



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

בעניין: Microsoft Corporation

ע"י עוה"ד ז'אן וורסאנו

התובעת

נ ג ד

1. אפלקר שיווק מחשבים (1987) בע"מ

2. אפלקר רונן

3. אפלקר יולנדה

שלושתם ע"י עו"ד א. מנוסביץ, ע. בכר

הנתבעים

פסק-דין חלקי

פרק א: תיאור ההליך

1. התובעת הגישה תביעה כנגד נתבעת 1 (להלן: "הנתבעת") ובעלי מניותיה (נתבעים 2 ו-3), כאשר הנתבע 2 הוא מנהל הנתבעת (להלן: "הנתבע"). התביעה הוגשה בשעתו גם כנגד 5 נתבעים נוספים, שחלקם נמחקו ועם חלקם הושג הסכם פשרה, באופן שנותרה אך ורק התביעה כנגד הנתבעת ובעלי מניותיה (נתבעים 1-3, להלן: "הנתבעים"). בכתב התביעה המתוקן נטען כי הנתבעים מעתיקים ומפיצים עותקים של תוכנות התובעת MS-DOS (להלן: "דוס") בגרסאות שונות, ו-WINDOWS (להלן: "חלונות") בגרסאות שונות (להלן: "התוכנות"), וזאת בלא הרשאה ותוך הפרת זכות היוצרים של התובעת בתוכנות.

על-פי הנתען הסוו הנתבעים את ההפרה בכך שהם מצרפים לעותקים המפרים שהם מוכרים רשיונות שימוש מזויפים, הנחזים להיות של התובעת (להלן: "הרשיונות המזויפים"). רשיונות כאלו נתפסו אצל הנתבעת ביום 29.12.96 במהלך חיפוש שנעשה במסגרת צו תפיסה שניתן בתיק זה, והנתבעים טענו אז כי רכשו את הרשיונות הללו מחברת מ.צ.מ. ציוד למחשבים ולמשרד



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

בע"מ (להלן: "מ.צ.מ."), שהיתה הנתבעת 4 בתיק זה. אנשי מ.צ.מ. אישרו בפני התובעת כי מכרו לנתבעים כ- 200 רשיונות מזויפים שסופקו להם על ידי יחיאל גמליאל (להלן: "גמליאל"), שהיה הנתבע 7 בתיק זה, תמורת 50 דולר לרשיון.

עוד נטען בכתב התביעה המתוקן, כי ביום 25.9.96 רכש חוקר פרטי מטעם התובעת מחשב אצל הנתבעים, ובו הותקנו על ידי הנתבעים שלא כדין קובץ ההפעלה העיקרי של תוכנת "דוס" וכן תוכנת "חלונות" גירסה 3.11, וכן סופק לקונה רשיון מזויף של התוכנות הנ"ל. הרוכש לא קיבל מהנתבעים דיסקטים מקוריים של התוכנות וספרות עזר מקורית של התובעת.

על יסוד כל אלו נטען בכתב התביעה המתוקן כי הנתבעים העתיקו והפיצו העתקים מפריס של תוכנות התובעת ביוזעם שהם מפריס את זכויות היוצרים של התובעת בתוכנות. בכך גרמו הנתבעים לתובעת נזקים שונים המפורטים בכתב התביעה. הסעדים שהתבקשו בכתב התביעה הם סעד מניעה קבוע, שימנע את המשך ההפרה; המצאת דו"חות מפורטים לתובעת לגבי העותקים המפריס שנעשו או הופצו, והשבת הרווחים שהופקו מהם; לחלופין, פיצוי כספי מלא בגין הנזקים שנגרמו לתובעת; ולחלופי חלופין, פיצוי בשיעור של 20,000 ₪ לכל עותק מפר או רשיון מזויף שנעשה או הופץ על ידי הנתבעים.

2. בכתב ההגנה המתוקן טענו הנתבעים כי הנתבעת היא אחת המפיצות הגדולות בארץ בתחום של שיווק מחשבים אישיים וציוד נילווה, ועיקר עיסוקה הוא במכירה סיטונאית של מוצרי חומרה ותוכנה למוסדות, לחברות למפעלים גדולים, וכן לחנויות. הנתבעים טענו כי שיווק את התוכנות של התובעת על פי רשיון שנרכש בתמורה מלאה ממפיצים מורשים של התובעת, והכחישו כי הרשיונות היו מזויפים. לחלופין טענו הנתבעים כי הרשיונות נחזים להיות מקוריים, בהיותם דומים לרשיונות שמפיצה התובעת, והם נקנו על ידי הנתבעים מחברת מ.צ.מ. (כ- 200 רשיונות) בתום לב, ובתנאי תקנת השוק.

3. כפי שמציינים ב"כ הנתבעים בסיכומיהם, אין מחלוקת על כך שהתובעת היא בעלת זכות היוצרים בתוכנות נשוא התביעה, וכי הנתבעת התקינה תוכנות אלו במחשבים שמכרה ללקוחותיה. הנתבעים אף מסכימים כי אם אכן היו הרשיונות היו מזויפים – לא היתה להם זכות להעתיק את התוכנות ולשווקן (סעיף 110 לסיכומים). אלא שגם במקרה האחרון עומדת לנתבעים, לטענתם, ההגנה של הפרת זכות יוצרים בתום לב, ורכישת הרשיונות בתנאים של תקנת השוק.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

4. הנתבעים מעלים בסיכומיהם טענה בדבר הרחבת חזית מצד התובעת. לטענתם, ההפרה היחידה המיוחסת לנתבעים בכתב התביעה היא בגין שימוש והפצה של רשיונות מזויפים, כשהם מוצמדים לתוכנות שהפיצו הנתבעים. לכן טוענים הנתבעים כי אם יסתבר שהרשיונות אינם מזויפים, אין לתובעת כל עילת תביעה כנגד הנתבעים. לחלופין, גם אם יסתבר שהרשיונות היו מזויפים, הרי שעומדת לנתבעים הטענה כי פעלו בתום לב ובתנאי תקנת השוק, שכן הם רכשו את הרשיונות המזויפים מבלי לדעת על הזיוף.

טענה זו אין לקבל: בסעיף 7 לכתב התביעה המתוקן נטען כי הנתבעים מעתיקים ומפיצים העתקים מפרים של התוכנות בלא הרשאה מהתובעת, ובסעיף 8 נטען כי הנתבעים הסוו את מעשה ההפרה בכך שצרפו לעותקים המפרים של התוכנות רשיונות מזויפים. אין בהכרח קשר בין הרשיונות המזויפים לבין הפרת זכות היוצרים, אשר נובעת מהפצת העתקים מפרים של התוכנות בלא הרשאה מהתובעת, בין אם לעותקים אלו נילוה רשיון מזויף ובין אם לאו. כך גם עולה בבירור מסיכום הטענות בסעיף 23 לכתב התביעה המתוקן. לכן, גם בהעדר הוכחה כי הרשיונות היו מזויפים, רשאית התובעת לטעון להפרת זכות יוצרים אם התוכנות שהפיצו הנתבעים הועתקו ונמכרו בלא הרשאה מהתובעת, קרי: העותקים לא היו של תוכנות מקוריות שנרכשו מהתובעת.

5. ביום 29.12.96 בוצע צו תפיסה שניתן בתיק זה בחצרי הנתבעת. במהלך החיפוש נתפסו 137 רשיונות לשימוש בתוכנות של התובעת שלטענתה היו מזויפים, ואשר נוגעים לתוכנות "חלונות" 95, "חלונות" 3.11 וכן רשיונות לשימוש ב"דוס". כמו כן נתפס תקליטור תוכנת "חלונות" 95 שהנתבעים הודו כי שימש כתקליטור "מאסטר" להעתקת התוכנות של התובעת על גבי המחשבים שהנתבעת מכרה ללקוחותיה. דו"ח כונס הנכסים שביצע את התפיסה, עו"ד רון גזית, צורף כנספחים א'1-א'2 לתצהירו של צחי לוי, מנהל שיווק לקוחות עסקיים בחברת מיקרוסופט ישראל בע"מ (להלן: "מיקרוסופט ישראל") אשר נכח בחיפוש (להלן: "לוי"). כמו כן צורפו לתצהירו של לוי הרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת. בעת החיפוש נמצאו אצל הנתבעת גם תוכנות מקוריות ארוזות "חלונות" 95, והנתבע ציין בפני הכונס כי כאשר הוא מוכר מחשב ללקוחות הוא איננו מספק להם את התוכנה המקורית הנ"ל, אלא מתקין להם תוכנה של התובעת על גבי המחשב שהוא מוכר, ומספק ללקוחות את הרשיון שרכש ממ.צ.מ. הנתבע אישר באותו מעמד כי אין לו הסכם עם התובעת שמתיר לו לנהוג בדרך זו. הרשיונות שנתפסו נמסרו לבדיקת ב"כ הנתבעים, לפי החלטת בית משפט מיום 19.7.97.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

6. ביום 23.10.03 הוחלט בהסכמת הצדדים כי בשלב הראשון של המשפט תידון שאלת ההפרה והחבות ליתן צו חשבונות, וכן מתן צו מניעה קבוע. בשלב השני של המשפט, אם תוכח הפרה, תידון שאלת הפיצויים או סכומי הרווח שהנתבעים חייבים להשיב לתובעת.

תשתית עובדתית

פרק ב:

א. הנפשות הפועלות

7. התובעת היא חברה אמריקאית אשר פיתחה את התוכנות נשוא התביעה, והיא פועלת בישראל באמצעות חברת הבת מיקרוסופט ישראל, שנוהלה בתקופה הרלבנטית לתביעה על ידי מר אריה סקופ (להלן: "סקופ"). מר סקופ הגיש שלושה תצהירים (סומנו 1-3), ששניים מהם הוגשו בהליכי הביניים שהתנהלו בתיק זה, ומהווים חלק מחומר הראיות על פי החלטת בית המשפט מיום 24.6.02. כמו כן הגישו תצהירים מטעם התובעת צחי לוי, אשר שימש בתקופה הרלבנטית לתביעה כמנהל שיווק במיקרוסופט ישראל, מר יעקב פרנקפורט, שהיה מנהל בחברת מ.ל.ל. סופט אפיקי שיווק בע"מ (להלן: "מל"ל", ו-"פרנקפורט"), ומר ישראל דק (להלן: "דק"), שבדק את המחשב שמכרה הנתבעת לחוקר הפרטי ישראל מאיר, שאף הוא הגיש תצהיר (להלן: "מאיר"). בנוסף הגיש תצהיר עדות ראשית מטעם התובעת מר עמי פליישר, ששימש בתקופה הרלבנטית לכתב התביעה מנהל תחום זכויות יוצרים ופיראטיות במיקרוסופט ישראל. כל אלו נחקרו על תצהיריהם, פרט למר פליישר.

8. הנתבעת 1 עוסקת בשיווק ומכירה של מחשבים, ומנוהלת על ידי הנתבע. בעלי המניות בנתבעת הם הנתבע ואשתו - הנתבעת 3. בכתב התביעה נטען כי הנתבעת 3 היא בעלת מניות בלבד, אך בסיכומי התובעת נטען כי היא גם מנהלת, וזאת על סמך דברי הנתבע בסעיף 5 לתצהירו ("...הקפדנו, אני ואשתי, כמנהלי חברת אפלקר בע"מ וכבעלי מניות בה..."). בעדותו ניסה הנתבע לערפל נקודה זו, וטען כי איננו זוכר מה עשתה אשתו בחברה בשנת 1996, וגימד את תפקידה למנהלת חשבוניות (עמ' 111). הנתבעת 3 לא העידה כלל. עם זאת, לא הובאה כל ראיה הקושרת את הנתבעת 3 למעשים נשוא כתב התביעה, קרי: הפרת זכויותיה של התובעת בתוכנות ושיווק הרשיונות המזויפים, וכאשר התובעת עצמה לא טענה כי הנתבעת 3 מנהלת בחברה - אין מקום למתן סעדים אישיים כנגדה.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

מטעם הנתבעים הוגשו 3 תצהירי עדות ראשית: תצהיר הנתבע, ותצהיריהם של אברהם וולברג וארז אפרתי (להלן: "וולברג" ו- "אפרתי") שהיו הנתבעים 5-6 בכתב התביעה, והינם אנשי מ.צ.מ., שמכרה את הרשיונות המזויפים לנתבעת. יצוין כי התובעת הגיעה להסדר פשרה עם מ.צ.מ. ואנשיה (הנתבעים 4-6 בכתב התביעה המתוקן).

ב. מערכת שיווק התוכנות של התובעת בישראל, וסוגי הרשיונות שהנפיקה

9. מנכ"ל התובעת, מר סקופ, הסביר בתצהירו השני ובעדותו את מערכת רישוי תוכנות התובעת בישראל ובעולם כולו, ואת סוגי הרשיונות לשימוש בהן. התובעת, שהיא בעלת זכויות היוצרים בתוכנות ההפעלה נשוא התביעה, משווקת את התוכנות שלה בצירוף רישיון שימוש בתוכנה (License Agreement), המיועד למשתמש הסופי (End User), ולו בלבד; הרשיון אינו מיועד למפיץ כדוגמת הנתבעת, ותנאי הרשיון, המצורף לתוכנה, מפורטים בו (סעיף 10 לתצהיר השני). דוגמא של רשיון שכזה באנגלית ובעברית צורף כנספח ב' לתצהירו השני של מר סקופ, וכן הוגש כמוצג ת/6. בסעיף 1 לרשיון נקבע כי הוא מעניק לרוכש זכות להשתמש בעותק אחד של התוכנה, על גבי מחשב אחד. בסעיף 2 נקבע כי הרוכש אינו רשאי להכין עותק מהתוכנה, אלא לצורכי גיבוי ואיכסון.

די בכך כדי להבהיר כי מה שעשתה הנתבעת, קרי: שימוש בתקליטור התוכנה המקורי שרכשה כ"מאסטר", לצורך התקנת התוכנה על גבי מחשבים חדשים שמכרה ללקוחותיה, אסור על פי הרשיון שניתן לה עם רכישת התקליטור המקורי, ועל כן מהווה הפרת זכות יוצרים של התובעת בתוכנה. עוד עולה מתנאי הרשיון הנ"ל, כמו גם מהוראות הדין (ראה בהמשך), כי אדם אשר משתמש בתוכנה בלא שיש בידיו רשיון מן הסוג הנ"ל מפר את זכות היוצרים של התובעת. לכן, הנתבעת לא היתה רשאית למכור מחשבים בהם הותקנה התוכנה, כאשר הקונים לא קיבלו רשיון שימוש מהתובעת.

כפי שמבהיר מר סקופ בתצהירו השני, מפיץ אשר פועל בדרך בה נהגה הנתבעת, ומספק רשיון שימוש מזויף בתוכנה, יכול למכור את המחשב במחיר זול יותר, שהרי הלקוח אינו משלם את מחירה האמיתי של תוכנה מקורית. לכן יכול אותו מפיץ להתחרות ביתר קלות במפיצים המוכרים תוכנה מקורית.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

10. כדי להתמודד עם התופעה ההמונית של הפרת זכות יוצרים בתוכנות של התובעת, היא משווקת את תוכנות ההפעלה שלה בצירוף תעודת מקור (COA - Certificate of Authenticity), אשר מכיל סימני זיהוי מיוחדים (ראה: נספח ד' לתצהיר מר סקופ). התוכנה המקורית נמכרת בערכה הכוללת: אמצעי מדיה מקורי (דיסקט או תקליטור) המכיל את התוכנה; רשיון שימוש מקורי; COA מקורי; ספרות עזר מקורית; כרטיס רישום מקורי. כל אלו נקראים יחדיו "Materials". לכל אחד מן הפריטים הללו יש חשיבות מבחינת המשתמש: התקליטור המקורי מאפשר התקנה חוזרת במקרה של תקלה; רשיון השימוש מסדיר את היחסים עם התובעת; ה-COA מעניק למשתמש ערובה לכך שרכש תוכנה מקורית; ספרות העזר נועדה לסייע למשתמש להתמצא בתוכנה; וכרטיס הרישום משמש לעיתים לצורך קבלת תמיכה טכנית או עדכונים (סעיף 17 לתצהירו השני של מר סקופ).

11. מר סקופ מבהיר בתצהירו השני כי התובעת משווקת את מערכות ההפעלה שלה, המותקנות על גבי מחשבים חדשים, במתכונת הפצה הנקראת: OEM - Original Equipment Manufacturer. ערוץ הפצה זה מיועד למי שרוכש מחשב חדש, כדוגמת הלוקחות של הנתבעת (כולל החוקר הפרטי מטעם התובעת, שרכש מחשב חדש אצל הנתבעת). רוכש כזה מקבל ערכת OEM, אשר כוללת את כל הפריטים המקוריים שצוינו לעיל (ה-Materials). בערכה זו, שנמכרה בישראל, נרשם בצורה ברורה באותיות גדולות על מסמך ה-COA: "להפצה עם מחשב חדש בלבד" (נספח ד' לתצהיר השני של מר סקופ). ערכה שכזו נמכרה למפיץ בתקופה הרלבנטית לתביעה בסכום של כ-100 דולר (תצהירו השני של מר סקופ סעיפים 18-19). על מנת להתקין את מערכת ההפעלה למשתמש הסופי, היה חייב המוכר (המפיץ) לפתוח את הערכה, ולהשתמש לצורך ההתקנה בתקליטור המקורי של התוכנה שנמכר יחד עם המחשב, תוך שימוש במספר הסידורי הייחודי המופיע על גבי תעודת ה-COA. התובעת לא התירה למפיצים – והדבר ברור מאליו – להשתמש בתקליטור מקורי שלה כ"מאסטר" לצורך התקנה רב-פעמית של התוכנה על גבי מחשבים חדשים הנמכרים ללקוחות המפיצים (כפי שנהגה הנתבעת). המפיצים גם לא היו רשאים לספק את התוכנה ללקוחותיהם, לאחר שהותקנה במחשבים שרכשו, בלי לספק להם גם את ה-Materials המקוריים (תצהירו השני של מר סקופ, סעיף 20). המפיצים היו חייבים למכור למי שרכש מחשב חדש ערכת OEM מקורית, ולהשתמש בתקליטור המקורי שבה לצורך התקנת התוכנה.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

12. ערוץ ההפצה הראשי והרגיל של תוכנות התובעת היה, כאמור לעיל, במתכונת של רשיון OEM. אך היו נסיבות מיוחדות שבהן שיווקו התובעת וגם מיקרוסופט ישראל רשיון מסוג MLP (Microsoft License Pak). מר סקופ הסביר בתצהירו השני (סעיפים 22-29) מהו רשיון MLP. מן הראוי להבהיר נושא זה, משום שהרשיונות, שבהסתמך עליהם מכרה התובעת את התוכנות של התובעת ללקוחותיה, היו מסוג MLP, ולטענת התובעת הם היו מזויפים.

רשיון MLP נועד לפתור את הבעיה של צרכן הרוכש כמות מסוימת של תוכנות הפעלה של התובעת, אך אין לו צורך לרכוש ערכות רבות של OEM, המכילות את ה-Materials: די לו בערכת OEM אחת. לדוגמא, משרד עורכי דין שכבר רכש ערכת OEM מלאה, ומעוניין לרכוש עוד 10 מערכות הפעלה לעמדות מחשב נוספות הנמצאות במשרד (שהרי מותר להשתמש בתוכנה אך ורק למחשב בודד). משרד שכזה איננו זקוק לעוד 10 תקליטורים מקוריים ולעוד 10 חוברות הדרכה נוספות, הנמכרים בערכת OEM: כל שדרוש לו הוא רשיון להשתמש בתוכנה על גבי 10 מחשבים נוספים. משרד שכזה רוכש רשיון MLP ל-10 משתמשים נוספים, והוא איננו מקבל את ה-Materials.

13. מר סקופ מציין בתצהירו (סעיף 22) כי רשיון MLP נמכר אך ורק בנסיבות דלעיל, קרי: ללקוח שרכש קודם לכן ערכת OEM מקורית המלאה, להבדיל מלקוח הרוכש מחשב חדש. לכן, מכירת מחשב חדש ללקוח בודד שטרם רכש ערכת OEM, עם רשיון MLP, איננה חוקית. מר סקופ מדגיש כי רשיון MLP נמכר ללא אמצעי מדיה מהם ניתן להתקין את התוכנה, ולכן ברור מאליו כי רשיון מסוג זה מיועד רק למי שרכש קודם לכן ערכה מלאה; אם לא עשה כן, הוא לא יוכל להתקין את התוכנה, שכן ה-MLP הוא רק רשיון. על גבי הרשיון נרשם לכמה משתמשים נוספים הוא מיועד.

בענין זה קיים הבדל בין MLP אמריקאי לבין MLP ישראלי. כפי שהסביר מר סקופ בעדותו, ה-MLP האמריקאי בא באריזת קרטון כדוגמת מוצג ת/5, אך מדובר בגרסה עברית של התוכנה שמיועדת לישראל. על גבי אריזת הקרטון מובהר מהו רשיון ה-MLP הנמצא באריזה (נספח ה'1 לתצהיר מר סקופ), ונאמר במפורש כי הרשיון מיועד אך ורק למי שכבר רכש קודם לכן לפחות ערכה מלאה אחת המכילה את התוכנה ומסמכי העזר, וכי הרשיון נועד לאפשר שימוש בתוכנה למשתמשים נוספים. באריזת רשיון MLP מסופק תיקון לרשיון המקורי, בו נאמר כי מדובר



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

בתיקון לרשיון שנרכש על ידי רוכש ה- MLP ("... which you have previously acquired"). לעומת זאת, ה- MLP הישראלי נראה בדיוק כמו הרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת (ראה לדוגמה רשיון MLP ישראלי מקורי – ת/2, אף שהוא נעשה ע"י התובעת לצורך המשפט, לשם המחשה, שכן המקור נותר בידי הלקוח כפי שהסביר מר סקופ בעמ' 69). רשיון MLP ישראלי הינו דף נייר בלבד, אשר נמכר כרשיון ללא מדיה וספרות מקצועית, ומדובר ביוזמה של מיקרוסופט ישראל, על דעת מיקרוסופט העולמית. בישראל נמכרו הן רשיונות MLP אמריקאיים, ואלו היו רוב רשיונות ה- MLP שנמכרו בישראל, וגם מעט רשיונות MLP ישראלים, שנראים כמו הרשיונות המזויפים, למעט העובדה שלרשיון הישראלי אין סימן אוטנטיות COA, ולכן קל לזייפו (ראה עדותו של סקופ בעמ' 67–68). אך סקופ הדגיש בעדותו כי הרעיון העומד מאחורי MLP אמריקאי ו- MLP ישראלי הוא אותו רעיון, קרי: מכירת רשיון לשימוש בתוכנה, ללא המדיה (התקליטור) וללא הספרות המקצועית, למי שכבר רכש בעבר את התוכנה עם המדיה והספרות (עמ' 67).

14. ב"כ הנתבעים מדגיש בסיכומיו כי התביעה דנא עוסקת ב- MLP ישראלי בלבד, שנמכרו כדף נייר וללא אריזת הקרטון (כדוגמת ת/5). בכך אין כל רבותא מבחינת הנתבעים: על פי הדין הם אלו שצריכים להוכיח כי שיווקו את התוכנה על פי רשיון כדין מהתובעת (או מנציגתה שהיא חברת הבת בישראל), וה- MLP האמריקאי הובא רק כראיה למהות הרשיון מסוג זה. זאת ועוד: הואיל והיו בשוק הן MLP אמריקאים כדוגמת ת/5 (אלו היו רוב רשיונות ה- MLP בישראל), והן MLP ישראלים כדוגמת ת/2, חזקה על מי שסחר ברשיונות MLP כי הכיר את שני הסוגים. לכן יש רלבנטיות מבחינה ראיתית לעובדה שעל גבי ה- MLP האמריקאי כתוב במפורש כי הוא מיועד רק למשתמש שכבר רכש קודם לכן את התוכנה. זו רק אחת מן הראיות הרבות המצביעות על כך שהנתבעים ידעו כי הרשיונות בהם סחרו לא היו מקוריים, וכי אסור היה להם לשווקם ללקוחותיהם עם מחשבים חדשים. אך אין זו הראיה היחידה, כפי שיובהר בתת-הפרק הבא.

ג. הראיות בעניין היותם של הרשיונות מזויפים

15. מן האמור לעיל עולה כי לא יכול להיות ספק לרוכש רשיון MLP כי הרשיון מיועד אך ורק למי שכבר רכש ערכה מלאה קודם לכן, ודבר זה בוודאי היה ידוע למפיצי מחשבים גדולים, כגון הנתבעת ומנהליה. הנתבע לא טען כי הוא איננו מבין את ההבדל בין ערכת OEM לבין ערכת MLP, והוא עצמו השתמש בעדותו במינוחים אלו.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

עובדה זו, כשלעצמה, מהווה אינדיקציה לכך שהנתבעים ידעו כי רישיונות MLP שהם רכשו ומכרו לקונה מחשב חדש לא היו אמיתיים, שכן לא יתכן שהתובעת, או חברת הבת שלה בישראל, ינפיקו רישיונות MLP לקונה מחשב חדש שמעולם לא רכש את התוכנה המקורית של התובעת, בניגוד לאמור בתנאי הרשיון. אך פרט לנקודה בסיסית זו, קיימים סימנים רבים אחרים המעידים על כך שהרישיונות היו מזויפים, וכי הנתבעים ידעו זאת.

(1) המחיר הנמוך בו נרכשו הרישיונות המזויפים

16. מתצהיריהם של מר סקופ ומר לוי, ומעדותו של מר לוי, עולה כי היה תמריץ לרכוש ערכת OEM מלאה, שמחירה היה באותה עת כ- 100 דולר, לעומת רישיון MLP שעלה כ- 170 דולר (550 ₪ דאז); המטרה של תמריץ זה הייתה להקל על המפיצים שמכרו ללקוחותיהם מחשבים חדשים (סקופ בסעיפים 19 ו- 24, לוי בסעיף 11, ובעמ' 97). גם מר פרנקפורט מחברת מ.ל.ל. הבהיר בעדותו (עמ' 78), כי מחירו של רישיון MLP היה 172 דולר על פי המחירון, וממחיר זה ניתן היה להוריד לכל היותר 15% כהנחה (עמודים 78-79). לכן – מדגישים סקופ ולוי – לא היה כל הגיון למכור מחשב חדש עם רישיון MLP, שעלה כ- 70% יותר מאשר רישיון OEM שנמכר עם ה-Materials. אלא שהנתבעת לא שילמה עבור רישיון MLP מחיר מלא, ולא מכרה אותו למשתמש הסופי במחיר מלא: היא רכשה רישיון MLP בסכום של 210 ₪ עבור תוכנת "חלונות 95" ו- 155 ₪ עבור תוכנת "דוס" ו"חלונות" (ראה: סעיפים 10-14 לתצהירו של מר לוי ונספחים ו-ז' לתצהירו, שם פורטו המחירים המקובלים בשוק עבור רישיון MLP, למול המחירים ששילמה הנתבעת, על פי מחירוני המפיצים, ועל פי החשבוניות שנתפסו אצל הנתבעת שהוגשו כמוצג ת/8).

17. העובדה שהנתבעת שילמה עבור רישיון MLP 50 דולר בלבד, סכום שהוא כשליש ממחירו הרגיל בשוק, מהווה אינדיקציה משמעותית לכך שהרישיונות היו מזויפים, וכי הנתבעים ידעו זאת. מר פרנקפורט מחברת מ.ל.ל. שלל את האפשרות שהנתבעת ומנהליה סברו שהם רוכשים מ.צ.מ. רישיונות אמיתיים במחיר זול יותר מן המחיר שנדרש עבורם על-ידי מפיץ מורשה של התובעת (כמו מ.ל.ל.). לדבריו, לא יתכן מבחינה כלכלית שמפיץ לא מורשה (כגון מ.צ.מ.) ימכור במחיר נמוך יותר מן המחיר של המפיץ המורשה (עמ' 82).



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

לו היתה הנתבעת משלמת עבור רשיונות ה- MLP את מחירם האמיתי, לא היתה לה כל סיבה לספקם ללקוחותיה עם המחשב החדש, שכן היא היתה משלמת עבור רשיון שכזה מחיר גבוה בהרבה לעומת ערכת OEM מלאה, אשר כוללת תקליטור מקורי להתקנה חוזרת, ספר הדרכה, תעודת מקוריות, וכו'. מכירת רשיון MLP ללקוחות של הנתבעת היתה כדאית לה רק משום שהרשיון היה מזויף, ועל כן נרכש על ידי הנתבעת בשליש משווי האמיתי, מה שאפשר לנתבעת למכור את המחשב עם התוכנה במחיר תחרותי לעומת מפיצים אחרים שנהגו ביושר.

18. הנתבעים טוענים בסיכומיהם כי לא הוכח שהנתבעים רכשו את רשיונות ה- MLP ממ.צ.מ. במחיר שהוא פחות משליש ממחירם בשוק. לטענתם, כל הראיות שהביאה התובעת לגבי מחירו של רשיון MLP, מתייחסות לרשיון האמריקאי, ולא לרשיון הישראלי שלגביו נטענת טענת הזיוף. טענה זו מתעלמת מעדותו של מר סקופ, שהיא מהימנה בעיני, כי לרשיון MLP ישראלי לא היה מחיר נפרד: מחירו היה כמו של MLP אמריקאי (עמ' 74). אין כל סיבה שרשיון MLP ישראלי יעלה פחות מרשיון MLP אמריקאי, כאשר שניהם נמכרים ללא מדיה וללא ספרות עזר, שהרי הם מיועדים למי שכבר רכש את התוכנה המקורית בעבר עם מדיה וספרות עזר. גם בתצהירו של לוי, שבדק את המחירונים של רשיונות MLP בשוק, אין כל אמירה ממנה ניתן להבין שדבריו כווננו דווקא ל- MLP אמריקאי (סעיף 1 לתצהירו). לוי נחקר נגדית על ידי ב"כ הנתבעים בשאלת המחיר של רשיון MLP, כפי שמופיע במחירונים שצירף לתצהירו, והוא לא נשאל אם יש הבדל במחיר בין MLP ישראלי לבין MLP אמריקאי (עמ' 95-97). גם מר פרנקפורט ממל"ל העיד כי מחירו של MLP היה 172 דולר, והוא לא נשאל על ידי ב"כ הנתבעים האם קיים הבדל בין MLP ישראלי לבין MLP אמריקאי (עמ' 78). לכן יש לקבוע כי לא היה הבדל בין מחיר MLP ישראלי לבין מחיר MLP אמריקאי.

19. הנתבע טען בעדותו כי הואיל ונתקל במחירונים שבהם מחירה של ערכת OEM היתה 85 עד 80 דולר, נראה לו סביר לרכוש רשיון MLP במחיר של כ-60 דולר (עמ' 116). אולם, מחירה של ערכת OEM היה כ-100 דולר, לפי עדותם של מר סקופ ומר לוי, בעוד שהנתבעת רכשה את רשיונות ה- MLP בסכום של כ-50 דולר. זאת ועוד, השניים הסבירו כי רשיון OEM זול יותר מרשיון MLP, משום שהנתבעת רצתה להקל על מפיצים שמכרו ללקוחותיהם מחשבים חדשים



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

עם ערכת OEM. עובדה זו בוודאי היתה ידועה לכל מפיץ בשוק, כמו גם למנהלי הנתבעת, שהיתה מפיצה גדולה. לכן, אין לקבל את טענת הנתבע בעניין זה.

(2) רשיונות ה- MLP נמכרו כבודדים במקרים יוצאי דופן, ולא בצורה סיטונאית כפי שנרכשו על ידי הנתבעת

20. מר סקופ מסביר בתצהירו השני (סעיף 31), כי מיקרוסופט ישראל הנפיקה רשיונות MLP רק במקרים יוצאי דופן, כדי לפתור בעיות של מחסור זמני ברשיונות, או כאשר היה מדובר בלקוח שרשיונו אבד, וכו'. בדרך כלל, רשיונות שכאלו הונפקו לגופים או מוסדות (ראה לדוגמא ת/2, שהוא רשיון MLP מקורי שהונפק ל"אל-על"). רשיונות אלו הונפקו אד-הוק, כדי לפתור בעיה מיוחדת: אין מדובר במוצר מדף שהוחזק על ידי המפיצים המורשים, ולא ברור לתובעת כיצד הגיעו טפסי הרשיון לידי מ.צ.מ., שמכרה אותם לנתבעת (סעיף 32). בעדותו הוסיף סקופ כי בסך הכל הופקו כמה עשרות בודדות של רשיונות MLP ישראליים (מן הסוג שנתפס אצל הנתבעת), והדבר נעשה לצרכים פרטניים, במקרים נדירים (עמ' 65). לכן העיד סקופ כי הוא הכיר אישית את המקרים בהם הונפקו רשיונות אלו, משום שלא היה מדובר בנוהל רגיל, והדבר הצריך אישור ממנו (עמ' 65-66). מדובר היה ביוזמה מקומית של מיקרוסופט ישראל, שהופסקה מיד כאשר התגלה מעשה הזיוף והמרמה נשוא תיק זה עמ' 67). גם לוי, שהיה מנהל שיווק לקוחות עסקיים במיקרוסופט ישראל, העיד כי הונפק "מספר מצומצם" של רשיונות MLP (עמ' 86). כך גם עולה מעדותו של מר פרנקפורט מ.ל.ל. (עמד 83).

מכל אלו עולה כי לא היו יכולים להמצא בידי הנתבעת (או בידי מ.צ.מ. שמכרה לנתבעת) 137 רשיונות MLP מקוריים שנתפסו אצלה, כאשר למיקרוסופט ישראל לא ידוע עליהם. עוד יש לציין בהקשר זה כי מר סקופ ומר לוי העידו כי המפיצים לא היו נוהגים להחזיק בידיהם מלאי של רשיונות או תוכנות, שכן הם תמיד היו רשאים להחזיר סחורה שלא נמכרה למפיץ המורשה (סקופ בעמ' 72, ולוי בעמ' 93-94, 100).

במהלך עדותו אמר לוי כי רשיונות ה- MLP "נועדו לספק צורך ספציפי או של השלמה או של בעיית מלאי בקרב המפיצים וזה היה מספר מצומצם, ולא ניהלנו רישום על זה" (עמ' 86). ב"כ הנתבעים מוצא בדברים אלו ראיה לכך שהנתבעת שיווקה רשיונות אלו גם למפיצים. אך דבר זה לא נאמר על ידי לוי: דבריו כווננו לכך שכאשר היתה למפיץ מורשה בעיה לספק רשיון שכזה, הוא



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

היה פונה למיקרוסופט ישראל כדי לספקו ללקוח. כפי שאמר לוי: "למיטב ידיעתי זה (קרי: רשיון ה- MLP) הוצא עם שם ללקוחות" (עמ' 89).

(3) הרשיונות לא נרכשו ממפיץ מורשה, אלא מ.צ.מ. שהודתה כי הם מזויפים

21. מר סקופ מבהיר בתצהירו השני כי לתובעת היו בתקופה הרלבנטית לכתב התביעה שני מפיצים מורשים (חברת גלובל וחברת E.I.M), והם היו משווקים את מערכות ההפעלה של התובעת לכאלף סוחרים (דילרים) בארץ, כדוגמת הנתבעת. כמו כן התקשרה התובעת בצורה ישירה עם כ- 16 חברות מחשבים בארץ, שהנתבעת איננה נמנית עימם. לכן, טוען מר סקופ בתצהירו (סעיף 19), כי לא היתה לתובעת סיבה לרכוש את התוכנות מ.צ.מ., שלא היתה מפייץ מורשה, שכן מ.צ.מ. לא היתה יכולה למכור לנתבעת את התוכנה במחירים נמוכים יותר מן המחיר בו נמכרה התוכנה ע"י המפיצים המורשים; נקודה זו, כשלעצמה, מעוררת חשד, ומתקשרת לכך שהנתבעת רכשה מ.צ.מ. רשיונות MLP שהתבררו כמזויפים.

גם מר פרנקפורט מ.ל.ל., שהיתה מפייץ מורשה של התובעת, ציין בעדותו כי רשיונות ה- MLP שמ.ל.ל. מכרה למפיצים אחרים, היו מיועדים למשתמש הסופי, ואין כל כדאיות כלכלית או הגיון בכך שמפיץ (כמו הנתבעת) יקנה ממפיץ אחר (כמו מ.צ.מ.) רשיונות MLP, במקום לרכוש אותם ישירות מ.ל.ל., שכן אין כל סיכוי שמפיץ שרכש רשיונות מ.ל.ל. יוכל למכור אותם במחיר זול יותר ממנה (עמ' 81-82). הוא אמר בהקשר זה: "אם היה נופל לידי רשיון לא מוכר לי שלא נמכר על ידי מפייץ רשמי של המוצר אז הייתי שואל את עצמי שאלה. מפייץ רשמי זה כמונו או גטר" (עמ' 81).

22. הנתבע טען במהלך ביצוע צו החיפוש כי רכש את הרשיונות מ.צ.מ., אשר רכשה אותם מ.ל.ל., וכי הם הגיעו במעטפה של מ.ל.ל. (מוצג 2/). מ.ל.ל. היתה מפייץ מורשה של התובעת. מר פרנקפורט מ.ל.ל. העיד כי מ.ל.ל. מכרה רשיונות MLP, אמנם בהיקף קטן, וכאשר "נתקעה" בלי מלאי של רשיונות פנתה למיקרוסופט לקבלם (עמ' 82-83). פרנקפורט לא שלל את האפשרות כי מ.ל.ל. מכרה רשיונות MLP למ.צ.מ., אם כי הוא לא זכר זאת (עמ' 79). עם זאת, פרנקפורט מבהיר בתצהירו, לאחר שעיון בכל רשיונות ה- MLP שנתפסו אצל הנתבעת, כי למרות שחלק מהרשיונות נתפסו במעטפה הנחזית להיות מעטפה של מ.ל.ל. – הרי שמ.ל.ל. מעולם לא מכרה או מסרה רשיונות אלו, בין במעטפה ובין בנפרד. כך גם אמר בעדותו, כשהוא מדגיש כי לא זכור לו



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

שמ.ל.ל. מכרה אי פעם כמות גדולה כזאת של רשיונות MLP; בדרך כלל היו פונים אליה כדי לרכוש רשיונות בודדים, ואז היתה פונה למיקרוסופט כדי לקבלם (עמ' 82). נותן אני אמון בעדותו של מר פרנקפורט.

23. הנתבעת, כאמור, טוענת כי רכשה את הרשיונות ממ.צ.מ.. אולם, אנשי מ.צ.מ. עצמם הודו כי הרשיונות שסיפקו לנתבעת היו מזויפים, כפי שאומר צחי לוי בסעיף 5 לתצהירו. מר אפרתי ומר וולברג הודו בפניו כי מכרו כ- 200 רשיונות מזויפים לנתבעת 1, מגורם שאת שמו סירבו לחשוף (לא מל"ל), והם אף מסרו לצחי לוי 21 רשיונות מזויפים שנותרו ברשותם (הוגשו במעטפה כמוצג נ/2). לוי הדגיש בעדותו כי רשיונות אלו הוצגו לו על ידי אנשי מל"ל כרשיונות מזויפים (עמ' 90). כך גם נאמר בפרוטוקול השיחה שערך לוי עם מר אפרתי ומר וולברג בעת ביקורו בחנות מ.צ.מ. (נספח ג' לתצהיר לוי): בפרוטוקול נרשם כי אפרתי הציג בפניו "את הרשיונות המזויפים שנותרו בידו". על פרוטוקול זה חתומים וולברג ואפרתי.

24. לאור האמור לעיל, כאשר הוכח בעליל שמל"ל לא סיפקה את הרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת, וכאשר מ.צ.מ. ואנשיה הודו כי מדובר ברשיונות מזויפים, שינה הנתבעת את גירסתו. בעוד שבעת החיפוש שבוצע בחצרי הנתבעת אמר כי הרשיונות נרכשו ממ.צ.מ., ואף מסר לכונס חשבוניות ממ.צ.מ. (נספח א' לתצהיר לוי), הרי שבעדותו העלה הנתבעת גירסה חדשה לפיה רכש את הרשיונות לא רק ממ.צ.מ., כי אם גם מחברות אחרות (עמ' 110). גירסה חדשה זו לא נזכרה גם בתצהירו של הנתבע (ראה סעיף 14). יתר על כן בהודעת צד ג' ששלחו הנתבעים למ.צ.מ., וולברג ואפרתי, נאמר כי הנתבעת רכשה את הרשיונות ממ.צ.מ. "ורק ממנה" (סעיף 5 להודעה). הגירסה החדשה שהעלו הנתבעים במשפט, מחזקת אף היא את המסקנה כי הרשיונות היו מזויפים, והם ידעו זאת. בנוסף, הנתבע נאלץ להודות בחקירתו הנגדית כי האמור בתצהירו, כאילו הנתבעת רכשה ממ.צ.מ. רק 200 רשיונות, איננו אמת, שכן בחשבונית ת/8 לבדה נרשם שהנתבעת רכשה ממ.צ.מ. 300 רשיונות.

לגבי הגורם האחר שלטענת הנתבעים מכר להם רשיונות MLP, התייחס הנתבע בעדותו לחברה בשם "בקעת הירדן מחשבים ותקשורת בע"מ", והגיש חשבונית ת/7 על רכישת "רשיונות 6.22 DOS + WINDOWS 3.11", למרות שהנתבעת לא הפיצה כלל רשיון לשתי התוכנות גם יחד (ראה סעיף 27 לקמף). הנתבע הסתבך בתשובות סותרות בשאלה האם קנה מבקעת הירדן מעט רשיונות או הרבה רשיונות (עמ' 114 לפרוטוקול), וגם לא הביא לעדות נציג מטעמה של אותה חברה. הנתבע טען כי הנתבעת רכשה גם מגורמים אחרים רשיונות כאלו, אך טען כי איננו זוכר מי



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

הם. כל אלו מצביעים על כך כי אין אמת בתצהירו של הנתבע (סעיפים 12-13), כאילו הנתבעת רכשה את הרשיונות אך ורק מחברות גדולות ומוכרות בשוק.

25. אנשי מ.צ.מ., מר אפרתי ומר וולברג, שהנתבעים הוציאו להם הודעת צד ג', נמחקו מן ההודעה בכפוף לכך שיתנו תצהיר אשר יתמוך בטענותיהם של הנתבעים (ראה סעיף 18 לתצהיר הנתבע). הם אכן נתנו תצהירי תמיכה שכאלו, בנוסח זהה, בהם טענו כי מ.צ.מ. מכרה לנתבעת רשיונות לשימוש בתוכנות התובעת מתוך אמונה כי הן מקוריות וכשרות, והם גם ידעו לומר כי הנתבעת רכשה את הרשיונות מתוך אמונה בכשרות הרשיונות. השניים מצהירים כי הנתבעת קנתה את הרשיונות במחיר השוק, ולכן לא היתה לה סיבה לחשוד באמיתותם. אך הם אינם מביעים דעה בשאלה האם הרשיונות מזויפים (ראה סעיף 5 לתצהיר), וגם אינם מפרטים מהיכן הגיעו אליהם הרשיונות.

לאור מכלול הראיות שפורטו לעיל, הן לגבי היותם של הרשיונות מזויפים, והן לגבי העובדה שהם נמכרו במחיר שהוא פחות משליש ממחירם בשוק, ברור כי תצהיריהם של וולברג ואפרתי אינם משקפים את האמת. יש גם לזכור כי הם עצמם הודו כי הרשיונות מזויפים ראה סעיף 23 לעיל). כך גם התרשמתי מחוסר מהימנות גרסתם של השניים, אשר קנו לדבריהם את הרשיונות מגמליאל, ללא כל רישום בספרים, וכאשר לא היה ידוע להם מה הקשר שבין גמליאל לבין רשיונות מיקרוסופט. כפי שהעיד וולברג - גמליאל "לא היה עסק. הוא לא היה עצמאי. הוא לא היה רשום" (עמ' 123). לוולברג לא היה הסבר מדוע ספק רשיונות לצדדים שלישיים לפי הוראת גמליאל, ומדוע שגמליאל לא ספק אותם בעצמו (עמ' 123). וולברג גם לא ידע מהיכן מגיעים הרשיונות של הנתבעת, ורק שיער שהם מגיעים ממל"ל משום שהיו במעטפות של מל"ל; אך לא היה לו הסבר מדוע לא קנה רשיונות ישירות ממל"ל (עמ' 123-124). הקשר עם גמליאל לא נרשם כלל בספרים, וגם לא הוצאו חשבוניות (עמ' 124). וולברג גם טען כי איננו זוכר מי היה האדם שמולו עבד אצל הנתבעת, וקשה להאמין לגירסה זו (עמ' 125). אין ספק שמטרתו היתה לעזור לנתבעים. בניגוד לטענתו בתצהיר כי הרשיונות נמכרו לנתבעת במחיר השוק, טען וולברג בעדותו כי לא ידע מהו מחיר השוק של הרשיונות, והיה מוכר אותם במחיר שגמליאל קבע (עמ' 125, 127).

גם עדותו של אפרתי היתה מעורפלת, ורק חיזקה את התחושה של פעילות מפוקפקת במ.צ.מ. אפרתי נשאל לגבי טיב הרשיונות שקנה מגמליאל ומכר לאחרים ואמר: "לא ידענו מה זה הרשיונות, עד היום אנו לא יודעים מה זה הרשיונות" (עמ' 129). כשנשאל מהיכן הגיעו הרשיונות השיב "לא שאלתי", והוסיף כי עד היום הוא איננו בטוח שהם מזויפים (עמ' 132). גם הוא העיד, בניגוד לתצהירו, כי לא ידע מה מחיר השוק של הרשיונות, וגמליאל קבע את המחיר (עמ' 120). אך



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

בניגוד לוולברג, שלא זכר מי מהנתבעים עמד עמו בקשר, זכר אפרתי כי הנתבע אישית פנה אליו ישירות (עמ' 131).

26. לסיכום נקודה זו – אם היה צורך בכך, הרי שעדותם של וולברג ואפרתי רק חיזקה את הראיות המעידות כי הרשיונות נרכשו על ידי הנתבעת בדרך מפוקפקת, שהיתה ברורה לכל הצדדים, וכי כל הצדדים לעיסקה היו ערים להיותם של הרשיונות פיקטיביים. מכירת הרשיונות על ידי גמליאל נעשתה ללא כל תיעוד ורישום; גמליאל היה זה שקבע את המחיר, ומחיר זה היה פחות משליש ממחיר השוק; ואיש מן הצדדים לא שאל את עצמו מה הקשר בין גמליאל לבין רשיונות התובעת, ולא מסר דין וחשבון מדוע היה צורך לקנותם מגמליאל ולא ממפיץ מורשה כמו מל"ל. הצדדים לעיסקה – גמליאל, מ.צ.מ. והנתבעים – ניהלו מאחרי גבה של התובעת מסחר ב"רשיונות" שאיש לא טרח לברר מה מקורם, ואשר על פניהם נראו מפוקפקים, לאור מכלול הראיות שפורטו לעיל.

(4) הרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת היו מסוגים שאינם מופצים כלל על ידי התובעת

27. מיקרוסופט ישראל מעולם לא הנפיקה רשיון MLP משולב למערכת הפעלה "דוס" יחד עם מערכת הפעלה "חלונות"; באותם מקרים בודדים שהונפקו רשיונות MLP, הם היו מיועדים לאחת משתי תוכנות ההפעלה – לא לשתייהן גם יחד (סעיף 33 לתצהירו השני של מר סקופ; סעיף 12 לתצהירו של מר לוי, ועמ' 95 לעדותו של לוי). לעומת זאת, רשיון ה- MLP שסיפקה הנתבעת לחוקר הפרטי של התובעת, אשר רכש מחשב מהנתבעת, היה לשתי תוכנות ההפעלה גם יחד, ואצל הנתבעת נמצאו בחיפוש רשיונות MLP נוספים לשתי התוכנות (נספח ו' לתצהירו השני של מר סקופ, ותצהיר החוקר ישראל מאיר ועדותו בעמ' 103-104). עובדה זו תומכת אף היא במסקנה כי מדובר ברשיונות מזויפים. גם מר פרנקפורט, מנהל חברת מל"ל (מפיצה מורשת של התובעת), אישר בתצהירו ובעדותו כי מעולם לא נתקל ברשיון מאוחד לשתי תוכנות ההפעלה ("דוס" ו-"חלונות"), מן הסוג שהנתבעת מכרה לחוקר הפרטי של התובעת (סעיפים 2.3 ו- 2.7 לתצהירו, ועמ' 78-81 לעדותו). ב"כ הנתבעים טוען בסיכומיו כי יתכן שמר פרנקפורט איננו מכיר רשיונות MLP ישראלים, שהם פרי יוזמה מקומית של מיקרוסופט ישראל, והוא מכיר רק את הגרסאות האמריקאיות. טענה זו צריך היה להציג לפרנקפורט בחקירתו הנגדית, דבר שלא נעשה.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

28. מר סקופ אף אומר (תצהירו השני סעיף 34) כי מיקרוסופט ישראל מעולם לא סיפקה למ.ל.ל. רשיונות Hebrew Windows 95, מן הסוג שנתפס אצל הנתבעת. גם פרנקפורט אומר כך בתצהירו (סעיף 2.7.2). זו אינדיקציה נוספת להיותם של הרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת מזויפים.

(5) הרשיונות שהפיצה הנתבעת היו שונים בצורתם ובתוכנם מן הרשיונות המקוריים

29. אינדיקציה נוספת להיותם של הרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת מזויפים, היא סוג הנייר. מר סקופ ציין בתצהירו הראשון (סעיף 11.3) כי רשיון MLP מקורי היה מודפס על סוג נייר שונה מזה שעליו הודפסו הרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת. כך ניתן להיווכח מהשוואת סוגי הנייר (דוגמת הרשיון המקורי ת/2 למול רשיון שנתפס אצל הנתבעת ת/3). כך גם מציין מר סקופ כי יש הבדל בגודל הגופנים (פונטים) ובלוגו של התובעת שעל גבי רשיון מקורי, למול רשיונות שנתפסו אצל הנתבעת (הבדל זה קיים, כאשר משווים את ת/3 ו- ת/2 הוא לא ניכר לעין).

זאת ועוד: בכותרת רשיון ה- MLP המקורי נרשם: "הסכם רשיון של מיקרוסופט". לעומת זאת ברשיונות שנתפסו אצל הנתבעת (צורפו לתצהיר פרנקפורט) הכותרת היא: "שימוש של microsoft למשתמש הסופי". לשון עילגת זו, ורישום השם "מיקרוסופט" באנגלית עם האות m במקום אות גדולה M, מהווים אינדיקציה נוספת לזיוף. על נוסח הרשיונות המזויפים לא נרשם כלל כי מדובר בהסכם רשיון. המסמכים שנתפסו אצל הנתבעת לא הוצאו לגורם מסוים ששמו נרשם ברשיון, בעוד שהרשיון המקומי של התובעת הוצא לגורם ספציפי (ראה למשל ת/2 שהוצא לאל-על, וכן עדותו של לוי בעמ' 88). אמנם בתחילת עדותו של לוי, כאשר הוצגו לו ת/2 למול ת/3 הוא השיב כי איננו יכול לומר איזה מהם מקורי ואיזה מזויף. אך בהמשך עדותו הסביר ופירט מדוע הרשיון מסוג ת/3, ואחרים שנתפסו אצל הנתבעת, מזויפים, כשהוא מתייחס לעובדה שהרשיונות שנתפסו אצל הנתבעת אינם נושאים את שם הלקוח לו יועד הרשיון; המסמך הודפס בפורמט שונה מזה של התובעת, ועל נייר מסוג אחר; ובמסמך של מיקרוסופט היתה כותרת "הסכם רשיון של מיקרוסופט", לעומת כותרת שונה במסמכים המזויפים בהם נרשם "שימוש של מיקרוסופט למשתמש סופי" (עמ' 88).



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

(6) המדבקות שעל הרשיונות

30. על גבי רישיון ה-MLP, הן המקורי והן זה שנתפס אצל הנתבעת, מופיעה מדבקה עגולה, עליה נרשם: "רישיון שימוש בתוכנת מיקרוסופט". במרכז מופיע מספר סידורי והאותיות MLP, ומתחתיהן הסימן המסחרי Microsoft. מר סקופ אמר בעדותו כי היתה אצלם חבילת מדבקות עם מספרים סידוריים, ואלו היו מודבקות על רישיונות ה-MLP. במועד עדותו של מר סקופ (8 שנים לאחר הגשת התביעה), לא היה בידי דוגמאות של המדבקות המקוריות, שכן הוא הורה להשמידן כדי שלא ייעשה בהם שימוש לצורך זיוף (עמ' 68-69). מר סקופ לא בדק את מספרי המדבקות על גבי הרישיונות שנתפסו אצל הנתבעת, שכן היה ברור לו שמדובר ברישיונות מזויפים, לאור מכלול הנימוקים שפורטו לעיל. מר סקופ גם לא זכר את שיטת מספור המדבקות, אך ציין כי המספרים נועדו לוודא שהרישיון הוא מהסדרה הנכונה (עמ' 66). גם מר לוי לא ידע לומר דבר בעניין המספרים הסידוריים שעל המדבקות, כיוון שלא עסק בכך (עמ' 85-86). מר סקופ גם אישר כי לא היה רישום מסודר של רישיונות ה-MLP שהנפיקה מיקרוסופט ישראל, וגם אין העתק של הרישיונות שנמכרו, כיוון שמדובר היה במקרים נדירים, הוא הכיר אישית כל מקרה (עמ' 65). כך גם העיד צחי לוי (בעמ' 86). עם זאת, מר סקופ לא זכר (עמ' 66) את הנסיבות בהן נמכר רישיון MLP ל"אל על", שהוא הדוגמא שהגישה התובעת לרישיון מקורי (ת/2). יש לזכור כי מר סקופ העיד כי רוב רישיונות ה-MLP היו רישיונות שהגיעו מהתובעת מארה"ב (כדוגמת ת/5 – הרישיון באריזת קרטון), ורק מיעוטם היו רישיונות על גבי נייר בודד (כדוגמת ת/2), שנועדו לפתור מקרים אוטוריים וחרגיים. אכן, לא לכל השאלות היו למר סקופ תשובות מניחות את הדעת, אך יש לזכור כי הוא נחקר כשמונה שנים לאחר התרחשות האירועים.

(7) עדות שמיעה לגבי דברים שאמר גמליאל

31. מר סקופ ומר לוי מתייחסים בתצהיריהם לדברים שנאמרו להם על ידי גמליאל, ואף נרשמו ונחתמו, לטענתם, על ידו, בהם הוא הודה, לטענתם, כי סיפק את הרישיונות המזויפים למ.צ.מ. בעקבות כך תוקנה התביעה, ומ.צ.מ. ואנשיה, וכן גמליאל, הוספו כנתבעים, אך בסופו של דבר הגיעו לפשרה עם התובעת. גמליאל לא היה עד במשפט, ועל כן לא ניתן להתייחס לדברים שנאמרו מפיו, כולל פרוטוקולים לגבי שיחות שנוהלו עמו, או הסכם שנחתם עמו, בהם הוא מודה, על-פי הנתען, כי הרישיונות היו מזויפים. גם הנתבע הסתמך בדבריו על דברים שאמר לו גמליאל, כאילו רכש את הרישיונות מחברת מל"ל, וכי הם היו מקוריים, ולדבריו גמליאל אף הביא לו



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

הוכחות לכך (עמ' 118-119). בנסיבות אלו, ניתן היה לצפות כי הנתבעים יזמנו לעדות את גמליאל, ואי-הבאתו לעדות נזקפת לחובתם. אמנם, גם התובעת מסתמכת, בין יתר הראיות שהביאה, על דברים שאמר גמליאל לאנשיה, אך לא סביר היה לצפות כי גמליאל יסכים להעיד מטעם התובעת, שניהלה כנגדו מערכה משפטית, ולהודות בבית המשפט בהיותם של הרשיונות מזויפים.

ד. העתקת תוכנות התובעת בידי הנתבעת ומכירתן ללקוחות הנתבעת

32. בלא כל קשר לשאלת הרשיונות המזויפים שספקה הנתבעת ללקוחותיה – מהווה עצם הפעולה של העתקת תוכנות התובעת בידי הנתבעת, ושיווק התוכנות המועתקות ללקוחות הנתבעת, הפרת זכות היוצרים של התובעת בתוכנות. הנתבע הודה כי היו בידיו תקליטורים (CD) של התוכנות "דוס" ו- "חלונות" 3.11 ו- '95, וכן טייפ גיבוי, ששימשו את הנתבעת למעשה כ"מאסטר", קרי: תקליטור מקורי של התוכנה המשמש לצורך ביצוע התקנה רב-פעמית של התוכנה על גבי דיסק קשיח של מחשבים שנמכרו ללקוחות הנתבעת (ראה: דו"ח החיפוש עליו חתום הנתבע, ושצורף לתצהיר לוי כנספחים א'1-א'2, ועדותו של הנתבע בעמודים 110, 117). הנתבעים נטלו תוכנת הפעלה מקורית של התובעת, כפי שהיא נמכרת על גבי תקליטור מקורי בחבילה הכוללת גם חומר הדרכה (ערכת OEM), והשתמשו בתקליטור שבה כדי להעתיק את התוכנה על גבי מאות מחשבים שמכרו ללקוחותיהם. הלקוחות קיבלו מהנתבעת מחשב חדש הכולל מערכת הפעלה של התובעת, מבלי שרכשו את התוכנה המקורית המופיעה בערכה ארוזה הכוללת תקליטור או דיסק מקורי וחומר הדרכה (ה- Materials). כפי שאמר הנתבע:

"אנו לקחנו דיסק זה, או דיסק מקורי אחר של התובעת, העתקנו אותו על מחשב חדש, ובאותו רגע המחשב החדש הזה נהיה מאסטר שממנו העתקנו לכל מחשב חדש שמישהו קנה, ובצירוף נתנו לקונה רישיון MLP" (עמ' 117).

גם המחשב החדש שנמכר לחוקר הפרטי של התובעת, ישראל מאיר, נמכר עם רישיון MLP מזויף ללא ספרות הדרכה או תקליטור (הנתבע, עמ' 109). ודוק: הכינוי "מאסטר" הוא הכינוי הפיראטי שהנתבעים העניקו לתקליטור המקורי שברשותם, שבאמצעותו העתיקו את תוכנות התובעת אין ספור פעמים על גבי מחשבים שמכרו ללקוחותיהם. מבחינת התובעת - אין קיים מושג שכזה, קרי: תוכנת "מאסטר", והתובעת לא מכרה מעולם מוצר שכזה, שהרי מדובר בתקליטור מקורי רגיל



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

של התוכנה, שהנתבעים הפכו אותו ל"מאסטר" (ראה: עדויותיהם של מר סקופ בעמ' 63; ארז אפרתי, מנהל מכירות במ.צ.מ., בעמ' 132; וולברג, מנהל מ.צ.מ., בעמ' 126).

33. הנתבעים היו אמורים למכור ללקוח הרוכש מחשב חדש ערכת OEM, הכוללת תקליטור מקורי של התוכנה וחומר הדרכה. אך הנתבע הודה כי הנתבעים לא מסרו ללקוחות את ספרות העזר המקורית ואת התקליטור; הלקוח קיבל מחשב חדש בו מותקנת תוכנת ההפעלה של התובעת (הנתבע בעמ' 121). הנתבע גם הודה בעדותו כי לא היה לו רשיון או הסכם עם התובעת שהתיר לו לעשות שימוש במה שהוא מכנה "מאסטר", וטען: **"לא הבנתי בשביל מה אני צריך רישיון. בשביל להרכיב מחשבים?"** (ראה: עמ' 115 וכן עמ' 120, וכן דברי הנתבע בעת עריכת דו"ח חיפוש שצורף לתצהיר לוי). תשובה זו של הנתבע איננה אלא היתממות לשמה. הנתבע מבין היטב שהוא לא רק הרכיב מחשבים, אלא התקין בהם תוכנות של התובעת מבלי שהיה בידיו רשיון לעשות כן, ומבלי שהלקוחות ששילמו את המחיר המלא הנדרש עבור תוכנה חדשה ללקוח חדש, קרי: עבור ערכת OEM.

34. הנתבעים מצדיקים את הדרך בה נהגו, בכך שמכרו לקונה רשיון MLP. אולם, לא זו בלבד שהרשיונות שמכרו היו מזויפים: הנתבעים גם לא היו רשאים למכור ללקוח הקונה מחשב חדש רשיון MLP לשימוש בתוכנה. כפי שהדגיש מנכ"ל התובעת מר סקופ, התובעת מעולם לא התירה למפיץ כלשהו להתקין את מערכות ההפעלה שלה על גבי מחשבים חדשים שהמפיץ מוכר, או לעשות שימוש בתקליטור המשמש כ"מאסטר" לצורך התקנה רב-פעמית. המפיצים אינם רשאים למכור את התוכנה של התובעת ללקוח הרוכש מהם מחשב חדש אלא בערכת OEM מקורית, הכוללת תקליטור מקורי וחוברת הדרכה (סעיף 20 לתצהיר השני).

ברישיון ה- MLP (הן המקורי (ת/2) והן המזויף (ת/3)) נאמר במבוא: **"מסמך זה הינו חוזה מחייב כדין בינד, הצרכן/ית הסופ/ית לבין חברת מיקרוסופט... הסכם זה מעניק לך רישיון אחד"**. כלומר, מדובר ברישיון שניתן **לצרכן** – לא למפיץ, והוא מבוסס על ההנחה שהצרכן כבר רכש תוכנה מקורית עם תקליטור, שהרי רישיון MLP ניתן רק למי שכבר רכש את התוכנה עם מדיה, והוא מאפשר לצרכן להתקין את התוכנה מהתקליטור שרכש. אין כל הרשאה למפיץ לעשות שימוש בתקליטור שהוא רכש לעצמו ולהפכו למעין "מאסטר", כדי להעתיק באמצעותו את התוכנה על גבי מאות מחשבים אחרים של לקוחותיו.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

הנתבעים, כמי שעסקו בשיווק תוכנות של מיקרוסופט בהיקף גדול, ואף עסקו בסחר ברישיונות MLP, בוודאי הכירו את המתכונת של רישיון MLP, אשר מיועד אך ורק למי שכבר רכש קודם לכן את התוכנה עם מדיה וספרות עזר. כך עולה במפורש מסעיף 2 לרישיון ה- MLP (הן המקורי והן המזויף), בו נאמר כי מותר למקבל הרישיון להעתיק את התוכנה - **"בתנאי שהדיסקטים המקוריים יישמרו אך ורק לצרכי גיבוי ואחסון. אינך רשאית לשכפל את ספרות העזר וההדרכה או כל חומר כתוב אחר המתלווה למוצר"**. גם סעיף 3 לרישיון מבהיר כי הוא ניתן למי שכבר יש בידיו את המדיה (תקליטונים). הנתבעים ידעו כי הם מספקים את הרישיון ללקוחותיהם ללא מדיה מקורית, וללא ספרות עזר והדרכה, ומן האמור בסעיף 2 לעיל – אם לא בדרכים אחרות – הבינו כי רישיון MLP מיועד למי שיש כבר בידיו תוכנה מקורית עם מדיה וספרות עזר (ראה עדותו של לוי בעמ' 87).

35. ב"כ הנתבעים טוען בסיכומיו כי לעניין היקף ההרשאה שמעניק רישיון MLP למי שרוכש אותו, אין להסתמך על רישיונות ה- MLP האמריקאיים (הנמכרים באריות קרטון כדוגמת ת/5), אלא רק על רישיונות ה- MLP הישראליים (כדוגמת ת/2). הבסיס לטענה זו נעוץ בעובדה שהרישיונות שנתפסו אצל הנתבעת היו כולם מן הסוג הישראלי. לכן, לטענתו, אין כל רלבנטיות לכך שברישיון ה- MLP האמריקאי נרשם על מסמך האוטנטיות (COA), כי הרישיון הוא **"להפצה עם מחשב חדש בלבד"**, או כי על אריות הקרטון שבתוכה נמצא הרישיון נרשם כי הרישיון מיועד רק למי שכבר רכש ערכה מלאה עם מדיה וספרות עזר קודם לכן. מה שרלבנטי הוא רק מה שנאמר ברשיון ה- MLP הישראלי.

טענה זו אין לקבל. אמנם רישיון ה- MLP הישראלי איננו נמכר בקרטון, אך בישראל נמכרו גם – ובעיקר – רישיונות MLP אמריקאיים, לצד הרישיונות הישראליים שנמכרו בכמות קטנה. רישיון ה- MLP הישראלי איננו שונה בתכונותיו מרישיון ה- MLP האמריקאי, וחזקה על כל מי שעסק במכירת מחשבים ובסחר ברישיונות הנוגעים לתוכנות של התובעת, שהוא ידע היטב מהו רישיון MLP. כל אדם שכזה ידע – כך יש להניח – כי רישיון MLP, אמריקאי או ישראלי, מיועד למי שכבר רכש בעבר ערכת OEM. גם מעיון ברשיון ה- MLP הישראלי (הן המקורי והן המזויף) ברור כי מדובר ברשיון המיועד לצרכן הסופי, ולא למשווק (ראה הכותרת לרישיון).

בכל מקרה, הנתבעים הם אלו שצריכים להראות כי פעלו על פי הרשאה מהתובעת, ואין ברשיון ה- MLP שרכשו דבר וחצי-דבר המתיר להם לעשות מה שעשו, קרי: להעתיק את התוכנה למחשב



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

חדש של לקוח שמעולם לא רכש עותק מלא של התוכנה. הנתבעים רכשו כדין תוכנת מקור של התובעת בערכת OEM (הכוללת מדיה מקורית – תקליטון או תקליטור מקורי), ולאחר מכן העתיקו אותה על מאות מחשבים של לקוחותיהם. אין, ולא יכול היה להיות, רשיון של התובעת לעשות שימוש שכזה בתוכנה המקורית שרכשו הנתבעים, וטענה שכזו גם לא נטענה על ידי הנתבעים. דוגמא לרשיון של התובעת המוענק עם רכישת ערכת OEM מקורית, צורף כנספח ב' לתצהירו השני של מר סקופ. בסעיף 1 לרשיון זה נקבע כי הרשות היא להשתמש אך ורק בעותק אחד של התוכנה "על גבי מחשב יחיד כלשהו". בסעיף 2 נאמר: "רשאי/ית את/ה להכין עותק אחד מהתוכנה אך ורק לצרכי גיבוי ואכסון, או (ב) להעביר את התוכנה לתקליט קשיח יחיד ובתנאי שהתקליטונים המקוריים ישמרו אך ורק לצרכי גיבוי ואכסון...". בסעיף 4 לרשיון נאמר כי ניתן להעביר את הזכויות ברשיון, בתנאי שיחד עימם מועברים גם "כל העותקים של התוכנה וכל חומר כתוב אחר...".

הנתבעים טוענים כי מותר היה להם לרכוש את רשיונות ה-MLP ולמכרם ללקוחותיהם, וזאת על פי סעיף 4 לרשיון ה-MLP. אולם, בסעיף 4 לרשיון – אשר מופנה למשתמש הסופי ולא למפיץ – נאמר כי ניתן להעביר את הזכויות על פי הרשיון בתנאי שיחד עם הרשיון יועברו גם "כל העותקים של התוכנה וכל חומר כתוב אחר...". הנתבעים לא נהגו כן: הם מכרו אך ורק את הרשיון, ללא מדיה וללא ספרות עזר.

לאור כל אלו, הנתבעים לא היו רשאים להשתמש בתוכנה המקורית שרכשו, על מנת להעתיקה על פני מאות מחשבים אחרים שמכרו ללקוחותיהם, והדברים ברורים מאליהם.

ה. גרסתו הבלתי מהימנה של הנתבע

36. גרסתו הבלתי מהימנה של הנתבע לגבי אופן רכישת הרשיונות ומקורם, רק מחזקת את המסקנה כי הוא ידע שמדובר ברשיונות בלתי חוקיים. הנתבע ניסה בעדותו להרחיק עצמו מכל קשר לסחר ברשיונות ה-MLP המזויפים, ובמקביל טען כי הם לא היו מזויפים. הוא טען כי לא היה מעורב באופן אישי ברכישתם, וכי לא היה לו קשר עם שום אדם במ.צ.מ. (עמ' 110). הנתבע לא מסר פרטים כלשהם לגבי אנשים אחרים בחברה שבניהולו ובבעלותו שטיפלו בנושא, וכאשר נשאל על ידי בית המשפט מי היה אחראי לנושא הרכש, השיב כי איננו זוכר, ועליו לבדוק זאת (עמ' 113). אך טענה זו של הנתבע נסתרה בעדותו של העד שהוא עצמו הביא, מר אפרתי, אשר העיד כי



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

היה בקשר עם הנתבע בעניין רכישת הרשיונות (עמ' 131, 133). עוד נטען לתמוה: אם הנתבע לא היה מעורב ברכישת הרשיונות ומכירתם, מכח מה נתן תצהיר מטעם הנתבעים, בו פירט את כל תהליך רכישת הרשיונות ומכירתם. טענה מסוג זה, קרי: העדר מעורבות כלשהי במעשים נשוא כתב התביעה, גם לא הועלתה בכתב ההגנה של הנתבעים.

הנתבע נשאל שוב ושוב בחקירתו הנגדית מדוע לא רכש את הרשיונות ממפיץ מורשה של התובעת, ולא היה לו מענה של ממש לשאלה מטרידה זו (עמ' 111-112). הוא העלה טענה כבושה, תוך סתירת האמור בתצהירו, כי רכש את רשיונות ה-MLP לא רק ממ.צ.מ. כי אם גם מגופים אחרים (עמ' 114, למול סעיף 14 בתצהירו, וראה גם סעיף 19 לעיל). הוא הודה כי טענתו בתצהיר כאילו רכש רק 200 רשיונות ממ.צ.מ. איננה נכונה (ראה סעיף 19 לעיל). הנתבע טען בעדותו כי אשתו היא רק בעלת מניות, אף כי בתצהירו טען שהיא מנהלת (ראה סעיף 8 לעיל). הנתבע צירף לתצהירו חשבונית של מל"ל, בגין הספקת רשיונות MLP למ.צ.מ., אך בעדותו הסתבר כי טענתו שמל"ל מכרה רשיונות למ.צ.מ. נסמכת על דברי גמליאל, שלא הובא על ידו לעדות (עמ' 118).

בנוסף, צירף הנתבע לתצהירו רשיון MLP שלטענתו נמכר למכללת שנקר על ידי מ.צ.מ. וסופק על ידי מל"ל (סעיף 17 לתצהיר). אולם הרשיון שצירף הנתבע לתצהירו הוא לגירסה עברית של חלונות 95, בעוד שהחשבונית שצירף ממל"ל למ.צ.מ. היא בגין רשיונות MLP לתוכנת "חלונות" באנגלית, גירסה אקדמית (נספחים א'1, א'2 לתצהיר הנתבע). צחי לוי העיד לגבי רשיון זה של מכללת שנקר כי הוא מזויף, וזאת על פי כותרתו (עמ' 91 לפרוטוקול). הנתבעים לא טרחו לזמן מישחו ממכללת שנקר כדי להזים טענה זו. זאת ועוד, דווקא רשיון זה שצירף הנתבע לתצהירו מראה כיצד התנהלו העניינים כאשר נעשו בצורה תקינה, שכן החשבונית של מל"ל היא בגין הספקת רשיון MLP יחיד, בעוד שהנתבע היה רוכש את הרשיונות בסיטונות – מצב שלא היה קיים ברשיונות MLP, כפי שהעידו מר סקופ ומר לוי.

מעל ומעבר לכל אלו, הציג הנתבע גירסה מיתממת לגבי ידיעתו כי הרשיונות בהם סחר לא היו אמיתיים, ולא היה להם כל קשר לתובעת. לאור כל אלו, אינני נותן אמון בעדותו של הנתבע, ובגירסה שהעלו הנתבעים, ואני מעדיף על פניה ללא היסוס את גירסת התובעת, שנשמכה על עדויות וראיות מהימנות.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

פרק ג: היבטים משפטיים ומסקנות

37. סעיף 2א. לפקודת זכות יוצרים קובע כי תוכנת מחשב מוגנת בחוק זכות יוצרים, 1911 כאילו היתה "יצירה ספרותית" (וראה גם הגדרה של "תוכנה" בסעיף 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995). זכות היוצרים ב"יצירה ספרותית" מקנה לבעליה את הזכות הבלעדית להעתיקה, בדרכים המפורטות בסעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים. סעיף 2 לחוק מגדיר "הפרת זכות יוצרים" כדלקמן:

"(1) רואים זכות יוצרים ביצירה כאילו הופרה על ידי אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות-היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה לבעל זכות היוצרים..."

(2) כמו כן רואים זכות-יוצרים ביצירה כאילו הופרה ע"י אדם אם-

- (א) הוא מוכר או משכיר או מעמיד או מציע לשכירות בדרך מסחרית; או
- (ב) הוא מפיץ לצרכי מסחר או במידה שיש בה כדי להזיק לבעל זכות-היוצרים; או..."

א. הוכחת היותם של הרשיונות מזויפים והפרת זכות היוצרים הנובעת מכך

38. ב"כ הנתבעים מציין בפתח סיכומיו כי התביעה תקום וטיפול על השאלה האם הוכח שהרשיונות בהם סחרו הנתבעים היו מזויפים, ואם כן – האם הנתבעים היו מודעים לכך. אכן הוכח, ללא כל צל של ספק, כי הרשיונות היו מזויפים. כמו כן הוכח – אף שאין כלל צורך להוכיח יסוד נפשי בהפרת זכות יוצרים (ראה להלן) – כי הנתבעים 1 ו-2 היו מודעים לעובדה שהם משווקים את התוכנות של התובעת ללא רשיונות חוקיים, ולמצער בחרו הם "לעצום את עיניהם".

39. בענין הוכחת טענת הזיוף נחלקו הצדדים בשאלת נטל הראיה. ב"כ הנתבעים איננו חולק על כך שעל פי הדין הנטל מוטל על הנתבעים להוכיח כי מכירת התוכנות של התובעת ללקוחותיהם נעשתה ברישיון, שכן אין מחלוקת כי התובעת היא בעלת זכויות היוצרים בתוכנות (עמ' 7 לסיכומים). כך נפסק בע"פ 575/95 מיקרוסופט קורפוריישן נ' קוביק בע"מ (לא פורסם), מפי כב'



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

השופטים בר-אופיר ו- אבן-ארי, כי מרגע שהתובעת הוכיחה את בעלותה בזכויות היוצרים בתוכנה, עובר הנטל לנאשמים להוכיח כי העתיקו את התוכנות למחשבי לקוחותיהם בהרשאה. אך לטענת הנתבעים, מרגע שהציגו הנתבעים את הרישיונות שהיו בידיהם, עובר הנטל אל התובעת להוכיח כי הם היו מזויפים (הנתבעים מפנים בהקשר זה לדברים שנאמרים בספרה של ש. פרזנטי, **דיני זכויות יוצרים**, כרך ג', עמ' 319). טענה זו אין בידי לקבל. הנתבעים חייבים להוכיח מכח מה העתיקו את התוכנות של התובעת על גבי מחשבים חדשים שמכרו ללקוחותיהם, ואם הם מסתמכים לצורך כך על הרישיונות שמצאו בידם – עליהם להוכיח כי מדובר ברישיונות אמיתיים, שהרי התובעת הוכיחה כי רישיונות אלו לא יצאו ממנה, או ממישהו מטעמה.

כאשר מדובר בטענת זיוף ומרמה, יש צורך בתשתית ראייתית בעלת משקל סגולי גבוה יותר מזו הנדרשת בתביעה אזרחית רגילה, אם כי הנטל הוא כמקובל במשפט אזרחי (ראה: ע"א 475/81 **זיקרי נ' כלל**, פ"ד מ(1) 589, בעמ' 598; ע"א 400/86 **עזבון המנוח בן ציון קריגר ז"ל נ' ד"ר סבינה קריגר**, פ"ד מב(4) 604, פסקה 9; ע"א 7424/98 **בנק המזרחי נ' אליהו גרציאני בע"מ**, פ"ד נד(2) 145; ע"א 6095/97 **בנק דיסקונט נ' איטר**, פ"ד נו(4) 721; ע"א (י-ם) 463/95 **בנק הפועלים נ' עזרא לוי ובניו בע"מ**, פ"מ תשנ"ח(3) 145). במקרה דנא, היותם של הרישיונות מזויפים הוכחה מעבר לספק סביר, ולא רק על פי מאזן ההסתברויות. בענין זה אוסיף כי עדויותיהם של עדי התובעת, סקופ, לוי ופרנקפורט בענין היותם של הרישיונות מזויפים מהימנות עלי, ואם נותרו שאלות שלא היה בפיהם מענה עליהן – התרשמתי כי הדבר נבע מכך כי חלפו 8 שנים מאז התרחשות האירועים. יש לזכור כי צחי לוי איננו עובד עוד אצל התובעת, ומר פרנקפורט כבר לא עובד במל"ל, ואין לו קשר לתובעת.

40. אין כל ממש בטענת הנתבעים כי התובעת היתה צריכה להגיש חוות דעת מומחה בשאלת הזיוף, כאשר הובאו כל כך הרבה ראיות המעידות על הזיוף, והוכח בבירור שהרישיונות שנתפסו אצל הנתבעת אינם קשורים לתובעת או למפיץ מורשה מטעמה. לא ברור מה יכול היה מומחה לתרום לענין, כאשר אין מדובר בזיוף של חתימה, ושאר ההבדלים בין רשיון מקורי למזויף ניכרים לעין. כך גם אין לקבל את טענת הנתבעים כי העובדה שתיק המשטרה נסגר בלא הליכים פליליים מהווה ראיה להעדר זיוף, מה גם שלא הובאה כל ראיה בנושא החקירה הפלילית, זולת העובדה שהוגשה תלונה על ידי מיקרוסופט, ולא יצא מכך דבר (סקופ בעמ' 73, לוי בעמ' 86).

41. לאור האמור לעיל, המצב המשפטי הוא שהנתבעים פעלו בלא כל רישיון לשיווק התוכנות של התובעת ללקוחותיהם, ומכאן שהם הפרו את זכויות היוצרים בתוכנות כאשר העתיקו את התוכנות של התובעת למחשבי הלקוחות, בהסתמכם על רישיונות MLP חסרי כל תוקף.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

42. יתר על כן: כפי שבואר לעיל, אפילו היו רשיונות ה-MLP שמסרו הנתבעים ללקוחותיהם אמיתיים – לא היה בהם כדי לאפשר לנתבעים להעתיק את התוכנות של התובעת על גבי המחשבים החדשים שמכרו ללקוחותיהם (ראה פרק ב', תת-פרק ד' לעיל). בע"פ 575/95 מיקרוסופט קורפוריישן נ' קוביק בע"מ (לא פורסם) נפסק מפי כב' השופטים בר-אופיר ו-אבן-ארי כי הנאשמים, שהעתיקו את תוכנות התובעת למחשבי לקוחותיהם, אינם יכולים להסתמך על הרשיון המיועד למשתמש הסופי, מכיוון שרשיון זה נועד לסוחר או למפיץ, ולא לצרכן הרוכש מחשב. כב' השופט בר-אופיר אמר בעמ' 9 לפסק הדין:

"... לא היה טעם משפטי בהצגת הסכם ההרשאה מכיוון שהסכם זה איננו מיועד לסוחרים ולמפיצים אלא ל'משתמש הסופי', כלומר: לצרכן אשר רוכש מערכת מחשב לביתו או לעסקו ומבצע גיבוי של התוכנה המקורית, כדי שהשימוש התדיר בה לא יפגום בתוכנה וביעילות פעילותה. למפיץ או לסוכן המכירות אין רשות לבצע העתקה של דיסקטים כדי לחלקם כשי ללקוחות או להתקין תוכנת דוס במחשב ללא הרשאה מהמעוררת. האיסור על העתקה או השימוש המפר איננו נובע מהסכם או הרשאה כלשהו אלא מהוראות פקודת זכות יוצרים ומהוראות זכות יוצרים 1911."

ב. מודעותם של הנתבעים 1-2 להיותם של הרשיונות מזויפים

43. הנתבעים מעלים בסיכומיהם טענה חלופית, לפיה גם אם היו הרשיונות שמכרו מזויפים – הרי שהם עצמם נהגו בתום לב, מבלי לדעת כי הם מפריים את זכויותיה של התובעת. סעיף 8 לחוק זכות יוצרים קובע:

"אם הוגש משפט מחמת הפרת זכות-יוצרים ביצירה, והנתבע טוען שלא ידע מדבר קיומה של זכות-יוצרים ביצירה, לא יהא התובע זכאי לכל תרופה משפטית, פרט לקבלת צו-מניעה או צו-איסור לגבי ההפרה, אם הוכיח הנתבע שבתאריך ההפרה לא ידע ולא היה יסוד נאמן לחשוד שקיימת זכות-יוצרים ביצירה".

מכאן נובע כי המקרה היחיד בו ניתן פטור מתשלום פיצויים (לא מפני צו מניעה) בשל הפרת זכות יוצרים, הוא כאשר הנתבע לא ידע שקיימת זכות יוצרים ביצירה. בכל מקרה אחר, אין כל רלבנטיות לתום לבו של המפר (ראה: א. בלום, **זכויות יוצרים** (תשט"ז), בעמ' 189). כך נפסק בע"א



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

241/55 דפוס ניאוגרפיקה ואח' נ' מסדה בע"מ, פ"ד יא' 890, בעמ' 892, כי סעיף 8 חל רק על מי שלא ידע כלל כי קיימת זכות יוצרים ביצירה הנדונה, להבדיל מאדם שלא ידע כי התובע הוא בעל זכות היוצרים. במקרה דנא, אין כל מחלוקת כי הנתבעים ידעו על זכויות היוצרים שיש לתובעת בתוכנות ששיווקו.

למעשה, הנתבעים אינם חולקים על כך כי על פי הדין (והדבר נכון לכל זכויות הקנין הרוחני) אין קיימת הגנה של תום לב כנגד הפרה ישירה של זכות יוצרים, להבדיל מהפרה עקיפה (ראה: ספרה הנ"ל של ש. פרזנטי, בעמ' 211 ו-219). זה גם הדין באנגליה: ידיעה אודות ההפרה איננה נדרשת לצורך הוכחתה (ראה: Copinger and Skone on Copyright, 13th Ed., at pp. 233, 315). כך נאמר לגבי היסודות שצריך בעל זכות היוצרים להוכיח במשפט הפרה בספרו של -

W.R. Cornish, **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights** (London, Sweet & Maxwell), 3rd ed. 1996, at S. 11-03:

"... he does not have to show that the defendant knew that his copying constituted an infringement. As with other rights of property recognised at common law, the primary exclusive rights may be asserted against even the defendant who honestly believes that he purchased the right to reproduce the work".

44. זאת ועוד, גם באותם מקרים נדירים בהם תתקבל טענת תום הלב בעניין הפרת זכות יוצרים, הרי שהנתבע חייב להוכיח את תום ליבו הן על פי מבחן סובייקטיבי, והן על פי מבחן אובייקטיבי. אמונתו כי הוא איננו מפר זכות יוצרים צריכה להיות מבוססת על עובדות אובייקטיביות (ראה: ש. פרזנטי, דיני זכויות יוצרים, כרך ג' תש"ס-2000, בעמ' 222). כפי שנאמר בספרו של ט. גרינמן, **זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים – זכויות, חובות והסכמים** (1998), בעמ' 174: **"החוק עצמו איננו תמים והוא יודע להבחין בין תמימות להיתממות... נטל ההוכחה רובץ על הנתבע ויקשה עליו מאוד להרימו..."**. כך גם פסקה כב' השופטת ד. דורנר, לעניין סעיף 8 לחוק זכויות יוצרים, בת.א. (י-ם) קימרון נ' שנקס ואח', פ"מ תשנ"ג(3) 10, בעמ' 27-28:

"מכאן מתבקש: (1) הוכחת טענת תום הלב, שהיא טענת הגנה, מוטלת על המפרסם; (2) מצב נפשי סובייקטיבי של תום-לב אינו מספק, אלא על המפרסם להוכיח גם על-פי מבחן אובייקטיבי כי לא ניתן היה "לחשוד" בקיומה של זכות יוצרים."



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

ובעמ' 28 נאמר: "אין צריך לומר, כי אי-מתן דעת אינו מתיישב עם הגנת תום הלב האובייקטיבי...". כך גם נפסק בת.א. (ת"א) 1479/94 פוליגרם ואח' נ' דרורי ואח' (לא פורסם), לעניין טענת תום הלב כהגנה מפני הפרת זכות יוצרים, כי:

"עצימת עיניים מראיית המציאות הגלויה והעובדות הבולטות על פני השטח – דינה כידיעה והתבוננות במעשה בעיניים פקוחות. המשיב, שעיסוקו בתקליטים ובקלטות, אינו יכול להישמע בטענה שלא נתן דעתו על חזות התקליטורים והסתפק במהימנות שייחס לחברת ubp ולהסכם עם mosicautor, שהיא הציגה בפניו".

45. בענייננו: לא יכול להיות ספק שהנתבעים לא עמדו בנטל ההוכחה לעניין טענת תום הלב – גם אם טענה זו היתה מהווה הגנה מפני הפרת זכות יוצרים. ספק גדול אם הנתבעים הוכיחו תום לב סובייקטיבי, אך בוודאי לא הוכיחו הם תום לב אובייקטיבי. הנתבעים מצויים בתחום המחשבים והתוכנות, ועסקו בסחר ברשיונות בהיקף גדול. הם בוודאי תהו מהיכן מגיעים רשיונות אלו, שכן מ.צ.מ. לא היתה מפיק מורשה של התובעת, ולא היתה כל סיבה שלא לרכוש רשיונות MLP ממפיץ מורשה של התובעת. הנתבעים לא טרחו לפנות לתובעת או למפיץ מורשה שלה על מנת לברר מה הם אותם רשיונות מפוקפקים שנמכרו להם בכמות כה גדולה. הם גם לא פנו למ.ל.ל., שהיתה מפיק מורשה של התובעת, כאשר לטענת הנתבעים הרשיונות סופקו במעטפות הנושאות את הלוגו של מ.ל.ל.

מר סקופ הסביר כי התובעת מדריכה את הדילרים לגבי דרכי מתן הרשיון על ידה, והמפיץ גם יכול לפנות למחלקת שירות לקוחות של התובעת. התובעת גם מפרסמת דפי הסבר בכנסים, בתערוכות ובחנויות לגבי סוגי הרשיונות, וכן בעיתונות ובאינטרנט (עמ' 56-57). גם ברשיון ה- MLP (הן המקורי והן המזויף) נרשם כי במידה ויש שאלות לגבי הרשיון ניתן לפנות לתובעת. כפי שאמר מר פרנקפורט ממל"ל, לו היה מתגלגל לידיו רשיון כדוגמת הרשיונות שנמצאו אצל הנתבעת, הוא היה שואל את עצמו מה פשרו (עמ' 81). מעל ומעבר לכל אלו, היו הנתבעים צריכים לשאול את עצמם את השאלה כיצד רשיונות אלו נמכרים להם בפחות משליש ממחירם המלא בשוק. לו היו הנתבעים משלמים את המחיר המלא של רשיון ה- MLP, כמקובל בשוק, הם לא היו מוכרים כלל ללקוח הרוכש מחשב חדש רשיון מסוג זה, שכן זול יותר היה למכור לו ערכאת OEM מלאה, הכוללת מדיה וספרות עזר (ראה סעיף 16 לעיל). אין ספק שהנתבעים היו ערים גם לנקודה זו.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

זאת ועוד, חזקה על התובעים כי הכירו את המושג רשיון MLP, וידעו כי רשיון זה, מעצם טבעו וטיבו, מיועד אך ורק למי שכבר רכש קודם לכן תוכנה עם מדיה וספרות עזר. מי שמוכר רשיון בלבד, בלי המדיה המכילה את התוכנה וללא ספרות עזר, בוודאי מבין שהדבר מיועד רק למי שכבר רכש בעבר ערכה מלאה של התוכנה. הנתבעים גם ידעו כיצד נראה רשיון MLP אמריקאי, שהיה נפוץ בשוק הישראלי יותר מרשיון ה- MLP הישראלי, וכי הוא איננו מיועד לרוכש של מחשב חדש. הנתבעים גם ידעו כי אין בידם כל זכות לעשות שימוש בתקליטור מקורי שרכשו מהתובעת כדי להפכו ל"מאסטר", ולהעתיק באמצעותו את התוכנה על גבי מאות מחשבים של לקוחותיהם. לאור כל אלו, הם בוודאי הבינו כי הם עוסקים בסחר בלתי חוקי ברשיונות MLP שאינם קשורים לתובעת, וזאת גם אם מ.צ.מ. הוציאה לנתבעת חשבוניות בגין הרישיונות המזויפים, כדי לשוות לעיסקה מראית של כשירות. לאור כל אלו, גם לו ניתן היה על פי הדין לקבל טענה של תום לב כהגנה מפני הפרת זכות יוצרים – וזה איננו המצב המשפטי – הרי שטענה זו לא היתה עומדת לנתבעים בנסיבות המקרה דנן.

ג. **תקנת השוק – תחולת ההגנה בתחום הקניין הרוחני והוכחת תנאיה**

46. טענה נוספת של הנתבעים נסמכת על "תקנת השוק" לפי סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, אשר קובע כדלקמן:

"תקנת השוק"

נמכר נכס-נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה 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".

על יסוד הוראת חוק זו טוענים הנתבעים כי גם אם הרשיונות שנתפסו אצלם היו מזויפים, הרי שהם רכשו אותם מ.צ.מ. בתנאי "תקנת השוק", ולכן היו זכאים למכרם ללקוחותיהם.

47. השאלה הראשונה המתעוררת בהקשר זה היא, האם "תקנת השוק" חלה על נכס המפר זכות יוצרים. התשובה על שאלה זו, לדעתי, שלילית. לו היתה טענה זו מתקבלת – משמעותה היתה כי אדם שרכש מוצרים המפרים פטנט, מדגם או זכות יוצרים, יוכל להמשיך ולהפיצם לאחרים, מכח "תקנת השוק". אך זה בפירוש אינו מצב דברים מבחינה משפטית. שימוש או שיווק



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

בישראל של מוצר המפר זכות קניין רוחני מהווה הפרה שבעל הזכות זכאי למנעה, כפוף לחריג המוכר הנוגע ל"מיצוי זכויות" (Exhaustion of Rights): בעל הזכות איננו זכאי למנוע שימוש או שיווק של המוצר המוגן בזכות הקניין הרוחני אם מוצר זה נרכש כדין **ממנו או ממורשה מטעמו** (לגבי פטנטים ראה בג"צ 5379/90 **בריסטול מאירס ואח' נ. משרד הבריאות**, פ"ד נה(4) 447, ולגבי סימני מסחר ראה ע"א 471/70 **ציבה גייגי נ. פזכים**, פ"ד כד(2) 705). כאשר מדובר במוצר מפר שמקורו **איננו** בבעל זכות הקניין הרוחני, זכותו למנוע את השימוש או השיווק של המוצר היא מוחלטת ונגזרת מזכות הבלעדיות המונופוליסטית המוענקת לו בחוק.

המסקנה דלעיל נובעת גם מהוראת סעיף 7 לחוק זכות יוצרים, 1911, שהוא הוראת דין מיוחדת הגברה על הוראת "תקנת השוק". סעיף 7 קובע:

"כל העתקות מפירות של יצירה שקיימת בה זכות-יוצרים או של כל חלק הימנה וכל הקלישאות המשמשות או מכוונות לשמש לשם יצירת העתקות מפירות כאלה, הרי הם בחזקת רכוש של בעל זכות-היוצרים, ולפיכך יכול הוא להגיש משפט כדי לקבל את החזקה בהם או משפט על נטילת רכושו של אחר שלא כדין".

מכאן נובע כי אדם שרכש מוצר המפר זכות יוצרים, איננו יכול להמשיך ולהחזיק בו מכח "תקנת השוק", כיוון שבעל זכות היוצרים רשאי ליטול ממנו את הנכס המפר, אשר נחשב על פי הדין כרכוש של בעל זכות היוצרים. הוראת סעיף 7 לחוק, איננה מאפשרת לקונה של נכס המפר זכות יוצרים, לרכוש בו זכות בעלות, ולכן היא שוללת את תחולת הוראת סעיף 34 לחוק המכר. כך אמר כב' השופט א. שטרומן בת.א. (ת"א) 1479/94 **פוליגרם נ' דרורי** (לא פורסם), מבלי להביע עמדה נחרצת בעניין, כי סעיף 7 לחוק זכות יוצרים עדיף על החוק הכללי הקובע את תקנת השוק. מסקנה דומה עולה גם מסעיף 8 לחוק זכות יוצרים, אשר מעניק למפר בתום לב הגנה מפני תשלום פיצויים, אך מאפשר לבעל זכות היוצרים לקבל צו מניעה שיאסור את המשך ההפרה חרף תום הלב. לכן, בעל זכות היוצרים יכול למנוע ממי שרכש נכס מפר מלסחר אותו לצד שלישי, דבר שיהווה הפרה, חרף הוראת סעיף 34 לחוק המכר.

לאור כל אלו, לא היו הנתבעים רשאים לשווק את התוכנות של התובעת, והם גם לא היו רשאים להתיימר להקנות ללקוחותיהם את הזכות להשתמש בתוכנות, כאשר הרשיונות שהיו בידם היו חסרי כל תוקף, וזאת בלא כל קשר לשאלת תום לבם ולקיום שאר תנאי "תקנת השוק".



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

48. סעיף 34 לחוק המכר לא נועד לחול על מקרים מעין אלו. "תקנת השוק" חלה אך ורק על "נכס נד", ומונח זה איננו כולל זכויות, ובכלל זה זכויות קניין רוחני (ראה: י. ויסמן, **דיני קניין – חלק כללי** (תשנ"ג-1993), בעמ' 368; א. זמיר, **"פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי, חוק המכר, תשכ"ח-1968"**, תשמ"ז-1987, בעמ' 691-692; ר. גורי, **"מכר בשוק הפתוח"**, עיוני משפט ב' 92, בעמ' 107). בכל מקרה, גם אם הנתבעים היו רשאים לסחר את **הרשיונות המזויפים** שקנו בהסתמך על "תקנת השוק", הם לא היו רשאים להעביר לאחרים יחד עם סיחור ה"רשיונות" את **זכות היוצרים** של התובעת בתוכנות, כפי שהיתה נובעת מהרשיונות, 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.

49. יתר על כן: גם לו חלה "תקנת השוק" על נכס המפר זכות יוצרים, לא היה מקום לקבוע כי בנסיבות מקרה זה הוכחו תנאי "תקנת השוק". ההלכה היא כי הנטל להוכיח את "תקנת השוק" מוטל על שכמו של הנתבע המעלה את הטענה (ראה: ע"א 468/92 **עזבון המנוח סלים עזרא שעהי ז"ל נ' בית טלטש בע"מ ואח'**, פ"ד נו(3) 366, פסקה 7 בחוות דעתו של כב' השופט י. קדמי; בש"פ 2671/01 **סיני נ' מילרה**, פ"ד נה(4) 176, בעמ' 192; ע"א 863/76 **חברת המלח לישראל בע"מ נ' נתיבי ישראל חברה להובלה בע"מ**, פ"ד לב(2) 696, בעמ' 700).

סעיף 34 לחוק המכר איננו כולל, לכאורה, דרישה כי המחיר שישולם עבור הנכס יהיה ממשי, אך דרישה זו נכללת בסעיף לפחות מכח דרישת תוס הלב, שהיא הבסיס לתקנת השוק. אדם הקונה נכס במחיר שהוא פחות משליש ממחירו בשוק, כמו במקרה דנא, ואין בידיו הסבר מניח את הדעת לפער מחירים עצום שכזה, איננו יכול להתבסס על ההגנה של "תקנת השוק".

גם התנאי הדורש כי הנכס נרכש מ"מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של המכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו" – לא התקיים במקרה דנא. אברהם וולברג מ.צ.מ. העיד כי החברה לא עסקה בדרך כלל בסחר ברשיונות של התובעת, אלא במכירת ציוד למחשבים, וכי היא החלה למכור את הרשיונות רק בעקבות קשריה עם גמליאל (עמ' 122). גם מר אפרתי מ.צ.מ. נשאל האם מכירת רשיונות תוכנה של התובעת היתה חלק קטן ("קצת") מעיסוקה של מ.צ.מ., והשיב: **"כן. זה לא היה התחום שלנו"** (עמ' 128).

50. מעל ומעבר לכל אלו, כפי שבואר לעיל, לא רכשו הנתבעים את הרשיונות המזויפים בתום לב. בע"א 4682/92 **עזבון המנוח סלים עזרא ז"ל נ' בית טלטש בע"מ**, פ"ד נו(3) 366, פסקה 7, אמר כב' השופט י. קדמי: **"התעלמות – השקולה בנסיבות לעצימת עיניים" – מקיומה של**



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

אפשרות ממשית... משמיטה את הבסיס לקיומו של אותו 'תום לב', הדרוש להנאה מן ההגנה של 'תקנת השוק' (ראה גם: א. זמיר בספרו הנ"ל על חוק המכר, בעמ' 704-705, המתייחס ל"עצימת עיניים" בהקשר לתקנת השוק). ועוד נפסק בעניין זה, כי לעניין תום הלב המבסס הגנה של "תקנת השוק", יש להבחין בין אדם פרטי הרוכש מוצר מפר לצרכיו, לבין מי שרוכש מוצר מפר במסגרת תחום עיסוקו, מתוך היכרותו את השוק הנדון (ת.א. (ת"א) 2168/00 אס.די.אר שריון יבוא ושוק בע"מ נ' אף.בי. סוכנויות פרסום בע"מ, טרם פורסם, כב' השופט מ. אלטוביה).

עוד נפסק לעניין תום הלב הנדרש להגנה של "תקנת השוק", כי קיימת חשיבות למחיר בו נרכש הנכס נשוא הטענה. בת.א. Microsoft 1630/03 נ' י.א.ד אלקטרוניקה בע"מ ואח', לא פורסם, אמר כב' השופט י. זפט בהקשר לטענה של "תקנת השוק" הנוגעת לרשיונות שימוש בתוכנות של התובעת:

"...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..."

כך גם נפסק לעניין הכוונה הפלילית של מי שמחזיק רכוש שהושג בפשע, כי העובדה שהרכוש נמכר לנאשם מאדם בלתי מוכר ובמחיר זול, היתה צריכה לעורר אצלו חשד ביחס לכשרותה של העסקה, והתעלמות משיקול זה – כמוה כידיעה על כך שהסחורה גנובה (ראה: ע"פ 831/81 שרף נ' מדינת ישראל, פ"ד לז' (2) 174, בעמ' 179).

במקרה דנא, לא זו בלבד שלא עלה בידי הנתבעים להוכיח את תנאי "תקנת השוק", ובראשם התנאי הנוגע לתום ליבם בעת הרכישה, אלא שהוכח כי הם פעלו בנסיבות שהן במקרה הטוב "עצימת עיניים", ובמקרה הרע ידיעה ממשית על כך שהרשיונות אינם אמיתיים.

ד. אחריותם האישית של הנתבעים 2-3

51. אשר לאחריותם האישית של מנהליה של הנתבעת, הרי שקיימת אי-בהירות בשאלה האם הנתבעת 3 היתה מנהלת בחברה הנתבעת (ראה סעיף 8 לעיל). מכל מקום, לא הובאה כל ראיה למעורבות אישית שלה במעשים נשוא כתב התביעה או אחריות ניהולית למעשים אלו. לעומת



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

זאת, ברור לחלוטין שהנתבע 2 הוא המנהל הדומיננטי בנתבעת, והוא זה שרכש ומכר את הרשיונות המזויפים (כפי שעולה מעדותו של אפרתי). ההלכה היא כי מנהל שביצע בעצמו עוולה אזרחית איננו יכול להסתתר מאחורי הטענה שעשה זאת עבור החברה, או במסגרת פעילותה; הוא נושא באחריות אישית, יחד עם החברה, לביצוע העוולה (ראה: ע"א 407/89 צוק-אור נ' קאר סקיריטי, פ"ד מח(5) 661, בעמ' 694-701).

52. ב"כ הנתבעים טוען בסיכומיו כי אם בכלל – הרי שהנתבעים ביצעו הפרה עקיפה של זכויות יוצרים בתוכנות התובעת, ולא הפרה ישירה. לטענתו, מי שזייף את הרשיונות הוא זה שביצע הפרה ישירה, ואילו הנתבעים רק מכרו את הרשיונות המזויפים. כאשר מדובר בהפרה עקיפה, להבדיל מהפרה ישירה, יש צורך להוכיח ידיעה של המפר העקיף על כך שהוא מבצע הפרה (ספרה הנ"ל של ש. פרזנטי, בעמ' 211). לטענת ב"כ הנתבעים, הם לא היו מודעים לכך שהרשיונות מזויפים. טענה זו יש לדחות. ראשית, מה שעשו הנתבעים הוא הפרה ישירה קלאסית: הם העתיקו את תוכנות התובעת ללא הרשאה, ומכרו אותן ללקוחותיהם ללא רשות התובעת, מעשים המהווים הפרה לפי סעיף 2 לחוק זכות יוצרים. כאמור לעיל, גם אם היו הרשיונות אמיתיים, אין בתוכנה המקורית שרכשו הנתבעים (מה שהם כינו "מאסטר"), או ברשיונות ה- MLP שרכשו ממ.צ.מ, דבר המתיר להם לנהוג בדרך שנהגו, דהיינו: ליטול תוכנה מקורית שרכשו מהתובעת, ולהעתיקה על גבי מאות מחשבים שמכרו ללקוחותיהם. רשיון ה- MLP, לו היה אמיתי, מאפשר למשתמש הסופי – לא לנתבעת – להעתיק את התוכנה לצרכי גיבוי או אחסון, ובתנאי שכבר רכש בעבר ערכת OEM הכוללת מדיה וספרות עזר.

שנית, הוכח בבירור כי הנתבעים 1-2 היו מודעים לכך שאין בידיהם רשות לנהוג כפי שנהגו, ולמצער "עצמו עיניהם" והתעלמו מן האינדיקציות הרבות אשר הצביעו על כך שהרשיונות שמכרו ללקוחותיהם היו חסרי כל תוקף. לכן, לו היתה נדרשת ידיעה על ההפרה – ידיעה שכזו היתה גם היתה, וניתן להסיקה ממכלול הנסיבות שפורטו לעיל.

ה. עילות תביעה נוספות וחלופיות

53. הסכמי רשיון ה- MLP, כשלעצמם, מוגנים בזכויות יוצרים כ"יצירה ספרותית", שכן ההגנה ניתנת גם ליצירות שאין בהם מידה מרובה של מקוריות, מאמץ וכשרון, ואפילו לטפסים (ראה: ע"א 136/71 מ"י נ' יצחק אחימן, פ"ד כו(2) 259, בעמ' 261; ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, בעמ' 349; המ' (ת"א) 1127/87 ק.ס. בע"מ נ' אופק מוצרי נייר,



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

פ"מ תשמ"ח א' 455, בעמ' 457-458). רשיונות ה-MLP המקוריים הם בוודאי "יצירה ספרותית". לכן, מי שמעתיק אותם, או סוחר ברשיונות מועתקים שכאלו, מבצע הפרה של זכות יוצרים לפי סעיף 2 לחוק זכות יוצרים.

54. מלבד הטענה בדבר הפרת זכות היוצרים של התובעת בתוכנות, טוענת התובעת גם להפרת זכויותיה בסימני המסחר שעל שמה. לתצהירו השלישי של מר סקופ צורפו תעודות רישום סימני המסחר: Microsoft, MS-DOS, Windows. סימני מסחר אלו הופיעו על גבי הרשיונות המזויפים שהנתבעת סיפקה ללקוחותיה, דבר המהווה הפרת סימן מסחרי רשום לפי סעיף 46(א) לפקודת סימני המסחר. ודוק: לעניין ההפרה אין נפקא מינה אם המפר ידע על קיומו של הסימן המסחרי אם לאו (ראה: ע"א 715/68 פרו פרו בסקוויט נ' פרומין ובניו, פ"ד כג(2) 43, בעמ' 48).

55. טענה נוספת שמעלה התובעת מבוססת על עוולת תרמית לפי סעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968. טענה זו מבוססת על הכוזב שבהצגת התוכנות ללקוחות הנתבעים כמקוריות. טענה זו אולי יכולה לעמוד ללקוחות הנתבעים – לא לתובעת, ובכל מקרה אין כל טעם בגיבוב של עילות תביעה, כאשר מדובר במקרה מובהק של הפרת זכות יוצרים. דברים אלו אמורים גם לטענות התובעת בדבר פגיעה במוניטין ובשם הטוב שלה (טענה שלא הוכחה עובדתית), ובטענה המבוססת על עוולה של גניבת עין, תיאור כוזב והתערבות לא הוגנת לפי סעיפים 1-3 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999. חוק זה כלל איננו חל על המקרה דנא, שהתרחש בשנת 1996. בנוסף, העוולה של גניבת עין (לפי סעיף 59 לפקודת הנזיקין, טרם ביטולה בחוק עוולות מסחריות), איננה ישימה במקרה זה: הנתבעים לא ניסו להציג את התוכנות של התובעת כשייכות להם או לאדם אחר, אלא כשייכות לתובעת.

56. אשר לעילה על-פי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, הרי שכל יסודותיה התקיימו במקרה זה. הנתבעים התעשרו ממעשיהם, שכן קיבלו כסף עבור מכירת תוכנות התובעת; הדבר נעשה על חשבון התובעת, שכן במקום שתימכרנה תוכנות של התובעת במחיר מלא – נמכרו ללקוחות הנתבעים תוכנות ללא רשיון, מבלי ששולמו עבורם כספים לתובעת. התעשרותם של הנתבעים נעשתה שלא כדין, שהרי היא מבוססת על הפרת זכות יוצרים, ושימוש ברשיונות מזויפים (ראה שלושת יסודות העילה ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, בעמ' 321-322; רע"א 5768/94 ש.י.ר. נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ ואח', פ"ד נב(4) 289, בעמ' 335, 358-360, 449-450, 465-467, 493). אולם, גם בעילה זו אין צורך כאשר הוכחה הפרת זכות יוצרים, שאף היא סוג של עשיית עושר ולא במשפט.



בתי המשפט

ת.א. 001476/96

בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

בפני כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני

פרק ד: סיכום

57. לאור כל האמור לעיל, משהוכחה הפרת זכות היוצרים בתוכנות התובעת, וכן הפרת סימן מסחרי רשום, זכאית התובעת לסעד של צו מניעה קבוע, שימנע הפרה נוספת של זכויותיה בידי הנתבעים, וזאת בנוסף לסעדים כספיים שיתבררו בשלב השני של המשפט. לפיכך, ניתן כנגד הנתבעים צו מניעה כמבוקש בסעיף 26.1, 26.2.1 ו- 26.2.2 לכתב התביעה המתוקן. כמו כן, ניתן כנגד הנתבעים צו למתן חשבונות כמפורט בסעיף 26.2.3 לכתב התביעה המתוקן. החשבונות יוגשו בתצהיר של הנתבע 2, מאושר בידי רואה חשבון, עם העתק לתובעת. התצהיר יוגש עד ליום 30.11.05.

הנתבעים 1 ו-2, שניהם יחד וכל אחד לחוד, ישלמו לתובעת הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בגין שלב זה של המשפט: סך כולל של 7,500 ₪ בגין הוצאות משפט, וכן סך של 75,000 ₪ בתוספת מע"מ בגין שכ"ט עו"ד. סכומים אלו ישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ הצדדים, ותזמן אותם לדיון מוקדם בנושא החשבונות והפיצוי ליום 6.11.05 בשעה 08:30.

ניתן היום היום ז' באלול, תשס"ה (11 בספטמבר 2005) בהעדר הצדדים.

ד"ר עמירם בנימיני

שופט