



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5977/07

בפני : כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערת : האוניברסיטה העברית בירושלים

נגד

המשיבים : 1. בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ
2. מפלגת העבודה הישראלית
3. יעקב כהן

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים
מיום 17.5.07 בת.א. 6306/04 שניתן על-ידי כבוד השופט
י' שפירא

תאריך הישיבה : ח' בכסלו התשע"א (15.11.10)

בשם המערערת : עו"ד ענת טל ; עו"ד תמיר אפורי

בשם המשיבה 1 : עו"ד ליאת כרגמן ; עו"ד ט' ליבליך

בשם המשיבה 2 : עו"ד חיים כהן

בשם המשיב 3 : עו"ד אור חוף

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט י' שפירא), במסגרתו נקבעה אחריותם של מספר גורמים להפרת זכויות יוצרים. במוקד הדיון ניצבת השאלה אם יש מקום להכיר בדוקטרינת ההפרה התורמת כדיני זכויות יוצרים, ובאילו תנאים יש להחילה. בהמשך לכך, עומדת השאלה אם ראוי במקרה זה

להטיל אחריות על המערערת – האוניברסיטה העברית בירושלים (להלן: האוניברסיטה) – להפרת זכות יוצרים שלא בוצעה על-ידה, אך התקיימה בקמפוס שלה.

רקע

2. הוצאת "בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ" (להלן: שוקן) הוציאה לאור, בין השאר, את הספר "יפן המסורתית" מאת בן עמי השילוני (להלן: היצירה, או ה1997). בכריכתו הפנימית של הספר נכתב "Copyright by Schocken Publishing House Ltd. Tel-Aviv". יצירה זו הועתקה בשלמותה, שוכפלה ונמכרה במסגרת "מקראה" המשמשת ללימודי סטודנטים (להלן: המקראה). מכירת המקראה התקיימה באולם 300, בבניין מדעי הרוח בקמפוס הר הצופים של האוניברסיטה, על-ידי המשיב 3, מר כהן (להלן: כהן), אשר שימש באותה התקופה כיושב ראש "תא אופק". מדובר בתא סטודנטיאלי, הפועל בתחומיה של האוניברסיטה, ואשר נתמך על-ידי מפלגת העבודה הישראלית (המשיבה 2, להלן: המפלגה). תא אופק מזוהה רעיונית עם המפלגה, אשר מממנת חלק מפעילותו, ומאפשרת לו – בין היתר – להשתמש במכונות הצילום שלה. למקראה הוצמד, אם-כן, דף שער שנשא את פרטיהם של המפלגה ותא אופק, וכן את שמותיהם של כהן ושל סטודנטית נוספת. על רקע זה, הגישה שוקן תלונה במשטרה נגד כהן, ובעקבות זאת, בחודש מרץ 2002, הוגש נגדו כתב אישום. במסגרת עסקת טיעון שנחתמה הודה כהן בביצוע המעשים שיוחסו לו, והוטל עליו לבצע שירות לתועלת הציבור. לצד זאת, הגישה שוקן תביעה אזרחית לבית המשפט המחוזי כנגד כהן, המפלגה והאוניברסיטה, בטענה שהפרו את זכות היוצרים שלה בספר.

99 סק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי קיבל, באופן חלקי, את תביעתה של שוקן, תוך שהוא קובע כי מכירת המקראות הפרה את זכות היוצרים שלה בספר, ועל רקע זה נדרש בית המשפט לשאלת אחריותו של כל אחד מהגורמים לביצועה. באשר לכהן, נקבע כי הוא אחראי באופן ישיר להפרה, וזאת – בין היתר – נוכח הודאתו בביצוע מעשה ההפרה בהליך הפלילי שהתנהל נגדו, ואף בעדותו בבית המשפט המחוזי. בנוגע לאחריותה של המפלגה, נקבע כי לא הוכח שתא אופק הוא מוסד או אורגן שלה. התא אמנם פועל, כך נקבע, תוך השתייכות רעיונית למפלגה, ונהנה (למצער באופן חלקי) מתמיכתה הכלכלית, אך אינו כפוף למרותה. נוכח זאת, נפסק כי אין למפלגת העבודה אחריות ישירה להפרה. אף באשר לאוניברסיטה, נקבע כי אין מקום לייחס לה אחריות ישירה להפרה.

4. על רקע קביעות אלה, בחן בית המשפט אם קמה לאוניברסיטה ולמפלגה אחריות תורמת להפרת הזכויות ביצירה. תחילה נקבע, כי אין מקום לייחס לאוניברסיטה אחריות עקיפה להפרה מכוח סעיף 2(3) לחוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: החוק הקודם). לצד זאת, בחן בית המשפט את האפשרות להטיל אחריות מכוח דוקטרינת ההפרה התורמת. בהתייחסו לדברים שנקבעו בע"א 1636/98 רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ, פ"ד נה(5) 337 (2001) (להלן: פרשת רב בריח), שם הוכרה תחולתה של דוקטרינת ההפרה התורמת בדיני פטנטים, קבע בית המשפט כי ניתן להחיל דוקטרינה זו אף בדיני זכויות יוצרים. את קיומה של ההפרה התורמת ניתן לעגן – כך נקבע – הן "בפני עצמה", הן באמצעות סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). נוכח דברים אלה, קבע בית המשפט כי "יש ליתן הגנה לזכות היוצרים, בקול צלול וברור. קיומה של עוולה זו של הפרה תורמת תהווה, כך יש לקוות, הרתעה הולמת מפני הפרת זכות היוצרים, ובמיוחד בקמפוסים של המוסדות להשכלה גבוהה".

בית המשפט הוסיף ונדרש לתנאים לתחולתה של ההפרה התורמת. הובהר, כי תקום למפר-התורם אחריות להפרה רק מקום בו אכן בוצעה הפרה על-ידי המפר-הראשי. כמו כן נקבע, כי האחריות התורמת מותנית בידיעתו של מי שתרים להפרה על אודות הפעילות המפרה שביצע המפר הראשי. בענייננו, נקבע כי האוניברסיטה ידעה שחומר לימוד נמכר בדוכנים של תא אופק. זאת, בין היתר, נוכח העובדה שידעה שקיימים בספרייתה רק 12 עותקים של הספר, שאמורים היו לשרת כ-370 סטודנטים שהיו רשומים לקורס המסוים בו נדרש הספר. נקבע, כי בכך יצרה האוניברסיטה "כשל שוק", אשר "דחף את הסטודנטים למציאת פתרונות אחרים", ובנסיבות אלה קמה חזקה כי ידעה שנמכרים בתחומה חומרים מפרים. על בסיס העדויות שנשמעו בפניו, קבע בית המשפט כי "לא נותר ספק כי נציגיה המוסמכים של האוניברסיטה היו מודעים לנורמה של הפרת זכויות היוצרים בתחומה של האוניברסיטה, ואף לא נותר ספק כי באופן מודע ומבחירה, החליטה היא להתעלם ממצב זה" [ההדגשה במקור]. בית המשפט המשיך ובחן את אפשרויות השליטה והפיקוח של האוניברסיטה על תאי הסטודנטים, ויכולתה למנוע את הפרת זכויות היוצרים. בהקשר זה נקבע, כי האוניברסיטה לא נקטה צעד כלשהו למנוע את מכירתן של המקראות בתחומה, ולא הפעילה פיקוח כלשהו על פעילותם של התאים הסטודנטיאלים בהיבט זה. זאת, אף שבהקשרים אחרים, כגון באשר לתליית מודעות פרסום בקמפוס, או הקמת דוכנים באיזור המרכזי בקמפוס הר הצופים המכונה "הפורום", היתה לאוניברסיטה – כך נקבע – יכולת שליטה ובקרה אפקטיבית. לאור זאת, נקבע כי "מדובר בתרומה ברורה ומכריעה לנורמה של הפרת

זכויות יוצרים שהשתרשה בתחומיה". באשר למפלגה נקבע כי היא "אפשרה הדפסת צילום והפצת עותקים מפרים ותמכה בתא אופק, במטרה לקרב סטודנטים לעמדותיה, מימנה ואיפשרה לצלם עותקים מפרים", ואף נמנעה מלפעול להפסקת ההפרה על אף שהיה בידיה לעשות כן. על רקע זה, פסק בית המשפט כי התנאים להכרה בהפרה תורמת נתקיימו במקרה שלפנינו, הן בנוגע למפלגה הן באשר לאוניברסיטה, ולאור זאת קבע כי השתיים הפרו את זכות היוצרים של שוקן ביצירה בהפרה תורמת.

5. לצד זאת, נדרש בית המשפט לשאלת התרשלותן של האוניברסיטה והמפלגה, לפי סעיף 35 לפקודת הנזיקין. נקבע, כי הן היו צריכות לצפות את הנזק שנגרם לשוקן כתוצאה מהפרת הזכויות, והיה עליהן למנוע את ההפרה, בייחוד שאמצעי הזהירות שנדרשו לצורך כך היו, כך נקבע, "מינימאליים ופשוטים". עוד קבע בית המשפט, כי מתקיימים במקרה זה תנאיה של עוולת הפרת החובה החקוקה. זאת, שכן הוראות החוק מטילות על המפר, חובה שלא להפר את זכויותיו של היוצר, והפרת זכותו של היוצר יוצרת את קיומו של הנזק שאותו התכוון המחוקק למנוע. כן נקבע, כי מתקיים הקשר הסיבתי הנדרש בין מעשיהם של האוניברסיטה, מפלגת העבודה וכהן, לבין הפרת החובה החקוקה.

6. לבסוף בחן בית המשפט את שאלת הנזק. נקבע, כי מחיר הספר המקורי הוא 89 ש"ח, וכי עותק מפר נמכר ב-10 ש"ח. אולם, לא הוכח – כך נקבע – מהו מספר העותקים המפרים שנמכרו. על רקע הקושי לכמת את הנזק שנגרם בפועל, פנה בית המשפט לבחינת פיצוי ללא הוכחת נזק. נקבע, כי מדובר בהפרה "בוטה" של זכות היוצרים, ומשכך חויבו האוניברסיטה, מפלגת העבודה וכהן – יחד ולחוד – בתשלום פיצוי סטטוטורי בשיעור של 20,000 ש"ח, הוא הפיצוי המקסימלי האפשרי לפי הוראת סעיף 3א לפקודת זכות יוצרים. האחריות חולקה כך שהאוניברסיטה והמפלגה חויבו כל אחת ב-30% מהנזק, בעוד שכהן חויב ב-40% מהנזק. מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור שלפנינו

7. הצדדים שטחו בפנינו טענותיהם בפירוט, ואף התייחסו למחקר מעמיק בנושאים הרלוונטיים. מפאת קוצר היריעה נביא טיעונים אלה בתמצית בלבד.

