

## על שימוש לרעה בקניין רוחני והתפשטות רעיונות: דברים לזכרו של פרופ' יהושע ויסמן

מאת

מיכל שור-עופרי\*

### א. על תרומה אקדמית

הפאנל שכותרתו "תרומתו של פרופ' ויסמן לתחום הקניין הרוחני" העלה בזיכרוני את הפגישה הראשונה שלי עם תחום הקניין הרוחני, פגישה שפרופ' ויסמן היה מעורב בה ללא ידיעתו. זה קרה במהלך לימודי לתואר השני ב־University College London. אחד הקורסים שבהם השתתפתי, היה קורס שלימדו פרופ' Gerald Dworkin ו־Adrian Sterling, שעסק בדיני זכויות יוצרים במבט השוואתי. כמשימה ראשונה בקורס התבקש כל אחד מהסטודנטים לכתוב עבודה בנושא "דרישת המקוריות בזכויות יוצרים" בשיטת המשפט שממנה הגיע. באותן שנים תחום הקניין הרוחני בישראל לא היה מפותח, בלשון המעטה. לא היו קורסים בתחום הזה (מלבד סמינר אחד של פרופ' ויסמן, שלא למדתי בו בלימודי התואר הראשון); כמעט לא היו ספרים על קניין רוחני במשפט הישראלי; דבר החקיקה העיקרי בזכויות יוצרים היה החוק מ־1911, חוק מסורבל ומסובך שהתרגום שלו לעברית לא היה מוצלח במיוחד. קראתי אותו, ואם להודות על האמת – לא הבנתי הרבה. בקיצור, לא היה לי מושג מהן זכויות יוצרים ומאיפה להתחיל. ואז, כשכבר כמעט התייאשתי, מצאתי בספרייה בלונדון את הספר International Copyright Law and Practice – ספר מקיף שסוקר את דיני זכויות היוצרים במדינות שונות בעולם.<sup>1</sup> פתחתי את הספר בנשימה עצורה, ולמרבח ההקלה, מצאתי שם פרק באורך של כשלושים עמודים שכתב פרופ' ויסמן על דיני זכויות היוצרים בישראל. אותם שלושים עמודים היו, כדרכו של ויסמן, "מעט המחזיק את המרובה": אחרי שקראתי אותם כבר היה לי מושג מהן זכויות יוצרים, אילו הצדקות עומדות בבסיסן, איך בנוי החוק, מה ההיגיון הפנימי שלו, ובעיקר מה המשמעות של דרישת המקוריות במשפט הישראלי ואיזו פסיקה התייחסה אליה. הכול היה צלול ובהיר ומגובש. מכאן כבר יכולתי להתקדם. הצלחתי להגיש את העבודה בקורס, ואיתה נולדה האהבה שלי לתחום הקניין הרוחני.

\* פרופ' למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מבוססת על דברים לזכרו של פרופ' יהושע ויסמן, מורי ורבי, שנאמרו בערב שנערך באוניברסיטה העברית בירושלים ב־14 בינואר 2020. אני מודה לעופר טור-סיני ולגיא פסח על הערותיהם, ולרועי אוהיון ולגל זיני על עזרת מחקר מעולה.

1 ראו INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE (Melville B. Nimmer & Paul E. Geller eds., 1988).

הסיפור הזה הוא דוגמה קטנה להשפעה הגדולה של יהושע ויסמן על תחום הקניין הרוחני. בדרך כלל, הניסיון להעריך תרומה של איש אקדמיה לענף משפטי מסוים כרוך בהתייחסות למחקריו בתחום ולציטוטים של אותם מחקרים בפסיקה או במחקרי המשך.<sup>2</sup> במובן הזה הייתה ליהושע ויסמן השפעה גדולה. הוא היה החוקר הראשון שעסק בקניין רוחני בארץ וכתב עליו, וכתבתו, בין היתר בנושא הזכות המוסרית והבעלות בזכויות יוצרים, רלוונטית ומצוטטת עד היום.<sup>3</sup> אולם ברשימה זו אבקש לטעון כי השפעתו של יהושע ויסמן על תחום הקניין הרוחני היא רחבה יותר. השפעה זו נובעת גם מהתפשטות רעיונות שפיתח במחקר שלו בתחום דיני הקניין, אשר חלחלו לתחום הקניין הרוחני הן באמצעות הפסיקה והן באמצעות הכתיבה של תלמידיו אשר בחרו לעסוק בקניין רוחני. אבקש להדגים את התהליך הזה באמצעות התמקדות בעיקרון אחד, חשוב, שנקלט לאחרונה בתחום הקניין הרוחני בישראל – הוא העיקרון האוסר על שימוש לרעה בזכות. אציע, כי אף שפרופ' ויסמן לא כתב ישירות על תחולת העיקרון בתחום הקניין הרוחני, הוא במידה רבה המקור להתפתחות הזאת.

## ב. שימוש לרעה בקניין רוחני – על מה ולמה?

העיקרון האוסר על שימוש לרעה בקניין רוחני (שיכונה כאן לשם הקיצור "עקרון השימוש לרעה") ראוי לכמה מילות הסבר. למרות חשיבותו הוא טרם זכה לתהודה רבה במשפט הישראלי. הוא לא נזכר במפורש בחקיקת הקניין הרוחני בישראל, וייתכן שאפשר גם לסיים קורס בקניין רוחני בלי לשמוע עליו. עם זאת, בשיטות משפט שונות קיימת הכרה בקיומו של "עקרון-על" שמאפשר למנוע מבעלי קניין רוחני שימוש לא סביר בזכויותיהם, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מטרת הבלעדיות שהעניק להם החוק. כך, המשפט האנגלי מכיר כבר מאות שנים בהיותן של זכויות היוצרים כפופות לעקרון "תקנת הציבור", המעוגן במפורש בחוק זכויות היוצרים האנגלי.<sup>4</sup> העיקרון הופעל למשל כשבעלי זכויות יוצרים ביקשו לחסום פרסום מסמכים שנועדו לחשוף שחיתויות על בסיס טענה להפרת זכויות היוצרים במסמכים. הבקשה נדחתה אגב קביעה ששימוש כזה בזכויות יוצרים נוגד את תקנת הציבור.<sup>5</sup> בדומה לזה, המשפט האירופי-הקונטיננטלי מכיר בדוקטרינה כללית של "שימוש לרעה בזכות" (Abuse of Rights) החולשת על כל תחומי המשפט, ובכלל זה דיני

2 על החשיבות שמיוחסת לציטוטים כמדד להשפעה אקדמית, ראו למשל, Santo Fortunato et. al., *Science of Science*, 359 SCIENCE 1 (2018).

3 לכמה דוגמאות לא ממצות, ראו יהושע ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכות יוצרים" מחקרי משפט ז 51 (1989); יהושע ויסמן "הבעל הראשון של זכות-יוצרים" עיוני משפט יד 29 (1989); יהושע ויסמן "מעניין לעניין בזכויות יוצרים" הפרקליט מה 229 (2001).

4 Copyright, Design and Patents Act 1988, c. 48, § 171(1)(c) (Eng.)

5 Lion Labs. Ltd v. Evans, [1985] Q.B. 526 (Eng.)

הקניין הרוחני,<sup>6</sup> ואילו הפסיקה האמריקנית פיתחה את הדוקטרינות של Copyright Misuse ו-Patent Misuse כאמצעי להגבלת בעלי הקניין הרוחני במקרים שבהם אלה השתמשו בזכויותיהם בצורה שחרגה מתכלית החוק.<sup>7</sup> שלא במפתיע, מרבית ההקשרים שבהם הופעל העיקרון בארצות הברית היו כלכליים-מסחריים, ונגעו להתנהגות אנטי-תחרותית מצד בעלי זכויות, אשר ניסו להרחיב את זכויותיהם אל מעבר לגבולות שנקבעו בחקיקה. כך, לדוגמה, נפסק שבעלי זכויות יוצרים בתוכנה שאסרו בהסכם על המשתמשים לפתח תוכנות מתחרות או ליצור מוצרים משלימים לתוכנה שלהם השתמשו לרעה בזכויות היוצרים שלהם.<sup>8</sup>

מהי, בעצם, חשיבותו של עקרון השימוש לרעה בדיני הקניין הרוחני? מדוע לא להסתפק בסייגים ובחריגים שקיימים בדינים האלה, כמו למשל עקרון "השימוש ההוגן" בזכויות יוצרים, או "חריג הניסויים" בדיני הפטנטים? האם לצד חריגים אלה יש צורך גם באיסור על שימוש לרעה בזכויות הקניין הרוחני? התשובה לדעתי חיובית. החריגים שקיימים בחקיקת הקניין הרוחני מתמקדים, ככלל, ב**נתבע** ובשימוש שלו בתוצר הרוחני. למשל, במסגרת עקרון השימוש ההוגן בזכויות יוצרים מצווה בית המשפט לבחון אם שימוש הנתבע ביצירה המוגנת עומד בקריטריונים של הוגנות שנקבעו בחוק.<sup>9</sup> לעומת זאת כלל האוסר על שימוש לרעה מתמקד ב**בעלי הקניין הרוחני** ומפנה זרקור אל הדרכים שבהן אותם בעלים משתמשים בזכויותיהם. כפי שעולה מהדוגמאות בהמשך הדברים, בחלק מהמקרים אומנם מתבקשת התמקדות דווקא בהתנהגות בעלי הזכויות, ואין בהכרח חפיפה בין מקרים אלה לבין הסייגים והחריגים שקבועים בחקיקת הקניין הרוחני. בהקשר זה, כלל המציב גבולות לבעלים של קניין רוחני באשר לשימוש בזכויותיו הוא גם בעל פוטנציאל מכווין-התנהגות, ועשוי לעודד בעלי זכויות להימנע מהתנהגויות לא סבירות ולגרום להם לנהוג ריסון עצמי בשימוש בזכויותיהם.<sup>10</sup>

נוסף על כך, שלא כמרבית הסייגים והחריגים בקניין רוחני, עקרון השימוש לרעה אינו כלל של "הכול או לא כלום". הוא מבוסס על ההכרה שבמקרים מיוחדים, בהקשר מסוים, שימוש מלא בזכויות הקניין הרוחני אינו סביר וצריך לסגת מפני אינטרס הזולת או האינטרס הציבורי, וכי הדבר יכול לגרום מגוון של תוצאות וסעדים (כמפורט להלן) מבלי להפקיע או לאיין לחלוטין את זכויות היוצרים בהקשרים אחרים. במילים אחרות: העיקרון כולל

6 ראו במבט כללי Vera Bolgár, *Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of* כלי 35 LA. L. REV. 1015 (1975) ובקניין רוחני Thierry Joffrain, *Deriving a (Moral) Right for Creators*, 36 TEX. INT'L L.J. 735, 761-762 (2001).

7 ראו למשל Tom W. Bell, *Codifying Copyright's Misuse Defense*, 2007 UTAH L. REV. 573; Kathryn Judge, *Rethinking Copyright Misuse*, 57 STAN. L. REV. 901 (2004).

8 ראו, בהתאמה Lasercomb America, Inc. v. Reynolds, 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990); Alcatel USA, Inc. v. DGI Technologies, Inc., 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999).

9 ס' 19 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

10 על הצורך לשלב עיקרון של שימוש לרעה בקניין רוחני בתחום זכויות היוצרים ראו, ביתר הרחבה, מיכל שור-עופרי **פופולריות ורשתות בדיני זכויות יוצרים** 300-312 (2011) (להלן: שור-עופרי **פופולריות ורשתות**); Michal Shur-Ofry, *Hatch-Waxmanizing Copyright*, 18 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 171 (2011) (להלן: Shur-Ofry, *Hatch-Waxmanizing*).

גמישות טבעה, שהופכת אותו לכלי מתאים לכיול ולאיוון של הדין ולהתמודדות עם אתגרים לא צפויים הנולדים חדשות לבקרים במציאות של התפתחות טכנולוגית מהירה.

### ג. התפשטות עקרון השימוש לרעה: מקניין לקניין רוחני

על רקע האמור, האם קיים עיקרון האוסר על שימוש לרעה בקניין רוחני במשפט הישראלי? התשובה החיובית שאותה אציע כאן נסמכת במידה רבה על מחקריו של פרופ' ויסמן בתחום דיני הקניין, ואבהיר: סעיף 14 לחוק המקרקעין, שכותרתו "הגבלת זכויות", קובע כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר".<sup>11</sup> סעיף זה פורש בפסיקה כאוסר על שימוש לרעה בזכויות במקרקעין.<sup>12</sup> בספרו "דיני קניין – בעלות ושיתוף", כמו גם במאמר קודם שהוקדש לנושא, דן פרופ' ויסמן באותו סעיף והעלה את השאלה "על שום מה נמנע המחוקק מלהחיל דוקטרינה זו לעניין זכויות אחרות?" בתשובה הביע את עמדתו שעקרון השימוש לרעה אינו מוגבל לנסיבות ולזכויות הנזכרות בסעיף 14 לחוק המקרקעין. בלשונו: "הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות אינה אלא ביטוי של העקרון היותר רחב של תום הלב, וכזאת ראויה להחלה על כל סוגי הזכויות".<sup>13</sup>

שנים ספורות לאחר מכן אימץ בית המשפט העליון את עמדתו של ויסמן בפרשיית רוקר נ' סלומון.<sup>14</sup> באותו מקרה נקבע כי מכוח עקרון תום הלב – החל לאור סעיף 61(ב) לחוק החוזים על כל שימוש בזכות – אפשר להגביל, במקרים נדירים, את שליטתו של אדם על נכסיו ואת הסעדים שלהם זכאי בעלים של קניין. אומנם פסק הדין עוסק בקניין פיזי ומוחשי, אולם קביעות השופטים שם היו רחבות יותר והתייחסו לכלל הזכויות הקיימות במשפט הפרטי.<sup>15</sup>

גישתו של פרופ' ויסמן, שאומצה כאמור בעניין רוקר, מבטאת בעיני השקפה כללית יותר שאפיינה אותו כמשפטן, ולפיה בבסיס המשפט חייב להיות גרעין של common sense. במילים אחרות, המשפט אינו צריך להשלים עם הפעלה לא סבירה של זכות, עם מניעים פסולים, או עם התנהגויות שאינן מתקבלות על הדעת, ועצם קיומם של חריגים מצומצמים שמאפשרים לבתי משפט לטפל במצבים האלה הוא חיוני ואינו שקול לחוסר ודאות כללי או לכאוס משפטי מוחלט.

התפיסה הבסיסית הזאת, ועימה כתיבתו של פרופ' ויסמן בנושא השימוש לרעה בזכות, משתקפות גם במחקרים של רבים מתלמידיו, אשר הציעו להחיל ולפתח את עקרון השימוש

11 ס' 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969.

12 ראו למשל ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד ל(1) 454, 458 (1975) (בית המשפט מתייחס לתכליתו של ס' 14 לחוק המקרקעין, כך: "למנוע פעולות של בעל מקרקעין או של בעל זכות אחרת בהם, שמגמתן להציק לזולת בדרך שימוש לרעה בזכות").

13 יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 69 (1997) (להלן: ויסמן בעלות ושיתוף) (ההדגשה הוספה); למאמר שקדם לספר, ראו יהושע ויסמן "שימוש-לרעה בזכות" משפטים כז 71, 88 (1996) (להלן: ויסמן "שימוש לרעה").

14 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

15 שם, בעמ' 240–241.

לרעה בתחום הקניין הרוחני. הינה כמה דוגמאות, לא ממצות, להצעות כאלה במחקרים משפטיים שערכו תלמידיו של יהושע ויסמן.

פרופ' גיא פסח דן בעבודת הדוקטורט שלו בנושא "זכויות יוצרים וחופש העיתונות", שנכתבה בהנחיית פרופ' ויסמן, במקרים שבהם בעלים של זכויות יוצרים מסרב לאפשר שימוש ביצירתו באופן הפוגע בתשתית שביסוד חופש הביטוי.<sup>16</sup> פסח הציע להתיר במקרים כאלה את השימוש ביצירה המוגנת בהתבסס על העיקרון של שימוש לרעה בזכות, תוך שהוא נסמך על עמדתו של ויסמן ואימוצה בהלכת רוקר.<sup>17</sup>

דוגמה נוספת נוגעת לזכויות יוצרים ביצירות אייקוניות ופופולריות במיוחד, כאלה המשמשות "אבני בניין" תרבותיות או סטנדרטים טכנולוגיים.<sup>18</sup> בעבודת הדוקטורט שלי, אף היא בהנחיית פרופ' ויסמן, טענתי כי בעליהן של יצירות כאלה שמסרבים לאפשר גישה ליצירה, או דורשים תמורת השימוש בה תשלום לא סביר, עשויים להיחשב למי שעושה שימוש לא ראוי בזכויות היוצרים שלהם. למשל, זכויות היוצרים בנאום "I Have a Dream" של מרטין לותר קינג מוחזקות כיום בידי עיזבוננו של קינג, האוכף אותן בקפדנות. בכמה מקרים שנדונו בפסיקה האמריקנית סירבו בעלי הזכויות לאפשר הדפסה של הנאום או ציטוטים מתוכו אלא תמורת תשלום של סכומים גבוהים.<sup>19</sup> דוגמה נוספת נוגעת לזכויות יוצרים בתוכנות מחשב שהפכו לסטנדרט בשוק. שימוש בממשק המשתמש של תוכנות סטנדרט בידי מתחרים המבקשים להיכנס לשוק עם תוכנות עצמאיות עשוי להיות חיוני, שכן המשתמשים כבר רגילים מאוד לממשק של התוכנה הפופולרית. שימוש כזה עשוי לגרום תביעה בגין הפרת זכות יוצרים מצד בעלי תוכנת הסטנדרט, כפי שאירע למשל בפרשיית *Lotus v. Borland* בארצות הברית או בפרשיית *IMS* באירופה.<sup>20</sup> במקרים כאלה עקרון השימוש לרעה עשוי לספק פתרון אשר מצד אחד לא יפקיע לגמרי את זכויות היוצרים ביצירה, ומצד אחר יכיר בכך שמוטלת על בעליה חובה לאפשר לציבור גישה מוגברת שהוא זקוק לה בגלל האופי המיוחד של היצירה כסטנדרט תרבותי או טכנולוגי.<sup>21</sup>

מאמרה של פרופ' אורית פישמן-אפורי שעסק בסעיף 53 לחוק זכות יוצרים ובשיקול הדעת שהוענק לבית המשפט במסגרתו להימנע ממתן צו מניעה, הוא דוגמה נוספת.<sup>22</sup> פרופ'

16 גיא פסח זכויות יוצרים וחופש העיתונות 174–175 (עבודה לקבלת תואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2001).

17 שם.

18 שור-עופרי פופולריות ורשתות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19.

19 זכויות היוצרים בנאום של לותר קינג עמדו במרכזם של חמישה הליכים משפטיים לפחות, ראו *King v. Mister Maestro, Inc.*, 224 F. Supp. 101 (S.D.N.Y. 1963); *Martin Luther King, Jr. Ctr. for Soc. Change v. Am. Heritage Prods.*, 508 F. Supp. 854 (N.D. Ga. 1981); *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc.*, 13 F. Supp. 2d 1347 (N.D. Ga. 1998); *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc.*, 194 F.3d 1211 (11th Cir. 1999); *Estate of Martin Luther King, Jr., Inc. v. CBS, Inc.*, 184 F. Supp. 2d 1353 (N.D. Ga. 2002).

20 ראו, בהתאמה, *aff'd by an equally divided court*, *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995); *Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, 2004 E.C.R. I-5039.

21 שור-עופרי פופולריות ורשתות, לעיל ה"ש 10, בעמ' 329–331.

22 אורית פישמן-אפורי "שיקול-דעת שיפוטי במתן סעד המניעה: המהפכה השקטה" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים התשס"ח-2007 529 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

פישמן-אפורי הסתמכה בין היתר על הלכת רוקר (שאימצה כזכור את עמדת ויסמן) כדי לפרש את הוראת הסעיף ולהציע כי בית המשפט רשאי להפעיל את שיקול הדעת הנתון לו כדי למנוע "שרירות בעלים".<sup>23</sup> אומנם הוראת סעיף 53 לחוק זכות יוצרים אינה זהה לחלוטין לכלל הפסיקתי שאוסר שימוש לרעה בקניין רוחני, אולם כפי שציינה פישמן-אפורי, קיים דמיון בין הדוקטרינות:<sup>24</sup> גם הוראת סעיף 53 לחוק זכות יוצרים היא סוג של חריג בדין, שאינו כרוך בפגיעה מוחלטת של זכויות היוצרים, אולם מאפשר איזון בין זכויות אלה לבין האינטרס הציבורי, תוך רגישות לניואנסים ולהקשר.

פרופ' גדעון פרחומובסקי ופרופ' אלכס שטיין התייחסו לעקרון השימוש לרעה בזכויות יוצרים ובפטנטים במאמר שעסק ב"הגנות קניין רוחני".<sup>25</sup> המחברים עמדו על כך שעיקרון זה, לצד הגנות כלליות אחרות בתחום הקניין הרוחני, יוצר "החצנות חיוביות" על כלל המשתמשים בקניין רוחני: במילים אחרות, כאשר נקבע במקרה ספציפי שהתנהגות מסוימת של הבעלים היא שימוש לרעה בזכויות הקניין הרוחני, התוצאה היא הרחבת חופש הפעולה של משתמשים, גם כאלה שלא היו צד להליך. המסקנה היא כי על המשפט למצוא דרכים לעודד העלאת טענות מסוג שימוש לרעה.<sup>26</sup>

דוגמה אחרונה שאליה אתייחס כאן קשורה למחקר משותף של פרופ' גיא פסח ושלי, שעניינו זכויות יוצרים בחומרים מתקופת השואה, ובמיוחד בחומרים שנוצרו על ידי המשטר הנאצי או מטעמו.<sup>27</sup> המחקר שלנו העלה כי חומרים כאלה – החל מהיומנים של ג'וזף גבלס, עבור דרך סרטי תעמולה נאציים כמו *Triumph of the Will*, וכלה בצילומים של היינריך הופמן, שהיה הצלם הרשמי של הרייך השלישי – מוגנים בזכויות יוצרים כמו יצירות רגילות, וכי בעלי זכויות היוצרים עושים בהן שימושים שונים. למשל: עיזבון גבלס זכה לאחרונה בתביעה נגד חוקר שציטט קטעים מיומני גבלס, בהתבסס על טענה להפרת זכויות יוצרים;<sup>28</sup> לני ריפנשטלה, במאית הסרט *Triumph of the Will*, הפנתה טענות להפרת זכויות יוצרים כלפי במאים שהשתמשו בקטעים מהסרט כדי לבקר את האידאולוגיה הנאצית,<sup>29</sup> וסוכנויות לרישוי צילומים גובות מאות דולרים תמורת שימוש בתצלומים שבהם מופיע אדולף היטלר.<sup>30</sup> לשיטתנו, דוקטרינת השימוש לרעה בזכויות יוצרים היא כלי

23 שם, בעמ' 544–545.

24 שם, בעמ' 552. נוסף על כך, בספרה של אורית פישמן-אפורי *היצירה הנגזרת בדיני זכות יוצרים* (2005) (המבוסס אף הוא על עבודת דוקטורט בהדרכת פרופ' ויסמן) הציעה המחברת כי עקרון השימוש לרעה יכול לסייג את זכות הגזירה כאשר בעל זכות יוצרים מבקש להשתמש בה שימוש פסול (שם, בעמ' 413–414).

25 Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Intellectual Property Defenses*, 113 COLUM. L. REV. 1483 (2013).

26 שם, בעמ' 1498.

27 Guy Pessach & Michal Shur-Ofry, *Copyright and the Holocaust*, 30 YALE J.L. & HUMAN. 121 (2018).

28 Case Number 21 O 28238/13 Schacht v. Verlagsgruppe Random House (Regional Ct. of Munich, 24.9.2014). (copy with the author, translated from German)

29 Pessach & Shur-Ofry, לעיל ה"ש 27, בעמ' 144–145 וההפניות שם.

30 ראו לדוגמה באתר "Getty Images", שם נדרש סכום שבין 175 ל-499 דולר עבור רישיון שימוש בתמונה של היטלר שצילם היינריך הופמן: <https://tinyurl.com/y6ultvqh> (ביקור אחרון ביום 9.7.2020).

משפטי מתאים להתמודדות עם מצבים מעין אלה ומאפשרת להפנות זרקור להתנהגות בעלי הזכויות.<sup>31</sup>

בד בבד, בתהליך איטי והדרגתי, מחלחל עקרון השימוש לרעה גם לפסיקה בתחום הקניין הרוחני. סנונית ראשונה ניתן למצוא בדברי בית המשפט העליון (כבוד השופטת דורנר) בפרשיית אקו"ם נ' גלגל"צ, שעסקה בסכסוך מפורסם בין אקו"ם לתחנת הרדיו, שבמסגרתו התבקש צו שימנע שידורי מוסיקה בגלגל"צ. בדונו בעניין ציין בית המשפט:<sup>32</sup>

ברי כי על בעליה של זכות היוצרים החובה להשתמש בזכותו בתום לב, ואל לו לפגוע אגב שימוש זה ביצירתם של אחרים או בעקרון התחרות החופשית. אם כן, בנסיבות המתאימות שימוש בלתי ראוי בזכות היוצרים עשוי להביא לצמצום ההגנה שמקנה הדין לבעל הזכות או אף לשלילתה.

אומנם דובר באמרת אגב קצרה, אבל אפשר למצוא בה מעט המחזיק את המרוכה: בית המשפט הכיר בקיומו של עקרון שימוש לא ראוי (או בלשונו כאן, שימוש לרעה) בדיני זכויות יוצרים בישראל; עיגן אותו בעקרון תום הלב בדומה לקביעות השופטים בפרשיית רוקר, ציין שהקביעה מהו שימוש לא ראוי היא תלוית-הקשר ("בנסיבות המתאימות"), ולבסוף התייחס לכך ששימוש לא ראוי בזכויות היוצרים יכול לגרור תוצאות שונות וגמישות: לא רק "שלילתה" של הגנת זכויות היוצרים אלא גם "צמצומה".

הכרה רחבה יותר בעקרון השימוש לרעה בקניין רוחני הגיעה עשר שנים לאחר מכן, בפסק דינו של בית המשפט העליון משנת 2013 בעניין פלוריסט דה קוואקל ב.וו. שעסק בזכויות מטפחים.<sup>33</sup> באותו מקרה הכיר בית המשפט בקיומו של עיקרון של שימוש לרעה לא רק בזכויות המטפחים אלא בכל תחום הקניין הרוחני, בהסתמכו על פסקי הדין בעניין רוקר סלומון ואקו"ם. בלשונו של כבוד השופט מלצר: "כיום דומה כי אין חולק על כך שבעל זכות קניין – לרבות קניין רוחני – כפוף במימוש זכותו לעקרון תום הלב, החולש על כל תחומי המשפט [...]".<sup>34</sup> לצד קביעה זאת הדגיש בית המשפט שהחלת הדוקטרינה של שימוש לרעה על זכות המטפחים תיעשה רק במקרים "חריגים ונדירים ביותר" שהמקרה הנדון לא נמנה עימם.

ביטוי נוסף להתבססות עקרון השימוש לרעה בקניין רוחני בדין הישראלי אפשר למצוא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופטת אגמון-גונן) בפרשיית דנ-אל נ' סנפיר, שעסק בהפרת זכויות יוצרים בתוכנת מחשב.<sup>35</sup> באותו מקרה היה בית המשפט נכון לקבוע שבעל זכויות בתוכנת מחשב שהיא סטנדרט בשוק הרלוונטי, אשר משתמש בזכויותיו כדי לחסום מתחרים פוטנציאליים מלהיכנס לשוק, עושה שימוש לרעה בזכויות היוצרים, המנוגד לחובת תום הלב.<sup>36</sup> בית המשפט הוסיף וציין כי בנסיבות כאלה אפשר

31 Pessach & Shur-Ofry, לעיל ה"ש 27, בעמ' 166–167.

32 רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625, 630 (2003) (ההדגשה הוספה).

33 ע"א 10717/05 פלוריסט דה קוואקל ב.וו. נ' חגי' (פורסם בנבו, 3.9.2013).

34 שם, בעמ' 54 (ההדגשה הוספה).

35 ת"א (מחוזי ת"א) 38918-12-09 דנ-אל פתרונות תוכנה מתקדמים בע"מ נ' סנפיר (פורסם בנבו, 9.4.2014).

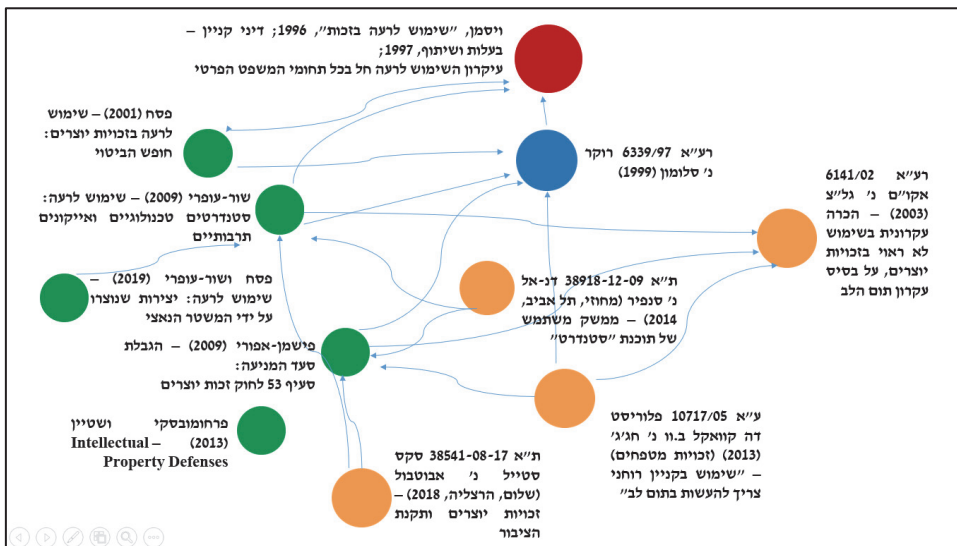
36 שם, בעמ' 21.

על שימוש לרעה בקניין רוחני והתפשטות רעיונות: דברים לזכרו של פרופ' יהושע ויסמן

להשתמש גם בשיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בסעיף 53 לחוק זכות יוצרים ולהימנע ממתן צו מניעה.<sup>37</sup> גם באותו מקרה דובר בהכרה עקרונית בלבד, שכן נפסק כי בנסיבות פסק הדין לא התקיים שימוש לרעה בזכויות.

ההחלטה האחרונה (לעת עתה) בסדרת פסקי הדין שביססו את עקרון השימוש לרעה בקניין רוחני במשפט הישראלי היא פסק דינו של בית משפט השלום בהרצליה (כבוד השופט גלעד הס) משנת 2018, בפרשיית סקס סטייל נ' אבוטבול.<sup>38</sup> באותו מקרה סירב בית המשפט לאכוף את זכויות היוצרים בסרטים פורנוגרפיים, בהתבסס, בין היתר, על העיקרון של "תקנת הציבור" והאינטרס הציבורי, הדומה במידה רבה לעקרון השימוש לרעה. עם זאת יצוין כי כחלק מפשרה שגובשה בהליכי הערעור פסק הדין "בוטל בהסכמה".<sup>39</sup>

ההצבר של פסקי הדין האלה מעיד שהעיקרון האוסר על שימוש לרעה בקניין רוחני נקלט במשפט הישראלי בתהליך איטי והדרגתי, כחריג צר ותלוי הקשר, המגביל במקרים מסוימים את כוחם של בעלי הזכויות. הפסיקה שהכירה בקיומו של העיקרון לא הסתמכה במפורש על מחקריו של פרופ' ויסמן בתחום דיני הקניין, אולם היא נסמכת על פרשיית רוקר נ' סלומון שאימצה את עמדתו, כמו גם על המחקרים של תלמידיו. את "רשת ההסתמכות" הזאת ניתן לתאר, באופן סכמטי, בתרשים הזה:<sup>40</sup>



37 ש.ם.  
 38 ת"א (שלום הרצ' 38541-08-17 סקס סטייל בע"מ נ' אבוטבול (פורסם בנבו, 7.8.2018).  
 39 ע"א (מחוזי ת"א) 67557-10-18 סקס סטייל 3000 (1995) בע"מ נ' אבוטבול (פורסם בנבו, 6.11.2019);  
 וכן ראו שם, בעמ' 2-3 לפרוטוקול הדיון מיום 4.11.2019 [העתק אצל הח"מ]. יצוין כי המסמכים הללו אינם כוללים דיון בסוגיית השימוש לרעה.  
 40 מקרא: • כתום = פסיקה בקניין רוחני; • ירוק = מחקר בקניין רוחני שחיברו תלמידיו של פרופ' ויסמן; • חץ = ציטוט.



התרשים שלמעלה אינו מתיימר להיות מיפוי ממצה של כל מערכת הציטוטים והאסמכתאות הרלוונטיים. עם זאת הוא ממחיש כי התפשטותו של עקרון השימוש לרעה בזכות אל תחום הקניין הרוחני היא חלק מ"אלומת ההשפעה" של פרופ' יהושע ויסמן על התחום, הן באמצעות מחקריו בתחום דיני הקניין והן באמצעות מחקרים של תלמידיו.

#### ד. שימוש לרעה בקניין רוחני: מבט קדימה

כיצד יתפתח עקרון השימוש לרעה בקניין רוחני במשפט הישראלי בעתיד? להערכתי, תרומתו של פרופ' ויסמן בנושא זה לא הסתיימה, ואבהיר: כשבתי המשפט הדנים בקניין רוחני ייזקקו לעקרון השימוש לרעה, יתעוררו שאלות נוספות שנוגעות ליישום הדוקטרינה, להיקפה ולתוכנה. חלק גדול מהתשובות לשאלות אלה כבר מצוי לדעתי בכתיבתו של פרופ' ויסמן, אשר דן בכמה וכמה סוגיות הנוגעות ליישום העיקרון של שימוש לרעה בזכות וגיבש להן תשובות היפות גם לתחום הקניין הרוחני. הינה שלוש דוגמאות קצרות.

ראשית, האם כדי להצליח בטענת שימוש לרעה נדרש להראות מניע פסול מצד בעל הזכויות? פרופ' ויסמן הציע שמניע כזה אינו נדרש. הדגש בבחינת השימוש לרעה צריך להיות על חוסר הסבירות שבשימוש בזכות הקניינית, או על חוסר האיזון שבין הנזק לציבור לבין הפגיעה בבעל הזכות.<sup>41</sup> גישה זאת מתאימה לדעתי גם לעיצוב דוקטרינת השימוש לרעה בקניין הרוחני. גם בתחום זה רצוי ואפשר להחיל את הדוקטרינה במגוון הקשרים רחב יותר מאשר שימוש הנובע ממניעים זרים.

שנית, מהן תוצאות הקביעה כי בעל קניין רוחני השתמש בזכויותיו לרעה? האם הבעלים מנוע לחלוטין מלאכוף את זכויותיו? האם אפשר להגביל על בסיס העיקרון הזה את סכומי התמלוגים שאותם רשאי בעלים של זכויות קניין רוחני לדרוש תמורת השימוש בזכויותיו? פרופ' ויסמן סבר שהסעדים במקרה של שימוש לרעה בזכות יכולים להיות מגוונים, ומצא את הסמכות לכך בסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984.<sup>42</sup> כעולה מן הדוגמאות שלמעלה, גמישות כזאת מתאימה גם לתחום הקניין הרוחני. חיזוק לגישה זו ניתן למצוא כיום גם בהוראות חוק זכות יוצרים, המעניקות לבית המשפט גמישות רבה מבעבר בנושא הסעדים, הן לעניין מתן צו מניעה והן לעניין פסיקת פיצויים.<sup>43</sup> הוראות אלה יקלו את הפעלת עקרון השימוש לרעה בענף זה, בצורה גמישה ותלויה-הקשר.

ולבסוף, האם עקרון השימוש לרעה הוא רק "מגן" או שמא גם "חרב"? במילים אחרות, האם אפשר לפנות לבית המשפט בתביעה להצהיר שבעל זכויות קניין רוחני משתמש לרעה בזכויותיו ולקבל סעד מתאים? התשובה שהציע פרופ' ויסמן בהקשר הקנייני, ואותה אני מציעה "לייבא" גם לתחום הקניין הרוחני, היא חיובית: כדי לרסן בעלי זכויות ולמצות את

41 ויסמן בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 53, 67; ויסמן "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 13, בעמ' 75.

42 שם, בעמ' 87; ויסמן בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 13, בעמ' 68.

43 ס' 53 ו-56 לחוק זכות יוצרים.

על שימוש לרעה בקניין רוחני והתפשטות רעיונות:  
דברים לזכרו של פרופ' יהושע ויסמן

פוטנציאל הכוונת ההתנהגות שגלום בדוקטרינה ראוי להכיר לא רק בהגנה של שימוש לרעה  
אלא גם בתביעות שעילתן שימוש לרעה.<sup>44</sup>  
פרופ' ויסמן יחסר מאוד בנוף המשפטי בישראל, ולי באופן אישי. עם זאת אין לי ספק  
שהגישה המאוזנת והרב-ממדית שלו לסוגיית השימוש לרעה בזכות, כמו גם לסוגיות  
משפטיות אחרות, תמשיך ותשפיע על תחום הקניין הרוחני ועל המשפט הישראלי גם  
בעתיד.

44 ויסמן **בעלות ושיתוף**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 55-56; ויסמן "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 13, בעמ' 76, 87  
(להשקפת ויסמן, אחד הסעדים בגין שימוש לרעה בזכות הוא פסיקת פיצויים, ולא רק צווים שעניינם  
הפסקת השימוש לרעה). השוו מיכל שור-עופרי "הגנת תוכנת מחשב" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק  
זכות יוצרים התשס"ח-2007** 491, 527-528, ה"ש 137 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009);  
*Shur-Ofry, Hatch-Waxmanizing*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 183-186.