

## טוני גרינמן, משרד עורכי דין

### עדכונים בדיני זכויות יוצרים, קניין רוחני, תקשורת ומדיה

#### העדכון מוגש כשירות ללקוחותינו

#### © איך הפכה פיראטיות פשוטה לשימוש הוגן?

בהחלטה תקדימית, יוצאת דופן ומעוררת מחלוקת, דחתה שופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ד"ר מיכל אגמון-גונן, בקשה של הפרמיר ליג, הליגה הבכירה לכדורגל באנגליה, לחשוף את פרטיו המזהים של מפעיל אתר אינטרנט אנונימי, שמעביר שידורים חיים "פיראטיים" של משחקי כדורגל של הליגה באינטרנט, ללא הרשאה מאת המבקשת, שהיא בעלת זכות היוצרים בשידורים. בכך, אפשרה השופטת למעשה למפעיל האתר להמשיך ולהעביר את השידורים על אפה ועל חמתה של המבקשת. השופטת יישמה בהחלטתה את מה שנראה בעיניה כאיזון החדש בין זכויות היוצרים לבין "זכויות המשתמשים" במסגרת חוק זכות יוצרים החדש. לדעתה, איזון חדש זה מתחייב בעידן הדיגיטלי על מנת לנצל את יתרונות הרשת.

ההחלטה נסמכת במידה רבה על הכתיבה האקדמית מהשנים האחרונות, שמבקרת את היקף זכות היוצרים ומלינה על האופן שבו היא מצמצמת, לטענת המבקרים, את נחלת הכלל ואת מרחב היצירה של יוצרים עתידיים, שמבקשים ליצור יצירות חדשות בזיקה ליצירות קיימות. אולם, ההסתמכות על מקורות אלה כה גורפת, עד שהקורא עלול לחשוב בטעות כי הוא קורא מניפסט של תנועת ה-copyleft, ולא החלטה שיפוטית שניתנת לאור חוק זכות יוצרים הישראלי.

המבקשת, הפרמיר הליג, היא בעלת הזכויות בשידורים, אשר מופקים עבורה. הגישה את בקשת החשיפה לאחר שגילתה כי המשיב מעביר בשידור חי שידורים של משחקי הכדורגל של הליגה הבכירה באנגליה, בשיטת ההזרמה (streaming). נראה, כי השידורים נקלטים בידי מפעיל האתר, או מי מהמשתתפים ברשת השיתוף, ומוזרמים למי שהתקין במחשבו תוכנה מתאימה. כל זאת, כאמור, ללא הרשאה מאת בעלת הזכויות.

השאלה הראשונה שעלתה בפני בית המשפט היא אם יש לו סמכות שיפוט בינלאומית לדון בבקשה. זאת, לאור העובדה כי שרתי האתר של המשיב, שכלל הנראה נמצאו בישראל בעת הגשת הבקשה, אינם נמצאים בה עוד, וכי, לטענת המשיב, הוא חסם את גישת הגולשים מישראל לשידורים. למרות שהשופטת סברה, לאור זאת, כי קיים ספק באשר לסמכות בית המשפט הישראלי לדון בבקשה, החליטה שלא להכריע בסוגיה, אלא לדון בבקשה לגופה.

מכאן עברה השופטת לדון בתנאים שבהם יינתן צו לחשיפת זהותו של גולש או מפעיל אתר אנונימי, שנטען לגביו כי הוא מפר זכויות יוצרים. חשיפה כזו נדרשת כדי שהמבקש יוכל לתבוע אותו. נושא זה הוסדר בהצעת חוק מסחר אלקטרוני, אלא שההצעה נדחתה בכנסת ה-17, והוסרה בינתיים מסדר יומה של הכנסת הנוכחית. בהעדר חוק מסדיר, נתגלו גישות שונות בנושא בפסיקה, אולם אלה הובעו בעיקר במקרים שבהם טען מבקש הגילוי כי המשיב הוציא עליו לשון הרע. במקרים אלה נדרשו בתי המשפט לאיזון הראוי בין הזכות לשם הטוב של המבקש לבין חופש הביטוי והזכות לפרטיות של המשיב. בתביעות שעניינן הפרה נטענת בזכות קניין רוחני, אומצה עד כה הגישה המקלה ביותר עם המבקשים, אשר תואמת את הגישה שהוצעה בהצעת החוק. היא קובעת כי יינתן צו חשיפה כל עת שמתגלה חשש ממשי לביצוע עוולה לכאורה. השופטת פלפל, שאימצה גישה זו סברה כי הזכות לפרטיות לא נועדה להגן על מבצעי עוולות ברשת ועל כן אין צורך להציב תנאים מיוחדים או מחמירים לחשיפת פרטי מי שפוגע לכאורה בזכות קניין רוחני.

