



1

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

בעניין: The Football Association Premier League
Ltd.

המבקשת

ע"י ב"כ עו"ד מאיר קלינגר

נ ג ד

1. פלוני

ע"י ב"כ עו"ד יורם ליכטנשטיין

2. נטוויז'ן 013 ברק בע"מ

3. נענע 10 בע"מ

המשיבים

המשיבות 2-3 ע"י ב"כ עו"ד לירון פרמינגר

ובהתייצבות היועץ המשפטי למשלה

ע"י פרקליטות מחוז ת"א, עו"ד שמאי בקר



2

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

החלטה

אתר "livefooty", אותו מנהל פלוני, המשיב 1, מעביר ברשת האינטרנט, באמצעות תוכנה לשיתוף קבצים (בטכנולוגיה הנקראת streaming), אירועי ספורט בשידור חי ובכללם את משחקי הכדורגל של ליגת הכדורגל המקצוענית באנגליה The Football Association Premier League Ltd. (להלן: "המבקשת" או "הפרמיייר ליג"). המבקשת פנתה לבית המשפט בבקשה לגלות את זהותו של בעל האתר או מפעיל האתר כדי שתוכל לתבוע ממנו הפסקת העברת המשחקים.

בבקשה זו מתעוררת השאלה האם כמילות השיר "ארץ טרופית יפה" (מילים ג'ורג' בן בתרגום אהוד מנור) יישארו "קרנבל ואהבה וכדורגל" כסמל לחופש, למנעמי החיים שכל אחד יכול לקחת בהם חלק, או שהכדורגל (כמו ענפי ספורט אחרים) יהפכו לבידור רק עבור מי שידם משגת לשאת בתשלום כזה או אחר בגין הצפייה בהם.

1. הסוגיות המתעוררות ותחולתן

בקשה זו מעוררת שאלות מהותיות של מדיניות בדיני הקניין הרוחני, שאלות הנוגעות למשפט וטכנולוגיה בכלל ולרשת האינטרנט בפרט. הסוגיה המרכזית שמעוררת בקשה זו היא סוגית האיזון בין זכויות יוצרים מזה וזכויות משתמשים מזה. בין זכויות יוצרים לנחלת הכלל. במסגרת ההחלטה יש לדון בשאלות הנוגעות לזכויות המשתמשים בעידן הדיגיטלי; זכותם של המשתמשים לשימוש הוגן ביצירות מותרות; זכות ההשתתפות בתרבות, האם ניתן להגביל משתמשים מצפייה באירועי תרבות וספורט באינטרנט ולבסוף, האם מתוך לחץ של תעשיית הספורט אין אנו פוגעים בנחלת הכלל ובציבור המשתמשים יתר על המידה. ובלשונה של אורית פישמן-אפורי, "זכויות תרבותיות וזכויות אדם: כלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות יוצרים בישראל" משפטים 499, 552 (2007), להלן: פישמן-אפורי, זכויות תרבותיות וזכויות אדם): "מהו האיזון הנכון בין זכות הקניין בתוצרי תרבות לבין זכות הציבור בנוגע לאותם תוצרי התרבות."



3

בתי המשפט

בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
02/09/2009

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

יש לזכור כי סוגיות אלו רחבות בתחולתן ונוגעות לכלי מי שעושה שימוש במדיה דיגיטלית וברשת האינטרנט, לרבות שימוש בטלפונים סלולאריים, מכשירים לאחסון קבצי מוסיקה ופעילויות יומיומיות רבות אחרות (ראו על כך בהרחבה בפרק על שימוש הוגן). יש לזכור כי זכויות היוצרים וזכויות המשתמשים נוגעות הן לסופר הספון בחדרו, אל מול קהל הקוראים, הן לפרמייר ליג ולקהל הצופים במשחקי הכדורגל (לדימוי הרומנטי של היוצר ולתיאורים של יוצרים אחרים כפי שהם משתקפים בחוק ראו: מיכאל בירנהק, "קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה", בתוך: **יוצרים זכויות, קריאות בחוק זכויות יוצרים**, 83, 89 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, תשס"ט-2009, להלן: "**בירנהק ופסח, יוצרים זכויות**"), דיני זכויות יוצרים נוגעים לחיי היום יום של כולם. כפי שהיטיב לתאר Jeremy Waldron, "*From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual property*" **Chicago-Kent L. Rev.** 841(1993) in: D. Vaver ed., **Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law**, (vol. I, 2006) 114, 128

"There's a danger whenever we extend intellectual property rights that we will restrict **the freedom of countless ordinary individuals one by one**. The People jeopardized are not necessarily academics or satirists contributing to the dissemination of knowledge and social criticism, but just **plain folks trying to live their lives and exercise their liberty in a world that surrounds and purports to entertain them with stories, programs and ideas**"

ואני מוסיפה... כדורגל.



בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

המהפכה הדיגיטלית ורשת האינטרנט שינו את חיינו. קל יותר להגיע ליצירות, קל יותר להפיץ יצירות, קל יותר להשתתף בשיח הציבורי. שינוי זה מחייב איזונים חדשים שייקחו בחשבון את זכויות הציבור בצריכת תרבות והשתתפות בשיח התרבותי, הכולל צפייה במשחקי כדורגל, כך שזכויות היוצרים לא ישללו יתרונות אלו של העידן החדש.

יש לקבוע איזונים חדשים שיתאימו לעידן הדיגיטלי-אינטרנטי. כפי שאמר מקלוהן *"The Medium is the message"*: Herbert Marshall McLuhan, *Understading Media* (1964) "massage ובעברית: "המדיום הוא המסר". קיים מדיום חדש, ולאורו יש לערוך איזונים חדשים. עלינו לאזן בין: *"the shoals of proprietary lockup and digital anarchy"* (ראו: (Neil Weinstock Netanel, *Copyright's Paradox* 195 (2008)).

עלינו (בלשונו של יובל דרור, הפוליטיקה של הטכנולוגיה (2006)):

"להביט בהווה שלנו, להתבונן בטכנולוגיות הנמצאות סביבנו ולהבין את השלכותיהן במונחי ההווה, ולא במונחי העבר. מי שיבחר לאטום את אוזניו, מי שינסה לעצום את עיניו, לא יוכל להשפיע על כיוון הטכנולוגיה, ולא יוכל להשפיע על הדרך שבה היא משפיעה על חיינו".

את הסוגיות הנדונות יש לבחון על רקע חוקי מורכב. חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: **חוק זכות יוצרים החדש או החוק**), נחקק לאחרונה ושינה את האיזון בין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים. החוק אימץ הוראות שונות כמתחייב מאמנות בינלאומיות שישראל מחויבת להן, וכן השאיר על כנה חלק גדול מהפסיקה שפירשה מונחים שונים בחוק זכות יוצרים 1911. לצד חקיקה חדשה ומפורטת זו בולט העדרה של חקיקה בנוגע לרשת האינטרנט, בשאלות של אחריות השחקנים ברשת, הליכי הודעה והסרה וכן הליכים משפטיים בהקשר זה. הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008 (מיום 14.1.2008, להלן: **הצעת חוק מסחר אלקטרוני**), שמטרתה הייתה להסדיר נושאים אלו, הוסרה מסדר יומה של הכנסת בידי משרד המשפטים.



5

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

כיוון שלשאלות המתעוררות בהליך שלפניי יש השלכה ציבורית רחבה, באיזון שבין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים, ופרשנות חוק זכות יוצרים שזה עתה בא לעולם, סברתי כי יש מקום לאפשר ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב בהליך ולהביע עמדתו. בהחלטה מקדמית שנתתי (מיום 16.7.08 **בש"א (ת"א) 11646/08 the Football Association Premier League Ltd נ' פלוני** – להלן: "**ההחלטה המקדמית**"), הגדרתי את השאלות המתעוררות בהליך זה, ואפשרתי ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב ולהביע דעתו. כיוון שהשאלות הוגדרו על ידי בהרחבה באותה החלטה, ולמען הנוחיות, החלטה זו כוללת גם דברים שנאמרו בהחלטה המקדמית.

2. רקע הדברים והליכים קודמים



6

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

המבקשת, הפרמייר ליג, עוסקת בארגון וניהול כלל משחקי הליגה המקצוענית הבכירה לכדורגל באנגליה. הליגה נותנת רישיונות שידור של המשחקים לגופים שונים. טענת המבקשת היא כי אתר אינטרנט אותו מפעיל המשיב 1 שידר בעבר, והודיע על כוונתו לשדר עם תחילת הליגה בקיץ, את משחקי הפרמייר ליג באתר האינטרנט אותו הוא מפעיל. המבקשת הגישה במקביל תביעה בה היא מבקשת ליתן צו מניעה שימנע ממשיב 1 לשדר את המשחקים. לצורך כך נדרשים לה פרטים על זהותו.

הפרמייר ליג היא חברה בע"מ. חברי החברה הן קבוצות הכדורגל של הפרמייר ליג. משחקי הליגה משודרים ב-207 מדינות. משחקי הליגה מצולמים ע"י חברות הטלוויזיה בשידור חי "נקי" ללא גרפיקה או פרשנות (להלן: "השידור החי הנקי"). הצילומים מועברים בצורה מאובטחת לאתר חברת IMG Media Limited (להלן "IMG") שם מוסיפים לשידור כתוביות, קטעי וידאו, גרפיקה, מוזיקה ופרשנות בשפה האנגלית כדי ליצור מוצר המתאים ללקוחות הבינלאומיים (להלן "השידור הבינלאומי"). לאחר מכן עובר השידור תהליך דחיסה ומועבר לווין.

בהתאם להסכמי רישיון בין IMG לפרמייר ליג, כל זכויות היוצרים בשידור הבינלאומי הומחו מ-IMG למבקשת בדרך של המחאת זכויות יוצרים עתידיות על פי סעיף 91 ל-The Copyright Designs and Patent Act 1988 (להלן: "חוק זכויות יוצרים האנגלי"). המבקשת העניקה רישיונות בתשלום לגופי שידור בינלאומיים. גופים אלו משדרים את השידור הבינלאומי ורשאים להוסיף לו פרשנות בשפתם וכן גרפיקה המזהה את תחנת השידור הספציפית. התהליך בין התנועה בזמן אמת במגרש לשידור הבינלאומי לצופים בטלוויזיה הוא 5 שניות.

המשיב 1 מנהל ומפעיל אתר אינטרנט בכתובת <http://livefooty.doctor-serv.com> וכן: www.livefooty.org (להלן: "האתר"). באתר ניתן לצפות במשחקי ספורט שונים לרבות משחקי הפרמייר ליג ללא כל תשלום. באתר כותב המשיב 1 כי לשם כך הוקם האתר:



7

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

"Hi all! I have created this site, as my personal aim, to be able to watch LIVE football/soccer, basketball matches etc, without having to pay a cent! Now you can enjoy this too. With LiveFooty, you can watch all the interesting sporting events **FREE**."

המבקשת, הטוענת כי המשיב מפר את זכויות היוצרים שלה בשידור הבינלאומי, פנתה למשיב באמצעות הדוא"ל וביקשה ממנו לחדול משידור משחקי הליגה. המשיב ענה למבקשת, לדברי בא כוחה, כי משחקי הליגה אינם נמצאים על שרתי האתר, ומצדו המשיך לפרסם כי ישדר את המשחקים, כפי שעשה בעבר.

עם הגשת הבקשה הוריתי למבקשת להעביר למשיב 1 באמצעות האתר את עובדת הגשת הבקשה וכתב התביעה, וכן את החלטתי בה אפשרתי למשיב 1 להגיב לבקשה, בין תוך גילוי זהותו, בין באופן אנונימי. המשיב 1 לא הגיב לבקשה במועד, והמשיבות 2 ו-3 הודיעו לבית המשפט כי יכבדו כל החלטה. כאמור, בהחלטה המקדמית אפשרתי ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב. היועץ המשפטי לממשלה התייצב והביע עמדתו, ובסמוך התייצב פלוני, המשיב 1 באמצעות בא כוחו עו"ד יורם ליכטנשטיין. המשיב 1 עמד על זכותו להמשיך ולשדר את המשחקים באמצעות רשת האינטרנט, ועמד על זכותו להישאר אנונימי עד למתן החלטת בית המשפט. עם זאת, המשיב 1 הודיע כי עד למתן החלטת בית המשפט לא ימשיך לשדר את שידורי המבקשת. להלן אעמוד על השאלות הדורשות הכרעה, כאשר בכל אחת מהשאלות אתייחס לטענות הצדדים באותו עניין. כאמור, באותם עניינים רלבנטיים אחזור על דברי בהחלטה המקדמית, למען שלמות התמונה.

היועץ המשפטי לממשלה צמצם את תגובתו לשאלה האם יש זכויות יוצרים בצילום אירועי ספורט, והביע דעתו כי אכן יש זכות כזו. היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי הוא אינו מביע עמדה באשר ליחסים בין המבקשת למשיב.

3. בפתח הדברים – טענות מקדמיות ושאלה של סמכות

א. שאלות של עובדה והעדר תצהירים



8

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

כל אחד מהצדדים טוען כלפי משנהו כי לא הגיש תצהירים לאימות עובדות הכלולות בטענותיו. הליגה לכדורגל טענה כי המשיב 1 לא הגיש תצהיר כיון ששמו נשאר חסוי בשלב זה, ובהעדר תצהיר אין הוא יכול לטעון לעובדות כלשהן. כן טענה הליגה לכדורגל כי בהחלטתי הקודמת קבעתי עובדות שנדרש להם הליך הוכחות, מבלי שהתקיים הליך כזה. המשיב 1 מצידו טען כי הליגה לא הגישה תצהיר התומך בטענותיה לקיום זכויות בשידורים אותם היא משדרת.

בחרתי להמשיך ולדון בסוגיות המתעוררות, מבלי לדרוש תצהירים ממי מהצדדים (מעבר למה שהוגש מטעם המבקשת), שכן, מרבית העובדות המרכזיות הנוגעות לשאלות המתעוררות אינן שנויות במחלוקת. כאשר התעוררו שאלות בהן הסתמכו הצדדים על הנחות עובדתיות, ביססתי את ההחלטה על ההנחות החלופיות באשר לעובדות. כך, למשל, לגבי טכניקת העברת המשחקים, והאם היא מהווה שידור כמשמעותו בחוק זכות יוצרים.

מעבר לכך, חיוב המשיב 1 בהגשת תצהיר היה מאיין מראש את האפשרות לדון בשאלה האם ראוי לקיים דיון בשאלת חשיפת זהות מפעיל האתר, גם בהתייבבות של מי שאת זהותו מבקשים לחשוף, באמצעות בא כוח. כיון, שכאמור, על מרבית העובדות אין מחלוקת, יש מקום לדון בשאלות אלו.

ב. דיון במסגרת הבקשה לצו הביניים

הבקשה שלפניי, לגלות פרטיו של מפעיל אתר, אינה מוסדרת ככזו, בחקיקה (המצויה במדינות רבות). המחוקק לא הסדיר שאלות הנוגעות לאחריות השחקנים השונים ברשת האינטרנט, על כן הדיון בבקשה יערך ככל בקשה למתן צו הנתון לשיקול דעת בית המשפט, מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט (הקובע כי: "כל בית משפט הדין בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו").

כאמור, הצעת חוק מסחר אלקטרוני, שכללה הסדרים בעניין זה, הוסרה ע"י משרד המשפטים. היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו הביע עמדה לפיה יש לדון בבקשה על פי

**בתי המשפט**

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו **בש"א 11646/08**
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן **02/09/2009**

הוראות הצעת החוק. אולם, כיוון שהצעת חוק, ככזו אינה מחייבת, ולאור העובדה שהיא הוסרה מסדר יומה של הכנסת, אין לקבל עמדה זו. **זוהי הזדמנות טובה לשוב ולקרוא למחוקק להסדיר שאלות אלו בחקיקה**, שכן בית המשפט אינו הגוף המתאים להסדיר הליכים הנוגעים לאחריות לפעילות ברשת האינטרנט או להליכים משפטיים של שחקנים ברשת האינטרנט, כאשר לפניו עומד מקרה ספציפי עם נתונים מסוימים. יש להסדיר בחקיקה את הנושא בכללותו ולו לעניין הליכי הודעה והסרה, מתי יש לקיים דיון בבית המשפט, האם ניתן להתייבב, כמו המשיב בעניינו, באמצעות בא כוח בשלב הראשוני, לאיזה בית משפט נתונה הסמכות לדון בעניין ושאלות נוספות. מכל מקום, בהעדר חקיקה על בית המשפט בשקלו מתן צו כאמור להתחשב בנסיבות העניין, התנהגות הצדדים, הנזק היחסי שייגרם לצדדים, מאזן הנוחות, וכיו"ב.

יש להדגיש, כי מדובר בבקשה מקדמית הנדונה במסגרת סעיף 75 לחוק בתי המשפט ועל כן, כיון שמדובר בשאלות משפטיות, ניתן לדון בהן לגופן גם בשלב זה של הבקשה המקדמית לחשיפת שמו של בעל או מפעיל האתר (כפי שנקבע, בין השאר, ברע"א 8831/05 **אברהם הרר נ' דיאליט בע"מ** (ניתן 29.8.06)), שם דן כב' השופט א' גרוניס בשאלה המשפטית של תחולתם הטריטוריאלית של דיני הקניין הרוחני, ודחה את הבקשה לצו מניעה זמני משהגיע למסקנה כי לא עומדים למבקשות שם סיכויי תביעה לכאורה).

המבקשת טוענת כי דיון מהותי ועקרוני הנוגע להגנה על זכויות יוצרים ברשת האינטרנט יש לערוך במסגרת התביעה העיקרית ולא במסגרת בקשה לחשוף את זהות בעל האתר. לטענתה, כיון שזכות הקניין הוגדרה כזכות חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנטל שיש להטיל על המבקשת להוכיח פגיעה לכאורה הוא מועט יחסית, לפחות בשלב זה של הדיון.

ניהול הדיון במסגרת התביעה העיקרית ירוקן מתוכן את הדיון בשאלת זכותו של אדם לפעול אנונימית ברשת, כפי שעשה המשיב 1 במקרה זה ולהתייבב באמצעות בא כוח. כן תרוקן מתוכן השאלה העקרונית והיא מהו סף ההוכחה הנדרש כדי להורות על חשיפת זהותו של מי שנטען כנגדו כי ביצע עוולה ברשת. למעשה טענת המבקשת היא כי בכל מקרה



10

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

בו יש טענה כלשהי להפרת זכות קניין רוחני, יינתן צו לחשיפת שמו של הגולש או בעל האתר, ורק אז, אם ניתן יהיה לאתר אדם מסוים, יתקיים דיון. אין לקבל טענה זו. על כן, הדיון יתקיים במסגרת הבקשה לחשיפת פרטי המשיב 1.

ג. זכויות יוצרים ביצירה שטרם נוצרה

האם יש זכות יוצרים בדבר שלא בא לעולם? במקרה זה הבקשה היא לגלות את שמו של מפעיל האתר כדי למנוע ממנו לשדר בעתיד משחקים של הפרמיייר ליג. זאת, כאשר על פי ניסיון העבר מניחה המבקשת כי המשיב 1 ישדר את משחקיה. אולם, השאלה אם ניתן לומר שקיימת זכות יוצרים בצילום שטרם צולם, בעיבוד שטרם עובד? הרי המשחקים שטרם שוחקו, צולמו או עובדו, האם ניתן לתת צו במצב דברים זה?

גם כאשר עוסקים אנו בדיני החוזים, ובצווי מניעה שעניינם הפרה צפויה, נדרשים אנו למידה רבה של וודאות בנוגע להפרה צפויה. בזכויות יוצרים הפרה צפויה של יצירה שטרם באה לעולם כמוה כמעט כסתירה פנימית, כיצד יתכנו זכויות יוצרים ביצירה שטרם באה לעולם? שונה הדבר למשל, מטענה בדבר הפרה צפויה של זכות קיימת. כך למשל ספר או יצירה מוסיקלית שעומדים לפרסם או להפיץ. במקרה כזה היצירה קיימת ורק ההפרה היא צפויה. אז כמובן ניתן להידרש למבחנים הקיימים. אולם, במקרה שלנו, לא רק ההפרה היא צפויה אלא גם היצירה עצמה היא צפויה. היינו, יצירת הזכות העתידית מקבילה להפרתה.

כפי שאפרט בהמשך אני סבורה כי הסדרת תמלוגים מאירועי ספורט הוא עניין למחוקק לענות בו. שאלה זו היא רק דוגמא הממחישה את הצורך בכך. עם זאת, כיון שהמשיב 1 הודיע כי בכוונתו להמשיך לשדר, וברור כי בכוונת המבקשת להמשיך ולפעול כליגה לכדורגל, אסתפק בהצהרות הצדדים כי מדובר ביצירה צפויה ובהפרתה הצפויה של אותה יצירה.

ד. התייצבות אנונימית

שאלת ההתייצבות האנונימית באמצעות בא כוח גם היא צריכה להיות מוסדרת בחקיקה. בהעדר חקיקה אני סבורה שיש לאפשר התייצבות כזו, שאחרת, לא ניתן יהיה לבחון את



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

האיזון והשיקולים למתן צו שיחשוף את שמו של מפעיל האתר. סבורה אני כי יש לאפשר דיון רק אם יש משיב המעוניין בדיון. יש לקבוע הליכים לפיהם יוכל אדם לפנות ולבקש להסיר אתר מסוים או תוכן מסוים (הליכי הודעה והסרה). אם האתר או התוכן יוסרו, ולא תהיה לכך כל התנגדות, אין מקום להליך משפטי. מנגד, אם מי שהקים אתר, הפעילו, או העלה תוכן שהוסר, סבור שזכותו כי אותו תוכן או אתר יעמדו על כנם, יש לאפשר לו להביע עמדה זו, גם אם הוא אינו מעוניין להזדהות.

בארה"ב מאפשרים לנתבע להישאר אנונימי ולטעון, בשאלת חשיפת זהותו, באמצעות בא כוח (ראו, למשל: **Doe I v. Individuals**, 561 F. Supp. 2d 249, 250-1, (2008); **Mobilisa, Inc. v. Doe**, 170 P.3d 712, 716 (2007); Re Does 1-10, 242 S.W. 3d 805, 810 (2007)).

זהות אנונימית היא חלק מיתרונות הרשת. יש רבים המעוניינים להגן על פרטיותם ופועלים ברשת בזהות אנונימית, או אף זהות וירטואלית שונה. כל עוד הם פועלים כדן, יש להכיר ולאפשר זכות זו. ראו בהרחבה להיבטים הפסיכולוגיים של הזהות הוירטואלית:

Sherry Turkle, *Life on the screen – Identity in the age of the internet* (2006).

יש לציין כי השחקנים האחרים כמו ספקי השירות, האתרים המאחסנים אתרים וכיו"ב, ככלל, אינם מגלים עניין בהליכים לחשיפת שמות גולשים או בעלי אתרים, ומודיעים לבית המשפט, כפי שהיה בהליך זה, כי יכבדו כל החלטה של בית המשפט. כיוון שכך, לא מובעת עמדת המשיב, החשובה לקיום ההליך, אלא אם המשיב מתייצב, ולו באמצעות בא-כוח. לעיתים, המשיב יהיה מעוניין להגיב אך יחשוש לחשוף את זהותו. על כן, יש לאפשר קיום הליך אנונימי, כדי שתשמע עמדתו, ואם יזכה, יוכל להמשיך בפעילותו מבלי להיחשף.

ה. סמכות שיפוט בינלאומית

הרשת נעדרת גבולות. לאור זאת מתעוררות שאלות מורכבות של סמכות בינלאומית, כאשר פעמים רבות כל אחד מהשחקנים ברשת נמצא במקום פיסי אחר, שלעיתים נבחר במטרה



12

בתי המשפט

בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
02/09/2009

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

שלא להיחשף. שרת המצוי במדינה אחת, גולשים הנחשפים לאתר בכל העולם, והניהול במדינה שלישית.

המשיב טוען כי שרתי האתר אינם מצויים עוד בישראל וגישת הגולשים מישראל לאתר חסומה. לאור זאת, טוען המשיב 1 כי לבית משפט בישראל אין סמכות לדון בתובענה או בבקשה. בעבר האתר לא פנה לגולשים ישראלים ורק השרתים היו בארץ.

לאור זאת יש לדון בשאלה האם לבית משפט זה יש סמכות לדון בעניין והאם בית משפט בארץ הוא הפורום הנאות לדון בעניין. נשאלת השאלה מה הדין, מה ראוי ומה מעשי. שאלת הסמכות הבינלאומית ברשת האינטרנט מעוררת בעיות קשות, שכן הרשת מטיבה וטבעה חוצת גבולות היא ראו: Joel R. Reidenberg, "Technology and Internet Jurisdiction" *U.Penn.L.Rev.* (Vol. 153, p. 1951, 2005; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 79. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=691501>). שאלות רבות מתעוררות לעניין הסמכות: האם המבחן לסמכות נובע מהעובדה שהאתר נמצא על שרת ישראלי, האם העברת האתר לשרת במדינה אחרת, תשנה גם את הסמכות? האם ראוי כי כל בית משפט במדינה החתומה על האמנות הבינלאומיות יוכל לדון בשאלות כגון אלו? ומה יהיה הדין אם השרת יועבר למדינה שאינה חתומה על אמנות אלו? נניח שיינתן צו לחשוף את פרטי בעל האתר, האם יש מקום לכך אם בעל האתר יסגור את האתר ביזמתו ויעביר אותו למדינה אחרת? מה הדין כאשר חלק מטכנולוגית ההזרמה, פועלת כך שהתכנים המפרים לכאורה אינם נמצאים פיזית על האתר "המשדר"? ועוד.

על שאלות אלו עמד: 18, Michael J. Mellis, "Internet Piracy of Live Sports Telecasts", *Marq. Sports L. Rev.* 259 (2008)

"In each example, the sports organization victim cannot sue the service provider in the victim's home country and expect a meaningful result unless the pirate service defendant has assets or physical presence there. The Internet's low barriers to entry and



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

worldwide reach create a hospitable environment for pirates to exploit differences in national legal systems by setting up shop in countries where they perceive either the domestic laws and/or judicial institutions to be favorable. A consequence of this intellectual property arbitrage is that higher-protection rules and regimes of one country can be undermined by the lower-protection rules and regimes in another. The low barriers to entry also make it possible for pirates to attempt to evade enforcement action by changing locations. An example is the Piratebay.org peer-to-peer site that in 2006 temporarily relocated its operations from Sweden to the Netherlands in response to Swedish police action."

לאור החוק החדש והאמנות החלות בדין הישראלי, יש לדון בשאלה מתי ראוי ליתן צו בישראל, ומה משמעותו של צו כזה, אם בעל האתר יכול להעבירו למדינה שלישית, או שמדובר בטכנולוגיה שאינה מחייבת החזקת הקבצים באתר כלל ועיקר.

בארה"ב אומצו שני מבחנים לעניין סמכות בהקשר של הפרות נטענות ברשת האינטרנט. הראשון, נקבע בעניין **Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.**, 952 F. Supp. 1119 (1997), ולפיו יש לבחון את טיבו וטבעו של האתר. היינו, מה עשה בעל האתר, למעט הקמתו במדינה מסוימת, המצדיק חשיפתו לסמכות השיפוט במדינה אחרת. אם כל שעשה בעל האתר הוא הקמת אתר, שגולשים מארה"ב אמנם יכולים לגלוש בו, אך התכנים אינם מופנים במיוחד אליהם, לא תקנה ארה"ב סמכות שיפוט. מנגד אם האתר מייחד תכנים לאזרחי ארה"ב, ומאפשר מסחר או פעילות אינטראקטיבית, יקנה בית המשפט בארה"ב סמכות אף אם האתר במדינה אחרת. השני נקבע בפרשת **Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisemitisme**, 379 F. 3d. 1120 (9th Cir. 2004) – מבחן ההשפעה ולפיו יש לבחון האם האתר, תכניו או הפעילות בו מכוונים למדינה בה בית המשפט מתבקש להפעיל את סמכותו.



בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

בשני מקרים בהקשרים דומים לזה שלפניי קבע בית המשפט בארה"ב כי יש לו סמכות כאשר החברות הנפגעות היו בארה"ב, והייתה חשיפה לגולשים בארה"ב, גם כאשר כל הזיקות האחרות היו, באותם מקרים, בקנדה. בפרשת **Twentieth Century Fox Film Corp. v. iCrave TV, 2000 WL 255989**, קבע בית משפט בארה"ב כי יש לו סמכות לדון בבקשה ליתן צו מניעה נגד חברה קנדית שבאתר בקנדה השתמשה בטכנולוגית הזרמה של סרטי וידאו של המבקשת. זאת, לאור העובדה שמרבית הגולשים באתר והמפרסמים בו היו בארה"ב. דוגמא נוספת היא **National Football League v. PrimeTime 24 Joint Venture, 211 F.3d 10 (2d. Cir. 2000)**, לעניין שידור משחקי הפוטבול האמריקאי בשידורי משנה בקנדה.

בישראל העניין לא נדון ישירות בהקשר זה, אולם יש להזכיר שני פסקי דין שניתנו בנוגע לסמכות בינלאומית בעניינים הנוגעים לרשת האינטרנט. בה"פ (י-ם) **AHAVA 3137/04 (USA) INC נ' ג'. דבלין. ג'י. בע"מ (J.W.G. LTS)**, פ"מ תשס"ג (2) 337, 2004) עלתה השאלה האם פסק חוץ האוסר על חברה ישראלית לשווק בארצות הברית מוצרים ישראלים באמצעות אתר אינטרנט הוא פסק אכיף על פי חוק אכיפת פסקי חוץ. באותו עניין התבקשה אכיפת פסק זר של בית משפט בארה"ב שקבע כי חברה ישראלית הפרה סימן מסחר באמצעות שיווק באינטרנט, ונקבע שכיון שהמוצרים נמכרו בארה"ב כתוצאה משיווק בארה"ב יש לאכוף את הפסק הזר. במקרה שני בב"ש (מחוזי ת"א) 90861/07 **קרלטון נ' היחידה הארצית לחקירות הונאה**, (לא פורסם, 2007) נקבע כי על מפעיל של אתר הימורים באינטרנט שכוון לציבור בישראל, יחול האיסור על הפעלת הימורים כיוון שפרסם את האתר בישראל, ותכניו היו בעברית.

אמנם החלטות אלו אינן עוסקות ישירות בשאלת הסמכות הבינלאומית אולם נראה כי על פי המבחנים המקובלים לבית משפט בישראל תהיה סמכות לדון בהפרת זכויות יוצרים ברשת כאשר הפעילות או התכנים מכוונים ומיועדים לישראל (מעבר לאפשרות הצפייה של



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

גולשים מישראל, כמו כל גולש אחר בעולם). בנוסף, יש לשקול אם ישראל הינה הפורום הנאות בהתחשב במקום מושבם של הצדדים והעדים.

במקרה זה מדובר באתר הכתוב באנגלית, ואין בו כל סממן ממנו ניתן ללמוד כי הוא מיועד במיוחד לגולשים מישראל. לא ברור גם היכן מצויים הצדדים, והעדים שיצטרכו להופיע, ועל כן לא ברור אם בית משפט בישראל הוא הפורום הנאות. עם זאת, על פי הפסיקה המתפתחת בעולם נראה כי ניתן להסתפק בעובדה שיש גולשים מאותה מדינה, ובמקרה שלנו, השרת מצוי, או היה מצוי, בישראל. נראה כי בכל הנוגע לרשת האינטרנט יש צורך לקבוע מדיניות בינלאומית בנושא זה, שאחרת לכל מדינה תהיה סמכות ומנגד לשום מדינה לא תהיה סמכות (ראו לעניין זה: שרה פרזנטי, **דיני זכויות יוצרים**, 662 (מהד' שלישית, 2008, כרך שני, להלן: **פרזנטי, זכויות יוצרים**)).

הבעיה הקשה יותר נוגעת לאפשרויות האכיפה. לעניין זה ציינתי בה"פ (ת"א-יפו) 541/07 **עו"ד סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה)**, (ניתן 2008, להלן: **פרשת סבו**) את הדברים הבאים:

"גבולות מדיניים אינם אפילו גבשושית האטה על אוטוסטראדת המידע" (ציטוט מתוך לימור, אדוני ומן, **לקסיקון לתקשורת**, בהגדרת האינטרנט). קושי נוסף בחשיפת פרטי גולשים, נובע מהעובדה שחקיקה המאפשרת חשיפה כזו היא מדינתית, בעוד שהרשת היא גלובלית. הגלובליות של רשת האינטרנט מקשה גם היא על האכיפה. לאחרונה התעוררו מספר מקרים בהם צווים של בתי משפט במדינה אחת לא נאכפו משם שספקי האינטרנט או השרתים ועליהם החומר המפר היו במדינה אחרת שם החוק שונה. כיום, ניתן להתקשר עם ספק שירות במדינה זרה, או לשמור את החומר המפר על שרתים במדינה זרה, בה החקיקה מגנה יותר על חופש הביטוי וכתוצאה מכך על האנונימיות ברשת. כפי שמציינים **ברזילי-נהון וברזילי, חופש הביטוי באינטרנט**, בעמ' 490: "הקושי של המדינה לווסת את חופש הביטוי באינטרנט אינו מתמצה במעשה האכיפה עצמו, אלא הוא תוצר של בעיות של סמכות אכיפה וריבונות בעולם מקוון".



16

בתי המשפט

בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
02/09/2009

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

יש להדגיש כי כיום לאור חששות מפגיעה בפרטיות, משתמשים רבים גולשים או פועלים ברשת באמצעות תוכנות "אנונימיות", שאכן מצמצמות את הפגיעה בפרטיות אך גם מקשות על החשיפה (על תוכנות "אנונימיות" כפתרון (חלקי) לפדיעה בפרטיות ראו: Omer Tene, "*What Google Knows: Privacy and Internet Search Engines*", 2008 **Utah L. Rev.** (forthcoming)).

לאור זאת, ספק אם יש מקום לקנות סמכות, שבשלב מאוחר יותר לא ניתן יהיה לאוכפה. במקרים שהתעוררו בארה"ב דובר היה בהפרות שבוצעו בקנדה, המפרים התייצבו, ללא מעטה אנונימיות וטענו את טענותיהם, משאלו נדחו ייתכן כי פעלו על פי הצו שניתן. במקרים אחרים, מועברים האתרים המפרים למדינות בהן אין הגנה על זכויות היוצרים, ארצות מקלט בהן אין אפשרות לאכוף פסקי דין זרים, גם אם אלו יינתנו.

כיוון שמדובר בשאלה עקרונית שטרם הוכרעה, אמשיך ואדון בטענות לגופו של עניין, על אף שקיים ספק באשר לסמכות הבינלאומית ונאותות הפרום.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

4. השיקולים במתן צו לחשיפת בעל האתר או מפעיל האתר

א. כללי

אחת השאלות המרכזיות בהליך זה הוא מהי רמת ההוכחה הנדרשת מצד המבקשת בכדי שבית המשפט יחשוף את זהותו של בעל האתר. האם די בהבאת ראיה המצביעה על ביצוע עוולה לכאורה, האם יש צורך בנטל כבד יותר? מהו המבחן או הנטל שעל המבקשת לעמוד בו. בהצעה שהוסרה מסדר יומה של הכנסת המבחן היה "חשש של ממש", לביצוע עוולה.

לעניין ביצוע עוולה של לשון הרע נחלקו הדעות בפסיקה לעניין הנטל הנדרש. אני סברתי (ראו: בש"א (י-ם) 4995/05 **פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ**, (ניתן 2006, להלן: "**פרשת פלונית**" ו**פרשת סבן**), כי יש למעט בהתערבות ולהשאיר אותה למקרים חריגים וקיצוניים בהם העוולה האזרחית מקימה גם עבירה פלילית לכאורה, לפי חוק איסור לשון הרע. כב' השופט יצחק עמית, סבר כי יש צורך בביצוע עוולה לכאורה בצירוף "דבר מה נוסף" (ראו: בר"ע (מחוזי חיפה) 850/06, 1632/07 **מור נ' ידיעות אינטרנט מערכות, אתר YNET-מערכת הפורומים**, 2007). כב' השופטת דרורה פלפל, סברה כי די בראיה לכאורה לביצוע עוולה. לטעמה, "**המושג: 'חשש ממשי'**" אינו בגדר הוודאות הקרובה, והוא גבוה יותר, מבחינה ראייתית, מהחשש הסביר...מצב זה הולם יותר להשוותו ל"**אפשרות הממשית**". לדבריה: "**אם נעשה שימוש באמות מידה אזרחיות נאמר, שזה הרף העליון של הוכחה לכאורה**" (ראו: ה"פ (ת"א) 1244/07 **מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (אתר האינטרנט NRG)**, 2008). **פרשת רמי מור** מצויה בערעור לפני בית המשפט העליון.

