

שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית

ניל נתנאל*

א. מבוא ♦ ב. מה אימץ המחוקק הישראלי? ♦ ג. מגמות והתפתחויות בדוקטרינת השימוש
ההוגן האמריקנית: 1. השימוש ההוגן לנוכח התרחבות הזכויות; 2. עידוד השוק או גיוון הביטוי?
3. להיכן דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית מתקדמת? ♦ ד. סיכום.

א. מבוא

חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007,¹ עיגן לראשונה בחקיקה את הגנת השימוש ההוגן (fair use), שמקורה במשפט האמריקני, במקום הגנת הטיפול ההוגן (fair dealing), הצרה יותר, שהייתה קבועה בחוק זכות יוצרים, 1911.² סעיף 19 לחוק החדש הינו תרגום מילולי כמעט של סעיף 107 לחוק זכות יוצרים האמריקני משנת 1976, אשר הוא עצמו מהווה קודיפיקציה של הפסיקה האמריקנית לאורך השנים. בו-בזמן, סעיף 19 אינו רק העתק של הסעיף האמריקני, אלא גם מכיל את פסיקת בתי-המשפט הישראליים, אשר כבר אימצו במידה רבה את דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית עוד בטרם נחקק סעיף זה. למעשה, החוק החדש משלים את המעבר למתכונת השימוש ההוגן, אשר החל כבר בפסק-הדין של בית-המשפט העליון משנת 1993 בעניין **גבע נ' חברת וולט דיסני**.³

החוק משנת 1911 קבע רשימה סגורה וממצה של מטרות אשר שימוש שמיועד לשרתן כשיר להיקבע כטיפול הוגן: "לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה, או תמצית עיתונאית". החוק החדש, לעומת זאת, קובע, בהתאם לדוקטרינה האמריקנית, רשימה פתוחה של מטרות אשר שימוש שמיועד לשרתן כשיר להיחשב הוגן, אף ששימוש שישווה כ"טרנספורמטיבי" – כלומר, שימוש שמקדם את תכליתם של דיני זכויות היוצרים בכלל – עדיף על "שימוש צרכני" לצורך מבחן ההוגנות, כפי שאפרט בהמשך.

* פרופסור, UCLA School of Law. אני מודה לעורכים מיכאל בירנהק וגיא פסח על הערות חשובות לטיוטה קודמת. אני מודה גם לעוזרות-המחקר שלי מירית אייל-כהן ודלית קן-דרור.

1 חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 38 (להלן: החוק החדש או החוק).

2 ס' 107 (1) לחוק זכות יוצרים, 1911, חא"י ג 2633 (להלן: החוק משנת 1911 או החוק הישן).

3 רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד מח(1) 251 (1993) (להלן: עניין **גבע**). ראו גם ע"א 8393/96 **מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company**, פ"ד נד(1) 577, 597 (2000) (להלן: עניין **מפעל הפיס**), הקובע כי מבחן השימוש הוגן הוא העיקרי לעומת הרישאה של השימושים המותרים לפי מבחן הטיפול ההוגן. הסעיף האמריקני מעוגן ב-17 U.S.C. § 107.

בעניין **גבע**, שנפסק כאמור לפי הדין הישן, שילב בית-המשפט העליון את כלל השימוש ההוגן האמריקני עם ההסדר של הטיפול ההוגן, וזאת תוך אימוץ, כמעט כלשונם, של ארבעת השיקולים לבחינת הוגנות השימוש כפי שהם מופיעים בסעיף 107 לחוק האמריקני.⁴ בית-המשפט קבע כי על הנתבע להוכיח לא רק שהשימוש שעשה ביצירה היה לאחת המטרות המנויות בסעיף הטיפול ההוגן של החוק הישן, אלא גם שהיקף פוטנציאלי של השימוש ביצירה המקורית היה הוגן.⁵ עם זאת, בית-המשפט קבע כי יש לפרש את מטרת ה"בקורת" (ובמשתמע גם את המטרות האחרות ברשימה) בהרחבה, בהתחשב בעקרון חופש הביטוי והיצירה.⁶ נוסף על כך ציין בית-המשפט כי בהשוואה למתכונת של הרשימה הסגורה, "ההסדר האמריקני מתקדם יותר, ולדידנו, מותירה אותו תחולת החוק מ-1911 במישור הדין הרצוי".⁷ ברוח זו גם קבע בית-המשפט העליון, בפסק-דין בע"א 8393/96 **מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company** משנת 2000, כי מבחן השימוש ההוגן הוא העיקרי לעומת הרישאה של השימושים המותרים לפי מבחן הטיפול ההוגן.⁸

אף-על-פי-כן, עד חקיקת החוק החדש נשארה המתכונת של הרשימה סגורה בתוקף, והצורך להוכיח כי השימוש נעשה לאחת המטרות המנויות בחוק היה מכשול מרכזי להחלתה של הגנת הטיפול ההוגן על שימושים רבים, כגון שימושים לצורכי הוראה, הבאת מובאות לצורך אומנות או אימות ותיקוף של חיבור היסטורי או ביוגרפי.⁹ לפיכך אימוץ הכלל האמריקני של השימוש ההוגן על-ידי המחוקק הישראלי הינו התפתחות רבת-משמעות במשפט הישראלי. אכן, שילוב הכלל האמריקני בתוך החוק הישראלי הינו התפתחות מעניינת וחשובה גם בתחום של דיני זכויות יוצרים בכלל. עם חקיקת החוק, נהפכה ישראל למדינה השנייה מחוץ לארצות-הברית שבה דוקטרינת השימוש ההוגן, במתכונת של "הגנה פתוחה", מופיעה במפורש כחלק בלתי-נפרד מחוק זכות יוצרים.¹⁰

פרק זה דן בדוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית ובהשלכות הצפויות על הדין הישראלי בעקבות אימוצה. הפרק יפתח, בסעיף ב, בבחינת השאלה מה בדיוק העתיק המחוקק הישראלי מהמשפט האמריקני ומה לא העתיק ממנו. שאלה זו מתייחסת גם לנוסח החקיקתי וגם לפסיקה האמריקנית, אשר מפרשת ומגדירה את כלל השימוש ההוגן כפי שהוא מנוסח בסעיף 107. בסעיף ג אנתח את שתי הגישות המנוגדות לשימוש ההוגן בפסיקה האמריקנית – גישת השוק וגישת גיוון

4 ראו עניין **גבע**, שם, בעמ' 275.

5 ראו שם, בעמ' 270.

6 ראו שם, בעמ' 273.

7 ראו שם, בעמ' 270.

8 עניין **מפעל הפיס**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 597.

9 ראו ניבה אלקין-קורן "הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה" **המשפט** 17, 20, 26 (2004).

10 הפיליפינים שילבו את דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית בתוך חוק הקניין הרוחני שלהם בשנת 1997. ראו: Intellectual Property Code of the Philippines, Republic Act No. 8293, Section 185, enacted June 6, 1997, effective January 1, 1998. כמו כן, ס' 19 של החוק החדש הישראלי, ס' 185 של החוק הפיליפיני הינו העתק מילולי כמעט של ס' 107 לחוק האמריקני, אבל הסעיף הפיליפיני קובע במפורש שדה-קומפילציה (de-compilation) של תוכנת מחשב במטרה לאפשר תאימות (interoperability) עם תוכנה חדשה אחרת כשיר ה להיקבע כשימוש הוגן.

הביטוי. כן אציג סדרה של פסקי-דין שניתנו לאחרונה, אשר נוטים באופן מובהק לטובת הגישה של גיוון הביטוי, ובכך עשויים לעצב מחדש את פני ה של דוקטרינת השימוש ההוגן בארצות-הברית. כפי שאפרט בסיכום, גם הפסיקה הישראלית בשלה יותר לגישת גיוון הביטוי מאשר לגישת השוק, דבר שעשוי להכריע את כ יוונה וצורתה של דוקטרינת השימוש ההוגן הישראלי בשנים הבאות.¹¹

ב. מה אימץ המחוקק הישראלי?

אימוץ דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית הן על ידי המחוקק הישראלי והן על ידי בתי-המשפט הישראליים מהווה דוגמה קלסית לתופעה שחוקרי המשפט ההשוואתי מכנים "שתל משפטי" (legal transplant), שמשמעותה העתקה של כלל, תפיסה או דוקטרינה ממערכת משפט פלונית למערכת משפט אחרת.¹² אף ששתלים משפטיים הינם תופעה נפוצה ומקובלת במערכות משפט רבות, חוקרים מדגישים כי שתל משפטי מושלם וטהור הינו בלתי-אפשרי כמעט, מאחר שהדוקטרינה הזרה נותרת כפופה לפרשנויות השונות של מערכת המשפט המאמצת.¹³ קיימים אף חוקרים הטוענים כי שתל משפטי הינו בלתי-אפשרי משום שמשמעותו של כלל נעוצה, בין היתר, בתרבות המשפטית הספציפית שבה הוא פועל, ולפיכך העתקת חקיקה אינה אלא ייבוא של מינוחים משפטיים המנותקים ממשמעותם בטקסט המקורי.¹⁴

הפער שבין הנוסח היבש של חוק או של כלל לבין משמעותו של הנוסח, כפי שפורש על-ידי בתי-משפט וגורמים אחרים, קיים במידה מסוימת בכל מערכת משפטית. הדבר נכון במיוחד לגבי סעיף 107 לחוק זכות יוצרים האמריקני. כפי שאפרט בהמשך, מעצם המבנה והנוסח של סעיף 107, אי-אפשר לקבוע מהו כלל השימוש ההוגן מבלי להתעמק בפסיקה האמריקנית אשר מפרשת ומיישמת אותו.

על רקע זה אבחן מה בדיוק שתל המחוקק הישראלי מהמשפט האמריקני. נתחיל בנוסח עצמו. כאשר משווים את הלשון החקיקתית של סעיף 19 לחוק הישראלי ל זו של סעיף 107 לחוק האמריקני, ניתן למצוא דמיון רב בין הנוסחים. סעיף 107 קובע:

"Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords

11 לדיון מוקדם בדוקטרינת השימוש ההוגן, אשר מלמד הרבה על מצב הדוקטרינה דאז אבל אינו משקף את ההתפתחויות הרבות מסוף שנת 1984, ראו דפנה לוינסון "שימוש הוגן בזכויות יוצרים" משפטים טז 430 (1986).

12 ראו: ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW (2d ed. 1993).

13 ראו: Michele Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 441 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006); Máximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 HARV. INT'L L.J. 1 (2004).

14 ראו, לדוגמה: Pierre Legrand, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, 4 MAASTRICHT J. EUROP. & COMP. L. 111 (1997).

or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, 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 –

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors."

סעיף 19 לחוק הישראלי קובע:

- "(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;
 - (4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.
- (ג) השר רשאי לקבוע תנאים שבהתקיימם ייחשב שימוש לשימוש הוגן."

