

קניין רוחני בניהול פרויקטים של תוכנה לאור חוק זכות יוצרים החדש

מאת: עו"ד נעמי אסיא ועו"ד משה ש. גולדברג*

טיפול בהיבטי קניין רוחני במסגרת ניהול פרויקטים

היבטי קניין רוחני בניהול פרויקטים של מערכות מידע ותוכנה הינם חשובים ביותר, ולעיתים לא מקבלים את תשומת הלב הראויה במועד הנכון. יזמים, מנהלי פרויקטים יצרנים וצרכנים של תוכנה ומערכות מידע, נוהגים להשקיע מחשבה ומשאבים רבים בתכנון המוצר, במו"פ, בחיפוש פתרונות יצירתיים לצרכי הלקוח ובשיווק אגרסיבי. הטיפול בנושא הזכויות בתוצרי הפרויקט והגנתן נדחק לקרן זווית, ובדרך כלל נזכרים בו רק כאשר מתעוררת שאלה או בעיה בקשר אליו. למשל: כאשר מקבלים הצעה מפתה לרכישת החברה, או לרכישת רישיון שימוש בפרויקט או בתוצריו, או כאשר מתעורר חשד כי מתחרה העתיק את תוצרי הפרויקט, או, רחמנא לצלן, כאשר מגיע מכתב התראה מעו"ד התובע את הפסקת הפרויקט, או השימוש בתוצריו, בטענה שהדבר מפר את זכויות לקוחו.

או אז נחפזים למשרד עורך הדין, וכפי שמראה הניסיון, פעמים רבות מאד מתברר, כי במקרה הטוב, הגנת הפרויקט או תוצריו, או הצלתם, תהא כרוכה בעלויות גבוהות ובהליכים משפטיים סבוכים. במקרה הרע מתברר, כי מלכתחילה לא היו בבעלותנו זכויות, או שהן הלכו לאיבוד בגלל שלא ננקטו האמצעים לעיגון ולהגנתן.

לפיכך, גם כאן עדיפה רפואה מונעת, ובין החיסונים הבסיסיים המומלצים, תופשים מקום חשוב הטיפול בנושאי הבעלות בזכויות וההתגוננות בפני פולשים.

חוק זכות יוצרים החדש

ב-20 נובמבר, 2007 אישרה הכנסת בקריאות שנייה ושלישית את חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. חוק זה, שבהכנתו עסקו למעלה מעשרים שנה, בא לרשת את חוק זכות יוצרים האנגלי משנת 1911 ופקודת זכות יוצרים המנדטורית משנת 1924, זוג דינוזאורים חקיקתיים שהצליחו לשרוד בעידני המחשב והמידע למרות שלא נועדו ולא הוכשרו לכך.

כאן אולי המקום לציין, שהרך הנולד מגיח לאוויר העולם כשהוא כבר בא בימים, קצר רואי וכבד שמיעה. החוק החדש כמעט שאינו רואה את ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשור האחרון, כמו האינטרנט, ואל אוזניו לא הגיעו צילי הרינגטונים. אין הוא מספק, ואינו מתיימר לספק, פתרונות יעודיים לסוגיות עכשוויות כמו פתרון כולל ומשביע רצון לסוגיית שיתוף קבצים, חנויות תוכן מקוונות, טלביזיה אינטראקטיבית, מוסיקה סלולארית, אחריות ספקי רשת להפרת זכויות יוצרים, ניהול זכויות דיגיטלי (DRM) והגנות טכנולוגיות בפני העתקה. כמו הילד אוסקר מצארט גיבור הספר "תוף הפח", התפתחותו קפאה. זה קרה אי שם בשנות השבעים, כשבפסגת הטכנולוגיה עמדה תוכנת המחשב במשרד המשפטים העדיפו, ובצדק, לחוקק כעת את החוק במתכונתו הנוכחית, שכוללת התייחסות חלקית לסוגיות אינטרנט, מאשר לעכבו עד שיעודכן לימינו, ולגלות, בעוד 10-15 שנים, כי החוק אינו מותאם לטכנולוגיות חדשות שהתפתחו בינתיים.

ניתן אולי להתנחם בתקווה שבתי המשפט, אשר השכילו להפיק מחוק 1911 פתרונות יצירתיים שמתאימים לרוח הזמן, ימשיכו לעשות כן גם עתה.

החוק החדש ייכנס לתוקף שישה חודשים מיום פרסומו. ואולם, יש לעיין בקפידה בהוראות המעבר, המחילות אותו גם לגבי יצירות שנוצרו לפני כניסתו לתוקף, וקובעות הסדרים פרטניים לעניין תחולתו לגבי יצירות מסוגים שונים ופעולות מסוימות.

מאמר זה יתמקד בסעיף 35 לחוק החדש, הקובע את הקצאת הבעלות של זכויות היוצרים ביצירה מוזמנת, ובסעיף 24 הקובע מהם השימושים המותרים בתוכנה לבעל עותק חוקי שלה.

לשני הסעיפים הללו השלכות חשובות לגבי פרויקטים של מערכות מידע, תוכנה וחומרה.

כשניגשים לביצוע פרויקט מערכות מידע, תוכנה, או חומרה, יש לתת את הדעת לשתי חזיתות. חזית אחת עניינה הקצאת הזכויות בתוצרי הפרויקט בין הצדדים לעסקה והמשתתפים בביצוע הפרויקט או המשתמשים בתוצריו: המזמין, הספק, ספקי משנה ולעיתים גם עובדים ומשתמשי קצה.