בתי המשפט בארה"ב, אמצו גם הם עמדה מחמירה לעניין חופש הביטוי (ראו לעניין זה פירוט הפסיקה והספרות בפרשות **פלונית וסבן**, ולפירוט מעודכן של הפסיקה בנושא זה ראו: **Solers v. John Doe** (Dis. Of Columbia Ct. of App. 07-CV-159 (Aug. 13th, 2009), בעמ' 16 לפסק הדין, להלן: פרשת **Solers**).

בתי המשפט ערכו הבחנה בין תביעה בגין לשון הרע לעומתה עומדת הזכות לחופש הביטוי, ובכללו ביטוי אנונימי, המוגנים על ידי התיקון הראשון לחוקה, לבין תביעות בעילות אחרות



18

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

כמו הפרת זכויות יוצרים, סימני מסחר, עוולות מסחריות ועוולות מחשב (ראו למשל: **Highfields Capital Management L.P. v. Doe**, 385 F. Supp. 2d 969, 971 (2005) שם נטענו עוולות מסחריות וכן הפרת סימן מסחר). בעניין **Solers** קבע בית המשפט כי יש לבחון את הנזק או העוולה הנטענות וציין לעניין העוולות השונות כי: "*One size does not necessarily fit all*" (בעמ' 19 לפסק הדין).

אשר להפרה נטענת של זכויות יוצרים ברשת, הגישה לחשיפה מחמירה מעט פחות. בית המשפט קבע כי למי שמעלה עותק מפר לרשת אין ציפיה לגיטימית לאנונימיות (ראו **Sony Music Entertainment Inc. v. Does**, 326 F. Supp. 2d 556 (2004)). לאור זאת נקבע מבחן לפיו על מבקש החשיפה להראות כי בידיו "עילת תביעה טובה" - "*viable claim*"; להראות כי אין אמצעים אחרים להגיע למפרים ולהתייחס להפרות ספציפיות. בנוסף, יבחן בית המשפט, האם על פני הדברים יש הגנה טובה לנתבע, כמו למשל אי הוכחת נזק (ראו פרשת **Solers**, בעמ' 27).

בה"פ (ת"א) 250/08 **חברת ברוקרטוב בע"מ נ' חברת גוגל ישראל בע"מ**, 2009), אימצה כב' השופטת פלפל מבחן מקל לפיו הזכות לפרטיות לא נועדה להגן על מבצעי עוולות ברשת. השופטת פלפל התבססה על הצעת החוק, שלדבריה, הדגישה במיוחד חשיפת מעוולים בעילה של עוולה קניינית, שהייתה עוולה של גניבת עין באותו מקרה. כאמור, הצעת החוק הוסרה מסדר היום.

הבעיה המרכזית היא שפעמים רבות מי שמעלה יצירה לרשת סבור כי הוא אינו מפר דבר. כך, המשיב 1 במקרה שלפניי סבור כי מדובר בשימוש הוגן. כיום פעילות בתחום דיני זכויות היוצרים נוגעת לכל אחת ואחד העושים שימוש במדיה דיגיטלית וברשת האינטרנט (על כך בהרחבה בדיון על שימוש הוגן, להלן). על כן חשיפת שמו של מי שטוענים כנגדו כי ביצע עוולה של הפרת דיני הקניין הרוחני, רק בשל העלאת טענה של בעל הזכות לביצוע עוולה, תרוקן הזכות לפרטיות, לאנונימיות או לזהות וירטואלית, מכל תוכן (על החששות



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

בחשיפת שחקנים ברשת ראו: Mark Lemley, "Rationalizing Internet Safe Harbors",
Stanford Public Law Working Paper 979836 (2007), available at:
<http://ssrn.com/abstract=979836>.

יש לזכור כי כל קביעה של בית המשפט לעניין הנטל הנדרש תשפיע על הרשת והשחקנים הפועלים בה, ועל כן יש לבחון בקשות לחשיפת זהות בכל מקרה בזהירות הראויה. לעניין זה יפים דברים שהדגישו מיכאל בירנהק וגיא פסח בפרק בפותח את הספר: **יוצרים זכויות**, 17, 18, 20, בהקשר של זכויות יוצרים:

"הגורמים המרכזיים הפועלים בשדה היצירה הם הטכנולוגיה, השוק, הנורמות החברתיות של השחקנים השונים וכמובן המשפט עצמו...שדה היצירה הוא מערך שיש בו אינספור "איזונים עדינים". כמו במערכת אקולוגית, שינוי שנראה קטן בנקודה אחת שולית עשוי להשפיע, לטוב או לרע, על המערכת כולה...שדה היצירה נתון בשינוי מתמיד. הגורמים שפועלים בו משתנים, ופעילות הגומלין ביניהם משתנה...שינוי באחד הצירים המרכזיים שפועלים בשדה ישפיע על התנהגותם של השחקנים בשוק."

יש לזכור את הדברים כאשר שוקלים חשיפת זהות של שחקנים ברשת. עוד יש לזכור כי את האיזון בין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים יש לערוך בכל שאלה פרשנית המתעוררת. כפי שציינה **אורית פישמן אפורי**, **זכויות תרבותיות וזכויות אדם** (בעמ' 560):

"בפרשנותו של כל מונח שסתום בדיני זכויות היוצרים יש להביא לידי ביטוי את איזון האינטרסים המורכב, ככל שהמרחב הפרשני מאפשר זאת. אין להעדיף מראש את האינטרס הקנייני. איזון האינטרסים המתחייב בנוגע לכל מונח שסתום הוא רב-ממדי, ועליו להתחשב במכלול האינטרסים מתחום הזכויות התרבותיות כזכויות אדם. ... להערכתנו, ראוי היה להעביר את הדיון



20

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

למונחים "יחסיים", המשקללים אינטרסים מגוונים של הפרטים בחברה –
הכול מתוך התחשבות במכלול הזכויות התרבותיות כזכויות אדם.

השאלה הראשונה, שבה יש לערוך איזון זה היא מתי יענה בית המשפט לבקשה לחשיפת
זהות שחקן ברשת האינטרנט.

ב. זכויות יוצרים, וחברה דמוקרטית

דיני זכויות יוצרים ממלאים תפקיד חשוב בחברה דמוקרטית. עמד על כך Neil Weinstock
Netanel, "Copyright and a Democratic Civil Society", 106 Yale L.J. 283 (1996)
(להלן: **נתנאל, זכויות יוצרים וחברה דמוקרטית**), באמרו (בעמ' 288):

"[The] democratic paradigm views copyright law as a state measure designed to enhance the independent and pluralist character of civil society. **the role of copyright, as in supporting a democratic civil society**....[C]opyright-supported public discourse constitutes a vital component of civil society and that copyright promotes the democratic character of that discourse by underwriting an independent expressive sector and setting limits on private control of creative expression."

ומוסיף, שם בעמ' 316:

A democratic order depends upon a domain in which citizens develop the independent spirit, self-direction, social responsibility, discursive skill, political awareness, and mutual recognition.

יש להדגיש ולציין כי אין מדובר דווקא בשיח פוליטי או תקשורתי אלא באפשרות לפעול
ברשת, לצפות, להאזין ולקרוא יצירות שונות, ליצור יצירות עצמאיות וכן להשתתף
וירטואלית באירועי תרבות מסוגים שונים, הכוללים גם צפייה באירועי ספורט.

המבקשת טענה כי בניגוד לפסיקה בעניין לשון הרע, שם נערך איזון בין זכותו של אדם לשם
טוב לבין חופש הביטוי, במקרה של עוולה נטענת בעניין דיני הקניין הרוחני, אין כנגד זכותו
של בעל הקניין זכות חוקתית מהמעלה הראשונה, ועל כן בהליכים מסוג זה יש להקל



21

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

בחשיפת זהותו של מי שכנגדו נטענת הפרה של זכויות הקניין הרוחני. איני סבורה כי כך הם פני הדברים.

זכויות המשתמשים, ובתוכם זכות היצירה נובעים או נגזרים במישרין מכבוד האדם שהיא הזכות החוקתית בהא הידיעה. אורית פישמן אפורי, "שיקול דעת שיפוטי במתן סעד המניעה: המהפכה השקטה" בתוך: **בירנהק ופסח, יוצרים זכויות**, 529, 531, מציינת לעניין זה:

"כיום כבר מקובלת ההכרה כי זכות היוצרים עשויה להתנגש במקרים מסוימים עם חופש הביטוי...תפישות אלו הובילו להבנה כי אף בעיצוב הנורמה שבדיני זכויות יוצרים מן המשפט הפרטי יש לשקלל אינטרסים חוקתיים, והיניהם חופש הביטוי"

ומוסיפה כי ראוי לכלול את האיזון בין זכויות המשתמשים לתרבות, לזכות היוצרים המבוססת על חופש הקניין במסגרת האיזון הפנימי הנערך בדיני זכויות היוצרים (**פישמן-אפורי, זכויות תרבותיות וזכויות אדם**, 539):

"אנו מציעים את העמדה כי האיזון בין הזכויות התרבותיות כזכויות אדם צריך להשפיע ולסייע לבתי המשפט ביציקת תוכן לנורמות פתוחות אלה. יציקת התוכן צריכה להיעשות באופן רב-ממדי, תוך התחשבות ברבדים השונים של הזכויות התרבותיות המוגנות כזכויות אדם. ההתחשבות בזכויות התרבותיות כזכויות אדם מתחייבת ממילא מכללי המשפט הבינלאומי, ומעבר לכך טמונה בה תועלת לפיתוח מאוזן של הדין הפנימי. התועלת נעוצה בהזרמה של מערכת ערכים העשויה לסייע בגיבוש האיזון הקונקרטי הראוי במקרים השונים, בבחינת "מצפן" להכרעה במקרים קשים."

ומוסיפה (שם בעמ' 549):

"במקום שבו יש להתחשב במעמדה המוגן של זכות היוצרים כזכות קניין וכחופש הביטוי, שומה על בית המשפט לשקלל לתוך מערך האיזונים את המטען מתחום הזכויות התרבותיות כזכויות אדם; קרי: להתחשב



22

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

באינטרסים המיוחדים מתחום זכויות האדם הנוגעים לזכויות התרבותיות, ובכלל זה להעניק נפקות לזכויות התרבותיות כזכויות כלכליות-חברתיות דווקא. על בית המשפט לוודא כי בצד שמירה על זכות היוצר ביצירתו נשמר גם אינטרס הציבור בקיומם של תנאים קונקרטיים ושוויוניים להשתתף בחיי התרבות, אם על ידי צריכת תרבות ואם על ידי יצירה של "מוצרי תרבות".

אכן, על בית המשפט להתחשב גם בזכויות המשתמשים. לאור זאת, גם במסגרת השאלה האם יש מקום לחשוף את זהותו של המשיב 1, יש לשקול את זכויות המשתמשים, ובמקרה זה זכות הציבור לצפות במשחקי ספורט.

ג. יתרונות הרשת ותרומתה ליצירה ולתרבות
חשיפה והטלת אחריות על שחקנים ברשת עלולים לפגוע ביתרונותיה הרבים של הרשת. הדבר אינו מוגבל כלל ועיקר לנושא של חופש הביטוי.

אחד היתרונות העצומים של העידן הדיגיטלי ורשת האינטרנט הוא הנגישות ליצירות אחרות והאפשרות ליצור יצירה תוך שימוש בחומרים זמינים ברשת. כך, למשל נוצרו סרטים באמצעות תוכנה פשוטה בעלות של כמה מאות דולרים בודדים. כפי שמתארת Molly Shaffer Van Houweling, "Distributive Values in Copyright", 83 *Texas L. Rev.*, 1535 (2005) Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=671044>, בעמ' 1535:

"*Tarnation* was a surprise hit at the 2004 Cannes and Sundance film festivals. Film critic Roger Ebert declared the film "powerful and heartbreaking." Other critics called it "a masterpiece" and "a whirlwind journey." Jonathan Caouette, an unemployed New York actor and doorman, made *Tarnation* on a borrowed Apple Macintosh computer by editing and combining his own home



23

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גוונן
02/09/2009

movies with other video clips and music. Caouette estimates that he spent **\$218 making the film** and observes that "[m]aking a movie is not as difficult as it is made out to be" and "[h]opefully this will be a catalyst for people who didn't have a voice before to go out and make a movie."

לעומת זאת, לו היה צריך לבקש היתר מכל בעלי הזכויות שיצירותיהם כלולות באופן זה או אחר בסרט העלות היתה מגיעה לכ-400,000\$, כפי שמתואר בהמשך (בעמ' 1536):

"Thanks to digital copying and editing technology, and the dissemination power of the internet, making and sharing a video collage like Tarnation ... can be easy and relatively inexpensive....But when some entry barriers are lifted, others can loom larger in comparison. Jonathan Caouette estimates that the total cost for making Tarnation will rise to \$400,000 once rights to use copyrighted music and video clips have been cleared"



24

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

ייתכן ויש מקום כי מי שזכה בהכרה, ישלם, לאחר שזכה, תמלוגים לבעלי זכויות בהם עשה שימוש ויתכן שלא. מכל מקום, אין זה ראוי כי מי שמנסה לערוך סיפור, קטע מוסיקה או סרט באמצעות הטכנולוגיה הדיגיטלית והיצירות ברשת, יצטרך להביט כל הזמן לאחור כדי לבדוק האם אין בעל זכויות יוצרים כזה או אחר בעקבותיו. יש לציין לעניין זה כי בדרך כלל התובעים הן תאגידי תקשורת או בידור ענקיים, ולמולם גולש או גולשים בודדים.

כלומר, עידוד השיח והיצירה מחייבים אפשרות לשיטוט חופשי ברשת, האזנה, קריאה וצפייה ביצירות שונות, חיבור יצירות מיצירות אחרות, חלקן מוגנות וחלקן שאינן מוגנות, ללא חשש מתמיד שמא פעולה כזו או אחרת אסורה מכוח דיני זכויות יוצרים. חשיפת שם גולש, בעל אתר או שחקן אחר ברשת, בשל כל הפרה נטענת תביא לכך שיפגע אחד היתרונות המרכזיים של הרשת ולא נזכה לראות סרטים דוגמת Tarnation.

כפי שצינתי בהחלטה המקדמית, לסיג, בספרו דן בסוגיה: Lawrence Lessig, **Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity** (2004). בהקדמה מתאר המחבר את הבעייתיות שבהרחבת זכויות יוצרים כדי להגן על התעשייה הקיימת, תוך פגיעה בטכנולוגיות חדשות יעילות המשמשות לעידוד היצירה. גם אם אין מקבלים את המסקנות לעניין צמצום זכויות היוצרים ביצירות מסוימות, הדברים יפים לענייננו. אין לאפשר חשיפה והרתעה של השחקנים ברשת, ע"י חשיפת שמותיהם וזהותם בכל מקרה של טענה לעוולה. לסיג מציין (עמ' 9):

"Yet, as I argue in the pages that follow, that is precisely what is happening in our culture today. These modern-day equivalents of the early twentieth-century radio or nineteenth-century railroads are using their power to get the law to protect them **against this new, more efficient, more vibrant technology for building culture.**"

ומוסיף בעמ' 10:



25

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

"But those simple beliefs mask a much more fundamental question and a much more dramatic change. My fear is that unless we come to see this change, **the war to rid the world of Internet "pirates" will also rid our culture of values that have been integral to our tradition from the start.**"

(הדגשות שלי מ' א' ג')

לסיג עומד על החשש ליצירתיות כתוצאה מהחשש להפרות כנגד תאגידי ענק, חשש שלדעתו כבר מתממש (בעמ' 19):

"Thus, ... the law's role is less and less to support creativity, and more and more to protect certain industries against competition. Just at the time digital technology could unleash an extraordinary range of commercial and noncommercial creativity, **the law burdens this creativity with insanely complex and vague rules and with the threat of obscenely severe penalties.**"

(הדגשות שלי מ' א' ג')

שמירה על נחלת הכלל ועידוד ההשתתפות, השיח והיצירה מחייבים מבחנים נוקשים גם בהקשר לחשיפת זהות שחקנים ברשת בנוגע לעוולות אחרות, כגון הפרת זכויות יוצרים.



26

בתי המשפט

בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
02/09/2009

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

ד. האפקט המצנן בתחום זכויות היוצרים

"האפקט המצנן" המרתיע משימוש והעלאת תכנים ברשת האינטרנט קיים לא רק לגבי תוכן העלול להוות לשון הרע, אלא גם לגבי יצירה או תוכן העלולים להוות הפרת זכויות יוצרים. עמד על כך, Harvard, Steven J. Horowitz, "Designing the Public Domain", Law Review, Vol. 122, No. 5, p. 1489, 2009: SSRN- (המאמר מופיע ב-SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1350454>, להלן: הורוביץ, נחלת הכלל), המציין לגבי ה-chilling effect, את הדברים הבאים:

"In order to have their films broadcast or insured against errors and omissions, filmmakers need to establish that they do not infringe. But filmmakers cannot prove with certainty that their uses of copyrighted content would be deemed fair by courts, and the risk of liability may scare off broadcasters or force insurers to demand excessive premiums. As a result, an important portion of the public domain is foreclosed by the uncertain operation of the legal standard, coupled with the contingencies of broadcast and insurance markets."

האפקט המצנן, גם במקרה של טענות לפגיעה בזכויות קניין רוחני, מחייבת מבחנים מחמירים לאפשר חשיפת שם של בעל האתר. עמד על כך השופט A. Kaplan Lewis בבית המשפט הפדרלי בניו יורק בעניין: **Universal City Studios, Inc. v. Shawn C.** :Reimerdes, 111 F.Supp.2d 294 (17.8.2000)



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

"The possible chilling effect of a rule permitting liability for or injunctions against Internet hyperlinks is a genuine concern. But it is not unique to the issue of linking. The constitutional law of defamation provides a highly relevant analogy. The threat of defamation suits creates the same risk of self-censorship, **the same chilling effect**, for the traditional press as a prohibition of linking to sites containing circumvention technology poses for web site operators. Just as the potential chilling effect of defamation suits has not utterly immunized the press from all actions for defamation, however, the potential chilling effect of DMCA liability cannot utterly immunize web site operators from all actions for disseminating circumvention technology. And the solution to the problem is the same: **the adoption of a standard of culpability sufficiently high to immunize the activity, whether it is publishing a newspaper or linking, except in cases in which the conduct in question has little or no redeeming constitutional value**".

(הדגשה שלי: מ' א' ג').

אחד המקרים המדגימים זאת יותר מכל הוא המקרה של משפחת Lenz. סטפני לנו, אם לפעוט, שהיה בשעתו בן שנה וחצי, צילמה אותו רוקד על רצפת המטבח, בסרט וידאו ביתי שאורכו 29 שניות (ראו: [WATCH: Dancing Baby YouTube Battle](#)). גב' לנו העלתה את הסרטון לאתר YouTube בפברואר, כדי לאפשר לחברים ובני משפחה לצפות בבנה. בסרט רואים את הפעוט רוקד, וברקע מתנגן, בעמימות, להיט של Prince בשם: "Let's Go Crazy". עד חודש יוני, צפו בסרטון 28 איש, חברים ובני משפחה. אז קיבלה האם מכתב מ-



28

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

YouTube, המודיע לה כי הסירו את הסרטון לאור בקשת Universal Music Publishing Group, אחת חברות המדיה הגדולות בענף, בטענה שהסרטון מפר את זכויות היוצרים שלהם בשירו של Prince. סטפני לנו בראיון (המופיע בשלמות בקישור לעיל), אמרה:

"At first it frightened me, because I saw who had filed the takedown notice. It was Universal Music Publishing Group, and I was afraid that ... they might come after me. ... And the more afraid I got, the angrier I got. ... **I was afraid that the recording industry might come after me the way they've come after other people for downloading music or file sharing.** I thought even though I didn't do anything wrong that they might want to file some kind of suit against me, take my house, come after me. And I didn't like feeling afraid. **I didn't like feeling that I could get in trouble for something as simple as posting a home video for my friends and family to see.**"

סטפני לנו הגישה הודעה נגדית (על פי ההליך הקבוע בחוק) ודרשה את החזרת הסרטון לאתר. לאחר ששה שבועות הסרט הוחזר לאתר YouTube. אולם, סטפני לנו כעסה ופנתה לארגון בשם Electronic Frontier Foundation, המסייע למשתמשים ברשת, והגיש תביעה בטענה לניצול לרעה של חוק זכויות היוצרים, שכן, כך טענה, ברור כי סרט וידאו ביתי מסוג זה אינו מהווה הפרה אלא שימוש הוגן.

עורכת הדין שייצגה את האם ציינה בדיוק חששות אלו לאפקט מצנן (ראו: http://news.cnet.com/8301-10784_3-9807555-7.html):



29

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

"We've seen a lot of abuse of the takedown procedures," McSherry said. "It's very easy to get material taken down, and unfortunately folks aren't careful enough when issuing notices. This interferes with free-speech rights. The Internet can't continue to grow or be a robust forum if users can't share views or larger political commentary without being worried that every little piece of content is going to be removed"

מרבית האנשים, לו היו מקבלים הודעת הסרה היו חוששים, כמו סטפני לנו, ולא עושים דבר. זוהי דוגמא מוחשית של האפקט המצנן.

אני סבורה כי לאור האפקט המצנן יש לקבוע נטל גבוה על המבקש חשיפת זהות. על מי שטוען להפרת זכות יוצרים לעמוד בשני תנאים. הראשון, להציג ראיות לכאורה להפרה שיביאו, ברמת הסתברות גבוהה להוכחת ההפרה. שנית, כי ההפרות הנטענות יהיו הפרות חמורות במיוחד. עוולות המתבצעות בנסיבות חמורות. כפי שארחיב בהמשך, בחלק הדן בשימוש הוגן, מיליוני אנשים, ככל הנראה מפרים, מבלי משים, בכל יום, זכויות יוצרים. אין מקום לחשוף את זהותם במקרים אלו, אלא רק כאשר מדובר בהפרות בוטות וחמורות.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

בש"א 11646/08

בתיק עיקרי: א 1636/08

02/09/2009

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

לעניין סוג ההפרות בגינן יש לחשוף זהות שחקנים ברשת, ניתן לפנות לפרק ט' לחוק, הדן בעבירות פליליות. ודוק, איני קובעת כי רק במקרים בהם יש ראיות לכאורה לעבירה פלילית ניתן יהיה לחשוף זהות במקרה של ביצוע עוולות ברשת, אולם ככלל, ניתן יהיה לחשוף רק כשמדובר בעוולות בנסיבות חמורות. בדרך כלל יהיה מדובר בשימוש מסחרי. עוולות המבוצעות למטרה מסחרית מהווה את העבירות הפליליות בחוק. אולם, כיוון שיתכנו, אולי, עוולות בנסיבות חמורות אחרות איני מגבילה זאת. עם זאת, בדרך כלל שימוש שאינו מסחרי, לא יענה על נסיבות מחמירות, זאת לאור תפקידה החברתי החשוב של רשת האינטרנט והחשש מהאפקט המצנן.

אם מי שמבקשים חשיפת זהותו אינו מתייצב (ולו באמצעות בא כוח), והמבקש יעמוד בשני התנאים האמורים, יורה בית המשפט על חשיפת זהות המשיב.

אם, לעומת זאת, המשיב מתייצב, וטוען לזכותו להמשיך להציג באינטרנט את האתר או התוכן שנטען שמהווה עוולה, אז יבחן בית המשפט את הראיות והטענות של המשיב. אם המשיב הציג ראיות וטענות ממשיות, הסותרות את טענות המבקש, או מבססות את זכותו להשאיר את האתר או התוכן ברשת, אז לא יורה בית המשפט על חשיפת זהותו. עתה, משנקבע המבחן, אבחן האם המבקשת הרימה את הנטל להראות כי מעשיו של המשיב מהווים הפרה של זכויותיה, והאם עומדת למשיב הזכות להמשיך ולהעביר את המשחקים מכוח זכותו לשימוש הוגן.

5. זכויות יוצרים בצילום של משחקי ספורט בזמן אמת (צילום לצורך שידור חי)

המבקשת טענה לביצוע עוולה של הפרת זכויות יוצרים. בבקשה המקורית טענה המבקשת כי קיימות לה זכויות יוצרים בצילום אירועי ספורט. בהעדר תגובה, ביקשתי את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בין השאר בשאלה זו. ודוק, הכוונה היא לשאלה העקרונית, האם יש זכויות יוצרים בצילום אירועי ספורט, ולא בשאלה האם המבקשת היא זו שקיבלה לידיה את אותן זכויות. בהחלטה המקדמית העליתי תהיות בעניין הדין המצוי והרצוי בעניין זה.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

עמדת היועץ המשפטי לממשלה תומכת בעמדת המבקשת לפיה יש זכויות יוצרים בצילום אירועי ספורט בשידור חי. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי צילום מקורי של אירוע ספורט מהווה "יצירה דרמטית" או "יצירה אומנותית" המוגנת בישראל לפי דיני זכויות יוצרים וכי החוק החדש לא שינה את ההלכה הפסוקה בעניין זה (ע"א 2173/94 **Tele Event Ltd נ' ערוצי זהב ושות'**, פ"ד נה(5) 529 ודנ"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd**, פ"ד נח(6) 6, 22, להלן: **פרשת טלאיבנט**). על פי עמדת היועץ המשפטי לממשלה ישראל מחויבת להכיר בזכויות יוצרים בצילומים מקוריים מכוח אמנת ברן (1971) ובפרט סעיף 2 לאמנה, וכן מכוח סעיף 9 להסכם טריפס (1994) עליהן היא חתומה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה הקביעה בפסקי הדין **בפרשת טלאיבנט**, לפיה קיימת זכות יוצרים בצילום אירועי ספורט, עומדת על כנה גם לאחר חקיקת חוק זכויות יוצרים החדש. בעקבות ההחלטה ובעקבות עמדת היועץ המשפטי לממשלה, הגישו המבקשת והמשיב 1 תגובות המתייחסות לדברים.

המשיב 1 הסכים בתגובתו לעמדת היועץ המשפטי לממשלה לעניין קיומן של זכויות יוצרים בצילום משחקי ספורט. בסעיף 4.3 לתגובה מציין ב"כ המשיב 1 כי: "היועץ המשפטי הנכבד מגיע למסקנה כי קיימות זכויות יוצרים בשידורי אירועי ספורט וכי החוק החדש לא שינה עמדה זו. על כן המשיב אינו חולק". לאור עמדת היועץ המשפטי לממשלה ולאור עמדת המשיב 1, הרי לצורך הבקשה שלפניי למעשה מסכימים כל הצדדים כי קיימות זכויות יוצרים בצילום אירועי ספורט וכי החוק החדש לא שינה את האיזון שנקבע **בפרשת טלאיבנט** בעניין זה.

בהחלטה המקדמית העליתי ספקות לגבי מצב הדברים הרצוי בשאלה זו (ראו בעיקר: גיא פסח, "זכויות שידור – גלגוליה של סבוגיית [פסק הדין בעניין] א.ש.ג.ר וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת, המשפט י' (תשס"ה-2005), 131, יובל קרניאל, "שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים – האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך", עלי משפט ו' (מאי 2007) ; 259 **The** ; Michael D. Birnhack, "More or Better? Shaping the Public Domain", in: **Public Domain of Information**, P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault, eds, (2005)



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גוונן
02/09/2009

ניתן לצפייה ב-<http://ssrn.com/abstract=677301> עוד ראו: Jack M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society" 79 N.Y.U. L. REV. 1 (2004); Lawrence Lessig, **Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity** (2004); Niva Elkin-Koren, "Its all about Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape" in: **The Commodification of Information** (Niva Elkin-Koren and Neil Weinstock Netanel eds., 79,80 (2002); Cory Tadlock, "Copyright Misuses, Fair Use, and Abuse: How Sports and Media Companies are Overreaching (Their Copyright Protections)", 7 J. Marshall Rev. Intell. Property L. 621 (Spring 2008)

סברתי כי יש מקום שהמחוקק יסדיר שאלה זו של תמלוגים בגין משדרי ספורט בחקיקה. עם זאת, לאור הסכמת הצדדים, אמשיך ואדון בשאלה האם הפר המשיב 1 את זכויות המבקשת, והאם עומדת למשיב 1 זכות, מכוח השימוש ההוגן, להמשיך ולהעביר את המשחקים.

6. האם יש הפרה של זכויות הפרמיייר ליג

א. זכות השידור וזכות העמדה לרשות הציבור - כללי

זכות יוצרים בצילום משחקי הליגה בשידור חי מקנים למבקשת מספר זכויות לממש את זכות היוצרים שלה ביניהם שידור, העמדה לרשות הציבור, פרסום ועוד. החוק מגדיר זכויות אלו. לענייננו טענה המבקשת לפגיעה בזכויות היוצרים בהעתקה, פרסום, שידור או העמדה לרשות הציבור.

טענתו המרכזית של המשיב 1 היא כי העברת המשחקים בשידור חי באתר אינו מקיים את התנאים של העתקה, שידור או של העמדה לרשות הציבור ועל כן אין המשיב מפר, ולו לכאורה, את זכויות היוצרים בצילום אירועי הספורט (אם כי הוא חולק על כך שהמבקשת היא בעלת הזכויות). המשיב מפנה לעניין זה למומחה של המבקשת הקובע כי ניתן לצפות במשחקים באתר באמצעות התקנת תוכנה לשיתוף קבצים בשם sopcast המשמשת



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

בש"א 11646/08

בתיק עיקרי: א 1636/08

02/09/2009

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

להעברה וקליטה של שידורי רדיו וטלוויזיה בזמן אמת. בניגוד לתוכנות שיתוף קבצים אחרות התוכנה אינה משתפת קבצים באמצעות העתקתם אלא מעבירה שידורים בדרך של הזרמה – streaming. כאשר לא משודר שידור חי לא ניתן לעשות שימוש בתוכנה או לצפות במשחקים. לאור זאת, כך טוען המשיב 1 אין הפרה של זכויות הפרמיייר ליג.

לעניין ההפרה המבקשת טענה בתחילה להפרה באמצעות העתקה, פרסום, שידור והעמדה לרשות הציבור. בהמשך התמקדה המבקשת בהפרת זכות השידור. המבקשת בתגובתה למשיב 1, הסכימה כי המשיב 1 אינו מפר את זכותה להעמדה לרשות הציבור. זאת, לאור העובדה שהעמדה לרשות הציבור מחייבת מתן אפשרות לציבור לצפות ביצירה המוגנת בכל מקום ובכל זמן. במקרה של הזרמת שידור חי, ניתן לצפות במשחקים רק בשעת השידור החי. היינו, מימד הזמן אינו מתקיים. אשר להעתקה, מחוות דעת המומחה מטעם המבקשת עצמה, עולה לכאורה כי לא מתקיימת העתקה, ומכל מקום המבקשת לא עמדה על טענה זו, כמו גם על הפרת זכות הפרסום.

לכאורה, לאור דברים אלו ניתן היה להמשיך ולדון רק בהפרת זכות השידור. אולם, כיוון שזכות השידור וזכות העמדה לרשות הציבור, הן זכויות חדשות בחוק החדש (זכות השידור הוכרה רק בפסיקה כחלק מהזכות לביצוע פומבי), יש לעמוד על שתי הזכויות כדי ללמוד את ההיקף והפרישה של כל אחת מהן. כך ניתן יהיה לבחון האם פעילותו של המשיב 1 מהווה הפרה.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

כפי שציינתי בהחלטה המקדמית שתי הזכויות הללו: זכות השידור וזכות העמדה לרשות הציבור הן זכויות חדשות שנכללו בחוק זכויות היוצרים. על פי סעיף 11 לחוק, זכות היוצרים היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה בין השאר שידור (ס' 11(4)) והעמדת היצירה לרשות הציבור (סעיף 11(5)). סעיף 14 לחוק דן בשידור וסעיף 15 דן בהעמדה לרשות הציבור.

חוק זכויות יוצרים 1911 כלל, כחלק מזכויות היוצר את הזכות לביצוע פומבי של היצירה. זכות זו פורשה בפסיקה ככוללת גם שידור של היצירה או שידור של ביצוע פומבי של היצירה. לכן, למעשה, זכות השידור הוכרה ככזו גם קודם לחוק החדש. בחוק זכויות יוצרים החדש נקבעו שלש זכויות נפרדות שכולן עוסקות, למעשה באופנים שונים של העברת יצירה לציבור: הזכות לביצוע פומבי, הזכות לשידור וזכות העמדה לרשות הציבור. והשאלה היא מהו היחס בין הפרשנות שניתנה בזמנו לזכות השידור לבין היקפן של הזכויות החדשות, בעיקר לאור רשת האינטרנט.

במישור הבינלאומי קיימת זכות **העברה לציבור** (communication to the public). אמנת ברן היוותה את הבסיס להגנת זכויות הביצוע הפומבי וההעברה לציבור במישור הבינלאומי (סעיף 8 לאמנה). אמנת ברן מגינה, לענייננו, על הזכות להעברה לציבור. האמנה כוללת, כחלק מזכות ההעברה לציבור, זכות להעברה אלחוטית לציבור של כל סוגי היצירות, זכות להעברה של שידור משנה אלחוטי או קווי של כל סוגי היצירות, וזכות להעברה קווית של יצירות קולנועיות, עיבודים קולנועיים של יצירות ספרותיות ואומנותיות, ויצירות ספרותיות, דרמטיות, מוסיקליות ודרמטיות מוסיקליות אך ורק כפי שבוצעו או דוקלמו קודם לכך בפני קהל חי.

אמנת ברן לא כללה למעשה בין זכויות היוצרים את הזכות להעלות תכנים לרשת האינטרנט, ועל כן, העלאת תכנים מפרים לרשת לא היוותה הפרה, לפחות לא באותם מקרים בהם הגולשים הם אלו שהורידו את התכנים (טכניקת pull). ההפרות המרכזיות היו לעניין העתקת קבצי מוסיקה וסרטים באמצעות הרשת. לאור זאת היה לחץ בינלאומי,



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

בעיקר מצד תעשיית המוסיקה והבידור, לתיקון האמנות כך שיכללו גם העלאת אתרים או תכנים מפרים לרשת. כתוצאה מכך נקבע סעיף 8 לאמנת זכויות היוצרים (סעיף 8 ל- WIPO Copyright Treaty 1996 (WCT)). הסעיף מוסיף על אמנת ברן. הסעיף חל על כל סוגי היצירות, ומעניק לבעל זכות היוצרים זכות בלעדית להתיר את העברת יצירתו לציבור באמצעי קווי או אלחוטי, לרבות זכות ההעמדה לרשות הציבור באינטרנט של היצירה.

זכות ההעמדה לרשות הציבור כלולה, על פי סעיף 8 לאמנת זכויות היוצרים, בתוך הזכות הרחבה יותר היא זכות ההעברה לציבור (ראו לעניין זה: **David Nimmer, Copyright** (2002) 150-1 **Sacred Text, Technology, and the DMCA**. עוד ראו: Jane C. Ginsburg, "*The (new?) right of making available to the public*", in **Intellectual Property in the New Millennium** (David Vaver and Lionel Bently eds, 246-7, (2004).

בניגוד להסדר הבינלאומי, בחוק זכות יוצרים החדש זכות השידור וזכות העמדה לרשות הציבור נקבעו כזכויות נפרדות. כלומר המחוקק בארץ בחר שלא לקבוע זכות העברה לציבור בהיקף רחב, אלא הסתפק בקביעת הזכות לשידור וזכות העמדה לרשות הציבור, המוגדרות באופן צר יותר. היינו, המחוקק הישראלי אמנם הרחיב בחוק החדש את זכויות היוצרים, אולם לא הגיע להרחבה המקסימלית בדומה לאמנות. טוני גרינמן, **זכויות יוצרים** (חלקים א' וב', מהד' שנייה, 2008, להלן: **גרינמן: זכויות יוצרים**, חלק א' עמ' 234), מציין לעניין זה כי אין בצמצום זכות העברה לרשות הציבור הפרת התחייבויותיה של ישראל, כיון שטרם אשררה את ה-WCT, ומוסיף:

"ייתכן כי יש גם כאלה שלא יראו בו ליקוי, כי אם צמצום מבורך של זכויות היוצרים. אולם... הוא יוצר מצב שלפיו אגד הזכויות על-פי חוק זכויות יוצרים נחות לעומת מדינות אחרות...."

באיזון בין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים, צמצם המחוקק את זכויות היוצרים בנוגע לפעילויות ברשת, מתוך הכרה בחשיבותה החברתית למימוש זכויות חברתיות=תרבותיות.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

ב. האם הופרה הזכות לשידור

סעיף 14 לחוק החדש, הדין בזכויות שידור, קובע כי: "שידור של יצירה הוא העברה קווית או אלחוטית, של צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכלולים ביצירה, לציבור". כדי לקבוע את היקף הזכות יש לדון בשאלה מהי העברה ומיהו ציבור. במקרה שלנו, התנאי של "ציבור" מתקיים, לאור העובדה כי העברת המשחקים ברשת האינטרנט מאפשרת לציבור גדול של משתמשי אינטרנט לצפות במשחקים. על כך המשיב 1 אינו חולק. השאלה אם הטכניקה בה משתמש המשיב מהווה שידור. יש לזכור כי תכנים מפרים ברשת האינטרנט הביאו לחקיקת הזכות להעמדה לרשות הציבור, הן במישור הבינלאומי, הן בחוק החדש.

