

מבחן בקניין רוחני**1. יעוץ לרוני לגבי תביעת בנה של נעמי שמר על הפרה של: "אם תרצי שאראה לך את העיר באפור":**

ראשית יש לבדוק האם ישנה זכות יוצרים על משפט זה ולשם כך נפנה לתנאי הסף, אציין כי לשם הנוחות אדון בשתי סוגי היצירות ביחד אך אתייחס כל תנאי לשתיהן (למלל כיצירה ספרותית וללחן כיצירה מוסיקאלית):

**תנאי סף ראשון: א1. מקוריות-** דרישת המקוריות אינה מוגדרת בחוק החדש ובדברי ההסבר הופנו לפסיקה הישנה וכך נעשה: פס"ד סטרוסקי קובע כי כדי שיצירה תהיה מקורית צריך שיהיה ביטוי מוחשי של הרעיון ושהדבר לא יהיה מועתק מיצירה אחרת. הרף שנקבע בפסיקה ליצירתיות נמוך מאוד ולכן גם אם ניטען כי אין יצירתיות במשפט עצמו כי אלו סתם מלים שגורות היחוד כפי שנאמר בפס"ד ויטמן ובקמרון הוא בליקוט שלהם. ולעניות דעתי זוהי היצירתיות שבשיר לקיחה מלים שגורות והפיכתן למשפט בעל משמעויות רבות. בנוסף אציין כי ודאי שמתקיימת גם הדרישה של יצירתיות כלפי הלחן שהרי לא מצויין לנו אחרת ולחבר לכן דורש.

בפס"ד אקו"ם נגד פלד הוכר משפט "אין סוסים שמדברים עברית" מתוך שירה של קורין אלאל. נקבע כי הוא כן עמד בדרישת המקוריות. אך המרצה מבקרת זאת בטענה כי ישנה בעיה לתת הגנה למשפטים ששגורים בפי אנשים בדיבור היומיום אך האם לעניות דעתי לא ניתן לטעון זאת לגבי המשפט שלנו מכיוון שלהראות את העיר זה אכן ביטוי שגור אך לא בצבע אפור.

**א2- מאמץ-** פס"ד סטרוסקי-השופטת נתניהו אומרת כי היצירה צריכה להיות פרי מאמץ, והמאמץ לא חייב להיות משמעותי-יכול להיות גם צנוע, פס"ד אינטר לגו מאמץ את הגישה האמריקאית ואומר כי השקעה היא תנאי הכרחי אך לא מספיק וגם בפס"ד קמרון נדרשת השקעה כלשהי של מאמץ, לעניות דעתי מתקיימת דרישה זו שכן כתיבת שיר הינה לפחות מאמץ קטן וחיבור לחן הינו מאמץ אף גדול מכך.

**תנאי סף שני: הבחנה בין ביטוי לרעיון-** אין ספק כי הרעיון לכתיבת השיר והלחן כבר הוגשם לכדי ביטוי. **תנאי סף שלישי: קיבוע-** החוק החדש דורש קיבוע בכל היצירות ולכן זה תקף גם כלפי המלים וגם כלפי הלחן. מכיוון שהשיר הוקלט ושודר מתקיימת דרישת הקיבוע.

**תנאי סף רביעי: סוג יצירה:** כפי שציינתי ישנה זכויות יוצרים:

א. על המלל כיצירה ספרותית לפי ס' 1 לחוק החדש וכפי שצויין בפס"ד אקו"ם- המלים הנלוות ללחן אינן נחשבות לחלק מן היצירה המוסיקאלית והן זכאיות להגנה עצמאית כיצירה ספרותית.

ב. הפרה של הלחן כיצירה מוסיקאלית.

לסיום, אין ספק כי ישנה הגנה של זכויות יוצרים על המשפט. הן כיצירה ספרותית והן כיצירה מוסיקאלית. נעבור לבחון מהם הזכויות המופרות:

הזכויות הכלכליות- ס' 11 לחוק החדש:

1. **ההעתקה-** הזכות החשובה ביותר, זכות שפגיעתה תפגום בתמריץ ליצור עבודה. ברגע שהשתמשנו במשפט מהשיר יש פוטנציאל כי פגענו בערך היחודי של השיר וביכולת לגבות בתשלון הנאה מהשיר.

2. **זכות הפרסום וההפצה-** זכות הפרסום הראשונית לא מופרית, זכות הפרסום דורשת קיומם של עותקים ולכן עצם שימוש במשפט על גבי כרזה מקיים את הדרישה. לגבי זכות ההפצה לציבור- במידה וככל הנראה מצויין המשפט על גבי קלטות הסיור שהופצו מופרית גם זכות זו מכיוון שנשאר עותק של היצירה בידם. יש לשים לב שלגבי המלל בטוח יש הפרה בכרזה ובקלטת, ובמידה ומושמע השיר בקלטת אז גם ישנה הפרה של הזכות לגבי הלחן כיצירה מוסיקאלית.

3. **זכות הביצוע הפומבי** - זכות הביצוע הפומבי יכולה להיות גם באמצעות ביצוע מכני ולפיכך אם מושמע השיר בקלטת אין ספק כי מדובר בביצוע פומבי שהרי היה למטרות רווח והקהל הוא הצרכנים ולא חוג הקהל המשפחתי. לגבי הכרזה מצויין לנו כי היתה חלק מפרסום רחב ניתן להניח כי כנראה שהוצגה מבקומו פומביים כמו פוסטרים ברחוב שנחשב מקום ציבורי. ואז זה תקף לגבי המלל.

