

## בבית המשפט העליון

דנ"א 6407/01

בפני :

כבוד המשנה לנשיא ת' אור (בדימ')  
כבוד המשנה לנשיא א' מצא  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופט י' טירקל  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופט א' ריבלין  
כב' השופטת מ' נאור

העותרות :

1. ערוצי זהב ושות'
2. תבל תשדורות בינלאומית לישראל בע"מ
3. גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ
4. מערכת תקשורת בכבלים (סי.אס.אמ.) בע"מ
5. אי.סי.אס מערכות כבלים ישראל בע"מ

נ ג ד

המשיבים :

1. TELE EVENT LTD  
2. THE ALL ENGLAND LAWN TENNIS &  
CROQUET CLUB WIMBLEDON

דיון נוסף בפסק דינו של בית-המשפט העליון בע"א  
2173/94 מיום 2.8.01 שניתן על-ידי כב' השופטים א' מצא,  
ט' שטרסברג-כהן וי' טירקל

תאריך הישיבה :

ט' בסיוון תשס"ד (4.11.03)

בשם העותרות :

עו"ד ראובן בכר  
עו"ד איריס סורוקר  
עו"ד קובי מאיר

בשם המשיבים :

עו"ד אמנון עברון  
עו"ד אמנון שורק  
עו"ד נטעלי זלצר

פסק-דין

חברות הטלוויזיה בכבלים בישראל קולטות באמצעות לוויינים שידוריהם של ערוצי טלוויזיה זרים המשודרים בארצות-חוץ; קולטות שידורים ומעבירות אותם ברשת הכבלים בישראל - בזמן אמת - למנוייהן בישראל. קליטה זו של שידורים והעברתם למנויים בישראל נעשית בהסכמתם של ערוצי הטלוויזיה הזרים. הערוצים הזרים משדרים, בין השאר, יצירות ואירועים המוגנים בדין זכות-יוצרים, והשאלה הנשאלת היא אם העברת השידורים של אותם יצירות ואירועים בידי חברות הכבלים יש בה - ואימתי יש בה - כדי להפר זכות יוצרים של בעלי הזכות? שאלה זו נדונה והוכרעה בע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב, פ"ד נה(5) 529, ועתה שומה עלינו להידרש לדיון נוסף באותה הכרעת-דין.

#### עיקרי העובדות שלעניין

2. העותרות לפנינו - חברות לשידורי טלוויזיה בכבלים - פעלו בישראל בשנים 1991 ו-1992, בהחזיקן רישיון לשידורי כבלים כהוראות פרק ב1 שלחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (חוק הבזק). להלן נכנה את העותרות חברות הכבלים או החברות או העותרות. כהוראות חוק הבזק והכללים שלפיו - כללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), תשמ"ח-1987 (כללי הבזק או הכללים) - מעבירות העותרות בכבלים מיגוון ערוצי-שידור, בהם ערוצי-חוץ הנקלטים באמצעות אנטינות-לוויין והמועברים לצופים בישראל (דרך-כלל) במישרין וללא עריכה, בה-בעת עם השידור המקורי. העברת-מימסר זו מכונה בכללי הבזק "שידורים מישניים" (כלל 1 לכללים; השוו: הגדרת "שידורים עצמיים"). כך, למשל, מעבירות חברות הכבלים לצופים את ערוצי הטלוויזיה הישראליים - הערוץ הראשון (11), הערוץ השני (22), ערוץ 10 וערוצים נוספים (ראו סעיף 6כא לחוק הבזק), וכך מועברים ברשת הכבלים ערוצי טלוויזיה זרים המשודרים בארצות-חוץ כערוצי החדשות CNN ו-BBC, ערוץ הספורט EUROSPORT ותחנות טלוויזיה המשדרות בארצות שונות - על הרוב בשפת אותה ארץ - בהן רוסיה, גרמניה, תורקיה, הודו ועוד (הערוצים הזרים או התחנות הזרות).

להבהרה נוסף ונעיר, כי העברת הערוצים הזרים נעשית לאחר שנתקבלה הסכמתו של המשדר המקורי - הערוץ הזר - דרך כלל תמורת תשלום, ולאחר שהמועצה

לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (מועצת הכבלים) אישרה העברתם של שידורי ערוץ פלוני לצופים בישראל (ראו, בהתאמה, כללים 48 ו-46 לכלל הבזק).

3. שידורי הערוצים הזרים כוללים תוכניות המשודרות בה-בעת הן בערוצים זרים והן בערוצי הטלוויזיה הישראליים. כך, למשל, תוכניות בידור פופולריות (כאירוויזיון) ואירועי ספורט (כתחרויות האולימפיאדה או המונדיאל). כך יכול הצופה בישראל לצפות בה-בעת באותו אירוע עצמו הן בערוץ שידור ישראלי (בעברית או בתרגום לעברית) והן בערוץ זר (שלא בעברית ושלא בתרגום לעברית). כפילות זו בתוכניות פופולריות היא שהוליכה לסיכסוך שלפנינו, סיכסוך הנסוב על העברת ערוצים זרים ששידרו את משחקי טורניר הטניס בווימבלדון בשנים 1991 ו-1992.

4. ואלה היו עיקרי הדברים: טורניר ווימבלדון הינו טורניר טניס הנערך מדי שנה במועדון ווימבלדון שבאנגליה (The All England Lawn Tennis & Croquet Club Wimbledon), והתחרויות בו משודרות לעולם כולו. הזכות לשדר את משחקי הטורניר בטלוויזיה שייכת במקורה למועדון ווימבלדון, והמועדון נוהג לשווק את זכויות השידור לגורמים שונים ברחבי העולם על דרך הקניית בלעדיות באיזור גיאוגרפי מסוים. זכויות השידור באיזור הגיאוגרפי הכולל את אירופה וישראל נרכשו בידי חברה גרמנית בשם UFA Film und Fernseh GmbH (UFA), וזו בתורה פיצלה את האיזור הגיאוגרפי שלה לתאי-שטח קטנים יותר ושיווקה את זכויות השידור לגורמים הפועלים באותם תאי-שטח. זכויות השידור בתא-השטח הכולל את מדינת ישראל נרכשו בידי המשיבה, חברת Tele Event - חברה זרה שעיסוקה רכישה ושיווק של זכויות שידור - אשר החזיקה ברישיון בלעדי לניצול זכויות השידור של הטורניר בתחומי ישראל בשנים 1989 עד 1993.

5. הזכות לשידור הטורניר פוצלה אפוא ונמכרה לכמה וכמה גורמי שידור ברחבי העולם, בהם שלושה מן הערוצים הזרים שחברות הכבלים נהגו להעביר דרך קבע: הערוץ הגרמני RTL Plus, ערוץ טלוויזיה תורקי וערוץ הטלוויזיה Star TV. כך יכול היה חובב הטניס הישראלי לצפות במשחקי הטורניר באותם ערוצים זרים שלא גזרו את זכויותיהם מן המשיבה אלא היו, כמשיבה עצמה, חוליה אחרונה בשרשרת המחאת הזכויות לשידורי הטורניר.

6. המשיבה סברה כי העברת שידורי הטורניר בערוצים הזרים פוגעת בזכות היוצרים הבלעדית שרכשה באותם שידורים בישראל, ועל-כן פנתה אל חברות הכבלים בדרישה כי תימנענה מהעביר את משחקי הטורניר לישראל באמצעות הערוצים הזרים.

החברות סירבו להיעתר לדרישת המשיבה בטוענן כי שידור משחקי הטורניר אינו יצירה הנהנית מזכות-יוצרים, וכי גם לו היתה זכות יוצרים בשידורים - העברת שידוריו של ערוץ זר אינה מהווה הפרה של זכות-יוצרים. נוכח עמדת העותרות הגישה המשיבה לבית-המשפט המחוזי תובענה לקבלת פסק-דין המצהיר על זכויותיה ועל הפגיעה בהן (ה"פ 931/92). בית-המשפט המחוזי (הנשיא אורי גורן) קיבל רבות מטענותיה של המשיבה - בהן הטענה כי חברות הכבלים הפרו את זכות היוצרים שלה - אך לסוף החליט לדחות את התובענה, לאחר שנמצא לו כי המשיבה אינה זכאית לקבל סעד מן העותרות דווקא. המשיבה ערערה לבית-המשפט העליון, וכאן נהפכה הקערה על-פיה.

7. פסק-דינו של בית-המשפט - מעטו של השופט מצא ובהסכמת השופטים שטרסברג-כהן וטירקל - פסק-דין ארוך ומפורט הוא, אך לענייננו-שלנו אין צורך כי נדון בפרוטרוט בכל קביעותיו ולו משום שרובן אינו עוד שנוי במחלוקת. לעת הזו נספק עצמנו בהזכירנו הכרעות-דין אלו: שידורים של משחקי הטורניר הינם יצירה המוגנת בזכות יוצרים; בנסיבות העניין קנויה למשיבה זכות תביעה לעניין הפרת זכות יוצרים בשידורי טורניר ווימבלדון בישראל; חברות הכבלים חייבות לכבד את זכותה של המשיבה ואסורות הן בהפרתה; איסור זה חל אף על העברתם של משחקי טורניר ווימבלדון כפי שהם משודרים בערוצים זרים המועברים בכבלים בישראל; בהעביר את טורניר ווימבלדון כפי ששודר בערוצים הזרים הפרו חברות הכבלים את זכות היוצרים שרכשה המשיבה. וכמסקנתו של בית-המשפט לאחר ניתוח הוראת הדין שלעניין (בעמ' 553-552 לפסק-הדין):

המסקנה הנלמדת מן האמור היא כי הסייגים המוטלים על בעל זיכיון לפי סעיף 6 כה לחוק הבזק ולפי סעיף 2 לכללי הבזק [הוראות הקובעות, בין השאר, כי העותרות לא ישררו שידורים "שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים או זכות מבצעים על פי כל דין"], חלים עליו - לצד ובנוסף לסייגים הקבועים בסעיף 48 לכללים - גם בגין העברת שידורי-חוץ מלוויין. הנחה פרשנית אחרת המבוססת על קבלת עמדתן של המשיבות [חברות הכבלים] הייתה מובילה לתוצאות בלתי מתקבלות על הדעת. כך, למשל, היה מתחייב, כי בעל זיכיון רשאי להעביר למנויי שידורי-חוץ מלוויין שיש בהם חומר תועבה, שהם תעמולה מפלגתית, או שיש בהם הסתה גזענית או לאומנית. אכן, האיסור לשדר שידורים הלוקים באחד הפגמים האמורים והאיסור לשדר שידורים שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים, נמנו בסעיף 6 כה לחוק ובסעיף 2 לכללים בזה אחר זה, וכל ניסיון להפריד בין הדבקים נידון, לדעתי, לכישלון. יתר-על-כן: אילו נתקבלה טענת המשיבות כי בהעברת שידורי-חוץ מלוויין אין לבעל הזיכיון שליטה על תוכן

השידורים, הכיצד ועל שום מה ימצא אחראי על העברת שידור הכולל חומר תועבה או הסתה גזענית, ולא ימצא אחראי על העברת שידור שיש בשידורו משום הפרת זכות יוצרים?

בהמשך הדברים מוסיף השופט מצא דברים לעניין חובתן ואחריותן של העותרות בהיותן חברות מסחריות המעבירות את השידור לצורך מסחרי (בעמ' 553-554):

בשונה מאדם פרטי, שהצטייד ב"צלחת" לקליטת שידורים מן הלוויין, המשיבות הינן חברות עסקיות. בהעברת השידורים למנוייהן יש משום הפצה לצורכי מסחר, כמשמעותה בסעיף 2(2) לחוק זכות יוצרים, ואינני רואה שמץ טעם שלא להטיל עליהן, בגין העברת שידורי-חוץ מן הלוויין, את כל החובות המוטלות עליהן בגין שידור או העברה של שידורים אחרים.

בטענת המשיבות כי חיובן לכבד זכויות יוצרים בשידורי-חוץ מן הלוויין יטיל עליהן מעמסה בלתי-סבירה, אינני רואה צורך להרחיב. חזקה על המשיבות - בהיותן גופים מקצועיים שעיסוקם בכך - שהן בוחרות מראש את שידורי החוץ אותן תעברנה למנוייהן באמצעות הלוויין במקביל לשידור המקורי. אין מקום לפקפק כלל, כי המשיבות מבררות מראש את נושאי ותוכני השידורים המיועדים להעברה בדרך זו, וממילא בידן לברר, מבעוד מועד, גם את השאלה אם יש בהעברתם משום הפרת זכות יוצרים.

משקבע כל קביעות אלו שקבע - קביעות אלו ועימהן קביעות לעניין הסעד - החליט בית-המשפט לקבל את תביעתה של המשיבה וליתן בידה פסק-דין מצהיר כלהלן:

... מכוח הרישיון שהוענק לה הייתה ל[משיבה], בשנים 1989-1993, זכות בלעדית בזכויות השידור הטלוויזיוניות של אירועי טורניר הטניס וימבלדון בתחומי מדינת ישראל, וכי בהעבירן את שידורי הטורניר במהלך התקופה האמורה, ללא קבלת הרשאה מפורשת לכך, הפרו ה[עותרות] את זכויותיה של המערערת. (בעמ' 560)

8. העותרות עתרו לקיומו של דיון נוסף בהכרעת בית-המשפט הסבה את הפרת זכות היוצרים, בהבהירן מפורשות כי אין הן מבקשות דיון נוסף ביתרת החילוקים שהיו להן עם המשיבה. בית-המשפט הורה על קיומו של דיון נוסף וזה הוא הדיון שלפנינו.

#### השאלות השנויות במחלוקת

9. בשתי סוגיות נחלקו בעלי-הדין. הסוגיה האחת נסבה על הוראת סעיף 6כה(5) לחוק הבזק, והסוגיה האחרת עניינה בדיני זכויות יוצרים. וזה פירושן של כל אחת משתי הסוגיות.

10. הסוגיה האחת: הוראת סעיף 6כה לחוק הבזק קובעת "שידורים אסורים" - מהם, ופיסקה (5) בה מרכזת עצמה בהפרת זכות יוצרים. ובלשון החוק:

שידורים אסורים  
6כה. בעל רישיון כללי לשידורי כבלים לא ישדר שידורים -

(1) .....

.....

(5) שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים או זכות מבצעים על פי כל דין.

בעלי-הדין נחלקו ביניהם בשתי שאלות עיקריות הנגזרות מהוראת-חוק זו, ואלו הן השאלות. שאלה אחת עניינה בתחום פרישתה של הוראת סעיף 6כה, והשאלה שבה היא: האם מעיקרה חלה הוראת סעיף 6כה גם על שידורים המשודרים בערוצים זרים והמועברים בזמן-אמת בהעברת-מימסר בכבלים? וביתר דיוק: האם העברת-מימסר של שידורים מערוצים זרים בזמן אמת - כדרכן של חברות הכבלים - באה בגירי האיסור על שידורים של "שידורים" כהוראת הרישה לסעיף 6כה? או אחרת: האם המושג "שידורים" שברישה לסעיף 6כה - ועימו האיסור על שידור "שידורים" אלה ואחרים - מעלה ברישתו גם העברת-מימסר של תכנית שחברות הכבלים מעבירות בזמן אמת מערוצים זרים? שאלה שנויה, מסיבה עצמה על מהותה של הוראת סעיף 6כה(5), לבירור אם מבקשת היא לקבוע - באורח עצמאי - איסור על הפרת זכות יוצרים בידי חברות הכבלים. מוסכם על הכל כי דיני זכויות יוצרים אוסרים על חברות הכבלים

להפר זכויות יוצרים, והשאלה הנשאלת היא אם הוראת סעיף 6כה(5) יוצרת - במקביל לדיני זכויות יוצרים - איסור המקנה זכות למי שחברות הכבלים פוגעות בזכות היוצרים שלו?

11. הסוגיה האחרת: במקביל לשאלות הנדרשות מהוראת סעיף 6כה שלחוק הבזק, נחלקו בעלי-הדין ביניהם על סוגיית זכות היוצרים לגופה, בין אם מקורה בדיני זכויות יוצרים ובין אם מקורה בהוראת סעיף 6כה(5) לחוק הבזק. הסוגיה בנושא זה עניינה בשאלה אם העברתם של שידורי טורניר ווימבלדון מערוצים זרים יש בה הפרת זכות היוצרים שקנתה המשיבה לשידור משחקי הטורניר בישראל? שאלה זו שאלה היא מתחום דיני זכויות היוצרים, ועומדת היא לעצמה בצד השאלות הנסבות על פירושה של הוראת סעיף 6כה שלחוק הבזק.

הבה נדון בשתי סוגיות אלו, אחת לאחת, כסדרן.

#### למהותה של הוראת סעיף 6כה לחוק הבזק

12. וכך מצווה אותנו הוראת סעיף 6כה לחוק הבזק:

6כה. בעל רישיון כללי לשידורי כבלים לא ישדר שידורים -	שידורים אסורים
--	-------------------

(1) שהם סרטים או מחזות שהמועצה לביקורת סרטים ומחזות ... לא אישרה את הצגתם על פי כל דין;

(2) שיש בהם חומר תועבה כמשמעותו בחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובכלל זה משדרים שעניינם אחד מאלה:

(1) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול;

(2) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין;

(3) הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני;

והכל כשהמישדרים המנויים בפסקאות משנה (1) עד (3) אינם, באופן מובהק,

בעלי ערך אומנתי, מדעי, חדשותי,  
חינוכי או הסברתי, המצדיק, בנסיבות  
הענין, את שידורם;

(3) שהם תעמולה מפלגתית;

(4) שיש בהם הסתה גזענית או לאומנית;

(5) שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים או  
זכות מבצעים על פי כל דין.

(הערה: הוראת סעיף 6 כה(2)(1) עד (3) הוספה לאחר שניתן פסק-הדין שבערעור, אך אין בתיקון כדי לאצול על ענייננו).

נוסיף ונזכיר כי הוראה דומה - דומה במהות וזהה ברובה בנוסח - תימצא לנו בכלל 2 לכללי הבזק. כלל 2(5) לאותם כללים אוסר על חברות הכבלים לשדר שידורים "שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים או זכות מבצעים על פי כל דין".

שני בעלי-הדין סברו כי פיתרון המחלוקת שנתגלעה ביניהם יימצא בהוראת-החוק שבסעיף 6 כה לחוק הבזק. כך טענו השניים לפנינו באריכות - בכתב ועל-פה - בנושא פירושה הראוי של אותה הוראה - על-פי לשונה ועל-פי תכליתה - ולמותר לומר שכל אחד מהם הסיק מסקנה ניצחת כי הן לשון ההוראה הן תכליתה, גם זו גם זו, תומכות בגירסתו, הנוגדת את גירסת חברו. על-כך אסכים עם באי-כוחם המלומדים של בעלי-הדין, על-כך שהוראת סעיף 6 כה לחוק הבזק הוראה חשובה היא, אפשר אף חשובה ביותר. אלא שהמפתח לפיתרון המחלוקת לא בהוראת-חוק זו יימצא, מכל מקום - לא הפיתרון במלואו. כפי שהערנו בדברינו למעלה, שתי שאלות הן העולות לפנינו בעניינה של הוראת סעיף 6 כה לחוק הבזק, ונפתח את מסענו בשאלה הנסכה על היקף פרישתה של הוראת חוק זו.

סעיף 6 כה לחוק הבזק: החל הוא על "שידורי מישנה"?

13. השאלה הנשאלת היא, אם איסור שאוסרת הוראת-חוק זו מחיל עצמו - מעיקרו - על "שידורי מישנה", דהיינו, על שידורי ערוצים זרים המועברים - בהיתר הערוצים הזרים - כמות-שהם ובזמן אמת כחלק מהעברת אותם ערוצים בשלמותם. פירוש לענייננו: האם האיסור שנאסר על חברות הכבלים ברישה לסעיף 6 כה לחוק הבזק:



האיסור לשדר "שידורים" אלה ואחרים, האם איסור זה תופש גם בשידורי-מישנה, דהיינו, בהעברת שידורים של אחרים?

14. טוענות חברות הכבלים וכך הן אומרות: יש להבחין הבחן היטב בין שידור ראשוני וכינויו "שידור" (או "שידורים") לבין "שידור מישני", או "העברת" שידורים, דהיינו, העברה של שידורי ערוצים אחרים בזמן אמת. טעם ההבחנה: שידור ראשוני, המשדר שולט בו וממילא ניתן להטיל עליו אחריות באשר לתוכן השידור. לא כן הוא בהעברת שידורים, שבה אין המשרת שולט כלל בתוכן השידורים, וממילא אין זה נכון וראוי להטיל עליו אחריות באשר לתוכנו של השידור. אשר להוראת סעיף 6 כה לחוק הבזק והאיסור שהיא אוסרת על חברות הכבלים, עניינו של אותו איסור אין הוא אלא בשידור ראשוני, שידור שחברות הכבלים שולטות בו. אין אותו איסור מחיל עצמו על העברת שידורים, שכן אין להניח שהחוק ביקש לאסור על חברות כבלים איסור שאין הן יכולות, מעיקרם של דברים, לעמוד בו. והרי כתוב מפורש הוא שאין גוזרין גזירה על הציבור אלא-אם-כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה.

15. לחיזוק ולאישוש טענתן מציינות חברות הכבלים כי הבחנה זו שבין שידור (אקטיבי) לבין העברה (פסיבית) מקובלת בענף התקשורת. כך, למשל, ההבחנה המקובלת בין broadcasting (שידור) לבין transmission (העברה), או בין transmission (שידור) לבין retransmission (העברה). גם המחוקק עצמו, כך מוסיפות החברות וטוענות, מצא להבחין בין שידורים לבין העברת שידורים, ואף הוסיף וקבע במיקצת עניינים נורמות שונות החלות על "שידורים", מזה, ועל העברת שידורים, מזה. כך, למשל, בעוד אשר הוראת סעיף 6 כה מסיבה עצמה על "שידורים", קרא (על-פי הטענה): על שידורים ראשוניים, הוראות אחרות, כהוראת סעיף 6 כא לחוק הבזק - מדברות על "העברת שידורים" של שידורי הטלוויזיה המשודרים לפי חוק בישראל.