אף שסעיף 19 לחוק נראה על פניו כמו תרגום מילולי של סעיף 107, ניתן למצוא כמה הבדלים בין שני הנוסחים. למשל, הגרסה הישראלית אינה כוללת ברשימת הדוגמאות ותייחשבו שימוש הוגן תרגום למונח scholarship, אף-על-פי שיש במונח "לימוד עצמי" משום חפיפה מסוימת. כמו-כן, הגרסה האמריקנית אינה כוללת שימוש מסוג "הבאת מובאות", ואף מגדילה לעשות ומבהירה, למשל, כי "הוראה" כוללת שכפולים רבים לשימוש בכיתה, כי השיקול של "מטרת השימוש ואופיו" כולל את אופיו המסחרי או החינוכי של השימוש, ו כי העובדה שהיצירה המקורית טרם פורסמה אינה חוסמת כשלעצמה קביעה כי השימוש בה הוגן.¹⁵ אולם אלה, כאמור, הבדלים שוליים, אשר אינם בבחינת סתירה או אי-התאמה של ממש בין שני החוקים. נוסחי הסעיפים, הן

15 עם זאת, אף שס' 19 אינו מוסיף על "מטרת השימוש ואופיו" כמו ס' 107, צוין בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים הישראלית כי לצורך השיקול הראשון "ישנה אבחנה בין אופי מסחרי לבין אופי של לימוד ומחקר שלא למטרות רווח". ראו את דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 1116, בעמ' 1126 (להלן: הצעת חוק זכות יוצרים).

האמריקני והן הישראלי, מיועדים בלאו הכי לשמש רק קו מנחה לשיקול-הדעת של בית-המשפט, ולא רסן הדוק. רשימת השיקולים היא רשימה פתוחה, כך שבית-המשפט רשאי להביא בחשבון שיקולים נוספים. כמו-כן, רשימת הדוגמאות שייחשבו שימוש הוגן גם היא רשימה פתוחה, ולא מכריעה: יש שימושים שאינם כלולים ברשימה אשר בנסיבות מסוימות יוכשרו כהוגנים, ויש מקרים שבהם שימוש שמופיע ברשימת הדוגמאות לא ייחשב הוגן.¹⁶

לעומת זאת, הבדל מהותי בין שתי הגרסאות מופיע בסעיף 19(ג) לחוק הישראלי, אשר מעניק לשר המשפטים את הסמכות לקבוע תנאים אשר בהתקיימם ייחשב שימוש להוגן. הוראה זו אינה קיימת בחוק האמריקני, ואף נוגדת את גישתם של בתי-המשפט האמריקניים, אשר חוזרים ומדגישים כי בחינה של הוגנות השימוש חייבת להיעשות לפי נסיבות העניין בכל מקרה ומקרה, וכי אין לקבוע מראש תנאים מוחלטים אשר בהתקיימם ייחשב השימוש להוגן.¹⁷

עם זאת, על טיבו הפרטני (אד-הוק) של מבחן השימוש ההוגן נמתחה ביקורת רבה בארצות-הברית, לרבות הטענה כי יישום המבחן בפסיקה הינו שרירותי ובלתי-צפוי.¹⁸ לנוכח אי-הוודאות לגבי השימושים הנכללים בקטגוריה של "שימוש הוגן", אימצו כמה ארגונים קווי-מנחים מוסכמים המגדירים אי-לו שימושים במגזר הרלוונטי מהווים שימוש הוגן.¹⁹ לדוגמה, אגודות של אוניברסיטאות, של מחברים ושל מוציאים לאור הגיעו להסכמה לגבי התנאים שבהם העתקה לצורך הוראה בכיתה תיחשב בוודאות שימוש הוגן (מה שמכונה ה-Classroom Guidelines), ולאחרונה אימץ ארגון של במאי-סרטים תיעודיים הצהרה בדבר "הפרקטיקות הטובות ביותר" במסגרת השימוש ההוגן.²⁰ היוזמות הוולונטריות האלה אמורות להסדיר מעין מעגן בטוח (safe harbor) לשימושים שייחשבו ללא ספק הוגנים, ואין הן מתיימרות לטעון כי שימוש אשר אינו ממלא את דרישות הקווים המנחים אינו הוגן. למרות זאת, מלומדים טוענים כי קווים

16 פתיחותן של הרשימות עולה בבירור מהמילים "כגון" ו"בין היתר" בנוסח של ס' 19 הישראלי. ס' 107 האמריקני אינו כולל מונחים כאלה, אבל אין כל ספק – וכך גם גורסת הפסיקה האמריקנית – כי המילים "including" ו-"include" מציינות כי מדובר ברשימות פתוחות.

17 כפי שהדגיש בית-המשפט העליון האמריקני: "The task is not to be simplified with bright-line rules, for the statute, like the doctrine it recognizes, calls for case-by-case analysis." *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 577 (1994) (להלן: עניין *Campbell*).

18 ראו, למשל: David Nimmer, "Fairest of Them All" and Other Fairy Tales of Fair Use, 66 L. & CONTEMP. PROBS. 263 (2003); Gideon Parchomovsky & Kevin A. Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483 (2007).

19 ראו: Rebecca Tushnet, *User-Generated Discontent: Transformation in Practice*, 31 COLUM. J. L. & ARTS 101 (2008).

20 Ad Hoc Committee of Educational Institutions and Organizations on Copyright Law Revision, and of the Authors League of America, Inc., and the Association of American Publishers, Inc., Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational With Respect to Book and Periodicals, Mar. 19, 1976, in United States Copyright Office, *Reproduction of Copyrighted Works by Educators and Librarians*, Circular No. 21, www.copyright.gov/circs/circ21.pdf; Documentary Filmmakers Statement of Best Practices in Fair Use, Nov. 2005.

מנחים אלה עלולים לגרום לצמצומה של הגנת השימוש ההוגן, משום שבתי-משפט יראו אותם כתקרה, כלומר, כהגדרת הגבולות של השימושים שיכולים להיחשב הוגנים, ולא כנמל-מבטחים גרידא.²¹ חשש זה מבוסס על פסק-דין של בית-המשפט לערעורים במחוז השישי בעניין Princeton University Press v. Michigan Document Services, שהסתמך על ה-Classroom Guidelines כדי לפרש את סעיף 107 ולקבוע כי העתקת פרקי ספרים לצורך יצירת קובץ לימוד אינה שימוש הוגן, וזאת אף-על-פי שה-Classroom Guidelines "מתיימרים לקבוע את המינימום של השימוש ההוגן לצורכי חינוך, ולא את המקסימום".²²

חשש לגבי טיבה הפרטני והבלתי-צפוי של הגנת השימוש ההוגן התעורר גם במסגרת התהליך החקיקתי בישראל, ובתגובה הוסף סעיף 19(ג) להצעת החוק המקורית. סביר להניח שהיוזמה לכללים אלה תבוא, אם בכלל, מארגונים של בעלי זכויות ו/או של משתמשים, כמו במקרה של הקווים המנחים הוולונטריים בארצות-הברית. מוקדם מדי לדעת אם שר המשפטים אכן יקבע תנאים אשר בהתקיימם ייחשב שימוש להוגן, ואם כן – אם כללים אלה יהיו רק מעגן בטוח או גם תקרה אשר מעבר לה לא יסווג השימוש כהוגן.

הבדל מהותי נוסף בין דוקטרינת השימוש ההוגן הישראלית לבין המקור האמריקני נובע מנוכחותה של הזכות המוסרית בחוק הישראלי. כמו החוק הישן, גם החוק החדש מכיר בזכות המוסרית ביצירות אומנותיות, דרמטיות, מוזיקליות וספרותיות כזכות אישית ליד זכות היוצרים. כמו-כן, לפי החוק החדש, שימוש הוגן אינו משמש הגנה להפרת הזכות המוסרית. סעיף 50(ב) לחוק מסדיר הגנה חלופית המבוססת על רשימה של שיקולים חלופיים לאלה של סעיף 19. נוסף על כך קיימת פסיקה עוד מלפני חקיקת החוק החדש אשר קובעת, תוך התייחסות לזכות המוסרית, כי אי-ציון שמו של היוצר או סימן הזיהוי של בעל זכות היוצרים על-ידי המשתמש הינו סיבה מספקת לשלול את טענת השימוש ההוגן.²³ לעומת זאת, חוק זכות יוצרים האמריקני מכיר רק בגרסה מצומצמת ביותר של הזכות המוסרית. לפי סעיף 106A לחוק, זכות זו חלה רק על עותקים מקוריים של יצירות אומנותיות.²⁴ כמו-כן, לפי החוק האמריקני, שימוש הוגן מהווה הגנה

21 ראו: Jennifer E. Rothman, *The Questionable Use of Custom in Intellectual Property*, 93 VA. L. REV. 1899 (2007). ראו גם: James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882 (2007), אשר מתאר כיצד המנהג הנפוץ של רכישת רשיונות אפילו לשימושים שעשויים להיחשב הוגנים, בגלל שנאת הסיכון, גורם לפירוש מצומצם של הגנת השימוש ההוגן, משום שלאורך זמן בתי-המשפט רואים ברכישת רשיונות אלה חלק מ"השוק הפוטנציאלי", כמשמעותו בשיקול הרביעי של ס' 107.

22 Princeton University Press v. Michigan Document Services, 99 F.3d 1381, 1390–1391 (6th Cir. 1996).

23 ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 3038/02 **זום תקשורת (1992) בע"מ נ' הטלוויזיה החינוכית הישראלית** (פורסם בנבו, 29.4.2007): "כדי שהמשיבה תוכל לחסות בצילה של הגנת הטיפול ההוגן, היה עליה, למצער, ליתן אשראי מתאים למערער, היינו, לאזכר את שמה ולציין את העובדה שהיא בעלת הזכויות." ראו גם ע"א 2790/93 **Eisenman נ' קימרון**, פ"ד נד (3) 817, 838 (2000), אשר שלל את הגנת השימוש ההוגן, בין היתר, משום שהנתבע פרסם את היצירה המקורית בשלמותה מבלי לציין את שמו של היוצר.

24 17 U.S.C. § 106A. בחוקי הן של חלק מהמדינות בארצות-הברית אפשר למצוא הגנה על זכויות מוסריות, אולם גם היא מוגבלת בהרבה מהגנת החוק הישראלי.

להפרת זכות מוסרית זו, ואין פסיקה אמריקנית אשר גורסת כי אי-מתן קרדיט ליוצר או לבעל זכות היוצרים הינו שיקול רלוונטי לקביעת הוגנות השימוש.²⁵

אולם מעל ומעבר להבדלים אלה נשארת השאלה: כאשר העתיק המחוקק הישראלי את עיקרי הנוסח של סעיף 107, האם התכוון "לשתול" רק את נוסחו של החוק האמריקני או שמא ביקש לאמץ את דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית כולה, כפי שפותחה בפסיקה האמריקנית? לכוונת המחוקק לכאן או לכאן עשויה להיות השפעה מהותית על דוקטרינת השימוש ההוגן בישראל. כאמור לעיל, סעיף 107 פתוח במידה רבה לפרשנות ס של בתי-המשפט. אכן, המטרה החקיקתית של סעיף זה הייתה לגבש את ההלכות הפסוקות בנושא שימוש הוגן, ולהשאיר שיקול-דעת רחב לבתי-המשפט האמריקני ים לקבוע את הוגנות השימוש לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, תוך שילובם של שיקולי סבירות וצדק. בהתאם לגישה זו, סעיף 107 קובע קווים מנחים לשיקול-דעתו של בית-המשפט, ולא כללים מוחלטים. הסעיף קובע אומנם גם רשימה של ארבעה שיקולים שעל בית-המשפט להתחשב בהם בבואו לקבוע אם נעשה שימוש הוגן אם לאו, אך רשימה זו אינה סגורה, והסעיף אינו מדרג את השיקולים על-פי חשיבותם ואף אינו קובע מה משקלו היחסי של כל שיקול במכלול השיקולים. כמו-כן, כל שיקול מנוסח באופן שפתוח יחסית לפירושים שונים, כך שסעיף מותיר מקום רב לפסיקה לקבוע את משמעותו של כל שיקול ושיקול. בדרך זו השאיר המחוקק האמריקני לבתי-המשפט את קביעת משמעותו, חשיבותו ומשקלו היחסי של כל שיקול.

לנוכח גישה חקיקתית זו אי-אפשר לקבוע מהו שימוש הוגן בחוק האמריקני מבלי להתעמק בפסיקה האמריקנית אשר מפרשת ומיישמת סעיף זה. לפיכך, אם התכוונה הכנסת רק להעתיק את לשון סעיף 107 מבלי לאמץ את דוקטרינת השימוש ההוגן כפי שפותחה בפסיקה האמריקנית, משמעות הדבר היא שתל משפטי ריק כמעט מתוכן. במקרה זה יתחילו בתי-המשפט הישראליים לפרש את סעיף 19 במצב של "לוח חלק". במצב זה ייתכן שדוקטרינת השימוש ההוגן שתיווצר במשפט הישראלי תהיה שונה במידה רבה מהגרסה האמריקנית.

אולם לא נראה שזה המצב. כאמור לעיל, סעיף 19 אינו העתקה ישירה מסעיף 107 גרידא, אלא גם קודיפיקציה של אימוץ הדוקטרינה האמריקנית על-ידי בתי-המשפט הישראליים לפני חקיקת החוק החדש. בפסיקת בית-המשפט העליון יש התייחסות מפורשת לכמה פסקי-דין אמריקניים ואף לספרות האמריקנית כתקדים וכמקור מנחים להגדרת הכלל של שימוש הוגן. בפסק-דין בעניין **גבע**, שבו אימץ בית-המשפט העליון לראשונה את ההסדר האמריקני, הוא התייחס לסעיף 107 כאל "מעין קודיפיקציה של עקרונות מן המשפט המקובל", וציין כי ארבעת השיקולים העיקריים להכרעה בדבר הוגנות השימוש נולדו קודם בפסיקה ורק אחר כך "קיבלו... גם ביטוי חקוק – בסיפא לסעיף 107 בחוק האמריקני".²⁶ ברוח זו פירש בית-המשפט וקבע את תוכנם של השיקול הראשון והשלישי, דהיינו אופי השימוש והיקפו, תוך אזכורים, ציטוטים ארוכים וניתוח מפורט של הפסיקה והספרות האמריקניות הקשורות לנושא.²⁷ על רקע זה הציג משרד המשפטים את הצעתו לסעיף 19 לוועדת הכלכלה של הכנסת כ"אימוץ של דוקטרינה אמריקנית של שימוש

25 ראו: 17 U.S.C. §§ 106A, 107.

26 עניין **גבע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 270, 275.

27 שם, בעמ' 276–282.

הוגן", אשר "במידה רבה, כבר אומצה על ידי בתי המשפט בארץ", ולא כמעין טקסט טהור המנותק מן ההקשר של הדוקטרינה כולה.²⁸ לסיכום, אף שהפסיקה האמריקנית אינה מהווה תקדים מחייב בישראל, סביר להניח שבתי המשפט הישראליים יראו בפסיקה האמריקנית, ובמידה מסוימת גם בספרות האמריקנית, מקור מנחה לפירושו של סעיף 19. זו גם הייתה כוונת המחוקק. בהקשר זה נפנה עתה לבחינת הדוקטרינה האמריקנית.

ג. מגמות והתפתחויות בדוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית

1. השימוש ההוגן לנוכח התרחבות הזכויות

לפי הפסיקה האמריקנית והישראלית כאחת, המטרה המרכזית של דיני זכויות היוצרים היא קידום האינטרס הציבורי.²⁹ כפי שקבע בית-המשפט העליון הישראלי בעניין **Interlego**, "מטרתם של זכויות יוצרים היא לעודד את הגיוון בביטויים ובידע הקיים ולהעשיר את עולם הביטויים".³⁰ כמו-כן חזר בית-המשפט העליון של ארצות-הברית וקבע כי בהתאם לסעיף החוקתי המסמך את הקונגרס לחוקק חוקי פטנטים וזכויות יוצרים: "The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but 'to promote the Progress of Science and useful Arts'".³¹ בעניין זה הפסיקה האמריקנית מכירה בקשר ההדוק שבין מטרתן של זכויות היוצרים לבין היעדים של הגנת חופש הביטוי המעוגנים בתיקון הראשון לחוקה. בית-המשפט העליון אף כינה את זכויות היוצרים "המנוע של חופש הביטוי" ("the engine of free expression"). כך, למשל, בית-המשפט לערעורים במחוז האחד-עשר ביטל צו מניעה זמני שאסר את פרסומו של רומן שבו סיפרה הסופרת האפריקנית-האמריקנית אליס רנדל (Alice Randall) מחדש את עלילת

28 פרוטוקול ישיבה מס' 128 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17, 15 (12.12.2006), דברי עו"ד תמיר אפורי, נציג משרד המשפטים.

29 אין זו בהכרח המטרה היחידה של דיני זכויות היוצרים. אפשר לראות הן בדין האמריקני והן בדין הישראלי גם השפעה מסוימת של גישות המגדירות את זכות היוצר כזכות אישית או כזכות הנובעת ממשפט טבעי. לדיון ראו: Neil W. Netanel, *Why Has Copyright Expanded? Analysis and Critique*, in 6 NEW DIRECTIONS IN COPYRIGHT LAW 1, 21–32 (Fiona Macmillan ed., 2008). אבל לפי ההצהרות המפורשות החוזרות ונשנות של בתי-המשפט העליונים של ארצות-הברית וישראל, הגישה השלטת גורסת כי תכליתם המרכזית של דיני זכויות היוצרים היא לתמרץ את יצירתן והפצתן של יצירות מקוריות על-מנת לשרת את טובת הציבור. ראו להלן ה"ש 30 ו-31.

30 ראו ע"א 513/89 **Interlego A/S** נ' **Exin-Lines Bros. S.A**, פ"ד מח (4) 133, 163 (1994) (להלן: עניין **Interlego**). כמו-כן, בעניין **גבע** הבחין בית-המשפט העליון בין הגישה של משפט הטבע, אשר מאפיינת את דיני זכויות היוצרים הקונטיננטליים, לבין גישת האינטרס הציבורי, שהינה הגישה השלטת בחוק המקובל, לרבות בישראל. "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." עניין **גבע**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 257.

31 ראו: **Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.**, 499 U.S. 340, 349 (1991).

הספר האמריקני הקלסי **חלף עם הרוח** – על החיים בדרום ארצות-הברית בתקופה שלפני מלחמת האזרחים ובמהלכה – מנקודת-מבטם של העבדים. בית-המשפט קבע כי –

"the issuance of the injunction was at odds with the shared principles of the First Amendment and the copyright law, acting as a prior restraint on speech because the public had not had access to Randall's ideas or viewpoint in the form of expression that she chose."³²

המטרה של עידוד הגיוון בביטויים ובידע הקיים, אשר מונחת ביסודם של דיני זכויות יוצרים ושל עקרון חופש הביטוי כאחד, מחייבת איזון בין הזכויות של בעלי זכויות יוצרים ביצירותיהם לבין זכות הציבור להשתמש ביצירות קיימות לצורכי לימוד, בידור, ביטוי, ביקורת ויצירת יצירות נגזרות, דוגמת הרומן של רנדל. מצד אחד, בהעניקו אגד של זכויות בלעדיות ביצירות, החוק מתמרץ את יצירתן והפצתן של יצירות מקוריות, ובכך תורם לידע הקיים ומקדם את גיוון של עולם הביטויים. מן הצד האחר, זכויות בלעדיות ביצירות קיימות עלולות למנוע מאחרים את האפשרות להביע את דעתם בדרך אפקטיבית ולחסום את גישתם לידע הקיים, דבר שנוגד את המטרות המשותפות של דיני זכויות היוצרים ושל דיני חופש הביטוי. לכן יש להגביל ולתחום את זכויות היוצרים להיקף ולמשך הזמן אשר מתמרצים עדיין יצירה והפצה של יצירות מקוריות אך מבלי לפגוע באפשרות לעשות בהן שימושים ש מקדמים אף הם את מטרותיהם המשותפות של זכויות יוצרים וחופש הביטוי.³³

32 Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257, 1277 (11th Cir. 2001) (להלן: עניין *Suntrust Bank*).

33 ראו עניין *Interlego*, לעיל ה"ש 30, 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... 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." ראו גם את התייחסותו של בית-משפט העליון האמריקני בעניין *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975).

"The limited scope of the copyright holder's statutory monopoly, like the limited copyright duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest: Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an 'author's' creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good. 'The sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly,' this Court has said, 'lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors.' When technological change has rendered its literal terms ambiguous, the Copyright Act must be construed in light of this basic purpose."

לאורך השנים, למרות ההצהרות החוזרות ונשנות של בתי-המשפט בדבר חשיבותו המרכזית של האיזון, הורחב באופן נמרץ אגד הזכויות המוענק לבעלי זכויות יוצרים.³⁴ על-פי חוקי זכויות היוצרים הראשונים של אנגליה ושל ארצות-הברית מהמאה השמונה-עשרה, זכותו של היוצר הייתה מוגבלת לזכות לשכפול יצירות שפורסמו, וזאת לתקופה מרבית של עשרים ושמונה שנים. כיום בעלי זכויות יוצרים נהנים מזכויות רחבות-היקף, לרבות זכויות להכנת יצירה נגזרת, לביצוע פומבי ולהעמדה לרשות הציבור. נוסף על כך, זכות ההעתקה של היום כוללת את הזכות הבלעדית לא רק להעתיק את היצירה באופן מילולי, אלא גם להכין יצירה משנית אשר דמיונה ליצירה המקורית מתבטא רק במישור המופשט של מראה ותחושה כללית (look and feel), דבר שעשוי להתקרב מאוד לשימוש ברעיונות גרידא, ולא בביטוי המוגן.³⁵ זאת ועוד, תקופת זכויות היוצרים של היום, גם בישראל וגם בארצות-הברית, נמשכת עד שבעים שנה לאחר מותו של היוצר. כלומר, במקרים רבים בעלי זכות היוצרים – לרבות צאצאי היוצר וחברות בידור גדולות, דוגמת חברת וולט דיסני – ייהנו מזכויות רחבות אלה יותר ממאה שנה.

