



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

05 אוקטובר 2010

לפני כבוד השופט, פרופ' עופר גרוסקופף

1. עזבון המנוח צבי נרקיס ז"ל
2. צבי רוזנברג
3. מסטרפונט בע"מ

התובעים  
בת"א 5311-04-08

ע"י ב"כ עו"ד יעקב קלדרון, עו"ד חנה קלדרון ועו"ד אורי שורר

1. הוצאת קורן ירושלים בע"מ
2. צבי רוזנברג
3. מסטרפונט בע"מ

התובעים

ע"י ב"כ עו"ד יעקב קלדרון, עו"ד חנה קלדרון ועו"ד אורי שורר

נגד

1. מיקרוסופט ישראל בע"מ
2. Microsoft Corporation

הנתבעים  
בת"א 5311-04-08  
ובת"א 5315-04-08

ע"י ב"כ עו"ד רם ז'אן ועו"ד דנה אמיר

### החלטה

1. מהי, אם בכלל, ההגנה המשפטית המוענקת על פי הדין הישראלי לגופן (typeface)? באופן ממוקד יותר, האם גופן הוא מדגם או מושא להגנת דיני זכויות היוצרים? שאלות משפטיות אלו, המחייבות בחינה יסודית של קו הגבול בין דיני המדגמים לבין דיני זכויות היוצרים, הן העומדות להכרעה בהחלטה זו.

עמוד 1 מתוך 31



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

### המסגרת הדינית

2. שתי התביעות שלפני עוסקות בשני גופנים, אשר עוצבו על ידי בכירי מעצבי האותיות העבריות. עניינו של ת.א. 5311-04-08 בגופן "נרקיסים" אשר עוצב ע"י הטיפוגרף צבי נרקיס ז"ל. עניינו של ת.א. 5315-04-08 בגופן "קורן" אשר עוצב על ידי הטיפוגרף אליהו קורן (קורנגולד) ז"ל. בשתי התביעות נטען כי הנתבעות, חברת מיקרוסופט העולמית (Microsoft Corp.) וחברת הבת שלה המופקדת על השיווק בארץ (מיקרוסופט ישראל בע"מ; להלן, יחדיו: "הנתבעות" או "מיקרוסופט"), עשו שימוש בלתי מורשה בגופן המדובר, "נרקיסים" ו"קורן" לפי העניין, שעה ששילבו אותו במערכות ההפעלה "windows" לדורותיהן ולגרסותיהן. כאמור, שאלה יסודית שהייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים היא זיהוי מערכת הדינים הרלוואנטית המסדירה את ההגנה הניתנת לגופנים. בעוד שהתובעים טענו כי אלו הם דיני זכויות היוצרים, הנתבעים טענו כי גופן ראוי להירשם כמדגם, ועל כן אינו יכול להיות ליהנות מהגנת דיני זכויות היוצרים.

3. הואיל וביסוד המחלוקת בשני התיקים עומדת "שאלה משפטית טהורה" הצעתי לצדדים ביום 3.12.2009, במסגרת דיון קדם משפט, את החסדר הדיוני לפיו יקוים הדיון בתיקים בשני מסלולים מקבילים: האחד, הגשת סיכומים, והכרעה, בשאלה המשפטית העקרונית שעניינה טיב ההגנה המשפטית המוענקת בדין הישראלי לגופנים, אשר נוצרו לפני עשרות שנים; השני, דיון הוכחות בשאלות העובדתיות והמשפטיות האחרות ששנויות במחלוקת בין הצדדים. בדרך זו ניתן יהיה להכריע בשאלה המשפטית העקרונית בטרם ידרשו הצדדים לסכם בשאלות האחרות בתיק, כך שיהיה באפשרות באי כוחם לכוון את טיעוניהם לפי הכרעה זו. הצעה זו התקבלה על דעת שני הצדדים. בהתאם למוסכם הגישו הצדדים סיכומים בשאלה המשפטית העקרונית, ובמקביל נשמעו עדי הצדדים במספר דיוני הוכחות בחודשים מאי-יולי 2010. עתה באה העת להכריע בשאלה המשפטית העקרונית, כאשר



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

לאור ההכרעה יוכלו הצדדים לסכם ביתר השאלות השנויות במחלוקת, בהתאם ללוח הזמנים שנקבע.

4. בהמשך הדברים תובהר יריעת המחלוקת הגודרת החלטה זו, ויוצגו הנימוקים להכרעתי בשאלה העקרונית שהונחה לפתחי בדבר מעמד המשפטי של גופנים. ואולם בראשית הדברים מן הראוי להקדיש מספר מילות הקדמה להגדרת נושא החלטה זו - הגופן (בלעז, typeface).

### מהו גופן?

5. גופן ניתן להגדרה כמערכת של תווים הכוללת אותיות, ספרות וסימנים אחרים, שיש להם סגנון עיצובי אחיד, המיועדת לשמש לשם כתיבה או לשם יצירה של רצף תווים בעל משמעות.<sup>1</sup> בלשון אחרת, גופן הוא עיצוב מסוים של מערכת הסימנים המרכיבה את השפה הכתובה.

<sup>1</sup> הגדרה ברוח זו ניתן למצוא, למשל, בדו"ח 94-1476 שהוכן על ידי הוועדה השיפוטית של בית הנבחרים האמריקאי, והוגש ב- 3.9.1976 עם הבאתו לאישור של חוק זכויות יוצרים האמריקאי (Copyright Act of 1976) (להלן: "דו"ח הוועדה השיפוטית של הקונגרס"):

"A "typeface" can be defined as a set of letters, numbers, or other symbolic characters, whose forms are related by repeating design elements consistently applied in a notational system and are intended to be embodied in articles whose intrinsic utilitarian function is for use in composing text or other cognizable combinations of characters."

וראו גם ההגדרה שנקבעה לצורך ה-Vienna Agreement for the Protection of Type Faces and Their International Deposit משנת 1973 (להלן: "אמנת וינה להגנת גופנים"):

"(i) "type faces" means sets of designs of:

- (a) letters and alphabets as such with their accessories such as accents and punctuation marks,
- (b) numerals and other figurative signs such as conventional signs, symbols and scientific signs,
- (c) ornaments such as borders, fleurons and vignettes,





## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

8. אין חולק כי עיצוב גופנים, שהוא חלק ממקצוע הטיפוגרפיה (typography), היא מלאכה יצירתית מורכבת הדורשת כישרון, ידע והשקעת מאמץ. היטיב להסביר זאת אחד ממעצבי האותיות הבולטים שקמו לאות העברית, הטיפוגרף המנוח צבי נרקיס ז"ל, אשר היה אחד התובעים בהליכים שלפני, והלך לעולמו זה לא מכבר:

**"הגופנים נשוא התובענה נוצרו על ידי ודרשו ממני יצירתיות, מיומנויות גבוהות השקעה רבה ועקביות. יצירת גופן אינה מעשה מיכני או שרירותי, אלא מלאכת אמנות אשר מתחשבת גם בצרכים המעשיים להם נועד הגופן ובעיקר קלות הקריאה, וגם באלמנטים אסתטיים היוצרים את התחושה הכללית המתקבלת משילוב של כל האותיות והסימנים המרכיבים את הגופן. מסיבה זו יש לעצב בנפרד כל אות וסימן, תוך התייחסות לעיצוב שאר האותיות והסימנים. מדובר בשעות עבודה רבות מאד המגיעות בממוצע לשנת עבודה עבור כל גופן."**  
(תצהירו של מר צבי נרקיס ז"ל מיום 11.12.2008, סעיפים 6 – 8; מספרי הסעיפים הושמטו לשם שמירה על רצף הקריאה).

9. על מנת לעשות שימוש בגופן יש להטביע אותו בעולם הפיסי. בעבר נעשתה הטבעה זה בעיקר באמצעות גלופות, שהיו עשויות תחילה מעץ ואחר כך ממתכת, אשר שימשו בדפוס הבלט. באותה עת היה מקובל להשתמש במונח הלועזי פונט ("font") לתיאור האמצעי שנועד להטבעת הגופן (קרי, מערכת אותיות המתכת או העץ בה הוטבע הגופן). כיום השימוש בגופן נעשה לרוב באמצעות קבצי מחשב בהם מוגדרים המאפיינים של התווים. לפיכך, ביחס לגופנים חדשים, אשר מעוצבים באמצעות מחשב, איבדה האבחנה בין



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

המונחים "גופן" ו"פונט" את משמעותה, והם משמשים בלשונו כמונחים נרדפים.<sup>5</sup> ואולם, לצורך הדיון הנוכחי, יהיה זה מועיל לשמר את האבחנה ההיסטורית ביניהם. לפיכך יעשה להלן שימוש במונח "גופן" לתיאור עיצוב מסוים של מערכת סימנים המרכיבים את השפה הכתובה, בעוד שהמונח "פונט" ישמש לתיאור האמצעי המאפשר את הצגתו של הגופן. באופן קונקרטי יותר המינוח "פונט דיגיטלי" ישמש לתיאור תוכנת מחשב המשמשת להצגת גופן, והמינוח "פונט מוחשי" ישמש לתיאור החפצים באמצעותם בוצעה הטבעה של גופנים בעבר (כגון גלופות עץ או מתכת).