בדברי ההסבר להצעת חוק זכויות יוצרים נאמר (בעמ' 1123):

זכות חדשה המעוגנת בסעיף המוצע היא זכות ההעמדה לרשות הציבור שהיא למשל העמדת יצירה לרשות הגולשים ברשת האינטרנט. זכות זו מבוססת על אמנות בין-לאומיות חדשות... ומוצע להחילה לגבי כל סוגי היצירות, לרבות תקליטים, זאת בהתאמה לאמנות האמורות... זכות ההעמדה לרשות הציבור מבוססת על האמנות החדשות של הארגון הבין-לאומי לקניין רוחני (WIPO) משנת 1996 אמנת WCT, וכן אמנת WIPO על זכויות מפיקי תקליטים ומבצעים WIPO Phonograms and Performances Treaty – WPPT ומטרתה לקבוע זכות המתייחסת במפורש להעמדת יצירה לרשות הגולשים ברשת האינטרנט.

אולם, העמדה לרשות הציבור באינטרנט מחייבת כי מי שרוצה לצפות ביצירה יוכל לעשות כן במקום ובזמן שיבחר. כפי שצינתי, ניתן לצפות במשחקים רק כאשר הם מועברים בשידור חי, כך, שמימד הזמן אינו מתקיים. על-כן, הזכות להעמדה לרשות הציבור אינה מופרת, כפי שהסכימה המבקשת. מכאן, מתעורר ספק האם העלאת תכנים לרשת, כמו במקרה זה, הזרמת משחקי הפרמייר ליג, מהווה שידור.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

רחל ארידור-הרשקוביץ במאמרה "מביצוע פומבי להעמדה לרשות הציבור: חידוש או בילבול תחת הדין החדש?" בתוך: **בירנהק ופסח, יוצרים זכויות**, 405 (להלן: **ארידור הרשקוביץ, העמדה לרשות הציבור**). עמדה בהרחבה על הפרשנות הראויה לזכויות שנקבעו בחוק החדש. המחברת מציינת כי חוק זכות יוצרים האנגלי נקט, בשעתו, בטכניקה דומה של פיצול זכות ההעברה לציבור למספר זכויות, כאשר זכות השידור הוגדרה באותה תקופה בדומה להגדרה בחוק החדש (העברה קווית או אלחוטית). לאור בעיות קשות שהתעוררו בעקבות הגדרות אלו תוקן החוק האנגלי ונקבעה בו זכות שידור שאינה תלוית טכנולוגיה. החוק האנגלי כולל כיום בזכות השידור, כל שידור בכל אמצעי ובלבד שהציבור יכול לקלוט או לצפות בו באופן חוקי והוא מועבר לשם הצגתו בציבור. על כן, כיום החוק האנגלי כולל העברת מידע ממוחשב למשל בטכנולוגיה של streaming כפי שנעשה במקרה זה.

למעשה הצורך בפרשנות המונח שידור נובעת מהעובדה, שההגדרה של שידור הנה תלוית טכנולוגיה. הסעיף מדבר על "העברה קווית או אלחוטית". דומה כי אם המחוקק הישראלי היה מאמץ הגדרה דומה לזו הקיימת היום בחוק האנגלי, המקרה שלפניי היה נכלל בהגדרה זו. אולם, דווקא העובדה שמדובר בחוק חדש, שנחקק שעה שהחוק האנגלי היה לנגד עיני המחוקק, מביאה למסקנה שאולי זו אינה הפרשנות הראויה של המושג שידור.

ארידור-הרשקוביץ, העמדה לרשות הציבור טוענת (בעמ' 414) כי על בתי המשפט בארץ לפרש את המונח שידור בחוק הישראלי, בדומה לחוק האנגלי, כך ששידור יכלול גם טכנולוגיה של הזרמה באינטרנט. עם זאת, היא מציינת כי החוק החדש בארץ אינו נייטרלי כלפי הטכנולוגיה אלא מציין העברה קווית או אלחוטית. לדעתה יש לפרש מונחים אלה פרשנות רחבה על מנת שגם העברה ממוחשבת כמו streaming תיכלל בזכות השידור.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

גרינמן, זכויות יוצרים, סבור גם הוא כי הגדרת שידור רחבה דיה לכלול גם טכנולוגיה של הזרמה. בהתייחסו לשאלה האם הטכניקה של streaming מהווה שידור מציין המחבר (בעמ' 287 לחלק א'):

"בשיטה הקרויה "הזרמה" (streaming), מועבר הקובץ באופן שגורם לביצוע היצירה במחשב של המקבל אגב ההעברה, ולמחיקת הקבצים לאחר שהושמעו או שהוצגו על המסך.... הגדרת זכות השידור בחוק רחבה דיה כדי שתחול על העברת צלילים ומראות ברשת האינטרנט... באמצעות streaming..."

לטעמי אין לקבל זאת. המחוקק הישראלי, על רקע קיומה של רשת האינטרנט ועל רקע חקיקה משווה מכל העולם (לרבות האמנות והחוק האנגלי), בחר שלא לקבוע זכות כללית של העברה לציבור, ותחתה לקבוע שלש זכויות נפרדות (על מקורות החוק ראו: אמיר חורי, "קריאה בין-לאומית: החוק ומקורות ההשפעה הזרים", בתוך: **בירנהק ופסח, יוצרים זכויות**, 237). על פי דברי ההסבר לצורך נושא האינטרנט נוצרה הזכות של העמדה לרשות הציבור, ואילו שידור נועד לאמצעים אחרים.

למעשה, אם נפרש את השידור ככולל העברה באמצעות מחשב תהיה חפיפה ניכרת בין זכות השידור לזכות העמדה לרשות הציבור. **ארידור-הרשקוביץ, העמדה לרשות הציבור**, כוללת במאמרה פרק על ההתמודדות עם החפיפה בין הזכויות השונות. אולם, הבעייתיות והחפיפה מצטמצמות אם מפרשים שידור באופן המצומצם לטכנולוגיות שנבחרו.

כאשר מדובר בנחלת הכלל יש לשמור מכל משמר כי זו לא תצומצם אלא בהוראה מפורשת של המחוקק. משבחר המחוקק בטכניקה של יצירת שלש זכויות תחומות ומגדרות, כאשר הזכות הכללית של העברה לרשות הציבור הופיע הן באמנות בינלאומיות, הן בחקיקה מדינתית, והייתה לנגד עיניו, אין להעניק לכך פרשנות מרחיבה במובן זה שתרחיב את זכויות היוצרים ותצמצם את נחלת הכלל.

לסיכום, נראה כי המחוקק בחר במכוון שלא לקבוע זכות כללית של העברה לציבור שאינה תלויה טכנולוגיה. המחוקק בחר, לדעתי משיקולים של שמירה על נחלת הכלל, שלא להרחיב יתר על המידה את הזכויות העומדות למי שמחזיק בזכויות יוצרים. המחוקק



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

אמנם הוסיף זכות שלא הייתה קיימת קודם לכן, זכות העמדה לרשות הציבור, אולם, בחר לייחד זכות זו למצבים, בעיקר לרשת האינטרנט, בהם יכול אדם לגשת לתוכן בשעה ובמקום המיועדים לו.

המחוקק בחר לתחום את השידור במבחנים טכנולוגיים של העברה קווית או אלחוטית, כאשר נושא המחשוב והאינטרנט עמדו לנגד עיניו. על פני הדברים העברת נתונים בטכניקת streaming באמצעות תוכנות לשיתוף קבצים אינו מהווה שידור, ועל כן האתר אינו מפר את זכויות היוצרים של המבקשת.

טרם אסיים את הדיון בשאלה האם הזרמה מהווה שידור, אתייחס למספר החלטות אליהן הפנתה המבקשת, בהשלמת הטיעון מטעמה, בהן נקבע כי העברת שידורי ספורט בטכניקת streaming באינטרנט מהווה הפרת זכויות יוצרים. אולם, אין ללמוד מהם לענייננו. אשר ל-**UEFA v. Briscomb** [2006 EWHC 1268 (Ch., 5.5.2006), שם נטען כי ההפרה היא בהעברה לציבור – communication to the public, זכות, שכפי שאראה בהמשך, המחוקק הישראלי בחר, בחוק החדש, שלא לאמץ. בנוסף, ובעיקר, לאור העובדה שבית המשפט באותו עניין לא דן, למעשה, בטענות הנתבעים. אשר לצווים שהובאו בנספחים ב', ג' וד' להשלמת הטיעון, מדובר בצווים שניתנו לבקשת הפרמייר ליג. אולם, לא ברור על סמך אילו טענות, האם הייתה תגובה, ומכל מקום ללא כל ניתוח של הסוגיות הנדונות. אשר לפסק הדין בעניין **Live Nation Motor Sports, Inc., SFX Motor Sports, Inc v. Robert Davis and Tripleclamps**, 2007 U.S. Dist. Lexis 2196, שם דובר על העברת שידור מירוצי סוסים בטכניקה של הזרמה. בית המשפט שם מפנה לפסיקה הנוגעת לשידורי משנה (בדומה לפרשת טלאיבנט) וקובע כי זו הפסיקה המחייבת גם לעניין העברת השידור באינטרנט, מבלי לנתח או לעמוד על ההבדלים בין השניים. בית המשפט שם דוחה טענת שימוש הוגן. אולם, שם טען הנתבע כי התובעת מנסה להשתלט על השוק ולמנוע תחרות, כאשר היה מדובר באתר מסחרי. לא כך הם פני הדברים בעניין שלפנינו.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

לאור כל האמור לעיל, אין מדובר בהפרת זכויות השידור של המבקשת. אין גם הפרה של הזכות להעמדה לרשות הציבור, וככל הנראה אין מדובר גם בהעתקה. עם זאת, כיוון, שכאמור, יש הטוענים כי טכנולוגיה זו נכללת בהעברה קווית או אלחוטית, ועניין זה דורש הוכחה, אמשיך ואבחן את השאלה האם עומדת למשיב טענת השימוש ההוגן לה טען בהרחבה.

7. שימוש הוגן

א. חשיבות השימוש ההוגן

שימוש ההוגן הינו לב ליבו של האיזון בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים בין זכויות היוצרים לנחלת הכלל. בין זכות הקנין לזכות להשתתף ביצירת תרבות וצריכתה. חוק זכות יוצרים החדש קובע רשימה של שימושים מותרים, ביניהם שימוש הוגן. שימוש הוגן הוא שימוש שמותר לעשות ביצירה מוגנת גם ללא הסכמתו של היוצר או בעל הזכות.

זכויות היוצרים נועדו כדי לעודד יצירה לתועלת הציבור. הפסיקה עמדה על כך בהרחבה (ראו למשל ע"א 326/00 **עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ**, פ"ד נו (3) 658 ת 671 (2003); ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin Line Bros.**, פ"ד מח (4) 133, 163 (1994); רע"א 2687/92 **גבע נ' חברת וולט דיסני**, פ"ד מח (1) 251, 266 (1993). לצורך עידוד היצירה, מאפשרים ליוצר ליהנות, הנאה בלעדית, לתקופה מסוימת מפירות יצירתו. לכאורה, הנאה בלעדית כזו מחייבת איסור על כל שימוש אחר ביצירה. אולם, יד ביד עם דיני זכויות יוצרים, נקבעו זכויות מסוימות למשתמשים, המאפשרות שימוש מסוים ביצירות, גם ללא נטילת רשות מבעלי הזכויות. הצורך באיזון נובע מכך שמתן זכות יוצרים ביצירה, מטיל מגבלות על חופש הביטוי, הזכויות התרבותיות, חופש היצירה וחופש המידע. השימושים המותרים, ובראשם השימוש ההוגן מדגישים את האינטרס הציבורי בשימוש חופשי ביצירות התרבות ובהנגשתם לציבור רחב ככל האפשר (ראו לעניין זה יהושע ויסמן, "קריאה השוואתית: מאפיינים של חוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007", בתוך: **בירנהק ופסה, יוצרים זכויות**, 69, 80).



41

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו **בש"א 11646/08**
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן **02/09/2009**

מגמה זו של איזון בין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים הייתה אחת המגמות שזכרו בהצעת חוק זכויות יוצרים, התשס"ה-2005 (ה"ח 196 (20.7.05) בעמ' 1116, להלן: **הצעת חוק זכות יוצרים**). לניתוח תזכיר הצעת החוק לעניין הרחבת השימושים המותרים ראו: יובל קרניאל, "חקיקת זכויות יוצרים בעידן המידע", **משפט ועסקים** ג', 409, 415 (2005).

בדברי ההסבר נאמר (בעמ' 1117):

"דיני זכות יוצרים נועדו לקבוע הסדר שמטרתו הגנה על יצירות, תוך איזון בין אינטרסים שונים, לטובת הציבור. האיזון נדרש בעיקר בין הצורך ביצירת תמריץ הולם ליצירה, בדרך של הענקת זכויות כלכליות ביצירות, לבין הצורך לאפשר לציבור להשתמש ביצירות לשם קידום התרבות והידע, כל זאת תוך שמירה על חופש הביטוי וחופש היצירה, **והבטחת תחרות חופשית והוגנת**."

על חשיבות האיזון בין זכויות היוצרים לאינטרס הציבורי, כחלק ממשטר דמוקרטי עמד **הורוביץ**, "**נחלת הכלל**", שציין בעמ' 19 למאמרו כי השימוש ההוגן עומד במרכז האיזון בין זכויות היוצרים לנחלת הכלל:

"An important part of the access to information that the public domain provides is the fair use of copyrighted works: anyone may use portions of copyrighted works for free — without payment or permission — provided that the use is fair under the four-factor test..."

נתנאל, "**זכויות יוצרים וחברה דמוקרטית**", בעמ' 327, מתייחס לעניין זה באמרו:
"Importantly, under the democratic paradigm this diversification aspect of copyright's structural function implements the view that



42

בתי המשפט

בש"א 11646/08

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

בתיק עיקרי: א 1636/08

02/09/2009

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

the public domain is no less vital to a democratic civil society than is copyright's protection of original expression. The limits that copyright law imposes on copyright owner prerogatives are thus not simply a neutral ending point where copyright protection ends and some other proprietary right may begin. **Rather, they are an affirmative manifestation of copyright's democracy-enhancing principles. They are a statement that, where necessary to further those principles, ideas and expression should be free for all to use.**"

ומדגיש את חשיבות זכויות המשתמשים בהקשר זה (שם):

"At present, much media conglomerate power derives from the ability to select, market, and distribute newly created expressive works. As a result of copyright expansion, however, such power also constitutes an unprecedented ability to control the deployment of existing expression. **Media entities typically exercise that control to prevent any controversial use that might ... threaten the salability of their expressive products"**

יש חשיבות לכן, לשמור על חופש הביטוי והיצירה, ולצורך כך לשמור על נחלת הכלל, כפי שמציין נימר - Melville B. Nimmer, "Does Copyright Abridge the First Amendment - Guaranties of Free Speech and the Press?", 17 **UCLA L. Rev.** 1180, 1193 (1970):

"If I may own Blackacre in perpetuity, why not also Black Beauty?
The answer lies in the first amendment. There is no countervailing speech interest which must be balanced against perpetual



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

ownership of tangible real and personal property. There is such a speech interest, with respect to literary property, or copyright."

ב. השימוש ההוגן בזכות

השימוש ההוגן הינו זכות. השימושים המותרים מהווים חלק מזכויות המשתמשים או זכויות הציבור. ערה אני לעובדה שחוק זכויות יוצרים, מצמיד את התיבה "זכות" רק לזכויות היוצרים. החוק אינו כולל פרק של זכויות משתמשים, אלא פרק על שימושים מותרים. גם השימוש ההוגן אינו מוגדר כזכות. אף על פי כן, סבורה אני כי מדובר בזכות בעלת חשיבות מכרעת למשטר דמוקרטי. זכות שיש למשתמשים לעשות שימוש ביצירה ללא נטילת רשות. כדי לאזן באופן ראוי בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים, לזכויות היוצרים ונחלת הכלל יש לראות בזכויות המשתמשים זכויות, ובשימוש ההוגן זכות.

הזכויות התרבותיות, המהוות חלק מזכויות המשתמשים הוכרו כזכויות אדם במשפט הבינלאומי (זאת, לצד ההכרה בזכויות היוצרים). סעיף 27 להצהרה העולמית בדבר זכויות האדם משנת 1948 קובע כי:

- "1. Everyone has the right to freely participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.**
- 2. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author."**

סעיף דומה נכלל באמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 שישראל צד לה. במסגרת הזכויות תרבותיות נכללות בין השאר, הזכות להשתתף בחיי התרבות; הזכות ליהנות מתרבות, והזכות ליהנות מתוצרי הקידמה המדעית. כלומר זכויות היוצרים



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

בש"א 11646/08

בתיק עיקרי: א 1636/08

02/09/2009

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

הולכות יד ביד עם זכויות המשתמשים. הוגנות השימוש הוא המבחן המאזן מתי יגבר כוחן של זכויות היוצרים ומתי של זכויות המשתמשים.

פישמן-אפורי, זכויות תרבותיות וזכויות אדם, מציינת לעניין זה את תכולת הזכויות (בעמ' 511):

"גישה לתרבות" מוגדרת כשוויון הזדמנויות קונקרטי – לרבות יצירת תנאים סוציו-אקונומיים – להשגה חופשית של מידע, ידע, הכשרה והבנה וכן של הנאה מערכי תרבות ונכסי תרבות; "השתתפות בחיי התרבות" מוגדרת כשוויון הזדמנויות קונקרטי המובטח לכול – פרט או קבוצה – לביטוי עצמי חופשי, לתקשר, לפעול וליטול חלק בפעילות יצירתית לשם פיתוח מלא של האישיות, חיים הרמוניים וקדמה תרבותית של החברה... למעשה, המלצה זו עומדת על הקשר שבין שמירה על הזכויות התרבותיות של הפרט והאוכלוסייה לבין ערובות לקיומה של חברה דמוקרטית-מודרנית. ההכרה היא באינטרסים של כלל חברי הציבור – כל אחד כפרט בודד – להשתתף בחיי התרבות בדרך זו או אחרת, ועל כן מדובר בזכות אדם של הפרט. כפי שיוסבר להלן, המלצה זו מדגישה גם את הפן הכלכלי-חברתי של הזכות, ומספקת הסבר אפשרי לתכליתה של הזכות להשתתף בחיי התרבות – פיתוח ומימוש של אישיות האדם."

