

עו"ד מאיר גבאי

ספר לזכרו

עורכים

מיכל נבות

אהרן ברק

טל': 03-6835060, 03-5105060 ■ פקס: 03-6820642
אחד העם 20 תל-אביב ■ הירקון 67 בני ברק, 5120613


בורסי
הוצאה לאור
שול ספרי משפט

זכות יוצרים בתוכנה

נעמי אסיא*

המאמר נכתב לזכרו של עו"ד מאיר גבאי ז"ל, עמית יקר, שותף לעשייה ומשפטן מבריק.

נפגשתי לראשונה עם עו"ד מאיר גבאי ז"ל בוועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת ביולי 1988 בעת תיקון 5 לפקודת זכות יוצרים. תיקון אשר החל את הגנת זכות היוצרים ביצירה ספרותית על תוכנת מחשב. דרכינו הצטלבו בהמשך הדרך בנקודות ציון נוספות. אחת מהן, בכובעו של עו"ד גבאי ז"ל כיו"ר אלאי-האגודה הישראלית לזכויות יוצרים (ALAI – Association littéraire et artistique internationale) בניהול מפגשים ודיונים בכל הנוגע ליצירות וזכות היוצרים בהן. היה לי העונג והכבוד לעבוד לצד עו"ד גבאי ז"ל לאורך השנים, נוכחותו המשפטית והאישית תחסר לי.

במאמר תובא סקירה על זכות היוצרים בתוכנה וההתפתחות החקיקתית ופסיקתית בישראל במרוצת השנים ממעוף הציפור¹.

1. כללי

תחום התוכנה ודיני המחשבים ככלל מחייבים מתן הגדרות משפטיות למונחים המרכזיים בתחומים אלו. אולם, קצב ההתפתחות הטכנולוגית מהיר בהרבה מההתפתחויות המשפטיות והחקיקתיות. על כן, מתן הגדרות מדויקות וממצות הופך בעייתי נוכח השינויים הטכנולוגיים המהירים.

התחומים השונים בקניין הרוחני הנוגעים ישירות לתוכנה הם זכויות היוצרים, הפטנט וסימן המסחר. בנוסף, ניתן למנות את תחומי הסוד המסחרי והתחרות הבלתי

* נעמי אסיא, עורכת דין, מומחית בדיני מחשבים, קניין רוחני והיי טק. מחברת הספר דיני מחשבים ואינטרנט – הלכה למעשה ומייסדת משרד נעמי אסיא ושות' המתמחה בתחומים אלו; המחברת מודה לעו"ד ליהי אלימלך על עזרתה בכתיבת המאמר. תרגום לאנגלית של המאמר יופיע ב – David Bender, COMPUTER LAW (forthcoming)
¹ נעמי אסיא "דיני מחשבים ואינטרנט – הלכה למעשה" עדכון 13 (1987). המאמר הינו עדכון לפרק העוסק בזכות יוצרים בתוכנה. לעדכון 13 הנ"ל.

הוגנת, הזוכים להתפתחות גדולה במערב וגם בארץ בשנים האחרונות. כל אלה יחד מהווים הגנה מפני העתקה, חיקוי, ניצול בלתי מורשה של נשוא הזכות על ידי כל אדם או גוף אחר. לעיתים ההגנה הקניינית נכנסת לתמונה גם ביחסים בין הצדדים לעסקה בכסות של הגנה חוזית. אולם, בניגוד לזכויות קנייניות תוקפה של הזכות החוזית הינה רק כלפי הצדדים לחוזה ולא כלפי כולי עלמא. כך לדוגמא, כאשר בעל רישיון שימוש בתוכנה מפר את תנאי הרישיון, בעל זכות היוצרים בתוכנה זכאי לפיצוי לא רק על פי עילה חוזית (הפרת חוזה), כי אם גם מכוח עילה קניינית- השימוש בניגוד לתנאי הרישיון, או לאחר ביטולו, הפרת זכות יוצרים².

בנוסף להגנה המשפטית, מפתחת תעשיית המחשבים והתכנה אמצעי הגנה טכנולוגיים המגנים על התוכנה מפני שימוש בלתי מורשה. אמצעים כגון הצפנה, שיבוש עצמי, נעילה ועוד. אלא שאין די באמצעים אלו כדי למנוע את השימוש וההפצה הבלתי מורשה של תוכנה.

זכות היוצרים הינה זכות שהתפתחה במשפט המערבי כשמטרתה המקורית הייתה להעניק לאומנים הגנה על יצירותיהם האומנותיות ולהגן גם על היצירות עצמן מפני שימוש לרעה. עקב כך יוחדה הגנת זכות היוצרים לסוגים השונים של יצירות אומנותיות, כגון יצירות ספרותיות, מוסיקליות, דרמטיות וכו'.

עם ההתפתחות וההתקדמות הטכנולוגית והכלכלית המהירה הורחבה הגנת זכות היוצרים גם ליצירות בעלות אופי טכנולוגי – מסחרי ולא רק בעלות אופי אומנותי. הרחבה זו נעשתה על ידי הרחבת המונח "יצירה ספרותית" כך שיכלול גם יצירות כגון מפות, שרטוטים, טבלאות נתונים, תוכנת מחשב ועוד.

– מצב זה יצר לאקונות משפטיות. המענה להן ניתן בעיקר בפסיקה, שניסתה להתאים את עקרונות דיני זכויות היוצרים להגנה הנדרשת על יצירות בעלות אופי טכנולוגי-מסחרי.

ניתן היה לראות לאורך שנים כי הגישה המקובלת בעולם כהולמת ביותר את ההגנה על התוכנה הינה הגנת זכות היוצרים (בתנאים מסויימים ניתן לבקש גם את הגנת הפטנט). החלת זכות היוצרים על תוכנה העניקה מונופולין על מרכיבים רבים כמו דרך הביטוי והמראה של התוכנה. פתרון שנמצא בפסיקת בתי המשפט בעולם היה

² נעמי אסיא ומשה ש. גולדברג קניין רוחני בניהול פרויקטים של תוכנה לאור חוק זכות יוצרים החדש (2007). ראו: http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/ip/public/art_cccg.htm

על דרך צמצום מרחב ההגנה. לצד מגמת צמצום ההגנה, עלה החשש כי זכות היוצרים העניקה מסלול מהיר לקבלת מונופולין על תוכנה מבלי להדרש לתנאי החדשנות שבדיני הפטנטים (להבדיל מדרישת המקוריות שבדיני זכות היוצרים).

משירד, מסדר היום הפתרון של חקיקה ייחודית לתחום זה, לשיטתנו, ההגנה הנפוצה היא ההגנה הראויה כיום. כלומר, הגנת זכות היוצרים מעניקה הגנה על התוכנה בפני עצמה, ללא היותה חלק מתהליך או חלק מחומרה. פיתרון זה הינו גם הפיתרון שנבחר על ידי הקהילה האירופאית ומהווה את ההגנה העתידית על תוכנת מחשב שם (אם כי גם באירופה ניתן, בתנאים מסוימים, לרשום פטנט על תוכנה).

2. זכות היוצרים בארץ לפני חקיקת חוק זכות יוצרים החדש

עד לא מכבר, דיני זכויות היוצרים שחלו בישראל התבססו על חקיקה אנגלית עוד מימי המנדט הבריטי. חקיקה זו תוקנה מזמן לזמן במטרה לתת מענה להתחייבויות הבינלאומיות של ישראל, למצבים חדשים ולבעיות חדשות שהתעוררו – כגון התפתחות תחום השידורים לציבור, התפתחות טכנולוגיות ועוד.

החוקים שהסדירו את דיני זכויות היוצרים בארץ היו חוק זכויות יוצרים משנת 1911³ (להלן: החוק הישן) ופקודת זכות יוצרים משנת 1942⁴ (להלן: הפקודה), שכאמור שאבו את בסיס העקרונות בעיקר מה- Common Law.

בתחילת הדרך ההגנה על תוכנת מחשב ניתנה מכוח פסיקת בית המשפט הישראלי בלבד. לראשונה נקבע כי תוכנת מחשב הינה יצירה ספרותית המוגנת לפי חוק זכויות יוצרים בפסק דין בעניין אפל⁵ " ... אין עוד ספק שרשימת היצירות הנוכרת בחוק הנ"ל, איננה כוללת את כל היצירות שניתן להחילו עליהן ולהסתמך עליו לגביהן ולהעניק להן הגנה על-פיו. רשימה זו אינה סגורה, וההגדרות שבו אינן ממצות והן בבחינת דוגמאות אשר ניתן להוסיף עליהן כהנה וכהנה. זאת אנו למדים מהמילה "כוללת" שהמחוקק בחר בה והעמידה בראש ההגדרות שבחוק." באותו פסק דין קבע

³ חוק בריטי במקורו, פורסם חא"י ג' 2633, תוקן ס"ח 118; ס"ח 251.

⁴ פורסמה חא"י כרך א' עמ' 364, תוקנה ס"ח 118; ס"ח 525; ס"ח 633; ס"ח 1029; ס"ח 1260.

⁵ ת"א (ת"א) 3021/83 Apple Computer Inc נ' ניו-קוב טכנולוגיות בע"מ, פ"מ תשמ"ז (1) 397, פסק דינו של כבוד השופט חג' יחיא (1984) (להלן עניין אפל).

בית המשפט לעניין תוכנת המחשב כי: "תוכנת מחשב שהיא פרי רוחו של האדם היוצר וכותב אותה, הינה יצירה ספרותית כמשמעותה בהגדרות החוק, בהיותה ממלאת אחרי התכונות והקריטריונים של יצירה ספרותית, וכי תוכנת מחשב הן ב- Source Code והן ב- Object Code, - בין שהיא כתובה ומודפסת בתקליטונים ובין שהיא אגורה ב-Rom, הינה יצירה ספרותית מוגנת עפ"י החוק"⁶ [כך במקום-ג.א.].