האוניברסיטה משיגה, בעיקר, על הכרעתו של בית המשפט בעניין דוקטרינת ההפרה התורמת. להשקפתה, אין מקום להידרש לדוקטרינות חדשות המרחיבות את

תחום אחריותם של המשתמשים, וזאת בעיקר מקום בו מדובר במוסד חינוכי ובפעילות של סטודנטים. יש לתת משקל לאפקט המצנן שעשוי להיות להטלת אחריות בגדר הפרה תורמת, שכן הרחבת יתר של אחריותם של משתמשים, עשויה, כך נטען, להביא לפגיעה בלתי רצויה בנגישות הציבור ליצירות ובאפשרויות הפצת הידע. הרחבת יתר של האחריות המוטלת על ציבור המשתמשים אף עשויה להביא להטלת אחריות רחבה מדי על בעלי נכסים, לרבות ספקי שירותים באינטרנט ובעלי "פורומים" אלקטרוניים. לטענתה, יש אפוא מקום לבחון מחדש את יישומה של הלכת רב בריח ותחולתה על דיני זכויות יוצרים. כמו כן, טוענת האוניברסיטה כי העמידה את מתקניה וחצריתה לפעילות חוקית של הסטודנטים, ולא לפעילות שיש בה הפרה של זכות יוצרים. האוניברסיטה ממשיכה וטוענת כי היא אינה מפיקה תועלת כלכלית מחופש הפעולה שניתן לסטודנטים בהקשר זה, ואף מן הטעם הזה סבורה האוניברסיטה כי אין מקום להטיל עליה אחריות תורמת להפרה.

לצד טענות אלה, מלינה האוניברסיטה על הכרעותיו של בית המשפט המחוזי בנוגע להפרת החובה החקוקה. לטענתה, אין מקום להחיל עוולה זו במקרה שלפנינו, בין השאר, נוכח העובדה שההסדרים בגין הפרת זכות יוצרים הם עצמאיים ונפרדים, ואין לאפשר לבעלי הזכות להיעזר בדרכים "עקיפות" וחיצוניות לצורך הטלת אחריות. נוסף על כך, טוענת האוניברסיטה כי לא הוכח שידעה באופן ספציפי לגבי ההפרה שהתבצעה במקרה זה, וכן לא היתה מודעת לכך שצולם ספר שלם (להבדיל מחלקים ממנו). לחלופין טוענת האוניברסיטה, כי יש מקום להחיל בענייננו את הגנת השימוש ההוגן, המעוגנת כיום בסעיף 19 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק החדש). בהקשר זה, מדגישה האוניברסיטה כי שימוש בקטעי יצירות בתוך מקראות המיועדות ללימודי הסטודנטים, הוא שימוש הוגן שאינו מהווה הפרה של זכות היוצרים ביצירה. הגנה זו חלה בענייננו (אף שהיא מעוגנת בחוק החדש) – כך נטען – נוכח העובדה שבהתאם לסעיף 78 לחוק החדש, תחולתו של חוק זה בעניין השימושים המותרים ביצירות (השימושים שאינם מהווים הפרה), היא רטרואקטיבית.

8. אף המפלגה משיגה על ההכרעה בעניין החלת דוקטרינת ההפרה התורמת, וכן על קביעותיו של בית המשפט המחוזי בנוגע להפרת החובה החקוקה, ומצטרפת בעניינים אלה לטעמיה של האוניברסיטה. לצד זאת, משיגה המפלגה על חלק מקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי לגביה. כך, למשל, טוענת המפלגה כי לא הוכח שהספר צולם באמצעות מכונות הצילום שלה, או במימונה.

9. שוקן, לעומת זאת, סומכת ידיה על הכרעתו של בית המשפט המחוזי, ומטעמיו. בין היתר, סבורה שוקן כי אין מניעה להחיל את דוקטרינת ההפרה התורמת כדיני זכויות יוצרים. לטענתה, לבעלי זכות היוצרים קיימת ציפייה לגיטימית שהאוניברסיטה תפקח על דרכי הקניית הידע במוסד הלימודים, ותפעל לשמירת זכויות היוצרים בתחומה, מתוקף היותה "זירת מסחר לידע". אף באשר לעולת ההפרה החקוקה ותחולתה במקרה זה, מצטרפת שוקן להכרעתו של בית המשפט המחוזי. החלת העילה במקרה זה משקפת, לשיטתה, את האיזון הנאות בין האינטרס האישי של היוצר בהגנה על קניינו, לבין האינטרס הציבורי בהפצת ידע והנאה מיצירות. קונסטרוקציה נוספת להרחבת האחריות הנזיקית בהפרת זכות היוצרים – כך טוענת שוקן – ניתן למצוא בסעיף 13א לחוק המטלטלין, התשל"א-1971, בעוולה של הסגת גבול. באשר להגנת השימוש ההוגן, מציינת שוקן כי טענותיה של האוניברסיטה בעניין זה נשמעו לראשונה בערעור, וכי אין מקום להידרש להן בעת הזו. לגופו של עניין, טוענת שוקן כי אין מדובר בשימוש אקדמי, כי אם בשימוש מסחרי – ומן הטעם הזה לא חלה, לשיטתה, הגנת השימוש ההוגן במקרה שלפנינו.

10. יצוין, כי ביום 23.11.2009, הגישה האוניברסיטה בקשה לצירוף ראייה, בגדרה ביקשה להביא בפנינו תביעה אחרת שהגישה נגדה שוקן, בגין הכללת עמודים מתוך ספרים אחרים של שוקן במקראות נוספות המופצות באוניברסיטה. מדובר בהליך נוסף המתנהל בין אותם הצדדים, ואין מניעה עקרונית כי יובא בפנינו, אולם אין בו כדי לשנות מן התוצאה אליה באנו במקרה זה, כפי שיובהר בהמשך.

דין הערעור להתקבל בחלקו, בכל הנוגע לאחריותה של האוניברסיטה להפרה, כפי שיובהר להלן.

הפרה תורמת

11. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כי הספר "יפן המסורתית" צולם, שוכפל ונמכר באופן העולה כדי הפרה של זכות היוצרים של שוקן ביצירה. כפי שכבר הובהר, כהן נמצא אחראי באופן ישיר להפרה, בעוד שהמפלגה והאוניברסיטה לא נמצאו אחראיות ישירות להפרה. בהיעדר אחריות ישירה, המחלוקת נסבה, אפוא, אודות השאלה אם קיימת להן אחריות תורמת לביצוע ההפרה.

הפרה תורמת (Contributory Infringement) בזכות יוצרים, מתייחסת – ככלל – למצב בו גם מי שאינו מפר באופן ישיר זכות יוצרים נמצא אחראי לה, וזאת על רקע

התנהגותו ומעורבותו בנסיבות המקרה. מדובר לרוב בנסיבות בהן גורם אחד אינו מבצע את ההפרה בעצמו, אך הוא מאפשר ומתיר את פעילותו המפרה של גורם אחר, או אף מסייע ומעודד את אותה הפעילות. הוא משמש מעין "גורם ביניים", כשרשרת ההפרה – בטווח שבין המפר הישיר (מפר "הקצה"), לבין בעל הזכות. דוקטרינת ההפרה התורמת, טרם הוכרה במלואה כמשפט הישראלי, בין בהוראות חוק זכות היוצרים, בין בפסיקה, כך שבמצב הנוכחי – יצא המפר-התורם (Contributory Infringer) בלא אחריות, על אף תרומתו המשמעותית לביצוע ההפרה, בעוד שהמפר-הישיר יישא לבדו באחריות לביצועה.

12. אמנם, החוק הקודם הכיר בהפרה תורמת באופן מוגבל, בגדר סעיף 2(3), שעניינו איסור על השמעה פומבית של יצירה מוגנת בלא אישורו של בעל זכות היוצרים. סעיף זה מורה, כי "כל אדם שהרשה, לתועלתו הפרטית, לתיאטרון או למקום שעשוע אחר, להשתמש ביצירה לשם הצגתה בציבור בלא הסכמת בעל זכות היוצרים" – ייחשב מפר. הוראה זו מתייחסת בעיקר למצב בו בעל מקום בידור – כגון תיאטרון או אולם שמחות – מאפשר את ביצוען בפומבי של יצירות מוגנות. הכוונה היא, למשל, לסיטואציה בה בעל אולם שמחות מתיר לתקליטן להשמיע לאורחים מוסיקה, בלא הסכמתם של בעלי הזכויות ביצירות המושמעות (בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים, טכנולוגיות של צדק" 188 משפט מדע וחברה (2003) (להלן: בירנהק, לידתה של עוולה); טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך ב' 677-687 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן); טוני גרינמן זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים 147-148 (1998)). סעיף 2(3) לחוק הקודם מוסיף ומורה, כי אחריות להפרה עקיפה זו לא תתקיים מקום בו "לא ידע אותו אדם ולא היה לו יסוד סביר לחשוד שיהא בהצגה משום הפרת זכות יוצרים". קרי, אחריותו של בעל התיאטרון או בעל האולם, כפופה לידיעתו על ההפרה (בירנהק, לידתה של עוולה, בעמ' 188; גרינמן, בעמ' 677-687). הוראה דומה קיימת אף בסעיף 49 לחוק החדש.

המשפט הישראלי, מכיר אפוא בהטלת אחריות גם על מי שלא השמיע באופן ישיר את היצירה המוגנת, אך הרשה את ביצועה בידיעה כי מדובר בהפרת זכות יוצרים. במובן זה, מדובר בהכרה באחריותו התורמת של בעל התיאטרון או בעל אולם השמחות. עוד יצוין, כי פעולות מסוימות של ציווי או הרשאה של הפרה עשויות להיחשב כהפרות של זכות היוצרים, לפי סעיף 47 לחוק החדש. אולם, מעבר להוראות הספציפיות האלה, טרם הוכרה האפשרות העקרונית להטיל אחריות מכוח דוקטרינת ההפרה התורמת. השאלה היא, אפוא, אם יש מקום להכיר בקיומה של דוקטרינה זו

במשפט הישראלי. משמעותו של הסדר כזה היא הרחבת מעגל הנתבעים האפשריים מקום בו מתקיימת הפרה. קרי, מתן אפשרות רחבה יותר לבעל זכות היוצרים להיפרע ממי שהיתה לו יד בהפרת זכותו, ובמובן זה, פירושו הרחבה ההגנה המוענקת – בפועל – לבעלי זכות היוצרים. השאלה, אם-כן, אם מתן אפשרות כאמור עולה בקנה אחד עם התפיסות העומדות בבסיס דיני זכויות היוצרים.

13. דיני זכויות היוצרים מבוססים על מספר תכליות, היוצרות יחד "מארג של אינטרסים", הן ציבוריים הן פרטיים (גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים", משפטים לא(2) 359, 410 (2001) (להלן: פסח, הבסיס העיוני)). אחת התפיסות העומדת ביסוד ההכרה בזכויות היוצרים, מדגישה את האינטרס הציבורי שבקידום היצירה הקולקטיבית. לפי גישה זו, השאיפה היא להעשיר את המרחב הציבורי, להרחיב את מאגר הידע הקולקטיבי ולהגדיל את המגוון התרבותי. הדגש בהקשר זה, אם-כן, הוא על אפשרויות הגישה והשימוש ביצירות. תפיסה זו, מבוססת על ההבנה כי נוכח אופיין הייחודי של היצירות כטובין מופשטים וכ"מוצר ציבורי" – טובין המתאפיינים בכך שקשה למנוע מאחרים את השימוש בהם, ובכך שהשימוש של אחד במוצר אינו גורע מיכולתו של אחר ליהנות ממנו – אין לפרטים תמריץ כלכלי מספק להפקת יצירות חדשות. כדי לעודד יוצרים להשתתף בפיתוח הקולקטיבי והמצטבר של הידע והתרבות, נדרש אפוא להעניק להם תמריץ ממשי לכך, בדמותה של זכות יוצרים. ההכרה בזכות היוצרים – לפי גישה זו – נתפסת אם-כן כ"מחיר" הכרחי שנדרשת החברה לשלם בכדי לאפשר את הגדלת מאגר הידע המצטבר. מחיר זה מתבטא בכך שזכות היוצרים מטילה מטבעה מגבלות ועלויות על השימוש ביצירות המוגנות, ובכך מצמצמת במידה מסוימת את הנגישות של הציבור אליהן (ראו: ע"א 513/89 Exin-Lines Bros. S.A, פ"ד מח(4) 133, 154, 161-166 (1994) (להלן: פרשת Interlego); להרחבה ראו: פסח, הבסיס העיוני, בעמ' 361-383; מיכאל בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית", עלי משפט ב 347, 386-390 (2002); חנוך דגן "קריאה קניינית: המוסד הקנייני המתחדש של זכות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 39, 49 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)).

אולם, לצד האינטרס הציבורי שבקידום הידע הקולקטיבי, נשענים דיני זכויות יוצרים גם על הרצון להגן על האינטרסים הפרטיים של היוצר. התפיסה היא שיש לגמול ליוצר על המאמץ ועל המשאבים שהוא השקיע בהפקת היצירה, ולהכיר בזכותו ליהנות מפרי עמלו. לפי גישה זו, האינטרסים של היוצר, כשלעצמם, נתפסים כראויים להגנה – מתוך הכרה בכך שמוצדק והוגן לגמול את היוצר על העבודה שהושקעה בהכנת היצירה, וכחלק מהשאיפה להגן על זכות היסוד של היוצר בקניינו (בהתאם

להוראת סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) (להרחבה ראו: פסח, הבסיס העיוני, בעמ' 383-402; גיא פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר 'עידן המידע'", עלי משפט ב 297, 307-308 (2002); וכן ראו: רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265-266 (1993) (להלן: פרשת גבע); ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 756-757 (1988); ע"א 360/83 סטרוסקי בע"מ נ' גלידת ויטמן בע"מ, פ"ד מ(3) 340, 346 (1985)).

14. בתמצית, דיני זכויות יוצרים מבוססים על הצורך בקידום האינטרס הציבורי והעשרת המגוון התרבותי, כמו גם השאיפה להגן על האינטרסים של היוצר ולגמול לו על עבודתו. שיקולים אלה, והצורך באיזון ביניהם, באים אפוא לידי ביטוי גם בנוגע להכרה בהפרה התורמת. בחינתם של שיקולים אלה, במקרה שלפנינו, מצביעה על כך שאין מקום לאפשר לגורם אשר תרם באופן ניכר לקיומה של הפעולה המפרה, וייתכן שאף נהנה מהשימוש ביצירה, להתחמק מאחריות. טעם אחד לכך, קשור בשאיפה לגמול ליוצר על המאמץ והמשאבים שהשקיע בהפקת היצירה, ולהגן על האינטרסים הקנייניים הלגיטימיים שלו בה. מקום בו מביאה פעולתם של גורמי-הביניים לפגיעה באינטרסים של היוצר, מוצדק לאפשר לו להיפרע מהם, כביטוי להכרה בגמול המגיע לו על עבודתו.

15. טעם נוסף להכרה באפשרות להטיל אחריות מכוח הפרת תורמת, נעוץ בחשש מפגיעה בתמריצים הקיימים ליוצר להפקת יצירות חדשות. התפיסה היא, שמקום בו אחד הפרטים נהנה מן היצירה, אך אינו משלם את "המחיר" הנדרש, קיים חשש מניצול בלתי-יעיל של המשאב, ובהקשר זה – משאבי היצירה והביטוי. בפרט, פותרת ההכרה בהפרה התורמת כשל שנוצר בעקבות "בעיית הפעולה המשותפת", הנגרמת כתוצאה מן הקושי הקיים לציבור גדול ומפוזר להתארגן ולפעול יחד. בעל זכות היוצרים נתקל בבעיה דומה (אך הפוכה) – פיזורם של המפרים הישירים "הקטנים" מקשה עליו להיפרע מהם. במצב כזה, עלויות האכיפה כלפי כל אחד מן המפרים הישירים (משתמשי "הקצה") גבוהות מן התועלת הצפויה, כך שלבעל הזכות לא "משתלם" לתבוע מהם את הנזק שנגרם לו (לבעיה דומה בדיני פטנטים, ראו: מיכאל בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" 169, 174, 201 טכנולוגיות של צדק – משפט מדע וחברה (שי לביא עורך, 2003), להלן: בירנהק, לידתה של עוולה). בעיה זו אף מתחזקת בעידן האינטרנט בו "האפשרות לפעול באנונימיות והקלות שבה ניתן להעלות עותקים מפירים של יצירות ולהורידם מקשות על בעלי זכויות היוצרים לפעול כלפי המפירים הראשיים" (גרינמן, בעמ' 705; דברים דומים אף נאמרו מפי בית המשפט המחוזי הפדרלי בצפון קליפורניה (9th Circuit) בפרשת *Religious Tech. Ctr. v.*

Netcom On-Line Commc'n Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995) (להלן: פרשת Netcom); באופן דומה ראו גם: Nicholas E. Sciorra, *Self-Help & Contributory Infringement: The Law and Legal Thought Behind a Little 'Black-Box'*, 11 *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 905, 936 (1993). בהיעדר דרכים פרקטיות לתביעת המפרים "הקטנים", מוצא עצמו בעל הזכות בלא יכולת להגן באופן אפקטיבי על זכותו. כתוצאה מכך, נוצרת תת-אכיפה, המאפשרת הפרות תכופות מדי של זכויות היוצרים. ההפרה התורמת, מאפשרת לבעל הזכות לאכוף בפועל את ההגנה על זכותו, ובכך פותרת את כשל השוק האמור.

הגנה אפקטיבית על הקניין הרוחני משרתת לא רק את בעל הזכות, אלא את החברה בכללותה. כאמור, בהיעדר הגנה כזו, נחלש התמריץ הקיים להפקת יצירות מקוריות, וקטנה התועלת החברתית שיכולה לצמוח מיצירות אלה. נוסף על כך, לעתים עשוי גורם-הביניים להיות בגדר "מונע הנזק הזול", קרי מי שיכול למנוע בצורה החסכונית והפשוטה ביותר את קיומה של ההפרה. כך, למשל, כאשר מדובר בגוף שיכול לפקח ביעילות על מפרי הקצה באופן פשוט וזמין יחסית, או מקום בו מדובר בגורם המפיץ אמצעים המאפשרים את ההפרה ומעודד את קיומה. הטלת האחריות על מונע הנזק הזול, ככלל, תשיא את רווחיה של החברה כולה (ראו באופן דומה: בירנהק, לידתה של עוולה, בעמ' 202), ואף מן הטעם הזה עשויה לקום הצדקה להטלת אחריות על גורמי-הביניים, מקום בו הם משמשים כמונעי הנזק הטובים ביותר.

יתרה מזאת, למעשה, הרחבת מעגל החייבים מתרחשת בעיקר במישור הדיוני, קרי בנוגע לאפשרות הקונקרטית להיפרע ממספר רב יותר של גורמים. אולם, מבחינה מהותית, מי שתורם באופן משמעותי וניכר לביצוע ההפרה – הוא ממילא כבר "מפר", במובן הבסיסי והאינטואיטיבי של המילה. ה"תורם" הביא לפגיעה בזכותו של היוצר, אף אם הוא עצמו לא ביצע את הפגיעה באופן ישיר. במובן זה, ההכרה בהפרה תורמת אינה יוצרת קטגוריה חדשה של פגיעה בזכות היוצרים. היא רק מאפשרת להיפרע ממי שנטל חלק בפגיעה. היא "מיישרת" את אפשרויות התביעה, עם הפוגעים בפועל. כך, נשמר העקרון שלפיו מי שנהנה מן היצירה גם "משלם" על השימוש בה.

