

זכויות יוצרים ותחרות – משוק עותקים למשטר רישוי ניבה אלקין-קורן*

בשנים האחרונות אנו עדים לניסיונם של ספקי תכנה לחזק את שליטתם בשוק בין היתר באמצעות יצירת מערך רישיונות האוסר לבצע מכירה חוזרת של עותקים שהופצו לציבור ומונע היווצרותם של ערוצי הפצה מתחרים. משטר הרישוי נועד להרחיב את מידת השליטה של ספק התכנה בשוק של יצירתו, ולאפשר לספק לשלוט במסחר בעותקים גם לאחר ששווקו למשתמשי הקצה.

משטר הרישוי יוצר אתגר חדש לדיני ההגבלים העסקיים. קניין רוחני מעצם טבעו מעניק לבעליו אגד של זכויות בלעדיות, ואיסורים הנקבעים ברישיון השימוש אינם אלא ניצול שגרתי של זכות הקניין. לכן, הסדרים משפטיים אשר בדרך כלל יהיו כפופים לפיקוח ההגבלים העסקיים בשוק הסחורות עלולים במקרה של קניין רוחני להיוותר מחוץ ל"מסך הרדאר" של דיני ההגבלים העסקיים.

מאמר זה מנסה לפענח את הקשר בין תחרות בשוק היצירות לבין מדיניות מידע המבקשת לעודד יצירה, מחקר ופיתוח. הדיון מתמקד באיסור לבצע מכירה חוזרת של תכנה הנקבע ברישיונות השימוש ובוחר את השלכותיו על התחרות בשוק התכנה. המאמר פותח בהצגת המשטר המשפטי של רישיונות תכנה והמסגרת המשפטית לניתוחו. הדיון מנתח את השימוש במשטר הרישוי כאמצעי לחיזוק השליטה בשוק ואת השלכותיו על התחרות בשוק היצירות. לבסוף פונה המאמר לדון בחשיבותה של התחרות למדיניות המידע. במקרים רבים זכויות רחבות בטכנולוגיה אחת עלולות להקנות שליטה בשווקים טכנולוגיים נוספים, ולהשפיע

* פרופסור חבר, ראש המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה למיכאל בירנהק על הערות מאירות עיניים, לרחל ארידור ולנדיה מוגילבסקי על סיוע במחקר. תודה למוסד שמואל גאמן למחקר מתקדם במדע וטכנולוגיה על התמיכה במחקר זה.

כל אתרי האינטרנט המאזכרים במאמר נצפו באחרונה בפברואר 2006.

אף על עצם היתכנותם. השלכות אלה עלולות להימצא מחוץ להגדרות המקובלות של דיני ההגבלים העסקיים. הדיון עוסק בהשלכות הדינמיות של הפגיעה בתחרות, בקשר בין תחרותיות בשוק לבין מחקר ופיתוח, ובהשלכות של צמצום התחרות על מדיניות מידע.

א. הקדמה. ב. מבירת עותקים למשטר רישיונות. ג. ההיבט המשפטי של המסחר ברישיונות: 1. פרשות אגמה וי.א.ד. אלקטרוניקה; 2. מסחר ברישיונות ודוקטרינת ההפרה התורמת; 3. הפרת זכות יוצרים והפרת חוזה; 4. הפרת תנאי הרישיון – השיבה לחיק הניתוח הקנייני; א. זכויות יוצרים וזכויות בעותקים; ב. דוקטרינת המכירה הראשונה והמעבר ממכירה לרישוי. ד. צמצום דוקטרינת המכירה הראשונה והתחרות במסחר בעותקים: 1. השלכות ישירות על מחיר העותק; א. קביעת המחיר הסופי לצרכן (price fixing); ב. תוספת תמלוגים; ג. זכויות משפטיות וכוה כלכלי; קניין רוחני וכוה שוק; 2. מניעת שוק יד שנייה; 3. הפליית מחירים; 4. קשירה (Tying או Bundling). ה. תחרות בשוק היצירות ומדיניות מידע: 1. מניעת פיראטיות; 2. תמריצים להשקעה במחקר ופיתוח; 3. גישה ליצירות וייקור תהליכי הייצור; 4. המחיר והיבטים חלוקתיים של הגישה ליצירות. ו. סיכום.

א. הקדמה

הסדרת התחרות בשוק טכנולוגיות המידע היא סוגיה שנויה במחלוקת. יש הטוענים כי דיני ההגבלים העסקיים אינם כשירים כלל להסדיר שווקים של טכנולוגיה מתקדמת. דינים אלה עוצבו, לטענתם, כדי להסדיר שווקים מסורתיים ולהתמקד במגמות ביקוש והיצע, ואינם ערוכים לטפל בהשלכות הדינמיות של שינויים טכנולוגיים תכופים.¹ מנגד, יש הסבורים כי די בכללים הקיימים כדי לטפל בהתנהגות אנטי-תחרותית גם בשווקים החדשים.² גישה

1. לדיון בעמדות אלה ראו: Thomas A. Piraino, "A Proposed Antitrust Approach to High Technology Competition", 44 *Wm & Mary L. Rev.* (2002) 65; John J. Flynn, "Antitrust Policy, Innovation Efficiencies, and the Suppression of Technology", 66 *Antitrust L. J.* (1998) 487.

2. ראו: Richard A. Posner, "Antitrust in the New Economy", 68 *Antitrust L. J.* (2001) 925. לטענתו דיני ההגבלים העסקיים נותנים מענה הולם לבעיות של תחרות בכלכלת המידע. הבעיות ביישום דיני ההגבלים העסקיים בכלכלת המידע נובעות מן הקשיים של רשויות האכיפה ובתי המשפט להתמודד עם שינויים מתמידים בטכנולוגיה ובמבנה העסקים.

אחרת מעמידה בספק את עצם הצורך לפקח על התחרות בעידן המידע, וזאת בשל השינויים הטכנולוגיים התכופים. הדינמיות של הטכנולוגיה מבטיחה - לפי גישה זו - כי שום חברה לא תיהנה ממונופולין בשוק זמן רב. טכנולוגיה חדשנית, כך נטען, עשויה להגדיר את השוק מחדש, באופן שטכנולוגיות שהיו חיוניות קודם לכן, ונשלטו בידי שחקני השוק הדומיננטיים, תיהפכנה למיותרות וחברות הטכנולוגיה ששלטו בטכנולוגיות אלו יאבדו מכוחן.³

גם אם נניח כי דיני התחרות יכולים להגן על תחרות בשווקים טכנולוגיים, רבות מן הסכנות הנשקפות לתחרות בשווקים אלה מוסוות תחת כנפי השימוש בקניין רוחני. דיני הקניין הרוחני ממלאים תפקיד מרכזי בכלכלת המידע, משום שהם חולשים על מוצרי מידע, שהם המשאב המרכזי בשווקים המודרניים. בין שמדובר בתרופות או ברציפים גנטיים ובין שמדובר בסרטים ומוזיקה, משחקים אלקטרוניים או תכנות מחשב, דיני הקניין הרוחני מאפשרים להפוך משאבים עתירי מידע אלה למוצרים שניתן לסחור בהם. האם דיני הקניין הרוחני עלולים גם להשפיע על התחרות בתחום היצירות וההמצאות? התשובה על כך היא כמובן חיובית. קניין רוחני מקנה בלעדיות בשוק היצירה או ההמצאה. מדובר במונופולין מכוח החוק, היינו זכות בלעדית לשלוט בשימושים מסוימים ביצירה בתקופת ההגנה.⁴ מצד שני, הזכויות בקניין רוחני מקנות בלעדיות בשוק היצירה

3. הטענה כי השינויים הטכנולוגיים התכופים בעידן המידע מבטיחים כי שום חברה לא תזכה להחזיק בכוח שוק מונופוליסטי לאורך זמן, ועל כן אין עוד צורך בעידן המידע בהחלת דיני התחרות הועלתה, למשל, בדיונים המשפטיים בעניין *Microsoft* בארצות הברית. כפי שמסביר פרופ' Richard L. Schmalensee בחוות דעתו התומכת בעמדת *Microsoft* בהליכים המשפטיים נגד החברה בארצות הברית, בבחינת כוח השוק של חברת *Microsoft*, והתנהגות מונופוליסטית ובלתי תחרותית של החברה, יש לשים לב לקצב ההתפתחות המהיר של המוצרים בשוק התכנה והחמרה ולעובדה שמיקרוסופט עצמה חששה מהתפתחויות טכנולוגיות חדשות. ראו: *United States v. Microsoft Corp.* 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999) (findings of fact); 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (conclusions of law), Direct Testimony of Richard L. Schmalensee, p. 34-36.

הטענה כי קצב ההתפתחות הטכנולוגית והשינויים הטכנולוגיים התכופים מאיינים לחלוטין או מפחיתים את הצורך בסעדים מתחום דיני ההגבלים העסקיים הועלתה גם על ידי ה-Association for Competitive Technology ("ACT"), ארגון מסחרי המייצג כ-3,000 חברות טכנולוגיה, ובהן מיקרוסופט: "In short, because Microsoft's present market power is limited at best and will be further eroded in the near future, there is no need for antitrust remedies..." ראו: *United States v. Microsoft Corp.* 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (final judgment), *Comments of The Association for Competitive Technology* (2002) William E. Kovacic, "Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct", 31 *Conn. L. Rev.* (1999) 1285, p. 1314.

4. קניין רוחני הוא ענף משפטי המסדיר את הזכויות המשפטיות בנכסים לא מוחשיים כגון

או ההמצאה המוגנת, אך לא בשוק המוצר. השאלה אם מונופולין מכוח דיני הקניין הרוחני הנו גם מונופולין במובן הכלכלי תלויה במידה רבה בקיומם של תחליפים ליצירה המתחרים בה בשוק.⁵

מטרת ההגנה המשפטית על הקניין הרוחני היא להבטיח שהיוצר, או מי שהשקיע בהפקת היצירה, יזכה לזמן מוגבל בכלעדיות בשוק, בלעדיות שתאפשר לו להחזיר את השקעתו. הצורך ביצירת מונופולין משפטי מעין זה נובע מהעובדה שיצירות הן בדרך כלל בעלות אופי של טובין ציבוריים,⁶ ועלויות ההעתקה הנמוכות פוגעות בתמריצו של היוצר המקורי ליצור את היצירה מלכתחילה. הליך היצירה מחייב השקעה כלכלית גדולה, אולם משהושלמה היצירה, עלות העתקה אפסית. בלא הגנה משפטית עלולים המתחרים להפיץ עותקים מהיצירה במחיר הקרוב לעלות השולית של יצירת עותק, והיוצר לא יוכל עוד למכור עותקים מיצירותיו במחיר המגלם גם את השקעותיו בהפקת היצירה. החשש הוא שהדבר יפגע בתמריצים להשקיע בייצור מוצרי מידע.⁷ צמצום התחרות נועד אפוא לשרת מטרה כלכלית. השאלה היא מהו היקף המונופולין הדרוש לשם הבטחת תמריצים ובאילו נסיבות הפגיעה בתחרות תהיה רצויה.⁸

המצאות, יצירות מקוריות, מאגרי מידע וסמלים. הזכות היא זכות הפצית (in rem) החלה על שימושים מוגדרים בקניין הרוחני למשך תקופה קצובה. מכוח דיני הקניין הרוחני חייב כל משתמש פוטנציאלי לקבל רישיון שימוש מאת בעל הזכויות, ובעל הזכויות יוכל בדרך כלל למנוע שימוש בלא רישיון באמצעות צו מניעה. מקובל לסווג קניין רוחני את דיני זכויות היוצרים, דיני הפטנטים והמדגמים, זכויות המטפחים, זכויות המבצעים, דיני סימני מסחר, כינויי מקור ועוד. סוד מסחרי, המסווג לעתים קנניין רוחני, מהווה חריג בהקשר זה. סוד מסחרי מקנה הגנה על המידע שבעליו בחר לשמור בסוד ולהימנע מהצורך לחשוף אותו, כמתחייב מרישום פטנט, ומוכה בהגנה לתקופה בלתי קצובה וחוסך בהוצאות הכרוכות בהגשת בקשה לרישום פטנט. בניגוד לזכויות קניין רוחני אחרות, משך ההגנה הניתן לסוד מסחרי, כמוגדר בסעיף 5 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, ס"ח 146, אינו מוגבל בזמן אלא מותנה באמצעים הסבירים אשר נוקט בעל הסוד לשם הגנה על סודיותו.

5. לדיון בשאלה אם קניין רוחני מהווה מונופולין, ראו חלק ה. להלן.
6. המושג "טובין ציבוריים" (public good), שאול מעולם הכלכלה. הכוונה למוצר המאופיין בכך שרבים יכולים לעשות בו שימוש בעת ובעונה אחת, בלי ששימוש של האחד יפריע לשימוש של האחר או יגרע מהנאתו (non-rivalrous). טובין ציבוריים מתאפיינים גם בכך שלא ניתן באופן יעיל להגביל את השימוש בהם בידי אחרים, ולהבטיח כי רק משתמשים מורשים יוכלו להשתמש בהם (non-excludable). לדיון בסוגיה זו ראו חלק ה. להלן.
7. לדיון בסוגיית ההצדקות הכלכליות לדיני הקניין הרוחני ראו: Mark A. Lemley, "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law", 75 *Tex. L. Rev.* (1997) 989.
8. המלומדים Landes ו-Posner מסבירים כי זכות בקניין רוחני עלולה להשפיע על התחרות כאשר היא מאפשרת הגבלת הגישה לקניין מעל ומעבר לדרוש לשם הבטחת היתרון התברתי המגולם בזכות הקניין הרוחני. "... the grant of an exclusive right to intellectual property

דיני ההגבלים העסקיים אינם אוסרים יצירת מונופולין ולכן אין סתירה ביניהם לבין דיני הקניין הרוחני. דיני ההגבלים העסקיים נועדו להבטיח שהמונופולין נוצר כדין, ולכן מבחינה משפטית השאלה היא אם השימוש בקניין הרוחני לצורך יצירת מונופולין נעשה כדין. לצד הפיקוח על בעלי מונופולין, דיני ההגבלים העסקיים יוצרים מנגנוני פיקוח אשר נועדו למנוע פגיעה בתחרות כגון פסילת הסדרים כובלים שנעשו בלא אישור הממונה על ההגבלים העסקיים.⁹ לעתים אופן ניצול הזכויות בקניין הרוחני עלול לאיים על התחרות. אם חברה נשענת, למשל, על זכויות היוצרים בתכנה כדי למנוע פיתוח של מוצרי תכנה משלימים או מתן שירותי תחזוקה לתכנה, הדבר מאיים על התחרות. מצד אחר, הואיל וקניין רוחני מעצם טבעו מעניק לבעליו אגד של זכויות בלעדיות, הסדרים אשר בדרך כלל כפופים לפיקוח בשווקים מסורתיים עלולים במקרה של קניין רוחני להיות מחוץ לתחום דיני ההגבלים העסקיים.

ההגבלות הנקבעות ברישיונות תכנה מהוות דוגמה לכך. בשנים האחרונות אנו עדים לניסיונם של ספקי תכנה לחזק את שליטתם בשוק בין היתר באמצעות הגבלת עבירותם של עותקים ומניעת היווצרותם של ערוצי הפצה מתחרים. מבחינה משפטית הדבר נעשה באמצעות הגדרתה מחדש של העסקה בין ספק התכנה לצרכן: לא עוד מכירת עותק של היצירה, כגון ספר או תקליט, המקנה לרוכש בעלות בעותק. במקום המכירה, אנו מוצאים רישוי: רישיונות שימוש במוצרי מדף, הרשאה להשתמש בקובץ דיגיטלי או מתן גישה ליצירה לפרק זמן מוגדר בכפוף לתנאים המוגדרים ברישיון. רישיונות שימוש מגבילים במקרים רבים את עבירותו (והפצתו) של עותק היצירה אשר נרכש בידי הצרכן, ואוסרים מכירה חוזרת של העותק. במשפט הישראלי ההגנה על זכות ההפצה היא מצומצמת, ולמעשה מכוח החוק אין לבעלים זכויות הפצה בלעדיות, אלא אך ורק זכות למנוע את פרסום היצירה בפעם הראשונה. בנוסף, בכל מה שנוגע לקלטות מוזיקה ווידאו, וכן לתכנה, עודכנה החקיקה בשנים האחרונות באופן שהיא כוללת גם את הזכות הבלעדית להשכיר ולהשאיל קלטות ל"צורכי מסחר".¹⁰ הגבלת המכירה החוזרת של עותק היצירה נועדה אפוא להרחיב את מידת השליטה של ספק התכנה בשוק של יצירתו, ולאפשר לספק לשלוט במסחר בעותקים גם לאחר ששווקו למשתמשי הקצה.

may restrict access to the property more than is necessary to secure the social advantages of property rights" William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003) 374. לדיון בהשפעת הגנות דיני הקניין הרוחני על התחרות בשוק, תוך הדגשת ההבחנה בין שווקים של יצירות אומנותיות ובין שווקים טכנולוגיים, ראו חלק ד. להלן.

9. ראו פרק ב לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128.

10. סעיפים 13, 113 לפקודת זכות יוצרים, 1924, חא"א, 364, (א) 389. כן ראו ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ, פ"ד נו(3) 658 (להלן: עניין עיריית חולון).

משטר הרישוי יוצר אתגר חדש לדיני ההגבלים העסקיים. קניין רוחני מעצם טבעו מעניק לבעליו אגד של זכויות בלעדיות, ואיסורים הנקבעים ברישיון שימוש אינם אלא ניצול שגרתי של זכות הקניין. לכן הסדרים משפטיים אשר בדרך כלל יהיו כפופים לפיקוח דיני ההגבלים העסקיים בשוק הסחורות עלולים במקרה של קניין רוחני להיוותר מחוץ לתחום דיני ההגבלים העסקיים אלא שבניגוד לקניין במיטלטלין או במקרקעין, הזכויות שמקנה קניין רוחני אינן מצטמצמות למוצר, עותק או חלקת קרקע ספציפית. הזכויות חולשות על חידושים טכנולוגיים ומדעיים המהווים חלק ממארג ידע כולל. במקרים רבים זכויות רחבות בטכנולוגיה אחת עלולות להקנות שליטה בשוקים טכנולוגיים נוספים, ולעתים להשפיע אף על עצם היתכנותם. השלכות דינמיות אלה עלולות להימצא מחוץ להגדרות המקובלות של דיני ההגבלים העסקיים.

הגבלת המסחר בעותקים מחזקת את מידת השליטה של בעלי הזכויות בשוק היצירה, ועלולה להשפיע בעיקר על מחיר היצירה ועל השליטה בשוק היצירות. הגבלות מסוג זה לכאורה אינן רלוונטיות לזכויות יוצרים ודינן להיבחן, אם בכלל, לפי דיני ההגבלים העסקיים ודיני הגנת הצרכן, אשר באופן מסורתי התוו את המדיניות המשפטית בסוגיית הסדרת התחרות בשוק. מצד שני, הפגיעה בתחרות באמצעות משטר רישוי עלולה להשפיע גם על הגשמת היעדים של דיני הקניין הרוחני. משטר הרישוי מחזק את שליטתם של בעלי הזכויות בשימוש ביצירתם, בלי שיהיו בו מנגנונים שיבטיחו גישה ליצירות בידי מתחרים פוטנציאליים או בידי הציבור בכללותו.¹¹ מדיניות המידע, כפי שהיא משתקפת בדיני הקניין הרוחני, מחייבת איזון בין מתן תמריצים להשקעה בפיתוח יצירות לבין הבטחת גישה ליצירות. המעבר למשטר רישוי עלול לסכן יעדים אלה בהסיטו את נקודת האיזון שיצרו דיני זכויות היוצרים או דיני הפטנטים בין בלעדיות לבין נחלת הכלל, בין תמריצים ליוצרים לבין גישה ליצירות.¹²

מאמר זה בוחן את הגבלות עבירות העותקים הנקבעות ברישיונות השימוש ומנסה לפענח את הקשר בין תחרות בשוק היצירות לבין מדיניות מידע המבקשת לעודד יצירה, מחקר ופיתוח. הדיון מתמקד באיסור לבצע מכירה חוזרת של תכנה והשלכותיו על התחרות בשוק התכנה. מהי המשמעות של הפגיעה בתחרות מבחינת הגשמת היעדים שדיני הקניין הרוחני מבקשים להגשים? משטר הרישוי מעורר, בנוסף, שאלה חשובה שאיננה פשוטה כלל ועיקר: האם העובדה שמדובר ביצירות המוגנות באמצעות דיני הקניין הרוחני מעוררת שיקולים מיוחדים אשר עשויים לחייב הסדר נבדל?

11. במשפט האנגלי נוסחו כללי ברירת מחדל אשר נועדו להסדיר את הזכויות בקובץ אלקטרוני בהיעדר קביעה אחרת בהסכם. ראו: Copyright Designs and Patents Act, 1988, Ch. 48, §56. על פי הכללים הללו, כאשר עותק של היצירה נרכש כפורמט אלקטרוני בתנאים המתירים לרוכש כחלק מהשימוש בעותק להעתיק, לשנות או להעתיק שינויים, והרוכש מעביר את העותק לצד ג', אוי זכויות הנעבר תהיינה כזכויות הרוכש, אם לא קבע הסכם הרכישה במפורש קביעה אחרת. תחולתו של הסדר זה לענייננו מוגבלת, שכן הוא יחול כאמור בהיעדר הסדר חוזי המתנה עליו מפורשות.

12. ראו דיון בחלק ה. להלן.

שתי פרשות מרתקות אשר נדונו לאחרונה בבתי המשפט המחוזיים מדגימות היטב סוגיה זו, וישמשו ציר מרכזי בדיון שלהלן. האחת היא בש"א (י"ם) 2184/02 Microsoft Corporation נ' **אגמה מחשוב 1999 בע"מ**.¹³ בהחלטה זו הוציא בית המשפט צו זמני המורה לחברת אגמה, בין היתר, "להימנע מלהפריד רישיונות וחלקי תוכנה אחרים שלמיקרוסופט זכות קניין רוחני בהן, מחבילות התוכנה המקוריות או מהרכיבים האחרים של חבילות תוכנה אלו", וכן "להימנע מלייבא או מלסחור ברישיונות ובחלקי תוכנה אחרים אשר למיקרוסופט זכות קניין רוחני בהן, אשר הופרדו מחבילות התוכנה המקוריות והם נמצאים בנפרד מרכיבי התוכנה האחרים של חבילות תוכנה אלה".¹⁴ הפרשה השנייה, בש"א (ת"א) 10843/03 Microsoft Corporation נ' **י.א.ד. אלקטרוניקה**,¹⁵ עסקה במסחר במדבקות המעידות על מתן הרשאה להעתיק תכנת חלונות מעותק מאסטר שבידי מפיץ מורשה אל הדיסק הקשיח (hard disk) של המחשב, כמסחר במוצר עצמאי. נפסק כי המדבקה מהווה אך ורק ראייה חפצית לכך שהתכנה הועתקה למחשב ברשות מיקרוסופט, ואין להפכה "למוצר מדף הראוי לשיווק שלא בהקשר לו יועדה המדבקה". לפיכך סבר בית המשפט כי על פניו רשאית מיקרוסופט למנוע מסחר במדבקות כמוצר עצמאי.¹⁶

המאמר מנתח את ההיסמכות על רישיון השימוש בתכנה של מיקרוסופט בפרשות **אגמה וי.א.ד. אלקטרוניקה** כדי ליצור, יש מאין, הגבלות על הפצתה של התכנה מכוח רישיון השימוש. בחינה זו תיעשה על רקע דיני ההגבלים העסקיים, ובמשקפי דיני זכויות היוצרים. לאחר הצגת המשטר המשפטי של רישיונות תכנה והמסגרת המשפטית לניתוחו (בחלק ב), אדון בחלק ג בהיבטים המשפטיים של משטר הרישוי תוך ניתוח החלטות בית המשפט בפרשות **אגמה וי.א.ד. אלקטרוניקה**. בחלק ד אעסוק בהשלכות של משטר הרישוי על התחרות. בדיון אבחן את ההחלטה לתת תוקף להגבלות ברישיון השימוש בראי התחרות ומנקודת המבט של דיני ההגבלים העסקיים. כן אבחן את השימוש במשטר הרישוי כאמצעי לחיזוק השליטה בשוק, ואת השלכותיו על התחרות בשוק היצירות. בחלק ה אדון בחשיבותה של התחרות למדיניות המידע. חלק זה עוסק בהשלכות הדינמיות של הפגיעה בתחרות, בקשר בין תחרותיות בשוק לבין מחקר ופיתוח, ובהשלכות של צמצום התחרות על מדיניות המידע.

ב. ממכירת עותקים למשטר רישיונות

בשם המאבק בפיראטיות חוזקו בשנים האחרונות זכויות היוצרים והגיעו לממדים חסרי תקדים.¹⁷ הגלובליזציה בתחום הקניין הרוחני, בחסות הסכמי טריפס, הפכה את ההגנה

13. (טרם פורסם) (להלן: עניין אגמה).

14. שם, בפסקה 31-בג.

15. (טרם פורסם) (להלן: עניין י.א.ד. אלקטרוניקה).

16. שם, בעמ' 5.

17. Landes ו-Posner מבססים את הטענה בדבר מגמת ההרחבה של דיני זכויות היוצרים על נתונים כמותיים בנוגע לחקיקה בתחום זכויות היוצרים במשפט האמריקני. ראשית נמצא

על זכות היוצרים בגבולות אמנת ברן לסטנדרט עולמי.¹⁸ בנוסף, לצד הרחבת ההגנה על יצירות באמצעות חקיקת זכויות חדשות או פרשנות רחבה של זכויות קיימות בידי בתי המשפט (הסדרה ציבורית)¹⁹ התפתחה בעשורים האחרונים פרקטיקה של הסדרה פרטית, כגון רישיונות השימוש. רישיון שימוש הנו אמצעי בידי בעל הזכויות לרישוי הזכויות ביצירותיו או המצאותיו. זכויותיו של בעל הקניין הרוחני מוגדרות בחוק והחווה בינו לבין המבקשים להשתמש ביצירתו מגדיר את זכויותיו וחובותיו של המשתמש בנוגע ליצירה. עלייתו של משטר הרישוי קשורה להפצה המונית של עותקים, אשר כולם כפופים לתנאי שימוש אחידים. הדוגמה הבולטת ביותר למשטר רישוי נוגעת להרשאת השימוש

גידול משמעותי במספר המילים בחוק זכויות יוצרים האמריקני בשנת 2000 בהשוואה לשנת 1946 (מ-11,500 ל-124,320 מילים). בנוסף, בעוד הגידול השנתי במספר הדפים בקוד האמריקני הנו 3.6% בשנה, הגידול המקביל בדיני זכויות יוצרים הנו 4.4% בשנה. ראו: Landes and Posner (לעיל, הערה 8), בעמ' 405-419. הסכם טריפט (15 April Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 1994 (להלן: **הסכם טריפט**) נחתם בין מדינות החברות בארגון הסחר העולמי (WTO) באפריל 1994. בהסכם נקבעו סטנדרטים מינימליים להגנת הקניין הרוחני המחייבים את כל המדינות החברות בארגון הסחר העולמי. הסכם טריפט נחתם ביזמת המדינות המפותחות, שהן היצרניות הגדולות של מוצרי מידע, והוא מבטא את העיקרון הקובע ששאלת ההגנה המשפטית על הקניין הרוחני מהווה עניין מסחרי ולכן אכיפתו כפופה למנגנון יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי ומלווה בסנקציות כלכליות. במסגרת זו נדרשו המדינות המתפתחות להקנות הגנה לקניין הרוחני באמצעות הדין המקומי שלהן בתמורה להסדרי סחר עם המדינות המתפתחות. לנוסח ההסכם ראו: [URL: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm]. הסטנדרטיים להגנת זכויות יוצרים, שנקבעו בהסכם טריפט, תואמים ברובם את גבולות ההגנה על זכות היוצרים על פי אמנת ברן (The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) אשר אומצה עוד בשנת 1886. באמנת ברן הכירו המדינות לראשונה בזכות היוצרים. אמנת ברן שונתה משנת 1886 כמה פעמים, וכיום כ-160 מדינות מחויבות לה.

מגמת הרחבת זכות היוצרים בארצות הברית, למשל, מתבטאת בחוקים חדשים כגון ה-Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998), אשר נועד להתאים את דיני זכויות היוצרים לעידן הדיגיטלי, ובין היתר מוסיף לאגד זכויות היוצר את הזכות לשלוט בגישה ליצירה בפורמט דיגיטלי, וכן אוסר לפתח, לייצר ולהפיץ אמצעים שנועדו לעקוף את ההגנה טכנולוגית על יצירות. ה-Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998) (CTEA) האריך את תקופת ההגנה על זכות היוצרים לשבעים שנה ממות המחבר. באירופה, למשל, הוספה זכות ההעמדה לרשות הציבור. ראו: Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Article 3, May 2001. השוו לסעיף 14 להצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה-2005, ה"ח 1116. וכן ראו דיון בחלק ב. להלן.

בתכנות מחשב. רישיונות שימוש (End User License Agreements - EULA) התלוו בתכנות המחשב כבר מראשית ימיה של תעשיית התכנה בשנות השבעים. תכליתם המקורית של רישיונות השימוש בתכנות מחשב הייתה להקנות הגנה לספק התכנה מפני העתקה בלתי מורשית. הסדרים חוזיים אלה היו חיוניים במיוחד נוכח חוסר הוודאות המשפטית בנוגע להגנה על תכנה באותן שנים ראשונות כאשר לא היה ברור כלל אם תזכה התכנה להגנה כקניין רוחני. רישיון השימוש נועד בעיקר לאפשר את הגנת התכנה כסוד מסחרי, ולכן נאסר על משתמש התכנה להעתיק או לגלות את קוד המקור של התכנה והוא נדרש לשמור כסוד את המידע הגלום בה.²⁰ כיום מוגנות תכנות המחשב בזכויות יוצרים כיצירה ספרותית,²¹ ולעיתים קרובות זכות תכנות המחשב גם להגנת פטנט.²² בניסיונות אלה משמש רישיון השימוש בתכנה אמצעי לעיצוב מחדש של זכויות הצדדים שהוגדרו בדיני הקניין הרוחני.²³

רישיונות שימוש הפכו בשנים האחרונות למכשיר המאפשר לבעלי הזכויות לחרוג ממסגרת האיוונים הנוקשה שמגדירים דיני זכויות היוצרים ולהגדיר זכויות חדשות באמצעות הסדרה עצמית. קיימים סוגים שונים של הגבלות ברישיונות השימוש. חלקם משפיעים במישרין על היכולת לפתח יצירות חדשות. הגבלות אלו למעשה מצמצמות את נחלת הכלל. צמצום נחלת הכלל יכול להיעשות באמצעות הטלת איסורים חוזיים על סוגי שימוש שאינם זוכים להגנה בדיני זכויות היוצרים. זהו המקרה שנדון בעניין *ProCD*, למשל,²⁴ שם נקבעו ברישיון שימוש בתקליטור, שכלל תכנת חיפוש (מוגנת) ומאגר מידע של מספרי טלפון (שאינו מוגן), הגבלות על השימוש המסחרי בנתונים המצויים באותו מאגר מידע. הנתבע העתיק את רשימות מספרי הטלפון ממאגר המידע שבתקליטור למחשבו, שילב את מאגר הנתונים בתכנת חיפוש מקורית שפיתח בעצמו ואפשר לציבור הגולשים ברשת גישה חופשית לרשימות אלו באמצעות האינטרנט. בית המשפט בארצות הברית קיבל את התביעה ופסק כי אף שמאגר המידע איננו מוגן בזכויות יוצרים, פעולותיו של הנתבע נאסרו ברישיון הצלופן,²⁵ אשר התלווה לתכנה, רישיון המהווה חוזה מחייב.

20. ראו: Mark A. Lemley, "Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses", 68 *S. Cal. L. Rev.* 1239 (1995).

21. ראו סעיף 2א לפקודת זכות יוצרים.

22. ראו: *Diamond v. Diehr* 450 U. S. 175 (1981).

23. רישיון השימוש מיועד כמובן גם להסדרת ההיבטים הצרכניים של עסקת רישוי התכנה כגון הגבלת האחרייות, הגבלת הסעדים, סיום הרישיון, סמכויות שיפוט וברירת דין.

24. *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996) (להלן: עניין *ProCD*).

25. "רישיון צלופן" או "חוזה צלופן" הנו כינוי שדבק ברישיון השימוש המופץ בדרך כלל בצמוד לתכנת מחשב. כינוי זה מקורו בהתפתחות ההיסטורית של שיטת רישוי התכנה. בתחילה הופיעו תנאי החוזה על אריות התכנה, מתחת למעטפת צלופן, והחוזה קבע כי קריעת מעטפת הצלופן מהווה הסכמה לתנאי החוזה.

דוגמה נוספת להרחבת זכות היוצרים וצמצום נחלת הכלל באמצעות רישיון שימוש היא איסור שימושים שאלמלא נאסרו ברישיון השימוש, היו מותרים מכוח דוקטרינת השימוש ההוגן. בעניין *Baystate*,²⁶ למשל, נדון תוקפה של הוראה ברישיון שימוש שאסרה לבצע הנדסה חוזרת (reverse engineering) של התכנה. הנדסה חוזרת היא תהליך ניתוח תכנון המוצר ואופן פעולתו על פי המוצר הסופי בלבד. בתחום התכנה מונח זה מתייחס בדרך כלל לשחזור שפת המקור משפת המכונה, שהיא השפה שבה מופצת התכנה. הנדסה חוזרת חיונית לפיתוח תכנות התואמת את התכנה המקורית, כלומר תכנות היכולות לפעול עם תכנות אחרות במשותף.²⁷ הנדסה חוזרת נחשבת בדרך כלל ליעילה, שכן היא חושפת רק חלק מן הידע הגלום במוצר, והואיל והיא כרוכה בהשקעת זמן ומשאבים, אין היא מאיימת על יתרון הראשוניות של המפתח הראשון, אשר השקיע במחקר ובפיתוח וזקוק לתקופת בלעדיות בשוק כדי להשיב לעצמו את ההשקעה. לפיכך, אף שהנדסה חוזרת של תכנה כרוכה ביצירת עותקים, מתירים בדרך כלל דיני זכויות היוצרים העתקה מסוג זה באמצעות חריג השימוש ההוגן, בעיקר כשהדבר דרוש לצורך יצירת תאימות בין תכנות.²⁸ התובע בעניין *Baystate* פיתח ערכת כלי עזר לעיצוב ממשק המשתמש בתכנות מחשב, אשר כללה שלוש תכנות מחשב שונות, שבנוגע לאחת מהן היה רשום פטנט בבעלותו. התכנות שווקו בכפוף לרישיון שימוש אשר אסר על משתמשי התכנה לבצע הנדסה חוזרת. הנתבעת, *Baystate*, בודדה מאפיינים שונים בערכת העיצוב של התובע באמצעות הנדסה חוזרת, ושילבה אותם במערכת עיצוב ששיווקה. בית המשפט פסק כי הצדדים רשאים להגביל בחוזה את הירותם לבצע הנדסה חוזרת של תכנה, וכי הנתבעת, אשר פעלה בניגוד להוראות הרישיון, הפרה את התחייבותה החוזית.

המעבר ממשטר של מכירת עותקים למשטר של רישוי והסדרה פרטית מאיים על מערכת האיזונים שיצרו דיני זכויות היוצרים בין המונופולין שיש להעניק ליוצר ביצירתו לבין "בלמים" שיש להטיל על כוחו.²⁹ בלמים אלה נועדו להבטיח גישה ליצירות. שאלת תוקפן של הגבלות מסוג זה נותרה שנויה במחלוקת. במשפט האמריקני תוקפם של כללים

26. *Bowers v. Baystate Techs.* 320 F. 3d 1317 (2003) (להלן: עניין *Baystate*).

27. ראו: Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, "Law and Economics of Reverse Engineering", 111 *Yale L. J.* (2002) 1575.

28. ראו: *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc.* 977 F. 2d 1510 (9th Cir.1992) (הנדסה חוזרת לצורך פיתוח משחקים למערכת של *Sega* מהווה שימוש הוגן) (להלן: עניין *Sega*);

Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp. 203 F. 3d 596 (9th Cir. 2000), cert. denied 531 U. S. 871 (2000) (הנדסה חוזרת לצורך פיתוח תכנה המאפשרת למשתמשי

iMac לשחק במשחקים שנועדו למערכת *Sony Playstation* מהווה שימוש הוגן).

29. ראו: Lucie Guibault, "Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual

Overridability of Limitations on Copyright", 9 *Law Series Information* (2002) וכן: Niva

Elkin-Koren, "A Public Regarding Approach to Contracting Copyrights", *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*

(Rochelle Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman and Harry First — eds., 2001) 191.

משפטיים, החורגים מגדר האיזונים שנקבעו בדיני זכויות היוצרים, נבחן על פי דוקטרינת העדיפות (preemption doctrine). דוקטרינה זו נותנת עדיפות לחקיקה הפדרלית בתחום זכויות היוצרים על פני החקיקה המדינית.³⁰ על פיה יבחן בית המשפט אם ההוראה החוזית (שהיא עניין המוסדר בדיני המדינות, ולא במשפט הפדרלי) סותרת את היעדים של דיני זכויות היוצרים. הגבלות אשר סוטות מנקודת האיוון, שמגדירים דיני זכויות היוצרים, בין זכויותיו הבלעדיות של היוצר לבין האינטרס הציבורי שתובטח גישה ליצירות, לא תיאכפנה. בתי המשפט בארצות הברית חלוקים בשאלה אם עילת תביעה חוזית יכולה ליצור זכות השקולה לזכות יוצרים ובכך לסתור את ההסדר שנקבע בחוק. עמדה אחת בפסיקה שם גורסת כי יראו עילת תביעה חוזית כעילה החופפת את עילת התביעה המבוססת על זכות יוצרים אם ההתנהגות המהווה הפרת חוזה הייתה מהווה גם הפרת זכות יוצרים.³¹ עמדה אחרת בפסיקה גורסת כי עילת תביעה חוזית איננה יכולה כלל לסתור זכויות קנייניות. הסיבה לכך היא שחוזה מקנה זכויות אך ורק לצדדים לחוזה (in persona) ואילו זכות היוצרים מקנה זכויות כלפי כל העולם (in rem). בנוסף, עילת התביעה החוזית דורשת אלמנט נוסף להוכחת התביעה, יסוד ההסכמה, ולכן על פי טבעה תהיה העילה החוזית שונה מעילת התביעה בגין הפרת זכות יוצרים.³² בעניין *Baystate*, למשל, פסק בית המשפט (על דעת הרוב) כי הצדדים חופשיים להגביל בחוזה את הזכות לבצע הגדסה חוזרת, אף שזכות זו מעוגנת בהגנת השימוש ההוגן.³³ המשתמש יכול להסכים להגביל בחוזה את זכויותיו

30. דוקטרינת הקדימות מעוגנת הן בחוקה האמריקנית והן בחוק זכויות יוצרים. ראו: U. S. Const. art. 6, המכונה Supremacy Clause, ומקנה עדיפות לחקיקה פדרלית על פני חקיקה מדינית, כן: section 301 לחוק זכויות היוצרים האמריקני (1976) 17 U.S.C. §301, לפיו עילת תביעה המבוססת על חוק מדינתי תהיה משוללת תוקף אם היא נוגעת: (1) ליצירה המוסדרת בחוק (זכות יוצרים; 2) לזכויות אקוויוולנטיות לאלו המוגנות בחוק זכויות יוצרים.
31. ראו, למשל: *National Car Rental Sys., Inc. v. Computer Assocs. Int'l, Inc.* 991 F. 2d (8th Cir.1993) 426 (הרשאה להשתמש בתכנה לצרכים פנימיים בלבד איננה פסולה על פי דוקטרינת העדיפות); *Higher Gear Group, Inc. v. Rockenbach Chevrolet Sales, Inc.*, 223 F. Supp. 2d 953 (N. D. Ill. 2002) (הוראות ברישיון שימוש האוסרות על צדדים שלישיים להעתיק את התכנה ולעבד אותה נפסלו על פי דוקטרינת העדיפות).
32. לעמדה זו ראו: עניין *ProCD* (לעיל, הערה 24).
33. דוקטרינת השימוש ההוגן מצמצמת את היקף זכות היוצרים הואיל והיא מתירה שימוש הוגן ביצירה בלא צורך בהרשאה מאת בעל זכות היוצרים. הדוקטרינה מגדירה קריטריונים שיש לבחון כדי לקבוע אם שימוש כלשהו הוא שימוש הוגן. בישראל מעוגנת דוקטרינת הטיפול ההוגן (fair dealing), כפי שהיא מכונה במשפט האנגלי, בסעיף (1)(1) לחוק זכות יוצרים, חא"י כרך ג, (ע) 2633, (א) 2475. במסגרת זו יבחן בית המשפט אם השימוש של הנתבע ביצירה היה לצורך אחת המטרות המנויות בחוק, וכן אם היקף השימוש ביצירה היה הוגן. החוק מגדיר חמש מטרות בלבד: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית. בתי המשפט בישראל פירשו את חריג השימוש ההוגן בצמצום וקבעו כי מדובר ברשימת

בתמורה לרישיון השימוש.³⁴ על פי גישה זו החוזה מבטא מוסד משפטי שונה במהותו מזכות היוצרים. מקור החיוב שונה: הוא נובע מהסכמת הצדדים ואיננו מבוסס על זכות המוגדרת בחוק. גם מהות הזכות שונה. מהות הזכות החוזית במשפט האמריקני נגזרת מתורת ההפרה היעילה. ההתחייבות החוזית מעמידה את הצדדים לחוזה לפני בחירה לקיים את החוזה או להפר אותו ולשלם פיצויים. זכות היוצרים, לעומת זאת, היא בעלת אופי קנייני, ולפיכך מקנה לבעליה את הזכות לדרוש צו מניעה נגד המפר ולמנוע את הפרתה בכל מחיר.³⁵ תחולתה של הבחנה זו מצומצמת כמובן במשפט הישראלי, שבו לא נקלטה תורת ההפרה היעילה,³⁶ והזכות החוזית מוגנת גם היא באמצעות סעד האכיפה.³⁷

דעת המיעוט בעניין *Baystate* סברה אחרת. על פי עמדת המיעוט יש להבחין בין חוזה שקדם לו משא ומתן חופשי, שבו נתן המשתמש הסכמתו לוותר על זכויותיו, ובין הטבעת תווית על מוצר כדי לאיין את זכויות המשתמש. דעת המיעוט הצביעה על הסכנה שבעמדה המכירה ברישיונות חד-צדדיים כאמצעי תקף להגבלת זכויות המוקנות למשתמש על פי חוק. בהיעדר כל פיקוח משפטי על תוכן הרישיון, די יהיה בהדפסת מילים ברישיון השימוש כדי לשנות את הזכויות והאיוונים שנקבעו בדיני זכויות היוצרים. במשפט הישראלי עשויות להתעורר דילמות דומות במסגרת הדיון בטענה שהוראה ברישיון המתנה על זכות המשתמש על פי חוק זכות יוצרים פסולה על פי סעיף 30 לחוק החוזים, או מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד.³⁸

הגבלות בנוגע למכירת העותק הפיזי, שבו מקובעת היצירה, אינן מעוררות לכאורה את אותן דילמות המתעוררות בנוגע לתניות חוזיות אחרות. ראשית, הגבלת העבירות נוגעת

מטרות סגורה. אשר להגיונות השימוש, פסקו בתי המשפט כי זו תיבחן על פי מבחנים אשר פותחו בפסיקה האמריקנית. קיימים ארבעה קריטריונים המלמדים על הגיונות השימוש: מטרת השימוש ואופיו, טבעה של היצירה המוגנת, היקף השימוש לעומת היקף כלל היצירה המוגנת והשפעת השימוש על ערכה של היצירה המוגנת או על השוק הפוטנציאלי שלה. לאחרונה הוצע לאמץ מבחנים אלה בחקיקה. ראו סעיף 19(ב) להצעת חוק זכות יוצרים.

34. ראו, עניין *Baystate* (לעיל, הערה 26).

35. שם, בעמ' 1326-1325: "...private parties are free to contractually forego the limited ability to reverse engineer a software product under the exemptions of the Copyright Act. Of course, a party bound by such a contract may elect to efficiently breach the agreement in order to ascertain ideas in a computer program unprotected by copyright law. Under such circumstances, the breaching party must weigh the benefits of breach against the arguably de minimus damages arising from merely discerning non-protected code".

36. ראו, ד"נ 20/82 אדרם חומרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג. מ. ב. ה, פ"ד מב(1) 221.

37. ראו סעיפים 3, 4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16.

38. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118; סעיף 3, 4 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8. לדיון בסוגיות אלה ראו, ניבה אלקין-קורן, "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע", עלי משפט ב (תשס"ב) 319.

לגילומה הפיזי של היצירה, ושנית, היא נוגעת לזכויות הכלכליות של בעל העותק ולא דווקא לזכות היוצרים.

ההבדל הראשון נוגע להבחנה יסודית בדיני זכויות היוצרים בין בעלות ביצירה ובין בעלות בעותק המגלם אותה. דיני זכויות היוצרים עוסקים בזכויות היוצר ביצירתו. צרכן שרכש ספר הוא, למשל, בעל עותק, היינו בעליו של מיטלטלין שהם אסופת נייר כרוכה שעליה הודפסה היצירה, ואילו היוצר היה ונותר בעל היצירה, היינו בעל הסיפור המופיע בספר.³⁹ הגבלת עבירותם של עותקים חולשת על ההיבט הפיזי של היצירה. דיני זכויות היוצרים, לעומת זאת, חולשים על היצירות, היינו על הנכסים הלא מוחשיים. הבחנה זו בין היצירה ובין גילומה הפיזי בעותק הולכת ומאבדת מחשיבותה בעידן הדיגיטלי.⁴⁰ הסיבה לכך היא שהפצה דיגיטלית שונה שינוי מהותי מהפצה בעותקים ודומה יותר לשידור. במדיה דיגיטלית אין כל צורך בהפצת עותקים פיזיים של היצירה. די במתן גישה לעותק אחד ויחיד המצוי ברשת ומשתמשים רבים יוכלו לעיין בו או ליצור ממנו עותקים לעצמם.⁴¹ יצירות המופצות במדיה דיגיטלית כגון תכנות, צילומים או קבצים מוזיקליים אינן נמכרות. הן כפופות לרישיונות שימוש. העותק הפיזי, המגלם את היצירה, אינו אלא קובץ דיגיטלי, והזכויות המשפטיות של משתמש הקצה בעותק זה אינן ברורות.

במבט ראשון נדמה כי מדובר בהבדל משפטי או סמנטי בלבד. עבור המשתמש בתכנה עשוי ההבדל להיות נסתר מן העין. משתמש ה"רוכש" לעצמו תכנת מדף באחת מרשתות השינוק, מקבל לידיו עותק פיזי של התכנה, צרוב על גבי דיסק, וכפוף לרישיון שימוש. גם משתמש הרוכש שירים בחנות מוזיקה מקוונת, כגון iTunes, Music Store מבית היוצר של חברת Apple,⁴² מקבל קובץ מוזיקלי בפורמט MP3 שבו מגולמת היצירה, אולם בהפצה דיגיטלית העסקה תוגדר בדרך כלל כהענקת רישיון ולא כמכירת קובץ. התכנה, כמו היצירה המוזיקלית, מוגנת בהגנת זכויות יוצרים וכפופה לרישיון שימוש המגדיר את הזכויות שאותן התיר בעל הזכויות ביצירה למשתמש. הרישיון המגדיר את העסקה מאפשר הטלת הגבלות חוזיות על השימוש והמכירה החוזרת של היצירה. בנוסף, הפצה דיגיטלית עשויה לשפר את היכולת לאכוף את תנאי הרישיון באמצעים טכנולוגיים וליעל את מנגנון האכיפה.⁴³

39. ראו, למשל, סעיף 202 לחוק זכויות היוצרים האמריקני (1976) 17 U.S.C. §202: "Ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, is distinct from ownership of any material object in which the work is embodied"

40. ראו: R. Anthony Reese, "The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks", 45 *Boston College L. Rev.* (2003) 577

41. מסיבה זו מגדירה הדיקטיבה האירופית לזכויות יוצרים את זכויות ההפצה במדיה דיגיטלית כ"העמדה לרשות הציבור" (לעיל, הערה 19). השוו לסעיף 15 להצעת חוק זכות יוצרים.

42. בישראל פועלות כמה חנויות המוכרות שירים ברשת כגון imusic.co.il של החברות "תקליט" ו"נענע דיסק", ו-songs.co.il של חברת NMC המוכרת רק שירים שבעלותה.

43. למשל, איסור מכירה חוזרת של התכנה יכול להיאכף באמצעות דרישת סיסמה המתאימה להתקנה חדיפעמית או ייחודית למשתמש מסוים או לחמרה מסוימת.

אולם מבחינה משפטית המעבר ממכירת נכסים, המגלמים יצירות, להרשאת זכויות יוצרים מבטא מעבר משוק של נכסים לשוק של שירותים. השאלה היא אילו זכויות משפטיות רוכש המשתמש בעסקאות אלו. האם המשתמש הוא בעל עותק וחופשי להשתמש בקניינו כרצונו בכפוף להגבלות זכויות היוצרים ולהרשאה שקיבל באמצעות הרישיון, או שמא הוא מורשה אשר רכש רישיון שימוש בלבד, ולפיכך זכותו מותנית בכוח ההרשאה של הבעלים?

ההיבט השני המיוחד הגבלות על מכירה חוזרת נובע מן העובדה שהגבלת העבירות משפיעה בעיקר על זכויות הצרכן, שרכש עותק, לסחור בעותק לאחר רכישתו. מבחינת בעל הזכויות ביצירה, ההגבלה נועדה להשפיע בעיקר על מחיר היצירה, ועל השליטה בשוק היצירות. האם ניתן באמצעות חוזה למנוע מכירה חוזרת של יצירות בשוק יד שנייה? האם ניתן להגביל, באמצעות חוזה, מכירה של יצירות מאפיק הפצה אחד למשנהו? האם ראוי להתיר הגבלות אלו בשוק התכנה? הגבלות אלה לכאורה אינן רלוונטיות לזכויות היוצרים ודינן להיבחן, אם בכלל, במסגרת דיני ההגבלים העסקיים ודיני הגנת הצרכן.

מהם הכלים המשפטיים העומדים לרשותנו לצורך התערבות בתנאי הרישיון? כאמור, דיני ההגבלים העסקיים אינם אוסרים יצירת מונופולין ולכן אין סתירה ביניהם לבין דיני הקניין הרוחני. מצד שני, דיני ההגבלים העסקיים נועדו למנוע פגיעה בתחרות. אם ימצא אפוא כי משטר הרישוי פוגע בתחרות בשוק התכנה, האם ניתן יהיה למנוע פגיעה זו באמצעות חוק ההגבלים העסקיים? נדמה ששיטת הרישוי של חברות התכנה מאפשרת במקרים רבים עקיפה של הפיקוח על ההגבלים העסקיים. חוק ההגבלים העסקיים חל על הסדרים בין "בני אדם המנהלים עסקים" ולא על הגדרות משפטיות ברישיון שימוש שבאמצעותו בעל הקניין הרוחני מקנה זכויות למשתמש הקצה.⁴⁴ אמנם לפי לשון סעיף 2(א) הסדר כובל הוא כל הסדר "... לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות...", אך הכבילות המוגדרות בסעיף 2(ב) לחוק אינן כוללות איסור לבצע מכירה חוזרת.

מעל הכול, בסעיף 3(2) לחוק נקבע חריג מפורש לעניין רישוי קניין רוחני: "הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות שימוש באחד הנכסים הבאים: פטנט, מידגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים..." איננו הסדר כובל, ובלבד שהסדר הוא בין בעל הנכס ובין מקבל זכות השימוש בו, ושהנכס נרשם, אם הדין מחייב זאת. מבחינה משפטית השאלה היא מהו היקף תחולתו של החריג שבסעיף 3(2) לחוק. ברמה הפורמלית ניתן לטעון כי האיסור לבצע מכירה חוזרת איננו בגדר זכות בקניין רוחני. לפי פירוש זה סעיף 3(2) לחוק יפטור רישיונות מתחולת הפיקוח רק באותם מקרים שבהם הזכות המוסדרת ברישיון היא זכות בקניין רוחני. כאשר בעל הזכויות מתנה את הרשאת היצירה בתנאים שאינם באים בגדר זכות הקניין שניתנה לו מכוח החוק, הוא חורג מחסות המונופולין מכוח הדין, וחושף עצמו לביקורת מכוח חוק ההגבלים העסקיים. במילים אחרות, האיסור לבצע מכירה חוזרת איננו שימוש בזכות היוצרים אלא הרחבתה ולכן הוראה זו כפופה לפיקוח דיני ההגבלים העסקיים.

44. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

ברמה המהותית, הדיון שלהלן⁴⁵ מצביע על כך שהגדרת העסקה למכירת עותק כ"רישיון", והאיסור לבצע מכירה חוזרת, מביאים לידי תוצאות כלכליות דומות לאלו שאותן משטר הפיקוח על הסדרים כובלים מנסה לצמצם. כפי שיתברר בהמשך, להגבלות עבירותם של עותקי היצירה עשויות להיות גם השלכות על עניין דיני זכויות היוצרים והיעדים שהם מבקשים לקדם.⁴⁶

ג. ההיבט המשפטי של המסחר ברישיונות

1. פרשות אגמה וי.א.ד. אלקטרוניקה

פרשות אגמה וי.א.ד. אלקטרוניקה מדגימות את הסוגיות המשפטיות שמעורר האיסור לבצע מכירה חוזרת של תכנה, שנקבע ברישיון השימוש, וממחישות את המשמעות הכלכלית של המעבר לשיטת הרישוי. פרשות אלה עסקו באחריותו של מפיץ תכנה לשיווק תכנות שזכויות היוצרים בהן שייכות לחברת מיקרוסופט. מיקרוסופט הנה בעלת זכויות היוצרים (וזכויות קניין רוחני אחרות) בתכנת ההפעלה חלונות (Windows), שהיא תכנת ההפעלה הנפוצה ביותר בעולם למחשבים אישיים.⁴⁷ מיקרוסופט מחזיקה ב-95% משוק מערכות ההפעלה של מחשבים תואמי מעבד אינטל (Intel compatible PC). החברה מפיצה גם תכנות אחרות הנמכרות בדרך כלל בחבילת התכנה הידועה Office, Office כוללת תכנה לעיבוד תמלילים, דפדפן, תכנת דואר אלקטרוני, נגני מדיה, מחוללי יישומים וכיוצא באלה. תכנות אלו מופצות בדרך כלל על גבי תקליטורים או מותקנות במחשבים חדשים ונמכרות ללקוח בחבילה שלמה ביחד עם חוברת הדרכה ורישיון שימוש. תכנת ההפעלה חלונות מופצת במקרים רבים ביחד עם מערכת המחשב האישי שאותה היא מפעילה.⁴⁸

45. ראו חלק ד. להלן.

46. ראו חלק ה. להלן.

47. ראו: 92 (2005) *Wired* "The FireFox Explosion", Josh McHugh; לעניין זה ראו גם את קביעת השופט Jackson בתיאור מסכת העובדות במשפט מיקרוסופט, קביעה אשר אושרה גם על ידי בית המשפט לערעורים: 84 F. Supp. 2d 9 (D.D. 2000) (findings of fact); 97 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (conclusions of law); 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (final judgment); 253 F. 3d 34, (D.C. Cir 2001), cert. denied, 534 US. 952 (2001). קביעה דומה ניתנה גם על ידי נציבות האיחוד האירופי: 37.792 Microsoft, EU Commission decision, 24 March 2004.

48. רישיון שימוש לתכנת הפעלה של מחשב חדש מותקן בדרך כלל על ידי מפיץ מורשה במתכונת המכונה OEM (Original Equipment Manufacturer). ללקוחות שכבר רכשו עותק של התכנה, ומבקשים לרכוש רישיונות לעמדות עבודה נוספות מוצעים רישיונות MLP (Microsoft License Pack), הנמכרים בלא המדיה והספרות הנלווית.

הנתבעת, אגמה מחשוב 1999 בע"מ (להלן: **אגמה**), עסקה במסחר בתכנה. בין היתר סחרה אגמה בתכנה ורישיונות מקוריים, אשר הופרדו אלה מאלה.⁴⁹ מדובר בפריטים מקוריים (תכנות, מדבקות של רישיונות וחברות הדרכה) שהופרדו מחבילות התכנה המקוריות שבתוכן הם נמכרו מלכתחילה. לטענת אגמה נרכשו המוצרים המקוריים של מיקרוסופט ממקורות שונים: מסוחרים ומפיצים שרכשו אותם ישירות ממיקרוסופט וסוכניה או ב"שוק יד שנייה". מדוע שיופרד הרישיון מהתכנה? הסבר אחד קשור במקורות המזינים את שוק התכנה המשושמת. מוצרי התכנה המוצעים בשוק, מקורם בסוכנים מורשים שרכשו את התכנה ממיקרוסופט או בשוק יד שנייה, אשר עשוי להיות מורכב מחברות ויחידים אשר שדרגו מחשב או מבקשים לשרג את מערכת ההפעלה שלהם והמערכת הקודמת כבר אינה נחוצה להם, מחברות בהליכי פירוק, או מארגונים בתהליכי ייעול וארגון מחדש. במקרים רבים התכנה נרכשת ביחד עם המחשב שבו הותקנה, לרוב ללא התקליטורים המקוריים, שכן במקרים רבים אלה כבר הושמדו. במקרה של מחשב משומש בדרך כלל מפורמט הדיסק הקשיח כדי להגן על סודיות הנתונים והקבצים ששימשו את המוכר. בתהליך הפירמוט נמחקת גם התכנה. כך קרה שאגמה, לטענתה, רכשה תכנה הכפופה לרישיון, אך מכרה רישיונות בלבד. מכירת רישיונות בנפרד מן התכנה עשויה להיות קשורה גם לשיווק התכנה בחבילות או בצירופים או בתנאים מסחריים שונים מאלה שבהם נמכרה חבילת התכנה המקורית.⁵⁰

מכירת רישיונות בנפרד מן התכנה מעוררת חשש שרישיונות אלה יכשירו תכנות שהועתקו שלא כדין תוך הפרת זכות היוצרים בתכנה. אולם כפי שאראה בהמשך, המסחר ברישיונות כשהוא לעצמו אינו מסייע להעתקה, לא בידי המפיץ ולא בידי לקוחותיו.⁵¹ המסחר ברישיונות עלול להקשות על בעלי הזכויות באיתור מעתיקי התכנה ולחייבם להמציא ראיות ישירות להעתקת התכנה שלא כדין. הקושי בהבאת ראיות להפרת זכות היוצרים איננו מונע את מיצוי הדין עם המפרים. ואכן, בעניין **אגמה** הוכיחה מיקרוסופט העתקה והפרת זכות יוצרים בנוגע לחלק מן התכנות שנתפסו אצל אגמה. מעל הכול, המסחר ברישיונות בידי גורמים אשר לא הוסמכו לכך על ידי מיקרוסופט מצמצם את שליטתה בשוק. כאשר כל מפיץ יכול למכור תכנה במחיר ובתנאים שבחר, אחיזתה של מיקרוסופט בשוק נחלשת.

49. בחצרי הנתבעת נתפשו גם תכנות מפרות אשר הוכח כי הועתקו בלא רישיון. סוג זה של הפרה אינו מעניינו של מאמר זה.

50. ראו חלק ד. להלן. בהסכם רישיון השימוש למשתמש קצה במערכת ההפעלה של חברת מיקרוסופט (Windows XP) (להלן – רישיון מיקרוסופט) בסעיף 2, שכותרתו "תיאור זכויות והגבלות אחרות", נאמר: "הפרדת רכיבים: התוכנה מורשית לשימוש כמוצר יחיד. אין להפריד בין רכיביה לשימוש ביותר ממחשב אחד."

51. קשה להעריך אם ישנם משתמשים אשר בוחרים להעתיק את התכנה שלא כדין, ואחר כך לנסות להכשירה באמצעות רישיונות משומשים. רכישת רישיון משומש כרוכה בתשלום, אמנם בסכום נמוך ממחיר התכנה המקורית, ואילו העתקה בלתי חוקית אינה כרוכה בתשלום כלל. ראו דיון בחלק ד. להלן.

מיקרוסופט הגישה תביעה למתן צו מניעה קבוע נגד אגמה, בטענה שהפרה את זכויותיה של מיקרוסופט הן כשמכרה רישיונות בלבד, היינו רישיונות מופרדים מן התכנה, והן כשמכרה חלקים נפרדים ממוצר התכנה השלם. לטענתה, פעולותיה של אגמה, לרבות הפרדת חלקי המוצרים של מיקרוסופט אלה מאלה וייבוא חלקים מופרדים ומוצרים מפרים כאמור, מהווה הפרת זכויות היוצרים של מיקרוסופט. לטענת מיקרוסופט תקליטורי התכנה, חוברות ההדרכה ומדבקות הרישיון, מהווים ביחד את "חבילת התכנה", ולפיכך הם "יצירה קיבוצית". משום כך, הפרדת הרישיונות וחוברות ההדרכה מהתקליטורים, שעמם הם נמכרו כחבילה אחת, מהווה הפרת זכות היוצרים והפרת הזכות המוסרית. עוד טענה מיקרוסופט כי ממילא הרישיון לבדו הנו מוצר חסר ערך, שכן הוא מאבד את תוקפו כשהוא מופרד מתקליטור התכנה המקורי שעמו נמכר. לפיכך המסחר בחלקים המופרדים מחבילת התכנה מביא לידי גיבושן של עלילות התביעה הנוספות: אחריות תורמת להפרה שמבצעים משתמשי הקצה אשר משתמשים בתכנה בלא רישיון בר תוקף, הטעיית הצרכן והפרת חובת הגילוי על פי חוק הגנת הצרכן; גנבת עין, כאשר יסוד החיקוי מתבטא בכך שהחלקים המקוריים מופרדים ונמכרים בנפרד ובכך יש גם משום פגיעה במוניטין של מיקרוסופט; עשיית עושר ולא במשפט ולבסוף הפרת תנאי רישיון השימוש. מאחר שיש בפעולותיה של אגמה משום פגיעה מתמשכת באינטרסים הכלכליים של מיקרוסופט, דרשה האחרונה את הפסקת הפעולות לאלתר, בלי להמתין לפסיקת סעד בתביעה העיקרית.⁵²

הפרשה השנייה, עניין י.א.ד. אלקטרוניקה, עסקה באחריותו של מפיץ מורשה למוצרי מיקרוסופט בישראל. מיקרוסופט נוהגת להפיץ את התכנות שבבעלותה גם באמצעות מפיצים מורשים המקבלים ממיקרוסופט הרשאה להפיץ את התכנה בצירוף מדבקת אותנטיות המעידה על כך שמיקרוסופט קיבלה את התמורה הדרושה בעבור התכנה שאליה מתייחסת מדבקת האותנטיות. המפיץ מורשה להעתיק את התכנה מעותק מאסטר שיש ברשותו לדיסק הקשיח של משתמש הקצה הרוכש ממנו מחשב, בכפוף לרכישת מדבקת אותנטיות והדבקתה על המחשב הנרכש. נוסף על היותה מפיץ מורשה של מיקרוסופט, נהגה י.א.ד. אלקטרוניקה לסחור במדבקות האותנטיות. משגילתה מיקרוסופט את דבר המסחר, הגישה תביעה לבית המשפט וטענה כי עצם המסחר במדבקות האותנטיות כמוצר עצמאי מהווה הפרת זכות יוצרים, שכן מדובר בשימוש בחלק מהיצירה בלבד. עוד טענה מיקרוסופט לפגיעה בסימן המסחר שבבעלותה, להטעיית הצרכן ולעשיית עושר שלא במשפט.⁵³

להגנתה טענה י.א.ד. אלקטרוניקה כי מדבקת האותנטיות היא מעין שטר למוכ"ז המעיד כי המחזיק בו רכש תכנה ממיקרוסופט ושילם את תמורתה במלואה. לא מצוין במדבקה שם קונקרטי, ולפיכך היא סחירה. אף אם ברישיון השימוש שנותנת מיקרוסופט למשתמש הקצה נאמר כי אין להפריד את מדבקת האותנטיות משאר רכיבי התכנה, רישיון זה ותנאיו אינם מחייבים את י.א.ד. אלקטרוניקה. הנתבעת טענה כי בינה לבין מיקרוסופט קיים הסכם אחר

52. עניין אגמה (לעיל, הערה 13), בפסקאות 4-5.

53. עניין י.א.ד. אלקטרוניקה (לעיל, הערה 15), טענות המבקשת.

ולפיו הנתבעת מוכרת כמפיץ הרשאי להתקין את התכנה בדיסק הקשיח של מחשב חדש, כאשר מספר ההצעות שהנתבעת רשאית לבצע הנו כמספר מדבקות האותנטיות שרכשה ממיקרוסופט. יתרה מזו, לטענת י.א.ד. אלקטרוניקה, מיקרוסופט עצמה סוחרת במדבקות האותנטיות כמוצר עצמאי שהיא מוכרת למפיצים המורשים מדבקות אותנטיות וזוכה אותם בעד מדבקות אלו, ואילו התקנת התכנות נעשית מתוך תקליטור מאסטר המצוי בידי המפיץ בנפרד. לבסוף טענה י.א.ד. אלקטרוניקה כי מכרה את מדבקות האותנטיות למפיצים מורשים של מיקרוסופט, אשר ממילא מורשים על ידי מיקרוסופט להתקין את התכנות במחשבים חדשים כמספר מדבקות האותנטיות שברשותם.⁵⁴

בתום דיון תמציתי ביותר פסק בית המשפט כי מדבקת האותנטיות נועדה לשמש כראיה חפצית לכך שהתכנה הועתקה למחשב משתמש הקצה בהרשאת מיקרוסופט. לפיכך קבע בית המשפט: "מתחייב ששיווק מדבקות יוגבל לשיווק המשקף שימוש בתוכנות המבקשת על פי רשות שניתנה על ידה". "למדבקה עצמה", קבע בית המשפט, "אין ערך עצמאי בנפרד מזכות השימוש בתוכנה לה נועדה לשמש כראיה", ואין להפכה "למוצר מדף הראוי לשיווק שלא בהקשר לו יועדה המדבקה". בפסיקתו הכיר בית המשפט בזכותה של מיקרוסופט למנוע סחר במדבקות כמוצר עצמאי, והתיר את השימוש במדבקות אך ורק למטרה שלה יועדו על ידי מיקרוסופט, היינו "הצמדת תו הכשר למחשב בו הותקן כדין עותק של תוכנת המקור".⁵⁵

עניין **אגמה** ועניין **י.א.ד. אלקטרוניקה** מעוררים שאלות משפטיות רבות אשר לא התבררו עד תום. ברמה העקרונית השאלה היא מה דינם של רישיונות, מדבקות אימות או תכנות אשר נרכשו כדין. האם בהגבלת עבירות התכנה הקבועה ברישיון השימוש די כדי להטיל אחריות על מי שעוסק בקנייה ומכירה של תכנה בניגוד לאמור ברישיון השימוש? האם אסור להפריד את מוצרי התכנה השונים, ולמכור את הרישיונות בנפרד, ואם כן, מה המקור המשפטי לאיסור זה?

בעניין **אגמה** דחה בית המשפט את טענת מיקרוסופט שחבילת התכנה, המורכבת מתקליטור התכנה וממסמכים נלווים, לרבות הרישיון, היא "יצירה קיבוצית" שהפרדתה בלא רשות מהווה פגיעה בזכות המוסרית. הרישיון, פסק בית המשפט, איננו חלק מן היצירה המוגנת (התכנה), אלא הוא מגדיר את זכויות המורשה להשתמש בה. הפרדתו אינה מהווה הפרה של הזכות המוסרית, שכן בעצם ההפרדה אין שינוי אשר יכול לפגוע בכבודו ובשמו של המחבר.⁵⁶ בית המשפט סירב גם לקבל את עמדת מיקרוסופט שגרסה כי מכירת חלקי המוצרים, היינו הרישיונות, הנה חיקוי של מוצר שלם ומקורי ולפיכך מהווה גנבת עין.⁵⁷

54. שם, בפסקאות ב-1 לטענות המשיבה.

55. שם, בעמ' 6.

56. בית המשפט הוסיף בהקשר זה כי "הדעת נותנת שהסעיף מכוון לפגיעה בכבוד אנושי, והוא לא נועד להגן על מוניטין מסחרי". עניין **אגמה** (לעיל, הערה 13), בפסקה 15.

57. סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות. לשם הוכחת יסודותיה של עוולת גנבת עין יש להראות כי מכלול מעשיה של אגמה גרמו להטעיה בנוגע למקור המוצר. בנסיבות המקרה, קבע בית

מהו אפוא הפגם המשפטי שנפל במסחר הנפרד ברישיונות? בית המשפט סבר כי אסור לסחור ברישיונות בנפרד מהתכנה משני טעמים: מסחר כאמור מהווה הפרה של תנאי הרישיון עצמו, ויש בו משום תרומה להפרת זכויות היוצרים בידי רוכש התכנה, אשר איננו מורשה כראוי להשתמש בה.

2. מסחר ברישיונות ודוקטרינת ההפרה התורמת

הטענה כי מפיץ הרישיונות תורם להפרת זכות היוצרים שביצע משתמש הקצה נדונה בקצרה בעניין **אגמה**. בית המשפט פסק כי "... מכירת רישיונות מופרדים עשויה להתיימר ו'להכשיר' תוכנות מזויפות. מדוע ירכוש אדם רישיון אם אין תוכנה ברשותו? מסתבר, שהרישיון ייתפס בעיניו כהכשר לתוכנות, בהן גם תוכנות לא חוקיות, המצויות ברשותו".⁵⁸

דוקטרינת האחריות התורמת בתחום זכויות היוצרים התפתחה בארצות הברית. דוקטרינה זו, שמקורה בדיני הפטנטים,⁵⁹ יושמה על ידי בתי המשפט בעיקר במקרים שבהם להפרת זכויות היוצרים היו אחראים בעלי נכס או מתקן שבאמצעותם בוצעה ההפרה, יצרני ציוד המסייעים להפרה ומשתמשים או ספקי שירותים המסייעים לפעילות מפרה.⁶⁰ מכוח

המשפט: "... לא נראה שהציבור עלול לזוהת את חלקי המסמכים כמוצר שלם". "...מי שקונה רישיון בלבד", פסק בית המשפט, "חוקה עליו שידוע שאין מדובר במוצר שלם, אלא במוצר חלקי". עניין **אגמה** (לעיל, הערה 13), בפסקה 16.

58. שם, בפסקה 21.

59. דוקטרינת האחריות התורמת בתחום הקניין הרוחני עוגנה בחוק הפטנטים האמריקני בשנת 1952, עם הוספת סעיף 271(c) (1952) 271(c) § 271(c) U.S.C. 35. דוקטרינה זו יושמה בדיני זכויות היוצרים בפרשת *Sony* בהקשר של אחריות ספקי ציוד להפרת זכות היוצרים שביצעו משתמשי הציוד. השופט Stevens קבע כי אמנם חוק זכויות היוצרים האמריקני איננו מתייחס במפורש לדוקטרינת האחריות התורמת, לעומת התייחסותו המפורשת של חוק הפטנטים, אולם דוקטרינה זו אינה זרה לדיני זכויות היוצרים. הטלת אחריות תורמת המעוגנת בחוק הפטנטים The Staple Article of Commerce, § 271(c) מתווה את האיזון הדרוש גם בדיני זכויות היוצרים. ראו: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U. S. pp. 440-442 (1984) 417. בהתרונה בהן בית המשפט העליון האמריקני את היקף תחולתה של דוקטרינת האחריות התורמת בדיני זכויות היוצרים בעניין *M.G.M Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 125 S. Ct. 2764 (2005).

60. ראו: *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.* 76 F. 3d 259 (9th Cir. 1996) שם הוטלה אחריות על מפעיל ומתחזק שוק פשפשים; *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commun. Servs.* 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal. 1995) (להלן: עניין *Religious Technology Center*), אשר הטיל אחריות תורמת על ספקית שירות אינטרנט; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F.3D 1004/9 th. Cir. 2001) שבו הוטלה אחריות תורמת על חברת שירות שיתוף קבצים.

דוקטרינת האחריות התורמת ניתן להטיל אחריות גם על מי שלא הפר זכות יוצרים בעצמו, אם ידע על ההפרה ובכל זאת אפשר אותה.⁶¹

בישראל הוכרה דוקטרינת האחריות התורמת בדיני הפטנטים בעניין רב בריח.⁶² שם פסק בית המשפט העליון כי הדוקטרינה חלה גם במשפט הישראלי. בית המשפט קבע כי לשם הטלת אחריות תורמת התובע צריך להוכיח כי הנתבע סייע בפועל לפעולות ההפרה (למשל, העמיד את האמצעים להפרה), ידע על פעולות ההפרה והאמצעים שסיפק אינם בני שימוש משמעותי אחר שאיננו מפר.⁶³ בתחום דיני זכויות היוצרים מתעורר ספק משפטי באשר להיקף תחולתה של דוקטרינת האחריות התורמת בדין הישראלי. ספק זה נובע מן העובדה שחוק זכויות היוצרים הישראלי מגדיר את התנאים להטלת אחריות עקיפה על מי שבידיעה נטל חלק בהפצת עותקים מפרים⁶⁴ או התיר לתועלתו הפרטית ביצוע פומבי של היצירה⁶⁵ בידיעה שהיא מפרה זכויות יוצרים. ניתן לראות בהסדר משפטי זה הסדר הממצה

61. עניין Religious Technology Center (לעיל, הערה 60).
62. ע"א 1636/98 רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב הבשוש (1987) בע"מ, פ"ד נה(5) 337 (להלן: עניין רב בריח).
63. שם, בעמ' 354: "מאחר שלדעתי חלה הדוקטרינה של הפרה תורמת במשפט הישראלי, עליי לבחון אם נתמלאו התנאים המקובלים להטלת אחריות על חברת אס.די.אר. תנאים אלו הם שלושה במספר. התנאי הראשון הוא כי הרכיבים הנמכרים מהווים חלק מהותי מהאמצאה המוגנת של רב בריח. התנאי השני הוא כי המשווק יודע, או בנסיבות העניין היה עליו לדעת, שהרכיבים מתאימים באופן מיוחד לקומבינציה המפרה את זכות הפטנט וכי הם מיועדים בפועל לכך. התנאי השלישי הוא שלילי, בהיותו חריג לאחריות: הוא קובע כי האחריות אינה חלה במקרה שבו הרכיב הנמכר הוא מוצר בסיסי (staple product) המתאים לשימוש משמעותי אחר שאין בו משום הפרת הפטנט". לביקורת על פסק הדין ראו, מיכאל ד' בירנהק, "לידתה של עוולת: הפרה תורמת בדיני פטנטים", טכנולוגיות של צדק משפט, מדע וחברה (שי לביא - עורך, רמות - אוניברסיטת תל-אביב, תשס"ג) 169.
64. סעיף 2 (2) לחוק זכות יוצרים.
65. סעיף 3(3) לחוק זכות יוצרים. על פי סעיף זה מתן הרשאה לביצוע יצירה בפומבי בלא רישיון עלול להטיל אחריות בגין הפרת זכות יוצרים, אלא אם כן המתיר לא ידע ולא היה לו יסוד נאמן לחשוד, שבביצוע יש משום הפרת זכות יוצרים. הסעיף הוחל בפסיקה על מסעדות ובתי קפה; ראו, בת"א (י"ם) 15441/01 אקו"ם אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומוז'לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' הרשקוביץ (טרם פורסם); ע"א (חי') 4886/99 אקו"ם אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומוז'לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' מאי מסעדות בע"מ (לא פורסם); ת"א (ק"ג) 992/00 אקו"ם אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומוז'לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' חברת תומר שי שירתי ניהול בע"מ (לא פורסם), שבו הוטלה אחריות בגין ביצוע פומבי בבית קפה; ועל אולמי שמחות: ת"א (ת"א) 1975/99 הפרדציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית נ' אולמי נפטון בת ים בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין אולמי נפטון), ת"א 25/98 הפרדציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' אמלנמיס נשר בע"מ (לא פורסם). סעיף 51 להצעת חוק זכות יוצרים מציע להטיל אחריות על המרשה, למטרות רווח, ביצוע פומבי מפר במקום

את סוגיית האחריות התורמת בדיני זכויות היוצרים, ואם פעולותיה של אגמה, למשל, אינן מתאימות לתנאים שהגדיר החוק, הואיל ואין היא עוסקת במסחר בעותקים מפרים של התכנה, לא תחול עליה דוקטרינת האחריות התורמת. גם מבחינה מהותית ספק אם ראוי להחיל את דוקטרינת האחריות התורמת בתחום דיני זכויות היוצרים במשפט הישראלי ואם ראוי להחילה, יש לקבוע את התנאים להחלתה.⁶⁶

גם אם דוקטרינת ההפרה התורמת חלה בתחום זכויות היוצרים במשפט הישראלי, ברוח הדוקטרינה החלה בדיני הפטנטים, לא ברור כלל אם התקיימו יסודות האחריות במקרה של אגמה. התנאי הראשון לנשיאה באחריות תורמת הוא קיומו של מפר ישיר של זכות היוצרים. האם רוכש רישיון, המשתמש בעותק של התכנה, מפר זכות יוצרים? העתקת תכנה מחייבת רישיון, אולם אם משתמש הקצה עצמו איננו מעתיק תכנה, אלא רק משתמש בתכנה שהותקנה במחשב שברשותו, הדבר לא בהכרח כרוך בהפרת זכות יוצרים. זכות היוצרים איננה כוללת זכות בלעדית להשתמש ביצירה: הכול ראשית להביט בציור ולקרוא בספר, אך איש אינו ראוי להעתיק אותם בלא הרשאת בעל זכות היוצרים. זאת ועוד, ניתן לטעון כי אם העותק המקורי של התכנה, שהותקן במחשב, הושמד, זכאי המשתמש להשתמש בעותק אחר של התכנה, ובלבד שלא השתמש ביותר מעותק אחד על פי רישיון אחד. הזכות ליצור עותקים לצורך גיבוי, למשל, מעוגנת בחוק זכות יוצרים האמריקני.⁶⁷ אם הותקף המחשב על ידי וירוס, ותהליך הניקוי מחייב פירמוט והתקנה מחדש של התכנות הנגועות, ניתן, למשל, ליצור עותק חדש של התכנה המורשית. האם זכות זו מאפשרת גם לצד שלישי שרכש רישיון שימוש לאחר השמדת עותק התכנה המקורי, להתקין עותק משלו? האם הוא נהנה מהגנת השימוש ההוגן? שאלות אלה טרם זכו למענה בפסיקה. מבחינה כלכלית דומה כי אין מניעה להכיר בזכות זו. אם הספק מוכר רישיונות שימוש בתכנה, והתכנה הושמדה מטעם שאינו קשור בזכויות, מדוע שלא יעמוד הרישיון בתוקפו? ספק התכנה הרי כבר קיבל את התמורה המלאה עבור הרישיון ואם מסיבות שונות עותק התכנה המותקן במחשב נמחק או נפגם, יקופח הצרכן שלא קיבל את התמורה המלאה לכספו.

אף על יסוד ההנחה שרוכשי רישיונות שימוש מפרים זכות יוצרים, הטלת אחריות תורמת על אגמה לפעולות ההפרה מחייבת הוכחה לכך שפעולותיה אכן תרמו להפרה כאמור. אם הייתה העתקה בלתי מורשית של התכנה, הרי רכישת הרישיון איננה מעלה ואיננה מורידה. הרישיון עצמו אינו מסייע לפעולות ההפרה, היינו להעתקה בידי המשתמש. משתמש שבחר

בידור ציבורי". סעיף זה מבטא את העיקרון שיש להטיל אחריות על מי שמפיק רווח מהפרת היצירה גם אם ההפרה נעשתה בידי אחרים.

66. בעוד דיני הפטנטים עוסקים בעיקר בהקשרים מסחריים, הטלת אחריות תורמת בהקשר של זכות יוצרים עלולה להשפיע גם על זכויות יסוד כגון חופש ביטוי.

67. ראו: 17 U.S.C. §117(c) (1976). העיקרון המנחה במקרה זה הוא שאין לעותק שנועד לצורכי גיבוי ערך כלכלי עצמאי. ברוח זו נאמר בסעיף 26 להצעת חוק זכות יוצרים כי העתקה ארעית של היצירה, כחלק מהליך טכנולוגי להעברת היצירה בין צדדים באמצעות גורם ביניים, או כל העתקה ארעית לשימוש כדין ביצירה, מותרת ובלבד שאין להעתקה הארעית ערך כלכלי משל עצמה.

להעתיק תכנה שלא כדין, יעשה זאת עם או בלי הרישיון.⁶⁸ אם וכאשר יתגלה כי הוא משתמש בתכנה בניגוד לתנאי הרישיון, יוכל ספק התכנה, בעל זכות היוצרים, לתבוע אותו בגין הפרת הזכויות.

לבסוף, אחריות תורמת מחייבת הוכחת ידיעה, אם כי מהפסיקה בעניין רב בריח לא ברור אם די בידיעה קונסטרוקטיבית או שצריך להוכיח ידיעה בפועל. יש להוכיח כי הנתבע הסוחר ברישיונות ידע על אודות ההפרה בזמן הסיוע להפרה, ולא רק בדיעבד. על פי הפרשנות שלא ייתכן כל שימוש חוקי בתכנה באמצעות רכישתו הנפרדת של הרישיון, ניתן ליחס לספק ידיעה כאמור, שכן עליו להניח שכל רוכש של עותקים מידיו יבצע הפרה. מצד אחר, אם ניתן להצביע על שימושים מותרים ברישיון כאמור, אזי לא ניתן ליחס לספק ידיעה על אודות השימוש המפר של הצרכנים ברישיונות השימוש.⁶⁹

3. הפרת זכות יוצרים והפרת חוזה

לדעת בית המשפט בעניין **אגמה**, הפרדת הרישיון מהתכנה, ומכירת הרישיון בנפרד ממנה נוגדות את תנאי הרישיון. ברישיון נאמר כך:⁷⁰

68. אם הרישיון איננו תקף, עשויה להתעורר עילה של הטעיית הצרכן ולהיטען כלפי ספקי "רישיונות פסולים". עילת תביעה זו עשויה לעמוד לרוכשי הרישיון, ולהם בלבד, כלפי ספק הרישיון בגין מכירת רישיון חסר תוקף, על פי חוק הגנת הצרכן. חוק הגנת הצרכן איננו מקנה עילת תביעה לבעל זכות היוצרים כלפי ספק הרישיונות. סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248.

69. בשנים האחרונות נוטים בתי המשפט להסתפק בידיעה קונסטרוקטיבית ולא לדרוש ידיעה בפועל כתנאי להטלת אחריות. די במחדל כגון מתן הרשאה לביצוע יצירות בלי לבדוק תחילה אם בידי המבצע מצויים כל האישורים הדרושים על פי דין. ראו, למשל, עניין **אולמי נפטון** (לעיל, הערה 65). לעתים נקטו בתי המשפט פרשנות רחבה לדרישת הידיעה, באופן שאי-עשיית דבר כגון אי-נקיטת פעולות הסברה ואזהרה לצורך מניעת פעולות ההפרה עלול לספק את יסוד הידיעה. ראו, ע"א (ת"א) 779/77 **אק"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומוציאים למוסיקה בישראל נ' חברת אהרון ברמן בע"מ, פ"מ תש"ם** (1) 441, בעמ' 455, שבו נקבע בדעת הרוב כי אפילו הרשאה מהסוג הצר ביותר (to permit) אפשר ללמוד מאדישות גרידא.

70. לציטוט הרישיון במלואו, כפי שהוא מופיע בפסק הדין, ראו, עניין **אגמה** (לעיל, הערה 13), בפסקה 17. בנוסף, על גבי תכנות Office למיניהן מופיעה אזהרה בוו הלשון: "תוכנית מחשב זו מוגנת על ידי חוק זכויות יוצרים ואמנות בינלאומיות. כל המשכפל או מפיץ תוכנית זו או חלק ממנה ללא רישיון, מסתכן בתביעות אזרחיות ופליליות ובעונשים כבדים, עד למקסימום הנקוב בחוק" (האזהרה בגרסת Microsoft Word (2002). בהסכם רישיון השימוש למשתמש קצה במערכת ההפעלה של חברת מיקרוסופט (Windows XP) (להלן: **רישיון מיקרוסופט**) נאמר בסעיף 1:

הנך רשאי להעביר את כל זכויותיך לפי רישיון זה, רק כחלק ממכירה או העברה של החומרה לצמיתות, בתנאי שברשותך לא יישארו עותקים כלשהם, תבצע העברה של כל מוצר התוכנה (כולל כל רכיביו, כל המדיה לסוגיה וחומר מודפס, את כל השדרוגים, רישיון זה...)

לפיכך פסק בית המשפט כי אגמה הפרה את תנאי הרישיון: "... מכירת רישיון אשר הופרד מן התוכנה, נוגדת את תנאי הרישיון ואינה מקנה לרוכש כל זכות שהיא, שכן הרישיון תקף ומקנה זכות שימוש רק באותו עותק של התוכנה שיחד עמה הוא נמכר. מי שמבצע פעולות אלה של הפרדת התוכנה מהרישיון, מפר לכאורה את תנאי הרישיון, ומי שעושה שימוש בחלקים המופרדים או נהנה מפרות ההפרה מפר חוזה ועושה עושר ולא במשפט".⁷¹ ניתוח זה של בית המשפט מעורר כמה שאלות בנוגע לקשר בין הזכות הקניינית לבין ההסדרים החוזיים. מהי המשמעות המשפטית של הגבלת השימוש בעותק היצירה באמצעות רישיון שימוש? מהי מהות הזכויות והחובות אשר הרישיון מגדיר? האם מדובר בזכויות חוזיות שמקורן בהתחייבות אוטונומית של הצדדים, או שמא מדובר בניצול הזכות הקניינית בידי בעל הקניין הרוחני? מה דרוש מבחינה משפטית כדי להגביל את עבירותם של עותקים מן התכנה? האם די באקט חד-צדדי של קביעת איסור ברישיון השימוש לבצע מכירה חוזרת של עותקים, או שמא יש צורך בחוזה שבו המשתמש הסופי מתחייב שלא למכור את התכנה לצד שלישי אלא בכפוף לתנאי החוזה? ניתן לראות ברישיון השימוש הסדר חוזי או אקט חד-צדדי של הרשאה מאת בעל זכות הקניין. כפי שיובהר להלן, התוצאות המשפטיות של קניין וחוזים עשויות להיות שונות בתכלית.

הניתוח החוזי מחייב לבחון תחילה מי הם הצדדים לחוזה ועל מי הוא חל. החוזה מגדיר את היחסים המשפטיים בין הצדדים לו – הוא מאפשר לצדדים לקבל עליהם התחייבויות חוזיות, ובתוך כך להקנות לצד האחר זכויות חוזיות.⁷² חוזה איננו מאפשר הטלת חובות

"התוכנה כרכיב של המחשב – העברה. אין לשתף רישיון זה, להעבירו או להשתמש בו במקביל במחשבים שונים. התוכנה מורשית לשימוש יחד עם החומרה כמוצר משולב יחיד וניתן להשתמש בה רק יחד עם החומרה. אם התוכנה אינה נלווית לחומרה חדשה, אינך מורשה להשתמש בתוכנה. אתה רשאי להעביר לצמיתות את כל זכויותיך במסגרת הסכם רישיון זה רק כחלק ממכירה או העברה לצמיתות של החומרה, בתנאי שלא תשמור לעצמך כל עותק, אם תעביר את כל התכנה (כולל כל רכיביה, אמצעי האחסון והחומר המודפס, שדרוגים, הסכם רישיון זה ותעודת המקורות), וכן אם מקבל העברה יסכים לתנאי הסכם רישיון זה".

בסעיף 2 להסכם רישיון השימוש למשתמש קצה, שכותרתו "תיאור זכויות והגבלות אחרות", נקבע כי: "הפרדת רכיבים: התוכנה מורשית לשימוש כמוצר יחיד. אין להפריד בין רכיביה לשימוש ביותר ממחשב אחד".

71. עניין אגמה (לעיל, הערה 13), בפסקה 18.

72. ראו: Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning* (Walter W.W. Cook – ed., 2001). החריג, כמובן, הוא חוזה לטובת צד שלישי

על מי שאינו צד לחוזה. האם נכרת חוזה בין מיקרוסופט לבין אגמה? נראה שלא. חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול.⁷³ גם אם נראה בנוסח הרישיון משום הצעה, קשה להצביע על מעשה או מחדל מצד אגמה המהווה קיבול, לא ברמה הפורמלית ולא במישור המהותי.⁷⁴ לטענת אגמה מאחר שלא רכשה את הרישיון ישירות ממיקרוסופט, אלא מאחרים, אין תנאי הרישיון מגבילים את פעולותיה. יתרה מזו, רישיון השימוש האחד יגדיר בדרך כלל כי התקנת התכנה או השימוש בה מהווים הסכמה לתנאי הרישיון.⁷⁵ הואיל ואגמה לא התקינה את התכנה ולא השתמשה בה, לא התקיים קיבול כהגדרתו ברישיון עצמו. משום כך, לטענתה, במישור החוזי לא נכרת כל חוזה בין אגמה לבין מיקרוסופט.⁷⁶ טענה דומה קיבל בית המשפט בעניין *Softman*.⁷⁷ שם נפסק כי מפיץ חבילות תכנה, אשר מכר את מרכיבי החבילה בנפרד, לא היה צד לחוזה עם בעל זכות היוצרים. במקרה זה היה מדובר ברישיון אלקטרוני, אשר חייב הסכמה של המשתמש לתנאי החוזה בעת התקנת התכנה. הואיל

המאפשר לצדדים לחוזה ליצור זכויות לטובת המוטב. ההסדר שבפרק ד לחוק החוזים (חלק כללי), מאפשר לחייב ולנושה ליצור התחייבות כלפי המוטב, באופן שהחייב שקיבל עליו התחייבות כלפי הנושה לקיים חיוב עבור המוטב, מקנה בחוזה לטובת צד שלישי זכות תביעה הן לנושה והן למוטב.

73. סעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי).

74. הואיל ובין אגמה למיקרוסופט אין מערכת יחסי חילופין כלשהי, או קשר כלשהו, לא ניתן להגדיר את מערכת היחסים ביניהם כמערכת חוזית גם על פי הגדרות רחבות יותר. ראו לעניין זה את המלומד Macneil, המגדיר חוזה כמערכת יחסי חילופין בין צדדים, לאו דווקא בנוגע לעסקה מוגדרת או על פי הסכם ספציפי. כלשונו: "contract" means relations among people who have exchanged, are exchanging, or expect to be exchanging in the future — in other words, exchange relations... ראו: Ian R. Macneil, "Relational Contract Theory: Challenges and Queries", 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 877, p. 878. גם על פי הגדרה רחבה זו, מדובר במקרה זה בצדדים זרים מבחינה משפטית.

75. ראו, למשל, רישיון מיקרוסופט: "על ידי התקנת התוכנה, העתקתה, הורדתה, גישה אליה או שימוש אחר בה, אתה מביע את הסכמתך להיות כפוף לתנאי הסכם רישיון זה. אם אינך מסכים לתנאי הסכם רישיון זה, אינך רשאי להשתמש בתוכנה או להעתיק אותה, ועליך לפנות אל היצרן מיד לקבלת הוראות החזרה המוצרים) שעדיין לא נעשה בהם שימוש בהתאם למדיניות ההחזרים של היצרן". רוב רישיונות השימוש בתכנה כוללים אזהרה למשתמש מפני התקנת התכנה אם אין הוא מסכים להוראות הרישיון. ראו: Florencia Marotta-Wurgler, *Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements* [URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=799274]

76. עניין אגמה (לעיל, הערה 13), בפסקה 20.

77. *SoftMan Prods. Co., v. Adobe Sys.* 171 F. Supp.2d 1075 (2001) (להלן: עניין *SoftMan*).

והמפיץ לא התקין את התכנה, אלא רק סחר בה, נפסק כי לא ניתנה כל הסכמה מצדו לתנאי החוזה, ולפיכך לא נכרת כל חוזה בינו לבין התובעת, ספקית התכנה.⁷⁸ קרוב לוודאי שהמשתמשים בתכנה הם צד לחוזה עם מיקרוסופט ולכן התנהגות בניגוד לתנאים שנקבעו בחוזה תהווה הפרת החוזה.⁷⁹ בכריתת החוזה בין מיקרוסופט לבין משתמשי התכנה, בין באמצעות התקנת התכנה ובין באמצעות התנהגות אחרת, נוצרת זכות חוזית בת אכיפה כלפי המשתמש, שבכריתת החוזה קיבל עליו התחייבות חוזית כלפי מיקרוסופט.⁸⁰ אולם החוזה שבין מיקרוסופט למשתמש אינו יכול להטיל הגבלות על המיטלטלין, היינו על עותק התכנה שנמכר למשתמש, ואינו יכול להטיל חיובים אובליגטוריים על כל רוכשי העותק ועל כל המחזיקים בו.

בית המשפט בעניין **אגמה** פטר את עצמו מן הצורך להכריע בשאלה אם נכרת חוזה בין אגמה למיקרוסופט, בסברו כי גם אם אגמה איננה צד לחוזה, ממילא היא כפופה לתנאי הרישיון. אם אגמה היא צד לחוזה, אזי היא כפופה לתנאי הרישיון, ומנועה מלהפריד את הרישיון מן התכנה. אם הרישיון אינו חל על אגמה, סבר בית המשפט, אין היא רשאית לעשות שימוש בתכנה של מיקרוסופט. "הכלל הוא", פסק בית המשפט, "שאין לעשות שימוש בקניין רוחני של אחר. ההריג הוא שניתן לעשות שימוש כזה אם ניתנה לכך רשות על ידי בעל זכות הקניין".⁸¹

כאן לדעתי נקלע בית המשפט לטעות. אכן, אין להשתמש בקניין הרוחני של אחר בלא רישיון. אולם אגמה לא השתמשה בקניין הרוחני של אחר. הקניין הרוחני, ובענייננו זכות היוצרים, היא זכות המוגדרת מכוח חוק. היא מקנה לבעליה אגד של זכויות בלעדיות לשימוש ביצירתו. המשותף לכל הזכויות הכלולות באגד זכות היוצרים הוא יסוד הבלעדיות. בעל זכות היוצרים הוא בעל הזכות הייחודית לבצע את השימושים האמורים ביצירה. כל אדם המבקש להשתמש ביצירה, שהזכות להשתמש בה נתונה בחוק לבעל זכות היוצרים, חייב לדאוג לקבלת רישיון מן הבעלים.

78. להמשך דיון בעניין *SoftMan* ראו להלן, הערות 105-107 והטקסט שלידן.

79. אם, למשל, בחר משתמש הקצה למכור את התכנה המשומשת שברשותו בניגוד להוראות החוזה, תהיה מיקרוסופט זכאית לבטל את החוזה מחמת הפרה יסודית ולדרוש את השבת עותקי התכנה שנמסרו למשתמש. במקרה כזה עלולה להיווצר תחרות בין זכויותיה המשפטיות של מיקרוסופט בעותק לבין זכויותיו של מי שרכש עותק משומש. לדיון בנקודת האיוון הראויה בין זכויות הנפגע מהפרת חוזה הזכאי להשבה לבין זכויות צד שלישי שרכש זכות בעותק התכנה, ובמסגרת המשפטית לטיפול בסוגיה זו ראו, דניאל פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", **עיוני משפט** ד (תשל"ה-תשל"ו), בעמ' 245.

80. "הסכם רישיון למשתמש סופי" של Microsoft Windows XP Home Edition, נאמר כי: "על ידי התקנת התוכנה, העתקתה, הורדתה, גישה אליה או שימוש אחר בה, אתה מביע את הסכמתך להיות כפוף לתנאי רישיון זה. המשתמש מבצע קיבול להסכם הרישיון מיד עם התקנת התוכנה".

81. עניין **אגמה** (לעיל, הערה 13), בפסקה 20.

במשפט הישראלי כוללת זכות היוצרים את זכות ההעתיקה, את הזכות לפרסום ראשון של היצירה, זכויות עיבוד מוגדרות, את הזכות לביצוע פומבי ואת הזכות המוסרית.⁸² הזכות הבלעדית לפרסום הראשון, היינו להפצה הראשונה לציבור של עותקים מיצירתו, מקנה לבעל זכות היוצרים את היכולת למנוע את פרסום היצירה.⁸³ בנוסף, בנוגע לתכנות מחשב, נקבע בתיקון לפקודת זכויות יוצרים משנת 1999, כי "השכרה לצורכי מסחר של תוכנה של מחשב היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים, למעט תוכנה של מחשב שהיא חלק מחפץ אחר שהוא המושכר העיקרי".⁸⁴ עולה מהאמור כי זכות היוצרים בישראל איננה מקנה זכויות הפצה בלעדיות. הואיל ואגמה עסקה במכירה של תכנה מקורית, ולא בהשכרתה, לא היה במעשיה של אגמה משום שימוש בזכות יוצרים. ממילא גם לא הייתה

82. מקובל לחשוב שרשימת הזכויות הבלעדיות שנקבעה בדיני זכויות היוצרים הנה רשימה סגורה. אמנם באמרת אגב העירה השופטת שטרסברג-כהן כי "סעיף 21) לחוק מ-1911 מגדיר זכות יוצרים כזכות להעלות את היצירה על במה, להעתיקה, לפרסמה, להוציאה לאור, לתרגמה ועוד (ספק אם ה'שימושים' המופיעים בחוק, מהווים רשימה סגורה)" (ע"א 2392/99 אשרו עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נו5) 255, בעמ' 281), אולם בנסיבות המקרה סירב בית המשפט להכיר בזכות חדשה ופסק כי מתן שירות לתכנת מחשב איננו זכות יוצרים. בית המשפט אף קבע מבחן להגדרת היקף תחולתה של זכות יוצרים שלא נזכרה מפורשות בחוק תוך מציאת האיוון הראוי בין הגנה על זכות היוצרים לבין חופש המידע, חופש ההתקשרות והבטחת אפשרות הפיתוח של שוק תכנות המחשב על בסיס הידע הקיים (שם, בפסקאות 26-27). דומה כי סוגיה זו צפויה בקרוב למצוא את פתרונה בהצעת חוק זכות יוצרים. בדברי ההסבר לסעיף 1 נאמר כי "פירוש הביטוי זכות יוצרים לעניין החוק המוצע הוא הזכות הבלעדית לעשות פעולה או פעולות שונות ביצירה, בהתאם לסעיף 11 המוצע". סעיף 11 להצעה מונה במפורש את אגד הזכויות הבלעדיות של היוצר. בדברי ההסבר לסעיף 11 מודגש כי: "הבלעדיות נתונה לבעל זכות היוצרים, על פי הסעיף המוצע. ביחס לעשיית הפעולות המתוארות בו ביצירה כולה או בחלק מהותי ממנה". עולה מן האמור כי המחוקק מבקש לראות ברשימת הזכויות הבלעדיות המוגדרות בחוק רשימה ממצה. לא זו אף זו, בהצעת החוק בחר המחוקק שלא לכלול את זכות ההפצה.

83. הזכות לפרסום ראשון של היצירה פירושה לא רק הזכות לבחור אם לפרסם את היצירה אם לאו, אלא גם הזכות לבחור מתי, היכן ובאיזה אופן תפורסם היצירה. חשיבותה של הזכות למנוע את פרסום היצירה בפומבי, ובאופן זה לשמור על פרטיות או סודיות היצירה, מתבטאת, למשל, בהגנה החוקה הניתנת במשפט האמריקני ליצירות אשר לא פורסמו. הגנת השימוש ההוגן ביצירה שטרם פורסמה היא מצומצמת מאוד. ראו: *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (1985) p. 564.

84. סעיף 113 לפקודת זכות יוצרים. בדומה לכך, מגדיר תיקון 1996 (תשנ"ו-1996, ס"ח 224) זכות השכרה והשאלה של קלטות לצורכי מסחר. סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים קובע כי "השאלה או השכרה, לצרכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה מהותי, היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים..."

אגמה זקוקה לרישיון כלשהו, ופעולותיה בניגוד לכללי הרישיון אינן מהוות הפרה של זכות היוצרים.

ההשוואה בין מקרה זה לבין פרשה שנדונה באחרונה בבית המשפט המחוזי בעניין **Microsoft Corporation נ' אפלקר שיווק מחשבים**,⁸⁵ ממחישה נקודה זו. הנתבעת, חברה לשיווק מחשבים, התקינה את תכנת ההפעלה חלונות שבבעלות מיקרוסופט במחשבים חדשים שמכרה ללקוחותיה. לשם כך השתמשה הנתבעת בתקליטור התכנה המקורי שרכשה כ"מאסטר", לצורך התקנת התכנה (העתקתה) במחשבים שמכרה. הרישיון היחיד שהיה בידי הנתבעת היה רישיון המיועד למשתמשי קצה, שהעניק לרוכש זכות להשתמש בעותק אחד של התכנה, במחשב אחד, וכן אסר הכנת עותקים מהתכנה למעט לצורכי גיבוי ואחסון. לפיכך פסק בית המשפט כי יצירת עותקים בהיעדר רישיון מהווה הפרת זכות היוצרים של התובעת בתכנה.

למעשה, בטענה שבעצם ההפרה של תנאי הרישיון, שביצע המפיץ, יש משום הפרת זכויות יוצרים מובלעת ההנחה שבעל זכות היוצרים יכול באמצעות רישיון השימוש לרכוש לעצמו זכויות חדשות ולהטיל על המשתמש הגבלות, שזכרן לא בא בדיני זכויות היוצרים, וכי הגבלות ואיסורים אלו יחייבו גם צדדים שלישיים אשר אינם צד לחוזה. הטענה שפעולותיה של אגמה הן הפרה של תנאי רישיון השימוש, ולפיכך הפרה של זכות היוצרים, מקנה למעשה לבעל הזכויות את הכוח לחייב צדדים שלישיים באמצעות חוזה. המשמעות היא הקניית מעמד של זכויות קנייניות לתניות חוזיות, אשר יהיו תקפות לא רק כלפי הצדדים לחוזה אלא כלפי כולי עלמא.

4. הפרת תנאי הרישיון - השיבה לחיק הניתוח הקנייני

ניתוח הסוגיה במישור הקנייני מבוסס על הנחת היסוד שאדם אינו יכול לסחור אלא במה שיש לו. במילים אחרות, אם למשתמש הסופי בתכנה ניתנה, למשל, זכות שימוש בלתי עבירה, אזי המשתמש הסופי אינו יכול להעביר אותה לרוכש התכנה. אם הזכות איננה עבירה, הרי ממילא מכירתה חסרת נפקות משפטית. אם זכויות ההעברה מוגבלות, אזי תוקף ההעברה כפוף להגבלות אלה.

משמעות הטענה של מיקרוסופט היא שהרישיון מגדיר את מערכת היחסים בין בעל זכות היוצרים לבין כל צד שלישי באשר הוא, שכן הפרת תנאי הרישיון מהווה הפרת זכות היוצרים. טענה זו בעייתית משתי סיבות: דיני זכויות היוצרים מקנים זכויות ביצירה בלבד ואינם מקנים זכויות בעותק שלה, והכרה בזכויות חדשות מכוח רישיונות שימוש משמעותה יצירת זכות קניינית באמצעות הסדרה עצמית, צעד שמשמעותו היא כי ניתן להתנות על זכויות המשתמשים שנקבעו בדיני זכויות היוצרים. כאשר בעל זכות היוצרים, המבקש להרחיב את אגד זכויותיו באמצעות הסדרה עצמית, הנו בעל כוח שוק גדול, כמו כוחה של חברת מיקרוסופט, הבעייתיות כמובן גדולה עוד יותר.⁸⁶

85. ת"א (ת"א) 1476/96 Microsoft Corporation נ' אפלקר שיווק מחשבים (1987) בע"מ (טרם פורסם).

86. ראו, לעיל, הערה 47.

בהקשר זה ראוי להבחין בין העותק הפיזי של היצירה ובין ההרשאה להשתמש בזכות היוצרים. דיני זכויות היוצרים אינם מקנים זכויות בלעדיות בעותקים. למעשה, דיני זכויות היוצרים מגדירים את זכויות היוצר ביצירתו ואינם מסדירים כלל את הזכויות בעותקים של היצירה. נניח כי צרכן רכש מוצר תכנה, אשר נותר סגור בארזיתו ומעולם לא נעשה בו שימוש, ועתה הוא מעוניין למכור אותו. האם נאמר כי מאחר שהמכירה מנוגדת להוראות רישיון השימוש, היא מהווה גם הפרה של זכות היוצרים? מובן שלא. רכישת עותק של תכנה ורישיון שימוש אינם כפופים לדיני זכויות היוצרים אלא מוסדרים באמצעות הדינים החלים על סחר במיטלטלין ובהם חוק החוזים, חוק המיטלטלין וחוק המכר. משטר הרישוי מבוסס על התעלמות מן ההיבט הפיזי של מכירת עותקים המגלמים את היצירה: ספר, תמונה, דיסקט או קובץ דיגיטלי.

אם רישוי התכנה הוא אקט משפטי חד-צדדי של בעל הקניין הרוחני, אזי ניתן לראות במסחר ברישיונות המחאת זכויות. ההנחה היא כי רישיון השימוש בתכנה איננו חוזה אלא אקט משפטי חד-צדדי של בעל זכות היוצרים, המִמַּש בכך את זכויותיו הבלעדיות מכוח החוק. הרישיון מקנה זכות שימוש בתכנה, ובלעדיה השימוש עשוי להוות הפרת זכות היוצרים שכן הוא כרוך בהעתקה. אם הרישיון איננו עביר, אזי אין בכוחו להקנות זכויות לנעבר. ניתוח זה מניח כי המשתמש אינו רשאי להעביר את הזכות להשתמש בתכנה (בלי להעביר את העותק הפיזי או להשמידו במחשבו שלו) למשתמש אחר, אלא בכפוף להגבלות תנאי הרישיון. סעיף 1 לחוק המחאת חיובים⁸⁷ מתיר המחאת זכותו של נושה בלא הסכמת החייב "זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי ההסכם בין החייב לבין הנושה".⁸⁸ לפי סעיף 9 לחוק המחאת חיובים, הוראות החוק יחולו גם על המחאת זכות שאינה נובעת מחיוב. חוק המחאת חיובים מתיר אפוא להגביל המחאה באמצעות חוזה בין החייב לנושה.

השאלה בענייננו היא אם ראוי להתעלם מההיבט הפיזי של הקניין הרוחני ולראות במסחר בעותקים המחאת זכויות אובליגטוריות. גישה כזו איננה מתיישבת עם ההבחנה העקרונית בין זכות היוצרים ביצירה ובין הזכויות בעותקים הפיזיים של היצירה. הדיון שלהלן בוחן את הרקע להתפתחותה של ההבחנה בין זכות יוצרים למסחר במוצרים, ומצביע על ההשלכות שתהיינה לאימוץ הגישה האובליגטורית לעיל על התחרות ועל הגשמת היעדים של דיני הקניין הרוחני.

א. זכויות יוצרים וזכויות בעותקים

באופן מסורתי העניקו דיני זכויות היוצרים ליוצר זכויות מוגבלות בלבד בכל הנוגע להפצה של יצירתו. כאמור, חוק זכות היוצרים הישראלי, שהנו חוק בריטי משנת 1911

87. חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, ס"ח 250.

88. בדומה, סעיף 2 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח 184, קובע כי "הבעלות במיטלטלין היא הזכות להחזיק ולהשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עיסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

החל בישראל עוד מתקופת המנדט, אינו מכיר בזכות כללית של הפצה לציבור, ולמעשה אין מניעה על פי הדין הקיים לסחור בעותקים של יצירות מוגנות.⁸⁹ במשפט האמריקני, לעומת זאת, זכו בעלי זכויות היוצרים מאז ומתמיד בזכות הפצה בלעדית,⁹⁰ אולם כבר משנת 1908 ואילך הוגבלה זכות זו באמצעות דוקטרינת המכירה הראשונה, אשר פותחה בראשיתה בפסיקה,⁹¹ ומאוחר יותר אומצה בחקיקה.⁹² על פי

89. החוק הישראלי מכיר בזכות הפצה מצומצמת המקנה אך ורק את הזכות למנוע את פרסום היצירה בפעם הראשונה. בכל הנוגע לקלטות אודיו ווידאו כוללת זכות ההפצה גם את הזכות הבלעדית להשכיר ולהשאיל קלטות לצורכי מסחר (ראו, לעיל, הערה 84). השאלה מהם גבולותיה של זכות ההפצה בכל הנוגע לתקליטורים נדונה בבית המשפט העליון בעניין עיריית חולון (לעיל, הערה 10). שם נפסק כי פעילותה של ספרייה ציבורית המאפשרת גם השאלת תקליטורים אינה פעילות "לצורכי מסחר".

90. חוק זכויות יוצרים האמריקני הראשון העניק לבעל זכות היוצרים את הזכות, "to print, reprint, publish or vend" the work. ראו: Act of 1790, §1, 1 Stat. 124, 124 (1790).

91. בפסק הדין *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U. S. 339 (1908) (להלן: עניין *Bobbs-Merrill*). להמשך הדיון בפסק הדין ראו, להלן, הערות 124-127 והטקסט שלידן.

92. כשנה לאחר מתן פסק הדין בעניין *Bobbs-Merrill*, אשר הציג בראשונה את דוקטרינת המכירה הראשונה, עיגן הקונגרס האמריקני את דוקטרינת המכירה הראשונה בחקיקה, בסעיף 27 לחוק זכויות היוצרים האמריקני משנת 1909 (1909) §27 U.S.C. "Nothing in this title shall be deemed to forbid, prevent, or restrict the transfer of any copy of a copyrighted work, the possession of which has been lawfully obtained" על פי ניסוחו, אינו דן בשאלת השפעתן של הגבלות חוזיות על הפצת עותקים פיזיים של היצירה לאחר מכירתה. אולם לפי ההיסטוריה החקיקתית נראה כי הסעיף נועד לעגן את הדין הקיים ולמנוע הגבלה חוזית של מכירת יצירה המוגנת בזכויות יוצרים לאחר מכירתה הראשונה על ידי בעל הזכות. כיום מעוגנת דוקטרינת המכירה הראשונה בסעיף 109(a) לחוק זכויות יוצרים האמריקני 17 (1976) §109(a) U.S.C. הפעם לא הסתפק הקונגרס האמריקני בלשון ניטרלית אלא קבע במפורש כי הבעל החוקי של עותק מסוים של יצירה המוגן בזכות יוצרים זכאי, בלי להידרש לרשותו של בעל הזכות, למכור את העותק שברשותו. כלשון החוק: "Notwithstanding the provisions of section 106(3) the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title... is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord" עם זאת, עיגון דוקטרינת המכירה הראשונה בחקיקה אין משמעו בהכרח בטלות של הגבלות חוזיות המוטלות על הפצת עותק של יצירה מוגנת. אכיפתן של הגבלות אלה תיבחן על פי דיני החוזים ולא על פי דיני זכויות היוצרים. בעל זכות היוצרים יוכל לטעון להפרת חוזה, אך לא להפרת זכות יוצרים. ראו: Lothar Determann and Aaron X. Fellmeth, "Don't Judge a Sale by Its License: Software Transfers Under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community", 36 *U.S.F.L. Rev.* (2001) 1

דוקטרינת המכירה הראשונה, בעל זכות היוצרים ממצה את זכויותיו במכירה הראשונה של העותקים, ולאחר הפצתם הוא אינו רשאי להגביל עוד את מכירת העותקים הפיזיים הללו של יצירתו.

במשפט האירופי קיים הסדר דומה בדמותה של דוקטרינת המיצוי (exhaustion). לפי דוקטרינה זו בעל זכות היוצרים ממצה את זכותו לשלוט בהפצת העותקים מיצירתו, לאחר שהפיץ עותקים אלה.⁹³ משעה שהופצו ברשות, נתונים העותקים לכללי השוק.⁹⁴ בעניין רישיונות תכנה מעוגנת דוקטרינת המכירה הראשונה באיחוד האירופי בסעיף 4(c) לדירקטיבה להגנת תכנה משנת 1991.⁹⁵ על פי הוראת הסעיף, המכירה הראשונה של עותק התכנה על ידי בעל זכות היוצרים מובילה למיצוי זכות ההפצה בנוגע לעותק זה.⁹⁶

93. דיני הקניין הרוחני המדינתיים אימו על אפשרות ייסודו של שוק משותף בין המדינות החברות באיחוד האירופי. האמנה המקימה ביקשה לאזן בין דיני הקניין הרוחני המדינתיים וזכויות היוצרים הקבועים בהם לבין הרצון ליצור שוק סחר חופשי. איוון זה מצא את ביטוי בפרשנות סעיף 36 לאמנה. מחד גיסא, הסעיף קובע חריג המתיר להטיל הגבלות על הסחר החופשי של סחורה כאשר הדבר דרוש לשם הגנה על קניין מסחרי ותעשייתי (industrial and commercial property), הכולל בחובו גם קניין רוחני. מאידך גיסא, האמנה קובעת כי לא יותרו הגבלות שהן הפליות שרירותיות או הגבלות מוסוות של המסחר בין המדינות החברות. בית המשפט האירופי (The European Court of Justice — ECJ), פירש את המנגנון הזה של האמנה כמעגן בחובו את דוקטרינת המיצוי. משבחר בעל זכות היוצרים להציג את יצירתו בשוק של מדינה חברה אחת, הרי מיצה את זכותו בנוגע לעותק זה בשווקי כל המדינות החברות. ראו: Esti Miller, "NAFTA: Protector of National Intellectual Property Rights or Blueprint of Globalization? The Effect of NAFTA on the First Sale Doctrine in Copyright Law", 16 *Loy. L. A. Ent. L. J.* (1996) 475, pp. 491-492.

94. סעיפים 30 ו-36 ל-EEC Treaty פורשו על ידי בית המשפט האירופי כבסיס לדוקטרינת המיצוי. ראו: Darren E. Donnelly, "Parallel Trade and International Harmonization of the Exhaustion of Rights Doctrine", 13 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* (1997) 445. דוקטרינת המיצוי חלה רק בתחומי השוק המשותף.

95. The Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, art. 4(c): "The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a .copy thereof"

96. ראו: EC Commission, Report from the Commission to the Council, The European Parliament and the Economic and Social Committee on the Implementation and Effects of Directive 91/250/EEC on the Legal Protection of Computer Programs 11 (4 April 2000). [URL: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc.&lg=EN&numdoc=52000DC0199&model=guichett]

דוקטרינת המכירה הראשונה מבטאת הבחנה יסודית בדיני זכויות היוצרים בין זכות היוצרים ביצירה הלא מוחשית ובין העותק הפיזי של היצירה. דיני זכויות היוצרים מקנים ליוצר את הזכות הבלעדית לייצר עותקים מיצירתו כדי שיניבו רווחים.⁹⁷ מתן גישה ליצירה באמצעות עותקים אינו מקנה למשתמשים זכות יוצרים אלא רשות שימוש בלבד. עם זאת המשתמש זוכה בבעלות בעותק. העותק שבו מגולמת היצירה מהווה מדיה פיזית וכפוף לכללי הבעלות והעבירות הרגילים של משטר המיטלטלין. לכן אם רכש הצרכן בעלות בספר, הרי לא רכש את זכות היוצרים, אך רכש בעלות בעותק הפיזי שקנה. על בעלות זו יחולו דיני הצרכנות והמכר הרגילים. לכן רשאי בעל העותק להשמיד את העותק שבבעלותו, למכור אותו ביריד ספרים משומשים או בחנות יד שנייה.⁹⁸ זכויותיו של בעל העותק אינן גורעות מזכותו של בעל זכות היוצרים למנוע שימושים בזכות היוצרים שלו. זכות היוצרים ביצירה תמשיך לעמוד בתוקפה, ובעל זכות היוצרים יהיה רשאי למנוע העתקה, ביצוע פומבי או יצירתן של יצירות נגזרות המבוססות על יצירתו. בעל העותק רשאי, למשל, לעיין בספר ולהקריא אותו לבני ביתו, אך לא להעתיקו או לבצע את היצירה בפומבי. לעתים ההבחנה בין שימוש מותר לשימוש אסור בעותק איננה חדה. בעל עותק של יצירה ספרותית, שיצאה לאור כספר, רשאי, למשל, להשאיל אותה לציבור, אולם בעל עותק של אותה יצירה, שיצאה לאור בקלטת, אינו רשאי להשאילה או להשכירה לצורכי מסחר.⁹⁹ בעל העותק רשאי למכור את העותקים אשר רכש כדין, אך אינו רשאי לעבד אותם ליצירות נגזרות.¹⁰⁰ דוקטרינת המכירה הראשונה מצמצמת אפוא את זכות ההפצה שבאגד זכויות היוצרים, ככל שהיא קיימת, ואותה בלבד. השאלה, אילו הגבלות חלות על השימוש של בעל העותק ביצירה תיקבענה על פי דיני זכויות היוצרים. דינים אלו הם המגדירים את גבולות היצירה המוגנת בהגנת הקניין הרוחני, ואת הזכויות המוקנות לבעל היצירה.

97. למעשה, אין זו הדרך היחידה להקנות זכויות שימוש. ניתן לתת לציבור גישה ליצירה באמצעות ביצוע פומבי שלה באולם קונצרטים או בערוץ טלוויזיה, ולגבות תשלום עבור הביצוע. ראו סעיף 1(2)(ג) לחוק זכות יוצרים.

98. לדיון בהתפתחות שוק יד שנייה ביצירות המוגנות בהגנת זכות יוצרים ראו, להלן, חלק 2.ד.

99. ראו סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים הקובע כי "השאלה או השכרה, לצורכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי, היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים". לעניין פרשנות הסעיף ראו, עניין עיריית חולון (לעיל, הערה 10). הלכה זו אומצה בסעיף 17(ב) להצעת חוק זכות יוצרים. לביקורת על פסק הדין ראו, אסף יעקב, "משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי - על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית", עיוני משפט כז (תשס"ג) 367. למאמר תשובה על ביקורת זו ראו מיכאל ד' בירנהק, "השאלה ציבורית והעתקה פרטית", עיוני משפט כז (תשס"ד) 885.

100. לכן, מי שרכש ספר ובו תדפיסים של יצירות אמנות, יכול למכור את הספר, אך מנוע מלהפריד את התדפיסים מן הספר ולמכור אותם ממוסגרים בנפרד. ראו: *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A. R. T Co.* 856 F. 2d 1341 (9th Cir. 1988), p. 1343

ב. דוקטרינת המכירה הראשונה והמעבר ממכירה לרישוי

האם דוקטרינת המכירה הראשונה חלה רק כאשר מבוצעת מכירה של עותקים ואיננה חלה כאשר מדובר בהענקת רישיון בלבד? האם דוקטרינת המכירה הראשונה רלוונטית למשטר רישיונות? הפסיקה האמריקנית התחבטה בשאלה זו. ההחלטות המוקדמות בסוגיה משנות השבעים הגדירו מבחן בסיסי להבחנה בין מכירה ובין מתן רישיון. במכירה, שלא כבמתן רישיון, הזכות בעותק פיזי מסוים של היצירה מועברת לרוכש.¹⁰¹ בהמשך נקטו בתי המשפט האמריקניים עמדות סותרות בנוגע לתחולת דוקטרינת המכירה הראשונה במקרה של רישיון שימוש בתכנה. בעניין *ISC-Bunker*¹⁰² נפסק כי כאשר בעל זכות היוצרים אינו מוכר עותקים מן התכנה המוגנת אלא רק מתיר את השימוש ביצירתו, לא תחול דוקטרינת המכירה הראשונה. בעניין *Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics*¹⁰³ חזר בית המשפט על העמדה כי מתן רישיון שימוש אינו מהווה מכירה ועל כן דוקטרינת המכירה הראשונה איננה חלה. באותו עניין תבעה חברת מיקרוסופט מפיץ תכנה שמכר את התכנה כמוצר עצמאי ולא כמוצר משולב במחשב האישי, בניגוד לתנאי רישיון השימוש בתכנת מיקרוסופט המתירים הפצה אך ורק של תכנה משולבת במחשב אישי. לטענת מיקרוסופט, במעשיו אלו הפר המפיץ את זכויות היוצרים שלה בתכנה. בית המשפט דחה את טענתו של המפיץ להגנת דוקטרינת המכירה הראשונה, בנימוק שלא הוכחה כל "מכירה ראשונה", בייחוד מאחר שמיקרוסופט כינתה את העסקה "הרשאה" ולא מכירה.

לעומת זאת, בעניין *Step-Saver*¹⁰⁴ פסק בית המשפט לערעורים כי השימוש ברישיון שימוש לשם עקיפת דוקטרינת המכירה הראשונה אינו תקף, ובעל רישיון שימוש בתכנה רשאי למכרה לפי תנאי דוקטרינת המכירה הראשונה.

בעניין *Softman*¹⁰⁵ אימץ בית המשפט עמדה דומה. בעניין זה רכשה הנתבעת חבילות תכנה של אדובי, ושיווקה את רכיבי חבילת התכנה כמוצרי תכנה נפרדים. חבילת התכנה כללה רישיון שימוש כללי שנהגה אדובי להפיץ עם חבילות התכנה למפיצים ולסוחרים. בנוסף, כל אחת מן התכנות הכלולות בחבילת התכנה לוותה ברישיון שימוש למשתמש הקצה. רישיונות אלה אסרו את פירוק חבילות התכנה וחייבו את הרוכש למכור את המוצר המקורי בשלמותו. אדובי טענה שהנתבעת הפרה את תנאי רישיונות השימוש ולפיכך גם הפרה את זכויות היוצרים בתכנה. בית המשפט קבע תחילה כי הנתבעת אינה כפופה כלל לרישיון השימוש למפיצים ולסוחרים. כמו כן פסק בית המשפט כי הנתבעת איננה כפופה לרישיון השימוש למשתמש הקצה שכן היא לא השתמשה כלל בתכנה אלא אך ורק שיווקה

101. *United States v. Drebin* 557 F. 2d 1316 (9th Cir., 1977); *United States v. Wise* 550 F. 2d 1180 (9th Cir. 1977), cert. denied, 434 U. S. 929 (1977) 434 U. S. 977 (1977) (reh'g denied).

102. *ISC-Bunker Ramo v. Altech* 765 F. Supp. 1310 (1990).

103. *Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics* 846 F. Supp 208 (E.D.N.Y., 1994).

104. *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology* 939 F. 2d 91 (3d Cir. 1991).

105. עניין *SoftMan* (לעיל, הערה 77).

אותה. תוקפו של רישיון השימוש למשתמש הקצה מותנה בהסכמת משתמש הקצה לתנאי הרישיון, הניתנת עם התקנת התכנה לראשונה. הנתבעת לא נתנה את הסכמתה בדרך זו או בכל דרך אחרת, ועל כן קבע בית המשפט כי היא אינה כפופה לתנאי הרישיון. בית המשפט דחה את טענת אדובי שאין היא מוכרת את חבילות התכנה, אלא אך מתירה את השימוש בהן לפי רישיון השימוש, ושעל כן בנסיבות אלה אין דוקטרינת המכירה הראשונה חלה. בית המשפט הסביר כי כדי לקבוע אם מדובר במכירה או בהרשאה יש לבחון את המציאות הכלכלית של העסקה. כאשר מדובר ברכישה של עותק יחיד של התכנה, בשילוב המסמכים הדרושים, בעבור מחיר מסוים המשולם בעת הרכישה וכאשר אין הרכישה מותנית בזמן, הרי אין זו הרשאה כי אם רכישה. לעסקה בין אדובי לנתבעת היו כל המאפיינים הללו ולפיכך הסיק בית המשפט כי מדובר במכירה. הנתבעת החזיקה בזכות בעלות בעותק חבילת התכנה שרכשה ולפיכך הייתה רשאית לעשות בו כרצונה לפי דוקטרינת המכירה הראשונה. בית המשפט הדגיש כי אין בקביעתו זו כדי לפגוע בזכויות היוצרים של אדובי בתכנות, שכן הבעלות בעותק הפיזי של התכנה מופרדת מן הבעלות בזכויות הקניין הרוחני. אדובי הייתה ונתרה בעלת זכויות הקניין הרוחני בתכנה.¹⁰⁶ בית המשפט ציין כי זכויות היוצרים של התובעת אינן תלויות באופן שבו בוחר בעל הזכויות להגדיר את רישיון השימוש. רישיון התכנה אינו יכול לאלץ את המשתמש לוותר על זכויות המוקנות לו מכוח חוק זכויות יוצרים.¹⁰⁷ עם זאת, נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלה אם ניתן להתנות על זכויות אלה באמצעות חוזה בין הצדדים (להבדיל מהתניה עליהן באמצעות רישיון חד-צדדי מאת בעל הזכויות).¹⁰⁸

106. "Adobe frames the issue as a dispute about the ownership of intellectual property. In fact, it is a dispute about the ownership of individual pieces of Adobe software. Section 202 of the Copyright Act recognizes a distinction between tangible property rights in copies of the work and intangible property rights in the creation itself" (שם, בעמ' 1084-1085).

107. "In short, the terms of the Adobe EULA at issue prohibit licensees from transferring or assigning any individual Adobe product that was originally distributed as part of a Collection unless it is transferred with all the software in the original Collection. This license provision conflicts with the first sale doctrine in copyright law, which gives the owner of a particular copy of a copyrighted work the right to dispose of that copy without the permission of the copyright owner" (שם, בעמ' 1083).

108. השאלה אם זכויות המשתמש על פי דיני זכויות יוצרים הן קוגנטיות או דיספוזיטיביות נותרה פתוחה. עם זאת, העובדה שבית המשפט נמנע מלהכריע בשאלת האפשרות להתנות על הזכויות באמצעות חוזה שהנו תוצר של משא ומתן בין הצדדים (להבדיל מחוזה אחיד), היא בעלת משמעות מצומצמת בלבד. הדבר נובע מכך שהרוב המכריע של עסקאות במוצרי מידע כגון תכנות מחשב או קובצי אודיו ווידאו הנרכשים באמצעות האינטרנט, כפופות לחוזה אחיד, פרי עטו של בעל זכויות היוצרים.

כשנה לאחר פסק דין זה נדונה תביעה נוספת, גם היא של חברת אדובי, בבית משפט אחר.¹⁰⁹ בעניין *Stargate* נקט בית המשפט גישה שונה מזו שננקטה בעניין *Softman*.¹¹⁰ פסק דין זה עסק בחבילת תכנה לצורכי חינוך, הנמכרת במחיר מוזל לסטודנטים ומורים. הנתבעת, שאינה מפיצה מורשה של אדובי, רכשה את חבילת התכנה המזולת ומכרה אותה למפיצים בלתי מורשים וכן באמצעות מודעות בעיתונות ובאינטרנט. אדובי טענה כי במעשיה הפרה הנתבעת את זכויות היוצרים של אדובי. בית המשפט נימק את סירובו לפסוק כבעניין *Softman* בשוני העובדתי שבין המקרים. בעוד עניין *Softman* עסק במכירת רכיבי חבילת התכנה בנפרד כמוצרים עצמאיים, פרשה זו דנה במכירה חוזרת של חבילות תכנה שנמכרו במחיר מופחת לצורכי חינוך.¹¹¹ ואכן, מדובר בהבחנה חשובה. בעוד עניין *Softman* עסק בקשירה (*bundling*) של חבילת תכנה, עניין *Stargate* עסק בהפליית מחירים יעילה באמצעות חוזה. עם זאת, הנימוקים בהמשך פסק הדין מצביעים על כך שהבדל זה לא היה המניע המרכזי לפסיקה השונה. בנימוקיו הסביר בית המשפט כי הצדדים רשאים לאפיין את העסקה כמתן רישיון ולא כמכירה, שכן מדובר בשוק חופשי והצדדים מגיעים לכלל הסכמה על בסיס רצון חופשי.¹¹² משמעות קביעה זו של בית המשפט היא שהצדדים חופשיים לקבוע את תניות החוזה כרצונם, ולקבוע גם תניות המרחיבות את הגנת זכות היוצרים מעבר לקבוע בחוק.

בדומה לחוק האמריקני גם הדיקטיבה האירופית שותקת בנוגע לשאלה מהי מכירה ואם דוקטרינת המכירה הראשונה חלה במקרה של מתן רישיון שימוש בתכנה בלבד.¹¹³ עם זאת, בית המשפט הפדרלי הגרמני (*Bundesgerichtshof*) פסק כי יש לפרש את דוקטרינת המכירה הראשונה כמגבילה את זכויותיו הבלעדיות של בעל זכות היוצרים כדי להבטיח סחר חופשי בטובין. משהתיר בעל זכות היוצרים את הכנסת יצירתו לשוק, הרי זכה בפרות מכירת יצירתו ועל כן אינטרס הציבור להבטיח סחר חופשי גובר על אינטרס היוצר לשלוט בשוק המשני של יצירתו.¹¹⁴ רישיון שימוש בתכנה, קבעו בתי המשפט בגרמניה, אינו

109. *Adobe Systems, Inc. v. Stargate Software, Inc.* 216 F. Supp. 2d 1051 (N.D. Cal. 2002).

(להלן: עניין *Adobe*).

110. עניין *SoftMan* (לעיל, הערה 77).

111. עניין *Stargate* (לעיל, הערה 109), בעמ' 1058.

112. "...this Court finds that no colorable reason exists in this case as to why Adobe and its distributors should be barred from characterizing the transaction that has been forged between them as a license. In light of the restrictions on title that have been incorporated into the OCRA, as well as the Parties' free and willing consent to enter into and execute its terms, the Parties should be free to negotiate and/or set a price for the product being exchanged, as well as set the terms by which the product is exchanged" (שם, בעמ' 1059).

113. ראו: *Determann and Fellmeth* (לעיל, הערה 92).

114. שם, שם.

מאייץ את דוקטרינת המכירה הראשונה. רק אם בעל זכות היוצרים הגביל את פרק הזמן שבמהלכו ניתן להשתמש בתכנה או העניק זכויות נוספות כגון הזכות לייצר עותקים מרובים, לא תחול דוקטרינת המכירה הראשונה.¹¹⁵

האפשרות להתנות על דוקטרינת המכירה הראשונה, ולצמצם את זכויותיו של בעל העותק באמצעות הגדרות משפטיות גרידא, איננה נכונה מבחינה משפטית ואיננה רצויה מבחינה נורמטיבית. מבחינה משפטית, פרשנות העסקה כרישיון אשר אינו כפוף לדוקטרינת המכירה הראשונה, מאפשרת לבעל זכות היוצרים לשנות באמצעות קביעות חד-צדדיות את זכויותיו של רוכש העותק, זכויות שנקבעו בחוק או נובעות ממנו במישורין. מטבע הדברים בכוחו של רישיון לחול רק על זכויות בלעדיות שהוקנו לבעל הזכויות מכוח חוק. אין בכוחה של הרשאה חד-צדדית ליצור לבעל הקניין הרוחני זכויות יש מאין. לשם כך דרוש חוזה ונחוצה הסכמה של משתמש התכנה לוותר על זכויותיו. אם די בכינוי העסקה כעסקת רישיון לשם הגדרתה כהרשאת זכויות ולא כמכירה, כפי שפירש אותה בית המשפט בעניין *Stargate*, ניתן למעשה לרוקן מתוכן את דוקטרינת המכירה הראשונה ולהבטיח שלא תחול לעולם. כל עסקה ניתן לכנות כעסקת רישיון. גם מכירת ספר או דיסק ניתן להגדיר כרישיון שימוש, אשר יפקע אם יפר הצרכן את תנאי הרישיון. לפיכך חשוב לנתח את תנאי העסקה שבה מדובר ניתוח מהותי, ולבחון אם אמנם מדובר ברישיון בלבד ולא במכירת עותק. בעניין *אנמה*, למשל, רישיונות השימוש של מיקרוסופט אמנם מכונים "רישיון", אך הם למעשה עסקת מכירה המקנה לרוכש זכות קניינית בעותק של התכנה. לפיכך לא די בהוראה חד-צדדית ברישיון השימוש לשם הגבלת עבירותו של העותק, אשר הוא כשלעצמו אינו כפוף להגנת זכות היוצרים.

יתרה מזו, הטענה שהרישיון מגדיר את מערכת היחסים בין בעל זכות היוצרים לבין צד שלישי כלשהו, שכן הפרת תנאי הרישיון מהווה הפרת זכות היוצרים, מאפשרת למעשה יצירת זכויות מעין קנייניות מכוח הסדרה פרטית. האפשרות ליצור זכויות in rem כלפי צדדים שלישיים באמצעות הסדרה פרטית איננה ייחודית למוצרי מידע והיא שנויה במחלוקת גם בתחום המקרקעין. בדיני חוזים יחול עקרון חופש החוזים, אך דיני קניין יאסרו בדרך כלל יצירת זכויות קנייניות שאינן סטנדרטיות. מבחינה כלכלית היו שהצביעו על הגידול הצפוי בעלויות העסקה של צדדים שלישיים עקב הצורך ללמוד את ההגבלות החלות עליהם כדי שיוכלו להימנע מלהפר אותן.¹¹⁶ המלומדים מריל (Merrill) וסמית (Smith), למשל, מסבירים כי הדבר נובע מכך שהחווה מחייב רק את הצדדים לו, ולכן ניתן להניח שהצדדים מצויים בעמדה הטובה ביותר כדי לאמוד את העלות והתועלת הנובעים מחווה מסוים זה שבחרו להתקשר בו. זכות הקניין, לעומת זאת, חלה כלפי כולי עלמא, ובכוחה להטיל חובות על צדדים שלישיים. לפיכך, אם נתיר חופש ביצירת זכויות

115. שם, בעמ' 98.

116. ראו, לעניין זה: Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, "The Property /Contract Interface", 101 *Colum. L. Rev.* (2001) 773; Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerous Clausus Principle", 110 *Yale L. J.* (2000) 1

קניין חדשות, נגדיל את עלויות המידע של צדדים שלישיים אשר ייאלצו להשקיע משאבים בלימוד כל אחד מן ההסדרים הללו, וזאת כדי להימנע מלהפר את זכות הקניין של פלוני.¹¹⁷ לכן לטענתם, כאשר עלויות המידע הכרוכות בויהוי תוכן הזכויות והחובות הן גבוהות, תוגן הזכות כזכות קניין, ודיני הקניין ימנעו יצירת צורות נוספות של קניין וכך ישמרו את כוחה של זכות הקניין לשדר מסר ברור ואחיד בדבר תוכן הזכויות.¹¹⁸ עלויות המידע הכרוכות בויהוי תוכן הזכויות גבוהות במיוחד בכל הנוגע לקניין רוחני. הסיבה לכך היא כי לעומת נכסים מוחשיים ומקרקעין, קניין רוחני נעדר גבולות פיזיים. כאשר אדם משתמש בלא רשות בחפץ השייך לאחר, או פולש בלא רשות לחצריו של אחר, אין לו צורך להבין לעומקן את הזכויות והחובות החלות על הנכס.¹¹⁹ המימד הפיזי יסמן בדרך כלל את גבולות הזכויות והחובות. בתחום הקניין הרוחני מדובר בנכס לא מוחשי ורק אגד הזכויות, שאף הן אבסטרקטיות, הוא המגדיר אותו כנכס. עותק של תכנה מגלם, למשל, בדרך כלל "ביטוי" המוגן בזכות יוצרים שאין להעתיקו בלא הרשאה, אך גם רעיון שאיננו מוגן בזכות יוצרים וכל אחד רשאי להעתיקו.¹²⁰ לפיכך עולה חשיבותה של אחידות הזכויות והחובות הנוגעות לשימוש ביצירות. אדם הרוכש עותק של תכנה יכול, למשל, להניח כי העותק מקנה לו זכות להתקין את התכנה ולהשתמש בה אך לא ליצור ממנה עותקים. מצד שני לא יהיה סביר לצפות שהרוכש יניח כי חל איסור לבצע מכירה חוזרת של התכנה, או כי השימוש בתכנה מוגבל יותר מן ההגבלות שיחולו על פי הכלל הקנייני. משטר משפטי שיאפשר הטלת איסורים כגון אלה גם על מי שאיננו צד לחוזה, עלול לחייב צדדים שלישיים לחקור את הוראות הרישיונות השונים המתלווים ליצירות, ולהטיל עלויות מידע גבוהות על המשתמשים.

117. חוזים וקניין, על פי גישה זו, הם מוסדות משפטיים המצויים על רצף אחד ומשקפים מידה שונה של סטנדרטיזציה הנובעת מן המבנה השונה של "עלויות עיבוד מידע" ("informational-processing costs"). קניין הוא למעשה סוג של הסדר חווי המשקף סטנדרטיזציה אופטימלית. בעוד בדיני החוזים שולט העיקרון של חופש החוזים והצדדים רשאים לעצב בעצמם את ההסדר ביניהם, דיני הקניין מגדירים את הזכויות והחובות באופן סטנדרטי ומחילים עליהם שורה של כללים מחייבים (שם).

118. אחרים סבורים שזכויות כאלה לא תפגענה בעילות כל עוד ניתנת עליהן הודעה מספקת לצדדים שלישיים. ראו: Henry Hansmann and Reinier Kraakman, "Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", 31 *J. Legal Stud.* (2002) 373, pp. 374-375.

119. ראו, לעניין זה: Wendy J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory", 41 *Stan. L. Rev.* (1989) 1343, ובאחרונה גם: Clarisa Long, "Information Costs in Patent and Copyright", 90 *Va. L. Rev.* (2004) 465, pp.482-483.

120. סעיף 7ב לפקודת זכות יוצרים.

לכן הסכנה המרכזית הנשקפת מן המעבר לשיטת רישוי היא של יצירת אפקט מצנן שעלול להביא לידי שימוש מופחת ביצירות, שימוש שייפול מן הרמה הרצויה מנקודת המבט של הרווחה המצרפית.¹²¹

מבחינה נורמטיבית, דוקטרינת המכירה הראשונה ודוקטרינת המיצוי מבטאות יותר מכול את סלידתו של המשפט מהטלת הגבלות יתר על עבירות הקניין ומתייטבות עם הרצון לצמצם ככל האפשר את הפגיעה בתחרות החופשית. הדיון בחלק הבא מנתח את ההשלכות על התחרות בשוק של צמצום זכות הבעלות בעותק, וחזוק שליטתו של בעל הזכויות בהפצת היצירה. חשיבותו של הדיון הנורמטיבי גדלה משום שמבחינה עסקית וטכנית הסביבה הדיגיטלית מייטרת את הצורך להפיץ עותקים פיזיים, והם מפנים את מקומם להפצה באמצעות מתן גישה ליצירות. המסקנות הנוגעות לתחרות בשוק המוצרים המוגנים כיצירות יחול, בשינויים המחויבים, גם על מוצרי תוכן המופצים כקבצים דיגיטליים.

ד. צמצום דוקטרינת המכירה הראשונה והתחרות במסחר בעותקים

ראינו כי דוקטרינת המכירה הראשונה מבטאת חלוקת עבודה בין דיני זכויות היוצרים, החלים על יצירות, ובין המשפט המסחרי ועקרונות השוק החופשי החלים על מסחר בעותקים של היצירה. במובן זה מונעת דוקטרינת המכירה הראשונה מבעל זכות היוצרים לשלוט בעסקאות המסחריות הנוגעות לעותק היצירה לאחר שמכר את העותק ונפרד מן הבעלות בו. במילים אחרות, יש בדוקטרינה כדי למנוע את השליטה בהפצת עותקים מן היצירה בשוק המשני, וכן את השליטה בהעברת היצירה לידי צד שלישי מידי רוכש העותק הראשוני. הגבלות הכלולות ברישיון בעניין מכירת עותק התכנה סוטות מן ההסדר שמגדירה דוקטרינת המכירה הראשונה. הוראות אלה ברישיון השימוש מצמצמות את זכותו של בעל העותק למכור את העותק כרצונו. אם הגבלות עבירות עותקים תקפות מבחינה משפטית, אזי ניתן באמצעותן להגדיר את הנסיבות שבהן תהיה מכירה כזו מותרת. רישיון השימוש יכול, למשל, לקבוע שמכירת התכנה מותרת רק עם מכירת החמרה, או שהתכנה תימכר בשלמותה בלבד או אך ורק בליווי מוצרים אחרים או רק בתנאי שהתכנה לא תימכר עם מוצרים מתחרים.

האם ראוי לאפשר לבעלי זכויות היוצרים לצמצם את זכויות הצרכן בעותק, אשר הוקנו לו על פי הדין הנוהג, ולהרחיב את זכות היוצרים שלהם באופן שיקנה להם שליטה בעותק גם לאחר שנמכר? מנקודת מבט כלכלית השאלה היא אם תוספת הרווח לבעל הקניין הרוחני עקב יצירת הזכות המשפטית החדשה לשלוט במסחר ביצירה גם לאחר המכירה הראשונה עולה על העלויות הכרוכות במשטר משפטי כזה. הואיל ודוקטרינת המכירה הראשונה מעודדת, בין היתר, תחרות בנוגע למחיר העותק,¹²² אזי סטייה ממנה באמצעות משטר רישיונות עלולה להציב מכשולים לתחרות בשוק העותקים ובסופו של דבר לגרום

121. ראו, לעניין זה: Niva Elkin-Koren, "What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons", 74 *Fordham L. Rev.* (2005) 101.

122. Reese (לעיל, הערה 40), בעמ' 584-610.

להתייקרות המחיר הסופי של העותקים המוצעים בשוק. הדיון שלהלן מנסה לעמוד על ההשלכות הכלכליות של הגבלות המסחר בעותקים של היצירה, תוך ניתוח היתרונות לספקי התכנה וההשלכות על התחרות והרווחה המצרפית.

1. השלכות ישירות על מחיר העותק

הכרה בזכות המשפטית לשלוט בהעברת עותקים מן היצירה עשויה להשפיע במישרין על המחיר הסופי של העותקים, בין באמצעות קביעת המחיר הסופי לצרכן ובין עקב תוספת תשלום תמלוגים לבעל זכות היוצרים בגין כל עסקה בעותקי היצירה.

א. קביעת המחיר הסופי לצרכן (price fixing)

המעבר למשטר רישיונות מאפשר לספק לקבוע את המחיר הסופי לצרכן. כאשר חל על רוכשי ספרים או על סוכני הפצה איסור למכור את העותקים שרכשו, למעט בתנאים מוגדרים, בעל זכות היוצרים נהפך למקור הבלעדי להספקת עותקים מהיצירה. כאשר בעל זכות היוצרים הוא מקור ההספקה הבלעדי, הדבר מקנה לו שליטה כמעט מוחלטת בהיצע התכנה בשוק, ובתוך כך גם שליטה במחיר. מי שרכש עותקים של התכנה, מנוע על פי הוראות הרישיון מלמכור עותקים אלו או אף לחלקם בחינם. הגבלות אלה מפחיתות את התחרות בין מוצרי התכנה שבידי רוכשי העותקים ובין מוצרי התכנה שמפיץ בעל זכויות היוצרים, ומאפשרות לו לשמור על רמת מחירים גבוהה ולהגדיל את רווחיו.¹²³

הסכנה שבעל זכות היוצרים יקבע באופן בלעדי את מחירו הסופי של עותק היצירה קיבלה ביטוי מוחשי בעניין *Bobbs-Merrill*,¹²⁴ שבו נוסחה לראשונה דוקטרינת המכירה הראשונה.¹²⁵ התובע בפרשה זו הוציא לאור ספר ועל עמוד הזכויות הפנימי הודפסה הודעה זו: "מחירו הקמעונאי של ספר זה הוא דולר אחד. שום עוסק אינו מורשה למכור את הספר במחיר נמוך מזה, ומכירה כאמור תהווה הפרה של זכות היוצרים".¹²⁶ הנתבעים רכשו מספר רב של ספרים. 90% מן הספרים נרכשו על ידי הנתבעים במחיר נמוך מדולר אחד, והשאר במחיר דולר אחד. הנתבעים מכרו את הספר בעבור שמונים ותשעה סנט בלבד, ולא במחיר של דולר כנדרש. התובע טען בבית המשפט כי מכירת הספר במחיר נמוך מהנדרש מפרה את זכות ההפצה הבלעדית שלו. בית המשפט דחה את התביעה ופסק שזכות ההפצה הבלעדית איננה חלה על זכותו של בעל העותק למכור אותו כרצונו. בית המשפט סבר

123. לטענת Reese דוקטרינת המכירה הראשונה עודדה תחרות בין מפיצים על מחיר המכירה לצרכן (retail price). לטענתו, כאשר המפיצים רשאים למכור את היצירה בכל מחיר שיחפצו, נוצרת תחרות בין המפיצים (שם, בעמ' 585).

124. עניין *Bobbs-Merrill* (לעיל, הערה 91).

125. הקונגרס האמריקני עיגן את דוקטרינת המכירה הראשונה בסעיף 27 לחוק זכויות היוצרים האמריקני משנת 1909 17 U. S. C §27 (1909) (לעיל, הערה 92).

126. עניין *Bobbs-Merrill* (לעיל, הערה 91), בעמ' 341: "The price of this book at retail is \$1 net. No dealer is licensed to sell it at a less price, and a sale at a less price will be treated as an infringement of the copyright"

כי הוספת הזכות לשלוט במכירות עתידיות של עותק היצירה עלולה להרחיב את זכויות ההפצה של בעל זכויות היוצרים, המוגדרות בחוק זכות היוצרים, באמצעות הודעה חד-צדדית מצד בעל הזכויות.¹²⁷

קיימות דרכים נוספות להשגת שליטה במחירו הסופי של העותק, בעל זכויות היוצרים יוכל, למשל, לנסות לשלוט במחירו הסופי של העותק באמצעות הסכמים עם מפיצים מורשים. קביעת המחיר לצרכן בהסכם בין בעל זכות היוצרים למפיץ עלולה לסכן את התחרות ולכן נחשבת בדרך כלל להסדר כובל לפי דיני ההגבלים העסקיים. הסדרים אנכיים¹²⁸ בין הספק למפיץ עשויים לעתים להביא לידי תוצאה יעילה ולהגן על אינטרס לגיטימי של הספק באופן שיתרום לרווחה המצרפית. הסכמי בלעדיות במכירה עשויים, למשל, לתת למפיץ תמריץ להשקיע בשיווק המוצר ובבניית המוניטין שלו, והסכמי בלעדיות ברכישה עשויים לתת לספק תמריץ להשקיע בהכשרה, תמיכה ותקשורת וכן במתן שירות למפיץ, השקעה אשר בהיעדר בלעדיות עלולה לרדת לטמיון.¹²⁹ לפיכך, באותם מקרים שבהם הגבלת התחרות עשויה להיות יעילה, יפטר דיני ההגבלים העסקיים הסדרים כובלים אנכיים מפיקות.¹³⁰ אולם גם הפטור שנועד להתיר הסדרים אנכיים

127. שם, בעמ' 351: "True, the statute also secures, to make this right of multiplication effectual, the sole right to vend copies of the book, the production of the author's thought and conception. The owner of the copyright in this case did sell copies of the book in quantities and at a price satisfactory to it. It has exercised the right to vend. What the complainant contends for embraces not only the right to sell the copies, but to qualify the title of a future purchaser by the reservation of the right to have the remedies of the statute against an infringer because of the printed notice of its purpose so to do unless the purchaser sells at a price fixed in the notice. To add to the right of exclusive sale the authority to control all future retail sales, by a notice that such sales must be made at a fixed sum, would give a right not included in the terms of the statute, and, in our view, extend its operation, by construction, beyond its meaning, when interpreted with a view to ascertaining the legislative intent in its enactment"

128. הסדר אנכי הנו הסדר בין גורמים שקיימים ביניהם קשרי ספק-לקוח או ספק-מפיץ. הסדר אופקי הנו הסדר בין מתחרים המספקים אותם נכסים או מעניקים אותו שירות.

129. ראו, דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", עיוני משפט כז (תשס"ד) 751.

130. הפטור מעוגן בכללי ההגבלים העסקיים שהותקנו בשנת 2001 בנוגע להפצה ורכישה בלעדית, ובחוק ההגבלים העסקיים עצמו, בחלק הנוגע להסכמי בלעדיות הדדית. ראו, כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית), תשס"א-2001, ק"ת 668; כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001, ק"ת 669, הפוטרים את ההסכמים הללו מהצורך באישור הממונה על ההגבלים העסקיים מתוקף פטור סוג. סעיף 6(3) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר פטור להסדרי בלעדיות הדדית, ובלבד שלא מדובר

בין ספק למפיץ לא יחול במקרים שבהם הסדר הבלעדיות כולל הגבלות נוספות מלבד ההתחייבות בדבר בלעדיות, כגון הגבלות מחיר.¹³¹ זאת ועוד, פטורי הסוג לא יחולו כאשר צד להסכם הפצה בלעדית הוא "...בעל מונופולין בשוק המוצר או בשוק מוצר משיק".¹³² ההנחה היא שתחרות אופקית בין מוצרים מתחרים תחייב את הצדדים להסדר כובל להתחרות במחיר ובשירות, ועל כן תמתן את הסכנה לתחרות הנשקפת מההסדר הכובל.¹³³ במקרים רבים בעל הקניין הרוחני נהנה מבלעדיות בשוק, הנובעת מהגנת הקניין הרוחני, ועל כן עצמת התחרות האופקית עשויה להיות חלשה יותר. השאלה בהקשר זה היא כיצד יש להתייחס לבלעדיות שיוצרים דיני הקניין הרוחני, ואם המונופולין שמקנים דיני הקניין הרוחני מחייב שיקולים מיוחדים בכל הנוגע להשפעה על התחרות.

-
- בהסדר אופקי המגביל את התחרות בין המתחרים בענף מסוים ("...הספק והרוכש שניהם אינם עוסקים בייצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים").
131. ראו סעיף 4(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי רכישה בלעדית) וכן סעיף 4(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).
132. סעיף 3(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית).
133. בישיבת ועדת הכלכלה, אשר דנה בתיקון מספר 5 לחוק ההגבלים העסקיים, התייחס היועץ המשפטי של הרשות להגבלים עסקיים (דאז), עו"ד דרור שטרומ, למתן פטור סוג להסדרי בלעדיות ואמר כי: "כאשר אתה מונופול ואתה מפיץ בכל הארץ למשווקים בלעדיים שלך, אתה חוסם אחרים, וזה כבר לא טוב. אלה לא יתרונות של תחרות בעסקים". ראו פרוטוקול מס' 21 מישיבת ועדת הכלכלה של הכנסת החמש עשרה, יום רביעי, "בחשוון התש"ס (20.10.1999). בפסק הדין ה"ע (י"ם) 469/98 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם) דן בית המשפט בהסכמי בלעדיות להספקת מוצרי דלק לתחנות תדלוק מתוצרתה של חברת דלק. השופט עדיאל הסביר, בלי קשר לחקיקת סעיף 3(3) לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001, כי: "השפעתה של מגבלה שנטל על עצמו צד להסדר אנכי תבטא תמיד בתחרות בינו לבין אחרים שאינם צדדים להסדר. שהרי זה טיבו של הסדר אנכי, שהצדדים להסדר נמצאים בחוליות שונות בשרשרת הייצור והם אינם מתחרים זה בזה. ואולם פן נוסף של אותה מגבלה בא לידי ביטוי ביתרון הצומח ממגבלה זו לצד האחר להסדר – שלא נטל על עצמו מגבלה – בתחרות בינו לבין אחרים שאינם צדדים להסדר הכובל. למשל, הסדר כובל שבו מבטיח לעצמו הספק (שלא נטל על עצמו מגבלה על-פי ההסדר) בלעדיות על צינורות השינוק, עשוי לפגוע בתחרות בין אותו ספק לבין ספקים אחרים. חשש זה, הנוגע להשפעתו האופקית של ההסדר על מתחריו של הספק, הקושר אליו בהסכמים בלעדיים את המפיצים וחוסם את הגישה למפיצים אלה בפני ספקים אחרים, הוא החשש העיקרי הכרוך בהסדרי בלעדיות" (שם, בפסקה 62).

ב. תוכפת תמלוגים

זכויות בלעדיות בעותקים תאפשרנה לבעל זכויות היוצרים לדרוש תמלוגים בגין כל עסקה בעותקי היצירה. במשפט הצרפתי, למשל, חלה חובה לשלם תמלוגים בגין כל העברה של בעלות בעותק של יצירת אמנות מהסוג המוגדר בחוק. יוצריהן של יצירות גרפיות ותלת-ממדיות מחזיקים בזכות בלתי ניתנת להעברה לקבלת תמלוגים בגין כל מכירה של יצירתם במכירה פומבית או בידי סוכן. זכות זו אינה מושפעת מהעברת הזכויות ביצירה המקורית. חלקו של היוצר בפירות המכירה בא לידי ביטוי בזכאותו לתמלוגים בשיעור של 3%¹³⁴ זכות האמן לתמלוגים ממכירת יצירתו בשוק המשני נכללה במשפט הצרפתי כבר בשנת 1920¹³⁵ ואומצה בדירקטיבה האירופית בשנת 2001.¹³⁶ בחוק הגרמני מצויה הוראה דומה הקובעת כי כאשר יצירת אמנות נמכרת בשנית לסוחר ביצירות אמנות או לבית מכירות פומביות, על המוכר לשלם לבעל זכויות היוצרים תמלוגים בשיעור של 5% מהמחיר שגבה.¹³⁷ בינואר

134. ראו: The French Intellectual Property Code (official translation by the French government), Article L122-8: "Authors of graphic and three-dimensional works shall have an inalienable right, regardless of any transfer of the original work, to participate in the proceeds of any sale of such work by public auction or through a dealer. The royalty levied shall be a uniform 3% applicable only on a selling price above an amount to be laid down by regulation. The royalty shall be levied on the selling price of each work and on the full price with no deduction from the basis. A Decree in Conseil d'Etat shall lay down the conditions under which authors may assert the rights afforded them by this Article with respect to the sales referred to in the first paragraph above"

[URL:http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/cpiatext.htm]

135. ראו: House of Commons Culture, Media and Sport Select Committee, *The Market for Art*, Sixth Report of Session 2004-2005 (23 March 2005) 13 [URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmcomeds/414/414.pdf>]

136. ראו: Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001

on the resale right for the benefit of the author of an original work of art

137. דרישת התמלוגים אינה חלה כאשר מדובר ביצירות ארכיטקטוניות או באמנות שימושיות. ראו סעיף 26 לחוק הגרמני. עוד קובע הסעיף כי אין היוצר רשאי לוותר מראש על חלקו במכירה, אולם זכותו של היוצר פוקעת כעבור עשר שנים ממועד המכירה. ראו: Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG), Translation provided by the International Bureau of WIPO, Article 26. ניתן לצפייה באתר: [URL: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm>]

"Article 26 Resale Royalty Right: (1) If the original of a work of fine art is resold and if an art dealer or an auctioneer is involved as purchaser, vendor or agent, the vendor shall pay to the author a share amounting to five percent of the selling price. There shall be no such obligation if the selling price is less than 100 German marks. (2) The author may not waive his right to his share in advance. The expectancy may not be enforced; any disposition of the expectancy shall be without legal effect.... (7) The claims of the author shall expire

2006 אמורה להתווסף זכות חדשה לאגד זכויות היוצרים של האמן והיוצר הבריטי. זכות זו, המכונה "The Artist's Resale Right", מציעה הסדר תמלוגים דומה להסדר הצרפתי והגרמני, לפי הוראות הדירקטיבה האירופית. האמן יהיה זכאי לקבל תמלוגים ממכירה שנייה של יצירתו אם רוכש היצירה הנו סוחר ביצירות אמנות או בית מכירות פומביות.¹³⁸ הסדרים אלה נועדו לפצות את היוצרים על כך שבמקרים רבים מחירה הראשוני של יצירת אמנות אינו משקף את מלוא ערכה, בעיקר במקרה של אמנים בראשית דרכם. ההסדר נועד להגדיל את חלקו של היוצר בתזרים ההכנסות שיצירתו עשויה להפיק במהלך השנים. משטר הרישוי, המקנה זכות משפטית לשלוט בעברות היצירה, עשוי גם הוא לאפשר גביית תמלוגים בגין שינוי הבעלות או העברת החזקה בעותקים. יתרה מזו, הסדר התמלוגים מזכה את היוצר אך ורק בתגמול ששיעורו קבוע בחוק. משטר הרישוי, לעומת זאת, מקנה לבעל הזכויות את הזכות למנוע מכירה חוזרת, ולהגדיר תנאים כאוות נפשו למכירות כאמור.

האם הגבלה ברישיון השימוש, האוסרת לבצע מכירה חוזרת של עותקים, עלולה לייקר את מחירם של העותקים? ניתן לטעון כי אם בעל זכות היוצרים זכאי לגבות תמלוגים בשלב מאוחר יותר מכל מכירה חוזרת, הוא יגבה מחיר נמוך יותר עבור המכירה הראשונה של עותק היצירה. מצד שני, האיסור לבצע מכירה חוזרת של עותקים צפוי למנוע את היווצרותם של שווקים משניים, כגון שוק עותקים משומשים, אשר בתנאי תחרות יגרמו להורדת מחירם של עותקים חדשים.¹³⁹

ג. זכויות משפטיות וזכויות כלכליות – קניין רוחני וזכויות שוק

גם אם מבחינה משפטית משטר רישיונות מאפשר לבעל הזכויות לקבוע את מחירו הסופי של כל עותק, עדיין לא ברור שנשקפת מכך סכנה לתחרות. מבחינה כלכלית מחיר העותק הנו פונקציה של היצע וביקוש, אלא אם כן בעל זכות היוצרים נהנה ממעמד של בעל מונופול. בעל הקניין הרוחני הנו בעל מונופולין מכוח החוק. הבלעדיות שיוצרים דיני הקניין הרוחני, ובענייננו דיני זכויות היוצרים, מבטיחה כי רק בעל הזכויות יהיה רשאי לייצר עותקים ולהפיצם.

כידוע, הזכויות בקניין רוחני מקנות לבעליהן בלעדיות בשוק היצירה או ההמצאה המוגנת, אך לא בשוק המוצר. בעל הזכויות בתכנת עיבוד תמלילים, למשל, ייחנה משליטה בלעדית בהעתקת התכנה שבבעלותו ובהפצתה, אך לא ייחשב לבעל מונופולין בשוק מעבדי התמלילים כל עוד התכנה שפיתח מתחרה בתכנות אחרות לעיבוד תמלילים. במילים אחרות, השאלה אם מונופולין מכוח דיני הקניין הרוחני הנו גם מונופולין במובן הכלכלי, תלויה בקיומם של תחליפים מתחרים בשוק. כאשר מדובר ביצירות פונקציונליות,

after 10 years. (8) The foregoing provisions shall not apply to architectural works and
works of applied art"

138. ראו: House of Commons Culture, Media and Sport Select Committee (לעיל, הערה 135).

139. לדיון בהשלכותיה של דוקטרינת המכירה הראשונה על המחיר ראו: Reese (לעיל, הערה 40), בעמ' 590-592. להרחבה בנוגע לשוק יד שנייה ראו חלק 2.ד להלן.

כמו תכנה, סביר שיימצאו לה תחליפים בשוק. יצירות כאלה ניתן למדוד במונחים של עלות-תועלת, ולכן אם מדובר במוצרים המבצעים פעולות דומות, התחרות בשוק זה צפויה להתמקד במחיר ובאיכות. אולם מרבית היצירות המוגנות בהגנת זכות יוצרים אינן פונקציונליות. למעשה, דיני זכויות היוצרים אינם מקנים כל הגנה להיבטים הפונקציונליים של היצירות.¹⁴⁰ במובן זה, מתן הגנת זכויות יוצרים לתכנת מחשב הייתה שנויה במחלוקת ונותרה נטע זר במשטר משפטי אשר נועד להגן על "ביטוי" ולא על שיטת ביצוע.¹⁴¹ דיני זכויות היוצרים מקנים הגנה לביטוי של היוצר, והיצירות המוגנות בהגנת זכות יוצרים הן בעיקר יצירות אמנות, סיפורים, שירה, מחזות, כתבות עיתונאיות או יצירות מוזיקליות. האם ניתן ברצינות לתאר יצירות אלה כמוצרים שיש להם תחליף? האם המחיר קובע את ההחלטה לרכוש ספר של סופר א' ולא של סופר ב' כמו את ההחלטה לרכוש קמח מסוים או נייר טואלט? האם יצירות מוזיקליות מתחרות זו בזו במובן זה שאפשר לשמוע אחת, אבל אם היא יקרה יותר, נסתפק בלהאזין לאחרת? נראה כי התשובה שלילית. ספרי חסמב"ה אינם תחליף לספרי הארי פוטר, ובטהובן איננו תחליף לביטלס.¹⁴²

140. סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, שנוסף בתש"ס בחוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפט), תש"ס-1999, ס"ח 44, קובע כי: "על אף האמור בסעיף 1 לחוק זכות יוצרים, לא תהא קיימת זכות יוצרים בכל אחד מאלה: (1) רעיון; (2) תהליך ושיטת ביצוע; (3) מושג מתמטי; (4) עובדה או נתון, כשהם בלבדם; (5) חדשות היום; ואולם על דרך הביטוי שלהם תהא קיימת זכות יוצרים." במשפט האמריקני קובע סעיף 102(b) לחוק זכויות היוצרים האמריקני כי: "(b) 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) (1976).

141. ראו: Pamela Samuelson, Randall Davis, Mitchell D. Kapor, and J. H. Reichman, "A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Program", 94 *Colum. L. Rev.* 2308 (1994). העובדה שהערך הכלכלי של תכנה טמון בפעולתה, ושדיני זכויות היוצרים מקנים הגנה לביטוי בלבד, ניכרת בקושי להגדיר את היקף ההגנה הניתנת לתכנת מחשב ובקושי ליישם את ההבחנה בין רעיון ובין ביטוי. ראו, למשל, עניין *Computer Assocs. Int'l v. Altai Inc.* 982 F. 2d 693 (2d Cir. 1992).

142. שאלת התחליפיות של יצירות מוזיקליות נדונה לפני בית המשפט, כשדן בשאלה אם התאגדות חברות התקליטים במסגרת פדרציה לקלטות ותקליטים מהווה הסדר כובל. ראו, ה"ע (י"ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם) (להלן: עניין הפדרציה הישראלית). בהקשר זה נטען כי ההסדר אינו פוגע בתחרות שכן חברות התקליטים ממילא אינן מתחרות ביניהן בשוק ההשמעות הפומביות הואיל והיצירות שבבעלותם אינן תחליפיות. בית המשפט ראה טעם בטענת הפדרציה בדבר היעדר תחליפיות לגבי יצירות מסוימות ולגבי משתמשים מסוימים אך דחה את טענת הפדרציה בדבר היעדר פגיעה בתחרות שכן הפדרציה מייצגת פרטוארים שלמים. בית המשפט פסק כי תחליפיות מתקיימת כאשר המשתמש אדיש באשר לזהות היצירה (כגון

יצירות אינן מוצרי צריכה רגילים. במובנים רבים יצירות אינן מוצרי צריכה כלל. קשה לתאר ברצינות את הבחירה בספר כלשהו או בסרט כלשהו כהחלטה המבוססת בעיקר על מחיר. המחיר עשוי לעתים להיות חלק ממכלול השיקולים, למשל כאשר אדם חפץ לצפות בסרט אימה או לשחק במשחק מחשב כלשהו, אולם המחיר איננו השיקול היחיד ובמקרים רבים נדמה שאין הוא השיקול המרכזי. השיקולים המשפיעים על החלטות הנוגעות לצריכת מוצרי תרבות מתאימים יותר לתיאור שיח: האם אני רוצה "להקשיב" לסופר הזה? האם אני מתעניין בנושא? האם אני מסכים לתפיסת עולמו של העיתונאי ולסדר היום של העיתון? האם הייתי רוצה ללמוד יותר על עולמם הפנימי של נערים מתבגרים? האם ילדי זקוקים לספרי הרפתקאות? מי שרוצה לצפות בציוריו של דגה לא יראה בתערוכה של ואן גוך בחצי המחיר משום תחליף. מערכת ההעדפות בנוגע לצריכת מוצרי תרבות מושפעת משיקולים הנוגעים לדימוי עצמי, לזהות, לשייכות לקהילה ולהפנמת קוד תרבותי, לחינוך והשכלה, לצרכים רגשיים ולעמדות נורמטיביות. שיקולים אלה עשויים כמובן להשפיע גם על הבחירה בקפה מסוים, ועל מידת התחליפיות בשוק הקפה, אולם חלקם בהחלטת הרכישה במקרים אלה מצומצם הרבה יותר.

ניתן כמובן להעלות על הדעת שימושים פונקציונליים ביצירות כמו, למשל, שימוש ב"מוזיקת מעליות", בחירת רינגטונים לטלפון הנייד או עיצובים גרפיים לעיטור או להדגמה. במקרים אלה עשויות יצירות להוות תחליף זו לזו ולהתחרות במחיר. בנסיבות אלה לא יהיה מוצדק לראות בבעל זכות היוצרים בעל מונופולין, אולם במקרים רבים, בעיקר ככל שמדובר בצריכת תרבות, ובעיקר ביצירות אמנות, שוק היצירה יהיה שוק נפרד העומד לעצמו, ובעל זכות היוצרים בו יהיה בעל מונופולין.¹⁴³

יתרה מזו, הואיל ובמקרים רבים בעלי הזכויות אינם היוצרים הבודדים אלא מתווכים כמו, למשל, חברות תקליטים כגון הדיארצי או BMG האמריקנית, ראוי לבחון את ההשלכות של האסטרטגיה המשפטית שהם נוקטים בנוגע לכל היצירות שבבעלותם. כאשר מוציא לאור בתחום העיתונות או הספרות המקצועית שולט ביותר ממחצית השוק,

שימוש ביצירה מוזיקלית למילוי זמן המתנה) או לגבי ביצועים שונים של אותה יצירה. בנסיבות כאלה, פסק בית המשפט, מחיר ההשמעה של יצירה מוזיקלית עשוי להוות שיקול אם להשמיעה.

143. על הבחנה זו עמד בית המשפט בערעור בעניין הפרדריצה הישראלית: "מקובל עלינו אמנם שיצירות מוזיקליות מסוימות אינן תחליפיות זו לזו, במובן זה, שהן עשויות להיות כה נבדלות האחת מרעותה, עד שאין מתקיימת ביניהם, מבחינת קהל המאזינים, תחליפיות ממשית. כך למשל, 'סונטה ליל ירח' של בטהובן, אינה תחליפית, מבחינת הצרכן, לשיר 'ירושלים של זהב'. או, כדבריו של Sullivan, המצוטטים עליידי באת-כוח המבקשות בסיכומיה, הסרט 'חלף עם הרוח' אינו תחליפי לסרט 'Getting Gertie's Garter'... מקובל עלינו שיצירות מסוימות אינן תחליפיות זו לזו. ייתכן, כפי שמציע המלומד Hovenkamp, שליצירות מסוימות אף ניתן להתייחס כאל שוק מוצר נפרד ולבעלי הזכויות בהן כאל בעלי מונופולין באותם שווקים, שאז, להסכמים בין אותם בעלי זכויות יש להתייחס כאל הסכמים בין בעלי מונופולין ולא כהסכמים בין מתחרים" (שם, בפסקאות 38-39).

יש להביא בחשבון את האפקט המצטבר של שליטתו ביצירות רבות. בפועל קיימת מידה רבה של ריכוזיות בשוקי הקניין הרוחני. שוק התוכן הוא שוק ריכוזי הנשלט בידי מספר מצומצם של יצרני תוכן; חברות תקליטים, אולפני סרטים ומוציאים לאור.¹⁴⁴ הנטייה לריכוזיות בשוק התוכן קשורה גם לכך שמוצרי מידע מתאפיינים בין היתר בהשלכות רשת. ככל שרבים יותר המשתמשים בתכנת ההפעלה של מיקרוסופט, כך גדל היתרון שכל אחד מהם מפיץ ממנה, שכן המשתמש יכול להחליף קבצים וליצור קשר עם משתמשים אחרים בלא עלויות המרה. כאשר השלכות הרשת הללו גבוהות, הן עשויות לעלות על היתרונות שעשויים לצמוח לצרכן מטכנולוגיות חדשות.¹⁴⁵

בתחום התכנה, שהיא מוצר פונקציונלי, היינו מצפים, כאמור, לתחרות רבה יותר, שכן העדפת הצרכן אמורה להיקבע בעיקר על פי שיקולי איכות ומחיר. עם זאת מסתבר כי דווקא חברות התכנה המובילות את משטר הרישוי החדש, כגון מיקרוסופט ואדובי, נהנות משליטה בשוק התכנה שבו הן פועלות.¹⁴⁶ הדבר נובע לא רק מאכיפה אגרסיבית

144. ראו: Ben H. Bagdikian, *The Media Monopoly* (1997). בשוק מוזיקת הלהיטים החזיקו בשנת 2002 כארבע חברות מוזיקה בכ-63% מהשוק, היינו חלשו על יותר מ-41 מיליון מאזינים בכל רחבי ארצות הברית. בשווקים המקומיים הריכוזיות גדולה אף יותר. בניו יורק, למשל, כארבע חברות שולטות ביותר מ-80% מהשוק. שלוש מהחברות השולטות בשוק הניו יורקי שולטות גם בלמעלה מ-60% משוק תחנות הרדיו בשיקגו. יתרה מזו, נמצא כי מרבית החברות השולטות בתחנות הרדיו שולטות גם בתחומים אחרים הקשורים במוזיקה בארצות הברית. למשל, Clear Channel Corporation, הנה אחת מארבע חברות המוזיקות בכ-63% משוק תחנות הרדיו בכלל ארצות הברית. בנוסף, בבעלותה יותר מ-1,200 חברות רדיו, מעל 700,000 לוחות מודעות (billboards), וכן כמה חברות פרסום (promotion companies). ראו: Russ Feingold, Statement of U. S. Senator Russ Feingold on Market Concentration in the Radio, Concert, and Promotion Industries (13 June 2002) [URL: <http://www.senate.gov/~feingold/statements/02/06/2002613529.html>]

145. ראו: Richard A. Posner, "Antitrust in the New Economy", 68 *Antitrust L.J.* (2001) 925, p. 930: "If network externalities are large, they may give the monopolist a cost advantage that exceeds the benefit of a superior new technology. This is the issue of 'path dependence': an industry may be stuck with an inferior technology because of the cost advantage of the existing network"

146. בתחום מערכות ההפעלה של מחשבים אישיים, תואמי מעבד אינטל, מחזיקה מיקרוסופט ב-95% מנתח השוק (ראו, לעיל, הערה 47). לפי מידע מן הרבע השלישי של שנת 2004 מובילה מיקרוסופט גם בשוק מערכות ההפעלה של מחשבי כף יד (PDA), ומחזיקה ב-48.1% מנתח השוק. חברת Palm מחזיקה רק ב-29.8% מנתח שוק זה (GARTNER INC., Gartner Says Microsoft's Windows CE Surpassed Palm OS Shipments in Worldwide PDA Operating Systems Market in Third Quarter of 2004, (12 November 2004) [URL: http://new.stockwatch.com/swnet/newsit/newsit_newsit.aspx?bid=U-b005259-U:ITB-20041112&symbol=ITB&news_region=U]. בשוק דפדפני האינטרנט מחזיקה מיקרוסופט,

של משטר הרישיונות, אלא גם מהאפקט של ההגנה הניתנת לקניין רוחני. זכות היוצרים מעלה את עלות הייצור למתחרים כאשר יצירה חדשה תלויה בשימוש ביצירות אחרות המוגנות בזכות יוצרים. הזכות ליצור יצירה נגזרת, למשל, מאפשרת שליטה בשווקים משניים ומקשה על מתחרים חדשים להדור לשוק.¹⁴⁷ בתעשיית התכנה דיני זכויות היוצרים עלולים ליצור מחסום משמעותי לכניסה לשוק, אף אם התכנה החדשה איננה מבוססת על "אבני הבניין" של תכנות קודמות. הצורך להבטיח התאמה בין תכנות שונות ובינן לבין סטנדרטים טכניים, עלול להערים קשיים בדרכם של מתחרים המבקשים להציע תחליפים לתכנה המוגנת בזכות יוצרים.¹⁴⁸

החשש הקשור לקביעת הגבלות ברישיון השימוש איננו נובע רק מהאפשרות לשלוט במישרין במחיר הסופי לצרכן. השליטה בהיצע, ומניעת היווצרותו של שוק מוצרים משומשים עלולים אף הם לצמצם את התחרות ולהביא לידי עליית המחיר.

לפי מידע מחדש ינואר 2006, ב-82.83% מהשוק עם הדפדפן Internet Explorer. הדפדפן Firefox עומד על 12.61% מנתח השוק. דפדפן Netscape מדורג במקום השלישי עם 2.33% מנתח השוק, ואילו במקום הרביעי מדורג הדפדפן Mozilla עם 0.78% מהשוק ראו: Janco Associates, *Browser Market Share Study* (January 2006), [URL: <http://www.e-janco.com/browser.htm>]. בשוק מנועי החיפוש מובילה, לפי מידע מחדש דצמבר 2005, חברת Google עם 48.8% מנתח השוק. חברת Yahoo צועדת אחריה עם 21.4% מנתח השוק, ואילו מנוע החיפוש של חברת מיקרוסופט (MSN) מחזיק ב-10.9%. ראו: Jennifer Fan and Suzy Bausch, "Online Searches Grow 55 Percent Year-Over Year-To-Year To Nearly 5.1 Billion Searches In December 2005, According to Nielsen/Netratings", NetRatings, Inc. (9 February 2006).

בתחום תכנות הדפוס הממוחשב (Desktop Publishing Software) מובילה חברת אדובי (בשנת 2004 Adobe Photoshop החזיקה ב-82.2% מהשוק, Adobe Illustrator ב-71.1% מהשוק, Adobe GoLive ב-40.8% מהשוק). ראו: Macnn, Adobe may divest software after 2004 U. S. professional graphics and-Macromedia merger (10 May 2005) Web market share figures [URL: <http://www.macnn.com/articles/05/05/10/adobe.macromedia.merger>].

147. Michael Meurer סבור כי דיני זכויות היוצרים מאפשרים יצירת כוח שוק באמצעות הבחנה בין מוצרים (product differentiation), המתאפשרת באמצעות הזכות הבלעדית להעתיק וליצור יצירות נגזרות. לטענתו, כוח השוק של חברת וולט דיסני, למשל, מבוסס בעיקר על הגנת זכות יוצרים לדמויות כגון מיקי מאוס. זכות היוצרים מאפשרת לחברת וולט דיסני לגבות דמי שימוש מסרטים שבהם מופיעות הדמויות וממוצרים נלווים כגון בובות בדמויותיהם וחולצות שעליהן מודפסות הדמויות. ראו: Michael J. Meurer, "Copyright Law, and Price Discrimination", 23 *Cardozo L. Rev.* (2001) 55, pp. 82-83.

148. ראו: Niva Elkin-Koren and Eli M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace* (2004) 39-44.

2. מניעת שוק יד שנייה

צמצום דוקטרינת המכירה הראשונה עשוי לחזק את שליטתם של בעלי זכויות היוצרים בשוק העותקים ולצמצם את התחרות. משטר משפטי המונע מכירה חוזרת של מוצרי תכנה מכוח תנאי הרישיון מקשה על התפתחותו של שוק יד שנייה בתחום התכנה. ברישיון מיקרוסופט, למשל, האיסור חל על העברת זכויות שאינה לצמיתות. העברת זכויות מותרת רק אם היא לצמיתות וביחד עם החמרה. צרכן המבקש לשדרג את מערכת ההפעלה, ולהחליפה בתכנה אחרת, בלי להחליף את החמרה, אינו רשאי למכור את התכנה שרכש.¹⁴⁹ כך מגביל הרישיון את היווצרותו של שוק יד שנייה. הגבלת היצע היצירות באמצעות רישיונות, המגבילים את היווצרותו של שוק יד שנייה, היא עניין רגיש במיוחד כאשר מדובר במונופול כגון מיקרוסופט.

לשוק המוצרים המשומשים עשויות להיות כמה השלכות על מחיר היצירה. ראשית, קיומו של שוק מוצרים משומשים מפחית את המחיר האפקטיבי של עותק חדש לצרכן (effective price), שכן הצרכן מניח שיוכל למכור את העותק בשוק המוצרים המשומשים ומביא בחשבון את החזר השקעתו בדרך זו.

שנית, שוק המוצרים המשומשים יוצר תחרות מחיר בינו ובין שוק העותקים החדשים. לפי דוקטרינת המכירה הראשונה כאשר בעל זכות היוצרים מוכר את העותק למפיץ או למשתמש קצה - הללו רשאים למכור את העותק בכל מחיר שיחפצו. לכן, מיקרוסופט יכולה לקבוע את המחיר עבור עותק שהיא מפיצה, אך לא את המחיר שייקבע בידי אחרים בשוק יד שנייה. באופן טבעי המחיר בשוק המוצרים המשומשים יהיה פחות ממחיר עותק חדש.¹⁵⁰

האפקט התחרותי שיוצר שוק המוצרים המשומשים ניכר בהתנגדותם של מוציאים לאור למכירת ספרים משומשים. עד העת האחרונה היה שוק הספרים המשומשים שוק שולי בלבד, אולם שירותי מכירה מקוונים, כגון חנות הספרים הווירטואלית Amazon.com, או אתר המכירות הפומביות המקוון eBay.com, הפכו את היצע הספרים המשומשים לנגיש יותר. עותקים חדשים ומשומשים מוצעים זה לצד זה, והצרכן המחפש ספר לקנייה יכול לבחור בעת הרכישה אם לשלם תוספת מחיר עבור ספר חדש או להסתפק בקניית ספר משומש ממשמש קצה אחר. ארגוני הסופרים ותעשיית ההוצאה לאור מתלוננים בשנים האחרונות על הפסדים עקב הגידול בשוק הספרים המשומשים.¹⁵¹ לטענתם של המוציאים לאור, מכירת עותקים משומשים לצד עותקים חדשים של אותו הספר פוגעת במכירות ומאלצת אותם להפחית מחירים.

149. ראו הסכם רישיון שימוש למשתמש קצה במערכת ההפעלה של חברת מיקרוסופט (Windows XP), סעיף 1 (לעיל, הערה 70).

150. Reese (לעיל, הערה 40), בעמ' 586-587.

151. בסקר שנערך בשנת 2003 נמצא כי שוק הספרים המשומשים הווה כ-14% מכלל מכירות הספרים בארצות הברית בחודשים אפריל עד דצמבר 2003. יתרה מזו, נמצא כי הספרים המשומשים שנמכרו אינם ספרים ישנים ומאובקים משנים עברו אלא ספרים מראש רשימת רבי המכר החדשים באותה עת. ההערכות הן כי עד שנת 2007 יימכרו הספרים המשומשים

אף שהנתונים מצביעים על גידול משמעותי במספר העסקאות בספרים משומשים,¹⁵² אין בהם כדי להצביע בהכרח על ירידה ברווחים בשוק הספרים החדשים. שוק הספרים המשומשים מאפשר הפליית מחירים אשר עשויה כמובן להגדיל את השוק ליצירה. צרכנים אשר לא היו רוכשים ספרים או תכנה חדשים בשל מחירים הגבוה, מצטרפים למעגל הרוכשים כאשר המחיר מופחת. המחיר הנמוך עשוי לעודד צרכנים להתנסות ביצירות, סופרים או סגנונות שאינם מוכרים להם, ואשר היו נמנעים מ"להסתכן" ברכישתם במחיר מלא.¹⁵³ בנוסף, המחיר הנמוך עשוי להגדיל את סך כל המכירות, ולהוביל לרכישת מספר רב יותר של יצירות. בשוק ריכוזי, הדבר יוביל לגידול ברווח של בעלי הזכויות. אחת הפרשיות המרתקות בסוגיית הגבלות המסחר בעותקים בשנים האחרונות היא מאבקם של ארגוני הצרכנים ביפן בהגבלות מכירת העותקים מספרי הקומיקס הפופולרי Manga.¹⁵⁴ חברות ההוצאה לאור ביפן מטילות על חנויות הספרים הגבלות חוזיות בנוגע

ככשני ביליון דולר לשנה. עם זאת הוצאות הספרים טרם הציגו נתונים בדבר פגיעת שוק הספרים המשומשים במכירות הספרים החדשים. נאמר כי הפגיעה העיקרית ניכרת בתעשיית ספרי הלימוד (textbook), אשר בתגובה החלה לעבור למכירת הספרים בפורמט דיגיטלי (ebook). ראו: Used Blues: Used Books Become Newer Every Day, To Many Publishers', Dismay, Publishing Trends (July 2004) [URL: <http://www.publishingtrends.com/copy/04/0407/0407UsedBlues.html>] רמז להשפעת שוק הספרים המשומשים על שוק הספרים החדשים ניתן למצוא במחקר שנערך בחודש אפריל 2004 בארצות הברית. על פי מחקר זה חלה ירידה בסכום הממוצע שלקוחות משקיעים ברכישת ספר בכריכה קשה (hardcover book). מ-23.73\$ בשנת 1998 ל-22.75\$ בשנת 2003. בהתאם, חלה גם ירידה במחיר הממוצע של ספר בכריכה קשה מ-24.20\$ בשנת 1998 ל-23.87\$ בשנת 2003. ראו: Discounts And Used Books Continue To Drive Consumer Demand Ipsos Insight (29 April 2004) ניתן לצפייה באתר [URL: <http://www.ipsos-insight.com/pressrelease.aspx?id=2191>].¹⁵² על פי סקר שערך Ipsos BookTrends, 15% מן הספרים שנרכשו על ידי מבוגרים ובני נוער בארצות הברית בחודשים אפריל עד דצמבר 2003 היו משומשים – עלייה של כ-5% בהשוואה לאותה התקופה בשנת 2002. ראו: Bob Tedeschi, *Battle of Low-Cost Books*. *New York Times* (12 July 2004) <http://www.nytimes.com/2004/07/12/technology/12ecom.html?partner=Google?ex=1139547600&en=00029f94fc02e2c6&ei=5070>

¹⁵³ במכתב פומבי ששלח Jeff Bezos, מייסד ומנכ"ל אמזון, לסוכנים המוכרים ספרים משומשים בחנות הוירטואלית, הודף Bezos את הטענות שהוטחו באמזון בדבר הפגיעה בתעשיית הספרים ובעלי הזכויות. לטענתו, הצעה למכור ספרים משומשים מביאה לידי גידול בשוק הספרים אשר גם בעלי הזכויות נהנים ממנו. ראו, מכתבו של Bezos כפי שצוטט ברשימתו של Tim O'reilly: Tim O'reilly, Jeff Bezos' Open Letter on Used Book Sales (15 April 2002) [URL: <http://www.oreillynet.com/pub/wlg/1291>].

¹⁵⁴ ראו: Salil K. Mehra, "Copyright, Control and Comics: Japanese Battles Over Downstream Limits on Content", 56 *Rutgers L. Rev.* (2003) 181

למכירה חוזרת של יצירות המוגנות בהגנת זכות יוצרים, באופן המאפשר להן לבצע הפליית מחירים.¹⁵⁵ בהסכמים אלו דורשות חברות ההוצאה לאור את החזרת המגזינים והספרים שלא נמכרו בחנויות, לשם השמדתם. דיני התחרות ביפן, האוסרים בדרך כלל לקבוע את מחיר המוצר במכירה חוזרת (resale price maintenance), מכירים בחריג - המתיר קביעה כזו - כאשר מדובר במוצר הזוכה להגנת זכות יוצרים. המלצת רשות ההגבלים העסקיים היפנית לבטל את החריג בנוגע ליצירות המוגנות בהגנת זכות יוצרים,¹⁵⁶ הופעת חנויות ספרים חדשים ומשומשים ביפן, ועיגונה החקיקתי של דוקטרינת המכירה הראשונה בשנת 1999,¹⁵⁷ פגעו במכירות ספרי הקומיקס Manga ועוררו את ארגוני זכויות היוצרים וההוצאה לאור להתגייס למאבק לשימור החריג הקיים.

שוק יד שנייה עשוי לשפר את זמינותן של יצירות לציבור המשתמשים.¹⁵⁸ כאשר מוציא לאור בוחר, למשל, שלא להדפיס מהדורת ספרים נוספת, יוכל שוק יד שנייה לספק עותקים משומשים של הספר. לעתים היצירה עשויה לעורר עניין בקרב ציבור מצומצם אשר איננו מצדיק את ההשקעה הכלכלית בייצור עותקים נוספים. גם כאשר העלות השולית של הפקת עותק נמוכה מאוד, למשל בהפצה במדיה דיגיטלית, עדיין עשויות להיווצר נסיבות שבהן בעל הזכויות יבחר שלא לספק עותקים חדשים כדי, למשל, ליצור ביקוש או כדי שלא להתחרות ביצירות חדשות. מצד שני, ייתכן שמבחינת הרווחה המצרפית יש להעדיף מתן גישה ליצירה.

3. הפליית מחירים

מבחינה מסחרית, הגבלות המוטלות על שוק יד שנייה (downstream control) מאפשרות לספק לבצע הפליית מחירים. הפליית מחירים מאפשרת לבעל הזכויות לגבות מחירים שונים עבור אותו מוצר.¹⁵⁹ כאשר הפליית מחירים מסתמכת על הגבלות חוזיות (למשל,

155. נראה כי ההגבלות החוזיות לביצוע מכירה חוזרת לא נועדו לאפשר לחברות ההוצאה לאור לקבוע מחיר אחיד (price fixing) למוצר. תעשיית חנויות הספרים החדשים ביפן היא תעשייה מבוזרת וגדולה. משום כך אפשרות של קרטל לקביעת מחיר אחיד, באמצעות ההגבלות החוזיות, בכל חנויות הספרים נראית קלושה מאוד. אף תעשיית חברות ההוצאה לאור של ספרי הקומיקס Manga מבוזרת ביותר, והגעה להסכם ביניהן בנוגע למחיר המוצר קשה עד בלתי אפשרית (שם, בעמ' 195-198).

156. בשנת 1998 המליצה רשות ההגבלים העסקיים היפנית (Japan Fair Trade Commission - JFTC) לבטל את החריג המתיר הגבלות לביצוע מכירה חוזרת של עותקי יצירות המוגנות בהגנת זכויות יוצרים. מדובר בהמלצה בלבד ויישומה נעשה בהדרגתיות, כאשר רשות ההגבלים העסקיים היפנית פנתה לחברות ההוצאה לאור בבקשה לצמצם את היקף השימוש בהגבלות חוזיות לביצוע מכירה חוזרת של יצירות (שם, בעמ' 191-192).

157. שם, בעמ' 211-214.

158. לדיון בדוקטרינת המכירה הראשונה והשלכותיה על זמינות היצירות ראו: Reese (לעיל, הערה 40).

159. כאשר בגרסה אקדמית של תכנת מחשב, למשל, שנמכרה במחיר נמוך, חסר חלק מן

רישיון לצורכי לימוד והוראה בלבד) היצרן מציע את יצירתו בכפוף להגבלות השימוש ביצירה שנקבעו בחוזה.¹⁶⁰ מחיר יצירה הכפופה להגבלות שימוש יהיה נמוך יותר ממחיר יצירה שאינה כפופה לכל הגבלה.¹⁶¹ מיקרוסופט, למשל, יכולה לקבוע מחיר מיוחד למוצרים המיועדים להפצה עם מחשב חדש בלבד, להבדיל ממוצרים הנמכרים כמוצר מדף. כמו כן ניתן לקבוע מחיר מיוחד למוצרים המופצים ביחד עם מוצרים אחרים של ספק התכנה או שותפיו העסקיים. ההפצה במדיה דיגיטלית משפרת את היכולת לבצע הפליית מחירים, שכן היא מאפשרת זיהוי של המשתמש ויכולה להגדיר בצורה מדויקת יותר את העדפותיו והרגלי השימוש שלו.

נהוג להבחין בין שלושה סוגים של הפליית מחירים: הפליית מחירים מהסוג הראשון מבוססת על יכולת הספק להתאים את המחיר לכל צרכן וצרכן בנפרד. במצב זה של הפליית מחירים מושלמת היצרן מפיק רווחים מרביים, לעומת מצב של גביית מחיר אחיד מכל הצרכנים.¹⁶² הסוג השני של הפליית מחירים מבוסס על כמויות או גרסאות שונות של היצירה.¹⁶³ המחיר קשור לנכונות הקונה לשלם מחיר גבוה יותר עבור גישה ליצירה במועד מוקדם,¹⁶⁴ או נכונותו לרכוש כמות גדולה יותר של עותקים במחיר מופחת.¹⁶⁵ הפליית

הפונקציות הקיימות בגרסה המלאה, אין מדובר בהפליית מחירים בנוגע לאותו מוצר, אלא במוצרים שונים המתומחרים באופן שונה. מנקודת ראות הצרכן לא מדובר בהפליית מחיר (מוצר זהה המתומחר באופן שונה) אלא במוצרים שונים המתומחרים באופן שונה. מנקודת מבטו של הספק, מדובר למעשה באותו מוצר הכרוך באותן עלויות ייצור.

160. דוגמה להבחנה בין הפליית מחירים (מחיר שונה לאותו מוצר) ובין מכירת מוצרים שונים, ניתן למצוא בהשוואה בין עניין *Adobe* לעניין *SoftMan* שנדונו לעיל. המקרה הראשון עסק בהפליית מחירים (מכירה חוזרת של חבילות תכנה שנמכרו במחיר מוזל לשימוש חינוכי), ואילו עניין *SoftMan* עסק במכירת רכיבי חבילת התכנה בנפרד כמוצרים עצמאיים (ראו, לעיל, הערות 105-115 והטקסט שלידן).

161. רישיון מוגבל הוא מוצר שונה מרישיון מלא. ניתן, למשל, למכור רישיון מוגבל בזמן, המקנה את הזכות להשתמש בתכנה למשך תקופה של שלושה חודשים. מחירו של רישיון זה יהיה כמובן שונה ממחירו של רישיון שימוש למשך שישה חודשים. רישיונות מסוג זה מגובים בדרך כלל בהגנה טכנולוגית כמו, למשל, קוצב הזמן בפורמט הספר האלקטרוני (e-book) של אדובי, או תכנות מחשב המחייבות סיסמה הפוקעת לאחר פרק זמן קצוב.

162. Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 68-69.

163. תעשיית ספרי הקומיקס Manga, למשל, מתמחה זה שנים מספר בפרקטיקות שונות המאפשרות הפליית מחירים. סיפורי הקומיקס מקיפים כ-20 עמודים לכל היותר ומפורסמים בתדירות שבועית או חודשית. מחירה של חוברת קומיקס סמוך לפרסום החוברת גבוה ממחירה כעבור שנה בתוך קובץ סיפורים בכריכה קשה. בדרך זו גובה תעשיית הקומיקס מחיר גבוה יותר מהקוראים הנלהבים המבקשים לקרוא את המשך סיפור הקומיקס מיד עם פרסומו. בלא הגבלות חוזרות לביצוע מכירה חוזרת של ספרי הקומיקס לא ניתן יהיה לבצע הפליית מחירים כזו. ראו: Mehra (לעיל, הערה 154).

164. הפצת סרטים, למשל, מתאפיינת במודל זה של הפליית מחירים. הקרנת בכורה בבית קולנוע

מחירים מן הסוג השלישי מבוססת על יכולת הספק לפלח את השוק לשווקים נפרדים בעלי מאפייני ביקוש שונים. דוגמה לכך היא תכנה הנמכרת במחיר מופחת לסטודנטים ולמוסדות חינוך.¹⁶⁶ ההנחה היא שסטודנטים, שהכנסתם נמוכה יותר, ממילא לא ירכשו את התכנה במחיר מלא. יכולתו של הספק למנוע ארביטרוז',¹⁶⁷ מצד הצרכן או מצד שלישי, חשובה במיוחד במקרה של הפליית מחירים מן הסוג השלישי. כדי שהפליית מחירים מסוג זה תהיה אפקטיבית, הספק צריך להיות מסוגל למנוע ארביטרוז', היינו למנוע את היכולת לרכוש את התכנה במחיר מופחת בשוק הסטודנטים ולמכור אותה במחיר מעט גבוה יותר בשוק הרגיל, ולהרוויח מן ההבדל במחיר.

הגבלה ברישיון, האוסרת לבצע מכירה חוזרת של עותקים, מסייעת ליצור הפליית מחירים. היא מאפשרת לבעל הזכויות להבטיח שעותק היצירה, שנמכר בשוק A, לא ימצא את דרכו לשוק B, שבו הספק מבקש למכור עותקים במחיר גבוה יותר. כדי לבצע הפליית מחירים יעילה, בעל הזכויות צריך לשלוט בפעולתם של מפיצים ולמנוע מהם מלפעול כמתווכים המפיקים רווח מהבדלי המחיר בין השווקים, היינו למנוע אותם מלבצע ארביטרוז'. הגבלות העבירות עשויות למנוע גם צרכנים מלנסות לבצע ארביטרוז'.¹⁶⁸ לכאורה, הגבלת העבירות ברישיון השימוש משרתת מטרה זו. הצרכן מקבל רישיון לשימוש אישי בלבד, ונאסר עליו להעביר את היצירה לאחר. אולם ארביטרוז' נעשה, בדרך כלל, על ידי שחקנים מוסדיים, אשר יכולים לבצע קנייה ומכירה ביעילות עקב עלויות עסקה נמוכות, למשל, או

מרכזי (first run), שונה מהקרנה בבית קולנוע פופולרי ומשוכלל פחות (second run), מהקרנה במטוסים, מצפייה בהזמנה (pay-per-view), מהקרנה בערוצי הכבלים בתשלום, מהשכרת סרט בווידאו, מהקרנה בכבלים בחינם או מהקרנה בערוצים הפתוחים בחינם. בדומה, הפצת ספר בכריכה עבה מיד עם פרסומו תיעשה במחיר מלא ולאחר זמן מה תופץ מהדורה זולה יותר בכריכה דקה. ראו: Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 73.

165. הנחות על פי כמות המוצרים הנמכרת משקפות על פי רוב חיסכון בעלויות מצד היצרן או המפיץ, אולם בשוק היצירות המוגנות בהגנת זכות יוצרים, כגון תכנת מחשב, הנחות על פי כמות מלמדות על הפליית מחירים שכן עלות יצירת עותקים נוספים הנה זניחה. כאשר מחיר התכנה יורד ככל שרוכשים כמות גדולה יותר, גוברת הסכנה ליצירת ארביטרוז' מצד הצרכן, שכן הוא עלול לקנות עותקים רבים יותר מהכמות הנדרשת לו לשימוש אישי ולמכור את העותקים העודפים. כדי למנוע אפשרות זו, מטילים היצרנים הגבלות חוזיות על מכירה חוזרת של עותקים. ראו, שם, בעמ' 74-75.

166. לעתים הפליית המחירים לא תעשה במישרין אלא בעקיפין באמצעות חנויות הפצה. חברות הוצאה לאור, למשל, מוכרות ספרי לימוד במחיר יקר יותר לחנויות הממוקמות באוניברסיטאות והאיל והביקוש בקרב ציבור הסטודנטים למוצר זה הוא קשית. ראו, שם, בעמ' 70.

167. ארביטרוז' הנו מונח כלכלי הלקוח מעולם הכלכלה והמתאר פרקטיקה שבה ניצול מצב של חוסר שוויון בין שני שווקים או יותר מנוצל לטובת הפקת רווחים. הרווח הנו הפרש מחיר השוק של המוצר בשווקים השונים.

168. Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 60.

בשל עסקאות בכמויות גדולות המכסות את עלויות העסקה. הגבלת ביצוע מכירה חוזרת, הקבועה ברישיון השימוש, איננה מבטיחה ציות מלא. הצרכן עדיין עלול להתפתות למכור או להעביר באופן אחר את התכנה שרכש תוך הפרת תנאי הרישיון, כדי להפיק רווח מן ההפרש במחיר (היינו ארביטרו'). במקרה זה יהיה צורך לאכוף את הוראות החוזה על הצרכן ולהכריע בשאלה המשפטית אם לאיסור לבצע מכירה חוזרת יש תוקף. עלויות אלה של הבחנה בין צרכנים ומניעת ארביטרו' מגולגלות למעשה על הציבור בכללותו, באמצעות ייקור מחיר המוצר לציבור.

הפליית מחירים בשוק היצירות אמנם עשויה להביא לידי גידול ברווחי בעלי הזכויות, אך יש בה כדי לשנות באופן מהותי את תנאי הגישה של משתמשים ליצירות. השפעתה של הפליית מחירים על הרווחה המצרפית תלויה בהשלכותיה על רווחיהם של בעלי הזכויות ועל התועלת לצרכנים.¹⁶⁹ השאלה היא האם הפליית מחירים מחייבת שיקולים מיוחדים בשווקים של יצירות. הפליית מחירים בדרך כלל תגדיל את רווחיהם של היצרנים, ולמעשה ניתן לצפות שהללו יבצעו הפליית מחירים רק בנסיבות שבהן הדבר צפוי להגדיל את רווחיהם. בשוק היצירות יש חשיבות מיוחדת לגידול ברווחי בעל הזכויות, שכן מטרת דיני זכויות היוצרים לספק תמריצים ליצירה, ואם הפליית המחירים מניבה רווחים ליצרן, היא מגדילה את תמריציו להשקיע ביצירה. לפיכך טוען, למשל, מורר (Meurer) כי יעילותה של הפליית המחירים תלויה ברמת ההגנה הניתנת לזכות היוצרים.¹⁷⁰ כאשר הפליית מחירים, הנשענת על הגבלות חוזיות, נוגעת ליצירה המוגנת בהגנת זכות יוצרים חלשה יחסית, אין לתת תוקף להגבלות החוזיות. ממילא המדיניות המשפטית במקרה זה אינה מדגישה את עידוד תמריציו של היוצר להשקיע וליצור.¹⁷¹ אולם כאשר היצירות מוגנות בהגנת זכות

169. בעניין *ProCD* נשענה התובעת על הגבלות חוזיות כדי לבצע הפליית מחירים בין שימושים אישיים לשימושים מסחריים. השופט Easterbrook ציין כי הפליית המחירים היא יעילה שכן היא מגדילה את רווחי היצרן וכן מניבה תועלת לקונים. ראו, עניין *ProCD* (לעיל), הערה 24.

170. לדעת Meurer הפליית מחירים שמבצע בעל זכויות יוצרים לא בהכרח יעילה. היא מקטינה את העודף הכלכלי (surplus) לקונים. מבחינה נורמטיבית הפליית מחירים אמנם ממקסמת את המרווח הכולל, אולם היא מעניקה את העודף הכלכלי (surplus) בכללותו למוכר, ואילו בשוק תחרותי הקונים הם הזוכים בכל ה-surplus ובמצב של מחיר מונופוליסטי אחד ה-surplus מחולק בין הצדדים. ראו: Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 69. בנוסף מצביע Meurer על האפשרות לצמצום התועלת החברתית הכוללת עקב עלויות הסיווג. ראו, שם, בעמ' 78-80.

171. לפי ההצדקה הכלכלית לדיני הקניין הרוחני, המחיר הכלכלי והחברתי שמשלם הציבור בגין מתן מונופולין ליוצר ולממציא לתקופה מוגבלת מוצדק לשם עידוד היוצר או הממציא להמשיך ולהשקיע ביצירותיהם. לפיכך הגנת זכות יוצרים חלשה משמעה כי המחיר החברתי שנאלץ הציבור לשלם הוא זעום ואין בו כדי לספק תמריצים ליוצר. במקרה זה אף אם הפליית המחירים מגדילה את רווחי היוצר ואת תמריציו, אין לכך כל משמעות שכן החברה אמרה את דברה: אין היא מעוניינת בהגדלת התמריצים ליוצר. לפיכך ההצדקה האפשרית לאכיפת

יוצרים חזקה יחסית - כמו סרטים, מוזיקה וספרים - יש לשיטתו לאכוף את ההגבלות החוזיות, שכן במקרים אלה הפליית המחירים תגדיל את התמריצים ליצור.¹⁷² השפעות הפליית המחירים על הצרכן הן מורכבות יותר, בעיקר בכל הנוגע לגישה ליצירות. יש הטוענים כי הפליית מחירים תביא לידי הרחבת קהל היעד של היצירות וחשיפתן של יצירות לקהלים חדשים. למעשה, הואיל וההשקעה המרכזית בקניין הרוחני היא קבועה (מחקר ופיתוח או חיבור היצירה) והעלויות השוליות של יצירת עותקים הן נמוכות מאוד, ואף זניחות במקרה של הפצה במדיה דיגיטלית, השגת תועלת מרבית מחייבת מתן גישה ליצירות למספר הרב ביותר של צרכנים. כאשר בעל הקניין הרוחני מוכר עותקים במחיר מונופוליסטי, בחסות ההגנה הניתנת לזכות יוצרים, נגרם הפסד לרווחה המצרפית משום שצרכנים רבים לא יוכלו לגשת ליצירה הואיל ומחירה נקבע ברמה גבוהה מן העלות השולית של יצירת עותק (deadweight loss). כאשר בעלי הזכויות יכולים לזהות קבוצות של צרכנים, השונות זו מזו בנכונות וביכולת לשלם עבור אותה יצירה, ולגבות מכל צרכן מחיר שונה בעבור אותה יצירה, יימנע אבדן התועלת לחברה בכללותה הנגרם עקב מכירת עותקים במחיר אחיד. מתן שליטה לספק התוכן בשוק המשני של יצירתו, באמצעות הגבלות חוזיות, עשוי אפוא להגדיל את הרווחה המצרפית.¹⁷³ מצד אחר, לא תמיד מביאה הפליית מחירים לידי הרחבת נגישותה של היצירה לקהל הצרכנים. בעל הזכויות, שאינו נאלץ להתמודד עם תחרות מצד שוק המוצרים המשושמים, למשל, יכול להמשיך למכור את היצירה במחיר מונופוליסטי גבוה גם אם הוא מבצע הפליית מחירים.¹⁷⁴ במקרה כזה צרכנים שזוהו כבעלי יכולת כלכלית גבוהה או עניין רב ביצירה ייאלצו לשלם מחיר גבוה יותר מן המחיר המונופוליסטי הרגיל שנקבע, ואילו אלו המגלים עניין נמוך יחסית ביצירה עדיין ייאלצו לשלם מחיר מונופוליסטי. בנוסף, ציבור שלם של צרכנים שערך היצירה עבורם נמוך מהמחיר המונופוליסטי הגבוה הרגיל לא ייהנו כלל מגישה ליצירה. במצב זה רווחת הצרכנים נפגעת ונגישות היצירה לצרכנים מצטמצמת.¹⁷⁵ להפליית מחירים עשויות להיות גם השלכות חלוקתיות, היינו השלכות על השאלה, למי תינתן גישה ליצירה ועל איזה בסיס היא תינתן. השלכות אלה יידונו בחלק ה. להלן.

ההגבלות החוזיות - גידול ברווחי היוצר שיביא לידי גידול בתמריציו, אינה רלוונטית. ראו גם סעיף ה.2 להלן.

172. Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 108.

173. לדעת James Boyle, בעידן טכנולוגיית המידע תנסה תעשיית התוכן להשתמש גם ברטוריקה הכלכלית המקובלת בנוגע לטיעון הפליית המחירים לשם הצדקת הרחבת דיני הקניין הרוחני.

ראו: James Boyle, "Cruel Mean or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property," 53 *Vanderbilt L. Rev.* (2000) 2007, pp. 2021-2023.

174. העלות השולית של יצירת עותקים נוספים היא אמנם זניחה, אבל לעתים העלות הכרוכה בהפליית מחירים עשויה להיות גבוהה ולהצדיק הפליית מחירים רק ברמות התמחור הגבוהות.

175. Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 97-98.

4. קשירה (Tying או Bundling)¹⁷⁶

המעבר ממשטר של מכירה למשטר של רישוי מאפשר את קשירתן של כמה יצירות בעסקה אחת. מיקרוסופט, למשל, מפיצה מוצרים באמצעות מפיצים ומשווקים המחויבים להפיץ את מוצריה אך ורק לפי תנאי הרישוי, רק בצמוד לרישיון המקורי של המוצר, ורק בשלמותו. ספקיות תכנה, כגון מיקרוסופט ואדובי, מבקשות להבטיח באמצעות הרישוי, שהתכנה תימכר אך ורק כחלק מחבילת תכנות. לפיכך, ברישיון השימוש נאסר למכור חלקי רישיונות, חלקי תכנה או מוצרי תכנה בנפרד מחבילת התכנה השלמה. בעניין *Softman* שנדון לעיל,¹⁷⁷ למשל, רכשה הנתבעת חבילות תכנה של אדובי, ושיוקה את רכיבי חבילת התכנה כמוצרי תכנה נפרדים. אדובי טענה שהנתבעת הפרה את האיסור למכור בנפרד את התכנות, שנקבע ברישיון השימוש, ולפיכך גם הפרה את זכויות היוצרים בתכנה. בית המשפט דחה את טענת אדובי שמשווקת התכנה כפופה להגבלות שברישייון השימוש, וקבע שאין היא צד לו. במקרים אחרים, כאשר בתי המשפט נותנים תוקף להגבלת העבירות, ניתן לעגן ברישיון השימוש פרקטיקת שיווק המאגדת כמה מוצרים יחד.

מכירת כמה מוצרים בחבילה אחת מאפשרת לספק לקשור את מכירתם של מוצרים שהביקוש להם גבוה, עם מוצרים שהביקוש להם נמוך. חברות הסרטים נוהגות למכור לערוצי טלוויזיה חבילה אחת (block booking) הכוללת כמה סרטים במאחד. תקליטור שמפיקה חברת תקליטים עשוי לכלול כמה יצירות מוזיקליות, לרוב להיט אחד או שניים עם יצירות אשר לא זכו להצלחה.¹⁷⁸ אקו"ם והפדרציה הישראלית לקלטות ותקליטים מוכרות רישיונות שמיכה (blanket license) לביצוע פומבי של יצירות רבות יחד.¹⁷⁹ הניסיון לקשור מוצרים שונים יחד על יסוד דיני זכויות היוצרים בולט במיוחד בשוק משחקי הווידאו. חברות כגון Sega או Sony, למשל, מבקשות להבטיח את שליטתן בשוק קלטות המשחק באמצעות כוח השוק שהן זוכות לו בשוק קונסולות המשחק.¹⁸⁰

176. Tying ו-Bundling מתארים מצבים די דומים, אם כי לא זהים, שבהם חבילת מוצרים נמכרת כמקשה אחת. בעסקת Bundling המוכר משלם לקונה כדי שהאחרון ירכוש את המוצר הקשור. מדובר בעצם במתן הנחה במחיר המוצר הקשור. בעסקת Tying הקונה מחויב לרכוש את המוצר הקשור כתנאי לקבלתו בתשלום של המוצר הקשור. ראו: Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2001) 235.

177. ראו, לעיל, הערות 105-107 והטקסט שלידן.

178. הטענה שהקשירה מוצדקת הואיל והיא מאפשרת את פיזור הסיכון הנובע מעלויות הפקה והפצה גבוהות מעוררת ספקות משום הירידה בעלויות ההפקה וההקלטה של יצירות מוזיקליות וצמצום עלויות ההפצה באינטרנט. המודל העסקי של iTunes, המאפשר הורדת שיר בודד, מבשר את היענותן של חברות התקליטים ללחץ צרכני בעניין זה.

179. הטענה שהשימוש ברישיונות כאלה נועד להקל על המשתמשים המשלמים מעוררת ספקות בגלל הירידה הדרמטית בעלויות העסקה במדיה הדיגיטלית, והיכולת לגבות תשלום בגין שימוש בפועל בעלות נמוכה.

180. בפסק הדין בעניין *Sega*, למשל, קונסולת המשחק של חברת Sega תמכה רק בקלטות משחק המיוצרות על ידיה או בהרשאתה. הנתבעת, שפיתחה משחקי וידאו התואמים את קונסולת

הניתוח הכלכלי הסטנדרטי של קשירת יצירות או מוצרים מתמקד בכך שמחיר המוצר הנקשר (למשל, תקליטורי המשחק) עולה על העלות השולית. לפיכך נגרם הפסד לרווחה המצרפית, שכן המחיר הגבוה מרתיע צרכנים מלרכוש מוצר זה. ייתכן שהפסד זה מקוּוּז כנגד התועלת לרווחה עקב הורדת מחיר המוצר הקושר (קונסולת המשחק) המושך צרכנים רבים יותר לשוק.¹⁸¹ שיטה זו מצמצמת את החופש של הצרכן לבחור מוצרים ולשלבם זה בזה כראות עיניו ולמעשה כופה על הצרכן לרכוש זכויות שימוש ביצירות רבות שלא ביקש לבחור בהן.

קשירת מוצרים (הן bundling והן tying) בשיווק תוכן עשויה לעתים להיות יעילה. האפשרות לארוז כמה יצירות יחד עשויה להרחיב את קהל הצרכנים משום חשיפתם למוצרים נוספים וכן להקטין את הוצאות העסקה ועלויות האכיפה. בתעשיית ספרי הקומיקס היפניים Manga, למשל, סיפורי הקומיקס השבועיים או החודשיים נמכרים בתוך חבילת סיפורים. קורא המעוניין לקרוא אך ורק סיפור מאת סופר מסוים אינו יכול לרכוש סיפור זה בנפרד אלא נאלץ לקנות את כל המגזין. במרבית המקרים המגזין כולל סיפורים פופולריים לצד סיפורים מוכרים פחות, כדי לפנות לקהל רחב ומגוון של צרכנים. שיטה זו מאפשרת לקבוע לאגד היצירות מחיר ממוצע שמרבית הצרכנים מוכנים לשלם. בנוסף, שיטה זו מאפשרת את פיזור הסיכון הכרוך בהפצת יצירות חדשות, וחשיפת קוראים רבים יותר לסיפורים חדשים ולסופרים מוכרים פחות.¹⁸²

מצד אחר קשירת מוצרים עשויה להקשות על מתחרים קיימים ומתחרים פוטנציאליים בשווקים משלימים.¹⁸³ מניעת מכירה חוזרת של חבילות תכנה באמצעות רישיון השימוש, למשל, עשויה לאפשר לספקית התכנה ליהנות משליטה מלאה במארוזי השיווק ובאופן שילוב המוצרים. שיווק תכנת ההפעלה חלונות של מיקרוסופט עם נגן המדיה של מיקרוסופט, למשל, מקשה על חברות כגון RealPlay לפעול בשוק.¹⁸⁴ קשירת מוצרים בדרך זו עלולה להוות עילה להתערבות דיני ההגבלים העסקיים, שכן היא עלולה לפגוע בתחרות. על פי חוק ההגבלים העסקיים, קשירה "מקימה חוקה בדבר ניצול לרעה של מעמדו בשוק של בעל

המשחק של Sega, נתבעה בגין הפרת זכות היוצרים. בית המשפט פסק כי מדובר בהנדסה חוזרת המהווה שימוש הוגן. לולא קבע כך בית המשפט, הייתה Sega יכולה לקשור את המכירה של שני המוצרים. ראו, עניין Sega (לעיל, הערה 28). בדומה, חברת Sony הגישה תביעה נגד מפתחי משחקים למערכת Sony Playstation, בגין הפרת זכות היוצרים, אלא שבמקרה זה מערכת ההפעלה של קונסולת המשחק הייתה מוגנת בהגנה טכנולוגית, ויצירת התכנה התואמת חייבה עקיפת ההגנה בניגוד לחוק זכות היוצרים האמריקני האוסר פריצה או עקיפתה של הגנה טכנולוגית. במקרה זה פסק בית המשפט שמדובר בהפרת זכות יוצרים.

181. Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 126.

182. Mehra (לעיל, הערה 154).

183. Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 130-131.

184. ראו, החלטת הנציבות האירופית בעניין נגן המדיה של מיקרוסופט (לעיל, הערה 47).

מונופולין".¹⁸⁵ מצד אחר, כאמור לעיל, לא ברור אם בעל זכות היוצרים הוא אמנם בעל מונופולין כהגדרתו בדיני ההגבלים העסקיים.

ה. תחרות בשוק היצירות ומדיניות מידע

האם שוק היצירות המוגנות בהגנת הקניין הרוחני מחייב שקילת שיקולים יהודיים? חברות התכנה מבקשות להטיל הגבלות על עבירותן של תכנות בין באמצעות חוזה ובין באמצעות שינוי החקיקה, וטוענות ששוק התכנה שונה משווקים אחרים. לטענתן בכל הנוגע למוצרים בני קיימא, שיקול ההגנה על התחרות מחייב שלא לתת תוקף להסדרים כובלים אשר עלולים לפגוע בתחרות, אולם בכל הנוגע לקניין רוחני גובר הצורך לתת תמריצים להשקעה במחקר ופיתוח, על החשש מפני פגיעה בתחרות.

האם באמת מחייב שוק יד שנייה בתחום התכנה אימוץ מדיניות שונה מזו הנהוגה כלפי שוקי מוצרים אחרים, כגון שוק המכוניות? האם המסחר בתכנה מעורר שיקולים ייחודיים המחייבים הסדרים שונים מאלו המקובלים בשווקים אחרים?

1. מניעת פיראטיות

מאפיין חשוב של מוצרי התכנה ויצירות דיגיטליות אחרות, המייחד אותם ממוצרים בני קיימא אחרים, קשור בעובדה שתכנה היא מוצר בעל מאפיינים של טובין ציבוריים. העלויות הנמוכות הכרוכות ביצירת עותק, והעובדה ששימוש של משתמש תכנה נוסף אינו גורע מיכולתו של הצרכן המקורי להשתמש בתכנה, יוצרים פיתוי חזק להעתיק את התכנה. לכן טוענות חברות התכנה שהגבלת המסחר בעותקים חיונית כדי להילחם בפיראטיות. הטענה היא, שבמקרים רבים מכירת תכנה משומשת איננה אלא מסווה להעתיקה. ההנחה היא שצרכן אשר רכש עותק של התכנה והתקין אותו במחשבו האישי, יכול עתה למכור את עותק התכנה המשומש, בלי שייאלץ להיפרד מן המוצר המקורי. החשש הוא אפוא שבעל התכנה ישמור לעצמו עותק של התכנה, במחשב או על גבי תקליטור, וימכור בשוק המוצרים המשומשים עותקים נוספים של התכנה. בכך שונים הטובין הציבוריים ממוצרים פיזיים רבים: כאשר בעל מכונית מוכר את מכוניתו, למשל, הוא נותר בלי המכונית, ובדרך כלל ירכוש מכונית חדשה. הביקוש למכוניות חדשות בדרך כלל, לא יפגע מעצם קיומו של שוק מכוניות משומשות, שכן שוק המכוניות המשומשות מיועד לקהל צרכנים

185. סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע: "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה... (4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות". כדי לבסס קיומה של קשירה אסורה על פי סעיף זה יש להוכיח אפוא את היסודות האלה: קיומו של בעל מונופולין; התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין; בתנאים שמתבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

המעדיף לשלם מחיר נמוך יותר עבור מכוניות יד שנייה.¹⁸⁶ נדמה שהיבט זה של תעשיית התכנה הכריע את הכף לטובת התובע בעניין *Stargate*. בפסקו כי מכירה חוזרת של חבילות תכנה מהווה הפרה של רישיון השימוש, התייחס בית המשפט למאפיינים המיוחדים של תעשיית התכנה, המבדילים אותה מקניין רוחני אחר. קלות ההעתקה ופרק הזמן הקצר שבמהלכו התכנה נותרת בעלת ערך מחייבים, לדעת בית המשפט, את חיזוק ההגנה על זכות היוצרים בתכנה.¹⁸⁷

היבט נוסף המייחד את שוק התכנה, כמו גם את שוק היצירות המשוקות בצורה דיגיטלית, הוא היכולת ליצור עותקים מושלמים הוהים למקור, והעובדה שעותקים דיגיטליים בדרך כלל אינם מאבדים מאיכותם במרוצת השימוש, אינם נשחקים ואינם מתבלים. האפשרות ליצור עותק זהה למקור עלולה להפוך עותקים של התכנה לתחליף מושלם לתכנה המקורית. זאת ועוד, הואיל ועותקים משומשים אינם נופלים באיכותם מן העותק המקורי, התחרות בין שוק מוצרים מקוריים לשוק יד שנייה נהיית קשה יותר. במוצרים בני קיימא שוק יד שנייה הנו שוק נפרד ומובחן משוק המוצר המקורי, ואילו בתכנה, טוענים הספקים, שוק יד שנייה מתחרה בשוק התכנה המקורי. על יסוד ההנחה שעותקים מן התכנה מופצים לשוק במהירות ובעלות נמוכה, ניתן לצפות ששוק יד שנייה בתכנה יתפתח מיד עם ההכרזה על תכנה חדשה, ולכן ספקי התכנה המקורית לא יוכלו ליהנות מבלעדיות אף בתקופת ההשקה. מצד אחר, התכנה המקורית יכולה להתחרות עם התכנה המשומשת במישורים אחרים ולהציע, למשל, אחריות ותמיכה לתכנה המקורית.

חשוב לזכור כי עוד בטרם נהפכה הטכנולוגיה הדיגיטלית לצורת ההפצה המקובלת בתחום הפצת התוכן, ניסו מוציאים לאור לשלוט בשוק העותקים של היצירה. בתחום הספרים, למשל, אשר בשונה מתכנת מחשב או מקובץ דיגיטלי של מוזיקה, עלות העתקתם איננה זניחה, בכל זאת מנסים בעלי הזכויות לשלוט בעסקאות המכירה של עותקי היצירה בשוק. אף שתעשיית ספרי הקומיקס Manga ביפן, למשל, אינה סובלת מבעיות של פיראטיות והעתקה בלתי חוקית, דורשים ארגוני זכויות היוצרים כי החריג המאפשר להטיל

186. על התפקיד הכלכלי של שוק יד שנייה/שוק מוצרים משומשים וכיצד הוא משפיע על המחיר האפקטיבי ראו חלק ד.2. לעיל.

187. ואלה דברי בית המשפט בעניין *Adobe* (לעיל, הערה 109), בעמ' 1059: "This Court notes that software is unique from other forms of copyrighted information. Technology and software, in particular, has radically transformed the way information is created and exchanged. Software fundamentally differs from more traditional forms of medium, such as print or phonographic materials, in that software can be both, more readily and easily copied on a mass scale in an extraordinarily short amount of time and relatively inexpensively. One of the primary advantages of software, its ability to record, concentrate and convey information with unprecedented ease and speed, makes it extraordinarily vulnerable to illegal copying and piracy. This Court finds that it is important to acknowledge these special characteristics of the software industry and provide enhanced copyright protection for its inventors and developers"

הגבלות חוזיות על מכירה חוזרת ימשיך לעמוד בתוקפו. דרישה זו איננה נובעת מהחשש מפני פיראטיות. היא מבטאת ניסיון לשמור על יכולתם של המוציאים לאור לבצע הפליית מחירים ולהפיק רווחים מרביים.¹⁸⁸ עניין *Bobbs-Merrill*,¹⁸⁹ מאבקי השליטה בשוק הקומיקס היפני,¹⁹⁰ ומאבקם של מוציאים לאור לצמצם את מכירת הספרים המשומשים באמזון,¹⁹¹ מצביעים על כך שגם בהיעדר חשש מפני העתקה בלתי חוקית, ספקי היצירות עשויים להפיק יתרונות חשובים מהגבלת עבירותם של עותקים.

העתקת תכנה ללא רישיון מהווה כמובן הפרה של זכות היוצרים בתכנה, ובמובן זה קביעת האיסור ברישיון השימוש אינה מעלה ואינה מורידה. מי שאינו נרתע מלהעתיק את התכנה ולהפר זכויות יוצרים, לא יירתע מהעתקה רק משום שעתה הדבר אסור גם על פי רישיון השימוש. הבעיה היא שרישיון שימוש המגביל את עבירות התכנה אסור גם פעולות המתרות על פי דיני זכויות היוצרים, היינו אסור מכירת עותק. איסור זה נוגע לזכויות בעותק של היצירה, בנכס המגלם אותה, ולא ביצירה עצמה.

העתקה עלולה לצמצם במידה ניכרת את השוק הפוטנציאלי של היצירה. העתקה בלא רישיון מגדילה את היצע העותקים המחולקים בחינם או מוצעים במחיר מופחת ולכן צפויה לגרום להפחתת מחיר היצירה בשוק. כמובן זה שוק פיראטי ושוק יד שנייה עשויים להשפיע באופן דומה על מחיר המוצר. מצד אחר, לא תמיד ישנן ראיות משכנעות לכך, שצרכנים המשתמשים בעותקים פיראטיים היו רוכשים עותק כדין אלמלא הפיראטיות. כלומר ישנה רק סבירות לפגיעה בשוק, שכן במקרים רבים העותקים הפיראטיים מספקים ביקושים בשווקים שלא היו רוכשים את היצירה בטווח המחירים שבו היא מוצעת. בהיעדר אפשרות להפלות מחירים, לא יוכל הספק להציע את היצירה במחירים זולים יותר בשווקים אלו.

בעוד איסור ההעתקה נועד למנוע פיראטיות, העלולה לצמצם במישרין את הביקושים ליצירה המקורית,¹⁹² הגבלת עבירותם של עותקים מקנה לבעל הזכויות שליטה בלעדית בערוצי ההפצה, בהגדרת השוק ובהכתבת תנאי השימוש ביצירות בשווקים שונים ובידי

188. Mehra (לעיל, הערה 154), בעמ' 220-226.

189. עניין *Bobbs-Merrill* (לעיל, הערה 91). לדיון בפסק הדין ראו, לעיל, הערות 124-127 והטקסט שלידן.

190. Mehra (לעיל, הערה 154).

191. ראו הערות 151-153, והטקסט שלידן.

192. בכלכלת המידע, פיראטיות לא בהכרח פוגעת בבעל הקניין הרוחני. אפקט הרשת (network externalities) מעלה את ערכו של המוצר בעיני המשתמש היחיד ככל שציבור רחב יותר משתמש בו. הדוגמה הקלאסית היא רשת הטלפון. ככל שרשת הטלפון מקיפה מספר משתמשים נרחב יותר, ערכו של חיבור לרשת, בעיני המשתמש היחיד, הנו גבוה יותר. על כן פיראטיות עשויה דווקא להועיל לבעל הקניין הרוחני. כפי שמסבירים זאת המלומדים Landes ו-Posner: החלטתו של פלוני להשתמש בעותק פיראטי של מוצר מידע, ולא לרכוש מוצר מידע של יצרן מתחרה, אמנם עשויה להקטין את הכנסתו של בעל הקניין הרוחני, אולם בד בבד להגדיל את אפקט הרשת בגלל הגדלת מספר המשתמשים באותו מוצר: "Suppose a potential pirate has a choice between stealing software that is on route to becoming

משתמשים שונים. הדבר עשוי, כאמור, לסייע לבעלי הזכויות להעצים את שליטתם גם בשווקים אחרים.¹⁹³ שינויים אלה עלולים להשפיע על התחרות בין ספקים, על התחרות בין מפיצים, ועל הקשר בין הספק למפיציו. משטר רישיונות מבטא אפוא שינוי מהותי במבנה שוק היצירות, אשר עשוי להשפיע על התחרות בשוק, על התנהגותם של מפיצים וצרכנים, ועל התשואה בשוק התוכן. התוצאה הסופית היא הגברת הריכוזיות בשוק התוכן וצמצום החופש של משתמשי הקצה בכל הנוגע ליצירות שאותן הם צורכים.

2. תמריצים להשקעה במחקר ופיתוח

מדיניות הפצת המידע ויעדיה מותווים על פי ההצדקות התיאורטיות לדיני הקניין הרוחני. לפי ההצדקה הכלכלית-תועלתנית, הקניית זכויות בלעדיות לבעל הקניין הרוחני נועדה לשרת אינטרס ציבורי.¹⁹⁴ הנחת היסוד של גישה זו היא שמוצרי המידע הנם טובין ציבוריים שייצורם כרוך בהשקעה, אך עם השלמתם, עלות העתקתם נמוכה מאוד. מתן זכויות בלעדיות לתקופת זמן מוגבלת על פי דיני הקניין הרוחני נועדה להבטיח מתן תמריצים נאותים ליצירתם של מוצרי מידע.¹⁹⁵

standard and buying the software of a competing producer. If he decides to pirate, he will be at once reducing the competitor's income and increasing the network externalities of the dominant producer. In this case pirated producer not only is not hurt by piracy...; he is helped by it" Landes and Posner (לעיל, הערה 8), בעמ' 393.

193. לדיון בסוגיה זו ראו חלק ד. לעיל.

194. בדברי הנשיא דאו שמגר בפסק הדין בעניין *Interlego* מסוכמים יעדי דיני זכויות היוצרים: "דיני זכויות יוצרים הם דינים שנועדו ליצור תמריץ לייצורם של טובין ציבוריים, קרי: טובין אשר כוחות השוק כשלעצמם אינם נותנים תמריץ מספיק ליצירתם. (2) הטובין הציבוריים שאת יצירתם שואפים דיני זכויות יוצרים לקדם הם גיוון עולם הביטויים (expressions) והעשרתו. (3) בנוסף לכך שואפים דיני זכויות יוצרים ליצור איוון בין העידוד שמקנה מתן זכות היוצרים ליוצר העכשווי לבין המגבלה שזו תטיל על יצירת ביטויים מקוריים בעתיד". ראו, ע"א Exin-Lines Bros. S.A. v. Interlego A/S 513/89, פ"ד מח(4) 133, בעמ' 154.

195. מיכאל בירנהק מותח ביקורת על התפישה המתמקדת בהיבט הכלכלי, וטוען כי האינטרס הציבורי שמקדמים דיני זכויות היוצרים הנו רחב וכולל גם אלמנטים דמוקרטיים. דיני זכויות היוצרים מאפשרים את שילובה של היצירה בשיח הציבורי ובכך ממלאים תפקיד דמוקרטי חשוב. ראו, בירנהק (לעיל, הערה 99). גישה תיאורטית נוספת היא הגישה המוסרית. על פי גישה זו היצירה הנה פרי רוחו של היוצר ומשום כך הוא בעליה הטבעיים. ליוצר זכות טבעית ביצירתו. המצדדים בתיאוריית האישיות של פרידריך הגל רואים ביצירה את גילומה של אישיות היוצר ועל כן היא חלק בלתי נפרד ממנו. מלומדים אחרים מסתמכים על תיאוריית העבודה של ג'ון לוק ומדגישים את העמל, ומאוחר יותר את הממון, שהושקע ביצירה כמקור לזכותו הטבעית של היוצר ביצירתו. להרחבה ראו, ניבה אלקין-קורן, קניין רוחני בעידן המידע (משרד הביטחון, תשס"ה) 9-17.

לפיכך, בכל הנוגע למוצרים בני קיימא, השיקול של ההגנה על התחרות מחייב פסילת הסדרים כובלים אשר עלולים לפגוע בתחרות, ואילו בכל הנוגע לקניין רוחני, גובר לעתים הצורך לתת תמריצים להשקעה במחקר ופיתוח, על החשש מפני פגיעה בתחרות.¹⁹⁶ מסיבה זו מוציא חוק ההגבלים העסקיים במפורש את זכות השימוש בקניין הרוחני ממשטר הפיקוח על הסדרים כובלים.¹⁹⁷ ההנחה היא כי יש לאפשר לבעל הקניין הרוחני להסדיר את השימוש בזכות הקניין הרוחני שבבעלותו, ולממש את מלוא הפוטנציאל הכלכלי הטמון בקניינו, שכן נחוצים תמריצים להשקעה בפיתוח הקניין הרוחני.

השאלה היא, כמובן, מהו היקף התמריץ הדרוש. האם די בתשלום תמלוגים לבעל הזכויות בעת המכירה הראשונה לצורך כיסוי ההשקעה הקבועה בפיתוח המוצר? הצינול הכלכלי של דיני זכויות היוצרים מניח שניתן לתקן את כשל השוק הקשור בטובין ציבוריים באמצעות זכויות משפטיות. הבעיה הייחודית לספקי תוכן ונכסים לא מוחשיים היא החשש שההשקעה הקבועה שהשקיעו בפיתוח תרד לטמיון לאחר שהיצירה תופץ בשוק החופשי. מוציא לאור של ספר, למשל, נושא בעלויות הפקה כגון עלויות כתיבה, עריכה, הדפסה ופרסום. בהיעדר הגנת זכויות יוצרים היה כל מתחרה חופשי להעתיק את הספר לאחר שיצא לאור. הואיל והמתחרה אינו נושא בעלויות ההפקה הקבועות אלא רק בעלות השולית של הפקת עותקים ומכירתם, הוא ימכור עותקים בשוק תחרותי במחיר נמוך הקרוב לעלות הייצור השולית של עותק. המוציא לאור, שצריך לגבות בנוסף לעלות השולית גם תמלוגים בגין ההשקעה בהפקת היצירה, לא יוכל להתחרות במעתיק בנסיבות אלה. דיני זכויות היוצרים נועדו למנוע העתקה כאמור כדי לאפשר למפיק היצירה להשיב לעצמו את ההשקעה. האם מוצדק להרחיב את זכות היוצרים באופן שיאפשר לבעל הזכויות שליטה בעותק גם לאחר שנמכר לרוכש העותק הראשוני?

מבחינה כלכלית קשה לקבוע את היקף הזכויות הכלכליות הדרוש כדי לספק את התמריצים להשקעה יעילה במחקר ופיתוח. מחקרים כלכליים, שנעשו בעת האחרונה בתחום הקניין הרוחני, מצביעים על קושי לבסס מבחינה אמפירית את היקף ההגנה הדרוש. אין נתונים המצביעים על כך שמקסום רווחי בעל הקניין הרוחני מיצירתו ישיגו תוצאה יעילה.¹⁹⁸ השקעות במחקר ופיתוח אמנם מהוות מרכיב חשוב (אם כי לא בלעדי)

196. ראו, למשל, גילה (לעיל, הערה 129), בעמ' 771.

197. סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים. ראו, לעיל, הערה 44 והטקסט שלידה.

198. מחקרים כלכליים שנעשו עד כה לא הצליחו לספק נתונים אמפיריים התומכים בצורך להגן על הקניין הרוחני ולקבוע את היקף ההגנה הדרוש לצורך מתן תמריצים. ראו: Bronwyn H. Hall, Testimony to FTC/DOJ (Antitrust) Hearings on Competition and Intellectual Property Law in the Knowledge-Based Economy (26 February 2002), p. 3; וכן George L. Priest, "What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Property: Comment on Cheung", 8 *Research in L. & Econ.* (1986) 19. יתרה מזו, מחקרים שנעשו בשנים האחרונות מלמדים כי זכויות הקניין הרוחני לא בהכרח מעודדות מחקר ופיתוח. בתחום הפטנטים, למשל, נמצא כי מלבד תעשיית התרופות, החברות בכל שאר השוקים אינן ראות בפטנטים זכות המשרתת באופן אפקטיבי את עידוד המחקר והפיתוח. ערכה של הזכות

בעידוד חדשנות ובהאצת ההתקדמות הטכנולוגית, אך הגנת יתר עלולה ליקר את הוצאות המחקר והפיתוח ולהביא לידי האטה. לפיכך הקפידו דיני הקניין הרוחני לצמצם את היקף המונופולין של בעל זכות היוצרים למינימום הנדרש, וזאת כדי להימנע מייקור מחיר הגישה ליצירות והשימוש בהן כתשומות ביצירתן של יצירות חדשות. הניתוח הכלכלי בסוגיה זו הוא ספקולטיבי בלבד.¹⁹⁹ בהיעדר נתונים אמפיריים, ובשל החשש מפני צמצום פעולות המחקר והפיתוח, יש להיזהר בהרחבת זכויות היוצרים.

3. גישה ליצירות וייקור תהליכי הייצור

הגבלת המכירה החוזרת של עותקים באמצעות הוראה חוזית מאפשרת לספקים לשלוט בהיצע העותקים הקיים בשוק, ובתוך כך להשפיע על מחירים הסופי,²⁰⁰ אולם אין זו השפעתה היחידה. ההגבלה עלולה להשפיע על היכולת ליצור, לפתח ולהמציא. כל יוצר נדרש להשתמש ביצירות קודמות ולהתבסס עליהן. חומרי הגלם לתהליך היצירה הם הון אנושי, שהכשרתו והשראתו מבוססות בעיקר על חשיפה ליצירות קודמות, ויצירות קודמות המשמשות אבני בניין בשיח יצירתי/אמנותי, לעתים כמקור השראה, ולעתים כבסיס להשוואה, לביקורת ולפרשנות מחדש או לציטוט. במקרים אחרים מהווה היצירה חומר גלם של ממש, המשמש ליצירתה של יצירה אחרת. זהו, למשל, המקרה של ניצול אמנותי של יצירה קודמת (art appropriation) היוצקת משמעות מקורית באלמנטים של יצירה קיימת. בדומה, תכנת מחשב עשויה להשתמש בשורות קוד הלקוחות מתכנה אחרת. הדבר דרוש בעיקר במקרים המחייבים תאימות בין תכנות.

עולה מהאמור כי מחירן של יצירות הוא מרכיב חשוב במדיניות המידע. ככל שמחירי היצירות מאמירים, כך מתייקרים חומרי הגלם ליצירה חדשה, עד שתהליך היצירה עלול להיחפך למשותק. משתמשים המבקשים ליצור על בסיס יצירה קיימת, יידרשו לשלם מחיר גבוה יותר לפי הפליית המחירים, ולפיכך תתייקרנה עלויות הייצור של יצירות עתידיות.²⁰¹ דווקא משתמשים אשר יכולים להפיק מן היצירה המוגנת יצירה חדשה, אשר

המוגנת בפטנט נמוך, בדרך כלל, מערכה של סודיות או מערכה של הראשוניות בשוק (lead time). אשר לזכות היוצרים, זו אמנם נהפכה למשמעותית יותר בקרב תעשיית הבידור, אולם בד בבד נהפכה הזכות לפגיעה יותר משום התפתחות טכנולוגיות חדשות כגון תכנות שיתוף קבצים ו-video streaming. ערכם של סימני המסחר ירד אף הוא לא רק עקב זיופים למכביר אלא גם עקב תופעת שמות המתחם באינטרנט. ראו: Lee Davis, "Intellectual Property Rights, Strategy and Policy", 13 *Economics of Innovation and New Technology* (2004) 399.

199. Boldrin ו-Levine טוענים, למשל, כי זכות המכירה הראשונה מספיקה כדי שבעל זכויות היוצרים יקבל את מלוא הפדיון, המגלם את ערך השוק של ההמצאה, ויוכל לכסות את הוצאות המחקר והפיתוח. ראו: Michele Boldrin and David Levine, "The Case Against Intellectual Property", 92 *American Economic Review* (2002) 209.

200. להרחבה ראו, חלק ד. 1. לעיל.

201. Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 91-94.

תתרום לתועלת הכלל, אולי לא יוכלו לשלם עבורה את המחיר שידרוש בעל הזכויות. יתרה מזו, משתמשים הצפויים להפיק את השימושים היעילים ביותר, לא בהכרח גם יהיו נכונים לשלם יותר עבור היצירה על יסוד ההנחה שיוכלו להניב ממנה רווח. בחירת היצירות הדרושות לשם ייצורן של יצירות אחרות היא לא בהכרח בחירה כלכלית. הבחירה להשתמש באילוסטרציה דיגיטלית מסוימת, או בקטע מוזיקלי, עשויה להיגזר משיקולים אסתטיים ומהתאמה מהותית. האם נרצה כי קטע מוזיקלי המשמש להוראת מוזיקה ייבחר רק משום שמחירו נמוך? ערכן התרבותי של יצירות או תרומתן לקידום המדע לא בהכרח משתקפים במחיר אשר הציבור מוכן לשלם עבורן. כאשר המחיר אינו משקף את תרומתן של יצירות לרווחה המצרפית, אזי מחיר היצירה שתשמש כתשומה להפקת יצירה אחרת איננו צריך להיות השיקול המכריע. מכל מקום, מבחינת הרווחה המצרפית, עלול להיגרם הפסד לחברה כאשר משתמש יימנע מלהשתמש ביצירה רק בגלל מחירה. מנקודת המבט של הרווחה המצרפית יש לעודד שימוש טרנספורמטיבי ביצירות וניצולן כחומר גלם ליצירתן של יצירות חדשות. המחיר הגבוה יותר, אשר יידרשו צרכנים-יוצרים אלה לשלם, עשוי למנוע מהם שימוש יעיל ביצירות.

4. המחיר והיבטים חלוקתיים של הגישה ליצירות

מקסום הגישה ליצירות היא המפתח לקידום יעדי מדיניות המידע ומחיר היצירה הוא מרכיב בהבטחתה. אולם כיצד מוגדרת גישה ליצירה? מהם התנאים הנחוצים להבטחת גישה כזו? האם הבטחת גישה ליצירות מחייבת פיקוח על מחירן? שאלה זו שנויה במחלוקת בקרב מלומדים בתחום הקניין הרוחני, ומשקפת חילוקי דעות בנוגע למשמעותה של נחלת הכלל, כמו גם בנוגע לתפקידו של המחיר, ומנגנון השוק מתווך המחיר, כאמצעי יעיל להקצאת משאבים במוצרי ידע.

המושג "נחלת הכלל" הוא מושג עמום שזכה להגדרות רבות.²⁰² עמימות זו מבטאת תפיסות שונות באשר לתנאים הדרושים להבטחת הגישה ליצירות. יש הטוענים שנחלת הכלל מגדירה מצב משפטי נעדר הגבלות משפטיות. על פי גישה זו, נחלת הכלל אינה אלא commons, אשר במובן המשפטי הצר מתייחס למשטר המשפטי החל על משאבים אשר אינם כפופים לזכויותיו הבלעדיות של איש.²⁰³ על פי הגדרה זו, גישה ליצירות מחייבת חופש מהגבלות משפטיות. נדמה כי בשימוש חופשי מתשלום לא די להבטיח את נחלת הכלל. האידיאולוגיה של תנועת הקוד החופשי ("free software"), למשל, מבחינה בין

202. ראו, ניבה אלקין-קורן, "על כלל ועל 'נחלת הכלל' – מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט כה (תשס"א) 9. לניסיון למפות את נחלת הכלל, כדי לאמוד את המשאבים המצויים בה ראו: Pamela Samuelson, "Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities", 66 *Law & Contemp. Probs.* (2003) 147

203. ראו, למשל: Michael A. Heller, "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 621, pp. 623-624: "...multiple owners are each endowed with the privilege to use a given resource, and no one has the right to exclude another"

תכנת חינם ("בלא תשלום") ובין תכנה חופשית המבטיחה את חירות המשתמשים להשתמש בה ולפתח תכנות חדשות באמצעותה.²⁰⁴

נשאלת השאלה אם די בהבטחת החופש להעתיק, לשנות ולהפיץ את היצירה, או אולי נחלת הכלל מחייבת גם פיקוח על המחיר. כדי להבין את הקשר בין מחיר היצירה לבין הגישה אליה יש לבחון מקרוב את מגבלות ה"מחיר" כמנגנון הקצאה בשוק המידע. האם שוק המקצה משאבים באמצעות מחיר יכול לשמש אמצעי יעיל להקצאת משאבים במוצרי מידע? בנכסים מוחשיים המחיר הוא בדרך כלל גורם יעיל בתהליכי קבלת ההחלטות שמבצע השוק - איזו כמות לייצר ואיזו כמות לצרוך. בדרך כלל המחיר שהצרכן מוכן לשלם משקף את התועלת שיפיק מן המוצר, ואם תועלתו עולה על עלות הייצור, אזי יעיל לייצר מוצר זה. שוק משוכלל ישקף זאת באמצעות מנגנוני ההיצע והביקוש. תפקידו של המחיר בשוק היצירות מורכב יותר. במוצרי מידע, משנוצרה היצירה, העלות השולית של ייצור עותק נוסף תהיה במקרים רבים זניחה. לפיכך מבחינת הרווחה המצרפית, משנוצרה היצירה יהיה יעיל לאפשר גישה ליצירה למספר רב של משתמשים, גם אם התועלת שיוכלו להפיק ממנה קטנה יחסית. העובדה שחלק מן הצרכנים לא ירכשו את היצירה במחיר המוצע על ידי בעל הזכויות איננה משקפת יעילות אלא הפסד.

בשוק היצירות המחיר איננו משקף את התועלת הכלכלית של היצירה לרווחה המצרפית. אנו מכירים תופעה זאת ברמה האינטואיטיבית. הביקוש ליצירות, ונכונות הצרכן לשלם עבורן, אינם נותנים תמונה מדויקת של התועלת החברתית. היצירות הפופולריות ביותר - סרטי פורנוגרפיה באינטרנט - הן לא בהכרח היצירות החשובות ביותר. סרטי קולנוע מהז'אנר העליון וקונצרטים של מוזיקה קלאסית הם בעלי ערך תרבותי גם אם הביקוש בשוק איננו מכסה את עלויות הפקתם. אנו סבורים שהשוק אינו משקף את הערך האמיתי של היצירות מסיבות שונות. לעתים הדבר נובע מכשל שוק נקודתי (למשל, אם אין די צופים דוברי עברית בסרטי קולנוע ישראלי, דרושה תמיכה ממשלתית בסרטים אלה). סיבה נוספת קשורה לעובדה ששוק התוכן במידה רבה נועד ליצור ביקושים (למשל, הקרנתו של סרט קולנוע תיצור ביקוש לספרים, משחקי מחשב ותמונות מצוירות של גיבורי הסרט). בהיעדר ביקוש קשיח למוצרי תרבות, בכוחו של שוק התוכן לעצב את הביקוש ליצירות. אולם הסיבה המרכזית לספקנות בנוגע להותרת השוק כמנגנון הבלעדי להגדרת סוג היצירות שיווצרו קשורה לכך שלמוצרי מידע יש השלכות חיצוניות (externalities). בחירתו של אדם "לצרוך" סוג מסוים של תוכן (תמונות פדופיליות או סרטים על תיאוריות

204. אם תכנת מחשב מחולקת לציבור בחינם, אך חל איסור לשנות את התכנה ולהתאימה לצרכים אחרים ולפיתוח תכנות חדשות, התכנה איננה חופשית. תנועת הקוד החופשי מגדירה רשימת תנאים להבטחת חירות היצירה. לפיכך רק תכנות המופצות בכפוף לתנאים אלו תיחשבנה לתכנות קוד פתוח. To understand the concept, you should think of 'free' as in 'free speech', not as in 'free beer'. Free software is a matter of the users' freedom to run, copy, distribute, study, change, and improve the software" ראו: Richard M. Stallman, *Free Software, Free Society: Selected Essays of*

Richard M. Stallman (Joshua Gay — ed., 2002) 41

האבולוציה או ביקורת ספרים או קונצרטם של כך) משפיעה לא רק על הצרכן/המשתמש ועל ספק התוכן, אלא גם על החברה ותרבותה. התכנים שאדם נחשף אליהם עשויים להשפיע על עיצוב אישיותו ועל יכולתו להיות משתתף פעיל בסביבה יוצרת. לפיכך השלכות אלו אינן מופנמות על ידי ספק התוכן והצרכן במסגרת העסקה שביניהם וכן מחייבות התחשבות בשיקולי הרווחה המצרפית. לכן, בדרך כלל יפעלו לצד מנגנון השוק מנגנונים נוספים של קבלת החלטות (פוליטיקה) כדי להסדיר את שוק התוכן ולהבטיח שמירה על האינטרס הציבורי.

יתרה מזו, מוצרי תוכן אינם רק מוצרים שמייצרות פירמות. יצירות הן חלק בלתי נפרד מן השפה התרבותית שבה מתנהל השיח הציבורי.²⁰⁵ לפיכך חשוב להקצות את כוח היצירה בין הפרטים השונים בחברה באופן שיווני ככל הניתן ולתת הזדמנות לציבורים רבים ומגוונים להשתתף ביצירתן של יצירות. מחירן של יצירות עשוי להשפיע באופן שונה על פירמות ועל פרטים. פרטים המבקשים להשתתף בתהליכי יצירה אינם מתייחסים אל יצירות קיימות כאל תשומות בייצורו של מוצר תוכן חדש, אלא כאל אבני בניין נושאות משמעות של השיח התרבותי. מתן שליטה בגישה ליצירות בידי ספק התוכן מעוררת אפוא שיקולים חלוקתיים. ריכוזיות ושליטה בשוק התוכן עשויות לא רק להשפיע על הביקוש ליצירות מסוימות ולפיכך לחזק את מעמדו של ספק התוכן.²⁰⁶ שליטה בשוק התוכן עשויה גם לרכוז כוח פוליטי רב בידי בעל הזכויות.

ו. סיכום

דיני ההגבלים העסקיים נרתעים ממונופולין העלול לסכן את התחרות. דיני הקניין הרוחני יוצרים מונופולין מכוח החוק. האם דינים אלה סותרים זה את זה? התשובה המקובלת היא שלא. העובדה שקניין רוחני מהווה מונופולין מכוח החוק איננה פותרת אותו ממשטר הפיקוח של דיני ההגבלים העסקיים. ניצול הקניין הרוחני יהיה כפוף למשטר המשפטי של דיני ההגבלים העסקיים בדומה לניצולן של זכויות קניין בנכסים מוחשיים.

הניתוח לעיל ממחיש את הבעייתיות שב"חלוקת עבודה" זו בין דיני הקניין הרוחני לבין דיני ההגבלים העסקיים. דיני ההגבלים העסקיים יתייחסו בחשדנות לקשירה או להסדר כובל שיבצע בעל מונופולין, אולם כלל לא ברור אם בעל זכות יוצרים הוא בעל מונופולין כהגדרתו בדיני ההגבלים העסקיים. מצד אחר ברור שזכות בקניין רוחני מקנה לבעליה זכויות משפטיות רחבות החורגות מן השליטה במוצר או בנכס ספציפיים. קניין רוחני מקנה לבעליו את הזכות לשלוט זמן רב בדרכי ניצול היצירה או ההמצאה בידי המשתמשים אשר

205. Niva Elkin-Koren, "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright", 14 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1996) 215, pp. 216-235. *Law in Cyberspace*.

206. ראו, למשל, גאווה קורטלר, "בעלי הבית", *העין השביעית* 36 (2002) 24. שם נבחנה ההשערה כי העיתונים מסקרים חברות, הנתונות בבעלות צולבת עם העיתון, במידה רבה יותר ובאופן אוהד יותר מסיקורן של חברות אחרות.

אין לו עמם כל קשר עסקי או משפטי. הוא חולש על התנהגות של ציבור רחב שאין לו קשר לבעל הזכויות או ליצירה. בכוחו של בעל פטנט, למשל, למנוע את ניצול ההמצאה בידי מי שהמציא אותה גם הוא באופן בלתי תלוי. זכויות בקניין רוחני משפיעות לא רק על היכולת למכור ולקנות את היצירה הנתונה להגנה. הן מגדירות גם את זכות הבעלים לשלוט בפיתוח מוצרים ותאמים, משלימים או מתחרים ביצירה המקורית. לפיכך זכויות בקניין רוחני מאפשרות להשפיע באופן דינמי על שוק היצירה, מלבד השפעתן המידית על יצירה ספציפית בשוק. מסיבה זו, משטר הפיקוח של דיני ההגבלים העסקיים אינו יכול להיעצר בפתח דיני הקניין הרוחני. שלא כזכויות בנכסים מוחשיים, דיני הקניין הרוחני מגדירים לא רק את אגד הזכויות של הבעלים, אלא גם מכוננים את הנכס עצמו, היינו את ההיבטים של המידע אשר יזכו להגנה כמוצר וניתן יהיה לסחור בהם. ההנחה שזכויות הבעלים נקבעות על פי דיני הקניין הרוחני, ודיני ההגבלים העסקיים רק יפקחו על ניצולן בהקשרי שוק ספציפיים, חושפת את שוק המידע למגמות הריכוזיות שאנו עדים להן בשנים האחרונות. את הפגיעה בתחרות כאשר מדובר ביצירות המוגנות בהגנת הקניין רוחני, יכולה להסב זכות היוצרים בלבד גם בלא הוראה חוזית,²⁰⁷ אולם הוראה בחוזה או ברישיון השימוש עלולה להחריף בעיה זו אם היא מאפשרת את הרחבת זכויותיו של בעל הקניין הרוחני באמצעות הסדרה פרטית.

בקו התפר שבין הקניין הרוחני להגבלים העסקיים, איסור לבצע מכירה חוזרת של עותקים מעורר עניין מיוחד שכן הוא עשוי להשפיע במישרין על הביקוש וההיצע, ולכן לכאורה מדובר בדוגמה מובהקת של סכנה לתחרות. ניתוח הפרקטיקה המשפטית המקובלת ברישיונות תכנה לאסור מכירה חוזרת חושף את אזלת היד של דיני ההגבלים העסקיים. הואיל ומדובר בניצול זכות בקניין רוחני, דיני ההגבלים העסקיים נמנעים מלהתערב. ההשלכות על התחרות יוצאות מתחום דיני ההגבלים העסקיים. הדיון לעיל מצביע על הסכנה הנשקפת מאכיפת איסורים לבצע מכירה חוזרת של עותק תכנה, הן לתחרות בשוק התוכן והן להשגת היעדים של מדיניות המידע.

קו גבול דק מבהיץ בין שימוש ראוי בקניין רוחני ובין התנהגות אנטי-תחרותית. כדי שיהיו רלוונטיים לעידן המידע, נדרשים דיני התחרות להיכנס בעובי הקורה של הקניין הרוחני ולסייע בהגדרת גבולותיו. כדי להתמודד עם הסדרת שוק המידע, עליהם לפתח רגישות למאפיינים המייחדים את שוק המידע וליעדים שאותם מדיניות המידע נועדה לשרת.

207. Meurer, למשל, מביא כדוגמה את עניין MAI, שבו קבעה התובעת, בעלת זכויות היוצרים ברישיון השימוש בתכנה, כי רק המשתמש המורשה, או נציגי התובעת, יהיו רשאים להשתמש בתכנה. הנתבע סיפק שירותי תחזוקה מתחרים לשירות שסיפקה יצרנית התכנה, אולם מאחר שלשם הפעלת התכנה נוצר במחשב עותק זמני, נקבע כי הנתבע הפר את זכות ההעצקה. כך נשענה התובעת על זכות היוצרים בתכנה כדי למנוע תחרות בשוק נותני השירותים לתכנה. ראו: MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc. 991 F. 2d 511 (9th Cir. 1993), cert. dismissed, 510 U.S. 1033 (1994), וכן Meurer (לעיל, הערה 147), בעמ' 87-89. בעקבות פסק הדין שונה חוק זכות היוצרים האמריקני ונקבע בו חריג מפורש ההופך את הלכת MAI.