תיקון 7⁵ לפקודה מיום 26.7.88 קבע כי תוכנת מחשב הינה יצירה ספרותית כמשמעותה בחוק. בכך למעשה אישרר בדיעבד המחוקק את פסיקת בית המשפט. תיקון זה אף גרם לחידוש הסנקציה, המפר זכות יוצרים בתוכנה צפוי למאסר של עד שלוש שנים ו/או קנס כספי גבוה.

בהמשך הוכרה תוכנת המחשב בין שהיא תכנית מקור ובין שהיא קוד יעד⁸.

על אף שהחוק הכיר במונחים "תכנית מקור" ו"קוד יעד" כשפות מחשב נפרדות, קבע בית המשפט כי האחת היא הנגזרת של השנייה וכאלה מדובר בזכות יוצרים אחת. קוד היעד הוא למעשה תרגום מדוייק של קוד המקור (תכנית מקור) לשפה הקריאה על ידי המחשב. קרי, ללא קוד היעד אין לקוד המקור שימוש. "לתוכנת מחשב שלושה שלבי פיתוח: התכנון, האפיון וכתובת הקוד. ההגנה המועננת לתוכנת מחשב במסגרת זכות יוצרים אינה מצטמצמת רק לתוכנה המוגמרת. הגנה זו ניתנת גם לחלקי התוכנה שאינם באים לידי ביטוי בקוד הכתוב. גם שלבי פיתוח שאינם מילוליים – תכנון התוכנה ואפיונה – זכאים להגנת זכות יוצרים, אם כי ההגנה ניתנת לתוכנה על כל שלביה ולא לכל שלב בנפרד"⁹. בית המשפט העליון בעניין אשרז חוזר על אשר נפסק בפרשת אחיטוב:¹⁰

"התוכנה בשפת המקור איננה ניתנת להפעלה בידי המחשב. תנאי להפעלתה הוא הפיכתה של שפת המקור לשפת יעד שאותה המחשב "קורא" ו-"מבצע". לפיכך, אין מדובר ביצירות שונות המקנות זכויות

⁶ שם, בעמ' 405.

⁷ ס"ח 1261.

⁸ חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפס), התש"ס-1999. ס"ח 1721 (התיקון נכנס לתוקפו ב-1.1.2000).

⁹ ע"א 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נו(5) 255, 257 לפסק דינה של כבוד השופטת שטרסברג-כהן (2003) (להלן: עניין אשרז).

¹⁰ ע"א 139/89 אחיטוב נ' הרפז, פ"ד מד (4) 1990(16) . (להלן: עניין אחיטוב)

ש ונות, אלא בשני פנים לאותה יצירה. שפת היעד אינה אלא שיקוף מלא ומדויק של שפת המקור ושניהם מציגים את אותה תוכנת מחשב... הגנת זכות יוצרים מוענקת לתוכנת המחשב הן בשפת המקור הן בשפת היעד, אבל היא איננה מוענקת לכל אחת משפות המחשב בנפרד אלא לתוכנה עצמה בכל אחת משתי שפות אלה".¹¹

3. חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק החדש)

לצורך חקיקת החוק החדש מונתה ב-1988 ועדת מומחים בראשותו של גבאי ז"ל שנקראה: "הועדה לענין חוק זכויות יוצרים חדש". הועדה הגישה מסקנותיה ב-1998, והיא מהווה ציון דרך בחקיקת החוק החדש.

במרוצת השנים ניתן להבחין במגמת הרחבה של הגדרת תוכנת מחשב במסגרת חוקי זכויות יוצרים והפסיקה. חוק זכות יוצרים החדש גם הוא הרחיב את הגדרתה של תוכנת המחשב תוך ניסיון שלא להגביל את ההגדרה לשינויים טכנולוגיים עתידיים וקבע כי "תוכנת מחשב" – תוכנת מחשב בכל צורה שבה היא מבוטאת".¹²

זכות היוצרים בתוכנת מחשב משתרעת הן על כל אחד משלבי הפיתוח והן על היצירה המוגמרת עצמה. זכות יוצרים לגבי תוכנת מחשב משתרעת מעבר לקוד המילולי של התוכנה ומוענקת גם לצורה (Artwork), למבנה (Structure) ולהזנת המשתמש (User Input), לסדר (Sequence) ולארגון (Organization) של התוכנה.¹³

¹¹ עניין אשרז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 280-281.

¹² הגדרת המחוקק בעייתית במעט שכן עושה הוא שימוש חוזר במונח אותו הוא מבקש להגדיר, "תוכנת מחשב". בניסיון להגדיר "תוכנת מחשב" עלול בית המשפט להזקק להגדרה המצומצמת של המונח "תוכנה" מחוק המחשבים. שם ישנה הגבלה לתוכנה המובעת לשפה הקריאה על ידי מחשב. הגדרה שמרוקנת מתוכן את הגנת זכות היוצרים על קוד המקור (תוכנית מקור) והיותה נגזרת של קוד היעד. ראו מיכל שור-עופרי, *הגנת תוכנת מחשב*, ביוצרים זכויות-קריאות בחוק זכות יוצרים 495-496 (מיכאל דן בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

¹³ עניין אחיטוב, לעיל ה"ש 10.

אם כך זכות היוצרים משתרעת על היצירה המוגמרת, ההליך, הביטוי, סוגי הקודים השונים, ואינה תלויה במדיום עליו מאוחסנת התוכנה.¹⁴
זכות יוצרים קימת בארץ בכל יצירה מקורית ספרותית, דרמטית, מוסיקלית, או אמנותית ובתנאי ש¹⁵:

(1) היצירה פורסמה לראשונה בישראל;

(2) בעת יצירתה של היצירה היה יוצרה אזרח ישראלי, או שמקום מגוריו הרגיל היה בישראל, וזאת בין שהיצירה פורסמה ובין שלא פורסמה.

כאן אולי המקום לציין, שהחוק החדש כמעט שאינו מתייחס להתפתחויות הטכנולוגיות פרי העשור האחרון, אין הוא מספק פתרונות יעודיים לסוגיות עכשוויות כמו פתרון כולל ומשביע רצון לסוגיית שיתוף קבצים, חנויות תוכן מקוונות, טלוויזיה אינטראקטיבית, מוסיקה סלולארית, אחריות ספקי רשת להפרת זכויות יוצרים, גיהול זכויות דיגיטאלי (DRM), הגנות טכנולוגיות בפני העתקה וכדומה. ניתן אולי להתנחם בתקווה שבתי המשפט, אשר השכילו להפיק מחוק 1911 פתרונות יצירתיים שמתאימים לרוח הזמן, ימשיכו לעשות כן גם עתה.

3.1 היווצרות הזכות

“זכות היוצרים בתוכנה נוצרת עם כתיבתה, ולכן על מנת שזכות זו תיווצר – אין צורך לרשום אותה במרשם רשמי (כמו מרשם הפטנטים). יחד עם זאת, בהליכים משפטיים רבים בקשר לתוכנות, על בעל התוכנה להוכיח כי הוא כתב את התוכנה ומתי נכתבה. חשוב מאד, איפוא, להציג תיעוד מהימן לגבי הנתונים הללו¹⁶. למרות שלמרשם זכויות היוצרים בארה"ב אין בישראל מעמד משפטי מחייב, הדרך הטובה לתיעוד הינה באמצעות רישום הזכות שם. הרישום בארצות הברית מקבל משקל ראייתי בלבד בבתי

¹⁴ זאת ניתן ללמוד אף מפס"ד שקדם לחוק בעניין אפל, לעיל ה"ש 5.

¹⁵ סע' 8 לחוק החדש (הסעיף דומה לרוח הדברים שנקבעו בחוק הישן ובפקודה). ראו חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 2119. (להלן: החוק החדש).

¹⁶ אסיא וגולדברג, לעיל ה"ש 2.

המשפט בארץ. הרישום הינו זול, קל, קצר, ברור ואינו כרוך בהליך בחינה (כמו במקרה של הגשת בקשת פטנט)¹⁷.

3.2 דרישת המקוריות

תנאי לקיום זכות היוצרים הינה פשוטה ומינימאלית: על היצירה להיות מקורית, במובן היותה פרי יצירתו של המחבר עצמו. לא נדרש כל ערך אובייקטיבי ליצירה, "אין היצירה צריכה להיות ביטוי של מחשבה או אמצאה מקורית. כל שנדרש הוא, שהיצירה לא תהיה מועתקת מיצירה אחרת, אלא שמקורה יהיה ביוצרה, במחברה"¹⁸. וכפי שמסביר ד"ר זליגסון בספרו "...החוק אינו דורש אפילו שביטוי זה יהיה מקורי וחדש, אלא רק שהיצירה לא תהא מועתקת מיצירה אחרת ושתהא פרי יצירתו של מחברה."¹⁹

בפסק דין קימרון נ' שנקס הדן בקיום זכות יוצרים באחת מהמגילות הגנוזות קבעה השופטת דורנר כי קיימת זכות יוצרים גם על איסוף ועריכה של חומר מועתק ובלבד שהיא מקורית. לעומת זאת נקבע כי העתקה בלבד, גם אם הושקע בה מאמץ רב, אינה מוגנת בזכות יוצרים²⁰.

3.3 בעל הזכות וסיחורה

מחבר היצירה הינו הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה, כך גם הדין ביצירה מוזמנת²¹. החריג לכלל הוא ביצירה שנוצרה בידי עובד²² כי אז המעביד הינו בעלי היצירה שנוצרה לצורך עבודתו ובמהלכה (אלא אם כן הוסכם אחרת).

¹⁷ אף בוטלה הדרישה בדבר רישום הודעת זכויות יוצרים ליצירות שפורסמו לאחר 1.3.89. אם כי עדין מומלץ לפרסם הודעת זכויות זו.

¹⁸ ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד, מ(340)3(1985).

¹⁹ ארנסט חיים זליגסון, יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים 63. (1963).

