

הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע*

מאת

ניבה אלקין-קורן**

א. פתיח. ב. מהי הסדרה עצמית. 1. חוזים; 2. טכנולוגיה; 3. פיקוח טכנולוגי בחסות החוק. ג. מה הן הסכנות הכרוכות בניהול מדיניות מידע המבוססת על הסדרה עצמית. ד. סיכום.

א. פתיח

בראשית שנות התשעים ובמהלך העשור האחרון מיהרו רבים להספיד את דיני זכויות היוצרים.

באמרו המפורסם משנת 1994 "כלכלת הרעיונות" שהתפרסם במגזין WIRED¹, מגזין שהפך לסמלו התרבותי של עמק הסיליקון, הכריז ג'ון פרי ברלו כי "דיני זכויות היוצרים הגיעו אל קצם". חוק, המקנה ליוצר זכויות לשלוט בביטוי הפיזי של היצירה – כגון הזכות למנוע העתקה והפצה – פשוט איננו מתאים עוד לסביבה הווירטואלית של הרשת אשר בה היצירות אינן מקובעות במדיה פיזית כלשהי. מידע, קבע ברלו, מבקש להיות חופשי, וברשת אשר מכילה רובה ככולה מידע טהור ישוב המידע ויהיה חופשי².

* הכתוב מבוסס על הרצאה שניתנה במסגרת כנס בנושא "זכויות יוצרים בעידן המידע" אשר ערכה המכללה האקדמית למשפטים לכבוד פרופ' יהושע ויסמן – חתן פרס ישראל בחקר המשפט. תודתי נתונה ליעל ברגמן על הסיוע בהכנת המאמר.

** ד"ר, מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1 J.P. Barlow "The Economy of Ideas: A framework for Patents and Copyrights in the Digital Age" WIRED, 2.03: March, 1994.

2 גם אחרים הספידו את החוק. חברות התקליטים והמוציאים לאור מיהרו להתריע כי דיני זכויות יוצרים הגיעו אל סוף דרכם. בסביבה שבה כל ילד המחובר לרשת יכול ליצור אינסוף עותקים זהים

כיום ברור לכול שדיני זכויות היוצרים לא נעלמו מן העולם. עם זאת נראה כי זכויות היוצרים הקלאסיות כפי שהכרנו אותן במאות השנים האחרונות הולכות ומאבדות מחשיבותן, אם כי מסיבות שונות לחלוטין מאלו שהניחו מנהיגי תנועת התוכן החופשי. רשת האינטרנט הציבה אתגרים חדשים בפני דיני זכויות היוצרים. רבות נכתב על הקושי הכרוך ביישומו של חוק שעיקרו איסור העתקה ברשת דיגיטלית המבוססת על ריבוי עותקים. העובדה שניתן להעתיק יצירות באמצעים ביתיים (מחשב) ולהפיץ כמויות גדולות של עותקים זהים למקור בלחיצת כפתור ובעלות מינימלית, יצרה לחץ כבד לחיזוק ההגנה המשפטית הניתנת ליצירות ברשת. עם זאת גברה ההכרה שכל שימוש (עיון, צפייה, האזנה) ביצירה במדיה דיגיטלית מחייב יצירת עותק, ולפיכך הזכות הבלעדית להעתיק את היצירה עלולה, בעידן האינטרנט, להתרחב לכדי הזכות הבלעדית למנוע כל שימוש ביצירה³. יתרה מזאת, רשת האינטרנט יצרה אתגרים מסוג חדש למערכת אכיפת החוק המדינתית. יעילותה של מערכת האכיפה המסורתית הפועלת בגבולות המדינה פוחתת בכל מה שנוגע למאמצי אכיפה ברשת גלובלית המאפשרת למשתמשים לפעול בו זמנית ממדינות שונות ולהסוות באופן יעיל יחסית את מיקומם וזהותם⁴. אכיפתם של דיני זכויות יוצרים בנסיבות אלו נעשית קשה בייחוד לאור הקושי להתחקות אחר המפרים ולהעמידם לדין.

עם זאת הרשת מאפשרת סוגי הסדרה חלופיים. ספקי התוכן הפועלים ברשת מסתמכים יותר ויותר על חוזים אחידים המעניקים להם זכויות רחבות מאלו המוענקות להם על-פי דיני זכויות יוצרים. לצד ההסדרה העצמית באמצעות חוזים מציעה התשתית הטכנולוגית של הרשת אמצעים טכניים המאפשרים פיקוח על השימוש בתוכן, ואשר מקנים למפיצים שליטה חסרת תקדים על השימוש ביצירותיהם⁵. המהפכה השקטה אשר מתחוללת בדיני זכויות היוצרים החל מאמצע שנות התשעים מתאפיינת אפוא במעבר מהסדרה ציבורית להסדרה פרטית.

בתוכנם ובאיכותם למקור ולהפיצם ברחבי העולם בלחיצת כפתור ובעלות זניחה, לא ניתן עוד להילחם כנגד העתקות ולהבטיח את זכויות היוצר. בסביבה שבה אין צורך ליצור עותקים פיזיים של היצירה על-מנת להפיק ממנה הנאה, לא די בזכות הקלאסית כנגד העתקה – copyright – ויש צורך בזכויות בלעדיות לשלוט בגישה ליצירה – access. לכן, טענו המו"לים, קיים חשש כבד באשר לעתידן של תעשיות התוכן והתפתחותו של שוק התוכן באינטרנט. המחוקקים, כך נטען, חייבים לעשות מעשה.

J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 *Cardozo Arts & Enter. L. Jou.* 29 (1994) 3

T. Hardy "The Proper Legal Regime for Cyberspace" 55 *Uni. of Pitt. L.R.* 993 (1994) 4

J.E. Cohen *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management"* 97 *Mich. L. Rev.* 462 (1997) 5

היקף זכויותיו של בעל זכות היוצרים ביצירתו הוגדר עד לא מכבר באופן בלעדי על-ידי המחוקק. חוק זכויות יוצרים מגדיר מה הן היצירות הראויות להגנה ומה ייוותר בנחלת הכלל; מה נכלל באגד הזכויות הבלעדיות הנתונות לבעל זכות היוצרים, ואילו שימושים ביצירה יהיו פתוחים לכול; מתי שימוש – כגון הפצה של היצירה או העתקתה – יהווה הפרה של זכות יוצרים ומתי שימוש כאמור יהווה שימוש הוגן (למשל לצורכי לימוד עצמי).

בשנים האחרונות השימוש ביצירות אינו מוסדר עוד בחקיקה בלבד. זכויות המפיצים והמשתמשים נקבעות יותר ויותר בדרך של הסדרה עצמית בידי גורמים פרטיים הפועלים במסגרת השוק. נוסף על כך, חקיקה שאומצה בשנים האחרונות בארצות-הברית ובאירופה מעודדת מגמה זו באמצעות הענקת מעמד מועדף להסדרה הטכנולוגית. הדיון שלהלן סוקר התפתחות זו ודן בהשלכותיה על סביבת המידע.

ב. מהי הסדרה עצמית

דיני זכויות יוצרים עוברים בשנים האחרונות תהליכי הפרטה. תהליכים אלו באים לידי ביטוי במישורים אחדים, הבולט שביניהם הוא מישור ההסדרה, דהיינו עליית כוחם של אמצעי ההסדרה העצמית על חשבון מנגנוני ההסדרה הציבורית. אמצעים אלו יידונו ביתר פירוט להלן. אולם לצד התפתחות זאת מתרחשים תהליכי הפרטה גם במישורים נוספים. כך למשל מתחוללת הפרטה של מנגנוני האכיפה והפיקוח.

מתווכים חדשים הופכים לשחקנים פוטנציאליים בתהליך האכיפה. ספקי שירות באינטרנט, כגון מנהלי אתרים, ספקי גישה לרשת, מנהלי חוות שרתים המציעים שירותי אחסון, ספקי תוכן וספקי תשתית נדרשים על-ידי בעלי הזכויות לקחת חלק פעיל במאמצי האכיפה של זכויות היוצרים. ספקי שירות באינטרנט (Online Service Providers) שולטים לעתים קרובות בגישה למערכות המשמשות לאחסון התוכן והפצתו. לפיכך מבחינה טכנית יכולים ספקים אלו לפקח על התוכן המופיע באתר ולסייע באיתור הפרות זכויות יוצרים ומניעתן. יכולת זו הפכה את ספקי האינטרנט למטרה נוחה עבור בעלי זכויות היוצרים, שחיפשו אמצעים למניעת העתקות והגברת האכיפה ברשת האינטרנט. עקב כך במהלך שנות התשעים נחשפו ספקי השירותים יותר ויותר לתביעות משפטיות בגין הפרות זכויות יוצרים שבוצעו בידי משתמשיהם. הואיל ומתן גישה ליצירות, אחסון יצירות ואספקת שירותי ניתוב והעברת תוכן כרוכים ביצירת עותקים (גם אם לעתים זמניים בלבד) של היצירה, ספקי השירותים עלולים לחוב באחריות ישירה להפרת זכויות יוצרים. במספר מקרים הטילו בתי-המשפט בארצות-הברית אחריות על ספקים בגין פעולות הפרה אשר בוצעו בידי משתמשים במערכות שבשליטתם, בעיקר

על-פי הדוקטרינה המשפטית של "הפרה תורמת"⁶. בתי-משפט אחדים באירופה הגיעו לתוצאה דומה⁷. לאחרונה הכיר גם בית-המשפט העליון הישראלי לראשונה בדוקטרינת ההפרה התורמת בתחום הקניין הרוחני⁸.

אחריות פוטנציאלית זו בגין הפרת זכויות יוצרים מטילה נטל כבד על הספקים. הספקים נדרשים להפעיל שיקול דעת שיפוטי ולקבוע אם חומר המצוי על גבי שרתיהם או מועבר דרכם מפר זכויות יוצרים. על-מנת לצמצם את אחריותם נאלצים הספקים לאמץ מדיניות בקרה העוקבת אחר השימוש בתוכן ומפקחת עליו.

בארצות-הברית נחקק לאחרונה ה-"DMCA" (Digital Millennium Copyright Act)⁹, היוצר "חוף מבטחים" ("safe harbor") לספקי השירותים. חקיקה זו מתמרצת אף יותר את מדיניות ההסדרה העצמית של המתווכים. אף שהחוק אינו כופה על הספקים חובה לפקח על הפרות זכויות יוצרים, הוא דורש מהספקים ליישם מדיניות אכיפה על-מנת שיהיו פטורים מאחריות¹⁰. על-פי ה-DMCA, ספקי השירותים¹¹ יהיו פטורים מאחריות בגין חומר מפר שמתמש אחסן במערכת, אם נטלו חלק בפעולות האכיפה והמניעה¹². על-מנת לזכות בהגנה על הספק להתאים את האמצעים הטכניים שאומצו על-ידי בעל זכות היוצרים, לאמץ מדיניות זכויות יוצרים שתאפשר הפסקת פעילותם של משתמשים

6 *Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services Inc.*, 907 F. Supp 1361 (N.D. Cal. 1995); *Sega Enterprises v. Maphia*, 948 F. Supp. 923 (N.D. Cal. 1996).

7 *Scientology, President of District Court of Hague*, 12 March 1996, translation to English .Dellebeke (ed.), *Copyright in Cyberspace*, p. 139

8 ע"א 1636/98 רב בריח נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש בע"מ ואח' (טרם פורסם) (פסק-הדין עסק בהפרה תורמת של פטנט).

9 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998)
10 יחד עם זאת החוק אינו מתנה את החסינות בהפעלת פיקוח יזום. ("Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsections (a) through (d) on (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, except to the extent consistent with a standard technical measure complying with the provisions of subsection (i)")

11 ספקי השירותים מוגדרים על-ידי ה-DMCA באופן רחב הכולל () [A]n entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications between or among points specified by a user, of material of the user's choosing without modification to the content of the material as sent or received; 'and' (b)... a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor" 17 U.S.C § 512(k)(1) (1998).

12 17 U.S.C. § 512 (1998) ("Limitations on liability relating to material online")

המפרים תדיר זכויות יוצרים וכן להתמודד עם תלונות בגין הפרות זכויות יוצרים על-ידי מינויו של סוכן זכויות יוצרים המיישם מדיניות של "הודעה והסרה" (Notice and Take-Down Policy)¹³.

ביישום מדיניות אכיפה ומניעה זו משחקים ספקי השירותים תפקיד חשוב בהגנה על זכויותיהם של בעלי זכויות היוצרים. התוצאה היא שפונקציות האכיפה, שבעבר היו באחריותם הבלעדית של בתי-המשפט והמשטרה, מועברות יותר ויותר לידיים פרטיות – ספקי השירותים¹⁴. הסכנה היא, כמובן, שהטלת אחריות על ספקי שירותים באינטרנט להפרת זכויות יוצרים בידי המשתמשים, עלולה לעודד את הספקים להתערב בתוכן המועבר ברשת ולצנזר תוכן אשר עלול להגביר את חשיפתם המשפטית. בנוסף, העלויות הגבוהות הכרוכות בהקמת מנגנון סינון ובקרה כאמור צפויות לייקר את מחיר השירות. השלכות אלה עלולות ליצור "אפקט מצנן" על חופש הביטוי. מעניין לציין כי נימוקים אלו וההכרה בסכנות הכרוכות בהפרת מנגנון האכיפה והפיקוח הובילו להגבלת אחריותם של ספקי השירות לסוגי נזק אחרים, למשל לנזק הנובע מהוצאת לשון הרע על-ידי המשתמשים¹⁵.

1. חוזים

ההסדרה העצמית הנפוצה והמוכרת ביותר היא כמובן באמצעות חוזים. בשנים האחרונות ניכרת מגמה הולכת וגוברת של הסתמכות על הסדרים חוזיים נוכח האפשרות לכונן יחסים חוזיים ברשת. אפשרות זו קיימת הודות לאופיים האינטראקטיבי של אמצעי ההפצה הדיגיטליים, המאפשרים ניהול משא ומתן ויצירת קשר ישיר בין ספקי התוכן למשתמשים.

חוזים המסדירים שימוש בתוכן מכוונים במקרים רבים "רישיונות", אולם כינוי זה עלול להטעות. החוזה אמנם מקנה הרשאה מטעמו של בעל זכות היוצרים לעשות שימוש בזכויות אשר ניתנו לו מכוח חוק, אולם יותר ויותר ספקים מבקשים לחרוג מגדר

13 17 U.S.C. § 512(a)-(d), and (i) (1998).

14 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001) כמו כן ראו news.Cnet.com/news/0-1007-200-1995157.html?tag=st.ne.1.srchres.ni (המדווח על תלונות כנגד eBay בגין בדיקת המכירות של מוצרים המוגנים בזכויות יוצרים שבבעלות מייקרסופט).

15 Communications Decency Act, 1996, 47 U.S.C 230(c)(1) ("no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider"); *Zeran v. AOL*, 985 F. Supp. 1124 (E.D.Va 1997), aff'd 129 F. 3d 327 (4th Cir. 1997); *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998).

הזכויות שהוגדרו בחוק ולכונן באמצעות החוזה זכויות חדשות המטילות הגבלות מסוג חדש על השימוש ביצירה. הסדרים אלו עלולים כמובן לחרוג ממערך האיזונים אשר נקבע בדיני זכויות יוצרים. לדוגמה, בעוד שנתונים כשלעצמם (רשימת מספרי טלפון למשל) אינם מוגנים בזכות יוצרים¹⁶, עשוי ספק המידע לאסור על העתקת המידע והפצתו באמצעות הוראות החוזה. בדומה, אוסרים מנועי חיפוש רבים ברישיון השימוש שלהם על העתקתן והפצתן של תוצאות חיפוש שאינן אלא עובדות ונתונים, אשר בתור שכאלה אינם מוגנים בזכויות יוצרים¹⁷. בית המשפט האמריקני פסק בעניין *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*¹⁸ כי ניתן לאסור על העתקת נתונים באמצעות רישיון שימוש כאמור. הנתבע בפסק-הדין רכש עותק של CD-ROM שיצרה התובעת, המשלב רשימות טלפונים עם תוכנת מחשב המקנה גישה לרשימות. זיידנברג, הנתבע, לא חתם על חוזה עם התובעת, אם כי על גבי האריזה שהכילה את מאגר המידע צוין שהשימוש בתוכנה כפוף לתנאי הרישיון המצורפים¹⁹. זהו חוזה מסוג "חוזה צלופן" ("shrink-wrap license"), דהיינו סוג של חוזה אחיד המוצמד למוצר בהפצה המונית ונכרת באמצעות קיבול בהתנהגות – קריעת אריזת הצלופן (בעבר) או שימוש בתוכנה²⁰. תנאי השימוש צורפו בתוך האריזה ואף הוצגו על צג המחשב של המשתמש בטרם נעשה שימוש בתוכנה. לפי תנאי הרישיון, נאסר על המשתמשים להעביר את התוכנה ואת הרשימות למשתמשים אחרים. זיידנברג העתיק את רשימות מספרי הטלפון למחשבו, שילב את מאגר הנתונים עם תוכנת חיפוש מקורית שפיתח בעצמו ואיפשר לציבור הגולשים ברשת גישה חופשית

- 16 סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, ח"א" כרך א, (ע) 364: "על אף האמור בסעיף 1 לחוק זכות יוצרים, לא תהא קיימת זכות יוצרים בכל אחד מאלה: ... (4) עובדה או נתון, כשהם בלבדם". בדומה פסק בית-המשפט העליון בארצות-הברית כי עובדות אינן מוגנות בזכויות יוצרים אלא אם דרך סידורן הינה מקורית ויוצאת דופן (ספר טלפון המאורגן באופן אלפביתי איננו מקורי ולכן אינו מוגן) *Feist Publications v. Rural Tel. Services* 499 U.S. 340, 344-361 (1991).
- 17 רבים מההסכמים מקנים רישיון מוגבל לשימוש אישי וכוללים איסור מפורש על ביצוע חיפושים אוטומטיים, שימושים מסחריים בתוצאות חיפוש וכן איסור על שימוש ב"רובוטים". בחוים מסוג זה המשתמש מוגדר בדרך כלל באופן רחב כ"כל מי שנכנס, או השתמש במנוע החיפוש". מטרתה של לשון רחבה זו לכלול, נוסף על משתמשים פרטיים, גם תוכנות מחשב העורכות חיפושים אוטומטיים. ראו לדוגמה את תנאי השימוש של Google, Inc.
- ב- www.google.com/terms_of_service.html וכן את תנאי השימוש של [scour.com](http://beta.scour.com/index.cfm?fuseaction=policies#eula) המופיעים ב- <http://beta.scour.com/index.cfm?fuseaction=policies#eula>.
- 18 *ProCD, Inc. v. Zeidenberg* 86 F. 3d 1447 (7th cir. 1996) (להלן – עניין *ProCD II*).
- 19 שם, עמ' 1449-1450.
- 20 חוזי צלופן כוללים, בדרך כלל, תנאים בנוגע לזכויות קנייניות, הרשאות והגבלות לגבי זכויות המשתמשים. ראו 68 M.A. Lemley "Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses" *Sou. Cal. L.R.* 1239 (1995).

לרשימות באמצעות האינטרנט²¹. חברת ProCD, התובעת, ביקשה מבית-המשפט צו מניעה כנגד הפרת הרישיון על-ידי זיידנברג²². הערכאה הראשונה פסקה כי לא נכרת בין הצדדים חוזה מחייב וכי זיידנברג לא קיבל על עצמו כלל את תנאי השימוש. מעבר לכך, בית-המשפט קבע כי החוזה אינו אכיף, שכן הוא מנוגד לדיני זכויות יוצרים וסותר אותם²³. בית-המשפט ציין עוד כי אם רישיונות מסוג זה יהיו אכיפים, יופר האיזון העדין המושג באמצעות דיני זכויות היוצרים, והדבר יאפשר לצדדים להתעלם מדיני זכויות יוצרים ולהמירם בחוזים²⁴. בית-המשפט לערעורים הפך את החלטת בית-משפט קמא. לדידו, רכישת התוכנה כפופה לרישיון השימוש. החוזה בין זיידנברג ל-ProCD נכרת כאשר זיידנברג עשה שימוש בתוכנה, פעולה אשר הוגדרה על-ידי ProCD כאות לקיבול תנאי השימוש. לפיכך פסק בית-המשפט כי השימוש בתוכנה מהווה "קיבול" במשמעותו המשפטית וכי נכרת חוזה בין זיידנברג לבין התובעת²⁵. שאלת תוקפם של חוזים הנכרתים ברשת האינטרנט התעוררה בשנים האחרונות במספר פסקי-דין בארצות-הברית, אולם הפסיקה בנדון אינה אחידה²⁶. בישראל טרם ניתנה הכרעה משפטית בנושא²⁷.

ProCD, Inc. v. Zeidenberg 908 F. Supp. 640, 645 (W.D. Wis. 1996), *rev'd*, 86 F. 3d 21

1447 (7th Cir. 1996). (להלן – עניין *ProCD I*).

עניין *ProCD II* (לעיל, הערה 18), עמ' 1450. 22

ובלשונו של בית-המשפט: "Licenses that prohibit the distribution of public information, step into territory already covered by copyright law" עניין *ProCD I* (לעיל, הערה 21), עמ' 658. 23

בית-המשפט הסתמך בדבריו על דוקטרינת ה-Preemption האמריקנית, הקבועה בסעיף 301 לחוק זכויות היוצרים הפדרלי (17 U.S.C. § 301). דוקטרינה זו מקנה עדיפות לדיני זכות יוצרים על פני הסדרים סותרים בחקיקה מדינתית. להרחבה ראו N. Elkin-Koren "A Public Regarding Approach to Contracting Copyrights" in *Expanding the Bounds of Intellectual Property: Innovation Policy For the Knowledge Society*, 191, 215-216 (Rochelle Dryfuss & Dianna Zimmerman eds., 2000). 24

עניין *ProCD II* (לעיל, הערה 18), עמ' 1452. 25

כמה פסקי-דין קבעו כי רישיונות מסוג זה אינם אכיפים. ראו *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.* 2000 U.S. Dist. Lexis 4553 (2000) (בפסק-הדין נקבע כי תנאי שימוש המופיעים בתחתית העמוד ואינם דורשים כל קיבול אקטיבי, אינם יוצרים חוזה מחייב בין התובעים למשתמשי האתר); *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 2001 U.S. Dist. Lexis 9073; (פסק-הדין עורך הבחנה בין shrink-wrap licensing, click-wrap licensing ו-browse-wrap licensing ו-browse-wrap licensing וקובע כי בעוד שני הראשונים עשויים להיות אכיפים, 26

licensing, אינו אכיף). בפסקי-דין אחרים, לעומת זאת, נקבע שתנאי שימוש המופיעים באתר כן יוצרים חוזה אכיף. ראו *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 2000 U.S. Dist. Lexis 18846 (נפסק

פרשת ProCD מעוררת את שאלת היחס שבין חוזים לזכויות יוצרים. במשפט האמריקני מוסדרת סוגיה זו במסגרת הדוקטרינה המשפטית הידועה בשם Preemption Doctrine. דוקטרינה זו המנוסחת בסעיף 301 לחוק זכויות היוצרים האמריקני מעניקה בלעדיות לחוק זכויות יוצרים בכל מה שנוגע להסדרת השימוש ביצירות²⁸. סעיף זה נועד למנוע שיבוש מטרת החוק בידי חקיקה מדינתית אשר עלולה לצמצם את מידת ההגנה הניתנת ליצירות או להרחיבה ובכך לתרום לאחידות בתחום זכויות היוצרים אשר תגביר את היעילות²⁹. הסדר זה מעניק אפוא קדימות לדיני זכויות היוצרים הפדרליים על פני חקיקה מדינתית בנושאים שעליהם חל החוק הפדרלי. הסעיף מגדיר שני תנאים מוקדמים אשר בהתקיימם יהיה החוק המדינתי חסר תוקף. על-פי התנאי הראשון, דרוש כי החוק המדינתי יקנה זכויות במה שמהווה "נושא זכות יוצרים" (Copyright Subject Matter). מושג זה אינו מצומצם אך ורק ליצירות הזוכות להגנה על-פי החוק, והוא מקיף גם את כל סוגי היצירות והנכסים הבלתי מוחשיים המוסדרים על-פי החוק, בין אם זכו להגנת זכות יוצרים ובין אם לאו. דרישה זו פורשה בידי בתי-המשפט בארצות-הברית כך שתחול גם כשמדובר בחוק המקנה הגנה ל"רעיון" אשר כידוע מוסדר בחוק זכויות יוצרים אם כי אינו זוכה להגנה. פרשנות זו נועדה לשמור על מערך האיזונים שיצר החוק ולמנוע מתן הגנה ליצירות אשר החוק ביקש להשאירן בנחלת הכלל³⁰. התנאי השני לפסילת החוק המדינתי דורש כי הזכויות הניתנות על-ידי החוק המדינתי תהיינה שקולות (אך לא בהכרח זהות) לזכויות הבלעדיות המוקנות לבעל זכות היוצרים בחוק הפדרלי בסעיף 106.

כי הנתבעים מחויבים לתנאי השימוש המופיעים באתר היות שהגיבו לשאלתה מסוג WHO IS ;
Caspi v. Microsoft Network, L.L.C., 732 A. 2d 528, 532 (נפסק כי חוזה "הקש-קבל" הינו תקף). בנוסף, בשנת 1999 התקבל בארצות-הברית חוק חוזים לדוגמה, Information Transaction Act (UCITA), אשר נועד להסדיר באופן ייחודי את תוקפם של רישיונות במידע.

27 אף שחוק החוזים הישראלי מכיר באופן עקרוני בקיבול בהתנהגות, אותה התנהגות צריכה להעיד על גמירת דעתו של הניצע להתקשר בחוזה עם המציע, על-פי ההצעה. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיפים 5 ו-61 (להלן: חוק החוזים). לא ברור באיזו מידה ניתן לייחס גמירת דעת למשתמש אשר אינו מבצע כל פעולה נוספת מעבר לעצם השימוש בתוכן.

28 ראו 1976 Copyright Act, 17 U.S.C § 301.

29 ראו (1996) A:274-6 *P. Goldstein Copyright* (2nd ed.). חוזים מהווים אומנם הסדרה עצמית אולם החוזה מקבל את תוקפו המשפטי מחוק החוזים המדינתי. לפיכך אם ימצא שאכיפת החוזה מסכלת את מטרת החוק לא יאכפו הוראות אלו מכוח סעיף 301 האמור.

30 *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.* 489 U.S. 141 (1989)

בית-המשפט לערעורים בפרשת ProCD קבע כי זכות הנוצרת על-ידי חוזה היא זכות אישית (in personam) הנוגעת לצדדים לחוזה בלבד, ואינה יכולה ליצור זכות בלעדית כלפי כל העולם (in rem)³¹. בית-המשפט פסק כי תנאי השימוש משקפים הסדרה פרטית, שהינה חיונית לתפקודו התקין של השוק³². מסקנתו של בית-המשפט הייתה כי חוזה צלופן מסוג זה שהיה לפניו אינו עומד בסתירה לדיני זכויות יוצרים, שכן מדובר בשני מישורים משפטיים נפרדים³³.

לכאורה, חוזה אכן יוצר חובות וזכויות אובליגטוריות החלות אך ורק כלפי הצדדים לחוזה, אולם בכל הנוגע לרישיונות שימוש בתוכן, תחולתם של החוזים אוניברסלית. החוזה צמוד לעותק והולך עמו. הוא חל על כל השימושים ועל כל המשתמשים אשר עושים שימוש בתוכן. החוזה עצמו מגדיר בדרך כלל את עצם השימוש ביצירה כקיבול בהתנהגות, ולכן קשה להעלות על הדעת נסיבות שבהן משתמש אשר עשה שימוש בתוכנה יהיה פטור מהוראות חוזה השימוש. גם מי שלכאורה לא רכש את התוכנה, אלא מצא אותה בקרן הרחוב והתקין אותה במחשב, או קיבל עותק של התוכנה מחברו, יגלה מיד כי השימוש בתוכנה כפוף להוראות החוזה וכי עצם השימוש בתוכנה מהווה הסכמתו לתנאים אלו. במילים אחרות, כאשר הדרישה שמציבים בתי-המשפט להכרה ביצירת הקשר החוזי הינה מינימלית, אזי לעולם לא תיתכן גישה ליצירה ללא כפיפות לתנאי הרישיון. כאשר תנאי הגישה מוגדרים באמצעות חוזים אחידים, תנאי החוזה שולטים במערכות היחסים שבין בעל התוכן לבין רוכשי הגישה כולם.

האפשרות לכונן קשר חוזי עם כל משתמש, כמו גם היכולת הטכנית והמשפטית למנוע את הגישה ממי שאינו בעל רישיון שימוש, יוצרות משטר הדומה בטבעו למשטר הקנייני של זכויות בלעדיות. הפצה מקוונת והסדרים חוזיים הנתמכים על-ידי אמצעים פיזיים של מניעה, מעקב ושליטה יוצרים זכויות קנייניות דה-פקטו³⁴. במובן זה יש בחוזים אלו כדי להשפיע בפועל על מצב הזכויות והחובות של הציבור הרחב ביחס ליצירה והם עלולים לשבש את מערך האיזונים אשר נקבע בחוק זכות יוצרים.

האם ראוי לתת תוקף להסדרה עצמית הנוגעת ליצירות המוגנות בזכות יוצרים? חוזים משחקים כמובן תפקיד מפתח בשוק היצירות. חוזה שהוראותיו מקנות הרשאה

31 עניין *ProCD II* (לעיל, הערה 18), עמ' 1454. הזכות החוזית יסודה בהסכמה בין הצדדים ובנטילת ההתחייבות ההדדית. לפיכך, זכות זו קיימת אך ורק כלפי הצדדים לחוזה. ראו P.S. Atiyah *An Introduction to the Law of Contracts* (1995), at p. 355-356.

32 שם, עמ' 1455.

33 שם, עמ' 1454.

34 להרחבה בנושא ראו: N. Elkin-Koren "Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract" 12:1 *Ber. Tech. L.J.* 93 (1997).

לעשות שימוש בזכויות מכוח חוק מאפשר לבעל זכות הקניין לסחור בזכויותיו בשוק החופשי ובכך לממש את הערך הכלכלי של יצירתו. אולם נשאלת השאלה אם רצוי לאפשר יצירתן של זכויות חדשות אשר לא נזכרו באגד הזכויות של היוצר באמצעות חוזים אחידים. הוראות מסוג זה מתאפיינות בכך שהן מטילות הגבלות על חירותם של המשתמשים לעשות שימוש ביצירה, שאלמלא הוראות החוזה היו חופשיים לעשותו מכוח חוק זכויות יוצרים ("תנאים מגבילים"). במילים אחרות, האם יש לראות בהוראות המגדירות את זכויות המשתמשים בחוק זכות יוצרים משום הסדר קוגנטי, או שמא רשאים הצדדים להתנות עליו? סוגיה זו נוגעת למהותם של דיני זכויות היוצרים והיעדים שאותם מבקשים דינים אלו לשרת. דיני זכויות יוצרים מעניקים ליוצר אגד של זכויות ביצירה המוגנת על-מנת להבטיח קיומם של תמריצים להשקעה ביצירה³⁵. ההנחה בבסיס החוק הינה שמאחר שהיוצרים אינם יכולים לשלוט באופן אפקטיבי בשימוש ביצירותיהם, אין בכוחם לגבות תגמול הולם בגין השימוש וההנאה שהופקו מיצירתם. הזכויות הבלעדיות ביצירה המוגנת נועדו להבטיח כי בעל הזכות יוכל להפיץ את יצירתו באופן מסחרי ולהפיק ממנה רווח. החוק מבקש לעודד את היצירה תוך שמירה על איזון בין מתן תמריצים ליוצרים בדמותן של זכויות בלעדיות ביצירה לבין שמירה על נחלת הכלל אשר תיצור בסיס איתן לפיתוח יצירות חדשות על יסוד הקיים³⁶.

האם ניתן לצפות כי הסדרים חוזיים יוכלו להחליף את ההסדר בחוק ולהגשים יעדים אלו?

הספרות המצדדת במתן עדיפות להסדרים חוזיים מעלה שני סוגי נימוקים: האחד יסודו בשיקולים של יעילות כלכלית, והשני נוגע ללגיטימיות של הסדרים חוזיים כביטוי לאוטונומיה של הפרט. הגישה הכלכלית גורסת כי בהיעדר כשל שוק (כגון מונופול) ייהנו חוזים מעדיפות נורמטיבית על פני הסדרים שבחוק³⁷. ההנחה היא כי באמצעות תחרות חופשית בשוק ייקבעו ההסדרים המשפטיים היעילים ביותר בכל מה שנוגע לשימוש ביצירות. הסדרה עצמית תאפשר לספקי התוכן לתפור מגוון של הסדרים על-פי

35 אגד הזכויות כולל את הזכות הבלעדית ליצור עותקים, ליצור יצירות נגזרות, הזכות לביצוע פומבי והצגה בציבור וכן את זכות ההפצה לציבור. סעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911; וכן סעיף 106 לחוק זכויות יוצרים האמריקני (17 U.S.C. § 106). המחוקק הישראלי הכיר גם בזכות המוסרית של היוצר – סעיף 4 לפקודת זכות יוצרים, 1924.

36 ראו ע"א 513/89 *Interlego A/S* נ' *Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח (4) 133, עמ' 165.

37 ראו למשל F.H. Easterbrook "Cyberspace and the Law of the Horse" *The University of Chicago Legal Forum* 207 (1996); M.A. O'Rourke "Drawing the Boundry Between Copyright and Contract: Copyright Preemption of Software License Terms" 45 *Duke L.J.* Hardy; 479 (1995), **(לעיל)**, הערה (4), עמ' 995-996.

מידותיו המיוחדות של כל משתמש. לעומת זאת חקיקה הינה כללית על-פי טבעה, ולכן היא חסרה את הגמישות המתחייבת נוכח הצרכים הייחודיים המשתנים מעת לעת. בנוסף, סובל תהליך החקיקה ממחסור מבני במידע מלא ומהימנן על הצרכים המיוחדים של יוצרים ומשתמשים בכל אחד מענפי התוכן השונים (התוכנה, המוסיקה, הקולנוע או ההוצאה לאור). לפיכך ראוי להפקיד את עיצוב הכללים בידי מי שבקיא בצרכים והעדפות אלו, דהיינו הצדדים לחוזה עצמם. תנאי החוזה היעילים ביותר ייקבעו, על-פי גישה זו, בדומה לקביעת מחיר המוצר, באמצעות תהליכי השוק המבוססים על ביקוש והיצע. ההנחה היא כי תנאי השימוש מהווים חלק בלתי נפרד מן המוצר עצמו, ולכן ההסכמה לרכוש את המוצר או השירות במחיר מסוים בכפוף להגבלות החוזה מבטאת נכונה את העדפות המשתמש³⁸.

יסוד ההסכמה הוולונטרית המאפיין את הקשר החוזי עומד גם בבסיס העמדה הגורסת כי יש עדיפות נורמטיבית להסדרה עצמית על פני ההסדר שבחוק זכויות יוצרים, הואיל והיא מבטאת את אוטונומיית הרצון של הפרט. יסוד זה המקנה בסיס מוסרי לתוקף החוזה³⁹ מקבל משנה חשיבות במציאות הגלובלית של רשת האינטרנט היוצרת סדקים בלגיטימיות של החלת החוק המדינתי על משתמשי הרשת ברחבי העולם⁴⁰. ההנחות שלעיל מוטלות כמובן בספק בכל מה שנוגע לחוזים אחידים. תנאי הרישיון אינם נקבעים בשוק חופשי אשר המשתמשים נהנים בו מחופש בחירה. רישיונות השימוש מהווים ברוב המקרים חוזה אחיד, המנוסח על-ידי מפיצי התוכן. הסכמת

38 כך למשל, חוזה האוסר על כל שימוש בתוכנה לשם פיתוח תוכנות מתחרות יאפשר לספק התוכנה למכור רישיונות הכוללים "תנאים מגבילים" במחיר נמוך יחסית למשתמשי קצה המבקשים לעשות שימוש רגיל בתוכנה ואין ככוונתם לפתח תוכנות מתחרות. לעומת זאת, חברה המבקשת לעשות שימוש בתוכנה לפיתוח מוצרים אחרים תאלץ לשלם עבור הרשאה המיוחדת. יצוין כי דיני זכויות יוצרים אומנם אוסרים על העתקת התוכנה ללא הרשאה, אולם החוק אינו מקנה לבעל זכות היוצרים את הזכות הבלעדית למנוע שימוש בתוכנה לפיתוח מוצרים מתחרים (ובלבד שאין בכך משום העתקה של התוכנה המקורית).

39 לעמדה זו ראו למשל C. Fried *Contract as Promise* (1981); R. Nozick *Anarchy, State and Utopia* (1974). ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא גם בפסיקת ביהמ"ש העליון. ע"א 239/92 – **אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח**, פ"ד מח(2) 67, עמ' 72; ע"א 294/91 **חברת קדישא נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, עמ' 533.

40 לעמדה לפיה יש עדיפות נורמטיבית להסדרים הסכמיים ברשת האינטרנט על פני החוק המדינתי ראו D.R. Johnson & D.G. Post "The New 'Civic Virtue' of the Internet" in *The Emerging Internet* 23, 40 (1986); D.R. Johnson & D.G. Post "And How Shall the Net Be Governed? A Mediation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law" in *Coordinating the Internet* 62 (B. Kahin & J.H. Keller eds., 1997); D.R. Johnson & D.G. Post "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace" 48 *Stan. L.R.* 1367 (1996).

המשתמש לתנאי רישיונות השימוש בתוכן היא במידה רבה פיקטיבית. על-מנת שיהיה ניתן לראות ברישיון השימוש ביטוי להסכמה, יש לכלל הפחות להבטיח כי המשתמש יהיה מודע להוראות החוזה. אולם השימוש בתוכן הינו פעולה יומיומית המתבצעת פעמים אינספור במגוון דרכים, לעתים בלי שהמשתמש מודע לקיומה של עסקה עם ספק תוכן, לא כל שכן ליצירתם של יחסים חוזיים בינו לבין ספק התוכן. כך, למשל, משתמש הקורא עיתון, מאזין למוסיקה, צופה בסדרת טלוויזיה או מבצע גלישה קצרה באינטרנט, עשוי להיות כפוף לעשרות רישיונות שימוש בתוך שעות ספורות בלבד⁴¹. לעתים יגלה המשתמש את הוראות החוזה רק לאחר השלמת העסקה⁴². גם משתמשים אשר ערים לעובדת קיומו של קשר חוזי לא יטרחו בדרך כלל לקרוא את הוראות הרישיון, שכן הדבר מחייב השקעת זמן ומשאבים בעוד שהסיכוי לשינוי הוראות החוזה קטן⁴³. זאת ועוד, הבנת תנאי הרישיון והשלכותיו על השימוש ביצירה תחייב במקרים רבים צורך בקבלת ייעוץ משפטי⁴⁴. לבסוף, השימוש במערכות הפצה אוטומטיות, והגלישה באמצעות רובוטים ומערכות מומחה מעוררים ספקות בנוגע לרלוונטיות של השיח החוזי, המבוסס על רצונם האוטונומי של המתקשרים, בהקשרים אלו⁴⁵. במצב עניינים זה לא ניתן לראות בתנאי השימוש ביטוי להעדפות המפיצים והמשתמשים באמצעות

41 בנוסף, קיים קושי מבני בכל מה שנוגע להסדרת העדפותיהם של משתמשים עוד בטרם ייחשפו לתוכן. ערכן של היצירות מתגלה רק תוך כדי או לאחר ההתנסות ביצירה (קריאה, צפייה, האזנה). משתמשים עלולים להתקשות לצפות מראש מה יהיו השימושים אשר יבקשו לעשות ביצירה עוד בטרם עמדו על טיבה, ואילו הגבלות יסכימו ליטול על עצמם. כך למשל, משתמש של מאמר אשר איננו יודע את תוכנו, יתקשה לקבוע מראש אם הוא מסכים להתחייב כי ימנע מלמתוח עליו ביקורת, או מלהשתמש ברעיונות שהמאמר מעלה על-מנת לפתח מוצר מתחרה.

42 כך למשל במקרה של רשיון שימוש בתוכנה המופיע על גבי מסך ההתקנה של התוכנה במחשב המשתמש. המשתמש צפוי אומנם להיוודע אל הוראות החוזה בטרם יעשה שימוש בתוכנה, אולם במועד זה הוא עשוי לסבור שהעיסקה כבר הושלמה: מוצר התוכנה שרכש סופק והמחיר שולם. בפרשת ProCD II פסק ביהמ"ש כי אין פסול בכך שהמשתמש יתוודע לתנאי החוזה לאחר כריתת החוזה, ובלבד שיהיה רשאי לבטל את העיסקה ולהחזיר את התוכנה במידה והתנאים אינם מקובלים עליו.

43 D.W. Slawson *Binding Promises, The Late 20th Century Reformation of Contract Law* (1996), at p. 30.

44 מורכבות החוזה איננה יחודית כמוכחן להרשאות שימוש בתוכן, והיא קיימת גם בהסכמים מסחריים אחרים כגון חוזי הלוואה וביטוח. ואומנם הסכמים מסוג זה זכו לטיפול מיוחד בחקיקה. ראו למשל חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א 1981 - ; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א 1981 -.

45 M.J. Radin "Humans, Computers, and Binding Commitments" 75 *Ind. L. J.* 1125 (2000).

מנגנוני השוק של היצע וביקוש, אלא מסמך המבטא את האינטרסים הצרים של ספקי התוכן בלבד.

עם זאת החוזה האחיד מהווה אמצעי משפטי בעל יתרונות כלכליים ניכרים, בעיקר בכל מה שנוגע לצמצום בהוצאות העסקה הן של ספקי התוכן והן של ציבור המשתמשים. לפיכך דיני החוזים המודרניים מכירים בתוקפם של חוזים אלו בכפוף למגבלות שונות על תוכן החוזה⁴⁶. ההסדר המשפטי מחייב אפוא מתן תוקף לחוזים אחידים ככלל, ואימתן תוקף להוראות אשר עלולות לפגוע בטובת הכלל.

ניתן לטעון כי חלק מן ההגבלות על השימוש (כגון הגבלות על העתקת מידע שאינו מוגן בזכויות יוצרים) מנוגדות לתקנת הציבור ולכן בטלות⁴⁷. במשפט הישראלי יחולו על חוזים מסוג זה גם הוראות חוק החוזים האחידים אשר מסמיך את בית המשפט לבטל תניות מקפחות בחוזה אחיד או לשנותן⁴⁸. המונח "קיפוח", המגדיר תניות מקפחות בחוזה אחיד בחוק החוזים האחידים, הינו "מושג שסתום" אשר תוכנו ייקבע על-פי שיקול דעתו של בית המשפט. הקיפוח, ניתן לטעון, הינו תוצר של כפייה חדרדדית של תנאי החוזה על המשתמשים⁴⁹. הפסיקה הכירה בטענות קיפוח בהקשרים רבים ומגוונים הכוללים לא רק זכויות צרכניות, אלא גם זכויות יסוד כגון כבוד האדם וחירותו.⁵⁰ מנגד, ההסדרים שבחוק החוזים האחידים נועדו למנוע ניצול לרעה בידי הספק בהקשרים מסחריים, ותחולתו של ההסדר על הגבלת הזכות לשימוש במידע טרם הוכרעה. על-מנת שפיקוח חוקי על הוראות הרישיון יהיה אפקטיבי יש לאמץ הסדר חקיקתי המגדיר מפורשות מה הן ההגבלות שיחולו על רישיונות מסוג זה.

אף כי לא יהיה זה סביר לצפות שהסדר כאמור יבטיח שספקי המידע יימנעו לחלוטין משימוש בתנאים מגבילים, הסדר משפטי ברור יוכל לסייע למשתמשים לזהות תנאים שאינם תקפים ולצמצם את ממדי התופעה. עם זאת חוק החוזים האחידים עשוי לייצר

46 לצד הצמצום בהוצאות העסקה שהינו חיוני למציאות הכלכלית המודרנית של הפצה המונית, ישנם יתרונות נוספים לחוזים אחידים. כך למשל, משמש החוזה האחיד כלי ניהולי באירגונים הירארכיים. ראו T.D. Rakoff "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction" 96 *Har. L.R.* 1173 (1983); M.I. Myerson "The Reunification of Contract Law" 47 *U. of Miami L.R.* 1263 (1993).

47 חוק החוזים, סעיף 30. יש לציין כי דוקטרינות חוזיות יעניקו בסיס מוגבל בלבד לפסילת הוראות חוזיות מנימוקים של שמירה על חופש המידע. ראו Elkin-Koren (לעיל, הערה 24).

48 חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1983, סעיפים 3, 17, 19. ראו גם דבריו של השופט חשין בע"א 1796/93, 1831 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב ואח'; אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' יעקב ואח', פ"ד נא(5) 443, עמ' 465-468.

49 א' פרוקצ'יה "תוקפו המחייב של חוזה אחיד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט (תשל"ט) 25.

50 ראו פרשת קסטנבאום (לעיל, הערה 39). לדיון בעניין זה ראו ו' לוסטהויז וט' שפניץ חוזים אחידים (1994), עמ' 48-54.

פתרון מקומי המתאים לדין הישראלי בלבד, ואיננו חל במשפט האמריקני או בקהילייה האירופית. ההסדרים המשפטיים ביחס לחוזים אחידים באירופה עוסקים בעיקר בפגיעה בזכויות צרכניות. גם הדוקטרינות החוזיות המאפשרות התערבות בחופש החוזים במשפט האמריקני הינן מצומצמות יחסית ואינן מקנות סעד מספק במקרה של תנאים מגבילים ברישיונות שימוש במידע⁵¹. אין די בדיני החוזים על-מנת לשמר את מערך האיזונים הנוצר במשטר הקנייני של דיני זכויות היוצרים. הדוקטרינות החוזיות מתמקדות בהבטחת האיזון בין הצדדים לחוזה. דיני החוזים מושתתים על עקרון חופש החוזים ויסטו ממנו רק כשהדבר דרוש על-מנת להבטיח כי החוזה נכרת בנסיבות של תום לב וחופש רצון. חוזים בלבד אינם יכולים אפוא להבטיח את המשך קיומה של נחלת הכלל, שכן השיקולים העומדים בבסיס נחלת הכלל אינם משקפים את טובתם של צדדים ספציפיים אלא את טובת הכלל. מכאן, שדיני חוזים אינם נותנים מענה הולם לכירסום בנחלת הכלל באמצעות חוזים אחידים ואינם יכולים, כשלעצמם, להחליף את ההסדרה הציבורית.

2. טכנולוגיה

האפשרות להסדרה עצמית בעידן המידע מתאפשרת גם באופן ישיר על-ידי שימוש באמצעים טכנולוגיים. העתקות דיגיטליות הן אמנם זמינות וזולות לביצוע, אולם כל העתקה מותרת עקבות דיגיטליים. באמצעות מנועי חיפוש ייעודיים, למשל, ניתן לאתר בקלות יחסית אילו שירים הועתקו, מתי והיכן; ניתן לסמן תוכנות מורשות בסימן זיהוי דיגיטלי ולעקוב בזמן אמת אחר העתקה והפצה לא מורשית שלהן ברשת; אמצעי הצפנה מאפשרים מסירת התוכן למשתמשים מורשים בלבד, ואמצעי אבטחת מידע מאפשרים גביית תשלום בטרם השימוש ביצירה; אמצעים אחרים מאפשרים, למשל, להפיץ יצירה ספרותית בפורמט המאפשר קריאה ועיון חד-פעמיים בלבד, ואינו מאפשר העתקה, שמירה ושינוי. הפצה דיגיטלית מאפשרת לספקי המידע להגדיר את תנאי השימוש במוצרי המידע. תוכנות המחשב, אמצעי התקשורת ומבנה הרשת אשר מעצבים את המרחב האינטרנטי מגדירים את אפשרויות הבחירה הנתונות למשתמשי המידע. אותה מערכת אשר מספקת את השירות (למשל תוכנת המחשב אשר מקנה גישה לאתר האינטרנט) גם מגדירה את תנאי הגישה והשימוש באמצעות הטלת איסור על שימושים מסוימים, כגון העתקה, ומתן אישור לשימושים אחרים, כגון גלישה. רק שימושים אשר קיבלו את הרשאת הספק יהפכו זמינים, מבחינה טכנית, למשתמשים.

51 לדיון משווה באודות ידן של הדוקטרינות החוזיות לפקח על הגבלות חוזיות על השימוש במידע ראו Elkin-Koren (לעיל, הערה 24).

סוג הסדרה זה שונה באופן משמעותי מההסדרה הציבורית המסורתית (דיני זכות יוצרים) וכן מההסדרה הפרטית המסורתית (דיני חוזים). במקום שהחוק יגדיר מהי התנהגות אסורה או יעניק תמריצים לקידום ההתנהגות שבה חפצים, הסדרה באמצעים טכנולוגיים מאפשרת למנוע סוגים מסוימים של התנהגות, ובו בזמן לאפשר סוגי התנהגות אחרים⁵².

הסדרה טכנולוגית אף אינה כרוכה בהוצאות גדולות, שכן עלויות רבות, כגון זיהוי המפר, מציאתו והעמדתו לדין, נחסכות. יתרון נוסף הוא שלא משלמי המסים כולם נושאים בנטל האכיפה אלא רק המשתמשים עצמם⁵³. הסדרה טכנולוגית מאפשרת אפוא "אכיפה מושלמת". למשתמשים אין אפשרות לבחור בין ציות לנורמה המשפטית לבין הפרתה⁵⁴. תנאי שימוש המיושמים באמצעים טכנולוגיים נאכפים אוטומטית. התשתית עצמה היא אשר מונעת את ההתנהגות אשר אינה רצויה. לכן מידת האכיפה גם אינה תלויה בהבנת תוכן הנורמה ובהפנמתה על-ידי הציבור הרחב⁵⁵. הפנמת הנורמה המשפטית מהווה גורם חשוב באכיפת זכויות יוצרים. אחרי הכול, דיני זכויות יוצרים "מגדרים" מוצרי מידע וירטואליים (כגון יצירות מוסיקליות ושידורי טלוויזיה), החסרים

52 L. Lessig "Symposium: Surveying Law and Borders: The Zones of Cyberspace" 48 *Stan. L.R.* 1403 (1996), at pp. 1407-1408; J.R. Reidenberg "Lex Informatica: the Formulation of Information Policy Rules Through Technology" 76 *Tex. L.R.* 553 (1998) בין מערכת ההסדרה המסורתית לבין מערכת ההסדרה החדשה מעוררים שאלות קונספטואליות בנוגע למהות האכיפה וההסדרה. הספרות הנוגעת להסדרה העצמית הטכנולוגית גורסת כי הטכנולוגיה עצמה מהווה סוג של הסדרה. אולם מתעוררת שאלה מקדמית – האם ראוי ומוצדק להתייחס להסדרה ולאכיפה טכנולוגית כאל חלק מן החוק? ניתן להתייחס לטכנולוגיה כמבנה ארכיטקטוני או פשוט כסוג של עיצוב, כיוון שמשמעות ההסדרה היא ההנחה שיש בחירה. ההנחה הבסיסית של הגישה הכלכלית למשפט היא שבני-אדם רציונליים מסוגלים לשלוט בהתנהגותם. מטרתם – מיקסום התועלת הפרטית שלהם. חוקים הכרחיים, לעיתים, על-מנת לתקן תמריצים מעוותים (עקב כשלי שוק) ולספק לפרטים תמריצים ראויים כך שיוכלו לנהוג ביעילות. אם כל שהמערכת עושה זה למנוע סוגי התנהגות מסוימים, אזי לא ניתן לדבר על הסדרה ותמריצים, כיוון שלא נתונה לפרטים אותה בחירה שהחוק רוצה לקדם או למנוע. ראו E.M. Salzberger & N. Elkin-Koren "Law, Economics and Cyberspace" 19(4) *The International Review of Law and Economics* 553, (1999).

53 Salzberger & Elkin-Koren (לעיל, הערה 52).

54 Reidenberg (לעיל, הערה 52); Lessig (לעיל, הערה 52).

55 לדיון בסוגיות דומות בהקשר של נורמות חברתיות ראו Cass R. Sunstein "Emerging Media Technology and the First Amendment: The First Amendment in Cyberspace" 104 *Yale L.J.* 1757-1804 (1995); M.A. Lemley "The Law and Economics of Internet Norms" 73 *Chic. Kent L.R.* 1257 (1998).

על-פי רוב גבולות פיזיים. לכן דיני זכויות יוצרים, בצורתם הקלאסית, נסמכים לרוב על ציות וריסון עצמי⁵⁶.

מאחר והאכיפה הטכנולוגית הינה מושלמת, היא אף עשויה להפחית את מחיריהם של מוצרי מידע. קחו למשל מחירה של יצירה המוגנת בזכויות יוצרים. המחיר צריך לכסות לא רק את ההשקעה העצומה שביצירת העבודה ושיווקה, אלא גם את מחיר האכיפה ואת ההפסד הצפוי מכישלון באכיפת זכויותיו של בעל זכויות היוצרים. אם השוק הצפוי של מוצרי מוסיקה, למשל, קטן באופן משמעותי עקב העתקות מפרות, אזי המפיץ יבקש להעלות את מחיריהם של מוצריו על-מנת שיוכל לכסות את הוצאותיו. אם יהיה ניתן למנוע יצירת עותקים מפרים, מחירן של היצירות המוגנות בזכויות יוצרים עשוי לרדת⁵⁷.

אמצעים טכנולוגיים לניהול זכויות יוצרים Copyright Management Systems, היו יכולים לתת מענה מושלם לבעיות הפיראטיות בעידן הדיגיטלי, אלמלא החשש כי כל אמצעי הגנה שיפותח ייתקל במהרה באמצעי פיצוח ועקיפה. חשש זה הביא לאימוץ חקיקה המקנה חסינות מיוחדת לניהול זכויות באמצעים טכנולוגיים.

3. פיקוח טכנולוגי בחסות החוק

חקיקת זכויות היוצרים המודרנית מעניקה להסדרה העצמית הטכנולוגית מעמד מועדף בחוק. בתיקון לאמנת ברן משנת 1996, שזכה לכינוי "אמנות האינטרנט", נטלו על עצמן המדינות החברות לתקן את חוקי זכויות היוצרים כך שייקבע בהם איסור על-פיצוח אמצעי הגנה טכנולוגיים המשמשים את בעלי הזכויות לשליטה על הגישה לתוכן, וכן אוסרים על פיתוחם, ייצורם והפצתם של אמצעי פיצוח כאלו⁵⁸.

הסנונית הראשונה ביישום האמנות הייתה ארצות-הברית, אשר כבר בשנת 1998 תיקנה את חוק זכויות היוצרים הפדרלי באמצעות ה־ Digital Millennium Copyright Act⁵⁹. פרק מיוחד בחקיקה זו, המסדיר את נושא מערכות ניהול זכויות היוצרים, אוסר על שימוש באמצעים שנועדו לשבש אמצעי הגנה טכנולוגיים המשמשים בידי בעלי

56 ראו D.J. Halbert *Intellectual Property in The Information Age: The Politics of Expanding Ownership Rights* (1999), at p. 94-93 (חשיבותו של נרטיב זכויות היוצרים לשם יצירת בסיס ציבורי לציות, ריסון עצמי ואכיפה).

57 ראו T.W. Bell "Fair Use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine" 76 *North Carolina L.R.* 557 (1998).

58 WIPO Doc. CNR/DC/94 (Dec. 23, 1996).

59 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998). לניתוח

מקיף של הוראות החוק ראו D. Nimmer "A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act" 148 *Uni. of Penn. L.R.* 673 (2000).

זכויות היוצרים לשם מניעת גישה ליצירתם וכן אוסר על פיתוחם, ייצורם והפצתם של אמצעים אלו⁶⁰. החוק מקנה לבעל זכות היוצרים זכויות מסוג חדש, זכויות המוגנות באמצעות סעדים אזרחיים ולעתים אף סנקציות פליליות. למעשה, מקנה חקיקה זו חסינות מיוחדת לספקי תוכן אשר נקטו באמצעים טכנולוגיים להגבלת הגישה ליצירה או להגנה על זכויות יוצרים, וכן בכל הנוגע למידע על הזכויות ביצירה (כגון ציון הבעלות, הגדרת היקף ההרשאה לשימוש ביצירה).

בחוק ארבעה סוגי איסורים:

- 1) איסור על גישה ליצירות המוגנות בזכויות יוצרים על-ידי עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים⁶¹.
 - 2) איסור על ייצורה או הפצתה של טכנולוגיה (מוצרים, שירותים או מכשירים) שנועדה לשמש לעקיפת אמצעים טכנולוגיים המגנים על הגישה⁶².
 - 3) איסור על ייצורם או הפצתם של אמצעים שנועדו לשמש לעקיפת טכנולוגיה המגנה על זכויותיו של בעל זכויות היוצרים⁶³. ההגבלה על ייצור והפצה של אמצעים עוקפי טכנולוגיה חלה רק על אמצעים שנוצרו על-מנת לעקוף אמצעי הגנה טכנולוגיים או שזוהי מטרתם העיקרית; שאין להם מטרה או שימוש מסחרי מהותי לבד מהעקיפה עצמה או שהם משווקים לשם עקיפה טכנולוגית.
 - 4) בנוסף, החוק אוסר לחבל בקובצי ניהול מידע הנוגע ליצירה Copyright (CMI) Management Information⁶⁴ הכוללים גם את תנאי השימוש ביצירה⁶⁵.
- החוק הרחיב למעשה את היקף תחולתו של חוק זכויות יוצרים מעבר לאגד הזכויות שהוגדר בחוק, בשני מובנים: ראשית, החוק מרחיב את אגד הזכויות של היוצר מעבר לאגד הזכויות הקלאסי ומוסיף לו את הזכות לשלוט בגישה ליצירה⁶⁶. שנית, האיסורים מכוח החוק החדש מאפשרים הגנה פיזית על היצירה, ולפיכך פותחים פתח להגנה על היבטים אשר אינם מוגנים כלל בזכויות יוצרים (כגון נתונים, רעיונות) וכן לשימושים

60 17 U.S.C. § 1201.

61 “No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title” 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(1998).

62 17 U.S.C. § 1201(a)(2)(1998).

63 17 U.S.C. § 1201(b)(A)(1998).

64 17 U.S.C. § 1202(a)(b)(1998).

65 17 U.S.C. § 1202 (1998).

66 אגד הזכויות כולל את הזכות הבלעדית ליצור עותקים, ליצור יצירות נגזרות, הזכות לביצוע פומבי והצגה בציבור וכן את זכות ההפצה לציבור (לעיל, הערה 35).

אשר דיני זכויות יוצרים הותירו בנחלת הכלל (למשל, תחת דוקטרינת השימוש ההוגן)⁶⁷.

הסדר דומה כלול בדירקטיבה האירופית על ההגנה המשפטית לזכויות יוצרים, אשר התקבלה לאחרונה במוסדות האיחוד האירופי⁶⁸.

ההסדרה החוקית של אמצעי ניהול זכויות יוצרים מבטאת אסטרטגיית הסדרה חדשה. בחקיקה זו גויס למעשה חוק זכויות היוצרים על-מנת לבצר את עליונותם הטכנולוגית של אמצעי ה"עזרה עצמית" הטכניים המקנים שליטה על הגישה לתוכן. החוק אינו אוסר אך ורק על השימוש באמצעי עקיפה, אלא גם על פיתוחו והפצתו של כל אמצעי אשר יאפשר גישה ליצירה תוך עקיפת אמצעי ההגנה הללו.

למה הדבר דומה? נתאר לעצמנו כי טכנולוגיה חדישה – כגון קרן לייזר רבת עוצמה, מאפשרת לבעלי קרקע למנוע טיסתם של מטוסים במרום מעל אדמתם. בעלי קרקע עשויים להשתמש באמצעי החדש על-מנת לגבות תשלומי מעבר מן המטוסים המבקשים לטוס ממעל. חברות התעופה מצדן מפתחות אמצעי שיסיט את הקרן וישבש את פעולתו של המחסום הווירטואלי. בעלי הקרקע ממהרים להשקיע בפיתוח מחסומי רקיע מתוחכמים יותר. חברות התעופה מזדרזות לפתח אמצעי פיצוח ועקיפה. בשלב זה מחליט המחוקק לאסור על השימוש באמצעים לשיבוש המחסום הווירטואלי על פיתוחם, ייצורם והפצתם. דיני הקניין וזכויות הקניין נותרים בעינם. הבעלות בקרקע איננה מקנה כשלעצמה את הזכות המשפטית למנוע את מעבר המטוסים ברקיע, אולם בפועל יכולים עתה בעלי הקרקע לגבות תשלומים עבור רישיונות מעבר ולמנוע באמצעים משפטיים כל פיתוח העלול לסכן את יתרונם הטכנולוגי.

על-פי משטר הפיקוח הטכנולוגי החדש, מרגע שבעל הזכות השתמש באמצעי טכני כלשהו להגן על יצירתו (למשל על-ידי הצפנתה), חל איסור על כל גישה ליצירתו תוך פיצוח ההצפנה. האיסור יחול בכל מה שנוגע הן לביטוי והן לרעיון. כך, למשל, בעוד שעל-פי דיני זכויות היוצרים רשאים המשתמשים להעתיק את הרעיון (דרך פעולתה של תוכנה, למשל), אך לא את יישומו בתוכנת המחשב הספציפית, הרי שבמשטר הפיקוח הטכנולוגי חל איסור על כל גישה לתוכנה תוך עקיפת אמצעי ההגנה הטכנולוגיים גם אם הדבר נועד על מנת לפענח את דרך פעולתה בלבד. האיסור יחול גם בכל אותם מקרים שבהם היצירה כוללת יצירות אחרות אשר זכויות היוצרים בהן פקעו זה מכבר.

אחת התביעות הראשונות המבוססות על ה-DMCA מיטיבה להמחיש את ההבדל בין דיני זכויות היוצרים הקלאסיים למשטר הפיקוח הטכנולוגי החדש:

67 17 U.S.C. § 107; סעיף 107(1)(1) לחוק זכות יוצרים, 1911.
68 Parliament and Council Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society available at: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/news/com29en.pdf

חברות הסרטים החלו בהפצת סרטים בפורמט ה-DVD המאפשר לדחוס סרט באורך מלא על גבי תקליטור קטן. הפצת הסרטים בפורמט זה החלה לא לפני שארגון חברות הסרטים האמריקני פיתח מערכת הצפנה (CSS), המבטיחה כי יהיה ניתן לצפות בסרט רק באמצעות "מפתח", שאינו אלא תוכנה מיוחדת המותקנת במערכת ההפעלה WINDOWS או בנגני ה-DVD. בסמוך להשקת הסרטים בפורמט DVD הופצה ברשת תוכנת מחשב קצרה (DeCSS), המחקה את פעולתו של ה"מפתח" ומאפשרת לנגן את סרטי ה-DVD גם במערכות הפעלה ובמכשירים שלא הותקן בהם מפתח כזה, כגון מחשבים שמותקנת בהם מערכת ההפעלה LINUX.⁶⁹

ארגון חברות הסרטים הגיש תביעה כנגד בעלי האתרים אשר סייעו בהפצת תוכנת הפיצוח.⁷⁰ עלילת התביעה הייתה הפרת האיסור החל מכוח ה-DMCA על הפצת אמצעי עקיפה. הטענה הייתה כי ההפצה נעשתה באמצעות קישור לשרתים אחרים שבהם הופיעה תוכנת הפיצוח. תעשיית הסרטים, כך נטען, נלחמת על המשך קיומה בעידן הדיגיטלי, ואם לא יהיה ניתן לאסור באמצעים משפטיים את הפצת "תוכנת המפתח", יחוסל שוק ההפצה הביתי והדבר יהווה פגיעה אנושה בחברות הסרטים. טענות אלה הועלו כבר לפני למעלה מעשרים שנה שעה שחברות הסרטים התמודדו עם פריצת דרך טכנולוגית אחרת – היו אלה מכשירי ה-VCR אשר פותחו על-ידי חברת SONY. מכשירי הווידאו, טענו חברות הסרטים, מאפשרים למשתמשים להעתיק באופן סיטונאי סרטים תוך הפרת זכויות היוצרים השייכות לאולפני הסרטים. לכן, טענו התובעים, חברת SONY, המפתחת והמשווקת של המכשיר, אחראית באחריות תורמת לפעולות ההפרה.⁷¹

בשנת 1984 בפסק-הדין בעניין Sony, פסק בית-המשפט העליון האמריקני כי דיני זכויות היוצרים אינם מטילים איסור מוחלט על העתקה, אלא כוללים מערך איזונים המשקף את הצורך להבטיח תמריצים ליוצרים, ובה בעת להימנע מהטלת הגבלות גורפות מדי על זכותם של המשתמשים לעשות שימוש ביצירה ולהפיק ממנה הנאה ותועלת. מכשירי הווידאו, פסק בית-המשפט העליון האמריקני, מאפשרים לא רק

69 מרגע שהצפנה פוצחה, יכול כמובן כל משתמש לא רק לצפות בסרט, אלא גם ליצור לעצמו עותק, להפיץ עותקים מן הסרט או להכניס בו שינויים, ממש כפי שהדבר אפשרי בכל מה שנוגע לעותק תוכנה, ספר או תקליטור מוסיקלי. הדבר אסור, כמובן, על-פי דיני זכויות יוצרים בהעדר הרשאה מבעל הזכויות.

70 *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* 111F. Supp. 2d 294 (S.D. N.Y. 2000). החלטה זו אושרה לאחרונה על-ידי בית-המשפט לערעורים *Universal City Studios, Inc. v. Eric Corley* (2nd Cir., 2001), 2001 U.S. App. Lexis 25330.

71 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417 (1984) (להלן – *Sony*).

העתקות אסורות אלא גם העתקות מותרות, המהוות שימוש הוגן, כמו למשל, יצירת עותק לצורך צפייה במועד אחר (שימוש שזכה לכינוי TIME SHIFTING). לפיכך, פסק בית-המשפט, לא ניתן להטיל על חברת SONY אחריות תורמת להעתקות מפרות שנעשו באמצעות מכשיריה⁷².

לעומת זאת בשנת 2000 זכו חברות הסרטים בתביעה כנגד מפיצי המפתח למערכת ההצפנה של ה-DVD. בית-המשפט פסק כי אף שייתכן שהמפתח משמש בנסיבות מסוימות לשימושים מותרים המהווים שימוש הוגן (למשל, צפייה בסרט DVD שנרכש כדין על גבי מערכת ההפעלה LINUX), הגנת השימוש ההוגן איננה חלה במשטר הפיקוח הטכנולוגי החדש. במשטר החדש די בכך שבעל היצירה בחר להגן עליה באמצעים טכנולוגיים על-מנת שיהול איסור גורף על פיתוח אמצעים לשיבוש ההגנה⁷³. רשימת החריגים שנקבעה בחוק היא מצומצמת מאוד⁷⁴ ואיננה מתיימרת לשמר את מערך האיזונים הנוהג באופן מסורתי בדיני זכויות יוצרים, בפרט, ובדיני הקניין הרוחני, בכלל. האיסורים הרחבים שמטיל החוק לצד החריגים המעטים שבהם הוא מכיר מקנים הגנה רחבת היקף לבעלי הזכויות.

מטרתו של ה-DMCA הייתה להתאים את דיני זכויות יוצרים לעידן הדיגיטלי, לכן מקנה החוק זכות שליטה על הגישה ליצירות מוגנות. יש המאמינים כי הגנה כזאת חייבת להיות חלק אינטגרלי מדיני זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי⁷⁵. הפצה דיגיטלית אינה נסמכת עוד על עותקים פיזיים אלא על זמינותן התמידית של יצירות, לכן על-מנת להבטיח תמריצים ליוצרים אין די עוד בהגנה על הזכות הבלעדית להעתיק, ויש צורך להבטיח את זכותם של בעלי הזכויות לשלוט בגישה ליצירה. עם זאת, בניגוד לאגד הזכויות הקלאסי המוגדר בחוק זכויות יוצרים, הזכות לשלוט בגישה הינה תוצר לוואי של הסדרה עצמית טכנולוגית. אפילו נקבל את הטענה שיש להעניק לבעלי זכויות היוצרים את הזכות לשלוט בגישה ליצירה, היה ניתן להעניק זכות זו באמצעות הוספתה לאגד הזכויות המוגדרות בחוק. לעומת זאת ה-DMCA הרחיק לכת ואסר על כל פעולת

72 עניין Sony (שם).

73 *Universal City Studios, Inc.* 111F. Supp. 2d, at p. 321-323.

74 רשימת החריגים כוללת: הנדסה לאחור, מחקר בנוגע לאמצעי הצפנה (במידה שהוא עונה לתנאים המחמירים המצויים בחוק), בדיקות אבטחה, פיקוח על השימוש באינטרנט על-ידי קטינים, הגנה מפני פלישה לפרטיות, ספריות שלא למטרות רווח ומוסדות חינוכיים במטרה לקבוע אם לרכוש יצירה כלשהי.

75 J. Ginsburg "From Having Copies to Experiencing Works: The Development of An Access Right in U.S. Copyright Law" in *U.S. Intellectual Property: Law and Policy* (Hugh Hansen, ed., 2000).

עקיפה שמטרתה גישה ליצירה, יהיו מטרתה והיקפה אשר יהיו, וכן על כל ייצור והפצה של טכנולוגיה המאפשרת זאת.

אחרים מאמינים שה־DMCA נועד להשיג מטרה כלכלית. הרציונל הכלכלי העומד בבסיס החוק הינו פשוט למדי. סביר להניח שפיתוחם של אמצעי מניעה יעודד משתמשים לפתח מנגד אמצעי פיצוח. דבר זה יוביל ליצירת אמצעי מניעה מתוחכמים יותר וייוצר מעגל של מירון טכנולוגי. מירון שכזה יעלה את מחירם של אמצעי ההגנה, שכן בעלי הזכויות יידרשו להשקיע על־מנת לשמור על עליונות טכנולוגית. דבר זה עשוי להסיט כספים שהיו יכולים להיות מושקעים בכיוונים פרודוקטיביים יותר. במילים אחרות, לפי גישה זו, המירון הטכנולוגי שנוצר הינו, פשוטו כמשמעו – בזבז. הדבר עשוי לדרוש התערבות מרכזית השונה מהתערבות ממשלתית בצורת דיני זכויות יוצרים. התערבות מרכזית אינה דרושה עוד ליצירת זכויות יוצרים, דהיינו הענקת אמצעי הרחקה משפטיים. התערבות מרכזית תהיה נחוצה על־מנת להפסיק את המירון הטכנולוגי הבזבזני⁷⁶. מכאן, שהתערבות חקיקתית דרושה ככלי אכיפה מדרגה שנייה⁷⁷.

המסקנה היא שה־DMCA מציג אסטרטגיית הסדרה חדשה במדיניות המידע. במקום להסדיר ישירות את התנהגות המשתמשים (לאסור על יצירת עותקים מיצירה המוגנת בזכויות יוצרים) ה־DMCA מסדיר את הטכנולוגיה. החוק מפקח על השימוש בתוכן באמצעות הסדרה ישירה של הטכנולוגיה שמקנה גישה למוצרי מידע. אם כן, ההסדרה מתמקדת בטכנולוגיה אשר משפיעה על התנהגות המשתמשים ולא מתמקדת בהתנהגות המשתמשים בפני עצמה.

הסכנה המרכזית שבהסדרת טכנולוגיה ולא התנהגות היא שאנו עלולים לשפוך את התינוק עם מי האמבט. הסדרת הטכנולוגיה עלולה לעכב את התפתחות הטכנולוגיה במקום ליצור בסיס ליצירת תמריצים⁷⁸. ה־DMCA מתעלם מהחשיבות הטמונה בקיומו של מירון טכנולוגי ובקיומה של תחרות בין מערכות הגנה וטכנולוגיות "פריצה", באשר זהו הכוח המניע של המצאות טכנולוגיות. למעשה, פיתוחם של אמצעי פיצוח על־מנת לעקוף אמצעים טכנולוגיים אחרים, להסירם או לשבשם מהווה חלק אינטגרלי של תרבות ה"האקרים" אשר תרמה רבות להתפתחות רשת האינטרנט. השקעה ביצירת

76 ראו K. W. Dam "Self-Help in the Digital Jungle" 28 *The Journal of Legal Studies* 393 (1999) (פיתוחן של טכנולוגיות־נגד הוא בלתי נמנע. מירון טכנולוגי שכזה דורש התערבות ממשלתית האוסרת על פיתוח אמצעי עקיפה, אם כי הוא מציע שהסדרה שכזאת תנוסח בזהירות על־מנת שלא לפגוע בהתפתחות הטכנולוגית כולה).

77 לדין בסוגיות אלה ראו Salzberger & Elkin-Koren (לעיל, הערה 52).
78 ראו Anti- P. Samuelson "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Circumvention Regulations Needs to be Revised" 14 *Berk. Tech. L.J.* 519 (1999) (טוענת כי חקיקה המונעת עקיפה עשויה להפריע להתפתחות הטכנולוגיה).

אמצעים ואמצעי נגד חיונית להתפתחות הטכנולוגית לא רק בתחום מערכות אבטחת מידע אלא גם בתחומים אחרים, שכן קשה לצפות מראש מה תהיה תרומתו של פיתוח זה או אחר, ולעתים קרובות מתפתחים יישומים נוספים לחלק מן ההמצאות. המטרה של דיני זכויות יוצרים היא לקדם התפתחויות טכנולוגיות חדשות. התערבות משפטית בוטה, בדמותו של איסור גורף על ייצור טכנולוגיות והפצתן, עלולה לפגוע במטרה זו. הסכנות הטמונות בהסדרה מסוג זה חורגות מעבר להשלכות הצפויות על התפתחות הטכנולוגיה. דאגה משמעותית יותר העולה מחקיקת ה-DMCA נובעת מן השאלה מי מגדיר את תנאי הגישה לתוכן, וכיצד.

ג. מה הן הסכנות הכרוכות בניהול מדיניות מידע המבוססת על הסדרה עצמית

האם חקיקה המקנה עדיפות להסדרה עצמית מהווה מדיניות משפטית רצויה בכל הנוגע לשימוש ביצירות? האם ראוי להעניק חסינות לאמצעי הגנה טכנולוגיים המשמשים את ספקי התוכן?

ה-DMCA מפקיד את ההכרעות בנוגע לשימוש במשאב המרכזי בחברת המידע בידיים פרטיות. החוק מעניק סטטוס מועדף להגבלות על גישה למידע, הגבלות אשר הוגדרו באופן חד-צדדי על-ידי ספקי המידע. הגבלות הנאכפות באופן אוטומטי באמצעות מערכות לניהול זכויות יוצרים אינן נתונות כלל לביקורת שיפוטית. אמנם לא המשפט הוא שמקנה לספקי התוכן את היכולת להטיל מגבלות על השימוש במידע, אלא זמינותם ויעילותם של אמצעי ההגנה הטכנולוגיים. אולם אם היה זה חוקי לפתח טכנולוגיות עוקפות ולהפיצן, השפעת השוק הייתה ממתנת את כוחם של בעלי זכויות היוצרים. האיסור בחוק על פיתוחם של אמצעי עקיפה הוא המעניק מעמד מועדף להסדרה עצמית מסוג זה. חסינות מיוחדת זו, המוענקת על-ידי החוק לניהול זכויות יוצרים טכנולוגי, עלולה להביא לכך שמערכות מסוג זה תחלפנה את דיני זכויות יוצרים בניהול השימוש במידע. בדומה, במשטר של רישיונות שימוש אחידים, ההכרעה הבלעדית בדבר השימוש המותר בתוכן מופקדת בידי ספקי התוכן.

בהקשר זה ראוי אולי להבחין בין משטר הפיקוח הטכנולוגי לבין הסדרה עצמית באמצעות חוזים. אף שדיני החוזים מושתתים על עקרונות חופש החוזים (חופש ההתקשרות וחופש העיצוב), הסדרה עצמית באמצעות חוזים כפופה לביקורת שיפוטית. על-מנת לאכוף חיוב חוזי שהופר חייב הנפגע לפנות לערכאות השיפוטיות בבקשה למתן סעד. בתי-המשפט יימנעו מלאכוף חוזים בלתי חוקיים, הוראות המנוגדות לתקנת הציבור ותנאים מקפחים. אף שספק רב בעיניי אם יש בכוחם של אמצעי ביקורת אלו לפסול הוראות בחוזה אשר יש בהן לכרסם בנחלת הכלל, דיני החוזים פותחים לפחות צוהר לביקורת שיפוטית ולהגנה על האינטרס הציבורי. אמצעי ניהול זכויות יוצרים אינם נתונים באותו האופן לביקורת שיפוטית. האמצעים הטכנולוגיים אינם מהווים נורמה

משפטית המכוונת התנהגות באמצעות תמריצים, אלא מונעים לחלוטין את ההתנהגות שאיננה רצויה (העתקה, שינוי, הפצה). מדובר באמצעים טכניים שאכיפתם אוטומטית ואינה מחייבת התערבות שיפוטית.

מתן תוקף להסדרה פרטית, אם באמצעים טכנולוגיים ואם באמצעים חוזיים, מפקידה את הכוח לעצב את כללי השימוש ביצירות בידיים פרטיות. מה הן ההשלכות הטמונות בהחלפת המשטר הרגולטורי של חוק זכויות יוצרים בתנאי גישה למידע, הנקבעים על-ידי ספקי המידע? האם ניתן לצפות כי פירות ההסדרה העצמית ישקפו את מערך האיזונים הקיים בדיני זכויות יוצרים?

הפרטת מדיניות המידע, בחסות החוק, לא רק מפריטה את הסמכות לקבוע מה הן נורמות השימוש במידע אלא עלולה להפריט גם את המידע עצמו במובן זה שתוכן שהיה עד כה בגדר נחלת הכלל, יימצא מעתה בשליטה פרטית.

ראשית, "לא נותנים לחתול לשמור על השמנת" – הניסיון מלמד שבעלי הזכויות פועלים להרחבת זכויותיהם תוך כרסום בנחלת הכלל⁷⁹. סביר להניח שספקי מידע יעשו שימוש בטכנולוגיה על-מנת למקסם את שליטתם במוצרי מידע. שליטה זו כוללת גם מוצרי מידע שאינם מוגנים בזכויות יוצרים. בעוד שעל-פי דיני זכויות יוצרים, כאשר מידע מצוי בנחלת הכלל הגישה אליו פתוחה לכול, הרי שעל-פי ההסדר החדש, לספקי המידע הכוח לשלוט בגישה למידע זה. על-פי ה-DMCA, מרגע שבעל זכויות יוצרים עושה שימוש באמצעים טכנולוגיים על-מנת למנוע את הגישה ליצירתו, כל ניסיון לעקוף את אמצעי ההגנה מהווה הפרה של החוק. תוצאה משפטית זו אינה משתנה גם אם המשתמש באמצעי העקיפה רשאי לעשות שימוש ביצירה האמורה על-פי דיני זכויות יוצרים. רשימת החריגים המצומצמת המופיעה בחוק אינה מכסה את כל השימושים המותרים לשימוש במידע, ושימושים לגיטימיים רבים קשה אף לציפיה מראש. אך למעט החריגים, כל גישה ליצירה המוגנת באמצעי טכנולוגי הינה בלתי חוקית.

שנית, גם אם ניתן לצפות כי מנגנוני השוק של היצע וביקוש יפעלו למיתון המגמה של הרחבת זכויות שליטה של היוצרים ביצירותיהם, הרי שלא ניתן לסמוך על הסדרה פרטית שתביא בחשבון את האינטרס הציבורי. גם חסידי השוק החופשי יסכימו כי בעוד בעלי הזכויות והמשתמש הבודד רואים לנגד עיניהם את האינטרס המידי של כל אחד מהם, אין הם מביאים בחשבון את האינטרס הציבורי הכולל. הכרסום בנחלת הכלל חורג מגדר האינטרסים המידיים של הצדדים להסכם, ולכן לא ניתן לצפות שאינטרס ציבורי זה יבוא לידי ביטוי בהסדרים שיעוצבו בשוק. האינטרס הציבורי בהקשר זה מחייב שמירה על נחלת הכלל.

79 לדיון במושג "נחלת הכלל" ונפקותו במסגרת מערך האיזונים של דיני הקניין הרוחני ראו נ' אלקין-קורן "על כלל ועל" "נחלת הכלל" מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" **עיוני משפט** כה (תשס"א) 9, עמ' 20-35.

נחלת הכלל היוותה מאז ומתמיד גורם מרכזי במערכת האיזונים של דיני הקניין הרוחני. גישה ליצירות קיימות הינה חיונית, ולעתים קרובות הכרחית, לתהליכי יצירה של יצירות חדשות. סופרים אינם כותבים בריק תרבותי אלא לוקחים חלק בשיח ספרותי עם יצירות העבר. מתכנתים מפתחים תוכנה על בסיס התוכנות שפותחו בעבר, ומפתחים תוכנות התואמות תוכנות קיימות.

דיני זכויות היוצרים, אליבא דשופט שמגר בפסק-הדין בעניין **אינטרלגו**, הם "כלי שנועד להסדרת ייצור פרטי של טובין ציבוריים (Public Good) כאשר הטובין הציבוריים שמדובר בהם הם עולם היצירות המקוריות"⁸⁰. לשם עידוד היצירה במובנה הרחב נוקט החוק שתי דרכים: האחת, מתן תמריצים להשקעה ביצירה בדמותו של אגד זכויות בלעדיות לניצול היצירה ולהפקת רווח ממנה לתקופה מוגבלת. השנייה, שימור נחלת הכלל ועידוד השימוש ביצירות על-מנת להימנע מהטלת מגבלות גורפות מדי על אפשרויות היצירה והפיתוח העתידיים. דיני זכויות היוצרים מבטאים מערך של איזונים. הדין מפקיע את היצירות מנחלת הכלל לטובת בעלי הזכויות באורח מוגבל⁸¹ ולתקופת זמן קצובה בלבד⁸². בתום תקופת ההגנה תשוב היצירה ותהיה לנחלת הכלל כך שהשימוש בה יהיה חופשי ממגבלות משפטיות.

משטר ההסדרה העצמית שונה ממערך איזונים זה. משטר המחייב "תשלום עבור כל גישה" למידע עלול לפגום בתהליך היצירה והפיתוח. הסיבה לכך היא שהשיח התרבותי, המחקר והפיתוח אינם יכולים להתבסס אך ורק על כוחות השוק. הללו תלויים בקיומה של סביבת תוכן עשירה ומגוונת המבוססת על ערכים של שיתוף פעולה, למידה, קשב ואמון⁸³.

לגישה החופשית למידע יש חשיבות גם בכל הנוגע להליך הדמוקרטי. יצירות עשויות להיות בעלות חשיבות חברתית ופוליטית גם יחד. המידע משפיע על האופן שבו אנו מעצבים את העדפותינו ואת זהותנו. ערכים והעדפות אינם חיצוניים ואינם קודמים להליך הפוליטי אלא הם תוצר לוואי של השיח הציבורי⁸⁴. המשטר הדמוקרטי תלוי

80 עניין **אינטרלגו (לעיל)**, הערה 36, עמ' 161.

81 אגד הזכויות ולא יותר מכך.

82 שבעים שנה ממות המחבר. סעיף 5 לפקודת זכות יוצרים, 1924.

83 ראו (1990) 39 *Emory L.J.* 965, fn 264-65 "The Public Domain" J. Litman.

84 ראו (1991) *Law and Public Choice: A Critical Introduction* D.A. Farber & P.P. Frickey.

at p. 61-62 (דוחים את הגישה שעל-פיה הדמוקרטיה נועדה לקדם כלל רוב בלבד וטוענים כי

"a viable democracy requires that preferences be shaped by public discourse and (processed by political institutions so that meaningful decisions can emerge"

C.R. Sunstein "The Republican Civic Tradition: Beyond the Republican Revival" 97 *Yale L.J.* 1539, 1541 (1988); J. Elster *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*

בכך שלפרטים תינתן האפשרות לקחת חלק פעיל בשיח הציבורי בתנאים שווים. השתתפות בשיח הציבורי במובן הרחב כרוכה בתהליכים של יצירת משמעות. יש בה כדי להשפיע על השקפת העולם, לעצב את ערכיו של הפרט ולהבנות את זהותו; לסייע בעיצוב סדר היום של היחיד והקהילה ולגבש בסיס נורמטיבי להבחנה בין טוב לרע. המשמעות – העמדות, הסולם הערכי, סדרי העדיפויות, תפיסת הזהות העצמית – כל אלה מעוצבים באמצעות אינטראקציה עם נכסי תרבות במובנם הרחב: השירה, הספרות, המוסיקה, הקולנוע, אך גם עיצוב האריזות, תוכנות המחשב, הפרסומות ומאגרי המידע אשר יוצרים כולם יחד את המארג התרבותי ואת סביבת המידע שבה אנו פועלים⁸⁵.

ניתן להשתתף בשיח הציבורי לא רק כדובר ישיר, אלא גם כקורא, צופה או מאזין, המבקש למצוא סיפור שעמו יוכל להזדהות או למצוא בו ביטוי לעמדותיו. תהליכי יצירה מתרחשים באמצעות חשיפה לכותרות עיתונים, באמצעות דיונים ציבוריים המתקיימים בתכניות אקטואליה ותכניות רדיו ובאמצעות מאמרי מערכת ומאמרי ביקורת. אנשים נחשפים למידע, לעמדות ולניתוח ומגיבים על כך בדרכים שונות – אימוץ, דחייה, התעלמות או הכחשה⁸⁶. תהליכי יצירת משמעות מתרחשים גם באמצעות צריכה ואינטראקציה עם מוצרי תרבות, הזדהות עם דמות בדיונית, מתן פרשנות, או שימוש ביצירות לביטוי רעיונות ונושאים בעלי רלוונטיות לחיי המשתמשים⁸⁷. הליך אינטראקטיבי זה משפיע, בסופו של דבר, על העדפותינו במובן הרחב יותר של המילה. לכן תנאי השיווק וההפצה של התרבות הפופולרית וכללי המותר והאסור ביחס למוצרי תרבות אלו עשויים להשפיע על יכולתו של הפרט ליטול חלק פעיל בשיח הציבורי.

שליטתם הבלעדית של ספקי התוכן בגישה ליצירות עשויה לצמצם יכולת זו. דיני זכויות היוצרים מקנים זכויות קניין רוחני באבני הבניין של השיח הציבורי. באופן מסורתי לא מצאו בתי המשפט סתירה בין זכויות יוצרים לחופש הביטוי בהסתמך על נוסחת האיזון הפנימית של החוק המקיימת מרחב חופשי מבעלות פרטית – נחלת

85 (טוען כי הדאגה העיקרית של הפוליטיקה צריכה להיות שינוי פניהן של ההעדפות ולא מצבורן).

85 לדיון במשמעותו של "השיח הציבורי" במובן זה למשטר הדמוקרטי N. Elkin-Koren "A Democratic Approach to Copyright in Cyberspace" 14 *Card. Arts & Enter. L.J.* 215 (1996).

86 P. Bourdieu *On Television* (1996).

87 E.R. Meehan "'Holy Commodity Fetish, Batman!' The Political Economy of a Commercial Intertext" in *The Many Lives of the Batman* (R.E. Pearson & W. Uricchio eds., 1991).

הכלל⁸⁸. כאשר חלקים ניכרים מעולם המשמעות של הפרט (יצירותיו של עגנון, מיקי מאוס של דיסני, גיבורי הספר הארי פוטר) מהווים יצירות המצויות בבעלות פרטית של מפיקים ומוציאים לאור, קיימת חשיבות עצומה לאפשרות לעשות בהם שימוש, למתוח עליהם ביקורת או להעניק להם משמעות חדשה. השאתם בנחלת הכלל נועדה להבטיח זאת.

השליטה באמצעי הגישה עשויה להוביל גם לשליטה תרבותית, דבר העלול לצמצם את החופש האישי ואוטונומיית הפרט⁸⁹: ראשית, זכויות שליטה מקסימליות בתוכן עלולות להוביל לריכוזיות בשוק התוכן. כאשר שוק התוכן הינו ריכוזי בכוחו לקבוע באופן בלעדי איזה תוכן יהיה זמין לציבור המשתמשים ובאלו תנאים. הפרטים יתאמו את העדפותיהם לבחירות ולהזדמנויות העומדות בפניהם⁹⁰. התוצאה תהיה שהבחירות הקיימות לא יסקפו בהכרח את מה שהפרטים רוצים באמת, שכן הבחירה שעמדה בפניהם הייתה מצומצמת.

שנית, מידע אינו מצרך "רגיל", ועל כן גם "שוק מידע" אינו מתפקד כשוק רגיל. מידע אינו עונה לתנאים המוכרים של היצע וביקוש. מוצרי מידע עצמם משפיעים על הביקוש, לכן כוח ריכוזי בשוק שכזה עשוי להיות בעל כוח רב בעיצוב ההעדפות והנושאים העומדים על סדר היום. הדבר עשוי לצמצם משמעותית את אפשרויות ההשתתפות בשיח החברתי ולהגביל את החירות והאוטונומיה של המשתתפים. גישה חופשית למידע, שאינה כפופה לכוח וטו של גוף פרטי כלשהו, תלויה בקיומה של נחלת הכלל. אין זה סביר שספקי המידע יקפידו לשמר רמה דומה של שימושים חופשיים מהגבלות. מתן תוקף בלתי מותנה להסדרה עצמית באמצעות ההסדר שב־DMCA או באמצעות אכיפה של רישיונות שימוש אחידים, מאמץ למעשה את עמדתם של בעלי הזכויות שלפיה יש לאפשר להם למקסם את רווחיהם ולהפיק כל תועלת כלכלית הקשורה ביצירותיהם. אם בעבר דיני זכויות יוצרים יצרו איים של מידע שהיו נתונים לשליטתם הבלעדית של בעלי זכויות היוצרים, איים אלה גדלים והופכים ליבשות, תוך שהם משאירים מעט מאוד אזורים החופשיים משליטה פרטית. היכולת להטיל הגבלה מוחלטת על הגישה היא שהופכת מדיניות זו למסוכנת מבחינה דמוקרטית.

88 רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח (1) 251, עמ' 265-268. לסקירת סוגיה זו במשפט האמריקני ראו N. Netanel "Copyright, Trusted Systems, and Free Speech in the United States" *The Commodification of Information* (Faculty of Law, Haifa University, 1999).

89 על שליטה תרבותית ראו N. Fraser "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post Socialist' Age" 212 *New Left Review* 68, 70-74 (1995).

90 I. Ramsay *Advertising, Culture and the Law: Beyond Lies, Ignorance and Manipulation*, 70 (דן בהתאמת העדפות). at p. 37 (1996).

ד. סיכום

המעבר מהסדרה ציבורית להסדרה פרטית מהווה תהליך של הפרטה בשני מובנים: ראשית, כללי המותר והאסור ביחס ליצירות והגדרת השימושים המותרים נקבעים כיום פחות בידי המחוקק ויותר על-ידי בעלי הזכויות. שנית, המעבר להסדרה פרטית עלול להפריט את נחלת הכלל במובן זה שרעיונות, עובדות וחידושים, אשר היו בבעלות משותפת של הכלל, בבחינת COMMON הפתוח לשימוש הכול, יינעלו תחת שליטה פרטית בחסות החוק.

הפרטה הפכה במקומותינו למילת קסם. הפרטה, קניין פרטי ושוק חופשי נתפסים לעתים קרובות כתרופת פלא לתחלואים שונים במציאות הישראלית. אך ספק רב בעיניי אם תהליך ההפרטה שאנו עדים לו בדיני זכויות היוצרים יספק מענה לצרכים המיוחדים של שוק המידע והשיח הציבורי. אינני טוענת שהאיזון שנקבע בדיני זכויות יוצרים הינו בהכרח האיזון הנכון בכל הנסיבות. אכן, נראה כי עידן המידע וההפצה הדיגיטלית מחייבים אותנו לשנות את מערך האיזונים הקיים ולהתאימו לסביבת המידע המשתנה. יחד עם זאת האיזון שנקבע בדיני זכויות יוצרים משמש ליצירת מסגרת משפטית. איזון זה משקף, נוסף על הרצון לתמרץ יוצרים ולעודדם, גם אינטרסים ציבוריים הבאים לידי ביטוי בהבחנה שבין ביטוי לרעיון, בהגנת השימוש ההוגן ובהגבלות נוספות על זכותו הבלעדית של בעל הזכות. אינטרסים אלו נעדרים מהמשטר המשפטי החדש.

הרצון לשמור על מידע כלשהו סודי או אף לגדרו פיזית (וטכנולוגית) כנגד שימוש לא מורשה, הוא דבר אחד. פנייה למוסדות החוק על-מנת שיאכפו אמצעים אלה, היא עניין שונה בתכלית השינוי. כאשר המערכת המשפטית (הציבורית) מתבקשת לאכוף נורמות שנוצרו על-ידי צדדים פרטיים (כגון חוזים), נורמות אלה כפופות כאמור לביקורת שיפוטית. הסדרה באמצעות טכנולוגיה מציבה מקרה קשה יותר. האתגר האמיתי המוצב בפני המחוקקים איננו רק להגדיר מחדש זכויות שליטה על הגישה ליצירות, אלא גם להבטיח גישה חופשית מהגבלות לכל המצוי בנחלת הכלל, גם בעידן המידע.