4. **זכות השלדור** - במידה ואכן הושמע המשפט מהשיר על גבי הקלטת הופרה הזכות הן לגבי הלחן והן לגבי המלל.

5. **זכות העמדת היצירה לציבור** - במידה ואכן על גבי הקלטת מופיע המשפט ואולי גם נשמע השיר, אזי מכיוון שאנשים קנו ארוחה ויכולים לגשת אליה כרצונם ישנה הפרה של הזכות. **הזכויות המוסריות ס' 45-46 לחוק החדש:**

זכויות שאינן ניתנות להעברה אלא רק ניתן למחול עליהם:

1. **זכות ההורות** - הזכות כי שמו של יוצר יקרא על יצירתו- ס' 46(1), השופט טרקל בפס"ד קמרון: זכותו של אדם כי שמו יקרא ע"י רוחו" - כנראה שמופרית כי לא מצויין לנו כי צויין שמה של נעמי שמר כמחברת ומלחינה של השיר. החובה היא לאזכר במידה ובהיקף הראויים, אין ספק כי ראוי וגם מקובל לציין שמו של מחבר שיר ומלחין ולפיכך היא הופרה.

2. **הזכות לשלמות** - ניתן לטעון כי לא הופרה הזכות מכיוון שדרוש שינוי או פגם או סילוף וזה לא נעשה, המשפט נלקח כמו שהוא, מנגד ניתן לטעון כי הזכות הופרה בעצם הוצאת משפט אחד מתוך שיר ובכך אולי הוצאה של המשפט מהקונטקסט שלו- פס"ד מאיר גודוביץ. עצם השימוש במשפט כחלק מפעילות מסחרית יכולה לפגוע בשם של נעמי שמר שאולי לא רוצה ששמה יקשר לפעילות מסחרית. למרות שניתן לטעון כנגד שצריך לבחון את סבירות הפעולה- ופעולה זה היא כן מקובלת בענף.

אין צורך להוכיח נזק מספיק שהוכיחו כי נעשתה הפרה.

#### **הפרת זכויות היוצרים:**

ההפרה לפי ס' 47 מתבטאת ב-3 דרישות:

1. בביצוע של הזכויות שציינתי שנתונות רק לבנה של נעמי שמר.
2. ההפרה היא ביצירה (אין דרישה לחלק מהותי ממנה) ולכן למרות שמדובר רק במשפט אחד מתוך שיר שלם, בחוק החדש אין דרישה לחלק מהותי ולפיכך ניתן אולי ללמוד על הסדר שלילי.
3. אין אישור של בנה של נעמי שמר- הנחה כי הוא בעל זכויות היוצרים בתור בנה ובתור התובע. ביהמ"ש דורש 2 תנאים לביסוסה של הפרה לפי פס"ד אלמגור:

א. **גישה** - שיריה של נעמי שמר הינם כצאן ברזל בתרבות הישראלית ולכן ניתן להניח כי היתה לו גישה לשיר המוכר והידוע.

ב. **דמיון מהותי** - מכיוון שזוהי העתקה של השורה מתוך השיר כפי שהיא, וכנראה גם הלחן כמו שהוא הן ספק כי מתקיים דמיון מהותי הן מגישת המכלול (אשר הועדפה בפס"ד מפעל הפיס) והן מגישת הסינון. הפרספקטיבה צריכה להיות של הקהל לקוחות של רוני שאין ספק שמכיר את השיר המפורסם.

#### **הגנות שאציע לרוני:**

1. לעניות דעתי לא יהיה ניתן להשתמש בדוקטורינת היצירה העצמאית.
2. פסקנו כי יש זכויות יוצרים ביצירה לכן טענה שאין לא לתקבל.
3. ההעתקה של שנינו מצד ג' - רק במידה ויתגלה כי כמו בשיר "ירושלים של זהב" שהתגלה שהיתה העתקה רק אזס יהיה ניתן לטעון זאת, ואין לנו נתון כזה באירועון.

4. שימושים מותרים: בהנחה שאכן הוכחו גישה ודמיון הרי שבהצטרף האמור לעיל ניתן לקבוע כי היתה הפרה בהתאם לסעיף 47. נטל ההוכחה מתהפך - פס"ד אחימן וכעת יהיה על רוני להוכיח כי שימוש מותר.

#### ס' 19 שימוש הוגן:

ניתן לטעון להצדקה כלכלית, לגישה של וונדי גורדון לגבי עלויות עיסקה- השירים של נעמי שמר מוכרים מאוד ואולי קניית זכויות יוצרים לא היתה משתלמת לרוני שהינו עסק קטן ומתחיל. כדי לענות על שימוש הוגן יש להכנס לאחת מהמטרות: ניתן לטעון כי השימוש בשורה מהשיר הינה שימוש כביקורת: "אם תרצי שאראה לך את העיר באפור" הרי מדובר על סיור בת"א עיר שמלאה בזיהום אוויר ולפיכך משפט זה הינו ביקורת על העיר. מנגד ניתן לתמוה על השימוש במשפט שהרי המטרה היא לעודד את הסיור, מדוע שאדם ירצה לקחת סיור בעיר אפורה? (שמכונה העיר הלבנה) לכן יכו להיות שלא מדובר בביקורת, אך מכיוון שזה "רוח הביקורת" ומדובר ברשימה פתוחה בחוק החדש אקבל כי מתקיימת המטרה. האם מתקיים מבחן הזיקה? האם אכן הביקורת משרתת את הערך החברתי? לעניות דעתי כן. להראות את הצד האפור והלבן של העיר ת"א.