²⁰ ת"א (י-ם) 41/92 אלישע קימרון נ' הרשל שנקס, פ"מ (תשנ"ג) (3)10, 1993. בקביעה זו אימצה כבוד השופטת דורנר את הלכת Feist, של ביהמ"ש העליון האמריקאי.

²¹ סע' 35(א) לחוק החדש. סעיף 19 (5) לחוק הישן קבע כי "...היה המחבר עובד אצל אדם אחר על פי חוזה שרות... והיצירה נעשתה תוך כדי עבודתו אצל אותו אדם, הרי, אם אין הסכם הקובע את ההיפך, יהא האדם שהעביד את המחבר הבעל הראשון של זכות היוצרים..."

לבעל הזכות ניתנת הזכות לסחור ולהעניק רישיון שימוש בזכות היוצרים שבבעלותו²³. לעניין זה יש להבחין בין העברה מלאה של הבעלות בזכות על כל היקפיה (Assignment), לבין הרשאת השימוש בזכות-הענקת רישיון (License), שהיא מתן הרשאה לעשיית פעולות מוגבלות (כגון שימוש, פרסום, תרגום וכו') בעוד שהבעלות בזכות נותרת בידי בעליו הראשוניים. העברת הבעלות או מתן רישיון ייחודי לשימוש ביצירה טעונים מסמך בכתב²⁴.

בעניין אשרז²⁵ נקבע כי מתן שרות בתוכנה אינו מהווה חלק מזכות היוצרים וכי יש לאפשר למשתמשים לקבל שרות גם מגורמים אחרים. זכות היוצרים הינה זכות קניינית וככזו ניתן לסיחור בה כבכל זכות קניינית אחרת.

האם איסור יבוא מקביל של מוצרי תוכנה הינו חלק מזכות היוצרים של בעלי התוכנה? בתביעה שהתנהלה כנגד חברת מיקרוסופט על ששלחה מכתבי אזהרה למשתמשי קצה של חברה שייבאה ביבוא מקביל מתוצרתה²⁶ נקבע כי מאחר והיקף סוגיית היבוא המקביל עדיין לא הובהרה באופן ראוי ומפורט ע"י המשפט בישראל אין מקום להדריך לקוחות, אפילו ע"י חוות דעת של משפטים, שהיבוא במקביל מהווה הפרה של זכות כלשהי. יחד עם זאת, נמנע בית המשפט מלתת סעד הצהרתי לחברה האומר שהיבוא במקביל מותר, שאלה זו נשארה ב"צריך עיון".

3.4 זכות יוצרים מהי?

הבעלות בזכות מעניקה מונופולין ליוצר היצירה או לבעל הזכות לתקופה מוגבלת לעשות ביצירה או בחלק מהותי ממנה פעולות שונות המפורטות בחוק²⁷:

²² סע' 34 לחוק החדש.

²³ סע' 37 לחוק החדש.

²⁴ סע' 37 (ג) לחוק החדש. זאת להבדיל מסע' 5(2) לחוק הישן שאיפשר התקשרות מכללא בכל הקשור להענקת רישיון שימוש. דרישת הכתב היוותה דרישה ראייתית בלבד (ע"א 414/84 רחל ברים נ' מגדלור מרכז לתאורה מודרנית בע"מ, פ"ד לט (3) 109 (1985)).

²⁵ עניין אשרז, לעיל ה"ש 9, בעמ' 283.

²⁶ ת"א 2514/05 (בש"א 24759/05) אי. איי. א.מ. טכנולוגיות מחשוב בע"מ נ' Microsoft Corporation ואח', פורסם בנבו (2005).

²⁷ סע' 11 לחוק החדש.

1. העתקה²⁸ - יצירת עותק בכל צורה מוחשית לרבות העתקה ארעית²⁹, אחסון היצירה בכל אמצעי אלקטרוני או אמצעי טכנולוגי. העתקה יכול שתהיה העתקה מלאה (Copy-Paste) או העתקה חלקית של עיקרי קוד המקור של התוכנה. בהפרה, העתקה נקבעת בהתאם למהותה להבדיל מכמותה.
2. פרסום - הזכות לפרסם את היצירה טרם פרסומה.
3. ביצוע פומבי³⁰ - הצגת היצירה בפומבי אם במישרין או בדרך אחרת.
4. שידור³¹ - העברה קווית או אלחוטית של היצירה לציבור.
5. העמדת היצירה לרשות הציבור³² - עשיית פעולה ביצירה כך שלאנשים תהיה גישה ליצירה ממקום ובמועד לפי בחירתם. מדברי ההסבר לחוק החדש ניתן ללמוד כי זכות זו ניתנת לבעל הזכות ולו בלבד בכל פעם שיצירתו עומדת לרשות הציבור. קרי, לא תינתן הגנה למי שהעלה את היצירה לאינטרנט לאחר שבעל הזכות העמידה לראשונה לרשות הציבור.
6. עשיית יצירה נגזרת³³ - עשיית יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת.
7. השכרה³⁴ - לעניין השכרת תוכנת מחשב, אם מדובר בעותק פיזי או בחלק בלתי נפרד מחפץ אחר שהוא המושכר העיקרי.

28 סע' 12 לחוק החדש.

29 סע' 26 לחוק הישן הגדיר בהרחבה העתקה ארעית. על מנת לצפות במידע באתרי אינטרנט יש צורך בשמירת הקבצים על גבי מחשב המשתמש (תכלית תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו-2005). הכשרת עשיית עותק ארעי נועדה לאפשר את קיומו הטכנולוגי של האינטרנט, זאת בכפוף לתנאי סע' 24 ולסע' 26 לחוק החדש וכל עוד שאין לעותק ערך כלכלי.

30 סע' 13 לחוק החדש.

31 סע' 14 לחוק החדש.

32 סע' 15 לחוק החדש - מתייחסים בעיקר לנושא האינטרנט, באופן שמרגע שיצירה מפורסמת באינטרנט, יכול כל אדם לגשת ליצירה זו ולהעתיקה אל מחשב אחר.

33 סע' 16 לחוק החדש.

34 סע' 17 לחוק החדש.

הסעיפים העוסקים בביצוע פומבי, שידור והעמדה לרשות הציבור הינם הרחבה של הזכות הקניינית-כלכלית שיש לבעל הזכות ביצירה. למעשה, מספקים מענה להגנה על זכויות יוצרים בכל הקשור לתוכנת מחשב והגישה אליה באמצעות האינטרנט. סעיף 26 הינו סעיף ספציפי הון בהעתקה זמנית (ארעית) תוך שימוש דיגיטלי חוקי הנעשה ביצירה באינטרנט.

3.5 הזכות המוסרית

זכויות הקניין הרוחני ביצירה נחלקות לשתיים. האחת, הזכות החומרית – כלכלית. השנייה, הזכות המוסרית – האישית, רוחנית. שתי זכויות אלה יחד הן זכות היוצרים.

הזכות המוסרית הינה זכות אישית הניתנת ליוצר למשך כל תקופת זכות היוצרים ביצירה. דהיינו, שבעים שנה לאחר מות היוצר. הזכות המוסרית אינה זכות הניתנת לסחור כמו זכות היוצרים (הזכות החומרית). אולם, בנסיבות מסוימות ניתן "לוותר" עליה.

בקצרה אסביר כי הזכות המוסרית נחלקת לשני פנים. האחד, היא זכות האבהות, זכותו של היוצר כי שמו ייקרא על יצירתו (בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין), השני, כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי וכן כי לא תעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר.

סעיף 45(א) לחוק החדש מחריג את יוצריה של תוכנת המחשב מהגנת הזכות המוסרית. זאת בניגוד להוראות החוק הישן.

4. הפרת זכויות יוצרים – העתקה

מבחן ההפרה בגין העתקת תוכנה הינו מבחן מהותי הנבחן לצד מכלול הנסיבות. בית המשפט העליון קבע כי "... ייתכן שבדיקה השוואתית של אחוזי השינוי מהבחינה הכמותית, יש בה משום אינדיקציה מסוימת לגבי היקף השינוי המהותי בין המוצרים, אולם בכך כאמור לא די. הבדיקה צריכה להיות מהותית, וזהו אף השינוי הנדרש.... אין מדובר בנוסחה מתמטית שבה אחוז השינוי – מכתוב את התוצאה. גם הוכחה כי השינוי הקיים אינו עולה על 15% מהמוצר המקורי, אין די בה כדי לבסס טענת העתקה.... תהליך בדיקת ההעתקה אינו תהליך מכני או טכני. עיקרה של הבדיקה הוא מהותי, ממשי ואיכותי. כאשר נקודת הכובד והגרעין המרכזי שביצירה, הועתקו – אין

משמעות לכך ש-90% מחלקיה הנותרים הינם מקוריים, כך גם להפך. עצם העובדה כי המוצרים נראים על פניהם זהים, אין בה כדי להכריע האם בהעתקה עסקינן³⁵ לעומת המבחן המהותי, המבחן הכמותי הוא המחוקק את ראיות התביעה לטענת ההפרה. לא זו בלבד, אלא נפסק לא אחת כי הוספת שינויים ליצירה המפרה אינם מעלים ואינם מורידים לעניין שאלת ההעתקה. זאת אף אם יש מקוריות בשינויים³⁶.

כאשר מדובר ביצירות הדורשות מומחיות מיוחדת, נוטים בתי המשפט להיזקק לעדות מומחה. עדות המומחה אינה באה כדי לקבוע את הקריטריונים להוכחת העתקה אלא באה לתת בידי בית המשפט את הכלים לקביעת הדמיון בין התוכנות, השינויים וההתאמות שבוצעו בתוכנה. קרי, בפני המומחה עומדת שאלה שבעובדה ובמומחיותו המקצועית.

פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון בנושא הגנה על תוכנת מחשב והליך התהוותה הינו פסק הדין בעניין אחיטוב³⁷. בפסק הדין דן בית המשפט העליון באופיה של הגנת זכות היוצרים על תוכנת מחשב תוך שהוא מאמץ את הגישה בפסיקה האמריקאית, הידועה כהלכת Whelan³⁸. נקבע כי זכות היוצרים בתוכנת מחשב משתרעת על כל אחד משלבי הפיתוח. דהיינו, החל משלב הגדרת הדרישות, שלב התכנון, שלב עיצוב התוכנה, שלב התכנות וכלה ביצירה המוגמרת עצמה. שלב הגדרת הדרישות ושלב התכנון אינם בגדר רעיון גרידא, אלו הם השלבים בהם מושקעת מרבית היצירתיות והמקוריות ועל כן הינם שלבים חיוניים להליך היצירה. ככאלה נהנים שלבים אלו מהגנת זכות היוצרים. כל השלבים יחד הינם יצירה אחת מוגמרת ומוגנת. אולם ההגנה אינה ניתנת בנפרד לכל שלב ביצירה. עוד נקבע כי "בתוכנת מחשב, בשל האפשרויות הטמונות בשלבי התכנות, ניתן להעתיק שלבים קודמים בפיתוח התוכנה מבלי שהדבר יראה למראית עין ראשונית בתצוגה ויזואלית על מסך המחשב...." על

35 ע"א 9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נגד מילטל תקשורת בע"מ ואח', פורסם בנבו (2006).

36 ע"א 8117/03 איתן ענבר נ' ד"ר אסף יעקב, פורסם בנבו (2006).

37 ת"א 1311/85 עופר אחיטוב ואח' נ' ישראל הרפז ואח', פ"מ התשמ"ט (ג) 177. והערעור על פסק מחוזי זה ראו עניין אחיטוב, לעיל ה"ש 10.

38 Whelan Associates V. Jaslow Dental Laboratory Inc. 919780 FSR1. בפסק דין זה נקבע כי החלקים המהותיים לתפקוד תוכנה ספיציפית לתחום מסויים הינם בגדר רעיון. חלקים אלו נבדלים מהחלקים האחרים הנדרשים להגשת הרעיון ועל כן הינם בגדר הבעה. ההבעה ניתן לכתובת בדרכים וצורות שונות שלא כמו הרעיון.

כן... "כאשר קיים דמיון מובהק בארגון, בסדר ובמבנה של תוכנת מחשב אחת לרעותה, תהא זו הפרה של החלק הממשי והמהותי ביצירה אף אם התצוגה האודיו ויזואלית של התוכנה שונה."

ד"ר פרזנטי בספרה³⁹ מגיעה למסקנה כי "מקום שרעיון מתמזג עם ההבעה לא תינתן הגנה, אולם אם ניתן להפריד בין החלקים באופן, שאותו רעיון ניתן להבעה במספר אופנים תיראו התוצאה כהבעה של הרעיון והיא תהיה מוגנת" [כך במקור-ג.א.].

פלט מעוצב הבא לידי ביטוי תוכנה נהנה גם הוא מהגנת זכות היוצרים. במסגרת בקשה לצו מניעה זמני קבע בית המשפט⁴⁰ כי טפסים של חשבוניות שפותחו ועוצבו על ידי המבקשת לצורך התוכנה שפותחה, גם הם כמו התוכנה נהנים מהגנת חוק זכות יוצרים: "אכן הטופס הוא תוצאה של צרכי התוכנה שפיתחה המבקשת, אך אין בכך כדי לגרוע מהיותו יצירה ספרותית עצמאית, בנפרד מהתכנה. התכנה הכתיבה, אולי, את מיקום החללים הריקים שבטופס, על-מנת שניתן יהיה להכניס בהם נתונים בעזרת התכנה, אך ללא הכתוב והעיצוב של הכתוב בטופס, לא היתה כל משמעות לאותם חללים... הטופס הוא, איפוא, יצירה ספרותית מקורית לענין החוק."

התוכנה הכתיבה אולי את מיקום החללים הריקים שבטופס על מנת שניתן יהיה להכניס בהם נתונים בעזרת התוכנה, אך ללא הכתוב והעיצוב של הכתוב בטופס, לא הייתה כל משמעות לאותם חללים... הטופס הוא אפוא יצירה ספרותית מקורית לענין החוק."

בפסק דין אחר⁴¹ נדונה שאלת הדמיון בין שתי תוכנות המיועדות לניהול תיקי הוצאה לפועל, וכן האם מקור דמיון זה הוא בדמיון ברעיונות בלבד או גם דמיון בדרך יישומם. השופט לויט חזר על הלכת אחיטוב הנ"ל והוסיף "השאלה אם תוכנה אחת דומה לרעותה, היא שאלה שבעובדה. יש להשוות את רכיבי התוכנות זו לזו בכל אחד משלבי הפיתוח של התוכנה וכן את התוכנות הסופיות. הואיל וחלק משמעותי משלבי הפיתוח הוא ענין שבמומחיות, רשאי בית המשפט להעזר בחוות דעת של מומחה לענין

³⁹ שרה פרזנטי, דיני זכויות יוצרים כרך א, 588 (2008).

⁴⁰ ת.א. (ת"א) 1127/87 המ (ת"א) 4648/87 ק.ס. בע"מ נ' אופק מוצרי ניר ירושלים בע"מ, פ"מ תשמ"ח (1) 455 (1987).

⁴¹ ת.א. (ת"א) 598/92 המ' 4763/92, גולן מיכאל מוצרי תוכנה בע"מ ואח' נ' יודפת תוכנה ועיבוד נתונים בע"מ ואח', תק-מח (2) 638 (1993).

זה. המומחית שמונתה קבעה כי תוכנה אחת שוכתבה מרעותה, כלומר התוכנות היו ממקור ואפיון משותפים אך הכתיבה הטכנית הייתה שונה. בהחלטתו ניתח השופט את סיבות הדמיון בין התוכנות, תוך התייחסות לכך כי התוכנות נועדו לאותו קהל משתמשים, ולביצוע מטרת זהות, אשר מוכתבות על ידי דרישות חוק ההוצאה לפועל. השופט קבע כי נעשה שימוש במרכיבים מסוימים בשלב עיצוב ותכנון התוכנה שאינם נובעים מדרישות חיצוניות אלו, וכי הונחה תשתית ראייתית לכאורה כי הנתבעים הפרו את זכות היוצרים של התובעים. הוענק צו מניעה זמני האוסר על כל שימוש בתוכנה. יחד עם זאת, איפשר השופט לנתבעים לבצע שינויים בתוכנה כך שהקטעים בהם היה דמיון מהותי בין התוכנות נכתבו מחדש או נמחקו.

העמדת עותקים פרוצים של התכנה לשימוש גולשי אתר אינטרנט מהווה הפרת זכות יוצרים במידה ונעשית שלא בהתאם לתנאי רשיון השימוש בתוכנה. במקרים אלו מקובל על המשתמשים באינטרנט להזקק ל"נוהל הודעה והסרה". בהתאם לנוהל "מנהלי אתר אינטרנט לא ישאו באחריות לעוולה שבוצעה בפורומים על ידי הגולשים, כאשר ברגע שנעשתה פנייה ישירה אליהם בנוגע לחומר החשוד כמפר זכות כלשהיא, הם הסירו אותו תוך זמן סביר מקבלת ההודעה על כך"⁴². הנוהל טרם זכה להכרה משפטית בארץ, אם מכוח חוק ואם מכוח פסיקה⁴³. אולם, בפסק דין א.ל.י.ס⁴⁴ נקבע חריג לנוהל בכל הקשור לעידוד הצבת קישורים מפרים על ידי מנהל האתר. חריג זה מתקשר באופן ישיר לדוקטרינת ההפרה התורמת שנדון לאחרונה בפסיקה.

4.1 הפרה תורמת

בפסק דין⁴⁵ שניתן לאחרונה הכיר בית המשפט העליון בדוקטרינת ההפרה התורמת באופן המוגבל למקרים חריגים בלבד. הפרה תורמת בהקשר של זכות יוצרים מתייחסת למצב בו גם מי שאינו מפר באופן ישיר זכות יוצרים עלול להמצא אחראי לה לאור התנהגותו ומעורבותו בנסיבות המקרה. מדובר לרוב בנסיבות בהן א' מאפשר ומתיר

⁴² ת.א. 64045/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל, פורסם בנבו (2007).

⁴³ ת.א. 1559/05 חמדה גלעד נ' נטוויז'ן בע"מ, פורסם בנבו (2009).

⁴⁴ ת"א (מרכז) 567-08-09 א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ' רוטרנט בע"מ ואח', פורסם בנבו (2011), (להלן עניין רוטר).

⁴⁵ ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ ואח', פורסם בנבו (2011).

את פעילותו המפרה של ב' או מסייע לה. עד לאחרונה לא הוכרה ההפרה התורמת במשפט הישראלי ועל כן יצא המפר התורם (א') נקי כפיים בעוד שהמפר הישיר (ב') נשא במלוא העונש. משמעות ההכרה בהפרה תורמת הינה הרחבת מעגל האחריות במקרים של הפרת זכות יוצרים ומאידך הרחבת ההגנה על היצירה והיוצר.

מתוך הרצון שלא לאפשר לגורם ביניים לספק תמריץ להפרה נקבע כי "הכרה בהפרה תורמת אינה מביאה להטלת אחריות על המפר הישיר, כדוגמת המשתמש הביתי ש"מוריד" יצירה מוגנת למחשב הפרטי שלו, לצרכיו האישיים. אלא, הפרה תורמת משמעותה הכרה דווקא באחריותם של גורמים "אחרים" בשרשרת, שאינם משתמשים ביצירה לצרכיהם הפרטיים, ושמיילא האינטרס בהגנה עליהם הוא פחות."

דוקטרינת ההפרה התורמת תתקיים, אם כך, בתנאים מוגבלים ובמקרים חריגים בלבד כדי למזער את הפגיעה במשתמשים ובמרחב הציבורי ככל שניתן. "...נמצא כי נוכח השאיפה להטיל אחריות תורמת אך במקום בו אכן נדרש הדבר לצורך אכיפה אפקטיבית, ומתוך ניסיון למזער את הפגיעה בציבור המשתמשים – יהיה גורם-הביניים אחראי כמפר-תורם רק מקום בו ידע באופן ממשי וקונקרטי על ביצוע הפרת זכות יוצרים שהתרחשה בפועל, ותרם באופן משמעותי וניכר לביצועה..." לצורך כך, נקבע בעניין האוניברסיטה העברית⁴⁶ כי יש לבחון את קיומם של שלושה תנאים, אשר רק בהתקיימם במצטבר ניתן להכיר בהפרה תורמת של זכות יוצרים. התנאי האחד הוא קיומה בפועל של הפרה ישירה; התנאי השני, ידיעתו של המפר-התורם על ההפרה הישירה שבוצעה; התנאי השלישי, הוא קיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה. פסק דין בעניין רוטר⁴⁷ נקבעו שני חריגים לתנאי השני בכל הקשור לאחריות בעל אתר אינטרנט לקישור מפר בפורום המתנהלת באתר. החריג הראשון, הינו "חריג העידוד", בעל האתר עודד הצבת קישורים מפרים בפורום. החריג השני, הינו "הפורום הפסול", הפורום מוקדש להעלאת תכנים מפרים. במקרים אלו יש לייחס לבעל האתר מודעות גם אם לא גרם בהתנהגותו באופן אקטיבי את העלאת התכנים המפרים⁴⁸.

⁴⁶ ש.ם.

⁴⁷ עניין רוטר, לעיל ה"ש 44.

⁴⁸ ת"א 10695-09-09 Nav N Go kft ואח' נ' גולצמן ואח', פורסם בנוב (2011).

ניתן לומר כי החוק הישן הכיר בהפרה התורמת באופן מוגבל⁴⁹ וכי בחוק החדש קיימת הוראה דומה בסעיף 49 וסעיף 47.

4.2 העתק תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה⁵⁰

התרת העתקה של תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה, מכוח סעיף 24 לחוק החדש, הינה ניסיון לאזן בין האינטרס של המשתמש הרוכש עותק של התוכנה ומעוניין להפיק ממנו את מירב התועלת מבלי להיות תלוי בחסדי היצרן. ומאידך להגן על אינטרס הכלכלי של יצרניות התוכנה כך שיעשה שימוש ראוי בפרי יצירתן.

הזכות המעוגנת בסעיף 24 מוענקה למחזיק⁵¹ עותק חוקי ביצירה. הסעיף הביא איתו חידוש להגנה על תוכנת מחשב⁵². מטרתו לאפשר שימוש יעיל בתוכנות מוגנות ולאפשר תהליכי עבודה שונים כגון ביצוע דקומפילציה, בכפוף לתנאים הקבועים בחוק. הסעיף מסייג את ההיתר כדי לשמור על האינטרסים הלגיטימיים של בעלי זכויות היוצרים בתכנה. החוק מתיר שימוש בעותק מהיצירה המוגנת למטרות תחזוקה, אחזקה, שימוש, אבטחת מידע, התאמת מערכת מחשב וכדומה למחזיק עותק מורשה ללא צורך בקבלת רשות נוספת מבעל הזכות, למעט מקרים בהם המידע הועבר לאדם אחר למטרה שונה מהמטרות האמורות או שימש ליצירת יצירה מפרה.

לאור זאת, עולות שתי שאלות, האחת, האם ניתן יהיה למנוע ברישיון שימוש בתוכנה הכנסת שינויים שנועדו לצורך שימוש בתוכנה. השנייה, שאף נגזרת מהראשונה, האם ניתן יהיה לבצע בתוכנה הנדסה חוזרת (Reverse Engineering), מתבצעת לרוב לצורך תאימות התוכנה המוגנת לצורכי המשתמש).

⁴⁹ סעי' 23(2) לחוק הישן, הדין הסוגיית השמעה פומבית של יצירה. הוראה זו מתייחסת בעיקר למצב בו בעל עסק כגון אולם ארועים מאפשר השמעה פומבית של יצירות מוגנות בלא הסכמתם של בעלי הזכויות ביצירות המושמעות. אחריותו של בעל אולם הארועים ע"פ הסעיף הקודם היתה כפופה לידיעה אודות ההפרה. על כך ראו מיכאל דן בירנהק, *לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים, טכנולוגיות של צדק*, משפט מדע וחברה 188 (2003).

⁵⁰ סעי' 24 לחוק החדש

⁵¹ להבדיל מבעל הזכות.

⁵² הסעיף מהווה פשרה המשלבת עקרונות משפטיים אירופאים, אמריקאים ועקרונות ממדינות אחרות בעולם הנחשבות מתקדמות חקיקתית. בחוק הישן נדרש המחזיק בעותק מורשה לקבלת הסכמה של בעל הזכות.

השאלה הראשונה טרם נדונה בפסיקה. אין הסעיף אוסר מפורשות התנייתה של הנדסה חוזרת ברישיון השימוש. על כן סביר כי יצרניות התוכנה יוסיפו תנייה האוסרת ביצוע הנדסה חוזרת בתוכנה. אולם, מלשון הסעיף עולה כי תנייה זו ברישיון השימוש בתוכנה לא תעמוד במבחן הפסיקה.

השאלה השנייה הינה שאלה פרשנית התלויה בשימוש שלשמו בוצעה הפעולה. שאלה זו מכוונת להיקף ההיתר המעוגן בסעיף 24.3(ג), לפיו מותר למשתמש בעותק חוקי של התוכנה לעשות בה שינויים לצורכי תאימות עם תוכנות אחרות. לרוב, לשם עריכת תאימות שכזו, יש צורך, בשלב הראשוני, לבצע הנדסה חוזרת של התוכנה המוגנת באמצעות דקומפילציה (decompilation) ולאחר קבלת קוד המקור, ניתן לערוך בו את השינויים הדרושים. יוצא אם כן, כי כדי לענות על השאלה השנייה נודק למענה על שאלות נוספות, למשל האם יכול בעל עותק חוקי של תוכנה לשנותה לצורכי תאימות עד כדי פגיעה באינטרס הכלכלי של יצרנית התוכנה? האם כתוצאה מהתאמת התוכנה תהפוך התוכנה "החדשה" ליצירה נגזרת⁵³? והאם התוכנה הנגזרת ה"חדשה" מפרה את זכות היוצרים בתוכנה המקורית⁵⁴? האם יכולים להיות מקרים בהם יהיה על בית המשפט לאזן בין זכות המשתמש לבצע שינויים לבין זכות בעל התוכנה למוניטין שרכש בה? נדמה כי התשובה ביחס להנדסה חוזרת של תוכנה לצורך התאמת התוכנה לתוכנת מחשב אחרת ולצורך זה בלבד וכחלק מכך חשיפת חלקים אחרים בתוכנה, הינה תלוית נסיבות ופרשנות.

המענה לשאלות אלה צריך שיהיה בחקיקה מוסדרת וברורה העונה על לאקונות אלו ועל דומותיהן.

ברקע הדברים אציין כי ביצוע הנדסה חוזרת בתוכנות מחשב, מותרת לפי דיני סודות מסחר לשם יצירה של תוכנה חדשה. מן הראוי לשקול החלת היתר זה גם בדיני זכות היוצרים. מעבר לעובדה שמדובר בשימוש הוגן (לאור הפסיקה בארה"ב), יש במידע זה כדי לקדם פיתוח מוצרי תוכנה תואמים ונלווים אשר רק יעצימו את מוצר התוכנה המקורי ויובילו להתקדמות טכנולוגית וכלכלית. מיותר לציין כי קביעה זו צריך שתעשה בתנאים הקוראים לאיזון בין האינטרס הציבורי לאינטרס של בעל הזכות.

⁵³ סע' 24 (ג) (3) מתיר זאת.

⁵⁴ סע' 24 (ד) (2).

4.3 החריגים

בנוסף לאמור לעיל, החוק עוסק בשימושים מותרים ביצירה ובשימושים אשר ניתן לבצעם ללא קבלת רשות מבעל זכות היוצרים וללא תשלום תמורה. במסגרת זו ניתן להזכיר את סעיף 24 לחוק, הקובע כי מי שמחזיק עותק מורשה של תוכנת מחשב רשאי להעתיקו לצורך גיבוי, תיקון שגיאות, והתאמה לתוכנה או מערכת מחשב אחרת.

4.3.1 שימוש הוגן

הפסיקה בארץ אימצה לחיקה ארבעה שיקולים לקביעת הוגנות השימוש ביצירה מהחוק האמריקאי. שיקולים אלו הוספו לחוק החדש⁵⁵ ובניהם: מטרת השימוש ואופיו, טבעה של היצירה המוגנת, היקף השימוש (מבחן משולש: איכותי, מהותי וכמותי) ביחס לכל היצירה המוגנת בשלמותה, השפעת השימוש על ערך היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

4.3.2 מפר תמים⁵⁶

מקום בו הופרה זכות יוצרים אולם המפר לא ידע או לא היה עליו לדעת כי קיימת זכות יוצרים ביצירה, לא יחוייב בתשלום פיצוי עקב ההפרה. מבחן הידיעה הינו נכון למועד ההפרה.

