

זכויות שידור —

גלגוליה של סבוניית [פסק הדין בעניין] א.ש.י.ר.¹ וחלוקה כגורם מעצב בשוק התקשורת

גיא פסח *

- א. מבוא
- ב. זכויות שידור והבסיס המשפטי לאכיפתן — כללי
- ג. חסרונות השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור לכיסוסן המשפטי של "זכויות שידור"
 1. היעדר סייגים וחריגים ל"זכות השידור", דוגמת הגנת השימוש ההוגן
 2. פיתוח במעמדו של הכלל בדבר היעדר תחולתה של זכות היוצרים על עובדות, על נתונים ועל מידע חדשותי
 3. היפוכו בפועל של כלל בררת המחדל החוקתי הראוי
- ד. אפיק ההסדרה של חקיקה פרטנית בנוגע לזכויות שידור
- ה. הסדרי בלעדיות — זכויות שידור בלעדיות
- ו. ארגוני ספורט הממלאים תפקידים ו/או השולטים במשאבים בעלי מאפיינים מעין ציבוריים
- ז. סוף דבר

א. מבוא

רשימה זו מתמקדת באותו ענף של דיני הקניין הרוחני — יציר כפיה של הפסיקה — העוסק ב"זכויות שידור", דהיינו הזכות לתעד ולדווח דיווח חי

* דוקטור למשפטים, מרצה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו הופיעה בנוסח מקוצר וחלקי בגיליון 17 של "המשפט". תודה לעמית אשכנזי, למיכאל בירנהק ולאורית פישמן אפורי על הערותיהם לגרסה מוקדמת יותר של הרשימה. האחריות על תוכן הדברים כולה שלי.

1 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אכיוזים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 495 (להלן: פרשת א.ש.י.ר.).

ובזמן אמת מאירועי ספורט ומהתרחשויות בידור המוניות נוספות. בפרקים ב' רג' אסקור את הבסיס המשפטי הכללי לאכיפתן של זכויות שידור, תוך שאבקר את השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור המשפטי לביסוסן. פרק ד' מציג חלופה אחרת, מועדפת, לדעתי, של הסדר חקיקתי מפורש ופרטני בתחום. פרק ה' כולל מחשבות ראשוניות בדבר ההשלכות המוסדיות על ענף התקשורת, של פרקטיקת מכירת זכויות שידור על דרך של הסדרי בלעדיות. בפרק ו' אדון בקצרה בהשלכות השיקולים אשר מוצגים בסעיפיה הקודמים של הרשימה, על ארגונים ועל התאחדויות בתחום הספורט הממלאים תפקידים, או השולטים במשאבים, בעלי מאפיינים כעין ציבוריים.

ב. זכויות שידור והבסיס המשפטי לאכיפתן — כללי

משמעותו המשפטית השגורה של המונח "זכויות שידור" עניינה בזכות בלעדיות — שליטה והפעלת כוח ריבונות פרטי — על אפשרויות התייעוד והדיווח החי, בזמן אמת, מאירועי ספורט וממופעי בידור המוניים אחרים.² כך, למשל, בש"א (ת"א) 18118/01 רדיו ללא הפסקה נ' רשות השידור,³ אשר בה אגע בהמשך הדברים, הכיר בית המשפט בזכות השידור של ההתאחדות לכדורגל בישראל בכל הנוגע ל"שידורי רדיו (שידורים או דיווחים, בזמן אמת) ממשחקי הכדורגל בשלוש הליגות הבכורות"⁴. זכות השידור היא זכות עצמאית, נפרדת ומובדלת מזכות היוצרים,⁵ כמו גם מ"זכות המשדרים" ומ"זכות המבצעים" שבחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד–1984⁶ (להלן: "חוק זכויות מבצעים ומשדרים"). כשלעצמם, אירועי הספורט וההתרחשות שעל מגרש המשחקים, אינם כשירים להיות נושא לזכות יוצרים. זכות היוצרים עשויה לחול אך ורק על האופן המסוים שבו אירוע הספורט מתועד אגב לידתה של "יצירה מקורית" כמובנה בחוק זכות יוצרים;

2 עיקר דיוננו יתמקד באירועי ספורט למיניהם, אשר הנם המוקד המרכזי של "זכויות שידור"; מה גם שמרבית מופעי הבידור צפויים להיות מוגנים מכוח הגנת "זכות המבצעים" שבחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד–1984.

3 בש"א (ת"א) 18118/01 רדיו ללא הפסקה נ' רשות השידור (לא פורסם), תקדין מחוזי 32001 (3) 816 (להלן: עניין רדיו ללא הפסקה, ההחלטה בעניין צו המניעה הזמני); ה"פ 1101/01 רדיו ללא הפסקה נ' רשות השידור (לא פורסם) דינים מחוזי, לג(6) 850 (להלן: עניין רדיו ללא הפסקה, פסק הדין העיקרי בתיק). כאשר מאוזכרת פרשת רדיו ללא הפסקה, הכוונה הנגה לשני פסקי דין אלו יחד.

4 ראו עניין רדיו ללא הפסקה, פסק הדין העיקרי בתיק, לעיל הערה 3, בפסקה 16.

5 אשר במסגרת הדין הישראלי מוכרת במסגרת חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י כרך ג, (ע) 2633, ופקודת זכות יוצרים, 1924, חא"י כרך א, (ע) 364. יש לציין כי כיום עומדת הצעה לביטולו של חוק זכות יוצרים הנ"ל על נספחיו ולחוקק תחתיו חוק זכויות יוצרים חדש, שיתאים את ההגנה על זכויות יוצרים למציאות הטכנולוגית המתקדמת. ראו הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה–2005, ה"ח 196.

6 ראו בפרט ס' 1, 2 ו-1א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

למשל, הפקה טלוויזיונית המתעדת ומשדרת בשידור חי אירוע ספורט, ואשר ככזו היא עשויה להיות מסווגת כ"יצירה דרמטית" ("ראינועית") מקורית⁷. גם "זכות המשדרים" איננה עוסקת בזכויותיו המשפטיות של מפיץ אירוע הספורט על עצם האירוע המתרחש (והמתועד). להבדיל, "זכות המשדרים" היא זכות הנתונה לגורם המשדר, על פי הסמכה שבדין, שידורי רדיו וטלוויזיה, "בצלילים ובמראות", דהיינו מקבץ האותות, המועברים על ידו לציבור⁸. ואילו "זכות המבצעים" חלה על ביצוע של "יצירה ספרותית, אמנותית, דרמטית או מוסיקאלית"⁹, וככזו, היא אינה צפויה לחול על אירועי ספורט, למעט מקרים חריגים כגון התעמלות אמנותית.

כיצד מכריעים אפוא בדבר בסיס ההצדקה והגבולות הלגיטימיים של זכותו, העצמאית והנפרדת, של מפיץ אירוע ספורט לשלוט על עצם אפשרויות התיעוד והדיווח החי, בזמן אמת, מן האירוע. פרקיה הבאים של רשימה זו יתמקדו בסימני השאלה ובסייגים אשר מתלווים להכרה בזכות כאמור, כמו גם בהבחנה המתבקשת, לעניין תוקף והיקף הזכות, בין סוגי שידור שונים (טלוויזיוני, רדיופוני, סלולרי ועוד). אולם קודם לכן יש לתאר את עיקריה של הזכות כפי שהיא הוכרה ונאכפה עד כה¹⁰. ובהקשר זה, "זכות השידור" מורכבת מכמה רבדים משפטיים: הרובד הראשון, עניינו בזכות החזקה במקרקעין אשר יש למפיץ אירוע הספורט באתר שהאירוע מתרחש בו. זכות זו מעמידה בידי מפיץ האירוע "אמצעי גידור פרטיים" המאפשרים לו לשלוט על פעולות התיעוד והדיווח המתבצעות משטח מגרש המשחקים. זאת, בין במישורין, כאשר מדובר למשל בשידורי טלוויזיה המצריכים הכנסת ציוד שידור והקצאת שטח לעמדת שידור מסודרת, ובין בעקיפין, אגב קביעת תנאים חוזיים בכרטיס הכניסה לאירוע הספורט – תנאים אשר מתירים

7 ראו ע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב, פ"ד נה(5) 529–540, 547, שם קבע בית המשפט כי חברות הטלוויזיה בכבלים בישראל, הקולטות באמצעות לוויינים שידורים של ערוצי טלוויזיה זרים (טורניר ווימבלדון), המוגנים בידי זכויות יוצרים – ואשר משדרות אותם, בזמן אמת, ברשתות הכבלים בישראל – מפרות את זכויות היוצרים של בעלי הזכות. בדנ"א 6407/01 ערוצי זהב נ' Tele Event Ltd. (טרם פורסם) תקדין עליון 2004(2), נדחה הערעור ברוב דעות, ופסק הדין נשוא הדיון הנוסף נותר על כנו.

8 ראו הגדרת "שידור" שבס" 1 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

9 ראו הגדרת "ביצוע" שם, שם.

10 המתכונת המוצגת של רשימה זו אינה מאפשרת להרחיב על הרציונלים ועל הצידוקים המונחים ביסוד זכות השידור. בקליפת אגוז, ניתן לומר, כי הצדקה כאמור קיימת הן מן ההיבט המתמקד בשיקולי צדק, בהגינות ובכבוד האינטרסים הפרטיים של מי שהשקיעו משאבים כספיים ומאמץ בהפקת אירוע הספורט, והן מן ההיבט של גישה הסדרתית-ציבורית, הרואה את עיקר חשיבותה של זכות קניינית שכזו במערכת התמריצים הכלכלית אשר היא מעניקה למפיקי האירוע ולכל יתר הגורמים המעורבים בו, כגון קבוצות הספורט עצמן. בהקשר זה, מעמדם של אירועי ספורט ואירועי כידור פומביים נוספים הוא בעל דמיון רב למוצרי תקשורת רבים אחרים המוגנים על ידי זכויות יוצרים ו"זכויות שכונות" נוספות כגון זכויות מבצעים וזכויות משדרים. בד בבד, כמפורט בהמשך הרשימה, הכרה בזכות שידור כרוכה מעצם טבעה בהטלת מגבלות ביטוי ורשימה תופשית של מידע, ומכאן החשיבות הרבה שבתחימת גבולות ברורים, כמו גם קביעת סייגים וחריגים לזכות השידור.

לרוכש הכרטיס אך ורק את הכניסה למגרש המשחקים תוך שהם אוסרים עליו לנצל את שהותו הפיזית במגרש לשם תיעוד ושידור בזמן אמת של מהלך המשחק¹¹. הרובד השני של זכות השידור, המאפשר להקנות לה מאפיינים "מעין קנייניים", הוא מרכיב הבלעדיות אשר מפיק האירוע מעניק לרוכש הזכות לשדר מתוך מגרש הספורט. הגם שמדובר בזכות חוזית גרידא – זכותו הבלעדית של פלוני להיכנס למגרש לשם שידור אירוע הספורט – התחייבותו של מפיק האירוע שלא להעניק זכות דומה לאף אדם אחר, מקדמת את זכות השידור צעד אחד נוסף לקראת היווצרותה בפועל של מעין זכות קניין רוחני. עם זאת, כדי להקים את אותו יסוד נוסף אשר הופך את זכות השידור לזכות בת אכיפה כלפי צד שלישי "זר" – כזה אשר אין לו כל קשר חוזי עם מפיק האירוע או עם רוכש "זכות השידור" הבלעדית – נדרש יסוד משפטי נוסף המאפשר למנוע מצד שלישי "זר" לתעד ולדווח דיווח חי, בזמן אמת, מאירוע הספורט. כמפורט להלן, על פי עמדת בית המשפט בפרשת רדיו ללא הפסקה, יסוד שכזה קיים במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט.

