

הערות מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג

### **בנושא הצעת חוק לתיקון סעיף 56 לחוק זכות יוצרים - פיצויים בלא הוכחת נזק**

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 לנושא שבנדון.

#### **א. רקע**

##### **הצעת החוק – לידתה**

1. סעיף 56 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק) עוסק באפשרות להעניק פיצוי לבעלי זכויות אשר זכות היוצרים או הזכות המוסרית שלהם הופרה, וזאת בלי להוכיח את הנזק שנגרם מההפרה. מנגנון זה מאפשר לתובע לקבל פיצוי עד לגובה של 100,000 ₪, לפי שיקול דעת בית המשפט. החוק מפרט שורה של שיקולים שבתי המשפט רשאים לשיקול בקביעת שיעור הפיצוי ללא הוכחת נזק.<sup>1</sup>
2. בוועדת הכלכלה של הכנסת נדונה בימים אלה (יולי-אוגוסט 2018) הצעת חוק ממשלתית לתיקון חוק זכות יוצרים העוסקת בהפרת זכויות יוצרים ברשת, לקראת הבאתה לקריאה שניה ושלישית.<sup>2</sup> במהלך דיוני הוועדה, ביום 25.7.2018, הציע ח"כ יואב קיש להוסיף להצעת החוק הזו תיקון לסעיף 56 הנ"ל.<sup>3</sup> שני חברי הכנסת שהשתתפו בדיון - יו"ר הוועדה ח"כ איתן כבל וח"כ קיש, הסבירו בדיון שהמנגנון לקבלת פיצוי כספי בלא הוכחת נזק רחב מדי, והפך הלכה למעשה ל"מנגנון לסחיטת כספים".<sup>4</sup>
3. מאחורי ההצעה לתיקון סעיף 56 עומדת דרישה של בעלי זכויות בצילומים מח"כ קיש לתשלום בגין הפרה לכאורה של זכויות. סוכנות הצילום "פלאש 90" פנתה לוועדת הכנסת בתלונה על שימוש אסור בתצלומים שבעלותה, מצד מספר חברי כנסת שפרסמו צילומים בבעלות "פלאש 90", לצרכיהם הפרטיים והפוליטיים באתריהם האישיים ובחשבונותיהם ברשתות החברתיות השונות.<sup>5</sup> אחד מחברי הכנסת האלה היה ח"כ קיש עצמו: באוגוסט 2016 קיבל ח"כ קיש מכתב התראה מ"פלאש 90" בו נטען שהוא הפר את זכויותיה בתצלומים שונים בהם הוא השתמש ללא קבלת רשות וללא מתן קרדיט תואם.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> ס' 56(ב) לחוק. להרחבה על סעיף זה, ראו עמית אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 573, (מיכאל בירנהק וגיא פסח, עורכים, 2009).

<sup>2</sup> הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017 (מ/1164).

<sup>3</sup> נכון ליום כתיבת שורות אלה טרם פורסמה במלואה ההצעה לתיקון סעיף 56. הנוסח הרלוונטי מוזכר בפרוטוקול הוועדה, להלן הערה מס' 4.

<sup>4</sup> פרוטוקול מס' 822 של ישיבת ועדת הכלכלה, הכנסת העשרים, עמ' 66 (25.7.2018) - <https://bit.ly/2B5TN1e>.

<sup>5</sup> ראו רפאלה גויכמן "חבר הכנסת נדרש לשלם 4,000 שקל- והחליט לשנות את החוק" **דה מרקר**, (7.8.2018), נמצא ב: <https://www.themarker.com/technation/premium-1.6358621>.

<sup>6</sup> ראו אורן פרסיקו, "חברי-כנסת הפרו את חוק זכויות היוצרים - כעת משנים את החוק כך שלא יצטרכו לשלם" **העין השביעית** (2.8.2018), נמצא ב: <https://www.the7eye.org.il/297883>.

