



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

החריגים לזכות היוצרים

בעידן של הגנה דיגיטלית על זכויות

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.
6	מערכת היחסים בין יצרני התוכן לבין יצרני הטכנולוגיה	ב.
7	מהו DRM	ג.
8	הגבלת גישה (ACCESSES LIMITATION)	
9	הגבלת השימוש (USE LIMITATION)	
10	הגדרת DRM	
11	סוגי הזכויות בתוכן	ד.
13	הצורך בהגנה משפטית על ה- DRM	ה.
15	ההגנה המשפטית הניתנת ל- DRM	ו.
17	ההצדקות העיוניות לזכות היוצרים	ז.
20	ההצדקות העיוניות לקיומם של חריגים לזכות היוצרים	ח.
23	החריגים לזכות היוצרים	ט.
24	נורמות מסמיכות	
25	דוגמאות לחריגים ספציפיים	
27	חריג הציטוט כחריג כללי	
28	השימוש ההוגן כחריג כללי	
29	חריגים לאיסור עקיפת ה- DRM	
31	השימוש ב- DRM ביחס לחריגים לזכות היוצרים	י.
35	החור האנלוגי	יא.
37	פתרונות אפשריים למתח שבין ה- DRM לבין החריגים לזכות היוצרים	יב.
37	הדין גובר – התאמת מערכות DRM לתנאי הדין	
41	שימוש בחריגים ספציפיים	
41	שימוש בחריגים המיועדים לקבוצות ספציפיות	
43	התרת עקיפה רק ביחס להתקנים אשר אינם משמרים שימושים קוגנטיים	
44	מעבר למדדים כמותיים	
46	שימוש בחור האנלוגי	
48	התמקדות בהגנה על מערכות לניהול מידע	
49	חובת הפקדת מפתחות הצפנה	
50	כל אכיפה באמצעות DRM הינה לגיטימית	
55	הפתרון המוצע	יג.
56	סיכום	יד.
58	רשימה ביבליוגרפית	טו.

א. מבוא

הטכנולוגיה הדיגיטלית הפחיתה לקרוב לאפס את העלות השולית של העתקה והפצה המונית של יצירות המוגנות בזכויות יוצרים. רשת האינטרנט ורשתות תקשורת נוספות מאפשרות הפצה גלובלית ומיידית בעלות זניחה 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)¹ בעל זכויות היוצרים יכול להגביל את אפשרותו של משתמש הקצה להשתמש ביצירה, להעתיקה, לשנותה או להפיצה.² התקני DRM הם רכיבי חומרה או תוכנה המשובצים ביצירה המוגנת עצמה או בהתקן אשר נועד להצגת היצירה (כגון נגן DVD, נגן MP3, או טלפון סלולארי)³.

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 לקשרים שבין קניין רוחני, טכנולוגיה וענפי משפט אחרים.

כך למשל נדרשו בתי המשפט בארה"ב להכריע בשאלתן חוקתיותם של סעיפי חוק האוסרים את הפצתן של תוכנות לעקיפת התקני DRM, זאת לאור העובדה כי תוכנה כשלעצמה הוכרה כביטוי הזכאי להגנת חופש הביטוי.⁴ סוגיה שונה עולה מתחום דיני הגנת הצרכן: הטמעת ה- DRM מגבילה

¹ לשם הקוהרנטיות אעשה שימוש בעבודה זו במונח DRM על אף שבספרות מכונה טכנולוגיה זו לעיתים גם CMS (Copyright Management Systems), שכן בטרמינולוגיה CMS טבועה הנחה (הטעונה דיון והוכחה) שההגנה הטכנולוגית מוגבלת רק לניהול של זכויות הבאות בגדרי זכות היוצרים.

² לניתוח הנוגע להגדלת כוחו של היוצר בסביבה הדיגיטלית ראו י. קרניאל, א. נסימיאן, "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" **עלי משפט ג** חוברת 1 (תשס"ג), 191.

³ DRM, בהקשרו הרחב, כולל לא רק אמצעים "לאכיפת" זכויות באופן טכנולוגי, אלא גם אמצעים לזיהוי היוצר, היצירה, והזכויות ביצירה (metadata – מידע המתאר את התוכן) – ראו: Cunard, Hill & Barlas, "Current Developments in the Field of Digital Rights Management", WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (Tenth Session, Geneva November 2003) pp. 4. עם זאת, עבודה זו, דנה ביחס בין אכיפת זכויות באופן דיגיטלי לבין החריגים לזכות היוצרים, ועל כן, למעט בדיון בפתרונות האפשריים שברק יב, רלוונטיים לנושא הדיון רק טכנולוגיות האכיפה.

⁴ ראו לדוגמה את פסק דינו של בית המשפט העליון בקליפורניה מיום 25 באוגוסט 2003 בעניין *DVD Copy Control Association Inc. v. Bunner, Cal., No. S102588*, נגיש באמצעות האינטרנט בכתובת: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dvd/dvccabnr82503opn.pdf> (נבדק לאחרונה ביום 22.10.2004)

את משתמש הקצה, ומכאן עולה השאלה בדבר חובת הגילוי לצרכן על הנחיתות הפונקציונלית של המוצר בו הוטמעה מערכת ה-DRM.⁵ מערכות DRM מסויימות, המבוססות על זיהוי המשתמש לצורך מתן הרשאת גישה מעלות שאלות מתחום הגנת הפרטיות.

בעיות משפטיות נוספות הצפות ועולות הן מתחום ההגבלים העסקיים. חלק ממערכות ה-DRM, בעיקר כשהן מאומצות כסטנדרט טכנולוגי, מקנות לבעל הזכויות אפשרות לאפליית מחירים או לשליטה אנטי-תחרותית אחרת בשוק המוצר (כגון הגבלת מכירה חוזרת, שליטה על ערוצי ההפצה ונקודות המכירה, חלוקת שוק גיאוגרפית,⁶ ואפליית מחירים בהתאם לסוגי המשתמשים).

יתר על כן, ההגנה המשפטית על התקני DRM נוגעת בליבם של דיני זכויות היוצרים – הגדרת היקף ההגנה על יצירות, ואגד הזכויות הנתונות לבעל זכות היוצרים.

כל זכות קניינית מוגבלת בהיקפה באופן שנקבע בדין לגבי זכות זו, מתוך איזון עם זכויות ואינטרסים מתחרים. כך למשל, בהקשר של קניין במקרקעין דיני ההפקעה מאפשרים לרשות להפקיע את קניינו של אדם לטובת הציבור; דיני התכנון והבניה ודיני איכות הסביבה מגבילים את יכולת ניצול המקרקעין על ידי בעליו; ודיני שימור העתיקות מאזנים את האינטרס של בעל המקרקעין אל מול אינטרס הציבור בשמירת העתיקות המצויות במקרקעין.⁷

הגבלת זכות הקניין נכונה ביתר שאת בהקשר של דיני הקניין הרוחני בכלל, ודיני זכויות היוצרים בפרט.⁸ זכות היוצרים מעוצבת כזכות מוגבלת ולא כזכות מוחלטת, ודוגמא בולטת לכך היא הגבלת משך תקופת הזכות. יתר על כן, דיני זכויות היוצרים מכירים במפורש בחריגים לזכות היוצרים, הן בהקשר של יצירות שאינן בנות הגנה והן בהקשר של פעולות מסויימות המותרות לכלל הציבור (או לחלק מסויים ממנו) ביחס ליצירה מוגנת.

לעומת החריגים לזכויות היוצרים שנקבעו בדין, הן ברמות של אמנות בינלאומיות והן בהסדרים הפרטניים של המדינות, התקני DRM הם תוצר של בחירה טכנולוגית שעושה בעל הזכויות ביצירה.

⁵ ראו לדוגמא את פסק הדין הצרפתי בעניין *L'union Federale Des Consommateurs Que Choisir 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 (<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/88243/fromItemId/378014>) (נבדק לאחרונה ביום 21.10.2004).

⁶ כדוגמת DVD Zoning (מנגנון המחלק את כדור הארץ לשמונה "אזורים" לצרכי שליטה בהפצת התכנים (להרחבה בנושא זה ראו *Jim Taylor, DVD Frequently Asked Questions (and Answers)*, בכתובת <http://dvddemystified.com/dvdfaq.html>) (נבדק לאחרונה ביום 28.10.2004, עודכן לאחרונה ביום 23.10.2004), והדרישה ב- Sony Playstation לתאימות בין פרוטוקול הטלוויזיה (PAL/NTSC) לבין פרוטוקול המשחק, באופן המונע שימוש במשחקים ממדינות NTSC (כגון ארה"ב) במדינות PAL (כגון אירופה וישראל), ולהפך, מגבלה אשר נידונה בפסיקה מספר פעמים (ראו פסק הדין האוסטרלי בערכאת הערעור: *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens* [2003] FCAFC 157 (30 July 2003), פסק הדין האנגלים: *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Stevens* [2003] FCAFC 157 (30 July 2003), ו- *Sony v. Owen* [2002] E.C.D.R. 27, ו- *v. Ball* [2004] EWHC 1738 (Ch), ופסק הדין האמריקני: *Sony Computer Entertainment America, Inc., v GameMasters Inc.*, 87 F.Supp.2d 976 (N.D.Cal. 1999).

⁷ ראו חוק העתיקות, תשל"ח-1978.

⁸ לאופיה הקנייני של זכות היוצרים ראו: רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל ואח', פ"ד נו (2) 625; רע"א 2687/92 דוד גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, בעמ' 266; טוני גרינמן, זכויות יוצרים – מעידן הדפוס אל העידן הדיגיטלי (תל אביב, התשס"ד) בעמ' 27-28. לעומת זאת, בע"א 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נו (5) 255, הושארה סיווגה של זכות היוצרים כזכות קניין בצריך עיון (ראו סעיף 10 לפסק הדין).

כתוצאה מכך יכול בעל הזכויות, באמצעות שימוש בכלים טכנולוגיים, לבחור להטמיע ביצירה התקן DRM אשר ימנע שימוש שהינו מותר על פי החריגים לזכות היוצרים הקבועים בדין.

האפשרות הזו יוצרת מציאות ולפיה עיצוב היקפה של זכות היוצרים מועבר מהספירה הציבורית אל הספירה הפרטית⁹ – תחת הגדרת היקף הזכות בדין (אמנות בינלאומיות, חקיקה מדינתית ופסיקה של בתי המשפט) יכול כל יוצר לתפור לעצמו את חליפת הזכויות אותן הוא רוצה לשמר בידיו, דבר המהווה כר נרחב למחלוקות סביב הלגיטימיות של התקני ה-DRM.

יש הרואים בחריגים לזכות היוצרים הגנה בלבד, כלומר שימוש "מותר" הוא הפרה של זכות היוצרים אך במקרים אלו המפר "חסין" מפני תביעה. לעומת זאת, אחרים רואים בחריגים לזכות היוצרים הגדרה שלילית של היקף זכות היוצרים (דהיינו, שימושים המצויים במסגרת החריג אינם מהווים הפרה של זכות היוצרים, שכן זכות היוצרים הינה רק הזכות למנוע מאחרים שימושים מסויימים ביצירה, ולכן השימושים ה"מותרים" כלל אינם באים בגדר "הפרה"). לצורך עבודה זו אין צורך להעמיק במחלוקות זו, שכן הנחת המוצא, המבוססת על המציאות הטכנולוגית, הינה שטכנולוגיית ה-DRM מאפשרת סטייה של בעלי זכות היוצרים מן האיזון שנקבע בדין, והשאלה המרכזית הינה הלגיטימיות של סטייה זו.

הבעייתיות שבשינוי האיזונים על ידי התקני DRM גוברת נוכח החוקים המגינים על התקני ה-DRM מפני עקיפה. חוקים אלו יוצרים מצב בו בעוד שה-DRM יכול לשנות את איזון האנטרסים שנקבעו בחוקי זכויות היוצרים, ולמנוע מן המשתמשים שימושים אשר קודם לכן היו "מותרים", נאסר על המשתמשים לעשות שימוש בכלים טכנולוגיים אשר עשויים היו לשוב ולאפשר להם את אותם שימושים מותרים אשר בעבר יכלו לנצל.

חיבור זה עוסק ביחס בין מתן ההגנה המשפטית להתקני DRM לבין הרצון לשמר את האיזון שרואה כל חברה לנכון לעשות בין הענקת המונופולין הגלום בזכויות היוצרים לבין הגנה על ערכים חברתיים אחרים הבאים לידי ביטוי בחריגים לזכות היוצרים שבוחרת החברה כקולקטיב לאמץ.

בחלקו הראשון של החיבור אסביר מהם התקני DRM, ומהן הפונקציות להן משמשים ההתקנים (פרק ג'). לאחר מכן אדון ב"סביבה המשפטית" - הצורך בהגנה משפטית על התקני DRM, וההסדרים המשפטיים ברמה הבינלאומית והלאומית (פרקים ד' עד ו'). לאחר מכן אסקור את התפתחות ההיסטורית וההצדקות לקיומם של חריגים לזכות היוצרים (פרקים ז' ו-ח') וסוגי החריגים שאומצו ברמה הבינלאומית וברמה המדינתית (פרק ט'). לאחר שיהיו בידנו הכלים הדרושים – הבנה של ההגנה על DRM מחד, והכרה של מבנה ותכלית החריגים לזכות היוצרים מאידך, אעבור לדיון במתח שבין ההגנה על ה-DRM לבין החריגים לזכות היוצרים (פרק יא') ולבסוף ינתחו פתרונות אפשריים למתח זה (פרקים יב' ו-יג').

⁹ לבעייתיות הנובעת מהסדרה פרטית ראו: ניבה אלקין-קורן, "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319.

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 ביתית 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, טייפס 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 מובנה 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 ¹⁰CBS v Amstrad בו נדונה טכנולוגיה שפותחה במהלך שנות השמונים של המאה הקודמת שאיפשרה העתקת קלטות במהירות מוגברת 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 itself... Hence arises the conflict between the electronic equipment industry and the entertainment industry..."

¹⁰ CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics plc [1988] WLR 1191

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, או לעשות שימושים בתוכן אשר יצרני התוכן מעוניינים שלא יהיו זמינים או אפשריים. 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.¹¹ 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 שבידו מפתח מתאים.

התקני DRM הם מערכות טכנולוגיות המורכבות מחומרה (Hardware) ו/או תוכנה (Software),¹² המהוות מגבלה בפני אפשרויות הפעולה של משתמש הקצה. באופן כללי ניתן לאמר כי טכנולוגיית DRM כוללת טכנולוגיות לזיהוי והגדרת היצירה המוגנת (metadata), הגדרת כללי השימוש המותרים ביצירה, וכלי הצפנה. יישומי DRM ספציפיים עשויים לכלול מודולים נוספים כגון סליקת תשלומים בגין השימוש ביצירות, ניהול נתוני השימוש וזיהוי המשתמשים.¹³

¹¹ מקובל לראות בחוק האנגלי משנת 1710 הידוע כ- Statute of Ann כקודיפיקציה הראשונה של זכות היוצרים. לסקירה היסטורית של דיני זכויות היוצרים ראו: Edward Samuals, **The Illustrated Story of Copyright** (Thomas Dunne Books, 2002)

¹² מונחים אלו מוגדרים כיום בחקיקה הישראלית. ראו סעיף 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה – 1995.

¹³ לסקירה ראו Cunard, לעיל הערה 3, בעמ' 14-40.

בבסיסה של כל מערכת DRM מצוי מודל זכויות (Rights Model)¹⁴ המגדיר את סוגי הזכויות שעליהן יכולה המערכת לפקח, ואת האפשרויות הזמינות למשתמשים בכל אחת מזכויות אלו. על המודל לתרגם את ההרשאות משפת אנוש לשפת מחשב, ולפיכך יש צורך בהגדרה סמנטית מדוייקת של מערכת הכללים שתחול ביחס לכל יחידת תוכן (Rights Syntax)¹⁵.

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.¹⁶ עם זאת, מחירן הגבוה של המערכות הביומטריות הופך אותן ללא ישימות בשלב זה לצורכים של הפצת 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.¹⁷ 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 אישית, ובלא צורך לפקח על כך שהסטודנטים לא יעבירו את הסיסמא לאחרים אשר אינם חוסים תחת כנפי אותו רשיון גישה.

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

¹⁴ ראו: Bill Rosenblatt, Bill Trippe and Stephen Monney, **Digital Rights Management Business and Technology** (M&T Books, 2002) pp.59.

¹⁵ ראו Cunard, לעיל הערה 3, בעמ' 39.

¹⁶ כך למשל עשוי משרד עורכי דין לרכוש זכות גישה אחת למאגר המידע המשפטי המקוון נבו (<http://nevo.co.il>), ולהפיץ את שם המשתמש והסיסמא בין כלל עובדי המשרד, והמגבלה היחידה תהיה שרק משתמש אחד יוכל לגשת למאגר בכל רגע נתון.

¹⁷ מספר IP הינו מספר ייחודי (בכל עת נתונה) המוקצה למחשב על ידי ספק האינטרנט ומשמש לצורך זיהוי וניתוב המידע אל המחשב ברשת האינטרנט.

(וזאת בכדי למנוע את העתקת המוסיקה למחשב, והפצתו באמצעות רשת האינטרנט),¹⁸ ותקליטורי DVD תוכננו לפעול רק על חומרה המורשית על ידי איגוד של מפיקי תוכן ויצרני טכנולוגיה. 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.¹⁹

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, והיא יכולה לבוא לידי ביטוי 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;²⁰ או באמצעי טכנולוגי שיוביל לכך שכל העתק יהיה נחות מבחינה איכותית;²¹

¹⁸ ראו John A. Halderman, *Analysis of the MediaMax CD3 Copy-Prevention System* (6.10.2003) <http://www.cs.princeton.edu/~jhalderm/cd3> (נבדק לאחרונה 21.10.2004).

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 ואחי, לעיל הערה 14 בעמ' 132-134.

¹⁹ כגון פרויקט Net Passport של חברת מיקרוסופט.

²⁰ כגון מערכת iTunes של חברת Apple המאפשרת הפעלת קובץ המוסיקה על עד 5 מחשבים שונים (הועלה באפריל 2004 מההגבלה הקודמת ל-3 מחשבים), ושימוש במספר בלתי מוגבל של התקנים ניידים (בדגש על תאימות לנגן iPod של Apple) לעומת שירות Fnac הצרפתי המתיר צריבה של קובץ המוסיקה עד 7 פעמים והעברתו לעד 5 התקנים ניידים. ה-Adobe eBook Server ושל מיקרוסופט המאפשרים אקטיביזציה של הספר האלקטרוני עד 4 פעמים (לעומת 2 בלבד בעבר). ראו: "Fnac Stretches Fair Use Rules in New Online Music Service", *DRM Watch*, (September 23, 2004), נגיש באמצעות האינטרנט בכתובת <http://www.drmwatch.com/ocr/article.php/3412101> (נבדק לאחרונה ביום 29.10.2004); וכן: William Fisher, Urs Gasser, et al., *iTunes – How Copyright, Contract and Technology Shape the Business of Digital Media – A Case Study* (Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law Scholl) White Paper (revised version June 15, 2004), pp. 11, נגיש באמצעות האינטרנט בכתובת: <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhite> (נבדק לאחרונה ביום 29.10.2004).

²¹ 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 שההעתק הינו בלתי מושלם מבחינת האיכות (כגון פגיעה ברזולוציה של קובץ וידאו), או הוספת סימן (Watermark) המצביע על כך שהקובץ אינו מקורי.

- 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 פורמט 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,²² או על מספר מוגבל של מחשבים).
- הגבלת אופן ותדירות השימוש כגון קבצים "חד-פעמיים" שחדלים לתפקד לאחר תקופה מסויימת או לאחר מספר שימושים מוגדר. הגבלה זו נועדה להסדיר חוזים של מתן רשיון שימוש מוגבל,²³ וקיים דמיון מסויים בינה לבין הגבלת הגישה (הגבלת מספר הפעמים שניתן "לגשת" ליצירה).

הגדרת DRM

בהמשך הדברים נעמוד על האמנות הבינלאומיות המתייחסות לנושא ה- DRM, וכן על חלק מן החוקים שאומצו במדינות הספציפיות בנוגע להתקני DRM. עם זאת, לאחר 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).

²² ראו הערה 17 לעיל

²³ 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. הגבלה מעין זו רלוונטית גם לשירותי video-on-demand ו- pay-per-view.

- ☒ 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.²⁴
- ☒ 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. הדרישה אינה לאפקטיביות של 100%, שכן אם הטכנולוגיה חסינה לחלוטין מפני פריצה היא אינה זקוקה להגנה משפטית.²⁵
- ☒ ההגבלה צריכה להיות ביחס לפעולות אשר יוחדו לבעל זכויות היוצרים במסגרת אגד זכויות היוצרים או הזכויות הנלוות.
- ☒ ההגבלה תמנע רק פעולות שבעל הזכויות לא התיר ושלא הותרו על פי דין.

כפי שנראה להלן, רכיבי ההגדרה הינם משמעותיים במציאת האיזון ביחס לשאלה העומדת במוקד עבודה זו – ההגנה המשפטית הנתנית להתקני DRM אל מול החריגים לזכות היוצרים.

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 המגדירות את זכות היוצרים (בין בהגדרה חיובית של אגד הזכויות הנתון לבעל זכות היוצרים, ובין בהגדרה השלילית של החריגים לזכות היוצרים).

☒ 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 כרצונם מערכת של חובות וזכויות. יצרן התוכן יכול להסדיר את מערכת יחסיו עם הצרכנים באופן חוזי, ובאופן זה להבטיח לעצמו זכויות אשר אינן מוגנות

²⁴ הדבר בולט בסעיף 296(6) לחוק זכויות היוצרים האנגלי בו מוגדר המונח "technical device" כהתקן אשר "intended to prevent or restrict acts", לעומת סעיף 296ZF(1) העוסק באמצעי "which is designed, in the normal course of its operation, to protect a copyright work". לניתוח והשוואה של נוסח הסעיפים השונים בחקיקה האנגלית ראו: *Sony v. Ball*, הערה 6 לעיל.