השופטת אגמון-גונן חלקה על גישת השופטת פלפל, תוך שהיא מדגישה את חשיבותה של האנונימיות ברשת ואת תפקידה של זכות היוצרים בחברה דמוקרטית. השופטת קבעה כי זכויות המשתמשים ביצירות מבוססות על הזכות לכבוד, שהיא הזכות החוקתית בהא הידיעה. השופטת סברה כי ערכים אלה מחייבים כי רק במקרים של הפרות "חמורות" לכאורה יינתן צו לחשיפת זהותו של מי שנחזה להיות מפר זכות יוצרים.

אם כן, עברה השופטת לבחון אם בפנינו הפרה לכאורה של זכות יוצרים. השאלה הראשונה במסגרת זו היא, האם שידור חי של אירוע ספורט מוגן בזכות יוצרים? שאלה זו נידונה בתקופת החוק הקודם בפני בית המשפט העליון ונענתה בחיוב. בהחלטה מקדמית בתיק הנוכחי הביעה השופטת אגמון-גונן ספקות באשר להמשך תחולתה של הלכה זו לאחר חקיקת החוק החדש ובצעד חריג בהליך אזרחי, ביקשה מהיועץ המשפטי לממשלה להביע את עמדתו. בניגוד לדעתה של השופטת, הן היועץ והן המשיב, בעל האתר, סברו כי לא חל שינוי בסוגיה זו במסגרת

החוק החדש וכי שידורים חיים של אירועי ספורט עודם מוגנים בזכות יוצרים. על כן, יצא בית המשפט מנקודת מוצא כי אכן בפניו יצירה מוגנת.

מכאן עבר בית המשפט לדון בשאלה אם יש בהעברה של שידור שמופק בידי המבקשת משום הפרה של זכות השידור של המבקשת, כהגדרתה בחוק זכות יוצרים. זכות זו לא הייתה קיימת בתור שכזו בחוק הקודם, אולם היא הוכרה בפועל כחלק מזכות הביצוע הפומבי. באמנת זכויות היוצרים של ארגון הקניין הרוחני העולמי (WIPO) (אמנה שאליה ישראל טרם הצטרפה) היא כלולה כחלק מזכות ההעברה (קומוניקציה) לציבור, שכוללת בתוכה גם את זכות ההעמדה לרשות הציבור, שהיא הזכות להעמיד יצירה לרשות הציבור כך שהיא זמינה לו "ממקום ובזמן לפי בחירתו". זכות אחרונה זו נועדה לחול בעיקר על העמדת יצירה לרשות הציבור ברשת האינטרנט. בחוק החדש, בחר המחוקק הישראלי לפצל את זכות השידור מזכות ההעמדה לרשות הציבור ולהגדיר את הזכויות בנפרד. המונח "שידור" מוגדר כהעברה קווית או אלחוטית, של צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכוללים ביצירה, לציבור. אין ספק שהגדרה זו רחבה דיה לכלול העברת צלילים ומראות או שילוב של צלילים ומראות לציבור בשיטת ההזרמה, שכן התקשורת בין מחשבים עוברת דרך קווי תקשורת, או באופן אלחוטי. אף על פי כן, השופטת אגמון-גוגן סברה כי המחוקק בחר בהגדרה "תלוית טכנולוגיה" שמוציאה מתחולתה העברה דרך האינטרנט. זאת, לדעתה, מתוך הכרה בחשיבותן של זכויות תרבותיות בחברה דמוקרטית. השופטת גם סברה כי פיצול זכות השידור מזכות ההעמדה לרשות הציבור מחייב להבחין בין הזכויות באופן שלא תהיה חפיפה ביניהן. היא המשיכה להביע דעתה, כי המחוקק בחר להחיל על האינטרנט רק את זכות ההעמדה לרשות הציבור ולא את זכות השידור.

על אף הקביעה לעיל, ומתוך הכרה בכך כי קיימות דעות אחרות, לפיהן זכות השידור אכן חלה על העברת יצירה באינטרנט בשיטת ההזרמה, עבר בית המשפט לדון בטענת המשיב, לפיה מעשיו מהווים שימוש הוגן ביצירה.

