

שער שני

**זכויות יוצרים**  
**וזכויות משתמשים**



## בעלות בזכות היוצרים

מאת

### אסף יעקב\*

א. מבוא ♦ ב. מיהו הבעלים הראשון של זכות היוצרים? ♦ ג. בעלות ביצירה שנוצרת על-ידי עובד: 1. מסגרת הדין; 2. מיהו "עובד" לצורכי חוק זכות יוצרים? 3. "לצורך עבודתו" ו"במהלכה" ♦ ד. יוצר ומזמין: 1. עובד, קבלן ומה שביניהם; 2. קבלן עצמאי ויצירה מוזמנת ♦ ה. התניה על בררת-המחדל ♦ ו. בעלות המדינה ♦ ז. העברת בעלות והענקת רישיונות שימוש ♦ ח. פקיעת הבעלות ♦ ט. סיכום.

### א. מבוא

חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007<sup>1</sup>, מקדיש לנושא הבעלות פרק שלם, שכותרתו "בעלות בזכות יוצרים", אשר מהווה את אחד מפרקי-הליבה של החוק. הגדרת הבעלות בזכות היוצרים הייתה נושא למחלוקות ולדיונים ממושכים בוועדת הכלכלה של הכנסת במהלך דיוניה בהצעת החוק, עקב נסיונות של קבוצת-אינטרסים רבות להשפיע על ההכרעות. אולם דומה שבמבחן התוצאה, דווקא בנושא הבעלות החוק אינו מחדש רבות. ניתן לראות בשמרנות חקיקתית זו החמצה. המחוקק היה יכול להתאים את הקצאת זכויות הבעלות לעולם המודרני, להכניס סדר בפסיקות סותרות של בתי-המשפט בנושא זה, ולהבהיר עניינים שטרם עלו לדיון. בכך היה החוק משרת את אינטרס הוודאות, שיש לו חשיבות רבה במיוחד בהסדרת הבעלות בזכויות. עם זאת, ניתן למצוא בשמרנות זו גם צדדים חיוביים. יתר על כן, ניכר כי בנושא הבעלות הוכנסו בכל-זאת כמה שינויים חשובים, וניתנה לבתי-המשפט הזדמנות לתקן ולהבהיר את הדין הקודם באותם עניינים שבהם שררה

\* מרצה בכיר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות למיכאל בירנהק, לגיא פסח ולחברי "פורום זכויות יוצרים" על הערותיהם החשובות והמועילות לטיוטה קודמת של פרק זה. כמו-כן ברצוני להודות לעוזר-המחקר אורון אפק על עזרתו המצוינת במחקר.

1 חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 38 (להלן: החוק החדש או החוק).

מחלוקת. בפרק זה אסקור ואבחן את השינויים שהציג החוק החדש, כמרגם את השינויים שלא הוכנסו בו ואשר היה ראוי לכלול בו. במהלך הדיון אציע כלים לפרשנות הדין החדש בצורה שתעלה בקנה אחד עם המטרות שדיני זכויות היוצרים מיועדים להשיג.

השאלה מיהו הבעלים הראשון של זכות היוצרים הינה אחת משאלות הבסיס בתחום זכויות היוצרים. הבעלות בזכות מאפשרת למחזיק בה לנצל את זכויותיו באופנים שהחוק קובע. כך, מכוח סעיף 11 לחוק, הבעלים יכול לממש את זכויותיו באשר להעסקה, לשידור, לעשיית יצירות נגזרות ועוד. נוסף על כך הבעלים יכול למכור את היצירה או להעניק רישיון לאחרים להשתמש בה באופן שבו ימצא לנכון. רישיון זה יכול שיהיה ייחודי או לא-ייחודי. החוק מאפשר לבעלים גם להעביר את זכויותיו לאחרים באופן חלקי או מלא, בין באמצעות חוזה ובין על-פי דין (למשל, בצוואה). במילים אחרות, החוק מאפשר לבעלים לפרוש את אגד הזכויות הן ביחס לתוכן (רישיון להעתיק, לבצע בפומבי, לערוך יצירה נגזרת ועוד) והן ביחס לתחולתן – ביחס למקום מסוים (שימוש רק באזור תל-אביב), לתקופה מסוימת (רישיון לעשר שנים) או לפעולה מסוימת (העסקה חד-פעמית לצורך מסוים). מובן שפעולות אלה של הבעלים צריכות לעלות בקנה אחד עם דרישות הדין הכללי, כך שהן אינן יכולות להפר, למשל, את דיני ההגבלים העסקיים.

ההכרעה למי מבין הגורמים המעורבים בהליך היצירה תינתן הבעלות לא רק תכתוב למי מבין הגורמים האלה תהיה האפשרות לממש את הזכויות המגיעות לו מכוח חוק, אלא גם תשפיע במובנים רבים על התנהלותו של כל אחד מהצדדים המעורבים ביצירה. טלו, למשל, תהליך יצירה של ספר. בתהליך זה מעורבים בדרך-כלל כמה גורמים, חלקם משמעותיים יותר וחלקם משמעותיים פחות. בין היתר ניתן למנות את הסופר, העורך הלשוני, המגיה, המוציא לאור, המאייר, בית-הדפוס ועוד. מי מהם יחשב לבעלים בזכות היוצרים בספר?<sup>2</sup> המועמד הראשון לקבלת זכות הבעלות יהיה בוודאי הסופר, אולם זו בהחלט לא האפשרות היחידה. אפשר, לפחות באופן היפותטי, לחשוב על עולם שבו המוציא לאור יהיה הבעלים הראשון. נוסף על כך קיימת אפשרות שעל זכות היוצרים בספר תהא בעלות משותפת.<sup>3</sup> זאת ועוד, שאלת הבעלות קשורה באופן הדוק גם להגדרה של היצירה מושא הזכות. כך, במקרה של ספר, ניתן לחלק את היצירה לכמה יצירות, אשר לכל אחת מהן יהיו בעלים שונים – אחד או רבים.<sup>4</sup>

- 2 דוגמה נוספת היא יצירה אור-קולית, שבה מעורבים, באופן פרדיגמטי, מספר רב של יוצרים.
- 3 כך, למשל, במקרה שבו לעורך הלשוני יש תרומה משמעותית לשיפור פני הספר, ניתן לטעון כי הוא זכאי לחלק בבעלות, ובמקרים מסוימים ניתן להעניק בעלות משותפת לסופר ולמוציא לאור.
- 4 כך, למשל, זכות היוצרים באיורים תהיה שמורה למאייר, בעוד זכות היוצרים בסיפור תהיה שמורה לסופר ולמוציא לאור גם-יחד.

בהקצאת הבעלות הראשונית יש משמעות רבה לתיאוריה המכוננת של זכות היוצרים. מכיוון שזכות הבעלות מאפשרת לבעלים לממש את הזכויות המגיעות לו, בכפוף להגבלות המוטלות עליהן, שאלות בסיסיות – כגון המטרות שדיני זכויות יוצרים מיועדים לקדם וההצדקה הבסיסית למתן הזכות – הן שאלות חשובות שצריכות להשפיע על הענקת זכות הבעלות. מערך שונה של הצדקות להגנת זכות יוצרים עשוי להוביל להגדרה שונה של מבחן הבעלות הראשונית. באופן דומה, כפי שאראה להלן, גם לאחר שנקבע המבחן, תוצאות הפעלתו במקרים דומים עשויות להשתנות בהתאם לרציונל שאנו רוצים לקדם. ההצדקות לקיום זכות היוצרים ישפיעו לא רק על השאלה למי תוקנה הבעלות, אלא גם על שאלות כגון מהי היצירה מושא הבעלות; אם להקנות בעלות משותפת ולמי; אם להקנותה בחלקים שווים או שונים; ואילו זכויות יוקנו לבעליו של כל חלק. בעניין זה ייתכן בהחלט שצידוקים כלכליים לזכויות יוצרים יצביעו על גורם אחד כעל המועמד הראוי לבעלות, בעוד תיאוריות אחרות יצביעו על מועמד אחר. לכל אחת מהתיאוריות תהיה גם השפעה על אופי הבעלות ועל המותר והאסור מכוחה.

נקודת המוצא לניתוח בפרק זה תהיה שדיני זכויות היוצרים שואפים למקסם את היעילות הכלכלית.<sup>5</sup> גישה זו אומצה פעמים מספר בפסיקת בית-המשפט העליון בישראל, וניתן למצוא לה אסמכתות אף בחוק החדש ובדינוניה של ועדת הכלכלה. על-פי גישה זו, דיני זכויות יוצרים אמורים לטפל בשתי הכרעות עקרוניות: האחת, מתן תמריצים ליצירת יצירות חדשות; והאחרת, הסדרת עלויות הגישה ליצירות קיימות. תפקידם של המחוקק ובתי-המשפט הוא אם כן לדאוג למערך תמריצים אשר יעודד הבאת יצירות חדשות לעולם תוך שמירה על אפשרויות גישה הולמות ליצירות שנוצרו. מתן תמריצים לגורמים הלא-נכונים או הגנה עודפת שתמנע גישה ליצירות עלולים לפגוע באיזון העדין העומד בבסיס התחום.

מוסד הבעלות, ובעיקר הבעלות הראשונית, "מתרגם" הכרעות עקרוניות אלה לשפת המעשה. ראשית, לעניין התמריצים – ללא בעלות ימצא עצמו היוצר פעמים רבות ללא זכויות כלשהן, ועל-כן תמריציו ליצור יהיו נמוכים, אם בכלל. סופר אשר יודע כי הבעלות הראשונית ביצירה הספרותית שמקובעת בספר לא תינתן לו עלול לזנוח את הפרויקט עוד לפני שהתחיל בו.<sup>6</sup> גם מתן בעלות לגורמים רבים מדי בתהליך הייצור עלול לפגוע בתמריצי היוצר ליצור, שכן במצב זה תתחלק היצירה למספר רב של "יוצרים" (אשר לא בהכרח ראוי

5 ראו: WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW (2003). U.S. CONST. art. 1, § 8, cl. 8. ראו גם בחוקת ארצות-הברית.

6 יודגש כי בהקניית הבעלות הראשונית ליצור אין כדי להבטיח כי היא תישאר בידיו – שהרי ייתכן כי הוא יעבירה בתמורה לידי גורם אחר – אך היא מספקת בידיו "סחורה" שבה יוכל לסחור ולקבל תגמול ראוי בגין מאמציו.

לתמרץ אותם).<sup>7</sup> על-כן מוסד הבעלות הראשונית צריך לבחור מבין כל הגורמים שמעורבים בתהליך הייצור את אלה שרוצים לתמרץ אותם, ולהקנות להם את הזכות. שנית, מתן זכות הבעלות צריך להתחשב גם בשיקול של הנגשת היצירה לציבור. גם לשיקול זה יש משקל בהכרעה מי יהיה הבעלים הראשון ביצירה. כך, למשל, אם קיימת התלבטות בין שני גורמים שיכולים להיחשב בעלים, השאלה מי מהם יכול להנגיש את היצירה לציבור ביתר קלות ובעלויות פחותות היא מהותית, ויש לתת לה את הדעת. שאלה זו משפיעה גם על מספר הבעלים ביצירה, שכן הוספת בעלים לא רק מדללת את מערך התמריצים של כל אחד מן היוצרים, אלא גם מקשה את הנגשתה של היצירה לציבור ואת השימוש בה.

מהסיבות שמנתי לעיל, אך טבעי – וצודק – שהחוק החדש מוסר את מפתח הבעלות ליוצר. ברוב המקרים היוצר הוא הגורם שאותו נרצה לעודד, ועל-כן אך טבעי שהוא יהיה הבעלים הראשון של הזכות. בעלות זו תספק בידי את הכלים לגרוף רווחים כלכליים ואחרים מן היצירה, ועל-כן תמקסם את כמות היצירות בחברה. עם זאת, החוק מזהה גם מצבים מיוחדים שבהם תהליך היצירה שונה מהפרדיגמה הרגילה ועל-כן מערך התמריצים צריך להיות שונה אף הוא. באותם מקרים חריגים, קיום מסגרת/דפוס חלופיים של יצירה מחייב להעניק את הבעלות הראשונית לגורם אחר שאינו היוצר על-מנת להגיע לאופטימום של יצירת יצירות והנגשתן לציבור. מצב אחד כזה הוא כאשר היצירה נוצרה על-ידי עובד "לצורך עבודתו ובמהלכה". זהו "שם קוד" לתהליך יצירה חלופי שבו היוצר מוותר על חבילת התמריצים בתמורה לביטחון תעסוקתי. כאשר היצירה נוצרה "לצורך עבודתו ובמהלכה", הבעלות ביצירה מוענקת למעביד, אם משום שראוי לתמרץ דווקא אותו, אם משום שהדבר יקל את הנגשת היצירה לציבור, ואם משום שני הטעמים. לעומת זאת, כאשר היצירה לא נוצרה לצורך העבודה ובמהלכה, חוזרים לכלל הרגיל, שלפיו העובד-היוצר הוא הגורם שיתומרץ. יצירה שנוצרה על-פי הזמנה (קבלן עצמאי) מהווה אף היא "שם קוד", שלפיו הגם שהיצירה נוצרה במסגרת עסקית, התמריצים צריכים להיות שמורים עדיין ליוצר.<sup>8</sup> החריג לכך הוא אותם מקרים שבהם המזמין מבקש לתעד אירוע משפחתי או אירוע

7 היוצר, שיצפה בעיה זו, עלול אף להגביל את הגישה של "יוצרים" פוטנציאליים נוספים ליצירה – גם כאלה שהיו יכולים לתרום לה רבות – בשל החשש שהללו ייחשבו כבעלים משותפים של היצירה.

8 תימוכין לכך שאכן מדובר ב"קוד" ניתן למצוא בדבריהם של מנסחי החוק. כך, כאשר הועלתה השאלה אם גם במקרה שבו אדם מועסק במשך יום-יומיים ניתן לראות במערכת היחסים יחסי עובד-מעביד, ניתנה התשובה הבאה: "בחוק הזה אנחנו לא קובעים מתי זה יחסי עובד-מעביד ומתי לא. אי-אפשר לכתוב בחוק. לכן בהחלט ייתכן שיום-יומיים זה לא יחסי עבודה. אני לא יכול להביע על זה דעה, זה מקרה קיצוני." דבריו של נציג משרד המשפטים עו"ד תמיר אפורי, פרוטוקול ישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17, 6 (30.1.2007). מדברים אלה ניתן ללמוד כי יחסי העבודה לצורך הסעיף אינם חייבים להיות "קבועים" וממושכים, וכי במקרים

פרטי אחר, שאז הבעלות תהא למזמין אף שמדובר ביצירה לפי הזמנה. על-כן, כאשר מפרשים את "שמות הקוד" הללו, חשוב לזכור את ההקשר – מהי המטרה שלשמה נוצר "שם הקוד", או במילים אחרות, מהי המטרה שרוצים לקדם. אם נצמדים לגישה הכלכלית, כפי שאעשה אני בניתוחי בפרק זה, אזי בעת פרשנות של מונחים אלה יש להשתמש במדדים של מתן תמריצים ליצור, מחד גיסא, ושל עלויות הנגשתה של היצירה לציבור, מאידך גיסא. במסגרת פרק זה אתייחס לחידושים שיש בחוק ולבעיות שמתעוררות בו על רקע התובנות שצוינו לעיל. ראשית, אנתח את הקצאת הבעלות הראשונית, תוך ניסיון להגדיר מיהו היוצר אשר ראוי לזכות הבעלות. לאחר-מכן אבחן את החריג של יחסי עובד-מעביד. בסעיף זה אעמוד על המבחנים להגדרת עובד בהקשר של זכויות יוצרים, ועל השינויים שהוכנסו בחוק בנוגע לשאלה אם היצירה נוצרה במסגרת העבודה. בהמשך אבחן את הקצאת הבעלות במערכת היחסים מזמין-יוצר. מכיוון שכללי הבעלות הראשונית ניתנים כולם להתניה על-ידי הצדדים, לא אתחמק מלנתח ומלהסביר את חשיבותם של כללי בררת-המחדל ואת האופן שבו הם משפיעים על התנהגותם של הצדדים. משם אמשיך לרונ בשאלה המעניינת של בעלות המדינה בזכויות יוצרים, על מאפייניה המיוחדים. לבסוף אדון בהעברת הבעלות ובמתן רשיונות שימוש.

## ב. מיהו הבעלים הראשון של זכות היוצרים?

החוק קובע, בסעיף 33(1), כי הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה הוא היוצר. עוד מוסיף החוק, בסעיף 33(2), כי במקרה של תקליט יהיה המפיק הבעלים הראשון של זכות היוצרים בו. בעניינים אלה לא סטה המחוקק באופן משמעותי מרוח החוק הישן. באשר להסדרת הבעלות הכללית, נקבע כבר בדין הקודם כי מחברה של היצירה יהיה הבעלים הראשון של זכות היוצרים בה.<sup>9</sup> גם לגבי תקליט נקבע הסדר דומה לנוכחי, שלפיו הבעלים הראשון של זכות היוצרים בתקליט יהיה "מי שהיה בעליה של הקלישאה המקורית בעת היעשותה". הבעלות בקלישאה הייתה, מן הסתם, בידי המפיק או חברת ההפקות. השאלה שמתעוררת בהקשר שלנו היא אם שמרנות חקיקתית זו רצויה, ואם בעקבות שינוי העיתים לא היה מקום לשינוי החוק.

במקרה של תקליט נראה שהחוק ראוי. החוק מספק הגדרות ברורות לגבי מיהו מפיק ומהו תקליט. מהגדרות אלה עולה כי כאשר מדובר בטביעה של צלילים,<sup>10</sup> בעל הזכויות

הראויים גם מערכת יחסים קצרה יכולה להיתפס כיחסי עובד-מעביד, ובלבד שתקדם את מטרות החוק.

9 ס' 5 לחוק זכות יוצרים, 1911, חא"י ג 2633 (להלן: החוק משנת 1911 או החוק הישן).

10 למעט טביעה של צלילים ביצירה קולנועית.

הראשוני יהיה מי שאחראי לביצוע הפעולות הדרושות לשם יצירת התקליט.<sup>11</sup> במילים אחרות, אפשר לראות את מפיק התקליט כיוצר, אשר בידיו המשפט מפקיד את הזכויות הראשונות בתקליט. בחירה זו הגיונה בצידה. הפקת תקליט כרוכה בשילובם של גורמי ייצור רבים ובהשקעות כספיות נכבדות. הענקת בעלות משותפת בתקליט או פיצול הזכות בין כמה גורמים ומתן בעלות נפרדת בחלקיה השונים היו פוגעים בתמריצים ליצירת תקליטים מלכתחילה, ומגדילים באופן משמעותי את הוצאות הנגשתה של היצירה לציבור.<sup>12</sup> חלוקת-יתר של היצירה הייתה עלולה לחשוף את החברה לטרגדיה של "המאגר המפוצל" (anticommons).<sup>13</sup> במקרה הטוב היו היזמים מתנים על בררת-המחדל ומרכזים בידיהם את זכויות הבעלות, וכך מפחיתים את הוצאות הגישה לתקליט, ובמקרה הרע לא היה התקליט נוצר מלכתחילה בשל בעיות סחטנות.<sup>14</sup>

לעומת הגדרת הבעלים בתקליט, הגדרת הבעלים במקרה הכללי, הקבועה בחלופה הראשונה של סעיף 33, לוקה בחסר. החוק החדש מתייחס אומנם ליוצר וליצירה, אך בדומה לחוק הישן, לא הוכנסה בו הגדרה של מונחים אלה.<sup>15</sup> בהעדר הגדרה ל"יוצר" ול"יצירה", ההכרעה מהו מושא הזכות – קרי, מהי אותה יצירה שעליה נפרשת זכות הבעלות, ומיהו אותו יוצר שנחשב בעליה – הושלכה לפתחו של בית-המשפט.

- 11 ראו ס' 1 לחוק. תקליט מוגדר כ"טביעה של צלילים, למעט טביעה של צלילים ביצירה קולנועית".
- 12 בעולם ללא הוצאות עסקה לא יתעוררו שתי הבעיות – הצדדים יערכו ביניהם הסכמים שלפיהם יחולקו ההכנסות בין כל המשתתפים בפרויקט, נתח הרווחים של כל אחד מן המשתתפים ייקבע על-פי כושר המיקוח שלו, ולפיכך ישתלם לכולם להשתתף בתהליך היצירה. הסכמים ייערכו גם בין הקונים לבין כל אחד מן הבעלים לאחר שהיצירה נוצרה, לשם קבלת אישור להשתמש בחלקו של כל אחד מן הבעלים. אולם הוצאות עסקה, ובפרט האפשרות לסחטנות על-ידי הצדדים המעורבים, ימנעו רמת ייצור יעילה של יצירות כמו-גם שימוש בהן על-ידי הציבור.
- 13 ראו: Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998). כן ראו גיא פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגינות" דין ודברים ב' 621 (2006).
- 14 צריך להביא בחשבון כי לצד זכות היוצרים של מפיק התקליט בתקליט, מגולמות בתקליט עצמו זכויות יוצרים/מבצעים רבות ונפרדות – בלחן, בתמליל, בביצוע ובנגינה – כך שחלק מן הבעיות שצוינו לעיל אכן מתעוררות בפועל. בעניין זה קיים דמיון בין הבעיות שנוצרות בשל פיצול הבעלות בזכות היוצרים בתקליט לבין הבעיות שנוצרות בגין פיצול הזכויות, אשר בא לידי ביטוי ב"ריבוי" הזכויות במשאבים היצירתיים השונים המגולמים בתקליט.
- 15 זאת, להבדיל מההגדרות הספציפיות בחוק של "יצירה אמנותית", "יצירת פיסול", "יצירת צילום" וכדומה.



הכל מסכימים כי תנאי מוקדם לבעלות הוא שתהיה יצירה מוגנת מכוח חוק. 16 כאשר מדובר בגורם ייצור אחד – למשל, משורר המחבר שיר – העניינים פשוטים. יצירתו המוגמרת של המשורר תיבחן לאור אמות-המידה שהחוק קובע, ומשמדה בהן – תזכה בהגנה. 17 במקרה כזה אין מחלוקת על כך שהמשורר הוא היוצר, ועל-כן ממילא יהיה הוא הבעלים הראשון של היצירה. חלק ניכר מן היצירות ייפלו לקטגוריה זו. אולם המצב עשוי להסתבך כאשר כמה "גורמי ייצור" מעורבים בתהליך היצירה. 18 במקרה כזה בית-המשפט הוא שיצטרך להכריע אם תרומתו של כל אחד מהם ליצירה מספיקה לצורך הגדרתו כיוצר וכבעלים, 19 ומה יהיה היקף בעלותו, אם בכלל. שאלות אלה אינן פשוטות כלל, והחוק החדש אינו נותן להן מענה. על-כן, לצורך קביעת הבעלות יש להחליט תחילה מהו סוג התרומה הרלוונטי להגנת זכות היוצרים. בהעדר תרומה רלוונטית, אדם אינו יכול להיחשב יוצר. רק אם מגיעים למסקנה כי התרומה רלוונטית לעניין זכות יוצרים, יש לשאול אם גודל התרומה ואיכותה מצדיקים מתן זכות בעלות, בין שמדובר בבעלות יחידה ובין שמדובר בבעלות משותפת. הדרך הנכונה לבחון את הדברים היא באמצעות "אינדוקציה לאחור":

16 חוק זכות יוצרים מגן על "ביטוי" כאשר הוא עומד בתנאיו של ס' 3 לחוק. ס' 5 לחוק קובע מפורשות כי ההגנה לא תשתרע על הרעיון ליצירה, על תהליך היצירה ושיטת הביצוע, על מושג מתמטי, על עובדות או נתונים ועל חדשות היום, אך היא יכולה לחול על דרך ביטויים. נוסף על כך, ס' 4 לחוק דורש, לצורך מתן הגנה, שהיצירה תיפול לגדר אחת הקטגוריות המנויות בו, שהיא תהיה מקורית, וכן שהיא תהיה מקובעת בצורה כלשהי. רף המקוריות שנקבע הינו נמוך, אך היוצר נדרש עדיין להראות "יצירתיות" (דהיינו, מידה מינימלית של קריאטיביות) ו"הורות" (דהיינו, שהמקור ליצירה הוא היוצר, ושהיצירה אינה מועתקת מגורם אחר).

17 אם היצירה אינה עומדת באמות-המידה, שאלת הבעלות לא תהיה רלוונטית. יש לזכור כי ההגנה ליוצר משתרעת רק על התוספת שאותה הוסיף ליצירה. אם התוספת קטנה, רק היא תזכה בהגנה. במקרה כזה נגדיר את ההגנה כ"רזה". כך, למשל, ביצירת לקט (ס' 1 לחוק) של מרכיבים לא-מוגנים, ההגנה תינתן רק לתרומת היוצר בבחירה ובארגון של אותו לקט, ובלבד שתרומה זו עצמה עומדת בתנאי המקוריות. נטילה של מרכיבים לא-מוגנים מן הלקט וסידורם באופן שונה לא תהווה הפרה, שכן הנטילה חורגת מהתחום המוגן בזכויות יוצרים.

18 ניתן לחשוב על הדוגמה של בית-תוכנה: צוות של חמישה מתכנתים עובד על פרויקט תכנות. לאחת המתכנתות יש רעיון מבריק כיצד לפתור בעיה מסוימת. היא חושבת על מתווה של הרעיון, ולאחר-מכן חברי הצוות כולו יושבים ומתכנתים את התוכנה. למי תהיה הבעלות בזכות היוצרים? האם להוגת הרעיון, לכל חברי הצוות בחלקים שווים, לחברי הצוות בחלקים לא-שווים, או אולי אף לא לאחד מהם שכן הזכויות הן של המעביד?

19 זאת, בהנחה שהצדדים לא הסדירו ביניהם את העניין בצורה חוזית (באמצעות חוזה מוקדם או מאוחר). פעמים רבות העדר ההסדרה בחוק מניע את הצדדים להסדיר את יחסיהם בחוזה, אך קיימים מקרים רבים שבהם חוזה כזה אינו יוצא אל הפועל. על הסיבות לכך ראו להלן בס' ה, העוסק בהתניה על בררת-המחדל.

