

שוק דיגיטלי שניוני – שלב אבולוציוני בעולם דיגיטלי

מאת

נתי פרל* ומתן בן ישי**

מבוא. פרק ראשון: דיני זכויות יוצרים ופסיקת בית המשפט בעניין Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc. פרק שני: פעולת החברה והמדיניות הראויה. פרק שלישי: שוק המוזיקה – תובנות כלכליות וריאליסטיות. פרק רביעי: תמריצי היצירה והגשתה לציבור. סיכום.

מבוא

בעניין Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc. (להלן – פסק הדין) הורה בית המשפט על הפסקת פעילותו של אתר מסחר אלקטרוני ששימש פלטפורמה לשוק שניוני של יצירות מוזיקליות-דיגיטליות (להלן: השוק השניוני).¹ האתר מפגיש בין משתמשים המבקשים למכור קובצי מוזיקה שברשותם לבין מי שמעוניינים לקנות קובצי מוזיקה "יד שנייה", ומספק את הטכנולוגיה להעברת היצירות מהמוכרים אל הקונים. בקביעה תקדימית זו בית המשפט נדרש לראשונה לשאלת העברת הבעלות על יצירות שאינן מעוגנות באובייקט פיזי. בית המשפט קבע כי מכירה וקנייה של יצירות דיגיטליות "יד שנייה" מפרה זכויות יוצרים ולכן אינה חוקית. הכרעתו משקפת תפיסה כי זכויות מסוימות של הקונה – כגון הזכות להעביר את הקניין לאחר – מוגבלות לאובייקט מוחשי בלבד, ואינן חלות על היצירה כשלעצמה.

פסיקה זו רלוונטית לקורא הישראלי הן מפאת השפעותיה על פלטפורמות גלובליות כגון האינטרנט הן משום זיקת דיני זכויות היוצרים בישראל למשפט האמריקני. דיני זכויות היוצרים במישור הלאומי מעוצבים, בין היתר בזיקה למשפט הבין-לאומי, שמטבעו נתון להשפעתם של מעגלי השפעה מגוונים. קשרים מסחריים ודיפלומטיים עם מי שנמצאים מחוץ לגבולות המדינה, כמו גם התפתחויות טכנולוגיות המחייבות סטנדרטיזציה בין-לאומית, משפיעים רבות על הדין הפנימי.² מלבד אמנות והסכמים בין-לאומיים שישראל חתומה עליהם,³ חלק לא מבוטל מהכלים המשפטיים המבנים את דיני זכויות היוצרים יובאו משיטות משפט שונות, ובהן בולטת השיטה האמריקנית.⁴ מסיבה זו, הטענות שיובאו בהמשך תסתמכנה על מקורות ישראליים ובין-לאומיים גם יחד.

* סטודנט לתואר שני במשפטים LL.M. עם התמחות במשפט טכנולוגיה (מסלול עם תיזה), המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

** עו"ד, בעל תואר LL.B. בהצטיינות מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, יועץ מיסוי בינלאומי בפירמת ארנסט & יאנג (EY).

1 Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., No. 12 Civ. 95 (RJS) (S.D.N.Y. Mar. 30, 2013).

2 Graeme B. Dinwoodie, *Foreign and International Influences on National Copyright Policy: A Surprisingly Rich Picture*, in 6 NEW DIRECTIONS IN COPYRIGHT 291, 299 (Fiona Macmillan ed., 2007); Graeme B. Dinwoodie, *The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law*, 62 OHIO ST. L.J. 733, 737 (2001); אמיר חורי "קריאה בין-לאומית: החוק ומקורות השפעתו" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 237, 243-244 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

3 Bern Convention for the ; Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) (15 April 1994) (להלן – TRIPS); Christopher May, *The Venetian Moment: New Technologies, Legal Protection of Literary and Artistic Works* (1886). להרחבה ראו: Innovation and the Institutional Origins of Intellectual Property, 20(2) PROMETHEUS 159 (2002).

4 לדוקטרינות ולמבחינים המשמשים את בתי המשפט בישראל ויובאו מהמשפט האמריקני, ראו: ניל נתנאל "שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 377, 377-385 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). להשפעות השונות על עיצובו של החוק הישראלי ראו בהרחבה: חורי, לעיל ה"ש 2.

ברשימה זו נבקש לחקור את גבולות הבעלות על יצירות דיגיטליות, ולדון במדיניות שראוי לעצב בנוגע למכירה חוזרת של יצירות במרחב הקיברנטי. נטען כי זכויותיו של הקונה ביצירות שרכש כוללות את הזכות למכור אותן לצד שלישי, ונציג את תרומתו של שוק שניוני ליצירתן של יצירות מוזיקליות ולהפיכתן לגישות לציבור. מן הניתוח שיוצג ינבע כי הפעלתו של שוק שניוני ראוייה להגנות הניתנות בדיני זכויות היוצרים ועולה בקנה אחד עם התכליות שדינים אלו מבקשים להשיג.

בפרק הראשון נעמוד על הדוקטרינות המרכזיות בדיני זכויות היוצרים ונציג את פסק הדין. בפרק השני נרד לעומקה של פעילות חברת ReDigi⁵ (להלן – החברה), ונמקם מדוע היא ראוייה להגנות הניתנות כיום בדיני זכויות היוצרים. בעיקר נידרש לדיון במדיניות הראוייה בכל הנוגע להעברת בעלות על יצירות דיגיטליות דרך האינטרנט. בפרק השלישי נבחן את הלגיטימיות ואת הצורך בהתערבות משפטית בכלכלת השווקים הדיגיטליים-מוזיקליים. נעמוד על הדמיון בין השווקים השניוניים שבהם נמכרים מוצרים פיזיים ובין אלו שבהם המוצרים הם מוזיקליים-דיגיטליים, ונטען כי פגיעה מסוימת בשוק הדיגיטלי הראשוני היא לא בהכרח פסולה. בפרק הרביעי נעמוד על ההשפעות הפרקטיות של שוק שניוני על תעשיית המוזיקה בימינו. נטען כי תמריץ היוצרים ליצור לא ייפגע, ואף סביר שיחול בו שיפור, ונמקם מדוע שוק שניוני הוא מנגנון מתבקש לשיפור גישותן של יצירות בעולם טכנולוגי מתפתח.

פרק ראשון: דיני זכויות יוצרים ופסיקת בית המשפט בעניין Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.

זכויות יוצרים – מושכלות ראשוניות

דיני זכויות יוצרים אינם מגנים על רעיון מופשט אלא על ביטוי קונקרטי. הרעיונות כשלעצמם הם נחלת הכלל, ואילו ההגנות הניתנות חלות על ביטוי ספציפי של האינפורמציה.⁶ לרוב, הזכויות נאכפות על מוצרים פיזיים שבהם מגולמים הביטויים כגון ספרים ותקליטים. אחת הבעיות המתעוררות בעידן המודרני היא שטכנולוגיה דיגיטלית מנתקת את האינפורמציה מהמישור הפיזי, שבו חלים דיני הקניין הרוחני. במרחב הקיברנטי ה"מוצר" הוא קוד דיגיטלי המנותק מעיגון פיזי מוחשי.⁷ מבחינה טכנולוגית, אנו עוברים משימוש במחשבים פרטיים לשירותי מחשוב ענן (Cloud Computing).⁸ אנו עושים זאת מטעמי גמישות, גישות, מנגנוני אבטחה חזקים יותר ומחירם הנמוך של שירותי האחסון בענן יחסית לקניית מחשבים אישיים. פלטפורמת הענן הופכת לחלק אינטגרלי מחיינו ככל שכמות המידע המועבר ברשת גדלה, וככל שגוברת הנטייה לדה-מטריאליזציה של מוסדות חברתיים שונים.⁹ בפרט, העברה של אינפורמציה, ובכללה ביטויים המוגנים בזכויות יוצרים, נעשית ברובה באמצעות אותות חשמליים ולא באמצעות אובייקט פיזי מוגדר שעליו ניתן לפקח.

5 www.redigi.com

6 ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 759 (1989); ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (2000); ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.S., פ"ד מח(4) 133, 154 (1994). בארה"ב דוקטרינת האיחוד (Merger Doctrine) משמשת להבחנה בין רעיון לבין ביטוי. ראו, למשל: 193 (BNA) 154 U.S.P.Q. (2d) 675, 379 F.2d 675, 154 U.S.P.Q. (1st Cir. 1967); Oracle America, Inc. v. Google, Inc., 810 F.Supp.2d 1002, 16 (N.D. Cal. 2011)

7 John Perry Barlow, *THE ECONOMY OF IDEAS Selling Wine Without Bottles on the Global Net*. Available at: <https://projects.eff.org/~barlow/EconomyOfIdeas.html>

8 מחשוב ענן הוא שירות מחשוב הניתן למשתמש באמצעות מחשב מרוחק, שהחיבור אליו מתבצע דרך האינטרנט. מקובל לסווג את שירותי הענן לשלוש קטגוריות: **תשתית כשירות** (IaaS) כגון אחסון בענן (Cloud Storage) – מידע של המשתמש מאוחסן על גבי שרתים מרוחקים, הניתנים לגישה מכל מקום דרך האינטרנט. לדוגמה: Dropbox, Copy, iCloud. **פלטפורמה כשירות** (PaaS) – סביבת תוכנה וכלי פיתוח המאוכסנים בענן. לדוגמה, GoogleApps. **תוכנת כשירות** (SaaS) – אספקת שירותים/אפליקציות למשתמש, כלומר אספקת חומרה ותוכנה באופן שהאינטראקציה עם המשתמש נעשית באמצעות פורטל חזותי. לדוגמה: דוא"ל, ניהול קשרי לקוחות. ראו: Peter Mell and Timothy Grance, *The NIST Definition of Cloud Computing*. Available at: <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>

9 David Chappell, *A Short Introduction to Cloud Platforms: An Enterprise-Oriented View* (2008). Available at: www.davidchappell.com/CloudPlatforms--Chappell.pdf

נתי פרל ומתן בן ישי, "שוק דיגיטלי שניוני – שלב אבולוציוני בעולם דיגיטלי", **הארץ דין ח** 19 (תשע"ג)

לנוכח אתגרים אלו, נדרשים כלים משפטיים חדשים להגנה על זכויותיהם של היוצר והצרכן בעידן הדיגיטלי, ונחוצה התאמתם להתפתחויות הטכנולוגיות. כך הוסדרו דיני זכויות היוצרים בכל הנוגע לתוכנת מחשב.¹⁰ מחד גיסא, תוכנת מחשב מוגנת ככל יצירה ספרותית בכל הנוגע לאופייה ולדרך ביטוייה, ומאידך גיסא, השימושים המותרים בה הותאמו לסביבה הדיגיטלית.¹¹ למשל, הותרה העתקת תוכנה לצורכי גיבוי ולמטרות תחזוקה של עותק מורשה, כמו גם הפקת יצירה נגזרת מתוכנת מחשב לשם תיקון שגיאות בה או התאמתה לפעולתן של תוכנות אחרות.¹²

במרוצת השנים הפכו גם היצירות המוזיקליות לדיגיטליות, במנותק ממוצר פיזי כגון קלטת או דיסק. רכישת שירים מתאפשרת כיום גם באמצעות חנויות וירטואליות כגון iTunes,¹³ eMusic,¹⁴ ו-AmazonMP3.¹⁵ הזכויות ביצירות אלו הותאמו אף הן למרחב הקיברנטי.¹⁶ תוכנות שיתוף קבצים למיניהן הוצאו אל מחוץ לחוק,¹⁷ נסגרו אתרים שסייעו להפרה,¹⁸ הוטלה אחריות על גורמי ביניים שונים ונקנסו משתמשים מפריים.¹⁹ במקביל ניתנו לקונים הגנות לצורך שימוש סביר ביצירות, ובכללן העתקה זמנית של היצירות לצורך העברתן ברשת תקשורת.²⁰ אכן, ללא התאמת הכלים המשפטיים לעולם טכנולוגי מתפתח, היה נוצר מצב שבו "מבחינה טכנולוגית, אנחנו אומה של מפרי זכויות יוצרים".²¹

דיני זכויות היוצרים מקנים ליוצר הגנה מפני שימוש בלתי מורשה ביצירתו על ידי מתן אגד של זכויות בלעדיות מכוח החוק. לפי הגישה הקאנטיאנית, זכויות אלו מביאות לידי ביטוי את מימושה של האוטונומיה האישית בעולם המעשה, ולפיכך הן ראויות להגנה כל עוד אין בכך כדי לפגוע ביכולתו של אחר לממש את האוטונומיה שלו, בדומה לזכות קניין בעולם המוחשי.²² לפי הגישה התוצאתנית, בבסיס ההגנה על זכויות היוצרים עומד הרצון להמריץ יוצרים ליצור ולשתף את הציבור

-
- Marrakesh Agreement ; TRIPS ; Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs 10
Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 33 I.L.M. 1125, § 10(1) (1994); WIPO Copyright Treaty, Dec. 20,1996, 36 I.L.M.
496–492, 491 **קריאות בחוק זכויות יוצרים** 65, § 4 (1997). להגדרת "תוכנת מחשב" ראו: מיכל שור-עופרי "הגנת תוכנת מחשב" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים** 496–492, 491 (2009).
11 ראו הגדרת "יצירה ספרותית" בס' 1 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח–2007, ס"ח 38 (להלן – החוק).
12 ס' 24 לחוק. הגנות אלו עוגנו גם בפסיקה הישראלית. ראו, למשל: ע"א 2392/99 **אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ**, פ"ד נז(5) 271, 255 (2003). בחקיקה האמריקנית ראו: Computer Maintenance Competition Assurance Act, 1998 17 U.S.C. § 117(c)-(d). לסקירה מקפת של הכנסת תוכנת מחשב לגדרי הגנות דיני זכויות היוצרים ראו: ANNE BRANSCOMB, WHO OWNS INFORMATION? FROM PRIVACY TO PUBLIC ACCESS 141–143 (1994). לפירוט ההגנות והשימושים המותרים בתוכנת מחשב ראו: שור-עופרי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 507–500.
13 itunes.apple.com/en/genre/music/id34.
14 www.emusic.com/browse/album/all/.
15 www.amazon.com/MP3-Music-Download/b?ie=UTF8&node=163856011.
16 כמו גם ביצירות דיגיטליות אחרות. למשל, הותרה העתקה של תמונות על ידי מנוע חיפוש, כדי לאפשר חיפוש תמונות באינטרנט. ראו: Sony Corp. v. America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). כמו כן הותרה העתקת קטע מתוך ספר אלקטרוני לצרכים אקדמיים. ראו: Cambridge University Press v. Becker, 863 F. Supp. 2d 1190 (N.D. Ga. 2012).
17 כגון Megaupload, Aimster, Napster, RIAA v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir., 2001), *affirming*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000); *In Re Aimster Copyright Litigation*, 334 F. 3d 643 (7th Cir., 2003); Justice Department Charges Leaders of Megaupload with Widespread Online Copyright Infringement, U.S. Department of Justice (Jan 19, 2012). Available at: www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/justice-department-charges-leaders-of-megaupload-with-widespread-online-copyright-infringement.
18 מהבולטים שבהם היה PirateBay. ראו: פסק הדין (שוודית): www.svd.se/multimedia/archive/00650/L_s_hela_Pirate_bay_650045a.pdf.
19 תרגום פסק הדין לאנגלית: www.ifpi.org/content/library/Pirate-Bay-verdict-English-translation.pdf.
20 Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., et al. v. Grokster, Ltd., et al. **545 U.S. 913** (2005); Sony BMG Music Entertainment v. Joel Tenenbaum 2010 U.S. Dist. LEXIS 68642 (D. Mass. July 9, 2010); Lawrence Iser & James Toma, *Battling Digital Piracy: Recording Industry has Taken a Multipronged Response to Illegally Downloaded Music*, NAT. L. J., 19, 25 (Jan. 20, 2003).
21 John Tehranian, *Infringement Nation: Copyright Reform and the "We are, Technically Speaking, A Nation of Constant Infringers" Law/Norm Gap*, UTAH LAW REVIEW. VOL. 2007, 537, 543 (2007).
22 ELIZABETH ADENEY, THE MORAL RIGHTS OF AUTHORS AND PERFORMERS – AN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE ANALYSIS 25 (2006); Neil Netanel, *Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation*, 1993 RUTGERS L.J. 347, 374 (1993); D. SAUNDERS, AUTHORSHIP AND COPYRIGHTS 117, 117 (1992).

ביצירותיהם.²³ הביטחון כי יצירותיהם יקבלו הגנה ראויה, שמביאה בחשבון את הזמן והיצירתיות שהשקיעו ביצירה, יעודד את יצירתן של יצירות נוספות. גישה זו רואה ביצירה ערך חברתי ותרבותי שיש לעודד, שכן העשרת עולם הביטויים משרתת את האינטרס הציבורי, הכולל גם יסודות דמוקרטיים של שילוב היצירה בשיח הציבורי.²⁴ ברם, הגנות נרחבות מדי על זכויותיו של היוצר עלולות לפגוע בערכים חברתיים אחרים כגון תחרות חופשית, חופש הביטוי וחופש המידע, כמו גם בזכותו של הקונה להשתמש שימוש סביר ביצירה שנקנתה.²⁵ לפיכך בבירור קיומה של זכות יוצרים, ישתמש בית המשפט בכמה מבחנים כדי להגיע לתוצאה שתביא לאיזון הרצוי בין אינטרס התמריץ לבין אינטרס נגישות הציבור ליצירה והשימוש ההוגן בה.²⁶

משעמדנו בקצירת האומר על מושכלות ראשוניים בדיני זכויות היוצרים, נפנה לפסק הדין שבמרכז הארה זו.

עובדות המקרה

החברה סיפקה פלטפורמה ייחודית וראשונית לשוק דיגיטלי שניוני, שבו נסחרים קובצי מוזיקה משומשים. המסחר פתוח רק לשירים שנקנו בחנות הווירטואלית iTunes, ולא לשירים מתקליטורים ומקובצי מוזיקה לא חוקיים. לצורך סחר בשוק השניוני המשתמש נדרש להתקין אפליקציה, ובאמצעותה יועלו שירים שיציע למכירה למחשבי החברה, ויורדו ממחשבי החברה השירים שיקנה.

במהלך הכנת רשימת השירים למכירה, החברה מבקשת מהמשתמש למחוק את השירים ממחשבו, ולא – ייחסם חשבונו. כשהרשימה מוכנה, האפליקציה מעלה את השירים לענן, והם נשמרים על שרתי החברה. בסיום התהליך השירים נמחקים ממחשב המוכר, והאפליקציה ממשיכה לסרוק תדיר את מחשבו כדי לוודא שאינו משתמש בשירים שהעלה למכירה. המוכר יכול להאזין לשיר בעודו מוצג למכירה, אך משנקנה – האפשרות להאזין לשיר, למכור אותו או להורידו למחשב נתונה בידי הקונה בלבד.²⁷

טענות הצדדים

כחלק מההגנה על קניינו הרוחני של היוצר, ניתנות לו זכויות בלעדיות לשכפל את היצירה ולהפיצה.²⁸ **שכפול** הוא עשיית עותק של חלק מהותי מהיצירה, לרבות אחסון העותק בכל אמצעי טכנולוגי. **הפצה** כוללת מכירה, העמדה למכירה והפצה בהיקף מסחרי. החברה נתבעה על ידי חברת ההקלטות Capitol,²⁹ בטענה שהחברה מפרה את זכויותיה הבלעדיות לשכפול

23 ברשימה זו נתמקד באיזון ראוי של אינטרסים תועלתניים-כלכליים. לפיכך נתייחס בהמשך דברינו בעיקר לרציונל זה. לדיון רחב יותר בהצדקות כלכליות לדיני זכויות היוצרים, ראו: ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.S.**, פ"ד מח(4) 133, 154-163 (1994); Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989 (1997); Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1992); ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים** 327, 329-333 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009). לביקורת על הגישה הכלכלית ראו: Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTEL. PROP. L.I. (1997). L.E. SELTZER, EXEMPTION SAND FAIR USE IN COPYRIGHT 10, 12 (1978).

24 P.E. Geller, *Must Copyright Be For Ever Caught between Marketplace and Authorship Norms?*, in OF AUTHORS AND ORIGINS (B. T. Hardy, *Property (and Copyright) in Cyberspace*, עוד בעניין העידוד הכלכלי כתמרוץ ליצירה ראו: Sherman & A. Strowel eds., 1994).

25 UNIVERSITY OF CHICAGO L.F. 217, 219-229 (1996); מיכאל ד' בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית" **עיוני משפט** כז 885 (תשס"ד).

26 Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535 (2004);

27 Jessica Litman, *Frontiers of Intellectual Property: Lawful Personal Use*, 85 TEX. L. REV. 1871, 1919, 420-421 (2007)

28 דפנה לוינון-זמיר "ההגנה על שימוש הוגן בזכויות יוצרים" **משפטים** טז 430, 431 (1985); Glynn S. Lunney Jr., *Reexamining Copyright's Incentive-Access Paradigm*, 49 VAND. L. REV. 483, 504 (1996).

29 בעמ' 2 וה"ש 5 לפסק הדין.

28 ס' 11-17 לחוק; Sec. 106 of the Copyright Act

29 www.capitolrecords.com/ Capitol Records LLC

נתי פרל ומתן בן ישי, "שוק דיגיטלי שניוני – שלב אבולוציוני בעולם דיגיטלי", **הארץ דין** ח 19 (תשע"ג)

ולהפצה של כמה מהשירים שנמכרו. כיוון שבפעולת ההעלאה לענן היצירה משתכפלת, וכיוון שהחברה מספקת פלטפורמה למכירת היצירות, היא מפרה זכויות אלו.

מנגד טענה החברה כי פעולתה זוכה להגנה הניתנת לקוני השירים – הזכות לשימוש הוגן ביצירה והזכות למכור אותה לאחר.³⁰ על זכויותיו של הקונה מגנות שתי דוקטרינות מרכזיות, המאזנות בין ההגנה הרחבה הניתנת ליוצר לבין האינטרס הציבורי לחופש ביטוי, חופש יצירה וחופש המידע. **דוקטרינת המכירה הראשונה** מתירה לקונה למכור לאדם שלישי את היצירה שקנה, בדומה לכל נכס פיזי שבבעלותו.³¹ למשל, לאחר שאדם רכש כמה עותקים של יצירה ספרותית, מותר לו למכור אותם לכל דורש.³² **דוקטרינת השימוש ההוגן** מתירה את השימוש ביצירה בנסיבות מסוימות, גם אם לא ניתנה לכך רשות מהיוצר.³³ כדי לזכות בהגנתה של דוקטרינה זו, נדרשת עמידה בארבעה מבחנים מצטברים – מטרת השימוש ואופיו, אופי היצירה שבה נעשה השימוש, היקף השימוש מבחינה כמותית ואיכותית, והשפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי.³⁴ לטענת החברה, ההעלאה לענן היא שימוש הוגן, ודוקטרינת המכירה הראשונה מתירה את מכירת היצירה.

פסיקת בית המשפט

בית המשפט קבע כי השכפול האמור בחוק הוא גילום היצירה באובייקט חדש. לפיכך יצירת עותק חדש של היצירה יש בה משום הפרה, ללא תלות בקיומו של העותק המקורי.³⁵ כיוון שאי־אפשר להעביר חפץ פיזי דרך האינטרנט, העתקת הקובץ ממחשבו של הקונה אל הענן בהכרח מהווה שכפול. מעובדת היעדרו של הממד הפיזי – ממד הנדרש להגנת דוקטרינת המכירה הראשונה – הסיק בית המשפט כי הגנה זו אינה קמה למוכר. כיוון שהחברה גורמת לשכפול היצירה ולהפצתה, היא מפרה במישרין את זכויותיו של היוצר לשכפול ולהפצה.³⁶

לשיטת בית המשפט, פעולת שכפול הקבצים בעת העלאתם לענן אינה מוגנת גם לפי דוקטרינת השימוש ההוגן.³⁷ אליבא דכולי עלמא, העלאת הקבצים לענן החברה לצורך שימוש פרטי היא בגדר שימוש הוגן. אולם כאשר ההעלאה היא למטרת מכירה – היא עצמה אינה לגיטימית. ראשית, החברה תורמת להפרה כיוון שהסחר ביצירות מניב לה רווח פיננסי.³⁸ שנית, פעולת החברה תזיק למכירות בשוק הראשוני, ותוריד את שווי היצירות המקוריות. בשונה ממוצרים פיזיים, למוצרים דיגיטליים אין בלאי, שהרי שימוש קודם במוצר דיגיטלי אינו משפיע על איכות ההאזנה הנוכחית. זמן, מיקום או מאמץ אינם חסמים בפני מכירת הקובץ. לפיכך סחר בשוק השניוני יביא לפגיעה של ממש בשוק הראשוני.³⁹

נפנה כעת לדון במבט ביקורתי בטעמיו של בית המשפט.

30 בעמ' 2 וה"ש 3 לפסק הדין.
31 Sec. 129(a) of the Copyright Act; Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U. S. 339 (1908)
32 Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., No. 11-697 (U.S. Mar. 19, 2013)
33 Sec. 107 of the Copyright Act
34 רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד מח(1) 251 (1993).
35 השופט סאליבן מדייק במילות החוק – "it is the creation of a new material object and not an additional material object that defines the reproduction right" (emphasis in original). (עמ' 6 לפסק הדין).
36 בעמ' 11–13 לפסק הדין. להרחבה על אודות דוקטרינת ההפרה הישירה ראו: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 464 U. S. : 417, 440–442 (1984); Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services Inc., 907 F. Supp 1361 (N.D. Cal. 1995) ע"א 1636/98 **רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש בע"מ**, פ"ד נה(5) 337 (1987); ע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ** (פורסם בנבו, 20.6.2011).
37 בעמ' 10 לפסק הדין.
38 שם, בעמ' 13–14, 16–17. להרחבה על אודות דוקטרינת ההפרה התורמת ראו המקורות בה"ש 35. להרחבה על אודות דוקטרינות ההגנה השונות ראו: Flava Works, Inc. v. Marques Rondale Gunter, No. 11-3190, 2012 U.S. App. LEXIS 15977 (2012)
39 בעמ' 10–13 לפסק הדין.

פרק שני: פעולת החברה והמדיניות הראויה

בטיעונו הראשון קבע בית המשפט שגילומה של יצירה במוצר זהה אחר מהווה שכפול, ולפיכך המכר כולו אינו לגיטימי. בטיעונו השני שלל את קיומה של הגנת השימוש ההוגן. האומנם? ננתח את התהליך הטכנולוגי שבאמצעותו היצירה מועברת מהמכר אל הקונה, ונמק מדוע ראוי להעניק לו הגנות לפי דיני זכויות היוצרים. נוסיף ונטען כי לפי פרשנות תכליתית של תהליך המכירה, הגנת המכירה עולה בקנה אחד עם הרציונל שבבסיס דוקטרינת המכירה הראשונה.⁴⁰

פעולת החברה

העברת היצירה מהמוכר אל הקונה מתבצעת בשני שלבים – העלאת היצירה לענן והעברת הזכות הקניינית בה לקונה. תוך בחינת שני שלבים אלו, נמק מדוע הראשון נהנה מהגנת השימוש ההוגן והשני – מדוקטרינת המכירה הראשונה. מכך נסיק כי ברמה טכנית, אך מהותית, החברה מפעילה שוק שניוני למכירת מוצרים פיזיים שבהם מגולמות היצירות – פעולה מותרת לכל הדעות.

לענייננו, חשוב להבחין בין ענן ציבורי לענן פרטי. ענן ציבורי נגיש לכל דורש, ואילו הגישה לענן פרטי ניתנת אך ורק לבעל ההרשאה המתאימה. כלומר ענן פרטי אינו אלא חלק משטח האחסון האישי של המשתמש, למרות המרחק הפיזי ביניהם.⁴¹ הווה אומר, המרחב הפרטי הדיגיטלי של אדם הוא שטח אחסון שהוא שולט בו באופן בלעדי, ללא תלות במיקומו הגיאוגרפי.⁴²

בענייננו, החברה השכירה למשתמש מקום לאחסון השירים שירצה למכור.⁴³ השימוש בשטח זה מוענק לו באופן בלעדי, שהרי לפני המכירה הוא היחיד שיכול לגשת אל השיר. כלומר הענן דן הוא ענן פרטי ולא ציבורי. אמנם השכירות היא למטרת מכירה עתידית, אולם כל עוד זו לא בוצעה, העתקת היצירה ממחשבו של המוכר אל הענן הפרטי שלו – כמורה כהעתקת יצירה ממקום X אל מקום Y הנמצאים שניהם על מחשבו האישי, פעולה שהיא בגדר שימוש הוגן.⁴⁴ לטענה זו התובעים אינם מתנגדים. הבעייתיות, לטענתם, היא העתקת היצירה למטרת מכירה, הצובעת את ההעתקה (השכפול) כולה.⁴⁵

בנקודה זו חשוב הדיוק בפרטי אופן העברת הבעלות על השיר. לאחר שהקובץ מאוחסן בענן של המוכר, הזכות הקניינית לשימוש בענן עצמו מועברת לקונה. הגישה אל הקובץ נחסמת למוכר ונפתחת לקונה, כלומר "מפתח" לכלי הקיבול של הקובץ מחליף ידיים.⁴⁶ עם העברת זכות השימוש בענן, הקובץ שמאוחסן בו נמכר לקונה, באופן דומה למכר שבו כלי קיבול

40 נקודת המוצא ברשימה זו, כמו גם בפסיקתו של בית המשפט, היא כי השוק השניוני שהחברה מפעילה הוא שוק של מוצרים, ולא שוק של רישיונות שימוש. בשעת קניית השיר, העסקה לא הוגדרה כרישיון, ולדברי בית המשפט – מכירתו מותרת אגב מכירתו של חפץ שבו הוא מגולם. זאת ועוד, אם ברישיון האוסר מכירה חוזרת עסקינן, הדיון בסוגיות השונות בפסק הדין מתייתר.

על המגמה והסכנות במעבר ממכירת עותקים למשטר רישיונות ראו: ניבה אלקין-קורן "זכויות יוצרים ותחרות – משוק עותקים למשטר רישיון" **דין ודברים** ב 485 (תשס"ב); גיא פסח "משפט, זיכרון ושכחה בעידן השיעוּק המודרני" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע** 361, 377–384 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). על הטענה כי אי-אפשר להשתמש ברישיון כדי לעקוף את דוקטרינת המכירה הראשונה ראו: *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology* 939 F. 2d 91 (3d Cir., 1991).

41 Brain Adler, *Designing Private and Hybrid Clouds* (2012). Available at: www.rightscale.com/info_center/white-papers/rightscale-white-paper-designing-private-hybrid-clouds.pdf

42 יוער כי אין בכונתה של הגדרה זו למצות את הדיון בהבחנה הקניינית בין "פרטי" ל"ציבורי". מפאת קוצר היריעה, נסתפק בהסכמתם של התובעים להגדרה זו בנוגע לענן שהחברה מספקת. ראו: בעמ' 10 לפסק הדין.

43 ס' 1 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971, ס"ח 160.

44 *Jessica Litman, Frontiers of Intellectual Property: Lawful Personal Use*, 85 TEX L. REV. 1871, 1919, 420–421 (2007)

45 בעמ' 10 לפסק הדין.

46 בעמ' 2 לפסק הדין.

נתי פרל ומתן בן ישי, "שוק דיגיטלי שניוני – שלב אבולוציוני בעולם דיגיטלי", **הארץ דין** ח 19 (תשע"ג)

פיזי מועבר עם התוכן שבתוכו לקונה.⁴⁷ כך גם על פי דברי בית המשפט, אם השיר מאוחסן על חפץ פיזי, כגון דיסק קשיח או iPod, מכירת החפץ עם השיר מוגנת לפי דוקטרינת המכירה הראשונה.⁴⁸ לפיכך קיומה של מטרת המכירה אינו הופך את ההעתקה לפסולה, שכן עם ביצוע המכירה נחסמת גישתו של המוכר למוצר, ואין אנו ניצבים לפני בעלות כפולה. במילים אחרות, אין לפנינו שכפול מבחינה מהותית משום שאין שני "מוצרים" שמהם אנשים שונים יכולים ליהנות.

לסיכומה של טענה זו, אין להבדיל בין מחשבו האישי של המשתמש לבין הענן הפרטי שלו בכל הנוגע להעתקת היצירה. הענן הוא מעין שלוחה (אקסטנציה) של מחשב המשתמש. זאת ועוד, העברת הזכות הקניינית נעשית על החפץ הפיזי שבו מאוחסנת היצירה. מכאן שהעלאת היצירה לענן הפרטי מוגנת לפי הקריטריונים של שימוש הוגן, ומכירתה מוגנת לפי דוקטרינת המכירה הראשונה. לפיכך, לדעתנו שגה בית המשפט ברמה הטכנית של יישום הדוקטרינה.

מכירת מוצרים דיגיטליים – אבחנה מושגית

נעבור עתה לרובד המושגי. רוב התשובות לשאלות בדיני הקניין הרוחני אינן מתמצות ברמה הטכנית אלא נבחנות ברמה התכליתית, המפרשת את מושגי המשפט ויוצקת להן תוכן שנועד להגשים את הערכים שבבסיס ההסדר המשפטי. עלינו לתת אפוא תחילה את דעתנו על השאלה המושגית כיצד יש לפרש "העתקה", ולאחר מכן, כדי לוודא שהפרשנות שנבחרה היא מיטבית, עלינו לבחון על פי תובנות ריאליסטיות את האופן שבו מוסד קנייני מוגדר פועל במציאות חברתית נתונה.⁴⁹ במקרה שלנו נשאל אם יצירת עותק דיגיטלי נוסף כחלק מהליך המכר לאדם שלישי מפרה זכויות יוצרים. במילים אחרות, השאלה הטכנית – אם בוצעה "העתקה" – אינה יכולה להיות מוקד הדיון בבואנו לבחון את השאלה המשפטית: אם בוצעה "העתקה" כמשמעותה בדיני זכויות היוצרים, כחלק מבחינת הלגיטימיות של מכר המוצר ה"מועקת". בסופו של דבר, הבחינה הרלוונטית תהא תכלית דיני זכויות היוצרים – עידוד יצירה תוך הבטחת זכות הקונים לשימוש סביר ביצירות. לנוכח מטרות אלו אנו נדרשים לעצב את זכויות המוכר והקונה ביצירות.⁵⁰

נקודת המוצא המושגית הרלוונטית היא ההבחנה בין בעלות על יצירה לבין בעלות על עותק ספציפי שמגולם באובייקט הפיזי שנקנה. הקונה הוא בעל המיטלטלין שנקנו, אך היצירה עצמה הייתה ונשארה בבעלות היוצר.⁵¹ הבחנה זו נובעת מהרציונל שבבסיס דיני זכויות יוצרים, השואפים להגן על שימוש סביר ביצירה שנקנתה, תוך שמירה על זכותו של היוצר להפצת עותקים נוספים. כלומר זכותו הבלעדית של היוצר היא להפיץ עותקים מיצירותיו, אך זו אינה מקנה לו זכות בעותק הספציפי שנמכר. על העותק שנמכר חלים דיני המכר והצרכנות הרגילים, שכן זוהי משמעותו של המכר. ירצה הקונה להשמיד את העותק, להעניק אותו במתנה או למכור אותו – זוהי זכותו מעצם היותו קניינו.⁵² טענה זו מעוגנת גם בקביעת בית המשפט, שמכירתו של חפץ עם השיר זוכה להגנת דוקטרינת המכירה הראשונה.⁵³

47 נציין כי גם אם החברה מעבירה את תוכן הענן ממקום אחד למשנהו לצורכי תחזוקה וניהול השרתים – הרי העתקה זו מותרת לפי דוקטרינת השימוש ההוגן. פעולה זו אך מחליפה את המקום הפיזי המושכר במקום אחר המיועד לכך, והמשתמש הופך לשוכר של המקום החדש.

48 בעמ' 13 לפסק הדין.

49 Hanoch Dagan, *Legal Realism and the Taxonomy of Private Law*, in STRUCTURE AND JUSTIFICATION IN PRIVATE LAW: ESSAYS FOR PETER BIRKS 147 (Charles Rickett & Ross Grantham eds., 2008). גם בפסיקה הישראלית נזהרים שלא להקיש מענף אחד של דיני הקניין הרוחני לענף אחר. ראו: ע"א 513/89 Interlego נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 157 (1994); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 617 (1997); ד"ר 376/90 Anheuser-Busch Inc. נ' Budejovicky Budvar Narodni Podnik, פ"ד מו(4) 843, 871-870 (1992).

50 ע"א 326/00 עירית חולון נ' אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ, פ"ד נו(3) 658 (2003); Jessica Litman, *Frontiers of Intellectual Property: Lawful Personal Use*, 85 TEX. L. REV. 1871, 1919 (2007).

51 כמילותיו של החוק האמריקני: "Ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, is distinct from ownership of any material object in which the work is embodied" (17 U.S.C. §202 (1976)). להרחבה ראו: L. RAY PATTERSON & STANLEY W. LINDBERG, *THE NATURE OF COPYRIGHT: A LAW OF USERS' RIGHTS* 193, 181-186 (1991). בעמ' 497.

52 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 515; *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A. R. T Co.* 856 F. 2d 1341, 1343 (9th Cir., 1988); בעמ' 515.

53 בעמ' 13 לפסק הדין.

נמצאנו למדים כי גילומה הפיזי של יצירה אינו תנאי להגדרתה כעותק, אלא בלעדיות השימוש בה. כל עוד האינפורמציה זמינה לאדם אחד בלבד, הרי מדובר בעותק ספציפי. מכאן שאין הבדל בין מכירת העותק באמצעות מכירת חפץ שעליו הוא מאוחסן לבין מכירת העותק כשלעצמו, כל עוד אין נפגעת זכות המוכר להפיץ עותקים נוספים. לפיכך תהליך שבו עותק דיגיטלי מועבר מפלוני לאלמוני, כאשר בכל זמן נתון אפשרות השימוש בו נתונה לאחד מהם בלבד, שקול מבחינה מושגית למכירת מוצר פיזי שהעותק מגולם בו וראוי להגנת המכירה הראשונה. הודות לפלטפורמה שהחברה מספקת, בשעת מכירת היצירה בלעדיות הגישה אליה מועברת לקונה. מכאן שקונספטואלית, מכר זה ראוי לזכות בהגנת דוקטרינת המכירה הראשונה.⁵⁴

מסקנתנו היא אפוא כפולה. ראשית, מכיוון שבסיום תהליך העלאת היצירה לענן היא נמחקת ממחשבו של המוכר, הגדרת פעולת ההעלאה לענן כהעתקה אינה מייצגת נאמנה את מהותו של מושג זה.⁵⁵ כיוון שאין פרק זמן שבו המוכר יש גישה לשני עותקים של היצירה, בחינה מהותית של הפעולה תראה כי העותק הועבר לענן. שנית, וזה העיקר, בחינה מושגית של דוקטרינת המכירה הראשונה תביא לכלל מסקנה שמכירת העותק שנקנה, בין שהוא מגולם במוצר פיזי ובין שהוא מגולם בקוד דיגיטלי, היא חלק מזכויות הקונה הראשון.

פרק שלישי: שוק המוזיקה – תובנות כלכליות וריאליסטיות

כיוון שמטרת הכללים המשפטיים היא לשמור על חברה מתוקנת, אין די בבחינת החוק הכתוב (Law in Books), אלא נדרשים אנו לבחון גם את השלכותיו היישומיות של החוק (Law in Action). מתוך ראייה זו, נבחן את כלכלת השווקים הדיגיטליים-מוזיקליים בימינו, ונטען כי השוק השניוני יתרום להכנסות היוצרים ולהפיכת היצירות לנגישות לציבור.

בית המשפט נדרש להגנה על היוצרים, בטענה כי מוצרים דיגיטליים אינם מתבלים והם מועברים בקלות, ולפיכך פעולת החברה תזיק לשוק הראשוני של היצירות.⁵⁶ אל מול טענה זו נעלה שני טיעונים מצטברים. ראשית, קיומו של השוק השניוני יימנה עם מכלול השיקולים בקביעת מחיר היצירה בשוק הראשוני, ולכן רגולציה משפטית לא בהכרח נחוצה בענייננו. שנית, גם אם השוק השניוני יפגע במידת מה במכירות בשוק הראשוני, הסחר בו לגיטימי כבכל שוק שניוני של מוצרים פיזיים.

פגיעה בשוק הראשוני – האומנם?

בראייה כלכלית, נקודת המוצא לדיון, כל עוד אין המדינה מתערבת בשוק, היא אופן פעולתה של היד הנעלמה. השוק יניב פתרונות על ידי מי שפועלים בו, בהשפעת הביקוש וההיצע, באופן שסדר הייצור והקצאת הטובין מסדיר את עצמו (Self-Regulating Market).⁵⁷ לפי גישה זו, המדינה רשאית, ואפילו חייבת, להתערב בשוק רק במקרה של כשל שוק. כלומר

54 על הטענה כי שימוש הוגן הוא זכות ולא רק טענת הגנה, ראו: Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, Para 22, [2012 SCC 36](#), [2012] 2 S.C.R. 326; Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345. והשוו: בשי"א 11646/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.9.2010). להרחבה בנושא ראו: אלקין-קורן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 363, 366.

55 בעמ' 5-6 לפסק הדין.

56 טענה דומה הועלתה בעניין העתקת תוכנות מחשב. ראו: Adobe System, Inc. v. Stargate Software, Inc. 216 F. Supp. 2d 1051 (N.D. Cal., 2002). עוד על הטענה כי במוצרים דיגיטליים המרחק אינו מהווה מכשול להפצה, ראו: ITHIEL DE SOLA POOL, TECHNOLOGY WITHOUT BOUNDARIES, ON TELECOMMUNICATIONS IN A GLOBAL AGE 8 (1990).

57 Karl Polanyi, THE GREAT TRANSFORMATION: THE POLITICAL AND ECONOMIC ORIGIN OF OUR TIME (1944). לביקורת על תורתו של Polanyi ראו: John R. Commons, *Institutional Economics*, 21 AMERICAN ECONOMIC REV. 648-657 (1931).

רגולציה מדינית נדרשת כאשר הקצאת המשאבים או אספקת המוצרים והשירותים בשוק החופשי אינה יעילה, וישנו חסם המונע מכוחות השוק להסדיר זאת.⁵⁸

לטענתו של בית המשפט, מכיוון שבשוק הראשוני ובשוק השניוני יימכרו עותקים זהים, ומכיוון שמחיר היצירה יהיה נמוך יותר בשוק השניוני, ולו במעט (שאם לא כן – מדוע שלא לקנות הישר מהמקור?), או-אז יוסטו צרכנים מהשוק הראשוני אל השוק השניוני ותוסב פגיעה כלכלית ליוצרים.⁵⁹ אולם, כיוון שהיצירה זמינה לשימוש רק לאדם אחד בכל זמן נתון, ייתכן בהחלט שהשוק הראשוני יגלם את הסיכונים הנובעים מקיומו של שוק שניוני. כך, ההיצע והביקוש בשני השווקים יתאזנו בנקודת שיווי משקל שתהיה רווחית ליוצרים והוגנת כלפי הצרכנים. ייתכן שהמוכר הראשוני יאות למכור במחיר גבוה יותר, המגלם את העובדה שהקונה יוכל למכור את היצירה לאחר מכן, וייתכן שקונה הראשוני יאות להיענות להצעת המכירה, בידועו שאם ירצה, יוכל למצוא קונים שניוניים. ודוק, איננו מבקשים להגן על רווחיות מרבית ליוצרים, כי אם על תחרות משוכללת ככל הניתן. נימוקו של בית המשפט מניח שכל פגיעה ביוצרים היא שלילית, אולם אם יוצרים בלתי-כלכליים מרוויחים כיום, אין פסול בכך שקיומו של שוק שניוני יפגע בהם.⁶⁰ נפנה אפוא לבחון אם שוק שניוני ייצור כשל שוק, ואם התשובה תהיה שלילית, נסיק כי הכלים הכלכליים הנתונים בידי היוצרים לפי מנגנון השוק החופשי יעילים והוגנים יותר מרגולציה משפטית.

נניח שבהיעדר השוק השניוני צפויות להימכר בשוק הראשוני X יצירות במחיר P_x ליצירה, באופן שהפדיון ממכירת היצירות הוא $X * P_x = TR_x$. עוד נניח כי לנוכח שוק שניוני שיענה על חלק מסוים מהביקוש, יימכרו בשוק הראשוני רק Y יצירות ($Y < X$). כדי לפצות על הפגיעה הפוטנציאלית ברווח, יעלו המוכרים את המחיר, ככל שגמישות הביקוש וההיצע מאפשרת זאת, ל- P_y ($P_x < P_y$). במצב זה המכר יניב פדיון בסך $Y * P_y = TR_y$. לצורך הדיון נניח ש- $TR_y \leq TR_x$, שאם לא כן פשיטא שאין פגיעה בשוק הראשוני. במאמר מוסגר ייאמר שקיומו של השוק השניוני לא בהכרח יביא לירידה במספר העסקאות או בפדיון, שכן ייתכן כאמור שהקונים הראשונים ישקללו את הערך הכלכלי החדש שבידיהם עם פתיחתו של השוק השניוני, ויאותו לשלם יותר ו/או ירכשו מספר רב יותר של יצירות. כאמור, אנו נניח הנחה מחמירה שלפיה המוכרים יעלו את המחיר, מספר היצירות שייקנו ירד, והפדיון הכולל ירד. העותקים הראשונים של היצירה יימכרו בשוק הראשוני, ובמהלך הזמן יתחיל הסחר בהם גם בשוק השניוני. מספר העותקים שייסחרו בשני השווקים מוגבל למספר העותקים שיירכשו בשוק הראשוני, שהרי בשוק השניוני נסחרים רק עותקים שנרכשו באופן חוקי ובכל זמן נתון העותק זמין רק למשתמש אחד. כיוון שכך, לאחר שיאזל היצע היצירות בשוק השניוני – ככל שאנשים יעדיפו להשאיר את היצירה בבעלותם ולהקשיב לה – ואם עדיין תהיה דרישה ליצירה, ישובו הקונים אל השוק הראשוני כדי לקנות אותה, וחוזר חלילה. יתרה מזו, התמורות בהיצע ובביקוש ליצירה בשוק השניוני יכולות להוות אינדיקציה לקובעי המחירים בשוק הראשוני על שוויה הריאלי של היצירה בשוק, ומכך יגזרו את מחירה המיטבי. כלומר, אם ישובו הצרכנים לשוק הראשוני לאחר שידעך ההיצע בשוק השניוני, ייתכן שייקבע ליצירה מחיר P^1_y ($P^1_y < P_y$) כדי להגדיל את הביקוש ליצירה בשוק הראשוני, וייתכן שייקבע ליצירה מחיר P^2_y ($P_y < P^2_y$) כדי להפיק יותר רווחים מכל מכירה.⁶¹ כך, קובעי המחירים בשוק הראשוני יכולים לתמחר באופן יעיל את היצירה כתלות בהיצע ובביקוש בשני השווקים, באופן שיתקיים בסופו של התהליך $TR_x \leq TR_y$ ⁶².

אל מול טיעון זה יכולה להתעורר שאלת נגישות הציבור ליצירות אומנות. אם מסחר בשוק השניוני יביא להעלאת מחירים בשוק הראשוני, תוגבל הנגישות ליצירות בשוק זה רק לבעלי אמצעים (בהנחה שהשפעת השוק השניוני תהיה השפעה של ממש – הנחה שכאמור אינה נקייה מספקות). הגבלה זו תביא לפגיעה באינטרס הציבורי ביצירה, המושתת על תרומתו של

58 מיכאל בירנהק "החופש גלגוש בספריות ציבוריות" משפט וממשל ו 421, 426 (2003).

59 בעמ' 10–11 לפסק הדין.

60 קרי, מחירה של יצירה נקבע כיום על פי תחזיות המפיקים בעניין רווחיותה של היצירה. אולם ייתכן וראוי כי טעמים של הצרכנים ישפיע גם הוא על מחיר זה, כפי שיפורט להלן.

61 עוד על הקשר בין דוקטרינת המכירה הראשונה לבין עידוד תחרות על המחיר לצרכן, ראו בהרחבה אצל: R. Anthony Reese, *The First Sale*, 45 BOSTON COLLEGE L. REV. 585 (2003).

62 להרחבה על אודות יחסי הגומלין בין השוק הראשוני לבין השוק השניוני, ראו: Hau Lee and Seungjin Whang, *The Impact of The Secondary Market of the Supply Chain*, 48(6) MANAGEMENT SCIENCE 719–731 (2002).

היצירות לשיח הדמוקרטי, כמו גם להעשרת עולמו התרבותי של הפרט.⁶³ על טענה זו נבקש להשיב בשלושה רבדים. ראשית, ערכן של יצירות מוזיקליות דיגיטליות אינו נגזר מהנדירות או מהאותנטיות שלהן, שלא כמו יצירות אומנות מקוריות. לציור מקורי של ואן-גוך יהיה מי שישכים לשלם סכום כסף נכבד, ואילו ליצירה "מקורית" שכל כולה ברובד דיגיטלי (עדיין) אין משמעות כלכלית או תרבותית. היצירה הדיגיטלית דומה יותר לשעתוק (Reproduction) של הציור, וניתן לראות כי אלו נמכרים בשוק בלי שייוצרו חסמי רכישה גבוהים. לפיכך אם יעלו המחירים מעבר לרף מסוים, לא יהיה ביקוש ליצירות, ולכן לא סביר שעליית המחירים תהיה רבה. שנית, גם בגין עליית מחירים כלשהי הצרכן כאמור מפוצה, לאור האפשרות לחזור ולמכור את היצירה (או במילים אחרות המחיר האפקטיבי הכולל, ה-Effective Price, לא בהכרח יעלה). היכולת לרכוש באמצעות היצירה שנקנתה יצירות נוספות הופכת את הקנייה להשקעה, ולכן הצרכנים יהיו מוכנים לשלם את הפרש המחיר.⁶⁴ לבסוף, עצם קיומו של השוק השניוני, אשר בו כנראה מחירי היצירות יהיו זולים יותר,⁶⁵ מגדיל למעשה את נגישות היצירות לכלל הציבור, ומכל מקום צפוי שמספר המוכרים יהיה גדול יותר באופן שתפחת הריכוזיות.

עם זאת אין לכתך, ייתכן שלאחר הסחר בעותקים הראשונים של היצירה, יקטן מאוד הביקוש ליצירה בשוק הראשוני. אולם מכך אין נובע שעל בית המשפט לאסור את קיומו של שוק שניוני. איכות ירודה של יצירות בשוק הראשוני, טעמם של הצרכנים, שינויים אופנתיים בעולם המוזיקה וכיוצא באלו, יכולים אף הם לצמצם את מחזור המכירות. מתוך ראיית התחרות המשוכללת בין השווקים כמנגנון שיביא למחיר הוגן, ומכיוון שזהותם של המוצרים בשני השווקים אינה יוצרת כשל שוק, ראוי שכוחות השוק יסדירו את מחירן של היצירות.

פגיעה לוגיטמית בשוק ראשוני

בית המשפט הבדיל בין מוצרים דיגיטליים למוצרים פיזיים, בטענה שלמוצר דיגיטלי אין **בלאי** (amortization). מכאן נגזרת פגיעה כלכלית ביוצרים, והדרישה מהקונים לקנות דווקא בשוק הראשוני נראית מוצדקת יותר.⁶⁶ אולם ההנחה שבבסיס טיעון זה מחייבת בחינה מקיפה של הסיבות לירידת ערכם של נכסים. שווים של נכסים רבים פוחת במהלך תקופת הבעלות עליהם עקב תהליכי התיישנות רגילה (normal obsolescence) או עקב התיישנות כלכלית (economic obsolescence). התיישנות רגילה של נכס היא תהליך טבעי שעובר על חומר מכל סוג שהוא, והגורם לבלאי פיזי (physical deterioration) – התפוררותו או קלקולו. התיישנות כלכלית היא ירידה במידת השימוש בנכס, הנובעת משינויים ביחסי היצע וביקוש, הגבלות חוקיות, כוחות כלכליים כגון שינויי טעם הצרכנים או המצאות חדשות, וכדומה.⁶⁷

קובץ המכיל יצירה מוזיקלית אמנם אינו לוקה בבלאי פיזי, אולם ערך היצירה עצמה פוחת עקב התיישנות כלכלית, כיוון שיחס הסביבה אל משאב זה משתנה. עמדה קניינית קלסית מדגישה את הקשר שבין היוצר לבין היצירה, בדומה ליחס שבין אדם לבין חלקת האדמה שלו. עמדה קניינית רחבה יותר, פרי הפרשנות הריאליסטית לנקודת המוצא המושגית, טוענת שהיחס הקנייני הוא לא בין האדם למשאב, אלא הוא הקשר שבין אדם לבין הקהילה, קרי אנשים אחרים, אשר תוכנו ומושא התייחסותו הוא גם המשאב.⁶⁸ יצירות מוזיקליות ראויות לבחינה הרחבה יותר של המוסד הקנייני, כיוון שערכן בשוק נגזר גם מהקשרן התרבותי-חברתי. יצירות מאבדות מערכן בחלוף השנים, הן בשל הצפת השוק בעותקים הן בשל שינויים

63 P.E. Geller, *Must Copyright Be For Ever Caught between Marketplace and Authorship Norms?*, in OF AUTHORS AND ORIGINS (B. Sherman & A. Strowel eds., 1994).

64 אלקיין-קורן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 531.

65 R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine*: יותר ממחיר נמוכים יותר מכירת עותק חדש ראו: *in the Era of Digital Networks*, 45 BOSTON COLLEGE L. REV. 586-587 (2003).

66 בעמ' 12 לפסק הדין.

67 Measuring Capital: OECD Manual, MEASUREMENT (Extraordinary Obsolescence). ראו: *OF CAPITAL STOCKS, CONSUMPTION OF FIXED CAPITAL AND CAPITAL SERVICES*, 32 (2001). Available at: www.oecd.org/std/na/1876369.pdf.

68 Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM L. REV. 809 (1935).

נתי פרל ומתן בן ישי, "שוק דיגיטלי שניוני – שלב אבולוציוני בעולם דיגיטלי", *הארץ דין* ח 19 (תשע"ג)

תרבותיים בתוך החברה או מחוצה לה.⁶⁹ הרגלי צריכת המוזיקה והאומנות מושפעים מגיל, השכלה, מעמד, דעות פוליטיות, הזדהות עם אייקונים וכדומה. כיוון שישנה תחלופה תדירה של אופנות, סגנונות וטעמים, שירים ישנים מאבדים מערכם בחלוף הזמן.⁷⁰ בעידן הדיגיטלי ורב הערוצים, בכוחם של אמצעי התקשורת המודרניים להביא לפרסום עולמי כמו גם לגרום לאישיות מסוימת להישכח בן רגע. תרבות ה"אינסטנט" וכוכבי "15 דקות של תהילה", כמו גם טכנולוגיות ייצור סרטים ומוזיקה זמינות וזולות,⁷¹ גורמות למוזיקה הישנה להיות אטרקטיבית פחות ופחות, ומגדילות את הדרישה למוזיקה חדשה, ובה בעת ביכולתן לעורר ביקוש לשירים "נוסטלגיים" שלא נס לחם.

מחקרים אמפיריים מראים כי הדרישה לשיר מצד קהל הקונים גדולה סמוך להשקתו (launching), אך דועכת במהירות.⁷² יותר ממחצית האלבומים נמכרים ברבעון הראשון לאחר השקת אלבום, ורק כ-13% מהאלבומים נמכרים לאחר שנה מהשקתו. הרוב המכריע של ההכנסות מתקבל בשנתיים הראשונות ליציאת אלבום.⁷³ הווה אומר, יצירה מוזיקלית אכן מאבדת מערכה במרוצת הזמן, אלא שירידה זו אינה נובעת מקיומו של שוק שניוני, ואין להניח שקיומו של שוק שכזה יאיץ את התופעה או ישנה אותה. ייתכן שקיומו של שוק זה דווקא יאפשר מחזור עסקים חדש ביצירות ישנות, ויעורר ביקוש (שוק).

פרק רביעי: תמריצי היצירה והגשתה לציבור

בית המשפט פסק שפעולת החברה פסולה בשל החשש שייפגעו מכירות השוק הראשוני. צמצום הרווחים שמניבות המכירות בשוק הראשוני עלול, לדעתו, לפגוע בתמריצים ליצירתן ולהפצתן של יצירות.⁷⁴ כדי להשיב על טענה זו, נעמוד על טיבם של הפעילים בשוק המוזיקה, ונבחין בין תמריץ ליצור ליצור ובין תמריץ למתווכים לשפר רווחים.⁷⁵ כיוון שתמריצים נגזרים ממערכת ציפיות מסוימת, נבחין בין ציפיות שראוי להיענות להן ובין ציפיות שאין לנו מחויבות לעודד.⁷⁶ לאחר שתבוסס הבחנה זו, נטען שתי טענות מצטברות: ראשית, ישנו בסיס סביר להניח שהשוק השניוני לא יפגע בתמריצי היוצרים ובתמריצי המתווכים, ופעולתו אף עשויה להגביר אותם. שנית, נבחן את השפעתו של העולם הדיגיטלי על הדרכים להפצת יצירות מוזיקליות, ונפקפק בנחיצותם של המתווכים הפועלים כיום בענף זה. מכך נסיק כי עצם קיומן של ציפיות שאינן תורמות להגשמת תכליות דיני זכויות היוצרים, אינו מהווה הצדקה מספקת לפסילת השוק השניוני.

69 Rachel Soloveichik, *Music Originals as Capital Asset* 27 (2013). Available at: www.bea.gov/papers/pdf/Music%20as%20a%20Capital%20Asset.pdf

70 ALAN MERRIAM, *THE ANTHROPOLOGY OF MUSIC* (1964)

71 J. Healey, *Breaking Down The Cost of Compact Discs*, SILICON VALLEY.COM 13 (2000); E.A. Taub, *Homemade Music with a Professional Sound*, N.Y. TIMES, Dec 21, 2000, at G11

72 System of National Account 2008, 10.115 (N.Y. 2009). Available at: <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/docs/SNA2008.pdf>

73 Soloveichik, לעיל ה"ש 69, בעמ' 21–22.

74 בעמ' 11–12 לפסק הדין.

75 יובל קרניאל ואהוד נסימיאן "זכויות היוצרים בעידן המידע" *עלי משפט* ג 191 (תשס"ג).

76 L.E. SELTZER, EXEMPTION AND FAIR USE IN : לדין על אודות היחס שבין אינטרס הציפייה של היוצר לבין גבולות השימוש ההוגן ראו: COPYRIGHT 29–36, 42 (1978); W.J. Gordon, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutory Impulse*, 78 VIRG. L. REV. (1992).

בעקבות תהייתו של מישל פוקו על אודות מהות היוצר, התפתחה אסכולת מחקר בנושא.⁷⁷ את מרכיבי היסוד של דיני זכויות היוצרים עיצבו, בין היתר, המחברים עצמם, מוציאים לאור, חברות תקליטים וכיוצא באלו, וכך התפתחה קטגוריה תרבותית המגדירה מיהו מחבר היצירה.⁷⁸ מכאן, שהגדרת "יוצר" היא תוצר חברתי, תלוי הקשר היסטורי ותרבותי.⁷⁹

נהוג להעמיד במוקד היצירה את כותבי השירים (songwriters), שמתחלקים לתמלילנים (lyricists), למלחינים (music composers) ולמעבדים. רבים מהם חובשים שניים מן הכובעים, ולעתים את שלושתם. להקות וזמרים (performers) שרים את השירים מול קהל או מקליטים אותם לצורך מכירתם לציבור. במהלך השנים החלו להיטשטש הגבולות בין כותבי השירים לבין מבצעים, וכך במקביל לקניית יצירות מתמלילנים ומלחינים נולד זן חדש – singer-songwriter.⁸⁰ כל אלו – יוצרי המילים, יוצרי הלחן והמבצעים (creators), ראויים להגנות דיני זכויות היוצרים בשל תרומתם להעשרת העולם התרבותי. לעומתם, ישנם גורמים מתווכים (intermediaries) שאינם חלק מתהליך היצירה עצמו. האמרגנים (impresarios) דואגים להופעות חיות ולסידורים הנלווים להן, וחברות הפקה והפצה (producers) מפיקות ומוכרות את התקליטים לציבור.⁸¹ כלומר המתווכים, שהם הכלי המקשר בין היצירה לבין הציבור, כשם כן הם – אמצעי ולא מטרה.

השגת מטרות דיני זכויות היוצרים קשורה בהבחנה בין תמריץ ליוצר ליצור לבין עידוד האינטרס לרווח כספי מעיסוק בשוק המוזיקה. היוצרים מצפים לתגמול על המאמץ וההשקעה ביצירה כדי לפרנס את עצמם, לצדו של הדחף לביטוי עצמי והרצון ליצור, שעשוי להיות חזק לא פחות מהדחף לרווח כלכלי. מנגד, המתווכים משתמשים ביצירה כמשאב לשיפור רווחיהם. לפיכך כל עוד יש ליוצר תמריץ ליצור, וישנן חלופות להגשת היצירות לציבור שמייתרות את המתווכים, תכליות דיני זכויות היוצרים מושגות גם ללא הגנה על מקצועות התיווך באופיים הנוכחי. מכאן שההגנות הניתנות בדיני זכויות היוצרים אינן כלי מתאים לשימור מקצוע ששינויים טכנולוגיים מאיימים עליו. כלומר איסור לקיים שוק שניוני המוטל לטובת שימור הדרכים המסורתיות להפצת יצירות מוזיקליות, אינו ראוי לעיגון בדיני זכויות היוצרים.

היוצרים

בשוק המוזיקה הפופולרית בן זמננו, חלק מועט מהכנסות היוצרים מגיע ממכירת תקליטים.⁸² ההערכות הן כי הכנסות אלו מהוות פחות מ-10% מסך הכנסותיהם.⁸³ יוצרים רבים מעבירים את זכויותיהם למפיקים תמורת תמלוגים, והרווחים שמתקבלים מהפצת היצירה בציבור מממנים את המפיקים עצמם.⁸⁴ רוב-רובו של התמריץ הכלכלי ליצור אינו נובע ממכירת תקליטים, אלא מעבודה נוספת של היוצר, משימושים נוספים או מתהליכים נלווים ליצירה. נגינה בלהקות, הוראת מוזיקה,

Michele Foucault, *What Is an Author?*, in THE FOUCAULT READER 101 (Paul Rabinow. ed., 1979); OF AUTHORS AND ORIGINS: ESSAYS ON COPYRIGHT LAW (Brad Sherman & Alain Strowel eds., 1994); THE CONSTRUCTION OF AUTHORSHIP: TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE (Martha Woodmansee & Peter Jaszi eds., 1994)

Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphosis of "Authorship"*, 41 DUKE L.J. 455 (1991) 78
ה"מחברות" במהלך השנים ראו: מיכאל בירנהק "החוק ושדה היצירה" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים** 83, 95-97 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 114 (1996) 79

Jay Rosenthal, *The Recording Artist/Songwriter Dilemma: The Controlled Composition Clause—Enough Already!*, Available at: 80
JEFFREY PEPPER RODGERS, THE COMPLETE להרחבה ראו: www.nmpa.org/pdf/copyrights/RosenthalLandslide3_4Mar_April2011.pdf

SINGER-SONGWRITER: A TROUBADOUR'S GUIDE TO WRITING, PERFORMING, RECORDING AND BUSINESS (2003)
Marie Connolly & Alan B. Krueger, *Rockonomics: The Economics of Popular Music*, the National Bureau of Economic Reserch 1050 81
(Massachusetts Ave. Cambridge, MA 02138, 5 (2005)) (להלן – *Rockonomics*).

בכללה של "מוסיקת פופ": רוקנרול, ראפ, ג'אז, בלוז ועוד. ראו: שם, בעמ' 2-6. 82

Peter C. DiCola, *Money from Music: Survey Evidence on Musicians' Revenue and Lessons About Copyright Incentives*, NORTHWESTERN UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, LAW & ECONOMICS SERIES No. 13-01, 57 (2013); Peter Kafka and Kemp Powers, *Celebrity 100, The Road to Riches*, FORBES.COM, July 7, 2003 Available at: <http://www.forbes.com/forbes/2003/0707/078.html> 83

Rockonomics, לעיל ה"ש 81, בעמ' 6-7. 84

נתי פרל ומתן בן ישי, "שוק דיגיטלי שניוני – שלב אבולוציוני בעולם דיגיטלי", **הארץ דין ח** 19 (תשע"ג)

שימוש מסחרי במוניטין של האומן וכיוצא באלו, מהווים נתח נכבד מהכנסות היוצרים.⁸⁵ מלבד אלו, מקור הרווח העיקרי של היוצרים הוא ביצוע שירים בהופעות חיות.⁸⁶ מחירם של כרטיסי הכניסה להופעה מגלם גם את החוויה שבהשתתפות בה, ומכירתם כמו גם מכירת מוצרים נלווים לקהל, מכניסות ליוצרים רווחים גדולים יותר ממכירת תקליטים.⁸⁷

זאת ועוד, בימינו ישנן פלטפורמות חלופיות למימון יוצרים במגוון תחומים. **מימון המונים** (crowdfunding) הוא שיתוף פעולה קולקטיבי לגיוס כספים כדי לתמוך במיזמים, וחלק מהכסף ניתן בתמורה למוצר או לשירות בעתיד.⁸⁸ בפלטפורמות אלו היוצרים מציעים את רעיונותיהם והציבור מממן את אלו שיש להם ביקוש. הרעיונות המוצעים מגוונים בתחומם – ממוזיקת ג'אז וכתבת ספרים ועד לעיצוב מוצרים.⁸⁹ מימון ההמונים אפקטיבי במיוחד בתחום היצירות הדיגיטליות. יש מספר רב של פלטפורמות למימון המונים בארץ ובעולם, המגייסות מיליארדי דולרים בשנה כדי לעודד יוזמות מיוזמות שונות.⁹⁰

לבסוף, היוצרים מקבלים תמלוגים גם על מסחר בשוק השניוני. בכל פעם שעותק מחליף בעלות, מועבר אל היוצר סכום כסף מסוים,⁹¹ בדומה לתמלוגים בעבור מכירת יצירות בשוק הראשוני, השמעת היצירות ברדיו ושימוש בהן בפסקול של סרטים.⁹²

המתווכים

טענתם העיקרית של המתווכים היא שההכנסות שהם מפיקים כיום נדרשות להמשך פעילותו של שוק המוזיקה. כיוון שהפקת היצירות עצמן דורשת השקעה כספית, ומשום שנדרש פיזור סיכונים של הפקת יצירות כושלות – פגיעה כלכלית בהם תגרור נזק לשוק המוזיקה. ההון הנדרש ליוצר כדי להוציא את יצירתו מן הכוח אל הפועל, והיעדר השקעה ביצירות הטומנות בחובן סיכון לחוסר הצלחה מסחרית, ימנעו מיצירות רבות להגיע אל הציבור.⁹³ על טענה זו נבקש להשיב בשלושה מישורים – ראשית, השוק הראשוני לא בהכרח ייפגע. שנית, השוק השניוני יגדיל את המכירות בשוק הראשוני. שלישית, גם בהנחה שיוסב נזק לשוק הראשוני, נזק זה הוא מוצדק, ויש הטוענים כי אף מתבקש.

-
- 85 DiCola, לעיל ה"ש 83, בעמ' 57; Soloveichik, לעיל ה"ש 69, בעמ' 23–24. להרחבה על אודות מקורות הכנסה נלווים לאמנים וליוצרים, ראו: DONALD S. PASSMAN, ALL YOU NEED TO KNOW ABOUT THE MUSIC BUSINESS (2001); "י ויסמן" הבעל הראשון של זכות יוצרים" **עיוני משפט** יד 29 (1989).
- 86 יובל קרניאל ואהוד נסימיאל "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" **עלי משפט** ג 191, 229–231 (תשס"ג); Seung-Hyun Hong, *The Effect of Napster on Recorded Music Sales: Evidence from the Consumer Expenditure Survey*, SIEPR, Discussion Paper No. 03-18, 1 (2004).
- 87 *Rockconomics*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 7; Soloveichik, לעיל ה"ש 69, בעמ' 13. "התיאוריה של בואיי" חוזה כי פרנסתם של היוצרים תהפוך לתלויה יותר ויותר בהופעותיהם. ראו: Krueger, Alan B., *The Economics of Real Superstars: The Market for Rock Concerts in the Material World*, 23(1) JOURNAL OF LABOR ECONOMICS 1–30 (2004); Jon Pareles, David Bowie, *21st Century Entrepreneur*, N.Y. TIMES 9 June, 2002; Soloveichik, לעיל ה"ש 69, בעמ' 4–5.
- 88 Ordanani A., Miceli L., Pizzetti M., Parasuraman A., *Crowd-funding: Transforming customers into investors through innovative service platforms*, 22(4) JOURNAL OF SERVICE MANAGMENT 443 (2011); Scott Steinberg, *The Crowdfunding Bible: How to Raise Money for any Startup, Video Game, or Project* (2012). Available at: www.crowdfundingguides.com/The%20Crowdfunding%20Bible.pdf
- 89 Elizabeth M. Gerber, Julie S. Hui, Pei-Yi Kuo, *Crowdfunding: Why People Are Motivated to Post and Fund Projects on Crowdfunding Platforms* (2012). Available at: www.juliehui.org/wp-content/uploads/2013/04/CSCW_Crowdfunding_Final.pdf
- 90 באפריל 2012 היו 452 פלטפורמות פעילות, ובהן גויסו כמיליארד וחצי דולרים ליותר ממיליון מסעות פרסום. ראו: CROWDFUNDING INDUSTRY REPORT: Market Trends, Composition and Crowdfunding Platforms, 11 (May 2012). Available at: www.crowdfunding.nl/wp-content/uploads/2012/05/92834651-Massolution-abridged-Crowd-Funding-Industry-Report1.pdf
- 91 בעמ' 3 לפסק הדין. זכות היוצר לקבל תמלוגים בעבור מכירה של יצירותיו בשוק השניוני מעוגנת במשפט הצרפתי, בחוק הגרמני ובחוק הבריטי, ואומצה בדיקטיבה האירופית משנת 2001. ראו: אלקין-קורן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 525.
- 92 Soloveichik, לעיל ה"ש 69, בעמ' 23, 29.
- 93 P. Goldstein, *Copyright*, 55. LAW & CONTEMP. PROB. 79, 82–83 (1992); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכויות יוצרים" **משפטים** לא(2) 373–372, 359 (2001).

כיוון שכל עותק של היצירה זמין לאדם אחד בלבד בכל זמן נתון, יש לשער כי השוק השניוני לא יצליח לענות, לפחות בשלב השקת היצירה, על כל הביקוש. על פי דברינו לעיל, כיוון שרוב הרווח מיצירה מוזיקלית מתקבל בשנה הראשונה להשקתה – הפגיעה בשוק הראשוני תהיה מועטה.⁹⁴ מלבד זאת, ישנן יצירות הנגזרות מיצירות קיימות והן מניבות רווחים כאשר הן מושקות בשוק הראשוני: גרסאות חדשות לשירים, יצירות של להקות שהתאחדו וכדומה הם מוצרים שונים מהיצירה המקורית, ומהם מרוויחים היוצרים והמתווכים כאחד.⁹⁵

המתווכים מרוויחים גם מהסחר בשוק השניוני עצמו. בתחום כלכלת הרשת (Network Economy) אחד המרכיבים החשובים בערכו של מוצר הוא החשיפה שלו לציבור. ככל שמספר המשתמשים במוצר גדול יותר, כך עולה הערך שלו בעיני המשתמש היחיד (Network Externalities).⁹⁶ מלבד העותקים הנוספים שנמכרים, ערך ההצטרפות לרשת עולה ככל שמספר המשתמשים גדול יותר, דבר המעניק יתרון של כלכלת גודל (Demand Side Economics of Scale) גם לצד המשתמש.⁹⁷ מרכיב זה חשוב בשוק המוזיקה, שמונע ברובו מפופולריות ויצירת "באזז". חשיפה רבה לשיר או ליוצר מסוים מעידה על הרלוונטיות שלו באותה תקופה, וכך צו האופנה מכווין את הצרכנים לרכישות נוספות של השיר ושל יצירות אחרות של היוצר, שנמכרות בשוק הראשוני. יש הטוענים שאפילו לתופעת הפירטיות יש השפעה חיובית על מחזור המכירות של שירים.⁹⁸

לבסוף, בד בבד עם ההתפתחויות הטכנולוגיות מתייתר תפקידם של המתווכים הישנים בהפצת יצירות, ואופי המקצוע משתנה. עלות הפקתן של יצירות דיגיטליות באמצעים טכנולוגיים חדשניים נמוכה יותר מזו שנדרשה בעבר להפקת יצירות מוזיקליות.⁹⁹ זאת ועוד, המפיצים אינם נושאים בעלויות השכפול של אובייקטים פיזיים שהיצירות מאוחסנות בהם, שכן יצירת עותקים נוספים של יצירות דיגיטליות נעשית כיום בלחיצת כפתור ובלא עלות. בייחוד ובעיקר, לעומת העלויות הכרוכות בהקמתן ובניהולן של חנויות פיזיות, הפעלתן של חנויות מוזיקה וירטואליות זולה בהרבה.¹⁰⁰

עלויות ההפקה, השכפול וההפצה של יצירות מוזיקליות נמוכות הרבה יותר בעידן הדיגיטלי. לפיכך גם ההשקעה ביצירות עם סיכון לכישלון מסחרי קטנה. על כן פגיעה מסוימת במתווכים הישנים לא בהכרח תצמצם את נגישות הציבור ליצירות. למעשה, דומה כי ההפך הוא הנכון. מאז השקתן של החנויות הווירטואליות, נצפתה עלייה בהכנסות של תעשיית המוזיקה.¹⁰¹ ככל שהרכישה באינטרנט הופכת זמינה ונוחה יותר, הצרכנים נושאים את חנויות התקליטים וגוברת הדרישה ליצירות דיגיטליות.¹⁰²

נמצא שאיסור השימוש בטכנולוגיה שאינה פוגעת, ויש שיטענו אף מסייעת, בהגשמת תכליות דיני זכויות היוצרים, אינו צריך להישען על דינים אלו. כפי שחברות התקליטורים החליפו את יצרני הקלטות, וכפי שהחנויות הווירטואליות נוגסות

94 שם, בעמ' 364.
95 *Rockconomics*, לעיל הי"ש 81, בעמ' 15–16; Soloveichik, לעיל הי"ש 69, בעמ' 21–22.
96 Michael Katz & Carl Shapiro, *Network Externalities and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424 (1984); CARL SHAPIRO & HAL R. VARIAN, INFORMATION RULES: A STRATEGIC GUIDE TO THE NETWORK ECONOMY §13–17 (1999).
97 WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW §393 (2003).
98 Luis Aguiar and Bertin Martens, *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data*, JRC TECHNICAL REPORTS (2013). Available at: www.scribd.com/doc/131005609/JRC79605.
99 E.A. Taub, *Homemade Music with a Professional Sound*, N.Y. Times, Dec 21, 2000. ; בעמ' 13.
100 Niva Elkin-Koren, *Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 345, 401–407 (1993); Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215, 257–259 (1996).
101 העלייה בהכנסות של תעשיית המוזיקה עקב המעבר לשירותי מוזיקה חוקיים באה בעת ובעונה אחת עם ירידה ניכרת בהורדת מוזיקה פירטית. כמחצית מהאנשים שהפסיקו את הורדות השירים, או צמצמו אותן, ציינו כסיבה עיקרית את שירותי ה-streaming. ראו: The NPD Group: Music File Sharing Declined Significantly in 2012 (2012). Available at: <https://www.npd.com/wps/portal/npd/us/news/press-releases/the-npd-group-music-file-sharing-declined-significantly-in-2012/>.
102 Seung-Hyun Hong, *The Effect of Napster on Recorded Music Sales: Evidence from the Consumer Expenditure Survey*, SIEPR Discussion Paper No. 03-18, 1 (2004).

נתי פרל ומתן בן ישי, "שוק דיגיטלי שניוני – שלב אבולוציוני בעולם דיגיטלי", הארת דין ח 19 (תשע"ג)

ברווחיהם של בעלי החנויות הפיזיות,¹⁰³ כך הטכנולוגיה שחברת ReDigi מספקת עלולה לפגוע ברווחיהם של המתווכים הישנים, ובהם חברת Capitol. אלא מאי? העובדה שהיוצר, וקל וחומר המתווך, יכול להרוויח מאיסור שימוש כלשהו ביצירה, אינה סיבה מספקת לאסור אותו שימוש.¹⁰⁴

סיכום

לפני העידן הדיגיטלי, תנאי הכרחי לביטוי יצירה היה גילומה במוצר פיזי, ועליו חלו דיני זכויות היוצרים. בעולם שבו יצירות לובשות צורה ופושטות צורה בלחיצת כפתור, הגבלות משפטיות צריכות להתעצב על פי תכליתם של דינים אלו – עידוד יצירתן של יצירות והגברת נגישותן. בעבר, הבעלות על עותק הייתה כרוכה בבעלות על החפץ שבו גולמה היצירה. כיום הבעלות על עותק דיגיטלי נגזרת מבלעדיות השימוש בו.

דוקטרינת המכירה הראשונה מבטאת את ההבחנה בין זכויות היוצר ביצירה שיצר לבין זכויות הקונה בעותק של היצירה. על העותק שנקנה, בגילומו הפיזי או בקידודו הדיגיטלי, ראויים לחול דיני המכר והצרכנות הרגילים. מכאן שמכירת הזכויות בעותק שנקנה אינה צריכה להיות מוגבלת. אופן העברת הבעלות על עותק, ובפרט מכירתו בשוק השניוני שהחברה מפעילה, אינו צריך לפגום במהות המכר.

האיסור לשכפל את היצירה מגביל הכנת עותק מובחן מהעותק המקורי. כל עוד לפנינו עותק מסוים, העברתו ממקום אחד למשנהו ראויה לזכות בהגנת השימוש ההוגן. פעולתה של החברה אינה יוצרת עותקים מהיצירה, כיוון שבלעדיות השימוש בעותק נשמרת לאורך כל התהליך. בפרט העלאת עותק לענן פרטי, בדומה להעברתו אל מכשיר iPod, אינה צריכה להיחשב לשכפול העותק כי אם להעברתו.

יש כמובן לוודא שמבחינה טכנולוגית הסחר בשוק השניוני שהחברה מפעילה יהיה אפשרי רק בעותקים שנקנו כחוק, והעותקים שנשחרים בו צריכים להיות נגישים רק לאדם אחד בכל זמן נתון. בתנאים אלה, התחזית שהשוק השניוני יפגע בהכנסות השוק הראשוני אינה מבוססת, וחסידיו השוק החופשי אף יטענו שרגולציה משפטית שלו אינה לגיטימית. מלבד התמלוגים שהיוצרים מקבלים בעבור כל מכירה בשוק השניוני, החשיפה הרחבה לציבור מעלה את ערכה של היצירה בעיני המשתמש ומכווניה צרכנים נוספים לרכוש אותה. פופולריות של היצירה בקרב הציבור עשויה להגדיל את נתח המסחר בה בשוק הראשוני, כמו גם ביצירות נוספות של היוצר.

אמנם תיתכן פגיעה ואף פגיעה ניכרת במתווכים, אך ייתכן שהגנה עליהם באמצעות דיני זכויות היוצרים ראויה לבחינה מחודשת. תכליתם של דיני זכויות היוצרים היא עידוד היוצר והעשרת עולמם של הפרטים בחברה. מנגנון המעודד את יצירתן והפצתן של יצירות באמצעות מנגנוני תיווך חלופיים ראוי להתקבל ברמה החברתית והמשפטית כאחת.

ניטיב לעשות אפוא אם לא נאמץ את מהלכו של בית המשפט בפסק הדין, אלא נכיר בחשיבותו של השוק השניוני ליצירות מוזיקליות.

Eric Pfanner, *The Move Online Is Hurting Europe's Music Retailers*, N.Y. TIMES, Jan 20, 2013. Available at: www.nytimes.com/2013/01/21/business/global/hitting-the-mute-switch-on-europes-music-retailers.html?pagewanted=all&_r=0

104 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 336.