

המקור - עמותה ישראלית לתוכנה חופשית ולקוד־מקור פתוח (ע"ר)

תאריך: 10/09/12

לכבוד:
משרד המשפטים,
מחלקת ייעוץ וחקיקה,

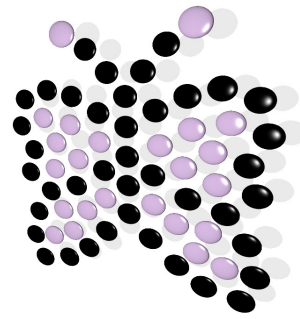
**הנדון: תזכיר חוק זכות יוצרים (תיקון - הגנה על אמצעים טכנולוגיים ועל אמצעים לניהול זכויות).
התשע"א-2011**

מכובדי,

משרד המשפטים פרסם לאחרונה את [תזכיר חוק זכויות יוצרים \(תיקון - הגנה על אמצעים טכנולוגיים ועל אמצעים לניהול זכויות\) התשע"א-2011](#) אשר בבסיסו מנסה לייצר הגנה נוספת בחוק זכויות יוצרים עבור מנגנוני ניהול זכויות קניין (DRM) אשר ידועים גם בהגדרתם כאמצעי מניעה טכנולוגיים (- TPM [Technological Preventive Measures](#)). נייר עמדה זה, מטעם עמותת המקור (ע.ר) והתנועה לזכויות דיגיטליות (ע.ר), בבסיסו טוען כי לא רק שהגנה זו מיותרת ונוגדת מגמות מתפתחות בעולם, אלא כי מתן הגנה לאמצעי מניעה טכנולוגיים יש בה כדי לפגוע בצרכנים בצורה שאינה מידתית, ולהטיל עלויות על צרכנים שרק ירתיעו אותם מלצרוך תכנים לגיטימיים וכן להעביר לבעלי זכויות יוצרים סמכויות שהיו שמורות עד כה רק למחוקק ולמדינה..

הבקשה המופיעה כיום בתזכיר החוק היא להגן על אמצעי מניעה טכנולוגיים, אשר נועדו בבסיסם למנוע ממשתמשים לבצע שימושים לא מורשים ביצירות, מפני פריצה על ידי איסור על הפצת טכנולוגיות אשר מטילות אחריות על מי שמסיר אמצעי מניעה טכנולוגיים ודורשת את אישור בעל זכויות היוצרים על מנת לעקוף מנגנוני הגנה. לשיטתנו, מתן הגנה מסוג כזה הינה רחבה מדי והיא מאפשרת לבעלי יצירות להרחיב את המנדט שניתן להם על ידי המחוקק, ולהפוך בפועל הן לשוטרים, לשופטים ולמוציאים בפועל.

חלק ניכר מנייר עמדה זה מבוסס על תוצאות מחקרם של החתומים מטה, דר' נמרוד קוזלובסקי ועו"ד יהונתן קלינגר, שבוצע יחד עם עו"ד אוריה ירקוני ועו"ד נתנאל דויד עבור ארגון הצרכנים הבינלאומי Consumers International בשנת 2010 ([לדו"ח המלא](#)). במסגרת הדו"ח בוצע סקר בקרב 600 יוצרי תוכן וצרכני תוכן. במסגרת המחקר, נשאלו אותם נחקרים על גישה לאמצעים אשר מאפשרים להם לבצע העתקה ושימוש בתכנים המוגנים בזכויות יוצרים והאם הם יודעים כיצד לייצר עותקים של מוצרים כאלה (שם, עמ' 197), כמו גם מחזיקים ציוד אשר מאפשר זאת.



הזכות הצרכנית בזכויות יוצרים היא זכות חשובה, כפי שבאה לידי ביטוי בשלושה חריגים משמעותיים בחוק זכויות יוצרים, אשר שזורים לאורך נייר עמדה זה: הזכות לשימוש הוגן (סעיף 19), הזכות להעתקה לצרכי גיבוי (סעיף 24(א)) והזכות להעתקה ויצירת יצירות נגזרות לצרכי התאמת תוכנות לצורך התאמה והשגת מידע (סעיף 24(ב)).

