

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

29/11/2012

לכבוד
משרד המשפטים,
מחלקת הייעוץ והחקיקה

הנדון: תזכיר חוק זכות יוצרים (תיקון מס'...)
(אמצעי הגנה טכנולוגיים ומידע אלקטרוני אודות ניהול זכות יוצרים), התשע"ב-2012

מצ"ב תגובה לתזכיר החוק שבנדון. התגובה נכתבה במסגרת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. נייר העמדה הוכן בעזרת הסטודנטים בקליניקה: אלדה אסקלסקי, אורי סבח ודיאנה ספונקוב.

בברכה,

דלית קן-דרור, עו"ד
מנחה משפטית של הקליניקה למשפט וטכנולוגיה
המרכז למשפט וטכנולוגיה
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

תגובה לתזכיר חוק זכות יוצרים (תיקון מס'...) (אמצעי הגנה טכנולוגיים ומידע אלקטרוני אודות ניהול זכות יוצרים), התשע"ב-2012

עמדת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה*

מתווה נייר העמדה:

א. כללי

ב. יתרונות תזכיר החוק המוצע

1. הגנה משפטית מפני עקיפת מנעול טכנולוגי מערים קשיים נוספים על העתקת יצירות
2. עלויות נמוכות בהפעלת מנגנוני DRM והוזלת עלויות למשתמשים

ג. חסרונות תזכיר החוק המוצע

1. פגיעה בנחלת הכלל ובשימושים מותרים
2. סטייה מהאיזון הקיים בדיני הקניין הרוחני וריקון החוק מתוכן
3. העצמת האפקט המצנן על שימוש בטכניקות לעקיפת הגנות במקרים של שימוש מותר
4. חוסר יעילות
5. עמימות וערפול בהגדרות ופגיעה בפרטיות
6. פגיעה בחדשנות
7. פגיעה בחופש הביטוי ובהליך הדמוקרטי
8. יצירת עוולה נפרדת חדשה

ד. סיכום ביניים

ה. הכרה רשמית בדוקטרינת השימוש לרעה בזכות

ו. הכרזה על זכויות משתמשים

ז. סיכום

* חוות הדעת הוכנה בעזרת הסטודנטים אלדה אסקלסקי, אורי סבת, ודיאנה ספונקוב, בהנחיית עו"ד דלית קן-דרור במסגרת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

א. כללי

התזכיר המוצע עוסק באמצעי הגנה טכנולוגיים. טכנולוגיות ניהול זכויות דיגיטאליות (DRM) הינן אמצעי מיוחד המיועד להרחיב ולהגביר את אופני ומידת השליטה של בעלי זכויות היוצרים על נכסי הקניין הרוחני שלהם. האמצעים הטכנולוגיים של ה-DRM מאפשרים אכיפה עצמית, כך שניתן לחסום באופן טכנולוגי התנהגויות מסוימות של משתמשים ולאפשר אחרות.¹ מקובל לסווג את מנגנוני ה-DRM לשני סוגים:

א. DRM המגביל גישה ליצירה דיגיטאלית (למשל, שימוש בסיסמה או על ידי הצפנה).

ב. DRM המגביל את השימושים האפשריים ביצירה (למשל, סימן מים דיגיטאלי וטכנולוגיות לבקרת העתקה).²

נוסיה ונציין כי כיום, אף ללא חוק המסדיר את הנושא, ניתן לנעול יצירות באמצעות מנעולים טכנולוגיים. השינוי היחיד אותו מנסה תזכיר החוק לעגן, בעקבות חקיקה ברחבי העולם ואמנות בינלאומיות בנושא, הינו הגנה משפטית כנגד עקיפת אותם המנעולים. אשר על כן, גם אם תזכיר החוק ייגנו - הרי שניתן להמשיך ולהצמיד מנעולים טכנולוגיים ליצירות ללא כל מגבלה. עדיין ניתן יהיה לעקוף את המנעול (כל עוד לא עוברים על דינים אחרים כגון חוק המחשבים, התשנ"ה-1995), אולם אם תבוצע עוולה אחרת לאחר עקיפת המנעול, כגון הפרת זכות יוצרים, עדיין ניתן יהיה להגיש תביעה בגין עוולה זו.

בנייר העמדה שלהלן נתייחס לשאלות מהם היתרונות והחסרונות של תזכיר החוק והאם ראוי להביא את התזכיר לידי הצעת חוק. לאחר ששקלנו את כלל היתרונות לעומת החסרונות **נראה כי יד החסרונות על העליונה ועל כן המלצתנו היא לגנוז את תזכיר החוק ולא להמשיך את הליכי החקיקה.**

לדעת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, תזכיר חוק זה, אם יחוקק בסוף כחוק, עלול לפגוע קשות באיזון הקיים כיום בדיני זכות היוצרים מהטעמים שיפורטו להלן. יתר על כן - קבלת חוק זה עלולה אף לפגוע קשות בפרטיות המשתמש כפי שנפרט גם כן להלן.

לבסוף, אם יוחלט להמשיך את הליך החקיקה, אנו מציעים לעגן זכויות נוספות למשתמשים על מנת לנסות ולשמור על איזון בין היוצרים לבין נחלת הכלל, איזון המצוי בבסיס דיני זכות היוצרים. בין יתר הזכויות - אנו מציעים לעגן את השימושים המותרים כזכויות משתמשים, על כל המשתמע מכך - לרבות זכות תביעה אם שימוש מותר נפגע. וכן אנו מציעים לעגן בחוק את ההגנה של השימוש לרעה בזכות, כזכות משתמש. על כך להלן.

¹ רחל אלקלעי **ההגנה על זכויות יוצרים באינטרנט** 141 (2011).
² שם, בעמ' 142.

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

ב. יתרונות תזכיר החוק המוצע

1. הגנה משפטית מפני עקיפת מנעול טכנולוגי מערים קשיים נוספים על העתקת יצירות

ניסיון העבר הוכיח שעל אף שטכנולוגיית ה-DRM נפרצה חדשים לבקרים, הייתה בה יעילות מסוימת בכך שהיא הצליחה להביא להגנה טובה יותר כנגד פיראטיות.³ בארה"ב למשל, דווח לפני מספר שנים כי הפיראטיות של טלוויזיה בתשלום פחתה באופן משמעותי בשל טכנולוגיה דיגיטלית שמפעילים רבים של ערוצים בתשלום שילבו במערכות ההפצה שלהם.⁴ על כן, יש הטוענים כי חברות מסחריות ואף אנשים פרטיים מעדיפים את ההגנה הכפולה (הטכנולוגית והמשפטית) הניתנת להם בדרך זו.

2. עלויות נמוכות בהפעלת מנגנוני DRM והוזלת עלויות למשתמשים

יש הטוענים כי כתוצאה מכך שעלויות האכיפה של החברות הגדולות יורדות, בעת השימוש במנגנוני DRM הרי שתאורטית לפחות ניתן יהיה להפחית את מחיר המוצר לצרכן. לעומת זאת במקרים בהם האכיפה אינה יעילה, מחיר המוצר לרוב עשוי לכלול גם את האובדן הפוטנציאלי של רווחים שנגרם כתוצאה מכך. על כן, יש הטוענים שאם ניתן לחסום יצירת עותקים לא חוקיים ואף לקבל הגנה משפטית על החסימה מפני עקיפת מנעול אפשרית, אזי העלות של היצירה המוגנת בזכות יוצרים עשויה לרדת ובעקבות כך, יש הטוענים גם המחיר למשתמש הקצה.⁵ עם זאת, כאמור, אין כל הבטחה כי אכן כך יקרה.

ג. חסרונות תזכיר החוק המוצע

1. פגיעה בנחלת הכלל ובשימושים מותרים

באופן כללי, התזכיר מגן על המנעולים המוצמדים לכל היצירות המוגנות. עם זאת, אין מגבלות או איסורים כנגד נעילת יצירות שאין בהן זכויות יוצרים⁶ או נעילת נתונים, שיטות ביצוע, רעיונות וכדומה⁷ שאינם מוגנים בזכות היוצרים.⁸ כך עלולים להיווצר מצבים בהם תפוג זכות היוצרים ביצירות נעולות אך הן תישארנה נעולות. זאת מכיוון שאין בחוק המוצע הוראה המבטלת נעילת יצירות לאחר תום תקופת ההגנה של זכות היוצרים בהן.

³ John Tehranian, *All Rights Reserved- Reassessing Copyright and Patent Enforcement in the Digital Age*, 72 U. CIN. L. REV. 45, 80-81 (2003).

⁴ David Waterman, Sung WookJi, Laura Rochet, *Enforcement and Control of Piracy, Coping, and Sharing in the Movie Industry*, 30(4) REV. IND. ORGAN 255, 266 (2007).

⁵ אלקלעי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142.

⁶ בין אם פגה זכות היוצרים ובין אם לא הייתה זכות יוצרים ביצירה מלכתחילה. לפירוט היצירות שאינן מוגנות, ראו למשל סעיף 6 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: חוק זכות יוצרים).

⁷ לפירוט הדברים שאינם מוגנים בזכות יוצרים - ראו סעיף 5 לחוק זכות יוצרים.

⁸ סעיף 46 לחוק המוצע מגדיר "יצירה נעולה" כיצירה שיש בה זכויות יוצרים, המוגנת באמצעי הגנה טכנולוגי. יצירה שאין בה זכויות יוצרים לא יתייחסב יצירה נעולה, אך עדיין ניתן להשתמש באמצעי הגנה טכנולוגי כדי להקשות על השימוש בה.

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

לא זו אף זו, מכיוון שתזכיר החוק המוצע, אוסר, ככלל, על עקיפת מנעולים טכנולוגיים, הרי שעלויות עקיפת המנעול יעלו עם הזמן (פחות יעסקו בכך לאור האיסור על כך) וכך יצירות שפגה זכות היוצרים בהן עלולות להיוותר נעולות בפני המשתמש שאינו יודע לעקוף את אותם המנעולים או שידו אינה משגת לרכוש תוכנות שתעשינה עבורו את העבודה וכך שימוש מותר ביצירה לא יהיה אפשרי מבחינתו.

יתר על כן, בכדי לעשות שימוש מותר ביצירות מוגנות ונעולות יהיה צורך באותם אמצעי עקיפה טכנולוגיים שייפחתו עם הזמן, כאמור לעיל,⁹ וכך משתמשים רבים, שאינם יודעים לעקוף מנעולים או שאין להם את הכלים לכך יאלצו לוותר על שימושים מותרים אותם הם יכולים לעשות עתה.

לרוב, הנעילה שנעשית נראית לפחות בעיני משתמש הקצה כשרירותית. דוגמא לכך היא המקרה של Amazon ו-Kindle. ל-Amazon ישנה הגנת DRM על הספרים הדיגיטליים. במסגרת אותה הגנה היא מגבילה החברה את השאלת הספר שהיא מוכרת בכך שהיא מאפשרת קריאה של הספר על עד 6 מכשירים או מסכים. כאשר הקונה רוצה "להעביר" את הספר למכשיר ה-7 מתקבלת ההודעה שהדבר אינו אפשרי.¹⁰ החלטה כזו נראית שרירותית וההגבלה פוגעת באלו שבבעלותם יותר משישה מכשירים המסוגלים לקרוא את אותו ספר שנרכש. השלכה נוספת של הרישיון מול חברת אמזון היא היכולת לחסום משתמשים ולמחוק את כל ספריהם ללא הודעה מוקדמת ובאקט חד-צדדי, שעה שאמזון טוענת להפרת תנאי השימוש.¹¹ כך, המנעול הטכנולוגי לא מאפשר רק מניעה של גישה והפרה אלא אף מעניק כוח עודף לבעל הזכות, בכך שהשליטה ביצירה ובשימוש בה נשארת **תמיד בידי**. ירצה - ימנע אף שימוש מותר ואין בידי המשתמש לכאורה כל אפשרות להתנגד לכך אם אין בידי יכולת לעקוף את המנעול.

סיכום ביניים

יצירות רבות שאינן מוגנות בזכות יוצרים או שהשימוש בהן מותר בתנאים מסוימים עלולות להיות נעולות מפני שימוש. זאת מכיוון שחוקי DRM, כדוגמת תזכיר החוק המוצע לפנינו, מעודדים את בעלי זכויות היוצרים "לנעול" את יצירותיהם ללא קשר לשימוש הנעשה בהם, להיקף הזכות שבידי בעל זכות היוצרים ולאופי ומידת השימוש ביצירה.

2. סטייה מהאיזון הקיים בדיני הקניין הרוחני וריקון החוק מתוכן

הגנת השימוש ההוגן¹² מהווה את אחת מנקודות האיזון בין משתמשים ליוצרים. בחוק זכות היוצרים משנת 2007 נקבע פרק שלם של שימושים מותרים.¹³

⁹ סעיף 46 לחוק המוצע.

¹⁰ www.zdnet.com/blog/hardware/yes-even-amazons-drm-sucks/16523

¹¹ www.bekkelund.net/2012/10/22/outlawed-by-amazon-drm/

¹² סעיף 19 לחוק זכות יוצרים.

¹³ פרק ד' לחוק זכות יוצרים.

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

דיני זכות יוצרים מכוננים מוסד קנייני המשרת ערכים ציבוריים ואישיים חשובים: האינטרס הציבורי בייצור ובהנגשה של יצירות מסוגים שונים, והאינטרס האישי שנסב סביב המשמעות המיוחדת של יצירות כאלה לזהות העצמית של יוצרים.¹⁴ בהיות שני האינטרסים מנוגדים אחד לאחר, דיני זכות יוצרים מבקשים למצוא את האיזון ביניהם.¹⁵

השימוש באמצעי ה-DRM לסוגיהם מהווה פרקטיקה המאיימת למוטט את מערך האיזונים הקיים בבסיס זכות היוצרים. כאשר בעלי הזכויות מרחיבים את גדר הזכויות הניתן להם בחוק, מבלי שניתנת כל הגנה נגדית או זכות למשתמשים - האיזון מופר.¹⁶ אפילו אם כוחות השוק יצמצמו את המגמה של הגדלת הפיקוח של בעלי זכויות יוצרים ביצירתם, אין אנו יכולים לסמוך על רגולציה פרטית שתפעל תמיד למען האינטרס הציבורי.¹⁷