²⁵ ראו: *RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.*, 2000 WL 127311 (W.D. Wash. 2000).

במסגרת דיני הקניין הרוחני.²⁶ 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 Moral²⁷).

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, 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.²⁸ עם זאת, אמצעי האכיפה הטכניים המוטמעים ב-DRM הופכים את הזכות החוזית לזכות שהיא קניינית דה פקטו, שכן הן מונעות גם מכל אדם אשר לא הסכים לתנאי החוזה מלעשות שימוש ביצירה.²⁹

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 בהתאם ל"שימוש ההוגן" והחריגים המוכרים האחרים לזכויות המשפטיות) זוכה תחת החקיקה החדשה לזכויות משפטיות נרחבות, הכוללות גם את האיסור המוטל על משתמש הקצה לעקוף את התקן ה-DRM.

26 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*, United States District Court, Central District of California, Case No. CV 00-04161 DDP, October 22, 2001.

²⁷ במשפט הישראלי מעוגנת זכות זו בסעיף 4א(2) לפקודת זכות יוצרים, 1924.

²⁸ זכות שעוגנה במשפט הישראלי בסעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, 1924.

²⁹ ה-DRM מחייב כל משתמש להיות כפוף לאמצעי המניעה והשליטה הטכניים המוטמעים ביצירה, זאת בשונה מרכישת יצירה במדיה מסורתית בו רק הרוכש הראשון קשור באופן חוזי ליוצר/מפיק. לעניין הקנייניות דה-פקטו ראו אלקין-קורן, לעיל הערה 9, בעמ' 327.

יש בכך שינוי מהותי בתפיסתם של דיני זכויות היוצרים – בעוד שמבחינה מסורתית דיני זכויות היוצרים מהווים קודיפיקציה של אמנה חברתית המסדרת את זכויות היוצר,³⁰ 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 או בעלי הזכויות האחרים. כל בעל זכויות יוצרים מבצע בחירה של אמצעי ה-DRM שיוטמעו על ידו, לרבות הגדרת הזכויות שניתנו למשתמשים ביצירה הספציפית, ובחירה זו (דהיינו הגדרת האמצעי הטכנולוגי המכתיב את הזכויות) זוכה להגנת הדין. בכך משתנים למעשה היוצרות – הזכות המשתמעת (המגבלות הטכנולוגיות) הופכת למעשה להיות זכות משפטית.

ה. הצורך בהגנה משפטית על ה-DRM

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 זכויות היוצרים) באופן שתפרס גם על הזכות המשתמעת (הזכות הנגזרת מהמדיה הטכנולוגית בה מופצת היצירה).

לכאורה, הסדרה של זכויות היוצרים באמצעים טכנולוגיים מאפשרת "אכיפה מושלמת" – לציבור המשתמשים אין ברירה אלא לציית לנורמה, שכן זו נאכפת באופן אוטומטי וללא תלות בהפנמת הנורמה על ידי הציבור הרחב. האכיפה האוטומטית עשויה גם להביא לחיסכון במשאבים הציבוריים שכן נחסכות עלויות של זיהוי המפר והעמדתו לדין.³¹

אכן, 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.³²

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).

³⁰ ראו לדוגמה טקסט ואסמכתאות מן הפסיקה האמריקנית מול הערות 43 עד 45 להלן.

³¹ ראו אלקין-קורן, הערה 9 לעיל, בעמ' 333-334.

³² 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, המופץ באופן המוני, בפני פריצה או עקיפה במהלך מלוא תקופת ההגנה על זכות היוצרים, הינה בלתי סבירה.

הסרת המגבלות מהשימוש ביצירה (דהיינו עקיפת ה- DRM) תותיר את המשתמש עם תוכן המצוי בפורמט דיגיטלי וללא הגנה. בהעדר הגנה עלול המשתמש לעשות ניצול לרעה של תכונות הפורמט הדיגיטלי (משמעה שן האפשרות ליצור עותקים מושלמים בעלויות נמוכות הינה הפחתת חסמי הכניסה בפני הפצה המונית). מסיבה זו חוששים יצרני התוכן מאפשרות עקיפת ה- DRM, ובמקביל לנסיגה להעזר בטכנולוגיות מתוחכמות יותר, אשר יקשו על העקיפה, פועלים הם לקבלת הגנה משפטית.

בעבר פתחו יצרני התוכן במאבקים משפטיים נגד יצרני טכנולוגיה המאפשרת העתקת יצירות על בסיס הדוקטרינה של הפרה תורמת, אך מרבית התביעות של יצרני התוכן נגד יצרני הטכנולוגיה נדחו, משום שבמקביל לאפשרות שסיפקו הטכנולוגיות ליצירת העתקים מפרים, טכנולוגיות אלו אפשרו גם שימושים לגיטימיים.³³

כפועל יוצא מפסקי הדין הללו נותרו יצרני התוכן חשופים לכך שכל מאן דבעי ימצא דרך לעקוף את התקני ה- DRM ויפיץ טכנולוגיה זו. באופן זה תהפוך ההגנה הטכנולוגית לבלתי רלוונטית, שכן למשתמשי הקצה יהיו אמצעים זמינים לעקיפת התקני ה- DRM וכפועל יוצא יוכלו ליצור ולהפיץ העתקים מפרים באיכות הזוהה לאיכותו של קובץ המקור.

לפיכך 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 (להלן: "הדירקטיבה האירופית"),³⁴ 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.”

כלומר, הטכנולוגיה המודרנית מעניקה לבעלי הזכויות אפשרות לפתח ולהטמיע כלים טכנולוגיים להגנת זכויותיהם בתוכן, אך, בד בבד, אותה טכנולוגיה מודרנית מאפשרת ליצרני הטכנולוגיה לפתח

³³ ראו: פסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין הקלטה באמצעות מכשירי וידאו: *Sony Corp. v. Universal* (1984) 464 U.S. 417; *City Studios Inc.*, פסק דינו של בית הלורדים בפרשת *Amstrad* בעניין טייפ דאבל קסט, לעיל הערה 10; פסק הדין של בית המשפט הפדרלי האמריקני לערעורים בעניין נגני MP3, *RIAA v. Diamond*, *Multimedia Sys., Inc.* 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

³⁴ ראו: 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 (הגם שהן מוגנות בדיני זכויות יוצרים), אך סעיף 7 לדירקטיבה על הגנת תוכנות מחשב מכיל הוראה מיוחדת הנוגעת לאיסור עקיפה של ההגנות בתוכנות מחשב, ראו: Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC)

כלים לעקיפת 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.

מן הראוי לציין כי הגנה משפטית על אמצעים טכנולוגיים קדמה במספר שנים להתהוות ה- DRM במתכונתו המקובלת כיום. מספר מדינות הקנו הגנה להסדרי גישה מוגבלת לתכנים ששודרו באמצעות כבלים או לויין ושירותי טלוויזיה אחרים בתשלום, והוראה מעין זו אף מופיעה בהסכם ³⁵.NAFTA

הנורמה הבסיסית הינה זו שנקבעה באמנת WIPO להגנת זכויות יוצרים (WCT).³⁶ 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 סטנדרט ברור באשר להיקף ההגנות הקונקרטיות שניתנו להתקני ה- DRM (המכונים בטרמינולוגיה של האמנה “effective technological measure”). האמנה הותירה את עיצוב הנורמות בידי המדינות החברות, ובלבד שההגנה שתיתן ל- DRM תהיה מספקת (“adequate”) ושהסעדים בגין הפרה יהיו אפקטיביים.

חשוב לציין כי האמנה, על פי נוסחה, מחייבת הגנה רק על אמצעים טכנולוגיים המשמשים לאכיפת זכויות המוכרות באמנת ברן או באמנת WCT. כלומר, מלשון האמנה עולה כי המדינות אינן

³⁵ ראו: Cunard לעיל הערה 3, בעמ' 9.

³⁶ WIPO Copyright Treaty (adopted in Geneva on December 20, 1996). הוראה דומה מצויה בסעיף 18 לאמנת WIPO להגנה על זכויות מבצעים שאומצה במועד מקביל (אמנת WPPT). עם זאת, מכיוון שהטמעת האמצעים הטכנולוגיים נעשית בדרך כלל על ידי בעל זכות היוצרים ולא על ידי המבצע (ולפיכך ההגנה למבצע הינה תוצר לוואי של ההגנה המוטמעת על ידי בעל זכות היוצרים) וכן מכיוון שעיקר הפסיקה מתייחס בהגנה בהקשר של זכות יוצרים (להבדיל מזכות מבצעים) אדון בהמשך העבודה רק בנוסח ה- WCT. בנוסף מעניקים סעיפים 12 ל- WCT ו- 19 ל- WPPT הגנה לאמצעים המגינים על המידע הנוגע לזכויות ביצירה.

מחוייבות להגן על התקנים טכנולוגיים המונעים פעולות שאינן במסגרת אגד זכויותיו של היוצר (בהיותן מחוץ לגדרי זכות היוצרים או בהיותן חריגים מוכרים לזכות היוצרים). עם זאת, האמנה אינה מונעת מהמדינות מלחוקק חוקים המעניקים הגנה גם לטכנולוגיות המונעות שימושים מותרים.³⁷

בעקבות אימוצה של האמנה החלה פעילות חקיקה נרחבת במדינות שאישרו את האמנה, ומדינות רבות החברות ב- WCT אימצו בדין הפנימי חקיקה הנוגעת להגנת התקני DRM. הוראות בדבר איסור עקיפת DRM הוכנסו גם לאמנות בילטרליות בנושא סחר.

החשובים והמשפיעים שבחקיקים חדשים אלו הם הדירקטיבה האירופית להרמוניזציה של דיני זכויות היוצרים, והפרק בחוק האמריקני המכונה (Digital Millennium Copyright) DMCA Act³⁸ העוסק באיסור עקיפת DRM (Anti-circumvention provisions). עם זאת, המתכונת הבסיסית של מרבית החיקוקים הינה זהה,³⁹ וכוללת שני איסורים:

- 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. תוכננו, יוצרו או הותאמו למטרה של עקיפת, או סיוע לעקיפת, DRM.

הטבלה שלהלן מסכמת את האיסורים בהתאם ל- DMCA ולדירקטיבה האירופית:

ביצוע עקיפה (Circumvention Act)	כלי עקיפה (Circumvention Tools)	
נאסר בארה"ב ובאירופה	נאסר בארה"ב ובאירופה	הגבלת גישה (Access Control)
נאסר באירופה בלבד. ב- DMCA אין איסור	נאסר בארה"ב ובאירופה	הגבלת שימוש (Copyright Control)

³⁷ ראו: Cunard לעיל הערה 3, בעמ' 42.

³⁸ Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 1201 et seq.

³⁹ 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 קריפטוגרפי), הסעדים ועוד, אך הבדלים אלו אינם רלוונטיים לעניינים בהם עוסקת עבודה זו.

ההבדל הבולט בין ה- DMCA לבין הדירקטיבה, כפי שעולה מהטבלה שלעיל, הינו שבארה"ב לא נאסרה מפורשות הפעולה של עקיפת ה- DRM, אם כי חוסר האפשרות לסחור בכלי עקיפה יפחית בצורה דרסטית את האפשרות לבצע עקיפה בפועל. הנחת המחוקק האמריקני היתה כי אם בוצעה עקיפה, אזי נעשה גם שימוש ביצירה – אם השימוש מפר אזי יהיה בעל זכויות היוצרים זכאי לסעדים במסגרת דיני זכויות היוצרים הכלליים, ומנגד תינתן למבצע העקיפה האפשרות לטעון כי ההעתק שיצר בא בגדר החריגים לזכות היוצרים.

בשנת 2000 הוספו הוראות הנוגעות לאמצעי הגנה טכנולוגיים לחוק זכויות יוצרים האוסטרלי.⁴⁰ רבים רואים ביישום האוסטרלי את היישום המשאיר בידי המשתמשים את האפשרויות הרבות ביותר, בין היתר לאור העובדה כי אינו כולל איסור מפורש על עקיפה (להבדיל מאיסורים הנוגעים לכלי עקיפה).⁴¹

ז. ההצדקות העיוניות לזכות היוצרים

את החריגים לזכות היוצרים יש להבין על רקע מטרתם של דיני זכויות היוצרים. לפיכך, לפני הדיון בחריגים לזכות היוצרים, אציג בקצרה את ההצדקות המרכזיות לקיומם של דיני זכויות יוצרים.⁴²

בארה"ב הגישה המקובלת רואה את דיני זכות היוצרים כאמצעי לקידום המדע והאומנות,⁴³ ולצורך כך יוצרים דיני זכויות היוצרים איזון חברתי על ידי מתן תמריץ ליוצרים כאמצעי לעידוד 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 העליון האמריקני 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.”⁴⁴

⁴⁰ Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000.

⁴¹ לסקירת היישום האוסטרלי ראו: Cunard לעיל הערה 3, בעמ' 89-94.

⁴² הסקירה שלהלן אינה מתיימרת לשקף בצורה מלאה את הניתוח העיוני של דיני זכויות היוצרים, אלא ליתן את הרקע הדרוש להבנת חשיבות איזון החריגים לזכות היוצרים אל מול ההגנה הטכנולוגית שמספק ה- DRM. לסקירה נרחבת של ההצדקות התיאורטיות לזכות היוצרים ראו: ג. פסח, "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" **משפטים לא** (תשס"א) 359. לסקירת הגישות המצדיקות את דיני הקניין הרוחני באופן כללי ראו: William Fisher, "Theories of Intellectual Property" in Stephen Munzer, ed., **New Essays in the Legal and Political Theory of Property** (Cambridge University Press, 2001)

⁴³ 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"

⁴⁴ פס"ד Sony, לעיל הערה 33, בעמ' 428.

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."⁴⁵

הגישה התועלתנית שבסיס דיני זכויות היוצרים בארה"ב אומצה על ידי בית המשפט העליון הישראלי בפרשת *Interlego*,⁴⁶ בה קבע הנשיא שמגר כדלקמן:

"מטרתם של זכויות היוצרים היא לעודד את הגיוון הביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים ... מתן תמריץ כלכלי נועד לשפר את כמות המידע והביטויים ואת האיכות שלהם..."

לניתוח התועלתני קירבה מסויימת לגישת ה"תכנון החברתי" ("just and attractive culture").⁴⁷ תורה זו גורסת כי יש לעצב זכויות קניין באופן המקדם את ההתפתחות החברתית והתרבותית הראויה. על-פי גישה זו על דיני הקניין הרוחני לקדם, בין היתר, יעדים של אושר חברתי כולל באמצעות איזון בין התמריץ הניתן לפרט לבין התועלת החברתית. האושר התרבותי יקודם אם לחברה תהיה גישה חופשית ככל האפשר לרעיונות חדשים ולמידע, וליצירות תרבותיות, כל זאת, בכפוף לכך שיינתן כבוד הולם ליצירה ולהשקעה של היוצר ביצירתה.

גישת התכנון החברתי דומה לגישה התועלתנית בכך ששתיהן רואות את האושר החברתי כיעד, אך, בניגוד לגישה התועלתנית, גישת התכנון החברתי שמה דגש רב יותר על הכבוד (לרבות בדרך של גמול כלכלי) הניתן ליוצר. היוצר אינו רק כלי לקידום המטרה החברתית, ובמסגרת האיזון ה"צודק" ("just") יש להביא בחשבון לא רק את האינטרס החברתי אלא גם את האינטרס האישי של היוצר.

האבחנה בין הגישות אינה תמיד חדה. כך למשל, בית המשפט העליון של קנדה הציג את דיני זכויות היוצרים כאיזון בין האינטרסים הציבוריים בקידום היצירה לבין הענקת גמול הולם (just reward) ליוצר (טרמינולוגיה התואמת את גישת התכנון החברתי), אך בבואו ליישם את העיקרון חיפש הוא את נקודת שיווי המשקל הכלכלי בו ינתן התמריץ האופטימלי ליוצר כך שמחד יהיה מעוניין בהפקת היצירה ומאידך לא יקבל תמרוץ עודף על זה הדרוש להניעו להפקת היצירה (מדיניות התואמת את הגישה התועלתנית – התמריץ צריך להיות המינימום שיגרום ליוצר ליצור):

"The Copyright Act is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator..."

The proper balance among these and other public policy objectives lies not only in recognizing the creator's rights but in

⁴⁵ *Harper & Row, Publishers v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 545-46 (1985)

⁴⁶ ע"א 513/89 *Interlego A/S* נ' *Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133.

⁴⁷ לסקירת גישת התכנון החברתי ראו מיגל דויטש *עולות מסחריות וסודות מסחר* (נבו הוצאה לאור, תשס"ב), בעמ' 35-37.

giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them."⁴⁸

גישת התכנון החברתי, בניגוד לגישה התועלתנית, רואה באינטרסים האישיים של היוצר משהו שהוא מעבר לנגזרת של הצורך לתמרץ לטובת הכלל – האינטרס של היוצר מהווה על פי גישה זו אינטרס לגיטימי העומד בפני עצמו במנותק מן האינטרס הציבורי בפיתוח היצירה.

מאפיין זה שואב מהגישה החוקתית, הרואה בדיני הקניין הרוחני מרכיב בהגנה על האוטונומיה האישית של האדם-היוצר ועל אושרו והתפתחותו האישית. כך למשל, הגישה הגרמנית רואה בהיבטים הכלכליים של זכות היוצרים כחלק מזכות היסוד לקניין.⁴⁹ תפיסה דומה באשר ל"קנייניות" של זכות היוצרים באה לידי ביטוי גם בפסיקה הישראלית,⁵⁰ אשר ראתה אף היא באינטרסים האישיים של היוצר כצידוק מרכזי לזכות היוצרים.⁵¹

המקור ההיסטורי לגישה זו מצוי בחוקי זכויות היוצרים שנחקקו בצרפת לאחר המהפכה הצרפתית. חוקים אלו, בניגוד למקביליהם האנגלים, שמו את הדגש על כך שזכויותיו של היוצר על פי החוק הן רק קודיפיקציה של זכויותיו הטבעיות של היוצר (*droit d'auteur*), זאת בניגוד לדין האנגלי מאותה תקופה שראה במו"ל שותף שהינו לכל הפחות שוה זכויות ליוצר.

גישות המתמקדות באינטרסים של היוצר מבוססות מבחינה אנליטית על פילוסופיה קנטיאנית והגליאנית, לפיה קיים קשר אישי בין היוצר לבין היצירה. מכיוון שהיצירה האינטלקטואלית הינה ביטוי וכלי קיבול לאישיות של היוצר (*receptacle for personality*), זכאי היוצר לתמורה (לאו דווקא חומרית) בגין העמדת התוצר האינטלקטואלי-אישי לשימוש הציבור.

השוני הבולט בין הגישה התועלתנית-אמריקנית לבין הגישה החוקתית-קונטיננטלית נוגע לתפקיד היוצר – האם היוצר הינו רק כלי שרת בידי החברה לקידום מטרותיה, או שמא יש מקום לשקול את האינטרסים של היוצר במנותק מאלו של החברה.

גישה רביעית להצדקת זכות היוצרים היא הגישה האנגלית המכונה "גישת העמל" היונקת מתורת העבודה. על פי גישה זו זכות היוצרים הינה גמול המוענק ליוצר בתמורה לעמל המושקע על ידו בפיתוח היצירה (*sweat of the brow*), בבחינת "הזורעים בדמעה ברינה יקצורו".⁵² המדובר בתפיסה קניינית-רכושית על פיה רכיב ההשקעה מצד היוצר מהווה את ההצדקה למתן הגנה משפטית ל"יש מאין" שהוא תוצר ההשקעה. הצדקה זו נובעת מהתפיסה הלוקיאנית לפיה כל אדם הוא בעל קניין

⁴⁸ *Galerie d'Art du Petit Champlain Inc. v. Theberge*, 2002 SCC 34

⁴⁹ לתפיסת הדין הגרמני ראו ג. פסח, "זכות היוצרים בפסיקת בית-המשפט העליון – שיקולים ומבט אל עבר עידן המידע" **עלי משפט ב** (תשס"ב) 297, בהערות 44-45 למאמרו.

⁵⁰ ראו אסמכתאות בהערה 8 לעיל.

⁵¹ ראו פסח, לעיל הערה 49, בהערה 16 למאמרו.

⁵² תהילים קכו

ביזע כפיו. על אף שגם על פי תפיסה זו הקניין הרוחני הינו זכות חוקתית ככל קניין אחר, הרי שהדגש מושם על העמל שהושקע כהצדקה להגנה הקניינית, בשונה מהתפיסה ההגליאנית השמה את הדגש את המרכיב האינטלקטואלי-אישיותי כהצדקה להגנה הקניינית.

ח. ההצדקות העיוניות לקיומם של חריגים לזכות היוצרים

העיקרון לפיו זכות היוצרים אינה זכות מוחלטת, ובמקרים מסויימים ראוי להגבילה, הינו עיקרון יסודי, ועל כן כבר בנוסח המקורי של אמנת ברן משנת 1886 נכללו סעיפים אשר התירו למדינות החברות להגביל את זכויות היוצרים במקרים מסויימים.

הכללת החריגים לזכות היוצרים באמנת ברן הושתתה על ההכרה, אותה ביטא הנציג השווייצרי למשא ומתן על ניסוח האמנה, לפיה:

“limits to absolute protection are rightly set by the public interest”⁵³

ריקטסון (Ricketson)⁵⁴ מחלק את ההגבלות והחריגים לזכות היוצרים (limitations and exception) לשלוש קטגוריות:

1. הוראות הקובעות כי סוג מסויים של יצירות או תוכן אינו זכאי להגנה (כדוגמת ההוראה בדיון הישראלי שבסעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, 1924).
2. הוראות המקנות חסינות מפני תביעה בגין הפרת זכות יוצרים ביחס לשימושים מסויימים ביצירה, או הוראות המתירות שימושים מסויימים ביצירה (ההבדל הוא בין ניסוח הרואה בשימוש האמור משום הפרה אך ללא סעד משפטי בצידה,⁵⁵ לעומת ניסוח לפיו כלל לא מדובר בהפרה).
3. הוראות המתירות שימושים מסויימים ביצירה המוגנת בכפוף לתשלום תמלוגים לבעל הזכויות ביצירה (רשיונות כפיה).

על פי ריקטסון, המדיניות המשפטית שביסוד כל אחת מהקבוצות האמורות הינה שונה. ההצדקה לקיומה של הקטגוריה הראשונה נובעת מטעמים של מדיניות חברתית הרואה צורך בשיחרור תכנים מסויימים לנחלת הכלל (כגון ידיעות חדשותיות, אשר מטעמים שבמדיניות ציבורית החברה רוצה שיגיעו לכלל הפרטים החברים בה); ההצדקה לקטגוריה השנייה מבטאת הכרה בכך שלעיתים, על אף

⁵³ ראו: Sam Ricketson, "WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment", WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (Ninth Session, Geneva June 2003) pp. 3

⁵⁴ שם, בעמ' 3-4.

⁵⁵ דוגמא מובהקת לכך מצויה בחוק זכויות היוצרים הגרמני (UrhG) האוסר על עקיפה של אמצעים טכנולוגיים. עם זאת, על אף שגם עקיפה לצרכים פרטיים נחשבת כהפרה, הרי שעקיפת DRM לצרכים פרטיים חסינה מפני תביעה (ראו Fisher לעיל הערה 20 בעמ' 24).

הרצון ליתן ליוצר זכויות כלכליות בתוכן, קיימות נסיבות ספציפיות בהן האינטרס הציבורי יצדיק פגיעה ביוצר, ויתר שימוש מוגבל ביצירה ללא תשלום; לבסוף, הקטגוריה השלישית מייצגת מצבים בהם יש אינטרס ציבורי שיעשה שימוש ביצירה גם ללא אישורו של היוצר, אך תוך שמירה (לפחות חלקית) על האינטרסים הכלכליים של היוצר.

מניתוח גישתו של ריקטסון עולה שהמשותף לשלושת הקטגוריות הוא שההגבלות על זכות היוצרים נובעות מאינטרס ציבורי, כאשר סוג החריג או ההגבלה נקבע בהתאם לעוצמת האינטרס הציבורי אותו רוצה החברה להגשים.

הגישה לפיה מטרתם של החריגים לזכות היוצרים הינה קידום אינטרסים ציבוריים קנתה לה שביתה גם בפסיקה הישראלית. בהקשר זה ציין כבי' השופט מלץ כדלקמן:

”שימושים מסוימים בנסיבות מסוימות הוצאו מתחום הגנת זכויות היוצרים מסיבות של מדיניות ציבורית”⁵⁶

הגישה התועלתנית רואה, כאמור לעיל, את היוצר ככלי לקידום מטרות חברתיות ואינטרסים ציבוריים, ובהתאם לכך זכות היוצרים אינה מוחלטת. לפי גישה זו יש ליתן תמריץ כלכלי ליוצר רק כל עוד תמריץ זה משפר את הטוב החברתי-ציבורי. הטוב הציבורי אינו מבוטא דווקא במונחים כלכליים, אלא גם בהגשמתם של אינטרסים ציבוריים אחרים - חופש הביטוי, האפשרות שהציבור יוכל לעשות שימוש ביצירה, ועידוד יצירתן של יצירות חדשות.

אימוצם של חריגים לזכות היוצרים הינו איפוא מוצדק על פי הגישה התועלתנית (כמו גם על פי גישת התכנון החברתי) משום שהם מביאים לידי ביטוי את האינטרסים הציבוריים אשר עלולים להיות מקופחים אם תהיה זכות היוצרים זכות מוחלטת.

על פי גישת התכנון החברתי, ועל אחת כמה וכמה על פי הגישה התועלתנית, האינטרסים הציבוריים אינם פחותים בעוצמתם מן האינטרס של היוצר. בית המשפט העליון של קנדה ציטט לאחרונה בהסכמה את הטענה כי אין לתת לחריגים לזכות היוצרים פירוש מצמצם, שכן:⁵⁷

"User rights are not just loopholes"

על אף שהגישה האנגלית העדיפה לבסס את זכות היוצרים על עמלו של היוצר, הרי שבתי המשפט האנגלים אימצו (עוד לפני חקיקה של בית המחוקקים) חריגים המבוססים על האינטרס הציבורי בקידום המדע והתרבות. הדברים באו לידי ביטוי בדבריו של לורד אלינבורו (Ellenborough) בפסק הדין בפרשת *Cary v. Kearsley*,⁵⁸ שהיה פסק הדין הראשון אשר הכיר בחריג "השימוש ההוגן":

⁵⁶ פסק הדין בעניין גבע, לעיל הערה 8, בעמ' 269.

⁵⁷ *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13

⁵⁸ *Cary v. Kearsley* 4 Esp. 168 (1802).

"while I shall think myself bound to secure every man in the enjoyment of his copy-right, one must not put manacles upon science."

העמדה הרואה את קידום המדע כאחת ההצדקות לסייגים לזכות היוצרים בוטאה על ידי השופט טירקל בפסק הדין בעניין המגילות הגנוזות:⁵⁹

"מחקר, לימוד והוראה בכל תחומי הרוח האנושית, שאין עליהם אזיקים, מרוממים את הפרט בחברה ועמו את החברה כולה."

גישה זו, המצדיקה שימוש ביצירות קיימות לשם התפתחות המדע והתרבות, המוצאת ביטוי גם בחוקת ארה"ב, מבטאת עמדה לפיה אנו, כ"גמדים היושבים על כתפי הענקים", צריכים לעשות שימוש ביצירות קודמות לשם פיתוחן ויצירתן של יצירות חדשות. המדובר בהצדקה של שימוש טרנספורמטיבי ביצירות קיימות. בעקבות גישה זו, אחד המבחנים המקובלים בהגנת השימוש ההוגן (אשר תידון בהמשך הדברים) הוא מידת הטרנספורמטיביות של היצירה החדשה.

הצורך בפיתוח המדע והאומנות מצדיק יצירת חריגים לזכות היוצרים גם בהקשרים אחרים. כך למשל קיימות הוראות רבות באמנות בינלאומיות ובחקיקה המדינתית היוצרות חריגים הנוגעים לשימוש מותר ביצירות במסגרת של הוראה, מחקר, ספריות ולימוד עצמי.⁶⁰

נימוק נוסף ליצירת חריגים לזכות היוצרים נובע מניתוח כלכלי-תועלתני, המצביע על כך שעלויות עיסקה גבוהות יחסית, הנובעות מכך שכל משתמש יאלץ לאתר את היוצר ולנהל משא ומתן על רישוי היצירה אף אם מדובר בשימוש פעוט ביצירה, עלולות למנוע שימושים המגדילים את הרווחה החברתית.

גם גישות חוקתיות, הרואות בזכות היוצרים זכות חוקתית (בין אם בשל העמל שהושקע, ובין אם בשל הקשר האישי-אינטלקטואלי בין היוצר ליצירתו), מכירות בכך שזכות היוצרים, ככל זכות, אינה מוחלטת, ויש לאזן אותה אל מול זכויות אחרות. עם זאת, בשל סיווגה של זכות היוצרים כזכות חוקתית, האיזון עשוי להיות שונה והנטייה תהיה ליצור חריגים מצומצמים וספציפיים, על מנת להתיר פגיעה בזכות היוצרים רק כאשר השיקולים החברתיים המצדיקים זאת הם מוגדרים ורבי עוצמה.

⁵⁹ ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד (3) 817 בעמ' 834.

⁶⁰ ראו לדוגמא סעיפים 10(1), 10(2) לאמנת ברן, סעיף (I)(1)2 לחוק זכות יוצרים, 1911, §108, §107, 17 U.S.C.

ט. החריגים לזכות היוצרים

הקטגוריה הראשונה על פי חלוקתו של ריקטסון את החריגים לזכות היוצרים⁶¹ עוסקת בתכנים שאינם ברי הגנה בזכות יוצרים. בהקשר של ההגנה המשפטית על DRM, הבעייתיות הנובעת מהגנה טכנולוגית על יצירות שאינן זכאיות להגנת זכות היוצרים הינה פחותה, שכן החוקים האוסרים עקיפה עוסקים באמצעי הגנה על יצירות המוגנות בזכות יוצרים. בהתאם, בהמשך עבודה נעסוק בחריגים הנופלים לגדרי הקטגוריות השניה (שימושים מותרים ללא תשלום) והשלישית (שימושים מותרים תמורת תשלום רשיון כפיה).

ככלל, את החריגים לזכות היוצרים ניתן לשייך לשני סוגים – חריגים כלליים וחריגים ספציפיים. החריגים הספציפיים מזהים שימושים מסויימים אותם רוצה החברה להתיר על סמך מאפייני השימוש (כגון הקבוצה לה יותר השימוש, סוג היצירה המוגנת, היקף השימוש ומטרת השימוש), וקובעים היתר לעשיית שימוש מוגדר ביצירה. החריגים הספציפיים, בעיקר כאשר הם מנוסחים באופן "צר", פוגעים בזכות היוצרים רק בצורה מצומצמת. מנגד, החריגים הכלליים מנוסחים באופן רחב תוך קביעת נוסחאות גמישות המאפשרות התאמה לנסיבות משתנות. החריגים הכלליים עשויים להוביל לכרסום נרחב יותר בזכות היוצרים, שכן הם אינם מוגבלים בתחולתם למערכת נסיבות קונקרטיות. כפי שנראה בהמשך הדברים, חריגים כלליים גם מציבים בפני מתכנני מערכות DRM אתגר גדול יותר, שכן יצירת מודל מתמטי-לוגי לצורך הטמעה בתוכנה של חריג כללי וגמיש הינו משימה קשה ביותר עד בלתי אפשרית.

הבחירה בין מערכת המבוססת על חריגים ספציפיים לבין מערכת המבוססת על חריגים כלליים הינה במידה רבה בחירה ערכית. הדירקטיבה האירופית בחרה במוצהר ברשימה סגורה וממצה של חריגים ספציפיים (הגם שרשימה זו ארוכה למדי).⁶² בחירה זו משקפת גישה הרואה מחד את החריגים כהגבלות מוצדקות על זכות היוצרים, אך מאידך מנסה לתחום חריגים אלו, וכפועל יוצא מכך את לסייג את הפגיעה ביוצר, ככל האפשר, תוך שהאפשרות להרחבה שיפוטית של החריגים הינה מוגבלת (שכן היא כפופה ליסודות הספציפיים של אחד מן החריגים). הגבלת החריגים נובעת מהגישות החוקתיות לזכות היוצרים עליהם עמדתי לעיל, לפיהן על הפגיעה בזכות היוצרים להיות מוגדרת ומידתית.

לעומת הגישה האירופית, הגישה האמריקנית, מכירה, לצד חריגים ספורים לזכות היוצרים המוכרים בחקיקה,⁶³ בהגנה מרכזית של שימוש הוגן, המשמשת מעין שסתום חברתי גמיש המתאים עצמו לנסיבות חברתיות משתנות.

⁶¹ עמ' 20 לעיל.

⁶² ראו סעיף 32 למבוא וסעיף 6 להוראות הדירקטיבה האירופית, הערה 34 לעיל.

⁶³ כגון חריג הספריות (§108), דוקטרינת המכירה הראשונה (§109), תחזוקת מחשב (§117), ויצירת העתקים לבעלי מוגבלויות (§121).

בדומה לאבחנות הקודמות עליהם עמדתי, גם החלוקה בין חריגים כלליים לבין חריגים ספציפיים אינה תמיד דיכוטומית. כך למשל, הגנת השימוש ההוגן בדין הישראלי מורכבת ממאפיין כללי וגמיש (הוגנות השימוש) בשילוב של תנאי מצטבר ספציפי (מטרת השימוש חייבת להיות אחת מהמטרות המנויות בסעיף (I)12 לחוק זכות יוצרים). כמו כן, מנסחי תזכיר חוק זכויות יוצרים, התשס"ד – 2003, מציעים להשאיר את הגנת השימוש ההוגן במתכונת דומה לזו שבסעיף (1)2 לחוק הקיים, ובמקביל מוצעים שורה ארוכה של חריגים ספציפיים, כאשר לא ברור היחס בין החריג הכללי לחריגים הספציפיים. כך למשל מתעוררת שאלה האם שימוש במובאות באופן שאינו מותר לפי סעיף 23 לתזכיר (המאמץ חריג להבאת מובאות) יכול בכל זאת להיות שימוש הוגן אם המובאות הן לצרכי מחקר (בהתאם לחריג הכללי שבסעיף 22 לתזכיר).

נורמות מסמיכות

גם ברמת הנורמות המסמיכות את המדינות ליצור חריגים לזכות היוצרים, המצויות בהסכמים הרב לאומיים, ניתן להבחין בין קיומן של נורמות מסמיכות כלליות לבין נורמות מסמיכות ספציפיות. בעוד סעיף 5 לדירקטיבה האירופית מסמיך את המדינות החברות לאמץ רק את החריגים הספציפיים המפורטים בו (וכך גם חלק מסעיפי אמנת ברן)⁶⁴, נורמות מסמיכות אחרות מתירות יצירת חריגים ספציפיים אך בלא לקבוע מראש מגבלות על אותם חריגים ספציפיים.

הנורמה המסמיכה הכללית המרכזית מצויה בסעיף (2)9 לאמנת ברן⁶⁵ הקובעת חריג כללי המתיר למדינות ליצור חריגים ספציפיים לזכות השיעטוק. סעיף (2)9 קובע כדלקמן:

"It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author."

הוראות בנוסח דומה לסעיף (2)9 לאמנת ברן קיימות בסעיף 13 להסכם TRIPS ובסעיף 10 ל-WCT (ללא הגבלה לכך שהחריג יוגבל לזכות השיעטוק בלבד).

סעיף (2)9 וסעיפי ההסמכה האחרים שבאו בעקבותיו, מסמיכים את המדינות החברות ליצור בדין הפנימי חריגים ספציפיים. המאפיינים של אותם חריגים ספציפיים אינם קבועים מראש באמנה (בהיותה נורמה מסמיכה כללית), אך כל חריג ספציפי חייב לעמוד במבחן משולש על פי סעיף (2)9⁶⁶, לפיו על החריג:

⁶⁴ כדוגמת סעיפים (1)13 (רשיון כפיה ביצירות מוסיקליות), 17 (חריג צנזורה) ו-2bis (נאומים פוליטיים) לאמנת ברן.
⁶⁵ המוגדרת על ידי ריקטסון כחריג כללי לזכות השיעטוק. ראו Sam Ricketson, **The Berne Convention for the protection of literary and artistic work: 1886-1986** (Centre for Commercial Law Studies, 1987) pp. 481-489.

⁶⁶ לפרשנות תנאי המבחן המשולש, כפי שבאה לידי ביטוי גם בפאנל של ארגון הסחר העולמי, ראו ריקרטסון, הערה 53 לעיל, בעמ' 21-28.

- א. להיות מיועד למטרות מוגדרות וצרות ("certain special cases");
- ב. להמנע מפגיעה בניצול היצירה בדרך הרגילה ("does not conflict with a normal exploitation of the work"), דרישה אשר פורשה כהמנעות מתחרות כלכלית ביוצר;
- ג. להמנע מפגיעה בלתי סבירה באינטרסים הלגיטימיים של היוצר ("does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author"), דרישה אשר פורשה ככוללת גם אינטרסים אישיים ולא רק רכושיים.

סעיף 9(2) היווה את הבסיס (לכל הפחות עד להסכם TRIPS) לאימוצם של חלק ניכר מן החריגים הספציפיים המצויים בחוקי המדינות החברות, אשר בחלקן אדון בפרק הבא. כך למשל שימש סעיף 9(2) כמקור הנורמטיבי לחריג המתיר שימוש ביצירות בהליכים משפטיים, החריג המתיר שיעתוק לצרכים פרטיים, והחריג המתיר שיעתוק לצרכי לימוד עצמי.⁶⁷

בצד הנורמות המסמיכות הכלליות והספציפיות, מצויות נורמות מסמיכות המתייחסות לסוג יצירה או קבוצת משתמשים ספציפית, אך מותרות פתח נרחב לכל מדינה לגבש במסגרת הדין הפנימי את היקף החריג (לרבות האם זהו חריג "חינם" או "רשיון כפיה", סוג השימוש המותר וכיוצ"ב). דוגמא בולטת לנורמה מסמיכה מעין זו מצויה בסעיף 10(2) לאמנת ברן, המתירה למדינות לקבוע חריג המתיר שימוש ביצירות לצרכי הוראה, בכפוף לכללי ההוגנות ("fair practice").

דוגמאות לחריגים ספציפיים

כאמור, סעיף 9(2) שימש יסוד לאימוצם של חריגים ספציפיים רבים ומגוונים. המשותף לכל החריגים הללו הוא העמידה בתנאי הראשון של המבחן המשולש, קרי זיהויו של כשל בו זכות היוצרים פוגעת בטוב החברתי בהקשר מסויים. כלומר, ביסוד כל חריג ספציפי עומדים טעמים שבמדיניות ציבורית.

דוגמא מובהקת לחריג ספציפי שהוסף לחוק מטעמי מדיניות ציבורית של הרחבת מגוון היצירות הינו התיקון שהוכנס בשנת 1991 לחוק זכויות היוצרים האוסטרלי משנת 1968, תיקון אשר התיר יבוא מקביל של ספרים, תחת מגבלות מסויימות. באוסטרליה מקובלת גישת המיצוי הלאומי של זכות היוצרים,⁶⁸ אך לאחר שועדה ממשלתית שבחנה את שוק הספרים המיובאים בשנת 1989 גילתה כי מספר הכותרים המיובאים לאוסטרליה קטן ביחס להיצע העולמי, תוקן החוק כך שבמקרה בו לא תחל הפצת ספר באוסטרליה בתוך 30 יום מעת שהוחל בהפצתו במדינה אחרת, יותר היבוא לכל יום, גם ללא הסכמת בעל הזכויות (ובלבד שהעותקים אינם פיראטיים, דבר שעל שנטל הוכחתו על היבואן המקביל). בדיקה ממשלתית שנערכה בשנת 1995 הראתה כי התיקון לחוק אכן פתר את

⁶⁷ ראו ריקטסון, הערה 65 לעיל, בעמ' 485-488.

⁶⁸ מיצוי לאומי משמעו כי דוקטרינת המכירה הראשונה, המתירה למכור עותק של יצירה מוגנת גם ללא הסכמת בעל זכות היוצרים לאחר שבעל זכות היוצרים מכר עותק זה בפעם הראשונה, חלה רק ברמה הלאומית, כלומר מתירה מכירה חוזרת בתחום המדינה רק אם העותק של המכירה הראשונה על ידי בעל הזכויות בוצעה בתוך תחומי המדינה. דוקטרינת המיצוי הלאומי אוסרת למעשה יבוא מקביל של יצירות מוגנות.

מרבית בעיית המבחר. התיקון נתן תמריץ למו"ל 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).⁶⁹

חריג היבוא המקביל של ספרים הוא דוגמא לאינטרס חברתי בהגדלת מבחר היצירות. אינטרס ציבורי מסוג אחר הוא הגדלת מבחר היצירות העומדות לרשות קבוצות חברתיות מוגדרות. חקיקה במדינות רבות הכירה בכך שהפורמט בו מופצות יצירות עלול לגרום לכך שבעלי מוגבלויות לא יוכלו לגשת אליו.

כך למשל, יצירה המופצת רק כספר בדפוס רגיל, כמו גם ספר אלקטרוני בפורמטים סטנדרטיים (כגון PDF) אינם נגישים לעיוורים. הפתרון מצוי בשינוי הפורמט (format shifting) לפורמט המאפשר נגישות לאותה קבוצת אוכלוסיה. בדוגמא של עיוורים ההמרה יכולה להתבצע לדפוס ברייל או בהמרה לקובץ אודיו.

קיימים הסדרים שונים הנוגעים ליישום החריג. כך למשל, בעוד שבאוסטרליה החריג המתייחס למוסדות מטפלים הינו בבחינת רשיון כפיה⁷⁰ (מוסד יכול ליצור עותקים לטובת מטופליו, גם ללא הסכמת בעל הזכויות, בכפוף לתשלום דמי רשיון), הרי שבדירקטיבה האירופית ובחקיקה האמריקנית לא קיימת דרישה כי המוסדות העושים שימוש בחריג זה ישלמו עבור המרת הפורמט.⁷¹

לעיתים ההצדקה החברתית אינה נוגעת ישירות למבחר היצירות, אלא להגבלות בלתי אפשריות על השימוש בהן. כך למשל, בעת העברת תכנים מנקודה לנקודה ברשת האינטרנט נוצרים העתקים זמניים בנקודות הביניים בהן עבור המידע מן המקור ליעד. העתקים זמניים אלה הינם תופעה בלתי נמנעת הנובעת מהארכיטקטורה הטכנולוגית של הרשת.

באם תידרש הסכמת בעל זכות היוצרים ליצירת ההעתקים הזמניים, תשותק מבחינה מעשית היכולת להעביר תכנים מוגנים ברשת (אפילו עת בעל הזכויות מסכים להעברה מהמקור ליעד, אך לא נתן הסכמתו להעתקים הזמניים הנוצרים בעת המעבר). האינטרס הציבורי מחייב שלא לראות בעותקים הזמניים הללו משום העתקים מפרים, שכן אחרת תשובש באופן קשה האפשרות לנצל את הקידמה הטכנולוגית לשימושים חברתיים רצויים. על כן מצויות הוראות כגון סעיף 15(1) לדירקטיבה וסעיף 43A לחוק זכות יוצרים האוסטרלי לפיהם, בתנאים מסויימים, לא יראו בהעתקים הזמניים הפרה של זכות השיעטוק.

שלוש הדוגמאות שלעיל הינן חלק קטן מתוך שלל החריגים הספציפיים הקיימים במדינות העולם (הדירקטיבה האירופית לבדה נוקבת בכ- 20 חריגים), ויש בהם בכדי להצביע על כך שביסוד החריגים לזכות היוצרים אכן עומדים טעמים שבמדיניות ציבורית.

⁶⁹ ראו הרצאת נציב ב-ACCC: Ross Jones, *Difficulties between the pro-competitive community and Intellectual Property* (Queensland Law Society Seminar, May 11, 2001) <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=255650&nodeId=file3f03c016537b2&fn=Continuing%20Legal%20Education%20-%20Speech.pdf>

⁷⁰ ראו סעיף 135ZP לחוק זכות יוצרים האוסטרלי.

⁷¹ ראו סעיף 5(3)(b) לדירקטיבה האירופית וסעיף §121 לחוק זכויות יוצרים האמריקני.

חריג הציטוט כחריג כללי

סעיף 10(1) לאמנת ברן קובע חריג חובה (זהו החריג היחיד שהמדינות החברות חייבות לאמץ בחקיקה הפנימית, בעוד יתר החריגים הם חריגי "רשות") המתיר ציטוטים ("quotations") מיצירות מוגנות. סעיף 10(1) קובע כדלקמן:

"It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries."

על אף שהטרמינולוגיה "ציטוט" מרמזת לחריג המתייחס ליצירות ספרותיות, הרי שהדעה המקובלת הינה שהחריג מתייחס ל"ציטוט" מכל יצירה, לרבות מיצירה ויזואלית.⁷² הסעיף אינו קובע סף כמותי להיקפו של הציטוט, ובהקשר זה יחול הסייג הכללי שבסעיף המתייחס להוגנות ("compatible with fair practice") בנוסף להגבלה שהציטוט יוגבל להיקף הדרוש למימוש מטרת הציטוט.

הסעיף אינו קובע רשימה של שימושים מותרים, מן הטעם שלא ניתן לקבוע רשימה ממצה של שימושים (בדומה לגישה בסעיף 107§ לחוק האמריקני). עם זאת בסבבי הדיונים הנוגעים לעדכונים באמנת ברן במהלך השנים הוזכרו כשימושים לגיטימיים שימושים בהקשרים של מחקר, הוראה, ביקורת, ציטוטים לצרכים משפטיים ופוליטיים, ואף שימושים לצרכים אומנותיים ובידוריים.⁷³

ריקטסון מסכם כי מבחינה פוטנציאלית עשוי סעיף 10(1) ליתן הגנה הדומה בהיקפה להגנת השימוש ההוגן באופן המקובל בארצות הברית.⁷⁴ יוזכר כי סעיף 10(1) הינו סעיף מסמך, ועל המדינות החברות לממשו במסגרת החקיקה הפנימית.

כיום, לאור סעיף 13 להסכם TRIPS, כפופה יצירתה של נורמה מדינתית על פי סעיף 10(1) גם ל"מבחן המשולש" הקובע תנאים מקדמיים לתקפותה של הנורמה.⁷⁵ בעוד שריקטסון סבור כאמור כי סעיף השימוש ההוגן האמריקני בא בגדרי סעיף 10(1) לאמנת ברן, הרי שהתאמת חריג זה למבחן המשולש מוטלת בספק, בעיקר לאור היותה של רשימת השימושים רשימה פתוחה.⁷⁶

⁷² ראו: ריקטסון, הערה 53 לעיל, בעמ' 14-13. ריקטסון מוסיף כי הסיפא של הסעיף העוסקת בציטוט מעיתונים וכתבי עת היא שריד היסטורי מנוסחים קודמים של האמנה, אשר אין לו תפקיד ממשי בסעיף 10(1) בנוסחו הנוכחי.

⁷³ ראו: ריקטסון, הערה 65 לעיל, בעמ' 492.

⁷⁴ ראו: ריקטסון, הערה 53 לעיל, בעמ' 13.

⁷⁵ למבחן המשולש ראו עמ' 24 לעיל.

⁷⁶ ראו: ריקטסון, הערה 53 לעיל, בעמ' 69-67.

השימוש ההוגן כחריג כללי

עיקרון השימוש ההוגן הופיע לראשונה באנגליה לפני כמאתיים שנה בפרשת *Cary*,⁷⁷ בה הכיר בית המשפט באפשרות לאמץ יצירתו של אחר במסגרת יצירה חדשה וזאת בכדי שלא לכבול את התפתחות המדע ("manacles upon science"), כשהדגש הוא על השאלה האם השימוש ביצירה הקודמת היה הוגן ("was the matter so taken used fairly"). פסק הדין בפרשת *Cary* היווה פיתוח של החריג שהוכר עוד קודם לכן בפסיקה האנגלית לשימוש בתמצית יצירה קודמת ("fair abridgement").⁷⁸

בפסק הדין האמריקני משנת 1841 בפרשת *Folsom v. Marsh*,⁷⁹ נקבעו העקרונות המנחים של דוקטרינת השימוש ההוגן המשמשים לבחינת ה"הוגנות" של השימוש המאוחר ביצירה המוקדמת עד ימינו, ובכלל זה מהות ההעתקה, היקף ההעתקה (מבחינה כמותית ואיכותית) והפגיעה בשוק הפוטנציאלי של העבודה המקורית.⁸⁰

מעבר להגנה הניתנת לאותם שימושים שהוכרו בעבר כ"הוגנים" מאפשרת גמישותה של דוקטרינה זו מתן מענה לסיטואציות חדשות המצריכות יצירת איזונים חדשים. צורך זה הינו מהותי בהקשר הטכנולוגי שכן על פי רוב המחוקק מפגר אחרי הטכנולוגיה והמקרים המגיעים לדיון בבית המשפט מצריכים הכרעה ברציות החברתית של השימושים השונים בלא שנערך דיון מקדים בנושא במוסדות החברתיים האלטרנטיביים.

דוגמא מובהקת לאיזון מעין זה הינה פרשת *Betamax*,⁸¹ בה הכשיר בית המשפט העליון האמריקני מכשירי וידאו עם פונקצית הקלטה מתוצרת Sony, תוך קביעה כי הקלטת תוכנית טלוויזיה לשם צפייה בה במועד אחר (Time Shifting) מהווה שימוש הוגן. באופן דומה סיווגה הפסיקה האמריקנית הנדסה חוזרת (Reverse Engineering) לשם תאימות טכנולוגית כשימוש הוגן.⁸²

על אף גיבושם של מבחנים מנחים לבחינת הוגנות השימוש, הרי שמדובר ברשימה פתוחה (לכל הפחות על פי סעיף §107 לחוק האמריקני) והמשקל שיש לייחס לכל אחד מן המבחנים בהקשר של כל שימוש ספציפי, כמו גם השינויים בתפיסת הוגנות השימוש כחלק משינויים בתפיסה החברתית,

⁷⁷ לעיל הערה 20.

⁷⁸ להרחבה ראו: Lydia Pallas Loren, "Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System", **5 J. Intel. Prop. L.** 1 (1997)

⁷⁹ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (Cir. Ct. Mass. 1841).

⁸⁰ רשימה פתוחה של השיקולים בבחינת הוגנות השימוש בדין האמריקני מצויה ב- 17 U.S.C §107. לאימוץ מבחנים אלו בדין הישראלי ראו פסק הדין בעניין **גבע**, הערה 4 לעיל. עבודה זו אינה מתיימרת לסקור את המבחנים לבחינת השימוש ההוגן, אלא רק להציג את השימוש ההוגן ככלי לויסות שימושים מותרים בהתאם לצרכים חברתיים.

⁸¹ לעיל הערה 33.

⁸² ראו: *Sega v. Accolade* 977 F2d 1510 ; *Sony Computer v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000) (9th Cir. 1992)

גורמים לכך שקביעת הוגנות השימוש הינה במידה רבה תוצר של שיקול דעת שיפוטי של השופט בפניו מובא העניין להכרעה, כפי שמסכם סמואלס (Samuels):⁸³

"No formulation of the rule can anticipate the wide range of potentially legitimate activities, and yet adequately capture the fine distinctions. Fair use "factors" are about all that we can expect, plus a sensitivity of the courts to the nuances of the particular cases."

חריגים לאיסור עקיפת ה-DRM

האיסור על עקיפת DRM אינו חלק מאגד הזכויות הקלאסי של היוצר, אך החקיקה של השנים האחרונות בחרה למקם אותו במסגרת קודקסים של זכויות יוצרים. בדומה לחריגים לזכויות הכלולות באגד זכויותיו של היוצר, מחייבת המדיניות הציבורית קביעת חריגים גם לאיסור הגורף הנוגע לאיסור עקיפת ה-DRM. עם זאת, כפי שנראה להלן, החריגים המיועדים לאזן את אינטרס היוצר באיסור עקיפה אל מול האינטרס הציבורי בשימוש ביצירה הינם מצומצמים מאוד בהיקפם, וכלל אינם עולים בקנה אחד עם החריגים המתייחסים לאגד הזכויות המסורתית של היוצר.

מכיוון שה- WCT אינה מחייבת הגנה טוטאלית, אלא רק "מספקת" ("adequate"), המחוקקים היו חופשיים לקבוע חריגים לאיסורים הנוגעים לעקיפת התקנים טכנולוגיים.

במסגרת ה- DMCA אימץ המחוקק האמריקני 7 חריגים הנוגעים לזכות העקיפה של אמצעים טכנולוגיים, בין היתר על ידי ספריות ציבוריות (רק לצורך הערכת רצונם לרכוש את היצירה); על יד גורמי אכיפת חוק; לצורך הנדסה חוזרת של תוכנה לצרכי תאימות; ולמטרת מחקר בתום לב של טכנולוגיות הצפנה.

כחריג נוסף נקבע ב- DMCA כי בכל שלוש שנים יקבע ספרן הקונגרס (המשמש גם כממונה על רשם זכויות היוצרים) סוגי יצירות לגביהן לא יחול איסור העקיפה. הנסיון הראה כי השימוש בחריג זה הוא מצומצם ביותר, ועד היום נקבעו רק ארבעה סיווגים צרים המשוחררים ממגבלת איסור העקיפה ב- DMCA.⁸⁴ יתר על כן, ההיתר של ספרן הקונגרס מתייחס רק להיתר לעקוף את הגבלת הגישה, אך הפצת אמצעי העקיפה עודנה אסורה, דבר המעמיד בסימן שאלה את התועלת שבחריג.

⁸³ Samuels לעיל הערה 11, בעמ' 199.

⁸⁴ החריגים שהוכרו הם קומפילציות של אתרי אינטרנט החסומים באמצעות תוכנות סינון, תוכנה המוגנת באמצעי שאינו פועל, תוכנות ומשחקי וידאו בפורמטים שעברו מן העולם, וספרים אלקטרוניים כאשר כל העותקים מוגנים באופן המונע את פונקציית ההקראה הדרושה לבעלי מוגבלות ראייה. לניתוח החריגים שהוכרו על ידי ספרן הקונגרס ראו: "Recommendation of the Register of Copyrights in RM 2002-4; Rulemaking on Exemptions from Protection Systems for Access Control Technologies" Prohibition on Circumvention of Copyright באמצעות האינטרנט בכתובת: <http://www.copyright.gov/1201/docs/registers-recommendation.pdf> (נבדק לאחרונה ביום 31.10.2004)

כזכור,⁸⁵ ה-DMCA לא אסר עקיפה בפועל של הגבלות שימוש, ובכך הותיר המחוקק על כנה את האפשרות להתגונן מפני תביעת הפרה באמצעות החריגים הרגילים לזכות היוצרים. במקביל נקבעו ב-DMCA חריגים המתירים עקיפה טכנולוגית למטרות מסויימות. לעומת זאת, המחוקק האירופי לא קבע חריגים כלשהם לאיסור העקיפה, אלא חייב את יצרני התוכן להבטיח, גם בסביבה הטכנולוגית, חלק מן החריגים הרגילים לזכות היוצרים.

הדירקטיבה האירופית נתנה ליצרני התוכן, בשלב ראשון, את האפשרות להסדיר באופן רצוני את החריגים.⁸⁶ רק בהעדר הסדרה תוכל המדינה להתערב ולאפשר למשתמשים שימושים מסויימים עליהם נעמוד להלן.

המחוקק האירופי ויתר על חלק ניכר מן החריגים לזכות היוצרים, ובעל זכות היוצרים נדרש לאפשר רק שימושים ספורים ללא תמורה. סעיף 4(6) לדירקטיבה מחייב את יצרני התוכן העושים שימוש ב-DRM להבטיח רק 7 (מתוך רשימה של כ-20) חריגים לזכות היוצרים.⁸⁷ יתר על כן, רק מיעוטם של החריגים המובטחים (שימוש למטרות הוראה ומחקר ושיתוק בספריות ציבוריות ללא כוונת רווח ישיר או עקיף) הינם חריגים רחבים, ואילו החריגים האחרים שמחוייב בעל הזכויות לאפשר הינם "צרים" ומתייחסים לקבוצות משתמשים מצומצמות יחסית (כגון הקלטות ארעיות בעת העברת שידורים ע"י גופי שידור ושימוש על ידי גורמי אכיפת חוק) או שמחייבים בתשלום תמלוגים – הסדרים שהינם למעשה רק רשיון כפיה (כשהחריג הבולט בהקשר זה הוא שיעתוק לשימוש אישי, כאשר מקובלים הסדרים בהם המדינה מפצה ארגוני יוצרים בגין השימוש הפרטי בדרך של תיקצוב מיוחד או הטלת מס על מדיות להקלטה).

נתון בולט הוא שבעל זכות יוצרים המגן על תכניו באמצעים טכנולוגיים פתור מלאפשר חלק מן החריגים המסורתיים החשובים, אשר מקורם באינטרסים חברתיים מובהקים כגון חופש הביטוי והיצירה (ובהם השימוש לצרכי ביקורת, סקירה, ופארודיה).

החקיקה האוסטרלית, אשר אינה אוסרת את פעולת העקיפה אלא רק את אספקתם של כלי עקיפה, מתירה אספקה של כלי עקיפה בכפוף להצהרה בכתב של הקונה/מקבל לפיו הוא בגדר אישיות מותרת (qualified person) וכי יעשה שימוש בכלי העקיפה למטרה מותרת (permitted purpose).⁸⁸ החריג האמור מותיר על כנם את החריגים הספציפיים המותרים על פי הדין האוסטרלי (כגון החריגים המתייחסים לספריות, מטרות הוראה, תאימות ותחזוקת תוכנה, סיוע לבעלי מוגבלויות וכיוצ"ב). האישיות המותרת היא כל מי שמותר לו לעשות שימוש בחריג בהתאם לדבר החקיקה המתייחס לחריג הספציפי. בכך משמר הדין האוסטרלי את החריגים הספציפיים, ולמעשה החריג

⁸⁵ לעיל עמ' 16.

⁸⁶ הערה 34 לעיל, בסעיף 4(6).

⁸⁷ למעשה החריג מצומצם עוד יותר, שכן סעיף 4(4) לדירקטיבה קובע כי בעל הזכויות לא יהיה חייב תספק חריג כלשהו עת הוא מספק, בהתאם לחוזה, תכנים אליהם ניגש המשתמש ממקום ובזמן הנבחרים על ידו (כגון שירותי video-on-demand).

⁸⁸ ראו סעיף 116A(3) לחוק זכויות יוצרים אוסטרלי.

המרכזי לזכות היוצרים שאינו בר-מימוש באופן אפקטיבי (בהעדר אפשרות לרכוש כלי עקיפה) הוא החריג הכללי של השימוש ההוגן.⁸⁹

י. השימוש ב- DRM ביחס לחריגים לזכות היוצרים

יחסי הגומלין בין ההגנה המשפטית הניתנת להתקני DRM לבין החריגים לזכות היוצרים מעוררות מספר לא מבוטל של בעיות בכל הנוגע למדיניות החברתית של זכות היוצרים. מחד, ציבור המשתמשים מעוניין כי האיסור על עקיפה לא ימנע מהם להמשיך ולעשות שימוש בחריגים לזכות היוצרים המוכרים בדין. מנגד, בעלי זכויות היוצרים חוששים כי היתר לעקיפה טכנולוגית לצרכי החריגים המוכרים תרוקן מתוכן את ההגנה הטכנולוגית, שכן די בעותק יחיד אשר ממנו תוסר ההגנה בכדי לאפשר הפצה המונית של היצירות. בפרק זה אציג ביתר הרחבה את הבעיות הטמונות בהגנה משפטית על ה- DRM בהקשר של החריגים לזכות היוצרים. בעיות נוספות יוצגו בפרק יב, במהלך הדיון באפשרות ליישוב המתח בין האינטרסים הנוגדים.

דיני זכויות היוצרים מעניקים ליוצר (או לנעבר של זכות היוצרים) אגד של זכויות ביצירה המוגנת.⁹⁰ על פניו נראה כי אמצעי ה- DRM יוכלו, הלכה למעשה, לאכוף זכויות אשר אינן חלק מאגד הזכויות הנתון ליוצר על פי חוק.

כך למשל, למעט בהקשר של הפירסום הראשון של היצירה, שליטה על זכות הגישה ליצירה אינה כלולה באגד הזכויות של היוצר. כפי שראינו לעיל,⁹¹ קיימים אמצעי DRM המאפשרים מניעה של גישה ליצירה, ובכך אוכפים הם למעשה זכות שאינה חלק מאגד הזכויות הכלולות בדיני זכות היוצרים.

בנוסף, האיסורים החדשים שהוספו בחקיקה המגנה על התקני DRM מאפשרים הגנה על תכנים אשר כשלעצמם אינם ברי הגנה על פי חוקי זכויות היוצרים, כגון רעיונות, עבודות ונתונים.⁹²

מבחינה זו, עוד בטרם עסקנו ביחס שבין הטמעת DRM לבין החריגים לזכות היוצרים, ברור שה- DRM משנה את האיזון שהיה קיים במסגרת ההסדרה הציבורית, שכן הטכנולוגיה מקנה לבעל זכות היוצרים אפשרות טכנית (הנתמכת בהגנה משפטית) לנצל זכויות אשר קודם לכן לא היו בקניינם.

⁸⁹ בעיה זו מסוייגת באופן יחסי שכן הדין האוסטרלי, בעקבות החקיקה האנגלית מ- 1911 ובשונה מהדין האמריקני, כולל רשימה סגורה של שימושים מותרים במסגרת הגנת השימוש ההוגן, וזו הסיבה ליצירת הסייגים הספציפיים הרבים בחקיקה.

⁹⁰ לאגד זכות היוצרים ראו סעיף 17(2) לחוק זכות יוצרים, 1911; 17 U.S.C. § 106.

⁹¹ עמ' 8 לעיל.

⁹² ראו סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, 1924.

עם זאת, מבחינה אנליטית, הפתרון לבעיית אמצעי ההגנה הניתנים לתכנים המצויים מחוץ לגדר (דהיינו אינם ברי הגנה בזכות יוצרים), הוא פשוט ביחס לבעיית אמצעי ההגנה המונעים שימושים מותרים בתכנים שבתוך הגדר (יצירות המוגנות בזכות יוצרים).

הסיבה לכך היא פשוטה – החלוקה בין תוכן שהוא בר הגנה לבין תוכן שאינו בר הגנה היא דיכוטומית – התוכן הינו מבחינת דיני זכויות היוצרים בהכרח באחד משני מצבים לוגיים - בר הגנה או אינו ניתן להגנה.⁹³

כך למשל, אם תוכן נוצר במועד Y (מועד היצירה הוא חלק מה- metadata לגבי היצירה), ועל פי דין תינתן לו הגנה לפרק זמן של X שנים (הכללים המשפטיים יכולים להיות חלק מה- rules במערכת ה- DRM), אזי ניתן להגדיר שמתקופה Y ובמשך X שנים תפעל ההגנה הטכנולוגית, ולאחר מכן תפוג היא מעצמה.

לעומת זאת, כאשר עוסקים אנו בחריגים לזכות היוצרים הנחת המוצא היא כי התוכן בר-הגנה (ואף מוגן, שכן אם היה היוצר מעמידו בנחלת הכלל לא היה נעשה שימוש ב- DRM). על כן, התרת השימוש המותר המסויים הופכת להיות בעייתית מבחינה טכנולוגית שכן מערכת ה- DRM צריכה לשם כך להבחין בין שימוש מותר לבין שימוש מפר. יתר על כן, שימושיים מסויימים עשויים להיות לגיטימיים במערכת נסיבות מסויימת אך אסורים בהקשרים אחרים. כיום לא קיימת ארכיטקטורה של מערכת מחשב המסוגלת לנהל עצמאית רישוי מורכב מעין זה.

לצורך הבנת הבעייתיות הניצבת בפני שימוש ביצירה בהתאם לחריגים לזכות היוצרים במקביל להגנתה באמצעי DRM, מן הראוי לעמוד על כמה ממאפייני החריגים המקשים על פיתוחה של מערכת DRM אשר תאפשר את כלל השימושים המותרים ביצירות המוגנות, והנובעים מהמתח בין דרישת מערכת ה- DRM לוודאות לבין האופי הגמיש והמתפתח של החריגים לזכות היוצרים:

☒ שינויים לאורך זמן – בהמשך הדברים⁹⁴ נעמוד על האפשרות כי מערכות DRM יעשו שימוש במדדים כמותיים לשם הגדרת שימושים מותרים. עם זאת, יתכן כי החוק יתייחס באופן שונה לחריג או הגבלה לזכות היוצרים במשך הזמן בו מצויה היצירה בשוק. כך למשל מתעוררת שאלה מה דינה של מערכת הקובעת הגנה על היצירה עד למועד X ולאחר מכן שיחרורה מהגנה, כאשר במהלך חיי היצירה מקוצרת תקופת הזכות לתקופה Y ($X > Y$). האם בתקופה שבין Y ל- X יהא מותר לעקוף את המערכת? בעוד שהדוגמא הקודמת נראית פחות בעייתית (שכן עד היום השינויים בתקופת ההגנה היו תמיד לכיוון אחד – הארכת התקופה), הרי שהעיקרון של שינוי לאורך זמן הוא אכן בעייתי מבחינת מתכנן מערכת ה- DRM. גם אם מתכנן המערכת יתכנן אותה כך שתענה על כל

⁹³ אם כי קיימים מקרים בהם לא ניתן להגדיר בקלות אם התוכן הוא בר הגנה, לדוגמא האבחנה בין ביטוי לרעיון הינה פעמים רבות בלתי פשוטה (לאבחנה זו ראו גרינמן, לעיל הערה 8 בעמ' 39-46). יחד עם זאת רעיונות אינם מועתקים באופן מילולי (verbatim) וההגנה הטכנולוגית מפני העתקה מיועדת על כן להגנת דרך הביטוי.
⁹⁴ עמ' 44 להלן.

החריגים הקיימים כיום, מי יתקע ליזו כי היא תתאים גם לכל החריגים שיתווספו במהלך השנים.

בעיה זו אינה תיאורטית גרידא. כך למשל, אחד החריגים עליהם הצבעתי לעיל – החריג המתיר לארגונים להמיר יצירות למען העיוור בנסיבות מסויימות,⁹⁵ הוסף לחוק זכות היוצרים האמריקני רק בשנת 1997 כתוצאה משינוי או הערכה מחדש של האיזון החברתי הרצוי. לאור חריג זה נקבע, בהמלצת רשם זכות היוצרים האמריקני,⁹⁶ כי תותר עקיפת הגבלת גישה ליצירה שהופצה רק בפורמט של ספר אלקטרוני ואשר פונקציה ההקראה בקול (המהותית עבור ציבור העוורים) מנוטרלת בה.

המסקנה היא כי שינויים במדיניות החברתית עשויים לדרוש שינוי והתאמות במערכות DRM אשר הופצו לפני שינוי המדיניות, ואשר יוצריהם לא יכלו להערך אליהם מראש.

☒ הגדרות ומבחנים גמישים – החריגים לזכות היוצרים, מטבעם, מתפתחים לאורך השנים במקביל להתפתחות החברה. בהיות החריגים לזכות היוצרים כלים לאיזון חברתי, הרי שהם מועדים לשינוי במקביל לשינויים בתפיסות חברתיות, או בהתפתחות של נסיבות חדשות. שינויים בתרבות (כגון Sampling המקובל במוסיקת היפ-הופ וראפ) וטכנולוגיים (כגון האפשרות להקליט באופן ביתי שידורי טלוויזיה) הובילו ליצירת שמושים חדשים אשר לא נצפו מראש ואשר, בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של השימוש, עשויים להיות מסווגים כשימושים הוגנים.

מהדיון שלעיל בדבר מהות השימוש ההוגן ראינו כי אחד המאפיינים המרכזיים הוא הגמישות הבאה לידי ביטוי ברשימה פתוחה של שימושים מותרים וברשימה פתוחה של שיקולים שרשאי בית המשפט לשקול. בהקשר זה חשוב להדגיש כי גם חלק ניכר מן החריגים הספציפיים עושים שימוש במושגי שסתום.

כך למשל, חריג השימוש לצרכי הוראה על פי סעיף 5(3)(a) לדירקטיבה האירופית מתיר שימוש בהיקף "to the extent justified by the non-commercial purpose"; חריג הציטוט לצרכי סקירה וביקורת על פי סעיף 5(3)(d) לדירקטיבה מגביל את הציטוט בכך שיהיה "in accordance with fair practice"; והחריג השירוי בהתאם לחריגים שבדיני המדינות החברות באיחוד ושקדמו לדירקטיבה על פי סעיף 5(3)(o) לדירקטיבה מגביל החריג זה ל "cases of minor importance".

ביטויים אלו, ואחרים הדומים להם, אינם ניתנים למימוש במודל מתמטי הדרוש לתוכנה לניהול DRM. בכדי לפעול בדרך אפקטיבית, מערכת DRM זקוקה להגדרות ברורות, נוקשות, חד משמעיות וככל הניתן כמותיות. תומכי ה- DRM מצביעים על החסרונות שבגמישות – חוסר ודאות, עלויות גבוהות הנגרמות מליטיגציה בשל חוסר הודאות, והשונות בפסקי הדין שהינה תוצאה של מדיניות שיפוטית שאינה תמיד אחידה.

⁹⁵ עמ' 26 לעיל.

⁹⁶ הערה 84 לעיל, בעמ' 64-82.

מנגד, המצדדים בהרחבת הגנת השימוש ההוגן, או לכל הפחות בשימורה במתכונת המקובלת כיום בארה"ב מדגישים את הגמישות כתכונה חיובית, המאפשרת התערבות שיפוטית בהתאם לנסיבות המשתנות ולאתגרים החדשים. השימוש ההוגן הוא דין שהתפתח ממקרה למקרה (case law), בהתאם לסיטואציות קונקרטיות שהובאו לבית המשפט. התקני DRM המונעים העתקות ובכך מונעים הם המשך פיתוח שיפוטי של החריגים לזכות היוצרים. כפי שהיטיב לבטא זאת אחד ממתנגדי ה-DMCA:⁹⁷

"... the ambiguity of the fair use doctrine is not a bug, but a crucial feature."

☒ שונות גיאוגרפית – על אף מגמת ההרמוניזציה בדיני זכויות היוצרים, הבאה לידי ביטוי במספר הרב של המדינות החברות באמנת ברן ובהסכם TRIPS, כמו גם בהסכמים אזוריים (דוגמת הדירקטיבה האירופית והסכם NAFTA), הרי שקיימים הבדלים ממשיים הנוגעים הן להיקף זכות היוצרים (זיהוי היצירה המוגנת) והן להיקף ההגנה (כגון אורך התקופה – האמנות קובעות רק את הסף התחתון) והחריגים לזכות היוצרים. למעשה, אפילו הדירקטיבה האירופית שהינה, לכאורה, כשמה, "הרמונית", מותירה למדינות החברות שיקול דעת רחב בשאלת אימוץ מספר רב של חריגים המוגדרים כ"אופציונליים".⁹⁸

התאמת התקן DRM לחריגים הספציפיים הקיימים בכל שוק רלוונטי נראית בעייתית עד מאוד. עם זאת, מגמת ההרמוניזציה הבאה לידי ביטוי בחקיקה של שווקי התוכן המרכזיים (כגון האיחוד האירופי) והסכמי הסחר של ארה"ב עם שותפות הסחר שלה, יוצרים מכנה משותף רחב להיקף ההגנה שתינתן לבעל זכות היוצרים.

בעל הזכויות אינו חייב להתאים עצמו לרף הנמוך ביותר של ההגנה, שכן הטכנולוגיה המודרנית מאפשרת זיהוי של המדינה בה נמצא המשתמש ביצירה, והתאמה של מודל הזכויות שלו בהתאם לחריגים המקובלים במקום מושבו.

השימוש בהכוונה הגיאוגרפית (geo-targeting) נפוץ כיום במספר הקשרים, כגון פירסומות המכוונות למשתמש על פי מקום הימצאו, או הגבלה על הורדת תוכנות הכוללות אמצעי הצפנה לגביהן חלה הגבלה ביטחונית על יצוא. אין מניעה כי טכנולוגיה זו תשמש גם להגדרה של זכויות המשתמש במסגרת מערכת DRM מוגנת. יודגש כי אין הכרח כי כל יוצר יתאים את המערכת שלו לדיני כל אחת מן המדינות, אלא רק שיצרני הפלטפורמות הטכנולוגיות בהם משתמשים היוצרים יעשו את ההתאמה הדרושה לדיני המדינות השונות.

☒ זיהוי מאפיינים אישיים של המשתמש – טכנולוגיית DRM הינה טכנולוגיה של שליטה. משמעה של השליטה על אופן השימוש ביצירות הינה מעקב אחר הפעולות שמבצעים המשתמשים

⁹⁷ Fred von Lohmann, "Fair Use and Digital Rights Management: Preliminary Thoughts on the (Irreconcilable?) Tension between Them" (EFF, Computers, Freedom & Privacy 2002) נגיש באמצעות האינטרנט בכתובת http://www.eff.org/IP/DRM/cfp_fair_use_and_drm.pdf (נבדק לאחרונה ביום 31.10.2004).

⁹⁸ ראו סעיף 5 לדירקטיבה, הערה 34 לעיל, הקובע " Member States may provide for exceptions or limitations..." [הדגשה אינה במקור].

ביצירות, והשוואתן לפעולות המותרות לאותו משתמש בהתאם לתנאי הרשיון שלו. מעקב אחר פעולות המשתמש ביחס ליצירה מסויימת, וודאי עת אותה פלטפורמה טכנולוגית משמשת לגישה למספר רב של יצירות, מאפשרת איסוף מידע אישי רב הנוגע להעדפותיו של כל משתמש ספציפי, ועלולות על כן להוביל לפגיעה בפרטיות.⁹⁹ המדובר בשינוי משמעותי בתפיסת הפרטיות של המשתמש, שכן כיום ברירת המחדל הינה שהמשתמש נהנה מאנונימיות מלאה בעת שהוא עושה שימוש ביצירות.

ההגנה המשפטית על אמצעי DRM מפקיעה את הסדרת דיני זכות היוצרים מהספירה הציבורית ויוצרת משטר של הסדרה עצמית, בה היקף ההגנה על היצירה נקבע על ידי בעל הזכויות ביצירה, תוך שבעל הזכויות יכול למנוע מן הציבור לעשות שימושים אשר מותרים על פי דין.¹⁰⁰

בהתבסס על הכלל הידוע לפיו "לא נותנים לחתול לשמור על השמנת" סביר להניח כי יצרני התוכן יעשו שימוש בהגנה הטכנולוגית בכדי למנוע שימושים שבעבר היו מותרים (כחריגים לזכות יוצרים, או כי התוכן היה בנחלת הכלל). כך למשל, נראה כי מועטים יהיו המקרים בהם יתיר בעל הזכויות להשתמש ביצירתו לשם ביקורת שאינה אוהדת, ועל אחת כמה וכמה כי לא יתיר שימוש פארודי ביצירתו. סביר להניח כי אותם בעלי זכויות גם לא יתירו שימושים אשר החברה, מטעמים שבמדיניות, קבעה בעבר כי יתאפשרו ללא תמורה.

יא. החור האנלוגי

הביטוי "חור אנלוגי" (analog hole) מתייחס לחולשה המובנית של כל אמצעי DRM המגן על תוכן אשר נועד בסופו של יום לביצוע אנלוגי. כאשר התוכן מומר לאמצעי אנלוגי (כגון קובץ אודיו דיגיטלי מוצפן המומר לאותות אנלוגיים המאפשרים השמעה ברמקול) אובדת ההגנה הניתנת לתוכן הדיגיטלי, המשתמש יכול לשמור את המידע האנלוגי (ואף להמירו לאחר מכן לפורמט דיגיטלי) בלא מגבלות השימוש שהוטלו עליו על ידי התקן ה-DRM.

דוגמאות פרימיטיביות לשימוש בחור האנלוגי הן שימוש במיקרופון המוצב ליד רמקול לצורך הקלטת השמע, שימוש במצלמת וידאו לצורך צילום סרט המוקרן על המסך ואף העתקה ידנית של טקסט. אמצעים מתוחכמים יותר מצויים אף הם, ובעיקרם תוכנה ה"אוספת" את הנתונים האנלוגיים ולאחר ממירה אותם לתוך קובץ דיגיטלי חדש ("ביצוע" היצירה מצריך בהכרח המרה של הנתונים הדיגיטליים לאנלוגיים. כך למשל שיר "מוגן" מועבר מן המערכת המגינה בצורה של אותות חשמליים אנלוגיים אל הרמקול. תוכנה היושבת ב"דרך" בין המערכת המוגנת לבין אמצעי הפלט

⁹⁹ להרחבה בנושא זה ראו Julie E. Cohen, "DRM and Privacy", 18 Berk Tehe L. J., (2003)

¹⁰⁰ ראו אלקין-קורן, לעיל הערה 9, בעמ' 344-340.

(בדוגמתנו, הרמקול) יכולה לאסוף את כל הנתונים העוברים דרכה ולשוב ולאחדם לקובץ דיגיטלי המצוי מחוץ למערכת המוגנת).

הכלל הוא פשוט – אם המשתמש יכול לשלוח דף דיגיטלי להדפסה, אזי הוא יכול לאחר מכן לצלם אותו ללא הגבלה; אם המשתמש יכול לצפות בסרט דיגיטלי על גבי המסך, הוא יכול להקליטו במצלמת וידאו; ואם הוא מאזין לקובץ מוסיקה דיגיטלי הוא יכול להקליטו ברשם קול.

למרות מגבלה זו, מערכות DRM מסוגלות לתת מענה, ולו חלקי, לסכנה (מבחינת היוצרים) שקובץ שהוקלט באמצעות החור האנלוגי ישמש להפצה המונית. טכנולוגיית ניהול נתוני זכויות (CMI – Copyright Management Information) מאפשרת הטבעה של טביעה ייחודית (watermark) בכל קובץ אלקטרוני, כך שכל עותק דיגיטלי המצוי בתוך "המערכת המוגנת" יהיה בעל מאפיינים ייחודיים. הטביעה (שהינה למעשה מידע דיגיטלי) אינה משפיעה על השימוש, ובחלק ניכר מן המקרים המשתמש אף אינו מודע לקיומה. כאשר נוצר העתק באמצעות החור האנלוגי, ישמרו נתוני ה-CMI בקובץ המוקלט אנלוגית.¹⁰¹

אם יעשה שימוש בקובץ האנלוגי (לרבות, לאחר המרה חוזרת שלו לפורמט דיגיטלי) יוכל בעל הזכויות, לכש"יצופו" העותקים המפריים, לאתר את הקובץ המקורי ששימש בסיס להעתקה. בכך עשויה להמנע הפרה של זכויות היוצרים בשל הרתעת מפריים פוטנציאליים שידעו כי ניתן יהיה לזהות כי הם המקור לעותקים המופריים, וכן תתאפשר אכיפה נגד מי שיפר את זכות היוצרים. מנגד, בתביעת הפרה יוכל הנתבע להעלות כטענת הגנה את הטענה כי העותקים שיצר נופלים למסגרת אחד החריגים לזכות היוצרים.

יצויין כי יצרני התוכן מנסים לקדם חקיקה אשר נועדה ל"סתום" את החור האנלוגי. דרך אפשרית אחת היא קביעת תקנים טכנולוגיים שלפיהם מכשירי הקלטה יאפשרו להקליט (או לכל הפחות להמיר למדיה דיגיטלית) רק תכנים שאינם מפריים זכויות יוצרים, כאשר הזיהוי יעשה על סמך נתוני ה-CMI. עם זאת, סתימת החור האנלוגי בדרך זו הינה בעייתית שכן תחייב חקיקה הקובעת תקנים, או הסכמה עם כל יצרני הטכנולוגיה כי ישרתו את צרכיהם של יצרני התוכן, הסכמה שבעת הזו נראית בלתי סבירה.

לכך יש להוסיף כי גם אם תתקבל תקינה לסתימת החור האנלוגי, יחלפו שנים רבות עד שתקינה זו תהיה אפקטיבית, כלומר עד שיחדל השימוש במגוון מכשירי ההקלטה המצויים כבר כיום בידי ציבור המשתמשים.

¹⁰¹ למשל, בקבצי מוסיקה הטביעה יכולה להיות מקודדת בצלילים שהם מחוץ לספקטרום השמיעה של המאזין.

יב. פתרונות אפשריים למתח שבין ה- DRM לבין החריגים לזכות היוצרים

בפרקים הקודמים עמדתי על המתח האינהרנטי שבין הגנה טכנולוגית על יצירות לבין החריגים לזכות היוצרים. בפרק זה אנסה להצביע על פתרונות אפשריים לשוב מתח זה, או לכל הפחות להפחתתו, ואעמוד על היתרונות והחסרונות של האלטרנטיבות השונות.

בטרם נדון באלטרנטיבות השונות מן הראוי לתת את הדעת להיבט חשוב הנוגע לעקיפת התקני DRM. אם וכאשר משתמש יעקוף התקן DRM, הרי שהעקיפה תתבצע ביחס לטכנולוגיה של ה- DRM ולא ביחס ליצירה עצמה. העתקת היצירה (או שימוש אחר בה) לאחר עקיפת ההגנה היא הפעולה המבוצעת ביחס ליצירה.

לאבחנה זו חשיבות מרובה שכן ההגנה כנגד עקיפה ניתנת ליצירה המוגנת בזכות יוצרים. כך למשל, אם מופצת יצירה שאינה מוגנת בזכות יוצרים (כגון ספר אלקטרוני אשר הזכויות בסיפור כבר פקעו) הרי שאין מניעה מלהסיר את ההגנה מיצירה זו.¹⁰²

עם זאת, אם יותר השימוש בכלי עקיפה לצורך עקיפת ההגנה של יצירה ספציפית, הרי שיש לתת את הדעת לכך שאותו כלי עקיפה יוכל לשמש להסרת ההגנה מכל יצירה המופצת על גבי אותה פלטפורמת DRM. הנפקות המעשית היא הצורך להבחין בין היתר להסרת ההגנה מיצירה מסויימת לבין ההיתר לעקוף טכנולוגיה מסויימת. במרבית המקרים הביקורת הינה ביחס לפלטפורמה הטכנולוגית, שכן היא זו הקובעת את השימושים האפשריים ביצירה. עם זאת, טכנולוגיות גמישות מתירות לבעל הזכויות המטמיע את הטכנולוגיה ביצירה (או להפך) להגדיר רמות של הרשאה, ובכך מועברת שאלת לגיטימיות ההגבלה למישור היצירה במקום מישור הפלטפורמה.¹⁰³

הדין גובר – התאמת מערכות DRM לתנאי הדין

על פי דרך פיתרון זו, הטמעתם של אמצעי הגנה טכנולוגיים אינה אמורה להשפיע על היקף החריגים המוקנים בחוק. על פי גישה זו אסור שהסעיפים המעניקים הגנה משפטית להתקני DRM יקנו הגנה להתקנים הפוגעים במדיניות החברתית של איזון בין היוצר לבין החברה. פתרון מעין זה מוביל לתוצאה לפיה ההגנה המשפטית לזכות המשתמעת (המגולמת ב- DRM) לא תהיה רחבה מהזכות המשפטית על פי הזכות המשפטית (חוקי זכויות היוצרים). כל הרחבה של הזכות המשתמעת (באמצעות טכנולוגיית DRM) אל מעבר לזכויות המשפטיות המסורתיות לא תזכה להגנה.

¹⁰² רשמת זכויות היוצרים בארה"ב, בדו"ח שבהערה 84 לעיל בעמ' 99, מציינת כי איסור העקיפה על פי סעיף 1201 לחוק האמריקני (איסור העקיפה שהוסף במסגרת ה- DMCA), מתייחס רק ליצירות המוגנות בזכות יוצרים, ואין בו בכדי למנוע עקיפה של התקן המונע גישה ליצירות בפורמט אלקטרוני כגון אי המטמון של רוברט לואיס סטיבנסון.

¹⁰³ באופן עקרוני ישנן הרשאות שניתן לעוקפן בלא לעקוף את ההתקן הטכנולוגי כולו, ובכך להבדיל בין הסרת הגנה לא לגיטימית מיצירה מסויימת לבין עקיפה כללית של הפלטפורמה הטכנולוגית. דוגמא לכך מועלית בדו"ח רשם זכויות היוצרים האמריקני, בהערה 84 לעיל בעמ' 109-115, תוך דיון באפשרות לעקוף מגבלה המונעת הרצה קדימה (fast forward) במערכות DVD, בלא שיש צורך לעקוף את הצפנת ה- CSS

מבחינה משפטית-טקסטואלית, גישה זו מעוגנת בסעיף 11 ל-WCT הקובע כי תינתן הגנה להתקנים המגנים על הזכויות הלגטימיות של היוצר במסגרת האיזון הפנימי של דיני זכויות יוצרים:

"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]

גישה זו מניחה כי באיזון האינטרסים יש להעדיף את האינטרסים הציבוריים, ולפיכך יזכה ה-DRM להגנת הדין רק כל עוד הוא אינו מונע שימושים מותרים. מצדדי גישה זו עשויים למצוא תימוכין בסעיף 51 למבוא לדירקטיבה האירופית, בה הוצהר:

"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]

בהתאם לדיון לעיל בדבר החריגים לאיסור העקיפה על פי הדין האירופי,¹⁰⁴ יש לסייג את המשתמע מהמובאה הנ"ל, שכן הדין האירופי "ויתר" על חריגים רבים לטובת התקני ה-DRM, ולמעשה יצרני התוכן נדרשים להבטיח רק חריגים ספורים. מכאן שהמבוא לדירקטיבה אינו יכול להוות אסמכתא לכך שעל התקני DRM לאפשר את כל החריגים, אלא רק שעליהם לאפשר חלק מן החריגים המוכרים בדין.

ההסתמכות על סעיף 11 ל-WCT בעייתית אף היא, שכן הסעיף רק קובע רף תחתון לפיו תינתן הגנה משפטית לאמצעים טכנולוגיים המגינים על זכויות על פי אמנת ברן. הסעיף אינו אוסר על מדינות לתת הגנה לאמצעים טכנולוגיים אחרים. יתר על כן, החריגים לזכות היוצרים על פי אמנת ברן (למעט חריג הציטוט בהתאם לסעיף 10(1)) הם חריגי רשות (permissive), כלומר המדינה אינה

¹⁰⁴ ראו עמ' 30 לעיל.

חייבת לאמץ אותם במסגרת הדין הפנימי. על פי קו מחשבה זה, מכיוון שהמדינה אינה מחוייבת לאמץ את החריגים, היא אינה מחוייבת להתיר את עקיפת ה- DRM לשם מימושם.¹⁰⁵

למרות זאת, סעיף 10(1) לאמנת ברן, אשר לאור סעיף 1(4) ל- WCT כפופות לו גם כל המדינות החברות ב- WCT, קובע את חריג ה"ציטוט" כחריג חובה. על כן המדינות החברות חייבות להתיר למשתמשים את היכולת להמשיך "לצטט" בלא מגבלה שתושט עליהם על ידי בעל הזכויות.

מעניין לציין כי נראה שהדירקטיבה האירופית חוטאת למחוייבות זו. החריג בדירקטיבה האירופית שהינו הקרוב ביותר מבחינה תוכנית לזכות הציטוט המוכתבת על ידי סעיף 10(1) לאמנת ברן, הינו סעיף 5(3)(d) המתיר ציטוטים לצרכים כגון ביקורת וסקירה בתנאים הדומים לתנאי סעיף 10(1) לאמנה. עם זאת, החריג על פי סעיף 5(3)(d) לדירקטיבה אינו מצוי בין החריגים שיצרני התוכן מחוייבים לספק גם בסביבת DRM על פי סעיף 6(4) לדירקטיבה.

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 1996,¹⁰⁶ 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".

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).¹⁰⁷ במסגרת זו הציע סטפיק שהארכיטקטורה של המערכות המוגנות תכלול את החריגים לאגד הזכויות הקבועים בדיני זכויות היוצרים.

¹⁰⁵ ראו ריקטסון, הערה 53 לעיל, בעמ' 82.

¹⁰⁶ 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) pp. 219-253.

¹⁰⁷ להרחבה על XrML ראו רוזנבלט ואח', לעיל הערה 14, בעמ' 114-123.

יצוין כי על אף גישתו של סטפיק במאמרו הנ"ל, נראה שהגישה המוצעת על ידו אינה ישימה, ונראה כי במאמר מאוחר יותר¹⁰⁸ אף הוא מכיר בכך שחריגים התלויים בשיקול דעת (והכוונה בעיקר לחריגים הכלליים כגון השימוש ההוגן) אינם ניתנים למידול במתכונתם הנוכחית.

הטכנולוגיה מכירה במצבים לוגיים של "0" ו-"1", ואילו הקביעה כי שימוש מסוים היא הוגן מצויה במסגרת שיקול הדעת של איזון פרמטרים רבים על ידי הרשות השופטת, וכאשר פעמים רבות אף עורכי דין מנוסים אינם יודעים להעריך מראש אם טענת השימוש ההוגן תתקבל בנסיבות ספציפיות. על כן קשה יהיה לבנות מודל המתיר "שימוש הוגן" בשל הקושי בהגדרה לוגית-בינארית לסיטואציות השונות. האפשרות לבנות מודל מתמטי-לוגי נהיית מסובכת עוד יותר עת מביאים בחשבון מאפיינים של זכות השימוש ההוגן עליה עמדנו לעיל ובהם השינויים בהיקף הזכות לאורך השנים, ופיתוחם של סוגי שימוש חדשים, ועל כן עשוי אמצעי DRM לגיטימי להתגלות לאחר זמן כאמצעי שאינו לגיטימי.

גישת יקוב הדין את ההר (או החריג את ההתקן הטכנולוגי) בעייתית גם משום שהיא אינה עונה על החשש של יצרני התוכן כי החריג יהפוך לכלל, ויאין את האפקטיביות של האמצעי הטכנולוגי. האינטרס הציבורי כולל גם את אינטרס היוצר, ועל כן במסגרת האיזון החברתי יש להביא בחשבון כי חשיפה לאפשרות של העתקה דיגיטלית בלא מענה טכנולוגי-משפטי עלול להותיר את היוצר החי ופועל בסביבה הדיגיטלית במצב נחות מן היוצר שפעל בסביבה האנלוגית.

כאמור, גישה זו גם אינה נקיה מספקות משפטיים, שכן, למעט חריג הציטוט, הנורמות הבין לאומיות אינן מחייבות חריג כלשהו, כך שאין באמור בסעיף 11 ל-WCT כי יוגנו הזכויות על פי אמנת ברן בכדי לחייב הכרה בזכות לעקיפה טכנולוגית לשם מימוש החריגים לזכות היוצרים.

מעבר לכך, גישה זו מעוררת שאלות גם מתחום הפרקטיקה המשפטית – מי הגורם הקובע את "לגיטימיות" אמצעי ה-DRM, והאם על פסלותו של האמצעי יש להכריז לפני היתר העקיפה או שמא ניתן להצדיק עקיפת DRM גם בדיעבד (בלא שניתנה ליצרן אפשרות להוציא התקן DRM שפגיעתו חמורה פחות)¹⁰⁹.

חסרונות אלו מובילים למסקנה כי הגישה הרואה בחריגים המסורתיים את חזות הכל אינה נותנת מענה מספק לאתגר העומד בפנינו. אין משמעות הדבר כי יש לוותר על מימוש החריגים באופן מלא, ואכן האלטרנטיבות האחרות שידונו להלן טומנות בחובן מרכיב כזה או אחר של שימושים מותרים על פי דין.

¹⁰⁸ Stefik, Mark. (1997) "Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing" **12 Berk Tech L. J.**, (1997) 137.

¹⁰⁹ החוק הדני קובע כי טריבונל שיפוטי בתחום זכויות היוצרים רשאי להורות ליצרן התוכן לתקן את האמצעי תוך פרק זמן של 4 שבועות, שאם לא כן יהיה מותר לעקוף את ההתקן באופן מיידי (פישר, הערה 20 לעיל, טקסט בהערה 249).

שימוש בחריגים ספציפיים

על אף שככל הנראה לא ניתן לבנות מודל תוכנה מדויק של דיני זכויות יוצרים (בין היתר על רקע שיקול הדעת הנתון לבתי המשפט במקרים הקונקרטיים בבחינת הוגנות השימוש),¹¹⁰ הרי שלכל הפחות ניתן לבנות מערכות שיתירו פעולות מסוימות וקלות להגדרה לוגית-מתמטית כגון מכר חוזר (בהתאם לדוקטרינת המכירה הראשונה – מחיקת הקובץ שבשימוש המשתמש הראשון והעברת זכות השימוש את המשתמש השני),¹¹¹ או שיחזור עותקי גיבוי תוך הבטחה כי הדבר נעשה רק לאחר שעותק המקור חדל לפעול.¹¹²

בנוסף, מערכת DRM יכולה להגדיר חריגים כמותיים (עליהם נעמוד בהמשך הדברים) וכך לשחרר את היצירה לנחלת הכלל (public domain) בפקוע תקופת ההגנה על זכות היוצרים, או להתיר שימושים אחרים הניתנים להגדרה כמותית.

עם זאת, החיסרון של גישה זו הוא ברור – אימוצה יחייב את החברה להסתפק בכללים מוגדרים מראש השמים דגש על שימוש במדדים כמותיים (שעל חסרונם נעמוד בהמשך הדברים), תוך ויתור על הגמישות הטמונה בחריגים הכלליים.

למעשה, בחינה מעמיקה של החריגים הספציפיים מלמדת שגם חלק ניכר מן החריגים הספציפיים קשה לשקף במודל – מה ההיקף שבו ניתן יהא לעשות שימוש ביצירה במסגרת שיעור? האם ההיקף צריך להיות שונה בהתאם למטרת השיעור (לימוד של היצירה עצמה לעומת שימוש בה לצורך הבנת יצירה אחרת)? איזו משמעות יש למסגרת בה מבוצעת ההוראה (בית ספר ציבורי לעומת חוג פרטי)? האם היותה של היצירה חלק מתכני החובה משפיע על היקף השימוש המותר? וכיוצא ב.

ברור שככל שפורטים את החריגים הספציפיים לסיטואציות ספציפיות מגיעים למערכת מסועפת של מאות חריגים ספציפיים, ויותר מכך עת מביאים בחשבון ההתאמה הנדרשת לחוקים של כל מדינה ואת הפרשנות הקונקרטית שניתנה על ידי הערכאות השיפוטיות באותה מדינה. בנוסף, גישה זו אינה נותנת מענה לבעיית השינוי בכללים לאורך השנים, ולאחר שההתקנים כבר מצויים בשוק.

שימוש בחריגים המיועדים לקבוצות ספציפיות

דרך אלטרנטיבית ליישום החריגים הספציפיים היא הדגשת "המשתמשים המותרים" להבדיל מ"השימושים המותרים".

¹¹⁰ ראו רוזנבלט ואח', לעיל הערה 14, בעמ' 67, 76-77; וכן Julie E. Cohen, "Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed To Protect Them" 12 *Berk Tehe L. J.*, (1997) 161, pp.178.

¹¹¹ 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.

¹¹² סטפיק, לעיל הערה 108 בסעיף III.E. זכות זו מעוגנת כיום במספר מדינות כגון בסעיף 117 לחוק האמריקני וסעיף 47C לחוק האוסטרלי.

גישה זו מניחה כי החריגים הספציפיים מיועדים ברובם לקהל משתמשים ספציפי (גם אם גדול) – ספריות ציבוריות, בעלי מוגבלויות, רשויות אכיפת החוק, בתי חולים (סעיף 5(2)(e) לדירקטיבה האירופית), מוסדות הוראה וכיוצ"ב. זיהוי של אותם משתמשים ספציפיים על ידי מערכת ה-DRM יאפשר להם שימושים אשר אינם נגישים למשתמשים אחרים, וכך יוצר האיזון החברתי המבוקש – רק המשתמש שלו יועד החריג מלכתחילה יוכל לעשות בו שימוש.

יישום לגישה זו מצוי בדין האוסטרלי המתיר אספקת כלי עקיפה למשתמש המצהיר בכתב כי הוא מורשה לבצע עקיפה לשם מימוש אחד החריגים הספציפיים הקבועים בחוק.¹¹³

סטפיק טוען¹¹⁴ כי האוטומציה במתן ההרשאות, אשר תתאפשר באמצעות שימוש בהתקני DRM, תפנה את בני האדם להקדיש משאבים אנושיים להקמת גוף שישמש בתפקיד נאמנות וניהול (DPT - "Digital Property Trust"). ה-DPT יקבל פניות באותם מקרים חריגים וינפיק רשיונות למשתמשים כנגד תשלום מופחת או אף בחינם.

החסרון בהצעתו של סטפיק הוא העובדה כי מספר ה"חריגים" הוא גדול – מורים, חוקרים, סטודנטים, בעלי מוגבלויות וכיוצ"ב. המספר הרב של הפניות לא יאפשר בחינה אנושית עניינית של כל הפניות. פתרון אפשרי לכך הוא ניהול אוטומטי של הזכויות בעזרת תעודות אלקטרוניות שינפיקו גורמים מאשרים.¹¹⁵ אותן תעודות אלקטרוניות, הנושאות פרטים אחרים באשר לנושאייהם, יוכלו לשמש גם כתעודה המוכיחה זכות לגשת ולבצע שימושים מותרים ספציפיים ביצירה.

וריאציה על דרך פתרון זו היא התרה של חריגים המיועדים למי שרצוי מבחינה חברתית שיפתח ויחזיק כלי עקיפה, באופן המקנה לאותו גורם חסינות מוחלטת מפני תביעות על עקיפת התקנים טכנולוגיים. בהקשר זה בולטים החריגים המאפשרים עקיפת התקני DRM על ידי גורמי אכיפת החוק ולצורך מחקר בקריפטוגרפיה.

לשיטה זו מספר חסרונות, הן בהגבלת השימושים המותרים והן בחשש כי יאפשרו שימושים שאינם מותרים.

הדגש על זיהוי "המשתמש" חלף זיהוי ה"שימוש" מעלה חשש כי השימוש שיעשה יהיה בלתי לגיטימי. כך למשל, לחוקר אין זכות להעתיק כל יצירה, אלא רק את אלה הדרושות לו לצורך המחקר, וגם זאת בכפוף להוגנות השימוש. אם תבוסס המערכת על אפשרות אוטומטית (באמצעות תעודה אלקטרונית) של מי שמזוהה כחוקר לעשות כל העתקה (אפילו בכפוף למגבלת היקף כמותית) אזי יוצר החשש כי החוקר יעשה שימוש בתעודת המעבר שלו גם לצרכים שאינם מחקריים.¹¹⁶ מנגד,

¹¹³ ראו סעיף 116A(3) לחוק זכויות יוצרים אוסטרלי.

¹¹⁴ סטפיק, לעיל הערה 108 בסעיף IV.A.

¹¹⁵ למהותם של גורמים מאשרים ראו: חוק חתימה אלקטרונית, תשס"א – 2001.

¹¹⁶ בהקשר זה מעניין לציין כי סטפיק מציע שה-DPT יתן רשיונות מיוחדים רק למי שהוכיח בקיאות בתחום הגדרת השימושים המותרים.

אם במקום מערכת ניהול אוטומטית יהא צורך באישור ה-DPT לכל פעולה (דהיינו לא תהיה לו גישה כללית) אזי ייוצר עומס בלתי מתקבל על הדעת על ה-DPT.

אפשרות זאת גם מתעלמת מכך שחלק ניכר מן החריגים אינו מיועד לציבור ספציפי המזוהה מראש. כך למשל שימוש מותר ביצירה לצרכי ביקורת או סאטירה אינו מוגבל למשתמשים בעלי מאפיינים מסויימים. הדגש על "המשתמש" להבדיל מ"השימוש" משכיח את העובדה כי חלק ניכר מן השימושים הנפוצים ביותר (כגון השימוש הביתי הפרטי) מיועדים לכלל הציבור.

לבסוף, מן הראוי לציין כי זיהוי חד-חד ערכי בין המשתמש לבין השימוש שהוא עושה ביצירה עלול להוות פגיעה קשה בפרטיות.¹¹⁷

התרת עקיפה רק ביחס להתקנים אשר אינם משמרים שימושים קוגנטיים

הגישה האירופית, כפי שהיא משתקפת בסעיף 6(4) לדירקטיבה האירופית, מתירה לבעל הזכויות בתוכן למנוע מן המשתמשים אפשרות לעשות שימוש בחלק ניכר מן החריגים המסורתיים לזכות היוצרים, אך בד בבד נדרשים בעלי הזכויות לשמר חלק מן השימושים המותרים.

הגם שניתן לחלוק על רשימת "חריגי החובה" הקוגנטיים המפורטים בסעיף 6(4) לדירקטיבה האירופית, הרי שאותם שימושים שאין בעל הזכויות רשאי להתנות עליהם, אמורים לשקף את השימושים אשר מבחינת המדיניות החברתית הם החשובים ביותר.

הגישה אשר אומצה בדירקטיבה האירופית מותירה את עיצוב כלי ה-DRM לבעלי הזכויות בתוכן, אך הללו נדרשים, בין בהסדרת תקנים ובין בבחירה עצמאית של כל בעל זכויות, לאפשר שימושים ספציפיים מותרים. באם ימנעו כלי ה-DRM את השימושים הקוגנטיים, אזי רשאיות המדינות להתערב באופן אשר יסיר את הקיפוח.

התערבות זו יכולה ללבוש צורות שונות, וגיבושה הושאר לשיקול הדעת של כל אחת מן המדינות. כך למשל, הגישה הדנית עליה עמדנו לעיל¹¹⁸ קובעת כי טריבונל שיפוטי רשאי להוציא צו המחייב את היצרן להתאים את התקן ה-DRM לחריגים הספציפיים בתוך פרק זמן של 4 שבועות. הפרה של הצו תתיר עקיפה של ההתקן.

לעומת זאת, הגישה האנגלית¹¹⁹ יוצרת מערכת תלונית – משתמש אשר התקן DRM מונע ממנו אפשרות לעשות שימוש מותר רשאי לפנות בתלונה למזכיר המדינה (Secretary of State). מזכיר

¹¹⁷ ראו כהן, הערה 99 לעיל.

¹¹⁸ טקסט בהערה 109 לעיל.

¹¹⁹ ראו סעיף 296ZE לחוק האנגלי.

המדינה, לאחר בחינת התלונה ובכפוף לחריגים עליהם לא חלה מערכת התלונות (כגון שירותים מקוונים על פי דרישה) להורות לבעל הזכויות להתיר את השימוש האמור. אפשרות אחרת יכולה להיות חסינות לאחר מעשה – נתבע בתביעה על עקיפה שלא כדין יכול לטעון כי העקיפה בוצעה לצורך שימוש קוגנטי אשר בעל הזכויות מנע שלא כדין.

מעבר למדדים כמותיים

הרצון לשמר חריגים לזכות היוצרים בעולם לוגי-בינארי מצריך הגדרה מדויקת של חריגים לזכות היוצרים. האלטרנטיבה הקודמת דנה במערכות המכירות בחריגים הספציפיים, בין בדרך של זיהוי המשתמש הלגיטימי ובין בדרך של זיהוי הפעולה הלגיטימית.

אלטרנטיבה נוספת היא קביעת חריגים כללים המבוססים על מדדים כמותיים הניתנים להגדרה פשוטה, חלף הגדרת מדדים איכותיים הנוגעים לאיכות החומר המועתק. במידה מסוימת המדדים הכמותיים משמשים כבר כיום במדידת הוגנות השימוש ומדדים אובייקטיביים מעין אלו מצויים כבר במספר מערכות מוגנות טכנולוגית.

דוגמא מובהקת לשימוש שעושה הדין במדדים כמותיים במסגרת חריג השימוש ההוגן בחוק זכות יוצרים האוסטרלי. סעיף 210(2) לחוק מגדיר את המונח "*reasonable portion*" במדדים כמותיים. כך למשל, ביצירה שאורכה מעל 10 עמודים, העתקה של עד 10% מן הטקסט תהווה העתקה בהיקף סביר. מדדים נוספים מתייחסים ליצירה המחולקת לפרקים, ליצירה דיגיטלית שאינה מחולקת לעמודים ועוד.

בהקשר למדדים הכמותיים הללו חשוב להדגיש שני היבטים. ראשית, המדדים הכמותיים הינם על פי החוק הנוכחי רק חזקות (מעין "כללי אצבע") – הנתבע יכול במהלך משפט להוכיח כי הגם שהעתיק כמות גדולה יותר הרי שבנסיבות הספציפיות של המקרה עדיין מדובר ב"היקף סביר". שנית, "היקף סביר" כשלעצמו אינו מקנה הגנה. כך למשל, סעיף 40 לחוק האוסטרלי מקנה הגנה להעתקה בהיקף סביר אם נעשתה במסגרת מחקר או לימוד.

לפיכך השימוש במדדים הכמותיים אכן קיים כחזקה משפטית, אך אין מדובר בכללים העומדים בפני עצמם כחריג לזכות היוצרים.

בהקשר זה מן הראוי להזכיר כי אמנת ברן משמרת חריג של זוטי דברים (*de minimis*), אך בלא שנקבעו לכך מדדים כמותיים.¹²⁰

כיום כבר פועלים מספר שירותים מקוונים בסביבות DRM המאפשרים יצירת העתקים בכמות מוגבלת בהתאם לתנאי השירות. כמות ההעתקים המותרת נקבעת בחוזה בין ספק השירות לבין

¹²⁰ ראו ריקטסון, הערה 53, בעמ' 34-37.

המשתמש, אך בהקשר שלנו מן הראוי לציין כי קיימים תימוכין מעשיים כי התחרות בין ספקי השירות אכן הביאה לכך שניתן במסגרת המוגנת ליצור מספר מוגבל של העתקים.¹²¹

מבחינה מסויימת יש כאן שינוי במארג הזכויות המסורתית – בעל הזכויות מתיר למשתמש ליצור מספר מוגבל של עותקים (זכות שלא היתה למשתמש על פי החוק הרגיל, אלא במסגרת של שימוש בית פרטי) אך מאידך אין המשתמש יכול לעשות שימוש בחריגים אחרים המוקנים לו בחוק (כך למשל מורה אינו יכול ליצור עשרות העתקים מקטע קצר לשם שימוש תלמידיו).

למרות האטרקטיביות של אלטרנטיבה זו, טמונים בה לא מעט חסרונות. דיני זכויות יוצרים רואים באופן מסורתי הפרה של זכות היוצרים ככוללת שימוש ב"חלק ניכר" מן היצירה המוגנת. הביטוי "חלק ניכר" מבטא מדד איכותי ולא כמותי,¹²² ועל כן מדד כמותי לא ישקף נכונה את האיזון המקובלים במסגרת דיני זכויות היוצרים. באופן דומה מבחן "היקף השימוש" במסגרת בחינת הגנת השימוש ההוגן מבוסס אף הוא על בחינה איכותית ולא דווקא כמותית.¹²³ על כן, הגנה על חריגים כמותיים יכולה להוות לא יותר מקירוב (proxy) לחריגים המקובלים לזכות היוצרים.

מבחינת הרציות החברתית אין קשר ישיר בין כמות המשתמשים הנצרכים לחריג והיקף השימוש שהם נזקקים לו, לבין התועלת החברתית הנובעת משימוש זה. כך למשל, באשרו חריג המתיר עקיפה של אמצעי טכנולוגי המונע גישה למאגר אתרים חסומים בתוכנת סינון, ציינה רשמת זכויות היוצרים האמריקנית,¹²⁴ כי על אף שהצורך בחריג זה קטן מבחינה כמותית (מעטים הם המשתמשים בעלי המוטיבציה והכלים לבצע מחקר בנוגע לאופן הפעולה של תוכנות הסינון), הרי שהוא מוצדק מבחינה איכותית (qualitative need) שכן הציבור בכללותו ינהנה מתוצאות המחקר והשפעותיו על חופש הביטוי באינטרנט.

יתר על כן, הפסיקה הכירה באפשרות כי בנסיבות מסויימות העתקת יצירה במלואה תחשב אף היא כהוגנת. כך נפסק כי העתקת תמונה במלואה יכולה להיות הוגנת, שכן לא ניתן היה לבטא את הביקורת ההוגנת ללא שימוש בתמונה במלואה.¹²⁵

על כן, השימוש במדדים כמותיים יכול להוות כלי עזר להפחתת המתח בין ההגנה על DRM לבין החריגים לזכות היוצרים, אך לא אמצעי מוחלט לפתרון. אמצעי DRM המספקים אפשרות העתקה של הקובץ מספר פעמים עונים למשל על החריג של העתקה ביתית פרטית,¹²⁶ אך אין הם מאפשרים פיתרון למכלול החריגים המוכרים.

¹²¹ ראו טקסט בהערה 20 לעיל.

¹²² ראו גרינמן, הערה 8 לעיל, בעמ' 337-340.

¹²³ שם, בעמ' 457-460.

¹²⁴ דו"ח רשם זכויות היוצרים האמריקני, הערה 84 לעיל, בעמ' 26.

¹²⁵ ת"א (י-ם) 8107/01 זום 77 בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"מ תשס"ב(3) 577, בעמ' 597-598.

¹²⁶ כגון על פי סעיף 33 לפקודת זכות יוצרים, 1924, או סעיף 5(2)(b) לדירקטיבה האירופית.

שימוש בחור האנלוגי

יש הרואים בחור האנלוגי פיתרון לשילוב החריגים לזכות היוצרים עם כלי DRM. על פי גישה זו, את מרבית, אם לא את כל, השימושים שמונעים התקני DRM, ואשר מותרים בהתאם לחריגים המסורתיים לזכות היוצרים, ניתן לממש באמצעות החור האנלוגי.

גישה זו מצאה ביטוי במספר פסקי דין אשר ניתנו בארה"ב, אשר הדגישו את הטיעון כי אין הוראה בדין המחייבת כי המשתמש יוכל לממש את השימוש המותר בדרך הנוחה ביותר. כך למשל נאמר בפסק הדין בעניין *Corley*:¹²⁷

"Fair use has never been held to be a guarantee of access to copyrighted material in order to copy it by the fair user's preferred technique or in the format of the original."

דברים אלו צוטטו בהסכמה על ידי בית המשפט בפרשת *Elcomsoft*,¹²⁸ אשר הוסיף ותאר את האפשרויות העומדות בפני המשתמש:

"...It may, however, have become more difficult for such uses to occur with regard to technologically protected digital works, but the fair uses themselves have not been eliminated or prohibited. For example, nothing in the DMCA prevents anyone from quoting from a work or comparing texts for the purpose of study or criticism. It may be that from a technological perspective, the fair user may find it more difficult to do so--quoting may have to occur the old fashioned way, by hand or by re-typing, rather than by "cutting and pasting" from existing digital media. Nevertheless, the fair use is still available."

פסק הדין בעניין *Elcomsoft* דן רק ברמת המורכבות וההשקעה הנדרשת לצורך ביצוע ההעתקה (כגון העתקה ידנית של טקסט לעומת נוחות ה-cut & paste), ולא דן בבעיה נוספת שעולה מהשימוש בחור האנלוגי – איכות ההעתקים הנוצרים. השימוש בחור האנלוגי, מעצם הגדרתו כאנלוגי, מוביל לכך שהעותקים האנלוגיים הינם נחותים באיכותם מן העותקים שהמשתמשים יכולים היו ליצור לו יכלו לבצע העתקות דיגיטליות.

נראה שהמצדדים בחור האנלוגי כפתרון לבעיית רואים באיכות הנחותה של העותק האנלוגי כבעיה שולית. כך, תוך דחיית הטענה כי יש צורך בחריג המאפשר העתקת תוכן המתווסף לסרטים

¹²⁷ *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d (2nd Cir. 2001) at 459

¹²⁸ *United States of America V. Elcom Ltd., a/k/a Elcomsoft Co., Ltd.*, 203 F. Supp. 2d 1111 (N.D. Cal 2002).

המופצים על תקליטורי DVD ("ancillary material" - כגון ראיונות עם הצוות אשר אינם מופצים על הסרטים בקלטות ה-VHS), נכתב בדו"ח רשם זכויות היוצרים האמריקני כדלקמן:¹²⁹

"The balance of interests pits the incremental benefit of improved sound and picture quality of ancillary material for purposes of comment and criticism against the risks of increased unauthorized reproduction and distribution of all of the material on DVDs."

למרות הקסם המסויים שמציע החור האנלוגי, הוא אינו יכול להוות פתרון מלא לבעיה שבפנינו, וזאת ממספר טעמים.

ראשית, החור האנלוגי אינו מתאים לעקיפת DRM ביחס לכל יצירה. השימוש בחור האנלוגי אפשרי רק לגבי יצירות מוגנות אשר נחשפות במלואן בפני המשתמש, ומומרות לצורך כך לפורמט אנלוגי לשם קליטה בחושי האנוש (כגון קבצי אודיו ווידאו). יצירות אשר נשארות, גם בשעת הפעלתן, בפורמט דיגיטלי, לא ניתנות לעקיפה באמצעות החור האנלוגי.

כך למשל, תוכנות מחשב (המוגנות בזכות יוצרים כ"יצירה ספרותית") אינן ניתנות לעקיפה באמצעות החור האנלוגי, שכן על המסך מופיע, לכל היותר, פלט של התוכנה בדמות ממשק משתמש. התוכנה עצמה פועלת "מאחורי הקלעים" במעבר בין הכוון למעבד, ורק התוצר שלה מוצג בפני המשתמש. המשתמש אינו יכול לעשות שימוש מותר בקוד התוכנה המוגנת ב- DRM (כגון בחינת הקוד לצורך תאימות – interoperability) בלא לעקוף את התקן ה- DRM. אנליזה זו נכונה גם ביחס למשחקי מחשב/וידאו.

באופן דומה, מאגר מידע (בהנחה שהינו עונה על הדרישות לצורך הגנת זכות יוצרים¹³⁰) אינו מוצג במלואו בפני המשתמש. בפני המשתמש מופיע רק ממשק השאילתות של בסיס הנתונים והפלט של השאילתא. תוכן המאגר (למעט פריטים שהם תוצר השאילתא) אינו ניתן להעתקה, אף לא לצרכי שימוש מותר. יתר על כן, לעתים תוכן מאגר המידע כלל אינו מוצג בפני המשתמש, אלא משמש רק לצרכי "פעולה ברקע" (כגון מאגר האתרים החסומים בתוכנת סינון המיועדות לחסום אתרים עם תוכן "לא ראוי").¹³¹

שנית, כאמור לעיל,¹³² תעשיית התוכן יוזמת חקיקה ותקינה אשר נועדה "לסתום" את החור האנלוגי. אם מאמץ זה יצלח הרי שהחור האנלוגי יחדל להיות פתרון מעשי לשימושים מותרים בתכנים המוגנים באמצעות התקני DRM.

¹²⁹ הערה 84 לעיל, בעמ' 116-118.

¹³⁰ ראו פסק הדין בעניין *Feist*, הערה 43 לעיל.

¹³¹ ראו דו"ח רשם זכויות יוצרים האמריקני, הערה 84 לעיל, בעמ' 23-34 (לעניין החרג המתיר לעקוף הגנה על מאגר אתרים חסומים בתוכנות סינון).

¹³² בסוף פרק יא.

לבסוף קיימת בעיית העלות. פסקי הדין התומכים בשימוש בחור האנלוגי (גם אם לא עשו שימוש מפורש בטרמינולוגיה זו), נימקו זאת בכך שהנוחות הפחותה של השימוש בחור האנלוגי אינה מצדיקה את התרתו. על פי טענה זו, כשם שבעבר נעשה שימוש אנלוגי לצרכי העתקה (כגון העתקה בכתב יד), ניתן לעשות שימוש באותם דרכים אנלוגיות גם כשהמידע מצוי בפורמט דיגיטלי.

ניתוח זה מתעלם מכך שלעיתים יהיה השימוש בחור האנלוגי כרוך בעלויות נוספות. כך למשל, בכדי להקליט באמצעות החור האנלוגי סרט וידאו המוגן באמצעות DRM יש צורך במצלמת וידאו אשר תוצב מול המסך (בהתעלם מבעיות של איכות ההקלטה). דא עקא שמדובר במיכשור שאינו זול, ובכך מועלות באופן משמעותי העלויות הכרוכות בהעתקה המותרת.

כזכור, אחת ההצדקות הכלכליות לחריגים לזכות היוצרים הינה מניעת עלויות העיסקה הגבוהות יחסית הכרוכות בקבלת הרשיון לביצוע ההעתקה, אשר עלול למנוע ביטויים רצויים מבחינה חברתית. ברור שדרישה לציוד יקר לצורך ביצוע ההעתקה חותרת תחת הטיעון הכלכלי, שכן עלות הציוד עלולה למנוע שימושים מועילים מבחינה חברתית.

התמקדות בהגנה על מערכות לניהול מידע

גישה שונה מציעה התמקדות בהגנת שלמות נתונים אודות היצירה (CMI), דהיינו הנתונים המוטבעים ביצירה והכוללים את הנתונים אודות היוצר והיצירה, לרבות בדבר ההרשאות הקיימות לשימוש ביצירה.

מידע זה, כשלעצמו, אינו מסייע להגנת זכות היוצרים (למעט בהקשר של התקנים אשר נמנעים מלבצע פעולות אשר אינן מותרות על פי נתוני ההרשאה). עם זאת, תוספת מידע המזהה לא רק את היוצר והיצירה, אלא גם את העותק הספציפי עשויה להוביל לפיתרון המשולב עם החור האנלוגי (שכן העותקים הנוצרים יהיו "עותקים מסומנים").

המידע המוטבע ביצירה צריך, מבחינה טכנולוגית, להשמר ביצירה גם אם היא מועתקת באמצעות החור האנלוגי ולאחר מכן מועברת לפורמט דיגיטלי. באופן זה, אם תועתק היצירה (בין אם באמצעים דיגיטליים ובין אם באמצעים אנלוגיים) ותופץ ברבים, ניתן יהיה לזהות את העותק המקורי אשר שימש כ "master" ממנו הועתקו היצירות המפרות. מנגד, קובץ אשר הועתק לשימוש בתי-פרטי לא יצוף, וממילא לא תתבצע פעולת אכיפה בגין יצירתו.

בכך אמנם לא תימנע הפרת זכות היוצרים, אך יהיה בכך בכדי להרתיע מפריס פוטנציאליים מפני הפרה, שכן ידעו כי יתכן וניתן יהיה לאתרם והם עלולים להתבע בגין פעילות זאת. כמו כן יהיה באלטרנטיבה זו בכדי לאפשר אכיפה לאחר מעשה. בכך דומה הצעה זו מבחינות מסויימות למערכת דיני זכויות היוצרים המסורתית – התביעה מוגשת כנגד המפר לאחר ההפרה, ולא לפני האקט המפר, זאת בשונה מה- DRM היוצר מודל של אכיפה טכנולוגית אוטומטית המונעת את ההפרה לפני ביצועה.

הפעלה יעילה של שיטה זו מחייבת מתן דגש על האיסור לעקוף אמצעים טכנולוגיים שנועדו לשמר את נתוני המידע אודות הקובץ והעותק (איסור אשר כלול בסעיף 12 ל- WCT ואומץ בחקיקה המדינתית).

מבחינת בעלי הזכויות החיסרון בשיטה זו הוא ויתור על האכיפה האוטומטית שמשמעה עליה במחיר האכיפה הן בהיבט של עלויות האיתור והליטיגציה והן בהיבט של הסיכויים למנוע הפרה – יש צורך בפיתוח של טביעות דיגיטליות אשר יהיו עמידות במעבר לפורמט אנלוגי ואשר הסרתם תהיה מורכבת.

מעבר לכך, הטבעת קוד אישי יוצרת בעיה חריפה של הגנת הפרטיות. כפי שציינתי לעיל, הקוד האישי מאפשר לבעל הזכויות לקשר בין משתמש לבין שימוש, ולאסוף מידע על מאפייני השימוש על ידי המשתמש.

חובת הפקדת מפתחות הצפנה

ברק (Burk) וכהן, במחקרם על התשתית לקיומה של הגנת שימוש הוגן בהקשר של התקני DRM,¹³³ מציעים פיתרון יחודי המבוסס על צד שלישי נאמן. על פי הצעה זו יחוייב כל בעל זכויות, כתנאי לקבלת הגנה משפטית מפני עקיפה ל- DRM בו הוא עושה שימוש, להפקיד מפתח הצפנה כללי בידי גוף אשר ישמש כצד שלישי נאמן.

כל משתמש הרוצה לעשות ביצירה שימוש שהוא מותר יוכל לפנות לאותו צד שלישי נאמן ולקבל סט מפתחות יחודי להסרת ההגנה מעל היצירה. ייחודיות סט המפתחות שיקבל המשתמש תאפשר לאחר מכן זיהוי של עותקים שיווצרו כתוצאה מפתחת הקובץ באמצעו המפתחות הללו, אם וכאשר יצופו עותקים מפריס.

ברק וכהן מציעים מערכת אנונימית אשר תקצה מפתחות לכל פונה, מבלי לבדוק קודם את תכלית השימוש אותה הוא מתכוון לעשות. זהותו של המשתמש תמסר לבעל הזכויות על ידי הנאמן רק לאחר קבלת צו מבית משפט שהשתכנע שאכן בוצעה הפרה. גישה זו אמנם פותרת את בעיית העומס הבלתי ניתן לויסות שתיווצר במקרה של בדיקת כל שימוש לפני מעשה ומאפשרת הקצאת מפתחות אוטומטית, אך עלולה ליצור אצל היוצרים חשש כי כל דכפין יפנה לנאמן ויקבל מפתחות באופן שעלול להביא להפרה רבתי של הזכויות ביצירה.

ברק וכהן מנמקים את הצעתם בכך שהצעה זו מציבה את הצדדים במצב המסורתי הטרור דיגיטלי – בעל הזכויות צריך לאתר את המפר, ויכול לעשות זאת רק לאחר ההפרה. על פי גישה זו, אין הצדקה לאכיפה האוטומטית של זכויות.

¹³³ Dan L. Burk, and Julie E. Cohen, "Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems" (August 18, 2000). Georgetown Public Law Research Paper No. 239731. נגיש באמצעות האינטרנט בכתובת <http://ssrn.com/abstract=239731> (נבדק לאחרונה ביום 31.10.2004).

לגישה זו מספר חסרונות.

ראשית היא מניחה כי לכל יצירה יש מערכת אינטראקטיבית עם המשתמש אשר תאפשר הזנת מפתח שיסיר את ההגנה. לאמיתו של דבר ישנן יצירות אשר עשויות להיות מופצות בשילוב של חומרה וללא מערכת להזנת נתונים על ידי המשתמש. על כן הפיתרון אינו מתאים לכל סוגי היצירות.

שנית, פיתרון זה אינו מציג, מבחינת בעלי הזכויות, יתרון כלשהו על פני השימוש ב-CMI. מכיוון שכל משתמש יכול לקבל את מפתח ההצפנה ולבצע העתקה, לא קיים צורך במערכת אכיפה על ידי ה-DRM וההשקעה בה היא למעשה מיותרת. האכיפה היחידה שתהיה אפשרית היא באמצעות זיהוי ה-CMI ביצירות המפירות, ושיטת המפתחות אינה מציעה בהקשר זה יתרון על פני שיטת העותקים המסומנים. נראה שאם תאומץ השיטה יהיו יצרני תוכן שיעדיפו לעשות שימוש ב-DRM אשר לא יהיה מוגן משפטית מאשר לתת את המפתחות לכל משתמש אנונימי שיבקש זאת.

שלישית, פיתרון זה מניח כי סימני העקבות של המפתחות ישארו בקובץ בכל פורמט אליו תועתק היצירה, הנחה שאינה פשוטה מבחינה טכנולוגית.

לבסוף, הצעה זו מעוררת קושי בכך שהיא אינה מבחינה בין פלטפורמה טכנולוגית לבין יצירה. כך למשל, אם יצרן תוכן מסויים עשה שימוש בפלטפורמת ה-DRM לספרים אלקטרוניים מתוצרת Adobe ולא מסר את מפתח ההצפנה בו עשה שימוש, האם ניתן יהיה להסיר את ההגנה רק מהספר שלו, או שמא יהיה צורך בעקיפת הטכנולוגיה של Adobe, ופגיעה ביצרני תוכן אחרים אשר נהגו בהתאם להסדר.

כל אכיפה באמצעות DRM הינה לגיטימית

בקצה המפה ניצבים אלו הטוענים (ובעיקר תעשיית התוכן), כי ה-DRM יוצר מציאות חדשה אשר צריכה לשנות מן היסוד את גישתנו לחריגים לזכות היוצרים. על פי המצדדים בגישה זו, דיני זכויות היוצרים אינם יוצרים מניעות (preemption) והחריגים לזכות היוצרים אינם בבחינת דין קוגנטי. על פי טיעון זה, מכיוון שבעל זכות היוצרים מוכן להעמיד את היצירה לרשות המשתמש רק בכפוף לתנאי ה-DRM, הרי שהסכמתו של המשתמש לרכוש את ההעתק בכפוף לתנאי זה מהווה ויתור על זכותו לשימוש בחריגים לזכות היוצרים.

מבחינה אנליטית גישה זו מורכבת משני טיעונים –

הטענה האחת, שהינה פוזיטיבית במהותה, הינה שבמסגרת חופש החוויים רשאים היוצרים להעמיד את יצירותיהם לרשות הציבור תחת מגבלות ה-DRM, ואל לה למדינה להתערב במערכת יחסים זו. פועל יוצא מכך הוא כי איסור גורף על עקיפת DRM הוא לגיטימי, ואין לייחס משקל לאותם חריגים שהיו מותרים בעבר אך לא ניתנים למימוש "הודות" להתקני ה-DRM.

הטענה השניה, שהינה מרחיקת לכת עוד יותר, הינה טענה נורמטיבית לפיה לא רק שהאפשרות להחליף את מערכת החריגים לזכויות היוצרים בהסדרים המבוססים על התקני DRM הינה אפשרות לגיטימית, היא אף האפשרות הטובה ביותר .

החלק הראשון של הטענה, דהיינו הפן הפוזיטיבי לפיו החוקים הדנים באיסור עקיפה שוללים שימושים אשר הוכרו בעבר כמותרים, התקבל במספר לא מבוטל של פסקי דין, ודוגמא בולטת לכך היא פסק דינו של בית המשפט הפדרלי המחוזי בניו יוק בפרשת *Reimerdes*.¹³⁴

פסק הדין עסק בתוכנת DeCSS אשר איפשרה עקיפה של קוד ההצפנה CSS בו נעשה שימוש בתקליטורי DVD.¹³⁵ הסרת ההצפנה מעל סרטים שהופצו בפורמט DVD איפשרה יצירת העתקים דיגיטליים של הסרט, והפצתם של עותקים אלו.

על אף שבית המשפט היה נכון להניח שפיתוח התוכנה נעשה לצורך שימושים הנופלים למסגרת השימוש ההוגן (צפיה בסרטים שהופצו על גבי DVD במחשב הפועל על גבי מערכת ההפעלה Linux אשר באותה עת לא תמכה באפשרות לצפיה בסרטי DVD על המחשב), קיבל בית המשפט את התביעה והורה על מניעת הפצת התוכנה. הנמקת פסק הדין היתה שהגנת השימוש ההוגן אינה חלה על משטר הפיקוח הטכנולוגי שהוסף ב- DMCA. פסק הדין אימץ את הגישה שרק החריגים הייחודיים והמצומצמים שנקבעו ב- DMCA מתירים עקיפה של האמצעי הטכנולוגי.

פסק דינו של בית המשפט הפדרלי לערעורים אישר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין *Reimerdes*, תוך קביעה כי איסורי ה- DMCA אינם עוסקים בשאלת מטרת השימוש לאחר השלמת העקיפה אלא רק בפעולת העקיפה עצמה.¹³⁶

באופן דומה נפסק בפרשת *Elcomsoft*,¹³⁷ כי המחוקק העדיף לאסור את כל כלי העקיפה :

"The inescapable conclusion from the statutory language adopted by Congress and the legislative history discussed above is that Congress sought to ban all circumvention tools because most of the time those tools would be used to infringe a copyright. Thus, while it is not unlawful to circumvent for the purpose of engaging in fair use, it is unlawful to traffic in tools that allow fair use circumvention. That is part of the sacrifice Congress was willing to make in order to protect against unlawful piracy and promote the development of electronic commerce and the availability of copyrighted material on the Internet."

¹³⁴ *Universal v. Reimerdes*, 111 F.Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000)

¹³⁵ הצפנת ה- CSS מאפשרת הפעלת תקליטור DVD רק על גבי חומרה "מורשית" בה מצוי מפתח ההצפנה, בכך נמנעת העברת הסרטים בתקשורת מחשבים שכן הסרט יפעל רק בשילוב של תקליטור DVD וחומרה מורשית.

¹³⁶ לעיל הערה 127.

¹³⁷ לעיל הערה 128.

עם זאת, מן הראוי לסייג דברים אלו בכך שהמחוקק האמריקני נמנע מפורשות מלאסור עקיפה של הגבלות על שימוש ביצירה (להבדיל מהגבלות על גישה). דא עקא, כפי שמשתקף מהפסיקה הני"ל, לאור האיסור המוחלט על הפצת כלי עקיפה (גם לצורך עקיפת הגבלות שימוש), האפשרות המעשית של רוב המשתמשים ליישם את האפשרות לעקוף את ההגנה לצרכים לגיטימיים, הינה מועטה. יתר על כן, לעיתים מזומנות הגבלת השימוש מצריכה קודם לכן מעבר של הגבלת גישה – כך, לצורך העתקת סרט DVD יש קודם להתגבר על מחסום הגישה שבהצפנת ה-CSS.

כאמור, בצד הגישה הפוזיטיבית הרואה באיסור העקיפה ציווי פוזיטיבי ולגיטימי מצד המחוקק (דהיינו איסור שאינו פסול חוקתית כפי שנפסק בעניין *Corley* ובעניין *Elcomsoft*), מצויה הגישה הנורמטיבית הטוענת כי מצב העניינים בו יוסדרו הגישה והשימוש באמצעות התקני DRM הוא רצוי מבחינה חברתית.

סטפיק¹³⁸ טוען כי המעבר משימוש הוגן לשימוש המוגבל ב-DRM הינו צעד חיובי. לגישתו, בעוד החריגים המסורתיים לזכות היוצרים יוצרים מציאות של "שחור ולבן" – השימוש מותר או אסור וההחלטה מסורה לפרשנות משפטית, הרי שהטמעת DRM תיצור מציאות עם "גווני אפור" בה ישלמו המשתמשים מחירים שונים בהתאם להיקפי השימוש (אשר עשויים להיות קרובים לחינם). לטעמו של סטפיק יש להותיר בידי כוחות השוק את היקף השימושים המותרים:

"In a broad and healthy market, the availability and price of rights can become a point of commercial competition rather than a point of legal interpretation"

יתרון נורמטיבי נוסף עליו מצביעים חסידי גישה זו הוא העדר הסבסוד הצולב. לשיטתם, בעוד שכיום כלל הציבור מסבסד משתמשים מסויימים, מערכות DRM יאפשרו שימוש בשיטת המשתמש משלם. כך למשל, כיום המדינה מפצה את בעלי הזכויות באופן גלובאלי בגין העתקות לשימוש ביתי פרטי¹³⁹ (בין אם בדרך של מס על המדיה (המוטלת גם על בעלי מדיה אשר לא עושים בה שימוש לצורך העתקה) ובין אם בדרך של תשלום מאוצר המדינה). מערכות DRM אשר ימנעו העתקה ביתית-פרטית יובילו לכך שרק המשתמשים המעוניינים לבצע העתקה ביתית ישלמו על כך, ושאר הציבור לא יאלץ לסבסד פעילות זו.

המצדדים בגישה זו נסמכים בין היתר על הטענה לפיה ההצדקה לשימוש הוגן מצויה במניעת עלויות עיסקה, ועל פסיקה אמריקנית לפיה מקום בו מדובר בשימוש אשר בעל הזכויות היה מתיר תמורת

¹³⁸ הערה 108 לעיל.

¹³⁹ ראו לדוגמא סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים.

תשלום, ובעל הזכויות מאפשר רישוי בצורה פשוטה ויעילה, לא יהיה מקום להתיר שימוש
"חינם".¹⁴⁰

חסרונותיה של גישה זו ברורים, ולאור הדיון הנרחב לעיל בדבר טעמי המדיניות שביסוד החריגים
לזכות היוצרים, ברור שגישה זו יוצרת בעיות חברתיות קשות. למעשה, כפי שעולה מהצעותיו של
סטפיק עצמו בעניין התרת שימושים ספציפיים,¹⁴¹ גם הוא אינו מאמין כי רצויה שיטה המותירה את
מלוא השליטה בידי בעלי הזכויות.

ראשית, הותרת ההחלטה אם להתיר שימוש מסויים בידי בעל הזכויות מהווה פגיעה קשה בחופש
הביטוי. קל להניח כי ביטויים חברתיים רצויים – כגון ביקורת, סאטירה ופארודיה – לא יזכו
לקבלת אישור מבעלי הזכויות, ובכל אופן ברור כי לא ניתן להותיר את שיקול הדעת בעניין זה אצל
בעלי הזכויות. למעשה, כפי שעולה ממאמרו של בל (Bell),¹⁴² גם המצדדים בגישה זו מציעים
להמשיך בקיומה של הגנת השימוש ההוגן, וזאת במקרים בהם ברור כי בעל הזכויות יסרב להרשות
שימוש ביצירה (כגון לצרכי ביקורת).

שנית, הרצון הטבעי למיקסום הרווח (בעיקר עת מרבית הזכויות מוחזקות בידי תאגידים-מפיקים
ולא בידי היוצרים) עלולה להביא לשינוי באיזון החברתי לפיה גם אלו שהחברה רוצה שיקבלו תכנים
בחינם (עיוורים לצורך המרת פורמט, תלמידים בבתי ספר וכו') לא יוכלו לעשות זאת.

ככלל, הפקעת ההסדר מן הספירה הציבורית והעברתו לידי ידיים פרטיות תוביל לכך שהתכליות
החברתיות שבבסיס זכות היוצרים והחריגים לו יוחלפו באינטרסים חומריים של בעלי הזכויות.
תחת איזון חברתי תמצא החברה את עצמה אל מול תכתיב כלכלי.

יתר על כן, הותרת אפשרות התכתיב בידי בעלי הזכויות תחייב התערבות מאזנת באמצעות כלים
חלופיים כגון דיני החוזים האחידים (כל DRM כולל חוזה אחיד (לכל הפחות משתמע) לפיו
המשתמש יעשה שימוש רק בהתאם למגבלות שמכתיב ה-DRM), דיני ההגבלים העסקיים (בשל
החלוקה הגיאוגרפית, ומניעת השוק המשני הפועל באמצעות דוקטרינת המכירה הראשונה) ודיני
הגנת הצרכן. נראה כי עדיף להסדיר את השדרה המרכזית של זכויות היוצרים במסגרת דיני זכויות
היוצרים ולא באמצעות מערכת דינים חיצונית.

שלישית, לא ניתן להשתחרר מן הרושם כי הגישה האבסולוטית שוגה גם בניתוח הכלכלי. ההנחה כי
השוק יוביל לתחרות בין ספקי התוכן הינה נכונה רק באופן חלקי. אכן, ב"סופרמרקטים" של
מוצרים עשויה להיות תחרות על לב הצרכן (כגון התחרות שכבר קיימת בתחום המוסיקה בין ספקי

¹⁴⁰ ראו: Tom W. Bell, "Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine", 76 N. Carolina L. Rev. 557 (1998)

¹⁴¹ ראו עמ' 41 לעיל.

¹⁴² הערה 140 לעיל.

שירות המציעים סל תכנים ומפתים את הצרכנים במספר ה"צריבות" המותר של קובץ שהורד באופן לגיטימי,¹⁴³ אך קיימים שוקי תוכן בהם לא תיווצר תחרות משום שהמוצרים אינם תחליפיים.

דוגמא טובה מצויה בתחום ההוראה. אם גוף רגולטורי (כגון משרד החינוך) יקבע תכני חובה ללימוד, הרי שלבעלי הזכויות בתוכן האמור לא תהיה תחרות, וכלל לא יהיה ניתן להותיר את המחיר שיגבה (בהעדר אפשרות לשימוש הוגן) לכוחות השוק (על אחת כמה וכמה בהעדר אפשרות להעברת התכנים בין תלמידי השכבות השונות באמצעות דוקטרינת המכירה הראשונה או השאלה שלא למטרות מסחר). התערבות רגולטורית בקביעת המחירים תהיה התערבות לא פחות משמעותית מהתערבות בהתרת שימוש הוגן לצרכי הוראה. מנגד, נראה שהחברה אינה יכולה לקבל מצב בו כל מורה יאלץ לבחור איזה תוכן ללמד את תלמידיו בהתאם למחיר הכלכלי שידרוש בעל הזכויות, זאת הואיל ומבחינה ערכית וחברתית תכני לימוד אינם מוצרים תחליפיים.

נראה כי קיצוניותה של גישה זו, וההשפעה החריפה יתר על המידה על האינטרס הציבורי, עומדת ביסוד העובדה כי אף מדינה לא אימצה גישה זו, וכל מדינה, בדרך שונה, עשתה מאמץ מודע למנוע שליטה מוחלטת של בעלי הזכויות בשימושים שיעשו בתוכן.¹⁴⁴

יתר על כן, בחודשים האחרונים ניכרת מגמה של מצמצמת בפרשנות איסור העקיפה גם בפסיקה האמריקנית. בפסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט הפדרלי לערעורים בארה"ב¹⁴⁵ הושם דגש על כך שאיסור הקיפה הינו "כלל אחריות" (liability rule) ולא "כלל קניין" (property rule). על פי אבחנה זו איסור העקיפה נותן בידי בעל הזכויות עילת תביעה נגד מי שמנסה להשיג את גבולו "הדיגיטלי" אך הוא אינו יוצר בידו זכות קניינית חדשה,¹⁴⁶ ועילת התביעה שלו מוגבלת בהתאם לכללי הקניין החלים:

"Like all property owners taking legitimate steps to protect their property, however, copyright owners relying on the anticircumvention provisions remain bound by all other relevant bodies of law."

בית המשפט הפדרלי לערעורים אמנם הותיר בסופו של יום את שאלת האפשרות ששימוש הוגן תשמש כהגנה מפני תביעת אכיפה ב"צריך עיון" (שכן הערעור של התובעת, בעלת הזכויות, נדחה מסיבות אחרות), אך, בניגוד לפסקי דין קודמים, לא נמנע בית המשפט מלהצביע על הבעייתיות הגלומה בהכפפת השימוש ההוגן לאיסור העקיפה:

"Were § 1201(a) to allow copyright owners to use technological measures to block all access to their copyrighted works, it would

¹⁴³ ראו טקסט בהערה 20 לעיל.

¹⁴⁴ לפירוט החריגים בארה"ב, אירופה ואוסטרליה ראו עמ' 29 לעיל.

¹⁴⁵ *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc.*, No. 04-1118, 2004 WL 1932660 (Fed. Cir. Aug. 31, 2004)

¹⁴⁶ שם. על פי פסק הדין, החידוש ב- DMCA הוא רק זכות תביעה כנגד מי שהסיר את ההגנה אך לא הפר את זכות היוצרים, בדומה למי שהשיג גבול בקניין פיזי אך מעבר לכך לא עשה שימוש באותו קניין פיזי.

effectively create two distinct copyright regimes. In the first regime, the owners of a typical work protected by copyright would possess only the rights enumerated in 17 U.S.C. § 106, subject to the additions, exceptions, and limitations outlined throughout the rest of the Copyright Act—notably but not solely the fair use provisions of § 107."

י.ג. הפתרון המוצע

ההגנה המשפטית על מערכות DRM מעוררת מספר לא מבוטל של בעיות מתחום המדיניות המשפטית הרצויה. ההגנה המשפטית על DRM הופכת את הזכות המשתמעת (המגבלות על השימוש הנובעות מהמדיה של היצירה) לזכות משפטית (איסור עקיפת המדיה). בכך מופקע האיזון החברתי שביסוד דיני זכויות היוצרים מן הספירה הציבורית, ונוצרת מעין חקיקה פרטית, כאשר בעל הזכויות מכתוב למשתמש את האופנים המוגבלים בהם יוכל לעשות שימוש ביצירה.

סעיף 11 ל- WCT, אשר היווה את המקור הנורמטיבי למרבית תהליכי החקיקה בנושאי DRM, שותק באשר לחריגים לזכות היוצרים, ומותיר בידי כל מדינה את החופש לעצב את היקף האיסור על טכנולוגיות עקיפה. ואכן, כפי שראינו לעיל, מחוקקים שונים בחרו בדרכים שונות על מנת לסייג את האיסורים על טכנולוגיית עקיפה.

מסקירת הגישות האפשריות השונות שהצגתי לעיל, עולה שאין פתרון אחד ויחיד המיישב את מכלול הבעיות. המסקנה הבלתי נמנעת היא שאם מחד קיימת רציון חברתית ב- DRM (לצורך מניעת העתקות המונית, ולצורך פיתוח שווקים חדשים כגון וידאו על פי דרישה) ומאידך המדיניות החברתית מחייבת את קיומם של חריגים לזכות היוצרים, יש צורך בפתרון משולב אשר יקח בחשבון את האינטרסים השונים של היוצרים ושל החברה.

כפתרון משולב הייתי ממליץ על הצעדים הבאים, כאשר בכל המקרים הכוונה היא לשימושים המותרים על ידי בעל הזכויות או שימושים המותרים על פי החריגים המקובלים לזכות היוצרים בכל מדינה רלוונטית:

1. שימוש בחור האנלוגי, מקום שאפשרות זו זמינה (דהיינו התוכן ניתן להעתקה בדרך זו בצורה שאינה מקשה יתר על המידה ואינה מחייבת ציוד יקר). פיתרון זה יענה על מרבית השימושים הביתיים הפרטיים. במקביל יוקפאו היוזמות לסתימת החור האנלוגי.
2. אימוץ הגישה האוסטרלית אשר אינה אוסרת עקיפה, אלא רק הפצה של אמצעי עקיפה. לאור העדרם של כלי עקיפה, פיתרון זה לא יוביל להפרות המוניות, אך יותיר בידי מעטים את האפשרות לעשות שימוש עצמי בכלים שיפתחו, או לרכוש כלים כאמור להלן.

3. הותרת השימוש ההוגן והחריגים האחרים לזכות היוצרים כהגנה בפני עקיפה, אך לא בפני הפצה.
4. אימוץ הגישה האוסטרלית לפיה ניתן למכור כלי עקיפה ליחידים ומוסדות המצהירים בכתב כי הם עונים על החריגים לחוק. מטעמי יעילות מומלץ להכיר בהצהרה בכתב גם בדרך אלקטרונית, בתעודה המאושרת על ידי גורם מאשר. הגורם המפיץ יחוייב לשמור את המידע על מכירת כלי העקיפה, ולמסור דו"ח על פי דרישה בצו שיפוטי. לגישה זו גם יתרון עקיף – דרישת ההצהרה בכתב תסייע בהפנמת נורמות ההתנהגות הראויות על ידי ציבור המשתמשים.
5. החמרת הסנקציות הנוגעות להסרת מידע אודות הרשאות (CMI), זה המחיר שהחברה צריכה לשלם כנגד הגמשת האיסורים נגד עקיפה, כמו גם מניעת "סתירת" החור האנלוגי.
6. קביעת סטנדרטים מינימליים ביחס לשימושים ספציפיים בסוגי יצירות שונות, הניתנים לכימות, ואשר ישקפו את מרבית החריגים בהם נעשה שימוש, ויהוו קירוב של מרבית השימושים הלגיטימיים המקובלים כיום. על הפלטפורמות הטכנולוגיות של DRM לעמוד בסטנדרטים המינימליים שיקבעו, וזאת כתנאי לקבלת הגנה משפטית בפני עקיפה. פיתרון זה יפחית את מספר המקרים בהם ידרשו כלי עקיפה בהתאם לסעיף 4 לעיל, ובכך יופחת גם החשש של היוצרים כי כלים אלו ישמשו להפרות המוניות. לא תהיה חזקה כי שימוש בהיקף נרחב יותר מהווה הפרה, והדבר יהיה תלוי נסיבות.

יד. סיכום

בחיבור זה עמדתי על חשיבות ה-DRM ככלי טכנולוגי המסייע ליצרני התוכן בהגנה על זכויותיהם. עם זאת, התקני ה-DRM אינם עומדים בפני עצמם במנותק מסביבתם, והם זקוקים להגנה משפטית מפני כלי עקיפה אשר בוא יבואו.

בד בבד עם ההתחשבות באינטרס הלגיטימי של היוצר להגן על יצירתו מפני העתקה בעולם הדיגיטלי, חייבים מעצבי המדיניות המשפטית – מחוקקים ושופטים – לתת דעתם לכך שהחריגים המסורתיים לזכות היוצרים אינם בגדר פירצה אותה יש לסתום, אלא מנגנון רב משמעות שנועד לקדם אינטרסים חברתיים רבי עוצמה.

המסקנה הנגזרת מכך היא כי אין להניח הנחה אוטומטית לטובת בעל זכות היוצרים כי יכולתו לאכוף זכויות באמצעים טכנולוגיים היא רצויה, ויש למנוע כל נסיון לעקוף את ההגנות הטכנולוגיות. כפי שהראיתי בעבודה זו דווקא ההפך הוא הנכון – בנסיבות מסויימות יש להתיר את עקיפת האמצעים הטכנולוגיים בכדי להגן על ערכים חברתיים מהותיים כגון חופש הביטוי, חופש היצירה, תחרות חופשית והגנה על החלש (כגון החריגים המתמייחסים לגישת בעלי מוגבלויות ליצירות). שימוש בהתקני DRM עלול לאיין את החריגים לזכות היוצרים אשר נקבעו בחקיקה

ובפסיקה במשך שנים כחלק מתהליך חברתי מרתק של שינויים בדין הנובעים משינויים חברתיים וטכנולוגיים.

קביעת הגבול בין עקיפה טכנולוגית לגיטימית לבין עקיפה שאינה לגיטימית אינה פשוטה. עם זאת הצעתי מספר צעדים אשר ימנעו חלק ניכר מן המתח שבין הגנה טכנולוגית על יצירות לבין מתן האפשרות להמשיך ולנצל לטובת החברה את החריגים לזכות היוצרים. יתכן כי פיתוחים טכנולוגיים העומדים בפתח, לרבות מערכות DRM אשר ישלבו אלמנטים של בינה מלאכותית, יאפשרו מגוון רחב יותר של הגדרות לחריגים לזכות היוצרים, אך בעתיד הנראה לעין הדבר לא יפתור לחלוטין את המתח שבין מודלים מוגבלים של תוכנה לבין מודלים מורכבים המתבססים על שיקול דעת אנושי.

מכל מקום, על החוק להיות נייטרלי בגישתו לטכנולוגיה - אין בקיומם של פיתוחים טכנולוגיים בכדי להצדיק שינוי לרעת היוצרים בדיוק כשם שאין בהם בכדי להצדיק פגיעה באינטרסים חברתיים מוגנים של הציבור. בסופו של יום, אנו, כמשתמשים בשר ודם, ולא הטכנולוגיה, נהיה אלו אשר נידרש להגדיר את המודל הרצוי לנו כחברה.

טו. רשימה ביבליוגרפית

חקיקה

ישראל:

חוק המחשבים, התשנ"ה – 1995.

חוק זכות יוצרים, 1911.

פקודת זכות יוצרים, 1924.

חוק חתימה אלקטרונית, תשס"א – 2001.

חוק העתיקות, תשל"ח-1978

ארה"ב:

Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 1201 et seq.

U.S.C Title 17 – Copyrights

Recommendation of the Register of Copyrights in RM 2002-4; Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies.

<http://www.copyright.gov/1201/docs/registers-recommendation.pdf>

אנגליה:

Copyright, Designs and Patents Act of 1988

Statute of Ann, 1710 (UK)

אוסטרליה:

Copyright Act (1968)

Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000.

אמנות:

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

איחוד אירופי:

Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs

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:

ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133.

רע"א 2687/92 דוד גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251.

ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד (3) 817 בעמ' 834.

ע"א 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נו (5) 255.

רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל ואח', פ"ד נו (2) 625.

ת"א (י-ם) 8107/01 זום 77 בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"מ תשס"ב(3) 577.

ארה"ב:

Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., No. 04-1118, 2004 WL 1932660 (Fed. Cir. Aug. 31, 2004)

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)

Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (Cir. Ct. Mass. 1841)

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

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

RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc., 2000 WL 127311 (W.D. Wash. 2000)

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

Softman Products vs. Adobe Systems, United States District Court, Central District of California, Case No. CV 00-04161 DDP, October 22, 2001.

Sega v. Accolade 977 F2d 1510 (9th Cir. 1992)

Sony Computer v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000)

Sony Computer Entertainment America, Inc., v GameMasters Inc., 87 F.Supp.2d 976 (N.D.Cal. 1999).

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

United States of America V. Elcom Ltd., a/k/a Elcomsoft Co., Ltd., 203 F. Supp. 2d 1111 (N.D. Cal 2002).

Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429 (2nd Cir. 2001)

Universal v. Reimerdes, 111 F.Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000)

אנגליה:

Cary v. Kearsley 4 Esp. 168 (1802).

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

Kabushiki Kaisha Sony v. Ball [2004] EWHC 1738 (Ch)

Sony v. Owen [2002] E.C.D.R. 27

אוסטרליה:

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

צרפת:

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

קנדה:

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13
Galerie d'Art du Petit Champlain Inc. v. Theberge, 2002 SCC 34

ספרות ומאמרים:

אלקין-קורן ניבה, "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" **עלי משפט ב** (תשס"ב) 319.

גרינמן טוני, **זכויות יוצרים – מעידן הדפוס אל העידן הדיגיטלי** (הוצאת איש ירוק, התשס"ד).

דויטש מיגל, **עולות מסחריות וסודות מסחר** (נבו הוצאה לאור, תשס"ב).

פסח גיא, "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" **משפטים לא** (תשס"א) 359.

פסח גיא, "זכות היוצרים בפסיקת בית-המשפט העליון – שיקולים ומבט אל עבר עידן המידע" **עלי משפט ב** (תשס"ב) 297.

קרניאל יובל ונסימיאן אהוד, "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" **עלי משפט ג** (תשס"ג), 191.

Bell, Tom W., "*Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*", 76 **N. Carolina L. Rev.** 557 (1998)

Burk, Dan L. and Cohen, Julie E., "Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems" (August 18, 2000). Georgetown Public Law Research Paper No. 239731. <http://ssrn.com/abstract=239731>

Cunard, Hill & Barlas, "*Current Developments in the Field of Digital Rights Management*", **WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights** (Tenth Session, Geneva November 2003)

Cohen, Julie E., "*DRM and Privacy*", **18 Berk Tehc L. J.**, (2003)

Cohen, Julie E., "*Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed To Protect Them*" **12 Berk Tehc L. J** (1997) 161

Fisher, William, "*Theories of Intellectual Property*" in Stephen Munzer, ed., **New Essays in the Legal and Political Theory of Property** (Cambridge University Press, 2001)

Fisher, William, Gasser, Urs, et al., *iTunes – How Copyright, Contract and Technology Shape the Business of Digital Media – A Case Study* (Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law Scholl) White Paper (revised version June 15,2004)

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, May 11, 2001)

<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=255650&nodeId=file3f03c016537b2&fn=Continuing%20Legal%20Education%20-%20Speech.pdf>

Loren, Lydia Pallas, "Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission System", **5 J. Intel. Prop. L.** 1 (1997)

Ricketson, Sam, "WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment", **WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights** (Ninth Session, Geneva June 2003)

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

Samuels, Edward, **The Illustrated Story of Copyright** (Thomas Dunne Books, 2002)

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

Stefik, Mark. (1997) "Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing" **12 Berk Tech L. J.**, (1997) 137.

von Lohmann, Fred, "Fair Use and Digital Rights Management: Preliminary Thoughts on the (Irreconcilable?) Tension between Them" (EFF, Computers, Freedom & Privacy 2002) http://www.eff.org/IP/DRM/cfp_fair_use_and_drm.pdf

דפי אינטרנט נוספים:

Australian Competition and Consumer Commission, Consumers' Attention Drawn to Copy Protected CDs, 20 November 2002,

<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/88243/fromItemId/378014>

DRM Watch, "Fnac Stretches Fair Use Rules in New Online Music Service" (September 23, 2004) ,<http://www.drmwatch.com/ocr/article.php/3412101>

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