



המרכז למשפט וטכנולוגיה

The Haifa Center for Law & Technology



## **אכיפת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט: הזירה הישראלית**

**פרופ' ניבה אלקין-קורן וד"ר שרון בר-זיו**

צוות המחקר: אורי סבח, נתי פרל

בשיתוף הקליניקה למשפט וטכנולוגיה בראשות עו"ד דלית קן-דרור-פלדמן

**יולי 2015**

## תוכן עניינים

4.....	רשימת איורים.....
6.....	רשימת טבלאות.....
7.....	1. תקציר מנהלים.....
7.....	1.1. רקע.....
7.....	1.2. מטרת מחקר.....
8.....	1.3. ממצאים עיקריים.....
10.....	1.4. מסקנות.....
12.....	2. מבוא.....
16.....	3. המסגרת המשפטית.....
16.....	3.1. רקע.....
17.....	3.2. אכיפת זכויות יוצרים.....
17.....	3.2.1. אחריות ישירה להפרת זכויות יוצרים.....
19.....	3.2.1.1. אגד זכויות היוצר.....
21.....	3.2.1.2. שימושים מותרים.....
23.....	3.2.2. אחריות ישירה להפרת זכויות יוצרים ברשת.....
24.....	3.2.3. אחריות עקיפה להפרת זכויות יוצרים.....
24.....	3.2.3.1. כללי.....
30.....	3.2.3.2. נוהל הודעה והסרה.....
31.....	3.3. הפרת זכויות יוצרים משפט משווה.....
31.....	3.3.1. ארצות הברית.....
31.....	3.3.2. חקיקה.....
34.....	3.3.3. פרשנות החוק בפסיקה.....
34.....	3.3.3.1. אחריות ישירה ואחריות עקיפה.....
35.....	3.3.3.2. דוקטרינת האחריות התורמת.....
36.....	3.3.3.3. אחריות שילוחית.....
37.....	3.3.3.4. דוקטרינת השידול.....
38.....	3.3.4. יוזמות חקיקה.....
39.....	3.3.5. שיתופי פעולה.....
41.....	3.4. הפרת זכויות יוצרים – אירופה.....
41.....	3.4.1. דירקטיבות אירופאיות.....
41.....	3.4.1.1. הדירקטיבה על מסחר אלקטרוני.....
42.....	3.4.1.2. זכויות יוצרים.....
42.....	3.4.1.3. שמירת מידע אישי.....
43.....	3.4.2. פסיקה.....
43.....	3.4.2.1. חובת מסירת פרטי משתמש החשוד בהפרת זכויות יוצרים.....
43.....	3.4.2.2. האם ניתן להטיל אחריות על גורם הביניים?.....
45.....	3.4.3. המצב במדינות השונות.....

46.....	3.4.3.1	צרפת
47.....	3.4.3.2	בריטניה
47.....	3.5	הסדרה עצמית טכנולוגית : אמצעים להסרה וחסימה
48.....	3.5.1	הגבלת הגישה למוצר
48.....	3.5.2	הגבלה על העברת המידע ברשת
48.....	3.5.2.1	ספקיות מארחות
49.....	3.5.2.2	מנועי חיפוש
49.....	3.5.2.3	בעלי אתרים
50.....	3.5.2.4	פלטפורמות לשיתוף קבצים
52.....	4	אכיפה באמצעות בתי משפט – בחינה אמפירית
52.....	4.1	מבוא ומטרת המחקר
53.....	4.2	מתודולוגיה
56.....	4.3	ממצאים
56.....	4.3.1	כללי
60.....	4.3.2	השחקנים
61.....	4.3.3	היצירות הנתבעות
64.....	4.3.4	עילות התביעה
67.....	4.3.5	ההליך המשפטי
71.....	4.3.6	סעדים בגין הפרת זכויות יוצרים
75.....	4.3.7	משך ההליך
76.....	4.3.8	בקשות להסרת אתרים מפריס
76.....	4.3.8.1	תיקים שנוהלו על ידי זיר"ה, נגד אתרי סרטים וסדרות טלוויזיה
78.....	4.3.8.2	תיקים שנוהלו על ידי חברות תקליטים
78.....	4.4	סיכום
79.....	5	אכיפה באמצעות גורמי ביניים – בחינה אמפירית
79.....	5.1	מבוא
80.....	5.2	מתודולוגיה
81.....	5.3	נתונים
85.....	6	בחינה אמפירית של נוהל "הודעה והסרה" בישראל
85.....	6.1	רקע ומטרת המחקר
85.....	6.2	מתודולוגיה
91.....	6.3	ניתוח תוצאות הניסוי
92.....	6.4	ניתוח הממצאים ומסקנות
94.....	7	ניתוח ומסקנות

## רשימת איורים

57	איור 1 : מספר תיקי הפרת זכויות יוצרים לפי נושא, 2010–2012
57	איור 2 : מספר תיקי זכויות יוצרים ברשת, לפי שנה (2010–2012).
58	איור 3 : תיקי זכויות יוצרים ברשת – היכן תובעים? (מחוזי) 2010–2012
58	איור 4 : תיקי זכויות יוצרים ברשת – היכן תובעים? (שלום) 2010–2012
59	איור 5 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – ערכאות שיפוט, 2010–2012
60	איור 6 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – סיווג התובעים, 2010–2012
61	איור 7 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – סיווג נתבעים, 2010–2012
61	איור 8 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – סיווג היצירות הנדונות, 2010–2012
62	איור 9 : תביעות הפרת זכויות יוצרים ברשת על ידי תובעים פרטיים, 2010–2012
62	איור 10 : תביעות הפרת זכויות יוצרים ברשת – סוג היצירות הנתבעות על ידי חברות, 2010–2012
63	איור 11 : התפלגות התובעים בתביעות הפרת זכויות יוצרים על צילומים ברשת, 2010–2012
63	איור 12 : הפרת זכויות יוצרים בצילומים – שיעור השחקנים החוזרים במגזר הפרטי ובחברות, 2010–2012
64	איור 13 : החברות התובעות על הפרת זכויות יוצרים על צילומים ברשת, 2010–2012
66	איור 14 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – טענות התביעה, 2010–2012
66	איור 15 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – טענות תביעה נוספות, 2010–2012
67	איור 16 : הפרת תיקי זכויות יוצרים ברשת – האם הועלתה טענת שימוש הוגן? 2010–2012
69	איור 17 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – התפלגות סוג ההחלטות, 2010–2012
70	איור 18 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – בית המשפט כיוצר כללים משפטיים, 2010–
70	איור 19 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – התפלגות הפסיקה, 2010–2012
72	איור 20 : תיקי זכויות יוצרים ברשת – סעד מבוקש, 2010–2012
72	איור 21 : תיקי הפרות זכויות יוצרים ברשת – סעד במקרה של הפרת זכות יוצרים בצילום, 2010–2012
73	איור 22 : תיקי הפרות זכויות יוצרים ברשת - סעד במקרים של הפרת זכות יוצרים בטקסט, 2010–2012
73	איור 23 : תיקי הפרות זכויות יוצרים ברשת – סעד במקרים של הפרת זכות יוצרים בוידאו, 2010–2012
74	איור 24 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – הסעד המבוקש, באלפי ש"ח, 2010–2012
74	איור 25 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – השוואת הסכום הנתבע לסכום הנפסק, 2010–2012
75	איור 26 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – פסיקת הוצאות משפט
75	איור 27 : משך ניהול תיק הפרת זכויות יוצרים ברשת (בימים), 2010–2012
76	איור 28 : משך ניהול תיק הפרת זכויות יוצרים ברשת ביחס להחלטה בתיק, 2010–2012
82	איור 29 : התפלגות בקשות שהוגשו ל-Google להסרת עמודי אינטרנט ישראלים מתוצאות החיפוש, יולי 2011–דצמבר 2013
83	איור 30 : התפלגות בקשות שהוגשו ל-Google להסרת עמודי אינטרנט בכל העולם מתוצאות החיפוש, יולי 2011–דצמבר 2013
84	איור 31 : השחקנים הבולטים בהגשת בקשות להסרת תוצאות חיפוש יולי 2011–דצמבר 2013

- איור 32 : העלאת החומר המפר ..... 88
- איור 33 : קבלת דואר אלקטרוני מהמפר על העלאת החומר ..... 89
- איור 34 : תרשים פעולה – תלונה על הסרת חומרים ..... 90

## רשימת טבלאות

- טבלה 1 : אתרי וידאו – ניתוח תוצאות ..... 91
- טבלה 2 : צילומים – ניתוח תוצאות ..... 91

## 1. תקציר מנהלים

### 1.1. רקע

- האתגר הכרוך באכיפת זכויות יוצרים בעידן הדיגיטאלי חייב את בעלי זכויות היוצרים לפתח ולשכלל אסטרטגיות חדשות לאכיפה. העובדה שאמצעי ההעתקה, העיבוד וההפצה מצויים בידי כל משתמש קצה המחובר לרשת הופכת רשתות דיגיטאליות לכר פורה לשימושים לא מורשים ביצירות המוגנות בזכות יוצרים.
- אכיפת זכויות יוצרים ברשת מחייבת נקיטת פעולות אכיפה כנגד ציבור גדול של מפירים פוטנציאלים, דבר המגדיל באופן ניכר את העלויות ועלול לפגוע ביעילות האכיפה המסורתית באמצעות בתי המשפט. בעיה נוספת בהטלת אחריות ישירה על משתמשים שהפרו זכויות יוצרים, היא הקושי לזהות משתמשים הפועלים ברשת האינטרנט באופן אנונימי. הפסיקה בישראל קבעה כי לא קיימת סמכות בחוק המאפשרת לבית המשפט להורות על חשיפת זהותו של משתמש שלכאורה ביצע עוולה אזרחית, ועל כן, לרוב, דחה בית המשפט בקשות אלו.
- גורמי ביניים, כגון מנהלי אתרים, מנועי חיפוש, רשתות חברתיות וספקי אינטרנט שיחקו תפקיד מרכזי באכיפת זכויות יוצרים ברשת מימיה הראשונים, אולם בעת האחרונה אנו עדים לקפיצת מדרגה במאמצים לרתום אותם באופן פעיל יותר למאמצי אכיפה. המטרה היא לחזק את האכיפה ברשת מחוץ לבתי המשפט ולייצר פעולות שיטור, מניעה והרתעה של ציבור המשתמשים מבלי להזדקק לקיום הליכי תביעה והרשעה של מפירי חוק בבתי המשפט.
- הניסיון לעצב משטר אכיפה חדש הוא תופעה עולמית המוצאת את ביטויה במספר דרכים: ביוזמות חקיקה, בהסכמים וולונטריים בין גורמי ביניים לבעלי זכויות יוצרים ובפעילות אכיפה מוגברת. המשותף ליוזמות אלה הוא ביצירת **מנגנוני אכיפה באמצעות גורמי ביניים פרטיים**, לרוב גופים מסחריים, הפועלים בהעדר שקיפות וללא כל בקרה משפטית.

### 1.2. מטרת מחקר

- מחקר זה נועד לבחון את המצב הקיים בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים באינטרנט בישראל. המחקר בחן את המשטר המשפטי בישראל, תוך ניתוח החקיקה והפסיקה בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים באינטרנט, והשוואה למצב המשפטי הקיים במדינות אחרות.
- בתי המשפט בישראל התייחסו לסוגיית אחריותם של גורמי ביניים במספר קטן יחסית של החלטות. במסגרת החלטות אלו, הדגישו בתי המשפט כי בשל הקלות של הפרת הזכויות ברשת יש להטיל חובה זהירות ואחריות מוגברת בגין שימוש ביצירה מוגנת. לצד זאת הדגישו בתי המשפט כי יש להתחשב בסכנה ליצירת אפקט מצנן שעלול להתלוות לכל הטלת אחריות על גורמי ביניים ואת החשיבות בהגנה על זרימת המידע, זכות הציבור לדעת, וחופש הביטוי.
- הפסיקה בחנה את שאלת אחריותם של גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות, במסגרת דוקטרינת ההפרה התורמת שעוגנה בפסיקת בית המשפט העליון. הלכה

- למעשה הדוקטוריה מאפשרת הטלת אחריות על גורמי ביניים אשר תרמו בצורה משמעותית וממשית ובידיעה לביצוע הפרה ישירה של זכות היוצרים.
- למרות העדר הסדר מפורש בחוק בדבר קיומו של הליך "הודעה והסרה" לשם הגבלת אחריות גורמי ביניים, בדומה להסדר הקיים במדינות אחרות, הפסיקה בישראל אימצה בפועל את המסגרת המשפטית של הליך זה כעקרון מנחה להטלת אחריות על גורמי ביניים. על פי עקרון זה אין להטיל אחריות להפרת זכות יוצרים על בעל אתר שלא ידע עליה, וכאשר נודע לו עליה הסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה. בדומה נקבע כי אחריותו של בעל אתר להימצאותו של קישור באתר לחומר מפר המצוי באתר אחר, מותנית בכך שנמסרה לבעל האתר התראה על הימצאות הקישור באתר שבבעלותו, והוא נמנע מלפעול לגביה בהתאם לנוהל של "הודעה והסרה".
  - המחקר השווה את הפעילות לאכיפת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט בישראל, בשתי זירות אכיפה מרכזיות: בתי המשפט, אליהם פונים בעלי זכויות יוצרים על מנת לתבוע בגין הפרה, וגורמי ביניים הנדרשים לנקוט אמצעי הסרה, חסימה, מניעה וסינון לשם אכיפת זכות יוצרים. אכיפת זכויות יוצרים בבתי המשפט נבחנה באמצעות ניתוח תיקים אשר נפתחו בין השנים 2010-2012, ואילו אכיפה באמצעות גורמי ביניים נבחנה באמצעות ניתוח בקשות שהוגשו ל-Google להסרה מתוצאות החיפוש של דפים ואתרים בגין הפרת זכויות יוצרים לכאורה. כמו כן נערך ניסוי שכלל תיעוד שיטתי של תגובות אתרי שיתוף ישראלים לבקשות להסרת חומרים מפריס לכאורה.
  - ממצאי המחקר יוכלו לסייע בגיבוש מדיניות משפטית בתחום האכיפה, בעיקר בכל מה שנוגע לחיוב גורמי ביניים באינטרנט לעשות שימוש בטכנולוגיות חסימה, מניעה וסינון לשם אכיפת זכות יוצרים.

### 1.3. ממצאים עיקריים

- הממצאים מלמדים על כך שהליכים משפטיים בבתי המשפט משרתים מגוון מצומצם של תובעים ונותנים כנראה מענה להגנה על סוג מצומצם של יצירות. בעוד שאחוז גבוה מאוד של תביעות מוגשות לאכיפת זכויות יוצרים בצילומים (כ-61% מהתיקים בתקופה הנדונה), נמצא מספר זעום בלבד של תביעות לאכיפת זכויות יוצרים בתוכנה (פחות מ-3% מהתיקים).
- שיעור גבוה מהתובעים (בכ-60% מהתיקים) פונים לבתי המשפט בבקשה לקבל סעדים כספיים בלבד ותובעים רבים נוספים (38%) פונים לבתי המשפט בבקשה לקבלת צווים שונים וכן פיצויים, תוך שהם עושים שימוש באפשרות לזכות בפיצויים ללא הוכחת נזק. אחרים פונים לבתי המשפט על מנת להפעיל לחץ על הנתבעים להפסיק את פעילות ההפרה, הליכים שבמרבית המקרים אינם מסתיימים בהכרעה שיפוטית אלא בפשרה.
- שיעור גבוה של ההליכים המשפטיים אינם מסתיימים בהכרעה שיפוטית המייצרת כלל משפטי המהווה תקדים, או נותן הנחיה באשר להיקף ההגנה על זכות היוצרים באינטרנט או פרשנות החוק.



- תובעים שהם שחקנים חוזרים, כגון ארגון זיר"ה עושים שימוש אפקטיבי בהליך המשפטי. תיקים המוגשים על ידי ארגון זה מתנהלים באופן מהיר יחסית, ומסתיימים לרוב בפסקי דין המאשרים את הפשרות שאליהן הגיעו הצדדים, הכוללות בדרך כלל התחייבות להורדת האתרים המפרים והתחייבות של הנתבעים להפסיק את ההפרות. ארגון זיר"ה, לעומת זאת, ויתר במסגרת הסכמי הפשרה על סכומי הפיצוי הגבוהים שנדרשו (200-500 אלף ש"ח), והסתפק בתשלום של 8-25 אלף ש"ח כהחזר הוצאות תביעה.
- מצד שני, למרות העדר הכרעה שיפוטית היוצרת כללים משפטיים, הפונים למערכת המשפט זוכים על פי רוב לקחת חלק בהליך אדברסרי, במסגרתו מכריע בית המשפט גם על דרך של הסכמה או פשרה בין הצדדים. רוב התביעות מתנהלות תוך זמן קצר באופן יחסי, אך הסעדים הכספיים המוענקים בסופו של דבר הינם נמוכים ביותר, ביחס לסעדים המבוקשים.
- לצד האכיפה בבתי המשפט, מתקיימת פעילות נמרצת להסרת חומרים מפירים באמצעות גורמי ביניים. מנוע החיפוש של חברת Google הפך בשנים האחרונות לזירה מרכזית לאכיפת זכויות יוצרים. Google מקבלת באופן תדיר בקשות מבעלי זכויות יוצרים, לכאורה, להסיר קישורים לחומרים מפירים-לכאורה מתוצאות מנגנון החיפוש של החברה (להלן: בקשות הסרה). מנגנון ההסרה מהווה למעשה כלי משמעותי באכיפת זכויות יוצרים ברשת. ככלל מנוע החיפוש של גוגל מהווה אמצעי מרכזי לאיתור אתרים וגישה לתכנים ברשת. תכנים שאינם נגישים באמצעות מנוע החיפוש, או נדחקים לתחתית תוצאות החיפוש, מאוד קשים לאיתור, והדרתם מתוצאות החיפוש יכולה להקטין באופן משמעותי את התעבורה באתר. בשנים האחרונות מפרסמת Google נתונים גולמיים הקשורים לבקשות הסרה שהתקבלו אצלה בדו"חות שקיפות התקופתיים Google Transparency Report.
- ניתוח הנתונים מעלה כי נכון לתקופה 12.1.2014–14.6.2011 נשלחו 7091 תלונות על הפרת זכויות יוצרים לכאורה המתבצעת ב-219 שמות מתחם ישראליים. לשם השוואה, בתקופה שנבדקה בביהמ"ש בין 2010–2012 נדונו בבית המשפט בישראל 190 תיקים שעניינם הפרת זכויות יוצרים באינטרנט. השוואת היקף פעילות האכיפה בשתי הזירות בתקופה 7/2012–12/2012 ממחיש את ההיקף העצום על אכיפה באמצעות גורמי ביניים למול הלכיים משפטיים: בעוד שבתקופה זו הוגשו 99 תביעות משפטיות, הוגשו בתקופה הנדונה 2556 בקשות הסרה.
- עוד עולה מניתוח הנתונים כי קיים מספר בולט של שחקנים חוזרים הפעילים בהגשת בקשות הסרה, בעיקר חברות רב לאומיות בתחום התוכנה וחברות סרטים (חברת מיקרוסופט הגישה את מספר התלונות הגבוה ביותר).
- ממצאי ניסוי שעקב אחר התנהלות אתרי שיתוף צילומים ווידאו בישראל והטיפול בתלונות על הפרת זכויות יוצרים, משקפים תמונה מורכבת ובלתי אחידה. לאור נוהל הודעה והסרה שגובש בפסיקת בתי המשפט בישראל, ניתן היה לצפות שאתרים ישראלים יישמו בדוקנות מדיניות "הודעה והסרה" ויסירו חומרים שנטען כי הם מפירים מיד עם קבלת ההודעה. אולם, ממצאי המחקר מעידים על העדר מדיניות שיטתית: לא בכל המקרים הוסרו

יצירות מפירות לאחר שהתקבלה תלונה, ולעיתים הוסרו בעקבות תלונה דווקא יצירות שאינן מפירות זכות יוצרים.

- קיימת שונות גדולה ביישום מדיניות הודעה והסרה ובעידכון המתלונן בנוגע להסרת התכנים בעקבות תלונה. בהעדר כללים ברורים בדבר טיפול בתלונה, קרי: הזדהות המתלונן, ונקיטת אמצעים מנימליים לברור זכויותיו, גוברת הסכנה לתלונות שווא ולניצול לרעה של מנגנוני הודעה והסרה. בחינת פרקטיקת הגשת תלונות בגין חומר מפר זכויות יוצרים באתרי שיתוף ישראלים מעלה כי במרבית אתרי השיתוף בוידאו, ובכמחצית מאתרי השיתוף בצילומים נדרשת הזדהות לצורך הגשת תלונה. כמו כן, במחצית מאתרי הוידאו שנבדקו נדרש המתלונן להצהיר כי הוא בעל זכויות היוצרים ביצירה ובפחות מרבע מאתרי צילומים נדרשת הצהרה כזו.
- מממצאי הניסוי מלמדים גם כי האתרים הישראלים כמעט ואינם עושים שימוש באמצעי סינון מראש. כך, בוצעה הסרה אחת בלבד של וידאו מפר מקודד בטרם הגשת תלונה, והסרה אחת בלבד של צילום מפר.
- בהעדר כללים ברורים באשר לאילו חומרים לסנן, מהם הקריטריונים לסינון מראש וכיצד הם נקבעים, דומה כי מצב זה עדיף מבחינת השמירה על האיזון הראוי בין הצורך לאכוף את זכות היוצרים באופן אפקטיבי מחד, והצורך להגן על חופש הביטוי וחופש הגישה למידע מצד שני.

#### 1.4. מסקנות

- מחקר זה בחן את הפעילות לאכיפת זכויות יוצרים בישראל שנקטה בידי בעלי זכויות יוצרים בשתי זירות אכיפה: הגשת תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים בבתי המשפט והגשת בקשות להסרת עותקים מפירים באמצעות גורמי ביניים.
- המחקר מצביע על כך שזירת אכיפת זכויות יוצרים ברשת באמצעות מערכת בתי המשפט נותנת מענה מוגבל בלבד לצרכים של תובעים ונתבעים להליך הוגן ולעשיית צדק בין הצדדים. מרבית ההליכים אינם מסתיימים בהכרעה שיפוטית אלא בהליכי פשרה אשר לעיתים קרובות מבטאים פערי כוחות בין התובעים לבין הנתבעים. עוד ניתן לראות כי זירה זו הופכת להיות כלי משחק בידי שחקנים חוזרים. קיומם של סעדים כספיים מעניק הלכה למעשה תמריץ להגשת תביעות רבות, כחלק מהמודל העסקי של התובעים.
- זירת האכיפה הדיגיטלית, לעומת זאת, משמשת כלי בידי חברות רב לאומיות להסרת חומרים מפירים. המדובר באכיפה אוטומטית שאינה מבטיחה ברור טענות הצדדים והליך הוגן. זירת האכיפה באמצעות גורמי ביניים, מעוררת דאגה לחירות השימוש ברשת תוך הסרת כמויות גדולות של תוכן ללא ביקורת שיפוטית ובהעדר קיומו של הליך הוגן.
- לצד העובדה כי רשת האינטרנט הובילה לגידול משמעותי בשימוש הלא חוקי ביצירות, הרי שהיא איננה רק זירה להפצת תוכן מפר, אלא מהווה גם זירת מסחר המחייבת הגנה על חופש העיסוק, התחרות החופשית וזכויות הצרכן. הרשת היא גם סביבת יצירה, תרבות, שיח וחיברות המחייבת הגנה על האוטונומיה של הפרט, הזכות לפרטיות, חופש הביטוי וחופש ההתאגדות. לכן, לצד הערך החשוב של הגנה על קניין רוחני והגנה על האינטרסים הלגיטימיים של בעלי זכויות היוצרים, חשוב גם להבטיח את ההגנה על ערכים אלה. משטר

האכיפה באמצעות גורמי ביניים עלול לפגוע בערכים אלה, באמצעות יצירת מציאות משפטית המעודדת גורמי ביניים לפעול לניטור וחסיומת תכנים ומשתמשים.

## 2. מבוא

האתגר הכרוך באכיפת זכויות יוצרים בעידן הדיגיטאלי חייב את בעלי זכויות היוצרים לפתח ולשכלל אסטרטגיות חדשות לאכיפה. העובדה שאמצעי ההעתקה, העיבוד וההפצה מצויים בידי כל משתמש קצה המחובר לרשת הופכת רשתות דיגיטאליות לכר פורה לשימושים לא מורשים ביצירות המוגנות בזכות יוצרים. הצורך לנקוט באמצעי אכיפה כנגד מיליוני משתמשים ברחבי העולם (מה שזכה לכינוי השנוי במחלוקת "המאבק בפיראטיות"), עורר ספקות כבדים באשר לרלבנטיות של דיני זכויות יוצרים בעידן המידע, היעילות והתבונה שבאכיפתם של דינים אלה במתכונתם הנוכחית.<sup>1</sup>

הסוגיה של אכיפת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט זוכה לאחרונה לעניין מחודש. בישראל החל לפעול לפני שנים אחדות ארגון זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) המייצג אחד עשר גופי מדיה, הכוללים בין היתר את קשת, רשת, יס, הוט, ערוץ 10 ויונייטד קינג. פעילות הארגון נועדה למטרות מניעה והרתעה. הארגון הביא לסגירת אתרים, כגון wnet, horadot.net,<sup>2</sup> ולאחרונה גם אתרים movinsane ו-<sup>3</sup>unidown. סגירת אתרים אלה, זרעה בהלה בקרב מפעילים נוספים של אתרים דומים.<sup>4</sup> המלחמה בפיראטיות נמצאת בעיצומה גם בזירה העולמית. בחודש ינואר 2012 הודיעו על סגירתו של אתר Megaupload ועל מעצר חלק ממפעילי האתר.<sup>5</sup>

גורמי ביניים (כגון: ספקי אינטרנט, ספקי סלולר, יצרני טלפונים חכמים ספקי תוכנה) שיחקו תפקיד מרכזי באכיפת זכויות יוצרים ברשת מימיה הראשונים, אולם בעת האחרונה אנו עדים לקפיצת מדרגה במאמצים לרתום אותם באופן פעיל יותר למאמצי אכיפה. המטרה היא לחזק את האכיפה ברשת מחוץ לבתי המשפט ולייצר פעולות שיטור, מניעה והרתעה של ציבור המשתמשים מבלי להזדקק לקיום הליכי תביעה והרשעה של מפירי חוק בבתי המשפט.

לא מדובר באסטרטגיה חדשה. המשטר של "הודעה והסרה" הפך את ספקי האינטרנט לזרוע אכיפה בזכויות יוצרים, באופן המציע להם חסינות מפני אחריות להפרה תמורת ניהול מנגנוני הסרה וחסיתה של יצירות הנחשדות בהפרה. משטר זה, המעוגן בהוראות החוק של ה-Digital Millennium

1 ראו למשל Pamela Samuelson, *Does Copyright Law Need to Be Reformed?*, COMM. ACM, Oct. 2007, at 19; Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913, 928–29 (2005); Ben Depoorter, Alain Van Hiel & Sven Vanneste, *Copyright Backlash*, 84 S. CAL. L. REV. 1251 (2011); Eben Moglen, *Anarchism Triumphant: Free Software and the Death of Copyright*, FIRST MONDAY (Aug. 2, 1999), <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/684/594>

2 מאיה אפשטיין "המלחמה על אתרי ההורדות הפיראטיים" **TheMarker** (9.12.2011) [it.themarker.com/tmit/article/17779](http://it.themarker.com/tmit/article/17779); תמיר כהן "בעקבות חסימת Wnet: הרבה אתרי שיתוף קבצים סגרו את עצמם" **הארץ** – **קפטן אינטרנט** (9.12.2011) [www.haaretz.co.il/1.1587318](http://www.haaretz.co.il/1.1587318)

3 ת"א (מחוזי ת"א) 33227-11-13 **א.א.ס.י יונייטד אנטרטיינמנט בע"מ נ' BLOOMBERG Inc**, תק-מח 18008 (2)2015 (להלן: פרשת **בלומברג**).

4 כך דווח, למשל, בכתבה ב"קפטן אינטרנט" בעיתון הארץ על סגירתו של אתר TopDown.ME שפרסם בעמוד הפייסבוק שלו כי הוא נסגר מהחשש להיתבע על הפרת זכות יוצרים. עוה"ד המייצג את זיר"ה ציין באותה הכתבה כי בכוונת הארגון שלו להגיע לכל אתר ואתר המפר זכות יוצרים ולגרום לסגירתו. כהן, לעיל, הערה 2.

5 אהוד קינן "ה-FBI סגר את אתר ההורדות Megaupload" **Ynet** (20.1.2012) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-24.1.2012](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-24.1.2012); רויטרס "סקר: סגירת Megaupload לא תעצור את הפיראטיות" **TheMarker** (24.1.2012) [4178264.00.html](http://4178264.00.html); רויטרס "סקר: סגירת Megaupload לא תעצור את הפיראטיות" **TheMarker** (24.1.2012) [it.themarker.com/tmit/article/18320](http://it.themarker.com/tmit/article/18320); אוריה ירקוני "סגירת MegaUpload היא רק הירייה הראשונה במלחמה חדשה" **חורים ברשת** (22.1.2012) [www.holesinthenet.co.il/archives/36719](http://www.holesinthenet.co.il/archives/36719)

Copyright Act במשפט האמריקאי<sup>6</sup> ובהוראות הדירקטיבה האירופאית בנושא סחר אלקטרוני,<sup>7</sup> התפתח בישראל באמצעות פסיקת בתי המשפט.<sup>8</sup>

**קמפיין האכיפה החדש מסמן נקודת מפנה.** הוא נועד לרתום גורמי ביניים נוספים לפעולות אכיפה, לא רק אתרי איחסון אלא גם ספקי גישה לאינטרנט, ולחייב שימוש באמצעים טכנולוגיים על מנת לחזק את אכיפת זכות היוצרים ברשתות דיגיטליות ואף לצרוב את משטר האכיפה בארכיטקטורה של הרשת.

הניסיון לעצב משטר אכיפה חדש הוא תופעה עולמית המוצאת את ביטויה במספר דרכים: ביוזמות חקיקה, בהסכמים וולונטריים בין גורמי ביניים לבעלי זכויות יוצרים ובפעילות אכיפה מוגברת. **ראשית**, משטר האכיפה מבוסס על יוזמות חקיקה שנועדו להרחיב את האחריות לאכיפת זכויות יוצרים של גורמי ביניים: בנוסף לספקי אינטרנט, מנועי חיפוש, רשתות חברתיות, ספקים של שירותי אחסון, נעשה ניסיון להרחיב את מעגל האחראים הפוטנציאליים להפרת זכות יוצרים בידי משתמשי הרשת, כך שיכלול גם מתווכי פרסום וספקי שירותי תשלום. כך למשל, יוזמות החקיקה שנדונו בשנים האחרונות בארצות הברית: Stop Online Piracy Act (SOPA) ו- Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act (PIPA) of 2011. על פי הצעות חוק אלה ניתן יהיה לדרוש מגורמי ביניים להפסיק מתן שירותים לאתרים החשודים כמפרים, לדרוש מגורמי ביניים לנקוט באמצעים טכניים "technically feasible and reasonable measures" על מנת למנוע גישה לאתרים אלה (למשל, חסימת קישורים, או חסימה באמצעות שרתי שמות (Domain Name System servers)). גורמי ביניים מצידם ייהנו מחסינות כנגד תביעה בגין חסימה כאמור. עקב לחץ ציבורי והחשש לחירויות הפרט, עוכב תהליך החקיקה של הצעות חוק אלה בארצות הברית, בשלב זה.

לצד הניסיון לחייב בחוק גורמי ביניים לסנן, לחסום ולמנוע תוכן הנחשד כמפר, ישנן יוזמות חקיקה המכוונות ישירות כנגד משתמשי קצה, במתכונת של תגובה מדורגת (Graduated Response). מתכונת זו נועדה ליצור מנגנון לאיתור משתמשים העושים שימוש ביצירות ללא רישיון, זיהוי כתובתם (IP addresses) ומשלוח אזהרות באמצעות ספקי האינטרנט. האזהרות מתרעות כי במידה ולא תיפסק הפעילות המפרה לאחר מספר אזהרות תחסם הגישה לרשת על ידי ספק האינטרנט לפרק זמן נתון.<sup>10</sup> חוק שלוש האזהרות הצרפתי היה חלוץ בגישה זו.<sup>11</sup>

6 Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C.)

7 Directive 2000/31/EC, of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market, 2001 O.J. (L 178) 1

8 ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 64045/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי נ' אורט ישראל, תק-של 2007(2)15386 (להלן: פרשת על השולחן); ת"א (מחוזי ת"א) 1559/05 גלעד נ' נטוויז' בע"מ, תק-מח 2009(3)3392; ת"א (מחוזי מר') 567-08-09 א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטר.נט בע"מ, תק-מח 2011(3)5993 (להלן: פרשת רוטר).

9 H.R. 3261, 112th Cong. (2011) ו-S. 968, 112th Cong. (2011), בהתאמה.

10 Digital Economy Act, 2010, c. 24 (Eng.); Nate Anderson, "Digital Britain" to Legislate Graduated Response for ISPs, ARS TECHNICA (Jan. 30, 2009), <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/01/digital-britain-will-legislate-graduated-response-for-isps>; Thomas Huthwaite, *Update on the Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011*, BALDWINS (Nov. 4, 2011), <http://www.baldwins.com/update-on-the-copyright-infringing-file-sharing-amendment-act-2011>; Eric Pfanner, *Copyright Cheats Face the Music in France*, N.Y. TIMES, Feb. 19, 2012, [http://www.nytimes.com/2012/02/20/technology/20iht-piracy20.html?\\_r=2](http://www.nytimes.com/2012/02/20/technology/20iht-piracy20.html?_r=2)

11 Nicola Lucchi, *Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights*, 19 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 645 (2011).

**שנית**, משטר האכיפה החדש מבוסס על הסדרים וולונטריים לשיתוף פעולה בנושא אכיפת זכויות יוצרים. כך למשל, באוגוסט 2011 נחתם בארצות הברית מסמך הבנות Memorandum of Understanding (MOU) בין נציגי תעשיית התוכן לספקי אינטרנט מובילים, בו הוסכם על אימוץ מערכת תגובה מוגברת (Graduate Response) לשיטור הרשת.<sup>12</sup> הספקים התחייבו לשלוח הודעה למנויים אשר זוהתה פעילות הפרה מחשבונם, ולנתק מפירים חוזרים לאחר מספר אזהרות. כך, גם בהעדר חקיקה, בחרו ספקי תקשורת רבים, כגון AT&T ו-Verizon בארצות הברית ובאירופה, להצטרף באופן וולונטרי לפעילות אכיפה נגד משתמשים החשודים בשיתוף קבצים.<sup>13</sup> בישראל לא ידוע על קיומו של הסכם כאמור, אם כי לאחרונה דווח כי שלוש ספקיות האינטרנט הישראליות הגדולות (012 סמייל, בזק בינלאומי ו-013 נטוויזן) מנטרות דפוסי גלישה של צרכנים ומתערבות בתעבורה בדרך של האטה וחסימה של שיתוף קבצים.<sup>14</sup>

המשותף ליוזמות אלה הוא ביצירת **מנגנוני אכיפה באמצעות גורמי ביניים פרטיים**, לרוב גופים מסחריים, הפועלים בהעדר שקיפות וללא כל בקרה משפטית. אכיפה באמצעות גורמי ביניים נועדה לעודד בקרה, סינון ומעקב אחר תקשורת ברשת ומהווה תשתית ליצירת צנזורה ועלול לפגוע בחירויות הפרט. שיתוף הפעולה הישיר בין גורמי ביניים לבין בעלי זכויות יוצרים, בין אם בחסות החקיקה ובין באמצעות הסכמים וולונטריים, עלול לסכן את פתיחות הרשת וחופש הפעולה בסביבה זו. שיתוף פעולה כאמור באכיפת הזכויות, מחוץ לבתי המשפט נעדר מנגנוני איזון שנועדו להבטיח הגנה על זכויות וערכים כגון חופש הביטוי, הזכות לפרטיות וחופש המידע. הדבר עלול להיות מסוכן במיוחד בהעדר גילוי נאות בדבר היקף שיתוף הפעולה בין גורמי ביניים לבעלי זכויות במאמצי אכיפה ובהעדר פיקוח משפטי על יישומם של מנגנוני אכיפה אלה.<sup>15</sup>

משטר האכיפה החדש ברשת מעורר דאגה לחירות השימוש ברשת. אין חולק על כך שרשת האינטרנט הובילה לגידול משמעותי בשימוש הלא חוקי ביצירות. אולם לצד הערך החשוב של הגנה על קניין רוחני והגנה על האינטרסים הלגיטימיים של מפיצי תוכן כגון מוזיקה, תוכנה סרטים וספרים, קיימים כמובן גם שיקולים אחרים.<sup>16</sup> הרשת איננה רק זירה להפצת תוכן המוגן בזכויות יוצרים, אלא מהווה גם זירת מסחר המחייבת הגנה על חופש העיסוק והתחרות החופשית. משתמשי תוכן הם גם צרכנים הזכאים ליהנות מהגנת הצרכן. הרשת היא גם סביבת שיח המחייבת הגנה על ערכים כמו חופש הביטוי וחופש ההתאגדות. בית המשפט העליון הכיר בכך שרשת האינטרנט היא גם סביבת יצירה, תרבות, שיתוף וחיברות המחייבת הגנה על האוטונומיה של הפרט, הזכות לפרטיות, חופש התנועה והזכות לאנונימיות.<sup>17</sup> האכיפה באמצעות גורמי ביניים עלולה לפגוע

Memorandum of Understanding (July 6, 2011), available at <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf> (להלן: MOU). 12

Peter S. Menell, *Design for Symbiosis: Promoting More Harmonious Paths for Technological Innovators* Annemarie Bridy, *and Expressive Creators in the Internet Age*, COMM. ACM, May, 2012, at 30 *Graduated Response American Style: "Six Strikes" Measured Against Five Norms*, 23 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1 (2012). 13

"תעודף תעבורת רשת על ידי ספקיות בישראל" STS – מאגר נתונים על האינטרנט בישראל (12.9.2012) data.isoc.org.il/data/155 ; אמיתי זיו "ספקיות האינטרנט מפרות פרטיות ומגבילות הורדת קבצים" [www.themarker.com/technation/1.1771868](http://www.themarker.com/technation/1.1771868) 6.2.2012 TheMarker 14

Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J.L. & TECH. 6 (2003); Maayan Perel (Filmar) & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Enforcement: Lessons from Copyright Enforcement by Online Intermediaries* (working paper 2015). 15

ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיות מידע" *רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע* 11 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). 16

רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד (סג) 664 (2010). 17

בערכים אלה: אם באמצעות חיוב גורמי ביניים ברשת לפעול לניטור וחסמת תכנים וחסמת משתמשים ואם באמצעות עיצוב מציאות טכנולוגית המאפשרת שליטה, ניטור ומעקב.

מחקר זה נועד לבחון את המצב הקיים בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים באינטרנט בישראל. המחקר בחן את המשטר המשפטי בישראל, תוך ניתוח החקיקה והפסיקה בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים באינטרנט, והשוואה למדינות אחרות. לצד הניתוח המשפטי, נערך גם מיפוי מנגנוני האכיפה הנסתרים מעין המשפט – אכיפה ללא הליך משפטי – אם באמצעים טכנולוגיים ואם באמצעות פעילות של ניטור, הסרה, וחסמת גישה לתוכן באמצעות גורמי ביניים.

המחקר התמקד בפעילות לאכיפת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט בישראל בשתי זירות חשובות: בתי המשפט, אליהם פונים בעלי זכויות יוצרים לתבוע בגין הפרה, וגורמי ביניים הנדרשים לנקוט אמצעי הסרה, חסימה, מניעה וסינון לשם אכיפת זכות יוצרים. אכיפת זכויות יוצרים בבתי המשפט נבחנה באמצעות ניתוח התיקים אשר נפתחו בין השנים 2010–2012, ואילו אכיפה באמצעות גורמי ביניים נבחנה באמצעות ניתוח בקשות שהוגשו ל-Google להסרה מתוצאות החיפוש של דפים ואתרים בגין הפרת זכויות יוצרים לכאורה. כמו כן נערך ניסוי שכלל תיעוד שיטתי של תגובות אתרי שיתוף ישראלים לבקשות להסרת חומרים מפריס לכאורה.

ממצאי המחקר יוכלו לסייע בגיבוש מדיניות משפטית בתחום האכיפה, בעיקר בכל מה שנוגע לחיוב גורמי ביניים באינטרנט לעשות שימוש בטכנולוגיות חסימה, מניעה וסינון לשם אכיפת זכות יוצרים.

לאחר מבוא זה, סוקר הדו"ח את הרקע המשפטי של דיני זכויות יוצרים בישראל, תוך התמקדות באכיפת זכויות יוצרים, הן במצבים של הפרה ישירה של זכויות יוצרים והן במצבים של הפרה עקיפה של זכויות יוצרים, תוך התמקדות באחריותם של גורמי ביניים. כמו כן דן פרק זה באחריות להפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט, על פי הדין בארצות הברית ובאירופה, תוך התייחסות ממוקדת למדינות נבחרות. בהמשך מנתח המחקר את אכיפת זכויות יוצרים ברשת באמצעות בתי המשפט בישראל, תוך התמקדות בשחקנים הבולטים, ביצירות הנתבעות, עלילות התביעה, אופי ההליך המשפטי, הסעדים שניתנו ומשך ההליך. לאחר מכן מציג הדו"ח ניתוח נתונים שנאספו בנושא אכיפה באמצעות גורמי ביניים, תוך התמקדות בבקשות להסרת תוצאות חיפוש ממנוע החיפוש Google, בשל הפרת זכות יוצרים לכאורה. לבסוף מובאים ממצאי הניסוי שנועד לבחון את אופן יישומו של נוהל "הודעה והסרה" בידי גורמי ביניים בישראל. פרק הסיכום דן בממצאי המחקר והמסקנות.

### **מחקר זה נערך במימון איגוד האינטרנט הישראלי.**

תודה לתלמידי הקליניקה למשפט וטכנולוגיה שנה"ל תשע"ד בראשות עו"ד דלית קן-דרור-פלדמן: אלכס גולוד, גל מתיתיהו, עינת לרר, אסית שובל.

תודה למרכז צוות עוזרי המחקר - עופר טולדנו.

תודה למרכז עבודת אינטרנט ועוזר מחקר – יבגני פלטינסקי.

תודה לעוזרי המחקר: אור אביטל, אודי אברהם, אורן אברהם, שאול אשחר, ענבל ברוש, לידור ברכה, יוסי דניאל, נטע וייס, ליאור ישראל, מתן כרמל, ניצן לוי, רותם מדזיני, מיטל סדובניק, מעין פוגזליץ ואביבית צמח על סיוע במחקר.

תודה למתן גולדבלט על עריכה.

### 3. המסגרת המשפטית

#### 3.1. רקע

בעידן המודרני, מהווים משאבי מידע גורם מרכזי בחיי הכלכלה והמסחר. קניין רוחני מהווה מכשיר משפטי חשוב המאפשר הפיכת ידע מופשט לנכס שניתן לרכוש בו בעלות ולסחור בו.<sup>18</sup> הבעלות המוקנת ליוצר או לממציא מפקיעה את היצירה או ההמצאה מנחלת הכלל לפרק זמן מוגבל על פי חוק. המנגנון המשפטי המכונה קניין רוחני מורכב למעשה מזכויות רבות אשר יצר המחוקק, ואלו שונות במטרותיהן, בתנאי רכישתן ובתוקפן.<sup>19</sup> דו"ח זה מתמקד בזכויות יוצרים ובאופן אכיפתן בזירות האכיפה השונות.

דיני הקניין הרוחני זכו להצדקות שונות לאורך השנים, ואלו באות לידי ביטוי בשיטות משפט שונות.<sup>20</sup> כך למשל, ההצדקה הבסיסית לדיני זכויות יוצרים במשפט האנגלי הינה תיאוריה המבוססת על משנתו של הפילוסוף ג'ון לוק.<sup>21</sup> תיאוריה זו רואה בעבודה שהשקיע הפרט הצדקה מספקת ליצירת זכות בעלות על תוצר העבודה.<sup>22</sup>

תיאוריה נוספת, המקובלת בשיטת המשפט הקונטיננטלית, הינה תיאוריית האישיות, המבוססת על משנותיהם של הפילוסופים עמנואל קאנט ופרידריך הגל, ולפיה היצירה מבטאת את עולמו של היוצר, ועל כן ראויה להגנה בדומה לחירויות אחרות המוקנות לפרט.<sup>23</sup>

במשפט הישראלי אומצה גישה תוצאתנית לזכויות יוצרים, המקובלת במשפט האמריקני.<sup>24</sup> גישה זו רואה בזכות היוצרים אמצעי לקידום מדיניות. לעומת התיאוריות הדאונטולוגיות הרואות בזכות היוצרים זכות טבעית, גישה תוצאתנית רואה הצדקה בהגנה על זכות היוצרים ככל שהיא מקדמת תוצאה רצויה. הבולטת מבין הגישות התוצאתניות בעשורים האחרונים מבוססת על הניתוח הכלכלי למשפט: פרדיגמת התמריץ. תיאוריה זו גורסת כי מטרת דיני הקניין הרוחני הינה לקדם את הרווחה החברתית הכוללת באמצעות מתן תגמול ליוצרים וממציאים על מנת לעודד השקעות ביצירה. ההנחה היא שבשל העובדה שיצירות והמצאות הינם "מוצרים ציבוריים", אשר ניתן לצרוך

- 
- 18 ניבה אלקין-קורן **העברת ידע באמצעות מסחור קניין רוחני** (2007), בעמ' 12.
- 19 מלבד ענפים אלו, ראוי להזכיר את סימני המסחר, אשר מגינים על הקשר בין הסימן למוצר, בהתאם להוראות פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972, זכויות המטפחים של זני צמחים, המוסדרות בחוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג-1973, ומדגמים המהווים קניין רוחני בעיצוב תעשייתי, על פי פקודת הפטנטים והמדגמים, 1926.
- 20 Peter S. Menell, *Intellectual Property: General Theories*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 129, 156 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000) (in Europe, moral justifications for intellectual property are common, in contrast to the utilitarian approach in the United States); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" **משפטים** לא 359 (2000).
- 21 ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY 32 (2011). הוא מתייחס גם לעבודות אשר טוענות כי משנתו של לוק איננה מתאימה להוות הצדקה לקניין רוחני. ראו שם.
- 22 גיא פסח, "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים", **משפטים** לא (2) תשס"א, 359.
- 23 MERGES, לעיל הערה 21, בעמ' 68; Menell, לעיל הערה 20, בעמ' 158. פיטר מנל מתייחס להבדלים בין קאנט והגל, ומציין כי בעוד שעל פי התיאוריה של קאנט, בשל העדר היכולות להפריד בין היצירה ובין אישיות היוצר, הרי שתוצר יצירתו אינו ניתן להעברה, הרי שעל פי הגל, קיימת אבחנה ברורה בין כישוריו המנטאליים של היוצר ובין ביטוי כישוריו.
- 24 ראו למשל ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S. A.**, פ"ד מח(4) 133, 154 (1994) (להלן: פרשת **אינטרלגו**), קובע הנשיא שמגר:

- (1) דיני זכויות יוצרים הם דיני שנועדו ליצור תמריץ לייצורם של טובין ציבוריים, קרי: טובין אשר כוחות השוק כשלעצמם אינם נותנים תמריץ מספק ליצירתם.
- (2) הטובין הציבוריים שאת יצירתם שואפים דיני זכויות יוצרים לקדם הם גיוון עולם הביטויים (Expressions) והעשרתו.
- (3) בנוסף לכך שואפים דיני זכויות יוצרים ליצור איזון בין העידוד שמקנה מתן זכות יוצרים ליוצר העכשווי לבין המגבלה שזו תטיל על יצירת ביטויים מקוריים בעתיד.



