

## בחינה לדוגמא

### אוניברסיטת בר-אילן

#### הפקולטה למשפטים

מבחן בדיני זכויות יוצרים  
 מס' קורס: 99-770-01  
 המרצה: ד"ר מרים ביטון  
 מועד א' – משך הבחינה שלוש שעות.

#### הוראות:

1. המבחן הוא בחומר פתוח.
2. המבחן מורכב משני חלקים: חלק אחד המורכב משאלות רב-ברירתיות וחלק שני מארועון. משקל שני החלקים שווה.
3. יש להתייחס לחוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007 כחוק הרלוונטי, אלא אם כן נאמר אחרת.
4. אנא קראו את השאלות בעיון רב קודם שאתם/אתן עונים/עונות עליהן.
5. אם לדעתכם/ן חסרים נתונים בשאלה, הניחו הנחות והמשיכו בניחות בהתאם להנחות שהנחתם/ן.
6. בראשית כל שאלה מצוינת מגבלת מקום – חריגות לא תקראנה.
7. אנא כתבו/כתובנה בכתב ברור וקריא.
8. יש להחזיר את השאלון עצמו למפקח על הבחינה עם סיום הבחינה.

חלק א': שאלות רב-ברירתיות (50%) – 20 שאלות – זמן מומלץ למענה: שעה

מומלץ לקרוא את השאלות והתשובות המוצעות היטב קודם המענה.

אנא סמני/י רק תשובה אחת בתשובה לכל שאלה על גבי גיליון הבחינה. במידה והינך מעוניין/ת לשנות את התשובה שסומנה אנא עשה/י זאת באופן ברור.

חלק ב': ארועון (50%) – התשובה לא תחרוג משבעה עמודים - זמן מומלץ למענה: שתיים

חנית ודנית הן שתי מדריכות בתנועת הנוער "בני הלל" שבעיר חדרה. חנית ודנית מדריכות את קבוצת הבוגרים של הסניף המקומי ולרגל סיום שנת הלימודים החליטו השתיים לארגן מסיבת סוף שנה בהשתתפות הורי התלמידים ובני משפחותיהם. חנית חשבה להעלות מופע יצירתי אשר יתאר את חוויות החניכים במהלך שנות חברותם בסניף תנועת הנוער. לצורך כך ישבה חנית והחלה להעלות על הכתב את החוויות המרכזיות הזכורות לה משנות הדרכתה בסניף. החוויות כללו, בין היתר, טיולים שנתיים בלתי נשכחים, פעילות שטח חודשית באתרי טבע שונים, ואירועים חברתיים נוספים בהם השתתפו החניכים. לאחר מכן החליטה חנית לכתוב מחזמר המבוסס על חוויות אלה. המחזמר נראה מבטיח מאוד. לאחר שסיימה את כתיבת המחזמר ישבה חנית עם דנית ויחדיו החליטו השתיים לעשות שימוש בלחנים ישראלים מפורסמים (מלודיה בלבד ללא מילות שירים) של יוצרים מפורסמים לצורך העלאת המחזמר.

חנית ודנית הציגו את תוכנית המחזמר לחניכי תנועת הנוער אשר התלהבו מן המחזמר. לאחר הכנות קדחתניות הגיע היום הגדול ותלמידי הסניף ביצעו את המחזמר לפני קהל גדול בהיכל הספורט המקומי. המחזמר צולם על ידי צלם סניף תנועת הנוער. למופע הגיעו הוריהם, בני משפחותיהם, אנשי הסניף המקומי של תנועת הנוער ואורחים נוספים (ראש העיר ונכבדים נוספים).

אחד מהורי החניכים שחזו במחזמר הוא איש הטלוויזיה הידוע אורי טלוויזיוני. אורי טלוויזיוני התלהב מאוד מהמחזמר והחליט לשקוד על העלאת מחזמר ברוח המחזמר של חניכי הסניף. הוא החליט לעשות שימוש באותם לחנים שהושמעו ולמעט שינוי שמות כוכבי המחזמר (שהיו חניכי הסניף) המחזמר כלל את

אותן דמויות, אותו סדר אירועים והתרחשויות, ואף את אותם טקסטים אותם שרו החניכים במחזמר המקורי. כמובן שכדי להפוך את המחזמר למעניין יותר, הוסיף אורי מספר התרחשויות נוספות ומבדרות כדי הדמיון הטובה עליו.

תיאטרון "המחסום" העלה את המחזמר של אורי. בחומר הפרסומי של המחזמר צוין כי "המחזמר נכתב בהשראת מחזמר שהועלה בהנחיית מדריכות תנועת הנוער "בני הלל". המחזמר נחל הצלחה רבה מאוד.

לאירוע הפתיחה החגיגי הוזמנו חנית ודנית על ידי בנו של אורי שהינו חניך בסניף המקומי. חנית ודנית יצאו מן המחזמר כועסות מאוד והחליטו לשכור את שירותיך.

האם לחנית ודנית עילת תביעה נגד אורי? דון/י בכל עילות התביעה וההגנה האפשריות.

בהמשך לעובדות הנזכרות ברישת השאלה לעיל, אקו"ם (אגודת הקומפוזיטורים, מחברים ומו"לים) גילתה כי נעשה שימוש בלחנים של יוצרים החברים בה על ידי דנית וחנית וגם על ידי אורי טלוויזיוני. אקו"ם פונה לשלושה במכתב הטוען כי זכויות היוצרים של יוצריה הופרו ודורש מיידית את הפסקת הצגת המחזמר ותשלום תמלוגים. דנית וחנית פונות אלייך בשנית לייעוץ משפטי ומבקשות לדעת האם יש לאקו"ם עילת תביעה כנגדן וכנגד אורי. דון/י בכל עילות התביעה וההגנה האפשריות.

### פתרון לדוגמא

פתרון זה הינו פתרון מוצע-שילדי בלבד. אין המדובר בפיתרון ממצה. תשובות אשר יתייחסו לנקודות נוספות שלא צוינו כאן אף הן יכולות לזכות בניקוד הולם.

למרות שהאמור לא נעשה בגוף הפתרון להלן באופן מפורט, קיימת ציפייה כי תאזכרו סעיפי חוק ופסיקה רלוונטיים לעניין כל סוגיה שאתם/ן מעלים/ות.

ראשית, עלינו לבחון האם עבודתן של חנית ודנית זכאית להגנה בזכויות יוצרים.

#### תנאי הסף:

חנית ודנית הינן עובדות של תנועת הנוער. ייתכן לטעון כי הזכויות במחזמר אינן שייכות להן אלא למעבידתן לפי סעיף 34 לחוק זכות יוצרים. יחד עם זאת, גם אם הבעלים של זכות היוצרים הוא המעביד, העובד יוכל לתבוע בגין הפרת הזכות המוסרית (בדרש דיון בעבירות הזכות המוסרית בהקשר זה).

מעובדות הארועון נראה כי המחזמר נכתב על ידי חנית בלבד וכי דנית השתתפה רק בשילוב הלחנים למחזמר. יש לבחון בהקשר זה האם מדובר ביצירה משותפת לשתיים או שמא ביצירות נפרדות. כאן יש מקום להביט על הגדרת "יצירה משותפת" בסעיף 1 לחוק ולראות האם אכן לא ניתן להבחין בחלקה של כל אחת מהן ביצירה. נראה כי ברור מאוד מה היתה תרומתה של דנית במקרה זה – שילוב מוסיקה בטקסט שנכתב על ידי חנית – ולכן נראה כי אין לה זכויות באלמנטים מוגנים של היצירה שכן הלחנים הועתקו. לחילופין, ניתן לומר כי יש לה זכויות ביצירת לקט של שירים למחזמר אך לא מעבר לכך. מכל מקום, לא ניתן להבחין בתרומה של דנית לטקסט המחזמר.

#### מקוריות:

האם עבודתה של חנית מקיימת את דרישת הסף לעניין מקוריות? מחד גיסא – מדובר בדרישת סף דלה מאוד ולפיכך נראה כי עבודתה של חנית מקיימת דרישה זו. עבודתה של חנית מבוססת על אירועים שהתרחשו במציאות אם כי סביר להניח שבעיבודם למחזמר היא הוסיפה ביטוי אישי רב בבחירת האירועים, שילובם במחזמר, כתיבת טקסטים הקשורים לאירועים אלה ועוד. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי מידת ההגנה במקרה זה תהיה מוגבלת יותר משום שמדובר במחזמר המבוסס על אירועים אמיתיים וככזה המדובר בעבודה שהינה לכאורה עובדתית. בהקשר זה יש להתייחס לפסקי הדין השונים הדנים בדרישת המקוריות וישומם לנסיבות המקרה. חשוב להתייחס בעיקר לפסיקת בית המשפט העליון בעניין

אינטרלוגו ופסיקת העליון בעניין קימרון הנתפסת כסוטה או לחילופין כניתנת ליישוב עם הפסיקה בעניין אינטרלוגו. (אין צורך בדיון מפורט בעובדות פסק הדין וניתוחו המשפטי, אלא די בדיון "בשורה התחתונה" של פסק הדין ויישומה לנסיבות העניין; הוא הדין לעניין ניתוח פסיקה בהקשרים אחרים בפתרון הבחינה).

#### קיבוע:

נראה כי אף דרישה זו מתקיימת שכן לפי עובדות הארועון המחזמר נכתב על ידי חנית ככל הנראה וגם צולם על ידי צלם וידאו של סניף תנועת הנוער המקומי כך שהיצירה הכתובה והמחזמר עצמו קובעו.

#### סוג היצירה:

יש לבדוק באיזו סוג יצירה מדובר. נראה כי נוצרו במקרה זה לפחות שלוש סוגי יצירות: יצירה ספרותית, יצירה דרמטית ואף יצירה מוסיקלית. נראה שראשית חנית כתבה מחזה ששימש בסיס למחזמר עצמו. המחזמר עצמו יהיה מוגן כיצירה ספרותית שכן הגדרת "יצירה ספרותית" בסעיף 1 לחוק כוללת "לרבות יצירה המבוטאת בכתב". מעבר לכך, המחזמר עצמו יהיה מוגן כיצירה דרמטית. הגדרת "יצירה דרמטית" בסעיף 1 לחוק כוללת "לרבות מחזה, ... יצירה דרמטית-מוסיקלית". נראה כי המחזמר עצמו יכול להיות מוגן כיצירה דרמטית שכן הוא מחזה המבוסס על הטקסט שכתבה חנית. המחזמר כולל אלמנטים מוסיקליים וייתכן כי ככזה יכול להיות מוגן אף כיצירה מוסיקלית, אם כי נראה כי כל היצירות המוסיקליות ששולבו אינן מקוריות אלא הועתקו מאחרים. באופן כללי, חשוב להדגיש כי המחזמר עצמו יכול ויהיה מוגן על מרכיביו כיצירה דרמטית אך בנוסף ייתכן ומרכיביו יהיו מוגנים באופן עצמאי.

מבנה העלילה וההתרחשויות זכאים באופן עקרוני להגנה. נראה שאלמנט זה של המחזמר יהיה מוגן. עם זאת, יש להעלות את הטיעון כי האירועים נושא המחזמר כולם מבוססים על אירועים מציאותיים (טיולים שנתיים וכו') ולפיכך נראה כי ההגנה שתינתן ליצירה תהיה מוגבלת בהיקפה. אם היו שינויים ביצירה המיוחסים לחנית המשנים את המציאות בדרכים שונות אלו יהיו כמובן מוגנים.

לצורך המשך הניתוח נניח כי יצירתה של חנית (או חנית ודנית) זכאית לזכויות יוצרים. להלן נבחן את עילות התביעה של חנית ודנית נגד אורי טלוויזיוני.

אחריותו של אורי – אורי טלוויזיוני עשה שימוש במחזמר של חנית כבסיס למחזמר שהעלה בתיאטרון "המחסום". יש מקום לבחון את האחריות של אורי, אך יש מקום לציין כי תיאטרון "המחסום" אף הוא עשוי לשאת באחריות. יש מקום לחשוב מהי מערכת היחסים בין אורי לתיאטרון, האם הוא העביר להם את זכויותיו, והאם לתיאטרון אחריות בגין העלאת המחזמר על שטחו (הוראת סעיף 49 או אחריות תורמת ושילוחית). לא התבקשם לבחון את השאלה במפורש אך חשוב להיות מודעים לאחריות אפשרית של התיאטרון למקרה שתישאלו על כך במסגרת הבחינה.

#### האם ישנה הפרה של יצירתה של חנית?

בהקשר זה יש לבחון גישה ודמיון מהותי. אין ספק כי לאורי היתה גישה לעבודה שכן הוא נכח באירוע בו בוצע המחזמר של חנית ודנית. כמו כן נדרש דיון בשיטת הבדיקה של דמיון מהותי – האם שיטת המכלול או שיטת הסינון, לרבות דברי השופט טירקל בפסק הדין בעניין מפעל הפיס ואחרים. יש לזכור שעל פי הדין הישראלי כדי שתצמח הפרה יש צורך שתהיה העתקה של היצירה במלואה או חלקים מהותיים ממנה. נראה כי אורי אכן העתיק חלקים ניכרים מן היצירה למעט שינוי שמות הדמויות ולכן נראה כי אכן קיים דמיון מהותי. אורי ינסה לטעון כי לא הועתקה היצירה במלואה ויחלוק על קיומו של דמיון מהותי עקב השינויים שבוצעו, לרבות האירועים שהוסיף ושינוי שמות הדמויות, וכי לכל היותר ניטל הרעיון שבבסיס האירוע. עוד יוכל אורי לטעון כי האירועים מבוססים על אירועים מציאותיים עליהם שמע מבנו לאורך השנים בגין פעילותו בסניף התנועה. אורי יוכל אף לטעון לקיום דוקטרינת הסצנות השגורות. אם ייקבע כי אכן קיים דמיון מהותי בין שתי היצירות הנטל יעבור לאורי להוכיח כי לא העתיק את היצירה.

אלו זכויות של חנית (ודנית) הופרו?  
חנית תטען לפגיעה בזכויותיה הכלכליות:

זכות השעתוק – זכות זו מוגנת מפני העתקה בכל טכניקה שהיא, אך יש לדון בעניין בהקשר זה. זכות העיבוד – חנית תטען לפגיעה בזכותה זו שכן מרבית המחזמר שלה ביום למחזמר חדש, וכן חלק ממנו שונה.

זכות הביצוע הפומבי – נדרש דיון במבחני הביצוע הפומבי. זכות הפרסום וההפצה – צוין כי המחזמר החדש הועלה על ידי תיאטרון "המחסום" ולכן נראה כי קהל רחב צפה במחזמר. עם זאת, כאן נראה כי לחנית טענה חלשה שכן המחזמר כבר הועלה בפני הורי התלמידים אם כי אולי היא תוכל לטעון כי לא היה בהעלאתו משום פרסום כיוון שהקהל היה ביתי ומשפחתי, אך סביר להניח כי טענה זו לא תצלח בשל נוכחותו של ציבור לא מוגדר (ראש העיר, אנשי הסניף ואחרים).

חנית תטען אף לפגיעה בזכויותיה המוסריות: הזכות להורות – שמן של חנית ודנית לא נקרא על היצירה שהציג אורי. אורי כמובן יטען כי בחומר הפרסומי של המחזמר שהועלה בתיאטרון "המחסום" צוין במפורש כי "המחזמר נכתב בהשראת מחזמר שהועלה בהנחיית מדריכות תנועת הנוער "בני הלל". חנית ודנית טענה כי אין באמור כדי לקיים את הזכות להורות. הזכות נפגעה במישור הפרקטי שכן אין חנית ודנית מוכרות לציבור בגין עבודתן כמדריכות בתנועת הנוער. במישור הרעיוני – מטרת זכות זו הינה להעניק הערכה ליוצר, ואילו אזכור שמן של המדריכות באופן זה לא רק שלא נתן כל הערכה אלא אף פגע בשמן הטוב, ויש בכך משום פעולה חסרת תום לב מצידו של אורי (יש מקום לאזכר בהקשר זה את פרשת קימרון ודברי השופט טירקל). הזכות לשלמות – חנית ודנית טענה לפגיעה בזכות זו נוכח השינויים שנעשו במחזמר על ידי אורי (שינוי שמות הדמויות והוספת סצנות). כאן יש מקום לנתח את הוראת סעיף 46 לחוק החדש והפסיקה הרלוונטית בהקשר זה ולבדוק האם יש בשינויים כדי לפגוע בכבודן או בשמן של היוצרות.

#### הגנות:

נגד טענת ההפרה יטען אורי מספר טענות. הוא ינסה לטעון כי היצירה עצמאית, אך סביר להניח כי הוא לא יצליח בטענה זו. כמו כן הוא ינסה לטעון כי עבודתו מבוססת על חומרים המצויים בנחלת הכלל, קרי, אירועים מציאותיים.

במידה ואכן תוכח הפרה, הרי שאורי ינסה לטעון כי עומדת לו הגנת השימוש ההוגן. בבחינת מבחן המטרה ינסה אורי להוכיח כי יצירתו נכללת תחת אחד השימושים המפורטים בסעיף, כשסביר שטענתו תתרכז בחריג הביקורת, פארודיה או סאטירה (ביקורת על עבודתן של חנית ודנית, ולראיה הוספת סצנות מבדרות למחזמר החדש על ידי אורי). לאחר מכן ינסה אורי להוכיח את עמידתו במבחן הוגנות הטיפול דרך ארבעת מבחני המשנה שנקבעו מפורשות בחוק החדש והוארו בפסק הדין בעניין **גבע**:

מטרת השימוש ואופיו – מסחרי – השימוש במקרה זה הוא מסחרי, אולם כפי שנקבע בפרשת **גבע**, אין להעניק לעובדה זו משקל מוחלט מכיוון שרוב השימושים ביצירה הם בסופו של יום מסחריים. יצירתיות ותרומה לחברה (טרנספורמטיביות) – נדרש דיון בעניין זה – ייתכנו טיעונים ההולכים לכאן או לכאן. זאת ועוד, אם אכן ניתן להראות כי מדובר בפארודיה או סאטירה בשל הסצנות המבדרות שהוספו, ניטה לכאורה לסווג את השימוש כהוגן. עם זאת, בפסיקה נקבע כי נדרשת בחינת הזיקה, קרי – האם ההעתקה עצמה משרתת את הערך החברתי הרלוונטי.

טבע עבודתו המוגנת של התובע – לענייננו נראה כי שוב נטען לטעון לכאן או לכאן – מחד גיסא, ניתן לטעון כי מדובר בעבודה שנושאת אופי עובדתי ברובה המבוססת על חוויות מציאותיות של חניכים, ושיקול זה יתמוך בשימוש הוגן. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי אין המדובר בשימוש הוגן שכן מדובר באיסוף חוויות ועיבודם על ידי מדריכת החניכים באופן העשוי לשנות את אופיים המציאותי מבחינות שונות.

היקף השימוש – גם כאשר מדובר בשימוש שהוא לצורך אחד מן השימושים המותרים יש להבטיח שהמשתמש לא ייטול יותר מדי. העתקה מדויקת וגורפת מהווה שיקול לשלילת שימוש הוגן. בנסיבות הארועון נראה כי הנטילה היתה רבה מדי עם שינויים והוספות מועטות בלבד (שינוי שמות והוספת סצנות מבדרות) ולכן נראה כי שיקול זה יטה לשלילת שימוש הוגן.

השפעת הנטילה על ערכה הפוטנציאלי של עבודת התובע – נראה כי חנית ודנית תוכלנה לטעון כי הן יכולות היו לצאת בהפקה מסחרית של המחזמר וכי שימושו של אורי פגע באופן קשה בנתח שוק של יצירתן. כאן ניתן לטעון לכיוון ההפוך גם כן ונדרש דיון.

שיקולים נוספים לצורך הגנת השימוש ההוגן: תום לב והפרת הזכות המוסרית.

### אחריותם של חנית, דנית ואורי ביחס ליצירות של אקו"ם

כאן נדרש דיון דומה לדיון שבוצע לעיל. בהקשר זה, ולמרות שלא התבקשתם, יש מקום לבחון את אחריות היכל הספורט המקומי וכן תיאטרון "המחסום" לביצוע הלחנים המוגנים. דיון בסעיף 49 נדרש תוך שימת דגש על היסוד של "למטרת רווח". כמו כן יש מקום לבחון את אחריותם התורמת והשילוחית.

ראשית, נראה כי הלחנים עצמם יהיו מוגנים ככל הנראה כיצירה מוסיקלית. ניתן להניח כי מדובר ביצירה מקורית שאף קובעה.

שנית, יש לבחון האם בוצעה הפרה. קל להוכיח גישה ודמיון מהותי שכן היתה העתקה מלאה של הלחנים ושילובם במחזמר, אם כי לא ברור מן העובדות האם נלקחו לחנים שלמים או שמא חלקים מהם ונדרש דיון בסוגיה זו תוך הבאת פסיקה רלוונטית (במיוחד דברי טירקל בעניין **מפעל הפיס**).

משעמדה אקו"ם בדרישות אלה יש לבחון את אחריותם של חנית ודנית ואחריותו של אורי (והיכל הספורט המקומי ותיאטרון "המחסום" כבנוס בלבד). ראשית, יש לבחון אלו זכויות כלכליות ומוסריות הופרו. לעניין זכויות כלכליות נראה כי הופרו זכות השעתוק וזכות הביצוע הפומבי. כמובן שנדרש דיון ויישום לגבי חנית ודנית וגם אורי. לעניין הזכות המוסרית, נראה כי ככל הנראה הופרה זכות ההורות. לא ברור כי נעשתה הפרה של זכות השלמות.

חנית ודנית תוכלנה להעלות טענה של שימוש הוגן. יש לנתח כל אחד מן היסודות כמפורט לעיל. לעניין מטרה, נראה כי ניתן יהיה לטעון כי השימוש נעשה למטרת ביקורת. יש מקום לנתח כל אחד מן היסודות של הוגנות השימוש באופן יסודי. לעניין ניתוח כל אחד מן היסודות האחרים חשוב להדגיש כי חנית ודנית תנסנה להיכנות מאופייה הלא מסחרי של פעילות תנועת הנוער ותפקידה החברתי. כאן יש מקום לדון בפסיקה רלוונטית, תוך שימת דגש על פסק הדין בעניין **מפעל הפיס** והאפשרות לאבחן בין המקרים של פרסומת מסחרית (במפעל הפיס) לעומת המקרה שלנו בו אין כל מטרה מסחרית ניכרת לעין. כמובן שקשה להגיע בבחינת שימוש הוגן למסקנות חד משמעיות בשל עמימות הדוקטרינה אך יש להעריך לאחר ניתוח כל היסודות מה סיכויי טענת הגנה כזו.

בדומה, אורי (ותיאטרון "המחסום") אף הם ינסו לטעון כי שימושם היה הוגן. אך קשה להאמין כי יצליחו בטענתם זו לאור אופיו המסחרי של המחזמר. יש מקום אף כאן לנתח כל אחד מן היסודות ולהעלות טיעונים רלוונטיים לכאן או לכאן.

1. תלמידי כיתה ג' בבית הספר "השרון" בהוד השרון התבקשו להכין עבודה בשיעור "תרבות ישראלית" על המוסיקה החביבה עליהם. דקלה הכינה את עבודתה על הזמרת שירי מימון ולצורך כך העתיקה חלקים ממספר שירים של הזמרת. פעילותה של דקלה
- תהווה הפרה של זכויות היוצרים בשיריה של הזמרת.
  - ככל הנראה תהא פעילות המהווה שימוש הוגן לפי סעיף 19 לחוק.
  - לא תהווה הפרה של זכויות היוצרים בשיריה של הזמרת כלל.
  - אף תשובה אינה נכונה.
2. נועה דה וינצ'י הינה ציירת מפורסמת. אחת מתמונותיה הידועות הינה "הקבצן העצוב". שולי רכשה עותק מיצירתה בגלריה המקומית. כבואה הביתה בן זוגה של שולי גיא החליט לתרום את חלקו האומנותי ליצירה והוסיף חוטם אדום ליצני על פניו של הקבצן בתמונה. סביר להניח כי לנועה תהא עילת תביעה בגין הפרת
- הזכות לביצוע פומבי.
  - זכות השעתוק.
  - הזכות להורות.
  - הזכות לשלמות היצירה.
3. חיים וחיה עומדים להינשא ושכרו את שירותיו של דניאל הצלם לצלם את חתונתם. לפי חוק זכות יוצרים, תשס"ח – 2007, זכות היוצרים בתקליטור האירוע
- שייכת למזמין העבודה, חיים וחיה.
  - שייכת לדניאל הצלם.
  - שייכת למזמין העבודה, חיים וחיה, אלא אם כן הצדדים הסכימו אחרת על הזכויות בצילום האירוע.
  - אף תשובה אינה נכונה.
4. רינה הינה בעלת אולם שמחות. חיים וחיה עומדים להינשא באולם השמחות של רינה ושכרו את שירותיו של עידן התקליטן כדי לטפל בצד המוסיקלי של האירוע. אלו מהמשפטים הבאים מתארים בצורה הטובה ביותר את אחריותה האפשרית של רינה להפרת זכויות יוצרים במוסיקה מוגנת אשר תושמע באירוע ללא רישיון:
- רינה עשויה להיות אחראית להפרת זכויות היוצרים במוסיקה המושמעת.
  - רינה עשויה להיות אחראית להפרת זכויות היוצרים במוסיקה המושמעת אלא אם כן היא לא ידעה ולא היה עליה לדעת שהביצוע של המוסיקה מהווה הפרה של זכויות יוצרים.
  - רינה לא תשא באחריות בגין הפרת זכויות היוצרים ביצירות המושמעות.
  - אף תשובה אינה נכונה.

5. אלו מהמשפטים הבאים נכונים:

- א. דניאלה המוכרת תקליטורים המפרים זכויות יוצרים בתוכן התקליטור מפרה את זכות היוצרים ביצירה הנמכרת.
- ב. דניאלה המפיצה תקליטורים המפרים זכויות יוצרים בתוכן התקליטור לתושבי העיר רעננה מפרה את זכות היוצרים ביצירה המופצת.
- ג. דניאלה המציבה דוכנים של תקליטורים המפרים זכויות יוצרים בתוכן התקליטור למבקרי התחנה המרכזית בירושלים מפרה את זכות היוצרים ביצירות המוצגות.
- ד. כל התשובות נכונות.
- ה. אף תשובה אינה נכונה.

אוניברסיטת בר-אילן

הפקולטה למשפטים

דיני קניין רוחני – פרופ' גדעון פרחומובסקי

### פיתרון מוצע למועד א'

פתרון זה הינו פתרון מוצע. אין המדובר בפיתרון ממצה. תשובות יפות אשר התייחסו לנקודות נוספות שלא צוינו כאן, זכו לניקוד בהתאם.

**שאלה ראשונה:**

(א) ראשית עלינו לבחון האם עבודתו של ד"ר ינאי (להלן: ינאי) זכאית להגנת זכויות יוצרים.

תנאי הסף:

בנוס: ינאי הינו עובד האוניברסיטה. משכך ייתכן שהזכויות בעבודתו כלל לא שייכות לו אלא למעבידתו. יחד עם זאת, עדיין יוכל לתבוע בגין הפרת הזכות המוסרית (נדרש דיון בעבירות הזכות המוסרית).

מקוריות: האם עבודתו של ינאי מקיימת את דרישת הסף לעניין מקוריות? מחד גיסא עסקינן בדרישה דלה ביותר ולפיכך נראה שעבודתו של הפרופסור מקיימת דרישה זו. מאידך גיסא, יש לציין שמידת ההגנה במקרה זה תהיה מוגבלת ביותר משום שבבסיס הבחינה עומד ארוע שהתרחש במציאות. נדרשה התייחסות למבחנים שנקבעו בפסיקה (פס"ד ויטמן, פס"ד אקו"ם, פס"ד גלעד, פס"ד אינטרלגו, פס"ד קמרון, פס"ד הרשקו).

קיבוע: תנאי זה מתקיים בעבודתו של ינאי. עם זאת יש לציין כי דרישה זו מתחייבת מכוח חוק רק ביחס ליצירה דרמטית ובאשר לשאר היצירות הושארה השאלת בצ"ע (פס"ד ענבר).

סוג היצירה: יצירתו של ינאי תוגן כיצירה ספרותית (הרשימה בחוק אינה סגורה, וכן ניתן להגן על היצירה כשאלון – אולם מעניין לשאול האם הגנה כשאלון מונעת העתקה של אלמנטים מוגנים והפיכתם לסרטון כבענייננו). נזכיר שעקרונית, גם מבנה העלילה וההתרחשויות זכאים להגנה, אולם במקרה זה סדר ההתרחשויות והעלילה הוכתבו על ידי המציאות. לכן, אם לא שינה דר' ינאי את סדר ההתרחשויות, אין ביכולתו לרכוש הגנה במרכיב זה. יתר על כן, גם אם שינה במקצת את סדר ההתרחשויות, ההגנה תחול רק על השינויים ותהיה מוגבלת בהיקפה. כמו כן ניתן היה להתייחס לדוקטרינת האיחוד לשם גיבוי הטעון (וניתן, אם כי לא חובה, להזכיר את הדיון בפסק דין אינטרלגו).



לצורך המשך הניתוח נניח כי יצירתו של ינאי זכאית לזכויות יוצרים. לפיכך נעבור לבחון את עלות התביעה האפשריות כנגד כל אחד מן המפרים לכאורה:

1. **יואב**: יואב עשה שני שימושים ביצירתו של ינאי. הראשון נעשה בקליפ החתונה של חבריו, והשני בסרטון הפרסומת.

קליפ החתונה: שימוש זה נעשה נוכח בקשתם של רננה ואמיר, אולם יואב הינו המפר הישיר לכאורה. האם ישנה הפרה?

\* ראשית יש לבחון גישה + דמיון מהותי בהקשר זה נדרש דיון בשיטת הבדיקה – האם שיטת המכלול או שיטת הסינון, לרבות דברי השופט טירקל בפרשת מפעל הפיס (פס"ד אלמגור נ' גודיק, פס"ד גולדברג נ' בנט, פס"ד אינטרלגו על דרך ההיקש).

יש לזכור שכדי שתצמח הפרה על פי הדין הישראלי יש צורך שתהיה העתקה של היצירה **במלואה** או **חלקים מהותיים** ממנה. יואב יטען כי לא הועתקה היצירה ויחלוק על קיומו של דמיון מהותי עקב השינויים שבוצעו, וכי לכל היותר ניטל הרעיון שבבסיס הארוע. עוד יוכל יואב לטעון שקרא לראשונה על המקרה בעיתונות, ולכן לא צריכה לצמוח אחריות. ינאי יוכל לענות בתגובה שגם אם התלמידים שמעו על עובדות הארועון בחדשות הרי שהחלטתו לכלול אותן בבחינה בנוזיקין היא זו שהפכה אותן כה חשובות לסטודנטים. היה וייקבע כי קיים דמיון מובהק בין שתי היצירות יעבור הנטל ליואב להוכיח כי לא העתיק.

### \* אלו זכויות הופרו?

ינאי יטען לפגיעה בזכויותיו הכלכליות: זכות השעתוק – זכות זו מגנה מפני העתקה בכל טכניקה שהיא, אולם נדרש דיון; זכות העיבוד – ינאי יטען לפגיעה בזכותו זו שכן הרעיונות נלקחו ובווימו לקליפ, וכן חלק מהם שוננו; זכות ההפצה לציבור – שכן קהל רחב צפה בקליפ בחתונה, והופצו עותקים של הסרטון שניתנו לבני הזוג. יואב יטען בוודאי להפצה מוגבלת ביותר אשר אינה מקימה טענת הפרה; זכות הביצוע הפומבי – נדרש דיון במבחני הביצוע הפומבי; זכות הפרסום וההפצה – ינאי יטען כי ההפצה לסטודנטים הינה חשיפה מוגבלת (פס"ד קימרון) ולפיכך ישנה פגיעה בזכות הפרסום הראשוני, וכן, משהוכנו עותקים מעובדים מפרים של היצירה, גם בזכות להפצתה.

עוד יטען ינאי לפגיעה בזכויותיו המוסריות: הזכות להורות – שמו לא נקרא על היצירה. יואב יטען כי בתום הסרטון צוין כי "כל הזכויות שמורות למומי הנפוח". אולם ינאי יטען כי אין בכך כדי לקיים את הזכות להורות. הזכות נפגעה במישור הפרקטי – כינוי זה ניתן לינאי על ידי הסטודנטים שלו, ואין הוא מוכר לכולי עלמא בשם זה, ובמישור הרעיוני – מטרת זכות זו הינה להעניק הערכה ליוצר, ואילו אזכור שמו באופן זה לא רק שלא נתן כל הערכה אלא אף פגע בשמו הטוב, ויש בכך משום פעולה חסרת תום לב מצידו של יואב (פרשת קימרון); הזכות

לשלמות – ינאי יטען לפגיעה בזכות זו נוכח השינויים שנעשו ביצירתו (דילול סצנה אחת והוספת אחרת במקומה). בהקשר זה יצוין כי בית המשפט רשאי להעניק בגין הפרת הזכות המוסרית גם ללא הוכחת נזק.

הגנות: נגד טענת ההפרה יטען יואב ליצירה עצמאית.

היה ותוכח הפרה, הרי שינסה יואב לטעון שעומדת לו הגנת השימוש ההוגן. בבחינת מבחן המטרה ינסה יואב להוכיח כי יצירתו נכללת תחת אחד השימושים המפורטים בסעיף, כשסביר שטענתו תתרכז בחריג הביקורת, פארודיה או סאטירה (ביקורת על עבודתו של ינאי, ולראיה – השימוש בכינוי שניתן למרצה על ידי תלמידיו, או ביקורת על מבחנים קשים ביותר אשר מפילים נכשלים רבים). לאחר מכן ינסה יואב להוכיח את עמידתו במבחן הוגנות הטיפול דרך ארבעת מבחני המשנה (פס"ד גבע): \* מטרת השימוש ואופיו: מסחרי: השימוש במקרה זה הוא מסחרי, אולם כפי שנקבע בפרשת גבע, אין להעניק לעובדה זו משקל מוחלט משום שרוב השימושים ביצירה הם בסופו של יום מסחריים. יצירתיות ותרומה לחברה: הטיעונים יכולים ללכת לכאן ולכאן – נדרש דיון. זאת ועוד, ההנחה שמדובר במקרה זה בפרודיה או בסאטירה מטה לכאורה את הכף לסווג השימוש כהוגן. אולם כפי שנקבע בפסיקה נדרשת בחינת הזיקה, קרי – האם ההעתקה עצמה משרתת את הערך החברתי הרלבנטי. \* טבע עבודתו המוגנת של התובע: לענייננו מדובר בעבודה שנושאת אופי עובדתי ברובו, ושיקול זה תומך בשימוש הוגן. \* היקף השימוש: גם כאשר מדובר בשימוש שהוא לצורך אחד מן השימושים המותרים יש להבטיח שהמשתמש לא ייטול יותר מידי. העתקה מדויקת וגורפת מהווה שיקול לשלילת שימוש הוגן. \* השפעת הנטילה על ערכה הפוטנציאלי של עבודת התובע: השימוש נעשה בהמחשת הכתוב לצורך קליפ חתונה, ולפיכך ספק אם נפגע כאן נתח שוק של יצירת התובע.

שיקולים נוספים לצורך הגנת השימוש ההוגן: תום לב, והפרת הזכות המוסרית.

קליפ הפרסומת: ניתוח דומה יש לערוך גם ביחס לשימוש בקליפ לצורך הפרסומת, תוך מתן דגש לעובדה שהשימוש הינו מסחרי מובהק. כמו כן בבחינת השימוש ההוגן נדרשת התייחסות נרחבת לפס"ד מפעל הפיס אשר עסק בשאלת תחולת החריג בפרסומת.

בנוסף: התייחסות לטענת אחריות עקיפה ביחס לטלוויזיה אשר שידרה את הסרטון המפר.

2. רננה ואמיר: רננה ואמיר ביקשו מיואב לבסס את הקליפ על עבודתו של ינאי. אחריותם מתחלקת לשניים: אחריות ישירה: רננה הוסיפה סצנה ובכך הפרה לכאורה את זכות העיבוד. כמו כן, טענה מעניינת הינה שבעת צילום הקליפ, ביצעו בני הזוג ביצוע פומבי של עבודתו של ינאי ובכך הפרו לכאורה את זכותו לביצוע פומבי; אחריות עקיפה: רננה ואמיר ביקשו מיואב לבסס את הקליפ על האירועון, ובכך קמה נגדם טענת אחריות עקיפה תורמת. טענות הגנתם תהיינה דומות לאלו של יואב, אם כי לרננה טענה נוספת לטובתה שכן כאמור סצנה אחת מתוך הקליפ צולמה בהשראתה.

נדרש דיון באחריותם, בטענות ההגנה שיכולים היו השניים להעלות, ובעיקר בהגנת השימוש  
ההוגן.

(ב) רננה ואמיר מעוניינים לתבוע את יואב. יואב עשה שימוש ללא רשותם בסרטון חתונתם. האם לבני  
הזוג ישנן זכויות יוצרים בקליפ חתונתם?

נדרש דיון משני כיוונים: # רננה חיברה חלק מן התסריט שעליו מתבסס הקליפ. # רננה ואמיר הם  
המזמינים של קליפ חתונתם. לפיכך לפי סעיף 5 (1) (א) זכויות היוצרים בקליפ הם של בני הזוג ושימושו  
של יואב מפר לכאורה את זכותם.

עוד נאמר ששימושו של יואב מפר את זכויותיהם הכלכליות של בני הזוג: שעתוק (הכין עותקים של  
הסרטון), עיבוד (קיצר אותו ל-30 שניות), ביצוע פומבי (הוקרן בכל ערוצי הטלוויזיה), פרסום והפצה  
(נדרש דיון, גם לעניין חשיפה מוגבלת), וכן פגיעה בזכויותיהם המוסריות.

יואב ינסה לטעון להגנתו: יואב הינו יוצר משותף יחד עם בני הזוג (צילם, ביים, ערך) ולפיכך גם לו זכות  
בתוצר; העתקה ממקור שלישי (ינאי); שימוש הוגן – אולם קשה להאמין כי תצלח דרכו.

(ג) חברת מגה מעוניינת לתבוע את יואב. יואב רשם את השם לאחר שקיבל עצה מקרוב משפחה, אולם  
סוגיית האחריות העקיפה אינה מתעוררת כאן, הואיל וההכרה בדוקטרינה זו לא נעשתה ביחס לסימני  
מסחר (בנוס – אם יואב העתיק אלמנטים עיצוביים בשם מגה כשעיצב את הלוגו של חנות הצילום שלו,  
ניתן יהיה לדון בכך במישור זכויות יוצרים בהתאם לפס"ד ויטמן, אם כי גם כאן לא תתעורר סוגיית  
האחריות העקיפה מאחר שנתון שהמלצה ניתנה ביחס לשינוי השם בלבד).

1. נדרש דיון בסוגיית סימני מסחר. בעניין זה ישנן 2 אפשרויות ניתוח:

1. תקיפת הרישום: חברת מגה תבקש לטעון כנגד הרישום בהתבסס על סעיף 11(6) לפקודה,  
אולם יואב יטען כי המוניטין של חברת מגה אינו חוצה גבולות (אבחון מפס"ד קרדי). סעיף נוסף  
רלוונטי הוא סעיף 11 (13) אם כי נדרש דיון בשאלת הגדרת "אותו הגדר" (פס"ד טוטו-זהב –  
הגלובליזציה יכולה לתמוך בהגדרה רחבה למדי).

2. הפרת סימן מסחר מוכר היטב: סעיף 46א(א), תוך דיון במבחני הסעיף, ודרישות הפסיקה לצורך  
הגדרת סימן מסחר כמוכר היטב (פס"ד משפחה טובה, טוטו-זהב, קרדי).

2. מגה תבקש לתבוע את יואב בגין עוולת גניבת עין. תביעה כזו מתאימה אף יותר למקרה דנן, שכן נתון  
כי סימנה של מגה אינו רשום. בבחינת גניבת עין בודקים אם מכלול מעשיו של העוסק גרמו להטעיה ולא  
רק את הדמיון בין הסימנים עצמם. מגה תצטרך להוכיח מוניטין וחשש להטעיה. נזכיר ש"מגה" הוא שם  
תיאורי, ולכן יהיה עליה להוכיח משמעות שנייה (פס"ד משפחה טובה – לא די בשימוש לאורך זמן כדי

לבסס משמעות כזו, פס"ד פניציה – גם היקף מכירות גדול אין בו די, ויש להוכיח באמצעות עדויות מהציבור). בהמשך ייבחנו שלושת מבחני ההטעיה תוך התייחסות להלכות שנקבעו בפסיקה ביחס אליהם.

3. מגה תוכל גם לנסות ולתבוע בגין דילול – אומנם אין לדוקטרינה זו הכרה חקוקה אך בפרשת קרדי נקבע שניתן לשאוב את הרעיונות בבסיסה לתוך המושג של "תחרות בלתי הוגנת" - ס' 11 (6) לפקודה.

## שאלה 2 (שאלת חשיבה)

הקדמה:

סטודנטים רבים, במקום לחשוב באופן מקורי, העתיקו כמעט מילה במילה את הדיון שערכנו בכיתה בצורך בדיני זכויות יוצרים ובחלופות הקיימות. חזרה על מה שכבר נאמר בכיתה אינה הגישה הנכונה ואין בה רבותה (במיוחד כשמדובר במבחן בחומר פתוח... "מיחזור" מעין זה אינו אמור לזכות אתכם בנקודות, אולם בכל זאת ניתן ניקוד גם לתשובות כאלה.

אם כך מהם ההסברים האפשריים:

- א. הסתמכות על מיתוג והגנה על סימני מסחר: זהו בהחלט הסבר אפשרי. המיתוג חשוב בעולם האופנה ודיני סימני המסחר מאפשרים הגנה חזקה על סימנים ומותגים. (להפתעתי, מעטים ערכו דיון ממצה באפשרות זו). אולם הסבר זה נתקל במשוכה גבוהה. אם באמת המיתוג וסימני המסחר כל כך חשובים, היינו מצפים לראות הרבה יותר דגש על סימני המסחר בעיצובים מקוריים (כדי להקשות על מעתיקים). זאת ועוד: כל עוד הסימן אינו חלק מן העיצוב, הרי שקל להעתיק את העיצוב כל עוד לא מועתק הסימן.
- ב. המאפיינים היחודיים לתעשיית האופנה:
  1. חשיבות הטרנדים: תעשיית האופנה מבוססת על טרנדים המתחלפים תדירות. המהירות הגבוהה בה משתנים הטרנדים מחייבת חדשנות מתמדת מצד בתי האופנה והמעצבים.
  2. חשיבות הבידול: צרכני אופנה מוכנים לשלם סכומי כסף גבוהים כדי לבדל עצמם מאחרים. לפיכך, הם מוכנים לשלם הרבה על עיצובים חדשים המופיעים בשוק. פועל יוצא מנטיה זו הוא שקימת פרמיה גבוהה על חדשנות ומעצבים מתחרים על פרמיה זו. העתקות יוצרות איפוא תמריץ חזק לייצר עיצובים חדשניים המאפשרים בידול.
  3. חשיבות ההעתקה: ההעתקה מסייעת אף היא בעיצוב טרנדים. העתקות ממצבות עיצובים מסוימים כחשובים ויוקרתיים. ההעתקה מספקת תגמול למעצבים הן באמצעות הכרה והן (אולי בעיקר) באמצעות הגדלת רווחים. ניתן בהחלט לטעון שיש "אפקט רשת" באופנה (עד לגבול מסוים). להעתקה תפקיד נוסף, היא גם מסמנת למעצבים שהגיע הזמן לעצב עיצובים חדשים ולא לקפוא על שמריהם.

\*\*\* הפרופסורים המוזכרים בשאלה דנים בעיקר בהסברים המופיעים תחת הכותרת ב'. אם כי הם מתייחסים בקצרה גם להסבר הראשון.

ישנן אפשרויות נוספות בהן ניתן היה לדון:

- ג. עלות החיקוי: עלות החיקוי של עיצובי אפנה גבוה באופן יחסי ובוודאי שאינו דומה לעלות השכפול של דיסקים וקבצים אחרים. אשר על כן, אין צורך בהגנת זכות יוצרים בתעשייה זו משום שהפער בעלויות בין מעצבים מקוריים למעתיקים קטן יחסית והמעצבים המקוריים נהנים מן היתרון של להיות ראשונים בשוק. הוסיפו לכך את משך החיים הקצר יחסית של עיצובים (תופעת הטרנדים) ותגיעו למסקנה שאין צורך בהגנת זכות יוצרים.
- ד. עלות ייצור עיצובים מקוריים: ניתן גם לנסות ולטעון שעלות עיצובים בגדים מקוריים נמוכה יחסית. אין בידי ממצאים אמפיריים לאיש או לסתור טענה זו. אינני יודע האם עלות היצירה בתחום האפנה גבוהה או נמוכה יותר מעלות יצירת יצירות אחרות (שירים? צילומים?). אך אם הטענה נכונה, הרי שגם היא מובילה למסקנה שמעתיקי אופנה אינם נהנים מחסכון משמעותי במיוחד בעלויות.