



David Bros Bldg.,
38 Keren-Hayesod st.,
Jerusalem 92149, Israel
Tel: 972-2-5638070
Fax: 972-2-5638071
Web: www.lm-adv.com

לפידות, מלכיאור ושות'
משרד עורכי דין

בית האחים דוד,
קרן היסוד 38,
ירושלים 92149

טל. 02-5638070
פקס. 02-5638071

E-mail: office@lm-adv.com

היבטים בינלאומיים של התקנים להגנה דיגיטלית על זכויות יוצרים

עו"ד ידידיה מלכיאור

האמור במאמר זה אינו מהווה יעוץ משפטי או תחליף להתייעצות עם עורך דין חבר לשכת עורכי הדין. מאמר זה מבטא את המצב המשפטי רק נכון למועד כתיבתו, ויתכן כי חלו שינויים במצב המשפטי. מומלץ לפנות בכל שאלה לעורך דין מוסמך. צוות משרדנו ישמח לעמוד לשרותכם לצורך זה.

תוכן העניינים

3	מבוא	א.
5	מערכת היחסים בין יצרני התוכן לבין יצרני הטכנולוגיה	ב.
6	מהו DRM	ג.
7	הגבלת גישה (ACCESSES LIMITATION)	
8	הגבלת השימוש (USE LIMITATION)	
9	הגדרת DRM	
10	סוגי הזכויות בתוכן	ד.
11	הצורך בהגנה משפטית על ה- DRM	ה.
13	ההגנה המשפטית הניתנת ל- DRM	ו.
14	DRM כאמצעי לחלוקה גיאוגרפית	ז.
16	המיצוי הבינלאומי	ח.
20	הבעייתיות הנובעת מחלוקה גיאוגרפית של השוק	ט.
21	אפליית מחירים	
23	פגיעה במבחר היצירות	
24	מניעת יבוא מקביל מותר	
25	הפתרון המוצע	י.
26	תימוכין טכנולוגיים	
28	תימוכין משפטיים	
30	סיכום	יא.

א. מבוא

הטכנולוגיה הדיגיטלית הפחיתה לקרוב לאפס את העלות השולית של העתקת והפצת יצירות המוגנות בזכויות יוצרים, ובכך מאפשרת טכנולוגיה זו העתקה המונית של יצירות אלו. רשת האינטרנט ורשתות תקשורת נוספות מאפשרות הפצה גלובלית ומיידית של העתקים מפרים המצויים במדיה דיגיטלית.

מנגד, הטכנולוגיה הדיגיטלית מעניקה לבעלי זכויות היוצרים כלים חדשניים לשליטה על הגישה ליצירות המוגנות ועל השימוש ביצירות אלו. באמצעות הטמעה של התקנים הידועים כ- DRM (Digital Rights Management) בעל זכויות היוצרים יכול להגביל את אפשרותו של משתמש הקצה להשתמש ביצירה, להעתיקה, לשנותה או להפיצה. התקני DRM הם רכיבי חומרה או תוכנה המשובצים ביצירה או בהתקן אשר נועד להצגת היצירה (כגון נגן DVD, נגן MP3, או טלפון סלולארי).

מכיוון שכמעט לכל טכנולוגיית DRM יש חולשות אשר ניתן לנצלן לצורך פיצוח או עקיפת ההגנה שמספק ה- DRM, הרי שהאפקטיביות של אמצעי ההגנה מותנית בהגנה המשפטית הניתנת להם. אמנת זכויות היוצרים של WIPO משנת 1996 מחייבת את המדינות שהצטרפו לאמנה לספק הגנה משפטית אשר תמנע את עקיפתם (circumvention) של התקני DRM. בעקבות אמנת WIPO אומצו בחלק ממדינות העולם כללים משפטיים האוסרים על עקיפתם של התקני DRM, אשר חלקם ידון בהמשך הדברים.

למרות הרציונאל הפשוט לכאורה הטמון בבסיס מתן ההגנה המשפטית ל- DRM, הרי שחוקים אלו מעוררים מספר לא מבוטל של בעיות משפטיות סבוכות הנוגעות להקשרים שבין קניין רוחני, טכנולוגיה וענפי משפט אחרים.

כך למשל נדרשו בתי המשפט בארה"ב להכריע בשאלתן חוקיותם של סעיפי חוק האוסרים את הפצתן של תוכנות לעקיפת התקני DRM, זאת לאור העובדה כי תוכנה כשלעצמה הוכרה כביטוי הזכאי להגנת חופש הביטוי.¹ סוגיה שונה עולה מתחום דיני הגנת הצרכן: הטמעת ה- DRM מגבילה את משתמש הקצה, ומכאן עולה השאלה בדבר חובת הגילוי לצרכן על הנחיתות הפונקציונלית של המוצר בו הוטמעה מערכת ה- DRM.² מערכות DRM מסויימות, המבוססות על זיהוי המשתמש לצורך מתן הרשאת גישה (כגון מערכות זיהוי ביומטריות) מעלות שאלות מתחום הגנת הפרטיות.

¹ ראו לאחרונה את פסק דינו של בית המשפט העליון בקליפורניה מיום 25 באוגוסט 2003 (טרם פורסם) ב-עניין *DVD Copy Control Association, Inc. v. Andrew Bunner*, נגיש באמצעות האינטרנט בכתובת: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dvd/dvdccabnrr82503opn.pdf> (נבדק לאחרונה ביום 15.10.2003)

² ראו לאחרונה את פסק הדין הצרפתי בעניין *L'union Federale Des Consommateurs Que Choiser c/ Societe Anonyme EMI Music France* (פסק דין מיום 2.9.2003 לפיו תקליטורים עם מנגנוני הגנה מפני העתקה פוגעים בזכויות הצרכן); וכן את אזהרת הממונה על התחרות והגנת הצרכן באוסטרליה (*Australian Competition and Consumer Commission*) מיום 20.11.2002 בעניין תקליטורים עם מנגנונים נגד העתקה (Consumer Commission) http://203.6.251.7/accc.internet/digest/view_media.cfm?RecordID=870 (נבדק לאחרונה ביום 15.10.2003).

יתר על כן, ההגנה המשפטית על התקני DRM נוגעת בלב-ליבה של אחת מדוקטרינות היסוד של דיני זכויות היוצרים - הגנת השימוש ההוגן. חלק ניכר מהתקני ה-DRM מונעים מהמשתמש פעולות אשר אלמלא ההתקן היו נכנסות בגדרי השימוש ההוגן, דבר המהווה כר נרחב למחלוקות סביב הלגיטימיות של התקני ה-DRM האמורים.

אחת הבעיות המשפטיות המתעוררות בהקשר של ה-DRM מקורה בתחום ההגבלים העסקיים. חלק ממערכות ה-DRM, בעיקר כשהן מאמצות כסטנדרט טכנולוגי, מקנות לבעל הזכויות אפשרות לאפליית מחירים או לשליטה אנטי-תחרותית אחרת בשוק המוצר (כגון הגבלת מכירה חוזרת, חלוקת שוק, שליטה בנקודות המכירה ועוד).

עבודה זו עוסקת בהשלכות הבינלאומיות של ה-DRM, ובעיקר ביכולתם של בעלי הזכויות לשלוט בחלוקת השווקים במישור הבינלאומי באמצעות הטמעתם של התקני DRM ביצירות או באמצעים הטכנולוגיים באמצעותם אפשר להשתמש ביצירות (כגון מכשירי DVD ונגני מוסיקת MP3). תקינה טכנולוגית ואימוץ סטנדרטים משותפים מאפשרים לבעלי הזכויות בתוכן לא רק למנוע את העתקת היצירות, אלא גם להגביל את התחומים הגיאוגרפיים בהם יכול הצרכן לעשות שימוש ביצירה, ואת צינורות השיווק בהן תופצנה היצירות ברחבי העולם.

בחלקה הראשון של העבודה נסביר מהם התקני DRM, ומהן הפונקציות להן משמשים ההתקנים (פרק ג'). לאחר מכן נדון ב"סביבה המשפטית" - הצורך בהגנה משפטית על התקני DRM, וההסדרים המשפטיים ברמה הבינלאומית והלאומית (פרקים ד' עד ו'). לאחר הצגת המתודות הטכנולוגיות לחלוקת שוק גיאוגרפיות (פרק ז') נעסוק בשאלת המיצוי הבינלאומי בדיני זכויות יוצרים (פרק ח'), וכפי שיובהר בהקשר זה, גם אם מיצוי הזכות הוא לאומי ולא בינלאומי, אין הדבר פוטר את הבעיתיות שבשימוש בהתקני DRM לצורך שליטה בשווקים הבינלאומיים.

בשלב הבא נדון בבעיות המשפטיות שמעוררים התקני ה-DRM בהיבט של סחר בינלאומי (פרק ט'), ולבסוף נציע דרך פרשנית אשר תאפשר ליישב בין הצורך לספק הגנה משפטית להתקני DRM לבין הצורך להבטיח זרימה חופשית וסחר בינלאומי ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים (פרק י').

ב. מערכת היחסים בין יצרני התוכן לבין יצרני הטכנולוגיה

העידן המודרני מלווה בשיפורים מתמשכים במדע ובטכנולוגיה, ובין היתר בתחום של טכנולוגיה דיגיטלית המאפשרת איחסון של יצירות מולטימדיה בפורמטים דיגיטליים, יצירת העתקים מיצירות אלו, והפצתם באמצעות תקשורת אלקטרונית.

הפיתוח הטכנולוגי המואץ הביא להקמתן של שתי תעשיות חדשות - יצרני המוצרים האלקטרוניים ("יצרני הטכנולוגיה") לצרכי בידור ופנאי (כגון יצרני מכשירי טלוויזיה, רדיו, וידאו ו-DVD), ותעשיית הבידור הביתי ("יצרני התוכן") המפיקים תכנים לצריכה ביתי או פרטית (כגון תוכניות טלוויזיה ורדיו, וקלטות אודיו ווידאו לשימוש ביתי).

שתי תעשיות אלו תלויות זו בזו - ללא הביקוש הציבורי לתכנים, לא יהיו יצרני הטכנולוגיה מסוגלים למכור את מוצריהם. כך למשל, אלמלא הדרישה להשמעת מוסיקה בבית לא היה נוצר ביקוש למכשירי רדיו, טייפים ו-CD. מנגד, לו לא היו יצרני הטכנולוגיה מציעים את מוצריהם לציבור, לא היו יצרני התוכן יכולים להציע את מרכולתם לקהל הצרכנים הביתי.

למרות התלות ההדדית בין שתי התעשיות קיים גם ניגוד אינטרסים ביניהן. בעוד שליצרני הטכנולוגיה יש תמריץ למכור לציבור הצרכנים כל מוצר טכנולוגי שביכולתם לפתח, הרי שיצרני התוכן מעוניינים בהפצתן של טכנולוגיות חדשות המאפשרות שימוש בתוכן, אך לא בטכנולוגיות המאפשרות לציבור להעתיק, לשנות או להפיץ את התכנים.

הדברים באו לידי ביטוי בפסק דינו של בית הלורדים האנגלי בפרשת ³CBS v Amstrad בו נדונה טכנולוגיה שפותחה במהלך שנות השמונים של המאה הקודמת שאיפשרה העתקת קלטות במכשירי רדיו-טייפ שהכילו שתי קלטות ("Double Cassette"). הלורד טפלמן (Templeman) הציג את הקונפליקט בין התעשיות כדלקמן:

"It is in the interests of the electronic equipment industry to put on the market every facility which is likely to induce customers to purchase new machines made by the industry. It is in the interests of the entertainment industry to maintain a monopoly in the reproduction of entertainment. Facilities for recording and reproducing incorporated in machines sold to the public by the electronic equipment industry are capable of being utilised by members of the public to copy the published works of the entertainment industry, thus reducing the public demand for the original works and recordings of the entertainment industry

³ CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics plc [1988] WLR 1191

itself... Hence arises the conflict between the electronic equipment industry and the entertainment industry..."

עבודה זו עוסקת במתח שבין טכנולוגיה לבין הגנת תכנים. מחד גיסא, חלק מעולם הטכנולוגיה צועד כברת דרך ארוכה יד ביד עם יצרני התוכן - התקני DRM הם מוצרים טכנולוגיים אשר יצרני התוכן מטמיעים ביצירותיהם על מנת להגביל את יכולתם של הצרכנים ליצור העתקים של היצירות. במישור זה קיים שיתוף פעולה מוחלט בין תעשיית הטכנולוגיה לתעשיית התוכן.

מאידך גיסא, יצרני טכנולוגיה אחרים מפתחים אמצעים שנועדו לעקוף את התקני ה-DRM. במישור זה קיים קונפליקט מובנה בין יצרני הטכנולוגיה המציעים מוצרים שיאפשרו לצרכנים העתקת יצירות (או שימוש אחר שאותו מעוניין יצרן התוכן להגביל), לבין יצרני התוכן המעוניינים בהגבלת יכולתו של הצרכן להעתיק ולהפיץ את היצירה.

על מנת לעמוד על טיבו של המתח שבין התעשיות, ובעיקר על ההשלכות המשפטיות של מתח זה, יש לדון תחילה במהותם של התקני DRM ובמעמדם של התקנים אלו במסגרת ההגנות המשפטיות העומדות לרשותם של יצרני התוכן.

