S Vin Spirit Aktiebolag 9191 נ' אבסולוט שו" בע"מ נח (6) 869.

יש כאן משקאות חריפים, מול מוצרי הנעלה. אבסולוט הדגישו שהשם שלהם לא ג'נרי ולא תיאורי, הם השמיטו את ה-E בסוף של absolute בכוונה. Absolut

האם השימוש שעושים אבסולוט שו" מצמיח עילה לאבסולוט?

**1. אנו מביטים על הפרת סימן מסחר מוכר היטב, לפי סעי' 46א'(ב').
2. יש גם את עילת גניבת העין.**

לעיתים אי אפשר לתבוע על סימן מסחר, ובכל מקרה קל יותר לתבוע על עילת גניבת העין.

הש' אליקים רובינשטיין מתחיל את הדיון:

הפרת סימן מסחר מוכר היטב:
בדין הישראלי, סימני מסחר מוכרים היטב זוכים למידת הגנה גבוהה מרמת ההגנה הניתנת לסימנים רגילים. נק' הפתיחה טובה יותר.
עם זאת, מתריע רובינשטיין, שזה לא רעיון טוב, להרחיב את דיני הקניין הרוחני יתר על המידה, מכיוון שהדבר פוגע בתחרות.
ואומר הש' רובינשטיין:

רף הקשר לצורך סימן מוכר היטב, הזיקה בין הסימנים, הוא נמוך מרף ההטעייה.

דהיינו: בסימן מוכר היטב, אנו בין הטעייה לבין זיקה. אך עדיין נדרשת זיקה מסויימת.

כלומר, בסימנים מוכרים היטב, הרף מבחינת בעל הסימן המוכר היטב הוא נמוך מהטעייה, לא צריך להוכיח הטעייה, אבל עדיין נדרשת זיקה מסויימת בין הסימנים.

ואם נצייר זאת כגרף:

הטעייה באותו הגדר-----| הזיקה הנדרשת בסימן מוכר היטב |-----אין קשר זיקתי |

בין נעליים לוודקה אין זיקה! גם ברף נמוך מרף הטעייה, נעליים רחוקות מוודקה וממשקאות משכרים, ולא הרי צרכי פיו של אדם כהרי צרכי כפות רגליו.
**ואע"פ שבסימנים מוכרים הדין הישראלי מקנה הגנה גם לגבי טובין שאינם מאותו הגדר, פה המרחק רב מדי.
הקשר הקונספטואלי לכאורה אינו קיים בהצטרף "אבסולוט" ל-"שוז".**

זהו הקשר של הצרכן בין המושגים "אבסולוט" ו-"שוז" כשהוא מביט במוצר.

המרצה חושב שיש צדק בכך: שלט בחנות בדרום ת"א "אבסולוט שוז", אינו קשור ל"אבסולוט וודקה".

האם אין הבדל בין "משפחה מסחרית" לבין "זיקה נדרשת בסימן-מסחרי-מוכר-היטב"?

האם לבטל את שאלת ההגדרה? ללכת על מבחן כללי של "הטעייה"?
או שמא, האם מוצדק לתת הגנה חזקה יותר לסימנים-מוכרים-היטב?

המרצה: צריך ללכת להביט על הטובין, תמיד, גם כשאינן דרישת הגדרה – לראות את הזיקה.

גניבת העין:

הש' רובינשטיין פוסל את העניין

המראה והצליל – שונה בגלל ה-Shoes.

וכן ב-Absolut מדובר במילה מילונאית שמביאה את הדמיון לפיחות רב.

וכן המילה Absolut מעידה על שלמות. זה שם מרמז ואין מספיק קשר.

סוג המוצר וחוג הלקוחות – לפי המבחנים בפ"ד טעם-טבע (מגה גלופלקס) זהו לא אותו חוג לקוחות.

יתר הנסיבות - באשר לתפוצה הרחבה של הסימן: אין המערערות יכולות להיושע מהתפוצה הרחבה של הסימן.

לכן דחו התביעה. אין הפרת סימן-המסחר-המוכר, ואין גניבת-עין.

סיכום:

טענות הגנה:

1. תקיפת רישום ("אין סימן").
2. אין דמיון/זהות.
3. טובין לא מאותו הגדר (כשזה רלוונטי).
4. פגיעה בזכות היסוד של חופש העיסוק (טענה חוקתית, הש' חשין אמר זאת וכו' – הטענה הזו בינתיים לא הצליחה במיוחד. ב"משפחה טובה" חשין מקנה לזה מקום, אז יש מקום לטעון).
5. פקיעת סימן המסחר (נדרש חידוש הרישום; ייתכן שסימן המסחר פקע – ואז צריך הבעלים לתקוף בחזרה בעזרת גניבת-עין).
6. טענות השתק ומניעות – בעל הסימן אינו יכול לשבת בחיבוק ידיים נוכח הפרות. בית המשפט קבע **בפסק הדין קרן כימיקלים כי על המפר להוכיח שבעל הסימן עודד את המפר להמשיך בהפרה, ויצר בהתנהגותו מצג על פיו המפר אינו עוסק בהפרה, ושהמפר שינה את מצבו לרעה בעקבות מצג זה (זוהי לא טענה מבטיחה במיוחד, אך אפשר להעלותה כשיש ניצול לרעה ממש מצד בעל הסימן).**
7. נטישת הסימן – הפסקת שימוש + כוונה לנטוש (כשמישהו לא רוצה את הסימן: חברת פרומין הפסיקה להשתמש בפרו-פרו למשך תקופה ארוכה ואח"כ ניסתה לחדש את השימוש). נטישת הסימן הופכת להפקר ואז ניתן להשתמש בו. להשתלט עליו.
8. שימוש אמת – סעי' 47 לפק': לפי סעי' 47 יש הוראה, שרישום לפי הפקודה לא ימנע אדם מהשתמש שימוש אמת בשמו או בשם עסקו או בשמו הגיאוגרפי של מקום עסקו או מהשתמש בהגדר אמיתית של מהותם או איכותם של טובין שלו (למשל, בפ"ד טוטו-זהב – ניתן היה לטעון כי "אין דרך אחרת לתאר את השירות פרט למילה 'טוטו' – זה השירות שאנו מציעים". השופטת בייניש לא קיבלה טענה זו – הם הפריזו בשימוש במילה טוטו. אך אם למשל שחקן בשם טוטו תמוז היה משתמש בבית העסק שלו בשם הזה, היה קשה לתבוע אותו).

עמוד	תוכן	נושא
1	נשוא ההגנה: נכסים שאינם מוחשיים – מידע בעל ערך השפעת הטכנולוגיה על התחום – א. ערך המידע ב. עלויות ההגנה עליו	מבוא: מהו קניין רוחני?
2	נשוא ההגנה, מה מוגן, החוק המרכזי, מטרת ההגנה, תנאים לרכישת ההגנה, הזכות המוגנת, משך הזכות, מעשה שמהווה הפרה, הגנות מרכזיות, עבירות, עלויות ההגנה, סעדים	ענפי הקניין הרוחני (טבלה)
7	פ"ד א.ש.י.ר- הגנה על מידע שלא נפל על הגדרה קונבנציונאלית. זה עקבי עם מגמתו הכללית של העליון (תו"ל וכו'). מרצה : אין ייצוג לאינטרס הציבור הנהנה מתחרות. אין להם די אינפורמציה להביאו לידי ביטוי. הגנה חזקה מדי פוגעת בסוף.	מגמת ההרחבה – עשיית עושר
8	הצדקות תיאורטיות	זכויות יוצרים
8	1 תיאורית העבודה (גיון לוק) – בעלות בגוף – בעלות בעבודה – רכישת זכויות עקב ערבוב העבודה בנכסים חיצוניים. 2 מגבלות: א) איסור בזבוז ב) יש להשאיר לאחרים. בפועל – בעבודה אין די כדי לרכוש זכויות! מפחיתים מחשיבות המאמץ. בעיה: כמה רחבה ההגנה? לוק התכוון לשימוש עצמי של העובד. ערך שוק הוא גם חיצוני ליוצר.	תיאוריות של זכויות (אירופה – הגנה חזקה, היוצר במרכיב)
9	2 תיאורית האישי (הגל): במרכז- הרצון האנושי. כל אדם מיוחד, אנשים מפתחים אישיותם באמצעות קניין- מחצנים אישיות על אובייקט חיצוני. הגנה קניינית= הכרה באני וכיבודו. יצירות= הרחבה של המחשבה האנושית. לא עבודה, אלא מקוריות ויצירתיות. ביקורת: א. הרבה גורמי יצר- אין הכרה בכלום. ב. יצירות פונקציונאליות פחות רלוונטי לאישיות. הגל: אסור לנתק בין היוצר ליצירתו (אין המחאת זכות)	
10	1 הגישה הכלכלית (חוקה אמריקאית): יש להעניק ליוצר זכויות מוגבלות (אמצעי) לשם פיתוח המדע והאומנות (מטרה). 2 תיאורית התמריץ: יצירות= public goods לכן יש בעית אספקה, ויש צורך בתמריץ בדמות ז. קניין מוגבלות בזמן. מתמריצים יצירה וגם את רובד ההפצה. ביקורת: א. יש תמריצים לבר-כלכליים(מוניטין, יצירתיות טובעה (לסיג, קידום). תגובה: יש חשש לחסר ביצירות ופגיעה באיכות (אולי יש עודף?!) + מערך ההפצה נטול השראה יצירתית וחשוף לסיכון. ב. אמצעי הגנה לא משפטיים: טכנולוגיה, הכנסה מפרסום, סימני מסחר-מוניטין, אמצעי שיווק, אמצעים חוזיים (חוזה הוא רק מול הצד השני, קשה לאכוף).	תיאוריות של תועלתנות
12	3 התאוריה הדמוקרטית (ניל נתנאל): 2 פונקציות לז' יוצרים: א. יצרנית- תמריץ ב. מבנית- עידוד יצירה מחזק את המבנה הדמוקרטי. ללא יצירה רוב האינפורמציה תגיע מהשלטון.	
13	נוצר מונופול= גישה מצומצמת למידע: א. בלעדיות ביצירה פוגעת בתחרות ובצרכן. מחיר מונופוליסטי גבוה מהתחרותי וכך הרבה עסקאות שהיו משתכללות לא מתקיימות וזה הפסד יעילות. ב. אפקט חלוקתי- פגיעה בצרכנים החלשים. ג. עלות משפטית.	המחיר של זכויות יוצרים
13	מקוריות, רעיון וביטוי, דוקטרינת האיחוד, דרישת הקיבוע	תנאי סף לרכישת הגנה
13	דרישה חשובה הושלמה ע"י הפסיקה. מהי מקוריות? נדרש שהיצירה לא תהיה מועתקת אלא מקורה ביוצרה (סטרוסקי). מדוע מקוריות? כחברה מצפים לתמורה מסויימת עבור הענקת ההגנה. כמה מקוריות? דרישה מינימלית- אין צורך בחדשנות. 1. צורות גאומטריות 2. משפט יחיד/סיסמא 3. שמות 4. עיצוב פונטים 5. ארה"ב- פרמט טפסים.	מקוריות ביטויים המוצאים מדרישת המקוריות
13	ראובני פרידן- הצירוף "הופה הולה הולה הופה" מוגן בז' יוצרים כשלעצמו. נשר נ' גלעד- "הסיידר לא נופל רחוק מהעץ" מקורית מספיק לרכישת הגנה. בחו"ל: יוניברסל סיטי- "איטי פון הום" מרצה : פס"ד משוללי הגיון, לא באמת נדרש תמריץ כדי ליצור משפטים כאלה. אנשים תמימים הופכים למפרים פוטנציאלים, יש חוסר עקביות. סיידר- יש לרשום כסימן מסחר החוסם שימוש מסחרי. סיבה- 1. אין הצדקה להטלת חובות על הציבור. 2. מעמעם אבחנות דוקטרינריות.	פס"ד שהורידו סף המקוריות
15	לעיתים המקוריות תימצא לאו דווקא במרכיבים אלא בצירופם- סטרוסקי. המקוריות יכולה להימצא בליקוט- הגנה מצומצמת, די בשינוי הסדר. מקוריות חלשה, הגנה חלשה, שינוי קל = אין הפרה (דין רצוי). מדוע דרישה מינימליסטית? א. סף גבוה=מעט מאד יצירות היו זוכות להגנה "בהיבט רחב אין שום דבר מקורי" (הרשקו). ב. עלות נמוכה להגנה, סינון מינימלי מראש, העלות באה לאחר מעשה בהתדיינות המשפטית. אין מרשם- קשה ויקר מאד לבצע סינון מראש. מספר סכסוכים קטן בהרבה ממספר העבודות.	המשך הגדרת המקוריות
16	אנגליה-כן. ארה"ב- feist v. rural 1991 – קיבוצו ספרי טלפון אזורים של חברות אחרות רורל מסרבת, פייסט העתיקה, העליון- אין די בהשקעת מאמץ כדי לרכוש הגנה, נדרשת מידה מסויימת של יצירתיות. אינטרלגו- שמגר מאמץ את השיטה האמריקאית והגישה התועלתנית כהצדקה. הבעיה- מצד 1 אין די בהשקעת מאמץ, מצד 2 תוספת של דרישת השקעת משאב אנושי- רמיזה ללוק. שמגר יוצר פרדוקס. קימרון – חזרה על פייסט ושמגר+יש הסוברים שהשקעת מאמץ, כישרון יכולה להעיד על יצירתיות. שיקולי מדיניות- נחלת הכלל, טיפול הוגן יוצר איזון נאות. ביקורת: א. אבסורד שיש ז' יוצרים במגילה- הוא טען שזה אותנטי ולכן איך זה מקורי שלו? מנסה להנות משני העולמות. ב. תמריץ- הספר לא גוזל את התהילה, יכל לכתוב בעצמו ספר חדש, לחייב ציון שמו. ג. המגילה- עובדה היסטורית/ רעיון. ד. דוק' האיחוד- מספר מצומצם של דרכי ביטוי לרעיון, אף אחת לא מוגנת. ה. אינטרס הציבור מרצה: מצד 1 לכל 1 יש גישה, אך ברגע שנעשה זאת נפר את הזכות- בעיה לוגית.	האם די בהשקעת מאמץ?
18	העקרון מופיע בסעי' 7ב לפקודה (אין הגנה לרעיון, שיטת ביצוע, מושג מתמטי, עובדה,	הבחנה בין רעיון לביטוי