4.3.3 מוסדות חינוך

סעיף 29 לחוק עוסק בשימושים מותרים במוסדות חינוך. לעיתים נדרש מורה במסגרת ההוראה ולמטרות הוראה להעתיק קטע מיצירה או יצירה בשלמותה, או להכין מהם עותקים כדי לחלקם לתלמידים בזמן השיעור, אף לצרכי בחינה. סעיף זה קובע פעולות מותרות שאינן טעונות הסכמת בעלי זכויות היוצרים. סעיף דומה הוא 17(ב) שקובע כי אין בהשכרת יצירה לספרייה ציבורית או ספריית מוסד חינוך משום השכרה לצורכי

⁵⁵ סע' 19(ב) לחוק החדש

⁵⁶ סע' 58 לחוק החדש

מסחר⁵⁷. ככזאת, נגרעת היא מהזכויות הקנייניות-כלכליות המוענקות לבעל זכות היוצרים.

5. תרופות וסעדים

5.1 עוולה אזרחית

סעיף 52 לחוק החדש קובע כי הפרת זכות יוצרים הינה עוולה אזרחית, עליה יחולו הוראות פקודת הנזיקין. האופי הקנייני של זכות היוצרים לא נפגע כתוצאה מההפניה לפקודת הנזיקין, הקובעת כי כל נפגע או ניזוק יהא זכאי לתרופה מידי עושה העוולה או האחראי לה⁵⁸.

לבעל הזכות יש שני מסלולי פיצוי אפשריים לצד הסעדים הזמניים, דיני הקניין הרוחני המקבילים, דיני החוזים, עוולות מסחריות ודיני עשיית עושר. האחד, במסגרת סעיף 52 לחוק החדש המפנה לפקודת הנזיקין. השני, מסלול ללא הוכחת נזק מכוח סעיף 56 לחוק החדש. סעיף אחרון זה מאפשר לבית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק בשל כל הפרה בסכום שלא יעלה על 100,000 ₪. בית המשפט ראשי לשקול, בין השאר, את היקף ההפרה, משך הזמן שבו בוצעה ההפרה, חומרתה, הנזק הממשי שנגרם לבעל הזכות, הרווח שצמח למפר בשל ההפרה, מאפייני פעילותו של הנתבע, טיב היחסים שבין הנתבע לתובע ותום ליבו של הנתבע. לעניין סעיף 56 יראו הפרות המתבצעות במסכת אחת של מעשים כהפרה אחת.

בפסקי דין⁵⁹ שקדמו לחוק נקבע כי העתקה של תוכנה אחת מזכה את התובע בפיצוי אחד, ללא קשר למספר ההעתקות שבוצעו מאותה תוכנה. אולם, מספר ההעתקות ומניעיהן היוו שיקול בקביעת גובה הפיצוי. עוד נקבע כי גם העתקת מספר דיסקטים המהווים ביחד תוכנה אחת מהווה הפרת זכות יוצרים אחת.

⁵⁷ בכך עוגנה בחוק החדש ההלכה שנקבעה בע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 658 (2003).

⁵⁸ סע' 3 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) התשכ"ח-1968, ס"ח 101.

⁵⁹ ת"א. (נצ) 831/90 סאדר מחשבים בע"מ נ' אלקטו ואח', פ"מ (תשנ"ד) (1) 177, 1993. (ראו גם אסיא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 94, ת"א. (י-ם) 472/90 שור תעשיות תוכנה בע"מ נ' מלון שערי ירושלים בע"מ, פורסם בנבו (1992).

בניגוד לפקודת זכויות יוצרים (שקבעה פיצויים סטטוריים הכוללים מינימום ומקסימום הנעים בין 10,000 ₪ ל-20,000 ₪) החוק החדש לא קובע מינימום לפיצויים או במילים אחרות, החוק החדש קבע מינימום של 0 (אפס) ₪ ותקרת מקסימום עד 100,000 ₪ לפיצוי ולכן יתכן מצב תאורטי אבסורדי בו בית המשפט יקבע כי התקיימה הפרה של זכויות יוצרים אך לא יפסוק פיצויים סטטוריים מהשיקולים המנויים בסעיף.

בהיבט של דיני מחשבים סעיף זה יוצר קושי מסוים לתעשיית התוכנה, לצורכי חישוב פיצויים. כיום החוק מתייחס (לאור פסיקה) להפרה של יצירה כהפרה בודדת אחת ואינו מתייחס למספר העותקים המפרים שנוצרו כתוצאה ממנה. כך למשל יתכן מצב בו בית המשפט יפסוק כי העתקה בלתי חוקית של תוכנה מסוימת על גבי כ-100 מחשבים שונים בתוך ארגון הינה הפרה אחת, לצורכי חישוב פיצויים סטטוריים ללא הוכחת נזק. זהו מצב אבסורדי שכמובן יכול לגרום נזק כלכלי רב ליצרניות התוכנה. יחד עם זאת, במסכת מעשים ונסיבות מסוימות יכול שיפסוק כי כל אחת מההעתיקות הבלתי חוקיות מקימה עילה עצמאית.

5.2 סעדים זמניים

בית המשפט המוסמך להעניק צווי מניעה בתחום זכויות היוצרים הוא בית המשפט המחוזי. אולם, באם התביעה לפיצויים בלבד, אזי ניתן להגישה בבית משפט השלום בהתאם לסכום התביעה.

5.2.1 צו מניעה

צוי המניעה, כמו הסעדים הזמניים האחרים, מבקשים לסייע במימוש הזכויות המהותיות המוגנות בחוק ובשמירה על האינטרס האישי והקנייני של בעל הזכות. בית המשפט רשאי לפי שיקול דעתו לפסוק צו עשה, צו אל תעשה ולהכילו הן על הנתבע ישירות והן על הקשורים עסקית עימו. לצו המניעה הזמני היכולת לקבוע את גורל התיק. צו מניעה האוסר על הפצת תוכנה עד למתן פסק הדין בתביעה (הניתן בדרך כלל מספר שנים לאחר הגשת התביעה) חורץ למעשה את עתידה המסחרי של התוכנה נשואת התביעה. צו מניעה זמני האוסר על העתקה ו/או הפצת תוכנת מחשב בטענה של הפרת זכות יוצרים ניתן כיום בדרך שיגרה, בייחוד כשמדובר בחנויות המוכרות עותקי תוכנה בלתי חוקיים.

במניין השיקולים למתן צו מניעה, ישקול בית המשפט גם את משך הזמן שהמבקש השתהה ולא עשה כל שביכולתו כדי למנוע את ההפרה ולצמצם את הנזק שנגרם לו כתוצאה ממנה. במצב דברים זה יהיה בלתי צודק לצד שכנגד ליתן צו מניעה.

כוחם של הסעדים הזמניים כמו גם צו המניעה יפה שבעתיים שכן הפרתם גוררת הליכים לפי פקודת ביזיון בית המשפט⁶⁰. לאחר שנודע לחברת מיקרוסופט כי הנתבעת ממשיכה להפיץ עותקים מפרים של התוכנה הגישה בקשה מכוח סעיף 6 לפקודת ביזיון בית המשפט. החברה הנתבעת טענה כי העתקת התוכנות והפצתן נעשתה על ידי עובד של החברה ללא ידיעתה. אולם, כיוון שמדובר בעבירת אחריות קפידה, הרי שדי בהפרה עצמה של הצו מטעם הנתבעת או מי מטעמה על מנת להוות הפרה של צו המניעה נגדה. לכן, למרות שלא היו ראיות ישירות לפעולת ההעתקה וההפצה הבלתי חוקית על ידי העובד ולא היו ראיות ישירות לידיעת מנהלי החברה על הפרת צו המניעה הקודם שניתן, חויבה הנתבעת בתשלום קנס.

5.2.2 אנטון פילר

במקרים רבים⁶¹, מעניק בית המשפט במעמד צד אחד בנוסף לצו המניעה הזמני גם צו אנטון פילר. צו זה מאפשר כניסה לחצרים ותפיסת המוצרים מפרי זכויות היוצרים כביכול ואת האמצעים ששימשו להכנתם (קרי, המחשבים שבאמצעותם הועתקו התוכנות). צו אנטון פילר הינו יציר פסיקה בריטי שניתן לטובת בעלי זכויות בתחום הקניין הרוחני, והינו יעיל במיוחד כנגד מחזיקי תוכנות מועתקות שאינם מספיקים להשמיד או להסתיר את עותקי התוכנה הבלתי חוקיים שברשותם. למרות היותו סעד חריף למדי, לא היסס בית המשפט המחוזי להעניקו, כאמור כאשר הובאו ראיות משכנעות שהוכיחו לכאורה את עובדת הפרת זכות היוצרים.

⁶⁰ אסיא, לעיל ה"ש 1, 107, ת"א (ת"א) 917/95, 7868/97 MICROSOFT CORPORATION נ' גראנד אדוונס סוכנויות יבוא ויצוא ושיווק בע"מ ואח'.

⁶¹ אסיא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 106, ת"א 2399/90 המ' 14778/90 Microsoft נ' דינמיק, ת"א 440/91 המ' 3020/91 ריזנברג נ' מפעלים אוניברסיטאים, ת"א 953/91 המ' 6471/91 טופסופט נ' יפה, ת"א 10/92 המ' 106/92 מחשבת בע"מ נ' אבי-אור ועוד. צו אנטון פילר הוא מעין צו חיפוש אורחי.

5.2.3 מינוי כונס נכסים

סעד נוסף, כנגד מחזיקי ומפיצי עותקים מפרים של תוכנות, הוא מינוי כונס נכסים על העותקים המפרים כביכול של התוכנות. גם סעד זה יכול שינתן בנוסף למתן צו המניעה הזמני. בתוקף מינויו מוסמך הכונס להיכנס לחצרים (בנוכחותם) ולתפוס כל תוכנה הנחזה כמפירה את זכויות היוצרים של התובעים. כמו כן מוסמך הכונס להיכנס לחצרי הנתבעים לשם בדיקה האם הם מקיימים אחר הוראות צו המניעה⁶². סעד זה, נחשב כסעד מרתיע ועל כן יעיל מאוד כנגד מחזיקי ומפיצי עותקים מפרים של תוכנות. בכפוף לתקנה 387' לסד"א⁶³ (חיפוש ותפיסה של מחשב, חומר מחשב או פלט).