16. המשיבה כופרת בטענתן זו של חברות הכבלים, וטענתה היא כי איפכא מסתברא. דווקא משום שהחוק מדבר, דרך כלל, רק על "שידורים" - לא על העברת שידורים - דווקא משום כך יש להחיל את מושג ה"שידורים" גם על שידורים המשודרים על-דרך של העברה. ואשר להעברת שידורי טלוויזיה המשודרים לפי חוק בישראל והמועברים על-ידי חברות הכבלים, הוראת סעיף 6 כא שלחוק הבזק סותרת את טענת החברות. לטענת המשיבה, הוראת סעיף 6 כה מחילה עצמה הן על שידורים ראשוניים הן על שידורי-העברה, ודווקא הפטור הניתן בהוראת סעיף 6 כא (3) מחובת תשלום לבעלי זכויות יוצרים וזכויות מבצעים - בהעברת שידורי טלוויזיה המשודרים

לפי כל חוק בישראל - דווקא פטור זה מלמד כי לעניין העברה על דרך הכלל חלה הוראת סעיף 6 ככה שלחוק.

17. חברי השופט מצא בחן חילוקי דעות אלה שבין בעלי הדין ודעתו הייתה כדעת המשיבה, לאמור: "הסייגים המוטלים על בעל זיכיון לפי סעיף 6 ככה לחוק הבזק ולפי סעיף 2 לכללי הבזק חלים עליו ... גם בגין העברת שידורי חוץ מלוויין" (פיסקה 25 לפסק הדין, בעמ' 552). טעם הדבר (שם, שם):

הנחה פרשנית אחרת ... הייתה מובילה לתוצאות בלתי מתקבלות על הדעת. כך, למשל, היה מתחייב כי בעל זיכיון רשאי להעביר למנוייו שידורי-חוץ מלוויין שיש בהם חומר תועבה, שהם תעמולה מפלגתית, או שיש בהם הסתה גזענית או לאומנית.

דעתי בסוגיה זו כדעתו של חברי.

18. דעתי היא (ראו עוד להלן, פסקה 21 ואילך), כי הוראת סעיף 6 ככה, ברובה - ומכל מקום לעניין זכויות יוצרים - אין היא הוראה מהותית יוצרת דין. הוראת-חוק זו היא מעין קונפדרציה של איסורים אשר נקבעו במקומות אחרים - בחוק העונשין, בדיני בחירות, בדיני זכויות יוצרים ועוד - ואשר לוקטו וקובצו להם יחדיו תחת חופה אחת, להורותנו וללמדנו כי חלים הם אף על חברות הכבלים. איסורים אלה, ברובם, קיימים הם לעצמם ומכוחם של החוקים אשר יצרום. כך הוא (בעיקרו) האיסור על שידור תועבה וכך הוא האיסור על הפרת זכויות יוצרים. אותם איסורים חלים ממילא על חברות הכבלים - כשם שחלים הם על כל אדם או גוף בישראל - והוראת סעיף 6 ככה נועדה להזכירנו כי חלים הם גם על חברות הכבלים, לרבות על מסכת היחסים שבין חברות הכבלים לבין הרשות המוסמכת. אפשר אף כי הוראת סעיף 6 ככה באה לזהירות-יתר (ex abundantia cautela) ולמניעת טענות סרק כטענותיהן של חברות הכבלים לפנינו.

ואמנם, לא יעלה על הדעת - כדברי חברי השופט מצא - כי יוענק לחברות הכבלים אישור גורף וחסיונות מפני-חוק, להעביר לצופים בישראל כל שידור וכל תוכנית של ערוצים זרים - גם אם נוגדים הם בעליל חוק בישראל - אך באשר נכללים הם בערוצים זרים המועברים על-ידן. אכן, הואיל ואין להן שליטה על תוכני השידורים כשליטתו של המשַׁר המקורי, עשויות חברות הכבלים להיקלע לקשיים מסויימים. כך, למשל, אם ישודר לפתע - בלא אזהרה מוקדמת - סרט פורנוגרפי בערוץ זר המועבר בידי חברת כבלים פלונית. כך הוא אף לעניינם של איסורים אחרים החלים על חברות

הכבלים, כגון הוראת סעיף 6 כד לחוק הבזק, האוסרת על חברות הכבלים לכלול פירסומת בשידוריהן. גם איסור זה חל, לכאורה, על חברות הכבלים, ולא נתקשה לצייר שימוש לרעה בהליך ה"העברה" של שידורים לו אחרת אמרנו. במקרים אלה גם עשויים להימצא פיתרונות הילכתיים לקשיים המתעוררים, אלא שאין צורך כי נכריע בשאלה זו שלא הועמדה להכרעתנו. מכל מקום, לכל מכה ימצא מרפא, ולא עלינו המלאכה לגמור. אשר לזכויות יוצרים, לו סברנו כי שידור מועבר פלוני מפר בגופו זכויות יוצרים, היינו ממליצים לחייב את חברות הכבלים כהוראות דיני זכויות יוצרים ולא היינו מוצאים להן חסינות אך באשר השידור המפר הוא שידור "מועבר" ולא שידור ראשוני.

אכן, קשה להלום כי חוק הבזק - חוק שעיקרו בתחום המינהלי - נתכוון להקנות לחברות הכבלים חסינות מפני הפרת זכות יוצרים, דהיינו, לשלול זכות מבעליה של זכות יוצרים. אמת נכון הדבר: חוק הבזק יכול היה, לו אך ביקש, לשנות מדיני זכות היוצרים ולחסן את חברות הכבלים מפניהם; ואולם לו כך אירע, היינו מצפים שהשינוי ייעשה בקול תרועה: במפורש ובאורח ברור כיאה לשינוי חוק, לא-כל-שכן חוק ותיק ומושרש. כך אמנם עשה חוק הבזק בהוראת סעיף 6 כא ב, בנושא העברת "שידורי הטלוויזיה המשודרים לפי כל חוק לציבור בישראל...". לעניינם של שידורים אלה - השידורים בערוץ הראשון, בערוץ השני ובערוץ 10 - מחייב החוק את חברות הכבלים (בהוראת סעיף 6 כא (א) ב) כי תעברנה "העברה מלאה, בזמן אמיתי, ללא כל קטיעה או עריכה..." שידורים המשודרים בערוצים אלה. בה-בעת מוסיף החוק וקובע (בסעיף 6 כא (ב)), כי בשל העברת שידורים כאמור אין חברות הכבלים חייבות בתשלום כלשהו "למי שמסדר את השידור המקורי ולבעלי זכויות היוצרים וזכויות המבצעים בשידורים". כך הוא בעניינם של ערוצים אלה הישראליים; לא כך הוא באשר לערוצים זרים ששידוריהם מועברים בכבלים. על אלה חל הדין הכללי, לרבות דיני זכויות יוצרים. יתר-על-כן: הפרת זכות יוצרים הפרה היא גם אם נעשתה בתום לב ושלא בידועין; וזה, על דרך העיקרון, דינן של חברות הכבלים אף-הן.

עוד ניתן לטעון, למשל, כי במקרה שחברת כבלים מעבירה שידור בלא הסכמת המשדר המקורי - דהיינו: בניגוד לכלל 48 לכללי בזק - יש לחייב את החברה בהפרת זכות יוצרים. ואולם למותר לומר שלא נכריע בשאלה זו.

19. כללם של דברים: דעתי כדעתו של חברי, השופט מצא, לעניין תחום התפרשותם של האיסורים המנויים בסעיף 6 כה לחוק הבזק; פירוש: איסורים אלה חלים לא אך על שידור ראשוני אלא על העברת שידורים אף-היא.

20. נעבור עתה אל השאלה השניה הנגזרת מהוראת סעיף 6 ככה שלחוק הבזק, והיא, לעניין מהותה של הוראת סעיף 6 ככה(5) ולעניין היחס שבינה לבין הדינים הכלליים שענינם זכויות יוצרים.

סעיף 6 ככה לחוק הבזק: האם יוצר הוא איסור במקביל לדיני זכויות יוצרים?

21. כפי שאמרנו למעלה, המפתח לפיתרון המחלוקת בין בעלי-הדין, לא בהוראת סעיף 6 ככה לחוק הבזק ימצא לנו; מכל מקום - לא הפיתרון במלואו. טעם הדבר: סעיף 6 ככה, הן על-פי לשונו הן על-פי תכליתו, לא נועד כלל - אלא אם נאמר בו אחרת - ליצור איסורים שהדין לא אֶסְרָם לפניו או לשנות מאיסורים שנקבעו לעצמם בדין. הוראת-חוק זו לא נועדה, בעיקרה, אלא להריק מכלי-אל-כלי - מהוראות-דין אחרות אל-תוכה - איסורים קיימים שנוצרו ונתגבשו במערכות דין אחרות, בלא שנתכוונה ליצירה חדשה. חריגים לתכלית זו - ומטעמים ייחודיים לכל חריג וחריג - ימצאו לנו בהוראת סעיף 6 ככה(2)(1) עד (3) (אשר הוספה לאחר שניתן פסק-הדין שבערעור; ראו עוד: בג"ץ 5432/03, 5477 ש.י.נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, טרם פורסם); אפשר במיקצתו של סעיף 6 ככה(3) (על-פי לשונו: איסור על תעמולה מיפלגתית מעבר לתקופות הנאסרות בדין), ובמיקצתו של סעיף 6 ככה(4) (לעניין הסתה "לאומנית").

22. הנה-כי-כן, לשונה של הוראת סעיף 6 ככה לשון מצומצמת ולקונית היא. מטילה היא איסורים בלא לבארם ולפרשם, ונדרשים אנו מאלינו להיזקק למקורות חוץ-לחוק-בזק כדי להבינם. מהי, דרך משל, "תעמולת בחירות" האסורה בשידור? מהי הסתה גזענית האסורה בשידור? מיהם אותם סרטים שנאסרו בפירסום בידי המועצה לביקורת סרטים ומתנות? הפיתרון לכל אלה לא ימצא לנו בלשון הסעיף אף לא בחוק הבזק. אין זאת אלא שהחוק מבקש להפנותנו - מיקצת במפורש מיקצת מכללא ובמשתמע - לאותן מערכות נורמטיוויות שמהן באו באיסורים. וכך, למשל, מהי תעמולת בחירות האסורה בשידור אם לא תעמולת בחירות שחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959 מדבר בה? אכן, חוק הבזק אינו מבקש - בעיקרם של דברים - לשנות מנורמות איסורים שנקבעו במקומות אחרים - לא לשנות, לא לגרוע, לא להוסיף, לא לפרש ולא לבאר; מבקש הוא אך לאמץ אותן נורמות כמות-שהן.

23. זה אף דינו של האיסור על הפרת זכות יוצרים שבסעיף 6כה(5). חברות הכבלים אסורות בשידור שידורים "שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים או זכות מבצעים על פי כל דין". הוראת חוק זו אינה מרחיבה, אינה גורעת ואינה משנה מהוראות הדין הקיים. כל שעושה היא אינו אלא שמאמצת היא אל-תוכה הוראות דין קיים כמות-שהן. לשון אחר: הוראת סעיף 6כה(5) אינה עושה דבר לבד מהחלת דיני זכויות יוצרים (ומבצעים) על חברות הכבלים. האיסור - איסור מדיני זכויות יוצרים הוא; וכדי להבין ולדעת מהו אותו איסור ומה תחום פרישתו שומה עלינו לפנות אל דיני זכויות יוצרים. בחוק הבזק לא נמצא תשובות לשאלות אלו ולשאלות אחרות כיוצא בהן. רק דין זכויות יוצרים - הוא ולא אחר זולתו - ילמדנו אם הפרו חברות הכבלים את זכויות היוצרים של המשיבה.

24. כללם של דברים: הוראת סעיף 6כה לחוק הבזק אוסרת על הפרת זכות יוצרים "על-פי כל דין" אך אין - לא בה ולא במקומות אחרים בחוק הבזק - פירוט לאיסור זה. האיסור הוא מדין זכות היוצרים, וכדי להשיב לשאלה אם הפרו חברות הכבלים זכות יוצרים של המשיבה, נטל הוא המוטל עלינו לפנות אל מערכת הדין של זכויות היוצרים.

25. דבר אחרון בהקשר ענייננו עתה. נשאלת מאליה שאלה: אם אמנם לא נתכוונה הוראת סעיף 6כה(5) לחוק הבזק - וכמותה הוראות-מישנה נוספות שבהוראת סעיף 6כה - להוסיף על הדין הקיים, מה טעם ראה המחוקק להטריח עצמו ולחוקק את המובן מאליו? והרי כלל פרשנות ידוע הוא (אמנם, כלל מפוקפק לעצמו) כי אין המחוקק משתת מיליו לריק? יתר-על-כן: וכי חברות הכבלים לא היו חייבות בכבודן של זכויות יוצרים גם לולא הוראת סעיף 6כה(5)? כפי שאמרנו למעלה, התשובה לשאלה היא - ככל הנראה - זו, שהוראת סעיף 6כה, כמוה ככלל ההוראות שבחוק הבזק, פועלה הוא בתחום המשפט הציבורי; ולא אך בתחום המשפט הציבורי על דרך הכלל אלא, בעיקר, בגידרי מסכת היחסים שבין חברות הכבלים לבין הרשות המוסמכת. פירוש: הפרה כי תפר חברת כבלים איסור מן האיסורים הקבועים בסעיף 6כה, רשאית ומוסמכת היא הרשות לבוא חשבון עם החברה המפרה ולהטיל עליה סנקציות על-פי החוק. כך, למשל, לולא הוראת סעיף 6כה(5) אפשר היתה הפרת זכות יוצרים מצד חברת כבלים מקנה זכות לבעל זכות היוצרים, אך כך ולא עוד. באה הוראת-חוק זו ולימדה אותנו כי הפרת זכות יוצרים פועלה הוא גם בתחום היחסים שבין חברת הכבלים לבין הרשות המוסמכת.

26. עד כאן - למהותה של הוראת סעיף 6 כה לחוק הבזק. ומשהיגענו לכלל מסקנה כי הוראת סעיף 6 אין בה, כשלעצמה, כדי לסייע לנו בפתרון הסוגיה שלפנינו, נעבור לסוגיה העיקרית, והיא, האם הפרו חברות הכבלים את זכות היוצרים של המשיבה.

האם הפרו חברות הכבלים את זכות היוצרים של המשיבה?

27. על-פי דיני זכויות יוצרים בישראל - ההפרו חברות הכבלים את זכויות היוצרים של המשיבה? נקדים ונזכור, שאין חולקים לפנינו כי שידוריהם של משחקי הטורניר בטלוויזיה זוכים - על דרך העיקרון - להגנה בדין זכות יוצרים. סוגיה זו היתה שנויה במחלוקת בערכאות שקדמו לנו, אך משהוכרעה השאלה לטובתה של המשיבה, ולא נתבקש בה - וממילא לא הוחלט כי יהיה בה - דיון נוסף, הנחתנו היא זו, כי קיימת על דרך העיקרון זכות יוצרים בשידורי הטורניר. השאלה אינה אלא אם הפרו חברות הכבלים במעשיהן זכות שהמשיבה מחזיקה בה מכוח דיני זכויות יוצרים. שאלה זו אמורה להיות מוכרעת על-פי הוראות חוק הקופירייט האנגלי משנת 1911 - ובשמו המקורי: COPYRIGHT ACT, 1911 - אשר הוחל על פלשתינה (ישראל) בשינויים זעירים (שאינם לענייננו) על-ידי דבר מלך במועצה לשנת 1924. בהמשך דברינו להלן נידרש מקרוב להוראות חוק הקופירייט האנגלי, אך עד שנבוא אל טרקלין החוק, רואים אנו מחובתנו - עוד בהיותנו בפרוודור - להקדים הערת-פרשנות אחת; וכפי שנראה להלן הערה זו נועד לה תפקיד מפתח בדיון שלפנינו.

הערה לפירושו של חוק ותיק בעידן של שינויים מפליגים וטכנולוגיה מתקדמת

28. משימה לא-קלה הונחה לפיתחנו: הוטל עלינו ליטול לידינו את חוק הקופירייט האנגלי - חוק שנחקק בשנת 1911, לפני כמעט מאה שנים - ולחפור בו למציאת פיתרון לסוגיה שנטוטה בימינו, ימי הטלוויזיה והטלוויזיה בכבלים, ימי הלוויין, המחשב והאינטרנט. נותנים בידינו כלי-מלאכה שהיו בשימוש (מועיל) בעידן רחוק, לפני כמאה שנים - כלי-חוק שנוצרו שנים רבות לפני היות הטלוויזיה ושנים רבות מאוד לפני היות הלוויין והמחשב - ומבקשים מאיתנו לפתור בהם בעיות שיוצרי הכלים אף לא חלמו עליהן. על דרך ההפלגה ניתן לומר, כי הנה זה נִתְּנוּ בידינו של רופא מנתח כלי-ניתוח שהיו בשימוש לפני מאה שנים, ומבקשים אנו אותו לבצע ניתוח הנערך בימינו באמצעות משקפי-מיקרוסקופ. ואמנם, משנדרש בית-המשפט העליון בארצות-הברית

לסוגיה כסוגיה המונחת עתה לפנינו, מצאנו את השופט פורטס (Justice Fortas) מעיר כי פיתרונה של הסוגיה מצריך מיומנות כשל הודיני ולא חוכמה כחוכמת שלמה:

This case calls not for the judgment of Solomon but for the dexterity of Houdini. We are here asked to consider whether and how a technical, complex, and specific Act of Congress, the Copyright Act, which was enacted in 1909, applies to one of the recent products of scientific and promotional genius, CATV [Community Antenna Television].

Fortnightly Corporation v. United Artists Television INC., 88 S.Ct. 2084, 2091 (1968)

ואמנם, נוכח הפער הרחב שנפער בין המציאות הטכנולוגית שהייתה קיימת בשנת 1909, לעת חקיקתו של חוק זכות היוצרים בארה"ב, לבין המציאות הטכנולוגית של שנת 1968 - עת נתינתו של פסק הדין - קרא בית-המשפט למחוקק לעשות מעשה. המחוקק נענה לקריאה, ובשנת 1976 - לפני למעלה מרבע מאה - שיפץ את חוק זכות היוצרים והתאימו על-פי רוחו לעידן הכבלים והלוויין (עידן שעוד מעט קט יראה אף הוא, בעיני בנינו ונכדינו, כעידן הקרח). ואילו אנו, בישראל, שקטנו, ולמרות ניסיונות חוזרים ונשנים שנעשו לחדש את פני החוק להתאמתו למציאות ימינו - תעֶדְנָה על כך הצעות החוק השונות שהובאו לפנינו - טרם תוקן החוק, ואנו נותרנו ובידינו אותו חוק זכות יוצרים שנחקק לעת שטלוויזיה ולוויינים ומחשב נמצאו אך בספריו של ז'ול וֶרוֹן. ובחוק זה מבקשים אותנו למצוא פיתרון לבעיה שימינו אלה עוררו.

29. אמת נכון הדבר: מאז ומעולם נדרשו בתי המשפט להתמודד עם פערים שנתהוו בין דברי-חוק והלכות של יום האתמול לבין תופעות החיים שליום המשפט. המשפט והחוק, לעולם משפט וחוק של-אתמול הם, והתקדמותם התקדמות איטית, זהירה ומחושבת היא. ואילו המציאות, זו משתנה והולכת כל העת, לעיתים במהירות מסחררת. כך המציאות וכך סכסוכים המתגלעים לרקע אותה מציאות. אכן, דרך העולם היא "שהישגי המדע והטכנולוגיה מקדימים קביעתן של נורמות הנוהגות בחברה והסדרי-דין הנקבעים בידי המחוקק מעת לעת" (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו (1) 419, 459). אלא שעל הרוב משכיל המשפט לשנות עצמו עם המציאות המשתנה, וגם בהיווצר פער בין לשונו של חוק לבין

המציאות, נוטלים אנו כלי-פרשנות בידינו ובעזרתם עושים אנו להדביק את הפער ולהעלות ברשת החוק את חידושי המציאות. גמישות זו היא אחת מתכונותיו הראשוניות והתרומיות של המשפט, וכפי שלימדנו הנשיא זמורה כבר לפני שנים רבות בפרשת ז'בוטינסקי נ' מדינת ישראל (בג"ץ 65/51, פ"ד ה(2) 801, 811):

זהו כוחו של חוק חרות - המדבר לא בלשון קזואיסטית כי אם בלשון נורמטיבית - שהוא יוצר בזה כלים אשר יכולים להכיל גם תוכן שעדיין לא היה בנמצא בשעת מתן החוק.

וכך גם הורנו השופט שניאור זלמן חשין בפרשת יורשי אבראהים דור נ' שר האוצר (בבג"צ 180/52, פ"ד ו 908, 911):

זה כוחו של חוק, שאינו מיועד לזמנו בלבד, ורק למטרה המצומצמת והקרובה אשר היתה לנגד עיניו של המחוקק שעה שחקקו. וכל עוד יש בידו של המוסד האכזקוטיבי להשיג את המטרה אשר הוא משווה לנגד עיניו במסגרת החוק הקיים - ויהא זה חוק ישן שנועד לצרכים אחרים - אין לבוא בטענה עמו, שהוא משתמש בחוק לתנאי מציאות חדשים.

ראו עוד: בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 510; ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 561; א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ג-1993), כרך שני, 220-221, 267-270; כרך שלישי, 528-530.

30. ואמנם, כך נוהגים בתי-המשפט מאז-ומקדם, שעושים הם את הניתן - בגידרי הלשון - לפרישת חופתו של חוק חרות על תופעות שבאו לעולם לאחר חקיקתו של החוק, וכך גם אם לעת החקיקה לא יכול היה מחוקק אף לשער קיומן של אותן תופעות. חובתו הראשונה של בית-המשפט היא לעשות צדק בין המתדיינים לפניו, ובמילוי חובתו זו יעשה כל הניתן במיסגרות הדין הקיים, גם אם פיתרון שיימצא לו לא יהיה הפיתרון המיטבי. בפרשת גדבאן נ' מדינת ישראל (בג"ץ 5785/03, טרם פורסם), נדרשנו לתופעה החדשה יחסית של תרומת איברים - תופעה שטרם הוסדרה במלואה בידי המחוקק - ואלה דברים אמרנו שם:

המשפט משתרך-הולך לו בעקבות חידושי המדע והטכנולוגיה. כך היה בעבר, כך הוא בימינו וכך יהיה בימים יבואו. פיגור זה שבזמן טבוע במהותם של דברים. נתקשה לכונן מישטר חיים ולטוות רשת חבויות הכרוכות בשהייתו של אדם ב"עיר-חלל" כל עוד לא



נשלחה חללית אל החלל, ומכל מקום תלאות היום-יום תוכפות עלינו מכדי שנעסיק עצמנו בקשיים המזומנים למי שיבואו אחרינו. אכן, נוסחאות משפט קיימות המטילות חבות משפטית, ניתן להתאימן לאירועים שטרם חווינו ושלא חזינו בהם: כך על דרך ההיקש, כך בפיתוחם של עיקרי-יסוד במשפט, כך בטכניקות משפט אחרות. ואולם ידענו כי כל שהוא כביצה - ביצה טובה הימנו. ואנו, את הביצה נבקש לנו ולא את הדומה לביצה. כך ייאמר על דרך הכלל, ולא-כל-שכן ייאמרו הדברים בנושאים שאין הם, בעיקרם, נושאים טכניים.

31. בית-המשפט יבקש לעשות את המיטב, ואולם לא תמיד יעלה חפצו בידו. כך יארע, דרך כלל במקום שבו נפער חלל גדול בין המציאות לבין דברו של חוק אשר נחקק לריקעה של מציאות שונה בתכלית. כך, בעיקר, בחוקים תלויי-טכנולוגיה ובהוראות חוק הנסמכות על טכנולוגיה הנוהגת לעת חקיקתו של החוק; במקרים מעין-אלה ייאמר, כי לא עלה בידו של בית-המשפט להכניס אל תחום המשיכה של החוק תופעות-מציאות אלו ואחרות שלעת חקיקת החוק לא היו מציאות אלא דמיון. פער מעין-זה - פער שאינו ניתן לגישור - ייפער מקום שמילות החוק לא תוכלנה להכיל בקירבן את תופעות החיים החדשות בלא שתקרוסנה; ומשיימצא לנו כי כל כלי-מלאכה שניתנו בידנו לפירוש ולהתאמת לשונו של חוק למציאות משתנה לא יצלחו למתיחת הלשון בלא שתפקע. אמרנו על-כך בפרשת דוקר נ' סלמון (רע"א 6339/97, פ"ד נה(1) 199, 253-254):

כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצימצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה ימתח קרום המעטפת עד לקצה-יכולתו. משהגענו לכאן, ואם נוסיף ונרחיב, יפקע הקרום והמילה או הביטוי יאבדו ממשמעותם הגרעינית ... וכפי ששורר ת' ס' אליוט (Thomas Stearns Eliot) בקווארטט הראשון (Burnt Norton) של הפואמה Four Quartets:

Words strain,  
Crack and sometimes break, under the burden,  
Under the tension, slip, slide, perish,  
Decay with imprecision, will not stay in place,  
Will not stay still.

ובתרגומה של אסתר כספי (ת' ס' אליוט, ארבעה קווארטטים, המעורר, 1999):

... מְלִים נְדָרְכוֹת,  
נְסֻדָּקוֹת, יֵשׁ וְנִשְׁפָּרוֹת, מְכַבֵּד הַנְּטָל,  
מְעַצְמֵת הַמֶּתַח, מוֹעֲדוֹת, מַחְלִיקוֹת, אוֹבְדוֹת,  
נְמָקוֹת מְאִי-דִיּוֹק וְלֹא יִפְיֶרֶן מְקוֹמָן,  
לֹא יִדְעוּ מְנוּחַ. ...

32. ואמנם, בימינו אלה, ימים של טכנולוגיה המשתנה במהירות נגד עינינו המשתאות, מתקשה לעתים המשפט של-אתמול להתמודד עם תופעות חיים של-היום; שהתופעות העוטפות אותנו כיום הן לעתים כה שונות וכה משונות, עד כי נתקשה לעיתים במאוד להחיל עליהן כללי-משפט - ואף דוקטרינות - שהמשפט של-אתמול נבנה עליהם. עמדנו על-כך בדברי ההקדמה לספרו של עו"ד נמרוד קוזלובסקי, המחשב וההליך המשפטי (תשס"א-2000), ונביא מיקצת מן הדברים:

המשפט נועד לארגן ולהסדיר חיי הווה על-פי ההשקפות הרווחות בחברה כפי שהן מעת-לעת; וככל שהטכנולוגיה נוגעת בדבר, בונה המשפט עצמו על מצב הטכנולוגיה הידועה, על ה- state of the art. המשפט בא בעקבות הטכנולוגיה ומתאים הוא עצמו לטכנולוגיה המשתנה. כך היה בשכבר הימים; כך הוא כיום; כך יהיה לעתיד-לבוא. זה הוא טבע הדברים. כיצד מתאים המשפט עצמו לטכנולוגיה? אף אתה אמור: שיטת המשפט בונה עצמה - בתשתיתה - על מיסגרות-מחשבה: על עיקרי-יסוד, על דוקטרינות, על קונספציות; על נורמות ועל תפישות-עולם המשמשות בה-בעת גם בבנייתה של שיטת המשפט גם ביצירתה ובהתחדשותה מעת-לעת. שיטת המשפט רצופה הוראות-מסגרת ומושגי-מסגרת - הוראות ומושגים אשר מעיקרם נוצרו לקליטת שינויים - ועל דרך זו מתאימה היא עצמה לשינויים בטכנולוגיה; בעיקר לשינויים מישניים, אך לא רק להם. כך, למשל, דרכי כריתתו של הסכם. ניתן לומר כי עיקרי העקרונות השליטים כיום בדרכי כריתתו של הסכם נקבעו בתקופת-הכרכרות, ובכל-זאת ניתן להתאימם לתקופת הסילון, הטלגרף והטלפון. כלי-המשפט גמישים הם במידה מספקת - כך ניבנו מתחילתם - עד שיכולים הם לעכל מערכות לא-שיערו-ראשוניים. שיטת משפט ראויה נדמית היא לבית שניבנה היטב כך שיעמוד ולא יקרוס ברעידת-אדמה; ורעידת-אדמה כי תבוא, ינוע הבית ויזוע אנה-ואנה, אך לעת רגיעה על עומדו יעמוד כשהיה.

כך בשינויי אבולוציה. לא כך בשינויי רבולוציה, ברעידות-אדמה ההורסות ערים ומשקעות אותן

במעמקי-ים. וכיום מצויים אנו בשינויי טכנולוגיה של רבולוציה. שכן המחשב - ועימו האינטרנט - אינם אך מוטציה של צורות חיים קודמות שהיכרנו ואשר בִּיתָנוּ כשיטת המשפט. חיים חדשים הם, והילוכם אין הוא כהילוך צורות החיים שהורגלנו לחיות בחברתן. הילוך הוא כהילוך הפרש (הסוס) במשחק השח-מט: מהלך הוא לא לגמרי קדימה; לא לגמרי אחורה; לא לגמרי אל-צד; לא לגמרי באלכסון; מהלך הוא מעט מזה ומעט מזה והרי הוא לעצמו. ואולם בכך נבדלת צורת החיים החדשה מן הפרש, שהפרש יודעים אנו מראש כיצד ינוע, ויודעים אנו - מי-פחות מי-יותר - כיצד נגונן על עצמנו בהתקיפו אותנו; ואילו צורות חיים חדשות אלו של המחשב והאינטרנט טרם ירדנו לחיקרן, טרם הגענו אל תחתית הבור. נקישה אחת בירושלים, ואתה בתל-אביב; נקישה שניה, ואתה באוסטרליה; נקישה שלישית - המערכת מתמרדת והכל נמחק כלא-היה. החילון נעים במהירות האור בעוד שגופנו בכרכרה וזרימת מחשבתנו כמהירות הכרכרה.

.....

בחלקים ניכרים במשפט - בהם ההליך המשפטי, משפט הקנין הרוחני, חלקים מדיני חוזים, חלקים מדיני נזיקין, דין הפרטיות ועוד - כלי המשפט שבידינו לא יסכנו עוד לשימוש יעיל ביישומם על דרכי הטכנולוגיה החדשה: קהים הם מכדי לנתח בהם בחדות מצבים חדשים הנוצרים; צרים הם מהכיל קשיים שעל-דרך; קצרים הם מהגיע אל מקומות רחוקים. כך במחשב, כך ברשתות מחשבים, כך באינטרנט ... נעיין בדברים ונראה כי רעידת-האדמה תחת רגלינו היא מאותן רעידות המניעות יבשות ממקום למקום; כי דינים וכללים שחונכנו עליהם, מתחילה לכרסם בהם אי-רלוונטיות; כי גם אנו, מן העולם של אתמול, אם לא נמהר ונשנה עצמנו - נתאים עצמנו לעולם החדש - אפשר שגם אנו נהפוך להיותנו בלתי-רלוונטיים.

אכן, התשתית משנה עצמה מעיקר. השינוי אינו אך בכללים הפוזיטיביים. השינוי מגיע עד הדוקטרינות שבמשפט אף-הן. עידן זה שאנו על סיפו, לא עוד נוכל להחיל עליו באורח ראוי נורמות שידענו והיכרנו. ניסיון כי נעשה ליישם על המחשב והאינטרנט נורמות הידועות לנו מכבר, נדמה בעינינו למי שמבקשים להעביר פיל בקופה של מחט.

ראו עוד: תב"מ 16/01 ש"ס - התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' חבר הכנסת

אופיר פינט, סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נה(3) 159, 165.

ובתירגום לענייננו עתה: ניסיון כי נעשה להחיל כללים ספציפיים של חוק הקופירייט משנת 1911 על פעולתן של חברות הכבלים שעה שמעבירות הן העברת-מימסר שידורי טלוויזיה של ערוצים זרים אל בתי הצרכנים - נידמה בעינינו כמי שמבקשים להשחיל פיל בקופה של מחט. וכדימויו החריף של השופט פורטס בפרשת Fortnighrly (לעיל, שם, שם): פירוש חוק הקופירייט בהחלתם של כלי הפרשנות הרגילים על התהליך של העברת שידורי טלוויזיה בכבלים, נדמית לניסיון לתקן מכשיר טלוויזיה במקָּת. ובלשונו:

Applying the normal jurisprudential tools - the words of the Act, legislative history, and precedent - to the facts of this case is like trying to repair a television set with a mallet.

33. הסוגיה שהוטל עלינו להתפלש בה מצויה בחלל שנפער בין חוק-של-אתמול לבין עולם-של היום. הנה הוא חוק שנשתל בתחילתה של המאה העשרים - בשנת 1911 - ושורשיו במאה שקדמה לה, והנה היא המציאות של היום, בה הפך עולמה של האנושות לכפר תקשורת גלובלי. והרי לא ימצא מי שיכפור באמירה כי מי שחוקקו את חוק הקופירייט אף לא חלמו על מציאות של היום. השאלה אינה אלא אם הכללים שקבע החוק בשנת 1911 כוחם עימם להורותנו פיתרון לחילוקי הדעות שבפנינו? האם ניתן - וראוי - למתוח את מילות החוק עד כי תופעת הכבלים תבוא בהן? או שמא נאמר, השינויים שנתחוללו בעולם הטכנולוגיה מאז היות חוק הקופירייט הם כה גדולים ומהותיים עד כי ניסיון לדוחסם אל תוכם של כללי-החוק יביא לפגיעתן של המילים, לקריסתו של ההסדר? אלו שאלות נדרשים אנו להתמודד עימם, ומשנתמודד - גם נוכל להן.

34. דבר אחרון. גנבים היו בינותינו מאז-ומקדם, והצורך בדיבר "לא תגנוב" יעיד על-כך. המפירים קניין רוחני אין מכנים אותם גנבים, ואולם גזלנים הם העושים עושר על חשבון הזולת. חוק הקופירייט משנת 1911 נועד להגן על יוצרים ודומיהם מפני גזלני קניין רוחני, וצורך זה לא פחת גם בימינו; נהפוך הוא. במובן זה הבסיסי לא נתקשה לומר כי חוק הקופירייט כוחו במותניו גם כהיום הזה. אלא שענייננו אין הוא ב"נורמה הבסיסית" של חוק הקופירייט. על זו לא יחלוק איש, והגזלן יחוב במעשיו. השאלה הנשאלת היא מיהם שנראה בהם גזלנים על-פי חוק הקופירייט, ובלשון אחר: האם על-פי המיסגרות והדפוסים המשפטיים שיצר חוק הקופירייט, מעשי חברות הכבלים להפרת קופירייט ולגזילת קניין רוחני ייחשבו? שאלה זו - שאלה המייסדת

עצמה ספק על פרשנות משפטית ספק על מדיניות משפטית - היא הניצבת לפנינו לפותרה. ובהמשך דברינו נדון אמנם ונפרש.

חוק הקופירייט - ההפרו חברות הכבלים זכות יוצרים של המשיבה? - שיקולי עיקרון

35. כפי שראינו לעיל, זכות היוצרים לשדר בישראל את משחקי ווימבלדון הייתה קנויה למשיבה. השאלה שלענייננו אינה אלא אם ב"העברת" שידוריהם של ערוצים זרים למנוייהן בישראל - שידורים שנכללו בהם משחקי ווימבלדון - נתחייבו חברות הכבלים בהפרת זכותה זו של המשיבה. ענייננו עתה הוא בפירושו של החוק האנגלי - Copyright Act, 1911 (להלן נכנה אותו חוק הקופירייט) - ומתוך שחוק זה לא הורק אל הלשון העברית, נוסחו המחייב הוא הנוסח בלשון האנגלית (סעיף 24 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981). השאלה הנשאלת היא, אפוא, אם על-פי הוראות חוק הקופירייט הפרו חברות הכבלים את זכות היוצרים של המשיבה.

36. חוק הקופירייט מונה בגופו מעשים אלה ואחרים שהזכות הייחודית לעשותם קנויה לבעלים של זכות היוצרים, וכהוראת סעיף (1)2 שבו, רואים פלוני כמי שהפר זכות יוצרים, מקום שבלא רשות מבעליה של זכות היוצרים עושה הוא מעשה שהזכות הייחודית לעשותו על-פי חוק הקופירייט קנויה לבעל זכות היוצרים. עיון במניין אותן זכויות ילמדנו לדעת כי המחוקק האנגלי, כמינהגו, הלך בדרך הפרגמטית והקזואיסטית, במנותו בפרוטרוט זכויות אלו ואחרות הקנויות לבעל זכות יוצרים. לענייננו עתה אין צורך כי נמנה אותן זכויות או נקרא אותן בשמן. ראו: ד"ר שרה פרזנטי, דיני זכויות יוצרים (מהד' שנייה, תש"ס-2000), כרך ב', חלק שלישי (זכויות היוצר), 723 ואילך; טוני גרינמן, זכויות יוצרים (תשס"ד-2003), פרק 8 (זכויות היוצר), 167 ואילך.

37. אין צורך בדמיון מפליג כדי להבין כי אין בו בחוק הקופירייט הסדר - לא הסדר ישיר ולא הסדר עקיף - לנושא העברת שידוריהם של ערוצים זרים בכבלים. מטעם זה הסתמכה המשיבה על מושגי מיסגרת שנטבעו בחוק במקורו, ולטענתה יש בהם באותם מושגים כדי לזכותה בתביעתה. מבין כל אותן זכויות לבלעדיות הקנויות לבעל זכות היוצרים, צריכות לענייננו שתי זכויות עיקריות: זכות הביצוע הפומבי (public performance) הקנויה לבעל זכות היוצרים - זכות שלה, בעיקר, נדרשו בעלי הדין בטיעוניהם - וזכות ההפצה לצורכי מסחר אותה הזכיר חברי השופט מצא בדבריו (ראו פסקה 7, לעיל). הבה נעמוד בקצרה על שתי הזכויות האמורות.

38. המושג performance הוגדר בסעיף 35(1) לחוק הקופירייט, ולפיו:

Interpretation 35. (1) in this Act, unless the context otherwise requires, -

"Performance" means any acoustic representation of a work and any visual representation of any dramatic action in a work, including such a representation made by means of any mechanical instrument.

וכך, למשל, העלאתו של מחזה על הבימה או הצגתו בטלוויזיה הם בבחינת public performance. אשר לזכותו של בעל זכות היוצרים, על כך שחה לנו הוראת סעיף 1(2) לחוק הקופירייט, ולפיה:

Copyright 1. (1) ...

(2) for the purposes of this Act, "Copyright" means the sole right ... to perform ... the work or any substantial part thereof in public; if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof; and shall include the sole right,-

(a) to ... perform ... any translation of the work;

הפצתה של יצירה לצורכי מסחר או באופן העלול לפגוע בבעל זכות היוצרים מהווה אף היא הפרה של זכות היוצרים. וכהוראת סעיף 2(2)(b) שלחוק הקופירייט:

Infringement of copyright 2. (1)

(2) Copyright in a work shall also be deemed to be infringed by any person who -

(a) ...

(b) distributes either for the purposes of trade or to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright;

לטענת המשיבה, בשידור משחקי ווימבלדון אשר נכללו בשידוריהם של ערוצים זרים שהועברו בכבלים, הפרו חברות הכבלים את זכותה הייחודית בישראל ל- public performance של המשחקים - אפשר אף הפיצו את השידורים לצורכי מסחר (כדעתו של חברי) - ומכאן זכותה כלפי חברות הכבלים. הבה נידרש לסוגיה זו.

39. טענת המשיבה היא, כי חברות הכבלים מעבירות שידורים של חומר החוסה בצל הגנת זכות היוצרים. בתיתנו דעתנו לכך שחוק הקופירייט אינו מעסיק עצמו כלל ב"שידורים" (broadcasting), שאלה ראשונה היא אם שידור - שידור ראשוני - של יצירה ברדיו, בטלוויזיה, באינטרנט ובכל דרך אחרת יכול שיהווה - על דרך העיקרון - הפרת זכות יוצרים. תשובתנו לשאלה היא על דרך החיוב, כנגזר מזכותו הבלעדית של בעל זכות היוצרים ל- public performance של היצירה. תשובה זו נראית בעינינו תשובה סבירה, הגיונית וראויה. ראו והשוו: רע"א 6141/02 אקו"ם נ' גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625; ע"א (ת"א) 1000/80 בלומרט נ' הסניף הישראלי של הפדרציה הבין-לאומית של תעשיית התקליטים, פ"מ תשמ"ב (ב) 156. כל כך, בדומה לזכויותיהם של מבצעים ומשדרים על-פי חוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984. כן הוא הדין באשר לשידור מקורי, שידור ראשוני, של חומר החוסה בהגנת זכות היוצרים. כך הם, למשל, שידוריהן העצמיים של חברות הכבלים וכך הם שידוריהם של אותם ערוצים זרים - שאֵלה ואלה שידורים מקוריים וראשוניים הם.

40. ואולם אנו, אין ענייננו בשידורים ראשוניים של חברות הכבלים. ככל שהערוצים הזרים נוגעים בדבר - והם לענייננו עתה - פעילותן של חברות הכבלים אינה אלא פעילות-של-מימסר והגברה. ניתן לכנות פעילותן זו - וכך אמנם מקובל לכנותה - שידור-מישני - והשאלה היא אם שידור-מישני על דרך של פעילות-מימסר בא אף הוא בגידרי המושגים public performance ו-distribution כמשמעותם וכהוריייתם בחוק הקופירייט. ואולי אף בגידרן של אחת מן זכויותיו האחרות של בעל זכות היוצרים, למשל, הזכות to exhibit in public או הזכות to import (הנזכרות בסעיף 2(2) שלחוק הקופירייט. התשובה לשאלה זו, כפי שכבר אמרנו, תשובה ספק משפטית-טכנית ספק משפטית-עקרונית. בשדה זה נשוטט עתה מעט.

41. נפתח בנושא העקרוני, בתחום פרישתו של חוק הקופרייט מעיקרו וברעיון להרחיב את תחום הפרישה להעברת-מימסר של חברות הכבלים. אשר לתחום הפרישה המקורי של החוק, דומה שאין להרחיב עליו דברים. למשל: סופר שכתב ספר ומחזאי שכתב מחזה, אך טבעי וראוי וסביר הוא שזכות היוצרים השמורה לו בספר או במחזה הכתוב תפרוש עצמה גם על עיבודו של הספר למחזה ועל העלאתו של המחזה - או של המחזה המקורי - על הבימה. כך במחזה, כך בסרט וכך בשידור מקורי ברדיו או בטלוויזיה. הנה-כי-כן, המבקש לעשות שימוש בזכות ל- public performance של המחזה, ייכבד-נא, יבקש את רשותו של בעל זכות היוצרים, ייכנס במשא-ומתן על תשלום תמלוגים, ואם יעלה המו"מ יפה - יוכל ויהא רשאי לעשות כרצונו. דגם זה לזכותו של בעל זכות היוצרים - זכות המוקנה לו למניעת השימוש ביצירה ללא רשותו - ראה מחוקק חוק הקופרייט נגד עיניו, והשאלה היא אם מיסגרת זו של זכויות (וחובות) - למשל, זכות הבלעדיות ל- public performance כהורייתה וכמשמעותה בחוק הקופרייט - אוצרת כוח לפרוש עצמה גם על העברת-מימסר של שידורי ערוצים זרים בכבלים. תשובתי לשאלה היא בשלילה. דעתי היא, כי העברת-מימסר של ערוצים זרים כמעשיהן של חברות הכבלים אינה באה בגידרי חוק הקופרייט, וכמסקנה נדרשת מכאן אומר, כי העברת משחקי ווימבלדון בכבלים - כתוכנית המשודרת בערוצים הזרים המועברים בכבלים כמות-שהם - אין בה הפרת איסור שבחוק.

