

30 בנובמבר 2016

לכבוד
מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי)
רח' צלאח א-דין 22
ירושלים 9711045

במצורף להודעת דואר אלקטרוני

ג.א.נ.,

הנדון: תזכיר חוק זכות יוצרים (תיקון מס'), התשע"ו-2016

איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר) ("איגוד האינטרנט") מתכבד בזאת למסור את הערותיו לתזכיר הצעת החוק שבכותרת ("התזכיר"), כדלקמן:

אקדמת מילין

מתוך דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה – 2005:

"דיני זכות יוצרים נועדו לקבוע הסדר שמטרתו הגנה על יצירות, תוך איזון בין אינטרסים שונים, לטובת הציבור. האיזון נדרש בעיקר בין הצורך ביצירת תמריץ הולם ליצירה, בדרך של הענקת זכויות כלכליות ביצירות, לבין הצורך לאפשר לציבור להשתמש ביצירות לשם קידום התרבות והידע, כל זאת תוך שמירה על חופש הביטוי וחופש היצירה, והבטחת תחרות חופשית והוגנת."¹

היצירה ככלל והיצירה הישראלית בפרט הינן מאבני היסוד של התרבות והחברה. יש להקדיש לפיתוח היצירה משאבים וכלים כדי לטפח אותה, להביא לפריחתה ושגשוגה. איגוד האינטרנט הישראלי איננו מקל ראש בצורך להגן על זכויות יוצרים. האיגוד יוזם ותורם ממשאביו באופן עקבי לעידוד היצירה בישראל. האיגוד אף איננו מקל ראש באתגרים שהאינטרנט מזמנת להגנה על זכויות אלה וסבור שאכן ישנם מעוולים המקיימים פעילות מפרת זכויות יוצרים שיש להילחם בה.

¹ הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה – 2005, מתוך דברי ההסבר. ראו גם את פסק הדין הידוע של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין Fox Film Corp. v. Doyal, 286 U.S. 123, 127 (1932), שם נקבע כך:

"The primary purpose of copyright, is not to reward the author, but is rather to secure the general benefit derived by the public from the labors of authors."

בה בעת, הביטוי החופשי והגישה החופשית למידע הן מנשמת אפה של הדמוקרטיה הישראלית והאינטרנט היא המרחב העיקרי והחשוב ביותר למימוש חופש הביטוי. האינטרנט היא הכלי המאפשר את מה שלא התאפשר קודם לכן והוא לתת לכל אדם את ההזדמנות לגשת באופן חופשי למידע, לצרוך מידע ולהתבטא ובכך מממשת הרשת את האידיאל העומד ביסוד הזכות החוקתית לביטוי חופשי.

לאינטרנט נודעות מעלות רבות ובכללן –

- הוא מאגר המידע האנושי הגלובאלי והוא מאפשר לכל אחד לגשת למאגר בלחיצת כפתור ;
- הוא מאפשר לכלל האוכלוסיה להתבטא ולהשתתף בדיונים ציבוריים, בפורומים ובקבוצות דיון במגוון רחב של נושאים ושל אתרי אינטרנט המאפשרים זאת, ובכך אף נותן במה ומאפשר ביטוי לאוכלוסיות שהיו מודרות מהשיח הציבורי ;
- הוא מייצר סביבות ואפשרויות למידה וחינוך שלא היו לפניו ;
- הוא מחזיר לפרט את השליטה בצריכת תוכן (היכולת להחליט לאיזה אתר להיכנס, איזה יישומון להוריד ובאיזה קובץ לצפות על פלטפורמות כדוגמת YouTube – וזאת להבדיל מכלי המדיה הלינאריים המסורתיים – הטלוויזיה, העיתון והרדיו) ;
- הוא מאפשר תקשורת קלה, מהירה ונוחה בין בני אדם, החופשיה מפיקוח וצנזורה ממשלתיים, באמצעות ממשקים כדוגמת דואר אלקטרוני וממשקים מוצפנים כדוגמת WhatsApp ;
- הוא מאפשר לפרט לבנות ולעצב את הזהות שלו בעצמו, על ידי בניית פרופיל אישי בפלטפורמות כדוגמת LinkedIn ו- Facebook ;
- הוא מאפשר מחאה ציבורית כנגד עוולות ממשל באופנים שלא התאפשרו קודם לאינטרנט (ע"ע אתרי עצומה, המחאה החברתית ו"האביב הערבי").

כלל המעלות הללו ועוד קשורות בטבורן בזרימה חופשית של מידע ברשת ובמתן מרחב ביטוי חופשי לכולם. יש להיזהר ולשקול היטב כל מהלך חקיקתי שיביא במכוון או שלא במכוון לפגיעה בערכה העצום של האינטרנט לחברה בישראל.

כך, איגוד האינטרנט הישראלי סבור שיש ליצוק לתוך הסדר שנועד להילחם בסוחרי העותקים המפריים ברשת, מערכת של איזונים הולמת שתמנע גלישה של פעולות אכיפה כלפי פעילות תמימה ולגיטימית.

הזכות לביטוי חופשי וזכות היוצר ביצירתו – שתיהן זכויות יסוד בעלות מעמד-על.² אין ספק כי יש צורך לאזן בין שתי זכויות היסוד הללו, המשרתות שתיהן מטרות מהותיות לחברה בישראל – קידום הידע והתרבות מחד

² הזכות לביטוי חופשי עוגנה היטב בפסיקות בית המשפט העליון והוכרה כחלק מהזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו: בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661. זכות היוצרים, ככל זכות קניינית, מעוגנת אף היא בזכות יסוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ומימוש הדמוקרטיה והביטוי החופשי מאידך. זוהי מלאכת איזון עדינה. אין להקל בה ראש ויש להיזהר שלא להטות את המחוג יתר על המידה לאיזה מהצדדים.

הטיה מוגזמת לכיוון חופש הביטוי תגרור פגיעה ביצירה וביוצרים ועקב כך תפגע גם בתרבות ובחברה. הסדר שיהפוך קבלת צווים להסרת תכנים מפרים מהרשת וחשיפת מעוולים ברשת לבלתי אפשריים, יאפשר למעוולים הפוגעים בצורה גסה בפרי יצירתם של היוצרים לפרוח באנארכיה אינטרנטית.

מנגד, הטיה מוגזמת לכיוון של ההגנה על זכויות היוצרים בדמות של 'יד קלה' מדי על הדק חסימת הגישה לאתרי אינטרנט, של הפיכת מרבית הפעילות המפרה ברשת לעבירות פליליות, לחשיפה מהירה מדי ובלתי מידתית של זהותם של משתמשי אינטרנט, להטלת אחריות על ספקי שירותי אינטרנט בגין הפרות שנעשות על ידי המשתמשים בשירותים שלהם, ללא כל הסדר של חסינות – הטיה מסוג זה תפגע קשה בפעילות לגיטימית ברשת ובזכויותיהם של בני אדם לביטוי חופשי, לגישה חופשית למידע ולאנונימיות.

הסדר שישקף הטיה כזו, אף עלול לגרום להצפה של בתי המשפט בבקשות לחסימת גישה לאתרים ולחשיפת פרטי משתמשי אינטרנט, להגשת בקשות לצווי חסימה או לצווי חשיפה בנוסחים אחידים, לדיונים קצרים ולא ענייניים ולאישורים של צווים מסוג זה במאות ובאלפים. הסדר כזה אף עלול לגרום לעליה חדה בהעמדה לדין פלילי של מפרי זכויות יוצרים ולהרתעת יתר מפני השתתפות בפעילות תוכן ברשת.

השאלה איננה איפוא שאלה דיכוטומית, אלא שאלה של איזון, של מינון נכון ושל מידתיות.

שני התסריטים המתוארים לעיל - שתי ההסטות של המחוג לקצות הסקאלה - אינן רצויות. איגוד האינטרנט הישראלי סבור שתזכיר החוק מטה את המחוג באופן בלתי מידתי להגנה על זכויות היוצרים. מטרת נייר עמדה זה היא להשיב את המחוג לנקודת האיזון הראויה.

נייר עמדה זה יתייחס לתזכיר החוק בהתאם לארבעת העיקרים המצויינים בדברי ההסבר לו.

תמצית המלצות איגוד האינטרנט הישראלי

עיקר 1

1. עיקר 1 בתזכיר החוק (סעיף 48א) הוא פסול מיסודו ויש להסירו מהתזכיר. בדומה למדינות מערביות רבות יש לאמץ אל תוך לשון החקיקה הישראלית מנגנון "הודעה והסרה" המחייב את הטוען לפגיעה בזכויות יוצרים לפנות תחילה אל ספק השירות אשר יפנה אל המפר לכאורה והמטיל אחריות על ספק שירותים רק במקרה של אי עמידה בתנאי המנגנון.

עיקר 2

2. אין לשנות עקרונות יסוד בדיני זכות יוצרים. רק לבעל זכות יוצרים או לבעל רישיון ייחודי יש זכות תביעה. בהתאם, יש להקנות זכות להגשת בקשה לצו להגבלת גישה אך ורק לבעל זכות היוצרים או לבעל רישיון ייחודי מטעמו.

3. בבקשה לקבלת צו וכתנאי לקבלתו, על המבקש להציג התראה ששלח לבעל האתר ובה דרישה להסיר את העותקים המפרים לכאורה של היצירות שבבעלות המבקש, או שהמבקש הוא בעל רישיון ייחודי בהן והעומדים לרשות הציבור באמצעות האתר.
4. שיקול הדעת של בית המשפט צריך להיות מונחה כך שבכל בקשה לצו תיבדקנה חלופות אחרות לחסימת הגישה וצו יינתן רק אם החלופות האחרות הפוגעות פחות בזכות הגישה של הציבור למידע ובחופש הביטוי, אינן ישימות ורק אם מוצו סעדים אפשריים פוגעניים פחות מהגבלת הגישה.
5. ברירת המחדל בצווי הגבלת גישה, תהיה הגבלת גישה לדפי אתר מסוימים שעיקרם הפרה לכאורה של זכות יוצרים, בכפוף לכך שהמבקש סיפק ראיות מספקות כדי להוכיח את ההפרה ואת היותו בעל הדין הנכון לבקש את הצו.
6. צו לחסימת גישה לאתר שלם הוא צעד קיצוני וצריך להישאר כיוצא מן הכלל שיינתן בנסיבות מיוחדות ומנימוקים שבית המשפט יונחה לקבוע בהחלטתו.
7. יש להסיר את האפשרות לפטור את המבקש מהתייצבות בעל האתר לדיון.
8. יש לחייב את המבקש (ולא את ספקי הגישה לאינטרנט, כמוצע בסעיף 53א(ד)) לפרסם את דבר הצו וכן לספק הודעה לארגוני זכויות בהתאם לקביעת בית המשפט.
9. יש ליצוק תוכן ואמות מידה מדויקות לביטוי "עיקר התכנים" ולהסיר את ההסדר המאפשר לבית המשפט 'להחשיך' אתרים תמימים.
10. למסגרת השיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון בבואו להכריע האם יש ליתן בידי המבקש את צו ה'החשכה' יש להוסיף שיקולים בדומה לשיקולים הנבחנים בעת קביעת פיצוי סטאטוטורי על פי החוק (סעיף 56(ב)). יש לציין בסעיף כי על בית המשפט לנמק את החלטתו.
11. יש להגדיר את המונחים: "כתובת IP" ו- "URL".
12. יש להסיר מהצעת החוק את האפשרות להעניק צו זמני במעמד צד אחד.
13. יש לחייב את המבקש (ולא את ספקי הגישה לאינטרנט) לפרסם את דבר הצו וכן לספק הודעה לארגוני זכויות בהתאם לקביעת בית המשפט. יש לציין בחוק כי נוסח ההודעה לפרסום ייקבע על ידי בית המשפט ויש להנחות את בית המשפט ליתן דעתו לכך שההודעה תכלול מידע אך ורק על חסימת הגישה נשוא הצו ולא תכלול כל טקסט שעלול להוות הרתעת יתר.

עיקר 3

14. על לשון החוק לכלול את תנאי הסף שהמבקש צריך לעמוד בהם בכדי להגיש לבית המשפט בקשה לחשיפת פרטי משתמש ובכלל זה: (א) הצגת ראיות לכאורה לבעלות המבקש בתוכן או להיות בעל רישיון ייחודי בו; (ב) הסבר לגבי מדוע התוכן מוגן בזכויות יוצרים ומדוע אין מדובר בשימוש הראוי להגנה על פי החוק; (ג) ראיות לכאורה להפרת זכות היוצרים של המבקש (או של צד שלישי כאשר המבקש הוא בעל רישיון

ייחודי); (ד) ראיות לכאורה לקשר בין ההפרה למפרסם; (ה) הפעולות בהן נקט המבקש קודם להגשת הבקשה, כדוגמת תכתובת עם המפר לכאורה האנונימי ומכתבי התראה ששלח.

15. על לשון החוק לכלול את המנגנונים להגנת זכויותיו של המשתמש האנונימי באמצעות חיוב המבקש בהפקדת ערבות ועיכוב ביצוע אוטומטי של ההחלטה לחשוף את פרטיו, כדי לאפשר למשתמש האנונימי להגיש ערעור על ההחלטה לחשוף את פרטיו, בעודו נותר אנונימי.

עיקר 4

16. במקום הנוסח המוצע, יש לנסח את הסעיף כך: "לא יעמיד אדם יצירה לרשות הציבור ולא ישדר לציבור יצירה, במטרה לסחור ביצירה בדרך של מכירת עותקים ממנה או מתן זכות שימוש בה כנגד תשלום, ללא רשותו של בעל זכות היוצרים."

עמדת איגוד האינטרנט הישראלי בפירוט

עיקר 1 בתזכיר החוק

"48א. העושה פעולה, על דרך עיסוק, ביחס להעמדה מפרה במטרה להפיק רווח מהעיסוק כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים ביצירה, כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה להעמדה המפרה, ממקום ובמועד לפי בחירתם, מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה ידע או היה עליו לדעת כי אותה העמדה היא העמדה מפרה, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד."

טלו לדוגמה קובץ וידיאו, מאמר או תמונה הנטענים (upload) לאתר אינטרנט על ידי משתמש (ולא על ידי מערכת האתר) (פעולה המוכרת בשם: "תוכן גולשים" – "User generated content"). כלל הרשתות החברתיות על מגוון סוגיהן ומיניהן מאפשרות פעולות מסוג זה ופעולה זו אפשרית גם באתרי אינטרנט ויישומונים ("אפליקציות") רבים. האתר מספק פלטפורמה טכנולוגית שבאמצעותה אפשר לטעון את קובץ הוידאו לשרתי האתר וכן הוא מספק את האמצעים על מנת שניתן יהיה לצפות בקובץ באמצעות האתר. בכך האתר מבצע, לכאורה, "פעולה" וכן הוא מאפשר "לאנשים מקרב הציבור גישה להעמדה המפרה, ממקום ובמועד לפי בחירתם".

הפעילות המתוארת לעיל של האתר נעשית "על דרך עיסוק" והיא נועדה על מנת שבעלי האתר "יפיקו רווח" מפרסום המוצג למשתמשי האתר, אגב הצפייה בקבצים.

התיאור לעיל הולם אתרי אינטרנט רבים, ישראלים ואחרים, המאפשרים למשתמשיהם להעלות תוכן ולהציג אותו באמצעות האתר, החל מפלטפורמות גדולות כדוגמת YouTube וכלה במאות ואלפי אתרים המאפשרים למשתמשיהם להעלות תוכן.

אם פעולת טעינת היצירה המוגנת לאתר נעשתה ללא רשות בעל זכות היוצרים בה, הרי שמדובר לכאורה בהפרת זכויות ההעמדה לרשות הציבור של בעל הזכות.

התוצאה: אחריות של האתר לתוכן מפר של משתמשים.

הטלת אחריות באופן זה מבקשת לבטל את החסינות היחסית שעוגנה היטב בפסיקת בתי המשפט בישראל³ ובחקיקה בעולם⁴, לספקי שירותים אינטרנטיים בגין הפרת זכויות יוצרים.

להשוואה, הדין בארה"ב, הידוע בשם – Digital Millennium Copyright Act, מחייב שהספק ידע בפועל ('Actual Knowledge') אודות קיומה של הפרה ספציפית. גם בהתקיימה של ידיעה או מודעות כזו, לא מוטלת אחריות על הספק, אלא הוא חייב לפעול להסרה או לחסימת הגישה לעותק המפר של היצירה. הספק יישא באחריות רק אם לא פעל להסרה כאמור.⁵

החסינות היחסית מפני תביעות מסוג זה, המבוססת על מנגנון של 'הודעה והסרה', משרתת תכליות ידועות של מניעת אפקט מצנן על חופש הביטוי, מניעת הפיכת הספקים לבתי משפט ולצנזורים בפועל של תוכן ברשת וליצירת האיזון הראוי והמקובל בעולם בין הגנה על זכויות יוצרים לבין חופש הביטוי, כמו גם חופש העיסוק של הספקים.

תחת כסות המונח "הפרה עקיפה", ההסדר המוצע בסעיף 48א הופך את הספק לאחראי להפרות הגלומות בתכנים שהועלו על ידי משתמשי האינטרנט. בכך הוא מפר באופן גס את האיזון הנדרש. הוא יגרום לאתרי אינטרנט לסנן תכנים לפני העלאתם – בניגוד גמור להוראות הקיימות בעולם (ארה"ב והאיחוד האירופי כדוגמה) הקובעות במפורש שלא מוטלת על הספק כל חובה לסנן אתרים לפני העלאתם.

עיקר מס' 1 פסול מדעיקרו ויש להסיר אותו לחלוטין מתזכיר החוק.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: בדומה למדיניות מערביות רבות יש לאמץ אל תוך לשון החקיקה הישראלית מנגנון "הודעה והסרה" המחייב את הטוען לפגיעה בזכויות יוצרים לפנות תחילה אל ספק השירות אשר יפנה אל המפר לכאורה והמטיל אחריות על ספק שירותים רק במקרה של אי עמידה בתנאי המנגנון.

³ ראו לדוגמה: ת.א' 064045/04, ת.א' 41022/04 (שלום, תל-אביב) "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל (פסק דין מיום 16.5.2007).

⁴ 17 U.S. Code § 512.

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), articles 12-15.

⁵ ראו: [17 U.S. Code § 512 \(c\)\(1\)\(A\) וכן ראו: Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc., 07 Civ. 2103 \(S.D.N.Y. April 18, 2013\)](#)
עותק מההחלטה זמין באתר בתי המשפט של מדינת ניו-יורק בכתובת:
<http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=287>

עיקר 2 בתזכיר החוק

"במישור הסעדים מוצע להסדיר את ההליך לקבלת מתן צו מניעה כנגד צדדים שלישיים מכח סעיף 53 לחוק, לצורך הגבלת גישה לאתר אינטרנט אשר עיקר התוכן שבו מהווה הפרה של זכות יוצרים. מכיוון שמדובר באיזון עדין ומורכב בין האינטרסים של בעלי הזכויות לבין האינטרסים של ספקיות הגישה והאינטרס הציבורי אשר עלול להיפגע ממתן הצו, מוצע הליך זה אשר מטרתו לאזן בין האינטרסים השונים."

עיקר זה עוסק במתן סעד של הגבלת גישה לאתר אשר מצויים בו תכנים מפרי זכויות יוצרים, דהיינו ב'החשכת' אתרי אינטרנט.

כללית, ההסדר עוסק באיזון בין פגיעה ודאית בביטוי החופשי ובזרימה חופשית של מידע ברשת בדרך של מניעת גישה לתוכן ברשת, לבין טענה להפרת בזכויות קנייניות. התזכיר מבקש להעדיף את הטענה לפגיעה בזכות קניינית על פני הפגיעה בפועל בביטוי החופשי. לכן, איגוד האינטרנט הישראלי סבור שההסדר המוצע איננו משקף נקודת איזון ראויה וכי יש לתקנו.

הסעד של 'החשכת' אתרי אינטרנט מגלם בתוכו קשיים מהותיים. בכלל זה, הוא איננו מכוון להסרת תוכן מפר מסוים, אלא לחסימת גישה לאוסף, לעתים גדול, של דפי אינטרנט החוסים תחת שם מתחם (Domain Name) אחד או כתובת אינטרנט (IP address) אחת.

בתוך כך גלומה בחסימה כאמור, פגיעה אפשרית גם בתוכן שהעמדנו לציבור והפצתו הם חוקיים. חסימה כזאת עלולה 'להחשיך' לא רק את האתר המפר (לכאורה), אלא גם אתרים אחרים החולקים איתו את אותה כתובת אינטרנט. במקביל, באותו אתר שמבקשים לחסום עשויים להיות גם תכנים לגיטימיים ויתכן שאף מרבית התכנים שבו לגיטימיים ורק חלקם מהווים תוכן מפר מסוים. חסימה כזאת תחסום גם את התכנים החוקיים.

זהו צעד קיצוני הפוגע בחופש הביטוי ובחופש העיסוק ויש להשתמש בו, אם בכלל, רק במקרים היוצאים מן הכלל ולא להפוך אותו לכלל.

עדות לכך שמדובר בסעד שהוא בבחינת היוצא מן הכלל נמצאת בהצעת החוק **הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות (תיקון מס' 2) התשע"ד-2016**⁶. בהצעת חוק זו, שטרם נחקקה עד היום, המדינה גילתה דעתה שהיא שוקלת לאפשר 'החשכת' אתרים אך ורק בהקשר לעבירות פליליות מסוימות המצוינות במפורש בתוספת להצעת החוק וביניהן הימורים בלתי חוקיים, חומרים פדופיליים רכישת סמים מסוכנים. בהקשר של חוק זכות יוצרים, ברשימת העבירות מצויה אך ורק עבירה של סחר בעותקים מפרי זכויות יוצרים לפי סעיפים 61 ו- 62 לחוק, ולא הפרת זכות יוצרים גרידא.

⁶http://fs.knesset.gov.il/%5C20%5Cclaw%5C20_ls2_343067.pdf

איגוד האינטרנט הישראלי איננו מקל ראש בהפרת זכות יוצרים, אולם: (1) המדינה לא מצאה לנכון לצרף את הפרת זכות היוצרים לרשימת העבירות המופיעות בהצעת החוק, אלא נהפוך הוא, צמצמה את ההתייחסות של הצעת החוק אך ורק למקרים הקיצוניים של זיוף תרופות, אלכהול ודיסקים⁷; ו – (2) הצעת החוק לא חוקקה עד היום וברי כי המדינה מתלבטת מזה כשנתיים אם כלל לחוקק את הצעת החוק הנ"ל.

נציגי משרד המשפטים אף עמדו על הטעמים המובאים לעיל בדיון שהתקיים בנוגע להצעת חוק העונשין (תיקון – משחקים אסורים, הגרלות והימורים ברשת האינטרנט), התשס"ז-2007, של חברת הכנסת רונית תירוש, בדיון צוין על ידי עו"ד רביד דקל כדלקמן:⁸

"יש השלכות הרבה יותר מרחיקות לכת, שאתה מורה לספק שירותי גישה לחסום את השירות לאתר. זה לא שאתה חוסם את האתר הספציפי הזה, תלוי באיזו טכניקה מדובר. יכול להיות שבאותה חסימה אתה חוסם אתרים נוספים אחרים שהם לגיטימיים. יכול להיות שהוראת החסימה הזאת היא חסרת משמעות, משום שאם החסימה מבוססת על שם האתר אז תוך חצי שעה אפשר להקים אתר אחר."

