

## מקוריות וכוונת היוצר בדיני זכויות יוצרים : הרהורים בעקבות הלכת קימרון

מרים מרקוביץ-ביטון\*

### תקציר

מאמר זה מבקש לטעון כי בניסיון לקבוע אם יצירה עומדת בדרישת המקוריות שבחוק זכות יוצרים ניתן להתחקות אחר כוונת היוצר באשר לטיבה של יצירתו, וזאת על בסיס כוונתו הסובייקטיבית או על בסיס הכוונה האובייקטיבית הנלמדת מנסיבות יצירתה של היצירה. על בתי- המשפט לבחון כיצד היוצר עצמו תפס את יצירתו וכיצד הוא ביקש שהיא תתקבל בקרב הציבור. בהעדר כוונה סובייקטיבית ידועה באשר לטיבה של יצירתו, על מבחן הכוונה האובייקטיבית להתחקות אחר ראיות אובייקטיביות הנוגעות ביצירה, ולבחון כיצד היצירה נתפסת בעיני הציבור. כפי שנראה, אימוצו של מבחן כוונת היוצר בדיני זכויות יוצרים היה יכול לסייע בסיווג המדויק של היצירה שנדונה בעניין קימרון, ובתוך כך לתמוך בפסק-דינו של השופט טירקל, וביכולתו לסייע בסיווג המדויק של יצירות רבות נוספות במקרים שעוד עתידים להתברר בבתי-המשפט.

---

\* חברת סגל, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. ברצוני להודות להילה בורוכוב על עבודת מחקר מצוינת.

מבוא

- א. דרישת המקוריות בדין האנגלו-אמריקאי
  - ב. דרישת המקוריות בדין הישראלי
    1. עניין קימרון
    - ג. מבחן כוונת היוצר
      1. מבחן כוונת היוצר ודרישת המקוריות
      2. יישומו האפשרי של מבחן כוונת היוצר בפסיקה
    - ד. אתגרים בנוגע למבחן כוונת היוצר
- סיכום

### מבוא

במאמר זה אבקש לבחון את יסוד הכוונה של היוצר בנוגע לסיווג יצירתו, ועד כמה כוונה זו יכולה לסייע בבחינת עמידתה של היצירה בדרישת המקוריות הנדרשת בחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. פסק-הדין בעניין Eisenman נ' קימרון<sup>1</sup> הוא פסק-דין חשוב ומרכזי העוסק בדרישת המקוריות, ולפיכך הוא יישמש מקרה-מבחן לבחינת השאלה של כוונת היוצר ומקומה בבחינת מקוריותה של יצירה. דרישת המקוריות היא דרישת-סף מרכזית להגנה על יצירה בזכויות יוצרים. חוק זכות יוצרים החדש, משנת 2007, קובע כי התנאים להגנה על יצירה בתחום זכויות היוצרים הוא שהיא תהיה מקורית, שהיא תהיה מקובעת ושהיא תימנה עם אחד מארבעה סוגי היצירות המנויים בחוק (ספרותית, אומנותית, דרמטית או מוזיקלית).<sup>2</sup> דרישת המקוריות לא זכתה בהגדרה בחקיקה, אלא הייתה נושא לפיתוח פסיקתי לאורך השנים. פסק-הדין בעניין קימרון מציג ניתוח חשוב של דרישת המקוריות. לפיכך נדבך זה של פסק-הדין ראוי לעיון מעמיק. המאמר יפתח בהצגתה של דרישת המקוריות בדין הישראלי ובדין ההשוואתי, תוך הדגשת הדין האמריקאי והדין האנגלי. לאחר-מכן יפנה המאמר לבחון את הלכת קימרון, ויצג את השאלות המעניינות שהיא עוררה בנוגע לדרישת המקוריות.

1 ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (2000).

2 ראו ס' 4(א) לחוק זכות יוצרים, הקובע כי "זכות יוצרים תהא ביצירות אלה: (1) יצירה מקורית שהיא יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית או יצירה מוסיקלית, המקובעת בצורה כלשהי". ראו גם ס' 1(1) לחוק זכות יוצרים, 1911.

בהמשך יציג המאמר את מבחן הכוונה בדיני זכויות יוצרים, ויבהיר כיצד הלכת קימרון ופסקי-דין נוספים שניתנו בשיטות משפט אחרות יכלו להסתייע במבחן הכוונה לצורך דיוק רב יותר בניתוח השאלה אם מדובר ביצירה מקורית המוגנת בזכות יוצרים. בסופו יציג המאמר שורה של ביקורות והתנגדויות שונות למבחן כוונת היוצר, ויגיב על אלה.

### א. דרישת המקוריות בדין האנגלו-אמריקאי

דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים היא תנאי-סף להגנת זכות יוצרים. הדרישה השתנתה לאורך השנים בשיטות משפט שונות, והיא קשורה בטבורה לתיאוריות של זכויות יוצרים ולהצדקות שבבסיס ההגנה על זכות יוצרים בכל שיטת משפט. ההצדקות הרווחות להגנת זכות יוצרים בשיטות משפט אנגלו-אמריקאיות נעו לאורך השנים בין התיאוריה הכלכלית או טיעון התמריץ לבין תיאוריית העבודה.<sup>3</sup> תיאוריית העבודה מהווה הצדקה רווחת להגנת זכות יוצרים בשיטות משפט רבות, ואף הייתה התיאוריה השלטת להצדקת זכות היוצרים בישראל.<sup>4</sup> לפי תיאוריה זו, זכות יוצרים ביצירה מוצדקת על רקע העמל שהשקיע היוצר ביצירת יצירתו, ולכן יש בזכות היוצרים משום תגמול ליוצר על עמלו.<sup>5</sup> התפיסה האנגלית העכשווית נוטה לכיוון תיאוריית העבודה כבסיס להגנת זכות יוצרים. היא מאמצת גישה קניינית-רכושית של הזכות בנוגע לפרי עמלו של היוצר. המשפט האנגלי מעצב את דרישת המקוריות בהתבסס על רכיב המקור של היצירה ורכיב ההשקעה של היוצר ביצירת היצירה. רכיב ההשקעה יכול לשמש מדד ואף תחליף לרכיב המקור של היצירה.<sup>6</sup>

שנים רבות הייתה תיאוריית העבודה ההצדקה הרווחת לזכות יוצרים גם בדין האמריקאי בבת-משפט שונים.<sup>7</sup> על בסיס תיאוריה זו היווה עמלו של יוצר סיבה מספקת להגנה על זכות יוצרים, וכך ניתן לראות בדין האמריקאי בתחילת דרכו

3 גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359 (2000) (על טיעון התמריץ ראו שם, בעמ' 361–368, ועל תיאוריית העבודה ראו שם, בעמ' 386–391).

4 שם, בעמ' 386–387.

5 שם, בעמ' 390.

6 מיכאל ד' בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב 347, 355 (2002).

7 Miriam Bitton, *Trends in Protection for Informational Works Under Copyright Law During the 19th and 20th Centuries*, 13 MICH TELECOMM. & TECH. L. REV. 115, 134, 141 (2006).

תופעה שכיחה שבמסגרתה יצירות רבות שנוצרו בעמלו של יוצר זכו בהגנה.<sup>8</sup> למשל, יצירות מידע רבות – כגון מפות, מאגרי מידע ומוצרי מידע נוספים – נהנו מהגנת זכות יוצרים על בסיס תיאוריית העבודה.<sup>9</sup>

במקביל לגישה זו התפתחה גישה אחרת בבתי-משפט אחרים בארצות-הברית, שתפסה את הגנת זכות היוצרים כדורשת רף גבוה יותר, אם כי רף זה לא זכה בהגדרה מדויקת בפסיקה.<sup>10</sup> גישה זו גרסה כי אין בהשקעת עבודה כשלעצמה כדי להצדיק הגנת זכות יוצרים, וכי על היצירה לעמוד ברף מקוריות מסוים, שאינו מסתכם בעמל בלבד.<sup>11</sup> לפי גישה זו, מאגרי נתונים עובדתיים, למשל, נתפסו כפרי עמל אך לא הצדיקו הגנת זכות יוצרים.<sup>12</sup> ההכרעה בין הגישות נעשתה בשנת 1991 בפסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service.<sup>13</sup> פסק-דין זה ידוע כנסיונו הראשון של בית-המשפט העליון האמריקאי להשליט סדר בשאלות המורכבות של הגדרת דרישת המקוריות וקביעת היקף ההגנה על יצירות-לקט עובדתיות.

התובעת והמשיבה, חברת Rural, הייתה בעלת מונופול שאפשר לה לספק שירותי טלפוניה לכמה קהילות בקנזס. לפי הדין המדינתי, החברה הפיקה מדי שנה ספר טלפונים שכלל את המידע הרגיל בנוגע למנויים פרטיים – לרבות שמות משפחה ושמות פרטיים, מספרי טלפון וכתובות – סדור על-פי סדר האלף-בית של שמות המשפחה.<sup>14</sup> הנתבעת והמערערת, חברת Feist, הייתה חברת פרסום שהפיקה ספרי טלפונים של אזורים גדולים. ספר הטלפונים שעלה לדיון בפסק-הדין כלל יותר מארבעים ושישה אלף מנויי טלפון באחד-עשר אזורי שירות טלפוני.<sup>15</sup> האזור שהקיפו ספרי הטלפונים של Feist חפף חלקית את זה שהקיף ספר הטלפונים של Rural.

בהכנת ספר הטלפונים הצליחה Feist לקבל רשיונות שימוש בספרי טלפונים של עשר מתוך אחת-עשרה חברות הטלפוניה שאת נתונהן ביקשה לכלול בספר

8 שם, בעמ' 148–151.

9 שם, בעמ' 126.

10 שם, בעמ' 161–167.

11 שם.

12 שם.

13 Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc., 499 U.S. 340 (1991) (להלן: עניין Feist).

14 שם, בעמ' 342.

15 שם, בעמ' 343.

הטלפונים שלה.<sup>16</sup> Rural הייתה החברה היחידה שסירבה לתת לחברת Feist רישיון להשתמש במידע הכלול בספר הטלפונים שלה.<sup>17</sup> למרות זאת לא היססה חברת Feist להשתמש במידע של חברת Rural ולשלוכו בספר הטלפונים שלה.<sup>18</sup> החברה גילתה את ההעתקה והגישה תביעה בגין הפרת זכות יוצרים.<sup>19</sup> בית-המשפט המחוזי קבע כי חברת Feist הפרה זכויות יוצרים בספר הטלפונים, וערכאת הערעורים העשירית אישרה את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי.<sup>20</sup> בית-המשפט העליון החליט לדון בערעור על פסק-הדין בשל הצורך לקבוע קווים מנחים וברורים בנוגע להגנת זכות יוצרים ביצירות עובדתיות.

בפסק-הדין נדרש בית-המשפט להתמודד עם הסוגיה שערכאות הערעור התחבטו בה לפניו. לבית-המשפט היו שתי אפשרויות בנוגע לפתרון הבעיה. מצד אחד, הוא היה יכול לאמץ את הדוקטרינה של "sweat of the brow" או "Industrious collection", ולתת הגנה לספר הטלפונים של חברת Rural על בסיס ההשקעה שזו השקיעה ביצירתו. למעשה, הגישה שדוקטרינות אלה מבטאות מסתפקת בהשקעה כבסיס למתן זכות יוצרים בספר הטלפונים, ודוחה את הגישה שלפיה נדרשת מקוריות ויצירתיות כתנאי להגנת זכות יוצרים.<sup>21</sup> לחלופין, בית-המשפט היה יכול לאמץ את דרישת היצירתיות – וזאת לאור פסקי-הדין העקרוניים של בית-המשפט העליון בעניין *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*<sup>22</sup> ובעניין *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*<sup>23</sup> – ולקבוע כי מאחר שלהכנת ספר הטלפונים לא נלוותה יצירתיות בכל הנוגע בתוכנו או בעקרונות הבחירה והסידור שלו, לא תינתן לחברת Rural כל הגנה אפקטיבית מפני מתחרים כחברת Feist אשר החליטו להעתיק את המידע שלה.<sup>24</sup> בית-המשפט בחר לאמץ את הפתרון שלפיו נדרשת מקוריות ויצירתיות כתנאי להגנת זכות יוצרים, ודחה את הגישה שלפיה די בהשקעה כתנאי להגנת זכות יוצרים.<sup>25</sup>

16 שם.

17 שם, בעמ' 342.

18 שם, בעמ' 343–344.

19 שם, בעמ' 344.

20 *Rural Tel. Serv. Co. v. Feist Publ'ns, Inc.*, 663 F. Supp. 214 (D. Kan. 1987);*Rural Tel. Serv. Co. v. Feist Publ'ns, Inc.*, 916 F.2d 718 (10th Cir. 1990).21 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 351.22 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).23 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).24 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 360.

25 שם, בעמ' 359–360.

בית-המשפט העליון האמריקאי בחן את היסטוריית ההגנה על יצירות-לקט ואת התפתחות הדוקטרינות המבססות הגנה על בסיס השקעה, וקבע כי אין תוקף לדוקטרינות אלה בדיני זכויות יוצרים מודרניים.<sup>26</sup> בית-המשפט הסביר כי דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים מורכבת משתי דרישות-משנה: האחת, שמקור היצירה יהיה ביוצרה; והאחרת, שיהיה לפחות קורטוב של יצירתיות ביצירה. בית-המשפט מדגיש:

“To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creative spark, ‘no matter how crude, humble or obvious’ it might be.”<sup>27</sup>

בית-המשפט הבהיר כי הקונגרס, באמצע את חוק זכות יוצרים האמריקאי משנת 1976, התכוון לבטל את הדוקטרינות שהכירו בהשקעה כבסיס להגנת זכות יוצרים. על כוונה זו הוא למד מהגדרת “יצירת-לקט” (compilation) בחוק.<sup>28</sup> בית-המשפט הוסיף והבהיר מהם הרכיבים המוגנים ביצירות-לקט, ומנה את דרך הבחירה והסידור של חומרי-הגלם של יצירת-הלקט כרכיבים שיכולים לזכות בהגנת זכות יוצרים.<sup>29</sup> בית-המשפט גם הדגיש כי יישום גישה זו ליצירות-לקט עובדתיות מוביל למסקנה הבלתי-נמנעת כי זכויות היוצרים ביצירות-לקט הן חלשות, וכי ללא קשר לקיום זכות יוצרים ביצירת-לקט, יוצר מאוחר של יצירת-לקט יכול להשתמש באותן נפשו בעובדות ובנתונים הכלולים ביצירת-לקט קודמת בהכינו יצירת-לקט עצמאית משלו, וזאת כל עוד יצירת-הלקט החדשה אינה מאמצת אותה דרך של בחירה וסידור של נתונים שהייתה ביצירה הקודמת, ככל שזו הייתה מקורית.<sup>30</sup>

למעשה, בהחלטה זו הפך בית-המשפט לחלוטין החלטות של חלק מערכאות הערעור בארצות-הברית שסברו כי נטילה של חלק מהותי מיצירת-לקט המוגנת בזכות יוצרים מהווה הפרת זכות יוצרים.<sup>31</sup> אותם בתי-משפט גם מנעו שימוש

26 שם, בעמ' 346.