שלוש זכויות צרכניות אלה מהוות, לשיטתנו, את היסוד לחדשנות והמופת הישראלית בתחום ההיי-טק, ושמירה עליהן ככאלה היא שתשמור את החדשנות בישראל. כל פגיעה שתקום בזכויות אלה, ותפריע לציבור הישראלי לקדם חדשנות, תפגע בטווח הרחוק לא רק בציבור אלא גם ביוצרים.

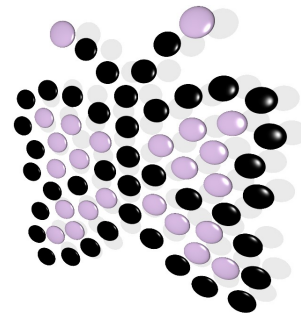
1. על אודות המקור ועל אודות התנועה לזכויות דיגיטליות:

המקור - עמותה ישראלית לתוכנה חופשית ולקוד מקור פתוח (ע"ר) היא עמותה המאגדת את מרבית הגופים והאישים העוסקים בקידום תוכנה חופשית וקוד מקור פתוח בישראל. העמותה הוקמה בשנת 2003 על ידי פעילי תוכנה חופשית וקוד פתוח בישראל, כמענה לצורך שהורגש בארגון שיקל את המשך הפעילות בנושא, שמתקיימת מתחילת שנות התשעים במסגרות שונות. מטרת העמותה העיקריות הן: לקדם ולעודד את השימוש בתוכנות חופשיות (Free Software) ובתוכנות פתוחות-קוד (Open Source Software) בישראל ולהגביר את המודעות ליתרונותיה, לטפח ולעודד פיתוח של תוכנות חופשיות ותוכנות פתוחות-קוד בישראל, ולעודד הסבתן והתאמתן לעברית ולערבית של תוכנות קיימות.

התנועה לזכויות דיגיטליות (ע"ר) עוסקת בהגנה ובקידום זכויות פרט וקהילה בעידן הדיגיטלי. התנועה עוסקת בהגנה על הזכות לפרטיות, חופש הביטוי, הזכות לשוויון, זכויות צרכניות וכדומה, ומתייחסת לפגיעות אפשריות בזכויות אלה על-ידי טכנולוגיות המידע. בתנועה חברים מומחים מתחומים שונים, בעלי הבנה והכרה בכוחה הכפול של הטכנולוגיה לקדם מצד אחד זכויות פרט וקהילה ולפגוע בהן מצד שני. התנועה שמה לעצמה כמטרה להוות מוקד-ידע בנקודות ההשקה בין הטכנולוגיה וזכויות הפרט והקהילה, ולקדמן במסגרת פעולתה.

2. על המגמה העולמית בנושא אמצעי מניעה טכנולוגיים. מבחינה היסטורית, טכנולוגיות מניעה

החלו לתפוס פופולריות בשנות ה-2000 המוקדמות, בעקבות החקיקה בסוף שנות ה-90 של המאה הקודמת בארצות הברית, והתמקדו בהגבלות על שימוש בתוכן אשר נרכש כחוק באמצעות מנגנוני הצפנה. ההגבלות חלו על תוכנות ועל מדיה אשר נצרכה (סרטים, מוסיקה וספרים). הגבלות אלה, לדוגמה, היו יכולות לאסור על אדם לייצר עותק מתקליטור אשר רכש, כדי למנוע מצב בו אותו אדם משכפל ומפיץ את התקליטור. אלא, שבפועל, טכנולוגיות אלה פשוט לא היו יעילות: המציאות הראתה כי די בכך שאדם אחד יצליח לפרוץ את אותה טכנולוגיה על מנת לאפשר את ההפצה