### גדר המחלוקת בה עוסקת החלטה זו

10. הגופנים בהם עוסקות התביעות שלפני עוצבו לפני שנים רבות. גופן "קורן" עוצב בשנות החמישים של המאה העשרים, וזאת לצורך הגשמת מפעל חזונו הגדול של מר אליהן קורן ז"ל - הוצאת "התנ"ך הראשון שהובא לדפוס, אשר בו נעשתה העבודה כולה, למן ציור האות העברית ועד להשלמת הספר, בידי יהודים וברושלים" (אליהו קורן (קורנגולד), הרעיון וההגשמה - הדפסת ספר התנ"ך המהדורה היהודית הראשונה 9). גופן "נרקיסים" עוצב אף הוא לפני שנים לא מעטות. לפי עדותו של מר צבי נרקיס ז"ל היה זה "סביב שנת 85", כאשר עיצוב הגופן, על חמשת משקליו, נמשך "במהלך כמה שנים" (פרוטוקול עדותו של מר נרקיס ז"ל מיום 15.2.2009 עמודים 1-2).

11. השימוש המרכזי שעמד לנגד עיני המועצבים בעת יצירת הגופנים בהם עוסקות התביעות שלפני היה תעשיית הדפוס. הגופן "נרקיסים" לא עוצב למען פרויקט מסוים. הגופן "קורן" נועד לצורך כתיבת והדפסת ספר התנ"ך, פרויקט רחב היקף. בין כך ובין כך, המדובר בגופנים אשר יוצרו לצורך שיכפול תעשייתי. מכאן שהשאלה בה עסקינן איננה ההגנה

<sup>5</sup> ראו Jacqueline Lipton, "To © or Not to ©? Copyright and Innovations in the Digital Typeface Industry" 43 U.C. DAVIS L. REV. 143, Sec. II.A. (2009) (להלן: "Lipton, To © or Not to ©?").



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

הניתנת לעיצוב של טקסט מסוים (בין אם זהו טקסט שנכתב בכתב יד ובין אם זהו טקסט מודפס), אלא ההגנה הניתנת לאבני הבניין, הגופנים, באמצעותם ניתן ליצור מגוון רחב של טקסטים (השוו ואבחנו מת.א. (ת"א) 665/87 פלג נ' מדן מפעלי דפוס נצרת בע"מ, פ"מ תשנ"א (2) 49 (להלן: "עניין פלג") – במסגרתו הוכרה, בהסכמת הצדדים, הגנה של זכויות יוצרים לטקסט שנכתב על ידי סופר סת"ם).

12. במהלך השנים, עם התקדמות הטכנולוגיה, נעשו על ידי התובעים האחרים בתיקים שלפני (מסטרפונט בע"מ ומונהלה מר צבי רוזנברג) עיבודים דיגיטליים (דיגיטציה) מורשים של הגופנים "קורן", ו"נרקיסים" לקובצי מחשב (פונטים דיגיטליים) המשמשים במערכות ממוחשבות.

13. מיקרוסופט עושה שימוש בגופנים שונים במערכות ההפעלה שלה. גופנים אלו מוטמעים בתוך פונטים דיגיטליים אשר יוצרו בעבור מיקרוסופט. אין טענה כי מיקרוסופט עשתה שימוש בתהליך הדיגיטציה שערכו התובעות לגופנים "נרקיסים" ו"קורן". מכאן שהשאלה האם העתקת קובץ מחשב של פונט דיגיטלי מהווה הפרה של זכויות יוצרים איננה מתעוררת בתביעות שלפני, וממילא לא אדון בה.<sup>6</sup>

14. טענתן של התובעות בשני ההליכים שלפני היא שנעשתה דיגיטציה לא מורשה של הגופנים "קורן" ו"נרקיסים" על ידי הנתבעות, או מי מטעמן, וכי פעולה זו מקנה להן זכות תביעה כנגדן במסגרת דיני זכויות היוצרים. הנתבעות כופרות בטענה כי עשו דיגיטציה בלתי מורשה בגופנים "קורן" ו"נרקיסים". לגבי הגופן "נרקיסים" טענתן המרכזית היא

<sup>6</sup> לדיון בשאלה זו בדין האמריקאי ראו Adobe Systems Inc. v. Southern Software Inc. (District Court of N. Dist. Cal., 1998); "Registrability of Computer Programs that Generate Typefaces," 57 Fed. Reg. 6201 (Feb 12, 1992); Lipton, To © or Not to ©?, Sec. III & IV; Blake Fry, "Why Typefaces Proliferate Without Copyright Protection," 8 J. on Telecomm. & High Tech. L. 425, 437-439 (2010) (להלן: "Fry, Why Typefaces Proliferate").



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

שהדיגיטציה נעשתה בהתאם לרישיון שנתן מר צבי נרקיס ז"ל למיקרוסופט; לגבי הגופן "קורן" הטענה המרכזית היא שלא נעשה בו כל שימוש על יד מיקרוסופט. ואולם טענתן המקדמית, טענה בה עוסקת החלטה זו, היא שגם אם נעשה שימוש בלתי מורשה כאמור, אין הדבר מקים עילת תביעה נגדן, מאחר שהגופנים בהם מדובר אינם עולים לכדי קניין רוחני מוגן, אלא מהווים חלק מנחלת הכלל.

15. ניתן לתחום איפוא את נושא המחלוקת בה נועדה החלטה זו להכריע באופן הבא: מהי ההגנה המשפטית הניתנת לגופן עצמו, להבדיל מההגנה הניתנת לעיצוב של קטע כתוב או מודפס (המכונה בלעז "typographical arrangement"), ולהבדיל מההגנה הניתנת לפונט דיגיטלי, קרי תוכנת מחשב שמפיקה גופן מסוים.

16. הצדדים הציגו בסיכומיהם עמדות שונות ביחס להסדר המשפטי מכוחו ניתנת הגנה לגופנים על פי הדין הישראלי, ואולם שתי העמדות הללו יוצאות מנקודת ההנחה כי הגנה משפטית מסוימת יכולה להינתן לגופן. עמדת התובעים היא שגופן אינו יכול להירשם כמדגם, אלא הוא יצירה היכולה לזכות בהגנת דיני זכויות יוצרים; עמדת הנתבעים היא שגופן כשיר להירשם כמדגם, ולכן הוא יכול לזכות בהגנת דיני המדגמים, אך לא בהגנה של דיני זכויות היוצרים. מחלוקת זו נובעת מכך שבדין הישראלי סיווג יצירה כמדגם שולל את האפשרות להגן עליה במסגרת דיני זכויות היוצרים (ראו סעיף 7 לחוק זכות יוצרים, תשס"ח – 2007 (להלן: "חוק זכות יוצרים החדש" או "החוק החדש") שהחליף את סעיף 122(1) חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: "חוק זכות יוצרים הישן" או "החוק הישן"). להרחבה בעניין זה ראו סעיפים 22 - 24 להלן). מכאן, שאם גופן ראוי להירשם כמדגם, לא ניתן לטעון לגביו לתחולה של דיני זכויות יוצרים. בדרך זו צמצמו הצדדים את תחומי המחלוקת בה אמורה החלטה זו להכריע, כך שהיא מתמצה בשאלה האם ההגנה המשפטית הניתנת לגופן היא באמצעות דיני המדגמים או באמצעות דיני זכויות היוצרים (להלן: "שאלת המיון").





## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

17. הטעם לכך שהצדדים בחרו לצמצם את יריעת המחלוקת כך שתעסוק בשאלת המיזן בלבד פשוט ומובן: מאחר שאין חולק כי הגופנים בהם מדובר ("קורן" ו"נרקיסים") לא נרשמו במרשם המדגמים, וכי אף אם היו נרשמים ההגנה עליהם הייתה פוקעת זה מכבר (הגנת המדגם מוגבלת ל- 15 שנה לפי סעיף 32 לפקודת הפטנטים והמדגמים, 1926), הרי שאם תתקבל עמדת הנתבעים יהיה בכך כדי לדחות את עיקרן של התביעות נגדם. לעומת זאת, אם תתקבל עמדת התובעים, ויקבע כי גופנים ניתנים להגנה בדיני זכויות יוצרים, תיפתח לפנייהם האפשרות להוכיח כי הגופנים "קורן" ו"נרקיסים" ראויים להגנה זו, וזאת גם מבלי שנרשמו בפנקס ציבורי כלשהו, ולמרות שחלפו שנים רבות מאז שנוצרו (כידוע, ההגנה על זכות יוצרים חלה על פי סעיף 38 לחוק החדש למשך חיי היוצר וכן 70 שנה לאחר מותו).

18. בטרם אעבור לבחון את שאלת המיזן אבקש להעיר שתי הערות משלימות לעניין גדר המחלוקת:

ראשית, בצד שתי החלופות שהעלו הצדדים, ראיית הגופן כמושא להגנת דיני המדגמים או כמושא להגנת דיני זכויות יוצרים, ניתן להעלות גם אפשרות שלישית, קיצונית יותר, לפיה אין גופנים זוכים להגנה משפטית לא לפי דיני זכויות היוצרים ולא לפי דיני המדגמים. ודוק, האפשרות שיצירה לא תהיה מוגנת לא בדיני זכויות היוצרים ולא בדיני המדגמים אינה אפשרות תיאורטית כלל ועיקר. כך, למשל, מתכונים ועיצובים פונקציונאליים (קרי, עיצובים שהם בעיקרם "התקן מכני", כלשון הגדרת "מדגם" בסעיף 2 לפקודת הפטנטים והמדגמים) אינם זוכים להגנת דיני המדגמים אך גם אינם מוגנים בדיני זכויות יוצרים (לדיון במוצבים מסוג זה ראו אמנון גולדנברג, "הגנת העיצוב התעשייתי" ספר **לנדוי** (כרך שלישי, תשנ"ה), 1159, סעיפים 29 – 79; להלן: "**גולדנברג, הגנת העיצוב התעשייתי**").

כמובהר לעיל, לנתבעים לא היה צורך בהעלאת אפשרות קיצונית זו, אולם לשם שלמות



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

הדיון יהיה הכרח לבחון בחלקה האחרון של החלטה זו האם, כעניין עקרוני, גופן יכול ליהנות מהגנת דיני זכויות יוצרים, בהנחה שגופן אינו כשיר להירשם מדגם.

שנית, ההגנה המשפטית שיכול מעצב גופן לקבל בדין הישראלי עשויה לנבוע גם ממערכות דינים נוספות, כגון דיני הגנת המונוטין (למשל טענה לגניבת עין או שימוש בסימן מסחר) או דיני עשיית עושר ולא במשפט (וזאת בהתבסס על הלכת ע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד (4) 289 (1998) (להלן: "הלכת א.ש.י.ר."<sup>7</sup>); כן ראו ע"א 2287/00 שוהם מכוונות ומבלטים בע"מ נ' הרד (ניתן ב- 05.12.2005)). ואכן, בכתבי התביעה מעלים התובעים טענות המבוססות גם על מקורות נורמטיביים אלו. למען הסר ספק יובהר כי הדיון בהחלטה הנוכחית אינו מיועד לחוות דעה ביחס להיקף ההגנה שיכולה להינתן לגופן מכוח מערכות דינים אלו, וכי הנושא יידון, ככל שהדבר יידרש, במסגרת פסקי הדין שיינתנו בכל אחת מהתביעות.

19. סדר הדיון בהמשך ההחלטה יהיה כדלהלן: תחילה יוצגו הסדרי החוק הישראלי הרלוואנטיים להכרעה במחלוקת ביחס לשאלת המיון; אחר כך תיבחן הפסיקה המועטה הקיימת בנושא במשפט הישראלי וחוטר האחידות הקיים במשפט המשווה; ניתוח שאלת המיון לגופה יעשה בשלב הבא, תוך דיון בלשון החוק ובשיקולי המדיניות. טרם סיכום יוקדשו מספר פסקאות לאפשרות להגן על גופנים במסגרת דיני זכויות יוצרים, וזאת בהנחה שאין הם כשירים להירשם כמדגם.

<sup>7</sup> לגישתי לניתוח הלכה זו ראו עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, 303 – 330 (2002); לדיון במורשתה ראו עופר גרוסקופף, "הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (תשס"ט) 201.



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

### הסדרי החוק המגדירים את היחס בין דיני המדגמים לדיני זכויות היוצרים

20. הן דיני המדגמים והן דיני זכויות היוצרים מקנים הגנה ליצירות. בין שתי מערכות הדינים הללו קיימים תחומי חפיפה, וזאת הן בכל הקשור למוצרים פונקציונליים (ראו ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A., פ"ד מח(4) 133, 184 - 186 (1994) (להלן: "עניין אינטרלגו"); גולדנברג, הגנת העיצוב התעשייתי) והן בתחומי עיצוב אחרים (כך, למשל, ביחס ליצירות ארכיטקטוניות. ראו מאיר נועם, "ההגנה בישראל על יצירות ארכיטקטוניות כמדגם", עיוני משפט טו 343 (1990) (להלן: "נועם, ההגנה על יצירות ארכיטקטוניות"). ואולם ההגנה שכל אחת ממערכות הדינים הללו מקנה היא בעלת אופי שונה. על ההבדלים המרכזיים בטיב ההגנה עמד ד"ר אמנון גולדנברג ז"ל באופן הבא:

"המדגם יוצר מעגלים סגורים גם בפני יוצרים עצמאיים המגיעים לאותה תוצאה. זכות היוצרים מונעת רק את הפעולה המעתיקה. המדגם דורש רישום כתנאי לקיום הזכות, בעוד זכות היוצרים אינה מותנית בקיום דרישה פורמאלית כלשהי. לכן ניתן לטעון כי זכות היוצרים היא ניידת וגמישה יותר. ואולם יש הגורסים כי מאפייניה של זכות המדגם מתאימים יותר לצורות תעשייתיות, בגלל רישומו." (גולדנברג, הגנת העיצוב התעשייתי, פיסקה 20).

בנוסף, כפי שכבר צוין לעיל, תקופת ההגנה על מדגם קצרה משמעותית מתקופת ההגנה על זכות יוצרים. מדגם ניתן להאריך עד לתקופה מקסימאלית של 15 שנים, בעוד שזכות יוצרים תקפה ל- 70 שנה לאחר מות היוצר (ראו סעיף 17 לעיל).

21. השוני בטיב ההגנה ובמשכה מחייב להגדיר את היחס שבין שתי מערכות הדינים. מבחינה תיאורטית יחס זה יכול להיות של תחולה מצטברת ומקבילה (כפי שהדבר מקובל בארצות



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

הברית (לגבי היחס בין copyrights ו- design patents), בצרפת ובהולנד) של תחולה מצטברת וחילופית (כפי שהיה המצב באנגליה בין השנים 1968 ל-1988<sup>8</sup>) או של תחולה בלעדית של אחד ההסדרים (כפי המצב באנגליה לפני שנת 1968, ומאז שנת 1988<sup>9</sup>). ראו, נועם, **ההגנה על יצירות ארכיטקטוניות**, בעמודים 361 - 365; גולדנברג, **הגנת העיצוב התעשייתי**, פסקאות 22 – 27. המחוקק המנדטורי בשעתו, והמחוקק הישראלי בעקבותיו, בחר לאמץ את הפתרון השלישי, כלומר לקבוע כי ההסדרים מוציאים זה את זה, וזאת תוך מתן עדיפות לדיני המדגמים על פני דיני זכויות היוצרים.

22. הדין המסדיר את "חלוקת העבודה" בין דיני המדגמים לבין דיני זכויות יוצרים היה ונותר החוק העוסק בזכות היוצרים.

סעיף 1(22) לחוק זכות יוצרים הישן קבע כי לא תינתן הגנה של זכויות יוצרים לחפץ הכשר להירשם כמדגם. וזו לשון הסעיף:

**"חוק זה לא יחול על סימני-אמצאה [מדגמים – ע.ג.] הראויים להירשם על פי חוק הפטנטים וסימני האמצאה, 1907, פרט לסימני-אמצאה שאם, אמנם, ראויים הם לרישום אינם משמשים ואינם מכוונים לשמש כמודלים או כדוגמאות המוכפלות על ידי פורצס תעשייתי".**

<sup>8</sup> קרי ממועד חקיקתו של ה- Design Act, 1968 עד למועד קבלתו של ה- Copyright, Designs and Patents Act, 1988.

<sup>9</sup> יצוין, עם זאת, כי לפי החוק האנגלי משנת 1988 ניתנת הגנה גם למדגמים לא רשומים, בעוד שפקודת הפטנטים והמדגמים החלה בארץ אינה מקנה הגנה כזו. כתוצאה מכך, המשמעות של סיווג יצירה שלא נרשמה כמדגם על פי הדין הישראלי חמורה יותר מאשר סיווגה כזו על פי הדין החל כיום באנגליה. עוד אציין כי הלכת א.ש.י.ר. מרככת במידה מסוימת תוצאה זו, ומאפשרת מתן הגנה גם למדגמים שלא נרשמו.



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

ברוח דומה, גם אם בלשון פשוטה ונקייה יותר, קובע חוק זכות יוצרים החדש בסעיף 7 כי:

**"...לא תהא זכות יוצרים במדגם כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים, אלא אם כן המדגם אינו משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי...".**

יצוין כי לנוכח הדמיון בהסדרי החוק החדש והחוק הישן בעניין אי תחולת דיני זכויות יוצרים על מדגם, בסוגיה בה עסקינן בהחלטה זו (שאלת המיון) אין משמעות לחילופי החוקים. למען שלמות התמונה יצוין כי בקשר לתביעות שלפני חל עדיין, מבחינה פורמאלית, החוק הישן על המחלוקת בשאלת המיון.<sup>10</sup>

23. ודוק הסדרי החוק הללו אינם קובעים מן הפן המהותי כי מוצרים הראויים להירשם כמדגם אינם ראויים להגנה של דיני זכויות יוצרים, אלא ההסדר בו מתמצה ב"חלוקת עבודה" שניתן לכנותה טכנית. קרי, עסקינן בהסדר שלילי לפיו כל יצירה שמהווה מדגם

<sup>10</sup> סעיף 77 לחוק החדש קובע כי תחילתו של חוק זה שישה חודשים מיום פרסומו. החוק פורסם ברשומות ביום 25.11.2007, כלומר תחילתו של החוק החדש היתה במאי 2008 (להלן: "יום התחילה"). לעומת זאת, התביעות שלפני הוגשו בחודש אפריל 2008, כלומר לפני יום התחילה. גם הגופנים "קורן" ו"נרקיסים" עוצבו לפני יום התחילה. לכן אין תחולה לחוק החדש על שאלת המיון ביחס לגופנים הנידונים בתביעות שלפני. ודוק, אומנם סעיף 78(א) בחוק החדש העוסק בתחולה (להבדיל מתחילה) קובע כי "הוראות חוק זה יחולו גם לגבי יצירה שנוצרה לפני יום התחילה...", מכאן ניתן להסיק כי החוק החדש חל גם על הגופנים שבנדון, ככל שהם זוכים להגנת זכויות יוצרים. ואולם, הסיפא של סעיף 78(א) קובעת כי הוראות החוק החדש יחולו לגבי יצירה שנוצרה לפני יום התחילה "בכפוף להוראות סעיפים קטנים (ב) עד (ז)". והנה סעיף 78(ב) בחוק החדש קובע כי "זכות יוצרים לפי הוראות פרק ב' לחוק זה לא תהא ביצירה שערב יום התחילה לא היתה בה זכות יוצרים לפי הוראות הדין שחל לגביה ערב היום האמור (בסעיף זה – הדין הקודם)...". כלומר, לפי סעיף 78(ב) לחוק החדש זכויות יוצרים יחולו על יצירות שנוצרו לפני יום התחילה, ובלבד שמכוח הדין הקודם חלה על היצירה הגנת זכויות יוצרים. מכאן שלצורך שאלת המיון, הדין הקובע הוא החוק הישן. כמובהר בטקסט, לעניין זה אין משמעות של ממש לעניין החלטה זו, שכן בשאלת המיון בה עסקינן לא חידש החוק החדש בהשוואה לחוק הישן.



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

אינה יכול לחסות תחת ההגנה של דיני זכויות יוצרים, אלא אם כן אינה משמשת ואינה מכוונת לשמש ליצור תעשייתי. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא שמגר בעניין אינטרלגו:

"סעיף 122(1) הנ"ל אינו קובע מתי יצירה זכאית להגנת זכות יוצרים, אלא הוא בא לשלול זכות זו מקום שהיצירה עומדת בתנאים הנדרשים כדי ליהנות מהגנה על-פי חוק זכויות יוצרים, אך מיתוספת עליה זכות ליהנות מההגנה הניתנת ל"סימן אמצאה" לפי חוק הפטנטים וסימני האמצאה, 1907, או, בשמה הנוכחי, פקודת הפטנטים והמדגמים (המתייחסת ל"מדגמים" ולא ל"סימני אמצאה"). כלומר מקום שיצירה זכאית להגנה הן לפי דיני זכויות יוצרים והן לפי דיני המדגמים, בא סעיף 122(1) ושולל את ההגנה שהיצירה זכאית לה לפי חוק זכות יוצרים" (שם, בעמוד 145).

24. לאור הכרעה זו של המחוקק, אשר גם אם ראוי לבקרה, לא זהו המקום הנכון לעשות כן, עלינו לבחון תחילה את השאלה האם גופן הוא מדגם. אם התשובה על כך חיובית, הרי כמצוות סעיף 122(1) לחוק הישן וסעיף 7 לחוק החדש, אין אפשרות להחיל עליו את ההגנה של דיני זכויות היוצרים. לעומת זאת, אם התשובה שלילית תיפתח הדרך לבחון את האפשרות להחיל על גופנים את דיני זכויות היוצרים.

### הפסיקה הישראלית בשאלת תחולת דיני המדגמים על גופנים

25. מתברר כי השאלה בה עסקינן היא אחת השאלות הראשונות שנידונו בפסיקה הישראלית. עוד בשנת 1949 נדרש השופט ד"ר יצחק קיסטר, בשבתו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, לשאלה זו ביחס לגופן "אהרוני" (ת.א. (ת"א) 248/48 גרפקו בע"מ נ' אהרוני (ניתן ב-10.7.1949)). הכרעתו הייתה שהואיל והאותיות בהן מדובר מיועדות לשמש כדוגמא לצורת אותיות אשר יוצרו בתהליך תעשייתי על ידי מכוונת ייצוק, הרי שאפשר לרשום עליהן מדגם,



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

ועל כן אין הן יכולות לזכות להגנה של דיני זכויות יוצרים. למרבה הצער, פסק דינו של השופט קיסטר אינו מונח לפני, וכל שהוגש לי הוא התקציר מפסק הדין כפי פורסם בפ"מ יז (תמציות) 103. הקושי להתחקות אחר הנימוקים שהנחו את השופט קיסטר, בצירוף העובדה שחלפו יותר מששה עשורים מאז מתן פסק דין זה, מחייב להשקפתי דיון מחודש בשאלה המשפטית שעמדה לפניו.

26. למרבה הפליאה, במהלך 60 השנים שחלפו מאז החלטתו של השופט קיסטר לא הגיעה ככל הנראה השאלה בה עסקינן להכרעה שיפוטית נוספת. בעניין פלג הניח בית המשפט (השופטת שולמית ולנשטיין) כי טקסט שנכתב על ידי סופר סת"ם זוכה להגנה של דיני זכויות יוצרים, אולם, כמובהר בסעיף 11 לעיל, לא רק שמדובר בשאלה שונה מזו שלפני, אלא שהיה מדובר בהנחה מוסכמת על הצדדים. דווקא, באחרונה, נזכרה השאלה בה עסקינן במסגרת ת.א. (מחוזי י-ם) 16071-06-10 סדן נ' היולט פקארד (ישראל) בע"מ (ניתן ב- 2.8.2010). באותו מקרה ציין השופט נעם סולברג כי "עיון בפסיקה מלמד כי גופני-מחשב מוכרים כיצירות אמנות בנות-הגנה לפי דיני זכויות יוצרים בישראל" (פיסקה 4 לפסק הדין), אולם דברים אלו נאמרו במסגרת בקשה לצו מניעה זמני, לצורך בחינת עמידת המבקש בנטל הדיוני המוטל עליו בשלב זה, ותוך שהשופט סולברג מבהיר "כי נקודה זו תצטרך בוודאי בידור נוסף". ממילא לא ניתן לראות גם באמירה זו משום הלכה.

### משפט משווה

27. למרבה הצער, גם עיון במשפט המשווה איננו יכול לספק הדרכה של ממש ביחס לדרך ההגנה הראויה על גופנים. הנתבעים בסיכומיהם מאירי העיניים, הרבו להפנות ולהסתמך על הדין בארצות הברית בעניין זה. הדעה המקובלת בארצות הברית היא שגופנים (להבדיל אולי מפונטים דיגיטליים) לא זכו להגנת דיני זכויות יוצרים לפני ה- Copyright Act of



**בית המשפט המחוזי מרכז**

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

1976, ואין הם זוכים להגנה גם לאחריו.<sup>11</sup> העמדה ביחס לדין לפני חקיקת החוק מ-1976 נסמכת בעיקר על פסק דין שניתן לאחר כניסתו לתוקף, *Eltra Corp. v. Ringer*, 579 F.2d (4<sup>th</sup> Cir. 1978) 294 (להלן: "פסק דין *Eltra*"). העמדה ביחס לדין לאחר החוק (ולמען הדיוק, גם בפסק הדין *Eltra*) נסמכת על האמור בדו"ח הוועדה השיפוטית של הקונגרס, ובמיוחד על הדברים הבאים:

"The Committee has considered, but chosen to defer, the possibility of protecting the design of typefaces.... The Committee does not regard the design of typeface... to be a copyrightable "pictorial, graphic, or sculptural work" within the meaning of this bill and the application of the dividing line in section 101" (at p. 55).

מלומדים אמריקאים, ובראשם בעל החיבור המוביל בדין האמריקאי על דיני זכויות יוצרים, פרופ' Melville Nimmer, ביקרו בחריפות מסקנה זו.<sup>12</sup> לא זה המקום לדון בביקורת האמורה, מהטעם שהדיון בנושא במשפט האמריקאי סובב בעיקרו סביב פרשנותה הראויה של ההלכה לפיה ניתן להגן על "חפצים שימושיים" (useful articles) רק באותם מצבים בהם מתאפשרת הפרדה בין המרכיב השימושי (utilitarian element) למרכיב העיצובי-אומנותי (expressive element). כך, למשל, הלכת *Eltra* מבוססת על

<sup>11</sup> Lipton, *To © or Not to ©?*, Sec. II; Fry, *Why Typefaces Proliferate*, at pp. 432-437. ראו

<sup>12</sup> Melville Nimmer & David Nimmer, *NIMMER ON COPYRIGHT*, Sec. 2.15; ראו Terrence Carroll, "Protection for Typeface Designs: A Copyright Proposal," 10 *SANTA CLARA COMPUTER AND HIGH TECH LAW JOURNAL* 139 (1994) (להלן: "*Carroll, Protection for Typeface Designs*").





## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

התפיסה כי הפרדה זו צריכה להיות "הפרדה פיזית" (physical separation), וזאת בעקבות ההלכה המרכזית בנושא בארצות הברית בשעתו ( Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954)<sup>13</sup>). הביקורת גורסת כי ראוי לרכז דרישה זו, ולהסתפק באפשרות לבצע הפרדה קונספטואלית (conceptual separation). בין כך ובין כך, אין הוויכוח רלוואנטי לדין הישראלי. ההלכה האמריקאית בעניין זה לא נקלטה בארץ. על פי הדין הישראלי, כפי שעוצב בעניין אינטרלוגו, חפצים שימושיים יכולים להיות מוגנים בדיני זכויות יוצרים גם אם לא ניתן להפריד כלל בין המרכיב השימושי למרכיב העיצובי-אומנותי (ראו שם, בע' 173 - 186). מכאן, שגם אם נקבל שלפי הדין האמריקאי הדרך המרכזית להגן על גופן היא באמצעות המקבילה של דיני המדגמים (המכונה design patent<sup>14</sup>), אין בכך כדי ללמד על הדין החל בארץ.

28. בשונה מהדין האמריקאי, הדין האנגלי כיום מכיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים באפשרות להעניק לגופן הגנה במסגרת דיני זכויות היוצרים. החוק האנגלי משנת 1988 (Copyright, Designs and Patents Act, 1988) קובע הוראות מיוחדות הבאות להסדיר את היקף ההגנה על זכויות היוצרים בגופנים. בין השאר נקבע שם כי שימוש בלתי מורשה בגופן על ידי משתמש קצה אינו מהווה הפרה של זכות היוצרים, ואולם ייצור והפצה של אמצעים המאפשרים שימוש בלתי מורשה (קרי, פונטים) מהווה הפרה של זכויות היוצרים (ראו סעיף 54 לחוק האנגלי). כן נקבע כי תקופת ההגנה חלה רק מהמועד בו הוחל לשווק פונטים בהם הוטבע הגופן, וכי היא תקפה ל- 25 שנה מתום השנה בה החל השיווק (ראו

<sup>13</sup> באותו מקרה נידונה האפשרות להגן באמצעות דיני זכויות היוצרים על בסיסים של מנורות, שהיו מעוצבים כפסל של רקדן או רקדנית. בית המשפט העליון קבע כי מאחר שהבסיס יכול לעמוד כיצירה בפני עצמה, בנפרד מהשימוש הפונקציונאלי בחפץ כמנורה, ניתן להגן עליו באמצעות דיני זכויות היוצרים.

<sup>14</sup> לאפשרות ההגנה על גופן באמצעות Design Patent, ולטענה כי אין זו הגנה אפקטיבית ראו Carroll, Protection for Typeface Designs, at p. 172-175; Lipton, To © or Not to ©?, Sec. V.A.



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

סעיף 55 לחוק האנגלי). הסדרים אלו לא היו כלולים בחוק האנגלי קודם לשנת 1988, אולם מניסוח החוק משנת 1988 נראה שהנחת המחוקק הבריטי הייתה שגופנים זוכים להגנת זכויות יוצרים, וכי יש מקום להגביל הגנה זו. בפסיקה האנגלית הישנה ניתן למצוא תמיכה מסוימת ומסויגת בהנחה זו.<sup>15</sup> יחד עם זאת, קשה לראות גם בכך משום אסמכתא ממשיית להכרעה במחלוקת שלפני.

29. להשלמת התמונה יצוין כי בשנת 1973 נחתמה אמנת ווינה להגנה על גופנים, בידי 11 מדינות אירופאיות. האמנה לא נכנסה לתוקף, מאחר שאושררה רק על ידי שתי מדינות החתומות עליה (צרפת וגרמניה). מכל מקום גם אמנה זו הסתפקה בכך שהמדינות התחייבו להקנות הגנה לגופנים (התחייבות שכאמור לא נכנסה לתוקף), ולא על טיב ההגנה (ראו סעיף 3 לאמנה).

### שאלת המיון בדין הישראלי – לשונה של פקודת הפטנטים והמדגמים

30. שאלת המיון תוכרע, בהתאם להוראת סעיף 22(1) לחוק זכות יוצרים הישן וסעיף 7 לחוק זכות יוצרים החדש, על פי השאלה אם יש לראות בגופן מדגם.

מושגי היסוד הדרושים לנו מופיעים בסעיף 2 לפקודת הפטנטים והמדגמים (ההדגשות כולן שלי - ע.ג.):

**"מדגם" אין פירושו אלא קווי דמות, צורה, דוגמה או קישוט שמייחדים לכל חפץ על ידי תהליך או אמצעי תעשייתי, אם בעבודת יד או במכונה או בפעולה כימית, בצורה נפרדת או מחוברת, הבולטים לעין-רואה בסחורה המוגמרת, ואפשר להבחינם רק במראית עין, אבל**

<sup>15</sup> ראו Carroll, Protection for Typeface Designs, at p. 169 n. 181 המפנה לפסק דין אנגלי מ-1916.



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

אין המונח כולל כל שיטה או עיקר של בנין או כל דבר שאינו בעיקרו  
אלא התקן מיכני.

"חפץ", כשמדובר בסימני אמצאה, פירושו כל חפץ של תעשייה וכל  
חומר, מלאכותי או טבעי, או מקצתו מלאכותי ומקצתו טבעי"

31. אין צורך לומר כי הגדרה זו היא מיושנת, אולם ביסודה עומדת התפיסה כי המדגם היא יצירה המהווה את המרכיב העיצובי, הבלתי פונקציונאלי, בחפץ המיוצר לשיווק המוני. החלת מרבית רכיביה של הגדרה זו ביחס לגופנים אינה מעוררת קושי במקרה הרגיל. הגופן הוא יצירה גרפית; ההגנה אותה מבקש יוצר הגופן מתייחסת לצורה המיוחדת שהעניק לתווים (הרכיב העיצובי), ולא למסר התוכני שהסימן מעביר (הרכיב הפונקציונאלי); הגופן נוצר בדרך כלל על מנת שישמש לכתיבת טקסטים רבים ומגוונים על ידי אנשים שונים.<sup>16</sup> ואולם, יסוד אחד בהגדרה יוצר קושי של ממש להחילה על גופנים. יסוד זה עניינו הזיקה ההכרחית שבין היצירה המהווה את המדגם לחפץ בו היא מוטמעת. מאחר שעניין זה עומד בלב המחלוקת, נמקד מבטנו בו.

32. ביסוד הגדרת המדגם, וכנגזר מכך בבסיס שאלת המיון בין דיני המדגמים לבין דיני זכויות היוצרים, עומדת ההבחנה שבין יצירה עצמאית לבין עיצוב של חפץ: זכות יוצרים יכולה להינתן ברכיב העיצובי של חפץ (כגון רהיט יחודי שיוצר ביד אומן) אבל היא גם יכולה להתקיים במנותק מחפץ כלשהו (כגון כשמדובר בציור או בפסל העומדים בפני עצמם). המדגם, לעומת זאת, הוא הרכיב העיצובי של חפץ. כלשונו של המחוקק המנדטורי אלו הם "קווי דמות, צורה, דוגמה או קישוט שמייחדים לכל חפץ". לפיכך, ללא קיומו של חפץ בו מוטמע העיצוב, לא ניתן לדבר על קיומו של מדגם. עמדה על כך השופטת הדסה בן עתו

<sup>16</sup> כאשר גופן נוצר בעבור אדם מסוים או למטרה מסוימת ניתן לטעון כי גם יסוד זה בהגדרת המדגם מעורר קושי. לפיכך הטענה שיש להחיל על גופן "קורן" את דיני המדגמים מעוררת קושי מיוחד, שלאור התוצאה אליה הגעתי אמנע מלדון בו.



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

בת"א (מחוזי ת"א) 1454/79 חברת סטרוסקי בע"מ נ' חברת גלידת ויטמן בע"מ, פ"מ  
תשמ"ג (2) 460, 470 בצינה כי:

**"כדי שעיצוב ייחשב כמדגם, הוא חייב להיות צמוד לחפץ שנועד  
למטרה אחרת בפני עצמו. דוגמא טובה לכך היא ההבדל בין טפט לבין  
כרזה. אפילו מופיע על שניהם אותו הציור, יחשב הטפט כנושא  
למידגם כי מטרתו העיקרית לצפות בו קיר ואילו כרזת הפירסומת היא  
יצירה אמנותית, כי מטרתה היחידה היא למשוך את עין הצופה ולנייד  
שבה אין כל שימוש אחר"**

(וראו גם דברי השופטת נתניהו בערעור על החלטה זו: ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ'  
גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד (3) 340, 355 – 356 (1985). הערעור אומנם התקבל, אולם בנושא  
זה אושרה החלטת השופטת בן עתו).

33. האם תנאי זה מתקיים ביחס לגופנים? הנתבעים טוענים כי לפחות ככל שמדובר בגופנים  
שנוצרו בעבר, אשר השימוש בהם בדפוס דרש הכנת פונטים מוחשיים (אותיות עץ או  
מתכת), התשובה צריכה להיות חיובית. לשיטתם הגופן הוא הרכיב העיצובי של הפונט  
המוחשי, ומשום כך מהווה מדגם. גישה זו לא ניתן לקבל, שכן יש בה משום עירוב היוצרות.  
אומנם, בעת יצירת גופן בעבר (ובכלל זה בעת יצירת הגופנים "קורן" ו"נרקיסים") ידע  
היוצר כי יזקק לאחר השלמת היצירה לאותיות עץ או מתכת על מנת לאפשר שימוש בגופן.  
ואולם הגופן לא נוצר על מנת להוות את הרכיב העיצובי של אותיות העץ או המתכת. נהפוך  
הוא, הגופן מהווה את הרכיב הפונקציונאלי של אותיות העץ והמתכת, שהרי כל תכליתם  
היא לאפשר את הטבעתו של הגופן. צודקים איפוא התובעים בטענתם כי היחס הקיים בין  
הגופן לבין הפונט המוחשי הוא, במקרה הרגיל, היחס שבין יצירה לגלופה באמצעותה ניתן  
לייצרה (וראו: סעיף 7 לחוק הישן, סעיף 11 לפקודת זכות יוצרים, 1924 וסעיפים 61(ו) ו-  
62(ג) לחוק החדש). כשם שפסל איננו הופך להיות למדגם בשל כך שיוצקים אותו מתוך



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

תבנית המעוצבת בצלמו, כך גם גופן לא יוגדר כמדגם רק מהטעם שלצורך הטבעתו היה צורך ליצור אותיות עץ או מתכת בדמותו (וראו **Carroll, Protection for Typeface Designs**, at p. 162: "... the typeface design is no more a design for a font than (a photograph taken for a book cover is a design for a book cover)".

34. דוק, הפונט המוחשי, בהנחה שהוא מיוצר באופן תעשייתי, הוא זה שעשוי להיות מוגן במקרים מתאימים כמדגם (למשל, מערכת מקשים של מכוונות כתיבה המדפיסות בפונט "דוד" או מערכת אותיות מתכת עם הפונט "דוד" הנמכרת לבתי דפוס), ממש כשם שתבנית המיוצרת על בסיס מסחרי, והמאפשרת ליצור פסל, עשויה ליהנות מהגנה של מדגם (כגון, תבנית הנמכרת לציבור הרחב, והיוצרת צורת גבס מוקטנת של הפסל "דוד"). ואכן, בתקנות המדגמים משנת 1925 אנו מוצאים כי "אותיות דפוס ומשטחן העליון" כמו גם "מכוונות הדפסה" הן סחורות שמתקין התקנות סבר כי יתכן וירשם מדגם ביחס אליהן (ראו סוג 18 בתוספת השלישית לתקנות המדגמים שכותרתו "מכוונות להדפסה ומכוונות משרדיות"). ואולם כשם שהעובדה שתבנית של פסל המיוצרת על בסיס מסחרי עשויה להיות מוגדרת כמדגם איננה שוללת את הגנת זכויות היוצרים מהפסל עצמו, כך גם הענקת הגנה של מדגם לפונט מוחשי המיוצר באופן תעשייתי אין כדי להעלות או להוריד בשאלה מהי ההגנה הניתנת לגופן אותו מטביע הפונט המוחשי.

35. זאת ועוד, אימוץ שיטת הנתבעות עלול להביא לידי תוצאה אבסורדית. אם לכאורה הביטוי לחפציות של הגופן היא תבנית העץ או העופרת, נשאלת השאלה מהו הביטוי הגשמי שלו בעידן הדיגיטלי? בעידן המערכות הממוחשבות לפונט אין עוד ביטוי מוחשי ממשי, וכל יצירתו וקיומו במישור הדיגיטלי-וירטואלי. משכך, המסקנה המתבקשת היא שגם לגישת הנתבעות גופן שנוצר במחשב אינו כשיר להירשם כמדגם, אלא מוגן מכוח דיני זכויות היוצרים. אם כך, הרי שהתוצאה הנובעת מאימוץ גישת הנתבעות היא שעל חלק מהגופנים,



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

אלו שנוצרו בעידן דפוס הבלט, יחול הסדר משפטי אחד (דיני מדגמים), ועל גופנים אחרים, אלו שנוצרו בעידן הדפוס הממוחשב, יחול הסדר משפטי אחר (דיני זכויות יוצרים). והרי זו תוצאה שהדעת מסרבת לקבל, שכן, כפי שהדגיש הנשיא שמגר בעניין אינטרלגו, "השינוי באמצעי הייצור או בתהליכי הייצור אינו משנה לא את הצורך ולא את התפקיד שממלא עיצוב הצורה בתהליך היצירה" (שם, בע' 155).

36. ויובהר, על מנת לטעון כי הגנת המדגם הניתנת לגלופה (הפונט המוחשי בענייננו) משתרעת גם על העיצוב עצמו יש להוכיח כי העיצוב הוכן לשם ייצור ושיווק הגלופה (קרי כי הגלופה היא העיקר, והעיצוב אינו אלא אמצעי לשיווקה לצרכן). כך, למשל, אם מדובר בייצור של תבניות גבס, המשווקות כמשחק ילדים, אשר על מנת להגדיל את האטרקטיביות שלהן מעוצבות עבור דמויות ייחודיות. בדומה, אם יתברר כי יצרן של מכונות הדפסה עיצב עבור גוף ייחודי, נראה כי ניתן יהיה לטעון שהגנת המדגם שתינתן למכונות משתרעת גם על הגוף. ואולם, מצב דברים זה הוא יוצא דופן, ואין טוען כי התקיים ביחס לגופנים בהן עוסקות התביעות שלפני.

37. אם יורדים לשורשו של עניין, הרי הדבר אותו מיועד הגוף לעצב איננו הפונט, כי אם הסימנים של השפה הכתובה – אותן אותיות, ספרות וסימנים אחרים שהיוצר נוטל, ונותן להן עיצוב כיד כשרונו. המסקנה המתבקשת היא שעל מנת לראות בגוף מדגם עלינו לראות בסימנים של השפה הכתובה (קרי האותיות, הספרות וכיו"ב) "חפץ" ("article"), לעניין הגדרת "מדגם" בסעיף 2 לפקודת הפטנטים והמדגמים. האם פרשנות כזו ללשון הסעיף היא אפשרית? בהנחה שהיא אפשרית, האם היא רצויה?

38. הנטייה הראשונית היא לומר כי מבחינה פרשנית לא ניתן לראות בסימנים של השפה הכתובה משום "חפץ", כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים. הלשון בה נוקט המחוקק



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

המנדטורי בפקודת הפטנטים והמדגמים בהגדירו את המונחים "מדגם" ו"חפץ" מרמזת כי כוונתו הייתה לחפץ מוחשי, ומכל מקום קשה ליישבה עם ראיית אותיות, ספרות וסימנים מוסכמים אחרים כ"חפצים". כך, למשל, השימוש במונחים כגון "סחורה", "חפץ של תעשייה", "חומר" וכיו"ב. התמונה המצטיירת למקרא ההגדרות בהן בחר המחוקק היא כי על החפץ העומד בבסיס המדגם להיות גשמי, בעל קיום חפצי ממשי במציאות החומרית והמוחשית. זאת ועוד, היו שסברו, ולעמדה זו בסיס בפסיקה האנגלית בנושא, כי את המונח "חפץ" יש לפרש כמותיחס למיטלטל דווקא (לעמדה זו, ולביקורת עליה, ראו נועם, **ההגנה על יצירות ארכיטקטוניות**, בעמודים 345, 357 – 359). על אף שלסימני השפה הכתובה ישנו ביטוי ממשי ושימוש פונקציונאלי הרי ברור כי אין הם ממלאים אחר דרישת הממשות החפצית והגשמית העולה לכאורה מלשון פקודת הפטנטים והמדגמים, ובודאי שאין הם בגדר מיטלטל. מכאן שפרשנותה המקובלת והפשוטה של לשון הפקודה, מובילה למסקנה כי סימני השפה הכתובה אינם בגדר "חפץ", ועל כן גוף, קרי, דרך עיצוב מסוימת שלהן, איננו בגדר "מדגם".

39. ואולם, ספק אם ניתן לראות בלשון פקודת הפטנטים והמדגמים משום טיעון מכריע במחלוקת שהובאה לפני. המדובר, כידוע, בפקודה מנדטורית, המהווה אחד החלקים מתחיקת הקניין הרוחני שירשנו מהשלטון הבריטי. חקיקה זו, שהייתה מתקדמת וראויה בשעתה, הפכה במהלך השנים, במיוחד לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות והתרבותיות המהירות שידע העולם במאה השנים האחרונות, למיושנת ואף אנכרוניסטית. במרבית תחומי הקניין הרוחני שפר גורלנו, וזכינו במהלך השנים לחקיקה מודרנית ומעודכנת מבית היוצר של המחוקק הישראלי. לא כן בתחום המדגמים, בו גם כיום עודנו חיים מפי פקודה מנדטורית משנת 1926 (המבוססת על חוק אנגלי משנת 1907). על מצב דברים כגון זה, בהקשר קרוב (שכבר בא בינתיים על תיקונו) כתב השופט מישאל חשין את הדברים הבאים:



### בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

"משימה לא-קלה הונחה לפיתחנו: הוטל עלינו ליטול לידינו את חוק הקופירייט האנגלי - חוק שנחקק בשנת 1911, לפני כמעט מאה שנים - ולחפור בו למציאת פיתרון לסוגיה שנטוטה בימינו, ימי הטלוויזיה והטלוויזיה בכבלים, ימי הלוויין, המחשב והאינטרנט. נותנים בידינו כלי-מלאכה שהיו בשימוש (מועיל) בעידן רחוק, לפני כמאה שנים - כלי-חוק שנוצרו שנים רבות לפני היות הטלוויזיה ושנים רבות מאוד לפני היות הלוויין והמחשב - ומבקשים מאיתנו לפתור בהם בעיות שיוצרי הכלים אף לא חלמו עליהן. על דרך ההפלה ניתן לומר, כי הנה זה נתנו בידי של רופא מנתח כלי-ניתוח שהיו בשימוש לפני מאה שנים, ומבקשים אנו אותו לבצע ניתוח הנערך בימינו באמצעות משקפי-מיקרוסקופ".

(דני"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd. פסקה 28

(ניתן ב- 16.6.2004))

40. אחת הדרכים באמצעותן מתמודדים בתי המשפט עם קושי זה היא מתן פרשנות המוציאה את לשונו של החוק מידי פשוטו. כך עשו בתי המשפט המחוזיים, כאשר קבעו כי תוכנת מחשב היא בגדר "יצירה ספרותית" עוד קודם לתיקון חוק זכות יוצרים הישן (ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 3021/84 Apple Computer Inc. נ' ניו-קוב טכנולוגיות בע"מ, פ"מ תשמ"ז(1) 397 (1984); ת"א (מחוזי ת"א) 1311/85 אחיטוב ואח' נ' הרפז ואח', פ"מ תשמ"ט(3) 177 (1989)); כך נהג בית המשפט העליון כאשר קבע כי שידור ספורט הוא בגדר "יצירה דרמטית" לעניין החוק האמור (ראו ע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529 (2001)). בשים לב לגישה פרשנית ליברלית זו אינני סבור כי לשון פקודת הפטנטים והמדגמים יכולה להוות סוף פסוק במקרה שלפני. אכן, פשוטו של מקרא היא שבלשון "חפץ" לא כיוון המחוקק המנדטורי לסימנים של השפה הכתובה. ואולם, אם





## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

שיקולי מדיניות מצדיקים להרחיב את דיני המדגמים כך שיחולו ביחס לגופנים, לא הייתי רואה מניעה להוציא מקרא מידי פשוטו לשם כך.

### שאלת המיון בדין הישראלי – שיקולי מדיניות

41. האם מבחינת שיקולי המדיניות ראוי להוציא כתוב מידי פשוטו, כך שניתן יהיה להחיל את דיני המדגמים על גופנים? השתכנעתי כי ממספר טעמים מצטברים התשובה על שאלה זו צריכה להיות בשלילה. להלן אפרט את הנימוקים שהובילו אותי למסקנה זו.

42. ראשית, מבחינת המאטריה, גופן איננו מסוג העיצובים שדיני המדגמים מגנים עליהם במקרה הרגיל. ככלל, עיצוב המוגן במדגם הוא כזה שמיועד למשוך את עינו של הקונה הפוטנציאלי, ולהביא אותו לרכוש את ה"חפץ" שמשמש מושא לעיצוב. עמד על כך השופט מנחם אילן בע"א 3406/96 סלע חברה למוצרי בטון בע"מ נ' אקרשטיין תעשיות בע"מ (ניתן ב- 1.3.1999):

"המדגם מיועד להעניק לבעליו בלעדיות על עיצוב חדש או מקורי. ההגנה נועדה לקדם את אינטרס הפרט, יוצר הצורה ואת אינטרס הכלל בפיתוח וביצירה. האינטרס המוגן הוא הקניין בצורה עצמה. הגדרת הזכות והיקפה נמדדת לפי הצרכים המיוחדים של הצורה התעשייתית (כעולה מן ההגדרה). העיצוב התעשייתי משמש מקדם המכירות הראשוני של המוצר, איש יחסי הציבור, של המוצר התעשייתי. משום כך הועבר מרכז הכובד לפוטנציאל הצורני של העיצוב לעין הצרכן. הצורה צריכה למשוך את עין הצרכן הרלבנטי..."

(וראו גם גולדנברג, הגנת העיצוב התעשייתי, פסקאות 13 – 18)



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

אין חולק כי עיצובו של הגופן נועד למשוך את עין המתבונן, בין אם זוהי עין המשתמש, הבוחר בגופן בהתאם להעדפותיו (כגון פלוני הכותב מכתב, ובוחר בגופן המשקף את מצב רוחו), ובין אם זוהי עין הקורא, אשר אותו מבקש המשתמש בגופן לעניין (כגון עורך עיתון הבוחר בגופן שיישא חן בעיני קוראיו). ואולם, ובכך שונה עיצוב גופן מעיצוב רגיל של מדגם, יוצר הגופן מבקש למכור את העיצוב עצמו ולא את סימני השפה הכתובה (אשר הבחירה להשתמש בהם היא בחירה שונה, הקודמת לבחירת הגופן בו ישתמש הכותב). במילים אחרות, זהו עיצוב אשר איננו משמש "סוכן מכירות" של מוצר אחר, אלא מבקש לשווק את עצמו בלבד. מבחינה זו קרוב הגופן במהותו ליצירה העומדת בפני עצמה, כדוגמת ציור, מאשר להיבט עיצובי של חפץ, קרי למדגם.

43. שנית, מבחינת טיב היצירה קשה לראות מדוע ראוי לגרוע (ובמקרים נדירים להוסיף) מההגנה הניתנת לטיפוגרפים היוצרים גופנים בהשוואה ליוצרים אחרים הפועלים בכפוף למגבלות טכניות שמכתיב להם נושא עיסוקם כגון מתכנני בניינים (אדריכלים) וציירי מפות (קרטוגרפים). עיצוב אות, כמו גם עיצוב של מבנה ועיצוב של מפה מחייב שילוב של יכולת וידע טכניים עם כשרון ויצירתיות. זהו עיצוב תחת מגבלות פונקציונאליות. אם המחוקק מצא לנכון להעניק לאדריכלים וקרטוגרפים את הזכויות הרכושיות והאישיות שהוענקו להם בדיני זכויות יוצרים, קשה לראות מה מצדיק את המאמץ הפרשני הכרוך בשלילת אותן זכויות עצמן מטיפוגרפים. כך, למשל, האומנם יש הצדקה לכך שאת עבודתם של מעצבי אותיות מוכשרים כאלהו קורן ז"ל וצבי נרקיס ז"ל ניתן יהיה ליטול מבלי להזכיר את שמם, או לעוות מבלי שתהיה להם כל יכולת למנוע זאת, בעוד שכל אמן אחר זכאי להגנה על זכותו המוסרית באופן שמונע פגיעות אלו? והדברים פועלים (לעיתים נדירות) גם בכיוון ההפוך, לאמור האם יש הצדקה להעניק לטיפוגרפים מונופול, ולא להגביל את זכותם למניעת העתקה בלבד, כפי שהדבר נעשה ביחס לאדריכלים:



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

44. שלישית, מבחינת משך ההגנה וטעמיה אין דיני המדגמים מתאימים להגנת הגופן. מדגם ניתן לתקופה קצרה יחסית (עד 15 שנה), מתוך הנחה שבתקופה זו מתמצה האינטרס המוגן של בעל המדגם, וזאת בשל כך שהעיצוב פסק להיות חדשני ומושך את העין, או בשל כך שהפך למזוהה בצורה כה הדוקה עם היוצר, עד שהוא חלק מהמוניטין שלו (וככזה יוגן באמצעות העוולה של גניבת עין, ולעיתים גם באמצעות דיני סימני המסחר<sup>17</sup>). כן נובעת תקופת ההגנה הקצרה מהתחושה ש"הגנה המותנית במקוריות ולא בחדשנות והגנה שהיא לתקופת זמן ארוכה מאוד אינן תואמות תחום מסחרי-דינאמי. הן אינן יוצרות את האיזון הראוי כדי לקיים עידוד השקעה בצורה המונעת פגיעה בתחרות החופשית..." (עניין אינטרלוגו, בעמוד 185). נימוקים אלו, ותקופת ההגנה הקצרה הנגזרת מהם, אינם יפים ביחס לגופן. משך הזמן הדרוש לשיווק גופן חדש הוא ארוך יחסית, ומשך חיי המדף של גופן מוצלח הוא עשרות שנים, ואף למעלה מכך. זאת ועוד, לאור ריבוי הגופנים הקיימים בשוק האפשרות להפיק רווח מייצורו של גופן חדש בתקופת ההגנה הקצרה הניתנת למדגם נראית בלתי סבירה בעליל. לקוחות פרטיים, ברובם המוחלט, ממילא ימצאו את המגוון הקיים כמספק. לקוחות עסקיים כגון מו"לים, יצרני תוכנה ובתי דפוס אינם צפויים לשלם מחיר משמעותי בהווה, בשביל גופן הצפוי להיות חלק מנחלת הכלל בתוך זמן קצר יחסית. טיעונים אלו יפים היו בעבר, והם יפים אף ביתר שאת בעידן המודרני. השוו **Carroll, Protection for Typeface Designs**, at p. 174 -175; **Lipton, To © or Not to ©?**, Sec. III.

45. רביעית, דיני המדגמים מעניקים הגנה שהיא לא רק מיושנת, מבחינת ההסדר התחיקתי, וקצרת מועד, מבחינת משך ההגנה, אלא גם מסורבלת, ובמקרים רבים בלתי אפקטיבית. העלויות הכרוכות ברישום מדגם, כמו גם משך הזמן עד להשלמת הרישום, הביאו לכך

<sup>17</sup> ראו ע"א August Storek KG 11487/03 נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ (ניתן ב-23.3.08).



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

שבתי המשפט הביעו הבנה לכך שיוצרים בתחומים לגביהם חלים דיני המדגמים נמנעים מלעשות בהם שימוש. כך, למשל, בפסק דינו התקדימי בהמ' (מחוזי ת"א) 12716/93 אנימה אופנה בע"מ נ' בלן (ניתן ב- 28.2.1994) ציין השופט אורי שטרזמן כי:

"אכן, נראה כי הפניית מעצבי האופנה להגן על יצירותיהם ע"י רישום מדגמים איננה הולמת את עבודתם. האופנה משתנה ומתחדשת לעתים תכופות, המדגם איננו נרשם ביום בו הוא מוגש לרשם המדגמים אלא, כך נראה מתעודות המדגמים המונחות בפני במשפטים אחרים, זמן רב מאד לאחר מכן. בין לבין משתנית האופנה כך שהזכייה ברישום המדגם משמעה הפסד בשוק. על כן הדעת אינה סובלת מתן חופש להפקרות, לגניבת רעיונותיו ויצירותיו של היוצר, רק בגלל חוסר הכדאיות והעדר האפשרות המעשית לרישום מדגם על מעשה ידיו האמורים לזכות בהכרה ובהוקרה במשך לזמן קצר בלבד."

מאפייניו של שוק הגופנים שונים כמובן מאלו של שוק האופנה. ואולם הקשיים הכרוכים ברישום מדגם, כמו גם העובדה שמדובר במערכת דינים מיושנת, שלא עברה רפורמה הולמת, חייבים להשליך על הנכונות השיפוטית לנתב לתחום דיני המדגמים תחומי יצירה על דרך של פרשנות יצירתית.

46. חמישית, גופן מסוים הוא רק דרך אחת מני רבות בהן ניתן לעצב אותיות דפוס. במובן זה האינטרס הציבורי לא יפגע באופן משמעותי מכך שתינתן למעצב הגופן הגנה במסגרת דיני זכויות היוצרים. לרשות הציבור עומדת האפשרות לעשות שימוש בגופנים שאין חולק כי הם חלק מנחלת הכלל, כדוגמת "פרנק-ריהל" ו"מריס", שמעצבם רפאל פרנק ז"ל נפטר בשנת 1920. למוותר לציין, כי כל המעוניין בכך יכול לייצר לעצמו גופן, כל עוד איננו מעתיקו מאחר. עובדות אלו, בצירוף הנהג המקובל על גופים מסחריים (שגם הנתבעות טוענות כי פעלו על פיו) להסדיר את זכויות השימוש בגופנים, ובשים לב להגנות הקבועות בחוק זכויות



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

היוצרים (הכוונה במיוחד להגנת ה"שימוש ההוגן" שבסעיף 19 לחוק החדש ושל "מפר תמים" בסעיף 58 לחוק זה), מובילות למסקנה שאין הצדקה של ממש לשלול מיוצרים טיפוגרפים את הגנת דיני זכויות היוצרים.

47. מכל הטעמים הללו סברתי ששיקולי מדיניות אינם יכולים להצדיק לתת לפקודת הפטנטים והמדגמים פרשנות רחבה, המביאה לכך שנראה גופן כראוי להירשם כמדגם, ונשלול את האפשרות להגן עליו מכוח דיני זכויות היוצרים.

48. בסיום חלק זה אעיר כי ככל שהמחוקק הישראלי יסבור שראוי להגביל את זכות היוצרים בגופן, ולתחומה כפי שעשה המחוקק הבריטי בשנת 1988, הרי שהוא כמובן ראוי לעשות כן. דרך זו איננה פתוחה בפני בתי המשפט. החלופות מביניהן עלי לבחור במסגרת הדיון בשאלת המיון הן שתיים: הכרה בכך שגופן נהנה מהגנת דיני זכויות היוצרים (כפשוטם של דברים) או קביעה כי חלים לגבי דיני המדגמים (וואת על דרך פרשנות מרחיבה לפקודת הפטנטים והמדגמים). כאמור, בבחירה בין שתי החלופות הללו סברתי, מהטעמים שפורטו לעיל, כי שיקולי המדיניות מצדיקים להעניק ליוצר הגופן הגנה מקבילה לזו שמוענקת ליוצרים אחרים, וכי האינטרס הציבורי אינו מצדיק סטייה מגישה זו.

### ההגנה על גופן במסגרת דיני זכויות היוצרים

49. הקביעה כי גופן איננו יכול להירשם כמדגם פותחת את הדלת בפני האפשרות להגן על גופן נתון באמצעות דיני זכויות היוצרים. ויודגש, לא כל גופן זכאי להגנה במסגרת דיני זכויות היוצרים. על מנת לזכות במעמד של זכות יוצרים צריך יוצר הגופן להוכיח כי הוא עומד בדרישות הסף שקובעים דיני זכויות היוצרים.



### בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

50. גופן הוא יצירה שיש לה שימוש פונקציונאלי – העברת מסרים באמצעות הסימנים המהווים את השפה הכתובה. בפסיקתו של בית המשפט העליון נקבע כי העובדה שקיים שימוש פונקציונאלי ליצירה מסוימת אין בה כשלעצמה כדי לשלול את האפשרות כי היא חוסה תחת דיני זכויות יוצרים, גם כאשר הצורה מוכתבת לא רק משיקולים אמנותיים אלא משיקולים מעורבים – אמנותיים ופונקציונאליים כאחת:

**“...נקודת המוצא היא כי אין הצדקה לשלילה אפריורית של הגנת זכות**

**יוצרים ממוצרים פונקציונאליים...”** (דבריי הנשיא שמגר בעניין

אינטרלגו, עמוד 147).

בהמשך דבריו מבהיר הנשיא שמגר כי:

**“... התפיסה המודרנית היא שגם אם מדובר במוצר פונקציונאלי אין**

**כל סיבה שיהיה מכוּעַר, ועל-כן יש לעודד גם את מי שמשקיע בשיפור**

**המראה החיצוני של מוצרים פונקציונאליים... פונקציונאלי ואמנותי**

**אינם מוציאים זה את זה... מכאן שאין כל סיבה א-פריורית לשלול**

**באופן מוחלט מאמן (שבמקרה של מוצר פונקציונאלי ייקרא מעצב) את**

**היכולת ליהנות מזכות יוצרים על הצורה של המוצר אך ורק משום שיש**

**למוצר תפקיד פונקציונאלי”** (שם, בעמודים 152-153).

51. המבחנים להכרה בקיומן של זכויות יוצרים במוצרים פונקציונאליים גובשו בעניין **אינטרלגו**, ולאורם יש לבחון האם מתקיימות זכויות יוצרים בגופנים בהם עסקינן (השאלה אם מבחנים אלו חלים גם על פי החוק החדש חורגת ממסגרת הדיון הנוכחי). בנוסף לשני המבחנים המצטברים המרכיבים את נוסחת האיזון לאורה יוכרו זכויות יוצרים בדרך כלל – **מבחן היצירה ומבחן המקוריות** – הרי שכאשר עסקינן במוצרים פונקציונאליים מתוסף מבחן מצטבר שלישי – **מבחן האמנותיות** (ראו פסק דינו של כבוד הנשיא מ' שמגר בעניין **אינטרלגו**, עמודים 173 - 183).



### בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 5311-04-08 נרקיס ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'  
ת"א 5315-04-08 הוצאת קורן ירושלים בע"מ ואח' נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

52. כמובהר לעיל, ההחלטה הנוכחית עוסקת רק בשאלת הסיווג, וממילא לא שמעתי עדיין טיעונים ביחס לשאלה אם הגופנים "קורן" ו"נרקיסיס" עומדים בשלושת המבחנים המצטברים הללו. נושא זה, ככל שיהיה שנוי במחלוקת, יהווה חלק מפסק הדין שינתן לאחר שיוגשו סיכומי הצדדים. כל שאוסיף בשלב הנוכחי הוא שאין ספק שיתכן מצב בו גופן יעמוד בשלושת התנאים הללו – לאמור שיהיה תוצר של עבודה יצירתית, ולא של מאמץ בלבד; שיבטא את רמת המקוריות המינימאלית הדרושה לצורך הגנה במסגרת דיני זכויות יוצרים; ושיתקיים בו גם מבחן האומנותיות, במובן זה שיוכתב בעיקר משיקולי אומנותיים, ושהכרה בזכויות היוצר לא תגביל באופן משמעותי את האפשרות לעצב גופנים בעתיד. דברים כלליים אלו די בהם כדי להבהיר שגופן יכול לזכות בהגנת דיני זכויות היוצרים על פי הדין הישראלי. מעבר לכך לא אוסיף בשלב זה.

### סוף דבר

53. לאור כל האמור לעיל, גופן אינו יכול להוות נושא להגנה של דיני המדגמים, אולם הוא עשוי, אם הוא עומד במבחנים שקובע הדין, לזכות בהגנה של דיני זכויות היוצרים.

54. לאור החלטה זו יגישו הצדדים את סיכומיהם בתיק.

55. הנתבעים יישאו בהוצאות התובעים ביחס להחלטה זו בסכום של 50 אלף ₪ בתוספת מע"מ. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית מיום 1.11.10.

ניתנה היום, כ"ז תשרי תשע"א, 05 אוקטובר 2010, בהעדר הצדדים.

 פרופ' עופר גרוסקופף, שופט
---