

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 2392/99

ע"א 2780/99

ע"א 9516/00

בפני: כבוד השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופט א' לוי

המערערת בע"א 2392/99: אשרז עיבוד נתונים בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 2392/99: 1. טרנסבטון בע"מ  
2. איזיסופט בע"מ  
3. צלצל ים בע"מ  
4. ויצמן יגאל  
5. אגייב יובל  
6. ביר יצחק  
7. ד.ה.ר. עבוד נתונים בע"מ משיבים פורמליים:  
8. איזיסופט מערכות מחשב (1990) בע"מ  
9. איזיסופט בית התוכנה (1990) בע"מ  
10. לוי יוסי  
11. ולד מוטי  
12. אשטרום חברה להנדסה בע"מ

המערערים שכנגד בע"א 2392/99: 1. איזיסופט בע"מ  
2. ביר יצחק  
3. ויצמן יגאל  
4. אגייב יובל  
5. צלצל ים בע"מ  
6. איזיסופט בית התוכנה (1990) בע"מ

נ ג ד

המשיבה שכנגד בע"א 2392/99: 1. אשרז עיבוד נתונים בע"מ  
2. ד.ה.ר. עיבוד נתונים בע"מ משיבים הפורמליים שכנגד:  
3. איזיסופט מערכות מחשב (1990) בע"מ  
4. ולד מוטי  
5. אשטרום חברה להנדסה בע"מ  
6. טרנסבטון בע"מ

טרנסבטון בע"מ : המערערת בע"א 2780/99

נ ג ד

- המשיבים בע"א 2780/99 :
1. אשרז עיבוד נתונים בע"מ
  2. צלצל ים בע"מ
  3. אגייב יובל
  4. ולד מוטי
  5. איזיסופט בע"מ
  6. ביר יצחק
  7. ויצמן יגאל
  8. איזיסופט בית התוכנה (1990) בע"מ
  9. איזיסופט מערכות מחשב (1990) בע"מ
  10. אשטרום בע"מ

- המערערים בע"א 9516/00 :
1. איזיסופט בע"מ
  2. ביר יצחק
  3. ויצמן יגאל
  4. אגייב יובל
  5. צלצל ים בע"מ
  6. איזיסופט בית התוכנה (1990) בע"מ

נ ג ד

- המשיבה בע"א 9516/00 :
1. אשרז עיבוד נתונים בע"מ
  2. טרנסבטון בע"מ
  3. ד.ה.ר. עיבוד נתונים בע"מ
  4. איזיסופט מערכות מחשב (1990) בע"מ
  5. ולד מוטי
  6. אשטרום חברה להנדסה בע"מ

ערעורים וערעור שכנגד על פסק-דין המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 25.2.99 בתיק 2151/90 שניתן על ידי כבוד השופטת א' חיות

תאריך הישיבה : ח' בחשוון תשס"ג (14.10.02)

בשם המערערת : עו"ד ד"ר הירש הרמן : 2392/99

בשם המשיבה 1 : עו"ד צבי גולדברג  
 בשם המשיבים 2, 4, 6, 9 : עו"ד נעמי אסיא

בע"א 2392/99 :  
 בשם המשיבים 3, 5, 11 עו"ד דן סלע  
 בע"א 2392/99 :  
 בשם המשיבים 12 בע"א עו"ד ערן רוזנברג  
 : 2392/99

## פסק דין

השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן:

בפנינו שלושה ערעורים וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופטת א' חיות) שעניינו הפרת זכויות יוצרים.

לשם הנוחות, אתייחס להלן אל הצדדים המעורבים כפי שהם מופיעים בע"א 2392/99: המערערת תקרא להלן: אשרז; המשיבה 1 להלן: טרנסבטון; המשיבה 2 להלן: איזיסופט; המשיבה 3 להלן: צלצל ים; המשיבים 4-6 להלן: ויצמן, אגייב וביר; המשיבה 7 להלן: ד.ה.ר; המשיבה 8 להלן: איזיסופט מערכות; המשיבה 9 להלן: איזיסופט בית התוכנה; המשיבה 12 להלן: אשטרום. כל המשיבים יקראו להלן: המשיבים. יוער, כי התביעה נגד המשיב 11 נמחקה בבית המשפט המחוזי לבקשת אשרז ולפיכך אין משיב זה בא בגדר המשיבים להלן.

### העובדות וההליכים

1. אשרז עסקה בפיתוח ובשיווק מערכת תוכנה פיננסית להנהלת חשבונות (להלן: התוכנה הפיננסית) המורכבת משמונה תת-מערכות (להלן: מודולים), וכן בפיתוח ובשיווק מערכת תוכנה לשיווק בטון (להלן: תוכנת הבטון). שתי התוכנות מקושרות זו לזו באמצעות תוכנת ממשק (להלן: תוכנת הממשק). ויצמן, אגייב וביר נטלו חלק, כעובדי אשרז, בפיתוח התוכנות ובמתן שירותי תמיכה ללקוחות. לאחר שפרשו מעבודתם אצל אשרז, הקימו השלשה חברה ושמה איזיסופט, שעסקה בפיתוח תוכנות ובמתן שירותי תמיכה לתוכנות. אשרז – שהיתה באותה העת בשליטת אשטרום – שכרה את שירותיה של איזיסופט לצורך מתן שירותי תוכנה מטעמה, ללקוחות שונים. הלקוחה הרלבנטית לענייננו הינה טרנסבטון, אצלה הותקנו התוכנות האמורות על-ידי אשרז. לצורך מתן השירותים לטרנסבטון קיבלה איזיסופט מאת אשרז זכות גישה חופשית לתוכנות.

לאחר זמן, רכש בחזרה אחד ממנהליה לשעבר של אשרז את מניותיה של אשרז, מחברת אשטרום. עקב סכסוך בעבר בין מנהל זה לבין ויצמן, היה ברור כי איזיסופט לא תוכל להמשיך ולהעניק שירותי תמיכה לתוכנות אשרז שהיו מותקנות אצל טרנסבטון. לפיכך החליטה טרנסבטון, בעצה אחת עם אנשי איזיסופט, לחדול מן השימוש בתוכנות אשרז המותקנות אצלה

ולהמירן בתוכנות אחרות. אין מחלוקת כי טרנסבטון לא הודיעה לאשרז באותו שלב דבר על כוונתה לחדול מן השימוש בתוכנות המותקנות אצלה.

2. בתביעה שהוגשה על-ידי אשרז כנגד המשיבים, טענה אשרז, כי משהתברר לאנשי איזיסופט וטרנסבטון שלא ניתן יהיה עוד לקבל שירותים מאת איזיסופט בתוכנות של אשרז, עשו איזיסופט, ויצמן, ביר, אגייב וטרנסבטון יד אחת לצורך העתקת התוכנה הפיננסית, תוכנות הבטון והממשק של אשרז, ללא הסכמתה, תוך הפרת זכויות היוצרים שלה בתוכנות, תוך הפרת התחייבויות חוזיות שנטלה על עצמה טרנסבטון כלפיה בהסכמי ההרשאה והשירות ותוך התעשרות שלא כדין על חשבונה. לטענתה, מטרת ההעתקה היתה לאפשר לאיזיסופט ולאנשיה להמשיך וליתן שירותים לטרנסבטון באותן תוכנות. אשרז הוסיפה וטענה, כי על מנת להסוות את העתקת התוכנות, פעלו אנשי איזיסופט באמצעות חברות שונות שהקימו - צלצל ים, איזיסופט מערכות ואיזיסופט בית התוכנה - ותוך שיתוף פעולה של ד.ה.ר., העתיקו את תוכנות אשרז באופן שהפר את זכות היוצרים שלה.

לעומתה טענו המשיבים להגנתם כי התוכנה הפיננסית שהותקנה במחשב טרנסבטון על-ידי צלצל ים, שייכת לד.ה.ר. ופותחה על ידה, ואילו תוכנת הבטון פותחה על-ידי איזיסופט וצלצל ים ושייכת להן.

טרנסבטון, ביר, איזיסופט ואיזיסופט בית התוכנה, הגישו הודעות צד ג' נגד ד.ה.ר. בטענה, כי אם אכן יתברר שהתוכנה הפיננסית שהותקנה בטרנסבטון היתה תוכנה מועתקת מאשרז, נעשה הדבר על-ידי ד.ה.ר. ללא ידיעתם ומכאן שעל ד.ה.ר. לפצותם ולשפותם בגין כל סכום בו יחויבו כלפי אשרז בהקשר זה. בנוסף, הגישה טרנסבטון תביעה שכנגד שהופנתה נגד אשרז, בה תבעה פיצויים בגין נזקים שנגרמו לה לטענתה בשל פגמים בתוכנות אשרז שהותקנו אצלה ובשל שירות לקוי. במסגרת התביעה שכנגד הגישה אשרז הודעת צד ג' כנגד אשטרום, שנסמכה על הסכם לפיו אשטרום התחייבה כי תיטול על עצמה את הטיפול בכל תביעה או טענה מצד לקוח.

לבקשתה של אשרז, ניתן צו מניעה זמני על-ידי בית המשפט המחוזי – כנגד הפקדת ערבות בנקאית מצד אשרז - האוסר על המשיבים או מי מהם לעשות שימוש כלשהו בתוכנה הפיננסית הנמצאת במחשבי טרנסבטון עד למתן החלטה אחרת. כמו כן, ניתן צו המחייב את טרנסבטון להפקיד במזכירות בית המשפט את התוכנה הפיננסית שברשותה.

### פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. כנגד ד.ה.ר. ניתן פסק דין על-פי כתב התביעה, בהעדר התייצבות מטעמה.

אשר ליתר המשיבים, קבע בית המשפט המחוזי, כי אשרז הינה בעלת זכות היוצרים בתוכנה הפיננסית, כמו גם בתוכנת הבטון ובממשק. אשר לזכות היוצרים של אשרז בתוכנה הפיננסית, קבע בית המשפט כי זו הופרה על-ידי טרנסבטון, ויצמן, אגייב וביר וכן על-ידי איזיסופט, צלצל ים ואיזיסופט בית התוכנה, שפעלו להעתקת חלקים מהותיים של תוכנת אשרז למחשב טרנסבטון, וזאת בידיעת טרנסבטון ותוך שיתוף פעולה עמה. עוד קבע בית המשפט, כי איזיסופט, צלצל ים ואיזיסופט בית התוכנה הפרו את זכויות היוצרים של אשרז בתוכנה הפיננסית בנותנם שירותים לטרנסבטון בתוכנה המועתקת בידיעה כי תוכנה זו הועתקה שלא כדין מאשרז. לעומת זאת, קבע בית המשפט, כי אשרז לא הוכיחה העתקה כלשהי בתוכנת הבטון ובממשק.

4. את מסקנותיו הנ"ל סמך בית המשפט המחוזי על חוות דעתו של המומחה מר שלמה לבכי (להלן: המומחה), שמונה על-ידי בית המשפט בהסכמת הצדדים במסגרת הליכי צו המניעה הזמני ושנחקר על חוות דעתו. המומחה בדק את תוכנות אשרז אל מול התוכנות שנמצאו במחשבי טרנסבטון, תוך קביעת מדדי תאימות למספר מרכיבים שנבדקו ותוך שקלול מדדי המרכיבים לפי מידת חשיבותם. המומחה ציין, כי תאימות העולה על 50% מעידה על קיומה של ההעתקה שכן לא ניתן להגיע למידת תאימות כזו מן הזיכרון בלבד. המומחה מצא תאימות בשיעור העולה על 70% בחלק ניכר מתתי-המערכות המרכיבות את התוכנה הפיננסית ותאימות נמוכה בשיעור של 5% בתוכנת הבטון ו-15% בממשק.

חיזוקים לחוות דעת המומחה מצא בית המשפט בכך שלויצמן אגייב וביר, היתה נגישות לתוכנות בזמן הרלבנטי; בכך שבהסכם בין טרנסבטון וצלצל ים להתקנת תוכנה פיננסית במחשבי טרנסבטון אין התייחסות לתת המערכות שנמצאו בפועל במחשבי טרנסבטון; בכך שטרנסבטון ואנשי איזיסופט בחרו להסתיר כוונתם להפסיק את השימוש בתוכנות אשרז, תוך הפרת ההסכמים עמה; ובכך שהתוכנה הפיננסית של ד.ה.ר. לא הוצגה על-ידי המשיבים בפני המומחה או בפני בית המשפט על מנת לבסס את טענת המשיבים לפיה ד.ה.ר. ולא הם, היא שהפרה את זכותה של אשרז.

5. לאור האמור, ניתן צו מניעה קבוע האוסר על טרנסבטון, ויצמן, אגייב, ביר, צלצל ים, איזיסופט ואיזיסופט בית התוכנה, לעשות שימוש כלשהו בתוכנה הפיננסית המועתקת של אשרז או בכל חלק ממנה. בית המשפט חייב את המשיבים ביחד ולחוד לשלם לאשרז פיצוי סטטוטורי מכוח סעיף 3א לפקודת זכות יוצרים, 1929 (להלן: הפקודה) בסך של 15,000 ₪

בערכי יום הגשת התביעה. בהקשר לפיצוי האמור נפסק, כי אין לראות בכל תת-מערכת (מודול) של התוכנה הפיננסית, יצירה נפרדת המזכה בפיצוי נפרד וכי אין להטיל את הפיצוי הסטטוטורי על כל אחד מן המשיבים בנפרד, באשר אחריותם למעשה ההפרה, היא ביחד ולחוד. יוער כי סעיף 3א הוסף לפקודה בחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (תיקון מספר 4) תשמ"א-1981 ס"ח 300. הסכום הנ"ל הועמד על סכום מקסימאלי של 20,000 ₪ וסכום מינימאלי של 10,000 ₪ בצו זכויות יוצרים (פיצויים ללא הוכחת נזק) תש"ן-1989 ק"ת 5229, 70.

תביעת אשרזו להשבת הסכומים ששולמו על-ידי טרנסבטון לצלצל ים, איזיסופט ולאיזיסופט בית התוכנה עבור שירותים שנתנו לה בתוכנה המועתקת, נדחתה, משום שלא הוכח כי מדובר בתמורה שנגרעה מאשרזו ואשר היתה משתלמת לידיה אלמלא שולמה לידי אותם משיבים, מאחר וטרנסבטון עמדה ממילא לנתק את קשריה עם אשרזו.

הודעות צד ג' שנשלחו על-ידי טרנסבטון, ביר, איזיסופט ואיזיסופט בית התוכנה נגד ד.ה.ר, נדחו. כן נדחתה התביעה שכנגד שהגישה טרנסבטון נגד אשרזו, וכן נדחתה הודעת צד ג' ששלחה אשרזו נגד אשטרום.

על פסק דין זה הוגשו הערעורים והערעור שכנגד שלפנינו.

#### הערעורים

6. בע"א 2392/99 המערערת היא אשרזו, שצמצמה את ערעורה במהלך הדיון לפנינו למספר טענות עיקריות, שתפורטנה להלן. באותו תיק הוגש ערעור שכנגד על-ידי איזיסופט, ויצמן, אגייב, ביר, צלצל ים ואיזיסופט בית התוכנה, שהגישו גם ערעור נפרד בע"א 9516/00. טרנסבטון הגישה אף היא ערעור נפרד הוא ע"א 2780/99.

במהלך הדיון בפנינו הסכימו הצדדים להצעת בית המשפט כי במידה ואשרזו תמשוך את ערעורה, ימשכו האחרים את ערעוריהם. אשרזו נמנעה מלמשוך את ערעורה. לפיכך נראה לכאורה כי אין לתפוס את המשיבים בהסכמתם למשוך את ערעוריהם. עם זאת נראה לי כי במידה וערעורה של אשרזו יידחה, יתייתר הצורך לדון בערעורים האחרים. אף על פי כן מוצאת אני לומר כבר בשלב זה, כי לאחר בדיקת טענות הצדדים בערעורים ובערעור שכנגד של המשיבים, הגעתי לכלל מסקנה שדינם של אלה להדחות לגופם. אדון תחילה בערעורה של אשרזו.

ע"א 2392/99 - ערעורה של אשרז

7. אשרז התמקדה בטיעון לפנינו במספר טענות עיקריות. לטענתה, טעה בית המשפט בקובעו כי תוכנת הבטון והממשק לא הועתקו. כן טוענת היא כנגד פסיקת פיצוי סטטוטורי פעם אחת בלבד, ורק בגין העתקת התוכנה הפיננסית. לטענתה, הופרו על ידי המשיבים מספר זכויות יוצרים והיא זכאית לפיצוי בשל הפרת כל אחת מהן. זאת ועוד, גם אם הופרה זכותה רק בתוכנה הפיננסית, הופרו בהקשר אליה מספר זכויות נפרדות, משום שהתוכנה שהועתקה מורכבת משמונה מודולים נפרדים והעתקת כל מודול מהווה הפרת זכות יוצרים נפרדת, המזכה בפיצוי נפרד. עוד טוענת היא שכל אחד מהמודולים נכתב בשתי שפות: שפת מקור ושפת מחשב. העתקת כל מודול בכל אחת מהשפות מהווה-לטענתה-הפרה נפרדת. יתרה מזאת, כל הפרה של כל מודול בכל אחת משתי השפות, מהווה הפרה של שלש זכויות שונות: הזכות להעתיק, הזכות להשתמש והזכות לתת שירות. הפרת כל אחת מהזכויות האמורות (בסך הכל 48 הפרות), מעניקה לה לטענתה זכות נפרדת לפיצוי סטטוטורי באופן שהפיצוי הכולל מגיע בגין 48 הפרות. מוסיפה אשרז וטוענת כי היה על בית המשפט לפסוק את שיעור הפיצוי הסטטוטורי המקסימלי במסגרת סעיף 3א לפקודה, שהוא 20,000 ₪ לכל הפרה, בעוד אשרז נפסק 15,000 ₪ להפרה אחת בלבד. עוד טוענת אשרז כי היה על בית המשפט לפסוק לה פיצוי סטטוטורי בגין הפרת זכויותיה בשלש התוכנות במשך תקופה של ארבעה חודשים (מאפריל עד אוגוסט 1989) לאור קביעת בית המשפט כי בתקופה זו נעשה שימוש בתוכנות אשרז ללא רשותה וללא הסכמתה. לבסוף טוענת אשרז, כי צו המניעה הקבוע שניתן אינו מתייחס לתוכנה הפיננסית בגרסתה בשפת המקור ועל כן יש להרחיבו, וכי יש ליתן גם צו עשה להשבת התוכנות המפרות כולל השינויים והפיתוחים שנעשו בהן. אעבור לדון בטענות אלה.

דיון

8. נקודת המוצא של דיוננו היא, כי אשרז הינה בעלת זכות יוצרים בתוכנה הפיננסית, בתוכנת הבטון ובתוכנת הממשק, כפי שקבע בית המשפט המחוזי וכי זכות זו-ככל שמדובר בתוכנה הפיננסית-הופרה על ידי המשיבים. אשר לזכות היוצרים בתוכנת הבטון ובתוכנת הממשק, קבע בית המשפט המחוזי, כי לא בוצעה העתקה של תוכנות אלה ולפיכך לא הופרו זכויותיה של אשרז בהן. קביעותיו אלה של בית המשפט התבססו בעיקר על חוות דעת המומחה שנתמנה על ידו כמומחה מטעם בית המשפט, בהסכמת הצדדים. המומחה נחקר בבית המשפט על חוות דעתו. לא הובאה חוות דעת נוגדת ולא הועלו טענות כנגד קביעותיו המקצועיות של המומחה. חוות דעת המומחה אומצה על ידי בית המשפט. המומחה ציין כקריטריון לבחינת העתקה, אחוזי תאימות העולים על 50%. הוא מצא תאימות גבוהה ביותר בתוכנה הפיננסית (70%), נמוכה ביותר בתוכנת הבטון (5%) ובתוכנת הממשק (15%) וקבע כי הועתקה התוכנה

הפיננסית ולא הועתקו תוכנות הבטון והממשק. בקבלו את חוות דעת המומחה אמר בית המשפט:

”באשר לתוכנה הפיננסית עולה אפוא מסקנה ברורה מחוות דעתו של המומחה לבבי ולפיה-התוכנה שהייתה מצויה במחשבי טרנסבטון...הינה תוכנה שהועתקה בחלקים ממשיים ומהותיים שלה מן התוכנה הפיננסית של אשרז...עולה מחוות דעתו של המומחה לבבי המסקנה כי תוכנת הבטון והממשק שהיו מצויים במחשב טרנסבטון ונבדקו על ידו לצורך חוות דעתו מיום 23.1.92, לא הועתקו מתוכנת הבטון והממשק של אשרז, שכן לגביהם מצא המומחה תאימות נמוכה ביותר בשיעור של 5% בלבד בתוכנת הבטון ו-15% בממשק.”  
(עמ' 26-27)

ראיות נוספות שהיה בהן כדי להביא את בית המשפט למסקנה אליה הגיע, היו- בין השאר-העובדות שלוייצמן, אגייב וביר הייתה נגישות לתוכנת המקור של התוכנה הפיננסית בזמן הרלבנטי; המחשב של טרנסבטון הכיל תוכנה פיננסית שתת המערכות שלה לא התאימו לתת המערכות שנזכרו בהסכם שבין טרנסבטון לצלצל-ים, אלא התאימו לתוכנה הפיננסית של אשרז; התנהגותם התמוהה של המשיבים החל מחודש אפריל 1989, שהתבטאה בכך שטרנסבטון לא הודיעה לאשרז על הפסקת השימוש בתוכנותיה, העסיקה חלק מהמשיבים בניגוד להסכמים שהיו בינה ובין אשרז והשתמשה בתוכנות של אשרז שלא כדין. בנוסף לכך, המשיבים 4-6 פתחו במקביל לאיזוסופט חברה חדשה-צלצל-ים-שהעניקה אף היא שירותי תמיכה בתוכנות אשרז (שם, עמ' 29-32); המשיבים לא הציגו את תוכנת ד.ה.ר ולא העידו עובדים מחברת ד.ה.ר כדי לבסס את טענת ההגנה העיקרית שלהם לפיה התוכנה הפיננסית שייכת לד.ה.ר ולא לאשרז.

9. כל הקביעות האמורות הן קביעות עובדתיות. אין מקום להתערבותנו בקביעות אלה, באשר הן מבוססות כדבעי על חומר הראיות שהיה בפני בית המשפט ובמיוחד על חוות דעת של מומחה נייטרלי שאומצה על ידו. המסקנות העובדתיות והמשפטיות הנ"ל, שהוסקו על ידי בית המשפט מהעובדות שקבע, עומדות במבחן הביקורת ואינן מצדיקות התערבות.

אתחיל בדיון בטענות אשרז בדבר הפרות זכויות היוצרים שלה בתוכנה הפיננסית והפיצויים הסטטוטוריים המגיעים לה בגין הפרות אלה. קודם שאעשה כן אעיר מספר הערות להפרת זכות יוצרים בכלל ולהפרת זכות יוצרים בתוכנת מחשב בפרט.

#### ההגנה על זכות יוצרים

10. עולמנו המתפתח בכל תחומי המדע הטכנולוגיה והמחשוב, מעמיד אותנו בפני הצורך להגן על קניינו הרוחני של האדם מעבר לגבולות ההגנה על "יצירה ספרותית" ודומיה, פרי רוחו



של האדם מימים ימימה. יש הסוברים כי ההגנה על זכות היוצרים היא חלק מן ההגנה על קניינו הרוחני של היוצר. (ראו: ע"א Exin-Lines Bros. 'J Interlego A/S 513/89, פ"ד מח(4), 133, 160 (להלן: עניין אינטרלגו)). אחרים גורסים כי זכות היוצרים שונה מזכות הקניין במובנה המשפטי המקובל ולפיכך גם ההגנה עליה מחייבת התייחסות שונה (ראו: Y. Benkler, Free as the Air to Common Use: First Amendment Constrains on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U. L. Rev. (1999), 354). כך או כך, תכלית ההגנה על קניינו הרוחני של היוצר היא לשמור על יצירתו לבל יפגעו בה ולבל ינשלו אותו ממנה על דרך העתקה או גזילה בכל צורה אחרת ולבל יפגעו באינטרסים הכלכליים שלו. כן מיועדת הגנה זו לעודד את היוצר לפתח יצירתיות ומקוריות התורמות לקידום התפתחותם ולהעשרת עולמם של האדם ושל החברה, בכל תחומי החיים. (לבסיס הרעיוני של ההגנה על זכות היוצרים, לזהותם של הנהנים מהגנה זו ולמגמות התפתחותם של דיני זכויות יוצרים ראו: ג. פסח הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים, משפטים לא (תשס"א), 359; ג.פסח, זכות יוצרים בפסיקת בית המשפט העליון-מגמות, שיקולים ומבט אל עבר "עידן המידע", עלי משפט ב' (תשס"ב), 297). עם זאת, לא כל פרי רוחו של אדם ולא כל המצאה המומצאת על ידו ראויים להגנה משפטית. ההגנה על זכויות יוצרים אינה מגינה על הרעיון כי אם רק על אופן הביטוי שלו:

"כבר ציינו לעיל שאין דיני זכות יוצרים מגינים על רעיון, כשהוא לעצמו אלא על דרך יישומו...על ההלכה האמורה אין חולק...כשאנו בוחנים יצירה שלגביה טוענים הפרה של זכות יוצרים, השאלה היא אך זאת האם יצירה זו היא ביטוי של רעיון או העתקה של ביטוי שהופיע במקום אחר." (ע"א 23/81 הרשקו נ' אברבוך פ"ד מב(3) 741, 749)

בשנת 1999 הוסף לפקודה סעיף 7ב(1) הקובע כי לא תהא קיימת זכות יוצרים באלה המנויים בסעיף, ביניהם "רעיון" (חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפס), תש"ס-1999, ס"ח 45. ברוח זו נפסק גם בארצות הברית ביחס לתוכנות מחשב, בפסק דין *Computer Associates International, Inc v. Altai, Inc*, 982 F.d 693, (1992) בו נאמר:

It is a fundamental principle of copyright law that a copyright does not protect an idea, but only the expression of the idea...Congress made no special exception for computer programs. To the contrary, the legislative history explicitly states that copyright protect computer programs only "to the extent that they incorporate authorship in programmer's expression of original ideas, as distinguished from the ideas themselves" (P. 703 )

יש לציין כי לא כל ביטוי של רעיון זוכה להגנה. ההגנה ניתנת רק לביטוי של רעיונות יצירתיים ולא די בעבודה בלבד כדי לקבל הגנה זו:

"לאור מטרתם של דיני זכויות יוצרים יש להכריע לטובת הגישה הרואה כמבחן המכריע להכרה בזכויות יוצרים-את

קיומה של יצירתיות (creativity) וכי לא די בעבודה (work) בלבד כדי להעניק ליוצר הגנה על יצירתו" (עניין אינטרלוגו, 154)

בהענקת הגנה לביטוי הרעיוני של יוצר ביצירתו, יש כדי להקטין את מרחב התמרון של יוצרים עתידיים, מהם נשללת היכולת להשתמש בביטוי של רעיונות מוגנים. הענקת זכויות יוצרים ביד רחבה מדיי, מצמצמת את הבסיס ואת היסודות ליצירות עתידיות, ושכרה של מתן הזכות עלול לצאת בהפסדה. דיני זכויות יוצרים מחייבים אפוא יצירת איזון בין עידוד פעילותו הרוחנית של היוצר והגנה על קניינו הרוחני, לבין המגבלה שהגנה כזו מטילה על יצירות מקוריות בעתיד (ראו: עניין אינטרלוגו 163-164).

### זכויות יוצרים בתוכנת מחשב

11. ההגנה על זכויות יוצרים בעידן התקשורת והמחשוב היא נושא סבוך ומורכב המעסיק רבים בארץ ובעולם. בישראל, מוענקת הגנה על זכות יוצרים, בחוקים ארכאיים מתחילת המאה הקודמת, שלא תמיד קל להתאימם להתחדשות ולהתפתחות המהירה בתחומים שונים (ראו: ב. לבנפלד וצ. כהנא, זכות יוצרים בתוכנת מחשב בישראל, הפרקליט לט, 179) (להלן: לבנפלד וכהנא). התשתית הנורמטיבית מתמצה בחוק זכות יוצרים 1911, (הנוסח המנדטורי המקורי מופיע בחא"י כרך ג', (ע) 2633, (א) 2475) (להלן: החוק) ובפקודת זכות יוצרים משנת 1929 (חא"י כרך א', (ע) 364, (א) 389). החוק והפקודה תוקנו מספר פעמים במהלך השנים. לענייננו רלוונטיים התיקונים שנעשו בחוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 5), התשמ"ח-1988 ס"ח 171 (להלן: התיקון). התיקון הוסיף "תוכנה של מחשב" להגדרת "יצירה ספרותית", המזכה את בעליה בזכות יוצרים על פי סעיף 1 לחוק. לא רק בישראל אלא גם במדינות אחרות בעולם, מוגנת תוכנת מחשב כיצירה ספרותית (על הדין האנגלי, האמריקאי והצרפתי ראו: ד"ר ש. פרזנטי, דיני זכויות יוצרים (מהדורה שניה מורחבת ומעודכנת, כרמל 2000), כרך ב', 162-174) (להלן: פרזנטי).

תיקון רלוונטי נוסף לענייננו שנעשה בפקודה, העניק לתוכנת מחשב הגנה בין בשפת המקור ובין בשפת היעד. (חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפס), תש"ס-1999) וכך נקבע בסעיף 2א המתוקן, המגלם את שני התיקונים:

2א. הגנת תוכנה של מחשב לעניין זכויות יוצרים דין תוכנה של מחשב כדין יצירה ספרותית כמשמעותה בחוק זכות יוצרים, 1911 בפקודה זו, "תוכנה של מחשב" - בין שהיא תכנית מקור ובין שהיא קוד יעד.

המחוקק אינו מגדיר בחוק או בפקודה מהי "תוכנה של מחשב" שדינה "כדין יצירה ספרותית". נראה כי "תוכנה של מחשב" איננה "יצירה ספרותית" במהותה, אם כי כזו היא לצורך ההגדרה. לא נעשתה התאמה של יתר סעיפי החוק ל"תוכנה של מחשב". סוגי ואופן ההפרות של יצירה ספרותית, לא בהכרח הולמות את ה"יצור" החדש שהוסף לפקודה. מהי אפוא "תוכנה של מחשב" שדינה "כדין יצירה ספרותית"? בחוק המחשבים התשנ"ה-1995 מופיעה בסעיף 1 הגדרה למונח תוכנה:

"תוכנה" - קבוצת הוראות המובעות בשפה קריאת מחשב, המסוגלת לגרום לתיפקוד של מחשב או לביצוע פעולה על ידי מחשב..."

(להגדרה דומה, בחוק האמריקאי ראו: (17 U.S.C § 101 (1980)).

אין מניעה לאמץ הגדרה זו לענייננו, אף שאין באימוץ ההגדרה כדי להקל על הקשיים הנובעים מסיווג תוכנת מחשב כיצירה ספרותית. במה דברים אמורים.

12. ההגנה המשפטית על זכויות יוצרים בתוכנת מחשב, הוסדרה בסעיף 2א שהוסף לפקודה בשנת 1988 וקבע כי "לעניין זכויות יוצרים דין תוכנה של מחשב כדין יצירה ספרותית כמשמעותה בחוק זכות יוצרים, 1911...". מכאן, שלכל דבר ועניין, מופנים אנו בהקשר להגנה על זכות יוצרים בתוכנת מחשב לחוק ארכאי שאיננו נותן תשובה מספקת לכל השאלות העולות בהקשר לתוכנת מחשב שלא הייתה קיימת באותה עת והיא פרי התפתחות חדשה וחדשנית הנמצאת בפיתוח מתמיד ומהיר. הזכויות המוקנות לבעליהן של זכויות יוצרים אשר ביצוען בידי אחר מהווה הפרתן של הזכויות (סעיף 2 לחוק), מוגדרות בסעיף 1(2) ו-1(3) לחוק. הן נועדו להגנה על יצירות שהיו לנגד עיני המחוקק בתחילת המאה ה-20. הן לא נועדו מלכתחילה להגן על תוכנות מחשב שלא היו ולא יכלו להיות לנגד עיניו של המחוקק. מכאן, הצורך להתאים את ההגנות לתוכנת מחשב ומכאן גם הקושי לעשות כן. על מצב זה העירו ב. לבנפלד וצ. כהנא במאמרם שהתפרסם לפני למעלה מעשור:

"ישראל כמו רוב מדינות המערב ניצבת מול האתגר של התאמת קטגוריות משפטיות עתיקות יומין, ובמידה מסוימת ארכאיות למציאות מהירת השינויים של הטכנולוגיה המודרנית, ובמיוחד לטכנולוגית המחשב. בתגובה לאתגר זה, הוחלף באנגליה ב-1956 חוק זכויות היוצרים בחוק חדש. ב-1985 הוספה לחוק מ-1956 הגנה ספציפית על תוכנת מחשב... גם ארצות הברית מצאה לנכון לערוך שינוי יסודי בחקיקה הקשורה בזכויות היוצרים, והתמודדה ישירות עם נושא תוכנות המחשב... ישראל, לעומת זאת, נותרה עם חקיקת זכויות יוצרים שמקורה בראשית המאה." (ב. לבנפלד וצ. כהנא, 179-180)

במשך השנים נעשו נסיונות להתאים את חוק זכות יוצרים לעידן הממוחשב. למטרה זו הוקמה ועדה והוכנו תזכירי חוק בהן הומלצו המלצות שונות בין השאר הוגש תזכיר חוק זכויות יוצרים, התשנ"ט – 1999 (להלן: התזכיר), המתבסס על המלצות ועדה הידועה כועדת גבאי. בתזכיר הוצע לחוקק חוק המתאים לעידן המודרני. עד היום לא נחקק חוק מודרני וקוהרנטי להגנה על זכות יוצרים בכלל ועל זכות יוצרים בתוכנת מחשב, בפרט.

13. מידת ההתאמה של ההגנה שנועדה להגן על יצירות ספרותיות, דרמטיות, מוזיקליות ואומנותיות (סעיף 1(1) לחוק), לתוכנת מחשב, כרוכה בקשיים רעיוניים וישומיים כאחד. (על הבעייתיות בהתאמה כזו ראו: Melville B. Nimmer, David Nimmer, Nimmer on copyright (Metthew Bender & Company, Inc - 2002), 2-52.3 (להלן: Nimmer); Steven R. Englund, Note, Idea, Process, or Protected Expression?: Determining the Scope of Copyright Protection of the Structure of Computer Programs, 88 Mich. Law Review, 866 (להלן: Englund)). זכות יוצרים בתוכנת מחשב, מעניקה הגנה על ביטוי של רעיון יצירתי, מקורי, שהוא לרוב תוצר של השקעת עבודה מרובה, משאבים כספיים ואינטלקטואליים הבאים לידי ביטוי בתוכנת המחשב. עם זאת מחייבות הקידמה וההתפתחויות הטכנולוגיות בכלל, ותוכנות מחשב בפרט, לאפשר ליוצרים חדשים להתבסס על ביטויים של רעיונות קיימים, מבלי שייחשב הדבר כפגיעה בהם. ראו לעניין זה את דבריו של בית המשפט לערעורים בארצות הברית:

It is precisely this growth in creative expression, based on the dissemination of other creative works and the unprotected ideas contained in those works that the Copyright Act was intended to promote. *Sega Enterprises, Ltd, v. Accolade, Inc*, 977 F.2d 1510, 1523 (1992);

#### מהות ההגנה על תוכנת מחשב והיקפה

14. לתוכנת מחשב שלשה שלבי פיתוח: התיכנון, האיפיון וכתיבת הקוד. ההגנה המוענקת 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 (ראו: ע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב פ"ד מד(4) 16). באותו מקרה עמדה על הפרק שאלת ההגנה על תוכנת מחשב שהועתקו ממנה החלקים משלבי התכנון והאיפיון שאינם מילוליים. הקוד הסופי היה שונה מקוד התוכנה המקורית. בית המשפט קבע כי ההגנה שניתנת לתוכנת מחשב, כוללת גם שלבים אלה, ואינה מצומצמת לקוד המילולי בלבד. בעשותו כן, הסתמך בית המשפט על פסיקה אמריקאית שקבעה כי העתקת התוכנה בכל אחד מהשלבים

הללו מהווה הפרת זכות היוצרים בתוכנה. (פסק הדין *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d. 1222 (1986) (להלן: הלכת Whelan)). מן הראוי לציין, כי לאחר הלכת Whelan צומצמה בארצות הברית מידת ההגנה הניתנת לחלקי התוכנה שאינם מילוליים. (ראו: *Computer Associates supra*; *Lotus Development Corporation, v. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1995)). בפסק הדין נשוא הערעור שלפנינו, הלך בית המשפט המחוזי בעקבות ההלכה שנקבעה בעניין הרפז. ההתפתחות האמורה אינה משליכה על ענייננו מאחר ומדובר בו על העתקת חלקים מילוליים מהתוכנה הפיננסית שאליבא דכולי עלמא, מוגנים. מכאן אחזור לענייננו.

#### הפרת זכות היוצרים בתוכנה הפיננסית

15. מכל הטענות המועלות על ידי אשרו מוצאת אני להתמקד במרכזיות שבהן, שהן: האם העתקת כל אחד משמונת המודולים המרכיבים את התוכנה הפיננסית מהווה הפרה נפרדת של זכות היוצרים והאם יש לפסוק פיצוי נפרד בגין כל הפרה והפרה; האם העתקת התוכנה בכל אחת מהשפות שבהן היא כתובה (שפת מקור ושפת יעד) מהווה הפרה נפרדת והאם יש לפסוק פיצוי נפרד בגין העתקת התוכנה בכל אחת משתי השפות; האם בתוכנה הפיננסית מגולמות שלוש זכויות יוצרים נפרדות: זכות ההעתקה, זכות השימוש והזכות למתן שירות והאם יש לפסוק פיצוי נפרד בגין הפרת כל אחת מהן; האם יש לפסוק פיצוי בשיעור המקסימלי.

על מנת להשיב על שאלות אלה, יש לייחד דברים לשאלת פרשנות המונח "כל

הפרה" שבסעיף 3א לפקודה, שזו לשונו:

"3א. לא הוכח הנזק שנגרם בהפרת זכות יוצרים, רשאי בית המשפט, על פי בקשת התובע, לפסוק לו לכל הפרה פיצויים בשיעור שלא יפחת מ-10,000 שקלים חדשים ולא יעלה על 20,000 שקלים חדשים; שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי בצו לשנות את השיעורים האמורים" [ההדגשה שלי – ט.ש.כ.].

על פי סעיף 3א מי שזכות היוצרים שלו הופרה, ולא הוכיח את הנזק שנגרם לו עקב הפרת זכותו, זכאי לפיצוי סטטוטורי. במקרה הנידון לפנינו לא הוכיחה אשרו נזק בפועל לפיכך נפסק לה פיצוי סטטוטורי שעל הקביעות הקשורות בו היא מערערת בפנינו.

16. מה משמעות הביטוי "כל הפרה" שהוראת סעיף 3א קובעת שיעור פיצויים לצידה. הנושא נידון על ידי בית משפט זה מספר פעמים. בע"א 592/88 ש' שגיא ואח' נ'

עיצובן המנוח אברהם ניניו ז"ל ואח', פ"ד מו(2) 254 (להלן: ענין שגיא) נדונה הצגה שהועלתה 74 פעמים ללא הסכמת בעלי זכויות היוצרים במחזה. אחת השאלות שעמדה לדיון בערעור היתה, אם לצורך סעיף 3א לפקודה, יש לראות בכך 74 הפרות או הפרה אחת. הנשיא שמגר קבע, כי ה"הפרה" שבה דן סעיף 3א לפקודה, מוסבת על זכות יוצרים אחת שהופרה ואין זה משנה לצורך פסיקת פיצוי סטטוטורי מהו מספר "האקטים המפרים". המבחן שנקבע הוא "מבחן הזכות שנפגעה" ובלשונו של הנשיא שמגר:

"ה'הפרה', אשר בה דן הסעיף ואשר בגינה ניתן לבקש פיצוי סטטוטורי, מוסבת, בדרך כלל, על זכות יוצרים אחת שהופרה על-ידי הנתבע, ואין זה משנה, מהו מספרם של האקטים המפרים ששימשו בהפרתה של אותה הזכות. את הביטוי 'כל הפרה' יש לפרש כמתייחס לכל סוג הפרה; הווי אומר, אפשר להטיל את הפיצוי הסטטוטורי מספר פעמים, רק מקום בו הנתבע או הנתבעים הפרו מספר זכויות יוצרים אשר בגין הפרתן הם נתבעים" (ע' 267).

יישום "מבחן הזכות שנפגעה" על עובדות המקרה הנ"ל, הוביל את בית המשפט לפסוק פיצוי סטטוטורי אחד בלבד בגין האקטים המפרים הרבים שפגעו כולם בזכות יוצרים אחת. בית המשפט נמנע מלפסוק פיצוי נפרד לכל אקט מפר, באשר לא ראה בו זכות מופרת. קביעה זו, לפיה העלאה חוזרת ונשנית של הצגה מהווה הפרה אחת, סוייגה על ידי הנשיא בקובעו כי יש וניתן יהיה לראות, במצבים מסוימים, כל אחת מפעילויות חוזרות כאלה, כמקימה עילת תביעה עצמאית ובלשונו:

"אין לדעתי לשלול מצב, בו מידת ההטרונגניות שבין ההפרות השונות תהיה כה רבה ומהותית, עד כי תהיה הצדקה לראות בכל פעילות מפרה כזו משום 'הפרה' עצמאית לעניין סעיף 3א...". (שם, עמ' 270)

בית המשפט הוסיף וקבע כי על מנת לבחון את מידת ההטרונגניות שבין אקטים מפרים שונים, ניתן להיעזר ב"מידת עצמאותה של ההפרה מבחינת הזמן, המקום ומאפיינים פינאנסיים, פירסומיים ואחרים, המשתנים בין הפרה להפרה" (ענין שגיא בע' 268 מול האות ז' – 269 מול האות א'). עם זאת צוין כי כאשר מדובר בזכויות שונות ולא באותה זכות עצמה, הרי שהפרות חוזרות של הזכויות השונות, מזכות בפיצויים סטטוטוריים על כל אחת מן ההפרות של כל אחת מהזכויות המופרות (עמ' 270). יש אפוא להבחין בין זכויות מופרות שונות לבין אקטים שונים המפרים זכות אחת. רק הזכות המופרת מקנה זכות לפיצויים סטטוטוריים. הקביעה מהי זכות מופרת ומהו אקט מפר היא בראש ובראשונה קביעה עובדתית שעל הערכאה הדיונית לקובעה.

17. נזדמן לי לטפל בנושא זה בע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פ"ד נא(5) 337 (להלן: ענין דקל), באותו מקרה, הגישה דקל תביעה כנגד חשב לפיצויים לפי פקודת זכות יוצרים בטענה כי חשב העתיקה ב-11 חוברות שונות שהוציאה, חלקים מתוך מחירוני תשומות בנייה אשר פורסמו במועדים שונים בלפחות 11 חוברות בהוצאת דקל. מקרה זה אובחן מענין שגיא, בכך שכאן דובר ב-11 חוברות שונות של חשב, שהופצו במספר רב של עותקים ושחלקים שלמים ומהותיים בהן הועתקו מחוברות שונות של דקל. נפסק, כי הנתונים העדכניים בכל אחת מהחברות שהוציאה דקל, אפילו משקלם מבחינה כמותית אינו גדול, הם הסיבה להוצאתה של חוברת חדשה ומעודכנת מעת לעת ולביקוש לחוברות אלה. מידת ההשקעה הכרוכה בהשגת המידע העדכני ובפרסומו וכן משקלו הסגולי של מידע זה מלמדת, כי כל חוברת מהווה עבודה נפרדת, ועל כן, העתקתה של כל חוברת (או חלק ממנה) מהווה הפרה נפרדת של זכות יוצרים נפרדת. עוד נפסק, כי כך הדבר גם לפי "מבחן הערך הכלכלי העצמאי". מבחן זה שאומץ מן הדין האמריקאי ולפיו יצירות נפרדות הן יצירות שלכל אחת מהן ערך כלכלי עצמאי והן חיות מכוח עצמן. נקבע כי כל חוברת של דקל, שכל מהותה היא להיות עכשווית ומעודכנת למועד הוצאתה, מהווה עבודה הראויה להגנה משפטית נפרדת. מהו אפוא מעמדן של המודולים מהיבט מרכיב העצמאות?

#### המודולים

18. טוענת אשרז כי כל אחד מן המודולים ראוי להגנה כיצירה עצמאית וכי זכותה בכל אחד מהם הופרה. טענה זו מחייבת בחינת מהותו של מודול, האם יש לראות בו חלק ממכלול התוכנה באופן שהפרת זכות היוצרים בו היא הפרת זכות היוצרים בתוכנה המזכה בפיצוי אחד ויחיד, או שיש לראות בכל מודול "יצירה" בעלת זכות קיום עצמאית, המקנה לבעליה זכות יוצרים עצמאית, שהפרתה מזכה בפיצוי נפרד.

המודול הוא רצף של הוראות בשפת תכנות כלשהי, הממלא פונקציה מוגדרת, שהיא משימת משנה חלקית בפונקציה הכללית של התוכנה. צירופם של המודולים זה לזה והפונקציות אותן הם מבצעים מהווים את מבנה התוכנה. (ראו: Computer Associates, Inc, supra at 696; Englund, 871; עו"ד נרדה בן צבי, זכויות יוצרים בתוכנות מחשבים, (המכון להשתלמות שופטים, ינואר 2000), עמ' 268). יש ותתי המשימות יהוו חלק אינטגרלי מהתוכנה כמכלול אחד, באשר הם מספקים פתרון אחד ויש ולתוכנה הבסיסית יתווספו מודולים נפרדים המספקים לה פתרונות משלימים. השאלה אם יש לראות במודולים של תוכנה יצירה עצמאית בת הגנה במסגרת זכויות היוצרים או שיש לראות בהם חלק מן התוכנה, היא בראש ובראשונה שאלה עובדתית שבמומחיות, שהתשובה לה אינה חד משמעית ועליה להיקבע על ידי הערכאה

הדיונית. זאת לזכור, שבשום מקרה אין המודולים ניתנים לשימוש ללא התוכנה הבסיסית וללא הפעלתה של התוכנה הבסיסית לא ניתן להפעיל את המודול בנפרד. לפיכך קשה למתוח קו ברור בין מודול שהוא עצמאי דיו כדי לזכות להגנה נפרדת מהתוכנה הבסיסית לבין מודול המוגן כחלק ממנה. אינני נדרשת לקבוע את הקריטריונים להבחנה בין מודול עצמאי לבין מודול שאיננו כזה משום שמבחינה עובדתית קבע בית המשפט על סמך הראיות שהונחו בפניו וביניהן חוות דעת מומחה, כי המודולים שבהם מדובר לא היו עצמאיים.

19. וכך אמר בית המשפט המחוזי בהתייחסו לתוכנה הפיננסית:

”מחומר הראיות עולה בבירור כי תת המערכות של התוכנה הפיננסית (המודולים), אין להם קיום עצמאי ולא ניתן לתפעל אותן או להשתמש באיזה מהן ללא תת המערכת של הנהלת החשבונות הבסיסית... העובדה כי לעיתים נמכר רישיון שימוש בתת מערכות אלה, או איזה מהן, בנפרד, לאחר שכבר הותקנה אצל אותו לקוח תת המערכת של הנהלת החשבונות הבסיסית, מסבירה מדוע היה צורך לתמחר בנפרד כל אחת מאותן תת מערכות. אולם, תמחר נפרד זה שנעשה, כפי שציינ ויצמן בצדק, לנוחיות המכירה ומשיקולי שיווק...” (שם, שם)

בית המשפט המשיך ואבחן את המקרה מן המקרה שנדון בעניין דקל, בכך:

”במקרה שלפנינו, להבדיל ממקרה דקל, לא ניתן לראות בכל תת מערכת של התוכנה הפיננסית עבודה נפרדת העומדת על רגליה היא.” (ע' 47 לפסק הדין)

עוד אמר בית המשפט:

”...היה זה שור עצמו שהבהיר את העניין בדוגמא ציורית, בהשוותו את תת המערכת של הנהלת החשבונות הבסיסית לקטר ואת תת המערכות לקרונות: ”רישיונות שימוש בתוכנה מכרנו לפי מערכות-מודולים. ישנה מערכת בסיסית שהיא כמו קטר ואליה ניתן לחבר מודולים נוספים. הלקוחות מחליטים איזה מודולים הם רוצים. לפעמים במשך הזמן הם רוכשים רישיון לעוד מודולים” (עמ' 47 לפרוטוקול מיום 25.2.98) (ע' 46 לפסק הדין).

20. שאלת עצמאותם של מודולים נידונה בפני בית המשפט המחוזי בירושלים במקרה בו חלק מהמתדיינים זהה לחלק מהמתדיינים לפנינו. שם נידונה הפרת זכות יוצרים בתוכנות מחשב המורכבות ממודולים שונים. בית המשפט המחוזי ראה-לעניין הפיצויים-את התוכנה על מכלול המודולים שלה כיצירה אחת על אף שמצא כי חלק מהמודולים הם עצמאיים. (ת"א י-ם) 472/90 שור תעשיות תוכנה בינלאומיות בע"מ נ' מלון שערי ירושלים בע"מ (לא פורסם).  
 בסקירתו של פרופ' י. וייסמן על דיני זכויות יוצרים בישראל הנכללת ב: *International Copyright* (Bender, NY (1988)), (P.E.Geller, M.B.Nimmer ed.), *Law and Practice* מתייחס המחבר בין היתר



לפסק הדין הנ"ל. לדעתו, ראוי היה-באותו עניין-ליצור הבחנה בין מקרים בהם המודולים קשורים קשר פנימי הדוק בינם לבין עצמם ובין מקרים בהם ניתן להשתמש בהם בצורה עצמאית. לשיטתו ראוי להבחין בין סוגי מודולים שונים שיש בהם עצמאיים ויש בהם מהווים חלק מהתוכנה ואינם עומדים בזכות עצמם ובלשונו:

“It would seem appropriate to distinguish between the case where modules are so interrelated that the use of one inevitably involves the use of others and the case where one module can be used independently from the others: in the latter event, each module may be treated as a separate work, and the copying of each as a separate infringement”,(P. ISR-48)

העתקת מודולים של תוכנה וההגנה שיש ליתן בגינה לבעלי התוכנה, נידונה במספר

פסקי דין פדראליים בארה"ב (ראו: *Dun & Bradstreet Software Services, Inc v. Grace Consulting, Inc*, 307 F.3d 197 (2002); *Pearl Systems, Inc v. Competition Electronics, Inc*, 8 U.S.P.Q.2d (BNA) (S.D.Fal. 1988, 1520) ) הנושא לא נידון בבית המשפט העליון של ארצות הברית. באותם מקרים מצא בית המשפט שהעתקת המודולים נשוא הדין היוותה הפרת זכות יוצרים של בעל התוכנה באשר אלה היו זכאים, באופן עצמאי להגנה. בית המשפט לא דן בשאלה העקרונית מתי מודול הוא יצירה עצמאית ומתי הוא מהווה חלק מן התוכנה ולא קבע קריטריונים להבחנה זו.

הנה כי אן, אף שיש וניתן להעניק למודול הגנה נפרדת מזו המוענקת לתוכנה, אין זה המצב במקרה הנדון.

בענייננו, קבע בית המשפט לאור חומר הראיות שהיה בפניו, כי המודולים אינם מהווים תת מערכות נפרדות של התוכנה הפיננסית, העומדים על רגליהם הם, אלא יש לראות בהם חלק אינטגרלי של התוכנה שהעתקתם מהווה הפרת זכות יוצרים אחת. בקובעו כך היה בית המשפט ער לעובדה כי לעיתים נמכר רישיון שימוש נפרד "בתת מערכות" (מודולים) של אשרז, אלא שלא היה די בכך כדי להביא לקביעה שעקב זאת יש לראות במודול מודול עצמאי. בהיות השאלה בראש ובראשונה שאלה עובדתית, אין מקום להתערבותנו בה, מה עוד שאין בידינו מידע ראייתי המוביל למסקנה שונה. אשר על כן נדחית טענתה של אשרז בדבר זכותה לפיצוי בגין כל מודול בנפרד.

#### שפת מקור ושפת יעד

21. מכאן אעבור לדון בטענתה הנוספת של אשרז, לפיה יש להעניק את הפיצוי הסטטוטורי לכל שפת מחשב בנפרד, לאמור שפת המקור ושפת היעד. אלה נקראים בספרות המקצועית והמשפטית לעיתים גם "קוד המקור" ו"קוד היעד" ובפקודת זכות

יוצרים נקראים הם "תוכנת המקור וקוד היעד". המונחים הלועזיים הם "source code" ו-"object code". לשם הנוחות אשתמש בביטוי "שפת מקור" ו"שפת יעד".

בערעורה טוענת אשרזו כי את הפיצוי הסטטוטורי יש להעניק לה הן בשל הפרת זכויותיה בשפת המקור והן בשל הפרתן בשפת היעד. אשרזו רואה בכל אחת מהשפות, יצירה נפרדת בדומה ליצירה ספרותית ולתרגומה. בית המשפט המחוזי לא התייחס לטענה זו. הצדדים חזרו והעלו טענה זו בפנינו ולפיכך אייחד דברים לה.

שפת מקור היא שפת התכנות הספציפית בה כתובה תוכנת המחשב. שפת יעד היא תרגומה של שפת המקור, הנעשית בידי תוכנת מחשב ייחודית (הקרויה מְהַדֵּר - compiler). תרגום זה נדרש משום ששפת המקור איננה "קריאה" בידי המחשב ורק "תרגומה" לשפת יעד הופך אותה לכזו. המחשב מסוגל "להבין" ו"לבצע" רק פעולות הכתובות בשפת יעד. (ראה: פרזנטי, 156-157; Computer Associates, Inc.; Dun & Bradstreet Software Services, Inc, supra at 201; Apple Computer, Inc v. Franklin Computer Corporation, 714 F2d 1240 (1983); Note: Copyright Protection of Computer Programs Object Code, 96 Harvard Law Review 1723; C. Tunick, "How to Avoid Infringing the Copyright of a Computer Program: From the Perspective of a Computer Programmer Turned Attorney/Law Professor" 4 J. Intell. Prop. L. (1997) 49, at p. 51. בראשית דרכן של תוכנות המחשב בעולם המשפט, הסתמנה עמימות בשאלה אם תוכנת מחשב ראויה להגנה משפטית. עמימות זו התבטאה בגישות שונות בשיטות משפט שונות. דומה שהיום אין מחלוקת בשאלה זו ועל פי הדין בארץ ובעולם נחשבת תוכנת מחשב כיצירה הראויה להגנה.

22. שאלה נוספת שנידונה בהקשר זה היא, האם ראויה התוכנה להגנה רק בשפת המקור-שעל כך אין מחלוקת-או גם בשפת היעד, שעל כך היו הדעות חלוקות. לא בכל הארצות היתתפתחות, זהה. היו כאלה שבהן הוענקה ההגנה לתוכנת מחשב בשפת היעד על ידי בית המשפט עוד בטרם הוסדר הנושא בחקיקה למשל, Apple Computer, supra; Williams Electronic, Inc v. Artic Int'l, Inc, 685 F.2d 870 (1982) בהם נקבע על ידי בית המשפט לערעורים של ארצות הברית, כי הגנת התוכנה נפרשת עליה בכל אחת משתי השפות בה היא כתובה. כך נפסק גם אצלנו – עוד בשנת 1984 - בת"א(ת"א) 3021/84 Apple Computer, Inc. [1] [1] קום טכנולוגיות בע"מ פ"מ תשמ"ז (1) 397. לעומת זאת היו כאלה שבהן נמנע בית המשפט מלפרוש את ההגנה האמורה ללא חקיקה המסדירה זאת כך למשל באוסטרליה: *Computer Edge v. Apple*; *Computer Inc.*, (1986) 65 ALR 33. לסקירת הפסיקה והחקיקה העולמית ביחס למעמדו של קוד היעד ראו: Jack E. Brown Endnote: Recent International Trends in the Legal Protection of Computer Software, 2 Journal of Law & Technology 167 (1987); עמ' 179-188.

נראה כי המחלוקת הוסדרה בחקיקה, בפסיקה, באמנות ובהסכמי סחר בינלאומיים. הסכם בינלאומי הרלוונטי לענייננו הוא ה-Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods – (TRIPS) (להלן: הסכם הטריפס). בהתאם להסכם זה, תוקנה פקודת זכות יוצרים על ידי תיקון סעיף 2א לפקודה (חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני התאמה להוראות הסכם טריפס, תש"ס-1999). תיקון זה קבע כאמור כי "לעניין זכות יוצרים...-תוכנת מחשב"- בין שהיא תוכנית מקור ובין שהיא קוד יעד". (ראו גם: דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון דיני הקניין הרוחני-התאמה להוראות הסכם הטריפס, התשנ"ט – 1999, ה"ה 525-526). בנוסף קיימת אמנת WIPO לזכויות יוצרים (The WIPO Copyright Treaty) משנת 1996, וגם בה מוסדרת ההגנה על תוכנת המחשב בשפת המקור ובשפת היעד. אמנה זו טרם אושררה בישראל. היא אושררה בארצות הברית במרץ 2002.

23. טוענת אשרז כי היא זכאית להגנה בכל אחת משתי השפות בה היא כתובה, וכי היא זכאית לפיצוי פעמיים. השאלה אם אכן קמה לה זכות כזו מתעוררת על רקע האנלוגיה בין ההגנה על יצירה ספרותית ועל תרגומה, שהפרת כל אחת מהן נחשבת הפרה של זכות נפרדת, לבין ההגנה על ביטוייה של התוכנה בשתי השפות. אין מקום לאנלוגיה זו. יצירת המקור הספרותית היא יצירה עצמאית העומדת על רגליה היא בשפה בה נכתבה, ללא קשר אם תורגם אם לאו. כך גם התרגום הוא יצירה עצמאית בזכות הערך המוסף המוצא ביטוי בו. לפיכך מוגנים השניים, כל אחד בנפרד. לא כך שפת המקור ושפת היעד. התוכנה בשפת המקור איננה ניתנת להפעלה בידי המחשב. תנאי להפעלתה הוא הפיכתה של שפת המקור לשפת יעד אותה "קורא" ו-"מבצע" המחשב. לפיכך אין מדובר ביצירות שונות המקנות זכויות שונות, אלא בשני פנים לאותה יצירה. שפת היעד אינה אלא שיקוף מלא ומדויק של שפת המקור ושניהם מציגים את אותה תוכנת מחשב. אמר על כך בית המשפט לערעורים בארה"ב:

Source code and object Code are "two representations of the same computer program..."(Compendium of Copyright Office Practice, §321.03)" *Syntec Semiconductors Co.,Ltd. v. Microship Technology Incorporated*, 307 F.3d 775, 779

(ראו עוד: 718 (GCA Corporation v. Raymond Chance, 217 U.S.P.Q(BNA) 718);

פרזנטי עמ' 184)

ניתן לסכם ולומר כי הגנת זכות יוצרים מוענקה לתוכנת המחשב הן בשפת המקור והן בשפת היעד אבל איננה מוענקה לכל אחת משפות המחשב בנפרד אלא לתוכנה עצמה בכל אחת משתי שפות אלה. לפיכך דין טענת אשרז להדחות.

### הפרות נוספות להן טוענת אשרז

24. אשרז מוסיפה וטוענת כי בהפרת זכויותיה בתוכנה הפיננסית הופרו למעשה מספר זכויות שונות. לטענתה, גלומות בתוכנה הפיננסית מספר זכויות: זכות העתקת התוכנה, זכות השימוש בה והזכות למתן שירות בה. את הפיצוי סבורה היא כי יש לפסוק בגין הפרתה של כל אחת מזכויות אלה.

### "שימוש" בתוכנת מחשב

25. סעיף 1(2) לחוק מ-1911 מגדיר זכות יוצרים כזכות להעלות את היצירה על במה, להעתיקה, לפרסמה, להוציאה לאור, לתרגמה ועוד (ספק אם ה"שימושים" המופיעים בחוק, מהווים רשימה סגורה). הביטוי "שימוש" איננו מופיע בחוק. זהו ביטוי גג כוללני שכל הפעולות האמורות חוסות תחת קורתו. נראה, כי בדרך כלל אין הגנה נפרדת לשימוש כשלעצמו, משום שאין מדובר בעשייה מסוימת או בפעולה מוגדרת. גם בדין הנוהג בארצות אחרות, בהן קיימת חקיקה חדשה המיועדת להגן על זכות יוצרים בתוכנת מחשב מפני פגיעה בה והפרתה, לא מוענקת הגנה ל"שימוש" כמכלול. (ראו: Nimmer § 2.18[A]). (לסקירה מורחבת של סוגי הזכויות המוגנות בשיטות משפט שונות ראה פרזנטי עמ' 723 ואילך; ב. לבנפלד וצ. כהנא עמ' 199-200 בהערות השולים שם).

ניתן אפוא לקבוע כי אין ממש בטענת אשרז לפיה יש להעניק פיצוי בנפרד בעד שימוש בתוכנה ופיצוי נפרד בעד העתקתה. העתקה היא סוג של שימוש. אשר על כן, יש לדחות את טענת אשרז לפיה היא זכאית לפיצוי הן בשל העתקת התוכנה והן בשל השימוש בה. בית המשפט המחוזי פסק פיצוי סטוטורי אחד בעד העתקת התוכנה ונכון עשה, שכן, אשרז לא הוכיחה פעולה נוספת מאלה המנויות בחוק, המהווה הפרת זכותה, שיש לפסוק בגינה פיצוי נפרד.

### מתן שירותים בתוכנה

26. אשרז טוענת להפרה נפרדת של זכותה להענקת שירות בתוכנה. הזכות להענקת שירות בתוכנה (Maintenance) אינה מופיעה בין הזכויות המוגנות בארץ, גם לא בארצות הברית. השאלה אם יש לראות בהענקת שירות בתוכנה הפרת זכות יוצרים של בעלי התוכנה, נידונה לא אחת בבתי המשפט בארצות הברית ואף מצא ביטוי בדבר חקיקה שם ואצל מלומדים. בפסק הדין *MAI SYSTEMS CORPORATION v. PEAK COMPUTER, INC*, 991 F.2d 511 נידון מקרה בו המערערת, חברה שיצרה ופיתחה מחשבים ותוכנות מחשב עבור לקוחות, נתנה להם שירותי תחזוקה לתוכנות והגבילה,

ברישיון השימוש במוצריה, את הזכות לתחזק את התוכנות, לה עצמה ולעובדי הלקוחות שרכשו את התוכנה, בלבד. המשיבה-חברה, פיתחה תוכנה למתן שירות תחזוקה למחשבים ולמחשבי המערכת בכלל זה. המערכת הגישה תביעה נגד המשיבה וטענה כי המשיבה מפרה את זכויותיה בתוכנות המחשבים אותן פיתחה. לטענתה, התיקונים והתחזוקה אותם מבצעת המשיבה גורמים להעלאת תוכנותיה על מחשבי הלקוחות, לצורך הבדיקה ומתן השירות ובדרך זו מבוצעת "העתקה בלתי חוקית" של התוכנות. בית המשפט לערעורים קיבל את טענת המערכת וקבע כי תוכנת המשיבה מהווה העתקה אסורה הפוגעת בזכויות היוצרים של המערכת. דעתו של המחוקק לא נחה מפסק הדין והוא מצא להתערב על מנת לסכל את האפשרות ליצירת מונופול בהענקת השרות בתוכנה. בשנת 2002 נחקק: Computer Maintenance Competition Assurance Act, 17 U.S.C.A § 117 (2002) חוק זה כולל הסדר המאפשר לבעלי החוקיים של תוכנה להשתמש בשירותיו של גוף שלישי עצמאי, שאינו קשור לחברה שייצרה את התוכנה לצורך תחזוקה ושירות לתוכנות שברשותו, במגבלות מסוימות.

Specifically, this newly added feature of Section 117 provides that it is not copyright infringement to make or authorize the making of a copy of a computer program, so long as "such copy is made solely by virtue of the activation of a machine that lawfully contain a copy of a computer program"...Consonant with its purpose of overruling the upshot of *May v. Pick* the amendment applies "for purposes only of maintenance or repair of that machine". The acts performed by the service provider "must be authorized by the owner or (the lessee of the subject machine"(Nimmer, §8.08[D]

עולה מן האמור כי, האיזון הראוי בין ההגנה על זכות היוצרים לבין חופש המידע, חופש ההתקשרות, הבטחת אפשרות הפיתוח של שוק תוכנות המחשב על בסיס הידע הקיים, איננו מצדיק הגנה על זכותו של בעל התוכנה לתת שירות בה ללקוחותיו. יכול ועניין זה יוסדר ביחסים החוזיים בין הצדדים ואינני נוקטת עמדה אם אפשרי ואם ראוי הדבר להעשות. על כל פנים מנקודת המבט של הגנה על זכות יוצרים, אין לראות במתן שירות בתוכנת מחשב, זכות יוצרים עצמאית הראויה להגנה נפרדת. גישה זו עולה בקנה אחד עם הגישה האמריקאית לפיה יש לאפשר לבעליהם החוקיים של תוכנות מחשב לקבל שירות מידי גורמים שאינם בהכרח בעלי זכות היוצרים בהן. מכאן שמקובלת עלי עמדתו של בית המשפט המחוזי, שנמנע מלפסוק פיצוי על הפרת הזכות הנטענת של מתן שירות, בהיותו בדעה כי מתן שירות אינו זכות נפרדת הראויה להגנה.

27. מכל האמור עולה, כי הזכויות הנטענות על ידי אשרז: העתקה, שימוש והשירות אינן מהוות שלש זכויות עצמאיות שכל אחת מהן ראויה להגנה נפרדת ושפגיעה בכל אחת מהן מהווה הפרה נפרדת של זכות היוצרים, אלא כפי שקבע בית משפט קמא, העתקת התוכנה הפיננסית היוותה הפרה של זכות יוצרים אחת, שהתבטאה בהעתקת התוכנה למחשב טרנסבטון. אין מקום להתערבותנו בקביעות אלה המעוגנות בחומר הראיות שהיה בידי בית המשפט ומיישמות נכונה את החוק החל על מסכת העובדות שנקבעו על ידו.

#### הפיצוי הסטטוטורי

28. ההסדר הקבוע בפקודה לפיצוי בגין הפרתה של זכות יוצרים מתווה שני מסלולי פיצוי. הוא מעניק לתובע סעד של פיצויים על נזקים שנגרמו לו עקב ההפרה במידה ואלה יוכחו בפני בית המשפט. כן מעניק הוא לתובע המתקשה בהוכחת נזקו, או החפץ בפיצוי ללא הוכחת נזק, לקבל פיצוי סטטוטורי. נראה כי דרך המלך היא הוכחת נזק על ידי בעל הזכות ובהעדר הוכחה כזו נפסק הפיצוי הסטטוטורי. הפיצוי הסטטוטורי נע בין 10,000 ₪ ל- 20,000 ₪ לכל הפרת זכות. כאן מוצאת אני להעיר, כי נראה לי שהסכום הנמוך גבוה מדי והסכום הגבוה נמוך מדי. הגבול העליון והגבול התחתון של הפיצוי אותו ניתן לפסוק אינם מקנים לבית המשפט אפשרות להגמשה מספקת של סכום הפיצויים. אבהיר ואומר, כי יש ומספר רב של "אקטים מפריים" ירתיעו מלראות בכל אחד מהם הפרת זכות, גם כאשר האקטים המפריים הם הטרורגניים, כאשר מכפלת סכום הפיצוי המינימלי במספר האקטים המפריים תביא לפסיקת פיצוי כולל גבוה שאינו הולם את נסיבות המקרה. מאידך כאשר נקבעת הפרת זכות אחת, יש וסכום הפיצוי המקסימלי הקושר את ידי בית המשפט, נמוך מדי ואין בית המשפט יכול לחרוג ממנו. בעייתיות זו, אליה התייחסתי בעניין דקל (שם, עמ' 352), מצאה ביטוי בתזכיר בו הוצעו שתי גרסאות: בראשונה הוצע לקבוע פיצוי מינימלי בסך 100 ₪ ופיצוי מקסימלי בסך 30,000 ₪ ואילו בשניה הוצע לקבוע כי הפיצוי "לא עלה על 100,000 ₪" (ראה סעיף 64 בתזכיר). ההצעות לא התגבשו לכדי דבר חקיקה. ברוח זו מעמיד החוק האמריקאי (17 U.S.C.A § 504c (2002)) את הפיצוי המקסימלי על סכום של 100,000 דולר, אם הוכח כי ההפרה נעשתה בזדון (willfulness) (ובנסיבות מסויימות אף על 150,000 דולר), ואת הפיצוי המינימלי על סך של 100 דולר, עד כדי שלילת פיצוי בכלל, כאשר ההפרה נעשתה בתום לב (innocence) (ראה: Nimmer, 14.04[B][1], 14.04[B][3]).

29. במצב הדין בארץ כיום, כאשר לא מוכח נזק על ידי מי שזכותו הופרה, על בית המשפט לפעול על פי האמור בחוק ולפסוק במסגרת הסכומים הקבועים בו. בית המשפט המחוזי פסק לאשרו בגין הפרת זכות היוצרים שלה, פיצוי סטטוטורי בגובה 15,000 ₪. אשרז מלינה על

שלא נפסק לה הסכום המירבי וטוענת כי בנסיבות העניין ולאור חומרת ההפרות משכן ומספרן, ראוי שהפיצוי הסטטוטורי יהיה בשיעור המקסימלי שהוא 20,000 ₪ לכל הפרה.

אשר לטענת אשרז בדבר מספר רב של הפרות שכל אחת מהן מזכה בפיצוי נפרד, יש להבחין, בין הפרות נפרדות של זכויות שונות המזכות בפיצויים סטטוטוריים בגין כל הפרה של כל זכות, לבין "אקטים מפרים" רבים של זכות אחת (עניין שגיא עמ' 270). בנסיבות המקרה הנוכחי, אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה הופרה רק זכות יוצרים אחת.

30. אשר לטענת אשרז לפיה היה מקום לפסוק לה את הסכום המירבי, נראה לי כי טענה זו בדין יסודה ומדוע?

התייחסות לאיזון הנדרש בין מגמות היסוד שבדיני זכות יוצרים לעניין בחירת סכום

הפיצויים הסטטוטוריים, מוצאים אנו בעניין שגיא בו אומר הנשיא שמגר:

"בבחירת סכום הפיצויים ללא הוכחת נזק שומה על בית המשפט לשים לנגד עיניו את שתי מגמות היסוד שבדיני זכויות יוצרים: האחת - פיצויו של בעל הזכות; השניה - הרתעתו של המפר ושל מפרים פוטנציאליים אחרים..." (שם, עמ' 271)

על השיקולים השונים אותם יש לשקול, נאמר:

"...שיקולים שונים עשויים להילקח בחשבון בקביעת הפיצוי לאורן של מגמות היסוד הנ"ל: עוצמתן, מספרן ומישכן של הפרות; סוג היצירה; אשמו של המפר; אופיו וגודלו של העסק המפר וכיו"ב". בתי המשפט בארצות הברית ייחסו חשיבות, בבחינת אשמתו של המפר, לקיומם של יחסים בין הצדדים קודם להפרה, כגון במסגרת של רשיון, התדיינות קודמת או התראה שקיבל הנתבע מאת התובע... היינו, מקום בו היו קיימים בעבר בין הצדדים יחסים של נותן ומקבל רשיון ואף על פי כן נמצא המקבל מפר במתכוון את זכות היוצרים של הנותן, יסוג בדרך כלל השיקול הפיצויי מפני השיקול ההרתעתי וייפסקו פיצויים מעבר למה שהיה משתלם כרגיל כתמלוגים בגין רשיון. (הנשיא שמגר, שם, עמ' 272)"

בית המשפט המחוזי איזן בין חומרת ההפרה לבין העובדה שההפרה הייתה הפרה של זכות אחת, היא זכותה של אשרז בתוכנה הפיננסית ופסק פיצוי בסכום של 15,000 ₪ באשר מדובר ב"הפרה שאיננה קלה אך מצד שני אין להפריז בחומרתה". נראה לי כי באיזון זה שגה בית המשפט. משמצא בית המשפט שהופרה זכות יוצרים אחת, היה מקום לשקול את חומרתה של הפרה זו עצמה. מן הנסיבות העובדתיות שנקבעו על ידי בית המשפט, עולה כי בין אשרז ובין חלק מהצדדים המפרים, התקיימו קשרים עסקיים קודמים. המפרים אינם תמי לב. חלקם הם עובדיה של החברה בעבר, שקשריהם עם אשרז נותקו. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי

המשיבים חברו יחד בעצה אחת על מנת למנוע מאשרו את המשך קבלת תמלוגים עבור זכויות היוצרים שלה בתוכנה הפיננסית(שם, עמ' 42). בנסיבות אלה ראוי להעמיד את הפיצוי על סכומו המקסימלי, שאינו גבוה במיוחד ולפסוק פיצוי בסכום של 20,000 ₪ במקום 15,000 ש"ח.

### שונות

#### העתקה עבור חברות אחרות

31. אשרו מוסיפה וטוענת כי המשיבים הפרו את זכות היוצרים שלה בתוכנה הפיננסית, בכך שהעתיקו את התוכנה גם עבור חברות אחרות. טענה זו נטענה בפנינו בשפה רפה ואין תמה בכך, שכן, טענה זו לא מצאה ביטוי בפסק דינו של בית משפט קמא וככל שניתן היה לבדוק את טענות הצדדים בפני בית משפט קמא, לא הועלתה טענה זו בפניו. לפיכך אין מקום לדון בטענה זו לראשונה בבית משפט זה כאשר לא הונחה לה תשתית טיעונית וראייתית בערכאה הראשונה.

#### "שימוש"-הפרת הסכם

32. בית המשפט המחוזי קבע כי טרנסבטון עשתה שימוש שלא כדין בתוכנת הבטון ובתוכנת הממשק במשך כארבעה חודשים לאחר תום ההסכמים בינה לבין אשרו (עמ' 32-33 לפסק הדין). לאור קביעה זו, טוענת אשרו כי היה מקום לפסוק לה פיצוי בעד התקופה בה נעשה שימוש כאמור. בפסק הדין נקבע כי הסעדים שהתבקשו על ידי אשרו (צו מניעה קבוע ופיצוי סטוטורי) לא כללו תביעה לסעד של פיצוי עקב הפרת ההסכמים על ידי שימוש כאמור במשך ארבעה חודשים(עמ' 43). אין מקום להתערבותנו בקביעה זו. אף שהשימוש שנעשה בארבעת החודשים היווה הפרת ההסכמים, לא היה זה "שימוש" מסוג השימושים שיש בהם הפרת זכות יוצרים ולפיכך לא נפסק פיצוי סטוטורי.

#### הצווים

33. טוענת אשרו כי צו המניעה שניתן איננו מקיף דיו ואינו מתייחס במפורש לשפת המקור של התוכנה. כמו כן לטענתה יש לכלול בו איסור על פיתוחים, שינויים, או, תוספות שנעשו בתוכנה. עיון בנוסחו של הצו שניתן בפסק הדין (עמ' 52) מעמידנו על כך שצו זה רחב דיו על מנת לכלול את מגוון האיסורים. הצו אוסר על מי מהמשיבות לעשות "שימוש כלשהו" בתוכנה המועתקת או בחלק ממנה. אינני רואה צורך במתן צו מקיף וכולל יותר. אשרו ביקשה כי בית המשפט יורה על "השבת כל התוכנות המפרות לידיה, על כל חלקיהן, הפיתוחים, השינויים והתוספות שנעשו", באשר לטענתה, המשיבים לא מחקו את התוכנה המועתקת, בשפת המקור, אותה השאירו בידיהם. גם אילו סברתי שהיה מקום להורות על השבתה של התוכנה הפיננסית לאשרו, הרי לאור הנוסח הרחב של הצו שניתן, לאור השנים שחלפו מאז בוצעו ההפרות ולאור



העובדה שהתוכנה נמחקה ממחשבי טרנסבטון (עמ' 44-43 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי), לא נראה שיש מקום לתקן את פסק הדין בנקודה זו.

#### הערעורים והערעור שכנגד

34. בראשית דברי ציינתי כי דינם של הערעור שכנגד ושאר הערעורים שהגישו המשיבים להדחות לגופו של עניין. המשיבים מעלים טענות רבות ומגוונות כנגד הקביעות בדבר הפרה על ידם, או על ידי מי מהם, של זכות היוצרים של אשרז, בתוכנה הפיננסית. אתייחס לעיקר טענותיהם בקליפת אגוז. לטענתם – הוצגה בפני בית המשפט תוכנת ד.ה.ר. בהקשר לפסק הדין שניתן נגדה בהעדר התייצבות וכי מאותו פסק דין עולה כי ד.ה.ר. היא זו שהעתיקה את התוכנה הפיננסית והיא זו שהפרה את זכויות היוצרים של אשרז. אין בפסק הדין הנ"ל כדי לחסום את התביעה כנגד צדדים אחרים או נוספים שנקבע כי הפרו את זכות היוצרים של אשרז. בית המשפט קבע קביעות ברורות בעניין זה. הוא קבע כי ד.ה.ר. לא היתה בעלת זכות היוצרים בתוכנה הפיננסית וכי בעלת זכות זו הייתה אשרז וכי המשיבים הפרו את זכותה של אשרז. גם אילו נתקבלה הטענה שמתוקף פסק הדין נגד ד.ה.ר. יש לראות בה את מי שהפרה את זכותה של אשרז בתוכנה, הרי כפי שנקבע, המשיבים הפיצו והעתיקו תוכנה זו למחשב טרנסבטון. בפעולה זו לכשעצמה הופרה זכותה של אשרז. משכך, אין פסק הדין שניתן נגד ד.ה.ר. "מייתר", כטענת המשיבים, את תביעתה של אשרז נגדם. כמו כן מערערים המשיבים על כך שבית המשפט קיבל את עדותו של המומחה מבלי שבדק בעצמו את הדימיון הנטען בין התוכנות האמורות. כן מערערים הם על שעצם הבדיקה של המומחה נעשתה ללא מדדים משפטיים מתאימים ועל כך שדו"ח הבדיקה לא הוצג לבית המשפט. בנוסף טוענים המשיבים כי בית המשפט קמא, מייחס שלא כדין לחלק מהמשיבים – על ידי "הרמת מסך", פעולות שנטען כי בוצעו בידי חברות שונות שבבעלותן. טרנסבטון אף מוסיפה ומערערת (ע"א 2780/99) על כך שחויבה בדין שעה כל "אשמתה" מסתכמת בשימוש תם לב שעשתה בתוכנות המפרות שאחרים התקינו על מחשב שבבעלותה, ללא שהיתה לה או שצריכה הייתה להיות לה ידיעה על כך שהן תוכנות שמפרות את זכויותיה של אשרז. טענות אלה הועלו גם בערכאה הדיונית. בית המשפט בחן טענות אלה דן בהן אל מול חומר הראיות ודחה אותן. אסתפק בכך שאציין את קביעתו הברורה של בית המשפט לפיה:

"התנהגותם המתוארת לעיל של טרנסבטון, ושל ויצמן אגייב וביור, בעצמם ובאמצעו חברות בשליטתם, תומכת במסקנה לפיה שיתפו נתבעים אלה פעולה ביניהם להערכת התוכנה הפיננסית, בסתר, תוך הפרת זכויותיה של אשרז, ופגיעה בהן, ביודעין" (שם, עמ' 33)(ההדגשה אינה במקור)

קביעותיו ונימוקיו של בית המשפט לדחיית טענות המשיבים, מקובלים עלי. זאת ועוד, הטענות המועלות בפנינו הן עובדתיות בעיקרן וגם מטעם זה אין מקום להתערבותנו בהן.

הפרשי הצמדה וריבית

35. בית המשפט פסק הפרשי הצמדה וריבית על הפיצוי הסטטוטורי, מיום הגשת התביעה. אשרז טוענת כי יש לחייב בהפרשי הצמדה וריבית מיום היוולד העילה. המשיבים טוענים כי יש לפסוק את הפיצוי הסטטוטורי שהיה קבוע בחוק קודם לתיקון החוק.

הוספתם של הפרשי הצמדה וריבית לפיצויים סטטוטוריים נדון בבית משפט זה לא אחת (ראו: עניין שגיא וכן בג"צ 608/88 פינקלשטיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(2) 395).

סכום הפיצוי הסטטוטורי המירבי הוגדל והועמד על 20,000 ₪ בצו זכויות יוצרים (פיצויים ללא הוכחת נזק) תש"ן-1989 ק"ת 5229, 70 מיום 23.11.89. התיקון האמור נעשה לאחר שקמה לאשרז עילת התביעה. יש להחילו על כל תביעה תלויה ועומדת. בית המשפט רשאי ואינו חייב לקבוע הפרשי הצמדה מיום היוולד העילה. במקרה זה מצא בית המשפט לקבוע את יום פסק הדין כמועד ממנו ואילך יתווספו הפרשי הצמדה וריבית. אין מקום להתערבותנו בקביעה זו.

סוף דבר

36. לאור האמור, מציעה אני כי ערעורה של אשרז יתקבל באופן חלקי, כך שבמקום סכום הפיצויים הסטטוטוריים בסך של 15,000 ₪ יבוא הסכום של 20,000 ₪ שישא הפרשי הצמדה ודיבית כחוק החל מיום הגשת התביעה. כל יתר חלקי פסק הדין ישארו על כנם. הערעורים והערעור שכנגד ידחו. המשיבים יחד ולחוד ישלמו לאשרז את הוצאות הערעור וכן שכר טרחת עורך דין בערעור בסך 25,000 ₪.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של כבוד השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן.

ניתן היום, כ"ב בתמוז תשס"ג (22.7.03).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט (בדימ')