

# טוני גרינמן, משרד עורכי דין

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

### מהדורה מיוחדת לרגל חקיקת חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007

#### העדכון מוגש כשירות ללקוחותינו. ניתן למצוא מידע מפורט יותר באתר שלנו ב- [www.tglaw.co.il](http://www.tglaw.co.il)

ב- 19 בנובמבר 2007, נתקבל בכנסת חוק זכות יוצרים, תשס"ח – 2007. חוק זה ייכנס לתוקפו ב- 25 במאי 2008, בתום ששה חודשים ממועד פרסומו ברשומות, ויחליף ממועד זה ואילך את חוק זכות יוצרים, 1911 ופקודת זכות יוצרים, אשר על-פיהם הוסדרו דיני זכויות יוצרים בישראל מאז קום המדינה. להלן אנו מביאים סקירה קצרה וראשונית של המגמות וההידושים העיקריים שבחוק החדש, תוך התייחסות לסעיפים הבולטים שבו.\*

#### מגמות עיקריות בחוק

חקיקת חוק זכות יוצרים החדש הינה סיומו של תהליך שנמשך עשרות שנים מאז התגבש קונסנזוס, כי הגיע הזמן להחליף את חוק זכות יוצרים המנדטורי, שנחקק בתחילת המאה הקודמת, תקופה שבה הקולנוע היה בבחינת טכנולוגיה חדשה, והטלוויזיה, הודיאו והאינטרנט כלל לא היו בנמצא. הליכי הכנת וחקיקת החוק שהחלו בועדת גבאי שהוקמה בשנות השבעים, עברו דרך נייר עבודה שפורסם ב- 1995, שני תזכירי חוק שפורסמו ב- 1999 וב- 2003 והצעת חוק מ- 2005 והגיעו לשיא בדיונים הנמרצים שנוהלו בוועדת הכלכלה של הכנסת ברשות ח"כ משה כחלון במהלך השנתיים האחרונות, בהשתתפות ערה של בעלי האינטרסים השונים.

האם מסע החקיקה הארוך הוליד חוק ראוי, שמגשים את הציפיות? ניתן לבחון שאלות זו באמצעות שלושה מבחני משנה: האם החוק נותן מענה לסוגיות הנדרשות והמצופות? האם המענה בהיר ויוצר יציבות משפטית? ובעיקר, האם זהו מענה נכון וצודק מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה?

למרבה הצער, המענה לשאלה הראשונה משלושת השאלות לעיל אינה חיובית. החוק החדש אינו נותן מענה לכלל הסוגיות העומדות על הפרק בתחום זכויות היוצרים כיום. מבחינה זו הוא מספק כיסוי חלקי בלבד. הוא אמנם מתייחס למספר סוגיות הקשורות בטכנולוגיות שהתפתחו מאז חקיקת החוק הקודם ועל כך יש לברך. כמו כן, הוא נדרש לשורה רחבה של היתרים לשימוש ביצירות שאכן זעקו זה מכבר להתייחסות. עם זאת, כפי שיובהר להלן, נושאים חשובים בתחום זכויות היוצרים בעידן הדיגיטאלי, כגון הסדרת סוגיית ההעתקות הביתיות ומתן פיצוי הולם לבעלי זכויות היוצרים על ההפסדים שתופעה רחבה זו גורמת להם, לא זכו להתייחסות בחוק. יש לקוות שהמחוקק יזדרז ויטפל בסוגיות הללו בהמשך.

מבחינת הניסוח, לשון החוק ברורה ומעודכנת מזו שבחוק הקודם. עם זאת, בולטים בו מספר ביטויים עמומים שיוצרים חוסר וודאות באשר למצב המשפטי במספר סוגיות חשובות. סוגיית הבעלות בזכות יוצרים ביצירה שנוצרה על-פי הזמנה תהיה תלויה מעתה בשאלה אם קיים הסכם "משתמע" ביחס אליה בין היוצר לבין המזמין. פעולה הפוגעת בזכות המוסרית תהיה מותרת אם היא "סבירה". כמו כן, בעל זכות יוצרים יהיה זכאי לפיצוי אחד בלבד ללא הוכחת נזק בגין הפרות שמתבצעות ב"מסכת אחת" של מעשים. ביטויים אלה ואחרים בחוק החדש יולידו קרוב לוודאי מחלוקות פרשניות חריפות. מבחינה זו, הזוכים הגדולים מהחוק יהיו השופטים, אשר בחלקם תיפול משימת הפרשנות.

אשר למדיניות המשתקפת מהחוק, בקהילת זכויות היוצרים אין תמימות דעים בשאלה האם החוק חזק את מעמדם של בעלי זכויות היוצרים, או שמא החליש אותן. אנו סבורים כי התשובה לשאלה זו טמונה בהבנה, כי כוחה של זכות משפטית מורכבת משילוב של שלושה גורמים: היקף הזכות, כמות הסייגים לזכות וטיבם, ואמצעי האכיפה שעומדים לרשות בעל הזכות, שהם פונקציה של הסעדים המוענקים לו במקרה של הפרה. באספקלריה זו, למרות הרחבה מסוימת של זכויות היוצר, הסייגים החדשים לזכויות אלה שנוצרו בחוק הם החידוש הבולט שבו. כאשר מביאים בחשבון גם את השינויים שחלו באשר לסעדים שיעמדו לרשות בעל זכות היוצרים בגין הפרת זכותו, אזי בשורה התחתונה החוק מחליש את

זכויות היוצרים ומטיב עם המשתמשים. המסקנה היא, שנקודת האיזון הקיימת בדיני זכויות היוצרים, בין זכויות היוצר לבין זכויות המשתמשים, ובעיקר חופש הביטוי שלהם, הוסטה לכיוון חופש הביטוי. יש שרואים בכך דבר מבורך. אחרים, ובעיקר בעלי זכויות היוצרים, סבורים כי החלשת מעמד פוגעת באינטרס הציבור בעידוד היצירה. אנו סבורים, כי האיזון החדש בין זכויות היוצרים לבין זכויות המשתמשים הינו ראוי. עם זאת, אנו מציעים על החלשת מעמד בעלי זכויות היוצרים אל מול מפרי הזכות.