אעבור למבחני הוגנות מסעיף 107 לחוק האמריקאי שפורטו בפרשת גבע ואומצו בסעיף 19 לחוק החדש, מבחן זה מאזן בין זכויות הצדדים:

#### א. מטרת השימוש ואופיו: מתחלק ל3 מבחנים:

1. האם השימוש מסחרי- אין ספק שהשימוש מסחרי לטובת עיסקו של רוני. אך השופט מלץ בפס"ד גבע אומר שאין להעניק למבחן זה משמעות רבה כי בסופו של יום רוב השימושים מסחריים- ניטה לא לתת שימוש הוגן.

2. יצירתיות ותרומה לחברה- ניתן לטעון כי השימוש בשורה כלפי ת"א מראה את העיר בצורה הלא טובה אך בסיור רואים את הצדדים השונים הטובים, ובכך מאזנים את דמותה של ת"א- מטרה ציבורית נעלה.

ניטה לתת שימוש הוגן. *יש להבחין בין שימוש מסחרי לשימוש ציבורי*

3. טרנספורמטיביות- נמוכה ולפיכך זה נוטה לא לתת שימוש הוגן.

4. היצירה המקורית פורסמה- נוטה לא לתת שימוש הוגן.

#### ב. אופי היצירה שבה נעשה שימוש:

היצירה הינה מקורית ולכן ניטה לא לתת שימוש הוגן.

#### ג. היקף השימוש-

מימד כמותי- ניתן לטעון ששורה אחת משיר היא כמות נמוכה אך מנגד מימד איכותי- במידה וזו שורה מוכרת ומזוהה עם השיר ניטה לא לתת שימוש הוגן.

#### ד. השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה-

ניתן לטעון כי קישוק לפעילות מסחרית פוגעת בערכה ומנגד ניתן לטעון כי זה מעודד שמיעה מחדש של שירים ישראלים ישנים כגון של נעמי שמר ולפיכך תורם לשיר.

2 מבחנים נוספים:

א. תום לב- פס"ד מפעל הפיס- ניתן לטעון כי בכך שלא פנה לקבל אישור הוא נהג שלא בתום לב מנגד אולי סבר כי לא היה ניתן לו ממילא.

ב. הפרת זכות מוסרית- ראי דיון לעיל, מכיוון שהכרענו שכן יש פגיעה בזכויות המוסריות זה יטה לא לתת שימוש הוגן.

יש לציין את פס"ד מפעל הפיס בו אומר השופט טירקל כי פרסומת מסחרית אינה משרתת את מטרת השימוש ההוגן ולפיכך אמירה גורסת זו ניתן לדעת להניח כי רוני יפסיד בתביעה נגדו וכי לא מתקיים השימוש ההוגן.

## 2. יגאל זמרין-מעצב התכשיטים אשר תובע על הפרה של הצגת יצירותיו בקלטת ובעטיפה:

**האם ישנה זכות יוצרים לתכשיטים של יגאל זמרין?**

בקצרה אציין כי אין ספק כי תנאי המקוריות והמאמץ מתקיים (פס"ד מיכל נגרין, השופטת ארבל אומרת כי בהחלט ניתן לראות בתכשיטיה יצירה מקורית, רעיון עיצוב, שילוט וחומרים נוספים). כך גם הרעיון לתכשיט ברגע שהוא נעשה הפך לביטוי ומתקיים תנאי הקיבוע. תנאי הסף ה-4 הוא דיון האם תכשיט הוא יצירה אומנותית או פונקציונאלית: פס"ד מיכל נגרין, השופטת ארבל אומרת כי התכשיטים אינם בגדר מוצר אופנתי שאורך חייו קצר ונמשך עונה או שתיים, ולכן לא ניתן לקבל את הטענה שהיה צריך לרדום מדגם (בחניה חיצונית לפי פס"ד אינטרלגו) והיא הכירה בתכשיטים שלה. כיצירה אומנותית יחודית פרי רעיונותיה. הזכויות המופרות בקצרה: זכות הפרסום הראשונית- מכיוון שהוצגה בנחלת בנימין תחילה לא הופרה. יש צילומים של היצירה לגבי הקלטת שנשאת בידי הקונים ולפיכך מופרת זכות ההפצה לציבור. זכות ביצוע פומבי לא חל על יצירות אומנותיות. זכות השאדור- היצירה מוצגת בסרט ולפיכך מופרת הזכות. זכות העיבוד גם היא מופרת- כי העברה ממימד למימד התכשיט הוא תלת מימדי, (נדמה לי) והוא עובר לחד מימדי כאשר הוא צילום על גבי עטיפת הקלטת. הזכות המוסרית מופרת: 1. זכות להורות- לא מצויין שמו של יגאל זמרין. 2. זכות לשלמות- לשים תכשיט מקורי ואומנותי לגבי אריזה פרסומית של קלטת מסלפת את מטרת היצירה ופוגעת בשמו של המעצב. האם היתה סבירה בנסיבות העניין? ניתן לטעון שבסופו של דבר אם היה קונה רוני כמו כל לקוח אחר תכשיט ממנו לא היתה בעיה שהוא ישים את זה על גבי הקלטת כי זה רכושו. אך זו טענה לא נכונה כי הזכויות המוסריות תמיד יהיו שייכות ליוצר. וזה עדין היה פוגע בזכות לשלמות בעיני היוצר.

**הפרה:** פס"ד אלמגור דורש גישה ודמיון. עקב קוצר בזמן אציין כי אין ספק ששניהם התקיימו בעצם זה שהוא צילם תכשיטים שהיו בנחלה היה לו גישה ודמיון כמובן: אלו אותם תכשיטים.

**ההגנה שרוני יוכל לטעון היא:** סעיף 22 שימוש ביצירות אגב צילום או הקלטה. אך הסיפא של הסעיף מדבר על הכללה במתכוון לא תחשב, וניתן לטעון כי זה במתכוון אך בסעיף מצויין זאת רק כלפי יצירה מוסיקלית או תקליט. לפיכך אכן רוני יכול להשתמש בהגנה זו.

## 3. בעלי זכויות היוצרים מפסטיבל הסרטים אשר תובעים על הפרה של הצגת יצירתם הקולנועית

**בסרט כחלק מהסיוור.**

אין ספק כי לגבי הסרטים מתקיימים כל תנאי הסף של מקוריות, מאמץ, ביטוי, קיבוע וסוג יצירה: דרמטית- סרטים הוכנסו בחוק החדש במפורש. הזכויות שהופרו הן זכות ההעתקה, זכות הפרקסום- מכיוון שעותקים של הסרטים מופיעים בקלטת שלה יש עותקים רבים. זכות הביצוע הפומבי- גם בסיוורים עצמם שבוצעו וגם מכיוון שהקלטות נמכרו לאנשים רבים הופרה הזכות על ידי שידור הקלטת בביתם הרבים של הצופים. כמובן שהופרה זכות השידור- שגברו קטעים מהסרט בקלטת. גם זכות העמדת היצירה לרשות הציבור הופרה- לידי מי שיש את קלטת הסיוור יכול לצפות בקטעים מהסרטים כרצונו. זכות העיבוד גם היא הופרה- הקרנה רק של קטעים מהסרטים וכנראה חיבורם לקטע אחד היא למעשה עיבוד.

הזכות המוסרית גם הן מופרית: הזכות הורות- לא מצוין שם של היוצרים. הזכות לשלמות- חלה על יצירה דרמטית, ניתן לטעון לפגם ביצירה ברגע שמקרינים רק חלק ממנה וכך ניתן להוציא מהקונסקסט של הסרט ולפגוע בכבוד היוצר. אך בעיני זה כן מקובל בתחום ולכן ניתן לראות בזה פעולה סבירה הפרה- אין ספק שהיתה גישה שהרי הוא לקח את זה מפסטיבל הסרטים בת"א, וכמובן דמיון- אלו קטעים מהסרטים עצמם.

**שימושים מותרים:** בהנחה שאכן הוכחו גישה ודמיון הרי שבהצטרף האמור לעיל ניתן לקבוע כי היתה הפרה בהתאם לסעיף 47. נטל ההוכחה מתהפך- פס"ד אחימן וכעת יהיה על רוני להוכיח כי שימוש מותר. ס' 23 לא תקף מכיוון שלמרות שהוקרנו הסרטים במקום פומבי הם לא מוקרנים באופן קבוע. *נראה לי שיש להוסיף* ס' 22 כן תקף מכיוון שמדובר בצילום של הסרטים תוך כדי צילום הסיום- שימוש אגבי ביצירות. אין ספק כי לא היתה כוונה והצילום היה אגבי.

#### 4. הפרת זכויות ביצירה הספרותית השיר של המשורר חכים חלילי-

מקוצר זמן: קיימת **זכות יוצרים** על שירו של חכים חלילי, קיימת מקוריות ומאמץ, קיבוע יש בפרסום השיר על גבי תחנות האוטובוס, וגם כתיבת השיר היא הביטוי לרעיון. מבחינת סוג יצירה מדובר ביצירה ספרותית. **הזכויות המופרות:** במידה ושירו הוא מהשירים שצולמו בקלטת מופרית זכות ההעתקה, זכות הפרסום- כי יש עותקים לקלטת, **זכות השידור**, זכות הביצוע הפומבי ו**זכות העמדת היצירה לרשות** הציבור. לגבי ההמחזה של השיר: הפגיעה היא בזכות העיבוד. מעבדים את שיריו להצגה. כך מופרית הזכות לשלמות- ההמחזה פגעה בשירו והוזילה את ערכה וכך פגעה בכבודו. האם זה סביר לעניין? ניתן לטעון ששיר שמפורסם על גבי תחנת אוטובוס, לא יהיה פגיעה גדולה להמחזו אותו שהרי יהיו כאלה שיראו שעצם זה ששיר מפורסם על תחנה ולא בספר כראוי כבר מוזילה מערכו ולכן הפגיעה סבירה בנסיבות העניין. מבחינת הזכות להורות- יש לציין כי על השירים שמופיעים על תחנות האוטובוס מופיע השם של המשורר ככה שלדעתי כנראה היא לא הופרה. אך אם לא צויין השם בצילום של השיר בסרט אז כן יש פגיעה בזכות להורות. *יש להוסיף: פגיעה בזכות להורות, פגיעה בזכות הביצוע הפומבי, פגיעה בזכות השידור, פגיעה בזכות העמדת היצירה לרשות.*