לנוכח רוחב התפרשותן והארכת תקופת הגנתן של הזכויות הנתונות ביצירה, דוקטרינת השימוש ההוגן, המתירה שימוש ים מסוימים אשר אלמלא ההיתר היו נחשבים להפרת זכויות יוצרים, מהווה כלי קריטי לאיזון, העומד כנגד השליטה הקניינית המקיפה של בעלי זכויות היוצרים באבני-הבניין של ביטויים ויצירות עתידיים.³⁶ כפי שציין בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, שימוש הוגן מיועד להתיר שימושים בביטוי קיים באופן חופשי כאשר הם משרתים את המטרה העיקרית של דיני זכויות יוצרים, שהיא לתמרץ את "היצירה והפרסום של חומר חינוכי (edifying matter)".³⁷ כמו הגבלות אחרות שהוטלו על זכויות יוצרים של בעלי זכויות היוצרים, דוקטרינת השימוש ההוגן משקפת את הכרתם של דיני זכויות היוצרים בכך ש- "[e]very book in literature, science and art, borrows, and must necessarily borrow, and use much which

34 להתייחסות מפורטת לתהליך של הרחבת זכויות היוצרים בארצות-הברית ראו: NEIL WEINSTOCK, NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 54–80 (2008).

35 ראו שם, בעמ' 59–60.

36 מעניין שגלגולו הראשון של מה שנחשב כיום כלי איזון ושסתום לחופש הביטוי, העומד כנגד הרחבה מופרזת של זכויות יוצרים, החל להתרחבות וזליגה של זכות היוצרים אל מעבר לזכות להעתיק את היצירה באופן מילולי או כמעט-מילולי. השופט הידוע ג'וזף סטורי (Story) קבע בפסק-הדין בעניין Folsom v. Marsh משנת 1841, שעסק באוסף מכתביו של ג'ורג' וושינגטון, את ראשיתה של דוקטרינת השימוש ההוגן. Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841). השופט סטורי הזכיר כי באותה עת קבע החוק כי "קיצור הוגן ותם-לב" (a "fair and bona fide abridgement"), אשר מכיל "עיבוי אמיתי ומשמעותי של החומר, ועבודה אינטלקטואלית ושיקול-דעת" של המחבר המקצר, אינו פוגע בזכות היוצרים במקור. ברם, קבע השופט סטורי, בעוד מחבר שני זכאי בדרך-כלל לעבד ספר קיים לספר חדש, אין בהעתקת פסקות-מפתח מילה במילה, באופן שיצירת הנתבע גוזלת את השוק מהיצירה המקורית, משום "קיצור הוגן ותם-לב". כלומר, לפני פסק-הדין בעניין Folsom, יצירה נגזרת לא נחשבה כלל להפרה של זכות היוצרים ביצירה המקורית כל עוד המחבר השני לא רק העתיק, אלא גם הוסיף את פרי העבודה האינטלקטואלית והעצמאית שלו. אולם פסק-דינו של השופט סטורי סלל את הדרך להעברת כובד המשקל מבדיקת טיב התמורה של המחבר השני אל בדיקת הפגיעה בשוק של היצירה המקורית.

37 ראו עניין Campbell, לעיל ה"ש 17, בעמ' 578, ה"ש 10, המצטט את: Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 HARV. L. REV. 1105, 1134 (1990).

"was well known and used before"³⁸ הדוקטרינה מגבשת את ההבנה כי זכות יוצרים נמצאת במתח עם הצורך לבנות יצירות חדשות על בסיס יצירות קודמות. זכויות יוצרים צריכות להיות מוגנות באופן כללי, אולם "אין לכבול את ידי המדע באזיקים".³⁹ לפיכך דוקטרינת השימוש ההוגן נחשבת בפסיקה האמריקנית לא רק כלי לאיזון בין אינטרסים בתוך דיני זכויות היוצרים עצמם, אלא גם שסתום -בטיחות לחופש הביטוי ("free speech safety valve"), אשר בלעדיו היה חוק זכות יוצרים מפר את הזכות לחופש הביטוי המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה.⁴⁰ בתי-המשפט ופרשנים רבים קבעו כי הגנת השימוש ההוגן, כמו ההבחנה בין רעיון לביטוי, ממעיטה את המתח שבין הזכויות הבלעדיות של בעלי זכויות היוצרים לבין חופש הביטוי של משתמשים ויוצרים מאוחרים. כן קבעו בתי-המשפט באופן עקבי כי בהיותה שסתום בשירות חופש הביטוי בתוך המסגרת של דיני זכויות היוצרים, הגנת השימוש ההוגן מייתרת עריכת איזון חיצוני בין דיני זכויות יוצרים לבין התיקון הראשון לחוקה שמגן על חופש הביטוי.⁴¹

מן הראוי לציין כי במקביל, בחוק זכות יוצרים הישראלי החדש, אימץ המחוקק את כלל השימוש ההוגן כתחליף לכלל הטיפול ההוגן של החוק הישן, מתוך הנחה שהכלל האמריקני הגמיש והפתוח יותר דרוש כדי לסייע "להביא לתוצאה מאוזנת לאור הרחבת הזכויות הגלומות בהוראות השונות של החוק".⁴² כעיקרון, המחוקק צודק בהערכתו של כלל השימוש ההוגן לעומת כלל הטיפול ההוגן של החוק הישן. אכן, בכוחו של השימוש ההוגן לשמש כלי איזון ועל ידי כך לשרת את היעדים היסודיים המשותפים של דיני זכויות היוצרים והתיקון הראשון. אך למרות הרטוריקה המליצית המגדירה את השימוש ההוגן כשסתום-בטיחות לחופש הביטוי, בפועל נהפכה הגנת השימוש ההוגן לחסם בלתי-יציב לכוחם הקנייני של בעלי זכויות היוצרים. כפי שנראה עתה, מאז נחקק חוק זכות יוצרים האמריקני בשנת 1976, פותחו שתי גרסות מתחרות לכלל השימוש ההוגן האמריקני, ורק אחת מהן אכן ממלאת תפקיד של שסתום-בטיחות לחופש הביטוי.

2. עידוד השוק או גיוון הביטוי?

בפסיקה ובספרות האמריקנית התפתחו למעשה שתי גישות שונות ומנוגדות לדוקטרינת השימוש ההוגן. ניתן לכנותן "גישת השוק" ו"גישת גיוון הביטוי". גישת השוק רואה בשימוש ההוגן חריג צר של הזכות הקניינית הבלעדית המקיפה של בעלי זכויות היוצרים. גישת זו נובעת מתיאוריה

38 עניין *Campbell*, שם, בעמ' 575, המצטט את: Emerson v. Davies, 8 F. Cas. 615, 619 (C.C.D. Mass. 1845).

39 עניין *Campbell*, שם, בעמ' 575.

40 ראו NETANEL, לעיל ה"ש 34, בעמ' 169-170, 190-191. ראו גם: Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 190, (2003) 221 n. 24 (להלן: עניין *Eldred*).

41 ראו: "No circuit" Roy Export Co. Establishment v. CBS, Inc. 672 F.2d 1095, 1099 (2d Cir. 1982) ("that has considered the question has ever held that the First Amendment provides a privilege in the copyright field distinct from the accommodation embodied in the 'fair use' doctrine").

42 דברי ההסבר לסי' 19 בהצעת חוק זכות יוצרים.

כלכלית המכונה בספרות "property rights theory", אשר גורסת כי יצירות, כמו כל משאב, יפותחו על-ידי הגורם היעיל ביותר ובאופן שזמנה בצורה המיטבית לביקוש הצרכן אם הן יוגנו על-ידי זכויות קניין מקיפות וסחירות באמצעות העברות ורשיונות שימוש.⁴³ מזווית זו, שימוש הוגן באך ורק כמענה לכשל שוק שאי-אפשר להתגבר עליו. כאשר עלויות העסקה ברשיון השימוש – הכרוכות בעיקר באיתור הצדדים, בניהול משא ומתן ובאכיפת תנאי העסקה – גבוהות מדמי הרישיון שבעל זכות היוצרים היה מצפה לקבל מהמשתמש, לא תתקיים העסקה. בנסיבות אלה – ולפי גישת השוק, רק בנסיבות אלה – הפתרון היעיל ביותר הוא להתיר את השימוש. לאמיתו של דבר, לפי שיטה זו, אפילו במקרה של כשל שוק אין לקבוע כי השימוש הוגן אם קיומה של זכות קניינית מוחלטת של בעל זכות היוצרים היה מקדם מנגנון ארגוני, כגון רישוי קבוצתי או טכנולוגי (דוגמת רישוי דיגיטלי), אשר מפחית את עלויות העסקה ובכך מאפשר להימנע מכשל שוק מבלי לפנות לחריג מהמשטר הקנייני.

לעומת זאת, גישת גיוון הביטוי גורסת כי דוקטרינת השימוש ההוגן אינה חריג בדיני זכויות היוצרים, אלא אמצעי חיוני לקדם את יעדיהם המרכזיים של דיני זכויות היוצרים הינם מנגנון משפטי שנועד בעיקר להעשיר את גיוון הביטוי והשיח הציבורי, ולא דווקא לשמש מסגרת לשוק משוכלל בזכויות שימוש ובפיתוח של יצירות. נוסף על כך, גישת גיוון הביטוי גורסת כי החוק יטפח עולם ביטוי עשיר ומגוון – יעדים לא רק על ידי הענקת זכויות בלעדיות ליוצרים, אלא גם – ובמידה לא-פחותה – על-ידי בניית נחלת כלל רחבה, מתן אפשרות גישה לידע הקיים וכן מידה ניכרת של חופש להשתמש ביצירות קיימות כחומר – גלם ליצירות חדשות ולביטוי עצמי. לפיכך, לפי גישה זו, זכויות היוצרים מוגבלות מטיבן, ודוקטרינת השימוש ההוגן הינה חלק בלתי-נפרד מן המנגנון של דיני זכויות היוצרים, ולא יוצא – דופן שיש לפרשו בצמצום.

בהתאם לנקודת-ות-מבטם המנוגדת, גישת השוק וגישת גיוון הביטוי מייחסות משקל שונה לארבעת השיקולים המנחים את בית-המשפט בקביעת הוגנות השימוש לפי סעיף 107. על-פי גישת השוק, השיקול הרביעי – השיקול של פגיעה בשוק הפוטנציאלי של היצירה המקורית – הוא השיקול המכריע. גישת השוק מניחה כי הדרישות של יעילות השוק מחייבות שבעל זכות היוצרים תוקצה הזכות הבלעדית לפתח ולממש את מלוא הפוטנציאל המסחרי של היצירה, לרבות בשוק היצירות הנגזרות ובשוק של מתן רשיונות לכל שימוש בעל ערך כלכלי. לכן בהעדר רישיון אין להתיר כל שימוש שעלול לגרום פגיעה בשוק פוטנציאלי כלשהו של היצירה המקורית. ניתן לסווג שימוש כהוגן רק כאשר אי – מתן הרישיון נובע מכשל שוק שאי-אפשר להתגבר עליו, שאז התרת השימוש ללא רישיון לא תגרום פגיעה של ממש בשוק.

