



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

לפני כבוד השופטת תמר אברהמי

תובעת מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ
ע"י מר משה שטרית

נגד

נתבעות 1. שירותי בנק אוטומטיים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ד"ר יואב אסטרייכר ועו"ד נטע ארבל
[מיתר | עורכי דין]

2. סמארט שירותי כספומט מתקדמים, קרן התמר בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ניר קהת
[תדמור לוי ושות', עורכי דין]

פסק דין (חלקי)

1. לפני תביעה של חברה לפיתוח תוכנה כנגד לקוח אשר עסק בהפעלת מכשירי ATM (Automatic Teller Machine) וכנגד חברה אשר לה מכר הלקוח פעילות זו. נטען כי הנתבעות עשו ועושות שימושים מפרים בתוכנה שפיתחה התובעת בניגוד להסכמים, לדיני זכויות יוצרים ולדינים נוספים.

מכשירי ATM ידועים במקומותינו גם כמכשירי "כספומט". להלן יעשה שימוש מעורב במונחים אלה.

הצדדים ותמצית המחלוקת

2. התובעת, מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ (להלן גם: "מיתוג"), היא חברה לפיתוח תוכנה המתמחה בהתאמת פתרונות תוכנה לצרכי הלקוח. אין חולק כי התובעת היא "עסק של איש אחד"; הדמות החיה במיתוג, מנהלה ובעל השליטה בה הוא מר משה שטרית ("שטרית"). שטרית ייצג את מיתוג בהליך בעצמו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

3. הנתבעת מס' 1, שירותי בנק אוטומטיים בע"מ ("שב"א"), נוסדה בשנת 1979 כחברת שירותים משותפת של חמשת הבנקים הגדולים דאז. שב"א הפעילה רשת של מכשירי ATM שאינם צמודים לסניפי הבנקים, פעילות שנוהלה שנים רבות כמונופול.

4. ביום 20.9.2012 ניתן לשב"א פטור בתנאים מאישור הסדר כובל, אשר קבע בין היתר כי עליה למכור את רשת מכשירי ה-ATM שבבעלותה בתוך זמן שנקצב ולאחר אישור הממונה. בשנת 2013 זכתה חברת מרגלין אחזקות בע"מ ("מרגלין") במכרז למכירת פעילות מכשירי ה-ATM וזו המחתה את הזכיה לחברת סמארט שירותי כספומט מתקדמים, קרן התמר בע"מ, היא הנתבעת מס' 2 ("קרן התמר" או "הקרן"), שהוקמה לצורך זה¹.

5. בין שטרית – במישרין או באמצעות התובעת – לבין שב"א היו יחסים מסחריים בהקשר של פיתוחי תוכנה ושירותים הקשורים בכך, וזאת לאורך שנים לא מעטות.

6. לטענת התובעת, בשלב מסוים היא פיתחה בתיאום עם שב"א ומכרה לה רישיונות שימוש בתוכנה המכונה MultiXFS ("התוכנה"), רישיונות שימוש שלא היו ניתנים להעברה. ממשיכה התובעת וטוענת כי בשנת 2013, כאשר מכרה שב"א את מכשירי הכספומט לקרן התמר, היא העבירה לקרן את עותקי התוכנה המותקנים במכשירים ואת הרישיונות ללא היתר ואף לאחר שהוזהרה לא לעשות כן.

התובעת עותרת למגוון סעדים ובהם צווי מניעה, צווי עשה (כמו הסרת התוכנה), צווי מתן חשבונות וסעד כספי. התובעת טוענת מספר עילות משפטיות ובהן הפרת חוזה; גרם הפרת חוזה (ע"י קרן התמר); הפרת זכויות יוצרים; הפרת חובות תום לב במו"מ ובקיום חוזה ע"י שב"א; גזל סוד מסחרי; ועשיית עושר ולא במשפט.

7. בכתבי הגנה שהוגשו מטעם הנתבעות נטען תחילה לתחולת התיישנות ולמצער לשיהיו בעניינה של התביעה. טענת ההתיישנות נסמכת בעיקרה על כך שנתגלעה מחלוקת בין

¹ לפי החלטה שניתנה בתיק אחר, קרן התמר מוחזקת ע"י מרגלין (80%) שהיא חברה בשליטת מר יחיאל דהן, וכן (20%) ע"י חברה בשליטתו של יגאל מלכה, מנכ"ל הקרן (תנ"ג (ת"א) 61475-07-14 דהן נ' דהן, 16.5.2019, סע' 4).





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

התובעת לשב"א בשאלת הבעלות בתוכנה כבר בשנת 2007. טענת השיהוי נסמכת בעיקרה על טענות שהועלו על ידי התובעת במהלך שנת 2013. התובעת לא פנתה להליכים משפטיים אותה עת ושבה ופנתה לנתבעות, והגישה את התובענה, בשנת 2017.

לגופו של עניין נטען ע"י הנתבעות כי הבעלות בתוכנה היא של שב"א וכי אין יסוד לטענות התובעת לגבי בעלותה. לחילופין נטען, כי גם אם הבעלות בתוכנה היא של התובעת, לא הייתה שב"א מוגבלת בהעברת המכשירים בהם הוטמעה התוכנה, וזאת הן לאור ההסכמים שבין הצדדים והן לפי דין בהינתן דוקטרינת מיצוי הזכויות.

קרן התמר טענה בנוסף כי מדובר בניסיון של התובעת להפריז בחשיבות התוכנה שפיתחה לפעילות מכשירי ה-ATM. נטען כי התוכנה היא רכיב אחד מרבים המותקנים במכשיר, וכי גם בעת רכישת המכשירים כבר הייתה התוכנה משום מוצר ישן שאופק חייו מוגבל.

8. הצדדים העלו טענות נוספות. בין היתר טענה מיתוג כי מדובר בפרשה מטרידה אודות דרך התנהלות נצלנית, דורסנית ובלתי חוקית של חברות עתירות ממון לביצוע עסקת ענק תוך הפרה בוטה ומודעת של זכויות חברת תוכנה קטנה. מצד הנתבעות נטען כי מדובר בתביעה טורדנית וחסרת יסוד הנגועה בשיהוי כבד, שמטרתה לסחוט כספים ולהרוויח "כסף קל" על חשבון.

אין באמור כדי למצות את טענותיהם הרבות עד מאוד של הצדדים אלא כדי להביא רקע כללי בלבד.

סדר הדין

9. בכפוף לשאלות מקדמיות של התיישנות ושיהוי (ר' להלן), המחלוקת הראשונית המצריכה הכרעה בתיק זה היא בשאלת הבעלות בתוכנה: האם זו נתונה לתובעת או לשב"א. אם הבעלות בתוכנה היא של שב"א, כי אז נשמטות למעשה רוב טענות התובעת בהליך. ככל שהבעלות בתוכנה נתונה לתובעת, יש לבחון אם שב"א הייתה רשאית לבצע העברה אל קרן התמר באופן בו הדבר נעשה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

10. תחילה וכרקע לדיון, יובאו מספר הערות דיוניות לגבי ההליך, יצינו אבני דרך בהשתלשלות העניינים הכרונוולוגית, ותוזכר מסגרת נורמטיבית רלוונטית.

הערות דיוניות

11. הצדדים פנו להליך של גישור אך זה לא צלח והצדדים הביאו את ראיותיהם.

מטעם התובעת העיד שטרית עצמו.

מטעמה של שב"א העיד מר תמיר רפאלי ("רפאלי"), מנהל קשרי שותפים וממשל. שב"א ביקשה לזמן לעדות אף את מר גדעון מילויצקי ("מילויצקי"), ששימש כמנכ"ל שב"א בזמנים הרלוונטיים. לנוכח גילו ומצב בריאותו של העד, נקבע מועד לגביית עדות מוקדמת. ברם, עדות זו לא נשמעה לבסוף מטעמים הקשורים בבריאות העד ולא יפורטו מטעמי צנעת הפרט. למען הסדר הטוב יצוין כי הוגשה בקשה מטעמו של העד, הומצאו מסמכים רפואיים, ואף התקיים דיון בעניינה של הבקשה.

מטעמה של קרן התמר העיד מר יגאל מלכה ("מלכה"), המנכ"ל. בתחילה התעתדה קרן התמר להעיד גם את מר שלמה אבידן, המשנה למנכ"ל אולם משזה סיים את עבודתו בה, הוחלף תצהירו בתצהיר משלים של מלכה.

12. לאחר שהושלמה שמיעת הראיות נעשו נסיונות נוספים לסייע לצדדים להביא את ההליך לסיום בהבנה או בדרך מקוצרת. הניסיונות לא עלו יפה, אף לא לאחר דיון נוסף, זאת כנראה במידה רבה לאור פער תפיסתי ניכר בין הצדדים. הצדדים הגישו סיכומי טיעונים בכתב.

13. הפניות לעמודים ושורות הן הפניות לפרוטוקולים של הדיונים כפי שהם מופיעים בתיק הממוחשב, אלא אם מצוין או משתמע אחרת.

הפנייה ל-מ/___ היא הפנייה למוצג בתיק המוצגים המאוחד אותו יצרו הצדדים.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

אבני דרך עובדתיות

14. ההתנהלות העסקית שבין שטרית לבין שב"א² החלה בשנת 1987 או בסמוך לכך. תחילה התנהל שטרית כעוסק ובהמשך התנהל באמצעות החברה שהקים, מיתוג.

במשך השנים העניקה מיתוג לשב"א שירותים כגון פיתוח תוכנות המיועדות לשימושה, העברת הדרכות, מתן תמיכה טכנית, תפעול תקלות וביצוע שדרוגים. לתיק הוגשו מסמכים שאינם רלוונטיים לענייננו אך מעידים על קשר עסקי ממושך, כמו הסכמים שנערכו בין הצדדים במהלך השנים וחשבוניות שהונפקו בגין עבודות שבוצעו (מ/84-מ/87).

15. בהסכם הנושא תאריך 13.3.2005 (מ/78; "הסכם 2005") הזמינה שב"א ממיתוג שירותים שונים ובהם מספר מוצרי תוכנה עבור מכשירי ה-ATM של שב"א. בין השאר אמורה הייתה מיתוג לספק תוכנה אשר תפותח על בסיס תוכנת Aprta Edge של חברת NCR (כאשר שב"א תרכוש רשיונות לתוכנת ה-Aprta Edge). הסכם 2005 התייחס בין השאר גם לפיתוחים על יסוד תוכנה קיימת של מיתוג המכונה Multix ("מולטיקס").

16. אין חולק כי כעבור זמן מה הודיעה מיתוג שיש קושי בפיתוח תוכנה על יסוד תוכנת Aprta Edge (עמ' 104 ש' 11-14). שב"א מלינה כי הודעה זו הייתה מנוגדת לחוביותה של מיתוג לפי ההסכם, מחויבות אותה נטלה מיתוג על עצמה תוך שהיא מצהירה כי בידיה היכולת, המשאבים, הידע והניסיון הדרושים. מיתוג טוענת כי חוסר ההיכרות המוקדם עם תוכנת Aprta Edge היה ידוע היטב לשב"א, ושב"א בחרה לבצע את ההתקשרות מבלי שיבוצע לימוד מוקדם של התוכנה הנ"ל, בשל שיקולי עלות (עמ' 102 ש' 9-14; ור' גם עמ' 98 ש' 4-16; עמ' 103 ש' 7-9).

כך או כך, אין מחלוקת כי לאחר שנשקלו פתרונות אחרים (לרבות פיתוח על בסיס תוכנת NDC של חברת NCR), הוסכם בין הצדדים שמיתוג תפתח תוכנה או רכיב תוכנה שלא על יסוד Aprta Edge, בהתאמה לתקן XFS המיושם במכשירי ה-ATM של שב"א. תוכנה זו שפותחה ע"י מיתוג, תוכנת MultiXFS, היא שבבסיס ההתדיינות.

² וכן למול מס"ב- מרכז סליקה בנקאי, תאגיד נוסף בבעלות הבנקים, שאינו צד להליך.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

17. בעקבות כך נחתם בין הצדדים מסמך הנושא תאריך 21.6.2006 וכותרתו: "הסכם לשימוש בתוכנת MultiXFS" (מ/53). המסמך משנת 2006 אינו מפנה באופן ישיר להסכם 2005, אך נזכר בו כי מיתוג "ביצעה עבור שב"א פרויקט של פיתוח תוכנת מכשיר ATM". יאמר כבר כאן כי בין הצדדים מחלוקת ניכרת לגבי משמעותו של מסמך 2006.
18. מסמך 2006 תוקן בחודש דצמבר 2007. קדמה לחתימתו דרישה של מיתוג לשינוי תעריפים, לרבות של רישונות השימוש בתוכנה (מ/43-מ/46). באותו שלב גם עלו חילוקי דעות בעניין הזכויות בתוכנה (MultiXFS) אך הצדדים "דילגו" עליהם וקיוו שלא יהא צורך להדרש לעניין ("הצעה זו אמורה להשאיר את המצב הקיים מבחינת הזכויות על כנו, כל אחד לפי הבנתו. אף אחד מאיתנו לא מוותר פה על אף זכות לפי הבנתו. אני מקווה ששיתוף הפעולה יהיה חיובי וכזה שלא יחייב אף אחד מאיתנו לחדד את הפינות") (מ/35, מ/37; "הסכם 2007" או "תיקון 2007").
19. מאז חתימת מסמכים אלה התנהלו שב"א ומיתוג ללא שנרשמו אירועים יוצאי דופן, ומכל מקום, כאלה לא הובאו לפני.
20. בחודש יולי 2013, לאחר פרסומים בתקשורת לגבי מכירת פעילות מכשירי ה-ATM של שב"א, פנה שטרית למילויצקי וציין בין היתר, כי במסגרת המכירה יש לוודא שלא יועברו רכיבי תוכנת מולטיקס והתוכנה (תוכנת MultiXFS) ללא אישור של מיתוג (דוא"ל מיום 14.7.2013, מ/24).
- ימים ספורים לאחר מכן, פנתה מיתוג באורח דומה גם באמצעות בא כוחה. פניות, המתייחסות גם לזכויות יוצרים, נשלחו הן לשב"א והן לחברה שלפי הפרסומים הייתה צפויה לזכות במכרז (מ/21 ו-מ/22, בהתאמה).
21. ב"כ שבא השיבו כי נחתם הסכם למכירת רשת הכספומטים של שב"א לחברת מרגליו. במכתב צוין כי שב"א והתובעת חלוקות בעניין זכות הבעלות בתוכנה; כי שב"א לא מכרה את הבעלות בתוכנה וקוד המקור נשאר בבעלותה וזכויות מיתוג בקוד המקור המוגדרות בהסכם 2005 נשמרו במלואן; וכי במסגרת הסכם המכר תעביר שב"א לרוכשת את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

מכשירי ה-ATM שבבעלותה כשכל מכשיר כולל העתק מורשה של התוכנה (MultiXFS) עבורו שולמו דמי רישוי מלאים (מכתב מיום 22.7.2013, מ/מ 20).

22. בעקבות זאת נשלחה מטעם מיתוג "התראה בטרם נקיטת הליכים משפטיים" (מ/מ 19). שב"א דחתה את ההתראה והפנתה לסעיף הבוררות שבהסכם 2005 (מכתב מיום 25.7.2013, מ/מ 18). גם ב"כ הרוכשת דחו את טענות מיתוג, תוך שציינו כי שב"א נתנה מענה מפורט לטענות וכי מדובר בעניין שבין התובעת לשב"א (מ/מ 16).

23. למרות מכתבי ההתראה, מיתוג לא פתחה הליך בשנת 2013 ואף לא בסמוך לכך. בדוא"ל מיום 8.9.2013 אל מילויצקי (שב"א) כתב שטרית כי בשל נסיבות ועניינים שאינם בשליטתו הוא נאלץ לקטוע את ההליכים בעניין אך עודו עומד מאחורי המכתבים שנשלחו ושומר על כל הזכויות שלו ושל מיתוג (מ/מ 14).

הפנייה הבאה של שטרית לשב"א הייתה בחודש אפריל 2017 (מ/מ 11), ולאחר תכתובת נוספת, לרבות למול קרן התמר (מ/מ 7-8), הוגשה התובענה דנן בחודש יוני 2017.

מסגרת נורמטיבית

24. עילות התביעה העיקריות עליהן נסמכת מיתוג הן טענות להפרת הסכם ע"י שב"א, גרם הפרת הסכם על ידי קרן התמר, והפרת זכויות יוצרים בתוכנה הן ע"י שב"א והן ע"י קרן התמר.

הטענה להפרת זכויות יוצרים מצריכה הקדמה קצרה לגבי המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית.

25. ככלל, על תוכנת מחשב חלים בישראל דיני זכויות יוצרים.

הכרה בהגנת זכות יוצרים על תוכנת מחשב הובעה תחילה בפסיקה (ת"א (מחוזי ת"א) 3021/84 Apple computer inc. נ' ניו-קוב טכנולוגיות בע"מ, פ"מ תשמ"ז(1) 397; מיכל שור-עופרי "הגנת תוכנת מחשב" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים (מיכאל





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

בירנהק וגיא פסח עורכים) 491 (2009) ("שור-עופרי"), עמ' 493; ברי לבנפלד, צבי כהנא
"זכות היוצרים בתוכנת מחשב בישראל" הפרקליט לט 179, 183 (1989).

בהמשך, עוגנה ההגנה בחקיקה על ידי שילוב סעיף 2א בפקודת זכות יוצרים 1924, בו
נקבע כי לעניין זכות יוצרים "דין תוכנה של מחשב כדין יצירה ספרותית כמשמעותה בחוק
זכות יוצרים, 1911". סעיף 2א שולב בפקודת זכויות יוצרים בשנת 1988 ובהמשך תוקן
בשנת 1999 כחלק מתיקוני חקיקה שנועדו לבצע התאמות לדרישות הסכם טריפס
(Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) של ארגון הסחר
הבינלאומי.

כיום נזכרת תוכנת מחשב בהגדרת "יצירה ספרותית" בחוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007
("חוק 2007" או "החוק"), המזכה בזכות יוצרים בהתקיים התנאים לכך.

26. הוראות חוק 2007 חלות לגבי יצירה שנוצרה לפני יום התחילה, בכפוף להוראות הנזכרות
בהוראות המעבר שבסעיף 78 לחוק. יום התחילה של חוק 2007 – שישה חודשים מיום
פרסומו (סעיף 77 לחוק) – הוא 25.5.2008. התוכנה שבמוקד הדיון כאן, תוכנת MultiXFS,
פותחה רובה ככולה קודם ליום התחילה. על מנת לדעת מהו הדין החל לסוגיה קונקרטית,
יש לבחון האם מדובר בנושא עליו חלות הוראות סעיף 78 לחוק 2007 אם לאו, כאשר בנושא
עליו חלות הוראות סעיף 78 יחול הדין הקודם.

27. רוב הנושאים השנויים במחלוקת בין הצדדים, אף שלא כולם, נוגעים לבעלות בתוכנה
ולעבירות זכויות. שאלות של בעלות ועבירות נדונות בחוק 2007 בגדרם של סעיפים 37-
33. לפי הוראות המעבר, "הוראות סעיפים 33 עד 36 לא יחולו על יצירה שנוצרה לפני יום
התחילה, וימשיכו לחול לגביה לעניין זה הוראות הדין הקודם" ו-"הוראות סעיף 37 לא
יחולו על העברת זכות יוצרים שנעשתה לפני יום התחילה או על רישיון שניתן לגבי זכות
יוצרים לפני היום האמור, וימשיכו לחול לגביהם לעניין זה הוראות הדין הקודם" (סעיף
78(ה)-78(ו) לחוק 2007).





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

28. לגבי בעלות ועבירות הדין הרלוונטי לענייננו הוא אפוא הדין שקדם לחוק 2007 ובפרט חוק זכות יוצרים 1911 ("חוק 1911").

התיישנות ושיהוי

התיישנות

29. הנתבעות טוענות כי התביעה התיישנה זה מכבר, בכללותה או למצער בכל הנוגע לסוגיית הבעלות בתוכנה, באשר מחלוקת בעניין זה התגלעה עוד בשלהי שנת 2007, והיה על מיתוג לפעול משפטית בעניין זה בתוך 7 שנים מאותו מועד.

30. לא מצאתי לקבל טענה זו. אכן, תוך כדי הידברות בין מיתוג ושב"א בשנת 2007 עלתה ביניהן מחלוקת בפרשנות הסכם. ברם, הצדדים הגיעו לאחר מכן להבנה עליה חתמו באופן שהפיס את דעתם. מבחינת התובעת, עמדתה לגבי בעלותה בתוכנה לא אותגרה עוד ולא הצריכה הידרשות. אדרבא, נחתם תיקון בהסכמה, ולאורך שנים קיים ההסכם באופן המבסס מבחינתה את בעלותה. לא היה צורך ב"שריון" זכות או באכיפתה ואף לא היה בידי התובעת לקבל את הסעד אשר לו היא עותרת בתובענה דנן. 'עילת תביעה' אשר הולדתה מתחילה את מירוץ תקופת ההתיישנות "מורכבת ממכלול העובדות הנדרשות לביסוס תביעה שתזכה את התובע בסעד המבוקש. כך באופן כללי וכך בתביעות חוזיות, שמועד פתיחת מירוץ התיישנותן עשוי להשתנות לפי הסעד הנתבע... בבואנו להתחקות אחר "מכלול העובדות" הנדרשות לביסוס התביעה, עלינו ליתן את הדעת גם על העובדות המגבשות את הסעד המבוקש. סעדים שונים, המבוססים על מערכות עובדתיות שונות, עשויים במקרים מסוימים להוביל לקיומן של עילות תביעה שונות שנולדו במועדים שונים" (רע"א 6774/19 אפרידר החברה לשיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית ראש העין (25.5.2021), סע' 16).

31. ניתן גם לראות זאת כמקרה בו עולה על הפרק הפרה צפויה, ובהקשר תחילת מירוץ ההתיישנות נפסק כי "האופציה להגיש תביעה מוקדמת" בגין הפרה צפויה "היא בגדר ברירה בידי הנפגע אשר אינה גורעת מזכותו להגיש את תביעתו נגד המפר רק אחרי שההפרה תשנה את מעמדה מהפרה צפויה להפרה ממשית" (ע"א 3179/19 נאש רמות בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון (3.10.2021), סע' 39; ע"א 1973/19



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

עיריית טירת כרמל נ' תורן חברה לפיתוח נכסים (1989) בע"מ (18.8.2022), סע' 21.ג). אין מדובר במקרה בו קיים, למשל, מרשם כלשהוא (כמו מרשם בעלי מניות) אשר מבוקש לתקנו. אף כעניין שבמדיניות אין אינטרס לעודד תובעים פוטנציאליים להגיש תביעה לסעד שאינו נדרש, כאשר לא ברור אם יהיה צורך בפנייה או בסעד (השוו: ישראל גלעד התיישנות בדין האזרחי (2022), עמ' 173).

שיהו

32. הנתבעות טוענות כי גם אם לא חלה התיישנות בעניינה של התביעה, לוקה הגשתה בשיהו רב העולה גם כדי חוסר תום לב והשתק, ודי בהם כדי להביא לדחייתה.

שיהו – כללי

33. לפי פסיקת בית המשפט העליון, בצד הסדרי ההתיישנות הסטטוטוריים יחולו במשפט האזרחי במקרים מתאימים גם דיני שיהו. בסיפא סעיף 27 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 צוין במפורש, כי "...אין חוק זה בא לפגוע בכל סמכות, לפי כל דין, לדחות תובענה או לסרב למתן סעד מחמת שיהו". מקום בו יש תחולה לדיני שיהו, אין בקיומו של חוק ההתיישנות ובהוראותיו כדי לפגוע בסמכות לדחות תובענה או שלא ליתן סעד בשל שיהו.

דוקטרינת השיהו מאפשרת לבית המשפט "לקצר את התקופה שבה ניתן לנקוט הליכים משפטיים באותם מקרים שבהם הדבר נדרש מטעמים של צדק והגינות כלפי הנתבע" (ע"א 4352/15 קורן נ' עו"ד אורן הראל (2.8.2017) (עניין קורן), בסע' 49), וכן לנוכח שיקולים שבאינטרס הציבור ודאגה לקיום הליך שיפוטי תקין (ע"א 2919/07 מדינת ישראל נ' גיא-ליפיל, פ"ד סד(2) 82 (19.9.2010), סע' 96).

34. שיהו הוא אמצעי בו יעשה שימוש בנסיבות יוצאות דופן בלבד, שכן הוא פוגע בציפיותו של התובע לכלכל צעדיו על פי דיני ההתיישנות הקבועים בחוק ויש בו פגיעה בזכות למימוש סעדים והגבלה של גישה לערכאות. טענת השיהו מטילה נטל כבד על הטוען לה (ע"א 9839/17 הביטאט בע"מ נ' CAFOM (17.12.2018), סע' 33).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

35. שני שיקולים מרכזיים נזכרו בפסיקה בסוגיית השיהוי. הראשון – יצירת מצג מצד התובע בדבר זניחת זכות התביעה, כאשר איחור בהגשת תביעה כשלעצמו, על פי רוב אינו מעיד על ויתור או מחילה על זכות תביעה, הגם שצוין כי "יתכן שבמקרים חריגים, בהם מדובר בשיהוי בן עשרות רבות של שנים, יזכה חלוף הזמן למשקל עצמאי ונכבד גם בגדר דוקטרינת השיהוי...." (עניין קורן, שלהי סע' 3 לפסק דינו של השופט הנדל). שיקול שני אליו מתייחסת הפסיקה הוא שינוי מצבו של הנתבע לרעה בשל פגיעה ביכולתו להוכיח את טענותיו לנוכח השיהוי. שיקול נוסף שנזכר לעתים בפסיקה הוא התנהלות בחוסר תום לב מצד המשתתף בהגשת התביעה (ר' למשל ע"א 2483/14 שלומוביץ נ' בית חנניה מושב עובדים להתיישבות (14.7.2016), סע' 34; ע"א 5574/09 קזל נ' קרן קיימת לישראל (16.11.2011) (עניין קזל), סע' 23).

השיקולים העיקריים בדבר זניחת התביעה ובדבר שינוי מצבו של הנתבע לרעה, תוארו לעתים כשיהוי סובייקטיבי (המתמקד בהתנהגות התובע ובשאלה האם חלוף הזמן מלמד כי ויתר על זכויותיו) ושיהוי אובייקטיבי (שעניינו בשינוי המצב לרעה ובפגיעה באינטרסים שנגרמה בעקבות האיחור) (ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה (4.1.2009), סע' 96).

בחוות דעתו של כב' המשנה לנשיאה ג'ובראן בעניין קורן הוער, כי מתעוררת שאלה נכבדה לגבי היחס בין תנאים אלה של דוקטרינת השיהוי וכי "מעיון בפסיקותיו של בית משפט זה ובכתיבה האקדמית מהעת האחרונה, דומה כי ניתן למצוא הדים הן לגישה שלפיה על תנאים אלה להתקיים באופן מצטבר... והן לגישה שלפיה תנאים אלה חלופיים...". ההכרעה בסוגייה הושארה לעת מצוא.

36. לבית המשפט יש שיקול דעת באשר לנסיבות המקרה בהן יש מקום לקבל טענת שיהוי. במסגרת שיקול דעתו יבחן בית המשפט בין השאר את מערכת היחסים בין הצדדים, את אופייה של הזכות הנתבעת, את הסעד המבוקש בתביעה, את האינטרס הציבורי העומד על הפרק ואת משך השיהוי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

37. הפסיקה בעניין דוקטרינת השיהוי היא ניכרת. לדוגמאות ר' גם: רע"א 6302/22 עו"ד מיכאל קידר, מפרק החברה נ' בן עמי (24.1.2023); ע"א 2276/20 מועצה אזורית לב השרון נ' דוידי (6.1.2022); ע"א 9981/17 צוויקלר נ' בן נון (8.9.2019); ע"א 8323/17 מדינת ישראל נ' בעהם (20.5.2019); רע"א 187/05 נסייר נ' עיריית נצרת עילית (20.6.2010); רע"א 9060/04 נבו נ' כאשי (23.1.2008); ע"א 5110/05 מינהל מקרקעי ישראל נ' שטיינברג (18.1.2007); ע"א 7853/02 דוידי נ' חברת מצפה אבו טור בע"מ, פ"ד נח(5) 681 (2.6.2004); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והשיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2.7.2003); ע"א 410/87 עזבון המנוחה רבקה ליברמן ז"ל נ' יונגר, פ"ד מה(3) 749 (18.3.1991).

שיהוי – מן הכלל אל הפרט

38. טענת השיהוי (ובדומה לה – טענת השתק) מועלית על ידי הנתבעות בעיקר על רקע ההתרחשויות בשנת 2013 שתמציתן הובאה לעיל. נזכיר כי מיתוג פנתה לשב"א בחודש יולי 2013, לאחר פרסומים בקשר למכירת פעילות מכשירי ה-ATM, ודרשה שלא יועברו רכיבי התוכנה ללא אישורה. פניות נשלחו גם באמצעות ב"כ מיתוג אל שב"א ואל מרגלין. נשלחה גם "התראה בטרם נקיטת הליכים משפטיים". הפניות נדחו. למרות זאת, מיתוג לא פתחה הליך בשנת 2013 ואף לא בסמוך לכך, אלא בשנת 2017.

39. לאחר שעינתי במכלול הטענות, לא סברתי כי הורם הנטל הכבד להוכיח כי נסיבות העניין מצדיקות את המסקנה החריגה ונדירה של דחיית תביעה בשל שיהוי בהגשתה. לשיהוי הקונקרטי יש השלכות, אולם לא עד כדי דחייה מוחלטת של תביעה.

40. בכל הנוגע לפן הסובייקטיבי, מיתוג לא "נעלמה" ללא כל הסבר ובאופן שיניח ויתור על טענות. להיפך. שטרית הודיע לשב"א ביום 8.9.2013 כי בשל נסיבות ועניינים שאינם בשליטתו, הוא נאלץ לקטוע את ההליכים אך עודו עומד מאחורי המכתבים שנשלחו ושומר על הזכויות שלו ושל מיתוג.





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

41. קרן התמר טוענת כי לא ראתה את המכתב שהופנה לשב"א, אולם לא שוכנעתי כי העסקה בין שב"א לקרן התמר הושלמה מבלי שהקרן לכל הפחות עודכנה לגבי מכתב זה. הדעת נותנת כי מסמך בו גורם שהתרה בפתיחת הליכים משפטיים מודיע מפורשות על קטיעתם יהיה "בשיח" בין הצדדים אליהם הופנתה ההתראה. יתר על כן, בשנת 2014 היו מגעים ישירים בין קרן התמר לבין מיתוג/שטרית. אלה לא עלו יפה (בלשון המעטה) אולם עמדת מיתוג לגבי זכויותיה בתוכנה הועלתה באופן ברור ונחרץ.

42. אכן, מיתוג לא פעלה לאכיפת זכויותיה הנטענות עד לשנת 2017. שטרית הסביר זאת במצב רפואי שפקד אותו (עמ' 232 ש' 13-21), בהבנתו כי הדבר יהיה כרוך בהשלכות כלכליות כמו צורך צפוי להפקיד ערובה להבטחת נזקים אפשריים של עסקת ענק והוצאות כספיות רבות, כמו גם בציפיותו כי הדברים יוסדרו בהידברות (עמ' 226 ש' 15 – עמ' 231 ש' 23). לא מצאתי כי מדובר בשיהוי המלמד על זניחת זכויות כוללת.

43. מן הפן המכונה אובייקטיבי, חל שינוי במצבן של הנתבעות במובן זה שהעסקה ביניהן הושלמה מבלי שמבוצע בירור זכויות קודם לכן. בירור, ולו חלקי, היה מתרחש כנראה לפני השלמת העסקה, לו היו ההליכים ננקטים במועד ההתראות או בסמוך לכך. בכך יש מקום להתחשב, אולם זאת בגדר בסעדים המבוקשים ובאופן אשר רלוונטי לפגיעה. הנתבעות השלימו את העסקה ביוזמן כי לא ננקטו הליכים אך גם כי לא היה ויתור על הזכויות. שב"א ידעה זאת מפורשות שכן הדבר נכתב לה ברחל בתך הקטנה. קרן התמר מצדה לא הייתה יכולה להניח ויתור על זכויות זמן כה קצר לאחר הפניות וההתראות, וכפי שצוין – הדעת גם נותנת כי הייתה מודעת להודעת שטרית לשב"א. מראיות וטיעוני הקרן עולה כי זו הבינה שיכול להיות צורך בהבנות עם מיתוג ולמצער בהסדרה כספית (למשל: עמ' 360 ש' 1-5; עמ' 386 ש' 21-22).

44. סיכומה של נקודה זו: מדובר בארוע שראשיתו לערך בחודש יולי 2013. התביעה הוגשה בחודש יוני 2017, אף לא סמוך לתום תקופת ההתיישנות. רק לעיתים רחוקות יסיק בית המשפט כי אדם ויתר על זכותו בנכס בעל שווי ממשי בשל כך שהשתתף בהגשת תביעה לשם מימושה (עניין קזל, שם; ע"א 5793/96 חיים נ' חיים, פ"ד נא(5) 625 (1997.12.2)). המקרה שלפנינו אינו מצדיק מסקנה כזו. כמו כן, לא מצאתי כי השיהוי,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

עמדתו הנחרצת של שטרית לגבי משמעותה של התוכנה עבור העסקה בין הנתבעות (ר' להלן), או היבטים אחרים בהתנהלותו עולים כדי חוסר תום לב המצדיקים דחייה כוללת של התביעה. השיהוי בהגשת התביעה יבוא לידי ביטוי באופן חלקי בדיון בהמשך.

שאלת הבעלות בתוכנה

45. בבסיס המחלוקת בין הצדדים ניצבת שאלת הבעלות בתוכנה (תוכנת MultiXFS) שפותחה ע"י מיתוג.
46. הן מיתוג והן שב"א מסכימות – כל אחד בדרכה – כי לפי הדין הרלוונטי שייכת הבעלות בתוכנה ליוצר (מיתוג) אלא אם הוסכם אחרת במפורש או במשתמע (סע' 39 לסיכומי שב"א; סע' 62 לסיכומי מיתוג).
47. המסמך ההסכמי משנת 2006 נושא את הכותרת "הסכם לשימוש בתוכנת MultiXFS". כותרת זו אינה מלמדת על מכירת או העברת בעלות בתוכנה כי אם על מתן היתר לשימוש בלבד. נותן היתר שימוש הוא ככלל הבעלים.
48. רוחה של הכותרת מתאימה לתוכנו של המסמך. התוכן אינו עומד בסתירה לכותרת אלא משלים אותה. כך בין השאר, המסמך מתייחס ל"שימוש בעותקים"; נקבע כי קוד המקור יותקן "למשמרת" בשב"א (אם הבעלות ניתנה לשב"א, אין מקום להוראה המתייחסת להעברה "למשמרת"); והמסמך קובע כי שב"א תהא רשאית להתקין את התוכנה בכל מכשיר ATM שיוצב על ידה והיא תשלם סכום (\$ 350) כ"דמי רישוי חד פעמי". גוף שהוא בעלים של תוכנה אינו זקוק להיתר להתקנתו ואינו נזקק לשלם דמי רישוי לכל התקנה.
49. שב"א טוענת כי למרות כל האמור, יש לראות במסמך משנת 2006 רק כתיקון להסכם 2005 שנועד להוות דרך לשלם למיתוג סכום כסף נוסף. לשיטת שב"א יש לקבוע כי הסכם 2005 חל גם על התוכנה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

אחירתה של שב"א בהסכם 2005 נובעת מההסדר שנקבע בו לגבי בעלות בקניין רוחני. סעיף 6.2 להסכם 2005 קובע כי קוד המקור של כל מוצרי התוכנה שיפותחו "למעט תוכנת המולטיקס", יהיו הרכוש הבלעדי של שב"א, הגם שתשמר למיתוג זכות להשתמש בתוכנות ללא תמורה או אישור, בעבודות שיבוצעו ללקוחות אחרים. שב"א מבקשת להחיל את הסכם 2005 גם על התוכנה שבבסיס המחלוקת וללמוד מכך שגם זכויות הקניין הרוחני בתוכנה זו נתונות לה עצמה. לשיטתה, מסמך 2006 נועד רק להתייחס לסוגיית התמורה.

50. עמדתה של שב"א מנוגדת ללשון המסמך החתום על ידי שני הצדדים. המסמך גם קוים בפועל ולו במובן זה ששב"א שילמה לאורך השנים דמי רישוי עבור עותקים של התוכנה שהותקנו במכשירי ה-ATM (שעתה היא מכנה אותם: "דמי התקנה"). לא מצאתי בטיעונים כמו איזכורו של הפרויקט במסמך 2006 או בתמציתיות המסמך, כדי לבסס את הטענה כי אין לתת למסמך פרשנות בהתאם לכתוב בו.

51. שב"א מצביעה על כך שבמסמך 2006 נתונות לה זכויות ניכרות, כמו להתאים רכיבים בתוכנה לפי צרכיה וטוענת כי מדובר במאפייני בעלות. לא סברתי כי מאפיינים אלה מלמדים על העברת בעלות. הזכויות אף לא הוקנו לשב"א באופן ייחודי כך שאין מדובר בשאלת הבחנה בין רישיון ייחודי לבין העברת בעלות (תמיר אפורי **חוק זכות יוצרים** (2012) ("אפורי"), עמ' 293-295). טענה זו של שב"א גם אינה מתיישבת יפה עם עמדתה לגבי הסכם 2005; הסכם 2005 נותן למיתוג זכויות לא מבוטלות בתוכנות שיפותחו עבור שב"א, לרבות זכות לעשות בהן שימוש עבור לקוחות אחרים ללא תמורה או אישור. למרות זאת, שב"א מדגישה כי למעט תוכנת מולטיקס, כל התוכנות האחרות שפותחו ע"י מיתוג תחת הסכם 2005 הן בבעלותה. היא אינה רואה במתן זכויות נרחבות משום פגיעה או סתירה לזכות הבעלות.

52. שב"א מעלה טענות רבות לגבי הגיון כלכלי, מסחרי ועסקי, אשר אמורות לדעתה לתמוך בכך שהבעלות בתוכנה היא שלה. כך למשל מתייחסת שב"א לכך שמלוא הסכום שנזכר בהסכם 2005, \$ 120,000, שולם למיתוג (אין חולק) ולכך ששב"א לא קיבלה ממיתוג את התוכנה שאמורה הייתה להתבסס על תוכנת Apra Edge למרות שגם זו נכללה בהסכם (הצדדים חלוקים בשאלה האם דובר ברכיב שערכו היה \$ 70,000 כטענת שב"א או





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

\$ 30,000 (כטענת מיתוג). לשיטתה, הדבר מלמד על כך שהתשלום בהסכם 2005 היה גם עבור התוכנה, שנועדה להביא לכך שהפרויקט מושא הסכם 2005 יפעל, וזאת לאחר שמיתוג כשלה בביצוע לו התחייבה.

גם למיתוג טענות הנסמכות על הגיון כלכלי, מסחרי ועסקי. לטענת מיתוג היא החלה בפיתוח התוכנה עוד קודם לכן ששב"א הסכימה לרכוש אותה ממנה ונטלה על עצמה סיכון משמעותי, אותו לא הייתה לוקחת עבור פיתוח של תוכנה שאינה נותרת בבעלותה. מיתוג גם מצביעה על כך שלצורך יישומו של הסכם 2005 היה על שב"א, אין חולק, לרכוש רישיונות של תוכנת Aprta Edge, דבר שנחסך ממנה לנוכח פיתוחה של התוכנה (ושב"א לא הייתה מקבלת בעלות בתוכנת Aprta Edge).

53. לצדדים יש מחלוקות עובדתיות לגבי נסיבות ההתקשרות במסמך 2006. הגורמים המעורבים במגעים היו שטרית ומילויצקי. שטרית הוא הלכה למעשה בעל הדין עצמו. האינטרס שלו בהליך מובהק. מילויצקי לא העיד בהליך, לנוכח מצבו הבריאותי. ידיעותיו של רפאלי, שהעיד מטעם שב"א, נסמכות בעניין זה למעשה על מסמכים ועל דברים אותם שמע (ר' עמ' 277 ש' 12 – עמ' 278 ש' 17; עמ' 279 ש' 22 – עמ' 280 ש' 10; עמ' 285 ש' 23 – עמ' 286 ש' 7) ואין לכך משקל של ממש.

54. תוך כדי חקירתו הנגדית של שטרית, החל בא כוחה של שב"א לומר דברים אשר לדבריו הם פרפראזה על דברים שנאמרו לו ע"י מילויצקי (עמ' 105 ש' 23 – עמ' 106 ש' 7; עמ' 297 ש' 10-16). בית המשפט איפשר לעמת את שטרית עם גרסה זו אולם אין מדובר בעדות כלל ועיקר. בשלב הסיכומים ניסתה שב"א, לטעמי בדיעבד, להתייחס לדברים שנאמרו על ידי בא כוחה כ"עדות תקפה" (ס' 17 לסיכומיה), אולם אין לקבל זאת. לא בכדי הפנתה שב"א רק "בחצי פה" ובהערת שוליים, לפסיקה ישנה אחת (ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529 (19.11.1989)). בין המקרה שנדון באותה פסיקה לבין המקרה הנוכחי, מרחק של מילין רבים. בין השאר, באותו מקרה דובר בטופס סטנדרטי שנרשם ע"י רופאה כחלק ממילוי תפקידה תוך כדי אשפוז החולה בזמן אמת, מבלי שעמד על הפרק נושא משפטי כלשהוא. בבית המשפט ניתנה עדות של רופאה אחרת (לאחר שהרופאה שרשמה את הטופס עזבה את הארץ) גם על יסוד אותו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

טופס. כאן מדובר בתרשים פנימי שערך לעצמו עורך דין של אחד הצדדים, לאחר שכבר הוגשה תביעה והמחלוקות בין הצדדים הוצבו, כשהמסמך אף אינו מתיימר להציג את הדברים כפי שנאמרו אלא מהווה ניסוח מחודש על ידי עורך הדין. זאת ועוד, המסמך לא גולה, לא הוגש באמצעות עד אלא נשלף והוקרא לפתע על ידי עורך הדין תוך חקירת הצד שכנגד; הפרקליט לא חשף את עצמו לחקירה נגדית על הגירסה הכללית שהוצבה על ידו לראשונה תוך כדי שאלותיו. נסיבות העניין אינן מצדיקות הגמשה נוספת של כללי קבילות, וגם לו היה מאן דהוא מוצא לקבל את המסמך כראיה קבילה, אינני סבורה שיש לתת לה משקל.

לא נעלם ממני שמיתוג עצמה הפנתה בעניין מסוים לדברים שצוינו באותה גרסה שהוצגה לה, אך לא ראיתי בכך משום אישורה למכלול העניין ומתן תוקף ראייתי לכך. העובדה שאין מדובר בראייה המוגשת לבית המשפט צוינה בזמן אמת (עמ' 107 ש' 5-17, עמ' 108 ש' 17-19). כמו כן, כאשר צד טוען כי עניין מה בגרסתו של צד אחר מתיישב עם טיעוניו שלו, אין בכך כדי להוביל למסקנה של אימוץ מכלול גרסת הצד האחר.

55. בד בבד אפשר לתת את הדעת לכך שחוסר ראייתי אליו נקלעה שב"א בשל מצבו הבריאותי של מילויצקי, הוא מצב הקשור למועד ניהול ההליך. ההליך מנוהל לא רק שנים לאחר מועד ההתקשרות הרלוונטית (עניין שנכון במקרים רבים) אלא גם מספר שנים לאחר שהתובעת עצמה סברה שזכויותיה מופרות באופן המצדיק פנייה לבית המשפט (2013). מטעמיו של שטרית, פתחה מיתוג בהליך רק בשנת 2017. השנים שחלפו הרעו את מצבה של שב"א ברמה הראייתית לנוכח ההרעה במצבו הבריאותי של הגורם מטעמה שהיה מעורב בארועים.

56. ניתן לתת את הדעת גם לכך שעלתה בין הצדדים מחלוקת בשאלת הבעלות עוד בשנת 2007, ולכך שראיות בכתב מלמדות כי מילויצקי סבר כבר אותה עת שהבעלות בתוכנה שייכת לשב"א: "נפנה תשומת לבכם כי הזכויות בתוכנה שבנדון שייכות לשב"א בלבד וחלות לגביה הוראות סעיף 6.2 להסכם 2005... (מ/43, סע' 8).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

לאחר מכן מצאו הצדדים לנכון לחתום על מסמך (הסכם 2007) אשר כלל, כפי שכבר צוטט, את המשפט הבא: "הצעה זו אמורה להשאיר את המצב הקיים מבחינת הזכויות על כנו, כל אחד לפי הבנתו. אף אחד מאיתנו לא מוותר פה על אף זכות לפי הבנתו. אני מקווה ששיתוף הפעולה יהיה חיובי וכזה שלא יחייב אף אחד מאיתנו לחדד את הפינות". תקווה זו לא התגשמה, והנושא עלה על הפרק מחדש.

57. בנסיבות העניין ובנושא הקונקרטי אליו נדרשנו לעיל, מצאתי שלא לקבוע מסמרות עובדתיים על יסוד גרסאות בעל פה לגבי נסיבות ההתקשרות וטעונום נסיבתיים, אלא להעדיף את המסמך הכתוב והחתום על ידי הצדדים. כפי שנראה בהמשך, שב"א מקפידה בנושאים אחרים להתייחס לדברים שכתובים או אינם כתובים בהסכמים. ראוי כי אותה עמדה תינקט גם בנושאים בהם הדבר אינו נוח לה. מסמך 2006, על כותרתו ותוכנו, תומך בעמדת מיתוג.

58. סיכומה של נקודה זו – הבעלות בתוכנה הייתה ונותרה של מיתוג.

לאור מסקנה זו יש לבחון את המחלוקת לגבי אפשרותה של שב"א להעביר לקרן התמר את מכשירי הכספומט כשהם כוללים את עותקי התוכנה ואפשרות הקרן להשתמש בהם. למחלוקת זו יש היבט עקרוני הנוגע לעצם האפשרות להעביר את המכשירים ובהם התוכנה, וכן היבט קונקרטי הנוגע לכמות המכשירים בהם נעשה שימוש בתוכנה.

עבירות

כללי

59. בעל זכות יוצרים יכול להעביר או למכור את הזכות והוא יכול לתת לגביה רישיון שימוש.

סעיף 5(2) לחוק 1911 קובע כי "בעליו של זכות היוצרים בכל יצירה רשאי להעביר את זכותו, כולה או מקצתה...., למשך כל תקופת זכות היוצרים או לכל חלק ממנה, ורשאי הוא ליתן כל טובת הנאה בזכות עפ"י רשיון ואולם כל העברה או נתינה כאלה לא יהא כוחן יפה אלא אם כן נעשו בכתב ונחתמו ע"י בעל הזכות שבגינה נעשו ההעברה או הנתינה, או ע"י בא כוחו המורשה כהלכה". השוו: סעי' 37 לחוק 2007.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

60. בפרק הקודם נמצא כי הבעלות בתוכנה הייתה ואף נותרה בידיה של מיתוג. לשב"א ניתן רישיון לשימוש בתוכנה, בכתב. שב"א שילמה דמי רישוי עבור כל עותק בו ניתן רישיון לשימוש.

אין חולק כי שב"א העבירה לקרן התמר מכשירי כספומט כאשר הם כוללים עותקים של התוכנה. מיתוג טוענת כי העברה זו מנוגדת לדין ואילו שב"א טוענת כי פעלה כהלכה.

61. המסמכים ההסכמיים הרלוונטיים אינם כוללים התייחסות לאפשרות העברת זכויות.

כל אחד מהצדדים מבקש ללמוד מעובדה זו מסקנה שונה. לשיטת מיתוג, בהעדר הסכמה ברורה חל איסור על העברת זכויות. לשיטת שב"א, בהעדר הגבלה מפורשת יש היתר להעברת הזכויות. נוסף לכך מבקשת שב"א להסתמך על דוקטרינת מיצוי זכויות.

דיני חוזים

62. כאשר ניתן רישיון שימוש לגבי זכות יוצרים, "רצוי שהצדדים להסכם יצינו בו במפורש אם הרישיון ניתן להעברה. בהתאם לדיני המחאת חיובים, רישיון לעניין זכות יוצרים, שהעברתו לא הוגבלה במפורש, ניתן לכאורה להמחאה, אלא אם כן עולה מן הנסיבות כוונת הצדדים למנוע אפשרות כזו. לדוגמה, משום שהרישיון ניתן בשל יחסים אישיים בין בעל הזכות למקבל הרישיון... לניסוח הכתב להעברת זכויות או רישיון נודעת חשיבות מכרעת. כל מחדל במישור זה עלול לגרור מחלוקת משפטית... כל רישיון או כתב להעברת זכויות שאינם ברורים יצריכו פרשנות" (טוני גרינמן **זכויות יוצרים** (מהדורה שניה 2008) ("**גרינמן (מה' 2)**"), עמ' 588). "השאלה העיקרית היא... אם הרשות שניתנה להשתמש ביצירה ניתנת להעברה לאדם אחר לפי מהותה או לפי ההסכם עם נותן הרשות... נראה כי התשובה לשאלה זו מצויה בכללי פרשנות חוזים ולא בדיני זכות יוצרים" (אפורי, עמ' 301).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

דיני המחאת חיובים הנזכרים לעיל באים לידי ביטוי בסעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, אשר מורה כי זכות ניתנת להמחאה "זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם..."

63. אשר לפרשנות הסכם, אליבא דכולי עלמא מהווה לשון ההסכם נקודת מוצא לכל הליך פרשני וכאשר היא ברורה, חד משמעית ומצביעה באופן בהיר על אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים בעת כריתת החוזה, הבכורה בהליך הפרשני תינתן לה (ע"א 1536/15 פז חברת נפט בע"מ נ' תחנת דלק חוואסה בע"מ (8.2.2018), סע' 46). כאשר לשון ההסכם אינה ברורה די הצורך ואין בה כדי להשיב בצורה בהירה על השאלה שבמחלוקת, יש לפנות אל הנסיבות החיצוניות להסכם (ע"א 8300/15 רשות הפיתוח נ' לבניין מוצרי מלט בע"מ (29.8.2017)). יוער כי "פסיקה וכתובה אקדמית ענפה נסובה על הגישה הראויה לפרשנות חוזה... לאחרונה מתרבים הקולות הסבורים כי הפער בין הגישות השונות, ומכל מקום, הפער בתוצאות יישומן במקרה הקונקרטי המובא לדיון, אינו כה גדול" (ע"א 2308/20 פז חברת נפט בע"מ נ' ממן (28.8.2022), סע' 63).

64. במקרה שלפנינו, ההסכמים הרלוונטיים אינם מתייחסים לשאלת עבירותו של הרישיון וממילא אין לומר כי מדובר בלשון ברורה וחד משמעית אשר יש לתת לה את הבכורה. ניתן גם להעיר כי אמנם מדובר בהסכם מסחרי עסקי, אולם הצדדים ככלל לא פעלו באמצעות עורכי דין אלא ניסחו מסמכים בעצמם. מדובר במסמכים קצרים למדי, ללא פירוט וניסוח דקדקניים, והם נערכו בין צדדים אשר להם מערכת יחסים ארוכת שנים.

65. שטרית טוען כי איסור העברה של הרישיונות נדון בשיחות שבינו לבין מילויצקי עובר להתקשרות והדבר היה ידוע ומוסכם. זוהי טענה בעל פה שאמנם אינה מועלית "כנגד" מסמך בכתב, אולם היא מועלית רק על ידי בעל הדין עצמו, על המשתמע מכך. עדותו של מילויצקי לא נשמעה מהטעמים שנזכרו לעיל, ולפי ראיות בכתב משנת 2007, סמוך לזמן אמת, עמדתו של מילויצקי הייתה שלשב"א נתונה הבעלות בתוכנה (ולא רק רישיון שימוש), עמדה שאינה מתיישבת עם טענה להסכמה לאיסור עבירות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

66. במגעים שבין שטרית למילויצקי לאחר הסכם 2006 וקודם לחתימת הסכם 2007, העביר שטרית הצעה לנוסח הסכם בה נכללו גם הוראות מפורשות לגבי סודיות, השבת עותקים, ואיסור העברה (מ/40, סע' 9-11). נוסח זה לא התקבל. בנוסח שהציע מילויצקי יש משפט ולפיו "שב"א מתחייבת שלא להעמיד את התוכנה לשימוש פתוח לרשות הציבור" (מ/39, סע' 8). הנוסח שנחתם לבסוף לא כולל כל התייחסות לסוגיות אלה. שטרית מבקש לראות בהבדל בין הטיטות לבין הנוסח שנחתם, משום תימוכין לעמדתו. גם בעניין זה אין לנו אלא מילתו של בעל הדין, לו אינטרס רב, ולמולה עומדים השיקולים שנזכרו לעיל לגבי עמדתו של מילויצקי בזמן אמת ולגבי העדר עדותו בהליך.
67. בעצם השימוש במילה "שב"א", להבדיל מהמילה "הלקוח" לא מצאתי עיגון פרשני לאיסור על העברת זכויות, כפי שבאופן דומה, בעצם אזכור הפרויקט בהסכם 2006 לא מצאתי עיגון לקבוע כי הסכם זה אינו אלא תיקון של הסכם 2005 אשר הוראותיו גוברות.
- גם בשאלת אפשרות העברת זכויות, בדומה לסוגיית הבעלות, מעלים הצדדים טיעונים לגבי תכליות כלכליות סובייקטיביות ואף אובייקטיביות. אף כאן התכליות "מושכות" לכיוונים מנוגדים ואינן מצביעות באופן ברור על איזה מהעמדות.
68. גם כאן אין אלא ללכת בהתאם לכתובים ולקבוע כי אין לפנינו אומד דעת של הצדדים לגבי אפשרות או העדר אפשרות להעברת הזכויות.
69. בנסיבות אלה, מוליך אותנו הדין אל הוראות סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 אשר קובע כי "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים". השלמתם של פרטים שלא נקבעו בחוזה היא מדורגת והיררכית (גבריאלה שלו, דיני חוזים – חלק כללי 444 (2005)): ראשית יש להשלים לפי הנוהג הקיים בין הצדדים ("נוהג פרטי"), ואם אין נוהג שכזה, ניתן להשלים את החוזה לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג ("נוהג כללי"). על מנת לעשות שימוש בנוהג פרטי או נוהג כללי ולהשלים באמצעותם חוזה חסר, יש להוכיחם כעובדה (איל זמיר, מרדכי ראבילו וגבריאלה שלו, הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי (1996), עמ' 146-147).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

70. הראיות שהובאו בהליך הן ספורות ואינן עולות כדי הוכחת נהג פרטי או נהג כללי. ההסכם הקודם בין הצדדים, הסכם 2005, קבע בעלות של שב"א בקניין הרוחני שתוכנן לפיתוח לפי אותו הסכם (ללא התכנה שבמחלוקת) ושטרית אישר כי שב"א רשאית לעשות בו ככל העולה על רוחה (עמ' 92 ש' 4-15). תוכנת מולטיקס נותרה, לפי הסכם 2005, בבעלות מיתוג אולם איש מהצדדים לא הפנה להוראה, בין בהסכם 2005 ובין במסמך רישיון כלשהוא, המתייחסת לסוגייה של העברת זכויות.

71. אשר לנוהג כללי – מיתוג מפנה למסמך הסכמי אחד, של מפיץ של תוכנה של שב"א ("הסכם רכישה למסוף אשראית", מ/33) ואף בו לא מופיעה במפורש הגבלת עבירות אלא היא מבקשת ללמוד על קיומה של הגבלה כזו מהמלים "לשימוש הוא" המופיעות, לשיטתה היא, "באופן אגבי" (סע' 27 לסיכומים). גם אם נניח כי לשב"א הייתה יד בעריכתו, לא די במסמך כזה כדי לבסס קיומו של נהג. בסיכומי מיתוג נטען כי בתחום של תוכנות ארגוניות, הגבלת עבירות עותקים היא חלק מהמודל שמאפשר ליצרנית התוכנה לפצות על מיעוט יחסי של משתמשים באמצעות רישיונות בלתי ניתנים להעברה ומשולבי מעטפת שירותים, וכך להשיב את ההוצאות הכרוכות בפיתוח התוכנה. נטען כי בתחום עסקאות התוכנה בתוכנות ארגוניות "מקובל" כי לא ניתן להעביר לצדדים שלישיים את הזכויות והחובות של כל צד לרבות רישיונות הניתנים במסגרת עסקאות שכאלו (סע' 54 לסיכומי מיתוג; ור' גם סע' 28). הסיכומים אינם מפנים לראיה בעניין זה. גם כאן יש לפנינו לכל היותר, את עמדת בעל הדין בלבד. אין חוות דעת מומחה או אפילו דוגמאות של הסכמי רישיון של תוכנות מחשב ארגוניות.

מעניין לציין כי לא הוצג בהליך אפילו הסכם רישוי של התוכנה שנועדה מלכתחילה להיות משולבת במערכת (תוכנת Aptra Edge) ואשר פיתוחה של התוכנה שבבסיס המחלוקת (MultiXFS) (של על בסיס Aptra Edge) ייתר את הצורך בה. במקור, שב"א אמרה הייתה לרכוש רישיונות של תוכנת Aptra Edge. אין לדעת אם רישיונות אלה כללו הגבלת עבירות (ואמירה מסוג "אין ספק" (סע' 75 לסיכומי הקרן) איננה חלופה לראייה). אמנם מיתוג מבקשת ללמוד מהעד ראה זו לחובתן של הנתבעות, אולם ניתן לזכור במקביל כי על כל בעל דין מוטל להוכיח טענה המקדמת את עניינו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

72. מההיבט החוזי, אין לפנינו אפוא תשתית ללמוד על קיומה של הגבלת עבירות. כפי שצוין
בציטוט לעיל, רישיון לעניין זכות יוצרים שהעברתו לא הוגבלה ניתן לכאורה להמחאה,
למעט במקרים חריגים.

73. לא סברתי כי רישיון השימוש בתוכנה שזור במאפיינים אישיים בעטיים יש ללמוד על העדר
עבירות. באופן כללי מדובר ברישיון שימוש בתוכנה שהוענק לגורם מסחרי וטופל ביומיום
למול אנשי המקצוע הטכניים. את עיקרו וליבו, זכות השימוש בעותקי תוכנה המותקנים
במכשירי כספומט, אין מניעה להעביר. מסקנה זו מתחזקת על רקע התיקון שבוצע בשנת
2007 שהתייחס בין השאר לתשלומים מראש ולשנת 2010 כמועד סיום חובת מתן שירות
לתוכנה.

בד בבד מסתבר בעיני כי התקנת קוד מקור "למשמרת" אצל שב"א היא סוגיה שונה. מהות
הנושא: משמרת של קוד מקור (להבדיל משימוש בעותק רגיל של תוכנה), תמציות
ההוראה בהסכם קצר בין צדדים המכירים שנים רבות, וההיכרות האישית בין המנהלים,
תומכות במסקנה כי חלק זה בהסכם 2006 אינו זכות הניתנת להמחאה ללא אישור. כפי
שנראה בהמשך, שב"א עצמה טוענת כי קוד המקור לא נמכר ולא הועבר לקרן התמר אלא
נותר בידיה. עמדתה זו של שב"א, מתיישבת עם המסקנה האמורה.

דיני זכויות יוצרים

74. פרט להיבט החוזי, התייחסו הצדדים להיבטים קנייניים ובפרט לדוקטרינת מיצוי הזכויות
המכונה גם דוקטרינת המכירה הראשונה. שב"א וקרן התמר טוענות כי גם לנוכח דוקטרינה
זו, לא הייתה מגבלה על שב"א להעביר לקרן את הרישיונות שרכשה ממיתוג. מיתוג טוענת
כי דוקטרינת מיצוי הזכויות אינה חלה בענייננו.

75. דוקטרינת מיצוי הזכויות במכירה ראשונה "מגבילה, ככלל, את זכותו של בעל הקניין
הרוחני לשלוט בפעולות שעושים אחרים במוצר, או בטובין, שאליו צמודות זכויות הקניין
הרוחני, לאחר שזה נמכר על ידי בעל הזכות, או בהסכמתו..." (ע"א 10717/05 פלוריסט
דה קוואקל ב.וו. נ' חגיג (3.9.2013), סע' 25).





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

76. מדובר אם כך בהגבלה על זכויות של בעל קניין רוחני. משכך, קודם שנתייחס לטיבה של ההגבלה, יש לדעת מהן זכויותיו של בעל הקניין (עובר להגבלה).

77. זכות יוצרים היא למעשה אגד של זכויות משנה, המעניקות לבעליהן למשך תקופה מסוימת, יכולת בלעדית לפעול או להתיר את ביצוען של פעולות מסוימות ביצירה (ע"א The Football Association Premier League Limited 9183/09 נ' פלוני, פ"ד סה(3) 521 (13.5.2012), סע' 13). זכות יוצרים אינה מתפרסת על כל הפעולות אותן ניתן לעשות לגבי היצירה, אלא רק לגבי הפעולות בהן בחר המחוקק.

"דיני הקניין הרוחני בכלל, וזכויות היוצרים בפרט הם פרי של איזונים בין האינטרסים השונים המצויים ברקע ההסדר החוקי שהמחוקק בחר לעצב: אינטרס החברה בעידוד היצירה כמו גם בגישה אליה; אינטרס היוצר הן בתגמול עבור יצירתו והן בהכרה והוקרה בעדה; האינטרסים של יוצרים עתידיים ושל משתמשים שונים ב"מרחב תמרון יצירתי" הולם, וכדומה... זוהי מלאכת איזונים מורכבת ועדינה בין צרכים חברתיים ותפיסות עולם, לעתים מתחרים. על כן השתרעותה של זכות היוצרים היא אך ורק עד לגבול אשר נתחם עברה בדין. המחוקק בחר פוזיטיבית לכלול זכויות מסוימות באגד זכויות היוצרים ובחר פוזיטיבית שלא לכלול אחרות. זאת, במסגרת אותה מלאכת איזונים."

ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ
(2.9.2013), סע' 13.

78. לא כל שימוש ביצירה מהווה הפרה של זכות יוצרים. "...הבלעדיות של בעל זכויות היוצרים מסויגת. אין בה כדי למנוע שימושים מסוימים של אחר ביצירה, אף כשהם נעשים ללא הרשאה ממנו, ובמקרים מסוימים – אף שימוש מסחרי או פומבי. זאת, הן בגלל אופיה של היצירה כנכס בלתי מוחשי שאינו ניתן לשליטה פיזית, הן משום שהיא מכילה ביטוי, ולעיתים מידע, שלחברה יש עניין בהנגשתם והפצתם. כך לדוגמה בדרך כלל אין בעל זכות היוצרים רשאי למנוע מאחר להפיק הנאה או להשיג מידע מהיצירה על ידי קריאתה או צפייה בה. כמו כן בדרך כלל הוא אינו יכול למנוע ממי שרכש כדין עותק של יצירה, לעשות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

בה דיספוזיציה. יתרה מזו, אין הוא רשאי למנוע שימושים מסוימים ביצירה שהותרו במפורש בחוק, לרבות 'שימוש הוגן' בה למטרות כגון לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מבאות או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך" (טוני גרינמן, **זכויות יוצרים** (מהדורה שלישית 2020) ("גרינמן"³), עמ' 4; כן ר' שם בעמ' 288).

79. לגבי תוכנה והיקפה של זכות היוצרים דומה כי הצדדים התייחסו אל חוק 2007 בלבד ולא אל הדין הקודם. נראה כי הדבר עולה בקנה אחד עם הוראות המעבר.

80. אגד הזכויות של בעל זכות יוצרים מפורט בסעיף 11 לחוק, אשר מתחיל במלים: "זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן,....". סעיף 11 מונה שבע פעולות/זכויות שיחדו לבעל זכות היוצרים: העתקה, פרסום, ביצוע פומבי, שידור, העמדת יצירה לרשות הציבור, עשיית יצירה נגזרת, השכרה.

81. אגד זכויות זה אינו חופף באופן מלא את אגד הזכויות המוסדר באמנות בינלאומיות בתחום זכויות היוצרים. אגד הזכויות לא הותאם באופן מלא לאמנת ה-WTC (WIPO4) Copyright Treaty) אותה ישראל טרם אישרה.

בשונה מאמנת ה-WCT, החוק הישראלי אינו מכיר באופן מלא בזכות ההפצה (distribution). תחת זכות זו יצר המחוקק הישראלי את זכות הפרסום שהיא מוגבלת יותר בהיקפה ואת ההפרה העקיפה ע"י הפצת עותק מפר (גרינמן, עמ' 291). בשל כך, שליטת יוצר בישראל בהפצת עותקים של יצירתו היא פחותה מהנהוג במדינות אחרות החברות באמנה. זכות הפרסום למשל חלה רק "לגבי יצירה שלא פורסמה"; מדובר בזכות צרה למדי של פרסום ראשון (שם, עמ' 293-294, עמ' 309-310; ר' גם אפורי, עמ' 152-151, 181). "זכות היוצרים בישראל איננה מקנה זכויות הפצה בלעדיות" (ניבה אלקין-קורן "זכויות יוצרים ותחרות – משוק עותקים למשטר רישוי" **דין ודברים** ב 485 (תשס"ו) ("אלקין-קורן"), בעמ' 510).

³ הפניות בפסק הדין אל המהדורה השנייה של ספר זה מתייחסות לפרקים אשר הכרך הרלוונטי להם טרם יצא לאור במהדורה שלישית.

⁴ WIPO – World Intellectual Property Organization



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

82. כעת נשוב לדוקטרינת המכירה הראשונה (כלל מיצוי הזכויות).

"כל עותק של יצירה שמוצא על ידי בעל זכות היוצרים, או ברשות ממנו, כפוף לסייג ... "כלל המיצוי" ... או... "דוקטרינת המכירה הראשונה" ... על פי כלל זה, לאחר שבעל זכות היוצרים העביר בדרך של מכירה או בדרך אחרת את הבעלות על עותק של יצירתו, או הרשה את העברת הבעלות עליו, עותק זה הופך למוצר סחיר. בעליו של העותק רשאי למכרו במכירה נוספת או להעביר את הבעלות עליו בדרך אחרת, וכך כל בעלים נוסף בשרשרת – הכל ללא צורך בקבלת הרשאה מאת בעל הזכויות המקורי" (גרינמן, עמ' 319).

וכן:

"דוקטרינת המכירה הראשונה מבטאת הבחנה יסודית בדיני זכויות היוצרים בין זכות היוצרים ביצירה הלא מוחשית ובין העותק הפיזי של היצירה. דיני זכויות היוצרים מקנים ליוצר את הזכות הבלעדית לייצר עותקים מיצירתו כדי שניבו רווחים. מתן גישה ליצירה באמצעות עותקים אינו מקנה למשתמשים זכות יוצרים אלא רשות שימוש בלבד. עם זאת המשתמש זוכה בבעלות בעותק. העותק שבו מגולמת היצירה מהווה מדיה פיזית וכפוף לכללי הבעלות והעבירות הרגילים של משטר המיטלטלין. לכן אם רכש הצרכן בעלות בספר, הרי לא רכש את זכות היוצרים, אך רכש בעלות בעותק הפיזי שקנה. על בעלות זו יחולו דיני הצרכנות והמכר הרגילים. לכן רשאי בעל העותק להשמיד את העותק שבבעלותו, למכור אותו ביריד ספרים משומשים או בחנות יד שנייה. זכויותיו של בעל העותק אינן גורעות מזכותו של בעל זכות היוצרים למנוע שימושים בזכות היוצרים שלו. זכות היוצרים ביצירה תמשיך לעמוד בתוקפה, ובעל זכות היוצרים יהיה רשאי למנוע העתקה, ביצוע פומבי או יצירתן של יצירות נגזרות המבוססות על יצירתו... בעל עותק רשאי למכור את העותקים אשר רכש כדין, אך אינו רשאי לעבד אותם ליצירות נגזרות" (אלקין-קורן, עמ' 515).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

83. כלל המיצוי, המעוגן בחקיקה האמריקנית והאירופית, מסייג את זכות ההפצה (distribution) הנהוגה בשיטות אלה; החוק הישראלי, שאינו מקנה ליוצר זכות בלעדית וייחודית לגבי הפצת עותקי היצירה, מתייחס לכלל המיצוי רק באופן עקיף, בסעיף 48 לחוק, אשר קובע עוולה לגבי סחר מסוים בעותק שנעשה ללא רשות בעל זכות היוצרים; "הדבר מלמד שמכירה והפצה של עותק שיצא לראשונה מידי של בעל זכות היוצרים או בהרשאתו, מותר על פי החוק" (גרינמן, עמ' 320).

כן ר' למשל שור-עופרי עמ' 524-525 ה"ש 121; חיים רביה "כפיפות לרשיונות תוכנה" (9.12.2002) (מאגר נבו).

84. אם כך, בישראל אין לבעל זכות יוצרים זכות מוקנית למנוע ממי שרכש ממנו עותק של היצירה, מלמכור או להעביר את העותק אותו רכש. מכירה מחדש של עותק כזה כשהיא לעצמה, לכאורה אינה מהווה הפרה של זכות יוצרים (הגם שבמקרים רבים פעולה זו תלווה בפעולות אחרות הנזכרות בסעיף 11 לחוק והן אסורות בשל כך).

מגבלת כלל מיצוי הזכויות, אשר כיום דומה כי אין עוד עוררין כי נקלטה במשפטנו (בהקשר סימני מסחר ר' לאחרונה: "דוקטרינת המיצוי שאומצה זה מכבר בשיטתנו", דנ"א 4897/22 בן שלוש ייבוא וייצוא בע"מ נ' יפאורה-תבורי בע"מ (1.1.2023), סע' 15), תכנס לתמונה ככל שנקרא את הדין באופן אחר ונמצא כי לבעל זכות יוצרים יש שליטה גם על הפצה במובן רחב יותר.

85. טענה נוספת של מיתוג היא כי כלל מיצוי הזכויות חל רק במקרה של מכירת עותקים ואין לו תחולה במקרה של מתן רישיון ומשכך במקרה בו ניתן רישיון, בעל הזכות אינו מוגבל על ידי כלל זה. מיתוג מפנה לפסיקה אמריקאית שניתנה בבית משפט לערעורים בעניין Vernor v. Autodesk (621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010)) ומבקשת ללמוד ממנה כי בעל זכויות יכול לבחור אם להפיץ תוכנה בדרך של מתן רישיונות שימוש או מכירת עותקים, וכי כאשר הוא בוחר להפיץ תוכנה תחת רישיון שימוש, אין תחולה לדוקטרינת מיצוי הזכויות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

לשיטת מיתוג, במקרה שלפנינו ניתנו רישיונות שימוש בתוכנה ולא נמכרו עותקים של התוכנה ולכן אין תחולה לדוקטרינת מיצוי הזכויות. שב"א מצידה טוענת כי הפסיקה בארה"ב אמנם מבחינה בין מכירת עותק לבין מתן רישיון שימוש ביצירה, אולם אין בהבחנה זו כדי לסייע למיתוג, שכן המבחנים שנקבעו באותה פסיקה להגדרת עסקת רישיון אינם מתקיימים בענייננו. קרן התמר טוענת כי בעניין Vernor אמנם נקבע שדוקטרינת מיצוי הזכויות איננה חלה, אולם קביעה זו נעשתה לאור העובדה שבמסגרת תנאי הרישיון באותו מקרה נכלל איסור מפורש להעברת הרישיון לצדדים שלישיים, ללא אישורה מראש של בעלת הזכות, בעוד שאין כן בענייננו.

86. מעבר לפרשנויות ואבחונים כאלה ואחרים שניתן לעשות לגבי פסק הדין האמריקאי בעניין Vernor, יש לזכור תחילה כי הדין בו נערך בהקשר הדין האמריקאי.

כפי שנזכר, בדין האמריקאי כוללת זכותו של בעל זכות היוצרים גם בלעדיות על הפצה. כלל מיצוי הזכויות נועד להגביל זכות זו. ככל שכלל המיצוי אינו חל, שבה על כנה זכות ההפצה. "דוקטרינת המכירה הראשונה מצמצמת... את זכות ההפצה שבאגד זכויות היוצרים, ככל שהיא קיימת, ואותה בלבד" (אלקין-קורן, עמ' 515). היקפה של זכות היוצרים בדין הישראלי הוא שונה. אגד הזכויות אינו כולל את מלוא היקפה של זכות ההפצה. משכך, גם בהעדר מגבלה מכח כלל המיצוי, דין זכויות היוצרים המקומי אינו מגביל את אפשרות ההעברה לאחר העסקה המקורית.

87. נוסף על כך, במקרה Vernor, כבמקרים רבים אחרים, הקושי שעלה לדין נעוץ במידה לא מבוטלת בהוראות רישיון אשר אוסרות על העברה. במקרה שלפנינו ההסכם אינו אוסר על העברה, וניתן למצוא טעם בטענה כי לנוכח חוק המחאת חיובים, ההעברה מותרת.

88. על אלו ניתן להוסיף כי ניתן לראות קושי בכך שבעלי זכויות יוצרים ינסו "לאגף" מגבלות על דרך של הענקת רישיונות שימוש חלף מכירת עותקים. להרחבה בעניין זה ר' אלקין-קורן, שם נבחן היחס בין שוק של עותקים לשוק של רישוי וכן נדונה הפסיקה האמריקאית (כפי שהייתה במועד המאמר), וצוין כי אין זה רצוי נורמטיבית לאפשר לבעל זכות לשנות את היקף זכויותיו על דרך של קביעה חד צדדית הנתונה בידי. "כל עסקה ניתן לכנות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

כעסקת רישיון. גם מכירת ספר או דיסק ניתן להגדיר כרישיון שימוש אשר יפקע אם יפר הצרכן את תנאי הרישיון" (אלקין-קורן, עמ' 519).

ור' גם: "לכאורה, בעל זכות יוצרים יכול למנוע את תוצאותיו של כלל המיצוי על ידי כך שבמקום להעביר עותק של היצירה, הוא יעניק רישיון לשימוש בעותק... אולם תוקפם של התנאים המגבילים ברישיונות הללו אינו נקי מספקות. בית הדין האירופי לצדק אף קבע... כי כאשר מועברת זכות שימוש בלתי מוגבלת בעותק של תוכנה, לפנינו עסקת מכר למרות הכותרת: 'רישיון בלבד'. יש הגורסים כי פסיקה זו יפה לכל ניסיון להתנות על כלל המיצוי או על דוקטרינת המכירה הראשונה, וכי כל התניה כזו אינה חוקית" (גרינמן, עמ' 325).

במקרה הקונקרטי, בהעדר הוראה המגבילה את עבירות רישיון השימוש, לא עולה על הפרק שאלת תוקפה של הגבלה כאמור, לו נכללה בהסכם.

89. עוד ניתן לציין כי במקרה הקונקרטי זכות השימוש שניתנה לשב"א הייתה לצמיתות והיקפה היה ניכר. בין השאר, שב"א הייתה רשאית להתקין עותקים של התוכנה בהתאם לשיקול דעתה מבלי לקבל אישור אלא רק תוך דיווח ותשלום (לפי תיקון 2007 – תשלום מראש); שב"א הייתה בעלת אפשרות טכנית להתקין עותקים נוספים ללא מעורבות של מיתוג (והיה עליה רק להודיע ולשלם); למיתוג לא הייתה זכות להודיע לשב"א שעליה לחדול משימוש בעותקי התוכנה שהותקנו ושולמו, "כל מה שקיבלו רישיון, הם יכולים להשתמש בזה עד קץ הימים" במכשירי הכספומט שלהם (ר' עמ' 189 ש' 11 – עמ' 197 ש' 18).

אמנם נמצא כי למרות הזכויות הנרחבות שניתנו, נותרה הבעלות בזכויות היוצרים בתוכנה בידי מיתוג, אולם זכויות שימוש נרחבות מסוג זה היו יכולות במקרה המתאים לחדד סוגיות שעלו במאמרה של פרופ' אלקין-קורן לגבי היחס בין "שוק של עותקים" לבין "משטר של רישוי". הצדדים עצמם נקטו לא פעם באופן מעורב בביטויים "עותקים" ו"רשיונות".

סיכום ביניים

90. סיכומה של נקודה זו: ראינו כי המסמכים ההסכמיים הרלוונטיים לגבי התוכנה אינם כוללים התייחסות לאפשרות העברת זכויות; אין לפנינו אומד דעת של הצדדים לגבי אפשרות או



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

אי אפשרות העברה של הזכויות; לא הוכחו נוהג פרטי או נוהג כללי באופן המאפשר השלמת החסר לפי המנגנון בדיני החוזים; בהתאם לדיני החוזים והמחאת החיובים, בהעדר תשתית ללמד על הגבלת עבירות של הרישיון, הזכות ניתנת להמחאה.

עוד ראינו, בהיבט דיני זכויות יוצרים, כי אגד הזכויות בחוק הישראלי אינו מלמד על אפשרות של בעל זכות לשלוט בהעברת עותק שנרכש ממנו ובהתאם אינו מלמד על איסור לסחר עותק כאמור (להבדיל מעותק מפר); כי ככל שהיה קיים איסור כאמור, אמורה דוקטרינת מיצוי הזכויות לסייג זאת; וכי ניסיון "לאגף" את דוקטרינת המיצוי על ידי הכללת הגבלות ברישיון שימוש, אינו נטול קשיים. כך או כך, במקרה שלפנינו בכל מקרה רישיון השימוש לא כלל הגבלת עבירות.

91. מן המקובץ עולה כי שב"א הייתה רשאית להעביר לקרן התמר את העותקים אשר את רישיונות השימוש בהם רכשה ממיתוג. שב"א לא הייתה רשאית להעביר לקרן התמר את קוד המקור.

בכך לא מסתיים הדיון שכן ברור כי יש פער ניכר בין כמות הרישיונות אותם רכשה שב"א ממיתוג לבין כמות עותקי התוכנה בהם עושה קרן התמר שימוש.

רישיונות שנרכשו למול עותקים בשימוש

92. הן לפי נתוני מיתוג והן לפי נתוני שב"א, שב"א רכשה ממיתוג 290 רישיונות של התוכנה (סע' 33 לסיכומי מיתוג; סע' 78 לסיכומי שב"א). לנוכח מסקנות הדיון לעיל, שב"א יכולה הייתה להעביר לקרן התמר 290 מכשירי כספומט בהם מותקנים עותקים של התוכנה עבורם נרכשו רישיונות שימוש.

93. ברם, לאורך ההליך עלו נתונים המעוררים קשיים.

ראשית, שב"א וקרן התמר טוענות ל-291 מכשירי כספומט שעברו בעסקה, כאשר לטענת שב"א, העברה זו כללה 285 מכשירים בהם כבר הותקנו עותקים של התוכנה והיו מוצבים



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

באתרים שונים, ו-6 מכשירי כספומט שעדיין היו באתריה של שב"א וטרם הותקנו בהם עותקים של התוכנה.

שנית, ניכר מהעדויות ומהטיעונים כי ברשותה של קרן התמר יש מכשירי כספומט בהם מותקנים עותקים של התוכנה, בהיקף העולה באופן ניכר על ההיקף שהועבר אליה משב"א. לנוכח מתכונת ההליך, לא חויבה קרם התמר בחשיפת נתונים אלה בשלבים המקדמיים, ומשכך הנתון המדויק עדיין אינו לפנינו.

על האמור יש להוסיף כי הצדדים נחלקו בשאלה אם קוד המקור של התוכנה, אשר לפי הסכם 2006 הותקן אצל שב"א למשמרת, הועבר משב"א אל קרן התמר או נותר בידיה של שב"א. הנתבעות טוענות כי קוד המקור לא הועבר לקרן אלא נותר אצל שב"א. מיתוג סבורה כי בטענה זו אין ממש וכי הראיות מעידות על כך שקוד המקור הועבר לקרן התמר, בניגוד לדין.

עותקים שהועברו לקרן התמר

94. משרכשה שב"א ושילמה באופן מלא עבור 290 עותקים של התוכנה, יכולים היו 290 מכשירי כספומט שעברו משב"א לקרן התמר לכלול עותקים של התוכנה (עותק בכל מכשיר).

לא מצאתי לתת משקל לכך שבמספר קטן של מכשירים, עותקי תוכנה טרם הותקנו במועד העסקה. כאשר העותק, הרישיון, כבר נרכש והתמורה שולמה, הזכות להתקנה כבר הוקנתה. אין לטעמי משמעות לעובדה כי רק 285 מעותקי התוכנה כבר הותקנו, וכי מספר קטן הותקן – במכשירים שהועברו מאת שב"א לקרן התמר – לאחר מכן.

95. עניין שונה הוא ההבדל בין 290 עותקים לבין 291 עותקים. שב"א לא רכשה ולא קיבלה זכות להתקנתו של עותק נוסף.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

שב"א טוענת כי לנוכח ההסכמים בין הצדדים היא הייתה רשאית להתקין עותקים כראות עיניה ולפי שיקול דעתה ולכל היותר נותר לה "חוב" של רישיון אחד לשלם, לפי עלותו באותם הסכמים.

96. עמדתה של שב"א אינה מדייקת. בשנת 2007 תוקן הסכם 2006 ונקבע כי עותקים ירכשו לפי צרכי שב"א "...ובלבד שהרכישה תתבצע לפני ההתקנה ולא בדיעבד..." (סע' ה' להסכם 2007). שב"א לא ביצעה רכישה של עותק נוסף מבעוד מועד או בכלל (אך כנראה יצרה אותו, ובכל מקרה עותק נוסף הותקן על אחד המכשירים שהועברו משב"א לקרן התמר; "העותק הנוסף").

97. מהלך זה של שב"א יכול להחשב כהפרת הסכם ויכול להחשב כהפרת זכות יוצרים שכן עת ביצעה שב"א העתקה של תוכנה ללא הרשאה, היא ביצעה בכך לכל הפחות פעולה אחת יסודית המוקנית לפי דיני זכויות יוצרים לבעל הזכות בלבד – פעולת ההעתקה (סע' 11(1) ו-12 לחוק זכות יוצרים).

סעיף 47 לחוק זכות יוצרים קובע כי מי ש"עושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד". פעולת העתקה כלולה בסע' 11 לחוק. משכך וכאשר אין ולו טענה לתחולת הוראות פרק ד' לחוק 5, העתקת התוכנה ללא רשות של מיתוג, בעלת הזכויות, היא הפרה של זכות היוצרים.

98. עותק שנוצר באורח זה הוא "עותק מפר" כהגדרת מונח זה בסעיף ההגדרות (סעיף 1 לחוק). קרן התמר מחזיקה עותק מפר למטרה עסקית. לפי סעיף 48(א)(2) לחוק זכות יוצרים, מי שמחזיק למטרה עסקית בעותק מפר של יצירה, "מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה, ידע או היה עליו לדעת כי העותק הוא עותק מפר". ככל שנחצה רף הידיעה בפועל או בכח לגבי העותק הנוסף, כי אז ביצעה קרן התמר לגביו הפרה עקיפה של זכות היוצרים להעתקה.

⁵⁵ ואין צורך להידרש לדיונים המורכבים שבבסיס שילובם בחוק של סעיפים 24 ו-26, שיכולים לא פעם להיות רלוונטיים לתוכנות מחשב.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

99. במקביל, לא סברתי כי בעניין עותק יחיד זה ביצעה קרן התמר כלפי מיתוג עוולה של גרם הפרת חוזה לפי סע' 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. מלכתחילה הטיעון בעניין עוולה זו הועלה בסיכומי מיתוג בקצרה (סע' 60), וכאשר מדובר בסוגיית עותק אחד שהועבר בניגוד להסכם, לא בוסס קיומם של יסודות העוולה ואף לא ברור אם הדבר נטען בהקשר קונקרטי זה (לדיון בעוולה ויסודותיה ר' למשל ע"א 8191/16 דיאליט בע"מ נ' הרר (17.6.2019)).

עותקים שהותקנו במכשירי כספומט נוספים בקרן התמר

100. לקרן התמר יש מכשירי כספומט בהם מותנים עותקים של התוכנה בהיקף העולה באופן ניכר על אלה שהועברו אליה משב"א. מכך עולה כי עותקים רבים של התוכנה, אולי אף מאות במספר, נוצרו והותקנו לאחר מכן.

101. קרן התמר טענה כי אין קושי לגבי עותקים הנוספים שנוצרו והותקנו, לנוכח בעלותה של שב"א בתוכנה. כפי שראינו, שאלת הבעלות הוכרעה לטובת מיתוג, ובהתאם נשמט הסבר הנסמך על עמדה כזו.

102. עוד טענה קרן התמר, כי בכל מקרה רשאית הייתה שב"א להמחות את הזכות להתקין את התוכנה על גבי מכשירי כספומט נוספים כנגד תשלום לכל רישיון.

נראה כי קרן התמר מתייחסת להוראות הסכם 2006 לפיהן תהיה שב"א "רשאית להתקין את התוכנה בכל מכשיר ATM אותו היא מציבה" (סע' 4 להסכם) וישולם סכום רישוי חד פעמי בגין כל מכשיר בו מותקנת התוכנה (סע' 5). תיקון 2007 להסכם קבע בין השאר שינוי בסכום הרישיון לכל עותק תוכנה וכן כי רכישת עותקים לפי צרכי שב"א תעשה בכפוף לכך שהרכישה תבוצע לפני ההתקנה ולא בדיעבד.

103. אניח לצורך הדיון, לטובתה של קרן התמר, כי ההוראה שאיפשרה לשב"א להתקין עותקים של התוכנה במכשירים לפי שיקול דעתה, היא הוראה שאין הגבלה על עבירותה (בשונה מההוראה לגבי הפקדת קוד מקור למשמרת). גם תחת הנחה כזו, יש קושי בעמדת הקרן ובהתנהלותה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

104. בשלב זה ראוי לציין כי לא ברור איך נוצרו העותקים שהותקנו במכשירי הכספומט הנוספים של קרן התמר.

מיתוג טוענת כי לא ניתן ליצור עותקים נוספים ללא קוד המקור (סע' 63 לסיכומים) וכי בהתאם יש להסיק כי קוד המקור הועבר משב"א לקרן התמר למרות הכחשותיהן ובניגוד לדין.

105. אם קוד המקור הועבר לקרן התמר והתקבל על ידה, ובאמצעותו בוצעו עותקי התוכנה הנוספים, יש בפעולה זו כשלעצמה משום הפרת הסכם ודין על ידי שב"א, ובשים לב לנסיבות הכוללות נראה כי גם הפרה ולו עקיפה של זכות היוצרים על ידי קרן התמר לגבי קוד המקור. מהלך כזה גם עומד בסתירה לטענות הקרן (ושב"א) בהליך כאן.

106. אם קוד המקור לא הועבר לקרן התמר והקרן יצרה עותקים נוספים של התוכנה בדרך אחרת והתקינה אותם במכשירים, כי אז לכל הפחות חלים לגביה הדברים שצוינו לעיל לגבי "העותק הנוסף" והתנהלות שב"א: לפי ההסכמים בעניין התוכנה, רכישת רישיונות נוספים לשימוש בתוכנה צריכה להתבצע "לפני ההתקנה ולא בדיעבד", דבר שלא בוצע.

קרן התמר טוענת כי לא ידעה כלל על תיקון 2007 ונחשפה למסמך זה רק במסגרת ההליך (סע' 78 לסיכומים). אלא שגם את הוראות הסכם 2006 קודם לתיקון לא קיימה הקרן. לפי הסכם 2006, בסוף כל חודש תינתן למיתוג הודעה לגבי כמות ההתקנות החדשות שבוצעו בחודש השוטף (וחשבונית שתוגש על ידי מיתוג תפרע בתוך 30 יום מהגשתה).

קרן התמר לא הודיעה למיתוג דבר, לא מראש ולא בדיעבד, לגבי ההתקנות חדשות וממילא לא שילמה דבר.

ברמה המשפטית, התנהלות כזו – שאינה עולה בקנה אחד עם רישיון השימוש שניתן על ידי מיתוג – יכולה להחשב כהפרת הסכם ויכולה להחשב כהפרה ישירה של זכות היוצרים להעתקה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

107. אפשרות נוספת היא כי קוד המקור אכן לא עבר משב"א לקרן התמר, ובמקביל כי עותקי התוכנה הנוספים אכן נוצרו באמצעות קוד המקור. אפשרות עובדתית כזו משמעה שיתוף פעולה בין שב"א לבין קרן התמר לגבי יצירת עותקי תוכנה נוספים (שב"א) והעברתם להתקנה במכשירי קרן התמר. גם במקרה כזה, די בכך שלא דווח ולא שולם למיתוג דבר על ידי מי מהחברות (שב"א, קרן התמר), על מנת להביאנו למסקנות דומות. הפרות הסכם והפרות זכות יוצרים. עם זאת, אפשרות עובדתית זו, של יצירת עותקים על ידי שב"א והתקנה בקרן התמר, נותרה ברמת הערכה בלבד ולא ניתן לקבוע ממצא עובדתי לגביה.

הערה לגבי קוד המקור

108. כנזכר לעיל, יש מחלוקת עובדתית בשאלה אם קוד המקור של התוכנה, אשר לפי הסכם 2006 הותקן אצל שב"א למשמרת, הועבר משב"א אל קרן התמר או נותר בידיה של שב"א.

109. מיתוג טוענת כי קוד המקור הועבר משב"א לקרן התמר. היא תומכת עמדתה זו בין השאר בדרך בה נוסח כתב ההגנה של הקרן, שם צוין בין השאר כי "לקרן התמר אין אפשרות להבחין כיום בין רכיבי התוכנה שנכתבו על ידי מיתוג, ואלו שנוספו על ידי שב"א" לשיטת מיתוג, טענה זו מוכיחה כי קוד המקור הועבר לקרן התמר, תוך שהוצג לה כי זה עודכן לאורך השנים והיא עצמה, לא יכולה להבחין במועד הגשת כתב ההגנה בין שינויים של שב"א בקוד המקור לבין הגירסה המקורית שנכתבה על ידי מיתוג.

מיתוג גם מפנה לתשובות שנתן מלכה בשלב השאלונים. בתשובה לאחת השאלות נאמר ששב"א העבירה לקרן התמר את קוד המקור "של מערכת ניהול הכספומטים" וכי "לקרן התמר אין יכולת להבחין בין קוד המקור של תוכנת MultiXFS לבין רכיבי תוכנה אחרים או תוספות של שב"א" (מ/2 סע' 3.16). לשיטת מיתוג ברור שמערכת ניהול הכספומטים כוללת גם את התוכנה; קרן התמר מצדה קוראת תשובה זו באופן שונה לגמרי.

בתשובה של מלכה לשאלה אחרת בשאלון נכתב כי "אין לקרן התמר יכולת לדעת האם בוצע עדכון בתוכנת MultiXFS. לאורך השנים ביצעה קרן התמר עדכונים רבים במערכת ניהול הכספומטים, באופן שוטף, לרבות הוספת תמיכה בכרטיס אשראי חכם, הוספת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

תמיכה בשפה הערבית ועוד" (מ/2 סע' 3.17). מיתוג גם מפנה לעדותו של רפאלי בחקירתו (בעמ' 325), ממנה היא מבקשת ללמוד כי ביצוע עדכונים בתוכנת ניהול הכספומטים, ולא רק ברכיב התוכנה הקונקרטי, הצריך למעשה את קוד המקור את התוכנה.

110. הנתבעות דוחות טענה זו. לשיטתן, עליה חזרו בחקירות הנגדיות ובסיכומים, קוד המקור לא הועבר לקרן התמר אלא נותר אצל שב"א, ואין לטענות מיתוג בסיס. שב"א טוענת כי למרות שהייתה רשאית, בהיותה בעלים, להעביר את קוד המקור לידי קרן התמר, קוד זה לא הועבר ולא נמכר ואף לא הוצגה כל ראייה המוכיחה אחרת. עוד נטען כי מבחינה טכנולוגית קיימות דרכים לעדכן את התוכנה ללא קוד המקור, אך בכל מקרה אין לשב"א ידיעה אם התוכנה עודכנה או הועתקה ע"י קרן התמר.

קרן התמר הכחישה כי קוד המקור הועבר אליה. לעניין תצהיר התשובות לשאלון של מלכה טענה הקרן כי התשובה אליה מפנה מיתוג התייחסה לכלל שכבות התוכנה שהותקנו בכספומטים, ואינה מעידה דבר לעניין השאלה אם קוד המקור הועבר על ידי שב"א לקרן.

111. בעיקרם של דברים לפני בעיקר "מילה כנגד מילה". יש טענות "נסיבתיות", כמו טענה לשדרוגים לאורך השנים שמאז השלמת העסקה, אולם טענות אלה, הגיוניות ככל שתישמענה להדיוט בתחום, אינן יכולות להתקבל ללא תמיכה ראייתית מקצועית החורגת מדבריו של בעל הדין המעוניין. ניתן לעתים לדלות מאמירות בחקירות עדי הנתבעות, אי פה, אי שם, אמירה כזו או אחרת שאולי ניתן להבין אותה באופן התומך בעמדת מיתוג, אך במקביל גם הובאו טענות אחרות וסותרות. בסופו של יום, והגם שאין לכחד כי סימן שאלה נותר "מרחף בחלל", לא אוכל לקבוע כמצא עובדתי שקוד המקור הועבר, ובהתאם – כי בוצעה הפרה של הסכם או דין בעניין זה.

סיכום ביניים (נוסף)

112. מן האמור לעיל עולה כי הבעלות בתוכנה נותרה של מיתוג וכי שב"א הייתה רשאית להעביר לקרן התמר את עותקי התוכנה אשר לגביהם רכשה רישיונות שימוש ממיתוג.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

העברת 290 עותקים של התוכנה שנרכשו בעניין 290 מכשירי כספומט, הייתה כדין (גם אם 5 עותקים מתוכם הועברו קודם לביצוע ההתקנה במכשירים בפועל).

עותק תוכנה אחד, "העותק הנוסף", נוצר (הועתק) והותקן בניגוד להרשאה ובאופן שיכול להחשב כהפרה של הסכם או כהפרת זכות יוצרים מצדה של שב"א. מדובר בעותק מפר לפי חוק זכות יוצרים, אשר קרן התמר מחזיקה למטרה עסקית ומשכך, ככל שהקרן ידעה או היה עליה לדעת שמדובר בעותק מפר, בוצעה על ידה הפרה עקיפה של זכות היוצרים להעתקה.

אשר לעותקי תוכנה שהותקנו במכשירי כספומט נוספים בקרן התמר, אלה נוצרו באופן המנוגד להסכמי הרישיון שהומחו לה וניתן לראות בהתנהלותה של הקרן משום הפרת הסכמים או הפרת זכות יוצרים.

בהעדר אפשרות לקבוע ממצא עובדתי של העברת קוד המקור משב"א לקרן התמר או של שיתוף פעולה ביצירת עותקים בשב"א והתקנה בקרן התמר, אין מסקנות לגבי הפרות הסכמים ודינים בעניין זה, שנותר במידה מסוימת לוט בערפל.

עילות וטענות נוספות

113. בכתב התביעה ובסיכומיה של מיתוג נזכרו מספר עילות וטענות נוספות. הדגש על אלו היה ככלל מופחת ובצדק. להלן מספר הערות לגבי כמה מהטענות.

114. התובעת טענה לגזל סוד מסחרי לפי סע' 6 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999. הטענה יוחסה בעיקרה להעברת קוד המקור של התוכנה, אשר לשיטת מיתוג מביא לידי ביטוי סודות מסחריים הנוגעים לשיטות עבודה, טכנולוגיות וקניין רוחני (סע' 71 לסיכומיה). מעבר למסקנה העובדתית לעיל בעניין קוד המקור, לנוכח קיומם של דינים קונקרטיים העוסקים בקניין רוחני זה (דיני זכויות יוצרים), ספק אם יש צורך להידרש לדין כללי יותר כמו עוולות מסחריות. למען הזהירות והשלמת התמונה יצוין כי לא בוססו סודות מסחריים אחרים ונפרדים לגביהם יש להחיל את הוראת החוק הנ"ל. לא מצאתי כי מעבר להעברת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

קוד מקור, הוצבה תשתית לקיום סוד מסחרי ביצירת והתקנת עותק של התוכנה, בעדכון אחר במערכת הכוללת (גם אם נעשה שימוש בקוד המקור), וכו'.

115. טענה נוספת המועלית על ידי מיתוג היא כי הנתבעות עשו עושר ולא במשפט על חשבונה. טענה זו מתייחסת למעשה לעסקה שבין שב"א לקרן התמר. מיתוג טוענת כי שב"א התעשרה בסכום העסקה (63 מיליון ₪ או 45 מיליון ₪, המחלוקת אינה דרושה לענייננו), וכי קרן התמר מתעשרת מדי שנה מהכנסות פעילות הכספומטים בהיקף של מיליוני שקלים. לשיטת מיתוג, כל זאת הוא על חשבונה, שכן התוכנה היא המרכיב "החשוב ביותר בשווי של המכירה" (סע' 72 לסיכומים). נטען כי יש "חשד כבד" ששווי "עסקת העתק... מבוסס במידה רבה" על מכירת בעלות בתוכנה (סיפא סע' 47 לסיכומיה). במהלך הדיונים עלה כי שטרית סבור ששב"א עשתה "אקזיט" על הטכנולוגיה שלו.

116. חוששני כי טענה זו מייחסת לתוכנה משקל ומשמעות העולים משמעותית על שהשתקף בהליך. אכן, מדובר בתוכנה הדרושה לפעולת הכספומטים של שב"א ובמובן זה היא "קריטית" לתפקודם כל זמן שלא תוחלף בתוכנה אחרת, דבר אשר יכול להצריך זמן ומשאבים. אולם עדיין יש מרחק רב בין נתון עובדתי זה לבין מסקנה כי מדובר במוקד העסקה או כי העסקה מבוססת במידה רבה על שוויה של התוכנה או באופן כללי על הרצון בתוכנה.

117. שב"א אולצה למכור את פעילות הכספומטים בשל קביעת הממונה על ההגבלים העסקיים (כינויו אז), בחודש ספטמבר 2012 (מ/26). היא לא חפצה בכך כלל. על רקע זה יצא מכרז והפעילות נמכרה בהסכם מחודש יולי 2013. העסקה התייחסה למכירת כלל הפעילות ולא לתוכנה כזו או אחרת.

מערכת הכספומטים כללה רכיבים רבים, ובכללם מכשירים ושרתים, מספר שכבות תוכנה אשר חלקן מותקן בשרתים המרכזיים וחלקן במכשירים ולכל אחת מהן תפקיד בפעולת המערכת, המחאת הסכמים עם בעלי האתרים שבהם הוצבו מכשירי ה-ATM והזכויות וההתחייבויות שנגזרות מהצבת המכשירים במקומות מסוימים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

118. נחיצות רכיב כזה או אחר לצורך פעילות מערכת אינה הופכת אותו בהכרח לליבו. ברוח דבר שנכתבו בסיכומי קרן התמר (סע' 33) ניתן להדגים כי חשיבות רכיב כזה או אחר לתקינות ויכולתו של מטוס להמריא ולנחות, אינה מובילה למסקנה כי שוויו של אותו רכיב שקול לשוויו ומחירו של מטוס.

119. התובעת לא הרימה את הנטל לשכנע כי התוכנה היא ליבה של המערכת או ליבה של העיסקה בין הנתבעות. משכנעת יותר הטענה, כי רכיב מרכזי לשווי העיסקה, ואולי בסיס לשווי זה, שימשו הזכויות להפעיל את מכשירי הכספומט באתרים שבהם הוצבו, באשר מיקום מכשיר הכספומט הוא רכיב מרכזי ביכולת להפיק ממנו הכנסה.

120. לנוכח האמור נשמט הבסיס לטענה לגבי עשיית עושר ולא במשפט ולדרישות על יסודה, אף מבלי להידרש לסוגיות אחרות, כמו עמדת הנתבעות כי בגידרה של העסקה לא נמכרה כלל הבעלות בתוכנה (וזו נותרה – לשיטתן – בידי שב"א), וטענה שאף אחד מהצדדים להליך (מיתוג, שב"א או קרן התמר) לא מכר או התיימר למכור את התוכנה או רישיונות בה לצדדים שלישיים.

121. גם לא מצאתי בסיס לטענת מיתוג המבקשת לקרוא בדיעבד, לשלב חתימת ההסכמים (2006-2007), כאילו סברה שב"א כבר אותה עת שיהא עליה למכור את רשת הכספומטים ודאגה לנסח את ההסכם באופן עמום כדי לאפשר לה למכור עותקים של התוכנה "ולהתעשר" ממכירה זו.

122. שכנע פנימי של התובעת, באמצעות שטרית, בדבר חשיבות התוכנה, כבודו במקומו מונח, אך אין די בו כדי ללמד על הערך הנטען. לא הובאה ולו עדות חיצונית אחת, בין בדרך של חוות דעת מומחה ובין בדרך אחרת, שיש בה לתמוך בעמדה זו.

הסעדים

123. בכתב התביעה עתרה מיתוג לארבעה סוגי סעדים/צווים: מניעה, עשה, מתן חשבונות וכספי. היא שבה ועתרה לסעדים אלה בסיכומיה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

צווי מניעה ועשה

124. בכתב התביעה עתרה מיתוג להורות לנתבעות להימנע מלעשות כל שימוש בתוכנה ובסודות מסחריים ולהימנע מלהעביר עותקים לצדדים שלישיים⁶. במקביל עתרה מיתוג להורות לקרן התמר להסיר את כל עותקי התוכנה הנמצאים על גבי הכספומטים שלה או בכל מקום אחר ולחדול מכל שימוש בהם וכן "למחוק כל חומר שברשותה המהווה סודות מסחריים ו/או קניין רוחני של התובעת".

125. קרן התמר סבורה כי בשלב הראיות ויתרה מיתוג על הסעד של צו מניעה. אינני סבורה כי הדברים אליהם מפנה הקרן (סע' 11 ו-105 לסיכומיה) משקפים ויתור על סעד זה. נכון הוא כי ניתן להבין שמבחינת מיתוג, אפשרות של מניעה היא בעיקרה כלי במשא ומתן אותו היא רוצה לנהל על הסכום שתקבל (ר' גם סע' 13 לסיכומי התשובה של מיתוג).

126. מכל מקום, סבורני כי בסוגיה זו יש משמעות של ממש לנושא השיהוי. כאשר מיתוג בחרה, במודע, שלא לעצור את גלגלי העסקה שבין שב"א לבין קרן התמר ולאפשר את העברת עותקי התוכנה, היא איפשרה שינוי משמעותי לרעה במצבן של הנתבעות בכל הנוגע למכלול פעילות הכספומטים. אין לאפשר לה, שנים מאוחר יותר, להביא לשיתוק פעילות זו (הגם שעמדנו על כך שעצם העובדה שהתוכנה דרושה להפעלת המכשירים, אינה הופכת אותה ללבה של העסקה). מיתוג החליטה לדחות את ההליך לאכיפת זכויותיה למועד שיהיה לה נוח או מתאים ומצאה לנכון לעשות כן שנים לאחר השלמת העסקה ולאחר תקופה ארוכה בה פעילות הכספומטים של הקרן נסמכת על העדר פנייתה לערכאות. במצב דברים זה, אין הצדקה כי בית המשפט יעשה שימוש בשיקול דעתו וייתן סעדים של צו מניעה או צו עשה לגבי עצם שימוש של קרן התמר בתוכנה, ויש טעם להימנע ממתן סעדים אלה.

127. במקביל, לאור ממצאי פסק דין זה, יש לאסור על שב"א לעשות שימוש בתוכנה שבידיה (קוד המקור) או להעבירה לקרן התמר או לגורם שלישי כלשהוא.

⁶ העתירה ציינה גם משפט כוללני שאינו סעד קונקרטי לפיו יינתן צו: "להימנע מלהפר את הזכויות של התובעת מכוח ההסכם וכוח הדין, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף או תורם, בין בדרך המתוארת בכתב התביעה ובין בדרך אחרת".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

מתן חשבונות

128. בכתב התביעה עתרה מיתוג להורות לנתבעות לתת דין וחשבון לגבי: (1) כמות העותקים של התוכנה שנמכרו על ידי שב"א; (2) כמות העותקים של התוכנה שנמצאים כיום בשימוש על ידי קרן התמר; (3) העברה של עותקי התוכנה או סודות מסחריים של מיתוג לצדדים שלישיים; (4) ההכנסות והרווחים שעשתה קרן התמר מאז יום הקמתה במסגרת הפעלת הכספומטים.

בסיכומי מיתוג התבקש כי הדין והחשבון ינתן לגבי: " (1) פירוט של כל התמורה שהעבירה קרן התמר לשב"א במסגרת העסקה ביניהן וכל תמורה נוספת הקשורה ליצירת עותקים נוספים של התוכנה, העברת ו/או עדכון קוד המקור וכל פעולה נוספת הקשורה לתוכנה, לרבות העברה לצדדיים שלישיים; (2) פירוט של כמות הכספומטים ועותקי התוכנה המותקנים עליהם הנמצאים בחזקת קרן התמר, לרבות פרוט ההתקנות והסבר כיצד ומתי נוצר (או עודכן) והותקן כל עותק של התוכנה במכשיר הכספומט; (3) פירוט ההכנסות של קרן התמר מהפעלת הכספומטים עליהם מותקנת התוכנה מאז שהועברו לחזקתה ועד היום".

אין רבותא בעיני להבדלים בין כתב התביעה לבין הסיכומים בפרטי הסעד המבוקש. עיקר הדברים הוא שהתובעת עתרה לסעד של מתן חשבונות על בסיס הזכויות כפי שיוכחו ועל מנת שניתן יהיה לממשן.

129. לנוכח מסקנות הדין לעיל, התובעת אינה זכאית למידע הנוגע לתכניה הכלכליים של ההתקשרות בין שב"א לבין קרן התמר, למעט רכיבים כספיים, אם קיימים, לגבי סוגיות הבאות: (א) יצירת עותקים נוספים של התוכנה; (ב) העברת קוד המקור או עדכון של התוכנה באמצעות קוד המקור; (ג) העברה של התוכנה לצדדיים שלישיים.

מיתוג אינה זכאית למידע לגבי הכנסות של קרן התמר מהפעלת הכספומטים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

מיתוג זכאית לפירוט לגבי עותקי התוכנה שהותקנו על כספומטים שבחזקת קרן התמר מאז העסקה. כן זכאית מיתוג למידע בדבר תמורה שהתקבלה אצל קרן התמר, ככל שהתקבלה, עבור מכירת עותקים של התוכנה תוך הותרת עותקי התוכנה בידי הקרן (להבדיל ממכירתם עותקים והעברתם ללא הותרת עותקים בידיה), ככל שהייתה כזו.

סעד כספי

130. בכתב התביעה ובסיכומיה עתרה מיתוג לחייב את הנתבעות לשלם לה "פיצויים או להשיב את רווחיהן וזאת בגובה של 2,560,000 ₪ בתוספת מע"מ, הפרשי הצמדה וריבית למן יום הקמת עילת התביעה ועד ליום התשלום המלא בפועל". צוין כי סכום זה נקבע לצרכי אגרה וכי מיתוג שומרת לעצמה את "הזכות לשנותו" לאחר קבלת חשבונות או לאחר שיתגלה "היקף ההפרה, ההתעשרות והנזק המלא".

131. הסכום שצוין בכתב התביעה נסמך על תחשיב של דמי רישוי לתוכנה ודמי תחזוקה שנתיים. התובעת העריכה כי המחיר שהייתה גובה מקרן התמר "עבור כל רישיון במסגרת עסקה רצונית בין הצדדים, הוא סך של 3,200 ש"ח בתוספת מע"מ" (סע' 3.3-3.4 לכתב התביעה). סכום זה הכפילה התובעת בסך העותקים המוערך בידי קרן התמר (לרבות העותקים שהתקבלו משב"א) – 500 במספר, והגיעה לסך של 1.6 מיליון ₪.

לכך הוסיפה התובעת רכיב של דמי תחזוקה. נטען כי "כנהוג בענף במסגרת עסקאות כמעין אלו", בעסקה רצונית בינה לבין קרן התמר בשנת 2013 "אף היה נכלל מרכיב של דמי תחזוקה שנתיים בגובה של 15% מעלות הרישיונות, וזאת למשך 4 שנות התקשרות בין הצדדים עם אופציה להארכה". על בסיס הנחה זו, הוסיפה מיתוג לתחשיב סכום של 960,000 ₪ (240,000 ש"ח לשנה לתקופה של 4 שנים).

כך הגיעה התובעת לטענה בדבר נזק "בגין אי רכישת רישיונות שימוש בעותקי התוכנה לרבות דמי תחזוקה שנתיים ל-4 שנים כמקובל בתחום", בסך של 2,560,000 ש"ח "בתוספת מע"מ".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

התובעת הוסיפה וכתבה שהסכום הנזכר אינו כולל נזק שנגרם לה בשל העברת סודות מסחריים לקרן התמר או עקב התעשרות שב"א שלא כדון על חשבונה של מיתוג, בהעדר נתונים. כמו כן, פרט לתחשיבים לעיל התייחס כתב התביעה גם לאפשרות לפסיקת פיצוי סטטוטורי.

132. על מנת לבחון איזה סעד מתאים והוכח, נזכיר תחילה את ממצאי ההפרות בדיון לעיל.

ראינו כי בעוד העברתם של 290 עותקים של התוכנה משב"א לקרן התמר הייתה כדון, עותק תוכנה אחד נוצר והותקן בניגוד להרשאה ובאופן שיכול להחשב מצדה של שב"א כהפרת הסכם או כהפרת זכות יוצרים (ומבחינת הקרן, יתכן כי הפרה עקיפה של הזכות להעתיקה). עוד ראינו כי עותקי תוכנה שהותקנו במכשירי כספומט של קרן התמר אשר נוספים לאלה שקיבלה משב"א, נוצרו באופן המנוגד להסכמי הרישיון שהומחו לה והתנהלותה של הקרן בעניינים יכולה להיחשב כהפרת הסכמים או כהפרת זכות יוצרים. לא בכדי הקדישה הקרן חלק נרחב בטיעוניה לשאלת התשלום הכספי האפשרי למיתוג (במקרה בו לא יתקבלו טענות הנתבעות במלואן).

133. הצדדים לא חידדו את שאלת היחס בין הפרת הסכם רישיון ובין הפרת זכות יוצרים (השוו: ע"א 592/88 שגי'א נ' עיזבון המנוח נינו ז"ל, פ"ד מו(2) 254 (4.3.1992) (עניין נינו), עמ' 262 מול האות ה'; אפורי, עמ' 381-382; גרינמן (מה' 2), עמ' 632-633). נראה כי הטיעונים התרכזו רובם ככולם בפיצוי בגין הפרת זכות יוצרים, וכך יעשה גם הדיון להלן.

134. התייחסותה של מיתוג לאפשרות לפיצוי ללא הוכחת נזק בגין הפרת זכויות יוצרים, הייתה מינימלית עד קלושה. למעשה, מיתוג רק הזכירה קיומה של אפשרות זו לפי סע' 56 לחוק 2007 אך לא דנה בה במישרין. ניתן לראות התייחסות עקיפה לשיקולים אותם אמור להפעיל בית המשפט בקביעת פיצוי בהתאם להוראות סעיף 56(ב) לחוק (כמו הטענה שעלתה בהקשר היקף הפיצוי, כי קרן התמר, בין השאר, "ייצרה ביוזמתה עותקים מפרים והשתמשה בהם במשך כשמונה שנים במהלך הניבו לה ככל הנראה עשרות מיליוני שקלים"; סיכומי התשובה, סע' 12).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

דיון שחסרונו מורגש במיוחד הוא בשאלת איתור "הפרה" העומדת בפני עצמה ומצדיקה פיצוי סטטוטורי לפי החוק. מדובר בסוגייה בסיסית בפיצוי ללא הוכחת נזק לפי חוק זכות יוצרים. יתכן כי העדר דיון בה הוא מהלך מושכל, על רקע אמירות בפסיקה ובספרות המתייחסות בסוגיה זו ל"מבחן הזכות שנפגעה" ולכך שעל פי רוב, הפרה חוזרת של אותה זכות תראה ככזו שמקימה עילת תביעה אחת בלבד, הגם שיש מקרים בהם כמה הפרות של אותה זכות יוצרים, יקימו עילת תביעה נפרדת לגבי כל אחת מן ההפרות (ר' למשל: רע"א 2855/20 פלונית נ' פלוני (6.10.2022); ע"א 3853/11 רונית דגלי אומות בע"מ נ' שטן (13.5.2013); עניין ניניו; גרינמן (מה' 2), (790-774).

יש ללכת "בעקבות" התובעת עצמה ולהתייחס לנזק שהוכח, להבדיל מפיצוי ללא הוכחת נזק. בעניין נזק זה, התייחסה התובעת עצמה לדמי רישיון (חד פעמיים) לכל עותק תוכנה וכן לתשלום עבור דמי תחזוקה שנתיים לתקופה מסוימת.

135. בעניין תשלום ראוי של דמי רישיון, טוענת התובעת ומבססת תחשיבה על סך של 3,200 ₪. נטען כי בעוד העסקה עם שב"א בשנת 2006 נעשתה "בתנאים מיוחדים לאור ההיכרות הארוכה... ויחסי האמון...", עסקה למכירת רישיונות לקרן התמר בשנת 2013 "הייתה נעשית בתנאים שונים, וזאת לאור תנאי השוק ששררו באותה תקופה, עליית מדד המחירים, והצורך לגלם עלויות של עבודות התאמה של התוכנה והטמעה...". על בסיס כך נקבה התובעת בסכום הנזכר.

קרן התמר מנגד סבורה כי אם וככל שיהיה מקום לפסוק לתובעת תשלום בגין רישוי עותקי התוכנה, סכום זה אמור להיות נמוך משמעותית לא רק מהעתירה בכתב התביעה אלא גם מסכום הרישיון שהיה נקוב בהסכם בין שב"א למיתוג, שכן הסכום שצוין בהסכם 2006 כלל גם שירותי תחזוקה ועדכון, אולם שירותים כאלה לא ניתנו לה על ידי מיתוג, וכן לפי שכבר בשנת 2013 התוכנה הייתה "מיושנת" (והיא נמצאת בתהליך החלפה) כך שתקופת השימוש בה הייתה "כמחצית מחיי התוכנה לגבי התוכנות שהותקנו בסמוך למועד הרכישה, ובמשך תקופה זניחה ביחס למשך חיי התוכנה לגבי התוכנות שהותקנו שנים לאחר מועד זה" (סע' 1(ב) לסיכומי התשובה). הקרן עתרה לחייבה בתשלום של לכל היותר \$85 לכל התקנה של התוכנה מעבר לעותקים שהתקבלו משב"א.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

136. הערכתה של מיתוג, בוודאי במסגרת סכסוך והליך משפטי, לגבי גובה דמי רישיון שהייתה גובה מקרן התמר, איננה בסיס הולם לקביעת דמי רישיון ראויים. לא הובאה חוות דעת מומחה גם לגבי סוגיה זו. מנגד, גם הערכתה וטיעוניה של קרן התמר לגבי ערכו של רישיון אינם בסיס הולם מכמה טעמים. בין השאר, אין ולו טענה כי שב"א עצמה שילמה דמי רישיון מופחתים בתקופות ש"התרחקו" ממועדי ההסכם ובהם לכאורה הייתה התוכנה כבר מיושנת.

137. קרן התמר עצמה טענה כי בחישוב פיצוי בגין הפרה נהוג להתחשב בסכומים אותם גבה בעל הזכות בפועל, ואף טוענת כי "ההערכה היחידה שקיימת לשווי רישיון שימוש בתוכנה מבוססת על אותה הסכמה שמיתוג עצמה גיבשה לפני כ- 15 שנה מול הלקוח יחיד שהיה מעוניין בתוכנה (שב"א)" (סע' 100 לסיכומיה).

הקרן אמנם חוזרת ומתייחסת שוב ושוב להסכם 2006 והתעריף שצוין בו (\$350) אולם לאמיתו של דבר, התשלום המעודכן ביותר שיש לפנינו לגבי דמי רישוי עבור עותק של התוכנה הוא הסכום הנקוב במסמך משנת 2007 שבין שב"א למיתוג. לעניין זה אין זה משנה אם קרן התמר נחשפה או לא נחשפה למסמך בזמן אמת או מה נאמר לה ע"י גורם כלשהוא של שב"א (סע' 103 ו-113 לסיכומיה). אין גם משקל לטיעונים ההדדיים (של מיתוג וחד גיסא ושל הקרן מאידך גיסא) כי הסכום שנזכר בשנת 2007 היה גבוה מדי או נמוך מדי ולא שיקף את התשלום הראוי (כל צד וטיעונו); חלף-עבר הזמן בו ניתן היה להעלות טענות לגבי פגמים בכריתה של מסמך 2007.

138. במסמך משנת 2007 נקבע כי דמי הרישוי עבור כל עותק/התקנה יהיו בשנת 2008 סך של 1563 ₪, כי אלה יהיו בשנת 2009 "אותו מחיר אך בתוספת הצמדה מדד המחירים מהמדד של היום למדד שיהיה ב-1/1/2009" וכי "החל מ-1/1/2010 ועד ל-31/12/2025 יהיה המחיר 1563 בתוספת הצמדה למדד המחירים לצרכן מהיום ועד למדד הידוע ביום הוצאת החשבונית". הסכום האמור לא כלל הרחבות ותיקונים ללא הגבלה. נקבע סף שעות עבודה שיהיו על חשבונה של מיתוג ובהמשך תשלום בגין שעת עבודה. לא אותר מידע או טענה לגבי כמות השעות שניתנו על ידי מיתוג לשב"א מאז מסמך 2007 ועד למכירת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

הפעילות בשנת 2013 וממילא לא בוסס כי טרם הושלמה מכסה זו (והנטל על הטוען, ובמקרה דנן – על המבקש ללמוד הפחתה בסכום דמי הרישיון).

הסכום הנזכר במסמך 2007 גם יכול להתיישב עם עדות מלכה אליה הפנתה הקרן, כי העלות הנוכחית של תוכנות חלופיות הינה בסדר גודל של מאות דולרים לרשיון (סע' 95 לסיכומים).

139. מאחר ששב"א הייתה רשאית להעביר לקרן התמר את העותקים עבורם שילמה, עותקים אלה אינם מזכים את מיתוג בפיצוי.

העותקים בגינם יש זכאות לפיצוי הם העותק הנוסף שהועבר משב"א לקרן התמר וכן העותקים שהותקנו במכשירי קרן התמר מעבר ל-291 עותקים התקבלו משב"א.

כמות זו יש להכפיל בסכום הנזכר במסמך 2007 (1563 ₪) כשהוא צמוד למדד המחירים לצרכן מיום 19.12.2007 ועד למועד הגשת התביעה (14.6.2017). לפי המחשבון המקוון של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, נראה שמדובר בסך של 1821 ₪ לעותק (1820.61 ₪, מעוגל).

140. הטענה כי בעסקה רצונית "היה נכלל מרכיב של דמי תחזוקה שנתיים בגובה של 15% מעלות הרישיונות, וזאת למשך 4 שנות התקשרות בין הצדדים עם אופציה להארכה", לא בוססה בראיות של ממש או בכלל.

לא ראינו בהסכם המעודכן ביותר שבין מיתוג לשב"א מרכיב דמי תחזוקה באופן הנטען. ניתן היה לסבור כי באופן רגיל, מי שמשתמש בתוכנה ירצה לקבל שירותי תחזוקה מיוצר התוכנה ואולי להביא ראיות על היקף נהוג. אולם, לא זו בלבד שלא הובאו ראיות בעניין עלות תחזוקה, אלא שבמקרה הקונקרטי יכול להיות קושי נוסף שכן קרן התמר רצתה להתקשר עם מיתוג באופן שיאפשר לה לקבל ממנה שירותים אך לאחר מפגש בשנת 2014 שהתנהל והסתיים בטונים צורמים עד מאד, היה ברור כי הקרן לא הייתה נכונה מאז אותה עת לאפשר לשטרית כל כניסה ומעורבות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

הערה וסיכום

141. לא מצאתי בטיעוניהם האחרים של הצדדים או בשיקולים אחרים, כדי לשנות את תוצאות הדיון לגופו של עניין (ע"א 578/17 יבלינוביץ' נ' פרטנר תקשורת בע"מ (18.11.2018)); ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז'ן בע"מ (2.9.2018); רע"א 1491/16 פלוני נ' פלוני (14.4.2016); רע"א 9294/09 חן נ' בנק הפועלים (25.3.2010); ע"א 4861/05 שיכון עובדים נ' מנהל מיסוי מקרקעין (11.8.2008); ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60 (15.6.1983)), ובכלל האמור טענה לניצול לרעה של פערי כוחות בפעולת שב"א לאחר חתימת הסכם 2006 וקודם לחתימת הסכם 2007 (טענה שנבלעה בהסכם 2007 וממילא התיישנה); טענות לחובת אמון מוגברת החלה על שב"א בשל יחסי הצדדים וטענות נוספות של ניצול לרעה; טענות שב"א להפרות הסכם 2005 ולמעין אילוץ בהתקשרות בהסכם 2006; טענת כלל פרשנות נגד המנסח; טענה להעברת קוד המקור גם לחברת QSM; טענה לאי בדיקת נאותות על ידי קרן התמר קודם להתקשרות עם שב"א וחשד לקיומה של תניית שיפוי בין חברות אלה; השאלה אם מיתוג הציעה לשב"א עובר להסכם 2005, לפתח תוכנה על בסיס Aprta Edge או שמא הדבר הוחלט עוד קודם לכן ע"י שב"א; הטענה להסכם turn key (והאם מדובר בהרחבת חזית); השאלה אם בעת הגשת תצהירו בחודש מרץ 2019 ידע שטרית או יכול היה לדעת כי מילויצקי צפוי שלא להעיד; הטענה כי הכנסות מיתוג ירדו משמעותית לאחר שהפסיקה לעבוד עם שב"א (וכי זה היה "טריגר" להגשת התביעה); ועוד.

142. סוף דבר, ניתן צו האוסר על שב"א לעשות שימוש בתוכנה שבידיה (קוד המקור) או להעבירה לקרן התמר או לגורם שלישי כלשהוא.

143. קרן התמר מחוייבת להגיש דין וחשבון מפורט בתצהיר ערוך כדן, המאמת על ידי רואה חשבון, לגבי עותקי התוכנה שהותקנו על כספומטים שבחזקתה מעבר ל-291 העותקים שנתקבלו משב"א. כן תתייחס קרן התמר באותה מתכונת לכל תמורה שהתקבלה אצלה, ככל שהתקבלה, עבור מכירת עותקים של התוכנה תוך הותרת עותקי תוכנה בידי הקרן (להבדיל ממכירתם עותקים והעברתם ללא הותרת עותקים בידיה). להבנתו של בית המשפט, עמדת הקרן היא כי לא בוצעה מכירה כזו. יש לגבות את הדבר בתצהיר או להפנות היכן הדבר נזכר באופן זה בתצהיר שהוגש מטעם הקרן בהליך.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 32162-06-17 מיתוג מערכות מבוזרות בע"מ נ' שירותי בנק אוטומטיים
בע"מ ואח'

7 מארס 2023

שתי הנתבעות יגישו התייחסות בתצהירים לאמור בפסקה הראשונה בסעיף 129 לעיל.

144. ההשלמות יוגשו עד ליום 21.3.23. חיובים כספיים יקבעו לאחר ההשלמות, וכך גם ההוראות בעניין ההוצאות.

לקראת חתימה אבקש לציין לחיוב את הופעתם של כל הצדדים בהליך (לרבות הצד הבלתי מיוצג).

המזכירות תמציא פסק הדין (החלקי) לצדדים.

ניתן היום, י"ד אדר תשפ"ג, 07 מרץ 2023, בהעדר.

תמר אברהמי, שופטת