ללא יריבות ועם יכולת אכיפה נמוכה, הרי שללא תמריץ ליצירה או המצאה - יוצרים או ממציאים ימנעו מלעשות כן. הרווח לנחלת הכלל, על פי גישה זו, בא לידי ביטוי ביצירות החדשות שנוצרות. הדבר מפיצה על העלות לרווחה הכוללת הכרוכה בהענקת מונופול לבעלי הזכויות ביצירתם, באופן שמאפשר להם למכור אותה במחיר גבוה ממחיר השוק התחרותי.<sup>25</sup>

ההכרה בזכויות בלעדיות ליוצרים ביצירותיהם מעלה את החשש כי הגבלת הגישה למשאבי ידע תפגע בחופש הביטוי. היוצר זוכה בזכות הבלעדית למנוע את השימוש ביצירותו, והדבר עלול לפגוע בזכותם של אחרים לעשות שימוש בביטוי ולשתף ברעיונות. עוד נטען כי מנגנון השוק המאפשר רכישת בעלות ביצירות מעודד יצירתם של מבני שליטה ריכוזיים על ביטויים תרבותיים ופוליטיים.<sup>26</sup> מנגד, יש הטוענים כי דיני זכויות היוצרים מקנים ליוצר עצמאות כלכלית ויוצרים תמריצים ליצירה וביטוי תרבותי ופוליטי, ובכך מחזקים את חופש הביטוי.<sup>27</sup>

### 3.2. אכיפת זכויות יוצרים

#### 3.2.1. אחריות ישירה להפרת זכויות יוצרים

סעיף 47 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007 (להלן: החוק), קובע כי הפרת זכות יוצרים הינה ביצוע אחת מהפעולות אשר יוחדו לבעל זכות היוצרים על פי סעיף 11 לחוק, ללא קבלת רשותו של בעל זכות היוצרים לפעולה זו. כלומר, כל מעשה של העתקה, פרסום, ביצוע פומבי, שידור, העמדה לרשות הציבור, יצירת יצירה נגזרת או השכרה לצרכי מסחר ללא הרשאת בעל זכות היוצרים מהווה הפרה של זכות זו. כל זאת, למעט אם מדובר בפעולה המותרת על פי פרק ד' לחוק המגדיר שורה של שימושים מותרים ביצירה גם ללא רישיון.

זכויותיו של בעל זכות היוצרים על פי סעיף 22 חלות על יצירה או על "חלק מהותי ממנה". לפיכך, תהיה זו הפרה של זכות יוצרים לעשות כל אחת מהפעולות המנויות בסעיף 11 לחוק, לא רק לגבי היצירה בשלמותה, אלא גם בחלק מהותי ממנה. השאלה מה מהווה חלק מהותי של היצירה, תיבחן על פי מבחן איכותי ולא כמותי.<sup>28</sup>

על התובע בתביעה בגין הפרת זכות יוצרים מוטל נטל ההוכחה להוכיח כי הוא בעל זכות היוצרים ביצירה שבגינה הוא תובע וכי הנתבע הפר את זכותו.<sup>29</sup>

סעיף 4(א) לחוק מתייחס ליצירות לגביהן תוענק זכות יוצרים, וקובע כי אלו תהיינה יצירות מקוריות, שהן ספרותיות, אומנותיות, דרמטיות או מוסיקליות המקובעות בצורה כלשהי. כמו כן תנתן זכות יוצרים בתקליט. תנאי להגנה הוא שתתקיים ביצירה זיקה לישראל,<sup>30</sup> או שיש בה זכות יוצרים על פי חיוב של אמנה בינלאומית כלשהי.<sup>31</sup> כלומר על מנת להנות מהגנת זכות יוצרים, יש לעמוד במספר תנאים מצטברים:

MERGES, לעיל הערה 21, בעמ' 2; Menell, לעיל הערה 20, בעמ' 130.	25
Menell, לעיל הערה 20, מפנה בעמ' 159 ל- Tom G. Palmer, <i>Are Patents and Copyrights Morally Justified?</i> (1990) 817 HARV. J.L. & PUB. POL'Y.	26
NEIL WEINSTOCK NETANEL, <i>COPYRIGHT'S PARADOX</i> (2008).	27
טוני גרינמן <b>זכויות יוצרים</b> כרך ב' 626 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן ב) וההפניות שם.	28
ס' 33 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007 (להלן: החוק), קובע כי הבעלים הראשון של זכות יוצרים ביצירה הוא היוצר. יצירות משותפות, אשר נוצרו על ידי מספר יוצרים במשותף תהיינה בבעלות משותפת של היוצרים. ביצירות אשר נוצרו על ידי עובדים, וקובע כי המעביד הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים שנוצרה על ידי עובדו לצורך עבודתו ובמהלכה, אלא אם הוסכם אחרת. ראו ס' 34 לחוק.	29
ס' 8 לחוק.	30
ס' 9 לחוק.	31

1. קיומה של יצירה.
  2. יצירה המשתייכת לאחת הקטיגוריות: ספרותית,<sup>32</sup> אומנותית,<sup>33</sup> דרמטית,<sup>34</sup> מוזיקלית,<sup>35</sup> תקליט.<sup>36</sup>
  3. יצירה מקורית.<sup>37</sup>
  4. קיבוע היצירה באופן מוחשי.<sup>38</sup>
  5. זיקה לישראל או הגנה בישראל מכוח אמנה בינלאומית.<sup>39</sup>
- סעיף 5 לחוק קובע כי זכות יוצרים לא תינתן על רעיון, תהליך ושיטת ביצוע, מושג מתימטי, עובדה או נתון וחדשות היום, אלא על דרך ביטויים בלבד.<sup>40</sup>
- תקופת ההגנה בזכויות יוצרים הינה למשך חיי היוצר ולמשך שבעים שנים נוספות לאחר מותו.<sup>41</sup> במקרה של יצירה משותפת, תקופת ההגנה תמשך עד לשבעים שנים מיום מותו של היוצר האחרון שנותר בחיים. בתקליט ניתנת הגנה מצומצמת יותר של חמישים שנים ממועד יצירתו.<sup>42</sup> כמו כן, כאשר מדובר ביצירה בבעלות המדינה, זכויות היוצרים מוענקות אף הן לחמישים שנים ממועד היצירה.<sup>43</sup>

- 
- |    |  |
|----|--|
| 32 | ס' 1 לחוק קובע כי יצירה ספרותית כוללת יצירה המבוטאת בכתב, הרצאה, טבלה, לקט וכן תוכנת מחשב.   |
| 33 | ס' 1 לחוק יצירה אומנותית כוללת רישום, ציור, יצירת פיסול, תחריט, ליטוגרפיה, מפה, תרשים ויצירה אדריכלית.   |
| 34 | יצירה דרמטית כוללת מחזה, יצירה קולנועית – ס' 1 לחוק.   |
| 35 | יצירה מוזיקלית אינה מוגדרת בחוק, אך תוענק לכל לחן מקורי מסוג כלשהו.  |
| 36 | הגנה מצומצמת באופן יחסי ניתנת להקלטות של צלילים, וזו נועדה בעיקרה לפצות את היוצר על ההשקעה הכלכלית הדרושה להפקתו. ראו גרינמן בעמ' 194. חשוב לציין כי ההגדרות של הקטגוריות בנויות כרשימה פתוחה ("לרבות"), זאת על מנת לאפשר גמישות להוספת ביטויים ככל שיתגלו ויתפתחו אמצעי ביטוי חדשים הזכאים להגנה.   |
| 37 | דרישת המקוריות היא לב לבו של חוק זכות יוצרים, ומשמעותה – דרישה כי היצירה תיוצר בידי הטוען לזכות יוצרים. ראו פרשת <b>אינטרלוגו</b> , לעיל הערה 24. כלומר, דרישה זו מבטאת את הצורך לוודא כי הטוען לזכות היוצרים הוא המקור להוצרותה של היצירה, וכי יצירה זו מגלמת מידה כלשהי של השקעה ויצירתיות. מיכאל ד' בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית" <b>עלי משפט</b> ב' 347 (2002). פסיקת בתי המשפט לאורך השנים מלמדת כי רף הבחינה של מבחן ההשקעה והיצירתיות הינו מינימלי למדי. |
| 38 | דרישת הקיבוע מהווה דרישה פורמלית יחידה, ולפיה נדרש כי היצירה תהיה מקובעת בדרך מוחשית כלשהי על מנת לזכות בהגנת זכות יוצרים. אין צורך שהקיבוע יעשה בידי היוצר דווקא, הוא יכול להעשות בידי אחר אשר רושם או מקליט את היצירה עבורו.   |
| 39 | הגנת זכות היוצרים היא הגנה טריטוריאלית, כלומר, הגנת החוק בישראל חלה רק על יצירות שמקיימות זיקה לישראל. הזיקות האפשריות קבועות בס' 8 לחוק, והן מתקיימות כאשר היצירה פורסמה לראשונה בישראל, או אם בעת יצירת היצירה היה היוצר אזרח ישראל או שמקום מגוריו הרגיל היה בישראל.  |
| 40 | כך למשל ספר, מחזה וציור הינם ביטויים לרעיונות ולכן מוגנים באופן עקרוני, אולם קווי העלילה באופן כללי או שיטת הציור הינם רעיונות שאינם מוגנים. מטרת ההגנה על ביטוי בלבד היא פועל יוצא של הצורך לאזן בדיני זכויות יוצרים בין עידוד היצירה ובין המנעות מהגבלת ביטויים עתידיים. כמו כן, זכות יוצרים גם לא תחול בתהליך ושיטת ביצוע, מושג מתימטי, עובדה או נתון, חדשות היום. הרעיון הוא למנוע מונופולין רחב מדי ליוצר, דבר שיסכל את מטרת דיני זכויות יוצרים – לקדם את היצירה והידע האנושי.          |
| 41 | ס' 38 לחוק.  |
| 42 | ס' 41 לחוק.  |
| 43 | ס' 42 לחוק.  |

**3.2.1.1. אגד זכויות היוצר**

**החוק מקנה לבעל זכות היוצרים ביצירה המוגנת אגד של זכויות כלכליות ובלעדיות**<sup>44</sup> המוגדרות בפרק ג' לחוק: זכות ההעתקה,<sup>45</sup> זכות הפרסום (פרסום ראשון), זכות הביצוע הפומבי,<sup>46</sup> זכות השידור,<sup>47</sup> זכות ההעמדה לרשות הציבור,<sup>48</sup> זכות עשיית יצירה נגזרת<sup>49</sup> וזכות ההשכרה.<sup>50</sup>

**יסוד הבלעדיות** מתבטא בזכות למנוע או לאפשר שימוש מסויים ביצירה. קרי, זכות שלילית המשקפת את האופי הקנייני המובהק של זכות היוצרים.<sup>51</sup> מכוח סעיף 47 לחוק קמה עילת תביעה בגין כל שימוש ביצירה הנופל לגדר סעיף 11, המתבצע על ידי אדם מבלי שקיבל לכך רשות מבעל זכות היוצרים ביצירה. רשות יכולה להתקבל בדרך של התקשרות חוזית, מתן רישיון שימוש בתמורה כספית ו/או העברת זכויות.<sup>52</sup>

**זכות ההעתקה**

זכות העתקה הינה הזכות הבסיסית ביותר, ומתייחסת לכל דרך העתקה שהיא, בין אם העתקה מיכנית, דיגיטאלית, אלקטרונית, ידנית או כל העתקה אחרת, ובלבד שנוצר עותק קבוע או ארעי של היצירה.<sup>53</sup> זהו הדין גם לגבי שינוי מימד, קרי העתקה של יצירה דו מימדית לתלת מימדית ולהיפך,<sup>54</sup> והן לגבי המרת היצירה מאמצעי מסורתי לקובץ דיגיטלי ולהיפך.

**זכות הפרסום**

המדובר בזכות צרה למדי המעניקה לבעל זכות יוצרים את הזכות להוצאה לאור של מספר עותקים סביר של היצירה לרשות הציבור, בהתאם לאופיה.<sup>55</sup> סעיף 11(2) לחוק ממשיך וקובע כי זכות זו חלה לגבי יצירה שלא פורסמה בלבד, כלומר הלכה למעשה מדובר בזכות צרה לפרסום ראשון בלבד של היצירה.<sup>56</sup>

**זכות ההשכרה**

הזכות חלה על יצירה קולנועית, תוכנת מחשב ותקליט,<sup>57</sup> והיא מונעת השכרה של עותקים פיזיים לציבור לצורך מסחרי.<sup>58</sup>

**ביצוע פומבי**

זכות הביצוע הפומבי היא הזכות להשמיע או להציג את היצירה בציבור במישרין או בעקיפין באמצעות מכשיר.<sup>59</sup> זכות זו קמה לכל סוגי היצירות שבחוק מלבד היצירה האמנותית שאיננה אפשרית לביצוע פומבי.<sup>60</sup>

ס' 11 לחוק.	44
ס' 12 לחוק.	45
ס' 13 לחוק.	46
ס' 14 לחוק.	47
ס' 15 לחוק.	48
ס' 16 לחוק.	49
ס' 17 לחוק.	50
תמיר אפורי <b>חוק זכות יוצרים</b> 144–145 (2012).	51
שם.	52
ס' 12 לחוק.	53
ס' 12(2)–12(3) לחוק; רע"א 7774/09 <b>וינברג נ' ויסהוף</b> , תק-על 2012(3) 10679.	54
ס' 1 לחוק.	55
זכות זו אינה חלה על יצירה אמנותית.	56
ס' 11(7) לחוק.	57
ס' 17(ב) לחוק מסייג את הכלל, כאשר מתיר השכרה על ידי ספריות ציבוריות או מוסדות חינוך. בע"א 326/00 <b>עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ</b> , פ"ד נז(3) 658 (2003), טרם תיקון הסעיף, איזן בית המשפט בין זכות היוצר לבין נגישות לידע.	58
ס' 13 לחוק.	59
טוני גרינמן <b>זכויות יוצרים</b> כרך א 270 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן א); יהושע ויסמן "מעניין לעניין בזכויות יוצרים" <b>הפרקליט</b> מח 229 (2001). יש לציין כי לא כל ביצוע של היצירה יענה על יסוד הפומביות	60

זכות השידור

הזכות קמה בהתקיים ציבור שאליו מועברת יצירה וקיומה של פעולת שידור.<sup>61</sup> זכות השידור, בשונה מזכות הביצוע הפומבי, אינה מותנית בתוצאה של חשיפה פומבית, אלא מתגבשת בעת העברה או הפצה של צלילים ו/או מראות ומתייחסת לכל סוגי היצירות.<sup>62</sup> דרך העברת השידור היא קווית או אלחוטית.<sup>63</sup> יחד עם זאת, הפסיקה והספרות המקצועית קבעו כי שידור אינו מותנה באמצעי טכנולוגי מסויים ויכול להתקיים במגוון אמצעים. לפיכך, העברה ברשת האינטרנט או לחלופין ברשת תקשורת אלקטרונית אחרת באמצעות טכנולוגיית "ההזרמה" (streaming), תיחשב כשידור. בטכנולוגיית "ההזרמה" המשתמש חווה את היצירה אך זו אינה נשארת לרשותו לאחר מכן.<sup>64</sup>

זכות העמדה לרשות הציבור

זכות העמדה לרשות הציבור הוספה לחוק הישראלי כחלק מהניסיון למתן מענה לאתגרים של העידן הטכנולוגי ורשת האינטרנט.<sup>65</sup> הפצה דיגיטלית איננה מחייבת יצירת עותקים פיזיים והפצתם. די בהעמדת עותק של היצירה באופן שיאפשר לציבור הגולשים גישה ליצירה ממקום ובמועד לפי בחירתו. עצם העלאת יצירה לאתר אינטרנט עלולה להיחשב כהעמדה לרשות הציבור גם אם לא ניתן לשמור את היצירה אלא אך ורק לצפות בה או להאזין לה.<sup>66</sup> המונח "ציבור" לא הוגדר בחוק ומלאכת הפרשנות נותרה לבתי המשפט לצקת בו תוכן לפי נסיבות כל מקרה.<sup>67</sup>

הזכות ליצירה נגזרת

הזכות ליצירה נגזרת היא הזכות לעשיית יצירה מקורית המבוססת בעיקרה על יצירה אחרת כגון תרגום או עיבוד של יצירה.<sup>68</sup> הזכות בעלת אופי כלכלי המאפשר ליוצר לשלוט על שווקי המשנה ביצירתו.

**נוסף על הזכויות הכלכליות, קמה לבעל זכות היוצרים הזכות המוסרית, זכות אישית.**<sup>69</sup> זכות זו מגלמת זכות כפולה של היוצר כי שמו יקרא על יצירתו בהיקף ובמידה מקובלים בנסיבות הענין, וכן כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא יעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן לא תעשה פעולה פוגענית ביחס ליצירה זו.<sup>70</sup> הפרה ישירה או הפרה עקיפה של זכות מוסרית מקימה עילה לתביעה.<sup>71</sup> יחד עם זאת, החוק מתיר פעולה המפרה את הזכות המוסרית במידה וזו עומדת במבחן הסבירות בנסיבות העניין,<sup>72</sup> ומונה מספר שיקולים שבית המשפט רשאי להתחשב בהם לעניין ההפרה.<sup>73</sup>

---

המחייב בסעיף. בספרות המקצועית ובפסיקה נחלקות הדעות בכל הנוגע להגדרת "הפומביות" ומאחר והשאלה נדונה רק בערכאות הנמוכות, אין כל הלכה מחייבת. ראו גרינמן א, בעמ' 270.

61 סי' 14 לחוק; ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, תק-על 2012(2) 6919, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (להלן: פרשת פרימייר ליג).

62 סי' 14 לחוק; גרינמן א, לעיל הערה 60, בעמ' 282; ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2013) (להלן: עניין טלראן).

63 להבדיל מחוק זכויות משדרים ומבצעים, התשמ"ד-1984, בו הגדרת השידור רחבה יותר.

64 פרשת פרימייר ליג, לעיל הערה 61, בפס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; גרינמן א, לעיל הערה 60, בעמ' 287-289.

65 סי' 15 לחוק.

66 גרינמן, לעיל הערה 60, בעמ' 310.

67 אפורי, לעיל הערה 51, בעמ' 174.

68 סי' 16 לחוק.

69 סי' 45 לחוק.

70 סי' 46 לחוק; ת"א (שלום ת"א) 43688/06 רובינגר נ' וואלה! תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 5.2.2009).

71 סי' 50-51 לחוק.

72 סי' 50(ב) לחוק.

73 סי' 50(ג) לחוק.

יצוין כי באופן עקרוני מכסה כל אחת מזכויות היוצר פאן אחר של מעשים, אולם קיימת חפיפה מסויימת ביניהן. על כן, לא מן הנמנע שפעולה מסויימה תהווה בו זמנית מימוש (או הפרה) של שתיים או יותר מזכויות היוצר.<sup>74</sup>

### 3.2.1.2. שימושים מותרים

זכות היוצרים המוענקת לבעליה אינה מוחלטת, והיא כפופה לשימושים שונים המותרים למי שאינם בעליה. השימושים המותרים המנויים בפרק ד' לחוק זכויות יוצרים מסייגים את זכות היוצרים ומשרתים את התכלית הכפולה של דיני זכויות יוצרים שהיא יצירת תמריץ ליצירה מחד גיסא והנגשת אותה ליצירה לציבור מאידך. בתוך כך, משרתים השימושים המותרים את הערכים של חופש הביטוי והמידע, הבטחת מרחב יצירה ליוצרים עתידיים, קידום החינוך והמחקר, הבטחת הגישה ליצירות וקיום הליכים תקינים בחברה.<sup>75</sup> כמו כן משרתים ההיתרים הללו תכליות משנה, כגון התגברות על הקשיים הכרוכים באיתור בעלי זכויות רבים וניהול משא ומתן איתם לצורך הסדרת רישיון (מחסום עלויות העסקה) שהיה הופך את הסדרת הרישיון לשימוש מסוים לבלתי כדאית מבחינה כלכלית, ומניעת שימוש לרעה בכוח המונופוליסטי שנובע מזכות היוצרים.<sup>76</sup>

השימושים המותרים מוגדרים בסעיפים 20-30 ו-32 לחוק, והם כוללים את השימוש המותר בהליכים משפטיים (סעיף 20), העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור (סעיף 21), שימוש אגבי (סעיף 22), שידור או העתקה של יצירה הממוקמת במקום ציבורי (סעיף 23), העתקת תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה (סעיף 24), הקלטות לצרכי שידור (סעיף 25), העתקה זמנית (סעיף 26), יצירה אומנותית נוספת על ידי היוצר (סעיף 27), שיקום והקמה מחדש של בניינים (סעיף 28), ביצוע פומבי במוסד חינוך (סעיף 29) ושימושים מותרים בספריות, ארכיונים ובגופים אחרים (סעיף 30).

בצד כל השימושים הללו מגדיר סעיף 19 לחוק את הזכות לשימוש הוגן. סעיף זה מהווה נורמה פתוחה (סטנדרט) המסמיכה את בתי המשפט להתיר שימוש ביצירה גם ללא הרשאת בעל זכות היוצרים לשם רשימה פתוחה של מטרות, תוך הפעלת שיקול דעת בהתאם לשיקולים שהוגדרו בחוק.

השאלה מהו מעמד המשפטי של השימושים המותרים שבפרק ד' לחוק שנויה במחלוקת בבית המשפט העליון: האם המדובר אך ורק בטענת הגנה או שמא המדובר בזכות לבצע שימושים ביצירה בנסיבות מסוימות אשר החוק הכיר בנחיצותן?

הגישה לפיה המדובר בטענת הגנה בלבד, מניחה כי זכות היוצרים חולשת על כל שימוש ביצירה הנופל לגדר הזכויות הבלעדיות של בעל זכות היוצרים (העתקה, ביצוע פומבי, וכו'). למשל, ציטוט של קטע קצר לצרכי הוראה, שימוש פרודי בקטע מסיפור לצורכי ביקורת, או העתקה של ספר למאגר דיגיטלי לצורכי קטלוג וחיפוש, יחשבו קודם כל להעתקה מפרה. על פי גישה זו, הקביעה כי המדובר בשימוש הוגן איננה מאיינת את הפגיעה בזכות אלא רק פוטרת את המפר מאחריות להפרה בנסיבות מסוימות. לעומת זאת, הגישה לפיה השימושים המותרים מהווים זכות, מניחה כי החוק ביקש להתיר למשתמשים לבצע שימושים מסוימים ביצירה על מנת להגשים את תכלית החוק, ולכן החרג את השימוש באותן נסיבות מגדר זכות היוצרים. כך למשל, ציטוט של קטע קצר לצרכי

74 כך למשל, העברת יצירה באינטרנט בשיטת streaming עוברת בטריטוריות של זכות השידור וגם של זכות ההעתקה וזכות ההעמדה לרשות הציבור. גרינמן א, לעיל הערה 60 בעמ' 288.

75 ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים", יוצרים זכויות (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) 327.

76 גרינמן א, לעיל הערה 60 בעמ' 329.

הוראה עשוי להיות חיוני להגשמת תכליתם של דיני זכויות יוצרים – דהיינו עידוד היצירה. לצד הצורך להבטיח תמריצים כלכליים ליוצר על מנת שימשיך להשקיע ביצירות חדשות, מכיר החוק גם בצורך להבטיח את הנחלת הידע והכשרתם של יוצרים חדשים. עידוד היצירה עשוי להצריך גם חופש להשתמש בקטעים קצרים מיצירות קיימות, באופן פרודי וביקורתי, או להשתמש בהן למטרות חדשות (שימוש טרנספורמטיבי) גם ללא צורך בהסכמת בעל זכות היוצרים.

ההבחנה בין גישה הרואה בשימוש הוגן זכות, לזו הרואה בו טענת הגנה בלבד, עשויה להיות בעלת השלכות מעשיות רבות. למשל לעניין אחריות תורמת: אם שימוש מסוים נופל לגדר השימושים המותרים שבפרק ד', לא ניתן להטיל אחריות תורמת על מי שסייע לביצוע השימוש בדרך של אספקת אמצעים, מימון או עידוד, הואיל ולא מדובר בסיוע להפרה אלא בסיוע לפעולה שהיא מלכתחילה מותרת.

בית המשפט העליון נדרש לסוגיה זו בשנים האחרונות בלא פחות משלושה פסקי דין שונים, בכולם באמרות אגב. במאי 2012 בעניין **הפריימר ליג נ' פלוני** נדונה תביעת הפריימר ליג, ליגת הכדורגל האנגלית, לחשוף את זהותו של בעל אתר אינטרנט בו שודרו משחקי הפריימר ליג בצפייה ישירה (streaming), זאת על מנת שניתן יהיה להגיש נגדו תביעה בגין הפרת זכות יוצרים. בית המשפט פסק כי העברת שידורי הספורט באינטרנט ללא רישיון מהווה הפרה זכות יוצרים. בית המשפט במקרה זה התנאים של שימוש הוגן. יחד עם זאת, נפסק כי בהיעדר הסדר חקיקתי לא ניתן להורות על חשיפת פרטיו של פלוני. השופט ריבלין דחה את העמדה לפיה שימוש הוגן עשוי להוות זכות פוזיטיבית והדגיש כי המדובר בטענת הגנה בלבד:

"אין בלשון החוק אינדיקציה ברורה לכך שהמחוקק ביקש לשנות מן האיזון הקיים ולהפוך את ההגנות, לזכויות. אף אם מדובר בשימוש "מותר", במובן זה שהוא מאפשר למשתמשים "חופש", אין בכך כדי להצביע על קיומה של "זכות".<sup>77</sup>

בספטמבר 2013, שבה ועלתה הסוגיה של זכות משתמשים לדיון בבית המשפט העליון, בעניין **טלראן נ' צ'רלטון**, שוב בנושא של זכויות יוצרים בשידור. התובעת צ'רלטון, בעלת הזכויות הבלעדיות לשידור משחקי המונדיאל בישראל, תבעה את טלראן בגין הפרת זכויות יוצרים. נשוא התביעה היה הפצת כרטיסים מקודדים שאפשרו לצופים לפענח שידור לווייני מקודד של המשחקים ששודרו ברשתות שידור זרות, ולצפות בשידורים בישראל. בפסק דין זהיר ושיטתי ניתח בית המשפט העליון את פעולותיה של טלראן ופסק כי מכירתם והפצתם של כרטיסי הקידוד לא הפרו את זכויות היוצרים של התובעת. בית המשפט דחה גם את הטענה כי טלראן אחראית ל"הפרה תורמת", שכן משתמש קצה אשר רק צופה ביצירה אינו מפר בעצמו זכות כלשהי אלא מבצע פעולה מותרת, ולכן, "הואיל ולא באה הפרה לעולם אין הפרה "לתרום" לה."<sup>78</sup>

בהקשר זה התייחס ביהמ"ש לשאלת מעמדם המשפטי של השימושים המותרים. השופט זילברטל דחה את העמדה לפיה שימושים מותרים מהווים טענת הגנה בלבד:

"הקביעה לפיה ישנם שימושים מותרים היא, לדידי, קביעה מהותית ולא טענת הגנה טכנית. פרק ד' לחוק החדש המסדיר את השימושים המותרים קרוי "שימוש מותר" ולא "שימוש מוגן". קרי, החוק גורס שהמעשה הותר ולא שעשיתו נאסרה אך שהעושה "חסין" מפני סנקציה. (...) אדם שביצע מעשה מותר כלל אין לבחון את השאלה האם יש לנקוט נגדו סנקציה שהרי לא עשה מעשה בגינו ניתן להפעיל סנקציה מלכתחילה. הוא הדין בכל הנוגע לשימושים מותרים בזכויות יוצרים – המשתמש לא עשה מעשה אסור (קרי, הפרה) כשניתנת לו הגנה, אלא הוא עשה מעשה מותר כך שממילא לא באה הפרה לעולם."

77 ע"א 9183/09 The FA Premier League נ' פלוני (13.5.2012).  
78 ע"א 5097/11 טלראן תקשורת בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (2.9.2013).

מספר חודשים לאחר מכן, בנובמבר 2013, שוב נדונה הסוגיה בעניין **סייפקום נ' רביב**, בתביעה שעניינה הפרת זכויות יוצרים בשרטוטים למערכת גיבוי חשמלית. השופט דנציגר הצטרף לעמדתו של השופט זילברטל בעניין טלראן:

”.....עמדה זו מקובלת עלי, הן לעניין הקביעה כי שימוש מותר כהגדרתו בפרק ד' לחוק החדש אינו מהווה הפרה של החוק והן לעניין הקביעה כי שימוש מותר מהווה למעשה זכות המוענקת למשתמש לעשות ביצירה שימושים מסוגים מסוימים. אני מודע לכך שעמדה זו עומדת בסתירה לקביעתו של המשנה לנשיא א' ריבלין בע”א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, וייתכן כי הגיעה העת, לאור המחלוקת הקיימת, לדון בשאלה זו בהרכב מורחב.”<sup>79</sup>

### 3.2.2. אחריות ישירה להפרת זכויות יוצרים ברשת

הרשת יצרה דרכים חדשות לשימוש ביצירות, תוך העתקה והדבקה (copy & paste), שינוי, שילוב פורמטים, remix, וכדומה. בנוסף, מאפשרת הרשת דרכים חדשות לשיתוף והפצה של יצירות ממשמש יחיד לרבים באמצעות רשתות חברתיות, ואפליקציות שונות כגון ווטסאפ, אינסטגרם, ופופקורן טיים.

העלאת (Upload) יצירה, הורדת (Download) יצירה, מתן גישה ליצירה, שידור יצירה, סטרימינג, הפצת עותקים, שיתוף ברשתות חברתיות, והעמדה לרשות הציבור, מהוות דוגמאות לפעולות ביצירות אשר עשויות לעלות לכדי הפרת זכות יוצרים אם נעשו ללא הסכמת בעלי הזכויות. למעשה כל פעולה של גלישה ברשת עלולה להוות העתקה של יצירה הואיל והיא כרוכה ביצירת עותקים, אם כי ארעיים.<sup>80</sup> סעיף 26 לחוק נועד לצמצם את החשיפה לאחריות במקרים אלה, בכך שהוא מתיר העתקה זמנית של היצירה “כחלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי” שמטרותו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת על ידי גורם ביניים או שימוש אחר כדין ביצירה.<sup>81</sup>

אכיפת זכויות יוצרים ברשת מעוררת מחלוקת: התומכים בחיזוק האכיפה מדגישים את קלות השימוש ביצירות מוגנות והקושי לאכוף זכויות יוצרים ברשת. האפשרות להפיץ עותקים רבים של היצירה “בלחיצת כפתור” ובעלות כמעט אפסית, והעובדה שאמצעי ההפצה (טלפונים חכמים, טאבלטים ומחשבים אישיים עם חיבור לרשת) מצויה בידי ציבור רחב של משתמשים, יוצרת אתגר לאכיפה. מאידך, טוענים המתנגדים כי אכיפת יתר של זכויות יוצרים עלולה לצמצם את נחלת הכלל ולפגוע באינטרס הציבורי של חופש הביטוי וחופש המידע.<sup>82</sup>

אחת הבעיות העיקריות בהטלת אחריות ישירה על משתמשים שהפרו זכויות יוצרים, היא הקושי לזהות משתמשים הפועלים ברשת האינטרנט באופן אנונימי. בעלי זכויות המבקשים להגיש תביעה בגין הפרת זכות יוצרים יוכלו לזהות את המפר לכאורה, רק באמצעות פסבדונים ו/או כתובת IP באמצעותה בוצעה הפעילות ברשת. על מנת לפעול לאכיפת הזכויות כנגד נתבע המזוהה רק באמצעות כתובת IP, בעל הזכויות נדרש לפנות לספק שירותי הגישה אשר מחזיק בפרטי הזיהוי של בעל המנוי. על מנת לאכוף את זכויותיהם, נדרשים איפוא בעלי הזכויות לפנות לבית המשפט בבקשה לקבל את הפרטים המזהים של המפר לכאורה.

79 ע”א 7996/11 **סייפקום בע”מ נ' רביב** (18.11.2013).  
80 סעיף 12 לחוק: “העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות... (4) העתקה ארעית של היצירה”  
81 סעיף 26 לחוק.  
82 ניבה אלקין-קורן “המתווכים החדשים בכיכר השוק’ הווירטואלית” **משפט וממשל** ו 381 (2003).

הפסיקה בישראל קבעה כי לא קיימת סמכות בחוק המאפשרת לבית המשפט להורות על חשיפת זהותו של משתמש שלכאורה ביצע עוולה אזרחית, ועל כן, לרוב, דחה בית המשפט בקשות אלו.<sup>83</sup> נושא חשיפת פרטי מעוול אשר הפר זכות יוצרים נדון בפרשת **פרימייר ליג**, אשר עסקה באתר אינטרנט המאפשר צפייה ישירה, ללא תשלום, במשחקי כדורגל.<sup>84</sup> בעלת זכויות היוצרים, ליגת הכדורגל האנגלית, פנתה לבית המשפט בבקשה לחשוף את פרטי מפר הזכויות. בית המשפט פסק כי אף שהופרו זכויות היוצרים, אין לחשוף את זהותו של פלוני בהעדר סמכות בחוק. בית המשפט הפנה לפסיקה קודמת שעסקה בסוגיית לשון הרע, בעניין **מור**, שם נקבע כי לא קיימת כיום מסגרת דינית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי באינטרנט, ואין לפתח מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית".<sup>85</sup> יחד עם זאת, ציין בית המשפט כי במידה והכנסת לא תחוקק חוק חדש, בית המשפט ימצא דרך לחשוף פרטים גם במסגרת הדין הקיים. בנוסף, נקבע בפרשת **פרימייר ליג** כי בהעדר מענה חקיקתי ניתן יהיה לחייב ספקי אינטרנט לחשוף את פרטי המשתמש המעוול באמצעות דוקטרינת ההפרה התורמת (המשנה לנשיא ריבלין) או עולת הרשלנות (השופט הנדל). בשנת 2012 הוגשה הצעת חוק ממשלתית בנושא חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית,<sup>86</sup> אשר הוגשה כמענה למסקנותיה של וועדת שפניץ ולקריאת בית המשפט להסדרת נושא חשיפת משתמשים. על פי הצעת החוק אדם הנפגע כתוצאה מהפרת זכויות יוצרים ברשת יהיה רשאי להגיש בקשה לבית המשפט לחשיפת אותו מפרסם מפר, וזאת על ידי שימוש במידע הקיים אצל הספק וגורמי הביניים שיודעים את זהות המפרסם. כמו כן, על מנת למנוע דרישות שווא לא ראויות, למטרות נקמנות אישית או כל סיבה פסולה אחרת, מוצע מנגנון לפיו בית המשפט בוחן את הבקשה בטרם החשיפה בפני הנפגע ובכך נמנעת חשיפת שווא של מפרסמים ונשמרת זכות הפרטיות וחופש המידע. זאת ועוד, הצעת החוק מנסה להתמודד גם עם הקושי החקיקתי אל מול הטכנולוגיה המתקדמת עמו לא צלחו להתמודד הצעות חוק בעבר.<sup>87</sup> הצעת חוק זו אוחדה עם הצעת חוק אחרת בנושא חשיפת פרטי משתמש אך הוקפאה בכנסת השמונה עשרה עקב הקדמת הבחירות.<sup>88</sup>

### 3.2.3. אחריות עקיפה להפרת זכויות יוצרים

#### 3.2.3.1 כללי

בתי המשפט בישראל התייחסו לסוגיית אחריותם של גורמי ביניים במספר קטן יחסית של החלטות. בתי המשפט בערכאות הנמוכות ציינו כי פעילות ברשת האינטרנט צריכה לקבל התייחסות מיוחדת, בין היתר בהקשר של זכויות יוצרים, לעומת הפעילות המתקיימת בעולם המוחשי. כך למשל, בית המשפט קבע כי היקף הפרת זכות היוצרים וחומרתה גדולים יותר כאשר מדובר בפרסום באינטרנט, לעומת העולם המוחשי, כתוצאה מהקלות היחסית של הפרת זכויות ברשת.<sup>89</sup> על כן, מוטלת חובת זהירות ואחריות מוגברת בגין שימוש ביצירה מוגנת בזכות יוצרים,<sup>90</sup> ובחינת המקרה תעשה תוך

83 ת"א (שלום י-ם) 43790-08-11 רהיטי מעיין בע"מ נ' מכמל, תק-של 2012(2) 42645; פרשת **פרימייר ליג**, לעיל הערה 61.

84 פרשת **פרימייר ליג**, לעיל הערה 61.

85 לעיל הערה 17.

86 הצעת חוק חשיפת זהותו של מפרסם תוכן ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 1376.

87 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התש"ע-2010, פ/2476/18; יהונתן זילבר "אושר בקריאה ראשונה: לחשוף פרטי טוקבקיסטים" **Ynet** 28.11.2011 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4154448,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4154448,00.html).

88 הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2011, ה"ח הכנסת 36.

89 ת"א (שלום ת"א) 25108-02-11 לוי' נ' קניבסקי, תק-של 2012(4) 27938.

90 ת"א (שלום רמ') 50871-11-11 בר' נ' שישי בעיר בע"מ, תק-של 2013(2) 53789.



התחשבות מיוחדת בנסיבות המתעוררות בעולם הטכנולוגיה והאינטרנט.<sup>91</sup> מצד שני הדגישו בתי המשפט את הסכנה ליצירת אפקט מצנן שעלול להתלוות לכל הטלת אחריות על גורמי ביניים ואת חשיבות ההגנה על זרימת המידע, בזכות הציבור לדעת, וחופש הביטוי. כך למשל, בפרשת **רוטר** ציין בית המשפט כי אחריותם של גורמי ביניים מחייבת איזון בין ההגנה על זכות היוצרים ויצירת מנגנון אכיפה יעיל, לבין החשש מהטלת עלויות כבדות של שירותי ניטור וסינון על ידי גורמים פרטיים. בית המשפט הדגיש גם כי יש להמנע מהטלת אחריות שעלולה ליצור אפקט מצנן על חופש הביטוי ופעילות רצויה אחרת ברשת.<sup>92</sup> נושא זה הודגש לאחרונה גם בפרשת **פלוני אלמוני**, כאשר בית המשפט הורה על ביטול הצו הזמני שניתן על ידו קודם לכן לחסימת גישה מישראל לאתרים המספקים את השירות **Popcorn Time**.<sup>93</sup> בית המשפט קבע כי יש להתחשב ב"גודלו הבלתי ידוע של קרחון חסימה זה העשוי להטביע את התחרות החופשית, את חופש הביטוי, וכיוצא באילו אם בית המשפט ייתן סעד של חסימה בטרם מתבררת המחלוקת בין הצדדים 'הנכונים'". עוד קבע בית המשפט כי "המחיר הערכי של הפיכת ספקיות האינטרנט למעין צנזור ברשות בית המשפט, הוא מחיר שקול לפחות, אם לא כבד יותר, לפגיעה בזכות בקניין הרוחני של המבקשות".<sup>94</sup>

הטלת אחריות על גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות, עלולה למנוע פעילות רצויה וליצור מעין "אפקט מצנן" על חופש הביטוי. כל זמן שגורמי הביניים אינם בטוחים בחוקיות פועלם, יכול ויימנעו פעולות חיוביות מצדם של אותם הגורמים.<sup>95</sup> כך למשל, עשוי להיפגע השיח הציבורי וחופש הביטוי, כאשר בעל פורום או פלטפורמת שיתוף אחרת, ימנעו מלהפעיל אותה מחשש שיחשפו לאחריות משפטית לפעולות המשתמשים. האפקט המצנן עלול לחול לא רק על מפעילי הפלטפורמות, אלא גם על משתמשים, ובכך לפגוע בהפצה של ידע ומידע. לדוגמה: משתמש המעלה קישור לאתר מסוים בתום לב, ללא ידיעה כי מדובר באתר מפר, עשוי לחוב כלפי בעל הזכות. במקרה כזה, משתמשים ימנעו מראש מהפצת מידע, בין אם הוא מפר ובין אם לאו.<sup>96</sup>

זאת ועוד, לא רק חופש הביטוי עלול להיפגע אלא גם התמריץ לחדשנות. מקרה נוסף הוא כאשר גורם הביניים מסייע בהפרת זכויות יוצרים באמצעי טכנולוגי, כמו מכשיר הווידאו בעבר, או אפליקציות שיתוף שונות בהווה. היצרן או המפתח עשוי לחשוב פעמיים לפני שישווק המצאה חדשה העשויה לסייע בהפרה של זכויות יוצרים בשל החשש מחשיפה משפטית.<sup>97</sup>

גורמי הביניים ברשת פועלים באמצעות כלים מגוונים על מנת להפיץ מידע ברשת, וביניהם יצירת קישורים (רגילים, עמוקים או ממוסגרים) אשר עשויים להפנות לחומר מפר, רובוטים ומנועי חיפוש הסורקים את הרשת בחיפוש אחר תכנים מסויימים, פלטפורמות לשיתוף קבצים, הפצה, שירותי תקשורת, אחסון קבצים ושירותי ענן.

אחריותם של גורמי ביניים באינטרנט בגין הפרת זכות יוצרים על ידי משתמשים צריכה להבחן במסגרת הגדרת ההפרה בחוק זכויות יוצרים. ככלל, מתעוררת שאלת אחריותם של גורמי ביניים

91 ת"א (מחוזי מ"ר) 9540-10-10 **ב.י.אין און ליין נ' לב ארי** (פורסם בנבו, 18.6.2013); תא"מ (שלום ראשל"צ) **פ.י.י.וי בילינג בע"מ נ' רותם**, תק-של 2012(4) 76335.

92 פרשת רוטר, לעיל הערה 8.

93 ת"א (מחוזי ת"א) 37039-05-15 **זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' פלוני אלמוני**, תק-מח 2015(3) 209.

94 שם, בפס' 5.

95 אלקין-קורן, המתווכים החדשים; מיכאל ד' בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בידי פטנטים" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 169 (שי לביא עורך, 2003).

96 שם, בעמ' 178-179.

97 שם.

להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשים במסגרת אחריות ישירה ובמסגרת דוקטרינת האחריות התורמת.

**העדר אחריות ישירה**: לכאורה, בשרתים של גורמי ביניים המאחסנים יצירות מפירות (כגון שרתים של רשתות חברתיות, או שרתים של דואר אלקטרוני) מבוצעות פעולות של העתקה, העמדה לרשות הציבור, ושידור, אלא שהמבצע של פעולות אלה יהיה משתמש הקצה.<sup>98</sup> יודגש כי אם מקור היצירה המפירה בגורם הביניים (כגון, עיתון אינטרנטי המפרסם בעצמו עותקים של יצירות ללא רישיון) אזי תחול אחריות ישירה להפרה. בתי המשפט בישראל, בדומה למצב המשפטי בארצות הברית ובאירופה, לא הטילו על גורמי ביניים אחריות ישירה בגין פעולות שבוצעו באמצעות המערכת בידי משתמשיה. למעשה, הטלת אחריות מוחלטת לפעילות המשתמשים לא הייתה מאפשרת לשירותי אינטרנט להתפתח כלל, שכן הייתה מחייבת רישיון מאת בעל זכות היוצרים לכל פעולה של גלישה או תקשורת נתונים. בחוק זכות יוצרים הוסף אף סעיף מיוחד, סעיף 26, הפוטר באופן מפורש גורמי ביניים מאחריות בגין ההעתקה הנגרמת מפעולתם השוטפת. על פי הסעיף "העתקה זמנית... מותרת אם היא מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת על ידי גורם ביניים".<sup>99</sup> לעניין שירותי איחסון, אימצה הפסיקה את העמדה לפיה אין להטיל אחריות להפרת זכויות יוצרים על בעל האתר שלא ידע עליה, וכאשר נודע לו עליה הסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה.<sup>100</sup> סוגיה זו תידון בהמשך.<sup>101</sup>

**שאלת האחריות התורמת**: הפסיקה בחנה את שאלת האחריות של גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות, במסגרת דוקטרינת ההפרה התורמת, שעוגנה בפסיקת בית המשפט העליון.<sup>102</sup> דוקטרינת ההפרה התורמת בקניין רוחני הוכרה במשפט הישראלי, בעניין **רב בריח**, אשר עסק בשאלת הפרה תורמת בפטנט קומבינציה. בית המשפט העליון ציין בענין זה כי "[אין] כל מניעה כי ... נכיר בדוקטרינה של הפרה תורמת במשפט הישראלי".<sup>103</sup> ואמנם, בשנת 2011 הכיר בית המשפט העליון בתחולתה של האחריות התורמת בזכויות יוצרים בפרשת **שוקן**.<sup>104</sup> בפרשת **שוקן** נדונה הפרה תורמת מצד האוניברסיטה העברית, משלא מנעה הפרת זכויות יוצרים שהתקיימה בתחומי הקמפוס. במקרה הנדון, סטודנטים שפעלו במסגרת אגודת הסטודנטים העתיקו, שכפלו ומכרו ספר שהוצא לאור על ידי הוצאת שוקן. בית המשפט מתייחס לנושא ההפרה התורמת, ומציין:

"הפרה תורמת ... בזכות יוצרים מתייחסת, ככלל, למצב שבו גם מי שאינו מפר באופן ישיר זכות יוצרים נמצא אחראי להפרה, וזאת – על רקע התנהגותו ומעורבותו בנסיבות המקרה. מדובר לרוב בנסיבות שבהן גורם אחד אינו מבצע את ההפרה בעצמו, אך הוא מאפשר ומתיר את פעילותו המפרה של גורם אחר, או אף מסייע לאותה פעילות ומעודד

98 להגדרת הזכויות ראו פרק 3.2.1.1 לעיל.

99 ס' 26 לחוק.

100 פרשת **על השולחן**, לעיל הערה 8; פרשת **גלעד**, לעיל הערה 8.

101 להלן בפרק 3.2.3.2.

102 נוהל זה קובע כי ספקי תוכן ושירותים כגון חברות המספקות גישה לאינטרנט ואתרי אינטרנט שונים המספקים שירותי תוכן יפעילו מנגנון המאפשר לבעל זכויות היוצרים להודיע לספק על ביצוע ההפרה של זכויות יוצרים ואלו יחויבו להסיר אותו או לחילופין להתריע את המשתמש כי הוא מפר זכויות יוצרים. דיון מורחב בנושא זה נמצא בפרק 3.2.3.

103 ע"א 1636/98 **רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ**, פ"ד נה(5) 337, 353 (2001).

104 לדיון נרחב במקורות להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים, עלית חשיבותה של דוקטרינת האחריות התורמת בעידן המידע ויישומה בפסיקה הישראלית והצעה למתווה להחלת הדוקטרינה של אחריות תורמת בנוגע לגורמי ביניים ראו: אורית פישמן אפורי "אחריות תורמת להפרת זכויות יוצרים בישראל: מהפורום בהר הצופים לפורום המקוון" **הפרקליט** נב 3 (2013).