ומוסיפה לעניין הצורך באיזון בין הזכויות (שם בעמ' 535):

"הדרך המתבקשת לעריכת איזון בין זכות היוצרים לבין הזכות להשתתף בחיי התרבות במקרה של התנגשות דומה לדרך שבה נערך איזון בין זכויות חוקתיות שונות. כך, בקביעת היקפה של זכות אדם מוגנת יש לאזן בינה לבין זכויות האדם האחרות."

כפי שציינתי, זכויות המשתמשים מתנגשות לעיתים עם זכות היוצרים. על כן ההכרה בזכות להשתתף בחיי התרבות, וליהנות מתוצרי הקידמה, כזכות חוקתית שתממומש במסגרת השימוש ההוגן, תביא לאיזון ראוי בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים.

לעובדה שמדובר בזכות, ולא רק בטענת הגנה, יש נפקויות מעשיות. כך למשל, אני סבורה כי ניתן לפנות לבית המשפט מראש בבקשה לסעד הצהרתי שיצהיר כי שימוש מסוים הינו מותר. פרופ' ניבה אלקין-קורן, הכתירה מאמר העוסק בשימושים מותרים בכותרת



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

"זכויות משתמשים". במאמרה (ניבה אלקין קורן, "זכויות משתמשים" בתוך: **בירנהק ופסח, יוצרים זכויות**, 327, 361) עומדת המחברת על החשיבות שבראיית השימושים המותרים כזכויות. לדעתה ניתן לבסס זאת על לשון החוק ותכליתו:

"החוק הישן הסתפק בהגדרת שורה של שימושים אשר אינם מהווים הפרה. החוק החדש מגדיר את השימושים המותרים הן במישור האחריות והן במישור הזכויות... מבחינה משפטית, כאשר מעשה אינו אסור, הוא מותר, ולכן אם הוא מצוי מחוץ לגדר הזכויות הבלעדיות של בעל זכות היוצרים, המשתמש חופשי לעשותו. הזכות לעשות שימוש ביצירה שאינו נופל לגדר הגנת זכות היוצרים מגדירה למעשה את תחום השימושים המצויים בנחלת הכלל... **משעה שנקבע כי שימושים אלה מותרים, עיגן המחוקק בחוק את זכות הציבור לעשותם.** הגדרה זו משקפת את החידוש שבחוק החדש: **לא עוד טענת הגנה בלבד.. אלא זכות עצמאית הראויה להגנה**"
(הדגשה שלי – מ' א' ג')

הדגיש זאת גם יובל קרניאל, "שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים – האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך?", **עלי משפט** ו', 259, 265 (2007):

"דיני זכויות יוצרים אינם מתמצים ביוצר בלבד ומעולם לא הקנו שליטה מוחלטת ליוצר או לבעל הזכות על כל שימוש ביצירה. תכליתם של הדינים ומהותם הם איזון עדין בין הזכויות המוקנות ליוצר ובעל הזכות, שמטרתן היא לאפשר להם להמשיך ליצור ולהפיץ בציבור את היצירות... לבין הערכים של חופש הביטוי ושל חופש מידע, והאינטרס הציבורי המובהק להביא לשימוש אופטימלי ביצירה ולאפשר לציבור רחב ככל האפשר להיחשף אליה ולהינות ממנה. **זכותו של הפרט לשימוש הוגן ביצירות היא אחד הכלים... שנועד להגשים את האיזון האמור... הבסיס לגישה זו היא כי גם לציבור הרחב יש זכויות לגישה ושימוש ביצירות**" (הדגשה שלי – מ' א' ג').

עוד ראו: גיא פסח, "זכות יוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים, ומבט אל עבר "עידן המידע" **עלי משפט** ב', 297, (תשס"ב). על החשיבות כי השימוש ההוגן יהווה זכות עמדו: **The Public's Right to Fair Use: Wendy J. Gordon & Daniel Bahls**, "Utah L. Rev., 619, Amending Section 107 to Avoid the "Fared Use" Fallacy", (2007) 626:

"This Article seeks to remind the legal community **that fair use is a "right"** in all these senses: it is an existing liberty, to which the public has an enduring entitlement, and which deserves significant weight.



46

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גוון
02/09/2009

These are all aspects of what the public usually means when using the term "right".

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, 48 (Can.), זאת על אף שגם בחקיקה הקנדית הדבר לא צוין בחוק במפורש:

[T]he fair dealing exception is perhaps more properly understood as an integral part of the Copyright Act than simply a defence. Any act falling within the fair dealing exception will not be an infringement of copyright. The fair dealing exception, like other exceptions in the Copyright Act, is a user's right. In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and user's interest, it must not be interpreted restrictively."

לאור האמור יש לאזן בין זכות היוצרים של הפרמיייר ליג, לבין זכותו של המשיב 1 לשימוש הוגן.

ג. שימוש הוגן – המחוקק, בתי המשפט והשחקנים ברשת

דיני זכויות יוצרים נוגעים כיום לכל אחת ואחד העושים שימוש במדיה דיגיטלית וברשת האינטרנט. דיני זכויות יוצרים נוגעים לפעילויות יומיומיות רבות. הם נוגעים בחיי כל מי שמחזיק טלפון סלולארי, שמחזיק מכשיר לאחסון והשמעה או צפייה של קבצי מוסיקה או סרטים, כל מי שהקים אתר או משתתף ברשתות חברתיות ברשת.

החוק החדש הרחיב את השימוש ההוגן והשאיר שיקול דעת לבית המשפט לבחון במקרים שיבואו לפניו, האם מדובר בשימוש הוגן. כאשר מפרשים את הסעיף ועורכים את האיזון בין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים, יש לקחת בחשבון את העובדה שכמעט כל אחד בחיי היום יום יושפע מאיזון זה, ולדאוג שכל אותם אנשים לא יפגעו מפרשנות צרה מידי של זכויות המשתמשים, ובמרכזן הזכות לשימוש הוגן. יש להזהר לא להפוך אומה שלמה למפרה. עמד על כך: John Tehranian, "Infringement Nation, Copyright Reform and



47

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גוון
02/09/2009

Tehrani: *the Law/Norm Gap*, *Utah L. Rev.*, 537, 541 (2007)
:(*Law/Norm Gap*)

"Now, copyright law is of direct importance to the *hundreds of millions of individuals* who download music and movies for their iPods, engage in time- and place-shifting with their TiVos or Slingboxes, own CD or DVD burners, operate their own websites, write blogs, or have personal pages on MySpace, Facebook, or Friendster."

כיוון שקביעת הזכות לשימוש הוגן נוגעת היום לרבים מציבור, שאינם בקיאים בנושא, יש להבטיח כי מה שיקבע בבתי המשפט, יתאם למציאות הדיגיטלית-אינטרנטית. כי שימושים נפוצים, הנתפשים כלגיטימיים על ידי מרבית המשתמשים, יקבעו כשימוש הוגן. ודוק, אין הכוונה לשימושים מפריס, הנעשים ע"י רבים בידיעה שהם מפריס. הכוונה לשימושים הנתפשים כלגיטימיים.

יש אף הטוענים כי על בתי המשפט לקבל ראיות באשר למה נחשב סביר ומקובל בתחום מסוים. כך, למשל " *Utah L. Copyright, Fair Use and Motion Pictures* Peter Jaszi, " *Rev.* 715, 730 (2007)

"Courts engaged in fair use decision-making should care about evidence of what is considered "reasonable" and "customary" within the relevant practice communities."

Tehrani: *Law/Norm Gap*, במאמרו, עומד על הפער בין הנורמה בפועל לחקיקה:
"The dichotomy between copyright law and norms is profound yet underappreciated. On any given day, for example, even the most law-abiding American engages in thousands of actions that likely constitute copyright infringement."



48

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו **בש"א 11646/08**
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן **02/09/2009**

במאמר מתואר יום בחייו של פרופסור שומר חוק - המדגים כמה הפרות לכאורה מתבצעות בכל יום. פרופ' אלקין-קורן, עמדה על הפער כשהציעה במאמרה מסגרת נורמטיבית לפרשנות זכויות המשתמשים **(אלקין-קורן, זכויות משתמשים, 327, בעמ' 367)**:

"עיצוב הנורמה המשפטית של שימוש הוגן צריכה לגשר על הפער הקיים בין הרמה האינטואיטיבית שבה אנו מבינים את המושג "שימוש הוגן" לבין נוסחת האיזון המשפטית שבחוק. כאשר לא-משפטנים משתמשים בביטוי "שימוש הוגן", הם מתכוונים בדרך-כלל לשימוש שהם תופסים כלגיטימי, כמקובל, שימוש שלא היה בכוונתם לשלם עליו. **ככל שהיישום של אמות-המידה יתרחק מן התפיסות המקובלות בקרב ציבור המשתמשים, מסביבת העבודה והבילוי שלהם, מן ההתנסויות היומיומיות שלהם ומן המנהגים ואורחות החיים בקהילה שסביבם ובקהילות וירטואליות, כן יגדל הניכור בין חוק זכויות יוצרים לבין דפוסי היצירה והשיח התרבותי.**" (הדגשה שלי מ' א' ג').

ובאותה רוח, דברים שאמר יהונתן קלינגר, במאמרו "חלומות בע"מ" ניתן לצפייה ב-

<http://www.nrg.co.il/online/10/ART1/436/245.html>

"החוק לא נועד להיות מפורש בצורה אבסורדית, כשחוק אינו יכול להתקיים בחברה מסוימת יש להפקיע אותו מתוך ספר החוקים. כיום, כשאנו חיים בחברה המחקה את עצמה, וכשאנו נמצאים במצב בו כל פיסת תרבות קטנה נמצאת בבעלות פרטית, אנחנו חייבים להרחיב את השימוש ההוגן, לפני שזכרונתנו, חלומותנו ועברנו יהיה בבעלות קניינית של אלו שמעוניינים להרחיב את זכויות היוצרים."



49

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

ולאחר דברים אלו נעבור לבחון את הגדרת השימוש ההוגן, והאם עומדת למשיב 1 זכות להמשיך ולהזרים את משחקי הליגה בכדורגל באתר האינטרנט שהוא מפעיל.

ד. מהו שימוש הוגן

חוק זכות יוצרים החדש חולל שינוי מהותי בסוגיית השימושים המותרים. סעיף 19 לחוק שינה את הגדרת השימוש ההוגן מיסודה, ובכך שינה את האיזון, בין הזכויות המוגנות לזכויות הציבור ונחלת הכלל. בחוק הקודם נקבעה רשימה סגורה של מטרות שיהוו שימוש הוגן. בחוק החדש המחוקק פתח פתח לבתי המשפט לקבוע מטרות נוספות לשמן ניתן לעשות שימוש הוגן, כאשר החוק מביא מספר דוגמאות לעניין זה.

טענתו המרכזית של המשיב 1 היא כי גם אם יוחלט כי העברת המשחקים מהווה הפרת זכויות היוצרים של המבקשת, הרי שמדובר בשימוש הוגן מותר. המשיב 1 טען כי מתן שירות של העברת שידורי כדורגל ללא תמורה לציבור, מהווה שימוש הוגן. המשיב מדגיש כי אינו מפיק רווח מפעילות זו – אינו גובה דמי מנוי או דמי צפייה ואינו מוכר פרסום. לציבור, כך טענת המשיב 1 יש אינטרס משמעותי בצפייה באירועי ספורט כדוגמת הפרמייר ליג. אינטרס חברתי ותרבותי זה מחייב כי ניתן יהיה לצפות במשחקי ספורט ללא מגבלות ועלויות כספיות. על כן העברת משחקים כאלה לציבור באינטרנט ללא תשלום, מהווה "שימוש הוגן".

המשיבה חולקת על כך שמדובר בשימוש הוגן. לטענתה מדובר בשימוש שאינו עונה על התנאים הקבועים בחוק לכך. להלן אעמוד על השיקולים שנקבעו בחוק.

(1) מטרת השימוש ואופיו

סעיף 19 (ב) (1) קובע את מבחן מטרת השימוש ואופיו כמבחן הראשון לבחינת הוגנות השימוש ביצירה. מטרת השימוש ואופיו כוללים שני גורמים עיקריים. הראשון, אופיו של השימוש מבחינה מסחרית, האם הוא שימוש למטרת רווח או שלא למטרת רווח. והשני, תרומתו של השימוש לקידום ערכים אחרים החשובים לחברה (ראו: בפסק הדין בעניין דודו



50

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

גבע, שם, בעמ' 277). המשיב טוען כי מדובר בשירות לציבור, ובשימוש לא מסחרי. המשיבה טוענת כי מדובר בשימוש מסחרי ובהפרה זדונית ומכוונת.

אופי השימוש (מסחריות השימוש) - אם השימוש אינו בעל אופי מסחרי ניתן יהיה לטעון ביתר קלות כי מדובר בשימוש הוגן. אולם, גם אם מדובר בשימוש מסחרי, עדיין יכול שימוש להוות שימוש הוגן אם יש לו תועלת חברתית ממשית. המחוקק נמנע במכוון מקביעת המבחן הכלכלי-מסחרי כמבחן העומד בפני עצמו. עם זאת, מקובל לחשוב כי במסגרת מטרת השימוש ואופיו יש לבחון האם השימוש ביצירה מביא לניצולה לתועלתו הכלכלית של המשתמש. במקרה שלנו האתר אינו מאפשר צפייה בפרסומות ואינו גובה כל תשלום בעבור הכניסה לאתר או הצפייה במשחקי הספורט השונים. כך, שעל פני הדברים אין למפעיל האתר יתרון כלכלי. צודקת המבקשת בטענתה כי לאתר שיש אליו הרבה כניסות יש ערך כלכלי מסוים, גם אם אין בו פרסומות. הדבר נכון, אך במובן זה כמעט לכל דבר יש ערך כלכלי מסוים. אנו נמצאים על הקשת בקצה שבו גם אם נאמר שיש ערך כלכלי מסחרי, הלא הוא ערך נמוך, המקל על הטענה כי מדובר בשימוש הוגן. כפי שמציינת, **פרזנטי, זכויות יוצרים**, בעמ' 1212: "שימוש עשוי להיחשב הוגן לאור מטרתו ואופיו גם אם אלה מסחריים אם מדובר בשימוש, שמקדם מטרות חברתיות".

יש להדגיש כי קיימים אתרים נוספים באינטרנט בהם ניתן לצפות במשחקי ספורט בטכניקה דומה, הכוללים פרסומות או גובים דמי כניסה (גם אם סמליים). במאמר בגנות ה-streaming של שידורי ספורט והעברתם ברשת, מדגיש המחבר כי מרבית בעלי האתרים גובים דמי מנוי הנמוכים משמעותית מאלו שגובים שירותי טלוויזיה בתשלום (ראו: Stephen Sampson, "Streaming of live television broadcast over Internet found to infringe Copyright" Computer Law & Security Report 22 (2006) 413, מה שאין כן בעניינו.

יש לציין כי בספרד, זוכו נאשמים מעבירות פליליות של הפרת זכויות יוצרים, כאשר הורידו לתוכנות שיתוף אלפי סרטים, כיון שעשו זאת לא למטרת רווח, אלא כדי לחלוק זאת עם



51

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

משתמשים אחרים באינטרנט. בית משפט בספרד פסק (פסק הדין מיום 29.5.09, הדיווח ב-
<http://torrentfreak.com/downloading-3322-movies-is-okay-in-spain-090529/>,
כי לאור העובדה שאין מטרת רווח אין מדובר בעבירה. בתי המשפט בספרד פסקו, בניגוד
לפסיקה בארה"ב, כי תוכנות לשיתוף קבצים, והורדת סרטים וקבצי מוסיקה, גם בהיקפים
של אלפי סרטים, הם חוקיים כל עוד מדובר בשימוש אישי, או ברצון לשתף גולשים אחרים
(ראו: <http://torrentfreak.com/linking-to-p2p-downloads-confirmed-legal-in-spain-080919/>). יש לציין כי פסקי הדין הדגישו את התועלות החברתיות של רשת
האינטרנט, והרצון לשיתוף בין גולשים, כל עוד הדבר לא נעשה למטרה מסחרית.

מטרת השימוש - המבחן השני לעניין זה הוא מטרת השימוש, האם יש חשיבות חברתית
בשימוש שאת התרתו מבקשים. המשיב 1 טוען, כאמור כי השימוש חשוב להנגשת אירועי
הספורט לקהל הרחב ללא תשלום. בתי המשפט בארה"ב דנו בטענה דומה של שימוש חשוב
מבחינה חברתית (במקרים בהם השימוש היה שימוש מסחרי), בשני פסקי דין העוסקים
במנועי חיפוש ברשת האינטרנט. המשיב 1 הפנה לפסקי דין אלו בתמיכה לטענתו כי הוא
עושה שימוש הוגן בהזרמת משחקי הספורט ברשת.

הראשון, *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003) (להלן: **עניין אריבה**),
דן במקרה בו חברת **אריבה** הפעילה מנוע לחיפוש תמונות באינטרנט. לצורך כך
סרקה התוכנה אתרי אינטרנט שונים והעתיקה מהם תמונות ללא רשות בעלי הזכויות.
אריבה הציגה את התמונות המוקטנות בתוצאות החיפוש וכן קישור לאתר המקורי שהכיל
את התמונות. בית המשפט קבע שהשימוש של **אריבה** היה שימוש הוגן, שכן הוא נועד לשפר
את הגישה לתמונות ברשת האינטרנט. זאת, על אף שמדובר בחברה מסחרית.

מקרה דומה היה בעניין *Perfect 10, Inc., v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), (להלן: **עניין פרפקט 10**). חברת **פרפקט 10** תבעה את גוגל, על העתקת תמונות
מאתרים שלה, שהועתקו שלא כדין, לטענתה, מאתרים אחרים. **פרפקט 10** להבדיל



52

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

מאריבה, הפעילה את מנוע החיפוש במטרה למכור זכויות להעתקת התמונות לטלפונים סלולאריים. בית המשפט בערכאה ראשונה קבע שכיון שגוגל מאפשרת לגולשים הורדת התמונות לטלפונים הסלולאריים בחינם, הם פוגעים בשוק של **פרפקט 10** ולכן קבע, כי בניגוד למקרה של **אריבה**, אין מדובר בשימוש הוגן. בבית המשפט לערעורים נהפכה התוצאה. בית המשפט קבע כי אמנם גוגל עלול לפגוע מבחינה מסחרית ב**פרפקט 10**, אולם הוסיף כי יש לבחון את הפגיעה, או השימוש המסחרי גם אל מול התרומה של גוגל לנחלת הכלל, והנגשת היצירות לטובת הציבור. בית המשפט שם ציין כי יש לשקול עד כמה השימוש מקדם את טובת הציבור. נקבע כי כיוון שגוגל מנגישה יצירות רבות למיליוני אנשים, שזו תועלת חברתית עצומה, ועל כן נקבע כי מדובר בשימוש הוגן.

תביעה שלישית נגד פרוייקט הספרים של גוגל, שכנגדה טענו סופרים להפרת זכויות יוצרים הסתיימה בפשרה.

בהסדר הפשרה ניתן לצפות ב- <http://www.googlebooksettlement.com>.

המבקשת טוענת כי עצם העובדה שגוגל הגיעה להסדר פשרה מהווה ראיה לכך שאין מדובר בשימוש הוגן ביצירות. יש לציין כי גוגל טענה שאינה פוגעת בזכויות והסכימה לפשרה כדי לא לנהל הליכים יקרים ומתוך הכרה בתרומת המחברים לחברה. כיוון שבית המשפט לא הכריע בתביעה, לא ניתן לומר האם מדובר בשימוש הוגן אם לאו (לניתוח פסקי הדין בהרחבה ראו: ניל נתנאל, "שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית", בתוך: "**בירנהק** ופסח, יוצרים זכויות", עמ' 377, 2-400).

לענייננו יש לבדוק האם אכן מדובר בשימוש התורם מבחינה חברתית.



53

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

חשיבות הצפייה באירועי הספורט - לתרבות הספורט תרומה חברתית חשובה, ויש לאפשר לרבים לצפות במשחקי ספורט לאומיים וגלובליים. המשיב 1 טוען כי מטרת השימוש היא להנגיש את אירועי הספורט לקהל רחב ככל האפשר. כפי שצינתי לעיל, זכות המשתמשים כוללת את הזכות להשתתף בחיי התרבות. חיי התרבות כוללים צפייה במשחקי ספורט מקומיים ובינלאומיים. עמדה על כך **פישמן-אפורי**, **זכויות תרבותיות וזכויות אדם (בעמ' 512):**

"הבהרת תוכנה של הזכות להשתתף בחיי התרבות מחייב לבחון גם את המושג "תרבות". על פי המלצת אונסק"ו מדובר במושג רחב ביותר, שאינו מכוון דווקא ליצירות אמנות או לתוצרי האליטה החברתית כגון יצירות המוצגות במוזיאון, אלא גם ליידע, לדרך חיים ולתקשורת."

והוסיפה (בה"ש 44), כי במבוא להמלצת אונסקו (Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It Sec. I Par. 2. (Nov. 26 1976, in UNESCO's Standard Setting Instruments, Sec IV. B.7) (Nairobi Recommendation) מתואר או מוגדר מושג ה"תרבות" כתופעה חברתית הנובעת מהשתתפות של הפרטים ומשיתוף הפעולה ביניהם בפעילות יצירתית. צפייה במשחקי ספורט עונה בהחלט על הגדרה זו.

הצפייה בשידורי ספורט, ובעיקר טורנירים לאומיים או בינלאומיים חשובים הופכת המוני אנשים בארץ מסוימת, או בעולם כולו, אנשים המשתייכים לרבדים חברתיים שונים, לקהילה אחת. מדינה שלמה ולעיתים העולם כולו צופים באותו שידור עצמו (להגדרת "אירוע מדיה" ראו יחיאל לימור, חנה אדוני ורפי מן, **לקסיקון לתקשורת**, 41 (2007). לחשיבות החברתית של צפייה באירועי ספורט ראו: יאיר גלילי, רוני לידור ואמיר בן-פורת, **במגרש המשחקים - ספורט וחברה בתחילת האלף השלישי** (2009).



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

עם התפתחות אמצעי תקשורת ההמונים, נוצרו יחסים הדוקים בין הספורט לתקשורת ההמונים. צפייה באירועי ספורט, באמצעות אמצעי התקשורת הופכים לנושא מרכזי ולתוכן שידור מרכזי (ראו: טוד גיטלין, "אידיאולוגיה של "זמן צפיית שיא": התהליך ההגמוני בבידור המשודר בטלוויזיה" בתוך: אליהוא כץ ויצחק ינוביצקי (עורכים) **תרבות, תקשורת ופנאי בישראל**, עמ' 418-438 (1995).

גלעד ויינגרטן, מציין לעניין זה (גלעד ויינגרטן, "משולש מנצח: ספורט, טלוויזיה, כסף", **פנים, כתב-עת לתרבות חברה וחינוך**, 42 (גיליון 25, קיץ 2003):

"אירועי הספורט המרכזיים בכל מדינה וכך גם בארץ, מושכים קהל רב לא רק למגרשים אלא גם לצפייה במסכי הטלוויזיה, מפגשי ספורט מספקים את ה"סחורה": דרמה, עלילה, הפתעות, גיבורים, ריגושים, אסתטיקה, יריבות ומתח - כל המרכיבים הנחוצים לאחוזי צפייה גבוהים. למעשה הספורט מספק את המכנה המשותף הרחב ביותר של הכפר הגלובלי."

ובספר שפורסם לאחרונה על כדורגל וגלובליזציה Richard Giulianotti and Ronald Robertson, **Globalization and football** (2009), עומדים המחברים על החשיבות בצפייה במשחקי כדורגל (בעמ' 2):

"football has been a highly important aspect of globalization processes; indeed, the sport's significance in this regard is arguably intensifying. To put this in another way... **football has been a motor, as well as a mirror, of globalization processes in a variety of ways.**"

ובעמ' 23:

"[t]he game maintained its relevance to national vitality. First, football continued to ritualize national solidarity, particularly within new or emerging football nations"

ובעמ' 29:



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

"Sport is increasingly understood by many national and international bodies as having unique, universalistic qualities that both transcend civilizational differences, and which may even be harnessed to heal intersocietal wounds.

ועוד לעניין חשיבות הספורט עומד במאמרו חגי חריף, "על מגרש הגאווה הלאומית" פנים כתב עת לתרבות חברה וחינוך (קיץ 2003).

ניתן לצפייה ב- <http://lib.cet.ac.il/Pages/item.asp?item=8692&author=1439>

"מהם מקורות ההכרה העצמית של עמים, בנבדלותם וייחודם? כיצד מתחדדת המודעות שלהם לכך שהם בעלי גבולות סופיים שמעבר להם שוכנות אומות אחרות? באלו אופנים נוצרת האהבה העמוקה שמעוררות אומות ביחידים, הכרוכה לפעמים בהקרבה עצמית? התשובות לשאלות הללו נעוצות, במידה רבה, בתוצרים התרבותיים של הלאומיות - השירה, הפרוזה, המוסיקה ויתר האמנויות, ובמיוחד - וזוהי דעה שמבטאים כמה מעמיתיו הבולטים של אנדרסון לחקר הלאומיות - הספורט. מבחינה זו, אירועי ספורט, המולידים תדיר דרמות בלתי-צפויות, רגעים מרגשים וגיבורים נערצים, הם בעלי פוטנציאל לאחד המונים, בלי קשר למוצאם החברתי, למינם, לגזעם, לדתם, לשפתם ולרקע החינוכי שלהם.... הספורט הייצוגי הוא אמצעי בעל עוצמה סמלית לחיזוק הרגש הלאומי...כלי המקנה דימוי חיובי ודינמי למדינות-לאום. ניצחונות או הפסדים בתחרויות חשובות עשויים, לפחות באופן זמני, להפוך אזרחים-אוהדים לחסידים אדוקים יותר של עמם. תוצאות התחרויות מתפרשות, באורח מיתולוגי-משהו, כסממנים של קידמה או של נסיגה לאומית. ספורט...הוא אמצעי אפקטיווי להנחלת רגשות לאומיים, בשל הקלות שבה עשויים פרטים באוכלוסייה להזדהות עם האומה כולה"

למשמעות הספורט בחברה הישראלית הרב תרבותית ראו: Yair Galily and Amir Ben-Porat "Introduction: Sport, Politics and Society in the Land of Israel", in Yair Galily, Amir Ben-Porat, eds., **Sport, Politics and Society in the Land of Israel**,



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

Past and Present (2008). עוד ראו: עלינא ברנשטיין, "טלוויזיה וספורט", בתוך: י' בן אליעזר (עורך), *הממלכה השביעית: סוגיות בתקשורת המונים* (1990), 79, 81.

Cory Tadlock, "Copyright Misuses, Fair Use, and Abuse: How Sports and Media Companies are Overreaching Their Copyright Protections", 7 *J. Marshall Rev. Intell. Property L.* 621 (Spring 2008), מתייחס לאזהרות של ארגוני הספורט בארה"ב, המזהירים מפני כל שימוש ביצירות, ואינן מחריגות שימוש הוגן. לטענתו, יש שימושים הוגנים רבים שניתן לעשות בשידורי ספורט.

עמדתי על החשיבות בכך שהצפייה בספורט תישאר בגדר בידור להמונים, ולא רק לאלו שידם משגת. המשיב 1 טוען כי הוא מאפשר להגשים זאת, על ידי כך שהוא מעביר את השידורים החיים חינם באינטרנט (בהערת אגב אציין שמחיפוש באינטרנט עולה שיש אתרים רבים מסוגו המאפשרים צפייה בשידור חי באירועי ספורט). הייחודיות שבאתר הנדון היא כי נאמר בו כי מדובר במטרה אידיאולוגית כאשר האתר אינו מפיק מכך רווחים ישירים על ידי מנויים ולא עקיפים ע"י פרסומות).

הוזלת הצפייה – מטרתו של בעל האתר לאפשר צפייה במשחקי ספורט ללא עלות. השאלה אם שימוש כזה עונה על התנאים של שימוש הוגן. עמדתי לעיל על החשיבות החברתית הרבה בצפייה במשחקי ספורט לאומיים ובינלאומיים. קיים חשש, שהועלה לגבי משחקי המונדיאל, כי החיוב בתשלום בגין צפייה במשדרי הספורט תהפוך את הצפייה במשחקי ספורט, ובעיקר החשובים שבהם, לצפייה לבעלי אמצעים בלבד. כתוצאה מכך אף קבעה המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין המחייבת צפייה ללא תשלום באירועי ספורט מרכזיים. המבקשת טוענת בתגובתה כי התשלום למנוי לכבלים, ללוויין או אף תשלום עבור משחק מסוים המשודר בטלוויזיה, נמוכים לעין ערוך ממחירו של כרטיס למגרש. לא זהו המבחן. מטבע הדברים מיליוני צופים אינם יכולים לצפות באירוע עצמו במגרש, אולם, עד לפני מספר שנים, שודרו, לכל הפחות אירועי הספורט המרכזיים בטלוויזיה ללא תשלום. היום כדי לצפות במשחקים יש לשלם סכום לא מבוטל. זו ההשוואה שיש לערוך.



57

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

יש לציין כי המחוקק היה שותף לדעה כי יש להנגיש את שידורי הטלוויזיה הציבורית והמסחרית לציבור, גם ציבור שאין ידו משגת לשלם דמי מינוי לכבלים או ללווין. בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 29). התשס"ח-2008 (התקבל ביום 4.2.08) הורה על הקמת והפעלת מערך הפצה דיגיטלי של שידורי הטלוויזיה (סעיף 51א 7511 לחוק הרשות השנייה. בדברי ההסבר לחוק (ה"ח ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2008) התשס"ח-2007, 16, 147 נאמר כי תכליתו של החוק היא מתן אפשרות לציבור הרחב לצפות בערוצים הפתוחים:

"יש להקים מערך הפצה.. אשר באמצעותו יופצו, באופן חופשי לציבור, ערוצי השידור הציבורי, ערוצי השידור המסחרי וערוץ הכנסת, ואשר יאפשר לצרכן לקלוט באופן פשוט, נוח ונגיש את ערוצי הטלוויזיה".

הדיונים בנושא הדגישו את החשיבות שכל אזרח יוכל לצפות בשידורי הטלוויזיה כחלק מחברותו בחברה.

המבקשת מציינת לעניין זה כי גופי שידור גובים כסף רב עבור פרסומות בגין שידורים בעלי שיעור צפייה גבוה. ובכן, ייתכן וזהו הפתרון - מעבר למודל עסקי אחר. Stephen Sampson, "Streaming of live television broadcast over Internet found to Infringe Copyright" **Computer Law & Security Report** 22 (2006) 413 במאמרו מציע לבעלי הזכויות להעלות בעצמם את השידורים לאינטרנט כך שיהיו באיכות טובה יותר ויהוו אלטרנטיבה. אולם, אין עניינה של החלטה זו במודלים עסקיים אפשריים לתעשיית הספורט. זהו עניין לתעשייה לענות בו (על המעבר למודלים עסקיים חלופיים בתעשיית המוסיקה והצורך לעשות כן בתחומים נוספים ראו: Greg Sandoval, "File-sharing 'graveyard' still filling up", CNET News

http://news.cnet.com/File-sharing-graveyard-still-filling-up/2100-1030_3-

[6194001.html?tag=nefd.top](http://news.cnet.com/File-sharing-graveyard-still-filling-up/2100-1030_3-6194001.html?tag=nefd.top)



58

בתי המשפט

בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
02/09/2009

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

בשנת 1847 בית המשפט בארה"ב בעניין *Webb v. Powers*, 29 F. Cas. 511 (C.C.D. Mass. 1847), קבע כי הפצת יצירה מפרה לכאורה, המוזילה את היצירה, אינה מהווה הפרת זכויות יוצרים, ומהווה למעשה, שימוש הוגן. Molly Shaffer Van Houweling, "Distributive Values in Copyright", 83 *Texas L. Rev.*, 1535 (2005). Available at <http://ssrn.com/abstract=671044> SSRN: (בעמ' 1543):

"Apart from these narrow statutory exceptions, the more open-ended fair use doctrine has sometimes served to facilitate use of copyrighted works by poorly financed creators, and sometimes by **poor consumers who benefit from the recasting of expensive works.**"

ומוסיפה, בעמ' 1544:

"This statutory fair use doctrine developed out of early English cases under the Statute of Anne. The Statute of Anne gave copyright holders... exclusive rights to "[p]rinting and [r]eprinting" of books. ... The narrow scope of copyright's exclusive rights gave second-generation authors leeway to build upon existing works without charge. **It seems to have been especially useful to authors who recast existing works into a less expensive form.** For example..."Lord Apsley, backed by Blackstone, gave immunity to an abridgement of Hawksworth's *Voyages*, calling it 'a new and [a] meritorious work,' **less expensive** and more convenient to handle than the original."

בית המשפט בארה"ב הכיר במפורש בשימוש הוגן כאשר שימוש זה נועד להוזיל ולהנגיש את היצירה לקהל רחב שאין ידו משגת לשלם (שם, בעמ' 1545):

"**Fair use also sometimes favors users who serve needy consumers,** just as the early English cases did. For example, in *Webb v. Powers*, the court concluded that the defendants' book (a collection of



בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
02/09/2009

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו

לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

information and poetry about flowers) did not infringe the plaintiffs' similar book, in part because the defendants' book was designed not to supercede the plaintiffs' market, but rather to **serve a different market of poorer readers**. The court noted that the defendants' book sold for twenty-five cents—a **dollar less** than the plaintiffs'. The court continued, "the aim of [the author] in preparing the defendants' book was . . . to furnish original poetry on the sentiment of flowers, and to do it in such a form as to be much **less expensive, and to circulate in hands, which could not so well afford to purchase the existing and larger and more expensive treatises** on that subject."... Webb thus suggests that **fair use can play a distributive role by favoring those defendants whose adaptations are especially inexpensive and accessible.**"

Robert Brauneis, "*The Transformation of Originality in the Progressive-Era Debate over Copyright in News*", **GWU Legal Studies Research Paper** No. 463
: (בעמ' 9) <http://ssrn.com/abstract=1365366> Available at SSRN:

"Thus, for example, some abridgments of other works would not infringe, because they would be "much less complete and useful" than the original, would be "**suited for a different and humbler class of readers** . . . rather than a substitute with the same class."

Niva Elkin-Koren, "*Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to* ,**Ent. L.J.** 215, 264-67 (1996) & **Cardozo Arts** 14 ,*Copyright Law in Cyberspace*",
מתייחסת לכך שהטלת מגבלות מכוח דיני זכויות יוצרים על שימוש באינטרנט עלולה להביא להחמרת או העמקת פערים סוציו-אקונומיים.



60

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן 02/09/2009

חנוך דגן, "קריאה קניינית, המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" בתוך: **בירנהק ופסח, יוצרים זכויות**, 39, עמד על כך שהחוק החדש מדגיש את חשיבות של נגישות היצירה לכלל צרכניה-בכוח (הציבור הרחב) המחבר מציין (בעמ' 56) כי: "הוראה זו [השימוש ההוגן - מ' א' ג'] משרתת את הנגשת היצירה לכלל צרכניה-בכוח" ומוסיף (בעמ' 63):

"חלק מתכליותיו של המוסד הקנייני של זכות יוצרים נסבות על עניינם של צרכנים-בכוח של היצירה מושא הדיון, ועל עניינם של יצרנים בכוח של יצירות הנשענות על אותה יצירה...אכן, ניתן – ואף ראוי – לפרש את הדוקטרינה של שימוש הוגן באופן שונה. כך, הדוקטרינה יכולה לשמש עוגן מרכזי לתכלית של הנגשת היצירה לכלל צרכניה-בכוח".

ומהתיאוריה לפרקטיקה, דברים שאמר ח"כ איתן כבל בנוגע להצעה לחייב בתשלום בגין משחקי כדורגל (כתבה מיום 27.8.03, נספח יח' לתשובת המשיב 1):
"המצב הכלכלי קשה ואסור שמשחק הכדורגל יהפוך למשחק של עשירים, כאשר אנשים לא יוכלו לצפות במשחקי ליגת העל בביתם בגלל שאין ביכולתם לשלם"

ייתכן כי דווקא העידן הדיגיטלי בעולם הקפיטליסטי מחייב אותנו לחזור לפסיקה שלפני כמאתיים שנה, ולאפשר הנגשה של שידורים למעוטי יכולת באמצעות רשת האינטרנט. צפייה במשחקי כדורגל, באירועי ספורט, חשובה מבחינה חברתית. על כן יש חשיבות שצפייה במשחקים אלו תתאפשר לכל מי שרוצה בכך, גם אם אין ידו משגת לרכוש מינוי לשירותי טלוויזיה בכבלים או בלווין, או לצאת לבלות במקום בו משדרים את המשחקים. לאור החשיבות שבצפייה בשידורים בכלל, חוקק החוק המאפשר לצפות בערוצים המרכזיים מבלי לרכוש מינוי כאמור, וכן התקבלו החלטות בנוגע לשידור חלק מאירועי הספורט ללא תשלום. יהיו כאלה שיאמרו כי גם רכישת מחשב ומנוי לספק שירותי אינטרנט כרוכה בתשלום. אכן, כך הם פני הדברים, אולם מחשב ושירותי אינטרנט נרכשים בבתים רבים למטרות עבודה או לימודים, ואין צורך להוסיף לכך מנוי לכבלים או ללווין.

היינו, המשיב 1 עמד במבחן הראשון לשימוש הוגן – אופי ומטרת השימוש תומכים בכך שמדובר בשימוש הוגן.



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן 02/09/2009

(2) אופי היצירה הנדונה

שיקול זה לבחינת הוגנות היצירה נוגע באופייה של היצירה המקורית, עד כמה מדובר ביצירה שהיא בלב ליבם של דיני זכויות יוצרים. לדבריה של אלקין-קורן, זכויות משתמשים (עמ' 371):

"במסגרת שיקול זה בית-המשפט בוחן אם היצירה המוגנת מושא התביעה מצויה בתחום הכבידה של דיני זכויות יוצרים, דהיינו מהווה ביטוי החוסה תחת הגנתם. כאשר מדובר ביצירות המצויות בקו התפר שבין ביטוי לרעיון – שיטות, נתונים ועובדות שיש בהם היבטים מקוריים אך כוללים היבטים משמעותיים שאינם מוגנים – תיטה הכף לטובת ההכרה בשימוש בהן כהוגן. הדבר נובע מן התכלית שאותה נועדו דיני זכויות היוצרים לשרת. דיני זכויות יוצרים מקנים הגנה למגוון של יצירות: לגבי חלקן ההגנה נובעת באופן ישיר מן ההצדקות להגנה על יצירות (יצירות מקוריות), ולכן הן מצויות בלב ההגנה של זכויות יוצרים; אך חלקן קרובות יותר לקו-התפר שבין זכויות יוצרים לבין נחלת הכלל. ככל שמדובר ביצירות אשר מהוות רעיון או מצויות בנחלת הכלל, כן נחלש הצורך להעניק להן הגנה חזקה וגובר הצורך בהבטחת גישה אליהן ושימוש בהן, שמא תוגבל יתר על המידה הגישה לנחלת הכלל"

אין מחלוקת כי אין זכויות יוצרים במשחק הכדורגל, או באירוע הספורט עצמו (ראו: פרשת טלאיבנט; 105 F.3d 841 (2nd Cir. 1997)). אחד הנימוקים לכך הוא שלא למנוע את התפתחות הספורט. המשיב 1 טוען כי כיוון שמדובר ביצירה שבבסיסה אירוע ספורט, שכשלעצמו אינו מוגן בזכויות יוצרים, הרי אין אנו מצויים בליבה של דיני זכויות יוצרים אלא במעגל הרחוק הגובל בעניינים שאינם נכללים בתחום זה. המבקשת עצמה טוענת כי מדובר ב: "סרט הכולל משחק ספורט ביחד עם אלמנטים אמנותיים, דרמטיים ומוסיקליים ההופכים אותו ליצירה דרמטית ו/או אמנותית" (סעיף 37 בתגובת המבקשת).

בפסיקה האמריקאית נקבע כי ככל שמדובר ביצירה שהיא בעיקרה עובדתית או שימושית, יענה בית המשפט ביתר קלות לטענת שימוש הוגן. ככל שמדובר ביצירות בעלות רמת יצירתיות ומקוריות גבוהה יותר כך קשה יהיה יותר לבסס הגנת שימוש הוגן (ראו: Monster Communications v. Turner Broadcasting System Inc. 935 F. Supp. 490 (1996)).



62

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

בהחלטה המקדמית ציינתי שבאירוע ספורט המשודר בשידור חי, הצופים מתעניינים בעיקר בתוצאה בזמן אמת. מי הבקיע או לא הבקיע שער במשחק. אין פירוש הדבר כי אין זכויות יוצרים בצילום, אך הדבר בהחלט משפיע על אופי היצירה. הצילום כשלעצמו פחות חשוב. המבקשת, בתגובתה לתשובת היועמ"ש ולתגובת המשיב 1 ציינה כי "אמירה זו אינה מבוססת".

איני סבורה שכך הם פני הדברים. במסגרת שיקול זה על בית המשפט להתרשם מאופיה של היצירה. נראה כי ברור כי שיר, ספר, מחזה, סימפוניה, סרט או צילום אמנותי הם בלב דיני זכויות היוצרים, בעוד שצילום אירועי חדשות וספורט, המצויים בשוליים, שכן עיקר העניין של הציבור הוא במידע ולא בזויות הצילום. נראה כי המבקשת עצמה מנסה להמעיט בחלק הנוגע למשחק הספורט ולהתמקד בסרט ולא בכדי.

מעבר לכך נערך מחקר מקיף בשאלה מדוע צופים בשידורי ספורט:

Lawrence A. Wenner, "Watching Sports on Television: Audiences, Experiences, Gender, Fanship, and Marriage", In: Lawrence A. Wenner, ed., **MediaSport**, 233-251 (1998).

הממצא המרכזי של המחקר הוא כי המניעים החזקים לצפייה בספורט בטלוויזיה הם בראש ובראשונה הציפייה לתוצאות המשחק, והצורך בריגוש.

כך גם בחדשות, הערך של הצילום הוא בהתרחשות ופחות בצד האמנותי. דוגמא לכך ניתן למצוא בפרשה של אדם (חייט או מעצב בגדים במקצועו) שצילם את השיירה של הנשיא קנדי, כאשר הנשיא נרצח. Jeffrey Lynch Harrison, "Rationalizing the Allocative/Distributive Relationship in Copyright", **Hofstra L.Rev.**, (Spring 2004).

הטענה היא כי אותו אדם התכוון לצלם את השיירה הנשיאותית עוברת. הערך של הצילום נבע מהעובדה שהנשיא קנדי נרצח, אחרת, יש להניח, לא היה כל ערך לסרט שצולם. בפסק הדין שעסק בעניין זה



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

נפסק כי אמנם יש זכויות יוצרים בסרט אך יש לאפשר לאחרים לעשות שימוש בתמונות כנגד תשלום, ראו: (Time Inc. v. Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130, 133-34).

חוק זכות יוצרים החדש מגן על יצירה קולנועית, כחלק מהגדרת יצירה דרמטית. מונח זה מופיע באמנת ברן (cinematographic work), בסעיף 2 בחקיקת האיחוד האירופי וחוקים מדינתיים כמו צרפת, איטליה שוויץ, דנמרק וגרמניה (לרשימת המקורות ראו **טוני גרינמן, זכויות יוצרים**, כרך א 172, ה"ש 345-346). בחלק מהארצות מקובל לחשוב כי מדובר רק בסרטים בעלי אופי דרמטי, להבדיל מסרט המתעד התרחשות ללא רכיב דרמטי או אמנותי. במדינות אחרות (אוסטרליה, גרמניה) מוסדרים שידורי הספורט באופן נפרד בחקיקה.

גרינמן, **זכויות יוצרים**, עמ' 172 מביא ממחקר שערך Marjut Salokannel, ולפיו:
"ניירות העבודה של הוועדות שהכינו את חוקי זכויות היוצרים של מדינות סקנדינביה, שנחקקו בשנות ה-90, ציינו, כי רק יצירות שמהוות ביטוי מקורי ויצירתי של יוצרן ייחשבו כיצירות קולנועיות. למסגרת הגדרה זו ייכנסו סרטי קולנוע, דרמות סרטי הנפשה...אולם, ספק אם היא תחול, לפי גישה זו, על תכניות שעניינן חדשות..."

אמנם, מדינות אחרות פירשו מונח זה ככל סרט הכולל מראות, אולם עצם העובדה שבחלק מהמדינות סוג כזה של צילום אינו נכלל בהגדרת יצירה קולנועית, מצביע אף הוא כי אין אנו מצויים בליבה של דיני זכויות היוצרים.

עוד ראו: Robert Brauneis, "The Transformation of Originality in the Progressive-Era Debate over Copyright in News" **The George Washington U. Law School Public Law and Legal Theory Working Paper**, No. 463 (2009) בעמ' 35:

"This continues to be relevant to the current debate about whether patent and copyright law should have special rules for each industry that avails itself of patent or copyright protection. It



בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גוון
02/09/2009

remains to be seen whether tailoring is a useful tool to ensure that each industry receives protection at a level that is optimal for society as a whole, or is an opportunity for each industry to ensure that as much market surplus as possible is captured by producers rather than consumers."

עוד ראו: Michael W. Carroll, "One for All: The Problem of Uniformity Cost in *Intellectual Property Law*", 55 **Am. Univ. L. Rev.** 845 (2006).

ההתנגדות מלמטה, ממשתמשי הרשת, והביקורת האקדמית מעלה תהיות באשר להגנה האחידה הניתנת היום ליצירות, הגנה יתרה יש האומרים. הטענה היא כי יש להגן רק על היצירות הנמצאות בליבה של דיני זכויות יוצרים. כך למשל: Richard A. Spinello and Maria Bottis, **A Defence of Intellectual Property Rights** (Forthcoming September 2009), סבורים כי יש לחזור להצדקות הפילוסופיות של John Lock, (שם בעמ' 150) והגל (G.W.F. Hegel, שם בעמ' 162), לדיני זכויות היוצרים, ולאבחן בין תוצרים שונים וזכויות שונות.

מכל מקום, המשיב 1 השכיל להראות כי גם במבחן אופי היצירה צילום משחק ספורט נמצא בהיקפו של מעגל דיני זכויות יוצרים ולא במרכזו. ביחס ליצירות מסוג זה יש להעניק ביתר קלות את הזכות לשימוש הוגן.

(3) היקף השימוש מבחינת האיכות והכמות

באתר המשיב 1 הועברו משחקי הכדורגל של הפרמייר ליג במלואם. המשיב 1 אינו מכחיש זאת. המבקשת טוענת כי עובדה זו כשלעצמה שוללת את הגנת השימוש ההוגן. המשיב טוען, ראשית, כי הגנת השימוש ההוגן עומדת לו על אף השימוש ביצירה בשלמותה, ומעבר לכך טוען כי מדובר ב: "שידורים המועברים באמצעות תוכנות שיתוף קבצים, אשר איכותן נמוכה בצורה משמעותית מאיכותן של שידורי הטלוויזיה; הצפיה אפשרית מול מסך



65

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

המחשב ולא מול מסך הטלוויזיה; ניתוקים ובעיות העברה הינן דבר שבשגרה" (סעיף 183 לתגובת המשיב 1). לאור זאת טוען המשיב 1 כי אין מדובר באותו קהל פוטנציאלי, וכי מרבית הצופים שידם משגת יעדיפו לצפות בנוחות בטלוויזיה. לטענתו, ע"י הגדלת כמות הצופים, תביא לכך שניתן יהיה לגבות יותר עבור פרסומות המשודרות או מוצבות במגרש.

אין מחלוקת כי האתר אותו מפעיל המשיב 1 מעביר את משחקי הכדורגל בזמן אמת במלואם. אולם את ההעתקה יש לבחון לא רק מבחינה כמותית. יש להוסיף ולבחון האם היקף ההעתקה נדרש לצורך השימוש. כך, למשל, בפרשת **פרפקט 10**, מנוע החיפוש גוגל העתיק תמונות מוקטנות לצורך הצגתן בתוצאות החיפוש. על אף שהתמונות הועתקו בשלמותן, קבע בית המשפט כי ההעתקה המלאה נדרשת לצורך איתור התמונות באמצעות מנוע חיפוש וקבע כי מדובר בשימוש הוגן (ראו פרשות **אריבה ופרפקט 10** לעיל).

כיוון שלא הובאו ראיות אין מקום לקבוע ממצאים לעניין האיכות. עם זאת, בהחלט ניתן לומר, כפי שנאמר בפסק הדין האנגלי לגבי הספרים המוזלים, כי מי שאין ידו משגת, או אינו מעוניין בספורט מספיק בכדי לשלם, ויצפה במשחקים באינטרנט, הוא אינו צופה פוטנציאלי שהיה משלם עבור צפייה בטלוויזיה. ומכל מקום הערך החברתי של הנגשת משחקי הספורט לציבור גובר, מבלי שהוכחה פגיעה משמעותית במבקשת.

על-כן גם מבחן זה מטה את הכף לכיוון השימוש ההוגן.

(4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה

ככלל ניתן לומר כי השימוש משפיע על ערך היצירה והשוק הפוטנציאלי שלה כאשר השימוש שנעשה ביצירה פונה לאותו שוק אליו פונה היצירה המקורית. המבקשת טוענת כי אין כל ספק כי אם יורשו אתרי אינטרנט להציג את המשחקים לא ניתן יהיה לכסות עלויות הכרוכות ביצירת הסרט הקולנועי המראה את משחק הספורט בזמן אמת.

זהו שיקול חשוב שכן בבסיס דיני זכויות היוצרים, כפי שציינתי, הרעיון כי כדי לעודד יצירה, יש לאפשר ליוצרים ליהנות באופן מונופוליסטי לתקופה מסוימת מפרות היצירה.



66

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

גם האמנות הבינלאומיות עומדות על כך שאין לאפשר שימוש הפוגע בניצולה הרגיל של היצירה.

עם זאת, שיקול זה יש לפרש בזהירות הראויה. בעל זכות היוצרים לכאורה, זכאי לתת רישיון לכל שימוש שייעשה ביצירתו. על כן פרשנות הקובעת כי כל שימוש מפחית, מבחינה זו, את ערכה של היצירה והשימוש הפוטנציאלי בה, ימנע כליל שימושים הוגנים. על כן יש לפרש מבחן זה בצמצום, ולא להחילו מקום שמתקיימים המבחנים האחרים לשימוש הוגן, אלא אם אותו שימוש פוגע באופן ישיר, מרכזי ומהותי בערך השוק של היצירה. פגיעה כזו לא הוכחה המבקשת ולו בראשית ראיה.

המבקשת טוענת לעניין זה, כי יש להתייחס לא רק למעשיו של המשיב 1, אלא לאחרים כמותו שיעשו שימוש דומה ויעבירו משחקים באינטרנט. בתי המשפט בארה"ב אכן לקחו בחשבון השפעה מצטברת של משתמשים רבים (ראו לעניין זה **Campbell v. Acuff-Rose** **Music Inc.** 114 S.Ct. 1164 (1994); **Nihon Keizai Shibum Inc. v. Comline Business A & M Records, Inc v. Data**, 166 F.3d (2nd Cir. 1999). כך היה גם **בפרשת נאפסטר**: **A & M Records, Inc v. Napster, Inc (Napster I)** 114 F. Supp. 2d 896 (Cal., 2000), *affd in part and revd in part*, 239 F. 3d 1004, (9th Cir., 101 (2001). באותה פרשה טענו המשתמשים, שכל אחד הוריד באמצעות האתר, מספר קבצי מוסיקה לשימוש האישי כי מדובר בשימוש הוגן. בית המשפט דחה טענה זו לאור ההיקף האדיר הכולל של הורדות קבצי מוסיקה.

יובל קרניאל ואהוד נסימיאן, "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" **עלי משפט** ג, 191 (תשס"ג), טוענים במאמרם, כי פסיקה זו משקפת בחירה באינטרסים של בעלי הזכויות והעדפתם על האינטרסים של המשתמשים ברשת והציבור בכללותו. בעמ' 220 מציינים המחברים:



67

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

"ניתן [באותה פסיקה בארה"ב] דגש רב להרחבת ההגנה על בעלי הזכויות, וזאת בדרך של הכרה בזכויות כלכליות הטמונות בשימושים שבעבר הותר ניצולם החופשי, ובמחיר של פגיעה בחופש המידע והביטוי. הסקירה הקצרה הזו ממחישה לדעתנו בצורה טובה את המגמה הכללית המביאה עמה חוסר איזון בין בעלי הזכויות לבין המשתמשים לטובת בעלי הזכויות".

לטעמי, בחינה של האפקט המצטבר של השימושים ההוגנים פוגעת בזכות המשתמשים לעשות שימוש הוגן ביצירה. אם השימוש הוא שימוש הוגן, אין להטיל סייג נוסף, של השפעה מצטברת. נניח לדוגמא שימוש הנכלל במפורש במסגרת השימושים המותרים – ברור כי שימוש מותר לא יהפוך לאסור בשל כמות המשתמשים. כן הדין לגבי שימוש הוגן. המשיב 1 עמד גם במבחן הרביעי של שימוש הוגן וניתן לסכם ולומר כי המשיב 1 הרים את הנטל להראות כי העברת משחקי הכדורגל של הפרמייר ליג, ללא תשלום, באתר האינטרנט שלו, מהווה מימוש של זכותו לשימוש הוגן.

8. סיכום

המבקשת, הפרמייר ליג, לא הרימה את הנטל הנדרש בכדי שאורה על חשיפת זהותו של המשיב 1. ראשית, ספק בעיני אם לבית המשפט סמכות בינלאומית והאם מהווה בית משפט בישראל פורום נאות לעניין זה. שנית, ספק אם ניתן לבקש צו מניעה להפרת יצירה שטרם נוצרה. שלישית, המבקשת לא הראתה כי מעשיו של המשיב מהווים הפרה של זכות מזכויותיה. על פי חוות דעת של מומחה מטעמה אין מדובר בהעתקה, לדברי המשיבה עצמה אין המדובר בהעמדה לרשות הציבור, ולדעתי, אין מדובר גם בשידור.

גם אם נניח כי בכל אלו יהיה מי שיחשוב אחרת, הרי שמנגד ביסס המשיב 1 את זכותו להמשיך ולהעביר את המשחקים באתר כמימוש זכותו לשימוש הוגן. המשיב 1 הראה כי מדובר בשימוש עם מטרות חברתיות חשובות, הנוגע ליצירה שאינה מצויה בליבת דיני



68

בתי המשפט

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
בש"א 11646/08
בתיק עיקרי: א 1636/08
לפני: כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן
02/09/2009

זכויות היוצרים. באיזון בין זכויות המבקשת, שספק אם הופרו, לבין זכויות המשיב הכף נוטה לטובת המשיב 1 כחלק מציבור המשמשים בעידן הדיגיטלי אינטרנטי.

המשיב 1 יישאר באלמוניותו ואם ירצה בכך, ימשיך להגשים את משאלתו להעביר, באותה מתכונת, משחקי ספורט לאוהדים ברחבי העולם חינם.

לאור האמור הבקשה נדחית.

המבקשת תישא בהוצאות המשיב 1 ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 50,000 ₪.

המזכירות תעביר העתק ההחלטה לצדדים וליועץ המשפטי לממשלה.

ניתנה היום י"ג אלול, תשס"ט (2 ספטמבר, 2009) בהעדר הצדדים

ד"ר מיכל אגמון-גונן, שופטת