

שער חמישי

משפט פרטי

דרישת הכוונה בזכויות יוצרים

מאת

מרים מרקוביץ-ביטון*

א. מבוא

זכיתי להכיר את השופט טירקל באופן אישי בתקופה שבה הייתי מתמחה שלו בבית המשפט העליון. מאוחר יותר, כחוקרת בתחום הקניין הרוחני והקניין בכלל, זכיתי להתוודע לפסיקותיו החשובות בתחום הקניין והקניין הרוחני ובתחומי משפט רבים נוספים. במהלך עבודתי המשותפת עמו זכיתי להכיר אדם אנושי ויקר ושופט מעולה. מעלותיו של השופט טירקל כשופט רבות. הוא היה שופט יסודי, מעמיק, רציני, בעל יכולות כתיבה מדויקות ותמציתיות. פסקי הדין שלו אופיינו ביסודיות רבה שלא הותירה סימני שאלה ביחס להכרעה המשפטית. מעבר לזה ניתן לראות בפסקי דינו אנושיות רבה, שהיא תופעה נדירה מאוד בהכרעות שיפוטיות. במסגרת עבודתנו המשותפת זכיתי גם לראות את חיבתו למקורות היהודיים ולמשפט העברי בפרט. בכל הזדמנות שנקרתה בדרכו הוא אהב לשלב פסוקים מספר הספרים ואף תפיסות משיטת המשפט העברי, ככל שניתן היה למצוא בו התייחסויות לסוגיות שעמדו בפניו. אחד מהדברים שתמיד הבחנתי בהם במסגרת עבודתי עם השופט טירקל היה תחושות הצדק החזקות שלו, שהתעמתו לעתים עם הכלל המשפטי אשר לא תמיד סיפק כלים שהביאו לתוצאה צודקת בנסיבות העניין. ככלל, אני חשה שהייתה לי זכות גדולה לעבוד לצדו של השופט טירקל. אני מרגישה שלמדתי ממנו רבות בתחילת דרכי כמשפטנית, ודברים רבים שלמדתי ממנו משמשים אותי בכל צעד ושעל בקריירה האקדמית שלי ובכלל.

במאמר זה אבקש לעמוד על תרומותיו של השופט טירקל בתחום הקניין הרוחני. השופט טירקל כתב כמה פסקי דין חשובים בתחום זה. פסקי הדין שנתן הם מרכזיים ומשמשים את בית המשפט העליון וערכאות נמוכות בפסיקותיהם. כך, למשל, פסק הדין בעניין מפעל הפיס¹ ופסק הדין בערעור קימרון² הם פסקי דין חשובים ומרכזיים, האחד בנושא הגנת השימוש ההוגן והאחר בנושא דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים. פסקי הדין הללו משמשים את בית המשפט העליון וערכאות נמוכות בפסיקותיהם בתחומים אלה ואחרים.

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

1 ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577 (2000).

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

מאמר זה יעסוק בפסק דינו של השופט טירקל בערעור קימרון.³ פסק הדין עוסק בשאלות מרתקות בתחום דיני זכויות היוצרים. המאמר יבקש להתמקד בהיבט אחד של פסק הדין – דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים. מדובר בדרישת סף מרכזית להגנה על יצירה בזכויות יוצרים. חוק זכות יוצרים מ-1911 ואף חוק זכות יוצרים החדש מ-2007⁴ קובעים שניהם כי התנאי להגנה על יצירה בתחום זכויות היוצרים הוא כי תהיה מקורית, מקובעת ואחת מארבעה סוגי היצירות המנויים בחוק (מוזיקלית, ספרותית, דרמטית או אומנותית).⁵ דרישת המקוריות לא זכתה להגדרה בחקיקה אלא הייתה נושא לפיתוח פסיקתי לאורך השנים. פסק הדין בערעור קימרון מציג ניתוח חשוב של דרישת המקוריות. לפיכך נדבק זה של פסק הדין ראוי לעיון מעמיק.

המאמר יפתח בהצגתה של דרישת המקוריות בדין הישראלי ובדין ההשוואתי, תוך הדגשת הדין האמריקני והאנגלי. לאחר מכן יפנה המאמר לבחון את הלכת קימרון ויצג את השאלות המעניינות שעוררה בנוגע לדרישת המקוריות. לבסוף 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 מוגנת בזכות יוצרים.

ב. דרישת המקוריות בדין האנגלו-אמריקני

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-אמריקניות נעו לאורך השנים בין התיאוריה הכלכלית או טיעון התמריץ לתיאוריית העבודה.⁷ תיאוריית העבודה מהווה הצדקה רווחת להגנת זכות יוצרים בשיטות משפט רבות ואף הייתה התיאוריה הדומיננטית להצדקת זכות היוצרים בישראל.⁸ לפי תיאוריה זו זכות יוצרים ביצירה מוצדקת על רקע העמל שהשקיע היוצר ביצירת יצירתו, ולכן יש בזכות היוצרים תגמול ליוצר על עמלו.⁹ שנים רבות הייתה תיאוריית העבודה ההצדקה הרווחת לזכות יוצרים בדין האמריקני בבתי משפט שונים.¹⁰ על בסיס תיאוריה זו עמלו של יוצר היווה סיבה מספקת להגנה על זכות יוצרים, וכך ניתן לראות בדין

3 שם.

4 חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י ג 2633.

5 חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 2119.

6 ס' 1(1) לחוק זכות יוצרים, 1911. ראו גם ס' 4(א) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, הקובע כי: "זכות יוצרים תהא ביצירות אלה: (1) יצירה מקורית שהיא יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית או יצירה מוסיקלית, המקובעת בצורה כלשהי".

7 גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים 359 (2001) (טיעון התמריץ בעמ' 361-368 וראו גם תיאוריית העבודה בעמ' 386-391).

8 שם, בעמ' 386-387.

9 שם, בעמ' 390.

10 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 (2007).

האמריקני בתחילת דרכו תופעה שכיחה שלפיה יצירות רבות שנוצרו בעמלו של היוצר זוכות להגנה.¹¹ למשל, יצירות מידע רבות כגון מפות, מאגרי מידע ומוצרי מידע נוספים נהנו מהגנת זכות יוצרים על בסיס תיאוריית העבודה.¹²

במקביל לגישה זו הייתה גישה אחרת בבתי משפט אחרים בארצות הברית, שתפסה את הגנת זכות היוצרים כדורשת רף גבוה יותר – אם כי רף זה לא זכה להגדרה מדויקת בפסיקה.¹³ גישה זו גרסה שאין בהשקעת עבודה כשלעצמה כדי להצדיק הגנת זכות יוצרים וכי על היצירה לעמוד ברף מקוריות מסוים שאינו מסתכם בעמל בלבד.¹⁴ לפי גישה זו מאגרי נתונים עובדתיים, למשל, נתפסו כפרי עמל אך לא הצדיקו הגנת זכות יוצרים. ההכרעה בין הגישות נעשתה בשנת 1991 בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Feist.¹⁵ פסק הדין ידוע כניסיונו הראשון של בית המשפט העליון האמריקני להשליט סדר בשאלה מורכבת: הגדרה של דרישת המקוריות והיקף 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 – סדורים על פי סדר האלף-בית.¹⁶ הנתבעת והמערערת, חברת Feist, הייתה חברת פרסום שהפיקה ספרי טלפונים של אזורים גדולים. ספר הטלפונים שעלה לדיון בפסק הדין כלל יותר מ-46 אלף מנויי טלפון באחד עשר אזורים שירותי טלפוני.¹⁷ האזור שכוסה על ידי ספרי הטלפונים של Feist חפף חלקית את זה שכוסה בספר הטלפונים של Rural.

בהכנת ספר הטלפונים הצליחה Feist לקבל רישיונות שימוש בספרי טלפונים של עשר מתוך אחת עשרה חברות הטלפוניה שאת נתונייהן ביקשה לכלול בספר הטלפונים שלה.¹⁸ Rural הייתה החברה היחידה שסירבה לתת לחברת Feist רישיון לקבל מידע הכלול בספר הטלפונים שלה.¹⁹ למרות זאת חברת Feist לא היססה להשתמש במידע של חברת Rural ולשלב בספר הטלפונים שלה.²⁰ החברה גילתה את ההעתקה והגישה תביעה בגין הפרת זכות יוצרים.²¹ בית המשפט המחוזי קבע שחברת Feist הפרה זכויות יוצרים בספר הטלפונים, וערכאת הערעורים העשירית אישרה את פסק דינו של בית המשפט המחוזי.²² בית המשפט העליון החליט לדון בערעור על פסק הדין בשל הצורך לקבוע קווים מנחים וברורים בנוגע להגנת זכות יוצרים ביצירות עובדתיות.

- | | |
|--|----|
| שם, בעמ' 148–151. | 11 |
| שם, בעמ' 126. | 12 |
| שם, בעמ' 161–167. | 13 |
| שם. | 14 |
| Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc., 499 U.S. 340 (1991) (להלן: עניין Feist). | 15 |
| שם, בעמ' 342. | 16 |
| שם, בעמ' 343. | 17 |
| שם. | 18 |
| שם, בעמ' 342. | 19 |
| שם, בעמ' 343–344. | 20 |
| שם, בעמ' 344. | 21 |
| Rural Tel. Serv. Co. v. Feist Publ'ns, Inc., 663 F. Supp. 214 (D.Kan. 1987) וראו גם: Rural Tel. Serv. Co. v. Feist Publ'ns, Inc., 916 F.2d 718 (10 th Cir. 1990). | 22 |

בפסק הדין נדרש בית המשפט להתמודד עם הסוגיה שערכאות הערעור התחבטו בה לפניו. לבית המשפט היו שתי אפשרויות בנוגע לפתרון הבעיה: מצד אחד, בית המשפט 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 ביצירת ספר הטלפונים. למעשה, הגישה שדוקטרינות אלו מבטאות מסתפקת בהשקעה כבסיס למתן זכות יוצרים לספר טלפונים, ודוחה את הגישה שלפיה נדרשת מקוריות ויצירתיות כתנאי להגנת זכות יוצרים.²³ לחלופין, בית המשפט היה יכול לאמץ פתרון אחר שלפיו נדרשת יצירתיות בהכנת ספר הטלפונים בכל הנוגע לתוכנו ולעקרונות הבחירה והסידור שלו, וזאת לאור פסקי דין עקרוניים של בית המשפט העליון בעניין *Burrow Giles Lithographic*²⁴ ו-*Bleistein*²⁵, שלפיהם לחברת Rural לא תינתן כל הגנה אפקטיבית מפני מתחרים כמו חברת Feist אשר החליטו להעתיק את המידע שלה.²⁶ בית המשפט בחר לאמץ את הפתרון שלפיו נדרשת מקוריות ויצירתיות כתנאי להגנת זכות יוצרים, ודחה את הגישה שלפיה די בהשקעה כתנאי להגנת זכות יוצרים.²⁷

בית המשפט העליון האמריקני בחן את היסטוריית ההגנה על יצירות לקט, ואת התפתחות הדוקטרינות המבססות הגנה על בסיס השקעה, וקבע כי אין תוקף לדוקטרינות אלו בדיני זכויות יוצרים מודרניים.²⁸ בית המשפט הסביר כי דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים מורכבת משתי דרישות משנה: האחת, שמקור היצירה יהיה ביוצרה והשנייה, 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.²⁹

בית המשפט הבהיר כי הקונגרס, באמצעו את חוק זכות יוצרים האמריקני מ-1976, התכוון לבטל את הדוקטרינות שהכירו בהשקעה כבסיס להגנת זכות יוצרים. בית המשפט למד על כוונה זו מהגדרת יצירת לקט בחוק (הגדרת compilation).³⁰ הוא הוסיף והבהיר מהם הרכיבים המוגנים ביצירות לקט ומנה את דרך הבחירה והסידור של חומרי הגלם של יצירת הלקט כרכיבים שיכולים לזכות בהגנת זכות יוצרים.³¹ בית המשפט גם הדגיש שיישום גישה זו ליצירות לקט עובדתיות מביא לכלל המסקנה הבלתי נמנעת שזכויות יוצרים ביצירות לקט הן חלשות וכי ללא קשר לקיום זכות יוצרים ביצירת לקט, יוצר מאוחר של יצירת לקט יכול להשתמש כאוות נפשו בעובדות ובנתונים הכלולים ביצירת לקט קודמת

- 23 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 15, עמ' 351.
 24 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).
 25 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company*, 188 U.S. 239 (1903).
 26 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 360.
 27 שם, בעמ' 359–360.
 28 שם, בעמ' 346.
 29 שם, בעמ' 345.
 30 שם, בעמ' 354–356.
 31 שם, בעמ' 356–357.

בהכינו יצירת לקט עצמאית משלו, וזאת כל עוד יצירת הלקט החדשה אינה מאמצת את אותה דרך של סידור ובחירה של נתונים שהייתה ביצירה הקודמת, ככל שהייתה מקורית.³² למעשה, בהחלטה זו הפך בית המשפט לחלוטין החלטות של חלק מערכאות הערעור בארצות הברית שסברו שנטילה של חלק מהותי מיצירת לקט המוגנת בזכות יוצרים מהווה הפרת זכות יוצרים.³³ אותם בתי משפט גם מנעו שימוש במידע הכלול ביצירות לקט ודרשו איסוף עצמאי של המידע על ידי יוצר יצירת לקט מאוחרת, וזאת על בסיס תיאוריות של השקעה שלדעתם מצדיקות הגנת זכות יוצרים.³⁴

בית המשפט העליון הוסיף וקבע שמקוריות היא דרישה הנובעת מן החוקה האמריקנית.³⁵ הוא למד זאת מהמונחים המשמשים בסעיף הקניין הרוחני שבחוקה האמריקנית, authors' writings.³⁶ בית המשפט הניח שהבחירה במונחים אלו מעידה על כך שמנסחי החוקה התכוונו שתהיה רמה מסוימת של מקוריות כתנאי להגנת זכות יוצרים.³⁷ 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.³⁸ 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 שחברת Feist לא העתיקה חלקים המוגנים בזכויות יוצרים אלא נטלה מידע עובדתי שאינו מוגן בזכויות יוצרים ולפיכך אין מדובר בהפרת זכות יוצרים.³⁹ 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, שכאמור אינו מוגן בזכויות יוצרים. בית המשפט הניח שחברת Feist העתיקה את אופן הסידור והבחירה של הנתונים אך קבע שדרך הסידור והבחירה של הנתונים על פי האלף-בית היא דרך מובנת מאליה לסידור המידע, אף שאינה מקורית, ולמעשה היא בלתי נמנעת.⁴⁰ לכן היא אינה עומדת בדרישת המקוריות היצירתית המינימלית הנדרשת לצורך הגנת זכות יוצרים.⁴¹ בית המשפט גם הכיר בכך שמדובר במקרה קיצוני של יצירת לקט שאינה מוגנת וציין כי מרבית יצירות הלקט תכלולנה דרך סידור ובחירה מקורית שתזכה את יוצרי יצירת הלקט בהגנת זכות יוצרים על דרך זו.⁴²

32 שם, בעמ' 349.

33 שם.

34 שם, בעמ' 219.

35 שם, בעמ' 346.

36 שם.

37 שם.

38 שם, בעמ' 349.

39 שם, בעמ' 343–344.

40 שם, בעמ' 362–363.

41 שם, בעמ' 362.

42 שם, בעמ' 359.

לסיכום, בפסק הדין קבע בית המשפט שספר טלפונים של מנויים פרטיים אינו מוגן בזכויות יוצרים ופסק שהבסיס להגנת זכות יוצרים הוא יצירתיות מקורית.⁴³ בהחלטתו זו הוא הביא לסוף תוקפה של דוקטרינת העבודה כבסיס להגנת זכות יוצרים בנוגע ליצירות לקט עובדתיות. בית המשפט למעשה שינה את משמעות דרישת המקוריות מדרישה שהייתה מושתתת על עבודה ומאמץ כבסיס להגנת זכות יוצרים לדרישה שמדגישה יותר את היוצר ומקומו האינדיבידואלי ביצירה ובתהליך היצירה. 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, ורכיב ההשקעה יכול לשמש מדד ואף תחליף לרכיב מקור היצירה.⁴⁴ כאמור, גישה זו הייתה גישת חלק מבתי המשפט האמריקניים עד שניתנה הלכת *Feist*.

ג. דרישת המקוריות בדין הישראלי

בדין הישראלי יצירה מוגנת בזכות יוצרים אם היא עומדת בדרישות סעיף 4 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. סעיף זה דורש שהיצירה תהיה מקורית, מקובעת, ואחת מארבעת סוגי היצירות האלה: ספרותית, אומנותית, דרמטית או מוזיקלית. דרישת הסף המרכזית שחוק זכות יוצרים דורש מיוצרים לעמוד בה היא דרישת המקוריות. דרישת המקוריות הייתה קיימת גם בחוק זכות יוצרים הישן מ-1911. היא לא הוגדרה בחקיקה הישראלית המוקדמת ואף לא בחוק זכות יוצרים החדש אלא נותרה נתונה לפיתוח פסיקתי.⁴⁵

פסיקה ישראלית מעטה 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 אלו ביטאו במידה רבה את התחולה של תיאוריית העבודה בדיני זכויות יוצרים, שלפיה די בעבודה ובהשקעת היוצר כדי להצדיק הגנת זכות יוצרים מבלי להתחשב בשיקולים אחרים. גישה זו אפיינה שיטות משפט אחרות כמו הדין האנגלי והדין האמריקני בתחילת דרכו, כמתואר לעיל. עדות לגישה זו ניתן למצוא בפסקי דין מוקדמים של בית המשפט בעניין *אחימן*⁴⁶ ועניין *סטרוסקי*.⁴⁷

43 שם, בעמ' 340.

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

45 ראו דברי ההסבר לס' 4 בהצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2005, ה"ח 196: "דרישת המקוריות עומדת במרכז 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 אינטרלוגו נ' אקסין-ליינס, פ"ד מח(4) 133, ע"א 2790/93 איזנמן נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, וכן ע"א AG Krone 3422/03 נ' ענבר פלסטיק משוריין (טרם פורסם))."

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

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

בעניין אחימן רואה החשבון אחימן מצא דרך להקל את חישוב חבות המס וערך לוחות חישוב מס.⁴⁸ הלוחות נכרכו לחוברת שנמכרה בשוק. לאחר זמן לא רב אגף מס הכנסה החל להפיץ גם הוא חוברת לחישוב חבות המס, והפעם חניס.⁴⁹ אחימן מצא דמיון רב בין החוברת שלו לחוברת הממשלתית ותבע את מדינת ישראל בגין הפרת זכויות יוצרים.⁵⁰ 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.⁵¹ המדינה טענה שאין מדובר ביצירה, וכי גם אם מדובר ביצירה, הרי אין היא מקורית.⁵² הטענה הראשונה נדחתה על הסף.⁵³ ובית המשפט פנה לבחון את שאלת המקוריות של לוחות חישוב המס של אחימן.⁵⁴ בית המשפט קבע שאין זכות יוצרים ברעיונות גרידא וכי היא יכולה לחול על צורת עריכה או על עיצוב מיוחד שבהם בחר היוצר, אם הושקעו מאמץ מחשבתי, עמל או מיומנות מיוחדת במציאת השיטה, וזאת על בסיס עיון בעבודת היוצר בשלמותה.⁵⁵ 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.⁵⁶ פסק הדין לא הזכיר ולא חייב שהיוצר יהיה מקור היצירה. דרישת המקוריות בפסק הדין נתפסה כהשקעה, ונראה כי די בקיומו של רכיב זה כדי להכיר במקוריות.⁵⁷ בית המשפט קבע כי הלוחות של אחימן מקוריים, אולם המדינה לא הפרה את הזכויות לגביהם שכן עובדי הממשלה חיברו את הלוחות הממשלתיים באופן עצמאי ולא על בסיס יצירתו של אחימן.⁵⁸

בעניין סטרוסקי הזמינה חברת ויטמן (יצרנית הגלידות) שלט פרסומת אצל חברת סטרוסקי, המספקת שירותי גרפיקה.⁵⁹ לאחר זמן מה נותק הקשר העסקי וויטמן הזמינה את אותם שלטים אצל חברה אחרת.⁶⁰ חברת סטרוסקי טענה כי שלט הפרסומת שהכניסה הוא יצירה מוגנת והבעלות בו נתונה לה.⁶¹ 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.⁶² השופטת נתניהו גרסה כי 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

48 עניין אחימן, לעיל ה"ש 46, בעמ' 260.

