

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 מאפשר נגישות רחבה לתכנים, לרבות כאלו שמוגנים בזכות יוצרים, שלעיתים מופצים ברשת שלא כדין.¹ 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-2017.² בעת כתיבת שורות אלה, ההצעה אושרה בקריאה ראשונה בכנסת, והתקיימו לגביה דיונים ראשונים בוועדת הכלכלה של הכנסת.³

3. הצעת החוק עוסקת בכמה עניינים: הרחבת ההגדרה של הפרה עקיפה והחלתה ברשת, צווי חסימה של אתרי אינטרנט מפריס לכאורה, חשיפת גולשים אנונימיים והרחבת האכיפה הפלילית. **במסמך הערות זה נתמקד בהסדר המוצע בדבר הליך חשיפת זהותו של עושה פעולה ברשת תקשורת אלקטרונית.** במסמך מקביל, אנו בוחנים את הסוגיה של צווי הגבלת גישה לאתרים מפריס. 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.⁴ עם זאת, החלק העוסק בחשיפת גולשים אנונימיים אינו מוגבל לפגיעות בהיקף מסחרי.

4. הצעת החוק מציעה הליך של חשיפת זהותו של משתמש אנונימי שנטען כלפיו שהוא מפר זכות יוצרים, גם במקרים שבהם לא הוגשה תביעה נגד גורם האחראי להפרה במישרין או בעקיפין. לפי מנסחיו, ההסדר שואף

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

² לנוסח הצעת החוק, **ראו כאן**.

³ הדיון האחרון לפי שעה התקיים בינואר 2018. **ראו כאן**.

⁴ 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.

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 לקבוע רשימת שיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לדון בבקשה לקבלת צו, בצד הסדרת התנאים בהם יינתן הצו.

5. בדיוני ועדת הכלכלה של הכנסת נשמעה ביקורת בקשר לבעייתיות שטמונה בפגיעה בחופש הביטוי, בפרטיות ובזכות לאנונימיות של גולשים תמימים. בהתאם, הוצע שם הסדר שלפיו התובע יוכל לבקש מבית המשפט לחשוף את פרטיו של אדם שהתובע טוען שהפר באופן אנונימי זכות יוצרים שלו, על מנת שיוכל להגיש נגדו תביעה. ניכר כי הקושי העיקרי בהצעה בהקשר זה הוא הפגיעה באנונימיות של הגולש והחשש מ"אפקט מצנף"; מצב שבו תיגרם הרתעת-יתר לגולשים, שיימנעו מהבעת דעתם ומפעולות לגיטימיות וחוקיות, מחשש להיחשף ולהיתבע בבית המשפט.⁵ עם זאת, מודגש כי ההליך יינקט רק במידה שבית המשפט השתכנע שמדובר בתובענה כנה, וחשיפת פרטיו של אדם לא תיעשה כלאחר יד.

הרקע להצעת החוק: מחלוקת בפסיקה

6. אדם שזכויות היוצרים שלו הופרו, יכול להגיש תביעה נגד המפר ולקבל סעד בגין ההפרה. אולם, כשההפרה מתבצעת באינטרנט, המפר בדרך כלל יפעל באנונימיות ולכן לא ניתן יהיה לאתר ולתבוע אותו.⁶ למרבה הצער, החוק הקיים היום אינו מספק תרופה להפרת זכויות יוצרים ברשת, ופסיקת בית המשפט העליון קבעה שללא חקיקה מסדירה, לא ניתן לחשוף שם מעוול ברשת.

7. עד כה, בתי המשפט ניסו לשאוב את הסמכות להורות לצד שלישי לחשוף פרטים של גולש אנונימי, שנטען נגדו כי ביצע עוולה ברשת (להלן: "צו חשיפה"), ממקורות שונים. למשל, בפסק דין בעניין **Premier League** ציין השופט מלצר שאם החקיקה לא תקודם, עשוי בית המשפט ליתן "צו חשיפה" בהתאם לשלוש עילות שונות: עילת ההפרה התורמת (בעלת הקשר הישיר להפרות מתחום הקניין הרוחני), עילת הרשלנות, ועילה מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט, כאשר כל אחת מהעילות תצריך התאמה פרטיקולרית לעניין הנדון.⁷ בנוסף, נשען השופט מלצר על מספר תנאים שיש לקיימם, אותם הוא הציע לייבא מפסיקה מקבילה בארצות הברית, אולם הצעתו נותרה בגדר דעת יחיד. בסוף נפסק שחשיפת פרטיו של מפר מצריכה הסדרה חקיקתית, ושטוב יעשה המחוקק אם יזדרז ויסדיר את הסוגיה.

8. בבתי המשפט הוצעו מבחנים ודרכי התמודדות שונים עם הבעיה, כתוצאה מכך נוצרו חילוקי דעות בפסיקה בערכאות הדיוניות. למרות ניסיונם של השופטים למנוע מצב בו תימצא זכות ללא תרופה או סעד, כמעט

⁵ בר"ע (חיי) 850/06, 1632/07 מור נ' ידיעות אחרונות מערכות אתר YNET - מערכת הפורומים (פורסם בנבו, 22.04.2007).

⁶ רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. (1995) החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.03.2010), פס" 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

⁷ על הפער התפיסתי ניתן ללמוד מפסק הדין בע"א 9183/09 The Football Association Premier League LTD. נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.05.2012), פס" 8 לפסק דינו של השופט מלצר.

בכל דיון בנושא וביניהן עניין מור⁸ ועניין סבו⁹, ציינו השופטים כי כיום לא ניתן לאתר בישראל שיטה משפטית מגובשת או מדיניות משפטית אחידה הנוגעת לחשיפת שמותיהם של גולשים באינטרנט, ובהיעדר חקיקה מפורשת המסדירה את הליך מתן צו החשיפה, לרבות גבולותיו, ידיו של בית המשפט כבולות.

9. הסוגיה הוכרעה בבית המשפט העליון, בעניין מור. ענין זה עסק בחשיפת גולש אנונימי שנטען כנגדו שפגע בשמו הטוב של המבקש. בית המשפט העליון התחבט בסוגיה, וקבע בסופו של דבר כי במשפט הישראלי אין מסגרת דיונית שבה ניתן לחייב אדם לחשוף את זהותו של אדם אחר כדי שניתן יהיה להגיש תביעה נגדו, ואין להמציא מסגרת כזו בחקיקה שיפוטית. בהמשך, אומצה גישה זו גם בקשר לזכויות יוצרים, בעניין Premier League.

ב. חשיפת זהותו של עושה פעולה בתוכן ברשת תקשורת אלקטרונית

חשיפת זהותו של עושה פעולה בתוכן ברשת תקשורת אלקטרונית – הגדרה

10. בהצעת החוק מוצע לעגן הסדר לחשיפת זהותו של עושה פעולות מסוימות בתוכן ברשת תקשורת אלקטרונית. מוצע לאפשר לאדם לבקש (להלן: המבקש) מבית משפט מחוזי הוראה שתחייב אדם מסוים (להלן: המשיב) למסור לבית המשפט פרטי מידע לגבי אדם אחר,¹⁰ שלפי הטענה, הפר באופן אנונימי זכות יוצרים של המבקש. ענייננו במצב שבו זהות מפרסם התוכן המפר (להלן: עושה הפעולה) אינה ידועה, ובירורה נחוץ על מנת להגיש כתב תביעה נגד עושה הפעולה.¹¹

11. עוד מוצע בהצעת החוק, שפרטים מזהים הנוגעים לחשוד בביצוע עוולה יימסרו רק אם השתכנע בית המשפט כי בפניו תובענה כנה ושאינה קנטרנית. כלומר, בית המשפט אמור לבחון אם בתכלית הבקשה להשיב למעוול גמול, או האם בכוונת המבקש מסתתר אינטרס אישי סמוי אשר נועד, בין היתר, לפגוע בתחרות בשוק בו הוא פועל ועצם הגשת התביעה מהווה עבורו כלי להסרת מתחרים.

12. בהצעת החוק יש הכרה גם בצד הנתבע: בית המשפט יכול להורות על המצאת התובענה למעוול עצמו/החשוד בביצוע העוולה, מבלי שפרטיו ייחשפו באותו שלב למבקש, ולאפשר לו להשיב לטענות המופנות כלפיו.

ביקורת ההסדר המוצע

13. אפקטיביות ויתרון של חקיקה שיפוטית למול חקיקה רגילה. השינויים הטכנולוגיים בסביבת האינטרנט מתרחשים בקצב מהיר ויכולים לגרום לשינוי ניכר גם בתופעת האנונימיות. למשל, ניתן לחשוב על מצב בו הארכיטקטורה של הרשת מאפשרת אנונימיות מוחלטת שתוכל להתקיים אם פרוטוקול התקשורת בין המחשבים לא דרש את זיהוי מיקומו של המחשב (IP) או לא אפשר את שמירת כתובת ה-IP של המחשב אצל מחשב השרת. שימוש באמצעים כמו VPN או רשתות אנונימיזציה כמו TOR יקשו גם הן על איתור

⁸ בר"ע (מחוזי חיפה) 850/06, 1632/07 מור נ' ידיעות אחרונות מערכות אתר YNET - מערכת הפורומים (פורסם בנבו, 22.04.2007).

⁹ ה"פ (ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (פורסם בנבו, 11.11.2007).

¹⁰ "לרבות נתון טכנולוגי שהוא חלק מפרוטוקול התקשורת בין מחשבים, המסייע לאיתור של מחשב או של רשת מחשבים ניתן פומבי לתוכן, ברשת תקשורת אלקטרונית" כך לפי סעיף 60א להצעת חוק זכות יוצרים.

¹¹ סעיפים 60א ו-60ב להצעת חוק זכות יוצרים.

המשתמש האנונימי. שינויים מסוג זה עלולים להפוך את ההסדר המוצע בהצעת החוק לבלתי אפקטיבית. השינויים הטכנולוגיים הופכים את המציאות המתרחשת באינטרנט, לרבות תופעת האנונימיות, למטרה נעה, שלא ניתן לקבל תמונת מצב עדכנית לגביה. מצב זה מגביל את יכולתו של המחוקק, הפועל מטבעו באיטיות יחסית, לקבוע הסדר חקיקתי מתאים למציאות הקיימת.

14. בהמשך להערה הקודמת, גם אם הצעת החוק קובעת הסדר חקיקתי ראוי, הרי לרוב מציאות זו תשתנה, בין אם בטבעיות ובין אם בתגובה להסדר שנקבע (קרי הצעת החוק). על כן, החשש לפי ההסדר המוצע יהפוך במהרה להסדר מיושן שאינו מתאים למציאות העכשווית- אינו מופרך כלל. לכן, נראה כי למדיניות של פיתוח שיפוטי של הסוגיה יש יתרון מובהק על פני החקיקה הרגילה בכל הנוגע להסדרת האינטרנט, וזאת לאור היכולת המהירה והפרגמטית יותר לקבוע הסדרים אשר בכוחם להתאים למציאות הקיימת, וגם משום שפעולה שיפוטית מאפשרת התערבות הדרגתית הצומחת מלמטה למעלה.¹²

15. **עלויות.** לגורם המבקש חשיפה יש עלויות בחשיפה זו ולרבות עלויות טכנולוגיות ועלויות משפטיות כחלק מהליך ההתדיינות. לעלויות אלו יש מרכיב יסודי ראשוני וצפוי אך גם מרכיב בלתי נפרד המגלם בתוכו את הסיכון משימוש בטכנולוגיות של אנונימיות על ידי עושה הפעולה וכן את הסיכונים הנובעים מן הקושי באיסוף הראיות ושאר סיכונים הנובעים מיחסי כוחות המוכרים בעולם המשפט ומוצאים את ביטויים בין כותלי בית המשפט. לכך, יטענו כלכלנים כי במקרים אשר בהם העלות שבאיסוף המידע גבוהה מתוחלת החשיפה עצמה, יוותר מראש התובע על רצונו לחשוף את פרטי עולה הפעולה.¹³

16. **זיהוי שגוי.** לעיתים, בירור זהותו של עושה הפעולה יכול להביא לתוצאה שגויה, בין אם בשוגג ובין אם דרך שימוש עושה הפעולה בכתובת IP "מתחפשת". מבקרים של הליך חשיפת פרטי עושה פעולה ברשת טוענים כי עלות ההגנה והפוטנציאל לעונש גבוה מביא את הנתבעים התמים שלא הפרו את הזכויות להסכים להליך פשרה. כמו כן, יש אסכולות של מבקרים החושדים כי קבוצות מסוימות עותרות בכוונת תחילה בטענה להפרת זכות יוצרים של סרטים פורנוגרפיים למשל, על מנת לעודד נתבעים להתפשר ולא להסתכן במבוכה ציבורית.¹⁴ הצעת החוק עלולה להביא לפרקטיקה בלתי הוגנת זו שתעניש חפים מפשע בסכום שלא מגיע להם ושאינו ביכולתם לשלם.

ג. סיכום

17. הבעייתיות הקיימת כיום בכל הנוגע לחשיפת פרטי מעוול ברשת, מוכרת לכל ומוצגת במפורט לעיל. לגישתנו, ההסדר המוצע מושתת על רציונליים ראויים לפיהם אין להפוך את האינטרנט ל"עיר מקלט" ויש להחמיר בענישה, אך בו בזמן חשוב לציין שהטכנולוגיה מגיבה לכללים המשפטיים. בענייננו, ככל שמערכת המשפט תרבה להתערב ותורה על חשיפה, כך יגדל התמריץ לפתח ולהשתמש בטכנולוגיות של אנונימיות לשם עקיפת

¹² אמל גיבארין ויצחק כהן "חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית" **מחקרי משפט** כח, 61-63 (2012).

¹³ מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" **חוקים** ב, 95, 121-123 (2010).

¹⁴ Adam Langston, Note, *Return of the John Doe: Protecting anonymous defendants in Copyright Infringement Actions*, 41 STETSON L. REV. 875, 884-85 (2012).

הכלל המשפטי, וככל שהמשפט יתערב פחות בחשיפת זהות, יקטן התמריץ לשימוש טכנולוגי. לכן, חשוב לשמור על דיאלוג בין המשפט לבין הטכנולוגיה, וכל כלל משפטי צריך לבוא מתוך הבנה שהמשפט אינו אדון לטכנולוגיה, אלא גורם מסדיר בצדה.¹⁵

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.