

כ"ט 14
בשבט
בפברואר
התשע"ח
2018

תגובת הקליניקה למשפט, לטכנולוגיה ולסייבר

להצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017

1. מצ"ב תגובת הקליניקה המפורטת לתזכיר החוק שפורסם בנושא. הסוגיות אליהן התייחסה התגובה היו עקרוניות ולכן ברובן רלוונטיות אף להצעת החוק הנוכחית, הגם שהוכנסו שינויים בין התזכיר להצעת החוק.
2. בקצרה נציין כי:
 - א. מטרת הצעת החוק היא חשובה - מניעת הפרות של זכות יוצרים באמצעות מניעה ישירה, עקיפה וכן הרתעה בדרך של חשיפת שמו של המפר לכאורה. עם זאת, כפי שיוסבר להלן, לדעת הקליניקה השינוי הנוכחי כפי שהוא מוצע עלול לגרום לפגיעה נרחבת בציבור הרחב יתר על המידה ובמידה שעולה על הנדרש.
 - ב. לעניות דעתנו ישנן דרכים אחרות, חלקן כבר קיימות, להסדרת הנושאים שהצעת החוק מעלה ואף פירטנו עליהן בתגובה לתזכיר בעבר. לעניות דעתנו - די בפסיקה הנוכחית הנוגעת להפרה תורמת למשל – על מנת לתת מענה לחלק מהבעיות.
 - ג. בנוסף, המונחים "דרך עיסוק", "רווח מעיסוק" או מונחים קרובים אחרים הם עמומים ועלולים ליצור אפקט מצנן גם למי שמבקש לעשות פעילות שאינה נופלת בגדר כוונת המחוקק ל"עסק". למשל, האם רווח שאינו כספי - למשל מוניטין ושם טוב, או ניסיון להעלות את כמות עוקבים ברשתות חברתיות (כפי שגם בני נוער רבים עושים), ללא עשיית רווחים כספיים, ייחשב כרווח מעיסוק?
 - ד. קיים חשש שדווקא בעלי האתר הקטנים (עסקים קטנים) שאין ביכולתם לברר תכופות את מקור העותק והיותו עותק לא מפר, או האם השימוש אותו הם עושים הוא שימוש המותר על פי דין – הם שיפגעו מהתיקון. לכן, באיזון שבין ההגנה על זכות היוצרים ותכליתה הכלכלית לבין ההגנה על חופש הביטוי וחופש המידע נראה שהפגיעה עולה על התועלת שבהגנה.
 - ה. בהצעת החוק מוצע להכיר גם בהפרה עקיפה של העמדה לרשות הציבור על מנת להשוות בין העולם הפיסי והווירטואלי. הדבר מעלה חשש מהרתעת יתר שתפגע בצורה ממשית בחופש הביטוי. אנשים יחששו להפנות לאתרים שאין וודאות לגביהם האם התוכן בהם אינו חלילה מפר וכן יפחדו לעשות פעולות כמו "share" לתכנים כפי שעושים כיום דרך קבע ברשתות החברתיות, גם אם אין כל הצדקה לכך.
- ו. אם יוחלט על המשך חקיקה – הצענו תיקונים אחדים בנייר התגובה על התזכיר – בהם הגנות מסוימות למפעילי ולבעלי אתרים תוך שמירה על שימושים מותרים ואיזונים נוספים.
- ז. בתגובתנו סקרנו אף טענות לפיהן – הפללת פעולות – הינה מהלך לא יעיל ויביא לאפקט מצנן של פעולות לגיטימיות דווקא.

- ח. **בנוגע לחסימת אתרים** – לדעתנו המדובר הוא בפגיעה העולה על הנדרש שאינה מידתית לאור אמצעים חלופיים והפגיעות באתרים עם תכנים לגיטימיים. למשל, מוצע לשקול שלבי ביניים הקודמים לחסימה של האתר כמו צו להסרת תכנים מפרים גרידא.
- ט. **חשיפת פרטי זהותו של מפרסם התוכן המפר ברשת תקשורת אלקטרונית** – לדעתנו, נראה כי מן הראוי שהמחוקק ייקבע חוק כללי בנוגע לחשיפת שמות מעוולים ברשת, כך שלא תיווצר "אפלייה", ולו לתקופה מסויימת, בין מי שמפרים לו זכות יוצרים לכאורה, לבין מי שמעוול אחר פגע בו, למשל בלשון הרע. במילים אחרות, לעניות דעתנו, מן הראוי להסדיר את הנושא באופן כולל ומקיף ולא להתחיל את הסדרתו דווקא בחוק זכות יוצרים תוך התעלמות מעוולות נוספות.

בברכה,

ד"ר קן-דרור פלדמן, ח'ד
מנחה משפטית, הקליניקה למשפט, לטכנולוגיה וסייבר
המרכז למשפט וטכנולוגיה
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

לוט

תגובת הקליניקה לתזכיר החוק

התשע"ז
2016

בכסלו
בדצמבר

א'
1

תגובת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה לתזכיר חוק זכות יוצרים (תיקון מס'...), התשע"ו-2016

1. מצ"ב תגובה לתזכיר החוק הנ"ל.
2. התגובה הנוכחית, נכתבה במסגרת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
3. בכתיבת התגובה סייעו הסטודנטים אחינועם אילוז מור-יוסף, יומי איציק, מור ארליך, נמרוד זינגרמן, חן תהל כהן, גיא מסס, נמרוד פיטוסי, ארנסט פרח, אלון רוזן-כץ ודינה שמסי.

בברכה,

דלית קן-דרור פלדמן, עו"ד
מנחה משפטית, הקליניקה למשפט וטכנולוגיה
המרכז למשפט וטכנולוגיה
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

תגובה לתזכיר חוק זכות יוצרים (תיקון מס'...), התשע"ו-2016

כללי

1. תזכיר החוק שבנדון עוסק במספר דברים וביניהם הרחבת סעיף ההפרה העקיפה במישור האזרחי, הסדרת מתן צווים לסגירת אתרים לצד שלישי (בעיקר לספקי השירות), בקשה לחשיפת זהותו של המפר לכאורה של יצירות ואיסור פלילי על העמדה לרשות הציבור ושידור של יצירות ללא רשות בעליהם מתוך מטרה להפיק רווח.
2. נפתח ונאמר - מטרת התזכיר היא חשובה - מניעת הפרות של זכות יוצרים באמצעות מניעה ישירה, עקיפה וכן הרתעה בדרך של חשיפת שמו של המפר לכאורה. עם זאת, כפי שיוסבר להלן, לדעת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה השינוי הנוכחי כפי שהוא מוצע עלול לגרום לפגיעה נרחבת בציבור הרחב יתר על המידה ובמידה שעולה על הנדרש ועל כך נפרט להלן.
3. לעניות דעתנו ישנן דרכים אחרות, חלקן כבר קיימות, להסדרת הנושאים שהתזכיר מעלה ונפרט אף הצעתנו להלן.
4. בנייר עמדה זה נתייחס לסוגיות מבחינה משפטית ולא נתייחס להיתכנות הטכנולוגית של חסימת האתרים וייחוד החסימה רק לאותם התכנים המפרים לכאורה (ללא נטרולם של אתרים נוספים וביטויים נוספים לגיטימיים יחד איתם).

הערה כללית הנוגעת למספר סעיפים - הגדרת "דרך עיסוק", "רווח עיסוק" או מונחים קרובים - אינה ברורה דיה

5. בתזכיר מוזכר מספר פעמים המונחים "דרך עיסוק", "רווח מעיסוק" או מונחים קרובים. כיום המונח "עסקו" מצויין בעיקר בסעיף 48(2) לחוק. אין כל הגדרה מה ייחשב בבחינת דרך עיסוק ומה יכלול במונח "רווח".
6. מונחים עמומים אלה עלולים ליצור אפקט מצנן גם למי שמבקש לעשות פעילות שאינה נופלת בגדר כוונת המחוקק ל"עסק". נשאלת השאלה, למשל, האם רווח מעיסוק יהווה גם רווח שאינו כספי - למשל "רווח" מוניטין ושם טוב.
7. כך גם לא ברור האם אדם העוסק ביצירת מוסיקה למשל והמבקש באתר האינטרנט שלו לקדם מוסיקה ויעלה יצירות מוגנות על מנת להדגים דברים, ליצור לעצמו מוניטין בתחום ולא למכור דבר מה, האם הוא עושה כן במסגרת עסקו? והאם ייחשב בבחינת מי שמפיק רווח? במילים אחרות, האם מכירת מקום פרסומת על מנת להרוויח כסף שישמש לאחזקת האתר ולא מעבר לכך - האם ייחשב האתר אוטומטית

לאחר ובו עסק למטרת רווח? (הגם שייתכן כי מעשיו הם בבחינת שימוש הוגן – ככל הנראה לאור החוק המוצע ימנע מלעשות את השימושים האמורים).

8. אשר על כן, אם מתכוונים להוסיף סעיפים עם מונח עמום זה, מוצע להגדירו כך שתיווצר וודאות טובה יותר ביחס לפעולות המותרות על פי דין ופעולות האסורות ועל מנת שלא יוצר אפקט מצנן שייפגע יותר משיועיל.

הפרה עקיפה של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור פגיעה במידה העולה על הנדרש בחופש הביטוי ובדרך בה נוהגת ופעולת כיום הרשת

9. כיום הפרה עקיפה מעוגנת בסעיף 48 לחוק זכות היוצרים, התשס"ח-2007 כדלקמן:

"העושה אחת הפעולות האלה בעותק מפר של יצירה, מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה, ידע או היה עליו לדעת כי העותק הוא עותק מפר:

- (1) מכירה או השכרה, לרבות הצעה או העמדה למכירה או להשכרה;
- (2) החזקה למטרה עסקית;
- (3) הפצה בהיקף מסחרי;
- (4) הצגה לציבור בדרך מסחרית;
- (5) ייבוא לישראל שלא לשימוש עצמי כהגדרתו בסעיף 129 לפקודת המכס"

10. בתזכיר מוצע להכיר גם בהפרה עקיפה של העמדה לרשות הציבור על מנת להשוות בין העולם הפיסי והווירטואלי. עם זאת, הכרה בהעמדת תוכן בין אם באמצעות הכללת היצירה המפרה באתר (embedded) ובין אם על ידי מתן קישור, כהפרה עקיפה מעלה חשש מהרתעת יתר שתפגע בצורה ממשית בחופש הביטוי.

11. רשת האינטרנט מבוססת כיום על הפניות לתכנים באתרים שונים (יש האומרים בבלוגים בלתי רשמיים כי הפניות אלה ככל שתרבנה בין אם בתוך האתר ובין אם לאתרים אחרים מעלות אף את דירוג האתר במנועי החיפוש השונים¹). העלאת החשש שמא מתן קישור ליצירה עלול להימצא כהפרה עקיפה יגרום לפגיעה אנושה בפעילות הרשת.

אנשים יחששו להפנות לאתרים שאין וודאות לגביהם האם התוכן בהם אינו חלילה מפר וכן יפחדו לעשות פעולות כמו "share" לתכנים כפי שעושים כיום דרך קבע ברשתות החברתיות, גם אם אין כל הצדקה לכך.

12. התזכיר ניסה להשוות בין זכות ההעתקה לבין זכות ההעמדה לרשות הציבור, אולם מדובר בשני דברים שונים במהותם. כל זאת משום שבעולם הווירטואלי קיימים פערי מידע גדולים יותר מאשר בעולם הפיסי

¹ ראו למשל באתר: www.onlineseoanalyzer.com/blog/files/search-engine-optimization-starter-guide.pdf

באשר למקור העותק (זיהוי האם הבעלים המקוריים הוא אכן האדם שהעלה את התכנים) וכנגזרת לכך האם העותק הינו עותק מפר.

די בפסיקה הנוכחית הנוגעת להפרה תורמת – על מנת לתת מענה לבעיה

13. יתר על כן, נראה כי הפסיקה הנוכחית הנוגעת להפרה תורמת – די בה על מנת לתת מענה לבעיה של הפרה תורמת בהעמדה לרשות הציבור.² כך גם בפסיקתו של בית המשפט המחוזי עלתה סוגיה דומה והוכרעה על בסיס הדין הקיים כיום.³

14. מצבים בהם עלולה לקום חבות לבעל האתר, לאור הפסיקה הנוכחית, בגין הפרה תורמת בהעמדה לרשות הציבור הם – האחד – אם בעל האתר מעודד באופן אקטיבי הצבתם של קישורים לאתרים מפרים או מעלה בעצמו קישורים או תכנים בדרך זו, והאחר אם בעל האתר מנהל אתר שמשמש רובו ככולו להצבת קישורים מפרים (על מנת להכריע האם מדובר באתר פסול יש לבחון את כמות הקישורים המפרים – גם אבסולוטית וגם באופן יחסי לשאר האתר).⁴

15. בפסיקה עלה גם שיקול נוסף – האם מדובר באתר ובו פורום פתוח או בפורום סגור – שכן אם מדובר בפורום סגור – קשה יותר לבעלי הזכויות לדעת על ההפרה. בית המשפט קבע:

"ככללי אצבע ניתן לקבוע כי פורום סגור, שבו קיימות במועד נתון למעלה מ- 10 קישורים לאתרים מפרים, ואשר הודעות הכוללות קישורים לאתרים מפרים מהוות יותר מרבע מהתוכן המהותי של הפורום (קרי, מההודעות שאינן בגדר בקשה לקבלת מידע או תגובה להודעות אחרות), צריך להיחשד כ"פורום פסול". לעומת זאת, ביחס לפורום פתוח נראה שראוי לקבוע מבחן מחמיר יותר, עד כדי דרישה שמחצית מהתוכן המהותי של הפורום יהיו הודעות הכוללות קישורים לאתרים מפרים. ביחס לפורום החשוד כ"פורום פסול" החזקה היא כי בעל האתר מודע לכך שהוא מסייע לקיומן של הפרות ישירות, וכי סיוע זה הוא בגדר תרומה ממשית ומשמעותית להן. על כן הנטל מוטל על בעל אתר בו קיים פורום חשוד כאמור להוכיח כי יש להמשך קיומו של הפורום ערך לגיטימי, ולחילופין, כי לא ידע על היקף הפעילות הפסולה (ואם כך לא יישא באחריות, אלא לאחר שנמסרה לו הודעה על כך שהמדובר ב"פורום פסול")."⁵

16. כך גם אין זה ראוי כי מתן קישור לאתר ייחשב בבחינת "העמדה לרשות הציבור" כפי שעולה מהתזכיר המוצע, וזאת בעיקר משיקולי מדיניות כפי שקבע כבוד ביהמ"ש באותה הפרשה:

"ראשית, עצם יצירת הקישור לאתר המפר, אינו בגדר "עשיית פעולה ביצירה"; שנית, הקישור כשלעצמו אומנם מקל על אנשים מקרב הציבור לאתר את היצירה המפרה, אך אין הוא זה שיוצר את אפשרות הגישה. במילים אחרות, היצירה כבר הועמדה לרשות הציבור בידי האתר המפר, ועל כן הקישור לאותו אתר לבדו אינו יכול להוות "העמדה לרשות הציבור". תוצאה זו לא רק

² ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ (לא פורסם, 20.6.2011).
³ ת"א 567-08-09 (מחוזי מרכז) א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטר.נט (לא פורסם, 8.8.2011) (להלן: "פרשת רוטר").

⁴ שם.

⁵ שם. ראו גם ע"א 5977/07 לעיל ה"ש 2.

שהיא מתבקשת מלשון החוק, אלא היא גם רצויה מבחינת שיקולי המדיניות. כך, למשל, היא מגנה על יוצרי קישורים מפני האפשרות שתוטל עליהם אחריות בגין הפרות שהתרחשו באתר המפר ללא ידיעתם, ובכלל זה הפרות שנעשו לאחר היווצרות הקישור.⁶

הרתעת יתר כפגיעה בחופש הביטוי בעיקר של בעלי אתרים מסחריים קטנים

17. התיקון מבקש להגדיר העמדה לרשות הרבים של עותק מפר כהפרה עקיפה, דבר זה מעלה חשש של צנזורה עצמית מראש בניגוד לפרקטיקה של הסרת הקישור המפר בדיעבד. הצנזורה העצמית תיעשה מתוך חשש להפר זכויות גם מקום שלא אמור להיות חשש זה קיים, בייחוד נוכח העובדה כי פעולה זו עלולה בנסיבות מסוימות להוות אף עבירה פלילי. הדבר יפגע קשות בחופש הביטוי⁷ ואף לעיתים בחופש העיסוק.

18. החשש נובע מכך שדווקא בעלי האתר הקטנים שאין ביכולתם לברר תכופות את מקור העותק והיותו עותק לא מפר, או האם השימוש אותו הם עושים הוא שימוש המותר על פי דין – הם שיפגעו מהתיקון. באיזון שבין ההגנה על זכות היוצרים ותכליתה הכלכלית לבין ההגנה על חופש הביטוי וחופש המידע נראה שהפגיעה עולה על התועלת שבהגנה. רוב האתרים מנהלים פעילות מסחרית זו או אחרת ולו על מנת לשלם את התשלום על קיומו של האתר ואחזקתו השוטפת ותו לא.

19. יתר על כן, אם יוחלט להמשיך בחקיקת החוק המוצע בתזכיר, **אנו מציעים להכניס איזונים לו בדרך של הגנה למפעילי האתרים השונים**, כפי שהוצעה בעבר בגלגולים השונים של הצעת חוק המסחר האלקטרוני⁸ ואומצה בשורה של פסקי דין,⁹ הגם שהצעת החוק לא אושרה בסוף בארץ. יוער כי סעיף 512 לחוק Digital Millennium Copyright Act קבע הסדר דומה להסדר שהוצע בהצעת החוק. כל זאת משום שההכרה בהעמדה כהפרה עקיפה ללא מנגנון התראה כלשהו כגון מנגנון של הודעה והסרה תביא למצב בו ימנעו פעמים רבות מלהעלות תכנים לאתר או להפנות לתכנים מלכתחילה גם כאשר תכנים אלו מותרים לשימוש.

20. **עם זאת, גם מנגנון ההודעה וההסרה הוא בבחינת רע, אם לא מפקחים עליו וקובעים לו כללים ברורים** וחריגים ברורים בדרך הולמת, שכן מנגנון זה עלול להביא בסופו של דבר לניטור אקטיבי של תכנים על ידי אתרים שונים ומניעה מלהעלות תכנים המותרים על פי דין. כך, למעשה, תהיה צנזורה אקטיבית מראש על ידי גוף פרטי מבלי שהרשות השופטת תיתן על כך את הדעת.

⁶ ראו פרשת רוטר לעיל ה"ש 5.

⁷ וראו מאמרם של קרין ברזילי נהון, גד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה" **משפט חברה ותרבות - שקט, מדברים!** 243 (התשס"ו) שם נטען כי באינטרנט הסדרה עצמית של צנזורה עדיפה לעיתים על הסדרה ציבורית.

⁸ סעיף 10 להצעת חוק המסחר האלקטרוני, התשס"ח-2008, סעיף 10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע"א-2011.

⁹ ראו למשל פרשת רוטר לעיל ה"ש 5; ת"א (מחוזי ת"א-יפו) 1559/05 **גלעד נ' נטוויז'ן** (לא פורסם, 23.7.2009); ת"א (שלום ת"א-יפו) 64045/04 **"על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל** (לא פורסם, 10.5.2007).

21. אך לאחרונה נפסק בפסק דין בעניין לניץ¹⁰ כי בעל זכות יוצרים צריך לשקול את האפשרות שמא השימוש שנעשה ביצירה הוא שימוש מותר ועל כן אין מקום לפנות ולבקש להסירו מהרשת. פסק הדין זה, למעשה, מכיר בפרקטיקה שנוצרה של פניה והסרה אוטומטית של הדברים גם אם השימוש מותר.

22. על כן, אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה ולפנות לסעיף של הודעה והסרה, מוצע להכניס אף לסעיף זה איזונים כגון – קביעה מפורשת שאין צורך לבצע ניטור מראש או ניטור אקטיבי לתכנים באתר אשר יוביל להסרתם האוטומטית של תכנים (על מנת למנוע הסרת תכנים שמותרים על פי דין) ושחובתו של בעל הזכויות לשקול שיקולים של שימושים מותרים ואם ביקש להסיר את התוכן חרף היותו שימוש מותר – עליו יהיה לשלם הוצאות ופיצויים לאדם שהתוכן הועלה על ידו. כך גם יהיה מקום להכיר בזכות המשתמש שנפגע להגיש תביעה על הפרת הזכות לשימוש מותר, כך שתהא זו זכות (שניתן יהיה לתבוע בעת הפרתה) ולא עילת הגנה גרידא.

23. יתר על כן, דוקטרינת השימוש ההוגן נועדה למנוע כשל שוק. אם כל אדם המבקש לעשות שימוש הוגן ביצירה היה צריך לקבל אישור מראש לשימוש ההוגן, השימוש לא היה קורה לאור עלויות העסקה הגבוהות יחסית לשימוש המבוקש.

מנגד, התיקון המוצע יכול להוביל דווקא לכשל שוק בו הרתעת היתר תמנע את הביטוי מלכתחילה גם כאשר אינו מפר ותביא בפועל הלכה למעשה למיזעורו או ביטולו של סעיף השימוש ההוגן המעוגן בסעיף 19 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007¹¹, אלא אולי אם תוכר הגנת השימוש ההוגן גם כזכות וכעילת תביעה שעל הפרתה ניתן יהיה לקבל פיצוי.

24. נעיר כי שימוש במנגנון למניעת הפרת זכויות קניין רוחני על ידי שימוש במסננות תוכן: תוכנות שמגבילות מראש גישה לתוכן מקוון על בסיס נושא, מילות מפתח, כתובות IP ועוד תהווה אף פגיעה קשה יותר מהמוצע, שכן, מסננות תוכן שכאלה נוטות להגביל גם תוכן לגיטימי, כאשר כאמור הגבלה של תוכן תמים מהווה פגיעה חמורה בחופש הביטוי.¹² כל זאת משום שהדבר עלול להוביל לפגיעה בתוכן לגיטימי שנמצא באותם אתרים,¹³ ויהיה בניגוד למגמות הפסיקה והאכיפה בישראל, שנוטות להפחית מרגולציה על תוכן מקוון, בעיקר במסגרת האינטרנט.¹⁴

25. לכן, במקרה של הפרה עקיפה במתן קישור לעותק רך מפר נראה שהבעייתיות שבחשש מפני הרתעת יתר שתפגע בחופש הביטוי ולעיתים אף בחופש העיסוק היא רבה. כך גם הצורך לבדוק את מקורו של כל

¹⁰ *Lentz v. Universal Music Corp.* (9th Cir., 14.9.2015).

¹¹ ראו למשל מחקר שנעשה לאחרונה על הפרקטיקות של אתרים בעניין סינון מראש של תכנים – Maayan (Filmar) Perel and Niva Elkin-Koren, *Black Box Tinkering: Beyond Transparency in Algorithmic Enforcement* (March 3, 2016). Forthcoming FLORIDA L. REV. available at: <https://ssrn.com/abstract=2741513>.

¹² David Burt *In Defense of Filtering*, 28(7) AMERICAN LIBRARIES 46 (1997).

¹³ שם.

¹⁴ יובל קרניאל ועידן שניר "חוק חופש המידע והאינטרנט- האם הגיעה העת לשינוי חקיקתי?" מאוני משפט 7, 307, 322-321 (2010); קרין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה", שקט, מדברים 483, 486-491 (2006).

קישור או תוכן באינטרנט שאכן הוא אינו מפר, ירפה ידם של שחקנים קטנים באינטרנט ויותר מקום רב יותר לחברות הענק ובעלי אמצעים.

הפללת פעולות - העמדה לרשות הציבור ושידור יצירה - לא יעיל וביא לאפקט מצנן של פעולות לגיטימיות דווקא¹⁵

26. סעיף 62(ג)(2) לתזכיר, מבקש להטיל עונש של מאסר או קנס על המעמיד יצירה לרשות הציבור, וזאת בנוסף לסנקציה האזרחית המבקשים לקבוע בסעיף 48א לחוק זכות יוצרים (בכפוף לסעיף 15 לחוק זכויות יוצרים). בעידן האינטרנטי, מקבלת זכות ההעמדה לרשות הציבור מקום מרכזי יותר בחקיקה, לאור השימוש השכיח בה.¹⁶

27. סעיף 62(ג)(3) לתזכיר, מבקש להטיל את אותו העונש על המשדרים יצירה ברשת תקשורת. לדוגמא, על-ידי פעולה "הזרמה" (streaming).¹⁷

28. הפרת זכויות הקניין הרוחני מיוחדת במספר נקודות. לרוב הפרה זו אינה אלימה, קשה להעריך את הנזק שנגרם, הקורבנות אינם תמיד ניתנים לזיהוי ואף קיים קושי בהטלת האחריות הפלילית.¹⁸

29. הגם שהיקף ההפרות הולך וגדל בעקבות הפיתוחים הטכנולוגיים, יש הגורסים כי קביעת עבירות בגין הפרת זכויות קניין רוחני לא תביא מזור לבעיה. בכדי שחקיקה פלילית תהיה יעילה, על הציבור לתמוך בהצדקות המוסריות העומדות בבסיסה. כך גם התומכים בענישה פלילית, מרבים להציג את היקף הנזקים העצומים לכאורה אשר נגרמים בעקבות ההפרות,¹⁹ אך אינם מראים את הצלחתה של ההרתעה בפועל, אם היא כלל קיימת.

30. מבחינת הדין הפלילי, קיימים שיקולי ענישה שונים וביניהם שיקולים של גמול ושיקולים תועלתניים.²⁰ שיקול מרכזי הינו שיקול ההרתעה אשר מבוסס על ההנחה שקיומן של העבירות הפליליות ירתיעו עבריינים פוטנציאליים.²¹ עם זאת האם הפיכת הפעולות המוצעות לפליליות תביא לפתרון הבעיה?

¹⁵ להרחבה בנושא האכיפה הפלילית ראו למשל Eldar Haber, *The Criminal Copyright Gap*, 18 STANFORD TECH. L. REV 247 (2015) available at: <https://ssrn.com/abstract=2624330>

כן ראו גם Benton C. Martin and Jeremiah Robert Newhall, *Criminal Copyright Enforcement against Filesharing Services*, 15 NORTH CAROLINA J. OF L. AND TECH. 101 (2013) available at: <https://ssrn.com/abstract=2229376>

¹⁶ טוני גרינמן **זכויות יוצרים** כרך ב 700 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: הספר זכויות יוצרים).

¹⁷ שם, בעמ' 701-702.

¹⁸ מרים בישון "הפיכתה של הפרת זכויות יוצרים לעבירה פלילית ואכיפתה בישראל" **מחקרי משפט** 29, 511, 515 (2014) (להלן: "המאמר הפרה כעבירה").

¹⁹ שם, בעמ' 517.

²⁰ רות קנאי "יחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י 39, 42 (1993).

²¹ שלמה שוהם "מדיניות הענישה בישראל" **מגמות** רבעון למדעי ההתנהגות יא(3) 264, 270-271 (1961).

31. מבחינה השוואתית, ניתן לראות כי בשנת 2009, אימצה צרפת דרך חדשה לנסות ולמגר את תופעת הפיראטיות ברשת, בחוק "שלוש הפסילות" (HADOPI).²² בארה"ב, ישנה פרקטיקה דומה של "שש ההודעות" לפיה אמורים לשלוח הודעות מפורטות לגבי הפרה לכאורה ואחרי שש פעמים בהם נשלחת התראה, מהירות הגלישה של המפר החוזר לכאורה, למשל, תפחת.²³
32. יוער כי חוק שלוש הפסילות הצרפתי, נמצא כבר בידי ביהמ"ש הצרפתי כבעייתי לאכיפה כלשונו נוכח זכויות מוגנות כגון הסכנה הרבה לחופש הביטוי. כך גם נודע כי הממשל מוכן לרכך את הדרישות הקבועות בחוק ולסגת מעמדת החוק הראשונית.²⁴
33. במחקרים שנערכו בצרפת נמצא שהידיעה המוקדמת של המפר על אפשרות גילוי ההפרה לא משפיע על הפרות פיראטיות חוזרות ונשנות.²⁵ בנוסף, מערכת זו וסנקציות פליליות אלה גרמו לשינוי דרכי ההורדות הפיראטיות, ובזכות מידע נגיש לדרכים ושיטות אלטרנטיביות להפרות פיראטיות, המפרים עברו מרשתות חברתיות מנוטרות לאתרי שיתוף קבצים שאינם מנוטרים. ממצאים אלה מצביעים על כך שחוקים פליליים לא הביאו להפחתת הקף ההפרות כי אם לשכלול הדרכים לביצוע ההפרות.²⁶
34. כך גם, המחוקק האמריקאי בחר להתמיד בהחמתו באמצעי האכיפה הפלילית של זכויות היוצרים, באמצעות החמרה הדרגתית של הסנקציות וקביעתן של עבירות פליליות בחוק.²⁷ אף על פי כן, שיעור ההפרות של זכויות היוצרים נותר רב באופן שמעלה ספק בנוגע ליעילות הסנקציות הפליליות.²⁸
35. לבסוף נציין כי גם הפרקטיקה של תביעות המוגשות כנגד המשתמשים המפרים לכאורה בדרך של הורדת תכנים לא חוקית נראה כי אינה עוזרת לצמצום תופעת הפיראטיות באופן הרצוי והמצופה.²⁹

LOI n 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la creation sur internet (Law No. 2009-669 of June 12, 2009 to Promote the Dissemination and Protection of Creation on the Internet (My translation – M.B.; The Law was amended Oct. 28, 2009 – M.B.)), available at <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432>;

Michael Arnold, Eric Darmon, Sylvain Dejean and Thierry Penard, *Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three-strike (Hadopi) Law*, Working Paper No. 2014-07 University of Delaware, available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/2430/bf98182924074285d5d909718ecc41d94a40.pdf>

Eric Pfanner, *French Appear Ready to Soften Law on Media Piracy*, THE NEW-YORK TIMES (2.6.2013)²⁴
Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three-strike (Hadopi) Law, לעיל ה"ש 23.²⁵

שם.²⁶

המאמר הפרה כעבירה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 532.²⁷

שם, בעמ' 538.²⁸

Electronic Frontier Foundation, *RIAA v. The People: Five Years Later* (2008) available at: www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later#8 ראו.²⁹

חסימת אתרים - פגיעה העולה על הנדרש ואינה מידתית לאור אמצעים חלופיים והפגיעות באתרים עם תכנים

לגיטימיים

36. חסימת האתרים כפי שמוצע בתזכיר החוק, תפגע קשות בפעילות באינטרנט, אשר מבוססת על זרימה חופשית של המידע לציבור הרחב.³⁰

37. יפים לכך דברי כבוד שופט בית המשפט העליון השופט פוגלמן בפסק הדין שעסק בנושא:

"ככלל שותף אני לגישתו הכללית של בית המשפט המחוזי, שלפיה כאשר עסקינן במטרייה רגישה של חסימת אתרי אינטרנט – יש לבחון בשבע עיניים את החשש לפגיעה בחופש הביטוי... ייתכן בהחלט כי בעתיד יבואו לפתחנו מקרים אחרים, שבהתייחס אליהם יהא טעם להרחיב בצורה ניכרת את היקף ההגנה הנפרשת על ביטויים הכלולים באתר זה או אחר... אם אכן ישנו חשש לחסימת אתרים "תמימים", ברי כי תהא זו פגיעה חמורה בחופש הביטוי ובזכות הגישה למידע – פגיעה שלגביה תידרש הסמכה מפורשת בחוק וכן עמידה בתנאי פסקת ההגבלה."³¹

38. על חשיבות חופש הביטוי נכתב רבות. כך, למשל, בפרשת קול העם נאמר:

"עד עתה עמדנו על האינטרס החברתי אשר העקרון של חופש הביטוי בא להגן עליו - האינטרס של בירור האמת. ואולם חשיבותו של העקרון נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לענינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור - להגיד את אשר בלבו. כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו... למעשה, מבחינת המגמה של קיום אינטרס מיוחד זה, משמשת הזכות לחופש הביטוי לא רק אמצעי ומכשיר כי אם גם מטרה בפני עצמה, באשר הצורך הפנימי שמרגיש כל אחד לתת ביטוי גלוי להרהוריו הוא מתכונותיו היסודיות של אדם."³²

39. יתר על כן, חופש הביטוי היא זכות יסוד הנובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.³³ ביטויים המפורסמים במרחב הווירטואלי זוכים אף הם להגנה תחת זכות זו, והגנה זו חשובה במיוחד היות שהאינטרנט הפך למרחב נפוץ במיוחד לשם ביטוי דעות וביקורות פוליטיות.³⁴

40. תיקון החוק המוצע נותן בידי בתי המשפט כלים להורות על הגבלת גישה לאתרי אינטרנט. נעיר שייתכן שבהגבלת תוכן אסור של אתר מסוים המפר לכאורה זכות יוצרים, תוגבל גם גישה לתוכן לגיטימי, כמו

³⁰ ראו דיון במאמר המציע דרכים להתמודדות עם צנזורה על האינטרנט בידי מדינות כגון סין Andrew W. Lloyd, Vanderbilt

Journal of Transnational Law, 41 VAND. J. TRANSNAT'L L. 299 (2008).

³¹ ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל ואח' נ' איגוד האינטרנט הישראלי (לא פורסם, 24.3.2013).

³² בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד (2) 871.

³³ ע"א 751/10 פלוני נ' דיין (לא פורסם, 8.2.2012).

³⁴ ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי (לא פורסם, 24.3.2013).

לפורום המוקדש לדיונים פוליטיים במסגרת אותו אתר עצמו. הגבלת גישה לתוכן מקוון לגיטימי מהווה פגיעה חמורה בחופש הביטוי, ולכן עליה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.³⁵

41. כך ניתן לטעון כי הגבלת הגישה לאתר שלם או לחלקו הינה בבחינת אמצעי העולה על הנדרש בנסיבות העניין, שכן פנייה ישירה לבעל האתר ולא למתווך - לספק השירות - על מנת שיוריד את התכנים המפרים היא האמצעי הראוי בנסיבות העניין. לחילופין ניתן לנקוט במדיניות של הורדה והסרה שהוסברה לעיל, בחסות בית המשפט. כך, התוכן המפר יוסר בכפוף לצו בית המשפט וביטויים לגיטימיים יוותרו. אם בעלי האתר אינו ניתן לאיתור או אינו מגיב לפניות - או אז יש אולי לשקול צעדים אחרים. **כלומר, גם אם יוחלט על המשך חקיקת החוק ועל סנקציית חסימת האתרים - מוצע לשקול שלבי ביניים הקודמים לחסימה של האתר כמו צו להסרת תכנים מפרים גרידא.**

42. כאמור לעיל, המנגנון המוצע בפסק דין א.ל.י.³⁶ דומה למנגנון המעוגן כיום בסעיף 512 לחוק ה-DMCA בארצות הברית.³⁷ כפי שצינו קודם לכן, יישום של מנגנון שכזה עשוי להפחית מתופעת הצינון שצוינה ולשפר את סיכויי החוק לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה: תוכן תמים לא יוכל להיפגע מכיוון שההודעות יכוונו ספציפית כלפי תוכן בלתי חוקי.

עם זאת, כפי שהדגשנו אף קודם לכן – יש לשים לב גם לביקורות שהושמעו נגד המנגנון ולתת להם מענה, אם יוחלט לאמץ מנגנון דומה: בעוד שקיימת אפשרות לבעלי אתרים להגיש הודעת נגד, בה הם יכולים להפריך את טענותיו של בעל הזכויות, הודעת הנגד נשלחת בדרך כלל רק לאחר שהתוכן הוסר על ידי ספק האינטרנט, כאשר אותו תוכן לא ניתן להעלאה חוזרת במשך תקופה של 14 יום.³⁸ הודעות הסרה משמשות לעתים קרובות ככלי להשתקת מתחרים עסקיים או ביקורות לגיטימיות בדרך של הודעות שווא לספקים.³⁹

יוצרים חייבים לשקול את האפשרות שהתוכן העומד לבחינתם נופל תחת תנאי שימוש הוגן (וראו דברינו על כך לעיל בפסקאות 17-25).⁴⁰ בכל זאת, בעלי זכויות יוצרים נוהגים להגיש הודעות DMCA גם לגבי מקרים שהם סבורים שייתכן שנופלים בגדר שימוש הוגן.⁴¹ זאת, משום שהנזק הנגרם למפרסם התוכן, שמפרסם הודעת נגד מיד לאחר מכן, מינימאלי, ולכן תשלום הפיצויים המגיע לו זניח.⁴²

43. ס' 53א(2) מציין את האפשרות של כל בעל עניין לצרף את שמו לעתירה בנוגע לצו הגבלת גישה. הגם שלכאורה לשון החוק המוצע הינה ניטרלית, הרי שהיא מסיטה את האיזון לרוב לתמיכה בלעדית

³⁵ ש.ם.

³⁶ פרשת רוטר לעיל ה"ש 5.

³⁷ Fair Use Analysis in DMCA Takedown Notices: Necessary or Noxious, 86 Temp. L. Rev. 691, p.692-693 (2014).

³⁸ ש.ם, בעמ' 700.

³⁹ ש.ם, בעמ' 701.

⁴⁰ ש.ם, בעמ' 710.

⁴¹ ש.ם, בעמ' 714.

⁴² ש.ם.

במבקשי הצו. בעוד שמי שיבקש להצטרף בתמיכה לבקשת צו החסימה הינם בעלי זכויות יוצרים בעלי עניין אישי ואמצעים כלכליים לתמוך בבקשה, הרי שגולשים רגילים, גם כאלו שזכותם לחופש ביטוי עלולה להיפגע כתוצאה ממתן הצו, ייטו פחות להתנגד לה, מכיוון שהרווח האישי שיתכן שיקבלו כתוצאה מתוצאות העתירה קטן לעומת ההשקעה הרבה מבחינת זמנים ואמצעים כלכליים הנדרשת מהם.⁴³ בצורה הזו, יש מי שייטען שתזכיר החוק יגרום בעקיפין לכך שהרשות השופטת תהווה כלי לשם קידום אינטרסים של בעלי הון.⁴⁴

44. לבסוף, ניסיון דומה לחוקק חקיקה בפנסילבניה, שם ביקשו מספקי השירות ISP לחסום אתרי פדופיליה *Center for Democracy and Technology v. Pappert*, נכשל.⁴⁵ החוק נפסל בעיקר לאור חוסר היכולת הטכנולוגית לאכוף אותו מבלי לפגוע באתרים רבים שלא הפרו דבר. דווח כי על מנת לחסום כ- 400 אתרים בגין פורנוגרפיית ילדים, נחסמו קרוב ל-1.5 מיליון אתרים שאינם קשורים לאתרים המפרים.⁴⁶

45. נראה כי ניסיונות לחסום אתרים ולסנן תכנים מסויימים נכשלו או נתקלו בביקורת, הן מסיבות טכנולוגיות מהותיות – כגון חסימת האתרים שלא הפרו דבר והן מסיבות משפטיות של סכנה לפגיעה ממשית בחופש הביטוי ובחופש המידע כפי שציינו לעיל.

46. על פי פסק דינו של בית המשפט האירופאי הוכרה האפשרות כי בית משפט במדינות האיחוד יורה על ספקיות שירות לחסום את גישתם של המנויים לאתרים בהם ישנן יצירות מפרות לכאורה. עם זאת, בבואם לעשות כן על בתי המשפט להיות זהירים ולאזן בין שלוש זכויות מתנגשות – חופש העיסוק של הספקית וזכותה לנהל את קניינה ללא התערבות שלטונית, זכות הקניין של בעל זכות היוצרים והזכות של המשתמש לגישה למידע ותוכן ברשת האינטרנט. במילים אחרות – רק במקרים קיצוניים נראה כי בית משפט אירופאי יוכל להורות על חסימת אתר.⁴⁷ בדומה, באנגליה ישנו חוק המאפשר לבית המשפט להורות על חסימת אתרים המפרים זכות יוצרים – אולם גם חוק זה נבחן בבתי המשפט תוך איזון הזכויות השונות ותוך מתן משקל להן.

⁴³ מרק גאלאנטר "מדוע אלו שיש להם נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי", *מעשי משפט* 4, 15-16, 19 (2011).
⁴⁴ שם, בעמ' 25-27.

⁴⁵ *Center for Democracy and Technology v. Pappert*, 337 F. Supp. 2d 606 (2004).

⁴⁶ *Anupam Chander Jasmine Revolutions*, 97 CORNELL L. REV. 1505, 1529-1530 (2012).

⁴⁷ *C-314/12 UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH*, (Fourth Chamber, 27 March 2014) available at:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=202906>

ראו גם *Christophe Geiger and Elena Izyumenko, The Role of Human Rights in Copyright Enforcement Online: Elaborating a Legal Framework for Website Blocking*, *American Uni. Int'l L. Rev.* (2016) available at: <https://ssrn.com/abstract=2805572>

47. לבסוף, אם יוחלט על המשך החקיקה על אף הקשיים הרבים, יש לקחת בחשבון את הזכויות המתנגשות כפי שאף נקבע בת"א (מחוזי ת"א-יפו) 37039-05-15 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' פלוני אלמוני⁴⁸:

"בכלל חשבון יש להביא את גודלו הבלתי ידוע של קרחון חסימה זה העשוי להטביע את התחרות החופשית, את חופש הביטוי, וכיוצא באילו אם בית המשפט ייתן סעד של חסימה בטרם מתבררת המחלוקת בין הצדדים 'הנכונים'. זאת ועוד, 'המחיר' הערכי של הפיכת ספקיות האינטרנט למעין צנזור ברשות בית המשפט, הוא מחיר שקול לפחות, אם לא כבד יותר, לפגיעה בזכות הקניין הרוחני של המבקשות. ודוק, פגיעה זו בזכויות המבקשות לא נרפאת באמת בחסימת אתרים. לכל היותר מהווה החסימה מכשול זמני בפני המפרים עד מציאת התיב, הפתח, המקור הבא דרכו יועבר המידע... כאשר המוצא המשפטי המבוקש אינו יעיל ומולו ניצבת פגיעה בחופש זרימת המידע, בזכות הציבור לדעת, בחופש הביטוי, בהענקת סמכות לספקיות האינטרנט לקבוע מה מותר ומה אין לאפשר להזרים "בצנרת" האינטרנט, בלא קביעת אמות מידה ברורות בידי המחוקק, הרי שמאזן הנוחות הוא כזה שאינו מאפשר להעניק את הסעד המבוקש."

חשיפת פרטי זהותו של מפרסם התוכן המפר ברשת תקשורת אלקטרונית

48. בפרשת מור נקבע כי ראוי שהמחוקק ייתן דעתו לנושא הליך חשיפת פרטי זהותו של המעוול ברשת (להלן: "ההליך") ואין זה ראוי כי הדבר יבוצע בדרך של חקיקה שיפוטית.⁴⁹

49. האנונימיות הוכרה על ידי כבוד השופט ריבלין (בהסכמת כבוד השופט לוי) כזכות יסוד חשובה הנותנת ביטוי לזכות לחופש הביטוי והזכות לפרטיות.⁵⁰ האנונימיות הרחיבה את גבולותיו של חופש הביטוי וכך גם גדלו אפשרויות המימוש העצמי לאין שיעור.⁵¹ היא כוננה פלטפורמה יציבה ובטוחה יותר לפרט לומר דברי ביקורת נוקבים (על המשטר למשל), תוך שמירה על הפרטיות.⁵² האנונימיות נמצאה אף כמועילה לקידום השוויון. כאשר אדם נחשף לתוכן ביטוי אין ביכולתו להתחשב במאפיינים שונים של הביטוי כמו גיל, גזע או מין, אלא על תוכנו של הביטוי גרידא.⁵³ יש בכך גם צמצום משמעותי של חסמי כניסה לשוק הדעות והרחבת מעגל הדוברים בשוק הרעיונות.⁵⁴ אם כן, בקשירת היתרונות שלעיל ניתן לקבוע שהאנונימיות מקדמת את המשטר הדמוקרטי תוך מימוש האינטרס החברתי.

50. עם זאת, האנונימיות אינה חזות הכל והיא תיסוג במקרים מסויימים, כאשר מנצלים תכונה זו לרעה תוך פגיעה בזכויות אחרות. למשל, דברים הגולשים לחוסר טעם בבסיסם כמו ניבולי פה וקללות, או תקיפה

⁴⁸ (לא פורסם, 1.7.2015).

⁴⁹ רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (לא פורסם, 25.3.2010).

⁵⁰ שם.

⁵¹ מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב 51 (2010) (להלן: "מיכאל בירנהק").

⁵² בש"א (שלום י-ם) 4995/05 פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ (לא פורסם, 28.02.16) (להלן: "עניין פלונית").

⁵³ שם.

⁵⁴ מיכאל בירנהק, לעיל ה"ש 50.

בוטה של אדם ולא בצדק. במצב כזה לא תעמוד לאדם הזכות לאנונימיות.⁵⁵ על כן, על בית המשפט יהיה לשקול מתי זכות זו תיסוג ולאזנה אל מול הזכויות האחרות.

51. נראה כי אין ספק שלאור פסיקת בית המשפט העליון – ראוי כי אכן תיקבע חקיקה סדורה בנושא. עם זאת, נוכח ניסיונות החקיקה בעבר בתחום לשון הרע – נראה כי מן הראוי שהמחוקק ייקבע חוק כללי בנוגע לחשיפת שמות מעוולים ברשת, כך שלא תיווצר "אפלייה", ולו לתקופה מסויימת, של המפר זכות יוצרים לכאורה (לגביו יהיה חוק) על פניו של מעוול אחר, למשל המעוול בלשון הרע (לגביו טרם נחקק חוק). במילים אחרות, לעניות דעתנו, מן הראוי להסדיר את הנושא באופן כולל ומקיף ולא להתחיל את הסדרתו דווקא בחוק זכות יוצרים.

⁵⁵ עניין פלונית, לעיל ה"ש 52.