החזית השנייה עניינה ההגנה הקניינית על הזכויות כלפי כל שאר העולם. לרוב מדובר בהגנה מפני חיקוי, והעתקה או ניצול בלתי מורשה של תוצרי הפרויקט, ע"י אנשים או גופים שאין להם קשר חוזי, או אחר, עם בעל הזכויות. לעיתים ההגנה הקניינית נכנסת לתמונה גם ביחסים בין הצדדים לעסקה. כך לדוגמא, כאשר בעל רישיון שימוש בתוכנה מפר את תנאי הרישיון, בעל זכות היוצרים בתוכנה זכאי לפיצוי לא רק על פי עילה חוזית (הפרת חוזה), כי אם גם מכוח עילה קניינית- השימוש בניגוד לתנאי הרישיון, או לאחר ביטולו, מהווה הפרת זכות יוצרים.

החזית הראשונה- הקצאת זכויות בין המעורבים בפרויקט

זכות יוצרים מקנה אגד של זכויות ביצירה בהתאם לסוג היצירה, כגון: העתקה, הצגה בפומבי, השמעה, הקרנה, שידור, מכירה והשכרה של עותקים מהיצירה, ויצירת יצירות נגזרות, למשל, הסבה של תוכנה שעובדת במערכת הפעלה של חלונות לתוכנה שעובדת בסביבת אפל או בסביבת קוד פתוח. הזכות החזקה ביותר היא הבעלות. בעל זכות היוצרים רשאי (בכפוף למגבלות החוק- כגון איסור לשון הרע) לעשות כל פעולה ביצירה, ולבצע כל עסקה בזכות היוצרים או בחלק ממנה, למשל, למכור את זכות היוצרים כולה או מקצתה, כלומר למכור לפלוני את הזכות להשתמש ולעשות עסקאות בתוכנה רק לצורך יישומי טלפון סלולארי, ולאמוני רק לצורך יישומי MP3, או למכור לראובן את הזכות להשתמש בתוכנה גראפית רק כחלק ממשחק וידיאו, ולשמעון רק למטרת הדפסת ספרי מתח. בעל זכות היוצרים יכול גם לפצל את הבעלות בזכויות היוצרים מבחינה גיאוגרפית, כך שאחד יהיה בעל זכות היוצרים במדינה א' ואחר במדינה ב'.

בעל זכות היוצרים רשאי גם להעניק רישיונות לגבי כלל השימושים ביצירה, או לגבי חלקם. הרישיון יכול להיות בלעדי או לא בלעדי, לתקופה קצרה או ממושכת, במדינה אחת או ביותר. מידת התלות של מקבל הרישיון בבעל זכות היוצרים היא תולדה של מעמד הצדדים ושל אופי היצירה, שיכול להכתיב, למשל, תלות בקוד המקור או בתוכנת יעד, או בתחזוקה שוטפת, או בגישה לשרת, או בתכנים, בעדכונים ובגרסאות חדשות שמייצר בעל זכות היוצרים.

דווקא בתעשיית התוכנה ומערכות המידע לא נדיר להיתקל בחברה ש"רכשה תוכנה", או מערכת מידע, במסגרת פרויקט יקר וממושך, ואין היא יודעת עבור מה שילמה. מנהל החברה יספר, כי רכש תוכנה במסגרת פרויקט, ושאל באיזו מידה הוא רשאי "למכור את התוכנה". ביטוי זה הינו רב משמעי. כוונתו יכולה להיות מכירת זכויות היוצרים בתוכנה, שהיא אפשרית רק אם נרכשה בעלות בזכות היוצרים, להבדיל מרישיון שימוש. כוונתו יכולה להיות מכירת זכות שימוש בתוכנה, שהיא אפשרית רק אם נרכשה בעלות בזכות היוצרים או רישיון שתנאיו מאפשרים את העברתו או מכירת רישיונות משנה. כוונתו יכולה להיות מכירת עותקים של התוכנה.

בסוגיה של הקצאת הזכויות בין המעורבים בפרויקט תוכנה, מקובלת, הן בישראל והן ברוב מדינות העולם, האבחנה בין מצב שבו בין היוצר (המתכנת או צוות פיתוח) לבין מקבל התוצר קיימים יחסי עובד-מעביד, לבין מצב של ספק חיצוני ומזמין.

בשני המצבים, כאשר קיים הסכם המסדיר את הקצאת הזכויות בתוצרי הפרויקט הבעלות בהן תוכרע על פי ההסכם.

ההבדל בין שני המצבים בא לביטוי בהעדר הסכם כזה.

כאשר המתכנת הינו עובד שיצר את התוכנה במסגרת עבודתו, ברירת המחדל שקובע סעיף 34 לחוק החדש היא שזכויות היוצרים ביצירה הן בבעלות המעביד. זהו ההסדר שקבע גם החוק הקודם, והוא מקובל ברוב מדינות העולם.

ביחסי ספק-מזמין סוגיית הבעלות בזכויות היוצרים מורכבת יותר. חוק זכות יוצרים 1911 קובע, לגבי רוב סוגי היצירות, כי (כל עוד לא הוסכם אחרת) היוצר, דהיינו הספק, הוא בעל זכות היוצרים ביצירה.