ההליך המוצע בתזכיר החוק מאפשר 'החשכת' אתר ללא דיון משפטי מעמיק, כפי שנדרש בעת הפעלת סעד קיצוני מעין זה. בכדי לאפשר 'החשכת' אתר על בתי המשפט לקבל את מלוא העובדות הנוגעות למקרה, את עמדתו של בעל האתר, את עמדת הציבור ולהיכנס לעובי הקורה בטרם יתנו את החלטתם, שכן מדובר בשלילת זכויות יסוד של הציבור לצפות במידע באותו אתר במקביל לשלילת זכות היסוד של בעל האתר.

יתר על כן, ישנם לכל הפחות שני סעדים פחות פוגעניים אשר ניתן להפעיל כנגד בעל אתר במקום 'החשכת' האתר: הראשון – התראה לבעל האתר לפיה הוא נדרש לחסום את הגישה לעמודי האתר הספציפיים בהם מוצג תוכן המפר זכויות יוצרים, תוך ציון ברור של היצירות נשוא ההודעה, כתובות האינטרנט של דפי האינטרנט הספציפיים (URLs) בהן מופיעים העותקים המפרים לכאורה של היצירות. על הפניה להיות מלווה בהצהרת הפונה שהוא בעל הזכויות ביצירות נשוא ההודעה והתחייבות הפונה לפצות את בעל האתר, אם יתברר שפנייתו כוזבת; השני – חסימה ספציפית של עמודי האתר אשר התוכן המופיע בהם הוכח כמפר זכויות יוצרים.

הסדר מידתי ייצור הליך הדרגתי, קודם לפניה לבית המשפט. תחילה, המבקש ישלח הודעת התראה לבעל האתר ובה דרישה להסיר את התכנים המסוימים שהמבקש הוא בעלים או בעל רישיון ייחודי בזכויות בהם. אי הסרת התכנים תאפשר למבקש לפנות לבית המשפט בצו מתאים להסרת התכנים המסוימים, תוך צירוף תגובת בעל האתר לפניה להסרה וראיות נדרשות נוספות, כמפורט להלן.

⁷ כפי שעולה בבירור מפרוטוקול מס' 196 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 6.6.2016 בנושא הצעת חוק ז.ו. ראו כאן: fs.knesset.gov.il/%5C20%5CCommittees%5C20_ptv_343619.doc

⁸ מתוך עמ' 7 בפרוטוקול מס' 417 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, יום שני, ז' בשבט התשס"ח (14 בינואר 2008), שעה 10:00.

התייחסות לסעיפי תזכיר החוק הנוגעים לעיקר 2

- סעיף 53א(ב)

"בית המשפט רשאי ליתן לבעל זכות היוצרים או למי שקיבל לעניין זה רישיון לפי סעיף 37 (בסעיף זה – המבקש) סעד בדרך של צו מניעה שיופנה כלפי ספק גישה לאינטרנט או ספק שירותי אחסון בישראל על מנת שיגביל את הגישה לאתר אינטרנט או לחלקו (בסעיף זה – צו הגבלת גישה לאתר), והכל כמפורט להלן."

הסעיף מקנה הן לבעל זכויות היוצרים והן לבעלי רישיונות – ייחודיים ושאינם ייחודיים – את הרשות לפנות אל בית המשפט בבקשה לסעד בדרך של צו הגבלת גישה לאתר. באופן זה כל אדם שמחזיק רישיון כלשהו מטעם בעל זכות היוצרים יוכל לפתוח בהליכים כנגד כל אתר אשר לטענתו של מחזיק הרישיון מפר זכויות יוצרים.

זוהי פריצת גבולות מובהקת של הזכות לפתוח בתובענה על הפרת זכויות יוצרים, השמורה לבעל זכות היוצרים או לבעל רישיון ייחודי בלבד, כאמור בסעיף 54(א) לחוק.

המלצות איגוד האינטרנט הישראלי:

יש לצמצם את הסעיף באופן שלא ישנה עקרונות יסוד בתביעות על הפרת זכות יוצרים ויקנה את הרשות לסעד זה אך ורק לבעל זכות היוצרים או לבעל רישיון ייחודי מטעמו.

בבקשה לקבלת צו וכתנאי לקבלתו, על המבקש להציג התראה ששלח לבעל האתר ובה דרישה להסיר את העותקים המפרים לכאורה של היצירות שבבעלות המבקש, או שהמבקש הוא בעל רישיון ייחודי בהן, והעומדים לרשות הציבור באמצעות האתר.

שיקול הדעת של בית המשפט צריך להיות מונחה כך שבכל בקשה לצו תיבדקנה חלופות אחרות לחסימת הגישה וצו יינתן רק אם החלופות האחרות הפוגעות פחות בזכות הגישה של הציבור למידע ובחופש הביטוי, אינן ישימות ורק אם מוצו סעדים אפשריים פוגעניים פחות מהגבלת הגישה.

ברירת המחדל בצווי הגבלת גישה, תהיה הגבלת גישה לדפי אתר מסוימים שעיקרם הפרה לכאורה של זכות יוצרים, בכפוף לכך שהמבקש סיפק ראיות מספקות כדי להוכיח את ההפרה ואת היותו בעל הדין הנכון לבקש את הצו.

צו לחסימת גישה לאתר שלם הוא צעד קיצוני וצריך להישאר כיוצא מן הכלל שיינתן בנסיבות מיוחדות ומנימוקים שבית המשפט יונחה לקבוע בהחלטתו.

• סעיף 53א(ג)

"(1) המבקש יצרף כבעל דין את הבעלים או מפעיל אתר האינטרנט שמבוקשת הגבלת הגישה אליו (בסעיף זה – האתר); ואולם, רשאי בית המשפט לפטור את המבקש מצירופם של אלה אם הוכיח כי לא ניתן היה לאתרם בשקידה סבירה. (2) כל אדם מעוניין רשאי לבקש מבית המשפט להצטרף להליך."

הנוסח הקיים מהווה סעיף 'עוקף' פרוצדורות להמצאת כתבי בי-דין והוא מכוון כולו לקיום דיונים במעמד צד אחד, שכן - מהי 'שקידה סבירה' ומדוע התזכיר איננו משתמש בכללים הידועים בדין להמצאת כתבי בי-דין? מדוע שבית המשפט יפטור את המבקש מצירוף בעל האתר שהמבקש מבקש 'להחשיד'? מדוע אין כל מנגנון של פרסום הבקשה לצו, כדי שנציגי הציבור יוכלו לדעת מקיומו ולהשתתף בו?

מספר מרכיבים מטרידים קיימים בהסדר המוצע בסעיף זה:

- המונח "שקידה סבירה" איננו מוגדר.
- הסעיף איננו מציע כללים כלשהם להתוויית שיקול הדעת השיפוטי לצורך קבלת החלטה אם מבקש הצו אכן "שקד באופן סביר". בכלל זה, הסעיף איננו כולל דרישות סף לראיות ולהצגת עובדות שהמבקש צריך להציג על מנת להראות "שקידה סבירה".
- אין אינדיקציה כלשהי אם "שקידה סבירה" היא תלווית נסיבות, או שעל כלל המקרים תחול אמת מידה אחת.
- העדר הפרטים הנ"ל בהסדר המוצע והעובדה שהסעיף המוצע איננו מכוון לכללים הידועים להמצאת כתבי בי-דין לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984, מעיד על כך שמטרתו המובהקת של ההסדר היא להקל על המבקש ולהקנות לו דרך זמינה לקיים את הדיון ללא בעל האתר שאותו המבקש מבקש 'להחשיד'.
- אין מדובר בהקלה פרוצדוראלית גרידא, אלא במנגנון שיאפשר דיון העלול לפגוע בזכויות יסוד מבלי לתת לבעל האתר הזדמנות ממשית לשטוח את טענותיו בפני בית המשפט.
- יש לדבוק בהוראות תקנות סדר הדין האזרחי בנוגע להמצאת הבקשה לצו ה'החשכה'.

עוד ובנוסף, מתן האפשרות לבית המשפט לפטור את המבקש מצירופו של מפעיל אתר האינטרנט צריכה להיות כפופה לכך שהמבקש עשה מאמץ לזמנו לעדות והציג בפני בית המשפט ראיות מספקות למאמציו.