אודה, לא אכחד: מבחינה משפטית-טכנית ניתן להחיל את מושגי חוק הקופרייט - מושגים שנטבעו בשנת 1911 - גם על העברת שידורים בכבלים. כך, למשל, יכול האומר לומר כי בהעברת-המימסר של תחרות ווימבלדון למנויים ביצעו חברות הכבלים public performance או distribution שלא הותרו להן. דעתי אחרת. כשאני לעצמי, סבורני כי הדגם שהציב חוק הקופרייט צר ומצומצם בהיקפו מהכיל את תופעת הכבלים; כי מחוקקי חוק הקופרייט לא נתכוונו, מעיקרם של דברים, להחילו כמתכונתו המקורית - וזו המתכונת הניתנת לנו כיום - על העברת-מסה כהעברת הכבלים; כי יישום חוק הקופרייט כלשונו על העברת כבלים לא ישקף כראוי הסדר שחוק הקופרייט יצר ונתכוון ליצור.

42. טעמי העיקרי לדבר הוא, שלו אחרת אמרנו כי אז חרצנו כליה על האפשרות להעביר בכבלים שידוריהם של ערוצים זרים (לבד מן הערוצים הישראליים). הנה-כי-כן, החלת חוק הקופרייט - כמות שהוא וכלשונו הטכנית - על העברת שידורים מערוצים זרים, תשמיענו מאליה כי שומה עליהן על חברות הכבלים לפנות - ומראש - אל כל אחד ואחד מבעלי זכות היוצרים שנתנו הסכמתם לשידור המקורי, ולנהל עימו



משא-ומתן נפרד - לרבות בנושא תשלום תמלוגים - כדי שיתיר העברת השידור בכבלים. חיובן כך של חברות הכבלים - לפנות אל מאות בעלי זכויות בבקשת היתר להעברת התוכניות - חיוב הוא שהחברות לא תוכלנה לעמוד בו. הסדר מוצע זה הסדר בלתי-מעשי הוא, ופירוש הדברים אינו אלא סגירה הלכה למעשה של שידורי ההעברה בכבלים, או, לחלופין, יצירת מנגנוני-הסדר בלתי מתקבלים על הדעת. יתר-על-כן: חוק הבזק והכללים שלפיו מניחים כדבר-הלמד-מעניינו, כי ניתן להעביר שידורי טלוויזיה בכבלים, ובהיעדר הסדר ספציפי לנושא, לא יהא זה לא ראוי ולא נכון לפרש ולהחיל את חוק הקופירייט כמי שביקש, להלכה ולמעשה, לסגור את ערוצי הכבלים חרף ההסדר המאוחר שבחוק-הבזק.

43. חברי השופט מצא סבור ש"אין כלל מקום לפקפק, כי המשיבות מבררות מראש את נושאי ותוכני השידורים המיועדים להעברה בדרך זו, וממילא בידן לברר, מבעוד מועד, גם את השאלה אם יש בהעברתם משום הפרת זכות יוצרים" (בעמ' 554). דברים אלה קשו עלי. אני מתקשה, למשל, לקבל את קביעת חברי על-אודות יכולתן של חברות הכבלים לברר מראש תוכנו של כל שידור ושידור המועבר על-ידן. גם אם "לוח השידורים" של הערוץ הזר ידוע מראש - וכמה זמן מראש? - אין ידיעה זו משמיעה מאליה מהו תוכנם המלא של השידורים ומהן זכויות היוצרים בהם. לדוגמה: ברור כי לא ניתן לדעת מראש מה יהיו השירים שישודרו בתוכנית שבועית המציגה סרטוני וידאו (וידאו-קליפים) של שירים העומדים בראש מיצעד הפיזמונים. אכן, גם מי שעוסקים בתחום זכויות היוצרים עמדו על קושי זה לבירור מראש, וכפי שנאמר בתזכיר חוק זכות יוצרים, התשס"ד-2003 (מיום 16.12.03):

כיוון שמשַׁרְר המַשְׁנָה אינו יודע בדרך כלל, מראש, מה הן היצירות שייכללו בשידור העיקרי, יש קושי מעשי ממשי להיזקק להסכמת בעלי זכויות היוצרים באותן יצירות, ומשום כך יש קושי בהטלת חובה להיזקק להסכמה כזו.

יתר-על-כן: גם אם נקבל את הנחתו של חברי על-אודות אותו בירור מוקדם שעורכות חברות הכבלים, בירור זה אינו אלא תחילתה של דרך ארוכה ומייגעת. שכן בהתאם לדגם הזכויות והחובות שבחוק הקופירייט, שומה עליהן על העותרות לפנות אל כל אחד ואחד מבעלי זכויות היוצרים - ומראש - ולנהל עם כל אחד מהם משא-ומתן כי יתן בידיהן היתר להעברת השידור. ואולם, אימתי יוכלו חברות הכבלים לבקש רשות והסכמה מראש מאת בעל זכות היוצרים ביצירה? ואימתי ניתן יהיה להגיע

להסכמה על תשלום תמלוגים? לא זו בלבד שלא יהיה זמן כנדרש לכריתתם של הסכמים, אלא שלא ידענו מה יהיה במקום שלא ניתן יהיה להגיע להסכמה. הנטיל על חברות הכבלים להחשיך את המסך לפרקים בעניינה של תוכנית פלונית או אלמונית? וזה יהא ההסדר באשר לשלושים, לארבעים ולחמישים ערוצים, בעניינן מאות-מאות תוכניות, ומדי יום ביומו? מסקנה זו לא ידעתי כיצד ניתן ליישמה בחיי המעשה. הנטיל שיפול על חברות הכבלים נטל הוא שהחברות לא תוכלנה לשאת בו ולסופם של דברים הצופים הם שיצאו נפסדים.

44. אם נטיל אפוא על חברות הכבלים נטל לבחון ולבדוק ולקבל הסכמה מראש של בעלי זכות היוצרים, יתייצבו על דרך קשיים שלא ידענו כיצד ניתן יהיה להתגבר עליהם במהלך הדברים הרגיל. על דרך זה, ברי כי לא נוכל להשלים עם מסקנה העלולה להשבית את פעילותן של חברות הכבלים - אשר חוק הבזק הניח כי פועלות הן כסדר - ובוודאי שלא נוכל לייחס לחוק שמשנת 1911 תכלית מעין-זו. לשון אחר: נתקשה לקבל כי הדגם שנחזה בחוק משנת 1911 יחיל עצמו - כמות-שהוא - על תופעה שהייתה כה רחוקה מן הדגם שהמחוקק שיווה נגד עיניו. כך, למשל, נתקשה לקבל כי המושג public performance יחיל עצמו על שידורי-ההעברה בכבלים, תופעה שהייתה כה-רחוקה מן הדגם שבחוק הקופירייט. אכן, בהיותנו מודעים לתוצאות הקשות העשויות להתחייב מפירושו המילולי-המילוני של חוק הקופירייט, סביר וראוי לפרש את התופעה של העברת שידורים בכבלים כתופעה שאינה באה כלל בתחום שדה הכבידה של החוק. אין לקבל כי שיטת המשפט תסכין עם תופעה שהיא רואה אותה ראויה - כוונתנו להיתר שניתן בחוק הבזק להעביר ערוצים זרים בכבלים - ובה-בעת תעשה לדיכוייה ולחיסולה, או, למיצער, לפגיעה אנושה בה. כלי החוק שלשנת 1911 צרים הם אפוא מהכיל את התופעה החדשה הקרויה העברת ערוצים בכבלים. ודוק: חברות הכבלים מעבירות את הערוצים הזרים לאחר שהגיעו להסכם עם בעלי אותם ערוצים, ואותם ערוצים בוודאי שמשדרים הם בהיתר ובהסכמתם של בעלי זכות היוצרים.

45. מעניין לציין כי לעניינם של מבצעים ("מבצע" הוא "אדם המבצע במשחק, בשירה, בנגינה, במחול או בדרך אחרת, יצירה ספרותית, אמנותית, דרמטית או מוסיקלית") יצר חוק מבצעים ומשדרים הסדר מיוחד. וכך, בכפוף לסייגים שאינם לענייננו, מבצע רשאי שלא להתיר שידור של יצירה בביצועו אלא בהסכמתו (סעיף 2(3) לחוק), ואולם משעה שהתיר את שידור הביצוע שוב אין בכוחו למנוע העברה - שידור מישנה - של השידור המקורי. וכלשונו של סעיף 2 לחוק:

זכויות  
המבצע

2. למבצע תהיה הזכות שהמעשים  
המפורטים להלן לא יעשו אלא  
בהסכמתו:

(1) ...

.....

(3) שידור של ביצוע, אלא אם כן  
נתקיים אחד מאלה:

(א) ...

(ב) השידור הוא שידור-משנה  
שהמסדר המקורי הסכים לו.

"שידור מישנה" הוא (כלשון סעיף 1 לחוק): "שידור שבו אדם מסדר שידור של אדם אחר, והנעשה בו-זמנית עם השידור של האחר"; והוא כמעשה חברות הכבלים.

אכן, חוק הקופירייט לא תוקן בעקבות חוק זכויות מבצעים ומשדרים, ואולם אין בכך כל מאום ואין גם ללמוד מן הישר אל ההפוך. (ככל שכלל פרשנות זה עוצר כוח להדריך את הפרשן; ראו, למשל, בג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד נ' משרד הבריאות, פ"ד נב(1) 49, 61). טעם הדבר הוא, שפירושו לחוק הקופירייט פירוש הוא הנדרש מניה-וביה, מתוכו ומתוכנו של החוק; פירוש שייעודו הוא שלא להביא למסקנות שאין הדעת סובלתן. אם כך על דרך הכלל, לא כל שכן שהוראת סעיף 6 כה שלחוק הבזק (ראו פסקאות 10 ו-12 לעיל) דנה בזכות יוצרים ובזכות מבצעים ומשדרים בכפיפה אחת.

46. זאת ועוד. במסע החיפוש אחר פיתרון סביר לשאלה אם המושג public performance (למשל) מחיל עצמו על העברת-מימסר בכבלים, דומה כי הטלת אחריות על המשדר המקורי והסרת אחריות מעל חברות הכבלים מסתברת יותר מאשר הטלת אחריות על חברות הכבלים. שהרי המשדר המקורי - אותו ערוץ זר - הוא העומד בקשר ישיר ומייד עם בעלי זכויות היוצרים למיניהם, ועל-כן אך סביר הוא שנתבע ממנו - דווקא ממנו - כי יסדיר עם בעלי זכויות היוצרים את הצריך הסדר; כי יעביר לחברות הכבלים זכות שידור נקייה מזכויות יוצרים, בלא שיאלץ אותן לנהל משא-ומתן עם כל

אחד מבעלי זכויות היוצרים. כך ניתן יהיה להעביר בערוצי הכבלים תוכנם של ערוצים זרים לטובת האינטרס הציבורי והצופים.

47. ודוק: באמרנו כי חברות הכבלים רשאיות להעביר תוכניות בלא שהן עצמן קנו היתר מבעלי זכות היוצרים, לא הוספנו ואמרנו כי חברות הכבלים אינן חייבות - על דרך העיקרון - בתשלום, בין בדרך של תשלום תמלוגים בין בדרך אחרת שתיקבע בחוק או בחוזה שבין הצדדים. אלא שתשלום תמלוגים יכול שיעשה רק בדיעבד. מנגנון תשלום מעין-זה לא הוקם בחוק הקופירייט, ולמותר לומר כי בית-המשפט לא יוכל לכוננו מבלי שהוסמך לכך. נוסף ונציין, כי בעלי-העניין השונים - בעלי זכות היוצרים, הערוצים הזרים וחברות הכבלים - יכלו כמובן להסדיר את נושא התשלום במערכות ההסכמים שביניהם.

48. עד כאן - נימוק מהותי מה טעם לא יהא זה נכון וראוי למתוח ולהרחיב את דגם הזכויות והחובות שבחוק הקופירייט, ולהחילו על העברת-מימסר של תוכניות המשודרות בערוצים זרים והמועברות לצופים בשלמות בידי חברות הכבלים; והוא, כמובן, במקום שהשידורים מועברים בידי חברות הכבלים בהיתר שניתן להן מאת בעלי הערוץ הזר.

#### חוק הקופירייט - שיקולי פרשנות ועיקרי-מישנה

49. נעבור עתה לשיקולי משפט הנדרשים מטיב פעילותן של חברות הכבלים ושל אמצעי שידור אחרים. פעילות מעין-זו לא הייתה כלל לעת חקיקתו של חוק הקופירייט, לפני כמאה שנים, והשאלה הנשאלת היא אם תופעות חדשות אלו, פרי העידן המודרני, ניתן לדוחסן אל המיסגרות שיצר חוק הקופירייט, מיסגרות שנוצרו להעלות ברישתן תופעות אחרות.

50. לא יימצאו חולקים על כך ששידור ראשון ומקורי של יצירה ("שידור ראשוני" כהגדרתו בסעיף 1 לכללי הבזק) נדרש להסכמתו של בעל זכות היוצרים; והמשדר יצירה בלא הסכמתו של בעל זכות היוצרים מחייב עצמו בהפרת זכות היוצרים. ואולם, מה דינו של "שידור מישנה" כפעילותן של חברות הכבלים? "שידור מישני" הוא (כהגדרתו בסעיף 1 לכללי הבזק) "העברה או הפצה של שידורים שאינם שידורים עצמיים, באמצעות רשת הכבלים...". זו היא אמנם פעילותן של חברות הכבלים, שמשמשות הן מעין-מתווכות בין שידורים המשודרים בערוצים זרים לבין לקוחותיהן.

מימין של חברות הכבלים ניצבים הערוצים הזרים ומשמאלן ניצבים לקוחותיהן. נוטלות הן ביד ימין תוכניות מערוצים זרים, מעבירות הן מיד ימין ליד שמאל, ומושיטות הן תוכניות אלו ללקוחותיהן. חברות הכבלים אינן משמשות אלא כתחנת-מימסר להעברתן של תוכניות. ואולם גם זאת ייאמר על אותה מסירה: ראשית לכל, תוכנו של הערוץ הזר מועבר במלואו, על קירבו ועל כרעיו, וכפי שהוא משודר בידי הערוץ הזר כן מועבר הוא בידי חברות הכבלים. שנית, ההעברה נעשית בו-זמנית, כפעילותה של תחנת-מימסר. וכהגדרת המושג "שידור מישנה" בסעיף 1 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים:

"שידור משנה" - שידור שבו אדם משדר שידור של אדם אחר, והנעשה בו-זמנית עם השידור האחר.

חברות הכבלים משמשות מגבר-צלילים ומגבר-מראות לשידורי הערוצים הזרים: קולטות הן את שידורי הערוצים הזרים ומפזרות הן שידורים אלה בין לקוחותיהן.

51. חוק הקופירייט - שלא כחוק זכויות מבצעים ומשדרים ושלא כחוק הבזק - אין הוא מכיר כלל את המושגים "שידור", "שידור מישני", "העברה" ומושגי-מישנה הנגזרים ממושגים אלה. והשאלה היא אם ניתן, ואם יהיה זה לגיטימי וראוי, למתוח את לשונו הוותיקה אף על מעשים אלה. כפי שאמרנו, קרוב להניח - קשה להניח אחרת - כי חוק הקופירייט יחול על שידורים מקוריים. ואולם מה דינם של "שידורים מישניים", קרא, מה דין שידורים מקוריים ה"מועברים" בו-זמנית עם שידורם של השידורים המקוריים? האם נראה בו ב"מעביר" "מבצע בצוותא" של השידור המקורי וחיבתו תהא כחיבתו של המשדר המקורי, או שמא נאמר: המשדר המקורי לעצמו וה"מעביר" לעצמו, ואחרון שלא כראשון אין הוא כלל בגידרו של חוק הקופירייט. וטעם הדבר: דחיסתו של ה"מעביר" אל תוכו של חוק הקופירייט יביא לקריעת קרום המעטפת של מושגי חוק הקופירייט. כך לעניין public performance, כך לעניין distribution וכך לעניינם של מושגים אחרים בחוק הקופירייט. השלמת הדברים תהא בקביעה כי פיתרון הבעיה חייב שיימצא ביחסים שבין המשיבה לבין בעל זכות היוצרים; שבהסכם ביניהם יחוייב בעל זכות היוצרים - מועדון ווימבלדון ו-UFA - לאסור על כל מי שירכוש ממנו זכויות שידור להוסיף ולהתיר העברת השידורים לתא השטח שהמשיבה קנתה לה.

52. לעניין זה נטען כי יש להבחין בין פעילויות ראשוניות-אקטיוויות, פעילויות החושפות את היצירה לצפייה - בענייננו: שידור ראשוני של המשחקים - לבין "העברה" של שידור ששודר, בעקבות הסכם שבין המשדר הראשון לבין המעביר,

העברה שהיא פסיווית באופייה. חוק הקופירייט, כך הילוך הטענה, נתכוון לחול על פעילויות אקטיוויות - פירסום, העתקה, הצגה, תרגום וכו' - אך לא על פעילויות שניתן לתארן כפעילויות פסיוויות הנגזרות מן הפעילויות האקטיוויות. הנה-כי-כן, המשדר הראשוני, לאחר רכישת זכות מבעל זכות היוצרים, הוא שהוליד את היצירה לעולם, והוא שקבע מה ישודר לחלל וניתן יהא לקולטו באנטינה מתאימה. שלא כמותו הוא "מעביר" השידור ששודר. במעשה ההעברה אין כל התערבות ביצירה המשודרת. המעביר כורת הסכם מתאים עם המשדר הראשון וכל פעילותו ממצה עצמה בקליטת השידור המקורי ובהעברתו הלאה ללא שינוי. המעביר אינו אלא תחנת-מימסר להעברת היצירה. אמת, ההעברה מגדילה את מספר הצופים-בכוח, אך הגדלה זו של מספר הצופים אינה מהווה שידור חדש של היצירה. מעשה המעביר דומה להצבתה של אנטינה רבת-עוצמה לקליטת השידור הראשוני, ולהעברת השידורים מאותה אנטינה אל בתי הצופים. פעילות ההעברה פעילות פסיווית היא, כך הילוך הטענה, והחלת חוק הקופירייט עליה תעוות את משמעותו ואת תכליתו של החוק. לשון אחר: חברות הכבלים היו כצופים בשידורי טלוויזיה בבית, ומה אלה האחרונים אינם חבים, בעצם הצפיה, בחובות חוק הקופירייט כן הן חברות הכבלים. אפשר כי במקרה מעין-זה של העברת שידור ראשוני באמצעות חברות הכבלים, עשוי המשדר שידור ראשוני לחוב כלפי בעל זכות היוצרים גם בגין ההעברה של חברות הכבלים, אך חברות הכבלים אין הן חבות חבות ראשונית כלפי בעל זכות היוצרים. ולסיכום: שידור-מישנה בו-זמנית - העברת שידור ראשוני - אינה ממין אותן פעולות שיוחדו לבעל זכות היוצרים.

53. חיזוק להבחנה זו שבין שידור ראשוני לבין שידור מישני - ששידור ראשוני נופל בגדר חוק הקופירייט בעוד אשר שידור מישני הנגזר מן השידור הראשוני והמשודר בו-זמנית נופל אל-מחוץ לחוק הקופירייט - יימצא בסידרת פסקי-דין שפסק בית-המשפט העליון בארה"ב. כך, למשל, בפרשת *Fortnightly* (ראו לעיל, פסקה 28) דובר בחברת כבלים שהחזיקה אנטינה מרכזית, ושידורים שנקלטו באנטינה הועברו לבתי הצרכנים. בית-המשפט פסק (ברוב דעות) כי קליטת שידור מקורי והעברתו הפסיבית כמות-שהוא, בלא כל התערבות בו, קרובה יותר לשימוש של צופה בביתו בשידורי טלוויזיה מאשר למשדר (broadcaster) או למבצע (performer), ועל-כן אין באותה העברת שידורים כדי להפר את חוק זכויות היוצרים. ובלשון בית-המשפט (בעמ' 2089-2090):

The function of CATV [Community Antenna Television] systems has little in common with broadcasters. CATV systems do not in fact broadcast or rebroadcast. Broadcasters select the programs to be

viewed; CATV systems simply carry, without editing, whatever program they receive. Broadcasters procure programs and propagate them to the public; CATV systems receive programs that have been released to the public and carry them by private channels to additional viewers. We hold that CATV operators, like viewers and unlike broadcasters do not perform the programs that they receive and carry.

פירוש: "העברת" שידורים בכבלים אין לראות בה מעשה performance החייב בחובות חוק זכויות יוצרים. חברת הכבלים אינה אלא בבחינת צינור העברה (conduit pipe), וצינור אינו מתחייב בהפרת זכות היוצרים.

