

זכויות משתמשים

מאת

ניבה אלקין-קורן*

א. מבוא. ♦ ב. הבסיס העיוני לשימושים המותרים: 1. הגישה הכלכלית – שימוש הוגן כמענה לכשל שוק; 2. איזון בין זכות היוצר לבין האינטרס הציבורי; 3. גישת התכלית – שימוש הוגן כאמצעי להגשמת תכלית החוק ♦ ג. זכויות משתמשים בחוק החדש: 1. ההסדר בחוק הישן; 2. עדכון הוראות הפטור; 3. מטיפול הוגן לשימוש הוגן – (א) יצור-כלאיים יציר הפסיקה: טיפול הוגן ושימוש הוגן, (ב) התפתחות המושג "הגינות השימוש" בפסיקה הישראלית, (ג) ההסדר בחוק החדש; 4. המשמעות הנורמטיבית של פרק ד לחוק: מתווה לזכויות משתמשים ♦ ד. הנפקות המעשית של זכויות משתמשים: 1. מסגרת נורמטיבית לפרשנות – (א) מטרות השימוש, (ב) סעיף 19(ב): הוגנות השימוש; 2. הסדרה פרטית ♦ ה. סיכום.

א. מבוא

פרק ד לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007,¹ שכותרתו "שימושים מותרים", יוצר מתווה חדש להמשגת זכויות המשתמשים. החוק מגדיר נסיבות שבהן השימוש ביצירה – ככלל או בנסיבות מסוימות – יהיה מחוץ לגדר הזכות הבלעדית של בעל זכות היוצרים. החוק החדש חולל שלושה שינויים מרכזיים בעניין זכויות משתמשים: ראשית, עדכון רשימת השימושים המותרים; שנית, המעבר מדוקטרינת הטיפול ההוגן של המשפט האנגלי לדוקטרינת השימוש ההוגן, שאובה מן המשפט האמריקני; ולבסוף, במישור הנורמטיבי, ההכרה בזכויות משתמשים כחלק בלתי-נפרד מהמשטר המשפטי שהחוק מכונן וכאמצעי להגשמת

* ראש המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה לעורכים מיכאל בירנהק וגיא פסח, לחנוך דגן, לניל נתנאל, למשתתפי פורום זכויות יוצרים ולעוזרי-המחקר ניר סרבטקה ויואב ליפשיץ.
1 חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 38 (להלן: החוק החדש או החוק).

תכליתו של החוק. היקף השימושים המותרים ייקבע במידה רבה בהתאם לאופן שבו יפורשו זכויות המשתמשים על-פי פרק ד וייושמו על-ידי בתי-המשפט. פרק השימושים המותרים בחוק עלול ליצור רושם מטעה. החוק החדש כולל אומנם רשימה ארוכה יותר של שימושים מותרים בהשוואה לחוק הקודם. אולם עובדה זו אינה משנה בהכרח את נקודת האיזון הבסיסית בין זכות היוצר לשלוט בשימוש ביצירתו לבין נגישותה של היצירה. הדבר נובע מהמבנה של החוק הישראלי, אשר מוטה, בדומה למבנה של חקיקת זכויות היוצרים במדינות אחרות, לטובת ההגנה על זכות היוצר. החוק פורש רשת רחבה מאוד של זכויות בלעדיות, הכפופה למספר מצומצם יחסית של חריגים.² פרק זה דן בשינויים המרכזיים שחולל החוק החדש בנושא השימושים המותרים, ומציע מסגרת נורמטיבית לדיון שיטתי ביישומם. אפתח בהצגת הבסיס העיוני להתרת השימוש ביצירה ללא צורך בקבלת רישיון מאת בעל זכות היוצרים. בהמשך אסקור את ההסדר המשפטי בעניין שימושים מותרים על-פי הדין הקודם, ואציג את השינויים המרכזיים שהכניס החוק החדש. לבסוף אדון בנפקותו של המשטר המשפטי שהחוק החדש יוצר, ובהשלכות המעשיות של זכויות משתמשים על פרשנות החוק ועל תחימת הגבולות בין דיני זכויות יוצרים לבין דינים אחרים במשפט הפרטי, בעיקר חוזים ועשיית עושר ולא במשפט.

ב. הבסיס העיוני לשימושים המותרים

פרק ד לחוק, שכותרתו "שימושים מותרים", מגדיר נסיבות שבהן מותר להשתמש ביצירה גם ללא צורך בקבלת רישיון מאת בעל זכות היוצרים. הסדר זה מניח כי אגד הזכויות הבלעדיות שהחוק מעניק לבעל זכות היוצרים עלול ללכוד גם שימושים אשר ראוי להתירם. מהי ההצדקה להתיר שימושים מסוימים ולהחריגם מגדר הזכויות הנתונות לבעל זכות היוצרים? באילו נסיבות ראוי להתיר את השימוש ביצירה גם ללא הסכמתו של בעל הזכות? הדיון בסוגיה זו בספרות המשפטית ובפסיקה מעלה כמה הצדקות, אשר ניתן לסווגן לשלוש גישות: הגישה הכלכלית, הרואה בשימוש הוגן מענה לכשל שוק; גישת האיזון, המבקשת לאזן בין זכות היוצר לבין האינטרס הציבורי; וגישת התכלית, הרואה בשימושים המותרים מנגנון שנועד לשרת את תכליתם של דיני זכויות היוצרים. הבנת הבסיס העיוני של כל הסדר משפטי חיונית לצורך יישומו בנסיבות נתונות. במקרה של השימושים המותרים עולה חשיבותו של ניתוח הבסיס העיוני לנוכח עיגונו של סעיף

2 כפי שביטא זאת Beebe באופן קולע: "Structurally, the Copyright Act leans towards protection: it gives broadly and takes away narrowly". Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978–2005*, 156 PA. L. REV. 549, 557 (2008).

השימוש ההוגן בחוק. דוקטרינת השימוש ההוגן מתירה את השימוש ביצירה באמצעות נורמה פתוחה המקנה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב. בית-המשפט יידרש אפוא להכריע בדיעבד אם התקיימו נסיבות המצדיקות את התרת השימוש גם בהעדר הסכמה של בעל זכות היוצרים, וזאת בהתאם לאמות-המידה שנקבעו בחוק. הדיון שלהלן סוקר באופן ביקורתי את שלוש הגישות להצדקת השימושים המותרים, ומצביע על יתרונותיה של גישת התכלית כמסגרת הנורמטיבית הראויה לדיון בזכויות משתמשים.

1. הגישה הכלכלית – שימוש הוגן כמענה לכשל שוק

הניתוח הכלכלי של דוקטרינת השימוש ההוגן מציע רציונל שיטתי לניתוח ולהמשגה של השימושים המותרים. גישה זו מזוהה עם מאמרה של פרופ' ונדי גורדון משנת 1982 – *Fair Use as Market Failure* – שנכתב בעקבות פרשת *Sony*.³ לגישתה, דיני זכויות יוצרים מכוננים שוק ביצירות שעל-פי טיבן הינן משאב לא-מוחשי שאי-אפשר להגביל את השימוש בו. בהגדרים זכויות בלעדיות לבעל זכות היוצרים, דיני זכויות היוצרים מאפשרים לו לסחור ביצירות באמצעות מכירה או רשיונות שימוש. הניתוח הכלכלי מניח כמובן כי שוק משוכלל יקצה את המשאבים באופן יעיל, כך שהם ימצאו את דרכם בסופו של דבר למשתמש שבעבורו ערך השימוש הוא הגבוה ביותר. אולם כשלי שוק עלולים למנוע מתן היתר לשימוש גם כאשר מבחינת התועלת המצרפית יש להתירו. לפיכך תפקידו של המחוקק הוא להתיר אותם שימושים שניתן לצפות כי השוק לא יתיר באופן רגיל כתוצאה מכשל שוק. דוקטרינת השימוש ההוגן תאפשר בנסיבות אלה לעקוף את מנגנון השוק על-ידי מתן היתר לשימוש ביצירה ללא צורך בקבלת הסכמתו של בעל הזכויות, ולהשיג כך את התוצאה היעילה ביותר מבחינה התועלת המצרפית.

כשל השוק הבולט ביותר, שהיווה גם רקע לכתיבת מאמרה של גורדון, הוא עלויות עסקה. כאשר עלויות העסקה הכרוכות באיתור הצדדים, בניהול המשא-ומתן ובאכיפת העסקה גבוהות מן התועלת הצפויה לצדדים לעסקה, לא תתקיים עסקה בין הצדדים.⁴ למשל, השגת רשיונות להכללת אלפי יצירות (כגון צילומים, קטעי עיתונות, ציורים, כרזות, סמלים מסחריים) באלבום הנצחה או בסרט דוקומנטרי עלולה להעמיס עלויות עסקה

3 Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982). ראו פרשת *Sony*, להלן ה"ש 84.

4 כותבים אחרים הציעו להרחיב את המושג "עלויות עסקה" כך שיכלול גם את הסיכון שבכשלון העסקה וכן את העלויות הנוספות הכרוכות בהתגברות על התנגדות לעסקה מטעמים שאינם כלכליים. ראו: Robert P. Merges, *Are You Making Fun of Me? Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright*, 21 AIPLA Q. J. 305, 309–310 (1993).

גבוהות מאוד על תהליך ההפקה.⁵ זה גם המצב לגבי העתקה פרטית – למשל, כאשר צרכן שרכש תקליטור מבקש לשמור עותק נוסף של היצירה לשם האזנה על-גבי מחשבו האישי או על-גבי נגן מוזיקה נייד. הואיל והעלויות של איתור בעלי הזכויות (חברת התקליטים ובעלי הזכויות בלחן ובמילים לגבי כל אחד מן השירים), של ניהול המשא-ומתן לקבלת רישיון, של הרישוי ושל אכיפת הזכויות מסוג זה עלולות להיות גבוהות מן התועלת הצפויה מן השימוש, לא תתקיים עסקה במקרה זה. עורכת האלבוים ההיסטורי או מפיק הסרט הדוקומנטרי יימנעו מהפקת היצירה או יבחרו להשתמש ביצירות ללא רישיון. הואיל ותוצאה זו אינה יעילה, תתיר הגישה הכלכלית את השימוש במקרים אלה.

כשל שוק אחר הוא החצנות.⁶ לעיתים לא תתקיים עסקה יעילה לשם הרשאת השימוש ביצירה והואיל ויעילות העסקה נובעת, בין היתר, מכך שלעסקה יש השלכות לא רק על בעל הזכות ועל המשתמש, אלא גם על צדדים נוספים שאינם נוטלים בה חלק. במקרה כזה שיקולי הרווח וההפסד של הצדדים לעסקה לא ישקפו את התועלת המצרפית. דוגמה מובהקת לכך היא השימוש ביצירות לצורכי הוראה. מורה בבית-ספר אשר מעוניין לחלק לתלמידים עותק משיר או לשדר קטע מסרט העוסק בנושאי הלימוד עלול לוותר על השימוש אם יידרש לקבל לשם כך הרשאה מבעלי הזכויות. הערך שיפיק המורה מהשימוש ביצירה עלול להיות קטן מן העלות הכרוכה בהשגת רישיון ובתשלום המחיר בגין השימוש. השבחת תהליכי הלימוד וההוראה באמצעות השימוש ביצירות מניב אומנם תועלת לציבור הלומדים ולציבור הרחב, אשר נהנה מהעלאת רמת החינוך, אולם הללו אינם מיוצגים בעסקה שבין המורה לבין בעל הזכויות. באופן דומה, אף שהציבור צפוי להפיק תועלת מביקורת על יצירה או מפיתוח מוצרים תואמים למערכת הפעלה או לתוכנת מחשב, בעל הזכויות עלול להימנע ממתן רישיון או לדרוש מחיר גבוה מדי אשר לא יאפשר ביצוע עסקה.⁷ דוקטרינת השימוש ההוגן תתיר את השימוש כאשר יש בו תועלת גם לצדדים שלישיים, וכאשר הצדדים לעסקה אינם מפנימים את מלוא התועלת הנובעת מן השימוש.

5 דוגמה ליצירה מסוג זה היא ספרם של דוד טרטקובר ואמנון דנקר איפה היינו ומה עשינו (1996), המכיל מאות פריטים, מונחים ומושגים משנות החמישים והשישים. לדיון ראו ת"א (שלום ת"א) 24595/97 בס נ' כתר הוצאה לאור בע"מ (פורסם בנבו, 27.10.2002) (להלן: עניין בס).

6 ראו: Niva Elkin-Koren, *Copyrights in Cyberspace – Rights Without Laws?* 73 CHI.- KENT. L. REV. 1155 (1998); Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, 5 J. INTEL. PROP. L. (1997) 1.

7 גורדון מסווגת היבט זה במסגרת מה שהיא מכנה "מניעים נוגדי הפצה" (anti-dissemination motives). ראו Gordon, לעיל ה"ש 3. בהקשר זה יוכר שימוש הוגן כאשר בעל זכות היוצרים עושה שימוש בזכותו לא על-מנת להפיק רווח, אלא על-מנת לשלוט בזרימת המידע – למשל, כאשר הוא מעדיף לאסור עשיית פרודיה על יצירתו גם תמורת תשלום.

למעשה, ניתן לטעון כי יצירות המוגנות בזכות יוצרים מתאפיינות תמיד בהחצנות חיוביות, הנובעות מן העובדה שהשימוש ביצירות – כמו השימוש בתרבות ולמעשה בכל שפה אחרת – משפיע על צדדים שלישיים.

גורדון גזרה מניתוח זה של כשלי השוק מבחן תלת-שלבי לבחינת הגינות השימוש, שלפיו יש להכיר בשימוש הוגן כאשר: (1) קיים כשל שוק; (2) התרת השימוש על-ידי הנתבע רצויה מבחינה חברתית; (3) הכרה בשימוש הוגן לא תפגע באופן משמעותי בתמריצים של בעל הזכויות.⁸

על גישת השימוש ההוגן כמענה לכשל שוק נמתחה ביקורת בספרות המשפטית.⁹ ראשית, נטען כי היא מבטאת תפיסה צרה מדי של דוקטרינת השימוש ההוגן, דהיינו, מצמצמת את השימושים המותרים אך ורק לאותם מקרים שבהם אי-אפשר לקבל רישיון בעלויות עסקה סבירות.¹⁰ גישה זו מעודדת את בעלי הזכויות לפתח מנגנוני רישוי על-מנת לעקר את טענת השימוש ההוגן.¹¹ היא מפקידה את כוח ההכרעה בדבר היקף זכות היוצרים בידי בעלי הזכויות עצמם, כך שהיקף זכותם לנצל באופן כלכלי את היצירה נגזר למעשה מיזמותם העסקית. במילים אחרות, בעלי הזכויות יכולים לצמצם את תחולת השימוש ההוגן – דהיינו, את היקף השימושים המותרים ללא רישיון – על-ידי פיתוח מודלים עסקיים ושימוש באמצעים טכנולוגיים לצמצום עלויות העסקה. הדבר בעייתי במיוחד בעידן של רשתות דיגיטליות המעמידות לרשות בעלי הזכויות אמצעים המפחיתים באופן דרמטי את עלויות העסקה, כגון העלות הכרוכה באיתור הצדדים ובניהול המשא-ומתן להשגת רישיון. למעשה, מערכות ממוחשבות מאפשרות ניהול רשיונות באופן אוטומטי: רישיון המובנה

8 שם, בעמ' 1614.

9 ראו, למשל: Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1124 (1990); William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1661 (1988); Mark A. Lemley, *Should a Licensing Market Require Licensing?* 70 LAW. & CONTEMP. PROB. 185 (2007).

10 ראו Loren, לעיל ה"ש 6.

11 ראו, למשל, את התפתחות ה-Copyright Clearance Center (CCC) – ארגון של מוציאים לאור ומחברים המאפשר רכישת רשיונות ליצירת עותקים ממאמרים. מנגנון זה לרישוי העתקת מאמרים, שהוקם בסוף שנות השבעים, התפתח מאוד בעקבות עניין *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, (2d Cir. 1994), *cert. dismissed*, 516 U.S. 1005 (1995), שם נפסק כי יצירת עותקים של מאמרים מכתבי-עת שנכללו בספריית המחקר של חברה מסחרית אינה מהווה שימוש הוגן, הואיל וקיים מנגנון המאפשר רכישת רישיון לביצוע העתקה בדרך יעילה. באופן דומה, הקמת מחלקת רישוי על-ידי הוצאת הספרים התובעת בעניין *Princeton University Press v. Michigan Document Service, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996) (להלן: עניין *Princeton University Press*) היוותה בסיס לדחיית הטענה בדבר שימוש הוגן לגבי הכנת מקראות לתלמידים באוניברסיטת מישיגן.

בתוך המדיום שהיצירה מקובעת בו (מערכת ניהול זכויות)¹² יאפשר אכיפה אוטומטית של תנאי הרישיון בעלות נמוכה. בנסיבות כאלה כל שימוש יכול למעשה להיות כפוף לגבייה ולהרשאה.¹³ גישת עלויות העסקה עלולה אפוא לצמצם את השימוש ההוגן לנסיבות נדירות בלבד. נוסף על כך, יש נסיבות שבהן לא ראוי כלל להכפיף את השימוש לצורך בקבלת רישיון – למשל, שימוש המותח ביקורת על היצירה. העובדה שבעל הזכויות מציע מנגנון רישוי אין בה כדי לצמצם את הצורך להבטיח את חירותם של המשתמשים לעשות שימוש ביצירות על-מנת להגשים את תכליתם של דיני זכויות היוצרים.

זאת ועוד, כפי שהראה לאחרונה ג'יימס גיבסון, הקמתו של מנגנון רישוי עלולה ליצור אפקט מעגלי.¹⁴ בבואו לבחון את הגינות השימוש ואת הפגיעה בשוק הפוטנציאלי של היצירה, בית-המשפט מסתמך על קיומו של שוק רשיונות – דהיינו, מנגנון רישוי מטעם בעל הזכויות – ועל קיומם של משתמשים המוכנים לשלם בעבור השימוש. משתמשים שונאי סיכון ייטו לרכוש רישיון שימוש גם כאשר השימוש מותר, על-מנת להפחית את הסיכון של תביעה משפטית. תופעה זו חמורה במיוחד ככל שרמת חוסר הוודאות באשר להיקף תחולתם של השימושים המותרים גבוהה יותר, שכן ציבור המשתמשים אינו יכול לדעת מראש אם השימוש ייחשב להוגן. כאשר בית-המשפט רואה במנגנון הרישוי עדות לקיומו של שוק פוטנציאלי ביצירה, הוא עלול להימנע מלהכיר בשימוש כשימוש הוגן. התוצאה היא שרכישת רישיון שימוש על-ידי משתמשים שונאי סיכון עלולה לצמצם את תחולתו של חריג השימוש ההוגן.¹⁵ הדבר בולט במיוחד בקרב עובדי מוסדות חינוך, אשר אינם רוצים לשאת בסיכון – אפילו קטן – של הפרת זכויות. במקרה זה דוקטרינת השימוש ההוגן אינה ממלאת את תפקידה בתחמת גבולותיה של זכות היוצרים לשם קידום תכלית החוק.¹⁶

12 Digital Rights Management (DRM). הכוונה לשימוש באמצעי הצפנה ובמנעולים דיגיטליים על-מנת להגדיר את השימושים המותרים ביצירה ולמנוע באופן טכני שימושים שבעל הזכויות בחר לאסור.

13 ראו: Tom W. Bell, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557 (1998)

14 James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882, 947–951 (2007).

15 ראו, למשל: James Boyle, *The Inefficiencies of Freedom*, FINANCIAL TIMES (July 1, 2007), available at www.ft.com/cms/s/2/25cf260c-265c-11dc-8e18-000b5df10621.html.

16 בוויל טוען כי רכישת "רשיונות שמירה" (blanket licenses) מארגון הגבייה CCC לצורך שימוש באוניברסיטות ובמוסדות חינוך עלולה לצמצם את השימוש ההוגן, שכן בפעם הבאה שבה יבחנו בתי-משפט אם השימוש מותר, הם יגלו כי מוסדות חינוך משלמים בעבור שימושים (אשר לכאורה הם מותרים), ויניחו זאת כנקודת מוצא לבחינת הפגיעה בשוק.

16 גם בית-המשפט העליון האמריקני הכיר בבעיה זו. ראו: Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 585 at n. 18 (1994).

מן האמור עולה כי הגישה הכלכלית לשימוש הוגן, הרואה בו מענה לכשל שוק, מניחה למעשה את המבוקש. במקום לבחון אם ראוי לאפשר מכירת רשיונות לשימושים מסוג מסוים, הניתוח הכלכלי מסתפק בכך שהיה אפשר להגיע להסכם להרשאת השימוש כנגד תשלום. אולם הנתונים בדבר השימוש בפועל במנגנון הרישוי אינם מהווים ראיה לכך שלבעל הזכות עומדת הזכות להתיר את השימוש. השאלה היא אם המשתמשים זכאים להשתמש ביצירה גם ללא רישיון. בתי-המשפט צריכים לנסח עקרונות מנחים לזיהוי אותם שימושים ראויים אשר יש להקנות להם הגנה. מדיניות זו של בית-המשפט צריכה להיות בלתי-תלויה בשאלה אם בעל זכות היוצרים פיתח שוק של הרשאות ומאפשר לרכוש רישיון שימוש תמורת תשלום.

גישה רחבה יותר לשימוש הוגן מתמקדת בשאלה אם ראוי למסחר שימוש זה או אחר ולהפוך אותו למצרך אשר כפוף לכוחות השוק. גישה זו מתמקדת במגבלותיו של מנגנון השוק כאמצעי להקצאת השימוש ביצירות. מבחן כשל השוק יחול רק באותם מקרים שבהם ראוי להפקיד את השימוש ביצירה בידי מנגנון השוק מלכתחילה. גורדון, בעמדה מעודכנת, היטיבה לבטא זאת:¹⁷

“Fair use raises the question of whether a particular use should be placed under a copyright owner's control. The issue should embrace two inquiries: whether (1) in general or (2) in the particular instance, the liberty to engage in the contested copying should be a commodity only available through permission and purchase. The defendant has no fair use claim if market institutions are the proper locus for allocating the use, and if the particular market is working well. By contrast, the defendant's claim of fair use should prevail (1) if the use is one that is of a general type not well allocated through markets, or (2) if the particular market is deeply flawed.”

