

יצר המונח על מדף וירטואלי נרכש בלחיצת כפתור על-ידי תוכנה המשמשת כשלוח אלקטרוני - "סוכנה". אין המדובר במדע בדיוני, הטכנולוגיה כבר כאן. רק לאחרונה הכירה המערכת המשפטית בתוקפם של חוזים הנוצרים על-ידי הקשת מקלדת או עכבר (חוזי "הקש וקבל") וכבר היא נדרשת להתמודד עם האתגר הבא - האם הסוכנה יכולה להחליף את בני-האדם בסחר האלקטרוני. מאמר זה יעסוק בהתפתחות שהביאה להכרה משפטית בחוזי "הקש וקבל". בנוסף נציג את השאלות הסבוכות הקשורות בשימוש בסוכנה.

1. הסחר האלקטרוני

1.1 כללי

1.2 שיווק תוכנה באמצעות האינטרנט

1.3 הצורך בהגנה החוזית

2. מחוזי עטיפת צלופן לחוזי "הקש-וקבל"

2.1 הגדרתם והתפתחותם

2.2 הבעיות המשפטיות

2.3 כריתת החוזה - הדין האמריקאי

2.4 כריתת החוזה - הדין הישראלי

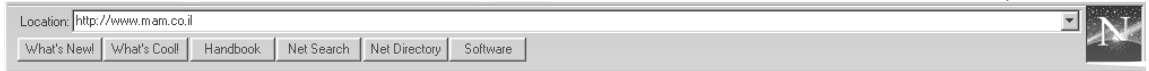
3. שליחות אלקטרונית

3.1 הגדרת הנושא

4. סיכום

* הכותבת היא עורכת-דין המייצגת חברות תוכנה וחברות היי-טק שונות.





1. הסחר האלקטרוני

1.1 כללי

נעשה בצורה אלקטרונית ומבלי להיזקק לאמצעים המסורתיים כגון עט ונייר, חתימה וכתב וכדו'. מטבע הדברים, מחדד הסחר האלקטרוני את השאלות שעורר ה-EDI שכן בניגוד ל-EDI פועל הסחר האלקטרוני ללא מסגרת משפטית מוסכמת מראש.

כפי שכבר צוין, הסחר האלקטרוני המתפתח מציב בפני עולם המשפט בעיות רבות:

האם ההתקשרות האלקטרונית נחשבת חוזה? האם הקובץ האלקטרוני הינו "כתב"? מהי "כשירותה המשפטית" של תוכנת מחשב המשמשת "שלוח אלקטרוני" לביצוע עסקאות? והאם היא "מוסמכת" על ידי "שולחה" להתקשר בחוזה?

במקרים בהם נדרשת חתימה על פי החוק - מהי החתימה האלקטרונית שתחליף את החתימה?

היכן נכרת החוזה? - במקום מושבו של הרוכש, שם הופיעו תנאי החוזה על צג המחשב שלו ושם לחץ על "אני מקבל" ובכך קיבל עליו את תנאי החוזה, או שמא במקום מושבו של היצרן/המשווק, שם התקבלו האישור וההסכמה?

מתי נכרת החוזה? - כשנשלח מסר אלקטרוני של "קיבול" ("acceptance") או כאשר התקבל מסר זה אצל אדם או תוכנה המשמשת כ"שלוח אלקטרוני"?

כיצד נתייחס לתקלות טכנולוגיות כגון "נפילת המערכת"?

שאלות אלה ועוד רבות אחרות² מעסיקות את עולם

ההתפתחות המואצת של רשת האינטרנט (להלן "הרשת" או "האינטרנט") ושל הטכנולוגיות העומדות בבסיסה הביאה לשינוי בפרקטיקות העסקיות ובדרך קשירתן של עסקאות. הרשת מאפשרת ביצוע עסקאות שלמות באופן אלקטרוני ובו זמני ללא כל קשר ממשי בין הצדדים עצמם. מטבע הדברים יצירת פרקטיקות עסקיות חדשות מולידה סימני שאלה ועולם המשפט נקרא לתת גיבוי משפטי לפרקטיקות החדשות המתפתחות: אם לדוגמה הטכנולוגיה מאפשרת מעבר ל"משרד ללא נייר" וללא חתימות חייב המשפט להכיר בכוחן הראייתי של הרשומות האלקטרוניות וב"חתימה האלקטרונית" ולקבוע את תוקפן באורח ברור שיאפשר יצירת וודאות משפטית.

השלב הראשון בהתפתחות הסחר האלקטרוני היה היווצרות ה-EDI-Electronic Data Interchange¹. היווצרות ה-EDI גם מדגימה היטב את שיתוף הפעולה בין העולם הטכנולוגי לעולם המשפט: לאחר שגופים עסקיים גדולים הפכו את קשרי העבודה ביניהם לאלקטרוניים, הם בקשו למסד קשרים אלו באמצעות יצירת הסכמי מסגרת לשיתוף פעולה עסקי ("trading partner agreements"). וכחלק מהם נוצר ה-EDI שהינו מעין תקן טכנולוגי להעברת אינפורמציה ו"מסמכים" (לרבות טפסים, הזמנות, תעודות משלוח וכדומה) בפורמט אלקטרוני (סטנדרטי) ממחשב למחשב. התפשטות ה-EDI נתנה תנופה להיווצרות ה"סחר האלקטרוני" היינו סחר לאומי ובינלאומי המתבצע רובו ולעתים כולו במדיה אלקטרונית בלבד. כיום, היקף גדל והולך של עסקאות

1 ראה J.P. Fischer, Computers as Agents: A Proposed Approach to Revised "U.C.C." Article 2, Indiana Vol 721 p.545 המחבר סוקר באופן מקיף את הטיפול המשפטי בנושא ה-EDI. ראה גם R. Nimmer "Electronic Contracting: Legal Issues, John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. 16 pp.211-246

2 יצירת העסקה דרך האינטרנט מעוררת שאלות רבות נוספות שביניהן: מהו הדין שיחול על העסקה? היכן נוצרה ההכנסה עבור היצרן/משווק וכיצד יקבעו שיעור המס והריבון הזכאי לגבות? פתרון רצוי לחלק מהשאלות נמצא (או נכון יותר לומר ימצא) בניסיון הבינלאומי לבצע האחדה (unification) של מערכות הדינים החלים בנושא זה באופן שייתר כליל את השאלות תלויות הטריטוריה. יחד עם זאת מאחר שהניסיון לבצע האחדה דינים טרם נשא פירות - חייב עולם המשפט למצוא מענה מיידי לשאלות אלו. ראה Nimmer שם.





התוכנה לכל רחבי תבל: הרוכש יכול לרכוש את התוכנה על ידי התחברות לאתר הבית (home page) של היצרן ו"הורדת" התוכנה (כולל מדריך למשתמש וכל אינפורמציה נלווית אחרת) והיצרן חוסך הוצאות אריזה, הדפסת מדריכים למשתמש, עלוני פרסום וכרטיסי רישום. לשיווק באמצעות האינטרנט יתרונות נוספים כגון הסרת מגבלות של הפרשי שעות, וביצוע עסקאות ללא פיקוח ומעורבות של בני אדם, על ידי תוכנה המשמשת "שלוח אלקטרוני" שתוכנתה והוזנה מראש בהוראות פעולה ומבצעת אותן באופן אוטומטי.

ואולם, יש גם מחיר לזמינות, לפשטות ההפעלה ולקלות הרכישה. האפשרויות הרבות שמעמידה הטכנולוגיה בידי המשתמש מערפלות את שאלת הבעלות בתוכנה ובתכנים הכלולים בה. כך לדוגמה היכולת לקפוץ מטקסט לטקסט באמצעות קישורי הטקסט (Hyperlinking) גורמים לכך שהכל נכלל בעצם באותו טקסט: מה שייך לי ומה לך? מה מותר "להוריד" לשימוש אישי בלבד ומה מותר למכור הלאה? וכדומה. כל אלה בהחלט עלולים להזמין, בבחינת "פרצה קוראת לגנב" שימוש בתוכנה ובתכניה, שלא על פי תנאי הרשיון המוענק למשתמש על ידי היצרן.³

1.3 הצורך בהגנה החוזית

כדי להתמודד עם הבעיות שתוארו לעיל, יצרני תוכנה לשיווק המוני נוהגים להסתמך על מרקחת של הגנות טכנולוגיות ומשפטיות במינון משתנה. מרקחת זו כוללת: (א) אמצעים טכנולוגיים המהווים חלק מן המוצר ומיועדים למנוע נסיונות לפריצת הקוד ו"לסמן" אותם, (ב) הגנת דיני הקניין הרוחני, ר(ג) הגנה אותה אמור

המשפט. לחלקן נתייחס בהמשך. ברשימה קצרה זו נעסוק בחוזים הנכרתים בדרך אלקטרונית ונתמקד בשיווק תוכנות מדף.³

