

הגדרת ההפרה של זכויות יוצרים כעברה פלילית ואכיפתה בישראל

מאת

מרים מרקוביץ-ביטון*

מאמר זה מבקש לבחון את המנשק של דיני זכויות יוצרים והדין הפלילי. תיבדק מורכבות השימוש בדין הפלילי במקרים שדיני הקניין הרוחני מעורבים בהם ותתואר הבעייתיות שבהחלתו של הדין הפלילי בתחום דיני זכויות היוצרים. היבטים השוואתיים של הסוגיה ייבחנו גם הם, לרבות הניסיון שנצבר בנושא בארצות הברית ובדין הבינלאומי. לבסוף תסוקר אכיפת הדין הפלילי בתחום זכויות היוצרים בישראל ויוצע לשקול כמה כיווני מחשבה בנוגע לדין הראוי. טענתו המרכזית של המאמר היא, שהשימוש בדין הפלילי בתחום זכויות היוצרים הוא בעייתי וכי מאמצי האכיפה צריכים להתמקד במישור האזרחי (ולא הפלילי); יש לבחון דרכי אכיפה טכנולוגיות ופעילות במישור החקיקתי והחינוכי לריכוכם של דיני זכויות היוצרים ולהנהגת שינוי נורמטיבי בנוגע לאיסור העתקה ולכיבוד זכויותיהם של יוצרים. מעבר לכך, באשר לדין הישראלי טענתו של המאמר היא, כי דיני זכויות יוצרים אינם עדכניים וכי אין מקום לשימוש מוגבר בדינים אלה בטיפול בהפרות, כפי שננקט כיום בידי המחוקק ובידי בתי המשפט.

הקדמה. א. הפללה ואכיפה פלילית של זכויות קניין רוחני; 1. מורכבות השימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות קניין רוחני; 2. הצדקות והתנגדויות לשימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות קניין רוחני. ב. מן הכלל אל הפרט: המנשק שבין הדין הפלילי לדיני זכויות יוצרים; 1. מוסריות ונזק; (א) מוסריות ונורמות חברתיות; (ב) נזק; 2. זכויות יוצרים ודיני הקניין; 3. מדיניות זכויות יוצרים; 4. משפט פלילי, חופש הביטוי והגנת השימוש ההוגן; 5. עלויות הטמעת הדין הפלילי. ג. הדין המצוי: אכיפה פלילית של זכויות יוצרים; 1. אכיפה פלילית של זכויות יוצרים בארצות הברית – הניסיון האמריקני כמקרה מבחן; (א) השפעת כלי האכיפה הפלילית על היקף הפרת זכויות יוצרים בארצות הברית; (1) הרתעה ואכיפה; (2) השפעת ה-*NET ACT*; (3) השפעת ה-*DMCA*; (4) השפעת ה-*ProIP Act*; (ב) סיכום; 2. אכיפת זכויות

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

* ברצוני להודות למשתתפי הסדנה למשפט וטכנולוגיה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, למשתתפי הסדנה במשפט וכלכלה באוניברסיטת בר-אילן, למשתתפי הסמינר המחלקתי במכללת "שערי משפט", למשתתפי הכנס "המרחב הבינתחומי של דיני הקניין הרוחני" שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן, לשלומי ארדן, למיכאל בירנהק, למיכל בלומנטל, לאלחנן דרייפוס, לאלדר הבר, ללאה ויזל, לליאור זמר, לכבוד השופט אברהם טננבוים, לאסף יעקב, ליעקב נוסים, לרימון סילברמן, לגדעון פרחומבסקי, לעמית ג'ובאני פרידמן, ליעל רונן, לאירית רפאל, למרדכי שורק, לחברי מערכת כתב העת "מחקרי משפט" ולקוראים אנונימיים אשר שפטו מאמר זה.

יוצרים לפי הדין הבינלאומי; 3. אכיפה פלילית של זכויות יוצרים בישראל; (א) אכיפה פלילית וחקיקה; (ב) פסיקה; (ג) ענישה. ד. הדין הראוי: לאן? סיכום.

הקדמה

סוגיית האכיפה הפלילית של דיני הקניין הרוחני נמצאת בלב השיח הציבורי בשנים האחרונות הן ברמה המדינתית הן ברמה הבינלאומית. הרקע לדיון הגובר והולך באכיפה פלילית הוא ריבוי מקרי ההפרות של זכויות יוצרים, הנובע בין השאר מפיתוח טכנולוגיות מידע וטכנולוגיות העתקה מתוחכמות ומן השימוש הרב באינטרנט, המאפשר נגישות לתכנים רבים וגם את הפצתם של תכנים מפרים.

אמנם קשה מאוד לקבוע במדויק את שיעורי ההפרות של זכויות יוצרים ברמה העולמית והמדינתית, אך ישנם נתונים בעניין הפרות של זכויות יוצרים, המצביעים על היקפי הפרה ניכרים באשר למגוון סוגים של יצירות. על פי דיווחים של ארגון הגג של תעשיית התוכנה העולמית, עמד הערך המסחרי של הפרות זכויות יוצרים בתוכנות מחשב בשנת 2011 על סך 63.4 מילארד דולרים.¹ שיעורן של התוכנות המפרות מכלל התוכנות הקיימות בעולם עמד באותה השנה על כ-2.42%². באופן דומה מדוחות שנכתבו על הפרת זכויות יוצרים בתעשיית המוזיקה עולה, שכ-28% ממשתמשי המחשב בעולם מתחברים לשירות לא-חוקי להורדת תכנים מוגנים בזכויות יוצרים מדי חודש.³ לאחרונה, בדוח מקיף ויסודי של חברת Envisional שפורסם בתחילת שנת 2011 בנוגע להפרת זכויות יוצרים באינטרנט דווח, כי לפחות 24% מכלל התכנים המועברים באינטרנט מפרים זכויות יוצרים.⁴ נתון זה אינו כולל תכנים פורנוגרפיים. לפי הערכות החברה, השימוש בתוכנת BitTorrent⁵ מהווה כ-17.9% מכלל התעבורה באינטרנט.⁶ קרוב ל-63.7% מכלל התכנים המורדים באמצעות תוכנה זו מוגנים בזכויות יוצרים ומופצים שלא כחוק.⁷ באשר לשימוש בתאי אחסון קיברנטיים (cyberlockers) – אתרי אינטרנט המאפשרים למשתמש לאחסן קבצים דיגיטליים אישיים (כגון האתר Megaupload) – נראה כי 7% מתעבורת האינטרנט מקורה באתרים אלה.⁸ מתוך כלל התכנים המועברים באתרים אלה, כ-73.15% הם תכנים מפרים.⁹ גם

1 B.S.A. (2011), 2011 BSA Global Software Piracy Study (9th ed. May 2012), available at http://www.bsa.org/country/Research%20and%20Statistics/~media/Files/Research%20Papers/GlobalStudy/2011/2011_BSA_Piracy_Study%20Standard.ashx

2 שם, בעמ' 1.

3 I.F.P.I., *Digital Music Report 2012: Expanding Choice. Going Global*, available at <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2012.pdf> (להלן – Digital Music Report).

4 Envisional Ltd. (2011), *Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet*, available at <http://www.scribd.com/doc/48336443/Envisional-Internet-Usage-Jan2011> (להלן – דוח Envisional).

5 BitTorrent הוא פרוטוקול שיתוף הקבצים הנמצא בשימוש הגדול ביותר בעולם, עם יותר משמונה מיליון משתמשים בו-זמנית ומאה מיליון משתמשים באופן קבוע ברחבי העולם כולו.

6 דוח Envisional, לעיל ה"ש 4, בעמ' 2.

7 שם.

8 שם. ראו גם את ההגדרה ב"ויקי-מילון" למונח "cyberlocker": <http://en.wiktionary.org/wiki/cyberlocker>.

9 דוח Envisional, לעיל ה"ש 4, בעמ' 5.

נתח נכבד מן התכנים המועברים ברשתות "עמית לעמית" (peer-to-peer) ובזירות לשיתוף קבצים¹⁰ הם תכנים מפרים. בדיקה של פרוטוקולים כגון Usenet ו-Gnutella ומנוע חיפוש דוגמת edonkey ואחרים מעלה, שכ-86.4% מן התכנים באתרים אלה היו תכנים מפרים ולא פורנוגרפיים והיוו כ-5.8% מכלל תעבורת האינטרנט.¹¹ טכנולוגיית ההזרמה (streaming)¹² היא טכנולוגיה הצוברת תאוצה וההופכת למדיום המרכזי להעברת תכנים בסביבת האינטרנט, אשר באמצעותה מועברים כיום כ-25% מן התכנים באינטרנט; כ-5.3% מכלל התכנים המוזרמים כך הם תכנים לא-חוקיים, המופצים דרך אתרים כגון Megavideo ואחרים.¹³ על רקע הפרות נרחבות אלו, העיסוק בשאלת האכיפה של זכויות יוצרים ובשאלת יעילותה מתבקש מאליו.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: פרק א ידון במנשק שבין הדין הפלילי לדיני הקניין הרוחני ויעמוד על הקשיים שמעורר יישומו של הדין הפלילי בתחום זה. פרק ב יעסוק במנשק שבין הדין הפלילי לדיני זכויות יוצרים ויעמוד על הקשיים הייחודיים למפגש זה. פרק ג יספק מבט השוואתי על מנגנוני האכיפה בדין הבינלאומי, בדין האמריקני ובשיטות משפט נוספות, ולאחר מכן מקרה המבחן האמריקני ישמש בסיס לבחינת הדין הישראלי. לבסוף אפנה בפרק ד לבחון כיווני חשיבה חדשים באשר לדין הראוי בישראל, תוך התחשבות בסביבה הייצירתית החדשה, ואציע להתמקד במנגנונים אזרחיים וחינוכיים כחלופה ממשית לשימוש בכלי אכיפה פליליים.

א. הפיכתה של הפרת זכויות קניין רוחני לעבירה פלילית ואכיפה פלילית של זכויות קניין רוחני

דיני העונשין מבוססים על התפיסות המקובלות בחברה המאורגנת בנוגע לערכים החיוניים לקיומה התקין. כל חברה מאורגנת קובעת לעצמה ערכים שהיא מעוניינת להגן עליהם באמצעות דיני העונשין, כדי לאפשר את תפקודה ואת התפתחותה התקינים.¹⁴ לאור הנחה זו ש"ז פלר סבור, כי עבירות פליליות נקבעות לפי תפיסת מושגי ה"טוב" וה"רע" בחברה נתונה. לטענתו, תפקידם המרכזי של דיני העונשין הוא "לכוון את התנהגות הציבור כך שלא יגיע לידי עבירה", ו"תנאי יסוד להשגת מטרה זו הוא כי ההתנהגות המוגדרת כעבירה פלילית תיראה שלילית ומסוכנת לא רק משום שהחוק מאיים בעונש על ביצועה, אלא, ואולי בעיקר, משום שאיננה מתיישבת עם התודעה המשפטית של הציבור ועם ערכיו המוסריים".¹⁵ על בסיס האמור לעיל

- 10 רשתות "עמית לעמית" (peer-2-peer), או בקצרה P2P, הן רשתות מחשבים שבהן כל מחשב ברשת יכול לשמש קליינט או שרת למחשבים האחרים ברשת ולאפשר להם גישה לקבצים שעל המחשב. לצורך זה נדרש, כי כל המחשבים באותה רשת יחלקו תוכנה שתאפשר לכלל המחשבים לתקשר זה עם זה.
- 11 דוח Envisional, לעיל ה"ש 4, בעמ' 5.
- 12 טכנולוגיית הזרמה היא טכנולוגיה שבה תוכני מדיה מועברים ומוצגים למשתמש קצה באופן תמידי באמצעות ספק המזרים את התכנים הללו. ייחודה של טכנולוגיית ההזרמה הוא בכך, שאפשר לצפות במידע גם אם הקובץ בשלמותו טרם הועבר למשתמש הקצה.
- 13 דוח Envisional, לעיל ה"ש 4, בעמ' 3.
- 14 יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 10–13 (2008).
- 15 ש' ד' פלר יסודות דיני עונשין כרך א 51–52 (1984); וראו גם שם, בעמ' 56: "לעולם העבירה היא ביטוי לקונפליקט בין הפרט לבין התפיסות המקובלות על החברה המאורגנת בנוגע להגנת הערכים החיוניים לקיומה התקין"; גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א 202 (2009).

ניב ואקי ויורם רבין מציינים, כי "דיני העונשין הם תלויי-חברה ותלויי-תרבות".¹⁶ הקשר שבין תרבות הרוב של החברה המאורגנת לבין המשפט הפלילי מוצא את ביטויו בשינויים בדיני העונשין, המותאמים לשינוי העתים ולרוח התקופה. שינויים אלה עשויים לצמצם את המשפט הפלילי ועשויים להרחיבו.

הדין הפלילי מצא את דרכו אל דיני הקניין הרוחני בקצב מהיר למדי.¹⁷ לאור תפקידם המרכזי של קניינים רוחניים בכלכלת מדינות העולם בכלל ובכלכלה האמריקנית והישראלית בפרט – בעיקר בעידן המידע¹⁸ – לא מפתיע שהדין הפלילי משמש גם הוא בתפקיד אכילה בתחום זה. עם זאת בשל אופיים המיוחד של מוצרי קניין רוחני כ"טובין ציבוריים" (המתאפיינים בהיעדר יריבות ובאי-מניעות – צריכת מוצר בידי האחד אינה מונעת את צריכתו בידי אחר בעת ובעונה אחת, ואי-אפשר להדיר אחרים מן השימוש במוצר משנפל לידי הציבור (בהתאמה)), החלת הדין הפלילי בהקשר של דיני הקניין הרוחני מעוררת התנגדות עזה מצד רבים.

1. מורכבות השימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות קניין רוחני

השימוש בדין הפלילי באשר להפרה של זכויות קניין רוחני מעורר שאלות רבות. מטרת הדיון שלהלן היא לנתח את המפגש בין שני דינים אלה בכלל ולאחר מכן לבחון את המנשק שבין דיני זכויות יוצרים והדין הפלילי בפרט.

האם הפרה של זכות קניין רוחני צריכה להיחשב לעבירה? האם יש מקום לנקוט סנקציות פליליות כאשר ישנן תרופות אזרחיות להפרה של זכויות קניין רוחני? ספרות תאורטית מועטת מנסה להתמודד עם שאלות אלו, אך ישנו דיון כללי בספרות המשפטית בנוגע לשאלת השימוש בסנקציות פליליות כאשר מופרות זכויות קניין רוחני.

16 רבין וואקי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10. ראו גם פלר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1; יורם שחר "משפט פלילי ותרבות בישראל" פלילים ז' 77 (1998); דברי השופט חשין בבג"ץ 5432/03 ש.י.ך. – לשיויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 91–92 (2004); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 30 (1994).

17 Stuart P. Green, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS L.J. 167, 235–236 (2002) (להלן – Green, *Plagiarism*). ("Probably no area of criminal law has experienced more growth in recent years than intellectual property, at least in terms of legislative enactments. In the last two decades alone, Congress has criminalized both trademark infringement and theft of trade secrets; broadened the scope of criminal liability for copyright infringement; imposed criminal liability for the manufacture and sale of devices that can be used to circumvent technological protection measures; and made trademark counterfeiting, theft of trade secrets, and copyright violation predicate acts under both the money laundering and RICO statutes")

18 EXECUTIVE OFFICE FOR U.S. ATTORNEYS, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, PROSECUTING INTELLECTUAL PROPERTY CRIMES I (3rd ed., 2006) ("[I]n 2005 the overall value of the 'intellectual capital' of U.S. businesses – including copyrights, trademarks, patents, and related information assets – was estimated to account for a third of the value of U.S. companies, or about \$5 trillion"), available at <http://www.cybercrime.gov/ipmanual/ipma2006.pdf>

הפרה של זכויות קניין רוחני שונה מעבירות אחרות במובנים רבים. הפרות אלו בדרך כלל אינן אלימות.¹⁹ קשה אף להעריך את נזקי ההפרה של זכויות קניין רוחני.²⁰ זאת ועוד, קרבנות הפשיעה בתחום זה אינם ניתנים תמיד לזיהוי.²¹ גם בשאלה, מי צריך לשאת באחריות פלילית להפרה של זכויות קניין רוחני, לא תמיד ניתן להכריע בנקל.²² לעתים קרובות נסיבות ההפרה של זכויות קניין רוחני הן התנהגות שהיא יצרנית כשלעצמה ואף רצויה מבחינה חברתית.²³ מאפיינים אלה הביאו מלומדים לגרוס, שעבירות הקשורות להפרה של זכויות קניין רוחני לוקות בעמימות מוסרית.²⁴ עמימות מוסרית זו גרמה לרבים מהם לתהות, אם יש בכלל מקום להכניס הפרות של זכויות קניין רוחני לגדר המשפט הפלילי.²⁵

הבעייתיות אינה מתמצית בכך. הדיון בהפרות קניין רוחני ובפליליותן מתמקד פעמים רבות בניסיון ליצור הקבלה בין הפרה של זכויות קניין רוחני לעבירת הגניבה, על אף הקושי שבעצם עריכת השוואה כאמור (מטעמים רבים, כפי שאראה בהמשך).²⁶ זאת ועוד, הדיון בפליליות ההפרות של זכויות קניין רוחני מתמקד לעתים קרובות בכמה פרדיגמות של הפרה של זכויות קניין רוחני שהן מגוונות מטבען, כגון סימון מטעה של מוצרים, זיוף מוצרים והפרות רגולטוריות.²⁷ אין חולק על כך שפרדיגמות אלו שונות הן מאוד זו מזו, שכן כל אחת מהן מבוססת על אדנים דוקטרינריים ומוסריים אחרים. מגוון זה מעצים את העמימות המוסרית באשר לשימוש בדין הפלילי בתחום זה.²⁸

עם זאת חשוב לציין, שחרף העמימות המוסרית המתלווה להפרות של קניין רוחני, אין חולק על כך שמוצדק להשתמש בדין הפלילי גם בענף משפטי זה.²⁹ כפי שאראה בהמשך, בנסיבות

Irina D. Manta, *The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement*, 24 19
HARV. J.L. & TECH. 469, 475 (2011).

Stuart P. Green, *Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law*, 18 NOTRE DAME J.L. ETHICS & 20
PUB. POL'Y 501, 510 (2004) (להלן – Green, *Moral Ambiguity*) (המאמר דן בעבירות צווארון לבן, בקשיים שבזיהוי הנזקים שהן גורמות וקרבנותיהם).

שם, בעמ' 509. אציין, כי ברי שהקרבנות הם בדרך כלל בעלי הזכויות, אך לא תמיד ניתן לזהותם.

שם, בעמ' 510.

שם, בעמ' 513.

שם, בעמ' 502–503.

שם, בעמ' 508–510.

Green, *Plagiarism*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 240–241.

שם.

“Despite the significance – both moral and doctrinal – of such paradigms, it is 241 :שם, בעמ' 28
often difficult to determine why Congress chose to use one rather than another. From the
perspective of intellectual property law, to refer to what are essentially copyright or patent
violations as ‘theft’ may seem inconsistent with the idea of ‘infringement’ and ‘false marking’ as
sui generis. From the perspective of criminal law, moreover, words like ‘theft’ and ‘stealing’ have
particular expressive and moral resonances that are unlikely to find easy equivalence in the law of
Grace Pyun, *The 2008 Pro-IP Act: The Inadequacy of the Property* ; ראו גם
Paradigm in Criminal Intellectual Property Law and its Effect on Prosecutorial Boundaries, 19
DEPAUL J. ART, TECH. & INTELL. PROP. L. 355, 379–385 (2009) (המחברת דנה בשאלה, כיצד
החוק מצדיק את הפללת העבירות של זכויות יוצרים באמצעות השימוש בפרדיגמות של קניין ומסבירה,
מדוע השימוש בפרדיגמה זו אינו מוצדק לאור ההבדלים בין קניין וקניין רוחני).

Green, *Moral Ambiguity*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 518–519 (המחבר מציע כמה אפשרויות אשר
באמצעותן אפשר להפחית אי-ודאות, הכוללות הגדרה של הנזקים שנגרמים מעבירות של הפרת קניין

מסוימות – שאינן מלוות בעמימות מוסרית – יש מקום לשימוש זהיר בדין הפלילי גם במקרי הפרה של זכויות קניין רוחני.

2. הצדקות והתנגדויות לשימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות קניין רוחני

הפרה של זכויות קניין רוחני הפכה לתופעה שכיחה ורחבת היקף בעשור האחרון של המאה העשרים ובמאה העשרים ואחת. אחת הסיבות המרכזיות לתופעה זו היא פיתוח של טכנולוגיות העתקה והפצה ונגישותן לכל מי שברשותו מחשב ביתי. למרות זאת יש מי שקוראים להשתמש בזיהור או אף להימנע לחלוטין מלהשתמש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות קניין רוחני, גם כאשר פסיקת סעדים אזרחיים אינה מצליחה להרתיע מפני הפרת זכויות.³⁰ לטענת המתנגדים לשימוש בדין הפלילי, סעדים אזרחיים אף הם אינם יעילים למניעת הפרה של זכויות קניין רוחני, מכיוון שרבים אינם רואים במעשים הנוגעים להפרת קניין רוחני – גם אם הם מהווים עבירות פליליות – מעשים פסולים מבחינה מוסרית. כדי שחקיקה פלילית תהיה יעילה ותשיג את מטרתה, על הציבור להאמין שישנה הצדקה מוסרית לחקיקה ושהחוק התקבל בתהליך ראוי בידי גוף אמין ומקובל על הציבור.³¹ כך למשל, רוב בני האדם אינם רוצחים, אונסים או גונבים לא רק משום שהם חוששים מן האיסור הפלילי ומן הסנקציה שלצדו, אלא מכיוון שהם הפנימו את חשיבות הנורמות האוסרות מעשים אלה.³² לפיכך, לטענת סטיוארט גרין, קביעה ולפיה מעשים הקשורים להפרה של זכויות קניין רוחני הם עבירות, לא בהכרח תביא כשלעצמה לשינוי במידת הציות לנורמה או כיבודה בחברה. רק שכנוע של הציבור בכך שהפרה של זכויות קניין רוחני היא התנהגות פסולה מן הבחינה המוסרית והפנמת חשיבותה של הנורמה המשפטית יחולל את השינוי המיוחל בתחום זה ויביא להפחתת שיעורי ההפרות של זכויות אלו.³³

רוחני והגדרה מדויקת יותר של הניזוקים מעבירות אלו); ראו Manta, לעיל ה"ש 19, בעמ' 476, המצטטת את DOUGLAS HUSAK, OVER CRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW (2008) ("Penal statutes must proscribe a nontrivial harm or evil; hardship and stigma may be imposed only for conduct that is in some sense wrongful; violations of criminal laws must result in punishments that are deserved; and the burden of proof should be placed on those who advocate the imposition of criminal sanctions")

30 Green, *Plagiarism*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 237–235.

31 שם, בעמ' 238–237 (המחבר מצטט את Tom R. Tyler, *Compliance with Intellectual Property* (Laws: A Psychological Perspective, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 219, 225 (1996–1997)).

32 שם, בעמ' 238; Pyun, לעיל ה"ש 28, בעמ' 391: "[I]t is difficult to impose upon society the view that IP offenses are immoral unless society thinks that the offense is harmful to begin with"

33 Green, *Plagiarism*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 239. ראו גם Pyun, לעיל ה"ש 28, בעמ' 393–394: "In order for the government to create a meaningful progress in the long term effectiveness of criminal IP laws and to establish a more balanced policy of IP owner rights and public access, the DOJ needs to implement the law that targets the behavior and not the property. The key is to set clearer boundaries between civil and criminal IP sections and the DOJ must be clear to limit its role in the criminal realm"

אם הגישה לקניין רוחני תהיה דומה או זהה לגישה הנקטת לקניין מוחשי, לא יהיה כל קושי להצדיק שימוש בדין הפלילי גם במקרי הפרה של זכויות קניין רוחני.³⁴ מלומדים אחדים סוברים, שישנו דמיון בין נזקים הנגרמים עקב הפרה של זכויות קניין רוחני ובין נזקים הקשורים לקניין מוחשי.³⁵ כך למשל, בדומה למקרי הפרה של זכויות קניין מוחשי, גם מפר של זכויות קניין רוחני עלול לגרום לירידת ערכו הכלכלי של נכס שבו הופרו זכויות.³⁶ נוסף על כך, כשם שמזמים רבים נפגעים מעבירות הקשורות לקניין מוחשי, כך גם התמריץ לפתח קניינים רוחניים עלול להיפגע בשל הפרה.³⁷ עם זאת ישנם מי שטוענים, שהפרה של זכויות קניין רוחני מתרחשת בדרך כלל באקראי ולפיכך ייתכן שהפרה שכזו היא חמורה פחות מפגיעה בקניין מוחשי.³⁸ בשל חשיבותם של קניינים רוחניים לכלכלה של מדינות בכלל ולכלכלה האמריקנית והישראלית בפרט ישנם מי שסבורים, כי אין להסתפק בסעדי אכיפה אזרחיים וכי יש להשתמש גם באמצעי אכיפה פליליים כדי להרתיע מפני הפרה של זכויות קניין רוחני.³⁹ בשל מעורבותם ההולכת וגדלה של גורמים עברייניים (כגון ארגוני פשיעה) בהפרה של זכויות קניין רוחני עלולה הטענה, שיש מקום להשתמש בכלי האכיפה הפלילית בצורה ממוקדת יותר, אשר תחמיר את הענישה במקרי הפרה שבהם מעורבים גורמי פשיעה מאורגנת.⁴⁰ בשל היקף ההפרות הנרחב של זכויות קניין רוחני ובשל מעורבותם של ארגוני פשיעה בהפרות "סדרתיות" שלהן, הסדר החברתי נתון בסכנה ולפיכך יש מקום להשתמש בכלי אכיפה פלילית המחמירים יותר עם ארגונים אלה.⁴¹

ההתנגדות לשימוש בכלי אכיפה מתחום המשפט הפלילי בתחום הקניין הרוחני נובעת מחששות נוספים. נשמעת הסברה, כי שימוש בכלי אכיפה אלה יביא לחיזוק ההגנה על קניין רוחני וכי בעקבות זאת ייפגע היקפם של נכסים שהם נחלת הכלל, המשמשים את הציבור לצורכי יצירה וחדשנות ואף יביא לפגיעה בערכים חשובים אחרים, כגון ערכי חופש הביטוי.⁴²

- 34 Manta, לעיל ה"ש 19, בעמ' 475-477 (המחברת מבהירה, כיצד נזק כלכלי שנגרם באשר לקניין מטיל חובה להשית סנקציות וכי לעתים אף אין צורך בנוק כלכלי כדי להשית סנקציות).
- 35 שם, בעמ' 473-480.
- 36 שם, בעמ' 479.
- 37 שם, בעמ' 479-480.
- 38 שם, בעמ' 480.
- 39 John R. Grimm, Stephen F. Guzzi & Kathleen Elizabeth Rupp, *Intellectual Property Crimes*, 47 AM. CRIM. L. REV. 741, 743 (2010) ("The marked increase in intellectual property theft, combined with the ineffective deterrence provided by civil remedies, has led the federal as well as state and local governments to enact criminal statutes to protect intellectual property").
- 40 Maureen Walterbach, Note, *International Illicit Convergence: The Growing Problem of Transnational Organized Crime Groups' Involvement in Intellectual Property Rights Violations*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 591 (2007).
- 41 שם, בעמ' 596-597.
- 42 Lucille M. Ponte, *Coming Attractions: Opportunities and Challenges in Thwarting Global Movie Piracy*, 45 AM. BUS. L.J. 331, 335 (2008) ("Furthermore, First Amendment advocates are concerned that the further criminalization of copyright violations places a chilling effect on free speech and continues to dismantle fair use principles in this march toward zero tolerance against movie copyright violations").

לבסוף ישנם מי שסבורים, כי שימוש בסעדים אזרחיים הוא פתרון מספק וראוי כדי להתמודד עם הפרה של זכויות קניין רוחני,⁴³ שכן אכיפה אזרחית נותנת מענה הולם וממצה לנזק שנגרם בשל הפרה של זכויות קניין רוחני, נזק שהוא בדרך כלל כלכלי מטבעו.⁴⁴ אכיפה פלילית עשויה לטענתם אף להביא להתרעת יתר מפני התנהגויות חוקיות ולגיטימיות.⁴⁵

ב. מן הכלל אל הפרט: המנשק שבין הדין הפלילי לדיני זכויות יוצרים

ריבוי הפגיעות ביצירות מוגנות בזכויות יוצרים (כגון בתחום המוזיקה, הקולנוע והמחשבים) גרר בעקבותיו את סיווגן של התנהגויות רבות כפליליות וכן ענישה פלילית מחמירה במדינות מפותחות.⁴⁶ אמנם השימוש בסנקציות פליליות במקרי הפרות של זכויות יוצרים נועד להביא ליציבות כלכלית, לשימור שיעורי תעסוקה גבוהים במגזרים יצירתיים ולהבטחת קיומם של תמריצים ליצירתיות,⁴⁷ אולם אכיפה פלילית זו ספגה גם ביקורת רבה. הדיון שלהלן יסקור וינתח סוגיות מרכזיות הנוגעות לשימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות יוצרים.⁴⁸

1. מוסריות ונזק

קביעה כי מעשים מסוימים הם פליליים נובעת בדרך כלל מפסלותם המוסרית או מהיותם פוגעניים ומזיקים.⁴⁹ עם זאת סיווגם של מעשים כפסולים מבחינה מוסרית או כמעשים פוגעניים הגורמים לנזק הראוי לענישה פלילית אינו קל ופשוט. אשר למוסריות, ישנם מי שסוברים כי

43 ראו Geraldine S. Moohr, *The Problematic Role of Criminal Law in Regulating Use of Information: The Case of the Economic Espionage Act*, 80 N.C. L. REV. 853, 918 (2002).

44 שם, בעמ' 919.

45 שם.

46 ראו Michael M. DuBose, *Criminal Enforcement of Intellectual Property Laws in the Twenty-First Century*, 29 COLUM. J.L. & ARTS 481, 484, 486–489 (2006) (המאמר סוקר את הסיכונים הקטנים, את העלויות הקטנות ואת הערך המסחרי הגבוה מאוד באשר להעתקה פירטית של תוכנה ושל DVD וכן את הצורך להילחם בהעתקות אלו באמצעות חקיקה פלילית עדכנית).

47 Robin Andrews, Note, *Copyright Infringement and the Internet: An Economic Analysis of Crime*, 83 B.U. J. SCI. & TECH. L. 256, 256 (2005) (המחבר מצטט את Karen J. Bernstein, Note, *Net Zero: The Evisceration of the Sentencing Guidelines Under the No Electronic Theft Act*, 27 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 57, 59–62 (2001)).

48 חשוב לציין, כי סעיפי האכיפה הפלילית של הפרת זכויות יוצרים עוסקים בהפרות מסחריות ובהפרות לצורך שימוש אישי. הפרות מסחריות של זכויות יוצרים כוללות בדרך כלל הפרות למטרת רווח, המתחרות בפעילות בעלי זכויות היוצרים. לעומת זאת הפרה לצורך שימוש אישי היא הפרה שלא למטרות רווח. הדיון באשר לסיווג הפרות של דיני זכויות יוצרים כעבירות פליליות נוגע בעיקר למגמה להפוך הפרות לצורך שימוש אישי ולא מסחרי לעבירות פליליות. ראו Geraldine S. Moohr, *The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory*, 83 B.U. L. REV. 731, 735–738 (2003) (להלן – Moohr, *Copyright Infringement* – המאמר סוקר את ההיסטוריה של הפיכתם של דיני זכויות יוצרים לדינים פליליים ואת ההבדל שבין הפרה תחרותית להפרה שאינה מסחרית).

49 שם, בעמ' 747–752.

מקורו של היבט זה איננו ברור או חד-משמעי. ייתכן שהקביעה כי מעשה מסוים הוא פסול מבחינה מוסרית נשענת על נורמות של קהילה מסוימת או על עקרונות הנובעים מתפיסות הטוב והרע של קהילה מסוימת.⁵⁰ אשר לנזק, ישנה טענה ולפיה כמה הגבלות צריכות להדריך אותנו בבואנו לטפל במעשה מזיק באמצעים מן המשפט הפלילי:⁵¹ ההגבלה הראשונה קובעת, שיש לשקול את השימוש בענישה פלילית וליישמו לצורך הרתעה מפני הנזק האמור רק לאחר שכל האפשרויות האחרות למניעתו של הנזק מוצו ונמצא שהן אינן מועילות.⁵² ההגבלה השנייה קובעת, שהתנהגות מזיקה חייבת לפגוע באינטרס חברתי רחב מאוד, החורג מפגיעה בפרטים יחידים.⁵³ ההגבלה השלישית קובעת, שאין מקום להשתמש בדין הפלילי כאשר עלות השימוש בענישה פלילית גדולה מן התועלת המופקת מן השימוש בכלי אכיפה זה.⁵⁴ טענה אחרת היא, שזנזק הראוי לענישה פלילית ראוי שישווג לפי כמה אמות מידה: עוצמת הנזק, סיכויי התרחשותו והערך החברתי של הפעילות המסבה את הנזק.⁵⁵

(א) מוסריות ונורמות חברתיות

טענה רווחת היא, שכאשר בוחנים את הדין הפלילי לפי השיקולים המוסריים שבבסיסו, אפשר להיווכח שאין מקום להקביל או להשוות בין גניבת קניין מוחשי להפרה של זכות יוצרים ולפיכך יש לטפל בשתי התנהגויות אלו בדרכים נבדלות במסגרת הדין הפלילי.⁵⁶ הואיל ונתח נרחב מן החברה אינו רואה בהפרה של זכויות יוצרים מעשה פגום מבחינה מוסרית,⁵⁷ ההנמקה המוסרית להשתת סנקציות פליליות בתחום זה היא רעועה.⁵⁸

אף ענף הניתוח הכלכלי-ההתנהגותי מראה, שכאשר אנשים נוכחים שרבים מחבריהם מפרים זכויות יוצרים מבלי להיענש ושהנורמה החברתית הנפוצה היא שהפרות כאלו אינן נתפסות כבעייתיות מן הבחינה המוסרית, סביר להניח שגם הם לא יצייתו לחוק ויפרו זכויות יוצרים.⁵⁹

50 שם, בעמ' 749.

51 שם, בעמ' 752–753.

52 שם, בעמ' 752.

53 שם, בעמ' 752–753.

54 שם, בעמ' 753.

55 Lori A. Morea, *The Future of Music in a Digital Age: The Ongoing Conflict Between Copyright Law and Peer-to-Peer Technology*, 28 CAMPBELL L. REV. 195, 228 (2006).

56 Moohr, *Copyright Infringement*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 765–766.

57 מור מייחסת תופעה זו לנורמה החברתית התומכת בשימוש חופשי במידע ולקושי ולבלבול של צרכנים, הנובע מן הקושי להבחין בין הפרה המהווה עבירה פלילית לבין התנהגות שהיא חוקית (שם, בעמ' 767–773). אפשר להתווכח עם קביעה זו, שכן היא טרם בוססה אמפירית במחקרים רחבים שבדקו תפיסות של יחידים באשר להפרת זכות יוצרים. עם זאת אפשר להישען על היקפי הפרה של זכויות יוצרים כבסיס לטענה זו, אלא שלעתים הפרות מתבצעות בשל אי-ידיעת הדין ולא דווקא בשל התנגדות לנורמה החוקית.

58 שם, בעמ' 773–774.

59 Mark F. Schultz, *Fear and Norms and Rock & Roll: What Jambands Can Teach Us About Persuading People to Obey Copyright Law*, 21 BERKELEY TECH. L.J. 651, 662–663 (2006) (המאמר סוקר כיצד סנקציות מחמירות וסיכויי תפיסה נמוכים מגבילים את היעילות של אסטרטגיות מבוססות הרתעה).

בעקבות זאת תהיה לחוק שאינו נאכף דיו השפעה שלילית דווקא.⁶⁰ לפיכך ישנם מי שמציעים, שבתי מחוקקים יתמקדו דווקא בגיבוש מדיניות שתתמודד עם הפער האמור שבין הנורמות החברתיות המתפתחות ובין האיסורים המשפטיים.⁶¹ עם זאת חשוב להבין, ששינוי נורמות חברתיות קיימות אינו משימה פשוטה כלל ועיקר. נורמות חברתיות מתפתחות בהשפעת גורמים רבים ובהם דת, השקפת עולם, תרבות, השכלה ונטיות ביולוגיות. לפיכך שינויה של נורמה חברתית דורש פעילות מורכבת ולעתים קשה לתכנון וליישום.⁶² יתרה מזו, כל ניסיון לחולל שינוי בנורמות חברתיות קיימות בדרך של שימוש באכיפה פלילית מחמירה יותר עשוי לעורר עימות חזיתי חריף בין הציבור לממסד, באופן שיחתור תחת תוקף החקיקה הפלילית.⁶³ שאלה חשובה שיש לשאול היא, מדוע עבירות הנוגעות להפרת זכויות יוצרים נתפסות בעיני רבים כתקינות מן הבחינה המוסרית. תשובה מעניינת שהוצעה לשאלה זו כרוכה בסיווג מפרי זכויות היוצרים לקבוצות אחדות.⁶⁴ הקבוצה האחת מונה את המפרים המסחריים הנתפסים כמפרים "רעים". עם קבוצה זו נמנים מפרים "סדרתיים" של זכויות יוצרים למטרות כלכליות, דוגמת סוחרים בדיסקים צרובים בשווקים ובדוכנים.⁶⁵ בעיני החברה מפרים אלה ראויים לענישה.⁶⁶ הקבוצה השנייה היא של אנשים נעדרי מניע כלכלי, המשתמשים ביצירות בהיקפים שאינם מסחריים, הנתפסים כמפרים "טובים". חברי קבוצה זו מפרים זכויות יוצרים לעתים רחוקות, לצורך למידה או לצורך יצירה (דוגמת מרצים באוניברסיטה, הכוללים ברשימות הקריאה שלהם פריטים המוגנים בזכויות יוצרים בהיקפים שאינם חוסים תחת הגנת השימוש ההוגן).⁶⁷ מפרים כאמור אינם נתפסים כראויים לענישה.⁶⁸

התפתחויות טכנולוגיות הביאו ליצירתה של קבוצה שלישית של מפרים, הנמצאת בתווך שבין שתי קבוצות המפרים שלעיל. לחבריה אין מניע כלכלי להפיק רווחים, אך השימוש

- Andrews, לעיל ה"ש 47, בעמ' 279–280. 60
- שם, בעמ' 280 (המחברים מציעים, שתפיסות הציבור בנוגע לזכויות בקניין רוחני יותאמו לתפיסות הציבור בנוגע לקניין מוחשי). ראו גם: Ben Depoorter & Sven Vanneste, *Norms and Enforcement: The Case Against Copyright Litigation*, 84 OR. L. REV. 1127, 1175 (2005) ("Policymakers should take note of the pervasiveness of the anticopyright norms of experienced file sharers when considering recent proposals to criminalize noncommercial copyright infringements... In a regime of severe sanctions, users of file-sharing technology become more anticopyright and resort to more downloading whenever enforcement is temporarily suspended. Such norm effects are particularly relevant in the context of copyright law because technological changes and copyright-circumvention technology inevitably create lapses in copyright enforcement"). 61
- Richard McAdams & Eric B. Rasmussen, (המחבר מצטט את) Schultz, לעיל ה"ש 59, בעמ' 667–668 (המחבר מצטט את) Schultz, *Norms in Law and Economics*, in THE HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2006). 62
- Geoffrey Neri, Note, *Sticky Fingers or Sticky Norms? Unauthorized Music Downloading and Unsettled Social Norms*, 93 GEO L.J. 733, 746–748 (2005) ראו (המאמר מתאר את הקושי במצב, שבו אין הלימה בין הנורמות החברתיות והרווחות והדין הפלילי, ואת ההתנגשות החריפה ביניהם כאשר ישנו שימוש רב מדי במשפט כדי לשנות נורמות חברתיות). 63
- Trotter Hardy, *Criminal Copyright Infringement*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 305, 326–332 (2002). 64
- שם, בעמ' 326–327. 65
- שם, בעמ' 327. 66
- שם, בעמ' 326. 67
- שם, בעמ' 327. 68

באינטרנט העלה מאוד את היקף הפרותיהם ואת תכיפותן, כך שבשונה מן המפרים חברי הקבוצה השנייה – מדובר במפרים בהיקפים נרחבים.⁶⁹ כך, אתרי שיתוף קבצים דוגמת Napster ואחרים הם דוגמה טובה למפרים מן הסוג הזה. לקטגוריה זו יכולים להיכנס אף מפרים דוגמת "האקרים", הפועלים לעתים קרובות ממניעים אידאולוגיים ולא למטרת רווח, המפיצים קודים של תוכנות מחשב, משחקי מחשב ויצירות מוגנות אחרות באינטרנט. לבעלי יצירות המוגנות בזכויות יוצרים נגרמים נזקים אדירים עקב התנהגויות אלו, אולם המפרים עצמם אינם מפקים מכך רווח כלכלי ולכן החברה מהססת להשתמש בכלי האכיפה הפלילית כלפיהם.⁷⁰

מלבד הגורמים שנדונו לעיל, ישנה סברה שלפיה ההבחנה שהציבור מבחין בין קניין מוחשי לקניין רוחני תורמת גם היא לפער שבין הנורמות החברתיות לעבירות הפליליות הנוגעות להפרת זכויות יוצרים.⁷¹ מרבית האנשים בחברה מתחנכים להבין היטב את מהות הקניין המוחשי ואת חומרת הפגיעה בו, אך הבנה זו אינה בהכרח חלה מאליה על נכסי קניין רוחני כגון זכויות יוצרים. לפיכך ישנה נטייה ברורה לראות בכללים הנוגעים לקניין מוחשי כללים הגיוניים וסבירים, ואין נטייה דומה בנוגע לקניינים רוחניים.⁷² זאת ועוד, הנזקים שהפרה של זכויות יוצרים מסבה אינם מורגשים מיד. לעתים קשה מאוד לאמוד נזקים אלה, בעיקר בסביבת האינטרנט שבה היקפי ההפרות מבוססים על אומדנים לא־מדויקים. רק הפרות רבות מאוד המתרחשות במשך זמן רב גורמות בסופו של דבר לנזק מצטבר.⁷³ לפיכך ישנה טענה, ולפיה הציבור נוטה לייחס חומרה יתרה לנזקים הניכרים מיד ולהקל ראש בנזקים המצטברים או המתהווים לאורך זמן, מה שתורם עוד לכך שהפרה של זכות יוצרים אינה נתפסת כפסולה מן הבחינה המוסרית כפי שנתפסות פגיעות בקניין מוחשי.⁷⁴ ישנם מי שגורסים, שאדישות לזכויות יוצרים ולהפרתן נובעת גם מציפיות גבוהות של צרכנים לקבל מידע לפי דרישה, המותאם לטעמים ולעניין שלהם.⁷⁵

(ב) נזק

אחת ההצדקות לשימוש בדין הפלילי היא הנזק שהסבה ההתנהגות. עם זאת אחת הטענות המרכזיות נגד שימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות יוצרים היא, שטענות יוצרים על

69 שם, בעמ' 326.

70 שם, בעמ' 328. "Part of the public's and the courts' vexation with copyright law today stems from a new category of infringer, one that seems to fall half way between the good and the bad. Examples these days are legion: the teenagers who make a sport of finding and publicizing ways to defeat copy-protection technologies; or the computer scientists who believe that the research ethic requires them to publish their findings of vulnerabilities in a commercial encryption technology; or the college students who accumulate a collection of MP3 music files for their own enjoyment"

71 שם, בעמ' 332–334.

72 שם, בעמ' 341.

73 שם, בעמ' 336–338.

74 שם, בעמ' 334–339. ראו גם Raymond Paternoster, *How Much Do We Really Know About Criminal Deterrence?*, 100 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 765, 769 (2010) הפילוסופית Cesare Beccaria, שלפיה עונשים שהם ודאיים וחמורים דיים כדי לאזן את הרווחים הצפויים מן הפשע, המושגים מיד לאחר ביצועו, יביאו לייעולה של מערכת הדין הפלילי.

75 Ponte, לעיל ה"ש 42, בעמ' 347.

נזקים המוסכים להם הן מוגזמות.⁷⁶ כך למשל נטען, שאנשים המורידים שלא כחוק קובצי מוזיקה דרך אתרי שיתוף קבצים אינם נמנים בהכרח עם רוכשים פוטנציאליים של אותה מוזיקה. לפיכך הכללתם של כל משתפי הקבצים המורידים קובצי מוזיקה דרך אתרי שיתוף קבצים בנתונים המצביעים על הפסדים של תעשיית המוזיקה עקב הפרות איננה מדויקת, שכן סביר להניח שאוכלוסייה זו לא הייתה רוכשת את המוזיקה המקורית תמורת מחיר מלא.⁷⁷ נוסף על כך, שלא כמו בעלי חנויות הסופגים נזק ישיר מכך שנגנב מוצר שרכשו בכסף מלא, בעלי זכויות יוצרים אינם סופגים נזק דומה מכך שמוצריהם מועתקים שלא כחוק; שכן עלות ייצורו של עותק נוסף בסביבה דיגיטלית בטלה בשישים, וגם לו הייתה העלות גבוהה יותר – הרי היא איננה עלות הייצור של יצרן המוזיקה המקורית אלא של מפרי זכות היוצרים.⁷⁸

יתר על כן, לדעת מלומדים אחדים הפרת זכות יוצרים למטרת שימוש אישי אינה עומדת בתנאים הדרושים לקביעה שמדובר בנזק המצדיק שימוש בכלי האכיפה הפלילית.⁷⁹ גם מדידת הנזק שנגרם עקב הפרת זכויות יוצרים היא קשה מאוד לביצוע, והנזקים הנטענים הם לעתים קרובות מופרזים מדי.⁸⁰ כמו כן נשמעת הטענה, שאינטרסים חברתיים חשובים (כגון עידוד היצירה) אינם בהכרח נפגעים מן ההפרה, שכן הפיכת יצירות קיימות לנחלת הכלל מאפשרת לאחרים לפתח מהן יצירות חדשות, ולכן לעתים יש בכך משום עידוד היצירה.⁸¹ ישנם אף מי שטוענים, שהתנהגויות בעלות ערך חברתי הכרוכות לעתים קרובות בהפרת זכויות יוצרים עשויות לסבול מאפקט מצנן בשל שימוש בכלי אכיפה פלילית.⁸²

2. זכויות יוצרים ודיני הקניין

השוואת דיני זכויות יוצרים לדינים העוסקים בקניין מוחשי מעוררת שאלות רבות, אם כי ישנם מלומדים שהקבילו והשוו בין הפרת זכות יוצרים לגניבת קניין מוחשי.⁸³ וטענו, שהשוואה

76 ראו Eric Goldman, *A Road to No Warez: The No Electronic Theft Act and Criminal Copyright Infringement*, 82 OR. L. REV. 369, 426–431 (2003) (המאמר מסביר את הסיבות לקושי לאמוד את הנזקים שנגרמים לבעלי זכויות יוצרים, אשר יוצר ספק גדול באשר לרציות השימוש בדין הפלילי בנוגע להפרה של זכויות יוצרים); Neri, לעיל ה"ש 63, בעמ' 741–742 (המאמר מבקר את הטענות של תעשיית המוזיקה באשר להפסדים הנגרמים לה); Ponte, לעיל ה"ש 42, בעמ' 335 (המאמר מטיל ספק באשר לנזקים הכלכליים שלהם טוענת תעשיית הסרטים).

77 Goldman, לעיל ה"ש 76, בעמ' 426–427.

78 שם, בעמ' 427–428.

79 Moohr, *Copyright Infringement*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 753–757.

80 שם, בעמ' 754–757.

81 שם, בעמ' 764–757.

82 שם, בעמ' 760–761: "Economic studies show that consumers are often better innovators than original producers, largely because they use the products. Yet the DMCA, and to a lesser extent the criminal infringement law, discourages consumers from tinkering with products, even those they own. Treating code-breaking and unauthorized use as criminal may impede consumer innovation as it effectively bars entrants from new markets"

83 ראו Lydia P. Loren, *Digitization, Commodification, Criminalization: The Evolution of Criminal Copyright Infringement and the Importance of the Willfulness Requirement*, 77 WASH.

זו מצדיקה שימוש בדין הפלילי אף בנוגע לזכויות יוצרים.⁸⁴ לידיה לורן הבחינה בין תחום זכויות היוצרים לתחום הקניין וטענה כי שלא כמו בתחום הקניין המוחשי, בתחום זכויות היוצרים האינטרס הציבורי זוכה למעמד בכורה ולכן הטיפול בתחום זה שונה מן הטיפול שניתן לקניין המוחשי.⁸⁵

מלבד זאת יישום פרדיגמות של קניין בהקשר של דיני זכויות יוצרים הוא בעייתי גם בשל אופי הקניינים הרוחניים כ"טובין ציבוריים", שכן קשה להדיר אחרים משימוש ברעיונות ובמידע גנרדא. היעדר היכולת להדיר משתמשים לא־רצויים, כגון "נוסעים חופשיים", הופך את ההשוואה שבין קניין מוחשי לזכויות יוצרים לאינטואיטיבי פחות, ולפיכך גם השימוש בדין הפלילי בהקשר של זכויות יוצרים הופך לטבעי פחות.⁸⁶

בהקשר זה מעניין לציין חלק מן העמדות במשפט העברי, אשר רואות בהשוואה שבין קניין מוחשי לקניין רוחני השוואה טבעית דווקא. לעומת ההכרה המאוחרת של שיטות משפט מודרניות במשטרי זכויות בקניינים רוחניים, חלק מחכמי ההלכה היו ערים בזמנים קדומים ל"זכויותיהם" של יוצרים וניסו להציג דרכים משפטיות שונות להגן עליהן. כך למשל עיגנה ההלכה את החובה לייחס יצירה ליוצרה באמרה "האומר דבר בשם אומרו מביא גאולה לעולם" ובהעמדתו של מי שאינו אומר דבר בשם אומרו בשורה אחת עם הגזלן. באיסור גניבת דעת ראו חכמינו הגנה על ערך החכמה בכללה. חשוב לציין, שהחיוב לומר דבר בשם אומרו אינו חיוב מוסרי בלבד. ישנם מי שראו במפר חיוב זה משום "גנב" על התוצאות הנובעות מכך.⁸⁷

3. מדיניות זכויות יוצרים

מלומדים אחדים עוררו את השאלה, אם השימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכויות יוצרים הולם את מטרות החוקה האמריקנית בתחום זה (שהן קידום הידע והעשרת עולם הביטויים) ואת מטרות דיני זכויות היוצרים בכלל.⁸⁸ אין חולק על כך, שדיני זכויות יוצרים נועדו

- U. L. Q. 835, 852–853, 856–860 (1999) (המאמר סוקר ובוחר את המגמה לתפוס זכות יוצרים כזכות בקניין מוחשי, וכדברי הכותבת "the increasingly prevalent view of copyrighted works as property (just like jewelry, automobiles, and television sets)".
- 84 שם, בעמ' 860–856 (המאמר מתאר את ההבדלים שבין קניין וזכויות יוצרים); Pyun, לעיל ה"ש 28, בעמ' 382–379 (המאמר סוקר את ההבדלים שבין זכויות בקניין רוחני לבין זכויות בקניין מוחשי).
- 85 Loren, לעיל ה"ש 83, בעמ' 857.
- 86 ראו Neri, לעיל ה"ש 63, בעמ' 742–739: "[L]aws protecting property are most necessary when the object of that law is scarce and cannot be shared without depriving the owner of it. In such a case, to exercise one basic property right – the right to possession, use, and enjoyment – one must to some extent exercise another – the right to exclude. If an individual with a loaf of bread wants to use and enjoy that commodity, she must exclude or at least limit others from using and enjoying it. But in the case of 'Oh, Pretty Woman', the owner of the song's copyright may still exercise the basic property right to use and enjoy the song without exercising the right to exclude others"
- 87 נחום רקובר "מקורות לעקרונות זכות היוצרים" סדרת מחקרים וסקירות במשפט עברי, משרד המשפטים חוברת ג (1970).
- 88 ראו Diane L. Kilpatrick-Lee, *Criminal Copyright Law: Preventing a Clear Danger to the U.S. Economy or Clearly Preventing the Original Purpose of Copyright Law?*, 14 U. BALT. INTELL.

להעשיר את עולם הביטויים באמצעות שימוש בתמריצים כלכליים⁸⁹ (בדרך של הענקת זכות היוצרים ליוצר). מלומדים אחדים סבורים, כי לא זו בלבד שהכנסתה של הפרת זכויות יוצרים לסל העבירות מטפלת רק במטרה אחת של דיני זכויות יוצרים, היא מתן הגנה ליוצרים, אלא שדבר זה בא על חשבון מטרה מוצהרת אחרת של הדין – העשרת עולם הידע והביטויים⁹⁰ – שאפשר להשיגה גם באמצעות שימושים הוגנים. זאת ועוד, התמריץ הכלכלי ליצור הוא כידוע הטעם העיקרי לדיני זכויות יוצרים בשיטות משפט רבות. ואולם נחיצותו של תמריץ זה מוטלת בספק רב, בעיקר כיום בעידן המידע ובסביבת האינטרנט, שבה תכנים רבים נוצרים בלי תמריצים כלכליים כלשהם ואף יש בה מודלים עסקיים מגוונים להפקת רווחים, שאינם מחייבים הגנה קניינית ואינם מבוססים עליה.⁹¹ לפיכך גם הצידוק להשתמש בדין הפלילי לצורך הגנה על יוצרים בסביבה מתחדשת זו מוטל בספק.⁹²

4. משפט פלילי, חופש הביטוי והגנת השימוש ההוגן

אין חולק על כך, שהפיכתה של הפרת זכויות יוצרים לעבירה פוגעת גם בחופש הביטוי. מלומדים טוענים שיש לכך אפקט מצנן על חופש הביטוי ושהדבר עשוי לתרום לשחיקתה של הגנת השימוש ההוגן ביצירות. משתמשים יחששו יותר להשתמש ביצירות – גם אם מעשיהם זוכים להגנת השימוש ההוגן – שמא השימוש שלהם ביצירות ייחשב לא רק להפרה של זכות

17 U.S.C. § 506(a)-18 U.S.C. § 2319 (המאמר סוקר את השאלה, אם Prop. L.J. 87, 117-118 (2005) לחוק האמריקני עקביים באשר למטרותיהם של דיני זכויות יוצרים); Loren, לעיל ה"ש 83, בעמ' 836: "If copyright law is to continue to advance its constitutionally mandated goal, the balance between the rights of copyright owners and the rights of the users of copyrighted works must not be weighted too heavily in favor of copyright owners"; Morea, לעיל ה"ש 55, בעמ' 227 (טענת המאמר היא, כי נטיית הקונגרס לסווג הפרת זכויות יוצרים כעבירה פלילית ובכך לספק הגנת יתר לבעלי זכויות יוצרים חותרת תחת סעיף החוקה העוסק בהגנה לקניין רוחני. המחברת מצטטת את Note, *The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era*, 112 HARV. L. REV. 1705, 1722 (1999) (להלן – Note, *Criminalization of Copyright Infringement*)).

89 ראו Neri, לעיל ה"ש 63, בעמ' 736-737, שדן בסעיף החוקה האמריקנית אשר "Grants Congress the power to legislate in the area of copyright in order to 'promote the Progress of Science and useful Arts'. In interpreting this clause, the Supreme Court has emphasized that its 'primary objective... is not to reward the labor of authors,' but to effect that progress. Conceived and interpreted in unmistakably utilitarian terms, the Copyright Clause has been consistently interpreted by the [sic] as protecting creators' interests not in order to personally enrich those creators, but as a means to a public benefits end" (ההדגשה במקור – מ' ב').

90 Kilpatrick-Lee, לעיל ה"ש 88, בעמ' 117-118 (המאמר מסביר, כי על החוקים הנוגעים לזכויות יוצרים לספק הגנה ליוצר, אך בה בעת גם לשקול אינטרסים של צדדים אחרים, דוגמת משתמשים); Moohr, Copyright Infringement, לעיל ה"ש 48, בעמ' 761 (המאמר מדגיש, כי דיני זכויות יוצרים נועדו לקדם לא רק את זכויותיהם של יוצרים ואת ההגנה עליהם, אלא גם לקדם נגישות של הציבור ליצירות).

91 Miriam Bitton, *A New Outlook on the Economic Dimension of the Database Protection Debate*, 47 IDEA 92 (2006).

92 Moohr, *Copyright Infringement*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 759-758.

יוצרים אלא גם לעבירה פלילית.⁹³ לפיכך ישנם מי שטוענים, שהמחוקק האמריקני היה זהיר מאוד בכל הנוגע להכנסת הפרות של זכויות יוצרים לתחום הפלילי, בשל הרגישות לערכים אלה ובשל החשש שנגישות הציבור ליצירות תיפגע מכך במידה ניכרת.⁹⁴

5. עלויות ההטמעה של הדין הפלילי

ניתוח עלות-תועלת שבשימוש בדין הפלילי מביא לכמה תובנות מעניינות. אין חולק על כך שהפרה של זכויות יוצרים עלולה להזיק לבעלי הזכות במידת מה. מובן שהנזק גדל כאשר הפרות של זכויות יוצרים מתבצעות בהיקפים מסחריים, ונוצר שוק של יצירות מפרות המתחרות בשוק היצירה המקורית. תחרות מעין זו פוגעת במטרתם המרכזית של דיני זכויות יוצרים, הממוקדת במדינות העולם המערבי בהענקת תמריץ כלכלי ליוצרים ליצור באמצעות מתן זכויות בלעדיות לפרק זמן מוגבל. עם זאת אחת השאלות החשובות בנוגע להכנסת ההפרות בתחום זה לדין הפלילי היא, אם השימוש בכלי האכיפה הפלילית הוא כלי חינוכי יעיל בנוגע להפרות זכויות יוצרים.⁹⁵ בהקשר זה מוכרת הטענה, כי גם אם נודע ערך חינוכי להפיכתה של הפרת זכות יוצרים לעבירה פלילית, הרי מנגד ישנן נורמות חברתיות בעלות עוצמה רבה, הרואות במוצרי מידע – ובהם מוצרים המוגנים בזכויות יוצרים – מוצרים שצריכים להיות חופשיים לכול, בלא כל מגבלות באשר לשימוש בהם.⁹⁶

ולא זו אף זו, יש מקום גם לשקול את עלויות השימוש בדין הפלילי. אכיפה פלילית איננה זולה כלל ועיקר. ישנן עלויות של איתור מפריס, של חקירתם, של העמדתם לדין וכמובן של הענשתם, לרבות עלויות החזקתם במאסר. ישנה טענה, שצריך להביא בחשבון את הנזק הכלכלי הניכר הנגרם למשפחות האסירים בגלל מאסרם (כגון אבדן הכנסות).⁹⁷ עלויות נוספות שיש להביא בחשבון הן האפקט המצנן לערך של חופש הביטוי שצוין לעיל. תוצאותיו של אותו אפקט מצנן עשויות להיות צמצום הפעילות היצירתית בעתיד ועיכוב קידומו של עולם הידע.⁹⁸ לבסוף אציין שוב, כי הפרות של זכויות יוצרים לשימוש אישי אינן נתפסות בקרב הציבור כפסולות מבחינה מוסרית. משכך הוא, הרי שימוש באיסורים פליליים כדי להילחם בהן עלול להביא לאבדן של אמון הציבור במערכת המשפט הפלילי ולפגיעה בלגיטימיות שלה וביעילותה.⁹⁹

- Brian P. Heneghan, *The NET Act, Fair Use, and Willfulness – Is Congress Making a Scarecrow of the Law?*, 1 J. HIGH TECH. L. 27, 35–37 (2002) (המאמר דן ברלוונטיות של שימוש הוגן כהגנה בנוגע ל-NET Act); Loren, לעיל ה"ש 83, בעמ' 865–870 (המאמר מסביר, מדוע הגנת השימוש ההוגן מוגבלת מאוד במסגרת ה-NET Act, בשל האיסור על הפרת זכות יוצרים למטרה שאיננה מסחרית); Ponte, לעיל ה"ש 42, בעמ' 335.
- Loren, לעיל ה"ש 83, בעמ' 861. 94
- Geraldine S. Moohr, *Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, 54 AM. U. L. REV. 783, 792–794, 797–799 (2005) 95
- שם, בעמ' 794–792, 797–799. 96
- שם, בעמ' 801. 97
- שם, בעמ' 801–804. 98
- שם, בעמ' 804–805. 99

לסיכום אפשר להיווכח, שהשימוש בדין הפלילי במקרי הפרה של זכות יוצרים הוא בעייתי ממגוון סיבות. העמימות המוסרית הכרוכה בהפרת זכויות יוצרים לשימוש אישי והנזקים שהיא מסבה, אשר אינם ניתנים לאומדן מדויק, גרמו לערעור האדנים לשימוש בכלי האכיפה הפלילית בתחום דיני זכויות יוצרים. עיקר הקושי טמון בנורמות חברתיות השוללות הטלת דופי מוסרי בהפרת זכות יוצרים. יתרה מזו, גם בשל הקושי להקביל הפרת זכות יוצרים לגניבתו של קניין מוחשי, ישנה בעיה לבסס את השימוש בדין הפלילי בתחום זה. ולבסוף, השימוש בדין הפלילי עלול לפגוע בערכי חופש הביטוי ובהגנת השימוש ההוגן. לפיכך שימוש בכלי האכיפה הפלילית חייב להיות רק לאחר עיון מעמיק בשאלת יעילותו ותועלתו. נוכח קשיים תאורטיים אלה, הפרק הבא יבחן את הדין המצוי בסוגיה: הדין הבינלאומי, הדין האמריקני והדין הישראלי. הבחירה בדין האמריקני כמקרה מבחן היא על רקע היותו שיטת המשפט המשתמשת בדין הפלילי בצורה הנרחבת ביותר, ולא על רקע של דמיון לשיטת המשפט הישראלית בתחום זה. ככזה הדין האמריקני יכול לשמש מקרה מבחן טוב ולספק תובנות חשובות באשר לשימוש בדין הפלילי בתחום זכויות היוצרים.

ג. הדין המצוי: אכיפה פלילית של זכויות יוצרים

הדין שלהלן יתמקד באכיפת זכויות יוצרים במישור הבינלאומי, בארצות הברית ובישראל, תוך בחינה ביקורתית של ההסדרים הקיימים ויעילותם.

1. אכיפה פלילית של זכויות יוצרים בארצות הברית – הניסיון האמריקני כמקרה מבחן

מעניין לציין, שבמשך יותר ממאה שנים שילב הקונגרס האמריקני סעיפי אכיפה פלילית כחלק בלתי-נפרד ממדיניות האכיפה שלו בנוגע לזכויות יוצרים.¹⁰⁰ בפסקאות הבאות אסקור את התפתחות החקיקה האמריקנית בתחום זכויות היוצרים ואת הסיבות שברקע להחמרת האכיפה הפלילית בתחום זה. לאחר מכן אבחן, מה הייתה השפעתה של התפתחות חקיקתית זו על שיעורי הפרות של זכויות יוצרים ואילו לקחים ניתן להפיק מניסיון חשוב זה באשר למדיניות האכיפה הרצויה בתחום זכויות היוצרים.

חוק זכויות היוצרים האמריקני הראשון אשר כלל סעיפי אכיפה פלילית חוקק בשנת 1897.¹⁰¹ היו בו סעיפים, אשר קבעו עבירות מסוג חטא בכל הנוגע להופעות ולביצועים פומביים של יצירות דרמטיות ומוזיקליות.¹⁰² עם זאת הייתה רמת הכוונה הפלילית שנדרשה בעבירות אלו מסוג כוונה שאליה נלווית מטרת רווח.¹⁰³ הרקע לחקיקה זו היו מחאות חוזרות

100 ראו William Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 508 (2011) ("American criminal law's historical development has borne no relation to any plausible normative theory – unless 'more' counts as a normative theory")

101 3 U.S.C. § 4966 (1897)

102 שם. ראו גם Morea, לעיל ה"ש 55, בעמ' 210–209.

103 לעיל ה"ש 101.

ונשנות מצד יוצרים ומצד בעלי זכויות יוצרים באשר לביצועים לא-חוקיים של יצירותיהם במקומות רבים, אשר עוררו קשיי אכיפה של ממש בשל הקושי לתפוס את המבצעים.¹⁰⁴ בשנת 1909 הורחבה תחולתן של סעיפי העבירות הפליליות הללו והם הוחלו על כל סוגי היצירות, למעט תקליטים.¹⁰⁵ החוק משנת 1909 קבע בעוונות אלה עונש של עד שנת מאסר, קנסות בטווח של 100–1,000 דולרים או שני העונשים גם יחד לכל מי שהפר זכות יוצרים בכוונה ולמטרת רווח.¹⁰⁶ גם סיוע להפרה מכוונת ולמטרת רווח נקבע כעבירה פלילית מכוח החוק.¹⁰⁷ אם כן נראה, שהחוק משנת 1909 היה ניסיון להפחית את שיעורן של ההופעות הפומביות המפרות זכויות יוצרים, ואם אין אפשרות למונען כליל – להעניש גם את מי שסייעו בביצוע ההפרות הללו.¹⁰⁸

העבירות הפליליות בגין הפרת זכויות יוצרים נותרו בלא שינוי עד שנות השבעים של המאה הקודמת, כאשר המחוקק האמריקני החליט להוסיף הגנות ליוצרים. החוק – The Sound Recordings Act of 1971 – העניק לראשונה הגנת זכות יוצרים ליוצריהן של יצירות מסוג תקליט.¹⁰⁹ החוק קבע, שהפרות מכוונות של זכויות יוצרים בתקליטים שהן למטרות רווח ייחשבו לעבירה, משום ההנחה שאי-תחולת החוק משנת 1909 על תקליטים היא שהביאה לשיעורי הפרות של זכויות יוצרים שנוזקם נאמד באותה העת בכמאה מיליון דולרים.¹¹⁰ החוק שונה שוב בשנת 1974 כדי להגביר את הרתעתם של מפריס בכוח, ונקבע בו שגם עידוד וסיוע מודעים ומתוך כוונה להפר זכויות יוצרים ייחשבו לעבירה פלילית.¹¹¹

כיוון שאבדן רווחים בתעשיית המוזיקה והסרטים יוחס בעיקר להפרות של זכויות יוצרים ביצירות אלו, קבע חוק זכויות יוצרים משנת 1976 קנסות ועונשים חמורים הרבה יותר.¹¹² שיעור הקנסות הכללי עלה והגיע ל-10,000 דולרים ושיעור הקנסות בגין הפרת זכויות יוצרים בתקליטים או בסרטים היה יכול להגיע אף ל-25,000 דולרים.¹¹³ זאת ועוד, החוק החדש החמיר עם עבריינים מועדים באופן שהם היו צפויים על פיו לקנסות מוגדלים ולעונשי מאסר ממושכים

104 Hardy, לעיל ה"ש 64, בעמ' 315. המאמר מאזכר את הפרוטוקולים של הישיבות הבאות: Revision of Copyright Laws: Hearings Before the Comms. on Patents of the S. and H. of Reps. on Pending Bills to Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 60th Cong. 24 (1908); H.R. REP. NO. 91-53,2 (1894).

105 Copyright Act, 17 U.S.C. § 104 (1909); Lanier Saperstein, *Comment, Copyrights, Criminal Sanctions and Economic Rents: Applying the Rent Seeking Model to the Criminal Law Formulation Process*, 87 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1470, 1474–1475 (1997).

106 שם, בעמ' 1475.

107 Note, *Criminalization of Copyright Infringement*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 1707–1708.

108 שם, בעמ' 1707 (המאמר מתאר את הניסיון להטיל אחריות פלילית על גורמים מסוימים: "criminally liable theater managers and agents").

109 Note, *Criminalization of Copyright Infringement*; Sound Recording Act, 17 U.S.C. § 101 (1971), לעיל ה"ש 88, בעמ' 1707–1708.

110 שם, בעמ' 1708.

111 שם מצטט את (H.R. REP. NO. 93-1581, at 4 (1974)).

112 Note, *Criminalization of Copyright Infringement*; Copyright Act, 17 U.S.C § 506 (1976), לעיל ה"ש 88, בעמ' 1708.

113 Saperstein, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1478.

יותר בעקבות שינוי סיווגה של הפרת זכות יוצרים מחטא לעוון.¹¹⁴ החוק אף שינה את דרישת היסוד הנפשי באופן שלא נדרשה עוד "מטרת רווח" בלבד, אלא היה די על פיו ב"מטרה של קבלת יתרון מסחרי או רווח כלכלי פרטי למפר". החקיקה הבהירה שעל פעולות המפר לעניין זה לנבוע ממניע של רווח כלכלי וכי אין דרישה שהרווח הכלכלי אכן יתקבל בפועל.¹¹⁵ בשנים שלאחר קבלת החוק משנת 1976 שכנעו תעשיות המוזיקה והסרטים את הקונגרס האמריקני להחמיר את הענישה בגין הפרת זכויות יוצרים בתקליטים ובסרטים באמצעות סיווג ההפרות כעבירות מסוג פשע. לטענת התעשיות עבירות מסוג עוון לא הרתיעו מפריסם של יצירות בהיקפים מסחריים, ומשרד המשפטים האמריקני אף הוא לא נטה לאכוף עבירות מסוג זה אלא אם כן היה מדובר בעבירות בדרגת חומרה של פשע.¹¹⁶ לפיכך בשנת 1982 שונה החוק שוב ושולבו בו עבירות מחמירות יותר, המשיחות עונשי מאסר וקנסות כבדים יותר.¹¹⁷ שינויי החוק משנת 1982 לא הוחלו על תעשיית המחשבים והתוכנה. הגידול המהיר בתעשיית התוכנה לווה באופן טבעי גם בגידול ניכר של העתקות פירטיות של תוכנה.¹¹⁸ ההפסדים הגדולים בהכנסות יוחסו להעתקות הפירטיות והביאו את הקונגרס האמריקני לחוקק בשנת 1992 חוק חדש – The Copyright Felony Act of 1992.¹¹⁹ חוק זה סיפק הגנה לכל סוגי היצירות בלא יוצא מן הכלל, שלא כמו החוקים הקודמים, ודרישות הסף להשתת סנקציות פליליות הוקלו במידה ניכרת.¹²⁰ עד שאומץ חוק נוסף, The No Electronic Theft Act (NET Act) משנת 1997,¹²¹ מי שהפרו זכויות יוצרים למטרות שאינן מסחריות או שאינן למטרות רווח לא היו חשופים כלל לענישה פלילית. אחריות פלילית הייתה מותנית בהפרת זכויות יוצרים למטרות מסחריות או להפקת רווח אישי. על רקע המקרה הידוע בעניין *LaMacchia*¹²² ואי-הרשעתו של למצ'יה בעבירה של הפרת זכויות יוצרים, שוכנע הקונגרס האמריקני לשנות את החוק פעם נוספת. השינוי הגיע בעקבות

- Pyun, לעיל ה"ש 28, בעמ' 360. 114
 התרגום שלי לס' 506(a) ל-17 U.S.C – מ' ב'. ראו *Criminalization of Copyright Infringement*, Note, לעיל ה"ש 88, בעמ' 1708. 115
 Loren, לעיל ה"ש 83, בעמ' 842–843. 116
 Morea, לעיל ה"ש 55, בעמ' 211: "In 1982, Congress amended the Copyright Act to allow for new maximum fines as high as \$250,000 and possible imprisonment of five years in cases where the individual was involved in reproducing or distributing more than 1,000 copies of one or more copyrighted sound recordings, or more than sixty-five copies of one or more motion pictures or audiovisual works. In addition, another category of felonies was established, which allowed for fines of up to \$250,000 and a maximum of two years in prison for the reproduction or distribution of at least 100 copies in the same time period. These penalties were placed in a new section, 2319 of the United States Code, while the criminal offenses were defined in 506(a) of title 17 (the Copyright Act)". 117
 Saperstein, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1480–1481; *Criminalization of Copyright Infringement*, Note, לעיל ה"ש 88, בעמ' 1711. 118
Criminalization of Copyright Infringement; Copyright Felony Act, 18 U.S.C § 2319 (1992), Note, לעיל ה"ש 88, בעמ' 1711–1712. 119
 Grimm, Guzzi & Rupp, לעיל ה"ש 39, בעמ' 763. 120
 No Electronic Theft Act 17 U.S.C § 506(a) (1997) 121
 United States v. LaMacchia, 871 F. Supp. 535 (D. Mass. 1994) 122

אמירות של בתי המשפט ושל התעשייה, אשר עודדו את המחוקק לכלול בו מגוון רחב יותר של מעשים ושל התנהגויות הקשורים להפרת זכויות יוצרים. למצ'יה, שהיה סטודנט ב-M.I.T., אפשר להוריד ולהעלות אליו תוכנות מחשב מהאינטרנט – תוך הפרת זכויות היוצרים בהן – באמצעות לוח מודעות אלקטרוני שהקים וניהל.¹²³ בית המשפט לא היה יכול להרשיע את למצ'יה בגין הפרת זכויות יוצרים, שכן נדרש מניע כלכלי לצורך הרשעה.¹²⁴ על רקע זה שונה החוק שוב, באופן שהעבירה של הפרת זכויות יוצרים אינה מותנית עוד במניע כלכלי ובהפקת רווח.¹²⁵ החוק המתוקן אפשר אכיפה פלילית כלפי יחידים גם בהיעדר כוונת רווח, ובלבד שההפרה הייתה מכוונת, שערך היצירות שבהן הופרו הזכויות אינו נופל מ-1,000 דולרים ושההפרות כולן התבצעו בתוך תקופה של 180 ימים.¹²⁶

בשנת 1998 חוקק חוק נוסף, The Digital Millennium Copyright Act (D.M.C.A.), אשר שינה שינוי של ממש את האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים בארצות הברית.¹²⁷ החוק נחקק כחלק מאימוצן של שתי אמנות¹²⁸ (World Intellectual Property Organization) W.I.P.O. שהתקבלו בשנת 1996, ואשר יושמו בארצות הברית בשנת 1998. החוק קבע לראשונה את פליליות השימוש והסחר בטכנולוגיות לפריצת חסמים טכנולוגיים המיועדים להגן על יצירות המוגנות בזכויות יוצרים ולמנוע את העתקתן.¹²⁹

חוק נוסף, The Anti-Counterfeiting Amendments Act of 2004, קבע כי מסחר בתוויות מזויפות ולא-חוקיות שהוצמדו ליצירות המוגנות בזכויות יוצרים מהווה עבירה פלילית.¹³⁰ כדי להילחם בתופעת ההעתקות הפירטיות של סרטים, נחקק חוק בשם "The Family Entertainment and Copyright Act of 2005", אשר קבע עונשים פליליים על צילום סרטים באולמות קולנוע.¹³¹ לבסוף, בשנת 2008 חוקק הקונגרס האמריקני חוק בשם "Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act (PRO-IP Act)",¹³² אשר קבע עונשי הפרה חריפים

123 שם, בעמ' 536.

124 שם, בעמ' 540, 545.

125 Morea, לעיל ה"ש 55, בעמ' 215: "The basic idea underlying the NET Act was that infringers who did not act for financial gain should still face severe consequences for their actions, which would hopefully deter the wrongful behavior of individuals such as David LaMacchia". של המקרה LaMacchia, לידיה לורן מייחסת את החקיקה של ה- NET Act ל-"increasingly prevalent view of copyright as property equivalent to automobiles and jewelry" (ראו Loren, לעיל ה"ש 83, בעמ' 850).

126 Morea, לעיל ה"ש 55, בעמ' 216.

127 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C § 1201 (1998).

128 WIPO, Wipo Copyright Treaty (Dec. 20, 1996) http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf; WIPO, WIPO Performances and Phonograms Treaty (Dec. 20, 1996) http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf.

129 Hardy, לעיל ה"ש 64, בעמ' 320–322.

130 Grimm, Guzzi & Rupp; Anti-Counterfeiting Amendments Act, 18 U.S.C.S § 2318 (2004) ה"ש 39, בעמ' 676 (המחברים מתארים את הוראות החוק).

131 Grimm, Guzzi & Rupp; Family Entertainment and Copyright Act 18 U.S.C. § 2319B (2005) ה"ש 39, בעמ' 764 (המחברים מתארים את הוראות החוק).

132 Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property (PRO-IP) Act, 17 U.S.C § 509 (2008) (להלן – PRO-IP Act).

יותר¹³³ ואף סיווג מחדש את כל העבירות הפליליות הקשורות להפרת זכויות יוצרים – מעבירות מסוג עוון לעבירות מסוג פשע.¹³⁴ הרקע לחקיקה זו היה הנחת הקונגרס שהכלכלה האמריקנית הפסידה רווחים רבים עקב הגידול בשיעורי ההפרה של זכויות יוצרים וההנחה שרווחים אלה מופנים למימון פעילויות של ארגוני טרור.¹³⁵

בכל הנוגע לייצורם ולזמינותם של אמצעי העתקה והפצה הייתה וישנה התקדמות טכנולוגית אדירה, שהיא אחד הגורמים לגידול המתמיד בשיעורי ההפרות של זכויות יוצרים ולקלות הרבה שבה ניתן להפר זכויות יוצרים. לפיכך אפשר לסכם את התפתחות הדין האמריקני ולציין, שעל רקע זה בחר המחוקק האמריקני להחמיר בהתמדה באמצעי האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים. הוא עשה כן באמצעות קביעתן של עבירות להפרת הזכויות בכל סוג של יצירה מוגנת ובאמצעות החמרתן ההדרגתית של הסנקציות המושגות על מי שמפר זכויות יוצרים, בין בהפרה מכוונת ובין בהפרה שלא בוצעה למען רווח כלכלי.

(א) השפעת כלי האכיפה הפלילית על היקף הפרת זכויות יוצרים בארצות הברית

השאלה המעניינת יותר היא, מה הייתה ההשפעה של שינויי חקיקה אלה על הפרות זכויות יוצרים ואם ההחמרה הביאה לירידה המיוחלת בשיעורי הפרת זכויות יוצרים. המענה לשאלה זו אינו פשוט כלל. מרבית המחקרים האמפיריים אשר ניסו לבדוק את השאלה מצביעים על גידול מתמיד בהענקות הפירטיות של יצירות, מה שמלמד דווקא על כך שאין שינוי לטובה, חרף ההגדלה של היקף הכיסוי הפלילי וחרף החמרת הענישה על הפרת זכויות יוצרים. חוקרי משפט רבים גינו את המהלך של החלת הדין הפלילי ושל החמרת הענישה בתחום של הפרת זכויות

133 Pyun, לעיל ה"ש 28, בעמ' 376–378.

134 שם, בעמ' 376.

135 הוראת ס' 503 של ה-PRO-IP Act קובעת כך: "Counterfeiting and infringement results in billions of dollars in lost revenue for United States companies each year and even greater losses to the United States economy in terms of reduced job growth, exports, and competitiveness; the growing number of willful violations of existing Federal criminal laws involving counterfeiting and infringement by actors in the United States and, increasingly, by foreign-based individuals and entities is a serious threat to the long-term vitality of the United States economy and the future competitiveness of United States industry; terrorists and organized crime utilize piracy, counterfeiting, and infringement to fund some of their activities". חשוב לציין, כי לאורך השנים קבעו דברי חקיקה נוספים התנהגויות נוספות כהתנהגויות שבגינן תוטל אחריות פלילית: כך למשל ה- Sentencing Reform Act, 18 U.S.C.A § 3551 (1984), אשר הוריד את הסף הנדרש לתחולתו באשר למספר העותקים המפרים של הקלטות ושל סרטים ואשר החמיר את הסנקציות בגין הפרה של זכויות הנוגעות לעותקים מפרים שמספרם עולה על 1,000 קלטות או סרטים; אף ה- Anti-Drug Abuse Act, 21 U.S.C.S § 801 (1988) הפך את הפרת זכות היוצרים לעבירה בחוק איסור הלבנת הון והחמיר בצורה ניכרת את הסנקציות מכוח החוק (עד 20 שנות מאסר וקנסות בשיעור של עד חצי מיליון דולרים); לבסוף, גם ה- Anticounterfeiting Consumer Protection Act 18 U.S.C § 2311 (1996) קבע, כי הפרת זכות יוצרים נכנסת לגדר חוק ה- RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act, 18 U.S.C § 1961 (1970)) כאשר הפרת זכות יוצרים מתבצעת בידי ארגוני פשיעה. במקרים אלה עונשי המאסר והקנסות מחמירים הרבה יותר (20 שנות מאסר וקנסות מוגדלים בכ- 250,000 דולרים).

יוצרים, על רקע השפעותיהן האפשריות על חופש הביטוי ועל הגנת השימוש ההוגן. עם זאת גם הטענה בדבר השפעות שליליות אלו שנויה במחלוקת. הדיון שלהלן יעסוק בהשפעה של שינויי החקיקה שתוארו לעיל.

(1) הרתעה ואכיפה

קשה מאוד לבחון את יעילותם של החיקוקים הפליליים בהגברת ההרתעה ובהפחתת שיעור ההפרות של זכויות יוצרים. בחודש יוני 2010 ביקשה מחלקת האכיפה של משרד המשפטים האמריקני המתמחה בתחום הקניין הרוחני מיחידות האכיפה הפדרליות לבחון את אמצעי האכיפה האזרחיים והפליליים הקיימים ולהעריך את מסוגלותם לספק הרתעה יעילה מפני הפרת זכויות יוצרים.¹³⁶ בנייר עמדה שפרסמה מחלקת האכיפה העוסקת בתחום הקניין הרוחני (I.P.E.C.) בחודש מארס 2011 לא נבחן הנושא של יעילות החיקוקים, אך צוין שהפרת זכויות יוצרים בסביבת האינטרנט – לרבות העתקות פירטיות – ממשיכה להיות בעיה רצינית לשוק יצרניות התוכן.¹³⁷ רשות האכיפה המליצה לקונגרס להחמיר את הענישה של חברי ארגוני פשע מאורגן המעורבים בהפרת זכויות יוצרים וכן של עבריינים חוזרים. כמו כן הומלץ להחמיר בעונשם של מפריס, המוכרים יצירות המשמשות לצורכי ביטחון לאומי או לצורכי אכיפה.¹³⁸ כן המליץ נייר העמדה שגם טכנולוגיית "ההזרמה" (streaming), אשר השימוש בה בהפרת זכויות יוצרים גדל והולך, תוכנס אף היא למסגרת החקיקה של זכויות יוצרים ותהפוך לעבירה מסוג פשע.¹³⁹

כדי שמערכת האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים תהיה יעילה, יש לאכפה בפועל במידה ניכרת. עם זאת אכיפה פלילית מטבעה נפוצה פחות מאכיפה אזרחית.¹⁴⁰ קשה מאוד להילחם בהעתקות פירטיות ובהפרת זכויות יוצרים, שכן קל למפריס לחמוק מאכיפה ומפעולות עקיבה בעזרת טכנולוגיות מתקדמות, המונעות התחקות אחר המפריס. העלויות הגבוהות הכרוכות בהגשת כתבי אישום נגד עבריינים אף הן מקשות את האכיפה הפלילית בתחום זה.¹⁴¹ בחינה של נתוני אכיפה פלילית של זכויות יוצרים בארצות הברית במשך השנים 2007–2012, המבוססת על דוחות משרד המשפטים האמריקני, מלמדת כי לאורך השנים שנבדקו, למרות הגידול המתמיד בשיעורי הפרת זכויות יוצרים, ישנה ירידה עקבית במספר החקירות הפליליות שנפתחות, במספר כתבי האישום המוגשים ובמספר ההרשעות בגין הפרת זכויות יוצרים.¹⁴² מובן שנתוני אכיפה

Executive Office of The President of The United States, 2010 Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement 19 (2010), available at http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/intellectualproperty/intellectualproperty_strategic_plan.pdf

ראו Executive Office of The President of The United States, Administration's White Paper on Intellectual Property Enforcement Legislative Recommendations 1 (2011), available at http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ip_white_paper.pdf (להלן – White Paper).

136 שם, בעמ' 1–2.

137 שם, בעמ' 2.

Kim F. Natividad, *Stepping It Up and Taking It to the Streets: Changing Civil & Criminal Copyright Enforcement Tactics*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 469, 480 (2008).

138 שם, בעמ' 470.

142 כך למשל, בשנים 2007–2012 דיווח משרד המשפטים האמריקני, שעורכי הדין האמריקנים על אכיפה פלילית של זכויות יוצרים קיבלו לטיפולם 190 תיקים נגד 278 חשודים בשנת 2007, 125 תיקים נגד

מתקופה של כמה שנים אינם מספקים מידע חד-משמעי באשר ליעילותה של האכיפה הפלילית בארצות הברית. יש מקום לבחון נתונים באשר לאכיפה פלילית לאורך זמן רב יותר. זאת ועוד, ישנם גורמים מתערבים אחרים שמשפיעים באופן טבעי על רמת האכיפה הפלילית, כגון היקפן של תביעות פליליות ביחס להליכים אזרחיים המנוהלים בגין הפרת זכויות יוצרים והשאלה, אם ישנן מגמות לאכוף סוגי עבירות אחרים יותר מאשר הפרות בתחום זה.

כפי שצוין לעיל, הצלחתם של מנגנוני האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים אינה ברורה ואינה ודאית.¹⁴³ מחקרים עדכניים שפורסמו לאחרונה מראים, שקרוב ל-17.5% מן התכנים המועברים ברשת האינטרנט בארצות הברית הם תכנים המפרים זכויות יוצרים.¹⁴⁴ מתוכם, היקפם של החומרים שעברו באתרי שיתוף קבצים היו הגבוהים ביותר – 13.8% מכלל תעבורת האינטרנט.¹⁴⁵ מחקרים אחרים מראים בביורו, שמספר ההפרות של יצירות המוגנות בזכויות יוצרים נמצא במגמת עלייה מתמדת¹⁴⁶ בכל העולם.¹⁴⁷ לפיכך נראה, שיש להמשיך ולעקוב אחר השפעתם של אמצעי האכיפה הפליליים והאחרים על שיעורי ההפרה של זכויות יוצרים.

171 חשודים בשנת 2008, 79 תיקים נגד 118 חשודים בשנת 2009, 132 תיקים נגד 174 חשודים בשנת 2010, 82 תיקים נגד 118 חשודים בשנת 2011 ו-79 תיקים נגד 120 חשודים בשנת 2012. נתונים אלה מלמדים על ירידה עקבית במספר תיקי החקירה שנפתחים, למעט עלייה חד-פעמית במספרם בשנת 2010. מתוך כלל התיקים, 110 תיקים שנפתחו בשנת 2007 הסתיימו בהגשת כתב אישום נגד 140 נאשמים, 76 תיקים שנפתחו בשנת 2008 הסתיימו בהגשת כתב אישום נגד 86 נאשמים, 58 תיקים שנפתחו בשנת 2009 הסתיימו בהגשת כתב אישום נגד 75 נאשמים, 74 תיקים שנפתחו בשנת 2010 הסתיימו בהגשת כתב אישום נגד 83 נאשמים, 46 תיקים שנפתחו בשנת 2011 הסתיימו בהגשת כתב אישום נגד 70 נאשמים ו-40 תיקים שנפתחו בשנת 2012 הסתיימו בהגשת כתב אישום נגד 59 נאשמים בלבד. שוב ניכרת ירידה במספר האישומים ובמספר הנאשמים, למעט עלייה חד-פעמית במספרם בשנת 2010. במשך השנים האחרות, 123 נאשמים הודו באשמה בשנת 2007, 88 בשנת 2008, 81 בשנת 2009, 84 בשנת 2010 ורק 42 בשנת 2011 ו-40 בשנת 2012. מתוך כלל התיקים שהגיעו לדיון משפטי בשנים הללו, מעטים הורשעו בבית המשפט (0 בשנת 2007, 5 בשנת 2008, 2 בשנת 2009, 1 בשנת 2010, 2 בשנת 2011, ו-1 בשנת 2012). לבסוף, רק 46 נאשמים קיבלו עונשי מאסר בשנת 2007, 44 בשנת 2008, 31 בשנת 2009, 31 בשנת 2010, רק 19 בשנת 2011 ו-25 בשנת 2012. ראו U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FY 2010 PERFORMANCE AND ACCOUNTABILITY REPORT APP. E (2007-2012), available at <http://www.justice.gov/ag/annualreports/pr2010/par2010.pdf>. מערכת איסוף הנתונים האוטומטית של משרד המשפטים האמריקני אינה מבחינה בין הפרות של זכויות יוצרים, שבהן המפר מפרסם את היצירה המפרה באינטרנט, לבין מצבים שבהם המפר מעמיד את היצירה לרשות הציבור כך שניתן להורידה, להעתיקה, לבצע או להפיצה באמצעות אחרים. חשוב להבהיר, כי הפרה מכוונת של זכות יוצרים לצורך קבלת יתרון מסחרי או יתרון כלכלי פרטי או באמצעות העתקה או הפצה רחבת היקף של יצירה מוגנת היא עבירה לפי 18 U.S.C. § 2319, ללא קשר לקיומו של מניע של הפקת רווחים מן ההפרה.

143 ראו גם את דבריה של חברת בית הנבחרים האמריקני Zoe Lofgren לנציגת הממשל האמריקני בתחום האכיפה של זכויות קניין רוחני Victoria Espinel: "There is a lot of large-scale commercial piracy: Victoria Espinel and the Department is doing very little about it. I think that that is something that needs attention. And some of the people who are into copyright enforcement in Silicon Valley... thought [enforcement] was small time and the big fish are getting away. And I think that that needs some attention" (Office of the U.S. Intellectual Property Enforcement Coordinator: Hearing before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition, and the Internet of the House Committee on the Judiciary, 112th Cong. 22-23 (2011), available at http://judiciary.house.gov/hearings/printers/112th/112-33_64856.PDF).

144 דוח Envisional, לעיל ה"ש 4, בעמ' 3.

145 שם.

146 ראו Miriam Bitton, *Modernizing Copyright Law*, 20 TEX. INTELL. PROP. L.J. 65, 97 (2011).

(2) השפעת ה-*NET Act*

שינוי הגישה להפרות של זכויות יוצרים ב-*NET Act*¹⁴⁸ עורר חששות גדולים: בין היתר עלה החשש שיוגשו כתבי אישום נגד מפרים בהיקפים קטנים, שהגנת השימוש ההוגן תהפוך לאות מתה, שאוניברסיטאות יעסקו בהסרת תכנים אקדמיים שיש חשש שהם נגועים בהפרת זכויות ושיוגשו כתבי אישום נגד קטינים.¹⁴⁹ לדברי אריק גולדמן התבדו חששות אלה, מכיוון שמאמצי האכיפה של משרד המשפטים האמריקני התמקדו כבעבר בהגשת כתבי אישום נגד מפרים מסחריים או "סדרתיים", אשר ביצעו את ההפרה גם בלא מטרת רווח.¹⁵⁰ אף שהוגשו כתבי אישום מכוח החוק, גולדמן סבור כי לא הייתה לחוק כל השפעה על היקפי ההפרה של זכויות יוצרים, אשר לא פחתו בעקבות חקיקת החוק.¹⁵¹ לדבריו לא ניכרה השפעה חיובית של החוק מכמה טעמים,¹⁵² ובראש ובראשונה היעדר אכיפה שלו;¹⁵³ נראה שמגבלות תקציביות השפיעו אף הן על האכיפה בשטח; כן חסרה מודעות בקרב הציבור לתיקון החוק ולהרחבתו. גורמים אלה, בשילוב נורמות חברתיות רווחות התומכות בהפרה של זכויות יוצרים ובסיכויי תפיסה נמוכים, מביאים לרמות ציות נמוכות מאוד של הציבור לחוק.¹⁵⁴ גולדמן מוסיף ומסביר, שתרופות אזרחיות אחרות וחוקים פליליים אחרים מרתיעים מפרים פוטנציאליים יותר מסעיפי האכיפה הפלילית בחוקי זכויות יוצרים.¹⁵⁵ לדעתו עלות האכיפה של ה-*NET Act* עולה על התועלת שבו. כך למשל, לפי החוק אמריקנים רבים ייחשבו לעבריינים לפי הוראות החוק הרחבות מאוד, שלפיהן גם משתפי קבצים בשיטת "עמית לעמית" (peer-to-peer) ייחשבו לעבריינים אם ייחצה תנאי סף פיננסי מסוים.¹⁵⁶

147 ראו Business Software Alliance, 09 Piracy Report (May 2010), available at http://portal.bsa.org/globalpiracy2009/studies/09_Piracy_Study_Report_A4_final_111010.pdf.

148 לעיל ה"ש 121.

149 Goldman, לעיל ה"ש 76, בעמ' 393-396. ראו Heneghan, לעיל ה"ש 93 (המאמר דן בבעיות האפשריות בנוגע ל-*NET Act* וטוען, כי החוק עצמו ככל הנראה איננו חיוני מלכתחילה כדי להילחם בהפרות של זכויות יוצרים, כיוון שענישה פלילית אינה הכלי הנכון לתיקון התנהגות של מפרים).

Loren, לעיל ה"ש 83, בעמ' 861-871 (הכותבת דנה בפוטנציאל הרחב מאוד לתחלת ה-*NET Act* ובאי-הבהירות באשר להגנת השימוש ההוגן ולחשש, כי תובעים פדרליים יגישו כתבי אישום נגד מפרים בסדר גודל קטן, אשר אין להם כוונת רווח); Neri, לעיל ה"ש 63, בעמ' 755-757 (החוקר מסביר את הבעיות העוללות להתעורר מבחינה מנהלית וציבורית כתוצאה מחקיקה שאינה עולה בקנה אחד עם נורמות חברתיות; החוקר מסיק, כי הקושי מבחינת המשפט המנהלי מומחש באמצעות המספר המועט של כתבי אישום שהוגשו עד 2003 וכי ההיבט הציבורי של חקיקה זו טרם בא לידי ביטוי, משום שהחוק יושם במספר מועט של מקרים).

150 Goldman, לעיל ה"ש 76, בעמ' 392.

151 שם, בעמ' 397-399.

152 מחקר של ארגון הגג של חברות התוכנה B.S.A. הראה, כי היה גידול באתרי מסחר של Warez מ-100,000 בשנת 1997 ל-900,000 בשנת 1999. מחקר אחר של הארגון ממאי 2002 הראה, כי יותר מ-80% מכלל משתמשי האינטרנט אשר הורידו תוכנה באינטרנט עשו כן ללא ששילמו עבור התוכנה וכי 25% מכלל המשתמשים אשר הורידו תוכנה אף פעם לא שילמו עבורה. בהנחה ששיתוף בדרך של "עמית לעמית" מהווה הפרה של הוראות החוק, נראה כי גם פרקטיקה זו גדלה גידול ניכר מאז קבלת החוק. ההערכה היא כי 57 מיליון אמריקנים משתמשים בתוכנה זו וכי כ-42% מהם צרבו מוזיקה על דיסקים במקום לרכושם (שם, בעמ' 398).

153 Goldman, לעיל ה"ש 76, בעמ' 399-400.

154 שם, בעמ' 400-402.

155 שם, בעמ' 410-414.

156 שם, בעמ' 414-416.

D.M.C.A. - השפעת ה- (3)

בחודש מארס 2010 פרסם ארגון ה־E.F.F. (The Electronic Frontier Foundation) דין וחשבון על השפעת החקיקה של ה־D.M.C.A. במרוצת הזמן.¹⁵⁷ לפי הדוח החוק סיכן ומסכן את חופש הביטוי, את המחקר המדעי, את הגנת השימוש ההוגן ואת ערכי התחרות והחדשנות. הדוח מאזכר רשימה ארוכה של פסקי דין המלמדים על השפעתו השלילית של החוק – הוראות אכיפה אזרחית ופלילית כאחד – על ערכי חופש הביטוי והמחקר המדעי.¹⁵⁸ מבקריו של מוסד האכיפה הפלילית בתחום דיני זכויות היוצרים טוענים, שלחקיקה כאמור אפקט מצנן על חופש הביטוי. עם זאת הסביר היועץ המשפטי של חברת גוגל בשימוע שנערך במהלך חודש אפריל 2011 בקונגרס האמריקני, שהייתה פנייה לחברת גוגל דרך מנגנון ההודעה וההסרה הקבוע בחוק כדי לשלול גישה ליצירות המפרות זכויות יוצרים בנוגע ל־1% בלבד ממיליוני היצירות שחברת גוגל מספקת אליהן גישה. לדברי החברה, מנגנון ההודעה וההסרה הקבוע בחוק, הקובע אחריות משותפת לבעלי זכויות היוצרים ולספקי השירות בנוגע לתכנים מפרים המועלים לאתרי אינטרנט, דווקא אפשר למיליוני אנשים לממש את זכותם לחופש ביטוי, מכיוון שרק בנסיבות של הפרת זכות יוצרים תוגבל ותישלל יכולת הביטוי שלהם. יתרה מזו, נמלי המבטחים הקבועים בחוק אפשרו את פריחתם של אתרים כגון פייסבוק, יו טיוב, איביי, טוויטר ואחרים.¹⁵⁹ חשוב לציין, כי בשנים האחרונות חלו התפתחויות בנוגע לאתרים דוגמת יו טיוב ואחרים, שלפיהם יצרניות תוכן – ובכלל זה יחידים וחברות – בפועל כמעט שאינן מורידות תכנים מפרים באמצעות מנגנון ההודעה וההסרה, אלא חותמות על חוזים עם יוצרים ולפיהם היוצרים יקבלו תשלום בגין הותרת תכנים מפרים באתרים. על רקע התפתחות חשובה זו נראה, כי עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי באמצעות מנגנון ההודעה וההסרה היא פחותה במידה ניכרת.¹⁶⁰

חוק ה־D.M.C.A. תואר כלא־יעיל במניעת הפרתן של זכויות יוצרים, ונראה שמעט מאוד כתבי אישום הוגשו מכוח ההוראות הפליליות של החוק.¹⁶¹ עם זאת השימוש בסעיפי האכיפה האזרחית של החוק בידי ארגוני הגג של תעשיות המוזיקה האמריקנית, כגון ה־R.I.A.A. (Recording Industry Association of America) וה־M.P.A.A. (Motion Picture Association of America)

Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Twelve Years Under the DMCA 157
(March 2010), available at <http://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca>

שם.

Promoting Investment and Protecting Commerce Online: Legitimate Sites v. Parasites, Part II: 159
ראו: Hearing Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition, and the Internet of the House Committee on the Judiciary, 112th Cong. (2011), available at <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/Walker04062011.pdf> (last visited Mar. 30, 2012) (עדוּתו של קנת וולקר, סגן נשיא בכיר והיועץ המשפטי של חברת גוגל העולמית).

ראו (2012) 137 AKRON L. REV. 45. Yafit Lev-Aretz, *Second Level Agreements*, 45 AKRON L. REV. 137 (2012). ההערכות הן, כי 160
רוב יצרניות התוכן בוחרות שלא להסיר את מרבית התכנים המפרים ובמקום זאת לקבל תשלום מן האתר המארח.

John B. Clark, *Note Published: Copyright Law and the Digital Millennium Copyright Act: Do the Penalties Fit the Crime?*, 32 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 373, 374 (2006); John Holland, *Note: Making Money Instead of Excuses: A Market-Based Alternative to the Digital Millennium Copyright Act that Protects Copyrights Without Diminishing Expression*, 7 GEO. J.L. 161
(2009) & PUP. POL'Y 279, 292–295 (2009). (המאמר סוקר את חוסר היעילות שבחקיקת ה־D.M.C.A.).

(America), הביא אוניברסיטאות לעודד סטודנטים להימנע משימושים מפריים ביצירות מוגנות כדי שלא ייתבעו בידי ארגוני גג אלה.¹⁶² ואולם השפעתן ויעילותן של אזהרות אלו נדמית זניחה נוכח היקפי ההפרות בקרב סטודנטים במכללות בארצות הברית.

(4) השפעת ה-ProIP Act

ה-ProIP Act¹⁶³ בוקר קשות בשל העדפה ברורה של זכויות התעשייה על חשבון נורמות חברתיות ובשל תוצאותיו הקשות – הגשת כתבי אישום בגין מעשים שאינם נתפסים כפשעים בעיני החברה.¹⁶⁴ גרייס פיון אף טוענת, שחקיקה זו הרחיבה את הפערים שבין הציבור והמחוקק האמריקני והכריחה את רשויות האכיפה לאכוף חוקים שאינם מאזנים כראוי בין זכויותיהם של יוצרים לזכויותיו של הציבור הרחב.¹⁶⁵

(ב) סיכום

למרות הרחבתו של תחום האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים בארצות הברית וההחמרה השיטתית של הענישה בו, שיעור ההפרות של זכויות יוצרים בארצות הברית (ובשאר מדינות העולם) רב מאוד. החקיקה המחמירה מחד והיקפי הפרות גדולים מאידך מעוררים ספק רב באשר ליכולתו של כלי האכיפה הפלילית לסייע בהפגמת הערכים שבבסיס דיני זכויות היוצרים בקרב הציבור הרחב. עם זאת כפי שניווכח להלן, חרף הניסיון המאכזב בארצות הברית שבשימוש בכלי האכיפה הפלילי בתחום זה, במישור הבינלאומי ישנם ניסיונות מתמידים לשפר את כלי האכיפה האזרחית והפלילית כאחד, כחלק ממלחמה בינלאומית כוללת בהפרת זכויות קניין רוחני.

2. אכיפת זכויות יוצרים לפי הדין הבינלאומי

עד חתימתו של הסכם ה-TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), אשר נכנס לתוקפו בשנת 1995,¹⁶⁶ לא זכתה שאלת ההרמוניזציה של חוקי הקניין הרוחני במישור האכיפה בכלל ובמישור האכיפה הפלילית בפרט לטיפול בהסכמים בינלאומיים.¹⁶⁷ אמנת ברן (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)

162 Clark, לעיל ה"ש 161, בעמ' 395. ראו למשל את האזהרות שפירסמה אוניברסיטת מיזורי בסיינט לואיס באשר לעונשים הצפויים למי שיפר את הוראות ה-IT Security at UMSL, UNIVERSITY OF: D.M.C.A. ה-132. (last visited Nov. 8, 2011).

163 לעיל ה"ש 132.

164 Pyun, לעיל ה"ש 28, בעמ' 390–391.

165 שם.

166 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods, Dec. 15, 1993, 33 I.L.M. 81 (1994), available at <http://www.jstor.org/stable/20693888?seq=2> (להלן – הסכם TRIPS).

167 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Sept. 9, 1886, revised at Paris July 24, 1971, 828 U.N.T.S. 221, available at [http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/Paris](http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/Paris;); text.jsp?file_id=278718 (ס' 13(3) ו-15 לאמנת ברן עוסקים באכיפה של זכויות קניין רוחני).

(Works), אשר אומצה בשנת 1886, הייתה האמנה הראשונה אשר קבעה סטנדרטים מינימליים באשר לזכויות יוצרים ביצירות. אמנה זו לא כללה אמצעי אכיפה המחייבים את המדינות החברות בה, ומכאן גם מקור חולשתה המרכזי. באמנה ישנן שתי הוראות בלבד, בסעיפים 15 ו-16, הנוגעות לאכיפה. הסעיפים עוסקים אך ורק בזכות לאכיפה אזרחית ובסעדים אזרחיים, ואין בהם כל אזכור של אמצעי אכיפה פלילית.

בשונה מאמנת ברן, המעבר מאמנות על קניין רוחני לאמנות על סחר בינלאומי אפשר ביתר קלות לאמץ מנגנוני אכיפה במסגרת ההסכם. הסכם ה-TRIPS כולל בסעיפים 41–61 הוראות הנוגעות לאכיפה אזרחית ופלילית. את ההסכם אימצו חברות ארגון הסחר העולמי (W.T.O.), והוא הציב לראשונה סטנדרטים מינימליים באשר לזכויות קניין רוחני לתחומיו. ההסכם מחייב את המדינות החברות בארגון לאמץ את הסטנדרטים הכלולים בו. כמו כן, שלא כמו באמנת ברן, ההסכם כולל מנגנון מחייב ליישוב סכסוכים הנוגע להפרת הוראות ההסכם. מדינה שהסדריה סוטים מדרישות ההסכם עלולה לתת את הדין בהליכים משפטיים בפני מנגנון יישוב הסכסוכים של הארגון, אשר החלטותיו מחייבות אותה. אי-ציות להחלטותיו של מנגנון יישוב הסכסוכים חושף את המדינה ה"סוררת" למגוון סנקציות הקבועות בהסכם.

סעיפים 41–61 להסכם ה-TRIPS מספקים בסיס איתן לאכיפת דיני הקניין הרוחני במדינות ארגון הסחר העולמי. סעיפים אלה מחייבים את המדינות החברות להקים מנגנוני אכיפה אזרחיים, מנהליים ופליליים, המאפשרים התמודדות יעילה עם הפרות של זכויות קניין רוחני, ובהן גם הפרות של זכויות יוצרים (לרבות הפרות בסביבת האינטרנט). סעיף 41 להסכם קובע כמה עקרונות חשובים באשר לאכיפה בכלל ולאכיפה הפלילית בפרט, אשר צריכים להיות מיושמים בכל הסדר חקיקתי שייקבע: ¹⁶⁸ על הסדרי האכיפה לאפשר פעילות יעילה ("effective action") בכל רמת אכיפה – אזרחית, מנהלית, פלילית או אחרת. נוסף על כך, ההסדרים צריכים להביא להפחתת שיעורי ההענקות הפירטיות; ¹⁶⁹ עליהם להיות מיושמים בפועל ("available"), זמינים במהירות ("expeditious") ולהיות גורם מרתיע מפני הפרות נוספות ("deterrent to further infringement"); ¹⁷⁰ להסדרי האכיפה צריכות להיות תוצאות אובייקטיביות, כגון ירידה ממושכת בשיעור ההפרות של זכויות קניין רוחני, לרבות זכויות יוצרים. ¹⁷¹

סעיף 61 להסכם קובע את רמת האכיפה הפלילית הנדרשת במדינות החברות: הסעיף מורה למדינות החברות לקבוע סדרי דין פליליים וענישה פלילית לפחות בנוגע למעשים המהווים, בין

Convention for the Protection of Industrial Property, Mar. 20, 1883, revised at Stockholm July 14, 1967, 21 U.S.T. 1583, 828 U.N.T.S. 305, available at http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=278720 (ס' 9 ו-10 לאמנת פריז עוסקים באכיפה של זכויות קניין רוחני).

168 הסכם TRIPS, לעיל ה"ש 166, בס' 41.1.

169 International Intellectual Property Alliance, Copyright Enforcement Under The TRIPS Agreement (2004), available at http://www.iipa.com/rbi/2004_Oct19_TRIPS.pdf.

170 שם.

171 שם. אך ראו גם World Trade Organization, *Report of the Panel: China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* § 7.578, WT/DS362/R (January 26, 2009) (להלן – "להלן"), available at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/362r_e.pdf (Panel) (הרוח מסביר את המושג "deterrent" שבס' 61 להסכם כמונח גמיש ולא-מדויק, אשר פרשנותו תלויה בנסיבות).

השאר, הפרה מכוונת של זכויות יוצרים ("willful trademark counterfeiting and piracy"; על ההפרות להיות בהיקף מסחרי ("commercial scale");¹⁷² על הענישה לכלול אמצעים כגון קנסות או מאסר, ורמת הענישה ותוצאותיה חייבות לעורר הרתעה מפני הפרת זכויות.¹⁷³ ההסכם מנסה לאחד בין רמת הענישה הנוגעת לפגיעה בקניינים מוחשיים ובין רמת הענישה הנוגעת לפגיעה בקניינים רוחניים וקובע, שהאכיפה הפלילית צריכה להיות עקבית בקניין מוחשי ובקניין רוחני. זאת ועוד, ההסכם מחייב גם לאמץ סדרי דין ועונשים שיאפשרו תפיסה והשמדה של סחורות ושל מוצרים מפרים וכן חומרים וציוד אשר שימשו את המפרים בביצוע ההפרות.¹⁷⁴ חשוב להבין, שההסכם קובע דרישות מינימליות בלבד ומשאיר למדינות החברות שיקול דעת לאמץ אמצעי אכיפה פליליים מחמירים יותר, אם הן מעוניינות בכך. הסכם ה-TRIPS ספג קיתונות של ביקורת מנימוקים מגוונים. אחת הביקורות המרכזיות על ההסכם בכלל ועל סעיפי האכיפה בפרט היא, כי הוראות ההסכם לוקות בעמימות ובאי-בהירות וכי אין הנחיה מספקת למדינות בנוגע לרמת האכיפה הנדרשת. ג' ה' רייכמן ודייב לנג אף טענו, שסעיפי האכיפה הם "עקב אכילס" של הסכם ה-TRIPS.¹⁷⁵ הם טענו שהוראות ההסכם עוצבו בדרך של סטנדרטים ולא בדרך של כללים משפטיים ברורים שתנאיהם מוגדרים, ולכן הן לוקות בעמימות מובנית אשר תקשה על ערכאות – ובהן הפאנל ליישוב סכסוכים של ארגון הסחר העולמי – במלאכת הבהרתן ובחינת ההתאמה של יישומן לרמת האכיפה הנדרשת בהסכם.¹⁷⁶ הניסיון הראשון לפרש את הוראת סעיף 61 להסכם היה בנוגע לסכסוך שבין ארצות הברית לסין, אשר הוכרע בידי פאנל ליישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי בשנת 2009.¹⁷⁷ סכסוך זה עסק בתלונתה של ארצות הברית נגד ממשלת סין על כך שסין אינה עומדת בדרישותיהם של סעיפי האכיפה של הסכם ה-TRIPS, לרבות הוראת סעיף 61.¹⁷⁸ אחד הנושאים החשובים שנדונו בהליך היה פרשנות ההיגד "commercial scale" שבסעיף 61. ארצות הברית טענה שיש לתת פרשנות מרחיבה להיגד זה ולכלול בו פעולות "of a sufficient extent or magnitude to qualify as 'commercial scale' in the relevant market",¹⁷⁹ היינו פעולות בהיקף שהיה נחשב למסחרי בשוק

- 172 DANIEL GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING AND HISTORY AND ANALYSIS 492 (3rd ed., 2008) (פרשנות המושג "similar gravity" היא כאמור בחיבור זה מקבילה למשמעות של "serious crimes against property").
- 173 שם, בעמ' 492 (המחבר מדגיש, כי האמצעים שבהם משתמשים לביצוע העבירה כוללים ציוד לייצור ולהעסקה).
- 174 הסכם ה-TRIPS, לעיל ה"ש 166, בס' 46, 61.
- 175 J. H. Reichman & David Lange, *Bargaining Around the TRIPS Agreement: The Case for Ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions*, 9 DUKE J. COMP. & INT'L L. 11, 34-40 (1998) (המחברים דנים בחולשות של מנגנוני האכיפה של הסכמי ה-TRIPS).
- 176 שם, בעמ' 35. ראו גם Donald P. Harris, *The Honeymoon Is Over: The U.S.-China WTO Intellectual Property Complaint*, 32 FORDHAM INT'L L.J. 96, 116 (2008) (המאמר מציין, כי למדינות החברות יש "considerable latitude in fashioning laws to meet their enforcement obligations" הנוגעים לאכיפה כוללים, "effective", "reasonable", "undue", "unwarranted", "vague phrases such as 'fair and equitable', and 'not... unnecessarily complicated or costly'").
- 177 *Report of the Panel*, לעיל ה"ש 171.
- 178 שם, בס' 2.2-2.4, 8.1-8.2.
- 179 שם, בס' 7.480.

הרלוונטי למוצר הנדון. עם זאת הוסיפה ארצות הברית וטענה, שפעולות בהיקף מסחרי כוללות גם פעולות מסחריות המתבצעות מתוך מטרה להפיק רווחים.¹⁸⁰ סין טענה מנגד שהגדרתה של ארצות הברית רחבה מדי ותלושה מלשון הסעיף, הממוקדת במונח "scale", ולכן אין מקום לקבל את הפרשנות המוצעת.¹⁸¹ פאנל יישוב הסכסוכים הכריע שהמונח "היקף מסחרי" הוא מונח גמיש, לא-מדויק ותלוי נסיבות.¹⁸² הפאנל דחה את הגדרתה של ארצות הברית וקבע, כי "היקף מסחרי" הוא –

"Counterfeiting or piracy carried on at the magnitude or extent of typical or usual commercial activity with respect to a given product in a given... market... The magnitude or extent of typical or usual commercial activity relates, in the longer term, to profitability".¹⁸³

דומה שפרשנות זו איננה תורמת רבות להבהרת המונח. חשוב לציין, שהפאנל הדגיש כי הוא אינו מחווה דעה בנוגע לשאלת תחולתו של סעיף 61 על הפרות המתבצעות שלא למטרת רווח כלכלי. הפאנל הוסיף וקבע קביעות נוספות בנוגע להסכם ה-TRIPS ולסעיפי האכיפה שלו, אך הן חורגות מהיקפה של רשימה זו ולכן לא יידונו כאן.¹⁸⁴ החלטת הפאנל לרבדיה, לרבות פרשנות סעיף 61 להסכם, נחשבת בצדק לכישלון של מנגנוני האכיפה של הסכם ה-TRIPS.¹⁸⁵ מלומדים רבים ציינו, שההחלטה החלישה את היכולת להבטיח אכיפה של זכויות קניין רוחני במדינות החברות.¹⁸⁶ לטעמם ההחלטה אף מאתתת למדינות מתפתחות שדרישות הסף של ההסכם בנוגע למנגנוני האכיפה ויעילותם נמוכות מאוד, ולמעשה מספקות למדינות גמישות רבה ביישום ההסכם בדין הפנימי.¹⁸⁷ חשוב להדגיש שההחלטה בנוגע לסין לא בחנה את רמת האכיפה בפועל במדינות, אלא רק אם החוקים הקבועים עלי ספר עומדים בדרישות ההסכם. לא ברור כיצד יעוצבו בפועל חובות אכיפה בידי מנגנון יישוב הסכסוכים בעתיד, אם וכאשר שאלות כאלו יתעוררו. נתון חשוב נוסף הנוגע לאכיפה של זכויות קניין רוחני ברמה הגלובלית הוא, שארגוני פשיעה ואף ארגוני טרור מנצלים את השווקים של העתקות פירטיות ושל הפרות קניין רוחני אחרות לצורך מימון פעילותם.¹⁸⁸ "משיכתם" של גורמי פשיעה אלה להפרות קניין רוחני נראית

180 ש.ם.

181 ש.ם, בס' 7.481.

182 ש.ם, בס' 7.578. באותה הפסקה הפנל גם ציין, כי מושגים כמו "deterrent" ו-"corresponding gravity" הם בעלי טבע דומה וגמיש.

183 ש.ם, בס' 7.577.

184 ש.ם, בס' 7.596.

185 Peter K. Yu, *The TRIPS Enforcement Dispute*, 89 NEB. L. REV. 1046, 1069 (2011) (להלן – Yu, *TRIPS Enforcement Dispute*).186 Joost Pauwelyn, *The Dog That Barked But Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO* 33, 35 (Nov. 2010), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708026.187 Yu, *TRIPS Enforcement Dispute*, לעיל ה"ש 185, בעמ' 1096.188 Charles R. McManis, *The Proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): Two Tales of a Treaty*, 46 HOUS. L. REV. 1235, 1239-1246 (2009); Roslyn A. Mazer, *From T-Shirts to*

טבעית. ראשית, הפרות של זכויות יוצרים ושל קניינים רוחניים אחרים דורשות השקעה ראשונית מזערית, בעוד שפוטנציאל הרווח מהן גבוה מאוד.¹⁸⁹ שנית, הענישה על עבירות קניין רוחני היא קלה מאוד במרבית המדינות ומסתכמת בדרך כלל בקנסות נמוכים ובתקופות מאסר קצרות, אם בכלל.¹⁹⁰ לאחרונה המליץ גורם האמון על אכיפת קניין רוחני בממשל האמריקני להחמיר את הענישה הפלילית בגין הפרה של זכויות קניין רוחני.¹⁹¹ גורם זה הכיר בכך, שפשיעת קניין רוחני היא מקור הכנסה נכבד לארגוני פשיעה, בשל הרווחים האדירים והקלים שבצדה והענישה הקלה יחסית המושתת בגינה.

אם לא די בכך, הפרה של זכויות קניין רוחני מסבה נזקים רבים נוספים, ובהם גידול בשיעורי האבטלה (בשל הטיית מקורות הכנסה מעסקים חוקיים לעסקים פירטיים), פגיעה בהכנסות יוצרים והפסדים ניכרים לכלכלת מדינות. לפי אומדנים רשמיים, תעשיית המוצרים המזויפים והמוצקים מגיעה כדי 600 מיליארד דולרים בשנה בכל העולם.¹⁹² במילים אחרות, זיופים והעתקות פירטיות מהווים בין 5%–7% מן הסחר העולמי.¹⁹³ יתרה מזו, נראה שמסחר בסחורות מועתקות או מזויפות גדל בקצב מהיר פי שמונה ממסחר חוקי והתעצם ב-10,000% במשך שני העשורים האחרונים.¹⁹⁴ בדוח שפרסם לאחרונה ה-O.E.C.D. (Organization for Economic Cooperation and Development)¹⁹⁵ הוצגו נתונים, שלפיהם ההפסדים הכלכליים מזויפים ומהעתקות פירטיות עולים לכלכלות של מדינות ה-G20 יותר ממאה מיליארד אירו ומסכנים כ-2.5 מיליון משרות.¹⁹⁶

על רקע נתונים אלה, אין פלא אפוא שארצות הברית, יפן והאיחוד האירופי יזמו בשנים האחרונות משא ומתן לחתימתה של אמנה בינלאומית חדשה לחיזוק ההגנה הגלובלית והמדינתית על זכויות קניין רוחני ולחיזוקם של מנגנוני האכיפה של זכויות אלו.¹⁹⁷ טיטת ההסכם – Anti-Counterfeiting Trade Agreement (A.C.T.A.) – משקפת הבנות שהושגו עד כה

Terrorism, WASHINGTON POST, Sept. 30, 2001, at B02, available at <http://pqasb.pqarchiver.com/washingtonpost/doc/409228364.html?FMT=ABS&FMTS=ABS:FT&type=current&date=Sep%2030,%202001&author=Roslyn%20A.%20Mazer&pub=The%20Washington%20Post&edition=&startpage=B.02&desc=From%20T-Shirts%20to%20Terrorism;%20That%20Fake%20Nike.%20Swoosh%20May%20Be%20Helping%20to%20Fund%20Bin%20Laden%27s%20Network> OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, 2010 SPECIAL 301 REPORT 10 (APR. 30, 2010), available at http://keionline.org/sites/default/files/ustr_special301_2010.pdf; ראו גם McManis, לעיל ה"ש 188, בעמ' 1243.

שם 190

White Paper, לעיל ה"ש 137, בעמ' 7.

About Counterfeiting, INTERNATIONAL ANTI-COUNTERFEITING COALITION, available at <http://www.iacc.org/about-counterfeiting> (last visited July 17, 2011).

שם 193

("Since 1982, the global trade in illegitimate goods has increased from \$5.5 billion to approximately \$600 billion annually") שם 194

Counterfeiting and Piracy Endanger Global Economic Recovery, Say Global Leaders, INTERPOL MEDIA RELEASE, Dec. 3, 2009, available at <http://www.interpol.int/News-and-media/News-media-releases/2009/PR116>.

שם 196

Peter Yu, *Six Secret (And Now Open) Fears of ACTA*, 64 SMU L. REV. 975, 992 (2011) 197

בין המדינות השותפות למשא ומתן.¹⁹⁸ הסכם זה נדון מחוץ לארגון הסחר העולמי ואינו קשור להסכם ה-TRIPS. הוא מבקש ליישם ברמה הבינלאומית מנגנוני אכיפה נוקשים יותר מאלה הקבועים באמנות ובהסכמים בינלאומיים קיימים בין המדינות החברות בארגון, על רקע הגידול הניכר בהיקפי ההפרות של זכויות קניין רוחני בכלל ומדינות העולם. ההסכם עצמו נפתח לחתימת מדינות במהלך חודש מאי 2011, אך טרם נכנס לתוקפו, עקב סירובם של האיחוד האירופי ושל מדינות נוספות לחתום עליו.

הסכם A.C.T.A. מייצג את היוזמה הבינלאומית הרצינית ביותר שהוצגה עד היום בנוגע לאכיפה של זכויות קניין רוחני. מטרתו המוצהרת של ההסכם הן אלו: (א) לחזק את שיתוף הפעולה הבינלאומי בנוגע לאכיפה של זכויות קניין רוחני; (ב) לשפר את אמצעי האכיפה של זכויות בקניינים רוחניים; (ג) לתת מסגרת חזקה יותר לאכיפת זכויות קניין רוחני.¹⁹⁹ ההסכם מחולל שינויים רבים במישור האכיפה של זכויות קניין רוחני בכל התחומים, ובכלל זה גם בתחום האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים.

חלקו השני של ההסכם דן באכיפה פלילית ומחייב את המדינות החברות בו לקבוע בין השאר, שכל הפרה מכוונת של זכויות יוצרים המתבצעת ב"היקף מסחרי" תיחשב לעבירה פלילית.²⁰⁰ שלא כמו הסכם ה-TRIPS, הסכם ה-A.C.T.A. מספק הגדרה למונח "היקף מסחרי" – מעשים "שנעשו כפעולות מסחריות למטרת קבלת יתרון כלכלי או מסחרי, ישיר או עקיף".²⁰¹ ההסכם קובע שאף העתקה של סרטים בתאטראות ("camcording") תיחשב לעבירה; ואם לא די בכך, הוא מרחיב את היקף האחריות הפלילית ומטיל אותה גם על מי שסייע לביצוע ההפרה או עודד אותה.²⁰² ההסכם אף מחמיר את הענישה בגין עבירות הקשורות להפרת זכויות יוצרים ומחייב ענישה המשלבת עונש מאסר וקנס כספי.²⁰³ ההסכם מוסיף וקובע, שרשויות האכיפה יוסמכו להורות על תפיסה ועל השמדה של מוצרים מפרים או של ציוד ששימש לביצוע ההפרה.²⁰⁴ ההסכם גם נותן סמכויות של עיכוב סחורות לנציגי רשויות המכס של המדינות החברות אם הם חושדים, בין השאר, שהסחורות מפרות זכויות יוצרים. ההסכם מוסיף ומחיל את הוראות האכיפה הפלילית גם על מעשים המתבצעים בסביבת האינטרנט.²⁰⁵ לבסוף, ההסכם כולל הוראות המקבילות בתוכנון לחקיקת ה-D.M.C.A. בארצות הברית, אשר נדונה לעיל.²⁰⁶

Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), opened for signature May 1, 2011, *available at* 198
http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf (last visited Nov. 28,
 2011) (להלן – ACTA).

OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, Ambassador Schwab Announces U.S. 199
 Will Seek New Trade Agreement to Fight Fakes, *available at* [http://www.ustr.gov/ambassador-](http://www.ustr.gov/ambassador-schwab-announces-us-will-seek-new-trade-agreement-fight-fakes)
[schwab-announces-us-will-seek-new-trade-agreement-fight-fakes](http://www.ustr.gov/ambassador-schwab-announces-us-will-seek-new-trade-agreement-fight-fakes) (last visited Oct. 25, 2011)

ס' 23, פס' 2-1 ל-ACTA, לעיל ה"ש 198.

שם, בעמ' 12-12 (התרגום שלי – מ' ב').

שם, בעמ' 13-E.

שם, בעמ' 15-E.

Margot E. Kaminski, *An Overview and the Evolution of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement* 204
(ACTA), 21 ALB. L.J. SCI. & TECH. 385, 409-410 (2011)

ס' 27 ל-ACTA, לעיל ה"ש 198.

שם.

בחינה של הוראות הסכם ה-A.C.T.A. בנוגע לאכיפה פלילית של זכויות יוצרים מלמדת, שההסכם מבקש לאמץ הסדר דומה להסדרי האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים בארצות הברית. הדיון שלעיל הראה כזכור, שהסדרי האכיפה הפלילית בארצות הברית לא הביאו לצמצום המיוחל בהיקפי ההפרה של זכויות יוצרים. ההפך הוא הנכון: היקפי ההפרה של זכויות יוצרים גדלו בהתמדה בשנים האחרונות. אין חולק כי הסיבות להיקפי ההפרה נעוצות לא רק בייעילותם של מנגנוני אכיפה, אלא גם בהתפתחויות טכנולוגיות שהפכו את מלאכת ההעסקה לקלה ולפשוטה. אין חולק אם כן, שהסדרי האכיפה של קניין רוחני בכלל ושל זכויות יוצרים בפרט צריכים להיבחן בפרספקטיבה רחבה הרבה יותר. לפיכך דומה, שגם בחינת הסכם ה-A.C.T.A. צריכה להיערך על רקע כל השינויים שההסכם מבקש לחולל, הן במישור האכיפה האזרחית והן על רקע שינויים אחרים. ייתכן שפעילות משולבת שההסכם מתיימר להציג עשויה להניב תוצאות טובות יותר והרתעה יעילה מפני הפרה של זכויות יוצרים. לכשייכנס ההסכם לתוקף וייושם במדינות החברות בו, יהיה אפשר להיווכח עד כמה חזונם של יוזמי ההסכם יוגשם הלכה למעשה.

עד היום חתמו על ההסכם כשמונה מדינות בלבד.²⁰⁷ אף שהאיחוד האירופי היה שותף מלא לייזום ההסכם ולעיצובו, החליט הפרלמנט האירופי לאחרונה שלא לאמץ, בעקבות מחאות ציבוריות נרחבות במדינות האיחוד.²⁰⁸ תגובות מלומדים להסכם ה-A.C.T.A. היו ביקורתיות מאוד על רקע מגוון של סיבות. בתחילה ביקרו רבים את ההסכם על רקע היותם של המגעים לעיצוב ולניסוח ההסכם סודיים.²⁰⁹ עם זאת גם לאחר חשיפת טיוטת ההסכם נמתחו על ההסכם ביקורות רבות מסיבות שונות ורבות. ראשית, רבים הצביעו על עמימות ההסדרים שבהסכם ועל כישלונם לספק הנחיה ברורה באשר לכלי האכיפה הנדרשים מכוחו.²¹⁰ שנית, מלומדים שונים ביקרו את אמצעי האכיפה המחמירים שההסכם כולל ואת היעדרם של הגנות או של שימושים מותרים, שעשויים לרסן את אמצעי האכיפה הקיצוניים שבו.²¹¹ חששות נוספים שההסכם מעורר כוללים פגיעה חמורה ביצירתיות ובחדשנות, לאור הרחבת סיווגן של הפרות זכויות יוצרים כעבירות פליליות גם באשר למסייעים ולמדיחים, פגיעה בפרטיות שעלולה להיגרם מהוראות אכיפה שונות שבהסכם ובעיות נוספות.²¹²

- 207 ראו [http://www.ustr.gov/acta+&cd=Anti-Counterfeiting Trade Agreement \(ACTA\) \(Oct. 1, 2011\)](http://www.ustr.gov/acta+&cd=Anti-Counterfeiting+Trade+Agreement+(ACTA)+(Oct.+1,+2011)+14&hl=en&ct=clnk&gl=il)
- 208 ראו David Meyer, *ACTA gets final stake through heart as EC drops court referral* (Dec. 20 2012) <http://www.zdnet.com/acta-gets-final-stake-through-heart-as-ec-drops-court-referral-7000009070> (דיווח על כישלון ההסכם בעקבות מחאות ציבוריות ברחבי האיחוד האירופי).
- 209 Margaret Chon, *Global Intellectual Property Governance (Under Construction)*, 12 THEORETICAL INQ. L. 349, 378-379 (2011).
- 210 Kimberlee Weatherall, *Politics, Compromise, Text and the Failures of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, 33 SYDNEY L. REV. 229, 230-231, 238-240 (2011).
- 211 Kaminski, לעיל ה"ש 204, בעמ' 395-394.
- 212 Micheal Geist, *Toward an ACTA Super-Structure: How ACTA May Replace WIPO* (Mar. 26, 2010), available at <http://www.michaelgeist.ca/content/view/4910/125>

מדינת ישראל חברה בהסכם ה-TRIPS ומחויבת ליישמו בישראל החל מסוף שנת 1999. בשנת 2000 השלימה מדינת ישראל מהלך חקיקתי שנועד ליישם את הוראות ההסכם.²¹³ בבדיקה שערכה מועצת ההסכם באשר לעמידתה של ישראל בתנאי ההסכם בשנת 2000 ובבדיקות נוספות שנערכו בשנים מאוחרות יותר נמצא, כי ישראל עומדת במחויבויותיה לפי ההסכם. לאחר סקירת הדין הבינלאומי והדין האמריקני, אפנה כעת לדון באכיפה פלילית של זכויות יוצרים בישראל.

3. אכיפה פלילית של זכויות יוצרים בישראל

(א) אכיפה פלילית וחקיקה

דיני זכויות יוצרים בישראל מאפשרים לבעלי זכויות יוצרים לאכוף את זכויותיהם ולקבל מגוון סעדים בגין הפרתן. חוק זכות יוצרים החדש, בדומה לפקודת זכות יוצרים שקדמה לו, קובע שהפרת זכות יוצרים מהווה עוולה נזיקית,²¹⁴ אשר בגינה זכאי התובע למגוון סעדים: צו מניעה,²¹⁵ פיצויים²¹⁶ ואף פיצויים ללא הוכחת נזק (פיצוי סטטוטורי).²¹⁷ מלבד סעדים אלה, הניתנים בהליכים אזרחיים, חוק זכות יוצרים כולל אף פרק עונשין. ההוראות העונשיות קבועות בסעיפים 61–63 לחוק, והן הועתקו כלשונן מפקודת זכויות יוצרים משנת 1924, בלא שינויים מהותיים.²¹⁸ סעיף 61 לחוק קובע רשימה של עבירות הנוגעות להפרה של זכויות יוצרים. החוק אוסר לעשות עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו,²¹⁹ לייבא עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו²²⁰ ולעסוק במכירה, בהשכרה או בהפצה של עותק מפר של יצירה.²²¹ החוק מוסיף וקובע איסור למכור, להשכיר או להפיץ עותקים מפרים של יצירה בהיקף מסחרי,²²² איסור להחזיק עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו²²³ ואיסור לייצר או להחזיק חפץ שייעודו עשיית עותקים של יצירה כדי לעבור אחת מן העבירות המנויות בסעיף.²²⁴

213 במסגרת יישום ההסכם בישראל נכנסו לתוקפם בשנת 2000 כמה חיקוקים, שערכו התאמות של חוקי הקניין הרוחני הישראלי להסכם ה-TRIPS: חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם טריפס), התש"ס-1999, ס"ח 1721; חוק להגנת מעגלים משולבים, התש"ס-1999, ס"ח 1721; חוק זכות יוצרים (הסכם טריפס), התש"ס-1999; צו זכויות מבצעים ומשדרים (הסכם טריפס), התש"ס-1999, ק"ת 6013; צו להגנת מעגלים משולבים (הסכם טריפס), התש"ס-1999, ק"ת 6013.

214 ס' 52 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 2119.

215 שם.

216 ס' 53 שם.

217 ס' 56 שם.

218 ס' 61–63 שם.

219 ס' 61 שם.

220 שם.

221 שם.

222 שם.

223 שם.

224 שם.

סעיף 62 לחוק קובע את העונשים בגין העבירות שנקבעו בסעיף 61.²²⁵ עשיית עותקים מפרים של יצירה לשם מסחר בהם או ייבואם של עותקים מפרים של יצירה לשם מסחר בהם עלולים לעלות למפר בעונש של מאסר עד חמש שנים או בקנס ששיעורו פי עשרה מהקנס הקבוע בסעיף 61 לחוק העונשין (כלומר הוא עלול להגיע ליותר מ-2.5 מיליון שקלים חדשים).²²⁶ לעומת זאת בגין מכירה, השכרה או הפצה של עותק מפר של יצירה, בגין עשיית מעשים אלה בהיקף מסחרי או בגין החזקת עותק מפר של יצירה לשם מסחר בו עלול המפר לשאת בעונש של מאסר עד שלוש שנים או בקנס ששיעורו פי שבעה מהקנס הקבוע בסעיף 61 לחוק העונשין (קנס שעלול להגיע ליותר מ-1.75 מיליון שקלים חדשים).²²⁷ העונש בגין ייצור חפץ שייעודו עשיית עותקים של יצירה או בגין החזקתו של חפץ כאמור הוא עד שנת מאסר או קנס שעלול להגיע ליותר מחצי מיליון שקלים חדשים.²²⁸ סעיף 63 לחוק עוסק באחריותם של נושאי משרה בתאגיד להפרת זכויות יוצרים.²²⁹

פרק העונשין בחוק זכות יוצרים הישראלי מסדיר בעיקר מעשים שאופיים מסחרי. העבירות מתמקדות בחוליות רשרת הייצור של יצירות מפרות. חשוב להדגיש, שהנחת העבודה של החוק החדש היא שיש מקום להכניס מעשים אלה לתחום הפלילי, מכיוון שהם "הגורמים להכנסתם לראשונה לשוק של העותקים המפרים שבעקבותיה מתחיל המסחר בהם בניגוד להוראות החוק".²³⁰ האופי המסחרי של הפרת זכויות יוצרים נדון בצמצום רב בפסיקה הישראלית. בתי המשפט בוחנים בדרך כלל היכן נעשתה ההפצה של העותקים המפרים בידי הנאשם, מהי כמות העותקים המפרים שבהם החזיק הנאשם ואם נמצאו בחזקתו אמצעים המשמשים ליצירת עותקים מפרים, כגון צורבים ואמצעי העתקה אחרים. כך למשל קבעה השופטת דיסקין בעניין שם טוב, שהנאשם ביצע עבירה של עשיית עותק מפר והחזקתו לשם מסחר בו בין השאר על סמך ראיות נסיבתיות שנמצאו בביתו. הראיות כללו 39 צורבים לתקליטורים, יותר ממאה אלף עטיפות לתקליטורים, מגשים של כוננים פתוחים שבתוכם נמצאו דיסקים צורבים וכיוצא באלה.²³¹

אין חולק על כך, שהמעשים שנאסרו בחוק תורמים להכנסתן של יצירות לשוק המשני של עותקים מפרים. עם זאת המציאות הטכנולוגית השתנתה ועדיין משתנה לבלי הכר, באופן שהכנסתן הראשונית לשוק של עותקים מפרים היא לעתים קרובות דווקא באמצעות גורמים שאינם מסחריים. שכיחותן של תוכנות לשיתוף קבצים, המאפשרות לגולשים בכל רחבי העולם לשתף קבצים בשיטת "עמית לעמית" (peer-to-peer) ובלא שרת מרכזי אחד, הפכה את העתקתן של יצירות מוגנות לקלה ולנגישה לכול.²³² חשוב לציין, שפעמים רבות הגורמים המכניסים את

225 ס' 61 שם.

226 ס' 61 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

227 ס' 62(ב) לחוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 214.

228 ס' 62(ג) שם.

229 ס' 63 שם.

230 הצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס' 8), התשס"ב-2002, ה"ח 3093, 371.

231 ת"פ (שלום רמ') 3045/08 מדינת ישראל נ' שם טוב (פורסם בנבו, 17.6.2010).

232 אביתר כפכפי "האינטרנט והמהפכה הדיגיטלית" חברה 22 23 (2005). ראו גם בן חקלאי "שיתוף

קבצים לאן – בעקבות פרשת grokster" דיני מחשבים ואינטרנט 24.3.2006 www.i-law.co.il/מאמרים/שיתוף-קבצים/שיתוף-קבצים-לאן-בעקבות-פרשת-grokster.-

היצירות לשוק הם דווקא יחידים שאינם פועלים למטרות מסחריות. המאבק המשפטי בהענקות מסוג זה, שהן הרווחות יותר כיום, מתמקד במישור האזרחי והוא מופנה בעיקר כלפי מפתחיהן של תוכנות השיתוף, ורק מקצתו מופנה גם כלפי צרכנים (אם בכלל), כפי שארחיב בהמשך.²³³ בחינה היסטורית של הוראות העונשין בחוקי זכויות היוצרים בישראל מצביעה על מגמה של החמרת הענישה הפלילית בתחום זה. החמרה זו נובעת ממציאות קשה של הפרות רבות בישראל.²³⁴ תחילתה של המגמה הייתה כבר בשנת 1981, שבה הוחמר לראשונה בפקודת זכויות יוצרים עונש המאסר לכל מי שעוסק ביודעין במסחר בעותקים מפרים של יצירות מוגנות (העונש שונה מחודשיים לשישה חודשי מאסר).²³⁵ כמו כן אפשר החוק להטיל קנס של 5,000 שקלים נוסף על עונש המאסר. הרקע להחמרה בענישה בתיקון זה היה הגידול במספר המקרים של הפרת זכויות יוצרים.²³⁶

בשנת 1987, בעקבות תמורות טכנולוגיות חשובות ובהן פיתוח אמצעי העתקה מתקדמים כגון מכשיר הווידאו הביתי, הוחמרה הענישה המקסימלית ושונתה משישה חודשים לשלוש שנות מאסר. הרקע לשינוי תואר בדברי ההסבר לחוק כך:

“מאז אנו עדים לכך שתופעת ההפרות הפליליות של זכויות יוצרים ממשיכה לגדול ובקצב מדהים, בייחוד על ידי העתקה ומכירה מסחרית של קלטות וקלטות וידאו... מטעמים אלה מוצע להגדיל את העונש הצפוי לעבריין, במטרה להרתיע עבריינים בכוח ולהעמידו על שלוש שנות מאסר או קנס העולה על רבע מיליון ש"ח.”²³⁷

בשנת 2002 נערך תיקון נוסף לפקודה, ובו נוסחו מחדש העבירות שבפקודה ואף הוספו עבירות חדשות. כמו כן הוחמרה הענישה על יצירה או על ייבוא של עותקים מפרים. העונש שונה משלוש שנות מאסר לחמש שנות מאסר באופן שעבירות של הפרת זכויות יוצרים הפכו לעבירות מסוג פשע (ולא עוד מסוג עוון כבעבר), ואף הקנסות בגין עבירות אלו הועלו מסכום של 1,050,000 שקלים חדשים לסכום של מיליון וחצי שקלים חדשים (סכום אשר יעודכן מעת לעת). הגידול בשיעור הקנסות הוסבר ברצון להגביר את ההרתעה מפני ביצוע העבירות. הרקע לתיקון זה אף הוא היה הגידול בהיקף הפרת זכויות יוצרים. בדברי ההסבר לתיקון נכתב כך:

“עשיית עותקים מפרים של יצירה או ייבוא של עותקים מפרים של יצירה, לשם מסחר בהם, הם מעשים פסולים המצדיקים ענישה משמעותית בשל הפגיעה הקשה בבעל זכות היוצרים: מעשים אלה הם הגורמים להכנסתם לראשונה לשוק

233 כפכפי, לעיל, בעמ' 60–62.

234 ראו אמיר חורי “קריאה בין לאומית: החוק ומקורות ההשפעה הזרים” יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים 237, 244–245 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, התשס"ט) (הספר להלן – יוצרים זכויות).

235 הצעת חוק לתיקון פקודת זכויות יוצרים (תיקון מס' 4), התשמ"א–1981, ה"ח 1517.
236 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (תיקון מס' 4), התשמ"א–1981, ה"ח 1517, 239: “מאחר שהמקרים בהם מופרות זכויות היוצרים הולכים ורבים, מוצע להעלות את עונש המאסר מחודשיים ל-6 חודשים ולקבעו כבר בעבירה הראשונה.”

237 דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת זכויות יוצרים (תיקון מס' 5), התשמ"ח–1987, ה"ח 1856.

של העותקים המפרים שבעקבותיה מתחיל המסחר בהם בניגוד להוראות החוק".²³⁸

הוראות עונשין אלו בחוק זכות יוצרים ובחיקוק שקדם לו, פקודת זכות יוצרים, לא הביאו לפעולות אכיפה פלילית של ממש. במשך זמן רב הייתה האכיפה של הוראות חוק אלו מעטה מאוד, למרות המציאות של הפרת זכויות יוצרים נרחבת. אם לא די בכך, קשה אף לקבל תמונת מצב ברורה באשר למדיניות האכיפה של זכויות יוצרים בישראל מן הרשויות האמונות על פעולות האכיפה – המשטרה והפרקליטות. כל ניסיון מקיף לבחון מגמות בפסיקה בתי המשפט בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים אף הוא נדון לכישלון. הפסיקה הנוגעת לאכיפה פלילית של זכויות יוצרים שפורסמה במרוצת השנים היא חלקית, ואינה מייצגת את כל ההליכים הפליליים שנקטו באשר לזכויות יוצרים.²³⁹ בהיעדר תמונה שלמה וכוללת של פעילות האכיפה ושל הפסיקה בתחום זכויות היוצרים אי אפשר להסיק מסקנות נחרצות, אך ניתוח זהיר של הפסיקה בתחום כפי שפורסמה במאגרים המשפטיים עשוי להאיר כמה היבטים של גישת בתי המשפט לאכיפה פלילית בתחום חשוב זה.

מבדיקה שנערכה אצל גורמי האכיפה במשטרת ישראל ובפרקליטות המדינה נראה, שאין בנמצא נתונים מדויקים הנאספים שנה אחר שנה בנוגע לאכיפה פלילית של זכויות יוצרים. עם זאת סיפקה משטרת ישראל מידע חלקי באשר לאכיפה פלילית של זכויות יוצרים מכוח פקודת זכות יוצרים, 1924 בשנים 2005–2011, שממנו עולים כמה ממצאים מעניינים: במשך שש השנים שנבדקו נסגרו 23 תיקים מסיבות שונות, רק חמישה הגיעו לדיון משפטי ומתוכם רק שלושה תיקים הסתיימו בהרשעה.²⁴⁰ ברור מן הנתונים, שבמהלך שש השנים שנסקרו היה מספר התיקים שטופלו בידי משטרת ישראל קטן מאוד ואף במגמת ירידה. חשוב לציין, שאין מידע על אכיפה פלילית בשנים אלו לפי חוק זכות יוצרים החדש, אשר נכנס לתוקפו בשלהי שנת 2008. לצורך השלמת התמונה הופנתה פנייה לגורם האמון על אכיפה פלילית של זכויות קניין רוחני בפרקליטות המדינה. לדברי הגורם אי אפשר לספק נתונים מסודרים על אכיפה פלילית של הפרקליטות בשנים האחרונות. הוא ציין עם זאת, כי בעשר השנים האחרונות (2002–2012) ישנה פעילות אכיפה בתחום העבירות על חוקי זכות יוצרים; במהלך תקופה זו טופלו במחלקה הכלכלית של פרקליטות המדינה כשלושים תיקי קניין רוחני (מתוכם כעשרים בחמש השנים האחרונות); מדובר בתיקים הנוגעים לפרשיות בעלות מורכבות כלשהי או לעבירות הפרוסות על פני כמה מחוזות, להבדיל מתיקים קטנים. זאת ועוד, ממידע חלקי נוסף באשר לשנים 2008–2010 עולה, כי במחוזות שונים של הפרקליטות נפתחו בשנים אלו 14 תיקי חקירה וכי הוגשו במהלכן רק שני כתבי אישום.²⁴¹

238 הצעת חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (תיקון מס' 8), התשס"ב–2002, ה"ח 3093, 370, 371.

239 מאגרי המידע שנסקרו לצורך מחקר זה הם מאגר "נבו" ומאגר "פדאור גוגל".

240 הנתונים נמסרו למחברת מחקר זה לאור בקשה שהוגשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998, ס"ח 1667 ביום 21 בדצמבר 2011.

241 בקשה שהגישה המחברת לפי חוק חופש המידע למשרד המשפטים נענתה ביום 5 בדצמבר 2012 בידי מנהלת היחידה לפניות הציבור והממונה על חוק חופש המידע, עו"ד מיכל טנא, ונוגעת לנתונים חלקיים ביותר באשר לפרקליטות מחוז דרום וחיפה (לשנת 2008) ולפרקליטות מחוז צפון בלבד (לשנים 2010–2009).

(ב) פסיקה

כל הפסיקה שפורסמה עד היום בנוגע לאכיפה פלילית של זכויות יוצרים בשנים 2001–2012 לפי פקודת זכות יוצרים, 1924 ולפי חוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007 נבחנה ונותחה. כיוון שישנה פסיקה נוספת שלא פורסמה משנים אלו, בהיקף שאינו ידוע, קשה כאמור להסיק מסקנות נחרצות מן הנתונים שנאספו, וישנו חשש טבעי להטיות. עם זאת אפשר לזהות כמה מגמות מעניינות בפסיקה שפורסמה. ניתוח של 93 פסקי דין שניתנו בין השנים 2001–2012 בנוגע להפרות שונות של זכויות יוצרים ואשר פורסמו או נזכרו במאגרים המשפטיים מעלה תמונה מורכבת, אשר תידון להלן בהרחבה. הדיון שלהלן יציג נתונים סטטיסטיים בנוגע ל-85 פסקי דין שפורסמו. שמונת פסקי הדין הנותרים לא פורסמו, והכרעת הדין וגזר הדין שבהם נלמדו מהפניות אליהם בפסיקה שפורסמה. במהלך השנים נראה, שישנן מגמות מעורבות של עליות ושל מורדות באשר לכמות פסקי הדין העוסקים באכיפה פלילית של זכויות יוצרים.

הרוב המוחלט של העבירות שבגינן הוגשו כתבי אישום עניינן החזקת תקליטורי מוזיקה ווידאו מזויפים המפרים זכויות יוצרים, הצגתם במקומות ציבוריים לצורכי מסחר ומכירתם בפועל. מקצת העבירות עניינן החזקת ספרים מזויפים²⁴² – בייחוד ספרי לימוד – וכן תקליטורים מזויפים של תוכנות או של משחקי מחשב.²⁴³

מפסקי הדין שניתנו בשנים 2001–2002 אפשר ללמוד, שבתקופה זו החלה תופעת הזיופים של קניין רוחני לחלחל לתודעה הציבורית כעבירת רכוש חמורה לא פחות מגניבת רכוש מוחשי. בשנים אלו החלו בתי המשפט לציין שמדובר בעבירה שהפכה נפוצה עד כדי הגדרתה "מכת מדינה"²⁴⁴, אם כי עדיין בהסתייגות מה ולעתים אף ברמז גנרד ולא בפה מלא.²⁴⁵ בשנים אלו

242 ראו למשל ת"פ (שלום ת"א) 3149/01 מדינת ישראל נ' שור (פורסם בנבו, 6.11.2002); ת"פ (שלום ת"א) 8239/01 מדינת ישראל נ' חיים (פורסם בנבו, 5.5.2005); ת"פ (שלום נצ') 09-09-2005 מדינת ישראל נ' מחאג'נה (פורסם בנבו, 21.12.2010); ת"פ (שלום נצ') 09-08-8416 מדינת ישראל נ' חלואני (פורסם בנבו, 29.4.2010); ת"פ (שלום י-ם) 7901/08 מדינת ישראל נ' אבו ערפה (פורסם בנבו, 26.10.2010).

243 ראו למשל ת"פ (שלום כ"ס) 3458/00 מדינת ישראל נ' קוטלר (פורסם בנבו, 26.6.2001); ת"פ (שלום נצ') 4491/03 מדינת ישראל נ' נסטסקין (פורסם בנבו, 21.7.2005) (להלן – עניין ת"פ (שלום נצ') 4491/03 נסטסקין); ת"פ (נצ') 3736/04 מדינת ישראל נ' נסטסקין (לא פורסם, 8.9.2005); ת"פ (שלום ת"א) 1312/06 מדינת ישראל נ' זיוניץ (פורסם בנבו, 14.10.2007); ת"פ (שלום ת"א) 4625/08 מדינת ישראל נ' דוידסון (פורסם בנבו, 23.12.2008); ת"פ (ת"א) 49189-03-10 מדינת ישראל נ' נתנוב (פורסם בנבו, 2.6.2011).

244 ראו למשל ת"פ (שלום כ"ס) 4032/99 מדינת ישראל נ' גמהור (לא פורסם, 21.6.2001) (להלן – עניין ת"פ (שלום כ"ס) 4032/99 גמהור): "בשיקולי הענישה, יש להתחשב בכך שהמדובר בעבירות שנפוצו בשנים האחרונות, עד כי ניתן להגדיר התופעה כ'מכת מדינה' ממש"; עניין שור, לעיל ה"ש 242: "...לעניין החומרה היתרה שמצוייה בעצם ביצוע העבירות הללו שנפוצות רבה עד כדי כך שניתן להגדירן כ'מכת מדינה'...".

245 ראו למשל ת"פ (שלום חי) 2923/01 מדינת ישראל נ' בן עמרם, בפס' 20 (פורסם בנבו, 4.7.2002): "איני יודע כיצד ניתן לקבוע מתי עבירה הופכת ל'מכת מדינה' אך אין כל ספק שמדובר בתופעה רחבת היקף"; עניין קוטלר, לעיל ה"ש 243: "היה ליתן דגש על האינטרס הציבורי – להדברת תופעה שכיחה זו, ההולכת ומתגברת במקומותינו"; ע"פ (מחוזי נצ') 353/02 מדינת ישראל נ' בן מסעוד (פורסם בנבו, 19.11.2002): "אין מחלוקת שעבירה זו של הפרת זכויות יוצרים באמצעות זיופים ושכפול שלא כדין של דיסקים וקלטות ומכירתם לקהל הרחב, נפוצה ברחבי המדינה"; ת"פ (שלום ת"א) 2920/01 מדינת ישראל נ' ברלינסקי (פורסם בנבו, 1.12.2002): "חומרת התופעה שנחשפת חדשות לבקרים...".

הדגישו בתי המשפט לחומרה בעיקר את העובדה, שבעידן המודרני עולה קרנו של הקניין הרוחני ומנגד משתכללים האמצעים הטכנולוגיים שבאמצעותם ניתן להפר סוג זה של קניין.²⁴⁶ משום כך גברה בשנים אלו ההבנה בעניין חומרת הפגיעה של תעשיית ההפרות ביוצרים ובפרנסתם ("מטה לחם"),²⁴⁷ ובתי המשפט ציינו את נחיצותה של ענישה מחמירה בעבירות אלו כפועל יוצא של הקלות לבצען ושל הסיכון הנמוך שבו מסתכן העבריין לנוכח הקושי לתפסו.²⁴⁸

בתי המשפט הדגישו שהנושא הובא לדיונים בכנסת וציינו, שבשנת 2002 תוקנה פקודת זכות יוצרים בתיקון מס' 8, התשס"ב–2002 ושלפי דברי ההסבר לתיקון, מטרתו היא "להגביר את ההגנה על זכויות היוצרים בדרך של החמרת הענישה הפלילית על חלק מהעבירות בתחום". כן הוזכר בפסקי הדין מאותה תקופה מסע ההסברה הציבורי שהחל בנושא באותה עת.²⁴⁹ בעניין זה ציינו בתי המשפט, שעליהם לתת יד למגמה זו בהשתתפות עונשים מרתיעים ובהעדפת האינטרס הציבורי על פני האינטרס האישי בעת קביעת העונש.²⁵⁰ בשנת 2001 הוסיפו בתי המשפט וציינו, כי הפסיקה בתחום היא רק בראשית דרכה וכי עדיין אין פסיקה מנחה בנוגע לעונש הראוי בעבירות אלו;²⁵¹ ואולם בשלהי שנת 2002 כבר ציינו בתי המשפט, שניכרת מגמת החמרה בענישה בפסיקת בתי המשפט בנוגע למפרי זכויות קניין רוחני.²⁵²

בשלהי שנת 2002 ובשנת 2003 החלו בתי המשפט לכנות בפה מלא את תופעת ההפרות של זכויות יוצרים "מכת מדינה".²⁵³ בתחילת שנת 2003 גם החלו בתי המשפט לציין, שעבירות אלו

246 עניין בן עמרם, לעיל ה"ש 245: "אין כל ספק שבעידן המודרני עולה חלקן של הזכויות הבלתי מוחשיות וגדל משקלו של הקניין הרוחני. בכלכלה המודרנית הסחר בזכויות יוצרים הולך ומתפתח וערכן של הזכויות הערטילאיות גדל. גם אמצעי ההעתקה נעשו קלים וזמינים יותר. ריבוי האמצעים הטכנולוגיים המודרניים מאפשר בקלות יתרה העתקת זכויות באיכות ובדיוק רב".

247 עניין ת"פ (שלום כ"ס) 4032/99 גמהור, לעיל ה"ש 244: "רק בתקופה האחרונה עדים אנו למאמצים ניכרים הנעשים, כדי להבהיר שבשעתוק של קלטות ותקליטורים יש כדי לפגוע פגיעה חמורה בזכויות האומנים והיוצרים, כמו גם לגזול מהם את פרנסתם"; עניין בן מסעוד, לעיל ה"ש 245: "מדובר בנוק כלכלי עצום שנגרם לבעלי הזכויות, ועל כן המחוקק קבע גם ענישה כלכלית מחמירה"; עניין שור, לעיל ה"ש 242: "נגרמת פגיעה כלכלית קשה באותם יוצרים היגעים ועושים במלאכת כתיבת הספר במיומנותם כסופרים ושעל כך פרנסתם, ומוצאים בסופו של יום, כי פרי עמלם נגזל מהם וטרחתם הרבה ויגיעתם נלקחים מהם לאור היום"; עניין ברלינסקי, לעיל ה"ש 245: "התופעה... גורמת נזק כלכלי עצום להכנסותיהם של יוצרים ובעלי זכויות יוצרים מצד אלו המפיצים העתקות מפורות".

248 ת"פ (שלום י-ם) 4261/01 מדינת ישראל נ' עשטון (לא פורסם, 15.5.2002): "אכן המדובר הוא בעבירה הקלה לביצוע, שקיים קושי אמיתי להתפס בה, ולכן נדרשת הרתעה על מנת שביצוע עבירה זו תהא בלתי כדאית לביצוע".

249 עניין בן עמרם, לעיל ה"ש 245; עניין בן מסעוד, לעיל ה"ש 245; עניין ת"פ (שלום כ"ס) 4032/99 גמהור, לעיל ה"ש 244.

250 עניין קוטלר, לעיל ה"ש 243; עניין בן עמרם, לעיל ה"ש 245; עניין ת"פ (שלום כ"ס) 4032/99 גמהור, לעיל ה"ש 244; עניין בן מסעוד, לעיל ה"ש 245; עניין שור, לעיל ה"ש 242; עניין ברלינסקי, לעיל ה"ש 245.

251 עניין ת"פ (שלום כ"ס) 4032/99 גמהור, לעיל ה"ש 244.

252 עניין בן מסעוד, לעיל ה"ש 245.

253 ת"פ (שלום ת"א) 2086/02 מדור תביעות פלילי ת"א נ' צורר (פורסם בנבו, 17.2.2003); ת"פ (שלום פ"ת) 1014/02 מדינת ישראל נ' הצקלביץ (פורסם בנבו, 24.2.2003).

פוגעות בתדמיתה של מדינת ישראל בעולם.²⁵⁴ בשנת 2008 ציין בית המשפט המחוזי בתל אביב, כי "מדינת ישראל נחשבת כ'אימפריה' של זיופים של מוצרים שונים".²⁵⁵ בחודש אפריל 2003, בעניין סויסה, ניתן לראשונה פסק דין של בית המשפט העליון בסוגיית האכיפה הפלילית של זכויות יוצרים.²⁵⁶ השופטת דורנר קבעה שנסיבות המקרה, שבו אדם הציע למכירה אלפי עותקים מזויפים של יצירות מיצירות שונות שנים רבות ברציפות, מצדיקות השתתפות של 250,000 שקלים. השופטת דורנר קבעה, כי "תופעת העבירות כנגד הקניין הרוחני הגיעו למימדים רחבי היקף, המביאים לפגיעה חמורה בסחר המקומי, כמו גם בסחר הבינלאומי, והמחייבים את רשויות אכיפת החוק, כמו גם את מערכת בתי המשפט, להקפיד כי תהיה הרתעה יעילה כנגד עבירות אלה".²⁵⁷ מאז צוטטה אמירה זו פעמים רבות מאוד בפסקי הדין בערכאות הנמוכות. פסק דין זה אישר למעשה את מגמת ההחמרה בענישה שהחלה בשנת 2001. בשנת 2005 ניתן פסק דין נוסף של בית המשפט העליון, בעניין עיסאווי.²⁵⁸ השופטת נאור הדגישה, כי "מימדיה של תופעת הזיופים בישראל אינם מאפשרים עוד להתייחס אליה כאל תופעה חדשה ושולית, או להמעיט בחומרתה. תופעת הזיופים היא תופעה הפוגעת בצורה קשה ביותר באמנות היצירה המקורית". גם פסיקה זו, כמו פסק הדין בעניין סויסה, זכתה לציטוטים רבים מאוד.

כאמור משנת 2003 ואילך ציינו כבר חלק מבתי המשפט במפורש, שעבירות של הפרת זכויות יוצרים הפכו ל"מכת מדינה",²⁵⁹ והחלו לתת משקל רב לפגיעה בתדמיתה של מדינת ישראל בעולם על רקע הפרות אלה.²⁶⁰ מאז שנת 2004 כל בתי המשפט נוהגים לציין את הפגיעה בתדמיתה של המדינה עקב הפרת זכויות יוצרים כאחת הסיבות העיקריות להחמרת הענישה.²⁶¹ ואמנם, מאז שנת 2004 השופטים בתיקים הנוגעים להפרת זכויות קניין רוחני חוזרים ומדגישים כמה נושאים בכל פסקי הדין שלהם. ראשית, במקרים רבים בתי המשפט מציינים שאין להבחין בין פגיעה בקניין רוחני לפגיעה בקניין מוחשי. קודם לכן הבאתי סקירה תאורטית בדבר הקושי לערוך הקבלה עיונית ומעשית בין עבירות רכוש, ובהן עבירת הגניבה, להפרת זכות יוצרים; דווקא לנוכח סקירה זו מעניין לציין, שבתי משפט עורכים הקבלה והשוואה בין עבירת הגניבה להפרת זכות יוצרים ותופסים את שני המעשים כמעשים דומים מבחינת היקפי הנזק

- 254 ת"פ (שלום ת"א) 6108/02 מדינת ישראל נ' ועקנין (פורסם בנבו, 5.3.2003); ת"פ (שלום כ"ס) 1209/02 מדינת ישראל נ' גמהור (פורסם בנבו, 15.7.2003).
- 255 ע"פ (מחוזי ת"א) 70043/08 יוחננוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2008) (להלן – עניין ע"פ (מחוזי ת"א) 70043/08 יוחננוב).
- 256 רע"פ 1519/03 סויסה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.4.2003) (להלן – עניין סויסה בעליון).
- 257 שם, בעמ' 795.
- 258 רע"פ 1091/05 עיסאווי נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 6.2.2005) (להלן – רע"פ עיסאווי).
- 259 ת"פ (שלום כ"ס) 1375/04 מדינת ישראל נ' מילר (פורסם בנבו, 23.11.2004); ע"פ (מחוזי נצ') 1426/05 איפרגן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.3.2006); ת"פ (שלום רמ') 4224/06 פרקליטות מחוז המרכז נ' שריקי (פורסם בנבו, 4.5.2008); ע"פ (מחוזי חי') 7065-01-10 מדינת ישראל נ' קרליץ (פורסם בנבו, 27.1.2011) (להלן – עניין קרליץ במחוזי); ת"פ (שלום ת"א) 5110-08-10 מדינת ישראל נ' שומכר (פורסם בנבו, 27.4.2011).
- 260 ת"פ (שלום י-ם) 1069/04 מדינת ישראל נ' עיסאווי (פורסם בנבו, 27.9.2004) (להלן – עניין ת"פ עיסאווי).
- 261 ראו למשל ת"פ (שלום קר') 8446/02 מדינת ישראל נ' אביסדריס (לא פורסם, 28.10.2003).

הנגרמים לנגזל וליוצר, בהתאמה. חלק מבתי המשפט אף סוברים, שהפרת זכות יוצרים עשויה להיות חמורה יותר מבחינה מוסרית בהשוואה לעבירת הגניבה.²⁶² שנית, בתי משפט מדגישים את השכיחות של תופעת הזיופים בארץ ובעולם, עד שהפכה ל"מכת מדינה" בארץ, הגורמת לפגיעה בחיי המסחר והכלכלה. לא מפליא אפוא לגלות, שבתי המשפט בכל הערכאות מכירים בצורך להחמיר בענישה בגין הפרת זכויות יוצרים כדי ליצור הרתעה, אף שלאורך השנים ראו בתי המשפט בישראל לנגד עיניהם מטרות אחרות דווקא כאשר לענישה פלילית, תוך שימת הדגש על תאוריית הגמול העונשית. בתי המשפט מטעימים, שהפרות אלו גורמות נזקים כלכליים אדירים להכנסותיהם של יוצרים,²⁶³ ולכן יש מקום לנקוט ענישה מחמירה ולעקור את התופעה מן השורש.²⁶⁴ חלק מבתי המשפט מתבטאים לעתים בצורה

262 עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 242, בעמ' 3 ("בהעתקת יצירה יש פגיעה לא קלה בבעל היצירה ומי שחיבר אותה ולעתים פגיעה שעניינה זכות יוצרים גדולה מפגיעה שנפגע אדם שנגנב ממנו חפץ"); ת"פ (שלום פ"ת) 2930/01 מדינת ישראל נ' עבדאללה (פורסם בנבו, 2.11.2003) ("אין ספק שהתפתחות החקיקה בעניין קניין רוחני באה על רקע של תובנה כי מבחינת קורבן העבירה אשר זכויותיו הופרו, הנזק הכלכלי והאישי הינו לא פחות מנזקו המוחשי של מי שמכניסים יד לכיסו ומוציאים ממנו מזומנים ממש. כיום ברור לכל, כי אמן היוצר יצירה הנתונה לזכות יוצרים, מוציא תחת ידו נכס אשר העתקתו הינה גניבה לכל דבר, ופגיעתה בזכויותיו הכלכליות, כמו גם המוניטין שלו, הינה רבה"); עניין חלואני, לעיל ה"ש 242, בעמ' 6 ("הלכה למעשה מדובר בסיוע לעבירה של גניבה, לא פחות, כאשר הנאשמים, בהתנהלותם היו חוליה בשרשרת החוליות החוברות לביצועה. תוצאותיה של עבירה זו עניינן בפגיעה חמורה לא רק בזכויות היוצרים אלא בפרנסתם ובזכות לראות ברכה מעמל כפיהם"); וראו עוד שם: "מבחינה זאת אין שוני בין מעשי הנאשמים, כחוליה בין חוליות השרשרת המאפשרות ביצוע העבירות לפי חוק זכויות יוצרים, התס"ס-ח-2007 לבין גניבה שעניינה בפריצה פיזית באישון לילה לביתו של האחר"; ב"ש (מחוזי חי') 4587/04 מדינת ישראל נ' ניימן, בעמ' 4 (פורסם בנבו, 14.7.2004) ("הפריצה לתוך מאגר המידע הדיגיטלי, שכפולו והפצתו, אינה שונה במהותה הכלכלית מכל פריצה לרשות הפרט וגניבה של רכושו. הנזק הכלכלי הנגרם כתוצאה מעבריינות זו רב ומפעל חייהם של רבים נגנב ונמכר בציבור הרחב"); ע"פ (מחוזי נצ') 1353/05 מדינת ישראל נ' נסטסקין, בפס' 4 לפסק דינו של סגן הנשיא כהן (פורסם בנבו, 14.2.2006) (להלן – עניין ע"פ (מחוזי נצ') 1353/05 נסטסקין) ("אין אנו רואים הבדל בין גזילת רכוש מוחשי מהזולת לבין גזילת פרי עמלו של בעל זכות יוצרים. העבירות של החזקת העתקים מפרים לזכויות יוצרים והסחר בהם התרחב לממדים מדאיגים, וחובתם של בתי המשפט להכביד את ידם על כל מי שעוסק בכך על ידי הטלת עונשים חמורים").

263 עניין ת"פ עיסאווי, לעיל ה"ש 260, בעמ' 3 ("מדובר בעבירה נפוצה, עבירה אשר יש בה פגיעה כלכלית ופגיעה בזכויות יוצרים"); עניין ת"פ (שלום נצ') 4491/03 נסטסקין, לעיל ה"ש 243, בפס' 8 לפסק דינו של הנשיא תאופיק ("אין צריך להכביר מילים על חומרת העבירות בהן עסקינן. מדובר בעבירות כלכליות קשות, שנוק כלכלי אדיר בצידן").

264 עניין ברלינסקי, לעיל ה"ש 245 ("חומרת התופעה [של הפרת זכויות יוצרים] – מ' ב' שנחשפת חדשות לבקרים, וגורמת נזק כלכלי עצום להכנסותיהם של יוצרים ובעלי זכויות יוצרים מצד אלו המפיצים העתקות מפרות, מחייבת, ללא ספק, נקיטה בענישה מרתיעה כדי לעקור את התופעה מן השורש"); עניין עבדאללה, לעיל ה"ש 262; ת"פ (שלום עכו) 3075/04 מדינת ישראל נ' קובס, בפס' 7 לפסק דינו של השופט אלטר (פורסם בנבו, 12.9.2005) ("לאור נפוצותה של תופעת ההפצה והמכירה של תקליטורים וקלטות וידאו 'מזוייפים', תופעה הפוגעת פגיעה כלכלית קשה בחברות התקליטים, בחברות הסרטים וביוצרים, האינטרס הציבורי אינו מאפשר לקבוע שמדובר במעשה קל ערך גם כאשר מדובר במספר קטן יחסית של תקליטורים וקלטות וידאו 'מזוייפים'"); עניין דוידסון, לעיל ה"ש 243 ("העבירות בהן הורשע הנאשם הן עבירות שאין להקל בהן ראש. נפישות התופעה של הפרת זכויות יוצרים והנזק הכלכלי שבצידה מצדיקות התייחסות ראויה מצד בית המשפט, הן למען הרתעת היחיד והן למען הרתעת עבריינים פוטנציאליים"); עניין רע"פ עיסאווי, לעיל ה"ש 258, שם ("מימדיה של תופעת הזיופים בישראל אינם מאפשרים עוד להתייחס אליה כאל תופעה חדשה ושולית, או להמעיט

קיצונית הרבה יותר בנוגע להפרת זכויות יוצרים וקוראים לנקוט ענישה מחמירה מאוד עקב היקפיה הנרחבים של התופעה ועקב היעדר אכיפה יעילה.²⁶⁵ שלישית, בתי המשפט מכירים גם בכך, שהמלחמה בהפרות של זכויות יוצרים צריכה לכלול גם את הדין הפלילי, כדי לשפר את תדמיתה של ישראל בזירה הבינלאומית בכל הנוגע להיקפי ההפרות המתבצעות בגבולות המדינה, וששיקול זה מצדיק את החמרת הענישה בתחום. בתי המשפט מציינים את העובדה שישראל נמצאת במקום גבוה ברשימת המדינות שבהן מופרות זכויות יוצרים²⁶⁶ כגורם המצדיק החמרה בענישה.²⁶⁷ חשוב לציין, כי הכנסתה של ישראל

בחומרתה. תופעת הזיופים היא תופעה הפוגעת בצורה קשה ביותר באמנות היצירה המקורית... גם המחוקק נתם למאבק במפרי זכויות היוצרים בתקנו את פקודת זכות היוצרים, באופן שהעונשים המוטלים בנין עבירות אלה הוחמרו... משהחמיר המחוקק את העונשים הקבועים בחוק, חשוב כי גם בתי המשפט יתאימו את העונשים המוטלים לרף החדש שנקבע ולחומרתן של העבירות".

265 ת"פ (שלום טב) 3288-12-07 מדינת ישראל נ' פרץ, בעמ' 4 (פורסם בנבו, 11.5.2009) העבירות בהן הודה הנאשם הינן עבירות חמורות... עבירות של הפרת זכות יוצרים נפוצות במקומותינו והאינטרס הציבורי מחייב ענישה מחמירה שתרתיע לא רק את העבריין העומד בפני בית המשפט אלא גם את הרבים. על בתי המשפט חובה לבלום את גל הזיופים שפקד את המדינה, באמצעות ענישה מחמירה"; ת"פ (שלום ת"א) 25138-12-09 מדינת ישראל נ' שומכר, בעמ' 2 (פורסם בנבו, 8.6.2010) (להלן – עניין ת"פ (שלום ת"א) 25138-12-09 (שומכר) ("יש בעבירות לפי חוק זכויות יוצרים כדי לפגוע ביוצרים ויצירה מקורית ועל כך אין מנוס מהטלת עונשים מרתיעים על מנת לצמצם את התופעה").

266 משרד הסחר האמריקני (U.S.T.R.) מפרסם בכל שנה את רשימת המדינות המפרות זכויות יוצרים על פי דרגת החומרה של ההפרה. ברשימה המחמירה יותר, הנקראת "Priority watch list", נכללות מדינות שבהן ההפרות הן בהיקף נרחב. להכללתה של מדינה ברשימה נפקות תדמיתית בעיקרה, אך לעתים ייתכנו גם סנקציות מסחריות אמריקניות – קרי ביטולן של הטבות מכס. ראו למשל את דוח משרד הסחר האמריקני לשנת 2013: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20Report.pdf>.

267 ע"פ (מחוזי י-ם) 8879/04 עיסאווי נ' מדינת ישראל, בפס' 6 לפסק דינו של סגן הנשיא סגל (פורסם בנבו, 23.12.2004) (להלן – ע"פ (מחוזי י-ם) 8879/04 עיסאווי); ת"פ (שלום ב"ש) 1413/04 מדינת ישראל נ' מישצ'וק (פורסם בנבו, 2.2.2006). ראו גם ת"פ (שלום רמ') 2983-08 מדינת ישראל נ' כשר, בעמ' 5 (פורסם בנבו, 26.1.2010) ("העבירות בהן הורשע הנאשם הינן עבירות חמורות מאוד אשר יש בהן לפגוע הן במי שהפרו את זכויותיו, הן בסחר המקומי, הן בסחר הבינלאומי והן בתדמית המדינה"); ת"פ (שלום ת"א) 13955-10-10 מדינת ישראל נ' יושובייב (פורסם בנבו, 17.11.2010) ("העבירות שבהן הורשעו הנאשמים פוגעות ביחסי החוץ של מדינת ישראל, כשלנגד עיני מבצע עבירה זו עשיית רווח כספי קל"); ת"פ (שלום רמ') 3045/08 מדינת ישראל נ' שם טוב, בעמ' 2–3 (פורסם בנבו, 9.12.2010) ("חומרה יתרה רואה אני בעבירות של הפרת זכויות יוצרים זאת נוכח העובדה כי יש בביצוען משום הוצאת דיבתה של ישראל לרעה בקרב הקהילה הבינלאומית. נפיצותן של עבירות אלו בישראל הביאה לכך שיצא שמה לרעה מה שגורם וגורם לנזקים בהתקשרויות המסחריות עם מדינות אחרות"); עניין מחאג'נה, לעיל ה"ש 242 ("מדובר בעבירות כלכליות קשות, שיש בהן נזק ליוצרים בעלי הזכויות ולמדינה"); ת"פ (שלום נת) 27154-10-10 מדינת ישראל נ' נאסר, בעמ' 1 (פורסם בנבו, 12.1.2011) ("בשים לב לכמות המלמדת על מהות ההחזקה, כאשר מדובר בעבירות קלות לביצוע הפוגעות קשה בבעלי הזכויות ובשמה הטוב של מדינת ישראל, כמדינת חוק ומשמבוצעות העבירות מטעמי בצע כסף, מן הראוי להשית קנסות כבדים משיקולי הרתעה, הרתעת היחיד והרבים"); ע"פ (מחוזי ת"א) 70787/03 סלמן נ' מדינת ישראל, בעמ' 5–6 (פורסם בנבו, 8.9.2003) ("היקפה של התעשייה אף פוגע ביחסי החוץ של המדינה עם מדינות אחרות"); עניין ע"פ (מחוזי י-ם) 8879/04 עיסאווי, לעיל ה"ש 267, בפס' 4 לפסק דינו של סגן הנשיא סגל ("עבירות זכויות יוצרים הפכו זה מכבר ל'מכת מדינה'... בעקבות קול הזעקה שעלה מבין שורות היוצרים, ולאור ההוקעה הבינ"ל של ישראל כמדינה בה שיעורי השכפול הבלתי-חוקי של מדיה אלקטרונית הם מהגבוהים בעולם, נתם המחוקק למאבק בתקנו את פקודת זכויות היוצרים"); ע"פ (מחוזי ת"א) 71833/07 זיוני נ' מדינת ישראל,

ל"רשימה השחורה" שמפיץ נציג הסחר האמריקני הייתה בעיקר על בסיס הפרה של זכויות יוצרים במידע דיגיטלי (תופעת שיתוף קבצים).²⁶⁸ רביעית, בתי המשפט שוקלים גם את הקלות שבה ניתן להפר זכויות יוצרים באמצעים הטכנולוגיים החדשים ואת הסיכון הנמוך להיתפס כשיקולים המצדיקים החמרה בענישה.²⁶⁹ חמישית, בתי המשפט מדגישים את בחירת המחוקק להחמיר בעבירות של הפרת זכות יוצרים בתיקונים שערך בפקודת זכויות יוצרים כשיקול המצדיק החמרה בענישה.²⁷⁰ שישית, נושא אחרון שבתי המשפט מדגישים בפסיקתם בתחום זה הוא, שהפרת זכות יוצרים פוגעת במטה לחמם של היוצרים²⁷¹ ובערך היצירה המקורית.²⁷² אפשר להיווכח, שבתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון הצדיקו את הענישה המחמירה שהשיתו בתי משפט השלום על העבריינים בעבירות של הפרת זכויות יוצרים, לעתים אף רמזו לכך שמדובר בענישה מקלה מדי ופעמים רבות אף התערבו והחמירו בעונש.²⁷³

משנת 2003 ואילך לא חל שינוי של ממש בפסיקת בתי המשפט, ורמת העונשים דומה לרמה של העונשים שהושטו בשנים 2001–2003, שבהן החלה כאמור מגמת ההחמרה בענישה על הפרות זכויות יוצרים. יצוין, שאמנם בתיקים רבים התבקש בית המשפט להימנע מהרשעת

בעמ' 2 (פורסם בנבו, 3.3.2008) (להלן – עניין זיוניץ במחוזי) ("למרבח הצער, מדינת ישראל נחשבת כ'אמפריה' של זיופים של מוצרים שונים, דבר שגורם למדינה לא רק נזק כלכלי אלא אף נזק תרבותי וסיכון לפגיעה ביחסיה עם מדינות אחרות"); עניין ע"פ (מחוזי ת"א) 70043/08 יוחננוב, לעיל ה"ש 255, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת ברלינר ("מדינת ישראל הפכה לאמפריה בתחום זה, ונכללת ברשימה השחורה של מדינות בהן מפירים זכויות יוצרים. אין צורך להבהיר כי לא זה התחום שמדינת ישראל צריכה ושואפת להצטיין בו").

268 חשוב לציין כי לאחרונה, בחודש פברואר 2010, הוצאה מדינת ישראל מן הרשימה השחורה (ראו אורה קורן "לראשונה: ישראל הוצאה מהרשימה השחורה של מדינות המפירות זכויות יוצרים" דה מרקר – דין וחשבון (2.5.2010) www.themarker.com/law/1.563287).

269 עניין מילר, לעיל ה"ש 259; עניין קרליץ במחוזי, לעיל ה"ש 259; ת"פ (שלום עכו) 5332-11-10 מדינת ישראל נ' פדידה (פורסם בנבו, 4.7.2011).

270 ראו למשל ת"פ (שלום י-ם) 1317/05 מדינת ישראל נ' מנטין (פורסם בנבו, 30.11.2005).

271 ראו למשל עניין ע"פ (מחוזי י-ם) 8879/04 עיסאווי, לעיל ה"ש 267, בפס' 7 לפסק דינו של סגן הנשיא סגל.

272 עניין ת"פ (שלום ת"א) 25138-12-09 שומכר, לעיל ה"ש 265.

273 ראו למשל את עניין בן מסעוד, לעיל ה"ש 245; ת"פ (מחוזי ב"ש) 7361/01 מדינת ישראל נ' סויסה (פורסם בנבו, 15.1.2003) (להלן – עניין סויסה במחוזי); עניין סלמן, לעיל ה"ש 267; ע"פ (מחוזי חי') 3726/03 אביסדריס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.3.2004); עניין ע"פ (מחוזי י-ם) 8879/04 עיסאווי, לעיל ה"ש 267; עניין ע"פ (מחוזי נצ') 1353/05 נסטסקין, לעיל ה"ש 262; 1372/05 ע"פ (מחוזי נצ') נסטסקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2006); ע"פ (מחוזי נצ') 1373/05 אדרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2006); עניין זיוניץ במחוזי, לעיל ה"ש 267; ע"פ (מחוזי ת"א) 70054/08 יוחננוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2008); עניין ע"פ (מחוזי ת"א) 70043/08 יוחננוב, לעיל ה"ש 255; עניין קרליץ במחוזי, לעיל ה"ש 259; ע"פ (מחוזי ב"ש) 6475/09 מדינת ישראל נ' קראוס (פורסם בנבו, 30.12.2009). מאידך, ראו את עניין איפרגן, לעיל ה"ש 259; ע"פ (מחוזי ת"א) 70281/06 חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.10.2009). כמו כן ראו את עניין סויסה בעליון, לעיל ה"ש 256; עניין ע"פ (מחוזי י-ם) 8879/04 עיסאווי, לעיל ה"ש 267; רע"פ 219/06 נסטסקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.1.2006); רע"פ 9514/09 חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.12.2009); רע"פ 2234/08 זיוניץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2008).

העברין, אולם רק בפסק דין אחד מצא בית המשפט לנכון לעשות כן.²⁷⁴ לא זו אף זו, מדובר בפסק דין משנת 2001, השנה שבה בתי המשפט רק החלו לנהוג בחומרה בעבירות של הפרת זכויות יוצרים.²⁷⁵

(ג) ענישה

רמת הענישה בגין הפרת זכות יוצרים לא השתנתה כאמור במרוצת השנים. על עוברי עבירות חמורות במיוחד, כגון במקרים של היקפים גדולים של הפרות שהתפרסו על פני תקופה ארוכה (שנים אחדות), על עוברי עבירות חוזרות או על עוברי עבירות שעניינן מסחר בכמויות גדולות של עותקים מפרים (אלפי עותקים) הושתו עונשי מאסר בפועל בהתאם לחומרת העבירה וקנסות גבוהים.²⁷⁶ במקרים של הפרות בסדר גודל "בינוני", כגון מסחר במאות או באלפי עותקים בכמה אירועי הפרה יחידים, הושתו על העבריינים עבודות שירות למען הציבור, מאסרים על תנאי וקנסות של אלפי שקלים.²⁷⁷ במקרים של הפרות קלות, כגון מסחר בכמויות קטנות של כמה מאות עותקים מפרים, הושתו מאסרים על תנאי וקנסות נמוכים.²⁷⁸ מובן שניתוח סכמטי זה הוא כללי מאוד, שכן לעולם רמת הענישה אינה רק לפי חומרתה הטכנית של העבירה, אלא גם תלויה נסיבות – הן האישיות של הנאשם והן של המקרה (המקום והזמן שבהם נעברה העבירה וכדומה).

אפשר להיווכח, שבכל פסקי הדין ציינו בתי המשפט בעקביות את הנסיבות לחומרה שבעבירות הפרה של זכויות יוצרים. אמנם בה בעת ציינו בתי המשפט שהענישה היא לעולם פרטנית, ולכן הם גם הביאו בחשבון נסיבות אישיות מקלות של הנאשמים שלפניהם, אולם הם בכל זאת העניקו משקל רב לנסיבות לחומרה. במקרים מסוימים הורו נסיבותיו האישיות של הנאשם להחמיר בעונשו, כך למשל כאשר היה מדובר בנאשם בעל עבר פלילי עשיר בעבירות רכוש, שנראה שהענישה שהושתה עליו עד אז לא הרתיעה אותו מלשוב ולבצע עבירות רכוש; במקרים כגון אלה הצטרפו הנסיבות האישיות לנסיבות לחומרה של עצם העבירה שבה דובר – הפרת זכויות יוצרים – והעונש שהושת על הנאשם היה חמור ביחס לענישה המקובלת במקרים דומים.²⁷⁹

הקנס שהושת על הנאשמים הושפע תמיד מעונש המאסר או עבודות השירות שהוטל על הנאשם. כלומר כאשר עונש המאסר היה חמור, מצא בית המשפט לנכון להקל ברכיב הקנס, ולהפך. לרוב החליטו בתי המשפט מתי להחמיר ברכיב הקנס ומתי להקל בו לפי מצבו הכלכלי

274 עניין קוטלר, לעיל ה"ש 243.

275 ת"פ (שלום פ"ח) 3897/07 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 18.6.2008). בעניין זה החמיר בית המשפט אף שהיו נסיבות רבות לקולה (דוגמת גילה הצעיר של הנאשמת, תסקיר חיובי ועיסוק במכירת עותקים מפרים בשל מצוקה כלכלית), כיוון שהוא העדיף את האינטרס הציבורי וראה מקום להחמיר בענישה בגין עבירות אלו וצורך להרתיע מפרים בכוח.

276 עניין נתנוב, לעיל ה"ש 243. ראו למשל גם את עניין ועקנין, לעיל ה"ש 254; עניין סויסה במחוזי, לעיל ה"ש 273.

277 עניין שריקי, לעיל ה"ש 259.

278 עניין מנטיץ, לעיל ה"ש 270.

279 ראו למשל ת"פ (שלום ת"א) 5215/07 מדינת ישראל נ' יורם (פורסם בנבו, 5.5.2009); עניין כשר, לעיל ה"ש 267.

והמשפחתי של הנאשם, וכך באשר לעונש המאסר והנסיבות הרלוונטיות לו.²⁸⁰ עם זאת במקרים חמורים במיוחד, כגון של מקימי "מפעלים" לייצור עותקים מזויפים, מצא בית המשפט לנכון להטיל הן עונשי מאסר חמורים הן קנסות גבוהים.²⁸¹ הקנסות הושטו לפי היקף ההפרות. להשלמת התמונה חשוב לעמוד על כמה נתונים באשר לאכיפה אזרחית של זכויות יוצרים בישראל. בדומה לקשיים שתוארו באשר להשגת נתונים בדבר היקפי האכיפה הפלילית בישראל, גם בתחום האכיפה האזרחית קשה לדעת במדויק מהו מספר ההליכים האזרחיים שנפתחו בישראל בתחום זכויות יוצרים. עם זאת ניתוח של הפסיקה האזרחית שניתנה בתחום זכויות יוצרים בין שנת 2001 לסוף שנת 2009 מעלה, שבשנים אלו ניתנו 177 פסקי דין. למרות הקושי להסיק מסקנות מן הנתונים הקיימים, אפשר לומר בזהירות שישנה מגמה כללית של עלייה במספר פסקי הדין של בתי משפט השלום בישראל בתחום זה. עם זאת הנתון הכולל המדווח של כ-177 פסקי דין נראה זעום על רקע שיעור ההפרות הגבוה.

להעמקת המסקנות נערך פילוח של פסקי הדין שיצאו מלפני בית משפט השלום גם לפי סוג היצירה שבגינה הוגשה התובענה. הנתונים נאספו רק באשר לסוגי יצירה בולטים שנדונו בבתי המשפט; נכללו רק סוגי יצירות שבעשור האחרון ניתנו בעניינם יותר מחמישה פסקי דין. מעניין לציין, שמרבית היצירות שהזכויות בהן הופרו היו יצירות צילום ויצירות מוזיקליות דווקא. לנוכח שיעורי ההפרות של זכויות יוצרים בתוכנה, ביצירות מוזיקליות וביצירות קולנועיות נתון זה הוא מפתיע, שכן שיעור התביעות בגין הפרת זכויות ביצירות אלו הוא נמוך מאוד ביחס לשיעורי ההפרות בפועל של זכויות ביצירות אלו.

קשה להסיק מסקנות מנתונים אלה בדבר אכיפה אזרחית של זכויות יוצרים בישראל לנוכח המידע החלקי על ההפרות בתחום זה. עם זאת דומה שהמקרים המדווחים הם מעטים מאוד, ודאי ביחס לשיעורי ההפרות המדווחות בישראל ובשאר מדינות העולם.

אפשר לסכם ולומר, שבתי המשפט אוכפים את סעיפי העונשין של חוקי זכויות היוצרים בנוקשות ובהקפדה יתרה בשנים האחרונות. בתי המשפט מדגישים את הצורך בהרתעה מפני הפרת זכות יוצרים. עם זאת עולה מן הנתונים, שפעילות האכיפה זניחה ביחס להיקפי ההפרות של זכויות היוצרים בגבולות המדינה ומחוצה לה. לפיכך נראה, שנדרש עיון מעמיק בשאלת יעילותו של כלי האכיפה הפלילי של חוקי זכויות היוצרים. הדיון שלהלן ינסה להציע מתווה ראשוני לחשיבה על הנושא.

ד. הדין הראוי: לאן?

עד כה הראיתי שהדין הבינלאומי, כמו גם הדינים המדינתיים שנסקרו, החמירו במרוצת השנים באמצעי האכיפה הפלילית בתחום דיני זכויות היוצרים. שיטות שונות, כגון הדין האמריקני, הרחיקו לכת וקבעו את פליליותן של הפרות זכויות יוצרים גם כאשר אין מניע מסחרי

280 ראו למשל ת"פ (שלום ת"א) 42834-11-10 מדינת ישראל נ' ערוסי (פורסם בנבו, 9.3.2011).
281 עניין בן עמרם, לעיל ה"ש 245; עניין סויסה במחוזי, לעיל ה"ש 273; ת"פ (שלום חי) 2293/02 מדינת ישראל נ' קרליץ (פורסם בנבו, 25.11.2009). הקנס הגבוה ביותר שהושת עד היום היה בשיעור של 250,000 שקלים חדשים.

למפר. עם זאת הראה הדיון שלעיל, כי חרף הקצנת החקיקה בתחום האכיפה הפלילית בארצות הברית, בפועל גדלה הפרת זכויות יוצרים ברמה הגלובלית וברמה המדינתית בשיעור ניכר בשנים האחרונות. לפיכך מתבקשת השאלה, אם הפיכתן של הפרות זכויות יוצרים לעבירות פליליות וחזוקם של כלי האכיפה הפלילית הם ראויים ואם הם משיגים את מטרותם. בטרם אבחן אם כלי האכיפה הפלילית הם יעילים בסביבת המידע החדשה, חשוב להדגיש כמה היבטים בנוגע לאכיפה של זכויות יוצרים בסביבת המידע החדשה ובייחוד בסביבת האינטרנט. אפתח בכך, שאכיפה של זכויות יוצרים בהיבטה הפלילי בישראל, בארצות הברית ובמדינות אחרות התמקדה דווקא בייצור ובהפצה הפיזיים של יצירות מפרות. מרבית הפסיקה שעסקה באכיפה פלילית בישראל, אשר נסקרה לעיל, עסקה בהפרת זכות יוצרים בעולם המוחשי ופחות בעולם הווירטואלי. חוק זכות יוצרים הישראלי מתמקד בהפרות שמוקדן מסחרי: על המפר לבצע את העבירות המנויות בחוק (עשיית עותק מפר או ייבוא עותק מפר) "לשם מסחר" או "בהיקף מסחרי" או לחלופין "לעסוק" במכירה, בהשכרה או בהפצה של עותק מפר. ואולם הסביבה הטכנולוגית השתנתה לבלי הכר מאז תחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. המחשב האישי הפך למוצר שכיח בכל בית במדינות המערב, וטכנולוגיות העתקה משוכללות, כגון צורבים וטכנולוגיות נוספות, הפכו לנחלת יחידים גם בסביבה הביתית; ההשתתפות של המשתמש הביתי בסביבת האינטרנט הפכה אותו ליצרן מידע, למפרסם מידע ולבעל יכולת העתקה והפצה של מידע בעלויות זניחות, אם בכלל.²⁸²

אחת התופעות החשובות ביותר, אשר שינו את הסביבה הטכנולוגית במידה ניכרת, היא פיתוח טכנולוגיות לשיתוף קבצים בסביבת האינטרנט, הזמינות לכל משתמש המחזיק ברשותו מחשב ביתי ובו גישה חופשית לאינטרנט.²⁸³ אין חולק על כך, שפיתוח טכנולוגיות לשיתוף קבצים שינה את אופיין ואף הגדיל את היקפן של הפרות זכויות יוצרים. טכנולוגיות אלו מאפשרות לכל משתמש באשר הוא לשתף אחרים בקבצים בלא כל הגבלה. אתרים רבים מאפשרים למשתמשים לשתף משתמשים אחרים בקובצי מוזיקה, בקובצי וידאו, בתוכנות מחשב, בתמונות ועוד. למרות שכיחותן של הפרות זכויות יוצרים המשתמשות בטכנולוגיות אלו, הדין הפלילי במדינות רבות אינו כולל את פעולותיו של משתמש הקצה בתחום הפלילי. מוקדן של העבירות בישראל ובמדינות אחרות הוא כאמור מסחרי, ולכן אי-אפשר להעמיד לדין פלילי על מעשים אלה. לפיכך נראה, שדיני זכויות יוצרים בישראל אינם מתמודדים עם סוגי ההפרות השכיחים ביותר בסביבת האינטרנט באמצעות הדין הפלילי.

עוד חשוב להבהיר, בטרם אבחן אם כלי האכיפה הפלילית הם יעילים בסביבת המידע החדשה, שישנם מנגנוני אכיפה אזרחית להתמודדות עם הפרת זכויות יוצרים. ישנם מי שטוענים, כי חיזוקן של הסנקציות הפליליות בחקיקה הנוגעת לזכויות יוצרים נובע מרצונן של חברות פרטיות לגלגל את פעולות האכיפה לפתחו של משלם המסים²⁸⁴ ולא רק מן הקושי להרתיע באמצעות סנקציות אזרחיות בלבד בתחום זה. עם זאת בפועל בתי המשפט האזרחיים

282 ניבה אלקין-קורן קניין רוחני בעידן המידע 57 (2005).

283 לעיל ה"ש 232.

284 Moohr, *Copyright Infringement*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 798: "The expense of civil suits and the problem of collecting damages from consumers motivate the industry to shift the cost of enforcement to the criminal justice system and ultimately to taxpayers"

הם אכן הזירה המרכזית למלחמה בהפרה של זכויות יוצרים. על רקע השינויים הטכנולוגיים שתיארתי בנוגע לביצוע הפרות של זכויות יוצרים בסביבת האינטרנט והתופעה הרווחת של שיתוף קבצים התעורר קושי אדיר להילחם בהפרות אלו.

ישנם כיום כמה מודלים עיקריים לשיתוף קבצים בסביבת האינטרנט. האחד הוא מודל ריכוזי (שרת-לקוח), המבוסס על שימוש בשרת מערכת מרכזי המנווט את התנועה בין המשתמשים הרשומים. השני הוא מודל ביזורי, שבמסגרתו רשת של מחשבים שעליהם מותקנת תוכנת השיתוף המאפשרת למשתמש למצוא קובץ מסוים.²⁸⁵ שיטות המשפט שתוארו כאן ושיטות נוספות מתקשות להשתמש בדין הפלילי נגד משתמשי הקצה, העוסקים בהעלאת תכנים לרשת, בהחלפתם ובהורדתם – אמנם ללא הרשאת בעלי זכויות היוצרים, אך גם ללא כוונת רווח או מניע מסחרי. אכיפה אזרחית כלפי משתמשי הקצה אינה רווחת. בתחילת הדרך, כשתופעת שיתוף קבצים רק החלה, נלחמו תעשיית התוכן ובעלי זכויות היוצרים בעיקר בגורמי הביניים – אלה שאפשרו את שיתוף הקבצים למשתמשים הפרטיים.²⁸⁶ אותם גורמי ביניים אמנם אינם מפרים זכויות יוצרים במישרין, אך פעמים רבות הם עושים כן בעקיפין בכך שהם מאפשרים את ההפרה עצמה באמצעות הספקת ה"כלים" לה – בדרך של מתן גישה לתוכנת שיתוף קבצים עצמה, במתן שירותי תמיכה בשיתוף קבצים, באירוח הפעילות של שיתוף קבצים באתר וכיוצא באלה.

ניתן להטיל אחריות אזרחית בגין הפרה של זכויות יוצרים הן על המשתמשים הפרטיים הן על גורמי הביניים באמצעות דוקטרינות קיימות של הפרת זכויות יוצרים – דוקטרינת ההפרה הישירה בנוגע למשתמשים פרטיים ודוקטרינת ההפרה העקיפה (הפרה תורמת או הדחה) באשר לגורמי הביניים. בתי משפט בכמה מדינות אפשרו אכיפה אזרחית של זכויות יוצרים הן כלפי משתמשים פרטיים הן כלפי גורמי הביניים. המקרים הידועים ביותר שבהם הוטלה אחריות אזרחית על גורמי ביניים היו פסקי הדין האמריקניים בעניין *Napster* ובעניין *Grokster*. בעניין *Napster* קבעה ערכאת ערעורים אמריקנית, שהחברה שאפשרה שיתוף קבצים דרך האתר שלה ידעה על הפעילות המפרה באתרה, ולכן יש להטיל עליה אחריות תורמת להפרות שבוצעו באמצעות תוכנת שיתוף קבצים שהיא הפיצה באתרה.²⁸⁷ כמה שנים מאוחר יותר, בעניין *Grokster*, קבע בית המשפט העליון האמריקני כי חברת *Grokster* אף היא אחראית להדחה להפרת זכויות יוצרים. הטעם לכך היה, שהתוכנה אשר הופצה באתר החברה הייתה מכשיר אשר שימש כמעט אך ורק להפרת זכויות יוצרים, פעולה שהחברה עודדה בדרכים מגוונות. בית המשפט אף מצא ראיות נסיבתיות מצטברות לכך, שהמטרה בהפצת התוכנה הייתה בעיקרה לשימושים מפרים.²⁸⁸

285 ניבה אלקין-קורן "המתוכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" משפט וממשל ו 381 (2012).
 286 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir., 2001); *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005); Jane C. Ginsburg, *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs*, 50 ARIZ. L. REV. 577 (2008); Elizabeth Miles, *Note: In Re Aimster & MGM, Inc. v. Grokster, Ltd.: Peer-to-Peer and the Sony Doctrine*, 19 BERKELEY TECH. L.J. 21 (2004).

287 עניין *Napster, Inc.*, לעיל ה"ש 286.

288 עניין *Grokster, Ltd.*, לעיל ה"ש 286.

בד בבד עם הגשת תביעות נגד גורמי ביניים, תעשיית התוכן האמריקנית ניסתה לנקוט צעדי אכיפה גם כלפי משתפי קבצים פרטיים. איגוד תעשיית התקליטים האמריקני, ה- (R.I.A.A. Recording Industry Association of America), הגיש תביעות נגד משתמשים פרטיים במהלך שנת 2003.²⁸⁹ התביעות שהוגשו היו נגד משתמשים פרטיים אשר שיתפו בקבצים באמצעות תוכנות לשיתוף קבצים. עיקר התביעות שהוגשו היו נגד משתמשים פרטיים, אשר הורידו כמות גדולה של קבצים מפריס לתיקות ציבוריות שעל מחשבם האישי. תביעות אלו הוגשו מתוך מחשבה, שאכיפה כלפי משתמשים פרטיים תתרום לצמצום תופעת שיתוף הקבצים. עם זאת חשוב לציין, שהגשת תביעות נגד משתמשים פרטיים מעוררת קשיים לא מעטים. קשה לזהות משתמשים מפריס במדויק. קשה גם להחליט נגד מי מן המשתמשים הפרטיים תוגש תביעה: האם ההחלטה תהיה שרירותית או אולי יש להגיש תביעה רק כאשר משתמש פרטי עמד בדרישות סף מסוימות באשר להיקפי ההפרה של זכויות יוצרים?

לאחר גל התביעות הראשוני נגד משתמשים פרטיים הייתה ירידה חדה בהיקף התופעה של שיתוף הקבצים בקרב משתמשים פרטיים של קובצי מוזיקה.²⁹⁰ עם זאת בשל הביקורת הרבה על צעדים אלה של התעשייה ואף בשל הצלחתן המוגבלת של תביעות אלו הפסיקה התעשייה להיעזר בתביעות אלו. למותר לציין, ששיעורי שיתוף הקבצים שבו לממדיהם הרגילים מיד לאחר הפסקתן של גל תביעות זה.

ואולם ישנם אמצעי אכיפה אזרחיים אחרים, מוצלחים יותר, המשמשים בעיקר בשנים האחרונות. בצרפת, בניו זילנד ובמדינות נוספות החלו לפני שנים מספר לאמץ אמצעי אכיפה אזרחית מסוג חדש כלפי משתמשי הקצה. בשנת 2009 התקבל בצרפת חוק H.A.D.O.P.I. (להלן HADOPI – שמתרתו לקדם את ההפצה של יצירות מוגנות בזכויות יוצרים ואת ההגנה עליהן בסביבת האינטרנט.²⁹¹ חוק זה הקים רשות ממשלתית חדשה, HADOPI (באנגלית: The High Authority for Transmission of Creative Works and Copyright Protection on the Internet),

Dana R. Levin, *The Future of Copyright Infringement: Metro-Goldwyn-Meyers Studios, Inc. v. Grokster Limited*, 21 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT. 271 (2006); Lital Helman, *Pull Too Hard and the Rope May Break: On the Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement*, 19 TEX. INTELL. PROP. L.J. 111 (2010); Anthony Ciolli, *Lowering the Stakes: Toward a Model of Effective Copyright Dispute Resolution*, 110 W. VA. L. REV. 999 (2008); Capitol Records, Inc. v. Thomas, 579 F. Supp. 2d 1210 (2008); Sony BMG Music Entertainment v. Tenenbaum, 672 F. Supp. 2d 217 (2009)

Peter K. Yu, *P2P and the Future of Private Copying*, 76 U. COLO. L. REV. 653 (2005) (להלן – Brett J. Miller, *The War Against Free Music: How the RIAA Should Stop Worrying and Learn to Love the MP3*, 82 U. DET. MERCY L. REV. 303 (2005); Yu, *P2P the War Against Free Music: How the RIAA Should Stop Worrying and Learn to Love the MP3*, 82 U. DET. MERCY L. REV. 303 (2005) השפעתן של תביעות אלו על תופעת שיתוף הקבצים בנוגע לתכנים אחרים דוגמת קובצי וידאו ומשחקי מחשב, שכן פעילות זו התמקדה בשיתוף קובצי מוזיקה בלבד.

LOI n 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la creation sur internet (Law No. 2009-669 of June 12, 2009 to Promote the Dissemination and Protection of Creation on the Internet (My translation – M.B.; The Law was amended Oct. 28, 2009 – M.B.)), available at <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432>; Michael Boardman, *Digital Copyright Protection and Graduated Response: A Global Perspective*, 33 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 223 (2011)

שתפקידה למשטר הפרה של זכויות יוצרים באינטרנט. החוק מאמץ את תהליך התגובה ההדרגתית (graduated response), או בשמו האחר – “The Three Strikes”. בשלב הראשון, בעקבות גילוי הפרה לכאורה של זכויות יוצרים, חברת עקיבה ואבטחה שנבחרה בידי בעלי זכויות היוצרים מפיקה הודעת הפרה. בהודעת ההפרה נמסר מידע שהוא רלוונטי להפרה הנטענת: כתובת ה-IP שממנה היו הקבצים נגישים להעתקה, הספק של המפר לכאורה והתאריך והשעה של פעילות ההפרה הנטענת. ההודעה מועברת מחברת האבטחה לבעלי זכויות היוצרים, והוא מעביר את ההודעה ל-HADOPI. כדי להגן על פרטיות המפר, HADOPI היא ששולחת את ההודעה למפר מבלי לחשוף את זהותו. אם בתוך שישה חודשים מוגשת תלונה נוספת של יוצר או של בעלי זכות יוצרים ביצירה, של ספק אינטרנט או של HADOPI בדבר הפרה של זכות יוצרים מאותה כתובת, אפשר לעבור לשלב השני. בשלב השני נשלחת למפר הודעה שנייה, שתוכנה דומה להודעה הראשונה. אם בתוך שנה מיום משלוח ההודעה השנייה מוגשת תלונה נוספת מאחד או יותר מארבעת הגורמים שפורטו לעיל, אפשר לעבור לשלב השלישי. בשלב השלישי הרשות מפנה את העניין לתובע, ושופט רשאי להורות על השעייתו של חיבור האינטרנט של המפר. אם השופט קובע שההפרה נבעה מכישלונו הרשלני של המפר לאבטח את חיבור האינטרנט שלו, תקופת ההשעיה תהיה מוגבלת לחודש אחד. אם השופט קובע שההפרה לא הייתה רשלנית בלבד, ניתן להשעות את החיבור למשך שנה. אם המפר מבקש לתקוף את החלטת בית המשפט בדבר השעיית החיבור, הוא רשאי להגיש ערעור בזכות על החלטה. חשוב להבהיר, כי משהושעה חשבוננו של המפר הוא נכנס לרשימה “שחורה” ועל ספקי אינטרנט אחרים באותה מדינה מוטל איסור לספק למשתמש זה גישה לאינטרנט. יתרה מזו, בתקופת ההשעיה המפר חייב להמשיך בתשלומים לספקית השירות.²⁹² גם בניו זילנד אומצה חקיקה דומה בשנת 2011 בשם Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act, הידועה גם בשם Skynet Law.²⁹³ התהליך לפי חוק זה דומה לתהליך לפי החוק הצרפתי בכך שאף הוא כולל שלושה שלבים. בשלב השלישי בעל זכות היוצרים רשאי להביא את המקרה בפני טריבונל זכויות יוצרים, שלו סמכות לפסוק מגוון סעדים, כגון השתתפות פיזית בסך 15,000 דולרים. עם זאת רק בית משפט מחוזי רשאי לתת סעד של ניתוק גישה לאינטרנט (למשך שישה חודשים לכל היותר). החלטת בית המשפט המחוזי כפופה לאישור המושל הכללי (general governor) בצירוף המלצת שר המשפטים.²⁹⁴ בשונה מן החוק הצרפתי, בניו זילנד החוק מאפשר לערער על כל אחת מן ההודעות בכל אחד מן השלבים בתוך 14 ימים מיום מתן ההודעה. הערעור מגיע לספק, אשר מעבירו לבדיקת בעל זכויות היוצרים לבחינה ולקבלת החלטה. בהיעדר דחייה של הערעור רואים בו ערעור שהתקבל, וההודעות מכוח החוק מתבטלות.²⁹⁵ חקיקה דומה נחקקה גם באנגליה, אם כי היא טרם יושמה בפועל בשל התנגדותן

292 ראו Annemarie Bridy, *Is Online Copyright Enforcement Scalable?*, 13 VAND. J. ENT. & TECH. L. 695 (2011).

293 Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act, No 11, (2011) (NZ) – (להלן – Copyright (Amendment Act)).

294 Copyright Council of New Zealand, “Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act” Information Sheet (September 2011), available at <http://www.copyright.org.nz/viewInfosheet.php?sheet=525>.

295 Copyright Amendment Act Part 1 §6, 122H, לעיל ה”ש 293.

של קבוצות רבות.²⁹⁶ חשוב לציין עם זאת, שמנגנון החוק האנגלי שונה ממנגנוני החוקים האחרים בין השאר בכך, שהוא כולל חובות לספק מידע מפורט יותר על ההפרות שבוצעו וכן להציג ראיות בדבר ההפרה לכאורה.²⁹⁷ ניסיונות לאמץ מדיניות דומה באירלנד כשלו, לאחר שספקי שירות סירבו לשתף פעולה ובתי משפט קיבלו את טענותיהם ולפיהן הם אינם אחראים להפרות שביצעו משתמשים.²⁹⁸ לאחרונה החלה מיושמת גם בארצות הברית פרוצדורה דומה. חוקים כאלה אינם רווחים במדינות רבות. הם ספגו קיתונות של ביקורת על רקע מגוון סיבות.²⁹⁹ הביקורת המרכזית על החוקים היא, שהם פוגעים בעקרון הפרדת הרשויות, שכן הם יוצרים מצב שבו רשות מבצעת פועלת לא רק לאיתור מפרים אלא גם להענשתם, בלא ביקורת שיפוטית מוקדמת של הרשות השופטת.³⁰⁰ יתר על כן, הרשות שצריכה לעסוק באכיפה טכנולוגית זו אמורה להיות רשות ניטרלית, ואילו מי שפועלים לאיתור המפרים הם למעשה חברות פרטיות הממומנות בידי בעלי זכויות היוצרים. אין בחוק בלמים ואיזונים בנוגע לסוכנים אלה ובאשר לדרך שימושם בתוכנות לאיתור מפרים, ואין בו ביקורת על ההתראות שהרשות מוציאה ועל ההצדקה להן;³⁰¹ גם אין בחוק מנגנונים לשיפוי על נזק בגין מידע כוזב שניתן לרשות בידי הגורמים המעורבים בתהליך איתור המפרים. יתרה מזו, יש בחוקים אלה פגיעה לא־סבירה בחופש הביטוי של משתמשי האינטרנט, שכן שלושת השלבים מביאים בסיום התהליך להשעיית הגישה של משתמשים, הפוגעת בזכותם להשתמש באחת מזירות הביטוי הדמוקרטיות החשובות ביותר.³⁰² ישנה טענה, כי גם הסנקציות של חקיקה זו הן מרחיקות לכת וכי יש מקום להסתפק בקנסות במקום בסנקציה חריפה של השעיית חיבור אינטרנט.³⁰³ חשוב להבהיר, שיעילותה של חקיקה זו היא מפוקפקת במציאות שבה לאנשים יש גישה לאינטרנט ממקומות רבים (לרבות מקומות עבודה, ספריות, בתי קפה ומקומות ציבוריים ופרטיים נוספים), שבהם הם יכולים לבצע פעילות מפרה מבלי להיות חשופים לאותו מנגנון. זאת ועוד, מנגנון שכזה הוא מטבעו לא־הוגן, שכן חיבורים ביתיים משמשים בדרך כלל יותר מבן משפחה אחד; לפיכך הפרה של אדם אחד פוגעת בשאר דיירי הבית, שיאבדו את חיבור האינטרנט שלהם על לא־עוול בכפם. לבסוף נראה שהעלויות של אכיפה טכנולוגית מסוג זה הן גבוהות מאוד, ולכן ישנו חשש שהנהגת מערכת אכיפה שכזו אינה מעשית או שעלויותיה יתגלגלו בסופו של דבר אל שכמ

Christopher M. Swartout, *Toward a Regulatory Model of Internet Liability: File-Sharing and Copyright Enforcement*, 31 NW. J. INT'L L. & BUS. 499 (2011)

.Digital Economy Act, 2010, c. 24, Part 3 §124A (Eng.) 297

Andrew T. Hopkins, *The Right to Be Online: Europe's Recognition of Due Process and Proportionality Requirements in Cases of Individual Internet Disconnections*, 17 COLUM. J. EUR.

.Swartout; L. 557 (2011)

.Boardman, לעיל ה"ש 291, Hopkin; לעיל ה"ש 298, Yu, P2P; לעיל ה"ש 290.

CC decision no. 2009-580 DC, July 10, 2009, J.O. 9675, available at <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision.42666.html>

Monica Horten, *The French Law on Creation and Internet – Contracting for Surveillance* (Draft) (October 2008), available at <http://www.iptegrity.com/pdf/Monica.Horten.creation.internet.law.2.11.2008.pdf>

.Hopkins; שם, לעיל, ה"ש 298.

.Boardman, לעיל ה"ש 291.

לקוחותיהם של ספקי השירות.³⁰⁴ חשוב לציין, שבעקבות גלי הביקורת על החוק תיקן הפרלמנט האירופי את ה־Telecoms Act,³⁰⁵ המחייב הליך הוגן לפני ניתוק של משתמש מחיבור האינטרנט שלו.³⁰⁶

מנגד דומה, שאכיפה טכנולוגית מסוג זה היא תוצר "טבעי" של כישלונות מנגנוני האכיפה האזרחית והפלילית בשיטות משפט רבות ושל הכרה בכך, שבסביבת האינטרנט מנגנוני האכיפה המסורתיים של הדין האזרחי והפלילי אינם מספקים עקיבה ואכיפה יעילות. מעניין לציין, שמחקרים מן העת האחרונה בנוגע לחוקים המאמצים את המודל התלת-שלבי שתואר לעיל מגלים, שהם הביאו להפחתת שיעורי ההפרות של זכויות יוצרים במידה ניכרת ואף הביאו לשינוי התנהגותי וחינוכי בכל הנוגע להפרת זכויות יוצרים ולחשיבות השמירה על זכויות יוצרים.³⁰⁷ זאת ועוד, אף דבר קיומם של חוקים אלה נפוץ בקרב הציבור הרחב בשל אופייה הייחודי של האכיפה. כך למשל, במחקר שנערך בצרפת בחודש נובמבר 2011 נמצא, ש-90% ממשתמשי "עמית לעמית" (peer-to-peer) בצרפת היו מודעים לחוק HADOPI וכי 71% ממשתמשים אלה היו מפסיקים להפר זכויות יוצרים אילו קיבלו התראה מכוח החוק.³⁰⁸ נוסף על כך, 48% ממשתמשים אלה שבין הגילאים 15–50 טוענים שלחוק אפקט מרתיע מפני התנהגות לא-חוקית וכ-23% אמרו שהם קיבלו הודעה על סנקציות אפשריות מכוח החוק או שהם מכירים מישהו שקיבל הודעה מכוח החוק.³⁰⁹ בדומה, משני מחקרים שפורסמו בנוגע לניסיון הצרפתי עולה, ששיעורי העתקות הסרטים בצרפת ירדו במידה ניכרת בעקבות חקיקת החוק.³¹⁰ כמה נתונים נוספים על האכיפה הטכנולוגית שנסקרה לעיל ראויים לציין. אבהיר תחילה, שהחוק בצרפת ובמדינות אחרות אינו מסדיר כלל את טכנולוגיית ההזרמה (streaming), ולפיכך כל פעילות של צפייה בתכנים באמצעות טכנולוגיה זו אינה מטופלת או מוסדרת בצורה דומה. בעקבות הנהגת מנגנוני האכיפה האמורים נצפתה גם עלייה בשימוש באתרים שבאמצעותם ניתן לרכוש יצירות כחוק, בין בדרך של הורדה ובין בדרך של הזרמה.³¹¹ מעניין לציין שגם בניו

304 Swartout, לעיל ה"ש 296.

305 EU Telecoms Package, amend 138 (2009) (Eu).

306 Boardman, לעיל ה"ש 296.

307 Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, HADOPI, ½ Year (sic) After the Launch, available at http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/note17_en.pdf (להלן – ReportHADOPI).

308 שם.

309 Digital Music Report, לעיל ה"ש 3.

310 לפי דיווח אחד, הורדות של סרטים צרפתיים פסקו לחלוטין בשנת 2011 בשל החוק. ה-A.L.P.A. (חברה לאיתור הפרות באינטרנט) חשפה כ-110 מיליון הפרות פירטיות, שבעקבותיהן נשלחו 8.7 מיליון הודעות למשתמשים אשר לא כללו הפרות של זכויות יוצרים בסרטים צרפתיים. עם זאת העתקות של סרטים צרפתיים פחתו בשנת 2011 בכמחצית (ראו את הדוח הפיננסי של גומון לשנת 2011 – Gaumont, Document de Référence: Rapport Financier Annuel 2011, available at http://www.gaumont.com/data/pdf/2011/rapport_financier_annuel_2011.pdf). לפי דיווח אחר, מעט אמין יותר, בין החודשים אוקטובר 2010 ודצמבר 2011 ירד שיעורן של ההורדות המפרות במידה ניכרת. ישנה שונות רבה באשר לנתונים הנוגעים לאחוז הירידה של הפרות זכויות יוצרים. מכל מקום, אין חולק שנצפתה ירידה בשיעור ההפרות. ככל הנראה מדובר בירידה בטווח של 40%–50% (ראו HADOPI Report, לעיל ה"ש 307).

311 שם.

זילנד, אפילו לפני כניסת החוק לתוקפו ונקיטת הסנקציות הגלומות בו, הייתה לחוק תמיכה בקרב אוכלוסיית משתמשי האינטרנט.³¹² לבסוף, אחד הנתונים המעניינים ביותר שפורסמו לאחרונה בנוגע לחוקים אלה שסקרתי הוא, שהם הביאו לעלייה בקניות חוקיות של תכנים כגון מוזיקה.³¹³ בסקר שהתבצע בצרפת נמצא, כי 16% ממשתמשי אתרי שיתוף קבצים טענו שהחוק גורם להם להשתמש בשירותים חוקיים לצריכת תכנים באינטרנט. בדומה, גם בניו זילנד, שבה אומצה חקיקה דומה רק לאחרונה, נמצא שמאז כניסת החוק לתוקף צנח השימוש ברשתות "עמית לעמית" ב-16% בין החודשים ספטמבר ונובמבר 2011, תוך עלייה במכירות באינטרנט.³¹⁴ עד חודש נובמבר 2011 עלו המכירות הדיגיטליות ברשת האינטרנט בניו זילנד בכ-35.35%.³¹⁵ דומה אפוא שחרף הביקורות על חוקים אלה, הם הניבו את התוצאות הטובות ביותר עד כה. לפיכך נראה, שאכיפה טכנולוגית במתכונת הרגישה יותר לזכויות משתמשים עשויה להיות פתרון טוב יותר ממנגנוני אכיפה אחרים.

על רקע דברים חשובים אלה בנוגע לאכיפה הפלילית בסביבה הווירטואלית וליעילות האכיפה האזרחית, ניתן לשקול אפיקים לשינוי הדין הקיים באשר לאכיפת זכויות יוצרים. המאמר סקר בהרחבה את המנשק שבין תחום זכויות היוצרים ובין הדין הפלילי והציג את מורכבות השימוש בדין הפלילי בתחום זה. העיון הביקורתי בנושא הראה, שהעמימות המוסרית בסוגיית הפרות של זכויות יוצרים למטרות שימוש אישי (או כאלו שאינן נעשות על בסיס מסחרי) בשילוב הקושי לאמוד את הנזק הנגרם לבעלי הזכויות גורמים לערעור האדנים התומכים בשימוש בכלי האכיפה הפלילית בתחום דיני זכויות היוצרים. זאת ועוד, נראה שנורמות חברתיות המתפתחות בתחום זה אף הן מנוגדות לנורמות הנאכפות בתחום הפלילי, ורבים ממפרי זכויות היוצרים אינם תופסים את מעשיהם כשקולים לגניבה או לעבירת רכוש אחרת או כפסולים מן הבחינה המוסרית. מסקנה זו נתמכת בממצאי סקרים, שנערכו בנוגע להפרה של זכויות יוצרים ברחבי העולם ובתפוצה הרחבה של הפרות בכל מדינה, כמו גם בתוצאות סקרים המלמדות, שהחשש להיתפס הוא שמנחה מפריים רבים ולא דווקא הפנמה של פסלות הנורמה של הפרה. גם אם הדברים אינם מבוססים מבחינה אמפירית, אין חולק על כך שהתנהגויות פליליות אחרות אינן שכיחות כל כך, ולפיכך שכיחות הפרות של זכויות יוצרים מלמדת שהאכיפה בתחום – הן האזרחית הן הפלילית – אינה מצליחה להשיג את מטרותיה. לפיכך דומני שעצם הפיכתה של הפרת זכויות יוצרים – בעיקר זו המתבצעת ללא מטרות רווח או מניע מסחרי – לעבירה פלילית והחמרה עקבית של הענישה בתחום, בלא פעולות

312 מעניין לציין, כי מחצית המבוגרים שבין הגילאים 15–50 המשתמשים באינטרנט בניו זילנד מסכימים שהשעיית חיבור האינטרנט או קנסות בגין הפרות חוזרות ונשנות באמצעות הורדת תוכן באינטרנט ללא אישור הם עונשים סבירים. זאת ועוד, כ-14% ממשתמשי peer-to-peer טענו, שהם שינו את התנהגותם בעקבות קבלת החוק אף קודם לכניסתו לתוקף. בדומה לכך טענו מרבית משתמשים אלה, שכבר שינו את התנהגותם בעקבות החוק (62%), כי הם נמנעים משירותי תוכן לא-חוקיים באופן מוחלט. לבסוף חשוב לציין את האפקט ההרתעתי שיצר החוק: כ-7 מתוך 10 משתמשי רשתות אלה טענו, כי הם יפסיקו מידית את השימוש שלהם אם יקבלו הודעה מכוון החוק. ראו <http://www.stuff.co.nz/technology/digital-living/5558008/Where-you-stand-under-new-copyright-law>.

313 שם, בעמ' 19.

314 Digital Music Report, לעיל ה"ש 3.

315 שם.

נוספות, לא תביא לשינוי חיובי בנוגע להיקף ההפרות של זכויות יוצרים. הניסיון האמריקני מלמד, שאכיפה פלילית מחמירה לא הביאה לשינוי ניכר בהתנהגות הציבור האמריקני בנוגע להפרה של זכויות יוצרים. הענישה המחמירה בתחום, הכוללת אפשרות להטיל קנסות ועונשי מאסר גם יחד, לא השפיעה השפעה ממושכת על היקפי ההפרות. ככל הנראה גורמים רבים הם שתרמו לכישלון מנגנוני אכיפה אלה. הגורמים הם מורכבים ואינם ניתנים לזיהוי מדויק.

עם זאת אפשר לשער שהסיבות לכך עשויות להיות אחת או יותר מאלו: ראשית, היעדר אכיפה יעילה של הדין הפלילי. אכיפה פלילית דלה נובעת לעתים קרובות מן העלויות הגבוהות של ההליך הפלילי. בשל ההיקפים הגדולים של ההפרות המתבצעות בסביבת האינטרנט סביר להניח, שלצורך הרתעה יעילה נדרשת השקעת משאבים גדולה יותר ממה שמושקע כיום באכיפה פלילית של זכויות יוצרים. עם זאת ייתכן, שהקצאת משאבים כאמור אינה אפשרית מבחינה תקציבית. זאת ועוד, קשיי עקיבה ואכיפה בסביבת האינטרנט משפיעים על היתכנותה של אכיפה פלילית. זמינותם של אמצעים טכנולוגיים מתוחכמים ומגוונים עשויה להקשות על איתור המפרים של זכויות יוצרים. שנית, מאמצי האכיפה בארצות הברית, בישראל ובמדינות נוספות מתמקדים כאמור בהפרות בעלות אופי מסחרי רחב היקף דווקא, גם אם הן מתבצעות שלא למטרות רווח; הם אינם מתמקדים בהפרות השכיחות יותר, הלא־מסחריות, המתבצעות בידי משתמשי קצה פרטיים באתרי שיתוף קבצים ובפלטפורמות דומות, דבר הפוגע אף הוא ביעילותם של מנגנוני האכיפה, מאחר שהדגש איננו על קבוצת המפרים הגדולה יותר. שלישית, דומה שהצלחתם של משטרי אכיפה אלה תלויה בין השאר במודעות לנורמות הפליליות והאזרחיות ובהפנמתן. לא ברור מהי מידת הידיעה של ציבור משתמשי האינטרנט ושל הציבור הרחב על נורמות אלה. ורביעית, המכשול המרכזי בדרך להצלחתם של משטרי אכיפה פליליים ואזרחיים כאחד הוא מידת ההפנמה של הנורמה וההזדהות עמה. עיקר הקושי בתחום זכויות היוצרים הוא, שרבים אינם רואים בהפרה של זכות יוצרים פסול מוסרי. שילוב של תפיסה כאמור עם סיכויי תפיסה נמוכים של מפרים מביא להפרות בהיקפים נרחבים.

על רקע מציאות זו נראה, שנדרשת חשיבה מחודשת על מנגנוני האכיפה של זכויות יוצרים בכלל ושל אלה הפליליים בפרט. אם מבקשים להפחית את שיעורי ההפרות, הצעדים הבאים מתבקשים: ראשית, הקצאת משאבים גדולים יותר לאכיפה של זכויות יוצרים בסביבת האינטרנט. אכיפה נמרצת יותר עשויה להביא לרמת הרתעה גבוהה יותר, כפי שמציע הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי. מחקרים מראים, שדווקא ודאות האכיפה ולא החמרה של הענישה בגין ביצוע עבירות היא שמרתיעה מפני ביצוע עבירות. שנית, התמקדות גם במפרים שאינם פועלים בהיקפים מסחריים ולמטרות רווח עשויה אף היא להביא לשיפור של רמת ההרתעה, שכן מרבית הפעילות בסביבת האינטרנט מתבצעת למטרות שימוש אישי ולא למטרות מסחריות. שלישית, החמרת הענישה בתחום בדרך של הגדלת שיעורי הקנסות והארכת תקופות המאסר עשויה גם היא להביא לשיפור ברמת ההרתעה.

עם זאת ייתכן, שהצעות אלו אינן ישימות ואינן מעשיות ממגוון סיבות. כפי שהוצג לעיל, השימוש בדין הפלילי בתחום זכויות היוצרים – ודאי אם הוא תכוף ומופנה כלפי מגוון משתמשים וגם לשימושים שאינם מסחריים – עלול לפגוע בחופש הביטוי ולהרתיע מפני

שימושים מותרים.³¹⁶ החמרת הענישה והגברת האכיפה עלולות לפגוע בזירת ביטוי מרכזית מאוד ובעיקר בסביבת האינטרנט, גם כאשר השימוש כשלעצמו הוא שימוש הוגן או שימוש מותר אחר. זאת ועוד, קשה להעריך מהי הקצאת משאבים אופטימלית בנוגע לזכויות יוצרים, בעיקר בעידן האינטרנט שבו הפרות של זכויות יוצרים הפכו לתופעה נפוצה. לפיכך קשה להעריך כמה משאבים נדרשים למלחמה נחרצת יותר בהפרות של זכויות יוצרים במישור הפלילי.

עולה מן המקובץ, שנדרשת גישה אחרת למדיניות האכיפה בתחום של זכויות היוצרים בכלל ושל מדיניות סיווגן של הפרות בתחום כעבירות פליליות ושל האכיפה הפלילית בפרט. דומה שהבעיה הייחודית להפיכתן של הפרות זכויות יוצרים לעבירות פליליות ולאכיפתן היא תוכנם של דיני זכויות יוצרים: היקף הזכויות הבלעדיות שהם נותנים, תקופת ההגנה, צמצום הגנת השימוש ההוגן בסביבת האינטרנט ועוד.³¹⁷ נראה שיש צורך לפעול לשינוי מתמיד ולהתאמת המשטרים החלים על זכויות יוצרים לסביבת היצירה החדשה.³¹⁸ חשוב לעצב את ענף זכויות היוצרים באופן שיבטא איזונים הולמים יותר בין תמרוץ היוצרים ושמירה על זכויות המשתמשים. עיצוב מאוזן יותר עשוי להביא לתחושות הזדהות חזקות יותר ואף להפנמה עמוקה יותר של הנורמה החדשה, ובעקבותיהן עשוי להיות גם ציות רב יותר לנורמה זו. הובלה של תהליך שינוי כאמור איננה משימה פשוטה, שכן נדרשת פעילות של קבוצות שידול הדוגלות במטרות אלו בבית המחוקקים ובחברה בכלל. לא ברור אם יהיה קל להביא להתארגנות של קבוצות שיקדמו אינטרסים אלה, ולא ברור אם הן יעמדו בלחצים של קבוצות השידול המייצגות את תעשיית התוכן ואת שיקוליה.³¹⁹ הואיל וכיוון פעולה שכזה אינו פשוט כלל ועיקר, דומה שפעילות הסברה וחינוך חייבת להיות חלק מכל פעילות אכיפה, בין שמדובר באכיפה אזרחית ובין שמדובר באכיפה פלילית. שימוש בכלי הסברתי-חינוכי הוא המכשיר החודרני פחות לשינוי נורמות חברתיות. פעילות חינוכית סייעה במישורים רבים לשינוי נורמות חברתיות, ונראה שגם בהקשר זה חינוך עשוי למלא תפקיד חשוב.³²⁰

אכיפה פלילית צריכה להמשיך ולהתקיים לצד האכיפה האזרחית, ושתיהן ימשיכו למלא תפקיד מרכזי במדיניות האכיפה של זכויות יוצרים בישראל, בעיקר כלפי מפרים בהיקף מסחרי

- 316 ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים", יוצרים זכויות, לעיל ה"ש 234, 327.
- 317 JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND (2008)
- 318 Bitton, לעיל ה"ש 146.
- 319 JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT (2001)
- 320 התנועה האמריקנית נגד עישון היא דוגמה יפה ליעילותו של מסע חינוכי ככלי לשינוי נורמות חברתיות. בשנת 1965 חוקק הקונגרס האמריקני את ה-Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, אשר דרש לראשונה כי על כל חפיסת סיגריות ובכל מסע שיווקי למכירת סיגריות תיכלל אזהרה המבהירה כי העישון מזיק לבריאות (ראו 15 U.S.C. §1333). נראה כי מסע זה היה אפקטיבי והוביל לירידה ניכרת בעישון. ראו, Terry Martin, Global Smoking Statistics for 2002, ABOUT.COM (Jan. 28, 2007), <http://quitsmoking.about.com/cs/antismoking/a/statistics.htm>; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, TRENDS IN CURRENT CIGARETTE SMOKING (2012) http://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, TRENDS IN CURRENT CIGARETTE SMOKING AMONG HIGH SCHOOL STUDENTS AND ADULTS, UNITED STATES, 1965-2009, http://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/tables/trends/cig_smoking/index.htm (last visited April 13, 2011).

למטרות רווח אך גם כלפי כאלו שאינם למטרות רווח. עם זאת נראה, שנדרשת חשיבה בעיקר על הקטגוריה של מפרי זכויות על בסיס מצומצם יותר – שלא למטרות מסחריות ושלא על מנת להפיק רווחים – בסביבת האינטרנט. דווקא אכיפה טכנולוגית כגון זו שאומצה בצרפת, בבריטניה ובניו זילנד ולאחרונה בארצות הברית מציעה כלי אכיפה יעיל ביותר להרתעה ולשינוי התנהגותי, כמו גם עידוד למשתמשים "לחזור" לשוק התוכן החוקי של יצירות. בשל החששות שחקיקה מסוג זה מעוררת, חשוב למצוא דרכים כדי להימנע מן הבעיות הרבות הכרוכות בשימוש בכלים אלה, אשר תוארו בהרחבה לעיל. דומה שתהליך "שלושת השלבים" צריך לכלול הספקת מידע למשתמש "המפר" בדבר הסיבות למתן ההתראה בדבר שימוש מפר. כמו כן נראה, שיש מקום לאפשר ביקורת שיפוטית על ההליך כבר בשלב מוקדם זה של מתן ההודעה הראשונית. חשוב שההליך יהיה פשוט ושעלויותיו למשתמש יהיו נמוכות ככל האפשר כדי שלא לפגוע בחופש הביטוי ובמטרות החשובות של דיני זכויות יוצרים – כגון קידום הפצתן של יצירות והעשרת עולם הביטויים. רק הליך שקוף יותר, שבו ניתנת למשתמש ההזדמנות להתגונן בשלב מוקדם בפשטות ובהוגנות, יבטיח שהאינטרסים של היוצרים ושל המשתמשים כאחד לא ייפגעו.

סיכום

מאמר זה ביקש לבחון את השאלה של הפיכת ההפרות של דיני זכויות יוצרים בישראל לעבירות פליליות ואכיפתם בהתאם, תוך עיון ביקורתי בשיטות משפט אחרות ולמידה מניסיון. המאמר הראה שעצם השאלה מעוררת קשיים רבים, בעיקר לאור התפתחותן של נורמות חברתיות שאינן מגנות את עצם ההפרה של זכויות יוצרים. מעבר לכך, הדיון בשאלת האכיפה של הפרת זכויות יוצרים הראה אף הוא כי אכיפה בסביבת המידע החדשה היא אתגר אדיר: אתגר זה נובע מן הקלות שבה אפשר להפר זכויות יוצרים, מקשיי עקיבה ואכיפה אדירים ומריבויים של מקרי הפרות. המאמר הציע מקום לאופטימיות בנוגע לאכיפה של זכויות יוצרים במישור החינוכי ובמישור האכיפה האזרחית וכן ציין, כי ישנו מקום לשימוש זהיר יותר בדין הפלילי באשר להפרות של זכויות יוצרים.

אין ספק כי עתידם של דיני זכויות היוצרים בסביבת המידע החדשה בכלל וסוגיית אכיפתם בפרט יוסיפו להעסיקנו עוד שנים רבות וטובות. יש מי שהעזו וקראו לבטל את דיני זכויות יוצרים בעידן המידע.³²¹ אני סבורה כי טרם אבד הכלח על דינים אלה, אך יש מקום לחשיבה מחודשת ויצירתית על עיצובו של הדין ועל כלי האכיפה שלו בסביבה חדשה זו.

David Lange, *Reimagining the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 463 (2003); Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Programs*, 84 HARV. L. REV. 281 (1971); Richard Stallman, *Reevaluating Copyright: The Computer Public Must Prevail*, 75 OR. L. REV. 291 (1996)