16. אמנם, ניתן לטעון, כי הכרה בהפרה תורמת תצמצם (למצער במידה מסוימת) את חופש הפעולה הקיים למשתמשים ואת עושר היצירות המצוי במרחב הציבורי. אכן, אין חולק כי בעיצוב ההסדרים בדיני זכויות יוצרים יש לתת משקל נכבד לזכויות המשתמשים ולמגוון התרבותי. אך שיקול זה אינו עומד לבדו, ונוכח הטעמים עליהם עמדנו, אין בו – כשלעצמו – כדי למנוע את ההכרה בהפרה התורמת. ועוד. יש

הטוענים, כי דיני זכויות יוצרים כוללים מרכיב מובנה של "דליפה", קרי תחומים בהם – בפועל – נמצאת הפעילות המפרה מחוץ להישג ידם של בעלי הזכויות, וזאת בעיקר כשמדובר בשימוש הביתי-הפרטי. הטענה היא, כי מדובר ב"דליפה" מכוונת, שנועדה לאפשר חופש פעולה מסוים למשתמשים הפרטיים (בירנהק, לידתה של עוולה, בעמ' 195-196). אלא שגם בכך אין כדי למנוע את ההכרה העקרונית באפשרות להטיל אחריות מכוח הפרה תורמת. ניתן להניח, כי ככול שאכן מדובר בשימוש ביתי-פרטי, שאין בו פגיעה ממשית בבעל הזכות, עדיין יישאר שימוש שכזה מחוץ להישג ידם של בעלי הזכויות. בין היתר, עשוי שימוש כזה – בנסיבות המתאימות – לחסות תחת הגנות אחרות הקיימות בדיני זכויות היוצרים, לרבות הגנת השימוש ההוגן (המעוגנת כיום בסעיף 19 לחוק החדש). מכל מקום, הכרה בהפרה תורמת אינה מביאה להטלת אחריות על המפר הישיר, כדוגמת המשתמש הביתי ש"מוריד" יצירה מוגנת למחשב הפרטי שלו, לצרכיו האישיים. אלא, הפרה תורמת משמעותה הכרה דווקא באחריותם של גורמים אחרים "בשרשרת", שאינם משתמשים ביצירה לצרכיהם הפרטיים, ושממילא האינטרס בהגנה עליהם הוא פחות.

17. טענה נוספת היא, שהכרה בהפרה תורמת עלולה להביא לחוסר וודאות בנוגע להיקף האחריות המוטל גורמי-הביניים, כך שיווצר "אפקט מצנן" אשר עלול להרתיע אותם מלבצע פעילות רצויה מבחינה חברתית. קושי זה מתחזק, כך נטען, נוכח העובדה שדיני זכויות יוצרים מגינים על ביטויים, כך שקיים חשש לפגיעה בחופש הביטוי של אותם גורמי-הביניים (בירנהק, לידתה של עוולה, בעמ' 190-191). אלא שספק אם חשש זה מצדיק, כשלעצמו, את ההימנעות מהכרה בהפרה תורמת. החשש הקיים לכאורה מפני ה"אפקט המצנן" – קיים ממילא, כחלק אינהרנטי ממשטר זכויות היוצרים. עצם העובדה שאחריותו של המפר הפוטנציאלי נקבעת במרבית המקרים בדיעבד, לאחר ביצוע המעשה, עשויה להרתיע במידה מסוימת גם פעולות חיוביות ורצויות מבחינה חברתית. אלא שהסיכון האמור קיים, כאמור, בכל מקרה, כחלק מובנה בתוך דיני זכויות היוצרים. כך אף באשר לפגיעה הנטענת בחופש הביטוי. אכן, זכויות היוצרים מביאות במידה מסוימת לפגיעה בחופש הביטוי של המשתמשים, בכך שאלה האחרונים אינם יכולים להישען על יצירות קיימות לצורך הפקת ביטויים חדשים. אלא שאף בכך אין חידוש. חופש הביטוי מוגן באופן אינהרנטי בדיני זכויות יוצרים, ואף נפגע במידה מסוימת באופן מובנה בתוך אותו המשטר. דיני זכויות יוצרים מאזנים בין חופש הביטוי של היוצר, לבין חופש הביטוי של המשתמש, כך שזכותו של כל אחד מהם מוגבלת במידה מסוימת ומוגנת במידה אחרת. המארג העדין השומר על האינטרסים של כל הצדדים בעניין זה כבר קיים אפוא במשטר זכות היוצרים, ובנסיבות

אלה, לא מצאנו כי מתן אפשרות לתבוע את מי שתרם לפגיעה ביצירה (שהיא בעצמה ביטוי של היוצר), עולה כדי פגיעה בלתי סבירה בחופש הביטוי של גורם-הביניים.

18. ואכן, דוקטרינת ההפרה התורמת הוכרה אף במשפט האמריקאי. חוק זכות היוצרים האמריקאי (Copyright Act of 1976) אמנם אינו מזכיר במפורש את ההפרה התורמת, אולם הפסיקה האמריקאית הכירה באפשרות להטיל אחריות על-בסיס תרומתו של גורם-הביניים להפרה כבר החל מסוף המאה ה-19 (ראו, למשל: *Harper v. Scribner v. Straus*, 210 U.S. 352 (1908); *Shoppell*, 28 F. 613 (C.C.S.D.N.Y. 1886) להרחבה ראו: Debra R. Rydarowski, *The Tortious Beginnings of Contributory Copyright Infringement: The Concerted Action Key to Grokster*, 31 Seton Hall Legis. J. 215, 228 (2006) (להלן: Rydarowski)). ההפרה התורמת אף הוכרה במשפט בישראלי, בדיני פטנטים. בפרשת דב בריח, קבע בית המשפט כי אין מניעה להחיל את דוקטרינת ההפרה התורמת בדיני פטנטים, תוך שהוא קובע תנאים מגבילים לתחולתה (שם, בעמ' 353). אכן, דיני פטנטים אינם זהים לדיני זכויות יוצרים, אך מדובר במשטרים המשתייכים לאותה "משפחה", ואין לשלול את האפשרות שמשטרים אלה ישפיעו אחד על השני, בזהירות המתבקשת, תוך התחשבות בהבדלים הקיימים ביניהם.

19. בסיכום הדברים, נמצא כי נכון להכיר בהפרה התורמת כדי לתגמל את היוצר על המאמץ שהשקיע ביצירה; לאפשר הגנה נאותה לזכויות היוצרים בעידן של משתמשים אנונימיים; ולספק את התמריצים הנדרשים להמשך הפקתן של יצירות חדשות. בין אם ב'פורום' באוניברסיטה או ב'פורום' המקוון, אין אפוא מקום ליתן לגורם-הביניים אשר תרם באופן ניכר לפגיעה בזכות היוצרים להתחמק מאחריות. האינטרסים של המשתמשים בהקשר זה, והציבור בכללותו, אינם שוללים את ההכרה בהפרה התורמת. אולם, כפי שיובהר בהמשך, הם מכתיבים את יישומה הזהיר והמצומצם של דוקטרינה זו, רק בהתקיים תנאים ספציפיים ובאופן המוגבל למקרים חריגים בלבד.

אחריותו של משתף ומשדל

20. נמצא, אפוא, כי קיים טעם להכיר בהפרה התורמת בהתחשב בתכליתם של דיני זכויות היוצרים. אולם מעבר לכך, הכרה בקיומה של הפרה תורמת אף עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 12 לפקודת הנזיקין, ומתיישבת היטב עם התפיסה העומדת בבסיס הוראה זו. סעיף זה, שעניינו אחריותו של משתף ומשדל, מורה כי "המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו,

או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם". התפיסה היא, אפוא, שמקום בו פרט משדל אחר לבצע עוולה, תורם לביצועה או מעודד את קיומה – יש להטיל עליו אחריות לנזק שנגרם. כפי שציין פרופ' ברק בספרו, "ההצדקה לאחריות בסוג המקרים האחרון היא בכך שפלוגי, שביצע בעצמו עוולה, עשה זאת כידו הארוכה של אלמוני; ועל כן רואה המשפט גם באלמוני כמבצע נוסף של העוולה... כמו כן ניתן להצדיק את אחריותו של אדם שנתן עזרה לביצוע מעשה נזיקין או יעץ לבצעו" (אהרן ברק "אחריות למעשה הזולת" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 436 (גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה, 1976).

כבר נפסק, כי פקודת הנזיקין חלה אף על עוולות שאינן קבועות בה, כל עוד "החלה של דוקטרינה פלוניית מהפקודה מתיישבת עם יסודותיה, עם מהותה, עם בניינה של העוולה שבה מדובר, ועם המסגרת שבה היא נמצאת" (ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1) 393, 440 (1985); מישאל חשין "מקורות דיני הנזיקין בישראל" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 81 (גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה, 1976); שרה פרזנטי דיני זכויות יוצרים כרך ג 1557 (2008) (להלן: פרזנטי)). כך נקבע עוד בטרם התקבל החוק החדש, וכך אף בוודאי נוכח הוראת סעיף 52 לחוק החדש, המורה כי "הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות חוק זה". בכך מאמצת הוראה זו את הדברים שנקבעו בפסיקה כבר קודם לכן. כך באופן דומה, הוחלה הוראת סעיף 12 אף על עוולות נוספות מחוץ לפקודת הנזיקין, כגון עוולות המצויות בחוק איסור לשון הרע (למשל, ע"א 6871/99 רינת נ' רום (לא פורסם, 21.4.2002) (להלן: פרשת רינת). בקשה לדיון נוסף נדחתה: דנ"א 3793/02 רום נ' רינת (לא פורסם, 11.2.2003); ואף כאשר לדיני פטנטים נקבע, כי "דין האחריות של משתף ומשדל חל על הפרת פטנט" (פרשת רב בריח, בעמ' 352).

21. סעיף 12 לפקודת הנזיקין חל, אפוא, גם על עוולות בדיני זכויות יוצרים, וזו המסגרת המתאימה לבחינת קיומה של הפרה תורמת. עמדה זו – התומכת ביישומו של סעיף 12 בנוגע לתרומה להפרת זכות יוצרים – נשמעה גם בספרות. המלומדת פרזנטי סבורה כי "בהסתמך על החקיקה החדשה – סעיף 52 לחוק מ-2007 [החוק החדש] יש מקום להחיל את דוקטרינת האחריות העקיפה גם על הפרה תורמת של זכויות יוצרים" (פרזנטי, בעמ' 1565). כך סבור אף המלומד גרינמן, אשר ציין כי "ניתן לבסס את החבות בגין הפרה תורמת על סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שאליו ניתן

להפנות מכוח סעיף 52 לחוק זכות יוצרים" (גרינמן, בעמ' 693). עמדה דומה נשמעה גם בארצות-הברית, בנוגע להתאמתו של סעיף 876(b) ל- Restatement (Second) of Torts, שעניינו סיוע ושידול, לשמש כבסיס להבנת דוקטרינת ההפרה התורמת בזכויות יוצרים (ראו, למשל: Rydarowski, בעמ' 228).

אמנם, יישומו של סעיף 12 במשפט הישראלי הוא, ככלל, מצומצם יחסית (ראו: ע"א 313/08 נשאשיבי נ' רינדאוי, פס' 5 (לא פורסם, (1.8.2010)). אך במקרים המתאימים לכך, ניתן לעשות בו שימוש זהיר, בכפוף למגבלות שיובהרו להלן. יתר על כן, המקרה שלפנינו נבדל ממרבית המקרים האחרים בהם נדרשה הפסיקה לתחולתו של סעיף 12. אין מדובר במקרה זה בניסיון להטיל אחריות על גורם באופן "העוקף" את קיומה של אחריות ישירה לפי עוולה אחרת. כפי שיובהר בהמשך, אחד התנאים להכרה באחריות מכוח הפרה תורמת היא קיומה של הפרה ישירה שהתרחשה בפועל על-ידי גורם אחר. האחריות התורמת מצטרפת, אם-כן, לאחריות הישירה, ואינה מחליפה אותה, ובנסיבות אלה אין מניעה להידרש להוראה זו לצורך הכרה באחריותו של המפר-התורם.

22. יצוין, כי הוראת סעיף 11 לפקודת הנזיקין, שעניינה מעוולים במשותף, מתאימה פחות לעיגונה של דוקטרינת ההפרה התורמת. הוראה זו עוסקת במצב בו שני שחקנים פועלים יחד, בין אם במיזם משותף בין אם בנפרד, ומביאים שניהם באופן ישיר לקיומו של נזק. אין מדובר באחריות עקיפה או נגזרת. אלא, מדובר באחריות ישירה ומשותפת, המוטלת – ביחד ולחוד – על מי שפעל לביצוע העוולה. בעניינו, לעומת זאת, אחריותו של התורם או המסייע היא עקיפה, ונגזרת מפעולתו הישירה של המעוול העיקרי. סעיף 12 לפקודת הנזיקין הוא, אפוא, המסלול המתאים יותר להכרה בהפרה תורמת.

התנאים להכרה בהפרה תורמת

23. נמצא, אם-כן, כי יש מקום להכיר בדוקטרינת ההפרה התורמת, בהתחשב בתכליות דיני זכויות היוצרים, כמו גם כחלק מן התפיסה של "משתף ומשדל". השאלה היא באילו מקרים ובאיזה תנאים יש להחילה. כאמור, השאיפה היא להחיל דוקטרינה זו, תוך מיזעור הפגיעה במשתמשים ובמרחב הציבורי במידת האפשר, ומכאן שיש להכיר בהפרה התורמת רק במקרים המצומצמים המתאימים לכך. לצורך כך, יש לבחון

את קיומם של שלושה תנאים, אשר רק בהתקיימם במצטבר ניתן להכיר בהפרה תורמת של זכות יוצרים. התנאי האחד הוא קיומה בפועל של הפרה ישירה; התנאי השני, ידיעתו של המפר-התורם על ההפרה הישירה שבוצעה; התנאי השלישי, הוא קיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה.

24. התנאי הראשון, כאמור, הוא קיומה בפועל של הפרה ישירה. דרישה זו נובעת מכך שהטלת האחריות על גורם-הביניים מוצדקת – כפי שהובהר – בהינתן פגיעה בפועל בזכות היוצרים. אלא שמקום בו לא נפגעת זכות היוצרים, אין גם הצדקה להכיר באחריות התורמת לכך. על המבקש לטעון לקיומה של הפרה תורמת, להוכיח אפוא כי התקיימה לפחות הפרה ישירה אחת בפועל. באופן דומה, גם הפסיקה האמריקאית דרשה כי תתקיים הפרה ישירה בפועל לצורך הכרה בהפרת התורמת (ראו, למשל: *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 464 (1984) (להלן: פרשת סוני); *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Gorkster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 929-930 (2005) (להלן: פרשת MGM); *Contessa Food Products Inc. v. Lockpur Fish Processing Co. Ltd.*, 123 F. App'x. 747, 749 (9th Cir. 2005). אף בספרות הובעה הדעה כי "התעלמות משאלת ההפרה הישירה חוטאת למהותה של העוולה החדשה כתורמת להפרה הישירה" (בירנהק, לידתה של עוולה, בעמ' 207 [ההדגשה במקור]). יודגש, כי אין הכרח שתוגש תביעה נפרדת נגד המפר הישיר, אלא שעל התובע (בעל זכות היוצרים) מוטלת, כאמור, החובה להוכיח כי אכן בוצעה הפרה כזו במקרה הקונקרטי.

יצוין, כי תנאי זה עשוי להתמלא – במקרים מסוימים – גם כאשר פעולתם של משתמשי הקצה (המפרים הישירים) חוסה תחת אחת ההגנות בזכויות יוצרים, כגון הגנת השימוש ההוגן. יודגש, כי עצם קיומה של הגנה אינו שולל את קיומה של ההפרה. ההגנה מונעת מן המשתמש לשאת באחריות, אך אינה מאיינת את עצם ההפרה. נוסף על כך, החשש הוא שעלול להתקיים מצב בו פעולתו של כל אחד מהמשתמשים הבודדים אינה גורמת – כשלעצמה – נזק רב לבעל הזכות, ומן הטעם הזה נכללות פעולותיהם של המשתמשים בגדר אחת ההגנות בדיני זכויות יוצרים. אולם, צירוף הפגיעות האלה יחד, עלול לגרום לבעל הזכות – במצטבר – נזק בלתי מבוטל. מקרה זה מעורר למעשה את קושי האכיפה שהוזכר, הנגרם כתוצאה מפיזורם של משתמשי הקצה והיעדר היכולת להיפרע מהם באופן אפקטיבי. במקרה כזה, הנזק שגורם כל משתמש אמנם חוסה תחת ההגנה האישית, אך הנזק המצטבר שנגרם לבעל הזכות הוא משמעותי. במצב כזה, בעל הזכות נותר למעשה בלא יכולת להיפרע מן המשתמשים, אף שבפועל נגרם לו נזק משמעותי, וקמה אפוא הצדקה להכיר באחריותו התורמת של

גורם-הביניים שגרם לאותו הנזק המצטבר בהביאו לקיבוץ הפגיעות האלה יחד. במילים אחרות, אף שכל אחד מן המשתמשים הוא "מוגן" – אין בכך כדי לשלול את עצם קיומה של הפרה אשר עשויה, בנסיבות מסוימות, להצמיח חובה גם לגורם-הביניים אשר תרם להתממשותה.

25. התנאי השני לקיומה של הפרה תורמת, הוא מודעותו של גורם-הביניים לביצועה של ההפרה. דרישה זו מקובלת בפסיקה כאחד התנאים ההכרחיים להטלת אחריות מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין. כבר נקבע, כי "האחריות במסגרת סעיף 12 דורשת יסוד נפשי של מודעות לצורך הטלתה" (ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקווריטי בע"מ, פ"ד מח (5) 661, 703 (1994)), ובמקום אחר נאמר, כי "אדם המשתף עצמו בהרפתקה אשר הביאה בסופו של דבר לנזק, יחוב כשותף למעשה הנזיקין אם בהצטרפו למבצע המעשה ידע לקראת מה הוא הולך" (פרשת רינת, פס' 9 [ההדגשה הוספה א.ר.]; וראו גם: ע"א 269/82 הילמן נ' כרמי, פ"ד מא(4) 1, 6 (1987)). כך אף באשר להפרה תורמת, התפיסה היא שאין הצדקה – מבחינת שיקולי הגמול – להטיל אחריות על גורם הביניים, אלא מקום בו ידע על קיומה של ההפרה. דרישת המודעות אף מוצדקת מנקודת מבטה של החברה בכללותה: גורם הביניים מסוגל לפעול כמונע הנזק הזול, רק כאשר הוא אכן מודע לקיומה של ההפרה המתבצעת. במצב כזה, ידיעתו של גורם הביניים על ההפרה, מאפשרת לו לשקול מראש את ההשלכה שתהיה לפעילותו לגביה, לגבי בעל הזכות ובנוגע לחברה בכללותה. כלומר, "הוא נמצא בנקודה שבה הוא ער להחצנות של פעילותו ויכול להפנים את נזקה" (בירנהק, לידתה של עוולה, בעמ' 214). מקום בו הוא אינו מודע לביצוע ההפרה – ברי כי לא יוכל למנוע אותה. דרישה זו אף מקובלת במשפט האמריקאי. ההגדרה המקובלת בעניין זה נקבעה בראשית שנות השבעים, בפסק הדין המכונן בעניין *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971) (להלן: פרשת Gershwin), שם קבע בית המשפט העליון כי גורם-הביניים ימצא אחראי להפרה רק כאשר קיימת מודעות לפעילות המפרה ("knowledge of the infringing activity").

מטעמים אלה, גם לא ניתן להסתפק בידיעה קונסטרוקטיבית בלבד, אלא יש לדרוש כי גורם-הביניים ידע בפועל על השימוש המפר שנעשה ביצירה המוגנת. "יש להקפיד שהתביעה בגין עוולת הפרה תורמת תופעל לא כנשק נגד תחרות, אלא [אך] לשם השגת המטרה הרצויה של אכיפה יעילה" (בירנהק, לידתה של עוולה, בעמ' 204). אכן, כפי שהובהר, בכדי שגורם הביניים יוכל למנוע את ההפרה, הוא חייב לדעת עליה בפועל. הטלת אחריות מקום בו מדובר בידיעה-בכוח בלבד, תוביל להטלת אחריות רחבה מדי על גורמי-הביניים, ותפגע שלא לצורך בזכויותיהם לפעול בחופשיות בשוק

ולשתמש ביצירות המצויות במרחב הציבורי. יחד עם זאת, אין הכרח כי תתקיים ידיעה קונקרטיה באשר לכל עותק מפר. אילו היה נדרש כי תתקיים ידיעה בפועל לגבי כל עותק מפר, למעשה אפשרותו של בעל הזכות להתגבר על כשל האכיפה הנובע מפיזורם של המשתמשים היה נעקר מתוכן, שכן ברי כי במצב בו מדובר במשתמשים רבים ומפוזרים, באופן טיפוסי אין גורם-הביניים מודע לכל הפרה באופן ספציפי. תפיסה דומה נשמעה גם בספרות, שם נאמר כי "בדרך כלל, אין צורך שהמפר-התורם יידע אודות כל הפרה נתונה, ודי שהוא יודע או צריך לדעת באופן כללי אודות הפעילות המפירה, שהוא מסייע לה או שהוא משתתף בה" (גרינמן, בעמ' 688; לעמדה דומה בפסיקה האמריקאית, ראו: *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996) (להלן: *Fonovisa*); *UMG Recordings, Inc. v. Sinnott*, 300 F.3d 993, 999 (E.D. Cal 2004) (להלן: *Robert C. Lind, Copyright Law* 177-178 (3rd ed., 2006) (להלן: *LTJ*)). כמו כן, כלל, ידיעה על ההפרה בדיעבד, לאחר מעשה לא תקים חבות באחריות תורמת, ככול שאין אפשרות למנוע את ההפרה בשלב זה (באופן דומה, ראו פרשת *Netcom*; גרינמן, בעמ' 688). בקצרה, אין להסתפק בידיעה-בכוח בנוגע לביצוע ההפרה. יחד עם זאת, אין הכרח כי המפר-התורם ידע באופן ספציפי לגבי כל עותק מפר, אלא די בידיעתו בנוגע לקיומה של הפעילות המפירה.