49 שם.

50 שם.

51 שם, בעמ' 261.

52 שם, בעמ' 260–261.

53 שם, בעמ' 261.

54 שם.

55 שם.

56 שם.

57 שם, בעמ' 266.

58 שם, בעמ' 264.

59 עניין סטרוסקי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 344–345.

60 שם, בעמ' 345.

61 שם, בעמ' 344–345.

62 שם, בעמ' 348.

אחרת, ושמקורה יהיה ביוצרה.⁶³ המבחן הוא עצמאות היצירה ולא החידוש שבה, והמקורות הנדרשת באה על סיפוקה גם בנסיבות שבהן מידת המאמץ, הכישרון וההשקעה היצירתית של המחבר מועטה, ובלבד שיש ליצירה אופי שונה מזה של החומרים שמהם עוצבה.⁶⁴ 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.⁶⁵ 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. הסנונית שבישרה שינוי של ממש בגישת הדין הישראלי בנוגע לדרישת המקורות הייתה פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין *Interlego* משנת 1994. פסק דין זה הוא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר בנוגע לדרישת המקורות בזכויות יוצרים. פסק הדין עסק ביצרנית קוביות דופלו שביקשה להגן על הקוביות באמצעות דיני זכויות יוצרים אף שסיווגן של הקוביות התאים יותר לענף דיני המדגמים.⁶⁶ בפסק הדין הסביר השופט שמגר, לראשונה בצורה מפורשת, כי התיאוריה הדומיננטית בדין הישראלי היא דווקא הגישה הכלכלית וטיעון התמריץ (הגישה הציבורית הסדרתית), שלפיה זכות היוצרים חיונית לצורך המרצתם של יוצרים ליצור יצירות, וכי ללא הגנת זכות יוצרים עשויות לרווח תופעות של "נוסעים חופשיים" שישתמשו ביצירה כאוות נפשם מבלי להשתתף בעלויות ייצורה על ידי היוצר ומבלי לתגמלו.⁶⁷ לפיכך זכות היוצרים נועדה ליצור בלעדיות שתאפשר ליוצרים להחזיר את השקעתם, ולמנוע תופעות של נוסעים חופשיים שיפגעו בתמריץ של היוצרים ליצור יצירות. על רקע זה סבר השופט שמגר שדרישת המקורות כוללת למעשה שלושה מבחני משנה: על מקור היצירה להיות ביוצר, היצירה צריכה לגלם השקעה של משאב אנושי כלשהו, ועל היצירה לעמוד בסטנדרט היצירותיות – כך שזו תשקף את עמלו הרוחני של היוצר (בחירות של היוצר).⁶⁸ דרישת היצירותיות לא הוארה די צורכה בעניין *Interlego*, אך השופט שמגר מפנה לפסיקות אחרות שהציגו את הדרישה בדין האמריקני כמו הלכת *Feist*.⁶⁹ בהלכה זו קבע בית המשפט העליון האמריקני, כאמור, כי דרישת המקורות של יצירה דורשת גם לפחות קורטוב של מקורות יצירתית, והגדיר את רף הדרישה כנמוך מאוד, אם כי בנסיבות המקרה שנדון באותו פסק דין לא מולא אפילו רף זה.⁷⁰ כפי שתואר בהרחבה לעיל, באותו מקרה התעוררה שאלת הגנת זכויות יוצרים על ספר טלפונים של מנויים פרטיים. בית המשפט העליון סבר שפרטי המנויים בספר הטלפונים ואף דרך הסידור והבחירה של הנתונים העובדתיים הכלולים בו אינם מקוריים, שכן אין בהם יצירותיות אלא מידע עובדתי שאינו מוגן בזכויות יוצרים, מכיוון שסידור פרטי המנויים על פי סדר האלף-בית הוא מתבקש, טכני והדרך המעשית והבלתי נמנעת היחידה לסדר פרטי מנויים. על כן היא אינה מקורית.⁷¹

63 שם, בעמ' 346.

64 שם.

65 שם, בעמ' 348.

66 ע"א 513/89 *Interlego* '1, *Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133 (1994).

67 שם, בעמ' 164–165.

68 שם, בעמ' 174–175.

69 שם, בעמ' 168.

70 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 15.

71 שם.

דרישת המקוריות בחוק זכות יוצרים לא הווארה בחוק, ודברי ההסבר לחוק מפנים לפרשנות הדרישה כפי שפורשה בדין הישראלי בפסיקות בית המשפט העליון.⁷²

1. ערעור קימרון

ערעור קימרון⁷³ עוסק בשאלת הגנת זכות יוצרים במגילה קדומה. פרופ' אלישע קימרון מאוניברסיטת בן גוריון קיבל לידי את המשימה לפענח את אחת מהמגילות הגנוזות שנמצאו באזור קומראן שבמדבר יהודה, מגילה שכונתה על ידי "מקצת מעשה תורה".⁷⁴ למעשה נמצאו קרעים של מגילה שנכתבה בעברית קדומה.⁷⁵ המגילה נמנית עם קבוצת הטקסטים הקהילתיים וכיום, משפורסמה, היא נחשבת לאחת מהמגילות החשובות ביותר, שכן היא עדות ישירה למנהגיה של הקהילה שחיה באזור.⁷⁶ מלאכת המיון הראשונית של הקרעים נערכה על ידי פרופ' ג'ון סטרגל, שצירף אליו את תלמידו אז, אלישע קימרון.⁷⁷ במשך כ-11 שנים עמל קימרון על פענוח המגילה.⁷⁸ מדובר במיון הקרעים, סידורם הפיזי הראשוני, פענוח פיזי ופרשני של הטקסט שבקרעים, ובסופו של דבר השלמת החוסרים שבין הקרעים, כאשר 40% מהטקסט הם השלמה של קימרון על בסיס הידע ההלכתי והבלשני שלו.⁷⁹ 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.⁸⁰ 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 שהפענוח נעשה על ידי פרופ' סטרגל ועמית שלו.⁸¹

קימרון הגיש תביעה 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 שדרישת המקוריות רואה ברכיב המקור רכיב עיקרי שאין להתפשר עליו. לדעתה, השקעה אינה תנאי הכרחי ומספיק לכך שהיצירה תהיה מוגנת בזכויות יוצרים.⁸² השופטת 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

72 ראו דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים.

73 ערעור קימרון, לעיל ה"ש 2.

74 שם, בעמ' 822–823.

75 שם, בעמ' 822.

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

77 שם, בעמ' 822–823.

78 שם, בעמ' 823.

79 שם.

80 שם.

81 שם.

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

מתקיים כלל.⁸³ במקרה דנן של פענוח המגילות, הוסיפה השופטת, מקור היצירה המקורית הוא באדם שחיבר את המגילה לפני יותר מ-2000 שנים, וזכויות היוצרים שהיו לו במגילה פקעו זה מכבר, 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 אלא מדובר בניסיון לשחזר את המגילה המקורית.⁸⁴ היא קבעה כי מטרת המפענח הייתה לשחזר את המגילה המקורית, ולכן המיון וההרכבה הפיזית אינם ראויים להגנה.⁸⁵ מנגד, היא קבעה כי קימרון זכאי להגנה רק על עריכת הטקסט המורכב והחוסרים שמילא בעצמו.⁸⁶ ההנחה המובלעת בקביעה זו היא שרק בנוגע לטקסט החסר ניתן להניח שיש מקורות, שכן אין דרך לדעת מה היה הטקסט המלא של המגילה, ולכן ניתן להניח שבקשר להשלמות אלו ראוי קימרון להגנת זכות יוצרים.

הנתבעים בחרו להגיש ערעור על פסק הדין. טענתם המרכזית של המערערים בהליכי הערעור הייתה שפעולות התובע קימרון מסתכמות בהשלמת הטקסט של המגילה ושאינן בפעולותיו יותר משחזור של הטקסט הקדום, ולפיכך אין בחיבור קרעי המגילה ובשחזור החלקים החסרים משום טקסט מקורי של קימרון המוגן על ידי זכויות יוצרים.⁸⁷ בית המשפט העליון דחה את טענת המערערים וקבע כי לקימרון יש זכויות יוצרים במגילה המפוענחת.⁸⁸

פסק דינו של השופט טירקל בערעור מצטיין ביסודיות ובזהירות רבה ביחסו להלכות קודמות של בית המשפט בנוגע לדרישת המקוריות. הוא התייחס להלכות הקודמות תוך בחינה פרטנית וניתוח של כל אחת מתרומותיו של קימרון. השופט הבהיר על כל צעד ושעל שהוא מקפיד שלא לסטות מן הפסיקה בתחום זכויות היוצרים וכי הוא מקפיד על עקיבותה. זהירות זו ראויה לציון בשל החשיבות הרבה של פסקי דין עקיבים בנוגע לדרישת סף חשובה כל כך בדיני זכויות יוצרים, שטיבה וטבעה לא הוארו בחוק.

השופט טירקל דן ברכיב המקור מתוך עיון בפסק הדין בעניין סטרוסקי, וציין כי רכיב ההשקעה כשלעצמו אינו מספיק לקביעת זכאות להגנת זכות יוצרים – מתוך עיון בפסק הדין בעניין *Interlego* שנדון לעיל.⁸⁹ השופט ציין כי דרישת המקוריות היא תנאי סף וכי רכיב המקור, רכיב ההשקעה ורכיב היצירתיות נדרשים כולם במצטבר כדי לרכוש הגנת זכויות יוצרים.⁹⁰ לדידו, השאלה אם קמה זכות יוצרים ביצירה נבחנת לפי מידת המקוריות שבה. דרישת המקוריות היא העיקר ולא די בכך שהיוצר השקיע ממשאביו האנושיים, אלא נדרשת גם מידה של מקוריות – לא רק ביצירה גופה אלא גם בתהליך יצירתה.⁹¹ עם זאת, השופט טירקל טען שיש הגורסים שהשקעת זמן ו/או כישרון עשויים להעיד על

83 שם.

84 שם, בעמ' 23–24.

85 שם, בעמ' 24.

86 שם.

87 ערעור קימרון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 831.

88 שם, בעמ' 849.

89 שם, בעמ' 829–830.

90 שם, בעמ' 829–831.

91 שם, בעמ' 831.

קיום יצירותיות. פירוש הדבר הוא שאם מולאה דרישת ההשקעה (זמן, מאמץ או כל משאב אנושי), סביר להניח שקוימה דרישת היצירותיות.⁹² אמירה אמיצה זו עומדת במבחן הביקורת, שכן דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים מסתפקת בסף נמוך מאוד ומרבית היצירות תחצינה סף נמוך זה.⁹³ חשוב גם להבהיר שאין 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.⁹⁴

השופט טירקל סבר כי השקעת מרצו של קימרון היא שמקנה לו את ההגנה של זכות היוצרים. נוסף על כך סבר השופט כי קימרון לא רק חשף עובדות שאינן מוגנות בזכויות יוצרים ולא עסק רק במלאכת פענוח הטקסט, אלא יש בפענוח מידה לא מבוטלת של מקוריות.⁹⁵ 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.⁹⁶ מדובר בפירות של תהליך שבו השתמש קימרון בבקיאותו, במומחיותו, בדמיונו ובשיקול דעתו תוך בחירה בין חלופות – כל אלה ממחישים את המקוריות והיצירותיות של קימרון.⁹⁷ השופט טירקל הדגיש שאין מדובר בעבודה טכנית נטולת בסיס להגנה, אלא במשהו רחב מזה.⁹⁸

בשונה מהשופט דורנר סבר השופט טירקל שאין 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 אלו "ארוגים ואחוזים זה בזה, תלויים זה בזה ומשפיעים זה על זה".⁹⁹ 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 היתה מלאכה טכנית, "מכנית", כמו עבודת כפיים פשוטה שתוצאותיה ידועות מראש. 'שאר הרוח' שלו, 'הנשמה היתירה', שנתן בקרעי המגילה, שהפכו את הקרעים לטקסט חי, לא היו בגדר השקעה של משאבים אנושיים גרידא, בבחינת 'יזע' 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.¹⁰⁰

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

92 שם, בעמ' 830.

93 שם.

94 שם, בעמ' 830–831.

95 שם, בעמ' 832–833.

96 שם, בעמ' 833.

97 שם.

98 שם.

99 שם.

100 שם.

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, השופט טירקל התאמץ להסביר שזו אינה הגישה המובילה, או בוודאי לא היחידה, ולכן הדגיש את הנשמה והרוח שהתווספו ליצירה – אף שהיזע, העמל וההשקעה הם המוטיבים החוזרים בפסק דינו. חשוב להדגיש כי מהיבט ההלכה הפסוקה הדגיש השופט טירקל כי קביעותיו אינן סוטות מהלכת *Interlego*, אף שבפועל פסק הדין מדגיש יותר את ההשקעה הרבה של קימרון בפענוח הטקסט.

ד. מבחן כוונת היוצר ודרישת המקוריות

רבים עסקו בפסק הדין בערעור קימרון וניתוחו בעיניים ביקורתיות. עיקר הביקורת נסב על סטיית השופט טירקל ממבחני המקוריות המקובלים בפסיקה והדגשת ההשקעה כבסיס להגנת זכויות יוצרים.¹⁰¹ נוסף על כך נטען כי הקביעה שמדובר ביצירה מקורית שגויה, שכן מדובר בשחזור בלבד של טקסט קדום – פעילות השקולה לחשיפת עובדות בלבד שאינה יכולה להיות מוגנת בזכות יוצרים. ביקורת מרכזית נוספת על פסק הדין הייתה כי פסק הדין לא הביא בחשבון את האינטרס הציבורי שבשימור יצירות שהן נכסי צאן ברזל בתחום נחלת הכלל, ושימור הגישה החופשית אליהן.¹⁰² אני סבורה כי ניתוחו של השופט טירקל יכול לעמוד במבחן הביקורת ולגבור על הביקורות האמורות לעיל. אין בכוונתי להידרש לביקורות אלו בהרחבה אלא להתמקד בהיבט אחד שהוא דרישת המקוריות ומבחן כוונת היוצר. לדעתי, ניתוח פסק דינו 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.

סבורני כי הביקורות בנוגע לאי-עמידתו של קימרון בדרישת המקוריות אינן עומדות על קרקע יציבה, בראש ובראשונה כיוון שדרישת המקוריות לא הוארה די צורכה בפסיקה הישראלית ובכלל. שלושת הרכיבים שהפסיקה עמדה עליהם בהקשרה של דרישת המקוריות לא הובהרו כראוי בפסיקה הישראלית והזרה, הרציונלים להכרה בהם לא הוצגו בפסיקה, ולפיכך אין הנחיה מספקת באשר לפרשנות של דרישת המקוריות ואופן העמידה בתנאיה.¹⁰³ על רקע זה נהיר שתיתכנה פרשנויות שונות באשר לטיבה של דרישה זו.

שנית, היה ניתן לבחון את שאלת המקוריות על בסיס כוונת היוצר הנלמדת מנסיבות יצירת היצירה והצגתה לציבור על ידי קימרון. המבחן המוצע של כוונת היוצר הוא מבחן עזר שיכול לסייע לבית המשפט להחליט אם יצירה עומדת בדרישת המקוריות של חוק זכות יוצרים. מבחן כוונת היוצר מתחקה אחר כוונתו של יוצר היצירה בעת שיצר אותה ואף לאחר שסיים את יצירתה, ובדק כיצד תפס היוצר את טבעה של יצירתו. כוונת היוצר יכולה להיבחן על בסיס סובייקטיבי – בחינה של נסיבות יצירת היצירה ובידור אם היוצר הביע עמדה מפורשת וגלויה באשר לטיבה של יצירתו. כך, למשל, יוצר

101 בירנהק, לעיל ה"ש 44, בעמ' 408.

102 שם, בעמ' 398.

103 שם, בעמ' 373–374.

יכול להצהיר כי הוא מספק לציבור מוצר מידע שטבעו עובדתי, וכך הוא לא יחסה בהגנת זכות יוצרים כלל, שכן עובדות אינן דבר מקורי. כוונתו הסובייקטיבית יכולה גם להילמד מנתונים עקיפים כגון חומר פרסומי ושיווקי של מוצר שהיוצר מציע למכירה, שבו הוא מצהיר הצהרות שמהן ניתן ללמוד על טבעה של היצירה. בדומה, היוצר יכול לכלול ביצירתו אמירות המלמדות על טבעה של היצירה במשתמע. למשל, היוצר יכול לכלול במאמר אקדמי, שבו הוא חושף עובדות היסטוריות חדשות בנוגע לאירוע היסטורי חשוב, אמירות שמהן עולה כי העובדות שחשף משקפות את מצב הדברים ההיסטורי לאמתו. אמירות כאלה מרמזות במשתמע שמדובר בעובדות לכל דבר ועניין ולכן הן אינן מוגנות בזכויות יוצרים. לחלופין, כוונת היוצר יכולה להיבחן גם על בסיס אובייקטיבי – ניתן לבחון אם יש תמימות דעים בקרב ציבור היוצרים והציבור הצורך את היצירה בנוגע לטבעה של יצירה ועמידתה בדרישת המקוריות, גם ללא אינדיקציות פרטניות בנוגע לכוונת 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 כעובדתיות ובלתי מוגנות, או שמא כיצירותיות וכראויות להגנת זכות יוצרים. קל יהיה להתחקות אחר כוונת היוצר במצבים כאלה אם יש תמימות דעים בקרב היוצרים בתחום, ובקרב ציבור הצרכנים של מוצר המידע האמור, בנוגע לסוג מוצר המידע שמקוריותו נבחנת. אין חולק שלא תמיד יהיה ניתן למצוא אינדיקציות ברורות לכוונת היוצר, הסובייקטיבית או האובייקטיבית. במצבים כאלה יהיה ניתן להיעזר בשאר המבחנים למילוי דרישת המקוריות. חשוב להבהיר כי אף שמבחן הכוונה לא הוכר מעולם בצורה מפורשת על ידי בתי משפט בארצות הברית ומדינות נוספות, ניתן למצוא פסיקה מועטה שממנה משתמע מבחן כאמור, ואשר בה נעשה שימוש בדוקטרינת ההשתק. למשל, בפסק הדין *Arca*¹⁰⁴. *Arca* הוא ארגון הנותן הכוונה לאנשים לצורך מציאת האיוון הפנימי שלהם.¹⁰⁵ מייסד הארגון כתב רבות על הנושא ועל היצירה שהייתה נושא הדיון במסגרת ההליך המשפטי המדובר, שלטענת הארגון הועתקה על ידי הנתבע. שמה של היצירה שעלתה לדיון היה "ריאיונות עם אוסקר איצ'אז'ו".¹⁰⁶ בבסיס היצירה הזו היו שבעה גורמים הקשורים לאגו, ואיצ'אז'ו, מייסד הארגון, טען במסגרת ההליך המשפטי כי הוא גילה את הגורמים הללו וכי מדובר בעובדות מדעיות בדבר הטבע האנושי.¹⁰⁷ במסגרת הערעור, בית המשפט קבע שאיצ'אז'ו מנוע ומושתק מלטעון שהעובדות הללו יכולות לקבל הגנה בזכויות יוצרים, שכן מדובר בעובדות שאינן מוגנות גם לדבריו. לאחר שהציג לעולם כתגליות מדעיות, אין הוא יכול לחזור בו במסגרת ההליך המשפטי בנוגע לסיווגם של אותם גורמים.¹⁰⁸

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 שנים ונמצאה בקומראן, והאחר, פעולת צירוף קרעי המגילה לטקסט המשוחזר – צירופם

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

105. שם, בעמ' 1069–1070.

106. שם, בעמ' 1070–1071.

107. שם, בעמ' 1075–1076.

108. שם, בעמ' 1075.

הפיזי של הקרעים, ארגונם, פענוח הטקסט המופיע על הקרעים והשלמת החוסרים של המגילה.¹⁰⁹ במילים אחרות, בית המשפט הבחין בין הקרעים עצמם לבין הפחת רוח החיים בקרעי המגילה שהביאה ליצירתו של טקסט חי ונושם.

בית המשפט ציין שקרעי המגילה הם נחלת הכלל ולפיכך כל מי שירצה לארגנם, לסדרם מחדש ולפענחם מוזמן לעשות זאת.¹¹⁰ עם זאת ציין בית המשפט שהעובדה שקרעי המגילה הם נחלת הכלל אינה רלוונטית לשאלה אם ליוצר היצירה יש זכויות יוצרים ביצירתו. בית המשפט סבר כי השאלה החשובה בנוגע לפענוח המגילה ושחזור היא אם הפחת החיים בקרעי המגילה, בצירוף הידע והכישרון האקדמי של קימרון, הופכים את הטקסט המשוחזר בכללותו ליצירה מוגנת בזכויות יוצרים.¹¹¹

בית המשפט סבר כי שחזור המגילה ופענוחה כלל 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.¹¹²

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 שיהיה בו גם מענה לביקורות על פסק הדין. כאמור לעיל, הטיעון המרכזי של המערערים היה 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 הכול בחשיפת עובדות במהלך מחקר היסטורי, ולכן אין מדובר ביצירה המוגנת בזכויות יוצרים. לפיכך, אף שקימרון השקיע זמן, מאמץ, ידע ניכר וכישרון בפענוח ובשחזור של המגילה, הטקסט הסופי של המגילה המשוחזרת אינו זכאי להגנת זכות יוצרים.¹¹³ חסרונו של טקסט מלא של המגילה קודם למלאכת השחזור אינו הופך את הטקסט המשוחזר מטקסט שאינו מוגן לטקסט מוגן בזכות יוצרים. למעשה, כיוון שקימרון הציג את הטקסט המשוחזר כמשקף את הטקסט המקורי של המגילה כפי שנכתבה לפני יותר מאלפיים שנה, הוא אינו יכול לטעון שמדובר ביצירה מקורית שלו.

בית המשפט העליון דחה טיעון זה בקובעו שקימרון 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.¹¹⁴

109 ערעור קימרון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 828.

110 שם.

111 שם, בעמ' 828–829.

112 שם, בעמ' 831.

113 שם.

114 שם, בעמ' 831, 833.

הניתוח של בית המשפט היה יכול לקבל חיזוק ותימוכין לו היה בית המשפט נעזר במבחן המוצע של כוונת היוצר, שלפיו יש להתחקות אחר כוונת היוצר בעת יצירת יצירתו כפי שהיא מגולמת בתוצר הסופי. האם היוצר התיימר ליצור יצירה מקורית או שמא ביקש ליצור יצירה שאינה זכאית להגנה, כמו למשל 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, והטקסט של המגילה שהוצג על ידיו אינו אלא הטקסט המקורי שנכתב לפני יותר מאלפיים שנה (אף שחלקים מן הטקסט אינם ידועים לנו), או שכוונתו הייתה לשחזר את הטקסט ולהציע טקסט שלם של המגילה מבלי להתיימר לעשות מלאכת שחזור מדויקת, אלא בכוונה להציג הערכה סובייקטיבית שלו בדבר נוסח המגילה המלא? נתונים עובדתיים בנוגע לשאלות אלו היו יכולים לסייע בעדנו להכריע בדבר מעמד פעולותיו של קימרון ובנוגע לשאלה אם יצר יצירה מקורית. אם התכוון קימרון למלאכת שחזור מדויקת כאמור בחלופה הראשונה, הרי יש בכך כדי להכריע לחובתו ולקבוע שאין מדובר ביצירה מקורית. כוונה 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 אקדמיה רציני, יומרותיו היחידות תהיינה במקרה כזה לפענח את המגילה, לשחזרה ולהציגה לציבור. הגשת תביעה בגין הפרת זכות יוצרים אף אינה מחמיאה לו לאור חלופה זו, שכן איש אקדמיה אינו מעוניין בתווית של "מקוריות" בנוגע לפעילות אקדמית שהיא חשיפת האמת בלבד. לפי חלופה זו, אין זכויות יוצרים בטקסט המפוענח, והדבר נקבע כאמור לפי הכוונה.

אם לעומת זאת, החלופה השנייה היא שמייצגת את כוונותיו של קימרון, ובהשלמת הטקסט הוא לא התיימר לחשוף את האמת אלא להציע השלמה שלא בהכרח מתיישבת במדויק עם הנוסח המקורי של הטקסט כפי שנכתב על ידי היוצר המקורי, הרי שיש במלאכת ההשלמה מקורות על כלל רכיביה, לרבות רכיב המקור ורכיב היצירתיות – שכן אין חולק שלפי 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. אין ספק שקימרון השקיע רבות במלאכת השלמת הטקסט, ולפיכך רכיב ההשקעה התקיים בשני התרחישים. לפי חלופה זו 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. ייתכן שהוא לא הבין את משמעותם של דיני זכויות יוצרים חרף הגשת התביעה. התחקות אחר כוונתו של קימרון הייתה יכולה לסייע לשופט טירקל להגיע למסקנה מדויקת בדבר אופייה של היצירה. בהיעדר 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 למלאכת הפענוח ולבדוק איזו חלופה משתי החלופות שלעיל מייצגת נאמנה את כוונתו. גם בהיעדר כוונה מפורשת ניתן להניח הנחות מסוימות בנוגע למחקר אקדמי. אם אנו סבורים שתכליתו של המחקר האקדמי היא לחשוף את האמת, הרי שהחלופה הראשונה הולמת את כוונותיו של משחזר המגילה. סביר להניח שקימרון, בכובעו כאיש אקדמיה, התכוון לשחזר את הטקסט המקורי של המגילה כפי שזה נכתב לפני כאלפיים שנה בידי יוצר המגילה המקורי. אם זה מצב הדברים, כוונתו מלמדת על כך שלא היה לו עניין ליצור שחזור המשקף יצירה משלו אלא לשחזר טקסט קדום בצורתו המקורית לכל דבר ועניין, ללא הוספת ביטוי עצמי משלו. מכל מקום, ככל שקיימת כוונה סובייקטיבית ידועה באשר למלאכת הפענוח, הרי שיש לאמצה ולהעדיפה על פני כוונה

אובייקטיבית משוערת. בהיעדרם של אלו היה מקום להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לביורר השאלות העובדתיות הנדרשות, לפני הגעה למסקנות באשר לקיומה או להיעדרה של דרישת המקוריות.

לסיכום, מתן משקל הולם לכוונתו של קימרון בכל הנוגע לטיבה ולטבעה של יצירתו היה יכול לסייע לבית המשפט להגיע להכרעה מדויקת יותר בדבר טבעה של יצירתו. האמור היה יכול לחזק את תוצאת פסק הדין, בהנחה שהיה ניתן ללמוד מן הראיות שעמדו לפני בית המשפט כי קימרון התכוון ליצור יצירה מקורית שאינה משקפת במדויק את הטקסט המקורי של היוצר המקורי של המגילה. ייתכן שהיה ניתן להגיע לתוצאה מנוגדת לו התברר שכוונת קימרון הייתה לעשות שחזור מדויק, ולהכריע שאין מדובר ביצירה מקורית שלו ולכן אין היא נהנית מהגנת זכות יוצרים.

השאלה אם יצירה היא מקורית אם לאו עשויה להתעורר בהקשרים נוספים. למשל, בפסיקה האמריקנית התעוררה שאלת המקוריות 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 נתוני עומק ונפח של מכונות, ומחירי פשרה של חוזים עתידיים ואופציות הנסחרים בבורסה. מבחן כוונת היוצר המתואר לעיל יכול לשמש מבחן עזר מועיל גם במקרים הנדונים בפסקי דין אלה ולסייע בקביעת המקוריות של יצירות. הדיון הביקורתי שלהלן יתעמק בשורת פסקי דין אמריקניים המעוררים שאלות דומות לשאלה שהתעוררה בפסק הדין בערעור קימרון, תוך הארת התועלת הצפויה משימוש במבחן כוונת היוצר בנסיבותיהם.

בפסק הדין בעניין *CCC Information Services*,¹¹⁵ יצרה ערכאת הערעורים השנייה בארצות הברית הבחנות חשובות בנוגע ליצירות לקט של עובדות או נתונים וקבעה מבחנים מורכבים בנוגע להחלת דוקטרינת המיזוג (דוקטרינה משפטית שלפיה כאשר ישנן כמה דרכי ביטוי מצומצמות לרעיונות, דרכי הביטוי לא תהיינה מוגנות בזכויות יוצרים).¹¹⁶

פסק דין זה עסק בשאלת ההגנה של זכויות יוצרים על תחזיות בנוגע לערכם של רכבי יד שנייה באזורים שונים בארצות הברית, שפורסמו שמונה פעמים בשנה על ידי חברת Maclean Hunter Market Reports בספרה *AUTOMOBILE RED BOOK – OFFICIAL USED CAR VALUATIONS* (להלן: "הספר האדום").¹¹⁷ חברת CCC, הנותנת שירותי מחשוב, העתיקה חלקים ניכרים מהספר האדום לרשת המחשבים שלה ונתנה מידע מן הספר בדרכים שונות ללקוחותיה.¹¹⁸ החברה ניסתה לקבל מחברת Maclean רישיון לכלול את המידע ברשת המחשבים שלה, אך ללא הצלחה.¹¹⁹ 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.¹²⁰ חברת CCC הגישה תביעה למתן פסק דין הצהרתי נגד חברת Maclean שלפיו מעשיה אינם מהווים הפרת זכויות

115 *CCC Info. Servs., Inc. v. Maclean Hunter Mkt. Reports, Inc.*, 44 F. 3d 61 (2d Cir. 1994).

116 שם.

117 שם, בעמ' 63–64.

118 שם.

119 שם, בעמ' 64.

120 שם.

יוצרים בספר האדום. חברת Maclean הגישה תביעה שכנגד וטענה כי חברת CCC מפרה את זכויות היוצרים שלה בספר האדום.¹²¹

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.¹²² בית המשפט הוסיף וקבע כי ההערכות שפורסמו בספר האדום בנוגע לשווי הרכבים היו עובדות או פרשנות של עובדות ואלה אינן מוגנות בזכויות יוצרים, שכן חוק זכות יוצרים האמריקני אינו מגן על עובדות או על נתונים.¹²³ לבסוף, בית המשפט קבע שגם אם ההערכות אינן בגדר עובדות, לאור דוקטרינת המיזוג אי-אפשר להגן על ההערכות הכלולות בספר האדום.¹²⁴ בית המשפט סבר גם שההערכה בדבר שווי של רכב משומש היא בגדר רעיון – הרעיון בדבר ערכו של רכב משומש מסוים – שיכול להיות מבוטא בדרך אחת בלבד: ערכו הדולרי המפורט בספר האדום.¹²⁵

חברת Maclean הגישה ערעור על ההחלטה. ערכאת הערעורים השנייה הפכה את פסק דינו של בית המשפט המחוזי וקבעה שהספר האדום עומד בדרישת המקוריות הנדרשת לצורך הגנת זכות יוצרים הן בנוגע למידע הגולמי המצוי בבסיס הספר (ההערכות בדבר שווי הרכבים המשומשים) הן כיצירת לקט.¹²⁶ עוד קבע בית המשפט שלא היה מקום להחיל את דוקטרינת המיזוג.¹²⁷ לפיכך חברת Maclean הצליחה להוכיח כי יצירתה מוגנת בזכויות יוצרים וכי הן הופרו על ידי חברת CCC.

בית המשפט קבע שיש מקוריות מספקת בסידור ובבחירה של המידע כיצירת הלקט המגולמת בספר האדום. בית המשפט הוסיף כי ניתן למצוא מקוריות בהיבטים הבאים של הספר האדום: (1) חלוקת השוק הלאומי של מכוניות משומשות לכמה אזורים; (2) קביעת קריטריון של 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 רכבים בכל קטגוריה; (5) בחירה של מספר המודלים שייכללו בספר מדי שנה.¹²⁸

גם לו הספר האדום לא היה מקורי כיצירת לקט, בית המשפט רמז במשתמע כי הוא יצירה מוגנת בזכות יוצרים כיוון שהמידע שבו נובע משיפוטיות יצירתיים של עורכי הספר ואינו כולל עובדות קיימות.¹²⁹ בית המשפט סבר שההערכות הכלולות בספר האדום היו מבוססות על חוות דעת מקצועיות של עורכי חברת Maclean ולא על דיווחים על ערכים היסטוריים (הנחשבים לעובדות) או על נגזרות מכניות של מחירים היסטוריים (שאף הם נחשבים לעובדות).¹³⁰ בית המשפט יצר, למעשה, הבחנה בין

121 שם.

122 שם.

123 שם.

124 שם.

125 שם.

126 שם, בעמ' 67.

127 שם, בעמ' 72.

128 שם, בעמ' 67.

129 שם.

130 שם, בעמ' 70–73.

עובדות מומצאות (ההערכות הכלולות בספר האדום) לעובדות היסטוריות, או כאלה הנגזרות מכנית ממחירים היסטוריים והנחשבות לעובדות שהן נחלת הכלל.

בפסק הדין אף נדרש בית המשפט לדוקטרינת המיזוג ולהבחנה שבין ביטוי לרעיון. בית המשפט הביע חשש בנוגע להחלת דוקטרינת המיזוג על יצירות לקט, המוגנות במפורש בחוק זכות יוצרים האמריקני, ולכן הציע הבחנה בין סוגי רעיונות – רעיונות "חזקים" לעומת רעיונות "רכים" – וקבע שרק על רעיונות חזקים יש להחיל את דוקטרינת המיזוג.¹³¹ רעיונות חזקים הוגדרו על ידי בית המשפט כרעיונות שמתיימרים לקדם את ההבנה של תופעות או לקדם פתרונות לבעיות, כמו רופא המזהה רשימת סימפטומים שיכולה לסייע באבחון מחלה מסוימת. רעיונות מסוג זה הם חשובים ומועילים ומהווים אבני בניין למחקר, לפיתוח ולקידום הידע. מנגד, 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, והם אינם מסבירים דבר ואינם מתארים תהליך או שיטות מועילות.¹³²

בית המשפט החיל את ההבחנה האמורה על הספר האדום וקבע כי ההערכות שפורסמו בספר הן עובדות "רכות" ולכן אינן מצדיקות החלה של דוקטרינת המיזוג.¹³³ 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.¹³⁴ לפיכך קבע בית המשפט שנוזקי הגבלות מתחום דיני זכויות יוצרים בנוגע לגישת הציבור להערכות הכלולות בספר האדום יהיו זניחים לגמרי בהשוואה לנוזקי החלת דוקטרינת המיזוג ושליטת הגנה מעורכי הספר האדום.¹³⁵

אומנם ניתן לקבל את הקביעה שהספר האדום הוא יצירת לקט מוגנת, בזכות דרך הסידור והבחירה שלו, אך קשה יותר לקבל את קביעת ערכאת הערעור שערכי הרכבים המשומשים הם יצירה מקורית. זאת ועוד, ההבחנה של בית המשפט בין רעיונות חזקים לרכים מעוררת קשיים רבים. הקביעה שרעיון מסוים הוא חזק או רך על בסיס התועלת החברתית הנודעת לו היא בעייתית, שכן היא אינה נותנת הנחיה יעילה לציבור בנוגע להגנה על רעיונות אלה או אחרים, ולא זו בלבד אלא שמטבעה היא נתונה לשיקול דעתו הסובייקטיבי של השופט ולכן היא בעייתית מאוד. ניתן, למשל, לחלוק על הקביעה שהרעיונות הנכללים בספר האדום אינם מן הסוג המקדם את הבנת התופעות שסביבנו, ולטעון שמדובר ברעיונות חשובים מאוד שראוי שייוותרו נחלת הכלל. כפי שהמלומדת ג'יין גינזבורג טענה, כל השופטים מפעילים למעשה שיפוט ערכי בנוגע לערכם החברתי של רעיונות בכל עת שבה בית המשפט נדרש להבחנה שבין ביטוי לרעיון, או בין ביטוי לעובדה, או לבחינת החלתה של דוקטרינת המיזוג.¹³⁶ הגישה שבית המשפט מאמץ בהחלטה זו בעייתית בדיוק משום שהיא מציגה מבחן סובייקטיבי שפותח פתח להרחבת ההגנה על רעיונות ועובדות. ואכן, השופט Sweet בפסק הדין בעניין Kregos, אשר יידון

131 שם, בעמ' 72.

132 שם, בעמ' 71–72.

133 שם, בעמ' 72.

134 שם, בעמ' 73.

135 שם.

136 Jane C. Ginsburg, No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information after *Feist v. Rural Telephone*, 91 COLUM. L. REV. 338, 346 (1992).

להלן, סבר ששיפוט בנוגע לתועלת חברתית של רעיונות אינו יכול להיות הבסיס להקצאת זכויות לפי דיני זכויות יוצרים.¹³⁷

בחינה של פסק הדין בעניין *CCC v. Maclean* מלמדת שמבחן 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 שיוצרי הספר האדום שיווקו זמן רב את ספרם בשוק. הם ניסו לבסס 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 עסקאות מכר של רכבי יד שנייה. לפיכך יוצרי הספר האדום רצו שהערכותיהם תתפסנה 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 ההערכות לעובדות פחות באופיין.

בדומה, בפסק הדין בעניין *Kregos v. Associated Press*,¹³⁸ יצר התובע "טופס מגיש" (טופס בנוגע לביצועי מגיש במשחקי בייסבול) שהופץ לעיתונים אשר הציגו את המידע בדבר ביצועי העבר של השחקנים הנגדיים שהיו אמורים לשחק במשחקי בייסבול יומיים.¹³⁹ טופס המגיש של התובע כלל תשעה פריטי מידע בנוגע לביצועי העבר של כל מגיש והוא נועד לסייע לקוראי עיתונים לחזות תוצאות משחקים עתידיים.¹⁴⁰ התובע טען כי הטופס שלו יכול לסייע בכך משום שהוא בחר את התוצאות הסטטיסטיות – הנוגעות לשחקנים – שהיו החשובות ביותר לצורך קביעת תחזיות בדבר תוצאות המשחקים.¹⁴¹ בית המשפט המחוזי הכריע שהדין עם הנתבעים כיוון שהטופס נעדר מקוריות הנדרשת בדיני זכויות יוצרים, שכן אוסף הנתונים הסטטיסטיים שנבחר להיכלל בטופס אינו משקף מקוריות מספקת, וכן כיוון שקיימות דרכים מעטות לבחירת נתונים סטטיסטיים בדבר ביצועי שחקנים במשחק בייסבול – ולפיכך 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.¹⁴²

ערכאת הערעורים השנייה הפכה את ההחלטה של בית המשפט המחוזי ופסקה כי אין לקבוע שאוסף הסטטיסטיקות אינו מוגן בשל היעדר מקוריות או יצירתיות.¹⁴³ בית המשפט גם סבר שיש מגוון דרכים להביע את הרעיון של ביצועים של שחקני בייסבול, שכן אחת מן הראיות הייתה שהחברה דחתה מגוון הצעות להכנת טופס ביצועי שחקנים, ולכן לא היה מקום להחיל את דוקטרינת האיחוד בנסיבות העניין.¹⁴⁴

בית המשפט הבהיר כי יש להחיל את דוקטרינת המיזוג בזהירות רבה, שכן יישומה בנסיבות רבות עשוי לשלול הגנה על דרכי ביטוי מגוונות, ואילו החלטה לעיתים נדירות למדי תביא להגנה על

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

138 שם.

139 שם, בעמ' 702.

140 שם.

141 שם.

142 שם, בעמ' 703.

143 שם, בעמ' 704–705.

144 שם, בעמ' 707.

רעיונות.¹⁴⁵ בית המשפט הבהיר כי יישומה של דוקטרינת המיזוג תלוי ברמת ההפשטה של הרעיון שבו מדובר.¹⁴⁶ בית המשפט הוסיף והבהיר כי כשמדובר ביצירות לקט עובדתיות יש לנקוט משנה זהירות בנוגע להחלת הדוקטרינה, שכן תמיד ניתן להגדיר את הרעיון שבבסיס יצירת הלקט כדרך הסידור והבחירה המסוימים של הנתונים ביצירת הלקט, ולפיכך תמיד ניתן לקבוע שתחול הדוקטרינה. לכן ככל שהרעיון שבבסיס יצירת הלקט יוגדר בדרך מופשטת יותר, כך יפחת הסיכוי שתחול דוקטרינת המיזוג.¹⁴⁷

כדי למנוע תוצאה זו הציע בית המשפט גישה חלופית בנוגע לדוקטרינת המיזוג. בית המשפט יצר הבחנה בין בחירת נתונים על בסיס טעם או עמדה אישית לבחירת מידע כחלק מתהליך שבו נקבעת תוצאה מדויקת.¹⁴⁸ בסוג הראשון של לקטי נתונים יש חשש קל שנימצא מגינים על רעיונות ואילו בסוג הלקטים האחרון יש חשש של ממש שנימצא מגינים על עובדות.¹⁴⁹ דוגמאות ללקטי נתונים מן הסוג המוגן הן כרטיסי פרמיום של שחקני בייסבול או בחירת משפחות משפיעות שתיכללנה במאגר נתונים חברתי. לעומת זאת, דוגמאות ללקטי נתונים מן הסוג האחרון והלא מוגן הן רשימת סימפוטמים שיכולה לסייע באבחון מחלה.¹⁵⁰ לדעת בית המשפט, כאשר מדובר במערכת או בשיטה המניבה תוצאה מדויקת (למשל, אבחון של מחלה), יש לעצב את רעיון יצירת הלקט ברמת הפשטה נמוכה מאוד.¹⁵¹ כך, רעיון של רופא שלפיו רשימת סימפוטמים מסוימת מביאה לקביעת אבחנה מסוימת יוגדר כרעיון של יצירת הלקט המסוימת. בנסיבות כאלה לא תהיה דרך אחרת לבטא את הסימפוטמים למחלה המסוימת, ולכן יהיה נכון להחיל את דוקטרינת המיזוג בנסיבות העניין ולשלול מיצירת הרופא את הגנת זכות היוצרים. עם זאת, כאשר הבחירה מבוססת על טעם אישי או עמדה אישית, בית המשפט המליץ לעצב את הרעיון של יצירת הלקט באופן כללי יותר, וכך ביטויים חלופיים יהיו אפשריים ודוקטרינת המיזוג לא תחול.¹⁵²

בהתבסס על הניתוח שלעיל קבע בית המשפט כי הנתונים הסטטיסטיים ביצירת הלקט של חברת Kregos מצויים על הספקטרום שבין טעם אישי לניתוח נבואי. לפיכך החליט בית המשפט שהמערכת שחברת Kregos יצרה היא דרך פחות ממושלמת למדידת ביצועי מגישים במשחקי בייסבול, ולכן היא אינה שיטה או תהליך לקביעת תחזיות בנוגע למשחקי בייסבול – אף שיש בשיטה יותר מדעה אישית.¹⁵³ על רקע ניתוח זה לא החיל בית המשפט את דוקטרינת המיזוג, והטופס הכולל נתוני מגישים נתפס כראוי להיות מוגן בזכות יוצרים כיצירה מקורית.¹⁵⁴

בחינה של ההחלטה בעניין Kregos מלמדת אף היא שמבחן כוונת היוצר היה יכול לסייע בהגעה לתוצאה מדויקת יותר. באותו עניין יוצריו של טופס המגיש תפסו את הטופס כמיועד לספק לצרכנים

145 שם, בעמ' 705.

146 שם, בעמ' 706.

147 שם.

148 שם, בעמ' 707.

149 שם.

150 שם.

151 שם.

152 שם.

153 שם.

154 שם.

מידע שיינתן להם כלים טובים יותר לצורך הימורים בנוגע לתוצאות משחקי בייסבול. אף שיוצרי הטופס לא פירטו את הפרוצדורה/ההליך/השיטה/הנוסחה המגולמים בטופס ולא נתנו לצרכנים פירוט מדויק בדבר המידע שבחרו לכלול בו, הם תפסו את המידע שבטופס כמספק תחזית של תוצאות אמת ולפיכך, למעשה, כמידע עובדתי. לכן היה מקום לתת משקל לכוונת יוצרי הטופס ולקבוע כי מדובר במידע עובדתי שאינו מוגן. חשוב להבהיר שזו צריכה להיות התוצאה גם אם יתברר בדיעבד שהנתונים בטופס אינם עומדים במבחן הביקורת ואינם נותנים כלים מדויקים לחיזוי תוצאות משחקים.

על ההבחנה שבבסיס הלכת *Kregos* והלכת *CCC Information Services* נמתחה ביקורת חריפה בפסק הדין בעניין *Continental Micro*.¹⁵⁵ פסק הדין עסק בשאלה אם כרטיסי הקודים של התובע, שכללו מידע בדבר העומק והנפח הנדרשים לחיתוך במכונה של מפתחות, מוגנים בזכויות יוצרים.¹⁵⁶ התובע טען שמידע זה הוא חוות דעת מקצועית בנוגע לשימושים המיטביים במכונות לחיתוך מפתחות מסוימים, ולכן מדובר במידע שאינו עובדתי אלא מוגן בזכויות יוצרים.¹⁵⁷

בדחותו את טענת התובע נשען בית המשפט על החלטות קודמות שקבעו אי-הגנה על מתכונים בספר בישול, והסביר שמתכונים מתארים פרוצדורה או תהליך שלפיו קוראים יכולים להכין מוצרי מזון, ולכן הם אינם מוגנים בזכויות יוצרים, שכן דיני זכויות יוצרים אינם מגינים על תהליכים.¹⁵⁸ בית המשפט קבע שכרטיסי הקודים, בדומה למתכונים, אינם מוגנים בזכויות יוצרים אף שיש בהם מקוריות ושיפוט מקצועי – אך לא מן הסוג שדיני זכויות יוצרים מגינים עליו.¹⁵⁹ לפיכך קבע בית המשפט מבחן שלפיו השאלה אם מדובר בעובדות או ברעיונות תלויה בהכרעה אם מדובר בתהליך או בשיטה או ברעיונות השקולים למתכון.¹⁶⁰ המבחן אינו כולל קריטריון השוקל אם העובדות כוללות טעם אישי או דעה. עם זאת, המבחן האמור רלוונטי וישים בעיקר בנסיבות שבהן מדובר ברעיונות או בעובדות הכוללים הוראות פונקציונליות.

אין במבחן זה תועלת רבה יותר מן התועלת שבמבחנים האחרים שעוצבו על ידי בתי המשפט בפסקי הדין בעניין *Kregos* ובעניין *CCC Information Services*, שכן בית המשפט ניסה לבחון אילו רכיבים ביצירות אינם מוגנים, וזאת בשונה מגישת בית המשפט בפסקי הדין האחרים שבהם הוא ניסה לבחון אילו רכיבים של היצירות מוגנים. מכל מקום, גם כאן מבחן כוונת היוצר היה יכול לסייע להגעה לתוצאה מדויקת יותר, שכן ניכר מדברי היוצר עצמו כי הוא מספק את התנאים המיטביים לחיתוך מפתחות. נראה כי הוא מתיימר לתת נתונים עובדתיים.

לעומת אלה, הדיון בפסק הדין של ערכאת הערעורים השנייה בעניין *New York Mercantile Exchange*,¹⁶¹ מאיר עיניים בנוגע לנושא דיונו. בית המשפט דן בשאלות דומות מאוד לאלה שנדונו בפסק הדין בעניין *CCC Information Service*. בורסת המסחר של ניו יורק היא רשת למסחר באופציות

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

156 שם, בעמ' 2–1.

157 שם, בעמ' 3.

158 שם, בעמ' 4.

159 שם.

160 שם.

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

ובחוזים עתידיים בשוק האנרגיה.¹⁶² בסופו של כל יום, בורסת ניו יורק מחשבת את "מחיר הפשרה".¹⁶³ מחיר זה הוא הערך הנקוב בסופו של כל יום מסחר הנוגע לחוזים עתידיים מסוימים של סחורות מסוימות.¹⁶⁴ בקביעת מחירי הפשרה של חוזים עתידיים אלה, בורסת המסחר של ניו יורק פיצלה את החוזים העתידיים לשתי קבוצות: חוזים בתקופת פעילות ענפה לעומת חוזים בתקופה דלת פעילות.¹⁶⁵ בחוזים בחודשי פעילות ענפה מחיר הפשרה נקבע על בסיס נוסחה. המידע הנוגע לחוזים בחודשי פעילות דלה היה מועט יותר ודרש ניתוחי מידע מעמיקים יותר ושימוש בשיקול הדעת המקצועי של בורסת ניו יורק.¹⁶⁶ התובעים פרסמו את המידע בדבר מחירי הפשרה של אותם חוזים עתידיים. הנתבעת הייתה מנויה על פרסומי בורסת ניו יורק והיא השתמשה באתרה במידע שפורסם בדבר מחירי הפשרה כפי שפורסמו באתר הבורסה, או בשינויים קלים על בסיס נוסחה שונה רק במקצת מזו של בורסת ניו יורק.¹⁶⁷ לקוחות הנתבעת השתמשו בשירותי 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 האיחוד או המיזוג שמדובר בערכים שאינם מוגנים בזכויות יוצרים.¹⁶⁸ בית המשפט דן בשאלת ההגנה על עובדות וקבע שיש מקום להבחין בין עובדות שנוצרו על ידי יוצר מסוים לבין אלה שרק נחשפו על ידי יוצר.¹⁶⁹ על בסיס זה קבע בית המשפט כי עליו לבחון אם בורסת ניו יורק יצרה את ההערכות בנוגע למחירי הפשרה או שמא היא רק גילתה או חשפה עובדות קיימות בנוגע למחירים אלה.¹⁷⁰ בית המשפט פסק כי בנסיבות פסק הדין מדובר בשאלה גבולית וכי נראה שבורסת ניו יורק אינה יוצרת את ההערכות של מחירי הפשרה אלא רק חושפת ומגלה אותם, ולכן אין מדובר ביצירות מוגנות בזכויות יוצרים.¹⁷¹ עם זאת, בית המשפט בחר להכריע במקרה זה שלא על בסיס עקרונות אלה. בית המשפט הניח שההערכות בנוגע לחוזים העתידיים הן יצירה מקורית לפי דיני זכויות יוצרים, אך החיל את דוקטרינת האיחוד/מיזוג כדי למנוע הגנת זכות יוצרים על ערכים אלה.¹⁷² בית המשפט הבהיר כי גם בנוגע לחודשים שבהם יש פעילות ענפה וגם בנוגע לחודשים שבהם הפעילות דלה יותר, בורסת ניו יורק התיימרה בסך הכול לחשב את ערך השוק הממשי של אותם חוזים עתידיים ולא רק את מה שצריך להיות, לפי הערכתה, שווים של אותם חוזים.¹⁷³ בית המשפט סבר שהרעיון של ההערכות (ערך השוק

162 שם, בעמ' 110.

163 שם.

164 שם, בעמ' 111.

165 שם.

166 שם.

167 שם.

168 שם, בעמ' 114–116.

169 שם, בעמ' 116–117.

170 שם.

171 שם.

172 שם.

173 שם, בעמ' 115.

ההוגן של חוזה עתידי) התמזג עם דרך הביטוי היחידה הקיימת של אותה ההערכה (המחיר), ולכן החיל את דוקטרינת המיזוג או האיחוד ושלל מההערכות של בורסת ניו יורק את הגנת זכות היוצרים.¹⁷⁴ עיון בחוות הדעת של השופט Hall מלמד על גישה אחרת. אף שהשופט הסכים לחוות דעתם של יתר חבריו, הוא הביע גישה שונה משלהם בנוגע לשאלת האופי העובדתי של מחירי פשרה.¹⁷⁵ הוא טען שדעת הרוב הגביהה את סטנדרט המקוריות והיצירותיות הנדרש. לדידו, אין מקום לקביעה שמחירי הפשרה הם יצירה מקורית, ומשלוש סיבות:¹⁷⁶ ראשית, מחירי הפשרה דומים להערכות של מחירי מכוניות הנקבעים על בסיס שילוב של כמה מקורות מידע ושיפוט מקצועי.¹⁷⁷ שנית, הוא טען שחוות דעת הרוב היא מעגלית כיוון שקבעה שמחירי הפשרה הם עובדות ולאחר מכן קבעה כי הם אינם מקוריים, אף שהרוב סבר שלא ברור אם ערכי חוזים עתידיים יכולים להיות מחושבים אי פעם בצורה מדויקת. שלישית, ישנן סיבות טובות להטיל ספק בקביעה שמחירי פשרה הם עובדות.¹⁷⁸

דעת הרוב, ואף דעתו של השופט Hall, שגתה בכל הנוגע לניתוח דרישת המקוריות ובנוגע לקביעה אילו עובדות אינן זכאיות להגנת זכות יוצרים. גישה בית המשפט שלפיה טבעה של היצירה צריך להיקבע על פי כמות המידע ששימש בקביעת מחירי הפשרה אינה משכנעת. מחירי פשרה דומים מאוד להערכות בדבר מחירי מכוניות. יוצר היצירה מציע מחירי פשרה מתוך רצון לקבוע ערך לחוזים ולאופציות עתידיות. הערכים, שנקבעים על בסיס מידע ונוסחאות, מיועדים לחזות במדויק את השווי של חוזים עתידיים אלו. בדומה לערכי מכוניות משומשות, שנדרשו בעניין *CCC Information Services*, הערכים שנדרשו בפסק דין זה צריכים להיחשב לעובדות, 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 שווי העתיד של חוזים ואופציות עתידיות. העובדה שהערכות אלו טרם אושרו כמדויקות במועד יצירתן אינה הופכת אותן לעובדות פחות באופיין על פי כוונת יוצרן של אלו. זאת ועוד, העובדה שגורמים שונים מספקים הערכות שונות בנוגע לערכם של מוצרים אף היא אינה משנה את אופיים העובדתי של הערכים השונים הללו. כל ההערכות צריכות להיחשב לעובדות לאור כוונת יוצרן.

גם בפסק הדין בעניין *New York Mercantile Exchange* בית המשפט היה יכול להשתמש במבחן הכוונה כדי לבחון את השאלה אם ההערכות של שווי החוזים העתידיים היו עובדות באופיין או שמא שיקפו הערכה שאינה עובדתית.

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 הוא בכך שהוא יכול להביא לסיווג מדויק יותר של יצירות, בהנחה שקיים מידע סובייקטיבי או אובייקטיבי המבהיר את כוונת יוצרן. סיווג מדויק חותר לממש את הרציונלים של חוק זכות יוצרים ולקדם את ההגנה על יצירות מקוריות שהחוק ביקש לקדם, ואילו יצירות מידע שהחוק בחר להחשיבן לנחלת הכלל, כמו עובדות או נתונים, ייוותרו נחלת הכלל. לפיכך אם קיימות

174 שם, בעמ' 118.

175 שם, בעמ' 119.

176 שם.

177 שם, בעמ' 120.

178 שם.

ראיות בדבר כוונתו הסובייקטיבית או האובייקטיבית של היוצר, יש מקום להידרש להן ולהיעזר בהן לצורך סיווגן של יצירות.

היישום שהוצע כאן, של מבחן כוונת היוצר בנסיבות דומות לאלה שהתבררו בעניין קימרון ובעניינים רבים נוספים, מלמד שיש במבחן כדי לסייע באפיון מדויק יותר של היצירות שנדונו בפסקי הדין הללו.

ה. 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 זכויות יוצרים, הדורשת מקוריות מבלי לציין חובה להתחקות אחר כוונת היוצר. שנית, ניתן לטעון כי בחינה של כוונת היוצר הסובייקטיבית או האובייקטיבית עשויה להקשות על בתי המשפט, שכן לא תמיד ראיות כאלה יהיו בנמצא ולא תמיד יהיה ניתן להכריע בדבר מצב הדברים לאמיתו בכל הנוגע לכוונת היוצר ביצירת יצירות מסוימות. שלישית, ניתן לטעון כי הירדשות לשאלה של כוונת היוצר עשויה לעודד מניפולציות מצד יצרני מידע שינסו לאפיין את מוצרי המידע שלהם באופן סובייקטיבי כמקוריים, ובכך לחמוק מהאפשרות שייקבע שיצירתם אינה מקורית, גם אם קיימת הבנה בקרב יוצרים בתחום ובקרב הציבור הרחב שמדובר ביצירה שאינה צריכה להיחשב למקורית על פי טבעה.

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

שנית, במרבית המקרים תימצאנה אינדיקציות לכוונת היוצר, בין הסובייקטיבית ובין האובייקטיבית, שכן רוב היצרנים של מוצרי המידע או היצירות חייבים לציין את ערכם הרב של מוצרי המידע ושל יצירותיהם כאשר הם מציעים אותם לצרכנים. כך, למשל, גורם המציע מחירון לרכבי "יד שנייה", יציג את המוצר שלו כמספק לצרכנים הערכות קרובות ביותר לערכים במציאות. יצרן מוצר מידע כאמור לא ירצה שמוצר המידע שלו ייתפס כפרי דמיון שאינו משקף את ערכו האמיתי של הנכס. לפיכך סביר שתתברר כוונת היוצר האותנטית במהלך שיווקם של מוצרים כאמור. הסבר זה מספק גם תשובה הולמת לטענה שהתחשבות בכוונת היוצר תעודד מניפולציות באפיון יצירות, שכן בשוק קיים תמריץ לדווח דיווח אמת בנוגע לטבען האמיתי. חשוב לציין כי במקרי חשש שמדובר במצגים סובייקטיביים מזויפים בדבר אופי היצירה, ניתן לפנות לבירור כוונת היוצר האובייקטיבית ולעקוף 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 שהעובדות שחשף מוגנות בזכויות יוצרים, שכן מדובר בעובדות – ואלה אינן מוגנות בזכויות יוצרים.

ו. סיכום

פסק הדין בערעור קימרון מרתק ומעורר שאלות חשובות בנוגע לדרישת המקוריות ולדיני זכויות יוצרים בכלל. השופט טירקל הגיע בו למסקנה כי המגילה המשוחזרת מקורית ומוגנת בזכויות יוצרים. המאמר הציג את מבחן כוונת היוצר ותיאר כיצד שימוש במבחן עזר כאמור 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 מביא בצורה פשוטה יותר לקביעות בנוגע לטבעה של יצירה. המאמר אף הציג את האתגרים המרכזיים למבחן הכוונה ומענה אפשרי עליהם.