ג. מהו DRM

זכויות בתוכן הינן זכויות עתיקות יומין, וחוקי זכויות יוצרים הינם בני מאות שנים.⁴ עם זאת, השינויים בטכנולוגיה ובעיקר הכניסה לעידן בו התכנים זמינים בפורמטים דיגיטליים, הביאה לשינוי באופן ניהול הזכויות (Rights Management). העולם הדיגיטלי מספק "אריזות" חדשות לתכנים – ספרים מופצים באופן אלקטרוני (E-books), מוסיקה וסרטים מופצים במדיה אלקטרונית (CD, DVD, ובתקשורת מחשבים). האריזות החדשות בהן נמכר התוכן מאפשרות הטמעה של אמצעי הגנה טכנולוגיים, המהווים מעין "מנעול" לאריזה, אשר יכול להפתח רק בידי מי שבידיו מפתח מתאים.

התקני DRM הם מערכות טכנולוגיות המורכבות מחומרה (Hardware) ו/או תוכנה (Software),⁵ המהוות מגבלה בפני אפשרויות הפעולה של משתמש הקצה. בבסיסה של כל מערכת DRM מצוי מודל זכויות (Rights Model)⁶ המגדיר את סוגי הזכויות שעליהן יכולה המערכת לפקח, ואת

⁴ מקובל לראות בחוק האנגלי משנת 1710 הידוע כ- Statute of Ann כקודיפיקציה הראשונה של זכות היוצרים.

⁵ מונחים אלו מוגדרים כיום בחקיקה הישראלית. ראו סעיף 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה – 1995.

⁶ ראו: Bill Rosenblatt, Bill Trippe and Stephen Monney, **Digital Rights Management Business and Technology** (M&T Books, 2002) pp.59.

האפשרויות הזמינות לכל אחת מזכויות אלו. מערכות DRM מגבילות את אפשרויותיו של משתמש הקצה ביחס ליצירה באחד משני אופנים – הגבלת גישה או הגבלת שימוש.

הגבלת גישה (Accesses Limitation)

הגבלת הגישה משמעה כי היצירה אינה עומדת לרשות כל דיכפין. באופן מסורתי הגבלת גישה התבססה על זיהוי המשתמש. רק המשתמש המורשה, אשר מזוהה על ידי המערכת, יכול לגשת אל קובץ התוכן. לרוב, מערכות אלו פועלות בשיטה של זיהוי באמצעות שם משתמש וסיסמא אישית, אך מערכות מתקדמות יותר נעזרות באמצעים מורכבים יותר, כגון זיהוי המשתמש באמצעים ביומטריים (כגון זיהוי קרנית העין). המערכות הביומטריות הינן אמינות יותר, שכן הן קושרות את הזיהוי לאישיות ספציפית, להבדיל ממערכת של סיסמא שמאפשרת לכל אדם המכיר את הסיסמא לגשת לתוכן. עם זאת, מחירן הגבוה של המערכות הביומטריות הופך אותן ללא ישים להפצת תוכן להמונים.

הגבלת גישה מסוג אחר מבוססת על זיהוי מכשיר הגישה, להבדיל מזיהוי המשתמש במכשיר. במערכות מסוג זה תינתן גישה לכל משתמש הניגש לתוכן באמצעות מיכשור מורשה. כך למשל יכול בעל מאגר מידע להתיר גישה לכל משתמש הניגש למאגר המידע באמצעות מחשב ספציפי המזוהה באמצעות מספר ה-IP.⁷ באופן זה יכולה חברה כגון Lexis לאפשר גישה לכל מחשב שמספרו מציין כי הוא שייך לאוניברסיטה מסויימת, זאת בלא צורך לצייד כל אחד מן הסטודנטים בסיסמת גישה, ובלא צורך לפקח על כך שהסטודנטים לא יעבירו את הסיסמא לאחרים.

מטרה אחרת של הגבלת גישה על פי זיהוי המכשיר הינה לוודא שניתן יהיה להשתמש בתוכן רק באמצעי "לגיטימי" מבחינת היצרן. כך למשל הוצעו מספר טכנולוגיות שמטרתן לייצר תקליטורים שיפעלו רק על גבי מערכות שמע שאינן מחוברות למחשב, ולא יעבדו על כונני תקליטורים במחשבים (וזאת בכדי למנוע את העתקת המוסיקה למחשב, והפצתו באמצעות רשת האינטרנט).⁸

הגבלת הגישה אינה בהכרח מוגבלת לפרופיל שיוצר המשתמש כלפי כל ספק תוכן בנפרד, וניתן ליצור תעודות זיהוי אלקטרוניות אשר יוכרו על ידי מספר רב של ספקים.⁹

⁷ מספר IP הינו מספר ייחודי (בכל עת נתונה) המוקצה למחשב על ידי ספק האינטרנט ומשמש לצורך זיהוי וניתוב המידע אל המחשב ברשת האינטרנט.

⁸ ראו (6.10.2003) John A. Halderman, *Analysis of the MediaMax CD3 Copy-Prevention System*, <http://www.cs.princeton.edu/~jhalderm/cd3> (נבדק לאחרונה 15.10.2003).

בנוסף ניסתה תעשיית המוסיקה לקדם את פרויקט ה-SDMI (Secure Digital Music Initiative), במסגרתו אמורה היתה המוסיקה להיות מופצים בפורמט דיגיטלי שישמע רק על נגנים תואמי SDMI. נגני ה-SDMI מצידם היו צריכים למנוע את האפשרות כי המוסיקה תועתק. פרויקט זה לא הצליח, ויוצרו רק מספר מועט של נגנים תואמים לדור הראשון של ה-SDMI (בדור הראשון כלל לא הותקנו אמצעים למניעת העתקות), אלא רק טכנולוגיה לזיהוי היוצר של כל יצירה שהופצה בהתאם לתקן SDMI, ואף בכך נכשל הפרוייקט). להרחבה על פרויקט SDMI ראו רוזנבלט ואח', לעיל הערה 6 בעמ' 132-134.

⁹ כגון פרויקט Net Passport של חברת מיקרוסופט.

הגבלת השימוש (Use Limitation)

בעוד שהגבלת הגישה פועלת בשלב בו המשתמש טרם הצליח להגיע לתוכן, הרי שהגבלת השימוש רלוונטית בשלב בו המשתמש כבר הצליח לרכוש גישה לתוכן (בין אם המשתמש זוהה בהצלחה על ידי מערכת הגבלת גישה, ובין אם כלל לא קיימת הגבלת גישה). הגבלת השימוש משמעה שמשתמש הקצה אינו יכול לעשות ביצירה כרצונו – מתקין ה-DRM קובע מהן הזכויות בתוכן שיוענקו לצרכן, ואזי יהא הצרכן מוגבל מבחינה טכנולוגית, כך שיוכל לעשות שימוש ביצירה רק באופנים שהתיר בעל הזכויות.

להגבלת השימוש פנים רבות, אך אציין כבר בשלב זה כי קיימת הבחנה מהותית בין שני סוגי ההגבלות, אשר תהווה בסיס למסקנות הנובעות מעבודה זו באשר לשימוש של כלי DRM לצורך חלוקה גיאוגרפית בינלאומית – בעוד שהגבלת הגישה מונעת כל טיפול ביצירה, הרי שהגבלת השימוש קרובה יותר לליבה של דיני זכויות היוצרים, שכן היא נועדה להגן על אגד הזכויות המוכר בדיני זכויות היוצרים (כגון זכות ההעתקה, זכות ההפצה, והזכות ליצירה נגזרת (Derivative Work)). על כן, בטכנולוגיה המגבילה שימוש מצויה, לפחות לכאורה, לגיטימיות גדולה יותר מבחינת האמנה החברתית המגולמת בדיני זכויות היוצרים.¹⁰

הגבלת השימוש יכולה להיות ביחס לכל אחת מן הפונקציות שיכול היה המשתמש לבצע בתוכן הדיגיטלי, ולדוגמא:

- הגבלת האפשרות לשנות את תוכן המידע (הגנת קובץ המונעת את האפשרות ליצירה נגזרת);
- הגבלת אפשרות ההעתקה וזאת על ידי: מניעת ההעתקה בכללותה; או הגבלת מספר ההעתקים שיכול המשתמש ליצור; או באמצעי טכנולוגי שיוביל לכך שכל העתק יהיה נחות מבחינה איכותית;¹¹
- הגבלת האפשרות להמרת המדיה, כגון מניעת אפשרות להדפסתו של ספר אלקטרוני (מניעת המרה מקובץ דיגיטלי לנייר) או מניעת המרת פורמט (כגון מניעת האפשרות להמיר קובץ מדיה מפורמט הפועל רק במסגרת המוגנת של התקן ה-DRM לפורמט פתוח להעתקה והפצה כגון MP3).
- הגבלת אפשרות ההפצה (כגון אפשרות שהקובץ יפעל רק על מחשב עם מספר IP מסויים)¹².
- הגבלת אופן ותדירות השימוש כגון קבצים "חד-פעמיים" שחדלים לתפקד לאחר תקופה מסויימת או לאחר מספר שימושים מוגדר. יודגש כי הגבלה זו אינה נוגעת בליבה של זכויות היוצרים, ונועדה להסדיר חוזים של מתן רשיון שימוש מוגבל.¹³

¹⁰ ראו עמ' 20 להלן.

¹¹ אחד המאפיינים של קובץ דיגיטלי הוא שהעתקתו אינה פוגמת באיכות הקובץ, זאת בשונה מתוכן לא-דיגיטלי שבו העתק הוא נחות מן המקור (כגון פלט של מכונת צילום שהינו נחות באיכותו מן הדף המקורי). קיימים התקני DRM המאפשרים יצירת העתקים מן היצירה המוגנת, אך רק באופן שהעתק הינו בלתי מושלם מבחינת האיכות (כגון פגיעה ברזולוציה של קובץ וידאו), או הוספת סימן (Watermark) המצביע על כך שהקובץ אינו מקורי.
¹² ראו הערה 7 לעיל

הגדרת DRM

בהמשך הדברים נעמוד על האמנות המתייחסות לנושא ה-DRM, וכן על חלק מן החוקים שאומצו במדינות הספציפיות בנוגע להתקני DRM. עם זאת, ולאחר הסקירה התמציתית על ה-DRM ויכולותיו כפי שהובאה לעיל, מן הראוי להגדיר מהו DRM, וזאת לצורך תיחום ההגנה הניתנת ל-DRM.

ההגדרה שלהלן מבוססת על לשון אמנת WCT אליה נתייחס להלן ועל הטרמינולוגיה שאומצה בחקיקת ה-DMCA האמריקני (Digital Millennium Copyright Act).

DRM - אמצעי טכנולוגי, המוטמע על ידי בעל זכויות יוצרים או זכויות נלוות, אשר במהלך פעילותו הרגילה מגביל באופן אפקטיבי פעולות ביחס ליצירה אשר הינן חלק מאגד הזכויות של בעל הזכויות ואשר לא הורשו על ידו או הותרו על פי דין.

ההגדרה מורכבת ממספר יסודות:

- ה-DRM הינו אמצעי טכנולוגי.
- האמצעי מופעל ביחס ליצירה בה קיימות זכויות יוצרים או זכויות נלוות (כגון ה- Sui Generis – הזכות האירופית ביחס למאגרי מידע).
- הגבלת השימוש הינה פעולתו הרגילה של התקן ה-DRM. טכנולוגיה שמגבילה שימוש רק באופן אינצידנטלי לביצוע פונקציות אחרות לא תזכה להגנה כ-DRM. הפן השני של יסוד זה הוא כי ההגבלה על השימוש בזכות היוצרים צריכה להיות תכליתית ההתקן.
- ההגבלה צריכה להיות אפקטיבית – אמצעי שאינו יכול, מבחינה אובייקטיבית, להוות מגבלה, לא יזכה להגנה גם אם מתכנניו סברו מבחינה סובייקטיבית כי יוכל להגביל את המשתמש.
- ההגבלה צריכה להיות ביחס לפעולות אשר יוחדו לבעל זכויות היוצרים במסגרת אגד זכויות היוצרים או הזכויות הנלוות (ואין הכוונה לאכיפת הגבלה שמקורה בחוזה בין היצרן למשתמש).
- ההגבלה תמנע רק פעולות שבעל הזכויות לא התיר ושלא הותרו על פי דין.

¹⁵ כך למשל ניתן לאפשר למשתמש להוריד קובץ מוסיקה שיושמע פעם אחת בלבד, וזאת כניסיון לפני שהמשתמש יחליט האם הוא רוצה לרכוש את היצירה באופן תמידי. דוגמא אחרת הינה האפשרות ל"השכרת" יצירה – המשתמש יכול לשכור סרט מספריה מקוונת, אך הקובץ שנשלח יפסיק לתפקד לאחר 48 שעות בדומה להשכרה מספריית וידאו רגילה.

כפי שנראה להלן, רכיבי ההגדרה הינם משמעותיים במציאת האיזון ביחס לשאלה העומדת במוקד עבודה זו – היחס להתקני DRM המשמשים לחלוקת שוק גיאוגרפית.