עובדות פרשת רדיו ללא הפסקה עוסקות בשידורי הרדיו החיים ממשחקי הכדורגל של שלוש הליגות הבכורות בישראל. ההתאחדות לכדורגל בישראל, האחראית על ארגון המשחקים, מכרה לרשות השידור, לאורך שנים, את הזכויות הבלעדיות לשידור רדיופוני חי של המשחקים. בשנת 2001, לאחר שרשות השידור הפסידה את חוזה הבלעדיות לטובת "רדיו ללא הפסקה" – אחד מזכייני הרדיו האזורי – המשיכה רשות השידור להעביר את המשחקים בשידור חי באמצעות צוותי שידור אשר שידרו מהמגרשים באמצעות מכשירי טלפון סלולריים, שמהם הועברו השידורים לניידות שידור מחוץ לשטח המגרשים. על כך הוגשה תביעה מטעם ההתאחדות לכדורגל ו"רדיו ללא הפסקה", בבקשה להוציא צו מניעה "האוסר על רשות השידור לשדר שידורי רדיו (שידורים או דיווחים בזמן אמת) ממשחקי הכדורגל". עובדות המקרה ייחודיות בשל העובדה שרשות השידור עצמה נהגה לאורך שנים רבות לחתום עם ההתאחדות לכדורגל על הסכמי שידור בלעדיים. עובדה זו, כמו גם היותה של רשות השידור גוף שלטוני, הניעו את בית המשפט להיענות לבקשת צו המניעה של "רדיו ללא הפסקה" בהתבסס על חוסר תום לכה של רשות השידור ומניעותה המשפטית מלטעון טענות העומדות בסתירה מוחלטת לאופן אשר בו היא עצמה נהגה עד שזכויות השידור הבלעדיות נשמטו מידיה¹². ואולם גם בהתעלם מעובדותיו הייחודיות של המקרה, הציג בית המשפט

11 תנאים חוזיים אלה, מן הראוי לציין, צפויים להיבחן, בין היתר, גם תחת מנסרת חוק החוזים האחידים, השמ"ג-1982, וס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראו גם ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

12 ראו עניין רדיו ללא הפסקה, ההחלטה בעניין צו המניעה הזמני, לעיל הערה 3, בפסקאות 1.ג ו-4.ג להחלטת השופט זפט, וכן עניין רדיו ללא הפסקה, פסק הדין העיקרי בתיק, לעיל הערה 3, בפסקאות 5-8 ו-15 לפסק דינה של השופטת גרסטל.

עמדה גורפת, חד-משמעית, וכפי שנפרט להלן, במידה מסוימת גם חד-ממדית, בדבר כוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט בביסוס הכרה משפטית בקיומן של "זכויות שידור". בהחלטתו להיענות לבקשת צו המניעה, קבע השופט זפט כי:

"כפי שנקבע בפרשת א.ש.י.ר. [...] חוקי הקניין הרוחני אינם שוללים הגנה על קניין רוחני בנסיבות המצדיקות הגנה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט^[13]. המשחקים בהם מדובר הינם מופעי בידור המוני המופקים על ידי ההתאחדות ואגודות הספורט הרלבנטיות. ההתאחדות מארגנת את המשחקים, וזכותה להפיק מהם את התועלת הכלכלית המרבית. אני סבור ששידור משחק ספורט בזמן אמת ראוי להיחשב קניינו הרוחני של הגוף המארגן את המשחק"¹⁴.

גם במסגרת פסק הדין העיקרי בתיק, לצד התמקדות בחוסר תום לבה של רשות השידור בנסיבות המקרה, הפנתה השופטת גרסטל לפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 57768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ¹⁵, כמקור המלמד על האפשרות להשלים את החסר הקיים בחוקי הקניין הרוחני באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובהמשך לכך, בנסיבות המקרה, להכיר בקיומו של אינטרס ציפיה לגיטימי, ועמו זכות קניינית או "מעין קניינית", בזכויות השידור הבלעדיות במשחקים¹⁶. תוצאת ההכרה בעילת תביעה כאמור, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, הייתה צו מניעה קבוע האוסר לשדר שידורי רדיו (שידורים או דיווחים, בזמן אמת) ממשחקי הכדורגל. פרק ג' להלן יתמקד בחסרונות הנלווים לשימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כבסיס להכרה ולאכיפת "זכויות שידור", כפרט במתכונת הגורפת-משהו אשר משתמעת מפרשת רדיו ללא הפסקה. קודם לכך חשוב לציין, כי על אף קיומה של עמימות מסוימת, "זכויות השידור" המוכרות במדינות אחרות דוגמת אנגליה וארצות-הברית מסתמנות כגמישות ומרוככות מאלה אשר גובשו בפרשת רדיו ללא הפסקה. במסגרת הדין האנגלי, ההכרה בזכויות שידור יונקת את כוחה אך ורק מן הרובד הראשון, אשר תואר קודם לכן, דהיינו זכות החזקה במקרקעין אשר יש למפיק אירוע הספורט באתר שבו מתרחש האירוע, ובנוסף לה, היכולת לבסס "זכויות שידור בלעדיות" במישור החוזי: מחד גיסא, התחייבותו של מפיק

- 13 חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר ולא במשפט").
14 ראו עניין רדיו ללא הפסקה, ההחלטה בעניין צו המניעה הזמני, לעיל הערה 3, בפסקה ג.1 לפסק דינו של השופט זפט.
15 פרשת א.ש.י.ר., לעיל הערה 1. ראו גם את דברי השופט חשין ברע"א 5924/97 און צפון בע"מ נ' סודה פופ בע"מ, פ"ד נג(4) 488, 500-501, אשר תומך בצמצום העילה, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, בנסיבות של תחרות לא הוגנת. וזאת נוכח חקיקת חוק עולות מסחריות, תשנ"ט-1999, ובפרט ס' 2 לחוק זה.
16 ראו עניין רדיו ללא הפסקה, פסק הדין העיקרי בתיק, לעיל הערה 3, בפסקאות 11-12 לפסק דינה של השופטת גרסטל.

האירוע לפלוני, כי זכויות שידור בלעדיות יוענקו אך ורק לו, ומאידך גיסא, שימוש במגבלות חוזיות "גודרות" כלפי מי שמבקשים להיכנס לשטח שבו מתקיים אירוע הספורט. יתרה מכך, אין במסגרת הדין האנגלי עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, המכירה ב"זכות שידור" עצמאית, יציר כפיה של הפסיקה. ביטוי מובהק לכך מצוי בפסק הדין בעניין *BBC v. Talksport*¹⁷. באותו המקרה החזיק בידי ארגון השידור הציבורי הבריטי, ה-BBC, "זכויות שידור בלעדיות" (טלוויזיה ורדיו) בשטח אנגליה, למשחקי גביע אירופה בכדורגל. הנתבעת, Talksport, הייתה תחנת רדיו עצמאית, אשר סיקרה את משחקי הכדורגל בשידור חי, בזמן אמת, תוך שהשדרן שואב את המידע בדבר מהלך המשחק מצפייה במכשיר טלוויזיה (פרקטיקה המכונה "Off-Tube"). כדי לשוות לשידורי הרדיו נופך של שידור חי, היה השידור מלווה באפקט קולי של "קולות רקע" בדמות "קריאות קהל" מבוהמות. דרך פעולה אחרונה זו היא שעמדה במוקד התביעה המשפטית נגד Talksport, בעילה של גנבת עין (Passing Off). התביעה נדחתה בנימוק כי לא היה בפני המאזינים כל מצג כאילו שידור הרדיו של Talksport נחזה להיות שידור הרדיו החי מהמגרש של רשת ה-BBC. אולם החשוב לענייננו הוא כי בית המשפט לא ראה את עצם מתכונת הדיווח החי, בזמן אמת, אשר Talksport נקטה כהפרת כל זכות שבדין, וכך גם לא ככזו המקימה עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט¹⁸.

גם במסגרת הדין האמריקני, נכון להיום, מעמדן העצמאי של זכויות שידור וההגנה המוקנית להן במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, מסתמן כמסויג ומרוכך מזה שנקבע בפרשת רדיו ללא הפסקה. במסגרת הדין האמריקני, נקודת המוצא לכל דיון בהקשר כאמור היא פסק הדין המפורסם בעניין *International News Service v. The Associated Press* (להלן: פרשת *INS*)¹⁹. באותו המקרה, התעוררה השאלה אם יש להעניק לסוכנות ידיעות שהשקיעה מאמצים ומשאבים באיסוף ידיעות חדשותיות סעד כנגד סוכנות ידיעות אחרת שהעתיקה את אותן ידיעות מקווי הטלגרף והפיצה אותן במערב ארצות-הברית לפני סוכנות הידיעות התובעת, תוך ניצול הפרש הזמנים. דעת הרוב של שופטי בית המשפט העליון סברה כי יש להעניק לתובעת סעד בנימוק כי בנסיבות המקרה, השימוש במידע על ידי הנתבעת עלה כדי "נטילה לא הוגנת" (Misappropriation) המצדיק סעד של צו מניעה²⁰. דיון בפסק הדין על היבטיו השונים חורג מן המסגרת המצומצמת

17 ראו: *BBC v. Talksport Ltd.*, Chancery Division [2000] Times Law Reports, 29 June 2000 (להלן: פרשת *Talksport*).

18 גישה דומה מסתמנת גם במסגרת הדין האוסטרלי: *Victoria Park Racing and Recreation Ground Co. Ltd. v. Taylor*, 58 C.L.R. 479 (1937).

19 *International News Services v. The Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918)
 20 *Ibid.*, at pp. 246–248, 257–262. הייתה זו דעת שופטי המיעוט הולמס (Holmes) וברנדיס (Brandeis), אשר חלקו על קיומה של עילה משפטית, מכוח דיני התחרות הלא הוגנת, בנסיבות המקרה, ואילו השופט ברנדיס הביע עמדה נחרצת, שלפיה מידע ורעיונות צריכים

של רשימה זו. ואולם כדי להבין וליישם נכונה את השלכותיו של פסק הדין לעניין ההקשר הפרטני של זכויות שידור, חשוב להדגיש את שתי הנקודות הבאות: ראשית, קריאה זהירה של דעת הרוב בפרשת *INS* מלמדת על כך שבית המשפט לא הכיר בקיומה של זכות "מעין קניינית" כללית בעצם המידע החדשותי שנאסף, אלא להבדיל, התמקד אך ורק בקיומה הפוטנציאלי של עילה משפטית נגד פרקטיקה פסולה של תחרות בלתי הוגנת בין שני גורמים מסחריים המתחרים זה בזה.²¹ שנית, בכל הנוגע להקשר הפרטני של זכויות קניין רוחני ביצירות, ביטויים ומוצרי תקשורת למיניהם, עבר הדין האמריקני כבדת דרך ארוכה מאז פסק הדין בפרשת *INS*. במסגרת זו, מחד גיסא, חלה הרחבה ניכרת לגבי סוגי החומרים והיקף ההגנה המוענקת מכוח חקיקת זכויות היוצרים, ומאידך גיסא, סעיף 301 לחוק זכויות היוצרים הפדרלי האמריקני (סעיף ה-Preemption)²² מונע הכרה מדינתית – להבדיל מהכרה במסגרת חקיקה פדרלית – בזכויות נוספות "עודפות", אשר מושא הגנתן מקביל לתחום ההתייחסות של חקיקת זכויות היוצרים הפדרלית. במובן זה, עם כניסתו לתוקף של חוק זכויות היוצרים הפדרלי משנת 1976, נחסמה במידה רבה הדרך למעגל משלים, יציר כפיה של הפסיקה, של זכויות "מעין-קנייניות", באותם סוגים של מוצרי תקשורת ומושאי הגנה המטופלים במישורין על ידי חקיקת זכויות היוצרים הפדרלית.²³

על רקע זה ניתן להבין את ההתפתחות אשר חלה בפסיקת בתי המשפט בארצות-הברית בכל הנוגע ליישום הלכת *INS* על ההקשר הפרטני של זכויות שידור. החל מפסיקה מוקדמת, בין שנות ה-30 לשנות ה-50, וכלה בתפנית המסוימת אשר מסתמנת עם מתן פסק הדין של ערכאת הערעור בעניין *National Basketball Ass'n v. Motorola* (להלן: פרשת *NBA*)²⁴. פסיקה מוקדמת של ערכאות נמוכות החילה את עילת ה-Misappropriation, כפי שהיא גובשה בפרשת *INS*, גם על ההקשר של זכויות שידור. כך בפרשת *Pittsburgh Athletic Co. v.*

להיות מותרים וחופשיים לכול, אלא אם כן ישנו מקור מפורש בדין המכיר בקיומה של זכות לגבי מידע או רעיונות.

