

שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים – האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

מאת

יובל קרניאל*

א. מבוא. ב. הצגת הבעיה וסדר הדיון. ג. פרשנות דיני זכויות יוצרים בעידן המידע. ד. פרשנות תכליתית לדיני זכויות יוצרים בעידן המידע. ה. זכויות שידור, זכויות יוצרים וזכויות משדרים של אירועי ספורט, ומשמעותם המשפטית. ו. שידורים אסורים. ז. זכות יוצרים. ח. האם שידור משנה הוא "הפצה למטרות מסחר". ט. האם שידור משנה הוא "ביצוע פומבי". י. עקרונות הפרשנות המוצעת לדיני זכויות יוצרים בעידן המידע. יא. הפתרון המוצע. יב. הסעד המתאים: צו מניעה או רישיון הכפייה. יג. סיכום.

א. מבוא

משחקי המונדיאל, אליפות העולם בכדורגל, שנערכו בשנת 2006 בגרמניה העסיקו חלק גדול של הציבור במהלך הקיץ שחלף. למעשה המשחקים האלה העסיקו רבים מאתנו יותר מכל דבר אחר¹.

הנושא של זכויות השידור של משחקי הכדורגל והשאלה איפה ניתן לצפות בשידורים ובאיזה תנאים, היא שאלה מעשית וכלכלית חשובה המטרידה רבים ולא רק משפטנים ומשפטניות המומחים לדיני זכויות יוצרים.

* מרצה בכיר למשפט ולתקשורת במסלול האקדמי של המכללה למינהל, מנהל משותף של התכנית המשולבת למשפטים ותקשורת. תודה לד"ר אורית פישמן אפורי, עו"ד טוני גרינמן, מר רוני בוסין ומערכת עלי משפט על הערותיהם המועילות ועזרתם בניבוש נוסחו הסופי של המאמר. האחריות על הדברים היא כמובן כולה שלי.

1 הרייטינג של משחק הגמר ששודר ביום 9.7.06 בערוץ 10 היה כ-39%. ברגעי ההכרעה בבעיטות הפנדלים צפו כ-46%.

מטרתו של מאמר זה היא לעשות סדר בכמה שאלות משפטיות הנוגעות לשידור משחקי הכדורגל בערוצים הזרים והישראליים, ובייחוד לבדוק את השאלות מדוע גם הפעם, כמו שכבר אירע בעבר, ראינו מסך שחור בערוצים הזרים המשדרים את המשחקים גם בישראל ואם התוצאה הזו היא בלתי נמנעת מבחינה משפטית. הדיון כאן נעשה לאור פסק-הדין המקיף שניתן בנושא זה בבית-המשפט העליון. פסק-הדין בפרשת *Tele Event*² עסק בשידור של משחקי טניס מטורניר וימבלדון. דעת הרוב של שופטי בית-המשפט העליון הייתה שהשידור המקביל של המשחקים בערוצים הזרים הוא הפרה של זכויות היוצרים של מי שהחזיק בישראל בזכות השידור הבלעדית לשדר את הטורניר בארץ. רוב שופטי בית-המשפט העליון היו בעד החשכת המסך וזוהי ההלכה הנוהגת מאז ועד היום.

נושא זכויות היוצרים באירועי ספורט בערוצים הזרים הוא רק דוגמה אחת לשאלות החדשות הרבות המתעוררות בדיני זכויות יוצרים בעידן המידע³. עידן המידע וההתפתחויות הטכנולוגיות מציבים אתגרים חדשים⁴ בפני הדינים הוותיקים ומחייבים מחשבה חדשה על דיני הקניין הרוחני, בכלל⁵, ועל דיני זכויות יוצרים, בפרט⁶.

ב. הצגת הבעיה וסדר הדיון

זכויות שידור של אירועי ספורט, בכלל, ובראשם השידורים מהמשחקים האולימפיים, ושל משחקי כדורגל, הם בעלי ערך רב⁷. לזכויות השידור של אירועי ספורט חשיבות רבה, העולה אף על ערכם הכספי, בשל החשיבות המיוחדת שמייחסים רבים לנושא השידור של אירועי ספורט חשובים בטלוויזיה. בשידורים החיים של אירועי ספורט מרכזיים יש שיעורי צפייה (רייטינג) גבוהים במיוחד. הבלעדיות של השידור היא

- 2 דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' *Tele Event Ltd.*, פ"ד נח(6) 6 (להלן – פרשת *Tele Event*).
- 3 ראו גם נ' אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319.
- 4 כך למשל מפורסמת הקביעה של ברלו כי דיני זכויות יוצרים הגיעו לסוף הדרך; ראו J.P. Barlow "The Economy of Ideas: A framework for Patents and Copyrights in the Digital Age" (1994) http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html (18.1.07).
- 5 ראו י' קרניאל "חקיקת זכויות יוצרים בעידן המידע" משפט ועסקים ג (תשס"ה) 409.
- 6 סקירה רחבה על דיני זכויות היוצרים במשפט הישראלי במילניום החדש ראו אצל ע' טור סיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש" קרית המשפט ה (תשס"ה) 177.
- 7 ככל הידוע שילמה חברת צ'רלטון הישראלית 20 מיליון דולר תמורת זכויות השידור בישראל של משחקי אליפות העולם בכדורגל בשנים 2002 ו-2006.

שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים –
 האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך
 גורם מרכזי במשיכת הצופים לערוץ מסוים, ומכאן ערכה הכלכלי המיוחד של הבלעדיות
 בכל הנוגע לזכויות השידור של אירועי הספורט הללו.

כאשר מדובר באירועי ספורט בין-לאומיים המתרחשים בארצות זרות, כמו שידורי
 האולימפיאדה, המונדיאל או משחקי הטניס של וימבלדון, קיימת תופעה של שידור ישיר
 של האירוע במספר רב של ערוצים זרים. בדרך כלל בעל זכויות השידור מעניק את
 הרישיון לשידור האירועים לגורמים שונים בטריטוריות שונות. ערוץ צרפתי משדר את
 האירוע בצרפת, ערוץ אנגלי באנגליה, ערוץ אמריקני בארצות-הברית וכו'.

גם בישראל נמצא בדרך כלל ערוץ שידור ישראלי, אחד או יותר, הרוכש את זכויות
 השידור של אירוע הספורט החשוב לטריטוריה הישראלית, אולם במקרים רבים, במקביל
 לשידור הישראלי של בעל הזכויות לשידור אירוע הספורט בטריטוריה הישראלית,
 מתקיים גם שידור נוסף של ערוצים זרים, המועברים באמצעות חברות הכבלים או
 הלוויין אל הצופה הישראלי. כידוע, חברות הכבלים והלוויין בישראל נוהגות להעביר
 דרך קבע את השידורים של מספר רב של ערוצים זרים, המועברים כמו שהם, ללא כל
 שינוי, בזמן אמת, אל הצופה⁸. במקרים אחרים, אין בישראל גוף שידור המחזיק בזכויות
 או שבוחר לממש אותם בשידור ולכן השידור היחיד של אירוע הספורט הוא דווקא
 בערוץ הזר. במקרה הבעייתי ביותר, והוא זה שהתרחש במונדיאל האחרון בגרמניה, בעל
 זכויות השידור בישראל הפעיל שידור ישיר של המשחקים בערוצים סגורים למנויים
 בלבד המחייבים תשלום מיוחד והשידור המקביל והפתוח לכל בערוצים הזרים נאסר
 ונחסם.

השאלות העומדות במרכז מאמר זה הן אם העברה בדרך של שידור משנה⁹ של
 שידור ישיר של אירוע ספורט היא הפרה של זכויות יוצרים ואם מהבחינה המשפטית
 הכרחי לחסום את השידור של אירועי הספורט בערוצים הזרים ולהחשיך את המסך.

8 דוגמה מהתקופה האחרונה היא השידור של תחרות הטור דה פרנס, תחרות האופניים
 מצרפת, המשודרת גם בערוץ הראשון וגם בערוצי הספורט הבין-לאומיים ובערוצים זרים
 נוספים.

9 שידור משנה מוגדר בסעיף 1 לכללי התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ח-1987 כ"העברה
 או הפצה של שידורים שאינם שידורים עצמיים, באמצעות רשת הכבלים, לרבות: (1)
 שידורי חובה... (3) שידורים של בעל זכות שימוש... (5) שידורי ערוצים שבעל זיכיון רשאי
 להעבירם לפי סעיף 46". לשם שלמות התמונה נזכיר כי סעיף 6 כא לחוק התקשורת (בזק
 ושידורים), תשמ"ב-1982 קובע רישיון כפייה לשידורי החובה שהם "שידורי הטלוויזיה
 המשודרים לפי כל חוק לציבור בישראל והניתנים לקליטה מהאוויר... בשידור קרקעי או
 בידור לוויני, למעט בשידור מוצפן שקליטתו מותנית בתשלום". סעיף קטן (ב) קובע כי מי
 שמעביר את השידור הזה אינו חייב בתשלום כלשהו למי שמשדר את השידור המקורי
 "ולבעלי זכויות היוצרים וזכויות המבצעים בשידורים". יש הטוענים שהסדר זה עומד
 בניגוד להוראות אמנת ברן (אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, 1971, כ"א
 21); ראו ט' גרינמן זכויות יוצרים (תשס"ג), 214.

את הדיון המשפטי בנושא זה יש לחלק לשני דיונים נפרדים המחייבים שניהם פרשנות של חוק קיים, תוך מציאת האיזון החדש והראוי בין אינטרסים וערכים של חופש ביטוי ושל חופש מידע לבין דיני זכויות יוצרים.

האחד עוסק בהוראת סעיף 66 כה לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן – חוק התקשורת). סעיף זה קובע כי "בעל רשיון לשידורי כבלים [והוא חל גם על בעל רשיון לשידורי לוויין – י' ק'ן] לא ישדר שידורים שיש בהם הפרת זכות יוצרים או זכות מבצעים על פי כל דין". השני, עניינו דיני זכויות יוצרים עצמם לפי חוק זכות יוצרים, 1911.

בדיון הראשון אבחן כמה שאלות: הראשונה, אם סעיף 66 חל בכלל על שידור משנה של הערוצים הזרים; השנייה, אם הוראת הסעיף חלה ביחסים בין הרגולטור לבין בעל הרישיון בלבד או שהיא יוצרת איסור המקנה זכות (מקבילה לזכות בדיני זכות יוצרים) למי שחברות הכבלים או הלוויין פוגעות בזכות היוצרים שלו.

בדיון השני אבחן גם כן כמה שאלות: הראשונה, אם שידור משנה בישראל של הערוצים הזרים המשדרים אירועי ספורט, תוך חריגה מהטריטוריה שלהם, היא הפרה של זכות היוצרים על-ידי חברות הכבלים והלוויין; השנייה, עניינה התרופה או הסעד להפרה זו ואם רצוי, או ניתן, לאמץ מנגנון מיוחד לטיפול בתופעה המיוחדת הזו, למשל רישיון כפייה¹⁰.

אולם לפני שאגש לדיון הספציפי בדינים השונים, יש צורך לבחון את השאלה המקדמית שעומדת ביסודם של דברים והיא השאלה הנוגעת לפרשנותם וגם לעתידם של ההסדרים המשפטיים הקיימים הנוגעים לזכויות יוצרים. דינים אלה מבוססים על העידן התעשייתי האנלוגי, כאשר הנושאים השנויים במחלוקת נובעים מהתפתחויות טכנולוגיות של עידן המידע הדיגיטלי. כמו כן ולפני הדיון במסגרת דיני זכויות יוצרים, אסקור ואבחן את משמעותם של זכויות השידור של אירועי הספורט ואת התפקיד שיש לזכויות השידור בהסדרת הנושא כולו.

ג. פרשנות דיני זכויות יוצרים בעידן המידע

היום אין חולק על כך שכלי המשפט שבידינו מתקשים בהסדרת המציאות החדשה הנובעת מההתפתחויות המהירות והמדהימות בטכנולוגיה, בכלל, ובטכנולוגית המידע והתקשורת, בפרט. במקום אחר¹¹ עסקתי בהרחבה בטלטה שעוברים דיני זכויות

10 על מושג רישיון הכפייה בזכויות יוצרים ראו א' פישמן אפורי היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים (תשס"ה), 392-402.

11 י' קרניאל, א' נסימיאן "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" עלי משפט ג (תשס"ג) 191.

היוצרים בשל ההתפתחויות השונות בעידן המידע הדיגיטלי, בייחוד בתחום התקשורת והאינטרנט¹².

גם פסק-הדין בפרשת *Tele Event*, שזור כולו בדילמה של השופטים ובחוסר הנוחות שהם חשים נוכח הצורך להכריע בסכסוך שבסיסו טכנולוגיית שידור מודרנית על בסיס חוק זכות יוצרים משנת 1911. היטיב לתאר את הדילמה השופט מ' חשין, שכתב כך:

“נותנים בדינו כלי מלאכה שהיו בשימוש (מועיל) בעידן רחוק, לפני כמאה שנים – כלי חוק שנוצרו שנים רבות מאור לפני היות הטלוויזיה ושנים רבות לפני היות הלוויין והמחשב – ומבקשים מאתנו לפתור בהם בעיות שיוצרי הכלים אף לא חלמו עליהן”¹³.

השופט חשין, שנותר בדעת מיעוט, מקדיש לדילמה חלק ניכר מפסק-דינו¹⁴, מתלבט בה ארוכות וקובע כי על השופט והפרשן לעסוק כאן בפרשנות משפטית שהיא למעשה גם מדיניות משפטית, וכי החיפוש הוא לא אחר התשובה הטכנית העולה מלשון החוק (האנגלית) אלא אחר “הסדר שחוק הקופירייט יצר ונתכוון ליצור”¹⁵, כלומר הוא מציע לנו לתור אחר תכלית החקיקה.

גם השופטת ביניש, אף היא בדעת מיעוט, סבורה כי יש צורך בפרשנות חדשה לחוק הישן. השופטת ביניש ברורה יותר ומדברת באופן גלוי על “התאמה של הדינים הקיימים למציאות המתפתחת”. התאמה זו נדרשת, שכן “בחוק זכות יוצרים, המייסד עצמו על חוק אנגלי משנת 1911 אין כדי לתת מענה למגוון הקשיים הנלווים לשידורים משניים של יצירות מוגנות”.

אל שניים אלה הצטרף גם השופט אור, אולם מולם התייצבו ארבעה שופטים אחרים בהרכב המורחב, השופטים מצא, טירקל, ריבלין ונאור, שקבעו בדעת רוב כי נדרשת כאן פרשנות אחרת ללשון החוק הוותיק. כאמור לדעת הרוב העברת השידורים של הערוצים הזרים בשידור משנה היא הפרת זכויות יוצרים של בעלי הזכויות באירוע הספורט. את הדברים ניסחה בבחירות השופטת מרים נאור שקבעה כך:

12 דוגמה חשובה נוספת לשינוי דיני זכויות יוצרים ניתן לאתר בפסיקה אחרונה של בית-המשפט במדינת נבאדה בארצות-הברית שפסק שמנוע החיפוש של גוגל אינו מפר זכויות יוצרים כאשר הוא מעתיק ומעביר תכנים מוגנים, והטיל את הנטל על בעל זכויות היוצרים לנקוט בצעדים ברורים כדי להביע את התנגדותו לשימוש של מנוע החיפוש; ראו *Blake A. Field v. Google inc.* (U.S District Court of Nevada, 19.1.06) http://www.eff.org/IP/blake_v_google/google_nevada_order.pdf (1.3.07).

13 פרשת *Tele Event* (לעיל, הערה 2), עמ' 22.

14 שם, עמ' 22-29.

15 שם, עמ' 33.

"הצורך להגן על זכויות היוצרים מצדיק פרשנות שלא תאפשר לחברות המשדרות שידור משנה להתנער מכל אחריות להפרת זכויות אלה כפי שנעשה בענייננו".

אכן, המחלוקת בין השופטים והמפתח לפתרון המשפטי לסכסוכים הנוגעים לשידורי משנה, טמונים בשאלת הפרשנות המודרנית של חוק זכות יוצרים הישן. לכן השאלות המרכזיות של מאמר זה הן מהי הדרך הראויה, מה הם הערכים שצריכים להנחות אותנו, מה הם האינטרסים שאנו צריכים לשקול ומהו האיזון הראוי ביניהם כאשר אנו ניגשים לתת משמעות חדשה לדיני זכויות יוצרים¹⁶. השאלות מתחדדות בייחוד בנושאים הקשורים לטכנולוגיה מודרנית ולשימושים חדשים שעידן המידע מאפשר¹⁷.

הפרשנות הראויה שאני מציע כאן מתאימה לא רק לנושא העברת שידורי משנה של אירועי ספורט בכבלים או בלוויין, אלא למגוון הרחב של השימושים המודרניים ביצירות בעידן המידע והתקשורת של הלוויין והאינטרנט.

ד. פרשנות תכליתית לדיני זכויות יוצרים בעידן המידע

הדיון בפרק זה מבוסס על שתי הנחות יסוד המקובלות עליי. מפאת קוצר היריעה לא כאן המקום להרחיב בהן. האחת היא אימוץ תורת הפרשנות התכליתית¹⁸ המקובלת על בית-המשפט העליון, פרי הגותו של הנשיא אהרן ברק, והשנייה היא אימוץ התפיסה המקובלת בבית-המשפט העליון שלפיה תכליתם של דיני זכויות יוצרים היא עידוד היצירה, על מנת להבטיח יצירתן והפצתן של יצירות חיוניות לציבור¹⁹. על רקע זה ניתן לגשת ישירות לפרשנות התכליתית הראויה לדיני זכויות יוצרים בעידן המידע.

16 עוד על זכויות יוצרים במבט אל עבר עידן המידע ראו אצל ג' פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר עידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 297.

17 ראו גם אצל אלקין-קורן (לעיל, הערה 3) וכן N. Elkin Koren "A Democratic Approach to Copyright in Cyberspace" 14 *Card. Arts & Enter. L.J.* (1996) 215.

18 על תורת הפרשנות התכליתית ראו אצל א' ברק פרשנות במשפט, כך א, תורת הפרשנות הכללית (1992); א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג).

19 על הגישה התועלתנית כבסיס לדיני זכויות יוצרים ראו קרניאל ונסימיאן (לעיל, הערה 11), עמ' 203-207; ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359; 'ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג), 20-23; W.A. Copinger, E.P. Skone James *On Copyright* (15th ed., by K. Garnett and others, 2005), 14.

האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

דיני זכויות יוצרים אינם מתמצים בהתמקדות ביוצר בלבד ומעולם לא הקנו שליטה מוחלטת ליוצר או לבעל הזכות על כל שימוש ביצירה. תכליתם של הדינים ומהותם הם איזון עדין בין הזכויות המוקנות ליוצר ובעל הזכות, שמטרתן כאמור היא לאפשר להם להמשיך ליצור ולהפיץ לציבור את היצירות בעלות הערך, לבין הערכים של חופש הביטוי ושל חופש המידע, והאינטרס הציבורי המובהק להביא לשימוש אופטימלי ביצירה ולאפשר לציבור רחב כל האפשר להיחשף אליה וליהנות ממנה. זכותו של הפרט לשימוש הוגן ביצירות היא אחד הכלים, אך לא הכלי היחיד, שנועד להגשים את האיזון האמור ולאפשר חשיפה ושימוש מוגבלים ביצירות, גם למי שלא יכול או לא מעוניין לשלם. הבסיס לגישה זו הוא כי גם לציבור הרחב יש זכויות לגישה ולשימוש ביצירות.

במקום אחר הרחבתי את הדיון על כך שעידן המידע שיבש במידה ידועה ומשמעותית את האיזון שעמד בבסיס דיני זכויות יוצרים²⁰. מצד אחד, קלות בלתי נסבלת של העתקה, שידור והפצה של תכנים מוגנים, וקושי עצום הולך וגובר למנוע מטרמפיסטים ("נוסעים חופשיים") לעשות שימוש ולצרוך את היצירות בלי להשתתף במימונם. מצד אחר, ניתן להצביע לפחות על שלושה מאפיינים אחרים שמגבירים עד מאוד את כוחם של בעלי הזכויות. מאפיין אחד של עידן המידע הוא הירידה בעלות, במאמץ ובזמן הנדרש ליצירה של חלק ניכר מהיצירות המוגנות על-פי דין. מאפיין שני הוא הקלות והעלות הזולה של הפצת היצירה לציבור רחב מאוד הנחשף אליה. המאפיין השלישי הוא התפתחות טכנולוגיות המאפשרות למנוע לחלוטין מהציבור את הגישה ליצירות אם לא שילם מראש כסף רב תמורתן²¹.

התוצאה המצטברת של השינויים האלה היא מבלבלת ורבת משמעויות. מצד אחד, יש יוצרים שמתקשים להגן על זכויותיהם, מתקשים להגן על היצירה הדיגיטלית שלהם מפני העתקה והפצה ולכן מתקשים להתפרנס. תופעה זו חותרת מתחת למטרה המרכזית של דיני זכויות יוצרים: לעודד את היצירה ולאפשר להתפרנס ממנה. מצד אחר, התופעה של יצירות ותכנים שעלות הפקתם ויצירתם אינה גבוהה גדלה, אך בשל הביקוש הרב ברחבי העולם כולו ובשל הקלות של ההפצה, השידור והנגישות ליצירה באיכות מעולה על-ידי מאות מיליונים של צרכנים בכל העולם, עולה ערכן של הזכויות והמחיר שלהן לסכומים גבוהים ביותר, מעל ומעבר לנדרש כדי לעודד את היצירה או את התוכן שבו מדובר²². במקרים רבים מדובר בתכנים שאין מאחוריהם אינטרס ציבורי, תרבותי,

20 קרניאל ונסימאן (לעיל, הערה 11), עמ' 203-220.

21 לדוגמה מנעולים טכנולוגיים הנקראים DRM (Digital Rights Management). להרחבה ראו 52 "Digital Rights Management in the United States and Europe" S. Bechtold, *Am. J. Comp. L.* (2003) 323.

22 אין ספק שמשחקי אליפות העולם בכדורגל יימשכו ויתועדו, כפי שהיה מקובל בעבר, גם בלי שמחירי זכויות היוצרים וזכויות השידור יהיו מיליארדים של דולרים. דוגמה לכך היא הטור דה פרנס, תחרות האופניים החשובה, המשודרת בישראל ובמקומות רבים בעולם

חברתי מיוחד והתרומה שלהם לציבור היא בעיקר בתחום הבידור הקל והספורט²³. לכן השליטה של מעטים בתוכן בעזרת דיני זכויות יוצרים היא במקרים רבים מנופול דורסני, שיכול לשלול מציבור רחב את הנגישות לתכנים פופולריים ומאפשרת למארגנים ולמפיקים של אירועי הספורט לדרוש ולקבל מציבור מבוסס כלכלית סכומים הולכים וגדלים תמורת הגישה ליצירות. התוצאה היא שלילה של הנגישות הציבורית הרחבה למידע ולתוכן חדשים²⁴, ועלייה דרמטית ברווחים שניתן להפיק משליטה בתוכן פופולרי, מעל ומעבר לעידוד הנדרש על מנת שתימשך היצירה.

על רקע זה נדרש איזון חדש בדיני זכויות יוצרים בין זכות היוצר והבעלים בתוכן המקורי לבין זכותו של הציבור וזכותם של המשתמשים. האיזון החדש ראוי שישרת את התכלית המקורית של החקיקה, כלומר לא יפגע בעידוד הנדרש של היוצר ושל מפיק התוכן, אולם ישרת באותה עת את האינטרס הציבורי בחופש ביטוי, חופש מידע וגישה חופשית ככל שניתן ליצירות. גישה זו היא שתבטיח את המשך היצירה גם בעתיד. ברור לכל כי טוב שהאיזון החדש ייעשה בחקיקה חדשה²⁵, אולם עד שיוסדר הנושא בחקיקה יש מקום לבית-המשפט להתחשב במציאות החדשה, להימנע מפרשנות תלוית-טכנולוגיה ולהעניק פרשנות תכליתית להוראות הישנות של החוק.

ה. זכויות שידור, זכויות יוצרים וזכויות משדרים של אירועי ספורט, ומשמעותם המשפטית

שידור של אירועי ספורט בטלוויזיה מעלה שורה של נושאים משפטיים הקשורים לזכויות קניין רוחני בשידור. מטרתו של פרק קצר זה היא לעשות סדר במונחים ולהבהיר את ההתמקדות במאמר זה בנושא זכויות היוצרים.

- כולו, בערוצים פתוחים בעלות נמוכה. דווקא בשל הפופולריות הגבוהה של אירועי הספורט יש אפשרות לממן את האירוע, את הפקתו ואת שידורו, על בסיס של חסויות ופרסומות ולא דווקא על בסיס זכויות יוצרים וזכויות שידור בלעדיות.
- 23 כמובן שיכולה להיות מחלוקת תרבותית חברתית בשאלה מהו תוכן תרבותי המצדיק תמריץ, שהרי רוב תושבי העולם מעדיפים כדורגל על פני אופרה ובכל זאת יש מקום להבחנה בין יצירות, מדע ואומנות שיש חשיבות לעודדן, לבין משחקי ספורט, שאינם מהווים יצירה ויש להם זכות קיום חברתית וכלכלית גם ללא ההגנה של דיני זכויות יוצרים. עוד על הגישה התועלתנית לזכות יוצרים ראו P. Goldstein *Copyright – Principles, Law and Practice* (1989), sec. 1.14.
- 24 על הנזק החברתי הגלום במונופול על יצירות ומכאן ביקורת על דיני זכויות היוצרים וקריאה להגברת הנגישות ליצירות ראו G.S. Lunney "Reexamining Copyrights Incentives – Access Paradigm" 49 *Vand. L. Rev.* (1996) 483.
- 25 ראו קרניאל (לעיל, הערה 5), עמ' 423.

האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

“זכות שידור” היא הזכות הבלעדית לשליטה על התיעוד והדיווח החי בזמן אמת של אירוע ספורט או של מופעי בידור המוניים אחרים²⁶, לפיכך עניינן של זכויות השידור הוא במתן הרשאה (בדרך כלל בלעדית) לבצע שידורי טלוויזיה ושידורים אחרים ממגרש המשחקים עצמו. זכות זו אינה מעוגנת במפורש בחוק²⁷. היא נשענת בישראל, בדומה לדין במקומות אחרים בעולם, על דיני עשיית עושר ולא במשפט²⁸, מושתתת מבחינה משפטית על זכות הקניין המבססת את השליטה של המחזיק במגרש שבו מתנהל אירוע הספורט ועל דיני חוזים, המבססים את זכותו של המתעד להיכנס לאתר ולבצע את ההפקה והשידור. היקפן של זכויות השידור הוא שנוי במחלוקת והן מתנגשות באופן ישיר עם חופש הביטוי ובאופן עקיף עם דיני ההגבלים העסקיים²⁹. “זכות שידור” זו היא נפרדת ושונה מזכות היוצרים התקפה רק לגבי יצירות מקוריות³⁰, וכן היא נבדלת ושונה מ“זכות המשדרים” ומ“זכות המבצעים” הקבועות בחוק זכויות מבצעים ומשדרים תשמ“ד-1984. זכות היוצרים חלה רק על האופן המסוים שבו האירוע תועד וצולם בהפקה הטלוויזיונית³¹, ואז היא חלה למשל על תוכן קלטת הווידאו המנציחה את האירוע. כקבוע בחוק, זכות המשדרים היא זכותו של הגורם המשדר בשידור שאותו הוא מעביר לציבור. זכות המשדרים שייכת לפיכך למשדר עצמו, כלומר למי שמקיים את

- 26 על זכות השידור ראו ג' פסח “זכויות שידור – גלגוליה של סבוגיית א.ש.י.ר וחלקה כגורם מעצב בתחום התקשורת המשפט י (תשס"ה) 131.
- 27 על זכויות קניין רוחני שמעבר ללשון החוק ראו רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצוא והפצה נ. פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 495.
- 28 ראו בש"א (ת"א) 18118/01 רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור, נבו – המאגר המשפטי הישראלי וכן ה"פ (ת"א) 1101/01 רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור, נבו – המאגר המשפטי הישראלי. השוו, *NBA v. Motorola Inc.*, 105 F. 3d 841 (2nd Cir., 1997) (להלן – עניין NBA).
- 29 על ההתנגשויות עם חופש הביטוי ועם דיני ההגבלים העסקיים, ועל הצורך לצמצם את היקפן של זכויות השידור ולעגן אותן בחוק ראו פסח (לעיל, הערה 26), עמ' 145-155.
- 30 מ' בירנהאק “דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית” עלי משפט ב (תשס"ב) 347. משחק הכדורגל עצמו אינו יצירה ולכן אינו מוגן בזכויות יוצרים. השאלה היא אם התיעוד, הצילום וההפקה של אירוע הספורט הוא יצירה מקורית הראויה להגנה.
- 31 בדומה להפקה של סרט קולנוע; השוו ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' *The Roy Export Establishment Company*, פ"ד נד(1) 577. על-פי גישה זו וגם לפי גישת בית-המשפט בפרשת *Tele Event* (לעיל, הערה 2), יש למפיק זכות יוצרים ולא דווקא לגישה התועלתנית המקובלת בישראל ובעולם. בכל מקרה, המשך הדיון במאמר נסמך על ההנחה שבהפקה הטלוויזיונית של השידור יש זכויות יוצרים והן שייכות למפיק. על גישת העמל, המוכנה להעניק זכויות יוצרים גם על מאמץ ולא דווקא למטרת עידוד יצירות ראויות ראו J. Hughes “The Philosophy of Intellectual Property” 77 *Geo. L.J.* (1988) 287, 311-312.

שידורי הטלוויזיה³². ברוב המקרים שבהם עוסק מאמר זה, הגורם המשרד נתן את הסכמתו לשידור משנה של שידוריו בדרך כלל, ולכן הסוגיה המרכזית אינה בתחום זכות המשרדים אלא בתחום זכויות היוצרים או זכויות השידור של אירועי הספורט עצמם. מאמר זה אינו עוסק בביקורת על "זכויות השידור" של אירועי ספורט ועל היקפן הרחב בפסיקה הישראלית³³, אלא בניתוח היקפן ומשמעותן של זכויות היוצרים בשידור אירועי הספורט. אני מתמקד בניתוח של שאלת זכויות היוצרים³⁴ נוכח פסיקת בית-המשפט העליון בנושא, המתמקדת בזכויות היוצרים וקובעת כאמור כי הם אלה המגינים על שידור אירועי הספורט בשידור חי.