4. מבחינה מהותית, לפי ההצעה, סעיף 56 יתוקן כך שיכלול תנאים מצטברים, שבהתקיימם תישלל הזכות לקבלת פיצוי בלא הוכחת נזק: לפי ההצעה, פיצוי כאמור לא יינתן כשאדם הפר זכות יוצרים או זכות מוסרית של אחר הכוללת את דיוקנו, כל עוד ההפרה לא הייתה למטרה עסקית וכאשר המפר חדל מההפרה בתוך זמן סביר לאחר שקיבל הודעה מבעל הזכות בדבר ההפרה.<sup>7</sup>

## ב. הדין הקיים

5. סעיף 56(א) לחוק מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצויים למי שהופרה זכות יוצרים או זכות מוסרית שלו, וזאת ללא הוכחת נזק ובסכום שלא יעלה על 100,000 שקלים חדשים.<sup>8</sup> סעיף זה שינה את ההסדר שהיה בתוקף עד לשנת 2008, בסעיף 3א לפקודת זכות יוצרים, 1924, שלפיו סכום הפיצויים נע בין 10,000 ל-20,000 שקלים חדשים. הסדר ישן זה קבע הן רצפה והן תקרה לפיצוי. המחוקק סבר שמגבלות אלו פגעו בשיקול הדעת השיפוטי ולא התאימו למקרים בהם הפרת הזכות הייתה מזערית מצד אחד, או מצד שני, שהתקרה של 20,000 לפיצוי לא התאימה למקרים חמורים יותר.<sup>9</sup>

6. לפי הדין הנוכחי, בקביעת שיעור הפיצויים, בית המשפט רשאי לשקול, בין השאר, את השיקולים הבאים: היקף ההפרה; משך הזמן שבו בוצעה ההפרה; חומרת ההפרה; הנזק הממשי שנגרם לתובע; הרווח שצמח לנתבע בשל ההפרה; טיב היחסים שבין הנתבע לתובע; מאפייני פעילות הנתבע ותום לבו.<sup>10</sup> כמו כן, נקבע בסעיף 56(ג) לחוק כי הפרות המתבצעות ב"מסכת אחת" של מעשים ייחשבו כהפרה אחת, אולם בפסיקה הובעו דעות שונות לפרשנות ביטוי זה.<sup>11</sup>

7. לפי דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, הסעיף נועד למקרים בהם קשה להוכיח גרימת נזק עקב הפרת זכות יוצרים. בנוסף, עקב המאפיינים של זכות היוצרים והקלות בהפרתה, יש צורך לפסוק פיצוי הרתעתי. מכוח שני צרכים אלה נחקק סעיף 56 לחוק.<sup>12</sup>

8. הטעמים העיקריים למתן פיצוי ללא הוכחת נזק נעוצים בקושי שבהוכחת נזק שנגרם עקב הפרת זכויות בקניין הרוחני, בנוסף לקלות ההפרה בתחום זה. לאור ייחודיותו ומהותו של הקניין הרוחני, עצם הפגיעה בבעל הזכות מגלמת נזק ולכן פיצוי הוא הכרחי אף ללא הוכחת נזק – זהו ההיבט ההרתעתי של הפגיעה בזכות. רשימת השיקולים, שיכולה לסייע לבית המשפט בקביעת שיעור הפיצויים, שמצויינת בסעיף 56(ב) לחוק איננה סגורה, כך למשל במסגרת שיקול הדעת הנתון לבית המשפט ביכולתו לפסוק פיצוי גבוה גם אם ההפרות מינוריות אך נמשכות לזמן רב או שהיקפן רחב.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> לעיל הי"ש 4.

<sup>8</sup> ס' 56(א) לחוק.

<sup>9</sup> הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, עמ' 1137.

<sup>10</sup> ס' 56(ב) לחוק.

<sup>11</sup> ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 3560/09 **אבי ראובני נ' מפה – מיפוי והוצאה לאור בע"מ** (פורסם בנבו 06.01.2011), פס' 6 לפסק דינו של השופט צבי זילברטל.

<sup>12</sup> הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, עמ' 1137.

<sup>13</sup> ע"א 3853/11 **רונית דגלי אומות בע"מ נ' רוני שטן** (פורסם בנבו 13.05.2013), פס' 70-73 לפסק דינו של השופט סולברג.

9. בקביעת שיעור הפיצויים ללא הוכחת נזק, על בית המשפט להתחשב בשתי מטרות יסוד שבדיני זכות יוצרים: האחת – פיצויו של בעל הזכות שנפגע; השנייה – הרתעת המפר ומפרים פוטנציאליים. מצד אחד, מחייבת המגמה הראשונה להתחשב בנזק שנגרם לתובע אך לא להביא להתעשרותו מעבר לכך. מצד שני, המגמה השנייה מצדיקה, בעת קביעת סכום הפיצוי, התחשבות במצב הנפשי של המפר: להחמיר יותר עם מפר בכוונה ולהחמיר פחות עם מפר תמים.<sup>14</sup>

עד כאן, הדין הקיים.

## ג. ביקורת ההסדר המוצע

10. **היקף ההסדר המוצע:** ראוי לשים לב שההסדר שהוצע על ידי ח"כ קיש נקודתי למדי. הוא אינו מבטל את זכות היוצרים בצילומים, ואינו שולל סעדים אחרים שעומדים לרשות בעל הזכויות, כמו צו מניעה. הנוסח המוצע גם אינו שולל אפשרות לקבל פיצוי, וכך, בעל זכות שיוכיח את גובה הנזק, יוכל לתבוע. ההצעה של ח"כ קיש היא לשלול אפיק סעדים אחד, של פיצוי בלא הוכחת נזק. ההצעה עוסקת רק בצילומים, ולא בסוגי יצירות אחרות; והיא קובעת כאמור תנאים – שלילת הסעד של פיצוי ללא הוכחת נזק יקום רק כאשר המשתמש הוא המצולם, רק כאשר השימוש אינו מסחרי, ורק כאשר המפר חדל מההפרה לאחר שקיבל הודעה. ראוי לשים לב שהתנאי האחרון מכניס במפורש לדיני זכות יוצרים בישראל את ההסדר המוכר של "הודעה והסרה" (notice and takedown), שהוכר בפסיקה אך לא עוגן בחקיקה. כך, ברור שהמקרה של ח"כ קיש עצמו יבוא בגדרי הפטור המוצע: הוא היה המצולם בצילום שבו השתמש, לכאורה; השימוש היה לצרכים פוליטיים ולא מסחריים, והצילום הוסר לאחר קבלת הודעה.

11. **פגיעה בבעלי זכויות היוצרים.** ניכר כי ההסדר המוצע מבקש לצמצם באופן ניכר את יכולתם של בעלי זכויות יוצרים לפעול למימוש חבותם של מפרים, זאת תוך הגבלה משמעותית של הנסיבות בהן תקום זכות לפיצוי ללא הוכחת נזק.<sup>15</sup> בפן הזה, ההצעה מבקשת לשנות את תכליתו המקורית של סעיף 56, אשר נועד ליצור מנגנון שיקל על בעלי זכויות היוצרים להתגונן מפני הפרות, או לכל הפחות לקבל פיצוי ראוי עבורן, לאור הקושי להוכיח נזק בתחום הקניין הרוחני. לפיכך, הסדר כאמור עלול לפגוע בבעלי זכויות היוצרים, שלא יוכלו לקבל פיצוי על הפרת זכותם. עם זאת, ראוי לזכור את ההקשר המצומצם – צילומים בלבד, והתנאים המוצעים (דיוקן המשתמש, שימוש לא מסחרי, הודעה והסרה), וכן את קיומם של הסעדים האחרים, ובעיקר האפשרות לקבל צו מניעה.

12. **פגיעה בהרתעה כלפי מפרים פוטנציאליים.** הגם שחוק זכות יוצרים נועד לעודד יצירה ואת השימוש בה בתום לב, עולה חשש שההסדר המוצע יוביל למצב שבו מפרים פוטנציאליים לא יורתעו כראות מפני פגיעה בבעלי זכויות יוצרים, מתוך ידיעה שרק בנסיבות ספציפיות ומצומצמות יישאו באחריות לפגיעה בדמות תשלום פיצויים. כמו כן, הטענה לפיה המנגנון לקבלת פיצוי כספי בלא הוכחת נזק רחב למדי והפך הלכה למעשה ל"מנגנון לסחיטת כספים",<sup>16</sup> כלומר, שבמצב הנוכחי יש הרתעת-יתר כלפי מפרים, איננה מביאה בחשבון את העובדה שלבית המשפט נתון שיקול דעת רחב בקביעת שיעור

<sup>14</sup> ע"א 592/88 שגיא נ' עיזבון המנוח אברהם ניניו ז"ל, פ"ד מו(2) 254 (1992).

<sup>15</sup> לעיל הי"ש 4.

<sup>16</sup> לעיל הי"ש 4.

הפיצויים בכל מקרה לגופו באופן שמאפשר לשקול מכלול של נסיבות. ככל שחוק זכות יוצרים נועד להגן בראש ובראשונה על בעלי הזכויות, ייתכן שיש מקום לטעון שעדיפה הרתעה מחמירה כלפי מפרים בפועל ומפרים פוטנציאליים כברירת מחדל, כאשר במקרים של מפרים תמימים תתאפשר גזירת דין לקולא. עם זאת, ככל שההסדר מבקש להגביר את ההגנה על משתמשים תמי לב, ולאור היקפו המצומצם של ההסדר, כאמור לעיל, ייתכן שהוא יספק הגנה מספקת לבעלי הזכויות תוך פגיעה פחותה בתמריץ המשתמשים.

13. **צמצום שיקול הדעת השיפוטי.** ההסדר המוצע מבקש לקבע את גדרי הנסיבות בהן יינתן פיצוי ללא הוכחת נזק, באופן שמצמצם, הלכה למעשה, את שיקול הדעת הרחב המוקנה לבית המשפט בתחום זה, במקרים הנדונים בהצעה, כלומר צילומים של המשתמש. כמפורט לעיל ולפי סעיף 56(ב) לחוק, רשימת השיקולים שעומדים לרשות בית המשפט בבואו לקבוע את שיעור הפיצויים בגין הפרה ללא הוכחת נזק היא רחבה, ואיננה סגורה. דבר זה נועד לאפשר לבית המשפט להתחשב במכלול נסיבות רחב, שאיננו מתמצה למעשה או מחדל כשלעצמו. עם זאת, צמצום כאמור יהיה נקודתי למדי, ולכן ספק אם יגביל את בית המשפט באופן מהותי.

#### ד. סיכום

14. הצורך בהגנה על בעלי זכויות יוצרים נחוץ והכרחי, לאור הקלות בה ניתן להפר את זכויותיהם והקושי הטמון בהוכחת נזק מן ההפרה. לעניין זה, נדמה שהמנגנון המעוגן בסעיף 56 לחוק זכות יוצרים מהווה מענה יעיל ומידתי לכך. מנגד, יש הרצון להגן על משתמשים תמימים ועל התמריץ להשתמש ביצירות בכלל, תמריץ שעלול להיפגע בהיעדר הגנה על משתמשים ואיזון ראוי בין זכויותיהם לבין אלו של בעלי הקניין הרוחני. הצעת החוק מבקשת להתמודד עם הבעייתיות לכאורה שבקבלת פיצויים ללא הוכחת נזק. לגישתנו, צמצום גדרי הנסיבות המקימות זכות לפיצוי עלולה לפגוע בהרתעה ובשיקול הדעת השיפוטי; עם זאת, היותו של ההסדר נקודתי וכזה שאינו שולל סעדים אחרים בגין הפרה עשוי לשמש בסיס להרחבת מנגנון ה"הודעה והסרה" גם לתחומים אחרים בדיני זכויות היוצרים.

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.