21 ראו: American Law Institute, Restatement of the Law Third, Unfair Competition (St. Paul, Minn., 1995), § 38.C (להלן: "Restatement of the Law Third, Unfair Competition").

22 Copyright Act, 17 U.S.A § 301, 1976 (להלן: "חוק זכויות יוצרים הפדרלי"). גישה דומה ננקטה, על ידי בית המשפט העליון האמריקני, גם בתחום הפטנטים. ראו: *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 151, 156-157 (1989).

23 לניתוח סוגיה זו, לרבות סקירת אותם היבטים נוספים, אשר כיום מטופלים, במישורין, על ידי חקיקת זכויות היוצרים, ראו: Restatement of the Law Third, Unfair Competition, *supra*: note 21, § 38.E & Reporters Notes סוגיה זו, בדבר קיומה, או היעדר קיומה, של חגורת הסדר שלילי, סביב החקיקה בתחום הקניין הרוחני, היא שעמדה גם במוקד פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת א.ש.י.ר, על הדעות וגונוי הדעות אשר הובעו על ידי השופטים השונים (לניתוח ביקורתי ומאיר עיניים של סוגיה זו ראו ג' אלקין קורן "על הכלל ועל נחלת הכלל" מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה (תשס"א) 9).

24 *NBA v. Motorola INC.*, 505 F. 3d 841 (2nd Cir. 1997).

*KQV Broadcasting Co.*²⁵, בהתבסס על פרשת *INS*, אסר בית המשפט על תחנת רדיו לשדר בדיווח חי, בזמן אמת, את מהלכו של משחק בייסבול, מנקודות תצפית אשר נמצאו מחוץ לשטח המגרש ושלא בחזקת מפיקי אירוע הספורט. החלטות דומות ניתנו בעניין דיווח רדיופוני חי של תחרות אגרוף, זאת בהתבסס על האזנה לדיווחי תחנת רדיו אחרת אשר רכשה זכויות שידור בלעדיות של אירוע הספורט²⁶, כמו גם במקרה אחר שבו הנתבע נהג להאזין לשידורי הרדיו של אותן תחנות אשר החזיקו בזכויות שידור בלעדיות למשחקי בייסבול, תוך שהוא מעביר את המידע לתחנות רדיו אחרות לשם הכללתו המידית בשידוריהן²⁷. המשותף לכל אותם המקרים הוא הכרה בזכויות שידור "מעין קנייניות" לגבי דיווח חי, בזמן אמת, של משחקי ספורט, הגם שלמראית עין, חלק מן המקרים הללו כללו רכיב של תחרות בלתי הוגנת ושימוש במידע שנאסף אגב השקעת משאבים על ידי גורם מתחרה. עדיין, חשוב לזכור כי מצב דברים זה, כפי הנראה, נכפה על הנתבעים; שכן, עקב רכיב הבלעדיות, אשר היה כרוך בזכויות השידור שהוקנו לתובעים, לא הייתה לנתבעים כל דרך "חוקית" אחרת להשגת המידע.

פסק הדין בפרשת *NBA* מסמך תפנית מסוימת בנוגע לאותה פסיקה מוקדמת. באותו המקרה נדונה חוקיותו של דיווח טקסטואלי חי, בזמן אמת, ממשחקי הכדורסל של ליגת ה-NBA, אשר כלל ערכון שוטף של תוצאות משחקי הליגה וכן שורה של נתונים נוספים, פילוחים וסטטיסטיקות. זאת, הן בהקשר של אתר אינטרנט אשר הופעל על ידי AOL והן בהקשר של מכשיר ה-SportTrax של חברת מוטורולה אשר כלל מסך ממוזער – Pager – שדיווחי המשחקים הועברו אליו באמצעות תקשורת אלחוטית לצורך שימוש על ידי נהגי משאיות למשל. המידע, הנתונים והדיווחים הוזנו למערכת התקשורת על ידי כתבים אשר צפו בשידורי הטלוויזיה והרדיו של המשחקים והאזינו להם. טענתה של ה-NBA, מארגנת ומפיקת משחקי הכדורסל, הייתה שיש להחיל על נסיבות המקרה את עילת ה-Misappropriation, כפי שהיא גובשה בפרשת *INS*, לעניין נטילת מידע חדשותי, וכי דיווח בזמן אמת על מהלך משחקי הכדורסל מהווה חלק מזכויותיו המעין קנייניות של מארגן אירוע הספורט. בית המשפט דחה את הטענה, תוך שהוא נוקק להשלכות דוקטרינת ה-Preemption שבסעיף 301 לחוק זכויות היוצרים הפדרלי, כיוצרת כעין חגורת הסדר שלילי סביב עצם אירוע הספורט – מרכיב הוא כשלעצמו אינו מוגן על ידי זכות יוצרים. בהתבסס על כלל היסוד שעל פיו עוברות ומידע, כשלעצמם, אינם מוגנים על ידי זכות יוצרים (סעיף 102 (b) לחוק זכויות היוצרים הפדרלי), עמדת בית המשפט הייתה, כי נוכח הוראת סעיף 301 לחוק זכויות היוצרים הפדרלי, יש לצמצם את עילת ה-Misappropriation לנסיבות אשר

Pittsburgh Athletic Co. v. KQV Broadcasting Co., 24 F. Supp. 490 (W.D. Pa. 1938) 25
Twentieth Century Sporting Club, Inc. v. Transradio Press Service Inc., 165 Misc. 71; 300
 N.Y.S. 159; 1937 N.Y. Misc. LEXIS 1916
National Exhibition Co. v. Martin Fass, 143 N.Y.S. 2d 767 (N.Y. Sup. Ct. 1995) 27

בהן מתקיימים חמשת התנאים המצטברים הבאים²⁸: (א) התובע הפיק או אסף מידע אגב השקעת משאבים ומאמץ; (ב) ערכו של המידע נובע מהיותו מידע חדשותי "רגיש לזמן"; (ג) שימושו של הנתבע במידע מהווה "רכיבה חופשית" (Free Riding) על גבי המשאבים והמאמץ אשר הושקעו על ידי התובע; (ד) שימושו של הנתבע במידע נעשה אגב היותו מתחרה ישיר לעניין אספקת המוצר או השירות שהתובע מספק; (ה) קיים חשש ממשי כי פעולת ה"רכיבה החופשית", מהסוג שהנתבע מעורב בה, תקטין את התמריץ להפקת המוצר או השירות הנדונים במידה המעמידה איום ממשי להמשך הפקתם.

ביישמו את חמשת התנאים על נסיבות המקרה, הבחין בית המשפט בין "שוק המוצר העיקרי" של ליגת ה-NBA, שהוא השוק של: "transmitting live, full descriptions of those games, and producing basketball games with live attendance and licensing copyrighted broadcasts of those games"²⁹, לבין המוצר השונה של איסוף ודיווח מידע עובדתי ונתונים גרידא ממשחקי הכדורסל, ולו גם בזמן אמת. כאשר למוצר השני, הייתה עמדת בית המשפט, כי מדובר בפעילות אשר אין בה משום השפעה תחרותית שלילית הפוגעת בשוק המוצר העיקרי של ליגת ה-NBA. זאת, כאשר בנסיבות המקרה הנדון, פעילותה של הנתבעת אף לא כללה רכיב של "רכיבה חופשית" על גבי משאבים, המושקעים על ידי ליגת ה-NBA, בנוגע למוצרי תוכן זהים העשויים להיות מסופקים גם על ידי ליגת ה-NBA עצמה. מסקנתו הסופית של בית המשפט הייתה שלא קמה עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. דומה כי החלטת בית המשפט מותירה פתח להמשך תחולתה של עילת ה-Misappropriation בכל הנוגע ל"זכויות שידור" אשר כל עניינן הוא במתן הרשאה לבצע שידורי טלוויזיה ושידורי רדיו חיים ממגרש המשחקים עצמו. עם זאת, כד בכד, ובפרט בסביבה התקשורתית החדשנית שהולכת ומתפתחת סביבנו, פותח פסק הדין צוהר רחב למדי להתרתם החופשית של מוצרי תקשורת רבים בתחומי האינטרנט, התקשורת הסלולרית ועוד, לרבות מוצרי תקשורת דיגיטליים למיניהם המספקים בזמן אמת מידע עובדתי מלא ומפורט על ההתרחשויות השונות שבזירת אירוע הספורט.

ג. חסרונות השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור לביסוסן המשפטי של "זכויות שידור"

השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור לביסוסן המשפטי של "זכויות שידור" מפנה באופן טבעי לשאלה הרחבה יותר: האם דיני הקניין הרוחני החקוקים מסמנים את גבולות ההגנה המשפטית לנכסים לא מוחשיים, או שמא ראוי לעשות

NBA v. Motorola, supra note 24, at pp. 852–854 28

Ibid, ibid 29

שימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור משלים לדינים החקוקים³⁰. מבלי להמעיט מחשיבותה הרבה של שאלה זו, מטרתי בפרק זה מצומצמת יותר: לנסות ולעמוד על החסרונות הפרטניים והנקודתיים אשר נלווים לשימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור לביסוסן המשפטי של "זכויות שידור". התמקדותי זו נובעת מרצון להדגיש את זווית הראייה הייחודית שמוצרי תוכן ותקשורת (Media Products) מעוררים עת ששוקלים לגביהם את השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור משלים לחקיקה בתחום זכויות היוצרים. בנוגע לנקודות ההשקה עם דיני עשיית עושר ולא במשפט, פסק הדין בפרשת א.ש.י.ר., וכך גם לפחות חלק מן הכתיבה האקדמית בעקבותיו, נוטים להתייחס לענפיו השונים של תחום הקניין הרוחני כמקשה אחת, ללא כל הבחנה בין סוגי הנכסים המופשטים השונים החוסים תחת "ענף" הקניין הרוחני³¹. לתפיסתי, מוצרי תוכן ותקשורת, אשר עיקר הגנת הקניין הרוחני המוקנית להם היא מכוח דיני זכויות היוצרים (במידה מסוימת, אם כי פחותה, גם הגנת סימני המסחר), מהווים קטגוריה ייחודית אשר ראויה לבחינה משפטית שונה ונפרדת מאשר הסבוגייה, מחזיק המגבות ואלבום התמונות עם כריכת ה-PVC, אשר נדונו בפרשת א.ש.י.ר. בשונה ממשאבים ומנכסים אחרים, מוצרי תוכן ותקשורת הם כלי קיבול להפנמתם ולהוצאתם לפועל של הערכים המונחים ביסוד תרבות דמוקרטית. הכרה בקיומה של זכות (קניין) פרטית במוצרי תקשורת בכלל ובפרט באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, היא מהלך אשר טומן בחובו השלכות הן לגבי אופן פעולתו והיבטיו המוסדיים של ענף התקשורת והן לגבי מארג הערכים וההיבטים השונים הכרוכים בחופש העיתונות ובעקרון חופש הביטוי. ודוק, אין מדובר אך ורק בפוטנציאל הפגיעה בחופש הביטוי של דוברים, וכפועל יוצא, בתכנים אשר קהל הנמענים נחשף אליהם. היקף ואופן הקצאת זכויות קניין במוצרי תקשורת משליכים גם על זהות שחקניה השונים של מפת התקשורת, על מספרם, על מהותם ועל יחסי הכוחות ביניהם. היריעה קצרה מלהציג ניתוח מלא ומקיף של טיעוני זה, אולם מטרתי ברשימת הנקודות החלקית והלא ממצה המפורטת להלן, כמו גם בפרקים הבאים, היא להעלות לסדר היום את הטיעון הבא: הרחבת ההגנה הקניינית על מוצרי תוכן ותקשורת, באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, מעוררת שורה של שיקולים, חלקם חוקתיים, אשר

30 ראו פרשת א.ש.י.ר., לעיל הערה 1; מ' דויטש עוללות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ג) 278-103; אך גם את ביקורתה של אלקין-קורן, לעיל הערה 23.