חמור מכך, הנפגע הפוטנציאלי העיקרי מצו 'החשכה' בלתי מידתי, או שחוסם גישה לתוכן לגיטימי הוא הציבור הישראלי. בעוד שמוצע בסעיף 53א(ג) שכל אדם מעוניין יהיה רשאי לבקש מבית המשפט להצטרף להליך, ההליך איננו מטיל על המבקש לפרסם את דבר בקשתו לצו ואף איננו מחייב אותו להודיע על כך לארגונים להגנה על זכויות הפרט בכלל וזכויות דיגיטליות בפרט על מנת שיוכלו לדעת מקיום הדיון ולהשתתף בדיון.

הנחת המוצא צריכה להיות שבקשת אדם להצטרף להליך בקשה לצו 'החשכת' אתר, מחייבת את אותו אדם להקדיש מזמנו, מרצו ומשאביו להצטרפות להליך משפטי ומכאן שחזקה על בקשת ההצטרפות שהיא ראויה למלוא תשומת הלב ולשיקול רציני. לכן, על הסעיף להוסיף ולקבוע שעל בית משפט המחליט לדחות בקשת אדם להצטרף להליך, ליתן נימוקים בכתב להחלטתו.

לסיכום, סעיף זה מייצר הסדר בלתי סביר והחורג מגדר האיזון הראוי. מטרתו המובהקת היא לאפשר למבקשי הצווים ל'החשכת' אתרים לנהל את הדיונים בבקשותיהם באין מפריע ובמעמד צד אחד.

לא ניתן לבצע דיון משפטי מעמיק בהיעדרם של שני צדדים משמעותיים אשר זכויותיהם עלולות להיפגע בשל ההליך – בעל האתר והציבור המשתמש באתר ועל כן אין לקיים דיון בסעד מרחיק לכת כמו 'החשכת' אתר אינטרנט כאשר מבקש הצו הוא הנוכח היחיד בפני בית המשפט. עצם העובדה שסעיף קטן (יא) מאפשר לכל אדם להגיש בקשה לביטול הצו לא פוטרת מהצורך לקיים דיון משפטי מלא בבקשה למתן הצו.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: יש לשנות את הסעיף ואת ההליך המוסדר מכוחו, מן היסוד.

יש להסיר לחלוטין את האפשרות לפטור את המבקש מהתייצבות בעל האתר לדיון.

יש ליצוק לתוך הסעיף הסדר המחייב את המבקש (ולא את ספקי הגישה לאינטרנט, כמוצג בסעיף 53א(ד)) לפרסם את דבר הצו וכן לספק הודעה לארגוני זכויות בהתאם לקביעת בית המשפט.

• סעיף 53א(ד)

"הוגשה בקשה למתן צו כאמור בסעיף קטן (ב), יציג ספק הגישה לאינטרנט או ספק שירותי האחסון, לפי העניין, במידת האפשר, הודעה באתר בדבר הגשת הבקשה; ההודעה תכלול את פרטי ההליך ויצוין בה כי כל אדם מעוניין רשאי להצטרף להליך באישור בית המשפט הדין בבקשה."

זהו סעיף ההופך את ספק הגישה לאינטרנט למעורב באופן פעיל בהליך הסכסוך שבין המבקש לבין בעל האתר ולידו הארוכה של המבקש. בכך פוגע הסעיף המוצע בכלל נייטרליות הרשת שהוכר עם חקיקתו של סעיף 51ג לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב – 1982, במסגרת תיקון 58 לחוק זה.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: יש להסיר סעיף זה וכפי שצוין לעיל להטיל את האחריות למתן הודעה אודות הצו המבוקש על המבקש.

• סעיף 53א(ה)

"צו הגבלת גישה לאתר יינתן אם הוכח להנחת דעתו של בית המשפט כי עיקר התכנים שבאתר מהווים הפרה של זכות יוצרים לפי סעיפים 47, 48 ו-48א לחוק זה ואם שוכנע כי בנסיבות הענין שבפניו מניעת הפרת זכות היוצרים עדיפה על הפגיעה באתרי אינטרנט אחרים, אם קיימת, והכל במידה שאינה עולה על הנדרש כדי למנוע הפרת זכות יוצרים באתר בנסיבות הענין."

אף סעיף זה יוצר הסדר בלתי מאוזן ההופך את מתן צווי ה'החשכה' לקלים מדי, זמינים מדי ורבים מדי, תוך פוטנציאל לפגיעה בלתי מידתית בציבור ובבעלי אתרים.

מספר מרכיבים בסעיף מטרידים במיוחד :

- "עיקר התכנים" של מי? לצורך ההמחשה נדגים על דרך הקיצון – אם מבקש הצו הוא בעל הזכויות ביצירה אחת בלבד שעותק מפר שלה נמצא באתר מסוים, מתוך אלפי יצירות המוצעות לשימוש באמצעות האתר – האם למבקש הצו תהיה הזכות לבקש את 'החשכת' האתר? היתכן שאדם יוכל לבקש ל'החשיך' אתר אינטרנט בגלל שלטענתו האתר מפר זכויות יוצרים של אחרים? ברי שהתשובה לכך חייבת להיות שלילית.

כלל ברור צריך להיות שמדובר ב"עיקר התכנים" שבבעלות מבקש הצו, או שמבקש הצו הוא בעל רישיון ייחודי בהם. לחילופין, יש לשנות את הסעיף באופן שיאפשר לבית המשפט להגביל את הגישה אך ורק לעמודי האתר אשר הוכח להנחת דעתו כי התוכן בהם מפר באופן ישיר את זכויותיו של המבקש כבעל זכות היוצרים או כבעל רישיון ייחודי בהם. ככל שישנם תכנים אשר לטענת המבקש פוגעים בזכות יוצרים אשר נמצאת בבעלות גורם אחר יהיה על המבקש לגייס את בעל זכות היוצרים בתכנים להצטרף להליך.

- כיצד נמדד "עיקר התכנים שבאתר"? ההסדר המבוקש איננו מתווה את הדרך שבה יש לבדוק ולקבוע ש"עיקר" התכנים באתר מהווה הפרת זכות יוצרים. הסדר ראוי (וזה עוד סיבה מדוע מקומו של הסדר כזה בתקנות סדר הדין ולא בחוק המסדיר דין מהותי ספציפי) יקבע שעל המבקש להציג חוות דעת של בר סמכא, שתציג את מתודולוגיית הבדיקה, את ממצאיה ומסקנותיה ושבית המשפט יוכל לבקש לערוך חוות דעת מטעמו.

- מה משמעות המונח "תכנים" בהשוואה ל"יצירות מוגנות בזכויות יוצרים"? לדוגמה, אתר אינטרנט יכול לכלול גם נתונים שהם 'תכנים' לכל דבר ועניין, אך הם אינם מוגנים בזכויות יוצרים. האם גם הם ייספרו?

- "מהו תוכן"? האם מדובר בדבר מה שניתן לספור אותו? ואם כן כיצד? לשם הדוגמה, שיר מורכב מלחן (יצירה 'מוסיקלית' בהתאם להגדרת החוק) ותמליל (יצירה 'ספרותית' בהתאם להגדרת החוק). האם שיר ייספר כיחידת 'תוכן' אחת או שתיים? ועוד לשם הדוגמה, עיצוב של אתר אינטרנט עשוי להיות מוגן בזכויות יוצרים כיצירה אמנותית או כיצירת לקט אחת, אולם הוא מורכב מעשרות, מאות ולעתים אף אלפי רכיבים גראפיים, אמנותיים, חזותיים, טקסטואליים ואחרים. האם הוא ייספר כיחידת 'תוכן' אחת או כמספר 'תתי' היחידות המרכיבות אותו?

- לתשומת הלב, שימוש במונח "עיקר התכנים" אף עשוי להיות בעוכרי מבקשי הצווים, היות שבעלי אתרים יכולים להזין לאתר האינטרנט שלהם כמות גדולה של יחידות 'תוכן' המותרות לשימוש, כדוגמת ערכים מהאתר ויקיפדיה. התוצאה תהיה שאף אם האתר מפר זכויות ביצירות רבות, עדיין עיקר התכנים בו לא יפר זכויות יוצרים כלל וכך שכרם של מבקשי הצווים יצא בהפסדם.