אותה. הוא משמש כמעין "גורם ביניים" בשרשרת ההפרה – בטווח שבין המפר הישיר (מפר "הקצה"), לבין בעל הזכות.<sup>105</sup>

בית המשפט בחן את המקורות הנורמטיביים לאחריות תורמת בזכויות יוצרים במשפט הישראלי, וקבע כי לאחריות תורמת מעוגנת בסעיף 12 (אחריותו של משתף ומשדל) לפקודת הנזיקין החלה על העוולה של הפרת זכות יוצרים. מצד שני, נקבע כי תחולתה של דוקטרינת האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים תהיה מוגבלת, כמתחייב מתכלית החוק. חוק זכויות יוצרים מחייב איזון בין מצד אחד, גמול ליוצר שהשקיע ביצירה והבטחת תמריצים להפקתן של יצירות חדשות, ומאידך הגנה על זכויות המשתמשים והמגוון התרבותי. לפיכך, ניפסק כי דוקטרינת האחריות התורמת בזכויות יוצרים מחייבת יישום זהיר ומצומצם והיא תחול בצמצום ובאופן המוגבל למקרים חריגים תוך מיזעור הפגיעה במשתמשים ובמרחב הציבורי.<sup>106</sup> על יסוד ניתוח נורמטיבי זה הגדיר בית המשפט את התנאים לתחולת הדוקטרינה.

על מנת שתחול אחריות תורמת על הנתבעת, יש לבחון את קיומם של שלושה תנאים מצטברים :

- **קיומה של הפרה ישירה בפועל.**<sup>107</sup> חשוב להדגיש כי בפסיקה שניתנה לאחרונה בעניין **טלראן**,<sup>108</sup> קבע בית המשפט העליון כי במתן כלים להפרה לכאורה על-ידי הספק, לא מתקיימת הפרה ישירה, ובאין הפרה ישירה לא תתקיים הפרה תורמת. בפרשה זו, מכרה טלראן כרטיס מפענח שידור מקודד וכאמור, בית המשפט לא מצא במכירה משום הפרה תורמת, שכן הצפיה בשידור באמצעות הכרטיס לא היתה הפרה של זכות יוצרים. בית המשפט פסק :

לקוחותיה של טלראן צפו במשחקים, אך לא שידרו אותם, ולא עשו בהם פעולה מן הפעולות שנתייחדו לבעלת הזכות. אמנם צירלטון טענה, כי" צפיה בתוכן מוגן ללא רשיון הינה כמובן הפרת זכות יוצרים" (בפסקה 37 לסיכומיה). ברם, טענה זו מוטעית : פעולת הצפיה בתוכן מוגן אינה מן הפעולות שנתייחדו לבעל זכות היוצרים בחוק, היא אינה טעונה רשיון על-פי החוק, ועשייתה אינה הפרתו של החוק. על כן לא ניתן לקבוע כי במקרה דנא נעשתה הפרה ישירה על-ידי הצופים. לפיכך, לא מצוינו שנתקיימה הפרה על-ידי גורם שלישי. במצב דברים כזה, בו לא מתקיימת הפרה ישירה על-ידי גורם שלישי, לא יכולה להתקיים הפרה עקיפה כמשמעה בחוק. שכן, כפי שבואר, תנאי הוא שעל מנת שיקבע כי התקיימה הפרה עקיפה תתקיים הפרה ישירה. נוכח האמור יש לדידי לקבוע, כי טלראן לא ביצעה הפרה עקיפה של זכויותיה של צירלטון.

- **ידיעתו של המפר-התורם על ההפרה הישירה:** בהקשר זה נפסק כי נדרשת ידיעה ממשית וקונקרטית, ולא מספיקה ידיעה קונסטרוקטיבית כללית.<sup>109</sup> יחד עם זאת, הדגיש בית המשפט כי אין צורך בידיעה קונקרטית בדבר כל עותק מפר. את הדרישה לידיעה בפועל

105 ע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פ"ד סד(3) 754, 740 (2011) (להלן: פרשת **שוקן**).

106 שיקולים שונים הנוגעים ביכולת של האוניברסיטה לפקח באופן הדוק על פעילותם של הסטודנטים, והאם ראוי שייעשה כן, הובילו את בית המשפט לקבוע כי אין להטיל אחריות להפרה תורמת על האוניברסיטה. כאמור, למרות שלילת אחריותה של האוניברסיטה הכיר בית המשפט לראשונה בדוקטרינת האחריות התורמת במשפט הישראלי, בהקשר של זכויות יוצרים. שם, בעמ' 757–759, 769–771.

107 שם, בעמ' 764. בפרשת הפרימר ליג הרחיב בית המשפט את התנאים שהותוו ביישום דוקטרינת האחריות התורמת בארצות הברית, וקבע כי לא נדרשת הפרה עיקרית על מנת שתהיה הפרה תורמת. קביעה זו נועדה להתמודד עם הקושי של תוצאה סופית שהיא עותק מדויק של יצירה שיכולה להחליף את היצירה המוגנת אך ללא קיומו של גורם אחד שהוא המפר העיקרי. מודל זה לוקח בחשבון שבסביבה דיגיטלית הנזק הכלכלי הוא לא בהכרח תוצאה של הפרות עיקריות, אלא תוצאה של פעולות הגורם המתווך שמעצים את היקף הפעילות המפרה. לאחרונה, נדחתה פרשנות זו בעניין **טלראן**, לעיל הערה 62.

108 לעיל הערה 62.

109 ליישום ההלכה ראו גם ע"א 4630/06 **שפר נ' תרבות לעם (1995) בע"מ**, תק-על(3)2012 694. ראו גם פרשת **שוקן**, לעיל הערה 105, בעמ' 769.

מנמק בית המשפט הן מנימוקי צדק והן מנימוקי יעילות (שכן, בהינתן ידיעה בפועל יכול התורם למנוע את ביצוע ההפרה).

• **קיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה:**<sup>110</sup> התרומה יכול שתהיה בכל סיוע, יעוץ, פיתוי, עידוד, ציווי, הרשאה, אישור, וכן במצבים בהם קיימת יכולת למנוע באופן אפקטיבי את קיומה של ההפרה תוך נקיטת אמצעים סבירים והדבר לא נעשה. בית המשפט מדגיש כי אף שיש צורך בתרומה ממשית, אין המדובר ב"תנאי שבלעדיו אין": די בכך שפעילות התורם מהווה חלק אינטגרלי ומשמעותי בהפרה.

הלכה למעשה דוקטורינת האחריות התורמת מאפשרת הטלת אחריות על גורמי ביניים אשר תרמו בידיעה לביצוע הפרה ישירה של זכות היוצרים בידי משתמשי קצה או עודדו אותה.

מבחינים אלו יושמו על ידי בית המשפט המחוזי מרכז בפרשת **רוטר**, תוך יישום תקדימי של מנגנון "הודעה והסרה" במשפט הישראלי.<sup>111</sup> פסק הדין דן באחריות בעלי אתר אינטרנט המהווה פלטפורמה לפורומים שונים בהם בוצעו הפרות של זכויות יוצרים על ידי גולשי האתר. הגולשים פרסמו קישורים לאתרים אליהם הועלו יצירות ללא הרשאה. בית המשפט קובע כי אין מקום להטיל על ספקי שירות חובת ניטור וסינון, שמא העלויות יהיו גבוהות מדי – הן בהיבט הכלכלי והן בהיבט החברתי, במובן של פגיעה בחופש הביטוי של המשתמשים. בית המשפט נימק זאת כך:

כך דרישת התובעים כי מנהלי אתרים ידאגו מיוזמתם לביצוע ניטור של הפורומים המופעלים באתר שקולה, מעשית, לייחוס ידיעה קונסטרוקטיבית לבעלי ולמנהלי אתרים על המתרחש בפורומים המתנהלים באתר. דרישה זו אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו בעניין האוניברסיטה העברית נ' שוקן) בו הודגש הצורך להוכיח ידיעה בפועל – להבדיל מידיעה בכוח, (והיא אף אינה רצויה מבחינה חברתית. הטלת חובה שכזו הופכת את בעלי האתרים ל"עורכים בעל כורחם" וזאת תוך שלילת האפשרות לקיומם של פורומים אינטרנטיים פתוחים, שאינם כפופים לכל סוג של צנזורה.

יחד עם זאת, בית המשפט מתייחס למצבים בהם יש להטיל חבות על בעל האתר, במצבים חריגים: מצב ראשון הינו "עידוד", דהיינו בעל אתר מעודד פרסום קישורים מפריס.<sup>112</sup> ניתן ללמוד על קיומו של עידוד לפי אופי שיווק האתר ושמו, תקנון הפורום והאמירה הכוללת לגולשים. מצב שני הינו "הפורום הפסול" – מצב בו הפורום משמש, רובו ככולו, להצבת קישורים לאתרים מפריס.<sup>113</sup> קביעה זו תיעשה על-ידי בחינת כמות הקישורים המפריס בפורום ביחס לכלל הפעילות בפורום המדובר.<sup>114</sup> למעשה, חריגים אלו מאפשרים הפסקת פעילות המסגרת בה מתקיימת הפרה בנוסף להסרת תוכן מפר. חשוב לציין כי כל עוד לא הוכחו החריגים, לא תוטל אחריות על גורמי ביניים בגין הפרות שנתבצעו בעמודים שונים. כמו כן, לא מוטלת חובת איתור עצמאית על בעל אתר בנוגע לתכנים מפריס שהועלו על ידי משתמשים, ויש ליידעו על כך באמצעות הודעה כחלק מהנוהל.<sup>115</sup>

כלומר, במסגרת בחינת אחריות תורמת הפסיקה בישראל אימצה בפועל את המסגרת המשפטית של "ההודעה והסרה" כעקרון מנחה להטלת אחריות על גורמי ביניים. על פי עקרון זה אין להטיל

110 שם. למעשה, פסיקה מאוחרת מלמדת כי נדרשת תרומה משמעותית ביותר, שתהווה כמעין הרשאה להפרה המדוברת. ת"א (מחוזי ת"א) 1738/07 שרים קריוקי בע"מ נ' דיוה גרופ בע"מ, תק-מח 2012 (1) 6907.

111 לעיל הערה 8.

112 שם, בפס' 56.

113 שם, בפס' 57.

114 בנוסף, נקבע כי נשמטת הקרקע תחת ההגנה בנוהל "הודעה והסרה", כאשר בנוסף לפורום פסול, נמצא כי החומר המפר אושר על-ידי בעל האתר. להרחבה ראו ת"א (שלום ראשלי"צ) 14605-09-10 כסלו נ' דגן, תק-של 2013 (3) 45756.

115 פרשת **לב ארי**, לעיל הערה 91.

אחריות להפרת זכות יוצרים על בעל אתר שלא ידע עליה, וכאשר נודע לו עליה הסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה.

דוקטרינת ההפרה התורמת יושמה בעוד מספר מקרים בעניין אחריותם של גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשים.<sup>116</sup>

בפרשת **בלומברג** אשר נדונה אף היא בבית המשפט המחוזי בתל אביב, עסק בית המשפט בשאלת קיומה של הפרה תורמת על ידי מפעילי האתר Unidown, אשר מאפשר לגולשים האזנה ישירה ליצירות מאתר YouTube תוך מתן אפשרות להורדת היצירות מאתרים שונים.<sup>117</sup> בית המשפט קבע כי מדובר בהפרה תורמת תוך יישום מבחני פרשת **שוקן**,<sup>118</sup> תוך שהוא מצייין כי בנסיבות העניין התקיימה הפרה ישירה על ידי משתמשי הקצה באתר Unidown, הוכח כי קיימת ידיעה של מפעילי אתר Unidown לגבי השימוש המפר וכן מדובר בתרומה משמעותית לביצוע ההפרה, תוך שאתר Unidown יצר את התשתית לביצוע ההפרה. בהמשך לקביעה זו, הורה בית המשפט על פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק בסך של 150,000 ש"ח וכן הורה למפעילי האתר ובעליו על סגירתו ועל תשלום פיצויים. בנוסף, ובאופן תקדימי ודרמטי, הורה בית המשפט לספקיות הגישה לחסום את הגישה לאתר, תוך דחיית הטענות כי יש לכלל הפחות להשית את ההוצאות והעלויות הכרוכות בתהליך חסימת האתר על התובעות. יחד עם זאת, קבע בית המשפט כי ככל שתגרמנה הוצאות מיוחדות כתוצאה מההוראה לסצע חסימה של האתר, הרי שהדרך פתוחה בפני הספקיות לשוב ולפנות לבית המשפט בבקשה להחזרת הסכומים המתאימים.<sup>119</sup> בהתייחסו להעדר סעיף בדין הישראלי המתיר לבית המשפט להורות לספק שירותי אינטרנט לנתק משירות גורם המשתמש בשירותים אלו לשם הפרה (ישירה או עקיפה), קבע בית המשפט כי "קצב תיקוני החקיקה בתחום זכויות היוצרים, ביחס להשפעות הניכרות של ההתקדמות הטכנולוגית העכשווית וההתקדמות התקשורתית איטית במיוחד", ולכן בחר הלכה למעשה בדרך של חקיקה שיפוטית.<sup>120</sup>

בעקבות פרשה זו הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב מספר ימים לאחר מכן, תביעה על ידי ארגון זיר"ה לקבלת צו ארעי החוסם את שירות Popcorn Time.<sup>121</sup> בעניין **זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' פלוני אלמוני** התביעה לצו ארעי אשר הוגשה במעמד צד אחד התקבלה, אך בוטלה ביולי האחרון, כאשר בית המשפט פסק כי יש לפעול בזהירות רבה בקביעה על חסימת שירות, בטרם התבררו זכויות המבקשות והמשיב. יתרה מזאת, בהתייחסו לפרשת **בלומברג**, קבע בית המשפט כי בניגוד לנסיבות פרשת **בלומברג**, הרי שבנסיבות המקרה בהן לא ידועה זהותו של המשיב המפעיל את האתר וקיים ספק באשר ליכולתו של ארגון זיר"ה לאתר, מאזן הנוחות מחייב המנעות מחסימת האתר ופגיעה אפשרית בחופש הביטוי.<sup>122</sup>

116 דנ"א 5004/11 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, תק-על 2011(3) 3836; פרשת **שוקן**, לעיל הערה 105; ת"א (מחוזי י-ם) 6306/04 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' מפלגת העבודה הישראלית, תק-מח 2007(2) 5367; פרשת **רוטר**, לעיל הערה 8; פרשת **פרימייר ליג**, לעיל הערה 61; ת"א (מחוזי מר') Nav N Go Kft 10695-09-09 נ' **גולצמן** (פורסם בנבו, 6.9.2011); פרשת **גלעד**, לעיל הערה 8; פרשת **על השולחן**, לעיל הערה 8; ת"א (שלום ת"א) 75443/04 **ידיעות תקשורת בע"מ נ' גודוביץ**, תק-של 2008(1) 19320.  
 117 לעיל הערה 3.  
 118 לעיל הערה 105.  
 119 פרשת **בלומברג**, לעיל הערה 3, בפס' 68.  
 120 שם, בפס' 67.  
 121 לעיל הערה 93.  
 122 שם, בפס' 5.

## 3.2.3.2. נוהל הודעה והסרה

נוכח פוטנציאל האחריות של גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות, והסכנה שהטלת אחריות גורפת תפגע באינטרס הציבורי ותמנע התפתחות שירותים אינטלקטביים ברשת, נוצר הצורך להגביל את אחריותם של גורמי ביניים.

בארצות הברית התפתח נוהל "הודעה והסרה" בחוק הפדראלי Digital Millennium Copyrights Act (DMCA) אשר אומץ לאחר פרשת Netcom.<sup>123</sup> בפרשה זו נקבע כי יינתן פטור מאחריות לבעלי אתרים בתנאים מסוימים – עמידה בנוהל "הודעה והסרה" (Notice and Takedown). בית המשפט המחוזי הפדרלי בצפון קרוליינה קבע כי ספק שירותי אינטרנט, המשמש להעברת עותקים מפריים של יצירה, ייחשב כמשתתף בהפרות, במידה והוא יכול למנוע את אותן הפרות על ידי נקיטת אמצעים פשוטים, ואינו נוקט באמצעים אלו. בעקבות פסק הדין ופסקי דין נוספים<sup>124</sup> נוצרה אי וודאות משפטית ביחס לאחריות של גורמי ביניים. עקב כך אומץ הסדר חקיקתי ב-DMCA<sup>125</sup> שקבע באופן מפורט את היקף האחריות של גורמי הביניים. החוק יצר "נמל מבטחים" לגורמי ביניים המותנה במתן אפשרות לבעל זכות יוצרים להתלונן על הפרת הזכות. בעת קבלת ההודעה, על בעל האתר מוטלת האחריות להסיר את החומר המפר. החוק מגדיר נוהלים מדויקים להפעלת הנוהל, לרבות סוג ההודעה, ההצהרה הנדרשת, נהלי ההסרה והחזרת החומר לאתר במקרה של תגובת המפר לכאורה ואי נקיטת הליכים משפטיים על ידי המתלונן (ראה להלן).

בישראל פותח נוהל "הודעה והסרה" על ידי הפסיקה. ביהמ"ש בישראל בערכות הנמוכות אימצו את העיקרון לפיו אין להטיל אחריות על מנהלי פורומים ואתרי אינטרנט בגין תוכן מזיק שפורסם על ידי משתמשי הפורום אם לא ידעו על הפגיעה ומרגע שנודע להם פעלו להסרת החומר המזיק.<sup>126</sup> פסק הדין הראשון בישראל שדין באחריות אתר אינטרנט להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשים, עסק בתביעה של המגזין ואתר האינטרנט "על השולחן" כנגד רשת "אורט" בגין הפרת זכות יוצרים במתכונים שהועתקו המגזין שבעלותה ופורסמו על ידי גולשים בפורומים של אתר רשת החינוך "אורט". בעניין **על השולחן** השאלה האם רשת אורט כמנהלת פורום באינטרנט, אחראית להפרת זכויות יוצרים בידי הגולשים בפורום. בית המשפט פסק כי:

מקרה שבו ביהמ"ש משתכנע, כי בעל אתר האינטרנט לא ידע על הפרת זכויות היוצרים, וכאשר נודע לו על כך, הסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה, אין מקום להטיל על בעל האתר אחריות לאותה הפרה.

פסיקה זו הושפעה מההלכה לעניין אחריות מנהלי פורום ללשון הרע שפורסמה בידי גולשים (הלכת בורכוב) שאימצה את נוהל "הודעה והסרה".<sup>127</sup> "על פי נוהל זה, מנהלי אתרי אינטרנט לא ישאו באחריות לעוולה שבוצעה בפורומים ע"י הגולשים, כאשר ברגע שנעשתה פנייה ישירה אליהם בנוגע לחומר החשוד כמפר זכות כלשהיא, הם הסירו אותו תוך זמן סביר מקבלת ההודעה על כך."<sup>128</sup> מנגנון ה"הודעה והסרה" מתיישב גם עם דוקטרינת האחריות התורמת בזכויות יוצרים אשר אומצה כאמור על ידי בית המשפט העליון בדין הישראלי בפרשת **שוקן**. בהקשר זה תחול על גורם

Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Comm'n Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995) 123  
 Playboy Enters., Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993); Sega Enters. Ltd. v. MAPHIA, No. 124  
 CIV. A. 93-4262 CW, 1997 WL 337558 (N.D. Cal. June 9, 1997)  
 לעיל הערה 6. 125  
 ראו פרשת **גלעד**, לעיל הערה 8; פרשת **על השולחן**, לעיל הערה 8; 126  
 ראו ת.א. (כ"ס) 7830/00 **בורכוב ארנון נ' פורן אלישי** (פורסם בנבו 14.7.2002). 127  
 על השולחן, לעיל הערה 8. 128

ביניים אחריות רק בדיעה. לכן אם נמנע מנהל האתר מלהסיר את החומר המפר לאחר שנודע לו עליו יישא באחריות. יישום עקרון זה במסגרת דוקטרינת האחריות התורמת ניתן למצוא בפרשת **רוטר**.<sup>129</sup> בפסק הדין נקבע כי אחריותו של בעל אתר להימצאות קישור באתר לחומר מפר המצוי באתר אחר, מותנית בכך שנמסרה לבעל האתר התראה על הימצאות הקישור באתר שבבעלותו, והוא נמנע מלפעול לגביה בהתאם לנוהל של "הודעה והסרה".<sup>130</sup>

פסיקות נוספות של בית המשפט עיגנו את נוהל ההודעה וההסרה בישראל.<sup>131</sup> דוגמא לכך היא פסק הדין בעניין **גולצמן**,<sup>132</sup> ובו קיבלה השופטת באופן כללי את נוהל ה"הודעה והסרה". אך באותו מקרה, הוחלט כי גורם הביניים אחראי בגין תכנים מפרי זכות יוצרים שהועלו לאתר, זאת כיוון שההפרה לא בוצעה על ידי גולש אנונימי, אלא על ידי כתב השותף בניהול האתר.<sup>133</sup> מקרה מעניין נוסף אשר נדון בבית המשפט הוא מצב שבו המפר פועל מטעם המדינה. בפרשת **ברזל** נדון שימוש בשיר המפר זכויות יוצרים, ובית המשפט חייב את משרד החינוך בתשלום פיצויים למרות השימוש הראוי בנוהל "הודעה והסרה".<sup>134</sup> הסיבה לכך היתה העובדה שעובדי המשרד הם אלו שהעלו את החומר המפר, בניגוד למשתמשים פרטיים שאינם בשליטת בעלי האתר.

לעומת החלת נוהל "הודעה והסרה" על גורמי ביניים שהם בעלי אתרי אינטרנט, הרי שלא ברור מפסיקות בית המשפט האם ניתן להחילו על ספקי אינטרנט, ונראה כי קרבת האחריות של הספק רחוקה יותר מזו של בעל האתר. מצד אחד ספקי אינטרנט יכולים באופן טכני לחסום את הגישה לאתרים רבים באופן אפקטיבי למספר גדול של משתמשים. מצד שני, מכאן גם החשש להגבלת יתר של חופש הגישה למידע, וחופש הביטוי.<sup>135</sup>

### 3.3. הפרת זכויות יוצרים משפט משווה

#### 3.3.1. ארצות הברית

#### 3.3.2. חקיקה

בשנת 1996 חוקק הקונגרס האמריקאי את סעיף 230 ל- Communications Decency Act of 1996 (CDA),<sup>136</sup> הקובע כי ספק שירותים אינטראקטיביים או משתמש קצה לא ייחשבו כמוציאים לאור או כדוברים של תוכן שמקורו בספק תוכן אחר.<sup>137</sup> למשל, בעוד עיתונים מקוונים נושאים באחריות לתוכן המאמרים שמתפרסמים, ברוב המקרים הם אינם אחראיים על תגובות הגולשים למאמרים

129 לעיל הערה 8.  
 130 שם, בעמ' 16.  
 131 פרשת **על השולחן**, לעיל הערה 8; פרשת **גלעד**, לעיל הערה 8.  
 132 לעיל הערה 116.  
 133 שם, בעמ' 15.  
 134 ת"א (שלום י-ם) 10488-07 **ברזל נ' משרד החינוך התרבות והספורט** (פורסם בנבו, 17.4.2011). למקרה נוסף בו הוטלה אחריות על המדינה, ראו ת"א (שלום י-ם) 5792/09 **גבאי נ' מדינת ישראל – החשב הכללי משרד האוצר**, תק-של 53766 (1)2012.  
 135 לסכנות שבחסימת אתרים ראו ע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, תק-על 11721 (1)2013.  
 136 47 U.S.C. § 230 (2013).  
 137 ס' 230(c)(1) ("No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider"). להרחבה ראו, Eric Goldman, *Online User Account Termination and 47 U.S.C. § 230(c)(2)*, 2 UC IRVINE L. REV. 659, 659–63 (2012).

אלו.<sup>138</sup> באופן דומה, מנועי חיפוש המספקים קישורים לתוכן שנוצר על ידי צד ג' יהיו פטורים מאחריות.<sup>139</sup> ככלל, סעיף 230 פוטר מאחריות כל גורם שמקשר (linking) לתוכן שנוצר על ידי צד שלישי, באופן דומה לפטור שניתן לספקי אחסון תוכן בכל הנוגע לתוכן שמאוחסן אצלם במידה והוא נוצר על ידי אדם אחר.<sup>140</sup> עם זאת, הסעיף מכיל מספר חריגים לחסינות שמוקנית לגורמי הביניים, בין היתר כאשר מדובר בטענות הנוגעות לקניין רוחני.<sup>141</sup> כאשר טענות אלו נוגעות להפרות זכויות יוצרים, עומדות לגורמי הביניים טענות ההגנה המעוגנות ב"חוף המבטחים" שמספק סעיף 512 לחוק זכויות היוצרים לעידן הדיגיטלי (DMCA).<sup>142</sup>

חוק זכויות היוצרים לעידן הדיגיטלי, ה-DMCA, אשר נחקק בשנת 1998, עיגן בחוק משטר אחריות של "הודעה והסרה" (Notice and Takedown) המחייב את גורמי הביניים הפועלים ברשת האינטרנט לפעול להסרת החומר הנטען כמפר מיד עם קבלת הודעה בהתאם להוראות החוק. חלקו השני של החוק פוטר את גורם הביניים מאחריות לפעילות מפרה שבוצעה על ידי משתמשי הקצה, ובלבד שעמד בתנאים המצטברים שמנתקים את הזיקה בינו לבין החומר המפר.<sup>143</sup> גורמי ביניים יהיו פטורים מאחריות לשורה של פעולות החוסות תחת החוק, כגון ניתוב (Routing) אחסון (Hosting), שמירה זמנית (Caching) וקישורים (Links), ובלבד שעמדו בתנאים המצטברים שנקבעו בסעיף 512(c) לחוק:<sup>144</sup>

INFORMATION RESIDING ON SYSTEMS OR NETWORKS AT DIRECTION OF USERS.—

- (1) IN GENERAL.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider—
- (A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;
- (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
- (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;
- (B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service

---

Hadley v. GateHouse Media Freeport Holdings, Inc., No. 12 C 1548, 2012 WL 2866463, \*2 (N.D. Ill. July 10, 2012) 138  
 ש.ם. 139  
 ש.ם. 140  
 סי' 230(e)(2) ("Nothing in this section shall be construed to limit or expand any law pertaining to intellectual property") 141  
 לעיל הערה 6. 142  
 Title II לחוק זה. 143  
 היקף תחולתה של החסינות על פי ה-DMCA שנוי במחלוקת המתנהלת בשנים האחרונות בבתי המשפט. ראו 144  
 לאחרונה *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 940 F.Supp.2d 110 (S.D.N.Y. 2013) (להלן: פרשת *Viacom* 2013).



- provider has the right and ability to control such activity; and
- (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.<sup>145</sup>

סעיף 512(c) מציב ארבעה תנאים מצטברים בהם צריך לעמוד גורם הביניים כדי לזכות בהגנת החוק: ראשית, גורם הביניים צריך להיות "ספק שירות" (service provider). אמנם הגדרת החוק למושג זה היא עמומה, אך המושג קיבל פרשנות מרחיבה בפסיקה וכיום הוא מכסה מגוון רחב של שירותים אינטרנטיים, כגון אתרי אינטרנט המכילים תכנים או קישורים, מנועי חיפוש וספקיות אירוח. שנית, החוק פוטר מאחריות גורם ביניים ש"מאחסן" חומר מפר בהתאם להוראתו של המשתמש. החוק מקנה חסינות גם לפעולות כגון ניתוב (routing), שמירה זמנית (caching) וקישורים (links). כפי שנקבע בפרשת *UMG 2011*, החוק יוצא מנקודת הנחה שלמשתמשים ישנה גישה אל החומר שמופיע באתרי האינטרנט, ובפרט האתרים מאפשרים גישה אל החומר. הגבלת ההגנות שמעניק החוק לשירותי אחסון גרידא, תאיין למעשה את תוקפו. משכך הגנת החוק אינה מוגבלת לגורמים המאחסנים את המידע, אלא גם לאלו המעבירים אותו בצורה אוטומטית באופן שבו הוא יותר נגיש לציבור.<sup>146</sup> גם בעניין *Viacom 2010* נקבע כי היקף הפעילות של גורם הביניים עליה מגן החוק אינה מוגבלת לשירותי אחסון. הגורם יאבד את הגנת החוק רק במקרים בהם פעולותיו חורגות מגבולות "אחסון ושימושים קרובים" (storage and allied functions), הכוללים גם אתרים המקשרים אל המידע כאמור.<sup>147</sup> שלישית, לגורם הביניים אסור שתהיה ידיעה ממשית על ההפרה, ואסור שתהיה לו ידיעה על עובדות או נסיבות שמעידות על קיומה של הפרה. האחרון נקרא גם סטנדרט ה-red flag.<sup>148</sup> ככלל, לגורם הביניים אין אחריות כללית לנטר את האתר או לחפש אחרי חומרים מפריים,<sup>149</sup> אולם כאשר הוא מודע לחומר המפר חלה עליו החובה להסירו או למנוע גישה אליו.<sup>150</sup> רביעית, גורם הביניים מחוייב למנות אדם שייטפל בתלונות הציבור על חומר מפר.<sup>151</sup> אי-עמידה בתנאים הקבועים בחוק אינה, כשלעצמה, עילה לחיוב גורם הביניים. החוק מספק "חוף מבטחים" (safe harbor) לגורם הביניים, אולם כדי לחייב גורם שאינו עומד בתנאי החוק נדרשת הוכחה לכך שהתבצעה הפרה, וייתכן שאף עומדות לו טענות הגנה מסורתיות בדיני זכויות יוצרים, כגון טענת "שימוש הוגן" ביצירה על ידי המשתמשים.<sup>152</sup> כך למשל, בית המשפט פסק במספר פרשיות כי מכיוון שמנויי טלוויזיה, בכבלים או בלוויין, רשאים לצפות בתוכניות הטלוויזיה במועד

	.17 U.S.C. § 512(c)(1) (2013)	145
UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 667 F.3d 1022, 1033 (9th Cir 2011), <i>superseded by</i>		146
	.718 F.3d 1006 (2013)	
Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc., 718 F. Supp. 2d 514, 527 (S.D.N.Y. 2010), <i>aff'd</i> , 676 F.3d 19 (2d Cir.		147
	.2012)	
; ראו למשל <i>Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.</i> , 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012) (להלן: פרשת <i>Viacom 2012</i> );		148
פרשת <i>UMG 2011</i> , לעיל הערה 146.		
	.17 U.S.C. § 512(m) (2013)	149
	.§ 512(c)(1)(A)(iii)	150
§ 512(c)(2); Perfect 10, Inc. v. Yandex N.V., No. C 12-01521 WHA, 2013 WL 1899851, **7-8 (N.D. Cal.		151
	May 7, 2013)	
Jane C. Ginsburg, <i>Copyright 1992-2012: The Most Significant Development?</i> , 23 FORDHAM INTELL. PROP.		152
	.MEDIA & ENT. L.J. 465, 494 (2013)	

לפי בחירתם (time shifting), מגינה דוקטרינת השימוש ההוגן על חברות המספקות טכנולוגיות שמאפשרות ללקוחות להקליט את התוכניות. בשנת 2008 נפסק כי חברת הכבלים Cablevision פטורה מאחריות בגין הפרות זכויות יוצרים שהתבצעו באמצעות שירות ההקלטה אשר הציעה למנוייה (Remote DVR). מכיוון שצפיית המנויים בתוכניות במועד לפי בחירתם חוסה תחת הגנת השימוש ההוגן, חברת הכבלים המסייעת להם בכך אינה נושאת באחריות.<sup>154153</sup>

מאז חקיקתו ספג חוק ה-DMCA ביקורות רבות בטענה ש'האפקט המצנף' שהוא יוצר גורם ליותר נזק מתועלת, שכן השימוש בו הורחב מעבר להגנה על זכויות יוצרים.<sup>155</sup> מחקרים אחדים מצביעים על הפגמים ביישומו של נוהל ההודעה וההסרה, וטוענים כי הוא פוגע יתר על המידה בחופש הביטוי ברשת, מקשה על המחקר האקדמי, מסכן את השימוש ההוגן ביצירות ומונע תחרותיות והמצאות חדשות.<sup>156</sup>

### 3.3.3. פרשנות החוק בפסיקה

#### 3.3.3.1. אחריות ישירה ואחריות עקיפה

הפסיקה האמריקאית בוחנת את אחריותם של גורמי ביניים על פי שתי דוקטרינות משפטיות מרכזיות – אחריות ישירה ואחריות עקיפה.<sup>157</sup> אחריות ישירה להפרת זכויות יוצרים תחול כאשר נעשה ביצירה אחד השימושים הנתונים באופן בלעדי לבעל היצירה - העתקה; עשיית יצירה נגזרת; הפצה; ביצוע פומבי.<sup>158</sup> בעניין *Netcom* קבע בית המשפט כי אחריות ישירה מצריכה קשר של גרימה (Volition) בין גורם הביניים ופעולת ההעתקה המהווה הפרת זכויות היוצרים. ספק אינטרנט שמפעיל מערכת אוטומטית ולא מתערב בהפרה – לא יישא באחריות ישירה להפרה.<sup>159</sup> קביעה זו עוגנה גם בפסיקות מאוחרות יותר.<sup>160</sup>

לעומת זאת, כאשר פעילותו של ספק האינטרנט עצמו גורמת להפרה, הוא מפר באופן ישיר את זכויותיו של היוצר. כך למשל, בפרשת *ReDigi* הורה בית המשפט על הפסקת פעילותו של אתר מסחר אלקטרוני, המהווה פלטפורמה לשוק שניוני של יצירות מוסיקליות-דיגיטליות.<sup>161</sup> האתר מפגיש בין משתמשים המבקשים למכור קבצי מוסיקה שברשותם לבין אלו המעוניינים לקנות קבצי מוסיקה "ייד שניה", ומספק את הטכנולוגיה להעברת היצירות מהמוכרים אל הקונים. כיוון שבעצם הפעלתה

.Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008)	153
לעומת זאת, בפרשת <i>Aereo</i> , חברה המציעה למנויה להשכיר אנטנה המאוחסנת במחסני החברה המאפשרת הקלטת שידורים וצפייה בהם במועד מאוחר יותר, נפסק על ידי בית המשפט העליון האמריקאי כי פעולותיה של חברת <i>Aereo</i> מהוות ביצוע פומבי, וכי הן דומות באופן מהותי לשדורי משנה של חברות הכבלים – קליטת תוכניות ששודרו לציבור והעברתן למנויי החברה. (2014). American Broadcasting Cos. V. Aereo.	154
Timothy Cahn & Ryan Bricker, Rough Justice: Extending the DMCA's Self-Policing "Take-Down" Model Beyond Copyright Law (2012), <a href="http://digitalcommons.law.ggu.edu/iplaw/11">http://digitalcommons.law.ggu.edu/iplaw/11</a> ; Jennifer M. Urban & Laura Quilter, <i>Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act</i> , 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 621 (2006)	155
Fred Von Lohmann, Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA (Feb. 2010), <a href="https://www.eff.org/files/eff-unintended-consequences-12-years.pdf">https://www.eff.org/files/eff-unintended-consequences-12-years.pdf</a>	156
.Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc., 676 F.3d 144, 151 (4th Cir. 2012); <i>Viacom 2013</i> , לעיל הערה 144;	157
17 U.S.C. §§ 106(1)–(6)	158
לעיל הערה 123.	159
פרשת <i>Cartoon Network</i> , בעמ' 131–132; Costar Grp., Inc. v. Loopnet, Inc., 373 F.3d 544, 548 (4th Cir. 2004)	160
.Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F.Supp.2d 640 (S.D.N.Y. 2013)	161

של פלטפורמה מסוג זה גורמת החברה לשכפול ולהפצת היצירה,<sup>162</sup> נפסק כי היא מפרה באופן ישיר את זכויותיו של היוצר לשכפול ולהפצה.<sup>163</sup>

בעקבות ההתפתחויות הטכנולוגיות וההבנה שהטלת אחריות ישירה איננה אפקטיבית להשגת מטרות החוק, התפתחה בפסיקה הנטייה להרחיב את מעגל האחראים להפרות זכויות יוצרים. נטייה זו באה לידי ביטוי בהחלת אחריות עקיפה להפרת זכויות יוצרים. אחריות זו חלה במצבים בהם גורם הביניים נקט במעשה או במחדל הקשורים בעקיפין למעשה ההפרה הישירה, וניתן ליחס לגורם הביניים אחריות תורמת (contributory liability), אחריות שילוחית (vicarious liability) או אחריות על פי דוקטרינת השידול (inducement liability), כפי שיפורט להלן.

### 3.3.3.2 דוקטרינת האחריות התורמת

דוקטרינת האחריות התורמת נועדה לתת מענה לבעיית המפר הישיר האנונימי, ולספק הגנה לבעלי הזכויות מפני נזק מצטבר. דוקטרינה זו השתרשה בפרשת Sony, בה נקבע כי הטלת אחריות תורמת מחייבת את קיומם של שלושה תנאים מצטברים: ראשית, קיומו של מפר ישיר (לרוב אלו משתמשי הקצה). שנית, גורם הביניים מסייע באופן משמעותי להפרה באמצעות אספקת אמצעים או עידוד ההפרה. שלישית, יש לגורם הביניים ידיעה בפועל או בכוח אודות פעילות ההפרה.<sup>164</sup>

במהלך השנים התוותה הפסיקה האמריקאית כללים מנחים בעניין הדרישה לידיעה על החומר המפר. ככלל, אם לגורם הביניים ישנה ידיעה על הפרה, הוא חייב לנקוט בצעדים פשוטים כדי למנוע או לצמצם את הפעילויות המפרות.<sup>165</sup> אולם, אין עליו חובה כללית לנטר את המערכות בצורה אקטיבית כדי לגלות פעילות זו,<sup>166</sup> וגם לא להתקין תוכנות סינון כאשר המדובר בשירותי אחסון יצירות.<sup>167</sup> קרי, ידיעה כללית על חומר מפר שנמצא אצל גורם הביניים אינה מספיקה כדי להטיל עליו אחריות לחפש את החומר ולהסירו.<sup>168</sup>

אחריות גורם הביניים חלה רק לאחר שנודע לו מהו והיכן מאוחסן החומר המפר.<sup>169</sup> הראיה החזקה ביותר לידיעה ספציפית של גורם הביניים אודות החומר המפר, היא דרישת הסרה הנשלחת אליו מבעלי זכויות היוצרים.<sup>170</sup> כך, בפרשת UMG 2013 נפסק כי גם כאשר אתר האינטרנט מנגיש בצורה נוחה יותר חומרים מפריס שהועלו אליו על ידי משתמשים הוא לא נושא באחריות, כיוון שגם במערכת זו אין לו ידיעה ספציפית אילו חומרים מפריס ואילו לא.<sup>171</sup> מכיוון שבמקרה זה כאשר סיפקו לאתר האינטרנט ידיעה על הפרות ספציפיות הוא הוריד את החומרים המפריס, הוא אינו נושא באחריות. בפסק דין זה מדגיש בית המשפט את חשיבותו של סעיף 512(m) לחוק, שקובע כי הגנות "חוף המבטחים" אינן מותנות בכך שהספקית תנטר את האתר שלה מפעילות מפרה. עוד

162 חידוש נוסף בפסק דין זה נוגע להגדרתה של פעולת השכפול (reproduction) האמורה בחוק. על פי דברי בית המשפט, יצירת עותק חדש של היצירה יש בה משום הפרה ללא תלות בקיומו של העותק המקורי. ראו דיוקו של השופט סאליבן במילות החוק – *additional material* – "it is the creation of a new material object and not an additional material object that defines the reproduction right" (שם, בעמ' 650; ההדגשות במקור).

163 שם, בעמ' 656–657.

164 *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 435 (1984)

165 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701, 729 (9th Cir. 2007)

166 Dennis S. Karjala, *International Convergence on the Need for Third Parties to Become Internet Copyright Police (But Why?)*, 12 RICH. J. GLOBAL L. & BUS. 189, 200 (2013)

167 *Capitol Records v. MP3tunes, LLC*, 821 F. Supp. 2d 627 (S.D.N.Y. 2011)

168 *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2007)

169 Ginsburg, לעיל הערה 152, בעמ' 495.

170 לעיל הערה 146.

171 *UMG Recordings v Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013)

מציין בית המשפט כי בעלי זכויות היוצרים במצב טוב יותר כדי לזהות את החומרים המפרים מאשר גורמי הביניים.

בפרשת *Viacom 2012* נדרש בית המשפט לפרשנות הדרישה ל"ידיעה ממשית" (actual knowledge) בסעיפים (A)(i) ו-(A)(ii) לחוק.<sup>172</sup> על פי דברי בית המשפט, ההבדל בין הסעיפים הינו דרישה לסטנדרט אובייקטיבי לעומת סטנדרט סובייקטיבי. קרי, אם גורם הביניים מודע באופן סובייקטיבי לקיומו של חומר מפר על פי סעיף (A)(i), אזי קמה לו חובת ההסרה הקבועה בסעיף (A)(iii), גם אם לא נשלחה אליו הודעה על החומר המפר.<sup>173</sup> לעומת זאת, סעיף (A)(ii) מציב סטנדרט אובייקטיבי, הבוחן האם ידיעה של עובדות מסוימות הייתה גורמת להפרה להיות "נראית לעין" (apparent) עבור האדם הסביר.<sup>174</sup> בפרשת *UMG 2013* מאמץ בית המשפט אבחנה זו, וקובע כי גם האחריות המוטלת על גורם הביניים במקרה של ידיעה על נסיבות או על עובדות שמעידות על קיומה של הפרה (סטנדרט ה-Red flag), תבחן ברובד הסובייקטיבי וברובד האובייקטיבי.<sup>175</sup>

בפרשת *MP3Tunes 176* הנאשמת הפעילה מערכת שמאפשרת למשתמשים לאחסן קבצי מוסיקה בענן, וגם מערכת נוספת בדמות מנוע חיפוש, המאפשרת למשתמשים לחפש יצירות באינטרנט ולהעבירן לענן הפרטי שלהם (Cloud). לנתבעת נשלחו מכתבים המפרטים את שמות האתרים מהם נלקחו יצירות והועברו על ידי המשתמשים לענן, תוך דרישה להסיר את השירים מהענן של המשתמשים. כיוון שהנאשמת ניהלה מעקב אחרי המקורות וכתובות האינטרנט מהם יובאו השירים, פסק בית המשפט כי האינפורמציה שניתנה לה במכתבים מספיקה כדי לאפשר לה למצוא את החומר המפר בענני המשתמשים ולחסום את גישה אליו. יתרה מכך, נפסק כי כאשר גורם ביניים מספק מערכת לחיפוש ולאחסון יצירות שמוגנות בזכויות יוצרים בתאים פרטיים, חלה עליו חובה לעקוב אחר המקורות וכתובות האינטרנט מהן נלקחות היצירות, והוא מחויב להסיר חומר כזה בהינתן מכתב תלונה.<sup>177</sup> במקרה זה הנתבעת תרמה להפרה כיוון שלא חסמה את הגישה לחומרים המפרים אליהם נשלחו המכתבים, שכן הייתה לה ידיעה ממשית על החומר המפר.<sup>178</sup>

### 3.3.3.3. אחריות שילוחית

דוקטרינת האחריות השילוחית מציבה שני תנאים לאחריות גורם הביניים, לצד קיומו של מפר ישיר: ראשית, לגורם הביניים ישנה זכות ויכולת לשלוט במפר הישיר. שנית, לגורם הביניים ישנו רווח כלכלי ישיר מפעולת ההפרה הישירה.<sup>179</sup>

בשאלת הזכות והיכולת של גורם הביניים לשלוט במעשה ההפרה, הבחינה הרלוונטית אינה האם לספקית יש זכות ויכולת לשלוט במערכת אותה היא מפעילה, אלא האם יש לה הזכות והיכולת לשלוט במעשה ההפרה עצמו.<sup>180</sup> נוסף על כך, בית המשפט מציין כי כוונת המילים "זכות ויכולת לשלוט" הינה יותר מהיכולת להוריד או להסיר את החומר שנמצא באתר, ויש לספק לו ידיעה

172 לעיל הערה 148.

173 שם, בעמ' 42.

174 שם, בעמ' 30–31.

175 לעיל הערה 171.

176 לעיל הערה 167.

177 שם, בעמ' 642–643.

178 שם, בעמ' 648–649.

179 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

180 *Io Grp., Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 586 F. Supp. 2d 1132, 1151 (N.D. Cal. 2008); *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 1110 (W.D. Wash. 2004)

ספציפית על החומר – כפי שפורט לעיל בעניין ה"ידיעה" על החומר המפר. <sup>181</sup> כלומר, כדי שתהיה לספקית יכולת לשלוט בהפרה מחויבים בעלי הזכויות לספק אינפורמציה ספציפית על החומר המפר, ובפרט לא מספיקה הודעה על הפרה כללית המצויה באתר. <sup>182</sup>

הרווח הכלכלי הישיר מפעולת ההפרה יכול שיהיה באמצעות פעולת החברה עצמה, או במקרים בהם ברור כי הכנסות האתר תלויות בפעילות מפרה שמתבצעת בו. <sup>183</sup> כך, בעניין *ReDigi*, חברה המקבלת תמלוגים על סחר ביצירות באמצעות פלטפורמה למכירת "יצירות משומשות", לחברה רווח פיננסי ישיר מההפרה, ולכן היא תורמת להפרה. <sup>184</sup> גם בפרשת *Fung* נפסק כי הכנסות שמפיק אתר אינטרנט מפרסומות יכולות לעמוד בדרישה של "רווח פיננסי ישיר", אם הכנסות אלו משמעותיות וצפויות. במקרה זה המפרסמים בוחרים לפרסם באתר בגלל כמות החומרים המפריים שיש בו, והכנסות האתר תלויות במספר ה"כניסות" (Clicks) לפרסומות על ידי המשתמשים. בנוסף, בעלי האתר גם פונים אל מפרסמים ומציעים להם לפרסם באתרם, תוך הצבעה על כמות תוכניות הטלוויזיה והסרטים אותם חיפשו המשתמשים באתר. <sup>185</sup> כיוון שכך, ברור כי הכנסות האתר תלויות בפעילות מפרה שמתבצעת בו, ולבעלי האתר רווח כלכלי ישיר ממעשה ההפרה.

לעומת זאת, בפרשת *Flava* קובע בית המשפט כי אתר בו מופיעים קישורים ליצירות מוגנות, אך הוא לא מעודד משתמשים להיכנס אליהם וגם אין לו רווח פיננסי ישיר מהכניסה אליהם, אינו אחראי להפרה. במקרה זה *MyVidster* מציגים קישורים שהעלו משתמשים, המפנים לקבצי סרטי חברת *Flava* שהועתקו לשרת כלשהו. לחיצה על הקישור תיצור קשר עם השרת, כך שהצפייה בסרט תהיה בתוך "מסגרת" של *MyVidster* בעודו מאוחסן על השרת עצמו. מכיוון שלא ניתן להצביע על רווח ישיר של בעלי האתר מפעולת הצפייה בתכנים מפריים, לא הוטלה אחריות שילוחית על בעלי האתר. <sup>186</sup>

#### 3.3.3.4 דוקטרינת השידול

דוקטרינת השידול אומצה בפרשת *Grokster*, שם נפסק כי גורם ביניים עלול לחוב באחריות בגין שידול (Inducement) אם יש בפעולותיו משום עידוד ההפרה, והיתה לו כוונה לעודד הפרה. בית המשפט קבע ארבעה תנאים מצטברים לחיובו של גורם הביניים תחת דוקטרינה זו: קיומו של מפר ישיר, גורם הביניים מפיץ את החומר וגם מעודד שימוש בחומר המפר, וישנו קשר סיבתי בין עידוד ההפרה לבין ההפרה בפועל. עידוד ההפרה יכול שיתבצע בדרך של אספקת אמצעים או שכנוע. כיוון שהמודל העסקי של חברת *Grokster* נועד למשוך משתמשים המעוניינים להוריד קבצים המוגנים בזכויות יוצרים, החברה מעודדת הפרה וחבה באחריות תחת דוקטרינת השידול. <sup>187</sup> בנוסף, קבע בית המשפט כי ניתן לראות שהייתה לגורם הביניים כוונה לעידוד הפרה, במצב בו הייתה לו ידיעה בפועל

181 פרשת *MP3Tunes*, לעיל הערה 167, בעמ' 645 (requires) § v512(c)(1)(B) "right and ability to control" under something more than the ability to remove or block access to materials posted on a service provider's (website).

182 *Karjala*, לעיל הערה 166, בעמ' 199.

183 לדיון ביקורתי על הדרישה לרווח כספי ישיר בסביבת ה-Web 2.0 ובעידן ה-User-Generated Content ראו Brandon Brown, *Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 437, 450-54 (2008).

184 לעיל הערה 161.

185 *Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung*, 710 F.3d 1020 (9th Cir. 2013).

186 *Flava Works, Inc. v. Gunter*, 689 F.3d 754 (7th Cir. 2012).

187 לעיל הערה 1.

בדבר קיומה של הפרה והוא לא נקט בפעולות מניעה פשוטות. כמו כן, בית המשפט קבע כי אפילו ידיעה על הפרה פוטנציאלית מספקת כדי שהספקית תחוב באחריות.<sup>188</sup>

בפרשת *Fung*<sup>189</sup> אישר בית המשפט לערעורים קביעה של ערכאה נמוכה יותר,<sup>190</sup> לפיה גורם ביניים המעודד את המשתמשים להשתמש בטכנולוגיית peer-to-peer כדי להוריד יצירות מוגנות בזכויות יוצרים, חייב באחריות תורמת תחת דוקטרינת השידול. בפרשה זו, הכנסות אתר אינטרנט מגיעות ממפרסמים שבחרו לפרסם בו עקב כמות החומרים המפרים הזמינים בו (למעלה מ-90%), והכנסותיו תלויות במספר ה"כניסות" (clicks) לפרסומות על ידי המשתמשים. פעולתו של האתר עומדת בארבעת התנאים שפורטו לעיל: האתר מעודד אנשים להעלות קישורים וחומרים מפרים, והעלאת החומרים נועדה כדי להפיץ אותם בקרב קהל בלתי מסוים. בנוסף, ישנה לבעלי האתר כוונה להפר זכויות וקיים קשר סיבתי בין הפעילות המפרה לבין פעולות בעלי האתר. כך למשל, כשקיימות קריאות בפורום המאוחסן על גבי הספקיות להעלות יצירות ספציפיות כדי שיהיו זמינות לכולם.<sup>191</sup>

### 3.3.4. יוזמות חקיקה

מספר יוזמות חקיקה הוצעו בשנים האחרונות בקונגרס האמריקאי, לצורך יצירת מכניזם שיאפשר לממשל הפדרלי לסגור אתרי אינטרנט שמפיצים חומר מפר. בשנת 2010 הוגש Combating Online Infringement and Counterfeits Act (COICA)<sup>192</sup>, שמעניק סמכות לגופי אכיפת החוק, ברמה הפדרלית, להשתלט על כתובת אינטרנט או אתר המואשמים בהיותם "מוקדשים לפעילות מפרה" (dedicated to infringing activity). הצעת חוק זו לא הובאה להצבעה, לאחר לחץ כבד מצד ספקיות אינטרנט וקמפיינים ציבוריים.<sup>193</sup>

בתחילת 2012 הועלו שתי הצעות חוק דומות אשר גררו התנגדות ציבורית קיצונית עוד יותר. על פי הצעות חוק אלו ניתן יהיה לדרוש מגורמי ביניים להפסיק מתן שירותים לאתרים החשודים כמפרים, וכמו כן לדרוש מגורמי ביניים לנקוט באמצעים טכניים על מנת למנוע גישה לאתרים אלו. עקב לחץ ציבורי עוכב תהליך החקיקה של הצעות החוק.<sup>194</sup> הצעת החוק הראשונה, Protect Intellectual Property Act (PIPA), הוגשה בסנאט האמריקאי במאי 2011, והצעת חוק דומה לה, Stop Online Piracy Act (SOPA)<sup>195</sup>, הוגשה בבית הנבחרים האמריקאי באוקטובר 2011. על פי הצעות החוק יידרשו מגוון ספקי שירותים אינטרנטיים לחסום את הגישה לאתרים מפרי זכויות

188 שם, בעמ' 936–937.

189 לעיל הערה 185.

190 *Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung*, 447 F. Supp. 2d 306 (S.D.N.Y. 2006).

191 והשוו פסיקת בית המשפט באוסטרליה שפטר מאחריות פלטפורמת ביטורנט דומה: *Roadshow Films Pty. v. iiNet Ltd.* (2012) 248 CLR 42.

192 *David Lindsay, ISP Liability for End-User Copyright Infringements: The High Court Decision in Roadshow Films v iiNet*, 62 TELECOMM. J. AUSTL. 53.1 (2012).

193 *Infringements: The High Court Decision in Roadshow Films v iiNet*, 62 TELECOMM. J. AUSTL. 53.1 (2012).

194 *Nate Anderson, Revised 'Net Censorship Bill Requires Search Engines To Block Sites, Too*, ARS TECHNICA (May 11, 2011), <http://www.wired.com/business/2011/05/revised-net-censorship-bill/2>.

195 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

196 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

197 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

198 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

199 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

200 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

201 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

202 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

203 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

204 *Annemarie Bridy, Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, 30 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 153, 158–60 (2012); *Andrea Peterson, SOPA Died in 2012, but Obama Administration Wants to Revive Part of it*, WASH. POST, Aug. 5, 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/08/05/sopa-died-in-2012-but-obama-administration-wants-to-revive-part-of-it>.

יוצרים, בתחומי ארצות הברית ומחוצה לה. ההצעות נוגעות לשירותי מסחר אלקטרוני דוגמת PayPal, מנועי חיפוש וספקיות אינטרנט.<sup>196</sup> לצד הניסיון לחייב בחוק גורמי ביניים לסנן, לחסום ולמנוע תוכן הנחשד כמפר, ישנן יוזמות חקיקה במתכונת של תגובה מדורגת (Graduated Response). מתכונת זו נועדה ליצור מנגנון לאיתור משתמשים העושים שימוש ביצירות ללא רישיון, זיהוי כתובתם (IP addresses) ומשלוח אזהרות באמצעות ספקי האינטרנט. מודל זה יידון בהרחבה בפרק הבא.

### 3.3.5. שיתופי פעולה

ההסדר המשפטי ב-DMCA מבקש לאזן בין האינטרס של בעלי זכויות היוצרים לבין האינטרס של גורמי הביניים, וקובע "חלוקת עבודה" ברורה למדי: בעלי הזכויות אחראים על גילוי החומר המפר, וגורמי הביניים מחויבים לטפל בחומר משעה שיש להם ידיעה עליו.<sup>197</sup> אולם, הן עקב ההתנגדויות מצד ספקיות האינטרנט להתקנת תוכנות מעקב וסינון והן עקב הקושי להסדרת תוכנות שיתוף מסוג peer-to-peer בעזרת החוק,<sup>198</sup> ממשל אובמה מעודד שיתוף פעולה פרטי בין בעלי זכויות יוצרים לבין גורמי ביניים.<sup>199</sup>

מודל שיתוף הפעולה הנפוץ בין בעלי הזכויות לבין ספקיות אינטרנט מכונה "תגובה מדורגת" (GES) Graduated Response System, בו נקבעת סדרה של פעולות שנקטות כנגד מפרי זכויות יוצרים, בהן הסנקציה המוטלת על המפר מחריפה מפעולה לפעולה. על מודל זה יכולים להיות אמונים גופים ציבוריים או פרטיים. מנגנון "תגובה מדורגת" המפוקח על ידי גוף פרטי נשען על מערכת חוזית בין הספקית לבין המשתמש, בניגוד לרגולציות והגבלות משפטיות הנקבעות באופן בלעדי על ידי המדינה.

ביולי 2011 חתמו חמש חברות תקשורת אמריקאיות גדולות על הסכם עם בעלי זכויות היוצרים, המכונה Membership of Understanding (MOU), ובמהלך השנים התעדכן תוכנו.<sup>200</sup> בליבו של שיתוף הפעולה עומדת מערכת (CAS) Copyright Alert System, שמיועדת לטפל בהפרות שמתבצעות ברשתות peer-to-peer באופן הדרגתי, כפי שיפורט להלן. אל ההסכם מצטרפים באמצעות הסכמה על תנאי השימוש עם הספקיות.<sup>201</sup>

על פי ההסכם, על בעלי הזכויות לספק לספקיות האינטרנט ראיות לקיומו של חומר מפר, והספקיות שולחות למפר שישה מכתבי הזהרה בהפרש של 7 ימים, ומחויבות להטיל סנקציות במקרה שמעשה

196 על הצעות חוק אלו ראו Michael A. Carrier, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, NW. J. TECH. & INTELL. PROP., Jan. 2013, ¶¶ 5–13.

197 Bridy, לעיל הערה 13, בעמ' 3.

198 Annemarie Bridy, *Is Online Copyright Enforcement Scalable?*, 13 VAND. J. ENT. & TECH. L. 695 (2011); Milton Mueller, Andreas Kuehn & Stephanie Michelle Santoso, *Policing the Network: Using DPI for Copyright Enforcement*, 9 Surveillance & Society 348, 357–58 (2012).

199 2010 JOINT STRATEGIC PLAN ON INTELLECTUAL PROPERTY ENFORCEMENT 17 (2010), available at [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/intellectualproperty/intellectualproperty\\_strategic\\_plan.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/intellectualproperty/intellectualproperty_strategic_plan.pdf); 2011 U.S. INTELLECTUAL PROPERTY ENFORCEMENT COORDINATOR JOINT STRATEGIC PLAN 5 (2011), available at [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ipecc\\_anniversary\\_report.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ipecc_anniversary_report.pdf).

200 MOU, לעיל הערה 12; First Amendment to Memorandum of Understanding (Aug. 25, 2011), available at <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/CCI-MOU-First-Amendment.pdf>; Second Amendment to Memorandum of Understanding (Oct. 29, 2012), available at <http://www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/CCI-MOU-Second-Amendment.pdf> (להלן: MOU 2); Bridy, לעיל הערה 13, בעמ' 27–30.

201 MOU, לעיל הערה 12; Mueller, Kuehn & Santoso, לעיל הערה 198, בעמ' 360.

ההפרה לא חדל. המכתב הראשון הינו "צעד חינוכי", ומטרתו ליידע את הלקוח על הטענה כי הוא הפר זכויות, תוך הזהרה כי יינקטו נגדו סנקציות חריפות יותר באם לא יחדל.<sup>202</sup> בשליחת המכתב השני יכולה הספקית לבחור בין נקיטת "צעד חינוכי" כאמור, לבין נקיטת "צעד הכרתי" (Acknowledgement Step). בנקיטת צעד הכרתי תיידע הספקית את הלקוח על התלונה הנוספת כנגדו באמצעות הפניה לעמוד אינטרנט ספציפי (landing page) בו תפורט ההזהרה, או על ידי הופעת חלון קופץ (pop-up) עם המסר הנדרש.<sup>203</sup>

בפעם החמישית שנשלחת הודעה ללקוח, מחוייבת הספקית ליידע את הלקוח כי אם לא יחדל מהפעילות המפרה, ואם לא יפנה להליך הערעור, ינקטו נגדו סנקציות חמורות יותר. לספקית מוקנה שיקול הדעת בבחירת הסנקציות שיאכפו מתוך רשימה של אפשרויות פעולה, ביניהן הורדת מהירות הגלישה, הפניית הלקוח לדף יצירת קשר עם בעלי הזכויות להסדרת העניין, או חסימה זמנית של שירותי הגלישה. במידה ולאחר הטלת הסנקציה הפעילות המפרה לא נפסקת, הספקית מחויבת לנקוט בסנקציות נוספות ולהודיע ללקוח שהוא עלול להתבע על הפרת זכויות או שחשבונו יחסם לחלוטין.<sup>204</sup> למקבל המכתב החמישי או השישי יש אפשרות ערעור תוך 14 יום באמצעות מנגנון חוץ משפטי,<sup>205</sup> ולרשותו עומדות שש טענות הגנה אפשריות: הראשונה, טעות בזיהוי החשבון או כתובת ה-IP. השניה, השימוש המפר נעשה שלא בידיעתו או הסכמתו של הלקוח, למשל באמצעות פריצה לרשת האינטרנט האלחוטית שלו.<sup>206</sup> שלישית, השימוש בחומר נעשה ברשות מפורשת מבעל הזכויות. רביעית, טענה "שימוש הוגן". חמישית, הטענה כי חלה טעות בזיהוי החומר המפר. שישית, הטענה כי החומר פורסם לפני שנת 1923.<sup>207</sup>

קיימות ארבע סיבות עיקריות לכדאיות שיתוף הפעולה מצד ספקיות האינטרנט: ראשית, גבולות האחריות העקיפה הינם דינאמיים ותלויים בהתפתחויות החקיקה והפסיקה, ובפרט אינם מספקים קווים ברורים לפעילות ראויה של הספקית. שנית, שיתוף פעולה עם בעלי הזכויות מסיר מהספקיות את החובה להקצות משאבים כדי להתמודד עם תביעות משפטיות כנגדן. שלישית, ישנו יתרון במשטר אכיפה המאפשר לספקיות לנהל משא ומתן עם בעלי הזכויות על הענקת זכויות גישה ליצירות מוגנות במחיר תחרותי, כדי למשוך אליהן יותר לקוחות. למשל, חברות כגון Spotify, Amazon, Netflix מתחרות אחת בשניה על האפשרות לספק ללקוחותיהן גישה נוחה לחומר מוגן בזכויות יוצרים. רביעית, הספקיות נוטות להעדיף משטר אכיפה שלא מחייב פעולות פוגעניות מידי בפרטיות הלקוחות.<sup>208</sup>

עם זאת, מכיוון שהמנגנון מוסדר על ידי מערכת חוזית, ישנו חשש שלא יהיה דיון ציבורי על התנאים להצטרפות להסכם ה-MOU או על הפרוצדורות והתנאים הקבועים בו. כיוון שה-MOU הינו הסכם בין משתמש הקצה לבין ספקית האינטרנט, יהיו כאלו שיבחרו להצטרף לספקית שחתומה על ה-

202 MOU, לעיל הערה 12, בעמ' 8-9.

203 שם, בעמ' 9-10.

204 שם, בעמ' 11-13; Bridy; לעיל הערה 13, בעמ' 30-33.

205 Bridy, לעיל הערה 13, בעמ' 33-37.

206 עוד לעניין זה ראו פסיקת בית המשפט המחוזי בווינגטון לאחרונה, לפיה כתובת IP ממנה התבצעה הורדה של חומרים מפרים אינה ראיה מספקת כדי להרשיע את אותו האדם שכתובת ה-IP הוקצתה לו, כיוון שיכול להיות שאדם אחר ביצע את הפעולה המפרה. Elf-Man. LLC v. Cariveau, No. 2:13-cv-00507, 2014 U.S. Dist. LEXIS 6453 (W.D. Wash. 2014).

207 MOU 2, לעיל הערה 200, בעמ' 5-6.

208 John M. Owen, *Graduated Response Systems and the Market for Copyrighted Works*, 27 BERKELEY TECH. L.J. 559, 566-67 (2012).



MOU ויהיו כאלו שלא, כתלות בהיצע ספקיות האינטרנט באיזור מגוריו של המשתמש. בנוסף, כיוון שמנגנון הערעור אינו מערב גופים מדיניים, קיים החשש שהוא יהפוך להיות נורמה מחייבת לכל אלו שלא תהיה להם ברירה. לכן, כך על פי הטענה, בשימוש בפרוטוקולים של "תגובה הדרגתית" המעוצבים באמצעות מנגנון חוזי, מתחדד האיום על חמישה אינטרסים ציבוריים: חופש ביטוי, פרטיות, הוגנות, פרופרציונאליות ושקיפות.<sup>209</sup>

### 3.4. הפרת זכויות יוצרים – אירופה

#### 3.4.1. דירקטיבות אירופאיות

ברמת האיחוד האירופי, המצב המשפטי בנושא אכיפת זכויות יוצרים מוסדר בעיקרי באמצעות דירקטיבות, אשר מגדירות מסגרת מעין-חוקתית של האיחוד וקובעות יעדים רצויים, אך אינן מכריעות בנוגע להסדרים החוקיים המדויקים שעל כל מדינה לאמץ כדי להגיע ליעדים אלה.<sup>210</sup> דירקטיבות רלבנטיות לנושא אכיפת זכויות יוצרים ברשת הן אלה העוסקות במסחר אלקטרוני, זכויות יוצרים והסדרת כללים לשמירת מידע אישי.

#### 3.4.1.1. הדירקטיבה על מסחר אלקטרוני

הדירקטיבה 2000/31 בנושא E-commerce שנועדה לקבוע כללים אחדים לספקי שירות מקוונים (Online Service Providers).<sup>211</sup> הדירקטיבה מגדירה את ההסדרים בנוגע לפטור מאחריות ספקים, לפי סיווג לשלושה סוגי שירות, כאשר לכל סוג שירות נקבעו תנאים מסוימים שיש לעמוד בהם כדי שספק השירות ייחנה מפטור מאחריות:

1. **Mere conduit** – ספקי שירות של העברת תקשורת בין צדדים שלישיים לא יישאו באחריות על המידע המועבר בתנאי שהם לא יזמו את ההתקשרות, לא בחרו את הנמען, ולא מתערבים, בוררים או משנים את המידע המועבר. הספקים לא יישאו גם באחריות על מידע המאוחסן בשרתייהם, כל עוד מדובר בפעולה אוטומטית הנעשית לצרכי התקשורת עצמה, ושהמידע לא מאוחסן לתקופת זמן ארוכה יותר מהנחוץ.
2. **Caching** – ספקי שירותי ביניים של איחסון מידע שהינו אוטומטי וזמני שמטרתו היחידה היא ייעול תקשורת והעברת מידע. זאת בתנאי שהספקים לא משנים את המידע, שהם עומדים בתנאים הנדרשים בנוגע לגישה למידע ולעדכנו, ובעיקר שהם נוקטים את הצעדים הדרושים כדי להסיר מידע או למנוע גישה למידע שנודע כי הוסר בנקודת המקור, או למידע שבית משפט קבע שיש להסירו או למנוע גישה אליו.
3. **Hosting** – ספקי שירות אשר מספקים שירות קבוע של איחסון מידע. ספקים אלה לא יישאו באחריות למידע המאוחסן בתנאי שאין להם ידיעה ממשית על פעילות בלתי חוקית או מידע

209 Bridy, לעיל הערה 13, בעמ' 37–38.

210 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 288, Sep. 5, 2008, 2008 O.J. (C 115) I, 172 ("A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods"); MARGOT .HORSPOOL & MATTHEW HUMPHREYS, EU LAW 166 (7th ed., 2012).

211 לעיל הערה 7, ס' 12–15.

בלתי חוקי, ושהם נוקטים את הצעדים הדרושים להסיר מידע כזה או לחסום את הגישה אליו כאשר נודע להם על פעילות בלתי חוקית.

הדירקטיבה קבעה כי אין להטיל אחריות על ספקי השירות לנטר באופן כללי את התקשורת המועברת ולפקח באופן כללי על התעבורה, גם לא כדי לעקוב אחר פעילות החשודה כבלתי חוקית.<sup>212</sup> מאידך, ניתן לדרוש מספקי השירות לספק מידע לרשויות המוסמכות, אם יש צורך בכך כדי לזהות פעילות החשודה כלא חוקית.<sup>213</sup>

#### 3.4.1.2. זכויות יוצרים

בהקשר של זכויות יוצרים, חשוב להזכיר את דירקטיבה 2001/29<sup>214</sup> שקובעת כי העתקה זמנית לצרכי העברת מידע בין צדדים שלישיים על ידי גורם ביניים לא תיחשב להפרה של זכות יוצרים.<sup>215</sup> הדירקטיבה קובעת גם כי על המדינות לאפשר הגנה של בעלי זכויות יוצרים על זכויותיהם, לאפשר הטלת סנקציות אפקטיביות על מפרי זכויות יוצרים.<sup>216</sup>

דירקטיבה נוספת היא דירקטיבה 2004/48 בנושא אכיפת זכויות יוצרים<sup>217</sup> אשר מכילה דינים בנושא סדרי דין ותרופות בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים. הדירקטיבה כוללת גם הסדר בנוגע לחובת מסירת פרטים על הפרות של זכויות יוצרים, ופרטים על חשודים בהפרה כזו.<sup>218</sup>

#### 3.4.1.3. שמירת מידע אישי

בין הדירקטיבות העוסקות בהסדרת השמירה על מידע אישי, ניתן למצוא את דירקטיבה 95/46 העוסקת בהגנה על פרטיות ומאגרי מידע.<sup>219</sup> כמו כן ניתן למצוא את דירקטיבה 2002/58 העוסקת בהגנה על פרטיות בהקשר המקוון.<sup>220</sup> הדירקטיבה קובעת כי באופן עקרוני יש להבטיח את האנונימיות של התקשורת ברשת האינטרנט. אין להרשות איסוף של מידע, מעקב או ציתות ללא הסכמת המשתמשים הנוגעים בדבר.<sup>221</sup> איסוף של מידע ללא הסכמת המשתמשים מותר רק במקרים של הגנה על בטחון הציבור, מניעה או חקירה של עבירות פליליות, הגנה על אינטרסים כלכליים חשובים של המדינות או האיחוד האירופי עצמו, הגנה על זכויות וחירויות של המשתמשים או של אנשים אחרים.<sup>222</sup>

“Member States shall not impose a general obligation on providers... to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances (indicating illegal activity)”	שם, ס' 15(1)	212
“Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage (agreements)”	שם, ס' 15(2)	213
Directive 2001/29/EC, of the European Parliament and of the Council on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, 2001 O.J. (L 167) 10		214
	שם, ס' 5(1)	215
	שם, ס' 8	216
Directive 2004/48/EC, of the European Parliament and of the Council on the Enforcement of Intellectual Property Rights, 2004 O.J. (L 195) 16		217
	שם, ס' 8	218
Directive 95/46/EC, of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, 1995 O.J. (L 281) 31		219
Directive 2002/58/EC, of the European Parliament and of the Council Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector, 2002 O.J. (L 201) 37		220
	שם, ס' 5	221
	שם, ס' 15; ס' 13 לדירקטיבה 95/46, לעיל הערה 219.	222

חשוב לציין כי דירקטיבות אלה לא עוסקות באופן ישיר בנושאי זכויות יוצרים, אך מכילות איזונים בנוגע למידע שניתן לשמור ולהעביר על משתמשים ברשת האינטרנט ועל צדדים שלישיים.

### 3.4.2. פסיקה

מספר פסקי דין של בתי דין אירופאים עסקו בסוגיית אכיפת זכויות יוצרים על גורמי ביניים. ניתן ללמוד מפסקי דין אלה על פרשנות הדינים והדירקטיבות המפורטות לעיל. בית המשפט הגבוה של האיחוד האירופי – European Court of Justice (ECJ) דן בשאלות המופנות אליו מבתי המשפט של המדינות השונות החברות באיחוד בנוגע לפרשנות של דיני האיחוד והדירקטיבות.

#### 3.4.2.1. חובת מסירת פרטי משתמש החשוד בהפרת זכויות יוצרים

בעניין *Promusicae v. Telefónica*<sup>223</sup> תבעה חברה המאגדת מפיקים ומפיצים של יצירות מוזיקליות (Promusicae) את ספקית שירותי האינטרנט Telefónica בדרישה שתחשוף מידע על לקוחותיה, אשר נחשדו בהפרת זכויות יוצרים. בידי Promusicae היו כתובות IP של לקוחות של Telefónica שהשתמשו בתוכנת שיתוף הקבצים KaZaA, והיא ביקשה לקבל פרטים נוספים על משתמשים אלה, כדי שתוכל לתבוע אותם באופן אישי. Telefónica התנגדה וטענה כי אין להטיל עליה חובה שכזו, כל עוד לא מדובר בחקירה של מעשה פלילי אלא בתביעה אזרחית. בית הדין קבע (בשנת 2008) כי החוק האירופי אינו פוסל אפשרות לפגוע באנונימיות ובפרטיות של המשתמשים כדי להגן על זכויות של צדדים שלישיים, בהן גם זכויות יוצרים. זאת, כל עוד החקיקה תהיה מידתית ותאזן בין זכויות הקניין הרוחני לזכות לפרטיות. מצד שני, מדינות האיחוד אינן חייבות לאמץ חקיקה שתאפשר העברת פרטים מזהים לבעלי זכויות יוצרים הטוענים שזכויותיהם הופרו. למעשה, נקבע שהנושא נתון להחלטה של כל מדינה.

#### 3.4.2.2. האם ניתן להטיל אחריות על גורם הביניים?

עניין *L'Oréal v. eBay* לא עסק בזכויות יוצרים, אלא בסוגיה של הפרת סימני מסחר.<sup>224</sup> עם זאת, עלתה בו השאלה של אחריות גורם הביניים במקרה של הפרה שנעשית על ידי משתמשיה. לוריאל תבעה את איביי בשל הפרות של סימני מסחר שלה שנעשו על ידי משתמשי איביי, בטענה שאיביי עצמה אחראית להפרות אלה. לוריאל ביקשה גם להוציא צווים שיחייבו את איביי למנוע הפרות דומות בעתיד.

בית הדין בדק את ההגנות הניתנות לספקי שירות מסוג hosting, לפי דירקטיבה 2000/31. נקבע כי כדי לקבל פטור מאחריות, על ספק השירות לספק שירותי hosting באופן נייטרלי, כלומר לספק שירותים טכניים, אוטומטיים של עיבוד המידע המועבר אליו על ידי לקוחותיו. אם ספק השירות מתערב במידע, משנה אותו, מספק שירותים נוספים (למשל סיוע פעיל להליך המכירה, הפרסום וכדומה) – הוא לא ייחשב כספק אינטרנט "נייטרלי" ולא יהנה מפטור מאחריות. בית הדין לא פסק בהקשר זה מה מעמדה של איביי והותיר את העניין להכרעת בית המשפט באנגליה.<sup>225</sup>

Case C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU, 2008 E.C.R. 223 I-271 (Grand Chamber)

.Case C-324/09, 2011 E.C.R. I-6011 (Grand Chamber) 224

שם, בפס' 106–117. 225

כמו כן, גם אם מדובר בספק hosting "נייטראלי", הוא יהיה פטור מאחריות רק אם לא היה מודע להפרה. הודעה מצדו של בעל זכות הקניין הרוחני לספק על כך שהתרחשה הפרה של זכויותיו עשויה להוות אינדיקציה לכך שהספק היה צריך להיות מודע להפרה, אם כי לא ניתן לטעון שכל הודעה שכזו אמורה להביא בהכרח להסרת התוכן או לפסילת הפטור של ספק השירות.<sup>226</sup>

בנוגע להוראות שניתן לקבוע לספק השירות, נפסק כי ניתן להוציא צוים האוסרים גם פעילות עתידית, ולא רק צוים הנוגעים לפעילות מפרה שכבר התרחשה. עם זאת, אסור להורות לספק השירות לנטר את כל המידע העובר דרכו, שכן הדבר עומד בניגוד לסעיף 15 של דירקטיבה 2000/31. כמו כן, יש לדאוג שההגבלות שיוטלו לא יגרמו למכשול בפני תעבורת מידע וסחר לגיטימיים. כך, למשל, ניתן להורות לספק השירות להשעות את השירות ללקוח אם נמצא כי הוא מפר באופן סדרתי את הקניין הרוחני של התובע. ניתן גם להורות לספק השירות לנקוט בצעדים שיקלו על בעלי קניין רוחני לזהות את המפרים של זכויותיהם.<sup>227</sup>

פסקי דין נוספים שעסקו בשאלת ההוראות שניתן להורות לגורמי הביניים הם פסקי הדין בעניינה של חברה בלגית לניהול זכויות שימוש של יוצרים בתחום המוזיקה ( Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL, SABAM ), בפסק הדין הראשון<sup>228</sup>. ביקשו התובעים להורות ל-Scarlet Extended SA, ספקית אינטרנט בלגית, לבצע **מראש** סינון תוכן של יצירות המוגנות בזכויות יוצרים בכדי למנוע שימוש בתוכנות שיתוף קבצים לשם הפצת יצירות אלה. בית הדין חזר על הקביעה כי אסור להטיל על הספקים חובה לבצע ניטור כללי של המידע העובר ברשת,<sup>229</sup> ועל האיזון ההכרחי בין ההגנה על זכויות הקניין הרוחני לבין הגנה על זכויות יסוד אחרות, כמו זכותם של ספקי השירות לנהל באופן חופשי את עסקיהם.<sup>230</sup> הדרישה לסינון תוכן כללי אינה מוגבלת בזמן, מכוונת גם להפרות עתידיות שלא התרחשו, ואמורה להגן גם על יצירות עתידיות שעדיין לא נוצרו. היא תפגע באינטרסים כלכליים חשובים של ספקי השירות ועלולה להיות יקרה ומסורבלת מדי להפעלה.<sup>231</sup> דרישה כזו תפגע גם בזכויות יסוד של הלקוחות והמשתמשים – הזכות לפרטיות ולהגנה על מידע אישי, וחופש הביטוי שלהם, כלומר החופש לקבל ולהפיץ מידע באופן חופשי.<sup>232</sup> כמה חודשים לאחר מכן, חזר בית המשפט על פסיקה זו בעניין Netlog, הפעם בנוגע לחובת סינון תכנים של רשתות חברתיות, כלומר בנוגע לספקי תוכן (hosting) ולא רק ספקי תשתית אינטרנט.<sup>233</sup>

לעומת פסקי דין אלה, הקובעים כי אין להחיל חובת ניטור כללית, אין ככל הנראה מניעה להוציא צו נגד אתר ספציפי או משתמש ספציפי.<sup>234</sup> זו גם עמדתו של בית המשפט האירופאי לצדק אשר קבע כי היכולת של ספקי האינטרנט ליישם אמצעים שימנעו את הפגיעה בזכויות היוצרים מצדיקה לאפשר לחייבן במקרים מתאימים לחסום גישה לאתרים בהם מתקיימת הפרה של זכויות יוצרים.

226 שם, בפס' 122.  
 227 שם, בפס' 125–144.  
 228 Case C-70/10, Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), 2011 E.C.R. I-11959.  
 229 שם, בפס' 35–36.  
 230 שם, בפס' 44–46.  
 231 שם, בפס' 47–49.  
 232 שם, בפס' 50–52; Charter of Fundamental Rights of the European Union arts. 8, 11, 2000 O.J. (C 364) 1, ; 10, 11.  
 233 Case C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV (Feb. 16, 2012), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=EN>.  
 234 כמו במקרה של פסק הדין הבריטי שבו נפסק כי ניתן להורות לספקיות אינטרנט לחסום אתר המפר זכויות יוצרים. Twentieth Century Fox Film Corp. v. Br. Telecomm. Plc., [2012] 1 All E.R. 806 (Ch. 2011).

החלטה כאמור צריכה להיות מבוססת על איזון שלוש זכויות יסוד: חופש העיסוק של ספקי השירות, תוך המנעות מהתערבות שלטונית ככל הניתן; הגנה על זכויות הקניין של בעלי זכויות היוצרים והזכות לגישה חופשית לתוכן ברשת.<sup>235</sup>

### 3.4.3. המצב במדינות השונות

במדינות אירופה השונות קיימים הסדרים שונים בנוגע לאחריות גורמי הביניים. ב-2011 פירסם הדו"ח המיוחד של האו"ם בנושא חופש הדעה והביטוי חוות דעת, ובה הזהיר מפני הטלת אחריות מוגברת על גורמי הביניים.<sup>236</sup> חוות הדעת הזהירה מפני חוקים המטילים אחריות על ספקיות אינטרנט לחסום או להסיר מידע, או לנטר ולעקוב אחר משתמשים. גם מדיניות ה"הודעה והסרה" עלולה להיות בעייתית, מכיוון שגורמי הביניים עשויים לנקוט במדיניות מחמירה של הסרה גם כאשר הדבר אינו הכרחי כדי לא להיות חשופים לתביעות. חוות הדעת מציינת את הבעייתיות העקרונית כאשר מעבירים לידיים פרטיות את האחריות להכריע בשאלה אם היתה הפרה של זכויות יוצרים.

תעשיית המדיה וארגוני זכויות יוצרים ביקשו בעשור האחרון (מ-2005 בערך) לקדם חקיקה של האיחוד האירופי ושל המדינות השונות שתקבע מדיניות של אכיפה הדרגתית (graduated response).<sup>237</sup> במסגרת מדיניות זו, משתמש המפר זכויות יוצרים באופן חוזר (repeat infringer) אמור לקבל כמה אזהרות, בכמה שלבים. כעבור מספר מסוים של אזהרות ניתן להטיל עליו סנקציות מסוימות. דוגמה מוכרת למדיניות שכזו היא מדיניות "שלוש הפסילות", לפיה משתמש צפוי לקבל שלוש אזהרות על הפרות של זכויות יוצרים שביצע לכאורה, לפני שחיבור האינטרנט שלו ינותק. מדיניות שכזו מחייבת שיתוף פעולה בין בעלי זכויות היוצרים לספקיות האינטרנט, אם כי פרטי שיתוף הפעולה יכולים להשתנות, כמו גם חלוקת העבודה וחלוקת נטל ההוצאות של מנגנון המעקב אחר המשתמשים.<sup>238</sup>

מדינות מסוימות – גרמניה וספרד, למשל – סירבו לאכוף מדיניות שכזו.<sup>239</sup> במישור האירופי ספגה מדיניות זו ביקורת ב-2010 כאשר המפקח האירופי על הגנת מידע פרסם חוות דעת לפיה מדיניות של מעקב אחר משתמשי האינטרנט בנוגע להפרות של זכויות יוצרים אינה מידתית, ועלולה להוות פגיעה חמורה בפרטיות.<sup>240</sup> גם חוות הדעת של הדווח המיוחד של האו"ם בנושא חופש הדעה והביטוי הזהירה כי ניתוק של משתמשי אינטרנט בשל הפרות של זכויות יוצרים עלול לפגוע בזכויות יסוד שלהם.<sup>241</sup>

מדינות אחרות – צרפת ובריטניה – קידמו חקיקה של "שלוש הפסילות", שבמסגרתה הוטלו חובות על ספקי האינטרנט לציית להוראות של רשויות ולחסום את הגישה לאינטרנט של משתמשים

Case C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH (March 27, 2014), 235  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=202906>

Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, 236  
*Rep.*, ¶¶ 38–43, Human Rights Council, U.N. Doc. A/HRC/17/27 (May 16, 2011) (by Frank La Rue)

Bridy, לעיל הערה 13, בעמ' 13–16; Mueller, Kuehn & Santoso, לעיל הערה 198, בעמ' 352. 237  
 Bridy, לעיל הערה 13, בעמ' 7. 238  
 שם, בעמ' 16. 239

*Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Current Negotiations by the European Union of an Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, 2010 O.J. (C 147) 1, 3–9 240  
 לעיל הערה 236, סעיפים 49–50. 241

מפרים, או לספק מידע לגופים המאגדים בעלי זכויות יוצרים בנוגע למשתמשים החשודים בהפרת זכויות יוצרים.

### 3.4.3.1 צרפת

בצרפת חוקק ב-2009 חוק ה-HADOPI (Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet).<sup>242</sup> החוק הקים רשות מנהלית, שהוסמכה לפקח על הפרות של זכויות יוצרים באינטרנט ולהזהיר משתמשים שנמצא כי הם מפרים זכויות יוצרים. לאחר שלוש אזהרות הוסמכה הרשות להורות לספקי האינטרנט לנתק את חיבור האינטרנט של המשתמש המפר לתקופה של עד שנה. בית המשפט החוקתי בצרפת פסק כי הנוסח הראשוני של החוק לא היה חוקתי מכיוון שהעניק לרשות מנהלית סמכות לפגוע בזכויות כמו חופש הביטוי של משתמשי אינטרנט. כמו כן, הסמכות שהוענקה לרשות מנהלית להעניש חשודים בהפרת זכויות יוצרים ללא הליך פלילי פגעה בדרישות חוקתיות כמו הליך הוגן, חזקת החפות.<sup>243</sup> בעקבות הפסיקה שונה החוק ונקבע כי יש צורך באישור של בית משפט כדי לבצע חסימה קבועה של משתמשי אינטרנט.<sup>244</sup>

בעלי זכויות יוצרים מוכרים רשאים לפנות לרשות שהוקמה ולדווח על חשדות להפרות זכויות יוצרים. הרשות בוחנת את הפניות ויכולה לפנות לספקי האינטרנט כדי לקבל פרטי זיהוי של המשתמשים, לפי כתובת ה-IP שלהם. הרשות יכולה לשלוח אזהרה למשתמש, באמצעות ספק האינטרנט. אם התקבלה תלונה נוספת על הפרת זכויות יוצרים שביצע המשתמש (תוך 6 חודשים ממשלוח האזהרה הראשונה) נשלחת אזהרה שנייה. תלונה שלישית על הפרת זכויות יוצרים (תוך שנה ממשלוח האזהרה השנייה) מאפשרת לרשות להעביר את חומר החקירה בנושא לתביעה הפלילית, שבוחנת האם יש מקום להגיש תביעה בגין ההפרה. במסגרת הסנקציות הפליליות על מורשע בהפרת זכות יוצרים באמצעות האינטרנט נוספה אפשרות למנוע מהמשתמש המפר גישה לאינטרנט לתקופה של עד חודש אם מדובר ברשלנות מצדו של המשתמש, ולתקופה של עד שנה אם הוכח כי מדובר בהפרה מכוונת.<sup>245</sup> כמו כן, ניתן להטיל על המשתמש קנס של עד 1500 יורו. עלות הפעלתה של הרשות מומנה על ידי ממשלת צרפת וספקיות האינטרנט.<sup>246</sup>

עד יולי 2013 הוציאה הרשות כ-2,000,000 אזהרות ראשונות, כ-200,000 אזהרות שניות, וב-710 מקרים נערכה בדיקה בעקבות תלונה שלישית על הפרה לכאורה.<sup>247</sup> עד ספטמבר 2013 רק 14 מקרים הופנו לתביעה הפלילית, ומתוכם רק בארבעה מקרים הוגשו כתבי אישום נגד משתמשים. רק במקרה אחד פסק בית המשפט כי יש לנתק את המשתמש לתקופה של שבועיים מתקשורת האינטרנט.<sup>248</sup>

Loi 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.], June 13, 2009, p. 9666	242
.Conseil constitutionnel decision No. 2009-580DC, June 10, 2009, J.O., June 13, 2009, p. 9675	243
Loi 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, J.O., Oct. 29, 2009, p. 18290	244
Alain Strowel, <i>The 'Graduated Response' in France: Is It the Good Reply to Online Copyright Infringements?</i> , in COPYRIGHT ENFORCEMENT AND THE INTERNET 147, 149-51 (Irina A. Stamatoudi ed., Bridy ; 2010), לעיל הערה 13, בעמ' 20.	245
.Rebecca Giblin, <i>Evaluating Graduated Response</i> , 37 COLUM. J.L. & ARTS 147, 155 (2014)	246
<i>Réponse graduée – Les chiffres clés</i> , HADOPI (Aug. 2013),	247
<a href="http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Chiffresreponsegraduee_aout.pdf">http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Chiffresreponsegraduee_aout.pdf</a> , Giblin, לעיל הערה 246, בעמ' 157-158.	248

דו"ח שהוכן לבקשת ממשלת צרפת ב-2013 קבע כי החוק החדש לא השיג את מטרותיו. לפי הדו"ח, נרשמה ירידה מסוימת בתעבורה של תוכנות שיתוף קבצים, אך הפעילות המפרה מתקיימת עדיין בדרכים אחרות, כמו סטרימינג והורדה ישירה של קבצים.<sup>249</sup> בעקבות מסקנות הדו"ח פורסם צו ממשלתי שביטל את האפשרות לנתק משתמש מחיבור לאינטרנט. שרת התרבות הצרפתית הודיעה כי הרשות המנהלית שעסקה בנושא תבוטל וסמכויותיה יועברו לרשויות אחרות, והסבירה שמאמצי האכיפה יופנו כעת כדי להיאבק בפיראטיות הנעשית בקנה מידה מסחרי – כלומר בעיקר נגד אתרים המפיקים רווח מהפרת זכויות יוצרים ולא דווקא נגד משתמשי הקצה.<sup>250</sup>

### 3.4.3.2. בריטניה

בבריטניה התקבל ב-2010 ה-Digital Economy Act 2010 (DEA).<sup>251</sup> החוק קבע כי Ofcom, גוף הרגולציה של שוק התקשורת, ינסח כללים בדבר הפעלת כללי ההודעה והאכיפה, וכללים בדבר חלוקת העלויות של הפעלת התוכנית. בעקבות עתירה של ספקי אינטרנט נפסק כי העלויות על הפעלת התוכנית לא יושתו רק על ספקיות האינטרנט.<sup>252</sup> ביוני 2012 פרסמה Ofcom טיוטה מתוקנת של הכללים בנושא.<sup>253</sup> הכללים אמורים היו לקבל את אישורם של הנציבות האירופית ושל הפרלמנט הבריטי לפני שייכנסו לפועל, אך מכיוון שההליך עדיין לא הושלם הם עדיין בגדר הצעה בלבד.<sup>254</sup> ההליך המוצע לא מכיל סנקציות מיוחדות נגד משתמשים מפרים, אלא בעיקר מטיל על ספקיות האינטרנט שתי חובות בהקשר של זיהוי המשתמשים המפרים: ספקיות האינטרנט מחויבות לשלוח הודעות אזהרה ללקוחות שביצעו באופן חוזר פעולות החשודות כהפרת זכויות יוצרים, ועליהן גם לספק לבעלי זכויות היוצרים רשימה אנונימית של משתמשים שקיבלו שלוש אזהרות ויותר במשך שנה. בעלי זכויות היוצרים יוכלו לבקש מבית המשפט לקבל לידיהם פרטים מזהים נוספים של משתמשים אלה כדי לפעול נגדם באמצעים משפטיים כמו תביעה אזרחית.<sup>255</sup> הוויכוח העיקרי בנוגע ליישום הכללים הוא בשאלה מי יישא בעלויות המנגנון החדש, ובאיזה היקף.<sup>256</sup>

### 3.5. הסדרה עצמית טכנולוגית: אמצעים להסרה וחסימה

בשנים האחרונות, עם התגברות מקרי הפרת זכויות יוצרים ברשת, פנו בעלי הזכויות להגן על זכויותיהם באמצעים טכנולוגיים שונים ומגוונים. ניתן לסווג אמצעים אלו לשתי קטגוריות

	שם, בעמ' 156.	249
Communiqué de presse, Ministère de la Culture et de la Communication, Publication du décret supprimant la peine complémentaire de la suspension d'accès à Internet (July 9, 2013), <a href="http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/72701/555642/file/130709_MCC%20-%20cp%20suspension%20d%27acc%C3%A8s%20%C3%A0%20internet.pdf">www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/72701/555642/file/130709_MCC%20-%20cp%20suspension%20d%27acc%C3%A8s%20%C3%A0%20internet.pdf</a> .		250
Digital Economy Act, 2010, c. 24		251
R (Br. Telecomm. Plc.) v. Sec'y of State for Culture, Olympics, Media & Sport, [2012] EWCA Civ 232, [2012] Bus. L.R. 1766 [99]-[107]		252
Ocfom, Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010 (June 26, 2012), <a href="http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/online-notice/summary/notice.pdf">http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/online-notice/summary/notice.pdf</a>		253
Giblin, לעיל הערה 246, בעמ' 167-168; <i>New Measures to Protect Online Copyright and Inform Consumers</i> , OFCOM (June 26, 2012), <a href="http://media.ofcom.org.uk/2012/06/26/new-measures-to-protect-online-copyright-and-inform-consumers">http://media.ofcom.org.uk/2012/06/26/new-measures-to-protect-online-copyright-and-inform-consumers</a>		254
שם, בעמ' 168-170.		255
Ofcom, Online Infringement of Copyright: Implementation of the ; לעיל הערה 246, בעמ' 170-171; <i>Online Infringement of Copyright (Initial Obligations) (Sharing of Costs) Order 2012</i> (June 26, 2012), <a href="http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/onlinecopyright/summary/condoc.pdf">http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/onlinecopyright/summary/condoc.pdf</a>		256

- עיקריות: (1) אמצעים אשר מגבילים את הגישה למוצר בו מאוחסן התוכן המוגן בזכויות יוצרים.  
 (2) אמצעים אשר יוצרים הגבלה על העברת המידע ברשת.

### 3.5.1. הגבלת הגישה למוצר

הגבלות אלו הינן חומות הגנה אלקטרוניות (hardware) או ממוחשבות (software), המוטבעות על האובייקט שנרכש ומונעות את האפשרות להעתיק, לשנות או לגשת אל המידע שבתוכו. כדי לשלוט במידע הדיגיטאלי משתמשים בעלי זכויות היוצרים במגוון טכנולוגיות Digital Rights Management (DRM),<sup>257</sup> שמגינות על המוצר שנרכש. לטכנולוגיות ה-DRM שלוש פונקציות מרכזיות:<sup>258</sup> הראשונה, הצפנת המידע כך שהגישה אליו אפשרית רק למשתמשים מורשים. למשל, תוכנות, משחקי מחשב וספרים אלקטרוניים המוגנים בסיסמה.<sup>259</sup> השנייה, מערכת הרשאות השולטת בתוכן ובאפשרויות השימוש בו. לדוגמה, מערכת ה-Content Scramble System (CSS) המגולמת בתקליטי DVD, אשר מונעת את האפשרות להעתיק את תוכן התקליט.<sup>260</sup> השלישית, אימות זהותו של המשתמש כדי לקבוע את היקף הגישה לתוכן. למשל, השימוש במשקפיים שמוכרת חברת Google (Google Glass) דורש הזדהות באמצעות חשבון משתמש ייחודי, מנגנון המאפשר לחברה לאכוף את דרישתה מהקונים שלא למכור את המוצר לצד ג'.<sup>261</sup>

### 3.5.2. הגבלה על העברת המידע ברשת

במישור ההגבלות על מפיצי המידע ברשת, מקובל לדבר על הגבלות המופעלות על ארבעה גופים עיקריים – (1) ספקיות מארחות;<sup>262</sup> (2) מנועי חיפוש;<sup>263</sup> (3) בעלי אתרים; (4) פלטפורמות שיתוף קבצים. להלן נתייחס לכל קטגוריה בנפרד.

#### 3.5.2.1. ספקיות מארחות

הספקיות מאחסנות את המידע על שרתים הנמצאים בבעלותן, כך שיש להן אפשרות גישה תיאורטית אל התכנים המאוחסנים אך הן לא בהכרח מודעות אליהם.<sup>264</sup> קטגוריה זו מתאפיינת

- 
- Olivier Bomsel & Heritiana Ranaivoson, *Decreasing Copyright Enforcement Costs: The Scope of a Graduated Response*, 6(2) REV. ECON. RES. COPYRIGHT ISSUES 13 (2009) 257
- Joelle Farchy & Heritiana Ranaivoson, *DRMS: A New Strategic Stake for Contents Industries: The Case of the Online Music Market*, 2(2) REV. ECON. RES. COPYRIGHT ISSUES 53, 53–56 (2005) 258
- Qiong Liu, Reihaneh Safavi-Naini & Nicholas Paul Sheppard, *Digital Rights Management for Content Distribution*, in ACSW FRONTIERS 2003, at 49 (Chris Johnson, Paul Montague & Chris Steketee eds., 2003); Shingo Kinoshita et al., *Nonidentifiable Anonymous-ID Scheme for RFID Privacy Protection* (2003); Stephen A. Weis et. al., *Security and Privacy Aspects of Low-Cost Radio Frequency Identification Systems*, in SECURITY IN PERVERSIVE COMPUTING 201 (Dieter Hutter et al. eds., 2004) 259
- Ahmet M. Eskicioglu & Edward J. Delp, *An Overview of Multimedia Content Protection in Consumer Electronics Devices*, 16 SIGNAL PROCESSING: IMAGE COMM. 681, 689–93 (2001); Nathan Good et al., *Radio Frequency Id and Privacy with Information Goods*, in WPES'04: PROCEEDINGS OF THE 2004 ACM WORKSHOP ON PRIVACY IN THE ELECTRONIC SOCIETY 41 (Vijay Atluri et al. eds., 2004) 260
- Steven Musil, *Google will Brick Google Glasses if Owners Resell or Loan Them out*, CNET, Apr. 17, 2013, [http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-57580159-93/google-will-brick-google-glasses-if-owners-resell-or-loan-them-out](http://news.cnet.com/8301-1023_3-57580159-93/google-will-brick-google-glasses-if-owners-resell-or-loan-them-out) 261
- לדוגמה חברות SPD (www.spd.co.il) ו-Intervision (www.intervision.co.il) הישראליות. 262
- דוגמת Google, Bing, Yahoo! 263
- Chris Kanich et al., *Spamalytics: An Empirical Analysis of Spam Marketing Conversion*, COMM. ACM, Sept. 2008, at 99 264



בכך שהתקשורת, התוכן המועבר ונמען החומר – נשלטים על ידי המשתמש.<sup>265</sup> הרגולציה על הספקיות המארחות יכולה להתבצע באמצעות הוראה על תפיסת השרתים וטיפול בחומר החשוד, או בהוראה ישירה לספקיות להסיר תוכן ספציפי.<sup>266</sup> אולם, מכיוון שבמקרים רבים השרתים ממוקמים מחוץ לגבולות המדינה ובפרט מחוץ לתחום שיפוטה, ההגבלות מתמקדות לרוב בהגבלת הגישה של המשתמשים אל התוכן ולאוו דווקא בהסרת החומר מהשרתים. ישנן שלוש שיטות לחסימת הגישה לחומר ברמה זו:<sup>267</sup> הראשונה, בחינת כתובת ה-IP של שולח חבילות המידע המתקבלות אצל ספקיות האינטרנט במדינה, כך שבמידה והשולח סווג כמעורב בפעילות חשודה תמנע ספקית האינטרנט ממידע זה להגיע אל משתמש הקצה שביקש לקבלן (IP Packet Filtering/Blocking). השנייה, במידה ומקור החומר המבוקש סווג כמפר, ספקית האינטרנט תפנה את הגולשים לכתובת שונה מהכתובת המבוקשת (DNS Poisoning).<sup>268</sup> השלישית, חסימת המידע ברמת פרוטוקול גבוהה יותר (URL Blocking Using Proxies) המאפשרת סינון חומר או עמוד אינטרנט ספציפי, ללא חסימת כתובת שולח המידע באופן גורף.<sup>269</sup>

### 3.5.2.2 מנועי חיפוש

למנועי החיפוש ישנה האפשרות להסיר כתובת IP מסוימת מתוצאות החיפוש, אולם לא לחסום או למחוק כתובת זו באופן שלא תתאפשר הגישה אליה כלל.<sup>270</sup> אופציה נוספת היא "הענשת" האתרים המפריים בכך שיודרגו במקום נמוך יותר בתוצאות החיפוש, טקטיקה בה נוקטת Google מאז שנת 2008.<sup>271</sup>

### 3.5.2.3 בעלי אתרים

בעלי האתרים בהם מאוחסן החומר החשוד או קישורים אליו יכולים להסיר את החומר או לחסום את הגישה אליו, על ידי חסימת הגישה לדף האינטרנט או מחיקת הקישור לחומר המפר. במקרים רבים דורשים בעלי הזכויות ישירות מבעלי האתרים את הורדת החומר, כפי שיפורט בפרק 6.

- 
- Manos Antonakakis et al., *Building a Dynamic Reputation System for DNS*, in PROCEEDINGS OF THE 19TH 265  
 .USENIX SECURITY SYMPOSIUM 273 (2010)
- כך למשל בפרשת Megaupload, בה החרימו הרשויות האמריקאיות את שרתי החברה. ראו: 266  
 Press Release, U.S. Dep't of Justice, Justice Department Charges Leaders of Megaupload with Widespread  
 Online Copyright Infringement (Jan. 19, 2012), <http://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/justice-department-charges-leaders-of-megaupload-with-widespread-online-copyright-infringement>
- .AUSTL. COMPUTER SOC'Y, TECHNICAL OBSERVATION ON ISP BASED FILTERING OF THE INTERNET 6–8 (2009) 267
- Sooel Son & Vitaly Shmatikov, *The Hitchhiker's Guide to DNS Cache Poisoning*, in SECURITY AND PRIVACY 268  
 .IN COMMUNICATION NETWORKS 466 (Sushil Jajodia & Jianying Zhou eds., 2010)
- Igor Zecevic & Petar Bjeljac, *Bypassing Internet Access Control with Proxy Website* (2013), [www.psu-uns2013.com/material/papers/Session8/Session8-01707.pdf](http://www.psu-uns2013.com/material/papers/Session8/Session8-01707.pdf) 269
- Leyla Bilge et al., *Exposure: Finding Malicious Domains Using Passive DNS Analysis*, ACM 270  
 .TRANSACTIONS ON INFORMATION AND SYSTEM SECURITY, Apr. 2014, art. 14
- Shuan Nichols, *Google to Push Copyright Infringing Sites down Search Rankings*, V3.CO.UK, Aug. 11, 2012, 271  
<http://www.v3.co.uk/v3-uk/news/2198224/google-to-punish-copyright-offenders-with-rank-penalty>

## 3.5.2.4. פלטפורמות לשיתוף קבצים

פלטפורמות שיתוף קבצים משתמשות בטכנולוגיית העברת מידע (למשל Internet Relay Chat (IRC)<sup>272</sup> בין שני מחשבים פרטיים (peer-to-peer), המותקנת על מחשבי משתמשי הקצה בלבד. העברות מסוג זה קשות ביותר לאיתור, אם כי ישנה אפשרות למעקב אחרי נפח הקבצים שהמשתמש מוריד ומעלה, מה שמהווה אינדיקציה מסוימת לשיתוף קבצים גדולים. כך, במקרה של חשד לשימוש מפר הספקיות יכולות להגביל את נפח התעבורה (Download Quote), ועל פי מחקרים מסוימים הן אכן עושות כך.<sup>273</sup>

זיהוי החומרים המפרים בשעת ההעלאה לספקיות אחסון או לאתרים מתבצע לרוב בעזרת "טביעת אצבע" Deep Packet Inspection (DPI) שקודדה על היצירה המקורית, המשמשת כחתימה ייחודית אותה מזהה המערכת הממוחשבת של הספקיות והאתרים. מנגנון זה, מתאפיין ביכולתו לזהות אובייקט מסוים בתוך זרם המידע הזורם ברשת, אשר מהווה טריגר לפונקציות הפעלה (manipulation) או התרעה (notification). פונקציות הפעלה הינן פעולות אקטיביות המתבצעות על המידע, פיקוח עליו או שינוי שלו. פונקציות התרעה מהוות לרוב דרך התערבות לא ישירה, ומטרתן ליידע את מנהל הרשת שישנו דבר מה הדורש בדיקה.<sup>274</sup>

אחת הדוגמאות למערכת ממוחשבת המבוססת על פונקציות הפעלה הינה מערכת ה-Content ID אותה מפעיל אתר YouTube.<sup>275</sup> מערכת זו הינה מערכת אוטומטית שבוחנת את חוקיות היצירות שמועלות על פי "טביעת האצבע" שקודדה ברכיב הוידאו או השמע (audio) שלהן, על ידי בעלי זכויות היוצרים. המערכת מיועדת לחסום תכנים חשודים טרם פרסומם באתר, ופעמים רבות הדבר נעשה ללא שיקול דעת אנושי בעניין קיומה של הפרה.<sup>276</sup> בעקבות טעויות בזיהוי החומרים אשר זוהו בראשית דרכה של המערכת ובעקבות ביקורות על התנהלותה של מערכת זו, השיקה חברת YouTube מסלול ערעור על החלטות המערכת הממוחשבת, בו נבחנת היצירה על ידי מומחים בתחום. הרחבה על מערכת תובא להלן בפרק 5.<sup>277</sup>

מודל נוסף המשמש לאכיפת זכויות על ידי מנגנון ה-DPI הינו ה-Over the Top (OTT). מערכת זו מבוססת על פונקציות התרעה, ומשמשת את בעלי זכויות היוצרים כדי לפקח על תעבורת המידע ברשת. באמצעות טביעת האצבע שמוטבעת ביצירות נאסף מידע על משתמשים שעושים בהן שימושים אסורים, לרבות כתובות ה-IP של המעורבים בהפצת החומר באופן לא חוקי. בשלב זה

WALLACE WANG, STEAL THIS FILE SHARING BOOK ch. 4 (2004) 272  
Jonathan Klinger, *P2P Bandwidth Throttling in Israel, Legal and Technological Aspects*, INTELLECT OR 273  
; יהונתן קלינגר וניב ליליאן "ספקיות אינטרנט בארץ  
INSANITY (Dec. 13, 2009), <http://2jk.org/english/?p=153>  
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3785439,00.html 13.12.2009 Ynet "קבצים"  
Milton Mueller, DPI Technology from the Standpoint of Internet Governance Studies (Oct. 21, 2011), 274  
; Mueller, Kuehn & Santoso, [http://dpi.ischool.syr.edu/Papers\\_files/WhatisDPI-2.pdf](http://dpi.ischool.syr.edu/Papers_files/WhatisDPI-2.pdf)  
לעיל הערה 198, בעמ' 350.  
Fred Von Lohmann, *YouTube's January Fair Use Massacre*, ELEC. FRONTIER FOUND. (Feb. 3, 2009), 275  
<http://www.eff.org/deeplinks/2009/01/youtubes-january-fair-use-massacre>; Elizabeth Gotham, Lessons  
from Content ID: Searching for a Balance between Editorial Discretion and Free Expression on Application  
Platforms, 1–4 (Dec. 18, 2012), available at <http://ssrn.com/abstract=2258861>  
How Content ID Works, YOUTUBE, <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en-GB> 276  
Timothy B. Lee, *YouTube Finally Offers a Meaningful ContentID Appeal Process*, ARSTECHNICA (Oct. 3, 277  
2012), [http://arstechnica.com/tech-policy/2012/10/youtube-finally-offers-a-meaningful-contentid-appeal-](http://arstechnica.com/tech-policy/2012/10/youtube-finally-offers-a-meaningful-contentid-appeal-process)  
process

פונים בעלי הזכויות לספקיות האינטרנט בבקשה לחשיפת פרטיהם של המשתמשים העומדים מאחורי כתובות ה-IP שנאספו כדי לפתוח בהליכים משפטיים נגדם.<sup>278</sup>

---

Trisha Meyer & Leo van Audenhove, *Graduated Response and the Emergence of a European Surveillance Society*, 12(6) INFO 69 (2010) 278

#### 4. אכיפה באמצעות בתי משפט – בחינה אמפירית

##### 4.1. מבוא ומטרת המחקר

אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט מתנהלת בשתי זירות במקביל: בתי המשפט וגורמי הביניים. אכיפה באמצעות מערכת המשפט, מתבצעת בדרך של הגשת תביעות כנגד מפריס ישירים של זכויות יוצרים, כמו גם כנגד גורמי ביניים מסוגים שונים, המעורבים בדרך זו או אחרת באספקת שירותי אינטרנט. לצד האכיפה באמצעות בתי המשפט, מתבצעת גם פעילות אכיפה בידי גורמי ביניים. הללו נוקטים באמצעי אכיפה מסוגים שונים, כגון סינון, חסימה והסרה, אם במסגרת יישום מדיניות "הודעה והסרה" ואם בנקיטת אמצעים וולנטריים שונים. פרק 5 להלן בוחן את יישומם בפועל של אמצעי האכיפה השונים על ידי גורמי ביניים.

פרק זה מציג ניתוח נתונים מקיף של תהליכי ההתדיינות בזירת בתי המשפט בישראל בתביעות הנוגעות להפרת זכויות יוצרים ברשת.<sup>279</sup> הנתונים מציירים תמונת מצב עדכנית של הנסיונות לאכוף זכויות יוצרים ברשת האינטרנט באמצעות מערכת המשפט בישראל. הממצאים מאפשרים הבנה מעמיקה יותר של האופן שבו המשפט מסדיר תחום זה (Law in Action), מעבר לניתוח המשפטי התיאורטי (Law in Books).<sup>280</sup>

למרות הפופולאריות הרבה של מתודולוגיות אמפיריות בתחום המשפט בשנים האחרונות,<sup>281</sup> נראה כי מחקרים אמפיריים בנושא זכויות יוצרים עדיין זוכים לתשומת לב מועטה באופן יחסי,<sup>282</sup> ומעטים עוד יותר המחקרים האמפיריים בנושא זכויות יוצרים אשר מתמקדים בניתוח התדיינות בתחום זה. בשנים האחרונות התפרסמו בארצות הברית מספר מחקרים שכללו קידוד וניתוח אמפירי של הפסיקה בזכויות יוצרים, על מנת לזהות מגמות שונות, כגון יישום העקרונות של שימוש הוגן בידי בתי המשפט.<sup>283</sup>

בישראל לא נערך עד כה מחקר שבחן את השימוש במערכת המשפט לשם אכיפת זכויות יוצרים ברשת. מחקר זה מבקש למלא חסר זה, תוך ניתוח אמפירי מקיף העוקב אחר תביעות שהוגשו בבתי המשפט השונים בישראל בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת.

- 
- 279 במסגרת פרק זה נדון בתביעות בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת, או הפרת זכויות יוצרים משולבת ברשת ומחוצה לה.
- 280 Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action, 44 Amer. L. Rev. 12, 15 (1910).
- 281 Michael Heise, The Past, Present and the Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism, (2002). *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 733.
- 282 Michael Heise, The Importance of Being Empirical, : ראו גם <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/733> Pepperdine Law Review p 807 (199) 26 בעמ' 811, והפניות שם בהערת שוליים 16.
- 283 Cotropia, Christopher Anthony and Gibson, James, למשל באופן יחסי לניתוח ליטיגציה פטנטים. ראו Copyright's Topography: An Empirical Study of Copyright Litigation (February 24, 2014). Texas Law Review, Vol. 92, No. 7 (2014). Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2400846>
- 283 Cotropia, Matthew Sag, Empirical Studies of Copyright Litigation: Nature of Suit Coding Christopher Anthony and Gibson, James, Copyright's Topography: An Empirical Study of Copyright Litigation (February 24, 2014). Texas Law Review, Vol. 92, No. 7 (2014). Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2400846> בעמ' 1982. מחקרים אמפיריים מובילים שנעשו בתחום ליטיגציה זכויות יוצרים ושימוש הוגן הם:
- Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978–2005, 156 U. PA. L. REV. 549 (2008), Neil Weinstock Netanel, Making Sense of Fair Use, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 715 (2011); Matthew Sag, Predicting Fair Use, 73 OHIO ST. L.J. 47 (2012)
- U. PA. L. REV. 549 (2008); Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses, 77 FORDHAM L. REV. 2537 156 (2009); Matthew Sag, Fairly Useful: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine (March 15, 2011) (unpublished manuscript), available at <http://ssrn.com/abstract=1769130>. Matthew Sag, Empirical Studies of Copyright Litigation: Nature of Suit Coding עמ' 1.

המחקר מספק תמונת מצב מקיפה של אכיפת זכויות יוצרים בישראל באמצעות בתי המשפט, בסכסוכים הנוגעים לאינטרנט. בהקשר זה ביקשנו לבחון את היקף השימוש במערכת המשפט לצרכי אכיפה, ולכן נבחנו לא רק פסקי דין שפורסמו, אלא גם ההליכים משפטיים אשר לא התסתיימו בפסק דין. בכך מאפשר המחקר הבנה מעמיקה יותר של המשפט בפועל (Law in Action), בהתבסס על על ניתוח מספר רב של תיקים בהתאם לקריטריונים קבועים מראש, מעבר לניתוח נקודתי של פסקי דין נבחרים.<sup>284</sup> כך למשל, ניתוח כאמור חושף מיהם הצדדים המתדיינים בנושא זה, תוך אבחנה בין שחקנים פרטיים ושחקנים ציבוריים/מאורגנים, מהן סוגי היצירות הנדונות, מהו משך ההתדיינות המשפטית, מהם סוגי הסעדים שנתבקשו וניתנו בפועל, מה היו טענות התביעה וטענות ההגנה, מהן סוגי ההחלטות השונות שהתקבלו ועוד. יתרה מכך, ניתוח אמפירי רחב מאפשר בחינה רחבה יותר של כלל ההליכים המשפטיים, החלטות הביניים, או תיקים שמסתיימים בדרכים אלטרנטיביות, לעומת ניתוח נקודתי של פסקי הדין בלבד, שהרי רבים מן הדיונים אינם מגיעים בסופו של דבר לכדי פסק דין.<sup>285</sup>

איתור התביעות המשפטיות שהוגשו בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט, וניתוחם, נועד לבחון את תפקיד ההליך המשפטי באכיפת זכויות יוצרים ברשת, ולהשוותו לאמצעים המופעלים בזירה המקבילה לאכיפת זכויות יוצרים באמצעות גורמי ביניים. תיאור זירות האכיפה השונות יוכל לתת תמונה מלאה יותר של היקפי האכיפה של זכות היוצרים ברשת, ויהווה בסיס להשוואה בין זירות האכיפה השונות והכללים המסדירים אותן. פרק זה מציג את ניתוח הנתונים בנוגע להליכים המשפטיים הנוגעים להפרת זכויות יוצרים ברשת בישראל, אשר נפתחו בבתי המשפט השונים בישראל בין השנים 2010–2012.

#### 4.2. מתודולוגיה

במחקר נבדקו כל התביעות המשפטיות אשר הוגשו בישראל בנוגע להפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט בשנים 2010–2012. התיקים הרלבנטיים לנושא המחקר אותרו באמצעות מערכת נט המשפט ומאגרי המידע המשפטיים בתהליך המתואר להלן. התיקים קודדו בידי צוות המחקר בהתאם למרכיבים הבאים: שנת פתיחת התיק ותאריך סגירתו, מספר הליך, סוג הערכאה, מיקום הערכאה, זהות הצדדים, שמות השופטים בהליך, עורכי הדין המייצגים את הצדדים, סוג ההליך, האם התביעה קשורה להפרת זכויות יוצרים באינטרנט או מחוץ לאינטרנט, סוג טענות התביעה וההגנה אשר הועלו על ידי הצדדים, שיתוף צדדים נוספים בהליך (למשל באמצעות משלוח הודעות צד ג'), סוגי הסעד שנתבקשו, סוג ההחלטה, תוצאת ההליך, פסיקת הוצאות ופסיקת פיצוי כוללת.

#### מאגר התיקים

איתור התיקים נעשה בהתבסס על קידוד התיקים בידי מערכת ניהול התיקים האלקטרונית של בתי המשפט (להלן: נט-המשפט). במערכת נט-המשפט התיקים מתויגים לפי נושאים, בשדה "סוג עניין". תיקים בנושא זכויות יוצרים מתויגים תחת סוג עניין "קניין רוחני אחר", ללא סיווג נפרד

284 Michael Heise, The Past, Present and the Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision, בעמ' 820.

285 Matthew Sag לעיל הערה 283 מפנה בעמ' 2 ל: George L. Priest and Benjamin Klein, *The Selection of Disputes*.

Margo Schlanger & Denise: *ראו ג2: for Litigation*, 13 J. Legal Studies 1 (1984)

Lieberman, Using Court Records for Research, Teaching, and Policymaking: The Civil Rights Litigation Clearinghouse, 75 UMKC L. REV. 155, 168 (2006)

לתיקים העוסקים בנושאי זכויות יוצרים ברשת ותיקים העוסקים בהפרת זכויות יוצרים מחוץ לרשת. יתרה מכך, תחת סיווג זה ניתן למצוא גם תיקים בנושא סימני מסחר.<sup>286</sup> במערכת נט המשפט קיים רישום וניהול תיקים בהתאם לנושאים כלליים החל משנת 2010.<sup>287</sup> תחת סיווג זה נכללים ענפי הקניין הרוחני השונים: זכויות יוצרים, פטנטים, סימני מסחר ומדגמים. נעשתה פניה לממונה על חופש המידע, בהתאם לחוק חופש המידע,<sup>288</sup> בבקשה לקבלת רשימת תיקים אשר התנהלו בבתי המשפט השונים אשר סווגו תחת הקטגוריה "קניין רוחני".<sup>289</sup> כאמור, הסיווג "קניין רוחני" קיים רק החל משנת 2010, ולכן בתקופת ביצוע המחקר לא ניתן היה לקבל גישה לתיקים שנפתחו לפני שנה זו. בתגובה לבקשה זו התקבלה רשימת התיקים אשר סווגו "קניין רוחני" ונפתחו בין השנים 2010–2012. רשימה זו כוללת את כל תיקי בתי משפט השלום והמחוזי, ללא תיקים אשר התנהלו בבית המשפט העליון או בבית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור. הרשימה כללה את הפרטים הבאים: ערכאה ומיקום בית המשפט, מספר תיק, שם התיק, אשר הוגדר על פי שם התובע הראשון ושם הנתבע הראשון, כפי שמופיעים בכתב התביעה אשר הוגש לבית המשפט, תאריך פתיחת תיק, תאריך סגירת תיק, כאשר תיק שעודנו מתנהל בבית המשפט הופיעה כשדה ריק.

הרשימה אשר התקבלה כללה 1008 תיקים, בהתאם לחלוקה הבאה:

- 300 תיקים אשר נפתחו בשנת 2010;
- 386 תיקים אשר נפתחו בשנת 2011;
- 322 תיקים אשר נפתחו בשנת 2012.

על מנת לבחון את התיקים בנושא זכויות יוצרים ברשת, היה איפוא צורך למיין קבוצת תיקים גדולה הכוללת גם תיקים בנושא סימני מסחר, כמו גם תיקים על הפרת זכויות יוצרים שאינם נוגעים לרשת האינטרנט.

לשם איתור התיקים אשר עוסקים בזכויות יוצרים, התבצע סינון תוך שימוש במאגרי המידע המשפטיים.<sup>290</sup> לאחר סיום סיווג התיקים, כלל מאגר התיקים הרלוונטיים למחקר 358 תיקים. על מנת להשלים את הבדיקה ולאחר תיקים רלוונטיים נוספים, נערך חיפוש במאגר "נבו" על פי מילות

286 זאת בעוד שתיקים בנושא פטנטים מתויגים תחת סוג עניין "קניין רוחני-פטנטים".

287 <http://www.court.gov.il/NGCS.Web.Site/HomePage.aspx>

288 חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. זכות העיון בתיקי בית המשפט מוסדרת בתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקי בית משפט), התשס"ג-2003.

289 בתגובת הממונה על חופש המידע בהנהלת בתי המשפט מיום 13 למרץ, 2013 נאמר כי "בקשות בענייני אכיפת זכויות יוצרים אינן מקבלות ביטוי במסגרת ניתוח מידע סטטיסטי של תיקי בתי משפט, וכן לא ניתן לאתר תיקים על פי סיווג זה, אלא אך ורק על פי הסיווג הכללי יותר "קניין רוחני".

290 לאור העובדה שחלק ממסכמי התיקים אשר היו ברשימה הראשונית אינם נגישים לקריאה במאגרי המידע המשפטיים השונים, בוצע סינון ראשוני של התיקים בהתאם לשמות הצדדים המתדיינים. כך למשל, סווגו כתיקים בעלי קשר ישיר למחקר, לאור זיהוי "שחקנים חוזרים" כאחד הצדדים, לרוב כתובעים. כמו כן הוגדרה רשימת "שחקנים חוזרים" הכוללת, בין היתר: אגודות להגנה על יצירות וגביית תמלוגים (Collective Societies), תאגידים מסחריים אשר בין היתר מספקים תוכן, כגון עיתונים, ערוצי טלוויזיה וחברות החדשות, ספקים של שירות מאגרי צילומים, חברות תקליטים ישראליות ובינלאומיות, חברות תוכנה ישראליות ובינלאומיות וחברות הוצאה לאור של ספרים. תיקים אלה נכללו במאגר. עוד נכללו במאגר תיקים שנוהלו על ידי גורמים פרטיים אשר אינם מהווים שחקנים חוזרים. תיקים אלה נבדקו במסגרת המאגרים המשפטיים השונים, ונכללו במאגר אם עסקו בזכות יוצרים. לא נכללו במאגר לניתוח תיקים שאינם עוסקים בזכויות יוצרים.

חיפוש מתאימות.<sup>291</sup> חיפוש זה הניב 35 תיקים נוספים הרלוונטיים למחקר זה, אשר הוספו למאגר התיקים.<sup>292</sup> בסך הכל כלל מאגר הנתונים 449 תיקים שעניינם הפרת זכות יוצרים.

### מגבלות מתדולוגיות

חשוב לציין מספר מגבלות מתדולוגיות. ראשית, ההסתמכות על שיטת הקידוד של נט המשפט מעוררת את החשש שסיווג התיקים אינו מדויק תמיד. משמעות הדבר היא כי ייתכן שישנם תיקים בנושא זכויות יוצרים שתויגו תחת סוג עניין שונה, שאינו "קניין רוחני אחר", ולא נכללו במאגר התיקים שנבדק. מחקר מדגמי של הנהלת בתי המשפט מצא כי מהימנות הסיווג לפי סוגי עניין במערכת נט המשפט עמדה על 72.4% בשנת 2011. כלומר, בלמעלה מרבע מהמקרים סוג העניין שצוין בתיק לא היה מהימן.<sup>293</sup> מהימנות הנתון הראתה מגמת שיפור עם הזמן, כך שניתן להניח שמהימנות הסיווג השתפרה בהמשך. מהימנות הסיווג תלויה גם בערכאה השיפוטית שנבחנה – כך למשל עולה כי סיווג התיקים במערכת נט המשפט אשר נדונו בבתי משפט מחוזיים מהימן יותר מסיווג התיקים במערכת נט המשפט שנדונו בבתי משפט שלום. מהימנות הקידוד משתנה גם בהתאם למקום הערכאה, ובסוג העניין עצמו.<sup>294</sup> יש לציין כי במאגר שהתקבל לפי תיקים מסוג עניין "קניין רוחני – אחר" נראה שהסיווג בנושא מהימן יחסית, והדבר מתאים למימצאי מחקרים קודמים, לפיהם המהימנות בנוגע לקטיגוריות סל נמוכה יותר מקטיגוריות ספציפיות. כלומר, נראה כי תיקים בנושאי קניין רוחני מאובחנים באופן מדויק יותר יחסית לתיקים בנושאים אחרים.<sup>295</sup> מחקר בנושא סיווג תיקי זכויות יוצרים בארצות הברית בדק את נושא מהימנות סיווג תיקים במערכת PACER – Public Access to Court Electronic Records.<sup>296</sup> מבין התיקים בנושא זכויות יוצרים שנבדקו, רק 80% מהתיקים סווגו במערכת בנושא זכויות יוצרים (Copyrights). 20% נותרים סווגו כתיקים בנושאי Trademark (9%), Patent (5%) ונושאים אחרים. יחד עם זאת, שיעור זה של טעות בסיווג (מהימנות הסיווג) התקבל כמדגם מייצג לצורך הפקת מסקנות בעלות משמעות.<sup>297</sup> יתרה מכך, כפי שצוין – מכיוון שבמערכת נט המשפט אוחד הסיווג של תיקים העוסקים בהפרת זכויות יוצרים ותיקים העוסקים בנושאים הנוגעים לסימני מסחר, ניתן להניח ששיעור תיקי זכויות יוצרים שסווגו בנושא אחר עשוי להיות נמוך יותר.

מגבלה מתדולוגית נוספת היא האפשרות לעקוב אחר ערעורים: ערעורים על פסקי דין שניתנו בהקשר של הפרת זכויות יוצרים ברשת אינם נכללים במאגר הנתונים של מחקר זה. הסיבה לכך היא שערעורים בנושאים אזרחיים מסווגים כסוג עניין "ערעור על בית משפט שלום" בלבד ללא ציון סוג העניין. גם ערעורים על פסקי דין של בתי משפט מחוזיים לא נכללים במאגר, מכיוון שתיקים המתנהלים בבית המשפט העליון אינם נכללים במאגר נט המשפט. יחד עם זאת, בית המשפט העליון

291 www.nevo.co.il נבו הינו מאגר משפטי מוביל, המשמש לאיתור חומר משפטי רלוונטי (מפסיקה והלכות ועד חקיקה וספרות משפטית). בין מילות החיפוש בהן השתמשנו: אינטרנט, ספקים, אחריות, זכויות יוצרים.

292 חשוב להדגיש כי התיקים אשר אותרו באמצעות "נבו" כללו פסקי דין בלבד, ללא כתבי טענות או מידע בנוגע לפשרה בין הצדדים. כמו כן לא נכללו תיקים אשר בהן ההפרה באינטרנט הייתה משנית לעומת ההפרה הראשית.

293 קרן וינשל-מרגל, טליה יהודה ואביב שירץ **מהימנות נתוני פתיחת וסגירת תיקים במערכת נט-המשפט 17** (ירושלים: מחלקת מחקר של הרשות השופטת, 2011).

294 שם.

295 שם, בעמ' 21.

296 Matthew Sag, "Empirical Studies Of Copyright Litigation: Nature Of Suit Coding", <http://ssrn.com/abstract=2330256>.

297 שם, בעמ' 5.

פסק בתקופה הרלבנטית במספר קטן של מקרים הקשורים להפרת זכויות יוצרים בכלל, ובאינטרנט בפרט, והחלטות אלה נסקרו בחלק הראשון של דו"ח זה.

נושא חשוב נוסף בהקשר זה הינו חלקיות המדגם: המחקר עוסק בתיקים שהתנהלו בבתי משפט, אך פעילות משפטית מתקיימת גם מחוץ לבית המשפט, ולעתים פעילות זו נרחבת יותר מהתדיינות בפני בתי המשפט. כמו כן, עשויות להיות לדפוס פעילות זה השפעה על המתרחש באולם בית המשפט ועל תוצאות הדיון המשפטי. הסכמי פשרה מתנהלים תמיד בצל המשפט ומושפעים בין היתר מן ההתכנות והיעילות של קבלת סעד משפטי בבית המשפט. עם זאת, אין ברשותנו מידע על המשא ומתן שהתנהל בין הצדדים לפני הגשת התביעה, ובעיקר אין בידינו מידע על משאים ומתנים בין צדדים לסכסוך שלא הובא בפני בית המשפט. כך, למשל, אין בידינו נתונים על מכתבים עם דרישה להסרה (Cease and Desist letters) שנשלחו על ידי תובעים פוטנציאליים, הסבורים שזכויות היוצרים שלהם הופרו, במקרים שבהם לא הוגשה תביעה. רק סכסוכים שהובאו בפני בית המשפט, במסגרת תביעה משפטית, ניכללים במחקר. חשוב אם כן לזכור כי מחקר העוסק בתיקים שהתנהלו בפני בית המשפט אינו מציג את התמונה המלאה בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים. בארצות הברית, רק אחוזים בודדים מכלל הסכסוכים המשפטיים הגיעו לכדי התדיינות בבתי משפט.<sup>298</sup> אחת הסיבות לפער הגדול בין מספר הסכסוכים המשפטיים למספר ההתדיינות בבתי משפט בתחום זכויות היוצרים היא השימוש הרב במכתבי איום, או מכתבי דרישה להסרה.<sup>299</sup> ישנן כמה סיבות לכך שתובעים פוטנציאליים יעדיפו להשתמש במכתבי דרישה להסרה מאימים ולא לפנות לבית משפט – עלות ההתדיינות המשפטית, אי-הבטחון בתוצאות ההתדיינות המשפטית, וכן הצלחה במקרים קודמים של שימוש במכתבי דרישה להסרה.

#### 4.3. ממצאים

##### 4.3.1. כללי

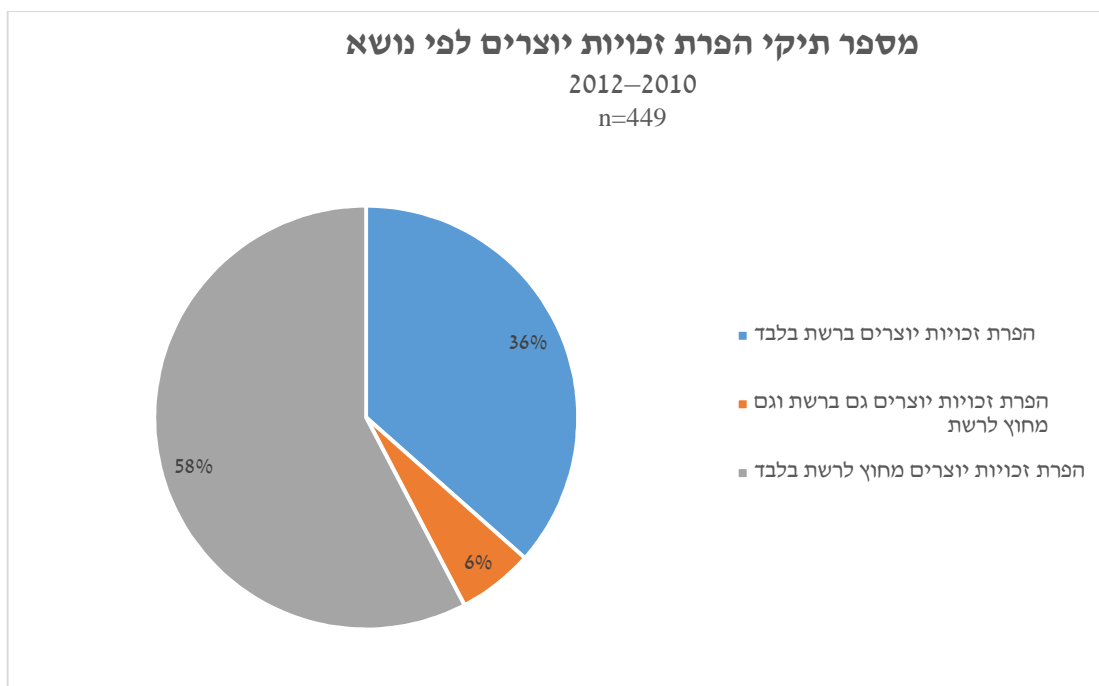
התיקים סווגו לתביעות שעניינן הפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט, אלו שעניינן הפרת זכויות יוצרים מחוץ לרשת, ואילו שעניינן הפרת זכויות יוצרים גם ברשת וגם מחוצה לה. להלן איור 1 מציג את מספר התיקים העוסקים בתחום זכויות יוצרים, בין השנים 2010–2012. מאיור זה עולה כי מרבית תיקי הקניין הרוחני העוסקים בהפרת זכויות יוצרים ומתנהלים בבתי המשפט בארץ עוסקים בהפרות זכויות יוצרים מחוץ לרשת (58%), לעומת הפרות זכויות יוצרים ברשת (36%), או גם ברשת וגם מחוץ לה (6%).<sup>300</sup> כלומר, ניתן לומר שלמעשה 42% מהתיקים נוגעים להפרת זכויות יוצרים ברשת.

298 ישנן טענות על שיעור של 3% בלבד מכלל הסכסוכים המשפטיים המגיעים לבתי משפט. Leah Chan Grinvald, "Policing the Cease-and-Desist Letter", LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES RESEARCH PAPER 14-32, 2014, p. 3

299 Grinvald, 3–4.

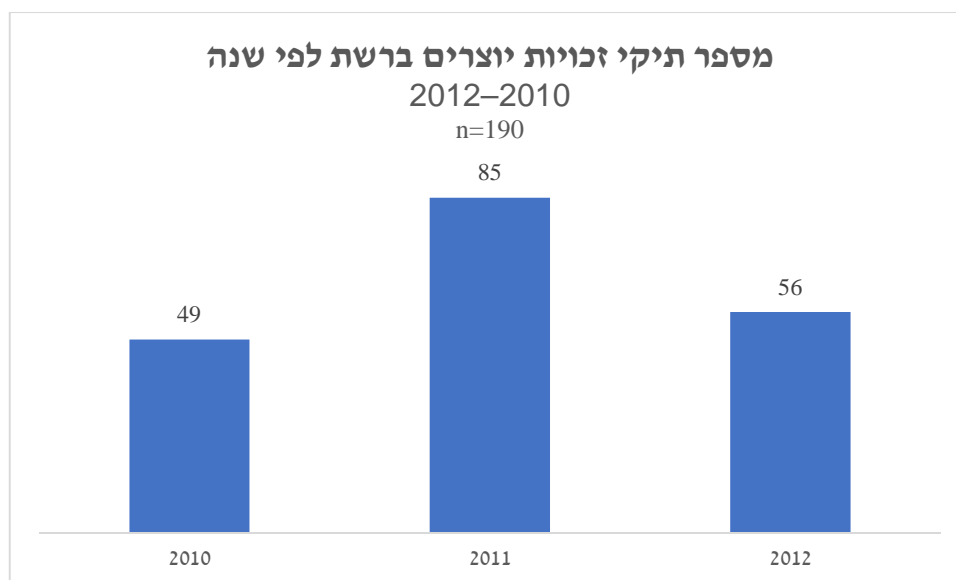
300 יודגש כי תיקים אשר סווגו בטעות תחת קטיגוריה "קניין רוחני – אחר" אך התגלו כתיקים העוסקים בנושאים אחרים כגון – סימני מסחר, פטנטים וכו', או תיקים ללא מסמכים אשר לא ניתן היה לאמת את סיווגם, לא נכללו בנתונים אלו.





איור 1: מספר תיקי הפרת זכויות יוצרים לפי נושא, 2012–2010

איור 2 מלמד על מספר תיקי זכויות יוצרים ברשת, אשר נדונו בבתי המשפט בישראל, לפי שנה, בין השנים 2012–2010. ניתן לראות כי מרבית התיקים (45%) נפתחו בשנת 2011, ואילו בשנים 2010 ו-2012 נדונו כרבע מסך כל התיקים העוסקים בזכויות יוצרים ברשת (26% ו-29% בהתאמה). לשם השוואה, בשנת 2010 נפתחו בבתי משפט השלום והמחוזי 355,677 תיקים, בשנת 2011 – 379,987 תיקים ובשנת 2012 – 317,466 תיקים.<sup>301</sup> כלומר, באופן יחסי למספר התיקים האזרחיים הנפתחים מדי שנה, תביעות הנוגעות להפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט בישראל הינן נדירות ביותר.

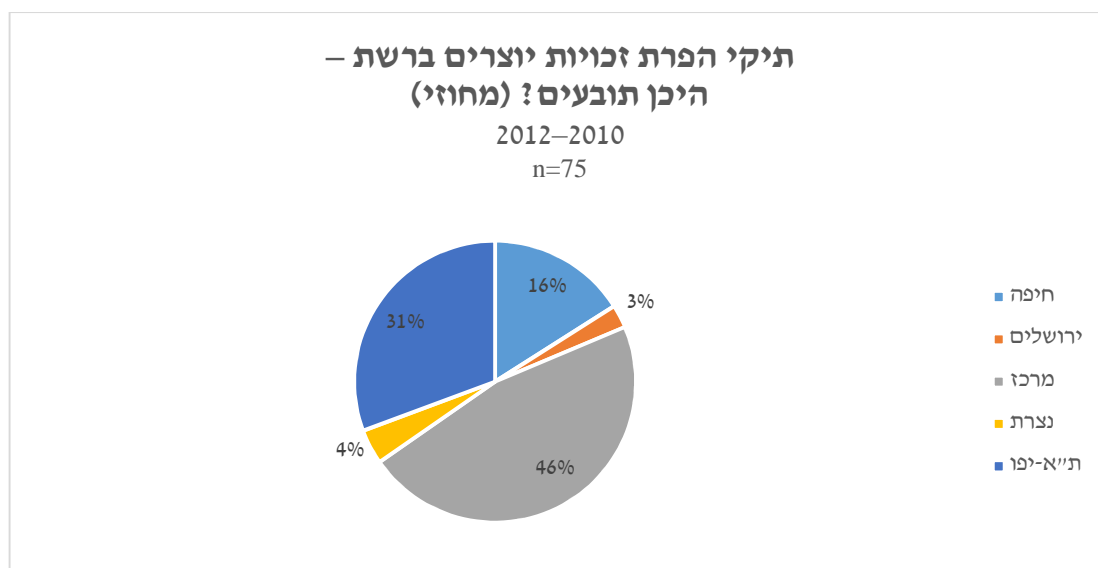


איור 2: מספר תיקי זכויות יוצרים ברשת, לפי שנה (2010–2012).

איור 3 מציג את איזורי השיפוט בהם נדונו תיקים בנושא הפרת זכויות יוצרים ברשת בערכאה מחוזית. ניתן לראות כי קרוב למחצית התיקים (46%) נדונו במחוז מרכז, ו-31% מהתיקים נדונו

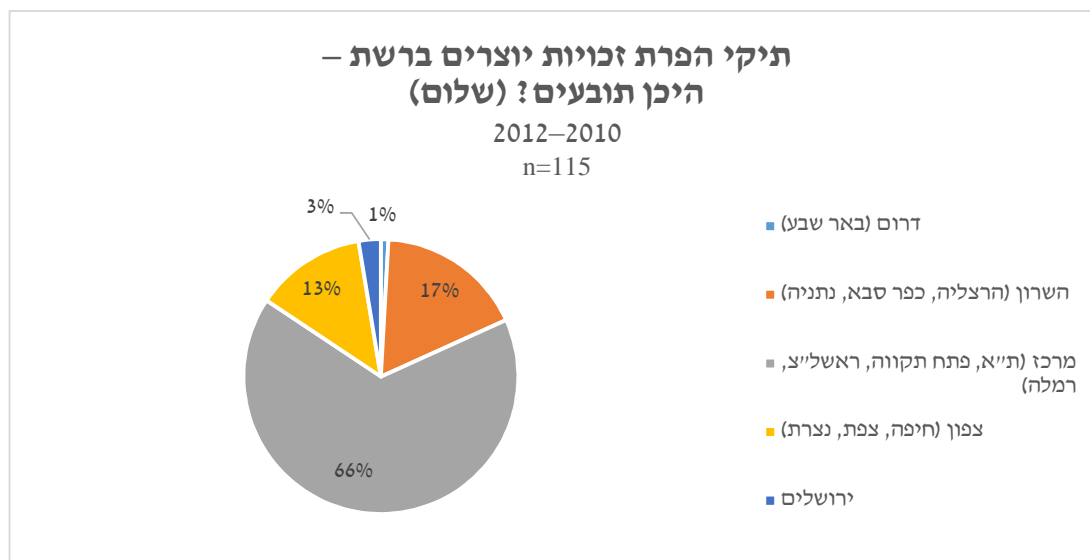
301 הרשות השופטת, דו"ח שנתי 2010, הרשות השופטת, דו"ח שנתי 2011, הרשות השופטת, דו"ח שנתי 2012.

בבית המשפט המחוזי בתל אביב. כלומר באיזור המרכז נדונו בין השנים 2010–2012 77% מהתיקים שעניינם הפרת זכויות יוצרים ברשת. 16% בלבד נדונו בבית המשפט המחוזי בחיפה, ואילו בתי המשפט המחוזיים בנצרת ובירושלים דנו ב-4% ו-3% מהתיקים בהתאמה.



איור 3: תיקי זכויות יוצרים ברשת – היכן תובעים? (מחוזי) 2012–2010

איור 4 מציג את איזורי השיפוט בהם נדונו תיקים בנושא הפרת זכויות יוצרים ברשת בבתי משפט השלום. טוב, גם כאן ניתן לראות כי מרבית התיקים (66%) נדונו באיזור המרכז, בבתי משפט השלום בתל אביב, בפתח תקווה, בראשון לציון וברמלה. 17% מהתיקים נדונו בבתי משפט השלום באיזור השרון (הרצליה, נתניה וכפר סבא), ו-13% נוספים נדונו בבתי משפט השלום בצפון (חיפה, נצרת וצפת). רק 3% מהתיקים נדונו בבית משפט השלום בירושלים, ותיק אחד נוסף, המהווה 1% מכלל התיקים נדון בבית משפט השלום בבאר שבע.

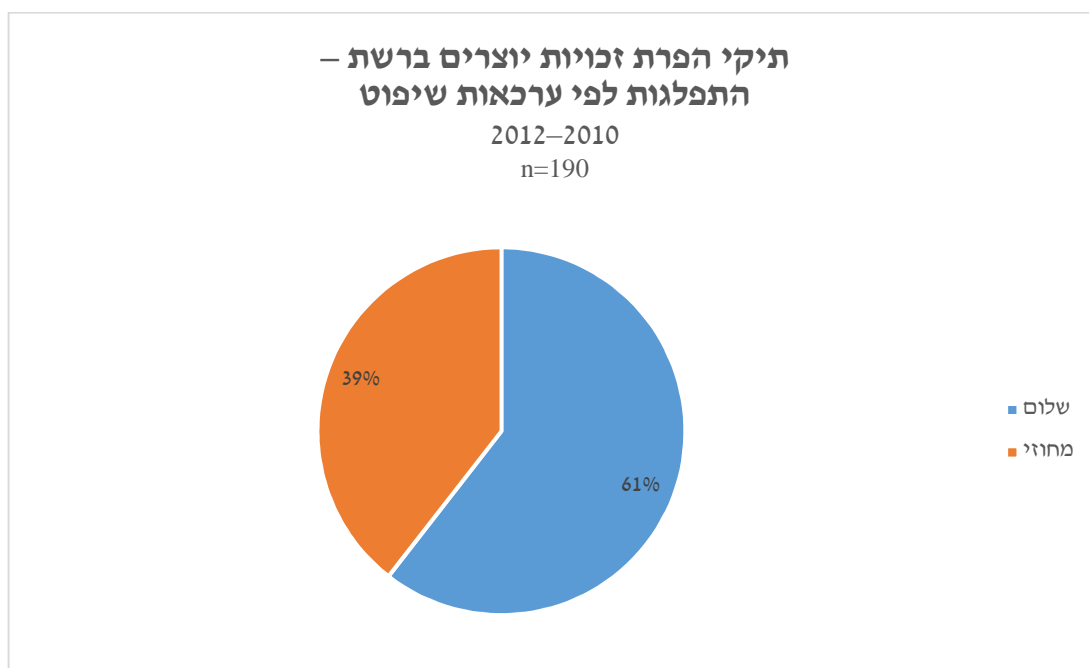


איור 4: תיקי זכויות יוצרים ברשת – היכן תובעים? (שלום) 2012–2010

בהמשך לכך, ניתן לראות באיור 5 כי 61% מתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת נדונו בבתי משפט השלום השונים, ואילו רק כ-39% מתיקים אלו נדונו בבתי המשפט המחוזיים, כערכאה ראשונה.

הדבר מלמד כמובן על היקף התביעה והסעדים הנדרשים בתביעות בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת. בעניין זה חשוב לציין כי סמכות השיפוט העניינית בתביעות כספיות בגין הפרת זכות יוצרים מתחלקת בין בתי משפט השלום ובין בתי המשפט המחוזיים על פי חלוקת הסמכויות הרגילה בין בתי המשפט, כאשר תביעות העולות על סכום של 2.5 מליון ש"ח ידונו בבתי המשפט המחוזיים.<sup>302</sup> תביעות ששוויין אינו ניתן להערכה כספית, מצויות בסמכות בית המשפט המחוזי, ולכן תביעות לצווי מניעה בגין הפרת זכויות יוצרים תידונה בערכאה זו. יחד עם זאת, על פי סעיף 40(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], בית המשפט המחוזי ידון בתביעות כספיות בענין זכויות יוצרים, הכרוכות בתביעה אחרת בעניין זכות יוצרים הנתונה לסמכות השיפוט שלו אף אם סכום התביעה אינו עולה על גבול הסמכות של בית משפט השלום. כלומר:<sup>303</sup>

- תביעות לצווי מניעה או פסקי דין הצהרתיים בענין זכות יוצרים מסורות לסמכות השיפוט הייחודית של בית המשפט המחוזי.
  - כאשר התביעה לצו מניעה או לפסק דין הצהרתי כרוכה בתביעה כספית תידון גם זו בבית המשפט המחוזי, יהיה סכום התביעה אשר יהיה.
  - תביעות כספיות, שאינן כרוכות בבקשה לצו מניעה או לפסק דין הצהרתי, תידונה בבית המשפט המחוזי או בבית משפט השלום, בהתאם לסכום התביעה.
- מאיוור 5 עולה כי 61% מהתביעות בגין הפרת זכות יוצרים ברשת לא כללו בקשות לצו או לסעד הצהרתי כלשהו, וסכום התביעה היה נמוך מ-2.5 מליון ש"ח.



איור 5: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – ערכאות שיפוט, 2012–2010

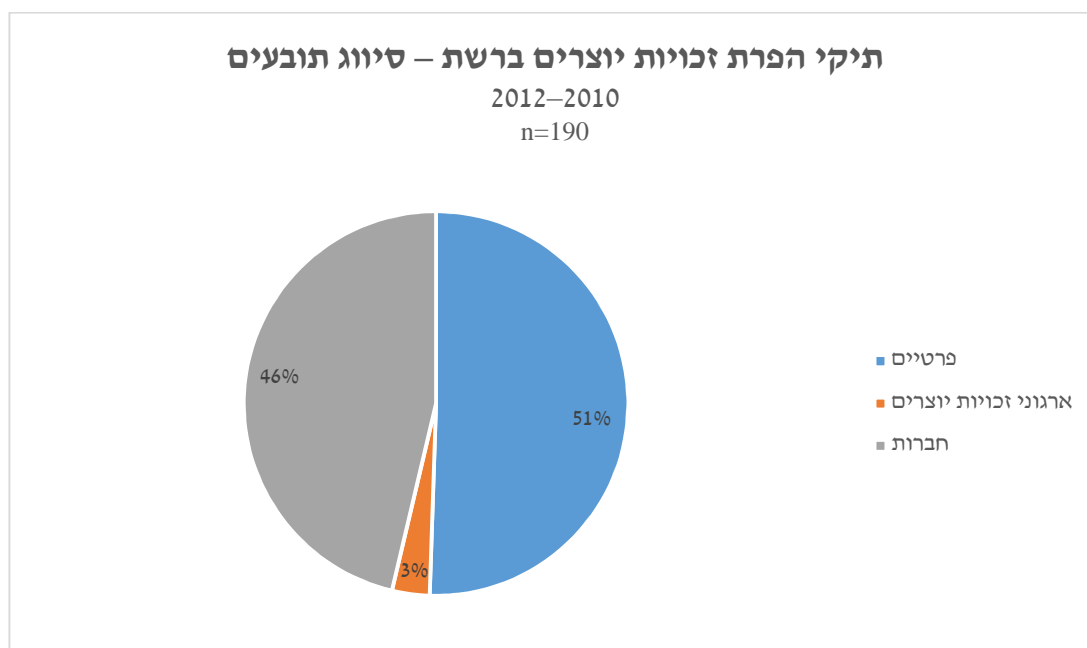
לסיכום, ניתוח תיקי בתי המשפט העוסקים בהפרת זכויות יוצרים ברשת מעלה תמונה מורכבת ומעניינת. ניתן לראות כי מרבית התיקים מתנהלים בבתי המשפט באיזור המרכז (שלום או מחוזי). לאור העובדה כי תביעות בנושא הפרת זכויות יוצרים המתנהלות בבתי משפט השלום הן תביעות לסעדים כספיים בלבד שאינם עולים על 2.5 מליון ש"ח, ניתן ללמוד כי מרבית התביעות הינן תביעות

302 סעיף 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד 1984.  
303 גרינמן ב, לעיל הערה 28, בעמ' 751.

כספיות בלבד עד גובה הסמכות של בתי משפט השלום, ורק מקצת התביעות הינן תביעות אשר כרוכה בהן בקשה לצו כלשהו או תביעות אשר סכום התביעה בהן עולה על 2.5 מליון ש"ח.

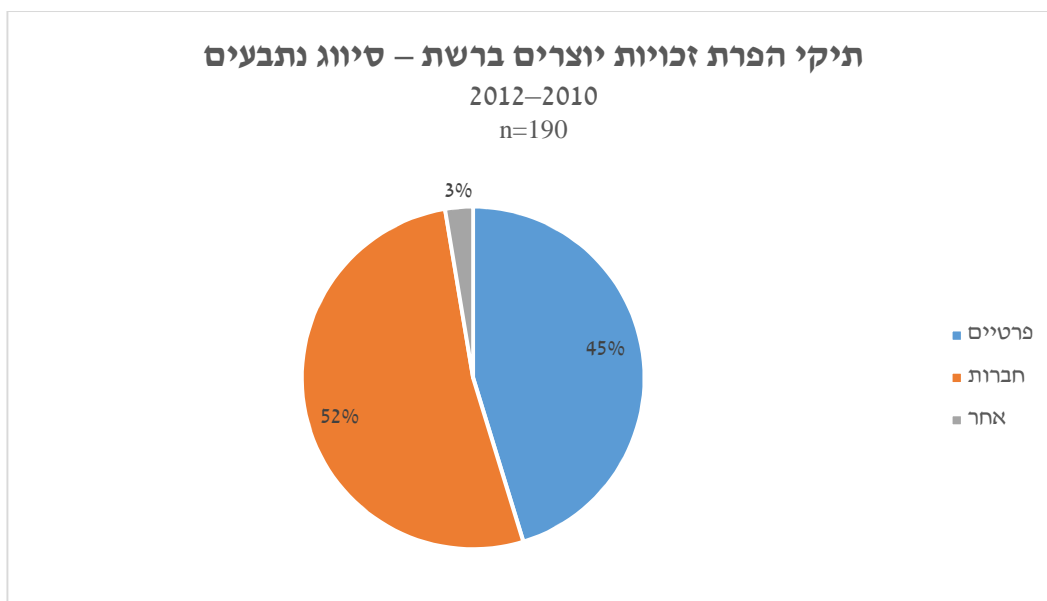
### 4.3.2. השחקנים

איור 6 מציג את התובעים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. ניתן לראות שכמחצית מהתובעים הינם אנשים פרטיים, ואילו מעט פחות ממחצית (46%) הן חברות. ארגוני זכויות יוצרים מהווים 3% בלבד מהתובעים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. יתכן כי שיעור נמוך של תביעות המוגשות על ידי ארגונים אלו עשוי להעיד על כך כי מרבית פעילות האכיפה נעשית על ידי ארגונים אלו בטרם מוגשת תביעה לבתי המשפט. חשוב לציין כי בחינת התובעים נעשתה על בסיס איפיון התובע הראשון בלבד.



איור 6 : תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – סיווג התובעים, 2010–2012

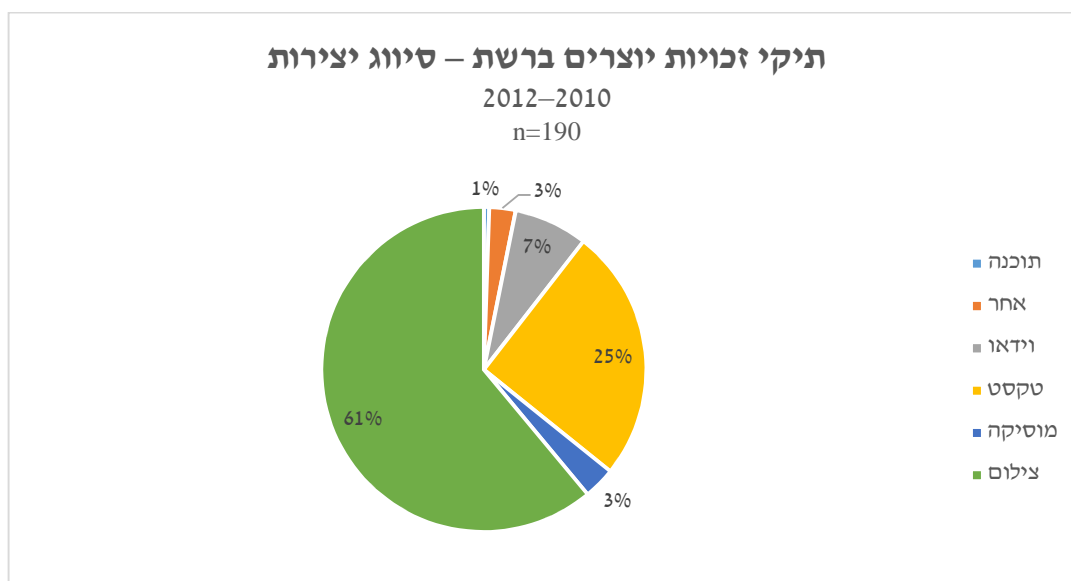
בהמשך לכך, איור 7 מציג את סיווג הנתבעים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת, וממנו עולה כי 52% מהנתבעים הם חברות, ו-45% הינם אנשים פרטיים. 3% מייצגים נתבעים כגון עמותות. חשוב לציין כי מדובר בנתבע ראשון בלבד, כך שניתן להניח ששיעורם של בעלי אתרי אינטרנט כנתבעים נוספים הינו גבוה יותר.



איור 7: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – סיווג נתבעים, 2010–2012

### 4.3.3. היצירות הנתבעות

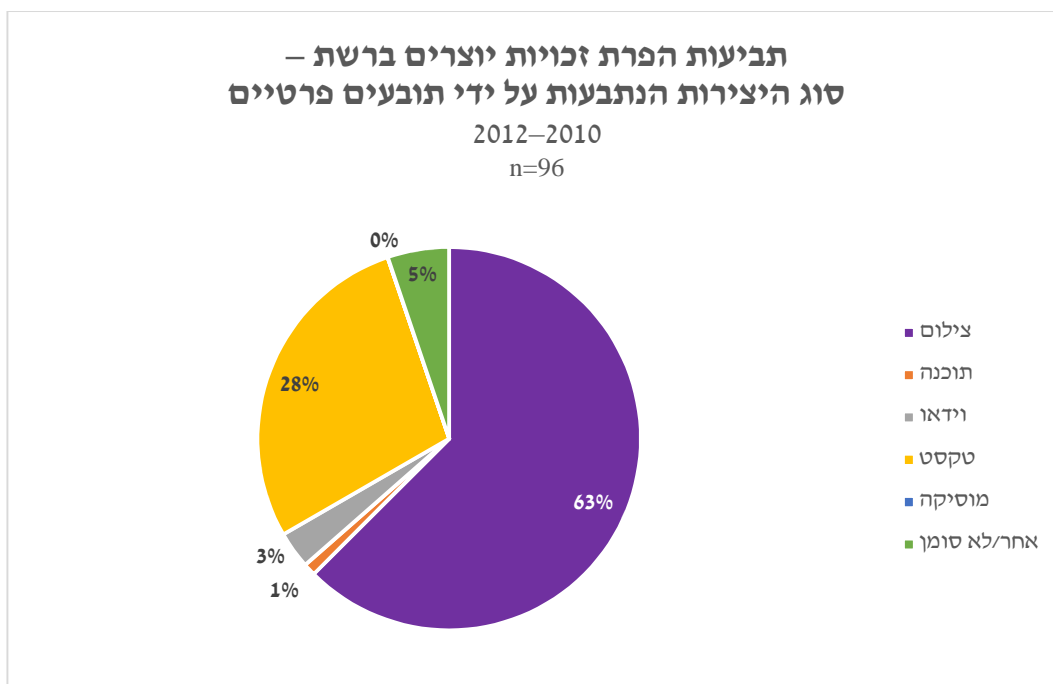
איור 8 מציג את התפלגות היצירות הנדונות במסגרת תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. מרבית היצירות (61%) המהוות נשוא תביעה בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת הן צילומים, רבע מהיצירות המופרות לכאורה (25%) הן טקסט<sup>304</sup>, והיתר – תכני וידאו (7%), מוסיקה (3%) ותוכנה (1%). ניתן לשער כי אכיפת זכויות יוצרים בתוכנה מתבצעת בזירה אחרת, כפי שאומנם יודגם לעיל בפרק 5.



איור 8: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – סיווג היצירות הנדונות, 2010–2012

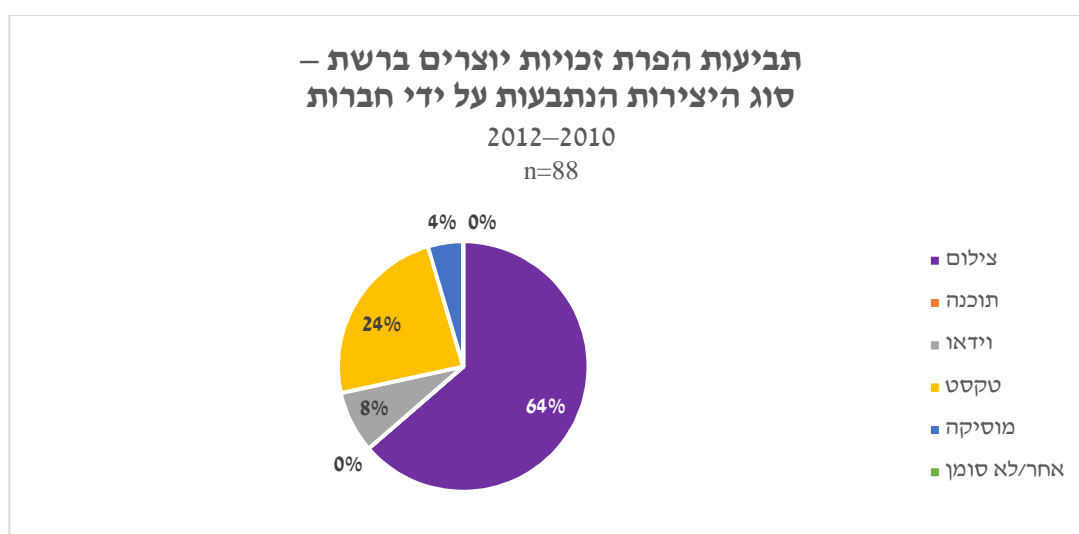
מעניין לראות כי אין שונות בסוג היצירות אשר תובעים בגינן תובעים פרטיים ותאגידים. כך, מאיור 9 עולה כי תובעים פרטיים נוהגים על פי רוב לתבוע על הפרת זכויות יוצרים בצילומים (63%) ובטקסט (28%), בעוד שתביעות פרטיות בגין הפרת זכויות יוצרים בתוכנה, וידאו, ומוסיקה מהוות כ-4% בלבד מכלל התביעות הפרטיות.

304 מדובר במאמרים וכתבות באתרים מסחריים, טקסטים שיווקיים ועוד.



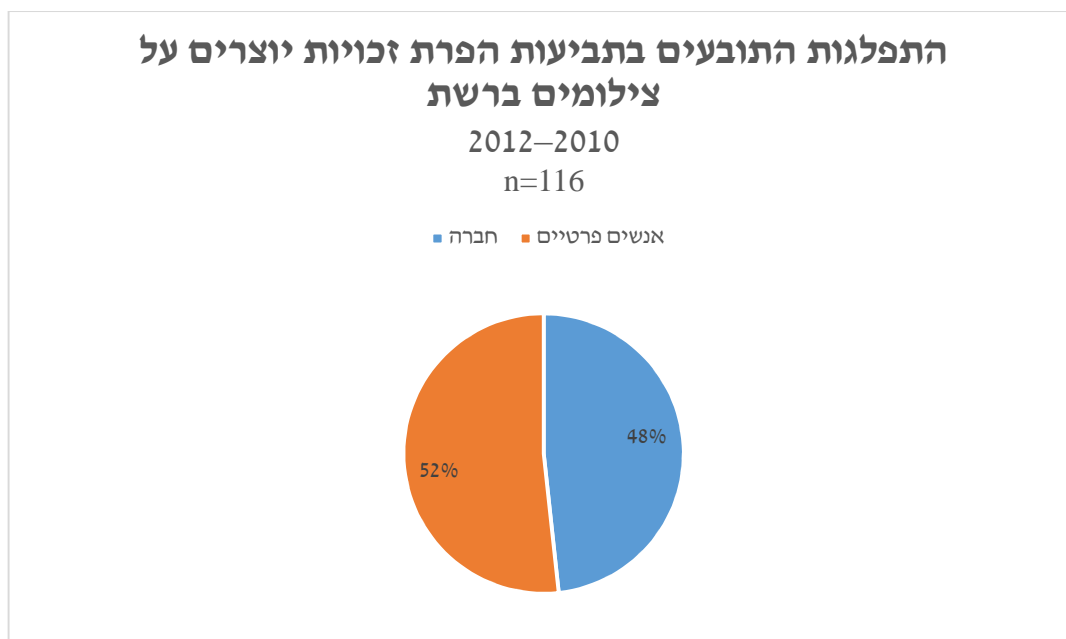
איור 9: תביעות הפרת זכויות יוצרים ברשת על ידי תובעים פרטיים, 2010–2012

מאיור 10 עולה כי מרבית התביעות המוגשות על ידי חברות בגין הפרת זכויות יוצרים, מוגשות בגין הפרת זכויות יוצרים בצילומים (64%) ובטקסט (24%), בעוד שתוכנה, וידאו ומוסיקה מהווים יחדיו 12% מכלל התביעות המוגשות על ידי חברות. כלומר, ניתן לראות כי באופן מובהק, תביעות על הפרת זכויות יוצרים על צילומים ועל טקסט מהוות את עיקר התביעות המוגשות הן על ידי חברות והן על ידי אנשים פרטיים. ניתן לשער כי הדבר נובע מסיבות כגון העדר ארגוני זכויות העוסקים ברישוי באופן מסודר, ואולי הדבר מצביע על ניסיון של חברות ליצור מציאות אשר תוביל ליצירת שוק לצורך רישוי היצירות, כפי שקיים בהקשר של יצירות מוסיקליות. הסבר נוסף יכול להיות הרצון לזכות בפיצויים, אולי משום ששוק הרשיונות לא מספק הכנסה הולמת לבעלי הזכויות בצילומים.



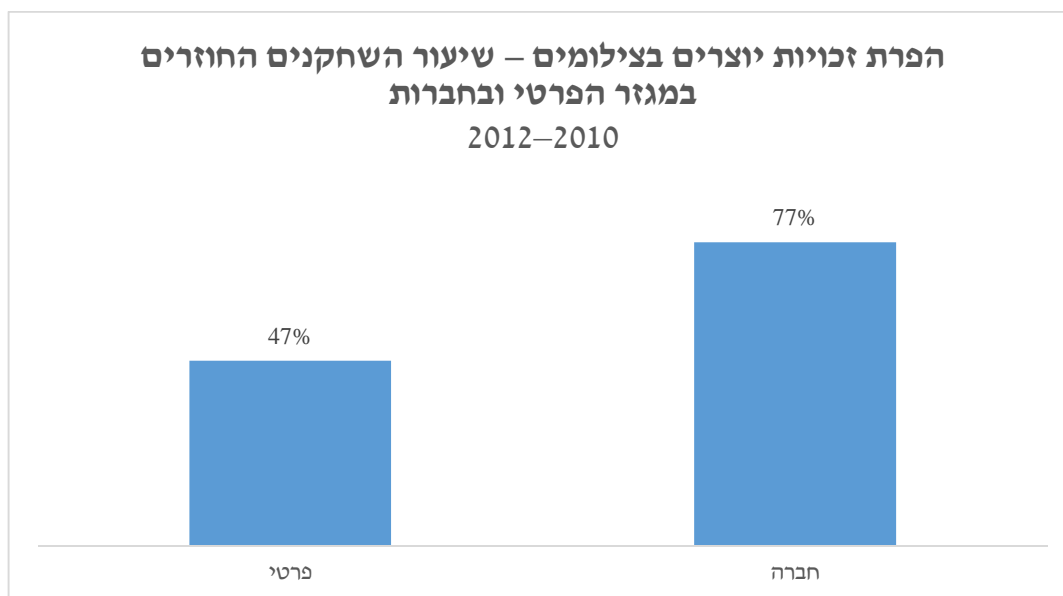
איור 10: תביעות הפרת זכויות יוצרים ברשת – סוג היצירות הנתבעות על ידי חברות, 2010–2012

מאיור 11 עולה כי כמחצית מהתובעים בתביעות על הפרת זכויות בצילומים הינם צלמים פרטיים (60 תיקים), ומחצית נוספת הינן חברות (56 תיקים).



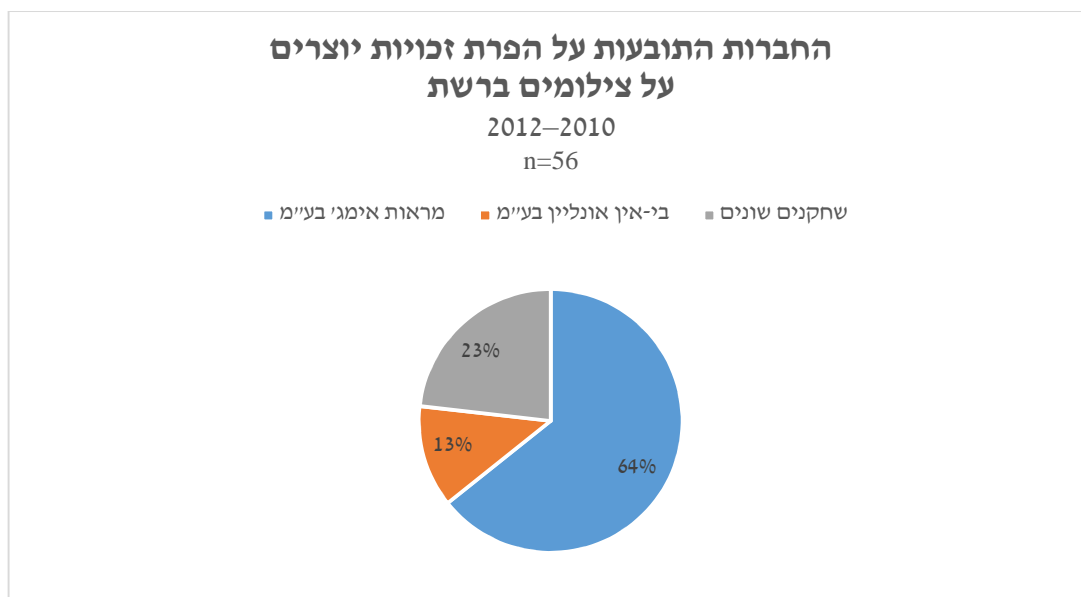
איור 11 : התפלגות התובעים בתביעות הפרת זכויות יוצרים על צילומים ברשת, 2010–2012

מאיור 12 עולה כי שיעור השחקנים החוזרים המגישים תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים על צילומים ברשת מבין החברות עומד על 77%, ואילו שיעור השחקנים החוזרים הפרטיים בתביעות מסוג זה עומד על 47%.



איור 12 : הפרת זכויות יוצרים בצילומים – שיעור השחקנים החוזרים במגזר הפרטי ובחברות, 2010–2012

בחינת החברות התובעות על הפרת זכויות יוצרים ברשת של יצירות צילום מעלה כי קיימים שני שחקנים חוזרים בולטים אשר נוהגים לתבוע: חברה ראשונה היא "מראות אימג' בע"מ" וחברה נוספת: "בי-אין אונליין בע"מ". להלן באיור 13 ניתן לראות את התפלגות התובעים על הפרת זכויות יוצרים בצילומים ברשת, לפי זהות התובעים.



איור 13: החברות התובעות על הפרת זכויות יוצרים על צילומים ברשת, 2010–2012

#### 4.3.4. עילות התביעה

כפי שפורט בפרק 3.2.2 לעיל, הרשת יצרה דרכים חדשות לשימוש ביצירות, תוך העתקה והדבקה (copy & paste), שינוי, שילוב פורמטים, remix, וכדומה.

העלאת (Upload) יצירה, הורדת (Download) יצירה, מתן גישה ליצירה, שידור יצירה, סטרימינג, הפצת עותקים, שיתוף ברשתות חברתיות, והעמדה לרשות הציבור, מהוות דוגמאות לפעולות ביצירות אשר עשויות לעלות לכדי הפרת זכות יוצרים אם נעשו ללא הסכמת בעלי הזכויות. למעשה כל פעולה של גלישה ברשת עלולה להוות העתקה של יצירה הואיל והיא כרוכה ביצירת עותקים, אם כי ארעיים.<sup>305</sup>

למרות העובדה כי דיני הקניין הרוחני הם "דרך המלך" להגנה על נכסים לא מוחשיים, הרי שבשנים האחרונות קיימת מגמה מרחיבה יותר, במסגרתה מנסים יוצרים להגן על יצירותיהם באמצעות דינים חיצוניים, כדוגמת דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט.

כך למשל, עילת גניבת עין שהיא **עילה נזיקית** הקובעת כי עוסק המוכר נכס או מספק שירות, לא יגרום לכך שהנכס או השירות ייחשבו כקשורים בנכס או שירות של עוסק אחר.<sup>306</sup> הזכות קמה לבעל המוניטין בדיעבד, רק לאחר שנפגע המוניטין שלו. קיימים מספר סעדים שניתן לדרוש בשל עילה זו, אך המרכזי שבהם הוא **פיצוי בלא הוכחת נזק**, בסכום שלא יעלה על 100,000 ש"ח.<sup>307</sup>

עילה נוספת הינה עילת עשיית עושר ולא במשפט, על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט.<sup>308</sup> חוק זה קובע חובת השבה, כך שטובת הנאה כלשהי שאדם (הזוכה) קיבל על חשבון אדם אחר (המזכה), תהיה חייבת בהשבה למזכה. אם לא ניתן יהיה להשיבה בעין, יחויב הזוכה בהשבת שוויה.<sup>309</sup> חוק

<sup>305</sup> סעיף 12 לחוק: "העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות... (4) העתקה ארעית של היצירה"

<sup>306</sup> סי' 1 (א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999.

<sup>307</sup> סי' 13 (א) לחוק עוולות מסחריות.

<sup>308</sup> חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט–1979.

<sup>309</sup> סי' 1 לחוק עשיית עושר.



עשיית עושר קובע כי במקרה והמזכה אינו נפגע כתוצאה מזכיית הזוכה או במקרה של השבה בלתי צודקת, נתונה לבית המשפט סמכות לפטור את הזוכה מחובת ההשבה.<sup>310</sup>

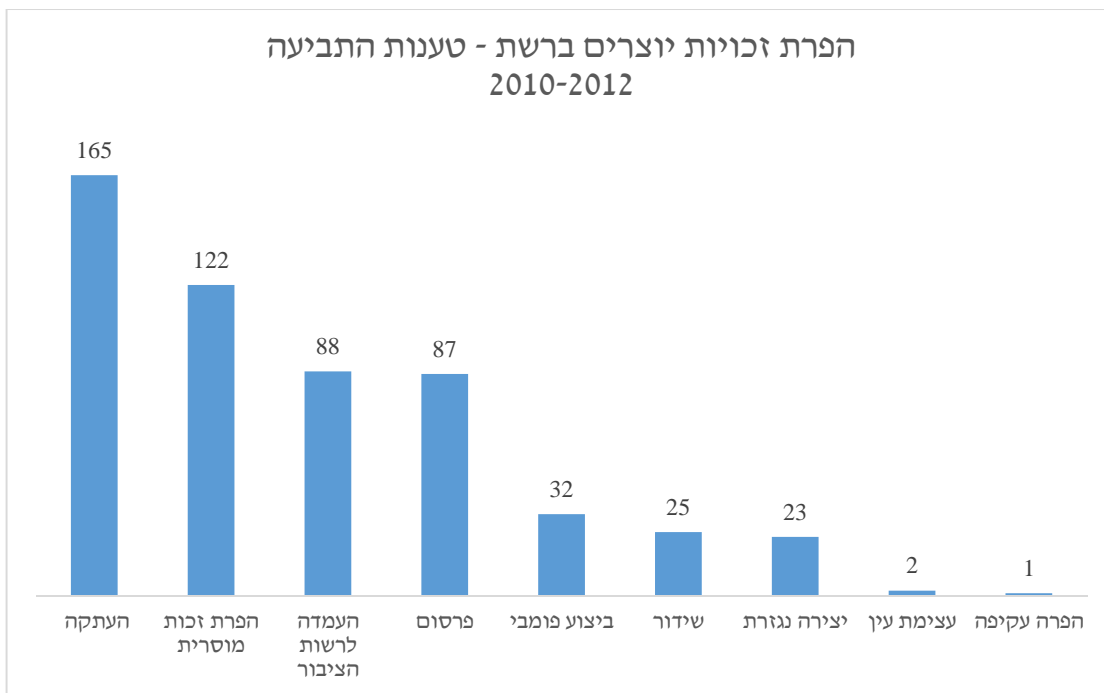
עילה נזיקית נוספת הינה עילת גזל סוד מסחרי, הקובעת איסור גזילת סוד מסחרי של אחר ללא הרשאה.<sup>311</sup> גזל מוגדר כנטילה, קבלה או שימוש בסוד המסחרי ללא הסכמת בעליו.<sup>312</sup> לצורך הוכחת העילה יש להראות קיומו של סוד מסחרי. זה מוגדר כמידע עסקי שסודיותו מקנה יתרון עסקי לבעליו ובלבד שנוקט אמצעים סבירים למנוע את חשיפתו.<sup>313</sup>

בנוסף, דוקטרינת הדילול מאפשרת תביעה בשל דילול מוניטין, כאשר מטרתה להגן על המוניטין והתדמית המיוחסים לסימן מסחר. פעולת הדילול משמעה שימוש בסימן מסחר ללא רשות בעל הסימן עד כדי שחיקתו בעיני הציבור וטשטוש ייחודיותו.<sup>314</sup> הדוקטרינה אמנם ממאנת מלחייב הוכחת חשש להטעיית צרכנים.

איור 14 מציג את טענות התביעה בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. ניתן לראות כי טענת העתקה נטענה ב-165 תיקים, הפרת הזכות המוסרית נטענה ב-122 תיקים, העמדה לרשות הציבור שלא כדין נטענה ב-88 תיקים ופרסום שאינו כדין נטען ב-87 תיקים. טענות נוספות אשר הועלו בשיעורים נמוכים יותר הינן ביצוע פומבי (32 תיקים) שידור (25 תיקים) ויצירה נגזרת (23 תיקים).

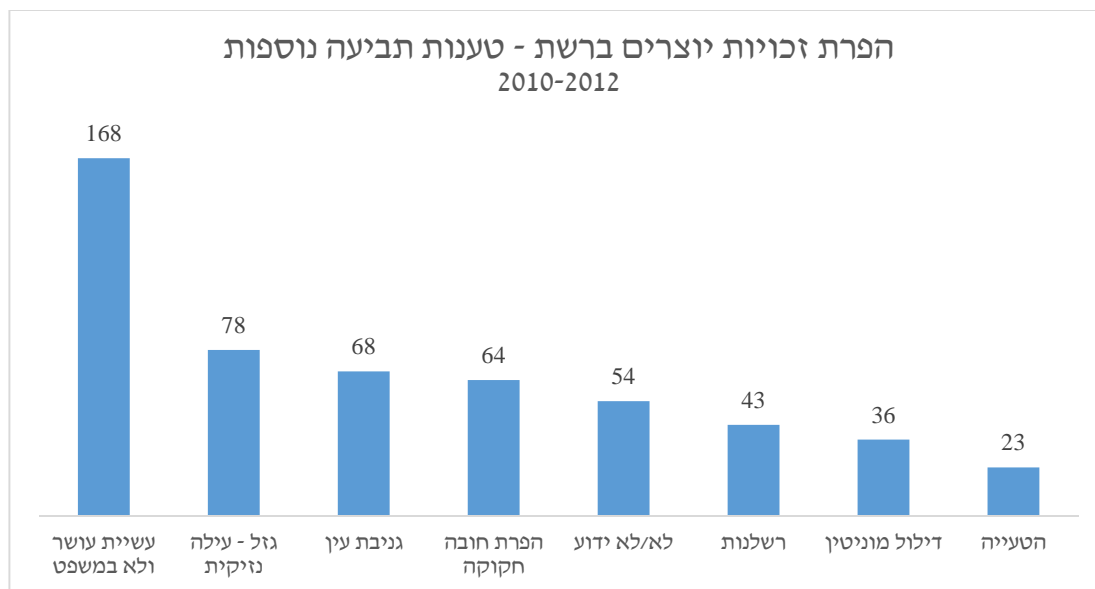
ממצאים אלה תואמים את הציפיות בנוגע לניסוח כתבי הטענות בתביעות בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת. ניתן היה לצפות כי טענת ההעתקה תועלה במרבית התביעות, שכן קשה להעלות על הדעת שימוש ביצירה במדיה דיגיטלית שלא יהיה כרוך בהעתקה ללא רשות. החוק מגדיר בצורה רחבה את זכות ההעתקה בסעיף 12 לחוק, באופן שחל גם על העתקה ארעית של היצירה.<sup>315</sup> העלאת יצירות לרשת, העמדה לרשות הציבור, ואף פעולות בסיסיות של גלישה ברשת, עלולות ליפול לגדר הגדרה רחבה זו של זכות ההעתקה. סעיף 26 לחוק אומנם מסייג את זכות ההעתקה, ומתיר מפורשות העתקה זמנית לצורך שימוש כדין ביצירה או העברתה ברשת תקשורת, אולם הדבר מותנה בהתקיימות בתנאים שנקבעו בסעיף.<sup>316</sup> כמו כן, בהמשך למיעוט תביעות כנגד גורמי ביניים ניתן לראות כי טענות בדבר הפרה עקיפה הועלו באופן מצומצם למדי.

310 ס' 2 לחוק עשיית עושר.  
 311 ס' 6(א) לחוק עוולות מסחריות.  
 312 ס' 6(ב) לחוק עוולות מסחריות.  
 313 ס' 5 לחוק עוולות מסחריות.  
 314 ע"א 6181/96 קרדי נ' Bacardi & Company Limited, פ"ד נב(3) 276 (1998).  
 315 על פי סעיף 12 לחוק "העתקה של יצירה היא עשיית עותק של היצירה בכל צורה מוחשית, לרבות - (1) אחסון של היצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי אחר; ... (4) העתקה ארעית של היצירה."  
 316 ס' 26 לחוק מתיר העתקה זמנית של היצירה – "ובלבד שאין לעותק האמור ערך כלכלי משמעותי משל עצמו" – באחד משני המצבים הבאים: (1) ההעתקה הזמנית "מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת, על ידי גורם ביניים"; (2) ההעתקה הזמנית נועדה "לאפשר שימוש אחר כדין ביצירה".



איור 14: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – טענות התביעה, 2010–2012

איור 15 מציג טענות נוספות שהועלו על ידי התובעים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. 168 תיקים כללו טענות של עשיית עושר ולא במשפט, 78 מהתיקים כללו טענות של גזל, ב-68 תיקים נטענה גניבת עין, ב-64 תיקים נטענה הפרת חובה חקוקה, ב-43 תיקים עלתה טענת רשלנות, ודילול מוניטין והטעייה נדונו ב-36 תיקים ו-23 תיקים בהתאמה.



איור 15: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – טענות תביעה נוספות, 2010–2012

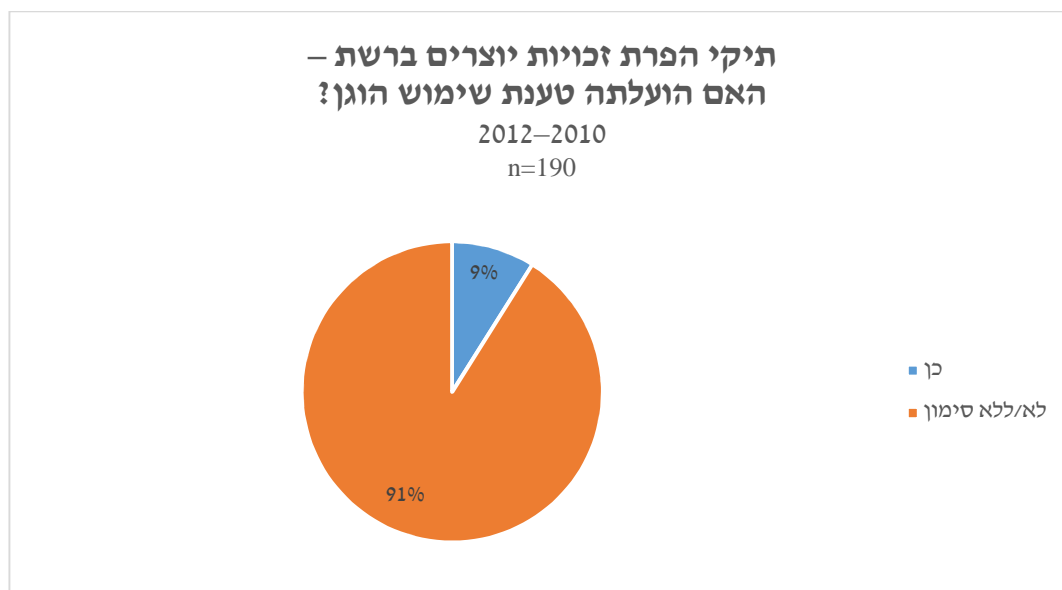
איור 16 מתייחס לטענות ההגנה שהועלו על ידי הנתבעים. מאיור זה עולה כי ברובם המכריע של הדיונים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת (91%) **לא הועלתה** כלל טענת שימוש הוגן על ידי הנתבע.<sup>317</sup> במילים אחרות רק בפחות מ-10% מן התיקים הועלתה טענת שימוש הוגן.

317 "ללא סימון" משמעותו – תיקים בהם נחשפנו רק לכתב התביעה, ולא ראינו את כתב ההגנה, או מקרים בהם ניתן פסק דין במעמד צד אחד. כלומר, מדובר במקרים בהם אנחנו לא ראינו את טענות ההגנה בכלל.

שימוש הוגן מוגדר בסעיף 19 לחוק ומקנה לבית המשפט סמכות להתיר, בדיעבד, שימוש ללא רשות ביצירה, אם נעשה לשם מטרה כגון המטרות שהוגדרו בסעיף ("לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך")<sup>318</sup> ובלבד שהשימוש ביצירה היה הוגן. בסעיף 19(ב) נאמר כי "לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין היתר כל אלה:

- (1) מטרת השימוש ואופיו;
- (2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;
- (3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;
- (4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה והעל השוק הפוטנציאלי שלה.

סעיף זה מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב ומהווה את אחד השינויים המהותיים שהוכנסו בחוק זכויות יוצרים החדש משנת 2007 לעומת החוק שקדם לו. החוק הקודם, משנת 1911 כלל את טענת "טיפול הוגן", טענה מצומצמת בהרבה שניתן להעלותה רק במקרה של שימוש ביצירה לצורך רשימה "סגורה" של מטרות שנקבעו בחוק (לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה, או תמצית עיתונאית).<sup>319</sup> לאור שיקול הדעת הרחב אשר ניתן בסעיף זה לבית המשפט ניתן היה לצפות כי טענה זו תועלה על ידי מספר גבוה יותר של נתבעים אשר בחרו לנהל את ההתדיינות ולא להתפשר בטרם התחיל ההליך. על רקע זה, הממצא לפיו טענת השימוש ההוגן כמעט ואיננה נטענת על ידי נתבעים מפתיע איפוא במיוחד.



איור 16: הפרת תיקי זכויות יוצרים ברשת – האם הועלתה טענת שימוש הוגן? 2012–2010

#### 4.3.5. ההליך המשפטי

ההליך השיפוטי נועד להגשים מטרות שונות. בין מטרות אלו, ניתן לומר כי ההליך השיפוטי מהווה כלי המסייע בהכוונת התנהגויות, בשל ההנחה כי שימוש בסנקציות משפיע על דרך ההתנהגות

318 סי' 19 לחוק.  
319 סי' (I)12 לחוק זכות יוצרים, 1911.

בחברה.<sup>320</sup> בנוסף, ההליך השיפוטי מהווה מנגנון שנועד לסייע בפתרון סכסוכים ועשיית צדק בין הצדדים באמצעות מערכת המשפט.<sup>321</sup>

קיומם של מסלולים חליפיים לאכיפת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט באמצעות גורמי ביניים, כמפורט בפרק 5, מחדד את יחודו של ההליך המשפטי כאפיק אכיפה וישוב סכסוכים: הגנה על זכויות הצדדים המתדיינים ועיצוב נורמות משפטיות.

**זכויות הצדדים המתדיינים:** ההתדיינות המשפטית מקנה לצדדים הזדמנות לנהל את הסכסוך המשפטי בנושא הפרת זכות היוצרים בפני ערכאה שיפוטית: לשטוח את טענותיהם המשפטיות, להנות מהגנת בית המשפט במסגרת הליך הוגן, ולזכות בהכרעה שיפוטית בטענות השנויות במחלוקת. ההליך השיפוטי מקנה הגנה לזכויות המתדיינים, התובע והנתבע, ונועד להבטיח כי הסכסוך לא יוכרע באופן שרירותי, אלא בהתאם להוראות החוק וללא משוא פנים מנקודת ראותם של הצדדים לסכסוך, ניתן היה לצפות כי הליך משפטי יתנהל בעניינים בהם קיימת מחלוקת עובדתית או משפטית בין הצדדים, או כאשר מתבקש סעד (למשל פיצויים) המצוי בסמכותו היחודית של בית המשפט. בסכסוכים אחרים ניתן לשער כי יעשה שימוש מוגבר באמצעי אכיפה חליפיים.

**עיצוב נורמות משפטיות:** מנקודת מבט ציבורית ההליך המשפטי בעניין אכיפת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט חשוב במיוחד. היקף ההגנה על זכות היוצרים בסביבת הרשת לוקה בחוסר ודאות גבוהה. המדובר בסביבה טכנולוגית דינאמית המשתנה באופן מתמיד ובמהירות גדולה. יפים לעניין זה דבריו של השופט גרוסקופף בעניין **טויסטר נ' גוגל**:<sup>322</sup>

והנה, במקרה שלפני, מתעוררת שאלה שנוצרה במציאות של אמצע העשור הנוכחי, אשר הכלים המשפטיים שנוצרו בשלהי העשור הקודם להסדרתה נראים מיושנים, ובלתי מתאימים לטפל בה. אכן, כדברי המשורר "העגלה נוסעת אין עצור / קפצת ממנה היום חלפו שעתיים / והנה נשאר מאחור" (מאיר אריאל "נשל הנחש").

הדברים אומנם נאמרו בנוגע לחוק הספאם, שנכנס לתוקף ביוני 2008,<sup>323</sup> אולם הם יפים גם לעניין חוק זכויות יוצרים אשר נכנס לתוקף במאי 2008. בסביבה דינאמית כזו, צפויים יותר סכסוכים המבטאים מחלוקת לעניין היקף ההגנה בזכות יוצרים. למשל, האם קישור ליצירה מהווה הפרה של זכות ההעתיקה? האם צפייה ישירה ביצירה מהווה הפרה של זכות הביצוע הפומבי או השידור? וכיוצא בזה. מבחינת האינטרס הציבורי קיימת חשיבות גדולה בסביבה זו לעיצוב כללים משפטיים באמצעות פסיקת בתי המשפט, על מנת להגביר את מידת הודאות המשפטית בנוגע להגנה על היצירות וחיזוק זכות היוצרים, וכן לבטא את האינטרס הציבורי בנוגע להיקף השימוש המותר ביצירות ברשת ללא הרשאה מאת בעל זכות היוצרים. עיצוב היקף ההגנה על זכות היוצרים ברשת באמצעות פרשנות בתי המשפט חשוב במיוחד נוכח הצורך לאזן בין ההגנה על זכות היוצרים לבין נחלת הכלל וחופש הביטוי.<sup>324</sup>

מאיוור 17 עולה כי ב-65% מהתיקים התקיים הליך משפטי, אשר כולל תיקים אשר הסתיימו בפסיקה של בית המשפט, בין אם בפסק דין לטובת התובע או הנתבע, בפסיקה על דרך של פשרה

320 הדר אבירם " האם המשפט משיג את מטרותיו: תשובות מעולם המחקר האמפירי " **האם המשפט חשוב?** 25, 28 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות, תשע"א), בעמ' 32.

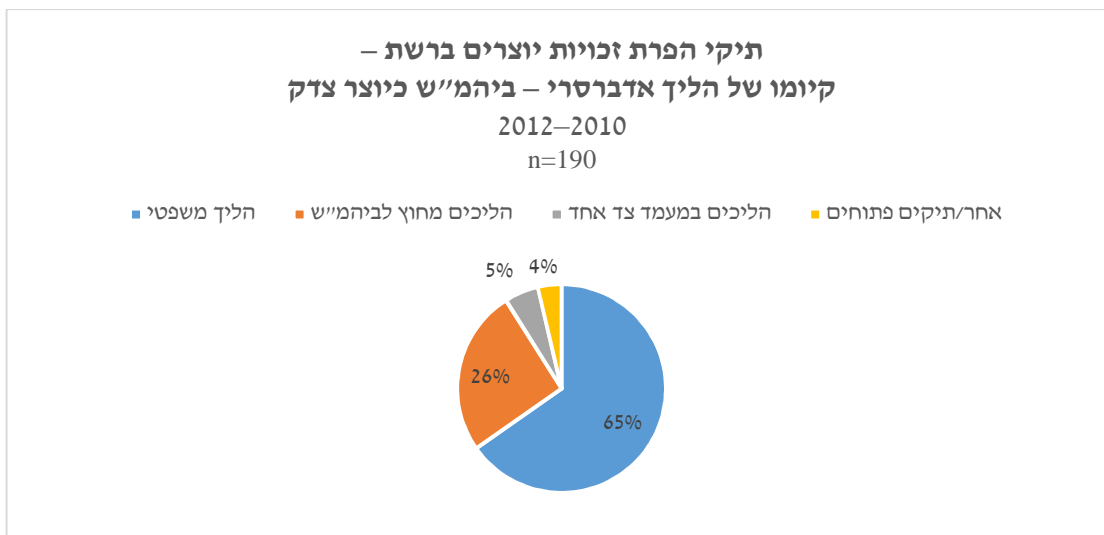
321 שם, בעמ' 43.

322 ת"צ 1862-11-12 יוסף טויסטר נ Google Inc יואח מחוזי מרכז לוד (19.09.2014).

323 ס' 30 א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 ("חוק דואר זבל", "חוק הספאם").

324 אפורי, לעיל הערה 51, בעמ' 30-32.

(סעיף 79א לחוק בתי המשפט),<sup>325</sup> פסק דין בהסכמה<sup>326</sup> או באישור פשרה/גישור שהושגו מחוץ לכותלי בית המשפט על ידי בית המשפט.<sup>327</sup> לעומת זאת, 26% מההליכים מתנהלים מחוץ לכותלי בית המשפט, מבלי שבית המשפט יאשר אותם. בנוסף, 5% מהתיקים מתנהלים במעמד צד אחד בלבד, בין אם בשל אי הגשת כתב הגנה על ידי המשיב, ובין בשל העדר התייצבות לדיון. במרבית המקרים בהם התנהלה התביעה במעמד צד אחד (8 תיקים מתוך 11) נפסקו פיצויים בסכום שנתבקש על ידי התובע. בשני תיקים נוספים אשר התנהלו במעמד צד אחד ונתבקש סעד של פיצוי, הוציא בית המשפט צו מניעה ללא פיצוי. בתיק אחד נוסף נתבקש פיצוי בסך של 800 אלף שקלים, וניתן פיצוי בסך של 100 אלף שקלים בלבד.



איור 17: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – התפלגות סוג ההחלטות, 2012–2010

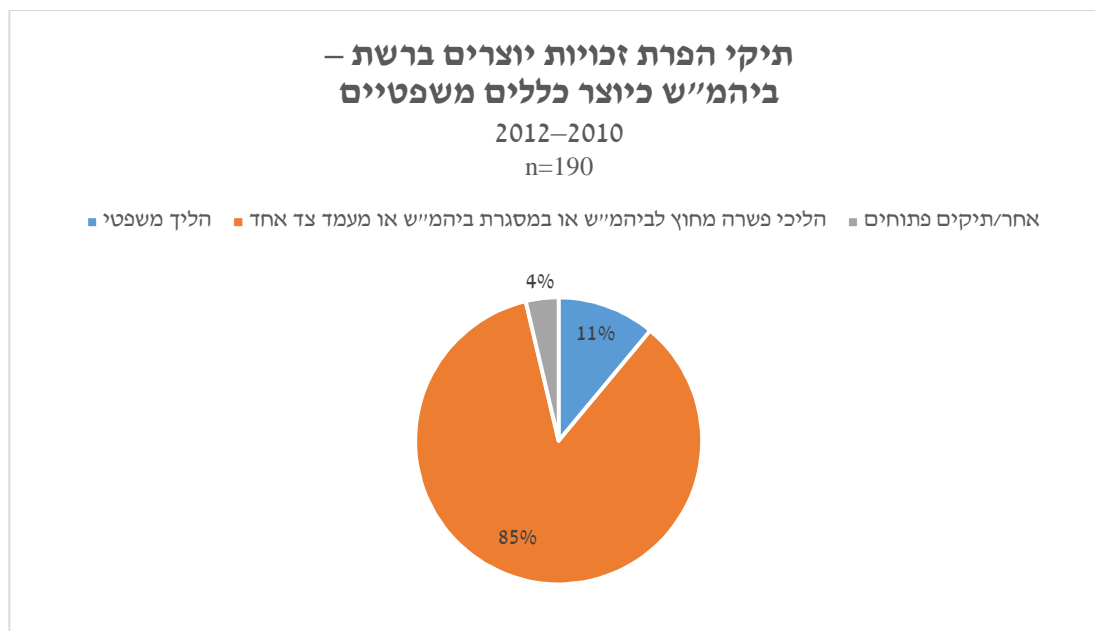
לעומת זאת, איור 18 מציג את התפלגות ההחלטות, תוך התבוננות בבית המשפט כמי שתפקידו לעצב נורמות משפטיות ולהגביר את הודאות המשפטית. ניתן לראות כי רק 11% מהתיקים

325 סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, מקנה סמכות לבית המשפט בהתדיינות אזרחית, לפסוק על דרך הפשרה בהסכמת הצדדים. תכלית הפשרה לפי סעיף זה הנה לקדם את פתרון הסכסוך ובה בעת להפחית מהעומס בבתי המשפט. משכך הליכים אלו אינם כפופים לסדרי הדיון. בשונה מפסק דין ופשרה בהסכמה, בפשרה לפי סעיף 79א הצדדים אינם אלה שקובעים את תנאי ההסכם, אלא בית המשפט הוא זה אשר קובע את התנאים להסכם, על-פי שיקול דעתו. עם זאת, באפשרות הצדדים למקד את בית השפט בנושאים בהם הנם מעוניינים שיפסק, על מנת למנוע פסיקות לפי הדיון המהותי. ככל שלא הבהירו מפורשות לבית המשפט לעשות כן, בסמכותו של בית המשפט להכריע הן לפי הדיון והן דרך פשרה. אולם, החלטת בית המשפט לקבל או לדחות תביעה לנוכח הדיון המהותי תהא נדירה עת הצדדים ביקשו לפסוק על דרך הפשרה. הסכמות שנעשו מכוח סעיף 79א אינן חוסמות את הצדדים מלפנות לערכאת ערעור, אולם, עילות הערעור מצומצמות ביותר, והתערבות בית המשפט תהא נדירה אך במקרים של חריגה קיצונית מסבירות ההסכמות או בסכומים שנפסקו. גורן, עמ' 651 ואילך.

326 תקנה 161א(א) לתקנות סדר הדיון האזרחי מקנה סמכות לבית המשפט ליתן תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים אשר הושגה מחוץ לכותלי בית המשפט. תפקידו של בית המשפט נע מאישורו גרידא לבין התערבות שיפוטית בהסכם במידת הצורך. ראו אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** 645 (מהדורה עשירית, תשס"ט); יואל זוסמן **סדר הדיון האזרחי** 549 (מהדורה שביעית, 1995). יצויין כי אין בית המשפט חייב לאשר את ההסכם, אלא מוקנה לו שיקול דעת נרחב.

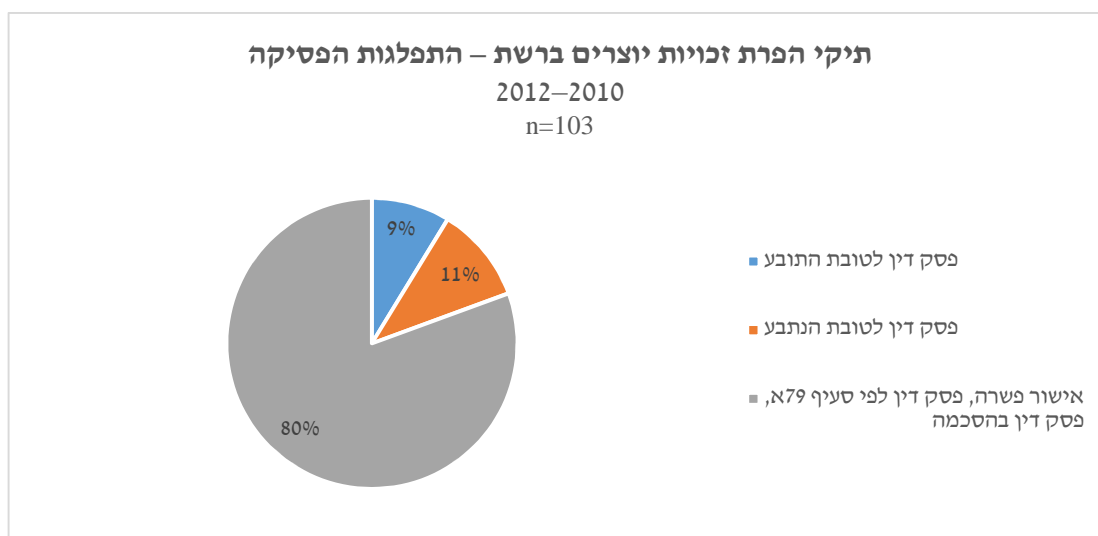
327 פסק דין בפשרה כפוף לאותם הכללים החלים על פסק דין בהסכמה לעיל. הסכם הפשרה מהווה פתרון לסכסוך בין צדדים בתנאים הוגנים, תוך ויתורים הדדיים על טענות מסוימות. הסכמת הצדדים יכולה שתהא על מהות ההסדר או על הפן הדיוני. עקרון הסופיות הנו ערך מרכזי בהסכם פשרה, ולכן פגיעה בסופיות תיתכן רק ככל שהתגלו עובדות מאוחרות חדשות. משכך, משאור ההסכם, הצדדים לא יפנו שוב לבית המשפט, אלא אם נקבע אחרת בתוכן ההסכם. קיימים שני סוגים של הסכמי פשרה. האחד, מסיים את חבויות הצדדים על-ידי הפקעת זכויותיהם וחבויותיהם של הצדדים. השני, חוסם את הצדדים מתביעות אחד כלפי השני תוך שמירת זכויותיהם. אינדיקציה לסוג ההסכם ניתן למצוא בכתב ויתור. הסכם המלווה בכתב ויתור נוטה להסכם מהסוג הראשון, המפקיע את זכויות הצדדים. בדומה לפסק דין בהסכמה, אף הסכם הפשרה מאופיין ב"פן כפול" – הסכמי ושיפוט. מכוח החשיבות המוקנית לעקרון הסופיות בהסכמי פשרה, יש צורך בטעמים משכנעים על מנת לבטלם לאחר שקיבלו תוקף של פסק דין, כגון פגם בכריתת ההסכם. זאת, באמצעות הגשת תביעה חדשה באותה ערכאה אשר אישרה את הסכם הפשרה. ראו גורן, עמ' 647.

מסתיימים בפסיקה הכוללת כלל משפטי בדמות פסק דין לטובת התובע או לטובת הנתבע. לעומת זאת, הליכי פשרה או גישור מחוץ לבית המשפט, או הליכים כאמור אשר אושרו על ידי בית המשפט, או החלטה שיפוטית אשר ניתנה בהסכמה מהווים 85% מכלל התיקים. 4% תיקים נוספים עדיין פתוחים בשלב עריכת הדו"ח, או שלא קיימים מסמכים במערכת נט המשפט מהם ניתן ללמוד על ההכרעה בעניינם.



איור 18: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – בית המשפט כיוצר כללים משפטיים, 2012–2010

איור 19 מציג את התפלגות פסיקת בית המשפט בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת, וממנה עולה כי 80% מפסקי הדין מהווים פסיקה בהסכמה או על דרך של פשרה, או אישור פשרה שהושגה מחוץ לכותלי בית המשפט. בחמישית מן המקרים בלבד ניתן פסק דין המבטא הכרעה שיפוטית בנושאים המוהתיים: 11% מהתיקים מסתיימים בפסק דין לטובת הנתבע ואילו 9% מהתיקים מסתיימים בפסק דין לטובת התובע.



איור 19: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – התפלגות הפסיקה, 2012–2010

## 4.3.6. סעדים בגין הפרת זכויות יוצרים

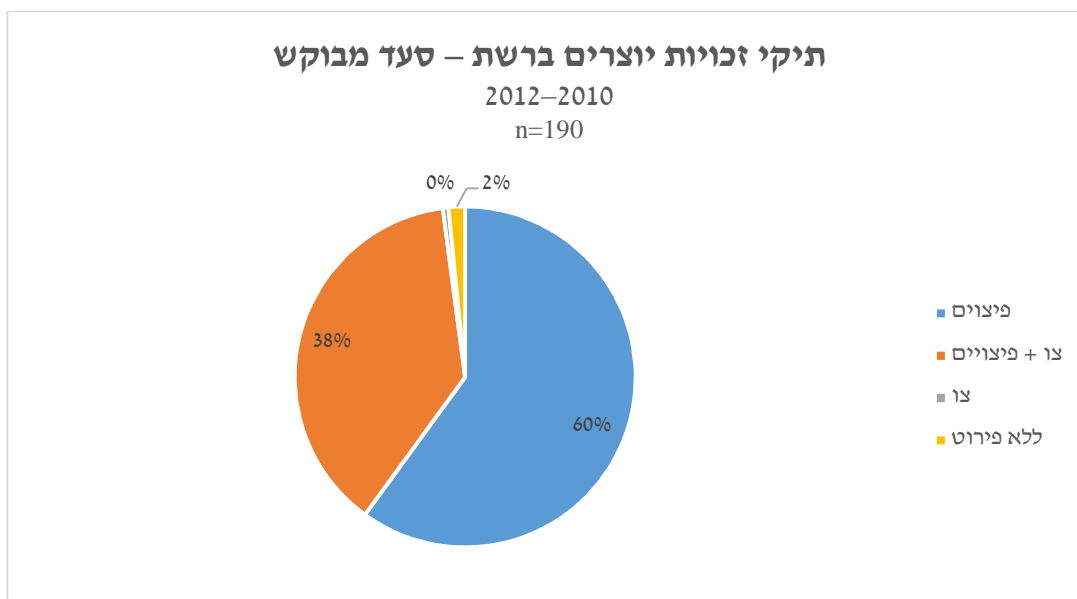
זכות יוצרים הינה זכות מעין קניינית ועל כן הפרתה מהווה עוולה אזרחית, והפרות מסוימות אף עלולות להיות בגדר עבירות פליליות. חוק-זכות יוצרים מעניק לבית המשפט סמכות להוציא צו מניעה כנגד מפר הזכות, להעניק סעד כספי, פיצויים וצו למתן חשבונות. כמו כן זכאי בעל הזכות לפיצויים ללא הוכחת נזק.<sup>328</sup> בנוסף, בית המשפט רשאי להוציא צו להשמדת עותקים מפירים של יצירה או לביצוע פעולה אחרת בהם, ולהעברת הבעלות בעותקים המפירים לידי התובע. בנוסף, זכאי בעל הזכות לסעדים זמניים, בהתאם לנסיבות.

ככלל, הענקת צו המניעה קבוע נועדה לעצור את המשך הפרת זכות היוצרים. חוק זכות-יוצרים מנחה את בית המשפט להעניק את סעד צו המניעה כאשר מתקיימת הפרת זכות יוצרים, אלא אם כן, מצא טעמים המצדיקים שלא להורות כך.<sup>329</sup> צו המניעה, אפוא, הוא לשיקולו הבלעדי של בית המשפט. צו המניעה יינתן בסוף ההליך המשפטי לאחר שהוחלט כי נעשתה הפרת זכות יוצרים של בעל היצירה.

בנוסף, בדין הישראלי קיימים שני סוגי פיצויים לבעל זכות יוצרים שזכותו הופרה. הראשון, פיצוי על נזק שנגרם. על בעל זכות היוצרים להוכיח את הנזק, ובכך לקבל את הפיצוי לפי שוויו. השני, פיצוי ללא הוכחת נזק, כאשר הרף העליון הנו 100,000 ש"ח.<sup>330</sup> ניתן לתבוע את שני הפיצויים ביחד אולם בית המשפט יבחן מה הנזק שנגרם לבעל הזכות ולא יאפשר פיצוי גבוהה מנזק זה.<sup>331</sup> בית המשפט גם יכול לפסוק את שווי הפיצוי שאינו ממוני במהותו כגון עגמת נפש.

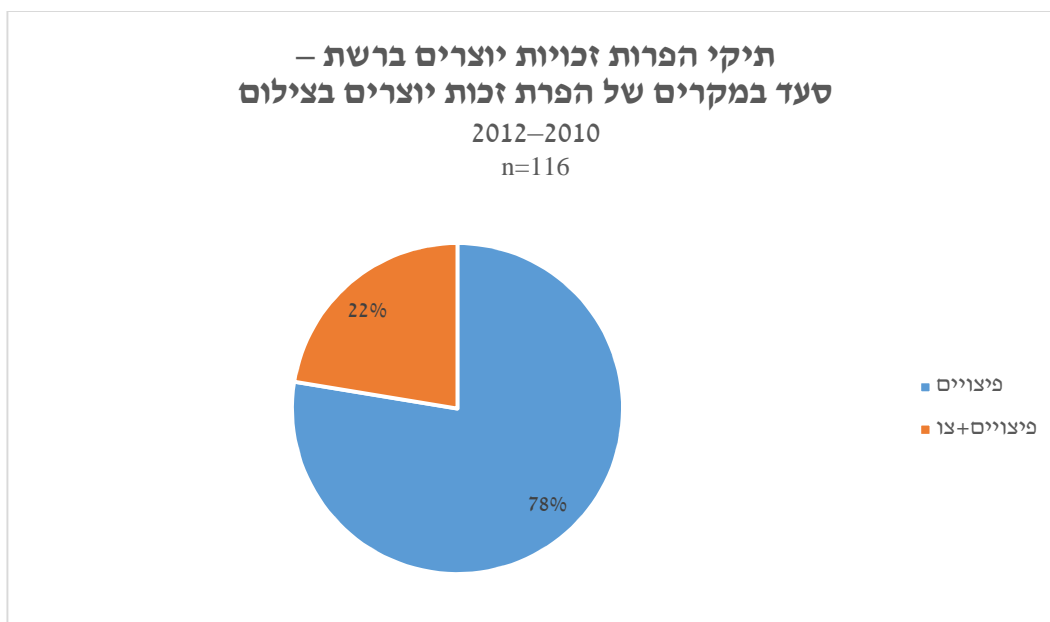
כאשר נתבע אינו מגיש כתב הגנה, בית המשפט או רשם בית המשפט יעניקו פסק דין לפי כתב התביעה בלבד, אלא אם כן מדובר בתביעה שאינה על פי סכום קצוב, אז רשאי בית המשפט לדרוש הוכחות מהתביעה, והחלטה לא תהיה באופן אוטומטי לטובת התובע.<sup>332</sup> איור 20 מציג את התפלגות הסעד המבוקש בתיקים העוסקים בהפרת זכויות יוצרים ברשת. ניתן לראות כי במרבית המקרים מתבקשים פיצויים בלבד, ואילו במקצת מבוקש צו כלשהו בצירוף בקשה לקבלת פיצויים. האטרקטיביות של תביעות לפיצויים עולה במיוחד במקרה של תביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק. על פי סעיף 56 לחוק, רשאי בית המשפט לפסוק לתובע על פי בקשתו פיצויים ללא הוכחת נזק, עד לתיקרה של 100,000 ש"ח.<sup>333</sup> מטרת הפיצוי הסטטוטורי להבטיח פיצוי לתובע גם כאשר קשה להוכיח נזק בפועל, אך בד בבד פיצוי זה נועד לסייע ביצירת הרתעה.

328 פרק ח' לחוק.  
 329 ס' 53 לחוק.  
 330 ס' 56 לחוק.  
 331 ע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מט(1) 419 (1995).  
 332 תקי' 97(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.  
 333 ס' 56(ב) לחוק מבנה את שיקול הדעת של בית המשפט בהגדירו מהם השיקולים שרשאי בית המשפט לשקול בבואו לקבוע את סכום הפיצוי.



איור 20: תיקי זכויות יוצרים ברשת – סעד מבוקש, 2012–2010

מאיוור 21 עולה כי במקרה של תיקים העוסקים בהפרת זכות יוצרים בצילום, ב-78% מהתיקים נפסקים פיצויים בלבד, בשל ההפרה. הפופלריות של תביעות הפיצויים במקרה של צילומים, לעומת בקשת צו כלשהו בצירוף בקשה לפיצויים מחזקת את התחושה כי תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים על צילומים מהווה חלק ממודל עסקי של תובעים מסויימים.

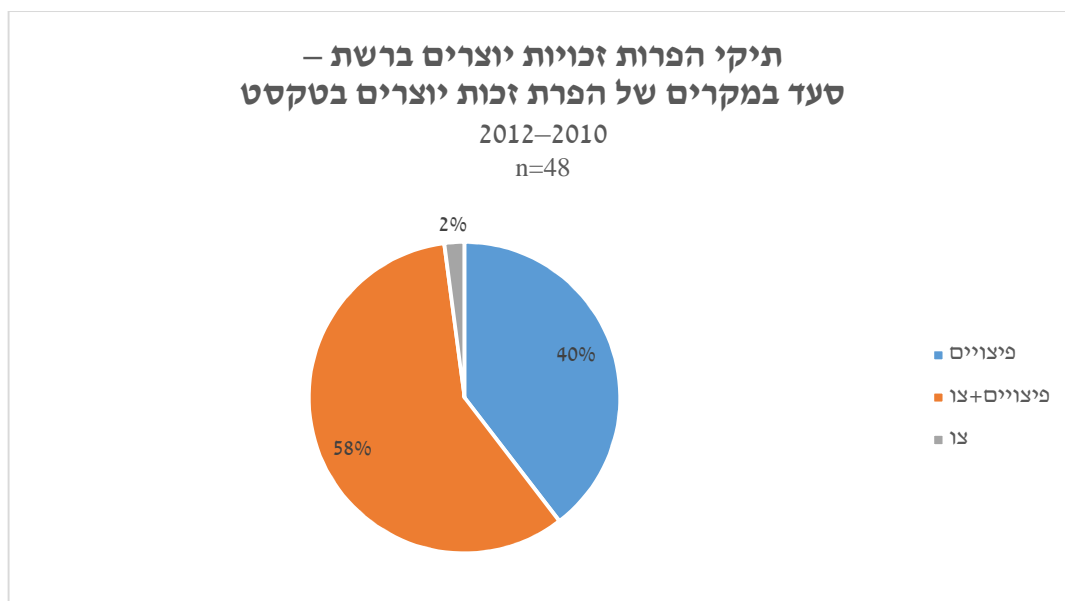


איור 21: תיקי הפרות זכויות יוצרים ברשת – סעד במקרה של הפרת זכות יוצרים בצילום, 2012–2010

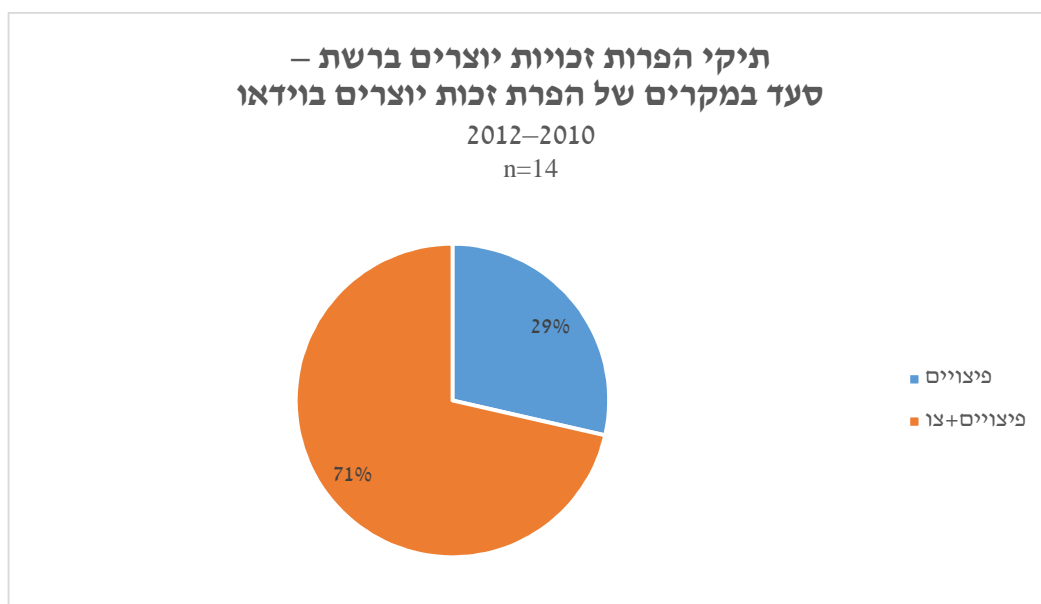
לעומת זאת, מאיוור 22 עולה כי במקרה של טענות הפרת זכויות יוצרים בטקסט,<sup>334</sup> רק ב-40% מהמקרים נפסקים פיצויים בלבד, ואילו ב-58% מהמקרים נפסקים פיצויים וכן ניתן צו כלשהו.

334 הכוונה בדרך כלל לתוכן טקסטואלי באתרי אינטרנט - מאמרים באתרים מסחריים, טקסטים שיווקיים, כתבות באתרים מסחריים, המועתקים על ידי מתחרים.



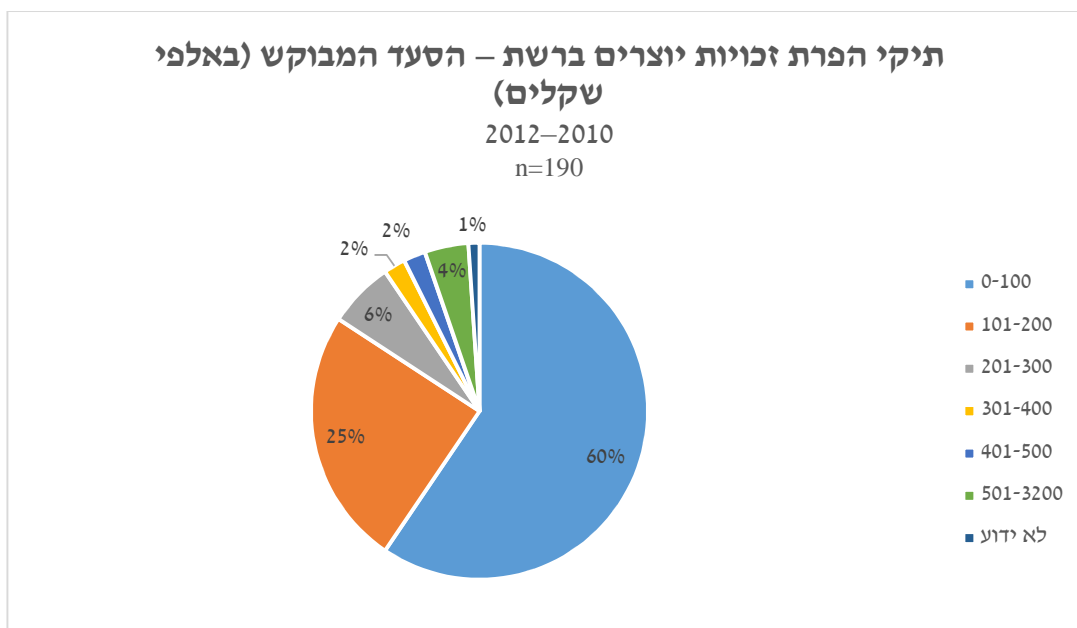


איור 22: תיקי הפרות זכויות יוצרים ברשת - סעד במקרים של הפרת זכות יוצרים בטקסט, 2012–2010  
 במקרה של תביעות הפרת זכויות יוצרים בוידאו, כפי שעולה מאיור 23, רק ב-29% מהתיקים נפסקים פיצויים בלבד בגין ההפרה.<sup>335</sup>



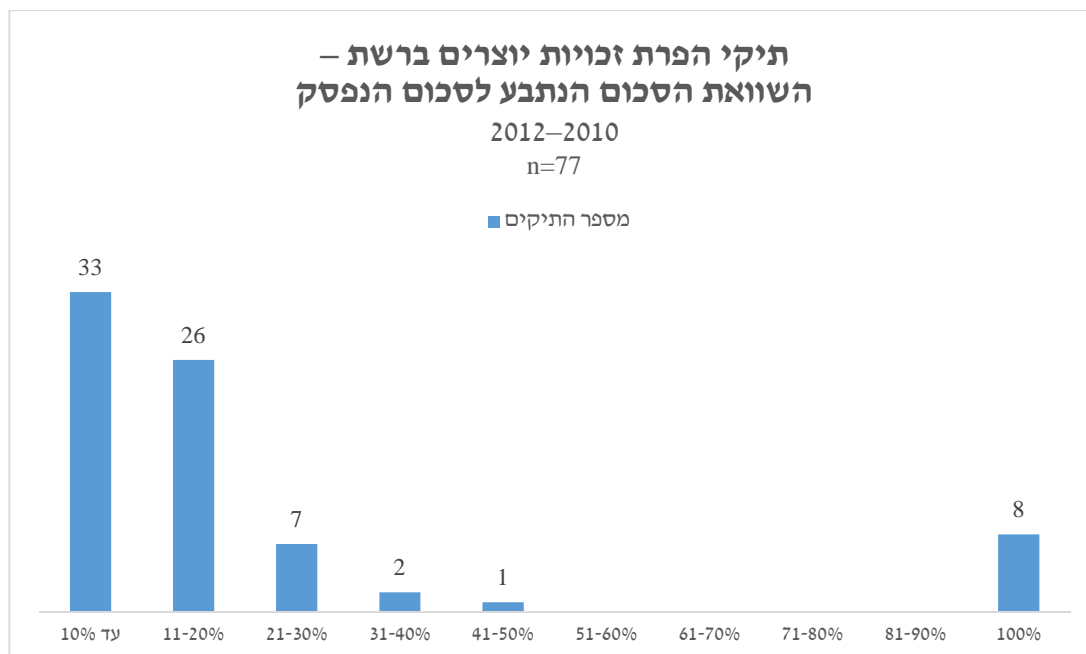
איור 23: תיקי הפרות זכויות יוצרים ברשת – סעד במקרים של הפרת זכות יוצרים בוידאו, 2012–2010  
 איור 24 מציג את התפלגות הסעד הכספי המבוקש בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. 60% מהתובעים מבקש סעד כספי על סך של עד 100,000 ש"ח. רבע מהתביעות מציגות בקשה לסעד כספי שנע בין 100,000–200,000 ש"ח. יתרת התביעות הן על סכומים כספיים גבוהים יותר. לשם השוואה, בין השנים 2012–2010 עמד ממוצע סכום התביעה בבתי משפט השלום על סך של 76,460 ש"ח, ובבתי המשפט המחוזיים על סך 4,118,224 ש"ח.<sup>336</sup>

335 בדרך כלל התובעים הם בעלי זכויות (זיר"ה, הוט, גם ערוץ הספורט/צ'רלטון) שתובעים בעלי אתרי הורדות/סטרימינג, שפוגעים בזכויות היוצרים שלהם.  
 336 הרשות השופטת בישראל, דו"ח שנתי 2013, בעמ' 43.



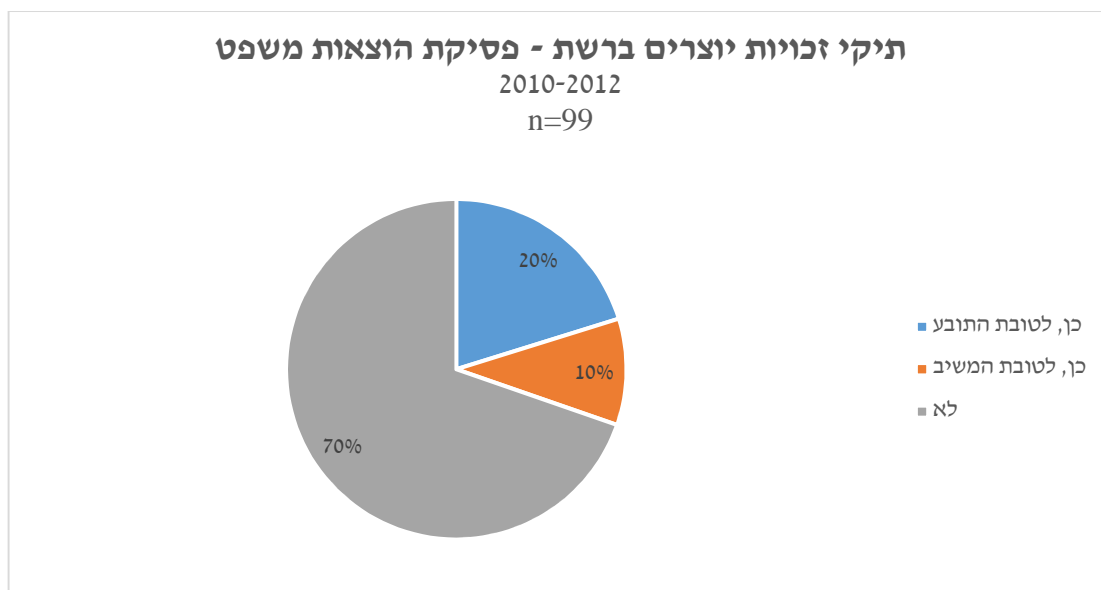
איור 24: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – הסעד המבוקש, באלפי ש"ח, 2012–2010

באיור 25 ניתן לראות השוואה בין הסכום הנתבע במסגרת הדיון בהפרת זכות יוצרים, ובין הסכום שנפסק בסופו של דבר לטובת התובע. ניתן לראות כי מתוך 77 תיקים אשר בהם נערכה בחינה זו, ב-33 תיקים קיבל התובע סכום שאינו עולה על 10% מסכום התביעה. ב-26 תיקים, קיבל התובע 11%–20% מסכום התביעה. מעניין לראות כי קיימים 8 תיקים שבהם התובע קיבל 100% מהסכום המבוקש. מדובר למעשה בתיקים אשר נדונו במעמד צד אחד, אם בשל העדר כתב הגנה, או בשל אי התייצבות של הנתבע לדיון בבית המשפט.



איור 25: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – השוואת הסכום הנתבע לסכום הנפסק, 2012–2010

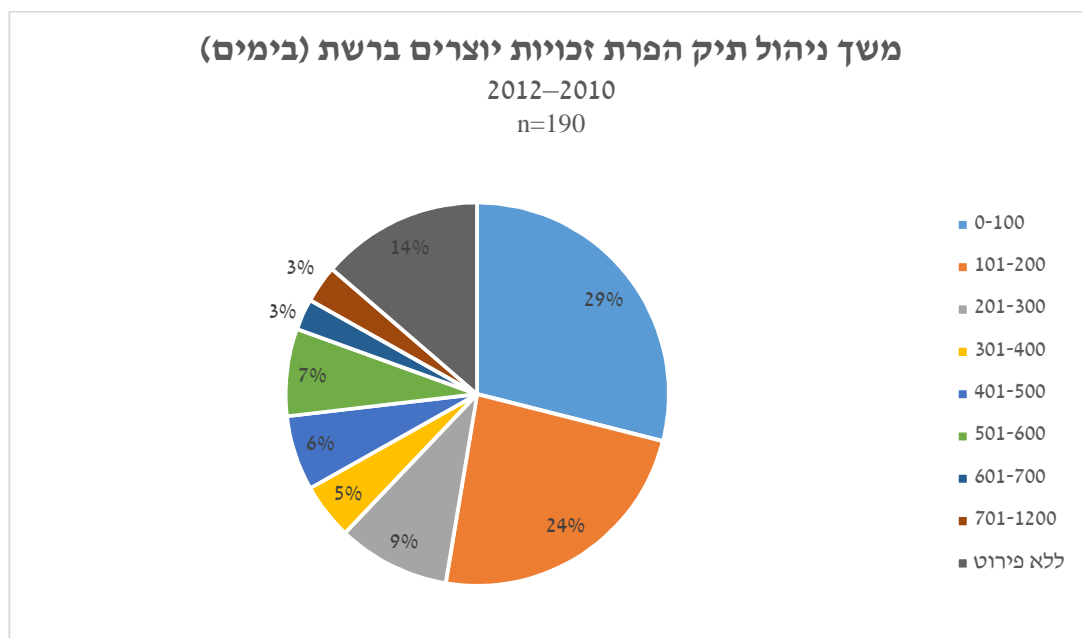
איור 26 מלמד על כי במרבית המקרים (70%) לא נפסקות הוצאות משפט למי מהצדדים, בעוד שב-20% מהמקרים נפסקות הוצאות לטובת התובע, וב-10% מהמקרים נפסקות הוצאות לטובת המשיב.



איור 26: תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – פסיקת הוצאות משפט

#### 4.3.7. משך ההליך

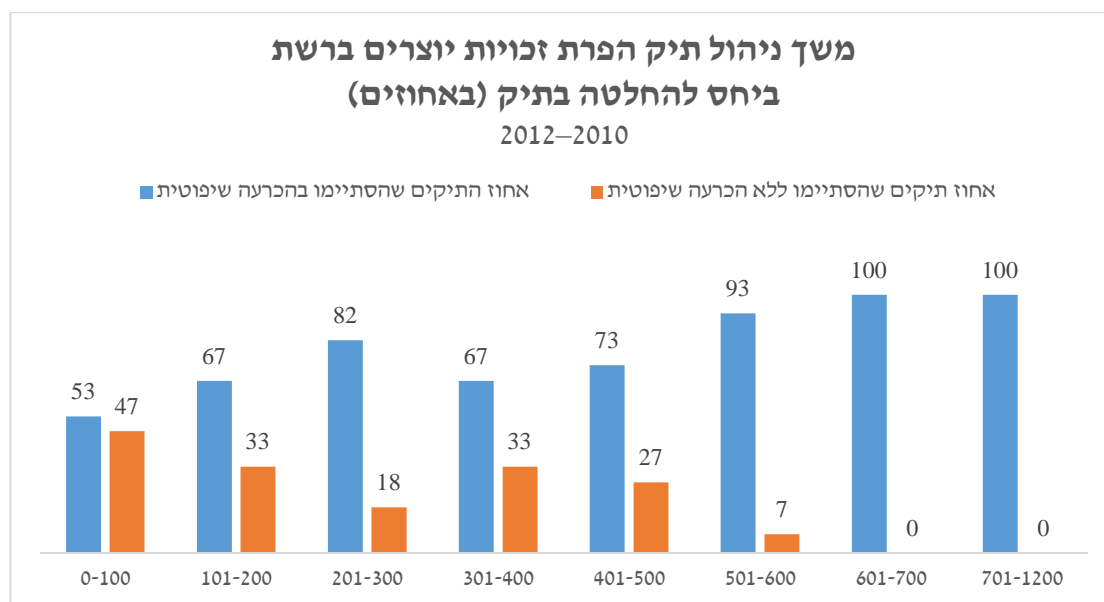
בהשוואה להליכי אכיפת זכויות יוצרים באמצעות גורמי ביניים, שעשויים לתת מענה להסרת היצירה המפירה בתוך פרק זמן קצר, ההליך המשפטי הוא הליך ממושך. יחד עם זאת חשוב לציין כי ביחס להליכים אזרחיים אחרים, במקרה של הפרת זכויות יוצרים ברשת ההליך המשפטי קצר באופן משמעותי. איור 27 מציג את משך ניהול תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. ניתן לראות ש- 29% מהתיקים מתבררים בתוך 100 ימים, ו- 24% מהתיקים – בתוך 200 ימים לכל היותר. לשם השוואה, בשנת 2013 עמד אורך ממוצע של תיק אזרחי בבתי משפט השלום על 13.8 חודשים (כ-414 ימים), ובבתי משפט מחוזיים – 22.7 חודשים (כ-681 ימים).<sup>337</sup>



איור 27: משך ניהול תיק הפרת זכויות יוצרים ברשת (בימים), 2010–2012

337 הרשות השופטת בישראל, דו"ח שנתי 2013, בעמ' 20, 28. חשוב לציין כי אורך התיקים האזרחיים בבתי המשפט המחוזיים אינם כוללים תיקי ערעור אזרחי.

איור 28 מציג את משך ניהול תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת, ביחס להחלטה בתיק. ניתן לראות כי מבין התיקים שהתבררו בתוך 100 ימים לכל היותר, 47% הסתיימו ללא הכרעה שיפוטית שניתנה בבית המשפט וניתן להניח כי נסתיימו בהליך פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט.<sup>338</sup> לעומת זאת, רק 33% מהתיקים שנתבררו בתוך 101–200 ימים הסתיימו ללא הכרעה שיפוטית. מבין התיקים שנתבררו בתוך 201–300 ימים, 18% הסתיימו ללא הכרעה שיפוטית, ו-7% מבין התיקים שנתבררו בתוך 501–600 ימים. כלומר ניתן לראות כי ככל שהתביעות נדונו במשך פרק זמן ממושך יותר, שיעור ההכרעה השיפוטית בתביעה היה גבוה יותר.



איור 28: משך ניהול תיק הפרת זכויות יוצרים ברשת ביחס להחלטה בתיק, 2012–2010

#### 4.3.8. בקשות להסרת אתרים מפריס

הסרתם וחסימתם של אתרים החשודים בהפרת זכות יוצרים, להבדיל מהסרתה של יצירה מפירה מסוימת, היא סוגיה שנויה במחלוקת.<sup>339</sup> ככלל, מספר התיקים שבהם התובעים ביקשו להוריד אתרים מפריס בשלמותם הינו מצומצם באופן יחסי. המדובר בתשעה תיקים מתוך סך התיקים בהם נתבעו בעלי אתרים או מפעיליהם על כך שאיפשרו הורדת יצירות ללא רישיון מאת בעלי זכויות היוצרים. דווקא בתיקים אלו נראה שההליך המשפטי היה מהיר יחסית והסתיים לרוב בפסקי דין שאישרו את הפשרות שאליהן הגיעו הצדדים, הכוללות התחייבות להורדת האתרים המפריס, או התחייבות של הנתבעים כי ההפרות תפסקנה. המדובר בתובעים שהם שחקנים חוזרים, כאשר ששה תיקים נוהלו על ידי ארגון זיר"ה וחברות טלוויזיה והפצת סרטים, ושלושה נוספים על ידי חברות מוסיקה, אשר פתחו בהליכים משפטיים כנגד מפעיל אתר פרטי.

#### 4.3.8.1. תיקים שנוהלו על ידי זיר"ה, נגד אתרי סרטים וסדרות טלוויזיה

ארגון זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ הוא חברה אשר החלה לפעול באפריל 2011, והיא מצויה בבעלות גופי מדיה מובילים בישראל. הארגון הוקם מתוך מטרה לייצג חברות תוכן

<sup>338</sup> מדובר בתיקים אשר נדונו במעמד צד אחד בשל אי התייצבות הנתבע לדיון או בשל העדר כתב הגנה, מחיקה או דחיה של התביעה בשל פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט או מסיבות שאינן ידועות, והעברת תיק להליכי פשרה או גישור.  
<sup>339</sup> ראו לעיל פרק 3.2.3.

שונוות במאבקן בהפרת זכויות יוצרים ברשת, ומייצג, בין היתר, את זכייניות ערוץ 2 קשת ורשת, חברת ישראל 10 המפעילה את ערוץ Yes, 10, חברת השידורים בלווין, Hot חברת הכבלים, יונייטד קינג, ענני תקשורת, ועוד.

כל התיקים שאיתרנו שנוהלו על ידי זיר"ה נפתחו בסוף שנת 2011 ובמהלך שנת 2012, כאשר הדבר תואם את תקופת תחילת פעילות הארגון. בכל התיקים, עורך הדין שייצג את התובעים היה עו"ד ערן פרזנט, והם התנהלו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, בפני כבוד השופט גדעון גינת. כתבי התביעה דומים מאוד, בשינויים קלים של שמות התובעים לפי ההקשר,<sup>340</sup> שמות הנתבעים, כתובות האתרים המפרים, רשימות היצירות.

התובעים במקרים אלה הינם שחקנים חוזרים - ארגון זיר"ה,<sup>341</sup> חברות תקשורת וטלוויזיה, אשר פתחו בהליכים משפטיים כנגד מפעילי אתרים פרטיים שבהם ניתן היה לצפות באופן ישיר בסרטים או בסדרות טלוויזיה, או לקבל קישורים לאתרים שמהם ניתן להוריד יצירות. בכל התיקים הללו התובעות הן חברות ישראליות, היצירות המועתקות הן ישראליות – סדרות טלוויזיה ישראליות, סרטים ישראלים.

בכמה מקרים נוספו גם נתבעים פורמלים לכתבי התביעה – חברות שסיפקו שירותי פרסום באתרים המפרים, וחברות אינטרנט (ISP).

התובעים ביקשו להורות תחילה לחברות האינטרנט לחסום את האתרים המפרים, ולקבל צווי מניעה קבועים שיוורו על הורדת האתרים המפרים, ועל העברת שמות המתחם (שמות הדומיינים) לרשות התובעים. בנוסף דרשו התובעים מן הנתבעות הפורמליות שסיפקו שירותי פרסום לאתרים המפרים, לקבל את פרטי המשתמש של מפעילי האתרים, ופרטים על התשלומים שהועברו להם. צווי החסימה והמניעה הזמניים הוענקו במעמד צד אחד ולעתים הוטל צו איסור פרסום על הגשת התביעה עד לתפיסת האתרים על-ידי כונס נכסים שמינה בית המשפט. בתיקים אלה בלט מאוד הפער ביחסי הכוחות, אשר יתכן והייתה לו השפעה על העובדה שההליכים הסתיימו רובם בפשרה. הנתבעים היו לרוב גברים צעירים. אחד מהם חייל, אחר נער בגיל העשרה ושלישי, בן 25, הצהיר שעובד ברפדיה.

הדיונים המשפטיים ארכו במקרים מסוימים פחות מחודש, ובכל מקרה לא התארכו יותר משלושה חודשים (מהגשת התביעה ועד לפסק הדין הסופי). בסופם ויתרו התובעים על סכומי הפיצוי הגבוהים שדרשו בכתבי התביעה (200,000-500,000 שקל), והסתפקו בהתחייבות של הנתבעים להוריד את האתרים המפרים ולהפסיק את פעילותם, לחדול ממעשים דומים, ולהעביר את הבעלות על שמות הדומיין של האתרים לרשות התובעים. במרבית המקרים הסכימו הנתבעים לשלם סכומים של 8,000-25,000 שקל, כהחזר הוצאות התביעה. במקרה אחד שבו היה הנתבע מחוסר יכולת כלכלית "הסתפקו" התובעים בהבעת התנצלות מצד הנתבע בפני התובעים על הפרת זכויותיהם ועל השמצות שפרסם נגדם. ניתן לציין שהנתבעות הפורמליות לא התנגדו לבקשות התובעים לצווי מניעה, צווי חסימה או לבקשות להעברת פרטיהם של מפעילי האתרים.

340 בתיקים הנוגעים לסרטים וסדרות טלוויזיה, התובעות הן ארגון זיר"ה, יונייטד קינג (חברת הפקות), די.בי.אס שרותי לוויין (YES), הוט - הוט (כבלים), שידורי קשת ערוץ 2, רשת נגה (ערוץ 2) ונגה תקשורת (פרט לתיק אחד). בתיקים הנוגעים למוסיקה התובעות הן: אן.אם.סי יונטייד אנטרטיינמנט בע"מ, הד ארצי בע"מ, הליקון בע"מ, ישראלפון תעשיות תקליטים וקלטות (1988) בע"מ, אולפני הקלטה די.בי.בע"מ, אי.אם.פי תל אביב (מודוס) בע"מ, התקליט בע"מ, הנהלת אקט בע"מ, לב גרופ מדיה בע"מ, א.מ. הפקת מוזיקה בע"מ, אריק ברמן בע"מ, M.B. מוסיקה בע"מ, וחברות מוסיקה ישראליות נוספות.