#### 5. תביעה של רוני על הפרת זכויות יוצרים של חיזקי:

**ראשית יש לבדוק האם לרוני קיימת זכויות יוצרים?**

לגבי כרזת הפרסום- לגבי המלל בכרזה, מכיוון שהכרענו כבר כי היתה הפרת יוצרים של רוני ניתן לטעון בהמשך להגנה מכיוון שזו העתקה של שלושת הצדדים מצד ג'. אך פס"ד ויטמן קבע כי הדרך השילוב והליקוט עצמה כן מוגנת. ולפיכך **תנאי היצירתיות** כן מוגן- שהרי הוספו עננים. ניתן לטעון כי ענן הינה צורה בסיסית שאינה מוגנת אך מכיוון שנצבעו כשחור ולא באפור כבדרך כלל ישנה פה המקוריות והשוני, וכבר ציינו כי הסף הינו נמוך ולפיכך מתקיים. כך גם לגבי דרישת **המאמץ**- עצם זה ששכר את קלישמן שיעצב לו כרזה מעידה על מאמץ בכרזה.

תנאי הסף ה-2: הבחנה בין ביטוי לרעיון מתקיים גם הוא שכן הכרזה הינה מוחשית ויצאה כבר לפועל ובכך מתקיים גם דרישת הקיבוע. תנאי הסף ה-4 מתקיים לגבי הכרזה כחלק מיצירה אומנותית- עבודה גרפית, כמו בפס"ד ויטמן לגבי עיצוב השלט וכמו בפס"ד דקסון נ טבע לגבי עיצוב האריזות.

לפי שאעבור לזכויות המוגנות אציין כי ניתן לטעון גם לזכות יוצרים התכנים ההסיטורים הזהים שמועברים בסיוור, אך עקב קוצר זמן לא אפרט את שאר תנאי הסף שכן מתקיימים, מכיוון שס' 5 (4) לחוק החדש קובע כי לא תהיה הגנת זכויות יוצרים על עובדות וס' 5 (5) על חדשות היום ולפיכך אין הגנה על התכנים ההיסטורים.

זכות יוצרים נוספת שקיימת היא לגבי הקלטת סיוורים של רוני ששודרה בתכנית הקורס של חיזקי. מכיוון שציינו כבר שדרישת המקוריות והמאמץ נמוכה ואנו יודעים כי רוני עושה סיוורים במקומות רבים בת"א

ומנסה להיות יצירתי בהם נקבע כי מתקיים תנאי זה. גם אם ניתן לטעון שלקיים סיורים בת"א זה בסך הכל רעיון מכיוון שזה כבר צולם על קלטת מתקיימת דרישת הביטוי והקלטה. ותנאי הסף ה-4 מתקיים מכיוון שמדובר ביצירה דרמטית- קולנועית אשר צורפה במפורש בחוק החדש.

#### הזכויות המוגנות: הזכויות הכלכליות- ס' 11:

1. **זכות ההעתקה** - אין ספק כי ישנה העתקה בהקרנת הסרטון במהלך הקורס וישנה העתקה של הכרזה.  
2. **זכו הפרסום וההפצה** - לגבי הכרזה ישנה הפרה מכיוון שיש מספר עותקים של הכרזה שהעתיק חיזקי.  
3. **זכות הביצוע בפומבי** - לא חל על יצירות אומנות ולכן לא חל על הכרזה. לגבי הקלטת כן מופרית מכיוון שניתן לבצע בפומבי גם באמצעים של העברת שידור. לפי ההגדרה בישראל לפומבי מכיוון שאופי הקהל הוא לקוחות של חיזקי, הביצוע או למטרת רווח לחיזקי והמקום הוא קורס פתוח לציבור מדובר בביצוע פומבי.

4. **זכות העיבוד** - העיבוד הופר לגבי הכרזה בכך ששונתה אך יותר חשוב מכך לגבי הקלטת. ברגע שנבחר להקרין 20 שניות, במידה ומדובר ב-20 שניות ערוכות אזי יש פה פגיעה בעיבוד.

#### הזכויות המוסריות:

חובה לציין כ את הכרזה עיצב קלישמן. למרות שהכרזה הוזמנה ע"י רוני הזכות המוסרית שייכת לקלישמן מכיוון שאינה ניתנת להעברת. מכיוון שקלישמן עצמו הוא שעיצב את הכרזה לחיזקי אין כאן הפרה של זכויות מוסריות לגבי הכרזה.  
לעומת זאת לגבי שידור קלטת הוידאו- **הזכות להורות** נפגעה במידה ולא צויין בקורס כי הקלטת לקוחה מסוירו של רוני.

