



26 בנובמבר, 2009

Naomi Assia, Adv., Notary & Mediator	נעמי אסיא, עו"ד, נוטריון ומגשרת
Osher Ben-Ezri, Adv. Notary	אשר בן עזרי, עו"ד, נוטריון
Nurit Alon, Adv.	נורית אלון, עו"ד
Yaniv Izardel, Adv.	יניב איזרדל, עו"ד
Adi Goshen, Adv.	עדי גושן, עו"ד
Eran Glazer, Adv.	ערן גלזר, עו"ד
Lihi Elimelech, Adv	ליהי אלימלך, עו"ד
Erez Shapira, Adv	אריז שפירא, עו"ד
Naomi Helfand, M.Sc. Patent Attorney	נעמי הלפנד, ע"פ
Joseph Felber, Adv Patent Attorney admitted in IL, US, USPTO	יוסף פלבר, עו"פ, עו"ד
Yerucham Teitelbaum, Patent Manager, M.E.E, M.B.A	ירוחם טיטלבוים
Moshe Goldberg, Adv. Counselor, LLB, LLM, Columbia NY	משה גולדברג, עו"ד, יועץ

## הנדון: בש"א (ת"א) 11646/08 Premier League נ' פלוני שידורי ספורט בחינם באינטרנט לכל דורש?

1. ביום 2.9.2009 נתנה השופטת דר' מיכל אגמון-גון את החלטתה בבקשה שבנדון, החלטה אשר עוררה, ועדיין מעוררת, הדים רבים. החלטתה של השופטת דר' אגמון-גון העלתה על שולחן הדיונים הפרקטי את הדיון אשר מתקיים מזה זמן ארוך במישור האקדמי בשאלת האיזון הנדרש בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים.
2. ההחלטה כוללת בחובה מספר קביעות חדשניות ומעניינות, אשר מן הסתם עוד יידונו בעתיד בפסיקה. להלן נסקור בקצרה את ההכרעות השונות הכלולות בהחלטה. יודגש כי מטרת מסמך זה אינה לבקר או לתמוך בקביעותיו של בית המשפט, אלא להביאן באופן אינפורמטיבי כפשוטן.
3. חשוב לזכור כי מדובר בהחלטה (לא בפסק דין) אשר ניתנו במסגרת בקשה לחשוף את זהותו של אדם אשר עשה שימוש ברשת האינטרנט לשם העברת שידורי אירועי ספורט שונים. מטבעו של ההליך, הוגשו בו אמנם תצהירים, אולם לא נערך הליך הוכחות מלא, והדיון המשפטי נעשה על רקע עובדות אשר לא היה לגביהן מחלוקת, ובמקום בו הייתה מחלוקת כזו, על בסיס הנחות עבודה שהניח בית המשפט.
4. עוד יש לזכור כי מדובר בהחלטה של בית המשפט המחוזי, אשר אינה מהווה תקדים מחייב בנושא והנושא עוד יובא, מן הסתם, לפתחו של בית המשפט העליון. עם זאת, נכון להיום, זוהי ההחלטה השיפוטית היחידה המשמעותית עד היום אשר מתמודדת באופן מפורט (ומאלף, יש לומר) עם סוגיית זכויות המשתמשים ואיזונה עם זכויות היוצרים.

