

היבטים פסיכולוגיים של סודות מסחריים: מוחשיות, יצירה, מוסר ועילות*

יובל פלדמן**

המאמר בוחן את האופן שבו טבעו של המידע הסודי המוגן על-ידי החוק משפיע על עמדותיהם של עובדים ביחס לשימוש בסודות מסחריים בעת מעבר בין חברות. בחינה זאת מבוססת בשלב הראשון על בחינה של הדין הנוהג, של שיקולי יעילות ושל שיקולי מוסר ביחס לרלוונטיות של מוחשיות המידע ושל זהות יוצרו להגדרת המידע כסוד מסחרי. בשלב השני נערכה בחינה ניסויית שבמסגרתה ניתנו שני תרחישים היפותטיים לקבוצות אקראיות במדגם של עובדי הייטק: (1) מקרה שבו העובד עצמו מפתח את המידע המסווג; (2) מקרה שבו העובד מוריד את המידע המסווג אל מחשבו האישי. קבוצת-ביקורת קיבלה לידיה תרחיש שלישי, שבו העובד למד את המידע הסודי מן המעביד, והמידע שמור בראשו. ההשוואה בין קבוצת הנבדקים שקיבלו את התרחיש הראשון לבין קבוצת-הביקורת מאפשרת לבחון את חשיבות זהותו של יוצר הסוד, ואילו ההשוואה בין קבוצת הנבדקים שקיבלה את התרחיש השני לבין קבוצת-הביקורת מאפשרת לבחון את חשיבות מוחשיותו של המידע.

המסקנה העיקרית הנלמדת מן המחקר היא שהעובדים מייחסים חשיבות רבה יותר באופן משמעותי למוחשיות המידע מאשר לזהות יוצרו ביחס לרוב המשתנים שנמדדו. עם זאת, השאלה אם העובד יצר את המידע או למד אותו מן המעביד השפיעה על תחושת האשם המוסרי הכרוכה בנטילתם של סודות מסחריים. המאמר

* תודה מיוחדת לרוברט קוטר, רוברט מקון ופיליפ טטלוק, וכן להדר אבירם, טים אורדן, קתרין אלביסטון, מאיר דן-כהן, רינה בוגוש, לוריין אדלמן, אלן הייד, גלעד הירשברגר, מרק למלי, פיטר מנל, רוברט מרג'ס, אנה לי סקסיניאן, דניאל רובינפלד, פרנק זימרינג, אלואיס סטולר ודיוויד טיסי – על עזרתם בשלבים שונים של המחקר. תודותיי לד"ר צילי דגן ולד"ר שחר ליפשיץ, וכן לעוזרי-המחקר ניצן וולקן, אלעד בקר, גיתית כיטוב, רועי ריבון ושירה רמות, על הערותיהם על טיוטה מוקדמת של מאמר זה.

** הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; PhD (אוניברסיטת קליפורניה, ברקלי), BA, LLB (אוניברסיטת בר-אילן).

מסתיים בבחינת התרומה האפשרית של מחקרים אמפיריים לשיקולים של יעילות ומוסר בקביעת הדין הרצוי.

הקדמה

פרק א: חשיבות זהותו של היוצר (עובד או מעביד) – מידע נלמד לעומת מידע שפותח

1. רקע דוקטריני
 - (א) הדין הישראלי
 - (ב) הדין בארצות-הברית
2. היבטים מוסריים
 - (א) תיאוריית העבודה של Locke
 - (ב) גישות מרקסיסטיות: המתח בין ההון לפועל והשלכותיו על הזכויות בסודות מסחריים שפותחו על-ידי עובדים פורשים
3. שיקולי יעילות
 - (א) עלויות אכיפה
 - (ב) השפעת זהותו של יוצר המידע על מערך התמריצים של העובד
 - (ג) הון אנושי – היבטים אקונומטריים
4. סיכום

פרק ב: חשיבותה של המוחשיות של מידע ששונן מול מידע שנלקח באמצעים מגנטיים

1. רקע דוקטריני
 - (א) הדין בישראל
 - (ב) הדין בארצות-הברית
2. שיקולי יעילות
 - (א) פגיעה בהון האנושי
 - (ב) עלויות פיקוח ואכיפה
3. שיקולי מוסר
 - (א) שליטה ואשמה
 - (ב) אמצעים פסולים והפרת יחסי אמון

פרק ג: מתודולוגיה

1. ההשפעה של "מוחשיות המידע" ו"זהות היוצר" על עמדותיהם של עובדים כלפי שימוש בסודות מסחריים
2. ההשפעה של "מוחשיות המידע" ו"זהות היוצר" על תפיסת החוקיות
3. ההשפעה של "זהות היוצר" על התפיסה המוסרית

פרק ד: סיכום ומסקנות

פרק ה: נספח מתודולוגי

1. תוצאות

2. המדגם
- (א) הנתונים הדמוגרפיים של המשתתפים
3. נוסח השאלונים
- (א) קבוצה ראשונה: אי-החוקיות זמינה – העובד למד את המידע מן המעביד והורידו למחשבו האישי
- (ב) קבוצה שנייה: אי-החוקיות זמינה – העובד פיתח את המידע בעצמו וזכר אותו
- (ג) קבוצה שלישית: אי-החוקיות זמינה – העובד למד את המידע מן המעביד וזכר אותו
- (ד) קבוצה רביעית: אי-החוקיות אינה זמינה – העובד למד את המידע מן המעביד והורידו למחשבו האישי
- (ה) קבוצה חמישית: אי-החוקיות אינה זמינה – העובד פיתח את המידע בעצמו וזכר אותו
- (ו) קבוצה שישית: אי-החוקיות אינה זמינה – העובד למד את המידע מן המעביד וזכר אותו
4. יצירת הפקטורים
- (א) סקלת אלפא
- (ב) ניתוח גורמים
- (ג) מגבלות פוטנציאליות

הקדמה

איסור השימוש בסודות מסחריים הינו אחד הכללים המשפטיים שעובדי הי־טק חשופים להם במיוחד, בשל הניעות הגבוהה של עובדים בתעשייה זו. דיני הפטנטים וזכויות היוצרים אינם מעניקים הגנה מספקת לאינטרסים חשובים של חברות הי־טק, הנאלצות לפיכך להתבסס על סודות מסחריים כקו הגנה מרכזי נגד שימוש פסול בקניינם הרוחני על־ידי עובדים העוזבים את החברה. קו הגנה זה נהפך ל"קו הגנה אחרון" לנוכח העובדה שהסכמי אי־תחרות פורשו בצורה מצמצמת על־ידי בית־הדין הארצי לעבודה¹ ובית־המשפט העליון.² בפסיקות אלה חיוו בתי־המשפט את עמדתם באשר לשניות הקיימת ביחס להגנה על סודות מסחריים. מחד גיסא, יש להגן על קניינו של המעביד, אך מאידך גיסא, יש להגן

1 ע"ע (ארצי) 164/99 דן פרומר נ' רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (להלן: עניין צ'ק פוינט).

2 ע"א 6601/96 AES System Inc. ואח' נ' משה סער ואח', פ"ד נד(3) 850 (להלן: עניין סער).

על חופש עיסוקו של העובד.³ דילמה בסיסית זו, על מגוון השיקולים המועלים בה בעד ונגד הגנה על סודות מסחריים, נסקרה בשורה ארוכה של פסקי־דין ומאמרים.⁴ מורכבות משפטית זו מקרינה גם על האופן שבו העובדים מבינים איסור זה. אחד הגורמים המקשים על עובדים את ההתמודדות עם דילמה זו הוא הקושי להגדיר באופן מובחן מהו המידע שנכנס בגדרו של הסוד המסחרי, וכיצד ניתן להפרידו מן הכישורים המקצועיים של העובד.

במהלך הכנת השאלונים⁵ ערכתי ראיונות מקדמיים, שבהם שאלתי מהנדסים שאלות כגון: עד כמה הם מכירים מקרים שבהם עמיתיהם לעבודה השתמשו בסודות מסחריים, עד כמה הם רואים פסול מוסרי בשימוש בסודות מסחריים, וכיצד הם צופים שמידע על שימוש של עובד בסוד מסחרי ישפיע על סיכויי הקריירה שלו.⁶ רוב המראיינים דרשו הבהרות לגבי כוונתי במושג "סוד מסחרי".⁷ מתוך מגוון השאלות ששאלו המראיינים, בניסיון להגדיר לעצמם את עמדתם לגבי סודות מסחריים, בלטו שתי שאלות: האחת הייתה "האם אתה מתכוון לסוד מסחרי שנמצא בראש או לסוד שנמצא על־גבי דיסקט?" והאחרת הייתה "האם אתה מתכוון לסוד שאני פיתחתי או לכזה שלמדתי עליו במהלך השוטף של

3 ראו מאמרו של אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הוכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229.

4 ראו: *The New Relationship: Human Capital in the American Corporation* (Washington, D.C., Margaret M. Blair & Thomas A. Kochan eds., 2000); Yuval Feldman "Behavioral and Social Mechanisms that Undermine Legality in the Workplace: Examining the Efficacy of Trade-Secrets Laws among Knowledge Workers in Silicon Valley" (working paper) at <http://ssrn.com/abstract=714481> (17.5.2005); Yuval Feldman "The Behavioral Foundations of the Expressive Function of Trade Secrets Laws: Legality Cost, Intrinsic Motivation and Consensus" (working paper) at <http://ssrn.com/abstract=562242> (9.4.2005) (hereinafter: Feldman, "Expressive Law"); Yuval Feldman "An Experimental Approach to the Study of Normative Failures: Divulging of Trade Secrets by Silicon Valley Employees" 1 *J. L. Tech. & Pol'y* (2003) 105 (hereinafter: Feldman, "Normative Failures").

5 אותם שאלונים שימשו בסיס גם למאמרים אחרים שלי, שבהם בחנתי הן את היקף המידע שמוגדר על־ידי החוק כסוד מסחרי (והראיתי כי היקפו ועמימותו של החוק מקשים על אכיפה פורמלית ולא־פורמלית יעילה) והן את יכולת החוק, במצבים של אכיפה מוגבלת, להניב שיפור בעמדותיהם של עובדים ביחס לשימוש במידע סודי ובתפיסתם את הנורמה החברתית והפרקטיקה המקובלת (ראו מאמרי לעיל הערה 4).

6 השאלון מצורף כנספח למאמר זה בפרק ה: נספח מתודולוגי.

7 מתוך קבוצה של 30 עובדים, כ־20 ביקשו הבהרה לגבי האופן שבו נשמר המידע או לגבי השאלה אם מדובר במידע שהם עצמם פיתחו. הקבוצה הראשונית התבססה בעיקר על מהנדסים בוגרי ברקלי העובדים באיזור מפרץ סן־פרנסיסקו. מדגם זה אינו אקראי.

עבודתו? "גורמים אלה - השאלה אם המידע שמור בזכרונו של העובד או שהוא הורד לחומרה (להלן: מוחשיות המידע) והשאלה אם הסוד המסחרי פותח על-ידי העובד או לחלופין נלמד על-ידי במהלך העבודה (להלן: זהות היוצר) - נתפסו על-פי הראיונות המקדימים כבעלי השפעה על האופן שבו עובדים מתווים את הגבול בין שימוש מותר ושימוש אסור בסודות מסחריים. האינטואיציות הבסיסיות של המרואיינים מהוות, אם כן, את הבסיס לשאלת המחקר שאנסה לתת לה מענה במסגרת מאמר זה: באיזו מידה עובדים מושפעים ממוחשיות המידע ומהות היוצר של המידע הסודי. התשובה לשאלה זו תינתן בכמה רמות:

ראשית אנתח את הדין הנוהג בישראל ובארצות-הברית, ואבחן אם בתי-המשפט נוטים להקל במקרים שבהם סודות מסחריים פותחו על-ידי העובדים עצמם או נשמרו בזכרונם ללא שימוש בחומרה כלשהי. בשלב השני אנתח את הרלוונטיות של שני הממדים הללו הן מפרספקטיבה של ניתוח יעילות והן מפרספקטיבה של שיקולי מוסר. לאחר פרישת מגוון השיקולים בשלוש הרמות הללו, אתאר את האופן שבו עוצב הניסוי, על-מנת לאפשר בחינה של ההשפעה שיש לזהות היוצר ולמוחשיות המידע על עמדותיהם של עובדים ביחס לשימוש בסודות מסחריים. ניתוח ניסויי זה יאפשר לי לזהות באופן אובייקטיבי את ההשפעה שעובדים מייחסים לשני הממדים הללו. לאחר שאנתח את התוצאות האמפיריות, אציג בחינה ראשונית של התרומה הפוטנציאלית של המימד ההתנהגותי לניתוח התיאורטי של סודות מסחריים.

המדגם שנבחר מורכב מעובדי חברות הייטק באיזור סן-פרנסיסקו ועמק הסיליקון. איזור משגשג זה עתיר בתעשיות ידע ומתאפיין בניעות רבה של עובדים וידע בין חברות בעמק.⁸ האיזור תואר על-ידי הנשיא אדלר, בפסק-הדין בעניין צ'ק פוינט, כדוגמה לאיזור שבו דווקא אי-אכיפה של חוזי אי-תחרות הביאה לידי פריחה של תעשיית ההייטק המקומית. עם זאת, יש לציין כי בניגוד לנושא של מניעת אי-תחרות, בכל הנוגע להגנה על סודות מסחריים החוק בקליפורניה דומה לחוק במדינת-ישראל, ובתי-המשפט שם,⁹ כמו

8 ראו: Anna Lee Saxenian *The Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128* (Cambridge, 1994); Alan Hyde *Working in Silicon Valley: Economic and Legal Analysis of a High Velocity Labor Market* (New York, 2003); Sim B. Sitkin *Secrecy in Organizations: The Determinants of Secrecy Behavior among Engineers in Three Silicon Valley Semiconductor Firms* (Ph.D. Dissertation, Stanford University, 1986); Olav Sorenson "Social Networks, Informational Complexity and Industrial Geography" *The Role of Labor Mobility and Informal Networks for Knowledge Transfer* (Dordrecht, D. Fornahl and C. Zellner eds., 2003).

9 ראו: *Morlife Inc. v. Lloyd Perry*, 56 Cal. App. 4th 1514, 1520: "By enacting the UTSA in 1984, our Legislature added California to the long list of states which have determined that the right of free competition does not include the right to use confidential work product of others"

בישראל,¹⁰ מתיימרים להפריד בין גישה סלחנית לעצם התחרות בין עובדים למעבידיהם לשעבר לבין גישה תקיפה בהרבה בכל הנוגע לשימוש בסודות מסחריים על-ידי עובדים לשעבר.

בהתאם לכך יהיה מבנה המאמר כדלקמן:

- (א) בחלק הראשון של המאמר אפרוש את הטיעונים הדוקטריניים, הנורמטיביים והפסיכולוגיים הנוגעים בסוגיה של זהות היוצר.
- (ב) בחלק השני אפרוש את הטיעונים הדוקטריניים, הנורמטיביים והפסיכולוגיים הנוגעים בסוגיה של מוחשיות המידע.
- (ג) בחלק השלישי אציג סקירה קצרה של הניסוי ומסקנותיו.
- (ד) בחלק הרביעי של המאמר אבחן את הממצאים בהקשר התיאורטי שנפרש בחלקים הקודמים, ואנתח את ההשלכות הנורמטיביות של מחקר זה. נוסף על כך אדון בתרומה האפשרית של ניסויים למדיניות משפטית.
- (ה) בסוף המאמר יופיע נספח מתודולוגי, שיפרט את השאלונים והפרוצדורות הסטטיסטיות שנעשה בהם שימוש במחקר זה, וכן יציג את הממצאים בצורה מפורטת יותר.

פרק א: חשיבות זהותו של היוצר (עובד או מעביד) – מידע נלמד לעומת מידע שפוחח

1. רקע דוקטריני

(א) הדין הישראלי

הניסיון להגדיר אילו סוגים של מידע נכללים בגדר ההגנה על סודות מסחריים העסיק רבות שופטים ומלומדים. אכן, סוגים רבים של מידע עשויים להיקרא סודות מסחריים,¹¹ ועובדה זו מקשה לעיתים על העובדים את הבנת משמעותו של הסוד המסחרי.

10 ראו, למשל, את פסקי-הדין בעניין סער, לעיל הערה 2, בעמ' 869, ובעניין צ'ק פוינט, לעיל הערה 1, בעמ' 313.

11 כפי שמונה טדסקי במאמר המצוטט ביותר על-ידי בתי-המשפט בישראל: "הענינים העסקיים שהסודיות הנדונה עשויה לחול עליהם הם שונים ומשונים: לא רק על אמצאה (כשירה או לא כשירה לפטנט) בדבר מכונות או בדבר תהליכי ייצור, אלא גם על 'דע' כיצד' (Know-How), שרטוטים טכניים, דגמים, רעיונות חדשים בענייני פרסומת, בידור, אופנה, בישול, בשמים, החלת תהליך מסויים על ענין שלא נהגו להפעילו בו, צירוף

החוק החדש שיפר אך במעט את בהירות המושג "סוד מסחרי" לגבי עובדים מן השורה. חוק עוולות מסחריות¹² מגדיר את המונח "סוד מסחרי" כדלקמן:

"סוד מסחרי", 'סוד' - מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו."

כפי שניתן לראות, החוק אינו מתייחס לשאלת זהותו של יוצר המידע הסודי, ואף המלומדים בישראל אינם עוסקים על-פי-רוב בשאלה זו. חריגה מסוימת לקביעה זו ניתן לראות בכתיבתו של דויטש,¹³ אשר מציין במאמר מוסגר כי יש לבחון אפשרות כי תרומתו של העובד לפיתוחו של הסוד המסחרי תקנה לו shop right בסוד עם סיום העסקתו אצל המעביד. דויטש מכיר אם כן ברלוונטיות של תרומת העובד ליצירתו של המידע הסודי לגבי המדיניות המשפטית באשר לסוד המסחרי, אולם בלא דיון של ממש הוא עובר לדון במתן פיצוי כספי לעובד כפתרון המועדף.¹⁴

סקירת פסקי-הדין בישראל מגלה כי רובם אינם עוסקים, במפורש או במשתמע, בשאלת זהותו של יוצר המידע הסודי, אלא אם כן מדובר בטענה הנוגעת בזכויות בעלות באמצאות של עובדים.¹⁵ עם זאת, על-סמך פסקי-הדין הספורים שעסקו בכך, במישורין או

חדש של יסודות (אף אם כולם ידועים), רשימת לקוחות, מחקרים בענין שיווק, מפות, סטטיסטיקות ועוד. בסיכום, אפשר לומר כי הסודות עשויים להתייחס לכל יסודות המפעל, גם הפנימיים (כגון ארגון טכני ומינהלי, שיטות עבודה ותהליכיה, וכיוצא באלה) וגם חיצוניים (כגון לקוחות ומוניטין) - ובלבד שיהיו כאלה שמתחרה יוכל לעשות שימוש בהם בפעילותו העסקית המתחרה. ג' טדסקי "סודות עסקיים" הפרקליט לה (תשמ"ג) 5, 26.

12 חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 16 (להלן: חוק עוולות מסחריות).

13 מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב).

14 "השאלה היא אם תרומה שתרם העובד לפיתוח המידע, מן הראוי שתזכה אותו, למצער, בזכות לשימוש בידע... הכרה במודל האמור [של shop right] היא לדעתנו אפשרית... השאלה אם הדבר ראוי היא עניין למדיניות כלכלית וחברתית, אשר על השיטה להכריע בה... בשיטתנו נראה, כי ההסדר בחוק הפטנטים, המאפשר חיובו של המעביד בתשלום תמלוגים ופיצויים לעובד במקרים מתאימים, משקף עמדה המעדיפה להקנות לעובד זכויות כספיות במקרה מתאים, במקום הקניית זכויות בעין בסוד, דהיינו זכויות שימוש". שם, בעמ' 553, סעיף 9.35.

15 חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 148, סעיפים 131-141; חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י 2633, סעיפים 5, 18. ראו גם: ע"א 8730/96 ישראל פריד נ' התעשייה האווירית בישראל בע"מ, נה(3) 49; ת"א 1484/97 (ת"א) חיים אורבוך נ' משרד החינוך והתרבות, תק"מח 2004(1) 4933. ראוי לציין כי בהתעלמות זו של בית-המשפט אין בהכרח כדי ללמד על

בעקיפין, אנסה בכל-זאת למפות בפסקות הבאות את עמדת הפסיקה בישראל באשר לחשיבות זהותו של יוצר המידע.

בפסק-הדין ורגוס נ' כרמקס¹⁶ נידונה תביעתה של חברת ורגוס, יצרנית שימות - כלים המשמשים לייצור תברגים לתעשיית המתכות ולתעשיות הידראוליות שונות.¹⁷ קבוצה של עובדים בכירים של ורגוס פרשה מוורגוס והקימה מייד עם פרישתה חברה מתחרה - כרמקס. בית-המשפט המחוזי קבע, בין היתר, כי כרמקס והעובדים הבכירים אכן עשו שימוש בטולרנסים של ורגוס, ובכך הפרו סוד מסחרי שלה. בית-המשפט העליון דן במקרה ההיפותטי הבא:

”אף אם נניח שהטולרנסים בוורגוס פותחו על-ידי העובדים הפורשים, עדיין אין לאפשר להם את השימוש בהם עם עזיבתם - שכן העובדים פיתחו את הטולרנסים בעבור ורגוס, בהיותם עובדים שם ובקבלם שכר תמורת הפיתוח. לפיכך, פירות פיתוחם שייכים לוורגוס, ואין הם רשאים לעשות בהם שימוש אף אם הם היו המפתחים או תרמו לפיתוח.”¹⁸ [ההדגשה הוספה]

בפסק-הדין כהן ניסו נ' ט.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ¹⁹ נידונה עתירתו של התובע, משווק תוכנת "חשבשבת" של הנתבעת בירושלים, לפסק-דין הצהרתי מכות עוולות מסחריות (גזל סוד מסחרי). התובע טען כי הוא זכאי לתגמול מהנתבעת, שיחושב לפי הכנסותיה של הנתבעת מן הלקוחות בסניף ירושלים שאותו ניהל. פסק-הדין עוסק במהותו בשאלה אם רשימת לקוחות מהווה סוד מסחרי, אולם הוא שונה מפסק-דין אחרים בעניין זה, משום שבמקרה זה התובע המבקש למנוע שימוש בסוד מסחרי הוא "עובד" של הנתבעת, והנתבעת היא ה"מעביד". מכל מקום, מדברי בית-המשפט עולה כי אילו הקפיד העובד לשמור את הרשימה בסודיות (מה שלא עשה בעובדות המקרה דנן), הייתה עצם

אמירה ברורה שלו בכיוון זה או אחר. עם זאת, יש לציין כי סקירת הפסיקה מעלה כי ברוב המקרים מדובר בנטילת מידע בהיקף רחב עד כדי כך שממילא אי-אפשר לייחס את יצירתו לעובד יחיד.

16 ע"א 1142/92 ורגוס בע"מ ואח' נ' כרמקס בע"מ ואח', פ"ד נא(3) 421 (להלן: פסק-דין ורגוס).

17 השימה הינה משולש גולמי ממתכת קשה, המשמש, לאחר עיצוב, להריסת התברג. העיצוב נעשה בשיטה מיוחדת. הפער בין הרדיוס המינימלי לרדיוס המרבי של החוד של פרופיל השן בשימה נקרא "טולרנס", ויש לו חשיבות עליונה לעניין אורך חייה של השימה.

18 פסק-דין ורגוס, לעיל הערה 16, בעמ' 434.

19 ת"א 2325/00 (י"ם) כהן ניסו נ' ט.מ.ל. מיקרו מחשבים בע"מ, דינים-מחוזי לג(10) 511 (להלן: פסק-דין כהן ניסו), בעיקר עמ' 515-516.

השקעתו ביצירת הרשימה מהווה בסיס להענקת זכות בסוד המסחרי לעובד עצמו. יודגש כי בפסק־דין זה מדובר ברכישת זכות בסוד מסחרי תוך כדי עבודתו של העובד בחברה.²⁰ פסק־דין זה שונה מסוג אחר, נפוץ יותר, של פסיקה, המתמקד במקרים שבהם הסוד המסחרי נוצר על־ידי העובד בטרם החלו יחסי העבודה.²¹ במקרים אלה הכלל הרווח בפסיקה בתי־המשפט הוא כי המידע שהעובדים מביאים עימם יישאר ברשותם גם לאחר שהסתיימה תקופת עבודתם בחברה.²² אולם בסוג זה של פסיקה, אף שיש בו כדי ללמד על החשיבות שבתי־המשפט מייחסים לסוגיית זהותו של היוצר, אין כדי ללמד על חשיבות זהותו של היוצר בנוגע לרכישת בעלות בסודות מסחריים שנרכשו על־ידי העובד במהלך תקופת העבודה.

גם בפסק הדין בעניין דיירקס²³ שיצא לאחורונה, עמדה לדיון יכולתה של חברה למנוע מעובד לשעבר, אשר היה לו חלק בפיתוח הידע הסודי נשוא המחלוקת, מלעשות שימוש מתחרה בידע זה. אף שבתי־המשפט שם התייחס לעובדת היותו של העובד בעל נסיון עוד בטרם הגיע לדיירקס חשיבות, לעצם העובדה כי העובד במעשיו נטל חלק פעיל כסמנכ"ל פיתוח המוצר²⁴ לא היתה השפעה על עמדת בית־המשפט באשר לחוקיות השימוש בידע בידי העובד כאשר הוא עובד עבור חברה אחרת.²⁵

ניתן, אם כן, לסכם ולקבוע כי בתי־המשפט מזהים את האינטואיציה המקשרת בין זהות היוצר לבין בעלותו על הסוד המסחרי. עם זאת, על־פירוב, הם אינם מעניקים לעובד בעלות על מידע סודי שנוצר במהלך עבודתו בחברה, אף אם הוא עצמו יצר אותו.²⁶

(ב) הדין בארצות־הברית

בדומה למצב בישראל, החוקים השונים בארצות־הברית²⁷ אינם מתייחסים לשאלת זהותו

20 אף שבמקרה זה לא דובר ביחסי עובד־מעביד קלסיים, ונבחנה האפשרות כי ה"עובד" הינו למעשה שותף או מפין של מוצרי החברה.

21 למשל, בע"א 2932/00 (ת"א) מני שירותי אח"מים בע"מ נ' ולה סרוויס בע"מ, דינים־מחוזי לג' (6) 606, נקבע כי קשריו של העובד התבססו קודם להתקשרותו עם החברה, והם מעין נדוניה שהביא עימו למקום העבודה, אך הם אינם עוברים לחזקת המעביד. זה גם טיעונו של המשיב – הוא עסק בענף שנים רבות, בטרם הוקמה החברה, ורכש מיומנות, מידע והיכרויות עם לקוחות וספקים. כלומר, זה סוד מסחרי שלו, ומותר לו לקחתו עימו.

22 דב"ע נו/216-3 מודקון בע"מ נ' דוד בש, פד"ע לא 613, 630.

23 ע"ע 15/99 דיירקס מערכות רפואיות בע"מ נ' אבנר ספקטור (טרם פורסם, ניתן ביום 21.4.05).

24 אותו עובד היה זכאי לתגמולים בגין פיתוחיו, אולם לעובדה זו לא היתה השפעה על יכולתו לעשות שימוש בסוד המסחרי.

25 יודגש, כי בסופו של דבר באותו מקרה נקבע כי הידע נשוא המחלוקת לא מוגדר כסוד מסחרי מסיבות אחרות.

26 אולם ראו פסק־דין כהן ניסו, לעיל הערה 19.

27 ראו: Uniform Trade Secrets Act, 14 U.L.A. 437 et seq. (1985) (hereinafter: UTSA);

של יוצר המידע. העיסוק בשאלה זו ברמה הדוקטרינית בארצות-הברית מבוסס בעיקרו על פסיקת בתי-המשפט שדנו במחלוקות בנושאים של סודות מסחריים. טיפולם של בתי- המשפט בנושא זה אינו אחיד.²⁸

ערכאות מסוימות סברו כי כאשר באים לבהון אם נעשה שימוש אסור בסודות מסחריים על-ידי עובד שפרש מן החברה במטרה להתחרות עם מעבידו, אין להידרש לשאלה אם העובד פיתח את המידע בעצמו אם לאו. למשל, בית-המשפט העליון של מדינת וירג'יניה²⁹ הצהיר כי העובדה שהעובד פיתח סוג חדש של חומר אריזה אינה מעניקה לו יתרון לעומת עובדים אחרים שלמדו את הנושא במהלך עבודתם בחברה. בית-המשפט לא ראה את שאלת היצירה כרלוונטית להבחנה בין שימוש מותר בסוד מסחרי לבין שימוש אסור בו. ערכאות אחרות סברו כי לשאלת זהותו של היוצר יש השפעה מכרעת על תוצאת פסק-הדין.³⁰ בית-המשפט במישיגן, למשל, ציין כי העובדה שהעובד פיתח את המידע השפיעה על תוצאת פסק-הדין;³¹

"...if the subject matter of the trade secret is brought into being because of the initiative of the employee in its creation,

;Economic Espionage Act of 1996, 18 U.S.C. 90 (1996) (hereinafter: EEA)

.Restatement (Third) of Unfair Competition §3 (1985)

28 קיימת מערכת נפרדת של חקיקה ופסיקה הנוגעת בהמצאות ובפיתוחים של עובדים המוגנים על-ידי חוק הפטנטים או על-ידי הסכמים חוזיים. דיון בשאלה אם העובד הועסק בחברה על-מנת לפתח פטנט, כמו-גם בשאלת ההסדרים החוזיים, עשוי לתרום לעיצובה של דרך יעילה לטיפול במידע סודי שפותח על-ידי העובד, אך דיון כזה חורג ממסגרת מאמר זה. לדיון בנושא של הגנה באמצעות פטנטים, ראו: William P. Hovell "Patent Ownership: An Employer's Rights to His Employee's Invention" 58 *Notre Dame L. Rev.* (1983) 863. להשוואת התנהגותם של עובדים בשני המצבים, ראו: Yuval Feldman "An Experimental Approach to the Study of Social Norms: The Distribution of Intellectual Property in the Workplace" 10 *J. Intell. Prop. L.* (2002) 59. המאמר משווה בין ציות של עובדים לנורמות הנוגעות בסודות מסחריים לבין ציותם לנורמות הנוגעות בזכויות יוצרים.

29 ראו: *Dionne v. Southeast Foam Converting & Packaging, Inc.*, 397 S.E.2d 110 (VA 1990); *The Pullman Group, LLC. v. The Prudential Insurance Company of America*, 733 N.Y. Supp.2d 1 (NY 2001). העובדה שהעובד פיתח את המוצר בעצמו אינה מקנה לו את הזכות להשתמש במידע כאוות-נפשו כל עוד המידע פותח במהלך עבודתו אצל המעביד.

30 אם כי במקרים אלה התבסס בית-המשפט על המשפט המקובל, ולא על החוק העוסק בסודות מסחריים.

31 ראו: *Structural Dynamics Research Corp. v. Engineering Mechanics Research Corp.*, 401 F. Supp. 1102, 1111 (E.D. Mich. 1975).

innovation or development even though the relationship is one of confidence...absent an express contractual obligation... he is free to use or disclose it in subsequent employment activity."

בית-המשפט בפנסילוניה נקט עמדה דומה:³²

"...in the absence of a contractual obligation not to use or disclose, no duty arose... that would prevent a chemist from using and disclosing secret chemical formulae *developed by him* in the course of his former employment." [Emphasis added]

לסיכום, נראה כי יש בדין הנוהג בישראל ובארצות-הברית הכרה מעורבת בחשיבות זהותו של היוצר בניתוח הסודות המסחריים. נעבור כעת לבחון אם בשאר רמות הדיון – הרמה המוסרית, הרמה הכלכלית והרמה ההתנהגותית-האמפירית – קיים מקום לסבור כי זהות היוצר אמורה להיות גורם שישפיע על הגישה המשפטית לניתוח סודות מסחריים.

2. היבטים מוסריים

(א) תיאוריית העבודה של Locke

הטיעון המוסרי הבסיסי התומך בטיפול משפטי שונה לסוד מסחרי שפותח על-ידי העובד הפורש במהלך עבודתו אצל מעבידו הקודם נגזר מ"תיאוריית העבודה". הפילוסוף המזוהה ביותר עם תיאוריה זאת הוא Locke:³³

"Though the earth and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has a Property in his own Person. This nobody has any Right to but himself. The Labour of his Body, and the Work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his Labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his Property. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this Labour something annexed to it, that excludes that common right of other Men. For this Labour being

32 ראו: *Wexler v. Greenberg*, 160 A.2d 430 (PA 1960).

33 ראו: John Locke *Second Treatise of Government* (1689) section 27.

the unquestionable Property of the Laborer, no Man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good left in common for others."

הפסקה שלעיל מהווה את הבסיס לתיאוריות חברתיות קלאסיות הטוענות כי העובד זכאי להיות בעליו של פרי עמלו, ולא רק לחלקו ברווחים.³⁴ Veblen,³⁵ למשל, קובע כי: "In the accepted economic theories the ground of ownership is commonly conceived to be the productive labor of the owner."

תיאורטיקאי בולט נוסף ההולך בעקבות Locke הוא Shapiro, הטוען כי:³⁶

"...This fact about human creativity has been incorporated into Western thinking about distributive justice via the workmanship ideal of ownership. It revolves around the conviction that as long as the resources with which people mix their productive capacities are justly acquired, they may legitimately own the product of the conjunction."

דומה כי שתי ההצהרות שלעיל מהוות בסיס לתמיכה בצורך לטפל במידע שפותח על-ידי העובד באופן שונה³⁷ מאשר במידע סודי שנלמד על-ידי העובד. גישה זו משיקה לגישה הקלאסית של צדק חלוקתי – גישת ה־equity, שעל-פיה עובדים מאזנים בין תרומתם למקום העבודה לבין מה שהם מקבלים ממקום העבודה (שכר וכדומה).³⁸ על-פי Adams, ככל שתרומתם של עובדים למקום עבודתם גדולה יותר כן הם מצפים לקבל יותר

34 ראו: Justin Huges "The Personality Interest of Artists and Inventors in Intellectual Property" 16 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1998) 81.

35 ראו: Thorstein Veblen "The Beginning of Ownership" 4 *Am. J. Soc.* (1898) 352.

36 ראו: Ian Shapiro "Resources, Capacities, and Ownership - The Workmanship Ideal and Distributive Justice" 19 *Polit. Theo.* (1991) 47.

37 יש לציין כי בדברי על טיפול שונה אין כוונתי שלא תינתן כל הגנה משפטית לסודות מסחריים, אלא שראוי שסודות מסחריים אשר פותחו על-ידי העובד יזכו ביחס שונה מבחינת הטיפול המשפטי בהם. טיפול שונה יכול שישפיע על הסעדים, על נטלי הראיות, על הגדרת הנזק למעביד וכדומה.

38 יש כמובן מקום לדון בהבדל שבין אפשרויות הפיצוי של העובד על-פי תיאוריות של צדק חלוקתי (למשל, חלוקת מענקים ובנוסחים) לבין הפיצוי שיש לתת לו על-פי תיאוריית העבודה (הדורשת, לכאורה, הענקת זכויות בעלות).

מן המעביד.³⁹ ניתן אם כן לומר כי במבט ראשון, יש בתיאוריית העבודה של Locke כדי לקבוע כי קיימת תשתית מוסרית להתייחסות שונה לסודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד עצמו.

אולם קיימות מגבלות לשימוש בתיאוריית העבודה לצורך ההבחנה בין מידע שפותח על-ידי העובד לבין מידע שנלמד על-ידיו. מטבע הדברים, תיאוריית העבודה של Locke אינה נקייה מפגמים, ובבואנו להשתמש בתיאוריה זו כבסיס מוסרי להקניית בעלות לעובד על המידע הסודי שפיתח, יש להתמודד ראשית עם פגמים אלה:

- ההקשר ההיסטורי – Thomas טוען כי התיאוריה של Locke קיבלה פירוש מודרני שעיוות את ההקשר ההיסטורי שבו נכתבה במקור.⁴⁰ לטענתו של Locke, Thomas טען לזכויות של הפרט כנגד המלוכה, ולא דיבר על זכויותיהם של הפועלים כנגד הקפיטליסטים, או כמו במקרה שלנו – על זכויות העובדים אל מול המעבידים. עם זאת, יש לציין כי כותבים נוספים, אשר מכירים אף הם בהתפתחות שעברה התיאוריה מבחינה היסטורית, אינם רואים זאת כהוכחה לחולשתה, אלא להפך – כהוכחה לעוצמתה. Shapiro, למשל, מודה כי התיאוריה של Locke התבססה במקור על זווית-ראייה דתית,⁴¹ אך לדידו, התפיסה הבסיסית של תיאוריית העבודה הייתה אינטואיטיבית עד כדי כך שנהייתה למושא של תהליך חילון.⁴² תהליך חילון זה היה קשור ברובו לכתיבתו של מרקס.⁴³
- קיומה של יצירה אישית בתעשיות עתירות-ידע – Veblen, במאמרו הקלסי על בעלות,⁴⁴ מבקר אף הוא את התפיסה האינטואיטיבית שלפיה יש להעניק את הבעלות על תוצר העבודה ליחידים האחראים כביכול לייצורו. טיעונו המשכנע ביותר נגד "תיאוריית העבודה" הוא שאי-אפשר לבודד את פרי עבודתו של הפרט מסביבתו. אדם אינו יכול לטעון לבעלות על תוצר מסוים רק מפני שהוא ייצר אותו, שכן העובד כמעט לעולם אינו היוצר היחיד, אלא במקרה הטוב תורם את חלקו. גישה זו זוכה בגיבוי אמפירי בהקשר של תעשיית ההיי-טק, שבה רוב הפיתוחים נעשים בצוותים (team production).⁴⁵

39 ראו: J.S. Adams "Inequity in Social Exchange" 2 *Advances in Experimental Social Psychology* (New York, Leonard Berkowitz ed., 1965) 267–299.

40 ראו: David A.L. Thomas *Locke on Government* (London, 1995).

41 ראו: Shapiro, *supra* note 36, at pp. 49–51.

42 ראו: *Ibid*, at p. 48: "Yet because of the powerful appeal of the intuition that drives the workmanship, many have tried to formulate secular variants of it"

43 ראו דיון להלן בסעיף א2(ב).

44 ראו: Veblen, *supra* note 35.

45 ראו: Robert P. Merges "The Law and Economics of Employee Inventions" 13 *Harv. J. L. & Tech.* (1999) 1

46 ראו: Shapiro, *supra* note 36, at p. 58.

Shapiro מוסיף על כך טיעון דומה באופיו:⁴⁶

"The claim that we own what we make in virtue of our ownership of our productive capacities undermines the claim that we own our productive capacities, once it is conceded that those capacities are themselves produced partly by the work of others."

דבריו של Shapiro ביחס לתפיסתנו את יכולתו של העובד לייצר מוצר בחלל הריק⁴⁷ רלוונטיים במיוחד בהקשר של תעשיית ההיי־טק, שבה נערך מחקר זה. כיצד נגדיר פיתוח של העובד שנעשה תוך שימוש במידע הקיים בחברה?⁴⁸ Shapiro מוסיף וטוען כי מנקודת־מבט מוסרית, יכולתו של האדם ותרומתו הינן שוות־ערך לחומר־הגלם שאותו אדם עושה בהם שימוש בעת יצירת המוצר.⁴⁹ עם זאת, הוא מודה כי אינטואיטיבית, כאשר אדם מקדיש את יכולתו המנטלית ליצירת מוצר, הוא מחשיב את המוצר לשלו, תוך שהוא מבטל את תרומתם של המקורות החיצוניים ליצירת המידע.⁵⁰ בעיה זו מחריפה לנוכח מחקרים פסיכולוגיים העוסקים בנושא של צדק חלוקתי, אשר מתעדים הגזמה מובהקת בתפיסתם של אנשים את תרומתם האישית למאמץ המשותף.⁵¹

● בעייתיות נוספת שיש לתת לה את הדעת היא שקיים הבדל בין מאבק על זכויות

47 ראו: Veblen, *supra* note 35, at p. 353: "Production takes place only in society – only through the cooperation of an industrial community. This industrial community may be large or small; its limits are commonly somewhat vaguely defined; but is always comprises a group large enough to contain and transmit the traditions, tools, technical knowledge, and usages without which there can be no industrial organization and no economic relation of individual to one another or to their environment"

48 ראו: Cohen, *infra* note 55, אשר טוען כי הגישה המרקסיסטית מפריזה בהערכתה את תרומתו של היחיד ליצירת המוצר. כפי שהזכרתי קודם לכן, מחקרים נוכחיים מדגישים את עבודת הצוות כדרך המועדפת לייצור מוצרים.

49 ראו: Shapiro, *supra* note 36, at p. 59.

50 Shapiro טוען כי זו גישה רומנטית אשר מתעלמת מן הסיטואציה החברתית ויוצרת מצג־שואו בעיני העובד, הטועה לחשוב שהוא הגורם היחיד בתהליך של יצירת המידע. בדומה לכך, Thomas, *supra* note 40, at p. 105, טוען כי הרעיון שמוצר מסוים שייך לעובד, בעולם שבו העבודה העצמית והעזרה ממקורות חוץ מתערבבות זו בזו, הינו מגוחך. ראו גם: Robert Nozick *Anarchy, State and Utopia* (New York, 1974) 175, המבטא את האבסורד בגישה זאת בעזרת המשל של מיץ העגבניות: אדם לא ייחשב לבעליו של הים רק כי ערבב את מיץ העגבניות שלו בתוך הים.

51 ראו: Michael Ross & Fiore Sicoly "Egocentric Biases in Availability and Attribution" 37 *J. Person. & Soc. Psych.* (1979) 322

בסודות מסחריים לבין מחלוקת בין העובד למעביד לגבי זכויות יוצרים או פטנטים. בהקשר של סודות מסחריים, ברוב המקרים המעביד הוא שידרוש זכויות על המידע הסודי. העובד לא ידרוש בדרך-כלל בלעדיות, שכן רצונו לרוב יהיה לשתף את המעביד החדש במידע בעל הערך מעבודתו הקודמת.⁵² לכן, במונחה של תיאוריית העבודה, העובד מעוניין לכל היותר בבעלות לא-בלעדית. רוב הביקורת שנמתחה על תיאוריית העבודה, כפי שפורט בפסקות לעיל, מבוססת על ההנחה שהתיאוריה גורסת כי העבודה צריכה לזכות את העובד בבעלות בלעדית על תוצר העבודה. לפיכך ההשלכה של ביקורת זאת פחותה במקרה שלנו, מכיוון שהעובד בתעשיית ההייטק אינו טוען לבלעדיות, אלא רק רוצה לחלוק את המידע עם מעבידו החדש. מאידך גיסא, בהתחשב באופיו של הסוד המסחרי ובירידה החדה בשוויו ככל שאנשים רבים יותר נחשפים אליו, לא ברור אם יש מקום לייחס חשיבות רבה לשאלת הבלעדיות.

● נקודה נוספת שראוי לתת לה את הדעת היא שלא ברור כלל ועיקר אם "סודות מסחריים" הינם מוצר שניתן לרכוש עליו בעלות. להבדיל מפטנטים, כאשר מדובר בסודות מסחריים מסוג של מידע (know-how), הערך של המידע נובע רק מצירוף עבודה לידע. לפיכך לא ברור כלל שהעובד מרגיש כי בכוח עבודתו יצר מוצר מובחן שהוא צריך להיות בעליו.

על-אף הביקורות על יישום תיאוריית העבודה בכלל, ובהקשר של סודות מסחריים בפרט, נראה כי הכשלים הללו אינם פוגמים באינטואיטיביות שלה.⁵³ בחלק השלישי של המאמר אבחן אם הבסיס המוסרי של תיאוריית העבודה של Locke אכן משתקף בעמדותיהם של העובדים שנבדקו במדגם.

(ב) גישות מרקסיסטיות: המתח בין ההון לפועל והשלכותיו על הזכויות בסודות מסחריים שפותחו על-ידי עובדים פורשים

בניגוד לגישתם האינדיווידואליסטית של Locke ודומיו, מרקס מתמקד במתח הבין-מעמדי כבסיס לבחינה הנורמטיבית של הקצאת זכויות בעלות בחברה. כתיבה ברוח זו תבחן את מוסריות השימוש בסודות מסחריים על-ידי עובדים לשעבר כחלק ממתח בין-מעמדי, ולא כחלק ממתח בין-אישי. בספרות קיימת כתיבה רבה העוסקת בגישתו של

52 עם זאת, מובן שגם העובד לא ירצה שהמידע יהיה נגיש לכל העולם, מכיוון שאז יאבד המידע מערכו.

53 ראו: Steven Cherenky "A Penny for Their Thoughts: Employee-Inventors, Pre-Invention Assignment Agreements, Property, and Personhood" 81 *Cal. L. Rev.* (1993) 595; Ann Bartow "Inventors of the World, Unite! A Call for Collective Action by Employee Inventors" 37 *Santa Clara L. Rev.* (1997) 673.

מרקס בכל הנוגע לחלוקה של אמצעים בני-העברה בחברה.⁵⁴ כתיבה זאת מעוררת שאלות מעניינות רבות החורגות מהיקף היריעה של מאמר זה. עם זאת, אנסה לבחון בהקשר הנוכחי אם יש בכתיבה המרקסיסטית עמדות המצדיקות טיפול שונה בסודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד עצמו.

המשנה המרקסיסטית שמה בדרך-כלל את הדגש בניצול מעמד הפועלים.⁵⁵ הטיעון המרקסיסטי הקלטי הוא שבעלי ההון אינם עובדים ובכל-זאת זוכים בכל, בעוד ה"פועלים" עמלים אך אינם מקבלים תמורה ראויה בעד עבודתם הקשה.

אולם גם כאן קיימות מגבלות לשימוש בעקרונות המרקסיסטיים לצורך ההבחנה בין מידע שפותח על-ידי העובד לבין מידע שנלמד על-ידי. העיקרון המרקסיסטי אינו תואם את המציאות שבה פועלת תעשיית ההייטק מן הסיבות הבאות:

- ראשית, אותם עובדים שעוברים בין חברות מתחרות, ואשר בגינם המעבידים מגישים תביעות על הפרת סודות מסחריים, הינם במקרים רבים מתוחכמים לא פחות מבעלי ההון, תוגמלו היטב על עבודתם ועל פיתוחיהם הרווחיים,⁵⁶ אם היו כאלה, ונהנים מנגישות לייעוץ משפטי.⁵⁷ ניתן לראות כי הפער בין מצבם של העובדים לבין מצבם של המעבידים ובעלי ההון בתעשיית ההייטק אינו משקף את המאבק שבבסיס הגישה המרקסיסטית. בתעשיית ההייטק בכלל, ובעמק הסיליקון בפרט, כוח המיקוח של העובדים מאפשר להם להימנע מהניצול שעליו דיבר מרקס.
- שנית, רוב התביעות המשפטיות המוגשות בגין גניבת סודות מסחריים אינן מתנהלות במישור שבין בעלי ההון והעובדים, אלא במישור שבין בעלי ההון לבין עצמם. היות שהחברה החדשה שאליה עבר העובד היא "הכיס העמוק" לעניין תשלום הפיצויים, צו המניעה האוסר שימוש במידע הסודי מכונן בעיקרו אליה, וכשחקן מנוסה יותר היא זו שמנהלת בפועל את הסכסוך המשפטי. גם כאשר מדובר בתביעה נגד חברות הֶזְנֵק (startup), אשר התפצלו מחברות גדולות יותר על-מנת לעשות שימוש בטכנולוגיה סודית, קשה לראות בהן מייצגות אותנטיות של מעמד הפועלים שעליו דיבר מרקס.

54 ראו: Arthur DiQuattro "Liberal Theory and the Idea of Communist Justice" 92 *Am. Polit. Sci. Rev.* (1998) 83

55 ראו: John E. Roemer "Property Relations vs. Surplus Value in Marxian Exploitation" 11 *Phil. & Pub. Aff.* (1982) 281; G.A Cohen "The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation" 8 *Phil. & Pub. Aff.* (1979) 338

56 השווה, למשל, להסדרים המשפטיים הקיימים בארץ ביחס לתגמולי הממציא מכוח הפרק בחוק הפטנטים העוסק באמצאות שירות.

57 ראו: Roemer, *supra* note 55, at p. 301, המצביע על כך שלעובדים בתעשיית ההייטק יש הון רב מן הממוצע. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מכך שמדובר בתעשייה לא-יציבה, שבה פיטורים המוניים ולא-צפויים הינם חיזיון נפוץ. מאחר שגם בארצות-הברית וגם בישראל עובדי ההייטק אינם חברים באיגודים מקצועיים, זכויותיהם בעת הפיטורים נופלות מאלה של עובדים מאוגדים.

- הסיבה שלישית, והחשובה ביותר בעיניי, היא שבסופו של דבר אין מדובר כאן באמת במאבק של עובדים מול מעבידים, אלא במאבק של "עובדים כוכבים" מול עובדים "מן השורה". הסיבה לכך פשוטה. אם נתיר לעובד מפתח לקחת עימו את המידע הסודי, נגרום בהכרח להגדלת הפער בין אותם "עובדים מפתחים" לבין שאר העובדים שתרמו בעקיפין ובמישרין ליצירת סביבת העבודה. העובד המפתח, או העובד "הכוכב", הוא המרוויח בכל תסריט אפשרי.

בתסריט שבו העובד נשאר בחברה שבה פיתח את המידע הסודי, ובהעדר הגנה משפטית על סודות מסחריים, ייאלץ המעביד "לקנות" את הישגותו של העובד בחברה באמצעות תנאי שכר מפליגים, אשר לא יוענקו, מטבע הדברים, לכל אותם עובדים שלא יוכלו לאיים בעזיבת החברה כשבאמתחתם סודות מסחריים שפיתחו במהלך עבודתם. בתסריט אחר, שבו העובד עוזב את החברה עם המידע הסודי, הוא צפוי לקבל ממעבידו החדש תשלום בעבור המידע שהביא עימו.⁵⁸ שאר העובדים בחברה לא רק לא ייהנו מאותו תשלום, אלא אף יפסידו בכך שהם עצמם יעבדו בחברה שרווחיותה צפויה להישחק בשל העובדה שהונה הרוחני צומצם.

לפיכך, למרות נטייתם של כותבים מרקסיסטיים להילחם בתופעות של ריכוז זכויות קנייניות בקרב מעמד בעלי ההון, לא נראה כי ניתן למצוא בגישה המרקסיסטית בסיס להתייחסות משפטית מובחנת לסודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד ולא להאלה שגלמדו על-ידיו.

3. שיקולי יעילות

(א) עלויות אכיפה

לאחר שסיימנו לבחון את התשתית המוסרית לחשיבותה של זהות היוצר, נעבור לבחון את שיקולי היעילות. הטיעון המסורתי בעד הגנה רחבה על סודות מסחריים קובע כי הדרך היחידה לתמרץ מעבידים להשקיע כסף במחקר ובפיתוח מבלי להשקיע בניטור עצמי יקר ולא-יעיל⁵⁹ היא באמצעות הגנה משפטית על המידע.⁶⁰ כעת נבדוק אם טיעון מסורתי זה יושפע על-ידי העובדה שהעובד פיתח את המידע בעצמו. ראשית, מצב שבו עובד יחיד מרפז אצלו את היכולת לייצר מידע חדש ורב-ערך הינו

58 ראו: Nathan Newman "Trade Secrets and Collective Bargaining: A Solution to Resolving Tensions in the Economics of Innovation" 6 *Empl. Rts. & Employ. Pol'y* 1 (2002).

59 ראו: David D. Friedman, William M. Landes & Richard A. Posner "Some Economics of Trade Secret Law" 5 *J. Econ. Persp.* (1991) 61.

60 ראו: Feldman, "Normative Failures", *supra* note 4.

נדיר יחסית למצב הרגיל, שבו העובד אינו יוצר את המידע בעצמו, אלא נחשף אליו במהלך עבודתו. לפיכך קל יותר למעביד לפקח על מספר קטן של עובדים מברייקים, האחראים לייצור המידע, מאשר לפקח על כל העובדים הנחשפים במהלך עבודתם למידע סודי. ממילא, היקף החיסכון בעקבות מתן ההגנה המשפטית, מבחינת ההשקעה בניטור ובפיקוח הנדרשת מצידו של המעביד, הינו פחות כאשר מדובר בסודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד עצמו בהשוואה לסודות מסחריים שנלמדו על-ידי העובד.⁶¹ שנית, כאשר מדובר במספר קטן של עובדים המעורבים בפיתוח של מידע סודי, קל יותר למעביד לשכנעם להישאר בחברה (לדוגמה, על-ידי שימוש בתנאים כספיים מפתים). מצב-הדברים שונה כאשר באים לדון בהגנה חוקית ביחס למידע שנלמד על-ידי העובד. במצב זה, עקב ריבוי העובדים הנחשפים למידע הסודי, ייתכן שלא יעמדו לרשותו האמצעים הכספיים המספקים שישכנעו את העובדים להימנע מלעשות שימוש בסודות המסחריים.

כנגד זה ניתן לטעון כי דווקא על המידע הסודי הקיים, שלא פותח על-ידי העובד עצמו, המעביד יכול להגן בקלות יחסית, על-ידי שימוש באמצעים טכנולוגיים שינטרו את הנגישות למידע, שכן הוא מודע למידע הקיים בחברה. לעומת זה, כאשר מדובר במידע שפותח על-ידי העובד העוזב את החברה, המעביד אינו מודע ex-ante לקיומו של מידע סודי הוקוק להגנה, ולפיכך, בהעדר הגנה על-ידי החוק,⁶² לא יוכל המעביד לפקח על זרימת המידע החוצה מן החברה. באופן זה ההשפעה על התמריצים של המעביד תהיה גדולה יותר שכן המעביד ידע כי ללא ההגנה המשפטית הוא לא יוכל למנוע שימוש במידע שיפותח על-ידי עובדיו. מאידך גיסא, אין ספק כי ככל שנאפשר מצבים רבים יותר שיהיו בהם יותר מבעלים אחד למידע הסודי, יגדלו עלויות העסקה בכל הנוגע לזיהוי התרומה היחסית של כל אחד מן העובדים. מעבר לכך, הצורך להתחשב בכמה אנשים בעלי אינטרסים נוגדים עלול להוליך לתופעות של סחטנות.⁶³

(ב) השפעת זהותו של יוצר המידע על מערך התמריצים של העובד

כעת אפנה לבדוק אם מבנה התמריצים של העובדים מצדיק נורמות משפטיות שונות ביחס לטיפול במידע סודי שפותח על-ידי העובד.

נראה כי שורש ההבדל בין מידע שנלמד על-ידי העובד לבין מידע שפותח על-ידי נובע מן הגמישות הרבה יותר שיש לעובדים בהחלטתם על עיתויו והיקפו של הפיתוח

61 תיאוריית התמריצים הינה רק תיאוריה אחת מני רבות שניתן להביא בחשבון בהקשר זה. במאמר אחר שם בחנתי תיאוריות כלכליות אחרות הנוגעות בשאלת היקף ההגנה על סודות מסחריים.

62 או כאשר ניתנת הגנה משפטית מוחלטת.

63 ראו 45 *supra*, Merges, אשר תוקף את האפשרות לבעלות בלעדית של עובדים על המצאותיהם. מובן שקיימים הבדלים בין סודות מסחריים לבין פטנטים, אולם חלק מטיעוניו יפים גם לענייננו.

בהשוואה למידת הגמישות שיש להם בהחלטתם אם ללמוד.⁶⁴ הבדל זה מגדיל את הסיכוי שהקצאת זכויות לעובד בבעלות על סודות מסחריים שהוא עצמו פיתח תשפיע עליו יותר מאשר הקצאת זכויות בבעלות על סודות מסחריים שהוא רק למד במהלך עבודתו. הסיבה להבדל טמונה בכך שבחברה קיימים גורמים ותמריצים פנימיים שיעודדו את העובד ללמוד, והוא יכפיף את עצמו אליהם ולו על-מנת לשמר את מקומו בחברה. מנגנון זה יצליח ברמה חלקית בלבד בהקשר של פיתוח מידע על-ידי עובדים.⁶⁵ האפשרות להשתמש בתמריצים כספיים בכל הקשור ליחיד המפתח הינה מוגבלת שכן אין למעביד מידע ברור על היקף המידע שניתן לצפות כי העובד יפתח במהלך עבודתו. ניתן על-כן לטעון כי על-מנת לעודד את היחיד לפתח מידע, יש להבטיח לו קבלת בעלות בחלק מהמידע הסודי אם יעזוב בעתיד את החברה ויעבור למעביד אחר.

(ג) הון אנושי – היבטים אקונומטריים

לתפיסה כי קיים הבדל מבחינת שיקולי יעילות בין הגנה על סודות מסחריים שפותחו על-ידי עובדים לבין הגנה על סודות מסחריים שנלמדו על-ידיהם קיימת תמיכה אקונומטרית מסוימת במחקרה של Weiss⁶⁶ על עובדים-יזמים (entrepreneur employees) Weiss טוענת כי קיים יתרון כלכלי בכך שחברות חדשות בתחום ההייטק יתבססו על המצאות של עובדים מפתחים שיפרשו מחברות גדולות. החברות החדשות יוכלו לנצל את רעיונותיהם של העובדים המפתחים בצורה יעילה יותר מן החברות הגדולות, ועל-ידי כך לכבוש לעצמן נתח שוק. Weiss צופה כי:

"A non-compete is less likely to be desirable to the extent that the employee contributed to the innovation."

Weiss טוענת כי שימוש בהגנה על סודות מסחריים במקרה שבו העובד עצמו פיתח את המוצר, בניסיון למנוע ממנו את השימוש במידע זה, יגדיל את חוסר היעילות. דהיינו, מבחינת הפגיעה בהון האנושי, כאשר אנו מונעים עובד מלעשות שימוש בסודות מסחריים שבפיתוחם היה שותף, הפגיעה גדולה יותר לעומת מצב שבו עובד נחשף למידע אך לא

64 ראו: Katherine V.W. Stone "The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law" 48 *UCLA L. Rev.* (2001) 519. לטענתה של Stone, מנקודת-מבטו של העובד היחיד, בשוק שאין בו ביטחון בעבודה הוא לא יטרח ללמוד מתודולוגיה שהוא לא יוכל להשתמש בה – בשל הגבלות על תחרות – אם וכאשר יפוטר מן החברה.

65 ראו: Cherenksy, *supra* note 53.

66 ראו: Deborah Weiss "Entrepreneurial Employees" (working paper) presented in University of Texas, School of Law Faculty Colloquia – Guest Lecture Series (Fall 2001).

תרם לפיתוחו באופן פעיל. אף שנימוק זה מסכר את האוזן – שכן נראה כי עובד שפיתח מידע יכול לעשות בו שימוש מועיל יותר – הבסיס האמפירי של Weiss מסתמכת עליו הינו רעוע מעט. את התמיכה האמפירית העיקרית Weiss שואבת מן המתאם בין השכלה גבוהה לבין תוצאות מסחריות גבוהות. נתון נוסף שהיא מבססת את עמדתה עליו הוא שהקשר המובהק בין התוצאות המסחריות לבין מידת הגמישות בתחרות נמצא בעיקר במגזר התעשייתי. שני הביסוסים האמפיריים הללו הינם נסיבתיים בלבד, ואינם יכולים להעיד כי המידע הסודי פותח על-ידי העובדים עצמם. לדוגמה, גם אם ניעות רבה של עובדים בעלי השכלה אקדמית אכן תורמת לייעילות, אין זה אומר דבר לגבי תרומתם של עובדים אלה ליצירת המוצר.⁶⁷ ייתכן שאנשים בעלי השכלה ידעו להשתמש במידע סודי טוב יותר מאשר עובדים ללא השכלה, ללא כל קשר למידת תרומתם לפיתוח המידע. אולם חרף הספקות לגבי הטיעונים הכלכליים של Weiss, טיעונה המרכזי נראה נכון. אם החברה החדשה של העובד מנסה לפתוח אותו לחשוף את סודות החברה הקודמת שלו על-מנת לייצר אותו מוצר, אזי רעיונותיו לא יניבו יתרון משמעותי לחברה החדשה. לעומת זה, אם העובד אכן יצר בעצמו את המידע, וטרם נעשה בו שימוש בתהליכי הייצור של החברה הקיימת, טיעונה של Weiss בדבר היתרון הטמון בשימוש של חברות קטנות וחדשות במידע הסודי אכן מתקבל על הדעת.

4. סיכום

בעוד החוק עצמו אינו נוטה להבחין בין סוד מסחרי שפותח על-ידי העובד לבין סוד מסחרי שאותו למד מן המעביד, בתי-המשפט אינם מציגים קו ברור ועקבי בהתייחסותם לסודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד. בשלב השני הראיתי כי הן מבחינה מוסרית והן מבחינה ניתוח יעילות יש מקום לסבור, בהסתייגויות שצוינו, כי נדרש טיפול משפטי שונה לסודות מסחריים שפותחו על-ידי עובדים. בטיפול שונה זה אין כוונתי לביטול ההגנה על סודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד, אלא להבדל מסוים בטיפול המשפטי בסודות שהעובד פיתח לעומת סודות שאותם למד במהלך עבודתו.⁶⁸ בהצבעת הראיתי כי הן במישור היעילות והן במישור המוסריות ניתן למצוא טענות כבדות-משקל נגד ההבחנה בין מידע שפותח על-ידי העובד לבין מידע שנלמד על-ידי. לאחר ניתוח התוצאות האמפיריות במאמר, אשוב לבחון את שלוש הרמות של הניתוח שנערך בפרק זה. אולם בטרם אגש לשלב האמפירי, אערוך בפרק השני של המאמר ניתוח מקביל – המבוסס אף הוא על ניתוח דוקטריני, מוסרי וכלכלי – בנוגע לחשיבות של מוחשיות המידע לניתוח המשפטי של סודות מסחריים.

67 ראו: Weiss, *ibid*: "Non-compete clauses intended to eliminate shirking will be efficient if employees are identical and there are no externalities"

68 למשל, בקריטריון "היתרון המסחרי" של הסוד או באיוון שבתי-המשפט עושה במצבים שבהם יש לו שיקול-דעת (ראו, למשל, סעיף 8 לחוק עוולות מסחריות, לעיל הערה 12).

פרק ב: חשיבותה של המוחשיות – מידע ששונן לעומת מידע שנלקח באמצעים מגנטיים

בפרק זה אבחן, מבחינת הדין הנוהג, שיקולים של יעילות ומוסר באשר למצב־הצבירה של הסוד המסחרי. ההשוואה בפרק זה היא בין שימוש במידע המצוי בראשו של העובד לבין שימוש במידע השמור באמצעים מגנטיים או אחרים מחוץ לגופו של העובד. יודגש כבר בשלב זה כי איני דן בפרק זה באפשרות של שינון מכוון ומלאכותי של סודות מסחריים סמוך לעזיבתו של העובד, אלא בסודות שאליהם נחשף העובד במהלך שנות עבודתו בחברה. אציין כי מהתרשמותי מן הראיונות, כאשר התייחסו העובדים המרואיינים לאפשרות שקיימות הגבלות משפטיות ביחס לשימוש במידע המצוי בראשם, לא נראה כי הם התכוונו למידע שהם דחו לראשם באופן מלאכותי יום לפני עזיבתם את החברה.⁶⁹

1. רקע דוקטריני

פרק זה מוקדש לשאלת חשיבותו של מצב־הצבירה של הסוד המסחרי. דהיינו, אבחן אם יש מקום להתייחסות משפטית שונה למידע סודי שנלקח על־ידי העובדים בעזרת אמצעי מוחשי שחיצוני לעובד לבין מידע סודי שנשמר במוחו של העובד. בטרם אנתח סוגיה זו במישור היעילות והמוסריות, אבחן בעמודים הבאים את חשיבותה של המוחשיות בהקשר של סודות מסחריים בראי הפסיקה בבתי־המשפט בישראל ובארצות־הברית.⁷⁰

69 מעבר לכך, מובן שכמות החומר שניתן לזכור לאורך זמן באמצעות שינון מלאכותי כזה הינה מועטה בהשוואה לכמות המידע שעובד קולט במהלך שנותיו בחברה.

70 להתייחסות במדינות אחרות לסוגיה זו, ראו: James Oakley "Employee Duty of Loyalty – A Canadian Perspective" 20 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (1999) 185, 200 Oakley דן בחוק הקנדי על־פי פרשנותו של בית־המשפט העליון באונטריו בפסק־הדין: *Quantum Management Services Ltd. v. Hann*, (1989) 69 O.R. (2d) 26 (Ont. H.C.J.) פסק־הדין קובע כי עובד שעושה שימוש בשמות ובאפיונים של לקוחות ייחשב למי שהפר סוד מסחרי אף אם מדובר במידע שהוא זוכר בראשו. גישה דומה ניתן למצוא באוסטרליה. לפי *McCallum & Stewart*, החוק האוסטרלי אינו מבחין בין חומר שהעובד למד לבין חומר שנטל עימו בעזרת אמצעי מוחשי. Ronald McCallum & Andrew Stewart "Employee Loyalty In Australia" 20 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (1999) 155 להבדיל מן המשפט הקנדי והמשפט האוסטרלי, החקיקה המקסיקאית מבדילה בבירור בין מידע ששונן לבין מידע שהורד לחומרה. ראו: Jacqueline Lipton "Protecting Valuable Commercial Information in the Digital Age: Law, Policy and Practice" 6 *J. Tech. L. & Pol'y* (2001) 2.

(א) הדין הישראלי

בדומה למצב באשר לזהות היוצר, גם באשר למוחשיות המידע החוק עצמו אינו מבחין בין נטילת מידע בראשו של העובד לבין נטילת מידע באמצעי הקלטה אחר.⁷¹ עם זאת, בניגוד לפסיקה בהקשר של זהות היוצר, בנושא של מוחשיות המידע ניתן לדבר על כמה קטגוריות מרכזיות של התייחסויות של בתי-המשפט לנושא. ההתייחסות הבולטת ביותר בפסיקה הישראלית היא שכל עוד מדובר במידע המצוי בראשו של העובד, מדובר בחלק מן הכישורים האישיים שלו. הנה דוגמה להתייחסותו של בית-הדין האזורי לעבודה לנושא זה:⁷²

"הידע הגלום בסוד לא הגיע למשה... במהלך עבודתו של משה אצל התובעת והפך לחלק מכישוריו המקצועיים הכלליים... סמוך לפני הפסקת העבודה בפועל, עדיין ישב משה והעתיק לדיסקט את הקבצים המכילים את סודותיה הכמוסים ביותר של התובעת. ברור שאם הידע האמור בקבצים היה הופך לחלק מכישוריו המקצועיים של משה, הוא לא היה נזקק להעתקתם במועד זה." [ההדגשה הוספה]

כיוון דומה ניתן למצוא בפסק-דין אביב זלצר מפיקים בע"מ נ' אנריקה שמואל.⁷³ במקרה זה נקבע כי כאשר המידע הסודי מצוי בראשו של העובד, יראה זאת בית-המשפט כחלק מכישוריו של העובד. במקרים אחרים התייחסו בתי-המשפט למוחשיות המידע במישור הראייתי. דהיינו, נטילת מסמך סודי שימשה "כלל אצבע" לזיהוי גול של סוד מסחרי. עם זאת, לא התקיים דיון של ממש באשר להיגיון שמאחורי החשיבות שבית-המשפט נתן למוחשיות המידע.

לעומת זה, היו מקרים שבהם התייחס בית-המשפט מפורשות לעובדה שהמידע לא נלקח באופן מוחשי, ואף-על-פי-כן קבע כי אין בכך כדי למנוע את הגדרת המידע הסודי כסוד מסחרי.⁷⁴

71 לדיון במצב-הצבירה של המידע, ראו דויטש, לעיל הערה 13, בעמ' 416. דויטש סבור כי אין מקום לייחס חשיבות למוחשיות המידע. ראו גם דיון במאמרו של יצחק עמית "על חופש העיסוק והסוד המסחרי" הפרקליט מא (תשנ"ד) 431, בטקסט הסמוך להערת-שוליים 15. ראו בהקשר אחר את דיונו של לדרמן על הקושי של המשפט הפלילי להתמודד עם ייחוס עברת הגנבה ללקיחת מידע לא-מוחשי. אליעזר לדרמן, "גניבת מידע בעל ערך כלכלי", גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 303.

72 עב' 1997/03 (נצרת) א.מ. חטיפי העמק נ' משה סבג (לא פורסם, ניתן ביום 7.7.2003; להלן: פסק-דין א.מ. חטיפי העמק).

73 ת"א 93503/00 (ת"א) אביב זלצר מפיקים בע"מ נ' אנריקה שמואל (לא פורסם, ניתן ביום 2.10.2002). באותו עניין דובר ברקדן בלהקה שערק. בית-המשפט קבע כי הוא אינו חייב למחוק מזכרונו את המידע והניסיון שצבר בעבודתו, ולכן הם אינם סוד מסחרי.

74 ראו, למשל, ת"א 1370/91 (ת"א) עולם האופנה נ' מירב יצחקי (לא פורסם, ניתן ביום

הקטגוריה הגדולה ביותר של פסקי־דין היא זו שבה בתי־המשפט אינם מתייחסים לשאלת מוחשיות המידע, אולם מעיון בעובדות פסקי־הדין עולה כי בין הסודות המסחריים השנויים במחלוקת נמצאים דיסקים, מסמכים או שרטוטים.⁷⁵ עובדה זו עשויה להתאים לטענה המושמעת בארצות־הברית כי גם בהעדר דרישה משפטית לכך, מוחשיות המידע הנלקח מגדילה את סיכויי ההצלחה של התביעה.

(ב) הדין בארצות־הברית

בתי־משפט רבים בארצות־הברית מחזיקים בדעה כי עובד שעוזב את החברה רשאי להשתמש במידע שבראשו, אולם עליו להימנע משימוש במידע שנשמר באופן חיצוני לו, כגון על־גבי מסמכים או קובצי מחשב. בתי־המשפט כינו כלל זה בשם "כלל הזיכרון". לפי Pooley ועמיתיו,⁷⁷ כלל זה מיוחס לתיק אנגלי משנת 1892, שבו אסר בית־המשפט על עובד לעשות שימוש בשרטוט של מנוע שאותו העתיק לפני שעזב את מקום עבודתו:

"If he can carry them in his head, no one can prevent him doing that and making use of them."

לכיוון זה נוטה גם ה־Restatement (Second) of Agency,⁷⁸ אשר קובע כי:

"The agent is entitled to use general information concerning the *method of business of his principal and the names of the customers retained in his memory*, if not acquired in violation of his duty as agent." [Emphasis added]

25.11.1991). רשימת הלקוחות במקרה זה התבססה על־פי התצהיר על הזיכרון בלבד ("הנתבע 2 לא נחקר על הנתונים שבתצהירו, להוציא העובדה שאישר בתשובה לשאלה כי הרשימה מתבססת על זכרונו בלבד. אף מנהל התובעת לא נחקר באופן מפורט באשר ללקוחותיו ובאשר לכמות הפרסומים של כל אחד מהם בעיתונו" [ההדגשה הוספה]), אך נחשבה בכל־זאת לסוד מסחרי שנגזל.

75 כך, למשל, בעניין צ'ק פוינט, לעיל הערה 1, בעמ' 306.

76 ראו: 19 Robert P. Merges "Property Rights Theory and Employee Inventions" *Corporate Governance Today* (28.4.1998).

77 ראו: James H.A. Pooley, Mark A. Lemley & Peter J. Toren "Understanding the Economic Espionage Act of 1996" *5 Tex. Intell. Prop. L. J.* (1997) 177.

78 ראו: Restatement (Second) of Agency §396 (1958). חשוב לציין כי חקיקה מאוחרת יותר בארצות־הברית לא התירה שימוש בסודות מסחריים אשר משוננים במוחו של העובד. ראו, לדוגמה: Restatement (third) of Unfair Competition, *supra* note 27; EEA, *supra* note 27; UTSA, *supra* note 27.

מאידך גיסא, יש ערכאות שטענו כי אין דרישה משפטית שהסוד המסחרי יהיה דווקא מוחשי:

"To afford protection to the employer... information need not be in writing but may be in the employee's memory."⁷⁹

גישה ביקורתית זו על "כלל הזיכרון" מקבלת תמיכה ב" Economic Espionage Act, כמתואר על-ידי Pooley ועמיתיו:⁸⁰

"...This protection of intangible property stems from the EEA's definition of trade secrets 'all forms and types of... information... whether tangible or intangible, and whether or how stored...' The Act therefore covers information stolen in electronic form or merely memorized... [I]nformation 'stored' only in an individual's memory... can be the subject of prosecution for trade secrets theft." [Emphasis added]

עם זאת, Pooley ועמיתיו מציינים כי למרות הביקורת שנמתחה על חוסר ההיגיון הטמון בכך שעובדים בעלי זיכרון טוב יוכלו להפר את הסוד המסחרי על-ידי שינון בראשם, ההבחנה בין שינון לבין העתקת מידע סודי המשיכה להתקיים בבתי-המשפט בארצות-הברית.⁸¹

2. שיקולי יעילות

(א) פגיעה בהון האנושי

לכאורה, הנימוק המרכזי מבחינת יעילות נגד איסור השימוש בסודות מסחריים המצויים במוחו של העובד נוגע בהפסד הנגרם מכך לעובד במונחים של רווחה אנושית.⁸² הטענה

79 ראו: *Morlife, Inc. v. Perry*, 56 Cal. App. 4th 1514, 1522 (Cal. 1997). ראו גם: Pooley, Lemley & Toren, *supra* note 77, at pp. 189–190: "Courts have periodically found defendants liable under civil statutes even though the information they took was only in their heads"

80 ראו: Pooley, Lemley & Toren, *ibid*, at p. 189.

81 לשתי גישות מנוגדות לגבי "כלל הזיכרון", ראו *Ed Nowogroski Ins., Inc. v. Rucker*, 971 P.2d 936 (Wash. 1999), שבו נדחתה ההבחנה בין מידע שניתן לשנונו לבין מידע מוחשי, לעומת *Schulenburg v. Signatrol, Inc.*, 212 N.E. 2d 865, 869 (Ill. 1965), שבו מודגשת העובדה כי על-פי המוסר המקובל בתעשייה עלינו להבחין בין מידע מוחשי לבין מידע ששונן בזיכרון.

82 ראו: Edmund W. Kitch "The Law and Economics of Rights in Valuable Information" *J. Leg. Stud.* (1981) 683.

הרווחת היא כי אין זה יעיל למנוע עובדים מלעסוק בתחום העיקרי שהם טובים בו. רוב הטיעונים הללו מתייחסים לאי-היעילות הנגרמת כתוצאה מחוויי אי-תחרות.⁸³ למשל, Pooley ועמיתיו טוענים כי מדיניות האוסרת שימוש במידע ששונן בראשו של העובד מגדילה את החשש לשיבוש יכולתם של העובדים להשתמש במיומנותם ובנסיונם הכללי. ההיגיון קשור ככל הנראה לחוסר יכולתם של העובדים להבחין בין סוד מסחרי המצוי בראשם לבין ידע שמותר לשימוש. גם על-פי החוק בישראל, אדם לא יהא אחראי ל"גזל סוד מסחרי"⁸⁴ אם "הידע הגלום בסוד המסחרי הגיע אליו במהלך עבודתו אצל בעליו של הסוד המסחרי וידע זה הפך לחלק מכישוריו המקצועיים הכלליים".⁸⁵ בעניין צ'ק פוינט,⁸⁶ למשל, פירש בית-המשפט את המונח "ידע" באופן מרחיב, ואף עמד על זכותו של עובד בידע שרכש מנסיונו, אולם מובן שעובדים יתקשו בעשיית ההבחנה הנ"ל.

אף שבתיהמשפט בארצות-הברית העוסקים בכך אינם אומרים באופן מפורש כי לא ייתכן מצב שבו סוד מסחרי ישונן במוחו של העובד, הם נוטים בחלק מן המקרים לזהות הגבלת שימוש בסודות מסחריים המצויים בראשו של העובד עם הגבלת שימוש ביכולותיו של העובד. דהיינו, ההנחה המובלעת היא כי קיימת זהות בין שימורו של החומר הסודי במוחו של העובד לבין היהפכותו לחלק בלתי-נפרד מיכולתו של העובד. טיעון דומה ניתן למצוא במאמרה של Dreyfus,⁸⁷ אשר ציינה מקרים רבים שבהם קיבלו בתי-המשפט קיבלו

83 ראו: Ronald J. Gilson "The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete" 74 *NYU L. Rev.* (1999) 575; Edmund W. Kitch "The Expansion of Trade Secrecy Protection and the Mobility of Management Employees: A New Problem for the Law" 47 *S. Carolina L. Rev.* (1996) 659.

84 "גזל סוד מסחרי" מוגדר בסעיף 6(ב) לחוק עוולות מסחריות, לעיל הערה 12, כדלקמן: "גזל סוד מסחרי הוא אחד מאלה: (1) נטילת סוד מסחרי ללא הסכמת בעליו באמצעים פסולים, או שימוש בסוד על ידי הנוטל; לענין זה אין נפקא מינה אם הסוד ניטל מבעליו או מאדם אחר אשר הסוד המסחרי נמצא בידיעתו; (2) שימוש בסוד מסחרי ללא הסכמת בעליו כאשר השימוש הוא בניגוד לחיוב חוזי או לחובת אמון המוטלים על המשתמש כלפי בעל הסוד; (3) קבלת סוד מסחרי או שימוש בו ללא הסכמת בעליו, כאשר המקבל או המשתמש יודע או שהדבר גלוי על פניו, בעת הקבלה או השימוש, כי הסוד הועבר אליו באופן האסור על פי פסקאות (1) או (2) או כי הסוד הועבר אל אדם אחר כלשהו באופן אסור כאמור לפני שהגיע אליו."

85 סעיף 7(א) לחוק עוולות מסחריות, לעיל הערה 12.

86 עניין צ'ק פוינט, לעיל הערה 1, בעמ' 312: "הידע והנסיון שצובר עובד במהלך עבודתו אצל מעסיקו הקודם, לרבות שימוש בתוכנות, שיטות עבודה, נוסחאות, ציוד וכדו', הופכים לימים לחלק מכישוריו. כישוריו של אדם הנם קנינו ואין להגביל אותו מלעשות בהם שימוש, כרצונו. עובד סביר לא יוותר על זכותו להשתמש בכישוריו ובנסיון אותם רכש במהלך עבודתו, אצל מעסיק פלוני."

87 ראו: Rochelle Dreyfus "Do You Want to Know a Trade Secret? How Article 2B Will

את "כלל הזיכרון".⁸⁸ Dreyfus הראתה כי רוב המקרים הללו מערבים מיומנויות כלליות, אף-על-פי שגם היא הודתה כי בחלקם המידע הסודי התייחס גם לרשימת לקוחות.⁸⁹ זיהוי זה של הגבלת השימוש בסודות מסחריים המצויים בראשו של העובד עם הגבלת השימוש ביכולותיו של העובד קיים במקרים מסוימים גם בדין הישראלי.⁹⁰ אכן, אם מקבלים הנחה זו, אזי ניתן להסכים כי אי-היעילות רבה יותר כאשר מדובר בהגבלת השימוש בסודות מסחריים המצויים בראשו של העובד. אולם אף-על-פי שאי-אפשר להתעלם מן האינטואיטיביות של הזיהוי הנ"ל, אני מבקש לתקוף זיהוי זה בפסקות הבאות.

לטעמי, הבעיה המרכזית באופן הטיפול הנוכחי של בית-המשפט ב"כלל הזיכרון" טמונה בהתעלמות מן האינטראקציה הקיימת בין סוג המידע לבין הפורמט שבו הוא נלקח. דומה כי "כלל הזיכרון" הינו בעייתי במיוחד כאשר מדובר בשינון מכני של המידע. הדוגמה הבולטת לכך היא רשימת לקוחות. קשה לראות את ההבדל בין רשימת לקוחות שמצויה בראשו של העובד לבין זאת המצויה על דיסקט. הרי מדובר באותה רשימה, בין שהיא אוחסנה על-גבי דיסקט ובין שהיא שמורה בזיכרון, ואין ספק שבשני המקרים העובד יכול להימנע באותה מידה מלעשות שימוש ברשימה.

כאשר אנו מתייחסים למידע בהקשר של תכנות, השינון אינו פעולה מכנית פשוטה. העובד מעבד ומבין את המידע, והמידע החדש משתלב עם סכמות תכנות קיימות כבר בראשו.⁹¹ במקרה כזה "כלל הזיכרון" נראה הגיוני יותר משום שהמידע עבר עיבוד כלשהו במוחו של העובד. המידע לא רק שונן בראשו, אלא עבר תהליך של עיבוד ונהפך לחלק בלתי-נפרד מיכולת התכנות של העובד. לדעתי, מיקוד תשומת-הלב בתהליך הקוגניטיבי המתרחש עם הלמידה והשינון של המידע עשוי לסייע לנו בהבנת דרך הטיפול הראויה של בית-המשפט ב"כלל הזיכרון".

Make Licensing Trade Secrets Easier (But Innovation More Difficult)" 87 *Cal. L. Rev.* (1999) 191

88 לפסקי-דין וביקורת על "כלל זיכרון", ראו: Pooley, Lemley & Toren, *supra* note 77.

89 נראה שגם אם קיימת טענה כי אי-אפשר להפריד בין מידע סודי משונן לבין כישרון, על פניו קל יותר לעשות זאת כאשר מדובר ברשימת לקוחות.

90 ראו פסקי-דין א.מ. חטיפי העמק, לעיל הערה 72: "ברור שאם הידע האמור בקבצים היה הופך לחלק מכישוריו המקצועיים של משה, הוא לא היה נזקק להעתקתם במועד זה."

91 להמחשה ניסויית של התהליכים הקוגניטיביים המעורבים בתפיסת מידע חדש על בסיס

הבנה קיימת, ראו, למשל: Robert C. Mathews, Ray R. Buss, William B. Stanley & others "Role of Implicit Process in Learning from Examples: A Synergistic Effect" 15(6) *J.f Exp. Psych., Learn., Mem. & Cogn.* (1989) 1083-1100

הספרות הקיימת בפסיכולוגיה קוגניטיבית על השימוש בייצוגים לרכישת מידע וכישורים, ראו: Ron Sun, Edward Merrill & Todd Peterson "From Implicit Skills to Explicit Knowledge: A Bottom-Up Model of Skill Learning" 25 *Cogn. Sci.* (2001) 203-

212.

ניתן לחשוב על שאלה זו גם מן הזווית ההפוכה. דהיינו, האם במקרה שבו העובד נעזר בתיעוד פרוטוקולים כדי לתכנת, לא ייחשב השימוש במסמכי התיעוד לחלק מהמיומנויות של העובד? עובדים רבים שאיתם דיברתי במהלך איסוף הנתונים הראשוני אמרו כי הם מתעדים שורות קוד רבות על-גבי מחשבם האישי, ועושים בהן שימוש במהלך פרויקטים אחרים שהם מתמודדים עימם. ניתן לטעון כי חלף זמנה של הגישה המזוהה מיומנות עם מצב-הצבירה של המידע, וכי במצב שבו רוב המתכנתים משתמשים בחומרים כתובים כחלק מן המיומנות שלהם, אין סיבה אמיתית להנציח את ההבדל בין מידע ששונן לבין מידע שנלקח באמצעים חיצוניים לעובד.

על-אף הביקורת שצוינה בפסקות לעיל, נראה כי יש עדיין מקום לסבור כי הגבלת השימוש בסודות מסחריים שמשוננים במוחו של העובד עלולה להגביל ביתר שאת את אפשרותם של עובדים לעשות שימוש ביכולותיהם במעבר בין חברות. כאשר בתי-המשפט העוסקים ב"כלל הזיכרון" יוצרים זהות בין שינון לבין רכישת יכולת, יש מקום לחשוב כי גם עובדים יעשו זיהוי כזה בראשם. זיהוי כזה עלול לגרום להימנעות של עובדים מעשיית שימוש ביכולותיהם אף אם יש להם הכשר חוקי לעשות זאת, מפאת חששם שמא יכולות אלה מוגדרות כסודות מסחריים. זיהוי מוטעה מעין זה מגדיל את המחיר החברתי של סודות מסחריים המצויים בראשם של עובדים לעומת סודות מסחריים השמורים באופן חיצוני לאדם, שלגביהם קיים סיכוי גדול יותר כי תתאפשר הבחנה ברורה בין יכולות כלליות לבין סודות מסחריים. בחלקו האמפירי של המאמר אבחן אם הזיהוי הנ"ל קיים בקרב העובדים שהשתתפו במחקר, ואבדוק את השלכתו על שיקולי היעילות בעיצוב המדיניות המשפטית הראויה באשר להיקף ההגנה על סודות מסחריים.

(ב) עלויות פיקוח ואכיפה⁹²

לצד השפעתה על הפגיעה בהון האנושי, שאלת מוחשיות המידע עשויה להשפיע גם על עלויות הפיקוח והאכיפה. כאשר מעביד יודע כי הוא רשאי להגביל באמצעים משפטיים את השימוש במידע סודי המצוי בראשם של עובדיו, יהיה עליו להשקיע משאבים מרובים על-מנת לעקוב אחר זרימת המידע והשימוש בו. לעומת זה, כאשר מדובר במידע מוחשי, נראה כי בסביבה הטכנולוגית של ימינו עומדים לרשות המעביד אמצעים אלקטרוניים שאכן יאפשרו לו מעקב כזה. דהיינו, במצב שבו הסודות המסחריים כוללים רק מידע מוחשי, על המעביד להשקיע רק באמצעים אלקטרוניים ואחרים על-מנת לוודא כי סודות מסחריים של

92 קיימים שני מאמרים מרכזיים הדנים בהיבט הכלכלי תוך התבססות על ניתוח של עלויות אכיפה. מחד גיסא, Friedman, Landes & Posner, *supra* note 59 מדגישים בעיקר את יעילות הדוקטרינה של סודות מסחריים. מאידך גיסא, Robert G. Bone "A New Look at Trade Secrets Law Doctrine in Search of Justification" 86 *Cal. L. Rev.* (1998) 241 מעלה את הסברה כי עלויות האכיפה הגבוהות של סודות מסחריים מהוות את אחד השיקולים נגד הרחבת השימוש בדוקטרינה זו.

החברה אינם דולפים החוצה. אולם במצב שבו המעביד יודע כי גם מידע המצוי בראשם של עובדיו עשוי להיחשב לסודות מסחריים, עלויות האכיפה של הסודות המסחריים הללו יגדלו עשרת מונים, שכן לא יהיה די באמצעים טכנולוגיים, והמעביד יאלץ גם לעקוב אחר העובד למקום עבודתו החדש כדי לדעת אם נעשה שימוש בסודות מסחריים בחברה החדשה. זאת ועוד, כאשר מדובר בסודות מסחריים המשוננים במוחו של העובד, עלות הליטיגציה בבתי-המשפט גדלה בשל הקושי הראייתי להוכיח שימוש פסול בסודות מסחריים של המעביד. מובן שכאשר מעביד יכול להראות כי תרשימים, מסמכים או דיסקטים נלקחו מן החברה, עלויות הדיון קטנות.

לסיכום, הן מצד הפגיעה בהון האנושי והן מצד עלויות הניטור והאכיפה, נראה כי יש מקום לסבור כי הגנה משפטית על סודות מסחריים המצויים במוחו של העובד עלולה לגבות מחיר גבוה יותר מן החברה. אין בקביעה זו כדי לטעון לשלילת זכותו של המעביד להגנה משפטית על סודות מעין אלה, אולם יש בכך כדי להצביע על הבדל בין שני סוגי המידע, שעשוי להצדיק מדיניות משפטית מובחנת.⁹³

3. שיקולי מוסר

גם מן הזווית המוסרית ניתן לחשוב על כמה צידוקים לכך ששימוש במידע המצוי בראשו של העובד ייתפס כמוסרי יותר משימוש במידע סודי השמור באמצעים מגנטיים או אחרים. אתמקד בשניים – שליטה והפרת אמון.

(א) שליטה ואשמה

נקודה מובנת מאליה בהקשר של ההבחנה בין מידע משונן לבין מידע שהורד לחומרה היא שכאשר עובד מוריד מידע לחומרה, מדובר במעשה מכיוון שהעובד היה יכול להימנע ממנו.⁹⁴ לעומת זה, שינון מידע⁹⁵ הינו פעולה אוטומטית, בלתי-נשלטת וקשה להגבלה. עובדה זו מביאה, מטבע הדברים, לידי הפחתת האחריות האישית הנתפסת לפעולה.⁹⁶ גם

93 ראו לעיל הערה 68.

94 לדיון בנושא היסוד הנפשי, ראו דויטש, לעיל הערה 13, בעמ' 329.

95 כפי שציינתי בתחילת פרק ב, האפשרות של שינון מכיוון אינה עומדת בבסיס דיונו.

96 ראו: Daniel M. Wegner & John A. Bargh "Control and Automaticity in Social Life" *Handbook of Social Psychology* (New York, Daniel. T. Gilbert, Susan. T. Fiske & Gardner Lindzey eds., 1998) 446-496; John A. Bargh & Tanya L. Chartrand "The Unbearable Automaticity of Being" 54(7) *Am. Psych.* (1999) 462-479; James Konow "A Positive Theory of Economic Fairness" 31 *J. Econ. Behav. & Org.* (1996) 13

בשלב שבו העובד עושה שימוש אסור במידע בחברה החדשה, נראה כי פעולה של שליפה מן הזיכרון נשלטת פחות מפתחה של קבצים המכילים את הסוד המסחרי. תיאוריה נוספת התומכת בקיום תחושת אשמה רבה יותר אצל עובדים המעתיקים קבצים למחשבם האישי היא פרדיגמת העצימות המוסרית (Moral Intensity).⁹⁷ לפי גישה זו, גורמים כגון הקרבה והוודאות של הנזק תורמים לתחושת האשם הנלווית לפעולה. כאשר עובד מוריד מידע במודע ובסמיכות לנזק (קשור לפעולה הראשונית), דומה כי הוא נמצא בדרגה גבוהה יותר מבחינת מודעותו לדילמה המוסרית לעומת עובד המשנן את המידע ורק לאחר תקופה ארוכה משתמש בו לצורך עבודתו החדשה. כיוון מחשבה שונה, שבו דנתי במקום אחר, נוגע בהשפעת ההסתברות לאכיפה על תפיסת הפעולה כמוסרית.⁹⁸ בעקבות הממצאים האמפיריים של Zimring & Hawkins⁹⁹ סביר לצפות כי יכולתו של המעביד לעקוב אחר פעולותיו של העובד – שהינה גבוהה יותר כאשר המידע נלקח באמצעות מחשבו הנייד של העובד – תשפיע על הנורמות המוסריות של ציבור העובדים. במילים אחרות, כאשר סיכויי התפיסה גדולים יותר, גם אי-המוסריות המיוחסת לפעולה גוברת.

(ב) אמצעים פסולים והפרת יחסי אמון¹⁰⁰

על-פי סעיף 6 לחוק עוולות מסחריות,¹⁰¹ קיימים שני מסלולים מקבילים להגדרת גול של סוד מסחרי: המסלול הראשון הוא שהסוד המסחרי הושג על-ידי שימוש באמצעים פסולים, והמסלול השני (הרלוונטי יותר ליחסי עובד-מעביד) הוא שנעשה שימוש בסוד בניגוד

97 ראו: Thomas, M. Jones "Ethical Decision Making by Individuals in Organizations: An Issue Contingent Model" 16 *Acad. Manag. Rev.* (1991) 366

98 ראו: Feldman, "Expressive Law", *supra* note 4.

99 ראו: Frank Zimring & Gordon Hawkins "The Legal Threat as an Instrument of Social Change" 27 *J. Soc. Iss.* (1971) 33

100 קיימות גישות יוריספרודנטאליות לסודות מסחריים הסוברות כי ההתמקדות צריכה להיות בפן האתי של התנהגותו של העובד, וכי השאלה העיקרית צריכה להיות אם הפרת הסוד המסחרי נעשתה באמצעים לא-ראויים, בחוסר יושר ובדרך של הפרת סטנדרטים מסחריים. הדגש לפי גישות אלה הוא לפיכך בקידום האתיקה העסקית על-ידי עידוד אנשים להתחרות בצורה הוגנת זה עם זה. ראו בעניין זה אורן רכס סודות מסחר והגבלת עיסוק (תשנ"ט, כרך א) 130-131, הסוקר גישות במשפט האנגלי שלפיהן יש למנוע מעובד שימוש במידע שהשיג בחוסר יושר, אף אם מידע זה אינו סודי. לגישה הרואה את איסור השימוש בסודות מסחריים כחלק מחינוכם של עובדים להתנהגות נאמנה כלפי מעבידיהם, ראו: Ken Matheny & Marion Crain "Symposium: Law, Loyalty, and Treason: How Can the Law Regulate Loyalty Without Imperiling It? Disloyal Workers and the "Un-American" Labor Law" 82 *N.C. L. Rev.* (2004) 1705

101 סעיף 6 לחוק עוולות מסחריות, לעיל הערה 12.

לחובת אמון בין הצדדים. בשינויים מסוימים, זה גם המצב בארצות-הברית,²⁰² שבה ה-UTSA מדבר על Improper Means.¹⁰³ כאמור, דרישה זו הינה ייחודית לסודות מסחריים, ואינה חיונית להוכחה של הפרת פטנט או זכות יוצרים, שכן כאשר אדם טוען להפרת פטנט, אין דרישה להסביר את נתיב המעבר של המידע מבעליו אל הצד המפר. בנוגע לשאלת המוחשיות, ברור כי "גזל" יכול להיעשות גם כאשר העובד לא לקח מידע מוחשי. גם כאשר עובד לומד מידע במסגרת יחסי העבודה החסויים שלו עם מעבידו, ולאחר-מכן משתמש במידע זה ללא היתר, הוא מפר את אמון המעביד. עם זאת, בהתחשב בעובדה שעל-מנת להשתמש במידע סודי מוחשי יש לעשות שתי פעולות רצוניות עוקבות, נראה כי הפרת המחויבות במקרה זה בולטת יותר.

סיבה נוספת לתפיסת השימוש במידע סודי מוחשי כחמור יותר משימוש במידע סודי נלמד היא שמבחינה נורמטיבית העובד אמור להזדהות עם סביבתו במקום העבודה, ולהזדהות זאת אמורה להיות השפעה על עמדותיו והתנהגותו.¹⁰⁴ רק כאשר העובד מוריד את המידע הסודי למחשבו האישי מתרחשת הפרת מחויבות בזמן שהוא עדיין עובד של

102 עם זאת, יש לציין כי קיים הבדל באופן הניסוח בין הדין האמריקאי והדין הישראלי. בדין האמריקאי, אמצעים פסולים כוללים גם הפרת מחויבות. הדין הישראלי נוקט גישה של מסלולים מקבילים, וכאשר מדובר במידע שהגיע לעובד במסגרת יחסי אמון, אין דרישה לנקיטת אמצעים פסולים מצידו של מפר האמון.

103 ראו: UTSA, *supra* note 27: "1) 'Improper means' includes theft, bribery, misrepresentation, breach or inducement of a breach of duty to maintain secrecy, or espionage through electronic or other means. (2) 'Misappropriation' means: (i) acquisition of a trade secret of another by a person who knows or has reason to know that the trade secret was acquired by improper means; or (ii) disclosure or use of a trade secret of another without express or implied consent by a person who (A) used improper means to acquire knowledge of the trade secret; or (B) at the time of disclosure or use knew or had reason to know that his knowledge of the trade secret was (I) derived from or through a person who has utilized improper means to acquire it; (II) acquired under circumstances giving rise to a duty to maintain its secrecy or limit its use; or (III) derived from or through a person who owed a duty to the person seeking relief to maintain its secrecy or limit its use; or (C) before a material change of his position, knew or had reason to know that it was a trade secret and that knowledge of it had been acquired by accident or mistake"

104 ראו: Philip Tetlock "The Impact of Accountability on Judgment and Choice: Toward a Social Contingency Model" *Advances in Experimental Social Psychology* (Ontario, Mark P. Zanna ed., 1992, Vol. 25) 331; Brenda Morrison "Interdependence, the Group, Social Cooperation: A New Look at an Old Problem" *Resolving Social Dilemmas* (Philadelphia, Margaret Foddy, Michael Smithson, Sherry Schneider & Michael A. Hogg eds., 1999) 295.

המעביד הראשון, ובזמן שהוא אמור לתפוס את עצמו עדיין כעובד בעבודה המקורית, ולא בעבודה החדשה.¹⁰⁵ לעומת זה, כאשר המידע מצוי בראשו של העובד, ההפרה נעשית לראשונה רק כאשר הוא כבר נמצא בחברה החדשה, והזדהותו הקבוצתית עם מעבידו הקודם נמצאת בתהליך של דעיכה.¹⁰⁶

הבעיה עם הדרישה לתייג הורדת מידע לחומרה כ"אמצעי פסול" מתעוררת לנוכח העובדה שרוב העובדים שראיינתי הודו כי הם נוהגים לשמור בביתם מידע רלוונטי לעבודה על מחשבם האישי. לפיכך יהיה זה קיצוני לטעון כי כל העתקה של חומר לדיסקט תיחשב לשימוש באמצעים לא־כשרים ולבגידה באמונו של המעביד, כאשר בפועל פעולה זאת נחשבת למקובלת ואף ללגיטימית מבחינה עסקית.¹⁰⁷ כדי שנוכל לדבר על הבחנה משמעותית בין הורדת מידע למחשב לבין שינון, עלינו להניח כי המטרה בהורדת המידע הייתה שימוש עתידי פסול בו.

לסיכום, הראיתי בפרק זה כי קיימות הצדקות אחדות, הן מצד שיקולי יעילות והן מצד שיקולי מוסר, לטיפול משפטי שונה בסודות שנלקחו על-גבי מחשב לעומת סודות המצויים בראשו של העובד. עם זה, הצבעתי גם על מגבלותיהם של טיעונים אלה, וכן על העובדה כי הפסיקה נוקטת הנמקה שנויה במחלוקת להבחנה בין מידע המצוי בראשו של העובד לבין מידע השמור באמצעים מכניים,¹⁰⁸ במיוחד בהעדר תמיכה של ממש בחוק להבחנה זו.

105 לטענה כי רמת ההזדהות הקבוצתית ממתנת את ההשפעה של נורמות קבוצתיות, ראו: Deborah J. Terry, Michael A. Hogg & Katherine M. White "Attitude-Behavior Relations: Social Identity and Group Membership" *Attitudes, Behavior and Social Context: The Role of Norms and Group Membership* (New Jersey, Michael A. Hogg & Deborah J. Terry eds., 2000) 67; Diane M. MacKie & Sarah Queller "The Impact of Group Membership on Persuasion: Revisiting 'Who Says What to Whom with What Effect?'" *Attitudes, Behavior and Social Context: The Role of Norms and Group Membership* (New Jersey, Michael A. Hogg & Deborah J. Terry eds., 2000) 135.

106 ראו: Blake E. Ashforth *Role Transition in Organizational Life* (New Jersey, 2001).

107 במילים אחרות, בעוד חברות רבות אוסרות הורדת מידע לחומרה, במציאות כל העובדים שתחקרתי אינם רואים פעולה זו כפסולה, אף-על-פי שרובם הודו כי שמירת הקבצים בביתם נסכה בהם תחושת ביטחון מסוימת באשר ליכולתם לעשות שימוש חופשי יותר במידע.

108 זיהויו של סוד מסחרי המצוי בראשו של העובד עם מיומנות אישית.

פרק ג: מתודולוגיה

בחלק זה של המאמר אנסה לבחון, באמצעות מניפולציה ניסויית, את שתי ההבחנות שבהן דנתי עד כה. שאלת המחקר שאבחן היא אם לאופן שבו נלקח המידע (בראשו של העובד או במחשבו האישי) ולזהותו של יוצר המידע (המעביד או העובד הפורש) יש השפעה על עמדותיהם של העובדים כלפי השימוש בסודות מסחריים. אם תימצא השפעה, אבחן אילו מבין המשתנים המדידים מושפעים בצורה הבולטת ביותר מן ההבחנות הללו.¹⁰⁹

בנספח המתולוגי בפרק ה אדון בנושאים המתודולוגיים בפירוט. עם זאת, על-מנת לספק לקורא רקע מתודולוגי נחוץ ללא הפרעה לקריאה השוטפת, יוצגו להלן בתמצית כמה פרוצדורות הקשורות לאיסוף המידע.

דגם השאלון שבו השתמשתי לצורך מחקר זה מבוסס על ראיונות שניהלתי עם כ-30 מהנדסים בעמק הסיליקון במשך השנים 2001–2002. המחקר הכמותי נערך על מדגם של כ-260 עובדים. בנספח המתודולוגי מתוארים בפירוט אופן יצירת המדגם והמאפיינים הדמוגרפיים של המשתתפים במדגם.

קיימים שני ממדים מתופעלים במחקר זה: זמינות הידיעה לגבי אי-חוקיות הפעולה, וסוג המידע שנלקח על-ידי העובד. במימד הראשון יש שתי רמות, ובמימד השני – שלוש (מבנה המחקר הוא על-כך 3x2). תפעול המשתנים נעשה על-ידי הקצאה אקראית של הנבדקים במחקר לשש קבוצות. לנבדקים חולקו אם כן שישה תסריטים שונים, אשר תיארו את התנהגותו של עובד העוזב את עבודתו ונכנס למקום עבודה חדש, שם הוא נדרש לחשוף את המידע הסודי ממקום עבודתו הקודם.

109 במאמר קודם – Yuval Feldman "An Experimental Approach to the Study of Social Norms: The Distribution of Intellectual Property in the Workplace" 10 *J. Intell. Prop. L.* (2002) 59 – יצרתי הבחנה בין ציות לדרישות החוק לסודות מסחריים לבין ציות לחוק זכויות יוצרים. במחקר ניסויי שערכתי בעבר נמצא כי עובדים נוטים להצדיק שימוש בהמצאות שהעובד פיתח (ואשר שייכות באופן חוקי למעבידו) יותר מאשר שימוש במידע סודי שאותו למד העובד ממעבידו. באותו מאמר טענתי כי הסיבה לכך היא שבתרחיש השני העובד לא פיתח את הסוד המסחרי, ואילו בתרחיש הראשון העובד אכן יצר את המידע שעליו יש זכות יוצרים. במחקר הנוכחי יש לי שליטה רבה בהבדל בין שני התרחישים (כל הפרטים זהים למעט האמצעים שבהם המידע מגיע אל העובד). יתרה מזו, ההשוואה במאמר הנוכחי היא בין קבוצות שונות של נבדקים, ולא בין תגובותיו השונות של כל נבדק, כך שבניגוד למחקר הקודם, כאן המשתתפים אינם מודעים לכוונת החוקר. נוסף על כך, אם אכן יימצא במחקר הנוכחי הבדל בין שני המצבים, סביר שנצליח להבין טוב יותר גם מדוע הוא קיים, משום שמדדנו גם את התחושה הפנימית של המשתתף, את תפיסתו המוסרית, את העלויות החברתיות ועוד.

נוסחו (המתורגם) של התסריט הבסיסי הוא כדלקמן:

"אמנדה הינה מהנדסת בחברה הממוקמת בעמק הסיליקון. לפני שלושה חודשים עזבה אמנדה את חברת היי־טק שבה הייתה מועסקת, ועברה לחברת היי־טק אחרת. בעבודתה הנוכחית היא מעצבת מערכת דומה לזו שעבדה עליה במקום עבודתה הקודם. אמנדה סבורה כי המתודולוגיה הייחודית והסודית שאליה נחשפה בעבודתה הקודמת יעילה יותר מן המתודולוגיה שבה היא אמורה להשתמש בעבודתה הנוכחית."

לגבי מימד ה"זמינות" של אי־חוקיות הפעולה, חצי מן המשתתפים (שנבחרו באופן אקראי) יודעו לגבי אי־חוקיות באמצעות קריאת פסקה על אי־חוקיות הפעולה המתוארת בתרחיש, וחצי לא קראו על כך דבר.¹¹⁰ נוסחו (המתורגם) של תיאור החוק בשאלון הוא כדלקמן:

"על־פי ה־"Uniform Trade Secrets Act", המידע הסודי המתואר בתסריט הינו סוד מסחרי, ואסור לחשוף אותו לאנשים מחוץ לחברה. על־פי החוק, חשיפת מידע במצב זה ללא אישור מהמעביד הקודם הינה אסורה."

המימד של סוג המידע הסודי שהיה ברשותו של העובד הורכב כאמור משלוש רמות: הראשונה היא שהעובד למד את המידע במהלך העבודה ושינן אותו בראשו; השנייה היא שהעובד פיתח את המידע ושינן אותו בראשו; והשלישית היא שהעובד למד את המידע במהלך העבודה והוריד אותו למחשבו.¹¹¹

תיאור הממצאים הנוגעים במימד הראשון, העוסק בהשפעה של ידיעת החוק על הנורמות והעמדות של העובדים, מופיע במאמר אחר.¹¹² במאמר זה אתמקד בתיאור הממצאים הנוגעים בהשפעת סוג המידע על הנורמות והעמדות של עובדי היי־טק בהקשר של שימוש בסודות מסחריים.

ההשוואה הראשונה¹¹³ שנעשתה היא בין מידע שהעובד למד ושינן לבין מידע שהעובד פיתח ושינן. השוואה זו קשורה לשאלת ההשפעה של זהות היוצר במקרה שהעובד עוזב וחפץ להשתמש במידע בחברה מתחרה.

110 לדיון באמצעי הזהירות שיש לנקוט קודם להקצאה אקראית ראו: Geoffrey Keppel & Sheldon Zedeck *Data Analysis for Research Design* (1989) 409.

111 בהעדר רציונל תיאורטי לאינטראקציה בין שני התת־ממדים, לא נערכה השוואה ביחס למצב שבו המידע פותח על־ידי העובד והורד למחשבו האישי.

112 ראו: Feldman, "Expressive Law", *supra* note 4.

113 לקבוצה שקיבלה את התרחיש של מידע שהעובד למד ושינן היו שני תפקידים: כאשר היא הושוותה עם הקבוצה שקיבלה את התרחיש של מידע שהעובד למד והוריד לחומרה, היא ייצגה מידע ששונן על־ידי עובדים שעזבו; וכאשר היא הושוותה עם הקבוצה שקיבלה את התרחיש של מידע שהעובד עצמו פיתח, היא ייצגה מידע שנלמד במהלך העבודה.

ההשוואה השנייה שנעשתה היא בין מידע שהעובד למד ושינן לבין מידע שהעובד למד והוריד אל מחשבו האישי. השוואה זו קשורה לשאלת ההשפעה של מוחשיות המידע ולהבנת הבעייתיות הטבועה בשימוש במידע סודי שנמצא בראשו של העובד.

המניפולציה של ששת התרחישים הללו סייעה בבידוד ההשפעה של מוחשיות המידע וההשפעה של זהות היוצר על עמדות העובדים כלפי חשיפת מידע סודי בעל ערך, והאקראיות שבה נעשתה המניפולציה אפשרה לי לבחון באופן חד-משמעי את גודלן וכיוונן של השפעות אלה.¹¹⁴

מייד לאחר הצגת התסריטים השונים מדדתי את תשובותיהם של העובדים על שאלות שעסקן בכמה גורמים מרכזיים,¹¹⁵ על-מנת שתתאפשר הבנה מעמיקה של העמדות, הנורמות וההתנהגות בפועל של עובדי הייטק ביחס לשימוש בסודות מסחריים. בנספח המתודולוגי מפורטות כל השאלות שנשאלו לגבי כל גורם. בשלב זה אציג שאלה אחת לדוגמה לגבי כל אחד מן הגורמים שנמדדו, במטרה לאפשר לקורא להבין את משמעות המשתנים המדידים.

- כוונה לחלוק מידע: אילו היית במצבה של אמנדה, מה ההסתברות שהיית נוהג כמוה?
- נכונות לשלם: מה הסיכוי שתהיה/י מוכן/ה לוותר על 5,000 דולר ממשכורתך השנתית כדי להימנע מלחשוף מידע סודי?
- נורמה תיאורית: מהו להערכתך אחוז העובדים בחברה שבה את/ה עובד/ת שיחלקו מידע סודי עם מעבידם החדש?
- אישור חברתי: מה הסיכוי שמעבידך יאשר את התנהגותך אם ישמע כי נהגת כאמנדה?
- השפעה על הקריירה: האם חשיפת מידע סודי כפי שעשתה אמנדה תשפר את סיכויך למצוא עבודה בעתיד?
- חוזה פסיכולוגי: האם עובד/ת טיפוסית/ת בעשיית ההייטק בעמק הסיליקון מצפה לקחת עימו/ה את המידע הסודי שאליו נחשף/ה במהלך עבודתו/ה?
- עלויות משפטיות: מה הסיכוי שמעבידך הקודם יתבע אותך אם תחלוק מידע באופן דומה לאמנדה?
- נורמה מוסרית: עד כמה תחוש/י אשמה על נטילת מידע סודי ממעבידך הקודם?
- הוגנות החוק: באיזו מידה החוק להגנה על סודות מסחריים הוגן לדעתך?
- ודאות לגבי החוק: עד כמה ברור לך איזה סוג של מידע נכלל במושג "סוד מסחרי"?
- ציות לחוק: מהו אחוז העובדים המצייתים לחוק ההגנה על סודות מסחריים?

114 ראו בנספח המתודולוגי בפרק ה להלן, בסעיף 4(ג), דיון במגבלות שקיימות בכל-זאת בנוגע לאפשרות ההסקה של קשר סיבתי.

115 תוך שימוש בסולם ליקרט (1-10).

- גורמים דמוגרפיים: גיל, מין, היסטוריה תעסוקתית בעמק הסיליקון, סוג העבודה, אופי המפעל והקביעות בעבודה.

1. ההשפעה של "מוחשיות המידע" ו"זהות היוצר" על עמדותיהם של עובדים כלפי שימוש בסודות מסחריים

בטבלה 1 בנספח המתודולוגי בפרק ה להלן מפורטים הממוצעים וסטיות-התקן של המשתנים התלויים, כשהם מחולקים לפי שלוש הקבוצות של סוג המידע במדגם. השאלה המעניינת בשלב זה היא אם ההבדלים בין הקבוצות מובהקים. הפרוצדורה והתוצאות מפורטים בנספח המתודולוגי (טבלה 2).

כפי שניתן לראות בטבלה 2,¹¹⁶ מוחשיות המידע מתגלה כגורם משפיע מרכזי יותר בהשוואה לזהות היוצר. ביחס לכל הגורמים שנמדדו, עובדים נתנו משקל רב יותר לעובדה שהמידע הורד לחומרה ולא שונן מאשר לעובדה שהמידע פותח על-ידי העובד ולא נלמד על-ידיו. בהשוואה לקבוצת-הביקורת (הקבוצה שקיבלה את התרחיש של מידע שהעובד למד ושינן), הנבדקים בקבוצה שבה המידע הורד למחשבו האישי של העובד נטו יותר להימנע מגילוי מידע סודי, וסברו כי פחות עובדים חולקים מידע סודי ופחות מעבידים מצפים כי יחלקו מידע כזה. נוסף על כך, נבדקים אלה סברו כי החוק הוגן יותר וכי הם יחוו אשם מוסרי רב יותר אם יחלקו מידע שנמצא על מחשבם האישי. בניגוד להשפעה החזקה יחסית של מוחשיות המידע, זהות היוצר לא הייתה רלוונטית לגבי רוב הגורמים.¹¹⁷ הגורם היחיד שבו לזהות היוצר היה משקל רב יותר מאשר למוחשיות המידע הוא תפיסת המוסריות של הפעולה. לזהות היוצר הייתה השפעה מובהקת על תפיסת אי-המוסריות שבנטילת סודות מסחריים ($R^2 \text{ change}=.04; F(1,131)=6.22; p=.014$). שאלת זהות היוצר לא נמצאה אם כן רלוונטית לתפיסותיהם של הנבדקים לגבי הנורמות, לגבי המחיר החברתי או הפורמלי, לגבי ההשפעה על הקריירה או באשר לנכונותם להפר את החוק, אולם לעובדה שהעובד יצר את המידע הייתה השפעה מובהקת על תפיסת האשם המוסרי של הנבדקים. בלשון פשוטה, הנבדקים שנאמר להם כי המידע המתואר פותח על-ידי העובד לא חשבו כי הדבר מעניק לו לגיטימציה רבה יותר לחלוק את המידע הסודי, אולם סברו בכל-זאת כי אם יעשו כן הם יחוו פחות ייסורי-מצפון.

116 במטרה לבחון אם השפעת סוג המידע משתנה בהתאם לגורמים דמוגרפיים, יצרתי רגרסיה היררכית שכל הגורמים הדמוגרפיים נשלטים בה. כל התוצאות המובהקות שנמצאו נותרו מובהקות גם כאשר הופעלה בקרה על הגורמים הדמוגרפיים, וכל התוצאות הלא-מובהקות נותרו לא-מובהקות.

117 לדיון בבדיקת ההשפעה של סוג המידע, ראו נספח מתודולוגי.

2. ההשפעה של "מוחשיות המידע" ו"זהות היוצר" על תפיסת החוקיות

היבט נוסף שעשוי להדגים את החשיבות הרבה של מוחשיות המידע בהשוואה לזהות היוצר הוא הקשר החוקי הקיים בעיני עובדים בין מוחשיות המידע לבין אי-חוקיות הפעולה, לעומת הקשר החלש בהרבה בין זהות היוצר לבין אי-חוקיות הפעולה.

מבין המשתתפים במחקר שנאמר להם כי המידע שנלקח על-ידי העובד הועתק למחשבו האישי, 6% בלבד סברו כי אין שום מניעה חוקית לחלוק מידע כזה עם המעביד החדש, לעומת 25% שסברו כך מבין הנבדקים שנאמר להם כי המידע נשמר בראשו של העובד (יחס של 1:4).

לא כך היה המצב ביחס לזהות היוצר. 28% מבין הנבדקים שנאמר להם כי המידע פותח על-ידי העובד סברו כי אין כל מניעה חוקית לחלוק את המידע, לעומת 17% שסברו כך מבין אלה שנאמר להם כי המידע נלמד על-ידי העובד מן המעביד הקודם (יחס של 1:1.6).

דהיינו, בעוד שגילוי מידע סודי שנשמר על-גבי מחשב נתפס בעיני אנשים כפעולה המעוררת בעיה של אי-חוקיות בשיעורים גבוהים בהרבה מאשר גילוי מידע סודי המצוי בראשו של העובד, וזהותו של מפתח המידע לא יצרה פער גדול בתפיסת אי-חוקיות. אינטואיציה זו באשר לאי-חוקיות הפעולה עשויה לתת הסבר חלקי לרלוונטיות הרבה יותר של מוחשיות המידע לגבי עמדותיהם של עובדים ביחס לגילוי מידע סודי.

3. ההשפעה של "זהות היוצר" על התפיסה המוסרית

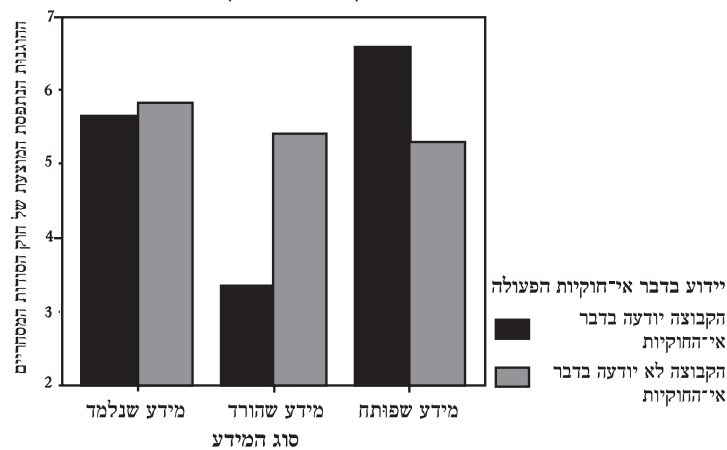
כאמור, לזהות היוצר לא הייתה השפעה על כל המשתנים המדידים כמעט, ובכלל זה על כוונת העובדים לחלוק מידע, אולם הייתה לה השפעה מובהקת על תפיסת האשם המוסרי הכרוך בנטילת סודות מסחריים. עובדה זו מעניינת במיוחד משום שהעלאת הטיעון התיאורטי בדבר חשיבות היצירה כגורם רלוונטי נעשית בהקשר של צדק חלוקתי (equity) ותיאוריית העבודה של Locke, על מגבלותיה המנויות לעיל.¹¹⁸ ייתכן שהמתח שהוזכר ביחס לשימוש בתיאוריית העבודה בהקשר של סודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד מצא את ביטויו בהבדל בין השפעתה (הקטנה והלא-מובהקת) של זהות היוצר על התנהגותו של העובד לבין השפעתה (המובהקת) על תחושת האשם שלו. דומה כי המשתתפים הבחינו בין הטיעון של צדק חלוקתי, שלפיו עובדים זכאים ליהנות מפירות עמלם, לבין מגוון הטיעונים האחרים שתקפו את ישימותה של תיאוריית העבודה בהקשר של הענקת זכויות

118 ראו לעיל בסעיף 2(א). ראוי לציין כי לא תואר לנבדקים מצב שבו העובד פיתח את המידע בכוחות עצמו בלבד. התיאור המדויק היה "מידע שלעובד היה חלק בפיתוחו". ניסוח זה נבחר לנוכח הביקורות שראינו לעיל, שלפיהן תיאוריית העבודה אינה מתאימה לתעשייה המודרנית, שבה מירב הייצור נעשה על-ידי קבוצות. נראה כי אף שדובר בתרומה לפיתוח, ולא בפיתוח בלעדי של העובד, ראו הנבדקים עובדה זו כחשובה דייה.

בעלות לעובד על סודות מסחריים שפיתה בעצמו. חשוב לציין בהקשר זה כי בניגוד לתיאוריה של Locke, תיאוריית ה־equity אינה מדברת על קשר ישיר בין פיתוח המידע לבין הבעלות עליו. על־פי תיאוריית ה־equity, נראה כי מנגנון שיעניק לעובד המפתח פיצוי על תרומתו ירצה את העובד גם בלא הענקה של זכויות קנייניות.¹¹⁹

ממצא מעניין נוסף התומך בקשר שבין זהותו של יוצר המידע לבין התפיסה המוסרית של הפעולה נובע מן האינטראקציה הקיימת בין זמינות הידיעה לגבי אי־חוקיות הפעולה לבין סוג המידע מבהינת ההשפעה על תפיסת ההוגנות של חוק הסודות המסחריים.¹²⁰ כפי שניתן לראות בתרשים 1, אותם נבדקים בקבוצת ה"מידע שהורד" שיודעו לגבי אי־חוקיותה של הפעולה "שדרגו" את תפיסתם ביחס להוגנות של החוק. לעומת זה, יידועם של חלק מהנבדקים בקבוצת ה"מידע שפותח" בדבר אי־חוקיותה של הפעולה יצר פחות בתפיסתם את ההוגנות הכללית של חוק הסודות המסחריים. דהיינו, עובדים שתפסו את החוק ככזה האוסר גם שימוש בסודות שפותחו על־ידי העובד עצמו נטו לראות בחוק בכללותו חוק לא־הוגן. עובדה זו תומכת בממצא הקודם ביחס לקשר החזק שבין זהות היוצר לבין הבסיס המוסרי של סודות מסחריים. עם זאת, אותו בסיס מוסרי לא היה איתן דיו להשפיע ולו על אחד מן המשתנים המדידים האחרים, דבר העשוי להצביע לדעתי על אפיונה של תיאוריית העבודה, על מגבלותיה, ככזו אשר נוגעת במוסר אך אינה מביאה כשלעצמה לידי שינוי בתפיסת הגורמה או בתפיסת ההתנהגות הרצויה.

תרשים 1: ההוגנות הנתפסת של חוק הסודות המסחריים (1=הוגן, 10=לא הוגן) בקרב שש הקבוצות במחקר



119 עם זאת, ראו את הדיון להלן ביחס להיבטים פסיכולוגיים של בעלות, בעיקר בכל הנוגע לקשר שבין השקעה ותפיסת בעלות.

120 $p < .05$. לקראת סוף השאלון נשאלו העובדים לגבי תפיסתם הכללית ביחס להוגנות של חוק הסודות המסחריים.

פרק ד: סיכום ומסקנות

המאמר עסק בשני היבטים של המידע המוגדר כסוד מסחרי – האופן שבו המידע נשמר (מוחשיות המידע) וזהות מפתחו. הרלוונטיות של ממדים אלה לעמדותיהם של עובדים כלפי שימוש בסודות מסחריים נבחנה במחקר האמפירי שתואר לעיל.

ביחס לשאלת זהות היוצר הצגתי טענה כי אף שבדין הנוהג אין על-פי-רוב הבחנה של ממש בין סודות מסחריים שנלמדו על-ידי העובד לבין סודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד, קיים היגיון מסוים, הן מבחינה מוסרית והן מבחינת שיקולי יעילות, להבחין בין שני המושגים. עם זאת הצבעתי על קשיים אחדים שיש לתת להם את הדעת בטרם נטען לצורך בדה-רגולציה של השימוש במידע סודי שפותח על-ידי עובדים שפרשו מחברה.

בכל הנוגע להתייחסות המשפטית לשימוש במידע השמור במוחו של העובד ולשימוש במידע המורד למחשבו של העובד, הראיתי כי קיימת הכרה משמעותית יותר של הדין הנוהג בהבדלים בין שני סוגי השימושים. נוסף על כך הראיתי כי קיימים שיקולים של ממש, הן מצד היעילות והן מצד המוסריות, לסבור כי להבדל מעין זה יש הצדקה נורמטיבית.

מתוצאות המחקר עולה בצורה ברורה וחד-משמעית כי כאשר מהנדסים נדרשים לחשוב על המושג "סוד מסחרי", הם מושפעים משאלת המוחשיות באופן משמעותי ומובהק. השפעה זו ניכרה גם בתפיסתם בנוגע לחוקיות הפעולה ובנוגע להוגנות של החוק. לעומת זה, שאלת זהותו של יוצר המידע הסודי השפיעה על הערכותיהם של הנבדקים רק לגבי מידת המוסריות של הפעולה, ובהתאמה גם לגבי מידת ההוגנות של החוק, ולא השפיעה על שאר הגורמים המדידים, ובכלל זה על תפיסתם לגבי חוקיות השימוש במידע הסודי.

על בסיס הממצאים האמפיריים הללו ניתן לטעון לשתית תפיסות נורמטיביות נוגדות. תפיסה נורמטיבית אחת היא כי על החוק להיות רגיש לאינטואיציות של עובדים ביחס למה שמצופה מהם.¹²¹ כאשר עובדים סבורים כי קיים הבדל בין שימוש במידע שאצור במוחם לבין שימוש במידע שנטלו באמצעים חיצוניים לגוף, על החוק להתאים את עצמו לאינטואיציה זו. הסיבה לכך היא שאם החוק לא יהיה רגיש לאינטואיציה זו, הוא יאבד הרבה מיכולתו לכוון התנהגות.¹²² גישה זו מצויה בכתביהם של מלומדים רבים מתחום המשפט והכלכלה, שטוענים כי על החוק להיות קשוב לנורמה החברתית כדי לזכות בציות. גישה זו מיוצגת בין היתר על-ידי Fuller, הגורס – למשל, בהקשר של רגולציה של יחסים הומוסקסואליים¹²³ – כי על המחוקק לנסות למנוע מצב שבו החוק ייתפס

121 לביקורת על הישענות על הסכמה כבסיס לאיסור שימוש בסודות מסחריים, ראו דויטש, לעיל הערה 13, בעמ' 299.

122 ראו: John M. Darley, Kevin M. Carlsmith & Paul Robinson "The Ex Ante Function of the Criminal Law" 35 *L. & Soc. Rev.* (2001) 165

123 ראו: Leon Fuller *The Morality of Law* (New York, 1964) 79.

כבלת-יניתן לציות, ועל-כן עליו להתאימו לנורמה הרווחת בציבור.¹²⁴ גם מבחינת ההוגנות, כפי שהראיתי בתרשים 1, כאשר התחזור לעובדים כי חוק הסודות המסחריים מצפה שהם לא ישתמשו במידע שהם עצמם פיתחו, הידרדרה הערכתם ביחס להוגנות החוק בכללותו. לעומת זה, עובדים שנאמר להם כי הציפייה הגלומה בחוק היא שלא ישתמשו בסודות שהורדו למחשבם האישי הפגינו הערכה גבוהה יותר לגבי ההוגנות של החוק. מכאן שאף אם אנו סוברים, למשל, כי יעיל יותר לאסור באמצעות החוק גם שימוש בסודות מסחריים שהעובד פיתח ושינן, אנו עלולים לפגום בתפיסת ההוגנות של החוק,¹²⁵ ובכך להפכו בטווח הארוך לחוק לא-אפקטיבי.¹²⁶ דהיינו, על-פי גישה זו, שיקולי המוסר מייצרים סוג חדש של שיקול יעילות – האפקטיביות של החוק. במצב שבו קיים פער בין מה שעובדים מגדירים כמוסרי לבין מה שהחוק קובע עלולה להיווצר עלות חברתית מכך שהחוק נתפס כלא-הוגן ומתקשה לפיכך לכוון את התנהגותם של העובדים, אפילו ברמות שבהן ברור כי ראוי מפאת שיקולי יעילות שהמידע הסודי יישאר בידי החברה שייצרה אותו. במובן זה, חוק האוסר שימוש בסודות מסחריים שהורדו למחשבו של העובד אכן נעשה אפקטיבי יותר, ולפיכך עשוי להישאר גורם רלוונטי כמכונן התנהגות; אולם חוק האוסר שימוש בסודות מסחריים שפותחו על-ידי העובד נעשה אפקטיבי פחות, ועלול ליהפך על-כן לרלוונטי פחות כמכונן התנהגות.

מעבר להשפעה של שיקולי המוסר וההוגנות, נראה כי ההבדלים האמפיריים הרחבים כל-כך הנובעים ממוחשיות המידע רלוונטיים לדין הרצוי גם במישור של שיקולי היעילות שנותחו בחלק התיאורטי. מן הממצאים עולה כי למוחשיות המידע הייתה השפעה הן על תפיסת אי-החוקיות, הן על תפיסת המחיר החברתי והן על תפיסת הנורמה החברתית. עובדה זו מצביעה על כך שמצב שבו גם מידע שמשונון בראשו של העובד עשוי להיתפס כסוד מסחרי יגדיל בהרבה את עלויות האכיפה של המעביד, שיאלץ למלא באמצעות החוק את החללים החברתיים, הטכנולוגיים והאינטואיטיביים. מעבר לכך, מצב כזה עלול להגדיל גם את הפגיעה בהון האנושי בשל מה שנראה כהבנה מעורפלת של העובדים ביחס לאיסור השימוש בסודות מסחריים שמצויים בראשם. ככל שעובדים מבינים פחות את איסור השימוש בסודות מסחריים המצויים בראשם, החשש הוא לא רק שהם יפרו את החוק פעמים

124 ראו בהקשר זה גם: Jerome H. Skolnick "Coercion to Virtue: The Enforcement of Morals" 41 *S. Cal. L. Rev.* (1968) 590, 626. הדן בחוסר היכולת של החוק לפקח על שימוש באלכוהול ובמריחואנה.

125 ראו: Lee V. Hamilton & Steve Rytina "Social Consensus on Norms of Justice: Should the Punishment Fit the Crime?" 85 *Am. J. Soc'y* (1980) 1117; Steven Shavell & Michell A. Polinsky "The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy" 2 *Am. L. & Econ. Rev.* (2000) 223; Kip W. Viscusi "The Impact of Occupational Safety and Health Regulation" 10 *The Bell J. Econ.* (1979) 117.

126 לדיון נוסף בנקודה זו, ראו: Feldman, "Normative Failure", *supra* note 4.

רבות יותר, אלא גם להפך – שהם יימנעו מלחלוק מידע שמצוי בראשם ואשר מהווה חלק מכישוריהם משום שיסברו בטעות כי גם מידע מעין זה אסור בשימוש על-פי החוק. עובדה זו מודגמת גם בפסקי-דין בארצות-הברית ובמדינות נוספות, שעשו זיהוי, מפורש או משתמע,¹²⁷ בין מצב-הצבירה של הסוד לבין היותו או אי-היותו חלק מכישוריו של העובד. לפיכך ניתן אולי לטעון כי הניתוח והממצאים מצביעים על כך שהדין הרצוי ראוי שיבחין בין סודות מסחריים ששוננו בראשו של העובד לבין סודות מסחריים שנלקחו באמצעים חיצוניים לעובד.

מאידך גיסא, ועל-אף האמור לעיל, הממצאים שהוצגו במאמר זה עשויים להוביל לכיוון חשיבה הפוך בתכלית, שלפיו כל עוד החוק יעיל על-פי גישות של כלכלת מידע, יש לו חשיבות מיוחדת דווקא בנקודות שבהן קיים פער בינו לבין האינטואיציה. לפי גישה זו, ניתן לקבוע, למשל, כי יש הצדקה גדולה יותר להגנה משפטית דווקא נגד שימוש במידע משונן מאשר נגד שימוש במידע שהורד למחשבו האישי של העובד. זאת, משום שאין בנמצא מערכת שליטה חברתית המסוגלת לפקח בצורה אפקטיבית על זליגת מידע ששונן בראשו של העובד הפורש. בעיית השליטה החברתית קשורה לקושי בהבחנה בין המיומנויות המקצועיות של העובד לבין המידע הסודי שהוא נטל עימו ממקום עבודתו הקודם, וכן לנורמה החברתית העמומה ביחס לשימוש במידע זה. טיעון דומה ניתן להעלות מן הזווית הטכנולוגית, שכן חברה יכולה עקרונית להגביל העתקת מידע ולעקוב אחר מידע שנלקח באופן מגנטי, אך היא אינה יכולה לעקוב אחר מידע ששונן ונשמר בראשם של העובדים.¹²⁸

מעבר לכך, במקום אחר¹²⁹ הראיתי, בצורה ניסויית מבוקרת, כי החוק מסוגל לשנות את הערכותיהם המוסריות של העובדים ואת תפיסתם ביחס לנורמות החברתיות הנהוגות הקשורות לחשיפה של מידע. לכן, לכאורה, מאחר שהחוק יכול להשפיע על ההערכות של העובדים בקשר למוסריות הפעולה ולמקובלותה בקרב ציבור העובדים, ניתן לטעון כי לפחות בטווח הקצר עליו לעשות שימוש ביכולתו זו לעצב התנהגות עובדים בצורה יעילה, ולא להתאים את עצמו לאינטואיציה הבסיסית של העובדים. כך, למשל, אם נסבור כי מפרספקטיבה של יעילות מצרפית ההבחנה בין מידע ששונן למידע שהורד למחשבו האישי של העובד אינה מבוססת, אזי עלינו לייצר מדיניות משפטית שלא רק לא תבחין בין סוגי המידע הללו, אלא אף תסייע למעביד ביתר שאת בהגנה על מידע מן הסוג הראשון, שכן אין כאמור מערכת שליטה חברתית או טכנולוגית שתוכל להחליפו.

לנוכח העובדה שמדובר במחקר ראשוני, אין ברצוני לקבוע בשלב זה בצורה פסקנית מה צריך להיות הדין הרצוי. מטרתי במחקר זה הייתה להצביע על היתרון הטמון בנקיטת גישה התנהגותית – תוך שימוש במתודולוגיה של מחקר ניסויי – לגבי הניתוח התיאורטי

127 עם זאת, ראו את ביקורתי על זיהוי זה לעיל בתת-פרק 22 ובתת-פרק 33.
128 עובדה זו עשויה להצביע על הכיוון ההפוך של הגדלת העלות החברתית כתוצאה מהרחבת ההגנה על סודות מסחריים למידע שמצוי בראשם של עובדים.

129 ראו: Feldman, "Expressive Law", *supra* note 4.

של סודות מסחריים. במובן זה יש חשיבות בעיניי לעצם העלאת השאלות ולהסטת תשומת-הלב של מייצר המדיניות המשפטית לגורמים שאינם מהווים על-פי-רוב חלק מסך השיקולים. ביקשתי להראות כי מחקר מסוג זה יכול להעשיר הן את הדיון בשיקולי יעילות והן את הדיון בשיקולי מוסר. העובדה שניתן לפרש ממצאים אלה באופנים שונים ואף מנוגדים, ולגזור מהם יותר מאשר מסקנה אופרטיבית אחת, אינה מהווה לטעמי חיסרון של הגישה עצמה, אלא של כמותו הדלה של המחקר האמפירי הקיים בסוגיה זו. אני תקווה כי מחקרים ניסויים עתידיים שיעסקו בסוגיה זו ישפרו את יכולתה של הגישה ההתנהגותית לתרום לשיח התיאורטי של סודות מסחריים.¹³⁰

פרק ה: נספח מתודולוגי

1. תוצאות

טבלה 1: ממוצעים וסטיות-תקן של הגורמים השונים שנמדדו, לפי שלוש הקבוצות של סוג המידע במדגם¹³¹

סוג המידע	כוונה לחלוק מידע	נכונות לשלם	נורמה תיאוריית	אישור חברתי	השפעה על קריירה
מידע נלמד ממוצע	5.7073	6.9259	6.5705	6.3436	6.1937
N	82	81	78	80	80
ס"ת ממוצע	3.0852	2.7227	2.6904	2.6393	2.1354
מידע שהורד ממוצע	4.0122	6.0926	5.2346	4.6402	5.2756
N	82	81	81	82	78
ס"ת	2.9250	3.0281	2.5716	2.5486	2.1406

130 להצעה למחקר עתידי שיבחן את הקשר בין תפיסת בעלות ומחויבות של עובדים לבין עמדותיהם באשר לשימוש בסודות מסחריים, ראו: Yuval Feldman "Confidential Know-How Sharing and Trade-Secrets Laws: Studying the Interaction between Legality, Social Norms and Justice among High-Tech Employees in Silicon Valley" available online through Proquest PhD Dissertations Database, <http://www.proquest.com/umi/dissertations>.

131 מכיוון שכבר דנתי במקום אחר באינטראקציה בין סוג המידע לבין ידיעת החוק (Feldman, "Expressive Law", *supra* note 4), השווייתי כאן את הממוצעים של הגורמים הנמדדים מבלי לשלוט בהשפעה של ידיעת החוק.

(המשך)

סוג המידע	חוזת פסיכולוגי משפטיות	עלויות נורמה מוסרית	הוגנות החוק	ציות לחוק
מידע שפותח ממוצע	6.2073	6.5633	7.0926	6.6859
N	82	79	81	78
ס"ת	2.7431	2.5985	2.4059	1.9409
סה"כ ממוצע	5.3089	6.5270	6.2958	6.0530
N	246	241	119	236
ס"ת	3.0576	2.8000	2.6654	2.1468
מידע נלמד ממוצע	4.8750	3.2826	5.1688	5.3462
N	80	46	79	78
ס"ת	2.6404	2.0512	2.7688	1.8989
מידע שהורד ממוצע	6.5127	3.7179	4.0576	4.4595
N	79	39	81	74
ס"ת	2.2744	2.1051	2.5619	1.9998
מידע שפותח ממוצע	4.7278	3.8971	5.9156	4.9680
N	79	34	79	73
ס"ת	2.3022	2.4051	2.4258	1.5871
סה"כ ממוצע	5.3697	3.6008	5.0391	4.9319
N	238	240	239	225
ס"ת	2.5350	2.1722	2.6899	1.8672

על-מנת לבדוק אם ההבדלים הקיימים בין הקבוצות מובהקים סטטיסטית, עלינו לערוך ניתוח שיבחן אילו גורמים מדידים מושפעים מזהות היוצר וממוחשיות המידע. מאחר שהגורמים הללו תופעלו באמצעות תרחישים, חשוב לשלוט באפשרות שהנבדקים לא הבינו היטב את התרחיש. לצורך כך הוספו בסוף השאלון כמה שאלות לבדיקת המניפולציה, שבחנו אם הנבדקים קראו היטב את התרחישים. אכן, הסתבר כי אחוז קטן מן הנבדקים לא ענו כלל או לא ענו נכונה על השאלות לבדיקת המניפולציה. כדי לשלב את הבדיקה בניתוח הסטטיסטי יצרתי שני משתני-דמה (dummy codes), שבאמצעותם הבטחתי כי ההשוואה נעשתה רק ביחס לעובדים שהבינו כהלכה את התרחיש ואת סוג המידע המתואר בו. בקבוצה שקיבלה תרחיש שתיאר מידע שפותח על-ידי העובד יצרתי ערך של 1 לנבדקים שאכן סברו כי המידע פותח, ובשתי הקבוצות האחרות, שקיבלו תרחיש שתיאר מידע שנלמד על-ידי העובד, יצרתי ערך של 0 לנבדקים שאכן חשבו כי המידע נלמד על-ידי העובד. הוצאתי מן הניתוח את אלה מקבוצת "המידע שפותח" שחשבו כי המידע

לא פותח על-ידי העובד, ואת אלה משתי הקבוצות האחרות שחשבו כי המידע פותח על-ידי העובד.¹³² פרוצדורה דומה נערכה ביחס למוחשיות המידע.¹³³

טבלה 2: רגרסיה מרובה – ההשפעה של זהות היוצר ושל מוחשיות המידע על עמדות העובדים (מקדמי Beta)

משתנה-דמה	משתנה תלוי	Beta	מובהקות (דו-כיוונית)
הורד (ולא שונן)	כוונה לחלוק מידע	-.284	.003
פותר (ולא נלמד)		.155	.100
הורד (ולא שונן)	נכונות לשלם	-.169	.097
פותר (ולא נלמד)		-.082	.417
הורד (ולא שונן)	נורמה תיאורית	-.263	.007
פותר (ולא נלמד)		.102	.290
הורד (ולא שונן)	אישור חברתי	-.356	.000
פותר (ולא נלמד)		.052	.585
הורד (ולא שונן)	השפעה על הקריירה	-.228	.022
פותר (ולא נלמד)		.094	.338
הורד (ולא שונן)	חווה פסיכולוגי	.304	.002
פותר (ולא נלמד)		-.068	.479
הורד (ולא שונן)	עלויות משפטיות	.189	.169
פותר (ולא נלמד)		.195	.155
הורד (ולא שונן)	נורמה מוסרית	-.208	.028

132 התפלגות המשתתפים:

סוג המשתתף	מספר	אחוז
"לומד" (0)	103	39.6
"מפתח" (1)	49	18.8
הוצא מחוץ לניתוח	108	41.5
סה"כ	260	100.0

133 התפלגות המשתתפים:

סוג המשתתף	מספר	אחוז
"משנן" (0)	130	50.0
"מוריד לחומרה" (1)	66	25.4
הוצא מחוץ לניתוח	64	24.6
סה"כ	260	100.0

(המשך)

משתנה דמה	משתנה תלוי	Beta	מובהקות (דר-כיוונית)
פותר (ולא נלמד)		.233	.014
הורד (ולא שונן)	הוגנות החוק	-.306	.002
פותר (ולא נלמד)		.008	.933
הורד (ולא שונן)	ציות לחוק	-.302	.003
פותר (ולא נלמד)		-.157	.115

2. המדגם

הנבדקים לא נבחרו באופן אקראי, אלא אותרו באמצעות גישת כדור-השלג.¹³⁴ מתוך 260 המשתתפים, כ-110 היו סטודנטים או עמיתים של סטודנטים בתוכנית הערב לתואר שני בבית-הספר למנהל עסקים באוניברסיטה גדולה באיזור מפרץ סן-פרנסיסקו. 25 משתתפים היו סטודנטים לתואר ראשון בבית-הספר לניהול מידע ומערכות באותה אוניברסיטה. בשני בתי-הספר פניתי גם לתלמידים שיש להם ניסיון בעבודה בעמק הסיליקון (אחוז ההיענות בקבוצה זו היה 65%), וכך הצטרפו למדגם 85 משתתפים מעשר חברות קטנות עד בינוניות ומשלוש חברות גדולות מאוד (אחוז ההיענות לגבי השאלון בכתב היה כ-45%, ולגבי השאלון באינטרנט¹³⁵ - 10%). 40 משתתפים אחרים הגיעו משני איגודים של מפתחי תוכנה באיזור (אחוז ההיענות בקבוצה זו היה כ-7%).¹³⁶

134 עם זאת, הקצאת הנבדקים לקבוצות-הניסוי הייתה אקראית.

135 מכיוון שהשאלון בכתב והשאלון באינטרנט הוצעו לאוכלוסיות שונות, ומאחר שהיה ביניהן הפרש גדול באחוזי ההיענות, חיוני לבחון אם יש השלכות להבדל בין האוכלוסיות. לכן ערכתי פרוצדורה סטטיסטית שבה משתני-הדמה מתחשבים באופן איסוף המידע (בכתב או באינטרנט). נוסף על כך ערכתי ניתוח שונות מסוג נוסף (Mancova). שום משתנה נמדד לא הושפע באופן משמעותי מאופן איסוף המידע. עם זאת נמצאו הבדלים אחדים בנתונים הדמוגרפיים בין קבוצת העונים על השאלון האינטרנט לבין קבוצת העונים על השאלון בכתב. הגיל, מספר שנות הניסיון ומספר שנות העבודה בעמק הסיליקון היו גבוהים יותר בקרב העונים על השאלון באינטרנט. אולם הפרוצדורה של Anova הראתה כי תרומתם העצמאית של הנתונים הדמוגרפיים הללו אינה משמעותית. לפיכך היה זה אך הגיוני לחבר את שתי האוכלוסיות הללו לקבוצה אחת.

136 אחוזי ההיענות במקרה זה הינו הערכה המבוססת על מספר המשתמשים הפעילים שהיו ברשימות התפוצה.

(א) הנתונים הדמוגרפיים של המשתתפים¹³⁷

1. גיל¹³⁸ - ממוצע הגיל עמד על 34 שנים. הגיל השכיח היה 31.5. טווח הגילים היה מ-21 עד 71.
2. מין - 75% מהמשתתפים היו גברים ו-25% נשים. בהתחשב בדומיננטיות של המין הגברי במקצועות ההייטק, חוסר האיזון במשתתפים תואם את אוכלוסיית המחקר.
3. מעמד תעסוקתי - 85% מן הנבדקים היו מועסקים בעת השתתפותם במחקר. קבוצת הלא-מועסקים הורכבה ברובה מסטודנטים שהשלימו באותה עת תואר שני במערכות מידע באוניברסיטה ציבורית גדולה באיזור מפרץ סן-פרנסיסקו. משתתפים אלה התבקשו להתייחס למקום עבודתם האחרון. באופן מפתיע, תשובותיהם של הסטודנטים לא היו שונות באופן מהותי מתשובותיהם של שאר המשתתפים במחקר. יש לציין כי במסגרת מחקר זה לא בדקתי את האופן שבו עזבו המשתתפים את מקום עבודתם. עם זאת, נראה כי זהו גורם שיש להתייחס אליו במחקרים עתידיים, היות שהגיוני להניח כי עובד שפוטר ממקום עבודתו הקודם יגלה רמת מחויבות נמוכה יותר ביחס למידע סודי בהשוואה לעובד שעזב את מקום עבודתו הקודם מרצונו החופשי.
4. קביעות במקום העבודה - ממוצע הקביעות של המשתתפים במקום עבודתם היה 4 שנים, והקביעות השכיחה הייתה 3 שנים. תקופת הקביעות הקצרה ביותר הייתה של חודש, והארוכה ביותר - 28 שנים. מספרים אלה הינם טיפוסיים לתקופת הקביעות בעבודה בכלל ובתעשיית ההייטק בפרט.¹³⁹

137 סוג המידע וזמינות הידיעה לגבי אי-החוקיות הצליחו לחזות אותן עובדות גם כאשר הופעלה בקרה על גורמים כגון דמוגרפיה והיסטוריית עבודה. נוסף על כך, מבחן chi square הראה כי אף לא אחד מן ההבדלים הדמוגרפיים בין קבוצת-המחקר היה מובהק. דהיינו, ניתן לקבוע כי לגבי כל אחד מהגורמים הדמוגרפיים נרשמה התפלגות אחידה פחות או יותר בכל הקבוצות, כמצופה בהתחשב באקראיות החלוקה של הגרסות השונות של התרחישים. ההבדל היחיד שנמצא היה קשור למספר החברות שהעובדים עבדו בהן בעברם: נמצא כי המשתתפים בקבוצת "המידע שהורד" היו בעברם במקומות עבודה רבים יותר בממוצע. ממצא זה עשוי להציע כי השפעת סוג המידע "זוהמה" על-ידי ההשפעה הלא-מבוקרת של גורם זה. ניתוח Ancova מראה, עם זאת, שגם כאשר שולטים בהבדל זה, סוג המידע ממשיך בהשפעתו. יתרה מזו, מספר המעבידים הקודמים נמצא לא-משמעותי, בעוד שסוג המידע הוכח כמשמעותי. כפוף להערות אלה, אין מקום להצגת ההבדלים הדמוגרפיים במסגרת הצגת הנתונים.

138 יש לציין כי בכל אחת מהקטגוריות הדמוגרפיות בין 25 ב-40 משתתפים לא הגיבו (ערכים חסרים).

139 ראו: Katherine V.W. Stone "The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law" 48 *UCLA L. Rev.* (2001) 519.

5. מספר המעסיקים הקודמים - מספר המעסיקים הקודמים הממוצע היה 3.6. מספרם נע בין 1 ל-20, והמספר השכיח היה 3.
6. ותק בעמק הסיליקון - משך הזמן הממוצע של העובדים בעמק הסיליקון עמד על 10 שנים, ומשך הזמן השכיח עמד על 6 שנים. הפער בין הערך הממוצע לערך השכיח קשור לעובדה שבמחקר השתתפו גם נבדקים שנולדו בעמק, ואותם נבדקים ענו אותה תשובה ביחס לגילם וביחס לנסיון העבודה שלהם בעמק הסיליקון (לדוגמה, אדם בן 56 ציין כי יש לו ותק של 56 שנים בעמק הסיליקון).
7. סוג התפקיד בחברה - התפלגות המשתתפים לפי תפקידם מוצגת בטבלה 3. תפקיד שצוין על-ידי פחות מ-1% מהנבדקים הושמט מן הטבלה.

טבלה 3: התפלגות הנבדקים לפי התפקיד

סוג התפקיד	אחוז (valid)
יועץ	5.1
דירקטור	7.9
מהנדס תוכנה	12.5
מהנדס עיבוד	1.4
מנהל	6.0
הנדסת תעשייה וניהול	3.2
ניהול פיתוח עסקי	5.1
מנהל מוצר	5.6
סגן נשיא לפיתוח טכנולוגי	2.3
סגן נשיא	2.8
מנהל פרויקט	25.0
מנתח פיננסי	4.6
מהנדס	13.0
מנהל שיווק	2.3

8. תעשייה - התפלגות המשתתפים לפי סוג התעשייה שבה הם עובדים מוצגת בטבלה 4. תעשייה שאוזכרה על-ידי פחות מ-1% מהמשתתפים הושמטה מהטבלה.

טבלה 4: התפלגות הנבדקים לפי סוג התעשייה

סוג התפקיד	אחוז (valid)
שירותים מקצועיים	9.1
ייצור	4.5
אינטרנט	3.6
ביו-טכנולוגיה	4.1
ייעוץ	10.0
רשתות	4.5
מוליכים למחצה	11.8
חומרה	13.6
תוכנה	33.6
טכנולוגיית מידע	4.1

3. נוסח השאלונים

Please answer all questions bellow. Do note that I am interested in your **best estimation** – you are not expected to know the answers to all the questions (especially in regard to the behavior of others).

In your estimation, what proportion of Silicon Valley employees share with their current employers confidential "know-how" information that they were exposed to earlier in their career?

0–10% 10–20 20–30 30–40 40–50 50–60 60–70 70–80 80–90 90–100%

How likely is a typical Silicon Valley employee to share with her current employer confidential "know-how" information that she was exposed to earlier in her career?

Unlikely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Likely = 10

How frequently do you hear about people who share with their current employers confidential "know-how" information that they were exposed to earlier in their career?

Rarely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Frequently = 10

כדי להימנע מחזרה על שישה שאלונים מלאים, אציג להלן את הטקסט של ששת התרחישים שחלקו לקבוצות המחקר השונות, ובסופם אציג שאלון אחד לדוגמה.

(א) קבוצה ראשונה: אי-החוקיות זמינה – העובד למד את המידע מן המעביד והורידו למחשבו האישי

Assume the following scenario: Amanda is an engineer in company X (located in Silicon Valley), to which she moved from company Y three months ago. In her current company she designs a system very similar to the one she worked on in her previous company. Amanda knows that the suggested process that her current company is expecting her team to pursue is much less efficient than the confidential and uniquely designed methodology ("know-how") that *she had learned from her previous employer*. Amanda remembered that, in fact, *she had downloaded files describing the above-mentioned methodology to her personal laptop*.

Amanda decided to use her previous employer's more efficient confidential methodology, that she had downloaded to her personal computer, in order to improve the quality of the system in her current company.

According to The Uniform Trade Secrets Act, "know-how" information that is kept in confidentiality and has economic value should not be disclosed to people outside the firm. According to trade-secrets law this methodology should not be disclosed without the permission of her previous employer.

In light of the knowledge you now have about the practices in your own company, please answer the following questions.

(ב) קבוצה שנייה: אי-החוקיות זמינה – העובד פיתח את המידע בעצמו וזכר אותו

Assume the following scenario: Amanda is an engineer in company X (located in Silicon Valley), to which she moved from company Y three months ago. In her current company she is designing a system very similar to the one she worked on in her previous company. Amanda knows that the suggested process that her current company is expecting her team to pursue is much less efficient than the confidential and uniquely designed methodology ("know-how") that *she had a part in developing in her previous company*.

Amanda has decided to use her previous employer's more efficient confidential methodology that she had a part in developing in order to improve the quality of the system in her current company. She has *not taken any written or compiled material* with her.

According to Uniform Trade Secrets Act, "know-how" information that is kept in confidentiality and has economic value should not be disclosed to people outside the firm. As opposed to what you might think, the fact that she has *not*

taken any written or compiled material with her and that she has developed the methodology herself is not relevant to the trade-secret laws. According to trade-secrets law this methodology should not be disclosed without the permission of her previous employer.

In light of the knowledge you now have about the practices in your own company, please answer the following questions.

(ג) קבוצה שלישית: אי-החוקיות זמינה - העובד למד את המידע מן המעביד וזכר אותו

Assume the following scenario: Amanda is an engineer in company X (located in Silicon Valley), to which she moved from company Y three months ago. In her current company she is designing a system very similar to the one she worked on in her previous company. Amanda knows that the suggested process that her current company is expecting her team to pursue is much less efficient than the confidential and uniquely designed methodology ("know-how") that *she had learned from her previous employer.*

Amanda has decided to use her previous employer's more efficient confidential methodology in order to improve the quality of the system in her current company.

According to The Uniform Trade Secrets Act, "know-how" information that is kept in confidentiality and has economic value, should not be disclosed to people outside the firm. As opposed to what you might think, the fact that she has *not taken any written or compiled material with her* is not relevant to the trade-secret laws. According to trade-secrets law this methodology should not be disclosed without the permission of her previous employer.

In light of the knowledge you now have about the practices in your own company, please answer the following questions.

(ד) קבוצה רביעית: אי-החוקיות אינה זמינה - העובד למד את המידע מן המעביד והורידו למחשבו האישי

Assume the following scenario: Amanda is an engineer in company X (located in Silicon Valley), to which she moved from company Y three months ago. In her current company she designs a system very similar to the one she worked on in her previous company. Amanda knows that the suggested process that her current company is expecting her team to pursue is much less efficient than the confidential and uniquely designed methodology ("know-how") that *she had*

learned from her previous employer. Amanda remembered that, in fact, she had downloaded files describing the above-mentioned methodology to her personal laptop.

Amanda decided to use her previous employer's more efficient confidential methodology, that she had downloaded to her personal computer, in order to improve the quality of the system in her current company.

In light of the knowledge you now have about the practices in your own company, please answer the following questions.

(ה) קבוצה חמישית: אי-החוקיות אינה זמינה - העובד פיתח את המידע בעצמו וזכר אותו

Assume the following scenario: Amanda is an engineer in company X (located in Silicon Valley), to which she moved from company Y three months ago. In her current company she is designing a system very similar to the one she worked on in her previous company. Amanda knows that the suggested process that her current company is expecting her team to pursue is much less efficient than the confidential and uniquely designed methodology ("know-how") that *she had a part in developing in her previous company.*

Amanda has decided to use her previous employer's more efficient confidential methodology that she had a part in developing in order to improve the quality of the system in her current company. She has **not** taken *any written or compiled material with her.*

In light of the knowledge you now have about the practices in your own company, please answer the following questions.

(ו) קבוצה שישית: אי-החוקיות אינה זמינה - העובד למד את המידע מן המעביד וזכר אותו

Assume the following scenario: Amanda is an engineer in company X (located in Silicon Valley), to which she moved from company Y three months ago. In her current company she is designing a system very similar to the one she worked on in her previous company. Amanda knows that the suggested process that her current company is expecting her team to pursue is much less efficient than the confidential and uniquely designed methodology ("know-how") that *she had learned from her previous employer.*

Amanda has decided to use her previous employer's more efficient confidential methodology in order to improve the quality of the system in her current

company. She has **not** taken *any written or compiled material with her*.

In light of the knowledge you now have about the practices in your own company, please answer the following questions.

Descriptive norms

What proportion of Silicon Valley **employees** would have behaved like Amanda?

0–10% 10–20 20–30 30–40 40–50 50–60 60–70 70–80 80–90 90–100%

What proportion of **co-workers** in your **current company** would have behaved like Amanda?

0–10% 10–20 20–30 30–40 40–50 50–60 60–70 70–80 80–90 90–100%

Intention

How likely are you to behave as Amanda did if you were in her shoes?

Unlikely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Likely =10

Willingness to pay

Assume you were looking for a job, and that many positions that you found were very likely to present the same dilemmas Amanda faced. How likely would you be to delay your employment for a month to avoid working in such companies?

Likely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Unlikely =10

Assume you were looking for a job and that many positions you found were very likely to present similar dilemmas to those faced by Amanda. How likely would you be to give up an average salary increase of \$5000 a year to avoid working in such a company?

Likely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Unlikely =10

Injunctive norms

(note: the text below "had a part in developing" is for the developed condition. For the download condition, read "have downloaded to your computer"; for the learned condition read "have learned about...")

How likely is it that your fellow **co-workers** in your **current company** would approve of a situation in which you improve the production of the new system based on the confidential "know-how" information you had a part in developing in your previous company?

Unlikely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Likely =10

How likely is it that your **current employer** would approve of a situation in which you improve the production of the new system based on the confidential "know-how" information you had a part in developing in previous companies?

Unlikely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Likely =10

How likely is it that your previous employer would approve of a situation in which you improve the development of the new system based on the confidential information you had a part in developing while working in her company?

Unlikely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Likely =10

Intention

How likely are you to share the information in this scenario?

Unlikely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Likely =10

Career effect

In this scenario, if Amanda decided to use the methodology she had a part in developing, would you expect such an incident to have a positive or a negative effect on her career?

Negative = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Positive =10

Do you think that **willingness** to disclose confidential "know-how" information of her previous employer will increase or decrease her chances to get hired?

Increase = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Decrease =10

Do you think that **refusal** to disclose confidential "know-how" information of her previous employer will increase or decrease her chances to get hired?

Increase = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Decrease =10

Moral norm

Regarding the previous scenario, assuming you would disclose the information as Amanda did, do you agree with the following statements?

I will not feel guilty if I use confidential "know-how" information that I had a part in developing in order to improve the development of my current employer's new product.

Agree = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Disagree =10

Using confidential "know-how" information that I had a part in developing to improve the development of my current employer's new product goes against my moral principles.

Agree = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Disagree =10

It would be morally wrong for me to use confidential "know-how" information I had a part in developing to improve the development of my current employer's new product.

Agree = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Disagree =10

Psychological contract

Do you think that a typical Silicon Valley employer expects that her employees will use in the future some of the firm's confidential "know-how" information, that they had a part in developing?

Certainly = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Certainly not =10

Do you think that part of a typical Silicon Valley employee's expectation of her employer is the permission to use some of the firm's confidential "know-how" information that she had a part in developing?

Certainly = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Certainly not =10

Acceptability of the law

If you had to guess, what percentage of the employees in Silicon Valley violated trade-secret legal restrictions during their careers?

0-10% 10-20 20-30 30-40 40-50 50-60 60-70 70-80 80-90 90-100%

How likely is a typical Silicon Valley employee to violate trade-secret laws when joining a new company?

Likely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Unlikely = 10

How frequently do you hear about people who have violated trade secrets when joining a new company?

Rarely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Frequently =10

Fairness of the law

Overall, how fair are the laws of trade secrets from the perspective of employees?

Fair = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Unfair =10

Overall, how fair is it for an employer to sue his previous employee for violation of trade-secret laws?

Fair = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Unfair =10

Do you think that trade-secret laws are legitimate from a social perspective?

Legitimate = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Not legitimate =10

Certainty

How certain are you about the types of information that you are legally allowed to take with you to your next job?

Certain = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Uncertain =10

Do you find the legal definition of trade-secrets to be clear?

Clear = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Unclear =10

Legal knowledge

In which of the following activities is a departing employee legally allowed to engage when joining a competing firm?

Using confidential information she has downloaded to the personal computer. (Legal/illegal/not sure)

Programming in Java, when she learned to program while working for her former employer. (Legal/illegal/not sure)

Using confidential information as long as she doesn't take any thing tangible with her. (Legal/illegal/not sure)

Using confidential information as long as she doesn't work for a competitor of her previous employer. (Legal/illegal/not sure)

Demographic Questions:

Age _____

Job title (e.g. Project Manager) _____

Are you currently employed? (Yes/No)

Are you a full time student? (Yes/No)

For how many years have you worked in your current company? _____

By how many firms have you been employed in your career? _____

When did you first arrive in the Bay Area? _____

Gender (F / M)

What type of Industry do you work for? (e.g. manufacturing, software)

In the scenario you have just read:

Was the use of information by Amanda legally permitted? (Yes/No)

Was the methodology used by Amanda developed by her? (Yes/No)

Was the methodology used by Amanda downloaded to her computer?
(Yes/No)

The following two questions were asked only for the three "legal" sub-groups:

In this scenario, how likely is Amanda's previous employer to sue her for violating trade-secret laws?

Unlikely = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Likely =10

In your estimation, how many of the people who violate trade secrets in a similar way to Amanda will eventually be sued?

Few = 1 2 3 4 5 6 7 8 9 Many =10

4. יצירת הפקטורים

(א) סקלת אלפא

טבלה 5: סקלת אלפא לגורמים במחקר

גורם	מספר הפריטים	אלפא
כוונה לחלוק מידע ¹⁴⁰	2	.84
נורמה תיאורית	2	.93
אישור חברתי (החברה החדשה)	2 ¹⁴¹	.83
השפעה על הקריירה	2 ¹⁴²	.67
חוזה פסיכולוגי	2	.70
עלויות משפטיות	2	.81
נורמה מוסרית	3	.92
הוגנות החוק	3	.91
ציות לחוק	3	.66
ודאות	2	.70
הוגנות החוק באופן כללי	3	.80

(ב) ניתוח גורמים

מספר הגורמים במחקר מבוסס על התפיסה התיאורטית שקיימים גורמים שונים הדורשים טיפול נפרד ועצמאי, ולא על אמת-המידה של "Eigenvalues-greater-than-one". בעזרת תוכנת SPSS יצרתי מטריצה של שמונה גורמים. הגורמים "כוונה לחלוק מידע" ו"נכונות לשלם" לא נכללו במטריצה מכיוון שהם נבחרו להיות המשתנים העצמאיים ברוב המודלים. רק חמישה גורמים היו בעלי "Eigenvalues-greater-than-one": נורמה תיאורית, ציות לחוק, נורמה מוסרית, הגינות וחווה פסיכולוגי. עם זאת, עובדה זאת אינה יכולה להיחשב לבלתי-צפויה, לנוכח הקרבה התיאורטית בין נורמה תיאורית (שיעור העובדים שחושפים מידע סודי) לבין הציות לחוק (שיעור העובדים המפרים סודות מסחריים). לכן, עלי-סמך סקלת אלפא וניתוח הגורמים, ניתן לומר כי בחירת הגורמים הייתה מוצדקת סטטיסטית.

140 במודלים מסוימים נעשה שימוש בפריט אחד בלבד לגבי הגורם "כוונה לחלוק מידע".
 141 בתחילה היה פריט נוסף - אישור של המעביד הקודם. לנוכח הפער שנמצא בין האישור של המעביד הקודם לבין האישור של המעביד הנוכחי והעמיתים לעבודה, הוסר הפריט מהסקלה. לדיון בפער זה, ראו: Feldman, "Normative Failures", *supra* note 4.
 142 גורם "ההשפעה של חוסר ההסכמה לחשוף" הוסר מהסקלה עקב אי-התאמה לגורם (סקלת אלפא). דומה כי המשתתפים ראו את השפעת הסירוב לחשוף מידע כייחודית.

(ג) מגבלות פוטנציאליות

במחקר זה ניסיתי לבודד את כל הגורמים האפשריים העשויים להתערב בהשפעת המניפולציה הניסויית על התייחסותם של המשתתפים לשאלת הטיפול במידע. עם זאת, קיימות מגבלות אחדות שייתכן כי הקטינו את השפעת המניפולציה הניסויית.

ראשית, משתתפים שנאמר להם כי המידע פותח על-ידי העובד היו עשויים להסיק כי מדובר במידע חשוב יותר ומוחשי יותר ממשתתפים שנאמר להם כי המידע רק נלמד במהלך העבודה.

שנית, המשתתפים היו עשויים לחשוב כי ההוראה לעובדים לא להשתמש במידע שלמדו הינה כללית יותר, ולכן אפשר להתעלם ממנה. לעומת זה, לגבי מידע שפותח על-ידי העובד ניתן להבין כי מדובר באיסור ספציפי. כך, המשתתפים היו עשויים לחשוב כי עובד מסוגל לעבוד בעבודה דומה ללא התייחסות למידע שאותו פיתח, אולם אי-שימוש במידע נלמד עלול להקיף את כל היכולות והמיומנויות שלו, ולכן איסור שימוש במידע כזה נראה בלתי-סביר. בצורה עקיפה ובוהירות המרבית ניסיתי להגדיר בתרחישים את המידע, אך אסור להתעלם מההפרעות שאולי נוצרו בתפיסתם של המשתתפים את המידע.

שלישית, רוב המשתתפים למדו סודות מסחריים במהלך עבודתם, אך רק עובדים ספורים פיתחו למעשה מידע סודי בכוחות עצמם. ייתכן כי עקב דיסוננס קוגניטיבי, שפטו המשתתפים בחומרה רבה יותר עובדים שפיתחו את המידע מאשר עובדים שלמדו את המידע במהלך העבודה. לחלופין, על-פי מחקרים בפסיכולוגיה חברתית, ככל שההתנהגות שכיחה יותר, היא עשויה להתפס גם כמוסרית יותר.¹⁴³

רביעית, משתתפים היו עשויים לבלבל בין סודות מסחריים לבין דוקטרינות קניין רוחני של פטנטים וזכויות יוצרים. בלבול כזה יכול להיווצר משום שמדובר בחידושים של עובדים שעשויים להיחשב לזכויות יוצרים/פטנטים בהקשר של רישום ההמצאה וכולי. סביר פחות שדוקטרינות אלה ישפיעו על השיפוט החברתי של המידע הנלמד תוך כדי עבודה, מכיוון שבמידע כזה אין מקום לבלבול עם פטנטים או זכויות יוצרים.

Yuval Feldman "Measuring the Contribution of Fairness to Hi-Tech 143 ראו: Employees' Compliance to Trade Secrets Law: A Three-Fold Model of Normative .Control" (Working Paper)