ד. סוגי הזכויות בתוכן

יכולתם של יצרני התוכן לשלוט בשימוש שנעשה ביצירותיהם נובעת באופן מסורתי משלושה מקורות, אשר בעבר היו אפיקים נפרדים:

- זכויות משפטיות - אגד הזכויות שבדיני הקניין הרוחני, ובעיקר חוקי זכויות היוצרים, אשר אוסרים על הצרכנים להעתיק, לשנות, לבצע ברבים ולהפיץ את היצירות. הגדרתן של הזכויות המשפטיות מצויה בנורמות המשפטיות שקובע המחוקק.

- זכויות חוזיות - גם הזכויות החוזיות (Transactional Rights) הינן זכויות משפטיות, במובן זה שהן נובעת מהדין (דיני החוזים). עם זאת, מקורן של זכויות אלו אינו בדין מיוחד החל על יצירות, אלא בדין הכללי המסדיר את כלל המערכות החוזיות במשק, ואשר מתיר לצדדים (בכפוף למגבלות מסויימות) לעצב את זכויותיהם כרצונם. יצרן התוכן יכול להסדיר את מערכת יחסיו עם הצרכנים באופן חוזי, ובאופן זה להבטיח לעצמו זכויות אשר אינן מוגנות במסגרת דיני הקניין הרוחני.¹⁴ הגדרתן של זכויות אלו מצויה בהסדר החוזי שמעצבים הצדדים לחוזה.

- זכויות משתמעות - זכויות המוגדרות במדיה של היצירה, והמגבילות את אפשרותו של הצרכן להשתמש ביצירה. כך למשל, רוכש של ספר יתקשה לעשות שינויים בתוכנו של הספר, זאת ללא קשר לקיומה של הזכות המשפטית האוסרת לסלף את היצירה (חלק מ"הזכות המוסרית" - Droit Moral¹⁵).

לזכויות המשתמעות חשיבות רבה בהקשר הטכנולוגי. מחד, קל יותר להעתיק ספר המצוי במדיה דיגיטלית מאשר ספר מודפס (אשר יש צורך לצלם כל עמוד, ולשלם עבור הדפים ועבור הצילום). מאידך, הטכנולוגיה המודרנית מאפשרת להצפין את הקובץ של הספר המצוי במדיה דיגיטלית כך שמעטים (אם בכלל) יוכלו להעתיקו, לעומת הספר המודפס שיכול להיות מועתק על ידי כל אדם שלו גישה למכונת צילום.

התקני DRM משנים את התפיסה לפיה קיימת חלוקה דיכוטומית לשלוש מקורות הזכויות כאמור לעיל. הזכויות המשתמעות המוטמעות באמצעות התקני ה-DRM מהוות למעשה גם תניות חוזיות,

14 ראו: *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). למגבלותיהן של הזכויות החוזיות בהקשר של הגבלת הצרכנים של יצירות מוגנות ראו: *Softman Products vs. Adobe Systems* (27.8.2001 US District Court, Central District CA) פורסם ב- <http://cryptome.org/softman-v-adobe.htm> (נבדק לאחורנה 15.10.2003).
15 במשפט הישראלי מעוגנת זכות זו בסעיף 4א(2) לפקודת זכות יוצרים, 1924.

במובן זה שהצרכן רוכש יצירה לשימוש מוגבל. כך למשל אם הצרכן מודע לכך שהוא קונה תקליטור "חסין" מפני העתקה, הרי שלמעשה נכרת חוזה לפיו הצרכן מוותר על זכותו ליצור העתק לשימוש ביתי-פרטי.¹⁶

החקיקה המעניקה הגנה משפטית להתקני DRM, על ידי הטלת איסור על פיתוח והפצת טכנולוגיות המיועדות לעקיפת התקנים אלו, גורמת לטשטוש נוסף באבחנה בין המקורות השונים להגנה על בעל זכויות היוצרים, שכן הזכויות המשתמעות זכות להגנה משפטית במסגרת דיני זכויות היוצרים. בעל זכויות המטמיע ביצירתו התקן המונע את העתקתו של המוצר (לרבות מניעת העתקה בתנאי "השימוש ההוגן" המוכר במסגרת הזכויות המשפטיות) זוכה תחת החקיקה החדשה לזכויות משפטיות מורחבות, הכוללות גם את האיסור המוטל על משתמש הקצה לעקוף את התקן ה-DRM.

במובן מסוים יש בכך שינוי מהותי בתפיסתם של דיני זכויות היוצרים – בעוד שמבחינה מסורתית דיני זכויות היוצרים מהווים קודיפיקציה של אמנה חברתית המסדרת את זכויות היוצר,¹⁷ הרי שחוקי זכויות היוצרים החדשים המקנים הגנה ל-DRM מעבירים את הדגש מהסדר חברתי כולל של זכויות היוצרים להסדר המעוצב באופן כמעט בלעדי על ידי כל אחד מן היוצרים. כל בעל זכויות יוצרים מבצע בחירה של אמצעי ה-DRM שיוטמעו על ידו, לרבות הגדרת הזכויות שניתנו למשתמשים ביצירה הספציפית, ובחירה זו (דהיינו האמצעי הטכנולוגי המכתוב את הזכויות) זוכה להגנת הדין. בכך משתנים למעשה היוצרות – הזכות המשתמעת (המגבלות הטכנולוגיות) הופכת למעשה להיות הזכות המשפטית.

בפרק ט' להלן נעמוד על הבעייתיות הכרוכה בהפקעת העיצוב של הזכויות המשפטיות מן החברה בכללותה והעברתה לבעלי הזכויות המעצבים דה-פאקטו את הזכויות המשפטיות באמצעות התקני ה-DRM המיושמים על ידם. לבעייתיות הקיימת בהגנה המשפטית על ה-DRM יש, כפי שנראה בהמשך הדברים, השלכה ישירה על התיחום הגיאוגרפי של הפצת היצירות.

ה. הצורך בהגנה משפטית על ה-DRM

מהדיון שלעיל עולה כי לכאורה התקני ה-DRM הינם חלק מן הזכויות המשתמעות, ולא חלק מן הזכויות המשפטיות. למרות זאת, בשנים האחרונות אומצה ברחבי העולם חקיקה נרחבת האוסרת על עקיפת התקני DRM, ונשאלת השאלה מה הסיבה להרחבת הזכות המשפטית (דיני הקניין הרוחני בכלל, ודיני זכויות היוצרים בפרט) באופן שתתפרס גם על הזכות המשתמעת (הזכות הנגזרת מהמדיה הטכנולוגית בה מופצת היצירה).

¹⁶ זכות שעוגנה במשפט הישראלי בסעיף 33 לפקודת זכות יוצרים, 1924.

¹⁷ ראו לדוגמה טקסט ואסמכתאות מן הפסיקה האמריקנית מול הערות 45 עד 47 להלן.

אם האמצעים הטכנולוגיים היו עמידים במלוא מאת האחוזים בפני פריצה או עקיפה טכנולוגית, הם לא היו זקוקים להגנה משפטית כלשהי. אך חיי המעשה הוכיחו, פעם אחר פעם, כי מערכות DRM אינן חסינות באופן מוחלט, וככל הנראה גם לעולם לא יהיו, ובמוקדם או במאוחר יעקף כל התקן DRM.¹⁸

ברור על כן שאם ינתן חופש פעולה לפצח (Crack) או לעקוף (Circumvent) את התקני ה-DRM, הרי שימצא הגורם שיצליח במשימה זו (אף אם הרוב המוחלט של המשתמשים אינו יכול לעשות כן בעצמו). מרגע שטכנולוגיית העקיפה תהיה קיימת בידי יצרני טכנולוגיה, סביר להניח כי תופץ במהרה בין כלל ציבור המשתמשים, בין היתר באמצעות תקשורת מחשבים. כלומר, די בכך שאדם אחד יצליח בפיתוח טכנולוגיית עקיפה בכדי שבעל הזכויות יהיה חשוף לאפשרות העתקה המונית מצד כל אחד מן המשתמשים (גם אם מפתח טכנולוגיית העקיפה אינו יוצר העתק מפר כלשהו).

בעבר פתחו יצרני התוכן במאבקים משפטיים נגד יצרני טכנולוגיה המאפשרת העתקת יצירות על בסיס הדוקטרינה של הפרה תורמת, אך תביעות אלו נדחו, משום שבמקביל לאפשרות שסיפקו הטכנולוגיות ליצירת העתקים מפרים, טכנולוגיות אלו אפשרו גם שימושים לגיטימיים.¹⁹ כפועל יוצא מפסקי הדין הללו נותרו יצרני התוכן חשופים לכך שכל מאן דבעי ימצא דרך לעקוף את התקני ה-DRM ויפיץ טכנולוגיה זו, שכן כמעט ואין בנמצא טכנולוגיית העתקה שאינה כוללת אפשרות לשימוש לגיטימי (כגון יצירת העתקים במסגרת הגנת השימוש ההוגן). באופן זה תהפוך ההגנה הטכנולוגית לבלתי רלוונטית, שכן למשתמשי הקצה יהיו אמצעים זמינים לעקיפת התקני ה-DRM וכפועל יוצא יוכלו ליצור ולהפיץ העתקים מפירים באיכות הזוהר לאיכותו של קובץ המקור.

על כן נזקקו יצרני התוכן לזכות משפטית חדשה אשר ניתן לאוכפה באמצעות הליכים משפטיים, ואשר תגן על הזכויות המשתמעות הטמונות בטכנולוגיית ה-DRM. צורך זה סוכם באופן ברור במבוא לדירקטיבה של האיחוד האירופי להרמוניזציה של דיני זכויות היוצרים,²⁰ המהווה את אחד המקורות הנורמטיביים החשובים הנוגעים לחקיקה בנושא DRM:

“...The danger, however, exists that illegal activities might be carried out in order to enable or facilitate the circumvention of the technical protection provided by these measures. ... there is a need to provide for harmonised legal protection against circumvention of effective technological measures and against provision of devices and products or services to this effect.”

¹⁸ בהתחשב בקצב ההתפתחות הטכנולוגי ובאורכה של תקופת ההגנה הניתנת ליצירה, לפחות 50 שנה בכל המדינות החברות באמנת ברן (סעיף 17) לאמנה קובע תקופת מינימום להגנה של 50 שנה ממות היוצר, הרי שעמידות התקן DRM בפני פריצה או עקיפה במהלך מלוא תקופת ההגנה על זכות היוצרים הינה בלתי מתקבלת על הדעת.

¹⁹ ראו: פסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין הקלטה באמצעות מכשירי וידאו: *Sony Corp. v. Universal*; פסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין פרשת *Amstrad* בעניין טייפ דאבל קסט, לעיל הערה 3; פסק הדין של בית המשפט הפדרלי האמריקני לערעורים בעניין נגני MP3, *RIAA v. Diamond Multimedia*, 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

²⁰ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

כלומר, הטכנולוגיה המודרנית מעניקה לבעלי הזכויות אפשרות לפתח ולהטמיע כלים טכנולוגיים להגנת זכויותיהם בתוכן, אך יחד עם זאת, אותה טכנולוגיה מודרנית מאפשרת ליצרני הטכנולוגיה גם את עקיפת אמצעי ההגנה, דבר שישים לאל את מאמצי יצרני התוכן למנוע יצירת והפצת העתקים דיגיטליים של היצירות.

1. ההגנה המשפטית הניתנת ל- DRM

הצורך המתואר לעיל בהגנה על התקני DRM הוביל ליצירת מספר לא מבוטל של נורמות משפטיות להגנה על מערכות DRM. הנורמה הבסיסית הינה זו שנקבעה באמנת WIPO להגנת זכויות יוצרים (WCT).²¹ סעיף 11 לאמנה קובע כדלקמן:

“Obligations concerning Technological Measures

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

הוראה זו הינה כללית ואינה קובעת בפירוט מהן ההגנות הממשיות שינתנו להתקני ה- DRM (המכונים בטרמינולוגיה של האמנה “effective technological measure”). בעקבות אימוצה של האמנה החלה פעילות חקיקה נרחבת במדינות שאישרו את האמנה, ובראשן ארה”ב. במקביל נוסחה הדירקטיבה האירופית הנ”ל, שחייבה אף היא את המדינות החברות באיחוד לאמץ כללים משפטיים המעניקים הגנה להתקני DRM. יצוין כי הוראות בדבר איסור עקיפת DRM הוכנסו גם לאמנות בילטרליות בנושא סחר.²²

החשובים והמשפיעים שבחקיקים חדשים אלו הם הדירקטיבה האירופית להרמוניזציה של דיני זכויות היוצרים, והפרק בחוק האמריקני המכונה (Digital Millennium Copyright Act) DMCA (Anti-circumvention provisions) DRM. עם זאת, המתכונת הבסיסית של מרבית החיקוקים הינה זהה,²³ וכוללת שני איסורים:

²¹ WIPO Copyright Treaty (adopted in Geneva on December 20, 1996)
²² להסכמי הסחר החדשים שחתמה ארה”ב בשנת 2003 הוכנסו סעיפים הכוללים התחייבות להגן על התקני DRM באופן שאומץ בחקיקה האמריקנית.