## רקע

5. The Football Association Premier League Ltd. (להלן: "הליגה") הינה חברה בע"מ אשר חברות בה קבוצות הכדורגל של ליגת הכדורגל הראשונה באנגליה. הליגה מנהלת את משחקי הליגה הראשונה באנגליה, ומוכרת לגופים שונים רשיונות שידור של המשחקים. על פי אומדנים באתרים שונים ברשת האינטרנט, שילמה רשת SKY הבריטית בשנת 2007 לא פחות מ- 1,300,000,000 לירות סטרלינג (!) עבור זכויות השידור של המשחקים.
6. המשיב, אשר זהותו אינה ידועה, מנהל ומפעיל אתר אינטרנט בו ניתן לצפות באירועי ספורט שונים, לרבות משחקי הליגה הראשונה באנגליה, ללא תשלום. מן הראיות המעטות אשר היו בפני בית המשפט עולה כי הצפיה בתחרויות השונות באתר אינה כרוכה בתשלום, אלא ניתנת בחינם לכל גולש אשר חפץ בכך. השידורים הם שידורים חיים בלבד, המועברים בטכנולוגיית Streaming – דהיינו הזרמה של השידור מהמקור (לא ברור בדיוק מן ההחלטה מהו אותו מקור) דרך השרת עליו מאוחסן האתר ישירות למחשבי הגולשים. השידור אינו מאוחסן או נשמר באופן כלשהו בדרך בין מקור השידור למחשבי הגולשים. לא ניתן לצפות באתר בדיעבד בתחרויות שכבר התקיימו.
7. הליגה טענה כי בעצם העברת השידורים ללא רשיון מתאים מפר המשיב את זכויות היוצרים שלה בשידור. לפיכך, ולאחר שדרישתה מהמשיב באמצעות דואר אלקטרוני להפסיק את השידורים לא נענתה, פנתה הליגה לבית המשפט. מאחר והמשיב לא חושף את זהותו באתר, הרי שכשלב ראשון פנתה הליגה לבית המשפט בבקשה לחייב את ספקיות האינטרנט לחשוף את פרטי המשיב המצויים בידיהן.
8. בית המשפט נתן למשיב אפשרות להשיב לבקשה תוך שמירה על אלמוניותו, וכך, אכן, עשה המשיב.
9. בהחלטה מרתקת ומנומקת, המשתרעת על פני 57 עמודים, דנה השופטת דר' אגמון-גונן באופן מקיף בשורה ארוכה של סוגיות הקשורות בזכויות יוצרים, וביניהן:
- 1.9 האם קיימות זכויות יוצרים ביצירה אשר טרם נוצרה?
- 2.9 האם יש לאפשר לפלוני להתייצב לדין באופן אנונימי תוך שמירה על אלמוניותו?
- 3.9 השיקולים במתן צו לחשיפת בעל אתר.

- 4.9 זכויות יוצרים בצילום לצורך שידור חי.
- 5.9 האם השידורים באתר המשיב מהווים הפרה של זכות היוצרים של הליגה?
- 6.9 האם יש לראות בשידור המשחקים משום שימוש הוגן מותר על פי דין?
- 10.1 להלן נסקור בקצרה את קביעותיו של בית המשפט בכל אחת מן הנקודות הנ"ל.
11. **האם קיימות זכויות יוצרים ביצירה אשר טרם נוצרה?**
- 1.11 הקושי בו דן בית המשפט מתמקד בעובדה כי מדובר **ביצירה אשר טרם באה אל העולם**. בית המשפט מכנה את היצירה כ"יצירה צפויה" (על משקל "הפרה צפויה") ולמעשה מדגיש כי מאחר ומדובר בשידור חי עתידי, אזי יצירת הזכות העתידית מקבילה להפרתה.
- 2.11 בית המשפט מבהיר כי אינו שלם עם ההנחה כי אכן ניתן לדון בהפרה צפויה של יצירה אשר טרם נוצרה, ואף מעיר, בהערת אגב, כי **הסדרת תמלוגים מאירועי ספורט הוא עניין שהמחוקק צריך ליתן לו מענה**.
- 3.11 עם זאת, במקרה ספציפי זה, מאחר והמשיב הצהיר כי בכוונתו להמשיך ולהעביר את השידורים וברור כי הליגה מתעתדת להמשיך ולפעול כליגה, המשיך בית המשפט בדיון בהנחה כי ניתן לראות בהפרה צפויה של יצירה אשר טרם באה לעולם משום בסיס למתן סעד משפטי.
21. **התייצבות אנונימית**
- 1.21 בית המשפט נדרש לשאלה **האם יש לאפשר לצד להליך משפטי אשר זהותו אינה ידועה, לנהל את ההליך המשפטי תוך שמירה על אלמוניות**
- 2.21 בית המשפט מעיר גם לענין זה כי סוגיה זו צריכה להיות מוסדרת בחקיקה, אולם בהעדר חקיקה **סבור בית המשפט כי יש מקום לאפשר התייצבות אנונימית של צד לדיון**

3.21 בית המשפט מזכיר כי **זהות אנונימית היא חלק מיתרונות רשת האינטרנט**, וכי כל עוד פועל פלוני כדין, יש מקום לאפשר לו לשמור על אלמוניותו. נסיון העבר מוכיח כי השחקנים האחרים ברשת (כגון ספקי שירות ומאחסני אתרים) אינם מגלים עניין בהליכי חשיפת זהות משתמשים, ולפיכך, בהעדר הליך אנונימי, לא תובא בפני בית המשפט עמדת המשיב החשובה לקיומו של ההליך התקין.

4.21 לאור זאת קובע בית המשפט כי יש להכיר בהתייצבות אנונימית בהליכים מסוג זה.

### 31. השיקולים במתן צו לחשיפת בעל אתר או מפעיל אתר

1.31 אחת הבעיות העומדות בפני צד אשר סבור כי הוא נפגע עקב מעשה של מאן דהו ברשת האינטרנט הינה היכולת להתחקות אחר המפרסם. כפי שציין בית המשפט כאמור לעיל, הרי שזהות אנונימית היא חלק מיתרונות רשת האינטרנט ואחד הכלים העיקריים לשמירת חופש הביטוי באינטרנט.

2.31 בית המשפט נדרש לאיזון שבין זכותו של הנפגע להגן על קניינו או שמו הטוב לעומת חופש הביטוי של המשתמשים ברשת. מאחר ובמקרים רבים מי שמעלה יצירה לרשת סבור כי הוא אינו מפר דבר (כך על פי החלטת בית המשפט) הרי **שאין מקום לחשוף את שמו של הנתבע הפוטנציאלי רק בשל עצם העלאת טענה של בעל הזכות לביצוע עוולה.**

3.31 בית המשפט נדרש, בשאלה זו, לאיזון שבין זכויות יוצרים לזכויות משתמשים, ובכך מקבל את הדעות אשר הובעו בספרות לענין זה, כי יש לערוך איזון כזה בכל שאלה פרשנית המתעוררת בעניין זכויות יוצרים.

4.31 בית המשפט דן ארוכות בשאלת אופיה של זכות המשתמשים, וקובע, בין היתר, כי "היא נובעת או נגזרת במישרין מכבוד האדם שהיא הזכות החוקתית בהא הידיעה".

5.31 בית המשפט אף דן בשאלה הקונקרטית של משחקי הספורט וקובע כי זכות הציבור לצפות במשחקי ספורט הינה חלק מזכויות המשתמשים. קביעה זו הינה משמעותית ביותר לא רק לדיון נשוא הבקשה אלא לכל נושא הדיונים הציבוריים בשאלת ערוצי הטלוויזיה הפתוחים ואלה

- שבתשלום, שכן הוא מעלה את זכות הצפיה (ולצורך הענין לא משנה עם עסקינן בספורט, חדשות או אמנות) לדרגה של זכות יסוד.
- 6.31 בית המשפט אף מקיים, במסגרת הנסיון לאזן בין זכות היוצרים לזכויות המשתמשים, דיון מרתק בשאלת יתרונות רשת האינטרנט ותרומתה ליצירה ולתרבות ומגיע למסקנה כי לרשת תרומה חשובה ליצירה ולתרבות, ובין היתר, אין זה ראוי כי מי שמנסה לערוך יצירה באמצעות היצירות ברשת "יצטרך להביט כל הזמן לאחור כדי לבדוק האם אין בעל זכויות יוצרים כזה או אחר בעקבותיו". נקבע עוד כי עידוד היצירה ברשת מחייבים אפשרות לחיבור יצירות מיצירות אחרות, ללא חשש מתמיד מהפרה של זכות היוצרים.
- 7.31 בהקשר זה אף מזכיר בית המשפט את ה"אפקט המסנן" – תופעה שהוגדרה במאמרים ובספרות כהרתעה משימוש בתכנים ברשת האינטרנט עקב חשש להפרת זכויות יוצרים.
- 8.31 לאור כל זאת מגיע בית המשפט למסקנה כי **יש להפעיל מבחנים נוקשים בכל הקשור לחשיפת זהות המשתמשים ברשת בנוגע לעוולות כגון הפרת זכות יוצרים.**
- 9.31 בית המשפט אף קובע את המבחן הכפול בו על המבקש חשיפת משתמש לעמוד: (א) הצגת ראיות לכאורה אשר תאפשרנה את הוכחת ההפרה ברמת הסתברות גבוהה; ו-(ב) על ההפרה להיות חמורה במיוחד או להתבצע בניסיונות חמורות. בית המשפט אף מציין כי "בדרך כלל יהיה מדובר בשימוש מסחרי".
- .41 **זכויות יוצרים בצילום לצורך שידור חי**
- 1.41 בין יתר הדברים הנראים לחלקנו כמובנים מאליהם ואשר לגביהם מנסה בית המשפט לתת גם זווית ראייה אחרת בהחלטתו זו, עלתה גם השאלה האם קיימת זכות יוצרים בצילום לצורך שידור חי. השופט דר' אגמון-גון העלתה תהיות בשאלה זו כבר בהחלטה קודמת שנתנה במסגרת אותה בקשה.
- 2.41 השופטת ציינה כי מאחר ואין מחלוקת כי אין זכויות יוצרים באירוע הספורט עצמו, הרי שאין זה מובן מאליו כי קיימת זכות יוצרים בצילום השידור החי ומה היקפה. השופטת אף מציינת כי לשאלה זו השלכות מרחיקות לכת שכן היא עוסקת בשאלות רחבות היקף הרבה יותר כגון

ההגנה על תעשיות ההפקה באמצעות זכויות היוצרים לשם שליטה במידע והאם אין במתן זכות רחבה כזו משום פגיעה בנחלת הכלל ובציבור המשתמשים.

3.41 יודגש כי הפסיקה הישראלית (דנ"א 6407/01) כבר הכירה בעבר בזכות היוצרים בצילום לשם שידור חי, אולם השופטת ציינה כי לטעמה יש לבחון מחדש קביעה זו לאור חוק זכות היוצרים החדש.

4.41 השופטת אף מביעה בהחלטה הקודמת את דעתה כי **לאור חוק זכות יוצרים החדש אין לקבוע כי יש זכות יוצרים בצילום של משחק ספורט בשידור חי!**

5.41 עם זאת, בסופו של יום, לא הרים המשיב את הכפפה בענין זה, וכל הצדדים, לרבות היועץ המשפטי לממשלה, הביעו את הסכמתם לכך שיש זכות יוצרים בצילום לשם שידור חי, ולפיכך הסתפקה השופטת בהערת אגב הקוראת למחוקק להסדיר את נושא התמלוגים בגין משדרי ספורט בחקיקה.

#### 51. האם יש הפרה של זכויות הפרמייר ליג

1.51 לאחר שהתגבר בית המשפט בהחלטתו על כל ה"מכשולים" המקדמיים, הוא פנה לשאלה האם יש בעצם העברת השידור בחינם באינטרנט משום הפרה של זכויות היוצרים של הפרמייר ליג.

2.51 לא מן המותר לחזור בענין זה שוב על האופן הטכנולוגי בו מתבצע השידור באינטרנט – המשיב "מזרים" את השידור ישירות מהמקור לרשת האינטרנט ומשם למחשבי המשתמשים, מבלי שהשידור מועתק או מאוחסן במקום כלשהו ברשת. מדובר בשידור חי בלבד, ואין לצופים אפשרות לצפות באמצעות האתר בשידורים כלשם שהוקלטו בו. האתר מהווה סוג של "צינור" בלבד.

3.51 מקובל להניח כי הפרות מסוג זה ברשת האינטרנט יכולות לבוא בגידרן של ארבע זכויות ספציפיות מתוך מכלול הזכויות אותן זכאי בעל זכות יוצרים לממש – העתקה, העמדה לרשות הציבור, פרסום ושידור.

4.51 במקרה דנן, כאמור, אין העתקה של השידור אלא הזרמה שלו. כמו כן, הייתה הסכמה בין הצדדים כי לא מדובר כאן ב"העמדה לרשות הציבור" כהגדרתה בחוק, שכן הגדרה זו נועדה

למקרה ה"קלאסי" של שיתוף קבצים באינטרנט והיא מחייבת כי הקבצים יעמדו לרשות הציבור מכל מקום ובכל זמן, ובמקרה שלנו לא מתקיים מימד הזמן. על הפרת זכות הפרסום לא עמדה המבקשת, ולפיכך גם היא לא נדונה.

5.51 לכאורה, זכות השידור, כהגדרתה בחוק, הינה הזכות הבלעדית להתיר העברת יצירה לציבור באמצעי קווי או אלחוטי. בית המשפט מנתח את הליך החקיקה של חוק זכות יוצרים בענין זה, תוך ניתוח של התבססות החוק על אמנת WTC משנת 1996, כמו גם את החקיקה האנגלית ואת הדעות השונות בספרות בנושא ומגיע למסקנה כי **העברה קווית ואלחוטית אינה כוללת העברה בטכנולוגיית Streaming באמצעות מחשב ורשת האינטרנט.**

6.51 לפיכך קבע בית המשפט כי המשיב אינו מפר את זכות היוצרים של הפרמייר ליג.

## 61. שימוש הוגן

1.61 למרות שקבע כי אין במעשי המשיב משום הפרה של זכויות היוצרים, ממשיך בית המשפט ודן בשאלה האם השימוש שעושה המשיב הינו בגדר שימוש הוגן.

2.61 כפי שמגדיר בית המשפט: "שימוש הוגן הינו לב ליבו של האיזון בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים בין זכויות היוצרים לנחלת הכלל". מדובר **בזכות** שהעניק המחוקק למשתמשים על מנת להגן על האינטרס הציבורי שבשימוש החופשי לציבור ביצירות ובהנגשתן לציבור רחב ככל האפשר. בדברי ההסבר לחוק זכות יוצרים החדש נאמר כי האיזון באמצעות השימוש ההוגן נדרש על מנת "לאפשר לציבור להשתמש ביצירות לשם קידום התרבות והידע, כל זאת תוך שמירה על חופש הביטוי וחופש היצירה, והבטחת תחרות חופשית והוגנת."

3.61 יודגש כי החוק אינו קובע רשימה סגורה של שימושים הוגנים, ומותר לבית המשפט שיקול דעת בשאלה איזהו שימוש הוגן, תוך התוויית מבחנים מנחים לבחינת השאלה על ידי בית המשפט.

4.61 בית המשפט מצוין כי השימוש ההוגן הוא הכלי העיקרי לעריכת איזון בין זכות היוצרים לזכות המשתמשים. יש להביא בחשבון שכמעט כל אחד, בחיי היום יום, מושפע מאיזון זה ולפיכך אין לפרש את השימוש ההוגן פרשנות צרה מידי. בית המשפט אף טובע את הדיבור: **"יש להזהר לא להפוך אומה שלמה למפרה."**

- 5.61 בקביעה שתעורר עוד בודאי דיונים רבים (כמו קביעות רבות אחרות במסגרת ההחלטה) קובעת השופטת דר' אגמון-גונן כי "**שימושים נפוצים, הנתפשים כלגיטימיים על ידי מרבית המשתמשים, יקבעו כשימוש הוגן.**". בית המשפט מדגיש לענין זה כי לא מדובר בהפרה בידיעה אלא בהפרה שלא מדעת.
- 6.61 בית המשפט בוחן את השימוש שעושה המשיב לאור המבחנים שנקבעו בחקיקה, ובין היתר, קובע מספר הנחיות מעניינות לענין זה:
- 1.6.61 כשהשימוש אינו מסחרי, הנטיה תהיה לקבל את הטענה כי מדובר בשימוש הוגן. עם זאת, שימוש מסחרי אינו בהכרח שימוש שאינו הוגן, אם יש לו תועלת חברתית ממשית.
- 2.6.61 יש לבחון האם יש חשיבות חברתית בשימוש שאת התרתו מבקשים. בענין זה מביע בית המשפט עמדה מעניינת גם לדיונים ציבוריים אחרים, לפיה על **הצפיה בספורט צריכה להישאר בגדר בידור להמונים ולא רק לאלו שידם משגת.** חשיבות חברתית נוספת שמוצא בית המשפט בפעילות המשיב היא בעצם הוזלת הצפיה.
- 3.6.61 יש לבחון האם היצירה אשר נטען להפרתה הינה יצירה המצויה בלב דיני זכויות היוצרים (כגון שיר, ספר, מחזה או סרט) או בשולי דיני זכויות היוצרים (כגון צילום אירועי חדשות וספורט). ביחס לאחרונים יש להרחיב את הגדרת השימוש ההוגן.
- 4.6.61 יש לבחון את היקף ההפרה ביחס להיקף הנדרש לצורך השימוש שבמחלוקת וכן את איכות השימוש (לענין זה לא הובאו ראיות בפני בית המשפט).
- 5.6.61 במסגרת השפעת השימוש ההוגן על ערכה של היצירה מציין בית המשפט כי יש להפעיל מבחן זה באופן מצמצם ולא להחילו מקום בו נמצא לפי המבחנים האחרים כי מדובר בשימוש הוגן, אלא אם השימוש פוגע באופן ישיר, מרכזי, ומהותי בערך השוק של היצירה. בית המשפט מציין כי אין



להביא בחשבון את האפקט המצטבר של מספר רב של מפרים לענין השימוש ההוגן.

- 7.61 יודגש כי לא נעלמה מעיני בית המשפט הטענה כי התרת השידור החופשי באינטרנט תפגע בסופו של דבר בקבוצות עצמן, ועקב כך בספורט ובצופיו, אולם בית המשפט מציע למבקשת לבחון מודלים עסקיים אחרים, אשר יכולים להתאים יותר למציאות הדיגיטלית החדשה ואינו סבור כי יש בנימוק זה משום להפוך את השימוש לשימוש שאינו הוגן.
- 8.61 לאור זאת קבע בית המשפט כי השימוש הינו שימוש הוגן על פי חוק.

#### סיכום

71. ההחלטה בענין הפרמייר ליג הינה החלטה מפורטת, מאלפת ומנומקת היטב, אשר מעלה על סדר היום של הקהילה המשפטית העוסקת בזכויות היוצרים שורה ארוכה של סוגיות אשר מן הסתם תדונה עוד בהרחבה בשנים הקרובות.
81. השופטת דר' אגמון-גונן מצליחה במספר רב של נושאים לערער את התפיסה המסורתית והישנה של זכויות היוצרים, ותוך שימוש בכלי של איזון בין זכויות המשתמשים לזכות היוצרים היא מציעה לנו זווית מבט חדשה על סוגיות אלה, תוך התחשבות במציאות הדיגיטלית החדשה והשונה בה אנו פועלים כיום.
91. יצויין כי המבקשת הגישה (באמצעות עו"ד תמיר אפורי משרד ריינולד כהן ושות') ערעור על ההחלטה. ההחלטה הנזכרת לעיל הינה של בית המשפט המחוזי, כך שאינה בגדר תקדים מחייב, אולם הסוגיות שמעלה ההחלטה עוד תדונה לבטח ברבים מהדיונים בעתיד.

בכבוד רב,

נעמי אסיא ושות', עורכי דין,  
עורכי פטנטים ונוטריון