המקור - עמותת ישראלית לתוכנה חופשית ולקוד-מקור פתוח (ע"ר)

הפיראטית בעולם; מדריכים על כיצד להסיר טכנולוגיות מניעה [הופיעו תחת כל עץ רענן](#), ולא דווקא כדי לקדם פיראטיות: לדוגמא, משתמשים שהיו מעוניינים לגבות את אוסף השירים שלהם באמצעות חשבון iTunes של חברת Apple [מצאו אינספור מדריכים ברשת שאפשרו גיבוי והעתקה בקלות](#); כך גם עולה השאלה של השימוש בתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם.

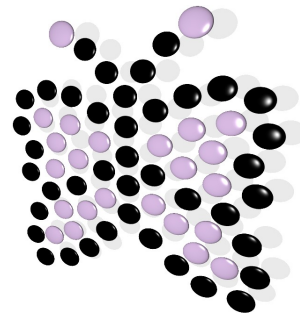
מעבר לכך, אמצעי מניעה טכנולוגיים הם יקרים, ומעמיסים גם על כח המחשוב של המכשיר אשר מציג את התכנים המוגנים וגם על המשתמש. כך, לדוגמא, משחקים אשר הוטמעה בהם מערכת DRM [הציגו מערכות הגנה אשר דרשו זמן רב יותר לעבור בצורה חוקית ומורשית מאשר להוריד את הגרסא הפרוצה של אותו המשחק](#).

שערוריות נוספות אשר היו קשורות לטכנולוגיות אלה הן פרצות אבטחה. לא אחת התגלה כי מערכת שנועדה לשמור על כך שמוסיקה לא תועתק מתקליטורים [התקינה תוכנות אשר מהוות RootKit](#) (תוכנת ריגול), סוס טרויאני לכל דבר, ומלבד היותן פרצת אבטחה משמעותית שמסכנת את הצרכנים, עשויות להוות גם עבירה פלילית. כמו כן, לאחרונה התגלה כי אמצעי מניעה טכנולוגי אשר הותקן במשחק Assassin's Creed [הכיל פרצות אבטחה](#).

בעקבות אותן בעיות, החל מסוף העשור הקודם, החלו צמתי התוכן העיקריים להתנער מטכנולוגיות אלה: חברת Apple החליטה להציע למשתמשיה [רכישה של שירים ללא אמצעי מניעה](#) וכך עשו גם רבים אחרים. יותר מכך, יוצרי תוכן עצמאיים הבינו שהתועלת התיאורטית מאמצעי מניעה טכנולוגיים שולית לעומת ההפצה החופשית והנוחה של היצירות שלהם; כך, הקומיקאי לואי סי.קיי, [למרות שלא הטמיע אמצעי מניעה בסרט אשר מכר באמצעות ערוצי הפצה, עדיין מכר למעלה ממיליון עותקים מסרטו](#). בגדול, הטמענת אמצעי מניעה הוכחה כלא יעילה ולא רצויה מצד הצרכנים.

הסיבה לחוסר היעילות היא ברורה: הפיראטים הגדולים, אלה אשר מרוויחים כסף מהפצת תכנים לא חוקיים, אדישים לטכנולוגיות DRM. עבורם, הפריצה הרגעית אינה לוקחת משאבים רציניים, והרווח הוא עצום; מעבר לכך, התוכן אשר מופץ באתרים פיראטיים אינו מוגן ב-DRM.. המסקנה של חוקרים, אגב, היתה הפוכה לגמרי: [מחקר הראה שדווקא הסרה של מנגנוני DRM מעודדים צרכנים לרכוש תוכן בצורה חוקית, כיוון שהוא יכול להשתמש בתוכן בצורה שהוא חפץ ואינו מגביל אותם מפעילויות שהם תופשים כרצויות..](#)