31 כך, למעשה, חוות הדעה של כל השופטים בפרשת א.ש.י.ר. ראו גם דויטש, לעיל הערה 30, ובפרט בע' 110-111, אשר מסווג את הזכויות בדיני הקניין הרוחני לפי "אופן ההסדרה של הזכות", "פומביות הזכות", קיומו של "מונופול זכות קניין", אך אינו כולל כל התייחסות למהות הנכס המוגן על ידי זכות הקניין הרוחני, ובפרט להיותו מוצר תוכן המופק על ידי גוף תקשורת. יוצאת דופן בהקשר זה היא אלקין-קורן, לעיל הערה 23, ובפרט בע' 31-34, אשר ביקורתה על פסק הדין בפרשת א.ש.י.ר. מתמקדת, בין היתר, ב"נחלת הכלל כעוובה לחופש ביטוי", ובהמשך לכך, ההשלכות השליליות של השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור משלים לאכיפת (מעין) זכויות קניין רוחני יציר כפיה של הפסיקה.

מצריכים בחינה וטיפול נפרדים מאלה של השאלה ה"תורת-משפטית" הכללית, בדבר היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין החקיקה הפרטנית בתחום הקניין הרוחני. לפיכך אין מקום לקליטה חובקת וליישום מידי של הלכת א.ש.ר. על מקרים אשר עוסקים בתחום התקשורת, כפי שנעשה על ידי בית המשפט בפרשת רדיו ללא הפסקה. לשיטתי, בהקשר הייחודי של מוצרי תוכן ותקשורת, ספק אם יש מקום לחגורה משלימה, יציר כפיה של הפסיקה, של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולהבדיל, הדרך הנאותה היא הסתפקות בהסדרים חקיקתיים מפורשים. אולם גם אם בית המשפט בוחר לנקוט מסלול של חגורת ההשלמה הפסיקתית, שומה עליו לעשות כן מתוך רגישות מוגברת למהותם הייחודית של מוצרי תוכן ותקשורת כ"נכס" נושא הזכות המוגנת. במסגרת זו, חסרונות השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור המשפטי לביסוסן של "זכויות שידור", נוגעים בין היתר להיבטים הבאים:

1. היעדר סייגים וחריגים ל"זכות השידור", דוגמת הגנת השימוש ההוגן אחד הצירים המרכזיים שעליהם בנויים דיני הקניין הרוחני בתחום התקשורת הוא התניית ההכרה בזכות קניין רוחני במעטפת של סייגים וחריגים. מתכונת זו מתחייבת מן הצורך להבטיח, כי לצד אכיפת האינטרסים הכספיים של בעל זכות הקניין הרוחני יובטח גם מימוש נאות של ערכי חופש הביטוי, התקשורת והיצירה. דוגמה אחת לכך מצויה בהגנת השימוש ההוגן אשר מתירה, באופן חופשי, שימוש בחומר מוגן על ידי זכות יוצרים לשורה של מטרות בעלות ערך ציבורי-חברתי דוגמת סקירה או ביקורת עיתונאית, ובלבד שהדבר אינו כרוך בפגיעה ניכרת בשוק הפוטנציאלי או בערך הכלכלי של היצירה המוגנת³². למשל, פסק הדין האנגלי בפרשת *BBC v. British Satellite Broadcasting Ltd.*³³, עסק בשידורי טלוויזיה מוגנים על ידי זכות יוצרים, של משחקי הגביע העולמי בכדורגל, כפי ששודרו על ידי רשות השידור הבריטית – ה-BBC. הנתבעת באותו המקרה הייתה רשת שידורי לוויין עצמאית, אשר כללה, במסגרת מהדורות חדשות הספורט שלה, קטעים נבחרים מרגעי השיא של המשחקים, בהיקף שלא עלה על 30 שניות לקטע ובסך כולל של כ-5 דקות, כפי שהמשחקים תועדו ושודרו על ידי ה-BBC. בית המשפט דחה את התביעה בגין הפרת זכות יוצרים והתיר את שידור הקטעים, בהחילו לגביהם את חריג הטיפול ההוגן, לשם דיווח על מאורעות היום אשר בסעיף 30 לחוק זכויות היוצרים האנגלי³⁴.

32 ראו ס' (1)2 (I) לחוק זכות יוצרים, 1911 וס' 4 ר-42 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים. בישראל, הגנת השימוש ההוגן מוגבלת לרשימה סגורה של מטרות המפורטות בגוף סעיפי החוק. ראו גם רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 285–269.

33 *BBC v. British Satellite Broadcasting Ltd.*, 3 W.L.R 174 (1991).

34 *Ibid.*, at p. 183, וזאת, למרות העובדה שבית המשפט ציין בפסק הדין כי היו גורמים נוספים אשר רכשו את הזכויות לשלב קטעים מהמשחקים במסגרת מהדורות חדשות ספורט.

בישראל, נכון להיום, זכויות השידור, אשר הוכרו באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, הן זכויות נטולות סייגים וחריגים חקיקתיים, דוגמת הגנת השימוש ההוגן. נניח לצורך העניין כי אותה רשת שידורי לוויין הייתה משדרת את אותו היקף קטעים, עובר להתרחשותם, כפי שהם תועדו על ידה באופן עצמאי ממגרש המשחקים או ממקום סמוך לו. נראה כי אם קוראים את פסק הדין בפרשת רדיו ללא הפסקה ככתבו וכלשונו, "זכות השידור" יציר כפיו של בית המשפט איננה כוללת כל חריג או סייג המתיר פעולה כאמור. לעניות דעתי, כאשר בית המשפט יצק את ההכרה השיפוטית בזכויות שידור מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, בה בעת חובה היה עליו לבצע את הצעד המשלים ולציין מפורשות את גבולותיה של הזכות ואת הסייגים והחריגים לה כפי שניתן היה לעגן אותם במישורין מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט עצמם³⁵. ולעניין זה, אין זה משנה אם בנסיבות אותו המקרה היה היקף השימוש של רשות השידור כזה שחרג בעליל מגדר הסייגים והחריגים הראויים לזכות השידור. נוכח המגבלות וההשלכות מרחיקות הלכת לעתים שיש לזכויות קניין רוחני על תחום חופש הביטוי, דומה כי קביעת הסייגים והחריגים לזכות השידור היא חלק מן החובה השיפוטית אשר נלווית לעצם ההכרה בזכויות "מעין קנייניות", יציר כפיה של הפסיקה, בתחום התקשורת. היעדר אמירה מפורשת של בית המשפט בדבר הסייגים והחריגים לזכות השידור, עלול להתפרש כהכרה בזכות גורפת וחסרת גבולות (באותו המקרה, לגבי "שידור רדיו" או "דיווח" "בזמן אמת" ממשחק הכדורגל). ומכל מקום, הדבר עלול להיות כרוך באפקט מצנן מרתיע³⁶ כלפי כל אותם גופי תקשורת, אשר נזקקים לסייגיה ולחריגייה של זכות השידור, ואשר בהיעדר קביעה שיפוטית מפורשת בדבר הסייגים והחריגים של הזכות, עלולים לעמוד תחת חרב איום מתמשכת של בקשות צווי מניעה מצד מחזיקי זכויות השידור הבלעדיות.

2. פיתוח במעמדו של הכלל בדבר היעדר תחולתה של זכות היוצרים על עובדות, על נתונים ועל מידע חדשותי

כזכור, נסיבות המקרה של פרשת רדיו ללא הפסקה עסקו בשידור ובדיווח רדיופוניים חיים של משחקי כדורגל, ולא בתיעוד אודיו-ויזואלי של מהלך המשחק כגון הפקה טלוויזיונית המתעדת את המשחק ומשדרת אותו. אחד מעקרונות היסוד

35 וראו לעניין זה הן את ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, אשר מאפשר לבית המשפט לפטור את הזוכה מחובת השבה בנסיבות העושות את ההשבה לבלתי צודקת, והן את דרישת הקבלה "שלא על-פי זכות שבדין", בס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, אשר מהווה תנאי הכרחי לביסוס עילת השבה מכוח הסעיף. הן ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, והן דרישת ה"שלא על-פי זכות שבדין" שבס' 1 לחוק, מהווים מגננוני שתתום אשר מכוחם יכול היה בית המשפט לגבש ולתת תוקף לסייגים ולחריגים הראויים לזכות השידור, כפי שהיא הוכרה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ראו גם רע"א 371/89 ליבוזין נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 323.

36 לנקודה זו ראו גם אלקין-קורן, לעיל הערה 23, בע' 66-69.

של דיני זכויות יוצרים הוא הכלל בדבר היעדר תחולתה של זכות היוצרים על עובדות ועל נתונים כשלעצמם, תוך ייחוד הגנת זכות היוצרים ל"דרך הביטוי" שלהם בלבד. הבחנה זו, אשר כיום אף מעוגנת מפורשות בסעיף 7ב לפקודת זכות יוצרים, נתפסת בין היתר כבעלת תכלית חוקתית, לשם מתן הגנה ראויה לעקרונות חופש הביטוי ולחופש העיתונות בסביבה תקשורתית המכירה והאוכפת זכויות קניין רוחני. ככל שהדברים עוסקים בדיווח חי בזמן אמת, מתכונת צו המניעה אשר הוצא בפרשת רדיו ללא הפסקה טומנת בחובה פיהות מסוים בכוחו של הכלל בדבר היעדר תחולתה של זכות היוצרים על עובדות ומידע חדשותי. משמעות פסק הדין היא שלילת יכולת השימוש בעובדות ובמידע חדשותי בזמן אמת, זאת, גם בנסיבות שבהן הגורם המדווח השקיע מאמץ ומשאבים עצמאיים באיסוף ובליקוט המידע (לדוגמה, נוכחות עצמאית במגרש המשחקים, להבדיל מדיווח שיטתי בהתבסס על האזנה סימולטנית לתחנת רדיו מתחרה). אכן, ייתכנו הקשרים מסוימים אשר בהם המחוקק ימצא לנכון להטיל מגבלות לגבי השימוש בעובדות ונתונים, כגון ההקשר של סודות מסחריים. אולם עדיין חשוב לזכור, כי בכל הנוגע לחלק ניכר מן הפעילות בתחום התקשורת, בנוסף לחשיבותו החוקתית העצמאית, סעיף 7ב לפקודת זכות יוצרים בא לצד מערכת ענפה של זכויות בלעדיות והטבות כלכליות, אשר מוענקות בנוגע לפעילות תקשורתית מסוימת. במובן הזה, ההכרה בזכויות שידור לגבי דיווח חדשותי חי איננה מעוררת אך ורק את שאלת קיומו של הסדר שלילי פרטני בנוגע לשימוש בעובדות ובמידע חדשותי נוכח הוראתו המפורשת של סעיף 7ב לפקודת זכות יוצרים, ובפרט השלכותיו החוקתיות³⁷. פרט לכך, מתעוררת שאלה נוספת והיא, האם הכרה באותו נדבך נוסף של זכויות שידור, "ייציר כפיה של הפסיקה", כאמור, איננה מפרה את אותה "עסקת חבילה" מטפורית (qui pro quo) כוללת, אשר במסגרתה מארג שלם של זכויות קניין רוחני לגבי פעילות תקשורתית מסוימת, הוענק מתוך הנחה, כי הדבר מלווה בשימור אותם איים של חירות ביטוי ודיווח פקבוע בסעיף 7ב לפקודת זכות יוצרים. אינני מבקש לטעון, כי לעולם לא תיתכן הכרה בעילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט לגבי נסיבות של תחרות לא הוגנת בהקשר של מידע עובדתי. טענתי כאן היא, כי באשר למוצרי תוכן ותקשורת, מעמדם של דיני עשיית עושר ולא במשפט חייב להיקבע מתוך בחינה רחבת מבט של מארג הזכויות (ומקורות הרווח), המוקנים בגין פעילות תקשורת מסוימת, ומיקומו של סעיף 7ב לפקודת זכות יוצרים כ"כלל מוציא" במסגרת מארג שכזה.

37 ורומה, כי בהקשר זה אין בפרשת א.ש.י.ר. משום סתימת הגולל על קיומה של אפשרות כאמור, שכן בהקשר של ס' 7ב לפקודת זכות יוצרים, מדובר בסעיף חוק פרטני אשר עשוי לעמוד בניגוד ישיר להכרה בעילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט לגבי שימוש בעובדות ומידע חדשותי (ראו, למשל, את דברי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת א.ש.י.ר., לעיל הערה 1, בע' 421).

3. היפוכו בפועל של כלל בררת המחדל החוקתי הראוי

עוד פן ייחודי להקשר של מוצרי תקשורת, נוגע לכלל בררת המחדל החוקתי הראוי בעניינים הקשורים לתחום התקשורת, הביטוי והיצירה. ניתן לטעון כי בתחום התקשורת והביטוי, נוכח מרכזיותו של התחום לעקרון חופש הביטוי על היבטיו השונים, אזי בכפוף להוראותיו של הסדר חקיקתי מפורש (ומפורט), כלל בררת המחדל החוקתי הראוי הוא של חירות פעולה בתחום הביטוי. ודוק, כלל בררת מחדל שכזה אינו מבקש להמעיט מחשיבות כיבוד האינטרסים הקנייניים הפרטיים של יוצר מוצר התוכן המופשט או של מפיץ מוצר כזה, אלא רק להבטיח חלוקת סיכון חוקתית מאוזנת לעניין המתח שבין אותם אינטרסים קנייניים לבין שיקולים מתחום חופש הביטוי, כמו גם התכלית החברתית של דיני זכויות יוצרים, בעידוד הפקת יצירות וביטויים בעלי ערך חברתי, הפצתם והנגשתם לציבור. מוצרי תוכן מופשטים הם משאבים נטולי גבולות פיזיים מוגדרים, ולפיכך תחום ההשתרעות הפוטנציאלי של זכות הקניין בהם אף הוא נטול גבולות מוגדרים. זכות היוצרים ביצירה, למשל, עשויה להשתרע הן על סוגים שונים של יצירות נגזרות, והן באופן כללי יותר, על שימוש בחלק ניכר ממרכיביה של יצירה מוגנת אפילו מבלי שיש העתקה מילולית של דרך הביטוי המסוימת עצמה³⁸. בד בבד, משאבים מופשטים הם גם משאבים (טובין) ציבוריים בלתי מתכלים. תכונה זו מהווה אמנם את אחת ההצדקות המרכזיות להכרה בזכויות קניין רוחני, עקב בעיית הטובין הציבוריים והחשש לקיומם של "Free Riders". אולם, מנגד, יש בתכונה זו כדי לרכז משהו את משמעות ועצמת מושג ה"נטילה" הקניינית כאשר נעשה שימוש במשאב המופשט, שכן בהקשר זה לא קיימת בעיה של שימושים מתחרים סותרים המוציאים זה את זה³⁹. ולכסוף, מעבר למעמדו העצמאי של עקרון חופש הביטוי כזכות חוקתית הניצבת מנגד, דיני זכויות היוצרים ומעטפת "הדינים השכנים" סביבם, מבוססים בין היתר, על תכלית ציבורית-הסדרתית של מתן תמריץ להפקת מוצרי תקשורת בעלי ערך חברתי. על רקע מאפיינים ייחודיים אלה של מוצרי תקשורת, דומה כי כלל בררת המחדל הראוי הוא לטובת חירות השימוש, ועל המחוקק לשאת בנטל קביעת הסדרים חקיקתיים המשכללים את השיקולים והערכים השונים העומדים על הפרק, לרבות האינטרסים הקנייניים של היוצר או של מפיץ מוצר התוכן התקשורתית⁴⁰. מנגד, ביסוסן המשפטי של זכויות שידור על עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא כמשפט פירוש, במידה רבה, היפוך של כלל בררת המחדל האמור. כפי שראינו

38 ראו למשל, ע"א 15/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד לו(2) 813.

39 ראו אלקין-קורן, לעיל הערה 23, בע' 16-17, אשר אף עומדת על כך, כי השימוש והצריכה של מוצרי תוכן מופשטים על ידי כמה משתמשים, צפויים להגדיל את התועלת שכל משתמש יחיד מפיץ ממוצר התוכן, ומשום כך הצורך במדיניות משפטית המעודדת גישה מרכזית למשאבים מופשטים.

40 ראו למשל את גישתו של מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו דאז) בע"א 361/80 עתונות ישראלית מאוגדת בע"מ נ' נתן, פ"ד לח(2) 154, 158.

קודם לכן, התוצאה המעשית של עילה כאמור עלולה להיות הכרה בקיומה של זכות "מעין־קניינית" כבררת המחדל, בנוגע למופעי בידור המוניים ואירועי ספורט, ללא כל סייגים וחריגים בצדה. ואף אם בתי המשפט ייטלו על עצמם את מלאכת הגדרת הסייגים והחריגים, עדיין, כלל בררת המחדל ייותר כזה, כי זכות השידור עומדת בעינה כל זמן שלא נקבע לה סייג או חריג מפורש. והראיה, קפיצת הדרך שנעשתה מפסק הדין בפרשת א.ש.י.ר. אשר עסק במוצרים פונקציונליים, אל פרשת רדיו ללא הפסקה, אשר בהתבסס על פרשת א.ש.י.ר. הקימה זכות שידור גורפת ובלתי מותנית בנוגע לדיווח רדיופוני חי של מידע עובדתי על משחק כדורגל. במצב דברים זה, ההגנה על האינטרס הקנייני הפרטי של מפיק אירוע הספורט הפכה להיות כלל בררת המחדל, וכל יתר השיקולים והאינטרסים הנוגדים נדחקים לקרן זוית תוך שהם אלה אשר כעת "טעוני הוכחה". תוצאה זו בעייתית גם עבור מי שתומך בכיבוד האינטרסים הכספיים של יוצרי מוצרי תקשורת ומפיקיהם, שכן היא מפרה את שיווי המשקל הראוי אל מול מעמדם של האינטרסים המוגנים בתחום חופש העיתונות וחירות הביטוי.

ד. אפיק ההסדרה של חקיקה פרטנית בנוגע לזכויות שידור

על רקע הדברים האמורים בפרק ג' לעיל, עשויים להיות יתרונות ברורים למתכונת של הסדר חקיקתי פרטני כמקור המבסס את ההכרה בזכויות שידור ובמפיק האירוע כבעלים הראשון של זכויות כאמור. אינני מתעלם מן החשש להשפעת יתר של קבוצות אינטרסים מתחום תעשיית התקשורת בגיבוש חקיקה כאמור. ואולם, בכל זאת, היתרון המרכזי של אפיק החקיקה טמון באפשרות לגבש הסדר כולל ומאוזן המלווה הן בקביעת סייגים וחריגים לזכות השידור, ועוד קודם לכך, בתחימת היקפה הבסיסי של זכות השידור בגבולות ראויים. כך, ראוי כי ייקבע בחוק חריג לזכות השידור במתכונת דומה לזו של הגנת השימוש ההוגן מתחום זכויות היוצרים. ואילו בכל הנוגע להיקפה הבסיסי של זכות השידור, יש לשקול את האפשרות כי זכות השידור תחול אך ורק בכל הנוגע לשידור (ותיעוד) אודיו־ויזואלי של אירוע הספורט נושא הזכות (דהיינו שידור טלוויזיוני). זאת, תוך התרתם החופשית של דיווחים עובדתיים למיניהם, לרבות כאלה המתבצעים ב"זמן אמת" ולרבות דיווחים רדיופוניים. ביסוד הצעתי זו מונחים שני נימוקים מצטברים. הראשון, אשר טעון אמנם בחינה כלכלית־אמפירית מעמיקה יותר, הוא כי כיום די בזכויות שידור אודיו־ויזואליות (טלוויזיוניות) כדי להעניק את התמריץ ואת הגמול הראויים למפיקי אירוע הספורט. זאת בעוד שמנגד, על פי הנימוק השני, הכרה בקיומה של זכות שידור לגבי דיווחים עובדתיים ב"זמן אמת" ממגרש המשחקים, כרוכה בדרגה ניכרת למדי של פגיעה בחופש העיתונות, כמו גם ברציונל אשר מונח מאחורי עקרון היסוד כי הגנת זכות היוצרים איננה חלה על עובדות, על נתונים

ועל מידע חדשותי. בהקשר זה יש לזכור, כי הצורך בהכרה חקיקתית נפרדת, לגבי זכות השידור, נובע בעיקר מן העובדה כי מושא ההגנה של הזכות אינו נופל תחת הגנת דיני זכויות היוצרים. ואולם במישור המהותי, ובאופן די דומה לענף הנפרד של זכויות מבצעים, הרציונל הבסיסי והתכליתי של הגנת הקניין הרוחני לגבי "זכות שידור" חופפים להיבטיה הכלכליים של הגנת זכות היוצרים. לפיכך, ספק אם יש הצדקה עניינית, כי דווקא בהקשר של "זכות השידור" תהיה סטייה מן המעמד ומן ה"חסינות" החוקתית המיוחדת המוקנית לעובדות ולמידע חדשותי. זאת בפרט כאשר קיים חשש כי הכרה בזכות שידור לגבי "דיווח עובדתי", "בזמן אמת", תוליד בעקבותיה "מדרון תלול", אשר במסגרתו זכות השידור תוחל לא רק לגבי שידורי רדיו, אלא גם לגבי סוגים נוספים של דיווחים עובדתיים, בזמן אמת, כגון באמצעות רשתות תקשורת סלולריות ובאמצעות רשת האינטרנט. יתרה מזאת, למפת התקשורת הנוכחית של תחילת המאה ה-21 מאפיינים ייחודיים אשר גם בהם ראוי להתחשב. מחד גיסא, שידורים רדיופוניים אינם עוד מקור הרווח הכספי היחיד או המרכזי של מפיק אירוע הספורט, ומאידך גיסא, אמצעי תקשורת חדשניים פותחים פתח רחב לסוגים שונים ומבזורים של דיווחים עובדתיים בזמן אמת. לפיכך, גם אם בעבר הייתה הצדקה להליכה על אותו קו חבל דק שבין כיבוד האינטרסים הכלכליים של מפיק האירוע לבין החששות אשר מתעוררים בהקשר של הגנה משפטית המשתרעת על מידע עובדתי-חדשותי כשלעצמו, כיום מצב הדברים שונה. דרגת החשש לפגיעה בחופש המידע בעקבות הכרה בזכות שידור לגבי דיווחים עובדתיים, עולה, באופן ניכר למדי, על דרגת הפגיעה בזכותו של מפיק האירוע לגמול ראוי והוגן, אם זכות השידור תיתחם אך ורק לשידורים טלוויזיוניים. לפיכך, דומה כי קיימת הצדקה לכך שכל הסדר חקיקתי בנושא יכר, לגבי מתחם פעילות תקשורתית מסוים, את הערך של חופש המידע.

יתרון נוסף של אפיק החקיקה הפרטנית טמון באפשרות לקבוע הוראות מיוחדות לעניין "זכות הגישה" של מי שאינם מחזיקים בזכויות שידור ואשר מעוניינים לממש את זכותם מכוח אותו חריג מוצע של הגנת שימוש הוגן בנוגע לזכות השידור, או מכוח חירות הפעולה שלהם בנוגע לאותן פעילויות תקשורתיות אשר אינן כלולות בזכות השידור. כמפורט בפרק ב' לעיל, לרשות מפיק אירוע הספורט עומדים שני "אמצעי גידור פרטיים" – זכות החזקה, אשר יש לו בשטח הפיזי שאירוע הספורט מתרחש בו, והיכולת להגביל חוזית את חירות הפעולה של קהל המבקרים. החשש המרכזי בהקשר זה הוא, כי אמצעי גידור פרטיים אלה ירוקנו מתוכן את חריג ה"שימוש ההוגן", המוצע בנוגע לזכות השידור, שכן בהיעדר יכולת גישה פיזית למגרש, כמו גם עקב הכפיפות לתנאים החוזיים שבכרטיס הכניסה לאירוע, הלכה למעשה, למעט אותו גוף אשר רכש את זכויות השידור (במקרים רבים, "הבלעדיות"), כל יתר גופי התקשורת יוותרו ללא יכולת מעשית ליהנות מן החריגים ומן הסייגים החקיקתיים לזכות השידור. שיטות משפט

מסוימות בחרו להתמודד עם חשש זה על ידי קביעת הוראת חוק מפורשת המכירה ב"זכות גישה" לשם דיווח עיתונאי מותר מאירועי ספורט. כך למשל סעיף 9 לנוסח המתוקן של ה-European Convention on Transfrontier Television, קובע הוראה בדבר הצורך להבטיח את קיומה בפועל של זכות ל"סקירה עיתונאית קצרה" (Right to Short Reporting), לגבי אירועים בעלי עניין רב לציבור, כאשר קיים חשש, כי עקב הענקת זכויות שידור בלעדיות תסוכל נגישותו של הציבור למידע בכל הנוגע למהלך אותו האירוע⁴¹. טיוטת ההמלצות שהוצאו בעקבות הוראה זו מאפשרת לבחור באחת מבין שתי חלופות: זכות גישה פיזית לאתר האירוע לשם מימושה בפועל של זכות דיווח כאמור, או לחלופין זכות להקליט קטעים משידוריו של מי שרכש את זכויות השידור הבלעדיות, זאת, לשם הפקת אותה "סקירה עיתונאית קצרה" מותרת⁴². חקיקה מדינתית ברוח זו אומצה בין היתר במדינות גרמניה ואיטליה⁴³.

ה. הסדרי בלעדיות – זכויות שידור בלעדיות

בפועל, אחד המאפיינים המרכזיים של זכויות שידור הוא, כי מכירתן על ידי מפיץ אירוע הספורט נעשית על דרך של מתן זכות בלעדיות, כלומר, התחייבות שלא להעניק לאף גורם נוסף, הפועל באותו מדיום תקשורתי ובאותו שטח טריטוריאלי, זכות שידור חופפת ומקבילה. בפתח הדברים חשוב להדגיש, כי כשלעצמה, עצם ההכרה החקיקתית, כמו גם ההכרה השיפוטית, בקיומן של זכויות שידור, אין פירושה כי מרכיב הבלעדיות הוא חלק בלתי נפרד מזכות השידור עצמה. אין כל מניעה שבעל זכויות השידור יעניק זכויות שידור חופפות ומקבילות למספר גורמים. כשלעצמו, מצב דברים זה אינו עומד בסתירה לתכליות השונות שביסוד זכות השידור ונדאי שהוא אינו מאיין אותן. להבדיל, מרכיב הבלעדיות הוא פועל יוצא של הסכמה חוזית בין הבעלים הראשון של זכות השידור לבין מי שרוכש ממנו הרשאה לעשיית שימוש בזכות השידור. על רקע זה, הסוגיה הראשונה אשר מתעוררת בנוגע למרכיב הבלעדיות, היא בחינתו תחת מנסרת דיני ההגבלים העסקיים, ובמסגרת זו תחת האיסורים והמגבלות לעניין קיומם של הסדרים כובלים. דיון בסוגיית ההסדר הכובל חורג ממסגרת רשימה זו, והוא מעורר שורה של שאלות בין היתר לגבי העובדה, כי מדובר בהסדרי בלעדיות אנכיים, הנתפסים לעתים קרובות כפחות בעייתיים מבחינת דיני ההגבלים העסקיים⁴⁴, ולגבי אותו

Protocol Amending the European Convention on Transfrontier Television (ETS No. 171) 41
[<http://www1.umn.edu/humanrts/euro/ets171.html>] (last visited on 22.8.2005)

Principle 2, Draft Recommendation on the right to short reporting on major events where 42
exclusive rights have been acquired (MM-PUBLIC(2003)003) (עותק שמור במערכת).

E.M. Barendt *Broadcasting Law: A Comparative Study* (Oxford, 1995) 137–139 43

ראו י' יגור דיני ההגבלים העסקיים (מהדורה שלישית, תשס"ב) 223–222. 44

קן תפר שבין דיני הקניין הרוחני לבין דיני ההגבלים העסקיים. מכל מקום, דומה כי הדגש של דיני ההגבלים העסקיים "פנימה", בהקשר של בלעדיות בזכויות שידור, הוא בעיקר על מחסומי הכניסה והחזירה אשר הסדרי בלעדיות עלולים להעמיד בפני מתחרים חדשים⁴⁵. זאת בשל העובדה כי תכנים בעלי פופולריות גבוהה, כגון אירועי ספורט מסוימים, מהווים תנאי הכרחי להשגת מסה קריטית של קהל (שיעורי צפייה), אשר היא כשלעצמה מהווה תנאי מרכזי לשם מכירת זמן פרסום, וחוזר חלילה. מטרת היחידה להלן היא להעלות לסדר היום מספר מחשבות ראשוניות סביב הרציות של הסדרי בלעדיות בהקשר הייחודי של זכויות שידור, ולעמוד על ההשלכות הכרוכות בהם מנקודת מבט מוסדית, השמה לנגד עיניה את מראה פניו הרצוי של ענף התקשורת. ניתוח כאמור אינו חופף, ובוודאי אינו גוזר במישרין את מעמד הסופי של הסדרי בלעדיות לגבי זכויות שידור, תחת מנסרת דיני ההגבלים העסקיים. כמו כן, אינני מתיימר להציג רשימה ממצה של שיקולים, וכך גם לא עמדה גורפת נגד הכשרתם של הסדרי בלעדיות בנסיבות מתאימות; מה גם שחלק גדול מהסוגיות הללו כרוכות בבדיקה כלכלית-אמפירית לגופו של כל מקרה ומקרה ונסיבותיו. עם זאת, דומה כי השיקולים השונים המפורטים להלן תומכים בחשיבה חוזרת לגבי מצב הדברים הקיים אשר בו, לפחות הלכה למעשה, ישנה השלמה בפועל עם הפרקטיקה של הסדרי בלעדיות בהקשר של זכויות שידור, יהיה אשר יהיה המדיום התקשורתי שבו מדובר.

על פני הדברים, בעידן של שידורים דיגיטליים ורב-ערוציים, החשש הראשון שזכויות שידור בלעדיות מעוררות הוא ניתובם של שידורי ספורט בעלי שיעורי צפייה גבוהים לערוצי שידור המועברים כנגד תשלום נוסף ולשידורים פרטניים בשיטת Pay Per View. זאת בעוד שלדעת רבים ראוי כי אותם אירועי ספורט הנמצאים במוקד ההתעניינות הציבורית יהיו נגישים לכלל האוכלוסייה, לרבות מי שאין ביכולתם לשאת בתשלום הנדרש לצפייה בשידורים המוספים בתשלום. בישראל, באופן דומה למדי ל-*European Convention on Transfrontier Television*⁴⁶, זכתה סוגיה זו לטיפול על ידי המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, אשר הוציאה החלטה בדבר "מדיניות המועצה בנושא שידור אירועים בעלי חשיבות ציבורית רבה"⁴⁷. החלטה זו, אשר מתמקדת בעיקר בשידורי ספורט, קובעת כללים המבטיחים, כי שידורים בעלי

45 ראו מדינת ישראל, רשות ההגבלים העסקיים, "פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין שידורי קשת בע"מ, רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ וטלעד אולפני ירושלים בע"מ", סעיפים 3-4, 12 בספטמבר 2002 (last visited on 22.8.2005) [<http://www.etype.co.il/anti1/Index.aspx>]

46 Article 9bis, European Convention of Transfrontier Television (Strasbourg, 5.V.1989) (European Treaty Series — No. 132) (Text amended according to the provisions of the Protocol (ETS No. 171) which entered into force on 1 March 2002)

47 ראו מדינת ישראל, משרד התקשורת "מדיניות המועצה בנושא שידור אירועים בעלי חשיבות ציבורית רבה", פרוטוקול מס' 22/2002, החלטה 5/22 של המועצה לשידורי כבלים ולידורי לוויין מיום 30.5.2002 [<http://www.moc.gov.il/new/documents/council1/>]

עניין רב ישודרו במסגרת ערוצים הנגישים, ללא תשלום נוסף ייחודי, לציבור הרחב. מזווית ראייה זו, בשל קיומן של זכויות שידור בלעדיות, מצוי מוקד החששות בהגבלת נגישותו של קהל הצופים לשידורים בעלי חשיבות ציבורית-תרבותית-ספורטיבית. משום כך, כל זמן שנגישותו החופשית של הציבור הרחב נשמרת, אין מרכיב הבלעדיות בזכויות השידור נתפס כמרכיב הטעון הסדרה. בד בבד, ניתן להציג זווית ראייה רחבה יותר של שיקולים שלפיה, השלמה גורפת עם מרכיב של בלעדיות כאמור עלולה להערים קשיים גם על התפתחותה של מפת תקשורת מבוזרת ומרוכבת גורמים: עבור גופי שידור, אירועי ספורט ואירועים נוספים הנמצאים במוקד ההתעניינות הציבורית, הם בבחינת "מוצר עוגן" תקשורתי המהווה אפיק מרכזי להשגת מסה קריטית של קהל. באופן דומה למדי לאירועים חדשותיים מרכזיים, אירועים שכאלה נמצאים במוקד סדר היום ומעגלי השיח של קהל הצופים. הסדרי בלעדיות, המסכלים את יכולתם של גופי תקשורת מתחרים לכלול דיווחים וסיקורים של אותם אירועי ספורט כחלק מלוחות השידורים שלהם, מקשים על אותם גופים, בפרט כשהם בשלבי החדירה, להציע תמהיל של סדר יום תקשורתי שהוא אפקטיבי מבחינת היכולת שלו לשנות הרגלי צפייה והאזנה של הקהל הרחב.

פרט לכך, יכולת הניוד של כתבים, שדרנים ואנשי תקשורת נוספים, מגוף תקשורת אחד למשנהו, כמו גם יכולת הצמיחה של כוחות חדשים בתחום התקשורת, אף היא צפויה להיות מושפעת לשלילה עקב משטר של זכויות בלעדיות, שכן לגבי אותם תחומי סיקור אשר בהם חל משטר הבלעדיות, הדבר צפוי הן לנתב את כוח האדם הפוטנציאלי למספר מוגבל של גופי שידור והן להגביל את הביקוש לכוח אדם כאמור.

במישור התוכני, בכל הנוגע לאפיקי תקשורת ושידור המתמקדים בסקטורים ייחודיים ובקבוצות מיעוט של האוכלוסייה, הסדרי בלעדיות עשויים להקשות ולמנוע מאותם ערוצים לסקר את האירועים נושאי זכות הבלעדיות בהתאם לזווית הראייה הייחודית, לשפתו ולצרכיו המיוחדים של קהל היעד. באופן כללי יותר יש לזכור, כי מוצרי תקשורת – וכך גם שידורים של אירועי ספורט בעלי התעניינות ציבורית רבה – הם "מוצרים סולידריים" באותו המובן, שדרגת ההתעניינות וההנאה של כל פרט ופרט מהם נגזרת במידה רבה מן החוויה המשותפת וההנאה שבצריכת מוצר תרבותי הנצרך על ידי אנשים רבים נוספים⁴⁸. מרכיב החוויה

dec_30.5.02.pdf] (last visited on 22.8.2005) סמכותה של המועצה בעניין זה נובעת מסעיפים 6 ו-6 נב לחוק התקשורת (בזק ושידורים) תשמ"ב-1982, אשר מקנים למועצה סמכות לקבוע מדיניות וכללים בדבר "תנאים ומגבלות בדבר בלעדיות בתוכן שידורים" (ס' 6(1)(ה) לחוק התקשורת), לגבי בעלי רישיון כללי ל"שידורי כבלים" (כהגדרתם בס' 6א לחוק).

48 ראו באופן כללי: J.M. C.R. Sunstein & E. Ullmann-Margalit *Solidarity in Consumption* (J.M. Olin Law & Econ., Working Paper No. 98 (2d Series), 2000); R.E. Caves *Creative Industries: Contracts Between Art and Commerce* (2000) 82-178; S. Bikhchandani et al. "A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades" 100; *J. Pol. Econ.* (2000) 992, 992-1026.

המשותפת הוא מרכיב מרכזי לגבי תהליך הצריכה של מוצרי תקשורת. במצב דברים זה, בלעדיות של גוף תקשורת אחד על מוצרי תקשורת הנמצאים במרכז "מדורת השבט התקשורתית", עלולה להכביד על יכולת הקליטה וההשתלבות של גופי תקשורת נוספים.

על כך יש להוסיף את העובדה כי שוק התקשורת הוא שוק אשר במידה רבה בנוי על מרכיב של "סבסוד צולב", כאשר מוצרי תקשורת פופולריים ובעלי שיעורי צפייה ניכרים, כגון שידורי ספורט, תומכים ומממנים מוצרי תקשורת איכותיים, דוגמת הפקות מקור למיניהן⁴⁹. כפועל יוצא, בלעדיות על אירועי ספורט מרכזיים, בפרט כאשר היא נתונה בידיהם של גופי התקשורת היותר מבוססים וחזקים כלכלית, עלולה להקשות על יצירת מבנה שוק המאפשר לגופי תקשורת קטנים להגיע אל אותה נקודת איזון כפי שהיא מבוססת על אותו מרכיב של סבסוד צולב. בה בעת, פרקטיקה מוטמעת היטב של הסדרי בלעדיות לגבי זכויות שידור עלולה לגרום להקצאת משאבים מופרזת אגב קיומה של "תחרות טורפנית" לרכישת זכויות שידור בלעדיות⁵⁰. זאת, הן מצד גופי תקשורת מבוססים המנסים ליהנות מן היתרונות האנטי-תחרותיים הטמונים בזכויות שידור בלעדיות בשל מחסומי הכניסה שמרכיב הבלעדיות מציב בפני גופי תקשורת מתחרים חדשים המנסים להגיע למסה קריטית של קהל, והן מצד אותם גופי תקשורת חדשים הנאלצים אף הם, בעל כורחם, להקצות חלק ניכר ממשאביהם לרכישת זכויות שידור בלעדיות, כדי לבסס את מעמדם. בסופו של יום, מנקודת מבטו של הציבור הרחב והאינטרס הציבורי, בגיוון תכנים מסוגים שונים, תחרות טורפנית כאמור צפויה לבוא על חשבון הקצאת משאבים לרכישה ולהפקה של מגוון רחב של סוגי תכנים נוספים.

ודוק, בהקשר זה חשוב להדגיש כי בשונה ממוצרי תוכן אחרים, מוצר התקשורת של "שידורי ספורט" הוא מוצר אשר חלק ניכר ממרכיביו אינם מופקים על ידי גוף התקשורת המשדר, בבחינת "יצירה מקורית", אלא מדובר בעיקר בתיעוד ובסיקור של מאורע קיים. במצב דברים זה, הבלעדיות שעשויה להתלוות לרכישת זכויות שידור, איננה בבחינת תמורה ומתן תמריץ להשקעת משאבים בהפקת יצירה עצמאית מקורית, הנוספת למאגר יצירות התרבות הקיים, על ידי גוף התקשורת. להבדיל, מרכיב הבלעדיות שבזכות השידור הוא למעשה משאב הנרכש, כנגד תמורה כספית, שכל מהותו, מבחינת גוף התקשורת, היא בניכוס קהל הצופים והמאזינים הפוטנציאלי של אירוע הספורט. זכות הבלעדיות שגוף התקשורת רוכש, טומנת בחובה את הפוטנציאל הכספי הטמון במכירת "מסת הקהל" למפרסמים, או במקרה של שידור כנגד תשלום, את הפוטנציאל הכספי הטמון במכירת זכות "גישה מרחוק" לאירוע הספורט לקהל הצופים והמאזינים. בניגוד למצב הדברים

49 P. Goldstein "Copyright" 55 L. & Contemp. Probs. (1992) 79, 83

50 ראו לעיל הערה 45, החלטה של רשות ההגבלים העסקיים אשר בה מתואר מצב דברים דומה בנוגע לניסיונותיהם של זכייני הערוץ השני להערים מחסומי כניסה ומכשולים בפני ערוץ ישראל 10, עובר לתחילת שידוריו כערוץ שידורי הטלוויזיה השלישי בארץ.

הרגיל אשר בו גוף תקשורת מייצר תשומת לב קהל הנמכרת למפרסמים על ידי הפקה או רכישה של תכנים בעלי פופולריות, בהקשר של זכויות שידור באירועי ספורט, תשומת לב הקהל היא, במידה רבה, בבחינת משאב נתון הנמכר לגוף התקשורת אשר רוכש את זכויות השידור. משום כך, מרכיב הבלעדיות למעשה משמש מנוף ליצירת יסוד מלאכותי של נדירות באפיקי צריכת אירוע הספורט, ובעקבותיו, השאת רווחים כספיים הן עבור מי שרכש את זכויות השידור הבלעדיות והן עבור מפיקי האירוע. אולם ספק אם יש במרכיב זה של בלעדיות כדי לייצר ערך מוסף ייחודי מבחינת מראה פניו הרצוי של שוק התקשורת בכללותו. שיעורי הצפייה וההאזנה לשידורים חיים של אירועי ספורט צפויים להישאר פחות או יותר זהים, גם בנסיבות אשר בהן יימכרו זכויות שידור חופפות ומקבילות למספר גופי תקשורת. אלא שבמצב דברים זה, אותו נתח כולל של שיעורי צפייה והאזנה פשוט צפוי להתחלק בין מספר גופי תקשורת. מצב דברים זה עשוי לאפשר לכל אותם גופים להתבסס ולהינות מן הרווחים ומן היתרונות, הישירים והעקיפים, הטמונים באותם שידורים. במקרים מסוימים הדבר אף עשוי לאפשר תחרותיות לעניין מכירת זמן פרסום, עובר לשידור אירוע הספורט. אכן, ישנם מקרים שבהם פיזור קהל הצופים והמאזינים בין כמה גופי תקשורת עלול להיות כרוך בחוסר יעילות חלוקתית, כאשר מספר גופים משקיעים, במקביל, משאבים בהפקת מוצרי תוכן דומים או אפילו זהים מבחינת תוכנם, תוך כדי קיומו של "גיוון למראית עין"⁵¹. כך גם, אף שכעיקרון, בהקשר הייחודי של אירועי ספורט, מפרסמים יכולים על ידי רכישה "רב-ערוצית" של זמן פרסום להגיע לאותו סך כולל של קהל יעד מפולח הצופה באירוע הספורט ולאותם שיעורי צפייה והאזנה מצטברים, עדיין, קשה להעריך מראש ובאופן כוללני את השלכות קיומו, או היעדר קיומו, של מרכיב הבלעדיות, על נתחי עוגת הפרסום. כל אלה הם אכן היבטים אמפיריים-כלכליים, הטעונים בחינה וכדיקה, נקודתית ופרטנית, לגופם של הסדרי הבלעדיות השונים בתחום זכויות שידור, ואינני מבקש לקבוע בהם מסמרות, לכאן או לכאן. אולם, בכל זאת, נוכח החסרונות השונים אשר עלולים להתלוות להסדרי בלעדיות בתחום זכויות שידור, ספק אם ניתן להניח מראש ובאופן מוחלט כי יתרוגותו של יסוד הבלעדיות עולים על חסרונותיו. על רקע דברים אלה, דומה כי ראוי לשקול ולבחון היטב כל גישה המאפשרת באופן גורף וכעניין של מדיניות כללית, פרקטיקה של מכירת זכויות שידור בלעדיות. אכן, ייתכנו מקרים שבהם ישנה הצדקה להכשרתם של הסדרי בלעדיות. כך, למשל, כאשר העלויות הכרוכות בהפקת אירוע ספורט מסוים ושידורו הן גבוהות מאוד ומשום כך רק על ידי הישענות על מרכיב של בלעדיות ב"זכויות השידור" ניתן להגיע לשיעור רווחים המכסה את אותן עלויות (זאת, בין על ידי דרישת תשלום פרטנית עבור צפייה באירוע ובין על ידי השגת מחירי שיא לפרסומות בשל שיעורי הצפייה הניכרים בערוץ אחד בלבד). אולם

זהו איננו מצב הדברים לגבי חלק ניכר מאירועי הספורט הפופולריים, ובפרט אלה המתנהלים במסגרת פנים־מדינתית, או במימון ותמיכה של כספי מדינה. יתרה מזאת, כל זמן שקיומה של זכות בלעדיות במדיום תקשורתי מרכזי אחד כגון שידורי טלוויזיה מאפשר למפיק אירוע הספורט את החזר השקעתו, דומה כי נחלשת ההצדקה העניינית להכשרתו של הסדר הבלעדיות באפיקי תקשורת נוספים, אשר אינם בבחינת מוצר חלופי לאותו מדיום תקשורתי ראשון (כגון אפיקים משלימים של שידורי רדיו או דיווח באמצעות רשת האינטרנט).

דומה כי גדר השאלה העקרונית אשר טעונה ליכון בהקשר זה, היא אם כנגד מודל של "בלעדיות לשם השאת רווחים", ראוי להציב מודל חלופי התומך בקידום תפיסה של "צדק חלוקתי" לגבי זכות הגישה של כלי תקשורת שונים, לשם סיקור ודיווח של אירועי ספורט בעלי עניין ציבורי רב, ולמעשה גם לגבי אותו משאב תקשורתי של תשומת לב הקהל בנוגע לאותם אירועים. לעניות דעתי, הפרמטר הכלכלי הטהור של השאת רווחים על ידי מפיק אירוע הספורט ועל ידי רוכש זכויות השידור הבלעדיות, איננו הפרמטר היחיד אשר ראוי להתחשב בו בהקשר של מוצרי תקשורת. מכירת זכויות שידור חופפות ומקבילות למספר גופי שידור צפויה לאפשר לכל אחד מן הגופים ליהנות מהיתרונות ארוכי הטווח הטמונים בשידורים מהסוג האמור. דומה כי לגופי השידור עצמם בוודאי אין כל "זכות קנויה" להכשרה גורפת של מרכיב בלעדיות בהקשר של רכישת זכויות שידור. הגורם היחיד אשר עשויה להיות לו טענה בת זכות בהקשר זה, הוא מפיק האירוע, אשר השקיע את המשאבים בהפקתו מתוך ציפייה להשאת רווחיו. בנסיבות שבהן מפיק אירוע הספורט הוא גוף פרטי לכל דבר ועניין, אכן יש להעניק משקל ראוי לאינטרס הציפייה שלו כי ימוצה הפוטנציאל הכספי הטמון באירוע שבהפקתו. אולם לעניות דעתי גם במקרים שכאלה, עד גבולות מסוימים, ראוי כי האינטרס הציבורי, בסביבה תקשורתית מגוונת ומבוזרת, יסייג וישים גבולות למעמד האינטרסים הכספיים של מפיק האירוע; ביחוד ככל שהדברים אמורים במבט צופה פני עתיד המאפשר למפיק אירוע הספורט לכלכל את השקעתו הכספית בהתאם. ומכל מקום, מבלי לקבוע מסמרות בנושא זה, קל וחומר כי זה עשוי להיות מצב הדברים כאשר מפיק האירוע הוא גוף בעל מאפיינים מעין ציבוריים, ובכך נדון בפרק הבא.

1. ארגוני ספורט הממלאים תפקידים ו/או השולטים במשאבים בעלי מאפיינים מעין ציבוריים

בפועל, אחד המאפיינים המרכזיים של אירועי ספורט בישראל, כמו גם אירועים המוניים נוספים מההווים נושא לזכויות שידור, הוא כי הם מאורגנים ומנוהלים על ידי גופים, חלקם נתמכים על ידי כספי מדינה, אשר כל תכליתם היא יצירת

מסגרת להתרחשות ואספקת אותו מוצר חוויה תרבותי כגון ספורט תחרותי. כך, בה"פ 1027/02 אביב גלעדי הפקות בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל⁵², קבע בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מפי השופטת ענת ברון, כי יש לסווג את ההתאחדות לכדורגל כגוף דר-מהותי, וכפועל יוצא, לחייב אותה בקיום מכרו לשם מכירת זכויות השידור למשחקי ליגת הכדורגל. עמדת בית המשפט הייתה כי "ההתאחדות, אשר כל יעדיה מכוונים לפעילות ציבורית באופייה – פיתוח ענף הכדורגל בישראל, ריכוזו וניהולו, ובתוקף זה ממלאת תפקידים ציבוריים מובהקים, הינה בגדר גוף 'דו מהותי' כאמור, מעצם מהותה, תפקידיה, תכליתה והעניין שיש לציבור בה", ומשום כך, "בהתחשב באופייה ומהותה של ההתאחדות והפונקציה הציבורית שהיא ממלאת, כמו גם במאפייני העסקה בה מדובר, אשר הערך הכספי הינו רב ומהווה מרכיב מרכזי של תקציב ההתאחדות וקבוצות הכדורגל, הרי שעל מנת למלא אחר כללי ההגיונות, השוויון, איסור ההפליה, סבירות ותום לב שהינם מושכלות יסוד של משפט ציבורי, המסקנה המתבקשת הינה שעל ההתאחדות לקיים הליך של מכרו בכל הכרוך במכירת זכויות שידור". על כך הוסיף בית המשפט, כי "מיקסום הרווחים אינו חזות הכל. משהוברר כי ההתאחדות מחויבת כנורמות של המשפט הציבורי ומכותן גם בקיום מכרו על מנת ליישם נורמות אלה בכואה למכור זכויות שידור, הרי שגם אם רווחיה כתוצאה מכך יהיו נמוכים מאלה שיכולה הייתה להשיג ללא קיום מכרו, אין בכך כדי לפטור אותה מקיום חובתה הציבורית לקיום הליך שוויוני ושקוף של מכרו המתחייב מנסיבות העניין"⁵³.

ניתוח זה של בית המשפט עיקרו תואי המבקש להטיל נורמות "מעין ציבוריות" על הגוף המארגן ומנהל את אירוע הספורט, בשל מהותו והתפקיד שהוא נטל על עצמו. ניתן לעורר את השאלה אם בהקשר זה אין מקום לנקוט תואי שעל פיו במקום להתמקד באפיון ה"מעין-ציבורי" של הגוף מפיק האירוע, יש להתמקד דווקא במאפייניו הציבוריים של המשאב התקשורתית-תרבותי, המסופק על ידי אותו הגוף, ובהמשך לכך, לגזור את "זיקות ההנאה" אשר יש לציבור הרחב ולגופי תקשורת בנוגע לאותו המשאב. תהא אשר תהא העמדה הראויה בהקשר

52 ה"פ 1027/02 אביב גלעדי הפקות בע"מ נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל (טרם פורסם) תקדין מחוזי 2003(2) 5 (להלן: פרשת אביב גלעדי). ערעור על פסק הדין, לבית המשפט העליון, נדחה לאחר שהצדדים הגיעו להסכמה, בדבר הבהרות מסוימות בהתייחס הן לאופן עריכת המכרו והן לאופן בחירת היועץ לניהול המכרו למכירת זכויות השידור. ראו ע"א 4583/03 התאחדות לכדורגל בישראל נ' אביב גלעדי הפקות בע"מ (טרם פורסם) תקדין עליון 2003(2) 3770.

53 פרשת אביב גלעדי, לעיל הערה 52, ובפרט הציטוטים האמורים בפסקאות 10, 13 ו-16 לפסק הדין. ראו גם בש"א 8316/99 (חי') כלבו 1979 בע"מ נ' עיריית חיפה (לא פורסם), תקדין מחוזי 1999(3) 1576, אשר בו קבע השופט עודד גרשון, כי יש לסווג את מועדון הכדורגל הפועל חיפה בע"מ כגוף דר-מהותי, ומשום כך, יש להטיל עליו חובה לנהוג בשוויון וללא הפליה פוטלה בכל הנוגע לחלוקת "אשרות כניסה" ליציע העיתונות של מגרש הכדורגל של המועדון.

זה, הנקודה שבה אני מבקש לסיים את הרשימה, היא הנקודה הבאה: עמדת בית המשפט בפרשת אביב גלעדי הייתה כי נוכח מהותה של ההתאחדות לכדורגל כגוף מעין ציבורי, שיקול "מיקסום הרווחים אינו חזות הכל", וכי על ההתאחדות לנקוט אמות מידה של שוויון והיעדר הפליה. אולם על רקע האמור בסעיפיה הקודמים של רשימה זו, האין לומר, כי מתבקשת מסקנה שלפיה, בהקשר של גופים דוגמת ההתאחדות לכדורגל, לא די בקיומה של חובת מכרז, למכירת זכויות השידור (הבלעדיות), כדי למלא את נורמות של שוויון והיעדר הפליה. ניתן לטעון כי כדי למלא את נורמות של שוויון והיעדר הפליה, כלל בורת המחדל צריך להיות, כי מכירת זכויות שידור על ידי ההתאחדות, צריכה להיעשות ללא קיום מרכיב של בלעדיות ועל בסיס מתן אפשרות שווה לרכישת "זכויות שידור" לכל גוף תקשורת המעוניין בכך. כאמור, זכויות שידור הן משאב מופשט ובלתי מתכלה. אף אם ויתור על מרכיב הבלעדיות ומכירת זכויות שידור חופפות ומקבילות, למספר גופי שידור, ימנעו מן ההתאחדות לכדורגל להשיא את רווחיה הכספיים, בכל זאת, דומה כי כל עוד הדבר אינו פוגע ביכולתה הכלכלית של ההתאחדות לקיים באופן תקין את ענפי הספורט שמדובר בהם, החלופה של מכירת זכויות שידור ללא מרכיב של בלעדיות טעונה שקילה ובחינה.

ז. סוף דבר

לפני כשנתיים מלאו יובל שנים לבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים⁵⁴. לשיטת המשפט הישראלית מסורת ארוכה ומרשימה בכל הנוגע לעיגון חירות הביטוי של היחיד אל מול השלטון. ואולם ספק אם די בכך כדי להבטיח את קיומה בפועל של אותה סביבה תקשורתית מבוזרת, מגוונת ומרובת גורמים, אשר מהווה תנאי הכרחי לשם גשוג תכליות עקרון חופש הביטוי. הכרה ואכיפה של זכויות קניין פרטיות במידע ובמוצרי תקשורת מלווה בהשלכות רבות על מראה פניו הרצוי של ענף התקשורת ועל הפעילות בתחום הביטוי. טענתי המרכזית ברשימה זו הייתה כי מנסרת השיקולים המנחים אשר יש לקחת בחשבון כאשר מכירים בקיומן של זכויות "כעין-קנייניות", במוצרי תוכן ותקשורת, היא בעלת הדגשים חוקתיים ייחודיים, וכי זוהי מערכת שיקולים שונה ממערכת השיקולים הכלליים אשר מונחים ביסוד דיני עשיית עושר ולא במשפט. ברוח כותרתה של רשימה זו, לא הרי הסבוגייה של פסק הדין בפרשת א.ש.י.ר כהרי זכות הגישה וזכות הדיווח מאירועים תקשורתיים בעלי עניין ציבורי, לרבות אירועי ספורט המופקים למטרות רווח כספי. משום כך, הכרה שיפוטית בזכויות "כעין-קנייניות" אשר יש להן השלכה על תחום התקשורת, חייבת להיעשות מתוך רגישות יתרה למראה פניה הרצוי של סביבת התרבות והמידע בחברה דמוקרטית. באופן כללי

54 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

יותר, הפנמה ראוייה של עקרון חופש הביטוי בתחום המשפט הפרטי, אין עניינה אך ורק מקרים של עימות ישיר בין חירות הביטוי של דובר פלוני לבין זכות מתחום המשפט הפרטי. יתרה מזאת, הפנמה כאמור עניינה גם ברגישות שיפוטית לאותם רבדים, נגלים פחות, אשר דרכם מונחת התשתית לפעילות בתחום התקשורת והביטוי.