היתר השימוש ההוגן, המעוגן בסעיף 19 לחוק, מאפשר עשיית שימוש הוגן ביצירה, אף ללא הסכמת בעל זכות היוצרים, למטרות כגון לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על-ידי מוסד חינוך. הוראה זו היא בין החידושים החשובים בחוק זכות יוצרים החדש, והיא אכן נועדה לאזן בין זכויות היוצרים לבין אינטרסים חשובים אחרים. היא אומצה מהחקיקה האמריקנית והחליפה את ההוראה המקבילה בחוק הקודם שאפשרה לעשות "טיפול הוגן" ביצירה למטרות מסוימות ומוגדרות. ההוראה החדשה, בעלת רשימת שימושים פתוחה, מאפשרת לבית המשפט להתיר שימושים ביצירות, שיש בהן כדי לקדם מטרות חברתיות חשובות כגון חופש הביטוי והפצת המידע, ולהגשים את תכלית זכויות היוצרים, שהיא עידוד היצירה לטובת הכלל.

החוק מצווה על בית המשפט לבחון את הוגנות השימוש, בין היתר, לאור השיקולים להלן: מטרת השימוש ואופיו; אופי היצירה שבה נעשה השימוש; אופי השימוש מבחינה כמותית ואיכותית, ביחס ליצירה בשלמותה; והשפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה. באורח מדהים, בית המשפט סבר כי כל השיקולים במקרה זה נוטים להכיר בשימוש של המשיב כשימוש הוגן.

בית המשפט החל את בחינת טענת השימוש בקביעה כי שימוש הוגן הוא זכות לכל דבר ועניין ואיננו רק בגדר טענת הגנה. מכאן, זכותו של צד שמבקש לעשות שימוש מסוים ביצירה מוגנת לפנות לבית המשפט מראש בבקשה לקבלת סעד הצהרתי שיכיר בזכותו לעשות את השימוש האמור, דבר שלא נעשה במקרה זה. בית המשפט לא המשיך לבחון את השאלה היותר חשובה שנובעת מקביעה זו והיא - על מי מוטל הנטל כאשר נטענת טענת שימוש הוגן. עם זאת, בקביעה שיש לה השלכות מרחיקות לכת בכל תחומי המשפט, קבע בית המשפט כי יש להתאים את החוק כך ש"שימושים נפוצים, הנתפשים כלגיטימיים על-ידי מרבית המשתמשים, יקבעו כשימוש הוגן".

מכאן, פנה בית המשפט לבחון את ארבעת שיקולי ההוגנות על-פי החוק. בית המשפט סבר כי במסגרת השיקול הראשון - מטרת השימוש ואופיו - יש לבחון בעיקר אם השימוש בעל אופי מסחרי, או שהוא בוצע ללא מטרת רווח, ואם יש בו תרומה לקידום ערכים אחרים החשובים לחברה. בית המשפט ציין כי השימוש במקרה זה היה לא מסחרי וללא מטרות רווח, כך שלדעתו מבחן אופי השימוש נוטה לטובת המשיב. כמו כן, בית המשפט קיבל את טענת המשיב כי השימוש שלו בשידורים נועד לאפשר לכלל הציבור להשתתף בצפייה במשחקי הכדורגל. לדעת בית המשפט זוהי מטרה חברתית חשובה. בית המשפט צייר את המשיב כמעין רובין הוד וירטואלי, שמאפשר למי שידם אינה משגת לשלם עבור הצפייה בשידורים מוגנים לעשות כן ולהשתתף, בכך, בחיי התרבות.

בית המשפט בחר להמשיך ולהסתמך על שני פסקי דין אמריקניים שעסקו במנועי חיפוש תמונות באינטרנט, וביניהם זה של "גוגל". במקרים אלה, נקבע כי השימוש שנעשה בצילומים מוגנים כתמונות ציפורן ממוזערות, המשמשות כקישורים לתמונות המלאות באינטרנט הוא שימוש הוגן, שכן מנועי החיפוש ממלאים תפקיד חברתי חשוב במתן סיוע לגולשים למצוא תכנים מוגנים באינטרנט.

בבחינת השיקול השני, ציין בית המשפט בצדק כי היצירה במקרה זה - שידורי משחק ספורט - אינה נמנית על הגרעין המרכזי של יצירות המוגנות בזכות יוצרים, כגון שירים, מחזות, סימפוניות, סרטים וצילומים אמנותיים. לכן שיקול זה נוטה לטובת קביעה כי מדובר בשימוש הוגן.