כרקע לדיון המשפטי, חשוב להזכיר ולהבהיר כי השידור הישיר של אירועי ספורט מרכזיים, כמו שידורי המונדיאל, הם מוצרי תקשורת ייחודיים שיש בהם התענינות ציבורית רחבה. לאירועים אלה, שהם בעיקרם אירועי תקשורת, יש מאפיינים של מוצר ציבורי או מוצר סולידרי, במובן זה שמידת ההנאה והעניין של הפרט נובעים, בין היתר, מהחוויה המשותפת וההנאה המשותפת של צריכת מוצר תרבות או של מידע על-ידי אנשים רבים נוספים³⁵. לחלק מהאירועים יש גם חשיבות ומשקל ציבורי לאומי, והם נתפסים כשידורים בעלי חשיבות ציבורית רבה ומיוחדת³⁶, ולפיכך ראוי שיהיו נגישים לכל אזרח, לרבות מי שאינו יכול לשאת בתשלום מיוחד. על רקע זה נשמעת לא אחת דרישה להתערבות חקיקתית, רגולטיבית או כספית של המדינה ורשויותיה, כדי להבטיח את זכותו של האזרח לנגישות מלאה לאירועי הספורט³⁷. הסדרי בלעדיות קפדניים, המלווים בהחלה מלאה של דיני זכויות יוצרים על אירועי הספורט³⁸, גורמים לכן לביקורת ציבורית רחבה.

- 32 חוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984 וכן גרינמן (לעיל, הערה 9), עמ' 567-571.
 33 על כך ראו בהרחבה במאמרו של פסח (לעיל, הערה 26), עמ' 139-144.
 34 לניתוח דומה הרואה את זכות השידור כחלק מזכות הביצוע הפומבי של יצירה המוגנת בזכויות יוצרים ראו גם ד' אורן ואח' חקיקת זכויות יוצרים חדשה לישראל (ג' אלקין-קורן, מ' בירנהק עורכים, תשס"ד), 79-84.
 35 ראו R.E. Caves *Creative Industries: Contracts Between Art and Commerce* (2000), 82-178.
 36 ראו למשל את הדירקטיבה האירופית בנושא זה: European Convention on Transfrontier Television (1989), Article 9bis.
 37 כך למשל עלתה הדרישה ערב משחקי המונדיאל של שנת 2006 בגרמניה לרכישת זכויות השידור על-ידי רשות השידור, על מנת לשדר את המשחקים בערוץ הראשון הנגיש לכל הציבור. הדרישה של בעלי זכויות השידור (חברת צ'רלטון) לתשלום של כ-500 ש"ח עבור הצפייה במשחקים בערוץ מיוחד בכבלים ובלוויין נתקלה בהתנגדות ציבורית רחבה. רק לאחר הורדת המחיר לכ-300 ש"ח או לכ-100 ש"ח במסגרת מבצע פרסום של כרטיס האשראי "לאומי קארד" חלה ירידה בעוצמת הביקורת הציבורית.
 38 כך למשל החלה לאחרונה חברת צ'רלטון להגיש תביעות לבתי-משפט כנגד בתי קפה, מסעדות ופאבים, שבהם צפו הלקוחות המזדמנים למקום במשחקי הכדורגל של אליפות

1. שידורים אסורים

סעיף 6 כה לחוק התקשורת קובע כדלקמן:

“6כה בעל רשיון לשידורי כבלים לא ישרד שידורים –

...

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

בראשית הדברים חשוב לומר כי התשובה למחלוקת בנושא זכויות השידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים אינה תלויה בעיקר בפרשנות סעיף זה. הדיון העיקרי והחשוב יותר הוא במסגרת דיני זכויות יוצרים עצמם, החלים ממילא על כל אדם גם בלי הוראת סעיף 6 כה.

לסעיף 6 כה חשיבות מוגבלת שעיקרה ביחסים בין בעל רשיון לבין הרגולטור, כלומר שר התקשורת, משרד התקשורת והמועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין. נראה שיש בכוחה של הוראה זו להפוך את הדין הפרטי של זכויות יוצרים לדין ציבורי, המקנה זכות ומעמד לציבור הרחב, אם באופן ישיר ואם באמצעות נציגיו, עובדי הציבור. כך למשל אפשר לראות איך הוראת הסעיף מקנה לציבור הרחב עילה לעתור לבג"ץ נגד בעלי הרשיון ונגד המפקחים עליהם, המועצה לשידורי כבלים ולוויין ושר התקשורת, כאשר בעל הרשיון אינו מצייט, לפי הטענה, להוראת הסעיף בנושא של שידור חומר תועבה³⁹.

הוראת סעיף 6 כה (5) ככל שהיא נוגעת לדיני זכויות יוצרים, אינה יוצרת דינים חדשים אלא מחילה את הדין הקיים על בעל הרשיון לשידורי כבלים, דין שממילא חל עליו כפי שחל על כל אדם בישראל.

חשיבות הסעיף היא ביכולת לרתום ולגייס את הרגולטור, כלומר את המועצה לשידורי כבלים ולוויין (להלן – המועצה), על מנת לאכוף את הדינים הפרטיים מתחום דיני זכויות יוצרים ולהפוך את הסכסוך הפרטי לציבורי.

אם הוראת הסעיף חלה גם על שידורי המשנה של הערוצים הזרים ואם נקבע כי שידור אירועי הספורט בערוצים הזרים היא הפרה של דיני זכויות יוצרים, כי אז רשאית המועצה, ואולי אף חייבת, לנקוט צעדים על מנת למנוע הפרת האיסור הקבוע בסעיף

העולם בערוץ המיוחד בלי שבעלי המקום שילמו תמלוגים לבעלי זכויות השידור. תביעות אלה תלויות עדיין בבתי-המשפט וטרם ניתן בהם פסק-דין משמעותי.

39 ראו בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (להלן – פרשת פלייבוי).

6כה(5) על-ידי בעל הרישיון. כמו כן, הפרה של האיסור יכולה להביא לתוצאות שליליות אחרות ביחסים בין בעל הרישיון למועצה. לעומת זאת אם סעיף 6כה(5) אינו חל על שידורי המשנה לפי פרשנותו התכליתית, כי אז הנושא כולו עובר לתחום הדין הפרטי ואין למועצה חובה, או אפילו רשות, להתערב או להורות לחברות הכבלים והלוויין להחשיך את המסכים. להוראת סעיף 6כה(5) יכולה להיות חשיבות נוספת. חשיבות זו תלויה בפרשנות הסעיף ובשאלה אם הסעיף מבחין בין שידוריו הישירים של בעל הרישיון לבין שידורים אחרים שהוא מעביר באמצעות התשתית שלו, אך אין לו אחריות מערכתית כלשהי על תכניהם⁴⁰. הבחנה זו יכולה להשפיע השפעה מרחיקת לכת על האחריות של בעלי הרישיון לשידורים שהוא לא משדר באופן ישיר. פרשנות כזו יכולה להשפיע גם על אחריותו של בעל הרישיון לשידור המפר זכויות יוצרים שאינו משודר על-ידי. הנה כי כן, גם כאן עולה שוב שאלת הפרשנות התכליתית של דיני תקשורת בעידן המידע, או במילים אחרות מהי הדרך הראויה לפרש את הסעיף נוכח תכליתו ונוכח עקרונות וערכי היסוד של שיטתנו המשפטית. אין חולק על כך כי הוראת הסעיף הקובעת את השידורים האסורים היא פגיעה, לעתים פגיעה של ממש, בעקרון חופש הביטוי⁴¹. גם כאשר הוראת הסעיף מגלמת תכלית ראויה אחרת, במקרה שלנו הגנה על זכויות היוצרים והמבצעים ועידוד היצירה, חובה על הפרשן לתת משקל של ממש לערך של חופש הביטוי שהוכר באופן ברור, גם בפסיקת בית-המשפט העליון, כזכות חוקתית המשתרעת על כל ביטוי, היא תוכנו אשר יהא⁴².

- 40 סוגיה זו דומה כמובן לשאלת אחריותם של ספקי שירותים באינטרנט על הפרת זכויות יוצרים של משתמשים במערכת שבשליטתם, אך לא זהה לה. השוו *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) 17 U.S.C. 512; *Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Inc.*, 907 F. Supp 1361 (N.D. Cal 1995); *Sega Enterprises v. Maphia*, 948 F. Supp. 923 (N.D. Cal 1996).
- 41 ראו מ' בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית" עיוני משפט כז (תשס"ד) 885, 890-895. ברשימה זו בירנהק מבקר את הערת הפסיקה של א' יעקב "משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית" עיוני משפט כז (תשס"ד) 367 – שתי הגישות של זכויות היוצרים המתנגשות זו בזו הן הגישה הקניינית-רכושית ומולה הגישה המכשירנית. לפי הגישה הקניינית-רכושית תכלית זכויות היוצרים היא להעניק קודם כל הגנה על זכות היוצר ביצירתו. לעומת זאת הגישה המכשירנית תומכת במתן זכויות יוצרים ליוצר כאמצעי למטרה הציבורית והיא העשרת עולם הביטויים של בני האנוש. למעשה, הענקת זכויות יוצרים פוגעת בחופש הביטוי "במעגל החיצוני" וזו הדרך לתמרץ את היוצרים "לחשוף" את יצירותיהם לכמה שיותר קהל.
- 42 פרשת פלייבוי (לעיל, הערה 39), פסק-דינו של השופט ריבלין, שאליו הצטרף בין היתר גם הנשיא ברק.

שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים –
האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

שאלה פרשנית לא פשוטה היא אם האיזון הנדרש כאן בין הזכות החוקתית לחופש ביטוי לבין זכויות היוצרים הוא איזון אנכי (המחייב מידתיות בפגיעה בזכות החוקתית), או שמא נדרש כאן איזון אופקי בין הזכות החוקתית לחופש ביטוי לבין הזכות החוקתית לקניין. שאלה זו חורגת מהיקפו של מאמר זה ונוגעת לשאלה חשובה אחרת בדיני זכויות יוצרים, והיא האם דיני זכויות היוצרים נהנים מההגנה החוקתית של הזכות לקניין הקבועה בחוקי היסוד⁴³.

אולם לצורך הדיון שלנו אין צורך להכריע בשאלה זו, שכן הפרשנות התכליתית והחוקתית צריכה בכל מקרה לתת משקל רב לזכות החוקתית לחופש ביטוי ולאפשר לה לדור בכפיפה אחת עם כיבודן של זכויות היוצרים, ככל שהדבר ניתן. לא ראוי להסיג את הזכות החוקתית לחופש ביטוי באופן מלא ומוחלט מפניה של הזכות (חוקתית או לא) להגנה על זכויות היוצרים. ודאי כך הדבר כאשר מדובר בסעיף בעל חשיבות והשפעה של ממש בכל הנוגע להיקפו של חופש הביטוי בתחום הציבורי הנוגע לתוכן השידורים בשידור הרב ערוצי בישראל. פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת פלייבוי נתן ביטוי מפורש לצורך לתת משקל רב, כמעט מכריע, לערך של חופש הביטוי, גם מול אינטרסים חשובים אחרים שסעיף 6 כה מגן עליהם.

במקרה זה התשובה היא כמעט מובנת מאליה, הואיל וניתן להעניק לסעיף פרשנות שתכבד הן את הזכות החוקתית לחופש ביטוי הן את זכות היוצרים. פרשנות זו אומצה גם על-ידי השופט ריבלין בפרשת *Tele Event*. החובה לכבד את זכויות היוצרים גוברת כאשר מדובר בשידוריו הישירים של בעל הרישיון, שעליהם הוא אחראי באופן ישיר, אם כעורך ראשי של התוכן ואם כגורם הרוכש ומזמין את השידור (או את ערוץ השידור) על מנת לשדר אותו בעצמו, כגורם משדר יחיד או מרכזי, לציבור בישראל. חופש הביטוי גובר כאשר מדובר בשידורי משנה. ובלשונו של השופט ריבלין:

”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”⁴⁴.

ובהמשך:

43 ראו בירנהרק (לעיל, הערה 41). בירנהק טוען כי קישור חוקתי מהיר מדי של זכויות יוצרים מרחיק אותנו מהשאלה אם יש כלל זכות קניינית ביצירה. לטענתו אסור לקבוע כי “ברור” שזכות היוצרים חוקתית, כי אז מטשטש ההבדל בין קניין מוחשי לבין קניין רוחני וכך לא מתעכבים מספיק על המושג של זכות יוצרים כקניין ותיחומו, ומיד ממהרים לברוק על-פי פסקת ההגבלה. העובדה כי חופש הביטוי אינו מופיע במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא מונעת את ההגנה החוקתית ולכן כנראה שמדובר באיזון אופקי בין חופש הביטוי לבין זכות היוצרים כזכות קניינית.

44 פרשת *Tele Event* (לעיל, הערה 2), עמ' 53.

"לאור החובה לפרש את דבר החקיקה באופן שפגיעתו בזכויות יסוד תצומצם ככל שאפשר, אין לדעתי לקבוע כי אף שידורי המשנה כפופים להוראת סעיף 6 כה"⁴⁵.

המעניין הוא שהשופט ריבלין הצטרף בסופו של יום דווקא לדעת הרוב בשל פרשנותו לדיני זכויות יוצרים, אולם אין בכך כדי להפחית את חשיבותם ואת עוצמתם של הדברים המצוטטים לעיל, שלהם אני מסכים.

פרשנות תכליתית זו לסעיף 6 כה מחייבת גם מסקנה ברורה באשר למשמעותו של הסעיף ביחסים בין בעל הרישיון לצד ג. פרשנות המעניקה משקל של ממש לעקרון חופש הביטוי רואה בסעיף זה בראש ובראשונה כלי לבקרה של משרד התקשורת והמועצה לשידורי כבלים ולוויין על בעל הרישיון. אין בכך כדי להקנות לצד ג כלשהו, כמו בעל זכויות שידור או בעל זכויות יוצרים, עילת תביעה נוספת נגד בעל הרישיון, מעבר לזכויות או לעילות התביעה הקיימות לו בדין הכללי. המסקנה היא אפוא שאין בסעיף זה כדי להוסיף במאום על דיני זכויות היוצרים ואנו נדרשים לפנות אליהם כדי לבחון את זכויותיהם ואת חובותיהם של הצדדים⁴⁶.

ז. זכות יוצרים

השאלה המרכזית שעמדה גם במוקד הדיון בפרשת *Tele Event* היא אם העברת שידורים של ערוצים זרים למנויים בישראל, שידורים שבהם כלולים אירועי ספורט בין-לאומיים, היא הפרה של זכויות יוצרים מצד חברות הכבלים, כמובן בהנחה שזכויות השידור לשדר בישראל את אותם אירועי ספורט שייכות לגורם אחר. כידוע, חוק זכות יוצרים בישראל אינו כולל התייחסות מפורשת כלשהי לשידורים, ודאי לא להעברה באמצעות כבלים של שידור ישיר מערוצים זרים לציבור ישראלי. התשובה שניתן לשאלה המעסיקה אותנו תלויה כל כולה בפרשנות של החוק ולא בלשונו.

45 שם, עמ' 54.

46 בשולי הדברים כדאי להוסיף כי הפרשנות שאנו מציעים לסעיף קטן (5) אין בה בהכרח כדי לקבוע את הפרשנות התכליתית הראויה לסעיפים הקטנים האחרים של סעיף 6 כה. בכל אחד מהנושאים שבהם דן הסעיף (ובהם צנזורה על סרטים, שידורי תועבה, תעמולה מפלגתית, הסתה גזענית) חובה על הפרשן לתת משקל של ממש לעקרון חופש הביטוי, אולם אין בכך כדי לקבוע מראש כי כל הוראותיו של סעיף 6 כה אינן חלות על השידור המשני של הערוצים הזרים המועברים על-ידי בעלי הרישיון. פרשנות זו מתאימה וראויה בעניינו בכל הנוגע לאיזון בין חופש הביטוי להגנה על זכויות היוצרים בערוצים הזרים ותו לא.

האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

שאלה מקדמית שלא ארחיב בה במאמר זה, אך היא ראויה לדיון נכבד, היא אם יש בכלל זכויות יוצרים באירועי ספורט. כידוע, אירועי הספורט בעצמם אינם יצירה ספרותית או דרמטית ואין להם יוצר או מחבר. יתרה מזאת, אירוע הספורט הוא בעצם התרחשות של עובדות במציאות. כלל יסוד בדיני זכויות יוצרים הוא כי עובדות ומידע כשלעצמם אינם מוגנים⁴⁷. זכות היוצרים, אם היא קיימת, נולדת בשלב ההפקה, הבימוי והצילום של האירוע. היצירה נוצרת על-ידי יוצרים אחרים, שהם אנשי ההפקה והטלוויזיה. לגמרי לא פשוט לטעון שזכויות היוצרים ביצירה הזו שייכות דווקא לגורם המארגן את האירוע המעניק לרשתות השידור את הזכות הבלעדית להפיק את השידור. זוהי למעשה "קפיצת דרך" שהופכת את "זכויות השידור", השנויות כל כך במחלוקת ושאינן מעוגנות במפורש בדיני זכויות יוצרים, לזכויות יוצרים ביצירה הטלוויזיונית שהופקה מכוח ההרשאה הגלומה בזכות השידור.

לדעתי לא ניתן ולא ראוי לבצע את קפיצת הדרך הזו. זכויות השידור הן אמנם של הגורם האחראי והמארגן את אירוע הספורט והשולט במגרש, אך זכויות היוצרים בהפקה הטלוויזיונית אינן בהכרח שייכות לו. זכות היוצרים בהפקה הטלוויזיונית תהיה שייכת בדרך כלל למפיק הטלוויזיוני ולרשת השידור שבה הוא עובד, לכן לא ניתן מכוחם של זכויות השידור בלבד, מעבר להסדרים החוזיים, למנוע את שידורי המשנה וההפצה של השידורים בעזרת השימוש בדיני זכויות יוצרים. בהקשר זה יש לבחון את המקרה לגופו ולהפריד בין שתי הזכויות. בעלי זכויות השידור (מארגני האירוע) אינם בהכרח בעלי זכויות היוצרים בהפקה הטלוויזיונית.

עם זאת המשך הדיון להלן נסמך על ההנחה המקובלת גם על בית-המשפט העליון שזכות היוצרים של השידור החי של אירוע הספורט, כלומר הזכות לביצוע פומבי של היצירה בדרך של שידור, נובעת ונסמכת על "זכויות השידור של אירוע הספורט" והיא שייכת ומוקנית על-ידי הגורם המארגן והמפיק את האירועים. זוהי גם הפרקטיקה הכלכלית, שלפיה מארגן האירוע הוא גם המפיק הטלוויזיוני המעניק רשיונות וזכויות שידור לגורמים שונים בעולם על-פי טריטוריות שונות, ונהנה לכאורה מהגנת דיני זכויות יוצרים על השידור שהוא מפיק⁴⁸.

אני גם מקבל את העמדה המקובלת היום בכל העולם וגם בישראל כי זכות השידור של יצירה מוגנת (בהנחה כי ההפקה של אירוע ספורט היא יצירה מוגנת) היא חלק מזכות הביצוע הפומבי, שהיא חלק חשוב בזכויותיו של בעל זכות היוצרים. זכות הביצוע הפומבי הקיימת גם בחוק האנגלי ומוכרת במשפט הבין-לאומי⁴⁹, נמצאת גם בחוק

47 ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817.

48 זוהי גם גישתו של בית-המשפט האנגלי; *BBC v. British Satellite Broadcasting Ltd.*, 174 W.L.R. 3 (1991).

49 ראו אמנת ברן (לעיל, הערה 9), סעיף 11 וכן *The WIPO Copyright Treaty* (1996).

הישראל⁵⁰ ועניינה הזכות הבלעדית לבצע את היצירה בציבור, לרבות בדרך של שידור בטלוויזיה.

ח. האם שידור משנה הוא "הפצה למטרות מסחר"

בפתח הדיון בזכויות יוצרים יש להסיר מהשולחן את הטענה שחלק משופטי בית המשפט העליון נתפסו בה⁵¹, והיא ששידור משנה יכול להיחשב "הפצה לצרכי מסחר" הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק זכות יוצרים, 1911. כידוע, סעיף 1 לחוק שלנו אינו מתייחס במפורש לזכות ההפצה כזכות נפרדת השייכת לבעל זכויות היוצרים. ההפצה שבה עוסק סעיף 2(2) היא הפצה של "עותק" של היצירה, כלומר "עותק מפר" שלה. שידור אינו בגדר הפצה של עותק, ודאי לא של עותק מפר, בייחוד בנסיבות שבהם לא הוכח אם משדר המשנה ידע כי מדובר ביצירה מפרה⁵². בענייננו אין מדובר ביצירה שמפרה זכויות יוצרים. השידור המקורי בארץ הזרה, תהיה זו טורקיה, ירדן, גרמניה או איטליה, כשר למהדרין ורק שידור המשנה בישראל מעורר ספקות. לסיכום, שידור משנה אינו בגדר הפצה של עותק מפר לצורכי מסחר. השאלה המשפטית המרכזית במסגרת דיני זכויות יוצרים היא אם שידור המשנה הוא ביצוע פומבי אסור של היצירה.

ט. האם שידור משנה הוא "ביצוע פומבי"

לצורך הדיון הנוכחי ניתן להניח כי שידור אירועי הספורט בערוצים הזרים נעשה במסגרת רישיון זכויות השידור שקיבלו הערוצים הזרים, ובמסגרתו מותר להם לשדר את האירועים בטריטוריה מסוימת. ההנחה שלי היא כי השידור בישראל הוא חריגה מאותו רישיון ולכן הוא לכאורה הפרה של זכויות הבעלים המחזיקים בזכויות השידור בישראל ואולי גם של בעל הרישיון או של ההיתר לשדר את אירוע הספורט בישראל. זוהי לכאורה הפרה מצד הערוץ המשדר, כלומר הערוץ הזר. יש להבהיר ולהדגיש כי ברור שאם הערוץ הזר המשדר מתנגד להעברת השידורים, אזי לא יכול להיות ספק כי

50 סעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911 שבו נקבעה זכותו של היחיד "להעלות על הבמה את היצירה או כל חלק הימנה".

51 כך בעיקר בערעור האזרחי, לפני הדיון הנוסף; ע"א 2173/94 *Tele Event Ltd.* נ' ערוצי זהב, פ"ד נה(5) 529.

52 גרינמן (לעיל, הערה 9), עמ' 176.

האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

העברתם בישראל בשידור משנה היא אסורה, ולו מכוחם של זכויות המשדרים המוקנות על-פי חוק למי שמשדר. הקושי מתעורר כאשר הערוץ הזר אינו מתנגד במפורש לשידור ואינו מקפיד להסיר משידוריו המועברים בישראל, את השידור של אירוע הספורט שבו מדובר.

שאלת אחריותם של חברות הכבלים והלוויין להפרות אלה, המתבצעות על-ידי אחרים⁵³, היא שאלה נפרדת וקשה הרבה יותר. למעשה זוהי שאלה הדומה במידה רבה דווקא לשאלת אחריותם של אתרים ושל חברות תוכנה למעשים של שיתוף בקבצים והחלפת קבצים המוגנים בזכויות יוצרים על-ידי משתמשים וגולשים באינטרנט. בשני המקרים עולה שאלת אחריותו של בעל התשתית המאפשר את ההפרה, ואולי גם תורם לה, אך ספק אם הוא מפר ישיר של זכויות היוצרים⁵⁴.

הדימיון בין העניינים (השונים במידה ידועה זה מזה) אינו מקרי. שניהם תוצאה של עידן המידע והתקשורת הדיגיטלי, המאפשר העברה של מידע במהירות מקצה העולם לקצה ומשנה לחלוטין גם את המודל העסקי של העתקה, הוצאה לאור, הפצה או ביצוע פומבי של יצירות מוגנות⁵⁵.

לצורך הדיון במאמר זה אני מקבל את המסגרת הפרשנית הרחבה, שלפיה שידור טלוויזיוני הוא במקרים רבים "ביצוע פומבי" של יצירה⁵⁶ לפי המבחנים המוכרים בפסיקה⁵⁷.

53 ייתכן שניתן להעלות כאן גם את האפשרות של עוולת גרם הפרת חוזה, כאשר משדר המשנה הישראלי גורם בכך למשדר הערוץ הזר להפר את ההסכם שלו עם בעלי זכויות השידור.

54 ראו לעיל, הערה 40.

55 ראו אלקין-קורן (לעיל, הערה 3), עמ' 320: ניתן להעריך כי במונדיאל הבא אנשים רבים יותר יבחרו לצפות דרך האינטרנט ולכן יש לבחון את התמזגות הפעולות המשפטיות השונות גם ברשת האינטרנט.

56 בארצות-הברית למשל, הגלגולים השונים של החוק יצרו מצב שבו שידור טלוויזיוני (לדוגמה בחנות או מגודל מסך מסוים) ייחשב כביצוע פומבי, כלומר גם בארצות-הברית די בהעברתו של השידור; ראו M.M. Fenwick "Comment: Football's Intellectual Side: The NFL Versus Super Bowl Parties and The Story of the Fifty-Five-Inch Television" 4 *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* (2004) 125 לתיאור כיצד טרנדים צרכניים "עיוותו" את החוק והביאו למצב שבו מפצים את ליגת הפוטבול המקצוענית כ"יוצר".

57 המבחנים המוכרים ל"ביצוע פומבי" הם אופי הקהל, מקום הימצאו והתועלת הכלכלית מהביצוע; ראו בש"א (נצ') 1343/99 קיבוץ הסוללים – קבוצת המכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ע"א (ת"א) 1000/80 בלומרס נ' הסניף הישראלי של הפדרציה הבינ"ל של תעשיית התקליטים, פ"מ תשמ"ב(2) 156 (להלן – עניין בלומרס); המ' (ת"א) 6751/71 אקו"ם בע"מ נ' חברת מלון דבורה, פ"מ עח 263. ראו גם את גרינמן הקובע כי:

על רקע זה יש לגשת לשאלה הפרשנית העומדת בפנינו והיא אם "העברה" במסגרת שידור משנה יכולה להיחשב "ביצוע" של יצירה⁵⁸. מבחינה לשונית ברור לכאורה שהעברה אינה ביצוע. אין כאן ביצוע נוסף או חדש של יצירה. למעשה אין כאן בכלל מגע אדם. אין התערבות. במקרים רבים גם אין ידיעה ואין הפקה של רווחים כספיים.

י. עקרונות הפרשנות המוצעת לדיני זכויות יוצרים בעידן המידע

לדעתי, וכפי שהוסבר לעיל, השאלה הפרשנית אינה צריכה להיות מוכרעת על-ידי פרשנות מילונית או אפילו מהותית של הביטויים הקבועים בחוק. הפרשנות של דיני זכויות יוצרים הישנים חייבת להיות פרשנות חדשה, תכליתית⁵⁹, החודרת אל מעמקה של דיני זכויות יוצרים ומביאה בחשבון את השינויים הגדולים שחלו בטכנולוגיה ובמודל העסקי של הפצה וביצוע של יצירות. הפרשנות צריכה להיות חוקתית ולהתחשב בכך כי המשמעות של הגנה רחבה מדי על זכויות היוצרים בעידן המידע היא פגיעה של ממש בחופש המידע ובחופש הביטוי⁶⁰.

השאלות המהותיות שיש לשאול הן לכן שלוש אלה, הלקוחות שלושתן מתחום הפרשנות החוקתית⁶¹, אחת נוגעת לתכלית הראויה ושתיים למבחן המידתיות⁶², כלומר לאמצעי הראוי:

- "הן שידורים קרקעיים מסורתיים, הן שידורי כבלים והן שידורי לוויין, הם בגדר ביצוע פומבי"; גרינמן (לעיל, הערה 9), עמ' 186. גם ההגדרה בחוק האמריקני היא רחבה דיה לכלול במסגרת ביצוע פומבי את השידור הטלוויזיוני; ראו Copyright Act 1980, 17 U.S.C. ככל הנראה, זכות יוצרים בשידורים מעוגנת גם באמנת ברן (לעיל, הערה 9), סעיף 4, במסגרת דרישת *communication to the public*.
- 58 בפסיקה באנגליה, ובעקבותיה גם בישראל, ניתנה ברוב המקרים תשובה חיובית, שלפיה גם העברת משנה תחשב ביצוע פומבי; ראו עניין בלומרס (לעיל, הערה 57), שם קבע בית-המשפט כי "אין הכרח בביצוע ממש, אלא די בהעברתו". עם זאת דעות של בתי-משפט אינן אחידות בסוגיה ויש הנותנים משקל לשאלות שונות, כגון אם מתבצעת פעולה אקטיבית של העברה או אם נגבה תשלום מיוחד תמורת השידור. ראו גם ת"א (נצ') 642/99 קיבוץ הסוללים נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.
- 59 על מהותה של הפרשנות התכליתית ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט (לעיל, הערה 18), עמ' 39.
- 60 על חופש הביטוי ועל מעמדה בישראל כזכות על וכחלק מכבוד האדם ראו א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 223 וכן א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), 140-142.
- 61 סעיף 8 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...".

האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

1. תכלית ראויה – האם מדובר ביצירה שאנו רוצים כחברה לעודד. אין הכוונה ליצירה המסוימת אלא לסוג היצירות. דיני זכויות יוצרים נועדו לעודד יצירה. אם אין מדובר ביצירה שראוי לעודדה, ייתכן שלא נכון להחיל עליה את דיני זכויות יוצרים או את מלוא היקפם.

2. מידתיות, צורך והתאמה – האם האמצעי של הגנת זכויות יוצרים הוא ראוי. האם אין דרכים אחרות, יעילות יותר ופוגעות פחות בחופש הביטוי ובחופש המידע, על מנת להגן על היוצרים ועל התכלית של עידוד היצירה. אם יש דרכים אחרות, עדיף להשתמש בהן ולא במכשיר החרף של הגנת זכויות יוצרים, המעניקה זכות מעין קניינית, מונופול ובלעדיות, ועלולה לפגוע בנגישות הציבור ליצירות.

3. מידתיות ויחס ראוי – היחס בין האמצעי למטרה. בכל הנוגע לביצוע והפצה של יצירות מוגנות: האם הסרת ההגנה (או הנמכה שלה) של דיני זכויות יוצרים על הפעילות המדוברת תביא לפגיעה קשה, חמורה ובלתי הפיכה בבעלי הזכויות, ותקטע את המשך הפעילות והיצירה שבהם מדובר. אם הפעילות תמשך גם ללא הגנה המלאה של דיני זכויות יוצרים, ייתכן שאין מקום לתת הגנה מלאה או רחבה וניתן להסתפק בהגנה חלקית הגלומה במנגנונים כמו רישיון כפייה.

שיקולים אלה צריכים להנחות באופן עקרוני את החקיקה החדשה של דיני זכויות יוצרים בעידן המידע. שיקולים אלה מביאים בחשבון את השינויים מרחיקי הלכת באופן שבו נוצרות יצירות חדשות, בטכנולוגיה החדשה, בסביבה העסקית והתרבותית החדשה, ויורדים למהות ולשורש הצורך בהגנה של זכויות יוצרים. שיקולים אלה⁶³, בהיעדרה של חקיקה מודרנית, צריכים להנחות אותנו כאשר אנו באים לתת פרשנות לחוק הישן הקיים, בייחוד בכל הנוגע לנושאים חדשים הנוגעים לטכנולוגיה חדשה וליצירות שלא היו כלל בעולם בעת שחוקק החוק הישן. לשיקולים אלה צריך להיות משקל נכבד כאשר אנו נותנים פרשנות להגנה של "שימוש הוגן" ביצירות⁶⁴ וגם, כמו במקרה זה, כאשר אנו נדרשים לתת משמעות ופרשנות להיקפו של הביטוי "ביצוע פומבי". שיקולים אלה

62 על המידתיות ראו ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי" הפרקליט לט (תש"ן-תשנ"א) 507; ז' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 109, 131; ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון (כרך ב, א' ברק, ח' ברנזון עורכים, תש"ס) 281.

63 שיקולים דומים במידה רבה מציע נייר העמדה של המרכז למשפט וטכנולוגיה בחיפה, המציע מבחן דו-שלבי בשאלה הפרשנית אם שידור הוא ביצוע פומבי: שלב ראשון, אם הפקת הזכות פוגעת בתמריץ הכלכלי של המשרד לשדר את היצירה. שלב שני, אם התשובה היא כן, על המדינה לקבוע מנגנון של פיצויים; אורן (לעיל, הערה 34), עמ' 81.

64 על גמישות הכרחית בהחלת המבחנים לשימוש הוגן ביצירות, תוך מתן משקל לשאלה אם התוצאה מעודדת יצירתיות או לא ראו (9th) 811, 818 336 F. 3d *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, Cir., 2003).

צריכים להכריע בשאלה הפרשנית אם "העברת משנה" של שידור חי של אירוע ספורט היא "ביצוע פומבי" ולפיכך היא הפרה של דיני זכויות יוצרים.

יא. הפתרון המוצע

כאמור על רקע עקרונית אלה, ניתן לגשת לגיבוש הפתרון המוצע על-ידי לבעיית שידור המשנה של אירועי ספורט שמקורם מחוץ לישראל והם מועברים על-ידי בעלי זיכיון לשידורי כבלים או לוויין, בין היתר באמצעות לוויינים, מרשתות טלוויזיה זרות. השאלה המשפטית היא אם העברה של שידור משנה מעין זה הוא ביצוע פומבי של יצירה מוגנת ולכן הוא הפרה של זכויות יוצרים.

ראשית, קיים ספק אם השידור הטלוויזיוני של אירועי ספורט הוא אכן בגדר של יצירה מקורית הראויה להגנה מלאה של דיני זכויות יוצרים. הכוונה היא לא רק לצד הטכני פרשני של דיני זכויות יוצרים ולכלל הקובע היעדר הגנה על עובדות ונתונים, אלא לצורך לברר את שאלת היסוד אם אנו כחברה רוצים לעודד את התופעה של זכויות שידור של אירועי ספורט בהיקפה הנוכחי, ושל קיומם של אירועי ספורט מסחריים בהיקף ובעלות הנוכחיים. ברור כי נושא זכויות השידור של אירועי ספורט יצא משליטה והגיע לממדים מפחידים: סכומי הכסף הם גדולים מדי⁶⁵, המעורבות של נותני החסות המסחריים ושל גופי השידור היא עמוקה מדי וגורמת לשינויים מרחיקי לכת במהותו של אירוע הספורט עצמו. התוצאה היא לפעמים בלתי רצויה, כלומר פגיעה בנגישות של קהלים רחבים לאירועי הספורט במקום פתיחתם ושידורם לציבור הרחב, והתמסחרות מוחלטת של הספורט תוך דחיקת רגליהם של ערכים אחרים הכרוכים בו⁶⁶. סכומי הכסף

65 לפי פרסומים בתקשורת (דה מרקר 11.7.06) 15, בכותרת "הכנסות צ'רלטון מהמונדיאל – כ-60 מיליון ש"ח), הכנסותיו של הגורם המתווך בזכויות השידור בישראל, חברת צ'רלטון היו עצומות. הם רכשו את זכויות השידור של מונדיאל 2002 ומונדיאל 2006 ב-20 מיליון דולר. עבור מונדיאל 2002 קיבלו 10 מיליון דולר: 4 מערוץ 1 ו-6 מערוץ הספורט בשיתוף עם חברות הכבלים והלוויין. עבור מונדיאל 2006 קיבלו 6.2 מיליון מערוצים 2 ו-10 והחברות פלאפון ו-y.net, 2 מיליון מארקדי גיידמק (תרומה לחיילים שצפו חינם במשחקים) ולהערכת דה מרקר כ-60 מיליון ש"ח נוספים ממכירת ערוץ מיוחד למינויים. החישוב נעשה לפי הערכה של 240,000 מינויים, בתמורה ממוצעת של כ-250 ש"ח למנוי.

66 בליגת הפוטבול בארצות-הברית המסכים מוחשכים בשוק המקומי אם הקבוצה הביתית אינה מוכרת את כל הכרטיסים למשחק מסוים; ראו A. Fecteau "NFL Network Blackouts: Old Law Meets New Technology with the Advent of the Satellite Dish" 5 *Marq. Sports L.J.* (1995) 221, שם המחבר סובר כי במקום לענות לטכנולוגיה המתקדמת בחקיקה מכבידה יש ללכת לקראת בעלי צלחות הלוויין ולהפעיל מנגנון של תשלום סביר (אך לא החשכה).

האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

המושקעים על-ידי גורמי השידור והפרסום באירועי הספורט, תחת הכנפיים של הגנת זכויות יוצרים, מעוררים ספק של ממש על הצורך והתבונה שבהמשך המצב המשפטי הקיים. דומה שאין מחלוקת שגם אם מדובר ביצירה, אין זו יצירה מקורית וחשובה כל כך לחברה הראויה לעידוד בקנה מידה כה גדול, שבא לעתים קרובות על חשבונם של הפקות או יצירות אחרות. למעשה, אין כאן הפקה של יצירה עצמאית ומקורית בעלת ערך אלא סוג של תיעוד אירוע קיים, שעיקרו בעיני גוף התקשורת שליטה וניכוס של קהל אוהדי הספורט, שהם מעין קהל שבוי. עניינו של הקהל הזה הוא לא ביצירה של המפיק או של גוף התקשורת אלא באירוע הספורט עצמו. בעיני יש להפעיל כאן את עקרון המידתיות ולשאל את שאלת המפתח אם הגבלת ההגנה של דיני זכויות יוצרים ותיחום היקפן של זכויות השידור של אירועי הספורט תקטין את התמריץ להפקת המוצר (שידור חי של אירוע הספורט) במידה המעמידה איום ממשי על המשך הפקתו⁶⁷. לאורו של מבחן זה יש מקום לבחון הסרה או הפחתה של היקף ההגנה של דיני זכויות יוצרים על שידור חי של אירועי ספורט, בכלל, והשארת ההגנה על בסיס זכויות השידור, שהן יציר כפיו של בית-המשפט ולכן גמישות הרבה יותר.

הפתרון המועדף כאן הוא כמובן חקיקה מיוחדת לנושא זה, שתכיר באופיו המיוחד ותתפור הסדר משפטי מתאים, הכולל התייחסות לאינטרס הציבורי הרחב, לחופש הביטוי, לחשש מהגבל עסקי וממונופול, ויביא בחשבון את הייחוד של מוצר התקשורת העוסק בשידור ספורט⁶⁸.

אולם מאמר זה מתמקד בשאלת שידור המשנה ולא בשאלת השידור המקורי. כמו כן, אני מתמקד כאן בשאלה הפרשנית ולא בהצעות החקיקה.

הדיון הפרשני הוא אמנם פנימי, בתוך דיני זכויות יוצרים, אך הוא מוסיף לדיני זכויות היוצרים מידה של גמישות, כלומר גם אם מדובר ב"יצירה" הראויה להגנה על-פי דיני זכויות יוצרים וגם אם שידורה של היצירה הוא "ביצוע פומבי", עדיין ניתן לקבוע בדרך של פרשנות חוקתית כי העברה של שידור משנה אינה ביצוע פומבי ולכן מותרת. גם אם לגבי השידור המקורי יש הסכמה על היותו בגדר יצירה המוגנת בזכויות יוצרים, ספק רב אם יש טעם להרחיב את ההגנה, למתוח אותה במלוא היקפה ולהטיל אחריות מלאה על משדר המשנה. בנושא זה דומה שאין צורך בדיני זכויות יוצרים על מנת לגבש הסדרים ראויים בין בעלי זכויות השידור, למשדר הראשוני בערוץ הזר ולמשדר המשנה. ניתן לחשוב על דרכים אחרות, בייחוד באמצעות פרשנות של "זכויות

67 תנאי זה משמש גם את בית-המשפט האמריקני בבואו לתחום את היקפה של זכות השידור; ראו עניין *NBA* (לעיל, הערה 28), עמ' 852-854

68 על הסדרי בלעדיות בזכויות שידור של אירועי ספורט ועל משמעותם השלילית ראו גם אצל פסח (לעיל, הערה 26), עמ' 152.

השידור" והפעלה של דיני החוזים⁶⁹, על מנת לעצב הסדרים ראויים בתחום זה. דווקא הטלת אחריות מלאה בדיני זכויות יוצרים על משדר המשנה מביאה לתוצאה הגרועה של החשכת מסך של שידורי ערוצים זרים. תוצאה הנוגדת על פניה את עקרונות חופש הביטוי וחופש המידע וגם את האינטרס הציבורי המידי של הצופים הפוטנציאליים.

גם על-פי העיקרון השלישי שמניתי, אין מקום להחיל באופן גורף את כל הוראות דיני זכויות יוצרים על שידור המשנה. ברור כי הסרת ההגנה הזו לא תפגע פגיעה אנושה בבעלי הזכויות, אלא לכל היותר תפגע בהם פגיעה חלקית ומידתית. הפרשנות הראויה, שאינה רואה בשידור המשנה משום "ביצוע פומבי" של אירוע הספורט בשידור חי, תקטין אמנם את היקף ההגנה המשפטית על זכויותיו של בעל "זכויות השידור", אך לא תפגע באופן קשה בערכן הכלכלי. סביר להניח כי גם אם יותרו בישראל שידורי משנה של אירועי ספורט בערוצים הזרים, לא יהיה בכך כדי לפגוע בסחירותם של זכויות השידור אלא רק במחירם. סביר להניח כי רוב תושבי המדינה חובבי הספורט יעדיפו לצפות באירועי הספורט בערוצים ישראלים, בשידור ראשי ומקורי ולא בשידור משנה. השידור הישראלי הראשי כולל קריינות, פרשנות והסבר בעברית, אולפן שבו יושבים מומחים ואורחים מוכרים ואהובים על הצופה הישראלי ומאפיינים נוספים המיוחדים ומותאמים לצופה הישראלי. כל זאת כמובן במחיר סביר שיבטא את הערך האמיתי של השידור הישראלי. מובן שהפחתת ההגנה המשפטית על העברת השידורים תביא לירידה מסוימת בשווי של זכויות השידור הבלעדיות בישראל⁷⁰, ירידה שיש בה היגיון. עם זאת ייתכן כי מצב משפטי חדש מעין זה יגרום לבעלי זכויות השידור בחו"ל לכפות על הערוצים הזרים הפסקה של שידוריהם בישראל, על מנת להבטיח את מקסום הרווחים שלהם ממכירת זכויות השידור בישראל.

ייתכן שפתרון שלם יותר הוא קביעה של רישיון כפייה, כך שהעברת השידור של הערוצים הזרים יהיה מותר גם ללא הסכמה מראש של בעלי הזכויות, אך בעלי הזכויות ייזכו לפיצוי סביר על הירידה בשווי הזכויות שבידם. הצעה ברוח זו עלתה לא אחת גם בכנסת ישראל ונדונה בהרחבה, אך לא הגיעה לחקיקה⁷¹.

גם ברחבי העולם, הפתרון שאליו פונים הוא בקביעה של מנגנון רישיון כפייה, המאפשר את שידור המשנה של אירועי ספורט ושל תכנים אחרים שיש בהם זכויות

69 כאמור לרבות הדינים הנוגעים לעולת גרם הפרת חוזה.

70 על החשש להקצאת משאבים מפורזת לנושא זה, אגב קיומה של תחרות טורפנית לרכישת זכויות שידור בלעדיות ראו פסח, שם, עמ' 150 וכן הרשות להגבלים עסקיים "פטרות בתנאים מאישור הסדר כובל בין שידורי קשת בע"מ, רשת חברה לתקשורת והפקות (1992) בע"מ וטלעד אולפני ירושלים בע"מ" (ספטמבר 2002), סעיפים 3-4, 12 וכן C.E. Baker *Media, Markets and Democracy* (2002), 30-37, 82-178.

71 הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (הוראת השעה) (שידור משנה), תשס"ד-2004, ה"ח 122 (תשס"ד) 602 ודיון מקיף בוועדת הכלכלה של הכנסת ה-16, פרוטוקול 273 (19.10.04).

יוצרים. מנגנון רישיון הכפייה מאזן בין הרצון להגן על בעל הזכות לבין ההבנה כי אין מקום להחשיך את המסך ולמנוע את שידור המשנה ברחבי העולם, ההופך יותר ויותר גלובלי.

יב. הסעד המתאים: צו מניעה או רישיון הכפייה

הפתרון של רישיון כפייה נועד למנוע את השימוש בצו מניעה שבכוחו למנוע שידור ולהחשיך מסך. פתרון זה, הנשען על הסדרים דומים בארצות אחרות בעולם, שולב כהצעה בסעיף 18 לתזכיר זכות יוצרים, 2003⁷², אך הוסר מהנוסח הנוכחי של הצעת החוק. לפי סעיף 18 האמור יש למשדר המשנה זכות לבצע את שידור המשנה, אם ישלם לבעל זכות היוצרים תמלוגים ראויים. בהיעדר הסכמה, בית המשפט הוא המוסמך לקבוע מה הם התמלוגים הראויים. בעל זכויות היוצרים לא יכול למנוע את השידור. יש הטוענים כי הסדר מוצע זה היה רחב מדי והיה עלול לפגוע פגיעה קשה, למעלה מן הנדרש, בבעלי הזכויות⁷³, אולם ברור כי הסדר של רישיון כפייה טוב לבעלי הזכויות יותר מפרשנות המתירה את השימושים ביצירה ללא כל תשלום.

באירופה מקובל לפתור את הנושא בהתאם לדירקטיבה הקובעת כי זכויות היוצרים בשידורי משנה ימומשו באמצעות תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים. לדעתו, רישיון כפייה הוא הסדר אפשרי ראוי, שבמסגרתו ניתן גם להכניס שיקולים הנוגעים להבחנה בין מוצרי תקשורת שונים. כך למשל יש מקום להגנה רחבה יותר על יצירות עצמאיות ומקוריות המוגנות באופן קלאסי על-ידי דיני זכויות יוצרים, ולהעניק הגנה פחותה, בהיקף כספי נמוך יותר, על מוצרי תקשורת שעיקרם תיעוד אירועי הספורט והפקות טלוויזיוניות אחרות שאינן יצירות מקוריות ועצמאיות⁷⁴.

יג. סיכום

הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה-2005, אינה כוללת התייחסות לנושא של שידורי משנה של אירועי ספורט. נושא זה נדון לפני כשנתיים בפרשת *Tele Event*. בית המשפט

72 סעיף 18 לתזכיר הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ג-2003. סעיף קטן ב הציע להסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות קריטריונים לקביעת התמלוגים הראויים וכן מקרים שבהם ייקבעו תמלוגים מופחתים או פטור מתשלום תמלוגים.

73 גרינמן (לעיל, הערה 9), עמ' 750.

74 ההצעה להבחין בין יצירות מקוריות של ממש לבין מוצרי תקשורת שהם "הפקות" מעוררת כמובן קושי לא קטן של הגדרה ושל מציאת קו הגבול בין השתיים. אין ספק שיש כאן גם סירבול נוסף של דינים שהם ממילא מורכבים וסבוכים.

הזמין את המחוקק להתייחס לנושא ולפתור אותו בדרך של קביעת רישיון כפייה, אך החקיקה בנושא זה עדיין לא הושלמה⁷⁵. בינתיים המצב המשפטי הוא בלתי סביר ובלתי ראוי. בית-המשפט בחר בפרשנות של דיני זכויות יוצרים בדרך המטילה אחריות מלאה להפרת זכויות יוצרים על חברות הכבלים (והלוויין) המעבירות את השידור המקורי של הערוצים הזרים. התוצאה היא החשכת המסך בעת שידור אירועי ספורט חשובים, פגיעה בקהל רחב של אוהדי ספורט והגברה של הבלעדיות הגלומה בזכויות השידור של אירועי הספורט החשובים.

במאמר זה הצגתי את עמדת הפרשנית שלפיה יש לפרש את דיני זכויות יוצרים הישנים על-פי תכליתם ובהתאם לשינויים הטכנולוגיים, הכלכליים והתרבותיים, במאה העשרים ואחת. התוצאה בכל הנוגע לשידור משנה של אירועי ספורט בערוצים הזרים צריכה ויכולה להיות אחרת. ניתן לפרש את דיני זכויות היוצרים הקיימים והמיושנים בדרך אחרת ולקבוע כי העברת שידורי המשנה של אירועי הספורט בשידור חי אינה "ביצוע פומבי" של יצירה מוגנת ולכן לאפשר את השידור בערוצים הזרים. פרשנות זו לדיני זכויות יוצרים היא פרשנות תכליתית לאור תכליתם של דיני זכויות יוצרים ונוכח הכרה באופי המיוחד שיש למוצרי התקשורת שהם תיעוד של אירועי ספורט בשידור חי. אין בכך כדי לקבוע כי שידור משנה במקרים אחרים אינו "ביצוע פומבי" של היצירות. כך למשל אני סבור כי בכל הנוגע ליצירות מקוריות ועצמאיות, כמו סדרות דרמה בטלוויזיה, יש מקום לומר כי גם שידור המשנה הוא ביצוע פומבי.

כמו שהמליץ בית-המשפט העליון, גם לדעתי הפתרון הראוי לנושא הוא בחקיקה חדשה, שתקבע רישיון כפייה מתאים. אני מקווה שהכנסת תשלים את החקיקה בנושא. חקיקה זו יכולה להתייחס לנושא הכללי של שידורי משנה, ולכלול הבחנה בין שידורי משנה של יצירות מקוריות ועצמאיות לבין שידורי משנה של אירועי ספורט בשידור חי. נושא שידורי המשנה של אירועי ספורט בערוצים זרים הוא רק דוגמה לנושאים החדשים הקיימים היום בדיני זכויות יוצרים. נושאים אלה מחייבים אותנו לחשוב מחדש על העקרונות והמטרות של דיני זכויות יוצרים. חקיקה חדשה, כמו גם פרשנות חדשה להוראות ישנות, צריכה להיעשות תוך התחשבות בשלושה עקרונות, המבטאים נכונה את התכלית של דיני זכויות יוצרים:

1. תכלית ראויה: האם היצירה אכן ראויה לעידוד.
2. מידתיות: האם הגנה על-ידי זכות יוצרים היא האמצעי הראוי, האם אין דרכים משפטיות אחרות, מתוננות יותר, לעודד את היצירה בלי להעניק זכות קניינית ומונופוליסטית לבעלים.

75 ראו לעיל, הערה 69 על הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (הוראת השעה) (שידור משנה), תשס"ד-2004 ועל הדיונים שנערכו בנושא בוועדת הכלכלה של הכנסת. דיונים אלה נקטעו ולא הגיעו לחקיקה.

שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים –
האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך

3. מידתיות: יחס ראוי בין האמצעי למטרה. האם הסרת ההגנה המלאה של דיני זכויות היוצרים, כלומר התרת הפעילות המפרה לכאורה ולו באופן חלקי, תפגע פגיעה אנושה וקשה בבעלי הזכויות ותקטע את המשך היצירה שבה מדובר והאם ניתן להסתפק בהנמכת ההגנה בדרך של פרשנות מושגים עמומים בחוק הקיים, היתר לשימוש הוגן ביצירה, או בדרך של תיקון חקיקה כמו קביעת רישיון כפייה, הרחבת הפטור של שימוש הוגן ביצירה ודרכים דומות להרחיב את הנגישות של הציבור ליצירות ולמוצרי תקשורת אחרים.

אלה העקרונות הראויים לחקיקה עתידית וגם לפרשנות של דיני זכויות יוצרים בעידן המידע.