אם התרומה אינה מצדיקה בעלות, אזי תורם התרומה הרלוונטית לא ייחשב יוצר, שכן מרגע שהוגדר ככזה, הוא ייכנס בגדרו של סעיף 33(1).

על-מנת להמחיש את השאלה הראשונה, בדבר הרלוונטיות של התרומה, ניתן לחשוב על מצב שבו רק אחד מבין כמה יוצרים תרם ליצירה תרומה אשר זכאית להגנה של זכות יוצרים. כך, למשל, שניים שחברו יחדיו לכתוב תוכנה. הרעיון והמתווה הכללי של התוכנה מסופקים על-ידי גורם אחד, והתכנות נעשה על-ידי האחר, שכן הראשון אינו מבין דבר בתכנות. המוצר המוגמר הוא תוכנה אשר מוגנת בזכות יוצרים. תרומתו של הראשון – גדולה ככל שתהיה – תתרום להצלחת העבודה אך אינה מוגנת כשלעצמה בזכות יוצרים,<sup>20</sup> בעוד תרגום הרעיון לביטוי וקיבועו מהווה יצירה מוגמרת באופן עצמאי. האם במקרה זה יש להכיר גם בראשון כבעלים, לנוכח תרומתו החשובה ליצירה, הגם שזו לא התבטאה באופן שעליו דיני זכויות יוצרים באים להגן? במילים אחרות, האם תרומתו רלוונטית לעניין רכישת בעלות?

בעניין זה ניתן ללמוד מארצות-הברית. גם שם לא הגדיר המחוקק בחוק מיהו "יוצר",<sup>21</sup> אך בתי-המשפט הבינו כי כעניין של מדיניות אין להרחיב את הבעלות ביצירה למספר רב מדי של יוצרים, משום שהדבר יקשה את השימוש ביצירה ואת הנגשתה לציבור.<sup>22</sup> על-כן נקבע כי התרומה המזכה בבעלות צריכה להכיל לכל-הפחות ביטוי מקורי כלשהו, וביטוי זה צריך להיות כשיר להגנה בפני עצמו.<sup>23</sup> הגדרת סוג התרומה ליצירה הדרוש לשם קבלת בעלות כתרומה בת-הגנה בזכויות יוצרים מצמצמת עד-מאוד את מעגל הבעלים הפוטנציאליים.<sup>24</sup> בד בבד, קביעה זו מקשה על בעל הרעיון לזכות בבעלות הראשונית, שכן בררת-המחדל הינה לרעתו. אומנם, הדרך פתוחה לפניו לערוך הסדר ספציפי, אשר יקבע כי

20 לעניין זה ראו ת"א (מחוזי ת"א) 3138/99 שרגאי נ' זיסמן (פורסם בנבו, 23.9.2007) (להלן: עניין שרגאי), אולם השוו לנאמר בע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב, פ"ד מד(4) 16 (1990).

21 17 U.S.C. § 101 (להלן: החוק האמריקני).

22 ראו: Childress v. Taylor, 945 F.2d 500 (2d Cir. 1991) (להלן: עניין Childress). ראו גם: Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1235–1236 (9th Cir. 2000) (להלן: עניין Aalmuhammed). מובן שכלל שיגדל מספר הבעלים כן תחריף הבעיה. חומרת הבעיה תלויה גם במשטר השיתוף שבין הבעלים, אם הללו יוכרזו כבעלים משותפים ביצירה. ככל שהמשטר מגביל יותר את השימוש ביצירה או את הנגשתה לציבור (למשל, באמצעות מתן זכות וטו לכל אחד מהיוצרים על השימוש ביצירה) כן החשיבות שבאי-הרחבת מעגל הבעלים הראשוני גדולה יותר, ולהפך.

23 עניין Childress, שם.

24 הרוגמה שנוהגים להביא בהקשר זה היא העזרה שכותבת מאמר מקבלת מעוזר-המחקר, מהמזכיר או מעמיתים שמגיבים על המאמר תוך סיוע במתן רעיונות ובפיתוחם. עזרה זו יכולה לסייע מאוד בשיפור המאמר, אך אינה מקנה זכות יוצרים. כותבת המאמר תהיה הבעלים היחידה. ראו: Seshadri v. Kasraian, 130 F.3d 798 (7th Cir. 1997).

הבעלות תועבר אליו בחלקה או במלואה, אך בהעדר הסדר חוזי כזה הוא יישאר ללא זכויות יוצרים.<sup>25</sup>

הדין האנגלי פועל בעניין זה בדומה לדין האמריקני. על-מנת להיחשב כיוצר, ועל-כן כבעלים, אין די בתרומה כלשהי ליצירה, אף אם מדובר בתרומה משמעותית המחייבת עבודה רבה, אלא חיוני שלכל אחד מן היוצרים תהיה אחריות ישירה ליצירה הסופית, ושתרומתו תהיה תרומה יצירתית משמעותית.<sup>26</sup>

עם זאת, דומה שגם במסגרת הכלל האמריקני אומץ חריג שלפיו ניתן במקרים הראויים להכיר באדם כיוצר, ועל-כן כבעלים, אף אם הוא לא תרם תרומה מוגנת כשלעצמה. יש להבין כי לעיתים קיים מתח בין הרצון להקל את השימוש ביצירה ולהפחית את מספר הבעלים בה לבין יצירת מערך תמריצים ראוי לגורמים שאותם רוצים לעודד ליצור, וזאת עוד בטרם נוצרה היצירה. היצמדות לכלל האמור לעיל עלולה להוביל במקרים מסוימים לתוצאה אבסורדית שבה אף-על-פי שבסופו של תהליך נוצרת יצירה הראויה להגנה, לא יהיה אפשר להכיר בתרומתו של איש מן היוצרים כתרומה בת-הגנה, ועל-כן לא יהיה ליצירה יוצר משפטי, והיא תישאר ללא בעלים. לחלופין, ייתכן שבמקרה כזה תוענק הבעלות דווקא לגורם שהמשפט אינו מעוניין לתמרץ אותו (או מעוניין לתמרצו באופן מופחת) שכן הוא תרם את החלק הפחות-משמעותי ביצירה. על-כן היו שופטים שסברו כי מקום שתהליך היצירה הוא כזה שמטבעו מעורבים בו יוצרים התורמים ליצירה באופן משמעותי, יש להכיר בתרומותיהם ככאלה שיכולות להקנות בעלות, אף אם הן אינן בנות-הגנה כשלעצמן, על-מנת שתמריציהם של היוצרים האמיתיים ליצור לא ייפגעו יתר על המידה. דוגמה אחת שמובאת בפסיקה לצורך הדגמת תהליך ייצור כזה היא כתיבתו של מאמר אקדמי משותף בנסיבות הבאות: חוקר אחד ניחן ברעיונות מבריקים אך ביכולת

25 בעניין זה עמד לנגד עיניו של בית-המשפט, בין היתר, הצורך המעשי לצמצם את כמות טענות-הסרק בדבר שותפות ביצירה על-ידי גורמים אשר ירצו ליטול חלק בבעלות על-סמך תרומה זניחה לתהליך הייצור. באשר למיזמים "אמיתיים" של כמה גורמי ייצור, בית-המשפט גורס כי אדם שבידיו חומרים שאינם מוגנים בזכויות יוצרים יכול לשלב כוחות עם כותב מיומן על-מנת לייצר יצירה מוגנת, וזאת באמצעות חוזה שיקבע כי בתמורה לחשיפת החומרים הלא-מוגנים יוקנה לו חלק מן הבעלות ביצירה הסופית. מבחינה מתודולוגית נכון יותר לשמר את הבעלות מכוח חוק זכות יוצרים למקרים שבהם כל אחד מן היוצרים תרם תרומה מוגנת, ואילו כאשר התרומה אינה ראויה להגנה, תיעשה הקניית הבעלות במישור החוזי. ראו עניין *Childress*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 507.

26 CATHERINE COLSTON & KIRSTY MIDDLETON, MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW 298 (2005). ראו גם: Ray v. Classic FM Plc, [1998] F.S.R. 622 (U.K.) (להלן: עניין *Ray*); Fylde Microsystems Ltd v. Key Radio Systems Ltd, [1998] F.S.R. 449 (U.K.) כן ראו: KEVIN GARNETT, GILLIAN DAVIS & GWILYM HARBOTTLE, COPINGER AND SKONE JAMES (COPINGER : להלן: (15th ed. 2005)).

כתיבה מוגבלת. חוקר שני כותב מצוין אך אין לו רעיונות מקוריים. השניים חוברים יחדיו על-מנת לכתוב מאמר. במקרה זה ראוי להכיר בשניהם כיוצרים וכבעלים של אותו מאמר. אם לא נעשה כן, נקשה את הכניסה למיזמים מסוג זה.<sup>27</sup>

הדיון עד כה עסק רק בשאלה הראשונה – באיזו תרומה ניתן להכיר כמזכה גורם ייצור בתואר "יוצר" וכמקנה לו לפיכך בעלות. מתן תרומה בת-הגנה, כשלעצמו, אינו מבטיח שאדם ייחשב יוצר ביחס ליצירה אשר לה תרם. העובדה שהוא יכול להיחשב יוצר ביחס לחלק שאותו תרם אינה הופכת אותו באופן מיידי ליוצר של היצירה הגדולה יותר, אשר לתהליך יצירתה היה שותף. לצורך קביעת הבעלות ביצירה כולה, יש לקבוע מבחנים אחרים, אשר יביאו שוב בחשבון את השיקולים התמריציים, כמו-גם שיקולים של הנגשת היצירה לציבור. ניתן להמחיש את הבעיה המתעוררת באמצעות הדוגמה של סרט. אנשים רבים נזכרים ברשימת הקרדיטים בסופו של כל סרט. אכן, רובם תורמים באופן יצירתי לסרט, ותרומתם זו משנה ועושה הבדל. תרומתם גם תעבור פעמים רבות את השלב הראשון של מבחן התרומה, שכן היא תיחשב תרומה בת-הגנה בזכויות יוצרים. אולם תרומתם זו "נבלעת" ביצירה הגדולה. הכרה בכל תרומה כמקנה זכות בעלות ביצירה הכוללת תסבך עד-מאוד את מהלך יצירתה. ריבוי הבעלים יפחית מתמריצייהם של היוצרים האמיתיים – יהיו אשר יהיו – להביא לעולם יצירות מסוג זה, ואף יקשה על הציבור לקבל זכות שימוש ביצירה משעה שנוצרה. על-כן יהיה נכון במקרים כגון אלה לצמצם את כמות הבעלים, על-אף תרומתם בת-הגנה של גורמים רבים לתהליך הייצור.<sup>28</sup>

גם בעניין זה ניתן ללמוד מנסיונם של אחרים. הגישה שבה בחר המשפט האמריקני היא לצמצם את הבעלות לגורם אחד או למספר קטן של גורמים. באותם מקרים שבהם רבים מעורבים בתהליך היצירה, ועל-כן הבעלים,<sup>29</sup> יהיה the person to whom the work

27 דוגמה נוספת היא דוגמת הקומיקס. ראו: Gaiman v. Mcfarlane, 360 F.3d 644, 659 (7th Cir. 2004). ניתן לטעון כי במקרה זה היו הצדדים יכולים להגיע להסדר חוזי. דוגמה מסובכת יותר היא מקרה שבו תרומתו של כל אחד מהיוצרים אינה מגיעה לדרישות-המינימום שהחוק קובע, אך הפעולה המצטברת שלהם הולידה יצירה הזכאית להגנה – למשל, כאשר אדם נותן הרצאה בעל-פה, שהינה בבחינת יצירה שאינה מקובעת, ואדם אחר מקליט את ההרצאה או מקבע אותה בדרך אחרת. בכל אחת מן הפעולות כשלעצמה אין כדי להוות יצירה הזכאית להגנה, ובכך לכאורה הן שוות-מעמד מבחינת הבעלות ביצירה המקובעת, אך פעולת הקיבוע היא טכנית ופשוטה, בעוד ההרצאה נושאת את עיקר המסר.

28 לעניין דיני הערוב במיטלטלין והיצמדות הטפל לעיקר ראו ס' 4-6 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, ס"ח 636. ראו גם ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185, 213-216 (1990).

29 אלא אם כן עבד בעבור גורם אחר במסגרת WMFH (work made for hire) או העביר את בעלותו.

"owes its origin and who superintended the whole work, the 'master mind'"<sup>30</sup> לגבי סרט, למשל, נקבע כי היוצר יהיה מישהו בראש רשימת הקרדיטים – פעמים המפיק, פעמים הבמאי ולעיתים אף הכוכב הראשי או כותב התסריט; במילים אחרות, הגורם שבידיו השליטה האומנותית ביצירה.<sup>31</sup> נפסק כי אין די בתרומה, אפילו תהא זאת תרומה בעלת ערך רב (very valuable contribution). דברים אלה נכונים לגבי סרטים, אך חלים כמובן גם על יצירות אחרות. בתחום היצירה הספרותית, לדוגמה, הגישה היא כי הקדמה<sup>32</sup> לא תושג, ואף תעוכב, אם היוצר לא יוכל להיוועץ עם אחרים ולאמץ את עצותיהם המועילות מבלי להקריב לשם כך את בעלותו היחידה ביצירה. הגדרה רחבה מדי של המונח "יוצר" תביא לידי כך שיוצרים רבים יבודדו את עצמם ולא ישלבו ביצירותיהם תרומות יצירתיות שאחרים היו יכולים לתרום.<sup>33</sup>

בישראל, כאמור, הן הדין הקודם והן החוק החדש לא הגדירו מיהו יוצר ומיהו יצירה במובנה הכללי. ממילא, אין בחוק הבהרה אם על-מנת להיחשב יוצר, ולפיכך בעלים ראשוני, די לטוען לבעלות להראות תרומה מהותית ליצירה או שמא עליו להוכיח תרומה איכותית המוגנת בפני עצמה במסגרת זכויות יוצרים.<sup>34</sup> הפסיקה בהקשר זה בארץ אינה עקבית, והמבחנים אינם חד-משמעיים. מצד אחד קיימים פסקי-דין שמדגישים דווקא את התרומה המהותית ליצירה, גם אם לא ברור שהיא זכאית להגנה בפני עצמה. פסקי-דין אלה אינם מייחסים משמעות רבה לתרומה הטכנית, אף אם כרוכה בה עבודה רבה, ועל-כן,

30 המצב בארצות-הברית בעניין זה גמיש יותר מאשר בארץ, שכן על-מנת להיחשב יוצרים משותפים יש צורך בכוונה משותפת לכך בזמן היצירה. ראו: 17 U.S.C § 101. על-כן, גם אם עבר יוצר את מחסום היצירתיות ואת מחסום ה"יוצר", באין כוונה משותפת לא תוכר בעלות משותפת. לכך יש משמעות באותם מקרים שבהם בית-המשפט סבור כי הכרה בבעלות משותפת תפעל נגד העקרונות שאותם רוצים לקדם בזכויות יוצרים.

31 ראו עניין *Aalmuhammed*, לעיל ה"ש 22.

32 הכוונה כאן היא לקדמה כמובנה בחוקה האמריקנית: "to promote the progress of science and of useful arts". ראו: *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 349 (1991).

33 היטיב לתאר זאת בית-המשפט בעניין *Aalmuhammed*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1235–1236, באומרו את הדברים הבאים: "Claim jumping by research assistants, editors, and former spouses, lovers and friends would endanger authors who talked with people about what they were doing, if creative copyrightable contribution were all that authorship required."

34 הדין בנושא זה בארץ חשוב עוד יותר מאשר בארצות-הברית, שכן בארץ לא קיימת המסגרת של כוונת הצדדים לגבי תהליך ייצור משותף. בעוד בארצות-הברית לא תקום יצירה משותפת בהעדר כוונת צדדים ליצירה כזו, בישראל, בדומה לאנגליה, הבעלות המשותפת יכולה לקום מכוח התרומה עצמה, אף ללא כוונה שמתלווה אליה.

לאורם, התורם הטכני לא ייחשב יוצר.<sup>35</sup> כנגדם יש פסקי-דין המדגישים את הפן הטכני של היצירה. התרומה הטכנית בת-ההגנה – רק זו שעוברת את מבחני-הסף של החוק – תזכה את התורם בתואר "יוצר" ועל-כן גם בבעלות.<sup>36</sup> תרומה אחרת, גם כזו שמהווה אולי את המקור

35 כך, למשל, בע"א 4396/90 רוזנמן נ' קריגר, פ"ד מו(3) 254 (1992) (להלן: עניין קריגר) נפסק כי "הנותן ליוצר עזרה מכנית, או טכנית, גרידא, אינו הופך כשלעצמו ליוצר. הכתבנית שלה מכתוב הסופר את סיפורו – איננה יוצרת; המגיה, שבודק את ההגהות ומתקן אותן – איננו הופך על ידי כך ליוצר משותף..." (בית-המשפט מצטט בעניין זה את א' ח' זליגסון יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים 49 (תשכ"ג)). באותו מקרה דובר ביצירה שכללה זכרונות של המנוח. בית-המשפט פסק כי "הנתבעת רשמה דברים ששמעה מפי המנוח, אם בכתב יד או מתוך קלטת. לא נטען גם לא הוכח שהנתבעת תרמה לאותם דברים תרומה יצירתית משלה. קיימא לן כי זה הנותן ליוצר עזרה מכנית או טכנית, אינו הופך בשל כך ליוצר מכוחו הוא ואינו קונה זכות יוצרים באותם כתובים שרשם אופן כאמור". יש לזכור כי ללא עזרה טכנית זו ספק אם זכות היוצרים הייתה קיימת, שכן היצירה לא הייתה מקובעת (ראו לעניין זה את הניתוח בע"א 8117/03 ענבר נ' יעקב (פורסם בנבו, 16.1.2006)). בע"א 14267/02 (מחוזי ת"א) יסמין נ' דנה (פורסם בנבו, 25.6.2006) בחר בית-המשפט ללכת בגישה קיצונית אף יותר. באותו מקרה נקבע כי יסמין תבצע בעבור דנה עבודות גרפיקה שהוכנו על-גבי מחשב ונשמרו בקבציו. עבודת אלה היו אמורות לשמש את דנה בקטלוג פרחים. בהסכם המקורי תוארה העבודה המוזמנת כ"עימוד טקסט וביצוע גרפי". בית-המשפט השלום קבע – ובית-המשפט המחוזי אישר – כי העבודה של יסמין הייתה טכנית, והתמצתה בהעברת עיצוביה והוראותיה של דנה למחשב, ועל-כן, על-פי הפסיקה, אין לה זכות יוצרים בהם. בעשותו כן הפנה בית-המשפט לעניין קריגר, שם, פס' 25. בת"א 41/92 (מחוזי י-ם) קימרון נ' שנקס, פ"מ תשנ"ג(3) 10 (1993) (להלן: עניין שנקס), כתב בית-המשפט כך: "כאמור, הטקסט המורכב הוא, בעיקרו, פרי עבודתו של התובע. הוא חיבר אותו מתוך התעתיקים שהכינו סטרגנל ומילק. התעתיקים שהכינו אלה... אינם מוגנים. בראשית עבודתו עבד התובע בשיתוף פעולה עם סטרגנל, אלא שעבודה משותפת זו אינה ניתנת להפרדה. בגדרה נפגשו סטרגנל והתובע לעיתים תכופות ודנו בהצעות הפענוח שהציב התובע... כך גם מתבקש מדברי סטרגנל: הוא העריך, כי חלקו של התובע בעבודת הפיענוח עולה על 50 אחוז, עם שצייין, כי אין הוא יכול להצביע ספציפית על עבודתו שלו."

36 גישה זו באה לידי ביטוי, למשל, בעניין שרגאי, לעיל ה"ש 20. באותו מקרה דובר ברואה-חשבון בהשכלתו אשר עסק, במסגרת עבודתו אצל הנתבעים, בפיתוח תוכנות חשבונאיות שונות למחשב שנועדו לשימושם של רואי-חשבון ויועצי-מס. לאחר פיתוריו עלתה לדיון השאלה מיהו בעל הזכויות בתוכנות. בית-המשפט פסק כי אף שהתובע הגדיר את הדרישות שעליהן התוכנה שפותחה אמורה לענות, אין הוא זכאי לבעלות בזכות היוצרים. זאת, משום שהתובע לא השתתף בשלב תרגום התוכנה למפרטים סכמטיים אשר מתארים את המטלות שהוגדרו בשלב הגדרת דרישות התוכנה ואת מבנה התוכנה. גישה זו באה לידי ביטוי גם בת"א (שלום י-ם) 5293/05 ששר נ' וסטי 1992 בע"מ (פורסם בנבו, 31.3.2008). באותו מקרה הוגשה תביעה בשל הפרת זכויות יוצרים בספר שיחות עם רחבעם זאבי גנדי, שמחברו היה מיכאל ששר. אחת מטענות ההגנה של הנתבעים הייתה כי המנוח רחבעם זאבי נתן היתר לפרסם קטעים מתוך הספר. אולם בית-המשפט דחה טענה זו. לדבריו, אי-אפשר להיבנות מטענת הגנה זו שכן זאבי לא היה בעל זכויות היוצרים בספר. במהלך השיחות שהיו לשר עם

להצלחת היצירה, לא תזכה את התורם בתואר "יוצר", וממילא הוא לא ייחשב בעלים ראשוני אלא בדרך של הסכם המעביר בעלות. לגישתי, יש לראות בחוק החדש נקודת-ציון אשר מפנה את הזוקרים לשאלת התמריצים, בדומה למשפט האמריקני. בהחלטה "מיהו הבעלים" בית-המשפט צריך להביא בחשבון את מי רוצים לתמרץ ומה יהיו התוצאות של הקצאת הבעלות במונחים של הנגשת היצירה לציבור. יש להבין שהוספת בעלים לא רק מגדילה את עלות הנגשתה של היצירה לציבור, אלא עלולה אף להפחית מתמריציהם של היוצרים שאותם רוצים לעודד.<sup>37</sup>

זאבי השמיע זאבי את דעותיו ורעיונותיו, אך דעות ורעיונות אלה אינם מוגנים במסגרת זכויות יוצרים. מה שמוגן במסגרת זכות יוצרים היא היצירה, שהיא הספר מושא הדין. לדברי בית-המשפט, "מהרגע שהדעות והרעיונות של זאבי שהושמעו על פה, קובעו בכתב באופן שנקבע על ידי המחבר מיכאל ששר ז"ל, בספרו נשוא הדין ומרגע שיש הודאה, ואין למעשה מחלוקת שהפרסום היה של קטעים מתוך הספר נשוא הדין, הרי שבעל זכויות היוצרים הוא ששר ז"ל ולא גנדי ז"ל". גם בע"א 414/84 ברים נ' מגדלור מרכז לתאורה מודרנית בע"מ, פ"ד לט(3) 109 (1985) (להלן: עניין ברים), העדיף בית-המשפט, אם כי אגב אורחא, את הפן הטכני. באותו מקרה דנה השופטת בן-פורת בערעור של מהנדסת תאורה ועובדת של מכון התקנים הישראלי, שנשאה הרצאה לפני אגודת המהנדסים והארכיטקטים. ההרצאה פורסמה בכתב-העת של מכון התקנים הישראלי. לאחר-מכן הועתק קטע מן המאמר על-ידי המשיבים אל עלון שיווק פרסומי, ובשל כך הוגשה התביעה. בית-המשפט נדרש לשאלה למי זכות היוצרים במאמר, בהנחה שמבחינים בין ההרצאה (אשר לדעת בית-המשפט, אם היא נישאה רק בעל-פה, אזי סביר להניח שהיא אינה מקנה זכות יוצרים) לבין המאמר. לגישת בית-המשפט, אם כתב-העת העלה על הכתב הרצאה שניתנה בעל-פה, הזכות היא שלו, ולא של נושאת ההרצאה. במילים אחרות, קיבוע ההרצאה בכתב מקנה את הבעלות בה למקבע, ולא לנושא ההרצאה. זאת, להבדיל ממקרה שבו ההרצאה הוגשה לפרסום כמאמר, כי "אז ורק אז הזכות היא של המרצה". ביטוי להדגשת הפן הטכני ניתן למצוא גם בת"א (שלום חי) 5384/01 ליאני נ' שרון (פורסם בנבו, 3.10.2006). באותו עניין עלתה לדין השאלה אם ביצירה משותפת יש משמעות להגיית הרעיון. באותו מקרה היה לנתבע בית-עסק שהציע לקהל הרחב שירים או סיפורים המותאמים לאירוע מסוים. התובעת כתבה בעבורו שירים וסיפורים. לאחר סיום עבודתה התעוררה מחלוקת לגבי אחד הסיפורים, אשר התובעת טענה כי היא זו שהגתה את הרעיון שבבסיסו והעלתה אותו לפני הנתבע, ואף כתבה אותו הלכה למעשה. בית-המשפט קיבל את טענת התובעת בחלקה, ופסק כי הסיפור הינו תוצאה של עבודה משותפת שלה ושל הנתבע, אף שעיקר הכתיבה היה פרי-עטה. עם זאת, בהתייחס לשאלת הרעיון, אמר בית-המשפט את הדברים הבאים: "חשיבותה של השאלה מי הגה את הרעיון משנית בלבד שכן בהתאם לס' 7 לפקודת זכות יוצרים [הסעיף המקביל כיום לס' 5 בחוק החדש] לא תהא קיימת זכות יוצרים בין היתר על רעיון, כך שההגנה יכולה להתייחס לזכויות חיבור הסיפור והפצתו". דברים אלה יכולים להתפרש כתומכים בכך שתרומה שהינה אך בגדר רעיון אינה רלוונטית (אולם הדברים יכולים להתפרש גם כגורסים כי הדין בתרומה שהיא אך בגדר רעיון הוא משני בלבד).

להרחבה בעניין זה ראו את מאמרי: Assaf Jacob, *Tort Made for Hire – Reconsidering the* 37  
*.CCNV Case*, 11 YALE J. L. TECH. 96 (2008).

