

פרק 5

זכויות היוצר

5.1 אגד זכויות היוצר

זכות יוצרים היא למעשה אגד של זכויות משנה. זכויות אלה מנויות בסעיף 11 לחוק, והן: זכות ההעסקה; זכות הפרסום; זכות הביצוע הפומבי; זכות השידור; זכות ההעמדה לרשות הציבור; הזכות לעשיית יצירה נגזרת; זכות ההשכרה. הזכויות האמורות מוענקות לבעל זכות היוצרים באופן בלעדי ולפיכך מימושן מותר רק על ידיו או בהרשאתו. נפקותן המצטברת יוצרת זכות בלעדית, הניתנת לבעל זכות היוצרים, לניצול היצירה במרבית דרכי הניצול האקטיביות או המסחריות.

רשימת הזכויות על-פי החוק החדש היא רחבה ומרשימה יותר מהרשימה שהייתה קיימת על-פי החקיקה הקודמת.¹ עם זאת, יש בכך מידה של טעות אופטית. החידוש העיקרי והממשי ברשימה נעוץ בזכות ההעמדה לרשות הציבור, שלא הייתה קיימת כלל על-פי החקיקה הקודמת. זכות חדשה זו חשובה מאוד לניצול יצירות באינטרנט. בפועל, זוהי הזכות היחידה שהוספה לחוק. הזכויות האחרות שנוספו לכאורה, הן תולדה של פיצול זכויות קיימות או של הבהרת קיומן. זכות השידור נחשבה על-פי החוק הקודם כחלק מזכות הביצוע הפומבי ועתה הוכרה כזכות עצמאית.² פיצול זה אינו גורם להרחבת זכויות היוצר. להיפך. הוא מאפשר הגדרה ברורה יותר של גבולות כל אחת מהפעולות, ויצירת סייגים מתאימים.³ הזכות לעשיית יצירה נגזרת לא הוגדרה בתור שכזו על-פי החוק הקודם, אך הייתה קיימת למעשה, כפועל יוצא, מכמה סעיפי משנה ומתחולת זכויות היוצר על היצירה בשלמותה או על כל "חלק ניכר" ממנה.⁴

1 על-פי החקיקה הקודמת, זכויות היוצר הוגדרו בסעיף 21(2) לחוק זכות יוצרים, 1911, ובסעיפים 13 ו-10(1) לפקודת זכות יוצרים. נהגנו לסווג זכויות אלה לחמש קבוצות: זכות השעתוק; זכות הפרסום; זכות הביצוע בפומבי; זכות ההשכרה; הזכות ליצור יצירות נגזרות.

2 דנ"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' Tele-Event Limited**, פ"ד נח(6) 6 (2004); רע"א 6141/02 **אקום בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל**, פ"ד נז(2) 625 (2003).

3 ראו להלן סעיפים 5.5 ו-5.6.

4 סעיף 2 לחוק זכות יוצרים, 1911.

הזכות מחוזקת בחוק החדש לאור הגדרתה הגורפת יותר. לצד ההרחבות הללו, צומצמה זכות ההשכרה לעומת הזכות שהייתה קיימת בחקיקה הקודמת.⁵

בעיקרון, מכסה כל אחת מזכויות היוצר פן אחר של מעשים, אולם קיימת חפיפה מסוימת ביניהן. על כן, לא מן הנמנע שפעולה מסוימת תהווה בו-זמנית מימוש – או הפרה, לפי הנסיבות – של שתיים או יותר מזכויות היוצר. כך, למשל, העברת יצירה באינטרנט בשיטת ההזרמה (streaming) עוברת בטריטוריות של זכות השידור ואפשר גם, של זכות ההעתקה וזכות ההעמדה לרשות הציבור;⁶ יצירת פסל תלת-מימדי המבוססת באופן מהותי על יצירה דו-מימדית, כגון צילום, עשויה להיחשב בה בעת כהעתקה וכעשיית יצירה נגזרת.⁷

זכויות היוצר חלות ברובן לגבי כל סוגי היצירות, אולם חוק זכות יוצרים הנהיג חידוש בצמצמו את תחולת חלקן ליצירות מסוימות בלבד. חלק מהמגבלות הללו נובע מטבעה של הזכות ואין לראות בהן חידוש מהותי, אולם חלקן משקף מדיניות של המחוקק. זכות ההעתקה, זכות הפרסום, זכות השידור וזכות ההעמדה לרשות הציבור חלות לגבי כל סוגי היצירות.⁸ זכות הביצוע הפומבי חלה לגבי כל סוגי היצירות לבד מהיצירה האמנותית.⁹ אין בכך משום הכרעה ערכית, כי אם ביטוי לכך שזכות זו רלוונטית רק ליצירות הניתנות לביצוע (performance), ולא ליצירות דוממות. הזכות ליצור יצירות נגזרות ניתנת לכל היצירות לבד מתקליטים,¹⁰ ואילו זכות ההשכרה חלה לגבי תקליט, יצירת קולנוע ותוכנת מחשב בלבד.¹¹ צמצום הזכויות האחרונות נעוץ במדיניות המחוקק להגביל את תחולתן לרמה המינימלית המחויבת על-פי האמנות הבינלאומיות בעניינים אלה.

5 סעיף 1(3) פקודת זכות יוצרים.

6 ראו החלטת מועצת זכות היוצרים של קנדה בעניין תמלוגים שישולמו בגין העברה (קומוניקציה) לציבור באמצעות טליקומוניקציה, בקנדה, של יצירות מוסיקליות ודרמטיות-מוסיקליות מ-18.10.2007: Tariff No. 22.A (Internet Online Music Services) 1996-2006, Board Online Music (להלן: http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m20071018-b.pdf Decision). עם זאת, ראו את הדיון בזכות ההעתקה בסעיף 5.2 להלן וזכות ההעמדה לרשות הציבור, להלן בסעיף 5.7.

7 סעיפים 12 ו-16 לחוק זכות יוצרים.

8 סעיפים 1(1), (2), (4) ו-5 לחוק. מן הראוי להזכיר כי על-פי סעיף 4, תקליט הוא "יצירה" ועל כן כל ההוראות, החלות על "כל היצירות" או "יצירה", חלות על תקליט.

9 סעיף 11(3) לחוק.

10 סעיף 11(6) לחוק. על הסיבות לכך, ראו להלן סעיף 5.8.

11 סעיף 11(7) לחוק.

על אף הרחבתה של רשימת הזכויות בחוק ועדכונה לעומת החוק הקודם, אגד הזכויות שהמחוקק העניק לבעלי זכויות היוצרים בישראל בהתאם לחוק החדש אינו תואם את רשימת הזכויות המקובלת בעולם כיום בהתאם לאמנות הבינלאומיות בתחום זכויות היוצרים. זאת, מכיוון שהחוק הותאם רק לאמנות שישראל חברה בהן, שהן בעיקר אמנת ברן, הסכם טריפס ואמנת רומא. הוא לא הותאם ל-WCT, שנועדה בעיקר, אך לא רק, להתאים את דיני זכויות היוצרים לעידן הדיגיטלי, ושישראל טרם הצטרפה אליה. לפיכך, על אף נטילת זכות ההעמדה לרשות הציבור מאמנה זו, זכויות אחרות שנוצרו במסגרתה אינן מוצאות ביטוי מלא בחוק הישראלי.¹²

אמנת ברן וה-WCT מספקות יחד "מפת דרכים" להקניית זכויות שמכסות את ששת הפעולות העיקריות, שהן מהות זכות היוצרים בעולם כיום: שעתוק, ביצוע פומבי, הפצה (כולל פרסום ראשוני), קומוניקציה (העברה) לציבור (ובכללה – שידור והעמדה לרשות הציבור), השכרה ועיבוד. זכויות השעתוק, הביצוע הפומבי והעיבוד מעוגנות באמת ברן.¹³ ה-WCT יצרה זכויות חדשות שמכסות את הדרכים השונות הנוספות הקיימות היום להפצת יצירות ולהעברתן לציבור: הן באמצעי מדיה מסורתיים, הן באמצעים דיגיטליים; הן כאשר היצירה "סגורה" או "ארוזה" בעותקים פיסיים או דיגיטליים¹⁴ והן כאשר היא "נפתחת" ומועברת באופן דינמי, באמצעות העברת ביצוע שלה לציבור; הן דרכי הפצה אקטיביות, בשיטות "דחיפה" (push), והן בדרכים פסיביות, או לפי דרישה, בשיטת "משיכה" (pull).¹⁵ האמנה עשתה זאת באמצעות שתי זכויות עיקריות שנוצרו

12 ראו לעיל סעיף 1.4. ישראל חברה גם באמנה העולמית ובאמנת ג'נבה בעניין תקליטים, אולם אמנות אלה פחות חשובות היום וממילא החוק תואם את הוראותיהן. בדיונים בהצעת החוק בוועדת הכלכלה של הכנסת ציין נציג משרד המשפטים, עו"ד תמיר אפורי, כי למרות שישראל עדיין אינה צד ל-WCT "אנחנו...פועלים בכיוון הזה". ראו עמ' 48 לפרוטוקול מס' 114 לדיוני ועדת הכלכלה של הכנסת ה-17, מ-28.11.2006.

13 סעיף 9 לאמנה עוסק בשעתוק; זכות הביצוע הפומבי מעוגנת בסעיף (i)(1)(11) לאמנה; זכות העיבוד מעוגנת בסעיף 12 לאמנה. מכיוון שהסכם טריפס מחייב אימוץ הוראותיה של אמנת ברן, הוא מחייב אימוץ זכויות אלה. לעניין תקליטים, מעוגנת זכות השעתוק בסעיף 10 לאמנת רומא, בסעיף 2 לאמנת ג'נבה, בסעיף 14.2 להסכם טריפס, ובסעיף 11 ל-WPPT. האמנות אינן מעניקות זכות ביצוע פומבי או זכות עיבוד בתקליטים.

14 המונח "עותק דיגיטלי" או "עותק אלקטרוני" משמש אותנו בספר זה להגדרת עותק של יצירה השמור בקובץ דיגיטלי, במחשב או המועבר ברשת תקשורת אלקטרונית. זאת, להבדיל מקובץ דיגיטלי הצרוב בהתקן פיסי, שניתן להעברה מיד ליד, כגון תקליטור, שאליו נתייחס כאל "עותק פיסי".

15 שיטות "דחיפה" הינן שיטות שבהן מועברת היצירה על-ידי בעל זכות היוצרים או מי שפועל על-פי הרשאתו, כגון הוצאת עותקים ושידור. שיטות "משיכה" מתייחסות בעיקר להפצה לפי דרישת

במסגרתה: זכות ההפצה, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה; וזכות הקומוניקציה (העברה) לציבור, אשר קיימת רק בחלקה במסגרת אמנת ברן, המעוגנת בסעיף 8 לאמנה. זכות ההפצה על-פי האמנה היא הזכות להרשות העמדתם של יצירה מקורית ושל עותקיה לרשות הציבור, בדרך של מכירה או העברת בעלות בדרך אחרת.¹⁶ זכות הקומוניקציה לציבור היא הזכות להרשות העברה של היצירה לציבור בדרך קווית או אלחוטית, לרבות העמדת היצירה לרשות הציבור באופן שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה ליצירה בזמן ומקום לפי בחירתם.¹⁷ כעולה מסעיף 8 לאמנה, היא חלה על העברה הן בשיטת ה"דחיפה" והן בשיטת ה"משיכה".

קיימת בעולם תמימות דעים כי הפצת עותקים פיסיים של יצירה מכוסה על-ידי זכות ההפצה על-פי סעיף 6 ל-WCT וכי העברת ביצוע של יצירה לציבור בדרך קווית או אלחוטית (ובמילים אחרות, שידור) מכוסה על-ידי זכות הקומוניקציה לציבור על-פי סעיף 8. כן, קיימת תמימות דעים, כי העברת עותקים דיגיטליים של יצירה באמצעות רשת תקשורת אלקטרונית, קווית או אלחוטית, מכוסה על-ידי הזכויות הניתנות בהתאם לשני הסעיפים הללו או הזכויות המקבילות בדינים הפנימיים במדינות שונות.¹⁸ במדינות רבות, כגון קנדה ומדינות אירופה, היא נחשבת כקומוניקציה של היצירה לציבור,¹⁹ אולם בארצות-הברית, שבה לא

הצרכן, כאשר הוא זה ש"מושך" את היצירה או את העותק שלה. זכות ההעמדה לרשות הציבור עוסקת בשיטה זו.

16 לפי ההצהרה המוסכמת לסעיף 6 לאמנה, המונח "עותקים" מתייחס לעותקים קבועים שניתן להכניס לצינורות המסחר כחפצים "מוחשיים". לשאלה, אם ניתן להחיל הגדרה זו על עותקים דיגיטליים המועברים ברשת תקשורת אלקטרונית, ראו להלן בסעיף 5.3. סעיף 12 ל-WPPT מעניק זכות הפצה לבעלי זכויות בתקליטים. סעיף 2 לאמנת ג'נבה עוסק בייבוא תקליטים.

17 לפי האמנה, מתווספת זכות זו לזכויות הפרטניות שנקבעו בסעיפים 11(1)(ii), 11bis(1)(i), 11bis(1)(ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) ו-14bis(1) לאמנת ברן, אך בפועל היא בולעת, מרחיבה ומייתרת אותן. ההצהרה המוסכמת התשיעית לאמנה מבחירה כי אספקת ציוד גרידא, שמאפשר העברה, אינה בגדר קומוניקציה לציבור כמשמעה באמנה. סעיף 14 ל-WPPT יצר זכות העמדה לרשות הציבור לגבי תקליטים. מעבר לכך, האמנות הבינלאומיות אינן מעניקות לבעלי הזכויות בתקליטים זכות קומוניקציה לציבור, אך הן יוצרות זכות לקבלת תמלוגים בגין שידור וקומוניקציה לציבור של תקליט: סעיף 12 לאמנת רומא וסעיף 15 ל-WPPT.

18 המונחים "רשת תקשורת דיגיטלית" או "רשת תקשורת אלקטרונית" משמשים לנו בספר זה להגדרת רשת תקשורת שבאמצעותה ניתן להעביר מידע, ובכלל זה – יצירה.

19 בקנדה, ראו פסק הדין של בית המשפט העליון של קנדה ב: Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers, [2004] S.C.C. 45. כן ראו: Board Online Music Decision, לעיל ה"ש 6. לאירופה, ראו: Adolf Dietz, Germany, in INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW & PRACTICE (19th release 2007 ed., by Geller P. E & Nimmer M.B) §8[1][b][iv]. כן ראו באופן כללי: Jane Ginsburg, *The (New?) Right of Making Available to the Public*, in

נחקקה זכות שכזו, היא נחשבת כהפצה.²⁰ לזכויות אלה מתווספת זכות ההשכרה על-פי סעיף 7 לאמנה, שעוסקת בהשכרת עותקים של יצירות מסוימות. זכות זו רחבה מזכות ההשכרה המעוגנת בסעיף 11 להסכם טריפס.²¹

בשל היעדר מחויבות ל-WCT, חוק זכות יוצרים אינו מנצל את "מפת הדרכים" לעיל. הוא צועד בדרך שונה, בהקנתו זכויות פרטניות יותר, אשר תואמות כאמור את מחויבויותיה של ישראל לאמנות ברן ורומא ולהסכם טריפס, אך מנצלות רק בחלקם את חידושי ה-WCT. זכויות אלה אמנם מרשימות במספרן ובהשוואתן לחקיקה הקודמת, אך בבחינה מדוקדקת יותר הן נמצאות לקויות. הליקוי מצוי בטיפולו של החוק בהפצת עותקים של יצירה, כאשר באופן פרדוכסלי, לא מדובר רק בהפצת עותקים דיגיטליים, אלא גם בהפצת עותקים פיסיים באמצעי מדיה מסורתיים. זאת, משום שתחת זכות ההפצה, כפי שהיא מוגדרת ב-WCT, העניק המחוקק לבעלי זכות היוצרים בישראל זכות פרסום, שחלה "לגבי יצירה שלא פורסמה" בלבד.²² זכות זו היא נגזרת חלקית בלבד של זכות ההפצה המוכרת ב-WCT.²³ נוסף לכך, תחת זכות קומוניקציה לציבור בהיקף רחב, שמסוגלת לחול גם על הפצת עותקים דיגיטליים, הסתפק המחוקק בזכות שידור, בעלת הגדרה צרה יותר, ביחס להעברת "צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכלולים ביצירה", שספק אם היא עשויה לחול על העברה כזו.²⁴ כתוצאה מכך, זכות ההעמדה לרשות הציבור, שהיא, כאמור, חלק מזכות הקומוניקציה לציבור הרחבה על-פי ה-WCT, אך אינה מסוגלת לדור במחיצותיה המוגבלות של זכות השידור בלבד, מוצאת את עצמה בחוק כזכות עצמאית.

INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW MILLENNIUM, ESSAYS IN HONOUR OF WILLIAM R. CORNISH, 234 (David Vaver, Lionel Bently, eds., 2004) Available at SSRN כי למרות שמדינות האיחוד האירופי טרם אישרו את ה-WCT, הזכויות על-פיה עוגנו בדריקטיבה האירופית בדבר זכות יוצרים בעידן המידע. ראו להלן.

New York Times v. Tasini, 533 U.S. 483, 498 (2001); Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1162 (9th Cir. 2007); A & M Records Inc. v. Napster Inc., 239 F.3d 1004, 1014 (9th Cir. 2001). ראו להלן סעיף 5.3.2.

21 זכות ההשכרה לגבי תקליטים מעוגנת בסעיף 14.4 להסכם ובסעיף 13 ל-WPPT. לדיון בשני הסעיפים ולסייגים להם, ראו להלן סעיף 5.3.

22 סעיף 11(2) לחוק.

23 לחשיבות ה-WCT בקשר להפצה ראו: Silke von Lewinski & Jorg Reinbothe, *The WIPO Treaties 1996: Ready to Come Into Force*, [2002] E.I.P.R.199

24 ראו להלן סעיף 5.6.