מיבחנו של בית-המשפט להבדלה בין משַׁרְר החייב בזכויות יוצרים לבין משַׁרְר-מישנה שאינו חייב בזכויות יוצרים, הוא מיבחן השליטה בשידורים. ככל ששליטת המשַׁרְר עוצמתה רבה יותר; וככל שיש לו למשַׁרְר חלק אקטיווי בבחירת תוכן השידור, כך ניטה לראות בו משַׁרְר החב בחובות החוק. ולהיפך: ככל ששליטת המשַׁרְר עוצמתה היא נמוכה ופסיווית, כן ניטה לראות בו צופה (viewer) שאינו חב, כמובן, בתשלום לבעל זכות היוצרים. אשר לחברות הכבלים, כך פסק בית-המשפט, אלו קרובות הן יותר לצופה מאשר למשַׁרְר; חלקן בשידור פסיווי הוא וכל פועלן אינו אלא בהרחבת טווח שידוריו של השידור המקורי. וכדברי בית-המשפט בפרשת Fortnightly (שם, 2088-2089):

Broadcasters perform. Viewers do not perform. Thus, while both broadcasters and viewers plays curtail rules in the total television process, a line is drawn between them. One is treated as active performer; the other, as passive beneficiary.

When CATV is considered in this framework, we conclude that it falls on the viewer's side of the line. Essentially, a CATV system is no more than enhances the viewer's capacity to receive the broadcaster's signals; it provides a well-located antenna with an efficient connection to the viewer's Television set. It is true that CATV plays an "active" role in making reception possible in a given area, but so do ordinary television sets and antennas. CATV equipment is powerful and sophisticated, but the basic function the equipment performs is little different from that performed by the equipment generally furnished by a television viewer.

If an individual erected an antenna on a hill, strung a cable to his house, and installed the necessary amplifying equipment, he would not be 'performing' the programs he received on his television set. The result would be no different if several people combined to erect a cooperative antenna for the same purpose. The only difference in the case of the CATV is that the antenna system is erected and owned not by its users, but by an entrepreneur.

54. הלכה זו נבחנה לאחר שש שנים בפרשת *Teleprompter Corporation v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 92 S.Ct. 1129 (1974), ובית-המשפט (ברוב דעות) חזר שוב על עמדתו כי "ייבוא" שידורים מקוריים לאיזור גיאוגרפי בו לא ניתן היה לקולטם, אין לראות בו - לעניין זכות יוצרים - שידור או ביצוע החבים בחובות חוק זכויות יוצרים. ובלשון בית-המשפט (שם, 1138):

By importing signals that couldn't normally be received with current technology in the community it serves, a CATV system does not, for copyright purposes, alter the function it performs for its subscribers. When a television broadcaster transmits a program, it has made public for simultaneous viewing and hearing the contents of that program. The privilege of receiving the broadcast electronic signal and of converting them into the sights and sounds of the program inheres in all members of the public who have the means of doing so. The reception and rechanneling of these signals for simultaneous viewing is essentially a viewer function, irrespective of the distance between the broadcasting station and the ultimate viewer.

55. חברי השופט מצא סובר כי פסיקה זו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית, אין זה ראוי לה כי תורה אותנו הדרך. טעם הדבר הוא, כי "בעקבות ביקורת שהוטחה בפסיקה זו, שהתבססה על חקיקה משנת 1909, תוקן החוק בארצות הברית. החוק המתוקן, החותר לאיזון בין בעלי השליטה בערוצי הכבלים לבין בעלי זכויות היוצרים, מבוסס על מתן 'רישיון כפוי' לביצוע שידורים, הכפוף לחובה לשלם לבעלי הזכויות תמלוגים בשיעורים קבועים" (בעמ' 553 לפסק-הדין בערעור). דעתי אחרת. בית-המשפט העליון פירש את חוק זכויות יוצרים משנת 1909 - הדומה בעיקריו לחוק הקופירייט לשנת 1911 - והעובדה, כשהיא לעצמה, שלאחר אותה פסיקה ראה המחוקק לשנות את החוק, אין בה כדי לפגוע בלימוד היקש באשר לעקרונות שינחו אותנו בדרך פירוש חוק הקופירייט; נהפוך הוא. יתר-על-כן: בית-המשפט העליון, הוא עצמו, קרא



למחוקק מפורשות לשנות את החוק, לעדכן ולהתאים את הנורמות לימינו שלנו תוך שקלא וטריא של הגורמים המושכים לצדדים, והקונגרס אכן נענה לקריאה. וכדברי הסיכום של הרוב בפרשת *Fortnightly* (שם, 2090):

We have been invited by the Solicitor General in an *amicus curiae* brief to render a compromise decision in this case that would, it is said, accommodate various competing considerations of copyright, communications, and antitrust policy. We decline the invitation. That job is for Congress. We take the Copyright Act of 1909 as we find it. With due regard to changing technology, we hold that the petitioner did not under that law "perform" the respondent's copyrighted works.

דברים אלה חלים על ענייננו במלואם, ועד אם יחול שינוי בחוק בישראל - ואנו קוראים למחוקק מפורשות כי יעשה מעשה - לא נמצאה לי מניעה כי נלמד הלכה מפסיקת בית-המשפט העליון בארצות-הברית באשר לחוק הישן שם.

56. אם בכך אין די, הנה תיקון החוק בארצות-הברית כלל לא ביטל את ההבחנה בין "שידור" לבין "העברה" (שידור-מישני) - הבחנה שבית-המשפט הלך בדרכה; נהפוך הוא: החוק חידד הבחנה זו בקובעו כי העברה פסיווית של שידור מקורי לא תהווה הפרת זכות יוצרים הגם שחייבת היא (ובצדק כך) בתשלום תמלוגים סטטוטוריים. על ההבחנה בין שידור לבין שידור-מישני ועל החרגת "העברה" (של חברות כבלים) מן הכללים הרגילים נלמד מלשונו של סעיף 111 ל- Copyright Act, 1976, המורנו (בין השאר) כך:

Sec.111. - Limitations on exclusive rights: Secondary transmissions

(a) *Certain Secondary Transmissions Exempted.* -

The secondary transmission of a performance or display of a work embodied in a primary transmission is not an infringement of copyright if -

(1) ...

.....

(3) the secondary transmission is made by any carrier who has no direct or indirect control over the content or selection of the primary transmission or over the particular recipients

of the secondary transmission, and whose activities with respect to the secondary transmission consist solely of providing wires, cables, or other communications channels for the use of others: Provided, That the provisions of this clause extend only to the activities of said carrier with respect to secondary transmissions and do not exempt from liability the activities of others with respect to their own primary or secondary transmissions; ... (17 U.S.C. § 111 updated 2004)

57. בצד החרגתו של שידור-מישני (בנסיבות מסוימות), הוקם בחוק מנגנון משלים של רשיון כפיה: בעל זכות היוצרים אינו יכול למנוע שידור מישני, ואולם זכאי הוא בגין "העברת" שידורים לתמלוגים (בשיעור מופחת) שייקבעו בידי ועדה ציבורית. כך פטר הקונגרס את חברות הכבלים מן הצורך לנהל משא-ומתן עם כל אחד ואחד מבעלי זכויות היוצרים, בהבטיחו בה-בעת כי אלה האחרונים יזכו לתמורה ראויה עבור השימוש ביצירה שיש להם בה זכות יוצרים. כך איזן החוק בין האינטרס הציבורי שבהעברת ערוצים לבין זכויותיו של בעל זכויות היוצרים. על כל אלה עמד המלומד Nimmer בסיפרו (1991-2002, vol. 2, pp. 8-227 § 8.18[E]):

After heated debate, congress concluded "that cable operators systems are commercial enterprises whose basic retransmission operations are based on the carriage of copyright program materials and that copyright royalties should be paid by cable operators to the creators of such programs". At the same time, it was recognized "that it would be impractical and unduly burdensome to require every cable system to negotiate with every copyright owner whose work was retransmitted by a cable system. The compromise solution was to adopt in Section 111 a compulsory license system, whereby the cable operators are not required to obtain the consent of the copyright owners, nor to negotiate license fees, but copyright owners are entitled to be paid prescribed royalties for the secondary transmission of their works by cable television.

ראו עוד דבריו של בית-המשפט הפדרלי במינסוטה בפרשת Hubbard Broadcasting Inc. v. Southern Satellite Systems, Inc. 593 F. Supp. 808 (D. Minn. 1984), 813

The compromise was intended to implement two divergent national policies. On the one hand, Congress wished to expand the public's access to diverse programming by encouraging development of the cable TV industry ... On the other hand, Congress clearly sought to protect local broadcasters and to further the purpose in the Copyright Clause, U.S. Const., Art. I, § 8, of rewarding the creators of copyrighted works. The whole rationale for the compulsory licensing system of § 111(c) and the royalty schedules of § 111(d) is that the market mechanism that compensates copyright owners through the sale of advertising by local independent broadcasters is disrupted by the free importation of these signals into distant areas.

58. מנגנון הדומה לרישיון הכפייה שנתקבל במשפט ארצות-הברית הוצע לאחרונה גם בישראל. כוונתנו היא לתזכיר חוק זכויות יוצרים, התשס"ד-2003, שהופץ ביום 16 בנובמבר 2003 והמציע לבטל את חוק הקופירייט על נספחיו ולחוקק תחתיו חוק זכויות יוצרים חדש. וכך קובע סעיף 18 לתזכיר:

<p>18. (א) שידור משנה של יצירה, ללא רשות בעל זכות היוצרים, לא יהווה הפרה של זכות היוצרים, אם ישולמו לו על ידי משדר המשנה תמלוגים ראויים; בהיעדר הסכמה לעניין התמלוגים יקבע אותם בית-המשפט.</p> <p>לעניין סעיף זה, "שידור משנה" של יצירה - שידור של שידור אחר של יצירה, שנעשה בו זמנית עם אותו שידור, על ידי מי שאינו המשדר המקורי.</p>	<p>שידור משנה</p>
--	-----------------------

(ב) השר רשאי לקבוע בתקנות -

(1) שיקולים וקריטריונים לקביעת התמלוגים הראויים על ידי בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א);

(2) מקרים בהם ייקבעו תמלוגים מופחתים או פטור מתשלום תמלוגים.

הנה-כי-כן, התזכיר משחרר משַׁרְר-מישנה באורח חלקי מעולו; מבקש הוא לפטור משַׁרְר-מישנה מניהול משא-ומתן פרטני עם כל בעלי זכויות יוצרים שיצירותיהם

משודרות בשידור-מישני; ובה-בעת דואג הוא כי בעלי זכות היוצרים יזכו לגמול ראוי.  
וכך מלמדים אותנו דברי ההסבר להוראות סעיף 18 לתזכיר:

הוראה חדשה זו באה להסדיר בעיה מורכבת שהתעוררה בישראל כמו בארצות אחרות בעולם... בעניין שידורי משנה בערוצי הכבלים והלוויין. "שידור משנה" הוא העברה בו זמנית, לציבור, של שידור אחר.

כיוון שמשדר המשנה אינו יודע בדרך כלל, מראש, מה הן היצירות שיכללו בשידור העיקרי, יש קושי מעשי ממשי להיזקק להסכמת בעלי זכויות היוצרים באותן יצירות, ומשום כך יש קושי בהטלת חובה להיזקק להסכמה כזו. עם זאת, עבור השימוש הנעשה ביצירות ללא הסכמה, יש להטיל על משדר המשנה חובת תשלום תמלוגים. הסדרים מסוג זה מקובלים במדינות העולם.

יש לציין כי ההוראה בדבר תשלום תמלוגים ראויים חלה רק מקום ששידור המשנה נעשה ללא הסכמת בעל זכות היוצרים. מובן כי משדר המשנה יכול להצטייד מראש בהרשאת בעלי זכויות היוצרים, למשל באמצעות המשדר המקורי, אם זה האחרון קיבל מבעלי זכות היוצרים רשות לעשות כן, ובמקרה שכזה לא ייכנס לפעולה המנגנון החוקי המוצע המחייב את משדר המשנה בתשלום תמלוגים ראויים.

השוו עוד: הצעת חוק הבזק (תיקון מס' 11), תשנ"ה-1994 (ה"ח תשנ"ה, 195), המציעה מנגנון שונה לתשלום תמלוגים.

59. בחינתן של שיטות משפט נוספות תלמדנו, כי ההבחנה בין "שידור" לבין "שידור מישני" הבחנה מקובלת היא, והמנגנונים שנתכוננו בהקשר זה נועדו לאזן בין זכותו של בעל זכות היוצרים לתגמול ראוי לבין האינטרס הציבורי שבהעברת השידורים בכבלים. כך, למשל, על-פי ה-Copyright Act שבקנדה, העברת שידור ראשוני במלואו ובו-זמנית אין רואים בה הפרת זכות יוצרים אך חייבת היא בתשלום תמלוגים. השוו: Fox, Canadian Law of Copyright and Industrial designs (3<sup>rd</sup> ed.), 499. באיחוד האירופי קובעת דירקטיבה משנת 1993: COUNCIL DIRECTIVE of 27 September 1993 on Copyright and Related Rights in Satellite Broadcasting and Cable Retransmission Services. בהתאם לדירקטיבה זו, זכויות יוצרים יחולו על שידור-מישני אף-הוא. יחד-עם-זאת, מימוש זכות היוצרים בהקשר זה (ה-cable retransmission right) - התרתו ואיסורו של השידור-המישני וקביעת שיעור התמלוגים - הוצאה מידי הבעלים של זכות היוצרים והועברה לאירגון מרכזי - אגודת

גבייה (collecting society) - עימו אמורות חברות הכבלים לנהל משא-ומתן. כן נקבעו כללים לניהולו של משא-ומתן ליישום ההנחיות. ראו: סעיפים 8, 9, 11 ו-12 לדיקטיבה. השוו: 2<sup>nd</sup> White, Bate & Johnson, Satellite Communication in Europe (ed.) 315.

כך הוא דין גם במדינות אחרות, שהעברת שידורי טלוויזיה בשידור-מישני - באשר היא - אין בה הפרת זכויות יוצרים כהוראתה בחוק הקופירייט. עוד נוסף, כי לא נמצאו לנו ולו שיטת משפט אחת, או אסמכתא אחת, הקובעות כי העברת שידורי טלוויזיה בשידור מישני - העברת שידורים באשר היא - יש בה כדי להפר זכויות יוצרים, אלא כחלק מהסדר כל-מקיף של העברת שידורי טלוויזיה בכבלים. בנושא שלפנינו - נושא המעסיק רבות ממדינות העולם - יש בחוק זה כדי ללמדנו ולהורותנו הדרך. לא בכל נושא מציון תצא תורה, ובייחוד ייאמרו הדברים בנושא שהוא עבר-מדינתי על-פי טיבו.

לא נכחד כי שלילת תמלוגים מבעלי זכויות היוצרים גם היא אינה ראויה, ואין ספק כי נטל הוא המוטל על המחוקק להתערב ולומר את דברו. ואולם, לעניין פירושו של חוק הקופירייט, זו הברירה העומדת לפנינו: להכריז על שידורים מישניים כשידורים הבאים בגידרי חוק הקופירייט, ולהביא בהכרזה זו, הלכה למעשה, לסגירת תחנות הכבלים תוך מניעת העברתו של מידע לציבור; או, להכריז כי שידורים-מישניים אינם באים בגידרי חוק הקופירייט, תוך שלילת זכותם של בעלי זכות יוצרים להתיר או שלא להתיר שידור מישני, ומניעת תמלוגים מהם. כל-כך, בידענו כי בעלי זכויות היוצרים יכולים להגן על עצמם בהסכמים שהם כורתים עם המשך הראשוני. כברירה זו - שוב: לעניין פירושו של חוק הקופירייט - אני מצביע בעד האפשרות השנייה. לא כאפשרות הטובה ביותר אלא כרע במיעוטו. אכן - הנושא קורא - ממש זועק, להסדר מטעם המחוקק. וזו היא אמנם קריאתנו למחוקק.

#### חוק זכות יוצרים: סיכום ומסקנות

60. כללם של דברים: הפירוש המוצע לחוק הקופירייט מבקש אותנו להבחין בין "שידור ראשוני" - פעילות אקטיווית שהחוק חל ונועד לחול עליה, לבין "שידור מישני" - פעילות פסיווית שחוק הקופירייט כלשונו וכרוחו אינו חל ולא נועד לחול עליה. לחיזוק הפירוש מעלים הטוענים נימוקים מנימוקים שונים, וכל הטוענים מכוונים עצמם להוכיח כי "שידור מישני" אינו עולה ברשת האיסורים של חוק

הקופירייט משנת 1911, כאיסור על public performance או distribution. טיעונים אלה טיעונים יפים וראויים הם, אך לו אך בהם היה מדובר כי-אז הייתי מהסס בהכרעת הדין. כנגד כל אלה ניתן היה לטעון - ובעוצמה לא-מעטה - כי בסוף-כל-הסופות, שידור יצירה - ולו שידור מישני הוא הנעשה בו-זמנית עם השידור העיקרי - public performance הוא כהוראתו וכמשמעותו בחוק הקופירייט, ומכאן אסור שידור מישני אלא אם קיבל המשַׁר היתר לשידור מאת בעל זכות היוצרים.

כך הוא באשר לפירוש חוק הקופירייט מתוכו-ובו. לא כן הוא בתיתנו דעתנו לכך שהחוק נחקק לפני כמאה שנים - על רקע טכנולוגיה מסוימת שנהגה אותה עת - ונוכח הקשיים הנערמים על דרכנו בבקשנו להחילו על ימינו אלה ועל טכנולוגיה לא שיערו אבותינו. אכן, על רקע שינויי המהפכה שחלו בטכנולוגיה, נתקשה להחיל חוק-של-אתמול על ימינו אלה. וכאן יעלו שיקולי המהות האקסטר-משפטיים, אלה שיקולים החודרים על דרך האוסמוזה אל תוכו של החוק והמורים אותנו: לא זה הדרך. פירוש החוק באורח מילולי על שידורי מישנה, עשוי להביא כליה על שידורי הכבלים, ומכל מקום עשוי הוא לזרוע מבוכה רבה ולפגוע אנושות בשידורים אלה. המשפט המשווה לימדנו כיצד ניתבו שיטות משפט אחרות את דרכיהן, וראוי לנו כי נלמד מהן. פירושו של החוק הוא דבר אחד, תיקונו של החוק הוא דבר אחר. אשר לפירוש החוק נאמר, כי שידור מישני בו-זמנית אינו מסוג הפעילויות שניתן - וראוי - לכפוף אותן לחוק הקופירייט במתכונתו כיום, קרא: פעילויות שראוי לסווגן כפעילויות המפרות זכויותיו של בעל זכות יוצרים. ניתן אמנם לפרש את החוק גם אחרת, אלא שפרשנות אחרת זו לא תעלה בקנה אחד לא עם תכלית החוק במקורו, לא עם רוחו, ובוודאי לא עם סביבתו הקרובה והרחוקה. יש אמנם מקום לחייב משַׁר-מישנה בתשלום תמלוגים לבעל זכות היוצרים, אך מנגנון חיוב שכזה אינו קיים בחוק הקופירייט ובית-המשפט לא יִצְרְפוּ יש מאין. במקום זה חייב המחוקק לומר את דברו, ואנו קוראים לו כי ימלא חובתו זו.

#### זכויות יוצרים וסוגיית היבוא המקביל

61. בטיעוניהן לפנינו ביקשו חברות הכבלים ללמוד היקש ודין מסוגיית היבוא המקביל לישראל ומהילכת ליבוביץ' נ' א. את. י. אליהו (פ"ד מד(2) 309) ובנותיה. לגירסתן, יש לגזור גזירה שווה מהילכת ליבוביץ': ומה באותה פרשה - ובפרשות אחרות שעקבוה - סירבו בתי-המשפט לאסור על ראובן לייבא ב"יבוא מקביל" נכסים מסוימים, חרף זכות בלבדית להפצה שקנה שמעון מאת היצרן של אותם נכסים, כן - כך טענו

החברות - יהא בענייננו-שלנו, שאין המשיבה יכולה וזכאית למונען משידור מישני של יצירות הזוכות בזכות יוצרים ואשר המשיבה מחזיקה בזכות ההפצה הבלעדית שלהן בישראל. אלא שאין הנדון דומה לראייה, וההיקש לאו היקש הוא.

שכן אותה זכות ייחודית להפצה שיבואן קונה מן היצרן, אינה אלא זכות חוזית-אישית (זכות ad personam) שיש לו ליבואן נגד היצרן, וצדדים שלישיים - כאותו יבואן בייבוא מקביל - אינם חבים בכבודה. להבדילה מזכות זו, זכותה של המשיבה זכות היא הזוכה למעמד של מעין זכות קניין (ראו: פסקאות 27-33 לפסק-הדין שבערעור) - ובהיותה מה שהיא כוחה יפה כנגד חברות הכבלים. יבואן שזכה בזכות בלבדית להפצה של מוצר פלוני, אין לו חלק ונחלה בקניין וממילא אין ביכולתו (המשפטית) למנוע מאחרים לייבאו. שלא כמותו של אותו יבואן היא המשיבה, שזכותה היא - בנסיבות העניין - מעין זכות קניין בזכויות השידור, וממילא זכאית היא, על דרך העיקרון, למנוע אחרים מעשות שימוש באותן זכויות. השוו: עופר נעמת, "מניעת יבוא מקביל באמצעות דיני זכות יוצרים", הפרקליט מ' (תשנ"א-1991) 125; איריס סורוקר, "ייבוא מקביל של מוצרים המוגנים בסימן-מסחר - הפתרון החוזי", עיוני משפט כז (תשס"ג-2003) 257.

#### הוראות החוק ומוצא של חוזה

62. הגם שהדין החרות אינו מספק למשיבה, לדעתנו, הגנת-מישרין כנגד חברות הכבלים, מעיקרו של דין לא הייתה המשיבה נעדרת הגנה מכל-וכל, שכן יכולה הייתה לקנות לעצמה זכות בחוזה, ולו זכות חלקית. כפי שראינו (בפסקה 4, לעיל) רכשה המשיבה את זכותה מחברת UFA, ויש לשער כי כמותה עשו גם מיקצת הערוצים הזרים ששידוריהם מועברים בכבלים לישראל. ברי כי בחוזה ההתקשרות שלה עם UFA יכולה הייתה המשיבה להבטיח את זכויותיה - על-דרך חיובה של UFA (ואפשר חיובו של מועדון ווימבלדון אף-הוא), כי תאסור על בעלי זכויות כמותה - דהיינו: כי תאסור על הערוצים הזרים - להעביר את שידורי הטורניר לישראל. תנאי מעין-זה אכן נכלל בחוזה ההתקשרות שבין UFA לבין המשיבה, אלא ש-UFA פטרה עצמה מאחריות משפטית למקרה ששידורים אלה אכן ישודרו. וכלשון סעיף 4 לחוזה ההתקשרות בין המשיבה לבין UFA:

**Article 4. Limitation of the Exclusive Right**

(1) ...

(2) UFA undertakes that it will obligate its other licensees to refrain from transmitting the Championships, wholly or in part, by any technical means to a substantial extent into the Territory of Licensee, but Licensee acknowledges that UFA shall not be held liable for any broadcast of the Championships in the Territory by a licensee of UFA or the club residing outside the Territory.

המשיבה ידעה אפוא כי נוטלת היא סיכון על עצמה - יש להניח כי UFA לא הייתה מתקשרת עם המשיבה בלא פטור-חסינות זה שהוענק לה - ובנסיבות אלו אין לה להלין אלא על עצמה בלבד.

63. ועדיין לא דיברנו באינטרנט. אכן, נוכח האפשרויות הכמעט-בלתי-מוגבלות להעברת שידורים ברשת האינטרנט, אין ספק שהעתיד יהיה מעניין ומסובך, ועוד נכוננו לנו עלילות.

109 דבר

64. אם תישמע דעתי, כי אז נקבל את העתירה ונדחה את תביעתה של המשיבה. נודה על אמת: תוצאה זו אינה משביעת רצון, אך ראויה וטובה היא, לדעתנו, מן התוצאה האחרת, זו שהורה עליה פסק-הדין שבערעור. תוצאה שאנו מצביעים עליה אינה אלא הרע במיעוטו. סוגיה זו שאנו דשים בה סוגיה היא למחוקק לענות בה, למציאת האיזון הראוי בין האינטרסים המושכים לצדדים. נסיים אפוא את דברינו בקריאה אל הכנסת כי תמהר ותעשה להסדרה ראויה של הסוגיה שלפנינו, בין ברוח ההצעה שהוצעה בתזכיר חוק זכויות יוצרים, התשס"ד-2003, בין בדרך אחרת, והכל להתאמתם של דיני זכויות היוצרים בישראל להתפתחות המואצת של הטכנולוגיה המתרגשת עלינו כל העת ולהסדר משפטי של הסביבה המודרנית שאנו חיים בה. חקיקה זו ראוי לה כי תיעשה במקרה, ויפה שעה אחת קודם.

65. הכרעת דין: אציע אפוא לחבריי כי נקבל את העתירה ונבטל את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בערעור.



66. קראתי את חוות-דעתם החולקות של חבריי השופטים ריבלין ונאור, ועל עומדי נותרתי עומד כי אין להטיל על משדר-מישנה אחריות כל-כוללת לזכויות יוצרים בחלקים אלה ואחרים שבשידור המקורי. הטלת אחריות מעין-זו אינה עולה בקנה אחד עם צורכי העולם המודרני, ולא בכדי בחרו שיטות משפט בעולם הרחב - ובחוק זכויות מבצעים ומשדרים, שיטת המשפט בישראל אף-היא - שלא להחיל על משדר-מישנה את הדגם הרגיל של זכויות יוצרים, בשותלן תחתיו דגמים מודרניים שעיקרם היתר-מישרין מכוח החוק בצירוף לחובת תשלום תמלוגים. אסכים עם חבריי, כמובן, כי היתר מכוח החוק מעיד, לכאורה, על זכותו של בעל זכות היוצרים; ואולם בעוד שחבריי למדו מכאן על הזכות, למד אני על הצורך שנתעורר לשינויו של החוק הישן, חוק שכוחו אינו עוד עימו להתמודד עם תופעות העולם המודרני.

67. חבריי סוברים כי פיתרון ראוי לקשיים המתעוררים יכול שיימצא בשתי מערכות החוזים שלעניין, זו מערכת חוזים שביין המשדר המקורי לבין משדר-המישנה וזו מערכת חוזים שביין בעלי-זכויות היוצרים לבין המשדר המקורי. אליבא דפיתרון זה, ידרוש משדר-המישנה מן המשדר המקורי כי תובטחנה זכויותיו כלפי בעל זכויות היוצרים, דהיינו, כי תושג הסכמתם של בעלי זכויות היוצרים להעברת השידורים בשידור-מישנה לישראל. במקרה זה ייכנסו מנגנוני-השוק לכלל פעולה, ואלה יסדירו את נושא התימחור. אלא שחבריי מניחים כמה הנחות היפותטיות ומי לידנו יתקע כי הנחות אלו תתממשנה?

68. הנה-כי-כן, מה יהא אם לא יסכים בעל זכות היוצרים כך להבטיח מראש את העברת השידורים למשדר-המישנה? אומר על כך חברי השופט ריבלין (בפיסקה 11 לחוות-דעתו):

אם לא יסכים היוצר להכללת תנייה המתירה את שידור יצירתו בשידור משנה לישראל, בחוזה אותו הוא כורת עם הערוץ הזר, ערוץ זה הוא שימנע את שידור היצירה המוגנת לישראל. תפקיד זה יונח על כתפי הערוץ הזר - שלו שליטה מלאה בהתקשרות עם בעל זכות היוצרים ובשידור יצירתו - ולא על כתפי חברות הכבלים, כפי שחושש חברי השופט מ' חשין.

פירוש הדברים: במקרים מעין-אלה ירד המסך מעת לעת על שידורי הכבלים. רצף השידורים ייקטע וחשכה תיפול על השידורים. האמנם זה הפיתרון המוצע לנו?

69. חברתי השופטת נאור מציעה פיתרון אחר, ולפיו תבטיח עצמה חברת הכבלים על דרך של שיפוי מאת המשדר המקורי אם תופר זכות היוצרים. וכלשונה (בפיסקה 6 לחוות-דעתה):

חברות הכבלים יכולות להגן על עצמן, במישור החוזי, מפני התוצאות הכלכליות של הפרת זכויות יוצרים. כיוון שהשידורים מהחברות הזרות נקלטים as is, על חברות הכבלים להתנות, כאמור, בחוזה עם המשדרים הזרים כי לא תהא הפרה של זכויות יוצרים, או אף לדרוש הסכמה לשיפוי במקרה של הפרה.

ומה אם חברת הכבלים מבקשת להיות שומרת חוק ושלא לשדר שידורים מפירי זכויות יוצרים? או שבכל מקרה אינה רוצה להסתבך כנתבעת במשפטים גם אם זכות שיפוי עומדת לה?

70. אלא ששני המודלים של חבריי, כל אחד מהם במקומו, מקשים עליי במאוד. כפי שהראינו בחוות-דעתנו, הדין בישראל לעניין שידורי-מישנה דין חריג הוא בעולם כולו. פירוש הדברים הוא, כי נדרש כינונו של מנגנון חוזי מיוחד לחברות הכבלים בישראל. ומי לידנו יתקע כי חברות בינלאומיות ומשדרים זרים יסכימו ליטול על עצמם נטל שחבריי מבקשים להטיל עליהם עבור השוק הישראלי? ומה יהא המחיר לכך? ומה יהא דין אם בעלי זכויות יוצרים לא יסכימו למנגנונים המוצעים? אכן, חבריי מניחים הנחות שאיננו יודעים אם תתקיימנה אם לאו. הוא שאמרנו: פיתרונות המועלים בידי חבריי פיתרונות קשים הם ועל-כן לא אוכל לאמצם לי. אדרבא: קשיים שמעמידים אותם פיתרונות אך מחזקים אותי בדעתי באשר לפירושו הנכון והראוי של החוק.

71. אשר לשידורם של משחקי טורניר ווימבלדון: המשיבה צפתה כי שידורי הטורניר יועברו בשידור-מישנה לישראל, אך לא עלה בידה להבטיח את זכויותיה כלפי מי שהעניקו לה זכויות. בעלי-הדין הטבעיים של המשיבה הם אפוא UFA - אשר העבירה לה זכות - והמשדרים הזרים שהפרו (לטענתה) את זכותה; אלה הם בעלי-הדין הטבעיים של המשיבה, ולא חברות הכבלים שאך העבירו את שידור הטורניר.

72. אשר להערתו של חברי השופט ריבלין (בפיסקה 6 לחוות-דעתו) ש"העובדה כי הפרת חוק זכות היוצרים, והפגיעה בזכויות הקניין של היוצרים, נעשית בהיקף נרחב, משך זמן ארוך, ואולי אף להנאת הצופים, אין בה להצדיק הפרה של החוק". על הצהרה זו לא יחלוק איש, אלא שהשאלה היא אם יש בשידור-המישנה משום הפרת חוק, ועל-כך הרחבנו והארכנו.

73. דבר אחרון: כחבריי כן גם אני, חרד אני לזכויותיהם של בעלי זכויות יוצרים לזכות בתגמול הולם על עמלם, והדגשתי זאת חזור והדגש בחוות-דעתי. אלא שבשונה מחבריי, אינני סבור כי החלתו של חוק הקופירייט על שידורי-מישנה ישרת באורח מיטבי את זכויותיהם של בעלי זכויות היוצרים. בוודאי אין בהחלתו של חוק הקופירייט על שידורי-מישנה כדי לאזן כיאות בין זכויות היוצרים לבין שיקולים אחרים כיבדי-מישקל, בהם חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת - אינטרסים שחברי השופט ריבלין כה חרד להם. אין לי אלא לחזור ולהבהיר כי מנגנון של היתר-מישרין על-פי חוק בצירוף לחובת תמלוגים הוא המנגנון הראוי לענייננו. אחזור ואקרא למחוקק בפעם המי-יודע-כמה לעשות לתיקונו של המצב כיום.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ') השופט ת' אור:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט חשין ומצטרף לקריאתו אל המחוקק לומר דברו בנושאי המחלוקת בדיון נוסף זה.

משנה לנשיא

המשנה לנשיא השופט א' מצא:

את דעתי בסוגיות החוזרות ועולות בדיון נוסף זה הבעתי ונימקתי בהרחבה בפסק-דיני בדיון המקורי; והמעייין - יעיין. נימוקי חברי הנכבד, השופט חשין, לא שכנעוני כי יש עמנו מקום לסטות מפסק-הדין שלערעור.

אני, בכל הכבוד, סבור שדין העתירה להידחות. לדידי, על העותרות לשלם למשיבה שכר-טרחת עורך-דין בסך כולל של 50,000 ש"ח.

### משנה לנשיא

#### השופט י' טירקל:

בפסק דיננו בע"א 2173/94 Tele Event Ltd נ' ערוצי זהב ואח', פ"ד נה(5) 529, שניתן מפיו של חברי הנכבד המשנה לנשיא א' מצא, סברנו שיש להעניק למשיבה מס' 1 פסק דין הצהרתי הקובע, כי מכוח הרשיון שהוענק לה היתה למשיבה מס' 1, בשנים 1989-1993, זכות בלעדית בזכויות השידור הטלוויזיוניות של אירועי טורניר הטניס וימבלדון בתחומי מדינת ישראל; וכי בהעביר את שידורי הטורניר במהלך התקופה האמורה, ללא קבלת הרשאה מפורשת לכך, הפרו העותרות את זכויותיה של המשיבה מס' 1. חזרתי ועיינתי בחוות דעתו של חברי הנכבד השופט מ' חשין בדיון הנוסף ולא מצאתי לשנות מפסק דיננו דאז. לפיכך, מצרף אני דעתי לדעתו של חברי המשנה לנשיא א' מצא שיש לדחות את העתירה.

### ש ו פ ט

#### השופט א' ריבלין:

1. כפי שמסביר חברי השופט מ' חשין, בעתירה זו נדרשים אנו לשתי סוגיות: האחת נסבה על היקף פריסתה של הוראת סעיף 6 ככה לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק הבזק), והאחרת עניינה בדיני זכויות יוצרים. בנוגע לשאלה הראשונה, דומה כי חברי כולם תמימי דעים כי הוראת סעיף 6 ככה לחוק הבזק חלה אף על שידורי משנה – קרי על העברתם של שידורים מערוצים זרים בזמן אמת על ידי חברות הכבלים. בנוגע לשאלה השנייה, נחלקו דעות חברי. המשנה לנשיא א' מצא והשופט י' טירקל סבורים כי בהעביר את שידורי הערוצים הזרים, אשר במסגרתם שודרה יצירה מוגנת אשר הזכויות בה לא נרכשו על ידן, הפרו העותרות את זכויותיה של המשיבה. מנגד, חברי השופט מ' חשין, אשר אל פסק דינו מצטרף חברי המשנה

לנשיא (בדימוס) ת' אור, קובע כי שידור משני אינו נחשב להפרה של זכות היוצרים, כפי שזו מוגדרת בחוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: חוק זכות יוצרים).

במחלוקת שנפלה בין חברי באשר לפרשנות הראוייה לחוק זכות יוצרים, דעתי כדעת המשנה לנשיא א' מצא והשופט י' טירקל. לפיכך, כמוהם אף אני סבור כי דין העתירה להדחות. אולם בטרם אפנה לפרט את טעמי לכך, ברצוני להתייחס לשאלה הראשונה אותה הצגנו – היא שאלת היקף תחולת הוראת סעיף 6 כה חוק הבזק – בשל שלגביה שונה דעתי משל חברי.

2. הוראת סעיף 6 כה לחוק הבזק קובעת כדלהלן:

בעל רישיון לשידורי כבלים לא ישדר שידורים -  
 (1) שהם סרטים או מחזות שהמועצה לביקורת סרטים ומחזות, כמשמעותה בפקודת סרטי הראינוע, לא אישרה את הצגתם על פי כל דין ;  
 (2) שיש בהם חומר תועבה כמשמעותו בחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובכלל זה מישדרים שענינם אחד מאלה:  
 (1) הצגת יחסי מין שיש בהם אלימות, התעללות, ביזוי, השפלה או ניצול ;  
 (2) הצגת יחסי מין עם קטין או עם אדם הנחזה לקטין ;  
 (3) הצגת אדם או איבר מאיבריו כחפץ זמין לשימוש מיני ;  
 והכל כשהמישדרים המנויים בפסקאות משנה (1) עד (3) אינם, באופן מובהק, בעלי ערך אמנותי, מדעי, חדשותי, חינוכי או הסברתי, המצדיק, בנסיבות הענין, את שידורם.  
 (3) שהם תעמולה מפלגתית ;  
 (4) שיש בהם הסתה גזענית או לאומנית ;  
 (5) שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים או זכות מבצעים על פי כל דין.

עינינו הרואות, הסעיף מונה שורה של מגבלות על השידורים אותם רשאיות לשדר חברות הכבלים. חברי סבורים כי הגבלות אלה חלות גם על שידורים אותם מעבירות חברות הכבלים בשידור משני. לשיטתם, המסקנה ההפוכה תוליך "לתוצאות בלתי מתקבלות על הדעת". כל כך למה? בשל שפרשנות אחרת תיצור הבחנה בין שידורי מקור – דהיינו שידורים המופקים על ידי חברות הכבלים עצמן, הכפופים למגבלות שבסעיף, לבין שידורי משנה, אשר לא יהיו כפופים להן.

סבור אני כי באמצע מסקנה זו, התעלמו חברי משיקול מרכזי אשר הוא שצריך להדריכנו בבואנו לפרש את היקף תחולתה של הוראת חוק הבזק הצריכה לענייננו, הוא השיקול החוקתי. בפנינו הוראה שבכוחה להסב פגיעה קשה, אולי אף אנושה, לחופש הביטוי. הגבלת שידורי הטלוויזיה, לאמור - הטלת צנזורה עליהם, היא איום ממשי על החברה החופשית ועל המשטר הדמוקרטי. זכותו של האחד לשדר את אשר על ליבו לציבור הרחב, וזכותו המקבילה של האחר לבחור כאוות נפשו את השידור בו יצפה – הן זכויות שלא בנקל נתיר את הגבלתן.

3. בבג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359, נידונה הוראה אחרת בחוק הבזק (ההוראה שבסעיף 6 ככ), אשר גם היא פוגעת בחופש הביטוי. השופטת ד' דורנר, קבעה שם, בעמ' 369:

להוראות אלה, הפוגעות בזכויות האדם, יש לתת פירוש דווקני ומצמצם מתוך מגמה לתת לזכות "קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק" (דברי השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, בעמ' 295).

לעמדה זו הצטרפתי שם. לפיכך, באותו מקרה, פסלנו את ניסיון של רשויות הצבא למנוע את שידורי הערוצים הזרים ולהחליפם בהקרנתו של סרטון הסברה למקרה של התקפת טילים על מדינת ישראל. זאת, על אף שלא פקפקנו בדאגתן הכנה של גופי צה"ל לשלום האזרחים בימי המלחמה בעיראק. גם בעתות חרום ומשבר, כך פסקנו, יש לכבד את חופש הביטוי של הפרט, את זכותו לגישה חופשית למידע ואת האוטונומיה שלו.

4. אף להוראת סעיף 6 כה – אשר נמצאת במוקד דיוננו - נדרשנו לאחרונה, בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשיוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין. באותו מקרה התרנו את המשך שידורי ערוץ "פלייבוי" בישראל, על אף אופיים האירוטי של תכניו. הדגשנו שם כי כל פירוש הניתן להוראת סעיף 6 כה חייב לשקף את האיזונים הערכיים הראויים במסגרת ההגנה על חופש הביטוי. כשלעצמי, סבור אני כי האיזון הערכי הראוי יתבטא בהגבלת תחולת הוראת הסעיף, ככל שהדבר מתיישב עם לשוננו. ובענייננו - לאור החובה לפרש את דבר החקיקה באופן שפגיעתו בזכויות יסוד תצומצם ככל האפשר, אין, לדעתי, לקבוע כי אף שידורי המשנה כפופים להוראת סעיף 6 כה. פרשנות זו המוצעת כאן, מצמצמת את פגיעתה של ההוראה בחופש הביטוי: היא

ממלטת מתחום פריסתן של ההגבלות על חופש הביטוי המנויות בסעיף, את השידורים המשניים, דהיינו את שידוריהם של ערוצים זרים הנקלטים בישראל.

5. איני חולק על קביעת חברי כי פרשנות זו יוצרת הבחנה בין השידורים המקומיים לשידורים הזרים. כמוהם, אף אני סבור כי אין זו תוצאה רצוייה. ברם, לדעתי, עדיפה היא על התוצאה האחרת, אותה מציעים חברי – עדיפה היא על הטלתה של הגבלה נרחבת יותר על חופש הביטוי. בכרירה בין הגבלה חלקית יותר של חופש הביטוי – של הגבלתו בשידורי הערוצים המקומיים בלבד, לבין הגבלה רחבה יותר שלו, עלינו לבחור באפשרות הראשונה. כך, אפילו משמעותה של בחירה שכזו היא יחס שונה אל ערוצים שונים, ואולי אף מתן אפשרות לעקיפת המגבלות שבהוראת החוק. תוצאות אלה, בלתי רצויות ככל שיהיו, אינן פחותות בחומרתן, לדעתי, מהתוצאה אליה תביא החלת הוראת הסעיף גם על שידורי הערוצים הזרים. הדרך להתגבר על תוצאות בלתי רצויות אלה, אינה בהחלת המגבלה שבסעיף על השידורים הזרים, אלא בהצרת המגבלות המוטלות על השידורים המקומיים – בין בפרשנות החוק ובין בשינויו על ידי המחוקק.

אלא שלדברים אלה אין נגיעה ישירה לעניין שבפנינו. ככלות הכל, אין זו הוראת חוק הבזק אשר יצרה את האיסור על הפרת זכות היוצרים, כי אם הוראות חוק זכות יוצרים. כפי שמציין חברי השופט מ' חשין, בכל מקרה, אין לפרש את הוראת סעיף 6 ככה כמקנה לחברות הכבלים חסינות בפני הפרת החוק הישראלי. גם לפי דרך הפרשנות בה בחרתי אני, אין לומר כי הוראת הסעיף – אשר אמנם אינה מטילה, לשיטתי, מגבלות על חברות הכבלים – פוטרת אותן מהחובות המוטלות עליהן מכוח חוקים אחרים. מגבלה חשובה שכזו, מצוייה בחוק זכות יוצרים. באשר לתחולת חוק זה, תמים דעים אני עם העמדה אותה ביטא חברי המשנה לנשיא א' מצא בפסק הדין נשוא העתירה, לפיה, בשדרן בשידור משנה שידורים המוגנים בזכות יוצרים, מפרות העותרות את חוק זכות יוצרים. על נימוקיו של חברי המשנה לנשיא א' מצא המובאים שם אוסיף הערות מספר, המתייחסות לדבריו של חברי השופט מ' חשין בפסק דינו בעתירה זו.

6. את פסק דינו מבסס חברי השופט מ' חשין על הקביעה כי שידור משנה אינו בא בגדר ביצוע בפומבי של היצירה המוגנת, ועל כן אינו נחשב להפרת הזכויות בה. חברי מבסס את מסקנתו על מספר טעמים. הטעם המרכזי שבהם הוא החשש מפני השלכותיו של פסק דינו של המשנה לנשיא א' מצא. חברי מזהיר כי הלכה, המחייבת את העותרות לפנות – ומראש – אל כל אחד ואחד מבעלי זכות היוצרים שנתנו הסכמתם לשידור

המקורי, ולנהל עימו משא-ומתן – נפרד – לרבות בנושא תמלוגים, עשויה לחרוץ כליה על העברת שידוריהם של ערוצים זרים לישראל באמצעות חברות הכבלים או למצער, ליצור מנגנוני הסדר בלתי מתקבלים על הדעת. אודה כי מתקשה אני להבין טעם זה. אכן, הציבור מפיך תועלת מהאפשרות לצפות בערוצים הזרים הרבים אשר שידוריהם מועברים ארצה. אך העובדה כי הפרת חוק זכות היוצרים, והפגיעה בזכויות הקניין של היוצרים, נעשות בהיקף נרחב, משך זמן ארוך, ואולי אף להנאת הצופים, אין בה להצדיק הפרה של החוק. העובדה שעבירה על החוק היא נפוצה, ויש המפיקים ממנה תועלת, וודאי שאין בה כדי להתיר את ביצועה של העבירה – כך גם החשש אותו מביע חברי. אשר על כן, אף לו סברתי כי פסק הדין נשוא עתירה זו יביא לקץ שידורי הערוצים הזרים בישראל, לא יכולתי לקבל את העתירה על יסוד נימוק זה.

יתרה מכך. איני סבור כלל כי יש סיכוי רב כי תחזית זו ממנה חושש חברי תתממש. אם תוטל על חברות הכבלים החובה לרכוש את זכויות היוצרים ביצירות המועברות על ידן בשידור משנה, לא יהיה בכך כדי לחייבן לבוא בעצמן במשא ומתן עם כל בעל זכות יוצרים, בנפרד. הפתרון ימצא במסגרת מערכת היחסים שבינן לבין הערוצים הזרים, וזו שבין הערוצים הזרים ליוצרים. התוצאה תהיה ששידורי הערוצים הזרים יימשכו, מכוח הסכמות חוזיות שיתירו לחברות הכבלים לעשות שימוש ביצירות המוגנות, כפי שאפרט בהמשך הדברים.

7. לפני סיום הדיון בעניין זה, איני יכול שלא לציין, כי פסק הדין נשוא עתירה זו ניתן לפני כשלוש שנים. והנה, מאז ועד היום, ממשיכים הערוצים הזרים בשידוריהם בישראל. למעשה, הם אף התרבו במשך הזמן שחלף מאז מועד מתן פסק הדין. דומה בעיני, על כן, כי חששו של חברי מפני החשכה כוללת של המסכים, שהוא הנימוק המרכזי למסקנתו, הוא, למצער, מופרז.

8. טעמו השני של חברי השופט מ' חשין לקבלת העתירה נעוץ במטרות אשר עמדו לעיני מחוקקי חוק זכות יוצרים. כך מסביר חברי:

הדגם שהציב חוק הקופירייט צר ומצומצם בהיקפו מהכיל את תופעת הכבלים; כי מחוקקי חוק הקופירייט לא נתכוונו, מעיקרם של דברים, להחילו כמתכונתו המקורית - וזו המתכונת הניתנת לנו כיום – על העברת-מסה כהעברת הכבלים; כי יישום חוק הקופירייט כלשונו על העברת כבלים לא ישקף כראוי הסדר שחוק הקופירייט יצר ונתכוון ליצור.



אכן, אין ספק בליבי כי מחוקקי החוק לא נתכוונו להחילו על העברת מסה כהעברת כבלים. אלא שבכך אין כל רבותא – כפי שכותב חברי השופט מ' חשין, חוק זכות יוצרים חוקק בעידן בו איש לא יכול היה לדמיין כלל שידורי כבלים או לוויין. בשעה שהחוק חוקק, השמש לא שקעה על האימפריה הבריטית, ובפלשתינה שלטה האימפריה העותמנית. מדינת ישראל הייתה חלום רחוק, דמיוני כמעט כרעיון שניתן יהיה להעביר שידורים בזמן אמת מנקודה אחת על פני כדור הארץ לנקודה אחרת. היה זה עולם אחר לגמרי מזה המוכר לנו היום, מכל בחינה שהיא, ובוודאי מהבחינה הטכנולוגית. אין לכן כל טעם בניסיון להסיק מסקנות בדבר תחולת החוק על שידורי משנה בכבלים מלשוננו או מכוונת מנסחיו. מחוקקיו של החוק לא התכוונו שהחוק יחול על שידורי משנה בכבלים, כמו שגם לא התכוונו כי הוא יחול על שידורים ראשיים בכבלים, והכל כי כלל לא היו מסוגלים להעלות על דעתם שידורים בכבלים. לפיכך, גם בטעם זה אותו מביא חברי אין כדי לשכנע אותי בצדקת עמדתו.

9. טעמו השלישי של חברי השופט מ' חשין מתמקד בהבחנה בין פעילויות ראשוניות-אקטיביות – כשידור הראשוני של משחקי טורניר ווימבלדון, לבין "העברה" של שידור ששודר כבר – שהיא פאסיבית באופייה. חברי סבור כי העותרות נהגו כצופים הישובים בבתייהם, ולפיכך תפקידן היה פאסיבי גרידא, ועל כן אין להטיל עליהן אחריות. גם הסבר זה אינו מקובל עלי. תפקידן של חברות הכבלים רחוק מלהיות פאסיבי. הן בוררות את הערוצים שישודרו אל קהל המנויים שלהן, בהתאם לשיקולים מסחריים, וגובות תמורת שירותיהן תמורה מאת אותם המנויים. בכך נעוץ ההבדל בין לבין הצופה מהשורה אשר קולט באופן עצמאי את שידוריהם של ערוצים זרים בעזרת צלחת לקליטת שידורי לוויין ביתית המותקנת על גג ביתו או בחצרו. האחרון אינו עושה שימוש מסחרי ביצירה הנקלטת, בעוד שחברות הכבלים עושות גם עושות שימוש מסחרי ביצירה זו. הבחנה זו – בין השימוש הפרטי לשימוש המסחרי – היא הנותנת, ולא ההבחנה, המלאכותית קמעה, בין שימוש אקטיבי לפאסיבי.

בשל השימוש המסחרי אותו הן עושות ביצירה – ואם נרצה – לאור תפקידן שהוא אקטיבי בעיקרו – חברות הכבלים, נחשבות למשדרות לכל דבר ועניין. בעשותן כן, הן מבצעות ביצוע פומבי של היצירות המשודרות בשידור משני, ובנסיבות שכאלה, אין כל הבדל בין המשדר הראשי למשדר המשני (זוהי גם עמדתו של ט' גרינמן, המובעת בספרו זכויות יוצרים – מעידן הדפוס אל העידן הדיגיטלי (תשס"ד) 188).

10. מתפיסה בסיסית זו, לפיה משדר המשנה מפר את זכויות היוצר, נגזר ההסדר המקובל במשפט המשווה, אותו סקר חברי השופט מ' חשין, של רישיון כפייה. זהו גם ההסדר המוצע במדינת ישראל, בתזכיר לחוק זכות יוצרים, התשס"ד-2003. הסדרים אלה נועדו לפשט את הקשיים שבגביית התמלוגים ממשדרי המשנה. לפיכך, הם מתבססים על ההנחה, כי משדרי המשנה נזקקים לרישיון על מנת שיוכלו לשדר את היצירות – שאחרת מה הצורך ברישיון כפייה? אלמלא סברו המחוקקים בעולם, ומנסחי הצעת החוק בישראל, כי בשדרם את היצירות מפרים משדרי המשנה את זכויות יוצריהן, לא היה מקום לחייבם בתשלום תמלוגים. ואכן, אמנת ברן להגנה על יצירות ספרותיות ואומנותיות ( *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* ) אשר מדינת ישראל היא צד לה, קובעת, בסעיף 11 *bis* :

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;

(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;

(iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.

(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which the rights mentioned in the preceding paragraph may be exercised, but these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed. They shall not in any circumstances be prejudicial to the moral rights of the author, nor to his right to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority

לאמור – האמנה מקנה ליוצר זכות בלעדית להתיר שידור משני של יצירתו (סעיף משנה 1(ii)), והיא מתירה אמנם למדינות החברות להסדיר בשטחן את אופן

תשלום התמלוגים בגין השידור המשני, אך קובעת כתנאי מקדמי לחוקיותו של הסדר כזה, כי תובטח ליוצרים תמורה בגין שידור יצירותיהם בשידור משני (סעיף משנה 2).

11. מסקנתי היא, איפוא, כי שידור המשנה של היצירה בא בגדר ביצוע בפומבי שלה, ועל כן חב משדר המשנה בקבלת רישיון מאת בעל זכות היוצרים. אך אין בכך לומר, כי בפועל, יחוייבו חברות הכבלים לפקח על כל שידור המשודר בערוצים הזרים ולשאת ולתת עם כל בעל זכות יוצרים שיצירתו משודרת באחד מהערוצים אשר שידוריו מועברים לציבור על ידן. כפי שכבר ציינתי, הפתרון ימצא במישור החוזי. עתה ארחיב מעט על פתרון זה.

והיה אם תוצאת פסק דינו של בית משפט זה תשאר על כנה, חברות הכבלים, ביודען כי שומה עליהן להשיג רישיון לשידורן של יצירות מוגנות בערוצים הזרים, ידרשו מכל ערוץ זר, אשר תמורת הרשות להעבירו בשידור משנה משלמות הן לו תמורה כספית, כי יבטיח אותן ביחסייהן עם בעלי זכויות היוצרים. מחירה של הבטחה זו, יגולם במחיר שמעבירות חברות הכבלים לערוצים הזרים. הללו, מצידם, יכלילו בחוזה אותו הם כורתים עם בעל זכות היוצרים תנייה המתירה את שידור היצירה בשידור משני לישראל. בעד היתר זה, יזכה בעל זכות היוצרים בתמורה – מאת הערוץ הזר, אשר יגלגל, כאמור, את עלותה של תמורה זו לחברת הכבלים הישראלית (הכל בהתאם לגמישויות עקומות הביקוש וההיצע הצריכות לעניין). אם לא יסכים היוצר להכללת תנייה המתירה את שידור יצירתו בשידור משנה לישראל, בחוזה אותו הוא כורת עם הערוץ הזר, ערוץ זה הוא שימנע את שידור היצירה המוגנת לישראל. תפקיד זה יונח על כתפי הערוץ הזר – שלו שליטה מלאה בהתקשרות עם בעל זכות היוצרים ובשידור יצירתו – ולא על כתפי חברות הכבלים, כפי שחושש חברי השופט מ' חשין. ואכן, גם חברי השופט מ' חשין מעלה, בפסקה 47 לפסק דינו, את האפשרות שחברות הכבלים, הערוצים הזרים ובעלי זכות היוצרים יסדירו את נושא התשלום בהסכמים שביניהם. אלא שלאור תוצאת פסק דינו, לא יותר לחברות הכבלים כל תמריץ שהוא להסדיר את זכויות היוצרים בהסכמים להם הן צד. וכי מדוע יבחרו חברות אלה להגדיל את התמורה אותה הן משלמות לערוצים הזרים, על מנת שאלה יבטיחו להן כי יושג רישיון מאת בעלי זכות היוצרים, עת יכולות הן, כך לפי פסק דינו של חברי, להעביר שידורים אלה מבלי לשלם תמורתם תמורה כלשהי?

12. זאת ועוד זאת. חברי השופט מ' חשין מציע פתרון חוזי חלופי – כזה שיכלול רק את הערוצים הזרים ואת בעלי זכות היוצרים. אף אם נניח כי הסדר זה הוא אפשרי בהתחשב בתוצאת פסק דינו (הנחה אשר אינה נקייה מקשיים, שהרי, בהעדר לחצם של

המשדרים המשניים – הפטורים מחובת השגת רישיון מאת בעלי זכויות היוצרים - יקטן במאוד התמריץ המניע את הערוצים הזרים להגיע להסכם שכזה עם בעלי זכות היוצרים), אין בהעדרו כדי להצדיק את פעולתן של חברות הכבלים. ההסכם בין הגורמים הזרים לחוד, ופעולתן של חברות הכבלים לחוד. אם הללו הפרו זכות יוצרים בהתאם לחוק זכות יוצרים הישראלי – אין בעובדה שבעל זכות היוצרים לא הגן כראוי על זכויותיו, כבענייננו, כדי לסייע להן. משל למה הדבר דומה? לגנב (והמפרים זכויות קניין רוחני הם כגנבים לכל דבר ועניין) המבקש להצדיק את מעשהו בעובדה שבעל הדירה אשר את תכולתה נטל לא נעל את הבריה כראוי. הפירצה, כך ידענו כולנו, קוראת לגנב, אך אין לאל ידה להצדיק את הגניבה.

אשר על כן, בשדרן את משחקי אליפות ווימבלדון באמצעות העברת שידורי הערוצים הזרים, הפרו העותרות את זכויות היוצרים בהן החזיקה המשיבה - על אף שהוראת סעיף 6 כה לחוק הבזק אינה חלה על שידורים אלה. זאת, בשל שבעשותן כן, ביצעו העותרות ביצוע פומבי של היצירה המוגנת. לפיכך, דין העתירה, לדעתי, להדחות. עם זאת, מצטרף אני לקריאתו של חברי השופט מ' חשין למחוקק להסדיר בחוק את הסוגיות המתעוררות בדיון נוסף זה.

## ש ו פ ט

### השופטת מ' נאור:

1. לדעתי יש לדחות את העתירה.
2. הנושא בו חלוקים חברי בדעותיהם מצריך הסדרה בינלאומית בדרך של כריתת אמנה בינלאומית, אשרורה על ידי מדינות, וחקיקה פנימית של המדינות בעקבותיה. בימים אלה (בין ה-7.6.2004 ועד ה-9.6.2004) מתקיים בג'נבה המושב ה-11 של הוועדה המתמדת לענייני זכויות יוצרים וזכויות נלוות של WIPO, הארגון הבינלאומי לזכויות יוצרים. הוועדה המתמדת דנה בנוסח משולב (מיום 29.2.2004) של אמנה מוצעת בעניין הגנה על זכויות ארגוני שידור (ראו אתר האינטרנט [http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/sccr/pdf/sccr\\_11\\_3.pdf\\_last](http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/sccr/pdf/sccr_11_3.pdf_last) visited 6/6/2004). עד שתיכרת, אם תיכרת, אמנה ותהפוך, אם תהפוך, לדין פנימי, עוד רבה הדרך. את הפתרון לשאלה המונחת לפנינו עלינו למצוא בכלים המשפטיים הקיימים.

3. הפתרון לשאלה שבמחלוקת צריך להימצא, לעת הזו, במערכות הסכמים בינלאומיים. באין אמנה בינלאומית מחייבת, על כל הנוגעים בדבר לדאוג להסדיר את יחסיהם בחוזים. במסגרת זו ניתן גם "לתמחר" את התשלום עבור זכויות היוצרים. "התמחור" ייעשה על ידי מי שרוכש במישרין את זכויות היוצרים מבעליהן. התימחור יביא מן הסתם בחשבון גם מגבלות טריטוריאליות ומגבלות בדבר שידורי משנה. מי שהפר הסכם (כגון מי שהעביר מישדרים לטריטוריה אליה לא אמור היה להעבירם על פי ההסכם בינו לבין בעל זכויות היוצרים) – ייתבע על ידי הנפגע. יש להניח כי התמחור אינו זהה לגבי זכות שידור ללא מגבלה טריטוריאלית ולגבי זכות שידור לטריטוריה מוגבלת. העותרות טוענות, ועוד אשוב לכך, כי UFA מכרה את "סחורתה" פעמיים, הן למשיבה והן למפיצים הזרים, בלי להגביל את אלה האחרונים בטריטוריית השידור. אם כך הוא - UFA היא בעלת דברה של המשיבה אלא ש-UFA, כפי שהראה חברי השופט חשין, נמנעה מלקבל על עצמה אחריות; אם, לעומת זאת המפיצים הזרים הפרו מגבלה טריטוריאלית שהוטלה עליהם בהסכמים עם UFA, ככל שהיו הסכמים כאלה, ניתן לתבוע את המפיצים הזרים שגרמו להפרת הבלעדיות שניתנה למשיבה. לכל הפרה – תרופה. ואולם ענייננו נסוב סביב השאלה אם ניתן לתבוע את העותרות, חברות הכבלים, בגין הפרת זכויות יוצרים. תשובתי על שאלה זו היא בחיוב, ואני מצרפת דעתי לדעתם של חבריי המשנה-לנשיא, א' מצא והשופטים י' טירקל וא' ריבלין.

4. אכן, ככלל, אין לצפות באופן מעשי ממי שמקבל (כדין) שידור ממפיץ זר עמו הוא קשור בקשר חוזי לחקור ולדרוש לגבי מסת השידורים המועברים בו זמנית, לבחון אם יש בשידור המועבר הפרה של זכויות יוצרים (או הפרת הוראה אחרת בענין שידורים אסורים בישראל). ואולם, משדר-המשנה זכאי לצאת מההנחה שהמשדר הזר הסדיר את נושא התמלוגים מול בעל הזכויות רק אם דאג "לשריין" בחוזה בינו לבין המפיץ הזר שזה האחרון ישמור על זכויות יוצרים. אם יסתבר שהמפיץ הזר הכשיל אותו – יוכל להיפרע מהמפיץ הזר. אין זו גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה.

5. אינני סבורה כי בבחירה בין רעות עלינו להעדיף את הפתרון לפיו חסין משדר-המשנה מדיני זכויות היוצרים. מקובל עלי, כאמור, שבדרך כלל אין העותרות יכולות לדעת מראש שלשידורים שהן קולטות ישתרכבו שידורים אסורים למיניהם – שידורים המפרים זכויות יוצרים, או שידורים האסורים לפי הוראת סעיף 6 כה לחוק הבזק, או שידורים האסורים לפי כל דין בישראל. ביחסים שבין הרגולטור לבין חברות הכבלים יש להניח שהרגולטור לא יקפיד עם בעל הרשיון לשידורי כבלים כשמדובר בהפרה חד פעמית, הפרה שלא היתה בשליטת בעל

הרשיון והוא פעל למנוע את הישנותה. לעומת זאת ביחסים בין בעל הרשיון לבעל זכות היוצרים, תום לב אינו מהווה הגנה.

6. אכן, חוק הקופירייט האנגלי מיושן הוא. עם זאת סבורה אני כי הוא אוצר כוח להגן על בעלי זכויות היוצרים. ניתן, ולטעמי ניתן בנקל, לפרש שידור משני בדרך של פעילות ממסר כ- "public performance" וכ- "distribution". גם חברי השופט חשין מציין כי מבחינה "משפטית טכנית" ניתן להחיל את מושגי חוק הקופירייט גם על העברת שידורים בכבלים, ואולם לדעתו, וכפי שהסביר בהרחבה, יישום חוק הקופירייט כלשונו על העברת כבלים לא יסקף כראוי הסדר שחוק הקופירייט יצר ונתכוון ליצור. דעתי שונה היא: חברות הכבלים יכולות להגן על עצמן, במישור החוזי, מפני התוצאות הכלכליות של הפרת זכויות יוצרים. כיוון שהשידורים מהחברות הזרות נקלטים as is, על חברות הכבלים להתנות, כאמור, בחוזה עם המשדרים הזרים כי לא תהא הפרה של זכויות יוצרים, או אף לדרוש הסכמה לשיפוי במקרה של הפרה. כך, מערכת ההסכמים בשרשרת ההעברה "תתמחר" את התשלום שיש לשלמו לבעל זכויות היוצרים, לכל אזורי ההפצה שבעל זכות היוצרים הרשה להעביר אליהן שידורים. משדר-המשנה לא יצטרך לשאת ולתת במישורין עם בעלי זכויות היוצרים.

7. ועוד: אפילו הייתי סבורה – ואין אני סבורה כך – שבדרך-כלל אין להטיל אחריות על משדר-המשנה בגין הפרת זכויות יוצרים, שונים פני הדברים במקום שיש "התראה" מראש, כפי שארע בענייננו אנו, לפיה ישנה סכנה להפרה עתידית של זכות יוצרים. אני סבורה שבנסיבות כאלה קמה חובה על חברות הכבלים לברר האם ה"מוכר" (הערוץ הזר) הוא אכן בעל זכות לשדר וכי זכותו ניתנת להמחאה היא (דהיינו – אין עליה מגבלות טריטוריאליות או אחרות). על חברות הכבלים המקבלות התראה זמן סביר לפני השידור מוטל הנטל לברר שאין הן קוננות, חלילה, סחורה "גנובה". לדעתי אל-לנו לאפשר למשדרי המשנה, בנסיבות כאלה, להשיב כפי שהשיב פרקליט העותרות לפניית המשיבה:

"מרשותי אינן מתכוננות עתה לשדר את משחקי וימבלדון 1992. מרשותי מעבירות שידורי לוויין המשודרים ממקומות שונים בעולם, ויתכן שחלק מלווינים אלו יכללו את משחקי וימבלדון בשידוריהם. בהעברה בו זמנית כזו לא יכולה להיווצר הפרה של זכות יוצרים. גם אם זכות זו לא היתה קיימת וגם אם זכות זו שייכת למי ממרשותיכם".

תשובה זו היא בגדר התנעויות מוחלטת משאלת הפרה עתידית של זכויות יוצרים. לטעמי, לא כך דין, ומשדר-משנה אינו יכול להישאר אדיש להפרה צפויה. גם מאיסורים אחרים המוטלים על המשדרים בישראל אין משדר-משנה יכול להתנער: אם הסתבר לחברות הכבלים, למשל, שהערוץ הזר העביר להן שלא בידיעתן שידורים אסורים, כגון שידורים גזעניים, עליהן לנקוט באמצעים הדרושים שכך לא יקרה שוב: בין על ידי העלאת דרישה בפני הערוץ הזר, ובין על ידי החשכת המסך, בזמן שבו צפוי שידור חוזר כזה (בהנחה שזמן השידור ידוע).

8. העותרות מבקשת להחיל על עניינן את הכללים בסוגיית "היבוא המקביל" (טענותיהן פורטו בסעיף 61 לפסק דינו של חברי השופט חשין). הטענות בסוגיית היבוא המקביל תפסו "נפח" נכבד בסכומי ב"כ העותרות. חוששתני שהעותרות לא הניחו כלל תשתית עובדתית שהיה עליהן להניח לצורך סוגייה זו. לא היתה לי הזכות שהיתה לחבריי האחרים בהרכב, לשמוע טענות הצדדים על-פה. החלפתי, לקראת נעילה, את חברתנו השופטת (בדימוס) דורנר שיצאה לגמלאות. ואולם, מתוך עיון בתיק נראה לי שמערכת העובדות בתיק זה לא התבררה עד תום. המערכת העובדתית לה טען עו"ד בכר, ב"כ העותרות, בסיכומיו בפנינו היתה זו: UFA מכרה את הזכויות במישדר לערוצים הזרים עוד לפני שמכרה אותן למשיבה; UFA לא פעלה לשם מניעת קליטת השידור והעברתו בשידור משנה, לא באמצעים משפטיים ולא באמצעים הטכנולוגיים שעמדו לרשותה (סעיפים 91 ו-92 לסכומים). עו"ד בכר מזכיר בסיכומיו כי החוזים שנכרתו בין UFA לחברות הזרות לא הונחו בפני בית המשפט (סעיף 115 לסכומים). לטענתו, בנסיבות אלה "לא ניתן לברר אילו תנאים התנתה UFA עם המשדרים המקוריים אשר מהם נקלטו אותות השידור". על כן, לדבריו, "בהעדר ראיה מפורשת אין להניח כי UFA הגבילה את טווח השידור של הרשתות הזרות או את האפשרות להתיר קליטה לווינית של אותות השידור בטריטוריות זרות. בנסיבות אלה אפשר להניח במידה רבה של בטחון, כי UFA התירה את היבוא המקביל או שהפיקה ממנו טובת הנאה ישירה או סמויה . . ." (סעיפים 115 – 116 לסכומים; ההדגשות הוספו).

9. בפסק דינה של הערכאה הראשונה לא מצאתי ממצאים התואמים לטענותיו העובדתיות של עו"ד בכר לפנינו. בפני הערכאה הראשונה טענה המשיבה כי העותרות ממשיכות "ליירט באופן פיראטי" ערוצי לוויין זרים מבלי לקבל הסכמת בעל הזכויות, בהיעדר האשורים הנדרשים לכך על פי דין, ומבלי לשלם עבורם (פיסקה 4 לפסק דינו של השופט גורן). בסופו של יום לא נקבעו ממצאים בשאלה זו בפסק הדין האמור.

10. ההליך שלפנינו הוא דיון נוסף, ואין הוא אמור לעסוק בעובדות. עם זאת אני סבורה שמערכות ההסכמים להן טען עו"ד בכר, כפי שפורט, לא הוכחו. אזכיר כי מנהלה הכללית של UFA נתן תצהיר בבית המשפט המחוזי, בו אישר כי המשיבה היתה בעלת רשיון לעשות שימוש בלעדי בזכויות UFA בישראל (פיסקה 33 לפסק דינו של חברי השופט מצא בערעור). העותרות זכאיות היו לבקש לחקור אותו על תצהירו ויכולות היו לדרוש ממנו להציג את מערכות ההסכמים בין UFA וחברות הלוויין. יכולות היו העותרות, לו רצו בכך, להציג מערכת חוזית זו בדרך אחרת, כגון זימון נציגי המשדרים-הזרים לעדות. המשיבה הוכיחה, לכאורה, כי היא בעלת זכויות השידור הבלעדיות בישראל. הנטל להוכיח אחרת היה מוטל על העותרות, שלא הוכיחו את מערכת ההסכמים להן טוענות הן בסיכומיהן לפנינו. אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות. אין צורך להניח הנחות, כשהעובדות ניתנות לבירור בנקל. בנסיבות אלה אין לדעתי מקום לשקול כלל את טענות העותרות בענין "היבוא המקביל".

11. לענין המשפט האמריקאי: חבריי עמדו, בחוות הדעת השונות, על הפסיקה והחקיקה בענין שידורי כבלים, ועל ההסדר החקיקתי בענין רשיון כפוי לשידורי כבלים. לתמונה שהוצגה על ידם מבקשת אני להוסיף התפתחויות מאוחרות יותר בתחום שידורי הלווינים.

בשנת 1988, העביר הקונגרס את ה-Satellite Home Viewers Act (להלן – SHVA). החוק תוקן מספר פעמים. חוק זה נועד לשלב את שדרני הלווינים במערכת הקיימת של שדרני הטלוויזיה הרגילים וחברות כבלים, תוך שמירה על איזון בין מספר אינטרסים ובהם הצורך באספקת שידורי טלוויזיה באמצעות לווינים למקומות רחוקים מהישוב שאינם יכולים לקלוט שידורים רגילים, והצורך להגן על זכויות היוצרים של שדרני טלוויזיה מקוריים שאינם משדרים באמצעות לווינים. ה-SHVA התיר לשדרני לווינים להעביר "שידורי משנה" (שנלקחו משדרן רגיל) לבתי אב שאינם יכולים לקלוט שידורים רגילים (unserved households). בנוסף לכך, הוקם גם לגבי לווינים מנגנון רישיון



כפוי: העברת השידורים לבתי אב כאלה לא תחשב כהפרת זכויות היוצרים, אך על חברות לוויינים לשלם את הסכום הקבוע בחוק עבור כל שידור משנה. ה-SHVA תוקן מספר פעמים. לאחרונה, בשנת 1999, העביר הקונגרס תיקון לחוק (בשם Satellite Home Viewer Improvement Act) אשר, בין היתר, מאפשר לחברות לוויינים להעביר, לכל אזור, שידורי משנה של הערוצים של אותו אזור, ללא כל תשלום. זאת, להבדיל משידורי משנה של ערוצים ממקומות רחוקים: שידורי משנה אלה נשארו כפופים לרישיון הכפוי. בה בעת, חוק זה מטיל מגבלות ניכרות על שדרן לוויין שברצונו להעביר שידורי משנה של ערוצים מקומיים. יצויין כי כמו רישיון כפוי ב-SHVA, כך העברת ערוצים מקומיים באמצעות לוויין מוגבלת לבתי אב שאינם מסוגלים לקלוט שידורים רגילים.

12. כאמור, ה-SHVA מעניק רישיון כפוי לחברות לוויינים ומאפשר להן להעביר, באופן חוקי, שידורי משנה, וזאת רק לבתי אב בתוך ארצות הברית שאינם יכולים לקלוט שידורים רגילים. תחולתו של החוק הנה, כאמור בו, טריטוריאלית. בתי משפט נתנו סעדים מתחום דיני זכויות היוצרים נגד חברות לוויינים שנתבעו על חריגות מהרישיון הכפוי. כך, למשל, בפרשת *National Football League v. PrimeTime*, 211 F.3d 10 (2d Cir. 2000), חברה בשם PrimeTime העבירה שידורי משנה של משחקי ספורט לשטח קנדה – שטח שלא נכלל ברישיון הכפוי – ללא אישור, ובלי לקנות את זכויות היוצרים. ליגת הכדורגל (NFL) ביקשה מספר פעמים מ-PrimeTime להפסיק שידורים אלה, אך האחרונה המשיכה להעבירם. היא חוייבה בגין הפרת זכויות יוצרים. בפסק הדין נקבע, בין השאר, כך:

” We believe that the most logical interpretation of the Copyright Act is to hold that a public performance or display includes ‘each step in the process by which a protected work wends its way to its audience.’ ... Under that analysis, it is clear that PrimeTime’s uplink transmission of signals captured in the United States is a step in the process by which NFL’s protected work wends its way to a public audience. In short, PrimeTime publicly displayed or performed material in which the NFL owns the copyright ... PrimeTime infringed the NFL’s copyright.” (שם, בעמ' 13-14)

בשורה של פסקי דין, חייבו בתי משפט חברות לוויינים שהעבירו שידורי משנה לבתי אב – הנמצאים באזורים שבתוך ארצות הברית – אשר היו מסוגלים לקלוט שידורים רגילים ולכן לא נכללו ברישיון הכפוי. בפרשה אחרת בה היתה מעורבת חברת PrimeTime הנזכרת – פרשת *ABC v. PrimeTime*, 184 F.3d 348 (4<sup>th</sup> Cir. 1999).

PrimeTime העבירה שידורים לבתי אב בארצות הברית מבלי לוודא שאין ביכולתם לקלוט שידורים רגילים, ועל כך חייב אותה בית המשפט בגין הפרת זכויות יוצרים. (ראו גם *CBS v. Echostar Communications*, 276 F. Supp. 2d 1237 (S.D. Fla. 2003), ופסקי הדין הנזכרים שם).

13. החקיקה ובתי המשפט בארצות הברית הגנו על זכויות היוצרים לגבי שידורי לוויין המועברים אל מחוץ לתחולת הרשיון הכפוי: ברחבי ארצות הברית או מחוצה לה. על כן מן המשפט האמריקאי יש ללמוד, לדעתי, דווקא על מגמה של הגנה על בעל זכות היוצרים בין בדרך של רשיון כפוי, ובין - במקרה שאין רשיון כפוי - במישרין. אצלנו, כאמור, אין עדיין שיטה של רשיון כפוי, אך הצורך להגן על זכויות היוצרים מצדיק פרשנות שלא תאפשר לחברות המשדרות שידור-משנה להתנער מכל אחריות להפרת זכויות אלה, כפי שנעשה בענייננו.

14. בבית המשפט העליון של ארה"ב התעוררה, בשנת 2001, שאלה בדיני זכויות יוצרים שהיא שונה מהשאלה המונחת בפנינו, אך יש לה גם קווי דמיון מסויימים: *New York Times v. Tasini*, 533 U.S. 483 2001. בפרשה זו תבעו 6 כתבים עצמאיים (Freelancers) את ה- *New York Times* ואחרים בגין הפרת זכויות יוצרים בכתבות מפרי עטם. הנתבעים העבירו למאגרי מידע אלקטרוניים (lexis/nexis ואחרים) את מכלול פרסומיהם, שכללו גם את כתבותיהם של התובעים. משתמשי הקצה של מאגרי המידע יכלו ל"שלוף" מהמאגרים כל כתבה בנפרד. שאלת זכויות היוצרים הוכרעה על יסוד הוראה מיוחדת בדין האמריקאי בדבר "יצירה קולקטיבית". דעת הרוב היתה שהנתבעים הפרו את זכויות היוצרים של הכתבים; דעת המיעוט היתה שלא היתה הפרה כזו. מחלוקת זו אינה נוגעת לדין הישראלי, ולא ארחיב. הזכרתי את פסק הדין מפני שגם שם, בדומה למה שנטען לפנינו, נטען על ידי הנתבעים כי להכרה בתביעה תהיינה "תוצאות הרסניות" לגבי השמירה האלקטרונית של קטעי עיתונות, שמירה שחשיבותה רבה למען ההיסטוריה. על כך השיב בית המשפט, בדעת הרוב, כי הצדדים (הכתבים והעיתונים) יכולים להגיע ביניהם להסכם המאפשר המשך העברת עבודתם של הכתבים, ובמידת הצורך יוכל הקונגרס לקבוע מודלים שונים של רשיון כפוי שיפצו את בעלי זכויות היוצרים. מכל מקום, כך נקבע, ספקולציות אודות הנזק העתידי אינן סיבה לפגוע בזכויות היוצרים שהדין מעניק לכתבים. לא מן המותר להעיר כי ישנם קווי דמיון בין דעת המיעוט להנמקתו של חברי השופט חשין בפרשה שלפנינו. בדעת המיעוט, שצידדה בדחיית תביעתם של הכתבים, נקבע, בין השאר, כי הקונגרס, כשתיקן את חוק זכויות היוצרים בשנת 1976 לא צפה את ההתפתחויות הטכנולוגיות בשנות ה-

80, התפתחויות שעוררו את המחלוקת נשוא הדין. הנה כי כן, סדנא דארעא חד הוא, הסוגיות דומות הן, וגם חילוקי הדיעות בין שופטים.

15. נחלקנו בדיון נוסף זה בשאלת הדין הפוזיטיבי. עם זאת מבקשת אני להצטרף לקריאה שהפנה חברי השופט חשין (פיסקה 64 לפסק הדין) למחוקק: כפי שהראה חברי קיים צורך, והצורך דחוף הוא, להתאים את דיני זכויות היוצרים להתפתחויות הטכנולוגיות המואצות, באופן שיאזן בין כל האינטרסים המושכים לכיוונים שונים.

16. דעתי היא כי יש לדחות את העתירה.

## ש ו פ ט ת

### השופטת ד' ביניש:

1. השאלה העומדת לפנינו בדיון נוסף זה הינה האם שידור מישני בכבלים של יצירה המוגנת בדיני זכויות יוצרים, מפר זכות יוצרים. חבריי חלוקים ביניהם בשאלה זו, וכל אחד מהם נשען על טעמים משלו. המחלוקת העקרונית שבין המשנה לנשיא השופט מצא והשופטים שהצטרפו לתוצאה אליה הגיע, לבין חברי השופט חשין אליו הצטרף המשנה לנשיא (בדימ') אור, הינה האם זכות יוצרים שהוגדרה בחוק זכות יוצרים כמגנה על הזכות לבצע בפומבי ועל הזכות להפיץ לצרכי מסחר, חלה בנסיבות העניין שלפנינו על שידור מישני.

חוק זכות יוצרים נחקק בשנת 1911, ולפיכך אין למצוא בו מענה מפורש לשאלה הטעונה הכרעה בדיון נוסף זה. אין ספק כי לשון החוק ניתנת לפרשנות בשני אופנים - זה המרחיב ומחיל את החוק על שידור מישני, וזה השולל תחולה כאמור. בסופה של התלבטות, באתי למסקנה כי בהעדר הסדר חקיקתי מפורט שישדיר את סוגית זכויות היוצרים בנוגע לשידורים מישניים, אין מנוס מלפרש את זכות היוצרים באופן שיגביל את היקפה לשידור ראשוני בלבד. לפיכך, רואה אני להצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי השופט חשין, מן הטעמים עליהם אעמוד בקצרה להלן.

2. אודה כי במחשבה ראשונה, מצאתי קושי רב בפרשנות המצמצמת את היקף זכות היוצרים לשידור ראשוני בלבד: ראשית, ההפרדה בין חוליות שידור שונות המפיצות שידור שמלכתחילה אין חולק כי חלה עליו זכות יוצרים, עשויה להיראות מלאכותית. כל אחד מהמפיצים של אותו שידור – המשדר הראשוני שהוא תחנת טלוויזיה זרה, והמשדר המישני בישראל שהן חברות הכבלים – מהווים כולם מפיצי שידור ברבים לצרכי מסחר. העובדה כי המחוקק של החוק משנת 1911 לא צפה קיומו של שידור מישני, אין בה בלבד כדי להצדיק את צמצום היקפה של זכות היוצרים לשידור ראשוני בלבד; שהרי המחוקק המנדטורי לא צפה גם שידור ראשוני או שידור טלוויזיה בכלל. שנית, כפי שעולה מחוות-דעתם של חבריי, במדינות שפתרו את הסוגיה הנדונה באמצעות חקיקה הקובעת רישיון כפוי למשדר מישני, ראה המחוקק לקבוע פטור מפורש של המשדר המישני מאחריות לפי דיני יוצרים, וזאת לצד חובה סטטוטורית של תשלום תמלוגים שגובהם מוגבל. עצם קביעת פטור מאחריות של המשדר המישני, עשויה לכאורה ללמד על קיומה של אחריות מלכתחילה על-פי דיני זכויות יוצרים, ומכאן הדילמה שחקיקה זו הציבה בפניי. שלישית, יצוין כי אינני שותפה לדעתו של השופט ריבלין הסבור כי הוראות-סעיף 6 ככה לחוק הבזק אינן חלות על משדר מישני, נוכח ההגנה המתבקשת לשיטתו על חופש הביטוי. בדרכו של השופט חשין, אף אני סבורה כי סעיף 6 ככה - בעיקרו - אינו יוצר נורמות חדשות, והאיסורים הקבועים בו מקורם בדין הקיים. על-פי תכליתו, נועד הסעיף האמור לאפשר לרשות המסדירה את השידורים, לפקח עליהם. בהתאם לתכלית זו, אין להוציא את השידורים המישניים מתחולת האיסורים הקבועים בחיקוקים שונים, כגון: חוק העונשין האוסר על תועבה והפצת גזענות, החוק האוסר על תעמולה מפלגתית, ויתר איסורים הקבועים בדין הכללי. מהוראות סעיף 6 ככה ניתן, אפוא, להסיק כי למשדר המישני אחריות משלו לשידורים שהוא מעביר לקהל המקומי, ועליו לבחנם מראש ככל הניתן בנסיבות מתאימות. בהתחשב בכך, אין לומר כי יש לראות בו מעביר פסיבי בלבד של השידורים מהערוץ הזר, אף כי מטבע הדברים אין לו שליטה מוחלטת על תוכנם ואחריותו עליהם מוגבלת. על אף שאינני סבורה כי הכבלים מהווים צינור העברה טכני-פסיבי בלבד של השידורים מהערוצים הזרים, אינני רואה כי ניתן להטיל עליהם אחריות בדיני זכויות יוצרים בגין השידור המישני, במצב החוקי הקיים.

הטעם בשלו ראיתי להצטרף לתוצאה אליה הגיע השופט חשין, נעוץ בהעדר כלים מתאימים להבטיח את זכויות היוצרים בלי לפגוע מעבר לנדרש בזכויות ובאינטרסים ראויים. בעידן הנוכחי, בו הטכנולוגיה מקדימה את עולם המשפט, מתעורר לא פעם צורך בהתאמה של הדינים הקיימים למציאות המתפתחת. צורך זה מתעורר בהקשר שלפנינו, שכן בחוק זכות יוצרים המייסד עצמו על חוק אנגלי משנת

1911, אין כדי ליתן מענה למגוון הקשיים הנילווים לשידורים מישניים של יצירות מוגנות. במצב זה, הטלת אחריות על משדרים מישניים בגין הפרת זכויות יוצרים, בלא להגבילה בהסדרים המותאמים למציאות הטכנולוגית, עלולה להוביל לפגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויות מוגנות מתחרות הזוכות למעמד רם בשיטתנו המשפטית, ובהן - חופש הביטוי, חופש המידע והאינטרס כי מידע רב ומגוון ככל הניתן מהעולם הרחב יהיה נגיש לציבור בישראל.

חברי השופט חשין עמד על החשש כי חברות הכבלים תתקשינה להתמודד עם בעלי זכויות היוצרים במישרין, נוכח ריבוי הערוצים הזרים והמספר האינסופי של היצירות המוגנות המשודרות בהם. ספק בעיני אם קושי זה יכול לבוא על פתרונו המלא בהסדרים חוזיים. מאחר שישראל מהווה נתח קטן בלבד משוק התקשורת המסחרית הבינלאומית, אין לדעת אם הערוצים הזרים יקבלו על עצמם לבקשת חברות הכבלים בישראל להבטיח אותן ביחסיהן עם בעלי זכויות היוצרים. כך במיוחד, כאשר מרבית המדינות האחרות בהן משודרים הערוצים הזרים, פוטרות את המשדרים המישניים מאחריות כאמור, לצד חובת תשלום סטטוטורית של תמלוגים שגובהם מוגבל. הטלת אחריות בדיני זכויות יוצרים על משדרים מישניים בישראל בלא קיומם של הסדרים סטטוטוריים שיגבילו את היקף אחריותם עלולה, אפוא, להוביל להחשכת המסך, לפחות באופן חלקי. תוצאה זו בלתי נסבלת בעידן בו אנו חיים. אין להניח כי תכלית החקיקה, הנקבעת בהתחשב בחיי ההווה, היא להשיג תוצאה בלתי סבירה כאמור. לפיכך, סבורה אני כי אין מנוס מהעדפת הפרשנות לפיה שידור מישני של יצירה מוגנת, אינו מפר זכויות יוצרים בהתאם לחקיקה הקיימת.

3. אכן, בהעדר חקיקה עדכנית שתתאים את ההגנה על זכויות היוצרים למציאות בה הטכנולוגיות המודרניות מאפשרות העברה בלתי מוגבלת של יצירות מוגנות, אין פתרון אופטימלי לבעיה הניצבת בפנינו. מצב זה קורא להתערבות המחוקק בקביעת הסדר הולם שיאזן כראוי בין זכות היוצרים לבין הצורך לקיים זרימת מידע לציבור במחיר הולם. חברי השופט חשין הצביע בחוות-דעתו על כך שבמדינות שונות נקבעו מודלים חקיקתיים העונים על הצורך בפתרון מאוזן בין המציאות של הרחבת מעגל השידורים וביצוע שידורים מישניים והצורך לעודד הרחבה זו, לבין ההגנה על זכויותיו של בעל זכויות היוצרים במושגים ובנתונים של עולם תקשורת פתוח. אני מצטרפת, אפוא, לפנייתם של חבריי, כי המחוקק יפעל בעניין בהקדם, ויפה שעה אחת קודם.

אנו מחליטים ברוב דעות של המשנה לנשיא השופט מצא ועימו השופטים טירקל, ריבלין ונאור, בניגוד לדעתם של השופטים חשין, המישנה לנשיא (בדימ') השופט אור והשופטת ביניש, לדחות את העתירה ולחייב את העותרות לשלם למשיבה 1 שכר טירחת עורך-דין בסך 50,000 ש"ח.

היום, כ"ז בסיוון תשס"ד (16.6.2004).

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

המשנה לנשיא (בדימ')

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת