

הערות מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג  
**בנושא הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017**

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

**א. רקע**

**הצעת החוק – לידתה**

1. קיימת כיום אי בהירות בנוגע לסעדים האפשריים העומדים לרשותו של בעל זכות יוצרים שטוען להפרת זכותו ברשת. העולם הווירטואלי של ימינו מאפשר נגישות רחבה לתכנים, לרבות כאלו שמוגנים בזכות יוצרים, אשר לעיתים מופצים ברשת שלא כדין.<sup>1</sup> הפרות אלו, שנוצרות בפעולות פשוטות יחסית, מתאפיינות בהיקף פגיעה רחב ויש קושי באכיפתן. הצעת החוק מבקשת להסדיר מצב זה, בכך שהיא מציעה הסדרי אכיפה ספציפיים לצורך הגנה על זכותו של בעל זכות היוצרים. מנגד, אמצעי אכיפה רבים משמעותם התערבות בזרימת המידע החופשית ברשת, ולכן עלולה להיות פגיעה בחופש הביטוי. פגיעה זו מועצמת כאשר היקף החסימה רחב מאשר היקף ההפרה.

2. על רקע זה, הגישה הממשלה לכנסת את הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017.<sup>2</sup> בעת כתיבת שורות אלה, ההצעה אושרה בקריאה ראשונה בכנסת, והתקיימו לגביה דיונים ראשונים בוועדת הכלכלה של הכנסת.<sup>3</sup>

3. הצעת החוק עוסקת בכמה עניינים: הרחבת ההגדרה של הפרה עקיפה והחלתה ברשת, צווי חסימה של אתרי אינטרנט מפריסם לכאורה, חשיפת זהות גולשים אנונימיים והרחבת האכיפה הפלילית. **במסמך הערות זה נתמקד בתיקון בדבר צווי מניעה לחסימת אתרי אינטרנט בעלי תוכן מפר**. במסמך מקביל, אנו בוחנים את הסוגיה של חשיפת גולשים אנונימיים. עמדת משרד המשפטים בשני העניינים האלה מתמקדת בפגיעה שנגרמת לבעל הזכות בהיקף רחב, כמו גם בגורמים שמאפשרים להעצים את הנזק בכך שהם מאפשרים הפצה חוזרת ונשנית של התוכן המפר, כלומר בהיקף מסחרי; האכיפה איננה מכוונת כלפי משתמשי הקצה.<sup>4</sup>

4. הצעת החוק מציעה הסדר שבו צו הגבלת גישה לאתר יהיה סעד יעיל גם במקרים שבהם זהות המפר אינה ידועה לבעל זכות היוצרים וכלל לא הוגשה תביעה נגד גורם האחראי להפרה במישרין או בעקיפין.<sup>5</sup> ההסדר

---

<sup>1</sup> יצוין כי אין הכוונה לתכנים החוסים תחת פרק ד לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: **חוק זכות יוצרים**), שעוסק בשימושים מותרים.

<sup>2</sup> לנוסח הצעת החוק, **ראו כאן**.

<sup>3</sup> הדיון האחרון לפי שעה התקיים בינואר 2018. **ראו כאן**.

<sup>4</sup> מתוך דבריו של עו"ד ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי במשרד המשפטים, פרוטוקול ועדת הכלכלה בנושא הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017 (מ/1164) מיום 10 בינואר 2018.

<sup>5</sup> יודגש כי על פי המוצע, הפרה של הזכות המוסרית לא תהווה עילה לקבלת צו הגבלת גישה לאתר.

שואף לאזן בין בעלי האינטרסים השונים ובהם בעלי זכות היוצרים, ספקיות הגישה, בעלי האתר או גורמים אחרים הקשורים לפרסום תכנים באתר, לבין האינטרסים הציבוריים עליהם משליך מתן צו כאמור (זרימה חופשית של מידע, חופש הביטוי, הנגשת פלטפורמות תקשורת ושיח וכיוצא בזה). כמו כן, מוצע בהצעת החוק לקבוע רשימת שיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לדון בבקשה לקבלת צו, בצד הסדרת התנאים בהם יינתן הצו.

5. בדיוני הוועדה נשמעה ביקורת בקשר לבעייתיות שטמונה בפגיעה בחופש הביטוי, בפרטיות ובזכות לאנונימיות של גולשים תמימים, ובהתאם, הוצע הסדר שלפיו ייחסמו רק אתרים בעייתיים באופן מובהק כגון אתרים שמקדמים פעילות טרור, הימורים ופדופיליה, בלי לסכן את זכויות המשתמש המזדמן נורמטיבי שלא היה מודע להפרה.<sup>6</sup> בתוך כך, בעלי עניין, אמנים מבצעים במקרה הזה, גורסים שהצעת החוק אינה מגנה מספיק על בעלי זכות היוצרים, בכך שהיא מופנית כלפי הפרות בהיקף מסחרי בלבד.<sup>7</sup> ספקיות תוכן טענו שיש להכיר בכך שגורמים מעוולים אינם בהכרח גופים מסחריים.<sup>8</sup> עם זאת, ככל שהנזק הרב ביותר נגרם על-ידי אתרים שמאפשרים פעילות מפרה בהיקף משמעותי, ההסדר המוצע אכן מכוון כלפי קהל היעד הרלוונטי.

#### הרקע להצעת החוק: מחלוקת בפסיקה

6. בחוק הקיים כיום אין התייחסות מפורשת לאפשרות לחסום גישה לאתרי אינטרנט מפריס. סעיף 53 לחוק זכות יוצרים (הנוכחי) עוסק בצווי מניעה באופן כללי בלבד וכן מותיר את ההחלטה לשיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט. בתי משפט בערכאות הדיוניות חלוקים בשאלה אם סעיף זה, ביחד עם הסמכות השיורית הכללית של בתי המשפט המחוזיים שלפי סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מקנה להם סמכות בעניין.

7. על המחלוקת בין בתי המשפט ניתן ללמוד מהמקרים הבאים וכן הגישות הבאות: **גישה אחת**, אנו מוצאים בהחלטה של השופט גדעון גינת, שלפיה ניתן להורות על ספקית הגישה לחסום גישה לאתר מפר כאשר לספקית יש ידיעה בפועל על שימוש בשירותי האינטרנט לשם הפרה וזאת אף בהיעדר כל סעיף חקיקה קיים המתיר לבית המשפט להורות על חסימה כזו.<sup>9</sup> **גישה שניה**, נמצאת בהחלטה של השופט מגן אלטוביה שניתנה כחודשיים לאחר פסק דינו של השופט גינת, ולפיה אין להורות בצו על חסימת אתר נוכח היתכנות הפגיעה בתחרות החופשית, חופש הביטוי וכן החשש הערכי מהפיכת ספקית הגישה לאינטרנט לצנזור ברשות בית המשפט.<sup>10</sup> **גישה נוספת** יש בהחלטת השופט אהרן מקובר, אשר שלל מכל וכל את ראשית האפשרות

<sup>6</sup> דברי עו"ד אבנר פינצ'וק, נציג האגודה לזכויות האזרח, מתוך פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 10 בינואר 2018.

<sup>7</sup> דברי אילי גורליצקי, מנהל "אשכולות", תאגיד הגבייה המשותפת של אמנים מבצעים, מתוך פרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 10 בינואר 2018.

<sup>8</sup> דברי מיכל רפאלי כדורי, סמנכ"לית רגולציה בחברת Yes, מתוך פרוטוקול ועדת הכלכלה מס' 694 בנושא הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5) התשע"ח-2017 (מ/1164) מיום 19 בפברואר 2018.

<sup>9</sup> ת"א (ת"א) 33227-11-13 א.א.ס.י. יונייטד אנטרטיינמנט נ' פרפורי Bloomberg, פס' 63 לפסק דינו של השופט גינת (12.05.2015).

<sup>10</sup> ת"א (ת"א) 37039-05-15 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' פלוני אלמוני, פס' 3-5 לפסק דינו של השופט אלטוביה (01.07.2015).

שבית המשפט יצור הסדר שיפוטי לחסימת אתר, מקום בו הדבר אינו מעוגן בחקיקה.<sup>11</sup> בשלושת פסקי הדין, ובדומה לפסקי דין דומים אחרים, הביעו השופטים את דעתם באשר לפער המצוי בין קצב תיקוני החקיקה בתחום זכויות היוצרים ביחס להשפעות של ההתקדמות הטכנולוגית.

8. להשלמת התמונה, נזכיר את חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: **חוק התקשורת**) שמגדיר מי הוא "ספק גישה לאינטרנט",<sup>12</sup> וכן מעגן את העיקור ובדבר ניטרליות ברשת,<sup>13</sup> שלפיו ספק גישה לאינטרנט אינו מורשה להגביל או לחסום (הן טכנולוגית והן כלכלית) את האפשרות הנתונה לבעלי מנוי לעשות שימוש באינטרנט על כל המשתמע מכך, אלא בהתאם לצו שיפוטי בהחלטת בית משפט.<sup>14</sup>

## **ב. מתן צווי מניעה לצדדים שלישיים לצורך הגבלת גישה לאתרי אינטרנט**

### הצעת החוק: צו הגבלת גישה לאתר אינטרנט

9. לפי דברי ההסבר, הצעת החוק תספק מענה לבעל זכויות היוצרים כאשר הוא אינו יכול להתחקות אחר עקבותיו של המפר היות שהאחרון פועל בעילום שם.<sup>15</sup> בנסיבות אלו, פניה לגורמי ביניים שיש להם אופרטיבית לחסום את הגישה לאתר בעל תוכן מפר היא סעד מעשי, על אף שהם עצמם אינם צד להפרה או אחראים לה.

10. עוד מוצע בהצעת החוק, שבית משפט יוכל להורות על צו שיגביל את הגישה לאתר כולו או רק לחלקו, בהתאם לשיקול דעתו ובהתאם לשאלה האם "עיקר התוכן" שבאתר מפר, אם לאו, וזאת לפי בחינה מהותית ולא טכנית-כמותית בהסתמך על מערכת שיקולים שתקבע בתיקון לחוק.<sup>16</sup> כלומר, נוכחות התוכן באתר האינטרנט עלולה להיחשב כהפרה ללא תלות הכרחית במיקומה באתר, נגישותה ואופן הבלטתה והצגתה באתר עבור הציבור. רשימת השיקולים המוצעת היא רשימה פתוחה, כך שלמרות שעל בית המשפט יהיה לבחון כל אחד מהשיקולים המוצעים, הוא יהיה רשאי להוסיף שיקולים עצמאיים הנחזים בעיניו כנחוצים לרבות קביעת המשקל המשפטי שיקבל כל שיקול.<sup>17</sup>

### ביקורת ההסדר המוצע

11. **הצו להגבלת הגישה לאתר אינטרנט לוקה בחוסר יעילות טכנולוגית.** עצם הפגיעה (כלכלית, תדמיתית וכדומה) בבעל הזכויות אינה מתאיינת לגמרי מחסימת האתר. לאור הקדמה הטכנולוגית שבסביבתה אנו חיים ומתנהלים, חסימת אתר היא אך מכשול זמני בפני מפר פוטנציאלי עד שיבצע 'חישוב מסלול מחדש'

<sup>11</sup> ת"א (מרכז) 13758-04-14 צ'רלטון בע"מ נ' 012 סמייל טלקום בע"מ ואח', פס' 53 לפסק דינו של השופט מקובר (31.12.2017).

<sup>12</sup> ס' 4ט(א) לחוק התקשורת.

<sup>13</sup> ס' 51(ג) לחוק התקשורת.

<sup>14</sup> ס' 51(ג)(2) לחוק התקשורת.

<sup>15</sup> עמ' 34 להצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 2.

<sup>16</sup> ס' 53(א) להצעת חוק זכות יוצרים וכן דברי ההסבר לסעיף, לעיל ה"ש 2.

<sup>17</sup> ס' 53(ד) להצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 2 וכן דברי ההסבר לסעיף זה.

וימצא דרך חדשה להעביר את המידע לציבור הרחב ובכך גם (סביר להניח) להתעשר על חשבון בעל הזכויות המקורי.

12. עוצמת המכשול באה לידי ביטוי ביתר שאת כאשר התוכן המפר מוצג באמצעות שימוש בתוכנת מחשב אותה מוריד משתמש הקצה מהאתר אל מחשבו האישי. למעשה, מרגע שהותקנה תוכנה כאמור במחשבו האישי של המשתמש, מתאינת צריכת התוכן המפר מהאתר עצמו ואפשרות הצפייה ביצירות נמשכת כתלות השימוש בתוכנת המחשב בלבד. כך, חסימת האתר מאבדת מיעילותה משום שהיא מאבדת מאפקט ההוליסטיות שלה.

13. כך, עולה שאמצעי חסימה שכזה אינו בהכרח אפקטיבי כפי שנחזה להיות תחילה, משום שהוא אינו מהווה פתרון גורף כנגד מפריס מקצועיים. סגירת אתרים תוביל במהרה לפתיחתם מחדש תחת מקום אחסון חדש ותאלץ את בעל זכויות היוצרים לפנות שוב ושוב לבתי המשפט ולבקש צו מעודכן, כלומר, מרדף של חתול ועכבר במלוא עוצמתו.

14. פגיעה בחדשנות ובחופש הביטוי. הרשת היא מגרש טכנולוגי שבו ניתן לפתח שיח מבוזר, איכותי וחופשי. החשש מהיווצרותו של אפקט מצנן מוכר היטב מההקשר של חופש הביטוי,<sup>18</sup> אך גם בהקשר של זכויות יוצרים.<sup>19</sup> העידן הטכנולוגי הנוכחי מאפשר לכל אדם ליהנות משלל פיתוחים מתקדמים ולהקל על יכולתו לצרוך מידע ולהעבירו הלאה, לעולם. אין מחלוקת כי עוולות קניין רוחני ברחבי האינטרנט עלולות לפגוע כלכלית בבעלי זכויות היוצרים, אך אולי זהו סיכון שאנו, כחברה, צריכים לקבל על עצמנו, על מנת לשמור על התכלית של הקדמה הטכנולוגית בכלל והאינטרנט בפרט, על מנת שנוכל כולנו ליהנות מיתרונותיה בה, בצד הכרה וקבלה של חסרונותיה. תפיסה זו מקבלת משנה תוקף תחת ההשקפה הספקנית בנוגע לאפקטיביות שבהגבלת הגישה לאתר אינטרנט. במצב דברים זה, גם ייפגעו חופש הביטוי ואפקט החדשנות וגם אין בטוחה להצלחת הגבלת הגישה לאתר עצמו, במצב זה כולנו יוצאים נפסדים.

## ג. סיכום

15. ראשית, ניכר כי ההסדר המוצע בהצעת החוק מכיר בבעייתיות הנובעת מהקדמה הטכנולוגית ויכולות מערכת המשפט להתמודד עמה. מנגד, ניצב האינטרס הציבורי לאפשר תקשורת חופשית, להנגיש תכנים ולהביע ובכלל זה טיפוח החדשנות הטכנולוגית. לחילופין, לאחר שבחנו את הדין הקיים ומהסקירה המובאת מעלה, אנו למדים כי ידי השופטים כבולות כאשר הם נדרשים לספק מענה לעוולות ברשת, ואין לרשותם הסדר חקיקתי כלשהו שלפיו ניתן לפעול. לכן, בעינינו, עצם קיומו של הסדר מסוג זה יאפשר לקיים בסיס ראשוני על מנת לנסות ולהתחיל להתמודד עם העבירות ברשת, אך אל לנו לשכוח כי הטכנולוגיה, מטבעה, נוטה להתפתח ולהשתכלל במהירות, ולכן יהיה צורך מהותי להמשיך ולשדרג את החקיקה בהתאם, על מנת לשמור על יעילותה.

<sup>18</sup> רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי. (1995) החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.03.2010).

<sup>19</sup> בשי"א (תי"א) 11646/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני, עמ' 23 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן (פורסם בנבו, 02.09.2009).

16. שנית, אנו סבורים שהטלת סנקציה כלכלית על גופים מסחריים שמפרסמים את מוצריהם באתר ובו תוכן מפר, לא כל שכן אתר שכל תכליתו היא תוכן פיראטי-מפר, עשויה להועיל יותר מאשר סנקציה בדרך של חסימת גישה לאתר. כיום, אתרים בעלי תוכן מפר הפכו פופולריים מאוד בקרב הציבור הרחב משום שהם מנגישים להם את אותו המוצר המוגן תחת זכויות היוצרים בעבור תמורה כספית זעומה ולעיתים אף בחינם. תנועה רבה של צרכנים באותם אתרי אינטרנט מהווה קרקע פוריה לגופים מסחריים המעוניינים לשווק את מרכולתם ועל כן הם משלמים בעבור פרסום מודעותיהם באתר ובכך מגבים בצורה ישירה או לכל הפחות עקיפה את המשך קיומו של האתר.

ככל שתושט סנקציה כלכלית על הגופים המפרסמים, כך ייווצר עבורם תמריץ שלילי להמשך השקעה ופרסום באתר בעל התוכן המפר ובמרוצת הזמן יקטן גם התמריץ של בעל האתר המפר להמשיך לפעול בשגרתו ללא הכנסה משתלמת. יודגש כי בעבור חברה המעוניינת לפרסם את שירותיה/מוצריה באתר אינטרנט אין בהכרח את הידע או האמצעים להנגשת הידע כדי להכיר בכך שאותו אתר מכיל תוכן מפר ובכך עלולים הם להיחשב כמפרים עקיפים או בעלי אחריות תורמת לעניין. עם זאת, ביכולתן של סנקציות כלכליות לפתח מודעות לנושא ובכך לכל הפחות לגרום לעסק שמעוניין בפרסום להתחיל לשאול את "השאלות הנכונות".

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