27 שם, בעמ' 345.

28 שם, בעמ' 354–356.

29 שם, בעמ' 356–357.

30 שם, בעמ' 349.

31 שם.

במידע הכלול ביצירות-לקט, ודרשו איסוף עצמאי של המידע על-ידי יוצר יצירת-לקט מאוחרת, וזאת על בסיס תיאוריות של השקעה אשר מצדיקות לדעתם הגנת זכות יוצרים.<sup>32</sup>

בית-המשפט העליון הוסיף וקבע כי מקוריות היא דרישה הנובעת מן החוקה האמריקאית.<sup>33</sup> הוא למד זאת מהמונחים authors ו-writings המשמשים בסעיף הקניין הרוחני שבחוקה האמריקאית.<sup>34</sup> בית-המשפט הניח שהבחירה במונחים אלה מעידה כי מנסחי החוקה התכוונו שתהיה רמה מסוימת של מקוריות כתנאי להגנת זכות יוצרים.<sup>35</sup> בית-המשפט הכיר בחוסר ההוגנות הכרוך באימתן הגנה על עבודתו של יוצר יצירת-לקט לא-מקורית, אך הבהיר כי תוצאה זו אינה תוצר-לוואי בלתי-צפוי של חוקי זכויות יוצרים, אלא נובעת ממהותם של דיני זכויות יוצרים, שאינם מתגמלים כל יצירה ויצירה.<sup>36</sup> בכך למעשה ביטא בית-המשפט גישה המעדיפה ומקדמת את טובת הציבור, ולא רק את זכויותיהם של יוצרים.

בית-המשפט החיל את הסטנדרטים שקבע על המקרה שלפניו, ופסק כי חברת Feist לא העתיקה חלקים המוגנים בזכויות יוצרים, אלא נטלה מידע עובדתי שאינו מוגן בזכויות יוצרים, ולפיכך אין מדובר בהפרת זכות יוצרים.<sup>37</sup> בית-המשפט לא הסתפק בכך, ובחן גם את שאלת ההגנה על הבחירה והסידור של המידע ביצירת-הלקט, ולא רק את שאלת ההגנה על המידע הגולמי עצמו, שאינו מוגן כאמור בזכויות יוצרים. בית-המשפט הניח שחברת Feist אכן העתיקה את אופן הבחירה והסידור של הנתונים, אך קבע כי הבחירה והסידור של הנתונים על-פי סדר האלף-בית היא דרך מובנת מאליה לסידור המידע, שאינה מקורית, ואשר למעשה היא בלתי-נמנעת.<sup>38</sup> לכן היא אינה עומדת בדרישת המקוריות היצירתית המינימלית הנדרשת לצורך הגנת זכות יוצרים.<sup>39</sup> בית-המשפט גם הכיר בכך שמדובר במקרה קיצוני של יצירת-לקט שאינה מוגנת, וציין כי רוב יצירות-הלקט יכללו דרך מקורית של בחירה וסידור שתִּזְפֶּה את יוצריה בהגנת זכות יוצרים על דרך זו.<sup>40</sup>

32 ראו Rural Tel. Serv. Co. v. Feist Publ's, Inc., 663 F. Supp. 214, 219 (D. Kan. 1987).

33 עניין Feist, לעיל ה"ש 13, בעמ' 346.

34 שם.

35 שם.

36 שם, בעמ' 349.

37 שם, בעמ' 343–344.

38 שם, בעמ' 362–363.

39 שם, בעמ' 362.

40 שם, בעמ' 359.

לסיכום, בפסק-הדין קבע בית-המשפט כי ספר טלפונים של מנויים פרטיים אינו מוגן בזכויות יוצרים, ופסק שהבסיס להגנת זכות יוצרים הוא יצירתיות מקורית.<sup>41</sup> בהחלטתו זו הוא הביא לידי סיום תוקפה של דוקטרינת העבודה כבסיס להגנת זכות יוצרים בנוגע ליצירות-לקט עובדתיות. בית-המשפט שינה למעשה את משמעותה של דרישת המקוריות מדרישה שהייתה מושתתת על עבודה ומאמץ כבסיס להגנת זכות יוצרים לדרישה שמדגישה יותר את היוצר ומקומו האישי ביצירה ובתהליך היצירה.

### ב. דרישת המקוריות בדין הישראלי

בדין הישראלי יצירה מוגנת בזכות יוצרים אם היא עומדת בדרישות של סעיף 4 לחוק זכות יוצרים. סעיף זה דורש שהיצירה תהיה מקורית, שהיא תהיה מקובעת, ושהיא תימנה עם אחד מארבעת סוגי היצירות האלה: ספרותית, אומנותית, דרמטית או מוזיקלית. כן נדרש בחוק, בסעיף 8, שתתקיים זיקה של היצירה לישראל. דרישת-הסף המרכזית שחוק זכות יוצרים מחייב יוצרים לעמוד בה היא דרישת המקוריות. דרישה זו הייתה קיימת גם בחוק זכות יוצרים הישן משנת 1911. עם זאת, היא לא הוגדרה בחקיקה הישראלית המוקדמת, ואף לא בחוק זכות יוצרים החדש, אלא הושארה לפיתוח פסיקתי.<sup>42</sup>

פסיקה ישראלית מועטה בלבד ביארה את דרישת המקוריות. בשנותיה המוקדמות של המדינה דומה שהדין הישראלי הושפע ממגמות בדין האנגלי, ולכן דרישת המקוריות פורשה כדורשת שמקור היצירה יהיה ביוצרה (ולא בהעתקה), וכי זו תשקף השקעה של משאב אנושי כלשהו (זמן, מאמץ, עבודה ועוד). דרישות אלה ביטאו במידה רבה את תחולתה של תיאוריית העבודה בדיני זכויות יוצרים, שלפיה די בעבודה ובהשקעת היוצר להצדיק הגנת זכות יוצרים, ואין צורך להתחשב בשיקולים אחרים. גישה זו אפיינה שיטות משפט אחרות, דוגמת הדין האנגלי והדין האמריקאי בתחילת דרכו, כמתואר לעיל. עדות לגישה זו ניתן

41 שם, בעמ' 340.

42 ראו את דברי ההסבר לס' 4 בהצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 1116: "דרישת המקוריות עומדת במרכזה של הגנת זכות יוצרים, שכן אותה מקוריות היא שמצדיקה את הענקת הזכויות ביצירה. הביטוי אינו מוגדר בחוק, ומשמעותו המורכבת נדונה בפסקי דין רבים, שההלכות שנקבעו בהן ימשיכו להנחות גם לאחר חקיקתו של החוק המוצע. (ר' למשל ע"א 513/89 אינטרלגו נ' אקסין-ליינס, פ"ד מח(4) 133, ע"א 2790/93 אייזמן נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, וכן ע"א 3422/03 Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין (טרם פורסם, 2005))."

למצוא בפסקי-דין מוקדמים של בית-המשפט בעניין מדינת ישראל נ' אחימן<sup>43</sup> ובעניין סטרוסקי נ' ויטמן.<sup>44</sup>

בעניין אחימן נדון עניינו של רואה-החשבון אחימן, אשר מצא דרך להקל את חישוב חבות המס וערך לוחות חישוב מס.<sup>45</sup> את הלוחות הוא כרך לחוברת, שנמכרה בשוק. לאחר זמן לא רב החל אגף מס הכנסה להפיץ גם הוא חוברת לחישוב חבות המס, והפעם חינם.<sup>46</sup> אחימן מצא דמיון רב בין החוברת הממשלתית לחוברת שלו, ותבע את מדינת ישראל בגין הפרת זכויות יוצרים.<sup>47</sup> בית-המשפט המחוזי קיבל את תביעתו, ומדינת ישראל הגישה ערעור על פסק-הדין. השאלה שהתעוררה בערעור הייתה אם קיימת זכות יוצרים לאחימן בלוחות חישוב המס שערך.<sup>48</sup> המדינה טענה כי אין מדובר ביצירה, וכי גם אם מדובר ביצירה, אין היא מקורית.<sup>49</sup> הטענה הראשונה נדחתה על הסף,<sup>50</sup> ובית-המשפט פנה לבחון את שאלת מקוריותם של לוחות חישוב המס של אחימן.<sup>51</sup> בית-המשפט קבע כי אין זכות יוצרים ברעיונות גרידא, אך היא יכולה לחול על צורת עריכה או עיצוב מיוחד שבהם בחר היוצר, אם הושקעו מאמץ מחשבותי, עמל או מיומנות מיוחדת במציאת השיטה, וזאת על בסיס עיון בעבודת היוצר בשלמותה.<sup>52</sup>

לאחר עיון בלוחות חישוב המס החדשים של אחימן, תוך השוואתם ללוחות ממשלתיים קודמים, קבע בית-המשפט כי יש בהם שיפורים ניכרים המקנים מקוריות ללוחות חישוב המס שלו.<sup>53</sup> פסק-הדין לא הזכיר ולא חייב שהיוצר יהיה מקור היצירה. דרישת המקוריות בפסק-הדין נתפסה כהשקעה של היוצר ביצירתו, ונראה כי היה די בקיומו של רכיב זה לצורך הכרה במקוריות.<sup>54</sup> בית-המשפט קבע כי הלוחות של אחימן מקוריים, אולם פסק כי המדינה לא הפרה את הזכויות

43 ע"א 136/71 מדינת ישראל נ' אחימן, פ"ד כו(2) 259 (1972).

44 ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340 (1985).

45 עניין אחימן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 260.

46 שם.

47 שם.

48 שם, בעמ' 261.

49 שם, בעמ' 260–261.

50 שם, בעמ' 261.

51 שם.

52 שם.

53 שם.

54 שם, בעמ' 266.

לגביהם, שכן עובדי הממשלה חיברו את הלוחות הממשלתיים באופן עצמאי, ולא על בסיס יצירתו של אחימן.<sup>55</sup>

בעניין סטרוסקי נ' ויטמן הזמינה חברת ויטמן (יצרנית הגלידות) שלט פרסומת אצל חברת סטרוסקי, המספקת שירותי גרפיקה.<sup>56</sup> לאחר זמן-מה נותק הקשר העסקי ביניהן, וויטמן הזמינה אותם שלטים אצל חברה אחרת.<sup>57</sup> חברת סטרוסקי טענה כי שלט הפרסומת שהכינה הוא יצירה מוגנת, וכי הבעלות בו נתונה לה.<sup>58</sup> השופטת נתניהו הציגה את שלושת הרכיבים המצטברים הנדרשים מכוח דרישת המקוריות: (1) רכיב המקור – שמקור היצירה יהיה ביוצרה; (2) רכיב ההשקעה – שהיצירה תשקף השקעה של משאב כלשהו; (3) רכיב היצירתיות – שממנה נדרש מעט מאוד.<sup>59</sup> לגישתה של השופטת נתניהו, הגנת זכות יוצרים ניתנת רק לביטוי מקורי של רעיונות. אין היצירה צריכה להיות ביטוי של מחשבה או המצאה מקורית. כל שנדרש הוא שהיצירה לא תהיה מועתקת מיצירה אחרת, ושמקורה יהיה ביוצרה.<sup>60</sup> המבחן הוא עצמאות היצירה, ולא החידוש שבה, והמקוריות הנדרשת באה על סיפוקה גם בנסיבות שבהן מידת המאמץ, הכישרון וההשקעה היצירתית של המחבר מועטה, ובלבד שיש ליצירה אופי שונה מזה של החומרים שמהם היא עוצבה.<sup>61</sup> בית-המשפט קבע כי החיבור והעיצוב של כל המרכיבים לכלל שלט אחד הם שמכוננים את היצירה המוגנת, וכי חברת סטרוסקי הייתה מקור השלט המוגמר, שכן אין ספק שאנשיה השקיעו עמל וכישרון בעיצוב השלט.<sup>62</sup>

לסיכום, פסקי-הדין בעניין אחימן ובעניין סטרוסקי אימצו שניהם את גישת ההשקעה כבסיס להגנת זכות יוצרים. גישה זו שלטה בדין הישראלי עד תחילת שנות התשעים של המאה הקודמת.

הסוגנית שבישרה שינוי של ממש בגישת הדין הישראלי בנוגע לדרישת המקוריות הייתה פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין **Interlego** נ' **Exin-Lines Bros.** משנת 1994.<sup>63</sup> פסק-דין זה הוא אחד מפסקי-הדין החשובים ביותר בנוגע לדרישת

55 שם, בעמ' 264.

56 עניין סטרוסקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 344–345.

57 שם, בעמ' 345.

58 שם, בעמ' 344–345.

59 שם, בעמ' 348.

60 שם, בעמ' 346.

61 שם.

62 שם, בעמ' 348.

63 ע"א 513/89 **Interlego A/S** נ' **Exin-Lines Bros. S. A.**, פ"ד מח(4) 133 (1994) (להלן: עניין **Interlego**).