בנוסף, החוק משנה את נקודת האיזון בין זכויות היוצר לבין זכויותיהם של מעסיקיו, מזמיני היצירה ובעלי זכות היוצרים מכוח רכישתה. גם כאן, ובניגוד לרושם המוטעה שנוצר בתקשורת, השינוי הוא באופן כללי, לרעת היוצרים.

מגמות נוספות ובלתי רצויות בחוק הן חיזוק מעמדה של המדינה כמזמינת יצירות וחיזוק מעמדו של הרמטכאליים בתור מחוקק המשני. החוק מעניק לראשונה זכויות יתר ביצירות שהיא מזמינה ולאחרון סמכויות רחבות מדי להתקין תקנות בשורה ארוכה של נושאים, חלקם מהותיים ביותר, כגון קביעת סוגי שימושים ביצירות אשר ייחשבו כשימושים הוגנים. מוטב היה להותיר הסדרת נושאים כגון אלה, לחקיקה הראשית.

## היצירות המוגנות

כמו בעבר, גם עתה תתקיים זכות יוצרים ביצירות ספרותיות, אמנותיות, דרמטיות ומוסיקליות מקוריות, וכן ב"תקליט", מונח שיחליף את המשג "רשומת קול" שנהגנו לעשות בו שימוש עד היום. עם זאת, חלו מספר שינויים בהגדרת היצירות השונות.

בתחום האדריכלות חלה הרחבה: בעוד החוק הקודם העניק הגנה רק ל"מעשי אמן אדריכלי", הרי שמעתה מוגנת כל יצירה אדריכלית, שיכולה להיות בניין, מבנה, או מודל לאחד מאלה. הגדרת תוכנת מחשב הורחבה אף היא ומעתה תוכנה תהיה מוגנת בכל צורה שבה היא מבוטאת.

מאגרי מידע מצאו אכסניה בחוק במסגרת הגדרת המונח "לקט", אולם הם יצטרכו לעמוד בדרישת המקוריות שתידון להלן. אם כן, ההגנה הניתנת להם תחול על הרכיבים המקוריים של המאגר, אך לא על תוכן המאגר.

החוק כולל הגדרה חדשה של "יצירה קולנועית", שהיא סוג של יצירה דרמטית. על-פי ההגדרה, כולל המונח גם "יצירה טלוויזיונית וכל יצירה שדומה במהותה ליצירה קולנועית או ליצירה טלוויזיונית". לכאורה, הגדרה זו אינה רחבה דיה על מנת שתחול על יצירות כגון מסכים של משחקי וידאו, למשל. אם אכן כך תפורש ההגדרה על-ידי בתי המשפט, ייצא שדווקא חל כאן צמצום לעומת המצב הקיים, על-פי זכו כל ההגדרות שבחוק לפרשנות ליברלית. עדיף היה, על כן, לו הוחל החוק על "יצירה אורקולית", מונח שהינו רחב מיצירה קולנועית ונהוג בחוקים זרים, כגון החוק האמריקאי.

הגדרת "יצירת צילום" (שהיא סוג של יצירה אמנותית) מוציאה מתחולתה "צילום שהוא חלק מיצירה קולנועית". מכאן נשאלת השאלה, מה דינו של הצילום זה כאשר הוא עומד לבדו אינו משולב ביצירה הקולנועית? אם אינו יצירה אמנותית, האם הוא בכלל "יצירה" העומדת בפני עצמה? או שמא הוא יכול להיות רק חלק מהיצירה הקולנועית? באופן דומה, הוצא פס הקול של היצירה קולנועית, מהגדרת "תקליט". על כן, גם כאן נשאלת אותה שאלה. אנו סבורים כי חובה יהיה למצוא את הדרך להגן על יצירות מסוג זה בתור שכאלה. יתרה מזו, תקליט הוא מעתה טביעה של צלילים, ולא של "קולות", כפי שהיה על-פי החוק הקודם. הגדרה מצמצמת זו תקשה על הגנתם של הקולות מן הטבע.

## התנאים לקיום זכות יוצרים

סעיף 4 (ב) לחוק מאמץ למעשה את מבחן המקוריות, שהוכנס למשפטנו בפסק הדין המנחה של הנשיא שמגר בעניין "אינטרלגו". בפסק דין זה, נקבע כי יצירתיות היא תנאי הכרחי לקיום זכות יוצרים ביצירה, וכי לא די בהשקעת זמן, עמל או משאבים כלכליים. הסעיף החדש קובע, בדומה לדין האמריקאי והאירופי וכפי שפסק השופט שמגר, כי מקוריותו של לקט היא בבחירה ובסידור של היצירות או החומרים באותו לקט. סעיף זה אמור לקבע את דרישת היצירתיות במשפט הישראלי ולקבור סופית את "תזת העמל", שמספר בתי משפט בערכאות נמוכות המשיכו ליישם, תוך התעלמות מההלכה שנפסקה בפסק הדין אינטרלגו.

בנוסף, קובע סעיף 4 כי על מנת לזכות בהגנת זכות יוצרים על יצירה להיות מקובעת בצורה כלשהי. בכך, שם החוק קץ למחלוקת שהייתה נהוגה עד היום בדבר קיומה של דרישת הקיבוע בדין הישראלי ומבהיר כי לא תהיה הגנת זכות יוצרים ליצירה שמצאה ביטוי בעל-פה בלבד, מבלי שתועדה.

סעיף 5 לחוק מבהיר את העיקרון שמקובל כבר היום, כי זכות יוצרים לא תהיה קיימת ברעיון, תהליך ושיטת ביצוע, מושג מתמטי, עובדה או נתון וחדשות היום, אם כי, כן תהיה זכות יוצרים על דרך ביטויים. כלומר, לא ניתן לרכוש זכות יוצרים ברעיון או נתון, אך כן אפשר לרכוש זכות יוצרים על האופן בו מובא רעיון או נתון זה לידי ביטוי.

