

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9248/05

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופטת ד' ברלינר

המערערת: מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ

נגד

המשיבות: 1. מילטל תקשורת בע"מ  
2. ת.מ.מ. תפעול מערכות מוניציפליות בע"מ  
3. מילגם שירותים לעיר בע"מ

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו  
מיום 22.6.05 ב-הפ' 224/98 שניתן על ידי כבוד השופטת צ'  
ברון

בשם המערערת: עו"ד דן שפט

בשם המשיבות: עו"ד ראובן בכר

### פסק-דין

השופטת ד' ברלינר:

ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בהמרצת פתיחה  
224/98 מיום 22.6.05 שניתן על ידי כבוד השופטת צ' ברון.

עניינו של הערעור הפרת זכויות יוצרים במוצר שסימונו 160-10C (להלן:  
כרטיס מתן), שהינו כרטיס אלקטרוני המשמש מערכות אלחוטיות לקריאת מדי מים  
מרחוק, והעתקתו.

1. בסוף שנת 1994 נוצר קשר עסקי בין המערערת: "מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ" (להלן: המערערת) שהינה חברה פרטית לפיתוח וייצור מוצרי תקשורת אלחוטית לבין "מילטל תקשורת בע"מ" שהינה חברה העוסקת בפיתוח ושיווק מוצרים הנדרשים למערכות של קריאת מדי מים מרחוק (להלן: המשיבה). מטרת ההתקשרות הייתה לשדרג את מערכות המשיבה, אשר עבדו על בסיס תקשורת קווית באותה עת, לתקשורת אלחוטית שייצרה המערערת. התקשרות זו לא השתכללה לכדי הסכם, הגם שבין הצדדים הוחלפו מספר טיוטות. במהלך התקופה הרלוונטית (בין השנים 1994-96) סיפקה המערערת למשיבה, על פי הזמנתה, מערכות בהן הורכבו יחידות משדר יחידות מקלט לקריאה אלחוטית של מדי מים.

2. בשנת 1998 הגישה המערערת תובענה לצו הצהרתי ולצו מניעה קבוע, בטענה כי המשיבה מייצרת ומשווקת מערכת מדידת מים אלחוטית שסימונה SML-10C (להלן: כרטיס מילטל) המהווה העתקה של כרטיס מתן. הכרטיס, כך על-פי הנטען, מוגן על-פי חוק זכות-יוצרים 1911 (להלן: החוק) ופקודת זכות-יוצרים (להלן: הפקודה), וכן על-פי טיוטות ההסכם שהועברו בין הצדדים.

3. בתשובתה העלתה המשיבה שתי טענות מרכזיות:

(1) היא נטלה חלק פעיל בפיתוח כרטיס מתן, וטיוטות ההסכם מוכיחות שהיא בעלת זכות היוצרים בו.

(2) משום שהמוצר של מתן, לא הניח את דעתה, היא פנתה למומחה בתחום (מר שלמה איזקוביץ) בעזרתו ולאחר השקעה של שעות עבודה רבות פותח מוצר חדש, שהוא כרטיס מילטל.

כרטיס מילטל הינו איפוא יצירה מקורית, ולא העתקה של כרטיס מתן. אם יש דמיון בין השניים – הוא נובע מהגדרת הצרכים כפי שנעשתה על-ידי מילטל וכן מכך שנעשה שימוש ברכיבים וטכנולוגיה מקובלים ונפוצים.

4. במקביל להגשת התובענה, הגישה המערערת בקשה לצו מניעה זמני כנגד המשך ייצור, שיווק, הפצה ומכירה של כרטיס מילטל או כל מוצר הנגזר ממנו (המרצה 2651/98). כבוד השופט י' זפט דחה את הבקשה על בסיס החומר הכתוב מבלי לאפשר חקירת המצהירים או המומחים. בתאריך 30.8.98 החליט בית משפט זה, במסגרת

רע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ ואח', להחזיר את התיק לבית משפט קמא על מנת שיתיר את חקירת המצהירים והמומחים, ישמע את סיכומי בעלי הדין וייתן החלטה חדשה. ביום 1/12/99 נעתר בית משפט קמא, (כב' השופטת צ' ברוך) לבקשת מתן, ונתן צו מניעה זמני. נקבע כי ההוראות הכלולות בטיוטות ההסכם לא מחייבות את הצדדים, וכי למערערת זכות יוצרים כמובנה בחוק, לגבי המעגל החשמלי והתוכנה של כרטיס מתן. עוד נקבע, על בסיס הראיות שהיו אז בפני בית המשפט, כי המשיבה לכאורה העתיקה מהמערערת את המעגל החשמלי והתוכנה שייצרה. לפיכך ניתן צו איסור ייצור ושיווק לכרטיס מילטל על ידי המשיבה.

5. לאחר שזכתה בצו המניעה הזמני, הגישה המערערת תביעה אזרחית, בה עתרה לסעד של מתן חשבונות, לסעד כספי בסכום שהוערך בכ- 2,500,000 ש"ח ולפיצוי עונשי (ת.א. 3140/99). בקשתה לאיחוד הדיון בתביעה ובתובענה (הנוכחית) נדחתה על ידי כבוד הנשיא א' גורן (ראו החלטה מיום 13/3/00 בבש"א 5329/00). ביום 26.7.00 דחה בית המשפט קמא (בש"א 10672/00) את בקשת המערערת לתקן את התובענה ולהעבירה לפסים של תביעה רגילה, אך נענה לבקשתה לפיצול סעדים ואף קבע כי הדיון בתביעה האזרחית ייערך לאחר שיינתן פסק-דין בתובענה. ביום 16.5.00 דחה בית המשפט קמא, בבש"א 4768/00, את בקשת המשיבה לבטל את צו המניעה או להגבילו לגרסה א' של כרטיס מילטל, מהטעם שלא היו שינויי נסיבות אשר יצדיקו את ביטול הצו או שינויו. עם זאת, ביום 17.12.00, קבע בית המשפט קמא כי על המערערת להפקיד ערבות על סך 250,000 ש"ח להבטחת נזקי המשיבה מפני נזקי הצו האפשריים. מאחר והמערערת לא הפקידה את הערבות אשר הושתה עליה עד ליום 11.1.01, ולאור הצהרתה כי אין היא מתכוונת לשלמה, ביטל בית המשפט קמא את צו המניעה הזמני (בש"א 2893/01).

בית משפט קמא

6. עד לתוצאה הסופית שהיא כרטיס מילטל הנוכחי, היו לכרטיס מספר גרסאות. הגרסה הראשונה (להלן: גרסה א'), לגביה קבע בית משפט קמא כי היא מהווה העתק של כרטיס מתן. הגרסה המתקדמת יותר (להלן: גרסה ג'), היא שהוגדרה כרטיס מילטל, והיא נושא הדיון הנוכחי.

7. בית משפט קמא אימץ למעשה בפסק הדין את החלטתו לעניין צו המניעה הזמני. עיקריה של ההחלטה, שהם גם עיקרי פסק הדין, הם כדלקמן:

(1) כרטיס מתן מהוה יצירה מוגנת על-פי החוק. הבעלות על זכות היוצרים של אותה יצירה מוגנת, שייכת למערערת, שפיתחה אותו.

(2) לא נחתם הסכם מחייב בין המערערת למשיבה, והטיוטות שהוחלפו במטרה לגבש הסכם אינן מחייבות. כיוון שכך, לא רכשה מילטל זכויות בכרטיס. מילטל גם אינה יכולה להיבנות מסעיף 5(א) לחוק שכן סעיף זה עוסק רק ביצירות אומנותיות. המסקנה הסופית לפסק הדין היא כי "נפלה טענת מילטל לבעלות על זכות היוצרים במוצר הנ"ל" (פסקה 15 לפסק הדין).

8. הכרה בכך כי המערערת היא הבעלים של זכות היוצרים בכרטיס מתן – מהוה רק את המשוכה הראשונה שעליה לעבור. המשוכה השנייה, עניינה הכרעה בשאלה האם כרטיס מילטל הוא העתקה של כרטיס מתן. לצורך זה סקרה כבוד השופטת קמא באריכות את כל חוות דעת המומחים, הן מטעם המערערת והן מטעם המשיבה. חוות הדעת המרכזית מטעם המערערת הייתה זו של המהנדס אמנון דוכובנה, (להלן: דוכובנה), כאשר שתי חוות הדעת הנוספות שהוגשו מטעמה, נסמכו עליה והיו, כהגדרת כבוד השופטת קמא, "לקוניות".

במאמר מוסגר: דוכובנה הוא מנהל המערערת, שעל כן על פני הדברים, אין מדובר בעד ניטרלי ואובייקטיבי. בע"א 208/65, יצחק יצחק נ' חברת החשמל לישראל בע"מ. תק-על 1965(4), 5, עמ' 7. נאמר: "פשיטא שבית-המשפט יתייחס לעדותו של מומחה ניטרלי, שאין לו כל קשר אף עם אחד מבעלי-הדין ואין לו כל עניין בתוצאות המשפט, אחרת מאשר לעדותו של מומחה שעומד בקשר של עובד למעביד עם אחד מבעלי-הדין ויש לו עניין ישיר (אם כי לא ענין כספי) בתוצאות המשפט". בית המשפט קמא לא העיר מאום בנושא זה והתייחס לחוות הדעת ללא כל הסתייגות, בכך הלך לקראת המערערת. העובדה שאין מדובר במומחה ניטרלי מקבלת משמעות יתר, בהתחשב בכך שהמערערת לא נענתה להצעת בית המשפט למנות מומחה מטעם בית המשפט (ראה האמור בפסקה 38 לפסק הדין). הרושם הכולל הוא כי המערערת חששה להעמיד את טענותיה למבחן מקצועי אובייקטיבי, ושמא לא בכדי.

9. המסקנה אליה הגיעה כבוד השופטת קמא הייתה כי: "מתן לא השכילה להוכיח באמצעות המומחים בהם הסתייעה, כי מילטל העתיקה את כרטיס 10C-160" (כרטיס מתן) (פיסקה 39) קיים אכן דמיון חיצוני ופונקציונאלי בין שני הכרטיסים, אולם יש הבדלים מהותיים ביניהם הן במעגל החשמלי והן בתוכנה. לעניין המעגל החשמלי נמנו

בעיקר תוספות המשפרות את איכות הכרטיס; כגון, אפשרות חיבור לפלטים אוניברסאליים המיוצרים על-ידי חברות שונות, הפחתת הפרעות בשידור, אפשרות להפעיל את המשדר דרך בקר חיצוני, פילטר המשפר את ביצועי הכרטיס ועוד. כמו כן צוינו רכיבים שונים בכרטיסים. בית משפט קמא לא התעלם מכך שקיים משדר בשני הכרטיסים, אולם מדובר ברכיב שבו נעשה שימוש על-פי הוראת היצרן, והוא אינו ייחודי לאחד משני המעגלים.

10. לעניין התוכנה שם בית משפט קמא את הדגש על סירובה של המערערת לערוך השוואת ה- "source code" בין הכרטיסים. השוואה זו נחשבת לבדיקה הטובה ביותר לגילוי העתקת תוכנה. סירוב לערוך השוואה מעיד על המסרב, כי הוא חושש מפני התוצאה. בספרו על הראיות (חלק שני, תשס"ד, בעמ' 751), מציין השופט י' קדמי כי "בהיעדר הסבר, עשוי סירוב כאמור (הכוונה לסירוב לשתף פעולה בהליכי חקירה) להיות בעל כוח ראייתי עצמאי לחובת המסרב...".

בע"פ 7463/00, פלוני נ' מדינת ישראל. פ"ד נז(4), 865, עמ' 877-876. נאמר

בנושא זה:

"הם חששו מבדיקה זו לא משום שהיא עלולה להפליל אחד מהם, אלא לנוכח החשש שהיא תחזק את ראיות המשיבה, ותסלק גם את אותו ספק עליו ביקש המערער להשתית את הגנתו. במצב זה אין לראות במערער כמי שנבצר ממנו להציג ראיה העשויה להביא לזיכוי, אלא כמי שעל אף שאותה ראיה היתה בהישג ידו, הוא נמנע מלהביאה לבית המשפט. ניסיון החיים מלמד שכך לא נוהג נאשם הטוען לחפותו, ולעניין זה כיוונה ההלכה הפסוקה באומרה כי "הימנעות מהזמנה לעדות של עד הגנה, אשר לפי תכתיב השכל הישר עשוי היה לתרום לגילוי האמת, יוצרת הנחה, שדבריו היו פועלים לחיזוק הגרסה המפלילה, בה דוגלת התביעה..."

11. בנוסף, דחתה כבוד השופטת קמא את הטענה כי הייתה למשיבה נגישות וזמינות לתוכנה, אשר אפשרה לה את העתקתה. בית המשפט קמא אף הוסיף והעיר כי הימנעותה של המערערת מלהפקיד את הערבות, על-מנת שצו המניעה הזמני יישאר בתוקף, היא התנהגות שיש בה להעיד על חוסר תום-לב ועל היעדר פגיעה של ממש כתוצאה מפקיעת הצו.

12. עיקר הטענות בערעור

אליבא דהמערערת:

א. שגה בית המשפט קמא כאשר לא העניק משקל כלשהו לטענת המשיבה שנדחתה, כי לה הבעלות על זכויות היוצרים בכרטיס מתן.

ב. המשיבה נמנעה מהעדתו של מפתח כרטיס מילטל המהנדס ש' איזקוביץ. מדובר בעובד שכיר של המשיבה שאין קושי בהבאתו. בנוסף כישוריו כמומחה לא הוצגו בשום שלב.

ג. המשיבה גם נמנעה מהצגת המקלט של יחידת האלחוט כדי להוכיח את מקוריותו וגם הימנעות זו צריכה להיזקף לחובתה. בית המשפט קמא לא קבע מה הם אחוזי היקף השינוי שנבע מפיתוח גרסה ג', המהווה כזכור את כרטיס מילטל, לעומת כרטיס מתן. חשיבות יתרה נודעת לעניין לאור הקביעה וההודאה של המשיבה, כי גרסה א' לכרטיס מילטל הועתקה מהמערערת. המערערת אינה מתכחשת לכך שקיימים הבדלים מסוימים, אולם אלה אינם עולים על 15% כפי שהעיד דוכובנה.

ד. לא זו אף זו: לטענת המערערת, מאחר שבית המשפט קמא קבע כי גרסה א' של כרטיס מילטל מועתקת מכוח הודאת בעל דין, מן הדין שנטל הראיה לכך שגרסה ג' של אותו כרטיס (כרטיס מילטל), אף היא אינה מועתקת, יוטל על כתפי המשיבה. על המשיבה להוכיח כי לא הפירה זכויות יוצרים ולא להפך.

ה. בית המשפט קמא טעה כשהטיל על המערערת להפקיד ערבות על סך 250,000 ש"ח להבטחת נזקי המשיבה מפני נזקיו האפשריים של הצו. כפועל יוצא מכך, טעה בראותו את הימנעותה של המערערת מהפקדת הערבות, כהתנהגות שיש בה להעיד על חוסר תום-לב.

13. למערערת מספר עתירות:

א. בית המשפט קמא קבע שאין הסכמה חוזית בין הצדדים. לטענת המערערת, כיוון שבית המשפט לא ניזקק לנקודה זו לשם הכרעה, יש למוחק מפקס הדין על מנת שלא תיעשה מעשה בית דין. משתבטל הכרעה זו, יש לראות את הסכם התמלוגים שהופיע בכל הטיוטות שהועברו בין הצדדים, שריר וקיים, ובכוחו לחייב את המשיבה על יסוד הסכמה זו.

ב. המערערת מבקשת צו גורף, (שספק אם היה לו מקום – אפילו היו מתקבלות טענותיה במלואן). על הצו, להורות למשיבה להימנע מלייצר, להפיץ, למכור ולשווק את כרטיס מילטל, ותחולתו תהיה אף על כל שאר מוצרי קריאת מים באלחוט אותם מייצרים הנתבעים, ללא קשר לסימונם או לכינויים. כמו כן, מבוקש להצהיר כי הוראות סעיף ה"תמלוגים" יקבל תוקף של חוזה, ולחילופין שביהמ"ש יבטל את קביעת ביהמ"ש קמא, לפיה לא נכרת הסכם תמלוגים.

14. על זכויות יוצרים במקורותינו

תחילת היווצרות הענף המשפטי, המכיל את דיני זכויות היוצרים בצורתם המודרנית המוכרת לנו היום, הוא במאה ה-18 עם המצאת הדפוס. באותה עת, בעקבות הוצאת התלמוד בפורמט מסוים (האלמנה והאחים ראם) גם המשפט העברי נקרא להתעמק בסוגיה. אולם הורתו ולידתו של הרעיון, הבסיסי כי יש זכויות יוצרים להגן עליהם מצוי עוד בספר דברים. שם נאמר "ארור מסיג גבול רעהו" (דברים כז, יז). במקור המקראי הפשוט, הסגת הגבול המדוברת, מתייחסת לגזל קרקעות. ברם, כבר בספרי (דברים פיסקא קפח ד"ה (יד)) אנו מוצאים פרשנות מרחיבה לפסוק: "מנין למחליף דברי רבי אליעזר בדברי רבי יהושע ודברי רבי יהושע בדברי רבי אליעזר ולאומר על טמא טהור ועל טהור טמא שהוא עובר בלא תעשה תלמוד לומר לא תסיג גבול רעך". הראשונים פירשו מימרא זו, בין היתר, כמחייבת אף לכתוב את שם המחבר על ספרי פירושו, על מנת שלא יבוא אדם זר לומר בכחש ובכזב "אני המחבר" וייענש על כך (ראה: ספר חסידים (מרגליות) סימן תקפו, מגן אברהם אורח חיים בסימן קנ"ו שכתב "כל שאינו אומר דבר בשם אומרו עובר בלאו").

15. עניין זכויות היוצרים החל להופיע בספרות ההלכה והשו"ת כבר במאה ה-16 בצורה של הסכמות על ספרים. בהסכמות שניתנו לחיבורים השונים נמצאו איסורים אחדים הקובעים כי אין רשות לפגוע בזכויותיו של המחבר על יצירתו (ראה למשל ההסכמה על ספר "הבחור" של ר' אליהו בחור בר' אשר הלוי אשכנזי, בין השאר נאמר שם "ובאולי יש שורש פורה ראש ולענה אשר ימלא לבו להדפיס גם הוא החבורים הנזכרים או כולם או אחת מהן בדפוס יותר נאה מזה, ונמצא זה הר' אליה והאחים הנזכרים זריזים ונפסדים...אלא גזרנו בסתם: כל מי שיודע הן שראה או שמע גזרותינו, שלא ידפיס הספרים האלו. וכל המדפיס אותם, או הוא או שלוחו, יהא בכלל פורץ גדר וישכנו נח"ש (=נידוי, חרם, שמתא ד.ב.). ... וזה יהיה עד זמן עשר שנים").

16. אחד הדיונים הראשונים בשאלת זכות המדפיס למנוע מדפיסים אחרים מלהעתיק את יצירתו, מופיע בשו"ת הרמ"א (סימן י ד"ה והואיל ובירדנו) בשאלת הדפסת כתבי הרמב"ם. לשון פסיקתו שם אינה מותירה מקום לספק. וכך הוא כותב "דין הוא עם הגאון (בעל הזכויות הראשון), שהוא ימכור ספריו ראשונה... כל ישראל, ומי שבשם ישראל יכונה, לא יקנה שום ספר מיימוני (כינוי לספרי הרמב"ם, ד.ב.) החדשים רק מאותן היוצאים מתחת יד הגאון הנ"ל או באי כוחו" (וראה שמביא שם ארבעה טעמים בעניין. להרחבה בעניין ראו מקורות נוספים: נ' רקובר "ה'הסכמות' לספרים כיסוד לזכות היוצרים" סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי ט (תש"ל). הרב שאול ישראלי "פרסום דברי תורה ללא קבלת רשות ממי שאמרם תחומין ד (תשמ"ג) 354. הרב זלמן נחמיה גולדברג "העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים" תחומין ו (תשמ"ה) 185. נ' רקובר "זכות היוצרים במקורות היהודיים" (ג). לדיני עשיית עושר ולא במשפט ושימוש בסודות מסחריים עיין בחו"ד שנעשה ע"י המחלקה המשפטית במשרד המשפטים, מיום 16.12.03. עוד ראה את דברי השופט י. טירקל בע"א 2790/93 Robert E. Eisenman- ואח' נ' אלישע קימרון. פ"ד נד(3), 817, עמ' 841 והלאה, ובע"א 3616/92 - דקל שרותי מחשב להנדסה נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית. פ"ד נא(5), 337, עמ' 353-355, ובע"א 9191/03 V& S Vin Spirit Aktiebolag - ואח' נ' אבסולוט שוז בע"מ. פ"ד נח(6), 869, (892-888).

17. זכויות היוצרים בישראל, מעוגנות מבחינה סטטוטורית בחוק שהוחל על ארץ-ישראל בתוקף דבר המלך במועצתו 1924, ועם קום המדינה נשאר בתוקף מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט תש"ח 1948. בנוסף לחוק זה קיימת אף פקודה משנת 1934 (לסקירה היסטורית מפורטת ראו: א"ח זליגסון יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים וכן ש. פרזנטי דיני זכויות יוצרים (37-35)). בשנת תשס"ד 2003 פרסם משרד המשפטים תזכיר חוק זכויות יוצרים. בבסיס החוק עומד הרצון לאזן בין זכויותיו הקנייניות של היוצר לבין האינטרסים החברתיים, בין ערכי יסוד כדוגמת חירות הביטוי, הגנה על זרימת מידע חופשי וחופש התחרות לבין היקפה של זכות היוצר ביצירתו והגנה על קניינו. (עוד על מטרות דיני זכויות היוצרים ראו: ע"א 513/89 Interlego A/S- נ' Exin - Lines Bros S. A. פ"ד מח(4), 153-154, 133 (להלן: פרשת אינטרלגו). כן ראו: רע"א 2687/92, דוד גבע נ' חברת וולט דיסני (להלן: פט"ד דוד גבע), פ"ד מח(1), 251, 258, והלאה, לעניין מטרות ההגנה והיקפה ראו: ע"א 15/81, מיכאל גולדנברג ואח' נ' מיכאל בנט ו-5 אח'. פ"ד לו(2), 813).



18. בפרשת אינטרלגו, (אותה ניתן להגדיר כפסק דין מכונן בתחום זה), קבע, הנשיא שמגר, עקרונות מנחים בנושא זכויות יוצרים. החוק, בשונה מחוקים אחרים, יוצר הבחנה בין זכויות "מוסריות", אשר אינן עומדות על הפרק בענייננו, לבין זכויות כלכליות. הזכויות ה"מוסריות" מגנות על זכות היוצר כי היצירה תופיע בשמו ולא תסולף. מנגד, הזכויות הכלכליות יוצרות הגנה על היצירה מפני העתקה ושיווקה על ידי אלו שאינם זכאים לכך (ראו גם י' ויסמן "הזכות האישית" (droit moral) בדיני זכות יוצרים" [23], בעמ' 55).

לאחר שהוא מונה את המבחנים היוצרים את ההגנה, אומר הנשיא שמגר כדלקמן: "זכויות יוצרים מתמקדות בהגנה על תהליך היצירה, ועל-כן עניינם העיקרי במניעת העתקה כדרך ליצירת האיזון הראוי בין עידוד ביטויים חדשים לאי-הרתעת ביטויים פוטנציאליים. על-כן, מה שאסור הוא ההעתקה ולא עצם היצירה של מוצר זה" (לעניין עקרונות היסוד בדיני זכויות יוצרים עיין עוד בע"א 559/69 דן אלמגור נ' גיורא גודיק ואח' וערעור שכנגד פ"ד כרך כ"ג (2) 825).

הציטטה דלעיל – משקפת את הליכה של ההגנה על זכויות יוצרים, ויש לה השלכה ברורה לענייננו כפי שיפורט להלן.

מן הכלל אל הפרט:

19. בית משפט זה לא התבקש לבחון את הקביעה של בימ"ש קמא בהליך הזמני, שאומצה בפסק הדין ולפיה "הכרטיס האלקטרוני 10C-160 מהווה יצירה מוגנת על-פי החוק, וכי מתן היא בעלת זכות היוצרים בו". לפיכך זוהי נקודת המוצא.

הכרעה

השגותיה של המערערת, המוצאות ביטוי כמעט בכל אחד מסעיפי הודעת הערעור עניינן הממצאים העובדתיים כפי שנקבעו על-ידי בית משפט קמא. בגדר מושכלות יסוד, היקף התערבותה של ערכאת הערעור בממצאים אלה, הוא מוגבל ודבר ייעשה רק במקרים שבהם שגתה הערכאה קמא באופן ברור ומובחן.

בע"א 734/76, פלוני נ' אלמונים, פ"ד לב(2), 661, עמ' 666-665, אמר השופט

ש' לויין:

"אין בית-משפט לערעורים מוכן להתערב בקלות בממצאי עובדה של בית-משפט קמא, בעיקר מן הטעם

שאינן לו אותו יתרון הקיים לפני בית- המשפט של הדרגה הראשונה מהתרשמות בלתי-אמצעית מן העדויות; אך מקום בו התברר מן הראיות, וזהו מקרה נדיר ביותר, שהשופט לא הפיק את התועלת מראיות העדים ומשמיעתם, ואי-מהימנותו של העד הנדון בולטת לעין שוב אין מניעה להתערבות...”

וכן השופטת ע' ארבל בע"א 1064/03, אליהו חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' עזבון

המנוחה רחל שחר פיאמנטה ז"ל ואח', תק-על 2006(1), 1806, עמ' 1809 :

“עקרון יסודי הוא בשיטתנו כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית שהיא האמונה על שמיעת העדים, בחינת הראיות וקביעת הממצאים העובדתיים, ואשר לה היתרון שבהתרשמות בלתי אמצעית מהעדים. ערכאת הערעור תתערב בממצאים שבעובדה אך ורק במקרים חריגים וקיצוניים, דוגמת מקרה בו נפל בהכרעת הערכאה הדיונית פגם היורד לשרשו של עניין או שממצאיה העובדתיים אינם מבוססים על פניהם. כל עוד יש לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט דלמטה יסוד ושורש בחומר הראיות, לא יתערב בהן בית המשפט שלערעור (ראו: ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי, פ"ד נב (2) 582, 594; י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995, בעריכת ד"ר ש' לוי) בעמ' 856). שונים הם פני הדברים מקום שבית המשפט שלערעור סבור כי נתגלה פגם במסקנות שהסיק בית המשפט דלמטה. התערבות ערכאת הערעור במקרה שכזה היא מקובלת יותר, שכן בהסקת מסקנות שבהיגיון אין לערכאה הדיונית כל יתרון על פני ערכאת הערעור (רע"א 7956/99 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית מעלה אדומים, פ"ד נו (5) 779, 792).”

ושמא תאמר כי לסוגיה שעל הפרק (זכויות יוצרים), דין אחר לעניין תחומי

והיקף ההתערבות בממצאים עובדתיים, באים דבריו של השופט ש' לוי בע"א 23/81,

משה הרשקו ואח' נ' חיים אורבון ואח', פ"ד מב(3), 749, עמ' 754-753 (להלן: פס"ד

הרשקו) ומבהירים חד משמעית:

“בנסיבות אלה מתעוררת השאלה מה מידת ההתערבות האפשרית של בית משפט לערעורים בממצאי הערכאה הראשונה ובמסקנותיה; לדעתי אין כללים מיוחדים לעניין זה המבדילים בין פסקי דין המתייחסים לזכויות יוצרים ופסקי דין המתייחסים לסוגיות אחרות...”

20. עיון בפסק הדין אינו מצביע על שגיאה שנפלה בדרך בחינת העובדות על-ידי בית משפט קמא, בניגוד לטענות המערערת בית המשפט גם לא התעלם מראיה כלשהי, והמסקנות אליהן הגיע – מעוגנות בראיות שהובאו. אין כל חובה כי בית המשפט ימנה אחת לאחת כל טענה שהועלתה, יזכיר כל מסמך שהוגש ויתייחס לכל שורה בחוות הדעת המקצועיות, על מנת לצאת ידי חובת הנמקה. אי התייחסות אין פירושה כי בית המשפט שכח או התעלם מנושא, תת נושא, או סוגיה. אדרבא – השתיקה לעיתים יש בה אמירה המהווה בפני עצמה הכרעה.

לשם הדגמה: בא-כוח המערערת טען כי הכרטיס מורכב ממשדר ומקלט. היחידה שהתגלתה בשטח על-ידי המערערת הייתה משדר. המשיבה, כך על-פי הנטען נמנעה מהצגת מקלט מתוצרתה לביקורת למרות שמקלט הוא יחידה "הרבה יותר מסובכת", ומן הראוי היה שתציג מקלט כדי להוכיח שלא העתיקה את כרטיס מתן (סעיף 7 להודעת הערעור). המשיבה טענה כי המקלט – מעולם לא עמד על הפרק כחלק מהתביעה הנוכחית. המקלט הוא חלק נפרד (תפקידו לקלוט את כל התשדורות המועברות מהמשדרים) לא הייתה כלל טענה כי המקלט הועתק, וגם חוות הדעת של דוכובנה (מטעם המערערת) לא התייחסה אליו. שתיקתו של בית המשפט במקרה זה – אינה התעלמות אלא הכרעה. המקלט אכן לא היה חלק מהדיון. לא הובאו לגביו ראיות וממילא לא היה מקום להתייחס אליו.

21. דוגמא נוספת מצויה בהתייחסותו של בית המשפט למפתח כרטיס מילטל המהנדס ש' איזקוביץ. כפי שנאמר לעיל – טענת המערערת היא, כי בית המשפט התעלם מאי הבאתו של איזקוביץ הגם שהבאתו נדרשה, כדי להוכיח שאין מדובר בהעתקה.

בית משפט קמא הזכיר את איזקוביץ (ראה פסקה 6) שעל כן ברור כי קיומו ותפקידו לא נעלמו מעיניו, כמו גם העובדה שלא הוא חתם על חוות הדעת מטעם המשיבה. אם סבר בית המשפט כי חרף אי הבאתו הוכח בפניו כי כרטיס מילטל אינו מהווה העתקה של כרטיס מתן – אין כל חובה שיתייחס מפורשות לסוגיה זו. אפילו היינו אומרים, כי טוב היה עושה בית המשפט קמא לו היה נותן ביטוי לשקלול שערך ואשר כלל גם נושא זה – אין בכך משום אמירה כי משלא עשה זאת – שיקוליו לוקים בחסר.

22. הטעון המשמעותי יותר בטעונו המערערת עניינו היקף השינוי בין כרטיס מתן לכרטיס מילטל (שהוא כזכור גרסה ג'). המערערת מסכימה כי קיימים שינויים בין שני

הכרטיסים אולם לשיטתה אלה אינם עולים על 15% ובכך אין די. צריך להיות שינוי של מעל 50% כדי שהכרטיס לא יחשב כהעתקה, ושינוי כזה לא הוכח. "אין מפי אף אחד מעדי התביעה אמירה כי השינוי הוא מעל 50%" (פסקה 5 לסיכומי המערערת). המערערת מפנה בעניין זה לע"א 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ. תק-על 2003(2), 3908 (להלן: אשרז).

23. השאלה אם היקף השוני, או בניסוח פוזיטיבי, הדמיון שהוכח, מצביעים על העתקה, אף היא שאלה שבעובדה, שלגביה חלים כל הכללים הרגילים לעניין התערבות ערכאת הערעור. מעבר לכך ומן הפן המהותי: קביעה כי מדובר בהפרה של זכויות היוצרים, אינה בהכרח פונקציה של בחינה כמותית או השוואה טכנית. הגדרת ההפרה מצויה בסעיף 1(2) לחוק "רואין זכות יוצרים ביצירה כאילו הופר ע"י אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשיתו נתונה בחוק זה לבעל זכות היוצרים..." כשהגדרת זכויותיו של בעל זכויות היוצרים נמצאת בסעיף 1(2): "... אם זו יצירה שלא נתפרסמה - לפרסם את היצירה או כל חלק ניכר הימנה...". בע"א 3422/03 Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין (להלן: פס"ד Krone AG). תק-על 2005(1), 1166, עמ' 1175, התייחס כב' השופט א' רובינשטיין למבחנים על פיהם נקבעת הפרה כדלקמן:

"מהו המבחן לעניין הפרת זכויות יוצרים? הפרת זכות היוצרים עניינה - פרסום היצירה או "כל חלק ניכר הימנה" (סעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911 (הדגשה הוספה), ובאנגלית: "Or any substantial part thereof".

(ג) הדיבור "חלק ניכר" פורש בפסק הדין בע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company (פ"ד נד(1) 577, 591 מפי השופט טירקל), כך: "ההכרעה בשאלה אם הועתק 'חלק ניכר' מן הצורה המוגנת ... אינה צריכה להיות רק, או בעיקר, על פי בחינה כמותית של הקטעים העומדים להשוואה, אלא יש לבדוק אותם גם - ואולי בעיקר - מבחינה איכותית. גם כאן אין להסתפק בבדיקה מדוקדקת של כל פרט בקטעים המושוים ושל השימוש שנעשה בו, אלא יש לבחון את הקטעים מתוך ראייה כוללת...". באנלוגיה ראו גם דברי השופט טירקל בעניין חשש להטעיה בהקשר גניבת עין, ע"א 5689/94 ורגוס נ' נגה (פ"ד נב(1) 521, 530): "לדעתי אין צורך בחיקוי עד כדי זהות לאמור, העתקה מלאה ומדויקת של כל פרט ופרט, של כל תג ותג, של כל תכונה ותכונה שבמוצר המקורי...". כאמור כדי לבסס תביעה על פגיעה בזכות יוצרים על התובע להוכיח שהנתבע העתיק מיצירתו חלקים ממשיים ומהותיים ו"בענין זה לא הכמות קובעת

אלא איכות החלקים שהועתקו (ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק פד"י כד(1) עמ' 825, 830) (ההדגשה אינה במקור).

על פי האמור, בדיקה השוואתית של אחוזי השינוי מהבחינה הכמותית, יתכן שיש בה משום אינדיקציה מסוימת לגבי היקף השינוי המהותי בין המוצרים, אולם בכך כאמור לא סגי. הבדיקה צריכה להיות מהותית, וזהו אף השינוי הנדרש. בניגוד לטענת בא כוח המערערת, אין מדובר בנוסחה מתמטית שבה אחוז השינוי – מכתוב את התוצאה. גם הוכחה כי השינוי הקיים אינו עולה על 15% מהמוצר המקורי, אין די בה כדי לבסס טענת העתקה. בעניין הרשקו אמר השופט ש' לויין:

"לדעתי, אין לקבוע מראש מסמרות מתי מדובר ברעיון ומתי מדובר בישומו, אלא הכל תלוי בנסיבות: אותה מערכת עובדות יכולה להחשב לענין אחד רעיון ולענין אחר ישום של רעיון. בהיבט רחב אין קיים שום דבר מקורי אלא כל המצאה או "רעיון" הם פיתוח של המצאה או "רעיון" קודמים; השאלה בכל מקרה היא אם בפועל הוסיף פלוני משהו מקורי משלו ל"רעיון" או ל"ישום" קודם (ואז עבודתו תהיה מוגנת אף על פי שאת היסודות לעבודתו המקורית הוא שאב ממקור אחר) או שהוא העתיק בדרך מוסווית מה שעשה אחר מבלי שבפועל הוא יצר משהו מקורי משלו; 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. אכן מידת המקוריות הנדרשת להגנה על יצירה לפי דיני זכות יוצרים משתנה אף היא ממקרה למקרה, ויכולה היא להיות מועטת ואפילו חסרת ערך (ההדגשה אינה במקור)"

גם בעניין אשרז, אליו הפנתה המערערת, לא נקבע כי אחוז השינוי – מכתוב את התוצאה, ושמה לא בכדי, ציטט ב"כ המערערת מפסק הדין של בית המשפט המחוזי לעניין זה, ולא מפסק הדין בבית המשפט העליון. עיון בפסק הדין (של בית המשפט העליון) מצביע על כך שהנושא אכן הוזכר, אולם לא שימש רכיב לעניין ההכרעה.

24. תהליך בדיקת העתקה אינו תהליך מכני או טכני. עיקרה של הבחינה הוא מהותי, ממשי ואיכותי. כאשר נקודת הכובד והגרעין המרכזי שביצירה, הועתקו - אין משמעות לכך ש-90% מחלקיה הנותרים הינם מקוריים, כך גם להפך. עצם העובדה כי המוצרים נראים על פניהם זהים, אין בה כדי להכריע האם בהעתקה עסקינן. כיוון שתחולת החוק רחבה ומקיפה מגוון נכבד של מוצרים (המונח "יצירה" קיבל פרשנות

מרחיבה בפסיקה; ראה: פס"ד Krone AG ופס"ד דוד גבע) יש לבדוק כל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבותיו, למפרטו הטכני של המוצר, למהותו ולפונקציה אותה עליו למלא.

25. בית המשפט קמא בדק לא רק את כמות השינויים אלא אף את השלכותיהם. כפי שהוזכר לעיל, (ראה פסקאות 9-10) מנתה כבוד השופטת קמא את השיפורים המהותיים ואת היכולות אשר התווספו לכרטיס מילטל, ואשר התייחסו למעגל החשמלי ולחומרה. בין היתר נמנו – משטח אדמה בעל מספר חורים רב יותר שמפחית את ההפרעות בשידור, הרכבת 3 קבלים שתפקידם לשפר חסינות המשדר, סליל לבחירת תדר השידור שניתן לכוונו לאחד משני תדרים, שינויים במעגל ה-RF בחיבור לאנטנה, ובמגבר ההספק, כל אלה ועוד – הם שיפורים. באשר לחומרה ציין בית המשפט את המזעור של כרטיס מילטל, ואת העובדה שנכללו בו רכיבים ופונקציות ייחודיות. התוכנה – לא הושוותה, כפי שצוין לעיל אין להסיק מכך שהיא הועתקה. אדרבא התנגדותה של מתן להשוואה כפי שצוין לעיל, מרמזת לכיוון ההפוך. המוצר המוגמר שהתקבל כתוצאה מכל השינויים הללו – יכול ויחשב כמוצר שונה שאינו העתקה, וכך אכן נקבע. כדי להשלים את התמונה אזכיר שוב כי בנוסף לשיפורים – קיימים גם אלמנטים נוספים שאינם זהים.

26. כיון שכל הממצאים בדבר השינויים, וההבחנות שבין שני הכרטיסים מבוססים על חוות דעת מומחים, לא יהא זה מיותר להזכיר היבט נוסף לעניין היקף התערבותה של ערכאת הערעור, והפעם לעניין התערבות בממצאי עובדה המתבססים על העדפת מומחה פלוני על מומחה אלמוני וכך נאמר:

"ככלל, לא יתערב בית המשפט לערעורים בהחלטת הערכאה הראשונה להעדיף חוות דעת של שמאי אחד על זו של משנהו, כשהעדפה מעוגנת בהתרשמות ממהימנות המומחים או בשיקולים סבירים אחרים. משהעדיף בית המשפט המחוזי את חוות דעתו של אחד המומחים על פני חוות דעתו של מומחה אחר, על סמך נימוקים סבירים... אין עילה שנתערב בהחלטתו (ע"א 676/75 עזבון כיאט נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה, פ"ד לא (791, 785 (3)); ע"א 761/85 ליפשיץ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד מו (351, 342 (1))" (ההדגשה אינה במקור). (ע"א 589/87, הרצל בירנבוים ו-2 אח' נ' משרד השיכון, תק-על 95(2), 368, עמ' 373).

27. סוף דבר בנקודה זו: אחוז השוני בין המוצרים, שהוא "ספינת הדגל" בטיעוני המערערת, יכול להוות אינדיקציה להעתקה ולא מעבר לכך. די בהבדלים האיכותיים

והמהותיים (הנדרשים בחוק ופסיקה) עליהם מצביע בית משפט קמא, כדי לבסס את טענת מקוריות באשר לגרסה ג' של המשיבה, קרי כרטיס מילטל.

28. אינני רואה גם מקום לדון בנושא העברת נטל הראיה. אפילו אצא מנקודת ההנחה כי הנטל עבר אל שכם המשיבה – הוא הורם במקרה הנוכחי לאור שפעת הממצאים באשר לשוני בין הכרטיסים.

לפיכך – אין מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא אשר קבעה כי אין מדובר בהעתקה.

29. באשר לעתירתה של המערערת לעניין מחיקת הקביעה כי אין הסכמה חוזית בין הצדדים, על מנת שלא תחשב כמעשה בית דין: המעט שאוכל לומר, הוא כי מדובר בעתירה חסרת בסיס שעומדת בסתירה גם לקו הטיעון של המערערת. המערערת טענה בין היתר, כי יש לזקוף לחובתה של מילטל את טענתה לבעלות על זכויות היוצרים של כרטיס מתן, מכוח טיוטות החוזה. כיוון ששני הצדדים העלו טיעונים מנוגדים בנושא זה, היה על בית המשפט לומר את דברו. כך אומנם נעשה, ואין כל סיבה או אפשרות למחוק את הדברים.

30. לא מצאתי פסול גם במסקנתה של כבוד השופטת קמא שנשענה על כך שהמערערת לא הפקידה את הערבות שנדרשה להפקיד. המערערת לא היססה לנקוט בכל הכלים המשפטיים כדי למנוע ממילטל עשיית שימוש בכרטיס מילטל, והדעת נותנת כי עשתה זאת משום שהאמינה בצדקת טענותיה. אי הפקדת הערבות משרתת מסר הפוך, ולכך – משקל.

31. על סמך כל האמור לעיל – אציע לחבריי לדחות את הערעור, ולחייב את המערערת בשכר טרחת עורך-דין בסך 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברלינר.

ניתן היום, כ"ח באב התשס"ו (22.8.06).

שופטת

שופט

שופטת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 05092480\_Z08.doc אמ  
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)