על-פי גישה זו, שאלה מקדמית היא אם ראוי להקצות זכויות מסוימות באמצעות מנגנון השוק. השאלה אם ראוי למסחר שימוש זה או אחר ביצירות, ולהקצותו באמצעות כוחות השוק, אינה מצטמצמת לבחינת כשל שוק. היא מצויה מחוץ לשיח הכלכלי. במקרה הקיצוני, למשל, לא היינו רוצים לומר שניתן לסחור ביצירות. אולם ניתן לחשוב על נסיבות נוספות שבהן נרצה להימנע ממסחור – למשל, כאשר מדובר בשימושים המשפיעים על

Wendy J. Gordon, *The 'Why' of Markets: Fair Use and Circularity*, 116 YALE L.J. 17
POCKET PART 371, 372 (2007)

זכויות הפרט, כגון הזכות ליטול חלק בשיח פוליטי. מקרים כגון אלה מחייבים אימוץ פרספקטיבה רחבה יותר מן הגישה הכלכלית.

2. איזון בין זכות היוצר לבין האינטרס הציבורי

יש הסבורים כי השימושים המותרים נועדו לאזן בין האינטרסים של היוצר לבין אלה של הציבור.¹⁸ ההנחה היא שההגנה על זכות היוצרים עלולה במקרים מסוימים לפגוע בערכים אחרים, כגון חופש הביטוי, חופש המידע, חופש העיסוק, התחרות החופשית או זכויות הצרכן. מטרתם של השימושים המותרים היא אפוא לצמצם את הפגיעה בערכים אלה ולאזן בין האינטרסים של היוצרים לבין אלה של הציבור. מדובר בשימושים שאינם למטרה מסחרית, אלא לקידום מטרה שהאינטרס הציבורי מעניק לה חשיבות, כגון מחקר אקדמי או עיתונות המקדמת ערכים של חופש ביטוי. על-פי גישה זו, ההכרעה אילו שימושים יש להתיר תיקבע בהתאם לבחינה נורמטיבית של השימוש, קרי, אם מדובר בשימוש למטרה ראויה המוצדקת על-פי בחינה נורמטיבית.

ההנחה של גישה זו היא שליוצר יש זכות טבעית ביצירה, ורק באותם מקרים שבהם מדובר בשימוש בעל ערך חברתי שאין בצידו נזק כלכלי ליוצר ניתן להצדיק את השימוש ביצירה ללא קבלת רשותו.¹⁹ הואיל וזכות היוצרים נתפסת כזכות קניין, לא די להראות כי לא נגרם ליוצר נזק כלכלי על-מנת להצדיק את השימוש ביצירה. השיח הקנייני מעניק מעמד מיוחד לזכות היוצרים: אין לפגוע בזכות הקניינית של היוצר אלא כאשר הדבר הכרחי על-מנת להגן על ערכים אחרים. שימוש ללא רישיון יהיה מוצדק רק באותם מקרים שבהם לא הייתה פגיעה כלכלית ביוצר, ויש הצדקה לצמצם את היקף ההגנה על זכות היוצר לשם הגנה על אינטרסים אחרים בעלי ערך חברתי. השימושים המותרים יוגבלו אפוא בתנאי שלילי (העדר פגיעה כלכלית) ובתנאי חיובי (הצורך להגן על ערך חברתי).

18 ראו, למשל, דפנה לוינסון-זמיר "ההגנה על 'שימוש הוגן' בזכויות יוצרים" משפטים טז 430, 431-432 (1985). לטענתה, ההגנה על זכות היוצרים "צריכה לאזן בין שתי מערכות של עקרונות נוגדים: קיים מתח בין העיקרון הכללי של חופש המידע והזכות של הציבור בהפצתו לבין ההגבלה על חופש זה כשמדובר ביצירות בעלות זכות יוצרים. כמו כן, קיים מתח בין העיקרון של חופש התחרות לבין הסייגים הכלכליים המעין מונופוליסטיים של זכות היוצרים".

19 לוינסון-זמיר מוצאת תימוכין לכך בסעיף הטיפול ההוגן. היא נוטה לראות בארבעת השיקולים לבחינת הוגנות השימוש, שנקלטו במשפט הישראלי מן המשפט האמריקני, ביטוי למרכז-הכובד של הגנת השימוש ההוגן, שהוא לשיטתה בחינת הנזק הכלכלי אשר נגרם ליוצר. כאשר נגרם ליוצר נזק כלכלי, אי-אפשר להצדיק את השימוש. שם, בעמ' 440-441. רק כאשר השימוש אינו מהווה תחליף ליצירתו של היוצר, ולכן אינו גורם לו כל נזק כלכלי, "גובר האינטרס הציבורי של עידוד הפעולה על הזכות הטבעית של בעל זכות היוצרים". שם, בעמ' 437.

גישת האיזון, שלפיה השימושים המותרים נועדו לאזן בין זכות היוצר לבין אינטרס הציבור, לוקה בכמה כשלים: ראשית, היא מניחה קיומה של זכות טבעית ליוצר; שנית, היא מניחה את המבוקש, דהיינו, את היקף ההגנה על זכות היוצרים; ולבסוף, היא לוקה בחוסר קוהרנטיות ומקשה את יישום השיקולים השונים בבחינת השימושים המותרים. הדיון שלהן מנתח כשלים אלה ביתר פירוט.

גישת האיזון מניחה קיומה של זכות טבעית ליוצר. היא מניחה כנתון את הבעלות ביצירה, ומצדיקה את צמצום היקף תחולתה של הזכות רק לאותם מקרים שבהם אינטרס הבעלות של היוצר עלול לפגוע בחירויות אחרות, כגון חופש ביטוי וחופש העיסוק והתחרות. ההנחה שליוצר יש זכות טבעית ביצירתו אינה מתיישבת עם התפיסה התוצאתנית של זכות היוצר בדיון הישראלי.²⁰ התפיסה התוצאתנית מניחה כי דיני זכויות היוצרים לא נועדו לספק הגנה לזכויותיו הטבעיות של היוצר, אלא לשרת אינטרס ציבורי. ההגנה על זכויות היוצר נועדה לעודד יצירתו ונגישותו של יצירות. היקף ההגנה על זכות היוצר נגזר אפוא מן המידה הדרושה על-מנת להשיג תכלית זו.

זאת ועוד, בהגבילה את השימושים המותרים אך ורק לאותם מקרים שבהם לא נגרם ליוצר נזק, גישת האיזון נקלעת למעגליות. הקביעה כי נגרם ליוצר נזק תלויה בשאלה אם נפגעה זכותו. אולם כיצד נדע מהו היקף תחולתה של זכות היוצר? היקף הזכות מוגדר, בין היתר, באמצעות השימושים המותרים, התוחמים את היקף ההגנה על זכות היוצרים. כאשר השימוש ביצירה מותר, אין כל פלישה לגדר הזכות הקניינית של היוצר, ולכן למעשה לא נגרם ליוצר כל נזק. לפיכך ההצעה לבחון אם נגרם ליוצר נזק על-מנת לתחום את גבולות הזכות מניחה למעשה את המבוקש.

השאלה שהשימושים המותרים מעוררים היא מתי אין זה מוצדק להעניק לבעלים שליטה ביצירה ולכן יש להתיר את השימוש ביצירה גם ללא רישיון. מדובר באינטרס ציבורי לא להעניק מונופול לבעל הזכות בהתקיים הנסיבות של השימוש המותר. לדוגמה, החוק מגדיר בצורה רחבה את זכות ההעתקה בסעיף 12 לחוק, באופן שחל גם על העתקה ארעית של היצירה. מתן בלעדיות ליוצר גם על העתקות זמניות עלולה להוביל למצב שבו תינתן לבעלים שליטה לא רק בהעתקת היצירות, אלא גם בכל שימוש בהן. הדבר נובע מכך שיצירות השמורות בפורמט דיגיטלי מחייבות העתקה לצורך שימוש. צפייה בסרט השמור על DVD, האזנה לקובץ מוזיקה על-גבי נגן מוזיקה נייד או הפעלת תוכנה – כולן פעולות הכרוכות ביצירת עותקים זמניים. כל גולש ברשת האינטרנט מבצע כמות עצומה של העתקות זמניות של יצירות מוגנות במהלך פעולת הגלישה הבסיסית ביותר. למעשה, מה שאנו מכנים "גלישה" ברשת האינטרנט אינו אלא פעולה הכרוכה ביצירתם של עותקים זמניים רבים במחשבים המחוברים לרשת. על-מנת לא להעניק לבעל זכות היוצרים שליטה

²⁰ ראו דיון בס' 33 להלן.

גם בשימושים אלה, סעיף 26 לחוק מסייג את זכות ההעתקה, ומתיר מפורשות העתקה זמנית לצורך שימוש כדין ביצירה או העברתה ברשת תקשורת, בתנאים שנקבעו בסעיף. 21 העובדה שהבעלים היה יכול להפיק רווח מהעתקות אלה אינה מקנה לו זכות בהעתקות זמניות שנוצרו לשם שימוש ביצירה, ואין בה כדי להפוך את אובדן ההכנסות הפוטנציאלי לנזק שיש להתחשב בו בקביעת היקף תחולתה של הזכות.

הבעיה המרכזית שגישת האיזון מעוררת נובעת מן העובדה שגישה זו נעדרת תפיסה קוהרנטית של דיני זכויות יוצרים. ההנחה שחוק זכות יוצרים מבקש לאזן בין זכות היוצר לבין זכות הציבור אינה מצליחה לספק הסבר מניח את הדעת בדבר מעמדו של הציבור בחוק ובדבר הבסיס הנורמטיבי להגנה על ערכים ואינטרסים אשר אינם מעוגנים במסגרת החוק ואינם נובעים מן ההיגיון הפנימי שלו. אברהם דרסינאוואר מצביע על החלל הנורמטיבי שיוצרת העמדה שלפיה חוק זכות יוצרים נועד לאזן בין זכויות היוצר לבין אינטרס הציבור:

“[T]he bare assertion that copyright law is a dual objective system is not itself sufficient to accomplish the desirable task of integration. In the absence of an elucidation of the unifying principle holding author and public together, it is by no means clear that copyright is a ‘system’ at all. The question is how copyright is to be understood as indeed one thing with dual objectives, rather than two things that happen to have been thrown together in the same place for no apparent reason.”²²

במילים אחרות, ברמה התיאורטית לא ברור מדוע דיני זכויות היוצרים נדרשים לאזן, כעניין של איזון פנימי, בין זכות היוצר לבין ערכים אשר זרים לדיני זכויות היוצרים ומעוגנים במערכות דינים אחרות. בהעדר תפיסה קוהרנטית של יעדי החוק, לא ברור כיצד בתי-המשפט אמורים לערוך את האיזונים האמורים במסגרת השימושים המותרים. כאשר בית-המשפט נדרש לבחון מהו הערך החברתי הגלום בשימוש, נשאלת השאלה מהן אמות-המידה שעליהן יבסס את הכרעתו. הדרישה מבתי-המשפט לאזן בין זכות היוצר לבין זכות הציבור לעשות שימושים בעלי ערך חברתי עומדת בסתירה לעקרונות-היסוד של דיני זכויות

21 ס' 26 לחוק מתיר העתקה זמנית של היצירה – “ובלבד שאין לעותק האמור ערך כלכלי משמעותי משל עצמו” – באחד משני המצבים הבאים: (1) ההעתקה הזמנית “מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת, על ידי גורם ביניים”; (2) ההעתקה הזמנית נועדה “לאפשר שימוש אחר כדין ביצירה”.

22 ראו: Abraham Drassinower, *Taking User Rights Seriously, in* IN THE PUBLIC INTEREST: THE FUTURE OF CANADIAN COPYRIGHT LAW 462, 468 (Michael Geist ed., 2005).

יוצרים, הנוקטים עמדה ניטרלית בנוגע לתוכן היצירות. דיני זכויות היוצרים מבוססים על ההנחה כי יש לעודד יצירה ללא כל קשר לערכה החברתי/הציבורי. מנקודת-המבט של דיני זכויות היוצרים, אין דרך להבחין בין כתבים פילוסופיים פורצי-דרך, ספרות יפה וצילומי פורנוגרפיה תעשייתיים. תכלית החוק אחת היא: לעודד יצירה מקורית באשר היא. לפיכך אי-אפשר לגזור מן העקרונות הפנימיים של הדין אמות-מידה להבחנה בין שימושים שונים ביצירה על-פי חשיבותם הערכית/הציבורית. בהעדר תפיסה קוהרנטית של תכלית החוק, קשה לגזור כללים בדבר היקף תחולתן של הזכויות.

גם אם נסכים לעמדה כי יש שימושים בעלי חשיבות ציבורית, כגון ביטוי פוליטי, אין בכך עדיין כדי להצדיק את החרגתם מזכות הבעלות של היוצר. כך, למשל, העובדה שלשימוש ביצירה לצורכי סיקור עיתונאי יש ערך חברתי מן הדרגה העליונה אינה מצדיקה בהכרח מתן היתר בחוק להעתקת יצירות לצרכים של דיווח עיתונאי. ניתן לדרוש מציבור המשתמשים, ובכלל זה מן הציבור בכללותו, כי ירכוש רישיון לעשות שימוש כאמור ויפצה את היוצרים בגין הפגיעה בזכויותיהם. עיתונאים, צלמים ועורכי העיתונים נדרשים לעשות שימוש ביצירות קיימות לצורך סקירה ודיווח עיתונאי. אבל גם העיתונות זקוקה לזכות יוצרים על-מנת להגן על המודלים העסקיים שלה (יצירת הכנסות באמצעות מכירת עיתונים או מכירת זכויות שידור בשידורי חדשות). האם יש להתיר שימוש ללא רישיון במסגרת סיקור עיתונאי?²³ לכאורה, ככל שלשימוש יש ערך חברתי גבוה יותר כן גובר התמריץ להתיר את השימוש גם ללא צורך ברישיון מאת בעל זכות היוצרים. אולם למעשה, ככל שלשימוש ביצירה יש ערך ציבורי גבוה יותר כן עולה גם חשיבותו של התמריץ לייצורו, וגוברת הדאגה שמא ההיתר להשתמש ביצירה ללא הסכמתו של בעל הזכויות יפגע בתמריצים ליצירה. דילמה זו זכתה בספרות המשפטית בכינוי "פרדוקס התמריץ והגישה".²⁴ במובן זה, גישת האיזון מובילה למבוי סתום.

בהעדר בסיס נורמטיבי להגנה על ערכים ציבוריים אחרים במסגרת המשטר המשפטי של זכויות יוצרים, מהיכן יישאבו העקרונות אשר יגדירו את היקף ההגנה הראוי לערכים אלה?

23 סוגיה זו התעוררה, למשל, בת"א (שלום י-ם) 8107/01 זום 77 בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"מ תשס"ב(3) 577 (2003) (להלן: עניין זום 77), שם בחן בית-המשפט אם פרסומם של שני צילומים במסגרת המדור לביקורת עיתונות של עיתון הארץ מהווה הפרה של זכות יוצרים. בנוגע לצילום אחד נפסק כי השימוש נעשה לצורכי ביקורת ולכן היה שימוש הוגן, אך לגבי הצילום האחר נקבע כי הוא לא היה נחוץ לצורך הביקורת ולכן היה בו משום הפרה של זכות היוצרים בצילום. במשפט האמריקני ראו פסק-הדין של בית-המשפט העליון: Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) (שבו נפסק כי פרסום שלוש מאות מילים מזכרונותיו של הנשיא לשעבר ג'רלד פורד במגזין *The Nation*, בטרם הוצאו הזכרונות לאור על-ידי המוציא לאור המורשה, מהווה הפרה של זכות היוצרים).

24 ראו: Glyn S. Lunney, Jr., *Reexamining Copyright's Incentives-Access Paradigm*, 49 VAND. L. REV. 483 (1996).

אינטרסים וערכים בעלי ערך חברתי, כגון חופש המידע, חופש הביטוי וחופש התחרות, יונקים את תכליתם ואת הלגיטימיות שבהגנה עליהם ממערכות נורמטיביות ומשפטיות אחרות. מערכות אלה, שהן חיצוניות לדיני זכויות היוצרים, ייטיבו להגדיר את היקף ההגנה על ערכים אלה.

סוגיה זו בולטת במיוחד בנוגע לקשר שבין זכות היוצרים לבין חופש הביטוי. יש הטוענים כי קיימת חפיפה מסוימת בין היעדים של חופש הביטוי לבין היעדים של דיני זכויות היוצרים.²⁵ אפשר כמובן לטעון כי דיני זכויות היוצרים ועקרונות חופש הביטוי נועדו לשרת אותן מטרות. עקרון חופש הביטוי נועד לעודד את הביטוי, ודיני זכויות היוצרים מהווים "מנוע לחופש ביטוי", על-ידי יצירת שוק בביטויים והבטחת תמריץ כלכלי ליוצרים ליצור ולהפיץ את יצירותיהם.²⁶ זאת ועוד, ניל נתנאל מצביע על כך שדיני זכויות יוצרים מבטיחים את קיומם העצמאי של העיתונות החופשית ושל אמצעי התקשורת, המהווים ערובה לחופש הביטוי, על-ידי יצירתו של כוח מאזן כנגד כוחה של המדינה להגביל ביטוי. עם זאת, נתנאל מצביע על הפרדוקס המובנה בין זכות היוצרים לבין חופש הביטוי: זכות היוצרים מהווה מנוע לחופש ביטוי, על-ידי יצירת תמריץ לביטוי, אך גם מכבידה את אפשרות הביטוי, בהגבילה את יכולתם של אחרים להשתמש בביטוי הכפוף לזכויות בלעדיות ובהניחה תשתית לעיצובו של שוק תקשורת ריכוזי.²⁷

25 ראו, למשל: Michael D. Neil Weinstock Netanel, Copyright's Paradox (2008); Michael D. Birnhack, *More or Better? Shaping the Public Domain, in The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in Information Law* 59 (P.B. Hugenholtz & Lucie M.C.R. Guibault eds., 2006).

26 עמדה זו הובעה על-ידי בית-המשפט העליון האמריקני בפרשת *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, לעיל ה"ש 23: "[T]he Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentives to create and disseminate ideas" גם בעניין גבע זיהה בית-המשפט את המקור המשותף של דיני זכויות יוצרים וחופש הביטוי: "ההתנגשות בהקשר הנדון ממחישה באופן חלקי את המתח שבבסיס דיני זכויות היוצרים, כמו גם בבסיס מערכות דינים אחרות בתחום הקניין הרוחני: בין ההגנה על זרימת מידע חופשית, על חופש הביטוי ועל חופש התחרות מזה, ובין ההגנה על קניינו של היוצר בפרי עמלו מזה. מן הראוי לציין... כי לפחות על-פי הגישה האנגלו-אמריקנית, אין מדובר בהקשר של זכויות יוצרים בערכים זרים זה לזה. בבסיס זכותו הקניינית של היוצר ביצירתו מונחת המגמה לתמרץ את הביטוי ואת המאמץ היצירתי. להבדיל מן הגישה הקונטיננטלית, שמוצאה בהכרה בזכות טבעית של היוצר ביצירתו, מושם הדגש במשפט המקובל על האינטרס הציבורי להעניק ליוצר תמריץ כלכלי, וכך לעודדו להוסיף וליצור." רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 266 (1993) (ההדגשה שלי – נ' א"ק) (להלן: עניין גבע).

27 ראו NETANEL, לעיל ה"ש 25.

האם דיני זכויות היוצרים צריכים לבטא שיקולים של חופש ביטוי או שמא הם משרתים תכלית עצמאית? מי שסבור כי דיני זכויות יוצרים צריכים לבטא שיקולים של חופש ביטוי יבקש להפנים שיקולים אלה ביישום הדוקטרינות השונות, לרבות הגדרת השימושים המותרים.²⁸ אולם חשוב, לדעתי, לשמור על הפרדה מושגית בין חופש הביטוי לדיני זכויות היוצרים, שכן אין חפיפה מוחלטת בין השניים. הדבר חיוני במיוחד בעידן שבו מבנה השיח והמודלים של ייצור ביטוי והפצתו משתנים. כך, למשל, התפיסה שלפיה זכות יוצרים מהווה "מנוע לחופש הביטוי" הייתה עשויה להתאים לעידן של ייצור המוני של תוכן באמצעות מוציאים לאור ומפיקים. הבטחת תמריצים כלכליים הייתה הכרחית על-מנת לאפשר הקמת תשתיות לייצור תוכן ולהפצתו. עידן המידע, לעומת זאת, יוצר סביבת ביטוי עשירה המבוססת על ייצור והפצה של תוכן על-ידי משתמשים (User Generated Content) – למשל, פרסום דעות בענייני השעה על-ידי בלוגרים; הפצת קליפים תוצרת בית באתרי שיתוף וידיאו דוגמת YouTube; דיווח של ידיעות חדשותיות בפורומים מקוונים; או יצירה בשיתוף-פעולה רב-משתמשים, כמו בעריכת האנציקלופדיה המקוונת ויקיפדיה או בפיתוח תוכנות קוד פתוח דוגמת לינוקס. סביבת ביטוי זו מבוססת על מודל כלכלי שונה מזה שאפיין ייצור והפצה באמצעות מוציאים לאור ומפיקים. הפרט, משתמש-הקצה, נהפך ליחידת ייצור של תוכן, והגישה לרשת האינטרנט מאפשרת לו להפיץ ביטוי במהירות וביעילות לקהלי-יעד רבים ומגוונים ברחבי העולם. במציאות זו מושם דגש במגוון רחב של מניעים (לא רק כלכליים) ליצירה ולביטוי, כגון מוניטין, חדוות היצירה והרצון להשתייך לשיח חברתי או מקצועי.²⁹ בנסיבות אלה זכות היוצרים במתכונתה הנוכחית אינה בהכרח "מנוע לחופש ביטוי", ובמקרים רבים היא עלולה אף להוות מכשול לביטוי בשל עלויות העסקה הכרוכות בהרשאת השימוש.³⁰ גם הטיעון השני, שלפיו זכות היוצרים מקנה לעיתונות החופשית עוצמה כלכלית המהווה משקל-נגד מול כוחה של המדינה להגביל

28 בירנהק מצביע על כך שבת-המשפט בארצות-הברית הפנימו את הקונפליקט בין זכות היוצרים לבין חופש הביטוי במסגרת דיני זכויות היוצרים עצמם. לטענתו, הפנמת הקונפליקט בין זכות היוצרים לחופש הביטוי נעשתה בשתי דרכים: דרך מכנית ודרך מהותית. בראשונה שימשו דוקטרינות כגון "ביטוי/רעיון" ו"שימוש הוגן" כאמצעים ליישום חופש הביטוי בזירת זכויות היוצרים. בתי-משפט שנקטו גישה מהותית הניחו כי דיני זכויות יוצרים ועקרונות חופש הביטוי נועדו לשרת אותן מטרות, אף שהם פועלים בזירות שונות של תהליכי יצירה. ראו: Michael D. Birnhack, *Freedom of Speech*, in NIMMER ON COPYRIGHT 19E.01 (David Nimmer ed., 2007).

29 ראו: YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (2006).

30 ראו: Niva Elkin-Koren, *Intellectual Property and Public Values: What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, 74 *FORDHAM L. REV.* 375 (2005).

ביטוי, מוטל בספק. דומה כי האיזונים בעידן הנוכחי על חופש הביטוי מקורם לא רק בכוחה של המדינה, אלא גם בעוצמתן הכלכלית של חברות מסחריות. זאת ועוד, העוצמה הכלכלית המהווה משקל-נגד לשם ריסון כוחה של המדינה מצויה בשנים האחרונות יותר ויותר בידיהן של חברות תקשורת ומתוכי שיח (כגון מנועי החיפוש), והללו אינם מסתמכים על זכות היוצרים כמקור לעוצמתם הכלכלית.

בהקשר של השימושים המותרים חשוב אפוא להבחין בין סוגיות של חופש ביטוי לבין סוגיות של זכויות יוצרים. הביקורת שהובאה לעיל לגבי תפיסת זכות היוצרים כמנוע לחופש ביטוי ממחישה את חשיבותה של הבחנה זו. הצורך להימנע מהחדרת שיקולים של חופש ביטוי במסגרת השימושים המותרים חל גם בנוגע לערכים חברתיים אחרים: חופש העיסוק, התחרות החופשית, פרטיות וכבוד האדם. בהקשר זה חשוב להבחין בין גישת האיזון, הרואה דיני זכויות יוצרים משטר משפטי המאזן בין זכות היוצר לזכות הציבור, לבין גישת התכלית, שתידון בהרחבה להלן.³¹ גישת התכלית רואה בדיני זכויות יוצרים משטר משפטי קוהרנטי, המהווה מסגרת נורמטיבית מספקת לעריכת האיזונים הדרושים לשם הגשמת תכליתו. גישה זו מבקשת לבחון את המשטר המשפטי של דיני זכויות יוצרים על-פי תכליתו: עידוד היצירה. הפרשנות שתניחן לאמצעים שהדין יוצר לשם הגשמת תכליתו, כגון זכויות היוצר או השימושים המותרים, תיגזר מן התכלית שאמצעים אלה נועדו לשרת (בחינה פנימית).

כך, למשל, ניתן לראות בדיני זכויות יוצרים משטר משפטי אשר נוגע במשאבי שיח, קרי, מסדיר זכויות במושאי תרבות ובמנגנונים ליצירת משמעות. השיח הציבורי, כמנגנון ליצירת משמעות, מחייב צמצום של הבעלות באבני הבניין של השיח.³² הצורך להבטיח את חירותם של משתמשים להשתמש במשאבי שיח נובע מתכליתם של דיני זכויות יוצרים. זאת, משום שעידוד היצירה מחייב לא רק מתן תמריצים ליוצרים בדמותן של זכויות בלעדיות, אלא גם הבטחת מרחב נשימה ליצירה, מתן גישה ליצירות על-מנת שיספקו השראה ליצירות חדשות או ישמשו להן חומר-גלם, ויצירת שפה תרבותית המקנה משמעות ליצירה. העובדה שהחופש להשתמש במשאבי שיח עשוי להיות מוצדק גם מכוח עקרונות של חופש ביטוי אינה חופפת בהכרח את ההכרעה בדבר שליטה במשאבי שיח אל מול גישה למשאבים אלה במסגרת דיני זכויות היוצרים. הדיון בעידוד היצירה ראוי אפוא שיעשה

31 ראו ס' 33 להלן.

32 ראו: Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996).

במסגרת פרשנות החוק, בעוד יישומם של עקרונות חופש הביטוי ראוי שייעשה במסגרת האיזון בין זכות היוצרים לבין זכויות וערכים אחרים.³³ באופן דומה, צרכן אשר רכש כדין עותק של ספר או תקליט זכאי להשתמש בעותק לא רק מכוח זכויותיו כצרכן על-פי דיני החוזים וחוק הגנת הצרכן. הזכות להשתמש בעותק של היצירה נובעת גם מחשיבותה של נגישות היצירה מבחינת היעדים של דיני זכויות יוצרים.³⁴ זכויות משתמשים בהקשר זה מכירות בחשיבותו של השימוש ביצירה להשגת יעדיהם של דיני זכויות יוצרים. שימוש כאמור צריך להבטיח חירויות בסיסיות של הצרכן, כגון התאמת היצירה לצרכיו ולמכשירי הצפייה וההאזנה שברשותו, והאפשרות לצפות ביצירה בפרטיות ללא מנגנוני מעקב, כך שהמשתמש יהיה חופשי לחוות את היצירה מתוך חירות מחשבתית ובחירה.

כאשר ההגנה על אינטרסים בעלי ערך ציבורי מהווה חלק בלתי-נפרד מן המשטר המשפטי של זכויות יוצרים, כמתואר לעיל, קיים בסיס נורמטיבי מספק לשקילת הגנה על ערכים אלה במסגרת ההכרעה בדבר השימושים המותרים. במקרים אחרים המסגרת הראויה לאיזון בין זכות היוצר לבין ערכים אחרים היא איזון חיצוני.³⁵ כך, למשל, יוכל בית-המשפט לאזן את זכות היוצר ואת חופש הביטוי ברמה החוקתית כשתי זכויות-יסוד המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האיזון בין זכות היוצר לבין חופש הביטוי, חופש העיסוק או זכויות הצרכן צריך להיעשות רק בשלב השני, לאחר שהתברר היקף הפלישה לזכות.

33 בירנהק טוען כי העובדה שדיני זכויות יוצרים מבטאים מתח בין זכותו הבלעדית של היוצר ביצירתו לבין חופש הביטוי, ומפנימים זאת באיזונים הפנימיים שהחוק יוצר (המתח הפנימי), אינה מייתרת את הבחינה החיצונית, דהיינו, את האיזון הדרוש ברמה החוקתית בין חופש הביטוי לבין זכות היוצרים. Michael D. Birnhack, *Copyright Law and Free Speech after Eldred v. Ashcroft*, 76 S. CAL. L. REV. 1275, 1292-1309 (2003).

34 ראו, למשל: Joseph P. Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 B.C. L. REV. 397 (2003); Alan L. Durham, *Consumer Modification of Copyrighted Works*, 81 IND. L.J. 851 (2006); Niva Elkin-Koren, *Making Room for Consumers under the DMCA*, 22 BERKELEY TECH. L.J. 1119 (2007).

35 בירנהק סבור כי בחינת המתח בין זכות היוצרים לבין חופש הביטוי צריכה להיות כפולה – פנימית וחיצונית. דוקטרינת השימוש ההוגן, כ"שגוריר של חופש הביטוי בדיני זכויות יוצרים", תזכה לדעתו במעמד מיוחד, והפרשנות שתיתן לה תשאב מעקרונות חופש הביטוי. ראו Birnhack, לעיל ה"ש 28, ס' 19E.05[C][2]. עמדתו, כאמור, שונה. למרות הדמיון בשיקולים הנוגעים בחופש הביטוי ובזכויות היוצרים, חשוב לשמור על ההבחנה ביניהם. היקף תחולתם של זכויות היוצרים ושל השימושים המותרים צריך להיגזר, לדעתי, מתכליתם דיני זכויות היוצרים. האיזון בין זכות היוצר לבין חופש הביטוי הוא איזון חיצוני בלבד, וראוי שייעשה רק בשלב השני, לאחר שהושלם הניתוח הפנימי. הדבר נובע מן הצורך לשמור על קוהרנטיות של המשטר המשפטי של זכויות יוצרים.

3. גישת התכלית – שימוש הוגן כאמצעי להגשמת תכלית החוק

יש לראות בשימושים המותרים הסדר משפטי שנועד לשרת את תכליתם של דיני זכויות היוצרים. זכות היוצרים במשפט הישראלי אינה מהווה תכלית בפני עצמה. היא מהווה אמצעי להשגת היעדים של תועלת הציבור. המשפט הישראלי אימץ את הגישה האמריקנית, שלפיה ההצדקה למתן זכויות בלעדיות ליוצר ביצירתו אינה מתן תגמול ליוצר, אלא מתן תמריצים לשם עידוד היצירה לתועלת הציבור.³⁶ תכליתם של דיני זכויות היוצרים היא אפוא עידוד יצירתן והנגשתן של יצירות.³⁷

ההצדקה להתרת שימושים המצויים בגדר הזכות הבלעדית של בעל זכות היוצרים נובעת מעקרונות היסוד של דיני זכויות יוצרים, שלפיהם אין להעניק לבעל זכות היוצרים שליטה מוחלטת ביצירות שבבעלותו. הסיבה לכך היא ששליטה כזו אינה משרתת את תכליתם של דיני זכויות יוצרים, שהיא עידוד היצירה.

מדוע יש צורך במנגנון איזון? חוק זכות יוצרים בחר לספק תמריצים ליצירה בדרך של מתן שליטה ליוצר (או לבעל הזכות) בשימוש ביצירתו ויכולת להגביל את נגישותה. הצורך באיזון נובע מכך שמתן זכות יוצרים בביטוי מסוים מטילה הגבלות על ביטויים עתידיים. ההנחה היא שתהליך היצירה, על-פי מהותו, מחייב שימוש ביצירות קודמות. הואיל וכל יצירה מבוססת על יצירות קיימות, הגבלה חזקה מדי על הגישה ליצירות תמנע מיוצרים עתידיים את האפשרות להמשיך ליצור.³⁸ הצורך ליצור איזון בין מתן שליטה ליוצר ביצירתו

36 ראו: Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 349 (The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but 'to promote the Progress of Science and useful Arts'")

37 ראו את דברי השופט לוין בע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 671, 658 (2003) ("במשפט האנגלו-אמריקאי נתפשת ההצדקה הבסיסית לדינים אלו כרצון לתת תמריץ ליוצר על מנת להשיג נגישות מכסימלית של היצירה לציבור הרחב. מורשתם של דיני זכויות היוצרים הישראליים היא מורשת זו"). בפסק-הדין המכונן בפרשת Interlego הגדיר השופט שמגר את מטרתם של דיני זכויות היוצרים במשפט הישראלי: "מטרתם של זכויות יוצרים היא לעודד את הגיוון בביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים. אלה הם הטובין הציבוריים שאת יצירתם נועדו דיני זכויות יוצרים לעודד." ראו ע"א 513/89 Exin Line Bros. S.A. נ' S/Interlego A, פ"ד מח(4) 133, 163 (1994) (להלן: עניין Interlego). ראו גם עניין גבע, לעיל ה"ש 26, בעמ' 266.

38 בתי-המשפט בישראל הכירו במשתמשים כשותפים בתהליך היצירה. ראו גיא פסח "זכות יוצרים בפסיקת בית-המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר 'עידן המידע'" עלי משפט ב 297 (2002). בתי-המשפט גם פירשו לאור תפיסה זו את תכליתם של השימושים המותרים. ראו, למשל, את דברי השופט טירקל בע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 596, 577 (2000) (להלן: עניין מפעל הפיס) ("ליוצא מן הכלל שבסעיף 2(1) לחוק חשיבות רבה, ויש טעם לפרשו שלא על דרך הצמצום. בבואנו להגן על היצירה המקורית יש לתת את הדעת גם על כך שהגנה מוגברת יתר על המידה

לכין מתן גישה ליצירות נובע מן העובדה שיצירות קיימות מהוות חומר-גלם ליצירות חדשות, ומזינות תהליכי יצירה חדשים באמצעות השראה ולימוד. יצירות קיימות מהוות אפוא מרכיב הכרחי בתהליכי יצירה חדשים, ולפיכך נגישותן של יצירות והיכולת לעשות בהן שימוש מהוות אמצעי חשוב להגשמת תכלית החוק. אין כאן אפוא צמצום של זכות היוצר לטובת אינטרס אחר בעל ערך ציבורי, אלא הכרה בכך שכל יוצר הוא למעשה משתמש של יצירות אחרות.

זכויות משתמשים, על-פי השקפה זו, נועדו למעשה להגן על יוצרים פוטנציאליים (משתמשים-יוצרים). למשתמש-היוצר יש תפקיד חשוב בהנעת תהליכי יצירה חדשים, בגיוון והעשרה של עולם הביטויים ובעידוד התחרות. התפיסה של המשתמש כיוצר עמדה ביסוד גישתה של הפסיקה האמריקנית³⁹ – ובעקבותיה גם של הפסיקה בישראל⁴⁰ – לשימוש טרנספורמטיבי במסגרת ניתוח השיקולים בקביעת שימוש הוגן. בשנים האחרונות נמתחה ביקורת נוקבת בספרות המשפטית על הדגש הרב שהושם בשימושים טרנספורמטיביים. נטען כי גישה זו צרה מדי שכן היא דורשת הוכחה שהמשתמש הוסיף דבר-מה ליצירה המקורית כתנאי לכך שיזכה בהיתר לעשות בה שימוש ללא רישיון. דרישה זו משאירה מחוץ לגדר ההיתר שימושים רבים, כגון צפייה חוזרת בעותק, אשר ראוי כי הזכות לעשותם תהיה מוגנת בחוק.⁴¹ עוד נטען כי הדרישה לשימוש טרנספורמטיבי

עלולה לבלום התפתחות תרבותית וחברתית, הסומכת על הישגי העבר. מטבע הדברים, פריצת דרך או התקדמות המשרתת את החברה נובעת מהישגיהם היצירתיים של יחידים הסוללים את הדרך תוך הנחת אבן על אבן. יש, אפוא, מצבים שבהם מצדיק האינטרס הציבורי את צמצום ההגנה על זכות היוצרים, כמו במקרה של 'טיפול הוגן' ביצירה למטרות שהוגדרו בחוק".
 39 ראו לעניין זה את גישת בית-המשפט העליון האמריקני בעניין *Campbell*, לעיל ה"ש 16: "From the infancy of copyright protection, some opportunity for fair use of copyrighted materials has been thought necessary to fulfill copyright's very purpose... The fair use doctrine thus 'permits [and requires] courts to avoid rigid application of the copyright statute when, on occasion, it would stifle the very creativity which that law is designed to foster.'" *Id.* at 577 (quoting *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 236 (1990)) (alteration in original).

40 ראו, למשל, את עמדתו של הנשיא שמגר בעניין *Interlego*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 163: "אף שמתן זכות יוצרים ליוצר על יצירתו יש בו כדי לעודד פיתוחן של יצירות מקוריות, הרי שיש בו גם אלמנט שלילי המתבטא בהקטנת מרחב התמרון של יוצרים עתידיים. מאלו נשללת היכולת להשתמש במרכיבים שזכו להגנת זכות יוצרים אצל יצרן אחר, או לחלופין הם נדרשים לשלם בעבור זכות זו ובכך מתייקר תהליך הייצור שלהם. מכאן שהשיקול אם להעניק זכות יוצרים אינו מתמצה בכך שיש בו כדי לעודד את היצרן הספציפי לייצר, אלא שיש לשקול אם אין במתן זכות יוצרים משום פגיעה קשה מדי ביצרנים פוטנציאליים עתידיים."

41 ראו, למשל, Liu, לעיל ה"ש 34, בעמ' 420-421; Jessica Litman, *Frontiers of Intellectual Property: Lawful Personal Use*, 85 TEX. L. REV. 1871, 1919 (2007).

מתעלמת מן החשיבות של העתקה גרידא לצורך ביטוי, שכנוע והשתתפות בשיח הציבורי – ערכים אשר מוגנים במסגרת חופש הביטוי.⁴²

גישת התכלית להצדקת זכויות משתמשים מחייבת הכרה בתפקידם של המשתמשים בהשגת היעדים של דיני זכויות יוצרים. אין די בהבטחת תמריצים ליוצרים לשם השגת התכלית של דיני זכויות יוצרים. עידוד היצירה מחייב גם הבטחה של זכות הגישה והשימוש ביצירות לציבור המשתמשים.⁴³ גישה ליצירות חיונית לא רק על-מנת לאפשר מרחב נשימה ליוצרים נוספים (משתמשי-יוצר), אלא גם על-מנת לעודד יצירה באמצעות מנגנונים אחרים. אמצעי הייצור הדרושים לתהליכי יצירה אינם רק יצירות קיימות, אלא גם הון אנושי. טיפוח יוצרים עתידיים והכשרתם מחייבים גישה אינטראקטיבית ליצירות קיימות: האזנה למוזיקה, קריאת ספרים, צפייה בסרטים או עבודה על מחשב. על-מנת להרחיב את מעגל היוצרים ולאפשר למשתמשים חדשים להצטרף אל ציבור היוצרים, יש לאפשר להם גישה ליצירות קיימות.⁴⁴

השימושים המותרים צריכים להבטיח גישה ליצירות גם על-מנת לאפשר למשתמשים ליטול חלק ביצירת שפה תרבותית המקנה משמעות ליצירה. הקהל המאזין ליצירה מוזיקלית או ציבור הקוראים של יצירה ספרותית נוטלים חלק פעיל בתהליכי היצירה שאותם נועדו דיני זכויות היוצרים לעודד. הם עצמם יוצרים – לא רק בזמן עתיד, אלא בזמן הווה. תהליך היצירה הוא תהליך אינטראקטיבי של יצירת משמעות,⁴⁵ ולכן במקרים רבים השימוש ביצירה לא רק שאינו פוגע במטרתם של דיני זכויות היוצרים, אלא אף מקדם אותה. זכויות משתמשים, על-פי גישה זו, צריכות להבטיח לא רק גישה ליצירות, אלא גם מידה מינימלית של חופש ליצור ולהתבטא, ומתן אפשרות לצקת משמעות חדשה ביצירות קיימות.⁴⁶ היקף ההגנה על זכויות משתמשים צריך אפוא להיגזר מן הדרוש לשם השגת התכלית של עידוד היצירה באמצעות הנגשת יצירות והבטחת חירותם של משתמשים.

42 ראו: Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535 (2004). כאמור, זהו שיקול חיצוני לדיני זכויות היוצרים, הבוחן באיזו מידה יישומם של דינים אלה מתיישב עם חופש הביטוי המעוגן ברמה החוקתית.

43 ראו Litman, לעיל ה"ש 41.

44 Elkin-Koren, לעיל ה"ש 34. ביטוי לגישה שלפיה לציבור המשתמשים יש זכות לצפות ביצירות אומנות וליטול חלק בשיח לא רק כדוברים, אלא גם כצופים, ראו את החלטת בית-המשפט בעניין ת"א (מחוזי ת"א) 1395/05 מוזיאון תל אביב לאמנות נ' ספרוקט (פורסם בנבו, 31.12.2007).

45 PAUL DU GAY, STUART HALL, LINDA JANES, HUGH MACKAY & KEITH NEGUS, DOING CULTURAL STUDIES: THE STORY OF THE SONY WALKMAN 84-85 (1997).

46 Julie E. Cohen, *Intellectual Property and Public Values: The Place of the User in* Elkin-Koren, *Copyright Law*, 74 FORDHAM L. REV. 347 (2005), לעיל ה"ש 34.

באופן דומה ניתן להצדיק זכויות משתמשים לא רק מתוך השקפה תוצאתנית שלפיה דיני זכויות היוצרים נועדו לעודד יצירה, אלא גם בשיטות משפט אשר מבוססות על שיח זכויות ומדגישות את זכותו הטבעית של היוצר לתגמול בגין יצירתו.⁴⁷ לדעת דרסינאוואר, למשל, זכויות היוצרים, כמו גם זכות המשתמשים לנחלת הכלל, נובעות מכבוד האדם.⁴⁸ לא רק זכויותיהם של היוצרים מהוות תכלית, אלא גם זכויותיהם של המשתמשים, ואלה כמו אלה נובעות מתפיסת היצירה והמחברות (authorship).⁴⁹ לדעתו, דוקטרינת הטיפול ההוגן במשפט הקנדי מאפשרת למשתמש להוכיח כי הוא למעשה מחבר בזכות עצמו – שההעתקה שביצע אינה שוללת את תרומתו ליצירה חדשה. לכן, לדעתו: “It is as author that the defendant is a fair user.”⁵⁰ דרסינאוואר סבור כי הפסול בהפרת זכות יוצרים נובע מהניסיון לתפוס את מקומו של היוצר המקורי כמחבר. זכויות משתמשים חלות אפוא על non-authorial use. לדעתו, עקרון המחברות הוא העיקרון החולש על דיני זכויות יוצרים. לפיכך אין כל פסול בהעתקה, אלא רק באותם מצבים שבהם הנתבע מעמיד את עצמו כמחבר במקום היוצר המקורי.⁵¹ לפיכך אין פסול בכך שהנתבע מתייחס ליצירתו של התובע מעמדה של מחבר עצמאי או כאשר הוא העתיק את היצירה רק על-מנת שיוכל לצפות בה, כפי שמתחייב במקרה של יצירה ששמורה במדיום דיגיטלי ואשר הצפייה בה כרוכה ביצירת עותקים זמניים.

47 ראו, למשל, את החלטת בית-המשפט העליון בקנדה: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 (להלן: עניין CCH), שם נאמר כי זכויות משתמשים מהוות חלק בלתי-נפרד מחוק זכויות יוצרים, אשר מטרתו כפולה: לקדם את האינטרס הציבורי, מצד אחד, ולהבטיח גמול צודק ליוצרים, מצד אחר. לדעת בית-המשפט, הגישה המסורתית לטיפול הוגן (ההוראה בחוק הקנדי המקבילה לס' 2(1)(I) סיפא לחוק זכות יוצרים, 1911) כאל חריג בלבד אין בה כדי לשרת את החזון של דיני זכויות יוצרים כמשטר בעל שתי מטרות.

48 ראו Drassinower, לעיל ה"ש 22, בעמ' 466.

49 שם, בעמ' 479.

50 שם, בעמ' 470. לדעתו, עקרון המחברות הוא העיקרון החולש על דיני זכויות היוצרים. במקרה של טיפול הוגן, הנתבע מתייחס ליצירתו של התובע ממעמדו כמחבר בעצמו, ולכן אין כל פסול בהתנהגותו מנקודת-המבט של דיני זכויות יוצרים. לפיכך טיפול הוגן אינו מעשה פסול שיש צורך להצדיקו, אלא שימוש בזכות להגיב על יצירתו של אחר באמצעות ביטוי עצמאי. שם, בעמ' 475–476. אפשר כמובן לטעון כי אין פסול בהעתקה של רעיונות בלבד מכיוון שלא ניטל מן התובע שום דבר מוגן, אלא אך ורק מרכיבים המצויים בנחלת הכלל.

51 שם, בעמ' 476.

ג. זכויות משתמשים בחוק החדש

1. ההסדר בחוק הישן

חוק זכות יוצרים, 1911, הגדיר בסעיף 2(1)(I) מספר מצומצם של חריגים צרים לזכות היוצרים. דובר ברשימה סגורה של שימושים אשר אינם מהווים הפרה, גם אם נעשו ללא רישיון מטעם בעל זכות היוצרים. רשימה מצומצמת זו כללה חריגים כגון פטור ליוצר יצירה אומנותית שאינו בעל זכות היוצרים ביצירה, פטור להעתקה ולצילום של יצירות אומנות הנמצאות דרך קבע בבניין ציבורי, פרסום הרצאה שנמסרה בפומבי, הקראה פומבית של קטע קצר מיצירה שפורסמה ופרסום קטעים מיצירות ספרותיות לשם שימוש בבתי-ספר בהיקף ובתנאים שהוגדרו בחוק.⁵² נוסף על שורת החריגים שהוגדרה בחוק האנגלי, קבע המחוקק הישראלי הוראת פטור – בסעיף 3ג לפקודת זכות יוצרים, 1924, שתוקנה בשנת 1996 – המתירה העתקה של "קלטת" לצורך שימוש פרטי ובית.⁵³

לצד החריגים שנוכרו לעיל, הגדיר סעיף 2(1)(I) לחוק הישן הוראה כללית – מעין "סעיף סל" – המתירה טיפול הוגן ביצירה. על-פי נוסח הסעיף, לא תהיה משום הפרת זכות יוצרים ב"כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה, או תמצית עיתונאית".⁵⁴ הוראה זו, שמקורה בחוק האנגלי המקורי משנת 1911,⁵⁵ מהווה גרסה מוקדמת של דוקטרינת "הטיפול הוגן" (fair dealing), אשר גרסות שונות שלה מקובלות עדיין באנגליה ובארצות המשפט המקובל.⁵⁶ עוד בטרם נחקק החוק האנגלי משנת 1911

52 ס' 2(1) לחוק זכות יוצרים, 1911, חא"י ג 2633 (להלן: החוק הישן). ס' 2(1)(II) העניק פטור לשימוש באימום, ביציקה, בשרטוט-טייטה, בתרשים, במודל או בסקיצה לצורכי יצירת יצירה על-ידי יוצר היצירה המקורית שאינו בעל הזכות בה; ס' 2(1)(III) העניק פטור ליצירת ציורים, שרטוטים, פיתוחים או צילומים של יצירות פיסול או מלאכת-אומנות הנמצאות דרך קבע בבניין ציבורי וכן של יצירות אדריכלות; ס' 2(1)(VI) העניק פטור לפרסום קטעים מיצירות ספרותיות לשם שימוש בבית-ספר תוך מתן קרדיט; ס' 2(1)(V) העניק פטור לפרסום הרצאה שנמסרה בפומבי, אלא אם כן נאסר הדבר מראש; וס' 2(1)(IV) העניק פטור להקראה או דקלום פומביים של חלק שאינו ארוך ביותר מתוך יצירה שהתפרסמה.

53 ס' 1 לחוק זכויות יוצרים ומבצעים (קלטות) (תיקוני חקיקה), ס"ח 244 (תיקון עקיף לפקודת זכות יוצרים, חא"י 364).

54 ובמקור האנגלי: "Any fair dealing with any work for the purposes of private study, research, criticism, review, or newspaper summary"

55 המונח "טיפול הוגן" הוכר לראשונה בחוק זכות יוצרים האנגלי משנת 1911, Copyright Act, 1911, 1 & 2 Geo. 5, c. 46 (Eng.) בחקיקה שקדמה לחוק משנת 1911 לא נקבע חריג של טיפול הוגן. ראו: Copyright Act, 1842, 5 & 6 Vict., c. 45.

56 בשנת 1956 נחקק בבריטניה חוק זכות יוצרים מתוקן, שקבע בס' 6 את החריגים המדויקים הנחשבים לטיפול הוגן: ס' 6(1) קבע את חריג הלימוד העצמי והמחקר, ס' 6(2) קבע את חריג הביקורת והסקירה, ואילו ס' 6(3) קבע את חריג הדיווח העיתונאי. Copyright Act, 1956, 4 &

התעוררה בפסיקה האנגלית השאלה מה נחשב "טיפול הוגן" במסגרת הדיון בסוגיית ההפרה. בתי-המשפט בחנו אם מעשיו של הנתבע מהווים טיפול הוגן ביצירה ולכן אין בהם משום הפרה של זכות היוצרים.⁵⁷

הגדרת השימושים המותרים בחוק הישן הייתה מסורבלת וצרה מדי. רוב ההוראות לא התאימו כלל למציאות העסקית והטכנולוגית, ולמעט סעיף הטיפול ההוגן, לא נעשה בהן שימוש כמעט. החוק החדש מייחד פרק שלם לזכויות משתמשים, המבטא שינוי ביחס לדין הקודם בשלושה מישורים: הוספת היתרי שימוש ביצירה ללא צורך ברישיון מבעל זכות היוצרים; מעבר מדוקטרינת "הטיפול ההוגן" האנגלית לדוקטרינת "השימוש ההוגן" האמריקנית; ולבסוף, עיגון השימושים המותרים כזכויות משתמשים ויצירת מתווה חדש להמשגת זכויות משתמשים במסגרת דיני זכויות היוצרים.

Copyright, – 5 Eliz. 2, c. 74 (Eng.) הסדר זה נותר בעינו גם בחוק האנגלי משנת 1988 – Designs and Patents Act, 1988, c. 48 (Eng.). רוב מדינות המשפט המקובל נוהגות להשתמש במונח "fair dealing", ביניהן אנגליה, אוסטרליה, קנדה, ניו-זילנד ודרום-אפריקה. המונח "fair use" ייחודי לארצות-הברית. באוסטרליה חריג הטיפול ההוגן מעוגן ב-Australian Copyright Act 1968 (Austl.). החוק קובע חמישה טיפולים הוגנים שאינם נחשבים להפרה של זכות היוצרים: מחקר ולימוד עצמי, סקירה וביקורת, דיווח חדשות, ייעוץ משפטי ופרודיה וסטירה. בקנדה חריג הטיפול ההוגן מצוי ב-Canadian Copyright Act (Can.) 1921. החוק קובע כי השימוש (ההוגן) למטרות אלה מותר: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה ותמצית עיתונאית. בפסק-דין מרכזי משנת 2004 הגדיר בית-המשפט העליון הקנדי את אמות-המידה לקביעת הוגנות הטיפול: מטרת הטיפול, אופי הטיפול, כמות הטיפול, חלופות אפשריות לטיפול, אופי היצירה והשפעת הטיפול על היצירה המקורית. ראו עניין CCH, לעיל ה"ש 47. להסדרים דומים להסדר הקנדי ראו גם ס' 42–43 ל-Copyright Act 1994 (N.Z.) בניו-זילנד, וס' 12(1) לחוק זכות יוצרים בדרום-אפריקה – Copyright Act of 1978. 57
1 COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT 496 (14th ed., Kevin Garnett, Jonathan R. James, Gillian Davies et al. eds., 1999). כבר בשנת 1740 התייחס בית-המשפט האנגלי בפסיקתו לחריג הוגנות מסוים בעניין Gyles v. Wilcox, (1741) 2, Atk. 141 פסק בית-המשפט כי "תמצות" (abridgment) של יצירה בצורה הוגנת אינו מהווה הפרה ממשית ואינו כרוך באחריות משפטית. בית-המשפט נימק זאת בכך שבתמצות מסוג זה מעורבים "המצאה, למידה ושיפוט" מצד המשתמש. בשנת 1803 השתמש בית-המשפט האנגלי לראשונה במושג "הוגנות", בכוונתו "whether the matter was 'used fairly'". ראו: Carey v. Kearsley, (1803) 4 Esp. 168 (ההדגשה שלי – נ' א"ק). אולם, כפי שמציין קופינגר, במסגרת זו בחן בית-המשפט אם בשימוש הנוסף ביצירה יש משום תרומה לקידום המדע. בפרשת Wilkins v. Aikin, (1810) 17 Ves. 422, בחן בית-המשפט אם מדובר בהפרה של זכות היוצרים תוך יישום אמות-מידה שונות: כמות השימוש ביצירה, אופי היצירה, ערך החלקים השונים ביצירה, שווי הפגיעה הכלכלית בשוק וכוונת המפר (המשתמש). לבסוף, בשנת 1839, טבע בית-המשפט האנגלי את המונח "fair dealing". ראו: Lewis v. Fullarton, (1839) 2 Beav. 6.¹²

2. עדכון הוראות הפטור

פרק ד לחוק מגדיר את השימושים המותרים בשתי דרכים: האחת היא באמצעות כללים, דהיינו, מתן היתר מוחלט לשימוש בהתקיים תנאים המוגדרים בסעיף; והאחרת היא התרת השימוש באמצעות סטנדרט, כלומר, נורמה פתוחה המגדירה אמות-מידה לסיווג בדיעבד של השימוש כמותר על-ידי בית-המשפט. דרכים אלה אינן מוציאות זו את זו, אלא משלימות: כאשר שימוש ביצירה אינו נופל לגדר השימושים שהוגדרו בסעיפים 20–31, ניתן עדיין לנסות להוכיח כי מדובר בשימוש הוגן.

הבולטת מבין הוראות-השסתום היא הוראת סעיף 19, המגדירה "שימוש הוגן". אבל לצד הוראה זו יש הוראות נוספות בפרק ד המגדירות שימושים מותרים באופן שמקנה לבית-המשפט שיקול-דעת בדיעבד בדבר התרת השימוש. למשל, סעיף 20 מתיר שימוש ביצירה בהליכים משפטיים או מנהליים "בהיקף המוצדק בשים לב למטרת השימוש", וסעיף 21 מתיר העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור לפי חוק "בהיקף המוצדק בשים לב למטרה האמורה". במסגרת הכללים המגדירים שימושים מותרים נכללות גם ההוראות הבאות:

- סעיף 22 מתיר שימוש אגבי ביצירה במסגרת יצירת צילום, יצירה קולנועית או תקליט.
- סעיף 23 מתיר שידור או העתקה של יצירה הממוקמת בקביעות במקום ציבורי.
- סעיף 24 מתיר העתקה של תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה (אם כי סעיף 24(ג) מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לעניין היקף השימוש).
- סעיף 25 מתיר הקלטה לצורכי שידור.
- סעיף 26 מתיר העתקה זמנית.
- סעיף 27 מתיר עשיית יצירה אומנותית חדשה שיש בה העתקה חלקית של יצירה קודמת.
- סעיף 28 מתיר שימוש ביצירה אדריכלית או בשרטוטים לצורך שיקום בניינים.
- סעיף 29 מתיר ביצוע פומבי במוסדות חינוך.
- סעיף 30 מתיר העתקה בספריות ובארכיונים.
- סעיף 32 מתיר העתקה של יצירה מוזיקלית בתקליט, בכפוף לתשלום תמלוגים ראויים.

הוראות אלה משקפות מגמות אחדות. ראשית, סעיפי הפטור מתירים שימושים המעודדים יצירה. כך, למשל, סעיף 27 מתיר ליוצר שכבר אינו מחזיק בבעלות על זכות היוצרים ביצירה מקורית שלו ליצור יצירה אומנותית חדשה המבוססת על היצירה המקורית (ובלבד שהיא אינה חיקוי שלה). כמו-כן, סעיפים 29–30, אשר מתירים שימושים מסוימים למוסדות חינוך ולספריות, מבטאים הכרה בחשיבותם של לימוד, עיון והנגשת יצירות לשם השגת היעדים של דיני זכויות יוצרים. היקף תחולתו של הפטור מכוח הוראות אלה מצומצם יחסית, והוא חל אך ורק על פעולות במסגרת מוסדות שנועדו לאפשר שימור, עיון, חינוך

והוראה. הוראות הפטור בהקשר זה נועדו לאפשר למוסדות אלה לשרת את ייעודם מבלי שישתכנו בהפרת זכות היוצרים.⁵⁸

שנית, החוק מסדיר שימוש אגבי ביצירה. כך, למשל, סעיף 22 לחוק מתיר שימוש אגבי ביצירה על-ידי הכללתה ביצירת צילום, ביצירה קולנועית או בתקליט.⁵⁹ דוגמה נוספת היא יצירת עותק (על-ידי שידור, צילום, ציור, שרטוט או תיאור חזותי דומה) של יצירה אדריכלית, יצירת אומנות שימושית או יצירת פיסול הממוקמות דרך קבע במקום ציבורי.⁶⁰ אי-מתן פטור במקרים אלה היה עלול להגביל עד-מאוד את חופש היצירה של יוצרים הפועלים במרחב הציבורי, כגון צלם המצלם רחוב הומה אדם שמוצב בו פסל או מפיק סרטים דוקומנטרי המצלם עוברים-ושבים הצופים במסכי טלוויזיה מבעד לחלונות-ראווה. במקרים אלה היצירה (פסל חזותי או דרמה המשודרת בטלוויזיה) מהווה חלק מן המציאות המתועדת ביצירה אחרת, ואין למעשה הבחנה בינה לבין אובייקטים אחרים שאינם יצירות.⁶¹ היגיון דומה חל גם במקרה של העתקה זמנית של יצירות ("לרבות העתקה כאמור שנעשתה בדרך אגבית") ה"מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי" שמטרתו היחידה היא העברה של יצירה או שימוש ביצירה כדין, כאמור בסעיף 26, 62 כמו-גם במקרה של הקלטת יצירה לשם שידורה על-ידי מי שרשאי לעשות כן, כאמור בסעיף 25.63 בהקשרים אלה של "שימוש אגבי" המחוקק מבקש להוציא מגדר תחולתה של זכות היוצרים אותם מקרים שבהם השימוש בזכות היוצרים (העתקה) במסגרת יצירה אחרת הינו טפל, ונועד לאפשר

58 ההסדר שבחוק אינו נותן מענה הולם לשינויים הדרמטיים שחלו במהות ההוראה והלימוד בעידן המידע, לרבות למידה מקוונת והוראה מרחוק. לדיון בסוגיה זו ראו ניבה אלקין-קורן "הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה" המשפט 17, 20 (2004).

59 ס' 22 לחוק תורגם במלואו מן החוק האנגלי.

60 ס' 23 לחוק.

61 על-כן יש לתמוה על כך שהמחוקק בחר להגביל את הפטור לשימוש אגבי ביצירה בכל מה שנוגע ליצירות מוזיקליות. בסיפא לס' 22 לחוק נאמר: "לעניין זה, הכללה במתכוון של יצירה מוסיקלית, לרבות המילים הנלוות אליה, או של תקליט שבו היא טבועה, ביצירה אחרת, לא תיחשב לשימוש אגבי." דומה כי "הכללה במתכוון" אינה צריכה להיחשב "שימוש אגבי" גם במקרים אחרים, כאשר מדובר ביצירת אומנות. יוצא אפוא שהסיפא לס' 22 מרחיב את המשמעות של המושג "שימוש אגבי" כך שיכלול גם "הכללה במתכוון" (למעט ביחס ליצירות מוזיקליות ותקליט). לא ברור מהי ההצדקה להסדר המיוחד שנקבע דווקא בנוגע ליצירות אלה.

62 ס' 26 לחוק מבוסס על ס' 15(1) של הדירקטיבה האירופית להגנה על תוכנה. ראו: Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Official Journal L 122, 17/05/1991, pp. 0042–0046 (להלן: הדירקטיבה האירופית להגנה על תוכנה).

63 ס' 25(ג)(1), המתיר שמירת הקלטה למטרות ארכיון, הוסף לאחר דיון בוועדת הכלכלה, וזאת בהשראת ס' 112 לחוק האמריקני. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 153 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17 (9.1.2007).

ליוצר או למשתמש לבצע פעולה שהדין מתיר לו ממילא. שימוש אגבי כאמור אינו מהווה תחליף ליצירה המקורית, ולכן מצטמצם החשש לפגיעה כלכלית ביוצר. לעומת זאת, העדר פטור במקרים אלה עלול לצמצם את חופש היצירה של יוצרים (כמו במקרים של סעיפים 22 ו-23) או לפגוע בחופש לעשות שימוש כדין ביצירות (כמו במקרים של סעיפים 25 ו-26). מגמה נוספת הבאה לידי ביטוי בהוראות הפטור שבפרק ד לחוק היא הסדרים שנועדו להבטיח תחרות חופשית ובתוך כך לשרת את יעדם של דיני זכויות היוצרים בהקשר של עידוד היצירה. כך, למשל, הוראת סעיף 24 מגדירה, בין היתר, את התנאים לעשיית יצירה נגזרת לצורך יצירת תאימות ופיתוח עצמאי של תוכנות משלימות לתוכנה המקורית או תוכנות שמתחרות בה (ובלבד שהן אינן מהוות הפרה של זכות היוצרים בתוכנה המקורית).⁶⁴ סעיף זה נועד לאפשר הנדסה חוזרת, דהיינו, תהליך של ניתוח פעולתה של תוכנת מחשב על-מנת לחשוף את המודולים שמהם היא מורכבת ואת התפקידים שאותם מודולים ממלאים.⁶⁵ תהליך זה מחייב בדרך-כלל העתקה של חלקים ניכרים מן התוכנה המקורית, אשר אלמלא הסעיף היו עלולים להוות הפרה. הנדסה חוזרת חיונית לשם מטרות שונות, ביניהן זיהוי שגיאות בתוכנה, שיפור אבטחת המידע, והבטחת תאימות בין תוכנות שונות כמו-גם בין מערכות תוכנה לחומרה. תאימות בין תוכנות חיונית על-מנת שיהיה אפשר להשתמש במידע ובתוכן שהושג באמצעות תוכנה אחת על-גבי תוכנות וחומרה שמקורן ביצרן אחר. כאשר בעל הזכויות בתוכנה יכול למנוע אחרים מלפתח תוכנות תואמות, הוא יכול להגביל תחרות בדרכים אפקטיביות. למשל, הוא יכול להגביל את השימוש במידע שהופק באמצעות התוכנה על-גבי תוכנות מתחרות, לשלוט בפיתוח של יישומים המתאימים לחומרה או למערכת ההפעלה, ולמנוע פיתוח של תוכנות מתחרות.⁶⁶

64 ס' 25(ג) מתיר העתקה לשם "השגת מידע הדרוש לצורך התאמת מערכת מחשב או תוכנת מחשב אחרת, המפותחת באופן עצמאי, כך שתוכל לפעול עם תוכנת מחשב זו". אולם ס"ק ד מסייג היתר זה, בקובעו כי ההיתר לא יחול בהתקיים אחד משלושה תנאים: (1) אם היה אפשר לגלות את המידע בנקל גם ללא ההעתקה; (2) אם המידע הועבר לאחר לשם מטרה שאינה מוגדרת בס"ק ג (דהיינו, מטרה שאינה שימוש בתוכנה, תיקון שגיאות, אבטחת מידע או יצירת תאימות); (3) אם המידע שימש לצורך יצירת תוכנת מחשב אחרת המפרה את זכות היוצרים בתוכנה המקורית. דומה כי התנאי הראשון – שהיה אפשר לגלות את המידע בנקל – הוא תנאי מיותר, שכן אם ניתן לגלות את המידע בנקל, אזי אין צורך בהנדסה חוזרת, אשר כרוכה בהעתקה ולפיכך עלולה להפר זכות יוצרים.

65 לדיון בחשיבותה של הנדסה חוזרת ובנסיבות שבהן מוצדק להתירה ראו: Pamela Samuelson & Susan Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, 111 YALE L.J. 1575 (2002).

66 במשפט האמריקני הנדסה חוזרת לשם יצירת תאימות נחשבת לשימוש הוגן. ראו: Sega Enters. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992); Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000). באירופה הזכות לבצע הנדסה חוזרת מוסדרת במסגרת הדיקטיבה האירופית להגנה על תוכנה, לעיל ה"ש 62.

ההיתר לבצע הנדסה חוזרת נועד לשרת את היעדים של דיני זכויות היוצרים בכמה דרכים. ראשית, הוא נועד לאפשר למפתחים ללמוד מהם ההישגים שהשיגו מתחריהם, ולפתח מוצרים חדשים שיוסיפו על הקיים או יציעו תוספות ושיפורים שיתחרו בתוכנות שכבר פותחו. שנית, ההיתר לבצע הנדסה חוזרת לצורך תאימות מחליש את שליטתו של בעל זכות היוצרים בפיתוח יישומים וחומרה תואמים. בדרך זו יוכלו להירתם לפיתוח גם מפתחים עצמאיים, ולא רק מפתחים מורשים מטעם בעל הזכויות. ההנחה היא שגיוון ציבור המפתחים יוביל גם לגיוון סוגי התוכנה (גיוון עולם הביטויים). לבסוף, הגברת התחרות בקרב יצרני תוכנה צפויה להוריד את המחיר, ובכך לתרום להנגשת היצירות לציבור המשתמשים בכללותו.

מאפיין נוסף של סעיפי הפטור הוא הניסיון לצמצם את הפגיעה בזכויות אחרות. כך, למשל, ההוראה המתירה שימוש ביצירה אדריכלית ובשרטוטים לצורך שיקום והקמה מחדש של בניינים (סעיף 28), נועדה להבטיח כי זכות היוצרים לא תפגע בזכויותיו של בעל הנכס. כך גם הובטחה זכותו של אדם המחזיק עותק מורשה של תוכנת מחשב להעתיק את התוכנה לצורכי גיבוי ולצורכי תחזוקה ואבטחת מידע, בתנאים שהוגדרו בסעיף 24 לחוק. סעיף 26 לחוק מניח באופן דומה כי העתקה זמנית של יצירה המהווה "חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי" מותרת לשם שימוש ביצירה כדין. סעיף זה מתיר לבעל העותק ליצור עותקים זמניים במהלך השימוש ביצירה במדיום דיגיטלי (האזנה למוזיקה, צפייה בווידיאו). הסדרים אלה נועדו להבטיח את זכויות הצרכן בעל העותק המגלם את היצירה. הסדרים אחרים, בסעיפים 20–21 לחוק, נועדו להבטיח כי זכות היוצרים לא תפגע בזכות האזרח לעיין במידע או להשתמש ביצירה במסגרת הליכים משפטיים.

אף שפרק ד לחוק הרחיב במידת־מה את רשימת השימושים המותרים שבחוק הקודם, נותרה רשימה זו מצומצמת למדי. יתר על כן, ראוי לבחון את השינויים בחוק החדש על רקע הרחבת אגד הזכויות הבלעדיות של היוצר. בחוק החדש נוספו זכויות בלעדיות חדשות: הזכות לעשיית יצירה נגזרת וזכות ההעמדה לרשות הציבור. נוסף על כך הורחבה זכות ההעתקה, וזכות הביצוע הפומבי וזכות השידור הופרדו. ריבוי הזכויות והחפיפה ביניהן עלולים להוביל למצב שבו השימושים המותרים יהיו צרים מכדי להבטיח ניצול אפקטיבי של הזכות. חשש זה עולה, למשל, לגבי הוראת סעיף 29 לחוק החדש, שנועדה לפטור ביצוע פומבי במוסדות ציבור. המונח "ביצוע פומבי" כלל על-פי הדין הישן לא רק ביצוע חי, אלא גם שידור⁶⁷ והעמדה לרשות הציבור. אולם בחוק החדש נוספו זכויות בלעדיות חדשות אשר

67 כך, למשל, בדנ"א 6407/01 ערוצי זהב נ' Tele-event Ltd., פ"ד נח(6) 6 (2004), נפסק כי שידורי-משנה של חברות הכבלים מהווים ביצוע פומבי, וכך גם הפצת עותקים (ראו, למשל, פסק-הדין של השופטת מרים נאור, שם, בעמ' 61).

חופפות את זכות "הביצוע הפומבי" ועל-כן מעוררות שאלות באשר להיקף תחולתו.⁶⁸ החוק החדש מבחין בין ביצוע פומבי (סעיף 13 לחוק), שידור (סעיף 14 לחוק) והעמדה לרשות הציבור (סעיף 15 לחוק). ביצוע פומבי כולל, על-פי סעיף 13 לחוק החדש, השמעה של היצירה או הצגתה בציבור "במישרין או באמצעות מכשיר". שידור, לעומת זאת, כולל "העברה קווית או אלוטית" של צלילים או מראות, ואילו העמדה לרשות הציבור כוללת "פעולה ביצירה כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם". לפיכך לא ברור כלל מהי תחולת הפטור שבסעיף 29 לחוק: האם הוא יחול על כל אותן דרכים של ביצוע פומבי אשר נכללו בקטגוריה זו על-פי הדין הקודם, שכן ביצוע פומבי כולל גם ביצוע "באמצעות מכשיר"? האם הוא יחול גם על הקרנה באמצעות מחשב המחובר לאינטרנט או העברה באמצעים סלולריים?

3. מטיפול הוגן לשימוש הוגן

החידוש המרכזי בנושא של זכויות משתמשים בחוק החדש הוא המעבר מהדוקטרינה האנגלית של "טיפול הוגן" לדוקטרינה האמריקנית של "שימוש הוגן". למעשה, חידוש זה בחוק מצרף את ישראל למועדון מצומצם של מדינות, ביניהן ארצות-הברית והפיליפינים, אשר אימצו את דוקטרינת השימוש ההוגן.

(א) יצור-כלאיים יציר הפסיקה: טיפול הוגן ושימוש הוגן

המעבר מטיפול הוגן לשימוש הוגן לא נעשה על-ידי המחוקק לבדו. למעשה, התפתחות החריג של שימוש הוגן במשפט הישראלי התרחשה בתהליך מרתק של עיצוב הנורמה המשפטית תוך היזון חוזר בין בית-המחוקקים לבתי-המשפט. תהליך עיצובו של ההסדר בסעיף 19 לחוק החדש דומה בכך לתהליך אימוצם בחקיקה של השיקולים לבחינת "טיפול הוגן" אשר פותחו על-ידי בתי-המשפט באנגליה עובר לחוק משנת 1911. גם במשפט האמריקני אימץ הקונגרס, בסעיף 107 לחוק זכות יוצרים האמריקני משנת 1976, את אמות-המידה לבחינת שימוש הוגן שפותחו בפסיקת בתי-המשפט.⁶⁹ מגמה זו מצביעה על התפקיד

68 לדיון ראו ארידור-הרשקוביץ "מביצוע פומבי להעמדה לרשות הציבור: חידוש או בלבול תחת הדין החדש?" בספר זה.

69 Copyright Act, 17 U.S.C., s. 107 (1976). פסק-הדין האמריקני הראשון שבו שקל בית-המשפט את הגינות השימוש היה בפרשת *Folsom v. Marsh* משנת 1841. באותו עניין דחה בית-המשפט את טענתו של הנתבע כי העתקה של 353 עמודים מתוך ביוגרפיה של 12 כרכים ו-7,000 עמודים מהווה ציטוט הוגן. השופט Story, שופט בית-המשפט העליון האמריקני, הגדיר את השיקולים לבחינת הגינות השימוש: "In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections make, the quantity

החשוב שבתי-המשפט ממלאים בתחימת השימושים המותרים, ועל הקושי המובנה בקביעה מראש אילו שימושים ראוי שייכללו בגדר ההיתר. מצב זה מחזק את הצורך בהתוויית מסגרת נורמטיבית שתאפשר לפתח את הנורמה המשפטית באופן עקבי וקוהרנטי.

פסק-הדין המנחה בסוגיית השימוש ההוגן בישראל ניתן בשנת 1993 ברע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני.⁷⁰ בעניין זה נידונה תביעה של חברת וולט דיסני, בעלת זכות היוצרים בדמות דונלד דק, נגד אומן הקומיקס דודו גבע, אשר העתיק את דמותו של דונלד דק בסיפורו "מובי דק", שהיה אמור להתפרסם בספרו ספר הברווז. בית-המשפט העליון פירש את סעיף 2(I)(1) לחוק הישראלי (שהוא החוק האנגלי משנת 1911) תוך שהוא בוחן את הגינות הטיפול באמצעות ארבע אמות-המידה שנקבעו בחקיקה האמריקנית:

"מנוסחו של סעיף 2(I)(1)... עולה, כי לתחולת החריג הגלום בו נדרש קיומם של שני תנאים: האחד שהשימוש שבו מדובר יהא למטרות לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית; ואילו השני שהטיפול בחומר המוגן במסגרת שימוש זה יהיה הוגן. לשון הסעיף מצביעה על כך שמדובר בתנאים מצטברים; ויודגש: טיפול הוגן כשלעצמו איננו מבטיח הגנה. זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק. על השימוש ליפול בגדר אחת מן המטרות המפורטות בסעיף, ורשימת המטרות היא רשימה סגורה וממצה."⁷¹

כך נוצר במשפט הישראלי הסדר-כלאיים: סעיף אנגלי המבטא את דוקטרינת הטיפול ההוגן, ומבחנים המבוססים על דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית. פרשנות זו יצרה משוכה כפולה שהיה צריך לעבור על-מנת לזכות בהגנת הטיפול ההוגן: ראשית, היה צריך להראות כי השימוש ביצירה נעשה לשם אחת המטרות שהוגדרו בחוק; ושנית, היה צריך להוכיח כי הטיפול ביצירה היה הוגן על-פי ארבעת השיקולים אשר יובאו מן המשפט האמריקני. במונח זה סבל המבחן הכפול מכל החסרונות האפשריים: הן מחוסר הגמישות הקשור לרשימת המטרות הסגורה והן מחוסר הוודאות הנובע מאמות-המידה לבחינת הגינות הטיפול.

and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work." Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841)

70 עניין גבע, לעיל ה"ש 26.

71 שם, בעמ' 269.

(ב) התפתחות המושג "הגינות השימוש" בפסיקה הישראלית

באופן מפתיע, נדון סעיף הטיפול ההוגן בבתי-המשפט בישראל במספר קטן יחסית של פסקי-דין. המחקר איתר בסך-הכל 32 פסקי-דין (אשר שניים מהם דנו באותו תיק במסגרת דיון בבית-משפט השלום וערעור בבית-משפט מחוזי): 5 פסקי-דין של בית-המשפט העליון, 7 פסקי-דין מחוזיים ו-20 החלטות של בית-משפט השלום. בסך-הכל התקבלה טענת השימוש ההוגן בארבעה מקרים בלבד, ובמקרה נוסף התקבלה הטענה באופן חלקי בלבד. נתונים דומים בדבר מיעוט פסקי-הדין שבהם נידונה טענת השימוש ההוגן עולים מניתוח הפסיקה האמריקנית.⁷²

מה ניתן ללמוד ממיעוט הפסיקה בנושא הטיפול ההוגן? יש להיזהר בהסקת מסקנות מנתונים אלה. בוודאי אין ללמוד ממיעוט הפסיקה בנושא על חשיבות מצומצמת של דוקטרינת הטיפול ההוגן לדיני זכויות יוצרים. דוקטרינת הטיפול ההוגן מעצבת את התנהגותם של בעלי הזכויות והמשתמשים ביצירות גם אם הדבר אינו מגיע להכרעה שיפוטית. כיצד ניתן אפוא להסביר את הנתונים? הסבר אפשרי אחד למיעוט פסקי-הדין בנושא הוא שלא הוגשו תביעות נגד משתמשים הוגנים. במקרים אלה העריך התובע את סיכויי התביעה כנמוכים יותר ולכן נטה להימנע מראש מהגשת תביעה. שיקול זה עשוי להיות מרכזי במיוחד לגבי תובעים שעיסוקם הוא הפקה ומסחור של יצירות. תובעים אלה, שהמודל העסקי שלהם נשען על זכות היוצרים, צפויים לחשוש מקביעת תקדים שעלול לצמצם את זכות היוצרים ולהתיר שימושים ביצירה אשר לפי שעה קיימת לגביהם אי-ודאות.⁷³

לעומת זאת, מיעוט המקרים שבהם נידונה טענת השימוש ההוגן עשוי לבטא את האפקט המצנן של דוקטרינת השימוש ההוגן, הנובע מחוסר הוודאות הכרוך ביישומה. משתמשים שונאי סיכון – ובעיקר גופים מוסדיים, כגון מערכת החינוך, הארכיונים והספריות – ייטו להימנע משימושים שאינם נופלים לגדר המקרים המובהקים של שימוש הוגן ואשר קיימת

72 בין השנים 1978 ו-2005 נמצאו רק 306 החלטות של בתי-משפט בארצות-הברית (ב-215 תיקים בלבד) אשר עסקו בשימוש הוגן. זאת, מתוך כ-2,000 תביעות בגין הפרת זכות יוצרים אשר הוגשו מדי שנה במהלך תקופה זו. ראו Beebe, לעיל ה"ש 2, בעמ' 564-565.

73 כך, למשל, הגשת התביעה של הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות נגד הספרייה הציבורית בחולון הכשירה את הנהגת של השאלת קלטות על-ידי ספרייה ציבורית, וצמצמה את היקף תחולתה של זכות ההשאלה של קלטות לצורכי מסחר על-פי ס' 13 לפקודת זכות יוצרים, 1924. ראו עניין עיריית חולון, לעיל ה"ש 37. הלכה זו אומצה גם בס' 17 (ב) לחוק החדש, הקובע כי השכרה על-ידי ספרייה ציבורית או ספרייה של מוסד חינוך אינה בגדר השכרה לצורכי מסחר.

לגביהם רמה גבוהה יחסית של חוסר ודאות. לפיכך מקרים אלה יגיעו להליכים משפטיים רק לעיתים רחוקות.⁷⁴

הפסיקה שדנה בסעיף הטיפול ההוגן על-פי החוק הישן עסקה במספר מצומצם של נושאים: עיתונות, מחקר, חינוך, פרסומות, הוצאה לאור של ספרים, ובשנים האחרונות גם פרסום באינטרנט.⁷⁵ בולטים בהעדרם מרשימה זו הם בעיקר שימושים טכנולוגיים חדשים וכן שימושים לצורכי הוראה (למעט בעניין ברגמן).⁷⁶ הצדדים המעורבים היו בדרך-כלל חברות הוצאה לאור, ולא היוצרים עצמם.⁷⁷

עובר לעניין גבע יושמה דוקטרינת הטיפול ההוגן ללא מסגרת דיון אחידה. הפסיקה המעטה שדנה בחריג הטיפול ההוגן התאפיינה ביישום אד-הוק של מבחן ההוגנות ובהעדר ניתוח שיטתי.⁷⁸ לאחר עניין גבע יישמו בתי-המשפט את המבחן הכפול ל"טיפול הוגן"

74 ראו Gibson, לעיל ה"ש 14; Beebe, לעיל ה"ש 2.

75 יותר משליש מפסקי-הדין (12) עוסקים בעיתונות, יותר מרבע (9) עוסקים בדפוס (ספרים, מגזינים וכולי), 3 באינטרנט, 3 בשידורים, 3 בהוראה ומחקר, ואחד בכתבי טענות. לצד אלה היו גם מקרים ייחודיים, כגון פרשת המגילות הגנוזות. ראו ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (2000) (להלן: עניין קימרון) (פרסום הטקסט המפוענח של קרעי המגילות הגנוזות שהתגלו במערות קומרן אינו שימוש הוגן).

76 ת"א (שלום חיפה) 12595/98 ברגמן נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 2.1.2001) (להלן: עניין ברגמן).

77 כך, למשל, במקרים שעסקו בצילומים, התובעים המעורבים בהתדיינות לא היו בדרך-כלל הצלמים עצמם. ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 3038/02 זום תקשורת (1992) בע"מ נ' הטלוויזיה החינוכית הישראלית (פורסם בנבו, 29.4.2007) (להלן: עניין זום תקשורת). אך יש גם מקרים שבהם התובע הוא היוצר היחיד. ראו, למשל, ת"א (שלום ת"א) 022917/03 שמעון נ' נהרות משלוחות רפטינג בע"מ (פורסם בנבו, 4.4.2004) ות"א (שלום ראשל"צ) 1808/03 דרור יוסף קרן נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 23.11.2004).

78 כך, למשל, בע"א (מחוזי ת"א) 178/79 הלינגר נ' אסתרן, פ"מ תש"ם(ב) 45 (1979), נדון מקרה שבו במסגרת כתבה של יואל אסתרן בגלי צה"ל שודרה פרסומת לשידורי מזכירה אוטומטית תוך השמטת החלק הפרסומי. בית-המשפט פסק שסיסמת הפרסומת המוקלטת אינה מהווה יצירה מוגנת בזכות יוצרים, אך אילו הייתה מוגנת, לא היו הנתבעים זוכים בהגנת הטיפול ההוגן, הואיל ושידור הקלטת אינו מהווה סיקור עיתונאי והפרסומת לא שודרה במלואה (הושמט החלק הפרסומי). במקרה אחר דחה בית-המשפט טענת טיפול הוגן של העיתון מוניטין, אשר פרסם במסגרת כתבה עיתונאית חלקים ניכרים של ריאיון עם אלי מן, סוכן המוסד שלכד את אייכמן. ריאיון זה הופק על-ידי התובעת, ונכלל בתוכנית טלוויזיה בהפקתה. פרסום הריאיון בעיתון של הנתבע נעשה כחודש בטרם שודרה התוכנית. בית-המשפט פסק: "עינינו הרואות, כי גב' יטבת עשתה מעשה שלא יעשה תוך שהערימה על ידידה מר ברבש, קיבלה ממנו את הקסטה והעתיקה חלקים ניכרים של הריאיון בכתבה מלה במלה. אין זה שימוש הוגן כאשר מדובר בהעתקת מרבית היצירה כלשונה וככתבה. בנסיבות שתוארו, אין משום ביקורת או סקירה עיתונאית כמקובל. לכך יש להוסיף את ההתעלמות המוחלטת משמות היוצר והמפיק." ראו ת"א (שלום ת"א) 1143/83 Belbo Film Productions נ' חברת מוניטין עיתונות בע"מ, פ"מ תשמ"ז(2) 391 (1986) (להלן: עניין Belbo Film Productions).

כמעט ללא יוצא מן הכלל. בתי-המשפט פירשו את רשימת המטרות באופן רחב. המונח "ביקורת" – המהווה אחת המטרות שלשמן החוק מתיר טיפול הוגן ביצירה – קיבל פרשנות רחבה כבר בעניין גבע. בית-המשפט פסק כי ביקורת אינה "רק ביקורת שלילית, המפחיתה מערכו של המקור", אלא גם "הערכה וניתוח של דברים מתוך נקודות-ראות שונות", לרבות "העמדתה של יצירה אמנותית בקונטקסט חדש, המאיר אותה באופן מפתיע ובלתי צפוי וחושף בה רבדים סמויים וצדדים נסתרים".⁷⁹ בהמשך פסק בית-המשפט העליון כי הגינות השימוש מהווה למעשה את המבחן העיקרי להתרת השימוש, ובכך העניק למבחן של מטרת השימוש משקל קטן יותר.⁸⁰

אולם פרשנות רחבה זו לא היה בה כדי לסייע לבתי-המשפט להתיר שימוש למטרות אחרות, גם כאשר הסיק בית-המשפט כי על-פי ארבעת השיקולים השימוש היה הוגן. כך, למשל, נאלץ בית-המשפט לדחות טענת שימוש הוגן שהעלה משרד החינוך בגין שימוש במאמר-ביכורים של מי שנהפך לימים לסופר ולעיתונאי, רונן ברגמן, בבחינות-בגרות בהבעה עברית. אף שבית-המשפט סבר כי השימוש היה תמים ולגיטימי, נועד למטרה חינוכית ונעשה בהיקף סביר, והכל ללא פגיעה כלכלית כלשהי בתובע או ב"שוק הפוטנציאלי" של יצירתו, נפסק כי לא התמלאו התנאים של שימוש הוגן, שכן בחינה אינה נופלת לגדר המטרות המנויות בסעיף כנוסחו באותה עת.⁸¹ במקרה אחר דחה בית-המשפט את טענת השימוש ההוגן בנוגע לספר מכתם לעגנון, אשר כלל לקט פתגמים ומטבעות-לשון מכתבי ש"י עגנון.⁸² בית-המשפט נטה לראות בספר שימוש הוגן לנוכח היקף השימוש, ואף שמטרת השימוש הייתה מסחרית, לא היה בו, לדעת בית-המשפט, כדי להשפיע לרעה על ערכה של יצירת עגנון. עם זאת, בית-המשפט פסק כי פרסום ספר המבוסס על מחקר לצורכי הפצה מסחרית אינו נופל לגדר המטרות המנויות בחוק ולכן אינו מהווה שימוש הוגן. רשימת המטרות שבחוק הישן מנעה את בתי-משפט מלהכיר בשימוש הוגן גם כאשר סברו כי התרת השימוש מוצדקת.⁸³ זאת ועוד, שימושים אשר הוכרו כשימוש הוגן בארצות-

79 עניין גבע, לעיל ה"ש 26, בעמ' 275.

80 ראו עניין מפעל הפיס, לעיל ה"ש 38.

81 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 76.

82 ת"א (מחוזי ת"א) 1548/94 בית שוקן הוצאת ספרים בע"מ נ' משכל הוצאה לאור והפצה בע"מ (לא פורסם, 28.1.1997).

83 מעניין שרק בפסקי-דין ספורים נטענה טענת שימוש הוגן ונדחתה הואיל ולא נפלה לגדר אחת המטרות שהגדיר החוק. אולם לא ברור כי ניתן ללמוד מכך על העדר צורך בהרחבת רשימת המטרות. הסכנה המרכזית שבהסדר צר לעניין שימושים מותרים היא ביצירת אפקט מצנן. השאלה אינה כמה טענות של טיפול הוגן נדחו בפועל הואיל ולא עמדו בדרישת המטרות. השאלה החשובה, מבחינת המטרות שדיני זכויות היוצרים נועדו לקדם, היא אילו שימושים ראויים לא נעשו מלכתחילה הואיל והמשתמשים סברו כי לא יוכלו לזכות בהגנת הטיפול ההוגן. אפקט מצנן זה בולט במיוחד בהקשר של מוסדות חינוך.

הברית לא יכלו להיות מוכרים ככאלה בישראל. הדבר בלט בעיקר בהקשר של יישומים טכנולוגיים חדשים. כך, למשל, העתקה של סרט על-מנת לצפות בו במועד מאוחר יותר (time shifting) – פעולה שהוכרה כשימוש הוגן בעניין *Sony* המפורסם⁸⁴ – או העתקת יצירות לתמונות ממוזערות על-ידי מנוע חיפוש, כדי לאפשר חיפוש תמונות ברשת האינטרנט.⁸⁵

לעניין הגינות השימוש, ברוב המקרים יישמו בתי-המשפט בישראל באדיקות את כל ארבעת השיקולים שאומצו על-ידי בית-המשפט העליון מן המשפט האמריקני.⁸⁶ לצד היישום הדווקני של אמות-המידה, הוסיפו בתי-המשפט בישראל דרישה נוספת להכרה בשימוש כהוגן: ייחוס היצירה ליוצרה, כלומר, מתן קרדיט.⁸⁷ אחת הסיבות העיקריות לדחייתה של טענת השימוש ההוגן בפסקי-הדין שבהם נידונה הטענה הייתה אי-ציון שמו של היוצר שביצירתו נעשה שימוש. ראוי לציין כי החלת דרישת הקרדיט יוצרת בעיה ייחודית בפסיקה הישראלית סביב הזכות המוסרית (אשר אינה מוגנת במשפט האמריקני, שממנו נשאבה ההוראה של שימוש הוגן). הזכות המוסרית, המקנה ליוצר את הזכות כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים,⁸⁸ אינה כפופה לשימושים המותרים בפרק ד, לרבות לטענת השימוש ההוגן.⁸⁹ החלתה של הדרישה למתן קרדיט ליוצר במסגרת ניתוח

84 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) (להלן: פרשת *Sony*).

85 *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003) (להלן: פרשת *Kelly*); *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701, (9th Cir. 2007) (להלן: פרשת *Perfect 10*).

86 חריגות בהקשר זה הן שתי החלטות של בית-משפט השלום אשר מונות שורה של שיקולים נוספים. ראו ת"א (שלום ת"א) 24595/97 בס' נ' כתר הוצאה לאור בע"מ (פורסם בנבו, 27.10.2002) ועניין זום 77, לעיל ה"ש 23.

87 השיקול של אי-מתן קרדיט ליוצר נדון במספר גדול יחסית של החלטות (10). ראו, למשל, עניין זום תקשורת, לעיל ה"ש 77 (הצגת צילום כף-ידו של מרדכי ואנונו במסגרת "פנתאון התיעוד הלאומי" בתוכנית "תיק תקשורת" אינה מהווה שימוש הוגן הואיל ולא צוין שמו של בעל זכות היוצרים ביצירה); ת"א (שלום ת"א) 46017/01 קפלנסקי נ' הירטוך (פורסם בנבו, 28.7.2004) (להלן: עניין קפלנסקי) (אופן אזכור שמו של התובע לא היה "הוגן" בנסיבות העניין, ולכן ההגנה של טיפול הוגן אינה עומדת לנתבע); עניין *Belbo Film Productions*, לעיל ה"ש 78 (ההתעלמות המוחלטת משמות היוצר והמפיק); ת"א (מחוזי ת"א) 1706/04 נוף נ' רשות השידור הישראלית (פורסם בנבו, 6.11.2007). במקרה אחר דחה בית-המשפט טענת הגנה של שימוש הוגן, בין היתר, משום שדובר גם בהפרת הזכות המוסרית (פרסום ללא רשות במקומן מעבר לקו הירוק). ראו ת"א (שלום פ"ת) 2230/95 מנוסי נ' יוסף (פורסם בנבו, 8.7.1997).

88 ראו ס' 46 לחוק.

89 ס' 47 לחוק, המגדיר הפרת זכות יוצרים בכפוף לשימושים המותרים, חל רק על הפרת הזכויות הכלכליות ("העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות

יסודות השימוש ההוגן עלולה ליצור עיוותים ביישום החוק, הנובעים מן העובדה שבעל זכות היוצרים אינו בהכרח היוצר הזכאי לקבלת קרדיט על היצירה. הזכות לקרדיט עשויה להיתבע על-ידי בעל זכות היוצרים במטרה לשלול את הגנת השימוש ההוגן, אף שהיא שייכת למעשה ליוצר, אשר אינו מיוצג בהכרח בתביעה.⁹⁰ עם זאת, הדרישה למתן קרדיט ליוצר נהפכת לחשובה ולחיונית יותר בעידן המידע. במקרים רבים, בעיקר ברשתות דיגיטליות, מתן קרדיט משמש "מטבע התשלום". רבים מן המודלים העסקיים החדשים אינם מבוססים כלל על הגבלת הגישה לתוכן ומניעת העתקה, אלא דווקא על מקסום חשיפתה של היצירה לציבור גדול ככל האפשר של משתמשים. מודל עסקי זה מבוסס על קבלת קרדיט וצבירת מוניטין, המאפשרים לספק התוכן להגדיל את קהילת המשתמשים באתר ולייצר הכנסות באמצעות מכירת פרסומות ופעולות של שיווק וקידום מכירות.

(ג) ההסדר בחוק החדש

ההסדר שבסעיף 19 לחוק החדש נועד להעניק לבתי-המשפט גמישות רבה מזו שהייתה להם על-פי החוק הישן. החידוש המרכזי במעבר שנעשה בחוק החדש מטיפול הוגן לשימוש הוגן הוא שרשימת המטרות אשר לשמן נעשה השימוש היא רשימה פתוחה. בית-המשפט יהיה מוסמך להכיר בשימושים דוגמת אלה שהחוק מונה כשימושים מותרים, ובלבד שנמצאו הוגנים על-פי השיקולים שבסעיף 19(ב). סעיף 19 לחוק החדש מנסח את דוקטרינת השימוש ההוגן כדלקמן:

- "(א) שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.
- (ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין היתר, כל אלה:
- (1) מטרת השימוש ואופיו;
 - (2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;
 - (3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;

פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד".
90 ראו, למשל, את ההחלטה בעניין זום תקשורת, לעיל ה"ש 77, שם נפסק כי השימוש לא היה הוגן מכיוון שלא צוין שמו של בעל זכות היוצרים ביצירה. בעלת הזכויות במקרה זה הייתה התובעת, ולא הצלם.

(4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

(ג) השר רשאי לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב שימוש לשימוש הוגן.⁹¹

השינויים המרכזיים שהכניס החוק החדש הם חמישה: (1) החלפת המונח "טיפול הוגן" במונח "שימוש הוגן"; (2) הגדרת מטרת השימוש כרשימה פתוחה ("למטרות כגון אלה"); (3) החלפת "תמצית עיתונאית" ב"דיווח עיתונאי"; (4) הוספת מטרות נוספות לרשימת המטרות של השימוש ההוגן – "הבאת מובאות" וכן "הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך"; (5) הסמכת השר לקבוע תנאים להגדרת שימוש הוגן.

ההסדר החדש דומה מאוד להסדר שבסעיף 107 לחוק זכות יוצרים האמריקני, אולם ההסדרים אינם זהים.⁹¹ חשוב במיוחד להכיר בדמיון ובשוני בין ההסדרים לנוכח הפיתוי להישען על הפסיקה האמריקנית בתחום השימוש ההוגן לשם פיתוח ההלכה בישראל. קיימים כמה הבדלים מהותיים בנוסח הסעיפים. ראשית, נוסח ההסדר בחוק החדש מחייב ניתוח פרטני של כל שימוש על-פי שני תנאים מצטברים: (1) מטרת השימוש; (2) הגינות השימוש, אשר נבחנת על-פי ארבעה שיקולים המנוסחים בחוק. לשם השוואה, על-פי סעיף 107 לחוק האמריקני, שימוש הוגן למטרות כגון אלה שהחוק מונה לא יהווה הפרה.⁹² הקביעה כי מדובר בשימוש הוגן תיבחן (בין היתר) על-פי אמות המידה שהחוק מגדיר.⁹³ המבחן של מטרת השימוש נבלע למעשה בניתוח אמות המידה שהגדיר החוק, ובעיקר במסגרת השיקול הראשון: מטרת השימוש ואופיו. יתרה מזו, דומה כי בפועל לא הקנתה הפסיקה האמריקנית חשיבות רבה לרשימת המטרות. בתי המשפט האמריקניים אשר יישמו את סעיף השימוש ההוגן בחנו אך ורק את ארבעת השיקולים שבחוק לצורך הקביעה אם השימוש הוגן, ולמעשה נמנעו מלדון בנפרד ברישא לסעיף.⁹⁴

91 לדיון במקורה האמריקני של ההגנה ראו ניל נתנאל "שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" בספר זה.

92 17 U.S.C. § 107 (1976) ("Notwithstanding the provisions of section 106, the fair use of copyright work... for purposes such as... is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include...")

93 זו הייתה גם פרשנותו של בית-המשפט העליון להסדר האמריקני: "אם כן, על-פי סעיף 107 מדובר ברשימה של דוגמאות גרידא, אשר בשילוב עם ארבעת הפאראמטרים המפורטים בהמשך הסעיף מבהירות את המושג שימוש הוגן." ראו עניין גבע, לעיל ה"ש 26, בעמ' 270. לעומת זאת, המבחן שאומץ בעניין גבע הוא מבחן כפול הכולל את בחינת המטרה ובחינת הגינות השימוש – כל אחד בנפרד.

94 רק 22% מפסקי-הדין שעסקו בשימוש הוגן (בשנים 1978–2005) דנו באופן מפורש במטרות שצוינו במבוא. כמו-כן, העובדה שהשימוש ביצירה היה למטרה מסוג המטרות שהוגדרו

מנוסח ההסדר בחוק החדש משתמע כי שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה שהחוק מונה, וכי הוגנות השימוש תיבחן על-פי אמות-המידה שבחוק. דומה אפוא כי החוק החדש מותיר על כנו את מבחן התנאים המצטברים (מטרת השימוש והגינותו) שפותח בפסיקה, וכי החידוש המרכזי שבסעיף הוא הרחבת רשימת המטרות והפיכתה לרשימה פתוחה.

הבדל נוסף בין הסעיף האמריקני לבין ההסדר בחוק החדש הוא בנוסח השיקול הראשון.⁹⁵ בעוד שהמחוקק הישראלי הסתפק בבחינת "מטרת השימוש ואופיו", הנוסח האמריקני מפרט: "The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes". בתי-המשפט בארצות-הברית פירשו הוראה זו כדרישה לשקול, לצד אופי השימוש ומטרתו, אם מדובר בשימוש טרנספורמטיבי וכן אם מדובר בפעילות בעלת אופי מסחרי או בפעילות שאינה למטרות רווח.⁹⁶ ניתוח זה הוביל לעיתים את בתי-המשפט למבוי סתום.

לבסוף, קיים חידוש חשוב בדוקטרינת השימוש ההוגן כפי שאומצה על-ידי המחוקק הישראלי, אשר בא לידי ביטוי בסמכותו של שר המשפטים, המעוגנת בסעיף 19(ג), "לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב שימוש לשימוש הוגן". סמכות זאת מאפשרת להגדיר מראש (ex ante) אילו שימושים מותרים. החוק מסמך את השר להגדיר בתקנות תנאים כגון היקף מינימלי של שימוש ביצירה (למשל, עמודים אחדים מיצירה ספרותית, מספר קטן של תיבות מיצירה מוזיקלית, קטע קצר מסרט) או שימוש לצרכים מוגדרים מראש (למשל, שימוש לצורכי הוראה או לטובת אוכלוסיות בעלות צרכים מיוחדים). אם תופעל סמכות זאת במקרים ראויים, היא עשויה לתרום לצמצום האפקט המצנן הנובע מרמת אי-הוודאות הגבוהה ביחס להיקף תחולתה של הגנת השימוש ההוגן.⁹⁷ הסכנה המרכזית בהסדרים מסוג

בפתיח לסעיף לא השפיעה באופן מהותי על התוצאה של שימוש הוגן. ראו Beebe, לעיל ה"ש 2, בעמ' 559, 609–610.

95 המקור להבדלי הנוסח בין החוק הישראלי לחוק האמריקני הוא בתי-המשפט. כאמור, השיקולים לבחינת הגינות השימוש ביצירה אומצו על-ידי בתי-המשפט בישראל מן המשפט האמריקני עוד קודם לחקיקת החוק החדש. בית-המשפט העליון, אשר אימץ לראשונה את השיקולים מן המשפט האמריקני לצורך בחינת הוגנות השימוש, בחר לנסח שיקולים אלה כדלקמן: "מטרת השימוש ואופיו; טבעה של היצירה המוגנת; היקף השימוש (מבחינה איכותית מהותית) ביחס לכלל היצירה המוגנת; והשפעת השימוש על ערכה של היצירה המוגנת ו/או על השוק הפוטנציאלי שלה." עניין גבע, לעיל ה"ש 26, בעמ' 275.

96 ראו עניין Campbell, לעיל ה"ש 16.

97 לדיון בהצעות לקביעה מראש של שימושים מותרים ראו: Joseph P. Liu, *Regulatory Copyright*, 83 N.C. L. REV. 87, 148–152 (2004); Michael W. Carroll, *Fixing Fair Use*, 85 N.C. L. REV. 1087 (2007); Gideon Parchomovsky & Kevin A. Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 101 (2007).

זה היא ההפכותם מהסדר-מינימום לתקרה בפועל, אשר עלולה דווקא לצמצם את היקף השימוש המותר.⁹⁸

4. המשמעות הנורמטיבית של פרק ד לחוק: מתווה לזכויות משתמשים

החידוש השלישי שהכניס החוק החדש בנושא השימושים המותרים הוא שינוי נורמטיבי. שינוי זה נובע מן הנפקות המשפטית של התרת השימוש בסעיפים 19–30 ומן המסר הנורמטיבי שהיא מעגנת. השימושים המותרים בפרק ד, לרבות סעיף השימוש ההוגן, מגדירים נסיבות שבהן השימוש ביצירה מצוי מחוץ לגדר זכותו הבלעדית של בעל זכות היוצרים. בנסיבות אלה כל משתמש העומד בתנאי הסעיף רשאי להשתמש ביצירה גם ללא צורך בקבלת רשות מבעל זכות היוצרים. באופן זה החוק החדש מתווה באופן ברור יותר הן את זכות היוצרים והן את נחלת הכלל.⁹⁹

דומה כי השימושים המותרים שבפרק ד אינם מגדירים טענת הגנה בלבד.¹⁰⁰ מסקנה זו מתיישבת הן עם לשון החוק והן עם תכליתו. מבחינת לשון החוק קיים הבדל בולט בין

98 ראו, למשל: Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-for-Profit Educational Institutions with Respect to Books and Periodicals. הביקורת המרכזית שנמתחה על ההסדר בהסכמה בין המו"לים לבין מוסדות החינוך בדבר השימוש ביצירות לצורכי הוראה היא שהכללים בדבר כמות ההעתקה המותרת לצורכי הוראה נהפכו עד-מהרה לתקרה אשר מעבר לה נחשד השימוש כלא-הוגן. ראו Gibson, לעיל ה"ש 14.

99 מגמת החוק ליצור הבחנה ברורה יותר בין זכות היוצרים לבין נחלת הכלל באה לידי ביטוי גם בס' 3 לחוק: "לא תהא זכות יוצרים ביצירה אלא לפי הוראות חוק זה." הוראה זו מותירה מחוץ לגבולות ההגנה כל מה שאינו מוגן מכוח החוק.

100 להבחנה בין טענת הגנה לבין זכויות משתמשים עשויות להיות נפקויות משפטיות רבות. למשל, לעניין נטל ההוכחה, ההכרה בזכויות משתמשים עשויה להעביר את נטל הראיה מהנתבע לתובע. כתביעות בגין הפרת זכות יוצרים, לאחר שהתובע הוכיח את זכותו ביצירה והוכיח הפרה לכאורה של זכות היוצרים, הנתבע נדרש להוכיח כי השימוש שעשה הוא שימוש הוגן. קימת תמימות-דעים כי נטל ההוכחה להתקיימות התנאים לשימוש הוגן חל על הנתבע. בפסיקה הישראלית ראו, למשל, עניין זום 77, לעיל ה"ש 23, בעמ' 593–594. עם זאת, במקרים אחדים הטיל בית-המשפט את נטל ההוכחה על התובע. מקרה מעניין במיוחד היה בפרשת Perfect 10, לעיל ה"ש 85, שם נתן בית-המשפט לערעורים שתי החלטות סותרות באותו תיק בסוגיית נטל ההוכחה. כך, בהחלטה בתיק זה מיום 16 במאי 2007 נאמר: "Although Perfect 10 has succeeded in showing it would prevail in its prima facie case that Google's thumbnail images infringe Perfect 10's display rights, Perfect 10 must still show a likelihood that it will prevail against Google's affirmative defense... We consider these distinctions in the context of the four-factor fair use analysis, remaining mindful that Perfect 10 has the burden of proving that it will successfully challenge any evidence that Google presents to support its affirmative defense" (ההדגשה שלי – נ' א"ק). חשוב לציין כי נטל ההוכחה במקרה זה פעל לטובת הנתבע – מנוע החיפוש גוגל – בכל מה שנוגע לניתוח

החוק החדש לחוק הישן. בעוד שהחוק הישן הסתפק בהגדרת שורה של שימושים אשר אינם מהווים הפרה,¹⁰¹ החוק החדש מגדיר את השימושים המותרים הן במישור האחריות והן במישור הזכויות.

השימושים המותרים הוגדרו בחוק החדש בשתי דרכים: ראשית, על-דרך השלילה, דהיינו, עשיית פעולה המותרת לפי הוראות פרק ד לא תהווה הפרה (סעיף 47 לחוק);¹⁰² ושנית, על-דרך החיוב, דהיינו, על-ידי הגדרה פוזיטיבית של רשימת השימושים המותרים. נוסף על הסייג להפרה שנקבע בסעיף 47, החוק מתיר במפורש שורה של שימושים שאינם מחייבים קבלת רשות מבעל זכות היוצרים ואינם כפופים לתשלום תמורה. בסעיף 18, הפותח את פרק השימושים המותרים, נאמר כדלקמן: "על אף הוראות סעיף 11, עשיית הפעולות המפורטות בסעיפים 19 עד 30 מותרת בתנאים המפורטים באותם סעיפים ולשם השגת המטרות המפורטות בהם, אף בלא קבלת רשות מבעל זכות היוצרים ובלא תשלום תמורה..." (ההדגשות שלי – נ' א"ק).

מהי הנפקות המשפטית של תוספת זו? האם יש הבדל בין פעולה שהחוק מגדיר כי היא "אינה מהווה הפרה" לבין פעולות שהחוק מתיר במפורש את עשייתן? הנוסח "לא יהא בהם משום הפרת זכות יוצרים" (בחוק הישן)¹⁰³ והגדרת ההפרה בסעיף 47 לחוק החדש

101 הגורם הרביעי, שבמסגרתו נאמר: "Because market harm cannot be presumed, and because Perfect 10 has not introduced evidence that Google's thumbnails would harm Perfect 10's existing or potential market for full-size images, we reject this argument" אולם בגרסה חדשה של אותה החלטה, אשר פורסמה ביום 3 בדצמבר 2007, נאמר: "Because Perfect 10 has succeeded in showing it would prevail in its prima facie case that Google's thumbnail images infringe Perfect 10's display rights, the burden shifts to Google to show that it will likely succeed in establishing an affirmative defense" עם זאת, כאשר מדובר בפגיעה בזכות הנתבע – במקרה זה הזכות לעשות שימושים מותרים – ייתכן שהנטל ישוב אל התובע, שיצטרך להוכיח כי השימוש אינו חוסה בגדר ההיתר שבחוק. החוק הישן הגדיר את השימושים המותרים במסגרת ס' 12(1), שכותרתו "הפרת זכות יוצרים": "רואין זכות יוצרים ביצירה כאילו הופרה ע"י אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה לבעל זכות היוצרים: בתנאי שהמעשים דלקמן לא יהא בהם משום הפרת זכות יוצרים..." (ההדגשה שלי – נ' א"ק). ובמקור האנגלי: "Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything the sole right to do which is by this Act conferred on the owner of the copyright: *Provided that the following acts shall not constitute an infringement of copyright...*" (ההדגשה שלי – נ' א"ק).

102 בדומה לחוק הישן, החוק החדש קובע כי שימוש מותר לא יהווה הפרה. ראו לעיל ה"ש 89.
103 הפסיקה שדנה בחוק הישן לא התעמקה במעמד המשפטי של הסיפא לס' 12(1), ודנה בהוראות אלה באופן לא-עקבי: לעיתים כ"חריג", לעיתים כטענת הגנה (ראו, למשל, עניין קימרון, לעיל ה"ש 75, בעמ' 835) ולעיתים באופן עמום יותר כ"רשימת מקרים בהם תידחה טענת הפרה".

מתיישרים עם ההנחה שמדובר בהגבלה של זכות היוצרים, דהיינו, שימוש ביצירה המצוי מחוץ לגבולות השליטה של בעל הזכות.¹⁰⁴ מבחינה משפטית, כאשר מעשה אינו אסור, הוא מותר, ולכן אם הוא מצוי מחוץ לגדר הזכויות הבלעדיות של בעל זכות היוצרים, המשתמש חופשי לעשותו. הזכות לעשות שימוש ביצירה שאינו נופל לגדר הגנת זכות היוצרים מגדירה למעשה את תחום השימושים המצויים בנחלת הכלל. נחלת הכלל מבטאת את "המצב הטבעי", לפני החקיקה, וחוק זכות יוצרים, כדיני הקניין הרוחני האחרים, מגדיר זכויות בלעדיות במרחב החופש.¹⁰⁵

המחוקק הישראלי לא הסתפק בקביעה כי השימושים שבפרק ד אינם מהווים הפרה, אלא בחר להגדיר גם באופן פוזיטיבי את זכותו של הציבור לעשות את השימושים שהוגדרו בפרק ד בתנאים שהוגדרו שם.¹⁰⁶ משעה שנקבע כי שימושים אלה מותרים, עיגן המחוקק בחוק את זכות הציבור לעשותם. הגדרה זו משקפת את החידוש שבחוק החדש: לא עוד טענת הגנה בלבד, המקנה פטור מאחריות בנסיבות מסוימות, אלא זכות עצמאית הראויה להגנה.

ראו ת"א (שלום ת"א) 33122/02 רביב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.8.2002). (להלן: עניין רביב).

104 למשל, בית-המשפט בעניין גבע, לעיל ה"ש 26, מגדיר "חריגים" כמה שמצוי מחוץ לתחומה של הגנת זכות היוצרים: "יצוין, כי המחוקק לא התעלם ממשמעות היקף השימוש ותכליתו בעיצוב הזכות; שימושים מסוימים בנסיבות מסוימות הוצאו מתחום הגנת זכויות היוצרים מסיבות של מדיניות ציבורית. ואולם, הכשרתם של אלה אפשרית רק במסגרת החריגים לזכות." בספרות המשפטית שדנה בחוק הישן הובעה גם עמדה אחרת. לדעת לוינסון-זמיר, על-פי לשון הסעיף בחוק הישן, שימוש הוגן מהווה טענת הגנה למעשה הנחשב כהפרה, ואין פירושו "מעשה שכלל אינו מפר זכויות יוצרים, תחום שבו לבעל זכות היוצרים לא קיימת זכות ביצירתו". לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 433. עמדתה של לוינסון-זמיר אינה מתיישבת עם נוסח החוק ("לא יהא בהם משום הפרת זכות-יוצרים"), המעיד דווקא כי השימוש בנסיבות המתוארות מצוי מחוץ לגדר זכות היוצרים.

105 השופט חשין, בפרשת א.ש.י.ר., מתאר זאת בלשונו הציורית: "חוקי הקניין הרוחני יצרו מעין איים של מונופולין בים של חופש העיסוק והתחרות. על היבשה מוענק מונופולין ובמים סביבה שטים ושוחים הכל לכל-עבר ואין מכהה בהם. חוקי הקניין הרוחני מעניקים מונופולין לקניין הרוחני, אך בה-בעת חוזרים הם ומאשרים – ולו מכללא – את עקרון חופש העיסוק מעבר לתחומיהם. חופש העיסוק, קרי: חופש התחרות, קידום המסחר והתרבות, והטבה לצרכן גם במחיר גם באיכות. ונזכור: חופש העיסוק והתחרות היה והינו עיקרון פוזיטיבי במשפט ישראל, ומעלתו מעלת-חוק היא. בוודאי כך לאחר היות חוק-יסוד: חופש העיסוק." רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 383 (1998).

106 לשם השוואה, ס' 107 לחוק זכות יוצרים האמריקני משנת 1976, אשר היווה השראה לס' 19 Limitation on exclusive rights: Fair use (17 U.S.C. § 107 (1976)). החקיקה הקונטיננטלית מגדירה חריגים והגבלות לזכות היוצרים במסגרת סעיף (Exceptions and Limitations).

מהי המשמעות המשפטית של הזכות לעשות את השימושים שהוגדרו בפרק ד לחוק? האם מדובר אך ורק בזכות במובן של חירות, הנובעת מהעדר חובה בחוק להימנע מביצוע הפעולה, או בזכות במובן החזק, דהיינו, זכות שכנגדה חובה של בעל זכות היוצרים לאפשר את מימושה? אין ספק שהשימושים המותרים מגדירים חירות המוקנית לכל אחד מציבור המשתמשים, ובלבד שעמד בתנאים המוגדרים בחוק. הכוונה לזכות (privilege) שמשמעותה העדר חובה להימנע מהשימוש.¹⁰⁷ כך, למשל, הזכות הבלעדית להעתיק את היצירה, המעוגנת בסעיף 11 לחוק, מטילה על הציבור חובה להימנע מעשיית עותק של היצירה כהגדרתו בסעיף 12 ללא רשותו של בעל זכות היוצרים. אולם חובה זו אינה חלה בכל מה שנוגע להעתקה זמנית כמשמעותה בסעיף 108.26. משתמש שביצע העתקה זמנית בתנאים שהוגדרו בסעיף אינו כפוף לחובה להימנע מביצוע העתקה זמנית כאמור, ולבעל זכות היוצרים אין כל זכות כלפיו בגין שימוש כאמור.

אולם זכות במובן של חירות מעוגנת כבר בסעיף 47 לחוק החדש, הקובע כי שימוש מן השימושים שפרק ד מונה לא יהווה הפרה. מה מוסיף אפוא ההיתר שבסעיף 18? מדוע נדרש המחוקק להתיר בסעיף 18 לחוק דבר שהחוק אינו אוסר כלל (סעיף 47)? הגדרת השימושים המותרים במישור של זכות, ולא רק במישור של אחריות, עשויה להוות בסיס לטענה כי זכויות השימוש שבפרק ד הן זכויות במובן החזק, דהיינו, זכות שכנגדה קמה חובה של בעל היצירה לאפשר את השימושים האמורים.

האם חלה על בעל הזכויות חובה מכוח החוק לאפשר את השימושים המותרים או להימנע מכל פעולה אשר תפריע בביצועם? האם הציבור זכאי לדרוש את אכיפתה של חובה כזו? יש הטוענים כי אין בסיס לקביעה זו.¹⁰⁹ במקרים רבים דומה כי אין צורך בהטלת חובה כזו, ודי בקביעת החירות לעשות שימוש כאמור. נוסף על כך, דומה שלא תהיה לחובה מסוג זה משמעות מעשית. למשל, נראה כי לא חלה על סופר חובה לאפשר הבאת מובאות

107 זכות (privilege) משמעותה ההפך מחובה, שהינה קורלטיבית על-פי הופלד ל"העדר זכות".
ראו: WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING 23 (W.W. Cook ed., 1964).

108 העתקה זמנית מוגדרת "לרבות העתקה... שנעשתה בדרך אגבית, של יצירה... אם היא מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת, על ידי גורם ביניים, או לאפשר שימוש אחר כדין ביצירה, ובלבד שאין לעותק האמור ערך כלכלי משמעותי משל עצמו".

109 ראו: LUCIE GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT 94 (2002).

מספריו. במקרה זה כל שניתן לומר הוא כי אם מאן דהוא ציטט מספרים המוגנים בזכות יוצרים במסגרת שימוש הוגן, לא יוכל בעל זכות היוצרים בספר למנוע זאת.¹¹⁰ אך מה באשר לחברת תוכנה אשר מונעת מתן גישה לתוכנה לשם יצירת תאימות בין התוכנה המקורית לבין תוכנות אחרות? האם ניתן לחייב את בעל התוכנה לאפשר גישה כאמור? לעיתים עשויה לחול על בעל זכות היוצרים חובה, שכנגדה זכות למשתמש, מכוח דינים אחרים. למשל, ייתכן שניתן לחייב את בעלת זכויות היוצרים בתוכנה לאפשר גישה לתוכנה כאמור מכוח דיני ההגבלים העסקיים. במקרים אחרים ייתכן שיחולו על בעל הזכות חובות מכוח דברי-חקיקה אחרים, כגון דיני הגנת הצרכן או הגנת הפרטיות. זכויות משתמשים להשתמש ביצירה עשויות לנבוע מחירויות וזכויות רבות, כגון חופש העיסוק, חופש הביטוי, הזכות לפרטיות וחוקי הגנת הצרכן. לעומתם, יש שימושים שההצדקה להתרתם היא פנימית, ונובעת מתכליתם של דיני זכויות יוצרים. באותם מקרים השימוש המותר משרת את תכליתם של דיני זכויות היוצרים, ומניעתו עלולה לסכל את מטרות החוק. במקרים אלה יש חשיבות להגדרת הזכות לשימוש ביצירה במסגרת חוק זכות יוצרים עצמו. החשיבות המרכזית של הוראת סעיף 18 היא התוקף הנורמטיבי שהיא מעניקה לזכויות משתמשים. החוק מייחד פרק שלם (פרק ד) לשימושים מותרים. נוסח החוק מבטא באופן מפורש את ההנחה כי השימוש ביצירה אינו חריג המבטא כשל אכיפה, אלא מהווה חלק בלתי-נפרד ממארג החובות והזכויות שנועד לשרת את תכלית החוק. בכך החוק החדש מוסר מסר נורמטיבי חשוב: זכותם של משתמשים להשתמש ביצירות מהווה חלק בלתי-נפרד מהמשטר המשפטי שהחוק מכונן; היא חיונית כדי לשרת את מטרותם האולטימטיבית של דיני זכויות היוצרים, דהיינו, עידוד היצירה.

לשם השוואה ראוי לציין את ההתפתחות שחלה בעולם בנושא של זכויות משתמשים. ההתפתחות המשמעותית ביותר בנושא זה התרחשה במשפט הקנדי. בעניין *CCH*¹¹¹ הכיר בית-המשפט העליון של קנדה באופן מפורש ב"זכויות משתמשים" כחלק בלתי-נפרד מדיני זכויות יוצרים, המחייב פרשנות רחבה על-מנת להבטיח את האיזון הנאות בין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים:

"Before reviewing the scope of the fair dealing exception under the Copyright Act, it is important to clarify some general considerations about exceptions to copyright infringement. Procedurally, a defendant is required to prove that his or her dealing with a work has been fair;

110 שם, בעמ' 91–95. בצרפת, לצד זכות היוצר, יש למשתמש זכות לצטט ולערוך פרודיה. אבל למרות השימוש במינוח זה, שימושים מותרים אינם יוצרים בזכויות במובן החזק – מה שמכונה במשפט הקונטיננטלי "זכות סובייקטיבית". שם, בעמ' 90.

111 לעיל ה"ש 47.

however, the fair dealing exception is perhaps more properly understood as an integral part of the Copyright Act than simply a defense. Any act falling within the fair dealing exception will not be an infringement of copyright. *The fair dealing exception, like other exceptions in the Copyright Act, is a user's right.* In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests, it must not be interpreted restrictively."¹¹²

ד. הנפקות המעשית של זכויות משתמשים

ההכרה בזכויות משתמשים כחלק בלתי-נפרד מן האמצעים להגשמת תכלית החוק עשויה להיות בעלת נפקויות מעשיות. היא יכולה להוות מסגרת נורמטיבית לפרשנות של פרק השימושים המותרים, ובעיקר ליצור מסגרת עקרונית לניתוח הגנת השימוש ההוגן. ההכרה בזכויות משתמשים עשויה גם לסייע בבחינת ההסדרה הפרטית של השימוש ביצירות, ובהגבלת נפקותם של הסדרים אלה כאשר הם מפירים לא כדין זכויות אשר עוגנו בחוק.

1. מסגרת נורמטיבית לפרשנות

השימוש ההוגן מהווה, כאמור, נורמה פתוחה המחייבת את בתי-המשפט להכריע בדיעבד אם התקיימו נסיבות המצדיקות את התרת השימוש גם בהעדר רישיון מאת בעל זכות היוצרים. רבות נכתב על היתרונות והחסרונות של נורמות פתוחות כאמצעי לתחמת היקף הזכויות בקניין רוחני.¹¹³ נורמה פתוחה מקנה לבית-המשפט גמישות רבה, ומאפשרת לו להפעיל שיקול-דעת ולתת מענה לסוגים שונים של נסיבות אשר לא היה אפשר לצפותן מראש. מצד אחר, נורמה פתוחה, המסמיכה את בית-המשפט לפסוק בדיעבד (ex post) אם השימוש הוגן, מפחיתה את הוודאות.

112 שם, בעמ' 48 (ההדגשה שלי – נ' א"ק).

113 ראו, למשל, ניבה אלקין-קרון "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9 (2001). נורמות פתוחות אינן ייחודיות כמוכן לדיני זכויות יוצרים, והן תפסו להן מקום של כבוד במשפט האזרחי בישראל. די להזכיר את מבחן הסבירות בעוולת הרשלנות בנוזיקין, את עלייתו של עקרון תום-הלב בדיני חוזים למעמד של עקרון-על, ואת פלישתם של עקרונות הצדק מדיני עשיית עושר ולא במשפט אל הטריטוריה של קניין רוחני ודיני חוזים.

השימוש בנורמה הפתוחה (שימוש הוגן) לשם תחזית גבולותיה של זכות היוצרים, שהיא זכות in rem, עלול ליצור בעיות חריפות במיוחד. אופייה הקנייני או המעין-קנייני של הזכות הבלעדית לשימושים שונים ביצירה מטיל למעשה חובה על ציבור המשתמשים להימנע משימושים אלה. לפיכך עיקרון חשוב בדיני הקניין הוא עקרון הוודאות. זכויות in rem צריכות לשדר מסר ברור בנוגע לסוג החובות המוטל על ציבור המשתמשים.¹¹⁴ חוסר ודאות בנוגע להיקף הזכות הבלעדית ולגבי השימושים המותרים עלול ליצור אפקט מצנן בקרב משתמשים. חוסר הוודאות הנובע משימוש בנורמה פתוחה בדיני חוזים – למשל, תום-לב במשא-ומתן לקראת כריתת חוזה – עשוי להגביר את זהירותם של הצדדים ולעודדם לנהוג ביושר (לעיתים על-חשבון יעילות). אך חוסר ודאות בנוגע להיקף השימושים המותרים ללא רישיון עלול להוביל לריסון-יתר של משתמשים ולהימנעות משימושים ראויים שאותם ביקש המחוקק להחזיר. שימושים מסוג זה, כאמור, משרתים את השגת היעדים של דיני זכויות יוצרים לא פחות ממתן תמריצים ליוצר. בתי-המשפט נדרשים אפוא לצקת ודאות על-ידי עיצוב מסגרת עקרונית ליישומן של אמות-המידה לשימוש הוגן. זאת ועוד, עיצוב כללים בהירים ליישום השימושים המותרים חיוני על-מנת לחזק את הלגיטימציה של החוק. על-מנת שחוק זכות יוצרים יוכל למלא את תפקידו, יש לפעול לכך שהציבור יפנים אותו. להיבט זה יש חשיבות גדולה במיוחד בסביבה של רשתות דיגיטליות, שבהן אמצעי הייצור וההפצה מצויים בידי יחידים. בסביבה זו יישום החוק מחייב ריסון ואכיפה עצמית. לשם כך יש צורך לא רק במערכת הסברה וחינוך, אלא גם בחיזוק כוח השכנוע של החוק והלגיטימיות שבה הוא זוכה בקרב הציבור. ככל שהפער בין החוק לבין האופן שבו אנו יוצרים יצירות ומשתמשים בהן יהיה גדול יותר כן יעמיק הניכור שיחוש הציבור ביחס לחוק. אין הכוונה כמובן לכך שהחוק צריך לבטא נורמה קלוקלת. העובדה שאנשים מבצעים העתקות פירטיות אינה צריכה ליהפך לאמת-המידה שלפיה תיבחן הגינות השימוש. הניתוח המשפטי נועד לבחון את ההתנהגות בחינה נורמטיבית. אולם עיצוב הנורמה המשפטית של שימוש הוגן צריכה לגשר על הפער הקיים בין הרמה האינטואיטיבית שבה אנו מבינים את המושג "שימוש הוגן" לבין נוסחת האיזון המשפטית שבחוק. כאשר לא-משפטנים משתמשים בביטוי "שימוש הוגן", הם מתכוונים בדרך-כלל לשימוש שהם תופסים כלגיטימי, כמקובל, שימוש שלא היה בכוונתם לשלם עליו. ככל שהיישום של אמות-המידה יתרחק מן התפיסות המקובלות בקרב ציבור המשתמשים, מסביבת העבודה והבילוי שלהם, מן ההתנסויות היומיומיות שלהם ומן המנהגים ואורחות החיים בקהילה שסביבם ובקהילות וירטואליות, כן יגדל הניכור בין חוק זכות יוצרים לבין דפוסי היצירה והשיח התרבותי.

Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property*: 114
The Numerous Clauses Principle, 110 YALE L.J. 1 (2000)

הקביעה כי שימוש הוא הוגן מבוססת כאמור על מבחן כפול: בחינת מטרת השימוש ובחינת הגינות השימוש לאור ארבעת השיקולים שהוגדרו בחוק. כיצד ראוי ליישם מבחנים אלה לנוכח תכלית החוק וההכרה בזכויות משתמשים?

(א) מטרת השימוש

סעיף 19(א) מונה את מטרות השימוש: "שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך". מה שמייחד מטרות אלה הוא שהן משקפות את היעדים שדיני זכויות היוצרים מבקשים לקדם: עידוד היצירה והנגשתה. חלקן נוגעות בשימוש על-ידי משתמש-יוצר המבסס את יצירתו על יצירות קיימות: מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות. ההכרה בשימושים אלה במסגרת הגשמת היעדים של חוק זכויות יוצרים משקפת הכרה במשתמש כיוצר (למשל, במקרה של ביקורת), כשותף ליצירת משמעות (למשל, במקרה של סקירה או הבאת מובאות) וכיוצר-בכוח (במקרה של לימוד עצמי). אך מטרות השימוש המנויות בסעיף משקפות גם הכרה בחשיבותם של שימושים נוספים התורמים לקידום יעדיהם של דיני זכויות יוצרים – למשל, לימוד עצמי והוראה ובחינה על-ידי מוסד חינוך, שחשיבותם נובעת מהנחלת הידע שהחוק מבקש לעודד את התפתחותו. שימוש לצורכי הוראה ובחינה אינו שימוש יצרני (פרודוקטיבי), לפחות לא במובן הצר שלפיו יוצר חדש עושה שימוש יצירתי ביצירתו של יוצר קודם. מדובר בשימוש סביל לכאורה. עם זאת, במובן הרחב ניתן לטעון כי אין כלל שימוש סביל ביצירה, שכן המשתמש לעולם נוטל חלק פעיל ביצירת משמעות. במקרה זה הרחבת השימוש ביצירות והגברת נגישותן הן התכלית שהחוק מבקש לעודד.

כאמור, סעיף 19 מגדיר את מטרות השימוש ביצירה כרשימה פתוחה. המילים "כגון אלה" מסמיכות את בית-המשפט לשקול מטרות נוספות על אלה שהסעיף מונה, אך נועדו עם זאת לכוון את מלאכת הפרשנות של בית-המשפט.¹¹⁵ אילו מטרות נוספות עשויות לבוא בגדר הסעיף? המטרות הראויות ייגזרו מתכלית החוק – קרי, עידוד היצירה והנגשת יצירות – ויכללו, למשל, שימוש ביצירה לצורך איתור יצירות על-ידי מנוע חיפוש, וכן שימוש

115 ראוי לציין כי בהצעת החוק המקורית שהובאה לקריאה ראשונה נאמר "שימוש הוגן ביצירה מותר, בין השאר, למטרות אלה...". ראו הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 1116, 1125. בדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת הובע החשש כי המונח "בין השאר" יקנה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב מדי. בעקבות הצעת הפשרה של חבר-הכנסת דב חנין הוצע להחליף את המילים "בין השאר" במילה "כדוגמת", אשר בתום עבודת הניסוח הוחלפה בנוסח "כגון אלה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 148 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17, 22-28 (2.1.2007).

פרטי לשם עיון או צפייה חוזרת או לשם תיעוד ושימור. חשוב להבחין בין חשיבות השימוש לקידום יעדיהם של דיני זכויות יוצרים לבין חשיבותן של היצירות עצמן או של המטרה הציבורית שהשימוש בהן נועד לשרת. דיני זכויות יוצרים נוקטים עמדה ניטרלית בנוגע לתוכן היצירות, והם אדישים להבדל בין שימוש לצורכי פרסום מוצרים לבין שימוש לצורכי תעמולת בחירות. השאלה אינה מה חשיבותו של השימוש על-פי סולם ערכי חיצוני, אלא אם השימוש דרוש לשם קידום תכלית החוק.

(ב) סעיף 19(ב): הוגנות השימוש

לצד בחינת מטרת השימוש, התנאי המצטבר השני להכרה בשימוש הוגן הוא הוגנות השימוש על-פי אמות-המידה שנקבעו בחוק. ניתוח השיקולים שנקבעו בחוק אינו מתמטי. כל אחד ואחד מן השיקולים עשוי לתמוך במסקנה שמדובר בשימוש הוגן או לשלול אותה. ההכרעה הסופית של בית-המשפט צריכה להיעזר בניתוח השיקולים ותו לא.

השיקול הראשון – מטרת השימוש ואופיו – מהווה שיקול מרכזי בבחינת הוגנות השימוש. במסגרת שיקול זה יבחן בית-המשפט אם השימוש משרת את התכלית של עידוד היצירה. שימוש טרנספורמטיבי הוא הדוגמה המובהקת לכך.¹¹⁶ בית-המשפט יבחן את מטרת היצירה המקורית ואת מטרת השימוש: האם השימוש ביצירה מהווה תחליף ליצירה המקורית? האם הוא משמש לאותן מטרות באותה דרך? או שמא הוא מוסיף משהו חדש – אם בכך שהוא משרת מטרה אחרת,¹¹⁷ אם בכך שאופיו שונה¹¹⁸ ואם בכך שהוא משנה את משמעות הביטוי המקורי או את המסר שהוא מעביר?¹¹⁹ כך, למשל, העתקת שיר מקובץ

116 ראו בהקשר זה את פסק-הדין המנחה בעניין *Campbell*, לעיל ה"ש 16.
 117 למשל, הצגת תמונות מוקטנות בתוצאות החיפוש של מנוע החיפוש גוגל משרתת את המטרה של איתור היצירה, ולא של העברת מסר. ראו פרשת *Perfect 10*, לעיל ה"ש 85.
 118 למשל, ציור אומנותי בכרזה נועד לשרת מטרה אומנותית ושיווקית, ואילו הכללתו בביוגרפיה נועדה לשרת מטרה אחרת – תיעוד, הנצחה ומתן משמעות היסטורית. ראו עניין בס, לעיל ה"ש 5.

119 ראו, למשל: *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1277 (11th Cir. 2001), שם התקבלה טענת שימוש הוגן של הסופרת אליס רנדל (*Alice Randall*), מחברת הספר *The Wind Done Gone*, אשר הציג "גרסה שחורה" לרומן הקלאסי *חלף עם הרוח*, המתוארת מנקודת-מבטה של בת-תערובת שנולדה לשפחה שחורה שנוצלה מינית על-ידי בעל החווה הלבן. בישראל, ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1437/02 מוסינזון נ' האפרתי (פורסם בנבו, 29.5.2003), שם נפסק כי ספרה של שפרה האפרתי לא תשווה אינו מפר את זכות היוצרים בספרי חסמב"ה של הסופר המנוח יגאל מוסינזון. בספר מתוארים קורותיהם של חברי "חבורת סוד מוחלט בהחלט" בבגרותם, כפי שהם נגלים לעיניו של הסופר יגאל מוסינזון עם מותו. בית-המשפט פסק כי גם אם יש בספרה של האפרתי העתקה של דמויות חסמב"ה, מדובר בפרודיה על סדרת חסמב"ה, החוסה תחת הגנת השימוש ההוגן.

שירים או העתקת קטעים מסרט לצורכי הוראה משמשות למטרה שונה מזו שלשמה נועדה היצירה המקורית. לעומת זאת, העתקת פרקים מספר לימוד לשם תרגול בקורס משמשת לאותה מטרה שלשמה נועדו הספרים. אפשר גם לראות שבמקרה הראשון השימוש לצורכי הוראה אינו מהווה תחליף ליצירה המקורית, ואינו צפוי לפגוע בערך היצירה. לעומת זאת, הפצת עותקים הלקוחים מספרי לימוד בקרב תלמידים בקורס עלולה לפגוע בשוק המרכזי אשר לו יועדו הספרים.

בית-המשפט יבחן גם אופן השימוש ביצירה: האם הוכנסו בה שינויים? האם שולבו בה מרכיבים נוספים? מה מידת השימוש ביצירה המקורית מתוך מכלול היצירה המפורה (להבדיל מן השיקול של היקף השימוש, שבוחן את מידת הנטילה מן היצירה המקורית). בשנים האחרונות נמתחה ביקורת נוקבת בספרות המשפטית האמריקנית על הדגש הרב שהושם שם בשימושים טרנספורמטיביים.¹²⁰ הטענה היא כי גישה זו צרה מדי ומחייבת משתמשים להוכיח כי הוסיפו תרומה מקורית ליצירה על-מנת שתוכר זכותם לעשות בה שימוש גם ללא רישיון. הדרישה לשימוש טרנספורמטיבי מתעלמת מן החשיבות של העתקה גרידא לצורך ביטוי עצמי, שכנוע והשתתפות בשיח הציבורי – ערכים אשר מוגנים במסגרת חופש הביטוי אך גם נגזרים מזכויות המשתמשים ליטול חלק בשיח התרבותי. בתי-המשפט בארצות-הברית הכירו לעיתים בשימוש לא-טרנספורמטיבי כשימוש הוגן. הדוגמה הבולטת לכך היא כמובן פרשת *Sony*, שבה נפסק כי הקלטת תוכניות טלוויזיה המוגנות בזכות יוצרים, באמצעות מכשיר וידיאו ביתי, לשם צפייה במועד אחר (time shifting) מהווה שימוש הוגן.¹²¹

חשוב להדגיש כי קיימים הבדלי נוסח בין השיקול הראשון שבסעיף 19(א)(1) לבין סעיף 107(1) לחוק האמריקני, שם נאמר במפורש כי יש להתחשב בשאלה אם השימוש הוא בעל אופי מסחרי או אם הוא לתכלית חינוכית שאינה למטרות רווח. המחוקק הישראלי בחר להשמיט שיקולים אלה. יש בכך היגיון. בתי-המשפט האמריקניים שהתחבטו בשאלת המסחריות הכירו בכך שכל שימוש כמעט, לרבות שימושים למטרות שהסעיף מגדיר, עשוי להיות שימוש מסחרי או שימוש למטרות רווח או לפחות שימוש בתשלום. כתוצאה מכך פחת משקלו של שיקול זה בקביעת הגינות השימוש.¹²² תכליתו של המבחן היא לאפשר לבית-המשפט לקבוע אם מטרתו של השימוש היא לנצל את היצירה המקורית באופן מסחרי – למשל, לחסוך את התשלום המגיע לבעל הזכויות המקורי או להעצים את כוח המשיכה של היצירה המפורה. במקרים אלה מטרת השימוש מסחרית, ועובדה זו תישקל כנגד הקביעה

120 ראו, למשל, Tushnet, לעיל ה"ש 42; Litman, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1919; Liu, לעיל ה"ש 34, בעמ' 420–421.

121 ראו פרשת *Sony*, לעיל ה"ש 84.

122 ראו עניין *Campbell*, לעיל ה"ש 16.

כי השימוש הוגן. כאשר השימוש אינו מיועד לסייע בקידום המסחרי, והמסחריות של התוצר הסופי אינה אלא תוצאת-לוואי, יתמוך הניתוח בקביעה כי מדובר בשימוש הוגן.¹²³ השיקול השני בוחן את אופייה של היצירה המקורית על-מנת לקבוע מהי עוצמת ההגנה המתחייבת על זכויות היוצר ביצירה. במסגרת שיקול זה בית-המשפט בוחן אם היצירה המוגנת מושא התביעה מצויה בתחום הכבידה של דיני זכויות יוצרים, דהיינו, מהווה ביטוי החוסה תחת הגנתם. כאשר מדובר ביצירות המצויות בקו-התפר שבין ביטוי לרעיון – שיטות, נתונים ועובדות שיש בהם היבטים מקוריים אך כוללים גם היבטים משמעותיים שאינם מוגנים – תיטה הכף לטובת הכרה בשימוש בהן כהוגן. הדבר נובע מן התכלית שאותה נועדו דיני זכויות היוצרים לשרת. דיני זכויות יוצרים מקנים הגנה למגוון של יצירות: לגבי חלקן ההגנה נובעת באופן ישיר מן ההצדקות להגנה על יצירות (יצירות מקוריות), ולכן הן מצויות בלב ההגנה של זכות יוצרים; אך חלקן קרובות יותר לקו-התפר שבין זכות יוצרים לבין נחלת הכלל. ככל שמדובר ביצירות אשר מהוות רעיון או מצויות בנחלת הכלל, כן נחלש הצורך להעניק להן הגנה חזקה וגובר הצורך בהבטחת גישה אליהן ושימוש בהן, שמא תוגבל יתר על המידה הגישה לנחלת הכלל.

במסגרת השיקול השלישי יבחן בית-המשפט מהו היקף השימוש ביצירה המקורית, ועד כמה העתיק ממנה הנתבע. מידת ההעתקה תיבחן הן כמותית והן איכותית. בהקשר זה, העתקה מלאה של היצירה תישקל בדרך-כלל כנגד הקביעה כי השימוש היה הוגן. אולם השאלה אינה רק אם היצירה הועתקה בשלמותה, אלא אם היקף ההעתקה אכן דרוש לצורך השימוש.¹²⁴ כך, למשל, כאשר דובר בתמונות מוקטנות המופיעות בתוצאות החיפוש של

123 על רקע זה דומה כי החלטת בית-המשפט בעניין גבע הייתה שגויה. בית-המשפט פסק כי השימוש שעשה דודו גבע בציור של דונלד דק במסגרת סיפורי "מובי דק" אינו שימוש הוגן, הואיל ומדובר בשימוש מסחרי. בית-המשפט ציין כי אין די בכך שהשימוש המפר נועד להעביר ביקורת, אלא יש להראות כי היצירה שהועתקה אכן משרתת צורכי ביקורת. ניתוח היצירה הוביל את בית-המשפט למסקנה כי השימוש בדמותו של דונלד דק היה מסחרי גרידא, הואיל והוא לא השתכנע כי השימוש בדמות תורם לאפקט הסטירי. כך נימק זאת בית-המשפט: "לעניין ביקורת חברתית כללית אף אם נניח שבאה לידי ביטוי ביצירה, כך שמדובר בסאטירה חברתית, אין זה נעשה על-ידי עצם השימוש בדמות של ד. ד. אין בסיפור כל שימוש במאפיינים ייחודיים של ד. ד. או סביבתו התרבותית להעברת מסר חברתי-אמנותי כזה או אחר. השימוש בדמות הגראפית של ד. ד. בסיפור מושך אולי את הלב ואף מצחיק, ולכך יש ערך מסחרי, אך לא ערך אמנותי-סאטירי, המצדיק העתקה מיצירה מוגנת." ראו עניין גבע, לעיל ה"ש 26, בעמ' 278. ניתוח זה משקף חוסר אמון בדבר הערך האומנותי של יצירתו של גבע, וכן הנחה מובלעת לעניין מטרתה, ובכך מצביע על הבעייתיות שביישום המבחן המסחרי בהקשרי יצירה שונים.

124 ראו עניין *Campbell*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 586–587 (the extent of permissible copying) "varies with the purpose and character of the use".

מנוע החיפוש גוגל, פסק בית-המשפט האמריקני לערעורים כי ההעתקה המלאה נדרשת לצורך ביצוע הפונקציה של איתור תמונות באמצעות מנוע החיפוש.¹²⁵ השיקול הרביעי בקביעת הגינות השימוש בוחן את השפעת השימוש על ערך השוק הנוכחי של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.¹²⁶ במקרה של שימוש הוגן החוק מתיר למעשה שימוש ללא רשות מאת בעל זכות היוצרים אף אם הוא עלול לפגוע באינטרס הכלכלי של בעל זכות היוצרים וביכולתו להפיק רווח מיצירתו. השיקול הרביעי נועד אפוא לבחון מהי הפגיעה הכלכלית בשוק של היצירה, מה בעל זכות היוצרים מפסיד מהתרת השימוש בחסות החוק. הפגיעה הבולטת ביותר בשוק של היצירה היא כאשר השימוש המפר מתחרה ביצירה המקורית. כך, למשל, באותם מקרים שבהם השימוש מהווה תחליף ליצירה המקורית. בתי-המשפט לא הסתפקו בבחינת השימוש הספציפי שנדון בהליך שלפניהם, ובחנו מהן ההשלכות הכלכליות של התרת השימוש בהנחה שהכל ינהגו כך ויעשו ביצירה שימוש ללא רשות.¹²⁷ לא כל פגיעה בשוק תובא בחשבון. כך, למשל, פרודיה אשר מלעיגה את היצירה המקורית עלולה לפגוע במכירות של היצירה המקורית, ובכל-זאת מוכרת כשימוש הוגן.¹²⁸

השפעת השימוש על השוק הפוטנציאלי מעוררת את השאלות המורכבות ביותר בבחינת השימוש ההוגן. מצד אחד, כאשר השימוש הוא טרנספורמטיבי – דהיינו, כאשר הוא מוסיף ביטוי מקורי משלו ליצירה המקורית – הוא משרת את מטרתם של דיני זכויות יוצרים, ובדרך-כלל גם אינו גורם נזק לשוק היצירה המקורית. הסיבה לכך היא שבדרך-כלל שימוש כאמור לא יהווה תחליף ליצירה המקורית, כי הוא שונה ממנה.¹²⁹ מצד אחר, בעל זכות היוצרים זכאי להתיר או לאסור שימושים ביצירתו, ובידיו הכוח המשפטי למכור רישיון בתשלום לכל שימוש, לרבות לעשיית יצירות נגזרות. לכן כל שימוש ללא רישיון משקף למעשה שוק פוטנציאלי אשר אלמלא ההפרה היה בעל זכות היוצרים יכול לנצל לשם הפקת רווח. אם בית-המשפט יראה בכל מצב כזה פגיעה בשוק הפוטנציאלי של היצירה, אזי השיקול הרביעי ירוקן מתוכן שכן הוא יטה באופן אוטומטי נגד הכרה בשימוש הוגן בכל

125 ראו פרשת *Perfect 10* ופרשת *Kelly*, לעיל ה"ש 85.
 126 בעבר נטו בתי-המשפט בארצות-הברית לראות בשיקול זה גורם מכריע בקביעה אם מדובר בשימוש הוגן. הלכה זו נהפכה על-ידי בית-המשפט העליון בארצות-הברית בעניין *Campbell*, לעיל ה"ש 16. אולם בתי-המשפט בישראל מצטטים עדיין שיקול זה כגורם מכריע. ראו, לדוגמה, פרשת זום 77, לעיל ה"ש 23; ת"א (שלום ת"א) 22917/03 לב נ' נהרות משלוחות רפטינג בע"מ (טרם פורסם, 2004) (שם נדון שיקול זה בהיקש לפיצוי סטטוטורי); עניין רביב, לעיל ה"ש 103; עניין מפעל הפיס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 598.
 127 ראו פרשת *Sony*, לעיל ה"ש 84.
 128 שם.
 129 ראו פרשת *Campbell*, לעיל ה"ש 16.

מקרה של הפרה. יוצא אפוא שכאשר בחייה המשפט נדרשים לשקול גם פגיעה בשוק הפוטנציאלי של היצירה, הם עלולים לפסול שימושים יצירתיים אשר יוצקים משמעות חדשה ביצירות ופותרים פתח ליישומים ולשווקים חדשים ליצירה, אף ששימושים אלה משרתים את היעדים שאותם נועדו דיני זכויות היוצרים לשרת. לכן פרשנות של סעיף 19 על-פי תכלית החוק מחייבת יישומו של מבחן זה בצמצום.

בטרם יפסוק בית-המשפט אם נפגע השוק הפוטנציאלי של התובע, עליו לקבוע תחילה אם לתובע יש זכות לתבוע תשלום בגין שימוש כאמור.¹³⁰ יש לבחון אם ראוי להחריג את השימוש המדובר מגדר הזכות הבלעדית של בעל זכות היוצרים ולהתירו. בית-המשפט צריך לשקול אם תכליתם של דיני זכויות היוצרים מחייבת הכרה בשימוש כהוגן, קרי, אם השימוש משרת את התכלית של עידוד היצירה והעשרת עולם הביטויים.¹³¹ העובדה שבעל הזכויות מציע מנגנון רישוי, או שפלוני בחר לשלם בעבור רישיון לשימוש אשר החוק מתיר לו לעשותו גם ללא רישיון, אינה יכולה להקנות לבעל הזכויות זכות בלעדית למנוע את השימוש (שהיה צריך להתירו) גם מאחרים.¹³²

2. הסדרה פרטית

זכות היוצרים המוגדרת בחוק מהווה בעידן המידע נקודת מוצא שעליה נבנים נדבכים נוספים של הגנה באמצעות הסדרה פרטית: רשיונות שימוש ואמצעים טכנולוגיים. בהקשר זה, לבחירתו של המחוקק הישראלי להעניק משקל מיוחד לזכויות המשתמשים יש לא רק חשיבות נורמטיבית, אלא גם משמעות מעשית. זכויות משתמשים יוצרות מתווה לבחינת תוקפן של ההגבלות המוטלות על שימושים מותרים באמצעות הסדרה פרטית. ההסדרה הפרטית ממלאת בשנים האחרונות תפקיד חשוב לצד דיני זכויות יוצרים. רשתות דיגיטליות יוצרות קשר ישיר בין ספקי תוכן למשתמשים, ומאפשרות לספקים להכפיף את המשתמש לתנאי שימוש. יצירות רבות משווקות לציבור הרחב בכפוף לרשיונות

130 עניין *Princeton University Press*, לעיל ה"ש 11.

131 "The ultimate test of fair use... is whether the copyright law's goal of promoting the Progress of Science and useful Arts would be better served by allowing the use than by preventing it." *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group*, 150 F.3d 132, 141 (2d Cir. 1998).

132 עמד על כך בית-המשפט לערעורים בארצות-הברית בפרשת *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley* (תביעה בגין הפרת זכויות יוצרים בפוסטרים אומנותיים שהיו בבעלות ארכיון, במסגרת אלבום להנצחת מורשתה של הלהקה המוזיקלית Grateful Dead). בית-המשפט פסק כי: "a copyright holder cannot prevent others from entering fair use markets merely 'by developing or licensing a market...'" *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 614–615 (2d Cir. 2006). באותה פרשה התקיים משא-ומתן בין התובע לנתבע לקבלת רישיון, אך הצדדים הגיעו להסכמה.

שימוש (End User License Agreements – EULA). מדובר בסוג של רשיונות אחידים אשר מוצמדים ליצירה, בתצורה דיגיטלית או בדפוס, או מתפרסמים באתר האינטרנט שמציג את היצירה או מאפשר את הורדתה.¹³³

במקרים רבים רשיונות שימוש משמשים להטלת הגבלות על העתקה, הפצה, שינוי ושימושים אחרים ביצירה ללא רשותו של בעל זכות היוצרים, בין אם השימוש מוגן בדיני זכויות יוצרים ובין אם לאו. לעיתים קרובות הרשיונות כוללים הגבלות לגבי שימושים אשר מותרים על-פי החוק. כך, למשל, הוראה נפוצה ברשיונות שימוש בתוכנה מגבילה את הזכות לערוך שינויים והתאמות בתוכנה או לבצע הנדסה חוזרת (על-אף האמור בסעיף 24 לחוק). באופן דומה, רשיון שימוש בספרות מקצועית או במאגר מידע עשוי להתיר עיון בלבד, ולאסור שימוש בקטעים או בחלקים קצרים לצורכי הוראה (על-אף האמור בסעיף 19 לחוק). רשיון שימוש בכתב-עת אלקטרוני יכול לאסור יצירת עותק לגיבוי (על-אף האמור בסעיף 30 לחוק), ורשיון שימוש לעותק DVD של דרמת טלוויזיה יכול לאסור את הקרנתו במסגרת הוראה בכתי-ספר (על-אף האמור בסעיף 29 לחוק).

בשנים האחרונות גוברת הנטייה להכיר בתוקפם של רשיונות שימוש מסוג זה, לרבות רשיונות צלופן (shrink-wrap) ורשיונות הקש-קבל (click-wrap).¹³⁴ הניסיון להגביל זכויות משתמשים באמצעות חוזים ורשיונות מעורר כמובן את השאלה באיזו מידה הגבלות אלה תקפות ויכולות לגבור על הוראות החוק. האם עיגון השימושים המותרים כזכות בחוק החדש משנה את המצב המשפטי?

החוק החדש אינו מגדיר מהו מעמדן המשפטי של זכויות המשתמשים. כך, למשל, לא ברור אם מדובר בזכויות קוגנטיות שאי-אפשר להתנות עליהן בחוזה או שמא מדובר בהסדר דיספוזיטיבי שהצדדים רשאים לסטות ממנו בהסכמה. החוק האירופי, למשל, מכיר במספר

133 ראו: Niva Elkin-Koren, *Governing Access to Users-Generated-Content: The Changing Nature of Private Ordering in Digital Networks*, in GOVERNANCE, REGULATIONS AND POWERS ON THE INTERNET (Eric Brousseau, Meryem Marzouki & Cécile Méadel eds., forthcoming 2008).

134 סוגיית תוקפם של חוזים אלקטרוניים מן הסוג של רשיונות שימוש מצויה מחוץ לגדר הדין בפרק זה. ראו: Lucie Guibault, *Wrapping Information in Contract: How Does It Affect the Public Domain?* in THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN 87 (Lucie Guibault & P.B. Hugenholtz eds., 2006). הכותבת מצביעה על הסכנה שבאכיפת הוראות בחוזה אחיד המגבילות זכויות משתמשים, וטוענת כי במשטר המשפטי באירופה אין די כלים משפטיים להתמודד עם תופעה זו ולהבטיח את זכויות המשתמשים. לעניין אכיפתם של רשיונות שימוש במשפט האמריקני ראו: Mark A. Lemley, *Terms of Use*, 91 MINN. L. REV. 459 (2006). עם זאת, לְמִלִּי מְצִיין כי בפועל אכפו בתי-המשפט רשיונות שימוש בעיקר נגד עסקים, אם כי חשוב לזכור כי המסקנות שניתן להסיק ממיעוט ההתדיינות המשפטיות נגד משתמשי-קצה מוגבלות.

מצומצם של הגבלות מנדטוריות של זכות היוצר: הזכות ליצור עותק גיבוי; הזכות ללמוד, לבחון ולבדוק תוכנת מחשב; והזכות לבצע הנדסה חוזרת לצורך תאימות.¹³⁵ הואיל והרציונל להגנה על זכויות משתמשים נובע לעיתים קרובות מן הצורך לשמור על האינטרס הציבורי בכללותו, יש בסיס לטענה כי מדובר בזכויות קוגנטיות. כאמור לעיל, ההצדקה הכלכלית לשימושים המותרים מבוססת על מצבים שבהם קיים כשל שוק. במצבים אלה, גם אם קיים חוזה המשקף נכונה את רצונם של שני הצדדים, הוא לא ישקף את ההפסד שנגרם לציבור כתוצאה מהגבלת השימוש. כך, למשל, רישיון אשר מגביל הנדסה חוזרת משפיע לא רק על המשתמש ועל ספק התוכנה. הגבלה כזו עלולה להשפיע על הציבור בכללותו, שכן היא מפחיתה את הסיכוי לפיתוח תוכנות תואמות או מתחרות לתוכנה המקורית. בנסיבות מתאימות יהיה אפשר להוכיח כי רישיון שימוש אשר מגביל את זכותו של המשתמש לעשות שימוש שהחוק מתיר לו נוגד את תקנת הציבור.

עיגוןן של זכויות משתמשים בחוק מאתגרת את התפיסה של רישיון השימוש כפעולה חד-צדדית של הרשאה על-ידי בעל הזכויות. אומנם, כוחו המחייב של רישיון השימוש אינו נובע מהסכמה הדדית בין הצדדים, אלא מזכותו הקניינית של בעל זכות היוצרים, שבכוחו לאסור את השימושים שהוגדרו במסגרת זכויותיו הבלעדיות בחוק. אולם משעה שהרישיון מבקש להסדיר שימושים שהחוק מתיר – כלומר, שימושים המצויים מחוץ לגדר זכויותיו של הבעלים – יש צורך בהסכמת המשתמש לוותר על זכויותיו וליטול על עצמו את ההתחייבויות שבחוזה.

לבסוף, המתווה שהחוק החדש יוצר להמשגת זכויות משתמשים עשוי להשפיע על פרשנותם של רישיונות השימוש ולסייע לבית-המשפט לזהות מקרים של קיפוח. כך, למשל, סעיף 4 לחוק החוזים האחידים¹³⁶ קובע כי "חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:..." ובסעיף קטן 6 נאמר "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין". במקרה של רישיון שימוש האוסר שימושים שהותרו על-פי חוק, יהיה בית-המשפט רשאי לבטל או לשנות תנאי מקפח כאמור.¹³⁷

135 ראו הדירקטיבה האירופית להגנה על תוכנה, לעיל ה"ש 62. הוראות אלה שבדירקטיבה האירופית להגנה על תוכנה יושמו באופן לא-עקבי על-ידי המדינות החברות באיחוד האירופי. Guibault, לעיל ה"ש 134, בעמ' 97, מציינת כי בלגיה היא המדינה היחידה מבין מדינות האיחוד האירופי שבה כמעט כל ההגבלות של זכות היוצרים הן מנדטוריות ואי-אפשר להתנות עליהן בחוזה.

136 חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8 (להלן: חוק החוזים האחידים).

137 ס' 3 לחוק החוזים האחידים.

ה. סיכום

החידושים המרכזיים בחוק בסוגיה של זכויות המשתמשים הם שניים: ראשית, החוק מעגן את השימושים המותרים כזכות, ולא רק כטענת הגנה; שנית, החוק מסמיך את בתי המשפט לצקת תוכן בזכויות משתמשים באמצעות נורמות פתוחות, שהחשובה מביניהן היא דוקטרינת השימוש ההוגן. סמכות זאת תאפשר לבתי המשפט להתאים את היקפן של זכויות היוצרים וזכויות המשתמשים לנסיבות כלכליות, חברתיות וטכנולוגיות משתנות. זכויות משתמשים חשובות להגשמת תכליתו של חוק זכות יוצרים – עידוד היצירה. הדבר נכון בעיקר בעידן המידע, אשר מעמיד את הפרט בחזית מעשה היצירה, אם לברו ואם בשיתוף עם אחרים. זאת, לצד שינויים מבניים בתעשיית התוכן, אשר באופן מסורתי הסתמכה על המשטר המשפטי של זכויות יוצרים. זכות היוצרים משליכה בסביבה זו לא רק על התחרות החופשית וחופש העיסוק, אלא גם על חופש הביטוי, הפרטיות, כבוד האדם והגנת הצרכן. שאלת היקפם של השימושים המותרים ונפקותם המשפטית נהפכת בהקשר זה למנגנון חשוב בתחימת היקפן של הזכויות ובהתאמתן למציאות המשתנה. החוק החדש מקנה לבית המשפט סמכות פרשנית רחבה, המאפשרת גמישות רבה ביישום הוראות החוק. האתגר המרכזי מונח עתה לפתחם של בתי המשפט: עליהם מוטלת המשימה של יצירת ודאות. על-מנת שדוקטרינת השימוש ההוגן תוכל להבטיח גישה ליצירות ולתהליכי יצירה, בתי המשפט נדרשים לא רק לצקת תוכן קונקרטי בזכויותיהם של יוצרים ומשתמשים, אלא גם לעצב כללים פרשניים אשר יגבירו את הודאות. חוסר הודאות בנוגע להיקף השימושים המותרים עלול ליצור אפקט מצנן, אשר ימנע שימושים שראוי לעודד וכישל את מטרת החוק. הבסיס העיוני לשימושים המותרים מגדיר מסגרת נורמטיבית לדיון שיטתי ביישומה של דוקטרינת השימוש ההוגן. פיתוח הנורמה המשפטית במסגרת זו יסייע בחיזוק הודאות בדבר השימושים המותרים, ויתרום בכך להגשמת תכלית החוק.