**הזכות לשלמות** נפגעה רק אם היה סילוף או פגם ולעניות דעתי יהיה קשה להוכיח, אולי רק אם הוקרנו 20 שניות שברגע שהוצאו מהקשרם פגעו ברוני, אולי אף הוראו כדי להראות להם לא ללכת לסיור אצל מתחרים- רוני ואז ישנו סילוף ופגיעה בשם הטוב של רוני, שלעניות דעתי לא תחשב כסבירה בנסיבו העניין.

מבחינת הבעלות: לגבי הכרזה, הכרזה הינה יצירה מוזמנת, ס' 35 (א) לחוק החדש קובע כי הבעלות של היצירה היא של היוצר- כלומר קלישמן ואז כל מה שדיברתי מקודם לגבי הזכויות גם הכלכליות שייכות לקלישמן, למרות שבוטלה דרישת הכתב ומספיק שבמשתמע הזכויות הועברו לרוני ואז רוני הוא בעל הזכויות הכלכליות, מה שסביר שאכן קרה.  
לגבי הקלטת- הזכויות הכלכליות והמוסריות הן של רוני.

#### הפרה:

ביהמ"ש דורש 2 תנאים לביסוסה של הפרה לפי פס"ד אלמגור:  
א. **גישה** - לגבי הכרזה היתה גישה לחיזקי כי הוא פנה לקלישמן אותו אחד שעיצב לרוני. לגבי הקלטת מכיוון שכל אחד יכול לקנות אותה והרי הוא שידר אותה אז בוודאי שהיתה גישה.  
ב. **דמיון מהותי** - מבחינת הכרזה ניתן לטעון כי אם נלך לפי גישת הסינון (פס"ד אלמגור) ובה נוריד את המשפט שכן זו העתקה מגורם 3, ונוריד את הענן שכן ענן זו צורה מוכרת שאינה מוגנת, וכל מה שישאר זה ההבדל של גוונים זהובים, אזי לא מתקיים דמיון מהותי. לעומת זאת אם נלך לפי גישת המכלול שהועדפה בפס"ד מפעל הפיס, אז ניתן להגיד כי בהתרשמות הכוללת ישנו דמיון מהותי.  
דמיון מהותי וודאי שמתקיים לגבי הסרטון- 20 השניות לקוחות מהסרטון עצמו.  
לגבי השאלה האם צריך חלק מהותי או לא שדנתי בה בעבר, גם אם כן וגם אם לא לגבי הסרטון- 20 שניות זו וודאי לא העתקה מהותית מתוך קלטת שבדרך כלל הינה כ-90 דקות.

#### הגנות שיכול לטעון חיזקי:

1. לעניות דעתי לא יהיה ניתן להשתמש בדוקטורינת היצירה העצמאית.   
2. פסקנו כי יש זכויות יוצרים ביצירה לכן טענה שאין לא לתקבל.   
3. ההעתקה של שנינו מצד ג' - לגבי המלל של הכרזה אכן טענה זו תקפה. לגבי הסרטון ניתן לטעון שמכיוון שהסרטון מציג יצירות מוגנות זכויות יוצרים של אחרים, אז יש בזה העתקה מצד ג', אך לעניות דעתי הטענה לא תתקבל מכיוון שגם דרך ההצגה שלהם מוגנת.

4. **שימושים מותרים:** בהנחה שאכן הוכחו גישה ודמיון הרי שבהצטרף האמור לעיל ניתן לקבוע כי היתה הפרה בהתאם לסעיף 47. נטל ההוכחה מתהפך - פס"ד אחימן וכעת יהיה על חזקיה להוכיח כי שימוש מותר.

**לגבי הכרזה -** ההגנה שלעניות דעתי תתקבל היא סעיף 27 - יצירה אומנותית נוספת על ידי היוצר - הסעיף מגן על יוצר שמכר את הזכויות הכלכליות שלו להשתמש במוטיבים, והרי העננים הם סמל המסחר של קלישמן.

**לגבי הסרטון -** ניתן לנסות לטעון לביצוע פומבי במוסד חינוך ס' 29 - שכן מדובר בקורס על תכניה היסטוריים של ת"א, אך מכיוון שמדובר בעסק מסחרי לא אקבל את הטענה.

**ס' 19 שימוש הוגן:**

לגבי הסרטון בלבד מכיוון שהכרזה קיבלה כבר הגנה.

ניתן לטעון כי מתקיימת המטרה של לימוד עצמי: אך מכיוון שמדובר בחברה מסחרית לעניות דעתי לא יתקבל הטענה. גם מחקר לא ניתן לטעון - כי מה ניתן לחקור בעזרת 20 שניות? יכולה אולי להיות ביקורת כלפי הסוירים של רוני לעומת של החברה שלהם אבל זו לא ביקורת שתתקבל. גם סקירה של העיר בעזרת הסויר יכולה היתה אולי להתקבל אך עצם זה שמדובר ב20 שניות מראה כי לא מתקיים. רשימת המטרות פתוחות ולכן ניתן אולי ליצור מטרה אחרת ברוח המטרות, אך אינני חושבת כי ישנה, בכל זאת אמשך בבדיקה: *לגבי שימוש מותר*

המבחנים מסעיף 19 ב: מדובר בשימוש מסחרי - אך כבר ציינו שזה חסר חשיבות, ואין תרומה לחברה ואין טרספורמטיביות, היצירה המקורית הינה עובדתית, מדובר בכמות קטנה ביותר - 20 שניות מקלטת ארוכה ואם יש השפעה על היצירה אולי דווקא לעודד את קניית הקלטת (למרות שזה קלוש שהרי הם מתחרים שלהם).