26. התנאי השלישי הנדרש להכרה בהפרה תורמת, הוא קיומה של תרומה ממשית ומשמעותית לביצוע ההפרה. דרישה זו עולה מלשונו של סעיף 12, המורה, כזכור, שאחריות לביצוע עוולה תוטל על מי ש"משתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם". לשונה של הוראת סעיף 12, כוללת אפוא מספר חלופות שעשויות להקים אחריות למפר-התורם, כך שתרומתו הממשית יכולה להתבטא בדרכים מגוונות. התרומה לביצוע ההפרה, תבחן אם-כן בהתאם לנסיבות המקרה, ובהתחשב – בין היתר – בפעולותיו של המפר, לרבות פעולות שנקט בכדי לעודד את קיום ההפרה; במידת מעורבותו בשרשרת האירועים שהובילה להפרה; וביכולתו בנסיבות המקרה למנוע באופן אפקטיבי את קיומה של ההפרה תוך נקיטת אמצעים סבירים.

באשר למעורבותו של גורם-הביניים בשרשרת האירועים שהובילה להפרה, יובהר, כי אין הכרח שיתקיים קשר סיבתי (במובנו הצר) בין פעולתו לבין ביצוע העוולה, במובן של "תנאי בלעדיו אין". כך, בפרשת רינת הובהר, כי דרישת הקשר הסיבתי "אינה קיימת כאשר מדובר, למשל, במי ששיתף עצמו במעשה או במחדל העוולתי ובמי שאשרר אותו בדיעבד, להבדיל מנותן ההוראה" (שם, פס' 10). בענייננו,

אין אפוא דרישה כי פעולתו של גורם-הביניים היוותה תנאי הכרחי לביצוע ההפרה, אלא די בכך שהיה לו חלק אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת האירועים שהובילה אליה.

יסוד התרומה הממשית אומץ גם בפסיקה האמריקאית כתנאי לקיומה של הפרה תורמת. ההגדרה המקובלת בעניין זה נקבעה בראשית שנות השבעים, בפסק הדין הנזכר בעניין Gershwinn, שם קבע בית המשפט כי מפר-תורם הוא זה אשר: ...induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another (שם, בעמ' 1162). בארבעים השנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין Gershwinn יושמה דרישה זו במספר רב של פסקי דין (להרחבה, ראו: לינד, בעמ' 178-180). אחת האינדיקציות לקיומה של תרומה ממשית בפסיקה האמריקאית, היתה הפעולות שנקט גורם-הביניים בכדי לעודד את ביצוע ההפרה. כך, למשל, בפרשת MGM, קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי גורם אשר מפיץ מכשירים שיכולים לשמש להפרה עשוי להיות אחראי באופן תורם להפרת זכות יוצרים, אם הוא מעודד ומתמרץ את המפרים לבצע את המעשים המפרים. זאת, אף אם המכשיר שהוא מפיץ יכול לשמש גם לשימוש בלתי-מפר (להרחבה, ראו: Rydarowski, בעמ' 215-216, 220-224; Charles Ingrassia, A Helpful Loss? The Implications of Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., on Future Distribution of Products Capable of Infringing Uses, 2005 U. Ill. (J.L. Tech. & Pol'y 357 (2005)). באופן דומה, בעל אתר שעודד את הגולשים להעלות לאתר עותקים מפירים של יצירות מוגנות, ואף סידר אותם בתיקות שונות, נחשב כתורם להפרתה של זכות היוצרים ביצירות (ראו: Playboy Enterprises, Inc. v. Russ; Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997)). עם זאת, חברת כרטיסי אשראי שסיפקה שירותי תשלום עבור אתרים שמארחים עותקים מפירים, לא נמצא חבה באחריות תורמת להפרה. בית המשפט ב-9th Circuit פסק שהקשר בין השירות שחברת האשראי מספקת, לבין ההפרות קלוש מדי בכדי שייחשב כהשתתפות מהותית, וכי אין לראות בחברה כמי שמעודדת את ההפרות (Perfect 10, Inc. v. Visa Int'l Serv. Ass'n, 494 F.3d 788 (9th Cir. 2007); גרינמן, בעמ' 706).

אינדיקציה נוספת שנזכרה בפסיקה האמריקאית לקיומה של תרומה ממשית היא יכולת השליטה, הבקרה והפיקוח האפקטיביים הקיימים למפר-התורם, כאשר בתוך כך, ניתן לתת משקל – בין היתר – לשאלה אם יכל המפר-התורם למנוע את קיומה של ההפרה תוך נקיטת אמצעים סבירים (ראו למשל בפרשת Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co., 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963); 334 In re Aimster Copyright Litig., 437 F.3d 643, 654 (7th Cir. 2003); פרשת טוני, בעמ' 437; גרינמן, בעמ' 692). כך, בפרשת Netcom, קבע בית המשפט המחוזי הפדרלי בצפון קליפורניה, כי נתבע אשר

מספק שירות באינטרנט, שמנוצל להעברת עותקים מפירים של היצירה, ייחשב כמי שמשלתף באופן מהותי בהפרות, אם הוא יכול למנוע אותן על-ידי נקיטת אמצעים פשוטים, והוא נמנע מלנקוט אמצעים אלה (שם, בעמ' 1375; גרינמן, בעמ' 705). הדגש בהקשר זה הוא על שליטתו האפקטיבית של גורם-הביניים בקיומה של ההפרה הישירה, וכן על יכולתו למנוע את קיומה באמצעים פשוטים וסבירים. שיקול זה מבטא למעשה את התפיסה לפיה יש הצדקה להטיל אחריות על "מונע הנזק הזול", שכן יכולת שליטה אפקטיבית עשויה להפוך, באופן טיפוסי, את גורם-הביניים למונע הנזק הזול. בהתאם, מקום בו נדרש גורם-הביניים לנקוט באמצעים מורכבים ויקרים למנוע את ההפרה, ספק הוא אכן מונע הנזק הזול.

27. בסיכום הדברים, נמצא כי נוכח השאיפה להטיל אחריות תורמת אך במקום בו אכן נדרש הדבר לצורך אכיפה אפקטיבית, ומתוך ניסיון למזער את הפגיעה בציבור המשתמשים – יהיה גורם-הביניים אחראי כמפר-תורם רק מקום בו ידע באופן ממש וקונקרטי על ביצוע הפרת זכות יוצרים שהתרחשה בפועל, ותורם באופן משמעותי וניכר לביצועה. נפנה אפוא לבחינת קיומה של הפרה תורמת במקרה שלפנינו.

אחריות בהפרה תורמת במקרה שלפנינו

28. בית המשפט המחוזי הטיל, כאמור, אחריות על האוניברסיטה בהתבסס על תרומתה לביצוע ההפרה. יאמר מיד, כי אין בידי לקבל מסקנה זו. אמנם, היסוד הראשון – שעניינו קיומה של הפרה בפועל – אינו מעורר קושי מיוחד במקרה זה, שכן הוכח כאמור שזכות היוצרים של שוקן הופרה, לפחות פעם אחת, בעת שמכר כהן עותק שלם של הספר. באשר ליסוד השני, שעיקרו מודעותו בפועל של גורם-הביניים לקיומה של ההפרה, בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כי האוניברסיטה היתה מודעת לנורמה הכללית של הפרת זכויות היוצרים שהתקיימה בקמפוס. אמנם, קיים ספק באשר למודעותה בפועל של האוניברסיטה להפרת זכויותיה של שוקן בתחומה (להבדיל מנורמה כללית ועמומה של הפרה), וכן ישנו ספק בנוגע למודעותה לכך שהועתק ספר שלם (להבדיל מחלקים מספר). אולם, כפי שיובהר, אין לכך השפעה על התוצאה במקרה שלפנינו, ומשכך אין לנו צורך להידרש למחלוקת העובדתית בין הצדדים בעניין זה.

הקושי בעניינו מצוי בעיקר ביסוד השלישי, שעניינו תרומה משמעותית לביצוע ההפרה. במקרה שלפנינו, האוניברסיטה לא פעלה באופן אקטיבי להאיץ או לקדם את ההפרה. לא הוכח כי היא שידלה סטודנטים לביצוע פעולות מפרות, או כי נקטה צעדים

בכדי לעודד אותם לכך. בניגוד למקרים שנדונו בפסיקה האמריקאית, האוניברסיטה אף לא יצרה באופן פעיל את התשתית לביצוע ההפרה, או את האמצעים לקיומה. ההפרה אמנם התרחשה בשטחה, אך אין הדבר דומה לשטח מסחרי שנועד בהגדרתו למכירה מפרה של יצירות מוגנות (כפי שאירע בפרשת Fonovisa), או להפצת אמצעים טכנולוגיים המאפשרים את ההפרה תוך עידוד הצרכנים לעשות בהם שימוש מפר (כגון בפרשת MGM). תרומתה של האוניברסיטה לביצוע ההפרה מתבטאת, אפוא, בכך שלא מנעה את הפרת הזכות, או לא פעלה באופן אקטיבי לעצור את ביצוע ההפרה שהתרחשה בתחומה. במילים אחרות, מדובר בתרומה במחדל המתבססת, לכאורה, על יכולתה של האוניברסיטה לשלוט ולפקח על פעילותם של התאים הסטודנטים. אלא שבמקרה שלפנינו אין די בכך כדי לבסס את אחריותה להפרה. באוניברסיטה פועלים מספר רב של תאים סטודנטים, שעלולים לבצע בכל רגע נתון הפרה של זכות היוצרים. הפרות של זכויות היוצרים עלולות להתרחש גם מצד סטודנטים פרטניים, שעשויים לפעול באופן עצמאי ובלתי מאורגן תוך שימוש ביצירות מוגנות. בנסיבות אלה, ספק אם יש לאוניברסיטה יכולת אפקטיבית לשלוט על פעולתם של כל הסטודנטים, ולמנוע בפועל את ביצוען של הפרות בתחומה. יכולתה של האוניברסיטה לשלוט ולפקח על פעילות אחרת, כגון דוכנים המוקמים ב"פורום" או על מודעות שנתלו שם, אינה דומה ליכולתה לפקח על כל קובץ המועבר בין מחשבי התלמידים. הטלת החובה לפקח באופן הדוק על פעילותם של כל אחד מהתאים הסטודנטים בקמפוס, או כל אחד מהסטודנטים באופן אישי, באופן אשר יאפשר לה אכן למנוע את קיומן של הפרות המתרחשות בתחומה – תעמיס על האוניברסיטה עלות גבוהה מדי. האוניברסיטה תידרש להשקיע משאבים עצומים בכדי למנוע הפרה במצבים כאלה, בכדי לפקח על כל קובץ מפר שסטודנט "מוריד" מרשת האינטרנט למחשב הפרטי שלו או על כל עלון שמופץ בקמפוס, ובנסיבות אלה, לא השתכנענו כי האוניברסיטה היא מונעת הנזק הטובה או הזולה ביותר.

ועוד. אין גם לקבל את הטענה כי האוניברסיטה עודדה בהתנהגותה את ביצוע ההפרה, בכך שהחזיקה ברשותה מספר ספרים מועט ביחס למספר הסטודנטים בקורס. לא הוכח כי מוטלת על האוניברסיטה חובה לספק לתלמידיה ספרי לימוד, או להחזיק ברשותה ספר עבור כל סטודנט. חובה שכזו – לו היתה קיימת – היתה מטילה אף היא עלות אבסורדית על האוניברסיטה, ולמעשה משתקת בפועל את יכולתה להיעזר בספרי לימוד בקורסים השונים. אמנם, ייתכן שהיה על האוניברסיטה לעשות מאמץ נוסף להביא לידיעת הסטודנטים את סוגיית הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות היוצרים, למשל באמצעות פרסום ברחבי הקמפוס. אולם, עצם העובדה כי נמנעה מלפרסם מודעות הקוראות לתלמידים שלא להפר את זכויות היוצרים אינה עולה – במקרה זה – כדי

הפרה תורמת. נוכח טעמים אלה, לא מצאנו – כאמור – כי פעולתה של האוניברסיטה בנסיבות המקרה עולה כדי הפרה תורמת של זכויות היוצרים.

29. באשר למפלגה, לא מצאנו להתערב בהכרעתו של בית המשפט המחוזי בנוגע לאחריותה להפרה. ראשית ועיקר – המפלגה אינה מערערת בהליך זה. אין צורך להרחיב בכך שבעל דין אשר מבקש להשיג על קביעותיה של הערכאה הדיונית בעניינו נדרש להגיש הליך של ערעור, על כל המשמעויות והעלויות הכרוכות בכך, והוא אינו יכול להעלות טענות נגד הקביעות הנוגעות לו בגדר ערעור שהגיש בעל דין אחר. אף לגופו של עניין, לא מצאנו טעם להיענות לבקשתה של המפלגה. השגותיה בעניין זה מתמקדות בשאלות עובדתיות בעיקרן, הנוגעות – בין היתר – לתמיכתה הכלכלית בפעילותו המפרה של תא אופק, לרבות האפשרות שהעמידה לו להשתמש במכונות הצילום שלה. לא שוכנענו כי קיימת עילה להתערב בהכרעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי בעניין זה. מכל מקום, תמיכתה הפעילה בתא הסטודנטים – כפי שמתוארת בפסק דינו של בית המשפט המחוזי – מצביעה על כך שהמפלגה ידעה על ההפרה, ואף תמכה בה באופן אקטיבי באמצעות המשאבים שהעמידה לרשות תא הסטודנטים. התמונה המצטיירת מתיאורו של בית המשפט המחוזי, היא כי לולא תמיכתה של המפלגה לא היה תא אופק יכול לבצע את ההפרה, ומשכך נמצא כי המפלגה יכולה למנוע את ההפרה באופן פשוט וזול יחסית. לא שוכנענו, אפוא, כי קיימת הצדקה לאפשר לה להתחמק מאחריות בגין תרומתה הניכרת להפרה.

הגנת השימוש ההוגן

30. ההגנות הרגילות הקיימות למפר הישיר בגדר דיני זכויות יוצרים עשויות לעמוד – במקרים המתאימים לכך – גם למפר-התורם. תכליתן של הגנות אלה לאפשר, בנסיבות מסוימות, את המשך קיומה של פעילות הרצויה מבחינת חברתית, אף שמדובר בפעילות מפרה. הכרה בהגנות אלה גם בנוגע להפרה התורמת תשמר את האיזון הפנימי הקיים במשטר זכויות היוצרים, ותאפשר לגורמים שפעילותם רצויה מבחינה חברתית להמשיך ולהפיק יצירות חדשות. ההגנות הקיימות בדיני זכויות יוצרים ימשיכו אם-כן לעמוד למפר-התורם, בנסיבות המתאימות לכך, בהתאם להגיונה ותכליתה של כל הגנה. אולם, במקרה שלפנינו, משבאנו לכלל מסקנה כי אין מקום להטיל על האוניברסיטה אחריות תורמת להפרה – אין אנו נדרשים לתחולתה של הגנת השימוש ההוגן בעניינה.

מעבר לדרוש יצוין, כי אכן קיימת חשיבות רבה במתן הגנה נאותה למוסדות חינוך, בכדי לאפשר להם למלא את השליחות החשובה המוטלת עליהם בהעשרת הידע הציבורי והפצתו, וחינוך דור היוצרים הבאים. באופן ספציפי כאשר למוסדות להשכלה גבוהה, נאמר כי "צורכי מחקר והוראה מחייבים אפוא התייחסות מיוחדת לשם יצירתה של סביבה אינטלקטואלית עשירה המושתתת על חופש אקדמי" (ניבה אלקין-קורן "הוראה בסביבה דיגיטלית וזכויות יוצרים במוסדות להשכלה גבוהה", המשפט י' 65, 67 (2005)). צורך זה אף התעצם בשנים האחרונות, נוכח החידושים הטכנולוגיים והשינויים שחלו בדיני זכויות יוצרים בעקבותיהם, אשר הכבידו באופן ניכר את הנטל המוטל על המוסדות להשכלה גבוהה (שם, בעמ' 66-67). מבלי לקבוע בכך מסמרות, הגנת השימוש ההגון עשויה להתיר, בנסיבות מסוימות, למוסדות חינוך לעשות שימוש מסוים בחלקים מיצירות לצרכי הוראה או מחקר, ובכך לאפשר להם למלא את התפקיד החברתי החשוב המוטל עליהם. הגנה זו יושמה בפסיקה קודם לחקיקת החוק החדש (ראו, למשל: פרשת גבע, בעמ' 271; ע"א 8393/96 מפעל הפיס בע"מ נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577, 597 (2000)), ועוגנה בו במפורש בסעיף 19 (להרחבה ראו: ניל נתנאל "שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)). הוראת סעיף 19 לחוק החדש אף מציינת במפורש כי אחד השימושים המותרים הוא "הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך".

31. אלא שאין זה המקרה בענייננו. ראשית ועיקר, ספק אם העתקת ספר שלם צריכה לחסות בצל הגנת השימוש ההוגן, וזאת בין אם בהקשר החינוכי בין אם בעניין אחר. שנית, לא השתכנענו כי השימוש נעשה למטרות חינוך או הוראה. הפצת המקראה במקרה זה נעשתה על-ידי תא סטודנטים, בעל אינטרסים ספציפיים, חלקם פוליטיים. אין מדובר במקרה שלפנינו בשימוש בקטע מסוים מתוך יצירה מוגנת לצורך הוראה, במהלך שיעור או למטרת בחינה. מדובר בהעתקת ספר שלם, למטרת קידומו של תא סטודנטים מסוים, ובנסיבות אלה, אין להידרש להגנת השימוש ההוגן.

הפרת חובה חקוקה

32. כפי שכבר הובהר, דיני הנזיקין הכללים – ובהם עוולת הפרת החקוקה (המעוגנת בהוראת סעיף 63 לפקודת הנזיקין) – חלים גם על העוולות בדיני זכויות יוצרים. לכאורה, אין אפוא מניעה עקרונית לבחון את הפגיעה בזכות היוצרים דרך עוולת הפרת החובה החקוקה. אלא שאיני סבור כי יש מקום להחיל עוולה זו במקרה

שלפנינו. הקושי העיקרי נעוץ בזהותו של מפר הוראת החוק. כידוע, בכדי לבסס את קיומה של עוולת הפרת החובה החקוקה, נדרש כי תתקיים הוראת חוק המטילה חובה ישירה על המעוול, וכן נדרש להראות שחובה זו הופרה. אלא שבמקרה שלפנינו, כאמור, הוראות החוק בדיני זכות יוצרים (הן בחוק הקודם הן בחוק החדש), אינן מטילות חובה מפורשת על גורם-הביניים להימנע מהפרת זכותו של היוצר. לא ניתן אפוא להחיל באופן ישיר את הפרת החובה החקוקה על גורמי-הביניים, נוכח העובדה שלא ניתן להצביע על הוראת חוק מפורשת שהופרה בפעולתם.