יש לשים לב כי נוסח סעיף 53 מעניק את הסעד של צו המניעה לתובע את זכותו ולא מתיר זכות זו בידי בעל הזכות בלבד.

5.2.4 צו גילוי – דין וחשבון

סעיף 57 מתיר לבית המשפט לחייב נתבע בשל הפרת זכויות יוצרים במתן דין וחשבון לגבי פרטי ההפרה. "דין וחשבון זה יכול לינתן בתחילת ההליכים או בכל מועד אחר שתובע יבקש"⁶⁴. הדין וחשבון אינו קשור לקביעת האחריות, ההפרה או שאלת הבעלות בזכות היוצרים.

5.2.5 עיכוב יבוא

סעיף 65 מאפשר לבעל זכות יוצרים שזכותו הופרה או שקיים חשש סביר שתופר לבקש ממנהל המכס לעכב את שחרור הטובין המפרים לכאורה ולנהוג בהם כטובין שייבואם אסור על פי פקודת המכס. מהסעיף ניתן ללמוד על דרך הגשת ההודעה למנהל המכס, הראיות והפרטים אותם עליו למסור. הוראות הסעיף לא חלות על יבוא לשימוש עצמי.

⁶² אסיא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 106, ת"א (ת"א) 617/94 המ' 4375/94 מג'יק תעשיות תוכנה בע"מ נ' קומפיוטושק בע"מ, ת"א (ב"ש) 74/94 המ' 282/94 מחשבת מ.ל. בע"מ וקומפדיה בע"מ נ' ג. (אילת) מיכון מחשבים בע"מ, ת"א (ת"א) 814/93 המ' 6945/93 מחשבת מ.ל. בע"מ נ' גלעדי.

⁶³ תקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984, ק"ת 4685.

⁶⁴ שרה פרזנטי, דיני זכויות יוצרים כרך ג', 1732-1733 (מהדורה שלישית, 2008)

5.2.6 השמדת עותקים מפריים

סעד של השמדת נכסים שהופקו תוך ביצוע הפרת זכות יוצרים או אשר שימשו לביצועה קיים היה בפקודת זכות יוצרים רק בהליך פלילי. בית המשפט רשאי היה להורות על השמדת נכסים בתובענה. עם זאת, במגמה לא להכשיל הליך פלילי שמתנהל או שיכול שיתנהל ביחס לאותם נכסים, נדרש מבקש הסעד ליידע את המשטרה על בקשתו כדי לאפשר לה להתייצב ולטעון את טענותיה בבית המשפט⁶⁵.

הסעיף בוטל בחוק החדש ובמקומו משאיר החוק את שיקול הדעת בידי בית המשפט לסיום הדיון. אז יכול בית המשפט להורות על השמדת עותקים מפריים או עשיית כל פעולה אחרת בהם, העברת הבעלות בעותקים המפריים לידי התובע. סעיף זה חל גם על עותק המצוי בידי צד שלא הפר בעצמו את זכות היוצרים בכפוף לתקנת השוק⁶⁶. גם כאן נדרש בעל דין המבקש טיפול בעותקים המפריים ליידע את משטרת ישראל כדי שזו תוכל לטעון טענותיה בבית המשפט⁶⁷.

5.3 קובלנה פלילית

כיום כמו בעבר, לצד הסעדים האזרחיים ניתנה בידו של בעל הזכות שנפגע הסנקציה הפלילית בדרך של הגשת קובלנה פלילית פרטית בבית משפט השלום מכח סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי⁶⁸. בהליך זה מנהל הקובל את התביעה במקום המדינה (אם הפרקליטות החליטה לא לקחת על עצמה את ניהולו), אך כל הוראות חוק סדר הדין הפלילי חלות על ניהול התביעה.

יצויין כי מאז הקמת היחידה לקניין רוחני במשטרת ישראל, ניתן היום להגיש תלונה במשטרה, אשר מטפלת בעניין במקום הגשת קובלנה פלילית פרטית.

העבירות בנות העונשין בפלילים נמנות בסעיף 61 לחוק החדש:

(א) לא יעשה אדם עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו.

(ב) לא ייבא אדם לישראל עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו.

⁶⁵ סע' 7(ג) לפקודה.

⁶⁶ סע' 60(ג) לחוק

⁶⁷ סע' 60(ב) לחוק

⁶⁸ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043.

- (ג) לא יעסוק אדם במכירה, בהשכרה או בהפצה של עותק מפר של יצירה.
(ד) לא ימכור אדם, לא ישכיר ולא יפיץ עותקים מפרים של יצירה בהיקף מסחרי.
(ה) לא יחזיק אדם עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו.
(ו) לא ייצר אדם ולא יחזיק חפץ שייעודו עשיית עותקים של יצירה, כדי לעבור עבירה לפי סעיף קטן (א).

המשותף לכל העבירות המנויות בסעיף הוא ביצוע ההפרה לצורך מסחרי, וזאת להבדיל מעשיית רווח כלכלי כתוצאה ממעשה ההפרה.

הסנקציה הפלילית הקבועה הינה בין חמש שנים לשנת מאסר או פי עשרה עד פי שניים מהקנס הקבוע בחוק העונשין כתלות במעשה ההפרה.⁶⁹ באם נעברה העבירה בידי תאגיד, דינו כפל הקנס הקבוע לאותה עבירה. בעבר, רשאי היה בעל הזכות לבקש מבית המשפט צו לתפיסת נכסים וכניסה לחצרים במסגרת ההליך הפלילי. מכיוון שהמחוקק בחר שלא להכניס סעיף דומה לחוק החדש, בית המשפט קונה כוחו מפקודת סדר הדין הפלילי.⁷⁰

בעל הזכות יכול להגיש הן תביעה אזרחית והן קובלנה פלילית בגין מעשה ההפרה. הנוהג הוא לעכב את ההליכים האזרחיים עד לסיום ההליכים הפליליים. אולם, לא בכל מקרה יעוכב ההליך האזרחי עד לסיום ההליך הפלילי.

במסגרת קובלנה פלילית⁷¹ העניק בית משפט השלום בירושלים צו חיפוש ותפיסת מוצרים מפרים. השופטת צור סירבה אמנם להסמיך את ב"כ המבקשת לבצע את הצו, אולם הורתה למשטרת ישראל, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לבצע את החיפוש והתפיסה בהתאם לסעיפים 23-24 לפקודת סדר הדין הפלילי

⁶⁹ הסנקציה הקבועה בגין העבירות המנויות בסעיף 62(א) ו-62(ב) הוא 5 שנות מאסר או קנס פי עשרה מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864. (להלן: חוק העונשין). הסנקציה הקבועה בגין העבירות המנויות בסעיף 62(ג), 62(ד) ו-62(ה) הוא 3 שנות מאסר או קנס פי שבעה מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין. הסנקציה הקבועה בגין העבירות המנויות בסעיף 62(ו) הוא שנת מאסר או כפל הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין.

⁷⁰ פקודת סדר הדין הפלילי [מעצר וחיפוש] [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, דיני מדינת ישראל נוסח חדש, מס' 12/1969. סעיף 23-24.

⁷¹ ת.פ. 1861/91 ב"ש 436/91 מיקרוסופט נ' כלבו המחשב בע"מ, (דינים שלום 1991) 1491.

[מעצר וחיפוש] [נוסח חדש] תשכ"ט-1969. על עמדה זו חזר גם כבוד השופט ארבל⁷² בקובעו כי קלות העלמת תוכנות מחשב מועתקות מחייבת הענקת צו חיפוש ותפיסה במעמד צד אחד, אך הצו צריך להסמיך את המשטרה לבצע את החיפוש והתפיסה ולא את הקובל עצמו. נוסח הצו יכול להסמיך את המשטרה להיעזר במומחה מטעם הקובל.

בפסק דין בעניין חביב⁷³ קבע בית המשפט כי גם אם בעלת התוכנה אינה יכולה להצביע על איסור מפורש של העתקת התוכנה, בהסכם הרשאה בקשר לתוכנה המסוימת שנמכרה למשיב, עדיין עומדות הוראות החוק לצידה והיא בעלת זכויות היוצרים בתוכנה. לכן, נקבע כי המפר הפר את זכויות היוצרים של בעלת התוכנה, כאשר העתיק את התוכנה ללא הרשאתה המפורשת. בקובלנה הפלילית שהגישה חברת מיקרוסופט הנוגעת לאותה הפרה, זוכה המפר מההאשמות נגדו בגין הפרת זכויות יוצרים. בין נימוקי הזיכוי הייתה העובדה, שמיקרוסופט לא המציאה לחביב את הסכמי ההרשאה של גירסאות התוכנה. כאמור, בית המשפט שדן בערעור על החלטת בית משפט השלום, קבע כי קיומה של זכות יוצרים אינה תלויה בהסכם ההרשאה, וכי האיסור על העתקה של דיסקטים והתקנת תוכנת דוס במחשב אינו נובע מהסכם ההרשאה לגבי התוכנה אלא מהוראות פקודת זכות היוצרים וחוק זכות היוצרים. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי לא ניתן לראות בסוחרים ומפיצים של התוכנות כ"משתמשים סופיים" (End Users) ולכן אין הם רשאים להעתיק את התוכנה לשם גיבויה ושמירה מפני שחיקה ושימוש יתר. המשתמש הסופי הוא הלקוח הרוכש את מערכת המחשב מהסוחרים והמפיצים, והוא בלבד רשאי להעתיק את התוכנה שרכש לצורכי גיבוי. בית המשפט המחוזי חייב את חביב להשיב למיקרוסופט את כל הכספים שנתקבלו ממנה בעקבות פסק הדין של הערכאה הראשונה והחזיר את הדיון לערכאה לשם קביעת העונש. יצויין כי מאז הקמת היחידה לקניין רוחני במשטרת ישראל, ניתן היום להגיש תלונה במשטרה, אשר מטפלת בעניין במקום הגשת קובלנה פלילית פרטית.

