

זכות היוצרים בפסיקת בית-המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר "עידן המידע"*

מאת

גיא פסח**

א. מבוא. ב. מטרת ותכליות זכות היוצרים בראי פסיקת בית-המשפט העליון.
ג. הערכת המגמות. ד. תכליות זכות היוצרים ומערכת היחסים שבין היוצר לבין
היום הכלכלי – מוציאים לאור, מפיקים וגורמים נוספים.

א. מבוא

כותרת הכנס "דיני זכויות יוצרים בעידן המידע" מסמלת פרשת דרכים אשר בשנים האחרונות משפטנים מרבים לעסוק בה – כיצד יש להתאים את דיני זכויות יוצרים להתפתחויות הטכנולוגיות והתקשורתיות אשר החברה עוברת. הסוגיות השונות אשר מתעוררות הן רבות ומגוונות: מה הן השלכות המעבר מ"עותקים פיזיים" של יצירות ליצירות שמגולמות בפורמט דיגיטלי; מה הן ההשפעות של השימוש ההולך וגובר במנגנוני הגנה חיצוניים לזכות היוצרים, במקרים מסוימים הרבה יותר גורפים, כמו חסמים טכנולוגיים למיניהם¹ ועוד שאלות רבות נוספות. מאפיין אחד של מציאות חדשה זו הוא שלפחות באופן חלקי הפתרונות המשפטיים אשר היא מצריכה אינם

* הכתוב מבוסס על הרצאה בנושא "זכות היוצרים בפסיקת בית-המשפט העליון – מגמות ושיקולים".
ההרצאה ניתנה במסגרת כנס בנושא "זכויות יוצרים בעידן המידע", אשר ערכה המכללה האקדמית
למשפטים לכבוד פרופ' יהושע ויסמן – חתן פרס ישראל בחקר המשפט.
** מדריך-דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 להרחבה בנושא ראו את הרצאתה של ד"ר נ' אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן
המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319.

יכולים להתמצות בהתאמה ובכיוול של הדין הקיים – בפרשנות יצירתית של בתי- המשפט. סוגיות מסוימות, כגון האחריות המשפטית של ספקי שירות אינטרנט, אכן מצריכות גיבוש כללים משפטיים חדשים ותיקונים לחקיקה הקיימת². בד בבד, לצד אותם תיקוני חקיקה מתבקשים, המשטר המשפטי אשר חל על "עידן המידע" ימשיך להתבסס על דין זכויות היוצרים הקיים, על החקיקה עצמה, ובמידה לא פחותה על הפרשנות אשר בתי-המשפט יצקו לאורך השנים אל תוך המנגנונים השונים של דיני זכויות יוצרים: דרישת המקוריות, ההבחנה בין ביטוי לבין רעיון, הגנת הטיפול ההוגן וכללים נוספים.

לפסיקה הקיימת חשיבות גם במישור נוסף, והוא – התשתית הרעיונית והערכית אשר בתי-המשפט הניחו לאורך השנים ביסוד דיני זכויות יוצרים. החברה אכן עוברת התפתחויות מרחיקות לכת בתחום התקשורת והטכנולוגיה. יחסי הכוחות בין הצדדים השונים – יוצר – מפיץ – משתמש – אכן משתנים. ואולם, המעטפת הערכית אשר חובקת את דיני זכויות יוצרים נותרה כפי שהייתה. הנחות המוצא לגבי תכליות זכות היוצרים ולגבי האינטרסים השונים אשר דין זכויות היוצרים מיועד להגשים לא השתנו. לפיכך, דומה, שהשאלה היא בעיקרה מה הן הדרכים המשפטיות להבטיח כי גם במציאות החדשה אשר נוצרה, ואשר ממשיכה להיווצר, יהיה ניתן להמשיך ולקדם את אותם אינטרסים וערכים. גם בהיבט הזה לפסיקה הקיימת – "מסורתית" – יש חשיבות, משום שהיא זו שלמעשה מאגדת את השיקולים והאינטרסים השונים אשר מונחים ביסוד זכות היוצרים.

במסגרת המשפט הישראלי טרם ניתנה פסיקה משמעותית אשר עוסקת במישרין בסוגיות שמתחום "עידן המידע". עם זאת בעשור האחרון ניתנו על-ידי בית-המשפט

2 דוגמה מובהקת לכך מצויה ב Digital Millenium Copyright Act (Act of Oct. 28, 1998, Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860). מדובר בתיקון משנת 1998 לחוק זכויות היוצרים הפדרלי האמריקני (The Copyright Act of 1976) (Act of Oct. 19, 1976, Pub. L. 94-553, 90 Stat. 2541; 17 U.S.C. § 101), אשר מבקש להתאים את חוק זכויות היוצרים האמריקני לשינויים אשר חלו בשנים האחרונות בתחום התקשורת וטכנולוגיית המידע. במסגרת תיקון חקיקה זה הוסף לחוק זכויות היוצרים הפדרלי, בין היתר, סעיף 512 אשר קובע הסדר מפורט לגבי האחריות המשפטית של ספקי שירות אינטרנט – מה שמכונה במסגרת החוק: "Liability for Online Copyright Infringement". לסקירה מקיפה של התיקון ראו M.B. Nimmer & D. Nimmer *Nimmer on Copyright* (Matthew Bender & Co., Inc. Rel.54-4/01 Pub.465, 2001) Chapter 12B. בישראל טרם נחקקו דברי חקיקה אשר עוסקים במישרין בהתאמת דין זכויות היוצרים ל"עידן המידע". עם זאת בתחומי משפט אחרים הוחל בהתאמה של החקיקה להתפתחויות התקשורתיות והטכנולוגיות של השנים האחרונות. ראו חוק חתימה אלקטרונית, תשס"א 2001.-

העליון כמה פסקי-דין חשובים ועקרוניים בתחום זכויות היוצרים: פרשת *Interlego*³, פרשת קמרון⁴, פרשת דודו גבע⁵ ופרשת מפעל הפיס⁶. במסגרת הרצאה זו נבקש לעמוד על חלק קטן מהמגמות של בית-המשפט העליון בתחום⁷ וברוח נושא הכנס ("עידן המידע") לבחון קצת מההשלכות האפשריות של הפסיקה הקיימת על העתיד לבוא. הדיון יתמקד אך ורק בהיבטים הכלכליים של זכות היוצרים והוא לא יעסוק בזכות האישית-מוסרית של היוצר על מאפייניה הייחודיים⁸.

ב. מטרות ותכליות זכות היוצרים בראי פסיקת בית-המשפט העליון

הסוגיה אשר ממנה ראוי להתחיל היא האופן שבו בית-המשפט העליון מגדיר ומנתח את המטרות ואת התכליות של זכות היוצרים. פסק-הדין המרכזי בנושא הוא פסק-הדין בפרשת *Interlego*⁹. לגופו של המקרה, פסק-הדין עסק בתנאים הנדרשים לצורך הכרה בזכות יוצרים לגבי מוצרים שימושיים ("פונקציונאליים"). באותו המקרה, אבני משחק מסוג לגו. ואולם, מעבר לכך, בפסק-דין מקיף ניתח הנשיא שמגר בהרחבה את מטרותיה

- 3 ע"א 513/89 *Interlego A/S* נ' *Exin-Lines Bros. S.A* ואח', פ"ד מח(4) 133 (להלן – פרשת *Interlego*).
- 4 ע"א 2790/93 *Eisenman* נ' קמרון, פ"ד נד(3) 817.
- 5 רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (להלן – פרשת דודו גבע).
- 6 ע"א 8393/96 מפעל הפיס בע"מ ואח' נ' *The Roy Export Establishment Company* ואח', פ"ד נד(1) 577.
- 7 ליתר דיוק, ההרצאה מתמקדת באופן אשר בו בית-המשפט העליון מנתח ומגדיר את מטרותיה ואת תכליותיה של זכות היוצרים. מעבר לכך, בפסקי-הדין אשר מוזכרים בגוף הטקסט נקבעו הלכות חשובות ועקרוניות ביחס לכמה מבין הכללים והמנגנונים המרכזיים של דיני זכויות יוצרים: דרישת המקוריות (פרשת *Interlego* ופרשת קמרון); מהותה של הפרת זכות יוצרים (פרשת דודו גבע ופרשת מפעל הפיס) והגנת הטיפול ההוגן (פרשת דודו גבע ופרשת מפעל הפיס). פסיקת בית-המשפט בסוגיות מרכזיות אלו לא נדונה במסגרת ההרצאה.
- 8 להכרה בזכותו האישית-מוסרית של היוצר במסגרת דין זכויות היוצרים המצוי בישראל ראו את סעיף 4 לפקודת זכות יוצרים וכן את סעיף 4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984. ראו גם י' ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכות יוצרים" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 51; י' ויסמן "מעניין לעניין בזכויות יוצרים" הפרקליט מה (תשס"א) 229, עמ' 232-242.
- 9 (לעיל, הערה 3).

ואת תכליתה של זכות היוצרים ואף הציג עמדות מגובשות בנושא¹⁰. בהכללה, ניתן לאתר בפסק-דינו של הנשיא שמגר שתי מגמות מרכזיות:

המגמה הראשונה היא להעמיד את דיני זכויות יוצרים על יסוד מה שניתן לכנות "בסיס תועלתי". תכלית דיני זכויות יוצרים, כך גורס הנשיא שמגר, היא תכלית כלל-חברתית: להעניק תמריץ כלכלי להפקת מגוון רחב של יצירות מקוריות¹¹. על-פי התפיסה הזו, זכות היוצרים, ולמעשה גם היוצר עצמו, הם בבחינת כלי-מכשיר-אמצעי להגדלת רווחת הציבור בתחום הביטוי והיצירה¹². לפיכך אמת המידה המרכזית לקביעת היקף הגנת זכות היוצרים אינה מצויה באינטרסים הפרטיים של היוצר, אלא, להבדיל, בשאלה היכן ממוקמת נקודת שיווי המשקל בין התמריץ, אשר זכות היוצרים מעניקה, לבין המחיר אשר כרוך בה – המגבלה שהיא מטילה על הציבור הרחב ועל יוצרים נוספים¹³. לצד אימוץ הגישה התועלתית דחה בית-המשפט, מפורשות, את העמדה שלפיה תכלית זכות היוצרים היא גם לגמול ליוצר עצמו עבור המשאבים והמאמץ אשר הושקעו על-ידיו¹⁴. בנקודה הזו ניתן לומר כי בפרשת *Interlego* נקטה גישה שונה, אם

10 לתוכן פסק-דינו של הנשיא שמגר הצטרפו שני השופטים האחרים – השופט דב לוין והשופטת דליה דורנר (ראו בעמ' 193 לפסק-הדין).

11 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בעמ' 154, 160-167 לפסק-הדין.

12 ביטויים מובהקים של עמדה זו מצויים בשיטת המשפט האמריקני. כך, לדוגמה, בית-המשפט העליון בארצות-הברית ציין, כי: "The primary objective of copyright is not to reward the labors of authors, but to promote the Progress of Science and useful Arts... To this end copyright assures authors the right to their original expression" *Feist Pubs. Inc v. Rural* *Tele.Serv. Co* 499 U.S. (1991) 340, at pp. 349-350. וראו גם את דברי ועדת הקונגרס האמריקני בנושא חקיקת חוק זכויות יוצרים משנת 1909, על-פיהם: "The enactment of copyright legislation by congress under the terms of the Constitution is not based on any natural right that the author has in his writings... but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted... Not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public, such rights are given" H. Report No. 2222, 60th Cong., 2d Sess, as Quoted in L.E. Seltzer *Exemptions and Fair Use in Copyright* (Harvard University .Press, 1978) 10

13 ראו בעמ' 154, 157, 163-166 לפסק-הדין.

14 ראו בעמ' 164-167 לפסק-הדין. לעניין זה ראו גם מ' דויטש קניין (כרך א, תשנ"ז), עמ' 78-79. דיונו של בית-המשפט בנושא זה התמקד אמנם בשאלת פרשנותה של דרישת המקוריות אשר מהווה תנאי להכרה בזכות יוצרים (ראו בעמודים 167-173 לפסק-הדין), ואולם, קביעותיו השונות של בית-המשפט ביחס לצידוקים ולאינטרסים המונחים בבסיס זכות היוצרים היו קביעות כלליות, אשר מהן גזר בית-המשפט את עמדתו הפרטנית ביחס למהותה של דרישת המקוריות.

לא לומר הפוכה, מזו שננקטה בפרשת דודו גבע¹⁵ – פסק-דין מוקדם יותר של בית- המשפט העליון אשר הדגיש את זכות היוצר לגמול הולם עבור המאמץ והמשאבים שהושקעו על-ידיו ואף ראה בזכות זו חלק מזכות היסוד לקניין לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶.

המגמה השנייה של בית-המשפט, אשר למעשה כרוכה ושזורה במגמה הראשונה, מתאפיינת בנטייה להכיר בציבור המשתמשים, יוצרים נוספים, ובעקיפין החברה בכללותה, כמוטבים ישירים של זכות היוצרים – כ"שותפים שווי מעמד" בעיצוב היקף זכות היוצרים ותוכנה¹⁷. גם בהקשר זה דומה כי יש בפסק-הדין בפרשת *Interlego* חידוש מסוים ביחס לפסיקה אשר קדמה לו. פסק-דין מוקדמים לפרשת *Interlego* לא התעמקו בבסיס העיוני של זכות היוצרים. עם זאת מהמעט אשר בכל זאת צוין באותם פסקי-דין, ולפחות מרוח פסקי-הדין, יהיה זה נכון לומר כי בתי-המשפט התמקדו בעיקר בזכויות הקנייניות-רכושיות של היוצר¹⁸. פחות דגש הושם על הצרכים של יוצרים

15 **לעיל**, הערה 5.

16 ראו בעמ' 266 (בפרט מול האותיות ד-ז) – 267 (בפרט מול האותיות ב-ה). מעבר לפסק-הדין בפרשת **דודו גבע**, שורה של פסקי-דין נוספים, אשר קדמו לפסק-הדין בפרשת *Interlego*, הדגישו אף הם את האינטרסים הפרטיים של היוצר כצידוק מרכזי להכרה בזכות יוצרים. ראו ע"א 23/81 **הרשקו ואח' נ' אורבוך ואח'**, פ"ד מב(3) 749, עמ' 756 מול האות ד, 757 מול האותיות ו-ז; ע"א 360/83 **סטרוסקי בע"מ ואח' נ' גלידת ויטמן בע"מ ואח'**, פ"ד מ(3) 340, עמ' 346 מול האות ה; ע"א 15/81 **גולדנברג ואח' נ' בנט ואח'**, פ"ד לו(2) 813, עמ' 822 מול האותיות ד-ה; ע"א 559/69 **דן אלמגור נ' גיורא גודיק ואח'**, פ"ד כד(1) 825, עמ' 829 מול האות ו; ע"א 448/60 **מ. לב ואח' נ' המשביר המרכזי בע"מ ואח'**, פ"ד טז 2688, עמ' 2697 מול האותיות ב-ו; ע"א 139/89 **הרפו ואח' נ' אחיטוב ואח'**, פ"ד מד(4) 16, עמ' 21 מול האות ז; ה"פ (ת"א) 931/92 *Tele-Event Limited* **נ' ערוצי זהב ושות' ואח'**, פ"מ תשנ"ד(ב) 328, 337 מול האות ז; ת"א (תל-אביב) 24478/87 **עוזי קרן נ' יפתח שביט**, פ"מ תשנ"א(א) 139, עמ' 149 מול האות ז, 153 מול האותיות ב-ג; ת"א (ת"א) 1457/89 **בוקשפן נ' נוב ואח'**, פ"מ תשנ"ג(2) 353, עמ' 359 מול האותיות ו-ז; ע"א (ת"א) 779/77 **אקו"ם בע"מ נ' חברת אהרון ברמן, ארגמן בע"מ, פ"מ תש"ם** (א) 441, עמ' 457 מול האותיות ה-ו. ראו בעמ' 154 מול האותיות א-ג, 157 מול האותיות ד-ה, 160-162, 163, 164 מול האותיות ו-ז, 165-167. בהקשר זה פסק-דינו של הנשיא שמגר התמקד במטרות להלן של דיני זכויות יוצרים: העשרתו וגיוונו של עולם היצירות והביטויים מתוך נגישות מרבית של הציבור הרחב למאגר היצירות הקיים; האינטרס הציבורי בפיתוח יצירות מקוריות נוספות על בסיס מאגר היצירות הקיים והצורך להבטיח כי ליוצרים עתידיים יתאפשר מרחב תמרון יצירתי במסגרת מעשי הביטוי והיצירה המקוריים שלהם, לרבות אגב שימוש בחומרים קיימים ובפרט "אבני בניין" בסיסיות של עולם היצירה.

18 לעניין זה, באופן כללי, ראו את המקורות השונים אשר מאזכרים **לעיל**, בהערה 16. מעבר לכך, כדוגמאות מייצגות ראוי להביא את הציטוטים האלה: "זכות היוצרים היא בעיקרה זכות למנוע

אחרים ועל האינטרס הציבורי בפיתוח יצירות מקוריות נוספות על בסיס מאגר היצירות הקיים כחלק מתכליות זכות היוצרים עצמה. שיקולים אלה הובאו בחשבון בעיקר כאשר היה ניתן למצוא סעיף חוק מפורש אשר קבע סייג או חריג לזכות היוצרים ולהחילו. וגם אז אותם שיקולים נתפסו יותר כשיקולים חיצוניים לזכות היוצרים – כאלה אשר מעומתים כנגדה¹⁹.

מאדם אחר לקחת את פרי עמלו של היוצר" ע"א 559/69 (לעיל, הערה 16), בעמ' 829 מול האות ו. דברים אלה צוטטו בהסכמה בע"א 23/81 (לעיל, הערה 16), בעמ' 756 מול האות ד ובע"א 15/81 (לעיל, הערה 16), בעמ' 822 מול האותיות ד-ה; "חוקי זכות היוצרים למיניהם נועדו להגן על מי שיצר יצירה מקורית מפני מעתיקים מתחרים. באנגליה הכיר המשפט המקובל כבר מתחילת המאה החמש-עשרה, כי יש להעניק זכות בלעדית, לתקופה מוגדרת, ליוצר המקורי לשעתק ולמכור העתקים מיצירותיו, היא זכות היוצרים, שאם יורשו אחרים לעשות כן, יגזלו את פרי כשרונותיו ומאמציו" ע"א 360/83 (לעיל, הערה 16), בעמ' 353 מול האות ו; "היוצא מזה, כי הזכות המוקנית לבעל היצירה – הזכות הבלעדית להעתיקה מחדש – היא זכות בעד הכושר והעבודה המקורית שהשיקע בהמחשת הרעיון, בו השתמש" ע"א 448/60 (לעיל, הערה 16), בעמ' 2697 מול האותיות ה-ו. דומה, כי הציטוט המייצג יותר מכול את האופן הרכושי-קנייני אשר בו בתי-המשפט תפסו את זכות היוצרים קודם לפסק-הדין בפרשת *Interlego*, מצוי בדבריה של שופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, השופטת בן-עתו: "נטייתי היא לסייע ככל האפשר ליוצרים למיניהם להתגונן מפני גזל של זכויותיהם בשדה שהוא כה פרוץ ושכה קשה לפקח עליו. התרשמתי מן הדברים המובאים בהקדמה למהדורה 111 בספרם של Copinger & Skone James בעמ' 4: "Nothing can with greater propriety be called a man's property than the fruit of his brains. The property in an article or substance accruing to him by reason of his own mechanical labour is never denied him: The labour of his mind is no less arduous and consequently no less worthy of the protection of the law". אני מציעה לפרש פירוש נדיב כל חוק הבא לסייע ליוצרים לשמור על זכויותיהם כנגד מי שמבקש להשתמש מתשלום, למרות שיצירת האמן מסייעת לא מעט בעשיית רווחיו" ע"א (ת"א) 779/77 (לעיל, הערה 16), עמ' 457 מול האותיות ה-ו. דברים אלה צוטטו בהסכמה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת **דודו גבע** (לעיל, הערה 5), בעמ' 267 לפסק-הדין מול האותיות ב-ד. ולציטוט בעל אופי דומה ראו גם ה"פ (ת"א) 931/92 (לעיל, הערה 16), בעמ' 337 מול האות ז.

19 דוגמה לכך מצויה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת **דודו גבע**, שבו נקבע שמעמדם של שיקולי מדיניות ציבורית, כי תשמרנה אפשרויות גישה ושימוש ביצירות קיימות, מתמצה, וראוי שיתמצה, אך ורק בדלת אמות החריגים המפורשים שנקבעו בחוק ביחס לזכות היוצרים, כגון הגנת הטיפול ההוגן (לעיל, הערה 5, בעמ' 269 מול האותיות ב-ג). בהקשר זה מן הראוי לציין כי במסגרת הדין המצוי בישראל הגנת הטיפול ההוגן שבסעיף (I)(1)2 לחוק זכות-יוצרים, 1911, מוגבלת לרשימה סגורה ומצומצמת של מטרות אשר קבועות בסעיף ("לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית"). מעבר לכך, פסק-הדין בפרשת **דודו גבע** אמנם הכיר במתח אשר בין זכות היוצרים לבין עקרון חופש הביטוי, ואף עמד על הצורך ליישב את המתח הזה, ואולם, בהתייחסו

מפסק-דינו של הנשיא שמגר בפרשת *Interlego* מסתמן כיוון חדש ביחס למעמד האינטרסים של ציבור המשתמשים וביחס לצורכי החברה. מפסק-הדין משתמע כי האינטרסים הללו אינם אינטרסים חיצוניים לזכות היוצרים, אלא, להבדיל, אינטרסים אשר מהווים חלק מתכליות זכות היוצרים עצמה. "דיני זכויות יוצרים", כך קובע הנשיא שמגר, "מהווים איזון בין צרכים חברתיים מתחרים"²⁰. לפיכך, כאשר קובעים את היקפה ואת תוכנה של זכות היוצרים, המחיר החברתי אשר כרוך בה – המגבלה שהיא מטילה על מרחב התמרון של יוצרים עתידיים, הם שיקולים רלוונטיים במידה שאינה פחותה מדרגת התמריץ הכלכלי שזכות היוצרים מעניקה²¹.

ג. הערכת המגמות

אלה הן שתי המגמות המרכזיות, אשר מסתמנות מפרשת *Interlego*, בכל הנוגע למטרותיה ולתכליותיה של זכות היוצרים. כאשר מנסים להעריך את המגמות האמורות דומה כי בעוד שהמגמה השנייה של בית-המשפט היא מגמה חשובה וראויה, הרי שהמגמה הראשונה – זו ששוללת את הקשר ואת הזיקה בין זכות היוצרים לבין האינטרסים החומריים הפרטיים של היוצר, היא מגמה גורפת יתר על המידה. ונפרט:

חשיבותה של **המגמה השנייה** מתמקדת בכך שהיא משקפת באופן נכון וראוי נדבך מרכזי מהשיקולים והאינטרסים אשר זכות היוצרים נוגעת בהם. למרות שמם דיני זכויות היוצרים אכן אינם אך ורק "דיני היוצרים", אלא הם באותה המידה גם "דיני המשתמשים"²² – דינים בעלי תכלית כלל-חברתית אשר עוסקים באפשרויות הגישה והשימוש ביצירות של הציבור ושל יוצרים נוספים. ובהיבט הפרטני של הכנס נושא

לנושא זה התמקד בית-המשפט בעיקר בעימות שבין זכותו החומרית-רכושית של היוצר לבין חופש הביטוי כאינטרס חיצוני אשר מעומת כנגד ואל מול זכות היוצרים (ראו בעמ' 266-268 לפסק-הדין). לעניינים אלה ראו גם ע"א 23/81 הרשקו ואח' נ' אורבוך ואח', פ"ד מב(3) 749, עמ' 791 מול האותיות ה-1; ת"א (ת"א) 2221/91, המ' 5205/91 *The Walt Disney Co.* נ' גבע, פ"מ תשנ"ג (א) 3, עמ' 10 מול האותיות ה-ד.

20 ראו בעמ' 165 לפסק-הדין מול אות א.

21 ראו לעניין זה בעמ' 163 ו-165 לפסק-הדין וכן את יתר ההפניות לפסק-הדין אשר בהערת שוליים 17 לעיל.

22 לסקירה ולניתוח של מעמד זכויות המשתמשים במסגרת דיני זכויות יוצרים ראו את ספרם של L. Patterson & S. Lindberg *The Nature of Copyright – A Law of User's Rights* (The University of Georgia Press, 1991).

דברים אלה – "זכויות יוצרים בעידן המידע" – מגמה זו עשויה לקבל משנה חשיבות, משום שבהקשרים לא מעטים, לצד קלות ההעסקה בעידן הדיגיטלי²³ המעבר ממצייאות של "עותקים פיזיים" של יצירות ליצירות שמגולמות במדיה ובמתכונת דיגיטלית כרוך גם בפחות הזכויות והכוחות אשר נתונים לציבור המשתמשים²⁴. לפיכך מזווית הראיה האמורה לעיל של פסק-הדין בפרשת Interlego, לפחות על פני הדברים, מדובר בהתפתחות אשר מצריכה התמודדות ומתן מענה.

דוגמה אחת לכך מצויה במשמעות החדשה אשר עוטה זכותו הבלעדית של בעל זכות היוצרים להכין עותקים מהיצירה המוגנת²⁵. התכלית המסורתית של הזכות להכין עותקים מהיצירה המוגנת²⁶ הייתה לאפשר לבעל זכות היוצרים להפיק רווח כספי ממכירת עותקים של היצירה. אולם מרגע שאדם החזיק בידיו כדין עותק "פיזי" חוקי של יצירה, בדרך כלל לבעל זכות היוצרים לא הייתה שליטה על דרכי השימוש והניצול של אותו העותק עצמו²⁷. כך, לדוגמה, מרבית השימושים בעותק חוקי של ספר אינם טעונים קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים ביצירה הספרותית אשר מגולמת בספר: אדם יכול לקרוא ספר מספר בלתי מוגבל של פעמים; להעביר את הספר ממקום מגוריו למקום עבודתו וחזור חלילה; להשאיל את הספר לחברים ואפילו למכור אותו הלאה לצד שלישי²⁸. זה למעשה היה האיזון המסורתי בין זכויות היוצר לבין זכויות המשתמשים

23 ראו למשל: P. Samuelson "Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property" 16 *Rutgers Computers & Technology Law Journal* (1990) 323, at pp. 324-328. ראו גם נ' אלקין-קורן "זכויות יוצרים בעידן המידע – יעדים ותיקים בעידן החדש" **שערי משפט** א (תשנ"ח) 155, עמ' 159.

24 ראו: J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (1994), at p. 29; N. Elkin-Koren "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace" 14 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (1996) 215, at pp. 269-274.

25 לפירוט דוגמאות נוספות ביחס לפיחות הכוחות והזכויות אשר נתונים לציבור המשתמשים ב"עידן המידע" ראו גם את האמור בהרצאתה של ד"ר אלקין-קורן (לעיל, הערה 1).

26 במסגרת הדין המצוי בישראל הזכות להכין עותקים מהיצירה המוגנת מעוגנת בסעיף 1(2) לחוק זכות-יוצרים, 1911.

27 לכלל הרחב הזה יש אמנם חריגים. כך, לדוגמה, במסגרת הדין הישראלי, סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים אוסר על השאלה, או השכרה, לצורכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה מוגנת ללא קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים. ואילו סעיף 113 לפקודה קובע כלל דומה לגבי השכרה לצורכי מסחר של תוכנת מחשב.

28 חלופה אחרונה זו מתייחסת לכלל המוכר כ"דוקטרינת המכירה הראשונה" – ה- First Sale Doctrine, שעל-פיה, לאחר שבעל זכות היוצרים הפיץ או הרשה את הפצתו של עותק חוקי מיצירתו, הופך עותק זה לנכס סחיר שניתן למוכרו ולהעבירו מיד ליד. ראו ט' גרינמן **זכויות יוצרים**,

בעותקים חוקיים של היצירה המוגנת²⁹. בכל הנוגע ליצירות אשר מגולמות במדיה ובמתכונת דיגיטלית, מצב הדברים שונה. לגבי יצירות מסוג זה, כמעט כל שימוש ביצירה כרוך בביצוע מה שטכנית מהווה "הכנת עותק מהיצירה", ובהמשך לכך, אף מצריך קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים³⁰. והדברים מתייחסים גם לאותם שימושים אשר מסורתית נגעו לעשיית שימוש מותר בעותק "פיזי" חוקי של יצירה מוגנת. כך, לדוגמה, שליחת קובצי מאמרים אשר נשלפו ממאגר מידע ממוחשב באמצעות דואר אלקטרוני מהמחשב שבמשרד אל המחשב שבבית או אל חבר ללימודים; סידור מחדש של ספריית הקבצים אשר כוללת את אותם המאמרים או העברה של אותה ספריית קבצים למחשב אישי חדש. לכאורה, פעולות אלה ורבות נוספות טעונות קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים, שכן אלה הן פעולות אשר כרוכות בהכנת עותק מהיצירה המוגנת. נוכח מצב דברים זה, אחת המשמעויות של המעבר מעותקים פיזיים של יצירות לעותקים דיגיטליים היא גידול בכוח השליטה של בעלי זכויות היוצרים, ולצדו, פחות בזכויות המשתמשים³¹. על רקע זה נשאלת השאלה מהו התוכן המחודש אשר יש ליצוק אל תוך "הזכות להכין עותקים מהיצירה המוגנת". כיצד, לצד הצורך לתת מענה לקלות ההעתקה בעידן הדיגיטלי, ממשיכים להבטיח כי הזכויות והכוחות של ציבור המשתמשים לא ירוקנו מתוכן. שיטות משפט שונות, כגון שיטת המשפט האמריקנית, הדין האנגלי ומשפט הקהילייה האירופית, כבר החלו להתמודד עם הסוגיה³². במוקדם

אמנים ומפיקים – זכויות, חובות והסכמים (תשנ"ח), עמ' 69. לסקירה כללית של הדוקטרינה ולעיגונה במסגרת חוק זכויות היוצרים הפדרלי האמריקני ראו: S.W. Halpern, C.A. Nard & K.L. Port *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, and Trademark* (Kluwer Law International, The Hague, London, Boston), at pp. 79-83.
 29 לעניין זה ראו Litman (לעיל, הערה 24), בעמ' 35 ו-43; Elkin-Koren (לעיל, הערה 24), בעמ' 271, וכן: R.S. Brown "Eligibility for Copyright Protection: A Search for Principled Standards" 70 *Minn. L. Rev* (1985) 579, at pp. 588-589.
 30 פסק-הדין המרכזי בסוגיה בדין האמריקני הוא פסק-הדין בפרשת *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.* 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993). לסקירת פסק-הדין, פסקי-דין מאוחרים לו ולניתוח הסוגיה ראו: M.B. Nimmer & D. Nimmer *Nimmer on Copyright* (Matthew Bender & Co., Inc. Rel.54-4/01 Pub.465, 2001) §8.08 at p. 118-115; G.M. Hoffmann "Note: Arguments for the need for Statutory Solutions to the Copyright Problem Presented by RAM Copies Made During Wed Browsing" 9 *Texas Intellectual Property Law Journal* (2000) 97.

31 ראו את המקורות אשר מאזכרים לעיל, בהערה 24.

32 בארצות-הברית דומה כי יהיה זה נכון לתאר את ההתמודדות עם הסוגיה כחלקית וכלא ממצה. עמדת הממשל האמריקני, כפי שהיא הובעה בדין וחשבון בנושא הרפורמות בדיני זכויות יוצרים

אשר מתחייבות עקב ההתפתחויות התקשורתיות והטכנולוגיות של "עידן המידע", הייתה העמדה הזו: כל פעולה אשר כרוכה טכנית, ולו גם זמנית, במיקום מתכונת דיגיטלית של יצירה כחלק מזיכרון של מחשב, מהווה "הכנת עותק מהיצירה", ובהמשך לכך, היא גם מצריכה קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים. ראו לעניין זה: Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group (Sept, 1995) 25-26. כעולה מן האמור בגוף הטקסט, לבריה, פרשנות מרחיבה זו הינה בעייתית, בעיקר משום שהיא כרוכה בגידול ניכר בכוח השליטה של בעלי זכויות היוצרים, ולצדו, פחות משמעותי בזכויות המשתמשים, לרבות ביחס לאותם שימושים אשר מסורתית נגעו לעשיית שימוש מותר בעותק "פיזי" חוקי של יצירה מוגנת. מעבר לכך, ההתייחסות הפרטנית היחידה אשר קיימת בדיון האמריקני ביחס לנושא זה מצויה בסעיף 117 לחוק זכויות היוצרים הפדרלי (לעיל, הערה 2). סעיף 117 מתיר לבעלים החוקי של עותק מתוכנת מחשב להכין עותק נוסף של התוכנה כאשר פעולה כאמור מהווה תנאי הכרחי לשם הפעלת התוכנה או לשם תחזוק החומרה אשר עליה מופעלת התוכנה. ואולם, סעיף זה חל אך ורק כאשר מדובר בעותק של תוכנת מחשב. הסעיף אינו חל כלל ואינו ישים לגבי כל מקרה אחר של יצירה, זולת תוכנת מחשב אשר מגולמת במתכונת דיגיטלית (הנושא הנדון בגוף הטקסט). מעבר לכך, גם לגבי היקף תחולתו המצומצם פסיקת בתי-המשפט בארצות-הברית נטתה לפרש באופן צר את סעיף 117. ראו לעניין זה: R.P. Merges, P.S. Menell & M.A. Lamely *Intellectual Property in the New Technological Age* (Second Edition, Apenn Publishers, Inc, New York, 2000), at pp. 969-975. במסגרת **הדין האנגלי**, סעיף 56 לחוק זכויות היוצרים האנגלי משנת 1988 (Copyright, Designs and Patents Act, 1988), אשר כותרת המשנה שלו היא "Transfers of copies of works in electronic form", מאפשר, בתנאים המפורטים בו ובכפוף להיעדר התניה חוזית סותרת, להכין עותק של יצירה המגולמת בפורמט אלקטרוני, כאשר הדבר מותר, בין במפורש ובין במשתמע, על-פי מהותה ותנאיה של העסקה למכירת העותק המקורי של היצירה. זכות זו נתונה לכל מי שקיבל לידיו כדיון את העותק החוקי של היצירה המוגנת, ובלבד שעותקים אחרים אשר נותרו בידיו של הרוכש המקורי (או מי שבא בנעליו) ייחשבו כעותקים מפרים. לעניין סעיף זה ראו: W.A. Copinger & J. Skone *Copinger and Skone on the Law of Copyright* (14th ed., London: Sweet & Maxwell, 1999), at pp. 544-545. ואילו **במשפט הקהילי האירופית**, במסגרת הדירקטיבה בנושא זכויות יוצרים בעידן המידע, סעיף 5(1) לדירקטיבה מכיר בחריג לזכות להכין עותקים מהיצירה המוגנת (ה-reproduction right) המאפשר הכנת עותקים זמניים של יצירה במסגרת מערכות תקשורת ו/או מערכות טכנולוגיות אחרות, וזאת, כאשר הכנת העותקים הזמניים נדרשת כדי להוציא לפועל שימוש מותר ביצירה מוגנת. ראו: Parliament and Council Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society available at: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/news/com29en.pdf.

או במאחר גם שיטת המשפט הישראלית צפויה להידרש לנושא. ובהקשר זה, אותה מגמה כללית אשר מסתמנת מפרשת *Interlego* היא מגמה חשובה, משום שהיא מבהירה ומדגישה את המעמד ואת המשקל הראויים של זכויות המשתמשים. מעבר לכך, בטווח הארוך המגמה להכיר בציבור המשתמשים, יוצרים נוספים, ובעקיפין החברה בכללותה, כמוטבים ישירים של זכות היוצרים טומנת בחובה גם **השלכות חוקתיות** בכל הקשור למעמדה של זכות היוצרים כחלק מזכות היסוד לקניין לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאמור, בפסק-דין מוקדם יותר של בית-המשפט העליון – פרשת דודו גבע³³, נקבע, כי על-פי מהותה, זכות היוצרים היא חלק מזכות היסוד לקניין. אחת המשמעויות של הקביעה הזו היא שבניגוד לתובנה של פסק-הדין בפרשת *Interlego*³⁴, ביסוד זכות היוצרים מונחים גם האינטרסים החומריים הפרטיים של בעל זכות היוצרים. כמפורט להלן, בהקשר הזה, ישנם נימוקים משכנעים אשר תומכים בגישת בית-המשפט בפרשת **דודו גבע**. דהיינו, נכון וראוי כי גם האינטרסים החומריים הפרטיים של היוצר יסווגו כאינטרסים אשר מוגנים על-ידי זכות היוצרים, ובמסגרת זו, גם כאינטרסים אשר מוגנים על-ידי זכות היסוד לקניין. אולם בד בבד, מה שכאמור משתמע מפרשת *Interlego* הוא שבמקביל זכות היוצרים מגלמת בתוכה גם אינטרסים נוספים – של יוצרים עתידיים, של ציבור המשתמשים, ולמעשה גם של החברה בכללותה. תפיסה כוללת זו לגבי הרכב השיקולים והאינטרסים אשר מונחים ביסוד זכות היוצרים צפויה להשליך, במישורין, על האופן שבו בית-המשפט ניגש לפרש חקיקה בתחום זכויות היוצרים. מעבר לכך, כיום, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תפיסה זו צפויה להשליך גם על האופן שבו בית-המשפט ניגש לבחון את החוקתיות של חקיקה חדשה בתחום זכויות היוצרים נוכח טענות בדבר פגיעה לא מותרת באינטרסים החומריים של בעל זכויות היוצרים – בזכות היסוד שלו לקניין לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנסיבות מהסוג האמור, בית-המשפט יידרש לשים לנגד עיניו את העובדה כי בהקשר של זכות היוצרים, זכות הקניין עצמה היא בבחינת משרתם של שני אדונים. פניה הם פני יאנוס והם מופנים לא רק אל עבר בעלי זכויות היוצרים, אלא גם אל עבר יוצרים נוספים, ציבור המשתמשים והחברה בכללותה. לשון אחרת, גם במישור החוקתי לזכות היוצרים יש אופי מורכב ורב פנים, מה שעשוי

33 (לעיל, הערה 5), בעמ' 266 לפסק-הדין.

34 ראו לעניין זה את הדברים האמורים לעיל בסמוך להערות שוליים 11-16, באשר למגמה הראשונה של פסק-הדין בפרשת *Interlego*.

להצדיק, לפחות במקרים מסוימים, מדיניות גמישה בעיצוב היקפה ותוכנה של זכות היוצרים – בהכשרת מה שעל פניו עשוי להיראות כפגיעה לא מותרת בזכות הקניין³⁵. אלה הם עיקרי המגמה השנייה של בית-המשפט בפרשת *Interlego*. באשר למגמה הראשונה של בית-המשפט, מצב הדברים מורכב יותר. כאמור, בפרשת *Interlego* בית-המשפט סירב למעשה להכיר במעמד האינטרסים החומרניים הפרטיים של היוצר כאינטרסים עצמאיים אשר מוגנים על-ידי זכות היוצרים³⁶. ובהקשר זה יש מקום לפחות לתהייה מסוימת, האם עמדת בית-המשפט אינה עמדה גורפת וקיצונית יתר על המידה. האם לצד אותו דגש מוצדק, אשר הושם על התכלית הכלל-חברתית של זכות היוצרים, לא היה מקום להכיר בכך שבמקביל זכות היוצרים מבוססת גם על שיקולים של צדק ושל הגינות – על הרצון לגמול ליוצר על המשאבים והמאמץ שהושקעו על-ידי. לדעתי, גישה הרואה בתכלית התועלתית של זכות היוצרים חזות פני כול, היא גישה קיצונית יתר על המידה. הבסיס הרעיוני של דיני זכויות יוצרים הוא בסיס מורכב אשר מושתת על מארג של אינטרסים. חלקם אכן אינטרסים ציבוריים – כלל-חברתיים, אבל חלקם גם אינטרסים פרטיים. זכות היוצרים מבוססת גם על שיקולים של צדק ושל הגינות; על הרצון לגמול ליוצר על המאמץ ועל המשאבים אשר הוא השקיע בהפקת היצירה המוגנת ולהגן על אינטרס הציפייה שלו³⁷. אלה הם שיקולים וערכים אשר מלווים את שיטת המשפט הישראלית באופן כללי. זכות הקניין מוכרת בשיטת המשפט שלנו כזכות יסוד³⁸, ואחד השיקולים המרכזיים, אמנם לא היחיד³⁹, אשר מונחים בבסיס זכות היסוד לקניין, הוא תפיסה המכירה במעמד האינטרסים החומרניים הפרטיים של

35 לעניין זה ראו גם י' ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 258, עמ' 275, אשר מצייין, כי: "לקנייניו של האדם תפקיד כפול: האחד – הבטחת חירותו של היחיד, והשני – לשרת את האינטרסים של החברה. לעניין התפקיד השני, החברתי, יש להבחין בין סוגים שונים של נכסים. יש כאלה שהתפקיד החברתי שנועד להם הוא מודגש, ויש כאלה שהיעוד החברתי שלהם זניח. דוגמה לסוג הראשון: המקרקעין וקניינים רוחניים. בנכסים מסוג זה, שיעודם החברתי נראה בכירור, מוצדקת התערבות רחבה יותר של המדינה, כדי להבטיח את האינטרס הציבורי".

36 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בסמוך להערות שוליים 11-16 לעיל.

37 התאוריות המרכזיות אשר מתייחסות לזכות היוצר בעבודתו הן תיאוריית העבודה; טיעון הגמול וגישות נוספות אשר שמות דגש על שיקולים כלליים של צדק ושל הגינות ועל הרצון להגן על אינטרס הציפייה של היוצר. לסקירת התאוריות השונות ראו ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359, עמ' 383-402.

38 ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

39 לשיקולים ואינטרסים נוספים אשר מונחים בבסיס זכות היסוד לקניין ראו א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405. ראו גם ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית-אתא ואח' נ' חנה הולצמן ואח' (טרם פורסם), פסקה 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

בני-אדם⁴⁰. מן הצד האחר של המתרס, כיום, שיטת המשפט הישראלית מפותחת מספיק, ואפשר גם לומר מפוכחת מספיק, כדי לא להיאלם דום נוכח "תווית" הקניין אשר מודבקת לזכויות מסוימות. יש בה המודעות לריבוי ולמורכבות השיקולים, אשר מונחים ביסוד זכויות קנייניות⁴¹, כמו גם הגמישות והכלים אשר נדרשים כדי להכפיף את זכות הקניין לאינטרסים, זכויות ושיקולים נוספים⁴².

40 ראו את העמדה אשר ננקטה בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט(4) 221 ביחס לפרשנות המונח "קניין" שבסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מבין תשעת השופטים אשר ישבו בדין באותו המקרה, חמישה התייחסו מפורשות למהות המונח "קניין" אשר בסעיף 3 לחוק היסוד. הנשיא לשעבר שמגר, הנשיא ברק והשופט גולדברג נקטו גישה מרחיבה אשר כוללת במסגרת הזכות החוקתית לקניין כל זכות רכושית בעלת ערך כלכלי, לרבות זכויות חוזיות וזכויות אובליגטוריות (ראו בעמ' 328, 431-432, 5721-573 לפסק-הדין). השופט בך הצטרף לעמדתו של הנשיא לשעבר שמגר בהקשר זה (בעמ' 583 לפסק-הדין). השופטים זמיר ומצא אמנם הביעו הסתייגות מפרשנות מרחיבה יתר על המידה של המונח "זכות קניין" כמובנו בחוק היסוד (ראו בעמודים 470-471 ו-578 לפסק-הדין), אך הם לא קבעו מסמרות באשר להיקף הראוי של זכות זו. שופט נוסף אשר ישב בדין – השופט מ' חשין, אמנם לא התייחס לסוגיה זו במסגרת פסק-דינו, אם-כי בפסק-דין מוקדם יותר אף הוא הביע את הדעה כי "גם אם אמרנו כי הקניין שבחוק היסוד מתפרס אף על זכויות שאינן זכויות קניין במובנן הקלאסי – ואכן כך נאמר – הנה בזכויות קניין קלאסיות ודאי שהוא תופס" (רע"א 7112/93 **בתיא צודלר ואח' נ' ש' יוסף שדה ואח'**, פ"ד מח(3) 550, עמ' 562). שני השופטים הנוספים, השופט ד' לויין והשופט טל, לא נקטו עמדה כלשהי בסוגיה האמורה. ואולם על רקע העובדה כי פסק-הדין עסק בשאלת חוקתיות פגיעה בזכויות חוזיות של נושים דומה, כי יהיה זה נכון להסיק מהצטרפותם של שופטים אלה לדעת הרוב בפסק-הדין, שלפחות הלכה למעשה גם הם תמכו בפרשנות מרחיבה של המונח "זכות קניין". אחרת, שופטים אלה לא היו יכולים להסכים לקביעת הרוב כי במקרה הנדון ישנה פגיעה בזכות הקניין (אם כי כזו המקיימת את דרישות פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד). ראו גם א' ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 357, עמ' 368.

41 ראו את המקורות השונים אשר מאוזכרים בהערות שוליים 35 ו-39 לעיל וכן ברק (לעיל, הערה 40), בעמ' 368-369; ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" **צדק חלוקתי בישראל** (בעריכת מנחם מאוטנר, תשס"א) 97.

42 דוגמה אחת טובה לכך, אמנם בנסיבות עובדתיות שונות לחלוטין מאלה הנוגעות לזכויות יוצרים, היא פסק-הדין בפרשת רע"א 6339/97 **רוקר ואח' נ' סלומון ואח'** (טרם פורסם) אשר הכפיף את זכות הקניין לעקרון תום הלב ולכלל האוסר על שימוש לרעה בזכויות. ראו גם ע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית-אתא ואח' נ' חנה הולצמן ואח'** (טרם פורסם), פסקה 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק. לכלל האוסר על שימוש לרעה בזכות קניין ובאופן כללי לכפיפותה של זכות הקניין לזכויות, שיקולים ואינטרסים נוספים ראו י' ויסמן **דיני קניין – בעלות ושיתוף** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ד), עמ' 42-71, 124.

לפיכך, בהתחשב במסגרת כללית זו, כל עוד נותנים את המשקל הראוי לזכויות המשתמשים וכל עוד מביאים בחשבון את הצד האחר של המטבע – את המחיר החברתי אשר אכן כרוך בזכות היוצרים, קיים קושי להשלים עם אימוץ גישה תועלתית מונוליטית אשר מתכשט באופן גורף לאינטרסים החומריים הפרטיים של היוצר. כאן גם המקום לציין, כי לצד שיטת המשפט האמריקנית, אשר עליה למעשה התבסס פסק-דינו של הנשיא שמגר בפרשת *Interlego*⁴³, ישנן גם גישות אחרות. כך, לדוגמה, שיטת המשפט הגרמנית אשר מכירה מפורשות בהיבטים הכלכליים של זכות היוצרים כחלק מזכות היסוד לקניין ואף מדגישה בהקשר זה את זכותו הפרטית של היוצר לגמול הולם עבור

43 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בהערת שוליים 12 לעיל. פסק-הדין המרכזי אשר עליו התבסס הנשיא שמגר הוא פסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקני בפרשת *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co Inc* 499 U.S. 340 (1991). פסק-דין זה הדגיש וחייד את גישת הדין האמריקני, שלפיה זכות היוצרים, ולמעשה גם היוצר עצמו, הם בבחינת כלי-מכשיר-אמצעי להגדלת רווחת הציבור בתחום הביטוי והיצירה, ולפיכך אמת המידה המרכזית לקביעת היקף הגנת זכות היוצרים אינה מצויה באינטרסים הפרטיים של היוצר, אלא, להבדיל, בשאלה היכן ממוקמת נקודת שיווי המשקל בין התמריץ אשר זכות היוצרים מעניקה, לבין המחיר אשר כרוך בה – המגבלה שהיא מטילה על הציבור הרחב ועל יוצרים נוספים. גישה זו של בית-המשפט העליון האמריקני, שלפיה תכלית ההכרה בזכות היוצרים היא אך ורק התכלית הכלל-חברתית של עידוד יצירה והפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי, ולא, להבדיל, גם תכלית של הגנה על האינטרסים הפרטיים של היוצר, מבוססת על "התכלית החוקתית" של Article. I, § 8 לחוקת ארצות-הברית אשר מסמיך את הקונגרס לקדם את הפיתוח של המדעים ושל האמנויות בדרך של הענקת זכות בלעדית, מוגבלת בזמן, למחברים ולממציאים בכל הנוגע ליצירותיהם ולתגליותיהם. הסעיף קובע כי לקונגרס יש סמכות לחוקק חוקים במטרה: "The Congress shall have Power... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries". מהוראת סעיף זה הסיק בית-המשפט העליון האמריקני כי ביסוד ההכרה בזכות יוצרים מונחת אך ורק התכלית הכלל-חברתית של קידום ה"מדע" ("science") וה"אמנויות השימושיות" ("Useful Arts") על הפרשנות המרחיבה אשר נהוג לייחס למונחים אלה. מגבלה חוקתית כאמור אינה קיימת במסגרת הדין הישראלי. לפיכך נוכח חשיבותן של כל יתר תכליות ההכרה בזכות היוצרים, לרבות שיקולי הצדק וההגינות אשר מונחים ביסוד ההגנה על האינטרסים הפרטיים של היוצר עצמו, ספק אם במסגרת הדין הישראלי ראוי ויש טעם בצמצום תכלית ההכרה בזכות היוצרים אך ורק לתכלית הכלל-חברתית של עידוד היצירה וההפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי. כעולה מהדברים האמורים בגוף הטקסט, גישה זו אף עשויה לעמוד בסתירה למעמדה החוקתי של זכות היוצרים כחלק מזכות קניין אשר מוגנת במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

השימוש בפרי עמלו⁴⁴. ולאזכור של שיטת המשפט הגרמנית חשיבות נוספת, משום שזוהי שיטת משפט אשר במסגרת דיני זכויות היוצרים עצמם מעניקה במקביל משקל

44 סעיף 14 לחוק היסוד הגרמני (Grundgesetz) מקנה הגנה חוקתית – על-חוקית, לזכות הקניין, ובמסגרת זו גם להיבטים הכלכליים של זכות היוצרים. פסק-הדין המרכזי בנושא מעמדה החוקתי של זכות היוצרים כחלק מזכות היסוד לקניין הוא פסק-הדין בעניין "פרשת ספרי בתי הספר" – *The Schoolbook Case (31 BVerfGE 229)*. בפרשה זו, אשר נדונה על רקע חקיקתו של חוק זכויות יוצרים גרמני חדש בשנת 1965, נתקפה חוקתיותו של סעיף 46 לנוסח החוק דאז. סעיף זה איפשר שימוש חופשי ביצירות ספרותיות, יצירות מוסיקליות, צילומים ויצירות אמנות במסגרת קובצי מקורות המיועדים לצורכי חינוך, הוראה או מטרות דת. הטענה כנגד חוקתיות הסעיף הייתה כי הסעיף פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לקניין אשר מוגנת מכוח סעיף 14 לחוק היסוד. בית-המשפט קבע בהחלטתו כי ההיבטים הכלכליים של זכות היוצרים מהווים חלק מהזכות החוקתית לקניין אשר מוגנת מכוח סעיף 14 לחוק היסוד. בהמשך לכך נקבע כי כל פגיעה במרכיב השליטה הבלעדית על דרכי השימוש והניצול של חומר המוגן על-ידי זכות יוצרים ובזכותו של היוצר לגמול הולם עבור השימוש ביצירה המוגנת – שניים מהיסודות המרכזיים של זכות הקניין – חייבת להיבחן באספקלריית סעיף 14 לחוק היסוד. בית-המשפט הוסיף וציין כי בדומה לכל זכות קניין אחרת, גם זכות היוצרים אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת. למחוקק נתונה סמכות כללית לעצב את היקפה ואת תוכנה של זכות היוצרים לפי שיקול דעתו ובהתאם לצרכים השונים אשר מתחייבים מאינטרס הציבור; כך שלא כל שימוש בחומר מוגן על-ידי זכות יוצרים חייב להיות נתון לשליטתו הבלעדית והמוחלטת של היוצר. אולם עדיין, מאחר שהוראות החוקה מחייבות את המחוקק, אין המחוקק רשאי לפגוע בגרעין הקשה של הזכות החוקתית לקניין. ביישמו את אמות מידה אלה במקרה הנדון, מסקנתו הראשונה של בית-המשפט הייתה כי עצם קביעתו הבסיסית של סעיף 46 לחוק זכויות היוצרים הגרמני, אשר אפשרה שילוב חופשי של יצירות מוגנות במסגרת קובצי מקורות לצורכי לימוד, אינה מהווה הפרה של סעיף 14 לחוק היסוד הגרמני. בית-המשפט נימק את קביעתו זו בחשיבות חשיפתן של השכבות הצעירות בחברה ליצירות תרבות מרכזיות – תכלית אשר הגשמתה, לדעת בית-המשפט, הייתה מסוכללת ללא קיומה של אפשרות חופשית להכין קובצי מקורות מהסוג האמור. לפיכך כל עוד החריג לזכות היוצרים הוא חריג מצומצם בהיקפו, אשר משמש לתכלית ראויה כאמור, אין לראות בו הפרה של סעיף 14 לחוק היסוד. עם זאת לצד עמדתו זו הוסיף בית-המשפט וקבע כי מתכונתו הקיימת של סעיף 46, אשר שוללת מהיוצר את זכותו לקבלת תמורה כספית עבור השימוש ביצירותיו, פוגעת פגיעה לא מותרת בזכות הקניין, ולפיכך היא נוגדת את הוראת סעיף 14 לחוק היסוד. בהתבסס על עקרונותיה הכלליים של תאוריית העבודה, שלפיה כל אדם זכאי לגמול הולם עבור השימוש בפרי עמלו, קבע בית-המשפט כי שלילת זכותו של היוצר לקבלת גמול כספי הולם עבור השימוש ביצירתו פוגעת במהותה הבסיסית של זכות הקניין ולפיכך אין להתירה. בית-המשפט הוסיף וציין, כי גם אם קיים אינטרס ציבורי חשוב דיו כדי לקבוע חריג לזכות היוצרים ולהתיר את השימוש ביצירה המוגנת ללא צורך בקבלת הרשאה מהיוצר, עדיין שלילת זכותו של היוצר לגמול כספי הולם עבור השימוש ביצירתו אינה אפשרית, אלא כאשר הדבר נדרש לשם מימושו של אינטרס ציבורי דוחק ובעל חשיבות רבה. מצב דברים זה לא התקיים, לדעת

רב לעקרון חופש הביטוי, תוך שהיא מצליחה לנקוט גמישות רבה בכל מה שקשור להתרת שימוש חופשי בחומר מוגן על-ידי יוצרים נוספים⁴⁵, כך שניתן לשלב בין האינטרסים השונים.

בית-המשפט, בנסיבות המקרה הנדון. ראו: The Schoolbook Case (1971) 31 BVerfGE 229 as quoted in D.P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Second ed., Duke University Press, 1997) at pp. 262-264; W. Rumphorst "Copyright Law – Germany – decisions – School Book" 3 *IIC* (1972) 394-397; A. Dietz "Letter from the Federal Republic of Germany" (First Part) *Copyright* (1973) 93, 94-96; E. Ulmer, H.H. von Rauscher "Germany (Federal Republic)" S.M. Stewart *International Copyright and Neighbouring Rights* (Second ed., Butterworths, 1989), at pp. 414, 416

45 הזכות לחופש ביטוי מוגנת אף היא במסגרת חוק היסוד הגרמני (סעיף 5 לחוק היסוד). מפסיקה של בית-המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה ושל ערכאות נוספות עולה, כי לצד ההכרה במעמדה החוקתי של זכות היוצרים כחלק מזכות היסוד לקניין עמדו בתי-המשפט בגרמניה על כך שההכרה בזכות היוצרים ואכיפתה עלולות לפגוע בזכות החוקתית לחופש ביטוי. בהקשר זה, בתי-המשפט בגרמניה הפגינו רגישות מיוחדת ביחס למקרים אשר בהם ההכרה בזכות היוצרים ואכיפתה היו צפויות לפגוע בזכות לחופש ביטוי בלי שהדבר נדרש כדי להגן על האינטרסים הכספיים של היוצר. במקרים מסוג זה, כל עוד הדבר לא היה כרוך בפגיעה ממשית באינטרסים הכספיים של בעל זכות היוצרים, גם אם בנסיבות המקרה לא התמלאו כל התנאים לתחולת איזה מבין הסייגים וההריגים לזכות היוצרים אשר מצוינים מפורשות בחוק זכויות היוצרים הגרמני, עדיין, בהסתמך על סעיף 5 לחוק היסוד הגרמני ועל מעמדה החוקתי של הזכות לחופש ביטוי, נטיית הדין הגרמני הייתה כן להכיר בחריג (פסקת) לתוקפה המחייב של זכות היוצרים. ייחודיות דין זכויות היוצרים הגרמני בהקשר הזה מתבטאת בנכונותו שלא לראות את רשימת החריגים אשר מצוינים מפורשות בחוק זכויות היוצרים כרשימה סגורה ולהכיר בחריגים נוספים – יציר כפיה של פסיקת בתי-המשפט – כאשר הדבר נדרש באופן מוצדק כדי להבטיח מימוש נאות של הזכות החוקתית לחופש ביטוי. דוגמה נוספת במסגרת הדין הגרמני להשפעת מעמדה החוקתי של הזכות לחופש ביטוי על תוכנה ועל היקפה של זכות היוצרים מצויה בפרשנות אשר ניתנה לסעיף (1)24 לחוק זכויות היוצרים הגרמני. סעיף (1)24, אשר כותרת המשנה שלו היא "שימוש חופשי" (free use), מתיר, באופן חופשי, שילוב והטמעה של חומר מוגן על-ידי יוצרים במסגרת יצירה מקורית נוספת עם מסרים ותכנים עצמאיים משלה. בהסתמך על מעמדה החוקתי של הזכות לחופש ביטוי, פירשו בתי-המשפט את סעיף (1)24 פרשנות מרחיבה, ולפיה אין מניעה לעשות שימוש ישיר גם במרכיבים מזוהים מתוך חומר מוגן על-ידי יוצרים, ובלבד ששילובם של מרכיבים אלה אכן נדרש במסגרת אותה יצירה מקורית נוספת והוא אינו מיועד לשם יצירת חיקוי או תחליף ישיר של החומר המוגן. במובן זה, גם בהקשר של סעיף 24, נטיית הדין הגרמני הייתה כי על רקע מעמדו החוקתי המוגן של עקרון חופש הביטוי יש לנסות ולתחום את תוקפה המחייב של זכות היוצרים למקרים שבהם קיימת פגיעה באינטרסים הכספיים של בעל זכות היוצרים. לעניינים אלה ראו Rumphorst (לעיל, הערה 44), בעמ' 396, וכן: A. Dietz "Letter from the Federal Republic of Germany" (Second Part) *Copyright* (1974) 86, at pp. 100-

על רקע דברים אלה, לדעתי, יש מקום לכך שבעתיד ינסה בית-המשפט לחבר ולשלב – ליצור סינתזה, בין הגישה של פסק-הדין בפרשת *Interlego* אשר התמקדה בהיבטים הציבוריים של זכות היוצרים, לבין הגישה של פסק-הדין בפרשת **דודו גבע**, אשר ביססה את זכות היוצרים בעיקר על האינטרסים החומריים הפרטיים של היוצר ועל הגמול ההולם אשר מגיע ליצר עבור המאמץ והמשאבים שהוא השקיע בהפקת היצירה המוגנת.

ד. תכליות זכות היוצרים ומערכת היחסים שבין היוצר לבין היזם הכלכלי – מוציאים לאור, מפיקים וגורמים נוספים

לצידוקים אשר בית-המשפט מניח ביסוד זכות היוצרים צפויות להיות השלכות על מרבית ההיבטים השונים של דין זכויות היוצרים המצוי. ככלל, אם מכירים במעמד האינטרסים הפרטיים של היוצר, אזי היקפה ותוכנה של זכות היוצרים אינם עוד כחומר ביד האינטרס הציבורי, אלא יש צורך להתחשב גם בזכויות החומריות של בעל זכות היוצרים כשיקול נפרד וכערך העומד בפני עצמו⁴⁶. היבטים כלליים אלה של דין זכויות

101; A. Dietz "Letter from the Federal Republic of Germany – Report on the Development of Copyright Between 1972 and 1979 (First Part)" *Copyright* (1980) 85, at p. 100 (footnote 122 therein); A. Dietz "Letter from the Federal Republic of Germany – The Development of Copyright Between 1979 and the Beginning of 1984 (First Part)" *Copyright* (1984) 426, at p. 445; A. Dietz "Letter from the Federal Republic of Germany – The Development of Copyright Between 1984 and the Beginning of 1989 (First Part)" *Copyright* (1990) 58, at p. 87; A. Dietz "Letter from the Federal Republic of Germany – Report on the Development of Copyright Between 1972 and 1979 (First Part)" *Copyright* (1980) 85, at p. 100; A. Dietz "Letter from the Federal Republic of Germany – The Development of Copyright Between 1979 and the Beginning of 1984 (First Part)" *Copyright* (1984) 426, at p. 445; A. Dietz "Germany" *International Copyright Law and Practice* (P.E. Geller General Editor, Matthew Bender, Rel.9-10/97 Pub.399) §8[2][a][iv] Law on – לנוסח בשפה האנגלית של חוק זכויות היוצרים הגרמני משנת 1965 – at p. 104, WIPO – World Intellectual Property Organization: Copyright and Neighboring Rights (Copyright Law) Copyright and Neighboring Rights Laws and Treaties: ראו: (Industrial Property and Copyright, No. 3, March 1997).

46 דוגמה אחת לכך מצויה באפשרויות הפרשנות השונות של דרישת המקוריות ובפרשנות אשר בית- המשפט בוחר לנקוט. כך, בפרשת *Interlego* (לעיל, הערה 3), בהתבסס על התכלית התועלתית אשר

היוצרים מצריכים דיון מקיף אשר חורג מהמסגרת המצומצמת של הרצאה זו. אנו נסתפק בדוגמה אחת אשר עשויה להמחיש מדוע אין להיחפז ולבטל את הקשר בין זכות היוצרים לבין אותם שיקולים של צדק ושל הגינות אשר מונחים ביסוד האינטרסים

בית-המשפט העמיד ביסוד זכות היוצרים, עמדת בית-המשפט הייתה כי כדי לקיים את דרישת המקוריות היצירה המוגנת חייבת לכלול בתוכה גם מרכיב של "יצירתיות", וזאת, משני נימוקים מרכזיים: ראשית, משום שרק לגבי חומרים הכוללים מרכיב של יצירתיות ראוי להציבור יישא במחיר החברתי אשר כרוך בזכות היוצרים. ושנית, משום שכאמור, עמדת בית-המשפט הייתה כי תכלית זכות היוצרים אינה להגן על האינטרסים הפרטיים של היוצר ולשמש, באופן כללי, כגמול הולם עבור השקעת משאבים ועבודה בהפקת טובין מופשטים (ראו לעניין זה בעמ' 154, 161-169, 170, 173 לפסק-הדין). בכך סטה בית-המשפט משורה של פסקי-דין מוקדמים יותר אשר נטו לפרש את דרישת המקוריות כדרישה מינימלית המתייחסת לרמה בסיסית של השקעת משאבים, עבודה ושיקול דעת בהפקת יצירה עצמאית אשר אינה מהווה העתקה של יצירה אחרת קיימת. לפרשנות דרישת מקוריות קודם לפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת *Interlego* ראו: ע"א 448/60 (לעיל, הערה 16), בעמ' 2696-2697; ע"א 136/71 **מדינת ישראל נ' יצחק אחימן**, פ"ד כו(2) 259, בעמ' 261; ע"א 360/83 (לעיל, הערה 16), בעמ' 346-347; ע"א 23/81 (לעיל, הערה 16), בעמ' 757 759-757; רע"א 2687/92 (לעיל, הערה 5), בעמ' 258; המ' 2188/74 ל.מ. **ברי ושות' נ' דפי כל" בע"מ**, פ"מ תשל"ד(ג) 192, בעמ' 196-197; ת"א (ח"י) 977/86 **פרופ' אבשלום טאו נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל בע"מ ואח'**, פ"מ תשנ"ב(ג) 89, בעמ' 102-102, 105; המ' (ת"א) 4648/87 ק.ס. **בע"מ נ' אופק מוצרי נייר ירושלים בע"מ**, פ"מ תשמ"ח(א) 455, 457; ת"א (ת"א) 1457/89 (לעיל, הערה 16), בעמ' 364. הדיון בסוגיה זו חורג ממסגרת ההרצאה. אולם נציין רק כי עמדה זו של בית-המשפט בפרשת *Interlego* עשויה להתגלות כמוקשית בשני היבטים מרכזיים: ראשית, מאותה זווית ראייה אשר מתמקדת באינטרסים הפרטיים של היוצר, הצבת דרישה של יצירתיות כתנאי סף כללי וגורף להכרה בזכות יוצרים מעוררת בעייתיות מסוימת משום שדרישה כאמור מתעלמת מכך שגם לגבי חומרים נעדרי מרכיב של יצירתיות ראוי ונכון להקנות ליוצר דרגה מסוימת של גמול הולם עבור המשאבים והמאמץ אשר הושקעו בהפקתם, בייחוד כאשר מדובר בחומרים שיש להם ערך חברתי. שנית, גם מזווית הראייה התועלתית אשר הונחה ביסוד פסק-הדין, ניתן להעלות ספק אם התנאת ההכרה בזכות יוצרים בקיום מרכיב של יצירתיות היא אכן הדרך הנכונה להשגת איזון ראוי בין התמריץ המוענק על-ידי זכות היוצרים לבין המחיר החברתי הכרוך בה. כאמור, נקודת המוצא של פסק-הדין בפרשת *Interlego* הייתה כי תכלית זכות היוצרים היא לפתור את בעיית הטובין הציבוריים אשר קיימת לגבי יצירות מופשטות ולהעניק תמריץ כלכלי להפקת אותן יצירות. אולם דווקא מנקודת ראות זו, דרישת היצירתיות עשויה להתגלות כדרישה בעייתית, שכן ייתכנו טובין מופשטים בעלי ערך חברתי רב אך נעדרי מרכיב של יצירתיות, אשר ללא ההכרה בזכות יוצרים לגביהם, ספק אם יהיה תמריץ כלכלי ליצירתם ולהפצתם. לפיכך אם חוזרים לאותה משוואה תועלתית בסיסית, אשר הנשיא שמגר עצמו הציב ביסוד דרישת היצירתיות – תמריץ אל מול מחיר חברתי, ספק אם ניתן לומר, באופן גורף, כי רק לגבי חומרים אשר כוללים מרכיב של יצירתיות נכון וראוי לשאת במחיר החברתי של זכות היוצרים.

הפרטיים של היוצר, והדברים אמורים במערכת היחסים שבין היוצר לבין הזים הכלכלי – מוציאים לאור, מפיקים וגורמים נוספים.

בדרך כלל, פסיקת בתי המשפט והספרות המשפטית אשר דנות בצידוקים להכרה בזכות היוצרים מתמקדות במערכת היחסים הדו-סטריית שבין היוצר לבין ציבור המשתמשים⁴⁷, ואולם, התמקדות זו חוטאת קמעה למציאות, משום שבפועל מערכת היחסים השלטת היא דווקא מערכת יחסים משולשת: **יוצר – יזם כלכלי (דוגמת מוציאים לאור ומפיקים) – ציבור המשתמשים**. פירוש הדבר הוא שבחיי המעשה גישה המבססת את זכות היוצרים אך ורק על בסיס תועלת, צפויה להשליך גם על אותה צלע של המשולש אשר עניינה מערכת היחסים שבין היוצר לבין הזים הכלכלי. לגבי צלע זו, מוקד הדיון אינו זכויות המשתמשים, אלא בעיקר שאלות אשר עוסקות בחלוקת הגמול ו"עוגת הרווחים" בין הזים הכלכלי לבין היוצר. ובהקשר זה, שיטת משפט אשר שמה לנגד עיניה שיקולים של צדק ושל הגינות ביחס ליוצר עצמו עשויה להביא לחלוקה שונה, יהיו מי שיגרסו צודקת יותר, של הערך הכלכלי אשר טמון ביצירה המוגנת ובררכי הניצול והשימוש שלה.

הרלוונטיות של סוגיה זו מקבלת משנה תוקף בהקשר של נושא הכנס – "עידן המידע", שכן אחד המאפיינים המרכזיים של ההתפתחויות הטכנולוגיות והתקשורתיות אשר החברה עוברת הוא ריבוי אפשרויות הניצול והשימוש החדשות והנוספות של יצירות. כך, לדוגמה, סרט קולנוע, אשר בעבר הוצג בעיקר בבתי קולנוע, צפוי כיום להיות משווק ומופץ בכמה אפיקים נוספים: שידורים ושידורים חוזרים במגוון רחב של ערוצי טלוויזיה; צפייה אישית תמורת תשלום מהסוג של Pay Per View; מכירה והשאלה של קלטות וידאו ותקליטורי DVD לצפייה אישית ושימושים נוספים. מצב דברים דומה קיים גם בהקשר של יצירות כתובות (מודפסות) למיניהן, כגון קטעי עיתונות, מאמרים ואפילו ספרים, אשר מועלים על מאגרי מידע ממוחשבים מהסוג של תקליטורים או מאגרים ברשת האינטרנט.

על רקע המציאות המתהווה הזו מתעוררות שאלות לגבי מערכת היחסים שבין היוצרים לבין המוציאים לאור והמפיקים. האם היזמים הכלכליים צריכים ליהנות מכל פוטנציאל הרווח הכספי אשר טמון בפלח השימושים החדשים והנוספים של היצירה המוגנת, או שמא אלה הם שימושים אשר טעונים קבלת הרשאה נפרדת מהיוצר, או לכל

47 כך, בפרשת *Interlego* (לעיל, הערה 3), בדונו בצידוקים להכרה בזכות יוצרים, התמקד בית המשפט אך ורק במערכת היחסים הדו-סטריית אשר בין היוצר לבין ציבור המשתמשים ויוצרים נוספים. גישה דומה מאפיינת את מרבית הכתיבה אשר עוסקת בתכליות ההכרה בזכות היוצרים (ראו לעניין זה את המקורות המאוזכרים בפסח (לעיל, הערה 37), ובפרט המקורות אשר מאוזכרים שם, בהערות שוליים 6 ו-901).

הפחות, שיתוף של היוצרים ברווחים הכספיים אשר נובעים מאותם שימושים נוספים? שאלות אלה מתעוררות, בראש ובראשונה, לגבי מראה פניה הרצוי של החקיקה, ודוגמה לכך ממשפט הקהילייה האירופית תפורט להלן. ואולם, מעבר לכך, שאלות אלה עשויות להתעורר גם לגבי המצב המשפטי הקיים כאשר מדובר במקרים אשר בהם הבעלות המלאה על זכויות היוצרים ביצירה מוגנת לא הועברה לידיהם של היזמים הכלכליים. אלה עשויות להיות שאלות ביחס לפרשנות הסכמי הרשאה (רישיונות) לעשיית שימוש ביצירות מוגנות, אשר בעת גיבושם לא נצפו כל אותן דרכי שימוש וניצול חדשות של היצירה המוגנת, וכן אלה עשויות להיות שאלות אשר מתמקדות בפרשנות סעיפי חוק פרטניים כאלה או אחרים.

כך, לדוגמה, רק לאחרונה, בפרשת *New York Times v. Tasini*⁴⁸, בית-המשפט העליון האמריקני הכריע בשאלה אם מו"לים מתחום העיתונות הכתובה רשאים לכלול במאגרי המידע ובארכיונים הדיגיטליים שלהם קטעי עיתונות משל כותבים עצמאיים (Freelancers)⁴⁹ אשר פורסמו במקור מעל גבי המהדורות המודפסות של העיתון, או שמא מדובר בשימוש אשר טעון קבלת הרשאה נוספת נפרדת מאותם הכותבים. אמנם, באותו המקרה עיקר הדיון התמקד בפרשנות סעיף חוק בנושא יצירות קיבוציות ("collective works"), שהוא ייחודי לדין זכויות היוצרים האמריקני⁵⁰, ואולם, מנקודת מבט כללית יותר, מקרים כאלה, על סוגיהם השונים, צפויים להיות מוכרעים גם על יסוד

48 *New York Times Company inc. v. Jonathan Tasini* 533 U.S. (2001)

49 במונח "כותבים עצמאיים" – "Freelancers", הכוונה היא ליוצרים (כותבים) אשר בינם לבין המו"לים של כלי התקשורת אין מתקיימים יחסי עובד-מעביד, ולפיכך הבעלות הראשונה על זכויות היוצרים בחומרים הכתובים הינה של היוצר עצמו ולא של המוציא לאור (אשר מקבל אך ורק הרשאה נקודתית לעשיית שימוש מסוים ביצירה הכתובה) (ראו סעיפים 101 ו-2011 לחוק זכויות היוצרים הפדרלי האמריקני, (לעיל, הערה 2)). ראו גם את סעיף 15(ב) לחוק זכות-יוצרים, 1911, אשר חל בישראל. אם כי כמפורט להלן, בהערה 50, בהקשר של כתבות עיתונות ומאמרים, לדין הישראלי מאפיינים ייחודיים משלו.

50 מדובר בסעיף 201(c) לחוק זכויות היוצרים הפדרלי האמריקני (לעיל, הערה 2) אשר קובע כי בהקשר של יצירות קיבוציות ("קולקטיביות"), בהיעדר הסכמה סותרת, הבעלים של זכות היוצרים ביצירה הקיבוצית עצמה רשאי להעתיק ולהפיץ את היצירות השונות אשר נכללו בה במסגרת: "any revision of that collective work, and any later collective work in the same series". במאמר מוסגר, גם במסגרת הדין הישראלי קיים בהקשר של כתבות עיתונות ומאמרים סעיף חוק בעל היבטים ייחודיים משלו: סעיף 15(ב) לחוק זכות-יוצרים, 1911. הסעיף קובע סייג מסוים לכלל הרחב שעל-פיו, כאשר מדובר ביצירה אשר הופקה כחלק מיחסי עובד-מעביד, הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה הוא המעביד. על-פי הסייג שבסעיף 15(ב), כאשר היצירה היא כתבה עיתונאית, מאמר או פרסום דומה, למחבר היצירה (העובד) שמורה הזכות למנוע את פרסום היצירה שלא כחלק מאותו עיתון, כתב-עת וכיוצא בזה.

שיקולי מדיניות. ובנקודה זו, אותם שיקולים של צדק ושל הגינות, אשר מבססים את מעמד האינטרסים הפרטיים של היוצר, עשויים להביא לתוצאה שונה מזו שמולידה הגישה התועלתית – גישה אשר משיקולים של יעילות מעדיפה, בדרך כלל, את היזם הכלכלי דוגמת מוציא לאור או מפיק⁵¹.

למען הסר ספק, חשוב להבהיר ולהדגיש כי שיקולים של גמול הולם חלים ומתייחסים גם ליזמים הכלכליים, כגון מפיקים ומוציאים לאור. הם אלה אשר משקיעים את מרבית המשאבים בהפקת היצירה המוגנת ואף נושאים בסיכון הכספי הכרוך בהשקעה. מכאן נובעת זכאותם לתמורה ראויה עבור המשאבים אשר הושקעו על-ידיהם. אולם עדיין, בניגוד לגישה התועלתית, שיקולים של צדק, הגינות וגמול הולם מעמידים לנגד עיניהם גם את ציבור המחברים והיוצרים כמי שיש להם תרומה מרכזית, וניתן גם לומר ייחודית, למעשה היצירה. ביטוי לתפיסה זו מצוי במשפט הקהילייה האירופית אשר בהקשר של שימושים מסוימים, כגון השכרת עותקים של יצירות קולנועיות, מקנה ליוצרים עצמם, ורק להם, זכות לתמלוגים שהיא זכות נפרדת ונוספת על עצם זכות היוצרים (זכות הקניין) ביצירה המוגנת⁵². ואכן, מה שהנחה את מוסדות הקהילייה בהקשר זה היה הרצון לשלב בין שיקולים של יעילות, אשר כשלעצמם מצדיקים להקנות למפיק את זכויות היוצרים ביצירה המוגנת, לבין אותם שיקולים של צדק ושל הגינות המבקשים להבטיח כי גם ליוצרים עצמם יהיה חלק בגמול ארוך הטווח

51 ביסוד עמדה זו של הגישה התועלתית מונחים נימוקים אחדים: היזם הכלכלי הוא זה שמסוגל להפנים באופן הטוב ביותר את הערך הכלכלי אשר טמון ביצירה המוגנת; היזם הכלכלי הוא זה שנושא בסיכון הכספי אשר כרוך בהפקת היצירה המוגנת; פיצול הבעלות על זכויות היוצרים ביצירה המוגנת בין גורמים אחדים צפוי לפגוע בתכונות העבירות והסחרות של היצירה המוגנת ובעקבות זאת לגרום לסיכול עסקות ביחס ליצירה המוגנת, להקשות על ניצול מלא של הפוטנציאל הכספי אשר טמון ביצירה, ובטווח הארוך, לפגוע בתמריץ להשקעת משאבים בהפקתן ובהפצתן של אותן יצירות מוגנות. ראו N.V. Netanel "Copyright and a Democratic Civil Society" 106 *Yale Law Journal* (1996) 283, at pp. 317-319.

52 ראו לעניין זה את הדירקטיבה של הקהילייה האירופית בנושא זכויות השכרה, זכויות השאלה וזכויות נוספות אשר קשורות לזכות היוצרים: Council Directive 92/100/EEC (of November 19, 1992) on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights Related to Copyright in the Field of Intellectual Property. סעיף 4 לדירקטיבה מקנה ליוצרים של סרט זכות אישית לתמלוגים, בלתי ניתנת לווייתור, בגין השכרת עותקים של הסרט. זכות זו היא זכות נפרדת ונוספת על עצם זכות הקניין הרוחני להשכיר את הסרט, אשר לפי החלופות השונות המפורטות בסעיף 2 לדירקטיבה עשויה להיות נתונה במישורין למפיק הסרט, ולמצער ניתן להעביר ו/או להמחות אותה למפיק הסרט.

אשר משתלם עבור השימושים השונים ביצירה המוגנת⁵³. שיקול נוסף התמקד בכך שבפועל, בחיי המעשה, חוסר השוויון ביחסי הכוחות בין הצדדים (יוצר אל מול יזמים כלכליים למיניהם) אינו מאפשר להותיר את הדברים להסדרה חוזית וולונטרית⁵⁴. ואם לסיים על רקע דברים אלה, ייתכן שיש מקום לחשיבה חוזרת לפני שגודעים לחלוטין את אותו ענף אשר מבסס את זכות היוצרים על שיקולים של גמול, צדק והגינות ביחס לאינטרסים הפרטיים של היוצר, מה גם שענף זה יכול להתקיים לצד כל אותם שיקולים ציבוריים וכלל-חברתיים חשובים אשר מונחים אף הם ביסוד זכות היוצרים.

53 ראו J. Reinbothe & S. Von Lewinski *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (London, Sweet & Maxwell, 1993), at pp. 10-13.

54 ראו Reinbothe & Von Lewinski (לעיל, הערה 53), בעמ' 66.