ניתן לטעון, כי גורמי-הביניים הפרו את חובתם בכך שסייעו למשתמשי הקצה או שידלו אותם להפר את החובה החקוקה המוטלת עליהם מכוח הוראות חוק זכות יוצרים. לשון אחר, ניתן לטעון כי מדובר בשילוב של הפרת החובה הקבועה בסעיף 12 (המטילה אחריות על גורמי-הביניים), יחד עם הפרת החובה החקוקה (המטילה אחריות על משתמשי הקצה הישירים), וזאת בהתבסס על הוראות חוק זכות יוצרים. מדובר, למעשה, בסיוע ושידול להפרת חובה חקוקה. אלא, שאף אם מסלול כזה אפשרי מבחינה עקרונית – ומבלי להכריע בכך – אין בו יתרון משמעותי במקרה זה. ממילא, גם לפי הניתוח שנבחן לעיל, חובתו של גורם-הביניים נגזרת מהוראת סעיף 12 לפקודת הנזיקין, בעוד שחובתם של המשתמשים הישירים נגזרת בסופו של דבר מהוראות דיני זכויות יוצרים. הוספת עוולת הפרת החובה החקוקה כ"חוליה" נוספת בניתוח המשפטי, אינה מביאה לתוצאה שונה במקרה זה, לא מבחינת עצם קביעת האחריות ולא מבחינת הסעדים. עוולת הפרת החובה החקוקה נועדה, בעיקר, לספק מסגרת נזיקית להטבת נזקו של הנפגע, מקום בו מסגרת כזו אינה קיימת בחיקוק עצמו. כך, למשל, במקרה בו הופרה הוראת חוק הנוגעת לנהלי הבטיחות מסוימים, תכנון ובניה או רישוי עסקים, עשויה עוולת הפרת החובה החקוקה לספק את המסגרת הנזיקית הנדרשת כדי להטיב את נזקו של הנפגע (עדה בר-שירה דיני נזיקין העוולות השונות – הפרת חובה חקוקה 8 (גד טדסקי עורך, התשל"ט), וההפניות שם (להלן: בר-שירה); וראו גם, למשל: ע"א 7130/01 סולל בונה בנין ותשתית בע"מ נ' תנעמי, פ"ד נח(1) 1 (2003); ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה (לא פורסם, 4.1.2009)).

אלא שבנוגע להפרת זכות יוצרים אין זה המצב. הפרת זכות יוצרים היא ממילא, כאמור, עוולה בפני עצמה. כך עולה מהוראת סעיף 52 לחוק החדש, וכך אף נקבע בפסיקה עובר לחקיקתו. דיני זכויות יוצרים כבר מספקים, אם-כן, את המסגרת הנדרשת להגנה על היוצרים וזכויותיהם, ואת הכלים הנזיקיים להטיב את נזקם. לבעל הזכות שהופרה עומדים כל הסעדים האזרחיים הניתנים ברגיל בגין ביצוע עוולה אזרחית. זאת לפי הוראת סעיף 6(1) לחוק הקודם המורה כי בעל זכות היוצרים שנפגע

מהפרה יהיה זכאי ל"כל התרופות האזרחיות", וכך אף עולה מהוראת סעיף 52 לחוק החדש המורה, כאמור, כי הפרת זכות יוצרים היא עוולה אזרחית (ראו גם: ע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבוך, פ"ד מט (1) 419, 423-424 (1995), וההפניות שם; גרינמן, בעמ' 767). יצוין, כי נוסף על כך, משטר זכויות היוצרים אף מעמיד לרשות בעל הזכות שהופרה מנגנון ייחודי של פיצויים ללא הוכחת נזק (סעיף 3א לפקודת זכות יוצרים (בנוסחה עובר לתיקון 9); סעיף 56 לחוק החדש), וכן אפשרות לסעדים אופרטיביים, כגון צו מניעה (סעיף 53 לחוק החדש). הסדרים אלה מספקים אפוא מענה לפגיעה הכלכלית שנגרמת לבעל הזכות, ובמובן זה, הפרת חובה חקוקה אינה מוסיפה על ההגנה הקיימת ממילא במשטר זכויות היוצרים. בנסיבות אלה – אין צורך ממשי להידרש לעוולה זו של הפרת חובה חקוקה (ראו באופן דומה: בר-שירה, בעמ' 15-16).

פיצוי ללא הוכחת נזק

33. בית המשפט המחוזי נדרש, כאמור, לפיצוי ללא הוכחת נזק נוכח הקושי בכימות שיעור הנזק הקונקרטי בענייננו. מנגנון הפיצוי ללא הוכחת נזק בדיני זכויות יוצרים נועד להתמודד עם קושי שכזה, הקיים באופן טיפוסי בהוכחת הנזק שגרמה הפרת הזכות ביצירה, כמו גם להגביר את ההרתעה מפני הפרות עתידיות (עמית אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 578 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)). החוק קובע אפוא מנגנון המאפשר לבעל זכות היוצרים להתגבר על המכשלה הכרוכה בהוכחת הנזק הפרטני, אך מגביל מנגד את סכום הפיצוי האפשרי (בטווח שבין 10,000-20,000 ש"ח לפי פקודת זכות יוצרים; ועד 100,000 ש"ח לפי החוק החדש), כאשר קביעת שיעור הפיצוי בטווח האמור תעשה לפי שיקול דעתו של בית המשפט. בהקשר שלפנינו יצוין, כי אין מניעה ששיעור הפיצוי ללא הוכחת נזק בגין קיומה של הפרה תורמת, יבחן לפי אותם שיקולים ועקרונות המנחים ברגיל את בית המשפט בבואו לקבוע פיצוי כאמור בגין הפרה ישירה (לפירוט בנוגע לשיקולים אלה, ראו, למשל: ע"א 592/88 שגיא נ' עזבון ניניו, פ"ד מו(2) 254, 270-272 (1992); ע"א 2392/99 אשרז נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, פ"ד נז(5) 255, 283-285 (2003); ע"א 3616/92 דקל שרותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב היחידה הבין-קיבוצית לשרותי ניהול אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פ"ד נא(5) 337 (1997); גרינמן, בעמ' 785-790; אשכנזי, בעמ' 588-598).

במקרה זה, כזכור, קבע בית המשפט המחוזי כי יש לפצות את שוקן בשיעור של 20,000 ש"ח. כבר נפסק, כי לבית המשפט מסור שיקול דעת רחב בקביעת שיעור הפיצוי (גרינמן, בעמ' 777), ובמקרה שלפנינו, בהתחשב בנזק שנגרם לשוקן ובחומרת

ההפרה – לא מצאנו כי קיימת הצדקה להתערב בהכרעה בעניין סך הפיצוי שנקבע. משנמצא כי לא קמה לאוניברסיטה אחריות תורמת לביצוע ההפרה, ישאו המפלגה וכהן יחד ולחוד באחריות לפיצוי. באשר לחלוקת האחריות בין הגורמים השונים, אחריותו של כהן תישאר ללא שינוי (40% משיעור הנזק), והאוניברסיטה תופטר מאחריות. משלא מצאנו, כאמור, עילה להתערב בשיעור הפיצוי הכולל שנפסק, תוצאת פסק דינו של בית המשפט המחוזי תביא לכך שהמפלגה תישא ביתרת הנזק.

34. לאור כל האמור, אציע לחברי שהערעור יתקבל בחלקו, בכל הנוגע לקביעת אחריותה של האוניברסיטה להפרה במקרה שלפנינו, כמפורט לעיל, וידחה באשר לשיעור הפיצוי. אציע כי שוקן תשא בהוצאותיה של האוניברסיטה, וכן בשכר טרחת עורך דינה בשיעור של 10,000 ש"ח.

המשנה-לנשיאה

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף לדעתו של חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין. אבקש להוסיף הערה קצרה הנוגעת לחשיבות השימוש בסעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) במקרים המתאימים לכך.

1. בע"א 313/08 נשאשיבי נ' רינדאוי (לא פורסם, 1.8.2010) סברתי כי יש לקבוע כי מנהליה ובעליה של חברת בנייה שלא הבטיחה בבטוחה הולמת סכומים ששולמו לה על ידי רוכשים בהתאם לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1975, חייבים חבות אישית לתשלום הסכומים שלא הובטחו, בהתבסס על הוראת סעיף 12 לפקודת הנזיקין.

בסופו של יום, בעניין נשאשיבי דעתי נותרה דעת מיעוט, שכן המשנה לנשיאה חלק על עמדתי ולעמדתו הצטרפה השופטת ע' ארבל.

עמדת המשנה לנשיאה באותו העניין הייתה כי השימוש בסעיף 12 לפקודת הנזיקין כמקור להטלת חיוב אישי על אורגנים של חברה או על נושאי משרה בה אינו הולם בנסיבות המקרה. בחוות דעתו ציין חברי, בין היתר, כי במקרה זה לא הוכחה מודעותם או כוונתם של המנהלים לביצוע עוולה של הפרת חובה חקוקה. בנוסף, סבר חברי כי די בעוולות המסגרת, עוולת הרשלנות ועוולת הפרת החובה החקוקה, כדי להטיל אחריות אישית וישירה על מנהלי חברות וכי די בכלי של הרמת מסך כדי להטיל אחריות אישית על בעלי מניות בחברה. לשיטתו של חברי, הכרה באחריות האישית של המנהלים והבעלים של החברה באותו המקרה הייתה יוצרת מסלול עוקף לעילות הרמת המסך. כאמור, לעמדה זו הצטרפה השופטת ארבל תוך שהיא מציינת כי הטלת אחריות ישירה במקרה זה באמצעות סעיף 12 לפקודת הנזיקין תהווה הפרה של האיזון בין השיקולים התומכים בהטלת אחריות נזיקית על אורגנים של חברה לבין השיקולים התומכים בהטלת אחריות נזיקית כאמור ובהסדרים שנקבעו ליצירת איזון זה.

2. לדידי, השימוש שעושה חברי בסעיף 12 לפקודת הנזיקין במקרה שלפנינו מדגים את היתרונות הרבים של השימוש בסעיף זה על הגמישות הנלוות לו מכוח כלליות ההוראה שבה. מקרה זה ממחיש כי הגם שיש לנקוט בזהירות בשימוש בהוראת סעיף 12 האמור, אין משמעות הדבר כי יש להירתע מעשיית שימוש בסעיף זה במקרים המתאימים.

3. כאמור, מצטרף אני לעמדתו של המשנה לנשיאה כי במקרים של "הפרה תורמת" של זכויות יוצרים ניתן לעשות שימוש בהוראת סעיף 12 לפקודת הנזיקין מן הטעמים המובאים בחוות דעתו, ובהתאם לתנאים שנקבעו בחוות דעתו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.

ניתן היום, י"ח בסיוון התשע"א (20.6.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה