

לכבוד

**עו"ד הווארד פולינר - ראש אשכול דיני קניין רוחני, משרד המשפטים**  
**עו"ד אילת פלדמן יעוץ וחקיקה - אזורחי, משרד המשפטים (באמצעות דוא"ל)**

**הנדון: חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5) – סעיף 48 והדרישה "היה עליו לדעת"**

1. בתיקון לחוק מוצע כיום להכניס לסעיף 48 את הדרישה "אם בעת ביצוע הפעולה ידע או היה עליו לדעת כי היצירה הועמדה בהפרה". תנאי זה עלול, לדעתנו להוות סיכון גם לבלוגרים, מלכ"רים, בעלי עסק קטן שהרי אם יעלה לאתרם בטעות ובתום לב (על ידם או כתוכן משתמשים) קישור לתוכן שיימצא בדיעבד כי היה עליהם לדעת שהוא מפר, הרי שהם יאלצו להתמודד עם דרישה לפיצויים, שכן העלאה זו נעשתה כחלק מדרך העיסוק שלהם והיא מקנה להם מוניטין, חשיפה נוספת והגדלת תנועת המשתמשים באתר, שגם היא דרך לעשיית רווח.
2. יתר על כן, בהתאם לסעיף 48 בהצעת החוק, "פעולה שיש בה כדי להקל על הגישה של הציבור ליצירה שהועמדה בהפרה, או להרחיב את הגישה של הציבור אליה" סובלת לכאורה פרשנות לפיה בעל אתר/בלוג ייחשב כמפר זכות יוצרים בהפרה עקיפה, בכך שאפשר למשתמש להעלות לאתר קישור לתוכן מפר (תוכן גולשים) ובכך "הקל את הגישה של הציבור" או "הרחיב את הגישה של הציבור".  
"היה עליו לדעת" היא טענה שתעלה כנגד בעל אתר כזה ותגרום להרתעת יתר ולאפקט מצנן, שהרי בעלי אתרים לא יעסיקו עורכי דין ביחס לכל קישור שיעלה לאתרם לבחינה אם השימוש מותר בהתאם לדין. בכך יש גם סכנה לשמיטת הקרקע ממנגנון ההודעה וההסרה שהתקבע נכון להיום בפסיקה הישראלית (בעל האתר לכאורה מפר גם אם לא קיבל הודעה וגם אם הסיר את הקישור לאחר קבלת הודעה). הסרת "היה עליו לדעת" והשארית "ידע" בלבד (בדומה לדרישת ה- Actual Knowledge ב- DMCA) תמנע את הפגיעה האפשרית במנגנון ההודעה וההסרה.
3. חשוב לזכור כי רוב ההליכים בתחום הקניין הרוחני לא מגיעים לערכאות משפטיות, שכן רבים מהאנשים, אשר בדרך כלל פועלים כחוק מבכרים לשלם את הפיצוי הנדרש על ידי בעל הזכויות ולא להיגרר למשפט בו העלויות בדרך כלל תהינה להם גבוהות יותר, גם אם פעלו בכפוף לכל דין.
4. בפגישה איתכם הובהר לנו כי מכיוון שהפרת זכות יוצרים היא עוולה בנזיקין, הייתה כוונה לעגן את לשון עוולת הרשלנות בסעיף המוצע.  
אנו מבקשים להשמיט את המילים "היה עליו לדעת".  
עם זאת, אם בקשתנו זו לא תתקבל – אנו מבקשים לחילופין לאמץ את כל הדרישות המופיעות בעוולת הרשלנות להסדר המוצע.
5. לעניות דעתנו, אין בכך כל הגיון משפטי לאמץ רק חלק מעוולת הרשלנות.

6. כידוע, עוולת הרשלנות הכללית קבועה כיום בסעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. נהוג לחלק את עוולת הרשלנות למספר גורמים מצטברים:
- א. קיומה של חובת זהירות
  - ב. התרשלנות (הפרת החובה)
  - ג. הוכחת קיומו של נזק
  - ד. קיום קשר סיבתי בין המעשה או המחדל (ההתרשלנות) לבין הנזק
- אשר על כן – אם מבקשים לאמץ את ההסדר של "היה עליו לדעת" (התרשלנות) לתוך חוק זכות יוצרים – יש להוסיף אף את שאר תנאי עוולת הרשלנות בנוסף להתרשלנות:
- א. הוכחת נזק בפועל **ולא** נזק סטטוטורי
  - ב. קיומו של קשר סיבתי בין מתן הקישור לבין הנזק
  - ג. הוכחה של חובת זהירות - שקיימת סטייה מסטנדרט התנהגות מצופה בנסיבות העניין
- אחרת – **אימוצה של חלק מהעוולה מפרה את האיזון הקיים** כיום בחוק זכות יוצרים, נותנת כוח רב מדי לבעלי הזכויות ואינה ראויה לדעתנו.

בברכה ובכבוד רב,

מיכל לסטר – מנכ"לית ויקימדיה ישראל

שבי קורזן – מנכ"לית הסדנא לידע ציבורי

עו"ד יהונתן קלינגר – יועץ משפטי, ויקימדיה ישראל

עו"ד מי-טל גרייבר שורץ – סמנכ"לית קשרי קהילה ורגולציה – איגוד האינטרנט הישראלי

ד"ר דלית קן-דרור פלדמן, עו"ד – מנחה משפטית, הקליניקה למשפט טכנולוגיה ולסייבר, אוניברסיטת חיפה