זו היתה גם המסקנה במחקרנו עבור ארגון Consumers International. אנו מצאנו כי ישנם שלושה משתתפים אשר משפיעים על השאלה האם תוכן יצרך בצורה חוקית או פיראטית, ולכל אחד מהמשתתפים היה משקל כמעט זהה אצל המשיבים: (1) זמינות התוכן, כלומר כמה קל להשיג את התוכן באמצעים הרלוונטיים; (2) איכות התוכן, כלומר האם מדובר בתוכן באיכות גבוהה (HD), או



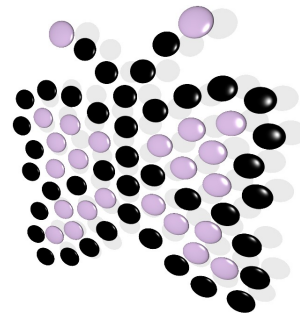
FLAC לקבצי אודיו); ו(3) מחיר התוכן. מסקנתנו היתה כי הצרכן יטה לצרוך תכנים (בין אם בצורה חוקית או פיראטית) כאשר אלו יהיו זמינים במהרה ומגיעים באיכות גבוהה. לדוגמא, אם הורדת סרטון ברזולוציה גבוהה (HD) מאתר שיתוף קבצים יקח כשעה, ורכישתו בחנות תקח זמן רב יותר (כיוון שיש עליו להזין פרטי תשלום, ולחכות למשלוח הסרטון בדואר) אזי הוא יעדיף לצרוך בצורה פיראטית. כך גם יהיו מנגנוני הגנה: לשיטתנו, אלה ימנעו מהצרכן לממש את רצונו (לדוגמא, לראות את הסרטון שרכש הן על המחשב שלו, הן במכשיר ה-DVD, הן בטאבלט שלו והן בטלפון הסלולרי) ולכן זה יעדיף לפנות לאפיק הפיראטי. כמובן, שדבר בנייר עמדה זה אינו בא לעודד פיראטיות מצד אחד, או לעודד הגבלה של רשתות תקשורת כדי לאסור על צריכת תוכן לא מורשית.

3. חקיקת ניהול זכויות קניין בחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007. לשיטתנו, המחוקק הישראלי אמר את דברו עוד בחקיקת חוק זכויות יוצרים עת החליט לדחות את ההגנה על אמצעי מניעה טכנולוגיים בדרך של הקניית זכות עצמאית, וזאת למרות ש**הנושא עלה לדין בעת חקיקת החוק**. הדרישה, **שבאה מצדם של ארגוני היוצרים**, לא הפכה בסופו של דבר לחוק מהסיבות המפורטות כאן, ובגלל האיזון בחוק הישראלי בין זכות השימוש לבין זכות היוצר. לשיטתנו, איזון זה משקף את המדיניות הראויה של המדינה ואין טעם לשנותו. בין היתר, המחוקק הישראלי הקנה שלוש זכויות משמעותיות למשתמשים: **זכות השימוש ההוגן, זכות הגיבוי וזכות התאמה**. שלוש זכויות אלה הן מה שמאפשרות את החדשנות הישראלית ואת התפתחות הטכנולוגיה כאן, והשינוי החקיקתי עשויות להרתיע אותם.

4. הפגיעה בזכויות הצרכניות באמצעות אמצעי מניעה טכנולוגיים. שלוש הזכויות הצרכניות, אליהן אנו נתייחס, עשויות להיות מושפעות ממתן הגנה עצמאית לאמצעי מניעה טכנולוגיים (אשר כיום, לא אסורים על פי חוק) על ידי הרתעה כנגד מי שמפתח טכנולוגיות מעקף, ועקב כך הקטנת היצע התוכנות שמאפשרות שימוש מותר מצד אחד, והגדלת היקף השימוש באמצעי מניעה טכנולוגיים מצד שני.

ונסביר: לצורך הדוגמא, אדם רכש מערכת הפעלה למחשב האישי שלו אשר הגיעה בצורה של OEM; בצורה כזו, כאשר האדם רוכש את מחשבו, הוא אינו מקבל תקליטור עם עותק של מערכת ההפעלה, אלא זו מגיעה מותקנת על המחשב. מדובר על פרקטיקה נפוצה מאוד, אשר אף היא **בעייתית** כיוון שמחיר המחשב לכאורה כולל את מחיר מערכת ההפעלה ולא ניתן לסרב לתנאי הרשיון שלה (לדוגמא, ת"ק 2974/08 **עו"ד אופיר גיא נ' Microsoft ואח'**). כעת, אם תותקן על המחשב טכנולוגיה אשר מונעת מהצרכן לגבות את מערכת ההפעלה שלו או להתאימה למערכות אחרות (כמו לשנות רכיבים מהמערכת לצורך שימוש בהתקנים כמו סורק או חיבור לרשת הביתית), הרי שתוצר בעיה.

על פניו, על פי תזכיר החוק, עקיפת אמצעי המניעה הטכנולוגיים מסוג זה הינה מותרת, כיוון שמדובר על זכויות צרכניות. אלא, שתוכנות אינן יכולות להיות מוגדרות ככאלה שיש להן שימוש מוגבל.



לדוגמא, תוכנה אשר תעקוף את מנגנוני ההגנה של מערכת ההפעלה ותאפשר יצירת גיבוי של המערכת, יכולה גם לשמש ליצירת עותקים לא מורשים. בתי משפט לא אחת פסקו כי יצירת תוכנה אשר לה ישנם שימושים אשר ביודעין מאפשרים עבירות על החוק מטילה אחריות על יצרן התוכנה (עא 15374-06-11 [האפרתי נ' זקונט](#)). כך, **אדם אשר מייצר תוכנה שמאפשרת יצירת עותקים של יצירות אשר מוגנות במנגנוני נז"ק אינו יכול לדעת האם מדובר בשימוש מותר או לאו; דבר ההופך את הוראות תזכיר החוק או לאות מתה או לאיסור שאין הציבור יכול לעמוד בו.**

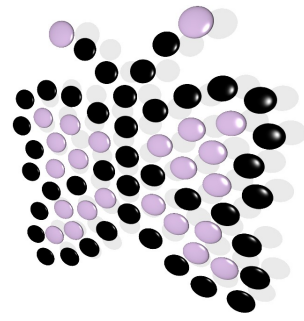
לדוגמא, אם תנתן הגנה על אמצעי מניעה טכנולוגיים, הרי שספריה שתנסה להנגיש את הספרים בה לעיוורים או חרשים עשויה למצוא עצמה בצד הלא נכון מבחינה טכנולוגית: למרות שעל פי חוק מותר לה לעשות יצירות כגון אלו, והדבר עשוי להחשב שימוש הוגן, הרי שבפועל יתעורר ספק אם ביכולתה למצוא תוכנה אשר מאפשרת הקראה בקול רם של ספרים מוגנים ב DRM או הפיכתם לספרי בריל.

כמו כן, בחקיקת הוראות מסוג זה יש כדי לייצר אפקט מצנן, ואולי אף להגביר את הפיראטיות: אם יאסר השימוש בהפעלת תוכנות אשר נועדו לעקיפת אמצעי מניעה טכנולוגיים גם אם לא בוצעה כל הפרת זכויות יוצרים בפועל, אנו מרחיבים את מתחם הסיכון. הרי, **כל עוד רק נעקפו מנגנוני ההגנה, ולא בוצעה הפרת זכויות יוצרים, הרי שלא נגרם כל נזק לבעל הזכויות אלא הוא רק נכנס למתחם של נזק פוטנציאלי, אשר לא התרחש.** הרחבת ההגנה גם תרתיע אנשים מלפתח תוכנות לגיטימיות, ותרתיע משתמשים תמים מלעקוף את מנגנוני ההגנה, כיוון שצפויות להופיע אזהרות על מוצרים, לפתע, בסגנון של "עקיפת מנגנוני ההגנה של תוכנה זו הינה עבירה על החוק".

לשיטתנו, המשתמש התמים, אשר לא תמיד מודע לזכויותיו הצרכניות, עשוי להפגע בצורה משמעותית.

5. ההשפעות הצפויות לשוק לאחר מתן הגנה לאמצעי מניעה טכנולוגיים. מלבד הרחבת הסיכון,

אנו רואים בשינוי המצב החקיקתי גם סיכון לחדשנות הישראלית ולתעשיית ההיי-טק והטכנולוגיה. בין היתר, העובדה שישראל נחשבת כה יצירתית וחדשנית היא הזכות 'להתעסק' עם תוכנות אשר מופיעה בחוק ומאפשרת הנדסה חוזרת של תוכנות ליצירת כלים שיאפשרו חיים קלים יותר. לשיטתנו, הטלת איסורים כגון המוצעים בתזכיר לא יועילו בדבר לציבור הכללי, אלא רק לקבוצה מצומצמת מאוד של בעלי אינטרס שכבר כעת זוכים בתעודף זכויות: קיומו של פיצוי ללא הוכחת נזק בדיני זכויות היוצרים מאפשר לבעלי הזכויות פיצוי עבור הפוטנציאל הגלום בכל הפרות זכויות היוצרים אשר לא 'נתפסו' (עמית אשכנזי 'פיצויים ללא הוכחת נזק' יוצרים זכויות - קריאות בחוק



זכות יוצרים 573, 596-597 (בעריכת מיכאל בירנהק וגיא פסח, 2009). כלומר, כל הרחבת הזכות תבוא על חשבון הציבור.

6. המלצות חלופיות: הגבלה על אמצעי מניעה טכנולוגיים לצורך הבטחת זכויות משתמשים.

ככל שדעתנו לא תשמע, אנו ממליצים לאפשר הגנה זו, אך מצד שני להטיל הגבלות על בעלי זכויות אשר ימנעו שימוש מותר; כך, המלצותינו הינן כדלקמן: (1) לאסור על הטמעת אמצעי מניעה טכנולוגיים על יצירות אשר אינן מוגנות בזכויות יוצרים, וזאת לצורך איסור על העתקת יצירות אשר מותר לציבור להעתיקן; (2) לחייב יצרני אמצעי מניעה טכנולוגיים לאפשר יצירה של מספר סביר של גיבויים מכל עותק, ושינוי התוכנה לצרכי התאמה לאבטחת מידע ומערכות מחשב אחרות; (3) לקבוע כי אמצעי המניעה הטכנולוגיים יפוגו אוטומטית ביחד עם תפוגת זכויות היוצרים; (4) לקבוע כי הפרה של הוראות אלה תהווה פגיעה של זכויות צרכניות על פי חוק הגנת הצרכן ולאפשר פיצוי ללא הוכחת נזק לצרכן; (5) לקבוע מפורשות שלאמצעי מניעה טכנולוגיים אין אפשרות לפגוע בזכויות הצרכן לפרטיות ולאגור מידע עליו ללא הסכמתו.

7. **סיכום.** כאמור, לשיטתנו, הרחבת הזכות לאמצעי מניעה טכנולוגיים אינה ראויה ואינה משקפת את האיזון בין זכויות ציבור לבין זכויות היוצרים של קבוצה מוגבלת. אנו ממליצים למשרד המשפטים לשקול מחדש את העברת תזכיר החוק, ומקווים כי כל עוד הדבר מצוי בשליטתו, זה לא יעדיף את האינטרס של קבוצה מצומצמת באוכלוסיה על סמך הציבור.

יהונתן י. קלינגר, עו"ד.

דר' נמרוד קוזלובסקי, עו"ד,

העתקים:

השר מיכאל איתן, השר הממונה על שיפור השירות לאזרח.