



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

יום שלישי 16 אוקטובר 2018

ח"צ 16-08-11067 סמכי נ' צירלטון בע"מ

מספר בקשה (ר"מ الطلب): 54

טלפון מרכז מידע: 077-2703333

אישור על פתיחת בקשה

مصادقة على تسجيل طلب

ניתן אישור כי בזמן (מסלף) ביקר אל פי (מ.מ.) 16/10/2018 בשעה (השעה) 16:39 הוגשה בקשה מסוג (שם طلب מן נוג): בקשה באמצעות המזכירות בקשה של בקשה באמצעות המזכירות

בחוק (החוק) ח"צ 16-08-11067 סמכי נ' צירלטון בע"מ.

מספר הבקשה הוא (ר"מ الطلب) 54.

בכל פנייה לבית המשפט בנוגע לבקשה זו, יש לציין את מספר הבקשה.

כל מראה למחלקה המעלה פי الطلب עליה לנזכר رقم الطلب.

לפני כבוד השופט אבי פורג

המבקש:

יוסף סמכי (ממוגש ברלין) ע.מ. 056395288
ע"י ב"כ עו"ד דוד מנע או שמואל כהן
מרח' זיבוטינסקי 33 רמת גן, 5251107
טל': 03-6137946 ; פקס: 03-6137947

- ד ד -

המשיבה:

צירלטון בע"מ, ח.פ. 511717688
ע"י ב"כ עו"ד ליאור להב
מרח' שדרות רוטשילד 53 תל אביב-יפו, 6578501
טל': 03-5662244 ; פקס: 03-5664499

וע"י ב"כ עו"ד דרור סברנסקי וניר פלדשטיין
מרח' ינאל אלון 98 תל אביב-יפו, 6789141
טל': 050-7489487 ; פקס: 03-6078666

ובעניין:

(נותני צב בהליך)

היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז מרכז (אזרחי)
מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת"ד 33051,
תל אביב-יפו, 6133001
טל': 073-3736222 ; פקס: 073-3736490/1

הודעה על התייצבות היועץ המשפטי לממשלה

מכוח סמכותי לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ולאחר שראיתי, כי זכות של מדינת ישראל או עניין ציבורי עלולים להיות מושפעים או כרוכים בהליך שלפני בית המשפט הנכבד, הריני להודיע על התייצבותי להליך זה.

אני מסמך כל פרקליט מפרקליטות המדינה על שלוחותיה להיות נציגי בהליך זה.

היום, י' חשוון תשע"ט

16 אוקטובר 2018

אביחי מנדלבליט
היועץ המשפטי לממשלה

בבית משפט המחוזי מרכז

ת"צ 11067-08-16

לפני כבוד השופט אבי פורג**המבקש:**

יוסף סמכי (מפגש ברלין) ע.מ. 056395288
 ע"י ב"כ עו"ד דוד מנע או שמואל כהן
 מרח' ז'בוטינסקי 33 רמת גן, 5251107
 טל': 03-6137946 ; פקס: 03-6137947

- נ ג ד -

המשיבה:

צ'רלטון בע"מ, ח.פ. 511717688
 ע"י ב"כ עו"ד ליאור להב
 מרח' שדרות רוטשילד 53 תל אביב-יפו, 6578501
 טל': 03-5662244 ; פקס: 03-5664499

וע"י ב"כ עו"ד דרור סברנסקי וניר פלדשטיין
 מרח' יגאל אלון 98 תל אביב-יפו, 6789141
 טל': 050-7489487 ; פקס: 03-6078666

ובעניין:

(מתייצב בהליך)

היועץ המשפטי לממשלה
 ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז מרכז (אזרחי)
 מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת"ד 33051,
 תל אביב-יפו, 6133001
 טל': 073-3736222 ; פקס: 073-3736490/1

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 5.3.2018, התבקשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשאלות המשפטיות העקרוניות המתעוררות בתיק זה.

היועץ המשפטי לממשלה מצא לנכון להתייצב להליך, בהתאם לסמכותו על פי פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ועמדתו תפורט להלן.

א. פתח דבר

1. עניינה של בקשת אישור התובענה כייצוגית במדיניות המשיבה לדרוש תשלום בגין הקרנה פומבית של משחקי כדורגל, שהיא מחזיקה, לפי הטענה, בזכויות היוצרים בהם

(כגון משחקי יורו 2016), מבתי עסק כגון פאבים ובתי קפה; וזאת, גם כאשר השידור מבוצע בערוץ פתוח, דהיינו ערוץ שניתן לקלוט אותו מהאוויר ללא צורך בדמי מנוי לפלטפורמה רב ערוצית כלשהי, ובפרט בשידור הציבורי (בעבר "ערוץ 1" של רשות השידור, וכיום תאגיד השידור הציבורי "כאן" המשדר באפיק 11) או בערוצים המסחריים הפתוחים (שהמרכזיים שבהם היו בעבר הערוץ השני וערוץ 10, וכיום "רשת", "קשת" ו"ערוץ עשר").

