

הגנה על מאגרי נתונים בישראל בפרספקטיבה השוואתית

מרים ביטון*

תקציר

מאמר זה בוחן את סוגיית ההגנה על מאגרי נתונים בישראל מנקודת-מבט כלכלית והשוואתית, תוך בחינת הטענה שיצרנים יפסיקו ליצור מאגרי נתונים אם החוק לא יגן עליהם, ותעשיית מאגרי הנתונים תלקה בעקבות זאת בכשל שוק.

המאמר יפתח בהצגת הדילמה הכלכלית הנוגעת בהגנה על מידע עובדתי: מחד גיסא, הצורך לספק תמריצים ליצירת מסדי נתונים, ומאידך גיסא, העניין בהפצתם של מידע עובדתי ושל מסדי נתונים שסוגי מידע כאלה משולבים בהם. לאחר-מכן יבחן המאמר וינתח את הנתונים האמפיריים הנוגעים בדילמה כלכלית זו, תוך עיון השוואתי במצב השורר בתחום זה במדינות שונות. לבסוף יבדוק המאמר אם אכן נדרשת הגנה נוספת, באמצעות דיני הקניין הרוחני או דין אחר, ויטען כי יש דרכים רבות להגן על מסדי נתונים במסגרת הדין הישראלי ושיטות משפט אחרות, וכי אלה מחלישות מאוד את הטענה כי נחוצה הגנה מיוחדת בחוק למסדי נתונים עובדתיים. המאמר יציג מגוון הגנות: הגנה דה-פקטו על מסדי נתונים, הנובעת ממאפייניהם ומן הדרך שבה הם נסחרים בשוק מוצרי המידע; מודלים עסקיים וטכנולוגיים אשר שכיחים בשווקים של מסדי נתונים; ומגוון מנגנונים משפטיים המעניקים הגנה למסדי נתונים במישורין ובעקיפין. מסקנתו של המאמר היא שיש מקום לאמץ בישראל את המדיניות האמריקאית ביחס למאגרי מידע, ולא לתת לאלה הגנה מיוחדת באמצעות דיני הקניין הרוחני ודינים אחרים.

רקע

א. הדילמה הכלכלית: תמריצי ייצור לעומת הפצה חופשית של מידע

ב. נתונים אמפיריים

ג. האם נדרשת הגנה מיוחדת על מסדי נתונים?

1. הגנה דה-פקטו

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

- (א) מסדי נתונים כנותני שירות
 (ב) אימות, מהימנות ואותנטיות
 (ג) מכלול (comprehensiveness) ושלמות
 (ד) מומחיות
 (ה) עדפניות
 (ו) מאפיינים נוספים
2. מנגנוני שוק ומנגנונים טכנולוגיים
 (א) מנגנוני שוק
 (1) העלויות של יצירת עותק ראשון של מוצר מידע
 (2) תמחור בעלות השולית
 (3) נטייתם של מוצרי מידע ליהפך לסחורה והצורך לאמץ מודלים עסקיים
 (ב) מנגנונים טכנולוגיים
 (ג) דרוויניזם כלכלי וטכנולוגי
3. מנגנוני הגנה משפטיים
 (א) הגנות עקיפות
 (1) הדין הפלילי
 (2) חוקי הגנת הפרטיות
 (ב) הגנות ישירות
 (1) הגנה משפטית על אמצעים טכנולוגיים
 (2) דיני זכויות יוצרים
 (3) דיני סודות מסחריים
 (4) דיני סימני מסחר
 (5) דיני חוזים
 (6) דיני עשיית עושר ולא במשפט ודיני התחרות הלא-הוגנת (Misappropriation)
 (7) דיני נזיקין – הסגת גבול במיטלטלין
- סיכום ומסקנות

רקע

בשנות התשעים של המאה העשרים חלה התקדמות ניכרת בתחומי המחשוב, התקשורת וטכנולוגיות המידע. שינויים אלה הובילו ליצירתו של שוק גלובלי חדש לשירותי מידע ומוצרים אלקטרוניים, אשר כולל, בין היתר, גם מסדי נתונים אלקטרוניים. מאגר מידע הוא אוסף של נתונים אשר מוחזק לעיתים קרובות באמצעי מגנטי או אופטי ומיועד לעיבוד ממוחשב, כך שניתן לאחזר נתונים אלה לשם הפקת מידע הנחוץ למשתמש.

דוגמאות למאגרי מידע כוללות קטלוג של ספרייה, המכיל מידע בדבר כלל הפריטים המצויים בה; מאגר מידע של פסקי-דין שניתנו במדינה מסוימת (דוגמת "נבו" או "תקדין" בישראל) ומאגרים נוספים. הופעתם של יצירי טכנולוגיה אלה ויצירתו של שוק מוצרי המידע אתגרו רבים מענפי המשפט המסורתיים, ביניהם גם דיני הקניין הרוחני. היקף ההגנה על מסדי נתונים אלקטרוניים הוא אחד האתגרים החשובים העומדים לפתחם של דיני זכויות יוצרים בעידן המידע, ולפיכך הנושא ראוי לעיון מעמיק.

הדיון בארצות-הברית בעניין ההגנה על מסדי נתונים החל בשנת 1991, כאשר בית-המשפט העליון האמריקאי נתן את פסק-דינו בעניין *Feist*¹. בפסק-דין זה הכריע בית-המשפט העליון האמריקאי כי מדריך טלפונים אינו יכול להיות מוגן בזכויות יוצרים,² וקבע כי אבן-הבוחן לזכאות להגנת זכויות יוצרים היא דרישת המקוריות היצירתית, וכי דרישה זו קבועה בחוקה האמריקאית.³ בית-המשפט הסביר כי מדריך טלפונים אינו בגדר יצירה מקורית שכן הוא כולל פרטים עובדתיים המסודרים בסדר אלפביתי טכני, והצגה לא-יצירתית כזו של פרטים עובדתיים אינה מוגנת בזכויות יוצרים.⁴

בכך קטעה ההחלטה מסורת ארוכת-שנים של מתן הגנת זכויות יוצרים על בסיס העמל שהושקע ביצירת היצירה, ולא על בסיס מקוריותה והיצירתיות הגלומה בה. עובר לפרשת *Feist* נחלקו בתי-המשפט בארצות-הברית ביחס לשאלת ההגנה על מסדי נתונים. חלקם סברו כי עמל לבדו מצדיק מתן הגנה בזכויות יוצרים, ולכן מאגרי נתונים שיצירתם הייתה כרוכה בהשקעת עבודה מזכים את יוצרם בהגנת זכות יוצרים. בתי-משפט אחרים, לעומתם, סברו כי מאגרי מידע חייבים להיות מקוריים ולשקף יצירתיות ברמה כלשהי כדי ליהנות מהגנת זכויות יוצרים, וכי אין די בעמלו של יוצר המאגר כבסיס למתן הגנה בזכויות יוצרים.⁵

גם בארץ נידונה לאחרונה שאלת ההגנה על מסדי נתונים. בסדרה של החלטות בחנו בתי-משפט השלום, בתי-משפט מחוזיים ובית-המשפט העליון את השאלה אם דיני זכויות יוצרים ודיני עשיית עושר ולא במשפט יכולים לספק הגנה למסדי נתונים.⁶ בתי-המשפט בחרו דרכים שונות לפתרון הבעיה, ולאחרונה, בפסק-הדין בעניין הפרמייר ליג, בחר בית-המשפט העליון הישראלי לאמץ את פסיקתו של בית-המשפט העליון

1 Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc., 499 U.S. 340 (1991) (להלן: עניין *Feist*).

2 שם, בעמ' 363–364.

3 שם.

4 שם, בעמ' 349.

5 Miriam Bitton, *Trends in Protection for Informational Works Under Copyright Law in the 19th and 20th Centuries*, 13 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 115 (2007).

6 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ב"ש) 5310-08 קווי מידע ופרסום בע"מ נ' בל תקשורת פרסום ויחסי ציבור (פורסם בנבו, 5.1.2012) (להלן: עניין קווי מידע ופרסום) (פסיקה המאמצת במפורש את החלטתו של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Feist*, לעיל ה"ש 1); ת"א (שלום ראשל"צ) 5327/01 ג' הוצאת עיתון הארץ בע"מ (פורסם בנבו, 12.9.2002) (להלן: עניין ג' הוצאת עיתון) (פסיקה המבחינה בין מסדי נתונים הראויים להגנה בשל בחירת המרכיבים שיופיעו בהם ואופן סידורם לבין אלה שאינם מוגנים כאמור).

האמריקאי בעניין *Feist* באופן עיוור.⁷ בעניין הפרמייר ליג הבהיר סוף-סוף בית-המשפט את דרישת המקוריות בכלל, ואת ההגנה על מסדי נתונים בפרט, בדין הישראלי. בעניין זה התעוררה השאלה אם לוחות משחקים שהוכנו על-ידי ליגות הכדורגל באנגליה לצורך הצגת משחקי הליגות בכריטיניה מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים. בית-המשפט קבע כי לוחות אלה אינם מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים, משום שהם אינם מקוריים, אינם יצירתיים ואינם מצריכים מומחיות או דמיון בכחירת הנתונים.

הדיון בנושא ההגנה על מסדי נתונים קיבל משנה חשיבות עקב כמה יוזמות ברחבי העולם שדווקא הרחיבו את ההגנה הניתנת למסדי נתונים. הסכמי טריפס (Trade-Related Aspects of Intellectual Property — TRIPS)⁸ הציגו סטנדרטים מינימליים להגנה על מסדי נתונים. הארגון העולמי לקניין רוחני (WIPO) שקל אף הוא לתת הגנה קניינית חזקה יותר מזו הניתנת בארצות-הברית לנוכח ההחלטה בעניין *Feist*.⁹

הדירקטיבה של האיחוד האירופי משנת 1996 בנוגע להגנה על מסדי נתונים¹⁰ היא פרי הניסיון המקיף ביותר, ברמה הגלובלית והאזורית, להסדיר את נושא ההגנה על מסדי נתונים. הדירקטיבה מעניקה ליוצרי מסדי נתונים זכות קניינית במידע למשך חמש-עשרה שנים, וקובעת כי זכות זו ניתנת לחידוש על בסיס השקעה "מהותית" נוספת במסד הנתונים. הזכות מונעת מאחרים קצירה, כרייה או כל שימוש אחר במידע הגולמי של מסד הנתונים, וכך מספקת למעשה הגנה למידע הגולמי עצמו. בהשוואה לאמצעי הגנה מגבילים אלה, החלטתו של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Feist* פערה פער ניכר בין הדין האמריקאי לבין זה האירופי בעניין ההגנה על מסדי נתונים.

אימוצה של דירקטיבת מסדי הנתונים, ובמיוחד קבלתו של תנאי ההגנה ההדרדית על מסדי נתונים, הדורש שמדינת-המוצא של יוצר המאגר תיתן הגנה שווה לזו הניתנת על-ידי האיחוד האירופי בדירקטיבה, עוררו דיון עקרוני בקונגרס האמריקאי בדבר הצורך להגן על מסדי נתונים, ולאורך השנים נשקלו הצעות חוק אחדות בנושא. אופיין של אותן הצעות חוק השתנה במרוצת השנים, אך ניתן לזהות שני מודלים מרכזיים שהוצעו: (1) חוק המעניק זכות קניינית בלבדית במידע; (2) חוק הקובע עוולה של תחרות לא-הוגנת באשר לשימוש במידע, המתמקד באופייה של הפעולה הבעייתית.¹¹ שני מודלים אלה

7 ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, תק"ע על 2010 (9727, פס' 52 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (להלן: עניין הפרמייר ליג)).

8 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 33 I.L.M. 81 (1994) (להלן: הסכם טריפס).

9 World Intellectual Property Organization, *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Intellectual Property in respect of Databases* (WIPO Doc. CRNR/DC/6, Aug. 30, 1996).

10 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of the European Union of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OFFICIAL JOURNAL L 077, 20-28 (27/03/1996), art. 9 (להלן: דירקטיבת מסדי הנתונים).

11 הצעת החוק האחרונה שעסקה בהגנה על מסדי נתונים היא: Database and Collections of Information Misappropriation Act of 2003, H.R. 3261, 108th Cong. (2003) (passed by House Judiciary Comm., Jan. 21, 2004) (להלן: הצעת החוק האמריקאית משנת 2003 להגנה על מסדי נתונים). הצעת חוק זו מאמצת גישה המבוססת על עלית עשיית עושר ולא במשפט, ונוסחה דומה לנוסח המבחן שנקבע בפסק-הדין National

של חקיקה, והמעבר ממודל קנייני למודל של תחרות לא-הוגנת, שיקפו את השינוי שחל בגישה לנושא: מעבר מתפיסה קניינית קיצונית לגישה מתונה ומאוזנת יותר, המנסה לשקול לא רק את האינטרסים של יוצרי מסדי נתונים, אלא אף את האינטרסים של הציבור, ובכלל זה של יוצרי מסדי נתונים הבאים אחריהם.

התומכים בהגנה על מסדי נתונים, המייצגים רק חלק מתעשיית מסדי הנתונים,¹² טוענים כי החלטת בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Feist*, שלפיה מסדי נתונים זוכים בהגנה "רוזה" ביותר כדיני זכויות יוצרים, חשפה את תעשיית מסדי הנתונים להעתקות. עוד נטען כי חשיפה זו התחזקה משאומצה דירקטיבת מסדי הנתונים בשנת 1996 שכן מתן ההגנה על-פי הדירקטיבה הוגבל ליצרנים תושבי האיחוד האירופי, ויצרן זר שביקש לקבל הגנה למסד נתונים באיחוד האירופי היה יכול לזכות בהגנה רק אם מדינת-המוצא שלו סיפקה הגנה זהה או דומה לזו שניתנת על-פי דירקטיבת מסדי הנתונים. אותם תומכים טוענים עוד כי מנגנוני הגנה משפטיים אחרים אינם מעניקים הגנה מספקת למסדי נתונים, וכי לכן הקונגרס האמריקאי צריך להתערב ולמנוע נזק לתעשיית מסדי הנתונים. לעומתם, המתנגדים להגנה מאמינים כי החוקים הקיימים מספקים הגנה מספקת לאינטרסים של תעשיית מסדי הנתונים, וכי אין ראיות התומכות בצורך לתת הגנה נוספת.

למרות הטענות שהחלטה בעניין *Feist* הקשתה על תעשיית מסדי הנתונים, לא השכיחה תעשייה זו להקים שדולה או להביע דעה מסודרת בשנים הסמוכות למתן ההחלטה. רק שנים מספר לאחר-מכן, כאשר הדיונים באיחוד האירופי החלו לצבור תאוצה ונטו לאמץ

Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997) (להלן: עניין *Motorola*). ראו דיון להלן בחלק 3(ב)6. הצעות חוק קודמות שעסקו בהגנה על מסדי נתונים הן, למשל: Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996, H.R. 3531, 104th Cong. (1996) (מטרתה המוצהרת של הצעת חוק זו הייתה למנוע פגיעה ממשית בתחרות על-ידי גולה ממסד הנתונים עצמו או מתכניו או על-ידי פגיעה בו, והיא הציעה הגנה לפרק-זמן של עשרים וחמש שנה. הצעה זו סגנה ביקורת רבה, ולבסוף נכשלה, בעיקר משום שלא הייתה בה הסדרה של שימושים מותרים והגנות מפני טענות בדבר הפרת הזכות הבלבדית במסדי הנתונים, ומכיוון שמנסחי הצעת החוק לא התייעצו עם הקהילות המדעיות והחינוכיות הרלוונטיות לפני ניסוח החוק); Collections of Information Antipiracy Act, H.R. 2652, 105th Cong. (1997) (אף שהצעת חוק זו ניסחה את המעשה הפסול כעוולה נזיקית של גזלת מידע, ולא כמעשה פסול המבוסס על הפרת זכויות קניין רוחני, יסודות העוולה היו דומים מאוד לאלה שנקבעו בהצעת החוק H.R. 3531 שצוינה לעיל. בהצעת חוק זו תמכו מספר מוגבל של יצרני מסדי נתונים גדולים, אבל לבסוף היא נדחתה בשל חששות של כמה סוכנויות ממשלתיות); Consumer and Investor Access to Information Act of 1999, H.R. 1858, 106th Cong. (1999) (הצעת חוק זו נועדה לספק הגנה מפני שימושים מסחריים לא-מורשים המתחרים ("in competition") במסד הנתונים המוגן, אך היא מנעה למעשה רק העתקה של מסד הנתונים של האחר. הצעת החוק כללה הגנות מפני טענות בדבר הפרת זכויות במקרים של שימוש לצורך דיווח חדשותי או למטרות מדעיות, חינוכיות או מחקריות, אך לא כללה חריג רחב, כגון הגנת השימוש הוגן ("fair use"), ואף לא הגבילה את ההגנה בזמן. שני חסרונות אחרונים אלה חשפו ככל הנראה את הצעת החוק הו לתקיפה חוקתית על בסיס התיקון הראשון לחוקה, המגן על ערכי חופש הביטוי); Collections of Information Antipiracy Act, H.R.354, 106th Cong. (1999) (הצעת חוק זו נוסחה בהרחבה כדי להגן על השקעה במסדי נתונים מפני שימוש לא-מורשה הגורם לפגיעה ממשית. הצעת החוק אסרה שימוש לא-מורשה במאגר בשלמותו או בחלק מהותי ממנו ("all or a substantial part"). הצעת החוק גם כללה שימושים מותרים וחריגים לצורך דיווח חדשותי או למטרות מדעיות, חינוכיות או מחקריות. כן כללה ההצעה הגנת שימוש הוגן, ומשך הגנה מוגבל בזמן). ראו דיון להלן בפרק ב.

את הדירקטיבה בעניין מסדי הנתונים, החל דיון נמרץ יותר בארצות-הברית בעניין זה.¹³ בשנים האחרונות עלה הנושא לדיון גם בדיון הישראלי, ולפיכך מאמר זה יבקש לבחון את עמדת הדיון הישראלי בנושא בעין ביקורתית.

המאמר הנוכחי מבקש להעריך את הטיעונים שהועלו על-ידי התומכים בהגנה על מסדי נתונים ועל-ידי המתנגדים לה, ולהציע הסדרה ראויה להגנה על מוצרי מידע אלה. המאמר יפתח בסקירה היסטורית קצרה של נושא ההגנה על מסדי נתונים במשפט האנגלו-אמריקאי. בהמשך יסקור המאמר את הדילמה הכלכלית שהגנה על מסדי נתונים מעוררת, והיא הרצון לעודד יצירה של מאגרים, מחד גיסא, ולהבטיח את נגישותו של המידע הגולמי של מסדי נתונים ואת הפצתו, מאידך גיסא. המאמר ידון באפיונם של מסדי נתונים כטובין ציבוריים, ויבחן את כשלי השוק שמוצרים אלה מועדים להם. בחלקו השני של המאמר ייבחנו הממצאים האמפיריים באשר לשווקים של מסדי נתונים. ניתוח זה יראה כי אלה אינם חדר-משמעיים ואינם מסייעים בפתרונה של הדילמה בדבר הצורך להגן על מוצרי מידע אלה.

בחלקו השלישי של המאמר תיבחן השאלה אם מסדי נתונים זקוקים להגנת קניין רוחני או להגנה מסוג אחר. הטענה שתבוסס בחלק זה היא שיש אמצעים רבים המספקים בפועל הגנה למסדי נתונים, ואלה מייתרים מתן הגנה נוספת. הגנה אחת על מסדי נתונים היא הגנה בפועל (דה-פקטו), הנובעת ממאפייניהם ומעיצובם. הגנה נוספת היא באמצעות מנגנונים טכנולוגיים ומודלים עסקיים. המאמר מראה כי בשל אופיו המיוחד של שוק מוצרי המידע, מידע גולמי הוא רק תשומה אחת במוצר הסופי של יצרני מסדי נתונים. את ערכו הכלכלי של מסד נתונים קובע בעיקר הערך שהוסף למידע הגולמי. לנוכח זאת אראה בהמשך כי תיאוריה של כשל שוק – שמבוססת על אפיונם של מסדי נתונים כטובין ציבוריים, ואשר לפיה יש תמריץ שלילי לייצורו של מוצר מידע זה בשל החשש שעם הפצתו בשוק ללא הגבלות משפטיות על העתקתו, וללא אפשרות להדיר משתמשים חנימיים, ינסו "נוסעים חופשיים" שונים להעתיקו ולמוכרו בעלויות נמוכות יותר – אינה בתיישום במלואה, וכי היא לכל-היותר טענה חלשה באשר לפגיעה בערכם.

אמצעי ההגנה האחרון שיידון במאמר הוא מגוון המנגנונים המשפטיים הקיימים המגינים על כמה וכמה היבטים של סוגיית מסדי הנתונים בישראל ובשיטות משפט נוספות. דיון זה יראה כי מסדי נתונים נהנים ממגוון הגנות משפטיות של ממש. בין אלה בולטות הגנות עקיפות על מסדי נתונים, כגון חוקים העוסקים בפשיעת מחשבים וחוקי הגנת הפרטיות. נוסף על אלה קיימים גם מנגנוני הגנה ישירים, כגון הגנה משפטית הניתנת לאמצעים טכנולוגיים, הגנת הסוד המסחרי, הגנת סימני מסחר, הגנה חוזית ומגוון עוללות נזיקיות, כגון עוללת הסגת גבול במיטלטלין. הדיון במנגנונים אלה בשיטת המשפט הישראלית ובשיטות משפט אחרות מראה כי מסדי נתונים זוכים ככל

13 רק בשנת 1996 נידונה לראשונה בקונגרס האמריקאי הצעת חוק העוסקת בהגנה על מסדי נתונים. ראו לעיל ה"ש 11 בנוגע להצעות החוק השונות שנידונו בקונגרס.

הנראה בהגנה מגוונת וממשית, וכל התערבות נוספת בשוק זה תגן אך ורק על אינטרסים כלכליים צרים של קבוצות מסוימות בתעשייה ולזמן מוגבל בלבד. המאמר יחתום בדיון בדרכי הסדרה אפשריות של הנושא ככל שיתעורר הצורך בכך.

א. הדילמה הכלכלית: תמריצי ייצור לעומת הפצה חופשית של מידע

הטעם להגנה על ערכם המסחרי של מסדי נתונים הובהר בדירקטיבת מסדי הנתונים כך:

“[T]he making of databases requires the investment of considerable human, technical and financial resources while such databases can be copied or accessed at a fraction of the cost needed to design them independently...”¹⁴

הניתוח הכלכלי של שוק מוצרי המידע¹⁵ מצביע על צורך במתן תמריצים ליוצרי מסדי נתונים כדי להבטיח את ייצורם.¹⁶ אסכולת חשיבה זו גורסת כי המידע עצמו הוא “מוצר” העונה על הגדרת “טובין ציבוריים”, ולקביעה זו יש כמה תוצאות. אפיון מוצר כ”טובין ציבוריים” יכול להיות אחת הסיבות לכשל שוק בהיבט של יעילות פָּרֵטוֹ (Pareto efficiency).¹⁷

לטובין ציבוריים יש שני מאפיינים הקשורים זה לזה: (1) אי-יריבות (non-rivalry), כלומר, צריכה של המוצר אינה גורעת מיכולתו של צרכן אחר לצרוך אותו בו-בזמן; (2) אי-מניעות (non-excludability), כלומר, קשה להדיר משתמשים חנימיים במוצר ולמנוע מהם את צריכתו. מוצרי מידע עומדים בשני תנאים אלה.¹⁸ הם עומדים בתנאי אי-היריבות, שכן מספר האנשים שיכולים להשתמש בו-בזמן במידע מבלי להשפיע על משתמשים אחרים הוא בלתי-מוגבל. מסדי נתונים עומדים גם בתנאי אי-המניעות,

14 ראו פס' (7) בחלק הפותח את דירקטיבת מסדי הנתונים, לעיל ה"ש 10.

15 ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 126–128 (4th ed. 2004). ראו גם: Jack Hirschleifer, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Innovative Activity*, 61 AM. ECON. REV. 561 (1971).

16 פס' (12) בחלק הפותח את דירקטיבת מסדי הנתונים, לעיל ה"ש 10, קובעת כי: “investment in modern information storage and processing systems will not take place within the Community unless a stable and uniform legal protection regime is introduced for the protection of the rights of makers of databases”

17 ראו, לדוגמה, COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 15, בעמ' 40–43. באשר ליצירות רוחניות, פרופ' ננדי גורדון מזהה כשל שוק ראשוני הנובע מהקושי להגן על יצירות רוחניות מפני בעיית “הנוסעים החופשיים”, וכשל שוק נוסף הנובע מהקושי של יוצרים מאוחרים ומשתמשים להשתמש ביצירות וליצור שווקים ליצירות לאחר שנפתרה בעיית “הנוסעים החופשיים”. ראו, לדוגמה: Wendy J. Gordon, *Asymmetric Market Failure and the Prisoner's Dilemma in Intellectual Property*, 17 U. DAYTON L. REV. 853, 854–859 (1992) לקיומו של כשל שוק). ראו גם: Wendy J. Gordon, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, 78 VA. L. REV. 149, 223–224, 230–238 (1992).

18 Ejan Mackaay, *Economic Incentives in Markets for Information and Innovation*, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 867, 880 (1990). ראו גם: COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 15, בעמ' 42–43.

מכיוון שקשה למנוע ממשתמשים שאינם משלמים בעד המוצר את השימוש בו. גישה נוחה, זולה וקלה למגוון מכשירי העתקה משוכללים מאפשרת לאותם "נוסעים חופשיים" להעתיק מסדי נתונים בקלות רבה.

לפיכך הייצור של מידע או ידע עלול לא לענות על צורכי השוק, עקב החשש מכניסת מתחרים לשוק שלא יצטרכו לשאת בעלויות של הפקת המידע, אלא רק בעלויות העתקה נמוכות מאוד. חשש זה עלול לרפות את ידיהם של יצרני מסדי הנתונים מלכתחילה. בהעדר הגנה כלשהי באמצעות דיני הקניין הרוחני, היצרן אינו יכול לכסות את הוצאות הייצור שלו, ואף לא לגבות תשלום תמורת הרווחים שמוצרו מסיבים ליצרנים אחרים, המתבססים על הידע הגלום במוצרו לצורך ייצור מוצרי מידע חדשים.¹⁹

פרופ' ג'רום רייכמן הרחיב ניתוח זה של "טובין ציבוריים", והוסיף עליו טענה ייחודית למסדי נתונים. לטענתו, אחד הקשיים המרכזיים באשר למסדי נתונים הוא שהם חושפים את המידע הגלום בהם על פני המוצר, ולפיכך מוצרי-הקצה המוצעים לצרכנים בשוק החופשי מאפשרים חשיפה מיידית למידע האצור במסד הנתונים, ואף שימוש בו בדרך של העתקה או בכל דרך אחרת. לכן משנמסרו המוצרים לצרכנים, הם מועדים מעצם טבעם לתופעת "הנוסע החופשי".²⁰ לטענת רייכמן, בשל מאפיינים אלה יוכל שוק מסדי הנתונים להתקיים ולפרוח רק אם יוצרי המסדים יוכלו להחזיר לעצמם את השקעתם ביצירת המסד. לדעתו, תנאי הכרחי להחזר ההשקעה הוא מתן הגנה קניינית למסד הנתונים בחקיקה מפורשת.²¹ בהעדר הגנה משפטית כזאת ייאלצו יצרני המסדים להתמודד עם תחרות חזקה מצד "נוסעים חופשיים", אשר יוכלו ליהנות מהשקעתם

19 ראו: Bronwyn H. Hall, *On Copyright and Patent Protection for Software and Databases: A Tale of Two Worlds*, in *Economics, Law, and Intellectual Property* 259, 260 (Ove Granstrand ed., 2003) (הטוענת כי הבחנה שימושית בין התמריצים הדרושים ליצירת מוצרי מידע טהורים (שמחייבים השקעה נוספת מועטה בלבד כדי להופכם לשימושיים) לבין אלה הדרושים ליצירת חידושים תעשייתיים (המחייבים השקעה רבה) עשויה להקטין את ההגנה הדרושה למוצרי מידע מן הסוג הראשון). ראו גם: Stanley M. Besen & Leo J. Raskind, *An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property*, 5 *J. Econ. Perspec.* 3, 25 (1991) (המדגישים כי העניין המוגבר בכלכלת הקניין הרוחני החל רק בעשורים האחרונים, מאז דחק קצב ההתפתחות הטכנולוגית את דיני הקניין הרוחני למחוזות לא-מוכרים ולהתמודדות עם מקרים מורכבים שהעמידו במבחן את יכולותיהם של בתי-משפט ובתי-מחוקקים).

20 Jerome H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, 94 *Colum. L. Rev.* 2432, 2511-2520 (1994) (הטוען כי אפיון מסדי נתונים עובדתיים כטובין ציבוריים מצביע על כך שההיצע שלהם בשוק החופשי יהיה לעיתים קרובות פחות ממיטבי, וכי ניתן להשתמש בכלי של זכויות יוצרים כדי לשלול את היתרונות של "נסיעה חופשית"). ראו גם: Alfred C. Yen, *The Legacy of Feist: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics of Public Goods*, 52 *Ohio St. L.J.* 1343, 1364-1375 (1991).

21 ראו Reichman, שם, בעמ' 2520. פרופ' רייכמן מציג משטר של מעין כלל התחייבות המושתת על מודל הסוד המסחרי ומספק פתרון לבעיית כשל השוק. משטר זה יספק בלבדיות לזמן מוגבל (lead time), אשר תמנע את כשל השוק ותוודא שיוצריהם של מסדי הנתונים המאוחרים ישתתפו בעלויות יצירתו של מסד הנתונים המקורי שבו השתמשו. שם, בעמ' 2533-2556. ראו גם: Jerome H. Reichman & Pamela Samuelson, *Intellectual Property Rights in Data?*, 50 *Vand. L. Rev.* 51 (1997) (המחברים מקבלים את הטענה שמסדי מידע אלקטרוניים חשופים לפגיעה על-ידי "נוסעים חופשיים" ולכן חשופים לכשל שוק. הם מציעים פתרון צנוע – גישה של כלל התחייבות (a modified liability approach). ראו שם, בעמ' 145-151. פתרון זה דומה למשטר של מעין כלל התחייבות שהציע פרופ' רייכמן בחיבורו המוקדם יותר שנידון לעיל).

של אחרים מבלי לשלם דבר תמורת המידע הגולמי שקצרו מאותם מסדי נתונים. לכן נראה שבמצב דברים זה אין כל תמריץ להיות היצרן הראשון של מסד נתונים. אדרבה, יש תמריץ חזק לחכות שאחרים יסתכנו וישקיעו ביצירת מסד נתונים, ורק לאחר־מכן להשתמש בלא תמורה באותה השקעה. אם אלה פני הדברים, אין חולק שייוצרו פחות מסדי נתונים, והחברה בכללותה תצא נפסדת מאי-היווצרותם של מוצרי מידע שהיו מיטיבים עם התעשייה, המסחר ומערכות החינוך. לכן, מסיק רייכמן, הגנה משפטית שתבטיח את ההשקעה של יצרני מסדי נתונים היא הכרחית.²²

אין תמימות־דעים בין מלומדים באשר לתוקפו של הניתוח דלעיל בכל הנוגע במוצרי מידע בכלל ובמסדי נתונים בפרט. להלן יפורט עיון ביקורתי בתוקפו של הניתוח, המראה כי חרף התחזיות שיחסרו תמריצים לייצור מסדי נתונים, יצרנים של מסדי נתונים נהנים ממגוון של הגנות על מוצריהם.

קיים כמובן פן נוסף לרציונל של התמריץ להשקיע, והוא שמידע הוא אבן־בניין ליצירת ידע²³ ומהווה יסוד חיוני בהבטחת תחרות חופשית בשוק מוצרי המידע.²⁴ דברים ברוח זו הושמעו בקונגרס האמריקאי.²⁵

אם יוחלט לתת הגנה משפטית למסדי נתונים, היא חייבת לכלול שסתומי־ביטחון מתאימים להבטחת נגישותו של המידע. החוקה האמריקאית מעגנת בסעיף העוסק בקניין רוחני את מטרותיהם של דינים אלה, וקובעת כי אלה נועדו:

“To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”²⁶

אף הוראה זו מגלמת עקרונות־יסוד בדיני הקניין הרוחני – הצורך למצוא איזון עדין בין האינטרסים של יצרני מוצרי המידע, התורמים לקידום עולם הידע ולגיוון עולם הביטויים, לבין האינטרס של צרכני המידע ואף של יצרני מידע מאוחרים. לכן אחד

22 ראו Reichman & Samuelson, שם, בעמ' 145–151.

23 ראו את הדיון להלן בפרק ב.

24 ראו: ANSELM KAMPERMAN SANDERS, UNFAIR COMPETITION LAW: THE PROTECTION OF INTELLECTUAL AND INDUSTRIAL CREATIVITY 100 (Clarendon Press 1997) (המצטט את: F.A. Hayek, *Economics and Knowledge*, (in INDIVIDUALISM AND ECONOMIC ORDER 106 (University of Chicago Press 1948)

“Competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information... [i]t creates the views people have about what is best and cheapest...”

25 Collection of Information Antipiracy Act: Hearing on H.R. 354 Before the Subcomm. on Courts and The 1999 CIAA (להלן: Intellectual Prop. of the House Comm. on the Judiciary, 106th Cong. 195 (1999) (Hearing

26 U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8, “The protection and enforcement) 7 ס' 8, לעיל ה"ש, of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance (of rights and obligations”

הקווים המנחים לעיצוב משטר של הגנה על מסדי נתונים צריך להיות רגישות לאיזון זה ולמגוון האינטרסים של יוצרים ושל צרכנים-משתמשים כאחד.

יש הטוענים כי ניכר קשר ברור בין עוצמת ההגנה על מסדי נתונים לבין מידת זמינותם של מסדי נתונים בשוק מסוים.²⁷ לפי טיעון התמריץ, יש הלימה בין עוצמת ההגנה לבין יצירת מסדי נתונים בשוק וזמינותם.²⁸

השאלה אם דיני הקניין הרוחני חיוניים ומספקים תמריצים ליצירה ולחדשנות נידונה בהרחבה בכתביהם של חוקרים אחרים, ולכן לא תזכה בעיון ביקורתי במאמר זה.²⁹ עם זאת, שימוש בטיעון התמריץ כצידוק להגנת מסדי נתונים הוא בעייתי במקצת, לנוכח הדרך שבה מסדי נתונים נוצרים בחיי המעשה. חלק ממסדי הנתונים מיוצרים באמצעות

27 ראו, לדוגמה: Official Journal of the European Communities, Opinion on the Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Data Bases (C 19) 3-6 (1993). טענה זו אף רומזת כי הצלחתה של תעשיית מסדי הנתונים בבריטניה קשורה לרמת ההגנה הגבוהה יותר הניתנת בבריטניה. עם זאת, ועדת הקניין הרוחני של אגודת המחשבים הבריטית (British Computer Society) הגיעה למסקנה כי הגנה גבוהה זו אינה הסיבה להצלחת התעשייה הבריטית, אף שאין זה ראוי, לדעת הוועדה, להחליש את ההגנה על מסדי נתונים בבריטניה. ראו: Comments on the EC Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases, 9 CLSR 4 (1993).

28 ראו: Collections of Information Antipiracy Act; Vessel Hull Design Protection Act; Hearing on H.R. 2652 and H.R. 2696 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Prop. of the House Comm. on the Laura D'Andrea Tyson של (הצהרתם של) Judiciary, 105th Cong. (1997) (להלן: The 1997 CIAA Hearing) Edward F. Sherry & Laura D'Andrea Tyson, יועצים בתשלום של ארגון תעשיית המידע; Edward F. Sherry, *Statutory Protection for Databases: Economic and Public Policy Issues* (unpublished report for the Information Industry Association, 1997) the Information Industry Association, (1997) Stephen M. Maurer & Suzanne Scotchmer, *Database Protection: Is It Broken and Should We Fix It?*, 284 SCIENCE 1129 (1999) (הטוענים כי האפשרות הטובה ביותר של הקונגרס האמריקאי היא לא לחוקק חוקים בנושא זה, מכיוון שעלויותיה של חקיקה כזו גוברות על התועלת ממנה); John M. Conley et al., *Database Protection in a Digital World*, 6 RICH. J.L. & TECH. (1999) 2 (המספקים מידע על ההשקעות בטכנולוגיית המידע בשנות השמונים והתשעים, המראה בבירור כי מוצרי מידע הביאו לידי צמיחה אדירה בכלכלותיהן של מדינות); Martha E. Williams, *The State of Database Protection*, 1998, in DIRECTORY OF DATABASES xviii, xix (Erin E. Braun ed., 1998) (המראה כי בין השנים 1991 ו-1997 גדל מספרם של מסדי הנתונים בארצות-הברית ב-35%, מ-7,637 מסדי נתונים ל-10,338, ומספר הקבצים הקיימים בתוך מסדי נתונים אלה גדל ב-280%: מ-4 טריליון ל-11.2 טריליון).

29 בתחום דיני זכויות יוצרים טענו כמה חוקרים כי יש ליוצרים מגוון של תמריצים ליצור מלבד הבלבדיות שדיני זכויות יוצרים מבטיחים. ראו, לדוגמה: Arnold Plant, *The Economic Aspects of Copyright in Books*, 1 ECONOMICA 167 (1934); Robert M. Hurt & Robert M. Schuchman, *The Economic Rationale of Copyright*, "some works with high costs of creation, as (אשר מודים כי: 56 AM. REV. PAPERS & PROC. 421, 426 (1966) well as literary creation induced by the expectation of incremental income from subsidiary and reprint rights, may not be produced... without some device to assist authors in receiving compensation for their "services", אבל מציעים לעשות זאת בכלים אחרים וצורקים יותר: "through private patronage by tax-exempt foundations, universities, and the like, or even by government support for desired literary creation" ראו Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 281 HARV. L. REV. 281 (1970) (אשר בוחן נתונים ודפוסים בעניין פרסום ספרים, בוחן השערות בדבר חלופות לזכויות יוצרים, ולבסוף מגיע למסקנה כי: "the case for copyright in books rests not upon proven need, but rather upon uncertainty as to what would happen if protection were removed" — שם, בעמ' 322). הספרות החוקרת את הבסיס הכלכלי של זכויות יוצרים ואת מגוון הדוקטרינות של זכויות אלה התרחבה במידה ניכרת בעשרים וחמש השנים האחרונות. ראו, לדוגמה: Law and Economics of Intellectual Property (1992); Julie H. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management"*, 97 MICH. L. REV. 462 (1988).

שימוש במידע קיים, ובכלל זה, בין היתר, שימוש במסדי נתונים של אחרים. מתן הגנה מעין-קניינית או זכות קניינית חזקה על מסד הנתונים הראשון עלול ליצור מצב שבו כל יצרן של מסד נתונים עוקב יהיה מחויב ברשיון שימוש במסד הנתונים הראשון. נראה שהיכולת להסתמך על מידע קיים חשובה יותר בכל הנוגע ביצירת מסדי נתונים עוקבים, שכן ההיזקקות לו היא לעיתים מוחלטת. נוסף על כך, ייתכנו מצבים שבהם מסד נתונים יהיה זמין מגורם אחד בלבד, אשר אסף מידע לאורך זמן, ואין כל אפשרות לשחזר את הנתונים שהוא אסף אלא באמצעותו. לכן, אם יתברר כי אכן נחוצה הגנה מיוחדת למסדי נתונים, אין להעניק כוח רב מדי ליצרני מסדי נתונים בכל הנוגע במידע גולמי שהגבלתו עלולה למנוע את יצירתם של מסדי נתונים חדשים.

יתר על כן, משטרי הגנה על מסדי נתונים צריכים להיות מעוצבים מתוך רגישות לחשיבותם ולשימורם של נחלת הכלל ושל מסדי הנתונים העתידיים, כפי שציינה פרופ' ג'סיקה ליטמן.³⁰ מכיוון שמסדי נתונים, במיוחד אלה העובדתיים, מבוססים בדרך-כלל על חומרים שהם נחלת הכלל,³¹ יש סכנה שהענקת זכויות במידע גולמי תצמצם את היקפה של נחלת הכלל.

בעל מסד הנתונים אינו מחויב להיענות לבקשה לעשות בו שימוש.³² מתן הגנה עשויה אפוא "לתקן" בעיה אחת (מתן תמריץ ליצירת מסדי נתונים), אך ליצור בתוך כך בעיה אחרת – מניעת גישה לאבני-בניין ויצירת כשל שוק מסוג אחר.³³ כפי שנראה בהמשך,³⁴

30 Collections of Information: ראו גם: Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 966 (1990) Antipiracy Act; Trade Dress Protection Act; and Continued Oversight of Internet Domain Name Protection: Hearing on H.R. 2652 and H.R. 3163 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Prop. Protection: Hearing on H.R. 2652 and H.R. 3163 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Prop. (הצהרתו של Tim D. Casey בשם ה-ITAA (Information Technology Association of America), שלפיה: "[t]o a great degree, the value of technology is cumulative. We cannot make progress without building freely on the data and results of the past" (Jessica Litman, *After Feist*, 17 U. DAYTON L. REV. 607, 613—614. כן ראו: "Our society has long viewed facts as basic building blocks: building blocks of expression; of self government; and of knowledge itself. Depriving the public... of the unfettered use of those building blocks could frustrate the growth of learning, impede the marketplace of ideas, and impoverish public discourse."); Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 446 (1999) ("The position that information released into the body of human knowledge is 'free as the air to common use' is not an empty aphorism or a transient policy preference. It is a commitment expressed in the First Amendment speech and press clauses"). ראו באופן כללי: 66 LAW & CONTEMP. PROBS. (2003) (המביא עבודות שהוצגו בכנס גדול על היבטים רבים של נחלת הכלל).

31 לדוגמה, השירות של Westlaw מורכב ממסדי נתונים רבים שחומריהם הגולמיים הם נחלת הכלל. החלטות של בתי-משפט, למשל, נחשבות יצירות ממשלתיות שאינן מוגנות לפי דיני זכויות יוצרים. לפיכך מאגר Westlaw בנוי בעיקר מחומרים שאינם מזכים בזכויות יוצרים.

32 האפשרות לבקש רישיון אינה מחייבת את נותן הרישיון לספקו. ראו The 1998 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 30, בעמ' 102 (הצהרתו של William Hammack בשם ה-"Association of Directory Publishers", שלפיה: "Tom [Feist] was left with no choice but to copy listings in order to provide consumers a convenient, one-book directory covering eleven different service areas, because one of the [telephone companies] refused to (license its listings to him)".

33 ראו: Edmund W. Kitch, *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 1727, 1734 (2000) (הסבור כי זכויות קניין רוחני אינן יוצרות בהכרח מונופול).

34 ראו דיון להלן בפרק ב.

בעוד למסדי נתונים אחדים עשויים להיות תחליפים, דוגמת המאגרים "נבו" או "תקדין", המספקים מידע דומה בהיקפו ללקוחותיהם, חלק מהמידע עשוי להיות ייחודי ובלבד, כגון מסדי נתונים המבוססים על מקור יחיד. כאשר המידע ייחודי, עלול אף להיווצר מונופול בשוק לאותו מידע.

אכן, מגזרים שונים בתעשיית טכנולוגיית המידע בארצות-הברית מתנגדים למתן הגנה למסדי הנתונים מחשש להיווצרות מונופולין,³⁵ ריכוזיות ועלייה במחיריהם של מסדי הנתונים.³⁶ כך גם בתחום המרשתת.³⁷ חלק מהמתנגדים למתן הגנה למסדי נתונים טוענים כי ההשפעה של חיוב מוסדות מדעיים וחינוכיים בתשלום מחירים גבוהים בעד גישה למידע הינה שוות-ערך, ברוב המקרים, למניעת הגישה למידע³⁸ או להגבלת הגישה אליו רק לבעלי ההון.³⁹

ב. נתונים אמפיריים

חלק זה מספק סקירה כללית ומיזוג של נתונים אמפיריים ושל הניסיון שצברו שיטות משפטיות שנקטו משטרי הגנה שונים בכל הנוגע במסדי נתונים. חשוב להבהיר כי אין בנמצא נתונים עדכניים בדבר שווקים של מסדי נתונים, וכי כל נתון אמפירי שקיים ביחס לנושא ואשר מובא להלן מהווה מידע חשוב באשר לנסיגון של מדינות שונות בתחום ההגנה על מסדי נתונים. הדיון ייפתח בנתונים אמפיריים המובאים על-ידי התומכים במתן הגנה למסדי נתונים. נתונים אלה מעידים לדעתם על פגיעה בתמריצים בתעשיית מסדי הנתונים, ולטענתם, פגיעה זו מחייבת תיקון והתערבות. בהמשך יידונו נתונים אמפיריים המובאים על-ידי המתנגדים להגנה על מסדי נתונים, ואשר מעידים לדעתם כי אין בעיה בתעשייה זו. לאחר-מכן יוסק מצירוף הנתונים כי הם אינם חד-משמעיים בכל הנוגע בצורך בהגנה על מסדי נתונים. לבסוף, על בסיס נסיון העבר עם יוזמות חקיקה

35 ראו The 1998 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 30, בעמ' 180–182 (הצהרתו של Tim D. Casey בשם ה-ITAA ((Information Technology Association of America)).

36 ראו שם, בעמ' 167–168 (הצהרתו של Jonathan Band בשם ה-OBA (Online Banking Association)).

37 שם.

38 Paul David, ; The 1997 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 28 (הצהרתו של פרופ' רייכמן מאוניברסיטת מישיגן); *The Economic Logic of "Open Science" and the Balance between Private Property Rights and the Public Domain in Scientific Data and Information: A Primer*, in THE ROLE OF SCIENTIFIC AND TECHNICAL DATA AND INFORMATION IN THE PUBLIC DOMAIN, PROCEEDINGS OF A SYMPOSIUM 19, 33 (Julie M. Esanu & Paul F. Uhlir eds., 2003) (הספר להלן: (THE ROLE OF DATA: (הטוען כי: "there is a danger in permitting those who are enthusiastic for more and stronger IPR to employ [the metaphor of 'property'] as [a] rhetorical device "[t]hey should be asked to show that the moves already [as a way of avoiding the burden of proof] made in that direction have not been economically damaging, that further encroachments into the public domain of scientific data and information would not be still more harmful, and that society would not (benefit by adopting a policy that was just the opposite of the one they support" ראו Tyson & Sherry, לעיל ה"ש 28 (הטוענים שהכישלון של הפרטת Landsat נבע מהאופן שבו כתבו ופירשו את חוזה ההפרטה, ולא מעצם ניסיון ההפרטה).

39 ראו: NATIONAL RESEARCH COUNCIL, BITS OF POWER: ISSUES IN GLOBAL ACCESS TO SCIENTIFIC DATA 121-124 (הספר להלן: (BITS OF POWER) (National Academy Press, 1997).

דומות שניסו להתמודד עם אתגרים דומים לאלה של תעשיית מסדי הנתונים, תיבחן השאלה אילו ראיות נדרשות לביסוס כשל שוק בתעשיית מסדי הנתונים. יש כמה סוגיות מקדמיות בעניין תעשיית מסדי הנתונים שיש לתת להן את הדעת. תחילה יש לברר אילו תעשיות נכללות בגדר "תעשיית מסדי הנתונים". כמה וכמה תעשיות יכולות להיכלל בהגדרה זו, ביניהן הוצאות-לאור של עיתונים, ספרים ומגזינים; שירותי עיבוד נתונים; ספקי מידע עסקי; תעשיית שירותי המידע האלקטרוני; שירותי אחזור מידע.

כן יש לברר את עמדותיה של תעשיית מסדי הנתונים בסוגיית ההגנה על מסדים. ברור זה אינו פשוט. קיימת מחלוקת בתוך תעשיית מסדי הנתונים האמריקאית באשר לצורך בחקיקה בעניין.⁴⁰ מחלוקת זו קשורה ככל הנראה לכך שכל חברה בתעשיית מסדי הנתונים היא גם יצרנית-בכוח וגם צרכנית-בכוח של מסדי נתונים.⁴¹ יתרה מזו, אם הגנה משפטית חזקה היא הכרחית לעידוד ייצור מיטבי של מסדי נתונים, דומה שנוכל להניח כי בשיטות משפט המספקות הגנה חזקה על מסדי נתונים תהיה עלייה בייצור מסדי נתונים, ולהפך. עם זאת, כפי שהדיון להלן יראה, בפועל אין קשר הכרחי בין היקף ההגנה הניתנת למסדי נתונים לבין היקף ייצורם. מלומדים אחדים שהתמודדו עם הדילמה הכלכלית בעניין מסדי נתונים סוברים כי יש מקום לשקול מתן הגנה על יצרני מסדי נתונים. למשל, מלומדים מובילים בתחום הקניין הרוחני, כגון פרופ' ג'רום רייכמן, פרופ' פמלה סמואלסון⁴² ופרופ' ג'יין גינזבורג,⁴³ נוטים לקבל את ניתוח "הטובין הציבוריים" באשר למסדי נתונים, ומאמינים כי יש להפנות את תשומת-הלב למציאת פתרון ראוי ומאוזן לבעיה. הם מציעים לאמץ משטר משפטי המבוסס על כלל אחריות, ולא על כלל קנייני, ולפיו יוצר מסד נתונים יוכל ליהנות מתקופת בלבדיות מסוימת שבה יהיה זכאי להשתתפות בהוצאות יצירתו של מסד הנתונים מצד כל גורם שירצה להשתמש במידע שבו. לפי הצעה אחרת ניתן ליצור מעין עוולה שאדניה הם דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולפיה העתקה של מסד נתונים

40 ראו דיון לעיל בפרק א.

41 ראו Reichman, לעיל ה"ש 20, בעמ' 2547. ראו גם שם, בעמ' 2493 (המצטט את ה-Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases (COM EIIA 92) 24 final — SYN 393) 5874 (1992). המראה כי חלק מיצרני מסדי הנתונים החברים בארגון ה-European Information Industry Association) היו להוטים לקבל הגנה חזקה, ואילו חלק אחר מחברי הארגון ראו באימוץ הגנה כזו סכנה להמשך פעילותם).

42 Reichman & Samuelson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 55 (המציינים כי הסיכון שיהיה כשל שוק גורם לייצור בהיקפים לא-מיטביים של מוצרי מידע). ראו גם: Paul Goldstein, Copyright's Highways: From Gutenberg to the Celestial Jukebox 197 (Stanford Univ. Press 1994) (הטוען כי בשוק שבו היקפי ההשקעה בטכנולוגיות תוכנה חרושת עשויים להגיע למיליוני דולרים לא תתרחש השקעה בהיקפים כאלה כל עוד לא יובטח למשקיע סיכוי מסוים להחזיר את השקעתו); Reichman, לעיל ה"ש 20, בעמ' 2491 (המצייני כי דרישת היצרניות בדיני זכויות יוצרים עלולה לגרום לכך שמוצרי מידע רבים וחשובים לא ייוצרו). אבל ראו Reichman & Samuelson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 20–21 (המציינים כי ראיות שונות מצביעות על כך ששווקים של מסדי נתונים מתאפיינים בריכוזיות: "[database markets are] almost universally characterized by a distinct (absence of competition)"

43 Jane C. Ginsburg, No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone, 92 COLUM. L. REV. 338 (1992).

כפופה לרשיון כפייה, המחייב תשלום תמלוגים תמורת השימוש במסד נתונים. אכן, מרבית הספרות המשפטית ממוקדת בחשיבה על אופן עיצובה של ההגנה המשפטית על מסדי נתונים,⁴⁴ ואין כל חשיבה מעמיקה על נקודת המוצא של הדיון, המניחה כי הניתוח הכלכלי בדבר "טובין ציבוריים" מתאים גם למסדי נתונים.

לפיכך הדיון שלהלן יתמקד בנקודת המוצא, ויעסוק בשאלה אם תעשיית מסדי הנתונים אכן ניצבת בפני בעיה של כשל שוק. עד לאחרונה לא היו כמעט בנמצא נתונים בדבר שוק זה.⁴⁵ עם זאת, בקיץ 2005 החל האיחוד האירופי בתהליך של בחינה מחדש של הדירקטיבה בעניין מסדי נתונים, ובדצמבר 2005 פרסם דוח בעניין (להלן: דוח האיחוד האירופי משנת 2005).⁴⁶ מסקנתו העיקרית של הדוח היא שיש להותיר את ההגנה שבדירקטיבה על כנה, וזאת חרף העדר ממצאים חד-משמעיים באשר לתועלת שבדירקטיבה.

44 ראו, לדוגמה, הצעה התומכת באימוץ חוק חדש של תחרות לא-הוגנת, שעוצב בהשראתה של דוקטרינת הגולה: L. Ray Patterson, *Copyright Overextended: A Preliminary Inquiry into the Need for a Federal Statute "a federal trade-regulation: (אשר גורס כי: of Unfair Competition, 17 U. DAYTON L. REV. 385, 410 (1992) statute unburdened by the baggage of copyright history could be used to provide the minimal protection "neither that neocopyright entrepreneurs: ומדגיש כי עמדתו היא: that sweat-of-the-brow efforts merit" (are unworthy of legal protection for their industriousness nor that they do not serve a useful function" ראו גם: Jacqueline Lipton, *Balancing Private Rights and Public Policies: Reconceptualizing Property* in *Databases*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 773, 840 (2003) (המציעה מודל קנייני מוגבל שניתן לאפינו על-פי היבטים נויקיים הנוגעים במניעת תחרות לא-הוגנת או עשיית עושר ולא במשפט, שניתן להחילם רק על מאגרי מידע מסחריים); Michael J. Bastian, Note, *Protection of "Noncreative" Databases: Harmonization*; *of United States, Foreign and International Law*, 22 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 425, 427-428 (1999) (התומך בפתרון המבוסס על דוקטרינת הגולה, שכן הוא תואם יותר תפיסות מסורתיות של זכויות יוצרים, ומגן בצורה טובה יותר על האינטרס הציבורי); Jeffrey C. Wolken, Note, *Just the Facts, Ma'am. A Case for Uniform Federal Regulation of Information Databases in the New Information Age*, 48 SYRACUSE L. REV. 1263, 1297-1300 (1998) (אשר טוען כי החקיקה הפדרלית והמדינתית כאחת אינן מסוגלות לפתור את הבעיות הנוגעות בהגנת מסדי נתונים, ומתאר את הרכיבים הדרושים להסדרה פדרלית שתאסור קצירה של יותר מ-95% מהנתונים של מסד נתונים ותגביל את גובה הפיצוי רק לשווי השוק של המידע הכלול במסד הנתונים). אבל ראו פתרונות מתחום דיני זכויות יוצרים: Sarah Lum, Note, *Copyright Protection for Factual Compilations — Reviving the Misappropriation Doctrine*, 56 FORDHAM L. REV. 933, 935 (1988) (המציעה כי בתי-המשפט יאמצו דרישת מקוריות שתבחן את העבודה שהושקעה ביצירת היצירה ואת בחירת הנתונים ואופן סידורם, ואשר מבוססת במשמע על הרציונל של עולת הגולה האמריקאית (misappropriation doctrine)); Ethan R. York, Note, *Warren Publishing, Inc. v. Microdos Data Corp.: Continuing the Stable Uncertainty of Copyright in Factual Compilations*, 74 NOTRE DAME L. REV. 565, 588-590 (1999) (הקונגרס יקבעו דרישות-סף נמוכות וסטנדרטים ברורים בכל הנוגע בדרישת המקוריות הנדרשת לביסוס הגנת זכויות יוצרים על אוסף נתונים). ראו גם הצעות המבוססות על המודל של דירקטיבת מסדי הנתונים האירופית: Jennett M. Hill, Note, *The State of Copyright Protection for Electronic Databases beyond ProCD v. Zeidenberg: Are Shrinkwrap Licenses a Viable Alternative for Database Protection?*, 31 IND. L. REV. 143, 178-180 (1998) (התומכת ביצירת זכות בלבדית מיוחדת (sui generis) במסדי נתונים עובדתיים, מכיוון שבלא הגנה מעין זו נראה שחברות זרות לא ישתתפו בשוק המידע האמריקאי, שבו מסדי הנתונים יהיו השופים להעקפה ולקצירת מידע).*

45 אבל ראו: Raymond Snoddy, *Reed Elsevier Shares Drop on U.S. Legal Ruling*, FIN. TIMES, May 23, 1997, at 24.

46 Commission of the European Communities, *DG Internal Market and Services Working Paper — First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases* (Dec. 12, 2005) (להלן: דוח האיחוד האירופי משנת 2005).

חשוב לציין כי אחד הקשיים המרכזיים בבחינת הצורך בהגנה בתעשייה זו נובע מכך שרבים מיצרני מסדי הנתונים אינם ששים לספק מידע בנושא העתקות פירטיות של מוצריהם וכדבר ההפסדים הכלכליים הנגרמים להם, בין היתר בשל החשש שמתן נתונים אלה יעודד העתקות פירטיות נוספות של מוצריהם בעקבות חשיפת חולשתה של ההגנה עליהם.⁴⁷

המצדדים במתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים טוענים כי הכלים המשפטיים הקיימים אינם מספיקים, וכי מתן הגנה מיוחדת הכרחי לקיומו של שוק מוצרי המידע. לדוגמה, תאגידית-הענק Reed-Elsevier ו-Thomson, הנמנים עם ראשי התומכים במתן הגנה משפטית למסדי נתונים, רתמו את פרופ' לורה ד'אנדראה טייסון לביסוסה של הצדקה כלכלית למתן הגנה סטטוטורית מיוחדת למסדי נתונים.⁴⁸ עם זאת, מחקרה של טייסון אינו מתמודד עם ההשפעות האפשריות של גישה זו על המידע הגולמי שבבסיסם של מסדי הנתונים. זאת ועוד, המאמר אינו מקיים דיון מקיף ומספק בגידול שחל בתעשיית מסדי הנתונים בארצות-הברית לאחר ההחלטה בעניין *Feist*, אשר צמצמה כאמור את ההגנה.⁴⁹

התומכים במתן הגנה מציינים גם את דירקטיבת מסדי הנתונים של האיחוד האירופי כסיבה נוספת המצדיקה הגנה על מסדי נתונים. הם טוענים כי הוראת הדירקטיבה בדבר הדדיות, אשר מתנה מתן הגנה למסד נתונים זר באיחוד האירופי במתן הגנה דומה למסדי נתונים אירופיים במדינתו של המסד הזר, גורמת לנחיתות כלכלית של יצרני מאגרי מידע זרים בהשוואה למקביליהם האירופיים.⁵⁰

47 ראו, לדוגמה, רואר אלקטרוני Eric Massant, המנהל לענייני משל ותעשייה בתאגיד Reed-Elsevier, למחברת (20 בפברואר 2004) (נמצא אצל המחברת) "Aside from court actions, database publishers are very reluctant to publicize incidents of piracy, out of fear for further piracy in a legal environment (where there is little protection)". כן ראו The 1999 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 25, בעמ' 286 (הצהרתה של Lynn Henderson, מנכ"לית Doane Agricultural Services Co., שלפיה: "I hesitated to testify today because I realized that if he or others caught wind of this lack of protection, I could be advertising our vulnerability." אבל ראו: Hearing on Violations of Intellectual Property Rights Before the House Subcomm. on Int'l Econ. Policy & Trade of the Comm. on Int'l Relations, 105th Cong. (1999) של חברת בית-הנבחרים האמריקאי Ileana Ros-Lehtinen, שלפיה: "[t]he International Intellectual Property Alliance estimated that, in 1998, losses [due to foreign database piracy] were about \$5 billion for (business[es])".

48 Stephen M. Maurer et al., *Europe's Database Experiment*, 294. אבל ראו: Tyson & Sherry, לעיל ה"ש 28. Science 789-790 (2001) (המצביעים על כך שהגנה המשפטית על מסדי נתונים באירופה לא היו השפעות ארוכות-טווח); Database and Collections of Information Misappropriation Act of 2003: Hearing on H.R. 3261 Before the Subcomm. on Courts, the Internet, and Intellectual Prop. of the House Comm. on the Judiciary and the Subcomm. on Commerce, Trade, and Consumer Prot. of the House Comm. on Energy and Commerce, 108th Cong. 17 (2003) (להלן: The 2003 DCIMA Hearing) (הצהרתו של Thomas J. Donohue, הנשיא והמנכ"ל של לשכת המסחר האמריקאית, המייצגת 3 מיליון עסקים מכל גודל ומכל מגזר: "[O]ur members have told us that this legislation is misdirected, in many ways, harmful and (unnecessary)".

49 שם.

50 ראו, לדוגמה: The 1998 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 30, בעמ' 393-394 (הצהרתו של Daniel C. Duncan, סמנכ"ל לקשרי משל ב-Information Industry Association) IIA, שלפיה: "[o]ther nations are seeking to usurp the U.S. lead in database production as the thirst for information in all parts of the world grows

אולם נכון להיום אין כל נתון אמפירי המראה כי מתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים באיחוד האירופי העניק לאיחוד האירופי יתרון תחרותי בשוק מסדי הנתונים העולמי או השפיע בחיוב על התמריצים לייצר מסדי נתונים. למעשה, הממצאים הכלכליים בעניין ההשפעה של הדייקטיבה, שיובאו בהמשך, אינם חד-משמעיים. עיון בנתונים באשר לאיחוד האירופי אינו מספק תמונה נהירה דייה בעניין השפעתה של ההגנה המשפטית הניתנת למסדי נתונים באיחוד האירופי על תעשיית מסדי הנתונים. בדין-וחשבון שביקש להעריך את השפעתה וחשיבותה של תעשיית זכויות היוצרים באיחוד האירופי על כלכלת האיחוד ומדינותיו, אשר פורסם בשנת 2003,⁵¹ נמצא כי מבין "תעשיות-הליכה" בתחום זכויות היוצרים,⁵² אלה התורמות את התרומה הגדולה ביותר לכלכלת האיחוד הן תעשיות התוכנה ומסדי הנתונים⁵³ ותעשיית הדפוס, התורמות כל אחת כ-1% מן התוצר המקומי האירופי.⁵⁴ חשוב להבהיר כי מגזרים אלה אינם עומדים בפני עצמם. לדוגמה, מגזר יצרני התוכנה ומסדי הנתונים מקיים יחסי-גומלין הדוקים עם תעשיית ציוד המחשוב.⁵⁵ התרומה הממוצעת של תעשיות התוכנה ומסדי הנתונים לתוצר הלאומי הגולמי (תל"ג) של המדינות האירופיות היה 1.35% בשנת 2000. הייצור היחסי הגבוה ביותר היה בבריטניה, ולאחריה בשוודיה, בצרפת, בהולנד, באיטליה ובגרמניה.⁵⁶ בריטניה הרימה את התרומה הגבוהה ביותר לתל"ג מבין כל תעשיות מסדי הנתונים. האמור משקף את מעמדה ועליונותה של השפה האנגלית בשוק מסדי הנתונים.⁵⁷ מחקר כלכלי נוסף שבדק חברות חדשות שנכנסו לארבעה שווקים של מסדי נתונים (צרפת, ארצות-הברית, גרמניה ובריטניה) מצא כי בכל שלוש המדינות האירופיות

and as technology makes it easier to deliver information across borders. Nowhere is this threat to the American database industry more evident than in Europe... Without U.S. database legislation, there is no hope that American providers will receive any of the supplemental *sui generis* protection necessary if their products and services are stolen by European competitors and marketed against them — whether The 1999 CIAA or elsewhere in the world" (pirated copies appear in Europe, the United States or elsewhere in the world" Hearing, לעיל ה"ש 25, בעמ' 169–170 (הצהרתה של Marilyn Winokur, סמנכ"ל בכירה ב-Micromedex, Inc., בשם ה-CADP (Coalition Against Database Piracy), שלפיה: "prompt congressional action is also underscored by the recent adoption of a database protection directive by the European Union... [U]nless the U.S. enacts a database protection law that the EU deems comparable to the terms of its Directive, U.S. database producers will be at a distinct commercial disadvantage in the EU and beyond"

THE CONTRIBUTION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TO THE EUROPEAN ECONOMY, BASED ON DATA FROM THE YEAR 2000: FINAL REPORT (Media Group, Business Research and Development Centre, Turku School of Economics and Business Administration, Finland, 2003) 51

"תעשיות-ליכה" של זכויות יוצרים מוגדרות כתעשיות העוסקות ביצירה, בהפקה ובדרך-כלל גם בהפצה ובצריכה של יצירות ונושאים מוגנים נוספים. תעשיות אלה מסוגלות להתקיים ולתרום מבחינה כלכלית לחברה הודות להגנה המשפטית על יצירותיהן. שם, בעמ' 20. 52

תעשיות התוכנה ומסדי הנתונים מוגדרות כקטגוריה הכוללת מגוון של פעילויות הקשורות ליצירה, לתחזוקה ולמכירה של תוכנות מחשב (תכנות, פיתוח ועיצוב, ייצור; מכירה סיונית או קמעונית של תוכנות (תוכנות עסקיות, משחקי וידאו, תוכנות חינוכיות וכו'); עיבוד ופרסום של מסדי נתונים). שם, בעמ' 23. 53

54 שם, בעמ' 2.

55 שם, בעמ' 3.

56 שם, בעמ' 4.

57 שם, בעמ' 6.

ניכרה צמיחה חד-פעמית בחברות הללו לאחר שממשלותיהן של מדינות אלה יישמו את דירקטיבת מסדי הנתונים בשנת 1998. בארצות-הברית, לעומת זאת, לא נצפתה צמיחה דומה.⁵⁸ עם זאת, גם במדינות האירופיות שנבדקו לא נצפתה צמיחה לטווח ארוך בעקבות יישום הדירקטיבה, אלא כאמור צמיחה חד-פעמית בלבד.⁵⁹ אלא שקשה להסיק מסקנות מממצאים אלה, שכן הם מתייחסים לשנה אחת בלבד. יתרה מזו, אין כל ראיות לגידול של ממש בתעשיית מסדי הנתונים האירופית בכללותה, אף שהדירקטיבה אומצה בכל מדינות האיחוד והוטמעה בכולן כמעט במלואה.⁶⁰

נראה שגם נסיונות מקיפים יותר להעריך את השפעת הדירקטיבה לאורך זמן לא הניבו ממצאים חד-משמעיים. כך, גם דוח האיחוד האירופי משנת 2005, אשר ביקש להעריך את השפעת הדירקטיבה בתום שבע שנות הטמעה באיחוד, דומה שהתקשה להגיע לממצאים חד-משמעיים.⁶¹ בדוח מתוארים ממצאים עיקריים של הערכה מחודשת של הדירקטיבה, שנשמכה על שני מקורות מידע מרכזיים. מקור אחד הוא סקר מקוון של 500 יצרני מסדי נתונים במערב אירופה. סקר זה הניב 101 תגובות, 65% מתוכן מחברות פרטיות. רוב התגובות הגיעו מחברות הממוקמות בכריטיניה (30%) ומחברות הממוקמות באיטליה, בגרמניה, בצרפת ובבלגיה (46% יחדיו).⁶² המקור האחר הוא מידע ממאגר מסדי הנתונים הגדול בעולם: ה-Gale Directory of Databases (GDD), המכיל נתונים סטטיסטיים בדבר הגידול העולמי בתעשיית מסדי הנתונים משנות השבעים של המאה העשרים ועד ימינו.⁶³

לא במפתיע, הממצאים משני המקורות הללו אינם מתיישבים אלה עם אלה. מסקר היצרנים עולה כי בתעשיית מסדי הנתונים קיימת תמיכה חזקה וחד-משמעית בהמשך מתן הגנה מיוחדת ליצרני מסדי נתונים.⁶⁴ החברות שהשתתפו בסקר אף סברו כי מתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים סייע ליצרני מסדי נתונים והקל עליהם בדרכים רבות: הוא הגדיל את מספר ההזדמנויות העסקיות, הפחית את עלויות ההגנה על מסדי נתונים והקנה ודאות משפטית בנוגע להגנה עליהם.⁶⁵ הנתונים ממאגר ה-GDD, לעומת זאת, מלמדים כי לאימוצה ולהטמעתה של הדירקטיבה לא הייתה השפעה כלכלית של ממש על ייצור מסדי נתונים באיחוד האירופי. התמונה העולה מממצאי ה-GDD היא של אי-ודאות ניכרת באשר להתפתחותו של שוק מסדי הנתונים בשנים שלאחר אימוצה של הדירקטיבה.⁶⁶ בתרשים 1, הלקוח מדוח האיחוד האירופי משנת 2005, מרוכזים עיקרי הנתונים שהופקו ממאגרי המידע של ה-GDD.

58 Maurer et al., לעיל ה"ש 48, בעמ' 789.

59 שם, בעמ' 789–790.

60 Symposium, Panel I: Database Protection, 11 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 275, 300 (2001) (להלן: Symposium on Database Protection).

61 דוח האיחוד האירופי משנת 2005, לעיל ה"ש 46.

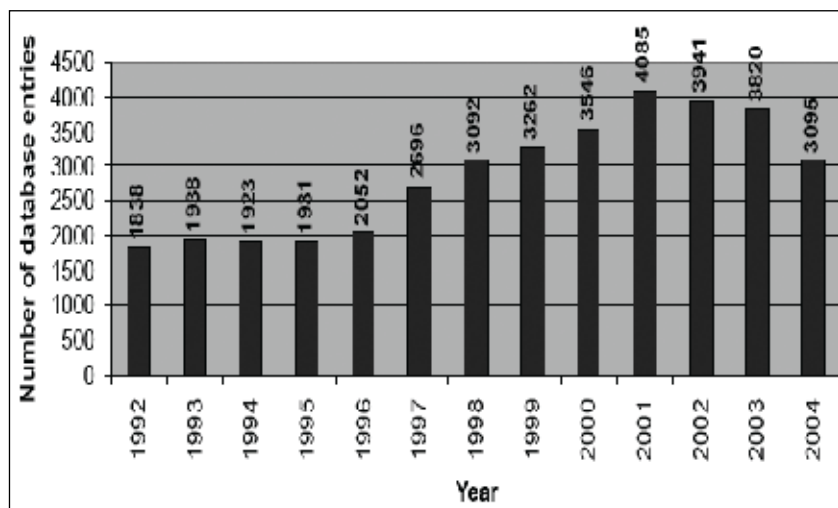
62 שם, בעמ' 5, ה"ש 5.

63 שם, בעמ' 5.

64 שם, בעמ' 20, 22.

65 שם, בעמ' 25.

66 שם, בעמ' 18–20, 22 ו-25.

תרשים 1: ייצור מסדי נתונים ב"מערב אירופה" (1992–2004)⁶⁷

תרשים 1 מציג את מספר ה"רישומים" (entries) של מסדי נתונים ב-GDD⁶⁸ שמקורם במדינות מערב אירופה.⁶⁹ כפי שניתן להיווכח, מאז הוטמעה הדירקטיבה במדינות האיחוד, בשנת 1998, היה מספר ה"רישומים" יציב יחסית.⁷⁰ כך, מספר ה"רישומים" של מסדי נתונים במערב אירופה היה 3,095 בשנת 2004, לעומת 3,092 בשנת 1998.⁷¹ הסבר אפשרי לירידה שחלה במספר ה"רישומים" משנת 2001 ואילך הוא המעבר הטכנולוגי מהספקת מסדי נתונים על-גבי תקליטורים להספקת מידע במרשתת,⁷² המתאפיין גם במעבר ממוצרים המבוססים על מסדי נתונים עצמאיים (stand-alone) – המסופקים על-גבי תקליטורים או על-ידי מתן גישה נקודתית למסדי נתונים מקוונים ספציפיים באמצעות הרשאת משתמשים – ליישומונים מבוססי-"פורטל" המאפשרים נקודת גישה אחת מרוכזת למספר רב של מסדי נתונים. נטען כי תופעות טכנולוגיות אלה אינן מקבלות כל ביטוי ב-GDD.⁷³ לפיכך אין פלא שהדוח מציין במפורש כי ה-GDD אינו מספק נתונים ודאיים וחד-משמעיים באשר להתפתחותה של תעשיית מסדי הנתונים

67 שם, בעמ' 19.

68 מבחינת ה-GDD, "רישום" של מסד נתונים מייצג מסד נתונים מסוים בלא תלות באמצעי שבו הוא סופק. חלק מה"רישומים" מייצגים מסד נתונים המסופק על-ידי אמצעי אחד או יותר, כגון תקליטור, דיסקט או מסד נתונים מקוון. ראו שם, בעמ' 5, ה"ש 6.

69 ה-GDD אינו מגדיר את השוק ה"מערב-אירופי", אלא מדווח שבריטניה צריכה להיות כלולה בשוק זה. מדינות אחרות של האיחוד האירופי שה-GDD מדווח לגבי שוקיהן מספרים משמעותיים הן גרמניה, צרפת, הולנד, פינלנד ושוודיה. ראו שם, בעמ' 18, ה"ש 36.

70 שם, בעמ' 18.

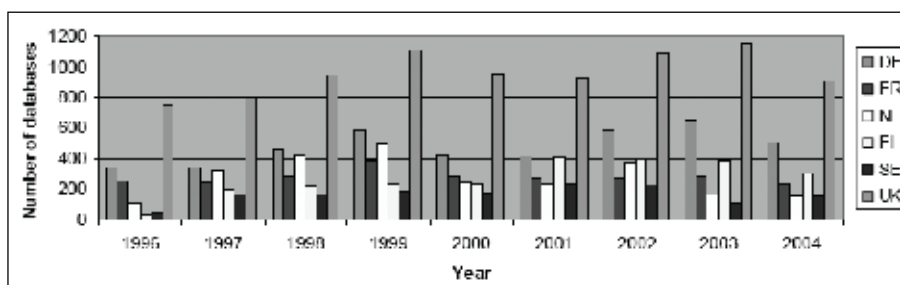
71 שם.

72 שם, בעמ' 19.

73 שם.

במערב אירופה.⁷⁴

**תרשים 2: השוואה בין כמה ממדינות האיחוד האירופי בייצור מסדי נתונים
75(2004 – 1996)**



תרשים 2 מצביע על כך שבבריטניה – שבה דיני זכויות היוצרים מספקים הגנה למסדי נתונים בזכות העבודה שהושקעה ביצירתם (דוקטרינת ה־Sweat of the Brow) – ייצור מסדי נתונים גדל בהתמדה עד שנת 2003 ואף במהלכה, והיא נותרה ספינת-הדגל של תעשיית מסדי הנתונים במערב אירופה.⁷⁶ הדוח מציין מגוון סיבות להצלחת התעשייה הבריטית, ביניהן בגרות יחסית של התעשייה בהשוואה לתעשיות אחרות במערב אירופה וכן הצלחתם של מסדי נתונים המיוצרים באנגלית.⁷⁷

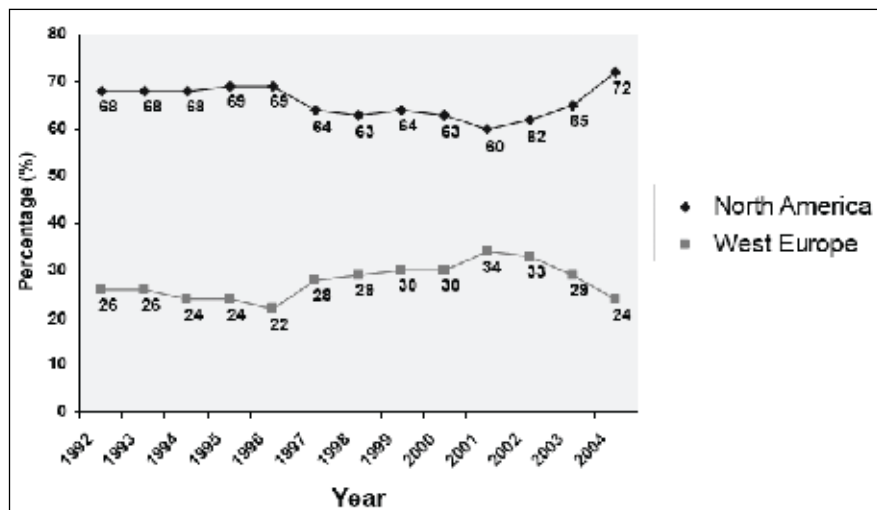
74 שם.

75 שם, בעמ' 20.

76 שם. לעניין דוקטרינת ה־Sweat of the Brow והתפתחותה ראו Bitton, לעיל ה"ש 5, בעמ' 133–167.

77 דוח האיחוד האירופי משנת 2005, לעיל ה"ש 46, בעמ' 20.

תרשים 3: ייצור מסדי נתונים באמריקה הצפונית ובמערב אירופה (1992–2004)⁷⁸



תרשים 3 משווה בין ייצור מסדי הנתונים באמריקה הצפונית לבין הייצור המקביל במערב אירופה. במהלך השנים 1996–2001 עלה חלקה של מערב אירופה בייצור הגלובלי של מסדי נתונים ב-12% והגיע לכ-34%, בעוד הנתח של אמריקה הצפונית בייצור מסדי נתונים ירד באותו פרק-זמן מ-69% ל-60%⁷⁹. בין השנים 2002 ו-2004 ירד הנתח האירופי מ-33% ל-24%, ואילו הנתח של אמריקה הצפונית עלה מ-62% ל-72%⁸⁰. היחס בין אירופה לאמריקה הצפונית בייצור מסדי נתונים, שהיה קרוב ל-1:3 בשנת 1996, השתנה אם כן ליחס של 1:2 בשנים 2000–2001, וחזר שוב ל-1:3 בשנת 2004⁸¹.

נוסף על המקורות שנידונו לעיל, ביקש האיחוד האירופי לבחון מחדש את הדירקטיבה גם בדרך של הזמנת הערות מן הציבור. 55 גורמים הגישו הערות: 8 מקרב ציבור המשתמשים במסדי נתונים, 13 מוסדות אקדמיים ו-31 יצרנים של מסדי נתונים.⁸² רוב המגיבים לא ביקשו לבטל את הדירקטיבה ואת ההגנה המיוחדת שזו נותנת למסדי נתונים, אלא נחלקו שווה בשווה בשאלה אם יש מקום להכניס שינויים לדירקטיבה.⁸³ חלק מן המגיבים סברו כי הדירקטיבה במתכונתה הנוכחית מספקת הגנה חזקה מדי למסדי נתונים, וכי אין לכך הצדקה. מגיבים אלה סברו כי הסקרים שנעשו אינם אובייקטיביים,

78 שם, בעמ' 23.

79 שם, בעמ' 22.

80 שם.

81 שם.

82 ראו: European Commission, *Protection of Databases*, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/prot-databases_en.htm

83 שם.

שכן תוצאותיהם מבוססות על מידע שסופק על-ידי תעשיית מסדי הנתונים.⁸⁴ עם זאת, היו מגיבים שסברו כי מתן ההגנה ראוי וכי נתוני ה-GDD אינם חד-משמעיים. בהתבסס על הניתוח הכלכלי שתואר לעיל, הדוח מסכם וקובע כי ההשפעה הכלכלית של הדירקטיבה טרם הוכחה.⁸⁵ יתרה מזו, על בסיס תקדימיו של בית-הדין האירופי לצדק, הדוח קובע כי ההגנה המיוחדת הניתנת למסדי נתונים בדירקטיבה אינה נהירה, וכי הגנה זו היא למעשה זכות קניינית במידע.⁸⁶ על רקע זה הדוח מפרט ארבע דרכי פעולה אפשריות באשר לעתידה של הדירקטיבה: ביטולה; ביטול הוראותיה בכל הנוגע בהגנה מיוחדת על מידע; תיקון הוראותיה בכל הנוגע בהגנה מיוחדת על מידע; או שמירת הסטטוס-קוו.⁸⁷ נכון למועד כתיבתו של מאמר זה, האיחוד האירופי טרם קיבל החלטה בעניין עתידה של הדירקטיבה.

אף שהנתונים אינם חד-משמעיים, דומה שמתן הגנה חזקה יותר למסדי נתונים באיחוד האירופי לא יוביל לגידול ניכר ביצירתם של מסדי נתונים בהשוואה למדינות אחרות. ייתכן שהסיבה לכך שלא נרשם גידול משמעותי בייצור מסדי נתונים בעקבות אימוץ הדירקטיבה אינה נעוצה בכך שההגנה הניתנת בדירקטיבה אינה חזקה דייה, אלא סיבה אחרת כלשהי. למשל, ייתכן שמקור הקושי נעוץ בחסם לשוני או טכני שמדינות שונות בשוק מסדי הנתונים נתקלות בו. מסדי הנתונים המצליחים ביותר בשוק הגלובלי הם בדרך-כלל מסדי נתונים בשפה האנגלית, ולכן הצלחה בשוק מסדי הנתונים הגלובלי עשויה להיות משימה לא-קלה ליצרן של מסד נתונים בשפה אחרת. חסמים טכנולוגיים רבים במדינות שההתפתחות הטכנולוגית בהן איטית יותר מקשים אף הם את יכולת הכניסה של יצרני מסדי נתונים לשוק הגלובלי.

חשוב להבהיר כי אחד החסמים המרכזיים שפגעו ביעילותה של הדירקטיבה היה גם חוסר הוודאות שזו יצרה באשר לפרשנותה ולהיקף תחולתה. כתוצאה מכך נוצר בלבול רב בקרב בתי-משפט באיחוד האירופי.⁸⁸ הללו התחבטו בדבר פרשנותם של ביטויים שונים בדירקטיבה – למשל, על אילו מאגרי נתונים הדירקטיבה חלה, מה מעמדו של יצרן מאגרי נתונים, מהי אותה השקעה מהותית (substantial investment) המהווה דרישת-סף להגנת הדירקטיבה ועוד.⁸⁹

84 שם, ראו גם: Michelle Childs, *CPTech Comments on DG Internal Market and Services Working Paper* ¶¶1.6–1.18 (Mar. 13, 2006), <http://www.cptech.org/ip/database/EUdatabase13mar06.pdf>

85 דוח האיחוד האירופי משנת 2005, לעיל ה"ש 46, בעמ' 24–25.

86 שם, בעמ' 23–24.

87 שם, בעמ' 25–27.

88 P. Bernt Hugenholtz, *Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive: The 'Spin-Off' Doctrine in the Netherlands and Elsewhere in Europe* (paper presented at Fordham University School of Law eleventh annual conference on International IP Law & Policy, Apr. 14–25, 2003), available at <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/spinoffordham.pdf>; P. Bernt Hugenholtz, *Abuse of Database Right Sole-Source Information Banks under the EU Database Directive*, in ANITRUST, PATENTS AND COPYRIGHT: EU AND US PERSPECTIVES 203 (François Lévêque & Howard A. Shelanski eds., 2005); Mark J. Davison & P. Bernt Hugenholtz, *Football Fixtures, Horse Races and Spin Offs: The ECJ Domesticates the Database Right*, 27 EUR. INTELL. PROP. REV. 113 (2005) P. Bernt Hugenholtz, *The New Database Right: Early Case Law from Europe* (paper presented at

הדירקטיבה אינה מציעה כל הנחיה ביחס לפרשנותה של דרישת-הסף בדבר השקעה מהותית. לא ברור איזו השקעה נדרשת מצד יוצר המאגר, ומה צריך להיות היקפה. נוסף על כך לא ברור איזו השקעה מזכה בהחזר השקעה מכוח הדירקטיבה. חוסר ודאות זה קיים בעיקר ביחס למסדי נתונים שהינם תוצר-לוואי של פעילויות אחרות שקיימים תמריצים לקיומן אשר חיצוניים לתמריצים הניתנים מכוח הדירקטיבה. למשל, גם ללא תמריצים מיוחדים יפרסמו חברות טלפונים מדריכי טלפון עם פרטי מנויים, וחברות כבלים יפרסמו מדריכי כבלים עם פרטי תוכניות.

בשנת 2004 נתן בית-המשפט האירופי לצדק (European Court of Justice (ECJ)) מענה לחלק משאלות אלה בארבעה פסקי-דין שמספקים הנחיה חשובה בנוגע לפרשנותה של הדירקטיבה.⁹⁰ שלושה מפסקי-דין אלה עסקו בהעתקת נתונים בדבר משחקי כדורגל על-ידי חברות הימורים,⁹¹ ופסק-דין נוסף עסק בהעתקת נתונים בדבר מירוצי סוסים שמאורגנים על-ידי חברה לארגון מירוצי סוסים בבריטניה, כולל תאריכיהם ומיקומיהם של מירוצי סוסים ומידע בדבר מספר הסוסים שישתתפו בכל מירוץ ושמותיהם.⁹² אחת הקביעות החשובות ביותר בפסקי-דין אלה היא ההפרדה בין ההשקעה ביצירת המידע לבין ההשקעה בהשגתו, באימותו ובהצגתו של המידע. בית-המשפט הבהיר בפסק-הדין *Oy Veikkaus* כי איתור ואיסוף של מידע שמתפרסם בטבלות משחקי כדורגל אינם מצריכים מאמץ מיוחד מצד הליגות המקצועיות, שכן פעולות אלה קשורות באופן בלתי-נפרד ליצירתו של אותו מידע, ובפעולה זו הליגות משתתפות באופן ישיר כגורמים המופקדים על ארגון אירועי הליגה.⁹³

בית-המשפט הוסיף וקבע כי ההשקעה שנדרשת לצורך קבלת הגנה מכוח דירקטיבת מאגרי הנתונים היא בהשגת המידע, בהצגתו או באימותו.⁹⁴ בית-המשפט הדגיש כי ניתן לקבל הגנה מכוח הדירקטיבה רק אם ההשקעה מיוחסת באופן ישיר ליצירתו של המאגר.⁹⁵ נוסף על כך פירש ה-ECJ את היקף ההגנה מטעם הדירקטיבה, בקובעו כי העתקה של חלק מהותי ממסד הנתונים, המהווה הפרה של הזכות, מוערכת לא רק באופן כמותי, אלא גם באופן איכותי. לעיתים, מקום שהשגתו, אימותו והצגתו של המידע הייתה כרוכה בהשקעת משאבים אנושיים, טכניים וכספיים ניכרים, גם נטילת חלק קטן

Fordham University School of Law ninth annual conference on International IP Law & Policy, Apr. 19–20, 2001), available at <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/fordham2001.pdf>; F.W. Grosheide,

Database Protection – The European Way, 8 WASH. U. J.L. & POL'Y 39, 57–77 (2002)

90 *Fixtures Marketing. Ltd. v. Svenska Spel AB*, C-338/02, [2004] E.C.R. I-10497, 292 (להלן: עניין

Fixtures Marketing. Ltd. v. Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou, C-444/02, [2004]; (*Svenska*

Fixtures Marketing. Ltd. v. Oy Veikkaus, C-46/02, [2004]; (*Organismos* (להלן: עניין *Oy Veikkaus*), E.C.R. I-10549, 292

British Horseracing Board Ltd. v. William Hill Organization. (עניין *Oy Veikkaus* (להלן: עניין *British Horseracing Board Ltd. v. William Hill Organization*), E.C.R. I-10365

(להלן: עניין *British Horseracing Board Ltd.*, C-203/02, [2004] E.C.R. I-10415

91 ראו שם את פסקי-הדין בעניין *Svenska*, בעניין *Organismos* ובעניין *Oy Veikkaus*.

92 ראו עניין *British Horseracing Board*, לעיל ה"ש 90.

93 ראו עניין *Oy Veikkaus*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 44.

94 *Davidson & Hugenholtz*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 114.

95 שם.

ממאגר נתונים תהווה העתקה של חלק מהותי מן המאגר.⁹⁶ ניתן לראות בפסיקה זו מגמה פרשנית שמצמצמת את היקף תחולתה של הדירקטיבה.

מעבר לכך שיעילותה של הדירקטיבה בעידוד צמיחה של שוק מסדי הנתונים באירופה לא הוכחה, קיימות טענות נוספות בכל הנוגע בביסוס הטענה האמפירית כי קיים צורך בהגנה על מסדי נתונים. כך, הגנת הדירקטיבה תחול רק במקרה של עמידה בתנאי ההדדיות שלה. עקב כך נפגעת ההגנה על מאגרים מארצות-הברית מחוץ לארצות-הברית, כולל במדינות אירופה, שכן ארצות-הברית אינה עומדת בתנאי ההדדיות מכיוון שאין בה חקיקה המגינה על מסדי נתונים לא-מקוריים.⁹⁷ מעבר לכך, הטענה בדבר צורך במתן הגנה עקב העתקות פירטיות אינה מבוססת דייה בשל חוסר בנתונים, אשר נוצר, כפי שכבר הוסבר לעיל, עקב חששם של יצרנים שהודאה שלהם בכך שמוצריהם מועתקים באופן פירטי תגרום להרחבה של תופעת ההעתקות.⁹⁸ עם זאת, קיימים נתונים עדכניים בעניין העתקות פירטיות ברחבי העולם של מוצרי מידע, כגון תוכנות, אשר תומכים באופן כללי בטענה כי פיתוח טכנולוגיות העתקה מאפשר העתקות רבות של מוצרי מידע רבים.⁹⁹

המתנגדים להגנת מסדי נתונים טוענים כי אין מקום לעגן בחוק הגנה מיוחדת על מסדי נתונים מכיוון שעלויותיה של חקיקה כזאת יעלו על יתרונותיה.¹⁰⁰ המתנגדים מציינים את הרווחים הרבים שהפיקו כלכלותיהן של מדינות עקב המעבר לעידן המידע בשנות התשעים של המאה העשרים ותחילת המאה העשרים ואחת,¹⁰¹ כמו-גם את העלייה הניכרת בייצור מסדי נתונים בשנים אלה.

אכן, ניתן להצביע על כמה נתוני צמיחה בתעשיית מסדי הנתונים האמריקאית בשנים שמייך לאחר ההחלטה בעניין *Feist*.¹⁰² בין השנים 1991 ו-1997 גדל מספר מסדי הנתונים ב-35%, מ-7637 ל-10,338, ומספר הקבצים במסדים אלה עלה בכ-180% – מ-4 טריליון ל-11.2 טריליון.¹⁰³ זאת ועוד, דוח האיחוד האירופי משנת 2005, אשר נידון

96 ראו עניין *British Horseracing Board*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 71.

97 ראו לעיל ה"ש 50 והטקסט שלידה. ראו גם *The 2003 DCIMA Hearing*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 11 (הצהרתו של David Carson, יועץ משפטי ראשי במשרד זכויות היוצרים האמריקאי, ספריית הקונגרס: "[T]here was a gap in existing legal protection, which could not be satisfactorily filled through the use of technology alone... Without legislation to fill the gap, publishers were likely to react to the lack of security by investing less (in the production of databases...)".

98 ראו לעיל ה"ש 47 והטקסט שלידה.

99 דוח של ה-BSA מעריך את הנוק הכלכלי שנגרם בשנת 2010 מהעתקות פירטיות של תוכנות ב-58.8 מיליארד דולר – עלייה של כ-100% למן שנת 2003. *BSA, Shadow Market – 2011 BSA Global Software Piracy Study* (9th ed., May 2012), available at <http://www.bsa.org/country/Research%20and%20Statistics/~/> media/Files/Research%20Papers/GlobalStudy/2011/2011_BSA_Piracy_Study%20Standard.ashx ברוח של Envisional משנת 2011 נמצא כי 23.76% מתעבורת המרשתת מפרה זכויות יוצרים. Envisional Ltd., *Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet* (Jan. 2011), available at <http://www.scribd.com/doc/48336443/Envisional-Internet-Usage-Jan2011>.

100 Maurer & Scotchmer, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1129.

101 Conley et al., לעיל ה"ש 28, בעמ' 2.

102 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 1.

103 Williams, לעיל ה"ש 28, בעמ' xviii.

לעיל, מצביע על כך שמספר ה"רישומים" של מסדי נתונים אמריקאיים עלה בכ-25% – מ-6,000 בשנת 1996 ליותר מ-8,000 בשנת 2004.¹⁰⁴

יתרה מזו, המתנגדים למתן הגנה למסדי נתונים טוענים כי אחד הטעמים המרכזיים להתנגדותם הוא העדר התחרות בשוק מסדי הנתונים,¹⁰⁵ כך שרוב היצרנים בתעשייה זו מרוויחים רווחים מונופוליסטיים משום שהם אינם נתקלים בכל תחרות מצד "נוסעים חופשיים" או מעתיקים פירטיים. המתנגדים מציינים במיוחד את שוק מסדי הנתונים המדעיים, המתאפיין במונופולין טבעי רב.¹⁰⁶ במהלך דיונים בקונגרס האמריקאי בעניין הצורך במתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים, הודגשו היתרונות שבמונופול של מאגרי מידע מדעיים, שכן פעמים רבות אין הצדקה כלכלית ליצירה של יותר ממאגר נתונים אחד של סוג מידע כזה, בשל העלויות הכלכליות הגבוהות הכרוכות בייצורו.¹⁰⁷ עבודתם של ג'רום רייכמן ופול אוליר עסקה בהרחבה בהגנה על מסדי נתונים מדעיים.¹⁰⁸ שאלה זו הטרידה גם את המגזר המדעי בארצות-הברית.¹⁰⁹ בשל כך לא ארחיב את הדיון בסוג מסדים זה. מכל מקום, דומה שכשל השוק הקיים במגזר של מסדי הנתונים המדעיים, כמו-גם במגזרים של מסדי נתונים אחרים, נובע מבעיה של מונופולין טבעי, ולא מתחרות פרועה.

לסיכום, הנתונים שנסקרו לעיל אינם נותנים תשובה חד-משמעית לשאלה אם יש בעיה של תמריצים לייצור מסדי נתונים בתעשיית מסדי הנתונים, ואם נדרש שינוי חקיקה לפתרון הבעיה. נראה שטיעוני התומכים במתן הגנה אינם מבוססים על נתונים ברורים, ואילו טיעוני המתנגדים אינם ממוקדים דיים בתעשיית מסדי הנתונים ומתבססים על

104 דוח האיחוד האירופי משנת 2005, לעיל ה"ש 46, בעמ' 23.

105 ראו Reichman & Samuelson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 70–71.

106 The 1999 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 25, בעמ' 195 (הצהרתו של Joshua Lederberg, נשיא אמריטוס של אוניברסיטת רוקפלר).

107 The 2003 DCIMA Hearing, לעיל ה"ש 48, בעמ' 45 (הצהרתו של William Wulf, נשיא האקדמיה הלאומית להנדסה וסגן היושב-ראש של מועצת המחקר הלאומית בארצות-הברית). ראו גם The 1999 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 25, בעמ' 197 (הצהרתו של Joshua Lederberg, נשיא אמריטוס של אוניברסיטת רוקפלר: "[M] ost sources of scientific data are natural monopolies, either because the data contents are unique and not reproducible, as in the case of all observational data of transitory natural phenomena, or they are generated for esoteric niche markets that have a customer base too small to support more than one (producer or supplier)").

108 ראו: Jerome H. Reichman & Paul F. Uhlir, *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 315 (2003).

109 ראו: NATIONAL RESEARCH COUNCIL, A QUESTION OF BALANCE: PRIVATE RIGHTS AND THE PUBLIC INTEREST IN SCIENTIFIC AND TECHNICAL DATABASES (The National Academies Press 1999) (הציבוריים והפרטיים המתחרים בכל הנוגע במסדי נתונים מדעיים, ומנתח כמה מודלים אפשריים להגנה על מסדי נתונים בארצות-הברית מנקודת-ראותה של הקהילה המדעית); BITS OF POWER, לעיל ה"ש 39 (הבוחן את הסוגיות המדעיות, הכלכליות והמשפטיות של החלפת מידע מדעי ברמה הבין-לאומית); COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATION BOARD, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE DIGITAL DILEMMA: INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE INFORMATION AGE (National Academy Press 2000) (להלן: THE DIGITAL DILEMMA) (הדן בבעיות המתעוררות בעניין ההגנה על זכויות קניין רוחני במידע שברשתות דיגיטליות); DATA, לעיל ה"ש 38 (המתמקד, בין היתר, בערך ובמגבלות של מידע מדעי וטכני שהוא נחלת הכלל, בלחצים על נחלת הכלל, ובהשפעות האפשריות של נחלת כלל נשחקת על המחקר המדעי).

נתונים כלליים מדי בדבר הצלחתן של תעשיות הידע. לפיכך, בבואנו לבחון את שאלת הצורך בהגנה משפטית נוספת על מסדי נתונים, יש לבדוק אם התערבות מעין זו נדרשת בכלל, ומה עשויות להיות התועלות והעלויות של הגנה כאמור.

אימוצו או שינויו של חוק נעשים, בדרך-כלל, רק לאחר שהתומכים בכך עמדו בנטל השכנוע שפעולה זו אכן נחוצה. לפיכך על הקוראים לאימוץ הגנה מיוחדת על מסדי נתונים רובץ הנטל לשכנע את המחוקק כי שינוי זה אכן חיוני לתעשייה. אולם קיימים חילוקי-דעות בדבר טיבו של נטל שכנוע זה ובדבר טיב הראיות שעל התומכים בחקיקה להציג כדי לעמוד בו.

בתחום הקניין הרוחני נעשו בעבר שינויי חקיקה שהתבססו על נתונים שהוצגו על-ידי תעשיות שונות. למשל, חוק הגנת המוליכים למחצה, משנת 1984, התקבל בארצות-הברית בהתבסס על ההנחה השגויה שהגנת הפטנט אינה זמינה למוצרם אלה.¹¹⁰ אכן, בפועל לא השתמשו כמעט בחקיקה זו, והתעשייה הסתמכה כמעט תמיד על הגנת הפטנט.¹¹¹

דוגמה נוספת בתחום הקניין הרוחני היא ה־Vessel Hull Design Protection Act משנת 1998.¹¹² מעניין שחוק זה נידון בקונגרס האמריקאי¹¹³ באותו זמן שבו נידונה אחת מהצעות החוק הנוגעות בהגנת מסדי נתונים.¹¹⁴ אולם לא כמו הצעת החוק בעניין ההגנה על מסדי נתונים, הצעת החוק בנושא ההגנה על עיצובי כלי-שיט התקבלה. חוק זה מייצג למעשה את תגובתו של המחוקק על פסק-דינו של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Bonito Boats v. Thunder Craft Boats*,¹¹⁵ שקבע כי חוקים מדינתיים אשר נתנו הגנה מיוחדת לעיצובי כלי-שיט, ובכך מנעו העתקה של עיצובים אלה, לא עלו בקנה אחד עם החוקה

Semiconductor Chip Protection Act of 1984, Pub. L. No. 98-620, 98 Stat. 3347 (1984) (codified as 110
amended at 17 U.S.C. § 908(a) (2005)).

ראו, לדוגמה: *Progress of the Useful Arts and the Legal Protection of Semiconductor Technology*, 28 SANTA CLARA L. REV. 473 (1988); James P. Chesser, *Semiconductor Chip Protection: Changing Roles for Copyright and Competition*, 71 VA. L. REV. 249 (1985); John G. Rauch, *The Realities of Our Times: The Semiconductor Chip Protection Act of 1984 and the Evolution of the Semiconductor Industry*, 75 J. PAT & TRADEMARK OFF. SOC'Y 93 (1993); Robert L. Risberg, Jr., *Five Years Without Infringement Litigation under the Semiconductor Chip Protection Act: Unmasking the Specter of Chip Piracy in an Era of Diverse and Incompatible Process Technologies*, 1990 WIS. L. REV. 241 (1990); כן ראו (כרך שהוקדש לסימפוזיון בנושא ה־Semiconductor Chip Protection Act of 1984). ראו גם: Bronwyn H. Hall & Rosemarie Ham, *Industry, 1979-1995*, 32 RAND J. ECON. 101 (2001) Ziedonis, *The Patent Paradox Revisited: An Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry*, 1979-1995, של 95 חברות אמריקאיות העוסקות בפיתוח מוליכים למחצה. התוצאות מלמדות כי חיוק זכויות הפטנטים בתעשיות אלה בשנות השמונים יצר תחרויות בין חברות עתירות-הון בעניין רכישת זכויות פטנטים בהמצאות).

Vessel Hull Design Protection Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (title V of the Digital Millennium 112
Copyright Act of 1998).

.Vessel Hull Design Protection Act, H.R. 2696, 105th Cong. (1997) 113

.Collections of Information Antipiracy Act, H.R. 2652, 105th Cong. (1997) 114

.Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989) 115

האמריקאית.¹¹⁶ בית-המשפט העליון פסק כי הסמכות לחוקק חוקים בנושאים מעין אלה, המקנים הגנה שהיא בטבעה הגנת קניין רוחני, נתונה לקונגרס בלבד, שכן מדובר בעניין פדרלי שאינו מצוי בסמכותן של המדינות.¹¹⁷ בעקבות פסק-דין זה החליטו קבוצות-שירדול של תעשיית כלי-השיט לפנות לקונגרס ברדישה לחוקק חוק שיעניק הגנה מיוחדת לעיצובי כלי-שיט, לאחר שהן הצליחו לשכנע את הקונגרס, באמצעות דוגמאות מהשטח, שמוצריהן אכן מועתקים על-ידי מתחרים.¹¹⁸ עם זאת, חשוב לציין כי התעשייה לא הציגה נתונים בדבר היקף ההעתקות בתחום (תופעה המכונה "Hull Splashing").¹¹⁹ אכן, גם בחוק זה לא היה שימוש רב, למרות המאמצים הניכרים שהשקיעה התעשייה בשירדול הקונגרס לחוקקו.¹²⁰

ייתכן שעצם חקיקתם של שני החוקים לעיל השיגה את מטרתם, שהיא הרתעת מעתיקים-בכוח, גם אם לא נעשה בהם שימוש רב בפועל. אולם ניתן לטעון כי דבר חקיקה המבקש לספק הגנה מיוחדת מפני העתקה של מוצר מידע מסוים צריך להתקבל לאחר עמידה ברף ראייתי גבוה המלמד על בעיה בתעשייה מסוימת. איכות הראיות והנתונים המוצגים חייבת להיות חד-משמעית וללמד על בעיה כללית בתעשייה. דוגמאות אחדות אינן יכולות לשמש בסיס לאימוצה של חקיקה.¹²¹

ג. האם נדרשת הגנה מיוחדת על מסדי נתונים?

פרק זה יבקש להראות שקיימות ממילא מגוון של הגנות למסדי נתונים בשוק מסדי

116 שם, בעמ' 167.

117 שם, בעמ' 168.

118 ראו The 1997 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 28, בעמ' 31, 37, 39 (עדותו של Mick Blackstone, סמנכ"ל יחסי ממשל באיגוד הלאומי האמריקאי של יצרני ציוד ימי (National Marine Manufacturers Association) (NMMA), שלפיה: "many of NMMA's members have felt the economic effects of having their boats splashed, causing them to lose their research and development investments and potential profits from the sales of their boats as a result of unethical competitors"; עדותו של Donald Cramer, יועץ משפטי של חברת Bayliner Marine, שלפיה: "we would estimate, just on our Capri boat, that we're copied two to three thousand times — we lose two to three thousand sales per year, and at \$10,000 a boat, you can see that adds up to a substantial dollar amount... [I]n the boat business, copying is so common that it's done every day"; עדותו של J.J. Marie מחברת Zodiac of North America, Inc., שלפיה: "I really am not able to put a number on that. I mean, let's take it speaking for my company, since we are the originator of the (product, everything else that's out there is a copy. So, you know, it's really very hard"

119 U.S. COPYRIGHT OFFICE & U.S. PATENT & TRADEMARK OFFICE, THE VESSEL HULL DESIGN AND PROTECTION ACT: OVERVIEW AND ANALYSIS 20 (Nov. 2003), available at <http://www.copyright.gov/reports/vhdpa-report.pdf> ("no evidence was adduced regarding the extent of copying, or 'hull splashing,' in the marine industry either before or after the passage of the [Vessel Hull Act]").

120 ראו שם (בוחר את ניצול Vessel Hull Act' בחמש שנותיו הראשונות. ממצאי הדוח מעניינים אם כי הם אינם חד-משמעיים בשל העדר מידע בנושאים שונים).

121 ראו, לדוגמה: Kenneth Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in: NATIONAL BUREAU OF ECONOMY RESEARCH, THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS 609 (Princeton University Press 1962). ראו באופן כללי: Francis M. Bator, *The Anatomy of Market Failure*, 72 Q.J. ECON. 351 (1958). ראו: Peter G. Brown, *The Failure of Market Failures*, 21 J. Socio-Econ. 1, 26 (1992).

הנתונים. שלושה סוגי הגנות יידונו – הגנה דה-פקטו, מודלים עסקיים וטכנולוגיים וכן מנגנוני הגנה משפטיים. כל אלה מיייתרים לטענתי את אימוצה של חקיקה מיוחדת בנושא.

1. הגנה דה-פקטו

בכוואנו לבחון אם יש כשל שוק בשוק מסדי הנתונים, ואם נדרשת הגנה מיוחדת על מסדי נתונים, עלינו לתת את הדעת למאפייניה המיוחדים של תעשייה זו. למסדי נתונים, כפי שהם מעוצבים ומוצעים לצרכנים בסביבת המידע החדשה, יש כמה מאפיינים חשובים המרתיעים מפני העתקות פירטיות, ולכן מזכים את יצרניהם בהגנה דה-פקטו.¹²²

(א) מסדי נתונים כנותני שירות

אחד המאפיינים של מסדי הנתונים הוא שרבים מיצרניהם מספקים גם שירות, ולא רק מידע גולמי. צרכנים, בעיקר בשוקי-נישה, מחפשים אחר השירות הנלווה.¹²³ בתחום השירות יש כר נרחב של תחרות בין היצרנים.

השירותים שיצרנים של מסדי נתונים מספקים כוללים החזקה של תשתיות להספקת המידע והשבחה מתמדת של מסד הנתונים – ובכלל זה, בין היתר, איסוף מידע ונתונים, עיבודו, סידורו, סטנדרטיזציה שלו, תיקונו, יצירת אינדקס, עדכון, יצירת קישורים בין פריטי מידע שונים ואימות של מידע ונתונים – אשר בלעדיה היה המידע שבמסד הנתונים נותר לא-מעובד ובלתי-ניתן לשימוש.

אין חולק ששירותים אלה הם חלק בלתי-נפרד ממסד הנתונים ומערכו הכלכלי. שירותים אלה מספקים הגנה דה-פקטו למסד הנתונים, מכיוון שהם מקימים חסם כניסה חזק לשוק המוצר. הספקת שירותים לצרכנים מחייבת הקמת תשתיות מתאימות. הספקתם של שירותי עדכון ושיפור, וכן של שירותי תחזוקה שוטפת, כרוכה בעלויות ניכרות, ולא כל מתחרה יוכל או יהיה מעוניין להשקיע את ההשקעה הנדרשת לצורך

122 ניתוח זה אינו חל על מאגרי מידע מודפסים. הסברתי במקום אחר כי האיוון העדין בין פרוטקציוניזם לבין נחלת הכלל בכל הנוגע בתמריצי ייצור של מסדי נתונים הושפע מאוד מכך שכיום קל יותר לאסוף ולרכז מידע, ושהעלות השקועה של ייצור מסדי נתונים עובדתיים (לעומת שירותים אחרים שמסדי נתונים מספקים) היא נמוכה בהרבה מזו הנדרשת ליצירת יצירות או אמצאות אחרות, שעליהן ניתן לרשום פטנט או לקבל זכות יוצרים. ראו Bitton, לעיל ה"ש 5.

123 ראו: Joseph A. Saltiel, Note, *With Nowhere Else to Hide: Can the First Amendment Protect Databases*, 2001 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 163, 191 (2001) "[c]ompanies need to shift their focus to (הטוען כי: service to make money. This is what they are really selling. Their investment is the effort that went into producing the database. It is not the data but this investment that needs to be protected" ראו גם *Symposium on Database Protection*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 311 (שבו אמר אחד המשתתפים את הדברים הבאים: "I do not think that Merrill Lynch will free ride - they are always going to have their Bloomberg. Proskauer attorneys are not going to use Jurisline; they are going to use Lexis and Westlaw... I do not think that Goldman Sachs will ever go searching for free information on the Internet. The big (information providers will not lose their customers by the so-called free-riding"

כניסה לשוק זה.¹²⁴ לנוכח מאפיינים אלה, שוק מסדי הנתונים נהפך ליעד נחשק פחות למעתקים פירטיים שמעוניינים להפיק רווח מהיר מבלי להיכנס לשוק המוצר עצמו.¹²⁵

(ב) אימות, מהימנות ואותנטיות

צרכני מידע נשענים לעיתים קרובות על המידע לצורך ביצוע מגוון פעולות, כגון מחקר, השקעה וקבלת החלטות אחרות. לכן הם יבקשו מקור מהימן למידע ויימנעו ממקורות פירטיים,¹²⁶ בעיקר בתחומים כגון מדע, בריאות, בטיחות או איכות הסביבה.¹²⁷ דיני סימני המסחר מספקים הגנה חשובה למקוריותם ולמהימנותם של המוצרים, ולפיכך יכולים להגן גם על יצרני מוצרי מידע במרחב הרשת.

(ג) מכלול (comprehensiveness) ושלמות

מאפיין המכלול והשלמות של מסדי נתונים הוא אחד ממקורות חולשותיו המרכזיים של מסד נתונים בבואנו לשקול הגנה עליו לפי דיני זכויות יוצרים. הגנת דיני זכויות

124 ראו Reichman & Samuelson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 70-71 (ניתוח זה מבוסס על התובנה של פרופ' ריימן ופרופ' סמואלסון שתעשיית מסדי הנתונים נוטה באופן מובהק להעדר תחרות).

125 ראו, לדוגמה: IFPI, IFPI MUSIC PIRACY REPORT 3 (Jun. 2002), available at <http://www.ifpi.org/content/library/piracy2002.pdf> (הרוח קובע לעניין העתקת מוזיקה והפצת מוזיקה פירטית: "[p]irates don't engage...").

126 ראו גם: Malla Pollack, *The Right to Know? Delimiting Database Protection at the Juncture of the Commerce Clause, the Intellectual Property Clause, and the First Amendment*, 17 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 47, n. 354 (1999).

127 ראו The 2003 DCIMA Hearing, לעיל ה"ש 48, בעמ' 45 (הצהרתו של William Wulf, נשיא האקדמיה הלאומית להנרסה וסגן היושב-ראש של מועצת המחקר הלאומית בארצות-הברית, שלפיה: "[e]ven when data that are similar, but not identical, to original research results or observations are available for use in non-technical applications, researchers and educators are unlikely to consider an inexact replica of a Michael: (database to be a suitable substitute if it does not meet fully the original specifications)" ראו גם: Freno, *Database Protection: Resolving the U.S. Database Dilemma with an Eye Toward International Micromedex* של PoisIndex (המעריך כי פרסום ה-PoisIndex של Micromedex – יאפשר ל-Micromedex להימנע מהשקעה נוספת במסדי נתונים, ועשוי אף להניא משקיעים אחרים מלהשקיע בפיתוח מסדי נתונים). ראו גם The 2003 DCIMA Hearing, לעיל ה"ש 48, בעמ' 26-27 (הצהרתו של Keith Kupferschmid, סמנכ"ל ב-SIIA (Intellectual Property Policy and Enforcement, Software & Information Industry Association), בשם ה-Coalition Against Database Piracy, המציג דוגמאות למסדי נתונים בעלי ערך רב המצויים לכאורה בסכנה של העתקות פירטיות. אחת הדוגמאות שהוא מביא היא אותו PoisIndex שהוזכר לעיל. לטענתו, המשתמש הטיפוסי במאגר של PoisIndex הוא איש רפואה מקצועי, בדרך-כלל רופא העוסק ברפואת-חירום או מומחה במרכז הרעלה, שצריך גישה מיידית למידע זה במצבים מסכני חיים. דוגמה נוספת היא ה-MDL Drug Data Report – מפתח של כ-85,000 תרכובות כימיות עם פוטנציאל ליישום בתרופות. מאגר זה עוקב אחר תרכובות אלה משלבי הפיתוח שלהן ועד שלב הניסויים הקליניים. דוגמאות אלה ואחרות ממחישות את חשיבותם של מסדי נתונים אלה למשתמשים בהם ואת חשיבות היושרה של ספק הנתונים). לדעתי, החששות המובעים על-ידי אנשי התעשייה ואחרים הינם מוגזמים, שכן רופאים או מדענים יחסו לרכוש גרסות פירטיות של מסדי נתונים חשובים אלה, מכיוון שהם זקוקים לוודאות שהם מחזיקים בגרסה המקורית והעדכנית ביותר של מסדי נתונים אלה.