חידוש בנוגע לתחולה הבינלאומית של זכויות היוצרים מצוי בסעיף 10 המסמיך את השר, באישור הממשלה, להגביל את זכויות היוצרים של אזרחי מדינה שאינה מעניקה הגנה ראויה ליצירות של יוצרים ישראליים. הסעיף אינו מבהיר מהי הגנה לא ראויה ולא ברור אם קיימת דרישה שהיצירות הישראליות יהיו מופלות לרע לעומת יצירות אחרות, או שמא די במצב כללי של הפקרות באותה מדינה (כגון מדינה מאוד גדולה שהתפרסמה בהקשר שלילי זה אשר ממשלתנו בוודאי לא תרצה להסתכסך אתה).

ראוי לשים לב כי בדומה להוראה שהייתה קיימת בחוק הקודם, החוק החדש נפתח בהצהרה כי, "לא תהא זכות יוצרים אלא לפי הוראות חוק זה". נשאלת כאן השאלה אם בתי המשפט יראו בהצהרה זו ביטוי של המחוקק כי אין מקום להחלת דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום היצירות, או שמא תמשך המגמה הבלתי רצויה, שהחלה בעקבות הלכת "א.ש.י.ר", של בחינת תביעות בגין הפרת זכות יוצרים בשני שלבים, פעם על-פי דיני זכויות יוצרים, ופעם נוספת בהתאם לדיני עשיית עושר ולא במשפט, המשוחררים מהאיזונים המחושבים בדיני זכויות יוצרים בין זכויות היוצר לבין חופש הביטוי.

## מהות זכות היוצרים

הפרק השלישי של החוק מגדיר מהן זכויות היוצר. זכויות אלה מרכיבות את אגד הזכויות, שהן זכויות היוצרים. בעבר, נהגנו למנות חמש זכויות משנה הכלולות באגד זה: זכות השעתוק; זכות הפרסום; זכות הביצוע הפומבי; הזכות ליצור יצירות נגזרות; וזכות ההשכרה. סעיף 11 לחוק החדש מונה מעתה שבע זכויות משנה: זכות ההעתקה (מונח שיחליף את המונח "שעתוק"); זכות הפרסום; זכות הביצוע הפומבי; זכות השידור; זכות ההעמדה לרשות הציבור; הזכות לעשיית יצירות נגזרות; וזכות ההשכרה. עם זאת, מיד ייאמר שבפועל הוספה רק זכות אחת.

חידוש החשוב ביותר בפרק זכויות הוא אימוץ זכות חדשה שלא הייתה קיימת עד היום, היא זכות ההעמדה לרשות הציבור, המעוגנת בסעיף 15 לחוק. זכות זו, שנולדה באמנת WIPO מ-1996 ומגיעה רק עתה לספר החוקים שלנו מעניקה לבעל זכות יוצרים את הזכות לעשות ביצירה פעולה "כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם". הפעולה העיקרית שעליה נועדה זכות זו לחלוש היא העלאת היצירה לאינטרנט או לסוג אחר של רשת תקשורת, שאליה קיימת גישה שוטפת.

כאמור, סעיף 11 (4) לחוק מוסיף את זכות השידור כזכות עצמאית, אם כי אין בכך חידוש של ממש, שכן זכות זו הייתה מוכרת כבר על-פי החוק הישן כחלק מזכות הביצוע הפומבי.

סעיפים 11 (6) ו-16 לחוק מכירים בזכות לעשיית יצירה נגזרת. זכות זו לא הוגדרה ככזו בחוק הישן, אולם היא הוכרה בפועל כתולדה של שילוב של מספר הוראות בדבר המרת יצירה מסוג אחד ליצירה מסוג אחר, כך שאין באימוצה שינוי רדיקלי, אם כי יש הרואים בכך הרחבה של זכויות היוצר, לפחות מבחינה הצהרתית. עם זאת, החוק שולל את הזכות לעשיית יצירות נגזרות מבעל זכות יוצרים בתקליט. לבעל זכות יוצרים ביצירה הנגזרת יעמדו ביצירתו כל הזכויות העומדות לבעל זכות יוצרים ביצירה ככלל, למעט הזכות לעשיית יצירה נגזרת נוספת וזכות ההשכרה. זוהי הוראה בעייתית, שכן אין כל סיבה, למשל, שלא לתקיים זכות השכרה בסרט שהינו עיבוד לספר.

לעומת ההרחבות לעיל, החוק מצמצם את זכות ההשכרה, שבעבר ניתנה לגבי כל יצירה והיום נתונה רק לגבי תקליט, יצירה קולנועית ותוכנת מחשב. משמעות הדבר, שיוצרי יצירות מוסיקליות הכלולות בתקליט ויוצרי יצירות המשנה השונות הכלולות ביצירה הקולנועית, אינם נהנים עוד מזכות ההשכרה שהייתה ניתנת להם בעבר על-פי פקודת זכות יוצרים. החוק גם מעגן בסעיף 17(ב), ואף מרחיב, את פסיקת בית המשפט העליון בפרשת "ספריית חולון" בקובעו שהשכרה על-ידי ספרייה ציבורית או ספרייה של מוסד חינוך אינה בגדר השכרה לצורכי מסחר. סייג זה אינו מותנה בהיות ההשכרה ללא תשלום או בתשלום סמלי. השר הוסמך לקבוע סוגי ספריות ציבוריות ומוסדות שהוראה זו תחול עליהם.

החוק לא אימץ זכות אחרת ובסיסית יותר, הכלולה באמנת WIPO, היא זכות ההפצה, אשר מעניקה ליוצר את הזכות להרשות את ההוצאה לציבור של העותק המקורי וכל עותק נוסף של יצירתו. כך, שבעוד שהחוק מעניק לבעל זכות יוצרים את הזכות לפרסם יצירה אם טרם פורסמה, לא מוענקת לו זכות לשלוט על המשך ההפצה של אותה יצירה, בדרך של העמדת עותקים של היצירה לרשות הציבור. לא ברור מדוע זכות זו לא נכללה בחוק החדש. עם זאת, כבעבר, הפצה של עותקים מפרים (שהיו בד"כ פיראטיים) של יצירה בהיקף מסחרי תהווה הפרה עקיפה של זכות היוצרים ביצירה אם המפיץ ידע או היה עליו לדעת כי מדובר בעותקים מפרים.