1.2 שיווק תוכנה באמצעות האינטרנט

תוכנה הינה "קבוצת הוראות המובעת בשפה קריאת מחשב, המסוגלת לגרום לתפקוד של מחשב או לביצוע פעולה על ידי מחשב והיא מגולמת, מובעת או מסומנת במכשיר או בחפץ באמצעים אלקטרוניים, אלקטרומגנטיים, אלקטרוכימיים, אלקטרואופטיים או באמצעים אחרים או שהיא טבועה או אחידה עם המחשב באופן כלשהו או שהיא נפרדת ממנו, והכל אם אינה מיועדת לשימוש במחשב עזר בלבד".⁴ מדובר אם כן ב"יצירה אינטלקטואלית" המקובעת על אמצעי מוחשי כלשהו המשמש לה "כלי קיבול" וממנו מועברת אל המחשב עליו היא מופעלת.⁵ האמצעי המוחשי המקובל לשיווק תוכנה עד להתפשטות השימוש באינטרנט היה (ועודנו) תקליטונים (דיסקטים) ותקליטורים. ואולם שינוי של ממש בשיטות המקובלות לשיווק תוכנה נוצר כתוצאה מהתפשטות השימוש ברשת האינטרנט: אין הכרח "לקבוע" את הקובץ האלקטרוני באמצעי מוחשי כלשהו וניתן להעביר את הקובץ ישירות מהיצרן למחשבו האישי של הרוכש. הנה כי כן, האינטרנט מאפשר לכל אדם או גוף שיש ביכולתו להתחבר לרשת, ללא קשר למקום המצאו, לרכוש תוכנה באמצעות סדרת פעולות פשוטות יחסית, וללא כל מגע או קשר ישיר עם היצרן. בשל כך מובן מדוע מבקשים יצרני התוכנה לרתום את האינטרנט לשרותם ככלי שיווקי ממדרגה ראשונה. השיווק באמצעות האינטרנט מביא לחסכון כמעט מלא בהוצאות האריזה והשינוע של

3 "תוכנות מדף" - תוכנה הנמכרת לצרכן הסופי כמוצר מוגמר ככל מוצר צריכה המוני אחר, ואשר לגביה ישמש האינטרנט "מדף וירטואלי". ראה, D. J. P. McMenzie, "Commerce on the Net: Surfing through Cyberspace without getting wet", John Marshal Computer & Information Law Vol 16, 247 pp.252-255

4 ראה חוק המחשבים תשנ"ה - סעיף 1. מקובל לדבר על סחר בתוכנה ועל מכירת תוכנה. כפי שיובהר להלן השימוש במונחים אלו אינו מדויק: הכוונה היא למכר והעברת קניין גמור באמצעי הפיסי עליו מוטבע הקובץ האלקטרוני המהווה את התוכנה, ועל הענקת רשיון לשימוש, בתנאים מסוימים ביצירה עצמה. הדברים יובהרו בהמשך.

5 ראה ליאור חורב, "על הסחר בתוכנת מחשבים", הפרקליט ל"ח (א') (תשמ"ח) 163.

6 ראה (6) 27, pp. 1037-1046 Designing a web of Intellectual Property in Computer Networks and ISDN Systems, Norderhaug T. & Oberding J. (1995), המחברת דנה בין היתר ביחס שבין ההגנות המשפטיות להגנות הטכנולוגיות.





ובכך להכניס את הרוכש למסגרת הדינים הרלוונטיים לעיסקת רשיון⁸. מעבר לכך, מעוניין היצרן להגביל את כמות העותקים של התוכנה שרשאי הרוכש לשכפל, לאסור על ביצוע "הנדסת שחזור לאחור"⁹ ("reverse engineering"), להגביל את השימוש בתוכנה לצרכים פרטיים ולא מסחריים (כפי שאירע בפרשת ProCD שבה נדון בהמשך), לקבוע האם מדובר מותר להשתמש בתוכנה למחשב יחיד או שמדובר גם ברשיון לשימוש ברשת. ליצרן יש צרכים משפטיים בנוסף להגנה על הקניין הרוחני שלו (בין היתר על ידי האיסור בחוזה על עריכת שינויים והתאמות בתוכנה) וליצירת יחסי מרשה-מורשה. באמצעות חוזה הרשיון מבקש היצרן להגביל עד למינימום החוקי את המצגים המיוחסים לו בחוזה, ולצמצם עד כמה שניתן, בגבולות החוק, את אחריותו לנזקים שעלולים להיגרם לרוכש כתוצאה מהשימוש בתוכנה¹⁰. זאת ועוד, הידיעה כי החוזים

לספק ליצרנים החוזה הסטנדרטי המצורף למוצר. חוזה זה אמור להסדיר את היחסים בינם לבין הרוכש ואף לתת תוקף וגיבוי משפטי לשימוש באמצעים הטכנולוגיים⁷.

אשר להגנה הטכנולוגית של המוצר - העניין ברור: מדובר בקרב מוחות בין פורצי הקוד למגיניו קרב הדומה לזה הניטש בין פורצי רכב לבין ממצאי מערכות האזעקה ואין הוא מעניינו. הגנת הדין (דיני זכויות יוצרים, דיני סימני מסחר וכדומה) הינה כמובן הגנה חשובה מאין כמוה ואולם אין בה מענה הולם לכל צרכיהם של יצרני התוכנה: דינים אלה אינם מטילים על הרוכש מגבלות ביחס לאופן השימוש בתוכנה בהם מעוניין היצרן ואשר יש בהם כדי להשפיע על כדאיות שיווק התוכנה ופיתוחה. ראשית, היצרן מעוניין להגדיר את העסקה כעסקה של מתן רשיון ולא כעיסקת מכר

7 מקובל להשתמש ב"פצצת זמן" בגרסאות ניסיון, כדי להגביל בזמן את יכולת הצרכן לנסות את התוכנה ולהבחין על ידי כך בין גרסת ניסיון לגרסה לרכישה. פצצות זמן מטבען אינן גורמות נזק ואינן מביאות למחיקת מידע השייך למשתמש ולכן מעבר להודעה בולטת על הגבלת זמן השימוש במוצר אינן יוצרות סיכון משפטי של ממש. מה שאין כן לגבי "סוסים טרויאניים המופעלים כתוצאה מניסיונות ל"פריצת הקוד" או לשימוש בתוכנה בניגוד לתנאי הסכם הרשיון והגורמים למחיקה של מידע. שימוש ב"סוסים טרויאניים" כולל בחובו סיכונים ועלול להטיל על היצרן אחריות לנזק שיגרם לצרכן בשל הפעלתם. כך לדוגמה הסוס הטרויאני עלול לא רק למחוק את התוכנה אלא גם נתונים ומסמכים השייכים לצרכן. במקרים מסוימים ניתן להתמודד עם הבעיה על ידי הכללת אזהרה בולטת וחד משמעית בחוזה הרשיון לפיה שימושים מוגדרים יגרמו להפעלת "סוס טרויאני" ובמקרה זה יהא הצרכן לבדו אחראי לכל התוצאות והנזקים שבהפעלתה. בהצעה לתיקון סעיף 2 ל-U.C.C ולהוספת סעיף B2 הדין בעסקאות רשיון בתוכנה ואינפורמציה (אליה נתייחס בהמשך) נכלל סעיף המתיר ליצרן להשתמש בהגנה טכנולוגית בתנאי שהורשה לכך במפורש על ידי הרוכש וזאת אם אותם אמצעים אינם גורמים לפגיעה בסדר הציבורי, נזק גופני, נזק ממשי או השמדה של מידע או נכסים השייכים למשתמש.

8 בארה"ב מתנהל דיון ער בשאלת סיווג העסקה ואכן הסיווג אינו פשוט. מחד - יש מכר שלם וגמור של האמצעי הפיסי עליו מקובעת התוכנה (דיסקט/תקליטור וכדומה) מצד שני מובן כי אין "מכר" של תוכנו האלקטרוני של הדיסקט וכי באשר לתוכן נוצרה עיסקת רשיון. בארצות הברית יש משמעות רבה להבחנה: בעיקרון, עיסקת מכר כפופה לכללי ה-UCC שעה שעיסקת רשיון כפופה לדיני החוזים והמשפט המקובל. אחד הכללים מהם שואפים יצרני תוכנה להימנע הוא "the first sale doctrine" המקנה לרוכש הראשון את הזכות להעתיק את התוכנה ולהתאימה למחשב בו הוא משתמש, להוסיף לה פונקציות ולהתאימה למערכות הפעלה אחרות. ראה {G. H. Moore & J. D. Hadden} "Shrinkwrap" Licenses? New Life for On-Line Software Distribution: M. Bender & Co. pp. "Computer Law" 4A-141 - 4A-153

9 על פי הדין האמריקאי, הנדסת שיחזור לאחור מותרת בנסיבות בהן היא מהווה "שימוש סביר והוגן" בתוכנה. ראה 1992 (Sega Enterprises Ltd. v. Acolade 977 F 2d 1510 9th Cir.). התשובה לשאלה האם תניה בחוזה האוסרת הנדסת שיחזור לאחור תוכר כתקפה ותאכף על ידי בית המשפט אינה פשוטה. קיימת מחלוקת בין המלומדים בענין זה. לפי פסק הדין בענין "Preemption" (בה נדון בהמשך).

10 ראה M. Bender & Co. pp. "Computer Law" 4A-141 - 4A-153





הכרוכות בפורמט זה ולהצביע על פתרונות אפשריים לבעיות אלה. לאחר מכן ננסה לענות על השאלה האם הסתמכותם של היצרנים על התקפות המשפטית של חוזה הרשיון ועל מטריית ההגנה שהם מספקים להם אכן מבוססת, והאם, ב"יום פקודה" יעניקו בתי המשפט תוקף לתנאי החוזה שיצורף למוצר¹².

2. מחוזי "עטיפת צלופן" לחוזי "הקש-וקבל"

2.1 הגדרתם והתפתחותם

שיווקן של תוכנות מדף התבצע בעיקר באמצעות הזמנות טלפוניות, בדואר, בחנויות או באמצעות קטלוגים. נהוג לשווק את התוכנה בקופסה המכילה, בנוסף על תקליטור/דיסקטים עליהם צרובה התוכנה, גם נוסח סטנדרטי של חוזה המכונה "shrinkwrap agreement" או "חוזה עטיפת צלופן"¹³. מדובר במסמכים/טפסים אחידים, המכונים "חוזי רשיון" (license agreements) שמכין היצרן מראש עבור כלל לקוחותיו. תנאיהם של מסמכים אלה הינם בבחינת "take it or leave it" והם מסווגים משפטית כ"חוזים אחידים"¹⁴. הפרקטיקה המקובלת היא כדלקמן: חוזי הרשיון מודפסים על גבי האריזה החיצונית של המוצר, אשר נסגרת הרמטית באריזת צלופן שקופה (ומכאן שמה), המאפשרת קריאת תנאי הרשיון מבלי לפתוח את האריזה. על פי תנאי הרשיון, פתיחת האריזה מהווה הסכמה וקיבול של תנאי החוזה¹⁵. בדרך כלל יארוז התקליטור או הדיסקט/ים המכילים את התוכנה בתוך

באמצעותם משווקת תוכנה יכובדו וייאכפו על ידי בתי המשפט תיצור אפקט הרתעתי מסוים (אם גם מצומצם כפי שהניסיון מלמדנו). אכיפת חוזים אלו על ידי בתי המשפט גם תאפשר ליצרן ליהנות, בקלות יחסית, מפיצויים וסעדים זמניים למניעת הפרת זכויותיו.

הנה כי כן ברורה חשיבותם של חוזי שיווק התוכנה ומוכן עד כמה נחוץ להבטיח כי יצרני התוכנה יפעלו בסביבה של ודאות משפטית ויוכלו להסתמך על אכיפותם (enforceability) ותקפותם של חוזים אלו.

הסחר האלקטרוני בתוכנה מחדד את השאלות אותן הגדרנו לעיל ואשר בהן עסקו ויעסקו בתי המשפט פעמים רבות. בהתקשרויות אלקטרוניות לשיווק תוכנות מדף¹¹, העומדות במרכזה של רשימה זו, מתעוררות הבעיות המשפטיות המאפיינות את הסחר האלקטרוני בכללותו באופן ה"מוזק" וה"טהור" ביותר. בעסקאות אלה תהליך הרכישה במלואו, לרבות אספקת המוצר, יכול להתבצע בסביבה אלקטרונית. כך אין מרווחי זמן בין השלמת ההתקשרות לבין ביצוע החוזה ("אספקת" התוכנה והתשלום נעשים מייד עם הקשת "אני מסכים" על ידי הרוכש - כפי שיבואר להלן) והתהליך מתבצע בשלמותו באורח סימולטני. זאת ועוד, מאחר ש"אספקת" המוצר פשוטה ואינה כרוכה בלוגיסטיקה כלשהי, במרבית המקרים אין היצרן נזקק לגורמים מתווכים והקשר נוצר במישרין בין היצרן לרוכש הסופי.

נגדיר עתה ונבאר מהו הפורמט הסטנדרטי לשיווק אלקטרוני של תוכנה כדי שנוכל לדון בבעיות המשפטיות

11 אין אנו דנים בהתקשרויות "מיוחדות" בתוכנה כגון התקשרות בעיסקה לפיתוח תוכנה לפי צרכיו המיוחדים של הלקוח ("software" tailor made) או במתן רשיונות לשימוש בתוכנה הניתנים כחלק מעסקת ("original equipment manufacturer") OEM (עיסקה בה מתבצעת אינטגרציה בין רכיבי תוכנה/חומרה של יצרנים שונים) שאינן מתבצעות באמצעות חוזים אחידים. מכאן ואילך יתייחס המונח חוזה לרכישת תוכנה או חוזה רשיון לאותן עסקאות לרכישת תוכנות מדף.

12 L. R. Rich, "If ou use a Shrinkwrap License, it may not be enforceable: Mass market Software & the Shrinkwrap License y <http://www.lia.org/us-soft1.htm>

13 ראה 59-57 p. "Computer Law", Reed,

14 ראה סעיף 2 לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג - 1982. אמנם אין פסיקה ישראלית בשאלה אך לא יכול להיות ספק בשאלת סיווגם של חוזי עטיפת צלופן כחוזים אחידים. ראה גם גבריאלה שלו, **דיני חוזים**, דין, (הוצאה לאור ירושלים, תש"ן) ע' 607 וכן 616 ואילך..

15 ראה **"דיני מחשבים - הלכה למעשה"** {עו"ד נ' אסיא}, כרך א, עמ' 27 - 26

Reed, Ranald, Robertson, "Legal Protection of Computer Software, Longman, 1st. ed. pp10-15





פיו מתקשר עמו היצרן.

הסחר האלקטרוני יצר גלגול מודרני של חוזה עטיפת הצלופן המכונה בעגה המקצועית "clickwrap agreement" או "point-and-click agreement" (מכונה להלן - חוזה "הקש-וקבל"). מדובר בעצם בגרסה אלקטרונית של חוזה עטיפת צלופן המופיעה על גבי צג המחשב בשלבים שונים של ביצוע העסקה, ולכל הפחות, לפני ההתקנה של התוכנה הנרכשת, על מחשבו של הרוכש.

חוזה "הקש וקבל" פועלים באופן דומה לחוזה עטיפת הצלופן: המשתמש ברשת מוזמן ל"הוריד" ("download") את התוכנה ולהשתמש בה, בין לניסיון ובין לשם רכישה. לאחר "הורדת" התוכנה ולפני התקנתה על המחשב האישי שלו, יקבל הרוכש, על צג המחשב שלו, הודעה בולטת, ולפיה השימוש בתוכנה כפוף לתנאי הרשיון וכי קבלת תנאי הרשיון היא תנאי להתקנת התוכנה ולהרשאת השימוש בה. המשתמש נדרש להקיש "I ACCEPT"¹⁷, ולקבל בכך את תנאי הרשיון. הקשת "I ACCEPT" גורמת להשלמת העסקה. יודגש כי טכנית אין אפשרות "לעבור מסך" לפני הקשת "I ACCEPT" או "DO NOT ACCEPT". ההחלטה לא להתקשר תאפשר למשתמש להמשיך בפעולותיו הרגילות מבלי שיוצר קשר משפטי כלשהו בינו לבין היצרן. בחוזה הקש וקבל משתתפים בדרך כלל רק שני צדדים: הרוכש והיצרן ואין הם נזקקים לגורם מתווך.

מעטפה נוספת הנמצאת בתוך הקופסה החיצונית. במקרים אלו יודפס חוזה הרשיון כולו על המעטפה בצירוף אזהרה ברורה כי פתיחת המעטפה מהווה קיבול של תנאי הרשיון. במקרים אחרים מודבקת על פתח המעטפה מדבקה בולטת עליה האזהרה כי פתיחת האריזה השקופה, או המעטפה שמכילה את הדיסקט או התקליטור של התוכנה מהווה "קיבול" של תנאי החוזה. הן החוזה עצמו והן המדבקה כוללים הודעה ברורה לפיה הרוכש מתבקש להחזיר את התוכנה ולקבל החזר מלא של כספו אם אינו מקבל את תנאי החוזה¹⁶. במשך השנים, עם התפתחות חוזה עטיפת הצלופן, החלו היצרנים לכלול את תנאי חוזה עטיפת הצלופן גם על גבי מסך ההתקנה של התוכנה. כתוצאה מכך, על מנת להתקין את התוכנה חייב הרוכש לחוץ "אני מסכים" או "אני מקבל" (את תנאי החוזה), כתנאי הכרחי להשלמת ההתקנה ולהפעלת התוכנה. תוכנות שונות אף חוזרות ומפנות את המשתמש לתנאי החוזה בכל הפעלה מחודשת של התוכנה. כך בא לעולם אחד מאפיוני החשובים של חוזה עטיפת הצלופן: העדר הצורך בחתימה או העדה חיצונית כלשהי (בנוסף על עצם פתיחת המעטפה והשימוש בתוכנה). טכניקת השיווק הרגילה של תוכנה יצרה בדרך כלל קשר בין שלושה צדדים: היצרן, הרוכש והמשווק (סוכן/בעל החנות וכדומה). הרוכש היה רוכש עותק של התוכנה בחנות או באמצעות פקס/טלפון, משלם, מקבל את אריזת התוכנה ואז היה פוגש לראשונה את הסכם הרשיון על

16 נוסח סטנדרטי של אזהרה קובע

By breaking this seal you accept the terms and conditions of the Software License Agreement and limited warranty on the reverse side of this package. If you do not agree with these terms and conditions, return the unopened disks/CD Rom package and the other components of this product to the place of purchase together with copy of your receipt within 90 days of the purchase date, and your money will be refunded:

17 רובן המוחלט של התוכנות בנויות כך שההסכמה איננה ברירת המחול. היינו, הקשת "Enter" לא תאפשר המשך ההתקנה של התוכנה. רק בחירה באופציית "אני מסכים" כאשר בדרך כלל קיימת על המסך אופציית "אני מסכים" תאפשר המשך ההתקנה.





2.2 הבעיות המשפטיות שבחוזי "עטיפת צלופן וחוזי הקש וקבל"

הצטברה פסיקה בשאלות הקשורות בחוזי עטיפת צלופן ופסיקה עקיפה בלבד בנושא חוזי הקש וקבל¹⁸ ואולם מתוך ניתוח הפסיקה המקיפה בארה"ב בשאלת מעמד המשפטי של חוזי "עטיפת הצלופן" ניתן ללמוד על מעמד המשפטי של חוזים אלו והליך כריתתם. בתי המשפט בארה"ב שעסקו בשאלת תוקפם המשפטי ואכיפותם ("enforceability") של חוזי "עטיפת צלופן", לא השכילו במשך תקופה ארוכה ליצור ודאות או אחידות בשאלה האם יכול היצרן להסתמך על תנאי החוזים ולהניח כי יאכפו. נסיבות שנראו לכאורה דומות הולידו תוצאות משפטיות שונות¹⁹.

חוזי הקש וקבל מעלים, באופן קיצוני ו"מזוכך" יותר, את השאלות שנדונו לחוזי עטיפת צלופן את השאלות הנוגעות לחוזי "הקש-וקבל" ניתן לחלק לשלושה סוגים עיקריים²⁰:

(1) שאלות הנוגעות לעצם כריתת החוזה ולהליך הכריתה: מה נכלל ב"הצעה" ולמה מתייחס ה"קיבול"?; מתי התנהגות הרוכש מהווה "קיבול"?; האם יש צורך ב"מפגש רצונות" (מה הדין כאשר יש פער זמנים בין ההצעה והקיבול? באיזה רגע בדיוק משתכלל החוזה?); האם הרוכש מודע לתנאי החוזה ומסכים להם?

(2) שאלות הנוגעות לטכניקת ההתקשרות ומיהות (זהות) המתקשרים - ובמיוחד שאלות בהן נדון בהמשך הנוגעות להתקשרות באמצעות תוכנה

על פי נקודת המוצא של דיני החוזים המסורתיים, תהליך כריתת החוזה הינו תהליך "אנושי", שבמהלכו ניתנת "הצעה" ומתבצע "קיבול", נוצר "מפגש רצונות", החוזה אמור לשקף את "כוונת הצדדים" ובמקרים של כשלים בהליך הכריתה נוצרת לעתים "טעות" או "הטעיה" בין משותפת ובין חד צדדית. אבל עם המעבר לשיווק המוני המבוסס על חוזים אחידים ובמיוחד עם המעבר לעסקאות אלקטרוניות, המעורבות האנושית בתהליך כריתת החוזה הולכת ופוחתת, ומונחים אלה מאבדים את משמעותם. בתהליך קשירת חוזה הרשיון (בין אם מדובר בחוזה עטיפת צלופן ובין אם מדובר בחוזה הקש וקבל) אין קשר אישי בין הרוכש ליצרן. הרוכש מקבל חוזה אחיד כחלק מהחבילה שרכש בידעיה שחוזה זה אינו נתון למשא ומתן. מאחר והחוזה אינו נתון למשא ומתן ומאחר וידוע שלכל תעשייה (ובכלל זאת תעשיית התוכנה) מתפתח נוסח מקובל של חוזה, ברוב המקרים, הרוכש אינו קורא את תנאי החוזה ואינו נותן דעתו עליהם. לכן, הולך ונעשה קשה להתייחס לחוזה כזה בנוסחאות המקובלות של דיני החוזים המסורתיים ויש להתאים את עולם המושגים המשפטי למציאות החדשה. מאחר ותהליך התאמה זה מצוי בחיתוליו, מוצאים עצמם בתי המשפט נאבקים בצורך להכריע במצבים חדשים בעזרת כלים ישנים.

בתי המשפט בישראל לא דנו כלל בחוזי עטיפת צלופן או חוזי הקש וקבל. בבתי המשפט בארצות הברית

18 הנושא לא נדון כלל על ידי בתי המשפט בישראל. גם בארה"ב לא הצליחה הח"מ לאתר פסיקה הדנה בחוזים אלו במישרין אלא בעקיפין כשאלה נוספת צדדית לשאלות אחרות כפי שאירע בפרשת **Compuserve Inc. v Patterson** שתדון להלן.

19 ראה **Shrink - Wrap/Point - and - Click Agreements**, by Kent Stuckey, <http://www.ljx.com/internet/excerpt.htm>

20 בתי המשפט בארה"ב העלו שאלות רבות נוספות כגון האם תוכנת מחשב היא טובין ("goods") אשר רכישתה נשלטת על ידי הוראות ה-U.C.C ("Uniform Commercial Code"), האם מדובר במכר או ברשיון? האם נדרש כי ההסכם יהיה ב"כתב" ובאלו תנאים נדרשת חתימה וכדומה כמבואר בה"ש 8 לעיל. עסקת רשיון לשימוש בתוכנה היא עיסקה מורכבת בעלת סממנים של עיסקת מכר וסממנים של עיסקת רשיון. דרישת הכתב אינה דרישה מהותית לא נדון בבעיות אלו. ראה **Lloyd L. Rich**, שם, ה"ש 8. אשר לבעיית החתימה - מדובר בשאלה כבדת משקל שתידון במאמר אחר בחוברת זו. לעניינינו נסתפק בציון העובדה שמאחר ותוכנות הנרכשות דרך הרשת מחיון נופל בדרך כלל מ-500 דולר לא תעלה על הפרק דרישת "חתימה" כתנאי ליצירת חוזה.





להחזיר את התוכנה כנגד החזר כספי מלא - מהווה "קיבול" ומעידה, באופן אובייקטיבי, חיזוני, על קיבול. באותה מידה. תשאל השאלה האם הקשת "I ACCEPT" התקנת התוכנה על מחשבו של הרוכש והפעלתה מהווים קיבול תשובה חיובית לשאלות אלו עשויה להביא למסקנה לפיה אכן נקשר חוזה מחייב בין היצרן לרוכש לפי תנאי ההצעה.²⁴

עד לפסק הדין בפרשת ProCDv.²⁵ ("ProCD") Ziedenberg בו נדון בהרחבה בהמשך, סרבו בתי המשפט להכיר בתוקפם של חווי "עטיפת צלופן". ניתן לייחס סרוב זה בעיקר למבנה הדו-שלבי של העסקה: השלב הראשון הוא מו"מ/הזמנה טלפונית/הזמנה בפקס/תעודת משלוח וכדומה. מאחר שהתכתבויות אלה כוללות התייחסות לסוג המוצר, לכמות הנרכשת, למחיר, לתנאי התשלום ולדרך המשלוח קבעו בתי המשפט,²⁶ כי החוזה בין הצדדים נכרת על דרך ההתכתבות שאינה כוללת כל התייחסות לתנאי הרשיון.

המשמשת "שלוח אלקטרוני" והשלכותיה.

(3) שאלות הנוגעות לתוכן החוזה ותנאיו.²¹

2.3 כריתת החוזה - הדין האמריקאי

הנחת התוכנה על מדף בחנות, הכללתה בקטלוג לרכישה בדואר, פרסומה בעיתון וכדומה מהווים הצעה לרכישה. אתר הבית של היצרן כולל "הצעה" לרוכש הפוטנציאלי לרכישת התוכנה. אם יבצע הרוכש "קיבול" של ההצעה יקשר החוזה בין הצדדים. הקיבול מצד הרוכש אמור להיעשות מתוך מודעות לתנאי ההצעה, ולאחר שנתנה לרוכש הזדמנות נאותה לקרוא ולהבין את תנאיה. כקיבול תיחשב רק התנהגות התואמת את הנדרש בהצעה²² והנחזית, באפן אובייקטיבי²³ כ"קיבול". על כן, מטבע הדברים, התמקד הדיון בבתי המשפט בשאלה: האם אכן פתיחת המעטפה/קריעת החותמת ושימוש בתוכנה, תוך המנעות מהאופציה

21 השאלות המשפטיות הנוגעות לתוכן החוזה מוסדרות על פי הדין הכללי (דיני חוזים, דיני החוזים האחידים, דיני זכויות היוצרים וכדו') יחודו של החוזה הנכרת בסחר האלקטרוני הינו בכל הנוגע לדרך יצירת ההתקשרות המשפטית והשאלה האם נכרת חוזה מחייב. בכל הנוגע לשאלה האם תניה מסוימת בחוזה נוגדת את תקנת הציבור מקפחת את הלקוח וכדו'. אין כל הבדל בין חוזה אלקטרוני לחוזה "רגיל". לפיכך לא נדון כלל בשאלת תוכן החוזה ובכל מקום בו נתייחס ל"אכיפת" החוזה הכוונה לנכונות בית המשפט להכיר בכך שנכרת חוזה מחייב ואין הכוונה לאכיפה עיוורת של תנאיו. אין ספק כי בכל מקרה יבדקו תנאי החוזה לגופם לאחר שיקבע כי אכן נכרת חוזה בין הצדדים.

22 בהעדר הגדרת ההתנהגות המהווה "קיבול" בהצעה עצמה, תבחן התנהגות הצרכן על פי המקובל והנהוג בסוג זה של עסקאות. ראה Nimmer שם, הי"ש 1 בע"מ 215-217.

23 או לחיצה על "I ACCEPT" ככל שהדבר נוגע לחווי "הקש וקבל".

24 כפי שכבר צויין בה"ש 21 לעיל, שאלת תוכן החוזה הינה שאלה נפרדת. לאחר שיקבע ממצא לפיו נכרת חוזה יתכן כי בית המשפט יפסול חלק מתנאיו מאחר שהינם עומדים בסתירה לדין המהותי כגון במקרים בהם תנאי החוזה יוצרים קיפוח של הצרכן, או נוגדים את תקנת הציבור. ייצוין כי קיימים חילוקי דעות בין המלומדים האמריקאים בשאלה האם ניתן בחוזה לאסור על הרוכש לבצע פעולות המותרות לכאורה על פי חוק זכויות יוצרים או שמה מגבלות אלו יפסלו כעומדות בסתירה לנסיין החוק להסדיר באופן מלא את ההיקף וטיב זכויות היוצרים (דוקטרינת ה-"Preemption"). ראה התייחסות לענין זה במאמרם של Moore & Hadden הי"ש 8 בע"מ 23-13. ייצוין כי מאמר זה מתייחס לפסק דינו של בית המשפט בפרשת ProCD (אליה נתייחס במשך) לפני ש"נהפך" על ידי ערכאת הערעור. גם בארופה נדונה בהרחבה שאלת חופש ההתערבות החוית בהיקף זכויות היוצרים. ראה הדייקטיבה להגנה על תוכנה EC Directive on Legal Protection of Computer Programs.

25 ראה ProCD Inc. v Matthew Zeidenberg and Silken Mountain Web Services, 1996 U.S. App. LEXIS 14951 (7th Cir). 1996

26 ראה Step-Saver Data Systems v Wyse Technology, 91 (3d Cir 1991), 939 F2d

Arizona Retail Systems, Inc. v. The Software Link, Inc., 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993)

מעניינת ההבחנה שמסרטט בית המשפט בפרשת אריזונה בין ההתקשרות הראשונית, שהתבצעה על פי תנאי הרשיון, לבין ההזמנות שבאו אחריה ואשר בהן קדמו למשלוח התוכנה הסכמות טלפוניות. ההבחנה שעשה בית המשפט בין ההזמנות ונכונותו להכיר בתקפות תנאי הרשיון רק בהזמנה הראשונית נראית לח"מ קיצונית ושגויה.





הנה תקציר הפרשה: ProCD פיתחה בסיס נתונים המבוסס על למעלה מ-3,000 מדריכי טלפון, ושיווקה את בסיס הנתונים שלה יחד עם תוכנת דחיסה ייחודית על גבי תקליטור (בצירוף מדריך למשתמש) בשתי גרסאות. האחת לרוכש הסופי והאחרת לספקי נתונים. זיידנברג רכש את בסיס הנתונים והתוכנה עם שני עדכונים שאליהם היה מצורף חוזה "עטיפת צלופן". החוזה הופיע הן במדריך למשתמש, הן על גבי התקליטורים וכן על גבי צג המחשב. אחד מתנאי הרשיון קבע כי הרשיון מוגבל לשימוש אישי, וכי הוא אוסר שימוש מסחרי, אבל זיידנברג החליט להתעלם מתנאי זה והקים חברה, שהעמידה לרשות לקוחותיה, באמצעות האינטרנט, את בסיס הנתונים של ProCD. בית המשפט העליון, שהפך את החלטתו של בית המשפט המחוזי, קבע כי מוכר רשאי לקבוע איזו התנהגות של הרוכש תהווה "קיבול" וכי אם הרוכש מבצע התנהגות זו הדבר אכן יהווה "קיבול". ProCD הציעה התקשרות על-פי חוזה, וקבעה כי הרוכש יחשב כמי שקיבל את תנאי החוזה על ידי הפעלת התוכנה לאחר שהייתה לו הזדמנות לקרוא את תנאי החוזה. זיידנברג קרא את החוזה (או שיש לראותו כאילו קרא, משום שהייתה לו האפשרות לקרוא) שהרי לא הייתה לו ברירה: התוכנה אינה מאפשרת המשך הפעלה לפני אישור פוּזִיטִיבי של קריאת/קבלת החוזה. זיידנברג יכול היה להחזיר את התוכנה אילו מצא שתנאיה אינם מקובלים עליו, ולקבל החזר כספי מלא, אך הוא בחר להשתמש בתוכנה תוך חריגה מן התנאים להם הסכים. בית המשפט הוסיף וקבע, כי יש להתייחס לחוזה עטיפת צלופן כמו לכל חוזה אחר, ולפיכך ראוי לאוכפם אלא אם תנאיהם עומדים בסתירה לעקרונות משפטיים מקובלים כגון תקנת הציבור וכדומה²⁸.

לפיכך, כך נקבע, מאחר ותנאי הסכם הרשיון משנים באופן מהותי את היקף ודרך חלוקת הסיכונים בעיסקה בין הצדדים (וזאת בין היתר מאחר ומכילים תניות פטור מאחריות והגבלת היקף האחריות) אין הרוכש כבול על פי תנאיהם. משמע, "דו-שלביות" העסקה הפכה את תנאי הרשיון ל"הצעה" חדשה, נוספת, לאחר שהרוכש כבר ביצע "קיבול" על פי תנאי ההצעה הקודמת (לספק כמות במחיר ובתנאים שהוסכמו) ולאחר קשירת ההסכם בין הצדדים. מאחר ואין ביכולתו של צד לעיסקה לשנות את תנאיה באורח חד צדדי לא ניתן תוקף לתנאי הרשיון.

הח"מ סבורה כי הפרשנות שנתנה לעסקאות "עטיפת צלופן" כלעיל קיצונית²⁷ ואינה רצויה. פרשנות זו מתעלמת מכך שבחיים המודרניים במקרים רבים תנאי ההתקשרות מגיעים לרוכש הרבה לאחר השלמת פרטי העסקה וביצוע התשלום: כך בחוזה ביטוח בהם משולמת פרמיה ונוצר הסכם לפני שהמבוטח מקבל את תנאי הפוליסה, כך ברכישת כרטיסי טיסה, ברכישת מוצרי חשמל (תנאי האחריות נמצאים בתוך אריזת המוצר) ובעוד עסקאות רבות. קבלת פרשנות לפיה בכל אותם מקרים בהם מסכמים הצדדים את פרטי העסקה ורק לאחר מכן מוצג חוזה סטנדרטי המסדיר את יתר פרטי ההתקשרות - אין תוקף לתנאי החוזה עלולה להביא להתמוטטות חיי המסחר.

בית המשפט בפרשת ProCD (אשר כל הדוגמאות שלעיל נלקחו מהחלטתו) הבין זאת ומתוך הנמקתו עולה כי שיקולי מדיניות משפטית נכונה ורצויה הם שהובילו להכרעתו באותו עניין.

27 ניתן כמובן למצוא קונסטרוקציות משפטיות רבות לביסוס תוקפו של החוזה הסטנדרטי באותם מקרים: ניתן לראות את ההצעה כהצעה מותנית בקבלת תנאי הרשיון, ניתן לראות בחוזה עטיפת הצלופן הצעה לשינוי החוזה המתקבלת על ידי התנהגות הניצע בכך שפעל על פי החוזה. אין לח"מ יומרה למצות את הדין בנושא זה שאינו צריך לעניינו שכן, כפי שיובחר להלן, עסקאות "הקש וקבל" טיפוסיות הינן "חד-שלביות" ואינן מעוררות את השאלה.

28 אחת הטענות שהועלו בפרשה זו היתה כי החוזה פסול מאחר ועומד בניגוד לדוקטרינת ה- "Preemption". (ראה ה"ש 24 לעיל). השופט איסטרברוק דחה את הטענה וקבע באופן חד משמעי כי זכויות המוענקות בחוזה אינן שוות לזכויות הבלעדיות המוענקות על ידי הדין שכן תנאי החוזה חלים רק על "צדדים קרובים", היינו הצדדים לחוזה, שעה שהוראות החוק חלות על "כל העולם". מכל מקום, ניתן לטעון כי בכל אותן עסקאות המתבצעות באמצעות האינטרנט באופן מלא לא יחול הסעיף הרלוונטי בחוק זכויות יוצרים האמריקאי (17 U.S.C Section 301) שכן הסעיף מתייחס אך ורק למצב בו היצירה "מקובעת" על אמצעי מוחשי. מכאן, תנאי בחוזה עטיפת צלופן שעלול היה להפסל לדעת מצדדי דוקטרינת ה- "Preemption" לא יפסל בחוזה "הקש-וקבל" שביצועו באופן מלא ברשת. ראה גם Moore & Hadden שם, ה"ש 8, בע' 22-23.





לאחר ששילם תמורתו ואולי הוא חושש שמא ההחזר הכספי יבושש לבוא.

(3) רכישה באמצעות חוזה "הקש וקבל" הינה עיסקה "חד שלבית" בה הכל מתרחש בו זמנית ולא ניתן לייחס לצדדים הבנות קודמות, הסכמות קודמות ומצגים קודמים העלולים לפגום בתקפות ההתקשרות בחוזה. אין לרוכש בסיס לטעון כי נוצרה בינו לבין היצרן התקשרות על פי תנאים אחרים כלשהם - למעט תנאי חוזה "הקש וקבל". לפיכך, כל הקשיים שהתעוררו בשל ראייתה של רכישה באמצעות חוזה "עטיפת צלופן" כרכישה "דו שלבית" לא יתעוררו כלל. מאחר והנסיבות שגרמו לכך שחוזי "עטיפת צלופן" לא יאכפו אינן מתקיימות במקרים של חוזי "הקש וקבל" ניתן להסיק מהפסיקה כי עסקאות "הקש-וקבל" חד שלביות בהן "ההצעה" הראשונית כוללת הפניה ברורה ובולטת לתנאי הרשיון לא תתקלנה בקשיי אכיפה.²⁹

חיזוק נוסף למגמת ההכרה בחוזים מסוג זה ניתן למצוא בפסק הדין בעניין Compuserve Incorporated v Patterson³⁰. בעניין זה דן בית המשפט בשאלת סמכותו של בית המשפט באוהיו, איליו פנתה קומפיוסרב השוכנת באוהיו, לדון בסכסוך בינה לבין פטרסון (שאגב מעולם לא פקד את אוהיו). בתיק זה קובע בית המשפט כמובן מאליו כי פטרסון, אשר התקשר עם קומפיוסרב באמצעות החוזה האלקטרוני הסטנדרטי שלה באמצעות הקשת "אני מסכים", כבול על פי החוזה ולכן תניות החוזה באשר למקום השיפוט והדין החל - מחייבות אותו.³¹

פסק דין זה הנחשב סימן דרך מרכזי בשאלה שבפנינו להתקבל בתשואות בתעשיית התוכנה, מבהיר את המצב המשפטי ויוצר בסיס לסברה כי חוזי "הקש וקבל" יוכרו כניתנים לאכיפה על ידי בתי המשפט בארצות הברית. מסקנה זו מבוססת על שלושה טעמים עיקריים:

(1) הופעת תנאי הרשיון (או הפניה לתנאי הרשיון) על צג המחשב וההכרח להקיש "אני מסכים משיגים בהכרח תשומת לב מסוימת של הרוכש לאזהרה שהפעלת התוכנה כפופה לתנאי הרשיון אפילו אם הרוכש יחליט, וזו זכותו, שלא לקרוא כלל את תנאי הרשיון. תשומת לב זו גדולה יותר מתשומת הלב המוענקת בדרך כלל לארזיות מוצרים. מובן כי הסכנה הקיימת בחוזה "עטיפת הצלופן" כי הרוכש ישליך את הארזיה החיצונית של התוכנה ומעטפתה מבלי לשים לב לכך, שמופיעים עליהם תנאי הרשיון אינה קיימת בחוזי "הקש וקבל". גם הסכנה כי יחלוף פרק זמן ארוך בין רכישת התוכנה לפתיחתה ובמהלכו יחלוף פרק הזמן בו ניתן להחזיר את התוכנה אינה קיימת במקרה של חוזה "הקש וקבל".

(2) ברכישה על ידי "הורדת" המוצר מהרשת והתקנתו, החלטת הרוכש כי תנאי הרשיון אינם לרוחו, מפסיקה את התהליך בשלבים מקדמיים - אין צורך בארזיה ומשלוח חזרה, התשלום טרם בוצע ובעצם - לא אירע דבר. לעומת זאת, רוכש שרכש מוצר בהזמנה טלפונית/דואר/פקס, או בכל דרך אחרת שבה יתקיים פער זמנים בין ההזמנה לבין קבלת תנאי הרשיון והמוצר (כגון קבלת המוצר ועליו תנאי הרשיון בדואר) נדרש למאמץ מסוים לשם החזרת המוצר: עליו לארוז את המוצר ולשגר חזרה, וזאת

29 פסק דין נוסף המאמץ את הלכת ProCD ניתן על ידי השופט איסטרברוק בענין, 1977 U.S. App. Lexis 176 (7th Cir. Jan. 6, 1977). בפרשה זו רכשו התובעים מחשב באמצעות הטלפון ובתוך הקופסא נכלל חוזה עטיפת צלופן ובו סעיף ברורות. טענת התובעים כי סעיף הברורות אינו מחייב אותם נדחתה על ידי בית המשפט. בית המשפט קובע כי תנאי חוזה בתוך קופסת תוכנה מחייבים את הצרכנים השתמשים בתוכנה לאחר שתנתה להם הזדמנות לקרוא את התנאים ולדחותם על ידי החזרת התוכנה.

30 ראה *Compuserve Inc. v Patterson*, 1996 U.S. App. LEXIS 17837 (6TH Cir. 1996)

31 כפי שקבע בית המשפט בפרשת פטרסון: "Patterson, unlike the nonresident defendant in Reynolds, entered into a written contract with Compuserve which provided for the application of Ohio law, and he then purposefully perpetuated the relationship with Compuserve via repeated communications with its system in Ohio...."

בית המשפט מייחס חשיבות לכך שהיחסים בין קומפיוסרב לפטרסון היו יחסים מתמשכים ולא מדובר בעסקה חד פעמית. בכך מכיר בית המשפט בתוקפם של תנאי הסכם מסגרת אלקטרוני ובחלותם על עסקה מתמשכת לאספקת מוצר.





האינטרסים החיוניים של היצרן מבלי לפגוע באופן בלתי סביר בזכויות הרוכש.

2.4 כריתת החוזה - הדין הישראלי

כפי שכבר צוין לעיל, חוזה עטיפת צלופן וחוזי הקש וקבל לא נדונו כלל על ידי בתי המשפט הישראליים³⁴. ננסה על כן לבדוק האם בתי המשפט בישראל ילכו בדרכם של בתי המשפט האמריקאיים אם וכאשר יעלה הנושא לדיון.

סעיף 1 לחוק החוזים קובע כי חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול. סעיף 5 לחוק החוזים מלמדנו כי "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע והמעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה". סעיף 6 לחוק החוזים מוסיף וקובע כי הקיבול יכול להיות גם במעשה בביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלו של קיבול משתמעות מההצעה.

משמע, אם נגיע למסקנה כי הצעת היצרן לרוכש כוללת בתוכה תנאי ברור כי התקנת התוכנה והשימוש בה יהוו ויעידו על קיבול של תנאי חוזה הרשיון הסטנדרטי וכי המנעות מהחזרת התוכנה לאחר התוודעות לתנאי הרשיון מהווה אף היא נדבך במעשה הקיבול - אזי יש לצפות כי הדין הישראלי יראה במעשה קיבול תקף.

האם הצעת היצרן אכן כוללת בתוכה את תנאי הרשיון³⁵? האם קיבול הרוכש מהווה קיבול של תנאי

המגמה החדשה בפסיקה האמריקאית³² מעוררת תקווה כי בתי המשפט הבינו, סוף סוף, כי פסילה גורפת של חוזה "עטיפת צלופן" ואחייניהם חוזה "הקש וקבל" אך ורק בשל אופן כריתתם תעזור את התפתחות חיי המסחר ותביא להתייקרות המוצרים בשל עלויות ביטוח גבוהות ואינה אפשרית. כפי שקבע בית המשפט בפרשת ProCD:

"would drive prices through the ceiling or return transactions to the horse-and-buggy age"

לאור האמור ניתן להמליץ ליצרני תוכנה להקפיד על קיום שלושת התנאים שלהלן:

(1) הצגת תנאי החוזה באופן ברור ובולט על גבי צג המחשב לפני ההתקנה בעיסקה "חד שלבית". ראוי שתופיע על צג המחשב הודעה ברורה ובולטת לפיה תנאי הרשיון בלבד מחייבים בין הצדדים וכי כל מצג, הבנה הסכמה שקדמו לחוזה הרשיון חסרי כל תוקף.

(2) טכנית, לא להקנות לרוכש כל אפשרות להשתמש בתוכנה לפני הקשת "אני מסכים" וקבלת תנאי הרשיון³³ ולגרום לכך שהקשת "אני מסכים" אינה ברירת המחדל (משמע אי אפשר ל"הסכים" בהיסח הדעת).

(3) לנסח את תנאי החוזה בלשון ברורה וקלה להבנה, ובהתאמה להוראות הדין המהותי תוך הגנה על

32 מגמה זו באה לידי ביטוי גם בהצעה לתיקון סעיף 2 ל-UCC המיועד להסדיר את חוזה הרשיון של מידע ותוכנה. תיקון זה מקנה תוקף מפורש לחוזה "עטיפת צלופן וחוזי "הקש וקבל" בתנאי שלרוכש הייתה הזדמנות לבחון את תנאי החוזה ולאחר מכן להביע הסכמתו (כגון על ידי הקשת "אני מסכים" על המסך).

33 כאשר מוצעת גרסת ניסיון יש להתנות את השימוש בה בקבלת תנאי הרשיון כדי למנוע טענה לפיה ההתקשרות נוצרה לאחר השימוש בתוכנת הניסיון, וללא מודעות לתנאי הרשיון.

34 ההחוקים העשויים לחול על העסקה הינם חוק המכר, התשכ"ח - 1968 (להלן - "חוק המכר"), חוק השכירות והשאלה, התשל"א - 1971 (להלן - "חוק השכירות"), חוק הגנת הצרכן התשמ"א - 1981 (כאשר מדובר בעיסקה צרכנית, להלן - "חוק הגנת הצרכן") וכמובן, חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (להלן - "חוק החוזים") וחוק החוזים האחדים, התשמ"ג - 1982 (להלן - "חוק החוזים האחדים"). לא נעסוק בדיון כיצד יסווג המשפט הישראלי את העסקה - כמכר או רשיון ומה השלכות של האפשרויות השונות לסיוג העסקה שכן דיון זה חורג ממסגרת מאמר זה. אין לסיוג זה חשיבות של ממש לענייננו שכן עסקינן בעצם הכריתה המוסדרת על פי עקרונות דיני החוזים הכלליים ודיני החוזים האחדים.

35 ראה ד' פרידמן וני כהן, חוזים, (כרך א') בעמ' 199-204 (להלן - "פרידמן וכהן").





תניות פטור מאחריות בגין נזקי גוף בית המשפט לא רצה לתת ידו לאכיפת תניות פטור מעין אלה. לעומת זאת במקרה בו נדונה השאלה האם כאשר נרכש כרטיס הגרלה של מפעל הפיס, התנאים אליהם מפנה הכרטיס ואשר פורסמו בילקוט הפרסומים מהווים חלק מההצעה ולפיכך מחייבים את הצדדים כחלק מהחוזה - השיב בית המשפט בחיוב³⁶.

זאת ועוד, ניתן לעניינינו ללמוד מפסיקת בית המשפט בפרשת מקסל בעמ' נ' בלק אנד דקר: באותו מקרה, הזמין לקוח סחורה אצל מוכר וכאשר נמסרה לו הסחורה צורפה אליה חשבונית שבתחתיתה תניית שימור בעלות (היינו תניה לפיה עד לסילוק מלוא המחיר תישאר הבעלות בסחורה בידי המוכר). בית המשפט קיבל את טענת המוכר כי תנאי זה מהווה חלק מהחוזה שנכרת בין הצדדים³⁷.

מעבר לאמור, ניתן ל"גייס" לעניינינו, שהינו, להשקפתה של הכותבת, ביסוס תוקפם של חוזי עטיפת צלופן במשפט הישראלי, את עיקרון תום הלב. עיקרון זה משמש עיקרון מרכזי בדיני החוזים הישראליים³⁸ - הן בכל הקשור בניתוח התנהגות הצדדים במהלך המשא ומתן שקדם לחתימת החוזה³⁹, הן אשר לדרך קיום החוזה וכלה בשימוש אותו עושה צד לחוזה בזכויותיו על פי החוזה ובדרך בה הוא מקיים את התחייבויותיו. על פי עיקרון זה לא יכול היה מתיו זידנברג להישמע בטענה שהתנאי בחוזה הסטנדרטי של ProCD לפיו אסור להשתמש במוצר לשימוש מסחרי אינו מחייב אותו. יש

הרשיון? שאלה זו מחייבת פעמים רבות דיון בשאלה מתי התבצעה כריתת החוזה - ככל שיקבע כי החוזה נכרת בשלב מוקדם יותר הסיכוי כי החוזה יכלול את תנאי חוזה הרשיון הסטנדרטי - קטנים יותר. נבחן את המצב אשר לחוזה עטיפת צלופן. אם נגיע למסקנה כי הפסיקה הישראלית תכיר בכריתתם, אזי לאור מסקנותינו בפרק המתייחס למשפט האמריקאי, ומדרך של "קל-וחומר" יהיו בתי המשפט מוכנים להכיר בחוזה "הקש וקבל".

מאחר ודיון ישיר בשאלה לא נערך בבתי המשפט בישראל, וככל הידוע לחיימ, גם המלומדים שעוסקים בדיני חוזים לא עסקו בשאלה זו במישרין, נלמד על דרך ההיקש ממעמדם של חוזים סטנדרטיים אחרים הנמסרים לרוכש לאחר התשלום בהתאם לעיסקה. מדובר בעיסקאות כגון: רכישת כסא נוח על שפת הים, מתן בגד לניקוי יבש, רכישת מכשיר חשמלי (תנאי האחריות בתוך הקופסה), שימוש במתקני שעשועים, רכישת פוליסת ביטוח ועוד. כפי שקובעים פרידמן וכהן לא התגבשו בפסיקה מבחנים אחידים: בכל מקרה הכל תלוי בכוונת הצדדים (כפי שמשקפת באופן אובייקטיבי מהנסיבות) ובעיקר בתוצאה שאליה חותר בית המשפט להגיע ובמדיניות החברתית הנראית לו רצויה. כאשר התבקש בית המשפט להכריע בשאלה מה נכלל בחוזה ומה מהווה תוספת או הצעה חדשה שלא בא עליה קיבול, הוא הושפע מתוכנו של החוזה הסטנדרטי במקרה שלפניו ומטיב התניה שמבקשים לאכוף. ברוב המקרים בהם נקבע כי התנאים הסטנדרטיים אינם חלק מהחוזה דובר בניסיון לאכוף

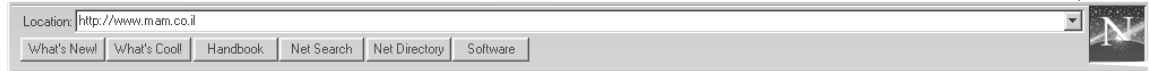
36 ראה שם, בע' 187-190.

37 ע"א 323/78 **מקסל בע"מ נ' בלק אנד דקר**, פ"ד לג (57, 59). בית המשפט מתייחס לשתי קונסטרוקציות חלופיות להכרה בכך שתנאי המופיע על גבי חשבונית שנמסרה לאחר השלב הראשון של העסקה מהווה חלק ממנה: (א) החשבונית ומשלוח הסחורה על ידי המוכר מהווים הצעה שקובלה ע"י הקונה על ידי קבלת הסחורה והשימוש בה או - (ב) ההזמנה שנמסרה למוכר על ידי הרוכש הייתה הצעה להתקשרות והמוכר קיבל אותה על ידי אספקת הסחורה והחשבונית. החשבונית כוללת שינוי לתנאי ההצעה ועל ידי כך יש לראותה כהצעה חדשה אותה קיבל הקונה על ידי קבלת הסחורה עם החשבונית ללא מחאה.

38 ראה ג. שלו, לעיל, הי"ש 14 בע' 65-39.

39 בחוזים מהסוג בו אנו עוסקים אין משא ומתן בין הצדדים. יחד עם זאת אם הקונסטרוקציה המשפטית בה נעזר תקבע כי החוזה הסטנדרטי הוא שינוי לתנאי ההצעה או הצעה שקובלה על דרך התנהגות אזי כל התהליך הדו שלבי הזה יכול החשב כמשא ומתן. במקרה זה ניתן לבחון את תום הלב של הרוכש בהתייחסות לחוזה הסטנדרטי כחלק מהתנהגותו במהלך המשא ומתן שהרי העסקה עדיין בהתהוות.





הצרכן - מובן כי כל אלה מצדיקים הכרה בחווי "עטיפת צלופן" וחוזי "הקש וקבל".

3. שליחות אלקטרונית

3.1 הגדרת הבעיה

הסוגיה המשפטית בה דנו עד כה מסתבכת כאשר "קיבול" החוזה נעשה לא על-ידי הרוכש עצמו, אלא על ידי שלוח אלקטרוני הפועל בשם הרוכש ובשליחותו⁴¹. המונח שלוח אלקטרוני או סוכן חכם - "Intelligent Agent" מתייחס לתוכנות הפועלות כשלוח של המשתמש לביצוע משימות מגוונות ברמות תחכום שונות: החל במציאת מידע מסוים מתוך מאגרי מידע מוגדרים הנמצאים ברשת, דרך איתור מוצר שבו הוא מעוניין וכלה ברכישת מוצר/ים מבוקשים. תוכנות אלה (שיכונן להלן - "סוכנה") חוסכות למשתמש את הצורך בחיפוש עצמאי ארוך ומייגע של המוצר או השירות שבהם הוא מעוניין, תוך חסכון משמעותי ב"זמן רשת".

שאלת השימוש בסוכנות הופכת אקטואלית וממשית ככל שמתרחב השימוש באינטרנט. הן היצע המוצרים, השירותים והמידע ברשת והן כמות המשתמשים בה הולכים וגדלים ומהווים תמריץ ברור לפיתוח ושיפור סוכנות/שלוחים אלקטרוניים אשר סוג, היקף וטיב שירותיהם הולכים ומשתפרים. אם בתחילה הייתה סוכנה מסוגלת לחפש במאגרי מידע נתונים או מוצרים ולהציג בפני הרוכש מידע מסוים וממוין⁴² (היינו דובר בעצם ב"מנוע חיפוש" משוכלל ותו-לא) אזי כיום ניתן להציב בפני סוכנה משימות מורכבות יותר ולטענת

להניח כי בית משפט בישראל היה דוחה טיעון זה גם בהסתמך על עיקרון תום הלב. איש לא חלק על כך שזיידנברג קרא את תנאי הרשיון ובהחל להתעלם מהם ואין חולק כי התנאי בו דובר באותו ענין, הינו תנאי סביר ומגן על אינטרסים לגיטימיים של היצרן. ניתן למצוא בסיס לקביעה לפיה מי שרכש תוכנה אליה צורף חוזה "עטיפת צלופן" כבול בתנאי אותו חוזה גם מכח דיני ההשתק: התנהגותו של הרוכש יצרה כלפי היצרן מצג לפיו מקבל הרוכש את תנאי הרשיון. על בסיס מצג זה התקשר היצרן בעסקה (או המשידך בביצועה) ולפיכך מנוע הרוכש ומושתק מלטעון כנגד המצג שייצר⁴⁰.

עינינו הרואות: ניתן למצוא בסיס רחב בדין הישראלי להכרה בתוקפם ובכריתתם של חווי עטיפת צלופן ואחייניהם, חווי "הקש וקבל" יחרו יחזיקו אחריהם. ואולם, כבר ציינו כי שאלה מסוג השאלות הניצבות בפנינו עתה, יורכעו במקרים רבים על בסיס המדיניות המשפטית/חברתית הרצויה בעיני בית המשפט. עמדת הכותבת היא כי גם שיקולי מדיניות משפטית תומכים בהכרה בתוקפם המשפטי ובאכיפתם של חוויים אלו.

לדעת הח"מ, כובד משקלה של הבדיקה המשפטית צריך לעבור לבחינת תנאי החוזה האחיד ומובן כי ממצא לפיו תנאי מסוים מקפח את הרוכש או נוגד את הדין המהותי יצדיק ביטולו של אותו תנאי. ואולם ביטול גורף של תנאי החוזה בשל הטכניקה של חתימתו נראה קיצוני. כך, ודאי אם ניתן את הדעת לכך שמספרם של המוצרים הנמכרים בתפוצה המונית באמצעות טפסים סטנדרטיים הולך וגדל, כי לאי ודאות משפטית יש מחיר וכי, בסוף הדרך, העלויות המשפטיות יגולגלו לכתפי

40 ראה ג. שלו, לעיל, הי"ש 14 בע' 63-60.

S. Levi and R. Sporn Can Programs Bind Humans To Contracts? L.S. EXTRA 41

<http://www.ljx.com/internet/0113shrink.html>

42 כך לדוגמה יכול מחשב המפקח על המלאי ברשת compUSA להזמין את הכותרים החסרים במחלקת המולטימדיה וללא כל מעורבות של מפעיל, לעתים קרובות תתקבל ההזמנה ותבוצע על ידי מחשב עמית הממוקם אצל היצרן. Levi & Sporn במאמרם הנוכח בה"ש לעיל מתארים את ה-BargainFinder, by Chicago's Anderson Consulting המחפש תקליטור מוסיקלי בחנויות התקליטים שבאינטרנט, מחזיר למשתמש רשימה של חנויות בהן נמצא הכותר ומאפשר לצרכן להתחבר במישרין לאתר המתאים ביותר לדרישותיו.





מובן כי יש למצוא איוון נאות, שיאפשר פיצור האחריות וחלוקתה באופן ראוי ונכון בין מפעילי האתרים, מפתחי הסוכנה והרוכשים/צרכנים הנהנים מהשימוש בה. מובן גם כי יש להיערך, מבחינת ניסוח החוזים ואופן הצגתם (כגון דרך הצגת תניות פטור וכדומה) כך שיותאמו להתקשרות באמצעות סוכנה.

ואולם, קודם לניסיון להשיב על כל שאלות אלה, יש להכריע בשאלות העקרוניות: האם, שיקולים פרקטיים וטעמים של מדיניות משפטית וחברתית רצויה, נכון רצוי וראוי להכיר בתוקף ההתקשרויות המתבצעות באמצעות סוכנה. רק לאחר מכן, אם נגיע למסקנה כי יש להכיר בתוקף התקשרויות אלה, יהיה עלינו למצוא את הבסיס המשפטי להכרה, ולקבוע הסדר משפטי מקיף וממצה להפעלתה.

אם הכרעה הערכית והעקרונית שתקבל תהיה כי רצוי להכיר בתוקפן של התקשרויות מסוימות באמצעות סוכנה ניתן יהיה להשיג מטרה זו באחת או יותר מהדרכים הבאות: (א) להתייחס למחשב ולסוכנה כאל מכשיר מכני, שדרכם ובאמצעותם עובר רצון המשתמש. לפי תפיסה זו, ההחלטה להתקשר בחוזה הינה החלטת המשתמש בסוכנה, ולא החלטת הסוכנה. תפיסה זו מתעלמת מ"האינטליגנציה" ההולכת וגדלה של הסוכנה והשוני שבינה לבין "מכשירים" אחרים. (ב) להגדיר סוגי עסקאות, שבהן אין צורך ב"כשירות משפטית" כדי להתקשר בחוזה - תפיסה הפותחת שער לפסולי דין, קטינים וכדומה להתקשר בחוזים ולכן בעייתית.

(ג) ניתן לקבוע כי לסוכנה העומדת בקריטריונים מסוימים כשירות משפטית (מוגבלת או מוחלטת) להתקשר בעסקאות (מסוימות או בכלל).

המפתחים, לא ירחק היום בו תוכל סוכנה להשתתף במכירות פומביות (תוך הפעלת מערכת קבלת החלטות מורכבת) ואף, תוך שימוש באינטליגנציה מלאכותית לבחון ולנתח הצעות, וחוזים ו"להחליט" לקבלן או לדחותן.

השאלות הקשורות ב"סוכנה" מרתקות: מה הדין כאשר לא הרוכש עצמו הקיש "אני מסכים", אלא עשתה זאת סוכנה הפועלת בשירותו? האם נכרת בין היצרן לרוכש חוזה על פי תנאי הרשיון? והאם ניתן לראות בסוכנה "שלוח" בעל כשרות משפטית, המוסמך לחייב את "שלוחו"?

דיני השליחות עוסקים בשאלות כגון היקף ההסמכה של השלוח, מצגי השולח והשלוח, וידיעתו של צד ג' על השליחות. כיצד יתורגמו מושגים אלו לתחום ההתקשרות באמצעות סוכנה?

מה הדין כאשר הסוכן האלקטרוני "חורג מסמכותו" בשל "באגים" ומתקשר בחוזה עם ספק, המוכן לקבל התקשרות הנעשית באמצעות סוכנה? מי יישא בנזקי כשלים מסוג זה? נניח כי סוכנה מוכרת בטעות, דרך הרשת, את המספר הזוכה ובהגרלה לאלפי רוכשים עימם התקשרה באמצעות חוזה "הקש וקבל". בעיסקאות בין גורמים מסחריים ההתלבטות היא בין מפעיל הסוכנה שיש לראו תו כמי שבחר, בעיניים פקוחות, בהפעלת הסוכנה וקיבל על עצמו את תוצאות הפעלתה, לבין הספק שהסכים לקבל התקשרויות שבוצעו באמצעות סוכנה וניתן לראותו כמסכים למחול על כשלים ותקלות אופייניות⁴³. ואולם מי ישא באחריות של טעות מול ציבור שלם של צרכנים?

43 כפי שמציינים Levi & Sporn לעיל הערה 14, ישנם מפעילי אתרים החוסמים את אפשרות הכניסה לסוכנות מחשש כי התקשרות הסוכנות בחוזה תהיה חסרת תוקף. 3.





פתרון אחר להכשרת השימוש בסוכנה בחוזי "הקש וקבל" - לקבוע כי שלוחים אלקטרוניים יסכימו, באופן אוטומטי, להתקשר על פי חוזי "הקש וקבל" וכי שולחיהם יהיו מחויבים על פי חוזים אלו. פתרון זה מבוסס על ההנחה שממילא איש אינו קורא חוזים אלו, שנוסחם סטנדרטי. הואיל ועל חוזים אלו צפויים לחול דיני החוזים האחידים, ממילא יתערבו בתי המשפט וימנעו אכיפה בכל מקרה שבו ימצאו כי תנאי החוזה מקפחים את הרוכש, מתנים התניה אסורה על אחריותו החוקית של היצרן, או נוגדים את תקנת הציבור.

דיון מעמיק וממצה בשאלת ה"סוכנה" חורג מגבולות מאמר זה ומצדיק מאמר נפרד. ספק אם יש בדינים הקיימים כדי להתמודד עם הבעיה. כך לדוגמה, דיני השליחות מתייחסים לשלוח כאל "אדם" או person⁴⁴ וספק אם ניתן להרחיבם כך שיחולו על תוכנת מחשב. לפיכך, כדי לא לאלץ את בתי המשפט "למתוח" את הדין הקיים ראוי וצריך למצוא הסדר חקיקתי חדש. ואכן, בארה"ב תלויה ועומדת כיום הצעה לתיקון ל-⁴⁵ U.C.C האמורה להסדיר, בין היתר, את ההתקשרויות באמצעות סוכנה.

3.2 חוזי "הקש וקבל" באמצעות "סוכנה"

4 סיכום

"מתחת" הדינים הקיימים מאפשרים לעולם המשפט להתמודד עם חוזי "הקש וקבל" ולהגיע לפתרון נכון וראוי המגשים מדיניות חברתית וכלכלית נכונה. ואולם, ההתפתחות הטכנולוגית המואצת אשר בעיית ה"סוכנה" היא רק דוגמה שלה ממחישה את הקושי בניסיון לפתור אד-הוק בעיות שנוצרו בעולם חדש ומתחדש ללא הרף על פי מושגים משפטיים שהתיישנו. ניתן לנסות ולהתאים, טלאי על טלאי, את הדינים הקיימים למצבים חדשים שאיש לא חזה שעה שנוצר הדין. כך נעשה שעה שנקבע כי תוכנת מחשב הינה יצירה ספרותית והוחלו עליה דיני זכויות יוצרים החלים על יצירות ספרותיות. פתרון אחר הוא יצירת מערכת דינים חדשה, הקשובה להתפתחויות ההווה ולמגמות העתיד. כך או כך, על עולם המשפט לתת גיבוי משפטי להתפתחויות הטכנולוגיות ולאפשר למפתחים לפעול בסביבה של ודאות משפטית. הסחר האלקטרוני וטשטוש הגבולות שנוצר בעקבותיו אינם יכולים להמתין עד בוש.

מאחר ורמת התחכום של הסוכנות עדיין איננה גבוהה מספיק ספק רב אם ראוי, כבר עתה, להכיר באפשרות ההתקשרות באמצעות הסוכנה. נראה כי ראוי להימנע ממתן תוקף להתקשרויות באמצעות סוכנה, עד לאחר שהטכנולוגיה תבטיח סוכנות מתוחכמות יותר, בעלות אינטליגנציה מלאכותית, עם הסתברות מינימלית לטעויות. אין ספק כי אחריות כבדה בתחום זה מוטלת על מפתחי הסוכנה וכי על יצרני הסוכנה לגלות איפוק ולהסביר ללקוחותיהם את מגבלות הסוכנה ואת הסיכונים שבהפעלתה.

יחד עם זאת, אם יתברר כי החלטה שלא להכיר בהתקשרות בחוזי "הקש-וקבל" על ידי סוכנות פוגעת בקצב הפיתוח של הסוכנות ניתן יהיה להכיר ביכולת של סוכנה להתקשר בחוזה "הקש וקבל". הכרה זו תחול ביחס לסוגים מסוימים ומוגבלים של התקשרויות (כגון רכישת מוצרי צריכה ותוכנות); סכומי ההתחייבות יהיו מוגבלים (עד דולר לדוגמה) תוך יצירת מנגנון המאפשר ביטול ההתקשרות תוך פרק זמן קצר ונקוב מראש.

44 ראה סעיף 4 לחוק השליחות, תשכ"ה - 1965 וסעיף 1 ל- Restatement (Second) of Agency. ראה ניתוח למונח "אדם", - אנגלרד, "חוק הכשרות המשפטית והאפורוסות", תשכ"ב-1962, סי' 1-13, מהדורה שניה המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש מיכאל סאקר הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ה - 1995, בע' 18-23.

45 ראה Ten. Draft. Sep. 4, 1996 Uniform Commercial Code Section 2B-103 המדובר בהצעה המתייחסת לרשימות לאינפורמציה ותוכנה. לדיון מפורט בהצעת החוק ראה Fischer לעיל הערה 1, בע' 552 ואילך. סקירה מקיפה להצעת החוק וניתוח שלה מחייבים רשימה נפרדת.

