

פונקציה של יצירתיות: הגנת זכות יוצרים על יצירות פונקציונליות ואמנות שימושית

עמרי רחום-טוויג*

יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושית הן יצירות שיש להן רכיבים מבטאים (expressive) בצד רכיבים מהותיים המוכתבים מהשימושיות לה הן נועדו. לפיכך, דיני זכות יוצרים חשדניים כלפי יצירות אלה ומעניקים להן הגנה רק לאחר עמידה במבחנים מחמירים יותר מהמבחנים הרגילים להגנה על יצירות. הפסיקה האחרונה בישראל ובארצות הברית החייתה את הצורך לדון בקו הגבול שבין שימושיות לבין יצירתיות בהקשר של דיני זכות יוצרים מצד אחד ובין הגנת זכות יוצרים להגנות דינים אחרים, בעיקר דיני העיצובים המסחריים, מצד שני. מאמר זה יציע ביקורת על הפסיקה האחרונה, הן לאור היעדר התאמתה לתכליות שבבסיס דיני זכות יוצרים, הן לאור היעדר התאמתה ללשון החוק והן בשל הקשיים שמעוררות התוצאות המתבקשות ממנה. בעקבות הביקורת, המאמר יציע טקסונומיה מחודדת כמצע לדיון ביצירות פונקציונליות וביצירות אמנות שימושית, וכן את דרך הניתוח הראויה של כל קבוצת יצירות בטקסונומיה, המיישבת את הביקורות שהועלו. בתמצית, הטענה היא שהגנת זכות יוצרים על יצירות פונקציונליות צריכה להינתן רק להיבטים מבטאים שאין להם כל תכלית שימושית, וכי אמנות שימושית צריכה להיות מוגנת, ככלל, באמצעות דיני העיצובים ולא באמצעות דיני זכות יוצרים. בכל הנוגע ליצירות מוגנות המוטבעות על מוצרים או חפצים, הטענה היא שמשעה שההטבעה בוצעה על ידי היוצר, לא תינתן עוד הגנת זכות יוצרים ליצירה ביחס למוצרים עליה הוטבעה, והגנה על אלה תהיה אפשרית רק לפי דיני העיצובים. זאת, בניגוד לפסיקה האחרונה של בית המשפט העליון.

א. מבוא

יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושית הן יצירות כלאיים. מצד אחד, כשמן, הן מיועדות להגשים מטרה שימושית מסוימת והן, או רכיבים מהותיים בהן, מוכתבים על ידי מטרות מסוג זה. מצד שני, לעתים ניתן לזהות בהן ערך יצירתי או אינטלקטואלי נפרד מהשימושיות לה הן נועדו. דוגמאות לכך הן יצירות אופנה או שרטוטים ומדריכים מקצועיים. בכל הנוגע למישור ההגנה המשפטית עליהן, הן נמצאות על התפר בין זכויות משפטיות שנועדו להגן על ההיבטים השימושיים של תוצרים אינטלקטואליים (דיני פטנטים ועיצובים תעשייתיים) לבין זכויות משפטיות שנועדו להגן על ההיבטים המבטאים (expressive) או האינטלקטואליים הטהורים של תוצרים כאמור (דיני זכות יוצרים). מאמר זה יבחן את קו הגבול בין דיני זכות יוצרים לבין דיני העיצובים, הן במישור העיוני-פילוסופי והן במישור המעשי לאור ההתפתחויות המשפטיות בישראל ובארצות הברית. המאמר יבחן באילו מקרים לא יהיה ראוי להגן על יצירות פונקציונליות ואמנות שימושית באמצעות זכות יוצרים ומוטב יהיה להסתפק בהגנת דיני העיצובים, ככל שזו קיימת, אגב ביקורת על האופן שבו בחרו בתי המשפט העליונים, בישראל ובארצות הברית, לבחון את קו הגבול בין הדינים.

* דוקטור למשפטים (Ph.D), הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב; מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. תודתי העמוקה נתונה לכריסטופר בוקפסקו, לעמית דת ולאסף וינר על הערותיהם לטיטות מוקדמות של המאמר ועל שיחות והחלפת רעיונות על הטענות העיקריות בו. בנוסף, אבקש להודות לעורכת כתב העת המשפט, ד"ר לימור זר'גוטמן, לעורכת המשנה ישראל כהן, לחברת המערכת שהם מכבשו ולקוראת החיצונית על הערות מועילות שסייעו לי בדיוק הטענות המובאות במאמר.

בתי משפט בישראל ובארצות הברית העסיקו עצמם רבות בשאלת ההגנה שיש להעניק ליצירות פונקציונליות וליצירות אמנות שימושית לפי דיני זכות יוצרים, על רקע חוקי זכות היוצרים המאפשרים, לפחות כעקרון, להעניק הגנה ליצירות מסוג זה. בארצות הברית, בית המשפט העליון ובעיקר בתי המשפט הפדרליים לערעורים פיתחו גישות ומבחנים שונים להענקת הגנת זכות יוצרים ליצירות פונקציונליות ואמנות שימושית. לאחרונה, בפסק הדין בעניין *Star Athletica*¹, בו בחן לעומק את שאלת ההגנה שמעניקים דיני זכות יוצרים ליצירות אמנות שימושית (ובמקרה זה: עיצובי ביגוד). בית המשפט קבע באותו עניין שככלל, יצירת אמנות שימושית תהיה כשירה להגנת זכות יוצרים אם ניתן לזהות בה היבטים חזותיים דו או תלת ממדיים וככל שניתן להפריד היבטים אלו, פיסית או תפיסתית, מבלי להעתיק את המוצר השימושי עצמו. בישראל, בית המשפט העליון, בהזדמנויות בודדות, הכיר באפשרות ההגנה על יצירות מסוג זה. כך, למשל, בעניין **סייפקום**², דן השופט דנציגר, לראשונה מאז חקיקתו של חוק זכות יוצרים, התשס"ז-2007, בשאלת הגנת זכות יוצרים על יצירות פונקציונליות, והבהיר שעל אף שהדין הישראלי מקנה, ככלל, הגנה ליצירות פונקציונליות, הגנה זו מוגבלת בהשוואה ליצירות מסוגים אחרים. המחוקק הישראלי חוקק לאחרונה את חוק העיצובים, התשע"ז-2017, שהחליף את פקודת הפטנטים והמדגמים המנדטורית וקבע הסדר חקיקתי חדש להגנה על עיצובים, לרבות עיצובים לא רשומים.³ במקביל, בית המשפט העליון, בעניין **Fisher Price**⁴, הכיר באופן מפורש לראשונה לאחר חקיקת חוק זכות יוצרים בהגנת זכות יוצרים על יצירות אמנות שימושית ואימץ מבחנים דומים לאלו שאומצו בעניין *Star Athletica* לצורך בחינת הרכיב המוגן ביצירה כאמור.⁵ התפתחויות אלו מדגישות את חשיבות הדיון באכסניה המשפטית המתאימה להגנה על יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושית – דיני זכות יוצרים או דיני עיצובים.

הדין שהתפתח לאחרונה בישראל ובארצות הברית מעורר קשיים רבים. המאמר יציע ביקורת על הפסיקה האחרונה שתתמקד במבחנים שאומצו להגנה על יצירות אמנות שימושית, כמו גם בהשלכות המעשיות של הפעלת מבחנים אלה. הביקורת תתמקד בקושי האנליטי שמעוררים מבחני ההפרדה התפיסתית בכלל (היכולת להפריד בין רכיבים מבטאים לבין רכיבים שימושיים) ועל היישום שלהם בשים לב למטרות שבבסיס ההפרדה בפרט, כמו גם בקשיים שעולים מהחפיפה שנוצרת בין דיני העיצובים לבין דיני זכות יוצרים בעקבות הפסיקה, מהשיפוט האסתטי שיתחייב במקרים רבים ובהקשר הישראלי - מהבעייתיות באימוץ דוקטרינות משפטיות הקיימות בשיטות משפט אחרות, היוצר "שתל" משפטי שלעתים אינו יכול להיקלט היטב בסביבה שונה מזו בה נוצר.⁶

¹ Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 580 U.S. (2017) (להלן: עניין *Star Athletica*)
² ע"א 7996/11 **סייפקום בע"מ נ' רביב** (פורסם בנבו, 18.11.2013) (להלן: עניין **סייפקום**). באותו עניין, התבקשה הגנת זכות יוצרים לשרטוטים של מעגלים חשמליים שיצר התובע, כדי למנוע את העתקתם על ידי שותפו לשעבר שהפך למתחרה.
³ לחקיקת חוק העיצובים השפעה ניכרת על היחס שבין עיצובים תעשייתיים לבין זכות יוצרים, בעיקר לאור ההגדרה החדשה ל"עיצוב" לעומת הגדרת "מדגם" לפי פקודת המדגמים והפטנטים ולאור הענקת הגנה לעיצובים לא רשומים. ראו להלן חלק ג.
⁴ ע"א 1248/15 **Fisher Price Inc נ' דורון – יבוא ויצוא בע"מ** (פורסם בנבו, 31.8.2017) (להלן: עניין **Fisher Price**).
⁵ בית המשפט העליון העניק בעבר הגנה ליצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושית גם לפני עניין **Fisher Price**, אך זאת לפי חוק זכות יוצרים הישן ומבלי לערוך דיון מקיף בקשיים המתעוררים אגב הענקת הגנה כאמור. ראו, למשל, ע"א 136/71 **מדינת ישראל נ' אחימן**, פ"ד כו(2) 259 (1972) (הוענקה הגנה ללוחות לחישוב מס); ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A.**, פ"ד מח(4) 133 (1994) (להלן: עניין **אינטרלגו**) (נדונה ההגנה לקוביות משחק שימושיות); ע"א 3422/03 **Krone AG נ' ענבר פלסטיק משוריין**, פ"ד נט(4) 365 (2005) (נדונה הגנה על מוצר/חפץ תלת-ממדי באמצעות זכות יוצרים).
⁶ לדיון בהשלכות של אימוץ דוקטרינת השימוש ההוגן בדין הישראלי כשתל משפטי או, בלשונו של מיכאל בירנהק, "תצלום" (snapshot) משפטי, ראו מיכאל בירנהק "יצירה משפטית: שימוש הוגן בדיני זכות יוצרים" **ספר נילי כהן: משפט, תרבות וספר** 84

לאור הביקורות שיובאו, המאמר יציע טקסונומיה לדיון ביצירות פונקציונליות וביצירות אמנות שימושית לפי הדין הישראלי, באופן שיאפשר להתגבר על הקשיים שעוררה הפסיקה בעת האחרונה ויותר את ההגנה על רכיבים חזותיים של מוצרים שימושיים בספרה של דיני העיצובים, המתאימים לכך יותר מאשר דיני זכות יוצרים. בבסיסה, הטקסונומיה תציע הבחנה בין שלוש קבוצות עיקריות – יצירות פונקציונליות, יצירות אמנות שימושית ותסחור (merchandizing). בתמצית, יצירות פונקציונליות הן יצירות שיש בהן רכיבים משמעותיים המוכתבים על ידי שימושיות היצירה, וכאשר תתבקש הגנה עליהן, יהיה על בתי המשפט לבחון על אלו רכיבים מתוך היצירה, אם בכלל, ניתן להגן באמצעות זכות יוצרים בהיותם מבטאים בלבד. יצירות אמנות שימושית הן חפץ או מוצר שמתבקשת הגנה על רכיבים חזותיים שלו שיש להם היבטים מבטאים (כגון תכשיטים, ריהוט או כלי משחק המיועדים לייצור תעשייתי). יצירות כאמור לא תזכנה להגנת זכות יוצרים ככל שהן עולות כדי עיצוב, ואם הן לא תעלינה לכדי עיצוב יש להפעיל לגביהן את כללי הסינון של יצירות פונקציונליות בטרם הענקת הגנת זכות יוצרים. תסחור, קרי הטבעה של יצירה מוגנת על ידי בעליה במוצר, לא יזכה את בעל זכות היוצרים בהגנת זכות יוצרים ביחס לביטוי של יצירתו באותו מוצר, וההגנה תתמצה בהגנה שהדין מעניק לעיצוב, וזאת בניגוד לקביעת בית המשפט העליון בעניין **Fisher Price**.⁷ הטקסונומיה והכללים המוצעים יפיגו רבים מהקשיים שמעורר הדין שהותווה בפסיקה החדשה בארצות הברית ובישראל, ויותר את ההגנה על רכיבים חזותיים של מוצרים שימושיים בספרה של דיני העיצובים, המתאימים לכך יותר מאשר דיני זכות יוצרים.

סדר הדברים יהיה כדלקמן: תחילה, בפרק ב', המאמר יציג את התפתחות המשפט בארצות הברית ובישראל ביחס להגנה על יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושית, והן את הדין הבינלאומי בנושא זה. לאחר מכן, בפרק ג', המאמר ידון במספר ביקורות על המבחנים שנקבעו בפסיקה לתחולת דיני זכות יוצרים על יצירות פונקציונליות או אמנות שימושית ובקשיים שמבחינים אלו מעוררים, הן מבחינה עיונית והן מבחינה מעשית. בהמשך, בפרק ד', המאמר יציע טקסונומיה של היבטים שימושיים של יצירות ויתווה את אופן ההגנה הראוי ליצירות כאמור בדין הישראלי. לבסוף, בפרק ה', אסכם.

ב. יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושית

1) התפתחות הדין בארצות הברית

חוק זכות יוצרים האמריקני מונה רשימה פתוחה של סוגי יצירות היכולות להיות מושא להגנה של זכות יוצרים.⁸ סוג אחד הוא יצירות "תמונתיות", גרפיות או יצירות פיסול.⁹ סוג זה של יצירות מוגדר ככולל יצירות של אמנות שימושית או מלאכה אמנותית, אך החוק האמריקני קובע במפורש כי יצירות אלה תהיינה זכאיות להגנת זכות יוצרים רק ככל שיש להן מאפיינים ויזואליים היכולים להתקיים – וניתנים לזיהוי – במנותק מההיבטים

(עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017); Michael Birnhack, *Judicial Snapshots and Fair Use Theory*, 5 QUEEN MARY J. INTEL. PROP. 264 (2015).

⁷ עניין **Fisher Price**, לעיל ה"ש 4. באותו עניין, התבקשה הגנה לדמות אריה מצויר שהוטבעה על כיסא נדנדה לתינוקות, באופן שבפועל יקנה הגנה גם לכיסא עצמו.

⁸ ראו 17 U.S.C. § 102(a) (1976) ("Works of authorship include the following categories [...]"). ראו גם MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 2.03[A] (2017).
⁹ 17 U.S.C. § 102(a)(5).

השימושיים של אותה יצירה.¹⁰ הגדרה זו בחוק האמריקני באה בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון שם בעניין *Mazer*, בו נקבע כי אין מניעה עקרונית להעניק הגנת זכות יוצרים ליצירה אמנותית שנמצאת בבסיס חפץ שימושי אשר, באותו מקרה, היה בסיס של מנורה שהכיל פסל של אישה רוקדת.¹¹

החוק האמריקני, אם כן, קובע שלושה מבחנים עקרוניים להענקת זכות יוצרים ביצירת אמנות שימושית. ראשית, יש לקבוע אם מדובר ביצירת אמנות שימושית המוגדרת כ"מוצר שלו פונקציה תועלתנית פנימית שלא נועדה רק כדי להציג את חזות המוצר או להעביר מידע".¹² שנית, יש לזהות ביצירה רכיבים "תמונתיים, ויזואליים או פיסוליים". שלישית, יש להראות שרכיבים אלו ניתנים לזיהוי ולקיום עצמאי נפרד מההיבטים השימושיים של המוצר עצמו. בהצעת החוק הובהר שמטרת המבחן השלישי הייתה לקבוע קו גבול ברור, ככל הניתן, בין יצירות שימושיות הזכאיות להגנת זכות יוצרים לבין עיצובים תעשייתיים שאינם זכאים להגנה כאמור.¹³

בתי המשפט האמריקניים פיתחו במרוצת השנים דוקטרינות לצורך יישום המבחן השלישי. במקרים הקלים, ניתן היה ליישם את המבחן השלישי באמצעות "הפרדה פיזית" בין הרכיבים השימושיים לרכיבים המבטאים.¹⁴ לעומת זאת, במקרים אחרים בהם ה"הפרדה הפיזית" אינה מתאפשרת, דוגמת מנורת לילה שבסיסה המהווה חלק בלתי נפרד ממנה עוצב בדמות רקדנית, בתי המשפט נדרשו למבחן מורכב יותר לצורך הפרדה כאמור. מבחן זה תואר כ"הפרדה תפיסתית" (conceptual separability), כלומר אם ניתן להבחין תפיסתית, גם אם לא פיזית, בין הרכיבים המבטאים לרכיבים השימושיים של המוצר.¹⁵ היישום וההפעלה של מבחן ההפרדה התפיסתית לא היה עקבי וסדור בפסיקה האמריקנית. ואמנם, בפסק הדין של בית המשפט לערעורים של המחוז השישי בעניין *Star Athletica*, שעסק בהגנה על עיצובים של מדי מעודדים, מנה בית המשפט לא פחות מתשע גישות שונות ליישום מבחן ההפרדה התפיסתית.¹⁶ חרף השונות בין הגישות ליישום המבחן, ניכר שהתכלית שעמדה לפני בית המשפט הייתה לבחון אם להיבטים המבטאים של המוצר יש קיום

¹⁰ שם, סי' 101, המגדיר יצירות כאמור וקובע כי "Such works shall include works of artistic craftsmanship insofar as their form but not their mechanical or utilitarian aspects are concerned; the design of a useful article, as defined in this section, shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article".

¹¹ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954).

¹² 17 U.S.C. § 101.

¹³ H.R. REP. NO. 94-1476, at 55 (1976), *reprinted in* 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5668 (1976).

¹⁴ ראו Christopher Buccafusco & Mark A. Lemley, *Functionality Screens*, 103 VA. L. REV. 1293 (2017).

¹⁵ שם; Christopher Buccafusco & Jeanne C. Fromer, *Fashion's Function in Intellectual Property*, 93 NOTRE DAME L. REV. (Forthcoming 2017). הקונגרס האמריקני התייחס גם הוא לשני המבחנים הללו בהצעת חוק זכות יוצרים האמריקני 1976, לעיל ה"ש 13 ("Unless the shape of an automobile, airplane, ladies' dress, food processor, television set, or any other industrial product contains some element that, physically or conceptually, can be identified as separable from the utilitarian aspects of that article, the design would not be copyrighted ...").

¹⁶ *Varsity Brands, Inc. v. Star Athletica, LLC*, 799 F.3d 468, 481-482 (6th Cir. 2015). (להלן: עניין *Varsity Brands*). בין המבחנים, התייחס בית המשפט למבחן הקיום המקביל, כלומר האם יש קיום מקביל ושלם לרכיבים המבטאים והשימושיים כאשר הם נבחנים זה לצד זה; למבחן המטרה העיקרית, כלומר האם הרכיבים המבטאים הם עיקריים או משניים לרכיבים הפונקציונאליים; למבחן הנחיצות האובייקטיבית, כלומר האם הרכיבים המבטאים נחוצים לצורך השימושיות של המוצר; למבחן הצופה הרגיל, כלומר האם צופה רגיל יכול להבחין בין הרכיבים השימושיים לרכיבים המבטאים; ולמבחן היתכנות השיווק, כלומר האם יש היתכנות שיווקית לרכיבים המבטאים במנותק מהמוצר השימושי.

ממשי כיצירת אמנות במנותק ממנו, או בלשונם של המלומדים כריסטופר בוקפסקו (Buccafusco) ומארק למלי (Lemley), עד כמה חשובים ההיבטים המבטאים של המוצר בהשוואה להיבטים השימושיים שלו.¹⁷

יוצא מהאמור עד כה, שהדין האמריקני איפשר הענקת זכות יוצרים להיבטים מבטאים של יצירות אמנות שימושיות, רק כאשר ניתן היה להראות שיש להם קיום נפרד במנותק מההיבטים השימושיים של המוצר. בכל יתר המקרים, הדין האמריקני שלל הגנת זכות יוצרים על היבטים שימושיים או על היבטים דואליים (כלומר שימושיים ומבטאים גם יחד) של יצירות אמנות שימושיות, ובחר להותיר את ההגנה עליהם לדיני העיצובים המסחריים (design patents).¹⁸ המלומדים בוקפסקו ולמלי הסבירו שכלל זה הוא כלל מסוג של סינון (filtering) מתוך מארג כללי המיסוך (screening) בדיני הקניין הרוחני וזכות היוצרים בפרט, שנועדו למנוע הגנה על היבטים שימושיים שלא באמצעות דיני פטנטים.¹⁹

עניין *Star Athletica* נסב סביב טענתה של חברת וארסיטי לפיה עיצובים של מדי מעודדים שיצרה זכאים להגנת זכות יוצרים. הטענה העיקרית של וארסיטי הייתה שהפסים והסרטים שמודפסים על המדים הם יצירת אמנות חזותית המוגנת בזכות יוצרים, ומשכך העתקתם על ידי סטאר אתלטיקה (אף מבלי להעתיק את הדגם או את עיצוב המתאר של הבגד) מהווה הפרה.²⁰ בית המשפט בערכאה הראשונה דחה את תביעתה של וארסיטי וקבע שהעיצובים אינם כשירים להגנת זכות יוצרים כיוון שלא ניתן להפריד אותם, אף לא תפיסתית, מההיבטים השימושיים של המדים. בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השישי הפך את ההכרעה ובית המשפט העליון אימץ את התוצאה, תוך שהוא משנה באופן ניכר את הדין הקיים ביחס להגנה על יצירות אמנות שימושיות.

בית המשפט העליון בחן תחילה את השאלה אם היצירה הנטענת היא בכלל יצירת אמנות שימושית. טענת וארסיטי הייתה שכיוון שהעיצוב מופיע על גבי מוצר שימושי, בניגוד לעיצוב של מוצר שימושי, הרי שלא מדובר ביצירת אמנות שימושית ואין צורך לבחון את מבחני ההפרדה. בית המשפט דחה טענה זו וקבע שגם היבטים חזותיים שמוטמעים במוצר שימושי או מוטבעים עליו עולים כדי יצירת אמנות שימושית, ולכן נדרשים להיבחן תחת אמות המידה המתאימות ולא רק לפי אמות המידה הרגילות של יצירת אמנות חזותית.²¹ למעשה, בית המשפט קבע כי בכל פעם שניתן יהיה לזהות רכיבים דו או תלת ממדיים שניכר שיש להם איכויות תמונתיות, גרפיות או פיסוליות, יהיה מדובר ביצירת אמנות שימושית.²² בהמשך, לאחר שקבע כי העיצוב עולה כדי יצירת אמנות שימושית, נדרש בית המשפט לשאלת ההפרדה בין הרכיבים המבטאים לבין הרכיבים השימושיים. בעניין

¹⁷ Buccafusco & Lemley, לעיל ה"ש 14.

¹⁸ Buccafusco & Fromer, לעיל ה"ש 15.

¹⁹ Buccafusco & Lemley, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1311–1313. שני סוגי הכללים הנוספים הם "החרגה" (exclusion) ו"תנאי סף" (thresholds). כלל החרגה הוא כלל לפיו על אף שיצירה מסוימת עונה להגדרות הנדרשות כדי להיחשב ליצירה מוגנת בזכות יוצרים, היא לא תזכה להגנה מכיוון שהיא מוחרגת באופן מפורש מגדרי החוק. כלל סינון הוא כלל לפיו על אף שיצירה היא יצירה מוגנת לפי החוק, רכיבים מסוימים בה אינם כשירים להגנה ולכן יש לסנן אותם ולוודא שהם אינם זוכים להגנה. כלל סף הוא כלל לפיו על מאפיינים שונים של היצירה (למשל, רמת המקוריות שלה), לעבור סף מסוים כדי לזכות בהגנת זכות יוצרים. לכללי החרגה תהיה רלוונטיות לענייננו בהקשר של הדיון בדין הישראלי, כפי שיפורט להלן.

²⁰ לעיון בעיצובים עצמם ראו את הנספח לפסק דינו של השופט תומאס בעניין *Star Athletica*, לעיל ה"ש 1.

²¹ שם, בעמ' 5.

²² שם, בעמ' 7. אחת הביקורות המשמעותיות על קביעה זו היא שמכיוון שמדובר בתחום בו תמיד יהיו היבטים ויזואליים, דו או תלת ממדיים, לא יימצאו מקרים בהם המבחן לא יתקיים וייקבע שלא מדובר ביצירת אמנות שימושית. ראו Buccafusco Christopher & Fromer, (להלן: Buccafusco & Fromer, *Forgetting Functionality*, 166 U. PA. L. REV. 119, 122 (2017)).

Star Athletica בית המשפט עיצב מבחן הפרדה חדש. לשיטתו, ככל שההיבטים החזותיים של המוצר יכולים להתקיים באופן עצמאי כיצירה תמונתית, גרפית או פיסולית, וזאת בנפרד מהמוצר עצמו, הרי שניתן להפריד ביניהם. במילים אחרות, ככל שניתן לדמיין את הרכיבים הללו בנפרד מהמוצר עצמו, הרי שמדובר ביצירה כשירה להגנת זכות יוצרים, על אף שהיא שלובה ביצירת אמנות שימושית.²³ זאת, להבדיל מהמצב המשפטי שהיה קיים טרם מתן פסק הדין, בו היה צריך להוכיח שהקיום הנפרד אפשרי במנותק מההיבטים השימושיים של המוצר.

2) התפתחות הדין בישראל

המצב בישראל דומה בהיבטים רבים למצב בארצות הברית, אך חוק זכות יוצרים שונה בכמה היבטים מהחוק האמריקני באופן שהשפיע במידת מה על הניתוח. חוק זכות יוצרים חל רק על יצירות הנכנסות בגדרי אחד מסוגי היצירה המנויים בו.²⁴ אחד מאותם סוגים הוא "יצירה אמנותית", שהגדרתה היא "לרבות רישום, ציור, יצירת פיסול, תחריט, ליטוגרפיה, מפה, תרשים, יצירה אדריכלית, יצירת צילום ויצירת אמנות שימושית" [ההדגשות הוספו]. ניתן לראות שחוק זכות יוצרים מונה במפורש את יצירת האמנות השימושית ככזו העונה על ההגדרה של "יצירה אמנותית".

ראינו לעיל שבדין האמריקני החוק מטיל הגבלות מסוימות על הגנת זכות היוצרים של יצירת אמנות שימושית, בשונה מיצירות אחרות. הדין הישראלי שונה. בעוד שאין בחוק הגבלה פנימית על הגנת זכות יוצרים ליצירות אמנות שימושית, קיימים בדין הישראלי שני כללי מיסוך אחרים.

כלל מיסוך ראשון הוא כלל סטוטורי חיצוני להגדרה של יצירת אמנות שימושית והוא מופיע בסעיף 7 לחוק זכות יוצרים, הקובע כי "לא תהא זכות יוצרים במדגם כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים, אלא אם כן המדגם אינו משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי". "מדגם" הוגדר בפקודת הפטנטים והמדגמים כ"קווי דמות, צורה, דוגמה או קישוט שמייחדים לכל חפץ...". יוצא מכך, שככלל, כל יצירה העולה כדי מדגם אינה זכאית להגנה לפי חוק זכות יוצרים.²⁵ זהו למעשה כלל החרגה.

כלל מיסוך שני ביחס להגנת זכות היוצרים על יצירות אמנות שימושית נקבע לראשונה בעניין **אינטרלגו**, שעסק באופן כללי בהגנה על יצירות פונקציונליות.²⁶ באותו עניין, שנדון לפי חוק זכות יוצרים, 1911, נדרש הנשיא שמגר לשאלה אם קוביות המשחק דופלו ראויות להגנה של זכות יוצרים. הנשיא שמגר הדגיש את הקושי שבבחינת המקוריות של יצירות העונות על ההגדרה של "מלאכת אמנות" ושל יצירות פונקציונליות בכלל, ואת הצורך ב"מסננת" נוספת לצורך הוכחה של רכיב המקוריות במקרים אלו.²⁷ מסננת נוספת זו באה לידי ביטוי בדרישה שכינה הנשיא שמגר "דרישת האמנותיות", ובית המשפט נדרש לשאלה איזה מבחן יהיה המתאים ביותר להוכחת המענה על דרישה זו. הנשיא שמגר מנה שש אפשרויות היכולות להוות אמת-מידה ראויה

²³ שם, בעמ' 7, 10. המשגה אחרת של כריסטופר בוקפסקו וג'ין פרומר (Fromer) היא שכל שהמבחן החדש דורש הוא שניתן יהיה לצייר את ההיבטים החזותיים על נייר מבלי שיהיה מדובר בציור של המוצר השימושי כולו כדי לזכות בהגנת זכות יוצרים.

²⁴ ס' 4 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

²⁵ בית המשפט בעניין **Fisher Price** חזר על כלל זה במפורש. ראו עניין **Fisher Price**, לעיל ה"ש 4, פס' מא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

²⁶ עניין **אינטרלגו**, לעיל ה"ש 5.

²⁷ שם, בעמ' 173.

לבחינה.²⁸ לאחר דיון בקשיים שעלו מכל אחד מששת המבחנים,²⁹ קבע בית המשפט כי המבחן המתאים ביותר למטרות של דיני זכות היוצרים הוא "מבחן הבחירה", לפיו כשיוצר בוחר מבין כמה אפשרויות אסתטיות או יצירתיות שאינן מוכתבות אך ורק מהפונקציה שהיצירה מבקשת למלא, יהיה בכך כדי לצלוח את רף המקוריות הנדרש לצורך הגנה על היצירה באמצעות זכות יוצרים. זהו למעשה כלל סף, כלומר, יצירה פונקציונלית שאינה עונה על מבחן הבחירה לא תיחשב ליצירה מקורית ולכן לא תזכה להגנה.

בית המשפט העליון שב ואימץ מבחן זה גם לאחר חקיקת חוק זכות יוצרים החדש, בעניין **סייפקום**.³⁰ באותו עניין, שעסק כאמור בהגנת זכות יוצרים על שרטוטים של מעגלים חשמליים שיצר התובע, הסביר השופט דנציגר שכדי לוודא שלא תינתן הגנה לרעיונות, שכידוע אינם נתונים להגנת זכות יוצרים,³¹ או לשיטות ותהליכים המוחרגים גם הם מהגנה כאמור,³² יש לוודא, בהקשרים של יצירות פונקציונליות, שהרכיבים להם תינתן הגנה הם רכיבים שאינם מוכתבים על ידי השימושיות של היצירה, שהרי אם לא כן, תינתן הלכה למעשה הגנה גם על הרעיון, התהליך או השיטה שבבסיס היצירה.³³ הרחבה זו מהווה מעין כלל סינון, שכן בפועל היא מסננת רכיבים המוכתבים על ידי השימושיות של היצירה שלא יזכו להגנת זכות יוצרים.

יוצא מכך שכדי לבחון אם יצירת אמנות שימושית כשירה להגנת זכות יוצרים יש לשאול שתי שאלות עיקריות. ראשית, אם היצירה עולה כדי מדגם. אם התשובה לשאלה זו היא חיובית, אזי היצירה מוחרגת באופן מוחלט מחוק זכות יוצרים (אלא אם אינה מיועדת לשימוש תעשייתי).³⁴ שנית, יש לבחון אם היא צולחת את המסננת הפסיקתית ביחס ליצירות אמנות שימושיות, כלומר אם הרכיב בה לגביו מתבקשת הגנה צולח את מבחן הבחירה. בניגוד למצב בארצות הברית, בתי המשפט בישראל לא פיתחו משנה סדורה בכל הנוגע לבחינת שאלות אלה ביחס ליצירות אמנות שימושיות. כך, למשל, השאלה התעוררה בכל הנוגע להגנת זכות יוצרים על מוצרי אופנה, כשבחלק מהמקרים נקבע שהמוצר הוא מדגם ולכן אינו זכאי להגנת זכות יוצרים ובמקרים אחרים – בהם דובר במוצרים שיוצרו בעותקים ספורים – נקבע כי אין מדובר במדגמים ולכן זכו מוצרים אלה להגנת זכות יוצרים.³⁵ במקרים אחרים, פסקו בתי משפט מחוזיים כי לא תינתן הגנת זכות יוצרים לעיצוב של פמוטים,³⁶ לאביזרים נלווים של בובות³⁷ ולעיצוב על גבי שעון. ואולם, בתי משפט אחרים קבעו שתינתן הגנת זכות יוצרים

²⁸ שם, בעמ' 179. המבחנים הם: מבחן הבחירה, מבחן כוונת היוצר, מבחן קבלת הדבר בציבור, מבחן נכונות הציבור לשלם כסף, מבחן הרמה האסתטית המינימלית ומבחן האמנות לשמה. יש להדגיש שמבחנים אלו דומים במידה רבה לגישות השונות של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית לצורך בחינת מבחן ההפרדה התפיסתית. ראו עניין **Varsity Brands**, לעיל ה"ש 16.

²⁹ שם, בעמ' 179–181.

³⁰ ראו עניין **סייפקום**, לעיל ה"ש 2, פס' 24–26 לפסק דינו של השופט דנציגר.

³¹ ס' 15 (1) לחוק זכות יוצרים.

³² ס' 25 (2) לחוק זכות יוצרים.

³³ עניין **סייפקום**, לעיל ה"ש 2, פס' 20–26 לפסק דינו של השופט דנציגר. עיקרון זה מבטא למעשה את דוקטרינת המיזוג לפיה כאשר הרעיון והביטוי של יצירה מתמזגים, כך שלא ניתן לבטא את הרעיון שבבסיס היצירה ביותר מדרך אחת מהותית, לא תינתן הגנה לאותו ביטוי כדי שלא להעניק הגנה לרעיון עצמו. להלן, בפרק ה, אסביר מדוע הדיון ביצירות פונקציונליות ובדוקטרינת המיזוג מתייחס למקרים אשר שונים ממצבים בהם מתבקשת הגנת זכות יוצרים ליצירת אמנות שימושית או ליצירה המוטבעת על חפץ.

³⁴ ראו הגדרת "מדגם" בס' 2 לפקודת הפטנטים והמדגמים. ראו גם טוני גרינמן **זכויות יוצרים** כרך א 150 (מהדורה שנייה, 2008).

³⁵ ת' 72 (א) לתקנות המדגמים קובעת שמדגם המיועד לייצור בחמישים עותקים או יותר ייחשב לבעל אופי תעשייתי. להרחבה על אודות שתי הדרישות – המדגם והשימוש התעשייתי, כמו גם לפירוט על אודות המקרים שבהם נדונו מוצרי אופנה, ראו גרינמן, לעיל ה"ש 34, בעמ' 151–153. במקרים שבהם נדונה שאלת העתקה של מוצרי לבוש נקבע לרוב כי אלו אינם מוגנים בזכות יוצרים. ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 1572/93 **אנימה אופנה בע"מ נ' בלן** (פורסם בנבו, 28.2.1994) שם נקבע שהעתקה של שמלת כלה היא עשיית עושר ולא במשפט, וכן ת"א (מחוזי ת"א) 1311/04 **אלקריף נ' קארקה בע"מ** (פורסם בנבו, 19.4.2010).

³⁶ ת"א (מחוזי ת"א) 26065/01 **הצורפים בע"מ נ' אייכנבוים תעשיות כלי כסף בע"מ** (פורסם בנבו, 18.4.2002).

³⁷ ת"א (מחוזי ת"א) 391/98 **Hasbro International Inc. נ' עולם הצעצועים בע"מ** (פורסם בנבו, 10.6.1998).

ללוח משחק³⁸ ולתכשיטים³⁹ משכך, עד לעת האחרונה, לא נקבעה בישראל דוקטרינה לבחינת ההגנה הראויה של זכות יוצרים על יצירות אמנות שימושית.

התפתחות נוספת בתחום ההגנה על היבטים חזותיים של יצירות אמנות שימושית בישראל היא חקיקתו של חוק העיצובים, התשע"ז-2017. החוק פורסם ברשומות ביום 7 באוגוסט 2017 ונכנס לתוקף ביום 7 באוגוסט 2018. חוק העיצובים מהווה מהפכה של ממש בכל הנוגע להגנה על היבטים חזותיים של מוצרים תעשייתיים בישראל והוא טומן בחובו שינויים רבים ביחס להסדר הקודם, כפי שנקבע בפקודת הפטנטים והמדגמים המנדטורית. ואולם, לענייננו חשובים שני היבטים עיקריים שלו: ההגדרה החדשה של "עיצוב" לעומת "מדגם" וההגנה שהחוק מעניק לעיצוב לא רשום, הגנה שלא הייתה קיימת בהסדר הקודם. החשיבות של היבטים אלו לדיוננו נובעת מהוראות סעיף 7 לחוק זכות יוצרים, שקובע, כזכור, כי לא תינתן הגנת זכות יוצרים ל"מדגם" או "לעיצוב", אלא אם כן הם אינם משמשים לייצור תעשייתי.

סעיף 1 לחוק העיצובים קובע כי "עיצוב" הוא "מראהו של מוצר או של חלק ממוצר, המורכב ממאפיין חזותי אחד או יותר של המוצר או של חלק מהמוצר, לפי העניין, ובכלל זה מיתאר, צבע, צורה, עיטור, מרקם או החומר שממנו הם עשויים". הגדרה זו שונה ורחבה מההגדרה הקודמת של "מדגם"⁴⁰. בניגוד להגדרה הקודמת, עיצוב נבחן ביחס ל"מוצר" ולא ל"חפץ", ואין כל דרישה כי הוא ייעשה ב"תהליך או אמצעי תעשייתי". יתרה מכך, ההגדרה מבהירה שעיצוב מתייחס גם להיבטים חזותיים של "חלק ממוצר" ולא רק של המוצר בכללותו, וכוללת, כרשימה בלתי ממצה, סוגים שונים של היבטים חזותיים. למעשה, ככל שמדובר ב"מוצר", ההגדרה תחול בהכרח על מקרים רבים של "אמנות שימושית" כהגדרתה בחוק זכות יוצרים, כלומר על יצירות חזותיות להן היבטים שימושיים.

חידוש משמעותי נוסף בחוק העיצובים הוא הענקת הגנה לעיצובים לא רשומים. סעיף 61 לחוק קובע כי בעליו של עיצוב לא רשום שיימצא כשיר להגנה כעיצוב לפי החוק, יוכל למנוע מאחרים להעתיק את העיצוב לשם שימוש מסחרי למשך שלוש שנים. אמנם, אין מדובר בהגנת מונופול מוחלטת, דוגמת זו הניתנת לעיצוב רשום (המאפשר למנוע שימוש בעיצוב דומה גם אם אין מדובר בהעתקה), והתקופה קצרה יותר (שלוש שנים בהשוואה ל-25 שנה), אך מדובר בהגנה רחבה המזכה את בעלי העיצוב הלא רשום גם בפיוצויים ללא הוכחת נזק בסך 100,000 ש"ח.⁴¹

³⁸ ת"א (מחוזי ת"א) 11001/95 *Koninklijke Housemann* נ' לי-דן סוכנויות בע"מ (פורסם בנבו, 2.3.2006).
³⁹ המ" (מחוזי ת"א) 11001/95 *מיכל נגרין עיצובים בע"מ נ' שארם – תכשיטים ישראלים מקוריים בע"מ*, פס" 3 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.11.1995). יש להדגיש שההכרעה במקרה זה התבססה על ס' 22 לחוק זכות יוצרים, שלפיו יצירה שאינה "ראויה לרישום" כמדגם זכאית להגנת זכות יוצרים. בית המשפט קבע בעניין זה שמכיוון שמדובר בעיצובים עונתיים, אין הצדקה לרשום אותם כמדגם ולכן הם אינם "ראויים לרישום" וכשירים להגנת זכות יוצרים. תפיסה זו באה לידי ביטוי גם ברע"א 5768/94 *א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים*, פ"ד נב(4) 289, 434 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ר.) על ידי השופטת שטרסברג-כהן, שקבעה כי במקרים שבהם אין זה סביר לדרוש רישום של מדגם, דוגמת מקרים של מוצרים עונתיים, ייתכן שהעתקה של המוצר תזכה את היוצר בסעדים מכוח דיני עשיית עושר. בעניין זה ראו גם עמ' 495, שם הביע השופט זמיר ביקורת על היכולת של דיני המדגמים להעניק הגנה ראויה לתוצרי אופנה. ספק אם הנוסח של ס' 7 לחוק זכות יוצרים מאפשר פרשנות זו. ודאי שאפשרות זו לא תעמוד עוד לאחר כניסתו לתוקף של חוק העיצובים, המקנה הגנה גם לעיצובים לא רשומים.

⁴⁰ כזכור, "מדגם" הוא "קווי דמות, צורה, דוגמה או קישוט שמייחדים לכל חפץ ע"י תהליך או אמצעי תעשייתי, אם בעבודת יד או במכונה או בפעולה כימית, בצורה נפרדת או מחוברת, הבולטים לעין-רואה בסחורה המוגמרת, ואפשר להבחינם רק במראית עין".
⁴¹ ראו ס' 75 לחוק העיצובים, התשע"ז-2017.

התפתחות חשובה נוספת בדין הישראלי היא עניין **Fisher Price**, שניתן בשנת 2017. העובדות שבבסיס עניין **Fisher Price** הן אלה: לחברת פישר פרייס נודע כי בישראל משווק כיסא נדנדה לתינוק שהוא העתק מדויק לכיסא נדנדה המיוצר על ידיה ומשווק בישראל, וזאת ללא רשותה. על מושב כיסא הנדנדה של חברת פישר פרייס הוטבע ציור של אריה, אשר הופיע גם על מוצרי הנתבעת. לאחר שתפסה את המוצרים המועתקים, הגישה פישר פרייס תביעה נגד מפיצי הכיסא המועתק לבית המשפט המחוזי בנצרת בעילות שונות מתחום הקניין הרוחני, לרבות הפרת זכות היוצרים שלה בציור האריה שהוטבע על הכיסא.⁴² בית המשפט המחוזי דחה את התביעה על שלל טענותיה, ובכל הנוגע לטענה להפרת זכות יוצרים קבע כי לאור הוראות סעיף 7 לחוק זכות יוצרים הכיסא אינו כשיר להגנת זכות יוצרים.⁴³

בית המשפט העליון דן תחילה בשאלת היחס בין דיני המדגמים לדיני זכות יוצרים. בית המשפט הסביר שבעוד שהתכליות של שתי מערכות הדינים דומות – מתן תמריץ ליצר/מעצב ליצור את הקניין הרוחני – הרי שניתן לבחור בין שתי גישות עקרוניות – הגנה מצטברת של שתי מערכות הדינים או הגנה חלופית. בית המשפט הבהיר שהמחוקק הישראלי בחר בגישה האחרונה, לפיה הגנת דיני העיצובים מוציאה את הגנת דיני זכות היוצרים, בהתאם להוראות סעיף 7 לחוק זכות יוצרים.⁴⁴

לאור קביעה זו פסק בית המשפט כי אין להעניק הגנת זכות יוצרים לכיסא הנדנדה עצמו כיצירה תלת-ממדית, בהיותו כשיר להגנת מדגם.⁴⁵ ואולם, ביחס לציור דמות האריה שהוטבעה על גבי כיסא הנדנדה, גישתו של בית המשפט הייתה שונה. בית המשפט הבהיר שאין להימנע מראש מהקביעה שיצירה מוגנת בזכות יוצרים רק כיוון שהיא מקובעת על גבי מוצר תעשייתי. כדי להמחיש נקודה זו, ציין בית המשפט כי לא הייתה נשללת מפישר פרייס זכותה לו הייתה טוענת רק להפרת זכות היוצרים בדמות האריה ללא ציון העתקת הכיסא כולו, וכי לא ניתן להעלות על הדעת שהעתקת יצירה על גבי חפץ, כשלעצמה, תפתור את מעתיק היצירה מהפרת זכות יוצרים.⁴⁶

לאחר שסקר דינים מקבילים ברחבי העולם, קבע בית המשפט שכדי להעניק הגנת זכות יוצרים ליצירה המוטבעת על גבי חפץ, יש להתייחס לשלושה מבחנים. ראשית, אם החפץ כשיר להירשם כמדגם. שנית, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, אם ניתן להפריד את היצירה מן החפץ. שלישית, אם היצירה המופרדת זוכה להגנת זכות יוצרים.⁴⁷ הדיון הרלוונטי לענייננו הוא כמובן במבחן השני. בדומה לבתי המשפט מעבר לים, גם בית המשפט העליון הישראלי לא ראה קושי במבחן הפרדה, המבוסס על הפרדה פיסית בין היצירה לבין החפץ. אך בית המשפט המשיך ושרטט מבחן אותו כינה "מבחן הפרדה המהותית". בית המשפט התייחס למבחן שנקבע בעניין *Star Athletica*, אך ציין כי הוא מציב מכשול גבוה מדי ומצמצם את תחום היצירות שיזכו בהגנת זכות יוצרים.⁴⁸ במקום מבחן זה, בחר בית המשפט לאמץ את המבחן הבא: ניתן יהיה

⁴² יש לציין שפישר פרייס לא טענה להפרת מדגם, מכיוון שלא רשמה בישראל מדגם על עיצוב הכיסא.

⁴³ עניין **Fisher Price**, לעיל ה"ש 4, פסי א-ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴⁴ שם, פסי כח-לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴⁵ שם, פסי מ-מב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴⁶ שם, פסי מז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴⁷ שם, פסי נז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴⁸ שם, פסי נט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. יש לציין שלאור הביקורת הרבה שהובעה על המבחן שנקבע בעניין *Star Athletica*, ועל ההרחבה המהותית שהמבחן יצר בהשוואה לדין הקודם בארצות הברית, קביעה זו של בית המשפט העליון הישראלי מפתיעה.

להפריד מהותית יצירה מן החפץ עליו היא מוטבעת אם היצירה יכולה להתקיים בנפרד מהחפץ מבלי להרוס את צורתו הבסיסית.⁴⁹

(3) התפתחות הדין הבינלאומי

זכות העיצוב, בדומה לזכויות קניין רוחני אחרות, מוסדרת באמנות בינלאומיות, כאשר העיקרית שביניהן היא אמנת ברן.⁵⁰ סעיף (1)2 (לאמנת ברן, המגדיר מהן יצירות ספרותיות או אמנותיות, כולל באופן מפורש יצירת אמנות שימושית (applied art)). סעיף (7)2 לאמנה, מותיר לכל מדינה חברה את החופש לבחור מה יהיה היקף התחולה של החוקים המקומיים ביחס ליצירות אמנות שימושית ואת התנאים והמגבלות להענקת הגנה על יצירות כאמור. עם זאת, סעיף (4)7 לאמנה קובע כי בכל מקרה תינתן ליצירות כאמור הגנה שמשכה לא יפחת מ-25 שנה.

הסכם TRIPs, המרחיב במידת מה את ההסדרים הקבועים באמנת ברן, התייחס גם הוא להגנה על עיצובים. סעיף (1)25 להסכם מחייב גם הוא את המדינות החברות להגן על עיצובים תעשייתיים, אך אינו קובע את אופי הזכות באמצעותה תוענק ההגנה. עם זאת, הסעיף כן מרמז על הגנה קרובה יותר להגנת דיני העיצובים המוכרים לנו (בהשוואה לדיני זכות יוצרים), שכן הוא מחייב שההגנה תינתן רק לעיצובים שהם מקוריים וחדשים מצד אחד, ולכאלה שאינם מוכתבים על ידי היבטים שימושיים או טכניים מצד שני. בנוסף, סעיף (3)26 להסכם קובע שתקופת ההגנה המזערית לעיצובים תעשייתיים תעמוד על 10 שנים.⁵¹

מהאמור עולה שבעוד שהאמנות הבינלאומיות המרכזיות בתחום הקניין הרוחני ביקשו לעגן את ההגנה על עיצובים, הרי שהן הותירו למדינות החברות חופש וגמישות רבים, בהשוואה להיבטי קניין רוחני אחרים, להגדיר את זכות העיצובים לפי תפיסתן. זאת, בין היתר, בשל האתגר האנליטי שמעוררת סוגיית ההגנה על עיצובים כפי שנסקרו לעיל וכפי שיבואר להלן, ובשל היעדר הסכמה בין המדינות השונות באשר לאופי ההגנה הראוי על תחום זה.⁵²

*

לסיכום חלק זה יצוין כי ניכר שלאחר שנים רבות בהן בתי המשפט האמריקניים הקדישו דיונים נרחבים וסותרים לגבי האופן שבו ראוי שדיני זכות יוצרים יגנו על יצירות אמנות שימושיות, ולאחר שנים רבות בהן היה קיים ריק משפטי מסוים בסוגיה זו בישראל, ביקשו בתי המשפט העליונים בשתי המדינות להסדיר את הדיון ולהתוות מבחנים ברורים להכרעה בשאלה זו. ואולם, פסקי הדין בעניין *Star Athletica* ו-*Fisher Price* אינם חפים מביקורת, כל אחד בפני עצמו, ושניהם יחד מבטאים גישה דומה ליחס של דיני זכות יוצרים ליצירות

⁴⁹ שם, פסי' ס לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
⁵⁰ ראו צו זכות יוצרים (אמנת ברן), התשי"ג-1953, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994.

⁵¹ להרחבה על ההיבטים הרלוונטיים של הסכם TRIPs ראו DANIEL GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS 212-213 (4th ed. 2012).

⁵² להרחבה על הדיונים שקדמו להסכמות באמנת ברן ועל הקושי להגיע להסכמה ראו Orit Fischman Afori, *Reconceptualizing Property in Designs*, 25 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1105, 1128-1132 (2008).

אמנות שימושית. בחלק הבא, אדון בביקורות שכבר הוצעו בסוגיה ואציע ביקורות נוספות, הן כלליות והן מסוימות לדין הישראלי.

ג. השימושיות הרגה את החתול: קריסת הגבול בין יצירתיות לבין פונקציונליות

1) הפרדה תפיסתית – מה בדיוק מפרידים?

גולת הכותרת של פסקי הדין בעניין *Star Athletica* ו-*Fisher Price* הינה האופן שבו בחרו בתי המשפט להגדיר את מבחן ההפרדה התפיסתית. כזכור, בארצות הברית המבחן שנקבע הוא בשאלה אם ההיבטים החזותיים שמתבקשת לגביהם הגנה יכולים להתקיים, תיאורטית, בנפרד מהמוצר עצמו מבלי לשחזר את המוצר כולו. בישראל המבחן שנקבע הוא בשאלה אם ניתן להפריד את ההיבטים החזותיים מהמוצר כך שלשניהם יהיה קיום עצמאי והמוצר לא ייהרס. על אף השוני המסוים בין המבחנים שנקבעו בשתי המדינות, השאלה שהם מעוררים זהה – מה בדיוק צריך להפריד מהמוצר כדי להוכיח קיום עצמאי של ההיבטים החזותיים, ובאלו מצבים הפרדה כאמור לא תצלח? אלא שהמבחנים שנקבעו בפסקי הדין הללו אינם עונים לשאלות אלה באופן המתיישב עם התכליות שבבסיס מבחני ההפרדה.

כזכור, אחד מכללי היסוד בדיני זכות יוצרים הוא שלא תינתן הגנה לרעיון שבבסיס היצירה, כמו גם לשיטות ותהליכים, אלא רק לביטוי המסוים של הרעיון.⁵³ ההיגיון שמאחורי כלל זה הוא שהגנה על רעיונות, שיטות ותהליכים היא גורפת וחזקה בהרבה מאשר הגנה על ביטויים מסוימים, ולכן מצריכה בחינה קפדנית יותר ו"עסקה" בעלת אופי שונה בין הציבור לבין בעל הרעיון או השיטה. אלה שמורים לדיני הפטנטים הקובעים איזונים שונים לחלוטין בהשוואה לדיני זכות יוצרים.⁵⁴ מבחן ההפרדה בכלל, וההפרדה התפיסתית בפרט, בהקשר של יצירות אמנות שימושית, נועד לממש את הכלל הבסיסי האמור. כלומר, מבחן ההפרדה נועד לוודא שדיני זכות יוצרים לא יעניקו הגנה להיבטים שימושיים של יצירות אמנות שימושית, שכן אלו צריכים להיות מוגנים, אם בכלל, לפי דיני הפטנטים. מדובר, אם כן, בכלל "סינון" לפי הטקסונומיה שהציעו המלומדים בוקפסקו ולמלי.⁵⁵

כאמור, המבחנים שנקבעו בפסקי הדין שלעיל אינם מגשימים מטרה זו במלואה. יתרה מכך, המבחן האמריקני שנקבע בעניין *Star Athletica* אינו מזכיר, אפילו לא במרומז, את שאלת ההבחנה בין ההיבטים השימושיים להיבטים המבטאים של הרכיב לגביו מתבקשת הגנה. כל שנדרש הוא שניתן יהיה לדמיין את ההיבט החזותי המוטבע במוצר בנפרד מהמוצר, ובלבד שקיום נפרד כאמור לא יהווה שחזור מלא של המוצר. למעשה, מבחן זה אינו מציב מסננת של "שימושיות" כלל. לכל היותר, הוא קובע כלל "סף" (threshold) לפיו יצירת אמנות שימושית לא תכלול יצירה שהיא כל-כולה שימושית, כלומר, המוצר עצמו.⁵⁶ בהקשר זה, המלומדים

⁵³ בישראל ראו ס' 5 לחוק זכות יוצרים. בארה"ב ראו 17 U.S.C. § 102.
⁵⁴ הבולטים שבאיזונים אלו הם תקופת הגנה קצרה משמעותית בדיני הפטנטים (20 שנה לעומת 70 שנה לאחר מות היוצר), דרישה לחידוש והתקדמות המצאתית (שאינה קיימת בדיני זכות יוצרים) והליך בחינה קפדני של רשות ייעודית. ראו גם: Pamela Samuelson, *Strategies for Discerning the Proper Boundaries of Patent and Copyright Protection*, 92 NOTRE DAME L. REV. 1493, 1494–1515 (2017). בית המשפט בעניין *Fisher Price* התייחס לסוגיה זו בפס' מו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, אך לא נדרש אליה באופן מפורש, וכפי שיובהר בהמשך, גם לא נתן לה ביטוי במבחנים שקבע.
⁵⁵ Buccafusco & Lemley, לעיל ה"ש 14.
⁵⁶ לדיון בכללי מיסוד מסוג "סף" ראו שם.

בוקפסקו ולמלי הסבירו שקריאה הוגנת של פסק הדין מלמדת למעשה על היפוך של הדין הקיים ביחס להגנה על יצירות אמנות שימושיות. במקום שרק רכיבים שאינם שימושיים כלל יזכו להגנה, לפי המבחנים החדשים של בית המשפט העליון, גם רכיבים דואליים, שחלקם שימושיים וחלקם מבטאים יזכו להגנה, ובלבד שהם אינם שימושיים לחלוטין.⁵⁷ קריאה ביקורתית יותר, אותה הציעו המלומדים בוקפסקו ופרומר, הסבירה שפסק הדין התעלם לחלוטין מהוראות החוק האמריקני הקובע במפורש שהגנת זכות יוצרים על אמנות שימושיות תינתן רק לגבי אותם רכיבים חזותיים שניתנים להפרדה מההיבטים השימושיים של המוצר.⁵⁸

בדומה, גם המבחן שנקבע בפסיקה הישראלית בעניין **Fisher Price** אינו מספק בהקשר זה. אמנם, המבחן שנקבע באותו עניין, לפיו הגנת זכות יוצרים תינתן כאשר מתאפשר קיום נפרד של הרכיבים החזותיים ביצירה מבלי להרוס את המוצר בו הם מוטמעים, מניח שהרכיבים החזותיים אינם אחראים למלוא השימושיות של המוצר. אולם, בהחלט יכולים להיות רכיבים חזותיים שניתן להפרידם מהמוצר מבלי להרוס אותו, ובה בעת יש להם תרומה משמעותית לשימושיות של המוצר.⁵⁹ בסופו של יום, גם מבחן זה מוציא מגדרי הגדרת "אמנות שימושיות" רכיבים המגלמים את מלוא השימושיות של המוצר, או את המוצר עצמו, אך לא מוציא מההגדרה רכיבים דואליים היכולים להיות שימושיים ומבטאים בו זמנית.

היעדר ההתייחסות להבחנה בין ההיבטים השימושיים לבין ההיבטים המבטאים של הרכיב לגביו מתבקשת הגנה פותח פתח לקשיים נוספים ביישום המבחנים שנקבעו. כך, כפי שהציע המלומד מארק מקינה (McKenna), נשאלת השאלה איזה רכיב בדיוק עלינו להפריד מהמוצר כדי לבחון את קיומו הנפרד? האם יש להתייחס רק להיבטים החזותיים של צורת המוצר עצמו או שמא גם להיבטים חזותיים המוטבעים על המוצר? למשל, בהקשר של עיצוב ביגוד, האם עלינו לבחון רק את מתאר הבגד עצמו ואת גזרתו, או שמא יש לבחון גם את ההדפסים המוטבעים עליו ואת עיצוב המרקם של הבד? ככל שהבחנה זו חשובה, כיצד עלינו להגדיר את חלקו של הרכיב ביחס למוצר כולו (למשל, כקישוט של המוצר או כעיצוב שמגדיר את צורתו)?⁶⁰ תשובות שונות לשאלות אלה ישפיעו בהכרח על תפיסתנו לגבי כשירותו של הרכיב המדובר להגנת זכות יוצרים. בנוסף, כפי שהציעו המלומדים בוקפסקו ופרומר, נשאלת השאלה כיצד יש לבצע את מלאכת ההפרדה התפיסתית בפועל: האם כדי לדמיין קיום נפרד של הרכיב לגביו מבוקשת הגנה מספיק "לצייר אותו על פיסת נייר" או שמא יש לדמיין קיום נפרד שלו במדיום אחר, דו או תלת ממדי?⁶¹ התשובה לשאלות אלו היא בעלת חשיבות מעשית רבה, שכן לחפץ שבו מקובע הרכיב משקל בלתי מבוטל בהכרעה אם מדובר בהיבט שימושי או בביטוי בלבד.

⁵⁷ שם.

⁵⁸ Buccafusco & Fromer, לעיל ה"ש 15, בעמ' 122–124.

⁵⁹ הנחה זו נכונה לכל סוגי האמנות השימושיות, שכן במקרים רבים ההיבטים החזותיים של מוצר תורמים גם לשימושיות שלו. ראו למשל Jane C. Ginsburg, *The Sum is More Public Domain than its Parts?: US Copyright Protection for Works of Applied Art Under Star Athletica's Imagination Test*, 166 U. PA. L. REV. 83, 91–95 (2017). בהקשרים של מוצרי אופנה, וביגוד בפרט, שאלת ההשפעה של הרכיבים החזותיים על השימושיות של המוצר היא חשובה במיוחד, ובמקרים רבים ניתן יהיה לומר שהחזות היא חלק בלתי נפרד מהשימושיות של המוצר. ראו Buccafusco & Fromer, לעיל ה"ש 15. עם זאת, ברור שיהיו מקרים בהם הרכיבים החזותיים של מוצרי אופנה לא יהיו קשורים כלל להיבטים השימושיים של המוצר.

⁶⁰ ראו (2017) 127, 132–133 U. PA. L. REV. 127, *Knowing Separability When We See It*, Mark P. McKenna.

⁶¹ Buccafusco & Fromer, *Forgetting Functionality*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 124–126.

הנחת יסוד נוספת העומדת בבסיס דיני זכות יוצרים היא אדישותם המוצהרת לשיפוט אסתטי כקריטריון להגנה על יצירות. בית המשפט העליון האמריקני התייחס לעיקרון זה באופן מפורש, כאשר נדרש להכריע אם מודעת פרסום לקרקס ראווה לזכות בהגנת זכות יוצרים. על אף שהערכאות הנמוכות באותו עניין קבעו שהמודעה היא שימושית באופייה, בית המשפט העליון הפך את התוצאה וקבע, מפי השופט הולמס, את ההוראה הבאה: "It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits"⁶²

אולם, חרף ההצהרה המפורשת בדבר הניטרליות האסתטית של דיני זכות יוצרים, הועלו ספקות רבים באשר ליכולת של בתי המשפט ליישם ניטרליות כזו בפסיקותיהם.⁶³ מבחן ההפרדה התפיסתית שאימצו בתי המשפט בישראל ובארצות הברית בהקשר של יצירות אמנות שימושית הוא דוגמה אחת למצבים בהם בתי משפט ייאצו, לפחות בחלק מהמקרים, גם אם באופן בלתי מוצהר, לבצע שיפוט אסתטי בדיני זכות יוצרים. כפי שראינו לעיל, חוק זכות יוצרים האמריקני הכניס את הדיון האסתטי לתוך השיח המשפטי במפורש בכל הנוגע ליצירות אמנות שימושית. זאת, כיוון שהוא דורש הבחנה בין הרכיבים השימושיים לבין הרכיבים המבטאים של יצירות כאמור, ומגן רק על הפן שאינו שימושי.⁶⁴ ודוק, גם אם בית המשפט לא יידרש תמיד לבצע שיפוט בדבר האיכות האסתטית של אותם רכיבים אסתטיים, אזי גם עצם הצורך להכריע אם רכיב מסוים הוא אסתטי או שימושי עולה כדי שיפוט אסתטי.⁶⁵

אף על פי שהחוק הישראלי אינו כולל התייחסות מפורשת לשאלות אסתטיות, המבחן שאומץ בעניין **Fisher Price** דורש, בפועל, הבחנה דומה.⁶⁶ על פני הדברים, ההפרדה בין רכיבים שימושיים לבין רכיבים מבטאים אינה דורשת, כשלעצמה, שיפוט אסתטי. אלא שבהיעדר דוקטרינה שתקבע כיצד מבצעים את ההפרדה וההבחנה בפועל, וכפי שהסביר המלומד מקינה, בהיעדר דרך מסודרת באמצעותה יוצרים מחויבים להגדיר מהם הרכיבים ביצירה או במוצר עליהם הם מבקשים להגן (בניגוד לדיני הפטנטים ודיני העיצובים),⁶⁷ לא יהיה מנוס

⁶² Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 251 (1903). השופט הולמס הסביר, בעמ' 251–252, מהן הסכנות הטמונות בשיפוט האסתטי של יצירות כתנאי להגנה עליהן. השופט ציין כי יצירות רבות כלל לא יזכו להכרה הראווה להן בעת פרסומן הראשון וכי לעתים השופט שיצטרך להכריע בסוגיה יהיה "מחונך" יותר מהקהל שמוצא ערך ביצירה מסוימת ולכן ישגה כשיקבע שאין לאותה יצירה ערך אסתטי. להרחבה על עיקרון היעדר השיפוט האסתטי בדיני זכות יוצרים ראו עמרי רחום-טוויג "משפט, מטבח עילי ותרבות: המקרה (המוזר) של הגנת זכות יוצרים על מנות גורמה" **משפט, חברה ותרבות – לחם חוק: עיונים במשפט ואוכל** 463, 487–495 (2017).

⁶³ ראו, למשל, Amy B. Cohen, *Copyright Law and the Myth of Objectivity: The Idea-Expression Dichotomy and the Inevitability of Artistic Value Judgements*, 66 IND. L.J. 175, 229–230 (1990); Alfred C. Yen, *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, 71 S. CAL. L. REV. 247, 266–297 (1998); Christine Haight Farley, *Judging Art*, 79 TUL. L. REV. 805 (2005). לדיון באפשרות ששיפוט אסתטי בדיני זכות יוצרים יוביל להפליה בין תרבות שנתפסת כ"נמוכה" לבין תרבות שנתפסת כ"גבוהה" ולהשלכות החלוקתיות של הפליה כאמור ראו רחום-טוויג, לעיל ה"ש 62.

⁶⁴ 17 U.S.C. § 101. לטענה לפיה אסתטיקה יכולה להיחשב, כשלעצמה, כרכיב שימושי, ראו למשל-Orit Fischman Afori, *The Role of the Non-Functionality Requirement in Design Law*, 20 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 847, 864–868 (2010).

⁶⁵ הפסיקה הישראלית התייחסה במפורש לבעיות שיצירות שימושיות מעוררות בהקשר של אסתטיקה בפסק הדין המכונן בסוגיה בעניין **אינטרלוגו**, לעיל ה"ש 5. באותו עניין נדרש הנשיא שמגר לשישה מבחנים אפשריים כדי לבחון אם יצירה מקורית שהיא גם שימושית זכאית להגנה של זכות יוצרים. שני מבחנים אפשריים שהוצעו היו מבחן הרמה האסתטית המינימלית ומבחן האמנות לשמה.

על שני מבחנים אלו העיר הנשיא שמגר, בעמ' 180: "שני המבחנים האחרונים, הנתלים בדרישה אמנותית כלשהי, לוקים בהיותם מבחנים סובייקטיביים מאוד וגם בלתי צפויים במידה רבה". ראו גם רע"א 7774/09 **ויינברג נ' ויטהוף**, פסי' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 28.8.2012).

⁶⁷ McKenna, לעיל ה"ש 60, בעמ' 135–136.

מכך שבתי המשפט יאלצו, לפחות בחלק מהמקרים, לבצע שיפוט אסתטי ולקבוע אלו חלקים ביצירה או במוצר הם אמנותיים או אסתטיים מספיק כדי להיחשב בלתי-שימושיים.⁶⁸

(3) חפיפת זכויות – זכות יוצרים ועיצובים

מבחינה ההפרדה התפיסתית, שנקבעו בבתי המשפט בישראל ובארצות הברית, ונכונותם להעניק הגנת זכות יוצרים ליצירות אמנות שימושיות, מעוררים את שאלת החפיפה בין זכויות. בדיונם בשאלת ההגנה על יצירות אמנות שימושיות בזכות יוצרים, בתי המשפט בישראל ובארצות הברית היו מודעים, במפורש, לעובדה שמושא ההגנה שלפניהם ניצב בצומת שבין דיני העיצובים לדיני זכות יוצרים. לפחות לפי הגדרות התחולה הבסיסיות, ההיבטים החזותיים של מוצר או חפץ יכולים ליפול הן לגדריהם של דיני זכות יוצרים (כיצירת אמנות שימושית) והן לגדריהם של דיני העיצובים (כעיצוב של חפץ או מוצר).

בעניין *Star Athletica*, בית המשפט קבע במפורש, בניגוד לטענת הנתבעים, כי זכות יוצרים וזכות עיצוב אינן מוציאות האחת את השנייה.⁶⁹ הביקורת שהובעה כלפי בית המשפט בהקשר זה נעה על שני צירים. ראשית, מבקרים שונים דוגמת פיטר מנל (Menell) ודניאל יבלון (Yablon), מקינה, בוקפסקו ופרומר ובוקפסקו ולמלי טענו שקביעה זו של בית המשפט אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי בדברי ההסבר לחוק זכות יוצרים האמריקני. לשיטתם, לפי דברי ההסבר, המחוקק האמריקני ביקש במפורש למתוח קו גבול ברור בין יצירות אמנות שימושיות לבין עיצובים תעשייתיים ולא להעניק הגנת זכות יוצרים לאחרונים.⁷⁰ מכך משתמע, לטענת מבקרים אלו, שככל שעיצוב של חפץ או מוצר זכאי להגנת דיני העיצובים התעשייתיים, אזי אין מקום להגן עליו בזכות יוצרים.⁷¹

שנית, מבקרים שונים טענו שדיני העיצובים מתאימים יותר, מבחינה מהותית, להגנה על רכיבים חזותיים של יצירות אמנות שימושיות, מוצרים או חפצים, ככל שלרכיבים החזותיים הללו יש גם היבטים שימושיים. הסיבה לכך היא שלדיני העיצובים יש תפיסה שונה של "שימושיות" בהשוואה לדיני זכות יוצרים. בעוד שדיני זכות יוצרים מבקשים לשלול הגנה מכל היבט שימושי, דוגמת רעיון תהליך או שיטה, דיני העיצובים מוכנים להעניק הגנה לרכיבים חזותיים שיש בהם היבט שימושי, ככל שניתן להגיע לאותה שימושיות בדרכים נוספות.⁷² בהשוואה לדיני זכות יוצרים, האיזון לכך בדיני העיצובים הוא הליך בחינה קפדני יותר בטרם הענקת

⁶⁸ חשוב לציין ששאלת השיפוט האסתטי בהקשר זה אינה ייחודית לדיני זכות היוצרים. כפי שיובהר להלן, גם דיני העיצובים מחייבים, בפועל, עיסוק מסוים בשיפוט אסתטי ובהפרדה בין היבטים שימושיים בלבד לבין היבטים מבטאים של מוצרים. אולם, כפי שאסביר בהמשך, דיני העיצובים עוסקים בשיפוט כאמור במפורש ובמוצהר, ואף מסדירים הליך המחייב את בעלי העיצוב להגדיר מהם החלקים המבטאים במובחן מהשימושיים ובמובחן מהעיצוב לבצע את השיפוט האמור בהתאם לקריטריונים מוגדרים מראש. לכן, שיפוט אסתטי זה במסגרת דיני העיצובים מעורר קושי פחות בהשוואה לדיני זכות יוצרים. בנוסף, ניתן לטעון ששיפוט אסתטי כאמור מבטא למעשה יישום של דרישת היצירתיות בדיני זכות יוצרים, אלא שדרישת היצירתיות כבר פורשה בפסיקה כדרישה זניחה, שאינה מהווה חסם משמעותי להענקת זכות יוצרים, ובמובן זה אינה מצריכה שיפוט אסתטי אמיתי.

⁶⁹ עניין *Star Athletica*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17 ("[...] we have long held that design patent and copyright are not mutually exclusive").

⁷⁰ הצעת חוק זכות יוצרים האמריקני 1976, לעיל ה"ש 13.

⁷¹ ראו McKenna, לעיל ה"ש 60, בעמ' 128; Buccafusco & Frommer, לעיל ה"ש 15; Buccafusco & Lemley, לעיל ה"ש 14; Peter S. Menell & Daniel Yablon, *Star Athletica's Fissure in the Intellectual Property Functionality Landscape*, 166 U. Pa. L. Rev. 137, 137–139 (2017).

⁷² בדין הישראלי, ניתן לראות זאת בחוק העיצובים. ס' 10 לחוק העיצובים קובע במפורש כי "מראהו של מוצר או של חלק ממוצר המוכתב אך ורק בידי פעולתו של המוצר" אינו כשיר להגנה כעיצוב. יוצא מכך שרק כאשר העיצוב הוא שימושי לחלוטין (בניגוד לשימושי ואסתטי גם יחד), הוא יהיה מוחרג מהגנת עיצוב. לדיון בסוגיה זו בהקשר האמריקני ראו Buccafusco & Lemley, לעיל ה"ש 14; Buccafusco & Frommer, לעיל ה"ש 15.

זכות העיצוב וכן תקופת הגנה קצרה יותר באופן משמעותי.⁷³ פסק הדין בעניין *Star Athletica* חתר תחת הבחנה זו בכך שאיפשר, בפועל, להגן באמצעות זכות יוצרים על רכיבים חזותיים שהם גם מבטאים וגם שימושיים. לכן, במקרים רבים יתאפשר ליוצרים לעקוף את המגבלות של דיני העיצובים ולזכות בהגנה בפועל על העיצוב שלהם באמצעות זכות יוצרים.

בהקשר הישראלי, הביקורת על עניין **Fisher Price** היא דומה. באשר לביקורת הראשונה ביחס לשאלה העקרונית של חפיפה בין דיני זכות יוצרים לדיני העיצובים, מצד אחד קבע בית המשפט העליון כי המחוקק הישראלי הכריע, בהתאם לסעיף 7 לחוק זכות יוצרים, כי לא תהיה חפיפה בין הדינים. מצד שני, בפועל, קבע בית המשפט דוקטרינה לפיה יצירה המוטבעת על מוצר או חפץ תזכה להגנת זכות יוצרים (בהנחה שהיא עומדת במבחן ההפרדה התפיסתית), גם אם הייתה יכולה להיות מוגנת כעיצוב של אותו חפץ. בית המשפט השיב בחיוב לשאלה שהציב "האם ניתן להעניק זכות יוצרים לחלק מחפץ הכשיר להרשם כמדגם" [ההדגשה במקור].⁷⁴ לכן, גם ביחס לביקורת השנייה, למרות שברמה המושגית הכריע בית המשפט בהתאם לכוונת המחוקק, הרי שבפועל הכרעתו מאפשרת חפיפה מסוימת בין דיני העיצובים לבין דיני זכות יוצרים וכן מאפשרת ליוצרים לעקוף את המגבלות של דיני העיצובים באמצעות הגנת זכות יוצרים.⁷⁵

הקושי שמעוררת הכרעה זו בדין הישראלי גדול יותר בהשוואה למצב בארצות הברית, בעיקר בשל חקיקתו של חוק העיצובים. בארצות הברית, דיני העיצובים (design patents) מקנים הגנה לעיצובים רשומים בלבד, תוך עמידה בתנאים מסוימים (בדומה למצב בישראל לפי פקודת הפטנטים והמדגמים). משכך, ייתכנו מצבים טיפוסיים שבהם יוצרים של רכיבים חזותיים של מוצרים או חפצים לא יפעלו לרישום העיצוב שלהם, הן בשל המגבלות שמטיל החוק והן בשל חוסר כדאיות כלכלי. לפיכך, על אף שפסק הדין בעניין *Star Athletica* מאפשר חפיפה בין דיני זכות יוצרים לבין דיני העיצובים, בפועל, הוא מעניק הגנה לעיצובים רבים שלא היו זוכים להגנה אחרת לפי דיני העיצובים שם.⁷⁶ בישראל, לעומת זאת, עם חקיקתו של חוק העיצובים, התווספה הגנה משפטית חדשה לעיצובים לא רשומים. לכן, עם כניסתו לתוקף של חוק העיצובים, ניתנת הגנה לרכיבים חזותיים של חפצים ומוצרים או לחלקים מהם גם ללא הליך רישום (ובלבד שהם עונים להגדרת "עיצוב לא רשום"). כך, למעשה, תתקיים חפיפה כמעט מוחלטת בין דיני זכות יוצרים לבין דיני העיצובים באשר להגנת רכיבים חזותיים של מוצרים. בהקשר זה, אני סבור שפסק הדין בעניין **Fisher Price** שגוי, בעיקר בכך שקבע

⁷³ לביקורת לפיה הפסיקה בעניין *Star Athletica* הפרה את האיזונים בין דיני זכות יוצרים לבין דיני העיצובים באופן שמעניק זכויות חזקות מדי למעצבים ראו Christopher Buccafusco et al., *Intelligent Design* (Nov. 1, 2017), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3062951. להרחבה על הקושי שמעוררת מערכת דיני עיצובים שאינה כוללת תהליך בחינה או סינון אמיתי של עיצובים ברורים מאליהם או מוכתבים על ידי שימושיות המוצר ראו Mark P. McKenna & Katherine J. Strandburg, *Progress and Competition in Design*, 17 STAN. TECH. L. REV. 1 (2013). ניתן להגיע גם למסקנה ההפוכה לפיה ניתן להגן על עיצובים באמצעות זכות יוצרים לתקופת הגנה קצרה יותר (של 25 שנה למשל, בהתאם לאמנת ברן). להצעה לפיה שימושים ביצירה מוגנת לצרכים תעשייתיים ייבחנו לפי זכות עיצוב ייחודית, בדומה לזכות היוצרים אך מוגבלת ל-25 שנה, ראו Fischman Afori, *Non-Functionality Requirement*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1167–1171. אינני סבור שראוי להגן על עיצובים באמצעות דיני זכות יוצרים מכיוון שמדובר ביציר כלאיים שאינו מתאים לאופי ההגנה של דיני זכות יוצרים. נוסף על כך, דיני זכות יוצרים עורכים איזונים נוספים, שאינם קיימים בדיני העיצובים ומתאימים לאופיה של זכות היוצרים, דוגמת שימושים מותרים ודוקטרינות הפרות עקיפות מסוגים שונים, אשר אינם מתאימים לדיני העיצובים ולתקופת הגנה קצרות יותר.

⁷⁴ עניין **Fisher Price**, לעיל ה"ש 4, פסי' מג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ⁷⁵ להצעה לפיה גם בדין האמריקני ראוי לבחור אם יצירות עיצובים של יוצרים יוגנו לפי דיני זכות יוצרים או לפי דיני העיצובים, אך לא על ידי שני הדינים גם יחד, ראו Buccafusco et al., לעיל ה"ש 73.

⁷⁶ בעוד שניתן להתווכח בסוגיה אם הגנה מסוג זה היא ראויה, ניכר שסוגיה זו עמדה ברקע הפסיקה באותו עניין, באופן דומה להתייחסות בית המשפט העליון הישראלי לכך בעניין א.ש.י.ר., לעיל ה"ש 39.

שההלכה שנקבעה בפסק הדין תחול גם לאחר כניסתו לתוקף של חוק העיצובים, וזאת כיוון שסעיף 7 לחוק זכות יוצרים לא שונה מעיקרו. לדעתי, בית המשפט לא נתן משקל מספיק להגדרת "עיצוב" לפי חוק העיצובים, לפיה עיצוב הוא "מראהו של מוצר או של חלק ממוצר, המורכב ממאפיין חזותי אחד או יותר של המוצר או של חלק מהמוצר, לפי העניין, ובכלל זה מיתאר, צבע, צורה, עיטור, מרקם או החומר שממנו הם עשויים" [ההדגשות הוספו]. הגדרה זו מבהירה שגם רכיב חזותי המוטבע על מוצר ומהווה רק חלק ממנו עולה, כעיקרון, כדי עיצוב וחוק העיצובים חל עליו. משכך, סעיף 7 לחוק זכות יוצרים יחריג מהגנת זכות יוצרים גם יצירות כאמור שהן חלק מעיצובו של מוצר או של חלק ממנו, ככל שהן מיועדות לייצור תעשייתי.

בפרק הבא, אציע כיצד ניתן לפתור את המתח שמעורר פסק הדין בעניין **Fisher Price**, אך בינתיים ניתן לראות שחלק מהקשיים שהוא מעורר נובעים מכך שהוא ניתן בסביבה משפטית שונה מזו של עניין **Star Athletica**, עובדה שמעוררת קשיים נוספים כפי שאציג בחלק הבא.

4) שתל משפטי

הביקורת האחרונה שאציע בפרק זה מכוונת בעיקרה כלפי פסק הדין בעניין **Fisher Price**. כפי שראינו לעיל, פסק דין זה אימץ את מסגרת הדיון שנערכה בדין האמריקני ביחס להגנת זכות יוצרים על יצירות אמנות שימושיות. אלא שייבוא דוקטרינה משפטית משיטת משפט אחת לשיטת משפט אחרת, דומות ככל שתהיינה, מעורר במקרים רבים קשיים בלתי מבוטלים הנובעים מההבדלים בין הדינים הרלוונטיים בשתי שיטות המשפט ומהרקע המשפטי הקיים בהן. תופעה זו של "שתל משפטי" או אימוץ רכיב משפטי אחד אל תוך מערכת דינים אחרת, אותה כינה המלומד מיכאל בירנהק "תצלום משפטי" (judicial snapshot),⁷⁷ מובילה במקרים רבים לקליטה סלקטיבית וחלקית של דוקטרינות משפטיות שזכו לחידוד והתדיינות על פני שנים רבות בשיטת המשפט המקורית, באופן שמרדד במידה רבה את השיח עליהן בשיטת המשפט החדשה.

קליטת מבחן ההפרדה התפיסתית בדין הישראלי בעניין **Fisher Price** היא דוגמה טובה לתופעת השתל המשפטי ולקשיים הנובעים ממנה. כפי שראינו לעיל, מבחני ההפרדה בכלל, ומבחן ההפרדה התפיסתית בפרט, פותחו במשפט האמריקני על רקע בחירתו של המחוקק שם לקבוע תנאי סף, או כלל מסוג "סינון", להגנת זכות יוצרים על יצירות אמנות שימושיות. החוק האמריקני קובע כי יצירה כאמור תהיה כשירה להגנת זכות יוצרים רק אם הרכיבים החזותיים שלה יכולים להתקיים – וניתנים לזיהוי – במנותק מההיבטים השימושיים של אותה יצירה.⁷⁸ חוק זכות יוצרים הישראלי, לעומת זאת, כלל אינו קובע תנאי סף כזה. כפי שראינו, הגדרת "יצירה אמנותית" בחוק זכות יוצרים כוללת גם "יצירת אמנות שימושית", ללא כל סייג.⁷⁹ על רקע זה, כלל לא ברור מדוע הדין הישראלי מצריך בכלל מבחני הפרדה בהקשר של הגנת זכות יוצרים על יצירות אמנות שימושיות, וגם אם כן, מדוע היה מקום לבחור דווקא במבחנים שפותחו על רקע שונה במשפט האמריקני.

בנוסף, ניתן לראות שמטרת מבחני ההפרדה בדין האמריקני, או לפחות המטרה העיקרית שנקבעה על ידי המחוקק, היא לקבוע את קו הגבול בין רכיבים חזותיים שיזכו להגנת זכות יוצרים לבין רכיבים חזותיים

⁷⁷ ראו *Birnhack*, לעיל ה"ש 6.

⁷⁸ 17 U.S.C. § 101.

⁷⁹ ס' 1 לחוק זכות יוצרים.

שיש להגן עליהם באמצעות דיני העיצובים.⁸⁰ ואולם, קריאה מדוקדקת של עניין **Fisher Price** מגלה שמטרתו של מבחן ההפרדה התפיסתית שם הייתה, גם אם לא במפורש, לבחון אם מוגנים רכיבים שימושיים של המוצר בניגוד לרכיבים מבטאים. אלא שהדין האמריקני (ולמעשה, גם הדין הישראלי) מפעילים כללי סינון אחרים כדי לסנן היבטים שימושיים של יצירות מהגנת זכות יוצרים. כך, סעיף 102(b) לחוק האמריקני מחריג מהגנת זכות יוצרים רעיונות, תהליכים, מערכות, שיטות, מושגים, תפיסות או תגליות.⁸¹ באופן דומה, סעיף 5 לחוק זכות יוצרים מחריג רעיונות, תהליכים, שיטות ביצוע, מושגים מתמטיים, עובדות, נתונים וחדשות מהגנת זכות יוצרים. כנגזרת של החרגות אלה, אומצו בשתי שיטות המשפט דוקטרינות "מיזוג" (merger) לפיהן כאשר ביטוי מסוים ורכיב מוחרג מהגנת זכות יוצרים מתמזגים, באופן שלא ניתן לבטא את הרכיב המוחרג בדרך נוספת (או שאין מגוון רחב מספיק של דרכי ביטוי לאותו רכיב), הרי שגם הביטוי יהיה מוחרג מהגנת זכות יוצרים.⁸²

לבסוף, ניכר שמבחן ההפרדה התפיסתית אומץ בעניין **Fisher Price** לצורך התמודדות עם שאלה משפטית שקיימת לה תשובה מפורשת בחקיקה ישראלית, באופן שמערער את הבסיס לאימוץ המבחן בכלל, ובהקשר זה בפרט. כפי שראינו, בית המשפט העליון אימץ את מבחן ההפרדה התפיסתית כדי להגדיר את המצבים שבהם רכיב חזותי המוטבע על גבי חפץ או מוצר שכשיר לרישום כמדגם או עיצוב, יהיה זכאי להגנת זכות יוצרים. ואולם, כפי שהסברתי לעיל, המחוקק הישראלי הסדיר סוגיה זו בסעיף 7 לחוק זכות יוצרים ובהגדרת "עיצוב" בחוק העיצובים. למעשה, בחירתו של המחוקק הישראלי הייתה בכלל מסוג "החרגה" בניגוד לכלל מסוג "סינון" (דוגמת מבחן ההפרדה שאומץ בעניין **Fisher Price**), והוא קבע שיצירה העולה כדי "עיצוב" לא תזכה להגנת זכות יוצרים אלא אם אינה מיועדת לשימוש תעשייתי. על רקע הכרעה זו של המחוקק, הבסיס לקביעת בית המשפט מתערער במידה רבה, ויש לבחון כיצד ניתן לקרוא את ההלכה שנקבעה באופן שמתיישב עם לשון החוק ועם הרקע החקיקתי והפסיקתי בישראל.

לאור האמור, נראה שקשה לשלב את מבחן ההפרדה שאומץ בעניין **Fisher Price** כשתל משפטי באופן הרמוני עם הסביבה המשפטית הקיימת. משכך, לדעתי יהיה נכון לפרש אותו בעתיד, גם בערכאות נמוכות יותר וגם בפסיקה עתידית בבית המשפט העליון, בהקשר שבו ניתן ליישבו עם הסביבה המשפטית הקיימת. למעשה, ככל שנראה את מבחן ההפרדה התפיסתית שאומץ בעניין **Fisher Price** ככלל מסוג "סף" לפי ההבחנה שהציעו המלומדים בוקפסקו ולמלי, כלומר, סף שמתחתיו מחריגים את הרכיב מהגנת זכות יוצרים ומעליו ממשיכים להפעיל את יתר הכללים הקיימים בדיני זכות יוצרים,⁸³ ניתן ליישב את המבחן עם הדין הישראלי. במילים אחרות, ככל שמבחן ההפרדה התפיסתית ישמש כ"סף" שיפוטי לפיו יצירות שאינן עומדות בו כלל אינן זכאיות להגנת זכות יוצרים, ואילו יצירות שעומדות בו תהיינה כפופות גם לכללי סינון של שימושיות וגם לכלל החרגה

⁸⁰ הצעת חוק זכות יוצרים האמריקני 1976, לעיל ה"ש 13.

⁸¹ להרחבה על התפקיד של סי' 102(b) לחוק האמריקני בסינון היבטים שימושיים מהגנת זכות יוצרים ראו, למשל, Pamela Samuelson, *Why Copyright Law Excludes Systems and Processes from the Scope of Its Protection*, 85 TEX. L. REV. 1921 (2007).

⁸² בישראל, דוקטרינת המיזוג נקלטה באופן מפורש בפסיקה ביחס למיזוג בין רעיון לבין ביטוי. ראו, למשל, עניין **סייפקום**, לעיל ה"ש 2, פס' 20–26 לפסק דינו של השופט דנציגר בארצות הברית הוכר גם מיזוג בין ביטוי לבין תכלית שימושית (merger of function). לקריאה לאמץ את דוקטרינת המיזוג בין ביטוי לתכלית שימושית בהקשרים רחבים יותר ראו Pamela Samuelson, *Functionality and Expression in Computer Programs: Refining the Tests for Software Copyright Infringement*, 31 BERKELEY TECH. L.J. 1215 (2017) (להלן: Samuelson, *Functionality and Expression*).

⁸³ ראו Buccafusco & Lemley, לעיל ה"ש 14.

שבסעיף 7 לחוק זכות יוצרים, ניתן יהיה לקלוט את המבחן לדין הישראלי באופן הרמוני.⁸⁴ בפרק הבא, אסביר כיצד ניתן לשלב את המבחן בטקסונומיה המשפטית של יצירות שימושיות ויצירות אמנות שימושיות בדין הישראלי.

ד. הצעת הסדר מקיף וראשוני: טקסונומיה של שימושיות

הביקורות שהובאו לעיל הדגישו את הקשיים בדוקטרינה שאומצה בישראל (ובארצות הברית) ביחס להגנה על יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושיות באמצעות זכות יוצרים. חלק ניכר מהקשיים נובע מהיעדר דיון סדור בסוגי המקרים שעולים כדי יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושיות, ומהיעדר הרמוניה בין הדוקטרינה לבין לשון החוק ולבין ההצדקות העיוניות שבבסיס דיני זכות יוצרים. מטרתו של פרק זה היא להציע טקסונומיה של המקרים הטיפוסיים של יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושיות וכן דרך ניתוח שעשויה להפיג חלק ניכר מהקשיים שנזכרו לעיל. הניתוח בפרק זה, ישתמש במידה רבה בטקסונומיה שהציעו המלומדים בוקפסקו ולמלי לדרכים השונות שבאמצעותן דיני זכות יוצרים (ודיני הקניין הרוחני בכלל) מבצעים מיסוך של שימושיות.

1) יצירות פונקציונליות

הקבוצה הראשונה בטקסונומיה המוצעת היא קבוצת היצירות הפונקציונליות. קבוצה זו, כיאה לשמה, כוללת יצירות שיש בהן רכיבים שימושיים משמעותיים, כלומר, הן לא נועדו רק לצורך ביטוי אלא גם להגשמה של שימושיות מסוימת. יכולות להיכלל בה יצירות מסוגים שונים (בעיקר יצירות אמנות חזותית, לרבות יצירות אדריכליות, ויצירות ספרותיות), והביטוי שלהן יכול להיות דו-ממדי או תלת-ממדי. כך, למשל, שרטוט של מעגל חשמלי, שההיבט החזותי שלו הוא יצירה אמנותית, ייחשב כיצירה פונקציונלית כיוון שתכלית עיקרית שלו היא הצגת התהליך או המנגנון החשמלי והסבר על אופן ביצועו.⁸⁵ גם תוכנת מחשב (שהיא יצירה ספרותית לפי חוק זכות יוצרים) היא במקרים רבים יצירה פונקציונלית. ברור מאליה שאחת התכליות העיקריות במרבית תוכנות המחשב היא הגשמה של שימושיות מסוימת.⁸⁶ דוגמה נוספת היא מתכון למאכל מסוים שהביטוי הכתוב שלו הוא יצירה ספרותית, אך תכליתו היא הגשמת התהליך הנחוץ להכנת המאכל.⁸⁷ עוד דוגמה לסוג של יצירות פונקציונליות היא משחקים.⁸⁸ תיאור כתוב של חוקי המשחק הוא יצירה ספרותית שיש לה תכלית שימושית

⁸⁴ להצעה ליישום רעיון זה, ראו להלן חלק ד.3.
⁸⁵ זה היה גם המקרה בעניין **סייפקום**, לעיל ה"ש 2. בהקשר זה, מעניין לציין את חוק מעגלים משולבים, התש"ס-1999, המקנה הגנה ייחודית (*sui generis*) לטופוגרפיות ומעגלים משולבים שנועדו לבצע פעולות אלקטרוניות. מעגלים משולבים והטופוגרפיות שלהם מקובעים, בסופו של יום, בחזות תלת-ממדית שלכאורה הייתה יכולה לעלות כדי יצירה אמנותית. עם זאת, ההיבטים החזותיים של יצירה מסוג זה הם שימושיים בלבד ונועדו כל כולם כדי לבצע פעולה אלקטרונית. משכך, ככלל, הם אינם ראויים להגנת זכות יוצרים ולכן המחוקק בחר להעניק להם הגנה ייחודית הדומה בתנאיה ובתקופת ההגנה להגנה על עיצובים מסחריים.
⁸⁶ לדיון ברכיבים המבטאים והשימושיים של תוכנות מחשב ראו Samuelson, *Functionality and Expression*, לעיל ה"ש 82.
⁸⁷ לדיון בהגנת זכות יוצרים על מתכונים, ראו רחוס-טוויג, לעיל ה"ש 62, בעמ' 476-479.
⁸⁸ פסקי הדין שעסקו בהגנת זכות יוצרים על משחקים בישראל לא ערכו דיון סדור בשאלת השימושיות הרבה הגלומה במשחקים, ובחלק מהמקרים הגיעו למסקנה שהמשחק, כמכלול, מוגן בזכות יוצרים מבלי לסנן את הרכיבים השימושיים של המשחק ומבלי לבחון אם הם ראויים להגנת דיני העיצובים. ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2428/01 **Koninklijke Housemann En Hotte NV** נ' **לי דן סוכנויות בע"מ** (פורסם בנבו, 2.3.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 2469/02 **Hasbro International, Inc** נ' **לי-דן סוכנויות בע"מ** (פורסם בנבו, 8.4.2008); ת"א (מחוזי חי') 43006-08-10 **Spin Master Ltd** נ' **חי עמרה בע"מ** (פורסם בנבו, 22.9.2011).

ברורה. בנוסף, לוח המשחק וכלי המשחק הם יצירות אמנותיות (יצירות פיסול, למשל), תלת-ממדיות שלפחות חלק מההיבטים החזותיים שלהן נועדו להגשים תכלית שימושית.⁸⁹

הקבוצה של יצירות פונקציונליות מזמנת באופן הברור ביותר את כללי סינון השימושיות של דיני זכות יוצרים. כפי שראינו לעיל, דיני זכות יוצרים נועדו להגן על ביטויים ולא על רעיונות, תהליכים, שיטות ועובדות. משכך, כאשר תתבקש הגנה ליצירה פונקציונלית, על בתי המשפט להפעיל את כללי הסינון בקפידה ולבחון על אלו רכיבים מתוך היצירה, אם בכלל, ניתן להגן באמצעות זכות יוצרים בהיותם מבטאים בלבד. בהקשר זה, על בתי המשפט לא רק לסנן רעיונות, עובדות, שיטות ותהליכים, כמצוות סעיף 5 לחוק זכות יוצרים, אלא גם לבחון אם קיימים רכיבים דואליים שיש להם ערך של ביטוי בצד תכלית שימושית, אך הגנה עליהם תוביל בפועל להגנה על התכלית השימושית. לשם כך נועדה דוקטרינת המיזוג, לפיה כאשר רעיון וביטוי מתמזגים באופן שניתן לבטא את הרעיון בדרך אחת בלבד או במספר מצומצם ביותר של דרכים, לא תינתן הגנה לביטוי כדי לא להגן בעקיפין על הרעיון – כפי שקבע גם בית המשפט העליון הישראלי במפורש בעניין **סייפקום**.⁹⁰ ראוי להוסיף לכללי הסינון האלה גם צורות שונות של דוקטרינת המיזוג, דוגמת מיזוג בין ביטוי לבין שיטה, בין ביטוי לבין תהליך ובין ביטוי לבין עובדות ונתונים, וזאת כדי להבטיח שדיני זכות יוצרים לא יגנו, בעקיפין, על רכיבים שהמחוקק ביקש להחריג.

דוגמה בולטת ליישום של דוקטרינת המיזוג בין ביטוי לבין שיטה או בין ביטוי לבין שימושיות מצויה בתחום ההגנה על תוכנות מחשב. בעוד שתוכנת מחשב היא, כאמור, יצירה המוגנת כיצירה ספרותית, הגנת זכות היוצרים עליה אינה צריכה לכלול הגנה על השימושיות של התוכנה (דוגמת פונקציות, מודולים ואלגוריתמים מסוימים הכלולים בתוכנה), וזאת כדי לאפשר להגשים את השימושיות של התוכנה המוגנת באמצעות תוכנות אחרות שאינן מהוות העתקה שלה ולהותיר את ההגנה על השימושיות לדיני הפטנטים.⁹¹ היעדר הקפדה על כלל סינון השימושיות בהקשר זה עלול להוביל לתוצאות בלתי רצויות. דוגמה לכך, מהעת האחרונה, היא פסק הדין בעניין **גורן נ' ישיבת מיר** שעסק בהגנה על הגדרות מיוחדות לרשתות ומערכות מחשב שביצע התובע לטובת הנתבעת.⁹² באותו עניין, התובע טען שההגדרות המתקדמות שערך, הכוללות שורות קוד שנועדו לסנכרן בין מערכות המידע השונות של הנתבעת, הן יצירה מוגנת בזכות יוצרים כתוכנת מחשב. בית המשפט קיבל את הטענה שמדובר בתוכנת מחשב הכשירה להגנת זכות יוצרים, לאחר שנדרש בעניין לחוות דעת מומחה מטעם בית המשפט, אך לא דן כלל בשאלה אם, ככל שאכן מדובר בתוכנת מחשב הכשירה להגנה, קיימים בה רכיבים שימושיים שיש לסנן אל מחוץ לגבולות הגנת זכות יוצרים.⁹³ בית המשפט קבע שמדובר בתוכנת מחשב מוגנת על בסיס פסיקת בית המשפט העליון בעניין **הרפז נ' אחיטוב**,⁹⁴ לפיה ההגנה שניתנת לתוכנת מחשב אינה חלה

⁸⁹ יצירות פונקציונליות תלת-ממדיות תיכנסנה, במקרים רבים, גם בגדרי הקבוצה של יצירות אמנות שימושיות שהדיון לגביהן ייערך להלן.

⁹⁰ עניין **סייפקום**, לעיל ה"ש 2, פס' 20–26 לפסק דינו של השופט דנציגר בעוד שניתן להתווכח אם היישום של דוקטרינת המיזוג על המקרה הפרטני שנדון בעניין זה, קרי, אם הרעיון שבבסיס השרטוטים של מעגלי החשמל שהועתקו ניתן לביטוי בדרכים מגוונות נוספות, וכפועל יוצא אם היה ראוי להגן באותו מקרה על הביטוי המסוים בשרטוטים שהוצגו לבית המשפט, הרי שהעיקרון שאומץ בפסק הדין נכון ומגשים תכלית זו של דיני זכות יוצרים.

⁹¹ ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 38918-12-09 **דני-אל פתרונות תוכנה מתקדמים בע"מ נ' סנפיר**, פס' 4.4 ב. לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.4.2014) (להלן: עניין **דני-אל**); Samuelson, *Functionality and Expression*, לעיל ה"ש 82; מיכל שור-עופרי "הגנת תוכנת מחשב" **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים** 491 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). ראו גם Buccafusco & Lemley, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1320.

⁹² ת"א (מחוזי י-ם) 2619-06-14 **גורן נ' ישיבת מיר** (פורסם בנבו, 13.11.2017).

⁹³ שם, פס' 36–47, 60–66.

⁹⁴ ע"א 139/89 **הרפז נ' אחיטוב**, פ"ד מד(4) (1990).

רק על הקוד הכתוב עצמו, אלא גם על שלבי האפיון והתכנון של התוכנה כולה. כיוון שבית המשפט השתכנע שבמקרה זה שלבי האפיון והתכנון היו העיקריים ודרשו מומחיות רבה, קבע שהם עולים כדי יצירה מוגנת. ואולם, בניגוד לעניין **דן-אל**,⁹⁵ שיישם את אותה הלכה אך דן גם בשאלת כללי סינון השימושיות ודוקטרינת המיזוג בפרט, בעניין **גורן** בית המשפט כלל לא התייחס לשאלה זו. היעדר הדיון בכללי סינון השימושיות הוביל לכך שבית המשפט הסכים להגן על ביצוע הגדרות, לרבות על הקוד הנדרש לביצוען, שיתכן שתכליתן היא שימושית בלבד, שכן הן נדרשות לצורך ממשק עם רכיבי המערכת השונים במערכות המחשב של הנתבעת.

כאמור, הקבוצה של יצירות פונקציונליות יכולה לכלול סוגי יצירות שונים, ביניהם גם יצירות אמנות שימושית, שמעוררות סוגיות נוספות וכללי מיסוך שונים בדיני זכות יוצרים, ובהן אדון להלן.

2) אמנות שימושית (*useful articles*)

חוק זכות יוצרים קובע שאחד מסוגי היצירות האמנותיות הוא יצירות "אמנות שימושית".⁹⁶ יצירת אמנות שימושית אינה מוגדרת בחוק, אך במרבית המקרים מדובר בחפץ או במוצר שמתבקשת הגנה על רכיבים חזותיים (דו או תלת ממדיים) שלו שיש להם היבטים מבטאים שעשויים להיות מוגנים בזכות יוצרים.⁹⁷ דוגמות לכך יכולות להיות תכשיטים, ריהוט, כלי משחק, בובות צעצוע וכלי בית מעוצבים.

בבואנו לבחון את כשירותן של יצירות אמנות שימושית להגנת זכות יוצרים, בישראל, יש לשאול תחילה אם מתקיים כלל ההחרגה הקבוע בסעיף 7 לחוק זכות יוצרים, הקובע שלא תינתן הגנת זכות יוצרים ליצירות העולות כדי מדגם או עיצוב שנועדו לייצור תעשייתי. לכן, כאשר יצירה או חלק ממנה ייחשבו כעיצוב שנועד לייצור תעשייתי מסתיימת בחינת דיני זכות יוצרים ומתחילה בחינת דיני העיצובים, כפי שאף קבע בית המשפט בעניין **Fisher Price**.⁹⁸ הקפדה על ההפרדה המערכתית בין דיני זכות יוצרים לבין דיני העיצובים תסייע להפחית את הקשיים הנובעים מחפיפה בין הדינים כפי שנדונו לעיל ומהקושי הטמון בשיפוט אסתטי בדיני זכות יוצרים.

כאשר כלל ההחרגה של סעיף 7 לחוק זכות יוצרים אינו חל, קרי, כאשר היצירה מוכרת כעיצוב שלא נועד לייצור תעשייתי או כלל אינה נחשבת כעיצוב, יש להמשיך לבחון אם היצירה כשירה להגנת זכות יוצרים בהתאם לכללי הסינון המתאימים שנדונו לעיל. דוגמה לכך תהיה כאשר ההיבטים החזותיים של תכשיט ייחשבו כיצירה אמנותית, ולא יוחרגו מחוק זכות יוצרים מכיוון שהתכשיט אינו מיועד לייצור תעשייתי. במקרה זה, ההיבטים החזותיים של התכשיט שנועדו להגשים תכלית מסוימת ומוכתבים ממנה, למשל הסוגר של שרשרת או התופסן של עגיל, לא יזכו להגנת זכות יוצרים. בצד זאת, בהחלט ניתן לאמץ מבחני סינון נוספים ייעודיים ליצירות אמנות שימושית, דוגמת מבחן ההפרדה התפיסתית שאומץ בעניין **Fisher Price**.⁹⁹ אלא שלאור

⁹⁵ עניין **דן-אל**, לעיל ה"ש 91.

⁹⁶ ס' 1 לחוק זכות יוצרים.

⁹⁷ מעניין שפסקי הדין בעניין **Star Athletica** ו-**Fisher Price**, על אף שעסקו מפורשות ביצירות אמנות שימושית, לא עסקו בהגדרה של מונח זה. עובדה זו חשובה במיוחד בארצות הברית, שכן בחוק זכות יוצרים האמריקני קיימת הגדרה למונח "useful article". להרחבה על הגדרת אמנות שימושית בדין האמריקני ראו Tyler T. Ochoa, *What is a "Useful Article" in Copyright Law After Star Athletica?*, 166 U. PA. L. REV. 105 (2017).

⁹⁸ עניין **Fisher Price**, לעיל ה"ש 4, פס' מא-מב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁹⁹ שם, פס' ס לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

הקשיים והביקורות שהובאו לעיל, רצוי שמבחן ההפרדה התפיסתית יתעצב בעתיד בפסיקה באופן שנותן להם מענה. לצורך כך, ניתן להציע שני כללים עקרוניים שיסייעו לעצב את מבחן ההפרדה התפיסתית, בתצורה הישראלית או האמריקנית, כך שישקף באופן טוב יותר את סינון השימושיות שבדיני זכות יוצרים. ראשית, הכלל המנחה צריך לקבוע שרק רכיבים שאינם מוכתבים מהשימושיות של היצירה, המוצר או החפץ יזכו להגנת זכות יוצרים. שנית, הכלל שנגזר מכך צריך להיות שעל המבקש הגנת זכות יוצרים על יצירת אמנות שימושית להבהיר אלו רכיבים ביצירתו הם מבטאים בלבד ואינם מוכתבים מהיבטים שימושיים שלה מצד אחד,¹⁰⁰ ועל בית המשפט לבחון רכיבים אלו אל מול התכלית השימושית של היצירה, החפץ או המוצר, כפי שיקבע בית המשפט כבסיס לדיון.¹⁰¹

3) תסחור (merchandizing)

הקבוצה השלישית והאחרונה בטקסונומיה המוצעת היא קבוצת התסחור. קבוצה זו כוללת מצבים בהם יצירות שהן, ככלל, כשירות להגנת זכות יוצרים "חוצות את הקווים" לעולם העיצובים התעשייתיים ולובשות צורה של מוצרים או חפצים המיועדים לייצור תעשייתי ולמסחר באופן שהוא מרוחק יותר מהעברת ערך הביטוי הגלום בהם. דוגמה אופיינית לכך היא הטבעה של דמויות מיצירות ספרותיות או קולנועיות על גבי מוצרי צריכה מסוגים שונים, למשל הטבעת הדמות של מיקי מאוס על גבי ספלי תה המיוצרים באופן סדרתי.

בית המשפט העליון הקדיש דיון נרחב לקבוצה זו בעניין **Fisher Price**, מכיוון שסבר כי קיים שוני מהותי בינה לבין קבוצת יצירות האמנות השימושית. ואכן, קיים שוני משמעותי בין יצירות אמנות שימושית לבין יצירות (מסוגים שונים) המוטבעות או מקובעות על חפץ או מוצר. בעוד שהקבוצה הראשונה מתייחסת, באופן עקרוני, ליצירות המקובעות בדרך כלל בחפצים או מוצרים אך תכליתן היא גם שימושית, הקבוצה השנייה מתייחסת ליצירות שבמרבית המקרים יש להן קיום עצמאי קודם המנותק מהחפץ או המוצר בו קובעו מאוחר יותר. בשל שוני זה, הוטרד בית המשפט מהשאלה הבאה: "האם ישנה הצדקה לשלול זכות יוצרים מיוצר רק בשל כך שעותקים מן היצירה מופיעים על גבי מוצר הכשיר להרשם כמדגם?"¹⁰² ובשל כך הגיע למסקנה שככל שיצירה כאמור תצלח את מבחני ההפרדה שתוארו לעיל, היא תזכה להגנת זכות יוצרים גם אם הוטבעה על גבי חפץ או מוצר העולים כדי עיצוב או מדגם.

החשש מפני שלילת הגנת זכות יוצרים מיצירה רק בשל העובדה שקובעה או הוטבעה על גבי חפץ או מוצר הטריד גם את בית המשפט העליון האמריקני בעניין **Star Athletica**. גם במקרה זה סבר בית המשפט כי דיני זכות יוצרים מעניקים הגנה ליצירות ללא תלות בשאלה כיצד קובעו לראשונה – אם כיצירות עצמאיות או אם כיצירות המיועדות להטבעה על מוצרים.¹⁰³ אלא שגם שם וגם כאן השאלה שהציבו בתי המשפט אינה

¹⁰⁰ לדיון בחשיבות של "תביעה" (claiming) מדויקת יותר מצד מבקש ההגנה בהקשר של יצירות אמנות שימושית, ראו McKenna, לעיל ה"ש 60, בעמ' 134–136.

¹⁰¹ הבחנה כאמור בין רכיבים מבטאים לרכיבים שימושיים דומה להבחנה שעל בתי משפט לערוך בין רכיבים מקוריים לרכיבים שאינם מקוריים בהתאם לדרישת המקוריות בדיני זכות יוצרים. להרחבה על חשיבותה של הגנה מדוקדקת רק על רכיבים מקוריים ביצירה ראו Omri Rachum-Twaig, *Recreating Copyright: The Cognitive Process of Creation and Copyright Law*, 27 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 287, 338–340 (2017).

¹⁰² עניין **Fisher Price**, לעיל ה"ש 4, פסי' מז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.
¹⁰³ עניין **Star Athletica**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3. שם בית המשפט התייחס לסי' 113(a) לחוק זכות יוצרים האמריקני הקובע, באופן מפורש, שליוצר הזכות לקבע את יצירתו בחפצים או מוצרים. מכך הסיק בית המשפט כי הגנת זכות יוצרים חלה בהכרח גם על יצירות המוטבעות על מוצרים או חפצים.

מתארת באופן מדויק את הסוגיה שעמדה לדיון. השאלה העקרונית בהקשר של תסחור אינה אם עצם התסחור שולל את קיומה של הגנת זכות יוצרים על היצירה שתוסחרה, אלא אם הגנה זו נשללת בהקשר של המוצר או החפץ המסוימים שעל גביהם הוטבעה היצירה, וזאת בנסיבות מסוימות. בהקשר הישראלי, התוצאה של השתל המשפטי היא מוקשית במיוחד, וזאת לאור הוראת סעיף 7 לחוק זכות יוצרים והגדרת "עיצוב" לפי חוק העיצובים. כלל החרגה שבחר המחוקק הישראלי ביחס ליצירות העולות כדי עיצוב נועד לשלול הגנת זכות יוצרים ממוצרים שנועדו לייצור תעשייתי. החרגה זו חלה גם כאשר היצירה עליה מתגבשת הגנה מהווה רק חלק מהמוצר או מרכיבו החזותיים, וזאת כיוון ש"עיצוב" מוגדר בחוק העיצובים גם כ"מראהו של... חלק ממוצר". משכך, קביעתו של בית המשפט בעניין **Fisher Price** לפיה יצירה המוטבעת על חלק ממוצר שנקבע שהוא עולה כדי עיצוב כשירה להגנת זכות יוצרים, אינה מתיישבת עם לשון החוק ועם התכליות שבבסיס דיני זכות יוצרים ודיני העיצובים.

חשוב להדגיש, עם זאת, שהמסקנה המתבקשת מהדיון אינה שהתשובה לשאלה שהטרידה את בתי המשפט היא בחיוב. למעשה, השאלה המתבקשת היא שונה והתשובה עליה היא שיצירה המוטבעת על גבי מוצר שנועד לייצור תעשייתי לא תזכה להגנת זכות יוצרים בהקשר של המוצר המסוים בלבד, וההגנה על הרכיבים החזותיים של מוצר זה תהיה לפי דיני העיצובים.¹⁰⁴ בישראל, למשל, משמעות הקביעה היא שההגנה על עיצוב המוצר, בהתאם לחוק העיצובים, תהיה לתקופה של עד שלוש שנים אם העיצוב לא נרשם ולתקופה של עד 25 שנה אם העיצוב נרשם. ודוק, קביעה זו אינה משפיעה כלל על כשירותה של היצירה עצמה להגנת זכות יוצרים בהקשרים אחרים שאינם המוצר שהוטבעה בו.

הכלל הראוי ביחס לתסחור, אם כן, הוא כדלקמן: ככל שיצירת אמנות מוטבעת על גבי חפץ כשירה להגנת זכות יוצרים, בין היתר לאחר שצלחה את כלל הסינון ככל שמדובר ביצירה פונקציונלית, הרי שיצירה זו כשלעצמה ובמנותק מהחפץ תזכה להגנת זכות יוצרים מלאה, וזאת בין אם נוצרה לראשונה אגב ההטבעה על החפץ ובין אם נוצרה קודם לכן. עם זאת, עם הטבעת היצירה על חפץ באופן שמכניס אותה לגדרי הגדרת "עיצוב", בהקשר של החפץ המסוים עליו הוטבעה תזכה היצירה להגנה רק בהיקף שמוענק לעיצוב החפץ לפי דיני העיצובים – קרי, למשך שלוש שנים אם העיצוב לא נרשם ולמשך 25 שנה אם העיצוב נרשם. בחלוף תקופת ההגנה על העיצוב, כל אדם יהיה רשאי להשתמש ביצירה המוגנת בהקשר של המוצר מושא העיצוב, אך בעל הזכות ביצירה יהיה זכאי למנוע שימושים ביצירה במנותק מאותו מוצר (למשל, מכירת היצירה האמנותית כציור).¹⁰⁵

לשם המחשה, בהינתן שדמותו של מיקי מאוס היא יצירת אמנות מוגנת, היא תזכה להגנת זכות יוצרים מלאה כיצירה בפני עצמה. עם זאת, הטבעת דמותו של מיקי מאוס על ספלי תה תעלה כדי עיצוב של אותם ספלי תה, ומשעה שהוטבעה, תזכה להגנה לפי דיני העיצובים בלבד ביחס לתסחורה על גבי ספלי תה. בחלוף תקופת הגנת העיצוב, כל אדם יהיה רשאי להטביע את דמותו של מיקי מאוס על ספלי תה מבלי להפר את זכות היוצרים

¹⁰⁴ מסקנה זו עלתה, מנימוקים שונים, גם מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין **Fisher Price**, לעיל ה"ש 4, פסי יז–כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

¹⁰⁵ על אף שכלל כאמור לא אומץ עד כה בעולם המערבי, כלל דומה מאוד היה קיים עד לאחרונה באנגליה, כפי שיפורט להלן. בנוסף, McKenna & Fromer טענו לאחרונה שהדין האמריקני צריך להשתנות כך שיכלול כלל החרגה דומה לסי' 7 לחוק זכות יוצרים, וכי ההחרגה אינה צריכה להיות ביחס ליצירה כולה, אלא רק ביחס לרכיבים שהיוו חלק מהעיצוב. ראו Jeanne C. Fromer & Mark P. McKenna, *Claiming Design*, 167 U. PA L. REV. (Forthcoming 2018). תכליתה של טענה זו דומה, במידת מה, לטיעון שהובא כאן.

בדמות עצמה. עם זאת, הטבעת דמותו של מיקי מאוס על ספלי תה לא תאפשר לצדדים שלישיים להטביע את הדמות על חולצות עד אשר בעל זכות היוצרים יבחר לבצע תסחור על גבי חולצות ובחלוף תקופת הגנת העיצוב.

פסק הדין בעניין **Fisher Price** אינו הראשון להגיע למסקנה, השגויה לטעמי, לפיה יצירה המוטבעת על גבי מוצר תזכה את בעליה גם בהגנת זכות יוצרים ביחס להפצת המוצר עצמו. מסקנה דומה הייתה גם בעניין **King Features** האנגלי, שניתן בשנת 1941 לפי חוק זכות יוצרים, 1911, ובמובן מסוים שימש גם כהלכה בדין הישראלי הקודם.¹⁰⁶ באותו עניין, נדונה השאלה אם בובות תלת-ממדיות של דמותו של פופאי תזכינה להגנת זכות יוצרים חרף העובדה שהן היו כשירות לרישום כעיצוב. בית המשפט הגיע למסקנה לפיה כיוון שהאיורים שעל בסיסם הופקה הדמות הם יצירות אמנות להגנת זכות יוצרים, וכוונת היוצר הראשונית הייתה שאלו ישמשו לצרכים אמנותיים ולא לייצור תעשייתי, הרי שגם הפקת דמויות תלת-ממדיות על בסיס האיורים תהיה מוגנת בזכות יוצרים.

חוק זכות יוצרים, העיצובים והפטנטים האנגלי משנת 1988 ביטל הלכה זו. למעשה, הוא קבע כלל הדומה בהרבה להצעתי בהשוואה לכלל שנקבע בעניין **Fisher Price**. לפי סעיף 52 לחוק, כאשר יצירת אמנות הוטבעה על גבי מוצר תעשייתי, בחלוף 25 שנה כל אדם יוכל לשעתק את היצירה ולקבע אותה על מוצרים תעשייתיים מבלי להפר זכות יוצרים.¹⁰⁷ בכך בחר המחוקק האנגלי לבטל את הכלל לפיו הבחירה באופי ההגנה ליצירה שקובעה על מוצר תהיה לפי כוונת היוצר, והחליף אותה בכלל לפיו תוצאת הקיבוע והפעולות של היוצר הן שיובילו למסקנה אם תינתן הגנת זכות יוצרים או הגנת עיצוב מצומצמת יותר. כלל זה דומה לכלל שהצעתי, אך פחות רגיש ממנו, מכיוון שלפי הכלל האנגלי, בחלוף 25 שנה ממועד קיבוע של יצירה על מוצר תעשייתי כלשהו, יהיה רשאי כל אדם לשעתק את היצירה על גבי מוצרים תעשייתיים מכל סוג. הכלל שהצעתי שונה, שכן פקיעת זכות היוצרים תהיה רק לגבי המוצר המסוים שהיוצר בחר לקבע את היצירה עליו, וליוצר תיוותר האפשרות לקבע את יצירתו על מוצרים אחרים בעתיד ולזכות לגביהם להגנה נוספת מדיני העיצובים. יש לציין, עם זאת, שסעיף 52 לחוק האנגלי בוטל בשנת 2016,¹⁰⁸ בעקבות פסיקה של בית הדין האירופי לצדק שקבעה כי הדירקטיבה להגנה על עיצובים של האיחוד האירופי שוללת חקיקה מקומית שאינה מקנה הגנה לעיצובים תעשייתיים רק בשל העובדה שבטרם נכנסה לתוקף, אותם עיצובים היו כבר נחלת הכלל.¹⁰⁹ יוצא מכך, שנכון להיום הדין באנגליה באשר ליחס בין עיצובים לזכות יוצרים אינו ברור.

הכלל שהצעתי כאן מתיישב היטב עם לשון החוק ועם התכליות שבבסיס הדינים השונים. ראשית, הוא מקיים את כלל ההחרגה שקבע המחוקק הישראלי ביחס ליצירות העולות כדי עיצוב. שנית, הוא מתגבר על

¹⁰⁶ King Features Syndicate. Inc. v. O & M Kleeman Ltd, [1941] 417 A.C. Eng. (taken from appeal) Copyright, Designs and Patents Act, 1988, c. 48, § 52(2) (Eng.) (“After the end of the period of 25 years from the end of the calendar year in which such articles are first marketed, the work may be copied by making articles of any description, or doing anything for the purpose of making articles of any description, and anything may be done in relation to articles so made, without infringing copyright in the work”).
¹⁰⁸ Enterprise and Regulatory Reform Act, 2013, c. 24, § 74 (Eng.)

¹⁰⁹ ראו בהתאמה 2011 E.C.R. I-181, Flos SpA v. Semeraro Casa e Famiglia SpA, C-168/09, of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs, 1998 O.J (C 339) יש לציין שכלל לא ברור מדוע סי' 17 לדירקטיבה, ופסק הדין בעניין Flos, חייבו את ביטול סי' 52 לחוק האנגלי כאמור. זאת, כיוון שסעיף 17 לדירקטיבה, בדומה לאמנת ברן, מותיר חופש מלא למדינות האיחוד האירופי לקבוע באלו תנאים יוגנו עיצובים ומתי תינתן הגנת עיצובים לעומת הגנת זכות יוצרים. לביקורת כאמור ראו: *Go with the Flos? AIPPI debates copyright in industrially exploited designs*, IPKAT (Jan. 10, 2013) <http://ipkitten.blogspot.com/2013/01/go-with-flos-aippi-debates-copyright-in.html>

הקושי שבחפיפה בין דיני זכות יוצרים לבין דיני העיצובים.¹¹⁰ מסקנה אחרת תאפשר, בפועל, ליוצרים לעקוף את המגבלות השונות הקבועות בדיני העיצובים ולזכות, על ידי הטבעה של יצירה על גבי חפץ או מוצר, בהגנה רחבה יותר וארוכה יותר (70 שנה לאחר מות היוצר לעומת 25 שנה לכל היותר) על הרכיבים החזותיים של אותו חפץ או מוצר. שלישית, הוא אינו פוגע בתכליות שבבסיס זכות היוצרים, הן בהיבט הכלכלי והן בהיבט האישי-מוסרי. הניתוח שהוצע לעיל אינו שולל מהיוצר את זכות היוצרים ואת התמריץ ליצור מלכתחילה.¹¹¹ הוא גם אינו שולל את הזכות הכלכלית שמוענקת ליצר מתסחור היצירה שלו. זכות זו מגולמת בדיני העיצובים ככל שיחולו על פעולת התסחור, ואם לא יחולו, תישמר לפי דיני זכות יוצרים. בנוסף, ליוצר נשמרת הזכות הבלעדית לבחור את התזמון המתאים לתסחור ואת אפיקי התסחור, מכיוון שזכות היוצרים על היצירה בכללותה תמנע מכל אדם אחר לבצע פעולות תסחור ביצירה. המצבים היחידים בהם צדדים שלישיים יוכלו להשתמש בתסחור של היצירה ללא הסכמת היוצר הם כאשר היוצר בחר אפיק תסחור מסוים והוציא אותו לפועל וכאשר זכותו לפי דיני העיצובים פקעה (בין בשל תום תקופת ההגנה ובין בשל היעדר כשירות להגנה). למעשה, הניתוח המוצע ידייק את התמריץ הכלכלי שניתן ליוצר ולא יעניק לו תמריץ יתר בדמות הגנה כפולה של דיני העיצובים ודיני זכות יוצרים. שליטתו של היוצר על תזמון ואפיקי התסחור מגשימה גם את זכותו האישית-מוסרית ביצירה.¹¹² כל זמן שהיוצר לא בחר לבצע תסחור מסוים בעצמו, איש לא יורשה לעשות זאת ללא הסכמתו. רביעית, החשש מפני פגיעת זכויותיו של היוצר הבוחר לתסחור את יצירותיו מופג באופן משמעותי גם בשל דיני סימני המסחר. זאת, מכיוון שגם כאשר צדדים שלישיים יוכלו להטביע את היצירה על גבי מוצרים שפקעה הגנת דיני העיצובים לגביהם, פעולתם תהיה מוגבלת על ידי דיני סימני המסחר וגניבת העין, והשיווק של אותם מוצרים יהיה מוגבל במצבים רבים בהשוואה לשיווק שיתבצע על ידי היוצר עצמו.

ניכר, אם כן, שבהיבט זה קביעתו של בית המשפט העליון בעניין **Fisher Price** היא בעייתית. משכך, ראוי שלאחר כניסתו לתוקף של חוק העיצובים, הערכאות הדיוניות וגם בית המשפט העליון עצמו, יתאימו את המבחנים שנקבעו ללשון החוק ותכליתו באופן שיפיג את הקשיים שתוארו לעיל מצד אחד ויקנה הגנה הולמת ליוצרים ומעצבים מצד שני.

ה. סיכום

מאמר זה ביקש לבחון את קו הגבול, אותו ראוי לשרטט בין דיני זכות יוצרים לבין דיני העיצובים בהקשר של יצירות פונקציונליות ויצירות אמנות שימושיות, ולבקר את האופן שבו בתי המשפט בישראל ובארצות הברית הגדירו את קו הגבול בעת האחרונה. ראינו שמבחן ההפרדה התפיסתית, שאומץ בישראל ובארצות הברית, לפיו כאשר ניתן להפריד בין הרכיבים המבטאים של היצירה לבין הרכיבים השימושיים שלה, היצירה תזכה להגנה, מעורר קושי. הקושי נובע מיישום בלתי מספק של הכללים שקבעו דיני זכות היוצרים למיסוך שימושיות (למשל, סינון רכיבים שימושיים מהגנת זכות יוצרים), מהימנעותם של דיני זכות יוצרים לעסוק בשיפוט אסתטי

¹¹⁰ ראו לעיל חלק ג.3.

¹¹¹ לדיון בהצדקה הכלכלית לדיני זכות יוצרים ראו, למשל, William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 327–329 (1989); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 37 (2003).

¹¹² לדיון בגישת האישיות כהצדקה לדיני זכות יוצרים ראו, למשל, גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" **משפטים** לא 359, 409–403 (2001); גיא פסח "הזכות האישית-מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי" **ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן** 463–466, 467 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

ומהחפיפה שנוצרת בין הגנת זכות יוצרים להגנת עיצובים לפי המבחנים שאומצו, באופן שאינו מתאים לתכליות שבבסיס שני הדינים, ובישראל אף אינו מתאים ללשון החוק. בהקשר הישראלי, ראינו גם שיישום המבחנים שנקבעו בשיטת המשפט האמריקנית עורר קשיים נוספים הקשורים בקליטתו של שתל משפטי בסביבה משפטית שונה.

לבסוף, מטרתו של המאמר הייתה להציע טקסונומיה שתאפשר בחינה נאותה של מקרים בהם מתבקשת הגנה על יצירות פונקציונליות ואמנות שימושית. ראינו שניתן לזהות שלוש קבוצות שונות של מקרים. ראשית, במקרה של יצירות פונקציונליות, ראינו שדיני זכות יוצרים מבקשים להפעיל כללי סינון כדי להבטיח שלא תינתן הגנה להיבטים השימושיים של היצירה אלא על הרכיבים המבטאים בה בלבד. שנית, במקרה של יצירות אמנות שימושית, ראינו שדיני זכות יוצרים מפעילים תחילה כלל החרגה כאשר היצירה עולה כדי עיצוב, ולאחר מכן, במקרים בהם אין מדובר בעיצוב תעשייתי, יש להפעיל את מערכת כללי סינון השימושיות, בין היתר על ידי מבחן ההפרדה התפיסתית שמחייב דיוק בהשוואה לאופן בו אומץ בפסיקה. שלישית, במקרה של תסחור, ראינו שקיימת מערכת דואלית בה מצד אחד קיימת יצירה מוגנת בזכות יוצרים כל אימת שאינה מקובעת או מוטבעת על חפץ או מוצר העולה כדי עיצוב תעשייתי, ומצד שני, הגנת זכות היוצרים תיסוג כל אימת שהיצירה מוטבעת על חפץ או מוצר (או חלק מהם) באופן תעשייתי, ובמקרים אלו יחולו דיני העיצובים. זאת, בניגוד לקביעת בית המשפט העליון בעניין **Fisher Price**.

אימוץ הטקסונומיה המוצעת יוביל לתוצאות מעשיות שונות מאלה שנקבעו בעת האחרונה בישראל ובארצות הברית. כך, דיני זכות יוצרים לא יגנו על רכיבים חזותיים שיש להם גם תכלית שימושית (ככל שמדובר בייצור תעשייתי) והגנה כזו תינתן רק לפי דיני העיצובים. למעשה, דיני זכות יוצרים יגנו אך ורק על רכיבים שיש להם ערך של ביטוי ושאינם מוכתבים משימושיות כלשהי. בנוסף, כאשר יצירה מוגנת תוטבע על גבי מוצר או חפץ המיועד לייצור תעשייתי ביוזמת היוצר או בהסכמתו, יאבד היוצר את היכולת להגן על המוצר או החפץ המסוימים באמצעות זכות יוצרים, ותיוותר לו הגנת דיני העיצובים (ככל שזו קיימת).