## שימושים מותרים ביצירות

החידושים המשמעותיים ביותר בחוק מצויים בפרק ד', אשר יוצר שורה ארוכה של סייגים לזכות היוצרים, המסיתים, כאמור, את נקודת האיזון בין זכויות היוצרים לבין זכויות המשתמשים, ובכללן הזכות לחופש הביטוי, לכיוון המשתמשים. הפרק מונה שורה של שימושים מותרים מוגדרים ובנוסף יוצר היתר מורחב לשימוש הוגן ביצירות. בין השימושים המוגדרים שהותרו בחוק החדש, בולט ההיתר להעתקת תוכנה ויצירת יצירות נגזרות ממנה, בתנאים מסוימים, ליצירת גיבוי, תחזוקה, מתן שירות, בדיקת אבטחה ותיקון פגמות, וחשוב מכל – לצורך תיקון שגיאות או התאמת התוכנה למערכת מחשב או תוכנה אחרת דהיינו, יצירת interoperability. היתר אחרון זה מצמצם בצורה משמעותית את המונופול הנתון לחברות תוכנה וכופה עליהן היבטים מסוימים של עולם הקוד הפתוח. כן בולט ההיתר ליצירת עותקים זמניים של יצירות כחלק בלתי נפרד מפעולתו של ספק שירותי תקשורת. כמן כן, ארכיונים וספריות זכו להיתר ליצירת עותקים למטרות שימור והחלפת עותקים בלויים, לרבות ע"י המרת מדיה. זוהי הוראה חשובה מאוד לשימור התרבות ויש לקוות שהמדינה תעמיד לספריות ולארכיונים את התקציבים הנדרשים למימושה.

גולת הכותרת של הפרק הינה ללא ספק סעיף השימוש ההוגן. בעוד שעל-פי החוק הקודם הותר שימוש הוגן אך ורק במסגרת רשימה סגורה של שימושים (או בלשון החוק "טיפולים") מוגדרים, סעיף 19 לחוק החדש יוצר אפשרויות לעשיית שימוש הוגן למטרות שונות ובלתי מוגדרות מראש. על-פי, שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות (חידוש גבולותיו עוד יצטרכו להתברר), וכן הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך. מילת המפתח כאן היא "כגון", שכאמור יוצרת רשימה פתוחה של שימושים שניתן יהיה להוסיף עליה בהמשך. מילה זו החליפה במסגרת הליכי החקיקה את המילים "בין השאר" שנכתבו בהצעת החוק. זאת, במחשבה שיש בה כדי לחייב כי השימושים העודפים אשר יוכרו בעתיד יצטרכו להיות קרובים יותר לשימושים המוגדרים שבגרעין ההיתר. עם זאת, בעידן של הפרשנות התכליתית, שופטי ישראל ממיילא מפרשים את החוק בצורה רחבה ויצירתיות. אם כן, אין ספק שגם בלשון "כגון" נפתח פתח רחב למדי להרחבת היתר השימוש ההוגן למטרות שונות ומגוונות. יש לקוות שבתי המשפט ידעו לצקת לסעיף זה תוכן באופן זהיר ומשכל, מבלי להפר את האיזון הרצוי בין זכויות היוצר לבין צרכי החברה. כך, יוכל היתר השימוש ההוגן לאפשר שימושים חשובים ביצירות יתומות, שבעל זכות יוצרים בהן אינו ידוע, במסגרת פעולתם של מנועי חיפוש באינטרנט ובמסגרת הרב השיח התרבותי שנוצר לעתים ע"י שימוש יצירתי ביצירות.

חידוש מרענן בסעיף השימוש ההוגן הוא ההיתר שניתן במסגרתו למטרות הוראה ובחינה. ההכרה החוקית במטרה זו, שיכולה להגשים את תכלית השימוש ההוגן, חסרה בחוק הישן. עתה, היא תאפשר גמישות יחסית בשימוש ביצירות למטרות הוראה, זאת כמובן בכפוף להגיונות השימוש. כמו כן, ניתן היתר מיוחד, המאפשר ביצוע פומבי של יצירות במסגרת פעילות של מוסדות חינוך.

סעיף השימוש ההוגן ממסד את מבחני ההגיונות שבחוק האמריקאי, אשר אומצו כבר בפסיקת בית המשפט העליון, אם כי לא תמיד יושמו במלואם. מבחנים אלה הם: מטרת השימוש ואופיו; אופי היצירה שבה נעשה השימוש; היקף השימוש ביצירה מבחינה איכותית וכמותית; השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה. הדגש צריך להיות על המבחן הראשון והאחרון כאשר במסגרת המבחן הראשון יש לקוות שתיבחן השאלה האם השימוש יוצר ביטוי חדש ("טרנספורמטיבי").

עוד יצוין כי בעוד שבעבר הוגדר השימוש ההוגן כהגנה מפני הפרה, היום הוא בבחינת היתר (פריבילגיה). משום כך ייתכן שאף יפורש כזכות של ממש של המשתמשים.

החוק משמר את רישיון הכפייה שבמסגרתו ניתן להקליט ולהפיץ גרסאות "cover" של יצירות מוסיקליות שכבר הוקלטו פעם אחת, תוך תשלום תמלוגים לבעל זכות יוצרים ביצירה. הסעיף החדש אף מרחיב את ההיתר ומאפשר, במשתמע, לבצע, תוך כדי כך, עיבוד של היצירה אף ללא הסכמת בעל זכות היוצרים. עם זאת, שלא כבעבר, בהעדר הסכמה, התמלוגים שיש לשלם עבור גרסה כזו יקבעו ע"י בית המשפט, ולא בתקנות, דבר שיסבך מאוד את השימוש בפועל בסעיף זה.

