

משפט, מטבח עילי ותרבות: המקרה (המוזר) של הגנת זכות יוצרים על מנות גורמה

מאמר זה ידון בממשק שבין אוכל לבין דיני הקניין הרוחני. בממשק זה יכולים להתקיים דיונים רבים מסוגים רבים; כאן אבקש להתמקד ביחס שבין המטבח העילי (haute cuisine) כתופעה חברתית לבין דיני זכות היוצרים. מטרת מאמר זה היא להסביר את אי־ההתאמה של דיני הקניין הרוחני בכלל ושל דיני זכות היוצרים בפרט להגנה על תוצרים קולינריים ואגב כך להציף בעיות הטמונות בדיני זכות יוצרים. לצורך הדיון הנורמטיבי אציע כתרגיל מחשבתי את האפשרות להגן על החזות הסופית של מנות גורמה באמצעות דיני זכות יוצרים. אפשרות זו תסייע לי להציג הצדקות לאי־ההחלה של דיני זכות יוצרים על מנות גורמה. ראשית, אטען שתחום המטבח העילי מתקיים ביעילות כלכלית גם בלי התחולה של דיני זכות יוצרים באופן שמיתר את החלתם, ואוסיף שיתכן כי הותרת השוק פתוח להעתקות דווקא גורמת לו להיות יעיל יותר – בדומה לתחומי אמנות נוספים דוגמת שוק האופנה. שנית, וכאן העיקר, אטען שהגנה על תוצרים קולינריים באמצעות דיני זכות יוצרים אינה מוצדקת גם מנקודת מבט רחבה יותר, בשים לב להשפעות התרבותיות והחוקתיות שתהיינה להגנה כזו. אטען כי המקרה של המטבח העילי מראה כיצד על אף היומרה של דיני זכות היוצרים להיות אדישים לשאלות אסתטיות, נראה שבמקרים רבים ההגנה שהם מעניקים תהיה זמינה יותר עבור יוצרים של תרבות "גבוהה" מאשר ליוצרים של תרבות "נמוכה". הבחנה זו, שאין לה מקום בדיני זכות יוצרים, עלולה ליצור פערים לא מוצדקים בין קבוצות של יוצרים ובין קבוצות של משתמשים באופן שאינו מתיישב עם המטרה של דיני זכות יוצרים – להעשיר את עולם הביטויים ולאפשר לקהל הרחב נגישות אליהם.

* תלמיד לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים על שם בוכמן, אוניברסיטת תל אביב; עמית מחקר, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים; עמית מחקר, מרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה. גרסה מוקדמת של מאמר זה הוגשה כעבודת סמינר לקורס "משפט ואוכל" בהנחיית יופי תירוש. ברצוני להודות למיכאל בירנהק, ליופי תירוש ולאסף וינר על הערותיהם המצוינות שתרמו רבות לחידוד הטענות המובאות במאמר. כמו כן ברצוני להודות למערכת משפט, חברה ותרבות, ובמיוחד לעורכת דנה צוק ולחברות המערכת עמית בקר, דפני בר־נתן וסמדר איטה על עבודתן המצוינת ועל הערות מעולות. מאמר זה זכה בפרס אמנון גולדנברג לקניין רוחני לתלמידים, המוענק על ידי מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. אתרי האינטרנט נבדקו לאחרונה בחודש מאי 2015.

מבוא. א. מטבח עילי כתופעה חברתית: 1. כמה שווה כוכב מישלן? הכלכלה של המטבח העילי; 2. נורמות התנהגות ואתיקה בתחום המטבח העילי. ב. משפט ומטבח עילי: 1. מגבלות ההגנה של הקניין הרוחני על תוצרים קולינריים; 2. פתרון אפשרי במסגרת דיני זכות יוצרים: מנת גורמה כיצירה אמנותית; 3. הגנה של זכות יוצרים על אוכל: פרדוקס הפירטיות והסדרה עצמית. ג. משפט, מטבח עילי ותרבות: על שיפוט אסתטי ושליטה תרבותית: 1. הניטרליות האסתטית של דיני זכות יוצרים; 2. אויסטריום, פנינים והסביח של עובד: תרבות גבוהה ותרבות נמוכה בדיני זכות יוצרים. סיכום.

מבוא

במחצית השנייה של המאה השמונה עשרה פעלה בצרפת גילדה של בעלי מקצוע ההסעדה (traiteurs). באמצעות לובי פוליטי השיגה הגילדה זכות בלעדית למכירה של מנות בשר מבושל מסוג ראגו (ragoût),¹ אך הגבילה את חבריה למכירת מנות המורכבות מנתח בשר שלם לצריכה בכית הלקוח. בשנת 1765, החליט בולאנז'ה (Boulangier), מוכר של מרקי בשר (bouillons) בפריז, להרחיב את ההיצע הקולינרי שלו כדי להתאים עצמו לזרם פתיחת המסעדות (restaurant) שנהפך פופולרי בפריז באותה תקופה.² בולאנז'ה החל למכור בעסקו מנה של רגל כבשה ברוטב לבן והציע אותה לעוברים ושבים למאכל בתוך בית העסק שלו. גילדת המסעידים לא התלהבה מהחדשנות העסקית של בולאנז'ה, שעד אותה תקופה מכר מנות שחרגו מהזכות הבלעדית שלהם, ופנתה לבית המשפט בטענה שרגל הכבשה של בולאנז'ה היא למעשה ראגו. הפרלמנט הצרפתי ביקש להתערב וקבע בחקיקה שרגל כבשה ברוטב לבן אינה עולה כדי ראגו.³ ייתכן שהייתה זו התביעה הראשונה שבה נעשה ניסיון להשיג מונופול על מנת אוכל מבושל.

כמעט 250 שנה מאוחר יותר, בשנת 2007, הגישה רבקה צ'רלס, הבעלים והשף המנהלת של מסעדת Pearl Oyster Bar היוקרתית במנהטן, תביעה נגד הסוֹשֵׁף לשעבר שלה, אדוארד מקפרלנד (McFarland). צ'רלס טענה שמקפרלנד העתיק את תפריט המסעדה שלה במלואו וכן את כל המאפיינים של צורת ההגשה של המנות, במסעדה Ed's Lobster Bar שפתח

1 ראגו הוא נזיד בעל טעמים חזקים המורכב בעיקר מבשר או מירקות, ומתאפיין בכישול ארוך על אש קטנה. מקור השם הוא במילה הצרפתית ragoûter שמשמעותה "להחיות את הטעם".
2 הכוונה למונח Restaurant במונח של Restorative, קרי: מקומות המגישים אוכל מזין ובריא.
3 ראו STEPHEN MENNELL, ALL MANNERS OF FOOD: EATING AND TASTE IN ENGLAND AND FRANCE (FROM THE MIDDLE AGES TO THE PRESENT 138 (2nd ed. 1996).
שם, בעמ' 138-139.

שבועות לאחר שהתפטר מעבודתו אצלה.⁴ התביעה הסתיימה בפשרה חסויה⁵ אך היא הותרה אחריה הד תקשורת ומשפטי לא מבוטל.⁶

אין מחלוקת שיש הבדלים ניכרים בין המקרים, החל בתקופה וכלה בדוקטרינה המשפטית הרלוונטית החלה על כל אחד מהם; אך השאלה העקרונית העומדת בבסיס דומה: האם יש לאפשר הגנה משפטית לתוצרים קולינריים? מאמר זה יבחן סוגיה ממוקדת יותר – סוגיית ההגנה של דיני הקניין הרוחני בכלל ודיני זכות היוצרים בפרט על תוצרי המטבח העילי (haute cuisine) – מנות גורמה. הכתיבה המשפטית על אודות היחס בין אוכל לבין דיני הקניין הרוחני מעטה. כתיבה מסוג אחד עוסקת בדרכים להגן על תוצרים קולינריים באמצעות דוקטרינות משפטיות מתחום הקניין הרוחני; כתיבה מסוג אחר מציגה את הנורמות החברתיות ששפים מאמצים כתחליף להגנה משפטית על מפעל חייהם. המטרה של מאמר זה היא להסביר מדוע אין מקום להחיל על התחום את דיני זכות היוצרים, ואגב כך להצביע בעיות רחבות יותר הטמונות בדינים אלה.

להלן אערוך דיון דוקטרינרי שיציג את אי-ההתאמה של דיני הקניין הרוחני בכלל להגנה על תוצרים קולינריים מסוגים שונים – מתכונים, תהליכי הכנה והחזות הסופית של מנות אוכל. לצורך הדיון הנורמטיבי אציע, כתרגיל מחשבתי, את האפשרות להגן על החזות הסופית של מנות גורמה באמצעות דיני זכות יוצרים לפי הדין המצוי. התרגיל יאפשר לי להציג הצדקות מכמה סוגים לאי-החלה של דיני זכות יוצרים על מנות גורמה. ראשית, אטען שתחום המטבח העילי מתקיים ביעילות כלכלית גם ללא התחולה של דיני זכות יוצרים באופן שמיתר את החלתם; ייתכן אפילו שהותרת השוק פתוחה להעתקות דווקא גורמת לו

4 עילת התביעה המפורשת הייתה עוולת Trade Dress האמריקנית הרומה, ראו Complaint, Powerful Katinka, Inc. v. McFarland, No. 07 CV 6036 (S.D.N.Y. June 26, 2007), 2007 WL 2064059. המקרה של צ'רלס לא היה הראשון שבו הואשם שף ב"גנבה" קולינרית. בשנת 2006 יצא ארגון eGullet בגילוי דעת שלפיו במסעדתו של השף האוסטרלי רובין וויקנס (Wickens), Interlude, מוצעות מנות הדומות דמיון רב מאוד למנות שהגו השפים ווילי דופרנס (Duffense) ממסעדת wd-50 וגראנט אשאץ (Achatz) ממסעדת Alinea. ראו Daily Gullet Staff, *Sincerest Form*, eGULLET FORUMS (Mar. 20, 2006), forums.egullet.org/topic/84800-sincerest-form (בקישור אפשר לראות תמונות משוות הממחישות עד כמה הדמיון בין המנות רב). להתייחסות נוספת ראו Christopher J. Buccafusco, *On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?*, 24 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1121, 1122 (2007).

5 Pete Wells, *Chef's Lawsuit Against a Former Assistant is Settled Out of Court*, N.Y. TIMES, Apr. 18, 2008, B2.

6 ראו, למשל, Emily Cunningham, *Protecting Cuisine Under the Rubric of Intellectual Property Law: Should the Law Play a Bigger Role in the Kitchen?*, 9 J. HIGH TECH. L. 21 (2009) (מציגה את המקרה של צ'רלס כדי להצדיק את הצורך בהתערבות של דיני הקניין הרוחני במנות אוכל); Austin J. Broussard, Note, *An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 691 (2008) (מסביר שהמקרה של צ'רלס מדגים את הצורך לבחון הגנה על תוצרים קולינריים שהם חלק מכלכלה רחבת היקף).

להיות יעיל יותר. שנית, וכאן העיקר, אטען שהגנה על תוצרים קולינריים באמצעות דיני זכות יוצרים אינה מוצדקת גם מנקודת מבט רחבה יותר, בשים לב להשפעות התרבותיות והחוקתיות שתהיינה להגנה כזו. אטען שהגנה כאמור תיצור הבחנה אסתטית בין תרבות גבוהה לבין תרבות נמוכה. הבחנה זו, שאין מקום בדיני זכות יוצרים, עלולה ליצור פערים לא מוצדקים בין קבוצות של יוצרים ובין קבוצות של משתמשים באופן שאינו מתיישב עם המטרה של דיני זכות יוצרים – להעשיר את עולם הביטויים ולאפשר לקהל הרחב נגישות אליהם. לכן, מסקנתי תהיה שאין זה ראוי להגן על תוצרים קולינריים מתחום המטבח העילי באמצעות זכויות יוצרים.

ההתמקדות של המאמר בתוצרי המטבח העילי ולא במנות אוכל המוגשות במסעדות ככלל נובעת מהרצון להציג נקודת מוצא מקובלת, שלפיה התוצרים של תחום המטבח העילי הם תוצרים אמנותיים מובהקים ולכן יש זיקה חזקה בינם לבין דיני זכות היוצרים. עמדתי כמובן שונה, אך ההתמקדות בתוצרי המטבח העילי תסייע להמחיש מדוע נקודת מוצא זו שגויה ומדוע דיני זכות יוצרים חוטאים לעקרון הניטרליות האסתטית שבבסיסם.⁷ זה סדר המאמר: בפרק א' אסקור את התפתחות המטבח העילי כתופעה חברתית ואציג את ההיבטים הכלכליים של תחום זה, כמו גם את נורמות ההתנהגות המאפיינות את המשתתפים בו. בפרק ב' אערוך ניתוח דוקטרינרי של אפשרויות ההגנה על תוצרים קולינריים מסוגים שונים על ידי דיני הקניין הרוחני בכלל ודיני זכות היוצרים בפרט, אציע אפשרות להגנה כאמור ואסביר מדוע היא אינה מוצדקת מבחינה כלכלית. בפרק ג' אדון בשאלת השיפוט האסטטי במסגרת דיני זכות יוצרים ואסביר מדוע היא מתעוררת ביתר שאת תחת אפשרות ההגנה על מנות גורמה באמצעות דיני זכות יוצרים. כמו כן, אראה את ההשלכות החברתיות והחלוקתיות שעלולות להיות לאפשרות זו ואסביר מדוע היא אינה מוצדקת גם מבחינה זו. לבסוף אסכם.

א. מטבח עילי כתופעה חברתית

במרוצת השנים פיתחנו דפוסי התנהגות שמחליפים לעתים את ההישרדות כגורם לבחירת האוכל שלנו ומניעים אותנו לבחור מזון מתוך חיפוש אחר הערכה אסתטית לטעמים וחדשנות קולינרית.⁸ דפוסי התנהגות אלו הובילו להתפתחות תרבות קולינרית של פנאי, שהובילה לבידול הולך וגובר בין בישול ביתי לבישול מקצועי ובסופו של דבר – להתפתחות של שוק קולינרי ענף. בתחילת פרק זה אציג את ההתפתחות ההיסטורית של תחום המטבח העילי כדי להבהיר כיצד התפתח שוק זה, שיש לו השלכות כלכליות ותרבותיות רחבות; בהמשך אציג את ההיבטים הכלכליים של שוק המטבח העילי ואראה שמדובר בשוק משגשג המגלגל מחזורי עתק. התייחסות זו תסייע לי למפות גם את השחקנים בעלי ההשפעה על ההיבטים הכלכליים של השוק ולהסביר כיצד הם יכולים להשפיע על ההסדרה המשפטית שלו. בחלק

7 שאלות הנוגעות לדיני הקניין הרוחני עשויות להיות רלוונטיות גם לתוצרים קולינריים נוספים כגון מזון תעשייתי. עם זאת, כפי שאבהיר בהמשך, תוצרים קולינריים אלו, בשל אופיים התעשייתי, אינם נכנסים (לרוב) בגדר דיני זכות היוצרים שהם עיקר הדיון במאמר זה, ולכן לא אתמקד בהם.

8 .ELIZABETH TELFER, FOOD FOR THOUGHT: PHILOSOPHY AND FOOD 1–3 (1996) 8

האחרון של הפרק אציג את נורמות ההתנהגות של שפים שהם שחקנים מרכזיים בשוק המטבח העילי. גם לנורמות אלה יש השפעה על ההסדרה העצמית של השוק והשלכות על ההיבטים המשפטיים שייבחנו בהמשך המאמר.

תחילת ההתפתחות של שוק המטבח העילי זוהתה עם המהפכה הצרפתית. סטפן מנל (Mennell) תיאר בהרחבה את תהליך הצמיחה של הקולינריה המודרנית בצרפת. לטענתו, אפשר לזהות את ניצני ההתפתחות של תרבות האכילה מחוץ לבית גם בתקופה שקדמה למהפכה הצרפתית. באנגליה של המאה השתים־עשרה כבר היו נפוצות חנויות בישול (cookshops): פשוטי העם יכלו לשלוח אליהן בשר נא כדי לבשלו או לקנות בהן מנת בשר מבושלת.⁹ עם זאת, לפי מנל, המהפכה הצרפתית הייתה האירוע המכונן שאפשר קידום של קולינריית הפנאי – גם מבחינת הביקוש אך בעיקר מבחינת ההיצע. חיסול הגילדות המקצועיות דוגמת זו של המסעידים והפגיעה הקשה במעמד האריסטוקרטים, שהיו פטרונים ומפרנסים של רבים מבעלי המקצועות הקולינריים, אפשרו לפתוח מסעדות המגישות אוכל מוכן ברמה גבוהה ברחבי הערים ובאופן פתוח לכול, דבר שגיבש תחרות בין השפים על הכיס של הסועדים הפוטנציאליים.¹⁰

מנל זיהה שתי תקופות עיקריות בהתפתחות המטבח המודרני (grand cuisine כפי שכינה זאת): תקופתו של קארם (Carême) ותקופתו של אסקופייה (Escoffier). אנטונין קארם, יליד 1784, הועסק כשף אצל פטרונים חשובים רבים ובהם הנסיך האוסטרי, הצאר אלכסנדר והברון דה רוטשילד. קארם היה בין הראשונים לאסוף את הידע שעליו עמד המטבח הצרפתי של המאה התשע־עשרה ולאגדו.¹¹ אסכולת הבישול של קארם כללה רכיבים יקרים ותהליכי בישול ארוכים שלא היו זמינים עבור חלקים נרחבים באוכלוסייה של אותה תקופה. מנל מסביר כי על אף המורכבות הרבה בסגנון הבישול שהנהיג, הרים קארם תרומה משמעותית ביותר לפישוט של תהליך הבישול המקצועי – פישוט שיהיה נדבך חיוני בהתפתחות המטבח העילי המודרני. כמו כן, קארם פישט את תהליך ההכנה של מגוון הרטבים שעמדו בבסיס המטבח הצרפתי באותה תקופה וצמצומם לשלושה רוטבי בסיס. כל אלה תרמו לתפיסת מטבח ברורה יותר שביססה את תהליך הייצור הקולינרי בתקופות הבאות.¹²

התקופה הבאה שאליה התייחס מנל היא התקופה של ז'ורז' אוגוסט אסקופייה. אסקופייה פעל בתחילת המאה העשרים וחיבורו המדריך הקולינרי (Guide Culinaire) זכה למעמד מכונן כבר בדורו וגם בדורות הבאים. אסקופייה עבד בחסות המלונות הגדולים שהחלו להיפתח ברחבי אירופה בסוף המאה התשע־עשרה ובתחילת המאה העשרים, בהם מלונות ריץ וסאבוי היוקרתיים. הבישול במלונות שאירחו מספר רב של אורחים הצריך מעבר לשיטות של בישול המוני. לצורך זה פיתח אסקופייה שיטה של חלוקת עבודה – שינוי מהותי מתפיסת המטבח של אותה תקופה. תרומה נוספת של אסקופייה לקולינריה המודרנית הייתה פישוט של מרכיבי הארוחה לרצף המוכר הנע ממרק דרך מנת בשר מלווה בירקות אל

9 Mennell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 136.

10 שם, בעמ' 141-142.

11 שם, בעמ' 145.

12 שם, בעמ' 145-148. שלושת הרטבים הבסיסיים הם אספניול (Espagnole), ולוטה (Velouté) ובשאמל (Béchamel).

עבר קינוח מתוק.¹³ לפי מנל, גם בתחום הטעם הנהיג אסקופייה מהפכה כשזנח את התפיסה שיש להסוות את טעמי המרכיבים על ידי רטבים בעלי טעם מוגדר מראש לטובת בישול באמצעות תמציות טעם מהמרכיבים העיקריים עצמם, קרי: דגים או בשר.¹⁴

שתי התקופות היוו בסיס ישיר לעליית המטבח המודרני בצרפת, ולאחר מכן בשאר העולם המערבי, במחצית השנייה של המאה העשרים. תופעה זו כונתה "המטבח החדש" (nouvelle cuisine) והיא הבסיס למטבח העילי שאנו מכירים כיום.¹⁵ למטבח עילי אין הגדרה חד-משמעית. טרובק (Trubek) הציעה הגדרה רחבה שלפיה מטבח עילי נמדד על ידי המאפיינים ההופכים את הקהל הצורך תוצרים של המטבח העילי למובחן ו"פריבילגי" יותר, על ידי סוג המנות וחומרי הגלם שבבסיסן, על ידי זמינות של מוצרים ייחודיים ועל ידי כמות שעות העבודה והכישורים המושקעים בו. היא הוסיפה שזהות השפים ומידת המומחיות שלהם גם הן מגדירות מסעדה כשייכת למטבח העילי.¹⁶ על מאפיינים אלו אפשר להוסיף את מחירי המנות, את מיקום המסעדה וקווים אסתטיים מסוימים בחזות המנות ובעיצוב המסעדה.

הקולינריה המודרנית בכלל והמטבח העילי בפרט כבר אינם נחלת המסעדות בלבד. תרבות הבישול והקולינריה הגיעה גם אל מסכי הטלוויזיה בעולם המערבי ומהווה נתח ניכר מרצועות השידור של תחנות רבות. נכון לחודש נובמבר 2014, שלוש זכייניות השידור המסחריות הגדולות בישראל כללו לא פחות מ-31 תכניות אוכל בלוח השידורים שלהן.¹⁷ התופעה אינה מוגבלת רק לישראל: Food Network האמריקנית שודרה בשנת 2014 ל-99 מיליון בתי אב ב-150 מדינות ברחבי העולם.¹⁸ בד בבד עם התרחבות התפוצה של תרבות הקולינריה המודרנית והמטבח העילי התעצמה גם תופעת השף הידוען. תופעה זו, שהייתה קיימת גם קודם – למשל קארם ואסקופייה – גדלה לממדים גדולים בהרבה וכיום שפים של מסעדות יוקרה עושים שימוש נרחב במדיה כדי לקדם את משנתם הקולינרית, ולא פחות מכך – את עסקיהם. התפתחות הקולינריה המודרנית והמטבח העילי, בתוספת המאפיינים התקשורתיים המסייעים להמשך ההתרחבות של התופעה ושל הפצתה לאוכלוסיות הולכות

13 שם, בעמ' 157-159.

14 שם, בעמ' 160.

15 שם, בעמ' 163-164. אצל מנל, המונח "מטבח חדש" מתייחס למטבח העילי העכשווי. ואולם, תנועת המטבח החדש היא תנועה המשויכת לתקופה היסטורית מסוימת ולכן מונח זה אינו יכול להגדיר, כשלעצמו, את המטבח העילי העכשווי בכל רגע נתון. המונח "מטבח עילי" במאמר זה מתייחס לתופעה רחבה יותר שאינה בהכרח תלויה הקשר היסטורי.

16 AMY B. TRUBEK, HAUTE CUISINE: HOW THE FRENCH INVENTED THE CULINARY PROFESSION (2000) 145.

17 11 תכניות בישול נכללו בלוח השידורים של קשת, חמש תכניות בישול נכללו בלוח של רשת ו-15 תכניות בישול בערוץ 10. ראו, בהתאמה, "תכניות קשת", Mako (2014) www.mako.co.il; "תכניות רשת" רשת (2014) reshet.tv/Shows/VOD; "אינדקס תכניות" נענע 10 (2014) 10tv.nana10.co.il.

18 ראו Food Network, ScrippsNetworks, www.scrippsnetworksinteractive.com/our-brands/food-network. לסקירת הופעתה של טלוויזיית המזון בארצות-הברית ראו Broussard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 698-699, 702-703.

וגדלות, הולידו תחום חברתי רחב היקף המקיים מאפיינים כלכליים ונורמות התנהגות ייחודיים לו. על אלה אעמוד כעת.

1. כמה שווה כוכב מישלן? הכלכלה של המטבח העילי

שוק המסעדות מציע הזדמנות כלכלית אדירה. לפי ארגון המסעדות הלאומי האמריקני, מכירות המסעדות בארצות-הברית לשנת 2014 הסתכמו ב-683.4 מיליארד דולר.¹⁹ לפי מחקר שנערך בשנת 2011, מכירות של מסעדות ברמה גבוהה (upscale) בארצות-הברית מהוות כ-10% מסך ההכנסות של ענף המסעדות.²⁰ לפי הערכה המתבססת על הגדרה צרה יותר של המונח "מטבח עילי", מסעדות יוקרה מהוות פחות מ-0.5% משוק המסעדות בארצות-הברית.²¹ בהערכה גסה, מחזור המכירות של השוק הזה נע בין מיליארד 3.5 לבין 70 מיליארד דולר בשנה. אם כך, המצב שתיאר מנל – שבו שפים צריכים להתחרות על לקוחותיהם – התעצם בעת המודרנית לממדים כבירים.²² ההיצע האדיר של אפשרויות בילוי קולינריות מחד גיסא והביקוש הגדול לצריכה של תוצרים קולינריים עיליים מאידך גיסא הובילו לעלייה של מוסדות המתווכים בין סועדים לבין שפים. מדובר במוסדות לדירוג מסעדות על פי איכותן הקולינרית. שני המוסדות החשובים והמשפיעים ביותר בתחום המטבח העילי הם מדריך מישלן (Michelin Guide) ורשימת חמישים המסעדות הטובות בעולם של סן פלגרינו (World's 50 Best Restaurants).

מדריך המסעדות של מישלן הוא אולי המוסד לדירוג מסעדות המוכר בעולם. הוא ודאי הוותיק ביותר: המדריך הראשון יצא לאור בשנת 1900 ונמכר ב-35 אלף עותקים.²³ המדריך התחיל כמדריך טכני למשתמשי הדרך במהלך נסיעותיהם ברחבי אירופה ולאחר עשור נהפך למדריך תיירים נרחב. החל בשנת 1933 התמקד המדריך בעיקר בגסטרונומיה

19 *Facts at a Glance*, NAT'L RESTAURANT ASS'N, www.restaurant.org/News-Research/Research/Facts-at-a-Glance

20 Ciji A. Tlapa, Richard K. Miller & Kelli Washington, *The 2011 Restaurant, Food & Beverage Market Research Handbook* 102–03 (2011) במסגרת המחקר כמסעדות בשירות מלא המציעות תפריט ברמה גבוהה, בעלות עיצוב ואווירה מתוחכמים וצוות אירוח מיומן הלבוש ביגוד רשמי; שם. ראו גם Volha Ban, *Analysis of the Upscale/Fine Dining Sector in the Restaurant Industry 1* (May 3, 2012) (Unpublished MBA thesis, Johnson & Wales University), scholarsarchive.jwu.edu/mba_student/10

21 Bernard Surlemont & Colin Johnson, *The Role of Guides in Artistic Industries: The Special Case of the "Star System" in the Haute-Cuisine Sector*, 15 *MANAGING SERV. QUALITY* 577, 577–78 (2005)

22 MENNELL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 141–142.

23 Bo T. Christensen & Jesper Strandgaard Pedersen, *About Us*, MICHELIN VOYAGE, www.michelintravel.com/about-us & Jesper Strandgaard Pedersen, *Restaurant Ranking in the Culinary Field*, in *EXPLORING CREATIVITY: EVALUATIVE PRACTICES IN INNOVATION, DESIGN, AND THE ARTS* 235, 245 (Brian Moeran & Bo T. Christensen eds., 2014)

ושמר על אופי זה עד היום.²⁴ מאז שנות השלושים של המאה הקודמת מדריך המסעדות של מישלן כולל את שיטת הכוכבים המוכרת לכל חובב קולינריה. שיטה זו מחלקת את המסעדות המדורגות לארבע קטגוריות עיקריות – ללא כוכב, כוכב אחד (מטבח טוב מאוד בתחומו), שני כוכבים (מטבח מצוין המצדיק סטייה מהדרך), ושלושה כוכבים (מטבח יוצא מן הכלל המצדיק נסיעה מיוחדת למסעדה).²⁵

שיטת הדירוג של מישלן מבוססת על ארבעה עקרונות יסודיים: הראשון הוא עצמאות. מדריך מישלן אינו כולל פרסומות ואינו ממומן על ידי גורמים בעלי אינטרס; השני הוא המפקחים המועסקים בארגון. המפקחים הם בעלי מקצוע מתחום המלונאות וההסעדה, העוברים הכשרה מיוחדת של שלושה עד שישה חודשים וזהותם אנונימית; השלישי הוא תדירות הביקורת. המפקחים מבקרים מסעדות המועמדות לביקורת כמה פעמים טרם קבלת החלטה על דירוג, ותדירות הביקורים היא אחת ל-18 חודשים. כאשר מדובר בדירוג של שלושה כוכבים ייתכנו עשרה ביקורים של מפקחים שונים למסעדה;²⁶ הרביעי הוא סודיות הקריטריונים לדירוג, הנשמרים כסוד מסחרי. למרות זאת, קווים כלליים של שיטת הדירוג ידועים. מראיון עם ז'אן-פרנסואה מספלד (Mesplede), שהיה העורך לשעבר של מדריך מישלן בצרפת, עולה כי המפקחים ממלאים משוב שחלקו האחד עוסק בכל הנוגע לאווירה ולנוחות במסעדה ובחלקו האחר עוסק באוכל. דירוג האוכל מתבסס על "דגימות מהשולחן" (essai de table) וכולל התייחסות למנות הראשונות, למנות העיקריות, לגבינות ולקינוח. הדירוג נע בין "רע מאוד", "רע", "ממוצע" לבין כוכב אחד, שניים ושלושה כוכבים. לבסוף, כאשר מוצעת החלטה לעניין דירוג הכולל כוכבים, מתכנסים כל המפקחים באזור מסוים לדיון על אודות המסעדה הספציפית וההחלטה מתקבלת רק לאחר הסכמה בין כל המפקחים שביקרו בה.²⁷

דירוג המסעדות של סן פלגרינו חדש בהרבה מזה של מישלן. רשימת 50 המסעדות הטובות בעולם התפרסמה לראשונה בשנת 2002, ועד מהרה קנתה לעצמה מעמד של אחד הדירוגים החשובים בתחום המטבח העילי.²⁸ שיטת הדירוג של סן פלגרינו שונה לחלוטין מזו של מישלן ולו בשל העובדה שזהות המדרגים גלויה וכך גם שיטת ההצבעה, כפי שהיא באה לידי ביטוי במניפסט שהחברה מפרסמת.²⁹ קבוצת המדרגים של סן פלגרינו מורכבת מיותר מ-900 מדרגים שנבחרים לפי הישגיהם בתחום הקולינריה וביקורת האוכל. לכל מדרג יש אפשרות להצביע לשבע מסעדות בכל שנה, אך הוא מחויב להצביע לפחות לשלוש מסעדות

ISABELLE BOUTY, MARIE-LÉANDRE GOMEZ & CAROLE DRUCKER-GODARD, MAINTAINING AN INSTITUTION: THE INSTITUTIONAL WORK OF MICHELIN IN HAUTE CUISINE AROUND THE WORLD 7 (2013).

Christensen & Pedersen, לעיל ה"ש 23, בעמ' 247-248; BOUTY, GOMEZ & CAROLE, לעיל ה"ש 24, בעמ' 8.

Christensen & Pedersen, לעיל ה"ש 23, בעמ' 246-247; BOUTY, GOMEZ & CAROLE, לעיל ה"ש 24, בעמ' 8.

Christensen & Pedersen, לעיל ה"ש 23, בעמ' 247-248.

שם, בעמ' 240.

Manifesto, WORLD'S 50 BEST RESTURANTS, www.theworlds50best.com/the-academy/manifesto.

מחוז לאזור הדירוג שלו והוא אינו רשאי לדרג מסעדה שיש לו עניין אישי בה. המדרגים יכולים להצביע רק למסעדות שבהן ביקרו ב־18 החודשים שקדמו להצבעה, וההצבעה יכולה להיות רק למסעדה ולא לשף או לבעלים שלה. מעבר לכללים אלו אפשר להצביע לכל מסעדה ברחבי העולם, ללא תלות בדרישות צורניות כלשהן.³⁰

מעבר ליוקרה הגלומה בדירוג גבוה של מסעדה בכל אחת מהשיטות, יש לדירוגים השלכות כלכליות ניכרות על העתיד של מסעדות יוקרה. במחקר שערכו סניידר וקוטר (Snyder & Cotter), שבחן את אסטרטגיית התמחור של מסעדות צרפתיות בין השנים 1970–1994, מצאו הכותבים מתאם מלא בין קבלת כוכב מישלן או איבוד שלו לבין עלייה בתמחור של המנות במסעדה או ירידה בתמחור שלהן, בהתאמה. הכותבים מצאו גם שלעיתים עליית המחירים ניתנת לזיהוי שנתיים לפני העלאת הדירוג, ככל הנראה בשל ההוצאות העודפות של מסעדה המבקשת לשפר את איכות המנות המוגשות בה.³¹ במחקר מקיף ומדויק יותר שערכו ז'רגו, גוזמן ו־ו־רוארדי (Gergaud, Guzman & Verardi) ביקשו השלושה לבחון כמה שווה כוכב מישלן. לשם כך נבחנו מסעדות בפריז המדרגות על ידי מדריך Zagat, המתבסס על ביקורות סועדים ומציין גם את מחיר המנה הממוצע בכל מסעדה. הנתונים הושוו לדירוג של מדריך מישלן. הכותבים זיהו עלייה של 8% ביחס למתחרים במחירי מנות במסעדות שנכנסו לרשימת המסעדות המומלצות של מישלן אף בלי לקבל דירוג, ועלייה נוספת של 25% לכל כוכב מישלן המוענק למסעדה.³² טרם נערכו מחקרים שבחנו את ההשפעה של דירוג סן פלגרינו, אך מהתבוננות בתפריטים של עשר המסעדות המדרגות ראשונות ברשימה אפשר להבחין בכירור בהשפעת הדירוג על תמחור המסעדות. כך, נכון לחודש דצמבר 2016, המחיר הממוצע לארוחת טעימות במסעדות אלה עמד על כ־822 ש"ח לאדם, לא כולל שירות ושתיה.³³ מהאמור עד כה ברור ששוק המטבח העילי הוא שוק מפותח ובעל

- 30 שם. ראו גם Christensen & Pedersen, לעיל ה"ש 23, בעמ' 240–241.
- 31 ראו Wayne Snyder & Michael Cotter, *The Michelin Guide and Restaurant Pricing Strategies*, 3 J. RESTAURANT & FOODSERVICE MARKETING 51 (1998).
- 32 Olivier Gergaud, Linett Montano Guzman & Vincenzo Verardi, *Stardust over Paris Gastronomic Restaurants*, 2 J. WINE ECON. 24 (2006).
- 33 מסעדת Osteria Francescana, המדרגת ראשונה ברשימה, מציעה תפריט טעימות במחיר של 220 יורו. ראו www.osteriafrancescana.it/menu_francescana.html. מסעדת El Celler de Can Roca המדרגת שנייה מציעה תפריט טעימות בן 15 מנות במחיר של 195 יורו. ראו cellercanroca.com/menu/. מסעדת Eleven Madison Park המדרגת שלישית מציעה תפריט טעימות בן 15 מנות במחיר של 295 דולר. ראו elevenmadisonpark.com/#/menus. מסעדת Central, המדרגת רביעית מציעה תפריט טעימות בן 16 מנות במחיר של 427 סול פרואני חדש. ראו centralrestaurante.com.pe/assets/pdf/reservas-eng.pdf. מסעדת Noma, המדרגת חמישית, מציעה תפריט טעימות בן עשרים מנות במחיר של 2,000 קרונות דניות. ראו noma.dk/food-and-wine. מסעדת Mirazur המדרגת שישייה מציעה תפריט טעימות במחיר של 210 יורו. ראו www.mirazur.fr/#le-mirazur/5FAQs. מסעדת Mugaritz המדרגת שביעית מציעה תפריט טעימות בן 24 מנות במחיר של 204 יורו. ראו www.mugaritz.com/.

פוטנציאל רווח גדול. מכך גם נובע שלחדשנות העסקית בשוק זה – שחלקה הגדול מתמצה בחדשנות של התוצרים הקולינריים – ולמוניטין הנגזר ממנה יש ערך רב עבור המשתתפים בשוק, ערך שחשוב לשמר ולהגן עליו.

טרם סיום חלק זה חשוב לציין שנכון להיום מוסדות הדירוג שתוארו אינם פועלים בישראל. אין בכך כדי לשלול את הקיום של מסעדות מתחום המטבח העילי בישראל: ראשית, גם בישראל פועלים מוסדות דירוג, גם אם לא מבוססים מאוד או כאלה הפועלים במסגרת של ביקורת מסעדות רחבה יותר.³⁴ שנית, מאחר שישראל מהווה שוק קטן יחסית, גאוגרפית ודמוגרפית, ומאחר שחלק ניכר משוק הקולינריה הישראלי ממוקם בעיר תל אביב־יפו, יש מוסדות חברתיים אחרים המשכללים את תחום המטבח העילי ומאפשרים איתות בדבר מאפיינים המגדירים מסעדות מסוימות כשייכות לשוק זה.

2. נורמות התנהגות ואתיקה בתחום המטבח העילי

ככל קהילה, ובמיוחד כשמדובר בקהילה שהמשתתפים בה מתחרים זה בזה במידה רבה, קהילת השפים אימצה כללי משחק הבאים לידי ביטוי בכללי אתיקה ובנורמות התנהגות שחלקם כתובים וחלקם אינם. בחלק זה אציג חלק מנורמות ההתנהגות ומכללי האתיקה הנוהגים בקהילת השפים; אתמקד באלו הנוגעים להגנה על השווי (הכלכלי אך גם התרבותי־חברתי) של התוצרים הקולינריים של חברי הקהילה. דיון זה ישמש בסיס נוסף לדיון המשפטי בחלק הבא, אך חשוב להדגיש כבר עכשיו כי את הקיום של נורמות ההתנהגות וכללי האתיקה שיתוארו יש להבין על רקע היעדרם של כללים משפטיים אפקטיביים המגנים על תוצרים קולינריים. עם זאת, אי־אפשר לקבוע אם נורמות וכללים אלו התפתחו דווקא בשל החלל המשפטי שנוצר או דווקא במנותק מהמשפט ומדיני הקניין הרוחני ולא בכפוף להם.

שפים רבים ברחבי העולם חברים בארגונים מקצועיים. ארגון־הגג הגדול ביותר הוא הארגון העולמי לקהילות שפים (World Association of Chef's Societies), המאגד מאה ארגונים רשמיים של שפים שבהם חברים יותר מעשרה מיליון איש ברחבי העולם.³⁵ חרף העובדה שמדובר בארגון חשוב ובעל השפעה בתחום הקולינריה העולמית, הארגון

34 מסעדת Narisawa המדורגת שמינית מציעה תפריט טעימות en/faq-039s/co-1395924772.

מסעדת Steirereck המדורגת תשיעית מציעה תפריט טעימות בן 7 מנות במחיר של 152 יורו.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

מסעדת Asador Etxebarri המדורגת עשירית מציעה תפריט של 140 יורו. ראו Menu, ASADOR.

לא גיבש קוד מקצועי כתוב המיועד לכוון את התנהגות החברים בו. לעומתו, ארגונים אחרים, מקומיים, נוטים לגבש כללי אתיקה כתובים המחייבים את החברים בהם. דוגמה אחת לכך היא הפדרציה האמריקנית לקולינריה (American Culinary Federation), שבה חברים יותר מ-21 אלף איש.³⁶ במסגרת הקוד האתי שגיבשה הפדרציה נקבע, בין היתר, כי חברי הפדרציה יימנעו מהעסקת חומרים מקוריים של עמיתיהם, לרבות ספרי בישול, אף אם אלו אינם מוגנים בזכות יוצרים.³⁷ בטרם אתייחס למגבלות הכוח של המשפט בכל הקשור לתוצרים קולינריים, מעניין לראות שארגונים מקצועיים בוחרים להסדיר באופן פרטי את גבולות השימוש בתוצרים אלו תוך התייחסות מפורשת לכך שגבולות אלו אינם חופפים לגבולות המשפטיים.³⁸

דוגמה נוספת להסדרה עצמית כתובה של כללים אתיים בתחום הקולינריה אפשר למצוא בארגון הבינלאומי למקצוענים קולינריים (International Association of Culinary Professionals), שיש בו יותר מ-3,000 חברים מ-32 מדינות.³⁹ הקוד האתי של הארגון מחייב את חבריו לכבד את זכויות הקניין הרוחני של עמיתיו ולא להשתמש במתכון של אחר בלי להעניק לו ייחוס ראוי.⁴⁰ מעניין לראות את החשיבות שארגון זה מייחס להכרה, או לקרדיט, שעל שף להעניק לעמית שבתוצריו הקולינריים הוא משתמש, וכן להתייחסות למתכון כרכיב שיש להגן עליו במסגרת התחום המשפטי של קניין רוחני.

מעבר לקודים כתובים מעין אלה, ואולי אף חשוב מהם, מעניין לראות מה נורמות ההתנהגות בין עמיתים למקצוע הקולינריה העילית. במחקרם של פושאר ופון היפל (Fauchart & von Hippel) ביקשו השניים ללמוד על נורמות ההתנהגות של שפים בעלי הישגים מהמטבח העילי הצרפתי בכל הנוגע להגנה על המתכונים. לצורך כך ראינו החוקרים עשרה שפים מובילים בתחום המטבח העילי בצרפת כדי לזהות נורמות התנהגות טיפוסיות הקשורות בהגנה על מתכונים, ובהמשך הפיצו שאלונים לשפים של מסעדות המדרגות במדריך מישלן.

94 שפים, ביניהם בעלי כוכב ושני כוכבים, השיבו בצורה מפורטת על שאלונים אלו.⁴¹ פושאר ופון היפל זיהו שלושה כללי התנהגות עיקריים המקובלים בקהילת השפים בצרפת בכל הנוגע למתכונים. ראשית, על שף להימנע מלהעתיק מתכון חדשני של שף אחר במדויק. שנית, אם שף נחשף לסודות הנוגעים למתכון של אחד מעמיתיו, עליו להימנע מהעברת מידע זה לאחרים ללא רשות. שלישית, על שפים לתת קרדיט לעמיתיהם כשהם משתמשים

36 Am. Culinary Federation, Code of Professional Ethics I (Jun. 6, 2008), www.acfchefs.org/download/documents/certify/certification/code_ethics.pdf

37 שם, בעמ' 2.

38 מדובר בהסדרה שאינה חסרת שיניים. כך, למשל, הפרה של הקוד האתי של הפדרציה הקולינרית האמריקנית עלולה לגרום שלילה של התעודות שהיא העניקה לשף המפר. ראו שם, בעמ' 4.

39 *About IACP*, INT'L ASS'N OF CULINARY PROF'LS [IACP], www.iacp.com/join/more/about_us

40 *IACP Code of Ethics*, IACP, www.iacp.com/join/more/iacp_code_of_ethics.

41 ראו Emmanuelle Fauchart & Eric von Hippel, *Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs*, 19 ORG. SCI. 187, 192 (2008)

בפיתוח קולינרי חדשני שלהם.⁴² מבחינה משפטית, הכלל הראשון מתייחס לאיסור ההעתקה המאפיין את דיני זכות היוצרים.⁴³ עם זאת, יש לשים לב שהכלל מתייחס להעתקה מדויקת בלבד ואילו דיני זכות היוצרים אוסרים גם העתקות חלקיות ואף עשיית יצירות נגזרות, קרי: יצירות המבוססות מהותית על יצירות קודמות.⁴⁴ בכך, כללי ההתנהגות הפרטיים של שפים בחרו לעצב הגנה שונה מזו של דיני זכות היוצרים. הכלל השני עוסק למעשה בעוולה של גזל סוד מסחרי ועל פני הדברים מחיל את ההסדר המשפטי הקיים במלואו.⁴⁵ הכלל השלישי מתייחס לזכות המוסרית שהיא חלק מדיני זכות היוצרים, ולפיה יש ליוצר הזכות "כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין".⁴⁶ נקודת המוצא של החוקרים הייתה שבמקרים רבים מתכונים אינם מוגנים על ידי דיני הקניין הרוחני, אך בשל הערך הכלכלי הרב שלהם יש לשפים צורך להגן עליהם. לטענתם, נקודת מוצא זו – שכפי שיובהר להלן היא מבוססת מבחינה משפטית – הובילה את קהילת השפים לגבש נורמות התנהגות המציעות הגנות דומות לאלה שמציעים דיני הקניין הרוחני. בחלק הבא אבחן את המגבלות של דיני הקניין הרוחני בכל הנוגע להגנה על תוצרים קולינריים ואציע אפשרות משפטית להתגבר על מגבלות אלו – תוך הבהרת הבעייתיות הכרוכה בכך.

ב. משפט ומטבח עילי

חרף הקיום של נורמות התנהגות ממוסדות יחסית, המקרה של רבקה צ'רלס שהוצג במבוא – כמו גם מקרים אחרים, שלא הגיעו לבתי המשפט – עשוי להעיד על צורך מסוים בהגנות נוספות על תוצרים קולינריים או בדרכים משפטיות פשוטות יותר למימוש הגנה זו. בחלק זה אדון תחילה במגבלות של דיני הקניין הרוחני בכל הנוגע להגנה על תוצרים קולינריים. כפי שאסביר, דיני הפטנטים, המדגמים, סימני המסחר וגנבת העין אינם מתאימים כדי להגן על תוצרים קולינריים. גם דיני זכות היוצרים אינם מאפשרים הגנה כאמור, לפחות בכל הנוגע למתכונים. לאחר מכן אבחן הצעות שהועלו כדי להתגבר על מגבלות אלה ואציע אפשרות מעשית המתאימה לדין הישראלי, שתאפשר להגן על ההיבטים הויוזאליים של מנות גורמה באמצעות זכות יוצרים. לבסוף אציע גם ביקורת מסוימת, פנימית לדיני הקניין הרוחני, על עצם ההתערבות המשפטית בשוק התוצרים הקולינריים. ביקורת זו מבוססת על הטענה שהיעדר הגנה על תוצרים קולינריים דווקא מתמרץ ומשכלל את שוק המטבח העילי ומגשים טוב יותר את המטרות של דיני זכות היוצרים.

42 שם, בעמ' 188. פושאר ופון היפל הסבירו כי נורמות אלה נאכפות, למשל, באמצעות סירוב של שפים לגלות סודות על אודות המתכונים שלהם לשפים הידועים בהפרה של נורמות ההתנהגות המוצעות. שם.

43 דיני זכות יוצרים אוסרים, בין היתר, על העתקה של יצירה מוגנת או של חלק מהותי ממנה. ס' 11–12 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007 (להלן: חוק זכות יוצרים).

44 ס' 16 לחוק זכות יוצרים. להרחבה על איסור העתקה חלקית בדיני זכות יוצרים ראו טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך ב 626–630 (מהדורה שנייה, 2008).

45 ראו ס' 6(א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999. ראו בעיקר את אחת ההגדרות לסוד מסחרי בס' 6(ב)(2) בחוק.

46 ס' 46(1) לחוק זכות יוצרים.

1. מגבלות ההגנה של הקניין הרוחני על תוצרים קולינריים

דיני הקניין הרוחני, על שלל הדוקטרינות המרכיבות אותם, מתקשים להעניק הגנה חזקה ויציבה לתוצרים קולינריים בכלל ולמטבח עילי בפרט. מאחר שהדיון שאציע מתמקד בעיקר בדיני זכות יוצרים, אפתח תחילה בהסבר על אודות הקשיים של דינים אחרים להגן על תוצרים קולינריים.

כדי לבחון את ההגנות שדיני הקניין הרוחני מציעים יש להבהיר את הכוונה במונח "תוצרים קולינריים" ולפרק אותו לגורמים. כאשר בוחנים מנות אוכל, ומנות גורמה בפרט, אפשר להתייחס לכמה היבטים בהם כמושאים אפשריים להגנה. היבט ראשון הוא רשימת החומרים המרכיבים את המנה – המתכון: סוגי החומרים, על מינוניהם המדויקים, שבאמצעותם אפשר להכין את המנה המוגמרת. היבט שני הוא תהליך ההכנה של המנה. הכוונה היא להוראות השימוש בחומרי הגלם המרכיבים את המנה, שיישום שלהן יוביל למנה המוגמרת. היבט שלישי הוא החזות הסופית של המנה ("צִלְחֹת" בעגה המקצועית) המתגבשת על ידי הרכבה של שלל הרכיבים לאחר הכנתם לכדי תוצר מוגמר אחד.

דיני הפטנטים, המיועדים בין היתר להגן על תהליכים טכנולוגיים שיש בהם תועלת, היו יכולים להגן על שני היבטים הראשונים של התוצרים הקולינריים – מתכונים ותהליכי הכנה.⁴⁷ עם זאת, הדרישות של דיני הפטנטים בכל הנוגע לכשירות לרישום פטנט הן מחמירות יחסית ודורשות חידוש – קרי: שהתהליך לא תואר קודם לכן במלואו, וכן התקדמות המצאתית – קרי: שבעל מקצוע ממוצע בתחום לא יראה את החדשנות שבתהליך כמוכנת מאליה.⁴⁸ מקום טבעי להגנה על ההיבט השלישי של התוצרים הקולינריים – החזות הסופית של המנה – יכול להימצא במסגרת דיני המדגמים.⁴⁹ עם זאת, אף שהחזות הסופית של מנות גורמה יכולה עקרונית לענות על ההגדרה של מדגם בחוק הישראלי, הגנה כאמור אפשרית רק כשהמדגם נרשם. מאחר שמדובר בתהליך ארוך הכרוך בעלויות ניכרות אין זה סביר שיצירות קולינריות המשווקות בהיקפים קטנים במסעדות יוקרה יצדיקו רישום כאמור.⁵⁰

47 דיני הפטנטים מגנים על מוצרים או על תהליכים טכנולוגיים. ס' 3 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967. לפיכך, הגנה על מתכונים ותהליכי הכנה של תוצרים קולינריים תינתן על תהליך ההכנה כולו, לרבות התרכובת שבבסיסו, אך לא על רשימת רכיבים בלבד.

48 ראו ס' 4-5 לחוק הפטנטים. להרחבה ראו ע"א 8802/06 **אוניפארם בע"מ נ' Smith Kline Beecham PLC**, פס' 39-40, 44-45 (פורסם בנבו, 18.5.2011). לסקירה של המשפט האמריקני בהקשר זה ראו **Cunningham**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 32-35.

49 מדגם מגן על הצורה החיצונית של מוצר תעשייתי אך לא תהליך ההכנה שלו. "מדגם" מוגדר בס' 2 לפקודת הפטנטים והמדגמים כ"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 יוראה בסחורה המוגמרת, ואפשר להבחין רק במראית עין". ראו גם ע"א August Storck K.G. 11487/03 **נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ**, פ"ד סב(4) 1, 20-21 (2008).

50 להרחבה על היחס בין דיני המדגמים לבין דיני זכות יוצרים ראו דיון בהמשך. יש לציין כי במסגרת תזכיר חוק המדגמים החדש מוצע להכיר בישראל במדגם לא רשום. אפשרות זו בהחלט תוכל לחול על תוצרים קולינריים מהסוג המתואר במאמר זה ולהעניק הגנה נאותה למאפייניהם החזותיים. ראו ס' 63 לתזכיר חוק המדגמים, התשע"ג-2013.

שתי מערכות דינים אחרות כמעט אינן רלוונטיות לשלושת ההיבטים שתיארתי של תוצרים קולינריים מתחום המטבח העילי. הכוונה היא לדיני סימני המסחר, שמטרתם העיקרית היא מניעת הטעייה של צרכנים, ולדיני העוולות המסחריות בכלל והעוולה של גנבת העין בפרט, שמטרתם להגן על המוניטין של הבעלים של מוצר או של שירות מסוימים.⁵¹ בכל הנוגע למנות גורמה, מעטים המקרים שבהם מנה מסוימת מזוהה מראש על ידי הציבור עם יוצר מסוים ולכן האפקטיביות של דינים אלו פחותה בהקשר זה. עוולה מסחרית נוספת שיכולה להיות רלוונטית לתחום המטבח העילי היא גזל סוד מסחרי. "סוד מסחרי" מוגדר בסעיף 5 לחוק עוולות מסחריות כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו". מובן שסוד מסחרי יכול להיות גם ידע על אודות הרכיבים של מנה מסוימת והתהליכים הנדרשים להכנתה. הגנת הסוד המסחרי יכולה להועיל לשפים כדי למנוע גנבה של ידע זה על ידי מתלמדים וטבחים העובדים תחתיהם.⁵² עם זאת, עוולה זו אינה מגנה על הבעלים של סוד מסחרי מפני הנדסה חוזרת של המוצר הסופי.⁵³ בתחום המטבח העילי (והקולינריה בכלל) שפים רבים יהיו מסוגלים לשחזר את הרכיבים והתהליכים של מנת אוכל רק על ידי התבוננות וטעימה, ובכך לא יגזלו את הסוד המסחרי.

בכל הנוגע לדיני זכות יוצרים, המסלול המתאים והצפוי ביותר הוא פנייה להגנה על התוצרים הקולינריים הספרותיים – מתכונים ותהליכי הכנה; אך תחילה יש לעמוד על כמה עקרונות יסוד בדיני זכות יוצרים. דינים אלה מגנים, עקרונית, על יצירות מקוריות שקובעו בדרך כלשהי.⁵⁴ בית המשפט העליון הישראלי נדרש פעמים אחדות לדרישת המקוריות בזכות יוצרים. בשני פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות נסקרו בהרחבה דרישת המקוריות והתפתחותה בדין הישראלי.⁵⁵ בית המשפט העליון הגדיר שלושה רכיבים בדרישת המקוריות שהוכחתם הכרחית להגנה על יצירה באמצעות זכות יוצרים: מבחן המקור, מבחן ההשקעה

- 51 ראו, בהתאמה, ע"א Adidas Solomon AG 563/11 נ' יאסין, פס' 8 לחוות הדעת של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.8.2012); ע"א 5066/10 שלמה א. אנג'ל בע"מ נ' י. את.א. ברמן בע"מ, פס' 7-9 לחוות הדעת של השופט עמית (פורסם בנבו, 30.5.2013). לסקירה של המשפט האמריקני בהקשר זה ראו Cunningham, לעיל ה"ש 6, בעמ' 28-32. ברור שלדינים אלו יכולה להיות חשיבות ניכרת ליצרנים של תוצרים קולינריים הפועלים במסגרות שיווק מסחריות דוגמת תחום המזון המהיר או מפעילים רשתות של מסעדות. גם בתחום המטבח העילי, ככל שחזות של מנה מסוימת מזוהה על ידי הצרכנים עם שף מסוים במובהק הרי שהעוולה של גנבת עין תוכל להגן על אותו שף מהכנת מנות הדומות חזותית – עד כדי הטעות – על ידי מתחרים.
- 52 בהקשר זה ראו את אחת מנורמות ההתנהגות שעליהן עמדו פושאר ופון היפל; ראו Fauchart & Von Hippel, לעיל ה"ש 41.
- 53 ראו ס' 6(ג) לחוק עוולות מסחריות.
- 54 ס' 4 לחוק זכות יוצרים קובע כי "זכות יוצרים תהא כאלה: (1) יצירה מקורית [...] המקובעת בצורה כלשהי".
- 55 ראו ע"א The FA Premier League Limited 8485/08 נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (פורסם בנבו, 14.3.2010) (להלן: עניין פרמייר ליג); ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב, פס' 11-15 (פורסם בנבו, 18.11.2013) (להלן: עניין סייפקום).

ומבחן היצירתיות.⁵⁶ בכך דחה בית המשפט את הגישה שלפיה די בהשקעה פרי עמלו של היוצר בלבד.⁵⁷ עיקרון יסודי נוסף בדיני זכות יוצרים הוא שההגנה אינה חלה על רעיונות אלא על רק על דרך ביטויים.⁵⁸ ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי מבוססת על תפיסה שלפיה הגנה על רעיונות שתאפשר למנוע שימוש בהם על ידי אחרים תסכל את המטרה המרכזית של דיני זכות יוצרים – עידוד יצירה והותרה של די "חומר גלם" בנחלת הכלל.⁵⁹

המסגרת הראשונה שיצירה צריכה לעבור כדי לזכות בהגנת זכות יוצרים היא שיוך לאחד מסוגי היצירות שחוק זכות יוצרים מכיר בהם כמזכים בהגנה. אחד מסוגי היצירות הנקוב בסעיף 4 לחוק הוא יצירה ספרותית, ואין מחלוקת שמתכוון כתוב עונה על הגדרה

- 56 הכוונה במבחן המקור היא שמקור היצירה הוא ביוצר ולא במקור חיצוני אחר (דוגמת יצירה קודמת). מבחן ההשקעה בוחן את מידת ההשקעה והמאמץ שהשקיע היוצר ביצירתו. מבחן היצירתיות בוחן אם היצירה כוללת רכיב יצירתי, אם כי רף היצירתיות הוא נמוך מאוד ודי ביצירתיות מזערית כדי לעמוד במבחן זה. להרחבה ראו ע"א Interlego A/S 513/89 נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 164-165 (1994) (להלן: עניין אינטרלגו); עניין פרמייר ליג, לעיל ה"ש 55; עניין סייפקום, לעיל ה"ש 55. אף שמבחן המקור נזכר על ידי בית המשפט בכמה מקרים (דוגמת ע"א Krone AG 3422/03 נ' ענבר פלסטיק משוריין, פ"ד נט(4) 365, 378 (2005), וע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 (1985)), המבחן אומץ כרכיב מובחן בדרישת המקוריות רק בעניין סייפקום, לעיל ה"ש 55. להרחבה על דרישת המקוריות בדיני זכות יוצרים ועל מקוריות כמקור ראו מיכאל בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב 347, 355 (2002).
- 57 עניין אינטרלגו, לעיל ה"ש 56, בעמ' 165, 169. בכך אימץ בית המשפט העליון הישראלי את הגישה של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991).
- 58 5 לחוק זכות יוצרים קובע כי "זכות יוצרים ביצירה כאמור בסעיף 4 לא תחול על כל אחד מאלה, ואולם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים: (1) רעיון; (2) תהליך ושיטת ביצוע [...] (4) עובדה או נתון [...]". מכך עולה שגם עובדות, נתונים, תהליכים ושיטות ביצוע לא יהיו מוגנים בזכות יוצרים. בדומה, החוק האמריקני קובע: "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work". 17 U.S.C. § 102(b) (8)2 לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, כתב פריס, 24 ביולי 1971, כ"א 58, 11 (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1.1.2004) (להלן: אמנת ברן) קובע כי "ההגנה שבאמנה זו לא תחול על חדשות היום ולא על עובדות שונות בעלות אופי של ידיעות עיתונאיות גרידא".
- 59 ראו, למשל, טוני גרינמן וזכויות יוצרים כרך א 75 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן א); תמיר אפורי חוק זכות יוצרים 109-110 (2012); נימר הסביר שעיקרון זה מבוסס, בין היתר, על הזכות החוקתית האמריקנית לחופש הביטוי, אם כי הדוקטרינה משפיעה פחות על שאלת ההגנה הראשונית על יצירה באמצעות זכות יוצרים והיא רלוונטית יותר לשאלת ההפרה ולדמיון הנדרש בין יצירות כדי לגבשה. ראו MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON 1 COPYRIGHT § 2.03[D] (2014) (להלן: Nimmer on Copyright).

זו.⁶⁰ החוק האמריקני וגם החוקים בכל המדינות החתומות על אמנת ברן מכירים ביצירה ספרותית כיצירה שיכולה לזכות בהגנת זכות יוצרים.⁶¹ אולם, חרף העובדה שדיני זכות יוצרים מכירים עקרונית באפשרות להגן על מתכונים כיצירות ספרותיות, במרבית המקרים לא צלחו ניסיונות לזכות בהגנה משפטית על מתכונים.

במקרה המצוטט ביותר הנוגע לזכות יוצרים על מתכון דן בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השביעי בתביעה שהגישה חברת Meredith. החברה עסקה בפרסום של מגזינים וספרים הכוללים מתכונים, ורשמה זכות יוצרים בפרסום שכלל חמישים מתכונים המבוססים על יוגורט. התביעה הוגשה נגד חברה מתחרה שפרסמה 12 מתכונים מתוך הפרסום המוגן של חברת Meredith.⁶² בית המשפט דחה את התביעה משום שרשימת הרכיבים שבמתכון לא ענתה על דרישת המקוריות: מדובר בעובדות בלבד ואלה אינן מוגנות. שיקול נוסף לדחיית התביעה היה שתיאור השימוש באותם רכיבים לצורך ייצור המנה נכנס בגדר שיטה או תהליך שאינם מוגנים בזכות יוצרים.⁶³ עם זאת הדגיש בית המשפט כי יהיו מקרים שבהם מתכונים יזכו להגנת זכות יוצרים – אך רק אם הביטוי הגלום בהם ישתרע מעבר לרשימת הרכיבים ותהליך ההכנה.⁶⁴

בישראל, בית המשפט השלום בתל אביב-יפו דן בתביעה שהגיש מגזין האוכל "על השולחן" נגד אורט ישראל, בטענה שהאחרון העתיק מתכונים לעוגות גבינה של קרין גורן שפורסמו במגזין "על השולחן". בית המשפט התבסס לצורך הדיון על עניין Meredith שהובא לעיל וקבע כי "בנסיבות אלו, הרי שאין מחלוקת אמיתית על כך, שמתכון כשלעצמו אינו נכנס לגדר יצירה המוגנת לפי דיני זכויות היוצרים".⁶⁵ גם במקרה זה הדגיש בית המשפט כי "מתכונים עשויים להיות מוגנים ולהיכנס לגדר יצירה ספרותית אם יש בהם מידה של יצירתיות ולא רק העברת מידע בלבד".⁶⁶

אם כן, אפשר להבין שההגנה של דיני זכות היוצרים על מתכונים ועל תהליכי הכנה של מנות כיצירות ספרותיות היא דלה מאוד. זאת, בעיקר בשל העובדה שמתכון המהווה

60 ס' 4 לחוק זכות יוצרים נוקב בסוגי יצירות אלו: "יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית או יצירה מוסיקלית [...]". ליצירה אמנותית יכולה להיות רלוונטיות לתוצרים קולינריים אך לכך אייחד דיון בחלק הבא.

61 ס' 2 לאמנת ברן קובע כי "הביטוי 'יצירות ספרותיות ואמנותיות' כולל כל יצירה בתחומי הספרות [...]". כך גם נקבע בחוק האמריקני: "Works of authorship include the following categories: (1) literary works". 17 U.S.C. § 102(a).

62 *Publ'ns Int'l, Ltd. v. Meredith Corp.*, 88 F.3d 473, 475 (7th Cir. 1996) (להלן: עניין Meredith).

63 שם, בעמ' 480-481. בית המשפט הפנה להנחיות של משרד זכות היוצרים האמריקני, שלפיהן רשימת רכיבים היא דוגמה ליצירה שלא תזכה להגנת זכות יוצרים: C.F.R. § 202.1 37.

64 עניין Meredith, לעיל ה"ש 62, בעמ' 481.

65 ת"א (שלום ת"א) 64045/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל, פס' 10(7) (פורסם בנבו, 10.5.2007).

66 שם, בפס' 10(3). דרך ניתוח זו שימשה את בתי המשפט בארצות-הברית גם במקרים מאוחרים לעניין Meredith. ראו: *Harrell v. St. John*, 792 F. Supp. 2d 933, 942-43 (S.D. Miss. 2011); *Barbour v. Head*, 178 F. Supp. 2d 758, 764 (S.D. Tex. 2001).

רשימה של חומרי גלם הדרושים להכנת מנה הוא למעשה רשימה של עובדות שכאמור אינן מוגנות בזכות יוצרים, וכך גם תהליכי ההכנה המוחרגים מדיני זכות היוצרים במפורש.⁶⁷ מעבר לכך, גם אם אפשר היה להגן על מתכונים ותהליכי הכנה של מנות גורמה, הדבר לא היה מאפשר ליוצרים של תוצרים קולינריים אלו למנוע את הפקת המנות עצמן על פי יצירות ספרותיות אלה.⁶⁸ זאת, משום שגם כשאפשר להגן בזכות יוצרים על יצירה הכוללת מידע שימושי – כמו הסבר על תהליך או שיטת ביצוע העולה כדי מוחשי – הגנה זו לא חלה על פעולות שהן יישום של מידע שימושי זה וודאי שלא על התוצרים הנובעים מכך.⁶⁹ אפשר לטעון כי כלל לא ברור שהגנה על מתכונים בכלל נחוצה בתחום המטבח העילי. יהיו מקרים שבהם גם גישה למתכון והעתקתו לא תאפשרנה להכין את מנת האוכל עצמה, וזאת בשל הצורך בכישורים ובניסיון של השף שיצר את המתכון. טענה זו אפשרית והיא עשויה להיות נכונה כשטבח חובב, או שף שכישוריו נופלים מאלו של יוצר המתכון, מבקש להשתמש בו. עם זאת, כשמדובר בשפים מקצועיים הפועלים כולם בתחום המטבח העילי, במקרים רבים אפשר יהיה לכבוע את מנת האוכל בדיוק רב יחסית על פי המתכון שלה.⁷⁰ לשאלה אם אפשר להגן בזכות יוצרים על ההיבט השלישי של התוצרים הקולינריים – החזות הסופית של המנה – אפנה בחלק הבא.

2. פתרון אפשרי במסגרת דיני זכות יוצרים: מנת גורמה כיצירה אמנותית

בחלק הקודם עמדתי על אי-ההתאמה של דיני הקניין הרוחני בכלל ושל דיני זכות היוצרים בפרט להעניק הגנה ראויה לתוצרים קולינריים; כן עמדתי על כך שגם במקרים שבהם יזכו ההיבטים הספרותיים של אותם תוצרים – מתכונים – להגנה, לא יהיה בכך לסייע ליוצרים בתחום המטבח העילי. אי-ההתאמה זו הובילה כמה כותבים להציע דרכים להגן על תוצרים קולינריים במסגרת דיני זכות יוצרים – לא דרך ההיבט הספרותי של התוצרים אלא דרך

67 חשוב לציין שדיני זכות יוצרים מאפשרים להגן על מאגר של עובדות ככל שיש מקוריות בסידור ובארגון של המידע הכלול בו. ראו ס' 4(ב) לחוק זכות יוצרים, הקובע כי "מקוריות של לקט היא המקוריות בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים שבו".

68 ראו *Nimmer on Copyright*, לעיל ה"ש 59, בס' 18.2.11.

69 כלל זה מבוסס על פסיקה של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1880). הכלל אומץ על ידי בית המשפט העליון בישראל במסגרת עניין *סייפקום*, לעיל ה"ש 55, בפס' 21, שם קבע השופט דנציגר:

לצורך המחשה, נניח כי חברה מייצרת מוצר חשמלי מסוים שאינו מוגן בפני עצמו בזכות יוצרים. לצורך הייצור, יוצרת החברה שרטוטים המהווים יצירה מוגנת [...] חברה מתחרה לא תהיה רשאית להעתיק את השרטוטים, אך בהנחה שהמוצר עצמו לא מוגן בפטנט או במדגם תוכל החברה המתחרה לייצר את המוצר על בסיס השרטוטים מבלי להפר זכות יוצרים. אומר כבר עתה כי הבחנה אחרונה זו מקובלת עלי ודעתי היא כי יש לאמצה.

הכלל נזכר גם בת"א (מחוזי י-ם) 854/83 *Thorn Emi Appliances* נ' אלקטרו-נוע, פ"מ התש"ן(2) 273, 286 (1983), שם הדגים השופט י' בזק את הכלל באמצעות דוגמת המתכונים.

70 ראו, למשל, את המקרה של השף וויקנס שהובא לעיל בה"ש 4.

חזותם הסופית. בחלק זה אבחן את ההצעות שהועלו במסגרת הדין האמריקני ואת ההצדקות שבבסיסן, ואציע דרך דומה להגנה על מנות גורמה במסגרת המשפט הישראלי. אוסטין ברוסרד (Broussard) ביקר את חוסר הנכונות של בתי המשפט בארצות־הברית להגן על מתכונים. לטענתו מתכון הוא דרך ביטוי מסוימת לקיבוע של תוצר אמנותי קולינרי בדיוק כשם שתווים הם ביטוי כתוב ליצירה מוזיקלית.⁷¹ לתפיסתו, החזות הסופית של מנת אוכל עונה על דרישת הקיבוע בדין האמריקני, ולכן מבחינה משפטית ותפיסתית עליה להיחשב בפני עצמה כ"יצירה". ברוסרד הוסיף בהקשר זה כי ככל שאפשר לתפוס את החזות הסופית של מנת האוכל כיצירה, אפשר גם לראות את המתכון שבבסיסה כדרך ספרותית להביע את היצירה, ולכן ככל שהמנה תזכה להגנה – כך גם המתכון שלה צריך לזכות להגנה.⁷²

מבחינה מהותית, ברוסרד ביסס את טענתו על כך שהחזות הסופית של תוצרים קולינריים יכולה להיות יצירת אמנות במונח זה שיש להם ערך מבטא (expressive) ואסתטי. ברוסרד סקר תפיסות פילוסופיות של אוכל כאמנות והסביר שאין הבדל מהותי בין הערך האמנותי של אוכל לבין אמנויות אחרות.⁷³ מבחינה טכנית הסביר ברוסרד כי לשון החוק האמריקני מאפשרת הגנה על החזות הסופית של מנות אוכל במסגרת ההגדרה של יצירת אמנות שימושית. בשונה מהחוק הישראלי, החוק האמריקני מונה רשימה פתוחה של סוגי יצירות היכולות להיות מושא להגנה של זכות יוצרים.⁷⁴ סוג אחד הוא יצירות "תמונתיות", גרפיות או יצירות פיסול.⁷⁵ סוג זה של יצירות מוגדר ככולל יצירות של אמנות שימושית או מלאכה אמנותית, אך החוק האמריקני קובע במפורש כי העיצוב של יצירה שימושית יהיה זכאי להגנת זכות יוצרים רק ככל שיש לו מאפיינים גרפיים היכולים להתקיים – וניתנים לזיהוי – במנותק מההיבטים השימושיים של אותה יצירה.⁷⁶

ברוסרד הסביר שמנת אוכל מהווה יצירת אמנות שימושית במונח זה שיש לה ערך שימושי מובנה בכל הנוגע למאפיינים התזונתיים שלה ולעובדה שהיא נצרכת, בין היתר, לצורכי קיום.⁷⁷ עם זאת טען ברוסרד כי אין ספק שלחזות הסופית של מנות אוכל יכול להיות ערך אסתטי נפרד מהערך השימושי שלהן, ולכן הן צריכות לזכות בהגנה של זכות יוצרים. ברוסרד הבהיר שהגנה כזו תחול רק על המאפיינים האמנותיים הוויזואליים של המנה ולא

71 Broussard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 715. הבחנה דומה הציעה מאלה פולק (Pollack), שהקבילה גם היא בין מנות אוכל לבין יצירות מוזיקליות; על הצעתה ארחיב בהמשך. ראו Malla Pollack, Note, *Intellectual Property Protection for the Creative Chef, or How to Copyright a Cake: A Modest Proposal*, 12 CARDOZO L. REV. 1477, 1499 (1991).

72 Broussard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 716.

73 שם, בעמ' 717-721. לשאלות האסתטיות הנוגעות לאוכל ולמטבח עילי בפרט, כמו גם לשאלות כלליות יותר הנוגעות לאסתטיקה במסגרת דיני זכות יוצרים, אקדיש דיון נרחב בהמשך.

74 ראו 17 U.S.C. § 102(a) ("Works of authorship include the following categories [...]"). ראו גם NIMMER ON COPYRIGHT, לעיל ה"ש 59, בס' [A]2.03.

75 17 U.S.C. § 102(a)(5).

76 שם, בס' 101.

77 Broussard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 723.

על הערך האמנותי הגלום בטעמיה, וזאת בשל הנטייה הפילוסופית והמשפטית להתעלם מהחווים ה"נמוכים" דוגמת טעם וריח, בניגוד לראייה ולשמיעה.⁷⁸ הצעה נוספת, שהביאה פולק, ביקשה להתמודד, בין היתר, עם הבעיה האחרונה שלפיה דיני זכות היוצרים במתכונתם הנוכחית אינם רגישים דיים כדי להגן על טעמים וריחות הגלומים ביצירה. לטענתה, בכל הנוגע לתוצרים קולינריים המשמשים גם לאכילה וגם להבעת ביטויים אמנותיים על ידי היוצר, אין סיבה טובה שדיני זכות יוצרים לא יחולו גם על יצירות אלה – וגם בהיבט של טעמיהן, המבחינים בינן לבין יצירות אחרות.⁷⁹ נקודת המוצא של פולק לדין מתמקדת גם היא באי-ההתאמה של דיני הקניין הרוחני בכלל ושל דיני זכות היוצרים בפרט להגן על תוצרים קולינריים מסוגים שונים. פולק הסבירה שגם אם במאה השמונה-עשרה אוכל לא נתפס כענף אמנותי, בתקופה המודרנית הוא מהווה אמנות לכל דבר, הכוללת היבטים ויזואליים אך גם טעמים, טקסטורות וארומות.⁸⁰ יתרה מזו: פולק טענה שאין כל מניעה להגן על יצירות בעלות אופי שימושי, בדומה לדין לעיל, וכי תפיסות אסתטיות מודרניות אינן מבחינות בין הערך של אמנות שימושית לבין זה של תרבות גבוהה.⁸¹ בשים לב לכל אלו הציעה פולק להכיר בקטגוריה חדשה של יצירות במסגרת חוק זכות יוצרים האמריקני – "צורת אמנות אכילה" (edible art form) – שתכלול לא רק את ההיבט החזותי של תוצרים קולינריים אלא גם את הטעמים והטקסטורות של המנה.⁸² בדומה לפולק טען גם בוקפוסקו (Buccafusco) שיש לזהות את מנת האוכל עצמה כמושא להגנה של זכות היוצרים. לטענתו, בתי המשפט שוגים כשהם לא מגנים על מתכון משום שהמתכון הוא רק דרך מילולית לקבע את מנת האוכל באופן מוחשי, ואם מדובר בתוצר יצירתי כי אז יש להגן עליו. לתפיסתו, מנות אוכל יכולות לשאת ערך מבטא שיש להגן עליו במסגרת דיני זכות היוצרים, ואין הכרח שהמתכון שמתאר את דרך ההכנה של המנה יהווה בהכרח תיאור של עובדות.⁸³

בישראל המצב דומה, אך לדין המקומי יש מאפיינים מעט שונים המשפיעים במידת מה על הדיון. כזכור, חוק זכות יוצרים חל רק על יצירות הנכנסות בגדרי אחד מסוגי היצירה המנויים בו. אחד מאותם סוגים הוא "יצירה אמנותית" שהגדרתה היא "לרבות רישום, ציור, יצירת פיסול, תחרוט, ליטוגרפיה, מפה, תרשים, יצירה אדריכלית, יצירת צילום ויצירת אמנות שימושית" [ההדגשות הוספו]. מחד גיסא אפשר לראות שחוק זכות יוצרים מונה במפורש את יצירת האמנות השימושית ככזו העונה על ההגדרה של "יצירה אמנותית". לכן, אפשרות אחת היא שמנת אוכל יכולה לזכות בהגנה של זכות יוצרים תחת הגדרה זו באופן דומה לניתוח האמריקני. מאידך גיסא, המילה "לרבות", שבה נפתחת הגדרת המונח "יצירה אמנותית", יכולה ללמד שיצירת אמנות חזותית יכולה לזכות בהגנת זכות יוצרים גם ללא שיוך לאחת הדוגמאות המנויות בהגדרה. תחת אפשרות זו, מנת אוכל – או יצירת

78 שם, בעמ' 723-724.

79 Pollack, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1498-1499.

80 שם, בעמ' 1489-1490.

81 שם, בעמ' 1490, 1494-1497.

82 שם, בעמ' 1486.

83 Buccafusco, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1130-1140.

אוכל – יכולה לענות על ההגדרה של "יצירה אמנותית" בלי שצריך יהיה להבין לראות בה יצירת אמנות שימושית.

ההבחנה בין שתי האפשרויות שהצגתי היא בעיקר סמנטית ונראה שאין לה חשיבות ניכרת במישור הדוקטרינרי. זאת, בניגוד לדין האמריקני, שבו החוק מטיל הגבלות מסוימות על הגנת זכות היוצרים של יצירת אמנות שימושית, בשונה מיצירות אחרות. הדין הישראלי שונה. הגבלה ראשונה מופיעה בסעיף 7 לחוק זכות יוצרים, הקובע כי "לא תהא זכות יוצרים כמדגם כהגדרתו בפקודת הפטנטים והמדגמים, אלא אם כן המדגם אינו משמש ואינו מכוון לשמש לייצור תעשייתי". כדי לבחון אם מנת אוכל מוחרגת מחוק זכות יוצרים בשל הוראה זו יש לבחון, ראשית, אם היא עולה כדי מדגם (קווי מתאר חיצוניים של מוצר), ושנית, אם היא משמשת לייצור תעשייתי.⁸⁴ על פני הדברים נראה שהאופי התעשייתי של מדגמים מתאים יותר למנות אוכל תעשייתיות מאשר למנות גורמה, אך מאחר שההגדרה של מדגם מתייחסת גם לתוצרים חזותיים עבודת יד, ייתכן שגם אלו ייכנסו בגדר החריג. שאלות דומות התעוררו בכל הנוגע להגנת זכות היוצרים על מוצרי אופנה, כשבחלק מהמקרים נקבע שהמוצר הוא מדגם ולכן אינו זכאי להגנת זכות יוצרים ובמקרים אחרים – שבהם דובר במוצרים שיוצרו בעותקים ספורים – נקבע כי אין מדובר במדגמים ולכן אלו קיבלו מוצרים אלה את הגנת זכות היוצרים.⁸⁵ מעניין לציין שבמקרה אחד שעסק בפריטי אופנה מסוג תכשיטים נקבע כי אלו זכאים להגנת זכות יוצרים משום שהם עונתיים, ולכן לא סביר לדרוש רישום של מדגם כדי להגן עליהם בשל הקשיים שצוינו לעיל.⁸⁶

84 ראו הגדרת "מדגם" בס' 2 לפקודת הפטנטים והמדגמים. ראו גם גרינמן א, לעיל ה"ש 59, בעמ' 150.

85 תק' 72(א) לתקנות המדגמים קובעת שמדגם במיועד 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 א, לעיל ה"ש 59, בעמ' 151-153.

86 המ' (מחוזי ת"א) 11001/95 מיכל נגריין עיצובים בע"מ נ' שארם – תכשיטים ישראליים מקוריים בע"מ, פס' 3 (פורסם בנבו, 16.11.1995). יש להדגיש שההכרעה במקרה זה התבססה על ס' 22 לחוק זכות יוצרים, 1911, שלפיו יצירה שאינה "ראויה לרישום" כמדגם זכאית 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) 289, 434 (1998), 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 מכוה דיני עשיית עושר. באותו עניין גם הביע השופט זמיר בעמ' 495 ביקורת על היכולת של דיני המדגמים להעניק הגנה ראויה לתוצרי אופנה. ספק אם הנוסח של ס' 7 לחוק זכות יוצרים מ-2007 מאפשר פרשנות זו. ודאי שאפשרות זו לא תעמוד עוד כשיתקבל תזכיר חוק המדגמים. במקרים שבהם נדונה שאלת העתקה של מוצרי לבוש נקבע לרוב כי אלו לא 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.

הגבלה שנייה על הגנת זכות היוצרים על יצירות אמנות שימושית נובעת מהלכת אינטרלגו בדבר ההגנה הכללית על יצירות שימושיות.⁸⁷ באותו עניין 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.⁸⁸ מסננת נוספת זו באה לידי ביטוי בדרישה שכונה הנשיא שמגר "דרישת האמנותיות", ובית המשפט נדרש לשאלה איזה מבחן יהיה המתאים ביותר להוכחת המענה על דרישה זו. הנשיא שמגר מנה שש אפשרויות שיכולות להוות אמת-מידה ראויה לבחינה: מבחן הבחירה, מבחן כוונת היוצר, מבחן קבלת הדבר בציבור, מבחן נכונות הציבור לשלם כסף, מבחן הרמה האסתטית המינימלית ומבחן האמנות לשמה.⁸⁹ לאחר דיון בקשיים שהעלה כל אחד מששת המבחנים⁹⁰ קבע בית המשפט כי המבחן המתאים ביותר למטרות של דיני זכות היוצרים הוא "מבחן הבחירה", שלפיו כשיוצר בוחר בין כמה אפשרויות שאינן מוכתבות אך ורק בהתאם לפונקציה שהיצירה מבקשת למלא, יהיה בכך כדי לצלוח את רף המקוריות הנדרש לצורך הגנה על היצירה באמצעות זכות יוצרים. בעת האחרונה שב בית המשפט העליון ואימץ מבחן זה.⁹¹

נראה כי גם אם החזות הסופית של מנות אוכל תיחשב כדין הישראלי כיצירת אמנות שימושית, אפשר לחשוב על מקרים רבים שבהם הן יצלחו את מסננת מבחן הבחירה וייחשבו ליצירה מקורית הזכאית להגנת זכות יוצרים. כך במיוחד כשמדובר במנות גורמה מתחום המטבח העילי, שצורתן החזותית לרוב אינה נובעת מייעודן השימושי. נראה שלפחות בכל הנוגע להיבטים החזותיים של תוצרים קולינריים הדין הישראלי מאפשר – לפחות עקרונית – להגן עליהם באמצעות זכות יוצרים.⁹²

בחלק זה הראיתי כיצד אפשר להגן על החזות הסופית של מנות אוכל באמצעות דיני זכות יוצרים. בצד האפשרות העקרונית של דיני זכות יוצרים לחול על היבט חזותי זה של מנות אוכל יש לבחון גם את הקשיים הטמונים בכך. יישום של מבחן הבחירה של הדין הישראלי על מנות אוכל, כמו גם יישום של מבחן ההיבט האסתטי המובחן של הדין האמריקני, מעלים שאלות חשובות ומעניינות בכל הנוגע להגנה של זכות היוצרים על תוצרים קולינריים ועל אמנות שימושית בכלל. לשאלות אלה אדרש בפרק הבא, אך קודם לכן אבקש לדון בביקורות כלכליות בעיקרן על עצם ההכרה בתוצרים קולינריים (על שלל היבטיהם) כמושאים אפשריים להגנה של זכות היוצרים.

87 לעיל ה"ש 56.

88 שם, בעמ' 173.

89 שם, בעמ' 179.

90 שם, בעמ' 179-181.

91 ראו עניין סייפקום, לעיל ה"ש 55, בפס' 24-26.

92 לא כך לגבי ההיבטים הקולינריים של המנה, קרי: הטעמים והריחות הגלומים בה. קשה להניח שרכיבים אלו יעלו בקנה אחד עם אחד מסוגי היצירות המנויים בחוק זכות יוצרים; סביר כי הגנה עליהם תצריך שינוי חקיקה בדומה לדין האמריקני ולדיון שערכה פולאק. ראו Pollack, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1486.

3. הגנה של זכות יוצרים על אוכל: פרדוקס הפירטיות והסדרה עצמית

הזכרתי לעיל את הדמיון בין תוצרים קולינריים לבין יצירות אופנה בכל הנוגע לאי-ההתאמה של הממשק בין כל אחד מתחומים אלו לבין דיני הקניין הרוחני. בשני התחומים נראה שדיני הקניין הרוחני אינם מציעים הגנה יציבה ורחבה על התוצרים האמנותיים, וככל הנוגע לדיני זכות היוצרים אי-ההתאמה זו נעוצה בעיקר בהיותם של השניים סוגים של אמנות שימושית הנמצאים על קו התפר שבין דיני זכות יוצרים לבין דיני המדגמים.⁹³ בדומה, שינוי המבנה המשפטי כך שהתוצרים האמנותיים משני התחומים ייהנו מההגנה של דיני זכות יוצרים מעלה קשיים בעלי דמיון רב. בחלק זה אציג קשיים כלכליים בעיקרם, הנוגעים להגנה של זכות יוצרים על יצירות אופנה, ואסביר כיצד הם מתקיימים גם בכל הנוגע להגנת זכות יוצרים על מנות אוכל בכלל ועל מנות גורמה מתחום המטבח העילי בפרט. קשיים אלו יובילו לשאלה המתבקשת – האם בכלל יש צורך בהתערבות של דיני זכות יוצרים בשוק המטבח העילי? במאמר מכונן, שזכה להתייחסות נרחבת בספרות, הציעו ראוסטיאלה וספריגמן (Raustiala & Sprigman) ניתוח של שוק מוצרי האופנה המבקש לאתגר את תפיסת היסוד הבסיסית בדיני זכות יוצרים, שלפיה הגנת זכות יוצרים מעודדת יצירה ולכן הזכות הבלעדית המוענקת ליוצר מוצדקת. המחברים התמקדו בשוק האופנה כמקרה מבחן של שוק משגשג של חדשנות ויצירתיות, הפועל בסביבה שאינה נשלטת על ידי דיני הקניין הרוחני ומאופיינת בהעתקות חוזרות ונשנות של עיצובים.⁹⁴ המחברים הראו כי שוק האופנה אינו מושפע לרעה מהעתקות של עיצובים אלא דווקא משגשג לאורך. הם כינו אנומליה זו "פרדוקס הפירטיות" (piracy paradox) וביקשו להסבירה באמצעות שני מודלים המאפיינים את שוק האופנה – התיישנות מעודדת (anchoring) ועיגון (induced obsolescence).

המודל הראשון (התיישנות מעודדת) מבוסס על כך שפירטי אופנה הם מוצרים המבטאים סטטוס חברתי. הם נהפכים לנחשקים כשקהל מסוים משתמש בהם אך נהפכים ליוקרתיים פחות ככל שיותר אנשים רוכשים אותם. משכך, ככל שיש למוצרי סטטוס חיקויים רבים יותר כך ערכם יורד, והלקוחות המבקשים להחזיק במוצרי סטטוס רוכשים עיצובים חדשים – ובכך משכללים את החדשנות והיצירתיות בשוק האופנה.⁹⁵ המודל השני שהציעו המחברים (עיגון) נוגע לעיגון של הביקוש לעיצוב מסוים בשוק. מודל זה משלים במידה מסוימת את המודל הראשון. הם טענו שכדי לשמר את מעגל התיישנות המעודדת על המעצבים לסמן לקהל מתי עיצוב חדש יוצא לשוק. כדי לעשות זאת עליהם לבסס "טרנד". לטענת המחברים, הפצת העיצוב החדש על ידי העתקות מסייעת למעצבים להעביר את המסר ולסמן לצרכנים מתי האופנה משתנה, מה מגדיר את האופנה החדשה ומה צריך לרכוש כדי להישאר בגדרה.⁹⁶

93 בהמשך אסביר מדוע יצירות אמנות שימושית מעוררות קושי נוסף מבחינת התחולה של דיני זכות יוצרים. ראו להלן פרק ג'.

94 Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy and Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA. L. REV. 1687, 1689 (2006)

95 שם, בעמ' 1718-1721.

96 שם, בעמ' 1728-1729. המפיל וסוק (Hemphill & Suk) מתחו ביקורת מסוימת על המודלים שהציעו ראוסטיאלה וספריגמן. לטענתם, התעלמו ראוסטיאלה וספריגמן מההבחנה בין העתקה מדויקת של תוצרי אופנה לבין יצירות נגזרות (קרי: תוצרים שונים מהתוצרים הקיימים אך

הדמיון בין שוק מוצרי האופנה לבין השוק של תוצרי המטבח העילי בהקשר זה ברור: גם תוצרי המטבח העילי אינם נהנים היום מהגנה רחבה ויציבה של דיני הקניין הרוחני ולכן אפשר לזהות תופעה של העתקות או יצירות נגזרות⁹⁷ לא מורשות בתחום זה. עם זאת, שוק המטבח העילי משגשג ומצליח לייצר תוצרים יצירתיים וחדשניים גם ללא ההגנה של דיני הקניין הרוחני, לפחות לעת עתה. עם זאת, אפשר לטעון שהמודלים שהציעו ראוסטיאלה וספריגמן אינם מתיישבים במלואם עם שוק המטבח העילי. ברוסרד, למשל, טען כי תחום המטבח העילי אינו מאופיין במחזוריות אופנתית ולכן תופעת עידוד ההתיישנות ותופעת העיגון לא יכולות להסביר את פרדוקס הפירטיות ככל שהוא נוגע לשוק זה. עם זאת, הוא הסביר שתוצרים קולינריים מתחום המטבח העילי בהחלט מהווים סמל סטטוס, ולכן הביקוש לסעוד במסעדות גורמה – המציעות חדשנות קולינרית פורצת דרך ומתמחרות את תפריטיהן בהתאם, כפי שסקרתי לעיל – הוא קשיח ואינו נפגע מהעתקות "זולות" יותר של אותם תוצרים קולינריים.⁹⁸

אינני משוכנע שאפשר לפטור בקלות רבה כל כך את תוקף המודלים שהציעו ראוסטיאלה וספריגמן בכל הנוגע לשוק המטבח העילי. בהחלט אפשר לחשוב שתופעת העיגון מסייעת לבסס טרנדים קולינריים באמצעות העתקות או יצירות נגזרות קרובות, גם אם לא באותה

מבוססים עליהם מהותית). לטענתם, יצירת עותקים מדויקים של תוצרי אופנה פוגעת בתמריץ של היוצרים ליצור – בדומה לכל תחום יצירה אחר, ואילו יצירת יצירות נגזרות דווקא משכללת את השוק ותורמת להתפתחותו. Scott C. Hemphill & Jeannie Suk, *The Law, Culture and Economics of Fashion*, 61 STAN. L. REV. 1147, 1180–84 (2009). המפיל וסוק גם הסבירו שההבחנה בין העתקה מדויקת לבין יצירות נגזרות היא מהותית גם בכל הנוגע לציבור הצרכנים: בתחום האופנה הצרכנים מחפשים מצד אחד להתקרנף (flock) ולהיות חלק מזרם צרכני, אך מהצד האחר הם גם מבקשים להיבדל מצרכנים אחרים ולעצב את אישיותם כרצונם. לכן, יצירות נגזרות במסגרת אותו טרנד מאפשרות לצרכנים לענות על שני צרכים אלו ואילו שהעתקות מדויקות לא עונות על הצורך האחרון. שם, בעמ' 1164–1166. לצורך הדיון במאמר זה אינני חושב שביקורת זו משמעותית, משום שגם יצירת יצירות נגזרות מפרה את זכות היוצרים של היוצר הראשון – ולכן גם המפיל וסוק מצדיקים למעשה סטייה מדיני זכות היוצרים בכל הנוגע לשוק האופנה בשל הפרדוקס המאפיין אותו. ראו לעניין זה גם את התגובה של ראוסטיאלה וספריגמן להמפיל וסוק: Kal Raustiala & Christopher Sprigman, Response, *The Piracy Paradox Revisited*, 61 STAN. L. REV. 1201 (2009).

למעשה, גם ראוסטיאלה וספריגמן זיהו את הקשר בין הדיון שלהם על אודות שוק האופנה לבין תחום המטבח היצירתי כשטענו כי תחום אחרון זה שייך למסגרת שהם הגדירו בתור "המרחב השלילי" (negative space) של דיני הקניין הרוחני בדומה לקסמים, לקעקועים ולעיצוב שיער. ראו Raustiala & Sprigman, לעיל ה"ש 94, בעמ' 1765–1775. להתייחסות בהקשר זה גם למופעי סטנדרטאפ ראו Dotan Oliar & Christopher Sprigman, *There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy*, 94 VA. L. REV. 1787 (2008).

98 "יצירה נגזרת" מוגדרת בס' 16 לחוק זכות יוצרים כך: "יצירה מקורית המבוססת באופן מהותי על יצירה אחרת". הכוונה ליצירות המשתמשות בחלקים מהותיים מיצירות מקוריות קיימות תוך שהן מוסיפות עליהן תוספת מקורית בפני עצמה.

99 Broussard, לעיל ה"ש 6, בעמ' 712–714.

תדירות כמו בשוק האופנה.¹⁰⁰ יתרה מזו: העתקות של תוצרים קולינריים בגרסה זולה וזמינה יותר תורמות גם לחינוך קולינרי, המעלה את רף הציפיות הגסטרונומי של כלל החברה ודוחף כלפי מעלה את הביקוש לחדשנות בקרב הצרכנים המעוניינים לצרוך תוצרים קולינריים המשדרים סטטוס. כך, גם התופעה בדבר עידוד ההתיישנות יכולה להיות רלוונטית לתחום המטבח העילי, שכן גם אם תחום זה מתבסס, בין היתר, על מסורתיות ועל תפיסות קולינריות מושרשות, הרי ככל שציבור רחב יותר יצרוך תוצר קולינרי מסוים יהיה צורך להחליפו, לשדרגו או להציע גרסה יצירתית וחדשנית יותר שלו כדי לענות על הביקוש, ומי שיוכל לעשות זאת בצורה הטובה והמהירה ביותר יהיו השחקנים המבוססים בשוק שאינם מתבססים על העתקה לצורך ההיצע הקולינרי שלהם – בדומה לשוק האופנה.

גם אם פרדוקס הפירטיות אינו מתקיים במלואו עצמתו בתחום המטבח העילי, נראה שיש הצדקה רחבה יותר לאי-החלה של דיני זכות היוצרים על תחום זה: אין כשל שוק הדורש תיקון. ההנחה הכלכלית הבסיסית של דיני זכות היוצרים היא שאף שעלות הייצור של יצירות היא גבוהה, עלות העתקתן היא נמוכה, ולכן בהיעדר הגנה מפני העתקה כאמור לא יצליחו היוצרים להחזיר את השקעתם ביצירה ולכן יבחרו לא ליצור מלכתחילה.¹⁰¹ כפי שהראיתי לעיל, תחום המטבח העילי אינו מתאפיין בכשל שוק זה. ראשית, מדובר בשוק משוכלל ומשגשג הרף העובדה שדיני זכות היוצרים אינם מציעים הגנה מלאה ויציבה לתוצריו; שנית, יש מנגנוני הסדרה פנימיים שככל הנראה מאפשרים ליוצרים של תוצרים קולינריים להחזיר את השקעתם ולהמשיך ליצור ולהעשיר את עולם הביטויים. כך, יש כללי התנהגות לא כתובים וכללי אתיקה מפורשים המבססים נורמות של איסור העתקה בקהילת המטבח העילי.

נוסף על השגשוג הכלכלי של שוק המטבח העילי ועל מנגנוני ההסדרה הפנימיים שלו, יש מוסדות פנימיים המסייעים גם הם להשיא את ערך הפעילות בתחום המטבח העילי באמצעות התמקדות במוניטין של שפים. שוק המטבח העילי מאופיין כשוק המציע ללקוחות

100 גם הספרות בתחום המסעדנות והקולינריה מוצאת דמיון רב בין ענף האוכל לבין ענף האופנה ככלל ובין המטבח העילי לבין האופנה העילית בפרט. קיילין גילספי זיהה שמסעדה בתחום המטבח העילי חייב להיות מעודכן בטרנדים האחרונים בשוק האוכל ולעדכן את תפריטו בהתאם, ושפים רבים עושים זאת על ידי העתקה מתפריטים של עמיתיהם. Cailein H. Gillespie, *Gastroscopy and Nouvelle Cuisine: Entrepreneurial Fashion and Fiction*, 96 BRIT. FOOD J., no. 10, 1994, at 19. "Indeed, as *haute-couture* operates in the fashion industry, *haute-cuisine* plays a key role in trend setting, image building and in setting quality standards for the industry as a whole. It operates as a kind of lighthouse in the industry". Surlemont & Johnson בעמ' 578.

101 ראו, למשל, William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright*, 18 J. LEGAL STUD. 325, 328–29 (1989); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 108–15 (2003). ההצדקה הכלכלית היא ההצדקה המרכזית לדיני זכות יוצרים חלק זה מתמקד בה. בתי המשפט בישראל אימצו גם הם הצדקה זו כבסיס של דיני זכות יוצרים. ראו, למשל, עניין אינטרלגו, לעיל ה"ש 167-160 בעמ' 56.

"טובין חווייתיים" (experience goods). פיין וגילמור (Pine & Gilmore) טבעו את המונח "כלכלת חוויות", המתייחס למצבים שבהם עסק גובה כסף (או אמור לגבות כסף) עבור הזמן שבו הלקוח מבלה אצלו.¹⁰² מולר (Muller) זיהה את ענף המסעדות כענף המוכר "חוויה" משום שהלקוחות אינם מגיעים כדי לרכוש מוצר; למעשה, בעצם הגעתם למסעדה הם כבר "רכשו" את הארוחה.¹⁰³ סורלמון וקולין טענו שתחום המטבח העילי הוא שוק מובהק של "חוויות" ולכן הוא מחייב מכשירי איתות אמינים שיאפשרו ללקוחות לקבל החלטות בלי שיצטרכו להשקיע עלויות חיפוש, ותוך מיתון של פערי המידע בינם לבין מנהלי המסעדות.¹⁰⁴ לטענתם, מוסדות הדירוג הם מכשירי האיתות היעילים של השוק, ולמעשה הם משפיעים עליו בצורה מוחלטת – עד כדי כך שהם יכולים לבנות או להרוס מסעדה.¹⁰⁵ מוסדות הדירוג שאליהם התייחסתי לעיל מאותתים לקהל הצרכנים באיזה מסעדות אפשר לצרוך תוצרים קולינריים באיכות הגבוהה ביותר ובכך מייצרים ושומרים על המוניטין של היוצרים של אותם תוצרים. אפשר להניח שכללי הדירוג של מוסדות אלה משקללים, בין היתר, את החדשנות והמקוריות של שפים – וכך גם את הנורמות של איסור העתקה המקובלות בין שפים, מפקחים ביעילות על שוק התוצרים הקולינריים, משכללים אותו ויוצרים למסעדות ערך כלכלי שהצרכנים יכולים לזהות ולפעול על פיו. בשוק הנשלט על ידי מכשירי איתות כאלה, העתקה של תוצרים קולינריים לא תהיה משתלמת ותפגע בערך הכלכלי של המעתיק. מנגד, חדשנות ומקוריות תתוגמלנה לא על ידי הענקת מעין-מונופול רשמי בדמות זכות יוצרים אלא באמצעות מוסדות פיקוח אחרים המאותתים לשוק כי יש להעריך חדשנות זו ולשלם בהתאם.

אם כך הדבר, אין דיני זכות יוצרים הצדקה כלכלית פנימית להתרחב עד כדי הענקת הגנה גם לתוצרים קולינריים מתחום המטבח העילי או מתחום הקולינריה בכלל, משום שהמטרה העיקרית של דיני זכות יוצרים – העשרה של עולם הביטויים הנגיש לחברה על ידי עידוד יוצרים ליצור – מתקיימת גם ללא תחולתם, וכלל לא מתקיים לגביהם כשל השוק שבבסיס דיני זכות היוצרים. בפרק הבא אדון בהצדקות אחרות – לא כלכליות – לאי-החלה של דיני זכות היוצרים על תוצרים קולינריים מהמטבח העילי.

ג. משפט, מטבח עילי ותרבות: על שיפוט אסתטי ושליטה תרבותית

בחלק זה אבקש להציע הצדקה נוספת להימנעות מהגנה על תוצרים קולינריים באמצעות דיני זכות יוצרים. הצדקה זו אינה כלכלית; היא נעוצה בהשפעה התרבותית שתהיה להרחבה של דיני זכות היוצרים כאמור ולעיוות של מערך הכוחות בין יוצרים מסוגים שונים באותו תחום יצירה שאין לו בסיס משפטי ומוסרי. עיוות זה נובע מטשטוש הניטרליות האסתטית

B. Joseph Pine II & James H. Gilmore, *Welcome to the Experience Economy*, HARV. BUS. REV., JULY-AUG. 1998, AT 97; B. JOSEPH PINE II & JAMES H. GILMORE, *THE EXPERIENCE*

ECONOMY: WORK IS THEATRE & EVERY BUSINESS A STAGE 194 (1999)

Christopher C. Muller, *The Business of Restaurants: 2001 and Beyond*, 18 INT'L J. HOSPITALITY MGMT. 401, 403-04 (1999)

104 Surlemont & Johnson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 578, 580.

105 שם, בעמ' 581.

המאפיינת את דיני זכות היוצרים ככל שהדבר נוגע לתוצרים קולינריים. הטשטוש האמור עלול להעניק הגנה ליוצרים הפועלים במסגרת תרבות "גבוהה" ולשלול אותה מאלו הפועלים במסגרת תרבות "נמוכה". הטענה העיקרית היא שבשל הטיות אסתטיות דיני זכות יוצרים יעניקו הגנה יציבה לתוצרים קולינריים מתחום המטבח העילי ולא יגנו כלל על תוצרים קולינריים עממיים. בכך תועבר שליטה תרבותית ליוצרים הפועלים בתחום התרבותי הגבוה ובה בעת תוגבל מאוד הנגישות של קבוצות רבות לאותו תחום תרבותי. לתוצאה זו עלולות להיות השלכות חלוקתיות קשות המצדיקות מחשבה מחדש על המשטר הראוי של זכויות יוצרים.

1. הניטרליות האסתטית של דיני זכות יוצרים

אחת מהנחות היסוד המבססות את דיני זכות יוצרים היא אדישותם המוצהרת לשיפוט אסתטי כקריטריון להגנה על יצירות. עיקרון זה בא לידי ביטוי בפסק דין מכונן של בית המשפט העליון האמריקני כבר בשנת 1903. באותו מקרה נדרש בית המשפט להכריע אם מודעת פרסום לקרקס עולה כדי יצירה מוגנת בזכות יוצרים. לאחר ששתי הערכאות הראשונות קבעו כי אם התוצר הויזואלי נועד לצרכי פרסום בלבד אזי לא מדובר ביצירה אמנותית, הפך בית המשפט העליון את התוצאה. בדעת הרוב שכתב העיר השופט הולמס הערה שצוטטה פעמים רבות בפסיקה ובספרות האמריקנית: "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"¹⁰⁶.

אולם, חרף ההצהרה המפורשת בדבר הניטרליות האסתטית של דיני זכות יוצרים, הועלו ספקות רבים באשר ליכולת של בתי המשפט ליישם ניטרליות כזו בפסיקותיהם. כך, למשל, הציעה איימי כהן כי השיפוט האסתטי הוא חלק בלתי-נפרד מאחת הדוקטרינות הבסיסיות בדיני זכות יוצרים – ההבחנה בין רעיון לבין ביטוי. כהן סקרה קביעות של בתי המשפט בארצות-הברית שנדרשו להכריע בשאלה אם יצירה שנייה מפרזה זכות יוצרים ביצירה ראשונה בשל שימוש בביטויים הגלומים בה ולא ברעיונות בלבד. המסקנה של כהן הייתה שהכרעה בשאלה אם יצירה מסוימת כוללת ביטויים או רעיונות בלבד היא הכרעה אסתטית באשר ליצירתיות הגלומה ביצירה ובהתעלות שלה על המובן-מאליו האמנותי.¹⁰⁷ אלפרד ין (Yen) הסביר גם הוא כי על אף הניסיון של שופטים להימנע מהכרעות אסתטיות ולנמק הכרעות בכל הנוגע ליצירתיות בצורה משפטית בלבד, בפועל הנימוקים ששופטים

¹⁰⁶ Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 251 (1903). הולמס הסביר בעמ' 251-252 מה הן הסכנות הטמונות בשיפוט האסתטי של יצירות כתנאי להגנה עליהן, וציין כי יצירות רבות כלל לא יזכו להכרה הראויה 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.

¹⁰⁷ ראו 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, 229-30 (1990).

מציעים דומים ברוב המקרים לקווי ההנמקה של התאוריה האסתטית. ין הדגים כיצד שופטים עורכים הכרעות אסתטיות במסגרת שלוש דוקטרינות מרכזיות בדיני זכות יוצרים – בחינת המקוריות של יצירה, דוקטרינת היצירות השימושיות ובחינת הדמיון המהותי בין יצירות לצורך קביעת הפרה של זכות יוצרים.¹⁰⁸ בשל העובדה שטיעונים אסתטיים מחלחלים אל הכרעות של שופטים הציע ין שאלו יהיו מודעים יותר לשיפוט האסתטי שהם מבצעים, ויבחרו במודע ובמוצהר קו הנמקה אסתטי לצורך צמצום ההטיות הסובייקטיביות שלהם.¹⁰⁹ כפי שראינו לעיל, חוק זכות יוצרים האמריקני הכניס את הדיון האסתטי לתוך השיח המשפטי במפורש בכל הנוגע ליצירות שימושיות. חוק זה דורש הבחנה בין התכלית השימושית לבין התכלית האסתטית של יצירה כזו ומגן רק על הפן האסתטי.¹¹⁰ אף על פי שהחוק הישראלי לא כולל התייחסות מפורשות לשאלות אסתטיות, גם בתי משפט ישראליים אינם חפים מהכרעות אסתטיות כשהם מיישמים דוקטרינות מרכזיות בדיני זכות יוצרים כפי שתוארו לעיל. הפסיקה הישראלית התייחסה במפורש לבעיות שיצירות שימושיות מעוררות בהקשר של אסתטיקה בפסק הדין המכונן בסוגיה בעניין אינטרלגו.¹¹¹ בחלק הבא אבקש להתמקד בבעיות אלה דרך מקרה מבחן של הגנת זכות יוצרים על יצירות קולינריות בכלל ומתחום המטבח העילי בפרט.

2. אויסטרים, פנינים והסביח של עובד: תרבות גבוהה ותרבות נמוכה בדיני זכות יוצרים

תחום האמנות השימושית, והשאלות שהוא מעורר בכל הנוגע להגנה של זכות יוצרים, הוא אתר בולט לשאלות של שיפוט אסתטי.¹¹² ההגנה של זכות יוצרים על יצירות קולינריות היא מקרה מבחן להגנה על יצירות אמנות שימושית, המאפשר לדון בקשיים המתעוררים

Alfred C. Yen, *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, 71 S. CAL. L. REV. 247, 108
266–97 (1998).

109 שם, בעמ' 302–300. כריסטין פארלי (Farley) הגיעה למסקנה דומה. לטענתה, בתי המשפט נדרשים – לעתים במפורש ולעתים במשתמע – לקבוע מתי אובייקט מסוים עולה כדי יצירת אמנות. בשל המחויבות לניטרליות אסתטית, שופטים מגיעים להכרעות משפטיות ואסתטיות מעוותות חרף נטייתם האינטואיטיבית להנמקה אסתטית. לכן, אם שופטים יאמצו מודעות לניחות תאורטי אסתטי של אמנות הם יוכלו להגיע להנמקה מודעת שתאפשר להם להתמודד עם הנטיות הסובייקטיביות שלהם. ראו Christine Haight Farley, *Judging Art*, 79 TUL. L. REV. 805 (2005).

110 U.S.C. § 101 17.

111 לעיל ה"ש 56. באותו עניין נדרש 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' ויסהוף, פס" 14 לחוות הדעת של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין (פורסם בנבו, 28.8.2012).

112 גם ין זיהה את תחום האמנות השימושית כאחד מהאתרים שבהם דיני זכות היוצרים עוסקים, לעתים במפורש, בשיפוט אסתטי. ראו Yen, לעיל ה"ש 108, בעמ' 275–284.

מהשיפוט האסתטי הנדרש בכל הנוגע ליצירות מסוג זה: כפי שהובהר לעיל, בבחינת ההגנה על יצירות אמנות שימושית שאלות אסתטיות נבחנות במפורש. אולם, בשונה מהקשיים שהועלו בפסיקה ובספרות בכל הנוגע לשיפוט אסתטי של יצירות אמנות במסגרת המשפט, הנוגעים בעיקר לשאלות כלכליות העומדות בבסיס של דיני זכות יוצרים,¹¹³ אבקש להציג קושי לא כלכלי הנוגע להשפעה של דינים אלו על עיצוב התרבות ולהעדפה של קבוצות הפועלות בסביבה אמנותית מסוימת על פני קבוצות אחרות.

במאמרו "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" הדגיש מיכאל בירנהק כי לדיני זכות היוצרים, בדומה לכללים משפטיים אחרים, יש השלכות חלוקתיות ישירות שאינן נוגעות רק לחלוקה כלכלית אלא גם לחלוקה תרבותית, והציע להיות ערים להשלכות אלה ולהישמר מפניהן.¹¹⁴ במקום אחר הציע בירנהק קריאה תרבותית לחוק זכות יוצרים, כזו שתחשוף את המבנים החברתיים שהחוק מניח ונותן להם תוקף.¹¹⁵ אפשר לצפות השלכות חלוקתיות מסוג זה, כמו גם מתן תוקף למבנים חברתיים מסוימים, במסגרת ההרחבה של דיני זכות היוצרים כך שיחולו גם על תוצרים קולינריים. ההשלכה העיקרית שאני מזהה בהקשר זה היא ההבחנה בין תרבות "נמוכה" לבין תרבות "גבוהה" לצורך הגנה על יצירה בזכות יוצרים, אשר לה השלכות חלוקתיות המשפיעות גם על קהל היוצרים וגם על קהל הצרכנים, והיא נובעת מהשיפוט האסתטי הנדרש בכל הנוגע להגנה על יצירות אמנות שימושית כפי שהוסבר לעיל.

לצורך ההמחשה ניטול דוגמה של שני תוצרים קולינריים אפשריים. הראשון הוא מנת הדגל של השף תומס קלר "אויסטרים ופנינים". מדובר במנת פתיחה המוגשת בקערה קטנה ועמוקה ובתוכה קרם זהוב המורכב משילוב של רוטב זכיון ופניני טפיוקה, ומשובץ בשתי צדפות מסוג Island Creek Oyster לצד גבעה אוכלית של קוויאר שחור מסוג Sterling White Sturgeon, הנכללת בתפריט הטעימות של מסעדת הדגל Per Se ומוצעת במחיר של 310 דולר לאדם.¹¹⁶ השני הוא מנת הסביח המוגשת במזנון עובד שבבעלות עובד דניאל. מדובר במנה המוגשת בתוך פיתה ומכילה לרוב, בהתאם לבחירת הסועד, ממרח חומוס, ביצה קשה פרוסה, פרוסות חצילים מטוגנות, סלט ירקות קצוץ, רוטב טחינה ושילוב של רוטב עמבה המבוסס על מנגו וקארי וסחוג אדום המבוסס על פלפלים אדומים חריפים ושום.¹¹⁷ התוצאות של בחינת האפשרות להגן על שתי מנות אלה באמצעות דיני זכות יוצרים לפי דוקטרינת יצירת האמנות השימושית שהוצגה לעיל כמעט ידועות מראש. סביר בהחלט להניח שאפשר יהיה להסביר כיצד מנת האוסטרים והפנינים של קלר מאופיינת באסתטיקה

113 ראו, למשל, את החשש שהביע השופט הולמס הנוגע להגנת־חסר על יצירות שהאיכות האסתטית שלהן טרם הוכרה. עניין *Bleistein*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 251-252. להרחבה ראו גם Farley, לעיל ה"ש 109, בעמ' 810-818.

114 לעיל ה"ש 56, בעמ' 409-410.

115 מיכאל בירנהק "קריאה תרבותית: החוק ושרה היצירה" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 83, 86 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

116 *Daily Menus*, PER SE.; cdn.thomaskeller.com/sites/default/files/media/12.21.2014_dinner_tasting.pdf. חיפוש הצירוף "Oysters and Pearl Per Se" במנוע חיפוש התמונות של גוגל יניב צילומים של המנה.

117 חיפוש הצירוף "הסביח של עובר" במנוע חיפוש התמונות של גוגל יניב צילומים של המנה.

הניתנת להבחנה ולהפרדה מהתכלית השימושית הקולינרית שלה. ההחלטה לשלב דווקא מרכיבים אלו בקומפוזיציה מסוימת זו ודאי אינה נדרשת מהתכלית הפונקציונלית של אכילת אויסטרס או קוויאר, כך ייטען; מנגד, סביר להניח שמנת הסביח של עובד לא תוכר כיצירה אמנותית בעלת תכלית אסתטית נפרדת מהתכלית הפונקציונלית שלה – הזנת העובדים ושבים במנת אוכל משביעה וזולה, המבוססת על רכיבים נפוצים בקרב בתי עסק דומים.

האם תוצאה זו רצויה? האם היא מגשימה את ההיגיון הפנימי של דיני זכות יוצרים? ההבחנה האנליטית בין שתי המנות לצורך סיווגן כיצירה אמנותית אינה יציבה דיה. כך, הרכיבים שעומדים בבסיס כל אחת מהן אינם עולים כדי יצירה מוגנת משום שמקורם אינו ביוצר ולכן הם לא עונים על דרישת המקוריות בדיני זכות יוצרים. עובדה זו נכונה הן לקוויאר השחור, הן לרוטב הזביון הקלאסי והמוכר והן לפרוסות החציל המטוגנות, לכדורי הפלאפל ולממרח החמומס. מתן הגנה למנה הראשונה בשל הקומפוזיציה הייחודית שלה מבוססת על תפיסה אסתטית מסוימת של כוונת היוצר או של השתייכות היצירה למסד בעל אופי אמנותי – בניגוד למנה השנייה.¹¹⁸ האם לא ניתן לחשוב על מנת סביח מסוימת (או אולי אף זו של עובד), שהחזות הסופית שלה תענה על התכלית השימושית של מנה מסוג זה, ועם זאת תזוהה כבעלת איכות אסתטית עורפת על ידי קהל מסוים? חשוב להבהיר שהשאלה אם יש למנה ערך אמנותי במקרים רבים השאלה הראשונה (שהיא מענייניו של בית המשפט) מוכתבת על ידי השאלה השנייה (שלבית המשפט אין בהכרח כלים מתאימים להשיב עליה וייתכן שאף לא נרצה שיעשה כן).

דווקא: כוונתי אינה להרכבת מנה שתשתמש ברכיבים הבסיסיים של מנת הסביח אבל תחליף חלק מהם או תכניס שינוי מהותי בצורה החזותית של כל אחד מהרכיבים או של כולם גם יחד. כך, למשל, ייתכן שמנה שתכלול רכיבים ממנת הסביח, שיאוגדו בתוך פיתה בצבע ורוד המעוצבת בצורת לב, תזכה להגנה של זכות יוצרים. בדומה, ייתכן שפרשנות של המטבח העילי למנת הסביח על ידי דקונסטרוקציה של רכיביה באופן שבו הם יוצגו בצורה חזותית שונה מזו המוכרת, או כשהחזות הכללית תישמר אך ייעשה שימוש ברכיבים חלופיים ו"ייחודיים" יותר, שייצרו אצל המתבונן תחושה יצירתית יותר, תזכה גם היא להגנה של זכות יוצרים. כוונתי היא למנת סביח המכילה את הרכיבים ה"גנריים" שהצרכן יצפה למצוא בה, כשחזותה והמרקמים של רכיביה מעניקים לה ערך אסתטי עדיף על פני מנות הדומות לה בקרב אוכלוסייה מסוימת.

הניתוח האסתטי הנדרש כדי להסביר מדוע מנה מסוג זה צריכה לזכות בהגנה של זכות יוצרים חורג מהגבולות שהמשפט יכול להחיל. בראש ובראשונה, ניתוח אסתטי מלא של מנות אוכל חייב להתייחס גם לאסתטיקה של הטעמים והריחות של האוכל, וההתייחסות זו זרה לדיני זכות יוצרים. יתרה מזו: בחינת הקיום של אסתטיקה המנותקת מהתכלית השימושית של המנה מצריכה לקבוע מהי התכלית השימושית המדוברת. האם, בהקשר של מנת הסביח, התכלית השימושית החזותית היא רק זו הנובעת מהצורך להכניס כמות מסוימת של רכיבים לפיתה – או שמא גם זו שתסמן ללקוח הפוטנציאלי שמדובר במנה שכדאי לו לרכוש? אם

118 להרחבה על אודות תפיסת הכוונה והתפיסה המוסדית במסגרת התאוריה האסתטית ראו Yen, לעיל ה"ש 108, בעמ' 256–260; Farley, לעיל ה"ש 109, בעמ' 843–844.

מדובר באפשרות האחרונה, אפשר לחשוב שגם מנת האויסטרים והפנינים היא נטולת ערך אסתטי הנפרד מהתכלית השימושית שלה.

חוסר היכולת של דיני זכות יוצרים להיות רגישים דיים לשאלות אסתטיות מסוג זה יוצרת העדפה מובנית למעגלים אמנותיים מסוימים המשתייכים לרוב למה שנתפס על ידי חלק מהציבור, וככל הנראה גם על ידי בתי המשפט, כתרבות "גבוהה", שתוצריה מפגינים איכות אסתטית "ברורה" יותר. יתרה מזו: הנכונות להגן על תוצרים קולינריים גבוהים בנקודת זמן מסוימת בהיסטוריה עלולה ליצור שתי הטיות מהותיות. ראשית, נכונות כאמור עשויה להסיט את ההשקעה בתוצרים קולינריים לעבר אותם מעגלים אמנותיים מצומצמים; שנית, היא עשויה ליצור מבנה כוח המעניק שליטה רחבה ביותר על תוצרים קולינריים אומנותיים "חדשים" לעומת גנרליזציה של תוצרים קולינריים שנשמעו בפולקלור ולכן נתפסים כנמוכים יותר.¹¹⁹ אפשרות זו היא דוגמה אחת ליכולת של דיני זכות יוצרים להקנות שליטה תרבותית לקבוצות הפועלות במתחמי יצירה מסוימים. כך, יוצרים הפועלים בתחום האמנות הגבוהה יזכו להגנה מפני העתקה של יצירותיהם וביתרון התחרותי הנובע מכך, ואילו יוצרים הפועלים בתחום האמנות הנמוכה יהיו חשופים להעתקות על ידי גופים גדולים וחזקים מהם ואף לניכוס של תוצרי היצירה שלהם על ידי יוצרים הפועלים במתחמי יצירה גבוהים יותר. לתופעה זו תהיה השלכה חלוקתית על מאזן הכוחות בין יוצרים.¹²⁰

בנקודה זו אפשר לטעון שפתרון ראוי לבעיות שהדין הקיים מעורר כאשר ליצירות אמנות שימושית, היוצר הבחנה אסתטית בין סוגי תרבות, יכול להימצא בדוקטרינה שתעניק הגנת זכות יוצרים לכל היצירות בתחום תרבותי מסוים, ללא קשר למאפיינים האסתטיים שלהן. הצעתה של פולק, למשל, המבקשת להעניק זכות יוצרים ל"צורת אמנות אכילה", עשויה להיות דוקטרינה מתאימה. קבלת סוג יצירות זה כמושא אפשרי להגנה של זכות יוצרים מחריגה אותו מהדוקטרינה של יצירות אמנות שימושית וכך מוציאה אותו מגדר השיח המשפטי על אודות אסטיקה. למעשה, זו הייתה הטענה העיקרית של בוקפוסקו, שביקש לטשטש את ההבחנה של דיני זכות היוצרים בין יצירות הפונות לחושי הראייה והשמיעה

119 בתחום הקולינריה יש לכך חשיבות יתרה בשל היותו תחום שבו ידע מועבר באופן בין־דורי מובהק ואף בין תרבויות שלחלקן יש גישה טובה יותר למשפט ולמימוש זכויות מאשר לאחרות – עובדה בעלת השלכות חלוקתיות נוספות על אלה שתוארנה בהמשך.

120 בניגוד לאמור כאן, בתחומי אמנות אחרים שאינם נתפסים כאמנות שימושית כגון מוזיקה, ציור או פיסול, נראה שההבחנה האסתטית בין תרבות נמוכה לבין תרבות גבוהה אינה משפיעה על שאלת הקיום של הגנת זכות יוצרים. עם זאת, גם בתחומי אמנות אחרים עשויות להיות לדיני זכות יוצרים השלכות חלוקתיות. מולי ואן האולינג (Van Houweling), למשל, טענה שאחת המטרות של דיני זכות יוצרים היא לאפשר חלוקה רחבה יותר של אמצעי תקשורת והשתתפות תרבותית. לטענתה, בעבר הגשימו דיני זכות יוצרים מטרה זו ושימשו כדי לסכסד יוצרים מעוטי יכולת ולאפשר להם להשתתף בעולם היצירה. אולם, עם התקדמות הטכנולוגיה וההתפתחות של מתחמי יצירה חדשים, השתנה היישוב של דוקטרינות מתחום דיני זכות היוצרים כך שהוא מכביד על יוצרים מעוטי יכולת ומגביל אותם במקום לאפשר להם לפעול. ראו Molly Shaffer Van Houweling, *Distributive Values in Copyright*, 83 Tex. L. Rev. 1535, 1540–42, (2005) 1562–66. ואן האולינג טענה בעמ' 1541 גם שדיני זכות יוצרים אמורים להעניק הגנה אף ליוצרים לא מתווכחים.

לכין יצירות הפונות לחושי המישוש, הטעם והריח. לגישתו, הבחנה זו נעוצה בתרבות האסתטית המערבית שכבר אינה רלוונטית בימינו, וכי משעה שהוגים בתחום האסתטיקה הבינו שלחושים ה"נמוכים" יכול להיות ערך מבטא – אין עוד מקום להנחה הבסיסית שלפיה יצירות הפונות לחושים אלו הן בהכרח יצירות של אמנות שימושית.¹²¹ פתרונות מסוג זה אינם חפים מקשיים. ראשית, גם אם נקבל את ההנחה שהחושים ה"נמוכים" יכולים לשאת ערך מבטא זהה לחושים ה"גבוהים" (הנחה שאני מסכים עמה), יישום של תוכנה זו במשפט הוא בעייתי ולו במישור הראייתי. האמרה הידועה "על טעם וריח אין להתווכח" מגלמת את הקושי האפיסטמולוגי בהשוואה אובייקטיבית בין טעמים וריחות – והשוואה כזו תהיה נחוצה כשתבקש הגנה על מנת אוכל בשל הטעם או הריח שלה. שנית, וכאן העיקר: מעבר ליכולת של תוצרים קולינריים להיות תוצרים אמנותיים, הם גם מוצרי צריכה (לעתים יום-יומיים) הנושאים ערך תרבותי. לעצם ההענקה של הגנת זכות יוצרים לתוצרים מסוג זה עלולה להיות השלכה חלוקתית נוספת הקשורה בהבחנה בין תרבות גבוהה לבין תרבות נמוכה, שתשפיע על קהל הצרכנים ועל נגישותם לאותם תוצרים תרבותיים.

בשונה מתחומי אמנות ש"אינה" שימושית (או שתוצריה אינם מוצרי צריכה מובהקים) כגון פיסול, ציור, מוזיקה וקולנוע, שתוצרי האמנות בהם לרוב נגישים לקהל הרחב,¹²² בתחום המטבח העילי אין הדבר כך. כפי שהראיתי לעיל, ארוחה באחת מעשר המסעדות הטובות בעולם תעלה בממוצע כ-932 ש"ח – סכום גבוה והוצאה בלתי-אפשרית עבור מרבית האוכלוסייה. כיום, בהיעדר הגנת זכות יוצרים על מנות גורמה, מחיר זה נובע מהמוניטין ומהיכולות של השף. גם אם מחיר זה לא יעלה בעקבות הענקת הגנה של זכות יוצרים למנות גורמה, יהיה בכך כדי להגביל את הנגישות לתחום אמנות זה מעבר להגבלה הקיימת. זאת, משום שתוצרים קולינריים חדשים ומקוריים לא יזכו לגרסאות זולות יותר ולא יחלחלו לחלקים "נמוכים" יותר של שוק הקולינריה. בכך יהיה כדי להגביל את פוטנציאל ההתפתחות הקולינרית של הקהל הרחב באופן שיש לו השלכה חלוקתית ברורה – מי שיש בכיסו יוכל להיחשף לתחומי אמנות קולינרית רבים יותר מהארס הממוצע. גם בכך יש כדי לחטוא למטרה של דיני זכות יוצרים המבקשים, כאמור, לעודד יצירה כדי להעשיר את עולם הביטויים באופן שיהיה נגיש לציבור.

אפשר להתבונן בנקודה אחרונה זו מכמה זוויות. אפשרות אחת היא לטעון שמדובר בטיעון המבוסס על תפיסות של צדק חלוקתי שהוא חיצוני להצדקות העיוניות לדיני זכות יוצרים, וזאת בניגוד לטיעון הכלכלי, למשל, שהוא פנימי לדיני זכות יוצרים.¹²³ שימוש בהצדקה מסוג זה יהיה משכנע יותר ככל שההצדקה הכלכלית הפנימית לדיני זכות יוצרים תהיה חלשה יותר, ונראה שכך גם במקרה של הגנה על תוצרים קולינריים מתחום המטבח

121 Christopher J. Buccafusco, *Making Sense of Intellectual Property Law*, 97 CORNELL L. REV. 501, 541–46 (2012).

122 האזנה למוזיקה ואף רכישתה, ביקור במוזיאונים וצפייה בסרטים הם לרוב פעילויות הכרוכות בהוצאה כספית נגישה לרוב הציבור.

123 להבחנה בין מתח חיצוני לבין מתח פנימי בהקשר של זכויות יוצרים ראו, Michael Birnhack, *Copyright Law and Free Speech After Eldred v. Ashcroft*, 76 S. CAL. L. REV. 1275, 1292–1305 (2003).

העילי כפי שהראיתי לעיל. שנית, אפשר לטעון ששאלות של צדק חלוקתי וגישה רחבה ליצירות הן חלק בלתי־נפרד מההצדקות העיוניות לזכויות יוצרים.

ברכה וסייד (Bracha & Syed) הדגישו לאחרונה את האפשרות לשקול שיקולים חלוקתיים במסגרת ההצדקות העיוניות הפנימיות לדיני זכות יוצרים.¹²⁴ הם הסבירו כי אפשר להתחשב בשיקולים חלוקתיים במסגרת הפרדיגמה הכלכלית הבסיסית של דיני זכות יוצרים בכמה נקודות, וכי הכרעות שונות המבוססות על חלוקה שווה – בניגוד להשאת התועלת החברתית המצרפית – יכולות להוביל להיקף הגנה שונה על זכות יוצרים.¹²⁵ ברכה וסייד התמקדו בשאלות החוקתיות הרלוונטיות לקהל הצרכנים, קרי: נגישות שוויונית לתוצרים יצירתיים. בין היתר, הם התמקדו במצבים שבהם יהיה מקום לשקול שיקולים חלוקתיים עבור קבוצה מסוימת באוכלוסייה ביחס לדיני זכות יוצרים – קבוצת מעוטי היכולת הכלכלית. לטענתם, אחת הדרכים לעשות זאת היא לזהות מצבים שבהם מדיניות מסוימת של זכויות יוצרים משפיעה על קבוצה זו.¹²⁶ לדעתם, במצבים אלו אפשרות אחת היא להעניק הגנה חלשה יחסית על זכות יוצרים של תוצרים אינטלקטואליים, שיכולת ההנאה של קבוצת מעוטי היכולת מהם מעטה במיוחד.¹²⁷

ברכה וסייד התייחסו לאפשרות שבה שינוי במדיניות ההגנה על זכות יוצרים תשפיע ישירות על היכולת של קבוצות מסוימות לצרוך תוצרים אינטלקטואליים מסוימים אך יש אפשרות נוספת. בהחלט אפשר לחשוב ששינוי במדיניות ההגנה על זכות יוצרים בתחומים מסוימים תשפיע על יכולת הצריכה של תוצרים אינטלקטואליים בעקיפין, במיוחד על ידי הסרה של חסמי הכניסה ליוצרים המסוגלים ליצור יצירות באותו תחום תרבותי שעלותן נמוכה במידה ניכרת – וכך לאפשר נגישות אליהן לקהל רחב יותר של משתמשים.¹²⁸ נראה שתוצרים קולינריים, ואלו מהמטבח העילי בפרט, הם דוגמה למקרה שבו מתאים וראוי לשקול שיקולים חלוקתיים כאלה בעת ההכרעה בדבר משטר זכות היוצרים שיחול עליהם. הסיבה לכך היא שמדובר בתוצרים אמנותיים שיש להם תכלית שימושית והם מהווים, במידה רבה, מוצר צריכה. כפי שהראיתי לעיל, מוצר צריכה זה בתחום המטבח העילי הוא, בלשון המעטה, בלתי־נגיש לאוכלוסיות רבות. קבוצות רבות נותרות מחוץ לתחום תרבותי זה – ואפשר לשנות מצב זה באמצעות אי־הענקת זכות יוצרים לתוצרים קולינריים. כך, יוצרים בתחום זה יוכלו להשתמש בתוצרים קולינריים מתחום המטבח העילי ולהציע אותם במחיר נמוך יותר כך שיהיו נגישים עבור קהלים רחבים יותר. בשל המאפיינים הכלכליים של שוק המטבח העילי, כפי שהסברתי אותם לעיל, נראה גם שלהיעדר ההגנה לא תהיה השלכה ניכרת על הרווחים של השחקנים הפועלים בתחום המטבח העילי, כפי שקורה כיום. עם זאת, חשוב להבהיר שהתייחסות לשיקולים החוקתיים מנקודת מבט שהיא פנימית לדיני זכות יוצרים אינה מחייבת היעדר פגיעה כלכלית בקבוצות יוצרים מסוימות.

Oren Bracha & Talha Syed, *Beyond Efficiency: Consequence-Sensitive Theories of* 124
Copyright, 29 BERKELEY TECH. L.J. 229, 289–99 (2014)

125 שם, בעמ' 296–299.

126 שם, בעמ' 307–308.

127 שם, בעמ' 310–311.

128 ראו Van Houweling, לעיל ה"ש 120, בעמ' 1546.

הקשיים שהצגתי אינם ייחודיים לתוצרים קולינריים ונראה שהם מאפיינים יצירות אמנות רבות הנתפסות כשימושיות.¹²⁹ נוסף על כך – ובדומה לטענות שהבאתי לעיל שלפיהן שיפוט אסתטי קיים גם במקרים שבהם בתי המשפט נדרשים להבחנה בין רעיון לבין ביטוי – קושי זה עשוי להתעורר בסוגי אמנות חדשים המעוררים שאלות המתבססות על דוקטרינה זו.¹³⁰ בכל המקרים הללו, שבהם הכרעות משפטיות המבוססות על שיפוט אסתטי עלולות לשנות מבני כוח תרבותיים וליצור חוסר איזון שאין לו הצדקה במסגרת דיני זכות יוצרים, יש לבחון היטב אם אפשר לאמץ דוקטרינות משפטיות שתוכלנה להתעלות מעל הנטייה לשיפוט אסתטי ולהעניק הגנה שווה ליצירות ממעגלי אמנות שונים. ככל שהדבר נוגע ליצירות אמנות שימושית נראה שאדישות אסתטית זו אינה אפשרית, ולכן יש לשקול בכובד ראש אם להחיל את דיני זכות היוצרים על תחומי יצירה מסוגים אלו מלכתחילה. לכך מצטרפים הקשיים החלוקתיים הנוגעים לנגישות לתוצרים תרבותיים מסוגים מסוימים, המחייבים התייחסות נפרדת ומטים את הכף לעבר שלילת ההגנה של זכות יוצרים או מעבר למשטר "רך" יותר של הגנה במקרים המתאימים.

סיכום

במאמר זה השתמשתי בתחום המטבח העילי ובתוצריו הקולינריים כמקרה מבחן ליחס שבין משפט לבין תרבות. תחילה הראיתי עד כמה תחום המטבח העילי הוא תחום מתפתח ובעל חשיבות כלכלית. עמדתי על ההיבטים הכלכליים המאפיינים אותו והסברתי כיצד השחקנים בשוק זה מסדירים את פעולותיהם באופן עצמי הן באמצעות אתיקה מקצועית כתובה והן באמצעות נורמות התנהגות משותפות שיש להן מנגנון אכיפה פנימי. לאחר מכן הראיתי מדוע המשפט – קרי: דיני הקניין הרוחני – אינם מעניקים הגנה רחבה ויציבה לתוצרים קולינריים בכלל ולתוצרי המטבח העילי בפרט. הסברתי גם איך אפשר להתגבר על אי-התאמה זו והצעתי, לפחות כתרגיל מחשבתי, דוקטרינה שבאמצעותה אפשר להגן על תוצרים קולינריים במסגרת דיני זכות יוצרים.

תרגיל מחשבתי זה אפשר לי להסביר מדוע לא כדאי, וייתכן שאף לא ראוי, להחיל את דיני זכות היוצרים על תוצרים קולינריים. ראשית, הראיתי מדוע – בדומה לתחום האופנה – תחום המטבח העילי עשוי להרוויח מהיעדר תחולה של דיני זכות היוצרים על תוצריו, באופן שיגשים את המטרות הפנימיות של דינים אלו לכל הפחות הראיתי כי הוא מתקיים ומשגשג גם בלעדיהם. שנית, וחשוב מכך, הצגתי את הקשיים החברתיים והתרבותיים הכרוכים בהגנה על תוצרים קולינריים באמצעות דיני זכות יוצרים. אלו נובעים מהקושי של דיני זכות היוצרים לשמור על הניטרליות האסתטית העומדת בבסיסם ככל שהדבר נוגע ליצירות אמנות שימושית. סטייה מניטרליות אסתטית זו עלולה לגרום להטיות במבנה הכוח של מעגלי אמנות מסוימים ולשנות דפוסי פעילות אמנותית, ואולי אף להנציח שליטה

129 דוגמה לכך היא תחום תוצרי האופנה שאליה התייחסתי לעיל.

130 דוגמה לכך היא שאלת הקיום של זכויות יוצרים בצילומים וההבחנה בין צילום כיצירת אמנות לבין צילום כעובדה או כמאגר מידע. להרחבה על אודות שאלות אלה ראו, Justin Hughes, *The Photographer's Copyright — Photograph as Art, Photograph as Database*, 25 HARV. J.L. & TECH. 327 (2012).

תרבותית של יוצרים הפועלים במסגרות מסוימות על יוצרים אחרים. סטייה כאמור גם עלולה ליצור העדפה חלוקתית שתשפיע על היכולת של צרכנים להיחשף ולצרוך תוצרים תרבותיים מסוגים מסוימים.

בשל קשיים אלו, טענתי המרכזית הייתה שראוי כי דיני זכות היוצרים לא יחולו על תוצרים קולינריים. זאת, כדי לאפשר התפתחות חופשית יותר של תחום תרבותי זה מצדם של היוצרים וגם – ואולי בעיקר – כדי לאפשר גישה הולמת לתוצרים קולינריים כמוצרי צריכה תרבותיים. מאמר זה אמנם התמקד בתוצרים קולינריים בלבד אך בהחלט אפשר לחשוב על מוצרי צריכה תרבותיים נוספים שהגנה עליהם באמצעות זכות יוצרים עלולה לגרום קשיים דומים לאלו שתוארו לעיל. הבנה מלאה ומעמיקה של ההשלכות התרבותיות והחלוקתיות של דיני זכות יוצרים יכולה ללמד אם וכיצד ראוי שהמשפט יתערב בתחומי יצירה נוספים המתאפיינים בקשיים אלו וכיצד המשפט מעצב תחומים יצירתיים שונים.