נכון שישנה הפרה של זכויות מוסריות ואכן התנהגות שלא בתום לב כי יכלו לפנות לקבל אישור אך לעניות דעתי העובדה שמדובר ב20 שניות אכן נוטה מאוד להכריע כי כן מדובר בשימוש הוגן. אך מכיוון שלדעתי לא קיימת מטרה ולפיכך גם לא זיקה לא יטו לתת שימוש הוגן.

\*ברצוני לציין שכל התביעות האלו הן כלפי חיזקי אך ירמי הוא שותפו והוא חב אחריות שילוחית מכיוון שיש ביכולתו לפקח על הפעילו ומכיוון שהוא מרוויח רווח כספי ישיר.

#### **6. תביעה של רוני את ירמי על העתקה של המחזות שירים ישראלים -**

עקב קוצר זמן אתמקד בתנאי הסף בתנאי שלעניות דעתי לא מתקיים - הבחנה בין ביטוי לרעיון. פס"ד הרשקו אומר כי אין לקבוע מסמרות מראש מתי הועתק ביטוי ומתי רעיון הכל תלוי בנסיבות. לעניות דעתי חלה כאן דוקטורינת האיחוד שצוינה בפס"ד זה. הדוקטורינה קיימת בדין האמריקאי ויש סימנים לקליטתה אך השאלה נשארה פתוחה. בפס"ד מאיר נכנר נאמר כי יש לדוקי משקל ויש להתחשב בה. לדידי בסה"כ להמחזי שירים הינו רעיון, ואין הרבה דרכי ביטוי אפשריות - ולפיכך ברור כי ישנו שימוש בתנועות גוף דומות כמו במחזותיו של רוני. ולכן לא תהיה הגנת יוצרים על כך. ולא יוכל רוני לתבוע. (אני אישית בתנועת הנוער המחזתי מספר פעמים שירים, אין הרבה דרכי ביטוי).

אם היינו מוצאים כי יש זכות יוצרים לרוני והיינו אומרים כי ירמי הפר אז חיזקי היה מפסר עקיף מכיוון שהוא מודע ומפיק רווחים.

\* בנה של נעמי שמר לא יכול לתבוע את רוני על הפרת סימני מסחר לגבי קריאה לסיור בשם השורה מהשיר מכיוון שלא מדובר בסימן מסחר רשום. ולא מדובר בסימן מסחר מוכר היטב. מאותה סיבה גם לא יכול רוני לתבוע בסימני מסחר את חיזקי על שם הסיור שלו. מה שכן ניתן:

#### 7. תביעה של רוני את חיזקי (ושותפו ירמי) על הפרת סימני מסחר בשם העסק שתנו: shir&tyul

שם החברה של רוני "טיול ושיר" רשומה כסימן מסחר ב10 שנים האחרונות. חיזקי שפתח את החברה שלו וירצה לרשום את שמה כשם מסחרי לא יוכל מכיוון שהוא נכנס לעילת סירוב 11(6) סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור. פס"ד קרדי- זה עלול לגרום להטעות את הלקוחות ולתחרות לא הוגנת. גם לפי פרשנות הדינאמית של השופט אנגלרד אין ספק כי זה מטעה את הלקוחו שהר מדובר באותו תחום עיסוק-חברת סיורים. והוא מנסה להשתמש בפירות אותם לא קצר(כדברי אנגלרד) ולנצל את המוניטין של החברה של רוני. גם אם לא יבקש חיזקי לרשום את הסימן, עצם השימוש מפר לפי סעיף 1(1) כי מדובר בטובין באותה גדר גם מבחינת פס"ד מנהטן שמפרש בצמצום וגם מבחינת השופטת בייניש בפס"ד מועדון טוטו שמפרשת בהרחבה שהרי 2 החברות עוסקות בהדרכת טיולים גם אם כל אחת התפתחה לכיוונים נוספים (שיעורים, קלטות) הבסיס הינו אותו בסיס.

עוולה נוספת אליה יפנה רוני היא עוולת גניבת עין. ס' 1 לחוק עוולות מסחריות: עליו להוכיח:

1. כי רכש מונטין לסימנו והציבור מעדיף את המוצר או השירות שלו- השופטת נתניהו אומרת בפניינייה כי נטל ההוכחה כבד מאוד כי חיקוי מותר אלא אם זה נובע ממוניטין שנבדק ע"י סקרים. מלץ חושב שהיא הרחיבה ובכל מקרה לעניות דעתי ישנו ניסיון להבנות מהמוניטין שכן מדובר בחברה שכבר 10 שנים פועל וחיזקי הוא "אויבו המושבע".

2. השימוש בסימן מקים סיכון ממשי להטעיית הציבור- מבחן הדמיון המטעה:

מבחן המראה והצליל- למרות שהצליל שונה כי השפה שונה, עדין ישנו אותו מקצב והרי מדובר רק בתרגום השם.

מבחן סוג הלקוחות: לענין הסחורות- המחיר נמוך יחסית לסיור ולכן פחות יבדקו ולענין הלקוחות- אינני חושדת שמדובר בלקוחות מתוחכמים שיבדקו לעומק את טיב השירות. מבחן יתר נסיבות העניין- אין ספק לעניות דעתי כי ישנו ניסיון להבנות מהמוניטין. בעוולת גניבת עין בוחנים את המכלול- המכלול שמראה כי ישנה פה הפרה מובע ע"י שגם הסיור נקרא בשם דומה מאוד בכוונה. ושגם עיצוב הכרזה דומה. כל אלו מצביעים על הפרה של העוולה.

ניתן לתבוע גם לפי דילול, אומנם אין לה הכרה מפורשת בחוק אך בפרשת קרדי נקבע כי ניתן לשאוב את

הרעיונות בבסיסה לתחרות בלתי הוגנת - ס' 11(6) לפקודה- שכבר דנתי ולכן לא אחזור. השימוש מביא

לשחיקה ולטשטוש בתדמית של רוני שמנסה אולי להדגיש חלקים אחרים מחיזקי בחברתו.

טענות הגנה: ההגנה העיקרית שינסה חיזקי לטעון היא לחופש העיסוק לפי חו"י חופש העיסוק.

71+2 : 74  
80 80



### שאלה מספר שתיים:

לעניות דעתי סיכוי התביעה בישראל מול החברה שפיתחה והפיצה את המערכת הינו נמוך. אפרט:  
ניתן לערוך הקבלה לפס"ד סוני שהיה בארה"ב ובו נקבע כי למרות שניתן לבצע הפרה של זכויות יוצרים דרך הוידאו - לא תחשב החברה מפירה כל עוד היא מסוגלת לשימושים לא מפריים מהותית.  
במקרה דן אינני חושבת כי מערכת שהומצאה שדרכה ניתן לסרוק דברים ולחפשם באינטרנט הומצאה רק למטרה זו. שהרי ניתן להשתמש בתוכנה כזו גם כדי למצוא מידע נוסף באותו תחום. לדוג  
ניתן לסרוק קטע מעבודה ואז להגיע למקור ביתר קלות למקור כדי למצוא מקורות נוספים או להרחיב את הידיעה של האדם שקורא בנושא מעבר למה שכתוב בעבודה. זה שבחרו האוניברסיטאות לעשות שימוש בזה למטרה זו לא צריך לפסול את התוכנה ולכן להטיל אחרי עקיפה לחברה שהפיצה את המערכת. רק אם יהיה ניתן להוכיח כוונה חד משמעית שזו מטרתה של העבודה אז ניתן יהיה אולי לתבוע וזה לפי פס"ד גרוקסטר שבו הוכח ע"י התכתבות.  
אך גם אם כן יוכח ע"י התכתבות. יש לזכור שבעצם הסטודנטים יטענו להפרת זכויות יוצרים שלהם בעבודה- אך הם בעצמם לקחו ממקור אחר - כלומר הם בעצמם לקחו יצירה בלי שהיתה להם זכויות יוצרים. כפי שאכן באינטרנט קורה. נכון שאין הם יואשמו בהפרת זכויות יוצרים כי זה יכנס למטרת לימוד ומחקר אך האם להם יש באמת זכות יוצרים בעבודותיהם? תלוי. העתקה שלמה של מקור אינה תחשב וזה מה שנדמה שמנסים למצוא באוניברסיטאות באמצעות התוכנה. אך אם יש רק ליקוט של מאמרים שונים ויצירה לעבודה חדשה על זה כן יש זכות יוצרים.  
יש לציין את ס' 52 בהצעת החוק - שבה רצו להכניס כי מי שמייצר חפץ שיעודו הפרת זכויות יוצרים יחשב מפר אך זה לא נכנס ויכול להביע על הסדר שלילי. המחוקק לא רצה להטיל אחרי זה על היצרנים. בנוסף לעניות דעתי השיקולים השונים שמשקול יעידו כי אין לקבל את התביעה: אין ספק כי ברצוננו לעודד את החקר והלימוד של הסטודנטים, את היצירתיות שבהם, שאם לא כל מטרת ההגנה על קניין רוחני- כדי לדרבן יצירה תפגע וכך לא יוצר מחקר אקדמאי ראוי. אך מצד שני, על דיני הקניין הרוחני להתפתח עם הטכנולוגיה- בעידן האינטרנט היום, חלק מהמיומנות החשובה היא לא ללמוד חומר אלא לדעת לחפש אותו. דבר זה מתקיים על ידי עבודות התלמידים. גם אם לקחו מהאינטרנט. והאם יש שוני אם יקחו חומרים מאינציקלופדיה כמו פעם או ישר מהאינטרנט? נכון, שיש פה נגישות שמקלה עליהם אבל כך ניתן לשים דגש יותר על פיתוח מחשבה יצירתית של התלמידים וניתנת עבודות חשיבה ולא "הקאת מידע". שיקולים אלו לכאורה נוטים לקבל את התביעה, כי זו אינה הדרך בעיני, הדרך שנוקטים המורים, אך בעיני יש תחומים שאל למשפט להכנס אליהם וגם אם הוא סובר כי זו אינה הדרך החינוכית לדאוג שסטודנטים יבצעו את עבודתם, אין זה תפקיד ביהמ"ש ולכן לעניות דעתי התביעה תדחה.