²³ באופן טבעי, בעוד שקיימת תאימות רבה בין דברי החקיקה השונים שאומצו במדינות העולם לגבי הגנת DRM, הרי שהם גם נבדלים זה מזה בפרטים רבים לרבות הגדרת ה- DRM, הפעולות המדויקות שאסורות, ההגנות הניתנות לעוקפי DRM (כגון היתר לעסוק במחקר טכנולוגי), הסעדים ועוד, אך הבדלים אלו אינם רלוונטיים לעניינים בהם עוסקת עבודה זו.

- איסור על עקיפה בפועל (Circumvention) של התקני DRM.
- איסור על ביצוע פעולות מסחריות (יבוא, מכירה, השכרה, פרסום וכיוצ"ב), או החזקה לצרכים מסחריים, של התקנים מוצרים או רכיבים שהינם:
 - א. משווקים ככלי לעקיפת התקני DRM.
 - ב. המטרה המסחרית שלהם, מעבר לעקיפת התקני DRM, הינה זניחה.
 - ג. תוכנו, יוצרו או הותאמו למטרה של עקיפת, או סיוע לעקיפת, DRM.

בחלק מן החוקים (כגון ב- DMCA) קיימת אבחנה בין ההגנה הניתנת ל- DRM המגן על גישה ליצירה (סעיף 1201(a) ל- DMCA עוסק בהתקן ששולט על הגישה ליצירה ("effectively controls access")) לבין ההגנה הניתנת ל- DRM המגן על השימוש ביצירה (סעיף 1201(b) עוסק בהתקן המגן על זכות יוצרים ביצירה ("effectively protects a right of a copyright owner under this title")).²⁴ כפי שציינתי כבר בדיון שלעיל בדבר סוגי ה- DRM, לאבחנה זו יש השלכות חשובות על מדובר בניצול DRM לחלוקת שוק גיאוגרפית, והיא מהווה בסיס לחלק מן המסקנות וההמלצות של עבודה זו.

לאחר שעמדנו על מהותם של התקני ה- DRM ועל הסיבות למתן הגנה משפטית, כמו גם על היקפה של הגנה זו, נעבור לדון ב- DRM כאמצעי לחלוקת שוק גיאוגרפית, ולבעייתיות שהדבר מעורר במישור של הסחר הבינלאומי.

ז. DRM כאמצעי לחלוקה גיאוגרפית

התקני DRM יכולים להגביל את המשתמש, תוך שההגבלה מבוצעת ביחס לתכונותיו של המשתמש הספציפי או המיכשור בו עושה המשתמש שימוש. אחת מ"תכונותיו" של המשתמש או של המכשיר הינה המיקום הגיאוגרפי, ומבחינה זו יכול בעל התוכן ליתן למשתמש הקצה זכויות שונות בתוכן בהתאם למיקום הגיאוגרפי בו נמצא המשתמש.

הפילוח הגיאוגרפי מתאפשר בשלוש דרכים עיקריות:

- הבדלי תקינה – בסיטואציה בה תקינת המיכשור הינה שונה באזורים גיאוגרפיים שונים, יכול בעל הזכויות להפיץ את מוצריו בהתאם לתקן ספציפי, תוך שהוא יודע כי המוצרים לא יוכלו לזלוג לתוך שווקים בהם התקינה הינה שונה.

²⁴ באופן דומה קובע סעיף 6(3) לדירקטיבה האירופית (לעיל הערה 20) בין "access control" לבין "copy control".

כאשר בגוש מדינות מסוים מקובל תקן X לגבי מיכשור טכנולוגי מסוים, ואילו בגוש אחר מקובל תקן Y, יכול בעל הזכויות להפיץ עותקים מן היצירה בתקן המתאים לכל אחד מן הגושים, תוך שהוא יכול לשמור על פערים ברמת המחירים ובמאפייני המוצר.

דוגמא מעשית²⁵ לכך מצויה בתקינת שידורי הטלוויזיה – בעוד שבארה"ב וביפן השידורים הם בשיטת NTSC, הרי שבאירופה ובאוסטרליה שיטת השידור המקובלת היא PAL. כתוצאה מחלוקה זו, יצרני מכשירי הטלוויזיה והוידאו מוכרים בכל מדינה מכשירים המתאימים לצפייה בשיטת השידור המקומית.²⁶

עובדה זו ניתנת לניצול על ידי בעלי התוכן – קלטות NTSC ימכרו במדינות המתאימות, ואילו קלטות PAL במדינות האחרות, ובאופן זה יוכל בעל הזכויות לשלוט במועד ההפצה של היצירה בכל אחד מן המתחמים הגיאוגרפיים או ליצור אפליית מחירים בין השווקים.

■ חלוקה שרירותית – בעוד שהחלוקה הנובעת מהבדלי תקינה אינה בשליטת בעל הזכויות, הרי שבעל הזכויות יכול, בעצמו או באמצעות גופים משותפים לבעלי זכויות היוצרים, ליצור תקן למכשירים המצויים באזורים גיאוגרפיים שונים.

הכוונה הינה כי בכל אזור גיאוגרפי יופצו התקני חומרה בעלי מאפיין ייחודי אשר ישמש לזיהוי האזור הגיאוגרפי אליו משויכת חומרה זו. האמצעי בו יופץ התוכן יסומן אף הוא באופן שרק אם קיימת התאמה גיאוגרפית בין החומרה לבין מדיית התוכן ניתן יהיה להשתמש בתוכן.

דוגמא מובהקת לחלוקה שרירותית הינה ה-DVD Zoning. המדובר בחלוקה שרירותית של כדור הארץ ל- 8 אזורים גיאוגרפיים.²⁷ על פי תקינת ה-DVD, מכשיר DVD שיועד לעבוד באזור גיאוגרפי (Zone) ספציפי ינגנן רק קלטות DVD שיוצרו עבור אותו אזור.²⁸

²⁵ גופי תקינה בינלאומיים מביאים להרמוניזציה בתקנים המקובלים במדינות השונות, ורשת האינטרנט המהווה פלטפורמה בינלאומית אחידה מקרבת גם היא את הסטנדרטים המקובלים במדינות השונות. עם זאת קיימים הבדלים נוספים בתקינה, בעיקר בין תקנים אירופיים לבין תקנים אמריקניים. כך למשל מקובלת באירופה תקשורת סלולארית בשיטת GSM, בעוד שתקן תקשורת זה כמעט ואינו מצוי בשימוש של ספקיות הסלולאר האמריקניות (העוברות כיום אף הן בהדרגה מתקן CDMA ל-GSM). על כן יכול בעל התוכן לאפשר את הפצת התוכן שלו בתקשורת נתונים סלולארית באופן בלעדי בפורמט מסוים אשר יגביל את השימוש לאזורים בהם מקובלת תקינה התקשורת הספציפית שנבחרה.

²⁶ קיימות גם מערכות Multi-System המסוגלות לקלוט שידורים בכל אחת מן השפות.
²⁷ החלוקה היא כדלקמן: אזור 1 – צפון אמריקה, אזור 2 – אירופה, יפן, המזרח התיכון ודרום אפריקה, אזור 3 – מרבית מדינות המזרח הרחוק (דרום קוריאה, הונג קונג וכו'), אזור 4 – דרום ומרכז אמריקה, האזור הפאסיפי לרבות אוסטרליה וניו זילנד, אזור 5 – ברית המועצות לשעבר, הודו ואפריקה, אזור 6 – סין, אזור 7 – שמור (טרם הוגדר) אזור 8 – לשימוש בהתקנות בינלאומיות (כגון במטוסים וספינות נוסעים). ראו מפת החלוקה הגיאוגרפית בדף האינטרנט שכתובתו http://www.blackstar.co.uk/help/help_dvd_regions (נבדק לאחרונה ב-14.10.2003).

²⁸ בפועל נמכרים מכשירים רבים שהינם Multizone, דהיינו מאפשרים צפייה בקלטות מכל האזורים הגיאוגרפיים השונים. עם זאת, תקן Region Code Enhancement גורם לכך שקלטות לא יפעלו על גבי מכשירי Multizone. להרחבה בנושא זה ראו Jim Taylor, *DVD Frequently Asked Questions (and Answers)*, בכתובת <http://dvddemystified.com/dvdfaq.html> (נבדק לאחרונה ביום 14.10.2003, עודכן לאחרונה ביום 22.9.2003).

■ זיהוי מיקום אקטיבי – זיהוי בזמן אמת של המקום בו נמצא המשתמש. הזיהוי יכול להיות מבוסס על המכשיר ממנו מבוצעת הגישה לתוכן, כגון זיהוי מספר ה-IP של המחשב בו עושה המשתמש זיהוי, ממנו נובעת זהות ספק האינטרנט באמצעותו מבוצעת הגישה לתוכן, וכפועל יוצא מכך המיקום של המשתמש.

כאמור לעיל,²⁹ זיהוי IP אינו משמש רק לחלוקה גיאוגרפית אלא גם לזיהוי הצרכן הספציפי. מספר IP משמש גם להגבלות גיאוגרפיות נוספות, הקשורות לשליטה בהפצת המידע בהקשרים שאינם נוגעים ישירות לזכויות יוצרים. כך למשל, אתרים אמריקניים רבים המאפשרים "הורדה" של תוכנות הכוללות מערכות הצפנה לגביהן חלה הגבלה ביטחונית על יצוא אינם מאפשרים הורדה למחשבים שמספר ה-IP שלהם אינו אמריקני.³⁰ שימוש אחר הוא במניעת גישה לתוכן אסור. לדוגמא, אתרי הימורים מסויימים אינם מאפשרים גישה למבקרים ממדינות שבהן ההימור המקוון הינו בלתי חוקי.

אפשרות אחרת לזיהוי מקום המצאו של המשתמש היא התקן חיצוני (כגון מכשיר GPS) המשדר למרכז הבקרה בזמן אמת את מקום המצאו של המשתמש. מערכות מעין אלה אינן נפוצות בהקשר של הגנה על זכויות יוצרים בשל מחירן, ובשל העובדה כי לרוב בעל הזכויות אינו מגביל את המשתמש בעת מעבר ממקום למקום ברזולוציה מדוייקת, אלא מגביל את השימוש על פי גושים גיאוגרפיים (כגון מדינות או יבשות). מערכות אלו נפוצות בתחום השליטה והבקרה.³¹

ח. המיצוי הבינלאומי

בפרק הקודם הוצגו האפשרויות השונות לביצוע חלוקה גיאוגרפית של השוק באמצעים טכנולוגיים. בטרם נדון בפרק הבא בבעיות שחלוקה זו מעוררת, חשוב ולהקדים מספר מילים בנוגע למיצוי הבינלאומי של זכויות היוצרים.

לכאורה, אם מיצוי הזכות הוא לאומי בלבד (דהיינו, מכירת עותק מן היצירה במדינה אחת אינה כוללת היתר למכירה חוזרת במדינה אחרת, והיבוא של היצירה למדינה האחרת הינו זכות בלעדית של בעל זכויות היוצרים), אזי חלוקת השוק באמצעים טכנולוגיים אינה יוצרת בעיה משפטית כלשהי, שכן היא רק משלימה את ההיתר שמעניק החוק לבעל זכות היוצרים לבצע חלוקה גיאוגרפית של השוק.

²⁹ טקסט מול הערה 7 לעיל.

³⁰ כך למשל, אתר משרד הפטנטים האמריקני אינו מאפשר למשתמשים מחוץ לארה"ב להוריד את התוכנה היעודית להגשת בקשות פטנטים On-Line, שכן התוכנה מבצעת הצפנה של הנתונים לפני שיגור הבקשה למשרד הפטנטים, ומערכת הצפנה זו אסורה ליצוא.

³¹ לדוגמא, תחנת מוניות העושה שימוש במערכת שו"ב (שליטה ובקרה) תשדר קריאה רק למוניות הנמצאות במיקום רלוונטי לקריאה הספציפית.

מאידך, אם מיצוי הזכות הוא בינלאומי, הרי שיבוא מקביל הוא פעולה לגיטימית, ועל כן התערבות של בעל זכות היוצרים באפשרות ההפצה החוזרת, על ידי הטמעת אמצעים טכנולוגיים המונעים יבוא מקביל, הינה פעולה אסורה.

על אף שלאור האמור ניתן היה לסבור כי שאלת המיצוי הבינלאומי הינה מכרעת לעבודה זו, הרי שאני סבור כי סוגיית המיצוי הבינלאומי היא חשובה אך לא בלעדית בשאלת ההגבלות הטכנולוגיות הבינלאומיות. לשאלת המיצוי הבינלאומי (עליה נעמוד להלן) חשיבות עת עוסקים ביבוא מקביל של היצירה המוגנת, אך אין זו הסיטואציה היחידה של יבוא מקביל.

כזכור, החלוקה הגיאוגרפית המבוססת על תקינה או על חלוקה שרירותית מבוססת על ייחוד גיאוגרפי של שני הרכיבים – היצירה המוגנת על פי דיני זכויות היוצרים, וההתקן הטכנולוגי המאפשר גישה ליצירה. לדוגמא, ה-DVD Zoning מבוסס על "הטבעה" של זיהוי גיאוגרפי במכשיר ה-DVD, וכן על הטבעת הזיהוי בכל תקליטור. רק התאמה בין המכשיר לבין התקליטור תאפשר גישה ושימוש ביצירה.

גם אם נניח כי במדינה X נמכרות רק קלטות המיועדות לשימוש במדינה זו (דהיינו אין יבוא מקביל של קלטות אשר יוצרו במדינה Y ושאינן מיועדות לשימוש במדינה X), הרי שיתכן קיומו של יבוא מקביל של מכשירי ה-DVD שאינם מוגנים בדיני זכויות יוצרים. בסיטואציה זו, אם תושב מדינה X רכש במדינה X קלטת המיועדת לשימוש במדינה X (כלומר, אין ספק שבידו עותק לגיטימי), הוא לא יוכל להשתמש בקלטת אם ברשותו מכשיר שיוצר עבור מדינה Y.

המסקנה מדברים אלו הינה כי גם אם היתה מתקבלת הגישה לפיה מיצוי זכות היוצרים הוא לאומי בלבד, לא היה בכך לגרוע מן הבעיתיות הגלומה בחלוקה הגיאוגרפית באמצעים טכנולוגיים, שכן חלוקה זו חלה לא רק על יצירות המוגנות בזכויות יוצרים אלא גם על רכיבי חומרה שבלעדיהם לא ניתן לעשות שימוש ביצירה המוגנת.

מעבר לכך, במספר לא מבוטל של מדינות מקובלת הגישה שלפיה מיצוי זכויות היוצרים הינו בינלאומי. כלומר, מרגע שנמכר עותק לגיטימי במדינה Y, מותר לבצע מכירה חוזרת של עותק זה גם במדינה X (או יבוא עצמי על ידי המשתמש ממדינה X שרכש את העותק במדינה Y). די בכך שבחלק ממדינות העולם הותר היבוא המקביל של יצירות המוגנות בזכויות יוצרים בכדי ששאלת ההגבלה הטכנולוגית על היבוא המקביל תהיה רלוונטית במישור של יחסי הסחר הבינלאומי של מדינות אלו.

שאלת המיצוי הבינלאומי לא הוסדרה באמנות הבינלאומיות. באמנת TRIPS נקבע באופן מפורש כי בכפוף להוראות על הגנה שווה ויחס מועדף (Most Favoured Nation) אין לפרש את הוראות האמנה כהוראות בנושא מיצוי זכויות (Exhaustion) בקניין רוחני. באמנות פריס וברן כלל לא

מאזכרת שאלת המיצוי הבינלאומי. כתוצאה מכך, שאלת המיצוי הבינלאומי מוסדרת ברמת המדינות, ומטבע הדברים ההסדרים בעניין זה שונים ומגוונים.³²

במספר מדינות נקבע היתר מפורש ליבוא מקביל של יצירות אשר יוצרו במדינת המקור באופן חוקי. כך למשל קובע סעיף 17(1) לחוק זכות היוצרים בסינגפור כי כאשר מדובר במוצר מיובא הרי שהמוצר הינו מפר רק אם יובא שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים וגם יוצרו נעשה שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים. דהיינו, אם בעל הזכויות נתן ליצרן אמריקני רשיון ליצור המוצר, יכול יבואן סינגפורי לרכוש את המוצר בארה"ב ולייבא את המוצר לסינגפור גם אם בעל זכות היוצרים מתנגד לכך (או העניק רשיון יבוא/יצור בלעדי לגורם סינגפורי אחר).

בשוויץ פסק בית המשפט העליון כי מיצוי זכויות היוצרים הינו בינלאומי, ומשמכר המוצר בהיתר מחוץ לשוויץ מותר לייבאו לשוויץ גם בלא אישורו של בעל זכות היוצרים.³³ בפרשת נינטנדו³⁴ קבע בית המשפט השוויצרי כי יצרן משחקי המחשב נינטנדו אינו יכול למנוע יבוא מקביל של משחק ה-"Donkey Kong" המיועד להתקני Game Boy, שכן מיצוי זכות היוצרים בתוכנת המשחק הינה בינלאומית.

בחלק מן המדינות קיים כלל עקרוני לפיו מיצוי הזכות הינו לאומי, אך בד בבד קיימים חריגים המתירים יבוא מקביל של מוצרים המוגנים על פי דיני זכויות יוצרים. כך למשל, בארה"ב הגישה המקובלת הינה כי דוקטרינת המכירה הראשונה חלה רק על מוצרים שנמכרו לראשונה בתוך גבולות ארה"ב, אך עם זאת קבע בית המשפט העליון בארה"ב כי ניתן לייבא לארה"ב מוצרים של יצרן אמריקני שנמכרו מחוץ לארה"ב, גם בלא אישורו של בעל הזכויות.³⁵ בית המשפט קבע כי יבוא חוזר של מוצרים שעברו מסלול מעגלי (Round Trip) – ייצור על ידי יצרן אמריקני, הפצה בשווקים מחוץ לארה"ב בהם המחיר ליחידה נמוך מבארה"ב ויבוא חזרה לארה"ב תוך ניצול המחיר הנמוך במדינה הזרה – חוסה תחת הגנת דוקטרינת המכירה הראשונה.

לפסק דין זה חשיבות מעשית בהקשר של התקני DRM כגון ה-DVD Zoning. אם מפיק הוליוודי מייצר קלטות המיועדות לסיני (אזור 6)³⁶ בה מחיר הקלטות נמוך מהמחיר בארה"ב, וקלטות אלו עוברות "יבוא חוזר" לארה"ב, הרי שלפי פסיקת בית המשפט העליון של ארה"ב המדובר ביבוא מקביל לגיטימי, אך יבוא זה נמנע על ידי ההתקן הטכנולוגי (שאינו מאפשר הקרנה בארה"ב (אזור 1) של סרטים שיוצרו עם מזהה סיני (אזור 6)). בכך מתעוררת במלוא חריפותה הבעיה של חלוקת השוק הגיאוגרפית באמצעים טכנולוגיים עליה נעמוד בפרק הבא.

במדינות אחרות קיימים חריגים יחודיים נוספים לעקרון המיצוי הלאומי של זכויות היוצרים. החוק באוסטרליה מכיר כעקרון בכך שמיצוי זכות היוצרים הינו לאומי, ובכך נאסר היבוא המקביל. עם

³² עבודה זו אינה מתיימרת למצות את שאלת המיצוי הבינלאומי ברמת המשפט המשווה. מטרת הצגת השוני בין המדינות הינה רק להמחיש מדוע חלוקת השוק הגיאוגרפית באמצעים טכנולוגיים הינה רלוונטית לדיני הסחר הבינלאומי, במנותק מההסדרים הספציפיים שאומצו בכל אחת מן המדינות בשאלת המיצוי הבינלאומי.

³³ ראו Stefano Codoni, "Switzerland: Courts Expand Rights of Parallel Importers Rulings reject almost all restrictions based on IP rights", **IP Magazine**, September 1999 (נבדק לאחרונה 15.10.2003). <http://www.mysunrise.ch/users/marcelkuechler/KONG.HTM>

³⁴ *Imprafot AG v. Nintendo Co.*, BGE 124 III 321

³⁵ *Quality King Distributors, Inc. v. L'anza Research Int.*, 523 U.S. 135 (1998)

³⁶ לעיל הערה 27.

זאת, בשל הבעייתיות הגלומה במיצוי הלאומי (שעל חלקה נעמוד בפרק הבא) תוקן החוק האוסטרלי בשנת 1998 ובמסגרת זו הותר במפורש היבוא המקביל של יצירות מוזיקליות, ובלבד שהיצירות המיובאות הינן לכשעצמן לגיטימיות (דהיינו אין המדובר בהעתקים פיראטיים, אלא בעותקים שיוצרו כדין במדינה זרה). חריג אחר הקיים באוסטרליה מתייחס ליבוא ספרים, ולפיו, אם לא מתחיל יבוא "מורשה" של ספר בתוך 30 יום מהפצתו במדינה אחרת כלשהי, אזי רשאים יזמים אחרים לבצע יבוא "מקביל" של הספר.

בית הדין האירופי קבע כי משניתנה הסכמתו של בעל זכות היוצרים להפצת יצירתו במדינה אחת החברה באיחוד האירופי, אין הוא יכול למנוע את הפצת היצירה במדינות איחוד אחרות.³⁷ כלומר, בעוד שבמרבית מדינות האיחוד שולט עקרון המיצוי הלאומי המונע יבוא מקביל ממדינות שמחוץ לאיחוד, הרי שעקרון המיצוי הלאומי הינו למעשה עיקרון מיצוי "גושי" – הפצת היצירה בהסכמת בעל הזכות באחת ממדינות האיחוד ממצה את זכויותיו של בעל זכות היוצרים בכל מדינות האיחוד. המסקנה מכך היא שחלוקה גיאוגרפית-טכנולוגית הרואה במדינות האיחוד אזורים גיאוגרפיים נפרדים (להבדיל למשל מה-DVD Zoning הרואה במדינות האיחוד חלק מגוש אחד) תעמוד בניגוד לחוקי האיחוד האירופי.

בספרות הובעו דעות שונות לגבי המיצוי הבינלאומי על פי חוק זכות יוצרים משנת 1911, אשר עודנו תקף בישראל,³⁸ ושאלה זו טרם הוכרעה מפורשות בפסיקה. עם זאת, בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ בריסטול מאיירס³⁹ נרמז כי בית המשפט מצדד בעקרון המיצוי הבינלאומי. באותו עניין נדונה שאלת המיצוי הבינלאומי בדיני הפטנטים, והושארה בצריך עיון, אך השופט אנגלרד, בהסכמת יתר שופטי ההרכב, ציין כי:

"דעתי נוטה לטובת אימוץ עקרון המיצוי הבינלאומי, בהתאם למגמות
החדשות בעולם."

יצויין שגם במדינות בהן מקובל העקרון של מיצוי לאומי, מקובל לראות ביבוא למטרת שימוש ביתי פרטי יבוא שאינו מפר את זכות היוצרים של היוצר. סעיף 2(2)(ד) לחוק זכות יוצרים הישראלי קובע מפורשות כי ההפרה מבוצעת על ידי אדם ש-"מביא מחו"ל למכירה או לשכירות" את היצירה המפירה. דהיינו "יבוא אישי" למטרות פרטיות אינו בגדר הפרה. היתר מעין זה מצוי גם בחקיקה האוסטרלית (בה אסור היבוא המקביל למעט חריגים, שחלקם נסקרו לעיל). בדומה קובע סעיף 22 לחוק זכות יוצרים האנגלי משנת 1988 כדלקמן:

"The copyright in a work is infringed by a person who, without the licence of the copyright owner, imports into the United Kingdom, otherwise than for his private and domestic use ..."

³⁷ שרה פרזנטי, **דיני זכויות יוצרים**, כרך א' (תל אביב, תש"ס) בעמ' 123-124.

³⁸ ראו פרזנטי שם, כרך ג' בעמ' 306-314.

³⁹ בג"ץ 5379/00 **בריסטול מאיירס ואח' נ' שר הבריאות ואח'**, פ"ד נה (4) 447, בעמ' 470.

מכך נובע כי גם במדינות בהן מקובל לראות בזכות היוצרים כזכות לאומית, הרי ש-DRM המוביל לחלוקת שוק גיאוגרפית פוגע בזכותו של המשתמש ליבוא אישי של יצירות לצורך שימוש ביתי פרטי.

מהדיון שבפרק זה עולה באופן חד משמעי כי הבעיתיות המתעוררת עקב חלוקת השוק מבחינה גיאוגרפית באמצעים טכנולוגיים (עליה נעמוד בפרק הבא) שרירה וקיימת בלא קשר לשאלה אם מיצוי זכות היוצרים הינו לאומי או בינלאומי, וזאת מהטעמים הבאים:

- שאלת המיצוי של זכות היוצרים אינה רלוונטית עת המדובר ביבוא מקביל של מערכות חומרה שאינן מוגנות בזכות יוצרים ואשר נחוצות לצורך גישה ליצירה (או שימוש בה), כאשר היצירה עצמה מופצת על ידי היבואן המורשה.
- במדינות רבות שולט עיקרון המיצוי הבינלאומי, או שקיימים חריגים במסגרתם מותר היבוא המקביל, ועל כן יש לבחון את חלוקת השוק הגיאוגרפית באמצעים טכנולוגיים (וכפועל יוצא מכך את הפגיעה באפשרות ליבוא מקביל) לכל הפחות באספקלריא של הסחר הבינלאומי עם מדינות אלו.
- גם במדינות בהן המיצוי של זכות היוצרים הינו לאומי, רשאים הצרכנים ליבא לצרכים פרטיים עותקים של היצירה מחו"ל. מערכות DRM לחלוקת שוק פוגעות ביכולתם של הצרכנים לממש היתר זה.

ט. הבעייתיות הנובעת מחלוקה גיאוגרפית של השוק

כפי שצויין במבוא, השימוש באמצעי DRM, ועל אחת כמה וכמה ההגנה המשפטית הניתנת לאמצעי ה-DRM, מעוררים מספר לא מבוטל של בעיות משפטיות, אשר חלקן כבר נדון בערכאות משפטיות בבתי משפט במדינות שונות בעולם. בין בעיות אלו ניתן למנות בעיות מתחום דיני זכויות היוצרים (כגון חוסר האפשרות ליצור העתקים המותרים במסגרת השימוש ההוגן), בעיות בתחום דיני הגנת הצרכן (בגין מכירת מוצרים עם פונקציונליות מוגבלת), בעיות מתחום חופש הביטוי (האיסור ליצור תוכנות עקיפה זאת בעוד שככלל תוכנה הוכרה בארה"ב כביטוי הזכאי להגנת חופש הביטוי), בעיות מתחום הגנת הפרטיות (זיהוי ומעקב אחר פעולותיו של המשתמש), ועוד.

בהקשר של השימוש באמצעים טכנולוגיים על מנת לבצע חלוקה גיאוגרפית של השוק מתעוררות בעיות מתחום ההגבלים העיסקיים (פגיעה במבחר התוכן או במספר ההעתקים המוצעים לציבור במדינות השונות, ואפליית מחירים בין הצרכנים באזורים הגיאוגרפיים השונים), ופגיעה באפשרות לקיומו של יבוא מקביל (בכפוף לשאלת המיצוי הבינלאומי שנדונה לעיל).

אפליית מחירים

השימוש באמצעים טכנולוגיים לביצוע חלוקה גיאוגרפית של השוק מאפשר לבעל הזכויות לשלוט בנתיב ההפצה של המוצר, ולמנוע זליגת מוצרים ממדינה אחת לרעותה. באופן זה יכול בעל הזכויות להכתיב מהם המוצרים שיופצו במדינה מסויימת, מה כמות ההעתקים שתופץ, ומהם המועדים בהם יופצו היצירות.

מבחינה כלכלית נודעת חשיבות מרובה למניעת הזליגה בין מדינות. נניח כי במדינה X מקובלת רמת מחירים גבוהה לתקליטורי מוסיקה, ואילו במדינה Y רמת המחירים הינה נמוכה (למשל בשל כוח קניה נמוך יותר של תושבי מדינה Y). בסיטואציה זו ירכוש יבואן מקביל מוצרים במדינה Y וימכרם במדינה X, במחיר שהוא נמוך מרמת המחירים המקובלת במדינה X, ובכל יזכה בנתח מהשוק. על כן, בהינתן זהות במוצרים הנמכרים במדינות השונות, עלויות עיסקה והובלה נמוכות, והעדר חסמים על היבוא, הרי שהיבוא המקביל יביא לביטולו הכמעט מוחלט של פער המחירים בין מדינה X לבין מדינה Y.

לעומת זאת, כאשר קיים חסם על היבוא, וכזו היא ההגבלה הטכנולוגית על שימוש במדינה X במוצרים שנועדו למכירה במדינה Y, יכול בעל הזכויות ליצור אפליית מחירים, ולגבות מתושבי מדינה X פרמיה (מחיר גבוה יותר) ביחס למחיר בתנאי תחרות.

מניעת היבוא המקביל מובילה מאליה למחירים גבוהים יותר במדינת היעד. דוגמא מובהקת לכך מצויה בחקיקה האוסטרלית משנת 1998 בדבר התרת יבוא מקביל של יצירות מוסיקליות. כאמור בדיון לעיל בסוגיית המיצוי הבינלאומי, באוסטרליה נהוג ככלל משטר של מיצוי לאומי של זכויות יוצרים. בשנת 1998 הוסף לחוק זכות יוצרים האוסטרלי חריג המתיר באופן מפורש יבוא מקביל של עותקים מיצירות מוסיקליות שאינם מפרים (דהיינו שיצורם במדינה הזרה נעשה בהסכמת בעל זכות היוצרים), וזאת על רקע דו"חות של מספר ועדות ממשלתיות שהצביעו על כך שאחת הסיבות המרכזיות למחיר הגבוה יחסית של יצירות מוסיקליות באוסטרליה הינה העדר תחרות ברמת המחירים בשל האיסור על יבוא מקביל.⁴⁰ נראה כי הסיבה לכך שהחריג מתייחס ליצירות מוסיקה ולא ליצירות קולנועיות היא שדו"חות הוועדות האמורות נערכו בשנים 1989 ו-1990, בעת שרכישת יצירות קולנועיות לשימוש פרטי היתה מוגבלת.

נראה כי השלכות התיקון האמור היו כה מהותיות על רמת המחירים, עד כי התגובה לחקיקה החדשה היתה נסיון ליצירת הסדר כובל בין חלק מהיבואנים "המורשים" (חברות בנות של יצרניות המוסיקה הגדולות בעולם), לפיו ימנעו מלספק מוצרים לחנויות שירכשו מוצרים גם מיבואנים מקבילים. הסדר זה הוביל להרשעת החברות Universal Music Australia ו-Warner Music

⁴⁰ ההיסטוריה החקיקתית של התיקון המתיר יבוא מקביל של יצירות מוסיקליות באוסטרליה פורטה בפסק הדין של בית המשפט הפדרלי באוסטרליה בערעור בעניין *Universal Music Australia Pty Ltd v Australian Competition & Consumer Commission* [2003] FCAFC 193 (22 August 2003), בסעיפים 10-18 לפסק הדין.

Australia בדין ולהטלת קנסות בשיעור של מיליון דולר אוסטרלי (כשלושה מיליון ש"ח) על כל אחת מהן, זאת בנוסף לקנסות בשיעורים נמוכים יותר שהוטלו על חלק ממנהליהן.⁴¹

ברור כי שימוש באמצעי טכנולוגי המוטמע ביצירות מוסיקליות והמונע הפצה באוסטרליה של יצירות שלא יועדו על ידי בעל הזכויות להפצה בארץ זו תאיין את החקיקה המתירה יבוא מקביל, ואשר נועדה למנוע את אפלייתם לרעה של הצרכנים האוסטרלים מבחינת המחיר שהם נדרשים לשלם.

באופן דומה, שימוש באמצעים טכנולוגיים יבטל את החריג למיצוי הלאומי שנקבע על ידי בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *L'anza*.⁴² באותו עניין נקבע כי יצרן אמריקני שהפיץ מוצרים במדינות שונות במחירים נמוכים לא יוכל למנוע יבוא חוזר של מוצרים אלו לארה"ב תוך שהוא ממשיך בגביית מחיר גבוה יותר מן הצרכנים האמריקניים. בפרשת *L'anza* קבע בית המשפט למעשה כי לא ניתן לנצל את דיני זכויות היוצרים על מנת ליצור אפליית מחירים בין מדינות בסיטואציה של יבוא חוזר.

שימוש באמצעי טכנולוגי, כגון DVD Zoning ימנע יבוא חוזר של סרטים הוליוודיים שהופצו במחיר זול יותר באזורים מחוץ לארה"ב, ובכך ימנע מימוש הלכת *L'anza*.

מעבר לכך שאמצעים טכנולוגיים לחלוקת שוק גיאוגרפית יסכלו את מדיניותן של המדינות המכירות במיצוי הבינלאומי של זכות היוצרים (בין אם ככלל ובין אם לגבי סוג מסויים של יצירות). ראו לתת את הדעת להנמקתו של בית המשפט השוויצרי בפרשת Nintendo⁴³ בו נקבע כי מניעת יבוא מקביל של מוצרים המוגנים בזכויות יוצרים הינה הגבל עסקי אסור.

דוגמא טובה לכך שהאמצעים הטכנולוגיים לחלוקה גיאוגרפית נועדו בין היתר ליצור אפליית מחירים היא הקביעה של "אזור" מיוחד במסגרת ה-DVD Zoning המיועד לספינות נוסעים ומטוסים. תכליתה של הפרדת כלי תחבורה אלו מטריטוריה גיאוגרפית מקובלת (כגון מדינת הרישום של הכלים) היא הפרמיה שניתן לגבות מגופים העוסקים בהובלת נוסעים והנוזקים לצרכי בידור הנוסעים לסרטים חדשים, ומוכנים לשלם פרמיה בגין כך.

המחשה נוספת לגביית מחירי היתר מצויה בדו"חות ממשלתיים אוסטרליים המצביעים על כך שהעדר יבוא מקביל של ספרים גורם לאזרח האוסטרלי לשלם פרמיה ביחס למחיר שמשלמים צרכנים במדינות אחרות.⁴⁴

לסיכום, תוצאה כמעט ודאית של חלוקת שוק גיאוגרפית הינה אפליית מחירים בין מדינות, אפליה שהינה אוסרה בחלק לא מבוטל ממדינות העולם.

⁴¹ שם, בסעיף 312 לפסק הדין.

⁴² לעיל הערה 35.

⁴³ לעיל הערה 34.

⁴⁴ ראו טקסט מול הערה 49.

פגיעה במבחר היצירות

אחת המטרות המרכזיות של דיני זכויות היוצרים הינה קידום המדע והאומנות,⁴⁵ ולצורך כך יוצרים דיני זכויות היוצרים איזון חברתי על ידי מתן תמריץ ליוצרים כאמצעי לעידודם היצירה, תוך מתן אפשרות לציבור לגשת ליצירות אלו ולהשתמש בהן. הפסיקה האמריקנית קבעה כי התכלית שבמונופולין הניתן ליוצר היא התועלת שמפיקה החברה מהפצת היצירות לציבור. בית המשפט האמריקני העליון פסק בהקשר זה כי:

“It is said that reward to the author or artist serves to induce release to the public of the products of his creative genius.”⁴⁶

כלומר, המונופול מוענק ליוצר בכדי שיפיץ את היצירה, דבר שיקדם את הערכים החברתיים של צבירת ידע והתקדמות חברתית. בפרשת *Harper* הגדיר זאת בית המשפט העליון בארה"ב כך:

“...copyright is intended to increase and not impede the harvest of knowledge.”⁴⁷

הבעיה הינה שאמצעים טכנולוגיים לחלוקת שוק גיאוגרפית מביאים, הלכה למעשה, להגבלת מספר ומבחר היצירות המופצות בחלק מן האזורים הגיאוגרפיים, ובכך מופר האיזון החברתי שבא לעודד יצירה לשם הפצתה. מאליה נשאלת השאלה, מה טעם יש למדינה X להגן על יצירה אשר כלל אינה יכולה להיות מופצת בדרך לגיטימית בגבולות המדינה?

מנתונים שסיפק הממונה על התחרות באוסטרליה עולה כי בשנת 1999 הוצעו באזור 4 (עליו נמנית אוסטרליה) רק 720 כותרי DVD, זאת בעוד שבאזור 1 (צפון אמריקה) הוצעו באותה עת למעלה מ-5000 כותרים.⁴⁸

לכאורה היוצרים של אותן יותר מארבעת אלפים יצירות שלא ניתן היה לעשות בהם שימוש באוסטרליה בשל המגבלות הטכנולוגיות, היו זכאים להגנת זכויות יוצרים גם באוסטרליה, אך בכך נפגם אותו איזון חברתי שנועדו דיני זכויות היוצרים להשיג – היוצר יזכה להגנה אך לא יעמיד את היצירה לרשות החברה, ובכך יפגעו המחקר והתרבות באוסטרליה.

⁴⁵ חוקת ארה"ב, בסעיף 1 תת סעיף 8, וכן *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) לפיו מטרת דיני זכויות היוצרים הינה:

“to promote the progress of the science and useful arts”

⁴⁶ פס"ד Sony, לעיל הערה 19, בעמ' 428.

⁴⁷ *Harper & Row, Publishers v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 545-46 (1985)

⁴⁸ Ross Jones, Commissioner Australian Competition and Consumer Commission, *Difficulties between the pro-competitive community and Intellectual Property* (Queensland Law Society Seminar, 11 May <http://www.accc.gov.au/speeches/2001/jones%5Fintellectual%5Fproperty%5F11%5F5%5F01.htm>2001) (last checked 15.10.2003)

בעיתיות מסוג זה בדיוק היא שהובילה את המחוקק האוסטרלי לשנות בשנת 1991 את חוק זכויות היוצרים בכדי להתיר יבוא מקביל של ספרים, תחת מגבלות מסויימות. ועדה ממשלתית שבחנה את שוק הספרים המיובאים בשנת 1989 גילתה כי מספר הכותרים המיובאים לאוסטרליה קטן ביחס להיצע העולמי, ולפיכך תוקן החוק כך שבמקרה בו לא תחל הפצת כל ספר באוסטרליה בתוך 30 יום מעת שהוחל בהפצתו במדינה אחרת, יותר היבוא לכל יזם, גם ללא הסכמת בעל הזכויות (ובלבד שהעותקים אינם פיראטיים, דבר שעל שנטל הוכחתו על היבואן). בדיקה ממשלתית שנערכה בשנת 1995 הראתה כי תיקון זה לחוק אכן פתר את מרבית בעיית המבחר. עם זאת, התיקון נתן תמריץ להוצאה לאור להתחיל בשיווק מיידי של רבי מכר באוסטרליה, אך הדבר לא מנע את האפליה לרעה במחירים (לאור האיסור על יבוא מקביל כאשר המו"ל החל בשיווק הספר) – בדיקה ממשלתית בשנת 2000 הראתה כי בשנים עשר השנים שקדמו לבדיקה שילמו הצרכנים האוסטרלים כ- 44% יותר מאשר הצרכנים בארה"ב עבור ספרים רבי מכר.⁴⁹

ברור ששימוש באמצעי טכנולוגי לחלוקת שוק יאיין את התיקון לחוק האוסטרלי ככל שמדובר בספרים בפורמט דיגיטלי (E-books). במקרה בו יופץ ספר בפורמט אלקטרוני שלא ניתן להציגו באוסטרליה, הרי שהסנקציה של התרת יבוא מקביל הגלומה בתיקון לחוק הינה בלתי אפקטיבית, שכן לא ניתן יהיה לבצע יבוא מקביל של הכותר מארה"ב, הואיל והעותקים שנמכרים בארה"ב אינם תואמים את אלו בהם יש לעשות שימוש באוסטרליה.

מובן כי הדוגמאות האוסטרליות באשר לפגיעה במבחר רלוונטיות באותה מידה לכל מדינה שהינה "יבואנית תוכן", שכן המבחר שיוצע לצרכנים במדינות אלו יהיה כפוף למדיניות השיווק של יצרני התוכן. יצרני התוכן יוכלו לקבוע כי תכנים מסויימים לא יופצו במדינות מסויימות מטעמי כדאיות כלכלית, או כי הפצתם תידחה למועד מאוחר יותר. שליטה זו על המבחר פוגעת באיזון שנועדו חוקי זכויות היוצרים ליצור, והדבר מקבל משנה תוקף כאשר במקביל נאסרים אמצעים טכנולוגיים נגדיים שנועדו להסיר את המגבלות הגיאוגרפיות.

מניעת יבוא מקביל מותר

ברור שהחלוקה הגיאוגרפית של השוק באמצעים טכנולוגיים עלולה למנוע את היבוא המקביל של התוכן גם במדינות שבהן מותר היבוא המקביל. אך למעשה המצב חמור יותר, שכן במסגרת האיזון של דיני זכויות היוצרים נקבע גם במדינות בהן מקובל עקרון המיצוי הלאומי כי מותר לייבא יצירות לשימוש שהינו פרטי וביתי.⁵⁰

מניעה טכנולוגית של היבוא האישי משמעה כי תייר ישראלי המבקר בארה"ב אינו יכול לרכוש שם יצירה ולהביאה עימו לביתו לצורך שימוש פרטי. בנוסף, עובד המהגר ממדינה למדינה אחרת יאלץ

⁴⁹ שם.

⁵⁰ ראו הדיון בחריג זה במשפט הישראלי, האוסטרלי והאנגלי בפרק ח' לעיל.

להחזיק בשתי מערכות חומרה כך שיוכל להשתמש הן ביצירות שרכש במולדתו והן ביצירות שרכש במדינתו החדשה.

המדובר, שוב, בפגיעה באיזון שנוצר במשך שנים רבות במסגרת דיני זכויות היוצרים. כך למשל, החריג המתיר יבוא אישי הוכנס לחוק זכויות היוצרים האנגלי במסגרת החוק החדש משנת 1956 (שהוחלף ב- 1988 תוך הותרת החריג על כנו), כלקח מן הבעייתיות של החוק מ- 1911. כלומר, האמצעים הטכנולוגיים לחלוקת השוק עוקפים זכות שניתנה לצרכנים על רקע עשרות שנים של נסיון מצטבר בהפעלת דיני זכויות היוצרים.

י. הפתרון המוצע

ראינו כי קיים צורך אמיתי במתן הגנה משפטית למערכות DRM, שכן בלעדי הגנה זו, ובהינתן היכולת הטכנולוגית לתקוף כל מערכת מסחרית, אמצעי ה- DRM יהיו חסרי משמעות בלא האיסור המשפטי על עקיפתם. עם זאת, כפי שעולה מן הדיון בפרק הקודם, התקני DRM המבוססים על חלוקה גיאוגרפית של השוק עלולים להוביל לתוצאות בלתי רצויות הפוגעות באופן מהותי באיזון שאמור היה להיווצר לאור דיני זכויות היוצרים, כמו גם ברצון לזרימה חופשית של סחורות בין מדינות העולם.

הצעתי הינה למצוא איזון חדש, המותאם לסביבה הטכנולוגית ההולכת ונוצרת, ולפיה הכללים המשפטיים שנועדו להגנה על טכנולוגיית DRM יתירו שימוש בטכנולוגיה לעקיפת מערכות DRM במקרים בהם ה- DRM פוגע בזרימת מידע או תכנים על בסיס גיאוגרפי/טריטוריאלי, אם ניתן להשיג את המטרות הלגיטימיות של ה- DRM בלא הגבלה גיאוגרפית כאמור.

דוגמא פשוטה מחיי המעשה תיטיב להסביר זאת. בפסק הדין האוסטרלי בפרשת ⁵¹*Sony v. Stevens* נדון התקן טכנולוגי המכונה "mod-chip" אשר נועד לעקוף את התקן ה- DRM של המערכת למשחקי מחשב הידועה כסוני פליסטיישן (Sony Playstation). מערכת ההגנה של הפליסטיישן מבוססת על יכולתה של מערכת המשחק (החומרה + התוכנה הבנויה לתוכה) להבחין בין תקליטור משחק מקורי לבין תקליטור מועתק. בנוסף לבדיקה המבוססת על קוד הצרוב בתקליטורים המקוריים, בנויה לתוך המערכת בדיקה (המכונה Regional Access Code) של התקן הטלויזיוני של תקליטור המשחק (שיטת שידור PAL או NTSC), ואם תקליטור המשחק אינו תואם את התקן

⁵¹ פסק הדין בערעור הינו: [2003] FCAFC 157 *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens* (30 July 2003).

אליו מותאמת החומרה, אזי ידחה תקליטור המשחק כאילו הוא מזויף (אף אם הוא מקורי, אך נרכש באזור גיאוגרפי שאינו תואם).

בית המשפט האוסטרלי פסק⁵² כי התקן ה-DRM בכללותו נועד למניעת ההעתקות, ואף אם קיימת פונקציה נוספת (כגון ה-Regional Access Code) שהינה אינצידנטאלית לפונקציה העיקרית של הגנה מפני העתקה, אזי התקן ה-DRM בכללותו זכאי להגנה.

לטעמי גישה זו הינה מוטעית – ה-Regional Access Code לא נועד להשיג מטרה לגיטימית של מניעת העתקה, אלא רק ניצול אפשרי של חלוקת השוק.⁵³ בנסיבות פסק הדין לא היתה מחלוקת טכנולוגית כי ניתן היה לתכנן את המערכת מלכתחילה כך שהתקן ה-DRM לא יכלול את המרכיב של חלוקה גיאוגרפית. כמו כן ברור שההתקן העוקף את המערכת לזיהוי תקליטורים (ה-mod chip) עוקף בו זמנית הן את המנגנון המבוסס על זיהוי תקליטור מועתק, והן את המנגנון של החלוקה הגיאוגרפית. על כן, על פי הצעתי דלעיל, לא צריך ה-mod chip להיות אסור בשיווק, שכן הוא משמש לעקיפת אמצעי טכנולוגי שאינו לגיטימי.

על פי הצעה זו, לו היתה סוני מגבילה את התקן ה-DRM לזיהוי תקליטורים מזויפים (ולא מוסיפה הגבלה גיאוגרפית המצביעה, לשווא, על היותו של תקליטור מזויף), אזי היתה היא זכאית להגנה מפני העתקה,⁵⁴ אך מכיוון שבחרה להוסיף אמצעי שאינו לגיטימי, היא תאבד את ההגנה הניתנת למערכת ה-DRM בכללותה. מובן כי הדבר יצור תמריץ לכך שיצרני התוכן (בשיתוף יצרני הטכנולוגיה המשתפים עימם פעולה) יצרו מנגנונים "לגיטימיים" בלבד, שכן אחרת לא יזכו בהגנה משפטית מפני יצרני הטכנולוגיה העוקפת.

תימוכין טכנולוגיים

תימוכין לגישה זו מן הפן הטכנולוגי אפשר למצוא בחלוקה עליה עמדנו לעיל⁵⁵ של אמצעי ה-DRM לשני סוגים – אמצעים להגבלת גישה ואמצעים להגבלת השימוש. בעוד שהגבלת הגישה מונעת כל טיפול ביצירה, הרי שהגבלת השימוש מונעת רק ביצוע פעולות ספציפיות ביצירה, המצויות באגד הזכויות של דיני זכויות היוצרים,⁵⁶ ואשר אותם אסר היוצר.

⁵² פסק הדין בערכאת הערעור (לטובת סוני) הפך את פסק הדין של הערכאה הדיונית, אך מנימוקים שאינם קשורים לעבודה זו. בסוגיית ה-Regional Access Code היתה הסכמה בין הערכאות.
⁵³ ראו גיונס, לעיל הערה 48. המטרה המוצהרת של החלוקה לאזורים היא להגביל הפצת זיופים מאזורים מועדים לפורענות לאזורים אחרים, כלומר "תיחום" השפעתה של תעשיית הזיופים למקומות בהם הם פועלים (כדוגמא, הקצאת אזור DVD נפרד לסין, כך שעותקים פירטיים מסין לא יזלגו לשאר העולם). דא עקא שבטענה זו טמון כשל לוגי, שכן זייפן סיני תעשייתי המעוניין להפיץ את מרכולתו באירופה יעתיק את הקליטורים באופן שיאפשר מבחינה טכנית להפיץ את הזיוף במדינת היעד, כך שלמעשה המגבלה אינה פוגעת בתעשיית הזיופים, אלא במשתמשי הקצה כמתואר בפרק ט'.
⁵⁴ זאת בכפוף לעמידה בקריטריונים אחרים בהם עבודה זו אינה עוסקת, כגון התרת שימוש הוגן, ומניעת פגיעה בחוקי הגנת הצרכן.
⁵⁵ ראו פרק ג' לעיל.

⁵⁶ זאת בכפוף לשאלה הנפרדת, בה עבודה זו (שעניינה בסחר הבינלאומי) אינה עוסקת, באשר ללגיטימיות של אמצעים טכנולוגיים המונעים שימושים המותרים על פי האיזון הפנימי של דיני זכויות היוצרים (כגון שימוש הוגן), ואשר לכאורה מעניקות ליוצר זכויות שאינן במסגרת אגד הזכויות שנקבע בחוק.

ההתקנים להגבלת שימוש קרובים לליבה של דיני זכויות היוצרים, שכן הם עוסקים בהגבלת האפשרות הניתנת למשתמש לבצע פעולות שיוחדו במסגרת הדין לבעל זכות היוצרים. לעומת זאת, ההתקנים להגבלת גישה מצויים בפריפריה של דיני זכויות היוצרים, שכן הם מהווים בעצם סייג המונע שימוש אסור בדרך של מניעת שימוש כלשהו (דהיינו אם לא ניתן לגשת ליצירה, ממילא לא ניתן יהיה להעתיק אותה או להפיצה). על כן מערכות להגבלת שימוש, בהיותן מגנות על אגד זכויותיו של היוצר, זכאיות להגנה נרחבת מזו הניתנת למערכות הגבלת גישה.

התקני ה-DRM לחלוקה גיאוגרפית הינם רק התקנים מן הסוג המונע גישה ליצירה, שכן דרך פעולתם הינה הגבלת הגישה על בסיס טריטוריה. מעת שהמשתמש (או הציוד שברשותו) תואמים את המיקום המותר, אזי מקבל המשתמש גישה ליצירה, בלא שקיימת מגבלה על אופן השימוש בה (למעט אם קיימת מערכת נוספת המגבילה את השימוש). על כן, מניעת הגנה לאמצעים טכנולוגיים שמטרתם או פעולתם (העיקרית או המשנית) היא חלוקת שוק גיאוגרפית, תסיר את ההגנה רק מהתקני DRM מסוג "הגבלת גישה", שהינם התקנים אשר מלכתחילה ראויים למידה פחותה של הגנה.

חיזוק טכנולוגי לאפשרות ההפרדה בין כלים טכנולוגיים להגנה על "אגד הזכויות" של היוצר לבין אמצעים המגבילים גישה בכללותה (והכוללים הגבלות שהינן "בלתי לגיטימיות" בהיבט של האיזון הפנימי של דיני זכויות היוצרים), מצוי בעבודתו של מרק סטפיק (Mark Stefik), מחלוצי טכנולוגיית ה-DRM.

במאמר משנת 1996,⁵⁷ הנחשב לאבן פינה מן הפן הטכני של ה-DRM, חזה סטפיק יצירת מערכות מוגנות (המכונות בפיו Trusted Systems) שיאפשרו הגדרה ושליטה מדוייקת בכל הנוגע למי יכול לעשות מה ומתי בכל פיסת מידע, באמצעות איזו מערכת ובעבור איזו תמורה. המערכת המוגנת על פי סטפיק מגדירה את הזכויות בתוכן באמצעים אוטומטיים (על פי ערכים שהוזנו מראש בעת הפצת התוכן), בלא אפשרות ליצירת הסדרים אד-הוק מחוץ למערכת המוגנת. אליבא דסטפיק, הגדרת סוגי ה"עיסקאות" שיתאפשרו במערכת המוגנת הינה כה מדוייקת, עד שניתן להגדיר (באמצעות מודולי תוכנה) גם תנאים מורכבים כגון עיסקת "שימוש הוגן" (כך שבהתקיים תנאי השימוש ההוגן לא תיגבה תמורה במסגרת העיסקה במערכת המוגנת).

סטפיק לא הסתפק בחזון כללי, אלא פיתח שפת תכנות אשר נועדה לבטא זכויות בתוכן באמצעות כלי תוכנה (השפה כונתה על ידו Digital Property Rights Language – DPRL), ומוכרת כיום כשפת (XrML).⁵⁸ במסגרת זו הציע סטפיק שהארכיטקטורה של המערכות המוגנות תכלול את החרגים לאגד הזכויות הקבועים בדיני זכויות היוצרים.

Stefik, M. (1996). "Letting Loose the Light: Igniting Commerce in Electronic Publication" in Mark ⁵⁷ Stefik Ed, **Internet Dreams: Archetypes, Myths, and Metaphors** (MIT Press 1996) pp. 219-253. ⁵⁸ להרחבה על XrML ראו רוזנבלט ואח', לעיל הערה 6, בעמ' 114-123.

על אף שיש הסבורים כי לא ניתן לבנות מודל תוכנה מדוייק של דיני זכויות יוצרים (בין היתר על רקע שיקול הדעת הנתון במקרה הקונקרטי תוך איזון בין מספר מבחנים כגון בשאלה האם מדובר בשימוש הוגן),⁵⁹ הרי שלכל הפחות ניתן לבנות מערכות שיתירו פעולות מסוימות וקלות להגדרה כגון מכר חוזר (בהתאם לדוקטרינת המכירה הראשונה).⁶⁰ אין ספק כי גם במסגרת שפת תכנות כ-XrML ניתן להגדיר את מודל הזכויות באופן שהעברה של המוצר לתוך שטח גיאוגרפי מסויים לא תיחשב כ"אירוע מפר", והגישה לתוכן לא תחסם בגין פעולה זו (וזאת בין היתר על ידי הכרה כללית בכך שמכר חוזר אינו מהווה אירוע המזכה את היוצר בתמורה).

המסקנה הינה שמבחינה טכנית אין מניעה מיצירת התקני DRM שאינם יוצרים חלוקה גיאוגרפית של השוק, בין אם באי-הכללתם של אלמנטים גיאוגרפיים במוצר מלכתחילה (כגון השמטת ה-Regional Access Code מהסוני פליסטיישן) ובין אם בשקלולם במסגרת מודל הזכויות (כגון הגדרתם כפעולה לגיטימית באמצעות כלי תוכנה כגון XrML).

תימוכין משפטיים

המקור הנורמטיבי הראשוני להגנה משפטית DRM מצוי סעיף 11 לאמנת זכויות היוצרים של WIPO (WCT). הוראות האמנה הן הבסיס לחקיקה המאוחרת יותר שאומצה במדינות השונות, והן המהוות את המצע המשותף לבחינת חקיקת ההגנה על ה-DRM בפרספקטיבה בינלאומית. סעיף 11 לאמנה קובע כדלקמן:

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

פרשנות מילולית של סעיף 11 מעלה כי מערכות ה-DRM שיזכו להגנה הן רק מערכות המגנות על אגד זכויות היוצרים (הזכויות המוקנות באמנת ברן, ושאליהן מפנה סעיף 11), ומכך משתמע כי ההגנה תישלל ממערכות DRM המגבילות פעולות שאינן במסגרת זכויותיו הבלעדיות של בעל זכויות היוצרים.

⁵⁹ ראו רוזנבלט ואח', לעיל הערה 6, בעמ' 67, 76-77; וכן Julie E. Cohen, "Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed To Protect Them" 12 *Berkely Tech Law Journal* (1997) 161, pp.178.

⁶⁰ סטפיק מכנה זכות זו transfer right במסגרתה ניתן להגדיר בתוכנה שאם המשתמש הראשון שילם עבור היצירה, הוא יוכל להעבירה במלואה (דהיינו אין המדובר ביצירת עותק), בלא שבעל זכות היוצרים יהיה זכאי לתגמול נוסף.

בנוסף, הסיפא של סעיף 11 מלמדת שמערכת המונעת שימוש המותר על פי חוק לא תזכה להגנה. כך למשל, אם החוק מתיר יבוא מקביל בנסיבות מסוימות (כגון יבוא פרטי לצרכים אישיים), אזי מערכת DRM שתמנע שימוש מותר לא תזכה להגנה.

הגם שיתכן כי פרשנות זו תיתקל בבעיות בשל חוסר היכולת להגדיר נורמות משפטיות באמצעים טכנולוגיים (כגון מתי העתקה מהווה הפרה של אגד הזכויות ומתי ההעתקה אינה הפרה אלא שימוש הוגן),⁶¹ הרי שבהקשר הספציפי בו אנו דנים לא קיימת בעיה מעין זו – הגדרה של זכות העברה בינלאומית הינה פשוטה בסטנדרטים שקבע סטפיק, ומניעת העברה בינלאומית אינה זכות הנתונה ליוצר לפי אמנת ברן (האמנה שותקת בשאלת המיצוי הבינלאומי) וממילא אין היא מוגנת לפי סעיף 11 לאמנת WCT.

יצוין כי הגם שבדירקטיבה האירופית להרמוניזציה של דיני זכויות היוצרים⁶² ההגנה הינה לאמצעי המונע כל פעולה שאסר בעל זכות היוצרים (בלא שיש הגבלה רק לפעולות במסגרת אגד הזכויות של דיני זכויות היוצרים) הרי שסעיף 6(4) לאמנה כמו גם סעיפי המבוא מאפשרים למדינות האיחוד להתיר עקיפת אמצעים טכנולוגיים הפוגעים באיזון הפנימי של דיני זכויות היוצרים על ידי מניעת פעולות מותרות. סעיף 51 למבוא לדירקטיבה קובע כך:

“The legal protection of technological measures applies without prejudice to public policy... Member States should promote voluntary measures taken by rightholders ... to accommodate achieving the objectives of certain exceptions or limitations provided for in national law in accordance with this Directive. In the absence of such voluntary measures ... Member States should take appropriate measures to ensure that rightholders provide beneficiaries of such exceptions or limitations with appropriate means of benefiting from them, by modifying an implemented technological measure or by other means.” [Emphasis added]

פרשנות אמנת WCT, כמו גם המבוא לדירקטיבה האירופית, מלמדת שבמסגרת ההגנה על התקני DRM אין הכוונה להרחיב את זכויותיו של בעל זכויות היוצרים מעבר לזכויותיו על פי אגד הזכויות שנוצר במסגרת האיזון הפנימי של דיני זכויות היוצרים. הסעיפים המעניקים הגנה משפטית להתקני DRM מחריגים התקנים הפוגעים במדיניות החברתית (Public Policy) של איזון בין היוצר לבין החברה. במסגרת זו מן הראוי שלא תוענק הגנה לאמצעי לחלוקת שוק גיאוגרפית אשר הקשר בינו לבין הגנה על אגד זכויותיו של היוצר הינו מקרי, אם בכלל.

⁶¹ כהן, לעיל הערה 59.
⁶² לעיל הערה 20.

בדיון שבפרק ד' לעיל ראינו כי ההגנה המשפטית על מערכות DRM בעייתי בכך שהיא הופכת את הזכות המשתמעת (המגבלות על השימוש הנובעות מהמדיה של היצירה) לזכות משפטית (איסור עקיפת המדיה). בכך נוצרת מעין חקיקה פרטית, כאשר בעל הזכויות מכתוב למעשה את הזכויות של המשתמש, זאת במנותק מהזכויות הנתונות למשתמש על פי דיני זכויות היוצרים. הפרשנות המוצעת לסעיף 11 לאמנה עשויה להוות פיתרון לבעיה זו – ההגנה המשפטית לזכות המשתמעת לא תהיה רחבה מהזכות המשפטית על פי חוקי זכויות היוצרים. כל הרחבה של הזכות המשתמעת (באמצעות טכנולוגיית DRM) אל מעבר לזכויות המשפטיות המסורתיות לא תזכה להגנה. בכלל זה, הרחבת הזכות המשתמעת על ידי מניעת סחר בינלאומי ביצירה, מקום שסחר זה מותר על פי דיני זכויות היוצרים, לא תזכה להגנה מפני עקיפה או פריצה טכנולוגית.

יא. סיכום

בעבודה זו עמדנו על יסודות ה-DRM, ועל חשיבות ה-DRM ככלי טכנולוגי המסייע ליצרני התוכן בהגנה על זכויות היוצרים שלהם. עם זאת, התקני ה-DRM אינם עומדים בפני עצמם במנותק מסביבתם, והם זקוקים להגנה משפטית מפני כלי עקיפה אשר בוא יבואו.

הצבענו על המאפיינים היחודיים של התקנים טכנולוגיים המשמשים לחלוקה גיאוגרפית של השוק, וראינו כי למעשה הם אינם מגינים על אגד הזכויות של היוצר (ועל אחת כמה וכמה שכך בסיטואציות בהן קיים מיצוי בינלאומי), אלא מעניקים לבעל זכויות היוצרים יתרונות מסחריים אחרים, המרחיבים את אגד זכויותיו על חשבון כלל החברה.

ההמלצה העולה מעבודה זו הינה שעל אף החשיבות הקיימת למתן הגנה משפטית להתקני DRM, הרי שאין להעניק הגנה מעין זו לטכנולוגיה הפוגעת בזרימת המידע או התכנים על בסיס גיאוגרפי, שכן במקום אלו אין המדובר בהגנה על זכויות יוצרים אלא בהגנה על הגבל עיסקי שאינו ראוי להגנה במסגרת דיני זכויות היוצרים.

רשימה ביבליוגרפית

חקיקה

ישראל:

חוק המחשבים, התשנ"ה – 1995.

פקודת זכות יוצרים, 1924

ארה"ב:

Digital Millennium Copyright Act (1998)

אנגליה:

Copyright Act (1988)

Statute of Ann, 1710 (UK)

אוסטרליה:

Copyright Act (1968)

אמנות:

WIPO Copyright Treaty (adopted in Geneva on December 20, 1996)

איחוד אירופי:

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

פסיקה

ישראל:

בג"ץ 5379/00 בריסטול מאירס ואח' נ' שר הבריאות ואח', פ"ד נה (4) 447

ארה"ב:

DVD Copy Control Association, Inc. v. Andrew Bunner (CA Supreme Court, 25.8.2003)

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

Harper & Row, Publishers v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 545-46 (1985)

Quality King Distributors, Inc. v. L'anza Research Int., 523 U.S. 135 (1998)

ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)

RIAA v. Diamond Multimedia Sys., Inc. 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999)

Softman Products vs. Adobe Systems (8.27.2003 US District Court, Central District CA)

Sony Corp. v. Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984)

אנגליה:

CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics plc [1988] WLR 1191

אוסטרליה:

Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens [2003] FCAFC 157 (30 July 2003)

Universal Music Australia Pty Ltd v Australian Competition & Consumer Commission [2003] FCAFC 193 (22 August 2003)

צרפת:

L'union Federale Des Consommateurs Que Choisir c/ Societe Anonyme EMI Music France (2.9.2003)

שוויץ:

Imprafot AG v. Nintendo Co., BGE 124 III 321

ספרות ומאמרים:

שרה פרזנט, דיני זכויות יוצרים, כרך א' (תל אביב, תש"ס)

Codoni, Stefano "Switzerland: Courts Expand Rights of Parallel Importers Rulings reject almost all restrictions based on IP rights", **IP Magazine**, September 1999

Cohen, Julie E., "Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed To Protect Them" **12 Berkely Tech Law Journal** (1997) 161

Halderman, John A., *Analysis of the MediaMax CD3 Copy-Prevention System* (6.10.2003), <http://www.cs.princeton.edu/~jhalderm/cd3>

Jones, Ross, *Difficulties between the pro-competitive community and Intellectual Property* (Queensland Law Society Seminar, 11.5.2001)
<http://www.accc.gov.au/speeches/2001/jones%5Fintellectual%5Fproperty%5F11%5F5%5F01.htm>

Rosenblatt Bill, Trippe Bill and Monney Stephen, **Digital Rights Management Business and Technology** (M&T Books, 2002)

Stefik, M. (1996). "Letting Loose the Light: Igniting Commerce in Electronic Publication" in Mark Stefik Ed, **Internet Dreams: Archetypes, Myths, and Metaphors** (MIT Press 1996)

דפי אינטרנט נוספים:

Australian Competition and Consumer Commission, Consumers' Attention Drawn to Copy Protected CDs, 20 November 2002,
http://203.6.251.7/accc.internet/digest/view_media.cfm?RecordID=870

BlackStar.co.uk, Digital Versatile Disc Regions
http://www.blackstar.co.uk/help/help_dvd_regions

Taylor, Jim, DVD Frequently Asked Questions (and Answers)
<http://dvddemystified.com/dvdfaq.html>