לעומת זאת, בתי-משפט הדוגלים בגישת גיוון הביטוי נוטים לייחס משקל רב יותר לשיקול הראשון, כלומר, למטרת השימוש ולאופיו. הפסיקה האמריקנית מגדירה שימוש שיש בו תועלת מיוחדת לקידום מטרותיהם של דיני זכויות היוצרים כ"שימוש טרנספורמטיבי". לפי גישת גיוון הביטוי, לעיתים קרובות ראוי לקבוע לגבי שימוש טרנספורמטיבי כי הוא שימוש הוגן, אף אם הוא פוגע בשוק פוטנציאלי – או לפעמים אפילו בשוק קיים – של היצירה המקורית.

43 ראו Netanel, לעיל ה"ש 29, בעמ' 17–21; Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free*

Riding, 83 TEX. L. REV. 1031 (2005).

יש להדגיש שבתי-המשפט האמריקניים אינם מצהירים במפורש כי הם דוגלים באחת מן הגישות האמורות. כמו-כן אין בפסיקה האמריקנית הבחנה חד-משמעית בין גישת השוק לבין גישת גיוון הביטוי. אדרבה, יש אפילו פסקי-דין שמערבים מרכיבים מכאן ומכאן. עם זאת, ניתן להבחין בפסיקה האמריקנית במגמות כלליות אשר מושתתות באופן מובהק למדי על גישה זו או אחרת. למעשה חלו בפסיקה מעין גאות ושפל בין שתי הגישות: עד לאחרונה התאפיינה הפסיקה באופן כללי בנטייה למה שהוגדר כאן כגישת השוק, אולם בשנים האחרונות אנו רואים סדרה של פסקי-דין אשר מצדדים דווקא בגישת גיוון הביטוי. אם תימשך מגמה חדשה זו ותתחזק, נהיה עדים לשינוי רב-משמעות בדוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית. ההשלכות ברורות: בניגוד לגישת השוק, שבאה לצמצם את זכות השימוש ההוגן לטובת זכות יוצרים קניינית מקיפה ומוחלטת, גישת גיוון הביטוי מעמידה שימושים טרנספורמטיביים כמכשירים משפטיים שווי-דרגה לזכויות הבעלים ל שם השגת היעדים של תועלת הציבור העומדים ביסודם של דיני זכויות היוצרים.

(א) מקורה והתפתחותה של גישת השוק

כפי שמפרטת ניבה אלקין-קורן בספר זה,⁴⁴ מלומדים מצביעים על מאמרה של פרופ' ונדי גורדון (Gordon) משנת 1982, *Fair Use as Market Failure*, כאבן-הפינה של גישת השוק.⁴⁵ גורדון תיארה את דיני זכויות היוצרים ככלי כלכלי שנועד לא רק לתמרץ יצירת יצירות חדשות, אלא גם לייסד שוק משוכלל של זכויות ורשיונות שימוש ביצירות קיימות. כל זאת על-מנת להעביר למשתמש שבעבורו ערך השימוש הוא הגבוה ביותר ו אשר מסוגל לכן למלא אחר ביקוש הצרכן באופן היעיל ביותר. לנוכח השקפתה הכלכלית-הקניינית, טענה גורדון כי אין להכיר בשימוש הוגן אלא אם כן קיים כשל שוק שאי-אפשר להתגבר עליו. גורדון הודתה אומנם כי שימושים מסוימים עשויים להניב תועלת חברתית "חיצונית" או לשרת ערכים אשר אינם ניתנים לאומדן כספי (nonmonetizable values) ולכן לא יחושבו במחיר שהמשתמש הפוטנציאלי יהיה מוכן לשלם בעבור רישיון.⁴⁶ אולם אפילו במקרה זה, הדגישה גורדון, אין להכיר בשימוש הוגן אלא אם כן המשתמש מוכיח כי צעד זה לא יגרום פגיעה של ממש בתמריצים של בעל זכויות היוצרים.⁴⁷

44 ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" בספר זה.

45 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).

46 שם, בעמ' 1631.

47 שם, בעמ' 1619. במאמרה העוקבים הדגישה גורדון ביתר שאת את חשיבותם של ערכים שאינם ניתנים לאומדן כספי ואשר קשורים לשימושים ביצירות קיימות, ואף הבהירה כי היא מעולם לא התכוונה להגביל עד כדי כך את הגנת השימוש ההוגן כפי שעשו אלה שפירשו את מאמרה על שימוש הוגן ככשל שוק בשנים שחלפו לאחר פרסומו. ראו: Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L.J. 1533 (1993); Wendy J. Gordon, *Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney*, 82 B.U. L. REV. 1031 (2002). לעומת זאת, פרופ' פול גולדסטין דוגל עדיין בעמדתה המקורית של גורדון. ראו: Paul Goldstein, *Fair Use in Context*, 31 COLUM. J. L. & ARTS 433, 435 (2008).

גישתה של גורדון אומצה על ידי בית-המשפט העליון בעניין Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985), שלוש שנים אחרי פרסום מאמרה.⁴⁸ כתב-העת THE NATION השיג עותק של כתב-היד של זכרונותיו של הנשיא לשעבר ג'רלד פורד, שטרם פורסמו, ופרסם כתבה שחשפה את הסבריו של פורד לחנינה שהעניק לקודמו ריצ'רד ניקסון. בכך הקדים THE NATION את כתב-העת TIME, שהיה בעל הרישיון הייחודי לפרסם את זכרונותיו של פורד בהמשכים. בסקופ עיתונאי זה ציטט THE NATION כשלוש מאות מילים מכתב-היד של פורד, שהכיל יותר ממאתיים אלף מילים. חברת Harper & Row, שהייתה ההוצאה לאור של פורד ובעלת זכות היוצרים בספר, ואשר מכרה את הרישיון ל-TIME, תבעה את THE NATION על הפרת זכויות יוצרים, ו-THE NATION טען להגנת שימוש הוגן. בית-המשפט בערכאה הראשונה פסק לטובת Harper & Row, אך בית-המשפט לערעורים של המחוז השני הפך את התוצאה. בית-המשפט לערעורים קבע שציטוט מינימי לי של מילותיו של פורד, כפי שעשה כתב-העת THE NATION, היה הכרחי לתיקופה ולהבנתה של הידיעה העיתונאית שלו. כפי שהדגיש בית-המשפט, יש לפרש את דוקטרינת השימוש ההוגן בהתחשב בהיבטי חופש הביטוי העומדים מאחורי דיני זכויות היוצרים. חוק זכויות היוצרים, פסק בית-המשפט, "was not meant to obstruct the citizens' access to vital facts and historical observations about our nation's life".⁴⁹

אולם כאשר הגיע העניין לפתחו של בית-המשפט העליון, נהפכה החלטה זו של בית-המשפט לערעורים ברוב של שישה שופטים מול שלושה. מן הראוי לציין שפסק-דין זה עסק במקרה סבוך, בהתחשב בעובדה שכתב-העת TIME, שעמד לפרסם חלקים עיקריים מכתביו של פורד זמן קצר לאחר הפרסום ב-THE NATION, החליט לבסוף לא לפרסם זאת, לנוכח חשיפתה של הידיעה העיתונאית בכתב-העת המתחרה. הגם שיייתכן כי התוצאה הסופית שאליה הגיע בית-המשפט העליון הייתה נכונה, הנמקתו של בית-המשפט מעניינת בהקשרנו יותר מן התוצאה. בדחיית טענת השימוש ההוגן של THE NATION, אימץ בית-המשפט את גישת השוק באופן מובהק. הוא תיג את השימוש ההוגן כחריג לזכויותיו הבלעדיות של בעל זכות היוצרים, והכריז – תוך אזכור מאמרה של פרופ' גורדון – כי יש להכיר בו רק ב אותם מקרים ספורים שבהם כשל שוק מונע רישוי של זכות יוצרים או המחיר שבעל זכות היוצרים היה דורש שואף לאפס.⁵⁰

שימוש הוגן, ציין בית-המשפט, הוא בלתי-הולם אלא אם כן בעל זכות היוצרים היה מסכים לשימוש בהתחשב ב"חשיבותו של החומר המועתק... מנקודת מבטו של בעל זכות היוצרים הסביר".⁵¹ בהחילו מבחן זה, הניח בית-המשפט כי שימוש הוגן קיים רק במצב שבו בעל זכות היוצרים והמשתמש היו יכולים להגיע להסכמה על רישוי הזכות אך נמנעו מלעשות כן בשל עלויות

48 Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) (להלן: עניין Harper & Row).

49 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 723 F.2d 195, 208 (2d Cir. 1983).

50 ראו עניין Harper & Row, לעיל ה"ש 48, בעמ' 568, ה"ש 9 לפסק-הדין.

51 שם, בעמ' 550.

גבוהות של משא-ומתן.⁵² יתרה מזו, אפילו במצב זה הגביל בית-המשפט את הגנת השימוש ההוגן רק למקרים שבהם אין בשימוש הנ ידון או בשימושים דומים על -ידי אנשים אחרים כדי להשפיע באופן מזיק על השוק הפוטנציאלי של היצירה המוגנת. בהתאם לאמור, קבע בית -המשפט חד וחלק כי השיקול הרביעי – כלומר, שאלת הפגיעה בשוק הפוטנציאלי – הינו "ללא ספק המרכיב החשוב ביותר של דוקטרינת השימוש ההוגן" .⁵³ נוסף על כך, בית -המשפט הגדיר את הטענה לשימוש ההוגן כ"טענת הגנה" (affirmative defense), והטיל את נטל הראי ה על הצד הטוען לשימוש הוגן.

בקצרה, בעקבות פסק -הדין בעניין *Harper & Row*, היה על המשתמש להוכיח העדר פגיעה בשווקים פוטנציאליים, כולל פגיעה שעלולה להיגרם על -ידי משתמשים אחרים ופגיעה בשווקים פוטנציאליים של יצירות נגזרות, אף אם י יתכן שבעל זכות היוצרים לא יחפוץ לנצל ם לעולם. פירוש מצומצם זה של כלל השימוש ההוגן אינו משרת את היעדים המשותפים של דיני זכויות יוצרים ועקרון חופש הביטוי. כפי שתיאר זאת נכונה שופט המיעוט ברנ (Brennan) בחוות-דעתו באותו פסק-דין: "The progress of arts and sciences and the robust public debate essential to an enlightened citizenry are ill served by this constricted reading of the fair use doctrine".⁵⁴

בעקבות פסק-הדין בעניין *Harper & Row* התחזקה גישת השוק. בתי-המשפט חזרו וקבעו כי השיקול הרביעי הוא השיקול המכריע בקביעת הוגנות השימוש, וכי יש להחיל את השיקול הרביעי באופן שרואה עילה מספקת למניעת שימוש הוגן אף כאשר קיימת אפשרות זעומה בלבד של רישוי בשווקים פוטנציאליים.⁵⁵ עמדה זו יצרה את "בעיית המעגליות", שלפיה עצם דרישתו של בעל זכות יוצרים כי הנתבע יקבל ממנו רישוי בעבור השימוש נושא התביעה היא שקובעת את השימוש ככלול בשוק הפוטנציאלי של היצירה.⁵⁶ לפיכך, למעט במקרים של כשל שוק מוחלט, שימוש ללא רישוי ייחשב תמיד כפוגע בשוק הפוטנציאלי לצורך השיקול הרביעי המכריע. א ומנם, בתי-משפט אחדים הגדירו את השוק הפוטנציאלי בצמצום מסוים כדי להתמודד עם בעיית המעגליות הזו. כך, למשל, קבע בית -המשפט לערעורים במחוז השני כי יש להביא בחשבון את הפגיעה ברווחי

52 ראו שם, בעמ' 568, ה"ש 9.

53 שם, בעמ' 566: "Finally, the Act focuses on 'the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.' This last factor is undoubtedly the single most important element of fair use."

54 שם, בעמ' 579.

55 ב מחקר אמפירי שבחן פסקי -דין אמריקניים שדנו בהגנת השימוש ההוגן משנת 1978 ועד שנת 2005 נמצא כי 59% מפסקי-הדין שהוצאו בתקופה שבין פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין *Harper & Row* לבין פסק- דינו בעניין *Campbell* ציטטו את עמדת הרוב בעניין *Harper & Row*, שלפיה השיקול הרביעי הינו ללא ספק השיקול החשוב ביותר בקביעת הוגנות השימוש. ראו : Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978–2005*, 156 U. PA. L. REV. 549, 616–617 (2008).

56 ראו : Mark Lemley, *Should a Licensing Market Require Licensing?* 70 L. & CONTEMP. PROBS. 185, 190 (2007); Matthew Africa, *The Misuse of Licensing Evidence in Fair Use Analysis: New Technologies, New Markets, and the Courts*, 88 CAL. L. REV. 1145 (2000).

הרישוי הפוטנציאליים רק של "traditional, reasonable, or likely to be developed markets".⁵⁷ אולם למרות זאת סיווגו בתי-משפט כשוק פוטנציאלי אף שוקי רישוי שבעל הזכויות טרם הביע כל עניין בפיתוחם,⁵⁸ והיו אף בתי-משפט ששללו שימוש הוגן מקום ש כל מטרות של בעל זכות היוצרים הייתה למנוע פרסום של חומר שעלול להציגו באור שלילי.⁵⁹

נוסף על כך, בית-המשפט העליון חזר על כך – והקונגרס התעקש – ששימוש הוגן הוא אכן טענת הגנה, והאחרון אף ביקר באופן גלוי פסקי-דין שניתנו לאחר פסק-הדין בעניין *Harper & Row* ואשר פסקו אחרת.⁶⁰ ברוח זאת קבעו בתי-משפט במפורש שכאשר השימוש מיועד להשיג רווח מסחרי, לרבות מקרים שבהם הנתבע אינו סוחר ביצירה אלא רק משתמש בה מבלי לשלם את "המחיר המקובל", רובצת חזקה שהשימוש עלול לפגוע בשוק של היצירה המוגנת ולכן אינו הוגן.⁶¹ מלומדים ואנשי ממשל אף הציעו לוותר כליל על הגנת השימוש ההוגן, בטענה שהטכנולוגיה הדיגיטלית והתקשורת האלקטרונית מפחיתות בצורה משמעותית את עלותה של עסקת הרישוי, ובכך פותרות את בעיית כשל השוק, שהינה ההצדקה היחידה, לטענתם, להגנת השימוש ההוגן.⁶²

-
- 57 American Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F.3d 913, 930 (2d Cir. 1994)
- 58 ראו, למשל: Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 150 F.3d 132 (2d Cir. 1998) (להלן: עניין *Castle*), אשר קבע כי ספר של חידוני טריוויה על סדרת הטלוויזיה סיינפלד לא היה שימוש הוגן אף-על-פי שלבעלי הזכויות בסדרה לא הייתה שום תוכנית להוציא ספר כזה או אחר על הסדרה או לתת רישיון להוציא ספר כזה.
- 59 ראו, לדוגמה: Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc., 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000), *cert. denied*, 532 U.S. 958 (2001); Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987).
- 60 ראו עניין *Campbell*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 590; H.R. Rep. No. 102-590, Fair Use of Copyrighted Works, 102d Cong., 2d Sess. 3 n. 3 (1992).
- 61 כלל זה נסמך על הערת-אגב של בית-משפט העליון בעניין Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451 (1984) ("If the intended use is for commercial gain, [the] likelihood [of significant market harm] may be presumed"). ראו גם עניין *Castle*, לעיל ה"ש 58; A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001).
- 62 DEPARTMENT OF COMMERCE INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 82 (1995); PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX 203 (2d ed. 2003); Tom W. Bell, *Fair Use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N.C. L. REV. 557 (1998).

זאת ועוד, הרכב של בית-המשפט לערעורים במחוז השני גרס כי שימוש הוגן אינו נחוץ לדיני זכויות היוצרים, וכי הקונגרס יכול לבטל את השימוש ההוגן כל יל, מבלי שהדבר יפגע בתיקון הראשון או בסעיף זכות היוצרים בחוקה.⁶³

(ב) עלייתה של גישת גיוון הביטוי

כמו גישת השוק, גם גישת גיוון הביטוי נולדה – או לפחות קיבלה תנופה גדולה – ממאמר אקדמי, במקרה זה מאמרו רב-ההשפעה של השופט פייר לוואל (Leval), *Toward a Fair Use Standard*, אשר פורסם ב שנת 1990 ב-HARVARD LAW REVIEW.⁶⁴ לוואל עמד על כך שבמתן הרשאה לשימושים טרנספורמטיביים, דוקטרינת השימוש ההוגן משרתת את העקרונות של דיני זכויות היוצרים ומהווה חלק בלתי-נפרד מהם. בכך מתח לוואל ביקורת על תיוגו של השימוש ההוגן כחריג צר למנגנון זכות היוצרים, שיש לקבלו רק במידת הדרוש ורק במקרה של כשל שוק. כפי שציין לוואל: "Fair use should not be considered a bizarre, occasionally tolerated departure from the grand conception of the copyright monopoly."⁶⁵ כמו-כן, לטענת לוואל, המרכיב המרכזי במבחן הוגנות השימוש הוא אופיו של השימוש, ולא השיקול של פגיעה בשוק פוטנציאלי, ובלשונו: "Factor One is the soul of fair use."⁶⁶ הסיבה לכך היא שדוקטרינת השימוש ההוגן נועדה מטבעה להגן על שימושים משניים אשר מקדמים את תכליתם של דיני זכויות היוצרים על-ידי יצירת מידע, ביטוי א ומנותי והבנות חדשות, כלומר, שימושים טרנספורמטיביים:

"If... the secondary use adds value to the original – if the quoted matter is used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings – this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society."⁶⁷

לוואל לא הכחיש את חשיבותו של השיקול הרביעי, אבל גרס כי על בית-המשפט לשקול אותו נגד שימוש הוגן רק כאשר מתקיימת פגיעה בשוק פוטנציאלי של בעל זכות היוצרים אשר מחלישה באופן מהותי את התמריץ ליצור יצירות המיועדות לפרסום, ולא בגלל אובדן דמי רישוי גרידא.⁶⁸ בכך טען לוואל כי השיקול הרביעי נועד להדגיש כי דיני זכויות היוצרים אינם מכוונים להגן על זכות טבעית כלשהי של היוצר, אלא לתת תמריץ כלכלי ליצירת יצירות מקוריות לטובת הציבור.

63 Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 458 (2d Cir. 2001). שנתיים לאחר-מכן הבהיר בית-המשפט העליון, אם כי בעקיפין, כי בל עדי דוקטרינת השימוש ההוגן אכן היה חוק זכות יוצרים מתנגש בדרישות התיקון הראשון. ראו עניין *Eldred*, לעיל ה"ש 40.

64 ראו Leval, לעיל ה"ש 37.

65 שם, בעמ' 1110.

66 שם, בעמ' 1116.

67 שם, בעמ' 1111.

68 ראו שם, בעמ' 1124–1125.

כמו מאמרה של גורדון בזמן ו, גם למאמרו של לוואל הייתה השפעה ניכרת על בית -המשפט העליון, אשר הזכיר אותו לא פחות משלוש-עשרה פעמים בפסק-דינו בעניין *Campbell* משנת 1994.⁶⁹ בפסק-דין זה אימץ בית-המשפט את עמדתו של השופט לוואל שלפיה דוקטרינת השימוש ההוגן נועדה בעיקר להתיר שימושים טרנספורמטיביים ובכך לקדם את היעד היסודי של דיני זכויות היוצרים – מתן עידוד לידע ולאומנויות. לכן גרס בית -המשפט בעניין *Campbell* כי דווקא השאלה של אופי השימוש – כלומר, אם השימוש הינו טרנספורמטיבי – היא השאלה המרכזית (אולם לא המכריעה) בקביעת הוגנות השימוש:

"Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright... and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use."⁷⁰

בכך התנער בית -המשפט מהצהרתו תשע שנים לפני כן, בעניין *Harper & Row*, שלפיה השיקול הרביעי הוא השיקול החשוב ביותר של דוקטרינת השימוש ההוגן. בעניין *Campbell* פסק בית - המשפט, תוך אזכור מאמרו של לוואל, כי בקביעת הוגנות השימוש "יש לבחון כל אחד [מהשיקולים] ולשקול את התוצאות יחד יו לאור מטרותיהם של דיני זכויות היוצרים".⁷¹ כמו-כן נטש בית-המשפט את החזקה הגורפת שלפיה כל שימוש מסחרי עלול לפגוע בשוק פוטנציאלי. פסק-הדין בעניין *Campbell* קבע כי לצורך השיקול הרביעי, פגיעה בשוק משמעותה שהשימוש מחליף את מקומה של היצירה המקורית בשוק, וכי כאשר השימוש הינו טרנספורמטיבי – כלומר, כאשר הוא מוסיף משהו חדש, עם תכלית נוספת או טיב שונה מיצירת המקור מבחינת הביטוי, המשמעות או המסר – הוא אינו מתחרה בהכרח ביצירה המקורית כתחליף שוק, וזאת אף אם השימוש הטרנספורמטיבי הינו מסחרי. כן גרס בית -המשפט שאין כל ה יגיון בחזקה ששימוש מסחרי הוא לא-הוגן, שכן כמעט כל אחד מהשימושים הטרנספורמטיביים המנויים במבוא לסעיף 107 נעשה בדרך-כלל למטרת רווח.⁷² עקב כך קבע בית-המשפט כי אין להניח ששימוש מסחרי הוא לא-הוגן או שיש בו פגיעה בשוק פוטנציאלי, לפחות כאשר מדובר בשימוש טרנספורמטיבי.⁷³ פסק-הדין בעניין *Campbell* לא הפך לגמרי את גישת השוק של עניין *Harper & Row* ושל הפסיקה שבאה בעקבותיו. אכן, בעניין *Campbell* קבע בית -המשפט, לראשונה באופן מפורש, כי

69 עניין *Campbell*, לעיל ה"ש 17.

70 שם, בעמ' 579.

71 שם, בעמ' 578: "Nor may the four statutory factors be treated in isolation, one from another. All are

"to be explored, and the results weighed together, in light of the purposes of copyright."

72 שם, בעמ' 584.

73 שם, בעמ' 579, 591.

שימוש הוגן הינו טענת הגנה, וכי אין זה מתפקידו של התובע לשלול אותה, שהרי נטל ההוכחה אינו על התובע.⁷⁴ עם זאת, עניין *Campbell* הוליד סדרה של פסקי-דין הרואים בדוקטרינת השימוש ההוגן מנגנון מרכזי וחיוני, שבאמצעותו חוק זכות יוצרים מקדם את הידע ואת גיוון הביטוי, דבר שהוא מטרה יסודית של דיני זכויות יוצרים ו של עקרון חופש הביטוי כאחד. פסיקתו של בית-המשפט לערעורים של המחוז האחד-עשר, אשר הפכה את צו המניעה הזמני שהוצע נגד פרסום הרומן של אליס רנדל, היא אחת הדוגמאות לכך. בפסיקתו זו התייחס בית-המשפט ל"חשיבותו החוקתית" של השימוש ההוגן "כעֶרֶב לנגישות ולשימוש למען מטרות יו של התיקון הראשון לחוקה".⁷⁵ לפיכך, בבואנו לבחון את הוגנות השימוש "עלינו להישאר מודעים להגנות של התיקון הראשון אשר נשזרות בתוך דיני זכויות היוצרים".⁷⁶

מקרה נוסף הוא פסיקתו של בית-המשפט לערעורים במחוז התשיעי, שקבע כי תמונותיה של "רשת המזון של ברבי", שיוצרו על-ידי האומן תום פורסיית (Forsythe), נחשבות שימוש הוגן. פורסיית הציג את בובות ברבי הערומות כשהן מותקפות על-ידי מכשירי-חשמל ביתיים, על-מנת "לנפץ את מיתוס היופי הקונוונציונלי ואת התפיסות החברתיות הרואות את האישה כאובייקט שברבי משקפת". בית-המשפט קבע:

"By developing and transforming associations with Mattel's Barbie doll, Forsythe has created the sort of social criticism and parodic speech protected by the First Amendment and promoted by the Copyright Act."⁷⁷

בהמשך לקשירת הקשר ההדוק בין דוקטרינת השימוש ההוגן לבין הגנת חופש הביטוי, הבהיר בית-המשפט העליון בפסק-דינו משנת 2003 בעניין *Eldred v. Ashcroft*, אף אם בעקיפין, כי בלעדי דוקטרינת השימוש ההוגן אכן היה חוק זכות יוצרים מתנגש בדרישות התיקון הראשון.⁷⁸ בית-המשפט דחה את הטענה כי בחוקקו את התיקון לחוק זכות יוצרים – אשר האריך את תקופת זכות היוצרים בעשרים שנה נוספות, אפילו כ אשר מדובר ביצירות שנוצרו לפני התיקון לחוק – הפר הקונגרס את התיקון הראשון לחוקה. בדחיית הערעור קבע בית-המשפט כי כאשר "Congress has not altered the traditional contours of copyright protection, further

"First Amendment scrutiny is unnecessary".⁷⁹

עם זאת, בית-המשפט התייחס לדוקטרינת השימוש ההוגן כאל חלק בלתי-נפרד מקווי המתאר המסורתיים של דיני זכויות היוצרים. לחוק זכות יוצרים, ציין בית-המשפט, יש "built-in First

74 שם, בעמ' 590.

75 עניין *Suntrust Bank*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1260, ה"ש 3: "[T]he fact that the fair use right must be procedurally asserted as an affirmative defense does not detract from its constitutional significance as a guarantor to access and use for First Amendment purposes."

76 שם, בעמ' 1265: "As we turn to the analysis required in this case, we must remain cognizant of the First Amendment protections interwoven into copyright law"

77 *Mattel, Inc. v. Walking Mt. Prods.*, 353 F.3d 792, 803 (9th Cir. 2003).

78 עניין *Eldred*, לעיל ה"ש 40.

79 שם, בעמ' 191.

"Amendment accommodations",⁸⁰ לרבות הגנת השימוש ההוגן, שבעטיין בדיקה חוקתית של החוק לאור התיקון הראשון לחוקה אינה נחוצה. מכך משתמע שביטול או צמצום מהותי של הגנת השימוש ההוגן היו סוטים מ"קווי המתאר המסורתיים" של דיני זכויות היוצרים, והיה מחייבים בדיקה לאור התיקון הראשון. נוסף על כך ציין בית-המשפט כי "it is appropriate to construe copyright's internal safeguards to accommodate First Amendment concerns",⁸¹ כלומר, יש לפרש את סעיף 107 לאורו של התיקון הראשון.

מקרה נוסף ש תומך בגישת גיוון הביטוי של שימוש הוגן הוא פסיקתו משנת 2006 של בית - המשפט לערעורים במחוז השני בעניין *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, אשר דחתה את טענתו של בעל זכות יוצרים כי אין להכיר בשימוש הוגן במקרה של מוציא לאור אשר היה יכול לרכוש רשיון שימוש אבל לא עשה כן.⁸² המוציא לאור הנתבע שילב בספרו ההיסטורי על להקת הגרייטפול דד (Grateful Dead) כמה שכפולים מוקטנים מתמונות אומנותיות אשר הופיעו במקור בכרזות של הופעות הלהקה. בעניין זה לא דובר בטענה ספקולטיבית לפגיעה בשוק פוטנציאלי בלבד, אלא פגיעה של ממש בשוק רישוי קיים. בעל זכות היוצרים נהג להעניק רשיונות לשכפולן ולשילובן של תמונות הכרזות בספרים, והיה מוכן להעניק רישיון כזה לנתבע, אבל הצדדים לא הגיעו להסכמה לגבי המחיר. למרות זאת קבע בית - המשפט כי השימוש שעשה הנתבע היה שימוש הוגן. פסק - הדין נימק קביעה זו בכך ששימושו של הנתבע היה שימוש טרנספורמטיבי, ששירת מטרה הבעתית שונה לגמרי מזו של כרזות יו של התובע. המוציא לאור השתמש בתמונות המוקטנות של הכרזות כדי לסמל ולתעד את המאורעות המתוארים בספר היסטורי-ביוגרפי, ואילו הכרזות המקוריות יוצרו לשם פרסומת ואומנות. ביטוי טרנספורמטיבי כזה, קבע בית - המשפט, יכול שייחשב לשימוש הוגן למרות קיומו של שוק ממשי לרישוי. מבחינת בית-משפט זה, ערכו של גיוון הביטוי גובר על רציונל השוק, שהודגש בסדרת פסקי-דין שניתנו לאחר עניין *Harper & Row*. בעל זכות יוצרים, פסק בית - המשפט, "אינו יכול למנוע אחרים מלהיכנס לשוק של שימושים הוגנים רק 'על-ידי פיתוח או רישוי של שוק לפרודיה, לידעות תקשורתיות, לשימושים חינוכיים או לשימושים טרנספורמטיביים אחרים ביצירתו'.⁸³ כפי שציין בית - המשפט: "המבחן האולטימטיבי לשימוש הוגן... הוא אם מטרת ו של חוק זכויות יוצרים לקדם את התפתחות המדע והאומנות השימושית תוגשם טוב יותר על-ידי התרת השימוש מאשר על-ידי איסורו".⁸⁴

בפסק-דין בעניין *Blanch v. Koons*, שניתן כשישה חודשים לאחר פסק - הדין בעניין *Bill Graham Archives*, חזר בית - המשפט לערעורים במחוז השני והדגיש, תוך אזכורים חוזרים

80 שם, בעמ' 219.

81 שם, בעמ' 220, ה"ש 24 לפסק-הדין.

82 ראו: *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006) (להלן: עניין *Bill Graham Archives*).

83 "In a case such as this, a copyright holder cannot prevent others from entering fair use markets merely 'by developing or licensing a market for parody, news reporting, educational or other transformative uses of its own creative work.'", שם, בעמ' 614–615.

84 שם, בעמ' 613.

ונשנים של מאמרו של השופט לוואל, את חשיבותם העליונה של שימושים טרנספורמטיביים במבחן השימוש ההוגן.⁸⁵ בקשר לכך הוסיף בית-המשפט כי המאפיין המגדיר של שימוש טרנספורמטיבי הוא מטרתו ההבעתית המובדלת מזו של היצירה המוגנת, וזאת אפילו בהעדר כל שינוי של ממש בצורת היצירה המוגנת. בפרשה זו סרק האומן ג'ף קונץ (Jeff Koons) צילום ששימש לפרסומת אופנה, ושילב חלק ממנו ב קולז' יחד עם ציורים של פרסומות אופנה אחרות. בית-המשפט קבע שהעתקו של קונץ היה שימוש טרנספורמטיבי משום שהוא השתמש בצילום התובע כבסיס למתיחת ביקורת על ההשלכות האסתטיות והחברתיות של תקשורת -ההמונים, להבדיל בצורה ניכרת ממטרתה הפרסומית של יצירתו הצילומית של התובע.

לאחרונה הצטרף גם בית-המשפט לערעורים במחוז התשיעי אל גישת גיוון הביטוי בשני פסקי-דין הקשורים למנועים לחיפוש תמונות באינטרנט. בעניין Kelly v. Arriba, משנת 2003, הפעילה הנתבעת, חברת אריבה, מנוע לחיפוש תמונות באינטרנט. בדומה למנוע חיפוש מילולי, סרקה התוכנה של אריבה אתרי אינטרנט שונים, והעתיקה מהם תמונות ללא רשותם של בעלי האתרים.⁸⁶ התמונות שנסקרו אוחסנו כתמונות מוקטנות במאגר המידע של אריבה, ובתשובה לשאלת חיפוש, הציג מנוע החיפוש את התמונה המוקטנת וכן קישור לאתר המקורי שהכיל את התמונה בגודל מלא. התובע, צלם מקצועי, גילה כי תצלומים שהוצגו באתר האינטרנט שלו נכללו במאגר המידע של אריבה, ותבע את החברה על הפרת זכויות יוצרים. בית-המשפט פסק כי השימוש של אריבה היה טרנספורמטיבי והוגן. אף שאריבה יצרה העתקים מוקטנים מדיוקים מצילומיו של בעל זכות היוצרים, היא עשתה כן על -מנת לשפר את הגישה למידע באינטרנט, שימוש ששירת פונקציה שונה לגמרי מ זו של הביטוי האומנותי של הצלם.⁸⁷ לכן ההעתקים המוקטנים של אריבה לא היו תחליפי שוק לצילומים המקוריים, ופעלו לטובת הציבור בשפרם את הכלים לאיסוף מידע מהאינטרנט.⁸⁸

בפסק-דין משנת 2007 בעניין Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., חזר בית-המשפט לערעורים במחוז התשיעי והדגיש את טיבם הטרנספורמטיבי של מנועי חיפוש באינטרנט.⁸⁹ בעניין זה תבעה חברת פרפקט 10 את מנוע החיפוש גוגל על העתקת תמונות שלה מאתרי אינטרנט של צדדים שלישיים, אשר העתיקו את התמונות ללא אישורה של פרפקט 10. גם גוגל, כמו חברת אריבה, הציגה רק העתקים מוקטנים של התמונות המפורסות במנוע חיפוש התמונות שלה, אבל פרפקט 10, להבדיל מ-Kelly, עסקה לא רק במכירת גישה לתמונות המקוריות הגדולות, אלא גם בשיווק של רישוי להורדת העתקים מוקטנים של התמונות אל טלפונים ניידים. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת גוגל לשימוש הוגן בנימוק שהשימוש של גוגל היה עלול לשמש תחליף שוק לזכותה של פרפקט 10 למכור העתקים מוקטנים מתמונותיה בעבור טלפונים ניידים, משום שהוא מאפשר לגולשי אינטרנט להוריד את התמונות המוקטנות המוצגות באתר של גוגל אל הטלפונים

85 ראו: Blanch v. Koons, 467 F.3d 244, 250, 252, 258 (2d Cir. 2006).

86 Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

87 ראו שם, בעמ' 819.

88 ראו שם, בעמ' 820.

89 Perfect 10, Inc., v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) (להלן: עניין Perfect 10).

הניידים שלהם מבלי לשלם בעבורן.⁹⁰ אולם בית-המשפט לערעורים קבע כי השימוש של גוגל הוא שימוש "טרנספורמטיבי ביותר", וכי עובדה זו גוברת על הפגיעה האפשרית בשוק זה של תמונות מוקטנות.⁹¹ בית-המשפט הוסיף כי יש לשקול את טיבו המסחרי של השימוש של גוגל ואת היותו תחליף שוק לא רק אל מול טיבו הטרנספורמטיבי של השימוש עצמו, אלא גם אל מול המידה שבה מנוע החיפוש של גוגל מקדם את תכליותיהם של דיני זכויות היוצרים ומשרת את טובת הציבור. כפי שציין בית-המשפט:

"Although the district court acknowledged the 'truism that search engines such as Google Image Search provide great value to the public,' the district court did not expressly consider whether this value outweighed the significance of Google's superseding use or the commercial nature of Google's use. The Supreme Court, however, has directed us to be mindful of the extent to which a use promotes the purposes of copyright and serves the interests of the public."⁹²

3. להיכן דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית מתקדמת?

במחקרו האמפירי על הפסיקה האמריקנית בעניין השימוש ההוגן משנת 1978 ועד שנת 2005, הגיע פרופ' ברטון ביב (Barton Beebe) למסקנה כי בפועל שופטים נוטים ליישם את סעיף 107 תוך הפעלת מבחן דו-צדדי, כלומר, הם שוקלים את צדקת השימוש של הנתבע, אשר נקבעת תוך התייחסות לשלושת השיקולים הראשונים של הסעיף, כנגד פגיעת השימוש בתמריצים של התובע.⁹³ מסקנתו נראית לי סבירה, אולם לאחרונה, כמתואר לעיל, גישת גיוון הביטוי גוברת על גישת השוק. הדבר בא לידי ביטוי בסדרה של פסקי-דין, לרבות אלה של בתי-המשפט לערעורים במחוזות השני והתשיעי, אשר לנוכח מיקומם בניו-יורק ובקליפורניה, בהתאמה, הם בתי-המשפט לערעורים המובילים בתחום של דיני זכויות יוצרים בארצות-הברית.⁹⁴ מגמה זאת, שקיבלה תנופה למן שנת 2005, מעניקה משקל מוגבר להצדקת השימוש, תוך הגדרתה בהרחבה ותוך

90 ראו שם, בעמ' 1165–1166.

91 בית-המשפט לערעורים קבע כי הפגיעה האפשרית בשוק של פרפקט 10 היא היפותטית גרידא, משום שבית-המשפט המחוזי לא מצא שמשתמשי גוגל אכן הורידו תמונות מוקטנות לשימוש בטלפונים הניידים שלהם. ראו שם, בעמ' 1168. אבל לפי נוסחו של השיקול הרביעי בס' 107 לחוק, המבחן הוא "השפעת השימוש על השוק הפוטנציאלי", דבר שאינו מחייב הוכחה לפגיעה קיימת בשוק קיים. לכן ברור שבית-המשפט לערעורים במחוז התשיעי המעיט בערכה של הפגיעה בשוק לעומת החשיבות של היות השימוש טרנספורמטיבי.

92 ראו שם, בעמ' 1166.

93 ראו Beebe, לעיל ה"ש 55, בעמ' 621.

94 לא כולם שבעי-רצון מעלייתה של גישת גיוון הביטוי מן הדגש שלה בשימושים טרנספורמטיביים בבחינת הוגנות השימוש. לדעת פול גולדסטין, אחד התומכים המובילים בגישת השוק, יישום המושג "שימוש טרנספורמטיבי" בפסקי-הדין בעניין *Bill Graham Archives* (לעיל ה"ש 82) ובעניין *Perfect 10* (לעיל ה"ש 89) הינו "a triumph of mindless sound bite over principled analysis". ראו Goldstein, לעיל ה"ש 47, בעמ' 442.

המעטה בשיקול של אובדן דמי רישוי בגין שימושים טרנספורמטיביים בעת חישוב הפגיעה בתמריצים של התובע.

מוקדם מדי לדעת אם מגמה זאת תמשיך להתחזק. האם ימשיכו בתי-המשפט בדרכה של גישת גיוון הביטוי, בהתאם למגמת הפסיקה האחרונה של בתי-המשפט לערעורים של המחוזות השני והתשיעי, או שמא יסוו בחזרה לכיוון נה של גישת השוק, כפי שהוצגה בעניין *Harper & Row* ופותרה בפסיקה ובספרות לאחר -מכן? הפסיקה בעניין תעצב בוודאי את אופייה העיקרי של דוקטרינת השימוש ההוגן בארצות-הברית, ואולי אף בישראל בעתיד הנראה לעין.⁹⁵

ד. סיכום

אימוץ הדוקטרינה האמריקנית של השימוש ההוגן מסיר את הרסן של מתכונת הרשימה הסגורה, ומעניק לבתי-המשפט שיקול-דעת רחב לקבוע כי גם שימושים אחרים, לרבות שימושים טכנולוגיים חדשים, יסווגו כהוגנים. עם זאת, נשארה השאלה כיצד ישקלו בתי-המשפט את ארבעת השיקולים המנויים בסעיף 19, ואם הם יפרשו את הגנת השימוש ההוגן בצמצום או בהרחבה. סביר להניח שדוקטרינת השימוש ההוגן אמריקנית, כפי שפותחה בפסיקה האמריקנית, תמשיך לשמש תקדים מנחה לבתי-המשפט בישראל בנוגע לסוגיות אלה.

מצד אחר, בתי-המשפט הישראליים אינם מתחילים עתה ב"לוח חלק". להפך, הפסיקה הישראלית כבר הגדירה את תכליתם של דיני זכויות יוצרים וכבר דנה בהגנת השימוש ההוגן ואימצה אותה בטרם נחקק החוק החדש. בהקשר זה נדמה לי כי בין שתי הגישות המרכזיות לשימוש ההוגן בארצות-הברית, הפסיקה הישראלית בשלה לגישת גיוון הביטוי יותר מאשר לגישת השוק. בעניין **גבע**, שנפסק בישראל כשלוש שנים לפני פסק-הדין בעניין *Campbell* בארצות-הברית, הסתייג בית-המשפט העליון הישראלי מקו הפסיקה האמריקנית, שלפיו הוגנות השימוש מתבססת במידה רבה על הקביעה כי אין מדובר בשימוש מסחרי. הסתייגות זו הסתמכה, בין היתר, על פסק-דינו של השופט לוואל. בית-המשפט העליון בישראל אימץ את עמדתו של השופט לוואל, תוך שהוא מצטט בהרחבה מפסק-דינו, והדגיש כי אין חזקה נגד הוגנותו של שימוש מסחרי כאשר השימוש הינו טרנספורמטיבי.⁹⁶ בית-המשפט הישראלי גם הקדים את עניין *Campbell* בקובעו כי שימוש סטירי יכול להיחשב הוגן, וכי ההלכה האמריקנית שלפיה כאשר בסטירה אין כל מרכיב פרודי אי-אפשר להצדיק את השימוש "היא בגדר הכללה גורפת, ופוגעת במידה מיותרת באינטרס החברתי לעודד יצירה סאטירית".⁹⁷ יש להודות כי בפסק-דינו בעניין *Interlego*, אשר לא דן בנושא השימוש ההוגן, הזכיר בית-המשפט העליון את מאמרה של פרופ'

95 כמו חוקרים אחרים, הנחתי גם אני כי הפסיקה בעניין התביעות של מוציאים לאור וסופרים נגד חברת גוגל לפני בית-המשפט בערכאה הראשונה בניו-יורק, בקשר ל"פרויקט הספרים" של החברה, תכריע בין שתי הגישות לשימוש ההוגן, אולם בספטמבר 2008 הגיעו הצדדים להסכם פשרה. אם יקבל בית-המשפט את ההסכם, לא תהיה הכרעה לגבי טענתה של גוגל כי העתקת ספרים לצורך הפרויקט הינה שימוש הוגן.

96 עניין **גבע**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 277, המצטט את פסק-דינו של השופט לוואל בעניין *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 802 F. Supp. 1, 12–13 (S.D.N.Y. 1992), *aff'd*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).

97 ראו שם, בעמ' 283.

גורדון, אולם אזכור זה בא רק כחלק מהסבר לצורה שבה חוק זכות יוצרים נותן תמריץ כלכלי ליוצר פוטנציאלי, ומבלי להתייחס לגישת השוק של השימוש ההוגן או לתיאוריה הכלכלית של זכויות קנייניות מוחלטות.⁹⁸ להפך, בעניין **Interlego** קבע בית-המשפט כי תכליתם של דיני זכויות יוצרים היא לקדם את גיוון הביטוי, וכי יש לעצב ולהגביל את אגד הזכויות בצורה שתשרת תכלית זו. כפי ש ציין בית-המשפט: "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... 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."⁹⁹

גישה זו עולה בקנה אחד עם עיקריה של גישת גיוון הביטוי האמריקנית.¹⁰⁰ אם בתי-המשפט יפרשו את סעיף 19 לחוק בהתאם, אימוץ דוקטרינת השימוש ההוגן האמריקנית אכן ישלב כלי איזון ושסתום-בטיחות לחופש הביטוי במרכזם של דיני זכויות היוצרים בישראל.

98 ראו עניין **Interlego**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 163.

99 שם.

100 מן הראוי לציין כי עמדתה של לוינסון על דוקטרינת השימוש ההוגן במאמרה משנת 1986, אשר הוזכר בפסיקה הישראלית (שם כתבה כי "השפעת השימוש על ערך היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה הוא הגורם החשוב ביותר להכרעה אם שימוש פלוני הוא הוגן"), אינה משקפת את הפסיקה האמריקנית או הישראלית בעשורים שחלפו מאז. ראו לוינסון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 442.