

זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע

מאת

יובל קרניאל, אהוד נסימיאן*

א. מבוא. ב. הצגת השאלות וסדר הדיון. ג. הטכנולוגיה הדיגיטלית במרחב הממוחשב בראי זכויות היוצרים. ד. זכויות יוצרים במרחב הממוחשב: 1. העקרונות והצורך בזכויות יוצרים; 2. הרחבת ההגנה של דיני זכויות יוצרים במרחב הממוחשב; 3. צמצום ההגנה של דיני זכויות יוצרים במרחב הממוחשב; 4. הפסיקה בארה"ב. ה. עקרונות כלכליים במרחב הממוחשב; 1. טכנולוגיות ההפצה בעולם הישן והחשיבות של זכויות היוצרים; 2. טכנולוגיות ההפצה במרחב הממוחשב וחוסר החשיבות של הגנות זכויות יוצרים. ו. הצורך בהענקת הגנת זכויות יוצרים ליוצר כעידוד ליצירה במרחב הממוחשב; 1. כללי; 2. תוכנות, קוד פתוח ויצירות דיגיטליות. ז. נקודת האיזון הראויה בין היוצר למשתמש במרחב הממוחשב; 1. הרפורמה המשפטית המתחייבת; 2. סיום עידן של זכויות היוצרים? ח. מסקנות והמלצות. ט. סיכום.

א. מבוא

בחלקים נכרים במשפט, ובהם ההליך המשפטי, משפט הקניין הרוחני, חלקים מדיני החוזים, חלקים מדיני נזיקין, דיני הפרטיות ועוד, כלי המשפט שבידנו מתקשים בהסדרת

* ד"ר יובל קרניאל הוא מנהל החטיבה למשפט, תקשורת וטכנולוגיה במכללה האקדמית למשפטים. מר אהוד נסימיאן הינו תלמיד לתואר שני בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית. תודתנו נתונה לעו"ד עמית אשכנזי על הערותיו המועילות וכן למערכת עלי משפט ולקוראים האלמוניים מטעמה.

המציאות החדשה הנובעת מההתפתחויות הטכנולוגיות, בכלל, וטכנולוגיות המידע, בפרט.

השילוב של האינטרנט והטכנולוגיה הדיגיטלית מציב את נקודת האיזון בין בעלי הזכויות לבין המשתמשים בדיני הקניין הרוחני, בכלל, ובזכויות היוצרים, בפרט, במצב של טלטלה.¹

מחד, הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת ליצור אין ספור עותקים² מושלמים של יצירות מוסיקליות, ספרותיות, אודיו ויזואליות מרגע שאלה הומרו למדיה דיגיטלית. זאת ועוד, רשת האינטרנט מאפשרת הפצה³ של עותקים אלה בכמויות אדירות, במהירות האור וללא תלות בגבולות גאוגרפיים. דוגמה טובה לכך היא מקרה נאפסטר, שהקימה רשת שנויה במחלוקת של תקשורת ישירה בין משתמשי קצה המשמשת להחלפת קבצים ועותקים פרטיים של יצירות.⁴

1 ראו למשל דו"ח של דיוני צוות הממשל האמריקני לקניין רוחני בעידן המידע: Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights 178 (Sept 1995) ("White Paper") דוח זה פורסם בתקופת ממשלו של הנשיא קלינטון וכונה "המסמך הלבן". המסמך דן בעיקר בנקודת האיזון בין צורכי הגישה של משתמשי האינטרנט לבין הזכות של בעלי הזכויות לשלוט בגישה ליצירות המוצבות ברשת האינטרנט. הדו"ח דן, בין היתר בהגדרת אחריותם של ספקי הגישה והתוכן באינטרנט, וההמלצות בו לא התקבלו ברובן. נדון בחלקן בהרחבה בהמשך המאמר. ניתן למצוא את המסמך ב- <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/> (בוקר לאחרונה בתאריך 30.8.2002).

2 אחת הזכויות המרכזיות של בעל זכות יוצרים היא הזכות לעשות עותקים של היצירה המוגנת, ובמשפט האנגלי אף "להרשות" עשיית עותקים. זכות זו באה לידי ביטוי בסעיף 21(2) לחוק זכות יוצרים, 1911.

3 זכות ההפצה, כפי שהיא מוגדרת בדרך כלל, עוסקת בזכותו של בעל זכות היוצרים לשלוט במידה כלשהי בהפצה של עותקים פיזיים חוקיים של היצירה שלו ולמנוע הפצה של עותקים פיזיים לא חוקיים של היצירה שלו. זכות זו באה לידי ביטוי חלקי בדיון הישראלי בסעיף 22(2) לחוק זכות יוצרים, 1911, העוסק במניעת הפצה של "עותקים מפרים". עם זאת בית המשפט העליון קבע לאחרונה בעניין ע"א 2173/94 טל-אבנט נ' ערוצי זהב ואח', פ"ד נה(5) 529, כי העברה בכבלים של שידור של אחר (פעולה המוגדרת כ"שידור משנה") ללא הרשאה של בעל זכויות היוצרים בתוכן השידור המקורי, אף היא יכולה להיות "הפצה". כלומר, בית המשפט העליון היה מוכן להגן על בעל זכות היוצרים מפני שימוש בעותק לא מוחשי של היצירה באמצעות סעיף ההפצה. בלי לערוך דיון מפורט בהשלכותיה של קביעה זו ובמידת ביסוסה בדיני זכויות היוצרים, די לציין כי זו עשויה להיות עילה רלוונטית גם בהקשר של הפצה של עותקים לא פיזיים באמצעות רשת האינטרנט.

4 נאפסטר הייתה תוכנת מחשב שהתבססה על טכנולוגיית Peer to Peer, המאפשרת קשר ישיר בין משתמשי קצה לצורך העברת קובצי מחשב ללא תלות בשרת מרכזי מתווך. לדיון בהרחבה בטכנולוגיית Peer to Peer ראו: J. Borland "The P2P Myth: Democracy Traffic Jams" At

מאידך, הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת שליטה במידע ובתכנים ברמה גבוהה מאוד. מפיצים של יצירות דיגיטליות יכולים לשלוט לא רק בהפצה של יצירותיהם, אלא גם באפשרות יצירת עותקים של היצירות הללו, ובכך לשלוט במנגנוני השוק השונים של היצירות במרחב הממוחשב. טכנולוגיה זו עלולה לשנות ולהשמיט את הבסיס העיוני של הגישה התועלתנית⁵ בזכויות יוצרים. הגישה התועלתנית רואה ביוצר בעיקר ככלי לקידום המטרות החברתיות ואינטרסים של הציבור, ולא כאובייקט עצמאי הראוי להגנה⁶. ההכרה בזכותו הרכושית של היוצר, על-פי גישה זו, אינה מבוססת על כיבוד אינטרס פרטי שלו, אלא על רצון לקדם את רווחת הציבור⁷ המפיק תועלת מיצירה ומהפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי⁸.

CNET News.com (Oct 26, 2000) 11; L. Lessig *The Future of Ideas* (N.Y., 2001), at pp. 134-142.

5 ראו בהרחבה דיון במאמרו של ד"ר גיא פסח על אודות שלוש הגישות השונות לזכויות יוצרים: ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" **משפטים** לא (תשס"א) 359.

6 ראו עוד L.E. Seltzer *Exemptions and Fair Use in Copyright* (1978), at pp. 10, 12.

7 ראו ניתוח על אודות ההתפתחות בתפיסה של הטובין הציבוריים בספרו של לורנס לסיג: L. Lessig *The Future of Ideas* (*supra*, note 4), at p. 17-23.

8 הגישה התועלתנית של בנתם: J. Bentham *The Theory of Legislation* (1975), at p. 70. בוחנת הן את הקשר בין ההכרה בזכות היוצרים לבין עידוד והפצה של טובין מופשטים בעלי ערך חברתי והן את היתרונות השונים הנובעים מהיותה של זכות היוצרים זכות קניינית סחירה ומקימו של מנגנון שוק לסחר בטובין מופשטים. כך גם לטענתו של לוק: J. Locke *Second Treatise of Government* chapter V, at pp. 25-35, reprinted in C. B. MacPherson, (ed.), *Property: Mainstream and Critical Positions* (1978), at pp. 17-21. כאשר נמהלים יחדיו משאבי עבודה אישיים ומשאבים המוחזקים במשותף, היטמעותם של המשאבים האישיים בתוך המשאבים המשותפים מעוררת זכויות קניין אישיות בתערוכת שנוצרה. על-פי התאוריה של לוק, לקניין בלתי מעובד יש ערך זניח, אך תוספת העבודה די בה כדי ליצור זיקה של קניין. דומה הדבר לאתרי אינטרנט וליצירות שנוצרו בעולם הממוחשב ואין להן אחיזה מחוצה לו – מקור ערכן וקיומן של יצירות אלו היא העבודה שהושקעה ביצירתן, התוכנה היישומית קוד המקור וקוד היעד של התוכנה, העיצוב הגראפי, האופן שמושם ומסודר בו התוכן המצוי ביצירות השונות ועוד – כל אלה מקנים לבעלים זיקה וערך קנייני הראויים להגנה. מן הצד השני של המתרחש נדונים המחיר החברתי אשר נלווה להכרה בזכויות יוצרים וגבולות היכולת לבסס את ההכרה בזכויות יוצרים על יסוד שיקולים תועלתניים. נימוקים אלו מעניקים תמיכה מוגבלת, אם כי לא מבוטלת, להתייחסות ליצירות מהעולם הממוחשב כאל קניין. כל המשקיע בפיתוח יצירה שכזו יפתח ציפיות לבעלות על פרי יצירתו. אם ליוצר חשוב שלאנשים מסוימים תהיה גישה ליצירתו ולאחרים לא, הגנת החוק על מערכת הציפיות תשמר את זכותו של היוצר לבעלות ולשליטה בלעדית על נכסיו. לדעתנו, במרחב הממוחשב הציפיות של היוצרים הן שונות. במרחב הממוחשב קיימת סביבה אחרת ובה נתונים שונים. קלות ההעתקה של יצירות, העלות האפסית של השימוש המפר, טשטוש הגבולות הנכסיים

כתוצאה מהתפתחות טכנולוגיות אלו אנו מצויים בתחילתו של דיון על אודות המקום הראוי של דיני זכויות יוצרים במאה העשרים ואחת, כאשר לנגד עינינו עומדת נקודת האיזון בין זכות היוצר לבין חופש המידע, במרחב הממוחשב⁹. בצדה האחד של המשוואה עומדים היוצרים המחברים ובעלי הזכויות על היצירות, כמו גם תעשיות אשר באורח מסורתי נשענו על דיני זכויות היוצרים – תעשיות ההיי־טק, הטלוויזיה והרדיו, ההוצאה לאור, הסרטים, המוסיקה, האומנות, התרבות והבידור. גורמים אלו מכונים לעתים "המקסימליסטים"¹⁰, ולדידם ההגנה שצריכה להינתן במסגרת דיני זכויות

בבעלות על יצירות, האפשרויות הטכנולוגיות למניעת גישה ושימוש ביצירות, ומנגד האמצעים הטכנולוגיים המאפשרים לעשות שימוש שכזה – כל אלה, ובעיקר התרבות והאתיקה המקובלות במרחב הממוחשב, משפיעים על הציפייה המקובלת ועל הנורמה המקובלת אצל יוצרים וגולשים כאחד. יש הסבורים שמשקל כוחו של היוצר והאפשרות הטכנית שלו לשלוט בגישה ליצירתו הם נקודה חסרת משמעות משפטית, שכן בנסיבות המעשיות הקיימות מרבית הבעלים של יצירות בעולם הממוחשב אינם מעוניינים להגביל את הגישה ליצירותיהם. בנסיבות כאלה יטענו אלה שהכרת החוק בזכות לקניין פרטי, כשזו מוגנת על-ידי היכולת להגיש תביעה על שימוש מפר, תוכיח את עצמה כחסרת משמעות, שכן איש לא יידרש לה. אך יש לזכור שיכולים להתעורר מצבים שבעלים ביצירה בעולם הממוחשב ירצה להגביל בהם גישה על-פי אמות מידה מסוימות, ובהן שימוש מוגבל בחלקים מן היצירה, ניתוב התעבורה ברשת האינטרנט, שליטה בזכות ההפצה והביצוע הפומבי שביצירה ועוד כהנה וכהנה זכויות מעולם זכויות היוצרים. לפיכך לאדם המשקיע ביצירת יצירה בעולם הממוחשב חייבת להיות הזכות להחליט כיצד תנוצל יצירתו ומה יהיו גבולות השימוש בה, בין שהוא מתיר שימוש נרחב וחופשי ביצירתו ובין שלא, וזאת בכפוף למערכת ציפיותיו הראשוניות בעת שבחר לפרסם את היצירה במרחב הממוחשב. יש מקום לסברה כי בעידן המידע הנוכחי קיימים תמריצים רבים וחשובים ליצירתן של יצירות, ואין עוד צורך בהגנה משפטית חזקה כל כך על קניינו של היוצר כתמריץ העיקרי לעידוד המשך היצירה. על-פי הגישה התועלתנית, דומה כי גם ציפיות פחותות בהרבה לקבלת תגמולים ולשליטה ביצירה הן עידוד מספיק להמשך יצירתן והפצתן של יצירות מקוריות בכל תחומי היצירה.

באחד באוקטובר, 2000 נערך דיון בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת הארוורד שממחיש את הדילמה הנוצרת בעידן המרחב הממוחשב והטכנולוגיה הדיגיטלית. בפאנל הדיון השתתפו הפרופסור לורנס לסיג, שתמך בזכויות המשתמשים ובחופש המידע, ומנגד מר ג'ק ולאנטי, שתמך בעמדת בעלי הזכויות; לעיון בדיון ראו *The Future of Intellectual Property on the Internet: A Debate* (Berkman Center of Internet and Society, Harvard Law School 2000) נמצא און-ליין בכתובת: <http://cyber.law.harvard.edu/futureofip/archive/asp> בוקר לאחרונה בתאריך (30.8.2002).

P. Goldstein *Copyright Highway: The law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox* (Hill & Wang, 1994), at pp. 15-26; P. Samuelson *The Copyright Grab*, (Wired, 1996), at p. 1 (מאמר ביקורת על המסמך הלבן שפורסם בתקופת ממשל קלינטון, שהמליץ בין היתר לחזק את השליטה הטכנולוגית של בעלי הזכויות).

9

10

היוצרים בעידן הממוחשב צריכה להיות רחבה ביותר על מנת לאפשר לבעלי הזכויות שליטה מול האפשרויות המגוונות הטמונות בטכנולוגיה הדיגיטלית, אשר מביאות לפגיעה בזכויות הקנייניות בנכסיהם הרוחניים. לעומתם, בצדה האחר של המשוואה עומדים המשתמשים והמתנגדים לתיאוריה זו, המכונים "המינימליסטים", ולדידם חופש הביטוי¹¹ והזכות לשימוש הוגן¹² יפגעו פגיעה אנושה בשל האפשרות לשליטה ופיקוח באמצעים טכנולוגיים על יצירות במדיה דיגיטלית ויקנו לבעלי הזכויות שליטה ופיקוח על היצירה באופן חסר תקדים¹³.

11 לדיון בהרחבה על חופש הביטוי באינטרנט ראו: ל' קרניאל "חופש הביטוי באינטרנט" **עלי משפט** א (תש"ס) 163; M.D. Birnhack "The Copyright Law and Free Speech Affair: Making Up and Breaking-Up" 43 *IDEA: J. of L. & Tech.* 1003.

12 חוק זכות יוצרים, 1911, סעיף 2(1) מתיר למי שאינו בעל זכות יוצרים לעשות ביצירה "טיפול הוגן" לשם לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית. היתר זה מציב סייג חשוב מאוד לזכות היוצרים והגנה כנגד תביעת הפרה. יש בו כדי לאפשר מספר רב של שימושים ביצירה ללא היזקקות לרשות מאת בעל הזכות.

13 התפתחותם של אמצעים טכנולוגיים מאפשרת שליטה בשימוש ביצירות, כך, למשל, מערכות ניהול זכויות אוטומטיות (Copyright Management Systems) מאפשרות הצמדת קובץ דיגיטלי ליצירה אשר יגדיר מה הם השימושים המותרים ביצירה ובאילו תנאים. מערכות אלו תאפשרנה למפיצים תמחור וגבייה בגין כל סוג של שימוש ביצירה בנפרד בהתאם לסוג היצירה, לזהות המשתמש, לסוג השימוש, למשך השימוש וכדומה. מערכות אחרות מאפשרות הפצת עותק של היצירה לזמן מוגבל או בכפוף להרשאה לעשות מספר עותקים מוגבל. עם תום התקופה או עם יצירת עותקים במכסה המותרת מושמד העותק באופן אוטומטי. השליטה הפיזית ביצירה, הרחבת אפשרויות הגבייה וצמצום עלויות האכיפה מבטיחים הגדלת פוטנציאל הרווח של בעלי הזכויות. אלו מצדם מצביעים גם על היתרון לצרכנים, אשר יוכלו לרכוש זכויות שונות לשימושים שונים ביצירה במחיר נמוך. אולם נראה כי מערכות ניהול הזכויות תאפשרנה לבעלי הזכויות לשלוט בשימוש ביצירותיהם באופן חסר תקדים. בעבר היה הצרכן שרכש עותק של היצירה רשאי להשתמש בו אין ספור פעמים, להשאילו לחבר או למכור אותו משומש; ראו למשל דיון במאמרו של יוחאי בינקלר "Free as the Air to common Use: First Amendment Constrains on Enclosure of the Public Domain" 74 *N.Y.U. L. Rev.* (1999) 354, at pp. 386-7, 393-401, 412-414. בעולם מערכות הגבייה הדיגיטליות יישאר המפיץ בעל העותק, והמשתמש רק ירכוש כל פעם מחדש את הזכות לקרוא, להאזין או לצפות ביצירה. שליטה שכאמור עלולה לסכן את חופש המידע. שימוש במערכות אלו יאפשר לבעלי הזכויות למנוע ממשתמשים לעשות כל שימוש ביצירה, למעט שימוש שנעשה בהרשאתם, ויצמצם לחלוטין את חופש השימוש ביצירה. בכלל זה שימושים אשר על-פי הדין הקיים הם שימוש הוגן או שימוש בחלקים של היצירה אשר אינם מוגנים בזכות יוצרים והחוק מגדירם כנחלת הכלל. בנוסף, מעוררות מערכות ניהול זכויות היוצרים שורה של שאלות מהותיות בנוגע להגנת הפרטיות ולזכותו של הציבור לקרוא במידע ולצפות בו באופן אנונימי; ראו למשל דיון במאמרה של ג'ולי כהן: J.E. Cohen "A Right to Read

ב. הצגת השאלות וסדר הדיון

בבואנו לדון בבעיות המתעוררות עם המעבר לטכנולוגיה הדיגיטלית והצבת יצירות במרחב הממוחשב אנו צריכים לדון ראשית בשאלה אם יצירות פורמט דיגיטלי ראיות כלל להגנת זכויות יוצרים¹⁴. כאשר אנו מבקשים לדון בשאלה אם סוג של שימוש מסוים ביצירה דיגיטלית מותר או אסור, אנו מניחים למעשה כי חלה הגנה כלשהי על יצירות פורמט דיגיטלי. אולם הנחה זו לא הייתה נכונה בעבר: אז לא היה ברור כי חלה הגנת זכות יוצרים על סוגי היצירות השונות, על השימושים השונים ועל בעלי הזכויות השונים באופן כה טבעי. הכלי הקרוי זכות יוצרים נוצר על מנת לספק הגנה כלכלית ליוצר ולמפיץ של היצירה¹⁵. לפני עידן האינטרנט והמדיה הדיגיטלית ההכרה בזכויות היוצרים ליוצר, למו"ל ולמפיץ הייתה ברורה מסיבה אחת מרכזית: העלות הגבוהה של הפצה והצגה של היצירות לציבור¹⁶. נוסף על הצורך להעניק ליוצר תמיכה כלכלית, היה צורך כמעט הכרחי להעניק למו"ל הגנה דומה, כיוון שהעלות הגבוהה של הפצת היצירות והבאתן לציבור התחלקה על פני יצירות רבות של יוצרים רבים שהוא היה צריך להפיץ על מנת לקצור הצלחה באחדות מהן, כלומר הוא פעל בסביבה עסקית בעלת סיכונים לא מעטים¹⁷. העלויות הגבוהות של ההפצה והשיווק של היצירות איחדו את הציפיות של היוצרים עם אלו של המו"לים, וכך למעשה נוצרה ההצדקה המגולמת בדיני הקניין הרוחני למתן הגנה של זכויות יוצרים ובעקבותיהם גם למו"לים.

Anonymously – A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace” 28 *Connecticut L. Rev.* (1996) 981, at pp. 983-1003

14 ראו למשל הדיון במחקר של פרופסור ברייר, אשר מצביע על כך שהצבה של יצירות במרחב הממוחשב מחזירה את העלות הכלכלית ביצירתן ובהפצתן גם ללא הגנת זכויות יוצרים: S. Breyer “The Uneasy Case for Copyright: A study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs” 84 *Harv. L. Rev.* (1970) 281

15 גם סטפן ברייר, שטוען כי עצם העובדה שלמפיץ וליוצר יש את השליטה על הפרסום הראשון מעניקה להם את הכוח הכלכלי, מכיר בטענה כי פיראטיות מחלישה את כוחו הכלכלי של בעל הזכויות. על טיעונים אלו של פיראטיות ניתן להוסיף גם את האפשרויות הטמונות במדיה הדיגיטלית. לדיון בהרחבה ראו: שם, עמ' 300-305; S. Breyer “Copyright: A Rejoinder” 20 *U.C.L.A. L. Rev.* (1972) 75, at p. 80

16 ראו להלן פרק ה של המאמר.

17 ראו למשל: J. Valenti *Copyright & Creativity: The Jewel in Americas Trade Crown: A call to Congress to Protect and Preserve the Fastest Growing Economic Asset of the United States* (2001), at p. 19

מטרת מאמר זה היא לבחון את נקודת האיזון הראויה בין היוצרים, המו"לים והמשתמשים במרחב הממוחשב ובעידן המדיה דיגיטלית. בין היתר תבחן השאלה אם ניתן כיום להפריד בין ההגנה הניתנת ליוצר לבין זו המוענקת למו"ל, מנקודת מבטם של המשתמשים ולמען הסדרת השימוש הראוי בטובין ציבוריים בחברה¹⁸.

המקסימליסטים יטענו כי האינטרנט וסביבת המרחב הממוחשב מאפשרים הפצה ויראלית של יצירות בפורמט דיגיטלי באין ספור עותקים ובמהירות אדירה, ובכך מביאה לפגיעה אנושה בבעלי הזכויות – המו"לים, כאמור. נראה כי ההפצה הוויראלית של מדיה דיגיטלית במרחב הממוחשב מייצגת את ההתפתחות הטכנולוגית שיש לאמץ ולא לחשוש ממנה או לנסות להילחם בה, בעיקר משום שיכולות ההפצה הוויראליות הללו הופכות את עלות ההפצה לכמעט זניחות במרחב הממוחשב¹⁹. זאת ועוד, אין ספק שמי שעושה ביצירה פעולה בלעדית לבעל זכות היוצרים ללא הסכמתו מפר את זכויותיו. אולם אם נשוב ונתייחס לגישה התועלתנית שהיצירות נראות בה כטובין ציבוריים אשר מאופיינים בחוסר יכולת מעשית למנוע מכל אדם שימוש והנאה מהם, והעובדה כי שימושו של האחד אינו גורע מיכולתו של האחר להשתמש בהם, יכול להיווצר כשל שוק, ובו למרות הערך החברתי הפוטנציאלי הרב של הטובין הציבוריים כל פרט רציונאלי יעדיף שלא להשתתף במימונם, משום שצריכתם אפשרית גם לאלו שלא השתתפו במימונם. בעיה זו נקראת בעיית "הנוסע החופשי"²⁰ שרבים נהנים בה מפירות היצירה בעוד הם מוציאים עצמם ממשוואת האיזון בין המשתמש ליוצר²¹. אולם כיוון שהעלות של הפצת יצירות במרחב הממוחשב אינה כה גבוהה, למעשה גם בעיית

18 כבר מסעיפו הראשון של חוק זכויות היוצרים ניתן ללמוד כי מטרתם של דיני זכויות היוצרים היא עידוד היצירה על מנת להבטיח יצירתן והפצתן של יצירות שהן חיוניות לציבור ובלשונו של השופט שמגר בפרשת אינטרלגו – ע"א 513/89 *Interlego* נ' *Exin-Lines Bros S.A* ואח', פ"ד מח(4)133: "מטרתם של זכויות היוצרים היא לעודד את הגיוון הביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים... דינים אלו הם כלי שנועד להסדרת ייצור פרטי של טובין ציבוריים (Public Goods), אותם טובין ציבוריים הינם עולם היצירות המקוריות" בהמשך מציין השופט שמגר את שני המאפיינים של טובין ציבוריים: הראשון הינו חוסר היכולת למנוע שימוש או הנאה ללא תשלום, והשני הינו העובדה שהנאתו של אדם אחד מהמוצר אינה גורעת מיכולתו של אדם אחר ליהנות ממנו.

19 ראו הדיון במסמך הלבן לעיל, הערה 1.

20 עוד על גישת הנוסע החופשי ראו J. Green, E. Kohlberg, and J. J. Laffont "Partial equilibrium approach to the free rider problem" *J. of Public Economics* 6 (1976) pp. 375-394.

21 לדיון נוסף במהותם של הטובין הציבוריים "א' פרוקצ'יה" זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט "משפטים יח (תשמ"ט) 395, בעמ' 411-409.

"הנוסע החופשי" איננה כה חמורה במרחב הממוחשב²², או קיימת במידה פחותה בהרבה.

הפרק השלישי של המאמר דן ביכולות של הטכנולוגיה הדיגיטלית במרחב הממוחשב ליצור עותקים ולהפיצם, ובמקביל ביכולתה לשמש למניעת גישה לתכנים ולניהול השימוש בידע. הפרק הרביעי של המאמר פותח בדיון על הבסיס העיוני של זכויות היוצרים וממשיך בדיון בטיעוניהם של אלו המצדדים בהרחבת ההגנה של דיני הקניין הרוחני במרחב הממוחשב ושל אלו המתנגדים לה. בנוסף, מביא פרק זה את ההשלכות של טיעוני הצדדים לאור שלושה מקרים מרכזיים בכלכלה העולמית ומפרט את הטיעונים להתרת שימושים במרחב הממוחשב תוך בחינת גבולות השימוש ההוגן, חופש הביטוי וההעתקה הפרטית.

המאמר בוחן אם הגנה בזכויות יוצרים ליצירות דיגיטליות נחוצה עוד בעידן המרחב הממוחשב לצורך יצירה והפצה של יצירות, ומסיק לבסוף כי אין הצדקה לזכויות אקסקלוסיביות למניעת הפצה ושעתוק של יצירות דיגיטליות על ידי משתמשים פרטיים במרחב הממוחשב. בפרק החמישי מובאות ההצדקות לכך שאין עוד צורך בזכויות אקסקלוסיביות שכאלו, המוענקות בעיקר למפיקים, למפיצים, ולמו"לים, בעידן המרחב הממוחשב. הפרק השישי דן בתפקיד של ההגנה בזכויות יוצרים ליצורים עצמם ובתפקידו לסייע לעידוד היצירה תוך בחינת האפשרויות החדשות והשימוש בהן לגבייתם של תשלום מהמשתמשים ושל תגמול היוצרים שיצירותיהם מופצות במרחב הממוחשב. הפרק השביעי מנסח את העקרונות והכללים לאור הניתוח, בדרך לחיפוש אחר משוואת איזון ראויה בין היוצר והמשתמש במרחב הממוחשב ולעקרונות הרפורמה המשפטית המתחייבת.

הפרק השמיני מביא את המסקנות וההמלצות לאור הסקירה להלן, הפרק התשיעי הוא הסיכום.

ג. הטכנולוגיה הדיגיטלית במרחב הממוחשב בראי זכויות היוצרים

הדילמה שהטכנולוגיה הדיגיטלית מעוררת במרחב הממוחשב אינה סמויה מהעין. בעוד שהטכנולוגיה מאפשרת הפצה זולה ויעילה לאין ערוך של יצירות בכמויות גדולות

²² לדיון מעמיק בסוגיה זו ראו להלן פרק ג.1.

ובמהירות רבה, היא מאפשרת שליטה חסרת תקדים בהבאת היצירה לציבור, הגישה אליה ובשימושים בה.²³

הבסיס לטכנולוגיה הדיגיטלית טמון ב"הפחתת" גודל המידע לקובץ של מידע המאורגן בספרות בינאריות. שלא כמו הטכנולוגיה האנלוגית, הדפוס המסורתי או הווידאו, שהיו מוטבעות בה היצירות בעותקים פיזיים, הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת הצגתן של אותן יצירות תוך עיבוד ותרגום של ספרות בינאריות גם בעותקים לא מוחשיים או לא בהכרח טבועים פיזית בחפץ.²⁴

על ידי הפחתת המידע לספרות בינאריות תוך שימוש באלגוריתמים מתמטיים שפותחו במיוחד לצורך כך, הטביעה הדיגיטלית יצרה מהפכה באופן קיבוע המידע. המדיה הדיגיטלית מייצרת את הצורך בקיבוע היצירה בחפץ פיזי. בעבר עותק של יצירה היה מגיע למשתמש כשהוא טבוע בחפץ פיזי כלשהו, דוגמת נייר, פילם, תקליט וכו'. העותק הפיזי היה בו כדי להגביל את ההפצה של היצירות. מספר העותקים שנוצרו היה המספר המדויק של העותקים שהופצו.²⁵

תרגום המידע לקובץ של ספרות בינאריות והפיכתו בכך לפורמט דיגיטלי של יצירה מאפשרים להפיצה ללא תלות בעותק פיזי, דרך שידורים אלחוטיים, בפולסים אלקטרוניים שונים, דרך כבלים טלפוניים ודרך סיבים אופטיים. ובנוסף, ניתן לטבוע את היצירה הדיגיטלית על חפצים פיזיים, דוגמת תקליטורים בפורמטים שונים, סלילים, כונני מחשב ועוד התקנים לשמירת מידע דיגיטלי.

חידוש מהפכני נוסף שיצרה הטכנולוגיה הדיגיטלית היא האפשרות ליצירת עותקים זהים למקור. בעוד שהעתקה אנלוגית של ספר, הקלטה מוסיקלית או שידור אודיו-ויזואלי אינם זהים בדיוק למקור, ואיכותם נמוכה יותר, העותק הדיגיטלי זהה לחלוטין למקור.

הטכנולוגיה הדיגיטלית משנה, בנוסף, את עלויות יצירת העותקים. בעוד שעלות יצירת עותקים אנלוגיים גבוהה, על פי רוב, וכרוכה באמצעי ייצור תעשייתיים ובחומרי גלם יקרים, העתקה בפורמט דיגיטלי, ניתן לעשותה באמצעים ביתיים זולים ובמהירות ייצור תעשייתית ואף מהירה יותר. בנוסף, צמצום כמות המידע של יצירות בפורמט דיגיטלי מייצרת את הצורך במחסני סחורה ובכך מוזיל עלויות. יתרה מזאת, כאשר

23 לדיון נוסף ב"דילמה הדיגיטלית" ראו: R.S. Ray Ku "The creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology" 69 *Chicago L. Rev.* (2002) 263, at pp. 270-276.

24 ראו דיון מפורט בהשוואה בין הטכנולוגיה הדיגיטלית לאנלוגית ב"מסמך הלבן" (לעיל, הערה 1).

25 להרחבה בסוגיה זו ראו: J.P. Barlow *The Economy of Ideas* (Wired, March, 1994), at p.2. נמצא און-ליין גם ב: <http://www.wired.com/archive/2.03/economy.ideas.html> (בוקר לאחרונה ב-30.8.2002).

העותקים הדיגיטליים מופצים במרחב הממוחשב ללא קיבוע פיזי, האלמנטים הללו מודגשים אף יותר, ואדם יכול להפוך בקלות ובעלות נמוכה להיות מפיץ, ספק תוכן (או פיראט) של יצירות בפורמט דיגיטלי.

יתרונות אלו של העתקה דיגיטלית פותרים למעשה את רוב הקשיים ביצירת עותקים של יצירות ובהפצתן, ובכך משחררים במידה רבה את טכניקות היצור וההפצה מהכבלים שאחזו בהן בשיטות הטכנולוגיות הישנות.

דרך הטיפול ביצירה המוסיקלית ממחישה בצורה הטובה ביותר את המעבר לפורמט דיגיטלי, מנקודת המבט של הייצור וההפצה. יצירה מוסיקלית יכולה להיות מוקלטת דיגיטלית בין על-ידי היוצר ובין על-ידי המרה מאוחרת של טביעת היצירה לפורמט דיגיטלי. אחד הפורמטים הפשוטים והנפוצים ביותר הוא פורמט ה-MP3²⁶, אשר מאפשר בין היתר הפחתה משמעותית של גודל היצירה עד לגודל של כעשרה אחוזים מגודלו של העותק המקורי של היצירה בלי לפגום באיכות העותק המקורי²⁷. לאחר המרתה של היצירה המוסיקלית לפורמט דיגיטלי היא יכולה בקלות להיות משועתקת למספר רב של עותקים פיזיים או להיות משוגרת או מוצבת באתר אינטרנט, או דרך שרתי דואר אלקטרוני ברחבי רשת האינטרנט. ברגע שיצירה שכזו הורדה מהאינטרנט על-ידי משתמש אחר, הוא יכול לעשות בדיוק את אותן פעולות שעשה המשתמש שקדם לו, או היוצר והמפיץ הראשון של היצירה²⁸.

26 MP3 הוא פורמט MPEG גרסה 3, ואלו הם ראשי התיבות של Moving Picture Experts Group, פורמט דיגיטלי זה פותח על-ידי חברת MP3; לדיון בהרחבה בפורמאט זה ראו D.A. Helper "Comment, Dropping Slugs in the Celestial Jukebox: Congressional Enabling of Digital Music Piracy Short Changes Copyright Holders" 37 *San Diego L. Rev.* (2000), at pp. 1165-1174.

27 מפתחי הפורמט ניתחו את האופן שבו נקלטים צלילים על-ידי האוזן האנושית והמות. כך, למשל, אם צליל גבוה ונמוך נשמעים באותו רגע, המוח מסוגל לקלוט רק אחד מהם. MP3 פועל באותה הדרך: הפורמט "מרמה" את האוזן בכך שהוא בוחר בעת הדחיסה בצליל ה"חשוב" יותר ומבטל צלילים "מיותרים". כך גם מסייע הפורמט להקטנתו של הקובץ. התוצאה: קטע מוסיקלי בן 3 דקות שתופס כ-30 מ"ב בדיסק הקשיח, יידחס לקובץ MP3 ששוקל פחות מ-3 מ"ב – ללא הפסד משמעותי באיכות.

28 לדיון נוסף בנושא זה ראו: P. Gralla *How the Internet Works* (Que Millennium ed., 1999) at pp. 222-225; K. Conner-Sax and Ed Krol *The Whole Internet: The Next Generation* (Oreilly, 1999), at pp. 356-386.

תוכנת נאפסטר ושאר תוכנות שיתוף הקבצים הקיימות ברשת²⁹ משמשות כדגם למודל הפצת קובצי יצירות בפורמט דיגיטלי במרחב הממוחשב. תוכנות אלו מאפשרות למשתמשים לחפש יצירות המצויות במחשביהם של משתמשים אחרים, להעתיקן או להחליף ביניהם יצירות³⁰. יתרה מזאת, טכנולוגיית ה-*Peer to Peer*, שעמדנו עליה קודם לכן, מאפשרת הפצה במרחב הממוחשב בצורה שונה מבעבר. בתחילה היו מוצבים עותקים דיגיטליים של יצירות בשרתי אינטרנט, בקישורים למאגרי מידע או בדרך של תפוצה בדואר אלקטרוני. בטכנולוגיית *Peer to Peer* המשתמשים מקושרים ישירות האחד לספריית הקבצים במחשבו של האחר ללא תלות משמעותית במתווכים או בספקי תקשורת אינטרנט³¹.

29 ניתן למצוא תוכנות שיתוף קבצים רבות שתפסו את מקומה של נאפסטר לאחר שזו נאסרה לשימוש על ידי בית המשפט בארצות הברית. התוכנות המובילות כיום (30.08.2002) מצויות באתרים דוגמת www.aimstar.com, www.kaza.com, www.audiogalxy.com ועוד.

30 ראו *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 114 F. Supp. 2d 896 (Cal., 2000), at pp. 905-906 (מקרה נאפסטר 1). עוד בעניין זה: *B. Krebs, S. Bonisteel and R. Macmillan Music Industry*: *Execs Cheer Napster Ruling, Post-Newsweek Business Information* (Feb. 12 2001).

31 בעת השימוש בתוכנת נאפסטר עוברים ממחשבו של כל משתמש לשרתי נאפסטר שמותייחם של קובצי המוסיקה הדיגיטלית שהוא בחר לשתף בהם את המשתמשים האחרים. הקבצים עצמם נותרים במחשב המשתמש. שרתי נאפסטר בעצם עושים פעולת תיווך בין המשתמשים השונים. כאשר משתמש בחר בקובץ מוסיקה מסוים, הוא מוריד אותו ממחשבו של המשתמש האחר אל מחשבו שלו. לאחר ההורדה המשתמש יכול לנגן את הקובץ על מחשבו שלו או לצרוב אותו על גבי תקליטור. בהחלטת בית המשפט בפרשת נאפסטר נפסק כי משתמשי נאפסטר מפריים את הזכות לשעתק יצירה ואת הזכות להפיצה ברבים. זכויות אלו שמורות למחזיק בזכויות היוצרים על היצירה. השופטים במשפט ביססו את החלטתם זו על הלכה מוקדמת בפסק דין שניתן נגד חברת נטקום האמריקנית *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc.* 907 F. Supp. 1361 (Ca., 1995) שנפסק בה כי אם מפעיל מערכת מחשב לומד על קיומו של חומר מפר מסוים המאוחסן במערכתו ואינו נוקט צעדים כדי לסלק חומר כזה מהמערכת, הוא יודע על קיומה של הפרה ישירה ותורם לביצועה. בהיעדרה של ידיעה ממשית לא ניתן להחזיקו כמפר רק מפני שמבנה המערכת מאפשר הפרה כזו. בעוד שתוכנת נאפסטר הייתה מבוססת על שרת מרכזי אחד שניהל את התקשורת בין המשתמשים השונים, התוכנות החדשות שקמו לאחר נאפסטר אינן מבוססות על שרת מרכזי אשר מרכז את הפעילות, אלא על תוכנה דינמית אשר שוכנת ארעית אצל המשתמשים המחוברים לרשת. כך למעשה חוסר התלות בשרת סטטי וניצול תוכנת שרת השוכנת אקראית בין המשתמשים המחוברים לרשת ומנצלת את מחשביהם כשרתים ארעיים, מביאים לכך שהטיעונים בדבר הפרה תורמת שביצועה נאפסטר אינם רלוונטיים במקרים אלו, שכן קשה למצוא גוף מוגדר המנהל את התוכנות הללו. עוד על מקרה נאפסטר ראו בהרחבה בפרק ד.1.

בשעת השיא נאפסטר הייתה שירות עם למעלה מ-75 מיליון משתמשים, שהורידו קבצים בקצב של עשרת אלפים שירים בשנייה. כמות זו של הורדת קבצים דיגיטליים, מהירות ההעסקה ונפח האחסון הגדול מצביעים על עלות אפסית כמעט של הפצת יצירות במרחב הממוחשב. כך למעשה כל אדם בעל מחשב וגישה לאינטרנט יכול להפוך למעין מפיץ של יצירות מוסיקליות בפורמט דיגיטלי.

אולם בעוד שכאמור הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת הורדת עלויות וייעול אמצעי ההפצה, הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת גם ליוצרים ולמו"לים שליטה חסרת תקדים באמצעים דיגיטליים על ההפצה והשימושים ביצירות בפורמט זה.³²

העובדה כי הטכנולוגיה הדיגיטלית מתבססת על קוד מחשב כדי לתפקד, גורמת לכך שאותו קוד מחשב יכול שישמש כדי לעצב התנהגות.³³ כך מצייין, לדוגמה, פרופסור לסיג, כי על-ידי שימוש בקודי מחשב במערכות ניהול זכויות בעלי הזכויות שולטים למעשה ברמת החשיפה והשימוש בנכסיהם הרוחניים לציבור.³⁴ מערכות אלו מבוססות בעיקר על שיטות הצפנה³⁵ אשר מונעות שימושים לא מותרים בקבצים דיגיטליים. את גבולות השימושים המותרים מגדיר בעל הזכות ביצירה. למשל, את אפשרות ההעסקה שלה או מספר הפעמים שניתן לצפות ולהשתמש בה ואף אפשרות לתמחר ולגבות תשלום בעבור כל סוג של שימוש או משך השימוש.³⁶

תוכנות לניהול זכויות כבר קיימות בחלק ממנגוני ההפצה של יצירות במרחב הממוחשב. לדוגמה RealAudio המשתמשת באלוגריתם, והמתחרה של MP3, מסתמכת

32 M. Stefik "Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing" 12 *Berk. Tech. L. J.* (1997) 137, at pp. 137-140.

33 L. Lessig *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999) זה ראו Lessig (*supra*, note 4), at pp. 147-149, 177-180.

34 M. Stefik "Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing" 12 *Berk. Tech. L. J.* (1997) 137; M. Gimbel "Some Thoughts on the Implications of Trusted Systems for Intellectual Property Law" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1671.

35 S. Chartrand *A New Encryption System Would Protect Coveted Digital Data Stream* (NY Times C8, July 3, 2000).

36 לדיון במערכות ניהול זכויות במרחב הממוחשב ובטענה כי הן מייחרות את הצורך בהגנת זכויות יוצרים ראו: T.W. Bell "Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyrights Fair Use Doctrine" 76 *N.C.L. Rev.* (1998) 557, at pp. 564-567; E. Schlacter "The Intelctul Property Renaissance in Cyberspace: Why copyright Law Could Be Unimportant to the Internet" 12 *Berk. Tech. L.J.* (1997) 15-38.

על מערכת חכמה אשר מאפשרת שליטה ביכולות של המשתמשים בתוכנה להאזין, לקבצים השמורים בפורמט דיגיטלי זה להקליטם ולשמרם³⁷. ההצלחה המועטה שתוכנות לניהול זכויות נחלו עד עתה נעוצה בעובדה כי ברחבי המרחב הממוחשב מצויים פורמטים חינומיים דוגמת MP3 אשר משמשים את המשתמשים. אולם ארגון תעשיית התקליטים האמריקני (RIAA) פועל כיום להפצת קוד צופן (SDMI³⁸) שיוטבע על גבי כל התקני המדיה הדיגיטלית של המו"לים ויחייב התקנת רכיב מיוחד שידע לקרוא את אותו קוד במכשירי השמע והקול עצמם. ללא התקן זה לא יוכל המשתמש לצפות ביצירה או להאזין לה. אם יוזמה זו תצליח למו"לים תהיה שליטה מלאה בשימושים השונים ביצירות. גם תעשיית הקולנוע האמריקנית פתחה ביוזמה דומה ומצויה כעת בשלבי פיתוח והטמעה של אמצעי הצפנה (CSS³⁹) אשר משמש לאותה מטרה כמו של האמצעי של תעשיית התקליטים. לטכנולוגיה הדיגיטלית יש אפוא הכוח לשחרר את היצירות מתלות במתווכים ולייעל את התפוצה שלהן במרחב הממוחשב, או לחזק את כוחם של בעלי הזכויות ולשלוט בכל השימושים והתפוצה של אותן יצירות במרחב הממוחשב. הדיון בשאלה מהי הדרך הנכונה לרתום ולנצל את הטכנולוגיה הדיגיטלית במרחב הממוחשב, מנקודת מבט של דיני זכויות היוצרים, נמצא רק בראשיתו.

ד. זכויות יוצרים במרחב הממוחשב

1. העקרונות והצורך בזכויות יוצרים

זכות היוצרים מוגדרת בסעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911 כזכות של יחיד להעלות על הבמה, לקרוא ולהציג לעיונו של הציבור את היצירה או חלק ניכר ממנה בצורה של ממש או להעתיקה. בעוד שבסעיף 1(2) לחוק מוגדרות זכויותיו הבלעדיות של בעל זכויות היוצרים, קובע סעיף 2(1) כי מעשה שהזכות הבלעדית לעשותו נתונה לבעל זכויות היוצרים יהיה הפרה של זכויות היוצרים אם המעשה נעשה ללא הרשאה. מכאן רואים זכות יוצרים ביצירה כאילו הופרה על ידי אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשותו נתונה בחוק לבעל זכות היוצרים. במילים

37 לדיון בטכנולוגיה ובשיטה שעל-פיה RealAudio מושתת ראו *RealNetworks, Inc v. Streambox, Inc*, 2000 US Dist LEXIS 1889, 4-5 (W D Wash).

בתכנים השונים במרחב הממוחשב ראו Lessig (*supra*, note 4), at pp. 180-199.

38 Secure Digital Music Initiative.

39 Content Scramble System; ראו דיון בטכנולוגיה זו לסרטי DVD: *Universal City Studios, Inc v. Reimerds* 111 F Supp 2d 292 (S.D., 2000), at pp. 303, 308.

אחרות, דיני זכויות יוצרים מקנים ליוצר את הכוח המשפטי למנוע מאחרים לעשות ביצירתו שורה של שימושים המוגדרים בחוק, וכמובן להרשות את השימוש ביצירתו כנגד תשלום תמלוגים.⁴⁰

כבר מסעיפו הראשון של חוק זכות יוצרים ניתן ללמוד כי מטרתם של דיני זכויות היצורים היא עידוד היצירה על מנת להבטיח יצירתן והפצתן של יצירות חיוניות לציבור, ובלשונו של הנשיא שמגר בפרשת Interlego:

"מטרתם של זכויות היצורים היא לעודד את הגיוון בביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים... דינים אלו הם כלי שנועד להסדרת ייצור פרטי של טובין ציבוריים (Public Goods), אותם טובין ציבוריים הינם עולם היצירות המקוריות"⁴¹.

בהמשך מציין הנשיא שמגר את שני המאפיינים של טובין ציבוריים: הראשון הינו חוסר היכולת למנוע שימוש או הנאה ללא תשלום, והשני הינו העובדה שהנאתו של אדם אחד מהמוצר אינה גורעת מיכולתו של אדם אחר ליהנות ממנו. גישה זו הינה חלק מן הגישה התועלתית הכלכלית לזכויות היצורים⁴² אשר אומצה על ידי בית המשפט העליון, והיא הגישה המקובלת גם במשפט האמריקני.⁴³ הגישה התועלתנית⁴⁴ רואה ביוצר בעיקר ככלי לקידום המטרות החברתיות והאינטרסים של הציבור ולא כאובייקט עצמאי הראוי להגנה.⁴⁵ ההכרה בזכותו הרכושית של היוצר, על-פי גישה זו, אינה מבוססת על כיבוד אינטרס פרטי המיוחס לו, אלא על רצון לקדם את רווחת הציבור, המפיק תועלת מיצירה ומפצה של ביטויים ויצירות בעלי ערך חברתי.⁴⁶

40 ראו עוד W.A. Copinger & E.P. Skone-James *On Copyright* "Copyright law is concerned in essence, with the negative right of physical material" (London, 13th ed., by E.P. Skone-James and others, 1991). הנוסח המחייב של חוק זכות יוצרים 1911 הוא הנוסח בשפה האנגלית.

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

42 פסח (לעיל, הערה 5).

43 ראו הגדרת זכות היצורים במשפט האמריקני: US Const Art I, Sec 8, cl 8; 17 USC Sec 102 (1994 & Supp 1999); 17 USC sec 106 (1994 & Supp 1999).

44 ראוי לציין כי קיימות הצדקות נוספות למתן הגנה לזכויות יוצרים. בפסק דינו מציין הנשיא שמגר את גישת האישיות שמקורה במסורת המשפט הקונטיננטלי, ואת גישת ההשקעה המאפיינת את המשפט האנגלי. גישות אלו רואות בדיני זכויות יוצרים דינים אשר נועדו להגן על זכותו הטבעית של היוצר בפרי עמלו (גישת ההשקעה) או ביצירה המשקפת את אישיותו (גישת האישיות).

45 L.E. Seltzer *Exemptions and Fair Use in Copyright* (1978), at pp. 10, 12.

46 ראו למשל *Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.* 464 U.S. 417 (1984) at p. 429.

כאמור לעיל, הזכויות המוקנות ליוצר ביצירתו מגבילות את חירותם של אחרים (יוצרים ומשתמשים), לרבות חופש הביטוי שלהם, להשתמש ביצירה באופן חופשי, אולם זכויות אלו אינן טוטאליות ואינן מקנות שליטה מוחלטת על כל שימוש ביצירה.⁴⁷

"The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate creative activity of authors and investors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired".

ראו עוד:

Feist Publication Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991), at p. 349: "The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but [t]o promote the Progress of Science and useful Arts".

47 לכאורה קיימת סתירה בין דיני הקניין הרוחני (פטנטים, סימני מסחר, מדגמים וזכויות יוצרים), המעניקים זכויות בלעדיות בכל הנוגע לקניין הרוחני, לבין דיני ההגבלים העסקיים, אשר נועדו להבטיח תחרות חופשית בשוק. קניין רוחני הוא בבסיסו משטר משפטי של הענקת בלעדיות על שימושים מסוימים ב"נכסים" רוחניים מסוימים. בלעדיות זו נקראת לעתים מונופולין, אף שלמושג מונופולין בהקשר זה ישנה משמעות שונה במקצת מזו המקובלת בדיני התחרות. הבלעדיות הניתנת לנכס הרוחני יכולה להיות מוגבלת מבחינת סוג השימושים, מבחינת התחום הטריטוריאלי של הבלעדיות ועוד. מכאן עולה כי ההתנגשות בין שתי מערכות דינים אלו תעלה כאשר דיני ההגבלים העסקיים יטילו מגבלות ספציפיות על ניצול זכות הבלעדיות במושא הקניין הרוחני. אולם למעשה מדובר בסתירה לכאורית, שכן מטרתם של דיני הקניין הרוחני ודיני ההגבלים העסקיים זהה: הגדלת הרווחה הכללית במשק על ידי עידוד ההשקעות ביצירה ופיתוח על ידי גורמים פרטיים. מנקודת ראות זו שני הדינים משלימים זה את זה, עם זאת האמצעים שנוקטת כל אחת ממערכות הדינים שונים בתכלית השינוי. חשוב לזכור כי זכויות הקניין הרוחני אינן יוצרות בדרך כלל מונופול, אלא מעניקות זכות קניין המאפשרת שליטה בזכויות מסוימות בלבד בשוק, ולא שליטה מונופוליסטית בשוק עצמו. כאמור, התפיסה של המונופול בקניין רוחני שונה מהתפיסה בדיני ההגבלים העסקיים. בדיני ההגבלים העסקיים מונופול הוא בדרך כלל דבר שלילי הפוגע בתחרות שהיא הערך העליון. בקניין רוחני, הענקת מונופולין (למעשה, זכות קניין בנכס) היא הדרך הטבעית לתת תמריץ לחדשנות, ליצירתיות או למוניטין. למעשה, מנקודת מבט של דיני הקניין הרוחני, למחבר יצירה או לממציא המצאה או למפתח של מותג לא יכולים להיות מתחרים שווי זכויות, כי בעוד שהוא יצר או המציא או קידם מוניטין של מותג, הם רק מעתיקים ממנו. במילים אחרות, אין מדובר כאן במצב טבעי של מתחרים שווי זכויות. אולם פרשנות לא זהירה ומרחיבה של ההגנה הניתנת בזכויות הקניין הרוחני, ובייחוד במסגרת זכויות היוצרים, שתאפשר למשל למנוע לא רק יצירת עותק פיזי של יצירה אלא גם עותקים זמניים שלה (כפי שקורה רבות במרחב הממוחשב), פרשנות שכזו תקנה ליוצר עילות תביעה ומונופול בשוק התוכנות ובעולם

מנגד, מול זכויות היוצר קיים אינטרס ציבורי חזק למקסם את השימוש ביצירה ולאפשר לציבור הרחב להיחשף אליה. ככל שציבור רחב יותר של משתמשים יכול לעשות שימוש ביצירות, כך גדלה התועלת החברתית שביצירתן. זאת ועוד, חשיפה ליצירות מעודדת יצירתן של יצירות חדשות.⁴⁸ הקהל הצורך יצירות בהווה הוא ציבור היצורים בעתיד, לפיכך מתן גישה לציבור רחב ככל האפשר ליצירות אמנות, לספרות, לתוכנות מחשב ולמידע הינו חיוני להבטחת התפתחותם של תרבות, אמנות, מדע וטכנולוגיה. מאפיין זה מחייב שימת דגש על חופש המידע.⁴⁹

חלופה זו של רעיונות ויצירה המביאה ליעילות החברתית שביצירה העתידית, מבוססת על כך שטובין ציבוריים מבוססים על שתי תכונות עיקריות: האחת היא העובדה שייצירות כטובין ציבוריים הן בעצם מוצר בלתי נדלה, כלומר שימוש של אחד ביצירה אינו גורע משימושו של האחר ביצירה.⁵⁰ השנייה היא הקושי העצום למנוע

היצירות במרחב הממוחשב בצורה שתגביל למעשה את זכות השימוש ההוגן ביצירות אלו ותפגע למעשה בפיתוח של יצירות חדשות, כפי שעמדנו על כך קודם לכן. על כן יש להיזהר בהחלת דינים אלו בדרך שתפגע בזכויות העומדות בבסיס הקניין הרוחני. לצורך כך יש לבחון מחדש את האיזון הקיים כיום בחוק בין דיני ההגבלים העסקיים בנוגע להסדרים כובלים. ההסדר הקבוע כיום בסעיף 2)3 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 - פוטר כל הסדר בין בעל הזכות לבין מקבל זכות השימוש בה שכבילותיו נוגעות לזכות השימוש בזכות הקניין הרוחני. הסדר גורף זה חל על ניהול כל סוגי הזכויות הכלולות בדיני הקניין הרוחני, ונראה כי יש מקום לבחון ולצמצם הסדר גורף זה לאותם מקרים שההגבלה אכן נדרשת בהם לשם קידום האינטרסים של הקניין הרוחני. העובדה כי אופן מימוש הזכויות הכלכליות במרחב הממוחשב עדיין לא הוסדר כראוי, מחדדת עוד יותר את הצורך להגן על המשתמשים, ובכך להביא באופן עקיף לעידוד היצירה, שכן הגנה קשוחה ומתן פטור גורף לכל ההסדרים הפנימיים בין בעלי הזכויות למשתמשים או למפיצים יביאו לחיזוק בעלי הכוח בשוק ולדיכוי היצירה. נשוב ונחדד כי הפטור חל רק על הסדרים כובלים, אך כאשר ההסדרים יוצרים מונופול – כלומר, שליטה בשוק, אפשר וצריך להחיל את הוראות חוק ההגבלים העסקיים, ואין פטור למונופול שמקורו בקניין רוחני.

ראו דיונים במאמריה של ליטמן על אודות העידוד שבחשיפה ליצירות, המעודדת יצירה חדשה: J. Litman "The Public Domain" 39 *Emory L. J.* (1990), at pp. 965-968; J. Litman "Revising Copyright Law for the Information Age" 75 *Or. L. Rev.* (1996) 19, at p. 33

ראו דיון בספרה של ליטמן על אודות התפתחות היסטורית של מטפורות המשמשות להצדקת הענקת זכויות אקסקלוסיביות למו"לים: J. Litman *Digital Copyright* (Prometheus, 2001), at pp. 80-86

לדיון בהרחבה בתכונה זו של טובין ציבוריים ראו: א' פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" **משפטים** יח (תשמ"ט) 395, בעמ' 411-409; H. Demsetz "The Privat Production of Public Goods" 13 *J.L. & Econ.* 411-409; R.V. Bettig *Copyrighting Culture: The Political Economy of* (1970), at pp. 293-295;

מאחרים לעשות שימוש ביצירה או ליהנות ממנה. ממבט ראשון שתי תכונות אלו נראות כתכונות פוזיטיביות, אולם מבט מעמיק יותר מגלה כי הן עלולות ליצור בעיה המכונה בעיית "הנוסע החופשי", כלומר יכול להיווצר כשל שוק, ובו למרות הערך החברתי הפוטנציאלי הרב של הטובין הציבוריים כל פרט רציונלי יעדיף שלא להשתתף במימונם, משום שצריכתם אפשרית גם לאלו שלא השתתפו במימונם⁵¹, כך רבים נהנים מפירות היצירה בעוד הם מוציאים עצמם ממשוואת האיזון בין המשתמש ליוצר⁵². אולם בעוד שהתיאור הקודם של טובין ציבוריים חל על רעיונות, שירים ולחנים, הוא אינו מתאר באותה מידה של דיוק חפצים כמו תקליטורים, ספרים או יצירות פיסול. כך שבעוד שרעיונות יכולים להיות "לא בלעדיים", וקשה למנוע את השימוש בהם בידי אנשים אחרים, אפשר בנקל (יחסית) למנוע את השימוש בספר או בתקליטור. אולם באופן מסורתי ניתנה הגנה בדיני זכויות יוצרים לא רק לשיר אלא גם לתקליטור הנושא אותו. הצידוק לכך נעוץ בצורך להגן על הטובין הציבוריים המופשט על ידי קיבועו וטביעתו בחפץ אשר השליטה על ייצורו ועל הפצתו נוחה יותר. בעוד שסיפור או שיר יכולים להיות מופצים בעל־פה, קיבועה של יצירה בחפץ הנושא אותה מעתה והלאה מאפשר לשלוט בהפצתה ובהצגתה של היצירה לציבור, ובכך מצד אחד, להביאה לחלקים רחבים יותר בחברה, ומצד אחר, להגן על בעל הזכויות ביצירה⁵³. ראינו אפוא כי לולא קיבוע היצירה, הצגתה לציבור בעודה משמשת טובין ציבוריים, עלות ההפצה שלה היא גבוהה, שימושו של האחד איננו גורע משימושו של האחר, וכך בעצם לא נוצר רווח שולי בהפצת היצירה. כדי למנוע תופעה זו ולייעל את הליך היצירה ולעודדו כלכלית נולד הצורך בקיבוע היצירה בחפץ לשם שליטה טובה יותר בהפצתה ובהצגתה של זו לציבור⁵⁴.

Intellectual Property (Westview, 1996), at pp. 79-80; W.W. Fisher III "Reconstructing the Fair Use Doctrine" 101 *Harv. L. Rev.* (1988), at pp. 1659-1700

51 עוד על גישת הנוסע החופשי ראו: J. Green, E. Kohlberg, and J.J. Laffont *Partial equilibrium approach to the free rider problem. Journal of Public Economics* 6 (1976), pp. 375-394; E. Mansfield *Principles of Microeconomics* (Norton, 1974), p. 70-75

52 לדיון בתכונה השנייה של הטובין הציבוריים ראו W.J. Gordon "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors" 82 *Colum. L. Rev.* (1983) 1600, at p. 1611

53 לדיון בהרחבה בתמחור העלות הנובעת מהחלופה של הגבלת הגישה ליצירות לבין הוויתור על הפרסום הראשוני ראו: W.M. Landes, R.A. Posner "An Economic Analysis of Copyright Law" 18 *J. Legal. Stud.* (1989) 325; L. Lessig *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999), at p. 133

54 לדיון על התפיסה של הטובין הציבוריים ומעמדם החדש במרחב הממוחשב ראו בהרחבה Lessig (*supra*, note 4), at pp. 85-101

זכויות יוצרים נועדו אפוא למעשה לא רק לתגמל את היוצר בעבור יצירתו אלא גם ליצור תמריץ עבור המו"ל. תוצאה זו מושגת על-ידי מתן הגנה ליוצרים על יצירותיהם מרגע שקובעו בחפץ או במדיה זו או אחרת, ומאפשרת שליטה בשימושים כגון הצגת יצירותיהם העתקתן והפצתן. היוצר מעביר חלק מזכויות אלו למו"ל כתמריץ עבורו להפיץ את יצירתו ולהציגה בציבור. כך למעשה דיני זכויות יוצרים מבססים את מנגנון השוק הפרטי של יצירה וצריכה של יצירות על-ידי הענקת זכויות בלעדיות ביצירות באופן מלאכותי.

2. הרחבת ההגנה של דיני זכויות יוצרים במרחב הממוחשב

המקסימליסטים מכירים בכך שהמעבר למרחב הממוחשב בשילוב הטכנולוגיה הדיגיטלית מביא לתפוצה יעילה יותר של היצירות ולאפשרות שליטה טובה יותר בשימושים הנעשים בהן, אולם מנקודת מבטם, טכנולוגיה זו מאפשרת להשתמש ביצירות ולהפיצן באופן שיביא להפסדים ולשחיקה ביעילות הכלכלית שביצירה. לדידם, דיני זכויות היוצרים צריכים למנוע את הפגיעה הזו בדרך של הכרה בזכותו של היוצר לשלוט באמצעים טכנולוגיים בהפצה ושימושים ביצירה⁵⁵. המקסימליסטים רואים בטכנולוגיה הדיגיטלית דרך יעילה יותר לקצור את שזרעו ולהבטיח את התשומה המלאה על תפוקת היוצרים⁵⁶. מבחינתם, מרגע שהיוצרים יפוצו בצורה טובה יותר על יצירתם, יהיה בכך משום עידוד ותמריץ חשובים ליצירה שיביאו לטובת הציבור⁵⁷. טיעון זה נראה הגיוני מאוד בפשטותו: ככל שיהיה תמריץ כלכלי רחב יותר, כך תהיה יותר יצירה, וניתן לראות רבים המצדדים בו; יוחאי בינקלר למשל מכנה אותו כ"Enclosure Movement"⁵⁸, ופאמלה סמואלסון כ"Copyright Grab"⁵⁹. באמצעות ישום דיני זכויות היוצרים לאפשרויות הטכנולוגיות הדיגיטליות המקסימליסטים מנסים למצות את האפשרויות החדשות של ההפצה והעתקה, כפי שמאפשר למשל אלוגריתם ה-MP3, אולם בנוסף, גם לשלוט בשימושים שמוגדרים כיום כדיני זכויות יוצרים כ"שימוש הוגן" ביצירה⁶⁰ ושימושים מותרים אחרים⁶¹. על-ידי רתימת הטכנולוגיה

55 ראו, למשל, P. Goldstein *Copyright Highway: The law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox* (1994), at p. 236.

56 שם, עמ' 11.

57 לדיון בעידוד כלכלי כתמריץ להגברת היצירה ראו: T. Hardy "Property (and Copyright) in Cyberspace" *U. Chi. Legal. F.* (1996) 217, at pp. 219-229.

58 Y. Benkler "Free as the Air to common Use: First Amendment Constrains on Enclosure of the Public Domain" *74 N.Y.U. L. Rev.* (Wired, 1999), at pp. 354-356.

59 P. Samuelson *The copyright grab* (1996), at p. 1.

60 ראו למשל טיעונים בעניין זה בפסק דין: *Sony Corp of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417 (1984), at p. 447.

הדיגיטלית יכולים בעלי הזכויות לשלוט בשימושים כגון טביעה של שידור לצפייה מאוחרת יותר, יצירת עותק נוסף לשימוש ביתי, יצירת אוסף של שירים ואף על מספר הפעמים שבהן ניתן להשתמש ביצירה; כך בעצם לשלוט בכל אחד ואחד מהשימושים בין שהוא מותר ובין שהוא אסור.

המקסימליסטים הכירו במגוון השימושים המותרים שהתקיימו עד עתה וראו בהם כשל שוק אשר יש להשלים עמו⁶². למעשה, ההשלמה עם השימושים המותרים באה כהכרה בעלות הגבוהה של הניסיון לשלוט בהם או לאסור אותם. כיום, טוענים המקסימליסטים, הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת לשלוט בעלות נמוכה בכל השימושים המותרים שהיו עד עתה כשל שוק מבחינתם, ולפיכך יש לצמצם מאוד את גבולות השימוש המותר ביצירות⁶³.

זאת ועוד, לצד מערכות ניהול השימושים הדיגיטליות ניתן להשתמש בשליטה ובפיקוח באמצעים חוזיים⁶⁴. בעוד שהוצאה לאור של ספר באלפי עותקים ודרך הפצתו בחנויות הספרים לא אפשרו כריתת חוזים עם כל אחד מן הקונים והקוראים, הרי שרשת האינטרנט יוצרת אפשרויות חדשות לכריתת חוזים בין מפיצים ומשתמשים מפיצים ומתווכים ברשת האינטרנט שולטים למעשה בעצם הגישה ליצירות. היות שבכוחם למנוע גישה ליצירה, הרי שהם יכולים להתנות באופן אפקטיבי את מתן הגישה ליצירה בהסכמת המשתמש למחיר ולתנאי השימוש. באמצעות חוזים אחידים⁶⁵ מטילים בעלי

61 ראה ה"ש 9.

62 W.J. Gordon "Fair Use as Market Failure: A structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors" 82 *Colum. L. Rev.* (1983) 1600, at pp. 1614-1627.63 T.W. Bell "Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyrights Fair Use Doctrine" 76 *NC. L. Rev.* (1998), at pp. 579-580; T. Hardy "Property (and Copyright) in Cyberspace" *U. Chi. Legal. F.* (1996) 217, at p. 236 במרחב הממוחשב אפסיות, היתרון המושג בשליטה דיגיטלית על השימושים המותרים במרחב הממוחשב הופך לזניח, ראו בהרחבה טיעון זה: R.P. Merges "The End of Friction?: Property Rights and Contract in The Newtonian World of On-Line Commerce" 12 *Berk. Tech. L. J.* (1997) 115.64 ראו מאמרה של ניבה אלקין קורן העוסק בהרחבה בעניין זה: נ' אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" **עלי משפט ב** (תשס"ב) 319, בעמ' 323.

65 במקרים רבים מכונים החוזים רישיונות (Licenses). כינוי זה עשוי להיות מתאים. שעה שחווה הרישיון מכיל הוראות שהן הרשאה לשימוש בזכות יוצרים, אולם במקרים רבים הוראות החווה נוגעות להגבלת הזכויות הנתונות דווקא למשתמש. במקרים אלו קשה לדבר על רישיון חד-צדדי

הזכויות במקרים רבים מגבלות על השימוש ביצירה מעבר למגבלות החלות על המשתמשים מכוח החוק הקיים, ובכך מצמצמים לטענת המקסימליסטים, את כישלון השוק שעמדנו עליו קודם לכן, ומייעלים את היצירה, מעודדים אותה ומתמזצים אותה⁶⁶.

צידוק נוסף לצמצום השימושים המותרים במרחב הממוחשב מוצאים המקסימליסטים בעובדה שהמרחב הממוחשב יוזיל את עלויות ההפצה, ובכך המחיר לצרכן ירד באופן משמעותי ובצדו גם הרווח השולי לבעל הזכויות. לכן חשוב, לדעתם, לתמחר גם את השימושים שבעבר לא היה ניתן לתמחרם, אולם כיום הודות לטכנולוגיה הדיגיטלית ניתן לעשות זאת בקלות יחסית⁶⁷.

לדידם של המקסימליסטים, המחיר של הפגיעה בזכויות הפרט, בחופש המידע ובחופש הביטוי הוא מחיר שיש לשאת בו אם רוצים להסדיר את סוגיית זכויות היוצרים במרחב הממוחשב. הפסיקה בארצות הברית הלכה בכיוון זה בפרשה המבססת הבנה זו של המקסימליסטים. בפרשת *Universal City Studios, Inc v. Reimerdes*⁶⁸ נקבע כי לצורך הגנה על האינטרסים של בעלי הזכויות ניתן לצמצם את חופש הביטוי של המשתמשים ולהגבילו⁶⁹.

בנסיבות המקרה שלפנינו היה מדובר בכך שהנתבעים אפשרו להוריד דרך האתר⁷⁰ שלהם תוכנה המבטלת את הצפנת ה-CSS⁷¹ על תקליטורי DVD⁷².

שבעל הזכות מתיר בו את השימוש בזכויותיו, אלא בהסכם הדדי שהמשתמש מוותר בו על זכויות הנתונות לו מכוח החוק ונוטל על עצמו מגבלות מכוח החוזה.

66 להרחבה בעניין זה ראו: T.W. Bell "Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyrights Fair Use Doctrine" 76 *NC. L. Rev.* (1998) 557, at pp. 579-580, 583-584, 589; T. Hardy "Property (and Copyright) in Cyberspace" *U. Chi. Legal. F.* (1996) 217, at pp.236-242, 259-260.

67 בכך בעצם מצמצמים המקסימליסטים את הפער בין רווח אישי לבין תועלת חברתית ואולי אף משווים אותם זה לזה; לדיון בהרחבה בסוגיה זו ראו: J.E. Cohen "Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management" 97 *Mitch. L. Rev.* (1998) 462, at pp. 561.

68 *Universal City Studios, Inc v. Reimerdes* 111 F Supp 2d 294 (2000)
69 ראו שם, עמ' 332: עוד על חופש הביטוי במרחב הממוחשב ראו: קרניאל (לעיל, הערה 11), ועל גישת הפסיקה הישראלית בעניין ראו ג' פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר עידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 297, בעמ' 317-313.

70 כתובת אתר האינטרנט של הנתבעת: <http://www.2600.com> (בוקר לאחרונה ב-30.8.2002).

71 לדיון בקוד ה-CSS ראו לעיל, הערה 39.

72 התוכנה המבטלת את קוד ה-CSS נקראה DeCSS, וחיבר אותה ילד בן 15. הנתבעת קישרה מאתרה לאתרים אחרים שהיה ניתן להוריד מהם את התוכנה. באמצעות שימוש בתוכנה זו היה

שמונה חברות סרטי קולנוע תבעו את חברת Reimerdes על הפצת אמצעי לביטול הצפנת תוכנה לפי הקבוע בחוק ה-DMCA⁷³ במטרה למנוע ממנה את הפצת קוד ה-DeCSS⁷⁴.

בסוף שנת 1997 חתם נשיא ארצות הברית על ה-DMCA, המיועד להתאים את דיני זכויות היוצרים לעידן הדיגיטלי. לצד החקיקה הגרמנית החדשה⁷⁵, זהו אחד הניסיונות מרחיקי הלכת לתקן את דיני זכויות היוצרים כדי למצוא פתרון לבעיות שמציב המרחב הממוחשב בפני יוצרים ומו"לים. החוק עצמו עוסק בעיקרו בחמישה נושאים:

1. יישום אמנות האינטרנט של Wipo⁷⁶ משנת 1996.
2. איסור על פיצוח אמצעי הגנה טכנולוגיים המשמשים את בעלי הזכויות לשליטה על הגישה לתוכן⁷⁷.
3. איסור על ייצורה או הפצתה של טכנולוגיה שנועדה לשמש לעקיפת אמצעים טכנולוגיים המגנים על הגישה לתוכן, ולשמירה על זכויותיו של בעל הזכויות ביצירה⁷⁸.
4. איסור על חבלה בקובצי ניהול המידע הנוגע ליצירה הכוללים גם את תנאי השימוש ביצירה⁷⁹.
5. אחריותם של ספקי שירות וגישה באינטרנט⁸⁰.

נוכח קבלת עקרונות אלו והחלתם בדין האמריקני אנו עדים לניסיון של הסדרה רחבה של אמצעי ניהול זכויות היוצרים בחקיקה האמריקנית באמצעות ביצור טכנולוגי של אותם האמצעים והעזרים היכולים לשמש לכך. החוק הרחיב למעשה את אגד

- ניתן לצפות בסרטי די.וי.די אשר הוצפנו על-ידי קוד ה-CSS ולהעתיקם במחשבים אשר אינם תואמים את הקוד הזה.
- 73 ראו סעיף 1201 (a) (2) ל-17 U.S.C. Digital Millennium Copyright Act .
- 74 לעיל, הערה 68, בעמ' 303.
- 75 ב-1 באוגוסט 1997 נחקק בגרמניה חוק (Information-und Kummunikationsdienste - Gesetz (Information and communication service act)). הפרק הראשון של החוק נועד להבטיח שספקי שירות אשר כל פעולתם היא לספק גישה לאינטרנט, לא יישאו באחריות לתוכן המידע – סעיף 5 לחוק.
- 76 WIPO Doc. CNR/DC/94 (Dec. 23, 1996) כדי להתאים את החוק האמריקני לאמנות אלו נוסף פרק 12 לחוק.
- 77 17 U.S.C 1201(a)(1)(1998) “descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological protection measure”.
- 78 17 U.S.C. 1201(a)(2)(1998); 17 U.S.C. 1201(b)(a)(1998)
- 79 17 U.S.C. 1201(a)(b)(1998); 17 U.S.C. 1202 (1998)
- 80 חלקו השני של ה-D.M.C.A. בסעיף 512(a), (b), (c) דן בהסדרת אחריותם של ספקי הגישה לאינטרנט להפרת זכויות היוצרים ברשת, המבוצעות על-ידי צד ג'.

הזכויות של היוצר בשני מובנים: האחד, הוא הוספת הזכות לשלוט בגישה ליצירה⁸¹, והשני, הוא מכלול האיסורים שבתיקון לחוק, המאפשרים הגנה פיזית על יצירה ועל אלמנטים מסוימים ביצירה אשר לא הייתה לגביהם הגנת זכות יוצרים. כך, למעשה, נפגעת גם זכות השימוש ההוגן בתוכנת מחשב⁸², החשובה מאוד כאשר נדרשים תהליכים של גיבוי, תיקון שגיאות והתאמת תוכנות מחשב לעבודה עם תוכנות מחשב אחרות. זוהי הגבלה על היכולת של מפתחי תוכנות מחשב לבדוק ולהתאים את התוכנה

81 אגד הזכויות הקלאסי מכיל את הזכות הבלעדית ליצור עותקים, ליצור יצירות נגזרות, הזכות לביצוע פומבי, הזכות להצגה בציבור וכן (בארה"ב) את זכות ההפצה. 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.

82 כידוע, זכות יוצרים אינה מגנה על רעיון, כי אם על אופי הביטוי של רעיון. מהלך פיתוח של תוכנת מחשב עשוי שלבים-שלב: בשלב הראשון מוגדרות הדרישות מהמערכת, התפקידים שתמלא, מגבלותיה וכיצד תפעל מנקודת ראותו של המשתמש. בשלב השני מתורגמות דרישות התוכנה למפרטים סכמתיים המתארים את המטלות שהוגדרו בשלב הגדרת הדרישות ואת מבנה התוכנה. השלב השלישי הוא שלב התכנות, המבוצע על ידי מתכנתים שתפקידם לתרגם את עיצוב התוכנה ממצב של סרטוטים ומבנים סכמתיים לשפת מחשב. בפסק דין ע"א 139/89 ישראל הרפו ואח' נ' עופר אחיטוב ואח', פ"ד מד(4) 16 נקבע, כי זכות היוצרים בתוכנת מחשב משתרעת הן על כל אחד משלבי הפיתוח והן על היצירה המוגמרת עצמה. שלב הגדרת הדרישות ושלב העיצוב הם השלבים החשובים והמרכזיים בהליך פיתוחה של תוכנת מחשב. הם אשר קובעים את המבנה הכולל של התוכנה, את עיצובה הפנימי ואת אופייה. השלב השלישי, שלב התכנות, הוא שלב טכני בעיקרו, אשר עניינו בתרגום התוכנה ממצב של תרשימים סכמתיים לשפת מחשב. הזמן המוקדש לו הוא מועט יחסית, ומידת היצירתיות הטמונה בו פחותה. מבנה זה של הגנת זכות יוצרים על כל אחד משלבי הפיתוח וכן על היצירה המוגמרת מקשה על שאלת הפרת זכויות יוצרים בתוכנת מחשב בהשוואה ליצירות ספרותיות אחרות: ספר שנטען כי הוא מורכב מפרקים מסוימים שהועתקו מספר אחר, בתוספת פרקים שחיבר המעתיק, ניתן להשוואה בצורה הקלה של קריאה והשוואת הנוסחים בעין רגילה. לעומת זאת בתוכנת מחשב, בשל האפשרויות הטמונות בשלב התכנות, ניתן להעתיק שלבים קודמים בפיתוח התוכנה בלי שהדבר ייראה למראית עין ראשונית בתצוגה הוויזואלית על צג המחשב.

חוק זכות יוצרים, 1911, סעיף 2(1) מתיר למי שאינו בעל זכות יוצרים לעשות ביצירה "שימוש הוגן" לשם לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית. היתר זה מציב סייג חשוב מאוד לזכות היוצרים והגנה כנגד תביעת הפרה. יש בו כדי לאפשר מספר רב של שימושים ביצירה ללא היוזקות לרשות מאת בעל הזכות. כפי שעמדנו על כך קודם, תוכנת מחשב שונה מן היצירה הספרותית הרגילה, ולכן חשוב להגדיר לה סעיפי שימוש הוגן המתאימים לאופייה המיוחד ומגנים על זכות השימוש ההוגן של המשתמשים.

שהם מפתחים, ועל יכולתם לבצע פעולות של "הנדסה חוזרת" ולעבוד עם תוכנות אחרות הקיימות בשוק⁸³.

מכאן בחזרה למקרה שלפנינו: חברת Reimerdes טענה כי הקישור שהציבה באתרה מותר לפי עקרונות חופש הביטוי המעוגנים בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית⁸⁴. בית המשפט לא קיבל את טענת הנתבעת כי מדובר בעצם בחופש הביטוי של רעיונות, אך הסכים עמה כי קוד מחשב קרוב יותר לרעיון מאשר לדרך ביטוי של רעיון⁸⁵, וכן כי בסעיפי ה-DMCA אסורה למעשה הפצתם של כלים שהם בבחינת ביטויים של רעיונות. אולם בית המשפט לא הסכים לפרשנותה כי מעשיה אינם אסורים על-פי ה-DMCA, כיוצא מפרשנות הביטוי. בית המשפט פירש את ה-DMCA כחל גם על ביטוי של רעיונות בדרך של תוכנות מחשב המפצחות את ההגנה על תכנים וקבע כי מעשיה נופלים בגדר האיסורים ב-DMCA, שם מדובר בביטוי שהוא מעבר לרעיון⁸⁶. בכך למעשה קבע בית המשפט כי כאשר ביטוי מסוים פוגע באינטרסים כלכליים של בעלי זכויות, ניתן לאסרו על-פי חוק ה-DMCA⁸⁷ אף במחיר של פגיעה בעקרון חופש הביטוי⁸⁸, כלומר יש כאן בעקיפין, הרחבה, של הגנת זכויות היוצרים המצמצמת את עקרון חופש הביטוי⁸⁹.

3. צמצום ההגנה של דיני זכויות היוצרים במרחב הממוחשב

83 ראו דיון בפירוט: נ' אלקין-קורן "זכויות יוצרים בעידן המידע – יעדים ותיקים בעידן חדש" **שערי משפט** א (1997), בעמ' 155-159.

84 ראו ה"ש 68, עמ' 304.

85 על-פי הכלל הנוהג, זכות היוצרים, לפחות בהיבטיה הכלכליים, אינה חלה על עובדות ורעיונות כשלעצמם, אלא רק על דרך הביטוי המסוימת שלהם. בישראל הבחנה זו מעוגנת כיום בסעיף 7ב לפקודת זכות יוצרים. הסעיף נחקק כחלק מהחוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפס), תש"ס-1999 (ס"ה 1721, תש"ס עמ' 44).

86 או כדברי בית המשפט: ראו שם, עמ' 329: "It cannot seriously be argued that any form of computer code may be regulated without reference to First Amendment Doctrine. The path from idea to human language to source code to object code is a continuum" **לעיל**, הערה 53, בעמ' 111-122 ועמ' 164-168.

87 ראו גם Lessing (**לעיל**, הערה 53), בעמ' 68, בעמ' 330: "The Important Governmental interest justifying the DMCA's restrictions upon expression for the protection of copyrighted work stored in digital media from vastly expended risk of piracy in this electronic age"

ראו שם, עמ' 332.

89 לדיון בפרשיות אלו ראו: חיים רבייה, **פיצוח ה-DVD**, <http://law.co.il/hebarticles/bunner.htm> (בוקר לאחרונה 30.8.2002); חיים רבייה, **עוד על פיצוח ה-DVD: זכויות היוצרים גוברות על חופש הדיבור**, [Http://www.law.co.il/hebarticles/universal_v_corely.htm](http://www.law.co.il/hebarticles/universal_v_corely.htm) (בוקר לאחרונה 30.8.2002). ראו גם Lessig (*supra*, note 4), at pp. 187-190.

המתנגדים לצורך בהרחבת ההגנה של זכויות היוצרים במרחב הממוחשב, המכונים "המינימליסטים"⁹⁰, אינם מבקרים את תחולת דיני זכויות היוצרים במתכונתה היום על המרחב הממוחשב, אלא מתנגדים להרחבת ההגנות במרחב הממוחשב, בייחוד כשאלו באות על חשבון חופש המידע והביטוי והפטורים השונים לשימוש ביצירות כפי שהיה נהוג עד כה.⁹¹ המינימליסטים רואים בצמצום גבולות השימוש ההוגן והשימושים המותרים פגיעה חמורה ביכולתו של הפרט לספוג את היצירות ולהשתמש בהן וכך להשתתף בשיח היצירתי.⁹²

לדעת המינימליסטים, יש לראות בהגנות זכויות היוצרים כלי המאפשר לכוחות השוק לפעול בחופשיות כמה שיותר, ולא לנווטם בצורה מלאכותית על ידי שימוש ביכולות הטכנולוגיות לניהול השימושים במרחב הממוחשב.⁹³ השימוש ההוגן הוא הכלי המאפשר את המיקוח בשוק היצירה: בלעדיו היצע והביקוש של יצירות יפעלו

90 ראו למשל: J. Litman *Digital Copyright* 15 (Prometheus, 2001), at p.180; N. Elkin-Koren "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace" 14 *Cardozo Arts & Enter L. J.* (1986) 215, at pp. 271-283; S. Breyer "The Uneasy Case for Copyright: A study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs" 84 *Harv. L. Rev.* (1970) 321; G.S. Lunney, Jr. "Reexamining Copyright's Incentive Access Paradigm" 49 *Vand L. Rev.* (1996) 483, at pp. 487-488.

91 כך למשל פאמלה סמואלסון מבקרת את ההגנות על ההצפנה הדיגיטלית כפי שנקבעו ב-DMCA: P. Samuelson "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Need to Be Revised" 14 *Berk. Tech. L. J.* (1999), at pp. 519-524; R. Okediji "Givers, Takers, and Other Kind of Users: A Fair use Doctrine for Cyberspace" 53 *Fla. L. Rev.* (2001), at pp. 100-117; M.B. Nimmer "Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of free Speech and the Press?" 17 *U.C.L.A. L. Rev.* (1970) 1180, at pp. 1200-1204; J.E. Cohen "A Right to Read Anonymously – A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace" 28 *Connecticut L. Rev.* 981 (1996), at pp. 1003-1019; Birnhack (*supra*, note 11).

92 להרחבה בטיעון זה ראו Y. Benkler "Free as the Air to common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain" 74 *N.Y.U. L. Rev.* (1999), at pp. 445-446.

93 N.W. Netanel "Copyright and Democratic Civil Society" 106 *Yale L. J.* (1996) 283, at pp. 339, 363-363.

באופן מונופוליסטי ומלאכותי, וכך גם תפחת היכולת של המשתמשים "להתמקח" עם היוצרים ובעלי הזכויות.⁹⁴

אנו מסכימים במידה רבה עם טענותיהם של המינימליסטים, המשקפות באורח נכון את מערכת היחסים המורכבת ואת נקודת האיזון בין היוצרים למשתמשים, ואף תומכים בטיעונים המצדיקים את קיומם של הטובין הציבוריים ומסכימים עם החשש שלהם לפגיעה בזכויות הפרט וחופש המידע. עם זאת אנו מתקשים לקבל את הטענה הגורפת, הנשמעת לעתים, כי במרחב הממוחשב כל השימושים צריכים להיות מותרים, ללא תגמול כלשהו בצד.

מהדיון בתת הפרק הקודם אנו למדים כי המקסימליסטים רואים בעיני רוחם מערכת שתתגמל את כל השימושים השונים ביצירות הדיגיטליות במרחב הממוחשב. אמנם, ניתן להניח כי מערכת זו תשמש להגבלת הגישה ליצירות ותפגע בחופש הביטוי, אולם יש לזכור כי למרות זאת האינטרס של בעלי הזכויות הוא שיהיה שימוש ביצירות כדי לגבות תשלום בעבורו.⁹⁵

זאת ועוד, בעוד אנו מסכימים עם ההנחה הבסיסית של פרופסור ליטמן כי יש מקום לצמצם את זכות ההעתקה⁹⁶, ובמקום זאת לבסס את דיני זכויות היוצרים על ערכים של תועלת מסחרית⁹⁷, הצעתה תוביל לבסוף לאותו מצב דברים. שכן, היא עצמה מיטיבה לתאר כי בכל מהלך ההיסטוריה של דיני זכויות היוצרים ההשפעה של בעלי הזכויות על

94 ראו בהרחבה דיון בטיעון זה: J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 *Cardozo Arts & Enter L. J.* (1994), at pp. 29-40; P.N. Leval "Toward a Fair Use Standard" 103 *Harv. L. Rev.* (1990), at pp. 1105-1111.

95 נקודת המבט הנכונה לדעתנו, כוללת בכפיפה אחת ניצול האפשרויות הטכנולוגיות ושינוי משפטי בתפיסה הקלאסית של זכויות היוצרים. בין היתר, צריכה לבוא בבסיסה ההכרה שטבעו חלק מן התאורטיקנים שצידדו בתאוריה התועלתנית בכל הנוגע לזכויות היוצרים, והיא ההכרה במערכת הציפיות של היוצר בכוחו להציב את יצירתו במרחב הממוחשב. הבנה של מערכת ציפיות זו, גם אם היוצר לא נתן את הסכמתו המפורשת להצבה שכזו, תביא ליצירת מנגנון חדש ומתאים יותר לשימוש ביצירות במרחב הממוחשב. מערכת ציפיות זו כרוכה בהבנה עמוקה של יתרונות ההפצה הדיגיטלית המקובלת במרחב הממוחשב. זאת ועוד, יחס חדש ליצירות במסגרת כללים משפטיים יביא לניצול יעיל של האפשרויות הטכנולוגיות. יחס זה צריך שיהיה מקיף וייגע בכל האספקטים השונים של זכות היוצרים ביצירה. שינוי מחויב הוא הגדרת היצירה הממוחשבת בין ששועתקה למרחב זה ובין שנוצרה בו. חשוב כי ההגדרה תהיה אחידה. לדעתנו, נראה כי הגדרה מתאימה תהיה הגדרת "היצירה הדיגיטלית". הגדרה אחידה זו תפשט את דרך הטיפול ביצירה זו. לדיון בהרחבה בטיעונים אלו ראה להלן פרק ו.

96 הזכות לעשות עותקים של היצירה המוגנת כפי שמנוסחת בסעיף 17(2) לחוק זכות יוצרים, 1911.

97 לדיון מקיף בתפיסתה של ליטמן ראו (supra, note 17) Litman.

המחוקק הייתה כמעט אבסולוטית⁹⁸. אם נאמץ את הצעתה, או יותר נכון את החלק השני של הצעתה, והוא ביסוס דיני זכויות היוצרים על כלים של תועלת מסחרית, אנו עלולים לרוקן מתוכן את ההכרה בצורכי הציבור במשוואת היחסים בין היוצרים למשתמשים נוכח ההשפעה והכוח הרב שיש לבעלי הזכויות על המחוקק לעומת המשתמשים⁹⁹.

4. הפסיקה בארה"ב

שלושה מקרים עמדו לדיון בבתי המשפט בארצות הברית לאחרונה¹⁰⁰, מקרים המדגימים את הדיון הנוכחי בין הגישות השונות של המקסימליסטים למינימליסטים להגנת זכויות יוצרים במרחב הממוחשב. דרך בחינת טיעוניהם אנו מבינים טוב יותר את ההשפעה ואת יחסי הכוחות של בעלי הזכויות והמשתמשים במרחב הממוחשב. בשתי הפרשיות דלהלן נבחנה דוקטרינת השימוש ההוגן בקונטקסט הדיגיטלי במרחב הממוחשב לאור הצורך הבסיסי במתן תמריץ כלכלי ליוצרים ולבעלי הזכויות.

¹⁰¹A & M Records, Inc v. Napster, Inc (Napster I)

על ידי שימוש בטכנולוגיות Peer To Peer, שעמדנו עליה קודם לכן, אפשרה נאפסטר למשתמשיה להעתיק קובצי Mp3 שאוחסנו במחשבו של משתמש אחר, וזאת על ידי מנוע חיפוש מתוחכם המאתר קובצי מוסיקה אצל כלל המשתמשים בשירות. בעת השימוש בתוכנת נאפסטר עברו ממחשבו של כל משתמש לשרתי נאפסטר שמותיהם של העותקים הפרטיים של קובצי המוסיקה הדיגיטלית שבחר לשתף בהם את המשתמשים האחרים¹⁰². הקבצים עצמם נותרו במחשב המשתמש. שרתי נאפסטר בעצם עשו פעולת תיווך בין המשתמשים השונים¹⁰³. כאשר משתמש בחר בקובץ מוסיקה מסוים, הוא הוריד אותו ממחשבו של המשתמש האחר אל מחשבו שלו. לאחר ההורדה היה

98 ראו שם, עמ' 22-32.

99 ראו בעניין זה ביקורת של גינזבורג על ה-DMCA: J.C. Ginzburg "Copyright and Control over New Technologies of Dissemination" 101 *Colum. L. Rev* (2001), at pp. 1613-1615; בעניין זה ראו R.P. Merges and G.H. Reynolds "The Proper Scope of Copyright and Patent Power" 37 *Harv J. on Legis* (2000) 45, at p. 65.

100 ראו הדיון בפרשת *Universal City Studios Inc. (לעיל, הערה 68)*.

101 114 F. Supp. 2d 896 (Cal., 2000), *affd in part and revd in part*, 239 F. 3d 1004, (9th Cir., 2001).

102 ראו שם, עמ' 900.

103 ראו שם, עמ' 901-902, 905-907.

המשתמש יכול להשמיע ולשמור את הקובץ על מחשבו או לצרוב אותו על גבי תקליטור.¹⁰⁴

בהחלטת בית המשפט נפסק כי משתמשי נאפסטר מפריים את הזכות לשעתק יצירה ואת הזכות להפיצה ברבים זכויות אלו שמורות למחזיק בזכויות היוצרים על היצירה. לטענת נאפסטר כי משתמשיה עושים ביצירה "שימוש הוגן", השיב בית המשפט כי הורדת קובצי המוסיקה בפורמט Mp3 אינה משנה את מהות היצירה, והמשתמשים מעתיקים יצירה שלמה, וזו העתקה אשר אינה עומדת בתנאי השימוש ההוגן.¹⁰⁵ זאת ועוד, משתמשי נאפסטר עושים שימוש מסחרי ביצירות מוגנות על ידי העתקה חוזרת ונשנית שלהן, וכך נחסך מהם מחיר רכישתן. פעולה זו מונעת מבעלי זכויות היוצרים את התגמולים המגיעים להם כחוק.¹⁰⁶

בית המשפט קבע כי זוהי פגיעה בערכה המסחרי של יצירה אשר אינה כלולה בפעולות השימוש ההוגן. לסיכום, הואיל והקבצים מופצים ברבים, לא תחול על הפצתם ההגנה של שימוש הוגן הניתנת למי שמעביר קבצים שברשותו ממדיום אחד לאחר (לדוגמה, מתקליטור למחשב). שכן שימוש בנאפסטר שונה משימוש רגיל זה, משום שהוא כרוך בהפצת היצירה המועתקת ברבים. בית המשפט דחה את טענת ההשוואה שנאפסטר ערכה למקרה אחר של חברת סוני¹⁰⁷, שם התיר הקלטה (בוידאו) של שידורים אודיו-ויזואלים למטרת צפייה מאוחרת בטענה כי כאן משתמשי נאפסטר יצרו עותקים של יצירות שלא הוזמנו לצפות בהן, אלא לרכשן. בכך צמצם בית המשפט את החלטת בית המשפט העליון האמריקני בעניין חברת סוני, הקובעת כי העתקה פרטית של יצירות אודיו-ויזואליות מותרת למטרת צפייה מאוחרת יותר.¹⁰⁸

104 ראו בעניין זה B. Krebs, S. Bonisteel and R. Macmillan "Music Industry Execs-Cheer
"Napster Ruling" *Post-Newsweek Business Information* (Feb. 12, 2001).

105 (Napster I), p. 911; בית המשפט דן בשאלה אם מדובר בשימוש הוגן, כשלפניו ארבעת הכללים לשימוש ההוגן כפי שמופיעים בחוקה האמריקנית בסעיף 107 ל 17 U.S.C. (Supp 1999) וזוהת המשתמש, אופי היצירה המועתקת, השימוש או החלק המועתק מהיצירה ואפקט יצירת העותק על השוק.

106 חברת התקליטים הראתה נתונים כי המכירות שלה ירדו בשיעורים של 12-13 אחוזים בסביבות הקמפוסים בארצות הברית, שם התרכזו מרבית המשתמשים בתוכנת נאפסטר; ראו: (Napster I), p. 913. להרחבה בעניין זה ראו נתוני מחקר שערכה הפדרציה לתקליטים האמריקנית באתר: M. Fine *SoundsScan Study on Napster Use and Lost of Sales*, at <<http://www.Riaa.com/PDF/fine.pdf>> (בוקר לאחרונה ב-30.8.2002).

107 ראו שם: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.* 464 U.S. 417 (1984).
108 הפטור לצורכי הקלטה ביתית נקבע בחוקה האמריקנית ב-17 U.S.C. בסעיפים 1003-1007, והוא חל כהגדרתו בחוק רק על יצירות מוסיקליות. בפסק דין בעניין סוני נקבע שיש פטור גם להקלטה של יצירות אודיו-ויזואליות למטרת צפייה מאוחרת (Time Shifting). השופטים ביססו את הטענה

בית המשפט סיכם את החלטתו בכך שמשמש נאפסטר שבחר להוריד עותק פרטי של יצירה מוסיקלית ממחשבו של אחר השיג את אותו עותק בדרך שאילולא הייתה קיימת היה צריך לרכוש את אותו עותק, ובנוסף, אם הציבו לרשות המשתמשים האחרים, איפשר בכך למיליונים לעשות את אותה פעולה. בית המשפט קבע גם כי אמנם אין מדובר בהעתקה לצורכי מסחר כהגדרתה ואף שמדובר בעותקים פרטיים מותרים (בתחילת השרשרת), היקף ההפצה האדיר, שאיפשר את השימוש בתוכנת נאפסטר באמצעות טכנולוגיית P2P הדיגיטלית, הביא עמו לפגיעה בתמריץ בעלי הזכויות באותה מידה שמביאה העתקה פיראטית לצרכים מסחריים.¹⁰⁹

¹¹⁰ *UMG Recordings, Inc v. MP3.COM*

בשונה ממקרה נאפסטר, מקרה MP3 מעלה שאלת שימוש הוגן בנסיבות שהמשתמש שבחר בהן להוריד קובצי מוסיקה מרשת האינטרנט הוא גם בעליו החוקי של תקליטור פיזי שאותו רכש. שירות My.MP3 איפשר לגולשים שבידם עותקים חוקיים של יצירות

על ציפיות המסדר והזמנתו את הצופים לצפות בשידוריו, ולכן קבעו כי המועד לא חשוב. לעומת זאת השופטים בפסק דין נאפסטר טענו כי זו לא הייתה כוונת חברות התקליטים, ולפיכך אין מקום להשתמש בטיעון זה במקרה נאפסטר.

¹⁰⁹ ב-26.7.2000 הוציא בית המשפט המחוזי בצפון קליפורניה צו מניעה זמני שאסר על המשך פעילות נאפסטר. כלפי נאפסטר נטען כי היא נושאת באחריות תורמת להפרת זכויות היוצרים, כיוון שנאפסטר מעודדת בידועין להפרת זכויות היוצרים בהתנהגותה של התובעים ומסייעת בכך. השופטים הגיעו למסקנה כי הראיות מלמדות שנאפסטר ידעה בפועל, וכן היה עליה לדעת, כי משתמשיה מעבירים בינם לבין עצמם קבצים מוגנים של מוסיקה, והיה עליה לחסום את המערכת בפני ספקים של חומר מפר, אולם היא לא ביצעה זאת, ובעצם כך היא תורמת תרומה מהותית לפעילות המפרה – בכך שהיא מספקת את המקום ואת האמצעים להפרה הישירה שמבצעים משתמשי המערכת. השופטים במשפט ביססו את החלטתם זו על הלכה מוקדמת בפסק דין שניתן נגד חברת נטקום האמריקני *Religious Technology Center v. Netcom On-Line* *Communications Services Inc.* 907 F. Supp. 1361 (Cal. 1995) שנפסק בה כי אם מפעיל מערכות מחשב לומד על קיומו של חומר מפר מסוים המאוחסן במערכתו ואינו נוקט צעדים כדי לסלק חומר כזה מהמערכת, הוא יודע על קיומה של הפרה ישירה ותורם לביצועה. בהיעדרה של ידיעה ממשית לא ניתן להחזיקו כמפר רק מפני שמבנה המערכת מאפשר הפרה כזו. נאפסטר ערערה לבית המשפט הפדרלי לערעורים, וזה קבע כי המחוזי הטיל על נאפסטר נטל כבד מדי, וקבע כי על חברות התקליטים עצמן מוטלת החובה להודיע לנאפסטר על היצירות המוגנות ועל ההפרות שהיא מאפשרת בקבצים המכילים יצירות כאלו, הזמינים במערכתה. *A.M. Records*

Inc. v. Napster Inc. 239 F. 3d 1004 (Napster II) שירות שיתוף הקבצים של נאפסטר נסגר בחודש יולי 2001. בחודש יוני 2002 הגישה נאפסטר בקשה לפשיטת רגל.

¹¹⁰ *UMG Recordings, Inc v. MP3.COM* 92 F. Supp. 2d 349 (2000)

להאזין להן מכל מקום שבחרו בו להתחבר לשירות¹¹¹. חברת MP3 רכשה אלפי עותקים חוקיים של תקליטורים והציבה אותם בשרתיה. כשהשתמש בשירות בחר להאזין לשיר מסוים או להורידו, הוא היה צריך להכניס את התקליטור לכוונן המחשב, וכך להוכיח שהוא בעליו החוקי של עותק של אותה יצירה שבחר להאזין לה. משתמש אשר לא היה בידיו עותק חוקי הוזמן לרכוש עותק כזה באמצעות השירות¹¹².

חברת MP3 טענה כי השירות שלה הוא בגבולות השימוש ההוגן, שכן הוא מאפשר למעשה פעולה של שימוש במועד אחר או במקום אחר¹¹³. בית המשפט לא התחשב בטענה זו וקבע כי מדובר ביצירות מוגנות שהעתיקה חברת MP3 לצרכים מסחריים ללא אישור בעלי הזכויות, וקבע כי השוק נפגע מכך, ולכן השימוש לא נכנס בגדר השימוש ההוגן¹¹⁴. חשוב לציין כי בשונה ממקרה נאפסטר, התובעות לא הצליחו להראות כי בעקבות מעשי הנתבעת הייתה פגיעה בשוק, שכן הנתבעת רכשה אלפי עותקים חוקיים של היצירות, ואף המשתמשים היו בעליהם החוקיים של העותקים או שהוזמנו לרכוש אותם ובכך אף הגדילו את המכירות של התובעת¹¹⁵.

אולם בית המשפט לא השתכנע מטיעון זה וקבע, כי אמנם לא חלה ירידה במכירות, אך בשל האפשרות להשתמש ביצירה ללא תלות פיזית בעותק שנרכש נפגעה הזכות ליצירת עותקים נוספים של התובעת בכך שהביקוש העתידי לרכישת עותק נוסף על ידי המשתמש נפגע¹¹⁶.

במילים אחרות, בית המשפט הכיר למעשה בכך שצפייה או האזנה מאוחרת ביצירה (Time Shifting) היא שימוש בעל ערך שוק פוטנציאלי לבעלי הזכויות. וללא אישור בעלי הזכויות לחברת MP3 היה אסור להיכנס לשוק זה¹¹⁷.

נראה כי בין דעות המינימליסטים ובין דעות המקסימליסטים מתקיים מצב של "משחק סכום אפס", שכן עידוד היצירה על ידי מערכות ניהול שימושים מגביל את גישת הציבור ליצירות, ובכך יפגע ביצירה העתידית ובמשתמשים, לעומת זאת התרת השימושים ללא גמול בצדם פוגעת בתמריץ היוצרים ליצור¹¹⁸. אולם כפי שעמדנו על כך

111 שם, עמ' 350.

112 פעולה זו לא הייתה פעולה חוזרת, אלא פעולה חד-פעמית, והנתונים נרשמו בחשבוננו האישי של המשתמש בשירות למטרת שימושים מאוחרים יותר.

113 ראו הערות שוליים 82, 83.

114 שם, בעמ' 350-351.

115 שם, עמ' 351-353.

116 שם, עמ' 352.

117 כפי שביטא זאת בית המשפט, בדברי הסיכום: "Copyright is not designed to afford consumer protection or convenience but, rather, to protect the copyright holders' property interests"

118 לדיון בהרחבה בדילמה זו ראו Lunney, Jr., "Reexamining Copyright's Incentive Access Paradigm" 49 Vand. L. Rev. (1996) 483.

בפרק זה, המרחב הממוחשב וטכנולוגיות ההפצה הדיגיטליות מוזילים באופן משמעותי את עלויות ההפצה. בכך למעשה נחלש הטיעון המקסימליסטי על אודות ההפסדים הרבים הנגרמים בשל אופיו של המרחב הממוחשב. עדיין אין בכך כדי להצדיק חוסר תגמול עבור הגישה המלאה ליצירות. לכאורה נראה כי טיעוניהם של המלומדים השונים העוסקים בסוגיה זו ובדיון בה, סוטים מהיכולות הדיגיטליות של המרחב הממוחשב או אינם מפרשים אותן נכונה. לדעתנו, הטכנולוגיה הדיגיטלית ואופיו של המרחב הממוחשב מאפשרים התרת שימושים וגישה באופן נרחב ללא פגיעה בתמריץ הכלכלי של היוצרים ליצור. על כך נעמוד בהמשך המאמר.

זאת ועוד, משלושת מקרי הפסיקה שהובאו כאן בתמציתיות ובקצרה ניתן ללמוד כי המקסימליסטים הצליחו במידה רבה להטמיע את גישתם בפסיקה ובחקיקה האמריקנית¹¹⁹. בכל שלושת הדיונים בפסיקה ניתן דגש רב להרחבת ההגנה על בעלי

119 במסגרת הדיונים הרבים שערך הארגון הבינלאומי לקניין רוחני – WIPO, נאמר כי ההצבה של קובץ ובו יצירה מוגנת ברשת האינטרנט היא העתקה. במהלך כל ההעברה של קבצים ברשת האינטרנט מבוצעות העתקות על ידי גורמי התעבורה ברשת. העתקות אלו נעשות כחלק בלתי נפרד מהתקשורת ברשת. ההצבה של קובץ ברשת האינטרנט טומנת בחובה את פוטנציאל ההפצה לציבור, ובעקבות זאת מכך שימוש בו ללא הרשאה, אולם בעת ההצבה אין כל ודאות לגבי ההפצה בפועל, התלויה בעיקר בהתנהגותו של משתמש הקצה. הבנה זו העלתה שאלה בקרב אנשי WIPO: באיזו זכות יוצרים מוכרת מדובר? האם היא מספיקה לצורך הגנה על האינטרס של בעל זכויות היוצרים במעבר לרשת האינטרנט? בתום דיונים אלה WIPO הארגון הבינלאומי לקניין רוחני הציע להוסיף זכות יוצרים חדשה המתאימה יותר לדעתם לאיזון האינטרסים בין זכויות היוצר למשתמש ברשת האינטרנט, ובאמנת WIPO 1996 נקבע בסעיף 8 ל- WIPO Right of Communication to the Public: Article 8: Copyright Treaty (1996).

Without prejudice to the provisions of articles 11(1)(ii), 1 bis(1)(i) and (ii), 1 ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. ישנו צורך להעניק ליוצר את השליטה באופן התפוצה של יצירתו עד רמת מקום וזמן. זכות זו מחזקת באופן משמעותי את כוחו של היוצר במשוואה מול המשתמש. ארגון WIPO נוקט באופן ברור עמדה חד-משמעית שעיקרה הגנה נחרצת על זכות היוצרים גם בעידן המידע ובמרחב הממוחשב, גם אם הדבר דורש הגדרות חדשות של זכויות היוצר והרחבת השליטה שלו על יצירתו. ההתמודדות של Wipo היא טכנית לחלוטין. הניסיון הוא להתמודד עם הטכנולוגיה המאפשרת (ולעתים אף מחייבת) הפרה קלה וזולה באמצעות הטלת איסורים מפורשים על השימושים החדשים הנובעים מהטכנולוגיה. אין כל ניסיון להציע איזון אחר בין ההגנה על זכות היוצרים לבין הצורך להגן על

הזכויות, וזאת בדרך של הכרה בזכויות כלכליות הטמונות בשימושים שבעבר הותר ניצולם החופשי, ובמחיר של פגיעה בחופש המידע והביטוי.¹²⁰ הסקירה הקצרה הזו ממחישה לדעתנו בצורה טובה את המגמה הכללית המביאה עמה חוסר איזון בין בעלי הזכויות לבין המשתמשים לטובת בעלי הזכויות וזאת כאשר למעשה, ניתן היה להגיע לנקודת האיזון הנכונה, מבלי לפגוע בפגיעה קשה בזכויות המשתמשים תוך מתן פיצוי הולם לבעלי הזכויות.

ה. עקרונות כלכליים במרחב הממוחשב

אף שעל-פי עקרונות זכויות היוצרים, מטרתם של דיני זכויות היוצרים היא להגן על זכויותיהם הכלכליות והמוסריות של היוצרים ביצירה, אנו למדים מהדיון הקודם כי למעשה, ההגנה הניתנת כיום לבעלי הזכויות נבעה מניסיון להגן על בעלי הזכויות בפני העלויות הרבות והסיכונים הגבוהים בסביבה שהם פעלו בה. תפיסה זו של מתן יתרון לבעלי הזכויות על המשתמשים חלה גם כיום כאשר בוחנים את הסביבה החדשה שהם פועלים בה. הצמצום המלאכותי שנוצר על ידי פגיעה בזכויות המשתמשים לשימוש הוגן, להעסקה פרטית ולחופש הביטוי והמידע מתורץ בניסיון לפצות את היוצרים על הפסדיהם נוכח האפשרויות הדיגיטליות במרחב הממוחשב. מנגד אפשר לטעון כי אם הדגש הוא על פיצוי כלכלי או על הגנה לבעלי הזכויות, זווית ראייה נכונה יותר של האפשרויות הכלכליות, או ניצול נכון יותר של אלו במרחב הממוחשב, יביאו לרווח כלכלי לבעלי הזכויות ללא הצורך בהרחבת ההגנה הניתנת להם על פי חוק, ואולי אף לצמצום ההגנה הזו ולביטול של חלקים ממנה.¹²⁰ כבר לפני למעלה משלושים שנה טען פרופסור ברייר כי ספרים ויצירות אחרות אינם צריכים הגנה בזכויות יוצרים, כיוון שהשווק הכלכלי שבעלי הזכויות פועלים בו השתנה.¹²¹ ההתקדמות הטכנולוגית והאפשרויות הכלכליות החדשות במרחב הממוחשב מוכיחות כי ברייר צדק, אם כי לא מאותן סיבות שהוא נקב בהן.

המרחב הממוחשב, על זרימה חופשית של מידע ועל הגולש והמשתמש הקטן שמבקש לעשות שימושים חדשים במידע, בתוכן מוגן וביצירות חדשות וישנות מכל הסוגים והמינים.
 120 ראו Lunney, Jr. (לעיל, הערה 118), בעמ' 487-488; וכן Landes and Posner (לעיל, הערה 53), בעמ' 322; וכן Breyer (לעיל, הערה 14).

121 ראו שם.

המרחב הממוחשב מביא למצב שחלק מההגנות הניתנות בו לבעלי זכויות היוצרים אינן נחוצות עוד, ואף אינן יעילות. הדיון האקדמי שנסב¹²² סביב השאלה הזו כיום מתעלם מהנחה בסיסית שהנחנו בתחילת המאמר והיא העירוב של התמריץ ליצור והתמריץ להפצה או ההוצאה לאור וקשירתם זה בזה. כאמור, החלטה אסטרטגית זו של קשירת התמריצים ביחד הביאה להגנה גם על המפיץ¹²³, אולם המפיץ חשוף לסיכונים אחרים מאלו שהיוצר חשוף להם, וכל אחד מהם צריך תמריץ אחר על מנת לפעול. עד עתה השילוב של שני התמריצים וקשירתם זה בזה היו חיוניים ואף סייעו להתפתחות השוק, כיוון שמחיר ההפצה והייצור של יצירות המוטבעות בסוגים שונים של חפצים הוא מחיר כבד למדי, והסביבה העסקית בה פועלים המפיצים והמתווכים הללו בין היוצרים למשתמשים, מסוכנת למדי.

אולם כפי שנדגים בהמשך, נוכח ההתפתחויות התרבותיות והטכנולוגיות, ובבסיסן הטכנולוגיה הדיגיטלית והמרחב הממוחשב, המאפשרים שיטות חדשות של יצירה ושל הפצה¹²⁴, לא יהיה נכון להמשיך ולקשור את התמריצים של היוצרים והמפיצים יחדיו. מרגע שיופרדו התמריצים הללו וההגנות שנוצרו עקב כך בדיני זכויות היוצרים לאורך ההיסטוריה, אנו נראה כי אין מקום עוד להגנה כה רחבה בזכויות יוצרים על המפיצים ועל המתווכים במרחב הממוחשב, ונראה כי נדרשת הגנה אחרת ליוצרים. בחלק זה של המאמר נדון בהתפתחויות שהביאו לחשיבות ההגנה והתמריץ למפיץ ולמוציא לאור, בצורך בהן במרחב הממוחשב, ובפרק הבא נדון באותה נקודה לגבי היוצרים¹²⁵.

1. טכנולוגיות ההפצה בעולם הישן והחשיבות של זכויות היוצרים

בשונה מיוצרים של תכנים, אשר מונעים לא רק על ידי תמריצים כלכליים ליצור¹²⁶, מפיצים ומו"לים של תכנים הנם, ברוב המקרים, גופים עסקיים המונעים על ידי שיקולים כלכליים גרידא¹²⁷.

122 כך למשל לנדס ופוזנר בוחרים במאמרם ל"פשט", כהגדרתם, את הדיון בכך שהם בוחרים במודע להתעלם מההבדל בין העלויות השונות של ההפצה והייצור לבין העלויות השונות של היצירה: Landes and Posner (לעיל, הערה 53), בעמ' 327; כך גם ברייר (לעיל, הערה 14) בצינינו כי הוא מתמקד בדיונו רק בעלויות ההוצאה לאור.

123 כך גם בדין האנגלי. ההתפתחות במשפט האנגלוסקסי הביאה לאותה תוצאה; ראו דיון על כך בהרחבה: V. Bettig *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property*, (1996), at pp. 15-19; S.E. Sterk "Rhetoric and Reality in Copyright Law" 94 *Mich. L. Rev.* (1996), at pp. 1197-1198; Goldstein (*supra*, npte 55), at pp. 41-44.

124 ראו להלן בפרק זה בסעיף קטן 2.

125 לדיון על צורך בזכויות יוצרים בעולם הישן ובמרחב הממוחשב ראו גם, Lessig (*supra*, note 4), at pp. 103-112.

126 ראו להלן פרק ו'.

המחסום הראשוני של מוציא לאור וספק של תכנים הוא מחסום הכניסה לשוק: עלויות הייצור הגבוהות, עלויות חומרי הגלם, עלויות האחסון השונות ועלויות ההפצה והשיווק הן המחסום הראשוני בכניסה לשוק, וזאת עוד בטרם החלה ההפצה.¹²⁸ זאת ועוד, בשונה מהעלות הקבועה הגלומה בחיבור יצירה, אשר מעבר לה אין עלויות נוספות ליוצר, למפיץ ולמו"ל, יש עלויות משתנות נוספות התלויות בתחרות בשוק, בהיצע ובביקוש ועוד.¹²⁹ סיכון נוסף שהמו"ל צריך לשאת בו הוא מידת ההצלחה של היצירה שהוא מפיץ. כך למשל מתוך מספר רב של יצירות ישנן רק מעטות שההפצה והשיווק שלהן נושאים פרי, ולכן יש לפצות על ההשקעה בהפצת היצירות שלא הניבו רווחים מזו של המעטות שהניבו.¹³⁰

לפיכך נראה כי הגנת זכויות יוצרים נחוצה על מנת לעודד את המו"ל ולתמריץ אותו לשאת בסיכונים ובעלויות הגבוהות של הכניסה הראשונית לשוק ובהוצאות הפרסום והשיווק. אם מפיץ מתחרה נוסף היה יכול להפיץ את אותן יצירות ללא אותה השקעה ראשונית של המפיץ הראשון בשוק, התחרות בינם הייתה מורידה את המחירים לצרכן, ואותו משקיע ראשוני לא היה מפוצה בהתאם להשקעתו. כפי שראינו קודם, במקרה כזה, ברגע שהיכולות של המשקיע הראשוני להחזיר את השקעתו נפגעות, המקסימליסטים ירצו להעניק הגנה חזקה יותר בזכויות יוצרים לאותו מפיץ ומוציא לאור.¹³¹ כמו כן, ככל שעלויות ההפצה עולות, נדרש תמריץ גדול יותר למפיצים לפעול, וכאשר עלויות ההפצה יורדות, יורד הצורך באותו תמריץ.¹³² אולם מנגד ניתן לטעון שאף כשעלויות ההפצה יורדות, מספר המפיצים בשוק גדל, ולפיכך התחרות נעשית קשה יותר, וכך הצורך בתמריץ למפיץ הראשוני נותר על כנו. כך, למעשה, עלויות ההפצה השוליות, מהירות הפצת העותקים ושאר היתרונות הטמונים בטכנולוגיה הדיגיטלית ובמרחב הממוחשב, מקטינים את היתרונות שמשיג המפיץ הראשון בשוק,

127 ראו למשל N.W. Netanel "Copyright and Democratic Civil Society" 106 *Yale L. J.* (1996) 340.

128 ראו עוד בעניין זה: E.W. RothenBuhler, J.M. Streck "The Economics of the Music Industry" in A. Alexander, J. Owers and R. Carveth, eds, *Media Economics: Theory and Practice* (L. Erlbaum Associates 2nd ed., 1998) 199, at pp. 213-215.

129 נראה כי העלויות המשמעותיות היחידות שנותרו במרחב הממוחשב ועם המעבר לטכנולוגיה הדיגיטלית הן עלויות הפרסום והשיווק של היצירה, בשונה מעלויות הייצור וההפצה שהפכו זניחות כאמור. דיון מפורט על כך ראו בפרק ו'. עוד בנושא זה ראו: Ray Ku (לעיל, הערה 23), בעמ' 317-315; וכן Landes and Posner (לעיל, הערה 53), בעמ' 327 וכן Breyer (לעיל, הערה 14), בעמ' 295-294.

130 RothenBuhler and Streck (לעיל, הערה 128), בעמ' 233-238.

131 Landes and Posner (לעיל, הערה 53), בעמ' 332-344.

132 ראו שם עמ' 344.

בהיותו כזה. הצורך בהגנה למפיץ הראשוני נותר על כנו, אף אם המפיצים המשניים עושים, לכאורה, עותקים רק לשימושים פרטיים, ללא כל מטרה מסחרית¹³³, שהרי גם אלה עלולים לפגוע בהכנסותיו של המו"ל. אולם מנגד נשמעת הטענה כי גם במצב שספקי תוכן צריכים להתמודד עם תופעה הולכת וגדלה של יצירת עותקים רבים לשימוש ביתי, קשה לראות ירידה במכירות שלהם, ואפילו יש צמיחה מסוימת¹³⁴. פגיעה נוספת ביתרונות המפיצים הראשוניים ניתן לראות בכך שכל עוד טכנולוגיות יצירת העותקים היו אנלוגיות, הן לא אפשרו יצירת עותקים זהים, אלא עותקים באיכות נמוכה מזו של העותק המקורי. אולם כעת, באמצעות הטכנולוגיה הדיגיטלית ניתן ליצור עותקים זהים לחלוטין למקור, וכך למעשה צומצם יתרון נוסף של המפיץ הראשוני. לאור הסקירה לעיל ניתן להבין את הטענה כי ללא הגנה ותמריץ כלשהו למפיצים יקשה עליהם לפעול ולהביא לציבור את היצירות שיצרו היוצרים. המרחב הממוחשב והטכנולוגיה הדיגיטלית משנים את הסביבה שמפיצי התכנים פועלים בה, אולם כפי שנראה בהמשך, הסביבה הכלכלית-טכנולוגית החדשה אינה צריכה להיות סיבה להגברת ההגנה על המפיצים כדי שאלו יוכלו להעמיד את היצירות לרשות הציבור.

2. טכנולוגיות ההפצה במרחב הממוחשב וחוסר החשיבות של הגנות זכויות יוצרים

המרחב הממוחשב והטכנולוגיה הדיגיטלית אכן משנים את כללי המשחק הנהוגים והמוכרים לנו בבואנו לבחון את הסביבה החדשה שדיני זכויות היוצרים פועלים בה, אולם האם השינוי במהותו מקשה על דיני זכויות היוצרים מלהגשים את ייעודם, או שהשינוי מעורר ספקות וסימני שאלה באשר לנחיצותם של ספקי התכנים והמו"לים במרחב הממוחשב¹³⁵? אם השינוי שמביאה הסביבה החדשה מכביד על דיני זכויות

133 ראו בהרחבה: V. Bettig *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property* (1996), at pp. 172-179.

134 טענה זו אפשר לסתור בכך שהצמיחה הריאלית גבוהה הרבה יותר, וללא התופעה של יצירת עותקים פרטיים השיעורים היו הרבה יותר גבוהים. לדיון בצדדים השונים לטעון זה ראו בהרחבה: N.W. Netanel "Market Hierarchy and Copyright in Our System of Free Expression" 53 *Vand L. Rev.* (2000), at pp. 1879-1883; C.S. Yoo "Copyright and Expression" 53 *Vand L. Rev.* (2000), at pp. 1940-1941; Democracy: A Cautionary Note" 53 *Vand. L. Rev.* (2000) 1933, at p. 1940.

135 ראו דבריו של השופט מ' חשין בפסק דין ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי **המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט(4) 221, 567: "דרכו של המשפט אינה דרך מהפכה אלא דרכו של סיפור בהמשכים... דרך הרץ למרחקים ארוכים. החיים משתנים והולכים כל העת, ועימהם המשפט. משפט שלא יתאים עצמו לחיים כמוהו כמשפט נסוג אחור. שיטת המשפט ביחסה לחיים נדמית היא לשחקן העומד על בימה נעה ומסתובבת. אם לא ינוע השחקן כי אז יעלם מעיני הקהל אל מאחורי הבימה. חייב הוא לנוע למצער בקצב תנועתה של הבימה ולו כדי שישאר

היוצרים במתכונתם הנוכחית להגשים את ייעודם, הרי ברור כי טענות המקסימליסטים נכונות הן, ויש להרחיב את ההגנה הניתנת בדיני זכויות היוצרים ליוצרים וגם לספקי התוכן והמו"לים. אולם אם השינוי שהסביבה החדשה מביאה מפחית את הצורך בהגנת זכויות יוצרים ככלי המאפשר את הבאת היצירות לציבור, אזי אין כל צורך בחיזוק ההגנה על ספקי התוכן והמו"לים. במקום לראות את המרחב הממוחשב כאיום, אנו יכולים לראותו כסביבה הפותרת חלק מהבעיות הכרוכות בדילמת הנוסע החופשי ובאופי השימוש בטובין הציבוריים.¹³⁶

בעיית הנוסע החופשי נפתרת, במידה רבה, במרחב הממוחשב ובעולם הטכנולוגי החדש בכך שהציבור כולו חולק באופן יחסי ושווה בחלק ניכר מההשקעה הכלכלית הנדרשת על מנת להפיץ את היצירות הדיגיטליות לציבור. ברכישת אמצעים טכנולוגיים ביתיים מגלם למעשה הציבור את העלות הכרוכה בהפצת היצירות הדיגיטליות לציבור עצמו. כבר עמדנו על כך שהעלות בהפצת יצירות במרחב הממוחשב זניחה, ובאמצעות שימוש באמצעים ביתיים ניתן להפיץ עותקים מושלמים של היצירה המקורית בקלות ובמהירות רבה. כך יוצא שהעלות הכרוכה בהפצת יצירות דיגיטליות לציבור הפכה זולה לאין ערוך, והיא כלולה למעשה בהוצאות הציבור על רכישת האמצעים הטכנולוגיים הביתיים להפצה שכזו. מנקודות המבט של זכויות יוצרים, טמונה כאן מהפכה, שכן תוכן ויצירות יכולים כעת להגיע לידי הציבור ללא הצורך בספקים ומתווכים שונים אשר יישאו בעלות הכלכלית של הפצת היצירות לציבור.

אולם חלק יטענו כי המרחב הממוחשב איננו מייתר את הצורך במתווכים, אלא יצר מתווכים חדשים אשר לא היו קיימים לפני כן, וזאת נוסף על המתווכים, ספקי התוכן והמו"לים של העולם הישן.¹³⁷

אותם מתווכים חדשים במרחב הממוחשב¹³⁸, המרכיבים למעשה את הארכיטקטורה שרשת האינטרנט מבוססת עליה¹³⁹, נתפסים לא אחת ככאלו היכולים לשמש אמצעי

על מקומו, לא כל שכן אם ברצונו להתקדם. במקום שהבימה המסתובבת תגביר את מהירותה לפתע והשחקן לא יגביר את מהירותו אף הוא, ינוע-ינוד השחקן ואף אפשר יאבד שיווי משקל. ואם יגביר השחקן מהירותו אל מעבר למהירותה של הבימה, גם אז עלול הוא להיעלם אל מאחורי הבימה. חכמתנו שלנו – חכמת המשפט – היא, שנדע להתאים מהירותנו לעולם סביבנו".

136 ראו דיון על בעיית הנוסע החופשי ומהות הטובין הציבוריים לעיל בפרק א, בעמ' 192-195 וה"ש שם

137 ראו, למשל, T. Hardy "Property (and Copyright) in Cyberspace" *U. Chi. Legal. F.* (1996) 220.

138 ניתן לחלק את המתווכים החדשים לארבעה סוגים שונים של ספקי תוכן וגישה במרחב הממוחשב: **ספק גישה**: ספקי שירות אשר מספקים גישה לרשת האינטרנט, למנוייהם. גישה זאת מאפשרת חיבור המנוי לכבלי הנתונים של רשת המידע דרך מערכת ראווטרים, שרתי תקשורת וניתוב נתונים. לספק שכזה כמעט שאין אפשרות שליטה על התכנים העוברים בניירות התקשורת

יעיל לפקח על השימוש ביצירות השונות ברשתו להסדירן¹⁴⁰. אולם מתווכים חדשים אלו, המסדירים את תעבורת התוכן והתקשורת במרחב הממוחשב, אינם חלופה שווה

שלו, אלא שליטה על נתיבי התקשורת; **ספקי אירוח**: ספקי שירות שהם אכסניה לאתרים. ספקים אלו מקצים שטחי אחסון ושירות של ניתוב תקשורת לבעלי אתרים. זהו בעצם "מקום מושבם" של האתרים. לספקים אלו יכולת גישה מלאה לתכנים המצויים באתרים המאוחסנים בשרתיים. שרתים מסוג זה משרתים את חופש הביטוי במיטבו, שכן הם משמשים פלטפורמה לכל מי שמעוניין לפרסם את דברו ללא העלות הכרוכה באחזקה ובתפעול של אמצעי תקשורת המונים; **שרתי Proxi**: שרת אינטרנט אשר נועד לשמש שער יציאה החוצה לארגונים שיש בהם מספר רב של גולשים. תפקידו של שרת זה הוא טכני בעיקרו, ותפקידו לשמור בזיכרון (Caching memory) דפי אינטרנט מבוקשים שהגולשים בתוך הארגון נכנסים אליהם בתדירות גבוהה. כך יוצא שמבוצעת פעולת העתקה של תכנים של אתרים מבוקשים, והגולש איננו מגיע דרך צינורות התקשורת אל השרת שהאתר יושב בו, אלא אל השרת היושב ברשת התקשורת הפנימית של ארגונו; **בעלי האתרים**: בעלי האתרים הנם אלו שמציבים את התכנים והיצירות במרחב הממוחשב.

139 עוד על מבנה רשת האינטרנט ראו: קרניאל (לעיל, הערה 11), בעמ' 164-167, 187-189; Lessig (לעיל, הערה 53), בעמ' 30-43.

140 חלקו השני של ה-DMCA לעיל ה"ש 73 דן בהסדרת אחריותם של ספקי הגישה לאינטרנט להפרת זכויות היוצרים ברשת. בעלי זכויות היוצרים רואים במקרים רבים את ספקי הגישה לאינטרנט ככאלו אשר פותחים פתח לפגיעה בקניינם הרוחני. הם מצביעים על אלו כמי שמרוויחים בעקיפין מהפגיעה בזכויותיהם. לדבריהם, גם אם הספקים אינם מפרים באופן ישיר את זכויותיהם, הם זוכים להכנסה מצד משתמשי האינטרנט המפרים את זכויותיהם בין על-ידי שיטוט ובין על-ידי חיפוש אחר יצירות מועתקות. ה-DMCA מבקש לאזן בין זכויות הקניין הרוחני של היוצרים לבין חבותם של ספקי הגישה לאינטרנט אשר דרכם מתבצעות פעולת החיבור לרשת ואחסנת אתרים על גבי שרתים. לפי סעיף 512(a) ל-DMCA, ספק גישה לאינטרנט לא יישא באחריות להפרת זכויות יוצרים הנובעת משידורו, ניתובו או אספקת חיבור לחומר המפר זכויות יוצרים. כן נקבע כי הספק לא יהיה אחראי להפרת זכויות שהיא תוצאת העתקה זמנית (כאשר מחשבו האישי של המשתמש טוען קבצים זמניים שמקורם באתר שהוא גולש לכונן הקשיח, על מנת להאיץ את מהירות הגלישה). הפטורים הללו כפופים לתנאים המנויים בחוק, ונועדו בעיקרם להבטיח כי העברתו או אגירתו של החומר המפר מבוצעות באמצעות הליך טכני אוטומטי, בלתי מכוון על-ידי הספק עצמו. אולם מכאן יוצא כי אין הספק פטור מהפרות זכויות יוצרים שהוא עצמו מבצע רק בשל התהליכים הטכניים המיושמים במערכתיו. בסעיף 512c החוק פוטר את ספקי הגישה לאינטרנט מאחריות גם במקרה שהחומר המפר מאוחסן דרך קבע במחשביהם, וזאת אם לספק לא הייתה ידיעה ממשית שהחומר מפר זכויות; אם אין הוא מודע לעובדות או לנסיבות שמהן ניתן להסיק בכירור על קיומה של הפרה כזאת (דהיינו, אינו עוצם עיניים); אם הוא פועל מידית להסיר ולמנוע גישה אל החומר המפר כאשר מתבררות לו העובדות דלעיל; אם הוא אינו מפיק טובת הנאה כספית במישרין מן הפעילות המפרה, במידה שהיא מצויה בשליטתו, ועם קבלת ידיעה על אודות חומר מפר הוא פועל במהירות לסלקו ולמנוע גישה אליו. בנוסף, קיים הליך "הודעה והסרה" –

למתווכים המסדירים את השימוש בזכויות וניהולן, הלא הם המו"לים והמפיצים¹⁴¹, וניסיון להטלת אחריות עליהם מביא בעצם שוב לחיזוק הגישה המקסימליסטית בעניין הצורך בהגברת ההגנה והפיקוח של בעלי הזכויות במרחב הממוחשב. זאת ועוד, הטלת אחריות רחבה על מתווכים אלו מחמיצה את הניצול של האפשרויות הטכנולוגיות הארכיטקטוניות שרשת האינטרנט מאפשרת, ובנוסף תביא את ספקי התקשורת באינטרנט להתנהגות מתגוננת שתאסור ותמנע הפצה והצגה של יצירות לציבור, וזאת במקום לרתום את המתווכים הללו למערכת שתסדיר את השימוש הנכון ביצירות ברשת¹⁴².

מלבד הניסיון לרתום את המתווכים החדשים שקמו במרחב הממוחשב, בעלי הזכויות אינם מתעלמים מן האפשרויות החדשות של ההפצה הזולה של יצירות בפורמט דיגיטלי ברשת האינטרנט. חברות המוסיקה, למשל, מפתחות בימים אלו שירותי הורדת מוסיקה בפורמט דיגיטלי. השירות יינתן תמורת תשלום, כמובן, אך היתרון הגדול הוא שעלויות ההפצה של תאגידי המוסיקה את היצירות הדיגיטליות יעמדו על סכומים

Notice and Takedown – בחוק ה-DMCA סעיפים 512(g)(1) ו-512(c)(3), שנועד לפתור את הבעיה הנוצרת מכך שהטלת חובה על הספק להסיר את החומר או להגביל את הגישה אליו עלולה להפכו לצנזור. מנגד, אי-הסרת החומר עלולה לחשוף אותו לסיכון שייתבע בגין הפרת זכויות יוצרים. ה-DMCA ניסה לפתור בעיה זו על ידי קביעת מנגנון מפורט ומסובך למתן הודעה לספק שירותי האירוח על טיבו המפר או העולתי של התוכן, להורדתו ולהעלאתו שוב במקרים המתאימים. על-פי הליך זה, בעל זכות היוצרים, הסבור שהיא הופרה, שולח הודעה הנתמכת בתצהיר לסוכן של ספק שירותי האירוח. על ההודעה לכלול פרטים שיהיו את בעל זכות היוצרים, את המיקום המדויק של החומר שנטען שהוא מפר (היינו, אתר האינטרנט ומיקום החומר באתר) וכיו"ב. אם ספק שירותי האירוח מסיר את החומר על-פי הדרישה ושולח על כך הודעה למי שהציב את התוכן המפר על השרת שלו, הוא יהיה פטור מאחריות כלפי בעל זכות היוצרים בגין הסרת החומר.

141 ראו דיון על כך בהרחבה: D.R. Cahoy "Comment, New Legislation Regarding On-Line Service Provider Liability for Copyright Infringement: A Solution in Search of a Problem?" 38 I.D.E.A. 335 (1998), at p. 354; B.A. Lehman & R.H. Brown *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* (1995), at p. 109 (hereinafter "White Paper") citing H.R. Rep. No. 94-1476, at 61 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.A.A.N. 5674; Cf. Alfred C. Yen "Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment" 88 *Geo. L.J.* (2000) 1833, at pp. 1848-1865; J. Kostyu "Comment: Copyright Infringement on the Internet: Determining the Liability of Internet Service Providers" 48 *cath. U. L. Rev.* 1237 (1999).

142 ראו בעניין זה בהרחבה: Lessig (לעיל, הערה 53), בעמ' 43-63.

זעומים. זאת ועוד, בעלויות ההפצה יישאו מעטה המשתמשים, שמלבד תשלום בעד היצירות ישלמו גם על רכישת האמצעים הטכנולוגיים המשמשים להורדת היצירות מהרשת.¹⁴³

בעוד שניתן לראות בנקל כי עלויות ההפצה הופכות זניחות במרחב הממוחשב, עדיין נותר הצורך בשיווק היצירה.

ראינו אפוא כי המרחב הממוחשב, המאפשר הפצה זולה ויעילה של יצירות, פותר את בעיית הנוסע החופשי ואת כשל השוק הנלווה אליה ואל השימוש בטובין ציבוריים. זאת ועוד, המרחב הממוחשב מאפשר את הפצת היצירה מרגע שזו נוצרה, באופן חופשי וללא מגבלות הכרוכות בעלויות או באילוצים טכנולוגיים אלו ואחרים. כמו כן ראינו כי בעלויות ההפצה הזולות של היצירות במרחב הממוחשב נושא בעצם המשתמש בכך שהוא רוכש את האמצעים הטכנולוגיים המשמשים ליצירת העותקים ולהפצתם. עם האמצעים הטכנולוגיים האלה ניתן למנות את המחשב, או יותר נכון הדיסק הקשיח, אמצעי הגישה לרשת האינטרנט, לרבות באמצעות ספקי הגישה, תוכנות רלוונטיות ואמצעי העתקה, צריבה ואכסון של המידע הדיגיטלי. כל אלה מייתרים, במידה רבה, את הצורך בצד שלישי אשר ישמש כמתווך בינו לבין היוצר. פועל יוצא מהנחה זו היא כי עתה לא תמיד ולא בהכרח נחוצים עידוד והגנה של דיני זכויות יוצרים על מנת לאפשר את ההפצה של מגוון תכנים במרחב הממוחשב.¹⁴⁴

1. הצורך בהענקת הגנת זכות יוצרים ליוצר כעידוד ליצירה במרחב הממוחשב

1. כללי

בעידן שבו מידע היה מיוצר על ידי מעטים ומופץ ומשודר ברבים על ידי מוציאים לאור, חברות תקליטים ומשדרים, היו דיני זכויות היוצרים, בעיקר, עניינם של גופים כלכליים גדולים, אולם בעידן המרחב הממוחשב שכל משתמש יכול ליצור ולהפיץ בו את יצירותיו מתחנת העבודה שעל שולחנו, עתידם של דיני זכויות היוצרים הוא עניינם של רבים. המשתמשים של היום הם היוצרים של המחר, ובעידן שהמידע בו הוא לא רק נכס כלכלי מרכזי אלא גם אמצעי החיוני להגדרה עצמית, לביטוי אישי ופוליטי ולמוביליות

J. Borland, J. Hu *Napster model Could Make ISP's Subsidize Record Labels*, at p. 22, Cnet News.com (Feb 21 2001) <http://newx.cnet.com/news/0-1005-200-4890649.html> (בוקר לאחרונה בתאריך 30.8.2002).

144 לטעונום אלה ונוספים על אודות חוסר החשיבות של דיני זכויות יוצרים במרחב הממוחשב ראו גם במאמרו של Ray Ku (לעיל, הערה 23), בעמ' 297-299, 302-305.

כלכלית וחברתית, הבטחת הגישה למידע ואפשרות הפצתו ברבים הן בעלות חשיבות עליונה.

כך גם בעידן שעלויות ההפצה בו הן אפסיות ואפשרויות ההפצה כמעט שאינן מוגבלות, המחסום המרכזי שעומד בפני הבאת היצירה לציבור הוא תהליך היצירה עצמו. תהליך היצירה מגלם בתוכו בעיקר יכולות יצירתיות וכישרון. עלויות אלו של היצירה הן עלויות קבועות, שכן מרגע שזו נוצרה, אין עוד עלויות הכרוכות בהליך היצירה. זאת ועוד, היכולות הטכנולוגיות של העידן הנוכחי מוזילות גם את עלויות הליך היצירה עצמו. כך, למשל, הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת היום ליצור יצירות שונות כמו מוסיקה, סרטים, ספרים וכו' בעלויות נמוכות משמעותית מבעבר.¹⁴⁵

עתה, לאחר שהוסבר הצורך בהבחנה ובהפרדה בין התמריץ ליוצר ליצור ובין התמריץ למפיץ לפעול, ומשנעשתה זו אפשרית, נבחן מהו התמריץ העומד בבסיס האינטרס של היוצר ליצור, או במילים אחרות, מהי מערכת הציפיות שלו. מבחן אינטרס הציפייה¹⁴⁶ של היוצר קשור קשר הדוק גם לשיקולים התועלתיים, אשר מונחים בבסיס ההכרה בזכות יוצרים, ובייחוד לטיעון התמריץ, שכן בפועל התמריץ ליצירה ולהפצה של טובין ציבוריים נגזר במידה רבה מדרגת ההגנה על אינטרס הציפייה של היוצר, אולם זאת חשוב לומר: צריך שיעשה בנפרד ובמובחן מאינטרס הציפייה של כל אותם גורמים נוספים המעורבים בתהליך ההפקה והיצירה של טובין ציבוריים, קרי המו"לים, המתווכים והמפיצים, כפי שעמדנו על כך קודם לכן.¹⁴⁷ במרבית המקרים היוצר ישים פחות את הדגש על הרווחים הכספיים הנובעים מיצירתו, שכן הדחף ליצור ולבטא את עצמו חזק לא פחות מן הדחף לזכות ברווח כלכלי זה או אחר. מובן שיוצרים מצפים

145 השימוש באולפנים ביתיים להקלטת מוסיקה באיכות סאונד מקצועית או ליצירת סרטים הולך והופך נפוץ יותר ויותר. כך גם השימוש במעבדי תמלילים מאפשר יצירת יצירות ספרותיות ואף כריכתן באמצעים ביתיים שאינם נופלים באיכותם מבעבר. ראו, למשל: J. Healey *Breaking Down The Cost of Compact Discs* (Silicon Valley.com, Sept 2, 2000), at p. 13; E.A. Taub "Homemade Music with a Professional Sound" *N.Y. Times* G11 (Dec 21, 2000).

146 לדיון כללי במבחן אינטרס הציפייה של היוצר ראו, פסח (לעיל, הערה 5), בעמ' 394-402, ד"ר פסח אינו מבחין בדיונו בין התמריץ של היוצר לבין התמריץ של המו"ל והמפיץ, כמו כן ד"ר פסח מתמקד רק במעמד האינטרסים של היוצר ולא בתוצאת האיוון בין אינטרסים אלו לאינטרסים אחרים.

147 לדיון בין היחס לאינטרס הציפייה של היוצר לגבולות השימוש ההוגן ראו: L.E. Seltzer *Exemptions and Fair Use in Copyright* (1978), at pp. 29-36, 42; W.J. Gordon "On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse" 78 *Virg. L. Rev.* (1992) 149, at p. 189. ראו גם דיון כללי בקשר שבין אינטרס הציפייה לבין ההכרה בזכות הקניין: F.I. Michelman "Liberties, Fair Values, and Constitutional Method" 59 *Univ. of Chicago L. Rev.* (1992) 91, at p. 100.

לפיצוי על ההשקעה, המאמץ, העבודה, הזמן והכישרון הכרוכים בעבודת היצירה, וגם לגמול שיאפשר להם להתפרנס בכבוד ולהמשיך ליצור ולבטא את עצמם¹⁴⁸.

אולם כפי שנראה בהמשך, רוב רובו של התמריץ הכלכלי של היוצר ליצור והגמול שהוא זוכה לו בעקבות יצירתו אינם מגיעים בהכרח מן ההגנות הנרחבות שניתנו לו כדיני זכויות היוצרים ומהגבלת זכויותיהם של משתמשי הקצה ביצירות, אלא מעבודה נוספת של היוצר, משימושים עקיפים או מתהליכים נלווים לתהליך היצירה עצמו¹⁴⁹. כיום חלק ניכר מהיוצרים מעבירים את חלקם הגדול של זכויותיהם הכלכליות ביצירה למפיצים ולמו"לים על מנת שאלו יפצו את יצירותיהם. הרווחים הנובעים מהפצת היצירה בציבור משמשים על פי רוב לכיסוי הוצאותיהם של האחרונים¹⁵⁰. כך, למשל, מוסיקאים ואמני כמה רבים רואים את רובם של הרווחים מיצירותיהם מההופעות הפומביות שהם עורכים בפני קהל ולא ממכירת עותקים של יצירותיהם. התופעה נפוצה במיוחד בשוק הזמר המזרחי בארץ שיוצרים רבים מקבלים בו את המצב שעותקים מפרים רבים של יצירותיהם מופצים מסחרית בעיקר בדוכנים ניידים ובשווקים מיוחדים לכך. ככל שהזמר פופולרי יותר, ומכירות האלבום שלו רבות יותר, כך הוא מוזמן להרבה יותר הופעות במועדוני זמר מזרחי, ושם הוא רואה את הרווח הכלכלי ממכירת הכרטיסים¹⁵¹. מובן שאיננו מעודדים תופעה זו של הפצה מסחרית של עותקים מפרים, אולם יש בה ללמד על כך שככל שהיצירות מופצות בצורה רחבה יותר לציבור, המוניטין של היוצר גדל, והוא רואה מכך רווחים עקיפים אשר אינם נובעים מההגנות הראשוניות הניתנות לו כדיני זכויות היוצרים. זאת ועוד, יוצרים אינם צריכים להגביל עצמם לרווחים רק מההופעות פומביות או לרווחים הנובעים מזכויות אקסקלוסיביות המוענקות להם מכוח דיני זכויות היוצרים; ליוצרים קיימות אפשרויות נוספות של גביית תשלום בעבור שימושים נלווים ביצירותיהם בעקבות זכויות נלוות שלהם ביצירותיהם. כך, למשל, אמן יכול להרוויח ממכירת מוצרים נלווים ליצירה, ממכירת סימני מסחר לשימוש ביצירה

148 ראו בעניין זה L.C Beker *Property Rights* (1977), at pp. 52-53.

149 עוד בעניין זה ראה י' ויסמן "הבעל הראשון של זכות יוצרים" **עיוני משפט יד** (1989) 29-55.

150 לניתוח כלכלי ולדיון במצב הדברים שרוב היוצרים אינם רואים בו תגמולים הנובעים מהפצת היצירה לציבור או: Courtney Love "Courtney Love Does the Math" (Salon.com, June 14, 2000) <http://www.salon.com/rech/feature/2000/06/14/love/print.html> (בוקר לאחרונה ב-30.8.2002); D. Segal "Aspiring Rock Stars Find Major-Label Deals-and Debts" *Wash Post A1* (May 13, 1995).

151 משיחה שערכנו עם בעל מועדון זמר מזרחי מתברר שרבים מהיוצרים עצמם אינם נלחמים בתופעה של מכירת עותקים לא חוקיים של הקלטותיהם, שכן בשווקים אלו נקבע מי הוא האמן הנחשב יותר, על-פי כמות העותקים הנמכרים. כך הוא הופך מבוקש יותר ומוזמן להופעות במועדוני זמר רבים ברחבי הארץ, שם הוא מרוויח את כספו ממכירת כרטיסים.

ומשירותים עתידיים שהוא יעניק עבור השימוש ביצירה¹⁵². אכן, ההכנסה העיקרית של היוצר היא מהמוניטין שלו ונובעת משימוש מסחרי יעיל במוניטין זה, לרבות בדרך של הופעה (של היוצר או של היצירה) בפרסום מסחרי או הרשאה לשימוש מסחרי אחר ביצירתו.

אם כן, נראה כי התגמול המגיע ליוצר בשל הזכות ליצירת עותקים של יצירתו עבור משתמש הקצה הבודד הוא קטן ביחס לרווחים שהוא רואה מהזכויות האחרות המוענקות לו, ובבסיסן הזכויות המוסריות שלו ביצירה¹⁵³ וזכויות כלכליות אחרות המניבות לו רווחים בשוקים מסחריים משניים של שימושים ביצירות שהוא איננו מעניק בהכרח למו"ל ולמפיץ¹⁵⁴.

הרוב המכריע של היוצרים איננו משיג את עיקר הכנסתו מהפצה ומכירה של יצירותיו לציבור המשתמשים הרחב, אלא מהמוניטין והפרסום שהוא זוכה להם הנובעים מהפצה זו, וכן מהשימוש הכלכלי והמסחרי ביצירות אצל גורמים מסחריים.

הפרסום והמוניטין מניבים ליוצר רווחים בשוקים משניים לשוק ההעסקה וההפצה, והרווח על-פי רוב מגיע ממכירת כרטיסים להופעות, ממכירת מוצרים נלווים ליצירה ועוד. המרחב הממוחשב והטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרים ליוצר להפיץ את יצירתו בעלות אפסית, לפלחי שוק רבים, במהירות רבה, והחשוב מכול – ללא תלות במתווכים אשר זקוקים לתמריץ כלכלי בעבור פעולתם. על-ידי שימוש ביתרונות המרחב הממוחשב ישיג היוצר את המוניטין והפרסום בקלות רבה מבעבר, ובכך יתוגמל בהתאם באמצעים שתוארו להלן. גם תפקידו העיקרי של המו"ל והמפיץ משתנה לחלוטין בעידן הממוחשב. תפקידו אינו מתבטא עוד בקיבוע, בשעתוק, בייצור ובהפצה של חפצים, אלא יכול להתבטא או להיות מוגדר מחדש כאחראי לשיווק ולפרסום של המותג (היוצר והיצירה כאחד) ולבניית המוניטין שיהפוך לבסיס להכנסות בעתיד.

תחילת דרכו של שימוש בהבנה שכזו וניצול האמצעים בטכנולוגיים ניתן לראות בדרך הטיפול של יוצרים רבים ביצירות אשר נוצרו במרחב הממוחשב¹⁵⁵, ואין להן

152 לדיון במקורות הכנסה נלווים לאמנים וליוצרים ראו בהרחבה: D.S. Passman *All You Need to Know About the Music Business* (2000).

153 לדיון מעמיק בזכות המוסרית של היוצר ביצירתו ראו: ל' ויסמן "הזכות האישית (droit moral) בדיני זכויות יוצרים" מחקרי משפט ז' (1989) 51; ל' ויסמן "מעניין לעניין בזכויות יוצרים" הפרקליט מה (2001) 229; ג' פסח *הזכות האישית – מוסרית של היוצר ועקרון חופש הביטוי* – ספר ויסמן (2002) 485.

154 כך למשל ראו סקירה על אודות היחס בין הרווחים המשניים שהשיג התסריטאי האמריקני ג'ורג' ד. פולוק *Skywalking: the Life and Films of George Lucas* (Samuel French Trade) (1990).

155 יצירות אלו הן בבסיסן תוכנות מחשב, אפליקציות טכנולוגיות שונות, קודי מקור ועד שונים ועוד.

אחיזה פיזית בעולם המציאותי. דרך הטיפול של יוצרים רבים ביצירות אלה מראה כי בבסיס מערכת הציפיות הראשונית של יוצרים אלו הוטמעה התפיסה שתיארנו לעיל.

2. תוכנות, קוד פתוח ויצירות דיגיטליות

ברשת נוצרות מדי יום יצירות אשר לכאורה אין להן אחיזה או קיום של ממש בעולם החומרי אשר מחוץ למרחב הממוחשב. יצירות אלו הן קודי מחשב אשר נועדו לבצע פעולות מסוימות או להביא לתוצאות מסוימות. לרוב, יצירות אלו נוצרות עבור שיפור יעילות השימוש ברשת, והיחס אליהן הוא על-פי רוב ויתור של היוצרים על זכויות היוצרים ביצירותיהם על-ידי כך שהם מחלקים את הקודים הללו באופן חופשי באתרים שהם בנו לשם כך. תופעה זו מכונה שימוש בקוד פתוח. אתרים אלו נחשבים בין האתרים החשובים הגדולים והכבדים שקיימים כיום ברשת¹⁵⁶. נשאלת השאלה מדוע ויתרו יוצרים אלו על זכויותיהם בקלות רבה, שכן לא נראה כי נעשה ניסיון להגן על זכויות היוצרים מלכתחילה. ייתכן כי הסיבה היא ההבנה כי קלות ההעסקה של היצירות הללו והשימוש בהן הם פשוטים וקלים, ואין דרך מעשית וזולה למנוע את השימוש בהן על-ידי אחרים. ייתכן כי הסיבה היא כי היצירות בקוד פתוח הן מקדם מכירות לא רע בכלל לאותם יוצרים. דומה כי הוויתור על השליטה בזכות ההפצה במשמעותה הישנה, לצד הרצון לשמור על פרסום זהות היוצר, הם חלק ממערך הציפיות החדש של היוצר יצירה שנועדה מלכתחילה להיות ממוקמת במרחב הממוחשב. תופעה זו היא ה"ויתור" על חלק מהזכויות של בעל "זכות היוצרים" במשמעותה הישנה לטובת התועלת שניתן להפיק ממיקום היצירה במרחב חדש זה. הסבר נוסף לכך מבוסס על העובדה שאתרים אלו שמציעים קודים חינם נהנים מכניסות מבקרים גדולות ונסמכים בעיקר על פרסום של גופים עסקיים באתריהם. ניתן להמשיל זאת לתופעה שהזכרנו לעיל המתרחשת בשוק הזמר המזרחי בארץ, ובו אמנים מודעים לכך שקלטות מזויפות של יצירותיהם נמכרות באלפים, והם אינם אוכפים את זכויותיהם משום ששכך הם זוכים לפופולריות, ואת הרווחים הם פוידים מכך שמזמינים אותם להופיע באירועים ובמועדוני זמר שונים¹⁵⁷. כך גם יוצרי תוכנות המחשב עם הקוד הפתוח יכולים לקבל את שכרם מהזמנות עבודה נוספות של לקוחות מרוצים וכן ממתן שירות ותמיכה לתוכנות שיצרו ופיתחו.

זאת ועוד, גם חברות תוכנה גדולות אשר יוצרות תוכנה מוגנת בזכויות יוצרים למדו להפיץ את התוכנה שלהן בגרסת ניסיון חינם אשר מאפשרת לכל דכפין להוריד עותק, להתרשם, ואז לקנות. חשוב לציין כי חברות אלו סובלות את ההפסדים שנגרמים מכך משתמשים רבים מפצחים את הקוד המגביל את תקופת הניסיון, אך עם זאת הן

156 לדוגמה רשת האתרים: www.novel.com www.dhswarez.com ועוד.

157 ראו לעיל עמ' 228 וה"ש 151.

ממשיכות להפיץ גרסאות אלו, כי החשיפה הרבה לתוכנות מביאה בסופו של דבר לרווח רב יותר מההפסד הנגרם מפיצוח הקוד ומשימוש חינם בתוכנה. אכן, עידן המידע מביא עמו דרכים חדשות להפצתן של יצירות ודרכים חדשות להפקת רווח מיצירות אלה.¹⁵⁸ דרכים חדשות אלה אינן תמיד תואמות את השיטות הישנות המקובלות אצל המפיצים הישנים והמוגנות על ידי זכות היוצרים הישנה.

בשנת 1985 ייסד ריצ'ארד סטולמן את פדרציית התוכנה החופשית – Free Software FSF – Federation.¹⁵⁹ פדרציה זו נוסדה כארגון ללא מטרת רווח, שמטרתו לעודד את היצירה ואת ההפצה של תוכנות שיהיו חופשיות לשימוש, הפצה ושינוי על ידי כל מתכנת שיחפוץ בכך, מתוך התנגדות אידאולוגית למדיניות ענקיות התוכנה אשר שומרות מכל משמר על קניינן בתוכנות שהן מייצרות ועל סודיות קודי המקור שלהן.¹⁶⁰ סטולמן החל בכתיבת סביבת תוכנה חדשה שתהיה חופשית לכול, שכונתה על ידיו בשם GNU.¹⁶¹ התפתחות רשת האינטרנט העניקה תנופה אדירה לפיתוח נורמת התנהגות זו, כאשר אלפי מתכנתים מכל רחבי העולם הקדישו ממרצם ומזמנם ליצירת סביבת תוכנה פתוחה וקולקטיבית. כדי להבטיח את העקרונות שדגלה בהן נקטה פדרציית התוכנה החופשית גישה מעניינת: היא לא יצאה בהתקפה כנגד חוקי זכויות היוצרים הקיימים שחברות התוכנה ומרבית רישיונות התוכנה נסמכות עליהם, אלא עשתה בהם שימוש מושכל. התוכנות החופשיות ניתנו והופצו לשימוש חינם תחת תנאי רישיון מיוחד: רישיון ה-GPL אותו יצרה הפדרציה בשנת 1991.¹⁶² רישיון ה-GPL משמש כאמצעי להשגת מטרת הפדרציה. הוא עושה שימוש מושכל בעקרונות דיני זכויות היוצרים על מנת להבטיח שכל תוכנה חופשית המופצת או הנכתבת בהתבסס על תוכנה חופשית תישאר חופשית בעצמה. כדי להבטיח זאת נוקט הרישיון טקטיקה פשוטה: הוא מתיר שימוש בתוכנה החופשית ללא כל הגבלה, אך כל הפצה של התוכנה החופשית לצדדים נוספים חייבת להיות מלווה בקודי המקור של התוכנה החופשית. כך מצד אחד, מובטחות למשתמש החדש זכויותיו לעשיית כל שימוש בתוכנה, ומצד אחר, מובטחת התחייבותו לשמור על החופש הזה גם עבור המשתמשים הבאים בתוכנה

158 כך למשל השכילה לעשות חברת מיקרוסופט, אשר שיווקה את דפדפן האינטרנט שלה חינם (ועוד תוכנות נוספות), עם מערכות ההפעלה שלה. המתחרה העיקרית שלה חברת נטסקייפ לא הצליחה לעמוד מולה בתחרות כשניסתה לשווק את דפדפן האינטרנט שלה תמורת תשלום.

159 <http://www.gnu.org/>

160 עוד על הקוד החופשי ראו Lessig (עיל, הערה 53), בעמ' 110-111.

161 עוד על ה-GNU ראו בהרחבה 137-138, 59-60, 54-57, at pp. 4) Lessig (*supra*, note 4).

162 עוד על רישיון ה-GPL (General Public License) ראו: www.gnu.org/copyleft/gpl.html; על

השימושים השונים וההיבטים של רישיונות ה-GPL במרחב הממוחשב ראו בהרחבה Lessig

(*supra*, note 4), at pp. 44, 54, 59-60, 97, 185-186.

ובתוכנות שהוא יפתח. רעיון התוכנה החופשית זכה להצלחה רבה הן בתאוריה והן במעשה, בעיקר בקרב תוכנות הקשורות לתשתית רשת האינטרנט או מיועדות לה¹⁶³. מסקירה זו עולה כי היחס לזכויות היוצרים הוא שונה כאשר מדובר ביצירות שקמו להן בעולם הממוחשב. נראה כי היוצרים לא ויתרו לחלוטין על זכויותיהם ביצירות, אולם רבים מהם הבינו כי קיימת דרך אחרת להפקת הרווחים מהפצתן. דרך זו הומוגנית יותר ותואמת את המרחב החדש שיצירות אלו קיימות בו. נראה כי הוויתור וההסכמה מכללא על מגוון רחב של שימושים ביצירות אינם נעשים מכורח, כיוון שאין דרך להתמודד עם האתגרים הטכנולוגיים שהרשת מציבה, אלא מתוך הבנה עמוקה כי ויתור שכזה יביא בדרך עקיפה וקלה יותר, המותאמת לאופייה של הרשת בצורה טובה יותר, לרווחים שהרשת יכולה להעניק ליוצר¹⁶⁴. ראייה כזו יכולה להקל ולעזור בחיפוש אחר נקודת מבט חדשה לאופן שדיני זכויות היוצרים יוגדרו בו במרחב הממוחשב. חשוב לציין כי נקודת מבט זו משקפת יותר מכול את יחסי הכוחות החדשים בין היוצרים למשתמשים ויכולה לסייע לנו לקבוע את מי מהשניים צריך לחזק. נראה כי ישנו צורך לתעל את היתרונות הטכנולוגיים ואת ארכיטקטורת המרחב הממוחשב וכן את המתווכים החדשים שקמו בו לדרך של קביעת מנגנון והסדר תגמול חדש שישמרו על זכויות היוצרים ועל זכויות המשתמשים באופן כזה שלא יביא את המשתמש הקטן להפרה סטטוטית של זכויות ולשימוש בהן ללא כל תשלום, ולא יביא את היוצר להגבלה מיותרת של השימוש ביצירתו ושל ההנאה ממנה¹⁶⁵.

ז. נקודת האיזון הראויה בין היוצר למשתמש במרחב הממוחשב

1. הרפורמה המשפטית המתחייבת

163 התוכנה הידועה מכולם והחשובה מכל התוכנות הפועלות לפי רשימות הפרוציה היא תוכנת GNU/Linux, המהווה כיום חלופה טובה למערכות ההפעלה של חברות מיקרוסופט וסאן המגינות בקנאות על זכויות היוצרים שלהן. בנוסף ראו למשל את משחק המחשב Max Payne אשר נמכר למשתמשים יחד עם הקוד למנוע המשחק. צרכנים רבים ייצרו גירסאות משלהם למשחק, המבוססות על כל היצירות האודיו-ויזואליות והקודים של המשחק אשר הועמדו לרשותם. בדרך זו הפך משחק המחשב ללהיט, ומנוע המשחק הפך בסיס למשחקי מחשב מתקדמים רבים אחרים. להרחבה בעניין זה ראו: <http://www.maxpagne.com> (בוקר לאחרונה ב-30.8.2002).

164 ראו לעיל הדיון בתחילת פרק זה.

165 לדיון נוסף בהחלשות הצורך בהגנת זכויות יוצרים ליוצרים, ראו דיון מפורט על אודות החלשות זו עבור יוצרי מוזיקה במרחב הממוחשב: R.S. Ray Ku (לעיל, הערה 23), בעמ' 305-311.

לאחר הסקירה התאורטית וההשוואתית שערכנו ובאמצעות מקרי המבחן שהובאו עד כה נשוב ונבדוק מה מקומה הראוי של נקודת האיזון בין זכות היוצרים לזכות המשתמשים.

1.1 כוחו של היוצר רב יותר במרחב הממוחשב

שליטה ופיקוח באמצעים טכנולוגיים וייצור והמרה של יצירות במדיה דיגיטלית מקנים לבעלי הזכויות שליטה ופיקוח על היצירה באופן חסר תקדים. התפתחותם של אמצעים טכנולוגיים מאפשרת שליטה בשימוש ביצירות. כך למשל מערכות ניהול זכויות אוטומטיות (Copyright Management Systems) מאפשרות הצמדת קובץ דיגיטלי ליצירה אשר יגדיר מה הם השימושים המותרים ביצירה ובאילו תנאים. מערכות אלו תאפשרנה למפיצים תמחור וגבייה בגין כל סוג של שימוש ביצירה בנפרד בהתאם לסוג היצירה, לזהות המשתמש, לסוג השימוש, למשך השימוש וכדומה. מערכות אחרות מאפשרות הפצת עותק של היצירה לזמן מוגבל או בכפוף להרשאה לעשות מספר עותקים מוגבל. עם תום התקופה או עם יצירת עותקים במכסה המותרת מושמד העותק באופן אוטומטי. השליטה הפיזית ביצירה, הרחבת אפשרויות הגבייה וצמצום עלויות האכיפה מבטיחים הגדלת פוטנציאל הרווח של בעלי הזכויות. אלו מצדם מצביעים גם על היתרון לצרכנים אשר יוכלו לרכוש זכויות שונות לשימושים שונים ביצירה במחיר נמוך.

אולם נראה כי מערכות ניהול הזכויות תאפשרנה לבעלי הזכויות לשלוט בשימוש ביצירותיהם באופן חסר תקדים. בעבר היה הצרכן שרכש עותק של היצירה רשאי להשתמש בו אין ספור פעמים, להשאילו לחבר או למכור אותו משומש. בעולם מערכות ניהול השימושים הדיגיטליות יישאר המפיץ בעל העותק, והמשתמש רק ירכוש כל פעם מחדש את הזכות לקרוא את היצירה להאזין לה או לצפות בה. שליטה כאמור עלולה לסכן גם את חופש המידע: שימוש במערכות אלו יאפשר לבעלי הזכויות למנוע ממשתמשים לעשות כל שימוש ביצירה, למעט שימוש שנעשה בהרשאתם, ויצמצם לחלוטין את חופש השימוש והגישה אליה, ובכלל זה שימושים שעל פי הדין הקיים הם שימוש הוגן, שימוש מותר או שימוש בחלקים של היצירה אשר אינם מוגנים בזכות יוצרים והחוק מגדירם כנחלת הכלל. בנוסף, מעוררות מערכות ניהול השימושים שורה של שאלות קשות בנוגע להגנת הפרטיות ולזכותו של הציבור לקרוא מידע ולצפות בו באופן אנונימי¹⁶⁶. מערכות אלו תחייבנה מעקב אחר הרגלי הצריכה של המשתמשים ואחר זהותם, וצבירת מידע כזה היא פגיעה חמורה בפרטיות.

166 ראו להרחבה בעניין זה: J.E. Cohen "A Right to Read Anonymously – A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace" 28 *Connetict L. Rev.* 981 (1996), at pp. 983-1003; R. Wacks "Privacy Reconceived: Protecting Personal Information" in *a Digital World*, E. Lederman and R. Shapira (eds.), *Law, Information and Technology* (2001), at pp. 75-97

שליטה ופיקוח באמצעים חוזיים¹⁶⁷: ההפצה ברשת האינטרנט מפחיתה את התלות בדיני זכויות היוצרים ומאפשרת כריתת חוזים עם משתמשים. בעוד שהוצאה לאור של ספר באלפי עותקים לא אפשרה כריתת חוזים עם כל אחד מן הקונים והקוראים, הרי שרשת האינטרנט יוצרת אפשרויות חדשות לכריתת חוזים בין מפיצים למשתמשים. מפיצים ומתווכים ברשת האינטרנט שולטים למעשה בעצם הגישה ליצירות. היות שבכוחם למנוע גישה ליצירה, הרי שהם יכולים להתנות באופן אפקטיבי את מתן הגישה ליצירה בהסכמת המשתמש למחיר ולתנאי השימוש. באמצעות חוזים אחידים¹⁶⁸ מטילים בעלי הזכויות במקרים רבים מגבלות על השימוש ביצירה מעבר למגבלות החלות על המשתמשים מכוח החוק הקיים¹⁶⁹.

2.1 כוחו של המשתמש רב יותר במרחב הממוחשב

כשם שהטכנולוגיה מאפשרת שליטה ופיקוח יוצאי דופן של בעלי הזכויות ביצירותיהם, כך היא מאפשרת שימוש מסיבי וחורג ביצירות תוך הפרת זכויות היוצרים כהגדרתן כיום. מקרה נאפסטר הוא דוגמה טובה לכך שפיתוח טכנולוגי ועסקי חדש, כמו מערכת שיתוף הקבצים של נאפסטר, תרמה בעקיפין להפרה מסיבית של זכויות יוצרים ביצירות מוסיקליות. דוגמה נוספת היא ההתפתחות הכמעט מידית של שירותים דומים וחדשים שבאה בעקבות סגירה של נאפסטר, דוגמת שרתי שיתוף המידע החופשיים אשר מאפשרים הפרות כאלו במסה גדולה יותר תוך ניצול חוסר היכולת להתחקות אחרי משתמשים ברשת, ומגבלות אופייה הגלובלי. עוד מאפשרת הטכנולוגיה לפצח את מגבלות השימוש בחומרה, את ההצפנות למיניהן ואת מערכות ניהול השימושים שמפעילים היוצרים על השימוש ביצירותיהם בקלות יחסית. ובעצם נראה שבאותו אופן, כמעט בצורה מאוונת, הטכנולוגיה יכולה לסייע ליוצר או למשתמש בכל הקשור לשימוש ביצירות השונות במרחב הממוחשב.

האמצעים החוזיים שדובר עליהם לעיל מביאים עמם סכנה לחופש המידע באפשרם לבעלי הזכויות להכתיב באופן חד-צדדי את תנאי השימוש במידע באופן החורג מן

167 ראו מאמרה של אלקין-קורן העוסק בהרחבה בעניין זה (לעיל, הערה 64), בעמ' 329.

168 במקרים רבים מכונים החוזים רישיונות (Licenses). כינוי זה עשוי להיות מתאים שעה שחווה הרישיון מכיל הוראות שהן הרשאה לשימוש בזכות יוצרים, אולם במקרים רבים הוראות החווה נוגעות להגבלת הזכויות הנתונות דווקא למשתמש. במקרים אלו קשה לדבר על רישיון חד-צדדי שבעל הזכות מתיר בו את השימוש בזכויותיו. אלא בהסכם הדדי בו מותר המשתמש על זכויות הנתונות לו מכוח החוק ונוטל על עצמו מגבלות מכוח החווה; ראה גם <http://www.ecommerce.justice.gov.il>.

169 מגבלות אלה, שהן לעתים תניות מקפחות בחווה אחיד, עלולות לפגוע בזכויות הם של הפרט ושל ציבור המשתמשים ככלל.

האיזונים שנקבעו בחוק זכויות היוצרים. הואיל והאיזונים שבחוק משקפים אמנה חברתית בנוגע לשימוש במידע לתועלת הציבור כולו, תהיה אכיפתם של חוזים נוקשים מסוג זה מנוגדת לתקנת הציבור.¹⁷⁰

בנוסף, נשמעת הטענה כי במצב עניינים שבעלי הזכויות יכולים לשלוט בו בשימוש ביצירה באמצעות חוזים נחלשת ההצדקה להעניק לבעלי הזכויות הגנה מכוח החוק.¹⁷¹ ואולי אף מוצדק לבחון צמצום מקביל של הזכות לשלוט בזכות להעתקה של היצירה ובהפצתה תוך ראייה שונה של חייה של היצירה מרגע שפורסמה פרסום ראשון.¹⁷² ראינו אפוא כי פרשנות רחבה של הדין הקיים ושל שימוש בדיני חוזים ובטכנולוגיה מודרנית מקנים זכויות רחבות מדי לבעלי זכויות היוצרים ואינה מבטיחה הגנה מספקת לאינטרס חופש המידע ולזכויות המשתמשים, ואילו התופעה הנפוצה והמקובלת באינטרנט של שימוש ביצירות והעתקתן ללא הסכמה וללא תשלום כלשהו מחלישה את כוחם של בעלי זכויות היוצרים ופוגעת בזכויותיהם על יצירותיהם. נראה גם כי כל פתרון תלוי במרכיבים הטכנולוגיים והארכיטקטוניים המתפתחים של המרחב הממוחשב, והוא חייב להיות רחב מספיק על מנת לענות על פיתוחים טכנולוגיים עתידיים.

2. סיום עידן של זכויות היוצרים?

אפשר שהשאלה מהי הרפורמה המשפטית בטעות יסודה, שכן המעבר לרשת האינטרנט הפך את דיני זכויות היוצרים הנוכחיים לבלתי רלוונטיים. לפי גישה זו, דיני זכויות היוצרים היו רע הכרחי בעולם שלא היה ניתן להבטיח בו תמריצים לספקים, למוציאים ולמפיצים אלא על ידי הגבלות על שימוש במידע וביצירות אשר הוטלו מכוח חוק. בעולם לפני המעבר לרשת האינטרנט היה צורך חיוני ב"מתווכים" אשר שלטו על העברת המידע או היצירות מהיוצר למשתמש בדמות מוציאים לאור, חברות תקליטים, גופי שידור, גלויות לאמנות ועוד.¹⁷³ כאמור, גופים אלו נזקקו לתמריץ כלכלי על מנת לפעול, וההצדקה לתמריץ זה נקשרה בזכויות היוצרים של היוצר.

170 על הצורך בשימוש זהיר בחוזים במרחב הממוחשב ראו עמדתו של לסיג בעניין: Lessig (לעיל) (הערה 4), בעמ' 257-258.

171 M. Lemly "Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses" 68 *S. Cal L. Rev.* 1239 (1995); N. Elkin Koren "Copyright Policy and the Limit of Freedom of Contract" 12:1 *Berk. Tech. L.J.* (1997) 93.

172 לעניין חשיבות הפרסום הראשון ראו ויסמן (לעיל, הערה 149), בעמ' 29-55.

173 עוד על הסדרת אמצעי תקשורת המונים: D.M. Gilmor *Mass communication law: cases and comment* (St. Paul, Minn., 1969); M.L. DeFleur, E.E. Dennis *Understanding mass communication* (Boston, 1981).

אופיים ומבנם של המרחב הממוחשב והטכנולוגיה הדיגיטלית הקטינו את הצורך במתווכים אלו. לכאורה, ברשת קיים מספר עצום של מתווכים, החל בשרתי מחשבים וספקי שירות וכלה בבעלי אתרים, אולם מספר עצום זה של מתווכים נוצר מהעובדה שכיום כל אדם יכול להפוך עצמו למתווך, וכך בוטל למעשה כוחם של המתווכים במשמעותו הישנה. אם בעבר כשאדם היה מחבר ספר הוא נזקק לשירותי מוציא לאור על מנת להדפיס את הספר, לשווקו ולגבות תגמולים עליו בעבורו, כיום אדם יכול להפיץ את הספר ברשת האינטרנט בתפוצה רחבה בהרבה, ובשליטה גדולה הרבה יותר, ללא הצורך באותו מתווך. הואיל ובעיית המתווכים איננה מתעוררת עוד בעידן רשת האינטרנט באותו אופן שהיא התעוררה בעבר¹⁷⁴, וכך גם הבעיות הנלוות לשוק כלכלי של מסחר בטובין ציבוריים, בעיית הנוסע החופשי ופתרונה באמצעים מלאכותיים, ייתכן שיש לוותר על פיקוח חקיקתי ולאפשר לשוק החופשי להסדיר את השימוש במידע¹⁷⁵. עם זאת נראה כי גם בעידן החדש יש מקום של כבוד למתווכים, בעיקר כאלה העוסקים בשיווק, בפרסום ובבנייה של מוניטין. כמו כן ניתן היום לנצל בצורה טובה יותר את השליטה של המתווכים החדשים בשוק ההפצה של יצירות דיגיטליות רבות וכך ליצור מנגנון גבייה חדש של תמלוגים באמצעותם. ייתכן שתידרש ליצור כך הטלת אחריות מוגבלת על המתווכים החדשים אשר קמו להם ברשת האינטרנט, אלו הם ספקי התקשורת השונים.

מתוך הבחינה שערכנו עד כה עולה כי ההבחנה בין התמריץ ליוצר לבין התמריץ למפיץ היצירה ברורה יותר כיום, ואין עוד צורך הכרחי לקשור את השניים. מסקנה חשובה זו היא המפתח והבסיס, לדעתנו, לטיפול נכון בזכויות היוצרים במרחב הממוחשב, או במילים אחרות להחזרת נקודת האיזון בין היוצר למשתמש על כנה.

ח. מסקנות והמלצות

לא מעט שינויים סוחפים את הרשת בימים אלה. אתרים רבים קורסים ונסגרים, הקרבות המשפטיים בין חברות התקליטים לבין מפרי זכויות יוצרים מסרבים להסתיים, ממשלות מטילות הגבלות על חופש הביטוי ברשת, ואלפי מתכנתים שוקדים על פיתוח תוכנות חופשיות לשימוש הכללי. אחת מן הדעות לגבי השינויים שעוברת הרשת קובעת כי בסופו של דבר כל השירותים יינתנו בתשלום, אולם השאלה החשובה היא מה תהיה דרך התשלום ושיטת הגבייה. כאשר חברת נטסקייפ ניסתה לשווק דפדפן בתשלום בעוד

174 ראו דיון לעיל בפרק ג ובפרק ה.

175 ראו דיון בהרחבה: G. Gilder & E. Dyson & J. Keyworth & A. Toffler "A Magna Carta for the Knowledge Age" 11 *New Perspectives Quarterly* 26 (1994).

שחברת מיקרוסופט שיווקה דפדפן בעל תכונות דומות חינם, העדיפו המשתמשים להשתמש בדפדפן שחולק חינם. העובדה שחברת מיקרוסופט חילקה חינם חלק מיצירותיה השונות הביאה לכוחה הגדול כיום בשוק ולרווחים עקיפים ממוצרים אחרים שהיא מוכרת ונהנית לגביהם מהחשיפה השיווקית הגדולה שלה. אין ספק כי הפצת התוכנה חינם אפשרה לחברה להפיק רווחים גדולים יותר בהמשך.¹⁷⁶

תוכנות שנכתבו בקוד פתוח הופכות להיות תחרותיות יותר ויותר. כבר היום 50% מאתרי הרשת משתמשים בתוכנות שנכתבו בקוד פתוח ללא תשלום, והופכים לפופולריים במיוחד. הוויתור על זכויות היוצרים במובן כיום מביא למעשה לתגמולים אחרים ליצר, ולא זו בלבד שהוא אינו פוגע בתמריץ של היוצרים ליצור, אלא הוא אף מעודד יוצרים ליצור כמה שיותר על מנת לזכות ברווחים עקיפים.¹⁷⁷ לדעתנו, עיקר פעולתה ותוכנה של זכות היוצרים היום אינם צריכים להיות הגבלת השימוש של המשתמשים ומלחמה של בעלי הזכויות בהפצת היצירות באינטרנט, אלא גיבוש מנגנונים חדשים שיבטיחו את תגמול היוצר, וכך גם את המשך היצירה.

השינויים שפוקדים כיום את רשת האינטרנט אפשר שמקורם גם בעובדה שהמודל הקיים כיום קרס משום שניסו להתאים מודלים כלכליים מוכרים וישנים לרשת האינטרנט. בחמש השנים האחרונות היחס לאינטרנט היה כאל מדיום לשידור, בדומה לאמצעי תקשורת המונים המוכרים.¹⁷⁸ באמצעי התקשורת הקונבנציונליים, קרי עיתונים, טלוויזיה או ספרים, המדיום בנוי כך שיש מספר קטן של אנשים שיוצרים אינפורמציה שאנשים רבים צורכים אותה. אולם רשת האינטרנט אינה מותאמת להיות מדיום לתקשורת המונים בלבד, במובן הישן של התפיסה.

כעת מתחילים להבין שבמקום מספר קטן של ספקי תוכן חזקים ועשירים כל המשתמשים מייצרים מידע, וכל אחד שיש לו מה לומר יכול לפרסם אותו. לראיה, המאבקים על זכויות היוצרים שאנו עדים להם הם של גופים גדולים כנגד נותני שירותים חדשים באינטרנט אשר מנצלים את האפשרות שלהם לתת מידע. אותם ספקים מתחילים להבין את זה כי שיטת ההפצה הישנה איננה עובדת במרחב הממוחשב, אולם, במקום לנסות ולגבש אסטרטגיות חדשות לפעולה עסקית ברשת תוך אפיונה בזווית ראייה חדשה הם פונים בראשונה לכלים המוכרים להם להשיב את זכויותיהם דרך מאבק משפטי על קניינים הרוחני. עם זאת, רואים אנו כי בשנים האחרונות מתחזקות חברות

176 ראו הדיון בפרק 1.1 בדיון בערעור בפרשת מיקרוסופט אמר השופט שאכן מיקרוסופט היא מונופול, אך הוא אינו מבין איך נפגעו המשתמשים מכך שחילקה את התוכנה חינם. מיותר לציין כי לתובעים קשה היה להתמודד עם עמדה זו של השופט. אך אפשר ללמוד מכך לגבי גישתה של מיקרוסופט.

177 ראו שם.

178 ראו בהרחבה על המאפיינים של מדיה לתקשורת המונים: ד' כספי, וי' לימור, המתווכים אמצעי התקשורת בישראל 1948-1990 (תשנ"ג).

הענק גם ברשת האינטרנט תוך כדי דחיקתן החוצה של החברות החדשות, הקטנות ושל האתרים של המשתמשים הקטנים. הרשת נשלטת יותר ויותר על ידי תאגידי התקשורת הגדולים, חברות הענק הבינלאומיות והאמריקניות, המעוניינות לשמור את ההגנה המסורתית על זכויות היוצרים ומשתמשות בהגנה זו למאבקן. מגמה זו מתגברת ככל שהמשפט האמריקני ממשיך לאכוף באופן עקבי ונחוש את ההגנה המסורתית על זכויות היוצרים במתכונתן הישנה, ואף לחזקן.

במצב דברים זה, אם תעשיות המוסיקה היו משכילות להבין כי הן יכולות להיכנס לתחרות כגוף נוסף שמפיץ יצירות ברשת, ולהבין כי יש פורמט חדש שהן יכולות למכור בו את תוצרתם (Mp3) או לרכוש את המאגר של נאפסטר, הן היו מגדילות את נתח הרווחים¹⁷⁹. חוסר הבנה זה גורם לעיכוב בדרך ליצירת דרכי הפצה חדשות של יצירות מוסיקליות ואף לעיכוב ולטלטלה רבה, עד למצב שנקודת האיזון בין המשתמשים ליוצרים במרחב הממוחשב בו תושב לכנה. במצב ביניים זה כמעט כל הגולשים והמשתמשים ברשת האינטרנט הם מפרים של זכויות יוצרים ונחשבים עבריינים. זוהי גזרה שאין הציבור יכול לעמוד בה, וכנראה גם איננו צריך. מהמשפטים נדרשת נקודת איזון חדשה בין זכויות היוצר לזכויות המשתמש.

ייתכן שנקודת איזון זו תיראה אחרת לחלוטין מהצורה שאנו מורגלים בה לחשוב עליה כיום. דוגמאות לכך אפשר לראות בשיטות השינוק של מיקרוסופט, שהפיצה חינום את הדפדפן שלה, של מפתחי התוכנות החופשיות, ובצורה שיוצרים של יצירות אינטרנטיות מתייחסים בה ליצירותיהן. דרך זו מכוונת להשגת התמלוגים על ידי "ויתור" חלקי על זכויות היוצרים על חלק מן הזכויות הכלכליות של היוצר ביצירתו ובכך מביאה בעקיפין לשמירתו ולקידומו של מעמדו של היוצר ולמתן עידוד ליוצרים ליצור¹⁸⁰.

נראה גם כי קיימת חשיבות רבה להבנה מי הם המתווכים וספקי התקשורת החדשים ברשת על מנת לנסות ולהחיל עליהם אחריות לשמירה על זכויות היוצרים, או לחלופין להגיע דרכם למשתמשים ולגבות באמצעותם את התשלום הקבוע, הקטן, שצריך לשלם כל מי שמשמש ביצירות של אחרים בדרך שגרה.

חשובה גם ההבנה בדבר אופייה הדינמי של הרשת על מנת לא ליצור חקיקה נוקשה או צרה מדי אשר בפועל תביא למצב דברים שלא תוכל להיות מיושמת בו, ואף תביא להרחבת תופעת הפירטיות ברשת, ובמקביל לה לתופעת צנזורה עצמית ולצינון השירותים הניתנים על ידי הספקים השונים, וזאת כדי להימנע מאחריות כלשהי לעוולות ולעבירות שיוחלו עליהם.

179 ראו לעיל הדיון בפרק ה.1, על אודות העקרונות הכלכליים במרחב הממוחשב.

180 קיימת שורה של פסקי דין אשר הדגישו את האינטרסים הפרטיים של היוצר כצידוק מרכזי להכרה בזכות יוצרים; ראה מאמרו של פסח (לעיל, הערה 69), ה"ש 16.

השינוי שצריך לבוא, לדעתנו, משלב בכפיפה אחת ניצול האפשרויות הטכנולוגיות ושינוי משפטי בתפיסה הקלאסית של זכויות היוצרים. בבסיסו צריכה לבוא ההכרה שטבעו חלק מן התאורטיקנים שצידדו בתאוריה התועלתנית בכל הנוגע לזכויות היוצרים, והיא ההכרה במערכת הציפיות של היוצר בבואו להציב את יצירתו במרחב הממוחשב. הבנה של מערכת ציפיות זו, גם אם היוצר לא נתן את הסכמתו המפורשת להצבה שכזו, תביא ליצירת מנגנון חדש ומתאים יותר לשימוש ביצירות במרחב הממוחשב. דרך הניתוח הארוך שבוצע במאמר אנו מבינים כי ליוצרים שיצירותיהם נכתבו מלכתחילה עבור המרחב הממוחשב יש מערכת ציפיות שונה מציפיותיו של היוצר הקלאסי. מערכת ציפיות זו כרוכה בהבנה עמוקה של יתרונות ההפצה הטכנולוגית המקובלת במרחב הממוחשב. יחס חדש ליצירות במסגרת כללים משפטיים יביא לניצול יעיל של האפשרויות הטכנולוגיות. יחס זה צריך שיהיה מקיף וייגע בכל האספקטים השונים של זכות היוצרים ביצירה. שינוי מחויב הוא הגדרת היצירה הממוחשבת, ובין ששועתקה למרחב זה ובין שנוצרה בו, חשוב כי תהיה אחידה. נראה לנו כי הגדרה מתאימה תהיה הגדרת "היצירה הדיגיטלית"; הגדרה אחידה זו תפשט את דרך הטיפול ביצירה זו בהמשך.¹⁸¹

לאורך הסקירה מסתמן כי כוחם של בעלי הזכויות גדל יותר במרחב הממוחשב, אולם המרחב הממוחשב שינה את סדרי היצירה, ונראה כי בעלי הזכויות אינם תלויים כעת בהגנה שבזכות הכלכלית ביצירה כבעבר. המרחב הממוחשב ייתר, או לפחות הקטין, את הצורך במתווכים מהעולם הישן, אשר עבורם ניהול הזכות הכלכלית בשם היוצר הייתה הבסיס היחיד לפעילותם העסקית. ברור גם לנו כי ביטול הזכות הכלכלית או צמצומה אינם יכולים לבוא ללא קביעת מנגנון או הסדר חלופי של גביית תמלוגים עבור השימוש ביצירה.¹⁸² נראה כי ניתן לנקוט דרך של ביטול, או צמצום, הזכות הבלעדית לשעתוק, לפרסום או לטביעה של היצירה אצל המשתמש הסופי (שבלאו הכי נראות כלא רלוונטיות עוד, או בלתי ניתנות לשליטה, במרחב הממוחשב), וקביעת מנגנון תמלוגים שמנצל את ארכיטקטורת הרשת ושליטת המתווכים החדשים באופן תעבורת המידע. פתרון אפשרי הוא התייחסות לספקי השירות באינטרנט כאל אמצעי

181 הגדרה זו היא הגדרה טכנית אשר תשמש לקביעות מובחנות ולהתייחסות לשון החוק ליצירות במרחב הממוחשב. הגדרה זו אינה באה לאפיין מהות יצירה במובן הקלאסי של אפיון היצירות בדיני הקניין הרוחני. יש לבחון הגדרה זו בספקטרום הרחב של דיני זכויות היוצרים ולראות את השפעתה על כל מכלול השימושים והיחסים בין ההגדרות השונות בדיני הקניין הרוחני. יש לבחון במיוחד את השאלה מה דינה של יצירה אשר לא הייתה בפורמט דיגיטלי ושונתה לכונו (יצירה מוסיקלית למשל), האם נדרש אישור היוצר לכך? מה יהיה היחס בין מערך ההגנות השונה של כל יצירה? נושא זה היא פתח לדיון מעמיק בסוגיה, אולם לא נדון בה כאן.

182 ראו למשל חלופות לשיטת הגבייה – Pay Per View – אשר אינם פוגעים בפרטיות המשתמש במרחב הממוחשב, שאותם סוקר R.S. Ray Ku (לעיל, הערה 23), בעמ' 310-311.

תקשורת המונים, ואז יבוטל התשלום עבור צריכה מוגדרת¹⁸³, והתשלום יהיה בעבור שימוש גלובלי כפי שפועלים הרדיו והטלוויזיה כיום¹⁸⁴. ספקי השירות "ירכשו" את הזכות לשימוש ביצירות מהמחברים ויעבירו להם תשלומים על בסיס שימוש גלובלי ביצירותיהם¹⁸⁵.

האפשרויות הטכנולוגיות של מתווכים אלו לשלוט בתעבורת המידע ולנתבה יכולות להביא לפתרון מסודר של קביעת מנגנון תמלוגים אשר אינו מאופיין בשליטה מדויקת ומלאה בשימושי משתמש הקצה, כך גם לא תיפגע פרטיותם של אותם משתמשים. השמירה על האנונימיות ועל פרטיות של המשתמש הנה ערך מרכזי שבלעדיו הרשת לא תתפקד, ולפיכך יש להיזהר ביצירת המנגנון הטכנולוגי כך שערך זה לא ייפגע. את התשלום בעבור השימוש באחת מן הדרכים שפורטו לעיל יוכלו ספקי השירות להעביר לגופי ניהול זכויות, בין גלובליים ובין טריטוריאליים. גופים אלו יבצעו את החלוקה של התמלוגים עבור השימוש ביצירות. מנגנון זה יכול שייקבע בדרך של חקיקת רישיונות כפייה. דרך זו נראית כמתאימה במיוחד למרחב הממוחשב שליוצר קשה בו מאוד לשלוט בהפצת יצירתו מרגע שזו שועתקה למרחב הממוחשב¹⁸⁶. לבעלי זכויות

183 הדרך שהמערכות הדיגיטליות פועלות בה לניהול השימושים

184 להרחבה בעניין זה ראו: *Public service* by Dave Atkinson and Marc Raboy (ed) et al. *broadcasting: the challenges of the twenty-first century* (Paris: Unesco, 1997); C. Peter *New models for mass communication research* (1973)

185 מהדיון בפרק ה למדנו כי המשתמשים הם אלו שנושאים בעלויות ההפצה במרחב הממוחשב, לפיכך תשלום מינימלי גלובלי, על בסיס העובדה שמחיר ההפצה מתפור על עצם רכישת הצידוד הדיגיטלי על-ידי המשתמש עצמו, יהיה פיצוי נאות על העלות ועל המאמץ הכלכלי של היוצרים במלאכת יצירתם.

186 רישיון הכפייה נועד לאזן בין גישת הציבור ומניעת ניצול מניפולטיבי של זכות היוצרים לבין הבטחת זכות היוצר לגמול על עמלו. ברישיון כפייה נוטלים מן היוצר את שיקול הדעת ביחס למתן רישיון לשימוש ביצירתו, היינו נשללת מן היוצר השליטה בגישה ליצירה שלו. בכך נמנע הניצול לרעה של עמדת כוח מניפולטיבית המוענקת ליוצר, והיא הופכת נגישה יותר במרחב הממוחשב; כן מובטחת תפוצה רחבה של יצירות – בהתאם לאופיו של המרחב הממוחשב; מובטח שיפוי או פיצוי הוגן ליוצר. לרישיון כפייה יתרונות נוספים במרחב הממוחשב שהפיקוח והשליטה בו מציבים כללי משחק חדשים. במסגרת רתימת ספקי השירות למלאכת הפיקוח באמצעות רישיונות כפייה יהיה ניתן לפתור בעיית פיקוח זו. להרחבה ראו: A.J Greenbaum, Cowan, Liebowitz & Latman "Copyright & the Computer: why the Unauthorized Duplication of Copyrighted Materials for Use as Computer Input should Constitute Infringment" *Technology & Copyright* (Maryland, Ed. G.P. Bush, 1972), at pp. 236; Project "New Technology and the Law of Copyright: Reprography & Computers" 15 *U.C.L.A. L. Rev.* (1968), at pp. 975-1028; *Heilman v. Bell* 583 F. 2d 373 (1978), at p. 374; *U.S. v. Powell* 701 F. 2d 70 (1983), at p. 72; *CBS v. Ames Records & Tapes* (1982) 1 Ch 91, 119

היוצרים לא תהיה עוד הזכות למנוע את השימוש הפרטי ביצירות או לאוסרו אלא במסגרת ההגנה המוגבלת של הזכות המוסרית¹⁸⁷. במסגרת יישומו של הסדר זה ניתן ללמוד מהסדר שנקבע במדינות רבות בעולם וגם בישראל שבו הכירו היוצרים, ובעלי הזכויות בתופעה של טביעת יצירותיהם על ידי המשתמשים לצרכים פרטיים שקשה מאוד להתמודד אתה. בהסדר זה נקבע תעריף מיוחד ועקיף אשר יפצה אותם. התקבולים ליוצרים מגיעים מגביית תעריף מיוחד שנגזר ממכירת קלטות ותקליטורים ריקים המשמשים להעתקת היצירות¹⁸⁸. תמוה כי הבנה זו לא חלחלה בכל הנוגע להסדרת

187 סעיפים 4 לפקודת זכויות יוצרים, 1924 ו-4 א- לחוק זכויות ומשדרים, תשמ"ד-1984, אשר מעגנים את ההכרה בזכות המוסרית במסגרת הדין המצוי בישראל ומכירים בזכות אי-הסילוף ובזכות האבהות – הזכות לייחוס הולם. זכות החשיפה (droit de divulgation) – זכותו של היוצר לשלוט בשלב החשיפה לציבור של יצירתו ולמנוע גילוי פומבי של היצירה בטרם ניתנה לכך הסכמתו, אינה מעוגנת באופן ישיר ומפורש במסגרת סעיף 4 לפקודת זכויות יוצרים, 1924, כמו גם במסגרת סעיף 4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, אשר קובעים את אגד הזכויות המוסריות של היוצר ומפרטים אותו. ג' פסח מציין במאמרו (לעיל, הערה 153), בעמ' 485-490, סעיף ב.3(ג). כי הביטוי המובהק והמפורש של זכות החשיפה מצוי בשיטות משפט קונטיננטליות, דוגמת שיטת המשפט הצרפתית, או שיטת המשפט הגרמנית, אשר בהן זכות זו צוינה מפורשות בחוק כחלק מזכותו האישית מוסרית של היוצר. לגישתו של גיא פסח, ואנו תומכים בה, בדרך כלל במקרים של עימות בין זכות החשיפה לבין עקרון חופש הביטוי הבכורה צריכה להינתן לזכותו של היוצר למנוע פרסום פומבי של יצירותיו בטרם ניתנה לכך הסכמתו. לפיכך הכלל הבסיסי צריך להיות כי לשלעצמה עצם הפגיעה בחופש הביטוי, בעקבות אכיפת זכות החשיפה, אינה נימוק אשר מצדיק ויתור על ההכרה בזכותו של היוצר. עם זאת על רקע גבולותיה הטבעיים של זכות החשיפה, כפי שהם מתחייבים מעצם מהותה, ועל רקע מעמדו המוגן של עקרון חופש הביטוי, כלל בסיסי זה עשוי להיות מסויג בשני מצבים: האחד, כאשר ישנו אינטרס ציבורי מיוחד המצדיק את חשיפת היצירה המוגנת, או חלקים ממנה, על אף התנגדותו של היוצר למהלך מסוג זה; השני, כאשר על רקע מהותה של היצירה המוגנת דרגת הקשר האישי בין היוצר לבין היצירה היא דרגה נמוכה יחסית, אם בכלל. אנו מצטרפים להצעתו של גיא פסח כי לחקיקת זכויות יוצרים תיווסף סעיף המכיר במישרין בזכות אישית-מוסרית של היוצר לחשיפת היצירה ולמניעת פרסום פומבי שלה בטרם ניתנה לכך הסכמתו. הכרה זו בזכות החשיפה כחלק מהזכות המוסרית היא הדרך הנכונה להתגבר על חלק מהאתגרים שמציבה בעיית ההפצה וההעתקה של יצירות במרחב הממוחשב, אותה בעיה שאמנות Wipo מציעות לפתור באמצעות הוספת זכות כלכלית – זכות ההפצה לציבור (Right of Communication to the Public), ראה לעיל פרק ה' 2.

188 בשנת 1996 קיבלה הכנסת את חוק זכויות יוצרים ומבצעים (קלטות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996, ס"ח 1583, עמ' 244. חוק זה נועד בין היתר להסדיר את סוגיית ההקלטות הביתיות של יצירות מוגנות בזכות יוצרים. סעיף 1 לחוק הוסיף לפקודת זכויות יוצרים את סעיפים 3.ב. עד 3.ז. בהתאם לסעיף 3.ב. נקבע כי לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים לטבוע יצירה או לשעתקה על גבי קלטת לשם שימוש ביתי ופרטי שלא למטרות רווח. כפיצוי לבעל הזכויות על

השימוש בזכויות במרחב הממוחשב שתופעה זו רחבה בו אף יותר. אגב, יש הגורסים כי המקביל לקלטות הריקות הוא דווקא הדיסק הקשיח הנמצא בכל מחשב, ולא דווקא ספקי הגישה לאינטרנט¹⁸⁹. אכן, דומה כי יש כמה מרכיבים ואמצעים טכנולוגיים המספקים את התשתית המאפשרת את ההעתקה והשימוש של פרטים ביצירות. ייתכן שיש צורך לגבש מפתח מורכב יותר לגביית תעריף הולם מכל אותם גורמים המספקים את התשתית הטכנולוגית לשימוש ביצירות המוגנות על ידי זכויות היוצרים. העיקרון נשאר אחד, אין טעם להיאבק ולנסות למנוע שימוש פרטי ביצירות אצל משתמש הקצה,

ביצוע ההקלטות הביתיות קובע סעיף ד' לפקודה כדלקמן: (א) הממשלה תפצה את בעלי זכויות היוצרים ואת בעלי זכויות המבצעים על אבדן הכנסה ופגיעה בזכויות הנגרמת להם בשל טביעה או שנתוק על קלטות לשם שימוש פרטי ובית, לפי סעיף ג. (ב) הממשלה תעביר לחברת התמלוגים, מדי שנה, סכום בשיעור 5% מהמחיר לצרכן, ללא מס ערך מוסף של סך כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי וביתי בשנה שקדמה לשנה הנדונה. (ג) הסכום האמור בסעיף קטן (ב) יחולק בחלקים שווים בין שלוש חברות התמלוגים המנויות בסעיף 3 בפסקות (1), (2) ו-(3). (ד) ועדה שתכלול את נציג שר האוצר, נציג שר המשפטים ונציג שר החינוך, התרבות והספורט תקבע את הנתונים הדרושים לצורך קביעת הסכום האמור. (ה) התעוררו חילוקי דעות לגבי חלוקת הגמול, יכריע בעניין בית המשפט; לדיון בבית המשפט יוזמנו, בדרך שתקבע בתקנות נציגי חברות התמלוגים, נציג משרד החינוך, התרבות והספורט והיוצר או המבצע שלגבי תגמולו התעוררו חילוקי הדעות לפי העניין; החלטת בית המשפט תחייב את כל חברות התמלוגים ואת כל בעלי זכויות היוצרים והמבצעים, אף אם לא היו צד להליך בפני בית המשפט. (ו) "חברות התמלוגים" המאוזכרות בסעיף ד' (ב) מוגדרות בסעיף 3 לחוק כדלקמן: 1. תאגיד המייצג את מרבית בעלי זכויות היוצרים; 2. תאגיד המייצג את מרבית בעלי זכויות המבצעים; 3. תאגיד המייצג את מרבית המפיקים הקוליים ותאגיד המייצג את מרבית המפיקים הוויזואליים – במאוחד. תעשיית המוסיקה והסרטים העולמית התעמתה בארבעים השנים האחרונות עם תופעה הידועה כהעתקה פרטית, וזאת בעקבות כניסתם לשימוש של מכשירי ההקלטה (קלטות אודיו, וידאו טייפ, צורבי תקליטורים, טייפ Dat וכו'). תופעה זו של הקלטה או טביעה חוזרת של יצירות מוסיקליות או סינמטוגרפיות של יצירות שהוטבעו בעבר, או יצירות ששודרו במועד מסוים והוקלטו על מנת לצפות בהן או להאזין להן במועד מאוחר יותר (Time Shifting), מאופיינת בכך שנעשתה לשימושים פרטיים או ביתיים, ולא לצורכי רווח או מסחר.

189 זוהי גם דעתו של ד"ר שלמה כהן, כפי שציין אותה בשולי הרצאה שנשא לאחרונה בנושא קניין רוחני בעידן המידע. הדבר דומה לתופעה שהתרחשה בתחילת שנות השבעים, כאשר משתמשים ביתיים החלו לייצר עותקים של יצירות בין דלת אמותיהם, כאשר הטכנולוגיה החלה לאפשר זאת: קלטות שמע ווידאו יכלו להיות משוכפלות באמצעות מכשירים שהפכו לנחלה בכל בית. המחוקק ובעלי הזכויות הבינו כי יקשה עליהם עד מאוד להילחם בתופעה זו, ולכן התירו הקלטה למטרות שימוש פרטי או ביתי. בחלק מהמדינות נקבע גם גמול בצד הפטור, הנגבה בדרכים שונות, אך מבוסס על שיעור מס שהוטל על מכשירי ההקלטה ועל המדינות השונות המשמשות לכך. עוד על פתרון זה לבעיית זכויות היוצרים במרחב הממוחשב ראו R.S. Ray Ku (לעיל, הערה 23).

אלא לגבות את התעריף הראוי באמצעות אותם גורמים המאפשרים את השימוש ביצירות.

לשם יישומה של גישה זו יש צורך להרחיב את גבולות השימוש המותר ביצירה מעבר למה שנקבע כעת בחקיקה המקובלת, באופן שיתאים יותר לאופי המרחב הממוחשב. העתקת יצירה דיגיטלית ושימוש פרטי בה לא יהיו עוד הפרה של זכויות יוצרים. כך תיווצר מערכת בריאה יותר של ניהול זכויות יוצרים במרחב הממוחשב, ובעקיפין גם מקרי ההפרה יתמעטו. דרך הבנת מערכת הציפיות של היוצר במרחב הממוחשב נראה כי המחבר לא ויתר על זכות היוצרים, על הזכות המוסרית ביצירתו ועל ה"אבהות" או המוניטין שלו כיוצר היצירה, ואף מרוויח ממנה יותר מבעבר. כזכור, המוניטין ביצירה הממוחשבת חשוב על מנת להפיק רווחים, על-פי רוב בדרך של חדירה למודעות אצל ציבור משתמשים רחב, לכן נראה כי במקרה שאדם לוקח את יצירתו של אחר ומציג אותה כשלו, או משתמש בה בדרך של העתקה או עיבוד לצורך חיבור יצירה חדשה ללא גמול מוסכם בעבורה תהיה הפגיעה ביוצר במרחב הממוחשב חמורה יותר. לפיכך יש מקום להשאיר את הזכות הכלכלית והמוסרית הזו על כנה¹⁹⁰, אולם בד בבד יש, כאמור, להרחיב את היקפה של הגנת השימוש ההוגן ביצירה. לדעתנו, עיקר ההכנסה מיצירה במרחב הממוחשב יבוא בעתיד לאו דווקא מהשימושים הפרטיים ביצירה, כי אם מהמכירה הראשונית של אותה יצירה לגורמים עסקיים או מסחריים כאמור, ובנוסף גם משירותים נלווים לאורך חייה של היצירה ומהמוניטין של המחבר שיביא בעקיפין לרווחים נוספים. אשר על כן לצד הרחבת הגנת השימוש ההוגן גם לחיזוק הזכות המוסרית יש חשיבות רבה במרחב הממוחשב¹⁹¹.

ט. סיכום

ההגנה הניתנת היום על-פי דיני זכויות יוצרים היא נוקשה ואינה מתאימה לשימושים ולציפיות הסבירות של היוצר ושל המשתמשים במרחב הממוחשב¹⁹². ההגנה שמעניק

190 ואף לשקול לחזקה.

191 לדיון בהרחבה על אודות הזכות המוסרית וגבולותיה ראו פסח (לעיל, הערה 153).

192 ביקורת על טיעוננו זה היא כי ייתכן שאכן יש לקבל את המלצותנו בכל הנוגע לדיני זכויות יוצרים במרחב הממוחשב, אך עדיין אנו חיים כיום במערכת של דואליות של יצירה. האחת היא במרחב הממוחשב והשנייה היא בעולם הרגיל, שבו הכללים וההגנות לבעלי הזכויות עדיין נחוצות. פתרונות אפשריים לבעיה זו היא הגדרת היצירה הדיגיטלית וקביעת מנגנונים מיוחדים עבורה בנפרד משאר היצירות. כמו כן לדעתנו, בטווח של שנים מועטות יצטמצמו השיווק או ההפצה הלא מקוונות של יצירות, והצידוק בהגנות הקיימות כיום יוסיף וייחלש. עובדה נוספת שעמדנו

הדין לזכויות יוצרים ולבעלי הזכויות היא רחבה מזו הנדרשת כדי לעודד המשך יצירה ופיתוח של תכנים חדשים. הגנה רחבה ונוקשה זו פוגעת בחופש הביטוי ובחופש המידע והופכת את רוב משתמשי האינטרנט למפרים של זכויות יוצרים, לפיכך יש לצמצם הגנה זו, להרחיב את גבולות השימוש ההוגן ולקבוע רישיון כפייה לשימושים הפרטיים ביצירה. במקביל יש לחזק את ההגנה על הזכויות המוסריות ביצירה ולבחון מחדש את הגדרת היצירה¹⁹³. ניתן ורצוי לרתום את האפשרויות הטכנולוגיות הקיימות לספקי השירות באינטרנט, הם המתווכים החדשים במרחב הממוחשב, לא בדרך של הטלת אחריות ישירה עליהם על הפרות של זכויות יוצרים, כי אם בדרך של גביית תמלוגים גלובליים בעבור שימושים כלליים במרחב הממוחשב תוך זהירות מרבית שלא לפגוע בפרטיותו של המשתמש, אשר נושא מלכתחילה בעלויות ההפצה במרחב הממוחשב. היקף השימושים המותרים ביצירות ייקבע בחוק במסגרת של רישיון כפייה¹⁹⁴, כך שליוצר ולבעל זכויות היוצרים לא תהיה זכות למנוע ממשתמשי קצה פרטיים את השימוש המקובל ביצירה.

התמורה שתתקבל באמצעות ספקי השירות במרחב הממוחשב, או על ידי מנגנון של גמול קלטות זה או אחר שיוטל על המדיה, והחומרה המאפשרת את ההעתקה וההפצה של היצירות במרחב הממוחשב, יועברו על פי מפתחות (שצריך לשכללם¹⁹⁵) לגופים אשר יהיו ממונים על חלוקת התמלוגים לבעלי הזכויות. במסגרת משטר זה עיקר ההכנסה מיצירה תהיה מהמכירה הראשונית שלה, ממתן השירותים עבור השימוש ביצירה ומהמוניטין העקיף שהיוצר יזכה לו, ולא דווקא מהתמלוגים שיגבו ספקי השירות או יצרני הדיסק הקשיח בגין השימושים בה. להערכתנו, נוכח השיטפון הגואה

עליה בדיונונו בפרק ג.1 של המאמר היא כי בעקבות פעילות נאפסטר נפגעו שולי הרווח של חברות התקליטים, והן עדיין הרוויחו, אם כי פחות, למרות פעילותה של נאפסטר.

193 בכל הנוגע ליצירה במרחב הממוחשב יש לבחון את סיווגה של היצירה היטב ולהגדירו, כפי שעמדנו על כך. זאת ועוד, יש לבחון את תקופת ההגנה הניתנת ליצירה דיגיטלית, שכן לדעתנו תקופת ההגנה החלות כיום אינן רלוונטיות עוד למרחב הממוחשב שאורך חייה הטבעי של יצירה דיגיטלית (בייחוד אלו שקמו ומתקיימות רק במרחב זה) קצר בהרבה מתקופת ההגנה הנהוגות כיום (70 שנה ממות היוצר או מיום יצירת היצירה). לפיכך יש לקצר משמעותית את תקופת ההגנה הניתנת ליצירות במרחב הממוחשב. עוד על תקופת הגנה בזכויות יוצרים ראו ט' גרינמן "זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים" (1998), עמ' 111-117.

194 עוד על מנגנונים של רישיונות כפייה ראו: א' דינשטיין "רישיון כפייה בזכות יוצרים" משפטים כא (תשנ"ב) 324-251.

195 מובן כי שאלת החישוב של התעריף ודרך החלוקה שלו בין בעלי הזכויות היא שאלת מפתח חשובה. למעשה, זוהי השאלה המעשית החשובה ביותר. בשלב זה לא מצאנו לנכון להיכנס לפרטי החישוב, הואיל ומטרתו של המאמר היא לבסס את העקרונות לשיטה ולא את פרטיה. ניתן, כמובן, לאמץ בשלב ראשון מנגנון דומה, ואפילו זהה לזה שנקבע בחוק לגבי הקלטות הריקות.

של יצירות חדשות בכל תחומי היצירה, גם במשטר חדש זה של זכויות יוצרים אין חשש אמיתי להפסקת היצירה והפיתוח של תכנים חדשים.

במשטר חדש זה יזכו המשתמשים ליהנות מחופש ביטוי, מחופש מידע ומהנאה חופשית מכל היצירות הדיגיטליות בלי לפגוע בפרנסתם של בעלי הזכויות ובאינטרס הציבורי בעידוד היצירה של יצירות חדשות.

אנו מודעים לכך כי הדברים שנכתבו במאמר זה הם חדשניים, מעוררים מחלוקת ואף חורגים במידה ידועה מדיני זכויות היוצרים המקובלים בכל העולם וגם בישראל. יתרה מזו, גם בהצעות שלנו אין משום פתרון מלא לאתגרים שמציב בפנינו עידן המידע החדש. אנו מקווים כי הדברים יביאו גם לישראל את הדיון בנושאים אלה, המתנהל בעולם, דיון שיצמיח בעתיד את הפתרונות המתאימים לאחת הסוגיות החשובות של עידן המידע הנוגעת לכולנו.