3. העצמת האפקט המצנן על שימוש בטכניקות לעקיפת הגנות במקרים של שימוש מותר

ס' 46 לחוק המוצע מתיר לעקוף אמצעי הגנה טכנולוגיים על מנת לבצע שימוש מותר ביצירה הנעולה. עם זאת, משתמשים רבים יחששו להיעזר בכלי עקיפה שעה שמתווסף האיסור על עקיפת המנעולים, גם אם השימוש אותו הם מתכוונים לעשות ביצירה מותר על פי דין. כל זאת, משום שהאישור לכך שהשימוש היה שימוש מותר וכך גם עקיפת המנעול הייתה מותרת יינתן רק בדיעבד. לא ניתן לקבל אישור מראש לבצע שימוש מותר מטעם בית המשפט,¹⁸ שכן, נכון להיום בנוסחו הנוכחי ולאור הפסיקה הקיימת בתחום, החוק רואה בעקיפה לצורך שימוש מותר כטענת הגנה גרידא, כפטור מאחריות במקרה והמשתמש יתבע בגין עקיפת המנעול והפרת זכות יוצרים.¹⁹ עובדה זו, זורעת פחד בלבו של המשתמש ורתיעה מלעשות שימוש מותר שכן, משתמש רציונלי יעדיף שלא להשתמש ביצירה בכלל אף אם השימוש הינו מותר, על פני להשתמש ביצירה ולשאת בסיכון משפטי כפול הן של תביעה אפשרית על הפרת זכות והן על תביעה אפשרית על עקיפת המנעול.

אפקט מצנן זה הוא אפקט קיים אף אם לא יתקבל החוק. עם זאת, החוק המוצע יביא להגברתו באופן ניכר, לאור הסיכון המשפטי הכפול שהוא טומן.

¹⁴ חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 39, 49 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

¹⁵ אלקלעי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15.

¹⁶ לדיון על הפרת האיזונים על ידי הרחבת זכויות של צד אחד, ראו, למשל, ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב 319 (2002).

¹⁷ שם.

¹⁸ זאת בהנחה כי לא כל בעל זכות יסכים לתת אישור מראש לביצוע שימוש מותר.

¹⁹ ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.5.2012, תוקן ביום 20.5.2012) <http://elyon1.court.gov.il/files/09/830/091/p14/09091830.p14.pdf>

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

4. חוסר יעילות

כאמור לעיל, טכנולוגיית ה-DRM הוכחה בעבר כלא יעילה. טכנולוגיה זו נפרצה חדשים לבקרים על ידי האקרים.²⁰ הצפי הינו שפריצות אלו ימשיכו להתקיים אף לאחר חקיקת החוק ה"נ".²¹ ראייה לחוסר היעילות של טכנולוגיית ה-DRM היא הירידה שחלה בשימוש ב-DRM בשנים האחרונות.²¹

5. עמימות וערפול בהגדרות ופגיעה בפרטיות

אמצעי הגנה טכנולוגיים מצריכים לעתים זיהוי של המשתמשים ושמירת מידע על זהותם, אופן השימוש ותדירות השימוש באופן שעלול לפגוע בפרטיות המשתמשים.²² פגיעה נוספת בפרטיות היא עצם ההגבלה על שימוש מסוים ביצירה, כמו ההכרח לקרוא ספר דיגיטלי באמצעות קורא דיגיטלי מסוים, או להאזין ליצירת מוזיקה בתוכנה ספציפית או מכשיר מסוים.²³ במחקר שנערך באיחוד האירופי נמצא כי החשש מפגיעה בפרטיות המשתמשים הוא אחד החששות המרכזיים שמעלים משתמשים בנוגע לשימוש באמצעי הגנה טכנולוגי.²⁴ בדיקה שנערכה בקנדה מצאה כי חלק ניכר מאמצעי ההגנה הטכנולוגיים פוגעים בפרטיות המשתמשים בשל איסוף מידע מעבר לנחוץ, אי מסירת נתונים מספיקים בנוגע למידע האישי שנאסף, והפרה אפשרית של חוקי הפרטיות וההגנה על מאגרי מידע על ידי חברות שהשתמשו באמצעי ההגנה.²⁵ בהקשר זה, ההגדרה של הביטוי "מידע אודות ניהול זכות יוצרים" המופיעה בס' 46א אינה ברורה מספיק. הגדרת הביטוי "מידע אלקטרוני אודות ניהול זכויות יוצרים" מעוררת את השאלה מה עם מידע אלקטרוני שיכיל גם מידע על השימוש בפועל ביצירה? למשל: מידע בספרי קינדל המכיל את כל היסטוריית הקריאה של ספר מסוים. האם מותר לשנות את תוכן המידע הנוגע לספרי קינדל? האם משתמש יכול למחוק את היסטוריית הקריאה של ספר מסוים שקרא? עקרונית לפי הצעת החוק התשובה היא לא. בכך עלולה להיות פגיעה בזכות

²⁰ John Tehranian, לעיל ה"ש 3, בעמ' 80-81.

²¹ להרחבת טיעון זה, ראו נייר העמדה בעניין תזכיר חוק זכויות יוצרים מטעם עמותת המקור והתנועה לזכויות דיגיטליות www.shituf.gov.il/discussion/694

²² על הסכנות לפגיעה בפרטיות המשתמשים בעקבות השימוש באמצעי הגנה טכנולוגית ראו:

Alexander Dugan Cameron, *The Nexus of Copyright and Intellectual Privacy* 123-134 (2012) (LL.D. Thesis submitted to the Faculty of Law, University of Ottawa), available at:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2131308; Sonia K. Katyal, *The New Surveillance*, 54 CASE W. RES. 297, 351-356 (2003); Ian Kerr & Jane Bailey, *The Implications of Digital Rights Management for Privacy and Freedom of Expression*, 2 INFO, COMM. & ETHICS IN SOCIETY 87 (2004).

²³ Julie E. Cohen, *DRM and Privacy*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 575, 580-581 (2003).

²⁴ Natali Helberger et al, *Digital Rights Management and Consumer Acceptability, A Multi-Disciplinary Discussion of Consumer Concerns and Expectations: State of the Art Report 22-24* (December 2004) www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=60

וראו גם מכתבה של הנציבה לשמירה על פרטיות בקנדה בנוגע להצעות לתיקון לחוק זכות יוצרים הקנדי:

Letter from Jennifer Stoddart, Privacy Commissioner of Canada, to Ministers Prentice and Verner (18.1.2008), www.privcom.gc.ca/parl/2008/let_080118_e.asp

²⁵ CANADIAN INTERNET POLICY AND PUBLIC INTEREST CLINIC, *DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT AND CONSUMER PRIVACY* (Sep. 2007), www.cippic.ca/uploads/CIPPIC_Report_DRM_and_Privacy.pdf

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

לפרטיות, שכן בידי בעל השליטה במנעול (שאינו בהכרח בעל זכות היוצרים כהגדרתו בחוק, אלא לעיתים הוא דווקא המתווך בין המשתמש ובעל הזכויות) יהיו כל הפרטים על האדם הפרטי, ללא יכולת של האדם הפרטי להגן על פרטיותו. הדבר אמנם עלול להיות בגדר "בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת"²⁶ האסורים על פי דין, אולם החברות המסחריות לרוב תתחבאנה מאחורי רישיונות וחוזים אחדים, בהם נקבע דרך כלל שהעושים שימוש בשירות החיוני מותרים על פרטיותם בהסכמה.

אשר על כן, אנו מציעים לאפשר את עקיפת המנעולים על מנת להגן על פרטיות המשתמש, כאיזון אל מול החוזים האחידים, הרישיונות וההגנה על המנעולים הטכנולוגיים של בעל זכות היוצרים או מי מטעמו, אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה. כמו כן, יש להגביל את אמצעי ההגנה הטכנולוגיים המותרים ולקבוע תנאים לשימוש בהם, בכדי להגן על פרטיות המשתמשים ועל אבטחת המידע שלהם.²⁷

יתר על כן, סעיף 46ב לחוק המוצע אומר: "לא יעקוף אדם אמצעי הגנה טכנולוגי המגן על יצירה נעולה... אם בעת ביצוע הפעולה ידע או היה עליו לדעת כי הוא מבצע עקיפה כאמור...". השאלה היא מהו היקף הידיעה בכוח "היה עליו לדעת". מה קורה כאשר משתמש מתקין תוכנה שבתוכה כבר הוטמעו קודים שפורצים אוטומטית יצירות נעולות והוא אינו שם לב לעובדה זו, בין אם הוא לא קרא את הודעות ההתקנה, בין אם לא הייתה הודעה על כך ובין אם הוא פשוט "לא מבין במחשבים" כמו מרבית האנשים? כך גם, למשל קיימות תוכנות הממירות קבצי WORD לקבצי PDF ולהיפך. המרה טריוויאלית זו, השגורה בידי רבים, עלולה להיחשב לעוולה לאור החוק המוצע, אם בהליך ההמרה נעקף מנעול טכנולוגי.²⁸

אשר על כן, אנו מציעים לצמצם את הידיעה לידיעה בפועל בלבד ולא בכוח, אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה.

כך גם סעיף 46ד מתנה את הכנת המכשירים לעקיפת המנעולים וייצורם בכך ששימוש הקצה יהיה שימוש מותר. אשר על כן, חברות ואנשים פרטיים יירתעו מליצור תוכנות עקיפת מנעולים, שמא יימצאו אחראים ולו אחריות עקיפה לעקיפת מנעול, שלא לשם שימוש מותר.

אשר על כן, אנו מציעים כי אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה - יובהר כי ניתן לייצר ולהכין אמצעי עקיפה וכי רק השימוש בהם מוגבל לשימושים מותרים ולא עצם ההכנה או הייצור.

²⁶ סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

²⁷ חברת סוני השתמשה בעבר באמצעי הגנה טכנולוגיים לתקליטורי מוסיקה. באמצעים אלה הייתה פרצת אבטחה שיצרה סיכונים לאבטחת המידע של המשתמשים. ראו למשל, Philipp Bohn, *Intrusive DRM: The cases of Sony BMG, StarForce and Microsoft*, INDICARE, (Nov. 24 2005) www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=155.

²⁸ על הבעייתיות בשימוש באמצעי הגנה טכנולוגיים המגבילים את השימוש לתוכנות או חומרות מסוימות ועל הצורך לאפשר המרה בין סוגי קבצים וטכנולוגיות ראו Hiram Meléndez-Juarbe, *DRM Interoperability*, 15 B.U. J. Sci. & Tech. L. 181 (2009).

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

6. פגיעה בחדשנות

גישה ליצירה קיימת חיונית לתהליך היצירה של עבודה חדשה. אם נדרוש תשלום עבור הגישה (בין אם עבור שימוש ובין אם עבור ההתקן לעקיפת המנעול) אנו עשויים להזיק לתהליך היצירה וההתפתחות.²⁹ החוק עשוי לפגוע אף בהתפתחות הטכנולוגית. על פי אחת הגישות, התפתחות של אמצעי עקיפה מהווה חלק בלתי נפרד מתרבות ההאקרים התורמים רבות להתפתחות האינטרנט. המטרה של חוק זכויות יוצרים היא לקדם טכנולוגיות חדשות כגון אלה, ואל לנו לאסור יצור ופיתוח של טכנולוגיות כאלה.³⁰

7. פגיעה בחופש הביטוי ובהליך הדמוקרטי

תזכיר החוק המבקש לתת תוקף להסדרה פרטית, מאמץ את הגישה שלפיה יש להעניק לבעלי הזכויות את האפשרות למקסם את רווחיהם ולהפיק תועלת כלכלית מירבית מיצירותיהם תוך מתן שליטה כמעט בלעדית להם ביצירות. היכולת להטיל שליטה מוחלטת על הגישה ליצירות מהווה סיכון רב מבחינה דמוקרטית.³¹

8. יצירת עוולה נפרדת חדשה

החוק שותק בכל האמור למקרים בהם אנשים יעקפו מנעולים, לשם עקיפתם, שלא לצורכי מחקר או לצורך שימוש מותר, אלא לצורך הסיפוק שבעקיפת המנעול, למשל. כך, גם אם לא תהיה כל פגיעה בזכות היוצרים, זכות עליה נועד החוק להגן, הרי שניתן יהיה להעמיד את אותו אדם לדין על עקיפת המנעול שלא לצורך ביצועם של שימושים המותרים על פי החוק.

אשר על כן, אנו מציעים כי אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה - יובהר כי ניתן יהיה להגיש תביעה כנגד מי שעקף מנעול אם ורק אם הוא גם הפר את זכות היוצרים ביצירה.

אולם, גם אם כוונת החוק הינה לאפשר הגשת תביעה רק מקום בו ייעקף המנעול ותפגע הזכות, הרי שאין כל צורך באיסור על העקיפה שעה שניתן ממילא לתבוע על ההפרה. **לכל היותר המפר - יזכה ל"כפל קנס" בפיצויים שייקבעו לו על אותו שימוש. הפיצוי הכפול על אותה הפעולה יגרום, כאמור לעיל, לאפקט מצנן כפול.**

ד. סיכום ביניים

עד כה ראינו כי החסרונות של החוק המוצע עולים על היתרונות הטמונים בו. חופש הביטוי, שימושים מותרים, ההתפתחות התרבותית והטכנולוגית, הגנת הפרטיות, האיזון בין זכויות בעלי הזכויות ונחלת הכלל - כולם עלולים להיפגע מחוק זה. **על כן, אנו קוראים להפסקת הליכי החקיקה ולגניזת החוק.**

²⁹ Niva. Elkin-Koren, *Cyber Law and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996).

³⁰ אלקלעי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 163.

³¹ אלקין-קורן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 344.

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה חרף החסרונות הרבים אנו מציעים לתקן את לשון החוק, כפי שהצענו לעיל בסעיפים 5 ו-8 בחלק בו מנינו את החסרונות:

- לאפשר את עקיפת המנעולים על מנת להגן על פרטיות המשתמש, כאיזון אל מול החוזים האחידים, הרישיונות וההגנה על המנעולים הטכנולוגיים של בעל זכות היוצרים או מי מטעמו;
- לצמצם את הידיעה לידיעה בפועל בלבד ולא בכוח;
- להבהיר כי ניתן לייצר ולהכין אמצעי עקיפה וכי רק השימוש בהם מוגבל לשימושים מותרים ולא עצם ההכנה או הייצור.
- להבהיר כי ניתן יהיה להגיש תביעה כנגד מי שעקף מנעול אם ורק אם הוא גם הפר את זכות היוצרים ביצירה.

כמו כן, אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה כאמור, אנו מציעים לאזן זכות עודפת זו של בעלי זכות היוצרים בזכויות נוספות למשתמשים - החלת דוקטרינת שימוש לרעה בזכות והפיכת השימושים המותרים לזכויות משתמשים ולא רק להגנות. נדון בכך עתה.

ה. הכרה רשמית בדוקטרינת השימוש לרעה בזכות

באופן כללי, דוקטרינת השימוש לרעה בזכות מאפשרת לבית המשפט לסרב לאכוף את זכות היוצרים, לפחות כל עוד בעלי זכויות היוצרים משתמשים בזכויותיהם למטרות החורגות מגדרם של דיני זכויות היוצרים. דוקטרינה זו הוכרה בפסיקה הישראלית בדרך עקיפה ומרומזת בלבד ולא בוססה עדיין סופית בארץ.³² אם יוחלט על המשך קידום הליכי החקיקה, נראה כי הכרה בדוקטרינת שימוש לרעה בזכות בחקיקה ראשית, תביא להשבת החלקית של האיזון המופר בתזכיר. דוקטרינה זו יכולה לאזן בין הזכות העודפת של בעלי זכויות יוצרים לבין זכויות והגנות המשתמשים, כך שאם בעל זכות היוצרים יעשה שימוש לרעה במנעול הטכנולוגי וינסה למנוע אף שימושים מותרים, הרי שניתן יהיה למתן התנהגות זו באמצעות דוקטרינה זו המאפשרת הטלת סנקציות עקיפות דוגמת אי אכיפת זכויותיו של בעל הזכות כל עוד השימוש לרעה מתקיים. אשר על כן, אנו מציעים לאמץ דוקטרינה זו בחקיקה, אם יוחלט על המשך קידום תזכיר החוק.

ו. הכרזה על זכויות משתמשים

בית המשפט העליון שלל לאחרונה את הגישה כי ניתן לראות בשימושים המותרים על-פי החוק החדש, כזכויות של המשתמשים, במובן זה שהן עשויות לשמש גם כטענה פוזיטיבית, ולא רק כטענת הגנה.³³

³² ראו למשל, רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים מתחרים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625 (2003).

³³ ע"א 9183/09, לעיל ה"ש 19.

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

עם זאת, לאור הרחבת זכות היוצרים של בעל הזכות, נראה כי על מנת לשמור על האיזון שבין היוצרים ונחלת הכלל (לרבות המשתמשים), יהיה עתה מקום להכריז על פרק ד' בחוק זכות היוצרים, פרק השימושים המותרים, כזכויות משתמשים ולא רק הגנות. כל זאת, על מנת להעניק את האפשרות למשתמש להגיש תביעה כנגד בעל זכות אם הנ"ל באמצעות אמצעים טכנולוגיים ואחרים, מונע את השימושים המותרים על פי החוק. אם לא תוענק זכות זו למשתמשים, עלולים להעניק שליטה בלעדית לבעלי הזכויות על הגישה ליצירה, ללא כל יכולת של המשתמשים לחייב את בעלי הזכויות לאפשר קיום של שימוש מותר על פי חוק.

ז. סיכום

בנייר עמדה זה סקרנו את היתרונות ואת החסרונות של תזכיר החוק המוצע. כפי שהראינו, לדעתנו, היתרונות של החוק מתגמדים לצד חסרונותיו. על כן, המלצתנו היא לגנוז את תזכיר החוק. להלן תמצית בלתי ממצה של הטיעונים השונים.

יתרונות התזכיר כוללים את העובדה כי ההגנה משפטית מפני עקיפת מנעול טכנולוגי תערים קשיים נוספים על העתקת יצירות וכי אכיפה טובה יותר מפני העתקות, באמצעות ההגנה על האמצעים הטכנולוגיים, תביא להפחתת עלויות האכיפה וכתוצאה מכך להוזלת מחירי היצירות המוגנות.

לעומת זאת, **החסרונות** של התזכיר עולים על היתרונות. בין השאר, כוללים החסרונות:

1. **פגיעה בנחלת הכלל ובשימושים מותרים** - לאור העובדה כי אין איסור על נעילת דברים בהם אין זכות יוצרים, אין איסור על נעילת יצירות שמלכתחילה אין בהן זכות יוצרים ואין הוראה המורה על הסרת המנעולים בתום תקופת ההגנה.
2. **סטייה מהאיזון הקיים בדיני הקניין הרוחני וריקון החוק מתוכן** - השימוש באמצעי ה-DRM לסוגיהם מהווה פרקטיקה המאיימת למוטט את מערך האיזונים הקיים בבסיס זכות היוצרים. כאשר בעלי הזכויות מרחיבים את גדר הזכויות הניתן להם בחוק, מבלי שניתנת כל הגנה נגדית או זכות למשתמשים - האיזון מופר.
3. **העצמת האפקט המצנן על שימוש בטכניקות לעקיפת הגנות במקרים של שימוש מותר** - משתמשים רבים יחששו להיעזר בכלי עקיפה שעה שמתווסף האיסור על עקיפת המנעולים, גם אם השימוש אותו הם מתכוונים לעשות ביצירה מותר על פי דין. האישור שניתן לשימוש מותר הינו רק **בדיעבד** בעת בחינתו על ידי בית המשפט. על כן, אם כיום אנשים מפחדים לבצע שימוש ביצירה שמא השימוש אינו מותר, הרי שפחד זה רק יתעצם אם ניתן יהיה להגיש נגדם תביעה גם על עקיפה של מנעול וגם על ההפרה.
4. **חוסר יעילות** - טכנולוגיית ה-DRM הוכחה בעבר כלא יעילה. על כן, אין טעם להעניק לה הגנה משפטית עתה.

הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים

5. **עמימות וערפול בהגדרות ופגיעה בפרטיות** - אמצעי ההגנה הטכנולוגיים יסייעו בידי בעלי הזכויות או מי מטעמם לאסוף מידע על המשתמשים, לפגוע בפרטיותם וזאת ללא כל יכולת של המשתמשים להתגונן מפני כך לאור העובדה שלא ניתן לעקוף את המנעולים. ראו פירוט נרחב על כך לעיל. הצעתנו לתיקון התזכיר כללה את הדברים הבאים:
- א. לאפשר את עקיפת המנעולים על מנת להגן על פרטיות המשתמש, כאיזון אל מול החוזים האחידים, הרישיונות וההגנה על המנעולים הטכנולוגיים של בעל זכות היוצרים או מי מטעמו
- ב. להגביל את אמצעי ההגנה הטכנולוגיים המותרים ולקבוע תנאים לשימוש בהם, בכדי להגן על פרטיות המשתמשים ועל אבטחת המידע שלהם.
- ג. לצמצם את הידיעה על העקיפה של המנעול לידיעה בפועל בלבד ולא בכוח, אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה.
- ד. להבהיר כי ניתן לייצר ולהכין אמצעי עקיפה וכי **רק** השימוש בהם מוגבל לשימושים מותרים ולא עצם ההכנה או הייצור.
6. **פגיעה בחדשנות** - המנעולים ימנעו גישה ליצירות ובכך יעצרו את ההתפתחות התרבותית. יתר על כן, הענקה ההגנה המשפטית למנעולים הקיימים תביא להאטת קידום ופיתוח טכנולוגיות חדשות.
7. **פגיעה בחופש הביטוי ובהליך הדמוקרטי** - הענקת שליטה כמעט בלעדית של בעלי הזכויות ביצירה תביא לסיכון מבחינת חופש הביטוי וההליך הדמוקרטי.
8. **יצירת עוולה נפרדת חדשה** - לכאורה, על פי נוסח התזכיר ניתן לתבוע אדם שיעקוף מנעולים, לשם עקיפתם, שלא לצורכי מחקר או לצורך שימוש מותר. אנו מציעים כי אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה - יובהר כי ניתן יהיה להגיש תביעה כנגד מי שעקף מנעול **אם ורק אם** הוא גם הפר את זכות היוצרים ביצירה, אולם יש לזכור כי הפיצוי הכפול על אותה הפעולה יגרום, כאמור לעיל, לאפקט מצנן כפול.
- לבסוף, הצענו כי אם יוחלט, חרף המלצתנו לגנוז את תזכיר החוק, להמשיך בהליכי החקיקה - בנוסף על אימוץ השינויים המוצעים לעיל (בחלק בו מנינו את החסרונות) לנוסח התזכיר, לאמץ את **דוקטרינת השימוש לרעה** בזכות בחקיקה וכן להכריז על השימושים המותרים כזכויות משתמשים על מנת לנסות ולשמור על האיזון העדין שבין היוצרים לבין נחלת הכלל והמשתמשים.