



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4667/08  
וערעור שכנגד

בפני :  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית

המערערים  
והמשיבים שכנגד :  
1. שלום הר עוז  
2. סערת שוקי הון בע"מ

נ ג ד

המשיבים  
והמערערים  
שכנגד :  
1. סערת תוכנה בע"מ  
2. אמנון ריפטין  
3. אפ.אמ.אר בע"מ  
4. שמעון גולדברג

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בתל אביב בת"א 1094/03 שניתן ביום 16.3.2008 על ידי  
כבוד השופטת נ' אחיטוב

תאריך הישיבה : כ"ב בכסלו התשע"א (29.11.2010)

בשם המערערים : עו"ד עו"ד אהוד הקר ; גדעון פרחמובסקי  
בשם המשיבים : עו"ד יהונתן צבי

### פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינו של הערעור שבפנינו בטענה להפרת הסכם ולהפרת זכויות יוצרים.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

1. בשנת 1993 פנה המערער 1 (להלן: הר עוז או המערער) למשיב 2 (להלן: ריפטין), איש מחשבים שאך השתחרר משירותו הצבאי, בהצעה לפתח תוכנה מבצעית לניהול פוזיציות ובקרה באופציות מעו"ף, שנועדה לשמש את הבנקים ומוסדותיהם. השניים הקימו יחדיו את המשיבה 1 (להלן: סערת תוכנה), להר עוז הוקצו 55% מהמניות ולריפטין 45% מהמניות.

במחצית שנת 1994 הקים הר עוז את המערערת 2 (להלן: שוקי הון), והוא הבעלים של 99% ממניותיה. יחסי הגומלין בין שתי החברות היו כלהלן: סערת תוכנה מפתחת תוכנה לשימוש באופציות מעו"ף (להלן: תוכנת המעו"ף) ומספקת שירותי תוכנה באופן בלעדי לשוקי הון, תמורת אחוזים מהכנסותיה של שוקי הון.

2. במחצית שנת 1995 החליטו הר-עוז וריפטין על פירוק השותפות ביניהם ועל ביטול הסכם הבלעדיות בין סערת תוכנה לשוקי הון. ביום 22.9.95 נחתם בין הצדדים הסכם לפירוק שותפות (להלן: הסכם הפירוד). על פי ההסכם, כל מניותיו של הר-עוז בסערת תוכנה ימכרו לריפטין וכל הזכויות בתוכנת המעו"ף שהייתה בבעלות הר-עוז וריפטין, תועברנה לבעלות בלעדית של סערת תוכנה, אך שוקי הון תהא זכאית להשתמש בתוכנת המעו"ף לצרכי ניהול תיקי ההשקעות של לקוחותיה כנגד תשלום בסך 100 דולר לחודש. בסעיף 4.6 להסכם הפירוד נקבע כי למרות העברת הזכויות בתוכנת המעו"ף, הר-עוז יהא זכאי לקבל תמלוגים בגובה 55% מההכנסה נטו (לאחר ניכוי הוצאות בשיעור קבוע של 5% ולפני תשלום מס) שתפיק סערת תוכנה ממתן זכויות השימוש בתוכנת המעו"ף לבנק לאומי, בנק הפועלים ובנק דיסקונט, וללא הגבלת זמן. סעיף 4.6.2 קובע מעין מנגנון להפחתת התמלוגים בעקבות שיפורים בתוכנת המעו"ף, כך שאם יבוצעו שיפורים בתוכנה לפני מתן זכויות השימוש בתוכנה לבנק כלשהו, יסכימו הצדדים מראש מה יהא חלקו של הר-עוז מהתמורה שתקבל סערת תוכנה מהבנק. בסעיף 4.6.3 נקבע כי אם השינויים בתוכנה יבוצעו לאחד ביצוע עסקה עם אחד הבנקים, לא יהיה הר עוז זכאי לתגמולים בגין אותם שינויים. סעיף 2.2 להסכם הפירוד הגדיר את תוכנת המעו"ף כ"תוכנה לניהול תיקי השקעות באופציות מעו"ף אשר נמצאת בבעלות הר עוז ואמנון ריפתי תכונותיה של תוכנת המעו"ף מפורטות בנספח 2.2 לחוזה זה". נספח 2.2 להסכם מפרט את הפונקציות והתכונות הבסיסיות של התוכנה.

3. בשנת 1996 נמכרה סערת תוכנה למשיבה 3, חברת אפ.אמ.אר מחשבים ותוכנה בע"מ (להלן: FMR), שהמשיב 4 (להלן: גולדברג) הוא בעליה. במסגרת העסקה, רכשה FMR את כל מניותיה של סערת תוכנה והינה בעלת המניות היחידה של סערת תוכנה (למעט מניה אחת המוחזקת על ידי חברה-בת). לטענת הר-עוז, הוא שהפגיש את ריפטין, שהחזיק במניותיה של סערת תוכנה, עם גולדברג, והוא שעמד על ערש העסקה.

בעקבות הקשר שנוצר בין גולדברג להר-עוז, נחתם ביום 12.8.96 הסכם בין FMR לבין שוקי הון שבבעלות הר-עוז. במסגרת הסכם זה, התחייבה שוקי הון ליתן

שירותי ייעוץ וקידום שיווק התוכנה של FMR בתחום שוק ההון וניירות ערך בקרב שלושה גופים שהוגדרו כלקוחות פוטנציאליים והם: בנק איגוד בע"מ, בטוחה ניירות ערך והשקעות בע"מ ואופק ניירות ערך והשקעות בע"מ (להלן: הסכם הייעוץ). בהסכם הייעוץ הוסכם כי שוקי הון תהא זכאית לקבל הסך של 4,000 ₪ לחודש, בצירוף סכום שנקרא "הפרשות סוציאליות" בגובה של 18.3%. בנוסף, נקבע בהסכם זה מנגנון של העלאת הסכום החודשי ותשלום נוסף של עמלת שיווק, אם ייחתם הסכם בין FMR לבין מי מהלקוחות הפוטנציאליים. הסכם הייעוץ בוטל על ידי FMR כבר ביום 15.1.97.

במהלך השנים קיבל הר-עוז תמלוגים בסכומים שונים בגין עסקאות שונות, תחילה מסערת תוכנה ולאחר מכן מחברת FMR, כפי שהוסכם בהסכם הפירוד.

4. ביום 10.5.1999 נחתם הסכם בין הר-עוז ושוקי הון לבין סערת תוכנה. לפי הסכם זה, בתמורה לסכום של 10,000 דולר שישולמו על ידי סערת תוכנה להר-עוז, יסתיימו כל היחסים בין הצדדים הנובעים מהסכם הפירוד בכל הנוגע לעסקאות עם בנק הפועלים (להלן: כתב הויתור הראשון). וזו לשון כתב הויתור:

"...אין להם ולא תהיה להם כל טענה או תביעה מכל מין וסוג שהוא לרבות כל עניין ודבר הנובעים מהסכם '95 (הסכם הפירוד – ו.י.) ו/או הקשורים בהסכם '95 כלפי סערת תוכנה ו/או בעלי השליטה בה ו/או כל נמחה של זכויותיה בעבר בהווה או בעתיד, לרבות חברת אפ.אמ.אר מחשבים ותוכנה בע"מ ככל שהסכם '95 מתייחס לבנק הפועלים בע"מ."

5. ביום 8.8.2000 נחתם הסכם נוסף (להלן: כתב הויתור השני). הצדדים להסכם הינם הר-עוז ו-FMR ולפיו תמורת הסך של 44,000 ₪ אשר ישולמו להר-עוז על ידי FMR יסתיימו היחסים בין הצדדים. וזו לשונו של כתב הויתור השני:

"...אין ולא תהיה להם כל טענה או תביעה מכל מין וסוג שהוא כלפי אפ.אמ.אר ו/או בעלי מניותיה ו/או בעלי השליטה בה ו/או כל נמחה של זכויותיה בעבר בהווה ובעתיד."

6. בתביעה שהוגשה על ידי המערערים נטען כי המשיבים הפרו את הסכם הפירוד בכך שלא שילמו את התמלוגים המגיעים למערערים כפי שהוסכם בהסכם הפירוד. כך, טענו המערערים, כי עסקה שנכרתה בין בנק הפועלים לבין סערת תוכנה למכירת התוכנה - בטרם נחתם כתב הויתור הראשון - נכנתה באופן מלאכותי, כך שנחזתה להיות בעלת היקף נמוך באופן משמעותי מהיקפה בפועל, ולפיכך הם זכאים לתמלוגים בשיעור גבוה יותר. עוד טענו המערערים כי לא שולמו להם תמלוגים בגין עסקה אחרת בין FMR לחברת "אופק ניירות ערך והשקעות בע"מ" שהינה בשליטת בנק לאומי (להלן: אופק).

במהלך הדיון בפני בית משפט קמא הגישו הצדדים הודעה מוסכמת על מוסכמות ופלוגתאות. ההודעה פירטה שמונה פלוגתאות בהן נדרש בית המשפט להכריע. נעמוד להלן על פלוגתאות אלה ועל הכרעת בית משפט קמא לגבי כל אחת מהן.

7. ארבע הפלוגתאות הראשונות קשורות לתוכנת המעו"ף. בין היתר עלתה השאלה מה הגרסה של התוכנה שהייתה קיימת במועד הסכם הפירוד וכיצד יש לזהותה. האם מדובר בתוכנת DOS מיושנת כטענת המשיבים או שמדובר בתוכנה על פי רשימת התכונות המופיעות בנספח 2.2 להסכם הפירוד. עוד התעוררה מחלוקת לגבי זיהוי התוכנה המקורית על גלגוליה. לשיטת המערערים, גם אם לא מזהים את תוכנת הבסיס הם זכאים לתמלוגים בגין מכירות של תוכנת המעו"ף או של תוכנת FMR שכן אלה מכילות את כל המאפיינים המפורטים בנספח 2.2 להסכם הפירוד. דרך אפיון וזיהוי התוכנה היה נתון אף הוא במחלוקת. בעוד שהמערערים גרסו כי ניתן לזהותה ולהגדירה על סמך תכונות ופונקציות המצויות בה, גרסו המשיבים כי לצורך הזיהוי יש לבדוק מאפיינים רבים נוספים כגון אופן השימוש בפונקציות, בסיסי נתונים, צורת תקשורת ומסכים, שפת התכנות, הקוד ועוד. פלוגתא נוספת שניסחו הצדדים היא, האם בתוכנת FMR מצויות אותן התכונות כמו בתוכנת המעו"ף במועד הסכם הפירוד. אם התשובה היא שלילית, כטענת המשיבים, לא ניתן כלל לדבר על העתקה או על שילוב מאוחר של תכונות אלה בתוכנת FMR.

8. הן המערערים והן המשיבים הגישו לבית משפט קמא חוות דעת מומחה מטעמם. בית משפט קמא מינה את ד"ר יצחק שמר כמומחה מטעמו, על מנת שיחווה

דעתו לגבי אפיון התוכנות, הדמיון ביניהן וכיוצא באלה. בסופו של יום אימץ בית המשפט את חוות דעתו של ד"ר שמר, ולפיה לא ניתן לזהות מה כללה תוכנת המעו"ף במועד הסכם הפירוד שכן לא ניתן לאתר את קוד התכנות המקורי. נקבע כי נספח 2.2 להסכם הפירוד מכיל רשימת מאפיינים בלבד שלא ניתן להסיק מהם על זהות וייחודיות של התוכנה, ומכאן שלא ניתן להגיע למסקנה כי הייתה העתקה של תוכנת המעו"ף או שילוב שלה בתוכנת FMR.

למרות שדי היה במסקנה זו כדי לדחות את התביעה, המשיך בית משפט קמא ובחן את הפלוגתאות הנוספות שהציבו בפניו הצדדים.

9. הפלוגתא החמישית שהציבו הצדדים בפני בית המשפט, עסקה בשאלה האם זכאים המערערים לקבל תמלוגים בגין עסקה עם חברת אופק, שהיא חברה-בת של בנק לאומי, שהוא אחד משלושת הבנקים הנזכרים בהסכם הפירוד. בשאלה זו קבע בית משפט קמא כי הסכם הפירוד מתייחס מפורשות לבנק הפועלים בע"מ, בנק לאומי בע"מ ובנק דיסקונט בע"מ. חברה-בת הינה אישיות משפטית נפרדת, וחזקה על הצדדים, אשר יוצגו על ידי עורכי דין מנוסים, כי אם התכוונו להחיל את ההסכם גם על גופים הנשלטים על ידי הבנקים הדבר היה נקבע במפורש בהסכם הפירוד, או לכל הפחות על דרך ההרחבה בלשון של "לרבות...". לפיכך, זכותם של המערערים לקבל תמלוגים על תוכנת המעו"ף, מצטמצמת אך ורק למכירת התוכנה לאחד משלושת הבנקים שצוינו בהסכם.

10. הפלוגתא השישית קשורה בטבורה לארבע הפלוגתאות הראשונות ועיקרה בשאלה האם הועתקו חלקים מתוך תוכנת המעו"ף לתוכנת FMR. כפי שהוזכר לעיל, נקבע כי לא ניתן לזהות בבירור מה כללה תוכנת המעו"ף לנוכח היעדר קוד התכנות המקורי ונקבע כי לא די ברשימת התכונות המופיעות בנספח 2.2 להסכם הפירוד כדי לאפיינה. נקבע כי בתוכנת FMR נעשו שינויים מפליגים לעומת הגרסה של תוכנת המעו"ף כפי שהייתה במועד הסכם הפירוד, וכי כדי לקבוע שהמשיבים העתיקו את תוכנת המעו"ף לא סגי בדמיון בשלב האפיון ונדרש גם דמיון בשלב העיצוב והתכנות.

11. שתי הפלוגתאות האחרונות עסקו בשאלת תוקפם של הסכמי הויתור.

כנגד כתב הויתור הראשון טען המערער כי המשיבים הטעו אותו בכך שגרמו לו לחשוב כי היקף העסקה עם בנק הפועלים הוא 17,500 דולר בלבד. לפיכך, לאחר קבלת התמלוגים בגין עסקה זו חתם על כתב ויתור לגבי בנק הפועלים. ברם, לאחר

החתימה התברר לו כי היקף העסקה גבוה פי עשרה, דהיינו 175,450 דולר, וכי אופי העסקה שונה בכוונה תחילה על מנת להתחמק מלשלם לו את מלוא התמלוגים להם הוא זכאי על פי ההסכם.

בית משפט קמא קבע כי המערער לא הוכיח כי הוטעה ולא הוכיח כי היקף העסקה אכן היה גבוה יותר מכפי שנאמר לו. יתרה מזו, המערער עצמו הוא שיזם את סיום היחסים ואת חתימת כתב הויתור ביחס לבנק הפועלים במכתב ששלח לגולדברג ביום 22.4.99.

כנגד כתב הויתור השני, טען המערער כי הוא לא קשור כלל להסכם הפירוד, ועניינו בהסכם הייעוץ שנחתם בינו לבין FMR, ולפיכך אין להסיק מכתב הויתור כי הוא לא זכאי יותר לתמלוגים או לתשלומים נוספים. לחלופין, טען המערער להטעיה גם לגבי כתב ויתור זה, באשר עובדות מהותיות רבות הוסתרו ממנו, כגון העסקה עם אופק אודותיה נודע לו רק בשנת 2001, ואילו היה יודע על עסקה זו בזמן אמת, לא היה חותם על כתב הויתור.

בית משפט קמא דחה את טענותיו של המערער בציינו כי נוכח לשונו הגורפת של כתב הויתור יש לפרשו כמתייחס לכל הקשרים העסקיים בין הצדדים. אף טענת ההטעיה נדחתה, משנקבע כי המערער ממילא לא היה זכאי לתמלוגים בגין עסקת אופק. אף אם המערער היה זכאי לתמלוגים בגין עסקת אופק, לא עלה בידו להוכיח כי תוכנת FMR אשר נמכרה לאופק הינה העתקה של תוכנת המעו"ף. לבסוף, אף אם היה מדובר בהעתקה, המערער לא שלח הודעת ביטול לגבי כתב הויתור תוך זמן סביר, כנדרש על פי סעיף 20 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). בית המשפט הוסיף כי אין לראות בתביעה גופא משום הודעת ביטול תוך זמן סביר, שכן זו הוגשה כשנתיים לאחר חתימת ההסכם ואף במסגרתה לא עתר המערער לביטולו של כתב הויתור השני.

11. נוכח האמור לעיל נדחתה תביעתו של המערער על כל סעיפיה והוא חוייב בשכ"ט המשיבים בסך 25,000 ₪. מכאן הערעור שבפנינו והערעור שכנגד הנסב אך ורק על גובה ההוצאות שנפסקו לזכות המשיבים.

אפתח בערעור העיקרי, בגדרו תקף המערער את מסקנות בית משפט קמא לגבי הפלוגתאות השונות. אקדים ואומר כי סוגיית כתבי הויתור היא שתכריע גורלו של

הערער, כאשר אם ייקבע כי כתבי הויתור תקפים יש בכך כדי לייתר את הסוגיות האחרות.

העברת זכויות יוצרים

12. לטענת המערער, הוא לא העביר את זכויות היוצרים בתוכנת המעו"ף, שכן העברת הזכויות הייתה כפופה לתשלום תמלוגים ומותנית בתשלומים אלו. זאת ועוד, בהסכם הפירוד נקבע כי המערער מעניק לבנקים "זכות שימוש" בתוכנת המעו"ף בתמורה לתמלוגים, וכיצד יכול היה להעניק זכות שימוש אילולא הותיר בידו את זכויות היוצרים.

דין הטענה להידחות. תוכנת המעו"ף הוגדרה בהסכם כתוכנה הנמצאת בבעלותם של הר עוז וריפטיין. סעיף 3.2 להסכם הפירוד לא מותיר מקום לספק כי הר עוז העביר את כל הזכויות בתוכנה לסערת תוכנה (שהועברה לבעלותו של ריפטיין) וכי הזכות שנותרה למערערים היא לקבלת תמלוגים בלבד:

"שוקי הון מזהירה ומאשרת, כי אין לה ולא יהיו לה זכויות כלשהן בתוכנת המעו"ף. הר עוז מתחייב בזאת, כי במועד ההשלמה יעביר לבעלותה הבלעדית של סערת תוכנה את כל זכויותיו בתוכנת המעו"ף, וכן ימחה לסערת תוכנה, על דרך המכר, בהמחאה גמורה, את מלוא זכויותיו הנובעות ו/או שינבעו מתוכנת המעו"ף... והכל כפוף לאמור בסעיף 4.6 להלן. (הדגשה שלי – י.ו.)"

סעיף 3.3 להסכם הפירוד אף מוסיף ומבהיר, כי בכפוף לתמלוגים האמורים בסעיף 4.6, לשוקי הון והר עוז "אין ולא תהא כל זכות לתמלוגים כלשהם שיתקבלו בקשר לתוכנת מעו"ף.... והם מוותרים בזאת באופן מוחלט וסופי על כל זכות ו/או טענה ו/או תביעה הנוגעים במישרין או בעקיפין לתוכנת המעו"ף ו/או לתמלוגים".

אף אין ממש בטענתו של המערער כביכול התחייב בהסכם הפירוד להעניק לבנקים "זכות שימוש" בתוכנת המעו"ף. מסעיף 4.6 להסכם הפירוד עולה בבירור כי סערת תוכנה היא שאמורה להעניק לשלושת הבנקים זכות שימוש בתוכנה, ולא המערער.

ללשון המפורשת של הסכם הפירוד יש להוסיף כי המערערים לא שמרו בידיהם את קוד התכנות המקורי, מה שאך מחזק את הטענה כי "נפרדו" מזכויות היוצרים

שלהם כנגד זכותו של הר עוז לתמלוגים בשיעור של 55% מערך העסקאות למכירת תוכנת המעו"ף לשלושת הבנקים שפורטו בסעיף 4.6 להסכם. המערערים לא שיירו לעצמם את זכויות היוצרים, ולא בכדי הסעד שהתבקש בתביעה הוא סעד כספי של אכיפה לקבלת התמלוגים שלטענת המערערים היו צריכים להשתלם להם על פי הסכם הפירוד. לא למותר לציין כי בכתב התביעה אף אין טענה להפרה או פגיעה בזכויות יוצרים.

האם הייתה העתקה של תוכנת "סערת תוכנה" ?

13. חלק נכבד מטענות הצדדים בערכאה קמא, וגם בדיון שבפנינו, הוקדש לנושא ההעתקה. המערער חזר וטען בפנינו כי תוכנת המעו"ף הועתקה לתוך התוכנה בה עשתה שימוש FMR. בהקשר זה טען המערער כי שגה בית משפט קמא בכך שאימץ את חוות דעתו של ד"ר שמר, המומחה מטעם בית המשפט, שכן זו נכתבה מבלי שהמומחה ערך בדיקה עצמאית מדוקדקת של שתי התוכנות.

14. לטעמי, המחלוקת בשאלת ההעתקה אינה נדרשת להכרעה משני טעמים: הן בשל העברת זכויות היוצרים בתוכנת המעו"ף למשיבים כאמור לעיל, והן נוכח כתבי הויתור, ועל כך אעמוד בהמשך.

משהגענו למסקנה כי לאחר חתימת הסכם הפירוד לא נותרו בידי המערערים זכויות יוצרים אלא הזכות לקבלת תמלוגים, אין צורך להידרש כלל לשאלה אם תוכנת המעו"ף הועתקה או שולבה לתוכנה של FMR, באשר FMR הייתה רשאית ממילא להמשיך לפתח את תוכנת המעו"ף ולהתאימה לצרכי השוק המשתנים. המערער עצמו טען בכתב התביעה כי הפגיש בין ריפטיין לגולדברג, כי בעקבות פגישה זו נרקמה העסקה במהלכה מכר ריפטיין לחברת FMR את מניותיו בסערת תוכנה, וכי כוונתה של FMR הייתה "לעדכן ולהתאים את תוכנת המעו"ף לחידושי התקופה, תוך הוספת פונקציות חדשות לתוכנה, בהתאם לדרישות לקוחותיה, ותוך שילובה וצירופה לתוכנת אפ.אמ.אר הבסיסית..." (סעיף 41 לכתב התביעה). מכאן שהמערער ידע שבכוונת FMR להעתיק חלקים מתוכנת המעו"ף או לשלבה בתוכנה שלה. ולא רק זו, אלא שהמערער עצמו שימש כיועץ ומשווק של תוכנת FMR על פי הסכם הייעוץ, כך שבוודאי ידע בזמן אמת אודות "ההעתקה" הנטענת.

למעלה מן הצורך, ומאחר שהצדדים טענו בלהט בעניין זה, אומר מילים מספר

בנושא.



15. ההפרות הנטענות אירעו בסוף שנות התשעים-תחילת שנות ה-2000, כך שהדין הרלוונטי הוא פקודת זכות-יוצרים 1924 וחוק זכות-יוצרים 1911 ולא חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 אשר נחקק מאוחר יותר.

בסעיף 2א לפקודת זכות-יוצרים 1924 נקבע כי דין תוכנת מחשב כדין יצירה ספרותית הזכאית להגנת זכויות יוצרים. בע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מד(4) 16 (1990) (להלן: עניין הרפז) נקבע כי ההגנה על תוכנת מחשב משתרעת על כל שלבי הפיתוח של התוכנה, לא רק על העתקתו של קוד התוכנה עצמו אלא גם על השלבים הקודמים של הגדרת הדרישות (האפיון), התכנון (עישוב) ואף על הבחירה ברעיונות וארגונים, הצורה, המבנה, הזנת המשתמש, הסדר והארגון (טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך א 203 (2008) (להלן: גרינמן); מיכל שור-עופרי "הגנת תוכנת מחשב" יוצרים זכויות 491 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: שור-עופרי)).

בבואנו לבחון אם בוצעה העתקה מפרה של זכויות יוצרים, השאלה המרכזית הינה קיומו של דמיון מהותי. ככלל, "כאשר הדמיון בין שתי היצירות הוא כזה, שאין זה סביר להניח כי דמיון זה הוא פרי של מקרה או סיבה אחרת, מלבד העתקה" אזי מדובר בדמיון מהותי (ע"א 559/69 אלמגור נ' גודיק, פ"ד כד(1) 825, 830 (1970)).

16. כאשר מדובר ביצירות הדורשות מומחיות מיוחדת, נוטים בתי המשפט להיזקק לעדות מומחה, וכך כאמור נעשה אף בענייננו. המומחה מטעם המערערים, מר עזרא בן-כוכב, הגיע למסקנה כי תוכנת FMR עושה שימוש רחב בתוכנת המעו"ף, ולמיצער, בשני השלבים הראשונים של התוכנה, קרי, דרישות האפיון והעישוב. המומחה מטעם המשיבים, ד"ר רפאל אלדור, בחן את תוכנת המעו"ף משנת 1995 שהועברה אליו על דיסקט (תוכנת ה-DOS) והגיע למסקנה הפוכה. לדידו, שתי התוכנות שונות במהותן, הן טכנולוגית והן במרבית הפונקציות המצויות בהן. בנוסף, אין בתוכנת המעו"ף "חידוש המצאתי" והפונקציות הדומות בין שתי התוכנות הופיעו גם בתוכנות אחרות, שכן הללו נדרשו על ידי הבורסה לניירות ערך.

ד"ר יצחק שמר, המומחה מטעם בית המשפט, ציין בחוות דעתו כי לתוכנת המעו"ף לא הייתה ייחודיות מהיבט האיפיון שלה, וכי השירותים שהציעה נגזרו מעצם מיצובה כתוכנת בקרה של מסחר מניות המעו"ף. המומחה סבר כי רשימת האיפיונים המופיעה בנספח 2.2 להסכם הפירוד היא כללית ואינה יכולה להוות בסיס להשוואה בין שתי התוכנות. לדעתו, לא היתה ייחודיות או מקוריות ברשימת השירותים שהציעה

תוכנת המעו"ף, ולפיכך לא ניתן לקבוע העתקה אך בשל הדמיון בין האיפיונים. בסופו של יום קבע המומחה כי בשל היעדרו של קוד התכנות המקורי/גרסת הבסיס של תוכנת המעו"ף, אין אפשרות מקצועית להשוות בין שתי התוכנות ולא ניתן להוכיח כי נעשה שימוש בתוכנת המעו"ף במתכונת המזכה את התובע בתמלוגים.

17. כאמור, בית משפט קמא מצא לאמץ את חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט. ככלל, אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאי עובדה המתבססים על העדפת מומחה אחד על פני האחר, במיוחד כאשר במומחה מטעם בית המשפט עסקינן (ראו, לדוגמה, ע"א 8587/07 אלמליח נ' האוניברסיטה העברית (לא פורסם, 3.12.2009); ע"א 4337/07 מוזס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.3.2009) בפסקה מב; ע"א 5787/08 קפאח נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות (לא פורסם, 10.8.2010); ע"א 7321/08 פלוני נ' שירותי הבריאות הכללית (לא פורסם, 5.9.2010); ע"פ 10166/09 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.10.2010)).

עם זאת, אני נכון לקבל טענת המערער כי המומחה מטעם בית המשפט גלש לנושאים שבמשפט, להבדיל מקביעות שבעובדה ובמקצועיות (וראו לאחרונה: רע"א 2146/08 עד' המנוח בושוויק מיכאל ז"ל נ' מרכז רפואי "בני ציון" (לא פורסם, 12.01.2011) פסקאות 10-11 לפסק דינו של הש' הנדל). כך, למשל, לא היה זה מתפקידו של המומחה לקבוע מהם הקריטריונים הנדרשים לשם הוכחת העתקה, אלא היה עליו לבחון את הדמיון למעשה בין התוכנות. המומחה קבע כי נדרש "חידוש המצאתי" וגם בית משפט קמא התייחס בפסק הדין לדרישת "הייחודיות". אלמנטים אלה, הלקוחים מדיני הפטנטים, אינם נדרשים לביסוס טענה בדבר העתקה והפרה של זכויות יוצרים. גם בהנחה ששלב האפיון אינו ייחודי, מאחר שהתוכנה נתנה מענה לדרישות שהציגה הבורסה לניירות ערך, אין בכך כדי לשלול את המקוריות הנדרשת בשלב הגדרת הדרישות ושלב עיצוב התוכנה (עניין הרפז בעמ' 20). זאת, בהנחה שהביטוי של הפונקציות, שנועדו לענות על הדרישות של הבורסה, הינו פרי עמלו של היוצר, ואופן ארגונון, הצגתן וכיוצא בכך עונה על דרישת המקוריות. על מנת לבחון את השאלה אם בוצעה העתקה, יש לבחון את איכות השינויים ומהותם:

"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" (ע"א

9248/05 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל  
תקשורת בע"מ (לא פורסם, 22.08.2006):

18. לא אכחד כי עלה בידי המערערים להצביע על מספר אינדיקציות התומכות בטענתם להעתקת תוכנת המעו"ף לתוכנת FMR, והן:

א. בתוכנה של חברת FMR נמצאו פונקציות מסוימות הנמצאות גם בתוכנת המעו"ף, למרות שאינן שמישות ואינן נדרשות בשוק, מה שמחזק את הטענה כי תוכנת המעו"ף הועתקה "as-is" כולל הפונקציות הלא שימושיות.

ב. בתדפיס של תוכנת FMR מופיעה הכתובית "הופק על ידי סערת תוכנה". בכך יש גם להעביר את הנטל אל המשיבים, נוכח סעיף 6(3)(א) לחוק זכות יוצרים 1911 וסעיף 9 לפקודת זכות יוצרים 1924 הקובעים כי כאשר מופיע שמו של היוצר על היצירה חזקה כי היצירה הינה שלו אלא אם יוכח אחרת.

ג. הדמיון באפיון של התוכנה לא נפסל אף על ידי המומחה מטעם בית המשפט.

19. מנגד, דומה כי יש ממש בטענת המשיבים כי גם אם בתוכנה של FMR שולבו בתחילת הדרך חלקים מתוכנת "סערת תוכנה", הרי שבמהלך הזמן בוצעו בה שינויים דרסטיים ותוספות רבות עד כדי שלילת יסוד ההעתקה. התוכנה המקורית הייתה תוכנת DOS מיושנת, שמטבע הדברים אבד עליה הכלח וצריך היה להכניס בה שינויים מפליגים. זאת, על מנת להתאימה ולעדכנה לצרכי הזמן והמקום, עם השתנות סביבת העבודה, שהרי המחשבים השתדרגו, מערכות ההפעלה שינו את פניהן ושפות תכנות חדשות נכנסו לשוק.

ודוק: תוספות ושינויים מקוריים ליצירה המפרה אינם מעלים ואינם מורידים לעניין שאלת ההעתקה (ע"א 8117/03 ענבר נ' יעקב (לא פורסם, 16.01.2006), פסקה 22 לפסק דינה של השופטת נאור). יכול הטוען לטעון כי גם שינויים, תוספות, התאמות, הסבה לשפת תכנות חדישה ומתקדמת ועוד – כל אלה אינם גורעים מההגנה על היצירה המקורית בדמות התוכנה המקורית.

אלא שיש הגורסים כי אין דין תוכנת מחשב כדין יצירה ספרותית רגילה ויש לצמצם את היקף ההגנה על תוכנות מחשב במקרים בהם לא נעשתה העתקה מילולית

של קוד התוכנה (שור-עופרי עמ' 499-500). בשנים שלאחר מתן פסק הדין בעניין הרפז צומצמה ההלכה בארה"ב בכל הנוגע למתן הגנה לחלקי תוכנה שאינם מילוליים, קרי, שאינם העתקה של קוד התכנות (ע"א 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נז(5) 255, 273 (2003)). זאת, על מנת להימנע ממצב בו מעמדו של יוצר התוכנה הוא כשל בעל מונופולין ארוך טווח מכוח זכויות יוצרים, מבלי שעבר את ה"מסלול המפרך" של הגנה באמצעות פטנט (גרינמן, בעמ' 203-204). לשיטה זו, מתן הגנה רחבה מדי מפני העתקה "לא מילולית" של חלקים עלול להביא לצמצום התחרות ולעיכוב בהתפתחות הטכנולוגית, ולכן יש להבחין בין תוכנה העוברת שינוי ושדרוג לבין יצירתה של תוכנה חדשה המבצעת אותן פעולות אך בנויה בשפה אחרת, בעיצוב אחר ובממשק אחר. במקרה דנן, אף דומה שיש ממש בטענת המשיבים כי נספח 2.2 להסכם הפירוד כולל רשימה של תכונות המצויה בכל תוכנה שייעודה לשמש כתוכנת בקרת לאופציות מעו"ף, כך שאין להסיק העתקה אך ורק בשל העובדה שבתוכנת FMR מופיעות תכונות המופיעות גם בנספח 2.2 להסכם הפירוד.

20. כאמור, איני נדרש להכריע אם אכן הועתקו חלקים מתוכנת המעו"ף לתוכנת FMR, ומהו קו הגבול בין שדרוג של תוכנה קיימת עד שהיא "מסיימת את חייה" אם בכלל, לבין תוכנה חדשה לחלוטין. משהועברו זכויות היוצרים לסערת תוכנה ולאחר מכן הומחו לחברת FMR, ונוכח המסקנה אליה הגעתי בנוגע לתוקפם של כתבי היתור כפי שיפורט להלן, ניתן להותיר שאלה זו בצריך עיון.

כתב היתור הראשון

21. כתב היתור הראשון נחתם ביום 10.5.99 ולפיו ויתר המערער על כל טענה ותביעה הנוגעת להסכם הפירוד בהתייחס לבנק הפועלים. המערער טען כי בית משפט קמא נתפס לכלל טעות, שכן עירב בין שתי עסקאות שונות שנעשו עם בנק הפועלים. האחת, עסקה משנת 1998 בין סערת תוכנה לבנק הפועלים למכירת תוכנת המעו"ף לבנק, כאשר המערער הוטעה לגבי היקפה של העסקה. בעוד שהמשיבים הציגו בפניו מצג לפיו שווי העסקה הינו 17,500 דולר, שוויה האמיתי היה 175,450 דולר. לטענתו, המשיבים שינו את מבנה העסקה באופן מלאכותי והגדירו חלק ניכר ממנה כתשלום עבור "דמי תפעול ואחזקה" על מנת להימנע מלשלם תמלוגים למערער. העסקה השנייה היא משנת 2001 בין FMR לבנק הפועלים למכירת תוכנת FMR. לטענת המערער, המשא ומתן לקראת העסקה החל כבר בשנת 1998, טרם חתימת כתב היתור הראשון, אך המשיבים הסתירו עובדה זו מהמערער.

22. הדין הראייתי הולך אחר הדין המהותי, ועל בעל דין להוכיח טענה המקדמת את עניינו (ראו, לדוגמה, רע"א 1436/90 גיורא ארד חברה לניהול השקעות ושרותים בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101, 105 (1992); ע"א 10467/08 עומר חג'אזי נ' אדיב עיאס (לא פורסם, 3.11.2010); רע"א 8744/08 קרנית קרן לפיצויי נפגעי תאונות דרכים נ' ויצמן (לא פורסם, 21.11.2010) והאסמכתאות שם). כך על דרך הכלל, וכך מקום בו בעל הדין טוען לפגם בכריתת החוזה (ע"א 5806/02 ארביב נ' קרני, פ"ד נח(5) 193, 199 (2004); ע"א 146/81 נאשף נ' נאשף, פ"ד לח(3) 309, 312 (1984)). מכאן שהנטל להוכיח הטעייה הוא על המערער, הטוען לקיומה.

לטעמי, לא עלה בידי המערער להרים נטל זה. ממכלול הראיות והעדויות שהוצגו לא עולה כי היקף העסקה הוסתר או שונה באופן מלאכותי על מנת להתחמק מתשלום תמלוגים למערער. כך, מעדותו של מר יצחק רודיטי, הממונה על מטה התפעול בחטיבת התפעול והמחשוב של בנק הפועלים, עולה כי היה זה הבנק שביקש לבנות את העסקה באופן בו נבנתה, מטעמיו הוא :

"ש. האם נכון שבסופו של דבר בהסכם הסופי שנחתם עיקר התמורה נעשתה בדרך של דמי תחזוקה?  
 ת. צורת ההתקשרות הייתה בתחילת הדרך כדמי שכירות או דמי שימוש, שהיא זרם של תשלומים שמשלם על פני הזמן ואנחנו כמדיניות בבנק צורת ההתקשרות שלנו היא כל בסיס משלמים תמורה חד פעמית בתחילתו ולאחר מכן משלמים דמי תחזוקה שוטפים עד קץ כל הדורות או עד הרגע שאנו מפסיקים את השימוש בתוכנה.  
 ש. מר גולדברג אמר שהוא ביקש לשנות את זה מדמי שימוש לדמי תחזוקה  
 ת. אני לא יכול לזכור כרגע אם זו הייתה דרישה שלו או שלנו. נניח שזו הייתה דרישה שלו שזה מסתדר עם צורת ההתקשרות שאנו עושים בד"כ, אני אומר שאם זה לא היה מגיע ממנו זה היה מגיע מאיתנו." (עמ' 5 לפרוטוקול מיום 27.11.2006. ההדגשה שלי – י.ע.)

יש בדברים אלה כדי לתמוך בטענת המשיבים כי העסקה בוצעה במהלך הדברים הרגיל מול הבנק, שלא במטרה להימנע מתשלום סכום גבוה יותר של תמלוגים.

יתרה מזו, המערער הוא שפנה למשיבים והציע לסיים את יחסיהם לגבי בנק הפועלים בתמורה לסכום של 10,000 דולר. נראה כי באותה עת סבר המערער כי משתלם לו לוותר על זכותו לתמלוגים בגין עסקאות עם בנק הפועלים בעבור הסכום הנ"ל. כתב הויתור מנוסח באופן ברור ונהיר. המערער לא מצא כי יש צורך להוסיף

לכתב הוויתור סייג או התניה כלשהי צופה פני עתיד. לפיכך, גם טענתו כי לא ידע על עסקאות נוספות/עתידיות להידחות, ולמיצער, ניתן לומר כי מדובר בטעות בכדאיות העסקה.

מקובלת עלי מסקנת בית משפט קמא כי הצדדים סייגו את הזכות לתמלוגים אך ורק לעסקאות שייעשו מול שלושת הבנקים הגדולים, להבדיל מעסקאות עם חברות בנות-אחיות-נכדות של מי מהבנקים. הצדדים ידעו להבחין היטב בין הגופים השונים, כפי שעולה, בין היתר, מהסכם הייעוץ שהתייחס לשלושה לקוחות מוגדרים שהוגדרו כלקוחות פוטנציאליים. יתרה מזו, בכתב התביעה עצמו טען המערער כי לפני חתימת הסכם הוויתור הראשון, דנו הצדדים בשאלה כיצד להגדיר את המונח "בנק" (סעיף 55 לכתב התביעה), כך שברי כי עובר לחתימת כתב הוויתור הראשון הצדדים נתנו דעתם על הנושא. לא למותר לציין כי המערער טען בכתב התביעה כי נוכח יכולתו הנפשית והכלכלית בעת ההיא, לא היה מסוגל לפתוח במערכה משפטית, ולכן נאלץ לקבל את החלופה שהוצעה לו במסגרת כתב הוויתור הראשון. לפנינו מעין טענת כפיה שהוסבה לטענת הטעייה, שכאמור, לא הוכחה.

סיכומו של דבר, שלא עלה בידי המערער להרים את נטל ההוכחה הדרוש בכדי לבסס טענת הטעייה לגבי כתב הוויתור הראשון.

כתב הוויתור השני

23. המערער טען כי כתב הוויתור השני מתייחס להסכם הייעוץ בינו לבין FMR. לחלופין, טען המערער להטעייה אף בהקשרו של כתב ויתור זה. זאת, מאחר שהמשיבים טענו כי תוכנת FMR היא תוכנה חדשה ושונה לחלוטין מתוכנת המעו"ף, ולכן אינו זכאי כלל לתמלוגים. בפועל, לדידו של המערער, המשיבים העתיקו את תוכנת המעו"ף לתוכנת FMR, ולפיכך הוא זכאי לתמלוגים בגין עסקאות נוספות שנעשו, כגון העסקה עם חברת אופק ועסקה נוספת עם חברת אילנות דיסקונט. לטענתו, אילו היה יודע על העתקת התוכנה, לא היה חותם על כתב הוויתור.

עוד נטען כי הצדדים לכתב הוויתור השני אינם הצדדים החתומים על הסכם הפירוד. בעוד שהסכם הפירוד נחתם בין שוקי-הון והר-עוז לבין סערת תוכנה שהתחייבה לשלם להם תמלוגים, הרי שכתב הוויתור השני נחתם בין שוקי הון לבין FMR. לפיכך, אין בכתב הוויתור כדי לפטור את סערת תוכנה מחובתה לתשלום תמלוגים.

המשיבים טענו כי כתב הויתור השני נחתם בכוונת מכוון להביא לידי סיום את כלל הקשרים בין הצדדים, בחלוף כארבע שנים מהסכם הפירוד, לאחר שכבר אבד הכלח על תוכנת המעו"ף המקורית, ולאחר שהר-עוז, שהיה "חנוק" כספית, דרש פעם אחר פעם כספים בתואנות שונות.

24. טענתו של המערער כי כתב הויתור השני אינו מתייחס לכלל היחסים העסקיים בין הצדדים עומדת בסתירה ללשון המסמך. נחזור ונעמיד את נוסח כתב הויתור נגד עיננו:

"אין ולא תהיה להם כל טענה או תביעה מכל מין וסוג שהוא כלפי אפ.אמ.אר ו/או בעלי מניותיה ו/או בעלי השליטה בה ו/או כל נמחה של זכויותיה בעבר בהווה ובעתיד."

כתב הויתור השני נוסח באופן גורף, ללא כל תניה או סייג ולא ניתן לפרשו בדרך אחרת. קשה להלום, בלשון המעטה, כי כתב הויתור השני התייחס לעמלות שיווק להן היה זכאי המערער, לטענתו, על פי הסכם הייעוץ, למעלה משלוש שנים לאחר שהסכם זה בא אל קיצו. לגבי הסכם הייעוץ נחתם הסכם "גמר חשבון" כבר ביום 1.6.97, וגם גמר החשבון הותנה בחתימת הסכם עם חברת אילנות בטוחה (נספח ז לכתב התביעה). ובכלל, אילו התכוון המערער לצמצם את כתב הויתור לנושא הייעוץ בלבד, יש להניח שהיה מציין זאת מפורשות בכתב הויתור, כפי שעשה בכתב הויתור הראשון שהתייחס אך ורק לבנק הפועלים.

גם אין ממש בטענה כי כתב הויתור השני נחתם בין FMR לבין המערערים ולא בינם לבין סערת תוכנה, שהרי סערת תוכנה העבירה זכויותיה בתוכנת המעו"ף ל-FMR, דבר שהיה ידוע היטב למערערים. היו אלה המערערים שהתבססו על הוראת סעיף 4.6.4 להסכם הפירוד, ולפיו אם תמחה סערת תוכנה את זכויותיה בתוכנת המעו"ף לצד שלישי, ההמחאה תהא כפופה לזכותם של המערערים.

קיצורו של דבר, שלא עלה בידי המערער לסתור את לשונו המפורשת והגורפת של כתב הויתור השני.

25. טענת ההטעיה שהעלה המערער עומדת לכאורה בסתירה לטענתו לגבי פרשנות המסמך, שאם התכוונו הצדדים בכתב הויתור להסכם הייעוץ, הרי שלא ניתן לייחס למשיבים הטעיה לגבי נושאים אחרים שכתב הויתור כלל לא התייחס אליו. בהקשר זה נזכיר את הוראת תקנה 72(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 האוסרת על בעל דין לטעון טענות עובדתיות חלופיות.

המערער העלה לראשונה את טענת ההטעיה לגבי כתב הויתור השני, רק בסיכומי התשובה בפני בית המשפט המחוזי. אין זכר לטענה זו בכתב התביעה, ולמרות שהמשיבים העלו בכתב ההגנה את הטענה כי המערער חתם על כתב ויתור, המערער לא הגיש כתב תשובה. אי הגשת כתב תשובה כמוה כהכחשת קיומו של כתב הויתור, אך לא הכחשת תוקפו (ראו תקנה 88 לתקנות סדר הדין האזרחי וכן ע"א 2266/10 כהן נ' נ.י. השיק בע"מ (לא פורסם, 9.12.2010)). די בכל אלה כדי לדחות כבר בשלב זה את טענת המערער לגבי תוקפו של כתב הויתור השני, וממילא, די בכך כדי לדחות את הערעור.

ואם לא די בכל אלה, הרי שבכתב התביעה עצמו טען המערער כי עובר לחתימת כתב הויתור השני דרש גולדברג כי המערער יחתום על ויתור גורף גם על זכויותיו לתמלוגים מכוח הסכם הפירוד, אך הוא סירב לכך (סעיפים 70-72 לכתב התביעה). היעלה על הדעת, כי לאחר שהמערער סירב לכך, הוא היה מסכים לחתום על כתב הויתור השני בנוסחו הגורף מבלי לסייגו? תמהני.

26. למעלה מן הצורך, וגם אם אניח כי הועתקו חלקים מתוכנת המעו"ף לתוכנה של FMR, משגילה המערער את ההעתקה הלכאורית היה עליו לשלוח הודעת ביטול לגבי כתב הויתור, תוך זמן סביר משנודע לו אודות ההעתקה, כאמור בסעיף 20 לחוק החוזים. ודוק: אמנם הסעד המבוקש בתביעה הוא אכיפה של הסכם הפירוד באופן שישולמו למערער התמלוגים אשר להשקפתו הוא זכאי להם. דא עקא, הודעת הביטול הייתה צריכה להישלח בנוגע לכתב הויתור השני. זאת לא נעשה אפילו בכתב התביעה גופו נוכח טענת המערער כי כתב ויתור זה מתייחס להסכם הייעוץ. בהקשר לידיעתו של המערער אודות "ההעתקה" אציין כי המערער עצמו טען בכתב התביעה כי היה ידוע לו שבכוונתה של FMR "לעדכן ולהתאים את תוכנת המעו"ף לחידושי התקופה", וכי בתקופת עבודתו בחברת נשואה, שהייתה לקוח של FMR, הוא נחשף לכך שהתוכנה המשווקת על ידי FMR מאחדת את תוכנת המעו"ף (סעיף 47 לכתב התביעה). לכן, טענת המערער כביכול לא ידע על ההעתקה, היא תמוהה, בלשון המעטה.



27. לכך ובקיצור, לא עלה בידי המערער להרים את נטל ההוכחה כי אכן הוטעה על ידי המשיבים עובר לחתימתו על כתב הויתור השני. המערער קיבל 44,000 ₪ כנגד חתימתו על כתב הויתור. כפי שנקבע, המערער לא היה זכאי לקבל תמלוגים נוספים עבור עסקאות שנעשו עם חברות בת של הבנקים, כמו אופק ואילנות דיסקונט.

[במאמר מוסגר אציין כי גם לשיטתו של המערער הוא היה זכאי לתמלוגים אך בשל החלק היחסי של תוכנת המעו"ף, ככל ששולבה בתוכנת FMR שנמכרה לאופק ולאילנות דיסקונט. זאת בהתאם למוסכם בהסכם הפירוד, כי ככל שייעשו שיפורים בתוכנה בעתיד, ישולמו לו תמלוגים רק בשל החלק היחסי של תוכנת המעו"ף].

סיכומו של דבר, שלא עלה בידי המערער לסתור את תוקפם של כתבי הויתור, ומשכך, דין הערעור להידחות.

פסילת המומחה וטענה לעיוות דין מצד בית המשפט

28. חלק נכבד מכתב הערעור הוקדש לטענת המערערים כי יש לפסול את מומחה בית המשפט ואת חוות דעתו. לטענתם, לאחר ש"נדהמו" נוכח תוצאת פסק הדין, החלו "לבחון את זהות המעורבים בתיק לעומק" וגילו כי לבעלה של השופטת קמא "עניין אישי ממשי בהליך או תוצאותיו". וזו דרך הילוכם של המערערים: בעלה של השופטת קמא מכהן כדירקטור בשלוש חברות המקבלות שירותים מחברת FMR. אם FMR הייתה מפסידה בתביעה, היה עליה לשלם כסף למערערים. אם היה עליה לשלם כסף למערערים הדבר היה עלול לסכן את פעילותה, וכפועל יוצא, הדבר היה עלול לפגוע בשירותים שהיא נותנת לאותן חברות שבעלה של השופטת הוא דירקטור בהן. לכן גרם בעלה של השופטת קמא למינויו של ד"ר שמר, התלוי בו לפרנסתו בהיותו מרצה אורח בפקולטה לניהול באוניברסיטת ת"א, כדי שזה ימסור חוות דעת התומכת בעמדת המשיבים. לכתב הערעור אף צורפה בקשה להבאת ראיות נוספות ונספחים בהם משרטטים המערערים קוים בין חברות וגופים שונים "להוכחת" הקשרים וניגודי העניינים.

29. מנהג חדש בא למדינה, שלאחר שניתן פסק הדין, הצד שהפסיד טוען לגופו של שופט במקום לגופו של תיק. אומר בקצרה כי לאחר שעיינתי בערעור, בבקשה לראיות נוספות ובתגובת המשיבים והתצהירים שצורפו לה, הגעתי למסקנה כי אין ממש ב"תזה" של המערערים, לרבות הנחות היסוד העובדתיות עליה היא מתבססת - החל מההנחה שבעלה של השופטת הוא ש"בחר" את המומחה מטעם בית המשפט, דרך

ההנחה כי הוא יושב בדירקטוריונים של חברות שהן לקוחות של FMR, וכלה ב"תלות" של ד"ר שמר בו. אף לא למותר לציין כי המערער פנה לנציבות התלונות על שופטים (מכתבו מיום 4.9.2008) ומן הסתם הסתיים בירור תלונתו בלא כלום, שאחרת חזקה עליו שהיה מפרט מה עלה בגורלה של התלונה. ובקיצור, טוב היה לטענות סרק אלו משלא נטענו.

הערעור שכנגד

30. המשיבים (המערערים שכנגד) מיקדו טענותיהם במיעוט ההוצאות שנפסקו לזכותם, בהתחשב בשכר הטרחה ששולם בפועל לבאי כוחם, ונוכח העבודה הרבה אשר הושקעה לאורך שלוש שנים וחצי בהן התנהל התיק. לדידם, שכר הטרחה בסך 25,000 ₪ אשר נפסק לזכותם, לא עולה בקנה אחד עם הנהוג לפסוק בנסיבות תיק כגון זה ואף נופל בהרבה מהתעריף המינימלי המומלץ של לשכת עורכי הדין. זאת, בשים לב לכך שתביעתם של המערערים נדחתה באופן גורף על כל רבדיה ובהתחשב בכך שסכום התביעה עמד על כ-2.5 מליון ₪.

31. ההוצאות שנפסקו לזכות המשיבים הן אכן על הצד הנמוך, אך איני רואה לסטות מההלכה המושרשת לפיה אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בפסיקת הוצאות. לא בנקל ייענה בית המשפט לערעור המתייחס להוצאות ובתי המשפט מתייחסים בדרך כלל במורת רוח לערעורים הנסבים על סוגיה זו בלבד (ראו, לדוגמה, ע"א 9296/03 אהרוני נ' מנשה, פ"ד נח(2) 301, 304-305 (2003); ע"א 9545/04 סיעת ביאליק נ' סיעת יש עתיד לביאליק, פ"ד ס(1) 391 (2005)).

לכלל זה יש חריגים, אך לא מצאתי כי אלו מתקיימים בענייננו, ואשר על כן דין הערעור שכנגד להידחות.

סיכום וסוף דבר

32. המערערים העבירו את כל זכויות היוצרים שלהם בתוכנת המעו"ף למשיבים. לכן, אין חשיבות לשאלה אם המשיבים העתיקו את תוכנת המעו"ף לתוכנה של FMR כטענת המערערים. נוכח כתבי הויתור עליהם חתמו המערערים, דין הערעור להידחות.

אשר על כן, אני דוחה את הערעור, וכן את הערעור שכנגד, הנסב על שיעור שכר הטרחה שנפסק.

בהתחשב בכך שהערעור העיקרי הוא של המערערים, ומאחר שהמערערים  
 "עקפו" את החלטת הרשם לגבי היקף הערעור בכך שהפנו בכתב הערעור המתוקן  
 לכתב הערעור המקורי (ראו לדוגמא ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל  
 בונה בע"מ, פ"ד מז(1) 311, 321 (1993)), ישאו המערערים בשכ"ט המשיכים בסך  
 50,000 ₪.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, יא' באדר א' התשע"א (15.02.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת