

שלום רב,

הנדון: הערות מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג על נושא "הפרה עקיפה", לפי תזכיר חוק זכות יוצרים (תיקון מס'...), התשע"ו-2016

צוות "מעקב חקיקה" במכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג ז"ל, הפועל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, מתכבד להגיש הערות ביחס לתזכיר החוק שבנדון.

א. רקע

תזכיר החוק: הורתו ולידתו

1. כתוצאה מהתפתחויות טכנולוגיות בעולם המודרני, האינטרנט מהווה פלטפורמה יעילה לתקשורת והפצת מידע. מנגד, פלטפורמה זו יוצרת בעיות חדשות ובין היתר הפרות של זכויות יוצרים. העיגון החוקי כיום שמגן מפני הפרת זכות יוצרים, הוא חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן – **חוק זכות יוצרים**). למרות שבפעמים רבות הנגשת תכנים באמצעות האינטרנט חוסה תחת השימושים המותרים בחוק זכות יוצרים, הרי שבמקרים בהם מתבצעות הפרת זכויות זו יש קושי מעשי באכיפתן.

2. ביום חמישי, 29.09.2016, הפיץ משרד המשפטים את תזכיר החוק שבנדון.¹ לפי דברי ההסבר, מטרת התיקון המוצע היא התמודדות עם הפרות של זכות יוצרים באינטרנט. כפי שמוצהר בתזכיר, התיקון המוצע לחוק מבקש לאזן בין הצורך בכלים להתמודדות אפקטיבית עם הפרות, לבין חופש הביטוי וחופש המידע ובנוסף אינטרסים שונים של צדדים שלישיים.

נושאים מרכזיים בתזכיר

3. התזכיר כולל התייחסות לכמה סוגיות: (א) הרחבת ההפרה העקיפה לעולם הווירטואלי; (ב) הגבלת גישה לאינטרנט באמצעות הסדרת מתן צווי מניעה לצדדים שלישיים, קרי, צווי חסימה, שיאפשרו לבית המשפט להורות לספקי גישה לאינטרנט לחסום גישה של משתמשים לאתרים החשודים כמפרים. (ג) יצירת הליך לחשיפת פרטי זהותו של מפרסם תוכן ברשת שנטען כלפיו שהפר זכות יוצרים. (ד) קביעת עבירות פליליות לפעולות של שידור והעמדה לרשות הציבור.

מטרת התזכיר והנחות יסוד

4. לפי התזכיר, תתווסף לחוק זכות יוצרים הגדרה של "**העמדה מפרה**", שהיא: "עותק של יצירה שיש בה זכות יוצרים, שהועמדה לרשות הציבור כאמור בסעיף 11(5) ללא רשותו של בעל זכויות היוצרים; ואולם יצירה שהועמדה מחוץ לישראל לרשות הציבור ברשותו של בעל זכויות היוצרים במדינה בה הועמדה, לא תיחשב להעמדה מפרה". לפי דברי ההסבר בתזכיר, ההגדרה של "העמדה מפרה" מוצעת מפני

¹ http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/43021_x_AttachFile.doc

- שההגדרה הקיימת כיום בחוק זכות יוצרים עבור "עותק מפר" מתייחסת להפרה של זכויות ההעתיקה בלבד. אולם בשל ההתפתחות הטכנולוגית, בהרבה מקרים הפגיעה בזכויות היוצרים נגרמת באמצעות ביצוע פעולות אחרות, לאו דווקא תוך יצירת עותק, כגון על-ידי העמדה לרשות הציבור.
5. התזכיר מציע להרחיב את סעיף ההפרה העקיפה הקבוע בסעיף 48 לחוק כיום ולהתאימו להפרות עקיפות בעולם הווירטואלי. לפי דברי ההסבר, הצורך בהטלת אחריות בגין הפרה עקיפה גם לגבי יצירות שהועמדו לרשות הציבור שלא בהסכמת בעל זכויות היוצרים, נובע מכך שלעתים לא ניתן לתבוע את מי שהעמיד את היצירות לרשות הציבור, ומכל מקום יש צורך בהפסקת הנזק שנגרם לבעל זכויות היוצרים בשל המשך הפעילות ביחס להעמדות מפרות אלה.
6. **נייר עמדה זה מתמקד בתיקון המוצע הראשון, בדבר הרחבת ההפרה העקיפה לעולם הווירטואלי. אנו סבורים שההסדר המוצע בתזכיר פוגע פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי ועלול להוביל לאפקט מצנן ולצנזורה בתכנים המועלים לרשת.**

הדין הקיים

7. סעיף 48 לחוק זכות יוצרים משנת 2007, שהוא הדין שחל כיום בקשר להפרה עקיפה מתייחס לעשיית פעולה בעלת אופי **עסקי-מסחרי** שנעשתה במטרה להפיק רווח משימוש בעותק מפר.
8. לפי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק משנת 2007, "**עותק מפר**" הוא עותק של יצירה המוגנת בזכות יוצרים, למעט בניין או מבנה אחר, שהוא אחד משניים אותם ניתן לכנות: "**עותק מקומי**" ו"**עותק מיובא**". בהתאמה, הראשון נוגע לעותק שנעשה בישראל ללא רשות מבעל זכויות היוצרים והשני נוגע לעותק שיובא לישראל ואילו היה נעשה בישראל בפועל היה מהווה הדבר הפרה של זכות העתיקה לפי החוק. לעניין החלופה האחרונה, מצוין בחוק הקיים שעותק שנעשה מחוץ לישראל ברשותו של בעל זכויות היוצרים במדינה שבה נעשה, לא ייחשב כעותק מפר.
9. לעניין **עותק מיובא**, קובע הסעיף כי הוא יהיה בגדר עותק מפר אילו היה נעשה בישראל היה בכך משום הפרה של זכות ההעתיקה. הסעיף יוצר הבהרה חשובה שהייתה חסרה בתקופת החקיקה הקודמת והיא – עותק שנעשה ברשות בעל זכויות היוצרים, במדינה בה נעשה בעל הזכות, באותה מדינה זרה שבה נעשה העותק יכול ולא ייחשב לעותק מפר. הגורם בעל זכות זו יכול שיהיה בעל זכות היוצרים המקורי של היצירה, ובכלל זה בעל זכות יוצרים של יצירה בישראל שהרשה ליצור עותקים שלה בחו"ל או מי שרכש את זכות היוצרים באותה מדינה, מאת בעל זכות היוצרים המקורי. לגבי האחרון, אין זה מעלה או מוריד שאין הוא רשאי לעשות עותק של היצירה בישראל, שכן הסעיף מתייחס רק לזכותו ליצור את העותק במקום בו אכן נוצר.
10. הפסיקה פירשה את סעיף 48 לחוק זכות יוצרים ככולל שלושה יסודות: קיומו של עותק מפר, ביצוע אחת מן הפעולות האסורות המנויות בסעיף, תוך שהמפר העקיף ידע או שהיה עליו לדעת שהזכויות ביצירה שייכות לאחר.²
11. להשלמת התמונה, נזכיר את סעיף 58 לחוק זכות יוצרים, שמעניק הגנה למי שלא ידע כי ביצירה יש זכות יוצרים. אדם כזה, שהפר זכות יוצרים מתוך מחשבה שאין ביצירה זכויות בכלל - ולא רק שטעה בהערכת זהות בעל הזכות, לא יידרש לפצות את בעל הזכות. סעיף זה פורש בצמצום ונקבע כי על המפר התמים להוכיח הן את תום ליבו הסובייקטיבי והן את תום ליבו האובייקטיבי, נוסף לכך שלא

² ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2013).

יתאפשר מצב של "עצימת עיניים" מצד המפר לנכח הפרת הזכויות.³ למשל, כך לא תתקבל טענה של בעל עסק, לפיה אינו יודע מהם המוצרים הנמכרים בעסקו.⁴

ב. העמדה מפרה

הגדרה

12. התיקון המוצע בתזכיר מציע תוספת של המונח "העמדה מפרה".⁵ מדובר בהעמדה לרשות הציבור ביצירה שיש בה זכות יוצרים, ללא רשותו של היוצר. העמדה תיחשב כהעמדה מפרה כאשר יש מטרה לעשיית רווח מהפעולה. בעידן הטכנולוגי שאנו חיים בו כיום, רוב ההעמדות לרשות הציבור שעונות על הגדרה זו מתבצעות באינטרנט. כיום בעלי זכות היוצרים מתמודדים עם תופעה נרחבת של הפרות זכויותיהם באינטרנט דרך אותן העמדות לציבור, ולבעלי הזכויות יש קושי ניכר להתמודד עם כך במצב הקיים כיום, שאין בו הגדרה בחוק לפעולה זו. בשינוי המוצע בתזכיר החוק התכוון המחוקק לספק הגדרה לאותה בעיה, כך שהנפגעים ממנה יוכלו להתמודד עמה משפטית. חשוב לציין שהמחוקק מציע בתזכיר דרישה של ידיעה או ידיעה קונסטרוקטיבית בעת ביצוע הפעולה כדי שזו תיחשב כמפרה.

13. לדוגמה, מקרה שהתרחש בפורים 2017, כלל שני חברים שהתחפשו לסצנה המפורסמת מסרט "טיטאניק". במקרה זה העלו השניים את הסרטון לרשת החברתית פייסבוק, כאשר ברקע הסרטון נשמע פסקול הסרט. הסרטון צבר תאוצה ברשת ונצפה יותר ממיליון וחצי פעמים. פייסבוק הסירה את הסרטון לפי הודעה שקיבלה על הפרת זכות יוצרים לכאורה, ובכך פעלה כגורם ביניים שמסייע במאבק נגד הפרות. פה מדובר במצב שבו גורם הביניים ידוע, ובעל מדיניות ברורה בכל הנוגע להפרות זכות יוצרים (ראו דיון באחריות גורמי ביניים בהמשך). אך לפעמים, ובמיוחד כאשר שמדובר באתרים איזוטריים, גורם הביניים אינו ידוע ולא לוקח אחריות לגבי ההפרות המתרחשות באתר אותו הוא מפעיל. במצב כזה, בעלי זכויות היוצרים עומדים לבד מול ההפרה ללא כלי מספק. לכן, ההגדרה המוצעת בתזכיר מקלה על בעלי הזכויות בהתמודדות עם מצבים עמומים. בהימצאותה של הגדרה בחוק שנוגעת להפרה מסוג זה יהיה קל יותר לבעלי זכויות היוצרים להצביע על ההפרה ולהתמודד עמה.

אחריות גורמי ביניים

14. למרות שהחוק שותק בקשר לאחריות אתרים בכל הקשור ל"הפרה תורמת" של זכות יוצרים, בית המשפט הכיר בעילה זו, שחלה על מי שלא הפר במישרין את הזכות, אולם פעולתו תרמה להפרה.⁶ כך, העילה מסייעת להגן על היוצר גם בעידן של משתמשים אנונימיים ולספק את התמריצים הנדרשים להמשך הפקתן של יצירות חדשות.

15. בית המשפט העליון קבע, שלפי הדין הקיים (חוק זכות יוצרים התשס"ח-2007), לא ניתן לייחס לגורמי ביניים אחריות ישירה בגין קיומו של קישור לאתר מפר בפורום זה או אחר המתנהל באתר שבבעלותו.⁷

³ "עצימת עיניים" – הכלל המוכר מהמשפט הפלילי, לפיו מדובר באדם שידוע מהם דרישות המשפט והעבירה הפוטנציאלית ומנסה להרחיק עצמו מהמצב בצורה מודעת תוך ביצוע העבירה.

⁴ ת"א (חי) 2400-03-14 Kabushiki Kaisha Sony Entertainment Inc. נ' חוג'יראת (פורסם בנבו, 15.03.2015).

⁵ ס' 1 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

⁶ בפסק הדין בע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית נ' שוקן (פורסם בנבו, 20.06.2011) (להלן: עניין האוניברסיטה העברית) נקבעו התנאים הבאים לקיומה של הפרה "תורמת": קיומה של הפרה על-ידי צד שלישי; ידיעה ממשית וקונקרטית אודות ההפרה; תרומה משמעותית וניכרת לביצועה.

⁷ הפרה "ישירה" – ס' 11 לחוק זכות יוצרים מעניק לבעלי הזכויות בלעדיות על ביצוע פעולות שונות הנעשות ביצירה, ביצוע אחת מן הפעולות שייחדו בחוק לבעל זכויות היוצרים, שלא ברשותו, מהווה הפרה ישירה של הזכות.

אך לגבי הטלת אחריות בגין הפרה תורמת, נראה שהמצב שונה על-פי ההלכה שיצאה בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן**.⁸ לפיה מתבקשת המסקנה שבעל אתר בו קישור לאתר מפר עלול להימצא אחראי רק בהתקיים בנסיבות מסוימות.

16. במקרים אחרים, כאשר ספק שירות מקיים נוהל "הודעה והסרה" במקרה של חשש להפרת זכות יוצרים בתוכן שהועלה לאתר, ייתכן שאפשר לראות בכך משום "שימוש הוגן" ביצירות. זאת כפי שנקבע בעניין **גלעד נ' נטוויז'ן**.⁹ שם, טענו התובעות כי הנתבעת המפעילה את פורטל "נענע", אחראית להעתקה של יצירות מוגנות מאתר שניהלו. התובעת טענה כי גולשת פלונית שניהלה עבורה "פורום" גולשים ביצעה את ההפרה וכי הם מצדם הסירו את העותקים המפרים מיד כשקיבלו הודעה על כך. בית המשפט דחה את התביעה: "משום שהנתבעת פעלה והסירה את היצירות המפרות מיד לאחר שנודע לה דבר ההפרה. במצב דברים זה אין מקום להטיל על הנתבעת או על מנהלי אתרים או פורמים אחרים באינטרנט אחריות להפרת זכויות היוצרים של היוצר".¹⁰

ג. ביקורת ההסדר המוצע בתזכיר

17. **פגיעה בחסינות היחסית המוענקת לאתרים ולחופש הביטוי שניתן לראות בהם על-ידי ההגדרה החדשה**: העלאת יצירות מוגנות לאתרים הנעשית ללא רשות בעל זכויות היוצרים בה, ושאינה באה בגדר השימושים המותרים לפי פרק ד לחוק, היא הפרה של זכויות היוצרים, ובאופן ספציפי פעולה כזו היא העתקה (ס' 11(1) לחוק) והעמדה לרשות הציבור (ס' 15 לחוק), בהנחה שהאתר נגיש לציבור הרחב. אולם, עד כה החוק התייחס רק להעתקה מפרה ושתק לגבי העמדה מפרה. כפי שהוסבר לעיל, התזכיר מציע להוסיף הגדרה של "**העמדה מפרה**" לחוק. אך ההגדרה החדשה עלולה לפגוע בחסינות היחסית המוענקת לאתרים, המעוגנת בפסיקה.

18. כפי שצוין לעיל, הפסיקה הישראלית אימצה את דוקטרינת ההפרה התורמת. בפסיקה נקבעו התנאים הבאים לקיומה של "הפרה תורמת": קיומה של הפרה על-ידי צד שלישי; ידיעה ממשית וקונקרטית על אודות ההפרה; תרומה משמעותית וניכרת לביצועה. אך למרות שהובהר שלעניין פעולות שמבצעים אחרים (כגון האחריות ל"תוכן גולשים" מצד בעלי אתרים, מנהלי פורומים או גורמי ביניים אחרים), יוותר המצב המשפטי כפי שהוא היום, הרחבת ס' 48 עלולה להוביל להטלת אחריות בהפרה עקיפה של העמדה לרשות הציבור ולפגוע באיזון האינטרסים השונים של ההגנה על זכויות היוצרים לבין חופש הביטוי של האתרים.

19. **התזכיר עלול להוביל לפגיעה בלתי סבירה בחופש הביטוי**, ובמיוחד בחופש המידע באינטרנט כמקור מידע שעד כה היה די חופשי. בשל התפתחויות טכנולוגיות מושם דגש על זכויות היוצרים, שכן לטענתנו הרבה יותר קל בהשוואה למה שהיה בעבר, להפיץ יצירות לציבור. מה שנדרש בעיקר, בכדי שהדבר לא ייחשב כהפרה, הוא הסכמת בעל זכויות היוצרים, ואם מדובר על הפצה שכזו מחוץ לישראל אז הסכמת בעל הזכויות הרלוונטי שם. האינטרנט משמש כצינור מידע לציבור, שלעיתים אין דרך אחרת שיועבר אליו. מתן אפשרות להכרה בהפרה עקיפה שחלה לא רק על יצירה שהועתקה בעולם הפיזי, אלא גם ברשתות תקשורתיות כמו באינטרנט, עלולה להוות גורם פוגעני מדי ולהרתיע מפני פרסום מהיר של מידע. שכן יש מקרים שבהם המפרסם לא יודע מהיכן הגיע המידע שחוק זכות יוצרים עשוי לחול עליו, ובכך במקום לשחרר זאת לעיני הציבור עלול לבחור להימנע מכך. לכל הפחות נראה שיש להוסיף תנאים

⁸ בעניין **האוניברסיטה העברית** נקבעו התנאים לקיומה של הפרה "תורמת".

⁹ ת"א 1559/05 **חמדה גלעד נ' נטוויז'ן בע"מ** (פורסם בנבו, 23.7.2009).

נוספים שיפרטו בדיוק על איזה מידע שמפורסם ברשתות החברתיות תחול ההפרה העקיפה, בכדי להעניק ודאות ולמנוע את הגורם ההרתעתי שנראה שיפר את האיזון בשמירה על זכויות.

20. **אי בהירות בהסדר המוצע** – ניסוח ההסדר הנוכחי יוצר אי ודאות לגבי אילו מקרים יחשבו כהפרה עקיפה. בחוק זכות יוצרים יש הכרה בזכות ההעמדה לרשות הציבור, שמוסדרת בסעיף 15 לחוק, שהיא: "עשיית פעולה ביצירה כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם". לדוגמה, הצבת היצירה באינטרנט. לפי דברי ההסבר של התזכיר, סעיף 48 המתוקן המוצע במסגרת התיקון ושמטיל אחריות בגין הפרה עקיפה, שואב את ניסוחו מזכות ההעמדה לרשות הציבור, אשר מותאמת לעולם האינטרנטי. דברי ההסבר טוענים שאין הצדקה ממשית להבחנה בין הזכות להעתקה לבין הזכות להעמדה לרשות הציבור, כאשר מבחינה מהותית מדובר בפעולה דומה והנזק שנגרם לבעל זכויות היוצרים דומה, לכן יש להכיר בהפרה עקיפה גם כשמדובר בהעמדה לרשות הציבור. אך בכך, החוק מתעלם מהעובדה שהאינטרנט הוא פלטפורמה שמנגישה מידע בצורה יותר קלה להרבה יותר אנשים מאשר בהעתקה. לכן, אנחנו סבורים שהאיסור המוצע בתזכיר עלול להוביל למצב שבו מקרים ייחשבו כהפרה של זכות יוצרים ברגע שלציבור אין עניין שמקרים כאלה ייחשבו כמפריים.

21. בנוסף לכך למרות שהאיסור המוצע מנסה להיות ספציפי, בקביעתו שהפרה עקיפה תהיה אסורה רק אם הייתה למטרת רווח, והמפר ידע על כך שהיצירה הועמדה לציבור בצורה מפרה, עדיין לא ברור היקף הפגיעה הדרוש לביסוס העילה, ומה יקרה אם אנשים רבים ביצעו הפרה עקיפה כהגדרתה בתיקון.

22. לכן, אנחנו מציעים שהמחוקק יוסיף עוד תנאים לאיסור, כגון כמות האנשים הנחשפים ליצירה שהועמדה לציבור באופן המפר זכויות היוצרים, את גודל הרווח שהסיקו מההעמדה המפרה והיקף השימוש באותה יצירה. כלומר, למרות שכוונת המחוקק לסייע במיגור תופעת הפרות באינטרנט היא רצויה, לדעתנו יש בעיתיות בהגדרת קו הגבול שלפיו ההעמדה לציבור היא מפרה ברמה המסחרית. למשל, בדוגמה שהבאנו לעיל, על שימוש שכלל את פסקול סרט הטיטאניק, ניתן לטעון ששני החברים לא פרסמו את הסרטון למטרת רווח מהשיר עצמו ושמיעתו ברקע הייתה זניחה (כמה שניות). אך אם ייחקק התזכיר, ניתן להיתקל בבעיה של עמימות עבור המשתמשים, שכן המדיניות שנוקטת פייסבוק תורחב לכל האינטרנט. לכן, להבדיל מהמצב המשפטי הקיים כיום, התזכיר מעניק כוח רב מדי לבעלי הזכויות ויוצר עבורם מסלול תביעה שמאפשר להם להצביע על זכויותיהם ולהוכיח את הפרתן בצורה קלה, אך לדידנו מצב כזה עלול להוביל להרתעת יתר למשתמשים ואי יעילות במערכת בכך שהוא יציף אותה בתביעות שהציבור איננו מעוניין בהגעתן לבית המשפט.

ד. סיכום

23. ניכר כי יש בעיה באכיפת חוק זכות יוצרים בנוסח הקיים כיום בכל הנוגע להפרות המתבצעות באינטרנט. אבל, מצד שני, ניצב האינטרס הציבורי להשאיר את האינטרנט כפלטפורמה פתוחה ונגישה לגולשים, ולשמור על גמישות המדינות הנאכפת על ידי האתרים השונים. לכן, אחרי שבחנו את תזכיר החוק, ומהטעמים שמנינו למעלה, מצאנו שהוא פוגע באיזון בין זכות היוצרים לבין אותו אינטרס ציבורי לשמור על חופש הביטוי באינטרנט.

נייר עמדה זה נכתב על-ידי חברי צוות מעקב חקיקה במכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג ז"ל – סהר אלימלך, שאדי גריפאת ואינה אברמוב. המכון פועל במסגרת הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. כל האמור לעיל משקף ומבטא את עמדתם האישית של הכותבים בלבד