כנגד זאת ניתן לטעון, כפי שנפסק לא אחת ע"י בתי המשפט (לדוגמא בת"א 89/1662 דפוס בארי (שותפות) נ' יוסף וולף בע"מ, פ"מ תשנ"ה (ב) 265, 306-309), כי הספק קיבל תמורה עבור העבודה והפעלת כישוריו וכי מטרת העסקה והגינה הכלכלי מחייבות להקנות למזמין את מלוא התועלת מהתוצר. בהקשר של שלט פרסום עמדה על כך כבוד השופטת נתניהו בע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידה ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 354:

"לדעתי, הרעיון שבהוראה זו והוראת סעיף 5(1) מ-1911 הברורה ממנה, כעילה מפסק הדין הנ"ל בענין [8] Co. Ltd & James Arnold (ראה לעיל), הוא מתן תוכן עסקי להזמנה. עניינו של מזמין בתמורה של גלופה, המיועדת, מעצם טבעה, להפקה המונית של העתקים, הוא בהעתקים. הגלופה עצמה נשארת, בדרך כלל, בידי היוצר. אם תישאר גם זכות היוצרים בידו, מה פעל המזמין? צפייתו העסקית תסוכל, והזמנתו, שעבורה נתן תמורה, תתרוקן מתוכנה."

דוגמא נוספת: תרגום הינו יצירה שנגזרת מהטקסט המתורגם ולכן הגיוני שזכות היוצרים בו תהא בבעלות המזמין, לא המתרגם. ניתן גם לטעון, שקביעת בעלות ראשונית של היוצר ביצירה מתאימה ליצירות מתחום האומנות היפה, אך לא ליצירות פונקציונאליות, כמו תוכנה, שתכלית הזמנתן היא ניצולן העסקי ע"י המזמין. קביעת הבעלות הראשונית בזכויות היוצרים ליוצר, עלולה להיות בעייתית גם ביצירות שהן חלק אינטגרלי מיצירת קיבוצית (יצירה אשר מורכבת מיצירות של מספר יוצרים), כגון תסריט ופס קול של סרט, או מודול שהוא חלק מתוכנה הכוללת מודולים שחוברו ע"י מתכנתים שונים. במקרים כאלו אינטרס הציבור שהיצירה תנוצל באופן מכסימלי, ללא תלות ברשות מאת כל אחד מהיוצרים שתרמו ליצירה, תומך בבעלות המזמין ביצירה.

סעיף 35 לחוק החדש- הבעלים הראשון של יצירה שהוזמנה יהיה היוצר

הדעות החלוקות והאינטרסים המנוגדים קיבלו ביטוי קולני בתקשורת ובדיוני ועדת הכלכלה בסעיף 35 לתזכיר הצעת החוק. הנוסח שהובא ע"י משרד המשפטים העניק למזמין את הבעלות הראשונית ביצירה. בעקבות זאת קמה זעקת האומנים (בעיקר מוסיקאים ואומנים מבצעים), שקיבלה את תמיכת התקשורת, ובודאי שללא שום קשר לכך, גם את תמיכת שר המשפטים וחברי הועדה. נציגי המפיקים שהגיעו אל הדין בוועדה, ותמכו בבעלות המזמין בזכות היוצרים, הבינו כבר עם שריקת הפתיחה כי הקרב אבוד. סעיף 35 שנחקק קובע, כי הבעלים הראשון של יצירה שהוזמנה יהיה היוצר, אלא אם הוסכם אחרת במפורש או במשתמע.

המשמעות היא שנטל הדאגה להעברת הבעלות בזכויות מוטל על כתפי המזמין. מי שמזמין פרויקט תוכנה חייב לדאוג מראש שזכויות היוצרים בתוצרי הפרויקט יעברו לבעלותו. שאם לא כן, הוא עלול למצוא עצמו, לאחר ששילם לספק, עומד מול מחסומים בניצול תוצרי הפרויקט ומגבלות על עריכת עסקאות בהם.

סעיף 35 מתייחס לזכות היוצרים הכלכלית בלבד (הזכות לנצל את היצירה). בנוסף אליה קיימת ליצרן זכות יוצרים מוסרית, המחייבת שבכל עותק של היצירה יופיע שם היוצר, ואוסרת (גם על מי שרכש את זכות היוצרים הכלכלית) לשנות את היצירה, לפגום בה או לסלף אותה.

הזכות המוסרית אינה ניתנת להעברה אך היוצר יכול לוותר עליה. האיסור לשנות את היצירה היה בעייתי במיוחד לגבי תוכנה, שהיא מטבעה יצירה דינאמית, אשר הטעם להמשך קיומה התפקודי והעסקי תלוי בשינויים, בעדכונים, במהדורות מורחבות ובגרסאות חדשות. למשל, עסק שהרחיב את

קו המוצרים שלו ורצה להתאים לכך את תוכנת ניהול המלאי שבה רכש את זכות היוצרים, היה עלול להיתקל בהתנגדות ספק התוכנה, או בדרישה שהשינוי יבוצע על ידו. על המזמין היה, אפוא, לדאוג מראש גם לכך שההסכם לביצוע הפרויקט יכלול ויתור מפורש של הספק על זכותו המוסרית.

החוק החדש פתר בעיה זו בקובעו (סעיף 45(א)) כי ליוצר של תוכנת מחשב אין זכות מוסרית.