בית המשפט המשיך וקבע כי גם השיקול השלישי שעניינו היקף ההעתקה נוטה לטובת המשיב. בית המשפט קבע כי למרות שמדובר בהעברה של השידורים במלואם ובזמן אמת, יש לבחון האם היקף ההעתקה נדרש לצורך השימוש. בית המשפט הזכיר כ בפרשת מנוע החיפוש של גוגל, בית המשפט האמריקני התיר את ההעתקה של התמונות נשוא התביעה על אף שהועתקו בשלמות.

בהמשך, עבר בית המשפט לבחון את השיקול הרביעי, שהוא השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה. בית המשפט קבע כי יש לפרש מבחן זה בצמצום ולא להחילו במקום שמתקיימים המבחנים האחרים לשימוש הוגן, אלא אם אותו שימוש פוגע באופן ישיר, מרכזי ומהותי בערך השוק של היצירה. בית המשפט סבר כי המבקשת לא הוכיחה פגיעה כזו. למרות שבתי המשפט בארה"ב מדגישים כי במקרים כגון אלה יש לבחון את האפקט המצטבר של פעילות דומה לזו של הנתבע שעלולה להיות מבוצעת בידי אחרים, קבע בית המשפט כי אין לשיקול שיקול זה. על כן, סבר כי גם שיקול זה פועל לטובת המשיב.

לאור כל האמור לעיל, קבע בית המשפט, כי העברת השידורים בידי המשיב היא בגדר שימוש הוגן.

לנו נראה, בכל הכבוד, כי במקום למצוא את נקודת האיזון הנכונה והראויה בין זכויות היוצרים לבין האינטרסים של משתמשי יצירות, פסיקה זו היא מעשה מובהק של חקיקה שיפוטית, שגולשת מעבר לשאלות הפרשניות שמעלה החוק החדש, שוברת את הכלים העדינים שהוא יצר, ויוצרת אנרכיה בתחום דיני זכויות היוצרים, שזה עתה הוסדרו מחדש. זוהי החלטה מוטעית, שיש בה לגרום נזק חמור לדיני זכויות היוצרים. היא אמנם מעלה שאלות מעניינות וחשובות בסוגיה, אך מיישמת אותן במקרה שאינו מתאים, ובצורה שמובילה לתוצאה אבסורדית, ומכשירה מעשה פיראטי שאין בו כל תרומה למאגר היצירה הקיימת.

ודוק, השאלה אם משדרים של אירועי ספורט צריכים להיות משודרים בחינם בערוצים פתוחים, ולא בערוצי פרמיום, הכרוכים בתשלום, ואם כן איזה אירועים, היא שאלה נכבדת שאכן נוגעת לזכות להשתתף בחיי התרבות והספורט. אולם, תשובה לשאלה זו צריכה להינתן בידי המחוקק, או הגוף הרגולטורי המוסמך, משיקולים ציבוריים, חברתיים, כלכליים ואחרים, ולא בידי בית המשפט הבא ליישם חוק זכות יוצרים. כך גם, האיזון בין זכויות היוצרים לבין האינטרסים של משתמשי היצירות והציבור נעשה בעיקר במסגרת האיזונים הפנימיים בחוק זכות יוצרים עצמו. בין האיזונים הללו, ניתן למנות את ההבחנה בין ביטוי מוגן לבין רעיון שאינו מוגן, אי מתן הגנה לעובדות ונתונים, הגבלת תקופת זכות היוצרים ופרק השימושים המותרים בחוק, ובכללם היתר השימוש ההוגן החדש. זהו אמנם כלי פתוח, אך יש לו עוגן בדמות השימושים הספציפיים המאזכרים בו והגם שאין בית המשפט קשור לעוגן זה באופן מוחלט, אין זה ראוי שיתיר אותו לחלוטין יפליג כטוב בעיניו למחוזות של חקיקה שיפוטית מובהקת.

לגופו של עניין, אנו סבורים כי בית משפט שגה כמעט בכל רובדי ההחלטה. ראשית, גישת השופטת אגמון-גונן למבחן לחשיפת פרטיו המזהים של מפר לכאורה של זכות יוצרים באינטרנט, מציבה רף גבוה מאוד לבעלי זכויות היוצרים, שמבקשים לתבוע מפר לכאורה של זכויות יוצרים באינטרנט. ספק רב אם רף זה ראוי, שכן, כפי שאמרה שופטת בית המשפט העליון של ארצות הברית, רות בדר-גינזברג, בהקשר אחר, למרות שחופש הביטוי מגן באיתנות על זכותו של אדם להביע את דעתו, אין בו אותו משקל כאשר אדם מבקש להביע את דעתו של אחר. מי שמבקש להפיץ יצירה של אחר באינטרנט, מבלי להוסיף לה כל תרומה משלו, ורק על מנת שתהיה זמינה ללא תשלום, אינו תורם תרומה יצירתית למאגר היצירה. הוא אמנם תורם להנגשת היצירה לציבור, אך זאת תוך הפרת זכות היוצרים. כמו כן, הוא אינו זכאי לצפות כי פרטיותו תישמר גם בפני מי שנפגע מהפצה זו. על כן הצבת הרף של "הפרה חמורה במיוחד" מפקירה בפועל את זכויות היוצרים ברשת האינטרנט, אשר הופכת במהירות לפלטפורמה העיקרית להפצת יצירות. לכן היא מותירה את בעלי הזכויות בפני שוקת שבורה בניסיונם להגן על זכויותיהם.

כמו כן, אנו סבורים, בכל הכבוד, כי קביעת בית המשפט, כי זכות השידור אינה חלה על הזרמה של יצירה באינטרנט, חסרת כל עיגון בלשון החוק או בהיסטוריה החקיקתית שלו. אלה מצביעים על כך שכל הזכויות שניתנו לבעל זכות יוצרים בחוק נועדו לחול על האינטרנט, מלבד זכות ההשכרה שמצריכה עותק פיזי של יצירה. כך, למשל, למדים מהגדרת זכות ההעתקה בסעיף 12 לחוק, מהגדרת זכות השידור עצמה, מהגדרת זכות ההעמדה לרשות הציבור בסעיף 15 ומסעיף 26 שעוסק בעותקים זמניים של יצירות. אנו אמנם הבענו דעה, כי מערך הזכויות שהוענק לבעל זכות יוצרים במסגרת החוק החדש מצומצם לעומת המערך המוענק לבעלי זכויות יוצרים במדינות אחרות בעולם, אך הדברים אמורים בעיקר לעניין העדר זכות הפצה בחוק החדש. איננו סבורים, כי זכות השידור תלויה טכנולוגיה, מלבד זאת שהשידור צריך להתבצע בדרך קווית או אלחוטית. מפסיקת בית המשפט נובעת המסקנה הבלתי הגיונית, שבעוד ששידור יצירה באינטרנט לפי דרישה יהיה בגדר פעולה שמכוסה על-ידי החוק (בהיותו כלול בזכות ההעמדה לרשות הציבור), שידור שלא לפי דרישה, לא יהיה מוגן. אין כל אינדיקציה שהמחוקק התכוון לתוצאה אבסורדית שכזו, והיא אף מנוגדת, כאמור, ללשון החוק. יתרה מכך, חלק ניכר מהשידורים מתבצעים כיום דרך האינטרנט, או רשתות דיגיטליות אחרות. הוצאת שידורים אלה מתחולת החוק היא מעשה של חקיקה שיפוטית, שמנוגד בעליל לכוננת המחוקק והוא גורם לחבלה חמורה במערך הזכויות, שהמחוקק העניק לבעלי זכויות היוצרים במסגרת החוק.

קביעת בית המשפט כי העברת השידורים היא בגדר שימוש הוגן מטרידה עוד יותר. כאמור, היתר השימוש ההוגן הוא חידוש בחוק החדש. הוא כלי מאזן חשוב והשימוש הנכון בו יכול לשרת את תכלית דיני זכויות יוצרים לעודד את היצירה ולהפיץ ידע. אולם, הואיל והוא מאפשר לבית המשפט, להתיר בנסיבות המתאימות, שימוש ביצירות מוגנות ללא היתר מאת בעל זכות היוצרים, יישומו מחייב פיתוח זהיר, שקול ואחראי. אין לעשות בו שימוש לקביעת מדיניות שלא אומצה בידי המחוקק. אם תרצו, הוא מברג דק, שהוענק לבתי המשפט כדי לאפשר כיוון עדין של מנוע זכות היוצרים, על מנת שלא יזהם מבלי משים את סביבתו תוך כדי הסעתו את החברה ליעד של העשרת מאגר היצירה. במקרה דנן, נעשה בו שימוש כפטיש חמישה קילו, שמכותיו המצטברים עלולים להשבית את המנוע לחלוטין.

כאמור, דוקטרינת השימוש ההוגן לקוחה מהחוק האמריקני. בארה"ב היא מיושמת בעיקר במקרים שבהם השימוש ביצירה המוגנת הוא סוג של ציטוט, חלקי או מלא, של היצירה, בין למטרות המפורשות בסעיף 19 ובין למטרות יצירתיות, כגון סאטירה וניהול דו-שיח אמנותי. מלבד במקרים של שימוש פרטי וביתי, מעולם לא הוכר שימוש שאיננו אלא הפצה או שידור של יצירה, כפי שהיא, ללא כל תרומה נוספת מצד המעתיק או המסדר, כשימוש הוגן. גם לא בשני פסקי דין ישנים – אחד אמריקני ואחד אנגלי – שעליהם הסתמך בית המשפט בהחלטתו. נהפוך הוא, טענות לשימוש הוגן בתביעות שעסקו בהחלפת קבצי מוסיקה וסרטים ברשתות לשתוף קבצים, כגון בפרשות Grokster ו- Napster נדחו על-ידי בתי המשפט האמריקניים.

מטרידים גם דברי בית המשפט, כי יש להכריע בשאלת השימוש ההוגן בהתאם לשימושים הנתפשים כלגיטימיים בידי המשתמשים. בית המשפט אמנם הבחין בין שימושים כאלה לבין שימושים שנעשים בידיעה שהם מפרים, אלא שבפועל שימושים רבים נעשים ברשת לא משום שהם נתפשים כלגיטימיים, אלא כי הם נתפשים ככאלה שקלים ונוחים לביצוע, תוך ניצול של האנונימיות ברשת, ושהסיכויים להיתפס בביצועם נמוכים. קשה מאוד להבחין בין שימושים אלה לבין שימושים מהסוג הראשון.

אנו סבורים כי השיקולים האידיאולוגיים שהנחו את בית המשפט הובילו אותו לשגות באופן חמור ביישום כל שיקולי השימוש ההוגן כמעט. המבחן הראשון בדבר אופי ומטרת השימוש בוחן אמנם את אופיו המסחרי או הבלתי מסחרי של השימוש ואת תכליתו. עם זאת, במסגרת מבחן זה, בתי המשפט האמריקניים שמים את הדגש על השאלה אם השימוש ביצירה המוגנת הוא טרנספורמטיבי, דהיינו, אם יש בשימוש כדי ליצור יצירה חדשה, או הקשר חדש ליצירה קיימת, או כדי להראותה באור חדש, ובכך לתרום למטרות דיני זכויות היוצרים. בית המשפט האמריקני, שדן בפרשות מנועי חיפוש התמונות, מצא כי הינם טרנספורמטיביים. הם ממלאים תפקיד שונה מתפקיד היצירה המקורית. הם תורמים לציבור כלי חיפוש חשוב שמסייע לו לאתר יצירות. במקרה דנן, המשיב לא עשה דבר טרנספורמטיבי. הוא לא תרם למאגר היצירה הקיימת ולא תרם לגולשים כל כלי לחיפוש השידורים המוגנים. הוא פשוט העתיק אותם והעביר אותם למי שלא שילמו בעבור הזכות לצפות בהם. לכן, אין ספק, שלו היה מקרה זה מגיע לבית המשפט לערעורים של הסבב התשיעי, אשר נתן את פסקי הדין בפרשות מנועי החיפוש, הוא היה דוחה את טענת השימוש ההוגן בשתי ידיים.

מעבר לכך, הטענה כי פעולת המשיב מאפשרת לאנשים עניים לצפות בשידורי הכדורגל היא טענה מפוקפקת. לא הובאו בהחלטת בית המשפט כל ראיות לכך שהצופים בשידורים הפיראטיים הם עניים דווקא. השכל הישר והניסיון מצביעים על כך, כי מי שצורכים יצירות פיראטיות באינטרנט אינם דווקא מהמעמד הסוציו-אקונומי הנמוך. הם פשוט אנשים שגדלו על תרבות של צריכה חינם, תוך רמיסת זכויות היוצרים. זאת, גם אם זוהי נורמה שאינם חשים כי היא בעייתית. נהפוך הוא, במקרים רבים, אותם אנשים שידם אינה משגת, כדברי בית המשפט, אינם בעלי מחשבים, או שאינם משתמשי מחשב מתוחכמים, כאלה שמאחרים ומפעילים תוכנות שיתוף קבצים. ודוק, גם אם מפר זכות יוצרים אינו פועל ממניעים מסחריים, פעולתו עלולה לגרום נזק כלכלי לבעל זכות יוצרים ולפגוע, בכך, בתמריץ שחוק זכות יוצרים נועד לספק. ייתכן שהפרמיייר הליג, העשיר מאוד, יכול לעמוד בפגיעה כזו, אך אין בכך בלבד כדי להצדיק הפרת זכות היוצרים במקרה זה.

בית המשפט שגה גם ביישום השיקול השלישי שבוחן את היקף השימוש. כאמור, בית המשפט הסתמך על הפסיקה בעניין מנועי החיפוש. אלא, שבמקרים אלה, התמונות הוגשו לגולשים בצורה ממוזערת וברור כי לא היוו תחליף לתמונה המקורית, בגודל מלא. במקרה דנן, ההעתקה השלמה של היצירה, שלא נלוותה אליה כל פעולת עריכה, תמצות, ביאור, הערה, הארה או ניתוח, הייתה חייבת לפעול כנגד ממצא של שימוש הוגן. בית המשפט אמנם הניח – ללא כל תשתית עובדתית – כי מי שצופה בשידורים באינטרנט אינו צרכן פוטנציאלי של השידורים בתשלום בטלוויזיה – אך שיקול זה שייך לשיקול הרביעי, שיידון להלן ואינו אמור להשפיע על השיקול השלישי.

בבחינת השיקול הרביעי במסגרת בחינת השימוש, נתפס בית המשפט לשתי טעויות. ראשית, ייחס משקל מופחת לשיקול זה, שהינו בפועל אחד משני השיקולים החשובים ביותר במסגרת בחינת השימוש ההוגן (ביחד עם השיקול בדבר אופי ומטרת השימוש). שנית, התעלם מהנזק הצפוי לשוק של היצירה מריבוי שימושים מהסוג שנדון בפרשה.

כל אלה הובילו את בית המשפט להחלטה מוטעית. אין ספק שבית המשפט הונע מתוך רצון להבטיח נגישות מרבית של הציבור לשידורים. זהו מניע ראוי, אולם כאשר מצמצמים זכויות יוצרים על מנת להשיג נגישות של יצירה מן

הראוי לראות לא רק את התוצאה מיידית, אלא גם את ההשפעות ארוכות הטווח שיש לכך על התמריץ ליצור. במקרה דנן, שבו מדובר בשידורי משחקי ספורט שמגלגלים מיליארדי דולרים בשנה, ייתכן כי השפעות אלה יהיו פחותות מאשר במקרים אחרים, אשר דווקא הם עשויים להיות מושפעים מהחלטה זו.

הזכות להשתתף בחיי התרבות היא זכות יסוד, אך אין בה, כשלעצמה, כדי להצדיק העתקה או העברה של יצירה מוגנת, ללא הרשאה מאת בעל זכות היוצרים וללא תשלום תמלוגים. אכן, יש בדיני הקניין הרוחני בכלל, ובדיני זכויות יוצרים בפרט, מצבים שבהם החוק מעניק רישיון כפייה – דהיינו רישיון שמוענק מכוח חוק ומאפשר ניצול מסוים של יצירה כנגד תשלום תמלוגים. במשפט זכות היוצרים הבינלאומי אף מוכרת האפשרות של מדינות מתפתחות להתיר תרגום של יצירות ספרותיות במסגרת רישיון כפייה בתנאים מסוימים. בהחלטה זו, נטל בית המשפט למעשה את תפקיד המחוקק ויצר בפועל רישיון כפייה להעברת שידורי ספורט ללא כל תמלוגים.

העידן הדיגיטלי אכן מעלה שאלות מעניינות בדיני זכויות יוצרים. שאלה אחת נוגעת למידה שבה מן הראוי להתיר שימוש ביצירה קיימת כדי ליצור יצירה חדשה, תוך שימוש בכלים דיגיטליים. בית המשפט הזכיר בהחלטתו יצירה שזכו שהוקרנה בפסטיבל הסרטים "סנדנס". שאלה נוספת היא אם ראוי להעניק ליצירות שימושיות – שאינן בגרעין של דיני זכויות יוצרים – הגנה לתקופה הקצרה מזו המוענקת ליצירות בעלות "ערך תרבותי" גבוה יותר. שאלה נוספת נוגעת למידה שבה ראוי לפצות את בעלי זכויות היוצרים על העתקות שמתבצעות ברשת. אף לא אחת מהשאלות הללו עלתה במקרה זה. אף-על-פי-כן, זוהי החלטה שמתיימרת לחולל מהפכה בדיני זכויות יוצרים. יש להניח כי גורל המהפכה ייקבע על-ידי בית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות ערעור שתוגש על החלטה זו.

בש"א (מחוזי ת"א) The Football Association Premier League, Ltd 11648/08 נ' פלוני

## © גוון יותר לבן של זכות יוצרים

בעוד החלטת בית המשפט המחוזי בעניין הפרמייר ליג עוסקת בדה-קונסטרוקציה של זכויות היוצרים, באחרונה יצאה מבית הלורדים באנגליה פסיקה תקדימית שיש בה משום "רזורקציה" של זכות יוצרים שאבדה. במסגרת זו, ובתום הליך משפטי ממושך, החזיר בית הלורדים למתיו פישר את חלקו בזכויות היוצרים בשיר המפורסם "גוון יותר לבן יותר של חיוורון", אותן הזניח במשך 38 שנים. שיר זה, של להקת "פרוקול הרם" יצא לראשונה בשנות השישים והינו השיר המושמע ביותר ברדיו בבריטניה מאז ועד היום. את הלחן לשיר כתב סולן הלהקה והפסנתרן שלה, גרי ברוקר. המילים נכתבו ע"י מנהל הלהקה קיית' ריד. השיר הוקלט לראשונה בביצוע של הלהקה טרם הצטרפותו של פישר, שהיה אז בן עשרים. זמן קצר לאחר ההצטרפות, הוא הוסיף לתחילת השיר ריף באורגן, שהפך לקטע המוכר ביותר שלו, וכן נגינת "קונטרה" המלווה את הלחן לכל אורכו. זכויות היוצרים בשיר נרשמו על שם חברה בשליטתם של ברוקר וריד וכך הם שלטו בו וקיבלו את מלוא התמלוגים עליו במשך שנים.

והנה, אחרי 38 שנים (!) התעורר פישר וטען כי כמחבר של קטעי האורגן, הוא צריך להיחשב כמחבר משותף של השיר ואחד מבעלי זכויות היוצרים בו. לאחר שנתקבלו החלטות סותרות בערכאה ראשונה ובבית המשפט לערעורים, הגיעה התביעה לבית הלורדים, הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר באנגליה. בית הלורדים פסק, כי אכן קטע האורגן הוא חלק מהותי מהשיר וכי יש בחיבורו כדי להעניק לפישר 40% מזכויות היוצרים ביצירה המוסיקלית, דהיינו בלחן. בית הלורדים דחה את טענת ברוקר, כי פישר העביר את זכויותיו לחברה של ברוקר וריד במשתמע, שכן לא הייתה במקרה זה כל אינדיקציה לכך, כי היצירה הזמנה במיוחד מפישר, כי היה מובן לצדדים שזכות היוצרים תהיה שייכת לחברה, או שהמהות הכלכלית של "העסקה" חייבה שהזכויות בשיר יהיו של החברה בלבד.

עם זאת, התעוררותו המאוחרת של פישר עלתה לו ביוקר. בית המשפט דחה אמנם את טענת ברוקר כי שתיקתו ארוכת השנים צריכה להתפרש כויתור מוחלט על זכויותיו. אולם, הוא קבע כי יש בשתיקה זו כדי ליצור מניעות לגבי כל תביעות עבר. זאת, משום שהשתיקה יצרה מצג של השלמה עם המצב, שעל פיו כלכלו ברוקר ויתר חברי הלהקה את צעדיהם ואת הוצאותיהם. משמעות הדבר שתביעתו של פישר לתשלום תמלוגים בגין שש השנים שקדמו לתביעה (תקופת התיישנות באנגליה) נדחתה והשתתפותו בהן תהיה רק לעתיד. כך גם השתתפותו בשליטה על הזכויות ביצירה. יתרה מזו, בית המשפט ציין, מבלי לקבוע מסמרות, כי נראה כי יש לפרש את חוזה ההקלטה בין חברי הלהקה לבין החברה כמקנה לחברה רישיון לנצל את השיר במסגרת ההקלטה המקורית, נשואת החוזה, ללא חובה בתשלום תמלוגים. אם כך, פישר לא יוכל ליהנות מתמלוגים בגין השמעות של ההקלטה המפורסמת, אם כי יוכל לקבל תמלוגים בגין השמעות של מאות גרסאות הכיסוי של השיר. כמו כן, למרות שפישר הוא מעתה בעל זכות יוצרים משותף בשיר, בית הלורדים ציין כי כל בקשה שלו לצו למניעת ניצול כזה או אחר של השיר בידי החברה תצטרך להישקל בפני עצמה. יש להניח שבמקרה כזה, תתעורר שוב סוגיית השיהוי ותפעל לרעתו של ברוקר. יש לראות אם פסיקה זו תוביל לגל של תביעות דומות להכרה בזכויות יוצרים של מי שתרמו בעבר ליצירתן של יצירות, והזניחו את זכויותיהם, או שמא תהיה בגדר מקרה יחיד ויוצא דופן.

Fisher v. Brooker [2009] UKHL 41