המקוריות בזכויות יוצרים. פסק-הדין עסק בבקשתה של יצרנית קוביות דופלו להגן על הקוביות באמצעות דיני זכויות יוצרים אף שסיווגן של הקוביות התאים יותר לענף דיני המדגמים. בפסק-הדין הסביר השופט שמגר, לראשונה בצורה מפורשת, כי התיאוריה השלטת בדין הישראלי היא דווקא הגישה הכלכלית וטיעון התמריץ (הגישה הציבורית ההסדרתית), שלפיה זכות היוצרים חיונית לצורך המרצתם של יוצרים ליצור יצירות, וכי ללא הגנת זכות יוצרים עלולות לרווח תופעות של "נוסעים חופשיים", אשר ישתמשו ביצירה כאוות נפשם מבלי להשתתף בעלויות הייצור שלה על ידי היוצר ומבלי לתגמלו על כך.<sup>64</sup> לפיכך זכות היוצרים נועדה ליצור בלעדיות שתאפשר ליוצרים להחזיר את השקעתם. על רקע זה סבר השופט שמגר כי דרישת המקוריות כוללת למעשה שלושה מבחני-משנה: (1) על מקור היצירה להיות ביוצר; (2) היצירה צריכה לגלם השקעה של משאב אנושי כלשהו; (3) על היצירה לעמוד בסטנדרט היצירתיות, כך שזו תשקף את עמלו הרוחני של היוצר (בחירות של היוצר).<sup>65</sup> דרישת היצירתיות לא הוארה די צורכה בעניין *Interlego*, אך השופט שמגר מפנה לפסיקות אחרות שהציגו את הדרישה בדין האמריקאי, כגון הלכת *Feist*.<sup>66</sup> בהלכה זו, כאמור,<sup>67</sup> קבע בית-המשפט העליון האמריקאי כי דרישת המקוריות של יצירה דורשת גם לפחות קורטוב של מקוריות יצירתית, והגדיר את רף הדרישה כנמוך מאוד, אם כי בנסיבות המקרה שנדון באותו פסק-דין לא נחצה אפילו רף זה.

כאמור, דרישת המקוריות שבחוק זכות יוצרים לא הוארה בחוק, ודברי ההסבר להצעת החוק מפנים לפרשנות הדרישה בפסיקותיו של בית-המשפט העליון.<sup>68</sup> דוגמה לפרשנות בפסיקה, שאף מוזכרת בדברי ההסבר להצעת החוק, היא הפרשנות שניתנה לדרישת המקוריות בעניין קימרון.

### 1. עניין קימרון<sup>69</sup>

עניין קימרון עוסק בשאלה של הגנת זכות יוצרים במגילה קדומה. פרופ' אלישע קימרון, מאוניברסיטת בן-גוריון בנגב, קיבל לידיו את המשימה לפענח את אחת מהמגילות הגנוזות שנמצאו באזור קומראן שבמדבר יהודה – מגילה שאותה

64 שם, בעמ' 162–163.

65 שם, בעמ' 172–173.

66 שם, בעמ' 169. ראו עניין *Feist*, לעיל ה"ש 13.

67 ראו לעיל ליד ה"ש 14 ואילך.

68 ראו את דברי ההסבר לס' 4 בהצעת חוק זכות יוצרים, המובאים לעיל בה"ש 42.

69 עניין קימרון, לעיל ה"ש 1.

כינה "מקצת מעשה תורה".<sup>70</sup> למעשה נמצאו קרעים של מגילה שנכתבה בעברית קדומה.<sup>71</sup> המגילה נמנית עם קבוצת "הטקסטים הקהילתיים", וכיום, משפורסמה, היא נחשבת אחת המגילות החשובות ביותר, שכן היא עדות ישירה למנהגיה של הקהילה שחיה באזור.<sup>72</sup> מלאכת המיון הראשונית של הקרעים נערכה על-ידי פרופ' ג'ון סטרגנל, שצירף אליו את תלמידו אז, אלישע קימרון.<sup>73</sup> במשך כאחת-עשרה שנים עמל קימרון על פענוח המגילה.<sup>74</sup> מדובר במיון הקרעים, בסידורם הפיזי הראשוני, בפענוח פיזי ופרשני של הטקסט שבקרעים, ובסופו של דבר בהשלמת החוסרים שבין הקרעים. 40% מהטקסט הסופי הם השלמה של קימרון על בסיס הידע ההלכתי והבלשני שלו.<sup>75</sup> ידע זה סייע בעדו לקבל שורה של הכרעות כיצד לסדר את הטקסט, כיצד להשלימו ועוד. סמוך לשנת 1990 הפיץ קימרון טיוטה של הטקסט המפוענח בקרב כמה עמיתים בעולם. הטיוטה דלפה והגיעה לידי חוקר פולני, אשר פרסם את הטקסט בכתב-עת שערך מבלי שידע את מקורו ומהימנותו.<sup>76</sup> לאחר-מכן פלל הרשל שנקס (אחד מאנשי המאבק נגד המונופול המחקרי של רשות העתיקות) צילומים של קרעי המגילות בספר שהוציא לאור, צירף כנספח את טיוטת המגילה המפוענחת, וציין כי הפענוח נעשה על-ידי פרופ' סטרגנל ועמית שלו.<sup>77</sup>

קימרון הגיש תביעה בגין הפרת זכות יוצרים נגד שנקס ושני העורכים הנוספים של הספר שפורסם. בבית-המשפט המחוזי התמקדה השופטת דליה דורנר בדרישת המקוריות. השופטת נשענה על פסק-הדין בעניין סטרוסקי, והזכירה רק את רכיב המקור שצוין בפסק-הדין, ולפיו דרישת המקוריות פירושה שמקור היצירה יהיה אצל יוצרה. השופטת דורנר סברה כי דרישת המקוריות רואה ברכיב המקור רכיב עיקרי שאין להתפשר עליו. לדעתה, השקעה אינה תנאי הכרחי ומספיק לכך שהיצירה תהיה מוגנת בזכויות יוצרים.<sup>78</sup>

70 שם, בעמ' 822–823.

71 שם, בעמ' 822.

72 שם, בעמ' 822, נכתב כי המגילה "היא, ככל הנראה, איגרת של מנהיג כת מדבר יהודה למנהיג העם בירושלים".

73 שם, בעמ' 822–823.

74 שם, בעמ' 823.

75 שם.

76 שם.

77 שם.

78 ת"א (מחוזי י-ם) 41/92 קימרון נ' שנקס, פ"מ תשנ"ג(3) 10, 23–24 (1993).

השופט דורנר הדגישה כי במקרים שבהם רכיב המקור אינו ברור, רכיב ההשקעה עשוי לשמש סמן לקיומו של רכיב המקור, אולם יש להניח זאת רק לאחר שנשללה האפשרות שרכיב המקור אינו מתקיים כלל.<sup>79</sup> במקרה של פענוח המגילות, הוסיפה השופטת, מקור היצירה המקורית הוא באדם שחיבר את המגילה לפני יותר מאלפיים שנה, וזכויות היוצרים שהיו לו במגילה פקעו זה כבר, ולכן רכיב המקור טעון בירור. בהקשר זה אין חולק שלא היו דיני זכויות יוצרים בזמן יצירת המגילה, ולכן היא הייתה מאז ומעולם נחלת הכלל, אלא שהשופטים לא טרחו להבהיר זאת בחוות־דעתם.

מכל מקום, השופטת דורנר ביררה את טיב עבודתו של קימרון, ומסקנתה הייתה כי הוא אינו מקור הטקסט.<sup>80</sup> היא קבעה כי מטרת המפענח הייתה לשחזר את המגילה המקורית, ולכן המיון וההרכבה הפיזית אינם ראויים להגנה.<sup>81</sup> לעומת זאת, היא קבעה כי קימרון זכאי להגנה על עריכת הטקסט המורכב ועל החוסרים שמילא בעצמו.<sup>82</sup> ההנחה המובלעת בקביעה זו היא שרק בנוגע לטקסט החסר ניתן להניח כי יש מקוריות, שכן אין דרך לדעת מה היה הטקסט המלא של המגילה, ולכן ניתן להניח שבקשר להשלמות אלה קימרון ראוי להגנת זכות יוצרים.

הנתבעים בחרו להגיש ערעור על פסק־הדין. טענתם המרכזית של המערערים בהליכי הערעור הייתה שפעולותיו של התובע קימרון מסתכמות בהשלמת הטקסט של המגילה, ושאינן בפעולותיו יותר מאשר שחזור של הטקסט הקדום, ולפיכך אין בחיבור קרעי המגילה ובשחזור החלקים החסרים משום טקסט מקורי של קימרון המוגן על־ידי זכויות יוצרים.<sup>83</sup> בית־המשפט העליון דחה את טענת המערערים, וקבע כי לקימרון יש זכויות יוצרים במגילה המפוענחת.<sup>84</sup>

פסק־דינו של השופט טירקל בערעור מצטיין ביסודיות ובהירות רבה ביחסו להלכות קודמות של בית־המשפט בנוגע לדרישת המקוריות. בהתייחסו להלכות הקודמות, תוך בחינה פרטנית וניתוח של כל אחת מתרומותיו של קימרון, הבהיר השופט על כל צעד ושעל כי הוא נשמר לא לסטות מן הפסיקה בתחום זכויות היוצרים, וכי הוא מקפיד על עקיבותה. זהירות זו ראויה לציון בשל החשיבות

79 שם.

80 שם, בעמ' 23–24.

81 שם, בעמ' 24.

82 שם.

83 עניין קימרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 831.

84 שם, בעמ' 849.

הרבה שיש לפסקי-דין עקיבים בנוגע לדרישת-סף כה חשובה בדיני זכויות יוצרים, אשר טיבה וטבעה לא הוארו בחוק.

השופט טירקל דן ברכיב המקור מתוך עיון בפסק-הדין בעניין סטרוסקי, וציין – על בסיס עיון בפסק-הדין בעניין **Interlego** – כי רכיב ההשקעה כשלעצמו אינו מספיק לקביעת זכאות להגנת זכות יוצרים.<sup>85</sup> השופט ציין כי דרישת המקוריות היא תנאי-סף, וכי רכיב המקור, רכיב ההשקעה ורכיב היצירתיות נדרשים כולם במצטבר כדי לרכוש הגנת זכות יוצרים.<sup>86</sup> לדידו, השאלה אם ביצירה נתונה קמה זכות יוצרים נבחנת לפי מידת המקוריות שבה. דרישת המקוריות היא העיקר; אין די בכך שהיוצר השקיע ממשאביו האנושיים, אלא נדרשת גם מידה של מקוריות – לא רק ביצירה גופה, אלא גם בתהליך יצירתה.<sup>87</sup> עם זאת טען השופט טירקל כי יש הגורסים שהשקעת זמן ו/או כישרון עשויה להעיד על קיום יצירתיות. פירוש הדבר הוא שאם מולאה דרישת ההשקעה (של זמן, מאמץ או כל משאב אנושי), סביר להניח שקוימה דרישת היצירתיות.<sup>88</sup> אמירה אמיצה זו עומדת במבחן הביקורת, שכן דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים מסתפקת ברף נמוך מאוד, אשר רוב היצירות חוצות אותו.<sup>89</sup> חשוב גם להבהיר כי אין באמירתו זו של השופט טירקל כדי להצביע על שינוי מגמה בתחום זכויות היוצרים ועל הדגשת ההשקעה או הכישרון כבסיס בלעדי להגנת זכות יוצרים, כפי שהשופט עצמו טורח להבהיר בפסק-דינו.<sup>90</sup>

השופט טירקל סבר כי השקעת מרצו של קימרון היא שמקנה לו את ההגנה של זכות היוצרים. נוסף על כך סבר השופט כי במלאכת פענוח הטקסט שעליה שקד קימרון יש לא רק חשיפת עובדות, אשר אינה מוגנת בזכויות יוצרים, אלא גם מידה לא-מבוטלת של מקוריות.<sup>91</sup> על-כן יש לבדוק את מלאכת הפענוח על כל רבדיה כיצירה שלמה אחת: כל המשימות שעשה קימרון תלויות זו בזו ומשפיעות זו על זו, כלומר, מדובר במלאכה מורכבת שאינה מסתכמת בחשיפת עובדות בלבד.<sup>92</sup> מדובר בפירות של תהליך שבו השתמש קימרון בבקיאותו, במומחיותו,

85 שם, בעמ' 829–830.

86 שם, בעמ' 829–831.

87 שם, בעמ' 831.

88 שם, בעמ' 830.

89 שם.

90 שם, בעמ' 830–831.

91 שם, בעמ' 832–833.

92 שם, בעמ' 833.

בדמיונו ובשיקול-דעתו תוך בחירה בין חלופות, וכל אלה ממחישים את המקוריות והיצירתיות של קימרון.<sup>93</sup> השופט טירקל הדגיש כי אין מדובר בעבודה טכנית נטולת בסיס להגנה, אלא במשהו רחב מזה.<sup>94</sup>

להבדיל מהשופטת דורנר, השופט טירקל סבר כי אין להפריד את שלבי הפענוח, ויש לבחון את המלאכה על כל רבדיה כיצירה שלמה אחת. ההרכבה הפיזית של הקרעים, סידורם, פענוח הכתב ואופן השלמת החסר – כל אלה "ארוגים ואחוזים זה בזה, תלויים זה בזה ומשפיעים זה על זה".<sup>95</sup> נראה כי בעוד שתפיסתה של השופטת דורנר התמקדה בתהליך היצירה ובקשר בין היוצר לטקסט, השופט טירקל התמקד ביוצר עצמו.

בפסק-דינו השתמש השופט טירקל בדימויים מעולם הרוח והנשמה בתארו את מלאכתו של קימרון:

עבודתו של קימרון לא הייתה אפוא מלאכה טכנית, 'מכנית', כמו עבודת כפיים פשוטה שתוצאותיה ידועות מראש. 'שאר הרוח' שלו, 'הנשמה היתרה' שנתן בקרעי המגילה, שהפכו את הקרעים לטקסט חי, לא היו בגדר השקעה של משאבים אנושיים גרידא, בבחינת 'זע', במשמעות של 'The Sweat of man's brow'. היו אלה פירותיו של תהליך שבו השתמש קימרון בבקיאותו, במומחיותו ובדמיונו, הפעיל שיקול-דעת ובחר בין חלופות שונות.<sup>96</sup>

השופט טירקל הציג ללא ספק גישה רומנטית בדבריו אלה, ותיאר את הקשר בין קימרון ליצירתו כקשר הורי, כמי שברא יצירה יש מאין.

לסיכום, פסק-הדין הוכרע לא רק בגין רכיב ההשקעה, אלא גם בגין בקיאותו של קימרון, מומחיותו, דמיונו והפעלת שיקול-דעתו. דומה שהרכיבים הנוספים על רכיב ההשקעה יכולים לעמוד בדרישת היצירתיות לפי הדין הישראלי. אף שגישת העבודה היא שהובילה את פסק-הדין, והיזע, העמל וההשקעה הם מוטיבים חוזרים בו, התאמץ השופט טירקל להסביר כי זו אינה הגישה היחידה, ולכן הדגיש את הנשמה והרוח שהיתוספו ליצירה. חשוב להטעים כי מההיבט של ההלכה הפסוקה הדגיש השופט טירקל כי קביעותיו אינן סוטות מהלכת **Interlego**, אף שבפועל פסק-הדין מבליט יותר את ההשקעה הרבה של קימרון בפענוח הטקסט.

93 ש.ם.

94 ש.ם.

95 ש.ם.

96 ש.ם.

## ג. מבחן כוונת היוצר

## 1. מבחן כוונת היוצר ודרישת המקוריות

רבים עסקו בפסק-הדין בעניין קימרון וניתחוהו בעיניים ביקורתיות. עיקר הביקורת נסבה על סטיית השופט טירקל ממבחני המקוריות המקובלים בפסיקה והדגשת ההשקעה כבסיס להגנת זכות יוצרים.<sup>97</sup> נוסף על כך נטען כי הקביעה שמדובר ביצירה מקורית היא שגויה, שכן מדובר בשחזור בלבד של טקסט קדום – פעילות השקולה לחשיפת עובדות בלבד, שאינה יכולה להיות מוגנת בזכות יוצרים. ביקורת מרכזית נוספת הייתה שפסק-הדין לא הביא בחשבון את האינטרס הציבורי בכך שיצירות שהן נכסי צאן ברזל יישמרו בתחום נחלת הכלל ותישמר הגישה החופשית אליהן.<sup>98</sup> אני סבורה כי ניתוחו של השופט טירקל יכול לעמוד במבחן הביקורת ולגבור על הביקורות האמורות. אין בכוונתי להידרש לביקורות אלה בהרחבה אלא להתמקד בהיבט אחד שהוא דרישת המקוריות ומבחן כוונת היוצר. לדעתי, ניתוח פסק-דינו

97 בירנהק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 408.

98 שם, בעמ' 398. ראו גם: Jeffrey M. Dine, Student Note: *Authors' Moral Rights in Non-European Nations: International Agreements, Economics, Mannu Bhan-dari, and the Dead Sea Scrolls*, 16 MICH. J. INT'L L. 545 (1995) קימרון בנוגע לזכאות לפיצוי בגין הפרת "הזכות להורות" של היוצר ביחס ליצירתו); Cindy Alberts Carson, *The Dead Sea Scrolls Copyright Cases*, 22 WHITTIER L. REV. 47 (2000) (אשר מבקרת את תוצאת פסק-הדין בעניין קימרון וסבורה כי מדובר במידע עובדתי שהיה מקום להותירו בנחלת הכלל); Neil Wilkof, *Copyright, Moral Rights and the Choice of Law: Where Did the Dead Sea Scrolls Court Go Wrong?*, 38 HOUS. L. REV. 463 (2001) (המבקר את הלכת קימרון במישור של ברירת הדין); Urszula Tempka, Comment: "Originality" After the Dead Sea Scrolls Decision: Implications for the American Law of Copyright, 6 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 119 (2002) (התומכת בפסק-הדין בעניין קימרון ובניתוחו ביחס לדרישת המקוריות); Michael D. Birnhack, *The Dead Sea Scrolls Case: Who Is an Author?*, 23 EUR. INTELL. PROP. REV. 128 (2001) (הטוען כי הלכת קימרון שוגה באמצע הצדקה של עבודה כבסיס להגנת זכות יוצרים, שכן יש לכך מחירים כבדים במישורים של הזכות לחופש ביטוי, הגיוון התרבותי והשליטה על ידע); Cindy Alberts Carson, *Raiders of the Lost Scrolls: The Right of Scholarly Access to the Content of Historic Documents*, 16 MICH. J. INT'L L. 299 (1995) (המבקרת את תוצאת פסק-הדין בעניין קימרון מן ההיבט של אפשרות הגישה של חוקרים למסמכים היסטוריים); Lisa Michelle Weinstein, Comment: *Ancient Works, Modern Dilemmas: The Dead Sea Scrolls Copyright Case*, 43 AM. U. L. REV. 1637 (1994) (המבקרת את תוצאת פסק-הדין בעניין קימרון, שכן זו מגבילה גישה לנכס היסטורי חשוב שראוי לסווגו כעובדות שאינן ראויות להגנת זכות יוצרים).

של השופט טירקל מספק הזדמנות מצוינת להבנת התועלת שניתן להפיק מבדיקה של כוונת היוצר ביצירת יצירתו, ולקביעת היחס הראוי בין כוונה זו לעמידתו בדרישת-הסף של מקוריות.

סבורתני כי הביקורות בנוגע לאי-עמידתו של קימרון בדרישת המקוריות אינן עומדות על קרקע יציבה, בראש ובראשונה מכיוון שדרישת המקוריות לא הוארה די צורכה בפסיקה הישראלית ובכלל. שלושת הרכיבים שעליהם עמדה הפסיקה בהקשרה של דרישת המקוריות לא הובהרו כראוי בפסיקה הישראלית והזרה, והרציונלים להכרה בהם לא הוצגו בה, ולפיכך אין הנחיה מספקת באשר לפרשנותה של דרישת המקוריות ולגבי אופן העמידה בתנאיה.<sup>99</sup> על רקע זה נהיר כי ייתכנו פרשנויות שונות באשר לטיבה של דרישה זו.

שנית, היה אפשר לבחון את שאלת המקוריות על בסיס כוונת היוצר, הנלמדת מן הנסיבות של יצירת היצירה והצגתה לציבור על-ידי קימרון.<sup>100</sup> המבחן המוצע של כוונת היוצר הוא מבחן-עזר שיכול לסייע לבית-המשפט להחליט אם יצירה עומדת בדרישת המקוריות של חוק זכות יוצרים. ראוי לציין בהקשר זה כי דייוויד נימר דן בכוונה של קימרון ובמשמעותה ביחס לדרישת המקוריות, אך מבלי לדון בשאלה העקרונית אם כוונה יכולה לשמש מבחן-עזר לבחינת הדרישה למקוריות היצירה.<sup>101</sup> מבחן כוונת היוצר מתחקה אחר כוונתו של יוצר היצירה בזמן שיצר אותה ואף לאחר שסיים את יצירתה, ובודק כיצד תפס היוצר את טבעה של יצירתו.

Ethan R. York, Note: *Warren Publishing, Inc. v. Microdos Data Corp.: Continuing the Stable Uncertainty of Copyright in Factual Compilations*, 74 NOTRE DAME L. REV. 565, 585 (1999)

100 מלומדים אחרים דחו הצעה זו כלא-רלוונטית במסגרת דיני זכויות יוצרים. ראו, למשל, בירנהק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 402, הערת-שוליים 237 ("האם כוונתו של קימרון משנה? הרי כמדען, יש להניח שהוא מעוניין להציג את עבודתו כשחזור מדויק של הטקסט המקורי, כחשיפת ה"ש", ולא כיצירת יש מאין. אם כך, הרי הוא שואף שלא להוסיף דבר משל עצמו. אילו תורגמה השאיפה המדעית למסגרת המשפטית, לא היה זכאי קימרון, לשיטתו, להגנה, שכן לא הוסיף דבר חדש. עיון בהבנה המקובלת של דיני זכויות יוצרים מעלה כי שאלת הכוונה של היוצר בעת חיבור היצירה אינה רלוונטית").

David Nimmer, *Copyright in the Dead Sea Scrolls: Authorship and Originality*, 38 Hous. L. Rev. 1, 216–217 (2001) ("Qimron lacked the intent to author original expression, whether gauged at the first level of intent or that of 'meta-intention'... He therefore lacked 'intent to author' even at the most simple level. By definition, the act of *decipherment* eschews 'original intent' – the intention to create a work of original ('new') expression – rather, it seeks recovery of the (old) creativity previously exhibited by another. His aim... was to summon up the *ancien*. In that task, as noble as it may be, there can be no copyright protection")

כוונת היוצר יכולה להיבחן על בסיס סובייקטיבי, דהיינו, על-ידי בחינת נסיבותיה של יצירת היצירה ובירור אם היוצר הביע עמדה מפורשת וגלויה באשר לטיבה של יצירתו. כך, למשל, יוצר יכול להצהיר כי הוא מספק לציבור מוצר מידע שטבעו עובדתי, ואז הוא לא יחסה בהגנת זכות יוצרים כלל, שכן עובדות אינן דבר מקורי. כוונתו הסובייקטיבית יכולה להילמד גם מנתונים עקיפים, כגון חומר פרסומי ושיווקי של מוצר שהיוצר מציע למכירה, שבמסגרתו הוא מצהיר הצהרות שמהן ניתן ללמוד על טבעה של היצירה. באופן דומה, היוצר יכול לכלול ביצירתו אמירות המלמדות במשתמע על טבעה של היצירה. למשל, מחבר מאמר החושף עובדות היסטוריות חדשות בנוגע לאירוע היסטורי חשוב יכול לכלול במאמרו אמירות שמהן עולה כי העובדות שחשף משקפות את מצב הדברים ההיסטוריים לאמיתו. אמירות כאלה מרמזות במשתמע כי מדובר בעובדות לכל דבר ועניין, ולכן הן אינן מוגנות בזכויות יוצרים. לחלופין, כוונת היוצר יכולה להיבחן גם על בסיס אובייקטיבי. כך, ניתן לבחון אם בקרב ציבור היוצרים העמיתים ובקרב הציבור הצורך את היצירה יש תמימות-דעים בנוגע לטבעה של היצירה ולעמידתה בדרישת המקוריות, גם ללא אינדיקציות פרטניות בנוגע לכוונתו של היוצר המסוים ביצירת יצירתו. נניח, למשל, שהיוצר יצר ספר טלפונים הכולל עובדות ונתונים. לפי המבחן האובייקטיבי של כוונת היוצר, נבדוק אם יצירות מסוג זה נתפסות על-ידי ציבור היוצרים של ספרי הטלפונים ועל-ידי הצרכנים של הספרים כעובדתי ובלתי-מוגן או שמא כיצירתו וכראוי להגנת זכות יוצרים. יהיה קל להתחקות אחר כוונת היוצר במצבים כאלה אם יש תמימות-דעים בקרב היוצרים בתחום ובקרב ציבור הצרכנים בנוגע לסוג המוצר שמקוריותו נבחנת. אין חולק שלא תמיד יהיה אפשר למצוא אינדיקציות ברורות לכוונת היוצר – הסובייקטיבית או האובייקטיבית. במצבים כאלה יהיה אפשר להיעזר בשאר המבחנים למילוי דרישת המקוריות.

יודגש כי מבחן כוונת היוצר אינו מבקש להחליף הבחנות או דוקטרינות אחרות בדיני זכויות יוצרים, אלא מבקש לשמש כלי-עזר בהתחקות אחר העמידה בדרישת המקוריות. כך, למשל, הקביעה בסעיף 5 לחוק זכות יוצרים כי עובדות ונתונים אינם מוגנים בזכויות יוצרים אינה מיתרת את מבחן הכוונה, מכיוון שגם הקביעה מהם עובדות ונתונים מחייבת בחינה ועיון. מבחן כוונת היוצר עשוי לסייע גם בהתחקות אחר סיווג חלקי יצירה כעובדות או נתונים שאינם מזכים בהגנה. אין הגדרה ברורה באשר לחריג העובדות או הנתונים, וההחלטה מה יוחרג במסגרת חריג זה הינה בסופו של יום החלטת מדיניות.<sup>102</sup> מבחן הכוונה

102 ראו, למשל, ע"א 2682/11 עיריית פתח תקוה נ' זיסו (פורסם בנבו, 20.5.2013) (נקבע כי עיריית פתח-תקוה הייתה זכאית לעשות שימוש ברעיון של המשיב להקמת מאגר DNA של

יכול לסייע בתהליך זה, כמתואר לעיל. למבחן-העזר המוצע יכול להיות ערך רב באופן מיוחד ביחס ליצירות מסוימות, כגון יצירות בעלות אופי מדעי-היסטורי, יצירות הכוללות הערכות שווי של נכסים (למשל, מחירוני רכב) ועוד. יודגש עוד כי מבחן זה אינו מבקש להחליף את דרישותיה הברורות של דרישת המקוריות. המבחן נועד לסייע בהתחקות אחר קיום דרישותיה השונות של דרישת המקוריות, ובפרט שמקור היצירה יהיה ביוצרה ושהיא תשקף רמת-סף מסוימת של יצירתיות והשקעה של היוצר.

ראוי לחדד כי ייתכנו מצבים תחת המבחן המוצע שבהם לא ברור מה יהא הפתרון המשפטי כאשר כוונת היוצר היא ליצור הערכה סובייקטיבית של המציאות אולם בפועל התוצר הוא שחזור מושלם של ההיסטוריה. במצבים כאלה המצב האובייקטיבי הוא שיכריע את גורלה של היצירה, ולא בחירתו והערכתו הסובייקטיבית של היוצר. במילים אחרות, היחס בין המבחן הסובייקטיבי למבחן האובייקטיבי הוא שבמקרה של סתירה בין תוצאות יישומם של המבחנים ידו של האחרון תהא על העליונה בהכרעת סיווגה של היצירה.

חשוב להבהיר כי אף שמבחן הכוונה לא הוכר מעולם בצורה מפורשת על-ידי בתי-משפט בארצות-הברית ובמדינות נוספות, ניתן למצוא שם פסיקה מועטה שממנה משתמע מבחן כאמור, ואשר במסגרתה נעשה שימוש בדוקטרינת ההשתק. דוגמה לכך היא פסק-הדין בעניין *Arica Inst., Inc. v. Palmer*.<sup>103</sup> ארגון Arica נותן הכוונה לאנשים לצורך מציאת האיזון הפנימי שלהם.<sup>104</sup> מייסד הארגון כתב רבות על הנושא ועל היצירה שהייתה נושא הדיון במסגרת ההליך המשפטי המדובר, אשר לטענת הארגון הועתקה על-ידי הנתבע. שמה של היצירה שעלתה לדיון היה "ראיונות עם אוסקר איצ'זו" ("Interviews with Oscar Ichazo").<sup>105</sup> בבסיסה של יצירה זו היו שבעה גורמים הקשורים לאגו, ואיצ'זו, מייסד הארגון, טען במסגרת ההליך המשפטי כי הוא שגילה את הגורמים הללו, וכי מדובר בעובדות מדעיות בדבר הטבע האנושי.<sup>106</sup> במסגרת הערעור קבע בית-המשפט כי איצ'זו מנוע ומושקף מלטעון שהעובדות הללו יכולות לקבל הגנה בזכויות יוצרים, שכן גם לדבריו מדובר בעובדות, ואלה אינן מוגנות. לאחר שהציג לעולם את

כלבים באמצעות דגימות רוק שיילקחו מהם בהסכמתם של בעליהם, מאחר שהרעיון, ככזה, אינו מוגן בזכויות יוצרים).

*Arica Inst., Inc. v. Palmer*, 970 F.2d 1067 (2d Cir. 1992) 103

104 שם, בעמ' 1069–1070.

105 שם, בעמ' 1070–1071.

106 שם, בעמ' 1075–1076.

הגורמים האמורים כתגליות מדעיות, אין הוא יכול לחזור בו במסגרת ההליך המשפטי בנוגע לסיווגם.<sup>107</sup>

נעבור כעת מן הכלל אל הפרט. כפי שפורט בהרחבה לעיל, כדי להכריע בשאלת המקוריות, הגדיר בית-המשפט העליון את מושא הגנת זכות היוצרים של קימרון. בית-המשפט הבחין בין שני רכיבים מרכזיים של הטקסט המשוחזר: האחד, חומרי-הגלם הפיזיים שהמגילה מורכבת מהם – קרעי המגילה שנוצרה לפני כאלפיים שנה ונמצאה בקומראן; והאחר, פעולת הצירוף של קרעי המגילה לטקסט המשוחזר – צירופם הפיזי של הקרעים, ארגונם, פענוח הטקסט המופיע על הקרעים והשלמת החוסרים של המגילה.<sup>108</sup> במילים אחרות, בית-המשפט הבחין בין הקרעים עצמם לבין הפחת רוח החיים בקרעי המגילה, שהובילה ליצירתו של טקסט חי ונושם.

בית-המשפט ציין כי קרעי המגילה הם נחלת הכלל, ולפיכך כל מי שירצה לארגנם, לסדרם מחדש ולפענחם מוזמן לעשות זאת.<sup>109</sup> עם זאת ציין בית-המשפט כי העובדה שקרעי המגילה הם נחלת הכלל אינה רלוונטית לשאלה אם ליוצר היצירה יש זכויות יוצרים ביצירתו. בית-המשפט סבר כי השאלה החשובה בנוגע לפענוח המגילה ולשחזור היא אם הפחת החיים בקרעי המגילה, בצירוף הידע והכישרון האקדמי של קימרון, הופכים את הטקסט המשוחזר בכללותו ליצירה אשר מוגנת בזכויות יוצרים.<sup>110</sup> בית-המשפט סבר כי שחזור המגילה ופענוחה כללו את רמת המקוריות והיצירתיות הנדרשת כדיני זכויות יוצרים. יצירתו של קימרון לא הייתה טכנית או מכנית, כזו המשקפת עבודה בלבד, אלא יצירה מקורית, שכן באמצעות מלאכת השחזור והפענוח הפך קימרון את קרעי המגילה לטקסט חי ונושם, תוך שימוש בידע הלכתי ובלשני, בדמיון ובשיקול-דעת, בבחור מתוך כמה אפשרויות את המתאימה למלאכת הפענוח והשחזור.<sup>111</sup>

דרך ניתוח זו של השופט טירקל, והגעתו למסקנה שמדובר ביצירה מוגנת בזכויות יוצרים, יכלו להסתייע בבחינת כוונת היוצר (קימרון). כוונת היוצר לא נבחנה על-ידי בית-המשפט, אף שרכיב זה היה יכול להיות מכריע וחשוב, ולחזק את מסקנתו של השופט טירקל באופן שהיה בו גם כדי לתת מענה לביקורות שנמתחו על פסק-הדין. כאמור לעיל, הטיעון המרכזי של המערערים היה

107 שם, בעמ' 1075.

108 עניין קימרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 828.

109 שם.

110 שם, בעמ' 828–829.

111 שם, בעמ' 831.

שמלאכת השחזור והשלמת הטקסט החסר במגילה לא היו יצירה מקורית של קימרון, אלא תגלית וחשיפה של הטקסט המקורי, כפי שנכתב לפני אלפיים שנה. לטענתם, מדובר בסך-הכל בחשיפת עובדות במהלך מחקר היסטורי, ולכן אין מדובר ביצירה המוגנת בזכויות יוצרים. לפיכך, אף שקימרון השקיע זמן, מאמץ, ידע ניכר וכישרון בפענוחה ובשחזור של המגילה, הטקסט הסופי של המגילה המשוחרת אינו זכאי להגנת זכות יוצרים.<sup>112</sup> חסרונו של טקסט מלא של המגילה קודם למלאכת השחזור אינו הופך את הטקסט המשוחרר מטקסט שאינו מוגן בזכות יוצרים לטקסט מוגן. למעשה, מכיוון שקימרון הציג את הטקסט המשוחרר כמשקף את הטקסט המקורי של המגילה כפי שנכתבה לפני יותר מאלפיים שנה, הוא אינו יכול לטעון כי מדובר ביצירה מקורית שלו. בית-המשפט העליון דחה כאמור טיעון זה, בקובעו כי קימרון לא רק שחזר את המגילה, אלא למעשה סיפק בפענוח ובהשלמה של הטקסט את הערכתו בנוגע לטקסט המקורי של המגילה. על רקע הנמקה זו קבע בית-המשפט כי קימרון יצר יצירה ספרותית, ולא עסק בשחזור בלבד של הטקסט המקורי של המגילה.<sup>113</sup>

ניתוחו זה של בית-המשפט היה יכול לקבל חיזוק ותימוכין אילו נעזר בית-המשפט במבחן המוצע של כוונת היוצר, שלפיו יש להתחקות אחר כוונת היוצר בעת יצירת יצירתו, כפי שהיא מגולמת בתוצר הסופי. האם התיימר היוצר ליצור יצירה מקורית או שמא ביקש ליצור יצירה שאינה זכאית להגנה, כגון עובדות או נתונים, שאינם מוגנים בזכויות יוצרים? שאלת-המפתח בנסיבות העניין היא מה הייתה כוונתו של קימרון בנוגע ליצירה: האם הוא התכוון לעשות מלאכת שחזור, ומבחינתו הטקסט של המגילה שהוצג על-ידי אינו אלא הטקסט המקורי שנכתב לפני יותר מאלפיים שנה (אף שחלקים מן הטקסט אינם ידועים לנו), או שמא כוונתו הייתה לשחזר את הטקסט ולהציע טקסט שלם של המגילה מבלי להתיימר לעשות מלאכת שחזור מדויקת, אלא מתוך כוונה להציג הערכה סובייקטיבית שלו בדבר נוסח המגילה המלא? נתונים עובדתיים בנוגע לשאלות אלה היו יכולים לסייע בעדנו להכריע בדבר מעמד פעולותיו של קימרון ובנוגע לשאלה אם הוא יצר יצירה מקורית. אם התכוון קימרון למלאכת שחזור מדויקת, כאמור בחלופה הראשונה, אזי יש בכך כדי להוביל להכרעה לחובתו ולקביעה כי אין מדובר ביצירה מקורית. כוונה של החוקר לנקוט פעולה של חשיפה ושחזור בלבד, לצורך חשיפת האמת, גם אם זו אינה ידועה ממקור חיצוני, מצביעה על כך שהוא לא התכוון להיות מקור היצירה, וכי רכיב המקור אינו מתקיים בו בשום שלב. כאיש

112 שם.

113 שם, בעמ' 831 ו-833.

אקדמיה רציני, יומרותיו היחידות במקרה כזה הן לפענח את המגילה, לשחזרה ולהציגה לציבור. בחלופה זו הגשת תביעה בגין הפרת זכות יוצרים אף אינה מחמיאה לו, שכן איש אקדמיה אינו מעוניין בתווית של "מקוריות" בנוגע לפעילות אקדמית שהיא חשיפת האמת בלבד. לפי חלופה זו, אין זכויות יוצרים בטקסט המפוענח.

לעומת זאת, אם החלופה השנייה היא שמייצגת את כוונותיו של קימרון, ובהשלמת הטקסט הוא לא התיימר לחשוף את האמת, אלא להציע השלמה שאינה מתיישבת בהכרח במדויק עם הנוסח המקורי של הטקסט כפי שנכתב על-ידי היוצר המקורי, אזי יש במלאכת ההשלמה מקוריות על כלל רכיביה, לרבות רכיב המקור ורכיב היצירתיות, שהרי אין חולק כי לפי חלופה זו קימרון הוא מקור הטקסט שהושלם, והוא אף הפעיל שיקול-דעת, כישרון, דמיון, בחירה בין חלופות וידע לצורך השלמת הטקסט, וכל אלה מאפיינים את רכיב היצירתיות. באשר לרכיב ההשקעה, זה התקיים בשני התרחישים, שכן אין ספק שקימרון השקיע רבות במלאכת השלמת הטקסט. לפי החלופה השנייה, אם כן, יש לקימרון זכויות יוצרים בטקסט המפוענח.

חשוב לציין כי השופט טירקל לא בחן את כוונת היוצר. אי-אפשר להסיק מעצם הגשת התביעה לקבלת זכויות יוצרים כי כוונת קימרון הולמת את החלופה השנייה שצוינה לעיל, שכן ייתכן שהוא לא הבין את משמעותם של דיני זכויות יוצרים כאשר הגיש את תביעתו. התחקות אחר כוונתו של קימרון הייתה יכולה לסייע לשופט טירקל להגיע למסקנה מדויקת בדבר אופייה של היצירה. בהעדר כוונה ידועה של היוצר, ניתן להתחקות אחר נסיבות אחרות האופפות את מלאכת הפענוח. בית-המשפט היה יכול לבחון את המאמר שפורסם על-ידי קימרון בכל הנוגע במלאכת הפענוח, ולבדוק איזו מבין שתי החלופות שלעיל מייצגת נאמנה את כוונתו. גם בהעדר כוונה מפורשת ניתן להניח הנחות מסוימות בנוגע למחקר אקדמי. אם אנו סבורים כי תכליתו של המחקר האקדמי היא לחשוף את האמת, אזי החלופה הראשונה היא שהולמת את כוונותיו של משחזר המגילה. לפי גישה זו, סביר להניח שקימרון, בכובעו כאיש אקדמיה, התכוון לשחזר את הטקסט המקורי של המגילה כפי שזה נכתב לפני כאלפיים שנה על-ידי יוצר המגילה המקורי. אם זה מצב הדברים, אזי לא היה לו עניין ליצור שחזור המשקף יצירה משלו, אלא רצונו היה לשחזר טקסט קדום בצורתו המקורית לכל דבר ועניין, ללא הוספת ביטוי עצמי משלו. מכל מקום, ככל שקיימת כוונה סובייקטיבית ידועה באשר למלאכת הפענוח, יש לאמצה ולהעדיפה על כוונה אובייקטיבית משוערת. בהעדר כוונה סובייקטיבית ידועה, ובהעדר מידע שעל בסיסו היה בית-המשפט יכול לגבש כוונה אובייקטיבית משוערת, היה מקום להחזיר את התיק לבית-

המשפט המחוזי לצורך בירור השאלות העובדתיות הנדרשות, לפני הגעה למסקנות באשר להתקיימותה או לאי-התקיימותה של דרישת המקוריות. לסיכום, מתן משקל הולם לכוונתו של קימרון בכל הנוגע בטיבה ובטבעה של יצירתו היה יכול לסייע לבית-המשפט להגיע להכרעה מדויקת יותר בדבר טבעה של יצירתו. הדבר היה יכול לחזק את תוצאת פסק-הדין, בהנחה שהיה אפשר ללמוד מן הראיות שעמדו לפני בית-המשפט כי קימרון התכוון ליצור יצירה מקורית שאינה משקפת במדויק את הטקסט המקורי של היוצר המקורי של המגילה; אך ייתכן גם שהדבר היה מוביל לתוצאה מנוגדת, שכן אילו התברר כי כוונת קימרון הייתה לעשות שחזור מדויק, היה מקום להכריע כי אין מדובר ביצירה מקורית שלו ולכן אין היא נהנית מהגנת זכות יוצרים. קיים קושי להביע עמדה נחרצת בעניין קימרון, בהעדר ממצאים עובדתיים לגבי כוונתו הסובייקטיבית של קימרון. אי-אפשר לומר בביטחון מלא כי כל חוקר באקדמיה היה מתיימר לבצע עבודת שחזור מדויקת של המגילה, אך קשה גם לקבוע כי קימרון התיימר להציע טקסט מקורי משלו. לפיכך, בהעדר בירור עובדתי כאמור אי-אפשר לקבוע בביטחון כי תוצאת פסק-הדין, שלפיה השחזור מהווה יצירה מקורית, היא נכונה, כטענת המצדדים, או שגויה, כטענת המבקרים.

## 2. יישומו האפשרי של מבחן כוונת היוצר בפסיקה

השאלה אם יצירה היא מקורית אם לאו עשויה להתעורר בהקשרים נוספים. בפסיקה האמריקאית, למשל, התעוררה שאלת המקוריות בהקשר של מגוון יצירות: ספר הכולל מחירונים של רכבי "יד שנייה"; טופס הכולל מידע על ביצועי מגישים במשחקי בייסבול; כרטיסי קודים של מכונות חיתוך של מפתחות, הכוללים נתונים בדבר העומק והנפח הנדרשים למכונות חיתוך לצורך חיתוך מפתחות; ומחירי סגירה של חוזים עתידיים ואופציות הנסחרים בבורסה. מבחן כוונת היוצר שתואר לעיל יכול לשמש מבחן-עזר מועיל גם במקרים אלה, ולסייע בקביעת מקוריותן של היצירות שנדונו בהם. הדיון הביקורתי שלהלן יתעמק בשורה של פסקי-דין אמריקאיים המעוררים שאלות דומות לשאלה שהתעוררה בפסק-הדין בעניין קימרון, תוך הארת התועלת הצפויה משימוש במבחן כוונת היוצר בנסיבותיהם.

בפסק-הדין בעניין *CCC Information Services, Inc., v. Maclean Hunter Market Reports, Inc.*<sup>114</sup> יצרה ערכאת הערעורים השנייה בארצות-הברית

CCC Info. Servs., Inc. v. Maclean Hunter MKt. Reports, Inc., 44 F.3d 61 (2d 114 Cir 1994) (להלן: עניין *CCC v. Maclean*).

הבחנות חשובות בנוגע ליצירות-לקט של עובדות או נתונים, וקבעה מבחנים מורכבים בנוגע להחלת דוקטרינת המיזוג (דוקטרינה משפטית שלפיה כאשר יש מספר מצומצם בלבד של דרכי ביטוי לרעיון, דרכי הביטוי לא יהיו מוגנות בזכויות יוצרים).<sup>115</sup>

פסק-דין זה עסק בשאלת ההגנה של זכויות יוצרים על תחזיות בנוגע לערכם של רכבי "יד שנייה" באזורים שונים בארצות-הברית, אשר פורסמו שמונה פעמים בשנה על-ידי חברת Maclean Hunter Market Reports בספרה AUTOMOBILE REDS BOOK – OFFICIAL USED CAR VALUATIONS (להלן: הספר האדום).<sup>116</sup> חברת CCC, המספקת שירותי מחשוב, העתיקה חלקים ניכרים מהספר האדום לרשת המחשבים שלה, ונתנה מידע מן הספר בדרכים שונות ללקוחותיה.<sup>117</sup> החברה ניסתה לקבל מחברת Maclean רישיון לכלול את המידע ברשת המחשבים שלה, אך ללא הצלחה.<sup>118</sup> למרות סירובה של חברת Maclean המשיכה חברת CCC להשתמש בערכי הרכבים שפורסמו בספר האדום, ואף השתמשה בעדכונים השונים לספר האדום ככל שיצאו עדכונים לערכי הרכבים שפורסמו בספר.<sup>119</sup> חברת CCC הגישה תביעה למתן פסק-דין הצהרתי נגד חברת Maclean שלפיו מעשיה אינם מהווים הפרת זכויות יוצרים בספר האדום. חברת Maclean הגישה תביעה שכנגד, וטענה כי חברת CCC מפרה את זכויות היוצרים שלה בספר האדום.<sup>120</sup>

בית-המשפט המחוזי קבע כי יש לקבל את תביעתה של חברת CCC ולהצהיר כי הספר האדום אינו מוגן בזכויות יוצרים. בית-המשפט קבע כי הספר האדום נעדר מקוריות מינימלית בבחירה ובסידור של הנתונים הכלולים בו, ולכן אינו מוגן בזכויות יוצרים ואין מניעה להשתמש במידע הכלול בו.<sup>121</sup> בית-המשפט הוסיף וקבע כי ההערכות שפורסמו בספר האדום בנוגע לשווי הרכבים היו

115 שם. נראה כי דוקטרינת המיזוג אומצה בפסיקה הישראלית. ראו עניין זיסו, לעיל ה"ש 102, פס' 49 לפסק-הדין: "הכלל בדוקטרינת האיחוד ('The Merger Doctrine') הוא שכאשר רעיון אינו ניתן לביטוי אלא בדרך אחת מסויימת, הרי שאין הגנה בזכויות יוצרים (רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מ"ח(1) 251, 262 (1993), פסקה 17 לפסק-דינו של השופט י' מלץ); קרי – הדוקטרינה אינה מתייחסת לאפשרויות יישום הרעיון אלא לדרכי הביטוי שלו...".

116 עניין *CCC v. Maclean*, לעיל ה"ש 114, בעמ' 63–64.

117 שם.

118 שם, בעמ' 64.

119 שם.

120 שם.

121 שם.

עובדות או פרשנות של עובדות, ואלה אינן מוגנות בזכויות יוצרים, שכן חוק זכות יוצרים האמריקאי אינו מגן על עובדות או על נתונים.<sup>122</sup> לבסוף, בית-המשפט קבע כי גם אם ההערכות אינן בגדר עובדות, לאור דוקטרינת המיזוג אי-אפשר להגן על ההערכות הכלולות בספר האדום, שכן ההערכה בדבר שוויו של רכב משומש היא בגדר רעיון – הרעיון בדבר ערכו של רכב משומש מסוים – שיכול להיות מבוטא בדרך אחת בלבד: ערכו הדולרי, כמפורט בספר האדום.<sup>123</sup>

חברת Maclean הגישה ערעור על ההחלטה. ערכאת הערעורים השנייה הפכה את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, וקבעה כי הספר האדום עומד בדרישת המקוריות הנדרשת לצורך הגנת זכות יוצרים הן בנוגע למידע הגולמי המצוי בבסיס הספר (ההערכות בדבר שווי הרכבים המשומשים) והן כיצירת-לקט.<sup>124</sup> עוד קבע בית-המשפט כי לא היה מקום להחיל את דוקטרינת המיזוג.<sup>125</sup> מסקנתו, לפיכך, הייתה שחברת Maclean הצליחה להוכיח כי יצירתה מוגנת בזכויות יוצרים וכי הן הופרו על-ידי חברת CCC.

בית-המשפט קבע כי יש מקוריות מספקת בבחירה ובסידור של המידע כיצירת-הלקט המגולמת בספר האדום. בית-המשפט פירט כי ניתן למצוא מקוריות בהיבטים הבאים של הספר האדום: (1) חלוקת השוק הלאומי של מכוניות משומשות לכמה אזורים; (2) קביעת אמת-מידה של נסועה (קילומטרז') על בסיס יחידות בשיעור של 5,000 מיילים; (3) בחירה של מאפיינים אפשריים שונים של מכוניות משומשות שייכללו בספר האדום; (4) שימוש ברכב ה"ממוצע" כבסיס להערכת שווי הרכבים בכל קטגוריה; (5) בחירה של מספר המודלים שייכללו בספר מדי שנה.<sup>126</sup>

בית-המשפט רמז במשתמע כי היה קובע שהספר האדום הוא יצירה מוגנת בזכות יוצרים גם אילו לא סבר כי הוא מקורי כיצירת-לקט, מכיוון שהמידע שבו נובע משיפוטים יצירתיים של עורכי הספר, ואינו בגדר עובדות קיימות.<sup>127</sup> בית-המשפט סבר כי ההערכות הכלולות בספר האדום מבוססות על חוות-דעת מקצועיות של עורכי חברת Maclean, ולא על דיווחים של ערכים היסטוריים (הנחשבים עובדות) או על נגזרות מכניות של מחירים היסטוריים (שאף הן נחשבות

122 שם.

123 שם.

124 שם, בעמ' 67.

125 שם, בעמ' 72.

126 שם, בעמ' 67.

127 שם.

עובדות).<sup>128</sup> בית-המשפט יצר למעשה הבחנה בין עובדות מומצאות (ההערכות הכלולות בספר האדום), אשר נהנות מהגנת זכות יוצרים, לבין עובדות היסטוריות או כאלה שנגזרות בצורה מכנית ממחירים היסטוריים, אשר נחשבות נחלת הכלל. בפסק-הדין אף נדרש בית-המשפט לדוקטרינת המיזוג ולהבחנה שבין ביטוי לרעיון. בית-המשפט הביע חשש בנוגע להחלטה של דוקטרינת המיזוג על יצירות-לקט, אשר מוגנות במפורש בחוק זכות יוצרים האמריקאי, ולכן הציע הבחנה בין סוגי רעיונות – רעיונות "חזקים" לעומת רעיונות "רכים" – וקבע כי רק על רעיונות חזקים יש להחיל את דוקטרינת המיזוג.<sup>129</sup> רעיונות חזקים הוגדרו על-ידי בית-המשפט כרעיונות שמתיימרים לקדם את ההבנה של תופעות או לקדם פתרונות לבעיות, כגון זיהוי רשימת תסמינים שיכולה לסייע באבחון מחלה מסוימת. רעיונות מסוג זה הם חשובים ומועילים, ומהווים אבני-בניין למחקר, לפיתוח ולקידום הידע. לעומתם, רעיונות רכים, שעליהם קשה להחיל את דוקטרינת המיזוג, הם אלה שאינם מסייעים באופן מהותי לקידום הוגים עתידיים, והם מהולים בדרך-כלל בטעמו או בדעתו של היוצר. רעיונות רכים הם חלשים יותר – הם אינם מסבירים דבר, ואינם מתארים תהליך או שיטה מועילים.<sup>130</sup>

בית-המשפט החיל את ההבחנה האמורה על הספר האדום, וקבע כי ההערכות שפורסמו בספר הן עובדות "רכות" ולכן אינן מצדיקות החלה של דוקטרינת המיזוג.<sup>131</sup> בית-המשפט סבר כי ההערכות משקפות את חוות-דעתם של עורכי הספר האדום, ולא רעיונות שמקדמים את ההבנה של תופעות או שיש בהם כדי לסייע ולהועיל בפתרון בעיות.<sup>132</sup> לפיכך קבע בית-המשפט כי הנזקים שייגרמו כתוצאה ממניעת גישה להערכות הכלולות בספר האדום על בסיס דיני זכויות היוצרים יהיו זניחים לגמרי בהשוואה לנזקים של החלת דוקטרינת המיזוג ושלילת ההגנה מעורכי הספר האדום.<sup>133</sup>

אומנם ניתן לקבל את הקביעה כי הספר האדום הוא יצירת-לקט מוגנת, בזכות דרך הבחירה והסידור שלו, אך קשה יותר לקבל את קביעתה של ערכאת הערעור כי ערכי הרכבים המשומשים הם יצירה מקורית. זאת ועוד, ההבחנה של בית-המשפט בין רעיונות חזקים לרעיונות רכים מעוררת קשיים רבים. הקביעה כי

128 שם, בעמ' 70–73.

129 שם, בעמ' 72.

130 שם, בעמ' 71–72.

131 שם, בעמ' 72.

132 שם, בעמ' 73.

133 שם.

רעיון מסוים הוא חזק או רך על בסיס התועלת החברתית הנודעת לו היא בעייתית מאוד, שכן היא אינה נותנת הנחיה יעילה לציבור בנוגע להגנה על רעיונות אלה או אחרים, מהגם שמטבעה היא נתונה לשיקול-דעתו הסובייקטיבי של השופט. ניתן, למשל, לחלוק על הקביעה כי הרעיונות הנכללים בספר האדום אינם מן הסוג שמקדם את הבנת התופעות שסביבנו, ולטעון כי מדובר ברעיונות חשובים מאוד אשר ראוי שייוותרו נחלת הכלל. כפי שטענה ג'יין גינזבורג, כל השופטים מפעילים למעשה שיפוט ערכי בנוגע לערכם החברתי של רעיונות כל אימת שהם נדרשים להבחנה שבין ביטוי לרעיון או בין ביטוי לעובדה, או לבחינת החלתה של דוקטרינת המיזוג.<sup>134</sup> הגישה שבית-המשפט מאמץ בהחלטה זו בעייתית בדיוק משום שהיא מציגה מבחן סובייקטיבי שפותח פתח להרחבת ההגנה על רעיונות ועובדות. אכן, בפסק-הדין בעניין *Kregos*, אשר יידון להלן, סבר השופט Sweet כי שיפוט בנוגע לתועלת החברתית של רעיונות אינו יכול להיות הבסיס להקצאת זכויות לפי דיני זכויות יוצרים.<sup>135</sup>

בחינה של פסק-הדין בעניין *CCC v. Maclean* מלמדת כי מבחן הכוונה היה יכול לסייע במתן תשובה מדויקת יותר לשאלה אם ערכי הרכבים המשומשים בספר האדום הם יצירה מקורית מוגנת או שמא עובדה או נתון שאינם מוגנים בזכויות יוצרים. מפסק-הדין עולה כי יוצרי הספר האדום שיווקו זמן רב את ספרם בשוק. הם ניסו לבסס את עצמם כסטנדרט או כבני-סמכא בשוק הערכות השווי של רכבי "יד שנייה", ורצו שצרכנים יתפסו את הערכותיהם כמשקפות את הערך האמיתי, העובדתי, של הרכבים, ושצרכנים יוכלו להישען עליהן למטרות שונות, לרבות ביצוע עסקות מכר של רכבי "יד שנייה". לפיכך יוצרי הספר האדום רצו שהערכותיהם יתפסו כעובדות, ולא כהבעת עמדה אישית בנוגע לערכי הרכבים. העובדה שיוצרי הספר האדום לא חשפו את הדרך שבה הם הגיעו לערכים המסוימים – הפרוצדורה/ההליך/השיטה/הנוסחה – אינה הופכת את הערכות לעובדותיות פחות באופיין. באופן דומה, בעניין *Kregos v. Associated Press*<sup>136</sup> יצר התובע "טופס מגיש" (טופס בנוגע לביצועיו של מגיש במשחקי בייסבול) והפיצו לעיתונים, אשר הציגו באמצעותו על בסיס יומי את המידע בדבר ביצועי העבר של המגישים היריבים שהיו אמורים לשחק באותו יום.<sup>137</sup> טופס המגיש של התובע כלל תשעה

Jane C. Ginsburg, *No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information After Feist v. Rural Telephone*, 92 COLUM. L. REV. 338, 346 (1992)

*Kregos v. Associated Press*, 937 F.2d 700, 711–716 (2d Cir. 1991) 135

136 שם.

137 שם, בעמ' 702.

פריטי מידע בנוגע לביצועי העבר של כל מגיש, ונועד לסייע לקוראי העיתונים לחזות תוצאות משחקים עתידיים.<sup>138</sup> התובע טען כי הטופס שלו יכול לסייע בכך משום שהוא בחר את התוצאות הסטטיסטיות החשובות ביותר לצורך קביעת תחזיות בדבר תוצאות המשחקים.<sup>139</sup> בית-המשפט המחוזי הכריע כי הדין עם הנתבעים, מכיוון שהטופס אינו ניחן במקוריות הנדרשת כדיני זכויות יוצרים, שכן אוסף הנתונים הסטטיסטיים שנבחרו להיכלל בטופס אינו משקף מקוריות מספקת. כמרו-כן, מכיוון שקיימות דרכים מעטות בלבד לבחירת נתונים סטטיסטיים בדבר ביצועי שחקנים במשחק בייסבול, הרעיון של הטופס מתאחד או מתמזג – לאור דוקטרינת המיזוג – עם דרכי הביטוי המעטות של הרעיון, והמסקנה היא שמדובר בביטוי שאינו יכול לזכות בהגנת זכות יוצרים.<sup>140</sup>

ערכאת הערעורים השנייה הפכה את ההחלטה של בית-המשפט המחוזי, ופסקה כי אין לקבוע שאוסף הסטטיסטיקות אינו מוגן בשל העדר מקוריות או יצירתיות.<sup>141</sup> בית-המשפט גם סבר כי יש מגוון דרכים להביע את הרעיון של ביצועים של שחקני בייסבול, כפי שניתן ללמוד מן העובדה שהחברה דחתה מגוון הצעות להכנת טופס ביצועי שחקנים, ולכן לא היה מקום להחיל את דוקטרינת המיזוג בנסיבות העניין.<sup>142</sup> בית-המשפט הבהיר כי יש להחיל את דוקטרינת המיזוג בזהירות רבה, שכן יישומה בנסיבות רבות עלול לשלול הגנה על דרכי ביטוי מגוונות, ואילו החלטה לעיתים נדירות מדי תוביל להגנה על רעיונות.<sup>143</sup> בית-המשפט הבהיר כי יישומה של דוקטרינת המיזוג תלוי ברמת ההפשטה של הרעיון שבו מדובר.<sup>144</sup> בית-המשפט הוסיף והבהיר כי כאשר מדובר ביצירות-לקט עובדתיות, יש לנקוט משנה זהירות בנוגע להחלת הדוקטרינה, שכן תמיד ניתן להגדיר את הרעיון שבבסיס יצירת-הלקט כדרך המסוימת שבה נבחרו הנתונים וסודרו ביצירת-הלקט, ולפיכך תמיד ניתן לקבוע שהדוקטרינה תחול. לכן ככל שהרעיון שבבסיס יצירת-הלקט יוגדר בדרך מופשטת יותר כן יפחת הסיכוי שדוקטרינת המיזוג תחול.<sup>145</sup>

138 שם.

139 שם.

140 שם, בעמ' 703.

141 שם, בעמ' 704–705.

142 שם, בעמ' 707.

143 שם, בעמ' 705.

144 שם, בעמ' 706.

145 שם.

כדי למנוע תוצאה זו, הציע בית-המשפט גישה חלופית בנוגע לדוקטרינת המיזוג. בית-המשפט יצר הבחנה בין בחירת נתונים על בסיס טעם או עמדה אישיים לבין בחירת מידע כחלק מתהליך שבו נקבעת תוצאה מדויקת.<sup>146</sup> בהימנעות מהחלת דוקטרינת המיזוג על הסוג הראשון של לקטי נתונים אין חשש כבד שנימצא מגינים על רעיונות, ואילו בהימנעות מהחלתה על סוג הלקטים האחרון יש חשש של ממש שנימצא מגינים על עובדות.<sup>147</sup> דוגמאות שמנה בית-המשפט ללקטי נתונים מן הסוג המוגן הן קלפי פרימיום של שחקני בייסבול או בחירת משפחות משפיעות שייכללו במאגר נתונים חברתי. לעומת זאת, דוגמה ללקט נתונים מן הסוג האחרון והלא-מוגן היא רשימת תסמינים שיכולה לסייע באבחון מחלה.<sup>148</sup> לדעת בית-המשפט, כאשר מדובר במערכת או שיטה המניבות תוצאה מדויקת (למשל, אבחון של מחלה), יש לעצב את הרעיון של יצירת-הלקט ברמת הפשטה נמוכה מאוד.<sup>149</sup> כך, רעיון של רופא שלפיו רשימת תסמינים מסוימת מובילה לקביעת אבחנה מסוימת יוגדר כרעיון של יצירת-הלקט המסוימת. בנסיבות כאלה לא תהיה דרך אחרת לבטא את התסמינים של המחלה המסוימת, ולכן יהיה נכון להחיל את דוקטרינת המיזוג בנסיבות העניין ולשלול מיצירת הרופא את הגנת זכות היוצרים. לעומת זאת המליץ בית-המשפט כי כאשר הבחירה מבוססת על טעם או עמדה אישיים, יעוצב הרעיון של יצירת-הלקט באופן כללי יותר, וכך ביטויים חלופיים יהיו אפשריים ודוקטרינת המיזוג לא תחול.<sup>150</sup>

בהתבסס על הניתוח שלעיל קבע בית-המשפט כי הנתונים הסטטיסטיים ביצירת-הלקט של Kregos מצויים על המקשת שבין טעם אישי לניתוח נבואי. לפיכך החליט בית-המשפט כי המערכת שיצר Kregos היא דרך פחות ממושלמת למדידת ביצועי מגישים במשחקי בייסבול, ולכן אין היא בגדר שיטה או תהליך לקביעת תחזיות בנוגע למשחקי בייסבול, אף שיש בה יותר מאשר דעה אישית.<sup>151</sup> על רקע ניתוח זה לא החיל בית-המשפט את דוקטרינת המיזוג, והטופס הכולל נתוני מגישים נתפס כיצירה מקורית הראויה להגנת זכות יוצרים.<sup>152</sup>

146 שם, בעמ' 707.

147 שם.

148 שם.

149 שם.

150 שם.

151 שם.

152 שם.

בחינת ההחלטה בעניין *Kregos* מלמדת אף היא כי מבחן כוונת היוצר היה יכול לסייע בהגעה לתוצאה מדויקת יותר. באותו עניין תפס היוצר את טופס המגיש שיצר כמיועד לספק לצרכנים מידע שייתן להם כלים טובים יותר לצורך הימורים על תוצאותיהם של משחקי בייסבול. אף שיוצר הטופס לא פירט את הפרוצדורה/ההליך/השיטה/הנוסחה המגולמים בטופס, ולא נתן לצרכנים פירוט מדויק בדבר המידע שבחר לכלול בו, הוא תפס את המידע שבטופס כמספק תחזית של תוצאות-אמת, ולפיכך, למעשה, כמידע עובדתי. לכן היה מקום לתת משקל לכוונתו של יוצר הטופס, ולקבוע כי מדובר במידע עובדתי שאינו מוגן. חשוב להבהיר כי זו צריכה להיות התוצאה גם אם יתברר בדיעבד כי הנתונים בטופס אינם עומדים במבחן הביקורת ואינם נותנים כלים מדויקים לחיזוי תוצאות משחקים.

על ההבחנה שבבסיסן של הלכת *Kregos* והלכת *CCC v. Maclean* נמתחה ביקורת חריפה בפסק-הדין בעניין *Continental Micro, Inc. v. HPC, Inc.*<sup>153</sup>. פסק-דין זה עסק בשאלה אם כרטיסי הקודים של התובע, שכללו מידע בדבר העומק והנפח הנדרשים למכונות חיתוך לצורך חיתוך מפתחות, מוגנים בזכויות יוצרים.<sup>154</sup> התובע טען כי מידע זה הוא חוות-דעת מקצועית בנוגע לשימושים המיטביים במכונות לחיתוך מפתחות מסוימים, ולכן מדובר במידע שאינו עובדתי, אלא מידע שמוגן בזכויות יוצרים.<sup>155</sup>

בדחותו את טענת התובע נשען בית-המשפט על החלטות קודמות שקבעו אי-הגנה על מתכונים בספר בישול, והסביר כי מתכונים מתארים פרוצדורה או תהליך שלפיהם קוראים יכולים להכין מוצרי מזון, ולכן הם אינם מוגנים בזכויות יוצרים, שכן דיני זכויות יוצרים אינם מגינים על תהליכים.<sup>156</sup> בית-המשפט פסק כי כרטיסי הקודים, בדומה למתכונים, אינם מוגנים בזכויות יוצרים. לדבריו, יש בהם אומנם מקוריות ושיפוט מקצועי, אך לא מן הסוג שדיני זכויות יוצרים מגינים עליו.<sup>157</sup> בית-המשפט קבע מבחן שלפיו השאלה אם מדובר בעובדות או רעיונות תלויה בהכרעה אם מדובר בתהליך או שיטה או רעיונות השקולים למתכון.<sup>158</sup> המבחן אינו כולל אמת-מידה השוקלת את העובדות כוללות טעם אישי או דעה, והוא רלוונטי וישים בעיקר בנסיבות שבהן מדובר ברעיונות או עובדות הכוללים הוראות פונקציונליות.

*Continental Micro, Inc. v. HPC, Inc.*, No. 95 C 3829, 1997 WL 102541 153

154 שם, בעמ' 1-2.

155 שם, בעמ' 3.

156 שם, בעמ' 4.

157 שם.

158 שם.

אין במבחן זה תועלת רבה יותר מן התועלת שבמבחנים האחרים שעוצבו על-ידי בתי-המשפט בפסקי-הדין בעניין *Kregos* ובעניין *CCC v. Maclean*, שכן בית-המשפט ניסה לבחון אילו רכיבים ביצירות אינם מוגנים, וזאת להבדיל מגישתו של בית-המשפט בפסקי-הדין האחרים, שבהם הוא ניסה לבחון אילו רכיבים של היצירות מוגנים. מכל מקום, גם כאן היה אפשר להסתייע במבחן כוונת היוצר על-מנת להגיע לתוצאה מדויקת יותר, שכן מדברי היוצר עצמו ניכר כי הוא מספק את התנאים המיטביים לחיתוך מפתחות, ולכן נראה כי הוא מתיימר לתת נתונים עובדתיים.

לעומת אלה, הדיון בפסק-הדין של ערכאת הערעורים השנייה בעניין *New York Mercantile Exchange, Inc. v. Intercontinental Exchange, Inc.* (להלן עניין *NYMEX*)<sup>159</sup> מאיר עיניים בנוגע לנושא דיונו. בית-המשפט דן בשאלות דומות מאוד לאלה שנדונו בפסקי-הדין בעניין *CCC v. Maclean*. בורסת המסחר של ניו-יורק היא רשת למסחר באופציות ובחוזים עתידיים בשוק האנרגטיה.<sup>160</sup> בסופו של כל יום הבורסה מחשבת את "מחירי הסגירה" (settlement prices).<sup>161</sup> מחיר סגירה הוא הערך הנקוב בסופו של יום המסחר של חוזים עתידיים מסוימים של סחורות מסוימות.<sup>162</sup> בקובעה את מחירי הסגירה הללו פיצלה בורסת המסחר של ניו-יורק את החוזים העתידיים לשתי קבוצות: חוזים בתקופת פעילות ענפה לעומת חוזים בתקופה דלת פעילות.<sup>163</sup> לגבי חוזים בתקופת פעילות ענפה נקבעו מחירי הסגירה על בסיס נוסחה. המידע בנוגע לחוזים בתקופת פעילות דלה היה מועט יותר, ולכן חישוב מחירי הסגירה שלהם קייב ניתוחי מידע מעמיקים יותר ושימוש בשיקול-הדעת המקצועי של הבורסה.<sup>164</sup> את המידע בדבר מחירי הסגירה של אותם חוזים עתידיים פרסמה הבורסה באתר המרשתת שלה. הנתבעת הייתה מנויה על פרסומיה של בורסת ניו-יורק, והיא השתמשה באתרה במידע על מחירי הסגירה כפי שפורסם באתר הבורסה או בשינויים קלים על בסיס נוסחה שונה רק במקצת מזו של בורסת ניו-יורק.<sup>165</sup>

N.Y. Mercantile Exch., Inc. v. Intercontinental Exch., Inc., 497 F.3d 109 (2d Cir. 2007).

160 שם, בעמ' 110.

161 שם.

162 שם, בעמ' 111.

163 שם.

164 שם.

165 שם.

לקוחותיה של הנתבעת השתמשו בשירותיה של חברה לונדונית כדי להשלים עסקאות בסחורות בשוק האנרגיה.

דעת הרוב בפסק-הדין לא עסקה במישרין בשאלה אם הערכים המחושבים של חוזים עתידיים הם בגדר עובדות. בית-המשפט אישר את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, וקבע, על בסיס דוקטרינת המיזוג, כי מדובר בערכים שאינם מוגנים בזכויות יוצרים.<sup>166</sup> בית-המשפט דן בשאלת ההגנה על עובדות, וקבע כי יש מקום להבחין בין עובדות שנוצרו על-ידי יוצר מסוים לבין אלה שרק נחשפו על-ידי יוצר.<sup>167</sup> על בסיס זה קבע בית-המשפט כי עליו לבחון אם בורסת ניו-יורק יצרה את ההערכות בנוגע למחירי הסגירה או שמא היא רק גילתה או חשפה עובדות קיימות בנוגע למחירים אלה.<sup>168</sup> בית-המשפט פסק כי בנסיבות פסק-הדין מדובר בשאלה גבולית אך נראה שבורסת ניו-יורק אינה יוצרת את ההערכות של מחירי הסגירה, אלא רק חושפת ומגלה אותם, ולכן אין מדובר ביצירות מוגנות בזכויות יוצרים.<sup>169</sup> עם זאת בחר בית-המשפט להכריע במקרה זה לא על בסיס עקרונות אלה. בית-המשפט הניח כי ההערכות בנוגע לחוזים העתידיים הן יצירה מקורית לפי דיני זכויות יוצרים, אך החיל את דוקטרינת המיזוג כדי למנוע הגנת זכות יוצרים על ערכים אלה.<sup>170</sup> בית-המשפט הבהיר כי גם בנוגע לחוזים בתקופת פעילות ענפה וגם בנוגע לחוזים בתקופת פעילות דלה יותר התיימרה בורסת ניו-יורק בסך-הכל לחשב את ערך השוק הממשי של אותם חוזים עתידיים, ולא את מה שצריך להיות שוויים של אותם חוזים להערכתה.<sup>171</sup> בית-המשפט סבר כי הרעיון של ההערכות (ערך השוק ההוגן של חוזה עתידי) התמזג עם דרך הביטוי היחידה הקיימת של אותה הערכה (המחיר), ולכן החיל את דוקטרינת המיזוג ושלל מהערכותיה של בורסת ניו-יורק את הגנת זכות היוצרים.<sup>172</sup>

עיון בחוות-הדעת של השופט Hall מלמד על גישה אחרת. אף שהסכים לחוות-דעתם של יתר חבריו, הביע השופט גישה שונה משלהם בנוגע לשאלת אופיים העובדתי של מחירי סגירה.<sup>173</sup> הוא טען כי דעת הרוב הגביהה את סטנדרט

166 שם, בעמ' 114–116.

167 שם, בעמ' 116–117.

168 שם.

169 שם.

170 שם.

171 שם, בעמ' 116.

172 שם, בעמ' 118.

173 שם, בעמ' 119.

המקוריות והיצירתיות הנדרש. לדידו, אין מקום לקביעה שמחירי הסגירה הם יצירה מקורית, וזאת משלוש סיבות:<sup>174</sup> ראשית, מחירי הסגירה דומים להערכות של מחירי מכוניות, הנקבעות על בסיס שילוב של כמה מקורות מידע ושיפוט מקצועי;<sup>175</sup> שנית, חוות-דעת הרוב היא מעגלית, מכיוון שהיא קובעת כי מחירי הסגירה הם עובדות, ולאחר-מכן קובעת כי הם אינם מקוריים, אף שהרוב סברו כי לא ברור אם ערכי חוזים עתידיים יכולים להיות מחושבים אי-פעם בצורה מדויקת; שלישית, יש סיבות טובות להטיל ספק בקביעה שמחירי סגירה הם עובדות, שכן מדובר בהערכות ובחוות-דעת יותר מאשר בממצאים שניתן לקובעם במדויק, גם אם אלה מבוססים באופן חלקי על עובדות.<sup>176</sup>

דעת הרוב, ואף דעתו של השופט Hall, שגו בכל הנוגע בניחות דרישת המקוריות וכן בקביעה אילו עובדות אינן זכאיות להגנת זכות יוצרים. גישתו של בית-המשפט שלפיה טבעה של היצירה צריך להיקבע על-פי כמות המידע ששימש בקביעת מחירי הסגירה אינה משכנעת. מחירי סגירה דומים מאוד להערכות בדבר מחירי מכוניות. יוצר היצירה מציע מחירי סגירה מתוך רצון לקבוע ערך לאופציות ולחוזים עתידיים. הערכים, שנקבעים על בסיס מידע ונוסחאות, מיועדים לחזות במדויק את שוויים של חוזים עתידיים אלה. בדומה לערכי המכוניות המשומשות שנדונו בעניין *CCC v. Maclean*, גם הערכים שנדונו בפסק-דין זה צריכים להיחשב עובדות, ללא קשר לכמות המידע שנדרש לחישובם. נוסף על כך, יצירת הבחנות בין הערכות עתידיות למחירי עבר אינה יכולה להיות דרך תקפה לקבוע אילו עובדות אינן מוגנות בזכויות יוצרים. מדובר בהערכות שהתיימרו להעריך את שוויים העתידי של אופציות וחוזים עתידיים. העובדה שהערכות אלה טרם אושרו כמדויקות במועד יצירתן אינה הופכת אותן לעובדתיות פחות באופיין על-פי כוונת יוצרן. גם העובדה שגורמים שונים מספקים הערכות שונות בנוגע לערכם של מוצרים זהים אינה משנה את אופיים העובדתי של הערכים השונים הללו. כל ההערכות צריכות להיחשב עובדות לנוכח כוונת יוצרן. אכן, גם בעניין *NYMEX* היה בית-המשפט יכול להשתמש במבחן הכוונה כדי לבחון את השאלה אם ההערכות של שווי החוזים העתידיים הן עובדתיות באופיין או שמא הן משקפות הערכה שאינה עובדתית.

174 שם, בעמ' 120.

175 שם, בעמ' 121.

176 שם.

לסיכום, מן המקובץ עולה כי מבחן כוונת היוצר יכול לשמש מבחן-עזר מועיל לקביעת טבעה של יצירה ולהכרעה בשאלה אם היא אכן מקורית לפי חוק זכות יוצרים או שמא עובדתית באופייה ובלתי-מוגנת. ערכו של המבחן טמון בכך שהוא יכול להוביל לסיווג מדויק יותר של יצירות, בהנחה שקיים מידע סובייקטיבי או אובייקטיבי המבהיר את כוונת היוצר. סיווג מדויק חותר לממש את הרציונלים של חוק זכות יוצרים ולקדם את ההגנה על יצירות מקוריות שהחוק ביקש לקדם, בעוד שיצירות מידע שהחוק בחר להחשיבן נחלת הכלל, כגון עובדות או נתונים, ייוותרו נחלת הכלל. לפיכך, אם קיימות ראיות בדבר כוונתו הסובייקטיבית או האובייקטיבית של היוצר, יש מקום להידרש להן ולהיעזר בהן לצורך סיווגן של יצירות.

#### ד. אתגרים בנוגע למבחן כוונת היוצר

ניתן לבקר את מבחן כוונת היוצר בהתבסס על כמה טענות אפשריות. ראשית, ניתן לטעון כי מבחן זה אינו מעוגן בלשונו של חוק זכות יוצרים, הדורשת מקוריות מבלי לציין חובה להתחקות אחר כוונת היוצר. שנית, ניתן לטעון כי בחינה של כוונת היוצר הסובייקטיבית או האובייקטיבית עלולה להקשות על בתי-המשפט, שכן לא תמיד ראיות כאלה יהיו בנמצא, ולא תמיד יהיה אפשר להכריע בדבר מצב הדברים לאשורו בכל הנוגע בכוונת היוצר ביצירת יצירות מסוימות. שלישית, ניתן לטעון כי הידרשות לשאלה של כוונת היוצר עלולה לעודד מניפולציות מצד יצרני מידע, שינסו לאפיין את מוצרי המידע שלהם באופן סובייקטיבי כמקוריים, ובכך לחמוק מהאפשרות שייקבע כי יצירתם אינה מקורית, גם אם קיימת הבנה בקרב יוצרים בתחום ובקרב הציבור הרחב שמדובר ביצירה שאינה צריכה להיחשב מקורית על-פי טבעה. בהקשר זה ניתן גם להביע חשש כי עמדתם של יוצרים בתחום היצירה אינה אובייקטיבית כלל, ולכן אין מקום להזדקק לבחינת כוונת היוצר. קושי נוסף, רביעי, שמבחן כוונת היוצר ויישומו מעוררים נוגע בסוגיית התמריץ. אם נטען כי כוונה ליצור שחזור מדויק של ההיסטוריה אינה מצדיקה הגנה של זכות יוצרים, ייתכן שניצור תמריץ שלילי ליצירת יצירות מסוג זה. כך, במקרה של קימרון ברי כי הוא ביקש לשחזר את המגילה, אך מכיוון שהנסתר היה רב על הגלוי, נדרשה מלאכת השלמה משמעותית ויצירתית מבחינתו. אלמלא היה בטוח בקיומה של זכות קניינית בלעדית בתוצרי השחזור וההשלמה, ייתכן שהוא לא היה מתפנה למלאכה תובענית זו ולא היה מקדיש לה אחת-עשרה שנים. חמישית, ניתן לטעון כי החלת מבחן זה על יצירות שאינן בעלות אופי מדעי-היסטורי עלולה לעורר קשיים. למשל, נניח כי סטודנט לאומנות מעוניין לצייר ציור

ויש לו כוונה ליצור יצירה מקורית – הן מבחינה סובייקטיבית והן מבחינה אובייקטיבית. נניח עוד כי הציור הסופי דומה מאוד לציור שמן של צייר ישראלי ידוע, שאליו נחשף הסטודנט רבות במהלך לימודיו. האם נוכל לומר כי ציור השמן של הסטודנט הוא מקורי בשל העובדה שכוונתו הייתה ליצור יצירה מקורית?

ניתן להשיב על טענות אלה אחת לאחת. ראשית, מבחן כוונת היוצר הוא מבחן עזר בלבד. אומנם אין לו בסיס בלשון החוק, אך חשוב לציין כי לדרישת המקוריות אין ביאור בלשון החוק, וכל-כולה הייתה נתונה לפיתוח פסיקתי גם לפני חוק זכות יוצרים משנת 2007 וגם אחריו. אין מניעה פסיקתית להביא בחשבון – במסגרת קביעת טיבה וטבעה של היצירה – גם את סוגיית כוונת היוצר, בדומה לשאר המבחנים שעיצבה הפסיקה לאורך השנים בנוגע לדרישת המקוריות (רכיבי המקור, ההשקעה והיצירתיות) אף שאין להם אזכור מפורש בחקיקה.

שנית, ברוב המקרים ימצאו אינדיקציות לכוונת היוצר, בין הסובייקטיבית ובין האובייקטיבית, שכן רוב היוצרים חייבים לציין את ערכם הרב של מוצרי המידע והיצירות שלהם כאשר הם מציעים אותם לצרכנים. כך, למשל, גורם המציע מחירון לרכבי "יד שנייה" יציג בהכרח את המוצר שלו כמספק לצרכנים הערכות קרובות ביותר לערכים במציאות, שהרי הוא לא ירצה שמוצר המידע שלו ייתפס כפרי דמיון שאינו משקף את ערכיהם האמיתיים של הרכבים. לפיכך סביר שבמהלך שיווקם של מוצרים כאמור תתברר כוונת היוצר האותנטית. הסבר זה מספק תשובה הולמת גם לטענת הביקורת השלישית, שלפיה התחשבות בכוונת היוצר תעודד מניפולציות באפיון יצירות, שכן בשוק קיים תמריץ לדווח דיווח-אמת בנוגע לטבען האמיתי. חשוב לציין כי במקרים שבהם עולה חשש שמדובר במצגים סובייקטיביים מזויפים בדבר אופי היצירה ניתן לפנות לבירור כוונת היוצר האובייקטיבית, וכך לעקוף חשש זה. כך, למשל, אם התפיסה הרווחת בנוגע למחקר האקדמי היא שהעוסקים בו מתיימרים להתחקות אחר האמת ולחושפה, יהיה קשה לטעון שהאמת הנחשפת יכולה להיות מוגנת בזכות יוצרים. כך, למשל, היסטוריון שיחשוף עובדות היסטוריות חדשות לא יוכל לטעון כי העובדות שחשף מוגנות בזכויות יוצרים, שכן מדובר בעובדות, ואלה אינן מוגנות בזכויות יוצרים. בהקשר זה חשוב לציין כי כוונת היוצר היא כלי-עזר בלבד שיכול לסייע בהתחקות אחר אופייה של היצירה. בסופו של יום, אם יצירות כאמור יגיעו להתדיינויות משפטיות, יהא בית-המשפט רשאי לקבוע מהו אופייה של היצירה תוך הידרשות לכלל המבחנים המשמשים לבחינת מקוריותן של יצירות ולמבחני-עזר נוספים, ביניהם גם מבחן הכוונה.

רביעית, חשוב להדגיש כי החששות לפגיעה בתמריצים ליצור יצירות דוגמת מלאכת שחזור המגילה מופרזים ואינם במקומם. פעילותו האקדמית של קימרון,

גם אם היא דורשת פעילות מאומצת וממושכת, נהנית ממערך תמריצים רחב. הוא יכול לפרסם את ממצאיו במסגרת פרסום אקדמי, אשר ייחנה לכל הדעות מהגנת זכות יוצרים, וכאיש אקדמיה הוא ייחנה מתמריצים חשובים נוספים, דוגמת הכרה מקצועית, פרסים ופרסום מדעי. אכן, לאחרונה זכה קימרון בפרס ישראל לבלשנות, ואין חולק שהכרה מקצועית זו ניתנה לו גם על הישגיו בתחום חקר המגילות הגנוזות. מלבד זאת, אין חולק שהמניע להגשת התביעה של קימרון נבע מהעדר ייחוס הולם של מלאכת פענוח המגילה לקימרון על-ידי הנתבעים. התגמול הכלכלי היה ללא ספק החלק השולי בפרשייה זו.<sup>177</sup> חשוב להדגיש כי תחת המבחן המוצע גם שחזור בניין היסטורי המתועד בתצלום לא יזכה בהגנה. תוצאה זו עקיבה ביחס למבחנים של דיני זכויות יוצרים, אשר דורשים מקוריות (להבדיל מחדשנות). בהעדר מקוריות קשה להצדיק הגנה מכוח הדין. ניתן לחלוק על ההצדקות לדרישת המקוריות, אך כל עוד זו קיימת כדרישת-סף בדיני זכויות יוצרים, קשה לראות בהעדר הגנה למשחזרי מבנים היסטוריים תופעה לא-ראויה מבחינה תמריצית, שכן אין פה כל פעילות יצירתית.<sup>178</sup>

לבסוף, מבחן הכוונה המוצע אינו מחליף את דרישת המקוריות או עומד בסתירה לה. גם אם יוצר מתכוון ליצור יצירה מקורית, ברי שכוונה כזו לא תצדיק הגנה וקביעה כי היצירה מקורית מקום שברור כי היצירה מועתקת וכי מקורה אינו בו, כפי שהוצג בדוגמה לעיל ביחס לסטודנט וציור השמן.

177 סכום הפיצוי הסטטוטורי שנפסק לקימרון עמד על 20,000 ש"ח, ואילו על הפרת הזכות המוסרית נפסקו לו 80,000 ש"ח נוספים. עניין קימרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 824.

178 Niva Elkin-Koren, *Of Scientific Claims and Proprietary Rights: Lessons from the Dead Sea Scrolls Case*, 38 Hous. L. Rev. 445, 455-456 (2001) ("The purpose of Qimron's project was to discover and ascertain the original ancient text as it was. A translation is never identical to the original work, although it is a derivative work based on the original... The laborious work invested by Qimron in reconstructing the scroll was indeed creative, reflecting scholarly analysis, discretion, and choices. But so was the work of the scientists who engaged in mapping the human genome, and so was the work of Albert Einstein and Sigmund Freud who were never accorded any copyrights in their groundbreaking theses. Creativity cannot distinguish expression from unprotected ideas")

### סיכום

המאמר הציג את מבחן כוונת היוצר, ותיאר כיצד שימוש במבחן-עזר זה יכול לסייע לבתי-משפט בהתחקות אחר סיווגן של יצירות, תוך דיון במקרה-המבחן של פסק-הדין בעניין קימרון והצעה כי המבחן היה יכול לסייע לבית-המשפט העליון לתהות על קנקנה של היצירה בצורה מדויקת יותר. המאמר הציג את סוגי המקרים שבהם המבחן יכול לסייע בהתחקות אחר מקוריות היצירה, והראה כיצד סיוע זה מוביל בצורה פשוטה יותר לקביעות בנוגע לטבעה של יצירה. חשוב להדגיש כי מבחן זה אינו מבקש להחליף מבחנים ודוקטרינות שונות בדיני זכויות יוצרים, אלא נועד להוסיף כלי-עזר שיסייע בהתחקות אחר מקוריותה ואופייה של היצירה. המאמר אף הציג את האתגרים המרכזיים למבחן הכוונה וכן מענה אפשרי להם, תוך שהוא מחדד כיצד ניתן להתמודד עם מניפולציות אפשריות של יוצרים סביב מבחן כוונת היוצר. המאמר הדגיש את ערכו של המבחן ביחס לדוקטרינות אחרות בתחום דיני זכויות היוצרים, אשר אין בהן כשלעצמן הנחיה או הדרכה כיצד ליישמן, במיוחד ביחס להבחנה שבין נתונים ועובדות שאינם מוגנים לבין ביטוי מוגן. עוד הדגיש המאמר כי אי-הגנה על יצירות כמו זו שנוצרה על-ידי קימרון לא תפגע בהכרח בתמריצים ליצור יצירות כאלה, וזאת הודות לקיומם של תמריצים מגוונים אחרים ביחס למחקר אקדמי.