2. השאלה המשפטית כפי ששאל אותה בית המשפט היא, האם משמעות שידור ציבורי (כלומר שידור בידי תאגיד השידור הציבורי, וייתכן שגם ערוצים נוספים הניתנים לקליטה מהאוויר בחינם) היא גם היתר לביצוע פומבי בזמן אמת של השידור על ידי צד שלישי שקולט אותו במכשיר המשמש לקליטת שידורים (היינו, טלוויזיה) שלו. במסגרת זו שאל בית המשפט כיצד ניתן ליישב את חוסר ההתאמה הלכאורי שנוצר בין הזכויות שנרכשו על ידי המשדר הציבורי לבין הזכויות המוקנות לציבור ביחס לשידור הציבורי. כפי שיוסבר להלן, שאלות אלו מערבות בין מונחים שונים מדיני זכות יוצרים, דיני זכויות מבצעים ומשדרים ועולם רגולציית התקשורת. לעתים נעשה שימוש במונח זהה במספר הקשרים, ולהקשר החוקי והחקיקתי ישנה השלכה על משמעות המונח.

הצדדים התבקשו על ידי בית המשפט הנכבד להגיש התייחסות משלימה לשאלה זו.

3. לאחר שעיין בהתייחסויות שהוגשו על ידי הצדדים, סבר בית המשפט כי מדובר בסוגיה משפטית בעלת חשיבות עקרונית, הן בהקשר בו הוגשה התובענה והן בהקשרים אחרים, אשר לא קיימת ביחס אליה פסיקה מנומקת ובהירה. לאור זאת, החליט בית המשפט הנכבד כי יש מקום לפנות ליועץ המשפטי לממשלה ולבקשו להציג עמדתו ביחס לשאלה שבמחלוקת תוך התייחסות לחילוקי הדעות בין הצדדים בשאלות הבאות:

א. האם משדר ציבורי רשאי להגביל את השימושים שהציבור יכול לעשות בשידור הציבורי, כך ששימושים אלה לא יכללו ביצוע פומבי בזמן אמת של השידור הציבורי?

ב. בהנחה שהתשובה על א' חיובית, באילו נסיבות מוטלות על שכס הציבור מגבלות המונעות ממנו את האפשרות לביצוע פומבי של שידור ציבורי.

ג. בהנחה שהתשובה על א' שלילית, מהן הנפקויות של הסכם בין בעל זכויות יוצרים לבין משדר ציבורי המבקש ליצור הגבלה כאמור?

ב. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

4. בתכנים המועברים לציבור בדרך של שידור ישנן שתי שכבות של זכויות קניין רוחני. האחת, זכות היוצרים הנוגעת לתוכן מקורי הכלול במשדרים, והשנייה, זכות משדרים שהיא הזכות באות (signal) שמשמש להפצת התכנים אל ציבור הצופים. לעתים בעל זכות

המשדרים באות הוא גם בעל זכות היוצרים בתוכן (אם מדובר בתוכן שהגוף המשדר יצר או רכש) ולעתים מדובר בגורמים שונים.

5. לכל בעל זכות ישנו אגד זכויות המוגדר בחוק. הזכויות של בעל זכות היוצרים בתוכן מוסדרות בסעיף 11 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: "**חוק זכויות יוצרים**" או "**החוק**"), והזכויות של בעל זכות משדרים באות מוסדרות בס' 1א4 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984 (להלן: "**חוק זכויות מבצעים ומשדרים**") ובכפוף לשימושים המותרים כפי שהם מוגדרים בכל חוק.

6. בהתאם להוראות סעיף 11 לחוק זכות יוצרים, זכות היוצרים הינה כאמור, אגד זכויות קנייניות נפרדות הכולל את זכותו הבלעדית של בעל זכות היוצרים לבצע פעולות ייחודיות ביצירה ובין היתר: להעתיק, לבצע באופן פומבי (ראו סעיף 13 לחוק), לשדר (ראו סעיף 14 לחוק), להעמיד לרשות הציבור (ראו סעיף 15 לחוק), לעשות יצירה נגזרת ולהשכירה. זכויות כאמור ניתנות להעברה או להרשאה בנפרד או ביחד. ביצוע אחת מן הפעולות שיוחדו בחוק לבעל זכות היוצרים, שלא ברשותו, מהווה הפרה ישירה של הזכות.

7. בהקשר זה, יש להבחין בין "ביצוע פומבי" לפי חוק זכות יוצרים, שעיקרו הוא הקרנה לפני ציבור, לבין "שידור ציבורי" שהוא הביטוי המקובל לשידורים המועברים לציבור בידי תאגיד השידור הציבורי הישראלי, או "שידור מסחרי" המתייחס בדרך כלל לשידור של גורמים בהתאם לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, שידורים שמועברים לציבור וממומנים על ידי שידור פרסומות ולא באמצעות גביית דמי מנוי.

8. יחד עם זאת, ישנן פעולות שאינן מוענקות לבעל זכות היוצרים וממילא אינן דורשות את רשותו. כך למשל, הזכות לביצוע פומבי אינה מוענקת ליצר של יצירה אמנותית כמו פסל או ציור (ר' ההגדרה של יצירה אמנותית בסעיף 1 לחוק זכות יוצרים). דוגמא נוספת לתחולה חלקית של הזכות היא זכות ההשכרה, שחלה על תקליט, יצירה קולנועית ותוכנת מחשב בלבד.

9. כלומר, ביצוע פעולה שאינה כלולה ברשימת הפעולות המנויות בסעיף 11 לחוק זכות יוצרים, היא מותרת ואינה כפופה לאישורו של בעל הזכות, למשל השאלה של ספר (שכולל יצירה ספרותית) או השכרה של מפה (שהיא יצירה אמנותית). ואולם, ביצוע פומבי כלול ברשימה בסעיף 11(3) לחוק לגבי יצירה ספרותית, יצירה דרמטית, יצירה מוסיקלית ותקליט.

10. פעולות נוספות שאינן דורשות את אישור בעל הזכות ניתן למצוא בפרק ד' של החוק המונה שורה של שימושים מותרים, כלומר מצבים שבהם ניתן לבצע פעולות ביצירה מבלי לבקש רשות מבעל הזכויות וללא גמול. ההוראות המתירות שימוש ביצירות הינן משני סוגים. שורת ההוראות הכלולות בסעיפים 20 עד 30 ו-32 לחוק זכות יוצרים יוצרת שניים עשר שימושים מוגדרים, שגבולותיהם מתוחמים במסגרת ההוראה הרלוונטית.

11. בנוסף, סעיף 19 לחוק זכות יוצרים עוסק ב"שימוש הוגן" ומנוסח כ"הגנת סל" למשתמש. סעיף זה יוצר אפשרויות לעשיית שימוש הוגן למטרות שונות ובלתי מוגדרות מראש כגון: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד החינוך. סעיף 19(ב) לחוק זכויות יוצרים מאפיין את רשימת שיקולי העזר שיסייעו בבחינת הוגנות השימוש ביצירה. טענה לשימוש הוגן תבחן בהתאם לנסיבות העניין שלפני בית המשפט הדין בתובענה בגין הפרה נטענת של זכות היוצרים.
12. זכות המשדרים, לעומת זכות יוצרים, מעניקה לגוף המשדר, בין היתר, את הזכות למנוע את שידור האות שלו ללא הסכמתו, לרבות שידור משנה של האות שלו, דהיינו שידור סימולטני בזמן אמת, את הזכות לטביעה של האות, דהיינו הקלטה או קיבוע, ועוד.
13. כאמור, פעולה שאינה חלק מאגד הזכויות היא נחלת הכלל ולכן מותרת ללא מגבלה בדיני הקניין הרוחני הרלוונטיים לפי העניין. לאור זאת, פעולה של צפייה בתוכן המופיע על מכשיר הקולט שידורים, כגון טלוויזיה או מכשיר קצה אחר, אינה כפופה להרשאה מאת בעל זכות יוצרים או בעל זכות משדרים שכן היא אינה באה בגדרו של אגד הזכויות הבלעדיות של בעל הזכות.¹
14. אכן, כפי שצוין בהחלטת בית המשפט הנכבד, מכוח חוק זכויות מבצעים ומשדרים, אין למשדר את הזכות למנוע ביצוע פומבי של שידוריו (וליתר דיוק "שידור של אות"), אולם חוק זכות יוצרים קובע כי הציבור, ובכלל זאת בעלי עסקים, אינו רשאי להציג את היצירות בביצוע פומבי ללא קבלת היתר מבעל זכות היוצרים.
- לדעת היועץ המשפטי לממשלה, תכליתם, לעניין זה, של שידורים פתוחים לציבור, כגון השידור הציבורי או הערוצים המסחריים, מושגת בכך שהתכנים מגיעים לכל בית או אדם בישראל המחזיק מכשיר מתאים לקליטת השידורים, אך לא ניתן לומר שתכלית זו מחייבת לאפשר בנוסף ביצוע פומבי בידי בעלי עסקים או כל גורם אחר.
15. בפסק הדין שניתן בת"א 6327-09-11 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' קר ויזן ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 16/07/2013); להלן: "פסק הדין בעניין קר ויזן ישראל בע"מ" עמד כב' השופט ד"ר עמירם בנימיני על הזכות הבלעדית לביצוע פומבי, כהאי לשנא:

"סעיף 11(3) לחוק מעניק לבעל זכות היוצרים בתקליט את הזכות הבלעדית לבצעו בפומבי, וסעיף 13 קובע: "ביצוע פומבי של יצירה הוא השמעתה או הצגתה בציבור, במישרין או באמצעות מכשיר". סעיף 47, שכותרתו "הפרת זכות יוצרים", קובע כי: "העושה ביצירה פעולה מן הפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות

¹ בהקשר זה יציין היועץ המשפטי לממשלה, כי בית המשפט מתייחס לפעולת הצפייה כזכות המוקנית לציבור, אולם חוק זכות יוצרים מתייחס לשימושים מותרים (קיימת מחלוקת בפסיקה ובספרות באשר לקיומן של "זכויות משתמשים" שאין זה המקום להרחיב בה).

פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכויות היוצרים, מפר את זכות היוצרים..."

מכאן שהשמעה של היצירות הכלולות בתקליטור מהווה הפרה של זכות יוצרים, שכן זכות הביצוע הפומבי (Public Performance) שמורה בלעדית לבעלים של הזכות (ראה ספרה הנ"ל של ש. פרזנטי, עמ' 1070). גם השמעה בפומבי של היצירות הכלולות בתקליטור באמצעות מכשיר הטלוויזיה, מהווה השמעה פומבית אסורה המפרה את הזכויות של בעלי זכויות היוצרים בתקליטורים, אם נעשתה ללא רשותם (ראה: ת.א. (מחוזי חי') 140/99 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' פ.מ.ג.א. מזון בע"מ, לא פורסם, 14.9.99; ע"א (ת"א) 1000/80 בלומרס נ' הסניף הישראלי של הפדרציה הבינלאומית של תעשיית התקליטים, פ"מ תשמ"ב ב' 156).

ואם ישאל השואל כיצד פסק הדין בעניין קר ויזין ישראל בע"מ העוסק בביצוע פומבי של תקליטים רלבנטי לשאלת השידור הפומבי של ערוץ "פתוח" הניתן לקליטה מהאוויר בחינם, הרי שהתשובה נמצאת בהמשכו של פסק הדין המבהיר, כי הדגש הוא באופן בו נוהג "מקבל השידור" והאם הוא עורך "ביצוע פומבי". וכך נקבע בפסקה 10 לפסק הדין בעניין קר ויזין ישראל בע"מ:

"ההגדרה של "השמעה בציבור" פורשה על ידי בתי המשפט בארץ בהרחבה. כך נקבע כי השמעת מוסיקה באולמות אירועים נחשבת כ"השמעה פומבית", וכך גם השמעת מוסיקה בבתי קפה, מספרה, לובי של מלון, חדר כושר, משחקייה לילדים ועוד... אין חשיבות לעובדה שהמוזיקה המוקלטת הושמעה באמצעות מכשיר טלוויזיה, ולא באמצעות מערכת שמע אחרת. השאלה איננה כיצד מושמעת המוזיקה, אלא האם היא נקלטת על ידי "ציבור". כדברי המלומד ד"ר א' ח' זליגסון, בספרו יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים (תשכ"ג), עמ' 44: "אין ספק כי גם מקבל השידור, אשר משמיע את מכשירו בפני קהל ועדה מבצע יצירה בפומבי, ועליו לשלם תמלוגים ליוצר, בלי להתחשב בכך אם תחנת השידור מחויבת אף היא לשלם עבור אותו שידור". כך נפסק כי השמעת מוזיקה מוקלטת, באמצעות טלוויזיה המוצבת בלובי של מלון, תחשב כ"השמעה בציבור" (עניין

מלון דבורה הנ"ל). לעומת זאת, הצבת טלוויזיה בחדרי האירוח במלון לא תחשב "השמעה בציבור" (ה"ע (י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם)).

16. על מנת להבחין בין השמעה פומבית (דהיינו, "ביצוע פומבי" במונחי חוק זכות יוצרים מ-2007) להשמעה פרטית גיבשה ההלכה הפסוקה מספר מבחני עזר כפי שהובאו בדבריה של השופטת יהודית שבח בת"א 66737/03 הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ (פורסם בנבו, 04/05/2005); לחלף: "פסק הדין בעניין הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' דן":

"השאלה אם בפנינו ביצוע פומבי או ביצוע פרטי, נחתכת לפי מספר מבחנים שהותוו בפסיקה וביניהם: מטרת ההשמעה, קהל היעד, התועלת הכלכלית למשמיע, הנאת השומע וכו'. בין המבחנים אשר נועדו לסייע לנו במלאכת המיון בין השמעה פומבית לבין השמעה פרטית, יש למנות את המבחן המתמקד בזהות הציבור שאליו מכוון הביצוע, וכדברי המחבר טוני גרימן:

"אם ציבור זה הוא קבוצה סגורה ומוגדרת, כגון התא המשפחתי ואורחיו הפרטיים, או חברי מועדון סגור, אזי ביצוע יצירה לפנייהם יחשב כביצוע פרטי. לעומת זאת, אם מדובר בביצוע הפתוח לכל, יהיה דינו ביצוע פומבי" (זכויות יוצרים, אמנם ומפיקים/ עמ' 73). לפי מבחן זה ביצוע יצירות במסעדות, בטרקלינים של בתי מלון, בחדרי בתי המלון – ייחשב כביצוע פומבי.

לא מכבר נפסק כי השמעה של שירים שונים בסניפים של חברה המוכרת נעליים – נחשבת השמעה פומבית המחייבת תשלום תמלוגים. (הארגון היציג של המבצעים בישראל ואח' נ' יורוטקס טקסטיל בע"מ, ת.א. 12224/03, שלום ירושלים, פסק דין מיום 9.1.05 מפי כב' השופט יואל צור, סגן נשיא). מבחן נוסף אשר בכוחו לסייע במלאכת המיון הינו אופיו של המקום בו מושמעת המוסיקה ואפיונו על ידי מבקרים מזדמנים ובלתי קבועים, כגון מסעדה. (ת.א. 15441/0, אקו"ם נ' הרשקוביץ').

כלי עזר נוסף הוא מבחן מטרת השידור, לפיו נבחנת השאלה האם השידור נודע לשפר את השירות שניתן

לאורחים, להעלות את רמת המקום ולהאדיר את הרווחים, או שמא מדובר בהשמעה מקרית אשר אינה קשורה כלל לשירות שניתן לאורחים או למזדמנים לבית העסק הספציפי. (אקו"ם נ' מלון דבורה). המבחן החשוב, לדעתי, הוא מבחן קהל היעד, לפיו נבדקת השאלה האם השידור מיועד מלכתחילה להגיע לאוזניו של אותו שומע שהקשיב להשמעה, או שמא מדובר בשומע אקראי ומזדמן, אשר האזין לשידור על דרך מקרה, ללא כל כוונה ו/או רצון לעשות זאת. וכפי שקובע המלומד גרינמן:

"למרות שציבור מזדמן הוא ההופך את הביצוע לפומבי, נראה שהביצוע צריך להיות מיועד אליו באופן כלשהו, שאם לא כן כל נהג מונית או בעל חנות השומע רדיו תוך כדי עבודתו, יהיה בגדר מבצע בפומבי של היצירות המושמעות הואיל ולקוחותיו המזדמנים שומעים אותן" (שם בעמ' 73).

יצוין, כי מרבית פסקי הדין שניתנו בסוגיה זו על ידי הערכאות הדיוניות התייחסו להשמעת יצירות מוסיקליות, אולם נראה, כי ניתן ליישם את המבחנים לגבי יצירה מושמעת על יצירה המשודרת על מסך, בשינויים המחויבים, ככל שלא מדובר ביצירה אמנותית שלגביה אין זכות לביצוע פומבי. בהקשר זה יוער, כי בענייננו מדובר על צילומי משחקי ספורט, ואכן בפסיקה נקבע כי הפקה טלוויזיונית ושידור חי של אירוע ספורט כשירה להיות נושא של זכות יוצרים ובלבד שתעמוד בתנאי הכשירות להגנה, לרבות תנאי המקוריות (ע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות' (פורסם בנבו, 02/08/2001); רע"א 7774/09 ויינברג נ' וייסהוף (פורסם בנבו, 28/08/2012), פסקה 11, מיום 28.08.2012; ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (פורסם בנבו, 13/05/2012), פסקה 12, מיום 13.05.2012).

17. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, אפוא, כי ביצוע פומבי בא בגדר הפעולות הכלולות בזכות הבלעדית של בעל זכות היוצרים ועל כן נדרשת רשותו לעשותה גם כאשר מדובר בשידור ציבורי פתוח הניתן לקליטה מהאוויר (אלא אם כן מדובר בשימוש מותר כאמור). ואולם, אך מובן הוא כי לא כל צפייה בבית עסק היא בהכרח בגדר "ביצוע פומבי" הדורש קבלת רשות בעל זכות היוצרים, והדברים נבחנים בכל מקרה לגופו. ואכן, לא ניתן לומר באופן קטגורי שהיכולת לצפות בתוכן מסוים מוגבלת לצפייה ביתית או צפייה אישית, משום שבנסיבות מסוימות עשויה להיות צפייה במרחב הציבורי שתהיה מותרת, בהתאם לניתוח פרטני על פי נסיבות המקרה, של הזכות לביצוע פומבי ו/או השימושים המותרים הקבועים בפרק ד' לחוק זכות יוצרים.

היטיבה לתאר את המקרים השונים בסוגיה זו, כבי השופטת יהודית שבת בפסק הדין בעניין הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' דן, לעיל:

"קיים מגוון רחב ביותר של דוגמאות להשמעה פרטית ההופכת, ללא רצון המשמיע ובעל כורחו של השומע, להשמעה פומבית ואף על פי כן איננה נחשבת לכזו, ללמדך שהמבחן הטכני של יכולת השמיעה ורמתה אינו בעל משקל מכריע. במסיבת יום הולדת למספר פעוטות, תשמיע האם מספר שירי ילדים, והמוסיקה תגיע אף לבתים הסמוכים, אולם למרות הכל לא תהא בפנינו השמעה המחייבת תשלום תמלוגים. נהג מכונית פרטית הנוהג ברחוב כשחלונות מכוניתו פתוחים ומערכת הסטריאו מכוונת לדרגות שמע גבוהות המחרישות את אוזניהם של העוברים ושבים ברחוב – אף על פי כן תישאר ההשמעה בגדר השמעה פרטית. הוא הדין בבעל חנות המכולת, המצוי בעסקו מן הנץ החמה ועד לשעות הלילה והוא מבדר את עצמו בשמיעת רדיו באופן שקהל הלקוחות הניגש לקופה שומע אף הוא את השירים הבוקעים מן המקלט הקטן הניצב בסמוך לה – אף על פי כן, לא תחשב ההשמעה כפומבית. ועוד כהנה וכהנה דוגמאות המצביעות על כי יש להתבונן על מכלול הגורמים הרלוונטיים, להבדיל מבידודו של גורם זה או אחר, תוך מתן תשומת לב למכלול כולו ולפרשנות הסבירה שיתן להשמעה האדם מן הישוב."

18. כך, בת"א 2433/04 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' מינץ הראל ואח' (פורסם בנבו, 30/05/2010) נטען על ידי הנתבעת, כי המוסיקה שבקעה ממטבח בית הקפה, שימשה את עובדי המטבח, לא יועדה לקהל הלקוחות ולכן אינה מהווה הפרה. יחד עם זאת בית המשפט קבע בנסיבות אותו מקרה, כדלהלן:

"גם אם המוסיקה מושמעת על ידי עובדים במקום ציבורי עבורם – עדיין השמעתה עשויה להיחשב כפומבית כאשר ציבור הלקוחות שותף לשמיעתה, כמו למשל נהג רכב ציבורי המסיע נוסעים, צוות מסעדה או מוכר בחנות המשמיעים מוסיקה לעצמם בנוכחות הלקוחות (ראה: הפסיקה המצוטטת בעמ' 280-281 בספרו הנ"ל של ט' גרינמן, וכן שני פסקי הדין האנגליים המצוטטים בספרה הנ"ל של ש. פרזנטי בעמ' 1075 ה"ש 151, בענין Camelo ו- George). לכן, לא נראה שטענתם של הנתבעים כאילו

השמיעו במטבח את היצירות המוקלטות לעצמם היתה
מחלצת אותם מהפרה, כאשר גם באי בית הקפה שמעו
מוסיקה זו, וכאשר הדבר נעשה לתועלת העסקית של בית
הקפה."

19. הנה כי כן, הדגש אינו בכך שהערוץ ניתן לקליטה מהאוויר בחינם אלא באופן בו נוהג מי שקולט את השידור והאם הוא עורך "ביצוע פומבי" שאינו חוסה תחת אחד מן השימושים המותרים.

20. כאמור, בעל זכות יוצרים רשאי לתת הרשאה לשימוש בזכות אחת או יותר מאגד הזכויות המנויות בסעיף 11 לחוק, ועל כן ייתכן מצב שבעל זכות מעניק לגוף המשדר רישיון לשידור היצירה (כאמור בסעיף 14 לחוק), בלבד, שדי בו מבחינה משפטית כדי להפיץ את התוכן לציבור באופן של שידור, אך בעל הזכות משאיר בידיו את הזכות לביצוע פומבי (כאמור בסעיף 13 לחוק), שתוסדר באופן חוזי עם המבקשים לבצע ביצוע פומבי. כמובן, שהחיוב בתשלום קם רק כאשר מדובר בביצוע פומבי – "השמעתה [של יצירה] או הצגתה בציבור, במישרין או באמצעות מכשיר", בהתאם ליישום הסעיף בפסיקה, ורק אם הביצוע הפומבי אינו חוסה תחת אחד השימושים המותרים. יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו, והעובדה שמדובר במקום בו הביצוע הפומבי משמש את בעל העסק כדי למשוך לקוחות לעסקו, כך שיבצעו שם רכישה של טובין או שירותים, עשוי להיות כלי עזר לבחינה זו.

21. בענייננו, בהחלטת בית המשפט הנכבד הועלתה אפשרות פרשנית לפיה הסכמה של בעל זכות יוצרים לשידור יצירתו ב"ערוץ ציבורי" כוללת בחובה את ההסכמה לביצוע פומבי על ידי צד ג' 'בזמן אמת' של היצירה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לקבל אפשרות פרשנית זו שכן היא אינה מתיישבת עם חוק זכות יוצרים ועם הפסיקה כפי שהוצגה לעיל. אכן, על פי החקיקה הקיימת, השידור בערוץ ציבורי (או בכל ערוץ "פתוח" אחר) אינו מקנה לקולט השידור את הזכות לביצוע פומבי – נהפוך הוא. לשם ביצוע פומבי, נדרש היתר מבעל הזכות, או שהשימוש יהיה מותר תחת פרק ד' לחוק זכות יוצרים.

22. יתר על כן, פרשנות זו עלולה להביא לכך שהערוצים הפתוחים לצפייה ללא מגבלה של דמי מנוי או מגבלה אחרת, ייאלצו לשאת הן בעלויות הזכות לשידור והן בעלויות הזכות לביצוע פומבי ובפועל יסבסדו את בעלי העסקים אשר מבקשים לעשות ביצוע פומבי של המשדרים, ביצוע אשר כאמור הם צפויים ליהנות ממנו בפן המסחרי (שהרי, אין סיבה להניח שבעל הזכויות יבחר שלא לגבות תשלום בגין הביצוע הפומבי ולסבסד את בעלי העסקים בעצמו, כפי שאף נרמז בעמדת המשיבה). יצוין כי ערוצים אלה כוללים את כלל הערוצים המצויים על גבי עידן פלוס: הערוצים הציבוריים של תאגיד השידור הישראלי הציבורי והערוצים המסחריים כגון רשת, קשת, ערוץ 10, "ערוץ המורשת" ("ערוץ 20") וערוץ המוזיקה ("ערוץ 24"). כמובן שייתכן מצב שבו גוף משדר רכש גם רישיון לביצוע

פומבי של היצירה. כדי להכריע בשאלה זו יש לבחון את ההסכם הפרטני בין הצדדים, אך לעמדת היועץ המשפטי לממשלה אין להניח א-פריורית כי אלה הם פני הדברים, הן מבחינת לשון החוק וההפרדה שהוא עושה בין הזכויות השונות, והן מבחינה תכליתית כמתואר כאן.

23. פרשנות זו, לפיה הסכמה של בעל זכות יוצרים לשידור בערוץ ציבורי (או למעשה כל ערוץ הניתן לקליטה מהאוויר ללא תשלום) כוללת בחובה גם את ההסכמה לביצוע פומבי על ידי צד ג' הקולט את שידורי הערוץ משמעה למעשה שינוי מן המצב המשפטי החל לגבי שידורי הרדיו בישראל. כידוע, שידורי הרדיו ניתנים לקליטה מהאוויר אך לא היה כל ספק בפסיקה כי "ביצוע פומבי" של אותם שידורי רדיו מצריך היתר מבעל זכות היוצרים, הגם שמדובר בשידורי רדיו "ציבוריים" (או כל שידור רדיו אחר הניתן לקליטה מהאוויר ללא תשלום).

24. המקור החוקי להגבלה על יכולתם של אנשים בקרב הציבור, לרבות בעלי עסקים, לבצע ביצוע פומבי של תכנים הכלולים במשדרים, לרבות בזמן אמת, הוא חוק זכות יוצרים; והעובדה שהשידור ניתן לקליטה מהאוויר ללא תשלום נוסף אינה משנה מכך. זאת כמובן, אלא אם כן, כלל לא מדובר בביצוע פומבי; אם הוסכם אחרת בין בעל זכות יוצרים בתוכן המשודר לבין קולט השידור שמבצע ביצוע פומבי של אותו תוכן המשודר; או אם מדובר בשימוש מותר. על כן, אם נערך בבית עסק ביצוע פומבי ללא היתר מבעל זכות היוצרים והשימוש אינו חוסה תחת אחד מן השימושים המותרים לפי חוק זכות יוצרים – והגם שמדובר בשידור הניתן לקליטה מהאוויר בחינם – מדובר לדעת היועץ המשפטי לממשלה בהפרה של זכות יוצרים (ככל שתוכח כיאות בבית המשפט).

וידגש, הגוף המשדר (ציבורי או שאינו ציבורי) אמנם אינו רשאי להגביל ביצוע פומבי, אבל בעל זכויות היוצרים רשאי להגבילו. כאמור, לעתים יש זהות בין הגוף המשדר לבין בעל זכות היוצרים (כך לדוגמא מהעת האחרונה, כאשר תאגיד השידור הציבורי הישראלי רכש את הזכויות למונדיאל, או – בדוגמא שאינה מעולם הספורט – כאשר מדובר בתוכן מקורי שהגוף המשדר מפיק או רוכש).

25. בשולי הדברים יעיר היועץ המשפטי לממשלה, כי בסעיפים 4(ד)-(ה) להחלטת בית המשפט הנכבד, נערכה אבחנה בין מי שקולט שידורים באמצעות פלטפורמות הכבלים (הוט) או הלוויין (יס) לבין שידור "ציבורי" וצוין, כי מי שמנוי על פלטפורמות אלו מנוע מביצוע פומבי של שידורי הפלטפורמה לנוכח הסכמי המנוי. אולם, חלק מאותם שידורים "ציבוריים" נקלטים אצל הצופה (בבית או בבית העסק) על גבי הוט ויס, ולמעשה כך הדבר לגבי מרבית הציבור (לפי נתוני שנת 2017 כ- 55% מכלל בתי האב בישראל מנויים על אחת מפלטפורמות אלו), כך שפרשנות שתביא למסקנה כי אדם הקולט את השידור הציבורי באמצעות הוט או יס אינו רשאי לבצע ביצוע פומבי את התכנים הכלולים בשידור, בעוד שאדם הקולט את השידור הציבורי, למשל, באמצעות מערך עידן פלוס רשאי לעשות כן, תביא לעיוות נוסף. אכן, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, השאלה האם

מקורו של משדר ספורט המוקרן בבית עסק הוא בשידור שמוסדר חוזית (שידור בכבלים או בלוויין) או בשידור שאינו מוסדר חוזית (שידור שנקלט באמצעות מערך עידן פלוס או בדרך אחרת), אינה יכולה להיות השאלה המכריעה לעניין קיומה של הזכות לשידור פומבי, אשר מוכרעת על פי חוק זכות יוצרים.

26. יצוין, כי ביום 6.8.2018 ניתן פסק דין בת"א 27019-09-15 **צ'רלטון בע"מ נ' עולם הבאולינג בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 06/08/2018), שם קבע בית משפט השלום בתל אביב-יפו, בין היתר, כי: "אדם שחלקו בהצגת יצירה מסתכם בהצבת מקלט טלוויזיה איננו "מבצע" את היצירה המשודרת, אלא, בסך הכול, "קולט" את היצירה המשודרת. ואם אותה "קליטה" של השידור נעשית בפרהסיה, במקום ציבורי, לא ב"ביצוע פומבי" עסקיני, אלא ב"קליטה פומבית" של שידור ציבורי... כאשר מעורבות הנתבעים בהקרנת משחק הכדורגל הסתכמה בהפעלת מכשיר טלוויזיה פשוט בלא כל אמצעי הגברה, הרי שבכך כלל לא "ביצעו" את היצירה."

27. כפי שהובהר לעיל, יתכן שימוש שאינו עולה כדי "ביצוע פומבי" אף אם הציבור נחשף לו, כמו אותו נהג מכונית המחריש את אוזני העוברים והשבים ברחוב. ואולם, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, לא ניתן לפצל בין ה"קליטה הפומבית" בפרהסיה, לבין ביצוע פומבי של היצירה, שהרי לפי סעיף 13 לחוק, ביצוע פומבי הוא השמעה או הצגה של יצירה בציבור, במישרין או באמצעות מכשיר. כלומר, ביצוע הוא השמעה או הצגה של יצירה במישרין או באמצעות מכשיר – וקליטה של היצירה המשודרת באמצעות מכשיר הטלוויזיה או הרדיו המוצב בבית העסק, כאשר אותו מכשיר מופעל, מהווה השמעה או הצגה של היצירה.

28. הניתוח המשפטי של המצב שניתן כדוגמא בפסק הדין, שבו הפעלת המכשיר נעשית ללא הגברה כך שהיא מיועדת למי שעובד בבית העסק (או נהג האוטובוס, בדוגמה אחרת), רלבנטית ליסוד הפומביות של הביצוע, אך לא ביחס לשאלת התקיימותו של הביצוע. כלומר, יש לשאול, האם הביצוע מופנה לציבור ולא האם כלל היה ביצוע. למעשה, פרשנות בית המשפט בפסק הדין דשם מרוקנת מתוכן את הזכות לביצוע פומבי.

העובדה שלגורם מסוים (גוף השידור) יש רשות/היתר מבעל הזכויות לשדר יצירה (בין אם "שידור ציבורי" ובין אם "שידור מסחרי") או אף אם הוא עצמו בעל הזכויות ביצירה המשודרת, אינה כוללת בהכרח היתר לצד ג' לבצע באופן פומבי את היצירה המשודרת באמצעות טלוויזיה, רדיו או אמצעי אחר לקליטת שידורים.

29. לאור האמור לעיל, ולסיכומם של דברים, עמדת היועץ המשפטי לממשלה – בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד והשאלות שהועלו במסגרתה – היא כי קליטה מהאוויר של שידורים ללא תשלום אינה מקנה את הזכות או האפשרות למי מהציבור לבצע ביצוע פומבי של יצירות הכלולות באותם שידורים, אם הן מסוג היצירות המנויות בסעיף 11(3) לחוק זכות יוצרים, מכוח חוק זכות יוצרים. השאלה בכל בית עסק האם מדובר בשימוש בזכות היוצרים באופן שמחייב קבלת הרשאה מבעל הזכות דורשת כמובן בחינה פרטנית

של קיומם או העדרם של יסודות מעשה הביצוע הפומבי, ואם נתקיימו – בחינת היות השימושים חוסים תחת חריגי השימושים המותרים, אם לאו.


נרית צביב-מזרחי, עו"ד

סגנית בכירה א' בפרקליטות מחוז מרכז-אזרחי