כאמור, ההיתרים השונים מותנים בתנאים אלו ואחרים. עם זאת, נראה כי אי-עמידה בהם לגבי שימוש מוגדר, לא בהכרח יסתום את הגולל על האפשרות לעשות את אותו שימוש, אם יוכל המשתמש לעמוד בתנאי השימוש ההוגן. במילים אחרות, נוצרו כאן שני מסלולים לעשיית שימוש מותר ביצירה: המסלול הישיר של ההיתר המיוחד; ומסלול השימוש ההוגן. אי-עמידה בתנאי המסלול הישיר לא שולל את האפשרות שהשימוש יותר בסופו של דבר אם ייקבע כי הוא בבחינת שימוש הוגן על-פי תנאי סעיף 19.

## הבעלות בזכות יוצרים

בתחום הבעלות הראשונית על זכות היוצרים חלו מספר שינויים. העיקרון כי היוצר הוא בעל זכות יוצרים ביצירתו נשאר על כנו, אולם בניגוד לרושם שנוצר בתקשורת, וכפי שכתבנו כבר [במהדורה הקודמת](#), בתחום היצירות המוזמנות הורע מצב היוצרים. על-פי סעיף 35 (א) החדש, נקודת המוצא היא אמנם כי היוצר הוא הבעלים של זכות יוצרים ביצירה כזו, אולם חזקה זו תשתנה אם קיימת הסכמה אחרת בין היוצר לבין המזמין, במפורש או במשתמע. הסכמה משתמעת כאמור היא מושג חמקמק שבדאי יעסיק את בתי המשפט לא מעט בעתיד. משמעותה היא, כי בניגוד למצב הקיים, כפי שהתגבש בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים האחרונות, שעל-פיו זכות יוצרים ביצירה מוזמנת תעבור מהיוצר למזמין אך ורק אם נערך ביניהם חוזה בכתב הקובע זאת, מעתה הבעלות ביצירה המוזמנת עשויה להישלל מהיוצר אף במסגרת הסכמה בעל פה, או אם השופט יסבור שכך הייתה הכוונה המשתמעת של הצדדים. [במהדורה הקודמת](#), בחנו את הנסיבות השונות שבהן עשוי בית משפט להסיק קיומה של הסכמה משתמעת שכזו.

כבעבר, זכות יוצרים ביצירה שנוצרה ע"י עובד במסגרת עבודתו תהיה שייכת למעביד, אלא אם הוסכם אחרת. סעיף 34 החדש מדגיש כי תנאי לתחולתו הוא לא רק שהיצירה נוצרה במהלך העבודה, אלא גם לצורך העבודה, אם כי נדמה כי זה היה הדין גם קודם לכן. מכל מקום, זכות היוצרים ביצירה שנוצרה על-ידי העובד במהלך עבודתו, אך לא לצרכיה, תהיה של העובד ולא של המעביד.

הזוכים הגדולים בפרק הבעלות בזכות יוצרים הם הצלמים אשר יהיו מעתה בעלי זכות יוצרים בצילומיהם. זאת, בשונה מהמצב על-פי הדין הקודם, שהעניק את הבעלות הראשונית בזכות יוצרים בצילום לבעל הנגטיב. כמו כן, בעוד שבעבר הבעלות בזכות יוצרים בצילום מוזמן הייתה בידי המזמין, (אם הוא הזמין את הנגטיב), על-פי סעיף 35 (ב) לחוק החדש, יהיה המזמין הבעלים בזכות יוצרים מכוח החוק רק אם מדובר בצילום של אירוע משפחתי או פרטי. על צילומים מוזמנים אחרים יחולו הכללים לעיל, שלפיהם הבעלות בזכות יוצרים בצילום שייכת לצלם, אלא אם הוסכם אחרת בינו לבין המזמין, במפורש או במשתמע. לעומת הצלמים, העיתונאים השכירים יצאו נפסדים מהחוק החדש. למרות שזכות יוצרים במאמריהם הייתה תמיד בידי המעסיק, פרסום מאמר במקום אחר, מלבד העיתון, חייב בעבר את [הסכמת העיתונאי](#). זכות "שלילית" זו בוטלה בחוק החדש ומעתה יהיו בעלי העיתונים רשאים לפרסם את יצירות עובדיהם השכירים בכל מקום, לרבות באינטרנט.

המדינה תהיה בעלת זכות יוצרים ביצירה שנוצרה על-פי הזמנתה או הזמנתו של עובד מדינה עקב עבודתו ובמהלכה. בכך, העניקה המדינה לעצמה מעמד מועדף לעומת מזמיני יצירות אחרים. בעידן שבו ממשלות עוברות לשימוש בתוכנות קוד פתוח, ניתן היה לצפות מהמדינה לגישה יותר ממלכתית וליברלית בנושא זה, המתחשבת באינטרס החברה בהפצת מידע.

לפי סעיף 33(2) לחוק החדש, זכות יוצרים בתקליט תהיה מעתה בידי מפיקו ולא בידי "בעל המאסטר".

חוזה להעברת זכות יוצרים ממשיך על-פי החוק להיות טעון מסמך בכתב, אולם דרישת החתימה שהייתה קיימת בחוק הקודם הושמטה. בכך נסללה הדרך להכרה בהעברת זכות יוצרים שתבצע בחליפת מכתבים בדואר אלקטרוני. כמו כן, נראה כי דרישת הכתב לא תחול עוד לגבי הסכמה על זכות יוצרים ראשונית ביצירה מוזמנת, שכאמור לעיל אפשרית אך במשתמע. על-פי החוק הקודם, דרישת הכתב הייתה קיימת גם לגבי רישיונות, אם כי בתי המשפט מזמן ביטלו אותה בפועל והכירו ברישיונות שניתנו בעל-פה ובמשתמע. דרישה זו הושמטה כליל בחוק החדש, למעט לעניין רישיון ייחודי, שיהיה טעון מסמך בכתב.

## תקופת זכות היוצרים

על-פי סעיף 38 לחוק, תקופת זכות היוצרים ביצירה נותרה משך חיי היוצר ועוד שבעים שנה לאחר מותו. גם כאן, זכו הצלמים להטבה. תקופת זכות יוצרים בצילום תהיה מעתה על-פי הכלל הרגיל, דהיינו

למשך חיי הצלם ועוד שבעים שנה לאחר מותו. זו הארכה משמעותית מאוד לעומת התקופה הקצובה של חמישים שנה בלבד שהייתה נהוגה קודם לכן והיא תשפיע על זמינות צילומים ישנים לשימוש בספרים, סרטים ופרסומים אחרים. עם זאת, על-פי תיקון שהוכנס לחוק במהלך הליכי החקיקה, הוראה זו לא תחול על צילומים מוגנים קיימים. מכאן, שכל צילום שצולם לפני כניסתו לתוקף ימשיך להיות מוגן למשך חמישים שנה ממועד הצילום בלבד ורק צילומים שיצולמו לאחר כניסת החוק לתוקף יזכו לתקופת ההגנה החדשה. אם כן, כדאי לצלמים לצאת לחופשה ולא לבצע צילומים עד ל-25 במאי 2008.

דרישות תעשיית התקליטים להאריך את תקופת זכות היוצרים בתקליט נדחו (כפי שנדחו דרישות דומות של התעשייה באנגליה) ואלה ימשיכו להיות מוגנים למשך חמישים שנה בלבד. מכאן, שבשנים הקרובות צפויות הקלטות מסוף שנות הששים ותחילת שנות הששים, לרבות של הביטלס, הרולינג סטונס וקליף ריצ'רד להפוך לנחלת הכלל. המוסיקה המוקלטת תמשיך, כמובן, להיות מוגנת.

## הזכות המוסרית

על-פי סעיף 6 (ב) לאמנת ברן, הזכות המוסרית היא זכותו של היוצר שיצירתו תיוחס לו (הזכות לקבלת קרדיט) ושלא ייעשה בה פגימה, סילוף, שינוי או פעולה פוגענית אחרת שיש בהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו. זכות זו מעוגנת עתה בפרק ז' לחוק החדש, במסגרתו נעשה קצת סדר והרבה בלגן. סעיף 45 מבהיר כי הזכות המוסרית הינה אישית ושייכת ליוצר, גם אם זכות היוצרים ביצירה שייכת מלכתחילה לאחר (בלשון החוק "גם אם אין לו ביצירה זכות יוצרים"). הבהרה זו צריכה לשים קץ לשורת הפסקות שהעניקו זכות יוצרים למעבידים ולחברות, בניגוד למהות הזכות. כן מובהר כי הזכות קיימת לתקופת זכות היוצרים ביצירה.

בצד הצמצום, נשללה זכות מוסרית מתוכנות ומתקליטים, שאינם שייכים לגרעין המרכזי של יצירות על-פי אמנת ברן. תעשיית התוכנות תחוש כאן הקלה ביחסים בינה לבין מפתחי התוכנה.

זכות ההורות, היא הזכות לקבלת קרדיט, נבחנה בעבר על-פי מבחן אובייקטיבי. ליוצר ניתנה זכות לקבלת קרדיט "בהיקף ובמידה המקובלים". מעתה היא תיבחן על-פי מבחן סובייקטיבי, כאשר הזכות היא לקבלת קרדיט "בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין". גם כאן הוענק לשופטים שיקול דעת רחב יותר ביישום ההוראה.

בהגדרת הזכות לשלמות חל שינוי בעייתי. אמנם תוקנה תקלה בתרגום הוראות אמנת ברן שאירעה בעבר ומובהר כי רק שינוי ביצירה שפוגע בשמו או בכבודו של היוצר יהווה פגיעה בזכות המוסרית. עם זאת, המילה "שינוי" שהופיעה בחוק הקודם הוחלפה במונח "שינוי צורה". כאן נשאלת השאלה, מה לגבי שינוי תוכן? האם אין שינוי מעין זה מהווה גם הוא פגיעה בזכות המוסרית? שינוי כזה יכול אמנם להיחשב סילוף או פעולה פוגענית כמשמעם בסעיף החדש, אבל אם יוצאים מנקודת המוצא שהזכות המוסרית נועדה לקדש את הקשר האישי בין היוצר לבין יצירתו, אין הכרח ששינוי יהווה סילוף או פעולה פוגענית על-פי מבחן אובייקטיבי על מנת שהיוצר יוכל להתנגד להם. לנו נראה, כי המילה "שינוי" הייתה תרגום יותר מוצלח של המילה "modification" שמופיע באמנת ברן, ולא ברור מדוע הוחלף בביטוי "שינוי צורה".

השינוי הפוגעני יותר בזכות המוסרית מבחינת היוצרים הוכנס דווקא בפרק שדן בהפרות ותרופות. סעיף 50 (ג) קובע כי עשיית פעולה הפוגעת בזכות לשלמות לא תהווה הפרה של הזכות המוסרית אם "הייתה סבירה בנסיבות העניין". הסעיף ממשיך וקובע שיקולים שבית משפט רשאי להביא בחשבון בקובעו אם הפעולה הייתה סבירה, לרבות העובדה שהיצירה נוצרה ע"י עובד במסגרת עבודתו. לא ברור מדוע המחוקק ראה לנכון להוסיף משוכה נוספת שעל היוצר לעבור בטרם יוכל לשמור על שלמות יצירתו. הרי, ממילא עליו להוכיח כי השינוי ביצירה אליו הוא מתנגד פוגע בכבודו או בשמו, ואם כבר הוכיח זאת, כיצד יוכל אותו שינוי להיחשב כסביר? מעבר לכך, נראה, כי הוראה זו סותרת את אמנת ברן. זו אמנם מציבה את דרישת הפגיעה בשם או בכבוד ומותירה בידי המדינות לקבוע את הסעדים בגין הפרת הזכות, אך היא אינה מתירה התחשבות ב"סבירות הפעולה" לעצם שאלת ההפרה. במילים אחרות, על-פי האמנה, אם שינוי שבוצע ביצירה פוגע בשמו או בכבודו של היוצר, יש לראות בכך הפרת הזכות המוסרית ואין מקום להתחשב ב"סבירות" הפעולה או השינוי.