עמוד	תוכן	נושא
18	חדשות) דוגמה למושג הרעיון : דקסון : אריזה כפולה לתרופות יום ולילה- אין הגנה על רעיון זה. על הביטוי עצמו יש הגנה- הגרפיקה והטקסט. סטורזה : אין הגנה על שימוש במוטיבים אוריינטליים בבניין. 1. רעיונות- אבני בניין של יצירות. בלעדיות= נזק חברתי. 2. יעילות אדמיניסטרטיבית- רעיון זה אמורפי, זכויות יגרמו להמון סכסוכים. 3. המטרה לעודד יצירה דו שלבית- שלא יפסיקו בשלב הרעיון אלא ילבישוהו בביטוי.	מדוע יש צורך בהבחנה?
18	לא זוכה להגנה. סיבה : יש הגנות אחרות (סוד מסחר, פטנט). עם תנאי סף קשוחים. ז"י יעקפו את הדרישות. דוגמא : selldan- שיטה לניהול ספרים שכללה טבלאות וטפסים. (חלק אינטגרלי מהשיט, בישראל זה שונה) נפסק כי אין ז"י במטריה שהיא נשוא דיני הפטנטים. הרשקו- ספרי הוראת חשבון ושיטת לימוד. לוי : אין לקבוע מסמרות לגבי רעיון וביטוי. נתנו הגנה לסימנים שבספר ולשיטת הבדידים. ביקורת : בדידים זה בעצם רעיון שסווג כביטוי. יש כאן פגיעה בתחרות.	שיטת ביצוע
19	קשור לאבחנה בין רעיון וביטוי- כשיש מספר דרכי ביטוי מוגבלות לרעיון, ההגנה נשללת מכל דרכי הביטוי משום שהביטוי והרעיון ממוזגים. גרוע ליוצר. מוריס- תבעו על הפרת ז"י בכללי הגרלה לקידום מוצר. זה נדחה על בסיס דוק' האיחוד. למעשה היו לא מעט דרכים, אך ההגבלה היא על מספר הדרכים האפקטיביות . הדוקטרינה מאפשרת שלילת הגנה בדיעבד כדי למנוע ניצול לרעה של דיני ז"י. בארץ : אינטרלגו- שמגר מכיר בכך לפחות בהקשר של מוצר פונקציונלי. אין הגנה כאשר זה עלול לצמצם את הביטויים לאחרים בצורה מוגזמת. מאיר נ' קנר- תביעה על העתקת שאלון התאמה לשידוך. נקבע שיש פה ביטוי מוגן (מקורר), יש מגבלה על מתחם היצירתיות, לכן באיזון בין חופש עיסוק ותחרות לבין עידוד יצירה האינטרס ה-1 גובר. תרומת התחרות לכלל הציבור :	דוקטרינת האיחוד
20	1. יעילות. 2. שיפור איכות ושירות. 3. עידוד יוזמה. 4. הקטנת הוצאות. 5. הפחתת מחירים. איסור גורף על העתקה עלול לבלום תחרות ולפגוע בציבור- דוק' איחוד מרוככת אסור cut&paste, כמעט כל דבר אחר מותר.	
21	קיימת רק לגבי עבודות דרמטיות . לא רלבנטי לספרותיות ואמנותיות סעי' 35 (1) . ענבר נ' יעקב- האם ביטוי בע"פ זכאי להגנה? נאור : לפי אינטרלגו כדי שביטוי יזכה להגנה צריך שיתגשם במציאות. לכאורה אין צורך בקיבוע ממשי. הוחלט שהעניין בצ"ע. מסקנה : לא ברור האם ביטוי בע"פ מוגן. ארה"ב- הקיבוע צריך להיות בהסכמה. שיקולי מדיניות : 1. קיבוע יוצר ודאות וקל יותר להוכיח. 2. קיבוע מגדיל שווי היצירה לחברה- מאפשר שימוש חוזר. 3. אפקט חברתי- לא רוצים להגן על כל אמירה.	דרישת הקיבוע
22	ספרותיות, דרמטיות, מוזיקליות, אמנותיות.	מהן היצירות המוגנות?
22	רומנים, שירה, בדיוני. האלמנטים המוגנים : הביטוי עצמו, מבנה העלילה וסדר ההתרחשויות.	1. יצירות ספרותיות א. ספרות יפה
23	האם זכאיות להגנה בפני עצמן? אנגליה- שרלוק הולמס אינו מוגן. מוסינזון- זפט : כדי שדמות תזכה להגנה עליה להיות מקורית ומפותחת עד כדי זיהוי דיסטינקטיבי. המבחן : האם ניתן לצפות את מעשיה ותגובתיה בתחום הרלבנטי? גבע- דונלד דאק זכאי להגנת ז"י עצמאית. מפעל הפיס- דמות הנווד של צ'פלין. טירקל : הדמות מפותחת ומגלמת יצירתיות ומקוריות כך שמצדיקה הגדרתה כיצירה דרמטית עצמאית. ביקורת המרצה : אין צורך אמיתי להגן על דמויות כי בכל מקרה הן ייווצרו ובאותה איכות. עבודות דוקומנטריות והיסטוריות- הביטוי מוגן לעומת נתוני המחקר שאינם מוגנים (סעי' 7(ב')) אפילו אם זה מבוסס על השערות- אין הגנה על תיאורים קונספירציה. שפילברג- הסרט "אמיסטד" בוסס על מחקר היסטורי, הסופרת תבעה ושפילברג ניצח. הרציונל לאי הגנה- זכות הציבור לדעת . חשיפת ההיסטוריה לציבור חשובה מהתמריץ. רציונל קלוש שכן דווקא בגלל ז' הציבור לדעת יש לעודד מחקר, אבל יש הגנה חלקית על הביטוי וזה תמריץ טוב בנוסף לקיום תמריצים אחרים. מוגנות. ענבר נ' יעקב- לא מוזכרות בגדר "יצירה ספרותית" אך הרשימה בחוק הינה רשימה פתוחה.	ב. דמויות דמות ספרותית דמות מצוירת דמות דרמטית
24	הרשקו- גם ספרי הוראה זכאים להגנה שחלה על הביטוי אך לא על שיטת הלימוד עצמה. ביקורת : נפסק שסידור החומר ודירוגו הם אלמנטים מוגנים, וזה למעשה שיטת הלימוד- פגיעה בתחרות. טפסים : מד"י נ' אחימן- ר"ח תבע את מד"י על הפרה בלוחות מס הכנסה. לנדוי : פסק לטובתו. ס' 35 (1) כולל לוחות וליקוטים ולכן אין מניעה להגן במידה ועיצובם או עריכתם מקלים את השימוש בהם. נחשבות ליצירה ספרותית! אם יש אלמנטים אמנותיים ניתן להגן עליהם כיצירה אמנותית. ביקורת : אין צורך בהגנה על מפות כיום, רובן נוצרות בקלות ע"י מחשב. כדי לרכוש הגנה יוצרים מוסיפים טעויות בדויות וכך נוצר תמריץ רע ליצור עיוותים במידע. לעומת יצירה ספרותית רגילה תוכנה היא ביטוי פונקציונאלי . יש חשש שהגנה על תוכנה תפגע ביעילות ותשתטש דוקטרינות (ביטוי ורעיון, סעיף 7(ב)- שיטת ביצוע). הרפז נ' אחיטוב- מלץ : מהם האלמנטים המוגנים? יש שלב מהותי ושלב טכני שבהם מושקע מאמץ , לכן הכל ראוי להגנה. ביקורת : 1. אין הבדל אמיתי בין תוכנה למחזה/ ספר. 2. מתן הגנה רחבה תגרום יותר נזק מתועלת ותפגע בהתקדמות הטכנולוגית. 3. מלץ מזהה תופעה, מגדירה כבעיה וזה בעצם דבר חיובי. 4. מלץ לקח תחום דינמי ויבא לתוכו הגנה של 120 שנה כאשר חיי תוכנה הם לרוב בין שנה לשנה וחצי.	ג. עבודות ספרותיות ד. הרצאות ה. ספרי לימוד, שאלונים וטפסים ו. מפות ז. תוכנת מחשב
25	ארה"ב- צמצמו את היקף ההגנה לתוכנה. אפל- עיצוב האייקונים בתוכנת ההפעלה.	תוכנה- המשך

עמוד	תוכן	נושא
26	נקבע שיש כאן איחוד בין הרעיון לביטוי. לוטוס- גיליון אלקטרוני מוביל בשוק. המשתמשים הכירו את המקשים והפקודות. בורלנד פיתחה גיליון והעתיקה את כל הפקודות כדי לחסוך "עלויות מעבר". בימ"ש: זו שיטה או הליך ביצוע שאינו זכאי להגנה. יש צמצום ההגנה, מוציאים את האספקטים המוכתבים משיקולי פונקציונליות, בניגוד להרפז, שם הדגש על עבודה ומאמץ.	2. <u>יצירות דרמטיות</u>
26	הגדרה: סעי' 135(1) . ייחוד: קיימת דרישת קיבוע . מדובר במחזות, סרטים, מיוזיקלס, או ההגנה לא רק על המלל, אלא גם על האירועים וסדרם. גולדברג- יש אפשרות להגנה עצמאית למרכיבים של היצירות (מוזיקה, טקסט).	א. <u>יצירות כוריאוגרפיות</u>
27	ברוב המקרים התנועות הבסיסיות אינן מוגנות, אך שילובן יכול להקנות הגנה (מקרנה). יש בסיס לטעון שצריך להיות בריקוד מימד דרמטי , כי זו לא קטגוריה עצמאית. טלה- אבנט- שידור משחקי ווימבלדון. תבעו חברות כבלים שקלטו שידור לווני והעבירו אותו למנויים. במחוזי נדחתה הטענה שמדובר ביצירה אמנותית (מזווית צילום וכו'). טענת הגנה: מדובר בעבודות. מצא: אירוע ספורט לא זכאי להגנה- לא נופל לקטגוריה וגם ימנע את הפעילות עצמה. המרה : יש תמריץ מספיק בתחרות עצמה. מצא: המטרה היא להעשיר את עולם הביטוי ולכן יש להכיר בזכויות שידור- המקוריות והיצירתיות מצויים בהליכי ההפקה והשידור. המוצר הסופי (השידור) שונה מהותית מהחומרים מהם הופק. כיום, תוקן חוק זכויות מבצעים ומשדרים : א. אוסר הקלטה. ב. מתיר השמעה בשידור לציבור ללא תמלוגים. ג. משך הגנה ל-25 שנים בלבד. המצב המשפטי: 2 מקורות הגנה- חוק ז' יוצרים (יצירה דרמטית), וחוק ז' מבצעים ומשדרים. הערה: יש דרישת קיבוע לכן צריך הקלטה סימולטנית בשידור חי.	ב. <u>שידורי טלוויזיה</u>
29	יש הגנה ל: 1. לחן 2. קומפוזיציה 3. עיבוד 4. תזמור. מקוריות : לרוב בקומפוזיציה, לעיתים במקצב או בהרמוניה. האם הליריקה חלק מהיצירה? בארה"ב כן, בישראל לא- זה נחשב יצירה ספרותית ויש פיצול (ראובני- הופה הולח). סימפול - מאפשרים זאת למרות ההגנה. יש הסכמות בתעשייה.	3. <u>יצירות מוזיקליות</u>
29	כולל פיסול, ציור וצילום. ההיקף רחב- כולל גם עבודות בעלות אופי מסחרי מובהק . סטרוסקי- לוגו ודקסון- גרפיקה על מוצר תעשייתי.	4. <u>יצירות אמנותיות</u>
30	סעי' 135(1) - עבודות שמוצרות על בסיס תבנית או גלופה אחת באמצעותה מנפיקים עותקים. ייחוד: לפי סעי' 15(א) זכות היוצרים הראשונית נתונה למזמין ולא ליוצר. זהו הסדר דיספוזיטיבי . בעיה: כיום הטכנולוגיה מאפשרת לשכפל מעותק 1 מספר רב של עבודות. בסטרוסקי לא התקבלה הטענה שמדובר בגלופה.	א. <u>פיתוחים</u>
30	סעי' 21 לחוק קובע כי יוצר הצילום הוא הבעלים של הנטיב. כאשר הצילום מוזמן חל סעי' 15(א) והוא הבעלים. רבינוביץ-רקדנית בלט תבעה צלם שהשתמש בדמותה בכרטיסי ברכה. הצלם ניצח. היא לא המזמינה. כיום: סעי' 6(2) לחוק הגנת הפרטיות אוסר על שימוש כזה למטרת רווח ללא הסכמה (יש סייגים: דיווח חדשות, פפרצל). קרן נ' מעריב- החתונה באולמי ורסאי. בימ"ש שלום פסק שז"י שייכות למשפחה. מדובר בצילום מוזמן, אא"כ הותנה במפורש אחרת. פרחי גורדון- הקובץ הדיגיטלי ה-1 שקול לנטיב. מותר לשחזר צילום, אך לא להעתיק.	ב. <u>צילומים</u>
31	חריג- שייך תמיד למשפחה (שיקולי פרטיות). אינטרלגו- חברה ספרדית לקחה את רעיון ה"דופלו". במחוזי- אין ז"י בגלל שאפשר לקבל פטנט/מדגם מכוח סעי' 22(1) . שמגר: מהו היקף ההגנה ביצירות שימושיות? יש אבחנה בין ביטוי לרעיון, כלומר פוטנציאל ההגנה הוא העיצוב והצורה. החשש: דרך אלה תשיג לגו מונופול במשחק עצמו. שמגר לא שולל קטגורית הגנה למוצר פונקציונלי. ככל שהצורה בסיסית יותר גוברת הפגיעה בתחרות ובתועלת. מתי נגן? כשהעיצוב משלב אלמנטים אסתטיים שאינם פונקציונליים- מבחן האומנותיות - מבחן שמעלה את דרישת הסף של מקוריות יצירתית. המבחן חל על שלב גיבוש היצירה . יש מבחנים שונים. שמגר בוחר במבחן כוונת היוצר - מחפשים שיקולים אסתטיים. שמגר פותר זאת בעזרת מבחנים אובייקטיביים- מבחן הבחירה (האם היו אופציות נוספות) ו מבחן המוצר הסופי . בסופו של דבר אין הגנה על אבני הלגו , משיקולים של פגיעה בתחרות. טענה נוספת- התרשימים מהווים יצירה ספרותית. הטענה נדחתה מאותו טעם. דורנר : יש השתק לפי 122(1) שבדוק רק את הפוטנציאל: האם היה ניתן לרשום. יש 2 תנאים: סעי' 2 לפק' הפטנטים והמדגמים דורש: 1. משיכת העין 2. חדש ומקורי .	ג. <u>דיוקנאות</u> ד. <u>אמנות שימושית</u>
33	השרטוטים = יצירה ספרותית, הבניין נחשב לעבודה אומנותית. סעי' 35(1) מגדיר- ההגנה תצמצם לאופי או לשרטוט ולא תחול על תהליכים או שיטות בנייה. לב נ' המשביר- דובר בז"י ב"בניין פרדסי". מהו הסטנדרט להחלת ההגנה? זילברג: הרעיון בבניין צריך להכיל חידוש אומנותי כביר. אגרנט: יצירה הגורמת הנאה אסתטית- לא צריך הסכמה אוניברסלית, אלא "קבוצת יודעי הדבר" היא קב' השיפוט. זהו מבחן "בגדי המלך החדשים".	ה. <u>עבודות אדריכליות</u>
35	מוסדר סעי' 1 לחוק ז"י ובסעי' 3(ו) לפקודה. חלוקה לזכויות כלכליות: א. שעתוק ב. פרסום+הפצה ג. השאלה והשכרה ד. ביצוע פומבי ה. עיבוד- יצירת עבודות נגזרות. כוח הבעלים לשלוט בהכנת עותקים, לפי תיאורית התמריץ זהו המקור לרווחים. ברגע שנוצר עותק של יצירה מוגנת בכל טכניקה שהיא, הופרה זכות השעתוק.	הזכויות המוגנות <u>זכויות כלכליות</u> א. <u>זכות השעתוק</u>
35	יש בעיה בכל הקשור לעותקים ארעיים (cache- לכאורה כל עוד הוא נשמר יש הפרה). הטלת אחריות על הספקים עשויה לשתק את כל האינטרנט. אין שאלת יסוד כוונה, האחריות כמעט מוחלטת. ארה"ב- סעי' 512 לחוק ז"י מקנה חסינות ל-ISP מפני תביעה כספית. יש בארץ המלצת ועדה של משרד המשפטים לאמץ הסדר דומה תחת 4 תנאים: 1. לא יזמו העברת התוכן המפר. 2. לא ידעו מראש על אופיו המפר. 3. לא התערבו בתוכן. 4. אפשרו לבעל הזכות לעקוב אחר השימוש.	

נושא	תוכן	עמוד
2 אלמנטים שצריך להראות כדי שתהא הפרה	א. גישה ליצירת התובע. זה חשוב כי גם אם קיים דמיון חזק, עדיין יכול להיות שמדובר ביצירה עצמאית. ב. דמיון מהותי בין היצירות.	45
הפרה- המשך פסיקה בישראל	Gibb – יוצר אמריקאי כתב שיר דומה לבי ג'ייז. במקביל הם הקליטו באנגליה ותיעדו את תהליך היצירה. נפסק שזו יצירה עצמאית ואין הפרה.	45
מה נדרש כדי לבסס הפרה? נטל ההוכחה על התובע: 1. להראות העתקת חלקים ממשיים ומהותיים-מבחן איכותי. 2. בדמיון מסוים אין די. ככל שרב הדמיון גוברת ההסתברות להעתקה. כהן: טענת ההגבלה האינהרנטית של המילים בשפה רלבנטית יותר לעבודה בעלת אופי טכני ופחות לשירה וספרות. אלמגור זכה.	ביקורת: נטען שהעלילה מכתיבה את נושא השירים ולא ניתן לכך משקל ראוי.	46
סיבות לדמיון בין יצירות	2 מסקנות מפסק הדין: 1. השפעת הגישה- הפזמונאים ראו את נוסחיו של אלמגור. המרצה: הגישה היא לא חזות הכל, העתקה כשלעצמה איננה פסולה, יש העתקות רצויות. זה עניין של שיקולי מדיניות והיקף ההגנה הראוי. 2. הגנה רחבה- לא מספיק לשכתב ביטוי כדי להתחמק מאחריות.	47
גישות לבחינת הפרה בפסיקה האמריקאית	1. הסיבות על ביטויים מיצירות שהן נחלת הכלל. 2. שאילה ממקור שלישי.	47
הגישה בישראל מהו סטנדרט הדמיון?	1. שיטת הסינון- לוקחים את יצירת התובע ומורידים את כל האלמנטים שאינם מוגנים (רעיונות, סצינות, נחלת הכלל, ביטויים ברי מיזוג). מה שנותר משווים ליצירת הנתבע ובוחנים קיום דמיון מהותי. יתרון: לכאורה קובע באופן מדויק יותר את היקף ההגנה. חיסרון: הגנת חסר. יתכן ששילוב אלמנטים בלתי מוגנים יהיה מוגן (סטרוסקי). 2. השיטה הטוטאלית- חייבים להשוות את היצירות במלואן. חיסרון: הגנת יתר. זליגה של דמיון ברעיונות לבחינת הפרה.	48
האם יש שוני ברמת הדמיון? עבור יצירות שונות?	העליון בחר בגישה הטוטאלית. מפעל הפיס- נדחתה גישת הסינון.	48
מהו חלק מהותי מהיצירה ומהן טענות הנתבע?	בוחנים את המשתמש הסיביר- הצרכנים של הביטוי. בארה"ב יש דיון על שינוי הסטנדרט, לדוגמא- ילדים מבחינים פחות בפרטים, לכן יש להוריד דרישת הדמיון כדי למצוא הפרה. מאידך, יש גישה לגבי תוכנות מחשב- דרוש דמיון רב יותר בגלל אופי הצרכנים. אין פסיקה ישראלית, אבל יש לטעון את הטענה.	48
אחריות עקיפה	אלמגור- כשמדובר ביצירה טכנית המכתיבה סוג ביטוי, תגבר רמת הדמיון הנדרשת. ישנם 3 פרמטרים: 1. מידת יצירתיות התובע. סטרוסקי- יחס הפוך- ככל שדלים המקוריות והמאמץ, כך נדרשת העתקה מדויקת יותר- הגנה חלשה יותר. 2. מורכבות היצירה: מורכבות נמוכה- נדרש דמיון רב: ככל שקיימות יותר דרכי ביטוי, המורכבות גדלה וכך הסתברותית סביר יותר שהייתה העתקה. 3. אופי היצירה: לדוגמא צילום נוף- מטבע הדברים יהיו קווי דמיון בין נופים.	49
סייגים והגנות בזכויות יוצרים	לשם הפרה צריך שימוש לפחות בחלק ניכר/מהותי ממנה. אחימן- נטל ההוכחה יעבור לנתבע: א. כאשר קיים דמיון רב ומובהק בין היצירות או- ב. קיים דמיון מסוים והוכחה גישה. מהן טענות הנתבע? א. תקיפת ז' היוצרים (מקוריות, יצירתיות)- סיכוי נמוך. ב. יצירה עצמאית. ג. העתקה ממקור אחר. ד. שימוש במסגרת החריגים וההגנות בחוק. גולדנברג נ' בנט- הופק מחזה ישראלי "חיידיק הבמה" ופורסם שהוא מבוסס על "שורת המקלה" האמריקאית. שמגר: רעיונות ורצף עלילתי אינם מוגנים, אבל הפרה יכולה לצמוח גם כשמועתיקים רצף של רעיונות או עלילה, בשילוב אפקטים בינתיים. לא היה ספק בעניין הגישה. ביקורת: בימ"ש נתן הגנה מופרזת. העתיקו רעיונות, דרכי הביטוי מוכתבות ממהות המחזה. נקבע שהיה דמיון מהותי, וגם הועתקו אלמנטים שהיו חלק ניכר. כדי לא להפר צריך לשנות דברים כי יש הגנה על סדר רעיונות.	50
אחריות עקיפה	אחימן- רו"ח שהכין לוחות מס. לנדוי: יש הגנה, לא הייתה הפרה- א. יצירה עצמאית- חשבו על זה גם קודם ב. רמת מקוריות כמעט אפסית- עניין של נוחיות. ג. ציון שכר לפני העתקה מצד ג'. המדינה זכתה. הערה: לגבי כל הפרה ניתן לתקוף אותה בטעון אחר. מקור האחריות- דיני נזיקין. יש 2 דוקטרינות: א. הפרה תורמת- אדם מדיח, תורם או גורם להפרה ע"י אחר ויש ידיעה על ההפרה ב. הפרה שילוחית- שלאדם יש ז' ויכולת פיקוח על פעילות מפרה, והוא מפיק מכך רווח כלכלי. מדובר על צד ג' שמפר! ביקורת: אין לכך סוף- מי שנפגע ברכב יכול לתבוע את העירייה שאלמלא הכביש לא היה נפגע. פרשת סוני: המציא את הוידאוטייפ. סוני נתבעה כיוון שהמכשיר מאפשר ותורם משמעותית להפרת ז"י בטרטי קולנוע מוגנים. הוחלט ברוב זעום שסוני אינה נושאת באחריות עקיפה. הבעיה: טכנולוגיה שניתן לעשות בה שימושים לא מפרים וגם מפרים. המבחן שנקבע: אחריות עקיפה לא תקום כל אימת שהטכנולוגיה מסוגלת לשימושים לגיטימיים. שיתוף קבצים: ניסו להתבסס על סוני כהגנה- גרוקסטר: באילו נסיבות ישא מפיץ של טכנולוגיה, המסוגלת לשימושים לגיטימיים ובלתי לגיטימיים, באחריות עקיפה להפרת ז"י? העליון בארה"ב: המפיץ מוצר במטרה לקדם שימושים מפרים בו נושא באחריות עקיפה- מבחן ההדחה. זה חריג להלכת סוני- בודקס את מטרת המפיץ.	51
אחריות עקיפה	אחימן- ר"ח שהכין לוחות מס. לנדוי: יש הגנה, לא הייתה הפרה- א. יצירה עצמאית- חשבו על זה גם קודם ב. רמת מקוריות כמעט אפסית- עניין של נוחיות. ג. ציון שכר לפני העתקה מצד ג'. המדינה זכתה. הערה: לגבי כל הפרה ניתן לתקוף אותה בטעון אחר. מקור האחריות- דיני נזיקין. יש 2 דוקטרינות: א. הפרה תורמת- אדם מדיח, תורם או גורם להפרה ע"י אחר ויש ידיעה על ההפרה ב. הפרה שילוחית- שלאדם יש ז' ויכולת פיקוח על פעילות מפרה, והוא מפיק מכך רווח כלכלי. מדובר על צד ג' שמפר! ביקורת: אין לכך סוף- מי שנפגע ברכב יכול לתבוע את העירייה שאלמלא הכביש לא היה נפגע. פרשת סוני: המציא את הוידאוטייפ. סוני נתבעה כיוון שהמכשיר מאפשר ותורם משמעותית להפרת ז"י בטרטי קולנוע מוגנים. הוחלט ברוב זעום שסוני אינה נושאת באחריות עקיפה. הבעיה: טכנולוגיה שניתן לעשות בה שימושים לא מפרים וגם מפרים. המבחן שנקבע: אחריות עקיפה לא תקום כל אימת שהטכנולוגיה מסוגלת לשימושים לגיטימיים. שיתוף קבצים: ניסו להתבסס על סוני כהגנה- גרוקסטר: באילו נסיבות ישא מפיץ של טכנולוגיה, המסוגלת לשימושים לגיטימיים ובלתי לגיטימיים, באחריות עקיפה להפרת ז"י? העליון בארה"ב: המפיץ מוצר במטרה לקדם שימושים מפרים בו נושא באחריות עקיפה- מבחן ההדחה. זה חריג להלכת סוני- בודקס את מטרת המפיץ.	51
אחריות עקיפה	אחימן- ר"ח שהכין לוחות מס. לנדוי: יש הגנה, לא הייתה הפרה- א. יצירה עצמאית- חשבו על זה גם קודם ב. רמת מקוריות כמעט אפסית- עניין של נוחיות. ג. ציון שכר לפני העתקה מצד ג'. המדינה זכתה. הערה: לגבי כל הפרה ניתן לתקוף אותה בטעון אחר. מקור האחריות- דיני נזיקין. יש 2 דוקטרינות: א. הפרה תורמת- אדם מדיח, תורם או גורם להפרה ע"י אחר ויש ידיעה על ההפרה ב. הפרה שילוחית- שלאדם יש ז' ויכולת פיקוח על פעילות מפרה, והוא מפיק מכך רווח כלכלי. מדובר על צד ג' שמפר! ביקורת: אין לכך סוף- מי שנפגע ברכב יכול לתבוע את העירייה שאלמלא הכביש לא היה נפגע. פרשת סוני: המציא את הוידאוטייפ. סוני נתבעה כיוון שהמכשיר מאפשר ותורם משמעותית להפרת ז"י בטרטי קולנוע מוגנים. הוחלט ברוב זעום שסוני אינה נושאת באחריות עקיפה. הבעיה: טכנולוגיה שניתן לעשות בה שימושים לא מפרים וגם מפרים. המבחן שנקבע: אחריות עקיפה לא תקום כל אימת שהטכנולוגיה מסוגלת לשימושים לגיטימיים. שיתוף קבצים: ניסו להתבסס על סוני כהגנה- גרוקסטר: באילו נסיבות ישא מפיץ של טכנולוגיה, המסוגלת לשימושים לגיטימיים ובלתי לגיטימיים, באחריות עקיפה להפרת ז"י? העליון בארה"ב: המפיץ מוצר במטרה לקדם שימושים מפרים בו נושא באחריות עקיפה- מבחן ההדחה. זה חריג להלכת סוני- בודקס את מטרת המפיץ.	52
סייגים והגנות בזכויות יוצרים	בידי יוצר יצירה מוזיקלית נתונה הזכות להחליט בידי מי להפקיד את ביצועה: רשמת הקול המקורית. יש רישיון כפייה ברשמות קול- לאחר שיצירה הוקלטה באופן חוקי, רשאי כל אמן אחר לבצע הקלטה נוספת של אותה יצירה. זה חל גם על מילות השיר שנחשבות בישראל ליצירה ספרותית נפרדת, אך הרישיון חל על שניהם. בסעי' 19 לחוק ז"י ישנם 3 תנאים: א. יש לידיע את בעל הז"י בלחן וגם במילים. ב. אסור לשנות	53
1. רישיון כפייה	בידי יוצר יצירה מוזיקלית נתונה הזכות להחליט בידי מי להפקיד את ביצועה: רשמת הקול המקורית. יש רישיון כפייה ברשמות קול- לאחר שיצירה הוקלטה באופן חוקי, רשאי כל אמן אחר לבצע הקלטה נוספת של אותה יצירה. זה חל גם על מילות השיר שנחשבות בישראל ליצירה ספרותית נפרדת, אך הרישיון חל על שניהם. בסעי' 19 לחוק ז"י ישנם 3 תנאים: א. יש לידיע את בעל הז"י בלחן וגם במילים. ב. אסור לשנות	53

עמוד	תוכן	נושא
53	<p>משמעותית- עיבוד צריך להיות נאמן למקור (היפ הופ וסימפולים לא נכנסים). ג. חובה לשלם סכום הקבוע בחוק- 6.25% מסך המכירות הקמעונאיות. יש כאן התערבות בשוק, אין חופש חוזי/מו"מ- זוהי רגולציה מחשש למונופוליזציה. זה מנגנון המחליף הגנה קניינית בהגנה מסוג אחריות (מאמר של קלברזי). ההבדל: מי קובע את המחיר לשימוש? בהגנה קניינית לבעל הז' יש בלעדיות, זה נאכף ע"י צו מניעה וצריך לנהל איתו מו"מ. בהגנת אחריות: החוק מפקיע מהבעלים את היכולת לקבוע את המחיר, הסעד הוא פיצויים. כנראה שהסכום לא משקף את המציאות וכח השוק קבע סכום נמוך יותר. ארה"ב- אין חריג כזה. בישראל סעי' 3ג קובע שלא תהיה הפרה בהקלטה לשם שימוש פרטי ובלתי מסחרי.</p>	<p>רישיון כפייה- המשך</p>
53	<p>מוגדרת בסעי' 3ב- התקן שניתן לטבוע בו טביעה... למעט התקן מיועד לשימוש במחשב. הארד דיסק, כונן נייד לא נחשבים. השאלה לגבי תקליטורים- משמשים גם לשימוש במחשב, יתכן שתקליטור אינו קלטת. החשש הוא אפשרות ההפצה. במדינות רבות נחקקו הסדרי פיצוי לבעלי הז"י, בד"כ מדובר ב"היטל על קלטות וציוד הקלטה". בישראל אין היטל, אך הוחלט להעניק לבעלי ז"י 5% מהתקבולים בתור ג'יטה. עפ"י הדיוע לא עובר כסף.</p>	<p>2. הקלטות ביתיות מהי קלטת?</p>
54	<p>האם מותר לצלם פסל מוגן או בניין מוגן? החריג קבוע בסעי' 2(1)(3) לחוק ומתייחס למלאכת אומנות, בעיקר פסלים, ציורים ובניינים אשר: א. מוצגים דרך קבע- זו בעיה לגבי תערוכות מזדמנות: צלם הפסיד כשצילם עבודות בחלון ראווה. נראה שהכל נתון להתניה חוזית- מוזיאון יכול לאסור על צילום. ב. במקום ציבורי- בישראל = מקום שניתן להיכנס אליו ללא תשלום. ארה"ב = עבודות המוצגות במקום בו ניתן לראותן ממקום ציבורי. המרצה: פרשנות מרחיבה היא נכונה יותר: 1. זו גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה. 2. גישה כלכלית- עלות הנזק נוטל על המונע הזול ביותר- המונע הטוב הוא בעל הזכות. יש פער באינפורמציה, אפשר פשוט לשים שלט- "הצילום אסור".</p>	<p>3. ציור וצילום של יצירות</p>
55	<p>החריג חל על כל העבודות המוגנות ועל כל הזכויות. זו טענת הגנה הנדרשת רק לאחר שהוכחה הפרה והנטל על המפר. הדוקטרינה מאפשרת לבצע נטילה פרטית (הפקעה) של קניין רוחני ללא חובת פיצוי.</p>	<p>חריג הטיפול ההוגן</p>
55	<p>1. עלויות עסקה: תאוריה של וונדי גורדון- ישנם שימושים בעבודות מוגנות שלגביהם עלות השגת רישיון מבעל הז' גבוהה משוויה למשתמש. אין ממשק חוזי. השימוש ההוגן מתיר שימוש בביטוי המוגן במצב של "זה נהנה, וזה אינו חסר". יש הבחנה בין מטרת רווח לשימוש פרטי כדי ליצור הפרדה בין זה שעלויות העסקה לא כדאיות לו לבין זה שעלויות העסקה גורמות לאי התקיימותה. ביקורת: א. שווי השימוש ועלויות העסקה אינם ידועים לבימ"ש. ב. הכרעה לפי כל משתמש = עלויות אדמיניסטרטיביות גבוהות. ג. עלויות עסקה משתנות לאורך זמן- יש השפעה של טכנולוגיה בעידן האינטרנט, מו"מ זול יותר. ניתן ליצור תפריט חוזי למיקסום רווחים מהשוק.</p>	<p>ההצדקות</p>
56	<p>2. החצנת עלויות: המשתמש, כשמחליט האם לרכוש רישיון, מסתכל על הערך לעצמו ושווי זה תמיד יהיה נמוך מהתועלת החברתית של השימוש. דוגמא: ערוץ 2 משיג עותק של קלטת של רצח רבין ומשדרה- זה טיפול הוגן. התועלת הציבורית רבה ולא נלקחת בחשבון ע"י הצדדים. ביקורת: בעיות אינפורמטיביות, מהו הערך לציבור?</p>	<p>הדין בישראל</p>
56	<p>3. צדק חלוקתי: הגנת ז"י מייקרת גישה ליצירות. טיפול הוגן מאזן זאת עבור השכבות הנמוכות. ביקורת: לא נראה שדוקטרינת השימוש ההוגן עוצבה עפ"י הגיון זה.</p> <p>שימוש הוגן מעוגן בסעי' 2(1)(2) (II) מבחן בעל 2 חלקים: 1. מבחן המטרה- שימוש הוגן רק אם הוא לשם אחת מ-5 המטרות שבחוק: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, תמצית עיתונאית. רשימה מצומצמת, אין אפילו הוראה. 2. מבחן אופי השימוש-מבחן ההוגנות גם אם השימוש לשם המטרה שבחוק, עליו להיות הוגן. מפעל הפיס- טירקל אומר שהמבחן השני חשוב יותר. עדיין חייבים לעמוד במבחן זה.</p>	<p>רשימת המטרות</p>
56	<p>1. לימוד עצמי- תלמיד מותר לו להעתיק קטעים לשם הלמידה. כנראה שמוסדות חינוך לא יכולים לנצל חריג זה. בארה"ב פס"ד MDS – אסור לשכפל חומרים לסטודנטים. סעי' 4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים מתיר שימוש בשידורים לשם הוראה שלא למטרות רווח. המרצה: מה זה עוזר כשאין הגנה מהפרה של התכנים? יש להרחיב הנושא להוראה- הרמוניה חקיקתית.</p>	
57	<p>2. מחקר- מאפשר עבודה בצוות. 3 פירושים למונח מחקר: א. רחב מאוד- לכל פעילות מחקרית מותר להשתמש בכל יצירה, גם אם אין קשר לנושא המחקר. ב. רחב- כל עוד המחקר קשור באופן כללי לעבודה המוגנת, מבחן המטרה מתקיים. זו הגישה הראויה לדעת המרצה. ג. צר- חייבים להתמקד בעבודה עצמה. בס' נ' כתר- ספר שעסק בהיסטוריה של שנות ה-50, בתוכו שועתקו עבודות של בס הקריקטוריסט. בימ"ש השלום דגל בפרשנות רחבה וקבע שדרישת המחקר מתקיימת. לא רוצים לסכל את היכולת לחקור נושא כללי ולהדגימו.</p>	
57	<p>3. ביקורת- זכה לפרשנות מרחיבה- גבע נ' וולט דיסני- אומצה הגישה שביקורת לא חייבת להיות שלילית. מלץ: כל העמדה של יצירה בקונטקסט חדש וחושף בה רבדים סמויים ייחשב כביקורת. כמו כן נקבע גם פארודיה וסאטירה באים בגדר חריג הביקורת קימרון- טענו שהספר הוא ביקורת על המונופול המחקרי של קימרון. זה נדחה משום שהביקורת לא הייתה על היצירה עצמה, קרי בימ"ש פנה לפרשנות הצרה.</p> <p>4. סקירה- חריג זה תלוי בפרשנות של חריג המחקר. אם נפרש מחקר באופן צר הרי מדובר על סקירה ע"י גופים לא מחקריים. פרשת בס- נפסק כי העבודות הובאו לשם סקירת התקופה ולא זכו להגנה- אין התמקדות ביצירה עצמה. הארץ נ' בגס- הנתבע ליקט והפיץ כתבות מעיתונים. טענת השימוש ההוגן נדחתה. זפט: אין כאן סקירה. סקירה מחייבת תיאור כולל של עניין, תמצותו, הבעתו באופן שונה. יש לזה השלכות, למשל ידיעות שמפרסמים בפורומים באינטרנט.</p>	

עמוד	תוכן	נושא
57	5. תמצית עיתונאית - מונח צר יותר מסקירה- דורש דיווח חדשותי. קימרון- ניסו לטעון שהצגת נוסח המגילה היא "חדשה", תמצית עיתונאית עבור הציבור. הטענה נדחתה ונקבע שזו לא הייתה יומרתם וממילא לא התקיים יסוד התמצית- הנוסח הובא במלואו. גבע- מלץ משתמש בדין האמריקאי, סעי' 107 ל- copyright act נוקב ב-4 מבחני עזר:	מטרות- המשך אופי השימוש- מבחן ההוגנות
57	א. מטרת ואופי השימוש- אם יש מטרת רווח, אין שימוש הוגן. דבר נוסף- האם השימוש טרנספורמטיבי או העתקה נטו? בהעתקה אין תועלת לעולם הביטוי. ב. טבעה של יצירת התובע- האם היא בעלת אופי עובדתי? - ערך היידוע של הציבור תומך בהגנה. ג. היקף הנטילה- מבחן יחסי כמותי + איכותי- לעיתים די בנטילה קטנה אם היא נוגעת ללב היצירה. ד. השפעת הנטילה על השוק הפוטנציאלי- ככל שהשפעה גדולה יותר ושלילית יש פגיעה בתמריץ.	
58	יש פגיעה בתמריץ. מלץ דן במאבק בין ז"י לבין ז' הציבור לדעת (חופש הביטוי), הרחיב את מושג הביקורת גם לפארודיה ולסאטירה ואימץ את הגישה האמריקאית. יישום: השימוש כאן מסחרי, אך רוב השימושים כיום הם כאלה (הפחתת משקל). מדובר בסאטירה שיש לה חשיבות חברתית, אך אין הכרח לשימוש בדונלד דאק כדי לקדם את הביקורת. היקף הנטילה גורף והשפעה על השוק קטנה. מבחן המטרה בסדר, אך מבחן ההוגנות לא מתקיים- יש הפרה.	
59	יש הפרה. מלץ מכיר בברווז כשימוש סאטירי, אבל אומר שדונלד דאק לא הכרחי, צריך קשר. ביקורת: 1. מדובר בסאטירה- שימוש טרנספורמטיבי. סאטירה = ביקורת על תופעה שהיא חיצונית ליצירה. פארודיה = שימוש ביצירה מוגנת כדי לבקר את היצירה עצמה. ארה"ב- הנטייה להכיר בשימוש רחב בפארודיה כיוון שזהו כשל שוק - איש לא יתיר לעשות פארודיה על עצמו ומי שיקבל אישור זו תהיה ביקורת מטעם. לא נדרש אפקט קומי- suntrust bank- נכתב ספר שמספר את עלילת "חלף עם הרוח" מהפרספקטיבה של העבדים השחורים. העבודה הוכרה כפארודיה. בישראל לאור פס"ד גבע סאטירה זוכה למעמד כשל הפארודיה בארה"ב.	מבחן הזיקה
59	2. גבע עשה קולאז' של ברווזים וכשמנסים להשיג ז' קניין באופן סדרתי קיימת "בעיית הסחטן" שמאפשרת להכשיל פרויקט שלם. זו הסיבה שיש הפקעות ושימוש הוגן. 3. ניתן להתנווכח האם ניטלה הדמות לגמרי.	
60	4. לדעת המרצה ההשפעה ל דיסני היא אפסית. יש הבדל בין מוצר תחליפי לבין מוצר משלים שיכול אף להעלות את שווי השוק של המקור.	
60	5. מבחן הזיקה- יש עבודות שהן נכסי צאן ברזל תרבותיים וכאשר אין פגיעה ביוצר אפשר ללכת עם אינטרס הציבור.	פרסומת מסחרית
60	מפעל הפיס- נטענה הפרה בסצנות מסרטים ובזכויות בדמות. נטען שימוש הוגן. טירקל: יש הפרה, בודקים את מבחן המטרה : לדעתו אין כאן ביקורת- פרסומת מעצם טיבה אינה במה לביקורת (האומנם?). מבחן ההוגנות : לא עומד במבחן משום שהשימוש לצרכי פרסומת מסחרית. המרצה : שימוש הוגן הוא סובסידיה של יוצר מוקדם ליוצר מאוחר. השימוש בה לגיטימי כאשר המטרה היא העשרת הביטוי, כלומר העבודה טרנספורמטיבית.	
61	1. הפרת הז' המוסרית = רע לשימוש הוגן (קימרון). 2. חוסר תום לב עלול לשלול שימוש הוגן. הפרדוקס- אם ניסית לשווא לקבל רישיון והשתמשת- גנבת; לא ניסית לפנות- חוסר תום לב. (מלכוד 22).	שיקולים נוספים בפסיקה
62		
		פטנטים
63	1. פטנט ניתן רק בהמצאות שימושיות. 2. פטנט מצריך בקשה לרישום , ואישור רשם הפטנטים. 3. ההגנה מוגבלת לרשימת התביעות. פירוט התביעות יקבע את היקף ההגנה הקנייני על הפטנט. משווים את המוצר המפר לתביעות ולא למוצר עצמו . 4. על הממציא להוכיח את החדש והמועיל בהמצאתו. 5. יש להגיש בקשה תוך פרק זמן מסוים מיום ההמצאה, אחרת מסתכנים באובדן הזכות. 6. מספר ההגנות להפרה מצומצם, אין שימוש הוגן. 7. הפטנט מופר ע"י כל שימוש, אפילו אם מדובר בהמצאה עצמאית. 8. פטנט הוא טריטוריאלי.	הבדלים בין פטנטים לז' יוצרים
63	הרבה ממציאים מוותרים על פטנט ומסתפקים בסודות מסחר. יש סודות שאינם זכאים לפטנט, כגון רשימת לקוחות. דיני הפטנטים מנסים לתמרץ העדפת פטנט על סוד מסחר מכיוון שבפטנט הציבור נחשף למידע. אלו הגנות תחליפיות - הגנה חזקה על סוד מסחר מחלישה תמריץ לרישום פטנט.	חפיפה עם סודות מסחר
64	מוצרים שניתן לבצע בהם הנדסה חוזרת , קרי האינפורמציה נחשפת יחד עם המוצר, אין טעם לשימוש בסוד מסחר ויש עדיפות ברורה לפטנט. צריך לחשוב על: א. רוחב ההגנה עלויות. לדוגמא- קוקה קולה- יש עלויות גם לשמירה על סודיות ונפגעת היכולת לשווק. לעומת זאת, פטנט מעניק הגנה רחבה, אפשר לחשוף, אבל עלויות גבוהות וההגנה זמנית (20 שנה).	פטנטים- יתרונות וחסרונות
64	1. משך אישור בקשת הרישום- הרשם בודק חדשנות והתקדמות המצאתית, דבר זה אורך שנים. בישראל מועד הרישום = הראשון לרישום . ארה"ב = הראשון להמצאה . 2. פרסום או שימוש קודם עשוי לעלות באובדן ההגנה. 3. רעיונות אינם מוגנים, צריך תהליך/מוצר בר ביצוע. 4. ההגנה מוגבלת לרשימת התביעות. 5. הגבלה טריטוריאלית- רישום מקנה הגנה באותה מדינה בלבד. 6. עלויות ההגנה- יקר מאד, אכיפה קשה ותביעות מובילות לתקיפת הפטנט.	
65	סעי' 3 לחוק הפטנטים: א. נשוא ההגנה- מוצר או תהליך ב. תנאי הסף להגנה: יעילות, חדשנות, התקדמות אמצאתית רעיון גרידא אינו מוגן. נדרשת הוצאתו מן הכוח אל הפועל. פראדוקס החשיפה של Arrow : יש רעיון שרוצים למכור אך ברגע שמגלים את הרעיון אין כבר מה למכור.	דרישות החוק מהי המצאה כשירת פטנט? נשוא ההגנה

עמוד	תוכן	נושא
65	<p>פתרון חלקי- הסכס סודיות (זה בעייתית). מוצר: מכונה, חפץ, תרכובת. תהליך: שורת צעדים המביאים לשינוי פיזי/כימי בחומרי גלם. גם אם זה לא מוצר חדש התהליך עצמו בר-פטנט. אלגוריתם- נחשב יצירה ספרותית ואינו מוגן כשלעצמו, אך מוגן אם הוא חלק מתהליך ייצור. יש פטנט על שימוש חדש במוצר קיים (ויאגרה).</p> <p>פטנט על מוצר נתפס כעדיף על תהליך: 1. גם כשיש כמה תהליכים להגיע למוצר, זה לא משנה כשיש פטנט על המוצר. אם מצאת תהליך יעיל יותר, פנה לבעל הפטנט וחלוק עמו רווחים. 2. עלויות אכיפה- קשה לדעת באיזה תהליך השתמשו.</p> <p>א. חוקי טבע- תורת היחסות, זן פרפרים. סייג- ביוטכנולוגיה- אורגניזם שפותח</p>	<p>פטנטים- נשוא ההגנה (המשך)</p> <p>גילויים שאינם ברי הגנה</p>
66	<p>בהנדסה גנטית הוא בר פטנט. Diamond v. chakrabarty פותחה בקטריה שאוכלת דלק- בר פטנט. אפשר גם על צמחים. ב. רעיונות, משפטים מתמטיים טהורים- אינם ברי הגנה, אלא אם מדובר בנוסחה מתמטית בתוך תהליך או מוצר ספציפי. ג. טיפול רפואי בגוף האדם וזנים חדשים של צמחים- סעי' 7 לחוק מגביל פטנט על שיטת ניתוח, דיאגנוזה. (2)7 מסייג צמחים ובע"ח זולת אלה שלא הופקו מן הטבע. יש חוק ז' מטפחים של זני צמחים- הסדר לגבי הכלאת זני צמחים. ד. המצאות בתחום המחשבים- אין פטנטים בתוכנה בישראל והיא מוגנת כיצירה ספרותית (אין שינוי כימי/פיזי). ארה"ב:</p>	
67	<p>State street bank- תקדים שאפשר לקבל פטנט על תוכנה. יש גם על שיטות עסקיות- מכרזים, הגשת מזון, וכו'. ה. מחקר האנרגיה הגרעינית- ס' 99 לחוק- הממשלה יכולה להפקיע פטנט בתחום זה, למנוע רישום ולהגביל פרסום בקשר לבקשה מטעמי בטחון. מדובר ביעילות במובן הצר- מספיק שתושג המטרה שמצוינת בבקשה לפטנט. אין דרישה לתועלת חברתית, הרשם אינו בוחן את ערכה המסחרי של המצאה. נדרשת יעילות קונקרטיה ופרקטית. גם יעילות אסתטית אין בה די- משהו יפה יותר לא עונה לדרישה.</p>	<p>דרישות הסף יעילות</p>
68	<p>Brener v. manso- ממציא רצה פטנט על סטראיד שפיתח. לא עלה בידו להוכיח שמטרתו מתקיימת. ביהמ"ש- דחה מחמת אי-יעילות. צריך רמת הסתברות גבוהה שזה מקיים את המטרה, לא "אולי", "זה עושה משהו"- יעילות ספציפית.</p> <p>סעי' 4 לחוק: המצאה נחשבת חדשה אם לא פורסמה בפומבי, בישראל ובחו"ל, לפני הגשת הבקשה. כל חשיפה יכולה לפגוע בחדשנות. המועד-יום הגשת הבקשה. רציונל- אין טעם לתת הגנה, מונופול לדבר שהוא כבר נחלת הציבור. יזו נ' מד"י: יזו תבעו על הפרת פטנט במערכות תצוגה אופטיות. טענות ההגנה: א. אין הפרה ב. ההמצאה לא חדשה, אין התקדמות המצאתית והתיאור בבקשה לא היה מספק ג. טענה חוזית- יש להם רישיון ממשלת USA. שמגר: איך בודקים חדשנות? א. כדי לשלול חדשנות הנתבע צריך להוכיח קיום מסמך אחד המכיל את ההמצאה כולה! לא ניתן לשלב פרסומים קיימים. ב. כדי לשלול, המידע בפרסום יאפשר הוצאת ההמצאה מן הכוח לפועל. ג. בדיקת החדשנות היא מהותית ולא רק משווים מונחים ומילים- בודקים משמעות. ד. כדי לשלול חדשנות, בבחינת הפרסום על ביהמ"ש להצטייד בידע המקצועי כפי שהיה באותו זמן- אי אפשר להוסיף ידע מאוחר. ה. אם חזרנו על הפרסום צעד צעד והתוצאה מפרה את הפטנט סימן שהפטנט לא חדשני. שמגר: המצאתם של יזו חדשנית!</p>	<p>חדשנות</p>
69	<p>הצגה בכנס, היתר כניסה למפעל, פרסומים תוך הפרת חובת סודיות או בדרך לא חוקית. למעשה, כל מסמך נגיש לציבור עלול לפגוע בחדשנות- דיסרטציה של סטודנטים פטנטים בחו"ל, בקשות לפטנטים, שימוש עסקי קודם בהמצאה. חריג: שימוש נסיוני. פארק דיוויס נ' אביק: פרסום בספרית מכון ויצמן שולל חדשנות. סעי' 6 לחוק יוצר חריג ליעילות הפסילה: א. המידע הושג מבעליו שלא בהסכמתו והבקשה לפטנט הוגשה תוך זמן סביר. ב. פרסום בתערוכה תעשייתית/חקלאית בישראל/בחו"ל. נדרש פרסום רק בזמן ולצורך התערוכה- זאת בלבד שהוגשה בקשה לפטנט 6 חודשים לאחר התערוכה. מאפשר חשיפה לקונים פוטנציאליים מבלי להפסיד את ההגנה (זה יכול לפגוע בחדשנות בחו"ל!!!!!!).</p>	<p>איך ניתן לפגוע בחדשנות?</p>
70	<p>סעי' 5 לחוק: התקדמות אמצאתית- א. אינה מובנת מאליה ב. לבעל מקצוע ממוצע ג. על סמך הידע הקיים בזמן הרלוונטי. לא דרישה קשה למדי. פס"ד יזו – איך בוחנים זאת?</p> <p>1. צירוף פרסומים שאינו מובן מאליו יכול להוות התקדמות אמצאתית. הוכחת שצירוף מובן מאליו, פסלת התקדמות אמצאתית. 2. מאמצים נק. מבט של בעל מקצוע ממוצע, שאינו מפעיל כושר מחשבה אמצאתי... (שמגר). 3. סוג ההתקדמות- לא נדרשת פריצת דרך, די לנו בצעד אמצאתי קטן. 4. כל זאת בהתייחס לפרסומים הקיימים בזמן ההמצאה- בלי חכמה בדיעבד.</p>	<p>התקדמות אמצאתית</p>
70	<p>מבחני עזר כלכליים שנוצרו בפס"ד Graham ואומצו ביוז ע"י שמגר: 1. מבחן החסך המתמשך- האם האמצאה פתרה בעיה שהעסיקה את התעשייה הרלוונטית זמן רב? בעיה אקוטית תדרוש זמן קצר יותר 2. מבחן ההצלחה העסקית- מה היתה תגובת השוק להמצאה? הבעיה- הצלחה זה לא רק פונקציה של איכות, יש גם שיווק ומיתוג. 3. מבחן ההפתעה- האם אנשים בתחום הופתעו (מבחן ה-WOW) 4. מבחן ההעתקה- האם המתחרים העתיקו:פס"ד סאנופי: נקבע כי בעל מקצוע ממוצע אינו בהכרח אדם בודד, זה יכול להיות צוות.</p>	<p>מבחני העזר להתקדמות אמצאתית</p>
71	<p>בדיקת התקדמות אמצאתית מורכבת גם מהרשימה שבחוק וגם ממבחני העזר!</p> <p>סעי' 12 לחוק הפטנטים: בבקשה לרישום יש לפרט כיצד להוציא ההמצאה מן הכוח אל הפועל. אנחנו נותנים לממציא הגנה והוא מספק ידע. זו העסקה. זה חשוב כדי שכשמת לו הפטנט, יפתח השוק לתחרות. המרצה: התמריץ הטבעי לממציא הוא פירוט מינימלי ועמום. האינטרס- כמה שיותר להקשות על המתחרים. אין דרישה לשיטה הטובה ביותר בישראל דורשים "דרך כלשהי". על ביהמ"ש לדרוש פירוט רחב ולנקוט סנקציות כלפי המסתירים והעמומים, אלא שהתפיסה הרומנטית של "הממציא כגיבור חברתי גורמת להקלה בדרישת הפירוט. סאנופי-דרישת פירוט די מינימאלית.</p>	<p>דרישת הפירוט</p>
72		

עמוד	תוכן	נושא
72	<p>בקשה לפטנט: עליה להכיל המצאה אחת בלבד. בדיקת הבקשות: סעי' 18 לחוק מורה לרשם להיעזר ב-1 או יותר מן הדברים הבאים: א. רשימת אסמכתאות עליהן הסתמכו רשויות פטנטים זרות ב. רשימת פרסומים שהמבקש עצמו מספק (כאלה שלא פוגעים בחדשנות או בהתקדמות) ג. רשימת פרסומים שקדמו לבקשה ונוגעים במישרין להמצאה ד. יכול לבקש חומר נוסף; בתום הבדיקה יחליט הרשם האם לאשר את הפטנט.</p> <p>סעי' 37 לחוק- אישור הרשם אינו ערובה לכך שהפטנט בר תוקף! אין חזקה של תקפות (בארה"ב ישנה)- משמעותי לדיני ראיות. זאת משום שבדיקת הרשם אינה די איכותית. יש עומס רב והגעה לכל המידע בנושא כמעט ואינו אפשרי. מבחן האש- ניסיון אכיפה.</p> <p>סעי' 26- על הרשם לפרסם ברשומות את שם ההמצאה וסוגה. סעי' 30- לאחר הפרסום ולפני אישור סופי של הפטנט ניתן להגיש התנגדות. סעי' 31-2 דרכי תקיפה: 1. הליך של התנגדות לפי העילות: א. 31(1)- יש סיבה בגינה היה מוסמך הרשם לסרב לבקשה. ב. 31(2)- ההמצאה אינה כשירת פטנט- תוקפים חדשנות, התקדמות אמצאתית וכו'. ג. 31(3)- המתנגד הוא בעל ההמצאה (לרוב כשמדובר ביחסי עובד-מעביד). נהלים: ניתן להגיש התנגדות תוך 3 חודשים מיום הפרסום. כל אדם יכול להתנגד ולכן אפשר להתחבר מאחורי שליח...לפעמים היריב חזק ואכזרי. אם המבקש אינו מגיב להתנגדות תוך 3 חודשים זה נחשב להודאה לצדקת ההתנגדות. אח"כ יש 3 חודשים לספק ראיות ויש דיון. נטל ההוכחה הוא על המבקש- עוד לא נרשם פטנט!</p> <p>2. לאחר שהוצא הפטנט- בקשה לביטול פטנט- הנטל הוא על מבקש הביטול! בעל הפטנט רשאי לבקש ביטול- סעי' 73 וגם אדם אחר סעי' 73ב'. הליך הביטול מתבצע מול הרשם. אם מחליט לבטל- דין הפטנט כאילו לא ניתן מעולם. ביטול עשוי להתרחש כאשר לא משולמת אגרת החידוש. הפטנט בן 20 שנה וניתן להגיש בקשת ביטול בכל העת. הליך: יש 3 חודשים לבעלים להגיב לבקשה, הגשת ראיות של התוקף תוך חודשיים, יש דיון- נטל ההוכחה על התוקף. על החלטת הרשם יש ז' ערעור למחוזי תוך 60 יום.</p> <p>ההבדל בין ביטול להתנגדות: א. נטל ההוכחה ב. ביטול עדיף כשהיריב כבר הקים פס ייצור והוציא הוצאות וזה גורם לו ליותר הפסדים. ג. החלטת הרשם בבקשה לביטול היא מעשה ביי"ד בין אותם צדדים (תמיד אפשר לשלוח מישהו אחר...)</p> <p>א. איכות ביקורת הרשם גרועה, כמעט חצי מהפטנטים חסרי תוקף. יכולת לעכב ולגרום הפסדים לבעל הפטנט- משפר כוח מיקוח. תביעה זה יקר בהרבה. ככל שמשהים את הבקשה הערך הכלכלי של הפטנט יורד (מקטין את משך ההגנה). ג. חוסר תו"ל ושיהוי- אם חיכית כמה שנים ואז הגשת בקשה לביטול, יש סכנה להשתק. סאנופי נ' אוניפארם: סאנופי מבקשת לרשום פטנט על שימוש חדש לתרכובת כימית ידועה. הרשם דחה את בקשת ההתנגדות של אוניפארם. אלה טענו א. העדר יעילות (סעי' 3 לחוק) - לא ביצעו אף ניסוי בבני אדם ב. העדר פירוט- לא הסבירו כיצד לייצר את התכשיר. נתניהו: א. די בהבטחה שההמצאה יעילה- בשלב הבקשה אין צורך בהוכחה אלא בעמידה בנטל השכנוע. הוכחה תידרש כאשר המתנגד מביא ראיות המעידות על חוסר יעילות. הנימוק: סעי' 37 אין אצלנו חזקת תקפות. ב. חוסר פירוט- מיהו הנמען אליו מופנה הפירוט? ; האם הצורך בניסויים פוגע בפירוט? הנמען יכול להיות גם צוות מומחים שיהיו מאגר ידע. די בכך שהפירוט יאפשר להם לייצר את ההמצאה, הצורך בניסויים לא פוגע בהכרח בדרישת הפירוט. נתניהו מרככת את דרישות הפירוט והיעילות מנימוק של עידוד מחקר נועז ונטילת סיכונים. ביקורת: האם זוהי מדיניות רצויה? האם די בהבטחה ליעילות? לא- תיווצר בלעדיות על המצאות רחבות ועמומות וזה יגרום לאי מיצוי המחקר.</p>	<p>הליך אישור הפטנט</p> <p>התנגדות</p> <p>בקשה לביטול</p> <p>מדוע להגיש התנגדות?</p>
75	<p>ניתן לנצל את הפטנט ב-3 דרכים: 1. ניצול עצמי- פיתחתי דרך ייצור של שבבים ועכשיו אני משווק את המוצר. 2. מכירת הפטנט- העברת כל אגד הזכויות. 3. רישיון בפטנט. משך ההגנה: 20 שנה מיום הגשת הבקשה לרישום.</p> <p>סעי' 1 מגדיר בעל המצאה- הממציא עצמו או באי כוחו, מי שזכאי להמצאה מכח הדין (מעביד, ירושה) או העברה עפ"י הסכם. סעי' 76 קובע חזקת בעלות- מגיש הבקשה לרישום הוא בעל ההמצאה. השגות ניתן דרך התנגדות לפי 31(3).</p> <p>סעי' 77-78 לחוק: א. ריבוי ממציאים- נחשב לממציא כל אדם שתרום תרומה לאחת התביעות בבקשה. לא חשוב מה משקלה, אך היא חייבת להיות תרומה לגיבוש הקונספט ההמצאתי (פועל שחור הוא לא בעלים). ב. העברה למספר אנשים- בהסכם, בירושה- נוצר מצב של ריבוי בעלים. הדין: סעי' 77(ב)- בריבוי בעלים יראו אותם כבעלי חלקים שווים בהעדר חלוקה אחרת בהסכם. סעי' 78- כל אחד מהשותפים רשאי לנצל את ההמצאה באופן סביר בהעדר הסכם נוגד. שימוש לא סביר מאפשר לאחרים לבקש סעד משפטי ובין היתר להשתתף בתמלוגים/רווחים. דוגמא: ייצור המוני וחלוקה בחינם. סעי' 79-80 עוסקים במכירת הפטנט תחת בעלות משותפת. כל אחד יכול למכור זכותו לפי ראות עיניו ללא הסכמת האחרים וזאת בהעדר הסכם נוגד בכתב. בהעדר תיאום חלקים מן הפטנט עשויים להימכר לחברות יריבות. המרצה: אם בעל פטנט כזה תובע אותך ניתן להתגונן ברכישת זכויות מבעלים אחר. סעי' 79- חזקה לטובת הרוכש: כאשר אדם או תאגיד רוכש פטנט מבעלים משותפים נחשב כאילו רכש מבעל פטנט יחיד. הדבר חייב להיעשות בתום לב.</p> <p>ההסדר מפורט בסעי' 88-84. יש רישיון ייחודי לפי סעי' 85 שמעניק ז' לפעול לפי סעי' 49, קרי כאילו היה הבעלים. יתכן שתהיה הגבלה על העברת הרישיון לצד ג'. לעומת מכירה, ברישיון נותרות זכויות שיוניות בידי הבעלים. סעי' 86- רישיון לא ייחודי יאפשר ליותר מגוף 1 לנצל את ההמצאה והתנאים מוסדרים חוזית. סעי' 87- נדרש רישום כדי שיהיה תוקף לרישיון כלפי צד ג'. סעי' 88- רישיון לניצול פטנט משותף לא יוענק אלא בהסכמת כל השותפים. זה יוצר ז' וטו. המרצה: לא ברור מדוע לגבי מכירה יש הסדר לא נוקשה ולגבי רישיון ההסדר נוקשה. אם מופעלת ז' וטו, המנגנון היחיד הוא פנייה לבימ"ש שע"פ</p>	<p>בעלות והכויות בפטנטים</p> <p>בעלות</p> <p>בעלות משותפת</p> <p>רישיונות</p>

עמוד	תוכן	נושא
78	<p>סעי' 81 רשאי לצוות על הענקת רישיון גם כשחלק מהשותפים מתנגדים במידה וצו זה אינו סותר הסכם בין השותפים. כמובן שבמקום לחפש הסכמה כוללת ניתן לקנות מ-1. כדי להשיג בלעדיות בפטנט צריך לקנות את כל החלקים או להגיע לרישיון ייחודי.</p> <p>עיצוב רישיון – א. טריטוריה- מהו סיווג המקום? רק במלטה? ב. הזמן- מה תקופת הרישיון? ג. אגד הזכויות- ז' ייצור, שיווק וכו'. ד. התמורה- חד פעמית או רב פעמית? 1. חד פעמית- סיכון נמוך- מקבלים תמורה לא משנה אם הפנט ייכשל או יצלח.</p> <p>2. הסכם תמלוגים- הממציא מקבל אחוז מההכנסות- הכל תלוי בהצלחת המוצר. אתה תלוי באסטרטגיה העסקית של מקבל הרישיון וגם יש בעיה לפקח על כמות הרווחים.</p> <p>3. הסדר של joint venture- מקימים חברה משותפת שאחד מנכסיה הוא הפטנט. יתרון- מעורבות בניהול ובניצול הפטנט. חסרון- בעיות נציג. אפשר גם לשלב בין האפשרויות. במסגרת יחסי עובד-מעביד- סעי' 132 דן בהמצאת עובד- הזכות הולכת למעביד בתנאים הבאים: א. המצאת עובד ב. קיום יחסי עובד מעביד ג. עקב שירותו ד. בתקופת שירותו.</p> <p>סעי' 131 מחייב עובד שממציא המצאה להודיע למעביד. המעביד מקבל 6 חודשים להגיב, קרי להגיד רוצה/לא רוצה. 2 דרכים כדי שהמצאה תישאר של העובד: א. הסכם מפורש ביניהם. ב. ויתור מכללא של המעביד, למשל אם אינו מגיב. סעי' 134 קובע שבאין הסכם הקובע דבר לגבי זכויות העובד לתמורה יקבע הדבר ע"י הועדה לענייני פיצויים ותמלוגים. סעי' 135 מפרט את שיקוליה: א. תפקיד העובד. ב. טיב הקשר בין ההמצאה לעבודה. ג. יוזמת העובד. ד. אפשרויות הניצול של ההמצאה. ה. הוצאות סבירות שהוציא העובד. הרכב הועדה: רשם הפטנטים, שופט עליון, נציג האקדמיה.</p>	<p>רישיונות- המשך</p> <p>המצאות שירות</p>
80	<p>סעי' 49- בעל פטנט זכאי למנוע מכל אדם מלנצל בלי רשותו את ההמצאה: א. כפי שמוגדר בתביעות. ב. בדרך המפקיעה את עיקר ההמצאה. הסעיף מקנה בלעדיות כלכלית לבעל הפטנט. סעי' 183(א) קובע שעקב הפרה זכאי הבעלים לסעד של צו מניעה או פיצויים- כוח להדיר וכוח לקבוע את מחיר השימוש.</p> <p>סעי' 1 מגדיר: 1. לגבי המצאה שהיא מוצר- ניצול הוא: א. ייצור. ב. שימוש. ג. מכירה. ד. ייבוא. 2. המצאה שהיא תהליך: כל שימוש בתהליך.</p> <p>א. פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי. ב. פעולה ניסיונית שמטרתה שיפור המצאה או פיתוח המצאה אחרת. ג. פעולה לפי סעי' 54א (תיקון טבע)- פעולה במסגרת הליכי רישוי (FDA) לצורך שיווק המוצר בתום תקופת הפטנט. רוב ההשקעה היא בהליכי הרישוי (הוכחת אפקטיביות, אי פגיעה בציבור). זוהי הקדמת כניסת המוצר הגנרי לשוק.</p>	<p>הפרת פטנטים</p> <p>ניצול המצאה</p> <p>חריגים לניצול</p>
81	<p>א. הפרה מילולית- מפר מעתיק את מה שמוגן בתביעות. ב. הפרת עיקר ההמצאה- לוקחים פטנט, מכניסים בו שינויים כדי להתחכם ולצאת מתחום ההפרה. אתה יכול לשלם לבעל הפטנט בשביל אישור שימוש או למצוא דרך לעקוף את הפטנט. הגנה רחבה מדי תסכל פיתוח המצאות המשך וזה בעוכרינו. ההגנה הרצויה: כל מה שממציא חשב עליו יהיה מוגן + שינויים טריוויאליים שאין בהם חדשנות והתקדמות המצאתית. לנפלסט נ' ברקמן- ברקמן בעלי פטנט שכותרתו "שיטה לייצור אקרן רב שימושי" והמוצר עצמו תובעים את לנפלסט – טענות ההגנה: א. פטנט לא תקף מחמת היעדר חדשנות, התקדמות, תועלת, פירוט. ב. הפטנט עוסק רק בתהליך ולא במוצר (כך יוכלו לייצר עם תהליך אחר). ג. אין הפרה. המחוזי- פטנט תקף ויש הפרה. שמגר בעליון:</p> <p>האם הופר הפטנט? בודקים קודם כל את היקף ההגנה- מהן התביעות? שמגר פוסק שאין כללי פרשנות מיוחדים בדיני פטנטים, יש לנקוט זהירות מחמת המונופולין שמקנה הפטנט. עיקרון הפרשנות הבסיסי- קריאת מסמך הפטנט כמסמך שלם (יש תיאור המצאה, תביעות ולבסוף תרשימים). טענות אי ההפרה כללו הבדלים טכניים שונים- אחד מהם כלל תהליך כבישה מהיר פי 8- דבר המוזיל עלויות. מכשיר הכבישה אינו חלק מההמצאה. שמגר מפרש את כוונת הממציא: שינוי טכני שיש בו הוזלה מסוימת של עלות הייצור נחשב בעיני "המומחה הסביר" כנכלל בגדר הפטנט.</p>	<p>סוגי ההפרות</p>
81	<p>סעי' 50(א) קובע חזקה ברת הפרכה שפטנט על תהליך יחול גם על המוצר. שמגר: יש הגנה גם על המוצר. זה לא מקרה של סעי' 50(א) כי זה כתוב בתביעות. למה לא לתבוע כל מוצר שהוא אקרן רב שימושי? בגלל שרוצים פירוט כדי לאפשר שימוש בתום הפטנט. נועדה למנוע התחכמויות. אם מצאת דרך אחרת ליצור מוצר אחר הדומה לדרך או למוצר המוגנים, אבל מהותית ההצעה המאוחרת אקוויוולנטית לראשונה אזי אתה מפר. זו הרחבה של ההגנה מעבר לתביעות. בשל מגבלות השפה בימ"ש משתמש בפרשנות סטייל "מבחו הטרדן המתערב"- מה התכוון הממציא? המטרה היא שימוש בביטויים מרחיבים ככל האפשר, לדוגמה- המוצר שוקל 50 ק"ג לערך.</p>	<p>תורת האקוויוולנטים</p>
84	<p>מקורה במשפט האמריקאי ונדונה בלנפלסט. כל בקשת פטנט מקבלת תיקייה בה נרשמות הערות הרשם ויש מגעים בינו לבין המגיש- הבהרות, תיקונים וכו'. זו תרשומת המתעדת את תהליך אישור הפטנט והיא גם מקור פרשני. כל ויתור שנעשה במסגרת ההתכתבות מבסס השתק כנגד בעל הפטנט. בישראל – שמגר השאיר הדוק' בצ"ע, מכיוון ש: א. הליך בדיקת הבקשה בארה"ב שונה. ב. הדוק' התפתחה לאורך זמן ובצורה מבוקרת בארה"ב. ג. בלנפלסט גם השימוש בה לא יעזור למפר. המראה: סיבה ב' דווקא תומכת באימוץ הדוק'. סיבה א'- כדי לפרש אנו צריכים מידע ואם יש מידע אמין כדאי להיעזר בו. האלטרנטיבה היא מבחן האקוויוולנטים. השאלה מה עדיף?</p>	<p>דוקטרינת השתק תיק הפטנט</p>
84	<p>מקורה במשפט האמריקאי ונדונה בלנפלסט. כל בקשת פטנט מקבלת תיקייה בה נרשמות הערות הרשם ויש מגעים בינו לבין המגיש- הבהרות, תיקונים וכו'. זו תרשומת המתעדת את תהליך אישור הפטנט והיא גם מקור פרשני. כל ויתור שנעשה במסגרת ההתכתבות מבסס השתק כנגד בעל הפטנט. בישראל – שמגר השאיר הדוק' בצ"ע, מכיוון ש: א. הליך בדיקת הבקשה בארה"ב שונה. ב. הדוק' התפתחה לאורך זמן ובצורה מבוקרת בארה"ב. ג. בלנפלסט גם השימוש בה לא יעזור למפר. המראה: סיבה ב' דווקא תומכת באימוץ הדוק'. סיבה א'- כדי לפרש אנו צריכים מידע ואם יש מידע אמין כדאי להיעזר בו. האלטרנטיבה היא מבחן האקוויוולנטים. השאלה מה עדיף?</p>	<p>מדגמים</p>
85	<p>מדגמים הם עיצוב תעשייתי. קיימת פקודת הפטנטים והמדגמים. מדגם מוגדר בסעי' 2 לפקודה- מגנים על עיצוב המוצרים. יש חיפיה לז"י, אך יש את סעי' 22 לחוק ז"י שאומר שבמידה ועומדת לך הגנה במדגם או פטנט זו הדרך ואין הגנת ז"י (ההגנה חלה מעת הרישום). זו הייתה חוות דעתה של דורנר באינטרלגו.</p> <p>א. מדגם חדש (כמו פטנט). ב. מקורי (כמו ז"י). ג. שלא התפרסם קודם בישראל. נדרש רישום במרשם המדגמים.</p>	<p>מהו מדגם שזכאי להירשם?</p>
85	<p>מדגמים הם עיצוב תעשייתי. קיימת פקודת הפטנטים והמדגמים. מדגם מוגדר בסעי' 2 לפקודה- מגנים על עיצוב המוצרים. יש חיפיה לז"י, אך יש את סעי' 22 לחוק ז"י שאומר שבמידה ועומדת לך הגנה במדגם או פטנט זו הדרך ואין הגנת ז"י (ההגנה חלה מעת הרישום). זו הייתה חוות דעתה של דורנר באינטרלגו.</p> <p>א. מדגם חדש (כמו פטנט). ב. מקורי (כמו ז"י). ג. שלא התפרסם קודם בישראל. נדרש רישום במרשם המדגמים.</p>	<p>מהו מדגם שזכאי להירשם?</p>

עמוד	תוכן	נושא
86	<p>סעי' 33 לפק' - משך ההגנה ל-5 שנים. ניתן להאריך ב-5 שנים נוספות לאחר תשלום דמי חידוש. בתום 10 השנים אפשר להאריך שוב ב-5 שנים בתשלום נוסף. מקסימום של 15 שנה. האם לחדש? שאלה פשוטה של עלות מול תועלת.</p> <p>סעי' 37 לפק' קובע זכויות- ההגנה נועדה להעניק מונופול לבעלים על העיצוב המסחרי. כיום, יש לפן הוויזואלי חשיבות כלכלית עצומה. הסעיף דומה לסעיף 49 לחוק הפטנטים ומקנה כוח למנוע מכירה, חיקוי תרמית וחיקוי בולט.</p> <p>מיפרומאל נ' קליל- תחרות בין חברות בייצור פרופילי אלומיניום. במחוזי נפסק שהופר המדגם לפי "מבחן ההתרשמות מן התדמית הכוללת של המוצרים". בעליון ריבלין קובע מהו המבחן לבדיקת הפרות במדגמים: המבחן הוא "מבחן העין" בעל 3 שלבים:</p> <p>א. קביעת זהות הבוחן- מיהו הצרכן הרלבנטי? ב. יש להגדיר את המוצרים העומדים להשוואה (כיצד נמכר מוצר, כיצד משתמשים בו בפועל); ג. שלב ההשוואה- האם מי שרוכש היה סבור שהמוצר של הנתבע מהווה חיקוי בולט של המוצר המוגן. ישנו מבחן עזר: מבחן החשש להטעיה- ריבלין- כשיש דמיון, אך לא זהות, יש להיעזר במבחן זה (לקוח מגניבת עין) כדי לבדוק האם הצרכן הרלבנטי עלול לטעות בין המוצרים. פרמטר נוסף – היקף ההגנה: אם החידוש או המקוריות אינם משמעותיים, עשוי בימ"ש לשלול טענת הפרה על יסוד שינויים קלים שיש במוצר החדש. לנפלט- גם בפטנטים ראינו ששמגר אומר: יצרת מוצר פורץ דרך- ההגנה מורחבת. ריבלין בקליל: ההבדלים באלומיניום מזעריים- יש הפרה. שינויים קלים אין בהם כדי להעניק למדגם את חידוש והמקוריות הנדרשים, אלא כאשר זה תחום בו מוגבלת חירות העיצוב עקב אופי המוצר או בתחום בו מתרבים מספר המדגמים במהירות. ביקורת- מוטב היה דין 1 שחל על כל הסוגיה הזו, בנוסף, ממהרים להגן על המעצב תוך פגיעה בתחרות. נוצרת גגת יתר במדגמים. בתחום צפוף רוצים להימנע מפגיעה בתחרות באמצעות הגנה על העתקה מוחלטת כאשר כל שינוי קטן מגן על המפרים- ריבלין מעניק הגנה אבל מביא שסתום של שינויים קטנים- במצב כזה ראוי שלא תהיה הגנה על מדגם- תחרות היא דבר רחב, אין סיבה להגן זה סתם מביא להתדיינות ותביעות רבות.</p>	<p>מדגמים-המשך משך ההגנה</p> <p>הפרות במדגמים</p>
87	<p>רב בריח נ' חבשוש: רב בריח מחזיקה בפטנט על מערכת נעילת ידית הילוכים. הפטנט ניתן על שילוב 3 רכיבים. SDR מייבאת 2 רכיבים + הכנה לרכיב 3. רב בריח תובעת, המחוזי דוחה כי ההמצאה על השילוב ולא על הרכיבים ולכן לא חל סעי' 49. עילת האחריות העקיפה אינה מוכרת בחוק הפטנטים הישראלי ויש ליצור עילה חדשה. רגבה: מצא משאיר זו בצ"ע זו חקיקה שיפוטית. אנגלרד ברב בריח- יש סעי' 12 לפק' הנזיקין- אחריות משתף ומשדל+ הפרת פטנט = הפרת חובה חקוקה! קשה לומר שהצרכנים ו SDR מבצעים משימה משותפת ולכן סעי' 12 לא הופר. דוק' האחריות התורמת הוכרה במדינות אחרות ולכן אין מניעה לייבא אותה לישראל... הרציונל: מאפשר להיפרע מגוף שמאפשר לצדדים שלישיים להפר. אנגלרד- סעי' 271(c) לחוק הפטנטים האמריקאי קובע אחריות תורמת ב-3 תנאים מצטברים: א. הנתבע מכר או ייבא מוצר/תהליך מוגן ב. הוא ידע שזה יוצר במיוחד לצורך שימוש מפר. ג. לא מדובר ב"מוצר בסיסי" שמתאים לשימוש משמעותי שאינו מפר (סוני) ד. קיום הפרה בפועל. ביישום המבחן הנ"ל נקבע שיש הפרה והוכרה עילת האחריות התורמת במש' הישראלי. ברגע שמוכיחים א' תורמת אפשר לתבוע גם את המפר בפועל וגם את המפר התורם. השיקולים: 1. כיס עמוק 2. יעילות מניעה- לתבוע gatekeeper 3. לתבוע מישהו שבסיר שיפסיד- מסר לשאר המפרים. 4. בחרת נתבע לא נכון- עדיף להתפשר, אחרת הפטנט נופל מול כולם!</p>	<p>אחריות תורמת</p> <p>את מי לתבוע?</p>
89	<p>3 קווי הגנה: א. אין פטנט – לפי עילות ההתנגדות שבסעיף 31. ב. אין הפרה- נכנסים לקרבי הפטנט ומנסים להוכיח שזה לא נופל בגדר התביעות. ג. חריגים- פעולות שאינן נחשבות ניצול ההמצאה לפי סעי' 1: 1. פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי נקבע. 2. פעולה ניסיונית למטרת שיפור/פיתוח. 3. פעולה לפי סעי' 54 – הליכי אישור. החריג העסקי פורש בצמצום והשימושים שהותרו הם ביתיים או מחקריים טהורים ללא שום אפליקציה עסקית. זה פגע בתעשיית התרופות הגנריות. הרעיון היה לספק תמריץ ל"טבע" להישאר בארץ. בעידן הגלובליזציה יש arbitrage של דינים: חברות מחפשות את המדינה שמעניקה ההסדרים הכי נוחים (קניין רוחני, מיסוי, דיני עבדות). הפסיקה המצומצמת גרמנה למחוקק להכניס את סעי' 54. לגבי חריג 2- פרשנות נכונה תתמוך בתחולתו גם כשמדובר בשיפור עסקי.</p>	<p>הנתבע- טיעוני ההגנה</p>
90	<p>שמואל ל צדדים שלישיים להפר. אנגלרד- סעי' 271(c) לחוק הפטנטים האמריקאי קובע אחריות תורמת ב-3 תנאים מצטברים: א. הנתבע מכר או ייבא מוצר/תהליך מוגן ב. הוא ידע שזה יוצר במיוחד לצורך שימוש מפר. ג. לא מדובר ב"מוצר בסיסי" שמתאים לשימוש משמעותי שאינו מפר (סוני) ד. קיום הפרה בפועל. ביישום המבחן הנ"ל נקבע שיש הפרה והוכרה עילת האחריות התורמת במש' הישראלי. ברגע שמוכיחים א' תורמת אפשר לתבוע גם את המפר בפועל וגם את המפר התורם. השיקולים: 1. כיס עמוק 2. יעילות מניעה- לתבוע gatekeeper 3. לתבוע מישהו שבסיר שיפסיד- מסר לשאר המפרים. 4. בחרת נתבע לא נכון- עדיף להתפשר, אחרת הפטנט נופל מול כולם!</p>	<p>את מי לתבוע?</p>
91	<p>3 קווי הגנה: א. אין פטנט – לפי עילות ההתנגדות שבסעיף 31. ב. אין הפרה- נכנסים לקרבי הפטנט ומנסים להוכיח שזה לא נופל בגדר התביעות. ג. חריגים- פעולות שאינן נחשבות ניצול ההמצאה לפי סעי' 1: 1. פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי נקבע. 2. פעולה ניסיונית למטרת שיפור/פיתוח. 3. פעולה לפי סעי' 54 – הליכי אישור. החריג העסקי פורש בצמצום והשימושים שהותרו הם ביתיים או מחקריים טהורים ללא שום אפליקציה עסקית. זה פגע בתעשיית התרופות הגנריות. הרעיון היה לספק תמריץ ל"טבע" להישאר בארץ. בעידן הגלובליזציה יש arbitrage של דינים: חברות מחפשות את המדינה שמעניקה ההסדרים הכי נוחים (קניין רוחני, מיסוי, דיני עבדות). הפסיקה המצומצמת גרמנה למחוקק להכניס את סעי' 54. לגבי חריג 2- פרשנות נכונה תתמוך בתחולתו גם כשמדובר בשיפור עסקי.</p>	<p>הנתבע- טיעוני ההגנה</p>
91	<p>שמואל ל צדדים שלישיים להפר. אנגלרד- סעי' 271(c) לחוק הפטנטים האמריקאי קובע אחריות תורמת ב-3 תנאים מצטברים: א. הנתבע מכר או ייבא מוצר/תהליך מוגן ב. הוא ידע שזה יוצר במיוחד לצורך שימוש מפר. ג. לא מדובר ב"מוצר בסיסי" שמתאים לשימוש משמעותי שאינו מפר (סוני) ד. קיום הפרה בפועל. ביישום המבחן הנ"ל נקבע שיש הפרה והוכרה עילת האחריות התורמת במש' הישראלי. ברגע שמוכיחים א' תורמת אפשר לתבוע גם את המפר בפועל וגם את המפר התורם. השיקולים: 1. כיס עמוק 2. יעילות מניעה- לתבוע gatekeeper 3. לתבוע מישהו שבסיר שיפסיד- מסר לשאר המפרים. 4. בחרת נתבע לא נכון- עדיף להתפשר, אחרת הפטנט נופל מול כולם!</p>	<p>הנתבע- טיעוני ההגנה</p>
92	<p>סעי' 117-126 לחוק הפטנטים. רישיון כפייה הוא הפקעת ז' הקניין מידי בעל הפטנט ומאפשר לאחרים לעשות בהמצאה שימוש. הפרוצדורה: פונים לרשם- סעי' 117 מעניק לו סמכות לתת רישיונות כפייה. סעי' 117(ב)- יעשה כן רק לאחר 3 שנים מיום מתן הפטנט או 4 שנים מיום הגשת הבקשה (לפי המאוחר). זוהי מעין תקופת חסד שבד"כ לא מספיקה: א. הליך בדיקת פטנט ארוך. ב. התנגדויות שמעכבות. ג. הליך רישוי מעכב את היכולת להשתמש בפטנט.</p> <p>סעי' 119- שימוש לרעה במונופולין: 1. מחדל- אי שימוש בפטנט. 2. אספקה מצומצמת כדי ליצור מחסור ולהעלות מחירים או הסדרים נובלים- ניצול הכוח של הפטנט כדי להיכנס להסדרים בלתי תחרותיים (קניית מכונית צילום-אתה חייב גם לקנות דפים, אתה חייב לקנות ממני גם אחרי פקיעת הפטנט).</p> <p>סעי' 122 מפרט 5 גורמים: א. יכולת המבקש לרפא את הפגם. ב. טובת הציבור בישראל. ג. הז' לתמורה סבירה. ד. שמירת זכויותיו של מנצל ההמצאה בישראל. ה. טבע ההמצאה, הזמן שחלף מאז מתן הפטנט והצעדים שנוקט בעל הפטנט. השאלה- כיצד יאזן הרשם בין השיקולים: סעי' 126 מאפשר לרשם שק"ד בעיצוב הרישיון- יש ייחודי, לא ייחודי ואפשר להתנות בו תנאים. סעי' 123 מגביל את ר' הכפייה: א. לניצול בשוק המקומי בלבד. ב. להמצאות בישראל. ג. יינתן רק לגוף שיכול לנצל את הפטנט.</p>	<p>רישיונות כפייה</p> <p>מדוע להעניק רישיון כפייה?</p> <p>שיקולים במתן ר' כפייה</p>

עמוד	תוכן	נושא
93	<p>איליי לילי נ' טבע- כדי לפגוע בטבע לילי צריכה ליצור רישיונות עם חברות אחרות בישראל, לוותר על מעט רווחים כדי לא להיקלע למצב של רישיון כפייה עם חברה כמו טבע. הם הלכו לחברה מהדרום בשם "תחכום" שלא מסכנת את לילי. כדאי לפחות להיות במי"מ עם חברות אחרות.</p> <p>החברות משקיעות כסף רב, הציבור זקוק לתרופות- יש לחץ עצום להפצת התרופה מהר ככל האפשר ובזול- תיאורית התמריץ חזקה פה. הפרמטרים שמשפיעים: 1. משך ועלות הפיתוח- 15 שנה ו-800 מיליון דולר. הנתונים מגיעים מהתעשייה שלה תמריץ רב להציג עלות גבוהה. 2. עלות התרופות לצרכן- זהו שוק של מאות מיליארדים. 3. מעמד היצרניות הגנריות- אורבות בפתח לפקיעת הפטנט.</p> <p>בסוף משקיעים יותר כסף בלובי פוליטי מאשר במחקר ופיתוח. איליי לילי נ' טבע- לילי פיתחה את ה"פרוזאק". חברות הפארמה רוצות להרחיב את משך הגנת הפטנט. חברות גנריות רוצות להיכנס בהקדם לשוק. טבע פנתה לרשם לקבל ר' כפייה. לילי מערערת, זוהי ותובעת את טבע על הפרת פטנט + ע"ע.</p> <p>טבע עשתה פעולות שלטענתה היו במטרה לזכות בר' כפייה- עשו ניסויים כדי להגיע לתרופה ביו-אקוויוולנטית (ברגע שהוכחנו שהחומר הפעיל בתרופה הגנרית= לחומר בתרופה המקורית, נחסכים הליכי הרישוי וגם הרבה כסף), פיתחה תהליך ייצור, הנפיקה עלוני פרסומת (שיווק) וגם ייצרה כמות נאה של המוצר. על כך נתבעה.</p>	<p>איך נמנעים מר' כפייה</p> <p>מלחמות התרופות</p> <p>במה חטאה טבע?</p> <p>ניתוח פסק הדין</p>
94	<p>האם יש בפעולות הנ"ל משום ניצול ההמצאה לפי סעי' 1 והפרתה לפי סעי' 49? בימ"ש קבע שכן: 1. ההגדרה לפעולות בעלות אופי מחקרי פורשה בצמצום, היה כאן ניצול עסקי- עלוני פרסומת, פתיחה בהכנות לשיווק ושליחת דוגמיות ליצרנים ולקוחות.</p> <p>2. האם זה רק לצורך ר' כפייה? לא- טבע חרגה בהרבה ממה שנדרש להוכיח לצורך הרישיון. האינטרס הציבורי לדעת השופטת מזוהה עם היצרנית המקורית שמפתחת תרופות איכותיות. היא תוקפת את "אפקט המקפצה" והניסיון לחדור לשוק בטרם עת.</p>	<p>הפרורמה בחוק</p>
95	<p>אז נחקק סעי' 54 שמטרתו לאפשר ליצרן גנרי לבצע פעולות במסגרת הליכי רישום לצורך שיווק עוד במהלך חיי הפטנט. מאידך, יש סעי' 64 שמגדיר פיצוי ליצרניות המקוריות ומאפשר גם להאריך את משך הפטנט בהתאמה למשך תקופת הרישוי, מיום הגשת הבקשה ועד ליום הרישוי עצמו. אולם הארכה לא תעלה על 5 שנים ובכל מקרה לא יותר מ-14 שנים מיום מתן הרישוי. כך קיצרו את משך הכניסה של החברות הגנריות לשוק.</p>	
96	<p>בג"צ בריסטול מאיירס נ' שר הבריאות- את התרופות של העותרת ניתן היה לייבא רק דרך היצרן הרשמי. תיקנו את תקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים) והתיקון אפשר ייבוא לאו דווקא דרך יבואנים המאושרים ע"י בעל הפטנט. זוהי סוגיית הייבוא המקביל- פתיחת שוק התרופות ליבואנים נוספים. ישנם 2 סוגי י"מ: 1. יבוא תרופה מוגנת. 2. יבוא תרופה גנרית. לפני הי"מ היה פיקוח מחירים- הרוקחים אמרו שהמחירים נמוכים, קבעו מחיר ביניים, זה לא הצליח. רצו לתת לשוק לקבוע את המחיר, אך יש בעיה בפתיחתו בגלל שיש מונופול לבעלי פטנט. טענות העותרת: 1. האישור ליי"מ גורם להפרת הפטנט כמפורט בסעי' 49(א) לחוק הפטנטים וניצול כהגדרת סעי' 1. 2. פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו- הגנה על הקניין לפי סעי' 3, בניגוד לפסקת ההגבלה בסעי' 8. אנגלרד: דוחה את העתירה. מדבר על עקרונות בפטנטים: א. עיקרון המיצוי הלאומי- לאחר המכירה הראשונה של המוצר המוגן בתוך הטריטוריה, כל רוכש רשאי לנצל בתחומי אותה טריטוריה לאומית. עיקרון זה לא מאפשר י"מ ממדינה אחרת שגם בה שווק המוצר. ב. עיקרון המיצוי האזורי- כגון בתחומי האיחוד האירופי. ג. עיקרון המיצוי הבינלאומי- מאפשר י"מ. זהו עיקרון רחב, לפיו שיווק המוצר באחת ממדינות העולם באישור בעל הפטנט ממצה את זכויותיו ואין ביכולתו למנוע שיווק באמצעות י"מ במדינות אחרות. אנגלרד: חוק הפטנטים לא נותן תשובה, בחי"ל הנטייה היא לקבל את עיקרון המיצוי הבינ"ל והוא מסיק מכך ששינו את התקנות, זה מצביע על כך ששיטת המשפט הישראלית גם כן נוטה למיצוי בינ"ל. ביקורת: זו פרשנות מעגלית.</p>	<p>יבוא מקביל</p> <p>עקרונות המיצוי</p>
97	<p>נושא המיצוי חשוב בעיקר בשוק שירותי הבריאות שבו יש מטרה להוריד את המחירים. זה משליך על השליטה במחירים. ברקע קיים נושא הארביטרז'. היצרן מנסה לקחת כמה שיותר מן הצרכן ולפי הצורך ינקוב במחיר שונה לסוג צרכנים שונה, לפי יכולתם לשלם. דוגמא: נניח שמוכרים תרופה בשם "קוקאין"- עלות ייצור = 0.5 ש, בארה"ב צרכן יכול לקנות ב-1 ש, ובישראל יכול לקנות ב-1 ש בלבד. האם יהיה ארביטרז'? האם יתכן שפלוגי יקנה בשקל וימכור לארה"ב ב-7 ש? אם יש שוק משני, לא נצליח למכור בשוק הרווחי יותר ובמצב כזה עדיף כבר לא למכור לשוק הזול בכלל. אין י"מ - מיקסוס רווחים. יש י"מ - מוכרים הכל באותו מחיר ואז, בשוק הזול אנשים לא יוכלו לקנות את התרופה. במצב כזה היה נוצר שוק שחור של תרופות. אפשר לנסות להטיל מס, ליצור אמנות המגבילות הפצת תרופות, אבל הכל מתמרץ שוק שחור. המרצה: יש מצבים ששוקיים- אנשים רגישים להבדלים בין תרופות, ניתן לשווק אותה התרופה בדרך אחרת ב-2 מדינות ובנוסף לארגן כנסים מפוארים לרופאים ובזמן שהם שותים קוקטייל לשכנע אותם שהכדורים מארה"ב טובים יותר.</p>	<p>מדיניות יבוא מקביל</p>
98	<p>באופן מוזר העדיפו היצרניות מנגנון פיקוח מחירים על פני י"מ, קרי רגולציה על פני תחרות חופשית. רגולציה: א. פיקוח על מחירים. ב. הגבלת מספר הספקים. מה קורה? 1. תופעת ה- capture- התעשייה משתלטת על הרגולאטור. שולטת במידע ולכן הוא לא יכול לקבוע את המחירים כמו שצריך. 2. גם שייך לתופעה הנ"ל: המפקח, הממונה מבין שתפקידו הבא יהיה מנכ"ל בחברה, לכן מפקח רציונאלי לא יקלקל יותר מדי את מערכת היחסים עם התעשייה. 3. התעשייה שואפת למחיר מונופוליסטי, הציבור שואף למחיר שוק. בגלל תופעת ה-capture אפשר יהיה להגיע קרוב יותר למחיר מונופולין. כאשר פותחים את השוק לתחרות, המחיר ירד. המודל הקנדי- מו"מ קיבוצי משפר כוח מיקוח וזו דרך שוקית.</p>	<p>רגולציה</p>

עמוד	תוכן	נושא
99	במחוזי מרק נ' טבע: מרק יצרו את תרופת הפוסלן. הם רצו לרשום פטנט על הפוסלן 70 (הפכו מ-10 מ"ג ל-70 מ"ג ואז אפשר לקחת פעם בשבוע). טבע מתנגדת לרישום. מרק בעצם רוצה להאריך את המונופול בעזרת פטנט נוסף על שינוי קטן. טבע זכתה במספר מדינות, הפטנט עדיין לא אושר. מרק תובעים בעילה של ע"ע ולא במשפט . בפסי"ד אשיר נקבע שאין הסדר שלילי בקניין רוחני המונע החלת דיני ע"ע על פטנטים. המרצה : זה רע מאד- אם אין לך פטנט ל-20 שנה, הרי שיש לך ע"ע לכל החיים. טענות מרק : 1. גם אם אין פטנט, השקענו בתרופה משאבים יקרים ונטילתה מצמיחה עילה בע"ע. 2. דיני הפטנטים לא נותנים הגנה מספקת- הליכי ההתנגדות יוצרים עיכובים גדולים. 3. אין הסדר שלילי המונע החלת ע"ע על חוק הפטנטים, וטבע התעשרו שלא כדין על חשבונם.	פטנטים ועשיית עושר ולא במשפט
99	טענות טבע : 1. מרק למעשה רוצים לעקוף את דיני הפטנטים באמצעות ע"ע ולזכות במונופול. 2. הלכת אשיר קובעת שאין הסדר שלילי בדיני הקניין הרוחני, אבל מכירה באפשרות קיומם של הסדרים שליליים ספציפיים , כפי שמתקיים כאן. 3. מרק מנסה להשיג פטנט- דיני ע"ע חלים רק כשאופציית הפטנט לא קיימת. 4. מרק לא זכאית להגנה- היא רק ממחזרת תרופה קיימת. 5. קבלת טענות מרק תפיל את שוק התרופות הגנריות.	טענות הצדדים
100	סע' 179 - אין להגיש תביעה על הפרה, אלא לאחר שניתן הפטנט, לפי סע' 26 רשאי בימ"ש להעניק סעד מיום פרסום הבקשה-סעד רטורואקטיבי . סע' 183(ב)(3) - ניתן להעניק לבעל הפטנט את הרווחים של המפר- השבה (במידה והתקבל הפטנט). השופט: 1. יש כאן איזון ראוי, אם יהיה פטנט תהיה השבה. 2. יש כאן הסדר ספציפי שלילי- תחולת דיני ע"ע נשללת. השופט מנתח את הלכת אשיר ומראה שרוב הדעות סברו שכשיש אפשרות להשגת פטנט ההלכה לא תחול. מסקנה: כשיש בקשה לפטנט ואף אם נתקבלה, אלא שהאישור מתעכב בשל הליכי התנגדות אין תחולה לע"ע. אמירה נוספת- קבלת התביעה הייתה יוצרת מונופול דה-פקטו לפני שיש מונופול דה-יורה וקריסת השוק הגנרי.	פסיקת בימ"ש
		סימני מסחר 117-135
101	1. תמריץ כלכלי - יש ממון רב בסימני המסחר. משקיעים לא רק בשם, אלא גם בלוגו. יש השקעה בבניית המותג. אם לא נגן זה יפגע בתמריץ ההשקעה. 2. נקודת מבטו של בעל העסק - זו ההצדקה המקובלת- נותנים הגנה כדי לאפשר ליצור אבחנה בין העסקים וזה מאפשר לבעל העסק להשקיע במוניטין. אלמלא ההגנה היה נחלש התמריץ להשקיע במוצרים ובפרסום- זה יוצר החצנות. 3. נקודת מבטו של הצרכן - סימני מסחר מסמלים איכות וזה חוסך עלויות בדיקה וחיפוש.	ההצדקות
101	1. יש פרמיה על מותגים- הם עולים יותר. 2. ס"מ מהווים חסימי כניסה שפוגעים בתחרות . 3. ס"מ יוצרים "עלויות מעבר" ממוצר למוצר-נוצרת מעין נאמנות מצד הצרכן	המחיר להגנה על סימני מסחר
102	פקודת סימני המסחר : סימן מסחר מוגדר בסע' 1 - סימן המשמש לעניין הטובין/ השירות שמיוצרים או נסחרים (סימן שירות- חלות עליו כל ההוראות של סימן מסחר). אין דרישת שימוש וניתן לרשום סימן גם לפני שנעשה בו שימוש ממשי. לצורך איזון סע' 41 לפקודה מאפשר להגיש בקשת ביטול סימן מסחר אם לא נעשה בו שימוש במשך 3 שנים.	הדין בישראל
102	בישראל יש לרשום סימן מסחר. סע' 4 מפרט את הסדר הרישום בפנקס סימני המסחר. הרשם יכול: א . לאשר הסימן. ב . לדחות. ג . לאשר בסייג או בתנאים. לפעמים נדרש לוותר על אחת המילים, לדוגמה: "אוטו-דיפר" נחתם ויתור על 2 המילים בנפרד (גנריות) ורק הצירוף עצמו זכה להגנה. הבקשה לרישום חייבת להתייחס לסווג הספציפי - יש קטגוריות של מוצרים ושירותים. ניתן לערער על החלטת הרשם- סע' 17-21 לפק' .	בקשת ביטול
102	הרישום תקף ל-10 שנים מיום הרישום. ניתן לחדשו כל פעם לתקופה של 14 שנה בכל חידוש. סע' 35-31 לפק' . הרישום מקנה זכות בלעדית לשימוש בסימן ביחס לטובין אליהם נרשם- סע' 44 וגם סע' 7 .	רישום
102	סע' 8 לפק' סימני המסחר דורש אופי מבחין כדי שניתן יהיה להבדיל בין הסימנים. סע' 8(ב) - הרשם/ביהמ"ש יקבעו זאת- הם רשאים לשקול עד כמה הפך השימוש בפועל את הסימן לבעל אופי מבחין בטובין לגביהם נעשה הרישום. סע' 11 - סימנים שאינם כשירים לרישום : אסור לרשום סימנים הקשורים לנשיא ולסמלי המדינה, אסור לרשום סימן שמשמעותו הרגילה גיאוגרפית (גליל) או שם משפחה אלא אם מוצג בדרך מיוחדת. אסור לרשום סימן שעלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר. אסור לרשום סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור, או שיש בו מקור כוזב וכמו כן, סימן המעודד תחרות בלתי הוגנת במסחר (611) (6). זהו סע' סל בו נדרש הרשם לסגן מראש כדי לממש את רציונל ההגנה- להגן על הציבור מפני הטעיה. על הרשם לבדוק: א . האם הסימן מוכר וידוע היטב לציבור בארץ? ב . האם יש חשש להטעיה? האם הוא מטעה בפועל? ג . האם בקשת הרישום היא בתו"ל, או שיש רצון להיבנות ממוניטין של סימן דומה?	ערעור משך ההגנה
102	(פסי"ד משפחה טובה)- 1. שמות גנריים - שמות שמתייחסים לסוג הטובין או השירות דוגמה- חומס, שירותי עיסוי. ההגנה - שם גנרי אינו זכאי להגנה בעוללת גניבת עין . הרציונל- הגנה תיצור מונופול על השמות (דומה להגנה על רעיון- ז"ל). ישנם מצבים בהם שמות הופכים להיות גנריים- גיפ, פלאפון. 2. שמות תיאוריים - שם המתאר תכונות או רכיבים של המוצר. דוגמה- "ביטוח ישיר", "אגוזי". ההגנה - בדר"כ יסווגו כלא כשירים לרישום, אלא אם כן יוכח שהסימן רכש אופי מבחין -ההשקעה בשם הניקיה לו משמעות שנייה - אצל הציבור צריכה להיווצר תודעה ממשית שלשם התיאורי יש משמעות שנייה המחוברת לחברת מסוימת. 3. שמות מרמזים - שם המרמז על הטובין ללא תיאור מפורש הזיקה למוצר מצריכה מחשבה קצרה מצד הצרכן. דוגמה: ביסלי, אל-על,חגיגת. ההגנה :	מהם סימנים כשירים לרישום?
102	1. שמות גנריים - שמות שמתייחסים לסוג הטובין או השירות דוגמה- חומס, שירותי עיסוי. ההגנה - שם גנרי אינו זכאי להגנה בעוללת גניבת עין . הרציונל- הגנה תיצור מונופול על השמות (דומה להגנה על רעיון- ז"ל). ישנם מצבים בהם שמות הופכים להיות גנריים- גיפ, פלאפון. 2. שמות תיאוריים - שם המתאר תכונות או רכיבים של המוצר. דוגמה- "ביטוח ישיר", "אגוזי". ההגנה - בדר"כ יסווגו כלא כשירים לרישום, אלא אם כן יוכח שהסימן רכש אופי מבחין -ההשקעה בשם הניקיה לו משמעות שנייה - אצל הציבור צריכה להיווצר תודעה ממשית שלשם התיאורי יש משמעות שנייה המחוברת לחברת מסוימת. 3. שמות מרמזים - שם המרמז על הטובין ללא תיאור מפורש הזיקה למוצר מצריכה מחשבה קצרה מצד הצרכן. דוגמה: ביסלי, אל-על,חגיגת. ההגנה :	הקטגוריות של סימני המסחר

עמוד	תוכן	נושא
103	לשמות מרמזים יש אופי מבחין ולכן הם מוגנים. 4. שמות דמיוניים - שמות מומצאים ושרירותיים. יש להם אופי מבחין מלכתחילה ונועדו לייחד טובין. דוגמה: גוגל, אפל. סוג זה זוכה להגנה החזקה ביותר. יש מתאם בסיווג - כלל משמקיעים יותר בבחירת השם, כך ההגנה חזקה יותר.	הקטגוריות - המשך
103	שיקול נוסף שקיים. סימנים שמוגדרים כחסרי אופי מבחין זכאים להירשם אם יוכח כי קיימת לשם משמעות שנייה - הצרכן יזהה הסחורה כסחורת בעל הסימן. מבחני עזר לקביעת המבחן: 1. משך תקופת השימוש בסימן עם דגש לאופי השימוש. 2. אופי והיקף הפרסום של הסימן. 3. האמצעים שהושקעו ביצירת זיקה בקרב קהל הצרכנים. 4. חיקוי הסימן ע"י אחרים כדי ליהנות מהמוניטין	מבחן המשמעות השנייה
104	פרשנות סעי' 11 - קרדי נ' בקרדי: יצרן ג'ינסים (קרדי) רוצה לרשום את הסימן Bakardi וחברת המשקאות Bacardi התנגדה לכך. זה לקח 15 שנה ובסוף הגיע לעליון: מתי יסרב הרשם לרשום סימן מכח סעי' 61(6)? אנגלרד: נפרש הסעי' לאור ההתפתחויות העולמיות מזהה 2 דוקטרינות: 1. דוק' המוניטין הביני"ל - השוק היום הוא גלובאלי וחוצה גבולות. 2. עילת הדילול - זה לא רק עניין של הטעיית הציבור - כל שימוש בסימן מוכר פוגע בערכו הכלכלי וזה מצמיח עילה למחיקת סימן או לדחיית בקשה לרישום. אנגלרד מפרש את "תחרות בלתי הוגנת" בהרחבה - שימוש במוניטין של עסק מפורסם או דילול סימן מהווים תחרות בלתי הוגנת לפי סעי' 61(6). מה עומד מאחורי זה? 1. קצרת פירות שלא זרעת - ע"ע. 2. יש פגיעה בבעל הסימן - דילול המוניטין שוחק את ייחודיות הסימן ופוגע בערכו הכלכלי של המותג. נימוק נוסף: בקרדי אולי תרצה לשווק יום אחד גם בגדים בישראל.	הדין בישראל: מתי רשם רשאי לסרב לרשום סימן?
104	אם הסימן לא רשום - זכאי להגנה רגילה וזה חל גם כלפי טובין שאינם מאותו הגדר. זה קריטי בהקשר של סעי' 91(9) האוסר רישום סימן זהה או דומה שיש בו כדי להטעות, לסימן רשום השייך למישהו אחר - לגבי טובין מאותו הגדר. זה נועד להגן על הצרכן ועל בעל הסימן הרשום.	סימנים מוכרים היטב
104	טעם טבע נ' אמברויה: טעם טבע ייצרו "מגה-גלופלקס" (כי לגוף אין חלקי חילוף) ואמברויה ייצרו "מגה-ריפלסק" (בריטום ויתרו על המילה מגה כי היא גנרית). גרוניס: עניין הדמיון מתעורר ב-3 מצבים: 1. בקשת רישום - סעי' 91(9), (12), (13), (14). 2. לעניין הפרה 3. לעניין גניבת עין. סעי' 91(9) דורש דמיון מטעה - מקור המבחנים בעולות גניבת עין לפי פס"ד פרומין. המבחנים: 1. מבחן המראה והצליל - לפעמים אחד חשוב מהאחר לפי הנסיבות - מכירה מעבר לדלפק או מוצר מדף. אופי הפרסום - חזותי או ברדיו. 2. מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות - במוצרים יקרים הצרכן זהיר יותר. אם לשני המוצרים חוג לקוחות זהה סיכוי ההטעייה גדל. 3. מבחן יתר נסיבות העניין יישום - גרוניס: אין דמיון חזותי, יש דמיון מטעה מבחינת הצליל וזה פורסם ברדיו ויש לכך משקל גדול. מבחן 2 - מדובר באנשים רגישים למצבים - מבחן משני. לא מדובר ברכישה חד-פעמית ולכן הבדיקה אינה מדוקדקת. מבחן 3: נכון שויתרו על "מגה", אך זה לא מוביל להתעלמות מוחלטת - זה מגדיל את הדמיון. טעם טבע זכו. ביקורת: א. קניה רב פעמית עשויה לעלות יותר בטווח הארוך (דוגמת הפסנתר) ב. קניה חוזרת דווקא מפחיתה את סיכוי ההטעייה.	מהו דמיון מטעה? "מגה-גלופלקס"
105	ישנה חפיפה כמעט מוחלטת בין העילות לפסילת רישום (61(6), 91(9)) לעילות הפרה. לעומת פטנטים, בדיקת הרשם היא משמעותית מאוד, זוהי לא בדיקה מסובכת. 1. הזכות לשימוש ייחודי בסימן - סעי' 46 לפק'. 2. הכוח להעביר קניינית את הזכויות לפי סעי' 48 לפק'. אפשר למכור הסימן יחד עם המוניטין. 3. מתן רשות לשימוש בסימן - העברה חוזית לפי ס' 49(ג). כשהסימן הוא נכס פשוט ניתן ליהנות מרווחים עקב מתן ז' שימוש, כמו כן שניצול רחב יכול להביא לפגיעה בערך הסימן. סעי' 1 לפק'. א. שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך בסימן רשום או בסימן דומה לו. ב. לא מספיק להראות שיש דמיון מטעה, אלא הטובין צריכים להיות מאותו הגדר. מבחני הדמיון - חשש להטעייה פורטו לעיל.	סימני מסחר - הפרה זכויות בעל הסימן מהי הפרה? טובין מאותו הגדר
106	מנהטן נ' המגפר - מנהטן שיווקה תחתונים וחזיות תחת הסימן "ליידי מנהטן". המגפר ביקשו לרשום סימן "מנהטן" עבור נעליים. הסימנים זהים והשאלה היא האם הלבשה והנעלה הם טובין מאותו הגדר? נפסק כי הם אינם מאותו הגדר. לצורך הסיווג בודקים מהות הטובין, ייעודם, ואופן שיווקם. ("גולים" ו"גיליס" זה מאותו הגדר - ממתקים ולכן השאלה היא שאלת הדמיון) במגפר זו פרשנות מצמצמת ויש התפתחות: פס"ד טוטו זהב: בייניש בוחנת ההתפתחויות בזירה הביני"ל ורואה שהמגמה היא לאחד אספקת טובין עם שירותים קרובים ויש לפרש את המונח מאותו הגדר לפי מבחן "המשפחה המשחרית". האם אנו באותה מ' מסחרית כך שיש חשש לפיו הצרכן יסיק קשר בין בעל הסימן הרשום לשימוש ה"חשוד"? המשפחה מוגדרת ומשתנה לפי מבנה השוק והשחקנים הפועלים בו.	מבחן המשפחה המשחרית
107	כל התביעות הן גם על הפרת ס. מסחר וגם על גניבת עין. בחינת העילה נקבעה בפרומין וכיום היא נמצאת בחוק עוללות מסחריות ומוגדרת ב סעי' 1. מה צריך להוכיח? (ראה טבלה במחברת): א. מוניטין - זיהוי בין היצרן למוצר - אלמנט מבחן. זו דרישה גבוהה יותר מרישום - צריך להשקיע הרבה יותר. נותן תמריץ לרשום את הסימן. ב. חשש ממשי להטעייה (ראה לעיל) - מבחן המראה והצליל, מ' הסחורה וחוג הלקוחות, יתרנסיבות העניין פרו פרו נ' פרומין: היו 2 סימנים - פרו-פרו (לא נרשם) - תבעו בגניבת עין ופרו-ביסק (נרשם) - תבעו הפרת סימן מסחר + ג. עין). לגבי פרו-ביסק: לא בוחנים מוניטין, אלא חשש להטעייה - היו ראיות שזה היה מכוון ושיש הטעייה בפועל - יש הטעייה. לגבי פרו-פרו היה צורך להוכיח מוניטין - לנדוי: לא ברור מה כמות הסחורה ששווקה ונראה שגם לא	גניבת עין פרומין

עמוד	תוכן	נושא
108	נקלטה יפה בשוק- אין מוניטין לא בודקים חשש להטעיה. גניבת עין היא מעט יותר כללית מעלית סימני מסחר אך לא כמו ע"ע- שאינה מייצגת את הציבור וסתם פוגעת בתחרות- אין אפילו צורך להוכיחו מוניטין!! פס"ד משפחה טובה: יש שבוטון בשם "משפחה" ויש ירחון חנימי בשם "משפחה טובה". חשין: א. ראשית בוחנים מוניטין לגבי המלה "משפחה"- הציבור צריך לזהות המוצר כמוצרו של התובע. ב. בוחנים את השמות: "משפחה" זה שם תיאורי- לא זכאי להגנה אלא אם יבסס משמעות שנייה- הם לא הצליחו לעמוד בנטל (יש גם עיתון שנקרא "להיות משפחה" שלא הוזכר). ג. שימוש ממושך בשם אין בו כשלעצמו כדי ליצור משמעות שנייה המזכה בהגנה ד. חשש להטעיה: למרות שאין מוניטין, חשין ממשיך בשביל הכיף- המבחן השני שמבסס ג. עין: 1. המראה והצליל- יש דמיון אך זאת מכיוון שמדובר במילים תיאוריות. גם אם יש חשש מה לטעות, ראוי לקחת הסיכון לשם התחרות החופשית וח' העיסוק. מבחינת המראה- היו הבדלים ברורים בין העיתונים. 2. סוג הסחורה וחוג הלקוחות- העיתונים שונים ובנוסף, ברכישה רב פעמית החשש יורד לא קרה כלום אם טעו פעם אחת, יש נאמנות למוצר כמו עיתון. הערה: אם היה מדובר בסימן מוכר היטב- יכולה הייתה לקום עילת דילול!	גניבת עין- המשך ע"ע יישום העוולה בפסיקה
108	משמעות שנייה המזכה בהגנה ד. חשש להטעיה: למרות שאין מוניטין, חשין ממשיך בשביל הכיף- המבחן השני שמבסס ג. עין: 1. המראה והצליל- יש דמיון אך זאת מכיוון שמדובר במילים תיאוריות. גם אם יש חשש מה לטעות, ראוי לקחת הסיכון לשם התחרות החופשית וח' העיסוק. מבחינת המראה- היו הבדלים ברורים בין העיתונים. 2. סוג הסחורה וחוג הלקוחות- העיתונים שונים ובנוסף, ברכישה רב פעמית החשש יורד לא קרה כלום אם טעו פעם אחת, יש נאמנות למוצר כמו עיתון. הערה: אם היה מדובר בסימן מוכר היטב- יכולה הייתה לקום עילת דילול!	חשש להטעיה
109	פס"ד פניציה: חברה צרפתית ייצרה כוסות "דורלקס"- סימן מסחר מוכר היטב אך לא ראשון. פניציה ייצרו כוסות "פניציה-לקס". עיצוב הכוסות היה דומה לכן תבעו בעילת גניבת עין על העיצוב (יכלו ללכת לז"י אך צריך מקוריות, הגנה בפטנט- על החומר עצמו יכלו להוסיף עילת ע"ע). נתנה: אין גניבת עין- חיקוי כשלעצמו אינו עוולה! החיקוי לא אומר שהתובעים ביססו מוניטין. המטרה היא עידוד תחרות ואין זו גניבת עין אפילו אם החיקוי מדויק, אלא אם כן העיצוב הוא אינדיקציה למקור (נושא מוניטין בעצמו)-קוקה קולה. אין די בשימוש נרחב כדי לבסס מוניטין. מה כן? צריך להוכיח שהציבור קונה את הכוס משום שהוא מזהה את העיצוב עם המקור ולא בגלל העדפה שנובעת ממחיר, יופי, נוחות וכו' - אני קונה את זה כי זה של קוקה קולה. יש לערוך סקר שווקים- להראות זיקה. ירידת מכירות- זה לא מבסס מוניטין, זה קורה בגלל תחרות וזה בסדר. מלץ: מסכים, אבל לדידו גם חיקוי ללא סיב פונקציונאלית מהווה ראיה לקיום מוניטין. לא צריך להקשות מדי- הכל נבחן לפי נסיבות העניין. אילון: חיקוי תקין לפי הדין המצוי אך לא לפי הדין הרצוי- בצ"ע. 2 השלכות של פסה"ד: א. הראיות הנדרשות לבסיס מוניטין ב. גבולות הקניין הרוחני- רוצים לשמור על תיחום- רוצים הגנה? לכו לז"י או למדגמים, אל תפגעו בתחרות עם הע"ע הזה שלכם.	גניבת עין על עיצוב?
109	פס"ד טוטו זהב: מועדון המספק שירותי ייעוץ למילוי טפסי טוטו. המועצה להסדר ההימורים בספורט תבעה על הפרת סימן ומסחר וגניבת עין. טענות ההגנה: א. טוטו הוא סימן גנרי- אין הגנה. ב. אין הפרה- אין התאמה לשוניית וגראפית ג. זו לא גניבת עין. בייניש: לגבי סימני מסחר: א. היא מניחה לצורך הדיון שטוטו זה שם גנרי ב. נדרשת משמעות שניה: 1. תקי השימוש- שנים רבות. 2. פרסום רב ומקיף. 3. היה מאמץ שיווקי רב ראיות: קטעי עיתונות, המעמד המונופוליסטי של המועצה- מלמדים על זיקה לסימן. השם ראוי להגנה. ג. החשש להטעיה- ביניש מניחה ש"זהב" הופך את הסימנים לדומים ולא זהים. התוספת אינה דומיננטית דיה כדי להציל את טוטו זהב מהפרה. 1. מבחן המראה והצליל- יש הטעיה 2. חוג הלקוחות וסוג הסחורות- יש כאן מוצר לעומת שירות הקשור אליו- לא מדובר במוצרים מאותו הגדר. בייניש: לפעמים המוצר והשירות כה קרובים שנתייחס אליהם כאחד- יש הפרה של סימן המסחר!	טוטו זהב- יישום
111	ההימורים בספורט תבעה על הפרת סימן ומסחר וגניבת עין. טענות ההגנה: א. טוטו הוא סימן גנרי- אין הגנה. ב. אין הפרה- אין התאמה לשוניית וגראפית ג. זו לא גניבת עין. בייניש: לגבי סימני מסחר: א. היא מניחה לצורך הדיון שטוטו זה שם גנרי ב. נדרשת משמעות שניה: 1. תקי השימוש- שנים רבות. 2. פרסום רב ומקיף. 3. היה מאמץ שיווקי רב ראיות: קטעי עיתונות, המעמד המונופוליסטי של המועצה- מלמדים על זיקה לסימן. השם ראוי להגנה. ג. החשש להטעיה- ביניש מניחה ש"זהב" הופך את הסימנים לדומים ולא זהים. התוספת אינה דומיננטית דיה כדי להציל את טוטו זהב מהפרה. 1. מבחן המראה והצליל- יש הטעיה 2. חוג הלקוחות וסוג הסחורות- יש כאן מוצר לעומת שירות הקשור אליו- לא מדובר במוצרים מאותו הגדר. בייניש: לפעמים המוצר והשירות כה קרובים שנתייחס אליהם כאחד- יש הפרה של סימן המסחר!	ניתוח סימני מסחר
112	ההימורים בספורט תבעה על הפרת סימן ומסחר וגניבת עין. טענות ההגנה: א. טוטו הוא סימן גנרי- אין הגנה. ב. אין הפרה- אין התאמה לשוניית וגראפית ג. זו לא גניבת עין. בייניש: לגבי סימני מסחר: א. היא מניחה לצורך הדיון שטוטו זה שם גנרי ב. נדרשת משמעות שניה: 1. תקי השימוש- שנים רבות. 2. פרסום רב ומקיף. 3. היה מאמץ שיווקי רב ראיות: קטעי עיתונות, המעמד המונופוליסטי של המועצה- מלמדים על זיקה לסימן. השם ראוי להגנה. ג. החשש להטעיה- ביניש מניחה ש"זהב" הופך את הסימנים לדומים ולא זהים. התוספת אינה דומיננטית דיה כדי להציל את טוטו זהב מהפרה. 1. מבחן המראה והצליל- יש הטעיה 2. חוג הלקוחות וסוג הסחורות- יש כאן מוצר לעומת שירות הקשור אליו- לא מדובר במוצרים מאותו הגדר. בייניש: לפעמים המוצר והשירות כה קרובים שנתייחס אליהם כאחד- יש הפרה של סימן המסחר!	ניתוח גניבת עין
113	ההימורים בספורט תבעה על הפרת סימן ומסחר וגניבת עין. טענות ההגנה: א. טוטו הוא סימן גנרי- אין הגנה. ב. אין הפרה- אין התאמה לשוניית וגראפית ג. זו לא גניבת עין. בייניש: לגבי סימני מסחר: א. היא מניחה לצורך הדיון שטוטו זה שם גנרי ב. נדרשת משמעות שניה: 1. תקי השימוש- שנים רבות. 2. פרסום רב ומקיף. 3. היה מאמץ שיווקי רב ראיות: קטעי עיתונות, המעמד המונופוליסטי של המועצה- מלמדים על זיקה לסימן. השם ראוי להגנה. ג. החשש להטעיה- ביניש מניחה ש"זהב" הופך את הסימנים לדומים ולא זהים. התוספת אינה דומיננטית דיה כדי להציל את טוטו זהב מהפרה. 1. מבחן המראה והצליל- יש הטעיה 2. חוג הלקוחות וסוג הסחורות- יש כאן מוצר לעומת שירות הקשור אליו- לא מדובר במוצרים מאותו הגדר. בייניש: לפעמים המוצר והשירות כה קרובים שנתייחס אליהם כאחד- יש הפרה של סימן המסחר!	ניתוח גניבת עין
114	מוגדר בסע' 1 לפק' כסימן המוכר היטב בישראל, גם אם אינו ראשון או שאין משתמשים בו בארץ. לוקחים בחשבון: א. המידה בה הסימן מוכר בחוגי הציבור הרלוונטיים ב. המידה בה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק. סע' 11(13)- אין צורך ברישום כדי שתהיה הגנה, אך זה רק לטובין מאותו הגדר. סע' 11(14)- סימן מוכר ורשום מגן גם על טובין שאינם מאותו הגדר. לפי סע' 1 וסע' 46א(ב) לפקודה. סע' 11(6)- פריבילגיה שהוכרה בפס"ד בקרדי לגבי סימנים מפורסמים. דילול- מצב בו נעשה שימוש בסימן מוכר היטב ללא רשות וגם כזוה ללא יצירת הטעיה, והשימוש שוחק מן התדמית הייחודית המיוחסת לסימן המוכר. בג"צ אורלוג- בעליון נקבע שאין לרשום את הסימן Dupont ביחס לשיווק שעונים, לאור התנגדות של חברה בשם S.T Dupont. זאת אע"פ שלהם לא היה סימן רשום בישראל. נקבע שאורלוג רצו ליהנות מהמוניטין של החברה הצרפתית. שאנל: תביעה על גניבת עין כנגד שיווק תיקים עלק-שאנל. באותו הזמן שאנל לא שיווקו תיקים בארץ. נפסק כי עילת גניבת העין חלה גם כשהצרכן אינו נחשף למוצר דווקא בישראל. קרטייה: סנוקרסט רצתה לשווק ארטיק קרטייה. נקבע שקרטייה בנתה מוניטין ומותג שמייצג יוקרה ואיכות ולכן לא יתנו לסנוקרסט להיבנות על כך. בגניבת עין ניתן לתקוף מוצרים מהגדר שונה!	סימני מסחר מוכרים היטב
114	מוגדר בסע' 1 לפק' כסימן המוכר היטב בישראל, גם אם אינו ראשון או שאין משתמשים בו בארץ. לוקחים בחשבון: א. המידה בה הסימן מוכר בחוגי הציבור הרלוונטיים ב. המידה בה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק. סע' 11(13)- אין צורך ברישום כדי שתהיה הגנה, אך זה רק לטובין מאותו הגדר. סע' 11(14)- סימן מוכר ורשום מגן גם על טובין שאינם מאותו הגדר. לפי סע' 1 וסע' 46א(ב) לפקודה. סע' 11(6)- פריבילגיה שהוכרה בפס"ד בקרדי לגבי סימנים מפורסמים. דילול- מצב בו נעשה שימוש בסימן מוכר היטב ללא רשות וגם כזוה ללא יצירת הטעיה, והשימוש שוחק מן התדמית הייחודית המיוחסת לסימן המוכר. בג"צ אורלוג- בעליון נקבע שאין לרשום את הסימן Dupont ביחס לשיווק שעונים, לאור התנגדות של חברה בשם S.T Dupont. זאת אע"פ שלהם לא היה סימן רשום בישראל. נקבע שאורלוג רצו ליהנות מהמוניטין של החברה הצרפתית. שאנל: תביעה על גניבת עין כנגד שיווק תיקים עלק-שאנל. באותו הזמן שאנל לא שיווקו תיקים בארץ. נפסק כי עילת גניבת העין חלה גם כשהצרכן אינו נחשף למוצר דווקא בישראל. קרטייה: סנוקרסט רצתה לשווק ארטיק קרטייה. נקבע שקרטייה בנתה מוניטין ומותג שמייצג יוקרה ואיכות ולכן לא יתנו לסנוקרסט להיבנות על כך. בגניבת עין ניתן לתקוף מוצרים מהגדר שונה!	הפרה עילת הדילול
114	מוגדר בסע' 1 לפק' כסימן המוכר היטב בישראל, גם אם אינו ראשון או שאין משתמשים בו בארץ. לוקחים בחשבון: א. המידה בה הסימן מוכר בחוגי הציבור הרלוונטיים ב. המידה בה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק. סע' 11(13)- אין צורך ברישום כדי שתהיה הגנה, אך זה רק לטובין מאותו הגדר. סע' 11(14)- סימן מוכר ורשום מגן גם על טובין שאינם מאותו הגדר. לפי סע' 1 וסע' 46א(ב) לפקודה. סע' 11(6)- פריבילגיה שהוכרה בפס"ד בקרדי לגבי סימנים מפורסמים. דילול- מצב בו נעשה שימוש בסימן מוכר היטב ללא רשות וגם כזוה ללא יצירת הטעיה, והשימוש שוחק מן התדמית הייחודית המיוחסת לסימן המוכר. בג"צ אורלוג- בעליון נקבע שאין לרשום את הסימן Dupont ביחס לשיווק שעונים, לאור התנגדות של חברה בשם S.T Dupont. זאת אע"פ שלהם לא היה סימן רשום בישראל. נקבע שאורלוג רצו ליהנות מהמוניטין של החברה הצרפתית. שאנל: תביעה על גניבת עין כנגד שיווק תיקים עלק-שאנל. באותו הזמן שאנל לא שיווקו תיקים בארץ. נפסק כי עילת גניבת העין חלה גם כשהצרכן אינו נחשף למוצר דווקא בישראל. קרטייה: סנוקרסט רצתה לשווק ארטיק קרטייה. נקבע שקרטייה בנתה מוניטין ומותג שמייצג יוקרה ואיכות ולכן לא יתנו לסנוקרסט להיבנות על כך. בגניבת עין ניתן לתקוף מוצרים מהגדר שונה!	מהם גבולות ההגנה?
115	אבסולוט שזו: משקאות חריפים מול הנעלה- השמיטו את ה-E כדי שזה יהיה שם לא גנרי/תיאורי. האם זו הפרת סימן מוכר היטב לפי סע' 46א(ב) לפקודה? האם זו גניבת עין? האם אבסולוט מקנה הגנה מול כל הגדר שהוא? רובינשטיין: אין להרחיב ההגנה יתר על המידה כדי לא לפגוע בתחרות. בסימן מוכר היטב הרף יהיה בין זיקה להטעיה- אין צורך להוכיח הטעיה אך נדרשת זיקה מסוימת. בין נעלים לוודקה אין זיקה כלל. המרחק בין הדברים רב מדי. "האם משפחה מסחרית" והזיקה הנ"ל זה אותו דבר?	
115	אבסולוט שזו: משקאות חריפים מול הנעלה- השמיטו את ה-E כדי שזה יהיה שם לא גנרי/תיאורי. האם זו הפרת סימן מוכר היטב לפי סע' 46א(ב) לפקודה? האם זו גניבת עין? האם אבסולוט מקנה הגנה מול כל הגדר שהוא? רובינשטיין: אין להרחיב ההגנה יתר על המידה כדי לא לפגוע בתחרות. בסימן מוכר היטב הרף יהיה בין זיקה להטעיה- אין צורך להוכיח הטעיה אך נדרשת זיקה מסוימת. בין נעלים לוודקה אין זיקה כלל. המרחק בין הדברים רב מדי. "האם משפחה מסחרית" והזיקה הנ"ל זה אותו דבר?	

עמוד	תוכן	נושא
116	<p>המרצה: תמיד צריך להסתכל על הטובין. גניבת עין: המראה והצליל- שונה בגלל ה"שוז" וגם מדובר במילה מילונאית. מבחן הסוג והחוג: לא אותו חוג לקוחות. יתר הנסיבות: נכון שהסימן נפוץ אך אין בכך די. וודקה הפסידו אין הפרה או גניבת עין!</p>	<p>המשך - אבסולוט</p>
116	<ol style="list-style-type: none"> 1. תקיפת רישום 2. אין דמיון 3. טובין לא מאותו הגדר 4. פגיעה בז' יסוד – ח' העיסוק (לא הלך חזק עד עכשיו. חשין נתן לזה מקום) 5. פקיעת סימן המסחר – אולי לא חידשו את הרישום. (עדיין יש ג' עין בארסנל). 6. טענות השתק- בעל הסימן אינו יכול לשבת בחיבוק ידים נוכח הפרות. קרן כימיקלים- על המפר להוכיח שהבעלים עודד המפר להמשיך ויצר מצג שאין זו הפרה ושהמפר שינה מצבו לרעה בעקבות מצג זה (נטל קשה, נטען כשיש ניצול בולט לרעה מצד הבעלים) 7. נטישת הסימן- הפסקת שימוש+כוונה לנטוש ואז אפשר לזכות מן ההפקר. 8. שימוש אמת - סעי' 47 לפק'- אם יש רישום זימן זה לא ימנע מאדם להשתמש שימוש אמת בשמו או בשם עסקו או בשמו הגיאוגרפי של עסקו או בהגדר אמיתי של מהותם ותוכנם של טובין שלו (טוטו זהב-אי אפשר היה לתאר את השירות בדרך אחרת- בייניש לא קיבלה את הטענה- הם הפריזו בשימוש) קשה היה לתבוע את טוטו תמוז על כינוי עסקו בשם זה. ידוע גם על בחור חביב בשם אריאל מקדונלד שהסתכסך עם יצרנית המבורגרים בריאים. אבל זה לקורס במתקדמים. 	<p>סיכום טענות הגנה בסימני מסחר</p>