יש לשים לב, כי המזמין ייחשב כבעל היצירה לא רק על פי הסכם מפורש (אשר אינו חייב להיערך בכתב), אלא גם על פי הסכם משתמע. לבית המשפט מוקנה שיקול דעת נרחב ביותר ובאפשרותו לקבוע גם בהעדר הסכם העברה מפורש, כי הבעלות בזכות היוצרים הועברה מן הספק אל המזמין. זאת, לאור התנהגות הצדדים, כוונתם המשוערת, נסיבות העסקה, הגיונה הכלכלי (למשל לאור המחיר ששולם), עסקאות קודמות שערכו הצדדים ביניהם או עם אחרים, הנהוג המקובל בעסקאות מאותו סוג, הנהוג המקובל בענף ושיקולים נוספים.

אין צריך לומר, שמזמין הנזקק להסתמכות על חוזה משתמע (על כל אי הודאות הכרוכה בכך) עושה כן מחוסר ברירה, שהוא תולדת מחדל מביצוע פעולה פשוטה של חתימת הסכם העברת הבעלות בזכות היוצרים. אילו נהג כך, היה מונע את אי הודאות ואת התלות בחסדי בית המשפט, וחוסך הליכים משפטיים שתוצאתם תלויה בראיות רבות, ולכן הם מורכבים, ממושכים ויקרים.

הדין האמריקאי- קטגוריה המכונה "WORKS FOR HIRE"

מעניין לציין, שהתפישה הגמישה שהנחתה את המחוקק הישראלי מנוגדת לחלוטין להסדר שקובע הדין האמריקאי. חוק זכויות יוצרים אמריקאי קובע קטגוריה המכונה "WORKS FOR HIRE" אשר כוללת שתי קטגוריות משנה. האחת היא כאשר בין היוצר למקבל היצירה קיימים יחסי עובד- מעביד והיצירה נוצרה במסגרת העבודה. במקרה כזה, כמו בישראל, המעביד הוא בעל זכות היוצרים ביצירה, ללא צורך בהסכם העברת זכויות, אלא אם הוסכם אחרת.

הקטגוריה השנייה היא של יצירות שהוכנו על פי הזמנה מיוחדת. יצירות כאלה יהיו בבעלות המזמין, אלא אם הוסכם אחרת. על מנת שיצירה תשתייך לקטגוריה זו עליה, קודם כל להימנות עם אחד מתוך רשימת תשעה סוגי יצירות המנויים בחוק. תוכנה אינה מוזכרת בחוק במפורש אך היא נחשבת כמכוסה ע"י הרשימה. התנאי השני הוא עריכת חוזה בכתב שבו ייכתב במפורש כי היצירה היא "WORK FOR HIRE" וכי הבעלות בזכות היוצרים עוברת למזמין. כמו כן, נדרשת חתימה של שני הצדדים על ההסכם.

יצירה אשר אינה מקיימת אחד משלושת התנאים הללו לא תחשב "WORK FOR HIRE" ובעל זכות היוצרים בה יהיה הספק, גם אם נוצרה במיוחד על פי הזמנה, וגם אם ההיגיון מחייב שבעל זכות היוצרים בה יהיה המזמין. לדוגמא: אתר של עסק שנבנה ע"י חברה העוסקת בבניית אתרים על פי הזמנת בעל העסק, מבלי שנערך ונחתם הסכם בכתב המעביר אליו את הבעלות בזכות היוצרים באתר. במקרה כזה, מאחר שלא התקיימו הדרישות הפורמאליות הנוקשות, יפסוק בית משפט אמריקאי כי הספק הוא בעל זכות היוצרים. בית משפט ישראלי, מאידך, עשוי לקבוע, לאור נסיבות העסקה והגיונה הכלכלי, כי בין הצדדים נערך חוזה משתמע להעברת הבעלות בזכות היוצרים אל המזמין.

הדין האמריקאי מעדיף להגן על אינטרס הודאות וההסתמכות, בעוד שסעיף 35 מוכן להגמיש את הודאות לטובת עקרונות של צדק, יושר עסקי ותום לב. והדבר אינו מקרי. המחוקק הישראלי בתוך עמו הוא יושב וזוכר, מן הסתם, כמה זמן ואנרגיה הקדישו בתי המשפט לתביעות של קונים ומוכרים של דירות, כאשר אחד מהם ניסה להתנער מהעסקה, בטענה שחסר בחוזה פרט שולי כלשהו, ולכן החוזה בטל בגין אי מילוי דרישת הכתב שקובע החוק. מהמקרים הללו הופק הלקח, כי במציאות הישראלית יהיו מי שינצלו לרעה דרישות פורמאליות קשיחות, ולכן הושאר פתח ההצלה של חוזה משתמע. ואולם, כאמור לעיל, ההמלצה למזמין פרויקט תוכנה היא לערוך חוזה מראש ולהימנע מחוסר ודאות ומהיזקקות לחסדי בית המשפט.

גם היוצר (הספק) לא יהיה פטור מהצורך בהסכם מראש. אומנם סעיף 35 מקנה לו את הבעלות הראשונית בזכות היוצרים ביצירה המוזמנת. ואולם, עשויות להתעורר אי ודאויות רבות המצריכות הגדרה בהסכם, ולאי ודאות תמיד יש מחיר.

הגדרת תנאי העסקה

כך למשל, מן הראוי להגדיר היטב מהי "היצירה המוזמנת", האם היא כוללת גם עדכונים וגרסאות מאוחרות שהוספו ע"י הספק, האם היא כוללת הרחבות של התוכנה או המרתה לתפקודים נוספים, האם היא כוללת תכנים. מן הראוי להגדיר גם את החלקים שזכויות היוצרים בהם מצויות בידי צדדים שלישיים ולהבטיח את חוקיות השימוש בהם, ואת החלקים המצויים בנחלת הכלל. אם הספק נותר בעל היצירה חשוב להגדיר את היקף זכויות המזמין מבחינת אופי השימוש ביצירה, הגדרת מטרות השימוש, היקפו הארגוני (מספר תחנות עבודה), היקפו הגיאוגרפי במקרה שהמזמין פועל בחו"ל ואת תקופת השימוש. חשוב גם להסדיר את נושא האחריות על תוצרי הפרויקט, ולקבוע כיצד מתכוונים לרכוש הגנה עליהם ועל מי מוטל הנטל לדאוג לכך, וכיצד לפעול כנגד מפרי זכויות ביצירה.

לאף אחת מן השאלות הללו ולרבות נוספות, אין, וגם לא אמור להיות, מענה בנוסח החוק. הדרך הנכונה, ובסופו של יום, המשתלמת להסדירן היא ע"י עריכת חוזה מראש, לפני שמתחילים להשקיע כספים ועבודה בפרויקט.

החזית השנייה-הגנה קניינית מפני העתקה ושימושים בלתי מורשים

תוכנת מחשב הינה קניין רוחני המוגן בזכות יוצרים כ"יצירה ספרותית". ההגנה מוקנית כנגד העתקת תכנית המקור, קוד היעד והשלבים השונים של תכנון התוכנה ועיצובה, לרבות שלב הגדרת הדרישות.

זכות היוצרים בתוכנה נוצרת עם כתיבתה, ולכן על מנת שזכות זו תיווצר- אין צורך לרשום אותה במרשם רשמי (כמו מרשם הפטנטים). יחד עם זאת, בהליכים משפטיים רבים בקשר לתוכנות, על בעל התוכנה להוכיח כי הוא כתב אותה ומתי נכתבה. חשוב מאד, אפוא, להציג תיעוד מהימן לגבי הנתונים הללו.

רישום זכות יוצרים בארה"ב

בישראל אין פנקס רשמי של רישום זכויות יוצרים. הדרך הטובה ביותר לתעד באופן אמין את זהות היוצר ומועד כתיבת התוכנה, היא ע"י רישום זכות יוצרים בארה"ב. למרות שלמרשם זכויות היוצרים בארה"ב אין בישראל מעמד מחייב מכוח דבר חקיקה, הוא נחשב בעיני בתי המשפט בארץ כמהימן והם נותנים לו משקל ראייתי נכבד. רישום זכות יוצרים בארה"ב מצריך פרוצדורה פשוטה יחסית (אין בחינה כמו במקרה של בקשת פטנט) וזולה. בתוך כשלושה חודשים מהגשת הבקשה למשרד זכויות היוצרים בארה"ב, יגיע אישור הפקדה הכולל את שם בעל זכות היוצרים ותאריך ההגשה.

הגנה על האלגוריתם שבסיס התוכנה

הואיל וזכות יוצרים אינה אמורה להגן על מושגים מתימטיים ועל רעיונות, כי אם רק על דרכי ביטויים, היא אינה מספקת הגנה על האלגוריתם שבבסיס התוכנה. כמו כן, הגנת זכות יוצרים מותנית בהוכחת ההעתקה. אם מישהו יחבר תוכנה דומה לשלכם מבלי שהעתיק אותה, לא ניתן יהיה לפעול נגדו בעילה של הפרת זכות יוצרים.

על מנת להגן על האלגוריתם וכדי שתהא הגנה כנגד כל תוכנה דומה, הגם שאינה מועתקת, יש לרשום פטנט לגבי התוכנה. הגנת פטנט היא טריטוריאלי, כלומר מוגבלת למדינה שבה נרשם הפטנט. פטנט, כמו זכות יוצרים, מקנה הגנה קניינית שמכוונת כלפי צדדים שאינם קשורים לבעליו, אולם גם פטנט יכול להיות מופעל ע"י בעליו כנגד צד לעסקה (בעל רישיון למשל), כאשר תנאיה מופרים.

על איזו תוכנה ניתן להגן בפטנט?

השאלה על איזו תוכנה ניתן להגן בפטנט חורגת מגבולות מאמר זה. נעיר רק שהן בישראל והן בחו"ל, כמו בלימוד נהיגה, קיימים מבחן התיאוריה ומבחן מעשי.

הן בישראל והן באירופה, מי שרוצה לעבור בהצלחה את מבחן התיאוריה, חייב לשנן, כי התוכנה או תוצאת השימוש בה חייבות להיות בעלות אפקט טכני- פעולת גומלין עם חומרה. למשל: תוכנה המווסתת הזרקת דלק למנוע או אפילו תוכנה שמעבדת נתוני א.ק.ג ומתרגמת אותם לתצוגה גראפית על צג, להבדיל מתוכנת עיבוד תמלילים או תוכנה המשמשת שיטה לניהול עסקים, כמו תוכנה לרכישת קבצי מוזיקה דרך אתר אינטרנט. על פי המבחן המעשי, הן בישראל והן באירופה, לא נדירים מידי פטנטים שנרשמו לגבי תוכנות שהאפקט הטכני היחיד בהן הוא האינטראקציה עם חומרת המחשב, לרבות תוכנות סחר אלקטרוני. מוטב, אפוא, שלא לפסול על הסף את האפשרות לרישום פטנט לגבי תוכנה כלשהי. בארה"ב דיני הפטנטים גמישים יותר בסוגיה זו וניתן לרשום שם פטנט על תוכנה גם אם אין לה אפקט טכני, וגם אם מדובר בתוכנה לניהול עסקים, ובלבד שהיא נותנת תוצאה מוחשית, קונקרטי ושימושית (למשל, תוכנה לניהול קרן נאמנות).

כמובן שתנאי לרישום פטנט, בכל מקום, לגבי כל אמצאה, כולל תוכנה, הוא שיש בה חידוש והתקדמות המצאתית.

סעיף 24 לחוק החדש- העתקות תוכנה מותרות

סעיף 24 דן באספקט אחד של הגנת התוכנה מפני העתקה. הוא מסדיר את נושא העתקות תוכנה המותרות לבעל עותק חוקי שלה. המדובר בהעתקה למטרות הבאות:

- א. גיבוי, ובתנאי שהעותק יושמד לאחר שמילא את תפקידו.
 - ב. תחזוקה של עותק מורשה או של מערכת מחשב, או מתן שירות למחזיק עותק מורשה הנחוץ לצורך שימוש בתוכנה.
 - ג. העתקת תוכנה, או שימוש בה כבסיס ליצירת תוכנה אחרת (יצירה נגזרת), כאשר הדבר נדרש, ולא מעבר להיקף הנדרש, לצורך:
 - (1) שימוש בתוכנה למטרות לשמן נועדה, כולל תיקון שגיאות או התאמתה למערכת מחשב או לתוכנה אחרת;
 - (2) בדיקת אבטחת מידע בתוכנה, תיקון פרצות והגנה מפניהן;
 - (3) השגת מידע הדרוש להתאמת מערכת מחשב או תוכנה אחרת המפותחת באופן עצמאי, כך שיוכלו לפעול עם התוכנה,
 - ד. ההיתר לעשיית השימושים בתוכנה כאמור בפסקה ג', יחול בתנאי שהמידע שהושג באמצעותם לא היה ניתן לגילוי בנקל בלעדיהן. כמו כן, לבעל עותק התוכנה אסור להעביר לאחרים את המידע שהשיג, לצורך מטרות שונות מאלו שקובע הסעיף, או לנצלו כדי ליצור תוכנה אחרת שמפרה את זכות היוצרים בתוכנה.
- המשותף למטרות הללו הוא מתן אפשרות לרוכש העותק להפיק מהתוכנה את התועלות שהוא רשאי לצפות להן מעסקת הרכישה.

הנדסה חוזרת

האם הסעיף אוסר הנדסה חוזרת? (Reverse Engineering)

כאשר מדובר בהנדסה חוזרת שמטרתה לחשוף את האלגוריתם שבבסיס התוכנה או לשלוף נתונים הכלולים במאגר מידע הקשור בה, נראה שמדובר בפעולות מותרות. סעיף 24 אינו תלוי בחלל. הוא חלק מדיני זכויות יוצרים, ואלה אינם נכונים להעניק הגנה לרעיונות ולמושגים מתימטיים, ואף לא לעובדות או לנתוני מידע לכשעצמם- להבדיל מבחירה מקורית או מסודר מקורי של הנתונים במאגר מידע (ראה סעיפים 4(ב) ו-5 לחוק החדש, שמגלמים עקרון פסיקתי בסיסי, אשר קיבל בשנת 1999 ביטוי חקיקתי, כשתוקנה פקודת זכות יוצרים כדי להתאימה להסכם טריפס). הואיל ואלגוריתמים ונתוני מידע אינם בנחלת דיני זכויות יוצרים, סעיף 24 אינו אמור לאסור או להתיר הנדסה חוזרת של תוכנה המיועדת לחשוף אותם. זאת למרות שהתוכנה עצמה מוגנת בזכות יוצרים. למה הדבר דומה? לשימוש בשרטוטי מוצר, המוגנים בזכות יוצרים, לצורך ייצור המוצר עצמו אשר אינו מוגן בזכות יוצרים (כגון, מוצר אשר היה צריך להירשם כמדגם או כפטנט, או שתוקף המדגם או הפטנט שנרשם לגביו, פג). במקרים כאלה קובעת ההלכה הפסוקה, כי זכות היוצרים בשרטוטים אינה מקנה הגנה כנגד ייצור המוצר המשורטט, באמצעות השרטוטים, אם אינו מוגן לכשעצמו (ראה: ע"א 513/89 Exin-Lines Bros.S.A. נ' Interlego A/S, פ"ד מח (4) 133). יישום הלכה זו מוביל למסקנה לפיה, זכות היוצרים בתוכנה אינה מגנה כנגד ביצוע פעולות בעותק חוקי שלה שמטרתן לחשוף את האלגוריתם שבבסיסה או לשלוף ממנה נתוני מידע.

כאשר השאלה היא, מה יחס סעיף 24 להנדסה חוזרת לצורך חשיפת רבדים בתוכנה שהם מוחשיים יותר מהאלגוריתם, גולמיים פחות מנתוני מידע ושיש בהם ביטוי מקורי, התשובה היא: תלוי בפרשנותו.

למשל: ברור שההיתר להעתיק תוכנה לצורך "התאמתה לתוכנת מחשב אחרת", כולל העתקה כדי להתאימה למערכת ההפעלה, או לתוכנת אבטחת המידע, של תחנת העבודה עליה היא מותקנת. ואולם, נוסח הסעיף (פסקה ג(3)) מתיר גם העתקה לשם השגת מידע הדרוש להתאמת מערכת מחשב או תוכנה אחרת שפותחה באופן עצמאי, כך שיוכלו לפעול עם התוכנה. מה הגבולות של היתר זה?

לדוגמא, התוכנה שנרכשה היא חלק ממשחק וידיאו ותפקידה לעבד אותות קול ותמונה. האם מותר לבעל עותק חוקי שלה (רוכש המשחק) לערוך לה הנדסה חוזרת כדי להתאים אליה תוכנת הפעלה של מערכת אינטרקום עם צג טלביזיה שמיועדת לבניינים רבי קומות, כך שניתן יהיה לשלב במערכת זו את תוכנת עיבוד הקול והתמונה. נניח גם שדרך זו של שילוב תוכנת עיבוד הקול והתמונה במערכת האינטרקום כדאית יותר מאשר פתוח או רכישה של תוכנה כזו. האם מותר לרכוש כמויות מסחריות של עותקי משחק הוידאו כדי להשתמש בתוכנת עיבוד הקול והתמונה שלו לצורך ייצור מערכות האינטרקום?

לכאורה נראה, כי נוסח פסקה ג(3) רחב דיו כדי להתיר העתקה כזו. מצד שני, פסקה ד' אוסרת את העתקת התוכנה, או עשיית יצירה נגזרת ממנה, לצורך "יצירת תוכנת מחשב אחרת המפרה את זכויות היוצרים בתוכנת המחשב". התשובה תלויה, אפוא, במענה לשתי שאלות: א. האם כתוצאה מהתאמת תוכנת הפעלה של מערכת האינטרקום לתוכנת עיבוד הקול והתמונה, הפכה הראשונה לתוכנה "אחרת"? ב. האם התוכנה האחרת מפרה את זכות היוצרים בתוכנת עיבוד הקול והתמונה?

במידה שהתשובה לאחת השאלות הללו היא שלילית, הרי שלפי נוסח סעיף 24 המעשה מותר. ואולם, בפרשנות ההסדר אין להסתפק בקריאה דווקנית של נוסח הסעיף. יש לעמוד על מטרתו ועל האינטרסים המונחים בבסיסו. מצד אחד ברור, כי מטרת סעיף 24 הינה לאפשר למשתמש הקצה הרוכש עותק של התוכנה להפיק את מלוא התועלת מהעסקה ולקבל את שימושי התוכנה, מבלי להיות תלוי בחסדי היצרן. מאידך, ניתן לטעון כי מדובר רק באותם שימושים שאליהם התכוון יצרן התוכנה. בתשובה, ניתן לטעון, כי הסייג של "שימוש בתוכנה למטרות שלשמן נועדה", אשר נועד להגן על אינטרס יצרן התוכנה, מופיע בחלופה אחרת (סעיף 24(ג)(1)), המתייחסת לתיקון שגיאות או התאמת התוכנה למערכת מחשב או לתוכנה אחרת. ואולם, סייג זה אינו מופיע בסעיף 24(ג)(3) שעניינו התאמת מערכת מחשב או תוכנה אחרת אל התוכנה בה מדובר. האם כאן הניח המחוקק

כדבר מובן מאליו, כי התאמת תוכנה אחרת לפעולה עם התוכנה האמורה תיועד תמיד רק לצורך השגת מטרת התוכנה אשר עמדו לנגד עיני היצרן. ספק רב אם אכן כך.

ואולם, אפילו אם כך, אין בהכרח פירוש הדבר כי הפעולה המתוארת בדוגמא שלעיל הינה אסורה. הדבר תלוי באופן ההגדרה של המטרה או התפקיד של תוכנת עיבוד הקול והתמונה.

אם הפרשנות תהא פונקציונאלית (עיבוד אותות קול ותמונה) הרי שבשילוב התוכנה במערכת האינטרקום היא ממשיכה למלא את יעודה המקורי, אין חריגה ממטרת יצירתה, ולכן המעשה מותר. אם התוכנה תבחן על פי יעודה העסקי (לשמש חלק ממשחק וידיאו לא ממערכת אינטרקום), מדובר בשימוש החורג ממטרות סעיף 24 והמעשה ייחשב לאסור.

ניתן לשאול גם, האם לעובדה שהיצרן קיבל תמורה עבור עותק התוכנה יש השלכה לגבי זכותו לשלוח בשימושים שיעשו בה לאחר שיצאה מרשותו. שאלה זו באה מכיוון הדוקטרינה של מיצוי זכויות. ואולם להבדיל, במרבית המקרים של מיצוי זכויות מדובר בעותק של היצירה שנרכש כדין, אשר נעשה בו שימוש כפי שהוא. ואילו כאן, התאמת מערכת האינטרקום לפעולה עם תוכנת עיבוד הקול והתמונה כרוכה בהעתקה.

שאלה נוספת שמעורר סעיף 24 היא, האם יש תוקף לתניה בהסכם רישיון לשימוש בתוכנה (בין אם חוזה אחיד ובין אם לאו) השוללת את זכות הרוכש על פי סעיף 24.

האם סעיף 24 ממצה את כל ההגנות ?

שאלה נוספת שמתעוררת היא, האם סעיף 24 ממצה את כל ההגנות העומדות לבעל עותק חוקי של תוכנה, או שיתכן כי פעולות שאינן מותרות לו לפי סעיף זה, יותרו ע"י הגנה אחרת שקובע החוק. נראה כי האפשרות השנייה היא הנכונה. לכל אחת ואחת מההגנות שבחוק החדש מטרה אחרת והערכים העומדים בבסיסן שונים מהגנה להגנה. כך למשל, אם בעל עותק חוקי של תוכנה העתיקה לא לצורך גיבוי, או אחר שמתיר סעיף 24, אלא לצורך מחקר, הוא יחסה בצל הגנת שימוש הוגן, אם מתמלאים יתר תנאי סעיף 19 לחוק החדש..

לסיום, שתי נגיעות אינטרנט: סעיף 26 לחוק החדש מתיר העתקה ארעית של יצירה המתבצעת ע"י המחשב אגב גלישה באינטרנט. קביעה זו נראתה למחוקק כנדרשת מאחר שלצורך הגלישה באינטרנט המחשב יוצר עותק זמני של היצירה על גבי הכונן הקשיח, ולכן מבחינה טכנית זכות היוצרים מופרת.

סעיפים 11 ו-15 מקנים ליוצר זכות חדשה- העמדה של יצירה לרשות הציבור. הכוונה היא שלבעל זכות היוצרים תהא זכות בלעדית להעלות את היצירה על האינטרנט. הביטוי "העמדה של יצירה לרשות הציבור" המופיע בסעיף 11(5), בכותרת סעיף 15 וברישא שלו, עלול להטעות. ניתן היה לחשוב, כי מדובר בזכות אקוויולנטית לזכות לפרסום ראשון, דהיינו, לאחר שהיצירה הועלתה לאינטרנט ע"י בעל זכות היוצרים היא כבר הועמדה לרשות הציבור ולכן מי שמעלה את היצירה לאינטרנט לאחר מכן אינו מפר זכות זו.

סברה זו מוטעית בעליל. כפי שנאמר בדברי ההסבר שבהצעת החוק, זכות העמדת היצירה לרשות הציבור מבוססת על האמנות החדשות- אז- של הארגון הבינלאומי לקניין רוחני(WIPO) משנת 1996- WIPO COPYRIGHT TREATY (WCT) ואמנת זכויות מפיקי תקליטים ומבצעים WIPO PHONOGRAMS (AND PERFORMANCES TREATY (WPPT). נוסחי האמנות הללו אינם מותירים מקום לספק, כי זכות העמדת היצירה לרשות הציבור אינה מצומצמת להעלאה ראשונה של היצירה על האינטרנט, אלא חלה גם על העלאות המתבצעות לאחר מכן.

זכות זו אמורה לכאורה לפתור את הבעיה של שיתוף קבצים, ע"י הטלת איסור על מתן גישה לגולשים אחרים אל הקובץ שבזכרון המחשב, ומניעת העתקתו על ידם. בסרט פארק היורה הרגיע יוזם

הפארק את מבקריו, מפני התרבות בלתי מבוקרת של הדינוזאורים, בהבטיחו להם חגיגת כי כל הדינוזאורים שבפארק הם נקבות. לכך השיב לו המתימטיקאי ד"ר איאן מלקולם: "NATURE ALWAYS FINDS ITS WAY OUT". וכך אכן היה.

התופעה של שיתוף קבצים הינה, לטוב או לרע, כה מושרשת בציבור, עד כי רבים רואים בה זכות טבעית של הגולשים. חלק סוברים כך מתוך בורות, רשעות או אנוכיות, אבל יש גם אחרים, שדווקא מתוך הבנה מעמיקה של המאטריה מציעים לבעלי הזכויות לשנות את צורת החשיבה ולראות ביכולת הפצת המידע הפנטסטית שמעניק האינטרנט, הזדמנות פז, לא פרצה קוראת לגנב להסתנן דרכה ולבעל הבית למהר ולחסום אותה, וחוזר חלילה, במין משחק אווילי של חתול ועכבר. קיימים מספר אתרים פופולריים הפועלים על פי מודלים של מתן גישה חופשית ליצירות תמורת תשלום שנראה לגולשים רבים מאד כסביר, ותגמול היוצרים. יש גם מספר חברות תקליטים שהעדיפו גישה זו על פני מסעות הציד הנצחיים כנגד הגולשים הסוררים. החוק החדש מספק רק גדר בפני העלאת היצירה לאינטרנט. אין בו פתרון שיעצור את הדינוזאור הבא אשר ירמוס את הגדר ללא קושי.

* עו"ד נעמי אסיא מייסדת ושותפה מנהלת במשרד נעמי אסיא ושות', המתמחה בדיני היי טק וקניין רוחני. מכהנת כיו"ר ועדת מדע וטכנולוגיה של לשכת עורכי הדין. עוסקת בבוררויות וגישורים בתחום ההיי טק וקניין רוחני."

עו"ד משה ש. גולדברג עוסק בדיני קניין רוחני במסגרת משרד נעמי אסיא ושות'. שימש כרשם הפטנטים בשנים 1998-2002. מלמד דיני קניין רוחני בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ובמחלקה לביו טכנולוגיה בפקולטה לחקלאות.