ד"ר אלה רום⁷⁴ הואשמה בגניבת בחינות הרישוי של הרופאים ממחשבו של יו"ר ועדת הבחינות לרישוי וסטאז' והעברתם לנבחנים. בית המשפט קבע כי אין להרשיע את המערערים בגניבה של הטפסים, וזאת משום שמסמכי המחשב הועתקו לדיסקט

⁷² אסיא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 108, ע"פ 575/95, 699/96 מיקרוסופט קורפוריישן נ' קוביק בע"מ ויעקב חביב.

⁷³ בת.פ. (ת"א) 5020/92 ב"ש 2492/92 חביב נ' מיקרוסופט, פ"מ תשנ"ב (4) 301 (1992)

⁷⁴ בע"פ (ת"א) 71103/01 ד"ר אלה רום נ' מדינת ישראל, תק-מח 2003 (2) 9297.

השייך למערערים, ואילו המסמך המקורי נותר במחשב. כלומר, ההעתקה לא שללה את הבחינה מבעליה בפועל, ולכן לא התקיימו יסודות עבירת הגניבה. בית המשפט קבע כי לא ניתן להרחיב את פרשנות עבירת הגניבה למצב שבו הנכס הנגנב נותר בחזקת בעליו מבלי שנגרע ממנו דבר. על כן, הורשעו בעבירה של הוצאת מסמך ממשמורת.

6. המאבק נגד שימוש בלתי חוקי בתוכנה

חברות התוכנה בארץ נלחמות במרץ כנגד תופעת השימוש הבלתי חוקי בתוכנה. אחת התופעות המזיקות והפוגעות ביותר בחברות התוכנה היא רכישת מספר קטן של עותקי תוכנה חוקיים על ידי ארגונים וחברות גדולות, ושימוש בלתי חוקי במספר רב של עותקי תוכנה נוספים. הארגון הישראלי להגנה על תוכנה, המאגד חלק מחברות התוכנה הגדולות בארץ, פועל על מנת לתקן את חוק זכויות היוצרים כך שלא יהיה ספק ששימוש כזה יהווה עבירה פלילית, ויהיה נשוא לקובלנה פלילית פרטית.

אחד מהארגונים הבולטים הוא ארגון ה-BSA (הארגון הבינלאומי להגנת התוכנה Business Software Alliance). זהו גוף המייצג את תעשיית התוכנה המסחרית בפני ממשלות ובפני שווקים בינלאומיים. מטרת ארגון ה-BSA הינו לעורר תודעה ציבורית בענייני ניהול תוכנה תוך הגנה על זכויות יוצרים, אבטחת מידע באינטרנט, מסחר, מסחר אלקטרוני ונושאים אחרים בתחום האינטרנט. ה-BSA פועל נגד שימוש בלתי מורשה והעתקה של תוכנות המפותחות על ידי חברות בארגון בכ-100 מדינות מסביב לעולם.

פעולות האכיפה נגד פיראטיות של הארגון הובילו להפחתה משמעותית בכמות הפיראטיות בתוכנה ולצמיחה מחודשת של שוק התוכנות החוקיות. בנוסף, מטרת תוכנית הפעולה של הארגון היא הקניית הרגלים למשתמשים ולגופים ממשלתיים, לשימוש אחראי בתוכנות וניהולן. כמו כן, לסגירת אתרי אינטרנט בעלי תכנים פיראטיים, הפחתת פעולות העתקה פיראטיות של תקליטורים והפחתת מכירתן של תוכנות לא חוקיות בשוק.

בשנים האחרונות הגיש ארגון ה-BSA מספר תביעות אזרחיות כנגד חברות בישראל בגין הפרת זכויות יוצרים ושימוש בלתי חוקי בתוכנה. מרבית תביעות אלו הסתיימו בפשרות.

אחת מחברות התוכנה הפעילות ביותר במאבק כנגד שימוש בלתי חוקי בתוכנה היא חברת אוטודסק. בפשרות מחוץ לכותלי בית המשפט שהושגו בתביעות אזרחיות שהגישה חברת אוטודסק כנגד משתמשים בלתי חוקיים⁷⁵ התקבלו פיצויים בהתבסס על פקודת זכויות יוצרים (פיצויים ללא הוכחת נזק), החזר הוצאות ורכישות עותקי תוכנה במחיר מלא בסכומים שנעו בין 100,000 ל- 150,000 ש"ח.

באוגוסט 1997 הושגה פריצת דרך משמעותית במאבק כנגד שימוש בלתי חוקי בתוכנה, כאשר הוגשה תביעה כנגד מפעילי האינטרנט דה האו, ⁷⁶(BBS (Bulletin Board System). התביעה הוגשה על ידי חברת אוטודסק, חברת מיקרוסופט, ארגון ה-BSA והארגון הישראלי להגנת התוכנה (IOSP), כנגד אחד מה-BBS הגדולים ביותר בארץ⁷⁷. מפעילי BBS זה הפרו את זכות היוצרים של חברות תוכנה רבות על ידי מתן אפשרות ללקוחותיהם (המשלמים דמי מנוי ושימוש ב-BBS) להוריד (download) באמצעות מודם תוכנות אל מחשביהם האישיים, מבלי לשלם דבר ליצרניות התוכנות. התובעים קיבלו צו מניעה זמני וצו כינוס נכסים, אשר איפשר לעורכי הדין, בלוויית מומחי מחשבים ושוטרים, להיכנס לחצרים של החברה ומפעיליה ולתעד הוכחות להפרת זכויות היוצרים בתוכנות.

בפסק דין שניתן לטובת Microsoft⁷⁸ כנגד חברת שיווק (Reseller) אשר מכרה ללקוחותיה תוכנות מזויפות. קרי, בניגוד לרישיונות השימוש בתוכנות, תוך יצירת מצג שווא ושימוש לא חוקי בסימני המסחר של Microsoft. עיקר הדיון נסוב סביב הוכחת המכירה. התשתית המשפטית עליה נשענה תביעת Microsoft הייתה קביעת החוק כי תוכנת מחשב הינה "יצירה ספרותית" אשר מוגנת בדיני זכות יוצרים. בהתבסס על הגדרה של יצירה ספרותית הצליחה Microsoft לשכנע את בית המשפט

⁷⁵ אסיא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109, ת"א (ב"ש) 251/94 Autodesk Inc. נ' נפרו, ת"א (חי) 1618/95 Autodesk Inc. נ' שושני. וגם ת"א (ת"א) 614/96 Autodesk Inc. נ' יער ארכיטקטים בע"מ ואח', (לא פורסם 26.6.1996).

⁷⁶ BBS הוא כינוי לשרות תקשורת מקוון המיועד בעיקר להחלפת תוכנות וקבצי מידע.

⁷⁷ אסיא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 110, ת"א (חי) 1077/97 BSA, אוטודסק ואח' נ' One Man Crew, אזולאי ואח'.

⁷⁸ ת"א (ת"א) 1476/96 Microsoft Corporation נ' אפלקר שיווק מחשבים (1987) בע"מ, פ"מ תשס"ד (1) 636 (2005). (להלן: עניין אפלקר).

שאכן הופרו זכויותיה. בית המשפט קבע שהנתבעים היו מודעים לכך שהתוכנות אשר שווקו היו מזויפות ואף דחה את טענתם שרכשו את התוכנות בתנאי "תקנת השוק"⁷⁹.

"בכל מקרה, גם אם הנתבעים היו רשאים לסחר את הרישיונות המזויפים שקנו בהסתמך על "תקנת השוק", הם לא היו רשאים להעביר לאחרים יחד עם סיחור ה"רישיונות" את זכות היוצרים של התובעת בתוכנות, כפי שהייתה נובעת מהרישיונות, לו היו אמיתיים. יש להבחין בין זכות הבעלות ב"נכס הנד" המפר זכות קניין רוחני, לבין זכויות הקניין הרוחני הגלומות בנכס, שאותן לא ניתן להעביר לאחר כאשר הן מפירות זכויות קניין רוחני.⁸⁰"

בפסק דין אחר בנושא תקנת השוק ביחס לזכות היוצרים ולעניין תום הלב הנדרש להגנה של "תקנת השוק", כי קיימת חשיבות למחיר בו נרכש הנכס (רישיונות השימוש) נשוא הטענה "...אפילו סברתי שתקנת השוק חלה גם על מכר טובין המפרים זכות יוצרים, ספק בעיני אם נסיבות רכישת המדבקות עומדות בתנאי סעיף 34 לחוק המכר. הפער בין מחיר הרשיון הנגבה ע"י המבקשת ובין המחיר ששולם עבור המדבקות מחייב פקפוק בתום ליבם של המשיבים"⁸¹...

על פי דו"ח⁸² ארגון ה-BSA לשנת 2011 בנוגע לשיעור הפיראטיות העולמי במוצרי תוכנה עולה כי 57% אחוז ממשתמשי המחשב בעולם מודים בשימוש בתוכנות פיראטיות. הערך המסחרי של תוכנות פיראטיות בישראל בלבד מוערך בכ-192 מיליון דולר בשנת 2011 כאשר שיעור הפיראטיות בישראל נשאר 31%.

⁷⁹ סע' 34 לחוק המכר, מגדיר תקנת השוק מהי- "תקנת השוק – נמכר נכס-נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב". סעיף 60(ג) לחוק החדש קובע כי ההתייחסות לעותקים מפרים כפופה לסעיף 34 לחוק המכר. ראו גם: חוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 259.

⁸⁰ עניין אפלקר, לעיל ה"ש 78.

⁸¹ ת"א (תא) 1630/03 (בש"א (תא) 10843/03 Microsoft) נ' י.א.ד אלקטרוניקה בע"מ ואח', פסק דינו של כב' השופט זפט, פורסם בגבו, (2003).

⁸² /http://portal.bsa.org/globalpiracy2011prerelease