

(ב) דרישת המקוריות מיצירה נגזרת

תנאי להכרה ביצירה הנגזרת ככזו הוא כי תהיה בה תוספת מקורית על היצירה שבסיסה. כאמור, השימוש במונח "מקוריות" בדיני זכויות יוצרים בא לציין כי היצירה אינה העתקה. יצירה נגזרת מעתיקה לעתים קרובות חלק מיצירה קיימת¹⁶⁴, לכן דרישת המקוריות פירושה כי היוצר לא רק העתיק מיצירה קיימת, אלא אף הוסיף תוספת שמקורה בו, ואשר ביחס אליה ניתנת הגנת זכות היוצרים. רמת המקוריות הנדרשת מן היצירה הנגזרת מושפעת, בין היתר, מהדין הנוהג בכל שיטת משפט ביחס לדרישת המקוריות מיצירות בכלל, כאמור לעיל, ובכלל זה מההכרעה בכל שיטה בנוגע לשאלה אם די בהשקעת עמל ומשאבים כדי לספק את דרישת המקוריות.

על פי תפיסת המשפט המקובל, כעיקרון, התוספת צריכה להיות יותר מפעוטה, ועם זאת אין היא נדרשת להיות חדשנית או ייחודית. התוצאה הסופית צריכה להיות, לכל הפחות וריאציה אשר ניתן להבדילה מיצירת הבסיס, ושהיא אינה נעדרת כל חשיבות (אינה טרוויאלית)¹⁶⁵. עם זאת אין די בקיומה של העתקה בלבד, אפילו הושקעו בעשייתה מאמצים רבים¹⁶⁶.

רשמת הקול מוכרת כיצירה, אולם זכות הביצוע הפומבי אינה חלה ביחס אליה; ראה החוק האמריקני, לעיל הערה 2, סעיפים 102(7), 106(4). לעומת זאת בשיטות הקונטננטליות ההגנה על הפקות דוגמת התצלומים ורשמות הקול (תקליט) היא באמצעות "זכות שכנה", מחוץ למסגרת זכות היוצרים; ראה לעיל הערה 161.

163 לדוגמה, באנגליה דרישת המקוריות לא חלה ביחס לרשמות קול (תקליט), סרטים, שידורים ותכניות כבלים, אף שהגנתם היא באמצעות "זכות יוצרים"; ראה החוק האנגלי, לעיל הערה 4, סעיף 1(1)(b). כן ההגנה על יצירות מסוג זה שונה לעומת ההגנה הניתנת ליצירות ספרותיות, אמנותיות, דרמטיות ומוסיקליות, שלגביהן חלה דרישת המקוריות. לעומת זאת בארצות-הברית דרישת המקוריות חלה ביחס לכל סוגי היצירות, ורשמות קול וסרטים מסווגים כיצירות; ראה החוק האמריקני, לעיל הערה 2, סעיף 102. לעומת זאת שידור אינו מסווג כיצירה, והסדרת ההגנה על השידורים אינה במסגרת חוק זכות יוצרים. בישראל נקבע בסעיף 1(1) לחוק זכות יוצרים, 1911 (בנוסח במקור) כי ביחס ליצירות ספרותיות, אמנותיות, דרמטיות ומוסיקליות חלה דרישת המקוריות כתנאי להגנה בזכות יוצרים, לפיכך ייתכן שניתן לפרש את החוק כך כי רשמת הקול, אשר הגנתה מוסדרת בסעיף 19 לחוק זכות יוצרים, 1911, אינה צריכה לעמוד בדרישת המקוריות.

164 לדיון בשאלה אם היצירה הנגזרת מעתיקה בהכרח חלק מהיצירה שבבסיסה ראה להלן פרק שני, סעיף 3.

165 להסתפקות ברמת מקוריות מועטה במשפט האנגלי ראה: Copinger & Skone James, *supra*; note 4, p. 116-117, 119-120. במשפט האנגלי כאמור מאמץ והשקעה עשויים לענות על דרישת המקוריות. המאמץ או הכישרון שהושקעו בהפקת היצירה הנגזרת יענו על דרישת המקוריות, אם ביצירה הנגזרת יהיה מאפיין או ערך אשר ייצרו הבחנה בינה לבין חומר הגלם שממנו הופקה; ראה Laddie, Prescott & Vitoria, *supra* note 53, pp. 88-89. בפסק הדין בעניין Redwood Music Ltd v. Chappell & Co. Ltd. [1982] R.P.C. 109 נקבע כי כמעט בכל עיבוד מוסיקלי קיימים שינוי או תוספת מקורית אשר ראויים להגנה. לעומת זאת יש

אסמכתאות שלפיהן אין די בעריכת שינויים קלים ביצירה קיימת או בהוספת תוספות פשוטות ערך כדי לענות על דרישת המקוריות לשם הכרה ביצירה נגזרת; ראה Laddie, Prescott & Vitoria, *ibid*, pp. 88-89. לעניין הסתפקות ברמת מקוריות מועטה במשפט הישראלי ראה גרינמן, לעיל הערה 68, עמ' 16-19. לאחרונה, בפסק הדין בעניין ע"א 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נז(5) 255, סעיף 23 לפסק הדין, נקבע כי אין לראות בתוכנה בשפת המקור ובשפת היעד בבחינת שתי יצירות נפרדות ועצמאיות, בדומה ליצירה ספרותית ולתרגום שלה. התוכנה בשפת המקור ובשפת היעד הן שני פנים של אותה היצירה, כך נקבע. לדעתנו, לתוצאה מוצדקת זו היה ניתן להגיע אף באמצעות ההנמקה כי בתוכנה בשפת היעד אין כל תוספת מקורית אשר היא תוצר פעולה אנושי, ולפיכך היא אינה עוברת את רף ההכרה בה כיצירה נגזרת של התוכנה בשפת המקור.

בארצות-הברית, בפסק הדין *Alfred Bell & Co. Ltd. v. Catalda Fine Arts Inc.*, 191 F.2d 99 (1951), דובר בתחריטים שהופקו על בסיס יצירות אמנות. נקבע כי מבחן המקוריות הוא בעל סף נמוך, ודי בתוספת שאינה וריאציה טריוויאלית. פסק דין זה אומץ כהלכה המנחה; ראה לדוגמה: *Weissmann v. Freeman*, 868 F. 2d 1313, 1321, 493 U.S. 883 (1989). כן ראה לעניין זה *Nimmer, supra* note 68, § 3.03. "תוספת טריוויאלית" עשויה להיות: (א) שינוי מכני שהכול יכולים לעשותו; (ב) הפעלת יכולת פיזית בלא כל כישרון; (ג) שינוי בלתי מהותי; ראה *C. Wallace "Overlapping Interests in Derivative Works and Compilations" 35 Case* *W. Res. L. Rev.* (1984) 103, 110-112. קיימות דוגמאות רבות של פסקי דין שבהם נקבע כי התוספת היא מועטה מדי, ולכן התוצאה אינה מוכרת כיצירה נגזרת, שכן היא אינה עומדת בדרישת המקוריות. לדוגמה, בפסק הדין *Grove Press Inc. v. Collectors Publications Inc.*, 264 F. Supp. 603 (1967), נקבע כי שינויים שנערכו ביצירה, כגון תיקוני הגהה, השמטה ושינויי תחביר, אינם עולים כדי הפקה של יצירה נגזרת. דוגמה שמובאת על ידי נימר היא כי השמעת תקליט במהירות מוגברת במועדון ריקודים נמצאה כבלתי מפרה את זכות הגזירה בתקליט, שכן מדובר בשינוי פשוט; ראה *Nimmer, ibid*, § 8D. 04[A][1]. השווה לפסק הדין בעניין *Midway Manufacturing Co. v. Artic International Inc.* 704 F. 2d 1009 (1983), שם נקבע כי גרסה מואצת של משחק וידאו מהווה הפרה של זכות הגזירה במשחק הווידאו. לדרישת המקוריות מיצירות נגזרות בארצות-הברית לאחר מתן פסק הדין בעניין *Fiest* ראה להלן הערה 170.

בשיטות משפט שונות התעוררה השאלה אם עותקים של יצירת אמנות אשר הפקתם מצריכה דייקנות וכישרון עולים כדי יצירה נגזרת מוגנת. בארצות-הברית עותק של יצירת אמנות עשוי להיחשב כיצירה אמנותית מוגנת בפני עצמה, בבחינת יצירה נגזרת, ובלבד שאין מדובר בעותק סתם של יצירת הבסיס, כי אם בהעתקה אשר מלווה בתוספת מקורית מספקת; ראה: החוק האמריקני, לעיל הערה 2, סעיף 101; *Nimmer, supra* note 68, § 2.08[C]; בפסק הדין בעניין *Alva Studios* נקבע כי העתקה מדויקת של פסלו של הפסל אוגוסט רודן, אשר כללה שינויים קלים, ובהם שינוי הגודל, עונה על דרישת המקוריות, שכן לשם הכנת העתק כה מדויק נדרשה מורכבות ודייקנות רבה, אשר יש בהן יצירתיות בפני עצמה; ראה *Alva Studios Inc. v. Winninger*, 177 F. Supp 265, 267 (1959). פסק דין זה בוקר בספרות המשפטית כיישום מוטעה של דרישת המקוריות. נטען כי אין די בכישרון הנחוץ לשם הפקת העתק מדויק לשם מילוי דרישת המקוריות, וכי העתק שכזה אינו עולה כדי יצירה נגזרת; ראה לדוגמה: *Goldstein, supra* note 50, p. 241. כן בהקשר זה יש לציין כי כאמור, נקבע בארצות-הברית כי אין בעמל המושקע בהפקה כדי להצדיק הגנת זכות יוצרים; ראה *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991). עוד לעניין דרישת המקוריות מיצירות

166

במשפט האמריקני קיימת אחיזה לדעה כי נדרש להחמיר את דרישת "הווריאציה הנבדלת" ולדרוש קיומה של וריאציה השונה באופן מהותי מיצירת הבסיס, ובמילים אחרות, להחמיר את דרישת המקוריות ביחס ליצירה נגזרת¹⁶⁷. הלכות אלו אינן נובעות מהמגמה בדין האמריקני להחמיר את דרישת המקוריות בכלל ביחס ליצירות, וההסבר לכך נעוץ במהותה של היצירה הנגזרת כיצירה המתבססת על יצירה קיימת. כך לדוגמה בארצות-הברית נקבע כי יש להקשיח את דרישת המקוריות מהיצירה הנגזרת, שכן אם יוחל מבחן מקל, אזי המפיק של היצירה הנגזרת הראשונה ירכוש שליטה דה פקטו על ההפקה של יצירות נגזרות נוספות הנסמכות על יצירת הבסיס, בעוד שתרומתו שלו היא מועטה. הסיבה לכך היא כי קיים חשש שבת המשפט יקבלו את הטענה כי יצירות נגזרות נוספות שהופקו על בסיס היצירה הקיימת מעתיקות את היצירה הנגזרת שהופקה ראשונה. מצב זה יוביל לצינון הביטוי היצירתי ויחתור תחת תכליתה של זכות היוצרים¹⁶⁸. על הנמקה זו נמתחה ביקורת כי פעילותם של מפיקי היצירות הנגזרות בעתיד לא תוגבל אם יסתמכו על יצירת הבסיס בלבד, ולא על היצירה הנגזרת הראשונה שהופקה. אם שינוי של יצירת הבסיס הוא חיוני לצורך ביצוע ההעתקה, כגון שינוי המתחייב מהמרת המדיום של יצירת הבסיס, הרי שהשימוש בשינוי זה יחוסן מפני תביעת הפרה, וכך תתאפשר הפקה חופשית של יצירות נגזרות בעתיד¹⁶⁹.

חרף הביקורת האמורה ההלכה שלפיה יש להחמיר את דרישת המקוריות מהיצירה הנגזרת אומצה בפסקי דין נוספים בארצות-הברית¹⁷⁰. אף באנגליה העלו בתי המשפט

שהן עותקים של יצירות אמנות ראה: G. Oppenheimer "Originality in Art Reproductions: 'Variations' in Search of a Theme" 27 Copyright L. Symp. (ASCAP)(1982) 207. במשפט האנגלי עותק של יצירה המופק באותו המדיום, אף שהושקעו בהפקתו עמל וכישרון רבים הוא לא ייהנה מהגנה. כדי שעותק ייהנה מהגנה הוא צריך להיות יותר מהעתקה מדויקת, ונדרש מרכיב מהותי של שינוי או קישוט, אשר יהפוך את היצירה כמכלול ליצירה מקורית; ראה Copinger & Skone James, *supra* note 4, p. 122-123. דין דומה לזה האנגלי קיים בגרמניה; ראה Geller, *supra* note 40, Germany – Dr. Adolf Dietz, p. 90. בארצות-הברית, בפסק הדין *Baltin v. Snyder* 536 F. 2d 486, 491 (1976), נקבע כי אין די בקיומה של "וריאציה נבדלת", וכי נדרש כי הווריאציה תהיה מהותית כדי שהיא תיהנה מהגנה כיצירה בפני עצמה.

¹⁶⁷ *Gracen v. Bradford Exchange*, 698 F. 2d 300, 305 (1983) (להלן – עניין Gracen).
¹⁶⁸ לתמיכה בעמדה זו ראה Brown, *supra* note 94, p. 10.
¹⁶⁹ Nimmer, *supra* note 68, § 3.03.
¹⁷⁰ הלכת *Gracen*, לעיל הערה 168, והטקסט המלווה, אומצה בפסקי דין מאוחרים יותר; ראה *Woods v. Bourne Co.*, לעיל הערה 107, עמ' 990-991. בהתבסס על הלכת *Gracen* נקבע מבחן להכרה ביצירה נגזרת, ולפיו: (א) נדרש הבדל שאינו טריוויאלי בין יצירת הבסיס לבין היצירה הנגזרת; (ב) נדרש כי ההכרה בזכות היוצרים ביצירה הנגזרת לא תתערב באפשרויותיו של בעל היצירה להפיק יצירות נגזרות המבוססות על יצירתו; ראה *Entertainment Research Group Inc. v. Genesis Creative Group Inc.*, 122 F. 3d 1211, 1220-1221 (9th Cir 1997).

בכמה פסקי דין את רף המקוריות הנדרש מיצירות נגזרות¹⁷¹. בהחלטתו של בית המשפט העליון בישראל בעניין *Interlego* קיימת אחיזה לכך כי דרישת המקוריות מיצירה נגזרת עשויה להיות מחמירה מזו של יצירה "רגילה". הדברים נכונים בייחוד במקום שבו מדובר ביצירה מתחום האמנות החזותית, שכן במקרה זה "אבני הבניין" הנדרשות לשם הפקת היצירה הן מצומצמות, ולכן גובר החשש כי הכרה בתוספת מקורית פעוטה תעניק ליוצר בלעדיות על "אבני בניין" הנחוצות לזולתו¹⁷².

במאמר מוסגר יצוין כי בפרקטיקה עשויה להיות לעתים נפקות רבה למידת התוספת המצויה ביצירה הנגזרת, לדוגמה: במדינות רבות ארגון המאגד את בעלי הזכויות ביצירות מוסיקליות מחלק תמלוגים לבעלי הזכויות בעיבודים מוסיקליים בהתאם למדרג מקוריות

לדין ברדישת המקוריות של יצירות נגזרות במשפט האמריקני ראה: S.S. Boyd "Deriving Originality in Derivative Works: Considering The Quantum Of Originality Needed To Attain Copyright Protection In A Derivative Work" 40 *Santa Clara L. Rev.* (2000) 325, 353-375; L.D. Dupoff "What Is Art? Toward A Legal Definition" *Intellectual property L. Rev.* (1991) 555, 563-565; Oppenheimer, *supra* note 166, pp. 209-210; VerSteeg, *supra* note 156, pp. 861- 867. לדרישת המקוריות מעיבודים מוסיקליים במשפט האמריקני ראה J.L. Friedman "Copyright and the Musical Arrangement: An Analysis of the Law and Problems Pertaining to This Specialized Form of Derivative Work" 7 *Pepperdine L. Rev.* (1979) 125, 132-137.

171 לדוגמה, לגבי מהדורה חדשה של יצירה קיימת נקבע כי אין די בשינוי קל, וכי נדרשת תוספת מהותית אשר בפועל תוצאתה ביצירת ספר חדש; ראה Laddie, Prescott & Vitoria, *supra* note 53, p. 89. העלאת רף המקוריות הנדרש נגעה אף ליצירות נגזרות אחרות, כגון סרטונים של מוצר שימושי המבוססים על סרטונים קודמים; ראה *Interlego A.G. v. Tyco Industries Inc.* [1989] 1 A.C. 217, 232.

172 נקבע כי "יש להבחין בין בדיקת מקוריותה של יצירה המתבססת על יצירה קודמת ספציפית לבין בדיקת מקוריותה של יצירה העושה שימוש רק באלמנטים כלליים. יצירה מהסוג השני תעבור את מחסום המקוריות בקלות יחסית"; ראה עניין *Interlego*, לעיל הערה 82, עמ' 173 (מול אות השוליים ג). עוד נקבע בפסק דין זה כי היצירות החזותיות מעוררות קושי מיוחד, שכן הן "כולן בעלות אותן אבני בניין, ובעצם כל ביטוי הוא רק סידור או הרכב שונה של אבני הבניין הידועות" (שם, בעמ' 171-172). מסיבה זו נקבע כי בכל הנוגע ליצירות חזותיות יש להציב דרישת מקוריות גבוהה יותר עקב החשש כי מתן הגנה ביתר קלות יוביל לשלילת אבני בניין מיוצרים מאוחרים (עניין *Interlego*, שם, עמ' 172-173). שילוב שתי הנמקות אלו עשוי להוביל למסקנה דומה לזו שהובעה על ידי בית המשפט בארצות-הברית בעניין *Gracen*, לעיל הערה 168, והטקסט המלווה, ולפיה בכל הנוגע ליצירה נגזרת חזותית נדרשת רמת מקוריות גבוהה מהרגיל בשל החשש המוגבר לשלילת אפשרות השימוש באבני הבניין מיוצרים מאוחרים, המעוניינים להפיק יצירה נגזרת הנסמכת על אותה יצירה.

העיבוד. ככל שהעיבוד המוסיקלי מגלה יצירתיות רבה יותר, כך התמלוג שיינתן ליוצרו יהיה רב יותר¹⁷³.

לשאלה מה הם השינויים ביצירת הבסיס אשר עולים כדי "וריאציה נבדלת" אין תשובה ברורה, וההכרעה נקבעת בכל מקרה לנסיבותיו¹⁷⁴. ההכרעה בשאלה אם וריאציה על יצירת הבסיס עונה על דרישת המקוריות אינה פשוטה, ויש שניתנו הכרעות הפוכות בבתי משפט שונים במערכת עובדות דומה¹⁷⁵. לעתים היצירה הנגזרת אינה אלא העברת יצירת הבסיס ממדיום אחד למדיום אחר, ומדור־ממד לתלת־ממד ולהפך. כך, עלתה השאלה אם די בתוספת הנובעת מהמרת המדיום או הממד כדי למלא את דרישת המקוריות. העמדה בעניין זה אינה אחידה, והיא אף משתנה בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו¹⁷⁶. מידת התוספת המקורית ביצירה הנגזרת אינה צריכה להיות כזו אשר תאפשר הכרה בתוספת בלבד כיצירה בפני עצמה, ובחינת המקוריות נעשית לגבי היצירה הנגזרת כמכלול¹⁷⁷. לעתים התוספת כשלעצמה עשויה להיות פעוטה ביותר, אך תוצאתה בשינוי ניכר של יצירת הבסיס, ומשכך

173 לפרקטיקה זו הנוהגת באנגליה ראה G. McFarlane "Originality: A Question of Arrangement" 130 *New L.J.* (1980) 33, 34 פרקטיקה זו נוהגת במדינות נוספות; ראה P. Gyertyanfy "The Right of Adaptation in Music" *Copyright* (WIPO, 1987) 106, 109-110.

174 Copinger & Skone James, *supra* note 4, pp. 122-123. לדוגמה, לדיון בשאלה מהי דרישת המקוריות הנדרשת מעיבוד מוסיקלי ראה פרזנטי, לעיל הערה 157, כך ב, עמ' 342-336.

175 בארצות-הברית התעוררה השאלה אם הדבקת עותקים מיצירות אמנותיות על אריחי קרמיקה עולה כדי הפקה של יצירה נגזרת. במקרה אחד השיב בית המשפט על כך בחיוב; ראה *Mirage Editions v. Albuquerque A.R.T. Co.* 856 F.2d 1341 (9th Cir. 1988). במקרה אחר קבע בית המשפט כי תוספת זו אינה מקורית דייה, ולכן אין תוצאת הפעילות עולה כדי הפקה של יצירה נגזרת מקורית; ראה *Lee v. A.R.T. Co.*, 125 F.3d 580 (7th Cir. 1997). ליישום דרישת המקוריות מיצירות נגזרות באנגליה ראה: Laddie, Prescott & Vitoria, *supra* note 53, pp. 88-89.

176 לעניין שינוי המדיום ודרישת המקוריות במשפט האמריקני ראה: Goldstein, *supra* note 73, §2.2.1.2, 2.16.2.1; P.E. Page "The Works: Distinguishing Derivative Creations under Copyright", 5 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* (1986) 415, 420-423. לדוגמה, נקבע כי המרה של איור דו־ממדי לבובה תלת־ממדית אינה עונה על דרישת המקוריות; ראה *Durham Indus. v. Tomy Corp.*, 630 F.2d 905, 910-911 (1980). במקרה אחר נקבע כי המרת יצירה העשויה מברזל לפלסטיק אינה עונה על דרישת המקוריות; ראה *Baltin v. Snyder*, *supra* note 167. במקרה אחר נקבע על תחריט (על לוח מזוניט) על פי ציור שמן עונה על דרישת המקוריות; ראה *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 74 F. Supp. 973 (1947). במשפט האנגלי הכירו בתי המשפט לעתים קרובות בתוספת הנובעת משינוי המדיום של יצירת הבסיס כמספקת את דרישת המקוריות של היצירה הנגזרת; ראה Copinger & Skone James, *supra* note 4, pp. 125-126.

177 Laddie, Prescott & Vitoria, *supra* note 53, p. 90. כן ראה: *Macmillan Publishers Ltd v. Thomas Reed Publications* [1992] F.S.R. 455.