הצעת החוק כללה הוראה לפיה יוצר יכול לוותר על הזכות המוסרית, ובלבד שהוויתור יהיה בכתב. הוראה זו הושמטה מהחוק. מכאן נראה, כי יוצר יוכל לוותר על זכותו המוסרית גם בעל-פה או במשתמע.

## הפרה ותרופות

פרק ח', פרק ההפרות והתרופות בחוק, משאיר טעם חמוץ-מתוק בפי היוצרים ובעלי זכויות היוצרים. שלא כבעבר, הפרת זכות היוצרים מוגדרת עתה כעוולה אזרחית שעליה יחולו הוראות פקודת הנזיקין. מצד אחד, מאפשרת הוראה זו להחיל על ההפרה את דוקטרינת ההפרה התורמת (שכבר הוכרה בצורה מוגבלת בפסיקה). מאידך, מאפשר הדבר לנתבעים לעלות טענות הגנה מתחמקות, כגן הסתכנות מרצון ואשם תורם. נראה, כי בסך הכול, יש כאן פיחות במעמד הקנייני של זכות היוצרים.

החוק החדש מרחיב במעט את ההפרות העקיפות של זכות היוצרים בקובעו עוולה חדשה של הפרה עקיפה של הזכות המוסרית. הפרה כזו מתקיימת כאשר אדם עוסק באופנים מוגדרים בייצור, שיווק או הפצה של עותקים של יצירה כאשר הוא יודע או צריך לדעת כי יש בהם פגיעה בזכות לשלמות. קשה להבין מדוע עוולה זו חלה רק ביחס לזכות לשלמות, ולא ביחס לזכות להורות. פגיעה בזכות האחרונה אינה פחותה בחומרתה מאשר פגיעה בזכות לשלמות והיא לבטח קלה יותר להבחנה ע"י סוחר. מכל מקום, לעומת הרחבת מעגל מפרי הזכות חל כאמור צמצום בעצם הגדרת ההפרה הראשית, כך שבסופו של דבר הוחלשה הזכות.

הפרה עקיפה נוספת של זכות יוצרים מתקיימת בהרשאת ביצוע פומבי של יצירה במקום ציבורי, דבר שמטיל אחריות על בעלי אולמות שמחה, בתי קפה ומקומות בילוי אחרים בגין ביצוע פומבי מפר. ניסיונם של בעלי אולמות השמחה לבטל סעיף זה בחוק החדש לא צלח והוא נותר על כנו. עם זאת, בהקשר להפרה זו, המונח "למטרת רווח" מחליף את המונח "לתועלתו הפרטית" שהיה נהוג בחוק החדש. נראה כי המונח הקודם היה מעט יותר רחב.

החוק החדש עורך שינויים במערך הסעדים העומדים לרשות בעל זכות יוצרים בגין הפרת זכותו. במבט ראשון, החוק מצייד אותו בארסנל סעדים מרשים, אולם זוהי טעות אופטית – בפועל ניטל העוקץ מהסעדים החשובים. כך, למשל, בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין אקו"ם נגד גלי צה"ל, הוכרה זכותו המוחלטת כמעט של בעל זכות יוצרים לקבלת צו מניעה בעקבות הפרת זכותו. החוק החדש פותח פתח לבית המשפט להימנע ממתן צו כזה אם ימצא "טעמים המצדיקים זאת". טעמים אלה אינם חייבים להיות אפילו "מיוחדים".

זה עשרות שנים מוענקת לבעל זכות יוצרים שזכותו הופרה זכות לקבלת פיצוי מהמפר ללא צורך בהוכחת נזק. פיצוי זה עבר שינויים משמעותיים בסעיף 56 לחוק. הפיצוי המינימאלי בסך 10,000 ₪ שהיה נהוג בעבר ושימש כהרתעה אפקטיבית כנגד הפרות זכויות יוצרים – בוטל. מעתה רשאי בית המשפט (אך אינו חייב) לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על 100,000 ₪ בגין כל הפרה. לכאורה, יש בכך הגדלה של סכום הפיצוי המרבי, שעל-פי החוק הקודם עמד על 20,000 ₪ בלבד לכל הפרה. אולם מעתה מצווה סעיף 56(ג) לחוק כי "יראו הפרות המתבצעות במסכת אחת של מעשים כהפרה אחת". הוראה זו עשויה לצמצם בפועל את תקרת הפיצוי במקרים שבהם בוצעו מספר מעשי הפרה או שהופרו זכויות במספר יצירות בבת אחת. יתרה מכך, באופן פרדוקסאלי, עשויה הוראה זו להטיב דווקא עם מי שמבצעים הפרות חמורות ב"מכה אחת" או במעשה מתמשך, אם לא לשמש תמריץ לכך. כל כך, יש לקוות שבתי משפט ישכילו לתת למונח "מסכת אחת" פרשנות מצמצמת.

החוק גם מספק לבתי המשפט שורה של שיקולים שהם רשאים להביא בחשבון בקביעת שיעור הפיצוי ללא הוכחת נזק. שיקולים אלה הינם בעיקרם שיקולים רגילים המובאים בחשבון בעת עריכת אומדן של נזק ממשי. יש לצער על כך, שבין השיקולים הללו לא צוין הצורך בהרתעת הפרות עתידיות ולקוות שבתי משפט אכן יביאו אותו בחשבון בעת קביעת סכום הפיצוי, שאם לא כן ייאבד הפיצוי ללא הוכחת נזק את תכליתו ההרתעתית, דבר שיפגע במצב כיבוד זכויות היוצרים.

החוק מבהיר לראשונה כי לבעל רישיון בלעדי זכות להגיש תביעה בגין הפרת זכות יוצרים.

פרק העונשין מאמץ את הוראות החוק הקיים שתוקנו בתשס"ג. יש לקוות שהוראות אלו ייאכפו ביתר שאת וכי המדינה תקציב לכך את התקציבים והמשאבים הדרושים.

## הוראות המעבר

לעניין הבעלות בזכות יוצרים ותוקפן של עסקאות ביצירות שבוצעו בטרם כניסת החוק לתוקף ימשיך לחול הדין הקודם, הוא הדין באשר למעשי הפרה שבוצעו קודם כניסת החוק לתוקף. עם זאת, לא תהיה זכות תביעה בגין מעשה שבוצע קודם לכניסת החוק לתוקף ושאינו מהווה הפרה לפי החוק החדש. סייג

זה עשוי להכשיר בדיעבד מעשים שהיוו הפרת זכות יוצרים בעת ביצועם. עולה כאן שאלה אם אין בכך פגיעה רטרואקטיבית ופסולה בזכות הקניין של בעל זכות יוצרים שביצירתו בוצעה פעולה כאמור?

## מה חסר בחוק?

בולט העדר התייחסותו של החוק למספר סוגיות בוערות בדיני זכויות יוצרים. אין בו התייחסות לסוגיית ההעתקות הביתיות, שגורמות הפסדים כבדים לבעלי זכויות היוצרים. נושא זה אמנם נדון בתזכיר חוק ובבחן ע"י משרד המשפטים ואמור להיות מוסדר בהצעת חוק עתידית. עם זאת, בעת זו, כה עמוק לתוך העידן הדיגיטלי ותופעת שיתוף הקבצים, אפשר היה לצפות שהסוגיה תמצא פתרון במסגרת החוק. בינתיים ימשיכו לחול הוראות פקודת זכות יוצרים המיושנות בעניין זה.

נושאים אחרים הקשורים לטכנולוגיה המודרנית אף הם אינם מטופלים בחוק. סוגיית אחריות ספקי שירות להפרת זכויות יוצרים באינטרנט הושארה לטיפול במסגרת חקיקת חוק מסחר אלקטרוני. אלא שבינתיים, תזכיר החוק בסוגיה זו ממתין להפיכתו להצעת חוק. נושא ההגנה על אמצעים טכנולוגיים (DRM) אינו מאוזכר לא בחוק ואף לא בכל תזכיר חוק אחר והוא נמצא בשלב הטיפול הראשוני במשרד המשפטים לאחר שנתבקשו לא מכבר עמדות מטעם הציבור.

המחוקק גם נמנע מלהסדיר את נושא הבעלות הראשונית בזכות יוצרים ביצירות קולנוע. נושא מורכב זה, שדורש התייחסות מיוחדת, ימשיך להיחתך לפי ההוראות הכלליות שבחוק, דבר שיתיר את המחלוקות החריפות שבהן שרויה תעשיית הקולנוע והטלוויזיה על כנף.

נושא נוסף שאינו זוכה לטיפול בחוק החדש הוא השיפוט בענייני תמלוגים, שכבר מספר שנים מהווה נושא למספר הצעות חוק שאינן מגיעות לכלל מימוש. נושא זה, שמוליד סכסוכים רבים בתעשייה, ראוי אף הוא להסדרה במהירות.

מבחינה זו, החוק החדש אינו מעודכן דיו לעת הנוכחית. יש לקוות שהנושאים החשובים שאוזכרו לעיל יטופלו בהקדם על מנת שיינתן מענה חוקי לכלל הבעיות הבערות בדיני זכויות יוצרים כיום.

## סיכום

חוק זכות יוצרים החדש לא יצר רפורמה מרחיקת לכת בדיני זכויות היוצרים הנוהגים בישראל. הוא מציע מעט שיפורי עמדות ליוצרים ובעלי זכויות היוצרים לצד נגיסה משמעותית בהיקף המונופולין המוענק להם מכוח זכות היוצרים. זאת, בעקבות הרחבת השימושים המותרים ביצירות.

בנוסף, למרות שבמבט ראשון, החוק מעניק לבעלי זכויות היוצרים מגוון סעדים המיועדים להגן על הזכות מפני הפרה, החלשת הזכות לקבלת צו מניעה ומושג "המסכת האחת" בסעיף הפיצוי ללא הוכחת נזק עלולים להקשות בסופו של דבר על אכיפת הזכות. מושג אחרון זה, כמו מושגים עמומים אחרים בחוק, יוצרים חוסר וודאות בסוגיות חשובות, שבוודאי יעסיק את בתי המשפט. כמו כן, חסרים בחוק פרקים חשובים הנוגעים לסוגיות עכשוויות אשר טעונות הסדרה בהקדם.

בשורה התחתונה, חקיקת החוק החדש הזיזה את נקודת האיזון שבין זכויות היוצרים לבין זכויות המשתמשים מעט לכיוון המשתמשים. יש שיברכו על כך, שכן רווחת בשנים האחרונות דעה שזכויות היוצרים כבר חרגו מהיקפן הראוי ושהרחבה זו פוגעת בחופש הביטוי ומדכאת יצירה עצמאית וחדשה. היוצרים ובעלי זכויות היוצרים יראו בה פגיעה מיותרת. בנוסף, המאזן בין היוצרים לבין בעלי זכויות היוצרים הוסט מעט לכיוון הבעלים, דבר שעלול לחזק את המגמה של ריכוז זכויות יוצרים בידי גופים כלכליים חזקים. תוצאה זו בוודאי אינה רצויה.

זכות היוצרים הייתה ונותרה זכות חשובה וכלי יעיל לעידוד היצירה, דבר שתורם לתרבות, להפצת המידע ולחברה בכלל. יש לקוות שבתי המשפט יישמו ויפרשו את הוראות החוק החדש לאור תכלית זו, תוך יצירת האיזון הנדרש בין זכויות היוצר לבין צורכי המשתמשים והחברה. יחד עם זאת, חשוב שהמחוקק יבין שתפקידו בתחום לא תם עם חקיקת החוק וכי עליו לשלים את המלאכה בסוגיות שצינו לעיל. כן יש לצפות שהסביבה הטכנולוגית הדינאמית והמשתנה תחייב התאמות והשלמות בעתיד.

\*זוהי סקירה ראשונית ותמציתית של החוק. במסגרת זו נבצר מאתנו להעמיק בסוגיות השונות. ניתוח מעמיק כאמור ייעשה במהדורה החדשה של הספר "זכויות יוצרים" מאת עו"ד טוני גרינמן שתיראה אור במהלך שנת 2008.