- מהו שיעור "עיקר התכנים"? האם "עיקר" משמעו 95%, או 51%, או שיעור כלשהו ביניהם? האם שיעור "עיקר התכנים" ייקבע לפי אמת מידה אחת כללית לגבי כלל המקרים, או שיהיה תלוי בנסיבות כל מקרה?

הסדר בלתי סביר נוסף הכלול בסעיף זה הוא היכולת 'להחשיך' אתר אף כאשר קיימת סבירות לכך ש'החשכתו' תגרום לפגיעה באתרי אינטרנט אחרים. זוהי קביעה מרחיקת לכת. היא מבקשת להתמודד עם שלל דוגמאות והתבטאויות מהעבר המתריעות שחסימת אתרי אינטרנט, לא רק שהיא איננה אפקטיבית, אלא שהיא גורמת לחסימת יתר, דהיינו לחסימת אתרים "כשרים למהדרין".

לדעת איגוד האינטרנט הישראלי, אין להתיר 'החשכת אתר' שמתקיימות בו הפרות זכויות יוצרים, אם 'החשכה' עלולה להביא גם ל'החשכה' של אתרים תמימים.

על המבקש להציג בפני בית המשפט ראיות משכנעות לכך ש'החשכת' האתר המבוקש לא תפגע באתרים אחרים.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: יש ליצוק תוכן ואמות מידה מדויקות לביטוי "עיקר התכנים" ולהסיר את ההסדר המאפשר לבית המשפט 'להחשיך' אתרים תמימים.

- סעיף 53א(ו)

"בבואו לשקול מתן צו לפי סעיף קטן (ו) [צ"ל (ה) – הח"מ] או את תנאיו לפי סעיף קטן (יא), ישקול בית המשפט, בין השאר, את אלה: (1) חומרת ההפרה הנטענת; (2) נחיצות הצווים למניעת הפרת זכות יוצרים; (3) יעילותם של סעדים אחרים העומדים לרשות בעל הזכות; (4) ההשפעה על הציבור כתוצאה ממתן הצו או מתנאיו;".

אל השיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון בבואו להכריע האם יש ליתן בידי המבקש את הצו ל'החשכת' אתר יש להוסיף שיקולים נוספים בדומה לשיקולים המנחים את בית המשפט בבואו להכריע בנוגע לגובה הפיצוי הסטאטוטורי אותו יפסוק על הפרת זכות יוצרים⁹ - הנזק הממשי שנגרם למבקש, להערכת בית המשפט; הרווח שצמח לבעל האתר בשל ההפרה; מאפייני פעילותו של בעל האתר; טיב היחסים שבין המבקש לבעל האתר; תום ליבו של בעל האתר. בנוסף לשיקולים אלה, יש להביא בחשבון את חומרת הפגיעה בזכויותיו של בעל האתר כתוצאה מאישור הצו.

כמו כן, יש לציין בסעיף כי על בית המשפט לנמק את החלטתו.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: יש להוסיף לסעיף שיקולים שיבחנו על ידי בית המשפט באופן הדומה לשיקולים הנבחנים בעת קביעת פיצוי סטאטוטורי על פי החוק. יש לציין בסעיף כי על בית המשפט לנמק את החלטתו.

⁹ סעיף 56(ב) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

סעיף 53א(ח)

”צו הגבלת גישה לאתר יורה על נקיטת אמצעים סבירים להגבלת הגישה ויכלול את כל אלה: (1) פרטי האתר שיש להגביל את הגישה אליו, לרבות כתובת ה-URL וכתובת ה-IP של האתר; (2) הוראות לעניין אופן הגבלת הגישה לאתר או לחלק של האתר הכולל את התכנים המפרים; (3) התקופה בה יחול הצו. (4) כל פרט אשר ימצא בית המשפט לנכון לציין בצו.”

סעיף קטן (1) קובע כי צו הגבלת הגישה יכלול את פרטי האתר שיש להגביל את הגישה אליו ומשתמש במונחים “כתובת URL” ו”כתובת IP”, אשר אינם מוגדרים בחוק.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: יש לשנות את הסעיף באופן שיאפשר הגבלת גישה לעמודים שבהם הוכח כי מצוי תוכן מפר זכות יוצרים (שבבעלות מבקש הצו או ברישיון ייחודי של מבקש הצו) ולא של האתר בכללותו וכן להגדיר את המונחים: “כתובת IP” ו – “URL”

סעיף 53א(ט)

”בית המשפט רשאי ליתן צו זמני להגבלת גישה לאתר אינטרנט במעמד צד אחד, אם שוכנע, על בסיס ראיות מהימנות לכאורה, כי קיים חשש סביר שההשהיה שבקיום הדיון במעמד הצדדים תסכל את מתן הצו או תגרום למבקש נזק חמור; הוגשה בקשה למתן צו זמני כאמור וטרם הוכרעה, לא תפורסם הודעה כאמור בסעיף קטן (ד).”

מדובר בסעיף תמוה ומוטב שיוסר מתזכיר החוק.

תזכיר החוק מציין כי במקרה בו קיים “חשש סביר שההשהיה שבקיום הדיון במעמד הצדדים תסכל את מתן הצו או תגרום למבקש נזק חמור” יוכל בית המשפט ליתן צו זמני ואף מציין כי הודעה בנוגע למתן הצו לא תפורסם. לא ברור מהן אותן הנסיבות בהן ייגרם למבקש “נזק חמור” או שבנסיבות העניין המתנה תביא לסיכול במתן הצו.

כלל ידוע הוא שבית המשפט אינו נוהג לנקוט במתן צו זמני מקום בו ניתן להעריך את הנזק שנגרם בכסף. אין מדובר בדיני נפשות או בביצוע עבירות פליליות חמורות אשר מסכנות את הציבור ואף לא בפגיעות נוספות שפיצוי כספי לא יהיה סעד ראוי בגינן. מדובר בפגיעה נטענת בזכותו הקניינית של המבקש לכל היותר, פגיעה ששווייה מוסדר בחוק בדרך של פיצוי ללא הוכחת נזק בסך של עד 100,000 ש”ח¹⁰. עוד שמורה לבעל זכות יוצרים שזכותו הופרה, האפשרות להוכיח את נזקו ולתבוע פיצוי גבוה יותר. הסעד של מתן צו בזק במעמד המבקש בלבד הוא סעד שאין בצידו הצדקה. אף הוא נועד לייצר מציאות של ‘החשכת’ אתרים בנקל באמצעות פרוצדורות ‘מוקצרות’, תוך התעלמות מהפגיעה האפשרית הגלומה בזכויות הפרט והציבור כתוצאה מ‘החשכה’ רבתי של אתרי אינטרנט.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: יש להסיר סעיף זה מתזכיר החוק.

¹⁰ סעיף 56(א) לחוק זכות יוצרים.

• סעיף 53א(י)

”הוצאות ספק הגישה לאינטרנט או ספק שירותי האחסון, לפי העניין, הכרוכות בביצוע הצו - יוטלו על המבקש, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת.”

הוראה של בית המשפט המאפשרת לפטור את המבקש מתשלום הוצאות ספק הגישה מטילה את ההוצאות, הלכה למעשה, על ספק הגישה לאינטרנט. הספק הוא שיצטרך לרדוף אחר תשלום הוצאותיו, כדי לממן את ההגנה על האינטרסים של המבקש. איגוד האינטרנט סבור שאין כל הצדקה לכך.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: על המבקש לשאת בהוצאות ספק הגישה וספק שירותי האחסון ולאפשר לו לבקש את בית המשפט לחייב את בעל האתר לשפותו על הוצאותיו. יש להסיר את הסיפא של הסעיף המאפשר לבית המשפט להורות אחרת.

• סעיף 53א(יב)

”ניתן צו להגבלת גישה לאתר, יציג ספק הגישה לאינטרנט או ספק שירותי האחסון, לפי העניין, הודעה באתר כי הוגבלה הגישה לאתר האינטרנט; הודעה כאמור תכלול את מספר ההליך שבמסגרתו ניתן הצו ואת זהות מבקש הצו, ויצוין בה כי כל אדם רשאי להגיש לבית המשפט בקשה לביטול הצו או לשינוי תנאיו.”

פירטנו לעיל את הקשיים ואת הפגיעה בנייטרליות הרשת שבעצם הצבת הודעה באתר נושא הצו על ידי ספק הגישה לאינטרנט או ספק שירותי האחסון. הערתנו לעיל תקפה ורלבנטית אף כאן.

בנוסף לכך, כל הסדר שכורך בתוכו הודעה לציבור בדבר 'החשכת' אתר מחייב שנוסח ההודעה יאושר על ידי בית המשפט. על בית המשפט להיות מונחה לאשר הודעה הכוללת איומים שיגרמו להרתעת יתר.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: יש ליצוק לתוך הסעיף הסדר המחייב את המבקש (ולא את ספקי הגישה לאינטרנט) לפרסם את דבר הצו וכן לספק הודעה לארגוני זכויות בהתאם לקביעת בית המשפט. יש לציין בחוק כי נוסח ההודעה לפרסום ייקבע על ידי בית המשפט ויש להנחות את בית המשפט ליתן דעתו לכך שההודעה תכלול מידע אך ורק על חסימת הגישה לאתר נשוא הצו ולא תכלול כל טקסט שעלול להוות הרתעת יתר.

"במישור הדיוני מוצע להוסיף הליך שיאפשר לבעל זכות יוצרים שזכותו הופרה לפנות לבית המשפט ולבקש את חשיפת פרטי זהותו של מפרסם התוכן המפר ברשת תקשורת אלקטרונית לצורך מיצוי הדין ואכיפת זכויותיו. התזכיר מבקש להסדיר את ההליך לחשיפת פרטי הגולש, על בסיס הצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב - 2012."

חשיפת פרטי זהותם של משתמשי אינטרנט, שנטען לגביהם שהם מפרי חוק זכה להתייחסות מרחיבה של איגוד האינטרנט הישראלי במסגרת נייר העמדה שהוגש מטעם האיגוד¹¹ ביום 14.8.2011 ביחס לתזכיר הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של משתמש ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"א – 2011.

הצעת חוק זו קדמה להצעת החוק הנזכרת בדברי ההסבר לתזכיר החוק הנוכחי. בהתאם לנייר העמדה האמור, גם כיום סבור האיגוד כי יש צורך להסדיר בחקיקה את חשיפת זהותם של משתמשי אינטרנט אנונימיים, המעוולים כלפי אחרים ברשת האינטרנט ומנצלים לרעה את מסך האנונימיות שמאפשרת הרשת.

הסדרת הליך החשיפה צריכה להיעשות באמצעות יצירת פרצדורה כללית ולא כזו הרלבנטית אך ורק לדין ספציפי אחד (הפרת זכות יוצרים).

כפי שקבע בית המשפט העליון בעניין רמי מור¹², אין בתקנות סדר הדין האזרחי הקיימות הוראות אשר יאפשרו את קיום הפרוצדורה המבוקשת. אין סיבה להעדיף את חשיפת פרטיו של משתמש ברשת האינטרנט בגין הפרת זכות יוצרים על פני פגיעה בשמו הטוב של אדם, פגיעה בפרטיותו או פגיעה בסודות מסחר של חברה. אלה עוולות חמורות לא פחות מהפרת זכות יוצרים.

הזכות לאנונימיות ברשת האינטרנט משקפת זכויות יסוד חוקתיות, בדמות חופש הביטוי והזכות לפרטיות. זכות זו הוכרה על ידי המדינה בדברי ההסבר להצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2012, בהם נכתב, בין היתר, כדלקמן:

"אחד ממאפייניה של רשת האינטרנט הוא האפשרות להתבטא באופן אנונימי - מאפיין שטומן בחובו יתרונות וחסרונות כאחד. הזכות להתבטאות אנונימית מגלמת בתוכה שתי זכויות יסוד חשובות: הזכות לחופש ביטוי והזכות לפרטיות. האנונימיות מאפשרת לאדם להימנע מחשיפת פרטיו האישיים מקום שבו הוא אינו מעוניין בכך, וכן, לעתים, היא כשלעצמה מאפשרת את התבטאותו של אדם, שכן מצבים שבהם אדם שלא יוכל להתבטא באנונימיות יעדיף שלא להתבטא כלל."

כשבית המשפט נדרש לסוגיית חשיפת זהותו של משתמש אנונימי, הוא נדרש לאזן בין שתי זכויות יסוד – האחת היא הזכות של המשתמש לאנונימיות והשניה היא הזכות של מבקש החשיפה. בעוד שהפגיעה בזכותו של

¹¹ ראו: http://www.isoc.org.il/files/docs/Position_Paper_Unmasking_2011.pdf

¹² רעא 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664

המשתמש לאנונימיות היא פגיעה ודאית (זהותו תיחשף), הפגיעה בזכות של המבקש היא פגיעה נטענת שטרם הוכחה.

הצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2012, אשר הציעה ליצור מנגנון חשיפת פרטי משתמשים אשר הפרו זכויות קניין רוחני (ולא רק זכויות יוצרים כפי שמציע תזכיר החוק הנוכחי), נעצרה ולפי שעה איננה מקודמת. יש בכך להעיד לכאורה על חוסר העניין של המדינה להמשיך בתהליך החקיקה של הצעה זו.

כאשר לבית המשפט ניתנת הסמכות לפגוע באופן וודאי בזכות לאנונימיות, בשם זכות נטענת, יש להבנות את שיקול דעתו של בית המשפט ולתת בידיו 'ארגז כלים' להכרעה מידתית. על כך בפירוט עמדת איגוד האינטרנט הישראלי להלן בנוגע לסעיפים הספציפיים המוצעים להסדרת נושא זה.

ניתוח סעיפי תזכיר החוק הנוגעים לעיקר 3

• סעיפים 60 ו-60ג

"אדם שטוען כי פרסומו של תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית מהווה כלפיו הפרה, לרבות הפרה עקיפה, של זכות יוצרים או זכות מוסרית וזהותו של מי שפרסם את התוכן כאמור (בפרק זה - המפרסם) אינה ידועה לו, רשאי לבקש מבית משפט להורות לאדם הנקוב בבקשה (בפרק זה - המשיב) למסור לבית המשפט פרטי מידע לגבי המפרסם, המצויים ברשותו והנדרשים לשם הגשת תביעה נגד המפרסם בשל אותה הפרה (בחוק זה - בקשה לחשיפת זהות)."

"סבר בית המשפט כי בקשה לחשיפת זהות מגלה עילה, אינה טורדנית או קנטרנית והוגשה כדי לאפשר למגיש הבקשה (בפרק זה - המבקש) להגיש תביעה נגד המפרסם, רשאי הוא להורות למשיב למסור לבית המשפט פרטי מידע המצויים ברשותו, אשר עשויים להביא לזיהויו של המפרסם."

יש צורך לשלב בסעיפים תנאים מינימאליים להגשת בקשה לבית המשפט ולכלול בתנאים:

- הצגת ראיות לכאורה לבעלות המבקש בתוכן או להיות בעל רישיון ייחודי בו;
- הסבר לגבי מדוע התוכן מוגן בזכויות יוצרים ומדוע אין מדובר בשימוש הראוי להגנה על פי החוק;
- ראיות לכאורה להפרת זכות היוצרים של המבקש (או של צד שלישי כאשר המבקש הוא בעל רישיון ייחודי);
- ראיות לכאורה לקשר בין ההפרה למפרסם;
- הפעולות בהן נקט המבקש קודם להגשת הבקשה, כדוגמת תכתובת עם המפר לכאורה האנונימי ומכתבי התראה ששלח.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: על לשון החוק לכלול את תנאי הסף שהמבקש צריך לעמוד בהם בכדי להגיש לבית המשפט בקשה לחשיפת פרטי משתמש.

סעיף 60ה

”(א) לא הודיע המפרסם לפי סעיף 60ד(ב) על הסכמתו לחשיפת זהותו, יחליט בית המשפט בבקשה לחשיפת הזהות על יסוד כתבי הטענות בהליך בלבד, ואם ראה צורך בכך - לאחר שהתקיים דיון בבקשה; ואולם בית המשפט לא יקבל טענת התנגדות של מפרסם לחשיפת זהותו, אם שוכנע כי זכותו של המבקש לטעון נגד טענת ההתנגדות כאמור, ללא חשיפת זהותו של המפרסם, נפגעת, בין השאר, בשל היעדר חקירה נגדית.

(ב) הוכח להנחת דעתו של בית המשפט, בהתבסס על ראיות לכאורה שהציג המבקש, כי קיים חשש ממשי שהמפרסם הפר זכות יוצרים או זכות מוסרית שלו וכי קיימת אפשרות סבירה שתביעה נגד המפרסם בשל אותה הפרה תוכרע לטובת המבקש, רשאי בית המשפט להורות על מסירה למבקש של פרטי המידע לגבי המפרסם הנדרשים לו לשם הגשת התביעה כאמור, כפי שיורה בית המשפט.”

יש להוסיף לסעיף הוראה לפיה על המבקש להפקיד ערבות שממנה ישולם למשתמש האנונימי פיצוי כספי במקרה שבו ידחה בית המשפט את הבקשה לחשיפת פרטיו.

יש להוסיף לסעיף הסדר המאפשר לערער על החלטה של בית המשפט. אם החליט בית המשפט על חשיפת פרטי המשתמש האנונימי, יש לאפשר למשתמש האנונימי פרק זמן הולם להודיע לבית המשפט כי בדעתו לערער על החלטה ויש להחיל עיכוב אוטומטי של ביצוע ההחלטה מהמועד שבו הודיע המשתמש האנונימי לבית המשפט כי בדעתו לערער ועד למאוחר מבין ההחלטה בערעור, או תום המועד להגשת הערעור כקבוע בדין, אם המשתמש האנונימי לא ערער על החלטה על אף שהודיע שיערער עליה.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: על לשון החוק לכלול את המנגנונים להגנת זכויותיו של המשתמש האנונימי באמצעות חיוב המבקש בהפקדת ערבות ועיכוב ביצוע אוטומטי של החלטה לחשוף את פרטיו.

עיקר 4 בתזכיר החוק

”במישור הפלילי מוצע לשקול לקבוע איסור פלילי דומה לאיסורים הפליליים הקיימים, אשר יותאם לעידן הטכנולוגי, כך שהעמדה לרשות הציבור ושידור יצירות ללא רשות בעלי הזכויות יחשבו לעבירות פליליות כאשר נלווית לביצוען מטרה להפיק רווח מהעיסוק בהפרת הזכויות כאמור.”

העבירות הפליליות הקבועות כיום בסעיפים 61 ו- 62 עוסקות בסחר בעותקים מפרים של יצירות ובעיקרו של דבר במכירה, השכרה או הפצה שלהם באופן מסחרי, דהיינו כנגד תשלום.

מטרת הסעיפים להפוך לעבירה פלילית לא את ההפרה עצמה, אלא פעילות של סחר בהפרות. פועל יוצא הוא שהעבירות הפליליות בחוק הן היוצא מהכלל ונוגעות לפעילויות מסוגים מאופיינים ומובחנים.

איגוד האינטרנט חושש מכך שניסוח לא הדוק ולא מדויק יגרום להפיכת היוצרות, כך שכמעט כל הפרת זכות יוצרים ברשת תהווה גם עבירה פלילית. מצב מסוג זה משנה את תכלית החקיקה של חוק זכות יוצרים ועלול ליצור הרתעת יתר לפעילות ברשת.

ניתוח סעיפי החוק הנוגעים לעיקר 4

- סעיף 61(ז) ו- (ח)

”(ז) לא יעמיד אדם יצירה לרשות הציבור, על דרך עיסוק, ללא רשותו של בעל זכות היוצרים, במטרה להפיק רווח מעיסוקו כאמור.

(ח) לא ישדר אדם יצירה, על דרך עיסוק, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, במטרה להפיק רווח מעיסוקו כאמור.”

לשם ההמחשה – אתר אינטרנט חדשותי נוטל תמונה של צלם, ללא רשותו של הצלם, בעל זכויות היוצרים בתמונה, ומציב אותה כתמונת אילוסטרציה לצד כתבה באתר. אתר האינטרנט סבור, בטעות, שהוא רשאי להשתמש בתמונה ללא רשות בטענת שימוש הוגן.

במקרה זה, האתר העמיד יצירה לרשות הציבור, הוא עשה זאת כחלק מעיסוקו השוטף. הוא אף עשה זו כדי להפיק רווח מעיסוקו (תמונה מושכת יותר צופים, יותר צופים רואים פרסומות וכך האתר יכול להפיק רווח גבוה יותר מהמפרסמים אצלו) והוא עשה זאת ללא רשות מבעל זכות היוצרים.

זוהי הפרת זכות יוצרים שצריכה לזכות את הצלם בפיצוי כספי על הפרת זכויותיו. אולם הפרה כזו איננה צריכה להיות עבירה פלילית. אם היא תהיה עבירה, אתר החדשות ימנע מלהשתמש יותר בתמונות, גם במקרים שבהם יתכן ומותר לו להשתמש בהם בשל הגנת השימוש ההוגן, כיוון שמנהליו לא יעזו להסתכן בעבירה פלילית של הפרת זכות יוצרים. הראשון להיפגע מכך יהיה הציבור שלא יוכל לגשת לתוכן לגיטימי.

זוהי דוגמה להרתעת יתר.

נוסח הסעיפים צריך לדבוק ב"מסחר בעותקים" כעבירה פלילית, דהיינו, לא כל העמדה לרשות הציבור או שידור יצירה שנעשו בהקשר ל"הפקת רווח מעיסוק", אלא שהעבירה הפלילית צריכה להיות מצומצמת רק להפקת רווח מפעולה של מסחר בעותק המפר (מכירה או השכרה שלו).

לשם ההמחשה – אתר המציע להורדה (Download) או להשמעה (Streaming) שירים בתמורה לתשלום, סוחר בעותקים המפרים ולכן מדובר בעבירה פלילית, גם כיום, ללא צורך להוסיף סעיפים נוספים להוראות החוק הקיימות. אם אכן קיימת מחלוקת בהקשר זה, אזי יכולים הסעיפים המוצעים להבהיר כי אכן מדובר בפעילות פלילית.

המלצת איגוד האינטרנט הישראלי: במקום הנוסח המוצע, יש לנסח את הסעיף כך: "לא יעמיד אדם יצירה לרשות הציבור ולא ישדר לציבור יצירה, במטרה לסחור ביצירה בדרך של מכירת עותקים ממנה או מתן זכות שימוש בה כנגד תשלום, ללא רשותו של בעל זכות היוצרים."

סיכום

תמצית המלצות איגוד האינטרנט הישראלי ביחס לעיקרי התזכיר מסתכמות כך:

- את העיקר הראשון יש להחליף במנגנון הולם של הודעה והסרה.
 - יש לבצע שינויים מעמיקים בעיקר השני.
 - העיקר השלישי ראוי לחקיקה, אולם נדרשים בו תיקונים.
 - יש לבצע שינוי בעיקר הרביעי, כדי לא להפוך את מרבית הפרות זכויות היוצרים לעבירות פליליות. סדרי עולם בעקרונות ההגנה על זכויות יוצרים.
- איגוד האינטרנט הישראלי עומד לרשות משרד המשפטים כדי לסייע בגיבוש נוסח מאוזן ומידתי של הצעת חוק.

בכבוד רב ובברכה,

עו"ד מי-טל גרייבר שוורץ, סמנכ"ל

עו"ד יורם הכהן, מנכ"ל