## ג. בעלות ביצירה שנוצרת על-ידי עובד

### 1. מסגרת הדין

החוק החדש מתייחס באופן מפורש לסיטואציה שבה היצירה נוצרת על-ידי עובד. מבחינה מספרית, יצירות אלה תופסות נפח ניכר מכלל היצירות במשק, שכן יצירות רבות נוצרות על-ידי עובדים המועסקים למטרה זו על-ידי המעביד.<sup>38</sup> במקרים אלה נשאלת השאלה אם יש להקצות את הזכויות לעובד או למעביד או שמא יש לחלק את הזכויות ביניהם בדרך כלשהי.

בניגוד לכלל ברת-המחדל הקבוע בסעיף 33, שלפיו היוצר הוא הבעלים הראשון של הזכות, סעיף 34 לחוק קובע כי בהעדר הסכמה אחרת, הבעלות הראשונה ביצירה שנוצרה על-ידי העובד לצורך עבודתו ובמהלכה תהא למעביד. במילים אחרות, העובד מוגדר אומנם כיוצר לצורך החוק, ומעמד משפטי זה אינו נשלל ממנו,<sup>39</sup> אך החוק קובע כי לצורך "העברת" הבעלות מן היוצר אל המעביד אין צורך בחוזה ספציפי לגבי כל יצירה ויצירה, אלא די בביסוסם של התנאים הקבועים בסעיף, דהיינו, שהיצירה נוצרה על-ידי עובד לצורך העבודה ובמהלכה. ההיגיון שעומד מאחורי מבחן זה הוא היגיון כלכלי פשוט – במערכת היחסים שבין העובד למעביד, המעביד הוא שנושא בסיכון הכלכלי הכרוך ביצירה, ועל-כן הוא זכאי לשאת ברווח הכלכלי שנגזר מסיכון זה.<sup>40</sup> העובד סוחר בסיכוי ובסיכון בתמורה למשכורת קבועה, אשר ברוב המקרים אינה מושפעת (ובחלק מהמקרים מושפעת באופן חלקי בלבד – על-ידי חלוקת בונוסים) מהצלחתה של היצירה או מכשלונה. בידי העובד

38 נתונים עדכניים בעניין זה לא מצאתי, אולם הנתון המעניין הבא עשוי לסבר את האוזן: בארצות-הברית, בשנת 1955, כ-40% מכלל העבודות שנרשמו (באותה תקופה חלה בארצות-הברית חובת רישום על-מנת לזכות בהגנה) היו מהסוג של WMFH. ראו בהקשר זה עניין CCNV, להלן ה"ש 48. יש לשער כי מאז רק עלה המספר.

39 תוצאה זו אינה מתחייבת, שכן היה אפשר לראות במעביד את היוצר המשפטי, להבדיל מהיוצר בפועל. כך, למשל, החוק בארצות-הברית קובע כי במקרים של WMFH היוצר הוא המעביד, והוא הבעלים הראשון: "In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title and... owns all of the rights comprised in the copyright" 17 U.S.C. §201(b) – החוק הישראלי בחר לא ללכת בדרך זו.

40 ראו לעיל Jacob, ה"ש 37, וכן: Michael D. Birnhack, *Working Authors*, [ssrn.com/abstract=1269343](http://ssrn.com/abstract=1269343). נראה שזו אכן הייתה כוונת המנסחים. ראו, למשל, את דבריו של נציג משרד המשפטים עו"ד תמיר אפורי בישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8: "במסגרת יחסי עובד-מעביד... לא מתמחרים יצירה כזאת או אחרת. מדברים על גובה השכר החודשי, השבועי, השנתי. אבל זה לא תמחור פר-תוצר כזה או אחר משום שכשמעסיקים משהו לעשות משהו... עוד לא יודעים בכלל אם הוא יצליח לעשות את אותו משהו. אולי גם לא ייצא כלום, אולי ישלמו שנה משכורת ולא ייצא שום דבר."



הזכות והיכולת ליצור את היצירה באופן עצמאי, ולא במהלך עבודתו,<sup>41</sup> או לחלופין להתנות על בררת-המחדל באופן שהעסקה בינו לבין המעביד תשקף סוג אחר של הקצאת סיכונים. אולם משבחר לא לעשות כן, הביע את הסכמתו להקצאת הסיכונים שבתנאי בררת-המחדל הקבועה בחוק, ועל-כן הבעלות הראשונה תהיה למעביד. דין זה משקף, לפחות באופן עקרוני, את הדין שרווח לפי החוק הישן.<sup>42</sup>

מבחן זה נראה על פניו פשוט וקל ליישום, ואכן יהיו מקרים רבים שבהם זה יהיה המצב. חשבו על בית-תוכנה שבו עובדים כמה מתכנתים. במקרה זה ברור למדי, גם ללא בדיקה מדוקדקת, כי היצירה נופלת בגדרו של סעיף 34 לחוק, וכי המעביד הינו בעל הזכויות הראשוני. כך גם כאשר רעיונאי (קופירייטר) במשרד פרסום יוצר פרסומות בעבור המשרד. זו המטרה שלשמה הוא נשכר לעבודה, ובגינה משולמת לו משכורת, ועל-כן אך טבעי שהמעביד יקבל תמורה בעבור משכורת זו. אולם יהיו גם מקרים מסובכים שבהם לא יהיה ברור מה מעמדו של העובד, בעבור מי הוא עובד או אם היצירה נוצרה לצורך עבודתו ובמהלכה.<sup>43</sup>

## 2. מיהו "עובד" לצורכי חוק זכות יוצרים?

השאלה באילו מקרים אדם נחשב לעובד היא שאלה כללית אשר חורגת מגדרו של חוק זכות יוצרים. בעיקרון, הגדרת אדם כ"עובד" יוצרת מעמד בעל משמעות משפטית בתחומים

41 מובן שפעמים רבות יצירה חלופית כזו אינה אפשרית בגין ההשקעה הכרוכה בה, כמות גורמי הייצור המעורבים ביצירתה, מצב שוק העבודה, תניות אי-תחרות ועוד. אולם אלה יהיו בדרך-כלל המקרים שבהם נרצה, כחברה, לעבור לדפוס תמריצים חלופי ולהעניק את הזכויות לגורם אשר יוכל להתגבר על בעיות אלה ובכל-זאת ליצור את היצירה המוגמרת.

42 נציג משרד המשפטים עו"ד תמיר אפורי בישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8: "הסעיף הזה... משאיר את המצב החוקי הקיים על כנו. יש הבדלי נוסח קלים [בין החוק הישן והחוק החדש]... אבל אין שינוי מהותי".

43 ניתן לחשוב על מצבים שבהם חלק מן היצירה נוצר על-ידי עובד בכשירותו ככזה ואילו חלקה נוצר על-ידי אותו עובד אך לא בכשירותו כעובד. באופן דומה ניתן לחשוב על מצבים שבהם חלק מהעבודה נעשה במסגרת העבודה אך חלקה האחר נעשה לא במסגרתה. מצבים אלה יכולים להביא לידי כך שליצירה יהיו שני בעלים ראשוניים – הן העובד והן המעביד. (גם כאן ניתן לחשוב על שני תת-מצבים – בעלות משותפת של שני בעלים ראשוניים או בעלות ראשונית שונה בחלקי יצירה שונים). במקרים אלה יחול למעשה הניתוח שבו עסקתי בפרק הקודם. הנטייה היא לא לחלק את היצירה בין הצדדים או להעניק לשניהם בעלות משותפת, על-מנת לא להפחית את התמריצים ליצור ולא להגדיל את עלויות ההנגשה לציבור. עם זאת, במקרים מסוימים תוצאה זו יכולה להיות בבחינת פשרה אשר תספק מספיק תמריצים ליצור לשני הצדדים גם-יחד מבלי לייקר יתר על המידה את הנגשת היצירה לציבור. מעבר לכך, ומנקודת-מבט ex post, ייתכן שבת-המשפט יקדמו תוצאה זו על-מנת להשיג צדק בין הצדדים הספציפיים לעסקה כאשר הללו לא צפו (או לפחות כאשר אחד מהם לא צפה) את "התקלה המשפטית".

שונים, אשר מקנה או שולל זכויות. למעמד זה יש חשיבות מיוחדת במקרים שבהם המשפט מגדיר את מעמד הצדדים בניגוד לרצונם או לפחות בניגוד לרצונו של אחד מהם, כדי לתת ביטוי לטעמים החורגים מכוונותיהם ומתוך רצון להגן על אינטרסים של צדדים חלשים או צדדים שלישיים. דוגמה טובה לכך היא בתחום דיני הנזיקין – העובד והמעביד אינם יכולים להסכים ביניהם על הגדרת ה"עובד" כ"קבלן עצמאי" על-מנת לפטור את המעביד מחבות נזיקית למעשי העובד. איסור זה נועד, בין היתר, להגן על זכאותו של צד נפגע להיפרע מן המעביד בשל הנזק שנגרם לו. במילים אחרות, הגדרת אדם כעובד או שלילת מעמד זה עלולות ליצור החצנות חיוביות ושליליות אשר המשפט צריך להביאן בחשבון. ככל שהחצנות אלה יהיו משמעותיות יותר כן ייטה המשפט לתת משקל רב יותר לשיקולים החורגים ממערך היחסים של הצדדים ומרצונותיהם הפרטיים.

לצורך הקביעה מיהו "עובד" ניתן לבחור מבין כולל, אשר יגדיר את מעמדו של העובד וישפיע על זכויותיו וחובותיו בכל אשר ילך. במובן זה תיתפס ההגדרה כסוג של "חבילה" אוניוורסלית המספקת זכויות אך גם חובות ונטלים.<sup>44</sup> על-כן, מרגע שהוגדר אדם כעובד, הוא ייחשב עובד לכל דבר ועניין. גישה זו, יתרונותיה בצידה. הגדרת אדם כעובד או כקבלן עצמאי יכולה להשפיע על שאלות מתחום הקניין הרוחני אך גם מתחומי המיסים, הביטוח הלאומי, דיני הנזיקין, וכמובן דיני העבודה. הגדרת-רוחב מאפשרת ודאות רבה באשר למעמדו של העובד. מעמד זה לא ישתנה באופן שיאפשר לעובד, למשל, לזכות בהטבות מס, מצד אחד, אך לא לחוב בביטוח לאומי, מצד אחר. היא גם מבטיחה אחידות יחסית בפסיקה. מרגע שאופיינה מערכת יחסים מסוימת כיחסי עובד-מעביד, יפעילו השופטים לגביה אותן אמות-מידה לכל דבר ועניין.

דומה שגישה זו, פרט לכמה חריגים, היא הגישה הרווחת במשפט האמריקני.<sup>45</sup> בהעדר חקיקה ספציפית, המבחן המגדיר מיהו עובד הוא למעשה מבחן אחד אשר חולש על תחומי משפט שונים. תחום זכויות היוצרים אינו שונה בעניין זה. הגדרת יצירה כ"עבודה להשכיר" (לפי דוקטרינת ה-WMFH – work made for hire) מעניקה למעביד את הבעלות.<sup>46</sup> להגדרה יש שני חלקים, אשר זה המקביל לחוק הישראלי עוסק במצבים שבהם היצירה נוצרה על-ידי

44 ראו בעניין זה את דבריו של הנשיא ברק בדנג'ין 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826 (1998). לגישתו, זו הייתה גם עמדתו של בית-הדין הארצי לעבודה בתחילת דרכו. בעניין זה הוא מפנה לדב"ע לו/8-2 חיימוביץ נ' מדינת ישראל, פד"ע ח(1) 472 (1977), שם נכתב: "לא מצאנו, לא בהלכה ולא בפסיקה, כי יתנו למונח 'עובד' משמעות משתנה מחוק לחוק."

45 ראו Jacob, לעיל ה"ש 37.

46 17 U.S.C. § 101.

עובד במסגרת עבודתו (within the scope of employment).<sup>47</sup> בית-המשפט העליון האמריקני נדרש לפרשנותו של סעיף זה בפסק-הדין המפורסם והשנוי במחלוקת בעניין *CCNV*.<sup>48</sup> באותו מקרה קבע בית-המשפט כי גם בתחום זכויות היוצרים יש לתת למונחים "עובד" ו"במסגרת עבודתו" את המשמעות שהייתה להם במסגרת המשפט המקובל, דהיינו, בדיני השליחות, כפי שאלה באים לידי ביטוי בריסטייטמנט השני.<sup>49</sup> במסגרת זו מנה בית-המשפט העליון רשימה ארוכה של פרמטרים אשר יובאו בחשבון לצורך הכרעה בשאלה אם היוצר בפועל הינו עובד או קבלן עצמאי.<sup>50</sup> על מבחן זה, הלקוח מהתחום הנוזקי, נמתחה ביקורת באשר הוא מונה רשימה ארוכה של אמות-מידה מבלי להעניק לשופטים הנחיה אמיתית כיצד ליישם אותן במקרים השונים.<sup>51</sup> כמו-כן, חלק גדול מאמות-המידה אינן רלוונטיות בהקשר של זכויות יוצרים לנוכח המטרות העומדות בבסיסן. זאת ועוד, התוצאה שקיור להשיג באמצעות מבחן אחד לא הושגה כלל וכלל, שכן בתי-המשפט הגיעו, על-סמך אותו מבחן, לתוצאות הפוכות במקרים דומים.<sup>52</sup>

המשפט הישראלי בחר בפתרון אחר, שלפיו הגדרת העובד אינה מחייבת מבחן אחד לכל דבר ועניין. המבחן הוא מבחן גמיש, או למעשה שורה של מבחנים שונים, אשר מאפשרים את הגדרתו של אדם כעובד לצורכי חוק אחד ואת שלילת מעמדו כעובד לצורכי חוק אחר.<sup>53</sup> גישה זו יוצרת ודאות נמוכה מגישה ה"חבילה" האוניורסלית, אך מאפשרת

47 החלק השני של ההגדרה דן בסיטואציה שבה יצירה מוזמנת לצורך שימוש בה כחלק מיצירה קולקטיבית הנכללת באחת הקטגוריות המנויות בסעיף. בין הקטגוריות ניתן למצוא סרט, יצירה אורקולית, תרגום וכו'. שם.

48 *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730 (1989) (להלן: עניין *CCNV*).

49 *RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY* (1958).

50 רשימה זו כוללת את הפרמטרים הבאים (אשר אף לא אחד מהם מתחייב או מכריע כשלעצמו): זכות המעסיק לשלוט או לפקח על האמצעים המשמשים ליצירת היצירה ועל אופן יצירתה; המיומנות הנדרשת בייצור היצירה; מקורם של המכשירים והכלים המשמשים ליצירת היצירה; המקום שבו נעשת מלאכת היצירה; משך היחסים בין הצדדים המתקשרים; הזכות לתת פרויקטים נוספים לצד המועסק; שיקול-הדעת של המועסק באשר לשאלה מתי וכמה זמן לעבוד; שיטת התשלומים בגין העבודה; אם המועסק רשאי להעסיק אנשים נוספים על-פי שיקול-דעתו; אם הפעילות היא מסוג שנכלל במסגרת עיסוקן הרגיל של הצד המועסק; אם המועסק מקבל הטבות הניתנות לעובדים; כיצד יאובחן מערך היחסים שבין הצדדים לצורכי מס. עניין *CCNV*, לעיל ה"ש 48.

51 ראו *Jacob*, לעיל ה"ש 37.

52 שם.

53 ראו את דבריו של הנשיא ברק בעניין סרוסי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 826: "הגישה הרווחת כיום הינה כי המושג 'עובד' הינו מושג מורכב, הכולל בחובו מבחנים שונים, שיש ליתן להם משקל שונה".

לכתי-המשפט להתאים את המבחן לאינטרסים שרוצים לקדם בכל תחום ותחום.<sup>54</sup> יש לזכור כי בעוד הכרה באדם כ"עובד" רצויה במקרים מסוימים, שכן היא משפרת את מצבו, במקרים אחרים היא עלולה להרע את מצבו, ואולי אף לפגוע בצדדים שלישיים.<sup>55</sup> דוגמה בעניין זה תבהיר את הדברים. אם אדם פוגע בצד ג, אזי על-פי פקודת הנזיקין, אם הדבר אירע במסגרת עבודתו, יהיה המעביד חייב באחריות שילוחית לנזק שנגרם. על-כן הכרה באדם כעובד במקרה כזה תשפר את מצבו שכן היא תקטין את חבותו הפוטנציאלית: כעת הוא לא יחוב בנזק לבדו, אלא המעביד יהיה חייב עימו ביחד ולחוד. זאת ועוד, הכרה באדם כעובד תשפר גם את מצבו של צד ג: גם כעת הוא לא יהיה זכאי אומנם לפיצוי גבוה מהנזק שנגרם לו, אך סיכוייו לקבל פיצוי גדלים. אכן, במצב זה תוגש בדרך-כלל התביעה גם נגד המעביד, שכן קיים סיכוי רב יותר שהוא יוכל לשלם את מלוא סכום התביעה (ובכל מקרה הוספתו כחייב משפרת את מצב הניזוק). הוספת המעביד כ"מזיק" מקדמת היטב את מטרותיהם של דיני הנזיקין. המעביד נתפס כמונע נזק זול יותר וטוב יותר, שכן יש לו יכולת טובה יותר להעריך את סיכויי התרחשותו של הנזק ולמנוע אותו.<sup>56</sup> מעבר לכך, למעביד יש גם יכולת טובה יותר לפזר את הנזק, אם הוא נגרם.<sup>57</sup> גם שיקולים של צדק תומכים פעמים רבות בהטלת אחריות על המעביד.<sup>58</sup> כך, נטען לא אחת כי המעביד זוכה בפירות העבודה, ועל-כן מן הצדק שהוא יישא בעלויותיה.<sup>59</sup> אחריות זו המוטלת על המעביד גם מונעת מהתובע קשיים ראייתיים, שכן הוא לא יצטרך להראות מיהו העובד המסוים שגרם את הנזק, אלא די בכך שהוא יראה כי הנזק נגרם על-ידי אחד העובדים על-מנת שיוכל לזכות בפיצוי מן המעביד מכוח אחריותו השילוחית.<sup>60</sup> שיקולים אלה מובילים את בית-המשפט לפרשנות "רחבה" של המונח "עובד", כמו-גם להגדרה רחבה של מסגרת העבודה בתחום דיני הנזיקין.

- 54 הנשיא ברק, שם, בעמ' 828: "בפרשנותו של דבר חקיקה, אנו שואלים את עצמנו מהי המטרה המונחת ביסודו."  
 55 ראו Jacob, לעיל ה"ש 37, בעמ' 32.  
 56 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970).  
 57 Young B. Smith, *Frolic and Detour*, 23 COLUM. L. REV. 444 (1923); Kenneth S. Abraham, *Calabresi's The Costs of Accidents: A Generation of Impact on Law and Scholarship: Liability Insurance and Accident Prevention: The Evolution of an Idea*, 64 MD. L. REV. 573 (2005).  
 58 RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 219, comt. a (1958).  
 59 *Kemether v. Pennsylvania Interscholastic Athletic Association*, 15 F. Supp. 2d 740, 748 (D. Pa. 1998).  
 60 RICHARD A. EPSTEIN, TORTS 239 (1999).

לעומת זאת, הגדרת "עובד" בתחום של זכויות יוצרים מערבת שיקולים אחרים. השוני העיקרי הוא שבמסגרת זכויות יוצרים ההקצאה היא של זכויות, ולא של חביונות. הכרה במועסק כ"עובד", וביצירה ככזו שנוצרה במסגרת עבודתו, שוללת ממנו את הזכויות ביצירה ומרעה את מצבו. שוני זה בין התחומים גם יכול להשפיע על שיקולי צדק. כך, הנימוק שלפיו המעביד זוכה בפירות העבודה ולכן ראוי שהוא יישא בעלויות הנובעות ממנה אינו רלוונטי עוד. קיימים אולי שיקולי צדק חלוקתי אחרים, אך אלה לא ייטו בהכרח לטובת המעביד. גם הניתוח באשר להשפעת ההכרה במועסק כ"עובד" על צדדים שלישיים יהיה שונה. ברור שהרחבת ההגדרה של "עובד" לא תשפר את מעמדם של צדדים שלישיים באותו אופן כמו בדיני הנזיקין. על-כן ניתן במקרים של זכויות יוצרים, לפחות על-פי הטעמים שפורטו לעיל, להצדיק הגדרה מצמצמת יותר של "עובד" ושל "יצירה שנוצרה במסגרת העבודה".<sup>61</sup>

כאמור, הניתוח לעיל מהווה רק דוגמה לאינטרסים השונים בתחומים השונים, אך הלקח מדוגמה זו ברור. מכיוון שהאינטרסים והאיזונים המתבקשים בתחומים אלה שונים, לא רק שאין הכרח לאמץ אותו מבחן או אותה פרשנות בתחומים שונים, אלא שיש הכרח כמעט לא לעשות כן. גישה זו מקבלת חיזוק בפסקי-דין רבים של בית-המשפט העליון בישראל,<sup>62</sup> אשר גורס כי אף באותו תחום ובאותו דבר חקיקה המונחים "עובד" ו"מעביד" יכולים לקבל משמעות שונה.<sup>63</sup> בהנחה שנוטים את גישת ה"חבילה" האוניורסלית, ראוי וצריך לפתח אמות-מידה לבחינת המונח "עובד" בהקשר של זכויות יוצרים. אמות-מידה אלה והמבחן לבדיקתן צריכים לשקף את מערך האיזונים הראוי לתחום זה.

61 בהקשר זה השוו לדבריו של השופט חשין בעניין סרוסי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 839, בדבר ייעודו הראשוני של המשפט לשמש כלי ומכשיר להשגתן של תכליות לבר-משפטיות: "כך נוצק מושג ה'עובד' וכך נוצקו המושגים של 'עובד עצמאי', 'קבלן' וכו'. ואולם, מעולם, למיטב הבנתי, לא הייתה זהות אפריורית – ולא ראויה הייתה שתהא זהות אפריורית – בסיווגים ובסיווגי-משנה אלה בתחום דיני הנזיקין (למשל) ובתחום משפט העבודה. כל אחד מתחומי משפט אלה יועד להשגתן של מטרות אחרות, ומה טעם ייצרו השניים זכויות וחובות על-פי אותם קני-מידה?"

62 בעניין זה ראו, למשל, ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לה (4) 748 (1981): "המונחים 'מעביד' ו'עובד' מופיעים בשורה ארוכה של חוקים. נקודת המוצא העקרונית, אשר חייבת להנחות אותנו, היא, כי לביטויים אלה אין משמעות אוניברסאלית, אלא המשמעות, שנודעת להם, קשורה קשר הדוק להקשר, בו מופיעים ביטויים אלה. לשון אחר: אין הגדרה אחת ויחידה אשר משמשת אמת מידה לקביעת יחסי מעביד-עובד, אלא קיימות הגדרות רבות ומגוונות, הכול בהתאם להקשר הדברים, בו מתעוררת השאלה. על-כן תהא זו תופעה טבעית, כי פלוני ייחשב כעובד לצורך חוק אחד, אך לא ייחשב כעובד לצורך חוק אחר." דברים אלה אומצו בהסכמה בעניין סרוסי, לעיל ה"ש 44.

63 הנשיא ברק בעניין סרוסי, שם, בעמ' 831: "על-כן עשוי הדיבור 'עובד' ו'מעביד' לקבל מובן שונה בגדריו של חוק הביטוח הלאומי עצמו..."

אכן, הדים לדברים אלה אנו מוצאים בפסיקה בית-המשפט בכל הקשור לפרשנותו של המבחן על-פי הדין הקודם. הפסיקה בהקשר זה, בתחום זכויות היוצרים, אינה מרובה, אך בכל-זאת נראה כי למעט כמה חריגים, היא משקפת גישה שלפיה פסקי-הדין בתחום דיני העבודה מבקשים, כעניין של מגמה, להרחיב את הגמישות השמורה לבית-המשפט בהגדרת המונח "עובד",<sup>64</sup> וכי הרחבה זו אינה מתאימה בהכרח לתחום של זכויות היוצרים. לצורך הרחבת ההגדרה של המונח "עובד" נדרשו בתי-המשפט בתחום דיני העבודה לאימוץ ולפיתוח של מבחנים חדשים, אשר הקנו להם שיקול-דעת רב יותר, כך שגם אם המועסק לא נכנס לגדר המבחן הצר של יחסי עובד-מעביד, הוא היה יכול עדיין להיחשב עובד. נטיית בית-המשפט בתחום דיני העבודה הייתה להרחיב את שיקול-דעתו, כך ששום פרמטר שמאפיין עובד טיפוסי לא יהיה תנאי הכרחי להגדרת היחסים כיחסי עובד-מעביד. כך, ניתן לראות כי עם השנים נזנחה הגישה שלפיה עובד הוא רק מי שמוגדר כך באופן פורמלי ומקבל משכורת,<sup>65</sup> וחל מעבר תחילה למבחן המרות והפיקוח, אשר מרחיב את המבחן הפורמלי,<sup>66</sup> בהמשך למבחן ההשתלבות, אשר מרחיב את מבחן המרות והפיקוח,<sup>67</sup> ולבסוף למבחן הנוהג כיום בתחום דיני העבודה, הוא המבחן המעורב.<sup>68</sup>

הרחבה זו, אשר יפה לתחום דיני העבודה, הינה בעייתית, בעיני בית-המשפט, בתחום של דיני זכויות היוצרים. הפסיקה מדגישה כי בתחום זכויות היוצרים הגדרת המועסק כעובד יוצרת חלוקה מחדש של העושר, שכן היא עלולה לנשל מזכויותיו ביצירה ולהעביר אותן למעביד. לכך לא רצו בתי-המשפט לתת יד. כדי למנוע תופעה זו, גזרו בתי-המשפט על עצמם ריסון. ריסון זה בא לידי ביטוי הן בהיצמדות למבחנים השוללים מבית-המשפט את שיקול-הדעת (תוך סירוב לעבור למבחנים המקנים שיקול-דעת רב יותר) והן ביישום המבחן הנוהג באופן מצמצם. המקרים שבהם נקטו בתי-המשפט מדיניות מרחיבה קצת יותר – והיו

64 ראו, למשל, את דבריה של השופטת דורנר בעניין סרוסי – שם, בעמ' 846 – בהתייחסה לתחום של דיני העבודה וחקיקת-המגן: "הגישה המודרנית במדיניות אחרות, כמו גם בספרות המשפטית הישראלית, מבקשת... להרחיב את גבולותיו של המושג 'עובד' ולהכיל בתוכו קבוצות אנשים שבעבר לא נכללו בו." ראו גם מנחם גולדברג "'עובד' ו'מעביד' – תמונת מצב" עיוני משפט יז(1) 19 (1992). ראו גם את דבריה של השופטת דורנר שם, בעמ' 847, שלפיהם בתחום דיני העבודה בית-המשפט מוכן אף להרחיק לכת ולומר כי "יש לשנות את המושג 'עובד', כך שתוסר הדרישה הנוקשה לקשר חוזי בין העובד למעסיקו". בהקשר זה ראו גם את דבריו של הנשיא ברק בעניין סרוסי, שם, בעמ' 835, שלפיהם "יש מקום לבחון מחדש את הדרישה המקדמית בדבר קיומו של קשר חוזי".

65 ראו גולדברג, שם.

66 ראו שם, בעמ' 25, וכן את הסקירה המובאת על-ידי בית-המשפט בע"א 47/48 אגושביין נ' פוטרמן, פ"ד ה(1) 4 (1950).

67 דב"ע לא/3-27 עיריית נתניה נ' בירגר, פד"ע ג(1) 177 (1971) (להלן: עניין בירגר).

68 בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628 (1996).

כמה פסקי-דין כאלה – היו אלה שבהם ההכרה במערכת היחסים כיחסי עובד-מעביד לא הכריעה לגבי חלוקת הזכויות ביניהם, אלא השפיעה על זכויות המעביד ביחס לצד ג. באותם מקרים, אי-הכרה במערכת היחסים כיחסי עובד-מעביד הייתה משמיטה את עילת התביעה של המעביד נגד המפר, וכדי למנוע זאת נקט בית-המשפט מדיניות מרחיבה, בין לעניין בחירת המבחן ובין באשר ליישומו.

על-מנת להמחיש דברים אלה אביא דוגמות אחדות מפסיקת בית-המשפט בתחום זכויות היוצרים. בעניין שנקס<sup>69</sup> (פרשת המגילות הגנוזות) קבעה השופטת דורנר, בבית-המשפט המחוזי, כי המבחן היחיד להכרעה אם מדובר בחוזה שירות (המעביד הוא הבעלים הראשון של יצירה שהכין עובד במהלך עבודתו אצל המעביד על-פי חוזה שירות) הוא מבחן המרות או הפיקוח. באותו מקרה קבע בית-המשפט, ביחס לחוקר שפענח מגילות גנוזות, כי לא נקשר חוזה למתן שירותים בין התובע לבין רשות העתיקות, וכי התובע לא עסק בעבודות הפענוח על-פי בקשת הרשות. כמו-כן נקבע כי היחסים בין החוקרים המורשים לבין רשות העתיקות לא היו יחסי מרות או פיקוח (בית-המשפט הוסיף גם כי רשות העתיקות מעולם לא ראתה את עצמה בעלת זכויות יוצרים בעבודת החוקרים). על-כן הוחלט כי לרשות העתיקות אין זכות יוצרים במגילות.<sup>70</sup> גישה זו מצמצמת את מספר המקרים שבהם ייחשב מועסק כעובד לצורך זכויות יוצרים, וזאת בניגוד למבחן ההשתלבות, אשר מאפשר הכרה במועסק כעובד גם אם לא היה נתון בפיקוח.

בעניין בן דב<sup>71</sup> נאמרו הדברים בצורה מפורשת אף יותר. במקרה זה ציין בית-המשפט כי המבחנים הקובעים אם בין היוצר למעביד התקיימו יחסי עבודה הם מבחנים שהתפתחו בפסיקה, וכי בתחילת הדרך דובר באותם מבחנים שבהם נעשה שימוש על-מנת לזהות יחסי עובד-מעביד בדיני העבודה הכלליים.<sup>72</sup> עם הזמן שונה המבחן בדיני העבודה למבחן ההשתלבות, שיש לו פן חיובי ופן שלילי.<sup>73</sup> בית-המשפט ציין כי מבחן זה מהווה הרחבה ביחס למבחן הפיקוח, אך הוסיף כי הרחבת המבחן בבתי-הדין לעבודה אינה מחייבת את בתי-המשפט בתחום זכויות היוצרים. בית-המשפט הפנה להבדלים בין התחומים השונים,

69 לעיל ה"ש 35.

70 הדבר הועלה כטענת הגנה על-ידי הנתבע (צד ג שהפר), וייתכן שזה מה שהשפיע על התוצאה.

71 ת"א (מחוזי י-ם) 2366/00 בן דב נ' מזר (פורסם בנבו, 29.4.2004).

72 המבחן העיקרי שנהג אז היה מבחן המרות והפיקוח, שבמסגרתו נבחנו פרמטרים דוגמת אופן ביצוע העבודה, אם ניתנו הנחיות לעובד ועל-ידי מי, אופן הקביעה של סדר העבודה, מיקום העבודה ושעות העבודה, והסדרי התמורה בין הצדדים.

73 "הפן החיובי של [מבחן ההשתלבות]... בוחן כיצד אדם סביר היה רואה את יחסי העבודה בין הצדדים בהתחשב בהתנהגותם, נסיבות העניין, זמן העבודה ומשכה, צורת התשלום, תפיסת הצדדים את יחסיהם, זהות הגורם הנושא בסיכון ועוד. הפן השלילי של מבחן זה בוחן האם ל'עובד' עסק עצמאי משלו." ראו עניין בירגר, לעיל ה"ש 67.

והצביע על כך ש"בעוד שהרחבת המבחן בבתי הדין לעבודה משמעותה הגדלת כמות המקרים בהם יוענקו לעובדים הגנות חוקי המגן, הרחבת המבחן בבתי המשפט משמעה צמצום המקרים בהם תוענק זכות יוצרים ליוצר". בעניין בן דב הגיע בית-המשפט בסופו של דבר למסקנה כי התקיימו יחסי עובד-מעביד, וזאת הן על-פי מבחן הפיקוח והשליטה והן על-פי מבחן ההשתלבות. בית-המשפט הדגיש בהחלטתו את העובדה שמדובר במעמד, ועל-כן כוונת הצדדים רלוונטית רק כאינדיקציה לגיטימית אחת במערך השיקולים הכולל הקובע אם מדובר ביחסי עבודה.<sup>74</sup> למרות הצהרותיו של בית-המשפט ברמה העקרונית, המבחן שיושם הלכה למעשה בפסק-הדין היה מבחן רחב. הסבר לכך ניתן אולי למצוא בעובדה שאי-הכרה בקיומם של יחסי עובד-מעביד באותו מקרה הייתה משמיטה את הקרקע מתחת לתביעתו של המעביד נגד צד ג.

באופן דומה אפשר לאפיין את עניין בגס.<sup>75</sup> באותו מקרה הגיש עיתון הארץ תביעה על הפרת זכויות יוצרים נגד בגס, אשר סיפק ללקוחותיו לקטי פרסומים מהעיתונות בנושאים שונים בתדירות הרצויה להם. אחת מטענות ההגנה הייתה כי לעיתונים אין זכות יוצרים בכתבות, שכן הכתבים הם קבלנים עצמאיים ולפיכך הם בעלי הזכויות בכתבות. בית-המשפט בחן תחילה את מעמד הכתבים לאור מבחן השליטה, אך לאחר שראה כי היצמדות למבחן השליטה במקרה זה – דהיינו, נקיטת מדיניות מרסנת – תסתום את הגולל על התביעה (משום שלא הובאו לפניו ראיות באשר למידת השליטה של התובעת בכתביה), ציין השופט כי מבחן השליטה אינו מבחן בלעדי. בית-המשפט הפנה לפסיקה האנגלית, שם החלו בתי-המשפט להכיר בכך שלעיתים חשיבותו של מבחן השליטה פחותה ויש להעדיף את מבחן ההשתלבות בעסק. משם הדרך למסקנה כי "אין ספק שעבודתו של כתב משתלבת בעסק של העיתון ופירות יצירותיו הינם חלק אינטגרלי מעסק זה", ולפיכך הזכויות היוצרים בכתבות הן של התובעת, הייתה קצרה עד-מאוד.<sup>76</sup>

74 באותו מקרה הצביע בית-המשפט על כך שהעבודות נעשו באופן רציף במשך עשרים שנה בתדירות יומית ובהיקף של כמה שעות ביום. כמו-כן הצביע בית-המשפט על כך שהעבודות נעשו בדירת העבודה של המעביד, תוך שימוש בכלי-העבודה שלו ותחת הדרכתו, הנחייתו ופיקוחו. בית-המשפט גם הפנה את תשומת-הלב לכך שבמהלך עבודתה קיבלה העובדת שכר קבוע, אשר לא היה תלוי בהספק עבודתה. על כך מיתוספת הקביעה כי העובדת לא נשאה בכל סיכון מקצועי או כלכלי בעבודתה.

75 ת"א (מחוזי ת"א) 2184/90 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' בגס (פורסם בנבו, 26.3.2006).

76 אולם יש לשים לב לצורה שבה ניסח בית-המשפט את מבחן ההשתלבות. הניסוח שבו השתמש בית-המשפט בעניין בגס, שם, אינו הניסוח המקובל בתחום דיני העבודה. בעוד דיני העבודה בוחנים את השאלה אם העובד משתלב בעסק, השאלה שנבחנה בפסק-דין זה, תחת מבחן ההשתלבות, הייתה אם התוצר של העובד משתלב בעסק. ניסוח שונה זה יכול להוביל לתוצאות שונות מאלה שיתקבלו על-פי מבחן ההשתלבות המקובל בדיני העבודה.



מקרה שמאמץ גישה שונה הוא עניין דיגיטלי<sup>77</sup>. באותו מקרה עסקו המבקשות בפיתוח חומרה ותוכנה. הן פנו למשיבים בבקשה שיפתחו להן רכיב תוכנה. לאחר מכן גילו המבקשות כי המשיבים מכרו רכיב דומה לחברה אחרת. המשיבים לא הכחישו שקיים דמיון בין שתי התוכנות, אך התגוננו בטענה שזכויות היוצרים בתוכנה שאותה פיתחו הן שלהם. הדיון סב סביב השאלה אם הפיתוח נעשה במסגרת חוזה שירות או שוליאות. בית המשפט אימץ אומנם את עמדת הפסיקה שלפיה המבחן היחיד לצורך זה הוא מבחן המרות והפיקוח, ועל-כן הוא עולה בקנה אחד עם הגישה המרסנת, אך בעשותו כן הפנה בהסכמה לעמדתה של עו"ד אסיא, אשר גורסת כי מבחן זה גמיש יותר ממבחן ההשתלבות, שכן לא נדרשת במסגרתו השתלבות של העובד בעסקו של המעביד. על-כן, בסופו של דבר, מצא בית המשפט כי התקיימו יחסי עובד-מעביד בין הצדדים.<sup>78</sup> בנסיבות העניין איני חושב כי תוצאת פסק-הדין שגויה, אך הרציונל שעליו הוא מתבסס הוא מוטעה. הטענה כי מבחן המרות והפיקוח גמיש יותר ממבחן ההשתלבות, ומשאיר לבית המשפט שיקול-דעת רב יותר באשר להחלטה מיהו עובד, אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בתי המשפט בעניין זה. כאמור, החוק החדש אינו מוסיף דבר בעניין הגדרת המונח "עובד". לפיכך התפקיד של פרשנות המונח נשאר לפתחו של בית המשפט. השאלה היא אם כיום, תחת החוק החדש, תישאר הפרשנות הקודמת בעינה או שמא ניתן לנצל את החוק לצורך אימוץ פרשנות חדשה. לדעתי, יש להמשיך בגישה הרווחת בפסיקה, שלפיה ההכרעה אם מדובר בעובד לצורך זכויות יוצרים צריכה להתקבל על-פי המטרות שאנו רוצים לקדם בתחום. מטרות אלה אינן מחייבות תמיד גישה מרסנת, אשר שוללת מבתי המשפט את מרכיב שיקול-הדעת ומחייבת יישום מצמצם של מבחני עובד-מעביד. במסגרת זכויות יוצרים ניתן לחשוב על מטרות שונות ורבות שרצוי לקדם. עם זאת, כפי שציינתי במבוא, רבים יסכימו כי שני המרכיבים המשמעותיים בתחום זה הם התמריצים ליצור, מחד גיסא, והגישה של הציבור למידע, מאידך גיסא. במקרים גבוליים שיקולים אלה הם שצריכים להנחות את בית המשפט. קיימים מצבים שבהם ברור לנו כי יש להעניק את הבעלות למעביד. זאת, משום שהוא מרפז בידיו את זכויות העובדים ויקל את הנגשת היצירה לציבור. הוא גם הגורם שאותו

77 ת"א (מחוזי ת"א) 1308/95 דיגיטליטש (ישראל) בע"מ נ' שטרסר (פורסם בנבו, 8.1.1996) (להלן: עניין דיגיטליטש).

78 כך כתב בית המשפט בהקשר זה: "כאשר יוזם המזמין פניה למחבר, מתווה לפיו את מסגרת היצירה שהוא מזמין תוך ציון הדרישות המדויקות בהן צריכה היצירה לעמוד, כאשר מחבר היצירה, במהלך שלבי עבודתו, מעביר את החלקים השונים שחוברו על ידו לבדיקת המזמין, וכאשר המזמין מחזיר חלקים אלה תוך הערות ולעיתים תוך דרישות לשינוי או הוספה לאותה יצירה, הרי במקרה כזה ניתן יהיה לומר כי נתקיים מבחן הפיקוח הדרוש ליצירת אותו חוזה שירות שבגיניו מחבר היצירה הינו עובד של המזמין במובן... החוק, וכי כתוצאה מכך זכות היוצרים ביצירה הינה של המזמין." ראו עניין דיגיטליטש, שם.

נרצה לעודד ליצור יצירות נוספות. מתכנתים העובדים בייצור תוכנה הם דוגמה לסיטואציה שבה זכות הבעלות הראשונה צריכה לעבור למעביד, ועל-כן יש לנקוט גישה מרחיבה ביחס להגדרת המונח "עובד".<sup>79</sup> לעומת זאת, במקרים שבהם מדובר ביחיד אשר יוצר יצירות באופן סדרתי, מתן הזכויות למעסיק והתייחסות ליוצר כאל עובד לצורכי זכויות יוצרים לא ישפרו את תמריציו ליצור ואף לא ישפרו בהכרח את הנגשת היצירה לציבור. על-כן במקרים כגון אלה המבחן צריך להיות מצמצם יותר.

לשאלת יישום המבחן במסגרת החוק החדש יש חשיבות רבה, שכן החוק עצמו מעורר שאלות מסוגים שונים שיכולות להשפיע באופן שונה על פסיקת בית-המשפט. כפי שהיה גם עובר לחוק החדש, לעיתים מעמד העובד נבחן במערכת היחסים שבינו לבין "מעבידו". במקרים אלה הגדרת העובד ככזה תזכה את המעביד בבעלות, בעוד קביעה כי אין מדובר בעובד תשאיר את הבעלות בידיו. לעומת זאת, לעיתים השאלה אם מדובר בעובד אם לאו מתעוררת ביחס לצדדים שלישיים. טענת הגנה במשפט בגין הפרת זכות יוצרים יכולה להיות כי התובע למעשה אינו בעל הזכות. המגמה המסתמנת בפסיקה היא להפעיל יישום שונה של המבחנים, ואולי אף לבחור במבחנים שונים בכל אחד מן המקרים האלה. בית-המשפט קשוב פחות לטענה כי התובע אינו בעל הזכות כאשר הטענה מועלית כטענת הגנה על-ידי צד ג שנתבע בגין הפרת הזכות (בין שהתובע הוא העובד או המעביד). הבעיה היא שפסיקה זו משליכה גם על סוג הסכסוכים הראשון, ויוצרת חוסר אחידות ואי-ודאות.

האם יש מקום למבחנים שונים בשני סוגי הסכסוכים? מצד אחד, ניתן לומר שאכן יש לכך מקום, מכיוון שמדובר בסוגים שונים של אינטרסים. מצד אחר, יצירת מבחנים שונים או יישום שונה של מבחנים במסגרת זכויות היוצרים עלולים ליצור בעיה, במיוחד כאשר אין עיקרון מנחה שלאורו בודקים מבחנים אלה. מבחנים שונים עלולים להפחית עוד יותר את הוודאות לגבי המעמד, וגם לכך יש חסרונות רבים.

### 3. "לצורך עבודתו" ו"במהלכה"

לצורך ביסוס בעלותו של המעביד, אין די בקביעה כי היוצר הינו עובד, שכן אנו נותרים עדיין עם השאלה אם היצירה נוצרה על-ידי העובד "לצורך עבודתו" ו"במהלכה". בהקשר זה יפים דבריו של המלומד נימר (Nimmer), שאומצו על-ידי בתי-המשפט בארצות-הברית, כי בעובדה שאדם מועסק במקום כלשהו אין כדי להצביע על כך שאדם מוכר או ממשכן את

79 ראו את דבריו של נציג משרד המשפטים עו"ד תמיר אפורי בישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8: "יכול להיות שליצירה שנוצרה בסוף יש עשרות ואולי מאות אלפים של יוצרים, לפעמים שלושה ולפעמים רק אחד. בסופו של דבר מי שצריך להיות לו הכוח להשתמש ביצירה ולנצל אותה הוא המעביד, וברור שזאת הכוונה של צדדים סבירים."

כל פירות מוחו.<sup>80</sup> הדרישה כי היצירה נוצרה על-ידי עובד לצורך עבודתו ובמהלכה מהווה חסם נוסף להעברת הבעלות מן העובד למעביד. גם אם היוצר נחשב עובד לצורך חוקי זכויות יוצרים, ייתכן שהיצירה לא נוצרה במסגרת עבודתו.<sup>81</sup>

האם החוק החדש הכניס שינויים בעניין זה ביחס לדין הקודם? המנסחים חשבו כי אין מקום לשינוי בהלכה, וכי הניסוח החדש נועד רק לחדד את הקשר שבין היצירה לעבודה.<sup>82</sup> ומהי ההלכה שהייתה קיימת בעניין זה? על כך ניתן לכאורה ללמוד מהפרשנות של החוק הישן, אשר הציב את הדרישה שהיצירה תהיה "תוך כדי עבודתו אצל אותו אדם". אלא שפסקי-הדין המפרשים ביטוי זה אינם רבים.

דוגמה לפסיקה כזו היא עניין ברים, שעובדותיו תוארו לעיל.<sup>83</sup> במקרה זה נדרש בית-המשפט, בגדר הערת-אגב, לשאלה אם הרצאה שנשא עובדת מקנה זכות יוצרים למרצה או למעביד. בהקשר זה כתבה השופטת בן-פורת, על רקע היות המערערת עובדת מכוון התקנים, כי אם ההרצאה ניתנה תוך כדי עבודתה, ובהעדר הסכם אחר, תהיה הזכות למכוון התקנים. בנקודה זו נקבע כי העובדות לא הובהרו עד תומן – למשל, "האם ניתנה ההרצאה בשעות העבודה הרגילות, האם תמורת תגמול מעבר למשכורת או חינם אין כסף וכו'" – וכי לפרטים אלה עשויה להיות השפעה על התשובה לשאלת הבעלות בזכות היוצרים. בית-המשפט גם ציין – אך לא הכריע – כי מאחר שההרצאה נישאה לרגל פתיחת מעבדה חדשה

MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 5.03[B][1][b] 80 (2005).

81 גם כאן יש לזכור כי לשאלה זו יש משמעות גם ביחס לתביעות נגד צדדים שלישיים, אשר יכולים לטעון כי הצד התובע אינו בעל הזכות, וכי ההכרעה בה עשויה להיות שונה במקרה כזה. דוגמה לכך ניתן למצוא בת"א (שלום נת') 5204/06 המטען שירותי מידע מקוון בע"מ נ' שי הוצאה לאור בע"מ (פורסם בנבו, 9.12.2007). באותו מקרה תבע מוציא לאור של עיתון מקוון אחד מוציא לאור של עיתון מקוון אחר על הפרת זכויות יוצרים בכתבה. בית-המשפט קיבל את הטענה כי העיתון שממנו נלקחה הכתבה לא היה בעל זכות היוצרים בה, שכן התובעת לא טענה כי הכתבת שכתבה את הכתבה הייתה עובדת שלה וכי הכתבה נכתבה תוך כדי עבודתה אצל התובעת. לגישת בית-המשפט, ככל שהייתה זכות יוצרים בכתבה, היא שייכת לכתבת (שהייתה כותבת עצמאית), ולא לתובעת, ועל-כן אין לתובעת עילה בשל הפרת זכות יוצרים.

82 "בחוק הקיים מ-1911 נאמר: 'in the course of his employment'. פה [בחוק החדש] נאמר: "על-ידי עובד עקב עבודתו ובמהלכה" – זה ביטוי שמחדד את הקשר של היצירה לעבודה, אבל אין שינוי מהותי. צריך להיות קשר סיבתי לעבודה. לא די בכך שבמקרה הוא עובד; אם עובד במשרד ממשלתי לוקח 2 דקות הפסקה וכותב שיר, השיר הזה הוא לא חלק מהעבודה שלי, וזכויות היוצרים הם שלו." ראו פרוטוקול ישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8.

83 עניין ברים, לעיל ה"ש 36.

במכון שבו המערערת עובדת, סביר להניח שהיה זה תוך כדי עבודתה במכון, ולכן זכות היוצרים בהרצאה, כמו גם במאמר, שמורה למכון.

פסק-דין מעניין בנושא זה הוא אורבוך נ' משרד החינוך.<sup>84</sup> באותו מקרה עסק התובע בחינוך ובהוראה במשך שנים ארוכות, והצדדים לא חלקו על מעמדו כעובד של משרד החינוך. במשך השנים פיתח התובע שיטה מתקדמת ללימוד מתמטיקה וכתב ספרי לימוד שיישמו את השיטה. התביעה הוגשה בשל שימוש של המדינה ביצירותיו של התובע. הנתבעים לא טענו כי התובע הועסק לשם כתיבת ספרי לימוד. נוסף על כך לא הייתה מחלוקת אמיתית בנוגע לעובדה כי הפיתוח נעשה בשעות הפנאי של העובד. למרות זאת ניסו הנתבעים לטעון כי להם הבעלות ביצירות מכוח היותו עובד שכתב את היצירות "תוך כדי עבודתו" בעבור המדינה. בית-המשפט דחה את הטענה, בקובעו כי הגם שהתובע השתמש בספריו במסגרת עבודתו בהוראה ובהדרכה, הוא לא כתב אותם במסגרת העסקתו על-ידי משרד החינוך, ואף לא קיבל שכר תמורת כתיבתם. הספרים נכתבו בזמנו הפנוי, ללא הוראה או דרישה של משרד החינוך וללא פיקוחו.

המעניין בפסק-הדין הוא ההנמקה והניסיון להגדיר מהו המבחן הקובע לצורך מתן מענה לשאלה אם היצירה נולדה במסגרת עבודתו של היוצר. בפסק-הדין הפנה בית-המשפט לעניין ברם, וקבע כי אין באמירות של השופטת בן-פורת משום הלכה, אלא רק חזרה על הנאמר בחוק, מה-גם שהדברים נאמרו שם מתוך הסתייגות, שכן העובדות לא הובהרו עד תום. לאחר-מכן הפנה השופט, לדעתו בטעות, אל המבחנים הקנדיים בנוגע לשאלה אם מדובר במערכת יחסים של עובד-מעביד או מזמין-קבלן עצמאי,<sup>85</sup> אף שהדבר לא היה

84 אד' (מחוזי ת"א) 1484/97 אורבוך נ' משרד החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 19.2.2004), שם בחר בית-המשפט העליון לא לדון בערעור על פסק-הדין מטעמים פרוצדורליים שהועלו על-ידי השופטים עצמם, ולא על-ידי הצדדים. צעד זה, הגם שאינו חסר תקדים, הוא חריג ויוצא-דופן בפסיקה הישראלית.

85 להלן אמות-המידה שאליהן הפנה בית-המשפט בעניין אורבוך, שם, פס' 39. חלקן הגדול של אמות-מידה אלה מפנה לשאלה אם מדובר בעובד או בקבלן עצמאי: "Did the employee conceive the work during employment? Did the employer give orders to create the specific work? Did the employer give orders to how the work was to be done? Was the work carried out under the supervision of the employer? Did the employer have control over the author's work? Was the work carried as an integral part of the workings of the creator? Was the work carried as part of the ordinary duties of the creator? Was the work carried in the course of the employment or employment contract? Was the work carried during the normal hours of employment? Was the work carried on the employer's premises? Was the work carried for the business (as opposed to being created for personal use)? Is the work closely related to the type of business of the employer? Was the work created for the exclusive use of the business?"

שנוי במחלוקת, כאמור. השופט הוסיף ניתוח מעניין של השיקולים שצריכים להנחות את בית־המשפט בבואו לקבוע למי הזכויות:

"המסקנה שאין למדינה זכות בחיבוריו של התובע היא ראויה ורצויה. רבים המועסקים לתכליות שונות, שכתבת ספרים אינן נמנות אליהן. כתיבת ספרים או מאמרים שלא בשעות העבודה רצויה באשר היא מפרה את מחשבתו של העובד ונותנת בידיו ובידי חבריו מכשיר יעיל לביצוע עבודתם. מוטב כי מעביד המעוניין בבעלות על יצירתו של עובד יתנה זאת במפורש עם עובדו. מודע הנני לכך שהגיונו של סעיף 5(1)(ב) לחוק זכות יוצרים שונה לכאורה. על פי האמור שם יצירתו של העובד היא למעביד אלא אם הותנה אחרת. אולם שם מדובר ביצירה שנוצרה תוך כדי העבודה וכחלק ממנה, ולא בחיבור שנוצר בשעותיו הפנויות של העובד ביזמתו הוא. התוצאה שאליה הגעתי תואמת את הנהוג. המדינה היא בעלת זכות היוצרים בפסקי הדין הניתנים על ידי שופט אולם למדינה אין טענה לזכויות בספר על סדר דין אזרחי שחיבר שופט הדין בסוגיות אלה בעבודתו השיפוטית. אותו ספר מקדם את הדיון באותן סוגיות הן בפני אותו שופט והן בבתי משפט אחרים. השארת הזכויות בידי המחבר מעודדת את הכתיבה האקדמית של שופטים ושל עובדים, ובכך תועלת הן לכותב והן לאחרים."<sup>86</sup>

כלומר, השאלה שהציב בית־המשפט לעצמו בעניין זה היא איזו תוצאה תקדם את היצירתיות של היוצרים ותביא לידי הגדלת מאגר היצירות. בית־המשפט הפנה גם למלומד הבריטי קורניש (Cornish), העוסק במערכת היחסים שבין אוניברסיטה לבין מרצים:

"if the employing university became the initial owner of copyright that would give it power not only to say how and when the matter may be published, but even more intolerably, to diminish the author's moral rights and to prevent publication altogether."<sup>87</sup>

פסיקה זו של בית־המשפט אומצה אף בפסקי־דין מאוחרים יותר.<sup>88</sup>

86 שם, פס' 40.

87 שם, פס' 42.

88 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1395/05 מוזיאון תל אביב לאומנות נ' ספרוקט (פורסם בנבו, 31.12.2007). באותו מקרה צולם סרט במצלמות האבטחה של המוזיאון מבלי לקבל את הסכמתו וללא הודעה מראש. הנתבעים, בְּקָר מערכת האבטחה של המוזיאון ואומן שחבר אליו, ידעו כי לא יהיה אפשר לקבל הסכמה כזו. אף שאחד הנתבעים היה עובד המוזיאון, קבע בית־המשפט – בין היתר בהתבסס על עניין אורבוך, לעיל ה"ש 84 – כי הסרט לא נוצר במהלך

מנסחי החוק, כאמור, ראו בחוק החדש כמזהיר על ההלכה הקיימת. אולם גם אם העידו המנסחים כי לא היה ברצונם לשנות את הדין הקודם, יש לקבל דברים אלה בהסתייגות ובוזהירות. הגרסה הראשונה שהוצעה בהצעת החוק – "על ידי עובדו עקב עבודתו ובמהלכה" – לא התקבלה בסופו של דבר, והמילה "עקב" הוחלפה במילה "לצורך". השינוי הוצג על-ידי חברי-הכנסת דב חנין, ומטרתו הייתה להדגיש את תכלית היצירה, להבדיל מהקשר הסיבתי. בנמקו את השינוי, נתן חנין את הדוגמה הבאה: "בישיבת מליאת הכנסת אני מציר ציורים 'עקב' היותי במליאה, אבל לא 'לצורך'. לכן יש חשיבות גדולה בתוספת המילה 'לצורך'".<sup>89</sup> דוגמה זו חשובה שכן היא ממחישה את מהות השינוי. שינוי זה מפקיע מהמעביד את הבעלות ביצירה אשר נוצרה במהלך העבודה אך לא לצרכיה. על-כן, לפחות מבחינה טקסטואלית, מבחן זה מצמצם את המקרים שבהם יזכה המעביד בבעלות.<sup>90</sup> הניסוח החדש משאיר אותנו אם כן בחוסר ודאות מסוים לגבי פרשנותו בעתיד, ומעלה באופן מידי את השאלה אם לצורך פרשנותו כדאי ללמוד מנסיונם של אחרים. לדעתי לא כדאי לעשות זאת, לפחות ככל שהדברים כרוכים בניסיון האמריקני. המקבילה האמריקנית למשפט "לצורך עבודתו ובמהלכה" היא "within the scope of employment". בדומה לגישתם באשר להגדרת המונח "עובד", גם בעניין זה בחרו בתי-המשפט בארצות-הברית בגישה האוניורסלית, וקבעו מבחן אחיד לשאלה מתי מעשה מסוים נעשה במסגרת עבודתו של העובד. גם לצורך כך פנו בתי-המשפט לריסטייטמנט בעניין שליחות וחבות מעביד בגין נזק שגרם עובדו לצדדים שלישיים, ולתנאים הקבועים שם. על-פי תנאים אלה, מעשה יפול במסגרת העבודה אם יענה על שלושה תנאים מצטברים:<sup>91</sup> אם הוא מסוג המעשים שאותם נשכר העובד לבצע; אם חלק מהותי ממנו מתבצע במסגרת זמן העבודה ומקום העבודה;

עבודתו. בית-המשפט מציין כי הנתבע שעבד במוזיאון לא יצר את הסרט על רקע דרישת המוזיאון, אלא יצר אותו ללא פיקוח ושליטה, ואף בניגוד לחובותיו במסגרת עבודתו. לכן התוצר אינו חלק מתוצרי עבודתו. בעניין זה ציטט בית-המשפט מספרו של טוני גרינמן זכויות יוצרים: מעידן הדפוס אל העידן הדיגיטלי (2003) כי אף שעיסוקו של העובד ביצירה בזמן העבודה עלול לעלות כדי הפרת משמעת ואף להוביל לפיטורים, אין בכך כדי להצדיק את העברת הבעלות ביצירה. בית-המשפט מוסיף כי בעובדה שלמוזיאון הייתה תרומה מסוימת ליצירה, לנוכח השימוש בשטח ובמצלמות האבטחה של המוזיאון, אין כדי להטות את הכף.

89 פרוטוקול ישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8.

90 אומנם בישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8, הוצג שינוי זה כשינוי טכני, אך קשה לראותו ככזה לנוכח העובדה שקודם לכן באותה ישיבה אמר חברי-הכנסת דב חנין כי בסעיף זה יש משום ביצוע מהלך חברתי משמעותי מאוד של העברת כוח מהעובדים למעבידים, והוא אינו רואה סיבה למהלך כזה. לדבריו, סעיף זה מתאים לעולם יחסי העבודה של 1911, אך לא לעולם המודרני של היום: "עברנו 100 שנים של מאבקים חברתיים ומאבקי עובדים שאני מקווה שמעמידים את העובדים היום במקום אחר."

91 RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 228 (1958).

ואם המניע למעשה נועד, לפחות בחלקו, לשרת את המעביד.<sup>92</sup> על-פי הריסטייטמנט, מעשה לא ייפול למסגרת העבודה אם הוא שונה במהותו מהמעשים שאושרו על-ידי המעביד, נעשה במרוחק או במנותק ממסגרת זמן העבודה ומקום העבודה, או כאשר המטרה לשרת את המעביד היוותה חלק זניח בלבד במניע לעשותו. ביקורות רבות נמתחו על המבחן האמריקני, המיישם במסגרת זו שיקולים נזיקיים במהותם, אשר אינם מביאים בחשבון את האינטרסים החברתיים ואת האיזונים הראויים בדיני זכויות יוצרים,<sup>93</sup> ועל-כן לא נכון לאמצו במחוזותינו.

הצעתי היא שגם בפרשנותם של המונחים "לצורך עבודתו" ו"במהלכה" יבואו לידי ביטוי אותם עקרונות שהודגשו עד כה, דהיינו, תמרוץ היוצר והנגשת היצירה. קיימים מקרים רבים שבהם לעובדים יש תמריצים רבים ליצור במסגרת העבודה,<sup>94</sup> שכן זהו חלק מתפקידם המוגדר.<sup>95</sup> באותם מקרים אין צורך בהענקת תמריצים נוספים לעובד, ועל-כן אי-הכרה בבעלות העובד ביצירה לא תפגע במהלך עבודתו, לפחות לא באופן משמעותי. לעניין זה שאלת המקום שבו נוצרה היצירה (אם במקום העבודה או בכיתו של העובד) והשאלה אם היא נוצרה תחת עינו הפקוחה של המעביד ובשליטתו ממלאות תפקיד משני בחשיבותו. העידן המודרני הופך את מקום העבודה ואת פיקוח המעביד למושגים ארכאיים לחלוטין לגבי דפוסי עבודה רבים. באופן דומה, השאלה אם היצירה נועדה לשרת את המעביד, ואפילו באופן חלקי, אינה צריכה לעמוד בראש מעייניו של בית-המשפט בהחליטו בשאלת הבעלות. פעמים רבות יצירות נועדו לשרת את המעביד במישרין או בעקיפין, אך ברור שהן נופלות מחוץ לגדר עבודת העובד. השאלה האמיתית שעל בתי-המשפט לבחון היא אם נדרשת לעובד תוספת תמריצים על-מנת לייצר יצירות נוספות דוגמת היצירה מושא הדין. אם התשובה חיובית, אזי מתן הזכויות למעביד עלול לפגוע בהניעה של העובד ליצור, שכן לגבי יצירות אלה העובד מהווה למעשה יוצר עצמאי.

טלו, לדוגמה, את עניין אורבוך. זהו מקרה קלסי שבו למורה אין מספיק תמריצים לכתוב ספרים חדשים ללימוד ולהוראה. הוא יכול לעשות את עבודתו נאמנה, לקבל בעבורה משכורת ואף להתקדם בה ללא השקעה בכתיבה. לכן מתן תמריצים בדמות הקניית הבעלות ביצירה יעודדו אותו לפעול מעבר לנדרש על-פי הגדרת התפקיד. פסיקת בית-המשפט בעניין אורבוך כי היצירה נוצרה לא במסגרת העסקתו של המורה על-ידי משרד החינוך

92 הריסטייטמנט מונה תנאי מצטבר נוסף, העוסק בשימוש מכוון בכוח על-ידי העובד. ראו שם. עם זאת, בתי-המשפט פסקו, ובצדק, כי תנאי זה אינו רלוונטי כלל לתחום של זכויות יוצרים, ועל-כן יש להתעלם ממנו בהקשר זה.

93 Jacob, לעיל ה"ש 37; Birnhack, לעיל ה"ש 40.

94 כגון העלאה במשכורת, קידום בעבודה, כבוד, מוניטין וכולי.

95 Birnhack, לעיל ה"ש 40.

הייתה על-כן מוצדקת. לשאלה אם ההשקעה נעשתה בשעות הפנאי, בביתו או בבית-הספר יש אולי חשיבות, אך זו משנית בלבד. לפי אותו היגיון, אין סיבה להעניק לשופט תמריצים נוספים לכתוב פסק-דין, שכן זו ליבת עבודתו, ומערך התמריצים כולו, ובכלל זה המשכורת והקידום, מכוון לכתיבה זו.<sup>96</sup> ספק אם תוספת תמריצים בדמות זכויות יוצרים תשפר או תיעיל את כתיבת השופט, שכן אילו כך היה, היו התמריצים משוקללים לתוך מערכת השכר או באופן דומה.<sup>97</sup> על-כן השקעת מאמץ בכתיבת פסק-דין מעבר לשעות העבודה הפורמליות – בבית, בסופי-שבוע וכיוצא באלה – אינה צריכה למלא כל תפקיד. באשר לכתיבת ספר משפטי (ואף יותר מכך – ספר שאינו משפטי) הדברים שונים. כתיבת ספר אינה חלק מתפקידו של השופט, ולכן ללא זכות בעלות ביצירה, קשה להניח ששופט ישקיע שעות כתיבה נוספות על אלה הדרושות לניהול התיקים שלפניו.

בדומה לשאלת התמריצים יש לבחון גם את שאלת הנגשתה של היצירה לציבור. שיקול זה שונה משיקול התמריץ, ולעיתים אף מנוגד לו, אך יש להביא גם אותו בחשבון. כך, אחת השאלות הרלוונטיות לעניין זה היא מי מהשניים – העובד או המעביד – ידאג טוב יותר להפצת היצירה לציבור. אם, למשל, ידוע כי המעביד ידאג להפצת היצירה ואילו העובד לא יעשה כן (כתב למגירה), יש לתת לכך משקל לטובת מתן הזכות למעביד. באופן דומה ניתן לבחון את המקרים שבהם כמה עובדים מעורבים ביצירת פרויקט משותף. לצורך הדוגמה אניח כי דפוסי העבודה של כולם דומים. הצהרה לגבי עובד אחד כי היצירה נופלת מחוץ לתחום עבודתו תפעל באופן דומה לגבי כל היתר. הצהרה כי הבעלות היא לעובדים עלולה לסבך עד-מאוד את הנגשתה של היצירה לציבור, שכן היא תביא לידי כך שהחפץ להשתמש ביצירה יצטרך להתנהל מול מספר עובדים רב במקום להתנהל מול מעביד אחד.<sup>98</sup> ככל שירבו העובדים המעורבים, יגדלו גם הסיכויים לאי-הסכמה ביניהם, ואף לקרבות משפטיים העלולים לעכב את השימוש ביצירה ואולי אף למנוע אותה. מובן שבמקרים שבהם רק יוצר אחד או מספר מועט של יוצרים מעורבים בתהליך היצירה תהא בעיה זו חמורה פחות.<sup>99</sup>

96 על-פי הדין שקדם לחוק החדש, למדינה הייתה בעלות בזכויות היוצרים בפסקי-הדין. על-פי הדין כיום, זכויות אלה מצויות בנחלת הכלל.

97 אם רוצים לחשוב על תגמול יחסי, אפשר לחשוב, למשל, על בונוסים שיינתנו לשופטים על-פי מספר פסקי-הדין שיכתבו או על-פי מספר פסקי-הדין שלא ייהפכו על-ידי ערכאת הערעור.

98 למרבה הצער, בכל הקשור לשאלת מועד פקיעתה של הזכות ומעבר היצירה לנחלת הכלל, התוצאה בשני המקרים תהיה זהה (ומסובכת). כדי לדעת מתי תפקע הגנת זכות היוצרים על היצירה, יהיה צורך, גם אם הבעלות נתונה למעביד, לספור שבעים שנה מיום מותו של העובד האחרון שתרים ליצירה. זאת, להבדיל מהדין בארצות-הברית באשר ליצירות המוגדרות כ-WMFH, הקובע כי ההגנה תפקע לאחר תקופה מוגדרת של זמן.

99 ראו Jacob, לעיל ה"ש 37.



## ד. יוצר ומזמין

החוק החדש מקצה גם את זכויות הבעלות במקרים שבהם מדובר במערכת יחסים של יוצר ומזמין. מערכת יחסים זו מעוררת כמה שאלות ייחודיות, שרק לחלקן החוק מתייחס ונותן מענה. דומה שמענה ליתר השאלות יצטרך להינתן על-ידי בתי-המשפט.

### 1. עובד, קבלן ומה שביניהם

לכאורה, החוק החדש יוצר שתי קטגוריות נפרדות ומוגדרות – האחת של עובד-מעביד והאחרת של מזמין-קבלן – אשר לכל אחת מהן יש תחומי חלות נפרדים. אולם מתח רב קיים בין שתי הקטגוריות, וקיימים תחומים אפורים שבהם מערכת יחסים נתונה יכולה להיות משובצת לכל אחת מהן. המתח נובע מכך שבררות-המחדל בשתי הקטגוריות ביחס לזכות הבעלות הראשונית הן הפוכות. ניתן אומנם להתנות על בררות-מחדל אלה, אך ללא התניה כזו, אפיון מערכת היחסים כעובד-מעביד או כמזמין-קבלן יחרוץ את גורל הבעלות ביצירה, ובתי-המשפט מתקשים לעיתים לקבוע היכן עובר קו הגבול בין מערכות היחסים השונות.<sup>100</sup>

בעיה זו אינה ייחודית לישראל. פסק-הדין המפורסם אולי ביותר בעניין זה הוא פסק-דינו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית בעניין *CCNV*.<sup>101</sup> באותו מקרה התקשר ארגון ללא כוונות רווח עם אומן על-מנת שייצור פסל של חסר-בית. כוונת הארגון הייתה שהפסל יוצג בתערוכה. הצדדים לא חתמו על הסכם או חוזה אשר יסדיר את זכויותיהם בפסל. לאחר התדיינות אחדות הסכימו הצדדים כי הפסל יפוסל מחומרים שאינם יקרים, כך שעלות הייצור לא תעלה על חמישה-עשר אלף דולר. בעקבות סכסוך שהתגלע בגין הצגת הפסל, נדרש בית-המשפט להכרעה בשאלה למי הבעלות בזכות היוצרים בו. סיווג מערכת היחסים כ"עובד-מעביד" או כ"מזמין-קבלן" עמדה במרכז הדיון, שכן גם בארצות-הברית, בדומה לישראל, בררת-המחדל בכל אחד מהמקרים שונה. הדיון הגיע עד לבית-המשפט העליון,

100 ההבחנה במשפט האנגלי לעניין זה היא בין *contract of services*, אשר מציין יחסי עובד-מעביד, לבין *contract for services*, אשר מציין יחסי מזמין-קבלן. בעניין זה יפה אמירתו הבאה של הלורד דנינג: "It is often quite easy to recognize a *contract of service* when you see it, but very difficult to say wherein the difference lies" *Stephenson Jordan & Harrison LD. v. Macdonald & Evans*, [1952] 69 RPC 10 אמירה זו מעידה אומנם כי בית-המשפט סבור כי הוא יוכל להבחין במבט לאחור בין שתי מערכות היחסים השונות, אך העובדה שאי-אפשר לשים את האצבע על ההבדל ביניהן מראש מעידה כי ההבחנה מטושטשת, לפחות במבט צופה פני עתיד ולא במהלך דיון בבית-משפט המנתח את מערכת היחסים בדיעבד.

101 עניין *CCNV*, לעיל ה"ש 48.

לאחר שהערכאה הראשונה קבעה כי מדובר ביחסי עובד-מעביד<sup>102</sup> וערכאת הערעור קבעה שמדובר ביחסי מזמין-קבלן. בית-המשפט העליון, באמצעו את החלטתה של ערכאת הערעור, קבע כי על-פי אמות-המידה המאפיינות את מערכת היחסים שבין הצדדים, אכן מדובר במזמין-קבלן. באמצעו את מבחן הריסטייטמנט שהוזכר לעיל,<sup>103</sup> קבע בית-המשפט כי מירב השיקולים מצביעים על כך שהאומן תפקד כקבלן עצמאי, ולא כעובד. עם זאת, היה זה מקרה "גבולי" שבו היה אפשר להחליט אף אחרת.<sup>104</sup>

פסק-הדין בעניין *CCNV* משמש דוגמה לחוסר הוודאות שנוצר בהבחנה בין עובד לקבלן. הניסיון להתמודד עם חוסר הוודאות במשפט האמריקני לא צלח. לא רק שחוסר הוודאות לא פחת, העובדה שאומץ מבחן המורכב משיקולים שונים, ללא הנחיה כיצד ליישם, הגבירה את חוסר הוודאות. בפסק-דין מאוחרים ל-*CCNV*, עת נתקלו בתי-המשפט בסיטואציות דומות שבהן נאלצו להכריע, התקבלו תוצאות הפוכות. הסיבה לכך היא העובדה שהמבחן שבו השתמשו לא הביא בחשבון את השיקולים הרלוונטיים לתחום של זכויות היוצרים, כמו-גם העובדה שלא עמד לפני השופטים מצפן שלפיו יוכלו לכייל את הכלים הפרשניים שעמדו לרשותם. כפי שהצעתי בסעיף 11 לעיל, הדן בסעיף 34 לחוק, אל לנו לחזור על טעות זו בישראל. ההכרעה אם מדובר בעובד-מעביד או במערכת יחסים אחרת צריכה להיגזר, בהקשר של זכויות יוצרים, ממערך התמריצים שרוצים להעניק לצדדים. תוצאה זו אפשרית לנוכח הגישה הרווחת בארץ שלפיה המבחן המכריע בדבר מעמדו של המתקשר אינו מבחן אחיד לכל תחומי המשפט, וייתכן בהחלט שאדם לא יוגדר כעובד לצורך אחד אך יוגדר כעובד לצורך אחר. לפיכך, בהקשר של זכות היוצרים יש להתייחס להגדרה של עובד או קבלן כאל "שמות קוד" להקצאת המשאבים הראויה.

## 2. קבלן עצמאי ויצירה מוזמנת

### (א) הדין החדש

להבדיל מהדין ביחס ליצירה שנוצרת במסגרת יחסי עבודה, לגבי יצירה מוזמנת חוק זכות יוצרים קובע בררת-מחדל הפוכה. בעניין זה החוק החדש אינו מחדש, ועל-פי הקבוע

102 “[Under the Act one may be an employee] regardless of whether he is paid on the basis of a conventional periodic salary, on a piece work basis, on a fee or royalty basis, or even if [he works] as an accommodation with no compensation at all.” *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 652 F. Supp. 1453, 1456 (D.D.C. 1987).

103 RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 228 (1958).

104 על פסק-דין זה נמתחה ביקורת רבה לא בגין עצם התוצאה, אלא בגלל חוסר הוודאות שהוא יצר וחוסר ההתאמה של המבחן שאומץ. מעניין שאחד השיקולים החשובים שהנחו את בית-המשפט בהחלטתו היה השגת ודאות במבחן המשפטי. כאמור, יעד זה לא הושג.

בסעיף 35(א), הבעלים הראשון של זכות היוצרים, כולה או חלקה, הוא היוצר.<sup>105</sup> זאת, בהעדר הסכם אחר בין הצדדים. כך, למשל, אם ראובן הזמין משמעון פסל, אזי בהעדר הסדר אחר, זכות היוצרים בפסל שמורה לשמעון. ראובן מקבל בעלות רק בנכס הפיזי. מובן שבהעדר זכות יוצרים בפסל, ראובן אינו רשאי לעשות בפסל ככל העולה על רוחו, ויש בכך משום צמצום שליטתו כבעלים. אם ירצה ראובן לצלם את הפסל ולמכור את הצילומים או לעשות מן הפסל יצירה נגזרת, הוא יאלץ לקבל לשם כך את אישורו של בעל זכות היוצרים. עם זאת, החוק מחדש בכך שהוא מאפשר לצדדים להתנות על הבעלות הראשונית באמצעות חוזה. ודוק: בסעיף 35 אין מדובר בהעברת הבעלות לאחר שזו נוצרה. בכך עוסק סעיף 37.<sup>106</sup> סעיף 35 מאפשר לצדדים, באמצעות הסכם, לקבוע בידי מי תתגבש הבעלות הראשונית.<sup>107</sup> כך, בדוגמה לעיל, הצדדים יכולים להתנות על הבעלות הראשונית ולקבוע כי היא של ראובן, ואז הוא יוכל לעשות בפסל ככל העולה על רוחו (בכפוף לזכויות המוסריות של היוצר). הסכם ההתניה על בררת-המחדל, כך לפי סעיף 35, יכול להיעשות באופן מפורש אך גם להילמד במשתמע מכוונת הצדדים. עיקר הקושי בהסדר הישראלי טמון באפשרות האחרונה: העברה משתמעת של הבעלות.

105 זה היה גם הדין הקודם. ראו, למשל, ת"א (שלום ת"א) 72672/04 עו"ד עוגד נ' שפיגלמן ושות' משרד עו"ד (פורסם בנבו, 12.4.2007), שם פנתה חברה לעורך-דין כדי שיכתוב בעבורה כתב תביעה ובקשה לסעדים זמניים, ושילמה בעבורם. בית-המשפט קבע כי זכות היוצרים במסמכים נשארה בידי עורך-הדין, שכן הכלל הוא כי זכות היוצרים הראשונית ביצירה שנוצרה על-פי הזמנה תהיה של מחבר היצירה, ולא של המזמין, גם אם מדובר בהזמנה בתמורה. בעניין זה ראו גם בש"א (מחוזי ת"א) 24897/01 ניופאן בע"מ נ' יוסף (פורסם בנבו, 26.12.2001). באותו מקרה, מפיצה בלעדית של מוצרי אלקטרוניקה הזמינה אצל חברה תרגום של חוברת הפעלה באנגלית. צד ג צילם את התרגומים ועשה בהם שימוש. המפיצה הבלעדית הגישה נגדו תביעה בטענה של הפרת זכויות יוצרים. בית-המשפט פסק, בהליך-ביניים, כי סביר להניח שסיכוייה של התובעת לזכות בתביעה נמוכים, שכן על-פי הדין זכויות היוצרים אינן בידיה, אלא בידי החברה שהכינה את התרגום. בית-המשפט סיכם את הדין באומרו: "יצירה שאינה מסוג היצירות המוזכרות בסעיף 35(א) ולא חבורה בהיות מחברה עובד, מחברה הוא בעל זכות היוצרים הראשונה."

106 ס' 37 לחוק מציב כמה דרישות פורמליות אשר צריכות להתגבש לצורך העברת הבעלות.

107 לגיבוש הזכות בידי אחד הצדדים, ולא בידי הצד האחר, יכולה להיות משמעות רבה מאוד במקרים של תחרות בין זכויות. חשבו על המצב הבא: מזמין ויוצר כורתים חוזה לכתוב ספר שבו נקבע כי המזמין הוא הבעלים הראשון. היוצר מקבל את התמורה בגין החוזה. במהלך כתיבת הספר, בטרם הושלם, היוצר פושט את הרגל. הוא חייב כספים לגורמים רבים. במקרה שבו הבעלות בספר תתגבש בידי, הספר יהווה נכס שיתחלק בין הנושים השונים. המזמין יהיה נושה נוסף, ועדיפותו תיקבע ביחס לנושים האחרים על-פי דיני פשיטת-רגל. לעומת זאת, אם הבעלות הראשונית מתגבשת בידי המזמין, אזי הספר אינו נכנס כלל למסת הנכסים שבפשיטת-רגל, והמזמין מקבל את הבעלות כולה.

תבנית החוק הישראלי דומה לדין האנגלי. אולם בעוד החוק הישראלי מאפשר התניה על הבעלות הראשונית ממש, הדין האנגלי מדבר על זכויות שביישר (equitable rights) בלבד. על-פי הדין האנגלי, ליוצר הבעלות הראשונית בזכות היוצרים, ובחווה ההזמנה אין כדי להקנות בעלות בזכויות למזמין, אך בית-המשפט רשאי לקבוע כי לנוכח הסכם מפורש או משתמע בין הצדדים, הבעלות שביישר תהיה בידי המזמין.<sup>108</sup> בעלות זאת אינה שווה בדרגתה לבעלות ממש, אך היא מזכה את המזמין ביתרון ביחס לזכות חוזית גרידא.<sup>109</sup> הדברים פשוטים בהינתן הסכם מפורש בין הצדדים. אולם השאלה היא כיצד ובאילו נסיבות ילמד בית-המשפט כי בין הצדדים התקיימו היסודות של הסכם משתמע להקצאה שונה של הזכויות.<sup>110</sup>

הדין האנגלי, שהיווה השראה למנסחי הסעיף המקביל בחוק הישראלי החדש, יכול להוות מקור השראה גם בעניין זה.<sup>111</sup> באנגליה נקבע כי בית-המשפט ילמד על הסדר משתמע כזה כאשר הוא נחוץ כדי להעניק business efficacy לחווה ההזמנה שבין הצדדים. אם החווה אפקטיבי גם בלעדי תנאי משתמע כזה, אזי אין בו צורך. כמו-כן, המבחן של תנאי משתמע צריך לעמוד באמות-המידה של הטרדן המתערב (officious bystander), ואסור שהתנאי יסתור תניה מפורשת בחווה.<sup>112</sup> במילים אחרות, בית-המשפט ינסה להתחקות אחר כוונת הצדדים וללמוד עליה מהנסיבות של כריתת החווה כמו-גם מהאינטרס העסקי העומד בבסיסו. הסכם משתמע יכול להילמד, למשל, במצבים שבהם העבודה המוזמנת נעשית בעבור עסקו של המזמין ועל חשבונו, ולשני הצדדים אין יכולת לטעון באופן אמיתי כי ליוצר יכול להיות שימוש עצמאי אחר ביצירה, זולת השימוש שיעשה בה על-ידי המזמין.<sup>113</sup> באופן מפורט יותר, בית-המשפט יביא בחשבון בקביעתו את המחיר ששולם בעבור היצירה, את ההשפעה של העברת הזכות על היוצר (כגון יצירות עתידיות שירצה ליצור) ואם מבחינת הגיון העסקה ייתכן שהוא ירצה לשמור בידיו את הבעלות, כמו-גם את

108 עניין Ray, לעיל ה"ש 26.

109 בחלק מארצות הקונטיננט קיימת מתכונת דומה ביחס לעובד. זכות היוצרים מתגבשת אצלו, אך מועברת מכוח חוק למעביד. על-כן המעביד אינו נחשב לבעלים הראשוני.

110 על הסדר זה של התניה במשתמע נמתחה בספרות ביקורת לנוכח העובדה שהוא יוצר אי-ודאות באשר להקצאת המשאבים הראשונית: "The effect is to interfere with otherwise clear statutory rules as to the first ownership of copyright, and to create an unpredictable location of beneficial interest in copyright" discretion as to the location of beneficial interest in copyright. ראו COLSTON & MIDDLETON, לעיל ה"ש 26, בעמ' 306. המחוקק הישראלי הקצין תופעה זו בחוק החדש, שכן הוא הפך אותה לחלק מן החוק.

111 בעניין זה אפשר לפנות כמובן גם לע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995).

112 ראו COPINGER, לעיל ה"ש 26, בעמ' 289–292.

113 שם.

השאלה אם היוצר עשה שימוש בחומרים אחרים שנמצאו בבעלות המזמין ואשר מוגנים כשלעצמם בזכויות יוצרים (שכן אם זכות היוצרים היא ליוצר, והשימוש בחומרים שבבעלות המזמין נעשה ללא אישור, ייחשב היוצר למפר).<sup>114</sup> כך גם עבודה של הקבלן העצמאי בצוותא עם עובדי המזמין על אותו פרויקט יכולה לבסס הסדר משתמע שלפיו הזכויות שמורות למזמין.<sup>115</sup> טענות כנגד הסדר משתמע יכולות להיות שהיוצר משתמש בעבודתו ברכיבים שבהם השתמש גם בעבר או שהיוצר משתמש במרכיבים שגרתיים אשר יש סיכוי רב שישתמש בהם גם בעתיד (טענה אחרונה זו עלתה בעיקר בהקשר של תוכנה).<sup>116</sup> במקרים אלה מתן הזכות למזמין ימנע מהיוצר את האפשרות להשתמש במרכיבים אלה בעתיד – דבר שיכול לעמוד בניגוד להיגיון הכלכלי העומד בבסיס העסקה.<sup>117</sup> זאת ועוד, העובדה שהיוצר אינו טוען לבעלות תסייע אף היא למזמין לטעון לבעלות. דבר זה רלוונטי בעיקר ביחס לצדדים שלישיים מפרים, אשר טוענים להגנתם כי המזמין אינו הבעלים של הזכות ולכן אין לו עילה נגדם.<sup>118</sup>

בית-המשפט יכול ליישם גם הסדר "פוגעני" פחות שלפיו הבעלות לא תעבור למזמין אך יינתן לו רישיון, ייחודי או לא-ייחודי, שבאמצעותו יוכל לנצל את מירב הפוטנציאל בנכס הפיזי שאותו הזמין. כך, בדוגמת הפסל, יינתן למזמין רישיון לשימוש בזכות היוצרים לצרכים ולשימושים הנדרשים בהקשר של ההזמנה. לדעתי, אם ניתן לאפשר למזמין לנצל את היצירה מבלי לפגוע יתר על המידה ביוצר, אזי על בית-המשפט לבחור באפשרות כזו. זו גם גישתו של המשפט האנגלי, הקובע כי הכנסת תנאי משתמע לחוזה תיעשה רק כאשר היא נחוצה, ורק לצורך שלשמו היא נחוצה, ולא יותר מכך.<sup>119</sup>

כאמור, המחוקק הישראלי צעד בעקבות המשפט האנגלי, ואף הרחיק לכת ממנו לאחר שהתעוררו בעניין מחלוקות רבות.<sup>120</sup> על הסעיף הישראלי, בדומה למקבילו בדין האנגלי, נמתחה ביקורת רבה, שכן הוא מכניס מידה רבה של חוסר ודאות למערכת היחסים. למשל, טענת הגנה שגרתית מצד המפר הפוטנציאלי תהיה שהוא אינו מפר שכן הבעלות ביצירה בידיו. ביתר פירוט, הטענה תהיה כי הוסכם על כך באופן משתמע ממערכת היחסים שבין

114 ש.ס.

115 ש.ס.

116 ש.ס.

117 אולם השוו לס' 27 לחוק החדש.

118 בעל אינטרס שביושר לא יוכל בדרך-כלל לתבוע באופן עצמאי, ויהיה חייב להשלים את העברת הבעלות או לחלופין לצרף את בעל הזכויות לתביעה, וזאת בעיקר על-מנת למנוע כפל תביעה.

119 עניין Ray, לעיל ה"ש 26.

120 הדים למחלוקות אלה, בבחינת קצה-קצהו של הקרחון, ניתן למצוא בפרוטוקול ישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8.

המזמין לקבלן. אכן, סעיף זה מציב לבית-המשפט אתגר לא-פשוט לקבוע כלים ומבחינים מתי תישמר הבעלות בידי היוצר ומתי היא תעבור לידי המזמין. בהעדר מבחנים ברורים, נראה שטוב יעשו בתי-המשפט אם יקדמו באמצעות פרשנות הסעיף את המטרות העומדות בבסיסן של זכויות היוצרים. במילים אחרות, בקביעת המבחינים ניתן לשלב, נוסף על רצון הצדדים, גם שיקולים הקשורים לתעשייה שבה נעשה ההסכם, לקידום היצירות בחברה מבחינה יזמית, למתן גישה ליצירות לאחר שנוצרו וכן הלאה. כמו-כן יהיה נכון מצד בתי-המשפט לספק כלים מנחים לבריקת מהותו של ההסכם.

## (ב) "כולה או חלקה"

קריאה מדוקדקת של סעיף 35 מעלה כי על-פי בררת-המחדל הקבועה בסעיף, היוצר הוא הבעלים הראשון של כל זכות היוצרים או של חלקה, או בלשון הסעיף: "כולה או חלקה". תיבות אלה רבות-משמעות בהקשר של הקצאת הזכויות הראשונית.<sup>121</sup> כך, אם ייקבע כי היוצר הוא בעלים של חלק מזכות היוצרים, המשמעות היא שגורם או גורמים אחרים יהיו הבעלים של חלקיה האחרים (או שייקבע כי לחלקים אלה אין בעלים). גורם זה יהיה בדרך-כלל מזמין היצירה, אך החוק פותח פתח, לפחות מבחינה טקסטואלית, גם

121 הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 1116 (להלן: הצעת חוק זכות יוצרים), קבעה בס' 35 כי בהעדר הסכמה אחרת (ס' 37), הבעלים הראשון של זכות היוצרים "כולה או חלקה, הוא היוצר או המזמין, הכל לפי הכוונה המשתמעת מהזמנת היצירה". הכוונה המשתמעת מהזמנת היצירה היא מונח רחב, אך מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי מונח זה משקף למעשה את הכוונה המשתמעת של הצדדים. כלומר, על-פי הצעת החוק, שאלת הבעלות הראשונית תיקבע על-פי הסכמת הצדדים – המפורשת או המשתמעת. מהצעת החוק ומדברי ההסבר עולה כי ההסכמה אינה צריכה להתייחס לבעלות כאל מקשה אחת, וכי ייתכנו בהחלט מצבים שבהם ההסכמה – המפורשת או המשתמעת – תתייחס רק לזכויות מסוימות מתוך אגד הזכויות. סעיף זה אפשר לצדדים לקבוע, למשל, כי הבעלות הראשונית בזכות לביצוע פומבי תהיה בידי המזמין אך הזכות ליצור יצירות נגזרות תשמר בידי היוצר. ומה אם אי-אפשר ללמוד על הסכמה כזו? בהצעת החוק לא נקבעה בסעיף עצמו בררת-מחדל כלשהי, אם כי ניתן לסבור שבהעדר הסכמה חוזרים לכלל הרגיל שהיה קבוע בס' 33, שלפיו היוצר הוא הבעלים. תיקון שרצה משרד המשפטים להכניס להצעה ערב החקיקה ביקש לקבוע בסעיף זה בררת-מחדל הפוכה, שלפיה בהעדר הסכמה מפורשת או משתמעת "יהיה המזמין הבעל הראשון של זכות היוצרים ביצירה וזאת במידה הדרושה לניצול סביר של היצירה". אולם בעקבות לחץ עז מצד קבוצות שונות של יוצרים, שונתה בררת-המחדל, ונקבע כי בהעדר הסכמה היוצר הינו הבעלים הראשון. עם זאת, בסעיף נותר שריד להצעה הקודמת בדמות הקביעה כי היוצר הוא הבעלים הראשון של היצירה כולה או חלקה. אולם בעוד שבהצעת החוק נקבע פיצול הבעלות הראשונית על-ידי הצדדים, תוך עמידה על אומד דעתם, כעת פתוחה לפני בתי-המשפט האפשרות לפצל את הזכויות גם אם הדבר לא הוסכם, ואולי אפילו בניגוד לרצונם.

לפרשנויות אחרות, רחבות יותר, שלפיהן הבעלים יכול להיות אדם אחר המעורב בעסקה, ואולי אף הציבור. זאת ועוד, גם התיבה "חלקה" טעונה הבהרה. ניתן לחלק את הזכות על-ידי פילוח אגד הזכויות (כך, לדוגמה, הזכות ליצור העתקים תהיה שמורה ליוצר בעוד שהזכות לביצוע פומבי תוענק למזמין), אך ניתן לחלקה גם במובן של הקצאת חלקים בבעלות הכוללת. במקרה כזה היוצר והמזמין, ואולי גם צדדים נוספים, יהיו בעלים במשותף של היצירה.<sup>122</sup>

יש לזכור כי הרישא של הסעיף נכנס לתוקף רק כאשר לא הייתה הסכמה מפורשת או משתמעת בין הצדדים באשר לבעלות. כלומר, בית-המשפט, עת יתבקש להכריע אם הזכות כולה תהיה ליוצר או רק חלקה, לא יוכל להסתמך לצורך הכרעתו על הסכמת הצדדים. נשאלת השאלה אילו שיקולים יכולים לבוא לכלל ביטוי במסגרת קביעתו של בית-המשפט, ובאיזה אופן יש להפעילם? גישתי היא כי גם בעניין זה, בדומה למקרים האחרים שבהם עסקתי בפרק, בית-המשפט צריך לתת ביטוי למערך התמריצים שראוי להעניק לצדדים המעורבים. עם זאת, כדי לא לעקר מתוכן את בררת-המחדל שקבע המחוקק, ולנוכח הרצון ליצור ודאות משפטית במערכת היחסים מזמין-יוצר, על בית-המשפט לנקוט משנה זהירות כאשר הוא מחליט על פיצול הבעלות. דומה שסטייה מן העמדה שהזכות כולה תוענק ליוצר מחייבת את השופטים להסביר מדוע יש לחרוג מבררת-מחדל זו במקרה מושא הדיון. כמו-כן, אם מחליטים על פיצול הבעלות, יש להבחין בין פילוח אגד הזכויות לזכויות נפרדות לבין מתן זכות בחלקים בבעלות המשותפת. שתי החלוקות יוצרות בעיות הנגשה לציבור, אך דומה שהבעיות המתעוררות כתוצאה מבעלות משותפת חמורות מאלה הנגרמות מהפרדת אגד הזכויות, שכן הפיץ להשתמש ביצירה שהבעלות בה משותפת יצטרך לקבל את הסכמתם של כמה בעלים, בעוד שבפילוח הזכות יהיה צורך בהסכמה של בעלים אחד בלבד לצורך שימוש מסוים.<sup>123</sup>

122 פרשנות אפשרית נוספת לתיבה "חלקה" היא שמטרתה לשמר במקרה הצורך את זכויותיהם של צדדים שלישיים. כך, אם היוצר עשה שימוש בחומרים מוגנים המצויים בבעלותם של צדדים שלישיים, אזי אי-אפשר להכריז עליו כבעלים ה"מלא" של היצירה ולהתעלם מחלקם ב"בעלות" של הגורמים האחרים שתרמו לה באופן עקיף. פרשנות זו יכולה להסביר חלק מן המצבים שאליהם התכוון הסעיף, אך נראה שהיא אינה חלה על מספר רב של מצבים אחרים אשר ייפלו בכל-זאת לגדרו. דומה כי פרשנות זו גם אינה עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית של החוק, כפי שהיא מובאת לעיל בה"ש 121.

123 עם זאת, גם פילוח של אגד זכות היוצרים לזכויות נפרדות מעורר קשיים. גם במקרה זה יחייב לעיתים שימוש מסוים אישור של כמה בעלים. כך, למשל, העלאה של יצירה לאתר באינטרנט יכולה להפר הן את זכות ההעמדה לרשות הציבור, הן את זכות הביצוע הפומבי והן את הזכות לעשות העתקים. אם כל אחת מהזכויות האלה מצויה בידיים של יוצר אחר, יש צורך ברישיון משלושתם.

(ג) דיוקן או צילום משפחתי

חריג לכלל הקבוע בסעיף 35(א) מצוי בסעיף 35(ב), הקובע כי אם היצירה היא דיוקן או צילום של אירוע משפחתי או אירוע פרטי אחר, הבעלות הראשונה בה תהיה של המזמין. גם כאן המחוקק מאפשר להתנות על בררת-המחדל, אך בניגוד לסעיף 35(א), הושמטה כאן הוראת הסיפא בדבר התניה במשתמע. מכאן שהסכמה להתניה על בררת-המחדל צריכה להיעשות על-ידי הצדדים באופן מפורש. בעניין זה הדין החדש מצמצם את הדין הישן, שחל מכוחו של סעיף 15(1) לחוק משנת 1911, אך גם מרחיב אותו.

החוק הישן השאיר את הבעלות בידי המזמין במקרים שבהם דובר בהזמנה של "פיתוח", "צילום" או "תמונה" והקליינטים או ההעתקה המקורית הוכנו תמורת דבר-ערך בהתאם לאותה הזמנה. הרציונל של החריג בדין הקודם בהקשר של "פיתוח", אשר פורש על-ידי בית-המשפט כ"גלופה", היה לתת תוכן עסקי להזמנה. עניינו של מזמין בתמורה של גלופה הוא בהעתקים. הגלופה עצמה נשארת בדרך-כלל בידי היוצר. אם גם זכות היוצרים תישאר בידי היוצר, אזי ציפייתו של המזמין תסוכל, והזמנתו, אשר בגינה נתן תמורה, תתרוקן מתוכן. לעומת זאת, הרציונל באשר ל"תמונה", אשר פירושה הנכון בהקשר של החוק הוא "דיוקן", לא היה לאפשר למזמין ייצור המוני של העתקים, אלא שמירה על פרטיותו. המזמין דיוקן אישי אינו רוצה, בדרך-כלל, שדיוקנו יופץ ברבים.<sup>124</sup> באשר לבררת-המחדל ב"צילום" אמר בית-המשפט בעניין סטרוסקי כי הוא יונק משני הרציונלים – זה של הגלופה וזה של הדיוקן.

החוק החדש צמצם את הדין הקודם, שכן הושמטה ממנו ההתניה הספציפית באשר לפיתוח (גלופה). זו תוסדר כיום על-פי הכלל הרגיל של יצירה מוזמנת, שלפיו הבעלות ליוצר אלא אם כן הוסכם אחרת במפורש או במשתמע. החוק גם צמצם את הסעיף בכל הקשור לצילום, שכן כעת הרציונל העולה ממנו הוא רציונל של פרטיות בלבד. את זאת ניתן ללמוד, בין היתר, מכך שהחוק מבהיר בצורה מפורשת כי החריג יחול רק במקרים של אירוע משפחתי או אירוע פרטי אחר.<sup>125</sup> בהקשר עסקי (שאינו משפחתי או פרטי) יחול כללי בררת-המחדל של סעיף 35. לעומת זאת, החוק החדש הרחיב באשר לעניין התמורה. מכיוון שהסעיף יונק את חיותו מרציונל הפרטיות, עניין התמורה נעשה רלוונטי פחות, ועל-כן,

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

125 ראו את דברי ההסבר לס' 35 להצעת חוק זכות יוצרים: "עם זאת מוצע, בסעיף קטן (ב), לקבוע כלל ברור יותר לענין הזמנת דיוקן או צילום משפחתי או פרטי, שהוא לטובת מזמין היצירה, וזאת בדומה להוראות... חוק 1911. במקרים אלה, קיים אינטרס נוסף של המזמין, אשר יש להניח כי הצדדים התכוונו לכבד, והוא הזכות לפרטיות."



לפחות מבחינה מילולית, גם אם לא ניתנה תמורה, אין בכך כדי למנוע מן המזמין את הבעלות הראשונה בזכות היוצרים.

נשאלת השאלה מדוע ליצור חריג דווקא למקרים אלה? האם אי-אפשר להסתפק במקרים אלה בהפעלת הכלל הרגיל של ההתניה החוזית או העברת הבעלות במשתמע? אכן, יש כמה פסקי-דין בענייני צילומים, שניתנו לפי הדין הקודם, שבהם הגיע בית-המשפט למסקנה כזו. כך, בעניין עץ ירוק דן בית-המשפט בהפרת זכויות יוצרים בקטלוג.<sup>126</sup> בין היתר נדרש בית-המשפט לשאלה אם התובעת היא בעלים של אותו קטלוג. בהכריעו לטובת עץ ירוק, קבע בית-המשפט כי היא אכן הבעלים של הקטלוג. את זאת הוא למד, בין היתר, מהממון הרב שהושקע בהכנת הקטלוג ומההוצאות שנלוו לפרסומו. בעניין גרוס אלי נשכר התובע – מעצב תדמיתי וצלם מותג – כצלם מקצועי לצורך קידום מוצרי הנתבעת.<sup>127</sup> בין השניים התעורר סכסוך כספי, והוגשה תביעה בשל הפרת זכויות יוצרים בתמונות שצולמו, בטענה שהבעלות בזכויות היוצרים שייכת לצלם. בית-המשפט דחה את התביעה, בפוסקו כי הנתבעת שילמה לגרוס את כל שכרו ולפיכך נהפכה לבעלים של זכויות היוצרים. בית-המשפט הדגיש כי מתחילת הדרך ידע התובע כי נשכר למלאכה משום רצונה של הנתבעת לפרסם את צילומיו בתערוכה בין-לאומית. במצב דברים זה, אם ביקש הצלם להותיר בידיו את זכות היוצרים, היה עליו לעגן זאת בחוזה. משעה שלא התנה כי ישוירו בידיו זכויות היוצרים לאחר שמוצרי עבודתו יימסרו לנתבעת, לא קמה לו עילת תביעה בגין הפרת זכויות יוצרים.<sup>128</sup>

ניתן כמובן לטעון, ובצדק, כי פסקי-דין אלה משקפים מצב שבו אין מדובר באירוע פרטי. לעומת "המזמין העסקי", "המזמין הפרטי" אינו בעל עסק ואינו מתוחכם, ובדרך-כלל לא ידאג לשמר בידיו את זכויות היוצרים. אולם גם אם זה המצב, נשאלת עדיין השאלה מדוע להחריג מגדר ההסדר הכללי דווקא תחום זה, ואם אין תחומים אחרים שבהם המזמין נמצא בעמדת נחיתות ועל-כן יש להתחשב בו. מעבר לכך עולה השאלה אם יש להתערב במסגרת היחסים שבין הצדדים באמצעות דיני זכויות יוצרים, ואם אין די בהקשר זה בפנייה לחוקים הכלליים המסדירים מערכות יחסים, כגון חוק החוזים, חוקי הגנת הצרכן ועוד. ההסבר שניתן בהקשר זה בעניין סטרוסקי,<sup>129</sup> שלפיו ההסדר נועד לשמור על פרטיות המזמין, אינו משכנע. גם בארץ וגם בשיטות משפט זרות נטען כי שיקולי פרטיות אינם צריכים להנחות את המחוקק במסגרת חקיקת זכות יוצרים, וכי דיני הגנת הפרטיות יכולים

126 ת"א (שלום קריות) 4377/03 עץ ירוק דלתות בע"מ נ' פואד (פורסם בנבו, 5.3.2007).

127 ת"א (שלום חי) 8118/05 גרוס אלי נ' שרש ערכות נוודים אינטרנשיונל 2000 בע"מ (פורסם בנבו, 3.12.2007).

128 עם זאת פסק בית-המשפט כי עומדת לצלם עילה חוזית בדבר הפרשי השכר שלא קיבל. שם.

129 עניין סטרוסקי, לעיל ה"ש 124.

לספק תשובה טובה וישירה לפגיעה באינטרסים פרטיים, אם אלה יתעוררו במסגרת מימוש הזכות.<sup>130</sup> שינוי בררת-המחדל בגין אינטרסים אשר יבואו לידי ביטוי רק בחלק מן המקרים, ואשר ניתן להסדירם במסגרת דין ספציפי, אינו מוצדק. זאת ועוד, התניה על הדין הנוכחי שתעניק את הזכויות ליוצר, ולא למזמין, עלולה להיתפס לא רק כוויתור על זכות היוצרים, אלא גם על הגנת הפרטיות. מכך יש להיזהר. איני סבור כי פרשנות כזו ראויה, לפחות לא כמסקנה גורפת מעצם ההתניה על זכות היוצרים.

### ה. התניה על בררת-המחדל

החוק החדש קובע באופן מפורש כי ברוב המקרים שבהם קיימת התייחסות-גומלין (אינטראקציה) בין צדדים שונים בתהליך ייצור היצירה ניתן להתנות על הבעלות. כך במערכת היחסים שבין עובד ומעביד,<sup>131</sup> כך ביחסי מזמין ויוצר, וכך אפילו בהתנהלות של יוצר אל מול המדינה.<sup>132</sup> התניה כזו אינה מחייבת עמידה בתנאים פורמליים כלשהם, כגון מסמך בכתב, ודי בכך שהוסכם על כך בין הצדדים. במקרים של מזמין-יוצר לא נדרשת

130 ראו ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128, ובמיוחד ס' (3)2-ר(4), וכן פסקי-הדין שניתנו מכוח סעיפים אלה: ת"א (שלום ראש"צ) 7059/01 סגל נ' פרג' (פורסם בנבו, 12.9.02); ת"א (שלום ת"א) 199509/02 צדיק נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ (פורסם בנבו, 22.1.04); ת"א (שלום חי) 10486/02 מזרחי נ' חב' "ידיעות שוקן מקבוצת הארץ" – עיתון ידיעות (פורסם בנבו, 7.12.04); ת"א (שלום ת"א) 65836/04 כורש נ' דונטלו אמצעי קד"מ בע"מ (פורסם בנבו, 23.8.05). רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554 (2005).

131 ניסיון להפוך את בררת-המחדל בעניין זה, כך שהזכויות יהיו בידי העובדים ויכללו לעבור באמצעות חוזה לבעלות המעביד, נתקל בהתנגדות. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8.

132 עם זאת, החוק אינו מקיף את כל המקרים שבהם כמה גורמים מעורבים בתהליך היצירה. כך, למשל, כאשר כמה יוצרים רוצים להקנות רק לאחד מהם את הבעלות הראשונית ביצירתם המשותפת, או כאשר חלק מגורמי הייצור אינם נחשבים יוצרים על-פי החוק אך רוצים לתת להם בעלות ביצירה לנוכח תרומתם הרבה. בעניין זה כל שהחוק קובע הוא כי היוצר הוא הבעלים הראשון. ס' 33 אינו מכיל אפשרות התניה. שאלה היא, על-כן, אם ניתן להתנות על הבעלות לא בנסיבות הספציפיות המנויות בס' 34, 35 ו-36, שכן החוק אינו אומר דבר בעניין. לנוכח הגישה הכללית הרווחת בחוק נראה כי מדיניות המחוקק הייתה לאפשר גמישות מרבית בהקשר של הקצאת הבעלות, ועל-כן סביר להניח שאין לשלול התניה גם במקרים אלה. מכל מקום, גם אם אי-אפשר להתנות על הבעלות הראשונית, הצדדים יכולים לעשות שימוש בהעברת הבעלות מכוח ס' 37. אחד ה"חסרונות" של שימוש בסעיף זה בהקשר הנ"ל הוא הצורך בכלים פורמליים להעברת הבעלות. חוזה כזה חייב להיות טעון מסמך בכתב.

אפילו הסכמה מפורשת, וניתן להסתפק בהסכמה שתשמע ממערכת היחסים שבין הצדדים. על-כן ניתן להקשות ולשאול אם יש בכלל משמעות להקצאת הבעלות הראשונית.<sup>133</sup> יהיו שיטענו, ברוח תיאורמת קואז,<sup>134</sup> כי לקביעה הראשונית של המחוקק אין חשיבות רבה. אם הצדדים יחפצו בהסדר בעלות אחר, הם יתנו על ההסדר הראשוני הקבוע בחוק באמצעות חוזה אשר ישקף את רצונם הספציפי ויתמחרו אותו בהתאם.<sup>135</sup> כך, למשל, אם מזמין אשר על-פי החוק אינו הבעלים הראשון ביצירה ירצה לקבל בעלות ראשונית בזכויות היוצרים ביצירה המוזמנת, הוא יקבע זאת בחוזה ההזמנה. המחיר החוזי ישקף כמובן את הקצאת הבעלות השונה. טענה זו היא למעשה חלק מטיעון רחב הרבה יותר בדבר חשיבותם המשפטית המשנית של כללי בררת-מחדל. ברמתו המופשטת ביותר של הטיעון, כל הסדר חוקי שניתן לשינוי, להתאמה ולהתניה על-ידי הצדדים, חשיבותו המשפטית אינה גדולה. על-כן אין זה חשוב כל-כך מהו ההסדר שקבע המחוקק, אך חשוב שיהיה הסדר ברור כלשהו שיהיה אפשר להתנות עליו.

אולם בשנים האחרונות נמתחה על עמדה זו ביקורת רבה על-ידי האקדמיה, וביקורת זו מוצאת את דרכה ומחלחלת גם לפסיקת בתי-המשפט. על-פי ביקורת זו, לכללי בררת-מחדל יש תפקיד חשוב ומשמעותי במשפט, וזאת בין אם הצדדים מתנים עליהם ובין אם לאו. על-כן המחוקק, בקובעו את כללי בררת-המחדל, צריך לבחון אותם בקפידה ולייחס חשיבות רבה להקצאת הזכויות הראשונית. הרחבה בעניין זה היא מעבר לגדרו של פרק זה, אולם פטור בלא-כלום אי-אפשר. לפיכך אפרט נימוקים אחדים לחשיבותה של הקצאת הזכות בהקשר של הבעלות הראשונית.

הנימוק הראשון והכללי ביותר לחשיבותה של ההקצאה הראשונית של זכות הבעלות הוא הוצאות העסקה הכרוכות בהתניה על הכלל המשפטי. בהינתן הוצאות עסקה משמעותיות, ייתכן שהצדדים לא יגיעו לעסקה המיטבית שאותה היו רוצים לעצב, ויאלצו להסתפק באפשרות שהחוק קובע.<sup>136</sup> הוצאות אלה יכולות להיות שונות ומגוונות: החל בהוצאות קלות לכימות ולהגדרה, כגון עלות ניסוחם של הסכמי ההתניה, עלותם של עורכי-

133 בעניין N.Y. Times Co. v. Tasini, 533 U.S. 483 (2001) שונתה בררת-המחדל ומייד תוקנה על-ידי הצדדים.

134 Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

135 טיעון דומה ניתן להעלות גם ביחס לבתי-המשפט ולתפקידם בבחינת מערך הזכויות שבין הצדדים. על-פי טיעון זה, אילו ייחסו הצדדים משמעות להקצאת המשאבים השונה, הם היו מביעים זאת באופן מפורש בחוזה, ומשלא עשו כן, הם פתחו לפני בית-המשפט מספר גדול של אפשרויות החלטה, ואין להם להלין אלא על עצמם.

136 זאת ועוד, גם אם בסופו של דבר יתנו הצדדים על בררת-המחדל, הוצאות אלה הן בגדר "בזבוז" חברתי, שכן אילו הייתה בררת-המחדל אחרת, לא היו הצדדים נדרשים להוציא כספים על-מנת לשנותה.

הדין הנדרשים לשם כך וכדומה; המשך בעלויות מוגדרות פחות, כגון עלות השגתו ולימודו של המידע על האפשרויות החלופיות הנתונות לצדדים, ותרגומה למחיר החוזי; וכלה בעלויות נוספות אשר קשה יותר להגדירן אך ברור שיש להביאן בחשבון. בגדר עלויות אלה ניתן למנות, למשל, את המחיר החברתי המשולם בגין חריגה מן הנורמה אשר הרוב נוהגים על-פיה;<sup>137</sup> עלויות הנובעות מ"אפקט הבעלות", דהיינו, הנכונות השונה של צדדים לחוזה למכור את הזכויות משעה שקיבלו בעלות עליהן;<sup>138</sup> ועלויות הנובעות מחוסר הרצון להתנות על כלל בררת-המחדל מפאת הפחד מפני הלא-נודע.<sup>139</sup> עלויות אלה, על-אף שונותן הגדולה, פועלות כולן בכיוון אחד, דהיינו, על המחוקק לאמץ בחוק הסדר שעליו היו רוב הצדדים מסכימים, כך שימוזער מספר הפעמים שבהם יצטרכו צדדים להתנות על החוק.<sup>140</sup>

זאת ועוד, גם אם מצליחים להתגבר על המכשלה של הוצאות העסקה, הצדדים צריכים לצפות תחילה את התוצאה של ההסדר הסטטוטורי על-מנת להחליט אם להתנות עליו. דא עקא, פעמים רבות הצדדים או אחד מהם אינם צופים שתיווצר בעתיד יצירה בת-הגנה או

137 ראו: Lisa Bernstein, *Social Norms and Default Rules Analysis*, 3 S. CAL. INTERDISC. L.J. (1993) 59, 71-72. בהקשר של עובד-מעביד ניתן לתת את הדוגמה הבאה: עובד מעוניין לשנות את כלל בררת-המחדל הקבוע בחוק שלפיו הבעלות ביצירה היא למעביד. הוא מבין כי בתמורה לכך יצטרך "לשלם" בהפחתת משכורתו, והוא מוכן לכך. המעביד מעוניין גם הוא בהסדר דומה מסיבותיו-הוא. עם זאת, על-מנת להגיע להסכם כזה, יצטרך העובד ליזום מהלך שבו יהיה עליו להסביר מדוע הוא סוטה מהסטנדרט הרגיל בתעשייה. בעשותו כך עוד לפני שנשכר לעבודה, הוא עלול לשלוח מסר שלילי בדבר אופיו ויכולתו כעובד, ולהיתפס כ"גורם בעייתי". לפיכך הוא יימנע מלהציג אפשרות זו למעביד, אף שבעולם ללא אילוצים היו שני הצדדים בוחרים בה.

138 ניסויים שנערכו על-ידי חוקרים מובילים, וביניהם זוכי פרס נובל, מראים כי פעמים רבות עצם העובדה שאדם נהפך לבעלים של חפץ מעלה את המחיר שהוא ידרוש בגין מכירתו מעבר לשוויו ההתחלתי בעיניו. כך, אם אתמול הייתי מוכן לשלם בעבור נכס סכום של 100, היום, כאשר הנכס כבר בידיי, לא אסכים למוכרו אלא בתמורה ל-110 שקלים. סכום זה גבוה מהסכום שבו הערכת את שווי הנכס בטרם הוקנתה לי הבעלות בו. בעניין זה ראו: Russell Korobkin, *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, 51 VAND. L. REV. 1583 (1998); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, J. POL. ECON. 1325 (1990); Richard Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECON. BEHAV. & ORG. 39, 44 (1980).

139 Omri Ben-Shahar & John A.E. Pottow, *On the Stickiness of Default Rules*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 651, 669 (2006).

140 במסגרת הקביעה של כללי בררת-המחדל יש לזכור גם כי לעיתים הוצאות העסקה הן א-סימטריות. בעוד מתן הזכות לצד אחד יכול לאפשר התניה "קלה" על בררת-המחדל, מתן הזכות לצד האחר עלול להקשות התניה כזו ולגרום להכשלת העסקה גם מקום שהיא רצויה.

אינם צופים שתיווצר "בעיה" לגבי הקצאת הזכויות בה. במקרים אלה לא יטרחו הצדדים להתנות על בררת-המחדל שהחוק קובע. אם רק אחד הצדדים אינו צופה את התוצאה, המצב חמור אף יותר, שכן הצד האחר ינצל את חוסר הידע של הצד האחד על-מנת לקבל זכויות "בחסות החוק". אם הצד האחד יצפה, למשל, שהוא לא יהיה הבעלים של היצירה אם תיווצר, הוא יבקש תגמול על מאמציו באמצעות המחיר החוזי או לחלופין לא ישקיע זמן ומשאבים ביצירתה. אולם אם הוא לא יצפה זאת, הוא ישקיע ביתר ביצירת יצירה שלא תהיה בבעלותו ושהוא לא יזכה בפירותיה.<sup>141</sup>

נקודה זו מובילה אותי לטעון אחר המצדיק את כללי בררת-המחדל, והפעם מתוך השקפת-עולם הפוכה. על-פי גישה זו, חשיבותם של כללי בררת-המחדל נעוצה דווקא בצורך להתנות עליהם.<sup>142</sup> כללי בררת-המחדל משמשים למעשה מנגנון להעברת מידע בין הצדדים לעסקה.<sup>143</sup> על-ידי מתן הזכות לשמרון מאלצים את ראובן, החפץ בה, להתנות על בררת-המחדל כדי להעביר את הזכות לידי. לשם כך ראובן צריך ליידע את שמעון שהבעלות הראשונית מכוח החוק מגיעה לו. מידע זה ישמש את שמעון במשא-ומתן, ויאפשר לו להחליט אם הוא מעוניין לוותר על זכותו ובאיזה מחיר. אם ראובן לא יתנה על בררת-המחדל, הוא לא יעביר לשמעון מידע אך יאלץ לוותר על הזכות שבה חפץ. כאשר הזכות הראשונית ניתנת לצד שרוצה בה, הצד האחר אינו מודע להפסד שנגרם לו בגין בררת-המחדל. לעומת זאת, מתן הזכות לצד שרוצה בה פחות מאלצת את הצד האחר להתנות על בררת-המחדל, ובתוך כך ליידע את הצד הראשון, באמצעות המנגנון החוזי, על טיבה של הזכות ושווייה, וכך הוא יכול לקבל מחיר כלשהו בעבור "מכירתה".<sup>144</sup> כלל בררת-המחדל עוזר אם כן לפצות על נחיתות במידע של אחד הצדדים לעסקה, ומניע את הצד בעל המידע הרב יותר להעבירו אל הצד שכנגד.

אם כן, בין הכותבים השונים ניכרת תמימות-דעים בדבר חשיבותה של הקביעה הראשונית לגבי הקצאת המשאבים – ובמקרה שלנו, הבעלות הראשונית – אך קיים חוסר אחידות בדבר ההצדקות התיאורטיות העומדות מאחורי כללי בררת-המחדל ובדבר האופן שבו יש לבחור את מקבל הזכויות הראשוני (או במילים אחרות – מה יהיה תוכנו של כלל בררת-המחדל).

אולם דומה שללא קשר לרציונל הכלכלי או המיידע (אינפורמטיבי) העומד מאחורי הכלל, הכל יסכימו כי לכללי בררת-המחדל יש חשיבות רבה מבחינת חלוקת העושר

141 להרחבה בעניין זה ראו Jacob, לעיל ה"ש 37.

142 Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989).

143 ש.ס.

144 ש.ס.

בחברה. מכאן נגזרת חשיבות רבה בבחירה כיצד לחלק עושר זה בין חבריה השונים.<sup>145</sup> גם אם שיקולי יעילות יביאו לידי כך שבסופו של תהליך תימצא זכות הבעלות בידי הגורם שמעריך אותה יותר, הענקת הבעלות הראשונית לראובן מכוח חוק משפרת את מצבו בהשוואה למצב שבו הזכות מוענקת לשמעון וראובן נאלץ לרכוש אותה ממנו. בשני המקרים התוצאה הסופית תהיה זהה מבחינת הקצאת הזכויות, אך חלוקת העושר החברתי תהיה שונה. עד כמה תהיה חלוקת העושר שונה? הדברים תלויים במבנה השוק, בהיצע ובביקוש למוצר, ועוד. הענקת הבעלות הראשונית לגורם מסוים מקנה בידיו "טובין" שהוא יכול להחזיקם או לחלופין לסחור בהם במחיר שבו יחפוץ.<sup>146</sup> ניתן לטעון כי דיון זה באשר לחשיבותה של בררת-המחדל אינו רלוונטי כלל כיום, לאחר קבלת החוק, שכן כללי בררת-המחדל כבר עוצבו על-ידי המחוקק. אכן, במידה מסוימת הדיון כאן הוא בבחינת חלב שנשפך. מרגע שעיצוב הכללים נעשה ומוטבי הזכויות קיבלו את זכויותיהם, אי-אפשר לשנות את הקצאת הזכויות הראשונית אלא באמצעות התניה של הצדדים, על כל הבעייתיות הכרוכה בה, שעליה עמדתי לעיל. אולם הדיון בכללי בררת-המחדל חשוב בכל-זאת מכמה סיבות. ראשית, גם חוק חדש ניתן לתיקון, וכראיה לכך, עוד לא יבשה הדיו על החוק וכבר עולות לדיון הצעות חוק חדשות הבאות לתקן את הקצאת הזכויות הראשונית בנושאים שונים.<sup>147</sup> שנית, גם אם הקצאת הזכויות הראשונית לא תתוקן בחוק, לבתי-המשפט יש תפקיד פרשני חשוב בשאלה למי תוקצה הזכות הראשונית. החוק משתמש במונחים פתוחים רבים ללא הגדרות מפורשות. על-כן בית-המשפט יכול לצקת למונחים אלה תוכן מרחיב או מצמצם, ולעצב על-ידי כך את מהות ההסדר הרצוי

145 בעניין זה ראו, למשל, את החשש שהביע חבר-הכנסת דב חנין בישיבה מס' 172 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 8, באשר לס' 34, המקנה את הבעלות הראשונית ביצירות שנוצרו במסגרת העבודה למעביד: "כאשר אנחנו קובעים הנחה כזאת בחוק, אנחנו מבצעים מהלך חברתי מאוד משמעותי של העברת כוח מהעובדים לידי המעבידים. אני לא רואה סיבה לזה. אני לא חושב שבמציאות של ימינו העובדים כל-כך חזקים, והמעבידים כל-כך חלשים וחסרי אונים. הרי כשהמעבידים שוכרים אנשים לעבודה, הם אלה שיש להם בדרך-כלל יועצים משפטיים, הם אלה שיכולים להגן על עצמם. העובדים יכולים להגן על עצמם? יתכבדו המעבידים אם הם רוצים להגן על עצמם ויגיעו להסכם..." דברים אלה יפים גם לרציונל של כלל בררת-המחדל המנביע מידע בין צדדים לעסקה.

146 מחיר המכירה ייקבע על-ידי מנגנון השוק. במקרים שבהם ההיצע גדול, הענקת הזכות לגורם המציע תעניק לו "נכס" שווה פחות מאשר במקרה שבו הוא המציע היחיד. באופן דומה, גם לביקוש יש משמעות בקביעת המחיר. חֶשְבו על תוכנת מחשבים. אם יש עודף מתכנתים, היכולת של העובד המתכנת למכור את הזכות שניתנה לו מוגבלת (מחיר נמוך). לעומת זאת, במצב שבו הביקוש גדול וההיצע קטן, כוח המיקוח שלו יהיה גדול יותר, וכך גם המחיר שיקבל בעבור מכירת זכויותיו.

147 הצעת חוק רשות השידור (תיקון – זכות יוצרים), התשס"ח-2008, ס"ח התשכ"ה 106 (הצעת חוק של חבר-הכנסת איתן כבל).

בדבר הבעלות הראשונית. מכאן החשיבות הגדולה הטמונה בפסיקה זו. בעניין זה אסתפק בדוגמה אחת: פרשנות מצמצמת שתינתן למונחים "לצורך עבודתו" ו"במהלכה" תביא לידי כך שלעובד תוקנה פעמים רבות יותר הזכות הראשונית. אם מקבלים את הרציונל של כללי בררת-המחדל כמנגנון להעברת מידע, מתן הזכות הראשונית לעובד יניע את המעביד לחשוף לפני העובד את בררת-המחדל במסגרת ההתניה עליה, וכך יגדיל את הסיכוי שהעובד יקבל תמורה כלשהי בגין "מכירת" זכותו.<sup>148</sup>

## ו. בעלות המדינה

סעיף 36 לחוק קובע כי "המדינה היא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה שנוצרה או שהוזמנה על ידה או על ידי עובד המדינה עקב עבודתו ובמהלכה, אלא אם כן הוסכם אחרת". המונח "עובד המדינה" מוגדר באותו סעיף ככולל "חייל, שוטר, וכל נושא משרה או בעל תפקיד על פי חיקוק במוסד ממוסדות המדינה". החוק החדש אינו מחַךְ בעניין עצם הענקת הבעלות למדינה ביצירות שנוצרו על-ידיה. זו ניתנה לה גם על-פי הדין הקודם. החידוש הוא ברוחב ההגנה ובמשכה. בהקשר זה אי-אפשר להצביע על מגמה כוללת של הרחבה או צמצום, שכן החוק החדש עושה את שניהם.<sup>149</sup>

כבר ממבט ראשון רואים כי סעיף זה מרחיב מאוד את בעלות המדינה ביחס לכל גורם אחר. ראשית, בררת-המחדל ביחס למדינה באשר ליצירות שהוזמנו על-ידיה הפוכה מבררת-המחדל הנהוגה ביחס לכל גורם מסחרי אחר. בעוד בררת-המחדל על-פי סעיף 35 היא שהבעלים הראשון של היצירה הוא היוצר, במקרה של המדינה בררת-המחדל הפוכה. המדינה היא הבעלים אלא אם כן הוסכם אחרת. זאת ועוד, להבדיל מסעיף 34, שלפיו הבעלות ביצירה היא של המעביד אם היצירה נעשתה על-ידי העובד לצורך עבודתו

148 שאלה היא עד כמה רחוק אפשר לסטות מהמנגנון שהחוק קובע, ואם בעניין זה כל הסדר שיקבעו הצדדים בהסכמה יהיה לגיטימי. לדעתי לא. סטייה מרחיקת-לכת מן החוק תחתור תחת העקרונות שחוק זכות יוצרים בא להסדיר. כך, למשל, אם המעביד יחתים את העובד כי כל יצירה של העובד בתקופת העסקתו – בין אם היא קשורה לעבודתו ובין אם לאו – תהיה בבעלות המעביד, ייתכן שייקבע כי חוזה כזה נוגד את תקנת הציבור. בעניין זה ניתן ללמוד גם מהדין האמריקני בעניין preemption. באותם מקרים שבהם רצה המחוקק הפדרלי לקבוע מדיניות מסוימת באמצעות חוק זכות יוצרים, שינוי ההסדר באופן שחותר תחתיה יתפס כלא-לגיטימי וייפסל מכוח עקרון העליונות של החוק הפדרלי. ראו, למשל: Bonito Boats, Inc. v. ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 141 (1989). Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989). והשוו: 1447 (7th Cir. 1996).

149 דעת המנסחים בעניין זה הייתה שהסעיף אינו משנה את הדין הקודם. "סעיף 36 הוא סעיף שמשקף את הדין הקיים. המדינה לא עוסקת בעסקי השעשועים, המדינה עוסקת בגופים שלטוניים." ראו פרוטוקול ישיבה מס' 354 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (10.10.2007).

ובמהלכה, לגבי המדינה הדין שונה, וחלה גישה מרחיבה יותר שלפיה די בכך שהיצירה נוצרה עקב עבודתו ובמהלכה.<sup>150</sup> על-פי העיקרון שהמחוקק אינו משחית מילותיו לריק, להבדל ניסוחי זה יש משמעות רבה.<sup>151</sup>

סעיף 18 לחוק הישן קבע כי אם הוכנה או התפרסמה יצירה על-ידי הוד-מלכותו או על-ידי כל מחלקה ממשלתית, או על-פי הוראתם או בפיקוחם, תהיה הזכות שייכת להוד-מלכותו ותימשך חמישים שנה מעת הפרסום הראשון של היצירה. דין זה שיקף את החוק האנגלי עובר לתיקון של 1988, שלפיו הבעלות לכתר הייתה ביצירות שנוצרו בהוראתו (direction) או בפיקוחו (control). גדר הספק היה אם מונחים אלה כוללים גם יצירות שהוזמנו על-ידי הכתר.<sup>152</sup> החוק האנגלי משנת 1988 פתר מחלוקת זאת, בקובעו באופן חד-משמעי כי יצירה מוזמנת לא תיכנס באופן אוטומטי להגדרה זו רק בשל היותה מוזמנת.<sup>153</sup> בישראל בחרו לפתור את הספק בדרך הפוכה, ולהכריז כי כאשר המדינה היא המזמין, בררת-המחדל היא שהיצירה בבעלותה. פתרון זה מרחיב מאוד את המקרים שבהם הבעלות תהיה למדינה, שכן בהעדר הסדר אחר, בכל הזמנת יצירה מן המגזר הפרטי תהיה זכות היוצרים למדינה. זאת, נוסף על המבחן המרחיב ביחס ליצירות שנוצרו על-ידי עובדי המדינה.

לעומת מגמת הרחבה זו, החוק החדש מצמצם את זכויות המדינה בכמה מצבים. ראשית, מהסעיף הורד הרכיב של בעלות מכוח פרסום. על-פי הדין הקודם, עצם פרסום היצירה על-ידי המדינה (הכתר או כל מחלקה ממשלתית) הקנה לה את זכות היוצרים בה מבלי להתייחס לנסיבות יצירתה ובמנותק מן השאלה למי הייתה זכות היוצרים ביצירה לפני פרסומה על-ידי הממשלה.<sup>154</sup> הגישה לפי הדין הקודם הייתה כי "עצם הפרסום של יצירה על ידי מחלקה ממשלתית שולל את זכות היוצרים מאת בעליה ומקנה אותה לממשלה, בלא שנקבע בחוק כל הסדר של תשלום פיצויים למי שזכות היוצרים נשללה ממנו בדרך זאת".<sup>155</sup> דרך זו לרכישת הבעלות הושמטה מסעיף 36. צמצום נוסף במסגרת החוק החדש נוגע באורך חייה של הזכות. בעוד שעל-פי הדין הקודם נקבע משך החיים של הזכות על-פי מועד פרסומה של היצירה, על-פי הדין החדש תקופת ההגנה נמדדת מיום היצירה. כך, עיכוב בפרסום יהיה

150 על השוני בין הניסוחים ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 89.  
 151 מאידך גיסא, ניתן לסבור כי נפלה בחוק טעות, וכי פשוט שכחו לתקן את סעיף הבעלות של המדינה כפי שעשו לגבי הסעיף הכללי.  
 152 ראו COPINGER, לעיל ה"ש 26, בעמ' 611.  
 153 "but a work shall not be regarded as made by or under the direction or control of either House by reason only of its being commissioned by or on behalf of that House": Copyright, Designs and Patents Act, 1988, C. 48 (Eng.).  
 154 יהושע ויסמן "הבעל הראשון של זכות-יוצרים" עיוני משפט יד 29 (1989).  
 155 שם.



“על חשבון” המדינה, ולא יעכב את גישתו החופשית של הציבור ליצירה. זאת ועוד, החוק החדש גם שולל מן המדינה זכויות יוצרים בחלק מן הפרסומים הרשמיים. על-פי הדין הקודם, המדינה הייתה הבעלים של זכויות היוצרים בחקיקה, בתקנות, בפסיקה ובשאר פרסומים רשמיים. אומנם הנוהג היה לא לאכוף זכויות אלה,<sup>156</sup> אולם הדבר היה נתון לשיקול-דעתה של המדינה. כיום החוק החדש קובע מפורשות, בסעיף 6, כי לא תהיה זכות יוצרים בחוקים, בתקנות, בדברי הכנסת ובהחלטות שיפוטיות של בית-משפט או של רשות שלטונית המפעילה סמכות על-פי דין. יצירות אלה יהיו בנחלת הכלל מיום היוולדן, ועל-כן לציבור יש אפשרות להשתמש בהן ככל העולה על רוחו.

מדוע בחר המחוקק לא להסתפק בצמצום זכויות המדינה, אלא גם להרחיבן, והאם נכון היה לעשות כן? בדיוניה של ועדת הכלכלה של הכנסת הוסבר כי בעידן המודרני פעולות רבות מאוד נעשות למען המדינה על-ידי אנשים שאינם עובדי המדינה אבל באותו הקשר, קרי, לצורך השימוש הציבורי שבעבורו הזמינה המדינה את היצירות. בהקשר זה צוינו שלושה נימוקים מרכזיים. הראשון הוא שלהבדיל מגופים אחרים, המדינה מזמינה יצירות ומעסיקה את עובדיה לצורכי הקולקטיב. לכן, כאשר יצירות נוצרות במסגרת יחסים זו, יש חשיבות לכך שיהיה אפשר לעשות בהן שימוש מרבי לצורכי ציבור. הנימוק השני הוא שהמדינה מתנהלת אל מול יוצרים רבים ויצירות רבות מסוגים שונים, ועריכת חוזים פרטניים המסדירים את מערך הזכויות ביחס לכל אחד מהם עלולה להיות מסובכת ויקרה.<sup>157</sup> הנימוק השלישי הוא שכאשר המדינה היא הבעלים, היא עושה שימוש בזכויותיה על-מנת לאפשר שימוש באותן יצירות – דבר שלא היה אפשרי אילו נשארה הבעלות בידי גורם מסחרי.

בחינת הסדרים דומים במדינות אחרות מראה כי אין זה בהכרח ההסדר המתחייב. גישה זו שנבחרה על-ידי המחוקק הישראלי הולכת בעקבות המשפט האנגלי, אך מרחיבה ממנו שכן היא קובעת את בעלות המדינה לא רק ביצירות של עובדי המדינה, אלא גם ביצירות שהוזמנו על-ידיה.<sup>158</sup> אכן, כאשר המדינה מעורבת כנציגת הציבור, השיקול של טובת הציבור הוא חשוב, אך קיימות דרכים אחרות להבטיח את טובת הציבור מלבד הלאמת הבעלות. כך, למשל, ניתן לקבוע כי פקיעת זכות היוצרים במקרה שהמדינה היא בעליה

156 בעניין זה ניתנה בשנת 1996 הנחיה של עו"ד מני מזוז, בתפקידו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ וחקיקה), כי המדינה לא תאכוף את זכויותיה באשר לפרסומים הרשמיים. ההנחיה לא פורסמה. עותק שלה מצוי בידי המחבר.

157 טיעון זה מצביע על כך שהמדינה, כמעביד, מתכוונת שברוב המקרים זה יהיה ההסדר הסופי, ולא ייכרתו חוזים המתנים על בררת-מחדל זו.

158 בעניין זה ראו ס' 163 לחוק האנגלי, לעיל ה"ש 153.

תהיה לאחר זמן קצר בהרבה.<sup>159</sup> באופן דומה היה אפשר לקבוע, כפי שנעשה בארצות-הברית, כי המדינה אינה יכולה להיחשב בעלים מכוח היותה יוצר. בארצות-הברית, במקרים שבהם המדינה נחשבת יוצרת – למשל, כאשר מדובר בעובד מדינה היוצר יצירה במסגרת עבודתו – ההסדר פשוט: היצירה אינה מוגנת, אלא עוברת מייד לנחלת הכלל. לציבור יש גישה מלאה אליה, ללא חשש שהמדינה תשתמש בכוחה על-מנת לגבות מחיר כלשהו בגין השימוש. הציבור משלם בעבור "שירותי המדינה" באמצעות מיסים, וכאשר היצירה נוצרת על-ידי המדינה או מי מעובדיה, אין צורך לגבות ממנו תשלום פעם נוספת.<sup>160</sup>

הרחבת בעלות המדינה בעייתית גם ביחס לעובד. פעמים רבות מועלות נגד עובדי מדינה טענות שהם אינם יעילים, אינם יצירתיים וכדומה. הרחבת בעלותה הראשונית של המדינה על-חשבון בעלותם שוללת מהם תמריץ ליצור, ועלולה לקבע מצב דברים זה עוד יותר. עובד מדינה אשר יודע כי כל יצירה שנוצרה "עקב" עבודתו (להבדיל מ"לצורך עבודתו ובמהלכה") תעבור לבעלות המדינה ימנע מליצור באותו אופן שבו היה יוצר אילו ידע שהוא יכול להפיק ערך כלכלי מוסף מעבודתו זו – למשל, אילו עבד בעבור המגזר הפרטי. חשבו על מורים ועל מערכי השיעור שהם יכולים לפתח. יישום מבחן מרחיב ביחס אליהם יגרור סטגנציה וימנע רצון להשקיע בפיתוחם של עזרים חדשים.

## ז. העברת בעלות והענקת רשיונות שימוש

בחוק החדש העברת הבעלות ומתן רשיון שימוש כרוכים יחדיו. הסעיף המסדיר עניינים אלה הוא סעיף 37, הקובע כי זכות היוצרים ניתנת להעברה בחוזה או על-פי דין. החוזה הוא הכלי השגרתי ביותר להעברת הזכות – כאשר ראובן, מחבר הספר, מעוניין להעביר ללוי, המוציא לאור, את זכויות היוצרים בו, הדבר ייעשה בדרך-כלל באמצעות חוזה בין הצדדים. בחוזה זה יוסכם מהן הזכויות המועברות, לכמה זמן הן מועברות, ומהי התמורה החוזית שאותה יקבל ראובן בגין ההעברה. עם זאת, החוק מאפשר את העברת הזכות גם בדרכים נוספות, בקובעו כי העברה על-פי דין הינה מכשיר לגיטימי לשינוי הבעלות בזכויות. קביעה

159 המחוקק הישראלי הלך בדרך זו וקבע בס' 42 לחוק הגנה של חמישים שנה בלבד במקרה שהמדינה היא הבעלים הראשון. אך היה אפשר לקצר את תקופת ההגנה עוד יותר, ולהעמידה, למשל, על עשר שנים או אף פחות.

160 אכן, שאלה זו הטרידה את חבר-הכנסת יואל חסון, אשר התייחס לרצון לאפשר לציבור שימוש חופשי ביצירות של המדינה, והעיר בתמימות כי פעמים רבות המדינה אינה מאפשרת שימוש חופשי ודורשת מהציבור לשלם. על כך הוא נענה כי "צריך לבדוק כל מקרה לגופו", וכי יכולים להיות מקרים שבהם יגבו מחיר מהאזרח, בדמות תשלום או אגרה, אבל ההנחה היא שהמדינה תגבה בגין השימושים מחירים נמוכים יותר. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 179 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (6.2.2007).

זו פותחת פתח להעברת הזכות גם על-דרך צוואה וירושה, למשל, וניתן לחשוב גם על מצבים כגון חלוקת זכויות עקב הסדרי גירושים והפעלת חוק יחסי ממון, העברת נכסים לכונס בשל פשיטת-רגל ועוד.

העברת הבעלות בזכות אינה הדרך היחידה שבה בעל הזכות יכול לתת לאחר זכויות שימוש בה. החוק נותן בידי הבעלים כלי נוסף – רישיון – אשר מאפשר לבעלים להמשיך להחזיק בבעלות ובר-בזמן לאפשר גם לאחרים שימוש ביצירה. לעניין זה החוק מבחין בין שני סוגי רישיונות – רישיון ייחודי ורישיון לא-ייחודי.

סעיף 37(ד) מגדיר מהו רישיון ייחודי. על-פי הסעיף, רישיון ייחודי מקנה לבעליו זכות ייחודית לעשות פעולה מן הפעולות השמורות לבעל זכות היוצרים (הקבועות בסעיף 11), ומגביל את בעל זכות היוצרים מלעשות אותה פעולה ומלהרשות לאחר לעשותה. כך, למשל, רישיון ייחודי יהיה רישיון האומר כי לראובן יש זכות בלעדית להקדין סרט בפומבי במרחב תל-אביב, וכי לבעל זכות היוצרים אסור לעשות זאת באזור תל-אביב או לתת לאחר רישיון לעשות זאת באותו אזור. רישיון ייחודי כזה אינו מונע את בעל הזכות מלתת לשמעון רישיון ייחודי בירושלים. לעומת הרישיון הייחודי, רישיון שימוש "רגיל" ירשה לראובן להקדין סרט בפומבי בתל-אביב, אך לא ישלול מבעל הזכות את האפשרות לעשות זאת או לתת רישיונות לאחרים לעשות זאת באותו אזור.

שאלה המתעוררת לא אחת היא מהו ההבדל המעשי בין מתן רישיון לבין העברת הבעלות, ואם לעיתים מתן רישיון שקול להעברת הבעלות.<sup>161</sup> שאלה זו יכולה להתברר כרלוונטית בכמה מקרים – למשל, כאשר בעל הרישיון רוצה להמחות את זכותו לאחר או לאפשר פיצול של הזכויות מכוח הרישיון.<sup>162</sup> כך גם כאשר בעל הזכויות רוצה לתבוע בשל הפרת הזכות או להצביע על הפרת תנאי הרישיון. על-פי הדין הקודם, כפי שפורש על-ידי בתי-המשפט, מתן רישיון שימוש לא היה שקול להעברת בעלות ביצירה. באופן זה פסק בית-המשפט, למשל, בעניין שווילי נ' טלקנל.<sup>163</sup> לדברי בית-המשפט, בעל הרישיון אינו

161 בדומה לחוק הישראלי, גם החוק האנגלי מבחין בין מתן רישיון ייחודי לבין העברת הבעלות. גם שם נקבע כי מתן הרישיון אינו מעביר את זכות הבעלות, אלא נותן חסינות מפני תביעה משפטית. המשפט האנגלי, במסגרת החוק משנת 1988, עורך אומנם הבחנה בין רישיון ייחודי לבין רישיון לא-ייחודי, ומעניק הטבות פרוצדורליות לבעל הרישיון הייחודי (למשל, מתן אפשרות להגיש תביעה באופן עצמאי), אך הגישה הרווחת היא כי גם החוק החדש אינו משנה את עצם מעמדו של בעל הרישיון הייחודי, והוא עדיין אינו בעלים, למרות ההטבות הניתנות לו. ראו COPINGER, לעיל ה"ש 26, בעמ' 299–305.

162 זאת, לנוכח ס' 47 לחוק, הקובע כי "העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד'".

163 ת"א (מחוזי ת"א) 1506/03 שווילי נ' וש טלקנל בע"מ – ערוץ "ישראל פלוס" (פורסם בנבו, 9.7.2003).

נהפך לבעל הזכות, אלא לבעל זכות שימוש בלבד. הרישיון אומנם מעניק לבעליו הגנה מפני תביעה של בעל זכות היוצרים, אך לא את הזכות להגיש תביעה בשל הפרת הזכות. כך נפסק כי באינטרס מסחרי בדחיקת רגלי מתחרים הפועלים תוך הפרת זכויות יוצרים אין כדי לבסס עילת תביעה.<sup>164</sup> מחלוקת הייתה במקרים שבהם הרישיון שניתן היה בלעדית.<sup>165</sup> החוק החדש מבהיר את העניין, לפחות בכל הקשור לזכות התביעה.<sup>166</sup> בדומה לחוק האנגלי, הוא אינו קובע מפורשות כי מתן רישיון ייחודי שקול להעברת הבעלות, ועל-כן אינו משנה את מעמדו של בעל הרישיון, אך הוא קובע כי גם בעל הרישיון הייחודי רשאי

164 בעניין זה הייתה מחלוקת במקרים שבהם הרישיון שניתן היה רישיון בלעדי. כך, ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. א. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (1990), נקבע כי זכות זו היא זכות חוזית, שכוחה יפה רק במישור היחסים שבין המפיץ לבין היצרן או הספק שהקנו לו את הזכות, ואין היא עומדת ביחס למפר. בע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529 (2001) (להלן: עניין ערוצי זהב), ציין השופט מצא כי בהקשר הספציפי של זכויות יוצרים התעוררה שאלה זו פעמים מספר מבלי שהתקבלה בה הכרעה עקרונית. בין היתר הפנה השופט לע"א 240/65 זראי נ' התיאטרון הורוד, פ"ד יט(2) 442 (1965), לע"א 464/65 אונגר נ' פריס ישראל סרטים בע"מ, פ"ד כ(3) 6 (1966), ואף לע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749 (1988). בית-המשפט ציין כי גישתם של בתי-המשפט בארץ הלמה בעבר את גישת המשפט האנגלי, אולם למן תיקון החוק ב-1988, מעמדו של בעל הרישיון בלעדי דומה למעמדו של מי שהועברה לו הזכות עצמה. זה גם זה יכולים להגיש תביעה בגין הפרת זכויות יוצרים, והמקרה היחיד שבו התביעה צריכה להיות מוגשת על-ידי הבעלים ועל-ידי מחזיק הרישיון במשותף הוא מקרה של חפיפה בין הזכויות שבידי הבעלים ובעל הרישיון. גם לכך יש חריג מקום שביית-המשפט מאפשר לאחד מהם להגיש את התביעה מבלי לצרף את האחר. השופט מצא מפנה גם לדין האמריקני, שבו לבעל הרישיון הבלעדי יש אפשרות לתבוע באופן עצמאי. בסופו של דבר גם בעניין ערוצי זהב נשאה שאלה זו בצריך עיון, שכן בעלת הרישיון הבלעדי צירפה את הבעלים של הזכויות כמשיב פורמלי לתביעה.

165 ניתן להצביע על כמה הבחנות בין העברת הבעלות לבין מתן רישיון ייחודי. כך, למעמד השונה יכולה להיות משמעות בהתייחס לצדדים שלישיים – לדוגמה, במקרה שבו בעל הזכות נותן רישיון ייחודי לראובן אך לאחר-מכן מוכר את זכותו לשמעון. נוסף על כך, בעל רישיון ייחודי אינו יכול להוציא מיוזמתו וללא הרשאה תת-רשיונות נוספים מבלי שהרישיון מאפשר לו לעשות כן. כל שהוא יכול לעשות, וגם זאת במגבלות, הוא להמחות את הרישיון לאדם אחר. אם, לעומת זאת, קיבל אדם את הבעלות ביצירה, אזי באפשרותו לחלקה כראות עיניו, ובלבד שהוא אינו עובר על הוראות החוק. הבדל חשוב נוסף בין רישיון ייחודי לבין בעלות הוא במקרה של הפרת תנאי הרישיון. במקרה של רישיון, הפרת תנאי הרישיון עשויה להפקיע את הרישיון ולהפוך את השימוש למפר, ואילו במקרה של העברת בעלות, הבעלות אינו חוזרת באופן אוטומטי לבעל הזכות הראשון, והסעדים, אם יינתנו כאלה, יצטרכו להתבסס על החוזה שבין הצדדים. במקרים אלה יהיה אפשר להצביע על הפרת חוזה, אך לא על הפרת זכות יוצרים. לכך יכולות להיות משמעויות, למשל, לגבי הזכות לפיצוי ללא הוכחת נזק, לגבי סעדים וכולי. הדיון בעניין זה מבוסס על ספרו של COPINGER, לעיל ה"ש 26.

166 טענה שהרישיון הייחודי משמעותו העברת בעלות יכולה להילמד משיטות משפט אחרות, כמו-גם מהיחס השונה שהרישיון הייחודי זוכה בו מכוח ס' 37(ג) לחוק.

להגיש תביעה בשל הפרת זכות היוצרים.<sup>167</sup> אם לראובן יש רישיון ייחודי לביצוע פומבי בתל-אביב, אין הוא זקוק עוד לבעל הזכות על-מנת שיגיש את התביעה בשמו, כפי שהיה עובר לקבלת החוק, אלא הוא יכול לתבוע את סעדיו באופן עצמאי. המצב לגבי רישיון לא-ייחודי שונה. במקרים אלה, גם אם בעל הרישיון הלא-ייחודי נפגע בגין ההפרה, לא קמה לו זכות תביעה עצמאית, והוא צריך לממש את הסעדים הנתונים לבעל הזכות באמצעותו או לתבוע את הפסדיו באופן אחר.<sup>168</sup> לנוכח החשש שלאחר שהמפר נתבע על-ידי בעל הרישיון הייחודי הוא ייתבע פעם נוספת על-ידי בעל הזכות (או להפך), נקבע בסעיף 54(ב) כי על התובע המגיש תובענה בגין הפרת זכות יוצרים לצרף כבעל-דין כל אדם שזכאי לתבוע (אף שבית-המשפט רשאי, לבקשת התובע, לפטור אותו מצירוף בעל-דין כאמור). כיצד יבחין בית-המשפט בין חוזה רישיון לבין העברה או מכירה של הזכות? ברמה התיאורטית לא צריכה להיווצר כל בעיה. ניסוח חוזה המכירה יצהיר באופן מפורש כי בעל הזכות מוכר או מעביר את זכותו לאחר, בעוד שניסוח הרישיון יגדיר מהם תנאי הרישיון. עם זאת, בפועל הדברים מטושטשים ומסובכים הרבה יותר, במיוחד כאשר בית-המשפט גוזר על עצמו לברר לעומק את משמעותה האמיתית של העסקה. נראה שהקושי נובע מהמודל הבסיסי של העסקה. מכיוון שפעמים רבות אין בידי הצדדים כלים טובים להעריך את שווי היצירה ואת מידת הצלחתה, הם משאירים את הקביעה לשוק. מנגנון התמחור על-פי השוק קובע כי התשלום יהיה דחוי, מדורג, וישתנה לפי היקף המכירות. ככל שהיקף המכירות יגדל כן יקבל היוצר תשלום גדול יותר. צורת ניסוח זו נראית על פניה כרשיון שימוש הקובע תמלוגים בגין נפח מכירות, אך על-פי ההיגיון העסקי היא יכולה להוות גם עסקת מכר שבה התשלום נדחה וגובהו מותנה בהיקף המכירות. הכרעה בדיעבד בין שתי האפשרויות היא משימה לא-קלה.

ביחס להעברה על-פי דין החוק אינו נוקב מנגנונים פורמליים אשר יקנו לה תוקף או ישללו אותה, אולם ביחס להעברה של הזכות בדרך של חוזה הוא עושה כן. זאת, הן כאשר מדובר בהעברת הבעלות והן כאשר מדובר במתן רישיון ייחודי.<sup>169</sup> החוק קובע כי הן החוזה והן רישיון השימוש הייחודי טעונים מסמך בכתב. בדיוני הוועדה הודגש הצורך בכתב לצורך הגנה על צדדים שלישיים.<sup>170</sup> לעומת זאת, במתן רישיון לא-ייחודי ויתר המחוקק על דרישת הכתב, מתוך הבנה שהיא עלולה לסבך ללא צורך את הליך מתן הרשיונות, בהינתן שממילא

167 ראו לעניין זה ס' 54(א) לחוק. ס' 54(ב) מוסיף כי "תובע המגיש תובענה כאמור בסעיף קטן (א), יצרף כבעל דין כל אדם שזכאי לתבוע לפי הוראות הסעיף הקטן האמור, ואולם רשאי בית המשפט, לבקשת התובע, לפטור מצירוף בעל דין כאמור".

168 למשל, מכוח החוזה בינו לבין בעל זכות היוצרים.

169 ס' 37(ג) לחוק.

170 ראו את דבריו של נציג משרד המשפטים עו"ד עמית אשכנזי בישיבה מס' 179 של ועדת הכלכלה, לעיל ה"ש 160.

למקבל הרישיון הלא-ייחודי לא קמה זכות תביעה ביחס לצד ג. המחוקק ראה את החוק בעניין זה כמצהיר על הדין הקיים, שממילא ננקט על-ידי בתי-המשפט, ולא כמחדש דבר.<sup>171</sup>

## ח. פקיעת הבעלות

להבדיל מקניין רגיל, שבו הבעלות אינה מוגבלת בזמן, הבעלות בזכות היוצרים פוקעת שבעים שנה לאחר מות המחבר, ובמקרה שהמדינה היא הבעלים הראשון, הזכות פוקעת חמישים שנה לאחר מועד היצירה. זה הדין גם לגבי תקליט. כאשר מדובר ביצירה משותפת, החוק קובע כי זכות היוצרים ביצירה המשותפת תהא עד שבעים שנה לאחר מותו של היוצר האחרון שנותר בחיים מבין היוצרים במשותף.<sup>172</sup> העניינים מסתבכים במקרים שבהם מדובר ביחסי עובד-מעביד. להבדיל מהחוק האמריקני, אשר מגדיר במקרים כאלה את המעביד כיוצר וקובע תקופת הגנה מוגבלת בזמן ליצירות שהן בגדר WMFH,<sup>173</sup> חוק זכות יוצרים הישראלי מגדיר את המעביד את המעביד כבעלים בלבד. לעובדה זו יש השלכות משמעותיות בקשר למשך ההגנה על היצירה. בדין הישראלי יצירה מסוג זה אינה קצובה בזמן באופן שונה מיצירה אחרת. על-כן גם במקרה של יצירה שנוצרה על-ידי עובד במהלך עבודתו, משך ההגנה ומועד פקיעת הבעלות מושפעים באופן ישיר מהגדרת אופייה של היצירה. במקרים רבים יצירה שנוצרה במסגרת העבודה היא יצירה משותפת כהגדרתה בחוק. במקרים אלה, כאמור, זכות היוצרים ביצירה תפקע שבעים שנה לאחר מותו של היוצר האחרון. כעת שוו בנפשכם את המקרה הבא: בית-תוכנה מעסיק כמה עובדים לצורך תכנות תוכנה. בעוד שהמעביד יוגדר כבעלים לעניין היצירה המוגמרת, ועל-כן יוכל להעניק רישיונות שימוש בתוכנה, מועד פקיעת הזכות תלוי במועד פטירתו של העובד האחרון שתרום ליצירה. לפיכך המעביד יצטרך לשמור תיעוד לגבי כל העובדים שעבדו על היצירה, ואילו המשתמש יידרש

171 "אנחנו סבורים שהאיוון הנכון הוא שכאשר מדובר בהעברת בעלות, ומדובר פה בסופו של דבר בהעברת קניין, יש חשיבות גדולה מאוד לקיום הכתב. הכתב הוא בעיקר המכשיר שנועד להסדיר צדדים שלישיים, במקרה של העברת בעלות וברישיון ייחודי. לעומת זאת, כאשר מדובר במתן רישיון שימוש, אין צורך בכתב כי הוא עלול לסרב. המציאות בפסיקה מלמדת שבתי המשפט מקבלים את התופעה של רישיון שאיננו בכתב בין באמצעות פרשנות הדין הקיים ובין באמצעות שימוש בעקרונות של דיני הישר. צדדים לעסקאות שקשורות בזכויות יוצרים לא תמיד עושים שימוש בכתב ויש מקום לאפשר גם את המוסד של רישיון שאיננו רישיון בכתב." שם.

172 ס' 39 לחוק.

173 על-פי ס' 302(c) לחוק האמריקני, ביצירות מסוג WMFH תקופת ההגנה תהיה עד תשעים וחמש שנה מיום הפרסום או עד מאה ועשרים שנה מיום היצירה, לפי הקצר מביניהם.

לערך בירור מסוכך ויקר בנוגע למצב הזכויות על-מנת לדעת אם עליו לשלם תמלוגים אם לאו.

הדרך הנהוגה בארצות-הברית פשוטה בהרבה. לפיה, כאשר מדובר ביצירה שהיא בגדר WMFH, זמן ההגנה קצוב, וכך קל למשתמשים ללמוד מתי הזכות פוקעת והיצירה עוברת לחזקת הציבור, כך שאין עוד צורך לבקש את אישורו של היוצר לשימוש בה או לשלם בגינה תמלוגים.<sup>174</sup>

## ט. סיכום

בפרק זה בחנתי את השינויים שהכניס החוק החדש בנושא הבעלות בזכות היוצרים. הראיתי כי החוק כולל כמה שינויים משמעותיים ביחס לדין הקודם, אך גם מספר לא-קטן של הזדמנויות מוחמצות. במקומות רבים היה אפשר להבהיר את הדין הישן, ואף לשנותו כך שיתאים טוב יותר למאה העשרים ואחת. במקומות אחרים היה אפשר להסתפק בדין הקודם ללא הכנסת שינויים כלשהם, אך אלה הוכנסו בכל-זאת. שינויים אלה הביאו עימם, בין היתר, חוסר ודאות משפטית – בבחינת ריק שהמערכת המשפטית תצטרך למלאו בתוכן. האם נושא הבעלות מוסדר טוב יותר תחת החוק החדש או שמא היה עדיף להישאר עם הטיפול המשפטי שניתן לו תחת הדין הקודם? שאלה זו אינה פשוטה. ההגדרה של טיפול חקיקתי "טוב" או "ראוי" הינה קשה פעמים רבות, שכן מה שטוב לצד האחד אינו בהכרח טוב גם לצד האחר. במשחק סכום-אפס מתן הזכות לאחד שוללת את הזכות מן האחר. על-כן במערכת היחסים שבין הצדדים עצמם, תשובה לשאלה אם החוק טוב יותר או רע יותר מחייבת פעמים רבות נקיטת עמדה מקדמית לגבי חלוקת העושר החברתי על-פי הדין הקודם, וכיצד זו השתנתה בהינתן הדין הנוכחי. בחינת שאלה זו הינה מעבר להיקפו של הפרק. עם זאת, בשיווי-משקל דינמי עלינו לבחון לא רק את המצב הנתון, שבו היצירה כבר קיימת, אלא גם כיצד ישפיע החוק על תמריצי הצדדים ליצור יצירות חדשות. כמו-כן, בתחום זה של הקצאת הבעלות, חשוב להביא בחשבון גם אינטרסים חיצוניים לצדדים. להקצאת הבעלות בצורות שונות יש השפעה על צדדים שלישיים, שכן היא יוצרת החצנות – שליליות או חיוביות. כך, בעניין התמריצים ליצור, הקטנת התמריצים ליוצרים משמעה פחות יצירות לחברה. נקודה זו לא זכתה בטיפול מעמיק בחוק. כך גם בעניין הנגשת

174 לכך יש השפעות, בין היתר, גם על הזכות המוסרית. בארצות-הברית קיים סייג שלפיו כאשר מדובר ביצירות שנוצרו במהלך העבודה, לעובד אין זכות מוסרית ביצירה. הדבר נובע משילוב של ס' 106A לחוק האמריקני ושל הגדרת Work of Visual Art הקבועה בס' 101 לחוק האמריקני, אשר מחריגה עבודה מסוג WMFH. בעניין זה ראו, לדוגמה: Carter v. Helmsley - Spear, Inc., 71 F.3d 77 (2d Cir. 1995).

היצירות לציבור. הנגשת היצירות לציבור באופן פשוט, קל ונוח לשימוש הינה אחת המטרות הבסיסיות בתחום זכויות היוצרים, ונראה שלמטרה זו לא הוקדשה מחשבה מספקת במסגרת עיצובן של זכויות הבעלות.

השאלה עד כמה החוק החדש "יעשה את העבודה" תלויה – אף יותר מאשר במקרים אחרים – במערכת המשפט, אשר לה תפקיד מרכזי בפרשנותו. המונחים הרחבים שבהם השתמש המחוקק והעדר הגדרות במסגרת החוק מאפשרים לבתי-המשפט גמישות ניכרת. השופטים יכולים לצקת תוכן למונחים רבים, וכך להשפיע באופן דרמטי על הקצאת הזכויות בין הצדדים המעורבים. הדוגמה שבה עסקתי, של הגדרת המונח "עובד" לצורך החוק ושל המונחים "לצורך עבודתו" ו"במהלכה", היא רק דוגמה אחת לאפשרויות הרבות הפתוחות לפני בתי-המשפט בבואו לפרש את החוק. על-כן, כפי שתיארתי בפרק זה, ייטיב בית- המשפט לעשות אם לצורך פרשנות זו יפנה למטרות שדיני זכויות יוצרים רוצים לקדם, וידבק בפרשנות אשר תשיג מטרות אלה בצורה המיטבית.