יוצרים למסדי נתונים מותנית במקוריות בארגונו ובסידורו של מסד הנתונים.¹²⁸ כאשר מסד הנתונים אינו נבנה על-פי עקרון בחירה ברירני של נתונים, אלא כולל למעשה את כל המידע הקיים בנושא נתון, לא תהיה בדרך-כלל אפשרות להגן עליו לפי דיני זכויות יוצרים, שכן הוא אינו מגלם בחירה אישית של היוצר.

עם זאת, נראה שמאפיין המכלול והשלמות של מסדי נתונים מספק בפועל הגנה למסדי נתונים. צרכני מידע מעוניינים במידע השלם והעדכני ביותר. הדרישה לשלמות המידע גברה בעידן המידע, שבו היכולת לרכז מידע רב, לעבדו ולספקו נעשתה קלה, זולה ופשוטה יותר. למשל, אחת התכונות החשובות ביותר של מאגרי מידע משפטיים, מבחינת הצרכן, היא גישה לכלל פריטי המידע הקיימים. צרכן של מסד נתונים זה יכול להניח בדרגת ביטחון גבוהה שכל פסקי-הדין של ערכאה מסוימת שפורסמו יהיו זמינים בו. בגלל מאפיין זה של מסד הנתונים, צרכנים רבים בוחרים לשלם בעבור השימוש בו במקום לגשת למקורות מידע פטורים מתשלום, המחייבים מאמץ רב יותר בריכוז הנתונים המבוקשים לאורך זמן.

(ד) מומחיות

בשל עודף המידע הקיים כיום¹²⁹ יש ביקוש רב לשירותים של איתור מידע, עיבודו והספקתו. לפיכך חברות למתן שירותי מידע משגשגות במגוון תחומים. במקום לתת למשתמשים גישה לכמות עצומה של פריטי מידע, שירותים אלה מספקים למשתמשים, תמורת תשלום, את המידע המדויק שהם זקוקים לו.¹³⁰

(ה) עדכניות

ערך מרכזי נוסף אשר חשוב למשתמשים הוא קבלת מידע עדכני בזמן-אמת.¹³¹ למשל, במגזר העסקי חשוב מאוד לקבל מידע בזמן-אמת לצורך קבלת החלטות חשובות. ידיעה

128 ראו חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס' 4(ב), הקובע כי "מקוריות של לקט היא המקוריות בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים שבו".

129 ראו: David Lewis, *Foreword, in REUTERS, DYING FOR INFORMATION? AN INVESTIGATION INTO THE EFFECTS OF INFORMATION OVERLOAD IN THE USA AND WORLDWIDE* 2-3 (1996) (מחקר של רייטרס שבדק את ההשפעות של עומס-יתר של מידע, וחשף סוג חדש של מחלה הנגרמת מהיצף מידע – information fatigue syndrome – (IFS)).

130 ראו, לדוגמה, <http://www.factiva.com>. Factiva היא שירות המוצע על-ידי ספקי מידע מוכרים היטב, כגון Reuters ו-Dow Jones Company. המספק תכנים במגוון רמות היקף לפי צורכי המשתמש. למעשה, את רוב המידע ניתן למצוא חינם אין כסף במרשתת, אך ספקי מידע אלה מאמינים כי משתמשים יירשמו לשירות זה כדי להתגבר על בעיית היצף המידע.

131 ראו: Jane Ginsburg, *Copyright, Common Law, and Sui Generis Protection of Databases in the United States and Abroad*, 66 U. CIN. L. REV. 151, 163 (1997) ("Copyright is not synonymous with commercial value, and not everything that might be the subject of a license is a subject of copyright. Here, the value is not so much in the content, as in the timing of its delivery. The same stock quote information one hour later is worthless.")

חדשותית, למשל, עשויה להשפיע על החלטה כלכלית חשובה.¹³² לפעמים יש חשיבות למסירת מידע במהירות גבוהה במיוחד, אפילו בטווח של שניות מקבלתה.¹³³ לכן יצרן מסדים שמספק מידע בקצב מהיר יותר יצליח יותר ממתחריו.

(ו) מאפיינים נוספים

יצרני מסדי נתונים נשענים על מאפיינים נוספים של מוצריהם כמקור להגנה וכחסם כניסה לשוק שבו הם פועלים. מאפיינים אלה כוללים את קלות אחזור המידע, נוחות השימוש במסד הנתונים, ערך מוסף שהיצרן מוסיף למידע הגולמי על-מנת להקל את השימוש בו, תוכנה ידירותית למשתמש וכדומה.¹³⁴ לסיכום, מסדי נתונים לא רק מאפשרים גישה למידע גולמי רב ערך, אלא גם נותנים שירות הנלווה למידע גולמי זה, אשר מאפייניו, כפי שפורטו לעיל, יוצרים חסמי כניסה חזקים לשוק זה ומספקים בפועל הגנה על מוצרים אלה.

2. מנגנוני שוק ומנגנונים טכנולוגיים

(א) מנגנוני שוק¹³⁵

הניתוח הכלכלי בכל הנוגע בהגנת מסדי נתונים, אשר בואר בהרחבה לעיל, התמקד באפיונם של מוצרי מידע כ"טובין ציבוריים". עם זאת, מבט מקרוב על שווקים של מוצרי מידע מגלה כי הדרך שבה הם פועלים מפחיתה את הצורך במתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים.

הדיון שלהלן יצביע על כמה היבטים חשובים הנוגעים בשווקים אלה. הוא יראה כי הגורמים השונים לא השכילו להכיר בכך שהמעבר לעידן המידע, אשר הביא עימו שימוש מוגבר ברשתות מחשבים ובמרשתת, לא רק הציב אתגרים ליצרני תוכן ומוצרי מידע, אלא גם יצר בעבורם הזדמנויות רבות. זאת ועוד, המשתתפים בשוק מסדי הנתונים משתמשים – או יכולים להשתמש – במודלים עסקיים אחרים כדי להתמודד

132 ראו <http://thomsonreuters.com/> (המפרט את המוצרים והמחירים של רויטרס). למעשה, רויטרס, ספק החדשות המוביל בעולם, קובע את מחירי מוצריו גם לפי התזמון של העברת החדשות. השירותים והמוצרים מוגדרים על-פי "טריטוריה" של החדשות. מידע חדשותי בזמן-אמת מסופק במחיר גבוה. אותו מידע חדשותי, לאחר שעות מספר, יימכר במחירים נמוכים יותר, ולבסוף יוצע אף חינם.

133 בזמן סוחרים בשוק המניות, לדוגמה.
134 נתבונן על השירות של Westlaw, למשל. חלק מהחומרים באתר זה (לדוגמה, פסקי-דין פדרליים) הם נחלת הכלל, וניתן למוצאם חינם אין כסף במרשתת. עם זאת, משתמש עשוי להעדיף לחפש חומרים אלה באמצעות השירות של Westlaw מכמה סיבות: השימוש בשירות קל ונוח, לחומר-הגלם יש ערך רב (לדוגמה, יש בו קישורים לאזכורים בפסקי-דין ולחוקים), והחיפוש מוביל לאיתור מכלול שלם של מקורות בסוגיה.

135 הניתוח הכלכלי בחלק זה מבוסס על ההסבר הבסיסי של שפירו ווריאן בעניין תמחור מידע. ראו: CARL SHAPIRO & HALL R. VARIAN, INFORMATION RULES: A STRATEGIC GUIDE TO THE NETWORK ECONOMY 19–51 (Harvard Business School Press 1999).

עם מאפייניו הייחודיים והדינמיים של שוק זה. עוד ייטען להלן כי מסדי נתונים רבים אינם אלא תוצרי-לוואי (byproducts) של פעילויות אחרות אשר מתמרצות היטב. לפיכך נראה שהטענה כי אין תמריצים מספקים ליצירת מסדי נתונים אינה מדויקת.

(1) העלויות של יצירת עותק ראשון של מוצר מידע

אחד המאפיינים של מוצרי מידע הוא שעלות ייצורו של העותק הראשון מהווה את עיקר עלויות הייצור. התפתחויות בטכנולוגיות מידע הובילו לירידה ניכרת בעלויות של העתקת מידע והפצתו, ואף לירידה של ממש בעלויות ייצורו של העותק הראשון, בהשוואה לעלויות ייצור אלה בעבר.¹³⁶ מבנה עלויות זה מקנה יתרון של ממש לגודל (economies of scale): ככל שכמות הייצור עולה, העלות הממוצעת של ייצור יחידה יורדת.

דוגמה מועילה, שהובאה על-ידי קרל שפירו והאל וריאן בספרם INFORMATION RULES, ממחישה כמה בעיות המאפיינות שווקים של מוצרי מידע בעידן המידע.¹³⁷ בשנת 1992 החליטה חברת מיקרוסופט להיכנס לעסקי האנציקלופדיות. החברה קנתה את הזכויות באנציקלופדיה Funk and Wagnalls. איכותה של האנציקלופדיה נחשבה בינונית, ובזמן ביצוע העסקה היא נמכרה בעיקר במרכולים. מיקרוסופט החליטה לשווק את האנציקלופדיה על-גבי תקליטורים במחיר לצרכן של 49.95 דולר. היא מכרה את המוצר גם ליצרני ציוד מחשבים מקורי (OEMs) בתנאים טובים יותר. המוציא-לאור של האנציקלופדיה בריטניקה החלו להיווכח שחלקם בשוק הולך ונשחק אט-אט, והבינו כי עליהם לפתח אסטרטגיית שיווק חדשה לסביבה הדיגיטלית. בניסיון לשמור על נתח השוק, השיקה בריטניקה מהדורה מקוונת, ומאז ניכרת מגמה של הוזלה מתמדת במחיר לצרכן – מ-2,000 דולר לשנה ועד ל-86 דולר לשנה – כדי לעמוד בתחרות בשוק. לאחרונה אף הכריזה בריטניקה כי היא מפסיקה להדפיס את המהדורה המודפסת ועוברת לפעילות במרשתת בלבד.¹³⁸

נראה אפוא שהדיגיטציה של המידע, הצמיחה המהירה של רשתות המחשבים והמעבר לסביבת המרשתת הובילו להפחתה ניכרת בעלויות הייצור והפרסום של תכנים אך גם לשינוי מבנה המחירים הגבוה שאפיין את תעשיית הדפוס הישנה.¹³⁹

136 ראו שם, בעמ' 21.

137 שם, בעמ' 19–20.

138 *Encyclopaedia Britannica Stops Printing After More than 200 Years*, THE TELEGRAPH, Mar. 14, 2012, <http://www.telegraph.co.uk/culture/books/9142412/Encyclopaedia-Britannica-stops-printing-after-more-than-200-years.html>

139 ראו: A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) (שם נפסק כי חברת נפסטר אחראית להפרת זכויות יוצרים בגין הפרה עקיפה – שילוחית ותורמת – מאחר שהיא הקימה אתר שאפשר שיתוף קבצים באמצעות תקשורת עמית לעמית); THE DIGITAL DILEMMA, לעיל ה"ש 109, בעמ' 76–78 (דיון בבעיית ההגנה על זכויות קניין רוחני בסביבה הדיגיטלית ובהשפעותיה של הסביבה הדיגיטלית על תעשיית המוזיקה).

(2) תמחור בעלות השולית

מאפיין מרכזי נוסף של שווקים של מוצרי מידע הוא תמחור בעלות השולית. משהושקעה ההשקעה הנחוצה בייצורו של מוצר המידע, כוחות השוק מביאים לידי הורדת מחיר המוצר לעלותו השולית, דהיינו, לעלות יצירתו של עותק נוסף מן המוצר. משהסתיימו העלויות השקועות (sunk costs) של יצירת מוצר המידע – כלומר, ההוצאות שכבר הוצאו ואשר אינן ניתנות להחזר ולכן אינן רלוונטיות ככאלה לקבלת ההחלטות בעתיד – אין עוד מחיר מינימום למוצר מלבד העלות, המזערית בדרך-כלל, של ייצור עותק נוסף והפצתו. מידע גנרי במרשתת – כגון מאגר של מדריך טלפונים, מידע עסקי, מפות וידיעות חדשותיות – נמכר כולו בעלות שולית (שהיא עלות אפסית), מכיוון שאין כל עלות קבועה למוצרים אלה, והעלות השולית של ייצורם נמוכה.

(3) נטייתם של מוצרי מידע ליהפך לסחורה והצורך לאמץ מודלים עסקיים

התומכים במתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים קוראים למעשה לתת הגנה למידע הגולמי העובדתי שבמסד הנתונים, מכיוון שהם מאמינים כי הגנה זו תפתור את בעיית התמריצים שתוארה לעיל.¹⁴⁰ טיעון זה מתעלם מכך שמסדי נתונים של מידע גנרי נהפכים ל"סחורה" (commodity) בסביבת המידע החדשה. תופעה זו מתרחשת בדרך-כלל כאשר מוצר המידע דומה או זהה למוצרי מידע אחרים המוצעים על-ידי מתחרים, ובלי קשר למידת ההגנה המשפטית על המידע הגולמי עצמו. מסדי נתונים של מידע גנרי יימכרו בעלותם השולית אלא אם כן יצרן מסד הנתונים משתמש במודלים עסקיים מיוחדים הנותנים לצרכן ערך מוסף החורג מן המידע הגולמי עצמו.¹⁴¹ יודגש כי ניתוח זה אינו מתאים למסדי נתונים המיוצרים על-ידי יצרן אחד בלבד, שכן לאלה אין מתחרים כלל. מודל עסקי שיכול לסייע ליצרן להתמודד עם התחרות הוא אפוא בידול המוצר, באופן

140 ראו, לדוגמה, The 1999 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 25, בעמ' 6 (הצהרתה של Marilyn Winokur, סמנכ"ל בכירה ב-Micromedex, Inc., בשם ה-CADP (Coalition Against Database Piracy), שלפיה: "H.R. 354 addresses a basic unfairness in our legal system: its failure to protect adequately the interests of those whose hard work and substantial financial investments result in the creation and dissemination of valuable databases. H.R. 354 is about eliminating the inequity in a legal regime that allows an unscrupulous competitor to copy with impunity the contents of someone else's compilation and then destroy the first compiler's market by selling a competing, less expensive product. It is also about rectifying the injustice that takes place when a dishonest customer or a 'cyberprankster' - without permission - electronically copies and makes it freely available over the Internet. In sum, it is about helping restore fairness to the (database marketplace)".

141 ראו: *17, Lexis 16272, at 17, No. C-90-0819, 1990 U.S. Dist. Black's Guide, Inc. v. Mediamerica, Inc., (N.D. Cal. Aug. 15, 1990). בית-המשפט הביע ספקנות רבה באשר לטענת התובע כי אי-הגנה על יצירתו העובדתית וגילוי סובלנות כלפי העתקה של יצירתו יִרְפוּ את ידיהם של מוציאים-לאור ויניאו אותם מלהשקיע ביצירה ובפרסום של יצירות עובדתיות כגון זו שנידונה בתביעה. בית-המשפט הכיר במצבים הקשים שמוציאים-לאור דוגמת התובע נתונים בהם, אך לא שוכנע כי הם משוללי הגנה משפטית. לדוגמה, ייתכן שמעשיהם של הנתבעים יכולים לבסס תביעה בגין עוולת הגזל או עילה אחרת. כמו-כן יש לתובע הזדמנויות רבות ליצור יתרון תחרותי למדריכים שלו בהתבסס לא רק על המידע הגולמי שבמסדי הנתונים שלו.

שמוצרים מתחרים לא יוכלו להוות לו תחליף.¹⁴² דוגמה נוספת הלקוחה מספרם של שפירו ווריאן ממחישה עניין זה. היא עוסקת בתעשיית מדריכי הטלפון ובמעבר ממהדורות הדפוס למהדורות אלקטרוניות.¹⁴³ מדריכי טלפון דיגיטליים הופיעו לראשונה בשנת 1986, כאשר חברת NYNEX פיתחה מדריך טלפונים של מדינת ניו-יורק. חברת NYNEX דרשה סכום נאה של כ-10,000 דולר לתקליטור, והצליחה למכור את מוצריה גם למשרדי ממשלה. המנהל שהיה מופקד על המוצר בחברה עזב את החברה כדי להקים חברה משלו, ProCD, וליצר מאגר לאומי שיכלול את מדריכי הטלפון של כל המדינות בארצות-הברית. בהקלדה מחודשת ובעלויות נמוכות הוא הכין מסד נתונים שכלל יותר מ-70 מיליון רשומות, ומכר אותם בשוק הפתוח במאות דולרים לעותק.

יצרני מסדי נתונים אחרים הדביקו את הפער, ותוך שנים מספר אימצו מודל עסקי דומה בשינויים קלים. כיום יש מספר גדול של מדריכי טלפון אלקטרוניים,¹⁴⁴ ורבים מהם מוצעים חינם במרשתת, מכיוון שהחברות המציעות אותם מתבססות על הכנסה מפרסומות לכיסוי עלויות התפעול. זוהי דוגמה לאבולוציה עסקית-טכנולוגית בתעשייה.

אכן, עם פריחת המרשתת צנח מחירם של מסדי נתונים רבים לעלותם השולית, ולמעשה רבים מהם מוצעים חינם לכל דורש באתרים שונים. המודל העסקי של רבים מאתרים אלה הוא הכנסה מפרסומות או בידול של מסד הנתונים.¹⁴⁵ גם מודלים אלה של פרסומות או בידול אינם חסינים כמובן מפני תחרות והעתקת רעיונות בשוק, ולכן חדשנות נהפכת למכרעת לצורכי הישרדות בסביבה זו.

מודל עסקי חשוב נוסף המסייע ליצרני מסדי נתונים במניעת העתקה של מוצריהם הוא שימוש בדיני הקניין הרוחני. לדוגמה, יצרני מסדי נתונים משלבים לעיתים במסדים טקסטים מוגנים היכולים לזכותם בהגנה על-פי דיני זכויות יוצרים. האמור אף מסייע בבידול של המוצר ממוצרים של יצרנים מתחרים. יצרניות מסדי הנתונים המשפטיים Lexis ו־Westlaw עושות שימוש רב במודל עסקי זה.¹⁴⁶ עם זאת, חשוב לציין כי המידע הגולמי העובדתי שבמסד הנתונים לא יוכל לזכות בהגנה על-פי דיני זכויות יוצרים במדינות רבות, ולכן מודל עסקי זה לא יסייע תמיד בהגנה עליו, שכן המידע הגולמי שאינו מוגן ניתן לעיתים להעתקה בנפרד מהרכיבים המוגנים במסד הנתונים, ויצרנים מאוחרים יוכלו להעתיקו מבלי להעתיק את החלקים המוגנים של מסד הנתונים.

142 SHAPIRO & VARIAN, לעיל ה"ש 135, בעמ' 24–27.

143 שם, בעמ' 23–24. תולדותיהם של ספרי הטלפונים שהוצעו על-גבי תקליטורים תוארה במקור אצל: William

.M. Bulkeley, *Finding Targets on CD-ROM Phone Lists*, WALL ST. J., Mar. 22, 1995, at B1

144 חיפוש המונח "phone directory" במנוע-החיפוש של גוגל מעלה כ-10 מיליון תוצאות.

145 SHAPIRO & VARIAN, לעיל ה"ש 135, בעמ' 26–27.

146 בעבר רק מספר מצומצם של חברות נכנסו לשוק של פרסום חוקים ופסקי-דין. בשל עלות שקועה גבוהה, לא היה מקום בשוק זה ליותר ממספר מצומצם של מתחרים. התפתחותה של טכנולוגיית הסריקה אפשרה את סריקת החומרים לתקליטורים, וזמינותם באופן אלקטרוני הפחיתה במידה ניכרת את העלות הקבועה של איסוף המידע, ובכך אפשרה לספקים חדשים להיכנס לשוק זה. כיום ניתן להשיג תקליטורים ובהם שפע של מידע במחירים זולים. החברות Lexis ו־Westlaw הצליחו לייחד את מוצריהן, בעיקר על-ידי שיפור תוכנות החיפוש שלהן וכן הוספת תכנים המוגנים בזכויות יוצרים למידע המוצע במסדי הנתונים שלהן.

מלבד המודלים העסקיים שנידונו לעיל, המסייעים לתעשיית מסדי הנתונים במניעת העתקה של מוצריהם, האירו שפירו ווריאן בעבודתם שיטות ומודלים נוספים הננקטים בשוק זה ומשפיעים על הצלחת מוצריהם של יצרני מידע.¹⁴⁷ מודלים עסקיים רבים משמשים כיום בסביבה הדיגיטלית,¹⁴⁸ מהם מודלים מסורתיים הנפוצים בתעשיית מסדי הנתונים וגם בתעשיות אחרות. אלה כוללים שיטות עסקים המבוססות על חיוב בתשלום בגין מכירת מוצרים או שירותים,¹⁴⁹ מודלים המבוססים על מכירת פרסומות¹⁵⁰ ומודלים המבוססים על מתן זכויות שימוש בלא תשלום.¹⁵¹ מודלים עסקיים מסורתיים אלה אינם אפקטיביים תמיד בסביבה הדיגיטלית עקב שכיחותם והעדר ייחודיותם. לפיכך יצרני מסדי נתונים משתמשים לא רק במודלים עסקיים מסורתיים, אלא גם במודלים עסקיים חדשים, שיפורטו להלן.¹⁵²

ראשית, כאשר קשה להסתמך על מודל עסקי של בידול המוצר, יצרנים מנסים למכור הרבה מן המוצר, היות שאמצעי זה מבטיח הובלה בשוק המוצר.¹⁵³ אסטרטגיה זו תלויה באימוצם של מודלים עסקיים נוספים, כגון הוספת ערך למוצר המידע עצמו או התאמה אישית של המוצר ומחירו ללקוח, כדי להפוך את המוצר לאטרקטיבי יותר לצרכנים. שנית, לעיתים עצם הכניסה כגורם ראשון לשוק המוצר¹⁵⁴ יכולה להבטיח ליצרן יתרון על מתחריו, לפחות לזמן-מה, ולעיתים היא אף נותנת לו פרק-זמן מספיק להחזיר את השקעתו בפיתוח המוצר.

מודל עסקי שלישי הוא הפיכת התוכן של מסד הנתונים לזול מספיק, כך שיהיה קל יותר לרוכשו מאשר להעתיקו. מודל עסקי זה יכול להפוך את מסד הנתונים ליעד בלתי-נחשק להעתקה.¹⁵⁵

- 147 SHAPIRO & VARIAN, לעיל ה"ש 135.
- 148 THE DIGITAL DILEMMA, לעיל ה"ש 109, בעמ' 176–186 (דיון כללי בתפקידם של מודלים עסקיים בהגנת הקניין הרוחני).
- 149 לדוגמה, עסקה חדר-פעמית לקניית סרטים, ספרים וכדומה; עסקה לרכישת מינוי לכתיבת-עת; עסקה לקבלת רישיונות תוכנה ותקליטורי CD-ROM; רישיונות סדרתיים למינויים אלקטרוניים לכוותר יחיד; רישיונות לאתרי תוכנה; תשלום לשימוש אלקטרוני במאגרי מידע המשולמים לפי חיפוש, לפי זמן מקוון ועוד. ראו שם, בעמ' 179.
- 150 או על שילוב של מינויים ופרסומות, כמו באתר של ה-WALL STREET JOURNAL. ראו שם, בעמ' 179–180.
- 151 למשל, הפצה חינם, דוגמיות חינם או מוצרי מידע הניתנים חינם על-ידי ספקים המפיקים הכנסה ממכירות של מוצרים אחרים. ראו שם, בעמ' 180.
- 152 הגנת פטנט על שיטות לעשיית עסקים עשויה לספק הגנה נוספת למסדי נתונים, מכיוון שהגנת פטנט כזו מספקת הגנה נרחבת למערכות שונות של עיבוד נתונים.
- 153 SHAPIRO & VARIAN, לעיל ה"ש 135, בעמ' 27–29.
- 154 ראו: Alfred C. Yen, *The Legacy of Feist: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics of Public Goods*, 52 OHIO ST. L.J. 1343, 1370–1371 (1991) and Bharat Anand, *and the Economics of Public Goods*, 82(12) HARV. BUS. REV. 72, 78–79 (2004) (הטוענים כי אסטרטגיה טובה להילחם בהפרות היא לפנות לשמירת זכויות מתעוררים, כלומר, להיות הראשון שיוצא לשוק המוצר כדי ליהנות מרווחים בקנה-מידה של מונופול לפני שמתחילה כניסת מתחרים ולפני שמתחילים חיקויים או העתקות פירטיות).
- 155 ראו: Tom Abate, *Record Labels Fear Move to Digital Format will Encourage Piracy – Hesitancy could Push Unprotected Method to the Fore*, S.F. CHRON., Sept. 10, 1998, at p. B1 (Gene Hoffman את המצטט את Emusic, Inc. שאמר: "We think the best way to stop piracy is to make music so cheap it isn't worth copying"). ראו גם THE DIGITAL DILEMMA, לעיל ה"ש 109, בעמ' 80–81 (2000) (דיון במודל עסקי דומה

יצרנים רבים אף מוסרים חלק מן המידע חינם ומתמקדים ביצירת שווקים משלימים למוצר. נקודת המוצא של מודל עסקי זה היא שקשה להגן על המידע הגולמי שבמסד הנתונים, ולכן יש מקום לראות במידע זה רכיב הנמסר חינם לצרכנים, בעוד הערך המוסף ותמחורו של המוצר ממוקדים בשווקים משלימים.¹⁵⁶ למשל, מתן שירות הנלווה למכירת המוצר הוא מודל עסקי נפוץ בשווקים של מסדי נתונים.¹⁵⁷ אף רכישת חברות אחרות שמציעות מוצרים ושירותים משלימים למסד הנתונים וכניסה לשווקים חדשים הם מודלים עסקיים המשמשים להשגת יתרונות על מתחריים.¹⁵⁸ עם זאת, חשוב לציין כי במצבים מסוימים ייתכן שמודלים אלה לא יהיו מותרים, היות שהם עלולים לפגוע בתחרות ולכן להיחשב בעייתיים לפי חוקי ההגבלים העסקיים.¹⁵⁹ לבסוף, מודל עסקי חשוב נוסף המשמש יצרני מסדי נתונים הוא שימוש במנגנונים טכנולוגיים, אשר יידונו להלן בנפרד וביתר הרחבה.¹⁶⁰

בקשר למכירה של תוכני מוזיקה).

- 156 Esther Dyson, *Intellectual Value*, 3(7) WIRED 136, 137 (1995): "Chief among the new rules is that 'content is free.' While not all content will be free, the new economic dynamic will operate as if it were. In the world of the Net, content... will serve as advertising for services such as support, aggregation, filtering, assembly and integration of content modules... Intellectual property that can be copied easily likely will be copied. It will be copied so easily and efficiently that much of it will be distributed free in order to attract attention or create desire for follow-up services that can be charged for". ראו גם The DIGITAL DILEMMA, לעיל ה"ש 109, בעמ' 82–83 (2000) (דיון במודל עסקי דומה בקשר למכירה של תוכני מוזיקה); Owen Gibson, *The Band with More Hits in Site*, THE GUARDIAN, Feb. 15, 2005, כיצד יוזמה באתר מרשתת שנתנה לאוהדים של להקה לצפות בלהקה בסטודיו, תוך שיתוף מחשבות האוהדים ביומנים מקוונים, עזרה בהפיכת Franz Ferdinand מ-"a Glasgow pub act" ל-"Brit award winners".
- 157 ראו Anand & Galetovic, לעיל ה"ש 154, בעמ' 77–78 (הטוענים כי: "where it's difficult to establish property rights to an asset, it can be wise to marry that asset to a complementary product [such as (movement into services and customized solutions) over which you do have some control]"
- 158 שם, בעמ' 78–79: "[complementary products and services: 79–78] Other ways for companies to get a piece of... [offered by competitors] would be to acquire other companies in these new businesses; allow themselves to be acquired by them; or enter new markets themselves" (המחברים נותנים דוגמאות לתאגידים שאימצו מודלים עסקיים כאלה: Sony, הכולל את Sony Music ו-Sony Electronics; ו-Warner Bros. Records, את Time Warner Cable ואת ספק המרשתת AOL, אשר יש להם כבר אחיזה בתוכני מוזיקה, כמו-גם בטכנולוגיות ובמוצרים משלימים, ברמה כזאת שעשויה לאלץ חברות אחרות בתחום להרחיב את גבולותיהן כדי שיוכלו להתחרות). ראו גם אסף גלעד "הרכישה בוצעה: נחתמה עסקת גוגל-Waze ynet 11.6.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4391108,00.html "עסקת ענק: פייסבוק רוכשת את ווטסאפ" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4490392,00.html 20.2.2014 ynet
- 159 ראו, לדוגמה, את האסטרטגיה העסקית של אחת ההוצאות-לאור המשפטיות הגדולות בארצות-הברית, Thompson, אשר רכשה הוצאות-לאור משפטיות אחרות. Thompson היא הבעלים של כמה חברות הוצאה-לאור גדולות בארצות-הברית, לרבות Lawyers Cooperative Publishing Company, Bancroft-Whitney Company, Clark Boardman Callaghan. בשנת 1996 התמוזגה Thompson עם West Publishing – הוצאה-לאור גדולה נוספת בארצות-הברית. מיוזג זה נחקר על-ידי הרשות להגבלים עסקיים (Antitrust Division) במחלקת המשפטים האמריקאית (DOJ). ב-7 ביולי 1996, לאחר משא-ומתן בין ה-DOJ, חברת Thompson וחברת West Publishing, נחתם צו הסכמה שאישר את המיזוג בכפוף להסכם רישוי. אך ב-23 בדצמבר 1996 ביטל השופט פרידמן את צו ההסכמה, וקבע כי הסכם הרישוי שנחתם בין הצדדים הוא בעייתי. ראו: United States v. Thomson Corp., 949 F. Supp. 907, 925–932 (D.D.C. 1996). אולם ראו כנגד זה: United States v. Thomson Corp., No. 96-1415, 1997 U.S. Dist. LEXIS 2790, at *3–*11 (D.D.C. 1997).
- 160 ראו THE DIGITAL DILEMMA, לעיל ה"ש 109, בעמ' 83–89 (2000) (דיון במודל עסקי דומה בקשר למכירת תוכני מוזיקה).

מלבד ההתגוננות מפני העתקה בעזרת המודלים העסקיים שפורטו לעיל, מאפיין חשוב נוסף של מסדי נתונים, אשר לא זכה בתשומת-לב ראויה במסגרת הדיון בשאלת הצורך בהגנה מיוחדת, הוא שרבים ממסדי הנתונים אינם אלא תוצרי-לוואי של פעילויות אחרות אשר מתמרצות היטב. דוגמה קלסית למאפיין זה היא המקרה שנידון בבית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Feist*.¹⁶¹ כאמור לעיל, באותו מקרה קבע בית-המשפט כי מדריכי טלפון של מנויים פרטיים אינם מוגנים לפי דיני זכויות היוצרים בחוק האמריקאי ולאור החוקה האמריקאית, היות שהבסיס להגנה על זכויות יוצרים הוא מקוריות יצירתית (creative originality).¹⁶²

עניין *Feist* עסק בשאלה אם מדריכי טלפון של מנויים פרטיים (White Pages Directories) יכולים לקבל הגנה לפי דיני זכויות יוצרים.¹⁶³ התובעת והמשיבה, חברת Rural Telephone Service Co., סיפקה שירותי טלפוניה לכמה קהילות במדינת קנזס, וכחלק מפעילותה החזיקה במסד נתונים שכלל את מספרי הטלפון של כל מנוייה הפרטיים.¹⁶⁴ מדי שנה, בהתאם לחוק במדינת קנזס, יצרה חברת Rural מאגר עדכני שהכיל את כל מספרי הטלפון של המנויים הפרטיים במדינת קנזס.¹⁶⁵ המשיבה והמעוררת, חברת Feist Publication, Inc., עסקה בייצור מדריכי טלפון לאזורים נרחבים בארצות-הברית.¹⁶⁶ לצורך כך קיבלה החברה סדרה של רשיונות לשימוש במאגרי המידע של מספרי טלפון של כעשר מתוך אחת-עשרה החברות העוסקות במתן שירותי טלפוניה באזור.¹⁶⁷ חברת Rural הייתה החברה היחידה שסירבה לתת רישיון לחברת Feist.¹⁶⁸ חרף סירוב זה החליטה חברת Feist להשתמש, בלא רישיון, במסד הנתונים של חברת Rural ולכלול אותו במסד הנתונים שלה.¹⁶⁹ Rural חשפה את ההעתקה ותבעה את חברת Feist בגין הפרת זכויות יוצרים במסד הנתונים שלה.¹⁷⁰

בית-המשפט העליון האמריקאי קבע כאמור כי מסדי נתונים עובדתיים דוגמת מדריכי טלפון אינם מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים, היות שעובדות כשלעצמן אינן מוגנות.¹⁷¹ יתרה מזו, בית-המשפט הוסיף וקבע כי סידור הנתונים במאגר אינו מוגן אף הוא, שכן מדובר בסידור טריוויאלי וטכני שמתבקש להשתמש בו במסד נתונים כזה.¹⁷² לבסוף, בית-המשפט קבע כי השקעה ועמל אין בהם כדי להצדיק הגנה לפי דיני זכויות יוצרים. החוקה האמריקאית, לדברי בית-המשפט, דורשת שתהיה ביצירה מקוריות יצירתית,

161 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 1.

162 שם, בעמ' 351.

163 שם, בעמ' 344.

164 שם, בעמ' 342.

165 שם.

166 שם.

167 שם, בעמ' 343.

168 שם.

169 שם.

170 שם, בעמ' 344.

171 שם, בעמ' 343.

172 שם, בעמ' 343.

ומסדי הנתונים במקרה הנידון אינם עומדים ברף מינימלי זה. לפיכך קבע בית-המשפט כי מסד הנתונים שהועתק אינו מוגן.¹⁷³

עניין *Feist* ממחיש היטב את היבטיה המיוחדים של הסוגיה שעל הפרק. ברור שהמקרה שנידון בו לא היה מתאים לבחינה עקרונית של טיעון העמל כהצדקה להגנת זכויות יוצרים, שכן לא היה במקרה זה כל עמל שהושקע במיוחד באיסוף המידע על המנויים הפרטיים. בעבר אכן הייתה הכנת ספר טלפונים כרוכה בעמל רב, שכן אנשים רבים נדרשו לאסוף נתונים מכלל אוכלוסיית המנויים אחד לאחד, ואף לבדוק ולאמת כל פרט במסד הנתונים שנוצר,¹⁷⁴ אולם מדריך הטלפונים שהכינה החברה בעניין *Feist* היה אלקטרוני, ודרך היווצרותו אינה דומה כלל לדרך שבה נוצרו מסדי הנתונים בעבר. אין חולק שכיום חברות למתן שירותי טלפוניה יכולות ליצור בקלות ובלא מאמץ מיוחד מדריכי טלפון בדרך של הצגת נתונים שהחברה ממילא מקבלת ממנוייה כאשר הם מצטרפים לחברה. לכן חברת *Feist* לא ממש עמלה במיוחד בהכנת מדריך הטלפונים, אלא הוא נוצר כתוצר-לוואי של פעילותה המרכזית כחברה למתן שירותי טלפוניה, האוספת ממילא מידע על המנויים לצורכי מתן שירות לצרכנים.¹⁷⁵ יתרה מזו, המידע בעניין *Feist* נוצר על-ידי מונופול, שהיה מחויב על-פי חוק לספק את המידע המדובר לצרכנים, ולפיכך החוק הוא שגרם ליצירת מסד הנתונים מלכתחילה.¹⁷⁶ חברות הטלפונים אינן זקוקות אפוא לתמריצים מיוחדים ליצירת מסדי נתונים אלה.

אין חולק שניתוח זה מתאים גם למסדי נתונים אחרים בשוק מסדי הנתונים. למשל, מסדי נתונים של מידע מדעי עשויים אף הם להיות תוצר-לוואי של פעילות מחקר שהמדינה או גורמים אחרים מתמריצים כמות. למשל, המאגר שנוצר על-ידי הפרויקט הציבורי לפענוח הגנום האנושי הוא תוצר-לוואי של פעילות מחקר שנעשתה לניתוח הגנום האנושי ולקישועו.¹⁷⁷

173 שם, בעמ' 345.

174 ראו, לדוגמה: *Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co.*, 281 F. 83, 93 (CA2, 1922).

175 מעניין שאפילו באיחוד האירופי, שבו מסדי נתונים לא-מקוריים מוגנים גם הם באמצעות הגנה מיוחדת (*sui generis*), מסדי נתונים שהם רק תוצר-לוואי של פעילות אחרת, המכונים גם "spin offs", אינם מוגנים באותה הגנה מיוחדת. בנובמבר 2004 קיבל בית-המשפט האירופי לצדק ארבע החלטות הנוגעות בדירקטיבת מסדי הנתונים, וקבע במרומו כי אין סיבה להגן על מסדי נתונים שנוצרו כתוצר-לוואי של פעילויות אחרות, מכיוון שנתונים אלה לא הצריכו "השקעה מהותית" (*substantial investment*), שהיא תנאי מוקדם לקבלת הגנתה של הזכות המיוחדת. ראו עניין *Svenska*, לעיל ה"ש 90; עניין *Organismos*, לעיל ה"ש 90.

176 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 343.

177 בתחום של בריאות הציבור, לדוגמה, נוצרים מסדי נתונים רבים המשמשים בפועל לצרכים שונים מהמטרות המקוריות של יוצריהם. לדוגמה, מחקר פרמינגהם (*The Framingham study*) נועד לחקור את מחלות הלב בעיירה קטנה במסצ'וסטס. החוקרים שניהלו את המחקר יצרו מאגר גדול עתיר-מידע על הרגליהם ומנהגיהם של תושבי פרמינגהם. גורמים שונים משתמשים עדיין במידע שנאסף על-ידי החוקרים. יצירת המאגר הייתה תוצר-לוואי של פעילות המחקר, ולכן ניצול מסחרי של המידע שנאסף לא היה המניע המקורי ליצירת המאגר. ראו <http://www.framingham.com/heart/>. גם אתרי מרשתת כגון Amazon.com יוצרים מאגר גדול של העדפות לקוחותיהם כדי שיוכלו להמליץ להם על מוצרים חדשים. למאגרים אלה יש בלי ספק ערך עצום, אך המניע ליצירתם לא היה רק הניצול המסחרי של המידע, אלא בעיקר שיווק. דוגמא נוספת היא נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, האוספת מידע באופן רציף במשך שנים רבות למטרות שונות הקשורות לביצוע תפקידה ולמתן

מעל הכל, אומנם יצרנים של מסדי נתונים נפגעים ועלולים להיפגע מהעתקות של מוצריהם, כמו במגזרים רבים אחרים של תכנים, כגון תוכנות מחשב, מוזיקה וסרטים, אך אין חולק שהעתקה כזו משרתת במקרים רבים גם את היצרן עצמו, שכן היא מסייעת בהטמעת המוצר בשוק, חושפת משתמשים ליתרונות המוצר ומעודדת את רכישתו, ואף תורמת לחדשנות ולשיפורים בשוק המוצר, כפי שהראו חוקרים במחקריהם.¹⁷⁸

(ב) מנגנונים טכנולוגיים

יצרני מסדי נתונים משתמשים במגוון אמצעים טכנולוגיים כדי להגן על מוצריהם מפני שימוש לא-מורשה והעתקות פירטיות. מנגנוני הגנה טכנולוגיים מפותחים בקצב מהיר מאוד לנוכח איומים רבים ומגוונים בסביבת המרשתת, והם מאמצים על-ידי חברות רבות בסביבה זו.¹⁷⁹ בשנים האחרונות אף החליטו מדינות שונות בעולם לספק הגנה משפטית לאמצעים טכנולוגיים. הדיון שלהלן יעסוק במנגנוני ההגנה הטכנולוגיים הקיימים בסביבה הטכנולוגית של יצרני מסדי נתונים המבוססת על פרדיגמת שרת-לקוח. התקשרות שרת-לקוח היא אחת מצורות ההתקשרות השכיחות ביותר ברשתות מחשבים. זוהי ארכיטקטורת תוכנה לחישוב מבוזר, אשר מגדירה את היחסים בין תוכנות שמשתפות פעולה. המודל מחלק את המשימות ואת עומס העבודה בין ספק השירות, הוא השרת, לבין מבקש השירות – הלקוח. השרת הוא בדרך-כלל תוכנה סבילה, הממתינה לבקשות מן הלקוח. הלקוח הוא שמפעיל את השרת כאשר הוא זקוק לשירותים או למידע ממנו.

עיצובם של מסדי נתונים הופך את ההעתקה של המידע הגולמי שבהם לקשה מאוד, אם לא לבלתי-אפשרית. כאשר יצרן של מסד נתונים פועל במרשתת, בסביבת השרת-לקוח, ההעתקה נעשית קשה ביותר. מנגנון טכנולוגי מקשה מאוד את הגישה למידע הגולמי שנמצא במסד הנתונים. בשל אופן עיצובו של מסד הנתונים, אין דרך לקבל בתגובה לשאילתת חיפוש של משתמש את כל תוכנו של מסד הנתונים. מערכת לניהול מסדי נתונים (DBMS) מגינות מפני חיפושים רחבי-היקף, ולמעשה מונעות את האפשרות לבצעם.¹⁸⁰

הדרך היחידה לקצור את כלל המידע שבמסד נתונים היא ביצוע חיפושים רבים, תוך שינוי הפרמטרים של החיפוש בכל פעם. הדרך האחרת לקצירת כלל המידע היא לעקוף

שירות ליתר משרדי הממשלה. ראו www.cbs.gov.il/ts.

178 Eduardo M. Peñalver & Sonia K. Katyal, Property Outlaws (2007).

179 ראו Anand & Galetovic, לעיל ה"ש 154, בעמ' 75–76 (הטוענים כי מניעת גישה לנכסים על-ידי שמירתם מאחורי חומות יכולה להיות אסטרטגיה שיווקית יעילה שתעזור לחברות להתמודד עם הבעיה של זכויות קניין חלשות).

180 ראו באופן כללי: Carnegie Mellon Software Engineering Institute, *Client/Server Software Architectures – An Overview*, [http://facweb.cs.depaul.edu/nsutcliffe/483readings/Client-Server Software Architectures-An Overview.htm](http://facweb.cs.depaul.edu/nsutcliffe/483readings/Client-Server%20Software%20Architectures-An%20Overview.htm) ("Using a relational database management system (DBMS), user queries could be answered directly. The client/server architecture reduced network traffic by providing a query response rather than total file transfer").

את מנגנוני ההגנה של מודל השרת-לקוח, אולם עקיפת מנגנוני הגנה קיימים בדרך של פריצה אליהם היא פעילות אסורה במדינות רבות, ובכלל זה בישראל.¹⁸¹ לכן דווקא המעבר למודל של שרת-לקוח בסביבת המרשתת, ונטישת מודלים אחרים להפצת מסדי נתונים, כגון הפצה על-גבי תקליטורים, מייצרים הגנה נוספת.

מלבד שימוש תדיר במודל שרת-לקוח, יצרנים של מסדי נתונים משתמשים באמצעים טכנולוגיים נוספים כדי להגן על מוצריהם מפני קצירת מידע.¹⁸² הגישה הנפוצה לאבטחת מידע היא הנהגת הליכי הרשאה, תוך זיהוי ואימות של פרטי משתמשים, כתנאי לגישה למסד הנתונים. שיטת אבטחה נוספת היא הצפנה. הצפנה היא שימוש באלגוריתמים מתמטיים לצורך ערבול מידע והפרדתו. טכנולוגיות הצפנה מתקדמות מקשות מאוד פריצה למערכות מידע.¹⁸³ על אמצעים אלה יש להוסיף חתימות דיגיטליות, המשמשות אף הן כלי אבטחה יעיל למידע, שכן הן מאפשרות אימות של מקורות מידע ווידוא שתוכנם לא שונה.¹⁸⁴

עם זאת, כל אותם אמצעי אבטחה רבים אינם מצליחים למנוע תמיד חדירה למערכות מחשבים, פריצה למסדי נתונים וקצירת המידע שבהם.

(ג) דרוויניזם כלכלי וטכנולוגי

כמובהר לעיל, אימוצם של מודלים עסקיים וחדשנות עסקית רווחים מאוד בסביבת המידע החדשה. השתתפות בשוק המידע מחייבת חדשנות מתמדת בסביבה זו. דרוויניזם כלכלי וטכנולוגי מתייחס למצב דברים שבו גורמים בשוק המידע אינם מתאימים את עצמם לסביבת המידע החדשה. כשל כזה מוביל בדרך-כלל לאובדן היכולת להתחרות בעידן המידע.

מעניין לבחון בהקשר זה את פסקי-הדין הנחשבים כתומכים במתן הגנה מיוחדת ליצרני מסדי נתונים. ברוב פסקי-הדין הללו דובר ביצרנים שנאלצו להתמודד עם תחרות מצד חליפים טכנולוגיים מדור שני, כלומר, טכנולוגיות חדישות המחליפות את אלה שקדמו להן ומציעות תכונות מתקדמות יותר. לנוכח תחרות זו הגישו אותם יצרנים

181 ראו דין להלן בחלק ג(א)1). ס' 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, קובע עונש מאסר של שלוש שנים בגין חדירה ל"חומר מחשב" לא כרין. כמרכן, ס' 7 לחוק זה מגדיר גולת חומר מחשב גם כעוולה נזיקית.

182 ראו באופן כללי: White House Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights 177-201 (1995), <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf> (המספק סקירה בכל הנוגע בגישה לחסמים טכנולוגיים ושימוש בהם); Brian W. Esler, *Protecting the Protection: A Trans-Atlantic Analysis of the Emerging Right to Technological Self-Help*, 43 IDEA 553, 555-561 (2003) (המספק סקירה של אמצעי אבטחה טכנולוגיים).

183 ראו באופן כללי: Nirvikar Singh, *Digital Economy*, in 1 HANDBOOK OF INFORMATION SECURITY 15, 27 (Hossein Bidgoli ed., 2006); Charles Steinfeld, *Electronic Commerce*, in 1 HANDBOOK OF INFORMATION SECURITY 164, 170-176 (Hossein Bidgoli ed., 2006) (הדן במתודות הצפנה במסחר אלקטרוני).

184 Steinfeld, לעיל ה"ש 183, בעמ' 170.

תביעות בגין הפרת זכות יוצרים או על בסיס עילות משפטיות אחרות, במגמה לעצור את המתחרים-בכוח. בתי-המשפט הגיבו בכמה דרכים על אתגרים אלה, כמפורט בפסקאות הבאות.

אראה להלן שקשה לבסס את הטענות בדבר כשל שוק בתעשיית מסדי הנתונים. על המגזר הפרטי והמגזר הציבורי לבחון בהתמדה אם הם עומדים באתגריה של כלכלת הרשת.¹⁸⁵ חלק מן השחקנים בתעשייה אינם עומדים אומנם באתגרים אלה, אך יש מקום לשקול אם מוצדק להתערב ולתת הגנה מיוחדת ליצרני מסדי נתונים שאינם מתאימים את עצמם למציאות הטכנולוגית המתחדשת. יתרה מזו, גם אם תינתן הגנה למידע הגולמי שבמסדי נתונים, לא ברור אם הגנה כאמור תשפיע על התעשייה בצורה כלשהי, שכן יצרנים של מסדי נתונים נשענים על מגוון של מודלים עסקיים שאינם מסתמכים רק על גישה למידע הגולמי.¹⁸⁶

שוק מסדי הנתונים המסורתי, שהתבסס על יצירה של מסדי נתונים מודפסים והפצתם, הוחלף לחלוטין כמעט בשוק מוצרי מידע הפועל באופן הידורי (אינטראקטיבי) במרשתת או דרך שירותים מקוונים אחרים.¹⁸⁷ השווקים של מסדי הנתונים השתנו מאוד, ותעשיות מסדי הנתונים של עולם הדפוס הישן איבדו את חשיבותן בעידן המידע והתנוונו לגמרי כמעט.

לאורך השנים שבהן נידונו בארצות-הברית הצעות החוק באשר למתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים, הוצגו על-ידי התומכים בהן כמה פסקי-דין המבססים לדעתם את הטענה כי תעשייה זו לוקה בכשל שוק. כפי שיראה הדיון להלן, מספרם של פסקי-הדין הללו מועט, ואינו מוכיח שיש בעיה של ממש בתעשייה זו. פסקי-הדין המוזכרים ביותר הם בעניין *Warren Publishing, Inc. v. Microdos Data Corp.* (להלן: עניין *Warren*)¹⁸⁸ ובעניין

"The first line of defense against pirates is a sensible business model that combines pricing, ease of use, and legal prohibition in a way that minimizes the incentives for consumers to deal with pirates." J. Lacy et al., *Music on the Internet and the Intellectual Property Protection Problem*, in PROCEEDINGS OF THE IEEE INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON INDUSTRIAL ELECTRONICS SS77, SS79 (1997) (המתארים מנגנון הגנה טכנולוגי חדש למוזיקה, ומכירים בכוחו של מודל עסקי טוב). ראו גם *THE DIGITAL DILEMMA*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 76–78 (2000) (דיון בעבייתיות שבהגנה על זכויות קניין רוחני במוזיקה השמורה בקבצים דיגיטליים, והצעת פתרון אפשרי ברמות אימוץ מודלים עסקיים המספקים מוצר ושירות אטרקטיביים יותר, כגון הפיכת התוכן לקל וזול לרכישה, באופן שיבטל את התמריץ לגנבה; שימוש בתוכן דיגיטלי כדי לקדם את המוצר המסורתי; מסירת חלק מהתוכן הדיגיטלי חינם והתמקדות בשווקים של מוצרים אחרים; והפעלת אמצעים טכנולוגיים כדי לשלוט בהתקנה).

186 דבר זה עשוי להסביר באופן חלקי מדוע דירקטיבת מסדי הנתונים לא סיפקה יתרונות לטווח ארוך לשוק מסדי הנתונים של האיחוד האירופי.

187 ראו יובל ררור "על 35 שנות אינטרנט @ הארץ 1.9.2004 www.haaretz.co.il/misc/1.995686 (המספר נתונים באשר לעלייה במספר המשתמשים במרשתת מ-1998 עד 2004, שלפיהם בדצמבר 1998 היה מספרם בעולם כולו 147 מיליון (3.6% מאוכלוסיית העולם אז), ואילו ביולי 2004 צמח מספרם ל-797 מיליון (12.4% מאוכלוסיית העולם אז) — עלייה של 450% בפרק-זמן של פחות ממש שנים).

188 *Warren Publishing, Inc. v. Microdos Data Corp.*, 115 F.3d 1509 (11th Cir. 1997) (en banc), cert. denied, 522 U.S. 963 (1997) (להלן: עניין *Warren*). ראו גם: *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*, 42 U.S.P.Q.2d 1930 (S.D.N.Y. 1997); *Skinder-Strauss Assoc. v. Mass. Continuing Legal Educ., Inc.*, 914 F. Supp. 665 (D. Mass. 1995); *Martindale-Hubbell, Inc. v. Dunhill Int'l List Co.*, No. 88-6767-CIV-ROETTGER (S.D. Fla. Dec. 30, 1994).

ProCD, Inc. v. Zeidenberg (להלן: עניין ProCD).¹⁸⁹ ניתוחם של שני פסקי-דין אלה אינו מלמד בהכרח על בעיה בשוק מסדי הנתונים, אלא מראה כי מדובר במקרים שבהם יצרנים לא התאימו את עצמם לסביבת המידע החדשה.

בעניין Warren פרסמה החברה התובעת מדריך מודפס לתוכניות טלוויזיה בכבלים, אשר סווג על-פי קהל-היעד של חברות הכבלים.¹⁹⁰ חברת Microdos, הנתבעת, העתיקה את תוכנו של המדריך והפיצה אותו על-גבי תקליטור.¹⁹¹ ערכאת הערעור האמריקאית שדנה בעניין קבעה כי התכנים שהועתקו מן המדריך לא היו מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים, מכיוון שמדובר במידע עובדתי שאינו מוגן בזכויות יוצרים, ולכן אי-אפשר למנוע את העתקתו ואת הפצת התקליטור של החברה המתחרה.¹⁹² דומה שקשה לראות במקרה זה מקרה מייצג של בעיית ההעתקות הפירטיות בתעשיית מסדי הנתונים. נראה שיצרן המדריך היה יכול להתאים את עצמו לסביבה הטכנולוגית החדשה, ולשקול כניסה לשווקים חדשים, ובכלל זה גם לשוק מסדי הנתונים הדיגיטליים.

באופן דומה, בעניין ProCD¹⁹³ רכש הנתבע תקליטור מחברת ProCD הכולל מאגר של מספרי טלפונים בארצות-הברית. לאחר-מכן העתיק הנתבע את מאגר מספרי הטלפונים מן התקליטור, הקים חברה למכירת שירותי מידע טלפוניים במרשתת, והציע את המידע במחיר נמוך במידה ניכרת ממחיר התקליטור של התובע. מעניין לנתח מקרה זה לאור התנהלותה העסקית של חברת ProCD, אשר נידונה לעיל.¹⁹⁴ לנוכח התנהלותה העסקית שלה עצמה בתחילת דרכה, התנהלותה של ProCD בהמשך נראית מפתיעה. ProCD הסתמכה על המידע הגולמי בתקליטוריה, במקום לעדכן את מוצריה לסביבה הטכנולוגית החדשה כך שהחברה תוכל להתמודד עם תחרות אפשרית מצד אחרים. בנסיבות המקרה התערב בית-המשפט האמריקאי, וקבע כי תניה חוזית שהחברה כללה ברשיון השימוש בתקליטור, האוסרת את קצירת המידע שבתקליטור ואת השימוש בו, היא תניה תקפה, ולכן ההעתקה שביצע הנתבע נעשתה תוך הפרת הרישיון שניתן לו על-ידי החברה. עם זאת, חשוב להבין כי לפי פסק-דין זה, אילו נעשתה ההעתקה על-ידי צד שלישי שלא היה כפוף להסכם הרישיון של החברה, כגון צד שלישי שהתקליטור התגלגל לידיו ואשר לא היה מודע לתנאיו של הסכם הרישיון, לא היה בידי החברה למנוע אותו מלהעתיק את המידע ומלהפיץ מוצר מתחרה.

מקרים אלה ממחישים כי סביבת המידע החדשה מחייבת הסתגלות מצד כל הפועלים בסביבה זו. במובן זה, דומה שאי-מתן הגנה ליצרני מסדי נתונים במצבים אלה אף משרת מטרת חברתיות חשובות, באשר הוא מחייב אותם לנטוש מודלים עסקיים מיושנים, להתאים את עצמם לסביבה החדשה, ובסופו של דבר להציע מוצרים טובים

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

190 עניין Warren, לעיל ה"ש 188, בעמ' 1511.

191 שם, בעמ' 1513.

192 שם, בעמ' 1520–1521.

193 ראו גם דיון להלן בחלק ג3(ב)5.

194 ראו דיון לעיל בחלק ג2(א)3.

יותר לצרכנים. דומה ש"ניצחון" ליצרן מסד נתונים, לעומת זאת, יקנה יתרונות לטווח קצר בלבד.

3. מנגנוני הגנה משפטיים

הגנות משפטיות רבות ומגוונות נתונות למסדי נתונים. ניתן להצביע על הגנות עקיפות, כלומר, על כלים משפטיים שנועדו להגן על אינטרסים כלשהם ואשר בדרך אגב מגינים גם על תוכנם של מסדי נתונים; וניתן להצביע גם על הגנות ישירות, כלומר, על כלים משפטיים המגינים במישרין על מסדי נתונים. ההגנות העקיפות כוללות את הדין הפלילי, ובכלל זה חקיקה העוסקת בפשיעת מחשבים, וכן את דיני הגנת הפרטיות. ההגנות הישירות כוללות הגנה משפטית על אמצעי הגנה טכנולוגיים, דיני זכויות יוצרים, דיני סודות מסחריים, דיני סימני מסחר, דיני חוזים, דיני עשיית עושר ולא במשפט ודיני נזיקין. הדיון שלהלן יעסוק בהיקף ההגנה שדינים אלה מספקים למסדי נתונים, ויראה כי בהינתן הגנות אלה, מסדי נתונים נהנים בפועל מהגנה רבה ומגוונת.¹⁹⁵

(א) הגנות עקיפות

ההגנות המשפטיות הקיימות על מסדי נתונים אינן מוגבלות לדוקטרינות המשפטיות המסורתיות, כגון דיני זכויות יוצרים ודיני חוזים.¹⁹⁶ עידן המידע אתגר ענפי משפט רבים, ובכלל זה גם את דיני הגנת הפרטיות ותחום פשיעת המחשבים. דינים אלה מספקים הגנה עקיפה לערכם המסחרי של מסדי נתונים.

(1) הדין הפלילי

הדין הפלילי מגן על רכיבים שונים של מסדי נתונים. למשל, החקיקה העוסקת בפשיעת מחשבים אוסרת התנהגויות מסוימות הקשורות למחשבים, ובכך מגינה בעקיפין על מסדי נתונים.¹⁹⁷ אחת המטרות של פשיעת מחשבים היא גישה למידע שבמחשבים, הכולל גם מסדי נתונים. לפיכך נראה שמסדי נתונים יכולים להיות מוגנים על-פי הדין הפלילי.¹⁹⁸ בישראל חוק המחשבים, התשנ"ה-1995, על סעיפיו השונים, מספק הגנה של ממש ליצרנים של מסדי נתונים. החוק קובע כי שיבוש פעולתו התקינה של מחשב או הפרעה לשימוש בו הם עברה פלילית שעונשה עד שלוש שנות מאסר.¹⁹⁹ החוק מוסיף וקובע כי

195 ראו: Trotter Hardy, *Property (and Copyright) in Cyberspace*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 217, 226 (1996).
 196 ראו: Raymond T. Nimmer & Patricia A. Krauthaus, *Information as Property: Databases and Commercial Property*, 1 INT'L J.L. & INFO. TECH. 3 (1993).
 197 ראו: COLIN TAPPER, *COMPUTER LAW* 269-316 (4th ed. 1989).
 198 ראו Nimmer & Krauthaus, לעיל ה"ש 196, בעמ' 27.
 199 ס' 2 לחוק המחשבים.

החודר לא כדין ל"חומר מחשב הנמצא במחשב" דינו עד חמש שנות מאסר.²⁰⁰ החוק גם קובע כי הפרעה לא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, מהווה אף עוולה נזיקית.²⁰¹ הדין הישראלי קובע אפוא הוראות פליליות ונזיקיות בכל הנוגע בהפרעה לא כדין לשימוש במחשב. הוראות אלה יכולות למנוע חדירה למחשבים וקצירה של מידע, כלומר, שאיבת כלל המידע המצוי על מחשב – ובכלל זה גם מסדי נתונים – אשר אין לציבור גישה חופשית אליו והרשאה חופשית להשתמש בתוכנו.

חשוב להבהיר כי הפסיקה הישראלית התקשתה לתחום בצורה ברורה את העברה של חדירה למחשב, וכתוצאה מכך נוצרה עמימות רבה ביחס לגבולותיה של עברה זו. מדובר בעברה התנהגותית, שאינה דורשת הוכחת נזק. נדרשת מחשבה פלילית של מודעות לעובדות ולנסיבות של ביצוע העברה. העברה של חדירה למחשב פורשת הגנה רחבה על המידע הממוחשב, שכן היא חלה על כל סוג של מידע ממוחשב, ללא קשר לאופיו ולחשיבותו. הביטוי "חדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב" מלמד שעל חומר המחשב להיות מאוחסן במחשב ובמצב ניח.²⁰² הסעיף אוסר חדירה לחומר מחשב הנמצא במחשב על-ידי הפעלתו של חומר המחשב הנמצא במחשב. החדירה חייבת להיות "לא כדין", כלומר, ללא הרשאה וללא הסכמה של בעליו.²⁰³ הפסיקה הקיימת ביחס לעברה קבעה כי עצם החדירה למחשב אסורה ואין צורך שיתלווה לחדירה נזק כלשהו. עם זאת, נראה שבמקרים שבהם נעשה ניסיון להאשים אנשים רק בגין חדירה למחשב, לא מיהרו בתי-המשפט להרשיע נאשמים. כך, למשל, נקבע כי עצם הבדיקה של אבטחת אתר אינה מהווה חדירה, וכי אין אפשרות לקבוע באופן מוחלט כי בדיקה כזו אסורה תמיד או מותרת תמיד. אם הבדיקה מהווה שלב מקדים לניצול חורי אבטחה ולחדירה לא-חוקית, אזי היא מהווה ניסיון לעברה. לעומת זאת, אם הבדיקה מהווה מעשה עצמאי לחלוטין שאין מטרתו פגיעה, אזי היא כשרה.²⁰⁴ במקרה אחר החליט בית-המשפט לזכות נאשם מאישום חדירה למחשב לאחר שאימץ פרשנות מצמצמת לעברה, בקובעו כי העברה תחול רק על מי שפורץ מנעול טכנולוגי שהגן על הגישה החיצונית לאתר, וכי הפרת תנאי שימוש האוסרים גלישה באתר פלוני אינם מקימים אשמה בעברה זו.²⁰⁵ בתי-המשפט ומלומדים שדנו בעברה של חדירה למחשב הדגישו כי העברה אינה ברורה כל צורכה וכי יש להטיל איסורים על שימושים במחשב במשורה. ריבוי איסורים פליליים עלול ליצור אווירה עוינת בקשר לשימוש במחשב, עד כדי הרתעת-יתר מפני שימושים

200 שם, ס' 4 ר-5.

201 שם, ס' 7.

202 שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דיני וינר 429, 461 (2009).

203 שם, בעמ' 462.

204 ת"פ (שלום י-ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי, פ"מ התשס"ג(3) 769 (2004). ראו גם ת"פ (שלום י-ם) 9497/08 פרקליטות מחוז ירושלים נ' הלוי (הלמו) (פורסם בנבו, 29.11.2009), שם נקבע כי אם ניתן להיכנס לאתר בקלות כה רבה, אזי אי-אפשר לטעון שהיה אסור להיכנס אליו. אין מדובר באמצעי אבטחה לא-מספיקים, אלא בהעדר מוחלט של אמצעי אבטחה. כאשר אין מחסום כלשהו, אי-אפשר לדבר על "חדירה", ובודאי אין מדובר ב"חדירה" שהיא "לא כדין".

205 ת"פ (שלום י-ם) 10-06-40102 מדינת ישראל נ' בן שבתאי עזרא (פורסם בנבו, 12.2.2012).

חוקיים בטכנולוגיות חדשות.²⁰⁶

גם בארצות-הברית קיימת חקיקה פדרלית העוסקת בפשיעת מחשבים: Computer Fraud and Abuse Act (להלן: CFAA).²⁰⁷ חקיקה זו מונעת חדירה למערכות מחשבים. הקושי בה הוא שהיא אינה חלה על מסדי נתונים מן הדור הישן, כגון גרסות מודפסות של מסדי נתונים או מסדי נתונים המוצעים על-גבי תקליטורים. בדומה לבעיות המתעוררות בעניין הסגת גבול במיטלטלין בסביבת המרשתת, אשר תידון בהמשך,²⁰⁸ החוק חל רק על מצבים שבהם הייתה פגיעה במערכת מחשבים או ברשת מחשבים.²⁰⁹ לכן הוא אינו נותן הגנה ישירה מפני העתקה פירטית של מסד נתונים.

יצרנים של מסדי נתונים השתמשו בחקיקה זו כדי למנוע העתקה של מוצריהם. דוגמה אחת לשימוש כאמור היא פסק-הדין בעניין Register.com, Inc. v. Verio, Inc.²¹⁰ חברת Verio, שאינה מציעה שירות רישום לשמות מתחם, אלא מתחרה בשירותים אחרים של חברת Register, השתמשה ברובוט-חיפוש כדי לקצור מידע ממסד הנתונים WHOIS, הנגיש באתר המרשתת של חברת Register. מסד נתונים זה מכיל שמות ודרכי יצירת קשר של לקוחות שרשמו שמות מתחם בעזרת החברה. Verio קצרה מידע זה והשתמשה בו למטרות שיווקיות. בית-המשפט המחוזי הפדרלי קבע כי השימוש של Verio במסד הנתונים WHOIS הפר את התנאים שפורסמו באתר של Register והיווה הסגת גבול במיטלטלין.²¹¹ בית-המשפט קבע גם כי קצירת מידע ממסד הנתונים WHOIS הפרה אף את הוראותיו של ה-CFAA. ביתר פירוט, הוא קבע כי חדירתה של Verio למערכת WHOIS הפרה את סעיף (a)(2)(C)1030, האוסר חדירה לא-מורשית למחשב מוגן. יתרה מזו, בית-המשפט פסק כי Verio הפרה את סעיף (a)(5)(C)1030, האוסר חדירה לא-מורשית למחשב מוגן שגורמת או עלולה לגרום נזק למערכת המחשב. שימושה הלא-מורשה של Verio ברובוט-חיפוש גרמה או הייתה עלולה לגרום נזק למערכות המחשב של Register על-ידי פגיעה בזמינותה.²¹²

206 שם. ראו אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 202 (הדנה באריכות בעברת "חדירה למחשב" ובהיקפה המצוי והרצוי).

207 Computer Fraud and Abuse Act of 1986, Pub. L. No. 99-474, 100 Stat. 1213 (codified as amended at 18 U.S.C. § 1030 (1988)). ראו גם: Copyright Law of the United States, 17 U.S.C. §§ 1201–1205 (2006). (להלן: חוק זכויות יוצרים האמריקאי).

208 ראו דיון להלן בחלק ג(ב)7.

209 ראו: Corey W. Roush, *Database Legislation: Changing Technologies Require Revised Laws*, 28 U. Dayton L. Rev. 269, 281–287, 296–297 (2002) (אשר דן ב-Computer Fraud and Abuse Act וטוען כי הוא מציע הגנה מוגבלת בלבד למסדי נתונים, מכיוון שיישום החוק בכל הנוגע במסדי נתונים עלול להיות לא-חוקתי).

210 Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 126 F. Supp. 2d 238 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd*, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004). (להלן: עניין Register).

211 ראו דיון להלן בחלק ג(ב)7.

212 עניין Register, לעיל ה"ש 210, בעמ' 251.

(2) חוקי הגנת הפרטיות

חוקים להגנת פרטיות מספקים אף הם הגנה עקיפה למסדי נתונים. הזכות לפרטיות הוכרה בכמה וכמה שיטות משפט. הדין האמריקאי בחר להגן על הזכות לפרטיות באמצעות הזכות להליך הוגן המעוגנת בתיקונים הרביעי, החמישי והארבעה-עשר לחוקה האמריקאית.²¹³ גם הדין הישראלי מונע פגיעה בפרטיותו של הזולת כאשר זו נעשית בלא הסכמה.²¹⁴ הזכות לפרטיות אף הוכרה בישראל כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²¹⁵ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אינו מגן במישרין על מאגר המידע, אלא על המידע הגולמי שבו. כמו-כן, הזכויות שהוא מקנה אינן שייכות לבעלים העסקיים של מאגר המידע (אדרבה, החוק רק מטיל עליו אחריות), אלא לאנשים שהמידע הגולמי במאגר נוגע בהם. לגבי אנשים אלה החוק קובע כי נתונה להם הזכות להגיש תביעה נזיקית במקרה של זליגת מידע בעניינם. כמו-כן יש בחוק סנקציות פליליות כלפי בעלי מאגר המידע בגין אי-הגנה על המאגר. מכיוון שהחוק אינו מיטיב עם בעלי מאגרי הנתונים, אלא רק עם האנשים הפרטיים שפרטיהם מצויים במאגר, רק מסדי נתונים המכילים מידע מוגן על-פי חוקי הגנת הפרטיות, כגון מסד נתונים הכולל מידע אישי, זוכים בהגנה גם לפי דיני הגנת הפרטיות.²¹⁶

חשוב לציין כי בתי-המשפט גילו גמישות לגבי ניהול מאגרי מידע על-ידי חברות פרטיות באופן שאינו פוגע בפרטיותם של האנשים שהמידע עליהם מצוי במאגר.²¹⁷ כמו-כן, ביחס לקצירת נתונים מאתרי מרשתת שפתוחים לציבור קיימת פסיקה בערכאות נמוכות שקבעה כי פעילות זו אינה מפרה את הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות. למשל, בעניין סויסה נ' בן חיים קבעה השופטת שטופמן כי משפרסמו משתמשי פורום במרשתת את כתובות הדואר האלקטרוני שלהם, היה עליהם לצפות שכתובות אלה יהיו פתוחות לכל הגולשים במרשתת, אשר יכולים להעתיקן. לכן אתרים אינם יכולים לטעון לבעלות על כתובות דואר אלה, וגם אינם יכולים להסתמך על הוראותיו של חוק הגנת הפרטיות, שכן הכתובות שהועתקו פתוחות לציבור הרחב.²¹⁸

213 U.S. CONST. amends. IV, V, XIV

214 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

215 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, ס' 7(א) ("כל אדם זכאי לפרטיות ולזנעת חייו").

216 ראו גם: The Council of the European Union, Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal

Data and on the Free Movement of Such Data, 1995 O.J. (L 281) 31

שפרטיו מצוינים במסדי נתונים).

217 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 06-1994 לירן נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 30.11.2010). בית-

המשפט קובע כי אין בחוק הגנת הפרטיות הגבלה שלפיה אסור לנהל מאגר מידע אלא למטרות שישודן ביחסים

עם לקוחות. ההגבלה היא רק לגבי איסוף מידע באופן לא-חוקי, ולגבי שימוש במאגר למטרות לא-חוקיות

או באופן שאינו הולם את מטרת ניהולו. לפיכך נקבע כי חברות הטלפון הנתבעות רשאיות לשמור את פרטי

השיחות גם לאחר הסדרה של גביית התמורה בעבור שיחות אלה, שכן מידע זה דרוש להן לצורך עמידה בחובות

הגילוי והדיווח המוטלות עליהן על-פי חוק.

218 בר"ע (מחוזי ת"א) 2542/03 סויסה נ' בן חיים (פורסם בנבו, 9.10.2005).

אם כן, נראה שהדין הפלילי דיני הגנת הפרטיות מספקים למסדי נתונים הגנה עקיפה בנסיבות מסוימות. הדיון שלהלן יתמקד בהגנות ישירות על מסדי נתונים.

(ב) הגנות ישירות

(1) הגנה משפטית על אמצעים טכנולוגיים

בשנים האחרונות החל המשפט לספק הגנה משפטית גם לאמצעים טכנולוגיים המיועדים להגן על יצירות המוגנות על-פי דיני זכויות יוצרים. אמנת WIPO לזכויות יוצרים משנת 1996 (WIPO Copyright Treaty) מטילה חובות בנושא ההגנה המשפטית על אמצעים טכנולוגיים. ההוראה העיקרית באמנה בהקשר זה קובעת:

“Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”²¹⁹

האמנה מבקשת ליצור הרמוניזציה גלובלית בכל הנוגע באימוץ הוראות חוק המגינות על אמצעים טכנולוגיים.²²⁰ חלק מחברות האמנה כבר הנהיגו הוראות חקיקה דומות עוד בטרם התקבלה האמנה.²²¹

הקונגרס האמריקאי קבע הוראות הנוגעות בהגנת אמצעים טכנולוגיים אף לפני שאשרר את האמנה, בחוקקו את ה-DMCA (Digital Millennium Copyright Act).²²² בחוקקו חוק זה ביקש הקונגרס להילחם בהפרת זכויות יוצרים בשלביה המוקדמים ביותר, עוד לפני קבלת גישה ליצירה.

חוק זכויות יוצרים האמריקאי כולל בתוכו את פרק ה-DMCA, הכולל הוראות המתמודדות עם עקיפת הגנות וחומות טכנולוגיות המיועדות להגן על יצירות המוגנות על-פי דיני זכויות יוצרים.²²³ החוק קובע כי עקיפת אמצעי טכנולוגי השולט בגישה

World Intellectual Property Organization: Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 65, 71 (§ 11) 219 (להלן: WIPO Copyright Treaty). ה-WIPO Copyright Treaty כבר נכנסה לתוקף, וכ-90 מדינות חברות בה. ראו http://www.wipo.int/treaties/en/StatsResults.jsp?treaty_id=16

The Council of the European Union, Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, 2001 O.J. (L 167) 10–19 (היוצר הרמוניה בין חוקי האיחוד האירופי לבין ה-WIPO Copyright Treaty).

221 ראו, לדוגמה: Audio Home Recording Act of 1992, Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237. במכשירי הקלטת קול דיגיטליים.

222 השימוש בטכנולוגיה בשם “serial copy management system” במכשירי הקלטת קול דיגיטליים.

223 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (להלן: DMCA).

223 ס' 1201–1205 לחוק זכויות יוצרים האמריקאי. ה-DMCA קובע באופן כללי בס' 1201(a)(1)(A) כי: “No

ליצירה המוגנת מכוח חוק זכויות יוצרים, וכן ייצור מוצרים שמטרתם העיקרית היא פריצה ועקיפה של אמצעי הגנה טכנולוגיים המגינים על יצירות מפני הפרת זכויות יוצרים, מכירת מוצרים כאלה או מסחר בהם, ייחשבו כולם להפרת זכות יוצרים.²²⁴ הוראות אלה מונעות למעשה עקיפה של אמצעים טכנולוגיים של מערכות מחשב שנועדו למנוע גישה לא-מורשית ליצירות מוגנות לפי דיני זכויות יוצרים.²²⁵ החוק מספק מגוון של תרופות וסעדים להפרות כאמור, שחלקם אזרחיים וחלקם פליליים. על חקיקת ה-DMCA נשפכו קיתונות של ביקורת ממגוון סיבות. אחת הסיבות המרכזיות לביקורת היא היקף ההגנה הרחב שהחוק נותן ליוצרים על-חשבון צרכנים ומשתמשים.²²⁶ לפי החלטות שנתנו בתי-המשפט בפרשם את ה-DMCA,²²⁷ נראה שהם מספקים הגנה רחבה מאוד, שתקפה גם במקרים שבהם אמצעי ההגנה הטכנולוגיים מונעים גישה לא-מורשית ליצירות שאינן זכאיות להגנת דיני זכויות יוצרים. לסיכום, אמצעי הגנה טכנולוגיים מספקים פתרונות מתוחכמים ויעילים ליצרני מסדי נתונים. חולשתו של פתרון זה נעוצה במגבלות תחולתו, שכן אין בו כדי לספק פתרון ליצרנים של מסדי נתונים מיושנים יותר.

person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title"

224 ס' 1201 לחוק זכויות יוצרים האמריקאי.

225 התוכנה המנהלת את מסדי הנתונים יכולה לספק הגנה נגזרת לחומרים השמורים במאגר עצמו, היות שהתוכנה כשלעצמה היא תוכן מוגן לפי חוק זכויות יוצרים האמריקאי. היות שכך, כל ניסיון לקצור חומרים מהמאגר המדובר עשוי להיחשב גם להפרה של זכויות היוצרים בתוכנה. בצורה זו החומרים נהנים מהגנה נגזרת הנובעת מהגנת התוכנה.

226 ראו, לדוגמה: Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 519, 534-537 (1999). ראו גם: JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 143-145 (2001) (הדנה בבעיות העלולות להיגרם מחקיקה כזאת); LAWRENCE LESSIG, THE FUTURE OF IDEAS 187-190 (2001) (אשר מסביר את הסכנות הטבועות ב-DMCA וטוען כי אין הגנה קניינית אמיתית בתחום הקניין הרוחני בגלל ההגבלות הטבועות בסעיף המעניק לקונגרס את הסמכות להסדיר את תחום זכויות היוצרים וכן בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית); Glynn S. Lunney, *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 VA. L. REV. 813 (2001) (אשר מסביר את הסיכונים הטבועים ב-DMCA ומונה צעדים שבתיה-המשפט והקונגרס יכולים לנקוט כדי לוודא שגישת השליטה הטכנולוגית של ה-DMCA אכן משרתת את האינטרס הציבורי).

227 ראו: Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 435, 440-441 (2d Cir. 2001) (הנוגע בהוראות ס' 1201(a)(2) ו-1201(b)(1) לחוק זכויות יוצרים האמריקאי). בעניין זה פרסמו הנתבע-המעורר Eric Corley והקברה שלו כתב-עת מורפס, והחזיקו אתר מרשתת מקושר הפונה לפצחנים. החברה פרסמה באתר עותק של תוכנת הפענוח DeCSS, אשר נבנתה על-מנת לעקוף את טכנולוגיות ההצפנה שאולפנים שילבו בתקליטורי DVD כדי למנוע צפייה והעתקה לא-מורשים. בערעור תקפה החברה את חוקתיותו של ה-DMCA. טענתה הייתה שצו המניעה שהוציא בית-משפט קמא, שאסר את המשך השימוש בתוכנה, מפר את התיקון הראשון לחוקה, מכיוון שקוד מחשב הוא ביטוי המוגן על-ידי חופש הביטוי ולכן ראוי להגנה חוקתית. בית-המשפט לערעורים קבע כי הקוד שבתוכנה הוא אכן ביטוי מוגן, אך הואיל וההיבט הפונקציונלי של התוכנה הוא שמוגבל על-ידי צו המניעה – כלומר, הרכיב הלא-ביטויי שלה, הניטרלי מבחינה תוכנית, ולא הרכיב הביטויי שלה – הצו עומד בביקורת חוקתית. ראו באופן כללי: 3 MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 12A.06 (2005).

(2) דיני זכויות יוצרים

הפסיקה האמריקאית בעניין *Feist* והפסיקה הישראלית בעניין הפרמיייר ליג חוללו שינוי עמוק בכל הנוגע בהיקף ההגנה על מסדי נתונים. החוק האמריקאי והחוק הישראלי קובעים כי יצירות-לקט (compilations) מוגנות לפי דיני זכויות יוצרים רק אם בחירת מרכיביהן וסידורם מקוריים.

בישראל, הן לפי חוק זכות יוצרים הישן משנת 1911 והן לפי חוק זכות יוצרים החדש, יצירה מוגנת אם היא מקורית.²²⁸ בתחילת הדרך סיפק הדין הישראלי, כמו הדין האנגלי, הגנת זכויות יוצרים ליצירות-לקט בגין המאמץ או העבודה שהושקעו ביצירתן, בראותו במאמץ ובעבודה אלה עדות למקוריות.²²⁹ אולם משנות השמונים ואילך, בסדרה של החלטות, הגדיר בית-המשפט העליון מחדש את תוכנה של דרישת המקוריות, ובעניין אינטרלגו הוא קבע, בדומה לבית-המשפט העליון האמריקאי בעניין *Feist*, כי בהשקעה או בעבודה כשלעצמן אין כדי לבסס הגנה לפי דיני זכויות יוצרים.²³⁰

הדין הישראלי קובע כי דיני זכויות יוצרים צריכים להעשיר את עולם הביטויים, ולכן דרישת המקוריות דורשת גם רכיב מסוים של יצירתיות. בית-המשפט העליון לא הרחיב את הדיון בסוגיית דרישת היצירתיות בעניין אינטרלגו, שכן עובדות המקרה לא דרשו הרחבה כאמור, אך אזכר את עניין *Feist* בהסכמה.²³¹ דרישת היצירתיות לא הובהרה די צורכה בפסיקה הישראלית. יש בפסיקה אמירות נבדלות בעניין טיב הדרישה, ואין בה הנחיה ברורה כיצד ליישמה.

בעניין יצירות-לקט, החוק הישראלי קובע במפורש כי יצירה ספרותית כוללת, בין היתר, גם טבלה ולקט. יצירת-לקט מוגדרת בחוק כ"לקט של יצירות לרבות אנציקלופדיה או אנתולוגיה, וכן לקט של נתונים לרבות מאגר מידע".²³² החוק מוסיף וקובע כי "מקוריות של לקט היא המקוריות בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים שבו".²³³ לאחרונה, בעניין הפרמיייר ליג, הבהיר סוף-סוף בית-המשפט את דרישת המקוריות

228 ס' 4 (א) לחוק זכות יוצרים ("זכות יוצרים תהא ביצירות אלה: (1) יצירה מקורית שהיא יצירה ספרותית, יצירה אמנותית, יצירה דרמטית או יצירה מוסיקלית, המקובעת בצורה כלשהי").

229 ראו, לדוגמה, ע"א 136/71 מדינת ישראל נ' אחימן, פ"ד כו(2) 259 (1972), שבו קבע בית-המשפט העליון כי תיאוריית העמל יכולה להצדיק מתן הגנה לפי דיני זכויות יוצרים.

230 ראו ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S. A., פ"ד מח(4) 133 (1994) (להלן: עניין אינטרלגו). ראו גם ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, 829 (2000). ("המקוריות היא העיקר, ולא די בהשקעה של מאמץ, של זמן או של כישרון כדי להצדיק הגנת זכות יוצרים"). כן ראו ע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529 (2001). ראו גם מיכאל ד' בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" עלי משפט ב 347 (2002), ובו דיון מאיר-עניינים בדרישת המקוריות בפסיקה הישראלית. ראו גם עניין הפרמיייר ליג, לעיל ה"ש 7, שבו הדגיש בית-המשפט העליון במפורש כי דרישת המקוריות לפי דיני זכויות יוצרים דורשת עמידה ברף מינימלי, שאינו גבוה מאוד, אולם הוא מחייב שהיוצר יעמוד במבחן היצירתיות ובמבחן ההשקעה גם-יחד ואין די בעמידה רק באחד מהם.

231 עניין אינטרלגו, שם, בעמ' 169 ("בית המשפט העליון האמריקני דן בסוגיה תוך התייחסות מפורשת לגישת ההשקעה, ודחה את הטענה כי תיתכן זכות יוצרים ללא כל יצירתיות").

232 ס' 1 לחוק זכות יוצרים.

233 ס' 4(ב) לחוק זכות יוצרים.

בכלל, ואת ההגנה על מסדי נתונים בפרט, בדין הישראלי. בעניין זה התעוררה השאלה אם לוחות משחקים שהוכנו על-ידי ליגות הכדורגל באנגליה לצורך הצגת משחקי הליגות בבריטניה מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים. בית-המשפט קבע כי לוחות אלה אינם מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים, משום שהם אינם עומדים בדרישת המקוריות של חוק זכות יוצרים. אין חולק שהלוחות היו תוצר של השקעה, אך בזו אין די לצורך קבלת הגנה. נקבע כי הלוחות אינם מקיימים את דרישת היצירתיות, שכן לוחות אלה הציגו מידע טריוויאלי ונעדר יצירתיות. גם אופן הצגת המידע בלוחות לא היה יצירתי או מקורי במיוחד, לדעת בית-המשפט. מכל מקום, נקבע כי המועצה להסדר ההימורים בספורט הציגה את המידע והנתונים באופן ייחודי ומקורי משלה, ולפיכך לא הפרה את זכויותיהן של המערערות בלוחות. זאת ועוד, בית-המשפט הדגיש כי עצם בחירת הנתונים שיופיעו בלוחות לא הייתה יצירתית דייה, שכן היא לא הצריכה שום מומחיות או דמיון. כפי שידון להלן, בחלק העוסק בהגנה על מסדי נתונים באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, אף העילה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט נדחתה, שכן נקבע כי המועצה להסדר ההימורים בספורט לא התחרתה במערערות כלל. מעניין שבית-המשפט לא תרם להבהרת דרישת היצירתיות, אלא הסתפק בחזרה על אמירותיו של בית-המשפט העליון בעניין אינטרלגו, בהדגישו כי "היצירה חייבת לשאת בחובה חותם כלשהו – גם אם לעיתים מזערי – של המחבר או המלקט. היא חייבת להיות 'פרי עמלו הרוחני של היוצר'... ולשקף למצער 'רמה נמוכה ביותר של ביטוי אישי'".²³⁴ הקביעה כי לוחותיהן של המערערות הם טריוויאליים ונטולי יצירתיות, וכי הם אינם פרי תהליך של בחירה המשקף מומחיות או דמיון, לא הוסברה כל צורכה באופן המאפשר להבחין בין יצירות-לקט מוגנות לאלה שאינן מוגנות.

ניתן להיווכח כי זכות היוצרים במסדי נתונים הצטמקה,²³⁵ כך שהגנת זכויות יוצרים ניתנת רק למסד נתונים שיש בו רכיבים יצירתיים – למשל, באופן הבחירה של הפריטים שייכללו במסד או באופן סידורם.²³⁶ הגנת זכויות יוצרים אינה חלה על המידע העובדתי שבמסד הנתונים.²³⁷ חשוב גם להדגיש כי מסד נתונים לא יזכה בהגנה כלל – גם כאשר לבחירה של נתוני המסד ולסידורם וגם כאשר למידע העובדתי הגלום בו – אם אין בו בחירה סובייקטיבית של הנתונים, אלא איסוף לפי קריטריון כללי, כגון כל מספרי הטלפון של תושבי תל-אביב-יפו.

לנוכח הצטמקות זכויות היוצרים במסדי נתונים בארצות-הברית ובישראל, חשוב לעמוד על גישות הפסיקה בשתי המדינות בשנים האחרונות, בעיקר לאחר מתן פסק-הדין בעניין *Feist*. פסק-הדין בעניין *Feist* הביא לידי פגיעה גם בהיקף ההגנה הניתנת למסדי נתונים. לפיכך, גם כאשר בתי-המשפט קובעים כי מסד הנתונים מוגן לפי דיני

234 עניין הפרמייר ליג, לעיל ה"ש 7, פס' 31 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

235 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 359.

236 שם, בעמ' 349.

237 ס' 5 לחוק זכות יוצרים ("זכות יוצרים ביצירה כאמור בסעיף 4 לא תחול על כל אחד מאלה, ואלם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים... (4) עובדה או נתון").

זכויות יוצרים, הם נוטים לקבוע כי לא הייתה הפרה של הזכות המוגנת, בשל העדר דמיון רב בין הנתונים החדשים לבין הנתונים שהועתקו. דוגמאות למגמה זו הם פסקי-הדין בעניין *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing, Inc.*²³⁸ ובעניין *Warren Publishing, Inc. v. Microdos Data Corp.*²³⁹ פסקי-דין אלה ואחרים אפשרו למתחרים לקצור כמות ניכרת של מידע גולמי ממסדי נתונים מבלי להפר זכויות יוצרים.

בתי-המשפט בישראל דנו אף הם, בכמה הזדמנויות, בסוגיית היקף ההגנה על מסדי נתונים לפי דיני זכויות יוצרים. בסדרת החלטות שניתנו בבתי-משפט השלום ובבתי-המשפט המחוזיים, ולאחרונה אף בבית-המשפט העליון בעניין הפרמיייר ליג, עמדו בתי-המשפט בישראל על ההגנה ה"רוזה" המוענקת למסדי נתונים. בתי-המשפט קבעו בכמה פסקי-דין כי מסדי נתונים עובדתיים אינם זוכים בהגנת דיני זכויות יוצרים. בסיס הנתונים הגולמי כשלעצמו אינו מוגן, ואף הארגון והסידור של המסד אינם מוגנים אם מדובר בשמות סיווג גנריים או תיאוריים מקובלים. כך, למשל, בעניין חיים אחרים תקשורת ושיווק בע"מ נ' קריבושא²⁴⁰ קבע בית-המשפט המחוזי כי אין הגנת זכויות יוצרים על נתונים עובדתיים במסדי נתונים, אלא רק על אופן ביטויים. באותו עניין דובר במשיב שהעתיק לאתר המרשתת שלו נתונים מתוך מדריך מסווג לרפואה טבעית, לתזונה נכונה ולמודעות גוף-נפש-רוח. בית-המשפט קבע כי אין במידע עובדתי כאמור כדי לענות על דרישת המקוריות, וכי גם אם המבקשת תצליח להראות שהשקיעה מאמץ וזמן באיסוף הנתונים הכלולים במדריך, לא יהיה בכך כדי להעניק לה הגנת זכות יוצרים על נתונים אלה.²⁴¹ בית-המשפט אף בחן אם מסד הנתונים מקורי מפאת דרך הסידור והארגון שלו, וקבע כי שמות הסיווג הכלולים במדריך אינם מקוריים – שכן רובם שמות גנריים או שמות המתארים מקצוע או עיסוק ומשמשים את הציבור הרחב – ולכן אינם ראויים להגנה.

באופן דומה, בעניין בזק נ' דפי זהב דנו בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט העליון

Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Information Publishing, Inc., 999 F.2d 1436, 238 U.S. 1101 (1994), cert. denied, 510 U.S. 1101 (1994).

עניין *Warren*, לעיל ה"ש 188, בעמ' 1520–1521.

239 בש"א (מחוזי ת"א) 13191/03 חיים אחרים תקשורת ושיווק בע"מ נ' קריבושא (פורסם בנבו, 25.9.2003).
240 ראו גם בש"א (מחוזי ת"א) 2018/05 מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 3.3.2005) (להלן: עניין מעריב במחוזי – צו מניעה זמני); רע"א 2516/05 מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 7.5.2006) (להלן: עניין מעריב בעליון – צו מניעה זמני) (בית-המשפט קבע כי מסדים הכוללים נתונים ועובדות שהופיעו בלוחות המודעות של העיתון אינם מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים, ולפיכך דחה את הבקשה לתת צו מניעה זמני ואת בקשת רשות הערעור על ההחלטה).

241 ראו גם ת"א (מחוזי ב"ש) 7287/06 ז'אניק נ' פארנס ישראל 100% אילת (פורסם בנבו, 28.2.2009) (להלן: עניין ז'אניק) (בית-המשפט בחן אם הלקט נושא התביעה הוא מקורי מבחינת בחירת הנתונים ואופן סידורם, והסיק כי מדובר בלקט לא-מקורי, שכן הסיווג והעריכה של החומר רגילים ופשוטים). חשוב לציין כי הגדרה של "עובדה" או "נתון" אינה משימה קלה כלל ועיקר. בפסיקה האמריקאית נדרשו לשאלה זו בכמה וכמה פסקי-דין, ולעיתים ניטש ויכוח אם אפיון פריטים כ"נתון" או כ"עובדה" אכן נכון. ראו: *Miriam Bitton, Protection for Informational Works After Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service*, 21 *FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J.* 611 (2011).

בבקשתה של חברת בזק למנוע בצו מניעה את חברת דפי זהב מלהשתמש במאגר הנתונים שלה, אשר כלל פרטים על מנויים פרטיים, כגון שם משפחה, שם פרטי, כתובת, מספרי טלפון ולעיתים משלח-יד.²⁴² בכל הערכאות סירב בית-המשפט לתת את צו המניעה המבוקש, וקבע כי זכויות יוצרים אינן חלות על עובדות ונתונים, ולכן שימוש באלה על-ידי חברת דפי זהב אינו מהווה הפרה. יתרה מזו, בית-המשפט דחה את הטענה כי מאגר הנתונים מקורי, מן הטעם שלא הושקעה כל יצירתיות בהכנתו. זאת ועוד, בית-המשפט הדגיש כי במאמץ אין די לצורך קבלת הגנת זכויות יוצרים, ואף פקפק אם ניתן לראות באותן שאלות יחידות המופנות ללקוח של בזק היוצר קשר עם השירות באקראי, ובקבלת פרטיו העדכניים, משום "מאמץ" כלשהו. בית-המשפט אף דחה טענות משפטיות נוספות שהעלתה חברת בזק באשר לקצירת הנתונים ממאגר המידע שלה. כך, הוא סבר כי המידע אינו קניינה של חברת בזק, אלא מידע הנגיש לכלל הציבור, ואף דחה טענות להפרת התחייבות חוזית, מכיוון שהמידע נקצר מתוך אתר 144 הפתוח לכל.

גם בהחלטותיהם של בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט העליון בעניין מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ²⁴³ קבעו בתי-המשפט, הן במסגרת ההליכים למתן צו מניעה זמני והן במסגרת פסק-הדין הסופי בתיק, כי עובדות הגלומות במודעות "דרושים" שפורסמו בעיתון מעריב אינן מוגנות בזכויות יוצרים, ועל-כן העתקתן על-ידי אתר AllJobs לא היוותה הפרת זכויות יוצרים. השופט ד"ר מיכל אגמון-גונן עמדה על כך שהמידע הגולמי הכלול במודעות הפרסומת אינו מוגן, שכן "מודעות הדרושים כוללות פרטים טכניים, ללא מידה כלשהי של יצירתיות. פרטים אלו אינם מצויים כלל תחת הגנת דיני זכויות היוצרים".²⁴⁴

לאחרונה, בעניין קווי מידע ופרסום,²⁴⁵ אימץ בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע את הלכת *Feist* במפורש. באותו עניין כללה הנתבעת באתר המרשתת שלה קישור למדריך טלפונים של התובעת ליישובים עומר, מיתר ולהבים. בית-המשפט הדגיש כי דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים דורשת עמידה במבחן ההשקעה ובמבחן היצירתיות, וכי אין די בהשקעת מאמצים לצורך קבלת הגנת זכויות יוצרים. בית-המשפט קבע, כמו השופט אוקונור בעניין *Feist*, כי מדריך טלפונים אינו מוגן לפי דיני זכויות יוצרים, שכן אין בו כל ביטוי יצירתי עצמאי ומיוחד. יתרה מזו, נראה שהחלטתה של השופטת

242 ב"א (מחוזי ת"א) 11667/09 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' דפי זהב בע"מ (פורסם בנבו, 13.9.2009); רע"א 8304/09 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' דפי זהב בע"מ (פורסם בנבו, 1.12.2009).

243 עניין מעריב במחוזי – צו מניעה זמני, לעיל ה"ש 240; עניין מעריב בעליון – צו מניעה זמני, לעיל ה"ש 240; ת"א (מחוזי ת"א) 1074/05 מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.2010) (להלן: עניין מעריב במחוזי – פסק-דין סופי).

244 עניין מעריב במחוזי – פסק-דין סופי, שם, בעמ' 17. ראו גם ה"פ (מחוזי מר) 09–03–11359 ג'וב מאסטר בע"מ נ' אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.2010) (להלן: עניין ג'וב מאסטר), שבו נקבע כי הצעות עבודה שמתפרסמות באתר המבקשת כוללות נתונים ועובדות הנמסרים לה מידי מעסיקים לצורך פרסום שתמורתו היא מקבלת תשלום. במודעות הללו אין כל מידה של יצירתיות, ומכאן שהמידע הכלול בהן אינו מוגן מכוח דיני זכויות יוצרים, ואף מוחרג מהם מפורשות.

245 עניין קווי מידע ופרסום, לעיל ה"ש 6.

נצר נשענה על דוקטרינת המיזוג, שלפיה כאשר יש מספר מוגבל של דרכי ביטוי לרעיון מסוים, דרכי הביטוי והרעיון מתמזגים ואינם זכאים להגנת זכות יוצרים. השופטת הסבירה כי למדריך טלפונים יש צורות ביטוי מוגבלות מאוד, ועל-כן אי-אפשר לתת לה הגנה מפני העתקה.²⁴⁶

במקרים אחרים נתנו בתי-המשפט הגנה לסידור ולארגון של מסד הנתונים. למשל, בעניין המדריך החרדי בע"מ נ' חרדי פון בע"מ²⁴⁷ ביקשה המוציאה-לאור של "המדריך החרדי בע"מ" צו מניעה זמני שיאסור על המשיבות להפיץ ולמכור את המדריך "כשר פון", המפר לטענתה את זכויות היוצרים שלה במדריך החרדי. המבקשת מדפיסה מדריך שנים רבות, וכוללת בו "מידע דת, קהילה ושירותי ציבור". לטענתה, המשיבות העתיקו מהמדריך שלה את פרק הגמ"חים, הכולל סיווג ייחודי שיצרה ובו 164 סיווגים. לטענתה, סיווגים אלה מקוריים ולכן מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים. בית-המשפט קבע כי המדריך של המבקשת אכן מקורי ולכן זכאי להגנה של חוק זכות יוצרים. בית-המשפט הסיק את מקוריותו של המדריך מכך שלא הוצג לפניו כל מדריך אחר הכולל סיווג זהה או אף דומה לזה של המבקשת. בכל הכבוד, דומה כי הנמקה זו כשלעצמה אינה מהווה סיבה מספקת לקביעה שיצירה היא מקורית. חדשנותה של יצירה אינה ערוכה למקוריותה. ייתכן שהמדריך החרדי היה ראשון מסוגו ובמובן זה בגדר יצירה חדשנית, אך ייתכן שהסידור והסיווג כשלעצמם לא היו מקוריים משום שהסיווג היה טכני מתבקש, כגון הסיווג בעניין *Feist*, או בשל היות הסיווגים גנריים. מכל מקום, בית-המשפט קבע כי מדובר במדריך מקורי, וכי העתקת הסיווג של פרק הגמ"חים היוותה הפרת זכות יוצרים של המבקשת.

גם תמיר אפורי מציין בספרו²⁴⁸ כי הגנה על מאגרי מידע מעסיקה את המחוקקים ובתי-המשפט ברחבי העולם, ומעוררת שאלות קשות בעניין האיזון שיש לעשות בין התמריץ ליצור לבין נגישותו של המידע המלוקט במאגר לציבור. המחוקק הישראלי בחר לא להקנות הגנה נפרדת ומיוחדת למאגרי מידע, והסתפק בהגנה הנתונה לפי חוק זכות יוצרים, אשר אינה משתרעת על העובדות שבמאגר, אלא רק על המקוריות שבליקוט המידע ובארגונו כמכלול. המגמה הניכרת בשיטות משפט שונות היא שגם אם סודרו הנתונים בצורה מקורית, אין בכך כדי למנוע את העתקת הנתונים המלוקטים ואת השימוש בהם במאגר שונה, המאורגן בדרך אחרת. עם זאת, העתקה של צורת ארגון הנתונים תיחשב הפרת זכויות יוצרים. אפורי מצביע על שאלת אופייה של המקוריות בבחירת הנתונים, להבדיל משאלת אופן סידורם. לטעמו, הבחירה בנתונים מסוימים

246 אבל ראו עניין גד הפקות, לעיל ה"ש 6, שם קבע השופט אורנשטיין כי ה"לימודפון" – מדריך המכיל רשימות של מוסדות חינוך ומוסדות אקדמיים לפי סיווג מקצועי בסדר אלפביתי – חוסה תחת צילה של זכות יוצרים ומוגן. לרברי השופטת נצר בעניין קווי מידע ופרסום, לעיל ה"ש 6, יש להבחין בין פסק-הדין בעניין גד הפקות לבין המקרה המונח לפניו, משום ש"ישנן שיטות רבות לביטוי 'אינדקס' המאגר תחתיו רשימות של מוסדות חינוך ומוסדות אקדמיים" (שם, בעמ' 12). נראה שמספר אפשרויות הביטוי של מאגר המידע היה הגורם המכריע בשאלת ההגנה לפי דיני זכויות יוצרים.

247 בש"א (מחוזי י"ם) 3711/08 המדריך החרדי בע"מ נ' חרדי פון בע"מ (פורסם בנבו, 18.8.2008).

248 תמיר אפורי חוק זכות יוצרים (2012).

צריכה להיחשב מקורית אם היא משקפת בחירה בין חלופות שונות. אפורי מדגיש כי ליקוט כלל הנתונים הקיימים למאגר אינו בגדר בחירה מקורית, ולכן ייתכן מצב שבו נתבע אשר העתיק את כל הנתונים שבהם התקיימה בחירה מקורית של התובע ייחשב כמי שהפר זכות יוצרים של התובע אף אם סידר את הנתונים בצורה שונה.²⁴⁹ על רקע ההגנה החלשה לכאורה על מסדי נתונים לפי דיני זכויות יוצרים, ניתן לזהות דפוסים שונים של התמודדות עם חולשתו של הדין. משרד זכויות היוצרים האמריקאי חיבר דין-וחשבון מקיף בעניין ההגנה על מסדי נתונים, ודן בו בשתי אסטרטגיות עיקריות המשמשות יצרני מסדי נתונים כדי להתמודד עם הכשלים בהגנת זכויות יוצרים.²⁵⁰ האסטרטגיה הראשונה היא שיפור תוכנו של מסד נתונים בדרך של שילוב טקסטים מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים, כגון הוספת תקצירי מאמרים, תקצירי פסיקה או סוגים אחרים של טקסטים הקשורים לתוכנו של מסד הנתונים. מתחרים המבקשים להעתיק את הרכיבים שאינם מוגנים נתקלים במקרה כזה בחסמים חזקים החוסמים את קצירת המידע, מכיוון שהמידע הלא-מוגן שלוב במידע המוגן באופן שאינו מאפשר להעתיק את המידע הלא-מוגן מבלי להעתיק גם מידע מוגן ולהפר בכך זכויות יוצרים של היצרן של מסד הנתונים. האסטרטגיה השנייה היא הימנעות מליצור מסדי נתונים שבהם קריטריון הבחירה הוא כלילת כל המידע הקיים בקשר לנושא נתון, והעדפת יצירה של מסדי נתונים המבוססים על בחירה סובייקטיבית וברירנית יותר של עובדות ומידע.²⁵¹

התומכים במתן הגנה מיוחדת למסדי נתונים טוענים כי היעילות של אסטרטגיות אלה מוגבלת מכמה סיבות. ראשית, במסדי נתונים רבים הוספת טקסטים מוגנים תהיה מיותרת ולא-רלוונטית, ותעמיס מידע לא-חיוני על המשתמשים במסדי הנתונים. באופן דומה נטען גם כי בחירה סובייקטיבית וברירנית של מידע רק כדי לעמוד בדרישת-הסף של מקוריות ולזכות בהגנת זכויות יוצרים עלולה לפגוע בערכו של מסד הנתונים משום שהיא גורעת משלמותו. כן נטען שהוספת מידע כאמור עלולה לייקר את מחיריהם של מסדי נתונים לצרכנים, שכן שינויים אלה כרוכים בהשקעת משאבים רבים, וברי שהיצרן יגלגלם לפתחו של משתמש-הקצה.²⁵²

249 שם, בעמ' 104–105.

250 INFORMATION: U.S. COPYRIGHT OFFICE, REPORT ON LEGAL PROTECTION FOR DATABASES 20–22 (1997). ראו גם: 250

INDUSTRY ASSOCIATION, DATABASE PROTECTION: AN INDUSTRY PERSPECTIVE ON THE ISSUES (1995)

251 ראו, לדוגמה: Baila H. Celedonia, *From Copyright to Copycat: Open Season on Data?*, PUB. WKLY., 251

Aug. 16, 1991, at 35 (הממליצה שיצרני מסדי נתונים ישקלו את האפשרות להעשיר את יצירות-הלקט שלהם

באמצעות ניתוח סובייקטיבי של העובדות, וכי עליהם לנסות לשלב במוצריהם "value-added subjective selection and arrangement" על-מנת להגביר את ההגנה האפשרית עליהם).

252 ראו: Denise R. Polivy, *Feist Applied: Imagination Protects, but Perspiration Persists – The Bases* 252

of Copyright Protection for Factual Compilations, 8 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 773,

798 (1998) ("The addition of subjective information, however, will raise the cost of producing the

compilation, and the developer will pass the increased cost onto users. To the extent that users do

not value the additional information enough to warrant the increased cost of access, their use of the

Lynn compilation will decrease") The 1999 CIAA Hearing על ה"ש" 25, בעמ' 286 (הצהרתה של Lynn

Henderson, מנכ"לית Doane Agricultural Services Co.).

טיעונים אלה מניחים כי יצרני מסדי נתונים משתמשים בשיטות לא-יעילות כדי לזכות בהגנת זכות יוצרים, שמובילות לייצור מוצרי מידע עם ערך מוסף שאינו מתאים לצורכי הצרכנים או לרדישותיהם. עם זאת, כפי שצוין לעיל,²⁵³ ניתן לראות בשיטות אלה אמצעים לבידול מוצרים, הנותנים ערך מוסף לצרכנים. יקשה לטעון כי ערך מוסף זה הוא שיפור לא-חיוני או מיותר למוצר המידע, אשר אין בו עניין צרכני. אילו היו השיפורים הללו מיותרים, סביר להניח שהצרכנים לא היו רוכשים את המוצר. מלבד ההגנה הניתנת למידע הגולמי של מסדי נתונים לפי דיני זכויות יוצרים, תוכנת המחשב של מסד הנתונים זוכה אף היא בהגנה באמצעות דיני זכויות יוצרים ודיני הפטנטים. מסדי נתונים מתחרים נבדלים זה מזה באיכות השירות המסופק לצרכנים. לדוגמה, מסדי נתונים כוללים תוכנות חיפוש מתקדמות המאפשרות לצרכנים לבצע חיפושים מתקדמים במסד הנתונים. מכיוון שתוכנת החיפוש היא חלק בלתי-נפרד ממסד הנתונים,²⁵⁴ ומכיוון שהיא יכולה להיות מוגנת באמצעות דיני זכויות יוצרים ודיני הפטנטים, יצרנים יכולים ליהנות בזכותה מהגנה של ממש גם על מסדי הנתונים שלהם.²⁵⁵

(3) דיני סודות מסחריים

מסדי נתונים מסוימים יכולים ליהנות מהגנה גם לפי דיני הסודות המסחריים.²⁵⁶ עם זאת, לא כל מסד נתונים יכול ליהנות מהגנת הסוד המסחרי. הדין הישראלי והדין במדינות אחרות, ביניהן ארצות-הברית, קובע כי הגנת הסוד המסחרי זמינה רק בהתמלא תנאי החוק. הדרישה החשובה ביותר היא דרישת הסודיות, כלומר, תוכנו של מסד הנתונים חייב להיות סודי. חשיפה של המידע במסד הנתונים באמצעות הצגה, מכירה, פרסום או בדרך אחרת עשויה להביא לידי אובדן ההגנה של הסוד המסחרי.²⁵⁷ דרישת הסודיות

253 ראו דיון לעיל בחלקים 28(a) ו-28(b).

254 ראו Tyson & Sherry, לעיל ה"ש 28. כן ראו Pollack, לעיל ה"ש 126, בעמ' 115:

"Even the expert hired by the database industry to testify in favor of the CIAA [Collections of Information Antipiracy Act] admitted that much of a database's production cost and marketable value depend on the software, as opposed to the content. People who could get the unmassaged data inexpensively from the government still choose to pay to get the 'same' data from the value-added marketer with the user-friendly software. For instance, WESTLAW and LEXIS are widely used even though cases are available for free on the Internet. This is because WESTLAW and LEXIS provide highly sophisticated search software which cut search time and help locate elusive cases which are directly on point. They are also more likely to have the correct text. *Feist* did not remove search software from copyright or patent protection..."

255 הכלים לחיפוש מידע ולארגונו נהנים מאותה רמה של הגנה כמו כל תוכנת מחשב אחרת. היקף ההגנה כיום על זכויות יוצרים בתוכנה הוא נושא רחב הראוי לעיון נפרד. עם זאת, מבחן ההפרה שאומץ לגבי תוכנות בדין האמריקאי זוכה בהכרה נרחבת. מדובר במבחן ה-"abstraction-filtration-comparison" שאומץ על-ידי ערכאת הערעור בעניין: *Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 706-711 (2d Cir. 1992).

256 RESTATEMENT OF TORTS § 757 cmt. b (1939); RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 39 cmt. d (1993).

257 בישראל ראו ס' 5-7 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. בארצות-הברית ראו: 1 ROGER M. MILGRIM, *MILGRIM ON TRADE SECRETS* § 1.05[2] (2004). ראו גם: *Capital Asset Research Corp. v. Finnegan*, 160 F.3d 160 (2004).

מגבילה את האפשרות לקבל הגנה על מסדי נתונים בערוץ זה, אף שהפסיקה הישראלית לא עמדה בדווקנות על דרישה זו, וגם במצבים של חשיפה חלקית של סוד מסחרי קבעו חלק מבתיה המשפט כי הסוד לא נהפך לנחלת הכלל.²⁵⁸ ההגנה תהיה ישימה רק לגבי מסדי נתונים המיועדים לשימוש פנימי ומסדי נתונים המוצעים לקהל-יעד מוגבל אשר מחויב לשמור סודיות באשר לתוכנם.

כדי לבסס טענת הפרה של סוד מסחרי, יש להצביע בדרך-כלל על מערכת יחסים בין בעל הסוד המסחרי לבין הנתבע. זו יכולה להיות מבוססת על יחסים חוזיים או על יחסי אמון כלשהם, כגון יחסי עובד-מעביד.²⁵⁹ גם שימוש לא-מורשה בסוד מסחרי שהגיע לידי המשתמש מצד שלישי יכולה להוות הפרת סוד מסחרי. לחלופין יש להוכיח כי הסוד נגזל באמצעים לא-חוקיים, כגון גנבה או ריגול תעשייתי.²⁶⁰ הטוען להפרת סוד מסחרי צריך לתאר ולפרט מהו הסוד המסחרי, ואין להסתפק בתיאור כללי.²⁶¹ בפסקי-דין שונים נקבע כי מוצרי מידע רבים יכולים ליהנות מהגנת הסוד המסחרי. כך, למשל, בפסק-הדין בעניין הר זהב קבע בית-הדין הארצי לעבודה כי רשימת לקוחות יכולה ליהנות מהגנת הסוד המסחרי בתנאים מסוימים.²⁶² במצב שבו ניתנת הגנת הסוד המסחרי, הגנה זו יכולה להיות חזקה. הסעדים הנתונים ליצרן מסדי נתונים בגין הפרת סוד מסחרי טובים יותר מהסעדים שהוא זכאי לקבל במצב של הפרת זכויות אחרות.²⁶³

(4) דיני סימני מסחר

גם דיני סימני המסחר יכולים לספק הגנה ליצרני מסדי נתונים. קיימים כמה מצבים שבהם דינים אלה יכולים להועיל ליצרנים. כך, שימוש לא-מורשה בתוכן של מסד

258 (11th Cir. 1998) 683, 685–688. בעניין זה העתיק עובד לשעבר של החברה את מאגרי המידע שלה, העביר את המאגרים המועתקים לחברה מתחרה, והאחרונה השתמשה במאגרים אלה כדי להתחרות במעסיקתו לשעבר. המעסיקה תבעה את העובד בגין הפרת חוזה והפרות של סודות מסחריים, והפסידה בכל טענותיה. בית-המשפט קבע כי מאגר המידע לא עמד באמות-המידה הנדרשות כדי להיחשב סוד מסחרי, בין היתר מכיוון שהמידע שבמאגר היה זמין לציבור. כן פסק בית-המשפט כי לא הייתה הפרה של סעיף איסור התחרות בחוזה בכל הנוגע במתן מידע למתחרים.

259 ת"א (מחוזי ת"א) 2117–07 גאמידה מדאקויפ בע"מ נ' Fisher Scientific Company L.L.C (פורסם בנבו, 5.12.2012) (בית-המשפט מדגיש כי לצורך מתן הגנה למידע אין דרישה לסודיות מוחלטת, אלא לסודיות יחסית. כך, למשל, נקבע כי העובדה שהמידע ידוע לחלק מן העובדים בחברה אינה שוללת את היותו סודי).

259 MILGRIM, לעיל ה"ש 257, ס' 3.03.

260 שם, ס' 7.03; RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 43 (1995).

261 ע"ע 164/99 פרומר נ' רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294, 320 (1999).

262 ע"ע 1141/00 הר זהב שירותי מזון בע"מ נ' פורליין בע"מ, פד"ע לח 72, 81 (2002); ת"א (מחוזי ת"א)

1101/06 חסן נ' גלוברנדס בע"מ (פורסם בנבו, 17.9.2006).

263 בארצות-הברית ראו, לדוגמה: Bridge: A.F.A. Tours, Inc. v. Whitchurch, 937 F.2d 82, 87 (2d Cir. 1991); C.A.T. Scan Assoc. v. Technicare Corp., 710 F.2d 940, 946 (2d Cir. 1983) פרק ג לחוק עוולות מסחריות מגדיר גזל סוד מסחרי כ"עוולה נויקית" שכללי דיני הנויקין הכלליים חלים עליה. כמו-כן, ס' 13 לחוק זה מאפשר פיצוי בלא הוכחת נזק בשיעור של עד 100,000 ש"ח. יתר על כן, ס' 21 לחוק נותן סעד של השמרת נכסים.

נתונים המזוהה עם יצרן מסוים, באופן שעלול ליצור בלבול באשר למקורו של מסד הנתונים, יכול להוות בסיס לתביעה בגין הפרת סימן מסחר.²⁶⁴ גם הטעיית צרכנים באשר למקורו של מסד הנתונים, ויצירת רושם שמקורו אצל יצרן מקורי כלשהו וכי יש לו מאפיינים זהים לאלה של היצרן המקורי, תהווה הפרת סימן מסחר.²⁶⁵ לבסוף, הפרה של סימן מסחר מתרחשת גם כאשר נתבע נוטל את המוצר של התובע ומוכר אותו לצרכנים כאילו היה שלו ("reverse palming off").²⁶⁶

עם זאת, ההגנה של דיני סימני המסחר מוגבלת, והיא מגינה אך ורק מפני שימוש במסדי נתונים העלול לבלבל או להטעות צרכנים באשר למקורו של מסד הנתונים, ולאחרונה גם בגין שימושים העלולים להחליש את עוצמת הסימן. חשוב להדגיש כי הגנת סימני מסחר מתקיימת לצד הגנת המוניטין של היצרן, שהיא מקור הגנה דה-פקטו ליצרני מסדי נתונים. צרכנים שמקור המידע ואמינותו חשובים להם יעשו בדרך-כלל בירור יסודי באשר למקור המוצר, ולפיכך המוניטין עצמו מספק הגנה ליצרנים.²⁶⁷

(5) דיני חוזים

יצרני מסדי נתונים מסתמכים על תניות חוזיות המונעות מצרכנים ומשתמשים שימוש לא-מורשה במסדי הנתונים שלהם, ובכלל זה קצירת מידע ממסד הנתונים, גם אם זה אינו מוגן לפי דיני זכויות יוצרים. אכן, רוב החוזים הנוגעים במסדי נתונים כוללים תנאי שימוש המגבילים שימושים מסוימים.²⁶⁸ החוזים כוללים גם תנאי אכיפה וסעדים (למשל, יכולת לחסום משתמש, להשעות משתמש, לא לתת לו שירות וכיוצא באלה).²⁶⁹ יצרני מסדי נתונים מאמצים גם שיטות תמחור המשתנות לפי הלקוח. לעיתים החיוב הוא לפי תשלום קבוע מראש, ולעיתים הוא מותנה בהיקפי השימוש. זאת ועוד, מקובל לאפשר גישה בתנאים נוחים יותר ללקוחות שהם מוסדות ללא כוונת רווח

264 2 J. THOMAS (2006) § 1125(a) 15 U.S.C. (להלן: חוק סימני מסחר האמריקאי). ראו גם באופן כללי: McCARTHY, TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23 (2nd ed. 2004). דוקטרינת ה"דילול" הקשורה לכך עלולה להגביל את ההגנה מפני שימושים לא-מורשים מסוימים בסימן המסחר של היצרן. לפי החוק הפדרלי, שימוש בסימן באופן הפוגע ב-"capacity of a famous mark to identify and distinguish goods or services" אינו חוקי. ראו ס' 1125(c)(1) וס' 1127 לחוק סימני מסחר האמריקאי (הגדרה של "דילול"). ראו גם McCARTHY, שם, ס' 24 (הדן בחוקים מדינתיים נגד דילול).

265 ראו, לדוגמה: Polo Fashions, Inc. v. Craftex, Inc., 816 F.2d 145, 148 (4th Cir. 1987).
 266 ראו, לדוגמה: John Wright, Inc. v. Casper Corp., 419 F. Supp. 292, 324 (E.D. Pa. 1976), *aff'd in part and* Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 399 U.S. 297, 307 (1971), *rev'd in part*, 587 F.2d 602 (3d Cir. 1978).
 267 539 U.S. 23, 38 (2003).

267 Symposium on Database Protection, לעיל ה"ש 60, בעמ' 289. ראו גם Pollack, לעיל ה"ש 126, בהערה 354.

268 U.S. COPYRIGHT OFFICE, לעיל ה"ש 250, בעמ' 21–25. ראו גם INFORMATION INDUSTRY ASSOCIATION, לעיל ה"ש 250.

269 ראו, לדוגמה: LexisNexis, Terms & Conditions of Use for the LexisNexis Services, <http://www.lexisnexis.com/terms/general.aspx>.

לעומת לקוחות מסחריים.²⁷⁰ תניות כאמור נמצאו תקפות בכת"מ-משפט בארצות-הברית ובמדינות אחרות.

בעניין *ProCD*, משנת 1996, נפסקה ההלכה הידועה ביותר הנוגעת בתקפותן של תניות חוזיות.²⁷¹ נקבע בה כי רשיון-צלופן (*shrinkwrap license*), שהוא הסכם הנכנס לתוקפו כאשר הצרכן מסיר את אריזת התוכנה, הוא הסכם תקף. בהסכם שנידון בפסק-דין זה קבע היצרן כי הצרכן מתחייב לא לקצור את הנתונים במסד הנתונים, גם אם אלה אינם מוגנים לפי דיני זכויות יוצרים. בית-המשפט קבע כי תניה כאמור תקפה ואכיפה.²⁷² באותו מקרה ליקטה התובעת מידע מכ-3,000 מסדי נתונים של מדריכי טלפון לתוך מסד נתונים ממוחשב אחד, אשר נמכר על-גבי תקליטור, והנתבע רכש תקליטור כזה, קצר ממנו את המידע והשתמש בו לצרכים מסחריים באמצעות חברה שהקים. בית-המשפט המחוזי יישם את הלכת *Feist* במקרה זה,²⁷³ וקבע כי קצירת המידע ממסד הנתונים של התובעת לא היוותה הפרת זכות יוצרים. ערכאת הערעור שדנה בנושא התמקדה בשאלה החוזית שהמקרה מעורר, והיא תקפותן של תניות חוזיות שנכללו ברשיון השימוש בתקליטור.²⁷⁴ לתקליטור של התובעת שרכש הנתבע צורף רשיון-צלופן. רשיונות-צלופן הם כאמור הסכמים המצורפים למוצרי תוכנה ונכנסים לתוקפם כאשר הצרכן מסיר את אריזת המוצר. רשיונות כאלה כוללים בדרך-כלל תניות המגבילות את השימוש במוצר המידע הנמכר. במקרה זה אסרו תנאי הרשיון של התקליטור כל שימוש מסחרי בו, ואיסור זה חל גם על המידע הגולמי האצור במסד הנתונים. ערכאת הערעור קבעה כי רשיונות אלה אכיפים, אלא אם כן תניותיהם אינן חוקיות לפי דיני החוזים.²⁷⁵ לפיכך תניה הקובעת כי אסור לקצור מידע גולמי ממסד נתונים תהיה תקפה גם אם לפי דיני זכויות היוצרים מדובר בהעתקה מותרת שאינה מהווה הפרת זכות היוצרים במסד הנתונים. בתי-משפט נוספים אימצו פסיקה זו.²⁷⁶

270 U.S. COPYRIGHT OFFICE, לעיל ה"ש 250, בעמ' 225.

271 עניין *ProCD*, לעיל ה"ש 189.

272 שם, בעמ' 1455.

273 עניין *Feist*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 363-364.

274 עניין *ProCD*, לעיל ה"ש 189, בעמ' 1449 ("We may assume that this database cannot be copyrighted, although it is more complex, contains more information (nine-digit zip codes and census industrial codes), is organized differently, and therefore is more original than the single alphabetical directory at issue in *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*" יש לציין כי זו אחת הפעמים היחידות שבהן הבחינו השופטים בין עניין *Feist* לבין העניין שנידון לפנייהם.

275 שם. בית-המשפט פירט רשימת תניות חוזיות שעשויות להיות בלתי-אכיפות.

276 ראו, לדוגמה: *Wrench LLC v. Taco Bell Corp.*, 256 F.3d 446, 455 (6th Cir. 2001) (הקובע כי תביעה מכוו חוזה שנדינה על-פי חוק מדינתי אינה נסוגה מפני חקיקה פדרלית, כגון חוקי זכויות יוצרים, לפי דוקטרינת ה-*preemption*); *Lipscher v. LRP Publications, Inc.*, 266 F.3d 1305, 1318 (11th Cir. 2001); *Bowers v. Baystate Techs., Inc.*, 320 F.3d 1317, 1324-1325 (Fed. Cir. 2003) (פסיקה דומה); *Murdach*, No. C-96-2524 MHP, 42 U.S.P.Q.2d (BNA) 1240, 1244-1245, 1997 U.S. Dist. LEXIS 3558, I. Lan Sys., Inc. v. Netscout Serv. Level Corp., 183 F.3d *11-12 (N.D. Cal. Jan. 8, 1997) (פסיקה דומה); *ProCD* (המאמץ את הלכת *ProCD* ואוכף רשיון-הקלקה). ראו גם לאחרונה: *Altera Corp. v. Clear Logic, Inc.*, 424 F.3d 1079 (9th Cir. 2005); *Forest Park Pictures v. Universal Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.*, 847 F.2d 255, Television, 683 F.3d 424 (2nd Cir. 2012) אצל ראו: 847 F.2d 255.

בישראל קיימת פסיקה מחוזית מועטה בלבד שעוסקת בשאלה חוזית זו, והיא הולכת בכיוון הפוך מזה שבו בחרו רוב בתי-המשפט האמריקאיים, בקובעה כי תניות מעין אלה אינן תקפות.²⁷⁷ למשל, בפסק-הדין בעניין ג'וב מאסטר קבע בית-המשפט ש"קביעה מפורשת כי מידע מסוג מסוים מוחרג מתחולתו של החוק [חוק זכות יוצרים – מ' ב'], משמעה כי יש להעדיף את אינטרס הציבור לעשות שימוש באותו מידע ללא מגבלה על פני אינטרסים אחרים. הטלת מגבלה על השימוש הלגיטימי במידע השייך לכלל, באמצעות הסכם שהינו למעשה חוזה אחיד, אינה יכולה לעמוד".²⁷⁸ גישה זו של הפסיקה הישראלית אינה ראויה יותר בהכרח מזו האמריקאית, שכן היא עלולה דווקא לפגוע בהנגשתן של יצירות וברישוין, גם אם אלה אינן מקוריות, בעוד הגישה האמריקאית יוצרת שווקים למוצרי מידע אלה הודות ליכולת ההתניה על הוראותיו של חוק זכות יוצרים.

אם כן, דיני החוזים הם מקור הגנה נוסף על יצרני מסדי נתונים. עם זאת, חשוב להדגיש כי דיני החוזים אינם מספקים הגנה מוחלטת מפני העתקות של מסדי נתונים. ראשית, חוזים מחייבים רק את הצדדים להם. אי-אפשר להכפיף להוראות החוזים צדדים שלישיים שלא היו צד להם.²⁷⁹ זאת ועוד, נראה שמספר הצדדים הכפופים לחוזים אלה משפיע אף הוא על יכולתו של היצרן למנוע שימושים לא-מורשים. מסדי נתונים המופצים בקרב קבוצה קטנה של צרכנים אינם חשופים לסכנת העתקה של ממש בהשוואה למסדי נתונים המופצים בקרב מספר רב של צרכנים, שכן ליצרן יש יכולת שליטה טובה יותר בשוק קטן של המוצר. שנית, הסעדים במקרה של הפרת חוזה שונים מאלה שחוק זכות יוצרים מספק.²⁸⁰ יתרה מזו, מכיוון שמסדי נתונים משווקים בכל העולם, יצרני מסדי

277 (5th Cir. 1988) 269 (המאשר את תפיסתו של בית-המשפט המחוזי באותו עניין, שלפיה רשיונות-צלוף אינם אכיפים); (S.D.N.Y. 1995) 144, 147 (Shoptalk Ltd. v. Concorde-New Horizons Corp., 897 F. Supp. 144, 147 (המסרב לאכוף התחייבות חוזית לתשלום תמלוגים לאחר פקיעת זכות היוצרים ביצירה).

278 ראו גיא רוב דיני חוזים: הלנו אתם אם לצרינו? חוזים טובים, חוזים רעים וחוזים שאולי הורגים את זכויות היוצרים (טרם פורסם) (הדן באכיפת תניות חוזיות אשר מתנות על הוראותיו של חוק זכות יוצרים).

279 עניין ג'וב מאסטר, לעיל ה"ש 244, בעמ' 12. ראו גם עניין מעריב במחוזי – פסק-דין סופי, לעיל ה"ש 243, בעמ' 24–25, שם קבעה השופטת אגמון-גונן, לעניין תניות חוזיות שהופיעו באתר, כי "תניות אלו מניחות קיומה של זכות יוצרים במידע המופיע בעיתון או באתר. כפי שיפורט להלן, תוכן מודעות הדרושים אינו חוסה תחת הגנת דיני זכות יוצרים, ועל כן התניות הנ"ל, ככל שהן מתייחסות למידע הגולמי הכלול במודעות הדרושים בעיתון ובאתר, אינן מחייבות... כיוון שבבענייננו נקבע כי אין זכויות יוצרים בתוכן המודעות, ממילא אין בתנאי השימוש כדי להצמיח זכות כלשהי למעריב".

280 ראו עניין ProCD, לעיל ה"ש 189, בעמ' 1454 (שם מצייין בית-המשפט כי חוזים משפיעים ככלל רק על הצדדים להם); (Ill. App. Ct. 1985) 1236, 1242 (Wilde v. First Fed. Sav. & Loan Ass'n, 480 N.E.2d 1236, 1242 (חווה שנסוחו תקף נחשב בלתי-אכיף כאשר ניסו לתבוע על בסיסו אדם שלא היה צד לו ואשר אין עימו יריבות).

281 יש כמה הבדלים מהותיים בסעדים בין דיני זכויות יוצרים לבין דיני חוזים. ראשית, ס' 52 לחוק זכות יוצרים מגדיר הפרת זכות יוצרים כעוולה נזיקית, משמע יחולו עליה הסעדים של דיני הנזיקין, ולא של דיני החוזים. שנית, לעומת דיני החוזים, שבהם התרופות המקובלות הן אכיפה, השבה או פיצוי, בדיני זכויות יוצרים אחר הסעדים המרכזיים הוא סעד של צו מניעה, כפי שהוא מוגדר בס' 53 לחוק זכות יוצרים. כמובן, ס' 56 לחוק קובע אפשרות של פיצויים ללא הוכחת נזק במקרה של הפרת זכות יוצרים, ואילו בדיני חוזים אפשרות זו תיאורטית יותר.

זאת ועוד, הסעד של אכיפה ספציפית של החוזה זמין לעיתים רחוקות בלבד, ואילו סעד של צווי מניעה רוחבית תביעות של הפרת זכות יוצרים. ראו: E. ALLEN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS §§ 12.4–12.6 (2004) (המסביר כי בתי-המשפט נהגו לסרב לתת סעד של אכיפת חוזה כאשר היה אפשר לפסוק פיצוי הולם על הסיכונים). חוק זכויות יוצרים האמריקאי נותן סעד של פיצוי סטטוטורי, ובמקרים מסוימים אף נותן סעד של

נתונים עלולים להיתקל בקשיי אכיפה של חוזהם במדינות שונות, לרבות קושי באכיפת תניות דוגמת אלה שנידונו בעניין *ProCD*.

חוזים אשר מתנים על הוראותיו של חוק זכות יוצרים – כלומר, כוללים תניות המספקות ליצרני מוצרי המידע הגנות רחבות מאלה שחוק זכות יוצרים מעניק להם – נהפכו לחוזים נפוצים, בעיקר בגלל עלויות ההתקשרות והייצור הנמוכות בסביבת המרשתת. חוזים כאמור מעוררים שאלות קשות בעניין זכויותיהם של צרכנים ומשתמשים בכלל: האם יוצרים צריכים לשלוט לחלוטין באופן השימוש ביצירותיהם בעידן המידע, בלא קשר להיקף ההגנה שדיני הקניין הרוחני נותנים להם? למשל, האם יוצרים יכולים לשלול מצרכנים את היכולת לקצור ממסדי הנתונים שלהם מידע שאינו זכאי להגנה לפי חוקי זכויות יוצרים? באופן דומה, האם יוצרים יכולים למנוע מצרכנים ומשתמשים שימוש הוגן במוצרי המידע שלהם כאשר שימוש כזה נתון להם לפי החוק?²⁸¹

שאלות אלה ואחרות התעוררו בעידן המידע, ובעיקר נידונה האפשרות לשלול באמצעות חוזים שימושים מותרים. חלק מן המלומדים גורסים כי יוצרים זכאים לשלול גם בשימושים הוגנים מצד צרכנים או משתמשים ביצירותיהם, וכי שליטה כאמור אינה מנוגדת לדוקטרינת השימוש ההוגן.²⁸² לטענת אותם מלומדים, עקרון השימוש ההוגן נקבע בזמנים שבהם היה קשה לחייב בתשלום כל שימוש ביצירה. בימינו הגנת השימוש ההוגן חיונית לטענתם פחות, בשל היכולת להתאים חוזים למידות הצרכן ובגלל הירידה הניכרת בעלויות העסקה בסביבת המרשתת, אשר מתגברת על רבים מהקשיים שעיסם נועדה הגנת השימוש ההוגן להתמודד. לעומתם יש הסוברים כי התניה כאמור אינה חוקית, ואינה צריכה להיות מותרת לנוכח ערכים אחרים, דמוקרטיים, שהגנת השימוש ההוגן מבקשת לקדם, כגון קידום והעשרה של עולם הביטויים.²⁸³ אין חולק שדיון זה

הוצאות משפט והוצאות שכר-טרח של עורך-דין, ואילו דיני החוזים דורשים הוכחת נזק כתנאי למתן פיצויים בתביעה על הפרת חוזה. ראו *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 352 (1981)*; *Uniform Commercial Law § 1-106 cmt. 1, § 2-715 cmt. 4 (2004)*. ראו גם *FARNSWORTH, שם, ס' 12.8–12.9*. חוק זכויות יוצרים האמריקאי מתיר פסיקת פיצויים סטטוטוריים בשיעור של 500–20,000 דולר, ובמצבים של הפרה מכוונת ניתן לפסוק עד 100,000 דולר (ס' 504(C)). לבית-המשפט נתון גם שיקול-דעת לפסוק הוצאות ושכר-טרח לצד הוכחה (ס' 505).

281 דיון סוער התעורר בשאלה אם ניתן לאפשר שינוי של כללי בררת-המחדל של דיני זכויות יוצרים באמצעות חוזים. ראו: Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 CAL. L. REV. 111 (1999); A. Michael Froomkin, *Article 2B as Legal Software for Electronic Contracting – Operating System or Trojan Horse?*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 1023, 1044–1046 (1998); Michael J. Madison, *Legal-War: Contract and Copyright in the Digital Age*, 67 FORDHAM L. REV. 1025 (1998); David Nimmer et al., *The Metamorphosis of Contract into Expand*, 87 CAL. L. REV. 17, 40–41 (1999); Maureen A. O'Rourke, *Copyright Preemption After the ProCD Case: A Market-Based Approach*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 53, 69 (1997); Pamela Samuelson, *Intellectual Property and Contract Law for the Information Age: Foreword to a Symposium*, 87 CAL. L. REV. 1, 12–13 (1999); William W. Fisher III, *Property and Contract on the Internet*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1203, 1232–1233 (1998).

282 ראו: Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557, 581–584 (1998) (הטוען כי הטכנולוגיה תוכיח את עצמה כיעילה יותר מיישום עקרון השימוש ההוגן בריפוי כשלי שוק הנגרמים כאשר עלויות העסקה מרתיעות מפני שימושים שונים ביצירות).

283 NEIL NETANEL, *COPYRIGHT'S PARADOX* (2008); Neil Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*,

מעורר שאלות כבדות-משקל, אולם מפאת קוצר היריעה הן לא יידונו כאן בהרחבה. עם זאת, ניתן לסכם ולומר כי דיני החוזים יכולים לספק הגנה למסדי נתונים בכפוף להסתייגויות שהוארו לעיל.²⁸⁴

(6) דיני עשיית עושר ולא במשפט ודיני התחרות הלא-הוגנת (Misappropriation)

דיני עשיית עושר ולא במשפט – או דיני התחרות הלא-הוגנת בשם האמריקאי – נוגעים במגוון של אינטרסים מוגנים,²⁸⁵ ומבקשים למנוע מגוון פעולות שאינן הוגנות בתחרות בין גורמים עסקיים ואחרים.²⁸⁶ דיני הקניין הרוחני מגינים על מוצרי מידע למיניהם בכפוף לדרישות-סף מסוימות,²⁸⁷ כך שלעיתים מוצרי מידע אינם זוכים בהגנה מכוח דיני הקניין הרוחני. האם אפשר להגן עליהם במקרים אלה באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט?²⁸⁸ שאלה זו העסיקה ומוסיפה להעסיק בתי-מחוקקים ובתי-משפט רבים במדינות רבות, וגם בישראל.

הדין האמריקאי מספק למסדי נתונים ולמוצרי מידע אחרים הגנה לפי דיני התחרות הלא-הוגנת, אך זאת רק בנסיבות מסוימות. ההגנה ניתנת בעזרת דוקטרינת ה-*misappropriation* (התחרות הלא-הוגנת). פסיקת בית-המשפט העליון האמריקאי משנת 1918 בעניין *International News Service v. Associated Press* (להלן: הלכת INS) היא ציון-הדרך החשוב ביותר ביצירת הרוקטרינה.²⁸⁹ בעניין זה קבע בית-המשפט העליון האמריקאי כי חברת החדשות *International News Service* אינה יכולה להעתיק ולפרסם בחוף המערבי של ארצות-הברית ידיעות חדשותיות שחברת החדשות המתחרה, *Associated Press*, יצרה ופרסמה בחוף המזרחי של ארצות-הברית, בטרם הייתה לאחרונה הזדמנות לפרסמן בחוף המערבי, וקבע כי התנהגות כזאת היא בגדר עוולה. לדברי בית-המשפט: "One should not reap where one has not sown."²⁹⁰ בית-המשפט אימץ אם כן

106 YALE L.J. 283 (1996); JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND (2008).

284 ראו, לדוגמה: LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 122–141 (1999); JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 169 (1996).

285 ראו: Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Sept. 5, 1970, 21 U.S.T. 1629, 828 U.N.T.S. 305 (להלן: אמנת פריז) (אמנה זו כוללת הוראות בעניין הטעיה והכפשה של מתחרים עסקיים).

286 ס' 39 להסכם טריפס, לעיל ה"ש 8, מציג את ההגנה על מידע סודי, כגון סודות מסחר, באמצעות כלים של עוולות תחרות לא-הוגנת כפי שנקבעו בס' 10bis לאמנת פריז. ראו גם: Model Provisions on Protection Against Unfair Competition, No. 832 (E) (Geneva, WIPO, 1996), אשר הודפסו מחדש על-ידי KAMPERMAN SANDERS, לעיל ה"ש 24, בנספח.

287 ראו KAMPERMAN SANDERS, לעיל ה"ש 24, בעמ' 6–8; דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, 1998); מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (2002); עופר גרוסקופף אופקים חדשים במשפט – הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (2002).

287 לדוגמה, פטנטים, זכויות יוצרים, סימני מסחר ועיצובים תעשייתיים.
288 KAMPERMAN SANDERS, לעיל ה"ש 24, בעמ' 6–7. המחבר מציע לקבוע עוולת תחרות לא-הוגנת כגון "malign competition", המבוססת על דוקטרינת עשיית עושר ולא במשפט.

289 International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215, 245 (1918). (להלן: הלכת INS).
290 שם, בעמ' 221.

בהחלטה זו את ההשקפה שאדם אינו יכול לקצור את מה שהוא לא זרע. תפיסה זו מנסה לעשות צדק עם הצד שעמל והשקיע ביצירת מוצר המידע, ולמנוע אחרים מליהנות מפירות עבודתו בלא הסכמתו.

לאורך השנים הסתמכו בתי-משפט במדינות בארצות-הברית על הלכת INS.²⁹¹ אולם השימוש הנדיר למדי בדוקטרינה תרם למצב של אי-ודאות באשר לנסיבות החלתה ולהיקף ההגנה שהיא מספקת.²⁹² ההזדמנות להגדיר ולהבהיר את הדוקטרינה הגיעה בשנת 1997, כאשר ערכאת ערעורים אמריקאית דנה בעניין *National Basketball Association v. Motorola, Inc.* (להלן: עניין *Motorola*).²⁹³ בית-המשפט הבהיר בעניין זה את הנסיבות שבהן ניתן להישען על טענת תחרות לא-הוגנת לנוכח המשפט המקובל של מדינת ניו-יורק:

- התובע יצר או אסף מידע והשקיע בכך משאבים כלכליים או זמן;
 - ערכו של המידע הוא תלוי-זמן, כלומר, ערכו הכלכלי תלוי בעיתוי פרסומו;
 - השימוש של הנתבע במידע מהווה "נסיעה חופשית" (free riding) על מאמציו של התובע;
 - הנתבע מתחרה במישרין במוצר או בשירות של התובע;
 - יש חשש שיכולתם של צדדים אחרים להשתמש במוצרו של התובע תפגע עד-מאוד בתמריץ לייצר את המוצר או לתת את השירות.²⁹⁴
- בעניין *Motorola* קבע בית-המשפט כי המערערת, NBA, לא עמדה בנטל ההוכחה הנדרש, ולכן לא הייתה זכאית לסעד מכוח הדוקטרינה.²⁹⁵

291 ראו באופן כללי: Douglas G. Baird, *Common Law Intellectual Property and the Legacy of International* 291
News Service v. Associated Press, 50 U. CHI. L. REV. 411 (1983). במהלך שנות השמונים והתשעים אזכר בית-המשפט העליון האמריקאי כמה פעמים את הלכת INS. ראו, לדוגמה, עניין *Feist*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 354 (הקובע כי הגנה משפטית על עובדות "may in certain circumstances be available under a theory of unfair competition"). ראו גם: *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 26 (1987); *San Francisco Arts & Athletics v. U.S. Olympic Comm.*, 483 U.S. 522, 532 (1987) ("Yet this recognition always has been balanced against the principle that when a word acquires value 'as the result of organization and the expenditure of labor, skill, and money' by an entity, that entity constitutionally may obtain a limited property right in the word"). גם הקונגרס התייחס לכך כאשר עיצב את הוראות ה-preemption של חוק זכויות יוצרים. ראו ס' 301 לחוק זכויות יוצרים האמריקאי. ראו גם: H.R. REP. NO. 94-1476, at 132 (1976).
 292 ראו, לדוגמה: *Metropolitan Opera Assoc., Inc. v. Wagner-Nichols Recorder Corp.*, 101 N.Y.S.2d 483 (1951), *aff'd*, 107 N.Y.S.2d 795 (1951).
 293 עניין *Motorola*, לעיל ה"ש 11.
 294 שם, בעמ' 845.
 295 שם, בעמ' 853–854.

יש הטוענים כי גם אם אפשר להיעזר בדוקטרינה זו, כפי שהיא עוצבה בעניין *Motorola*, לשם הגנה על מסדי נתונים, לא ברור אם היא תוכל לספק הגנה מספקת ליצרני מסדי הנתונים. נטען כי יסודות הדוקטרינה, דוגמת הדרישה שהמידע שפורסם יהיה מידע שערכו הכלכלי תלוי בעיתוי פרסומו, אינם ישימים לגבי מסדי נתונים רבים, כגון מסדי נתונים היסטוריים או מסדי נתונים שערך המידע שבהם אינו מושפע מעיתוי השימוש במידע. עוד נטען כי מבחני הדוקטרינה אינם הולמים את סביבת המידע החדשה, שכן המתחרים הישירים ביצרני מסדי נתונים אינם היחידים שמאיימים על ערכם המסחרי של מסדי נתונים. בסביבת המרשתת קיימים גורמים נוספים רבים המשתמשים באופן לא-מורשה במסדי נתונים, אף שאלה אינם מתחרים בהכרח ביצרן מסד הנתונים המקורי, ולעיתים אף אינם פועלים למטרות מסחריות. פעילותם של משתמשים כאלה עלולה אף היא לפגוע פגיעה של ממש בערכו המסחרי של מסד הנתונים.²⁹⁶

קושי נוסף העולה מן השימוש בדוקטרינה בכלל בהקשר זה הוא שהדוקטרינה, מטבעה, אינה מוגבלת בשום צורה, להבדיל מהגנת דיני הקניין הרוחני, אשר מוגבלת, למשל, באמצעות דרישות-סף להגנה, זכויות בלבדיות מסוימות, הגבלה של משך ההגנה ושימושים מותרים. דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם מגבילים את יכולת השימוש בעילה, ולפיכך ניתן להסתמך עליה בקשר לכל מוצר, לרבות מוצרי מידע, ובכל עת. לנוכח הדיון לעיל בעניין חיוניותה של התערבות מתקנת בשוק מסדי הנתונים, לא ברור אם דוקטרינה כגון זו שנקבעה בעניין *Motorola* אכן חיונית וראויה בהקשר של מסדי נתונים. מכל מקום, ברור שדווקא כאשר מדובר במידע המאבד מערכו במהירות רבה למדי, לא בהכרח נחוצה הגנה, שכן חסמי הכניסה לשווקים אלה גבוהים, כמתואר לעיל, ואין תמריץ לגורמים פירטיים ואחרים להיכנס לשוק זה.

הדין בישראל שונה מאוד מן הדין האמריקאי. בעוד הדין האמריקאי לא זכה בפיתוח חקיקתי ופסיקתי בכל הנוגע בדיני עשיית עושר ולא במשפט ובשימוש בענף משפטי זה כמקור הגנה למוצרים שאינם מוגנים באמצעות דיני הקניין הרוחני לענפיהם, הדין הישראלי פיתח את הדיון בהגנתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט על מוצרי מידע. חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, קובע בסעיף 1(א) חובת השבה שלפיה "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה". החוק קובע אפוא שלוש דרישות לקבלת סעד מכוחו: (1) קיומה של טובת-הנאה לזוכה, (2) על-חשבון המזכה, (3) שהתקבלה לא כדין. הפסיקה הישראלית הוסיפה יסוד נוסף, שאפרט להלן.

פסק-הדין החשוב ביותר שעסק ביחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני הקניין הרוחני ניתן בעניין א.ש.י.ר.²⁹⁷ בית-המשפט התלבט בשאלה אם ניתן להקנות

296 ס' 107(4) לחוק זכויות יוצרים האמריקאי (בהחלטה אם שימוש הוא הוגן, על בתי-המשפט להתחשב גם בהשפעה של השימוש על השוק הפוטנציאלי של המוצר).

297 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד (4) 289 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ר.).

לתובע סעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט במקרה שבו הוא לא קיבל הגנה מכוח דיני הקניין הרוחני. פסק-הדין עסק בשלושה ערעורים, אשר אוחדו לתיק אחד, שעסקו בהעתקת מוצרים שונים שלא נהנו מהגנת דיני הקניין הרוחני ואשר הועתקו על-ידי אחרים.²⁹⁸ בשלושת המקרים העניק בית-המשפט המחוזי סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אף שדיני הקניין הרוחני לא העניקו זכות. בית-המשפט העליון הגיע להכרעה אחרת. הנושא החשוב לענייננו הוא עמדתו של בית-המשפט העליון בסוגיית היחס שבין דיני הקניין הרוחני לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט, והאפשרות לקבל סעד מכוחם של האחרונים כאשר הראשונים אינם מקנים זכויות. שופטי בית-המשפט העליון נחלקו בשאלת האפשרות לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בנסיבות אלה.

השופט חשין, בדעת מיעוט, אימץ את עמדתו של פרופ' דניאל פרידמן, וסבר כי דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם צריכים להקנות לתובע סעד כאשר יש הסדר שלילי בעניין האפשרות להחיל דינים אלה.²⁹⁹ עם זאת, גם לכלל זה יש חריג, לדעתו, והוא נסיבות שבהן מתקיים "היסוד הנוסף". היסוד הנוסף אשר מטה את כף המאזניים מתקיים, לדעתו, כאשר עוצמתו גוברת על האינטרס של חופש העיסוק והתחרות. עוצמה כזאת קיימת, למשל, בתרמית או בהטעיה או בנסיבות נוספות הקשורות לאופי הפגיעה באינטרס של הנפגע, להתנהגות הצדדים בדרך-כלל ולטיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח.³⁰⁰ השופט חשין הכיר בקושי שבאית-חולתם של דיני הקניין הרוחני על מצבים שבהם ניתן להשתמש חינם ביציר-כפיהם של אחרים שהשקיעו בו מאמץ רב, אולם הוא סבר כי הפתרון חייב להיות בחקיקה, שכן שיקולים כבדי-משקל עומדים על הפרק, שאין לשוקלם באמצעות פיתוח פסיקתי.³⁰¹

ברומה לשופט חשין, גם השופט אנגלרד סבר כי יש להוכיח פלישה של הזוכה אל תוך זכות מוכרת וממוסדת של המזכה, המוכרת בדין הקיים, כדי לקבל סעד על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט.³⁰² כאשר דיני הקניין הרוחני אינם מעניקים סעד, לא יחולו, לדעתו, גם דיני עשיית עושר ולא במשפט.³⁰³ לדעת אנגלרד, יש להוכיח כי התקיים "היסוד הנוסף" כדי לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. יסוד זה מתקיים, לדבריו, בהתנהגות פסולה ולא-הגונה, לרבות התנהגות נטולת תום-לב, במיוחד כלפי מתחרה בעסק.³⁰⁴

השופטת שטרסברג-כהן חלקה על השופט חשין, וסברה כי לא בכל מקום שבו המחוקק שותק יש הסדר שלילי.³⁰⁵ לדידה, הסדר שלילי יוסק רק אם יש ניגוד חריף וישיר בין דבר החקיקה לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט. בכל מקרה שבו אין הדבר

298 ש.ם.

299 ש.ם, פסיקתו של השופט חשין בעמ' 329.

300 ש.ם, בעמ' 373–374.

301 ש.ם, בעמ' 378–382.

302 ש.ם, פסיקתו של השופט אנגלרד בעמ' 440.

303 ש.ם, בעמ' 441.

304 ש.ם, בעמ' 444–445.

305 פס' 18 לפסיקתה של השופטת שטרסברג-כהן.

מתחייב מן הכתוב בחוק ומתכליתו, לא יימצא הסדר שלילי. דיני הקניין הרוחני אינם יוצרים סביבם הסדר שלילי. לדעתה, לצורך ביסוס טענה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, די בעמידה ברף נמוך של ביסוס התנהגות פסולה וחסרת תום-לב הפוגעת בחוש ההגינות והצדק.³⁰⁶ כדי לבסס את קיומו של "היסוד הנוסף", על הרעיון המועתק להיות מסוים, ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי, ועליו להיות רעיון שבעליו השתמשו בו או שבכוונתם להשתמש בו. ככל שהמאמץ והמשאבים שהושקעו במוצר המועתק רבים יותר כן יהיה היצרן ראוי יותר לחסות תחת כנפי החוק. דרישה נוספת היא שהזוכה היה מודע לכך שהוא מעתיק מוצר פרי רעיונו של אחר.³⁰⁷

הנשיא ברק, שאליו הצטרף השופט אור,³⁰⁸ סבר כי לצורך קבלת סעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט נדרש קיומו של "יסוד נוסף". היסוד הנוסף המזכה לדעתו בהשבה מאת אדם שהפיק טובת-הנאה מחיקוי או מהעתקה של מוצר הוא מצב דברים שבו ההעתקה או החיקוי נעשו תוך הפרת עקרון תום-הלב האובייקטיבי. עקרון תום-הלב האובייקטיבי מופר כאשר החיקוי או ההעתקה נעשו בניסיון של תחרות לא-הוגנת, גם אם התחרות הלא-הוגנת טרם נהפכה לעוולה בשיטת המשפט הישראלית.³⁰⁹ את השאלה אם דיני הקניין הרוחני יוצרים הסדר שלילי, כפי שסבר חשין, השאיר ברק ב"צריך עיון".³¹⁰ עם זאת, הוא הסכים כי במסגרת בחינת השאלה אם נתונה זכות השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט יש להביא בחשבון את ההסדרים והאיזונים שנקבעו בדיני הקניין הרוחני, וכאשר בוחנים אם טובת-הנאה היא "לא על פי זכות שבדין", יש להתחשב, בין היתר, בכך שחוקי הקניין הרוחני לא הכירו בזכות הקניין הרוחני של בעל המוצר.³¹¹ לדעת ברק, רשימת המצבים המוכרים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אינה רשימה סגורה. הוא סבור כי הבסיס לחובת ההשבה הוא ציפייה של המזכה, אשר הדין מכיר בה כבסיס להשבה.³¹² לדבריו, השיקולים המגבשים חובה זו הם שיקולים של צדק ויושר, ומבחנים אלה הם מבחנים אובייקטיביים.³¹³ לשם גיבוש החלטה בעניין חובה זו יש לאזן בין שני ערכים ואינטרסים: האחד הוא חופש העיסוק וחופש התחרות הנגזר ממנו, והתפיסה שרעיונות ומחשבות יהיו חופשיים לכל שימוש; והאחר הוא הרצון לעודד מחשבה ויצירה לשם קידום הפרט והחברה. ההתנהגות שתזכה בעילה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט היא תחרות לא-הוגנת הנוגדת את מידות המסחר ההוגן.³¹⁴ עם זאת, אין די בתחרות לא-הוגנת, אלא נדרש "יסוד נוסף", וזה יהיה בדרך-כלל היבט של יצירתיות ומאמץ:

306 שם, בעמ' 430–431.

307 שם.

308 שם, פסיקתו של השופט אור בעמ' 488.

309 שם, פסיקתו של הנשיא ברק בעמ' 449.

310 שם, בעמ' 454.

311 שם, בעמ' 456.

312 שם, בעמ' 462–464.

313 שם, בעמ' 466.

314 שם, בעמ' 473–474.

"ככל שהיצירה היא חשובה יותר, חדשנית יותר, ייחודית יותר ובעלת תרומה מהותית יותר, כן תהיה נטייה גדולה יותר לראות בחיקויה או בהעתקה משום תחרות בלתי הוגנת. כן יש להתחשב במאמץ שהשקיעו היוצר והמעתיק. על-כן, לא הרי העתקה או חיקוי הכרוכים במאמץ רב מצד המתחרה, כהרי העתקה או חיקוי הנעשים ללא כל מאמץ מצד המחקה או המעתיק. לא הרי העתקה או חיקוי של יצירה שהושקעו בה עמל ומחקר רב, כהעתקה או חיקוי של מוצר פשוט, שלא הושקעו מאמצים רבים בפיתוחו."³¹⁵

ברק אף הדגיש כי הנטייה לראות העתקה או חיקוי כתחרות לא-הוגנת תגבר בנסיבות שבהן התרתם של העתקה או חיקוי כאמור עלולה להרתיע יצרנים מלפתח מוצרים.³¹⁶ יש גם להתחשב בתוסס-הלב של המעתיק, ולבחון אם ההעתקה נעשתה תוך שהוא מודע למעשה ההעתקה אם לאו.³¹⁷

השופט זמיר סבר כי מוצר צריך להיות חדשני, שונה מהותית ממוצרים דומים ותוצר של השקעה ממשית כדי שייחשב קניין רוחני.³¹⁸ זמיר כחן את מקור הזכות להעתיק מוצר של אחר, וסבר כי ערכי חופש העיסוק וחופש התחרות יכולים לבסס זכות זו, אולם גם ערכים אלה מוגבלים משיקולים של צדק ותועלת.³¹⁹ זמיר הסתייג מן ההלכה המחייבת "יסוד נוסף" לצורך הכרה בעילת עשיית עושר ולא במשפט. לדעתו, כאשר טובת הציבור והצדק מחייבים זאת, די בהעתקה בעלת חומרה מיוחדת, בלא צורך ב"יסוד נוסף". אותה חומרה מיוחדת יכולה להיות העתקה מלאה של המוצר – להבדיל מהשראה, מחיקוי או מהעתקה חלקית – שנעשתה בידועין ובמתכוון.³²⁰ גם במצבים של חוסר תוסס-לב ותחרות לא-הוגנת תוכר העילה. לדעתו, קשה להגיע למסקנה נחרצת בשאלת ההסדר השלילי כאשר לדיני הקניין הרוחני, ויש להכריע בשאלת תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט על בסיס שיקולים של מדיניות משפטית, הכוללים שיקולי צדק ושיקולים של טובת הציבור.³²¹

השופט לויין הסכים עם עמדתם של שופטי הרוב, אך סבר כי יש להוסיף עוד סייג להכרה בעילת עשיית עושר ולא במשפט, והוא שעל העותר לסעד להסביר מדוע לא רשם את זכותו באמצעות ענפי הקניין הרוחני השונים.³²²

ניתן לסכם ולומר כי לדעת שופטי הרוב בעניין א.ש.י.ר., אף אם יש הסדר שלילי בדיני הקניין הרוחני, אין בו כדי למנוע סעד של השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. אין מדובר בהקניית קניין רוחני של ממש, אלא אך בזכות להשבת ההתעשרות שנעשתה לא כדיון. זכות ההשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט תינתן כאשר יש ציפייה וכאשר מתקיים "יסוד נוסף" בקשר לאותו מתעשר לא כדיון. השופטים נחלקו

315 שם, בעמ' 478.

316 שם, בעמ' 479.

317 שם, בעמ' 484.

318 שם, פסיקתו של השופט זמיר בעמ' 490–491.

319 שם, בעמ' 491–492.

320 שם.

321 שם, בעמ' 494.

322 שם, פסיקתו של השופט לויין בעמ' 501.

לגבי הגדרתו של אותו "יסוד נוסף". "היסוד הנוסף" מצטרף לרשימה של מונחים עמומים, והגדרתו בפסק-הדין אינה ברורה דייה. לדעת השופטת שטרסברג-כהן, מדובר בהתנהגות חסרת תום-לב מצד הזוכה החקיין. אין הכוונה לכל העתקה, אלא למצב שבו התנהגותו של המעתיק לוקה בחוסר תום-לב. הנשיא ברק הוסיף על כך ואמר כי מדובר בהתנהגות חסרת תום-לב במצבים של תחרות לא-הוגנת המפרה את הלכות המסחר. חוסר תום-הלב יודגש ככל שתוכח קרבה בין המעתיק לבין היוצר המקורי – למשל, כאשר המעתיק הוא עובד או סוכן לשעבר של היוצר המקורי; ככל שהיצירה מושקעת, חדשנית ומקורית יותר; וככל שההעתקה נעשתה באופן מלא ומדויק. השופטים אור ולוין הצטרפו לדעתו של הנשיא ברק. ניתן להיווכח כי "היסוד הנוסף" שהציעו השופטים שטרסברג-כהן וברק רחב דיו לכלול העתקה בעלת חומרה מיוחדת, כפי שהציע השופט זמיר, ואף חוסר סבירות המקים עילה בעוולת הרשלנות, כפי שהציע השופט אנגלרד. השופט חשין, לעומת זאת, הציע רף גבוה יותר של דרישה לקיום "מעין עוולה".

גם הפסיקה שלאחר הלכת א.ש.י.ר. אינה מבהירה את הסוגיה של סעד ההשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט במקרים שבהם אין הגנה מכוח דיני הקניין הרוחני. פסיקה מחוזית ענפה עסקה בשאלה זו, ודי אם אעמוד על מגמות כלליות העולות ממנה. ככלל, קליטתה של הלכת א.ש.י.ר. ויישומה בפסיקת בית-המשפט העליון ובערכאות נמוכות יותר לא היו עקיבים וברורים. נראה שטיבו של "היסוד הנוסף" לא התבהר כל צורכו, ולא ברור אם גישתו של ברק היא שאומצה לבסוף בהלכת א.ש.י.ר. (העדר תום-לב ותחרות לא-הוגנת) או שמא גישה אחרת. יש שופטים הסבורים כי גישתו של הנשיא ברק היא ההלכה של פסק-הדין, ואילו אחרים סבורים כי פסק-הדין לא קבע הלכה מובהקת בכל הנוגע בהגדרת "היסוד הנוסף". זאת ועוד, יש שופטים הגורסים כי "היסוד הנוסף" שאומץ בפסיקה "אינו מאפשר בחינה ממשית, והוא חסר פשר".³²³ מלבד קשיים אלה, ניתן להבחין במגמות המצמצמות את הלכת א.ש.י.ר. בצד מגמות המרחיבות אותה. היו בתי-משפט שהיו מוכנים להרחיב את ההלכה. למשל, בעניין גלי³²⁴ סבר בית-המשפט העליון, מפי השופט גרוניס, כי ניתן להחיל את ההלכה גם כאשר נתונה לכאורה לתובע עילת תביעה בגין הפרת סימן מסחר רשום והעילה לא הוכחה.³²⁵ הלכה זו נקלטה גם בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים.³²⁶ לעומת זאת,

323 ת"א (מחוזי מר) 07-08-5770 אפקים נרחבים בניה והשקעות 1990 בע"מ נ' חזקאל, פס' 42 לפסק-דינה של השופטת שטמר (פורסם נבו, 8.5.2011).

324 רע"א BUFFALO BOOTS GMBH 502/04 נ' גלי – רשת חנויות נעלים – גלי השלום, פ"ד נח(5) 487 (2004).

325 שם, בעמ' 491-492.

326 ראו פסיקה מחוזית ענפה המאמצת את גישתו זו של השופט גרוניס: עניין מעריב במחוזי – פסק-דין סופי, לעיל ה"ש 243; ת"א (מחוזי ת"א) 1913/01 מרקל סתיו בע"מ נ' אבשלום (אבי) אשד – אלקטרו אשד יבוא ושיווק, פ"מ התשס"ד(1) 673 (2004); ת"א (מחוזי ת"א) 2318/03 קצב נ' פסגות עד יבוא ושיווק בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 1001/02 מסע אחר בע"מ נ' פלד (פורסם בנבו, 2.4.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 1171/97 JOOP! GmbH נ' כל פרפיוס בע"מ (פורסם בנבו, 18.6.2006); ת"א (מחוזי י"ם) 6157/04 דבש נ' ארלר חומסקי & ורשבסקייניב קציר (פורסם בנבו, 18.9.2008); ת"א (מחוזי י"ם) 7361/05 מייליק נ' קרשי אינטרנשיונאל בע"מ (פורסם בנבו, 29.4.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 1948/04 גונן נ' פשוט יבוא ושיווק בע"מ

השופט רובינשטיין בעניין אבסולוט שו³²⁷ סבר כי אי-אפשר לתבוע סעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט כאשר הדרך פתוחה לתביעה לפי דיני הקניין הרוחני.³²⁸ ניתן להצביע על מגמות נוספות המצמצמות את תחולת ההלכה. היו בתי-משפט שסברו כי יש להחיל את הלכת א.ש.י.ר. רק במקרים חריגים ויוצאי-דופן, שבהם חוש הצדק והמוסר מורה לעשות כן.³²⁹ בתי-משפט אחרים סברו כי באין זכות מכוח חוקי הקניין הרוחני המיוחדים, לא ייטה בית-המשפט בנקל לפתוח את שעריו.³³⁰ לאחרונה, בעניין יאסין, תמכה השופטת אגמון-גונן במגמה זו של צמצום, והדגישה כי הלכת א.ש.י.ר. קבעה רק את "גבולות הגזרה" בכל הנוגע באפשרות תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום הקניין הרוחני. לדעתה, יש ערכים רבים נוספים שיש לשקלם לפני שמתמשים בדינים אלה, כגון הפגיעה בנחלת הכלל, הפגיעה האפשרית בתחרות, האפקט המצנן והזכות לאוטונומיה ולביטוי עצמי של הצרכנים.³³¹ גם בעניין הפרמייר ליג הדגיש לאחרונה השופט ג'ובראן כי "שימוש יתר בעילות מתחום דיני עשיית העושר, בתחומים החופפים לדיני הקניין הרוחני, איננו רצוי".³³² לבסוף, בעניין וינדלינג, שנפסק גם הוא לאחרונה, הדגיש השופט גרוסקופף כי הלכת א.ש.י.ר. אינה ראויה, וכי יש לפרשה בצמצום.³³³ לדעתו, הגישה שנקט "מאפינת את היחס להלכת א.ש.י.ר. על ידי

(פורסם בנבו, 16.4.2009); ת"א (מחוזי מר') 9142-07-08 ברוש נ' דוורון – יבוא ויצוא בע"מ (פורסם בנבו, 22.11.2012) (להלן: עניין ברוש); ת"א (מחוזי מר') 36177-01-11 חנינה נ' י.ל. יבוא ויצוא רחובות (2002) בע"מ (פורסם בנבו, 9.7.2012); ת"א (מחוזי ת"א) 1439/06 סימנדה נ' א.ג.א.ש.א. תכשיטים בע"מ (בפירוק) (פורסם בנבו, 24.11.2010); ת"א (מחוזי מר') 18395-09-09 וינדלינג יוסקביץ' נ' דקל ייצור ויבוא ויצוא דברי נוי בע"מ (פורסם בנבו, 10.6.2012) (להלן: עניין וינדלינג); ת"א (מחוזי מר') 10193-07-09 אורגון מעצב החלונות בע"מ נ' אביזר נטר (תעשיות) בע"מ (פורסם בנבו, 10.8.2010).

327 ע"א V & S Vin & Spirit Aktiebolag 9191/03 נ' אבסולוט שו בע"מ, פ"ד נח(6) 869 (2004).
 328 ראו פסיקה מחוזית המאמצת את גישתו זו השופט רובינשטיין: ת"א (מחוזי חי') 997/05 דרון נ' אזולאי, פס' 27 (פורסם בנבו, 25.1.2006) ("משלא עלה בידי התובעת לקבל את שביקשה בדרך המלך של הפרת סימן מסחרי, אין לילך בדרך הצדדים של דיני עשיית עושר"); ת"א (מחוזי מר') 10648-09-09 שבא מפעלי מתכת בע"מ נ' שפרן, עמ' 9 (פורסם בנבו, 29.7.2010) ("נראה לכאורה שמקום שבו מוצר הוא לא רק מתאים מבחינת מאפייניו לקבל הגנה מתחום דיני הקניין הרוחני אלא זכה לקבלה לפחות לכאורה, הרי שעל בעל הקניין הרוחני להסתפק, לפחות בדרך כלל, בהגנה עליו באמצעות דיני הקניין הרוחני הנוגעים בדבר ואין להתיר לו לגייס לעזרתו את אותו 'מסלול עוקף' של דיני עשיית עושר").

329 ראו עניין ברוש, לעיל ה"ש 326, בעמ' 12 ("רק במקרים חריגים ייחודו של המוצר, חדשנותו, משאבי הזמן, משאבי הכסף ומשאבי האנוש שהושקעו בפיתוחו הם בשיעור המצדיק את הטיית הכף לטובת מתן סעד מכוח דיני עשיית העושר ולא במשפט, ולא על-פי האכסניה הטבעית והמקובלת של דיני הקניין הרוחני ודיני הנייקין").

330 ראו עניין ז'אניק, לעיל ה"ש 241, פס' 222 לפסק-הדין ("מקום בו לנפגע לכאורה, לא קמה זכות מכוח החוקים המיוחדים, בית המשפט לא יטה בנקל לפתוח את שעריו בפניו, במסגרת החוק לעשיית עושר ולא במשפט, מחשש שמא יהא בכך משום פריצת סכר, אשר לשמו קמו החוקים המיוחדים. בנסיבות אלו, בית המשפט יעדיף את הזכות לחופש העיסוק על פני הצבת מחסומים בפני נתבעים, אם נקבע לגביהם, כי הם לא פגעו בזכויותיהם של אחרים לפי חוקי הקניין הרוחני").

331 ת"א (מחוזי ת"א) SALOMON-ADIDAS 2177/05 נ' יאסין, עמ' 44 (פורסם בנבו, 13.12.2010) ("גם אם יש להכיר במצבים מסוימים בדיני עשיית עושר כמגנים על התחרות החופשית, הרי שפיתוח הפסיקה לעניין זה צריך להיעשות תוך דיון ערכי באינטרסים המתנגשים").

332 עניין הפרמייר ליג, לעיל ה"ש 7, פס' 67 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

333 עניין וינדלינג, לעיל ה"ש 326, בעמ' 10 ("שותף אני לעמדה לפיה החקיקה השיפוטית במסגרתה מוכרת זכאות חדרה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט צריכה להיות מצומצמת. בהתאם לגישה זו אין מקום להכיר על

בית המשפט העליון בשנים שחלפו מאז מתן פסק הדין בעניין זה.³³⁴ כפי שהציעו אלקין-קורן ומלומדים נוספים, השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט ובהלכת א.ש.י.ר. לצורך הגנה על מוצרים שאינם זוכים בהגנה לפי דיני הקניין הרוחני המסורתיים אינו ראוי.³³⁵ לטעמי, ההגנה שדיני עשיית עושר ולא במשפט נותנים רחבה בהרבה מן ההגנות של דיני הקניין הרוחני כאשר מדובר במוצרים שאינם עומדים בדרישות-הסף של דיני הקניין הרוחני. היקף ההגנה על מוצרים שאינם מוגנים לפי דיני הקניין הרוחני נהיה כך מעורפל ולא-ודאי, שכן קשה מאוד לשער באילו נסיבות יהיה אפשר להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט. הפסיקות בערכאות הנמוכות לוקות אף הן בחוסר בהירות, ואין בהן הנחיה כיצד להחיל את הלכת א.ש.י.ר.. יתרה מזו, כפי שגרסו אלקין-קורן ומלומדים נוספים, הלכת א.ש.י.ר. פוגעת פגיעה אנושה בנחלת הכלל, שהיא מנוע צמיחה חשוב ליצירה ולהתקדמות טכנולוגית.³³⁶ אפשרויות השימוש במוצרים כבסיס ליצירה ולחדשנות אינן ודאיות, והדבר מוביל אף לעלויות עסקה גבוהות יותר. לבסוף, גם אם יש הצדקה לספק הגנה כלשהי ליצרני מוצרים שאינם מוגנים לפי דיני הקניין הרוחני, מסלול ההגנה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט באמצעות פיתוח פסיקתי הוא בעייתי לעניות דעתי. היקף ההגנה שדינים אלה נותנים למוצרים הוא רחב מאוד, ואינו מוגבל ומסויג. לכאורה מדובר בהגנה קניינית במהותה, המונעת העתקה של המוצר לחלוטין. משך ההגנה אינו מוגבל גם הוא. לעומת זאת, דיני הקניין הרוחני הקלסיים כוללים הגבלות רצויות של משך ההגנה והיקפה. מטעמים אלה נראה שהשימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט אינו הכיוון הרצוי להגנה על מוצרי מידע כגון מסדי נתונים ומוצרי מידע אחרים.

גם אם יצרני מסדי נתונים או יצרני מוצרי מידע אחרים יוכלו להראות כי בשל העתקות של מוצריהם התמריץ שלהם לייצר מוצרי מידע נפגע קשות, ראוי לשקול מתן הגנה מיוחדת באמצעות חקיקה, ולא להותיר נושא כאמור לפיתוח פסיקתי. אכן, בסוף שנת 2006 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק לתיקון חוק עוולות מסחריות, אשר נידונה ונדחתה בתחילת שנת 2007.³³⁷ הצעת החוק ביקשה, בין היתר, להסדיר את נושא ההגנה על מאגרי מידע. ההצעה קבעה כי "לא יבצע עוסק העתקה שיטתית של מוצרי מידע של עוסק אחר, לשימוש מסחרי, אשר יש בה כדי לפגוע בעסקו של העוסק האחר".³³⁸ לפי דברי ההסבר להצעת החוק, "הוראה זו באה לספק הגנה לבעלי זכויות במוצרי מידע כגון לוחות מודעות, מקבצי נתונים ומאגרי מידע למיניהם, מפני מתחרים

דרך חקיקה שיפוטית בזכאות שאינה מוכרת בדיני הקניין הרוחני אלא במקרים חריגים, הנופלים מחוץ ל'תחום הכבידה' של דיני הקניין הרוחני... או מקרים בהם לא ניתן להעניק הגנה אפקטיבית באמצעות דיני הקניין הרוחני הקיימים".

שם.

334 ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9 (2001); עופר גרוסקופף "הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" יוצרים זכויות 201 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

335 אלקין-קורן, שם, בעמ' 25.

336 הצעת חוק עוולות מסחריות (תיקון) – הגנה לבעלי זכויות במוצרי מידע, התשס"ז-2006, פ/1744/17.

337 שם, ס' 1 (הוספת ס' 3 לחוק עוולות מסחריות).

המעתיקים מהם את המידע לשימוש מסחרי דומה. הגנה זו נחוצה עקב אי תחולת דיני זכויות יוצרים על מקבצי נתונים ומאגרי מידע, שאינם מהווים יצירה ברת-הגנה לעניין דינים אלה, חרף המאמץ והמשאבים שהושקעו בעבודת ליקוט המידע, בהפקת המוצרים ובשיווקם.³³⁹ הצעת החוק ביקשה להסדיר מקרים שבהם יש העתקה שיטתית של מוצרי מידע, להבדיל מהעתקות חד-פעמיות או אקראיות. על ההעתקה להיעשות לשימוש מסחרי, ולא אחר, ונדרש שהפגיעה שתיגרם תהיה פגיעה כלשהי בעסקו של העוסק, גם אם אין מדובר בפגיעה מהותית.

הצעת חוק זו לא אושרה בעיקר מפני שלא הוכח כי אכן מדובר בכעיה קשה של העתקת מוצרי מידע המצדיקה התערבות ושינוי חקיקה. גם אילו הוכח קושי כאמור, הייתה הצעת החוק נותרת בעייתית, מכיוון שאין בה כל הגבלה לגבי היקף ההגנה על מוצרי המידע. ההגנה אינה מוגבלת בזמן, ואין לה סייגים במצבים שבהם עשויה להיות הצדקה לפגיעה בזכות היוצרים. זאת ועוד, מונחים רבים בהצעת החוק ("העתקה שיטתית", "שימוש מסחרי" ועוד) אינם מוגדרים ואינם נהירים, ולכן עלולים להקשות את החלת החוק. קשה להתעלם מן הדמיון בין הצעת החוק ויסודותיה לבין הדרישות שהותוו בעניין *Motorola*. חשוב להבהיר כי גם בארצות-הברית הצעת החוק האחרונה שעסקה במתן הגנה למסדי נתונים התבססה, במידה רבה, על הפסיקה בעניין *Motorola*.³⁴⁰ אולם גם הצעה זו לא צלחה לבסוף. אכן, אימוץ פתרונות פרי פיתוח פסיקתי על בסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט אינו כיוון ראוי לפתרון הבעיות בשוק מסדי הנתונים או בשווקים של מוצרי מידע אחרים.

(7) דיני נזיקין – הסגת גבול במיטלטלין

העוולה של הסגת גבול במיטלטלין מופיעה בספרי החוקים של שיטות משפט רבות, ונזקקים לה בעיקר כאשר טובין נלקחים לא כדין מאדם אחר.³⁴¹ בשנים האחרונות יצרני מסדי נתונים ויצרנים של מוצרי מידע נוספים נשענים על עוולה זו גם במרחב הווירטואלי. השימוש המרכזי בה בהקשר זה נעשה במקרים של גישה לא-מורשית למסדי נתונים וקצירת מידע ממסד נתונים בלא הרשאה של היצרן או המפיץ של מסד הנתונים.³⁴² בתי-משפט בארצות-הברית, בישראל ובמדינות נוספות הכירו בעוולה של הסגת גבול במיטלטלין גם בסביבת המרשתת, ואפשרו להסתמך עליה גם במקרים של קצירת מידע ממסדי נתונים.³⁴³

339 שם, דברי הסבר.

340 עניין *Motorola*, לעיל ה"ש 11. להצעת החוק ראו הצעת החוק האמריקאית משנת 2003 להגנה על מסדי נתונים, לעיל ה"ש 11, ס' 3(a).

341 John D. Saba, Comment: *Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek*, 54 Cal. Rptr. 2d 468, 473 (Cal. App. 1996) גס: *Internet Property Rights: E-Trespass*, 33 St. Mary's L.J. 367, 372 (2002)

342 Edward W. Chang, *Bidding on Trespass: eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc., and the Abuse of Trespass Theory in Cyberspace-Law*, 29 AIPLA Q.J. 445, 449 (2001)

343 ראו: *eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000) (להלן: עניין *eBay*). באותו

בישראל פקודת הנזיקין קובעת, בסעיף 31, כי "הסגת גבול במיטלטלין היא לקיחת טובין שלא כדין מהחזקתו של אדם אחר, או הפרעה אלימה בהם בהיותם בהחזקתו של אדם אחר; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במיטלטלין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממזון". על-מנת לבסס תביעה בגין הסגת גבול במיטלטלין, התובע צריך להוכיח כמה יסודות: לקיחת טובין או הפרעה אלימה בהם, נזק ממזון, קשר סיבתי והוכחת יסוד נפשי "לא כדין". בעניין *אבן-חן נ' סויסה*³⁴⁴ נידונה לראשונה האפשרות להישען על העוולה בסביבת המרשתת. בנסיבות המקרה נכנס הנתבע, בעל אתר מרשתת, לאתר מרשתת שבבעלות התובע, וקצר משם, בלא הרשאה, רשימת לקוחות, תוך שהוא מסב נזק לאתר וגורם לקריסתו. מטרת הפעולה הייתה לאתר לקוחות-בכוח שבביל הנתבע. בית-המשפט קבע כי בעידן המידע עוולת הסגת הגבול במיטלטלין זוכה במשמעות מיוחדת, וכעת ניתן להשתמש בה במקרים של פגיעה בקווי תקשורת ומרשתת, בשרתים ובמחשבים. בית-המשפט קבע כי כשם שאין להיכנס לחנות וליטול מצרכים בלא תשלום, כך אין להיכנס לאתר וליטול מידע מסחרי בלא תשלום. יש להבחין בין מידע חופשי העומד לרשות הגולשים חנם, וכזה יש בשפע ברשת, לבין מידע מסחרי שאינו זמין לגולשים רגילים המשתמשים באתר עצמו.³⁴⁵ בבית-המשפט המחוזי נהפכה החלטתו של בית-המשפט השלום, משום שלא היו מספיק ראיות לכך שהמערער הוא שהביא לידי קריסת האתר. עם זאת, בית-המשפט המחוזי לא הביע כל הסתייגות מניתוח העוולה כשהיא בסביבת המרשתת ומן האפשרות להישען עליה.³⁴⁶

מנוסחו הסופי של חוק המחשבים הושמטה עוולת החדירה למחשב, והוא מכיר רק

מקרה העתיק תאגיד BE) Bidders Edge את מאגר הנתונים השלם של תאגיד eBay, בעזרת אמצעים טכנולוגיים הנקראים "web crawlers", "robots" או "spiders", במטרה לחלץ את רישומי המכרזים של eBay ולפרסם אותם באתר של BE. תאגיד eBay טען כמה טענות נגד BE, לרבות הטענה של הסגת גבול לפי החוק של קליפורניה. בית-המשפט קיבל את טענת הסגת הגבול של eBay, בקובעו כי אם יאושר לתאגיד BE להמשיך בפעולותיו באין מפריע, יעודד הדבר גורמים נוספים לעשות מעשים דומים. ההשפעה הכוללת של מעשים כאלה עלולה להיות חמורה, לגרום בעיות למערכת של eBay ובסופו של דבר אף לקריסתה (וזאת אף שהפעילות של BE הסבה נזק זעיר בלבד לאתר המרשתת של eBay).

כפי שהוכח בפסיקות שניתנו למן החלטה זו, ההחלטה בעניין eBay אינה ישימה לגבי רוב מסדי הנתונים שבשוק. ניתן ליישם אותה רק במקרים של חברות שמערכתיהן נחשפו לפגיעה בהיקף כזה שמעמיד את המערכת או את הרשת המארחת בסכנת קריסה בשל שימוש-יתר. זאת ועוד, חשוב לציין כי הצו שניתן במקרה זה אינו מונע פירט מלהפיץ את המידע שקצר, אינו חל מחוץ למדינת קליפורניה, ואינו מגן על יצרני מאגרי מידע המפיצים את מאגריהם בגרסות מודפסות או על-גבי תקליטורים או אמצעי מסורתי אחר. ראו גם עניין Register, לעיל ה"ש 210, בעמ' 248-251; Laura Quilter, *Regulating Conduct on the Internet: The Continuing Expansion*; 251-248 (2002) of *Cyberspace Trespass to Chattels*, 17 BERKELEY TECH. L.J. 421, 431-432 (הסבורה כי העוולה של הסגת גבול במיטלטלין אינה הפתרון המשפטי הנכון להתמודדות עם הבעיות שגישה לא-מורשית לאתרים מעוררת, וכי התאמת הרוקטרינה לסביבת המרשתת מציבה אתגרים של ממש); Clifton R. Merrell, Note, (2002) 675, 679-680 *Trespass To Chattels in the Age of the Internet*, 80 WASH. U. L.Q. 675, 679-680 (2002) Daniel J. Caffarelli, Note, *Crossing Virtual Lines: Trespass on the Internet*, 5 B.U. J. Sci. & Tech. L. 6, 25-26 (1999) (המציע להכיר באינטרסים קנייניים של בעלי אתרים במרשתת כדי שהם יוכלו להגן על השקעותיהם באתרים באופן טוב יותר).

344 ת"ק (שלום ת"א) 6000/03 אבן-חן נ' סויסה, פ"מ התשס"ג(3) 500 (2003).

345 ש.ם.

346 בר"ע (מחוזי ת"א) 2542/03 סויסה נ' אבן-חן (פורסם בנבו, 9.10.2005).

בשתי עוולות נזיקיות: "הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא", ו"מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת, שלא כדין".³⁴⁷ אריה רייך ושרון אהרוני-גולדנברג התמודדו ביסודיות עם שאלת החדירה למחשב כעוולה נזיקית.³⁴⁸ במאמרם הם מרחיבים את היקף היריעה של הדיון בסוגיית החדירה למחשב, וסוברים כי יש מקום להכיר בחדירה למחשב כעוולה נזיקית. לטענתם, הנימוקים שהובילו להשמטת העוולה אינם עומדים במבחן הביקורת, הואיל וקיימים נימוקים כבדי-משקל להכרה בעוולה כאמור, ביניהם שמירה על הזכויות הקנייניות במידע האגור במחשב, הגנה על מרחבו הווירטואלי של האדם מפני הסגת גבול, יצירת הרתעה יעילה ואף שמירה על הזכות לפרטיות. לדעתם, לנוכח העדרה של העוולה בחוק הקיים יש לבחון חלופות אפשריות להשגת הגנה משפטית אזרחית מפני חדירה למחשב במסגרת הדין הקיים, אם באמצעות עוולת הפרת חובה חקוקה, עוולת הרשלנות, עוולת הסגת גבול במיטלטלין או העוולות הקיימות בחוק המחשבים (שינוי חומר מחשב והפרעה לשימוש במחשב). עוולות אלה עשויות לספק תחליף להכרה בעוולה מיוחדת בחוק המחשבים, בתנאי שבת-המשפט ייתנו להן פרשנות מתאימה.

אין חולק שיצרני מסדי נתונים אינם יכולים להסתמך תמיד על עוולת הסגת גבול במיטלטלין. למשל, כאשר מדובר במסדי נתונים המופצים בגרסות מודפסות או על-גבי תקליטורים או אמצעי מסורתי אחר, אין אפשרות להסתמך על עוולה זו. יתר על כן, נראה שתביעות בגין הסגת גבול יצליחו רק כאשר התובע יוכיח נזק לשרת או לרשת שמסד הנתונים נמצא עליהם. יצרני מסדי נתונים מתקשים להצביע על נזקים כאמור.³⁴⁹ מכל מקום, הצעות ברוח הצעותיהם של אהרוני-גולדנברג ורייך יקדמו את השיח הנזיקי ביחס לחדירה למחשב בכלל וביחס להגנה על מאגרי מידע המצויים במחשבים בפרט.

347 ס' 7 לחוק המחשבים.

348 שרון אהרוני-גולדנברג ואריה רייך "חדירה למחשב כעוולה נזיקית" שערי משפט ד 415 (2006).

349 ניתן להיווכח במגבלותיה של עילת הסגת הגבול במקרה דלהלן: TicketMaster Corp. v. Tickets.com, Inc., No. CV 99-07654 HLH, 2000 WL 1887522 (C.D. Cal. Aug. 10, 2000), *aff'd*, 2 Fed. Appx. 741 (9th Cir. Jan. 2001); 2003 Cop. L. Dec. P. 28,607 (C.D. Cal. Mar. 7, 2003).
 Tickets.com יצר קישור עמוק (deep link) למידע על הופעות המתפרסם באתר של תאגיד TicketMaster. כאשר התברר לתאגיד TicketMaster דבר קיומו של קישור עמוק זה, הוא תבע את תאגיד Tickets.com על-פי עילות משפטיות המבוססות על יצירת קישור עמוק לא-מורשה. לאחר שבית-המשפט פסק נגדו, הטמיע תאגיד TicketMaster טכנולוגיה באתר המונעת יצירת קישורים עמוקים ללוחות ההופעות שלו. אולם תאגיד Tickets.com מצא דרך לעקוף את הטכנולוגיה הזאת בעזרת שימוש ב-"spiders" או ב-"web crawlers", והעתיק את דפי המרשחת הפנימיים של תאגיד TicketMaster, קצר את המידע על ההופעות (כגון תאריך, מחיר, שעה, מקום ושם האומן) ופרסם אותו באתר המרשחת שלו בפורמט אחר. תאגיד TicketMaster תבע את תאגיד Tickets.com על הפרת זכויות יוצרים, הפרת חוזה, גול (misappropriation) והסגת גבול. אף לא אחת מעילות אלה צלחה, וגם לא ניתן צו מניעה. בנוגע לעילת הסגת הגבול קבע בית-המשפט כי העובדות שהציג תאגיד TicketMaster שונות באופן מהותי מהעובדות בעניין eBay, לעיל ה"ש 343, שכן לתאגיד TicketMaster, בניגוד לתאגיד eBay, לא הייתה אפשרות להציג חיזיון של עשרות טפילים או יותר שיצטרפו לחגיגה. מאוחר יותר הפסיד תאגיד TicketMaster גם בערעור. ראוי לציין כי ההכרעה במקרה זה ניתנה על-ידי אותו בית-משפט שקיבל בשעתו את טענת הסגת הגבול של תאגיד eBay.

סיכום ומסקנות

הדיון החל בסקירה היסטורית של ההגנה על מסדי נתונים. לאחר-מכן התמקד הדיון בניתוח כלכלי של שוק מסדי הנתונים ובבחינת ההצדקה הכלכלית להגנה משפטית מיוחדת על מוצרי מידע אלה. הניתוח הראה כי אין ממצאים ברורים בדבר הצורך בהגנה מיוחדת ובדבר יעילותם של משטרי הגנה מיוחדים. בהמשך נסקרו אמצעי הגנה קיימים המספקים הגנה טובה למסדי נתונים: הגנה דה-פקטו, הנובעת ממאפייניהם של מוצרי מידע אלה; מודלים עסקיים וטכנולוגיים; והגנות משפטיות.

אין חולק שיצרנים של מסדי נתונים חווים תחרות קשה בשוק המידע בסביבת המרשתת. עם זאת, דומה שהתערבות בשוק של מוצרים אלה בדרך של מתן הגנה מיוחדת למסדי הנתונים אינה חיונית לעת עתה.³⁵⁰ אין ראיות מוצקות שהגנה כאמור אכן נחוצה. נראה שיצרנים של מסדי נתונים אינם יכולים להסתמך על מידע גולמי בלבד, ואין כל ספק שמתן הגנה למידע הגולמי של מסדי נתונים אינו נותן יתרון ארוך-טווח ליצרנים של מוצרי מידע אלה.³⁵¹ היצרנים של רוב מסדי הנתונים הקיימים בשוק מתחרים על מאפיינים אחרים של מסדי נתונים, ולא על המידע הגולמי שבמסד הנתונים. לפיכך נראה שלפי שעה אין מקום לספק הגנה למידע הגולמי האצור במסדי נתונים באמצעות חקיקה מפורשת.

אם יצליחו יצרנים להראות כי מוצריהם חשופים להעתקות פירטיות במידה הפוגעת בתמריצים ליצור מסדי נתונים, יהיה אפשר לשקול מתן הגנה מיוחדת. הגנה מיוחדת כזו, אם תידרש, אין לעצב לאור עקרונותיהם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, שכן אלה נותנים הגנה רחבה מדי ועמומה מדי ללא קווים מנחים ברורים. חלף זאת יהיה מקום לחוקק חקיקה מיוחדת שתספק הגנה קצרת-טווח המותאמת למוצרי מידע אלה, תוך עיצוב הגנות מיוחדות שיהיו רגישות לכך שמדובר במידע רב ערך לציבור, אשר דרוש לשם המשך מחקר ויצירה. אין גם מקום להתמודד עם שאלת ההגנה על מסדי נתונים באמצעות דיני זכויות יוצרים, שכן דינים אלה עברו שינוי ניכר, וכיום נותנים הגנה לא על בסיס העבודה או ההשקעה, אלא על בסיס המקוריות והיצירתיות המגולמות ביצירות.

350 ראו גם The 1998 CIAA Hearing, לעיל ה"ש 30, בעמ' 183 (הצהרתו של Tim D. Casey בשם ה-ITAA ((Information Technology Association of America)).

351 ראו לעיל חלק ג'א). (א).