341 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) הוא תאגיד אכיפת זכויות יוצרים שהוקם על ידי חברות טלוויזיה כמו HOT, Yes, רשת קשת, ערוץ הספורט, צ'רלטון, ערוץ 10, וחברות הפצת סרטים כמו יונייטד קינג.

במקרה אחד בלבד נאבק הנתבע במסגרת הליך משפטי והגיש כתב הגנה, שבו טען כי לא בוצעו הפרות של זכויות יוצרים באתרים, וכי האתרים מכילים רק סקירות וביקורת על סרטים ותוכניות טלוויזיה. בתיק זה הושגה לבסוף פשרה שבמסגרתה ניתנו צווי מניעה האוסרים על הפרת זכויות יוצרים, אך האתרים לא נסגרו, שמות המתחם שלהם לא הועברו לידי התובעים, והם עדיין פעילים כיום. מדובר באתרים [www.tvnetil.net](http://www.tvnetil.net), [sikorim.net](http://sikorim.net). ראוי לציין שההתדיינות בתיק זה היתה ארוכה מהרגיל וארכה כ-16 חודשים עד לפסק הדין. בפסק הדין המשלים נפסק תשלום הוצאות נגד הנתבע של 38,000 שקל.<sup>342</sup>

#### 4.3.8.2. תיקים שנוהלו על ידי חברות תקליטים

אופי ההתנהלות בתיקים אלה היה דומה לתיקים בנושא יצירות טלוויזיה וסרטים, אך לא התבקשה בהם חסימה זמנית של האתרים, ולכן לא ניתנו צווים במעמד צד אחד. הדיונים התקיימו במעמד שני הצדדים. גם במקרים אלה התובעות הן חברות ישראליות, והיצירות הן יצירות של אמנים ישראלים – שירים ואלבומי מוזיקה.<sup>343</sup> בא כוח התובעים היה עו"ד ערן פרזנטי גם בתיקים אלה, אך הם התנהלו גם בבית המשפט המחוזי במחוז מרכז, בפני כבוד השופט רמי אמיר. גם תיקים אלה הסתיימו בפשרות, שבמסגרתן הסכימו הנתבעים לשלם לתובעים פיצוי של 35,000-17,000 שקל (לעומת 200,000 שקל שנתבעו בכתב התביעה). במקרה אחד הסכים הנתבע לסגור את האתר ולהעביר את הבעלות על שם המתחם לתובעות. בשני המקרים האחרים התחייבו הנתבעים שלא להפר את זכויות היוצרים של התובעות, ולדאוג לתשלום תמלוגים בעתיד או לנקוט בהליכי הודעה והסרה אם יפורסמו תכנים מפרי זכויות יוצרים באתרים ובפורומים שהם מפעילים.

#### 4.4. סיכום

לסיכום, עולה מן הממצאים כי אכיפת זכויות יוצרים בזירת בתי המשפט מתנהלת באופן מוגבל למדי בכמה הקשרים – ראשית, הליכים משפטיים בבתי המשפט משרתים מגוון מצומצם של תובעים ונותנים כנראה מענה לסוג מצומצם של יצירות. בעוד שאחוז גבוה מאוד של תביעות מוגשות לאכיפת זכויות יוצרים בצילומים, נמצא מספר זעום בלבד של תביעות לאכיפת זכויות בתוכנה. שיעור גבוה מהתובעים פונים לבתי המשפט בבקשה לקבל סעדים כספיים בלבד, ועושים שימוש באפשרות לזכות בפיצויים ללא הוכחת נזק. אחרים פונים לבתי המשפט על מנת להפעיל לחץ על הנתבעים להפסיק את פעילות ההפרה מבלי לסיים את ההליך בהכרעה שיפוטית המייצרת כלל משפטי. תובעים שהם שחקנים חוזרים, כגון ארגון זיר"ה עושים שימוש אפקטיבי בהליך המשפטי, על מנת למנוע את הפעילות המפרה בהליכים שלעיתים קרובות מתנהלים במעמד צד אחד, ומסתיימים בפשרה המחייבת את הצדדים לסודיות וזוכה באישור בית המשפט. למרות העדר הכרעה שיפוטית היוצרת כללים משפטיים, הפונים למערכת המשפט זוכים על פי רוב לקחת חלק בהליך אדברסרי, במסגרתו מכריע בית המשפט גם על דרך של הסכמה או פשרה בין הצדדים. רוב התביעות מתנהלות תוך זמן קצר באופן יחסי, אך הסעדים הכספיים המוענקים בסופו של דבר הינם נמוכים ביותר, ביחס לסעדים המבוקשים.

342 ת"א (מחוזי ת"א) 20205-12-12 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' בוסני (פורסם בנבו, 19.5.2015). החלטות קודמות מהתיק פורסמו בנט-המשפט.

343 בתיק אחד של העתקות מוסיקה הופיע שיר אחד של הזמרת הבריטית אדל ברשימת היצירות המועתקות.

## 5. אכיפה באמצעות גורמי ביניים – בחינה אמפירית

### 5.1. מבוא

כפי שתואר בפרק 3.2.3 לעיל, חשיפתם של גורמי הביניים לחבות בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת, הובילה להתפתחות משטר משפטי של הודעה והסרה. בארצות הברית מעוגן משטר משפטי זה בחקיקה, ובישראל המדובר במשטר משפטי שהתפתח בפסיקה. גורמי הביניים באינטרנט נעזרים ב"נוהל ההודעה והסרה" על מנת לנסות לצמצם את אחריותם להפרת זכויות יוצרים בידי המשתמשים ככל האפשר, תוך שהם מסירים תכנים המצויים במחלוקת באופן מיידי ככל הניתן, על מנת להמנע מהטלת אחריות עליהם.

חשוב בהקשר זה להבחין בין חברות רב לאומיות, כגון Google, Facebook ו-Twitter, המיישמות בישראל מדיניות עולמית המובססת על המשטר המשפטי של "הודעה והסרה" המעוגן ב-DMCA האמריקאי, ובין גורמי ביניים מקומיים.

מנוע החיפוש של חברת Google הפך בשנים האחרונות לזירה מרכזית לאכיפת זכויות יוצרים. Google מקבלת באופן תדיר בקשות מבעלי זכויות יוצרים, לכאורה, להסיר קישורים לחומרים מפרים-לכאורה מתוצאות מנגנון החיפוש של החברה (להלן: בקשות הסרה).

בקשת ההסרה מועברת ל-Google באמצעות טופס מקוון,<sup>344</sup> כאשר בכל בקשה כאמור מצויין שם השולח, שם בעל זכויות היוצרים ביצירה, וכמו כן מצויינת כתובת-דף ספציפית (URL),<sup>345</sup> אחת או יותר, אותה מתבקשת Google להסיר מתוצאות החיפוש. Google מאפשרת להגיש בקשות להסרת כתובות הכוללות פעילות שהתבצעה במגוון פלטפורמות שבעלותה, דוגמת Blogger; G+; Image; YouTube; Search; Web Search.<sup>346</sup> לאחר הגשת הבקשה, Google פועלת להסרת הקישור כמתחייב מהוראות ה-DMCA. במקרים מסוימים Google נוקטת באמצעים וולנטריים כנגד אתרי אינטרנט שהוגשו נגדם מספר גבוה של בקשות להסרת תוצאות חיפוש בשל הפרת זכויות יוצרים לכאורה.<sup>347</sup> למשל, Google's Pirate algorithm שעודכן בשנת 2014, משנה את אלגוריתם החיפוש כך שאתרים שקיבלו הודעות הסרה רבות מקבלים דירוג נמוך בתוצאות החיפוש, כך שבפועל הם נדחפים לתחתית תוצאות החיפוש וקשה מאוד לאתר אותם באמצעות מנוע החיפוש.<sup>348</sup>

על מנת להגביר את השקיפות בנוגע לפעילות זו, Google מפרסמת נתונים הקשורים לבקשות הסרה שהתקבלו אצלה, בכללם מידע על הגופים ששלחו את הבקשות, על היצירות המפרות-לכאורה ועל אופן הטיפול בבקשות ובחומרים נשוא התלונה. הנתונים אותם מפרסמת החברה נוגעים הן לטיפול בבקשות להסרת הכתובות הספציפיות והן ל"שמות מתחם חשודים". בנוסף לדו"חות השקיפות

<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?rd=1#ts=1115655> 344

כל מאוחסן בפרט בשם תחום (Domain) ספציפי. ראו: Google Transparency Report, Overview. 345

<http://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright>

כך למשל, לשם הדוגמא, כתובת דף הבית של המרכז למשפט וטכנולוגיה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה - <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Research/ResearchCenters/techlaw/Pages/aboutus.aspx>, הינה בפרט תחת שם התחום של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה - <http://weblaw.haifa.ac.il>

לרשימה המלאה ראו: 346

<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?rd=1/troubleshooter/1114905?rd=1>

<http://insidesearch.blogspot.co.il/2012/08/an-update-to-our-search-algorithms.html> 347

ראו: Continued Progress on Fighting Piracy, Google Public Policy Blog, Oct. 17, 2014, available at: 348

<http://googlepublicpolicy.blogspot.co.il/2014/10/continued-progress-on-fighting-piracy.html>

התקופתיים Google Transparency Report, מעבירה החברה מאז שנת 2002 את בקשות הסרה שהתקבלו אצלה לארגון צ'ילינג אפקטס (Chilling Effects), ארגון שלא למטרות רווח המאפשר, בין היתר, צפייה בבקשות ההסרה עצמן כפי שהתקבלו אצל Google.<sup>349</sup>

מנגנון ההסרה אשר מפעילה Google, מהווה למעשה כלי משמעותי באכיפת זכויות יוצרים ברשת. ככלל מנוע החיפוש של גוגל מהווה אמצעי מרכזי לאיתור אתרים וגישה לתכנים ברשת. תכנים שאינם נגישים באמצעות מנוע החיפוש, או נדחקים לתחתית תוצאות החיפוש, מאוד קשים לאיתור, והדרתם מתוצאות החיפוש יכולה להקטין באופן משמעותי את התעבורה באתר. פרק זה מתאר את האופן שבו נעשה שימוש במנגנון המתואר בישראל: מהו היקף הבקשות להסרת תוצאות חיפוש בשל הפרת זכויות יוצרים המוגשות בישראל למנוע החיפוש של גוגל, מיהם השחקנים הפועלים בזירה זו ובאיזה אופן. בחינה זו מציירת תמונה מלאה יותר של כלל פעילות האכיפה של זכויות יוצרים ברשת בישראל ומאפשרת השוואה בין זירת האכיפה הדיגיטלית המתבצעת באמצעות גורמי ביניים לזירת האכיפה המסורתית, המתבצעת באמצעות פסיקת בתי המשפט.

## 5.2. מתודולוגיה

המידע הגולמי שמפרסמת Google זמין להורדה מאתר דו"חות השקיפות של החברה, כאשר תוכנו של הקובץ מתעדכן מידי מספר חודשים.<sup>350</sup> קובץ המידע מכיל שלושה קבצים:

(1) קובץ 'Domains.csv' המכיל מידע אודות שמות המתחם החשודים, מספר כתובות-הדף (URL) החשודות משווייכות לכל אחד מהם, מצב הטיפול בבקשת ההסרה ומספרה המזהה של הבקשה.

(2) קובץ 'Requests.csv' המכיל מידע אודות בעלי זכויות היוצרים ביצירות, אודות מגיש בקשת ההסרה, קישור לבקשה באתר Chilling Effects, תאריך קבלת הבקשה ומספרה המזהה.

(3) קובץ 'URL-no-action-taken.csv' המכיל מידע אודות כתובות-הדף המפר לכאורה, את שם-המתחם בו היא מאוחסנת ומספר מזהה של בקשת ההסרה.

באמצעות איחודו וחיתוכו של המידע הגולמי המצוי בשלושת הקבצים הללו, בודדנו את קבוצת התלונות מושא המחקר: תלונות שנשלחו לחברת Google שעניינן כתובות-דף (URL) אשר משוייכות לשמות-מתחם (Domains) ישראליים המזוהים על פי הסימות il.-, בהן נטען כי מתבצעת הפרה של זכויות יוצרים.

ניתוח התלונות נועד לאפשר זיהוי השחקנים הבולטים שעושים שימוש במנגנון האכיפה ש-Google מספקת: מהו היקף הבקשות, מי הם מגישי הבקשות, זיהוי אופי היצירות וזהות המפרים לכאורה ועוד.

במהלך איסוף הנתונים התברר כי קיימים הבדלים בנתונים הנוגעים להיקף בקשות ההסרה בהן מטפלת Google שעניינן חומרים המאוחסנים בשמות מתחם ישראלים. הבדלים אלה נובעים מסיווגן של התלונות אותן מקבלת Google במגוון פלטפורמות, לקטיגוריות שונות. לצד המידע שמפרסמת Google בדו"חות השקיפות, הכולל בקשות הסרה הנוגעות להפרת זכויות יוצרים

<https://www.chillingeffects.org/pages/about> 349

Google Transparency Report, Download Data – 'Download google-websearch-copyright-removals.zip'. 350  
/http://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/data



בקטגוריית "חיפוש" (Web Search) בלבד, Google<sup>351</sup> גם מעבירה לארגון ציילינג אפקטס (Chilling Effects) נתונים על תלונות שהתקבלו אצלה במגוון נוסף של פלטפורמות.<sup>352</sup> הדבר יוצר פערים משמעותיים, וכך בעוד על פי נתוני Google הוגשו כ-7000 בקשות הסרה כנגד שמות-מתחם-ישראליים בשלוש שנים האחרונות,<sup>353</sup> במאגר המידע באתר Chilling Effects ישנן כ-24,000 כתובות-דף ישראליות, נגדן הוגשה תלונה לחברה רק במהלך החודשים 2013–5.2013.

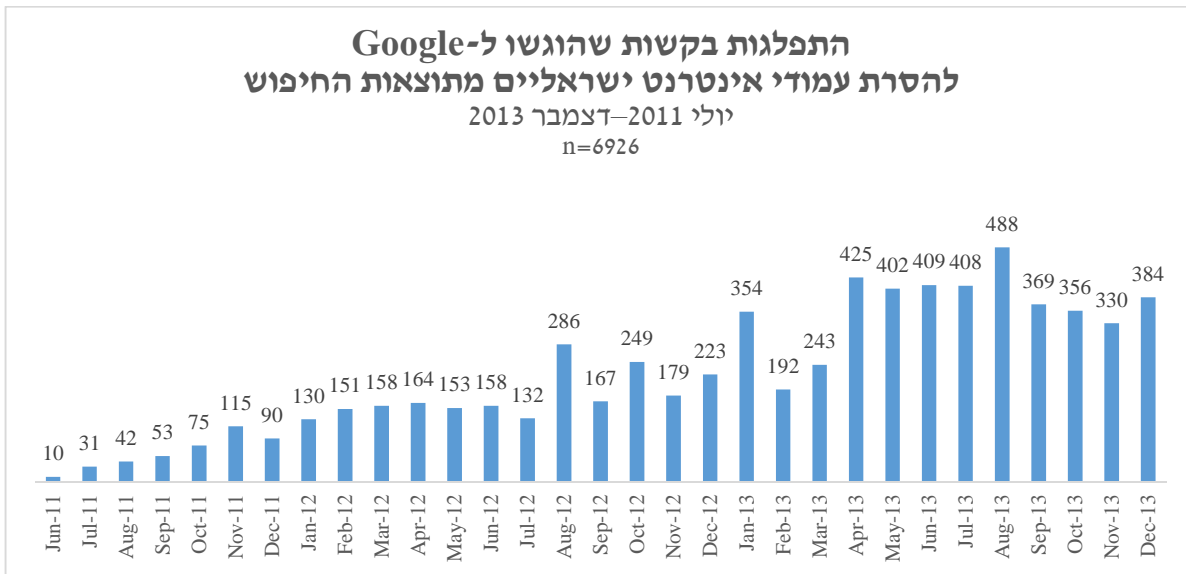
### 5.3. נתונים

בחינת הנתונים שנאספו מדו"חות השקיפות של חברת Google<sup>354</sup> מעלה כי נכון לתקופה 2011.6.14–12.1.2014 נשלחו 7091 תלונות על הפרת זכויות יוצרים לכאורה המתבצעת ב-219 שמות מתחם ישראליים.<sup>355</sup>

לשם השוואה, בתקופה שבין 2010–2012 נדונו בבית המשפט 190 תיקים שעניינים הפרת זכויות יוצרים באינטרנט. תקופת הדוחות שפורסמו על ידי גוגל איננה חופפת תקופה זו במלואה. אולם, ניתן להשוות את היקף פעילות האכיפה בשתי הזירות בתקופה 2012/7–2012/12: בעוד שבתקופה זו הוגשו 99 תביעות משפטיות, הוגשו בתקופה זו 2556 בקשות הסרה. נתונים אלה ממחישים את ההיקף העצום של פעילות האכיפה המתבצעת ברשת, בהשוואה להליכים המשפטיים.

- 
- קרי, קישורים לחומרים מפריסם לכאורה, המופיעים בתוצאות החיפוש של Google. 351  
 Blogger, G+, Image Search; Orkut Picasa; - Web Search; App Engine; Chrome Web Store/Extensions Gallery; Code; Currents; Drive and Docs; Groups; Google Profiles; Sites; Geo – Panoramio; Geo - 3D Warehouse; Google+ Local; Google Play; Google Music; Page Speed Service; Google Cloud Storage; Geo - Zagat Editorial Review 352  
<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?rd=1/troubleshooter/1114905?rd=1> 353  
 כאמור, הנתונים נכונים לסוף שנת 2013  
 על פי דו"ח Google מה-1.2014 354  
 Domain022.co.il; 106fm.co.il; 1234forum.co.il; 1234forums.co.il; 2all.co.il; 2create.co.il; 355  
 2us.co.il3144.co.il; 9tv.co.ilabam.co.il; afekr.org.ilagamer.co.il; agrotrade.co.il; akotel.co.il; alsaha.co.il; alternativli.co.il; amazol.co.il; androidapps.co.il; area.co.ilasmi.org.il; atid.org.il; bdsmisrael.co.il; bendavid-ins.org.il; bgu.co.il; bikeindex.co.il; binyaminawines.co.il; bizportal.co.il; blogger.co.il; blueshop.co.il; botinok.co.il; braude.ac.il; cable.co.il; campus.org.il; carsforum.co.il; centershop.co.il; ego.co.il; chamber.org.il; chatim.co.il; chief.co.il; clearhouse.co.il; codefflict.co.il; coi.co.il; cue.co.il; dacho.co.il; didit.co.il; diral0.co.il; directrss.co.il; domdomina.co.il; dossinet.co.il; emetaherit.org.il; emoji.co.il; episode.co.il; fav.co.il; feet.co.il; filesonic.co.il; filezoo.co.il; finder.co.il; fix-n.co.il; forumix.co.il; freeseo.co.il; fsex.co.il; fuz.co.il; fxp.co.il; gamix.co.il; gaystube.co.il; girl4u.co.il; globes.co.il; google.co.il; greentouchagro.co.il; guidelines.co.il; hackphone.co.il; haifa.ac.il; hamadpis.co.il; hematology.org.il; henbamidbar.org.il; herzlia.k12.il; hit.ac.il; hottours.co.il; huji.ac.il; hydepark.co.il; iatraf.co.il; informer.co.il; inn.co.il; insites.co.il; intifada.co.il; ipsf.co.il; ipx-f.co.il; kenzezol.co.il; kinbooks.co.il; krizza.co.il; krugozor.co.il; lapisrishuy.co.il; lbs.co.il; lf2.co.il; lhsex.co.il; lnk.co.il; lol4u.co.il; lunads.co.il; mafia.co.il; mainssoft.co.il; mako.co.il; manishma.org.il; maozakor.co.il; mapleisland.co.il; maxa.co.il; mcs.co.il; medili.co.il; megas.co.il; mirror.co.il; mnenia.co.il; moadontarbut.co.il; mp3music.co.il; msw.co.il; muchiler.co.il; multi-f.co.il; muonline.co.il; mybestcv.co.il; mybestcv2.co.il; myforum.co.il; mywebspace.co.il; nana10.co.il; nax.co.il; new-css.co.il; news1.co.il; ngc.co.il; nistarot.co.il; nwo.co.il; off.co.il; only-music.co.il; onone.co.il; oral-jet.co.il; orbita.co.il; oteamim.co.il; panet.co.il; plati.co.il; portan.co.il; pray.co.il; probobook.co.il; pro-f.co.il; prog.co.il; r48.co.il; raddar.co.il; realmoney.co.il; rehitim-eden.co.il; rhat.co.il; root.co.il; rozen-ins.co.il; ruling.co.il; rxx.co.il; safari.co.il; sa-mp.co.il; satla-zone.co.il; sbstudio.co.il; scienceart.co.il; seivatova.co.il; sexadir.co.il; sexdown.co.il; shalev-shivuk.co.il; sharatimisrael.co.il; shavitortho.co.il; shine-tech.org.il; shipony.co.il; shippuden.co.il; showme.co.il; siz.co.il; souz.co.il; sportenter.co.il; sportyshop.co.il; sratim.co.il; stage.co.il; studentil.co.il; subtitle.co.il; sukah.co.il; szf.co.il; talmilaw.co.il; tapuz.co.il; tau.ac.il; tcf.co.il; techit.co.il; technion.ac.il; teenz.co.il; tgf.co.il; tgt.co.il; timeneto.co.il; tipo.co.il; tournament.co.il; tradesoft.co.il; tranceil.co.il; unidown.co.il; unisurf.co.il; unlimit.co.il; upchi.co.il; upf.co.il; upfree.co.il; upim.co.il; upo.co.il; utorrent.co.il; veterinar.co.il; viper-israel.co.il; vxz.co.il; walla.co.il; wen.co.il; weup.co.il; wnet.co.il; won.co.il; world8.co.il; wowisrael.co.il; wowwowwow.co.il; xbox-il.co.il; xn--4dbcanwpanlhw3h.org.il; x-taza.co.il; xzx.co.il; yabooya.co.il; y-it.co.il; yooko.co.il; yo-yoo.co.il; zero-f.co.il; zsc.co.il

איור 29 מתאר את התפלגות הגשת בקשות ל-Google להסרת תוצאות חיפוש בהן מתבצעת לכאורה הפרה של זכויות יוצרים, בתקופה יולי 2011 ועד לדצמבר 2013.<sup>356</sup> ניתן לראות כי מספר בקשות ההסרה המוגשות עלה כמעט באופן עקבי בתקופה שבין יולי 2011 ועד לאפריל 2012, ולאחר מכן יש ירידה קלה עד ליולי 2012. לאחר מכן מתחילה מגמה מעורבת. החל מפברואר 2013 ניתן לזהות עליה משמעותית במספר בקשות ההסרה שנשלחו ל-Google, עם ירידה קלה החל מספטמבר 2013.

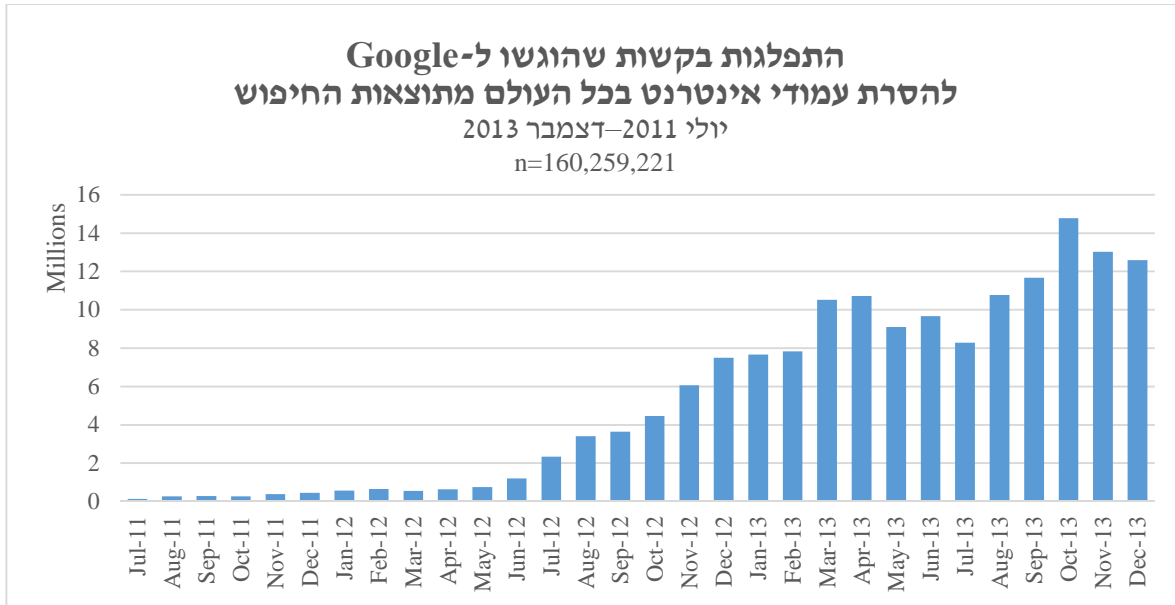


איור 29: התפלגות בקשות שהוגשו ל-Google להסרת עמודי אינטרנט ישראלים מתוצאות החיפוש, יולי 2011–דצמבר 2013

עיון באיור 30 מעלה כי מגמת העליה הכללית המוצגת באיור 29 ניכרת גם בהתפלגות הבקשות להסרת תוצאות חיפוש בשל הפרת זכויות יוצרים ברשת שהוגשו ל-Google בגין עמודי אינטרנט בכל העולם.<sup>357</sup>

<sup>356</sup> בגרף מוצגת התפלגות של הבקשות שהוגשו בתקופה יולי 2011–דצמבר 2013. כדי להמנע מאפקט קצה, לא הצגנו נתונים לפני יולי 2011 ואחר דצמבר 2013, ולכן הפער בין 6926 הבקשות המוצגות בגרף ובין 7091 הבקשות אשר הוגשו על פי דו"חות Google.

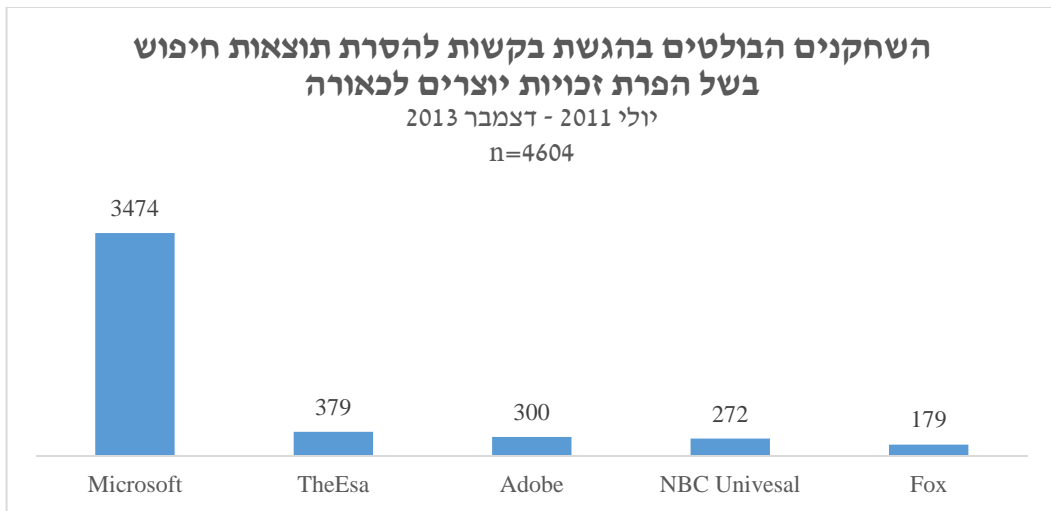
<sup>357</sup> <http://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/?hl=en>. הדיווחים על מספר בקשות ההסרה המועברות ל-Google מצביעים על 18 בקשות הסרה המוגשות ל-Google בכל שניה. ראו: <https://torrentfreak.com/google-asked-to-remove-18-pirate-links-every-second-150802/>



איור 30 : התפלגות בקשות שהוגשו ל-Google להסרת עמודי אינטרנט בכל העולם מתוצאות החיפוש, יולי 2011–דצמבר 2013

מניתוח הנתונים עולה כי קיים מספר בולט של שחקנים חוזרים הפעילים בהגשת התלונות. בחינת הגורמים הבולטים אשר פנו ל-Google בתקופה שבין יולי 2011 לדצמבר 2012 בבקשה להסרת אתרים מתוצאות החיפוש, כפי שמוצגת באיור 31 מעלה כי חברת מיקרוסופט הינה שחקנית משמעותית ביותר, עם 3474 תלונות בתקופה זו. כמו כן ניתן לראות כי תלונות רבות מוגשות על ידי חברות תוכנה (TheEsa, <sup>358</sup>Adobe, <sup>359</sup>Urbanspoon) וחברות סרטים (Fox, <sup>360</sup>NBC Universal, <sup>361</sup>), אם כי בשיעורים נמוכים בהרבה לעומת Microsoft (כ-280 תלונות במוצע בארבעת החברות המובילות, אחרי Microsoft). עוד מענין לראות כי חברות אלו הינן חברות העוסקות ביצירת ושיווק תוכן בעל מחיר גבוה יחסית, אשר לרוב מחייב סטנדרטיזציה בין המשתמשים במוצר, ומושפע רבות מצו האופנה בתקופה נתונה. לצד שוק הסרטים שמתעדכן תדיר, השחקניות המרכזיות שעושות שימוש במנגנון של Google באות משוק תוכנות-המחשב (Software), אותו מובילה חברת מייקרוסופט המהווה למעשה מונופול על מערכת ההפעלה הנפוצה Microsoft, כמו גם על תוכנות שימושיות שתואמות בעיקר מערכת הפעלה זו (למשל Word). הגורמים הבולטים בזירה זו הם חברות רב לאומיות.

[/http://www.theesa.com](http://www.theesa.com) 358  
[/http://www.adobe.com/il\\_en](http://www.adobe.com/il_en) 359  
[/http://www.fox.com](http://www.fox.com) 360  
[/http://www.nbcuniversal.com](http://www.nbcuniversal.com) 361



איור 31 : השחקנים הבולטים בהגשת בקשות להסרת תוצאות חיפוש יולי 2011–דצמבר 2013

## 6. בחינה אמפירית של נוהל "הודעה והסרה" בישראל

### 6.1. רקע ומטרת המחקר

לצד פעולתם של גורמי ביניים דומיננטיים, פלטפורמות-על המופעלות על ידי חברות רב לאומיות (כגון Google ו-Facebook), פועלים בישראל גם גורמי ביניים מקומיים. במסגרת המחקר נערכה בדיקה אמפירית של יישום נוהל "הודעה והסרה" בידי פלטפורמות שיתוף תוכן הפועלות בישראל, תוך ניסיון לזהות את מנגנוני הבקרה והסינון האוטומטיים והאנושיים המעורבים בתהליך. המחקר בחן באופן שיטתי את תגובת גורמי הביניים להודעות הסרה שנשלחו ביחס לתכנים שונים. לשם כך, הוכנו והועלו לאתרי השיתוף תכנים מסוגים שונים, וידאו וצילומים, ותועדה התנהלות האתרים בתגובה לבקשות הסרה. תיעוד זה מאפשר, הלכה למעשה, ללמוד כיצד פועלים אתרי שיתוף ישראלים, בבואם ליישם את המשטר המשפטי של "הודעה והסרה" אשר פותח על ידי הפסיקה בישראל.

### 6.2. מתודולוגיה

בשלב הראשון, אותרו אתרי אינטרנט המספקים פלטפורמות להעלאת יצירות ושיתופן עם הציבור, תוך חלוקה לשתי קטגוריות: האחת כוללת רשימת אתרי שיתוף וידאו (להלן: אתרי וידאו), והשנייה כוללת רשימת אתרי שיתוף צילומים (להלן: אתרי צילומים). רשימת האתרים שנבחנו בניסוי:

- אתרי וידאו: <sup>362</sup>DailyMotion; <sup>363</sup>Metacafe; <sup>364</sup>Mako; <sup>365</sup>Flix
- אתרי צילומים: <sup>366</sup>Fastup; <sup>367</sup>UPF; <sup>368</sup>fxp; <sup>369</sup>MYG; <sup>370</sup>Flicker; <sup>371</sup>Pictor; <sup>372</sup>pixel.so; <sup>373</sup>Megapixel; <sup>374</sup>Pixup2\*

בחירת האתרים שנבחנו בניסוי נעשתה על פי מידת הנגישות והפופולריות של החומרים באתרים אלו, תוך התמקדות באתרים שבהם החומר נגיש לכלל הציבור. בשלב הראשון נערך חיפוש במנוע החיפוש של Google ישראל על פי מילות חיפוש: "אתרי שיתוף וידאו/סרטונים", וכן: "אתרי שיתוף מוסיקה/שירים". מתוך תוצאות החיפוש נבחרו אתרים שהופיעו בעמוד הראשון והשני בתוצאות החיפוש.

בשלב השני, נבחנו אתרים ופורומים ישראלים אשר מספקים המלצות לגולשים ישראלים בנושא אתרי שיתוף כמו: Netex, Tapuz, Nana, Fresh, Wikipedia. מתוך רשימת ההמלצות אותרו רק

<a href="http://www.dailymotion.com/us">http://www.dailymotion.com/us</a>	362
<a href="http://www.metacafe.com/">http://www.metacafe.com/</a>	363
<a href="http://www.mako.co.il">http://www.mako.co.il</a>	364
<a href="http://www.flix.co.il/tapuz/">http://www.flix.co.il/tapuz/</a>	365
<a href="http://www.fastup.co.il/">http://www.fastup.co.il/</a>	366
<a href="http://www.upf.co.il/">http://www.upf.co.il/</a>	367
<a href="http://www.fxp.co.il/">http://www.fxp.co.il/</a>	368
<a href="http://www.myg.co.il">http://www.myg.co.il</a>	369
Flickr.com	370
<a href="http://www.pictor.co.il/">http://www.pictor.co.il/</a>	371
<a href="http://pixel.so/">http://pixel.so/</a>	372
<a href="http://www.megapixel.co.il/articles/archive/39748">http://www.megapixel.co.il/articles/archive/39748</a>	373
<a href="http://pixup2.me/">http://pixup2.me/</a>	374

אתרים בעלי סיומת co.il, וכן שלושה אתרי שיתוף מובילים בעולם שאינם ישראלים: metacafe; 375.dailyMotion; flicker  
 הרשימה הכוללת 17 אתרי שיתוף וידאו ו-16 אתרי שיתוף צילומים, הועברה לקבוצת הפרסום השנייה בגודלה בישראל – "אדלר חומסקי תקשורת שיווקית בע"מ" לקבלת משוב, והללו אישרו כי הרשימה כוללת את כל האתרים הישראליים הפעילים בתחום זה.<sup>376</sup>  
 בהמשך הסתבר כי יותר ויותר גולשים מעלים את יצירותיהם ל-Facebook<sup>377</sup> ול-YouTube<sup>378</sup>, ונוטשים אט-אט את הפלטפורמות המקומיות והפלטפורמות הותיקות יותר שהפכו ללא פעילות. לפיכך, בשלב הסופי נבחנה רשימה של 4 אתרי וידאו ו-9 אתרי צילומים פעילים שצוינו לעיל. לקראת הניסוי הוכנו מספר סוגי חומרים:

• **וידאו**<sup>379</sup>

- A – קטע קצר של וידאו מפר מקודד: קטע באורך 42: 2 דקות מתוך תחילת פרק 14 בעונה השמינית של הסדרה 'האוס'.<sup>380</sup> הקידוד ניתן לזיהוי באמצעות תוכנות סינון.
- B – וידאו מפר ללא קידוד: צילום באורך 52: 1 דקות של מסך מחשב, עליו מוקרן תחילת פרק 13 בעונה השמינית של הסדרה 'האוס'.<sup>381</sup> זיהוי ההפרה אינו אפשרי באמצעות תוכנות סינון.
- C – וידאו לא מפר: צילום באורך 38: 1 דקות של מכוניות נוסעות בכביש. הסרה של יצירה שאיננה מפירה בתגובה לבקשת הסרה, תהווה דוגמה לאכיפת יתר.
- D – העתקה של יצירה מוסיקלית מוגנת וצילום לא מפר: הסרטה ביתית באורך של 48 שניות דקות של ילד שר את שירו של ג'סטין ביבר "Baby". קטע וידאו זה נועד לשחזר את המקרה שנדון בבית המשפט בארצות הברית בפרשת *Lenz v. Universal Music Corp*<sup>382</sup> שם נקבע כי שימוש מסוג זה ביצירה המוסיקלית מהווה "שימוש הוגן" ולפיכך אין להסיר את הסרטון. הסרה של סרטון זה גם היא מהווה דוגמה לאכיפת יתר.
- E – וידאו לא מפר + סימון ©: סרטון באורך 19 שניות, הפותח בתמונת FBI Anti-Piracy Warning<sup>383</sup> ולאחריה נראות ונשמעות הקשות חסרות משמעות על קלידי אורגן.

---

375 metacafe היה אתר שיתוף תוכן וידאו גולשים ישראלי מוביל, רגע לפני הפריצה הגדולה של יוטיוב בתחילת שנות האלפיים. מבקרים בו 12 מיליון משתמשים בחודש. <http://www.themarket.com/technation/1.1773343>  
<http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000232921>  
 dailyMotion הוא אתר שיתוף הוידאו ה-12 בגודלו בעולם, ובינואר נרשמו בו 116 מיליון משתמשים ייחודיים, לפי נתוני קומסקור.  
<http://www.themarket.com/wallstreet/1.2009135>  
 flicker היה אתר שיתוף הצילומים הגדול בעולם (רשיונות Creative Commons), ונחשב לאחר ממבשרי הווב 2.0 (רשתות חברתיות) <http://www.haaretz.co.il/captain/net/1.2025762>

376 הקבוצה משמשת כנציגה בישראל של סוכנות הפרסום הבינלאומית Grey Adevrtising 376  
 www.facebook.com 377  
 www.youtube.com 378  
 לחלק מהאתרים הייתה בעיה להעלות סרטונים "כבדים", ולכן הכנו לחלקם גם גירסאות קצרות יותר. אורכי הסרטונים להלן מתייחסים לאלו שהוגדרו כברירת מחדל לשימוש. 379  
 House season 4 episode 14, *living the dream* 380  
 House season 4 episode 13, *no more mr. nice guy* 381  
*Lenz v. Universal Music Corp.*, 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008). 382  
 בנספחים: E – opening picture 383

הסרטון נועד לבחון האם ההחלטה להסיר מבוססת על הפעלת שיקול דעת אנושי בהתבסס על הסממנים החיצוניים של סימון זכויות יוצרים ואזהרה.  
F – מוסיקה מפרה: וידאו באורך 3:22 דקות בו מופיעים צילומים (לא מפרים) של חתול, כשברקע מתנגנת יצירה של Yanni.<sup>384</sup>

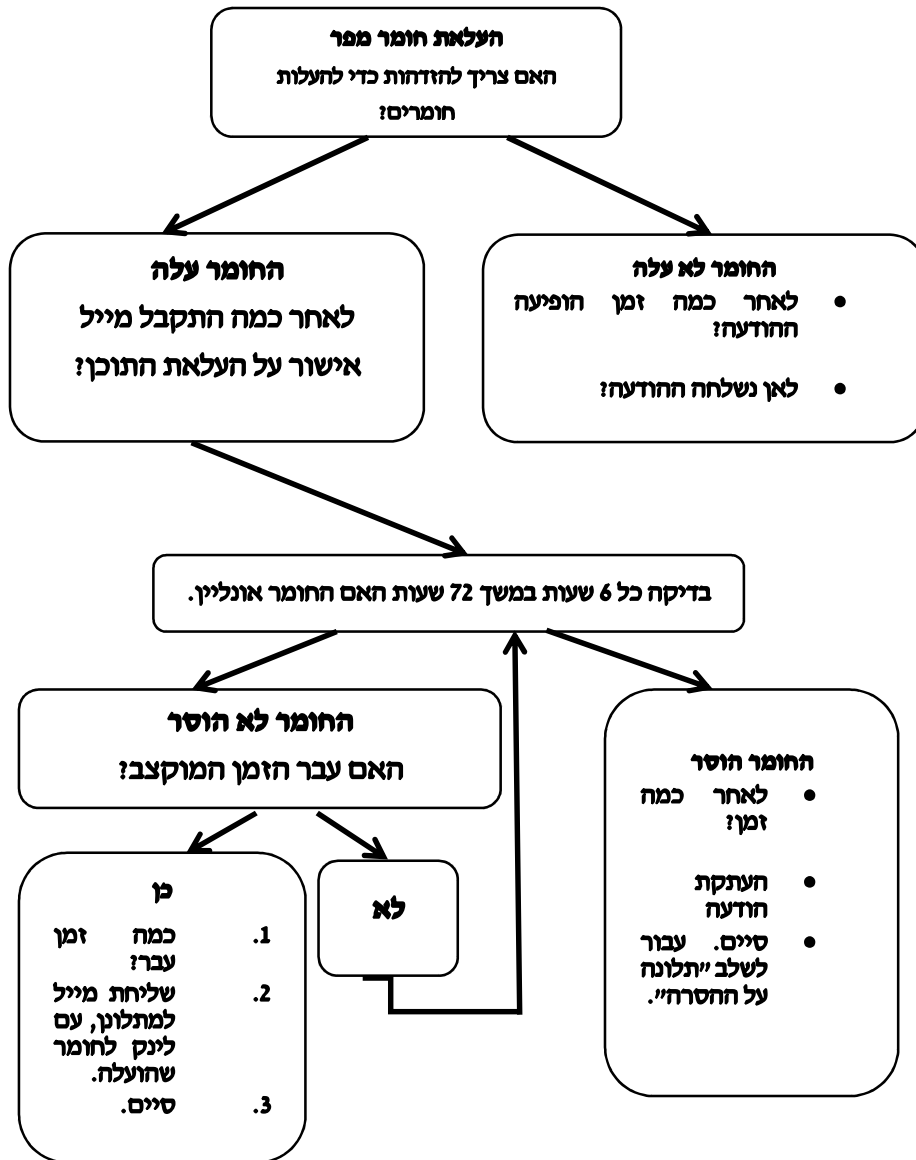
• **צילומים**

X – צילום מפר: צילום דוב פנדה מצויר מעל האותיות WWF<sup>385</sup>, לצידו של סימן ©. צילום זה נועדה לבחון האם מופעל שיקול דעת ביחס לזהות שולח בקשת ההסרה, שאיננו מזוהה בשמו או בכתובת המייל שלו עם הארגון בעל זכויות היוצרים.  
Y – צילום לא מפר: צילום חתול שצולמה במצלמה ביתית. הסרה של יצירה שאיננה מפירה בתגובה לבקשת הסרה, תהווה דוגמא לאכיפת יתר.  
Z – צילום לא מפר + סימון ©: צילום חתול שצולמה במצלמה ביתית, אליה נוסף הסמל ©. הצילום נועד לבחון האם ההחלטה להסיר מבוססת על הפעלת שיקול דעת אנושי בהתבסס על הסממנים החיצוניים של סימון זכויות יוצרים.

---

Yanni, *Song For Antartica*, From the album *Devotion (the best of Yanni)* 384  
.World Wide Fund for Nature - <http://www.wwf.org/> 385

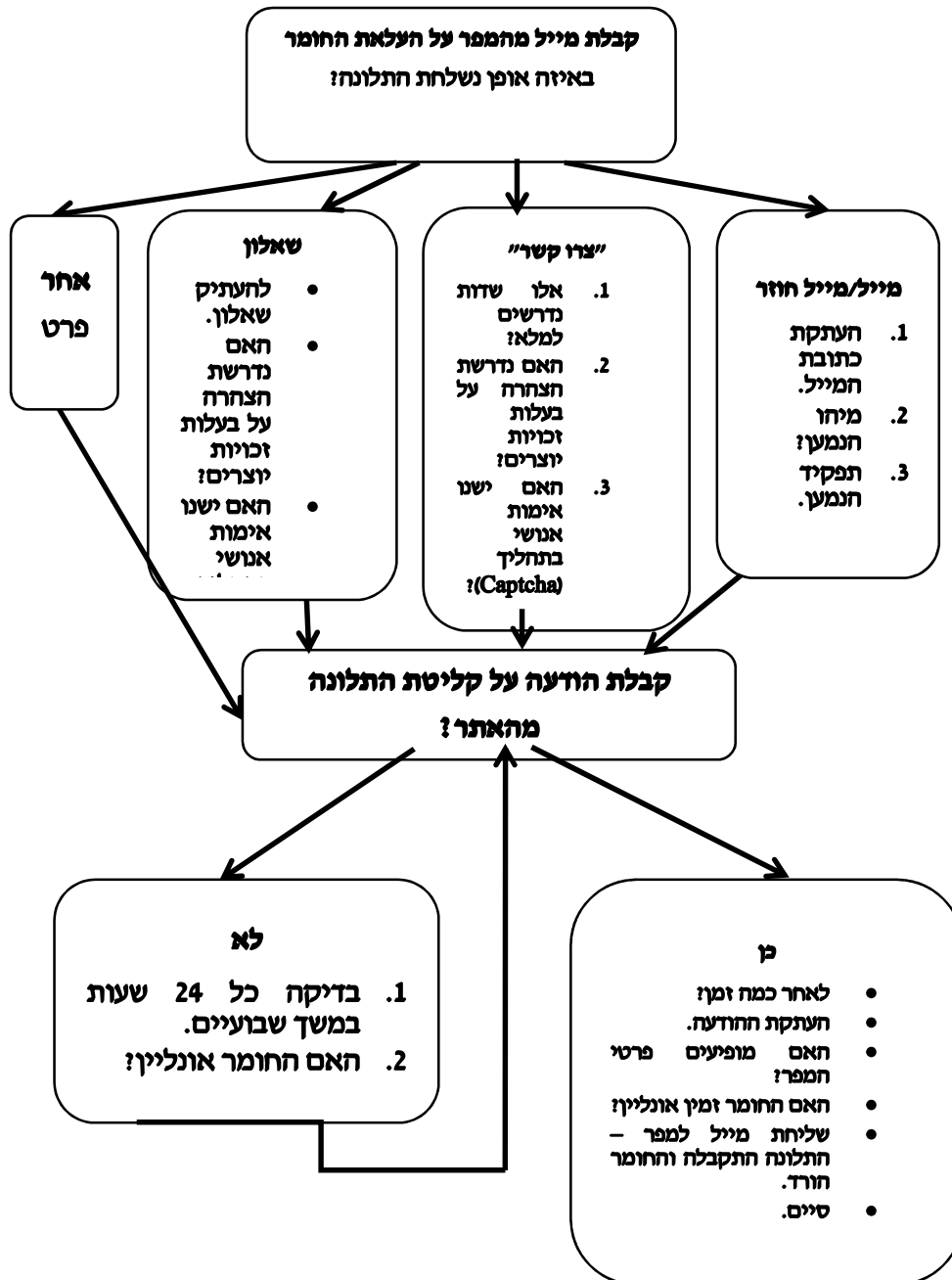
בשלב השני, חולק צוות המחקר לקבוצת "מפרים" וקבוצת "מתלוננים", ושתי הקבוצות הנוחו לפעול בהתאם לתרשימים שחולקו להן. צוות ה"מפרים" פעל בהתאם לתרשים שלהלן:



איור 32 : העלאת החומר המפר

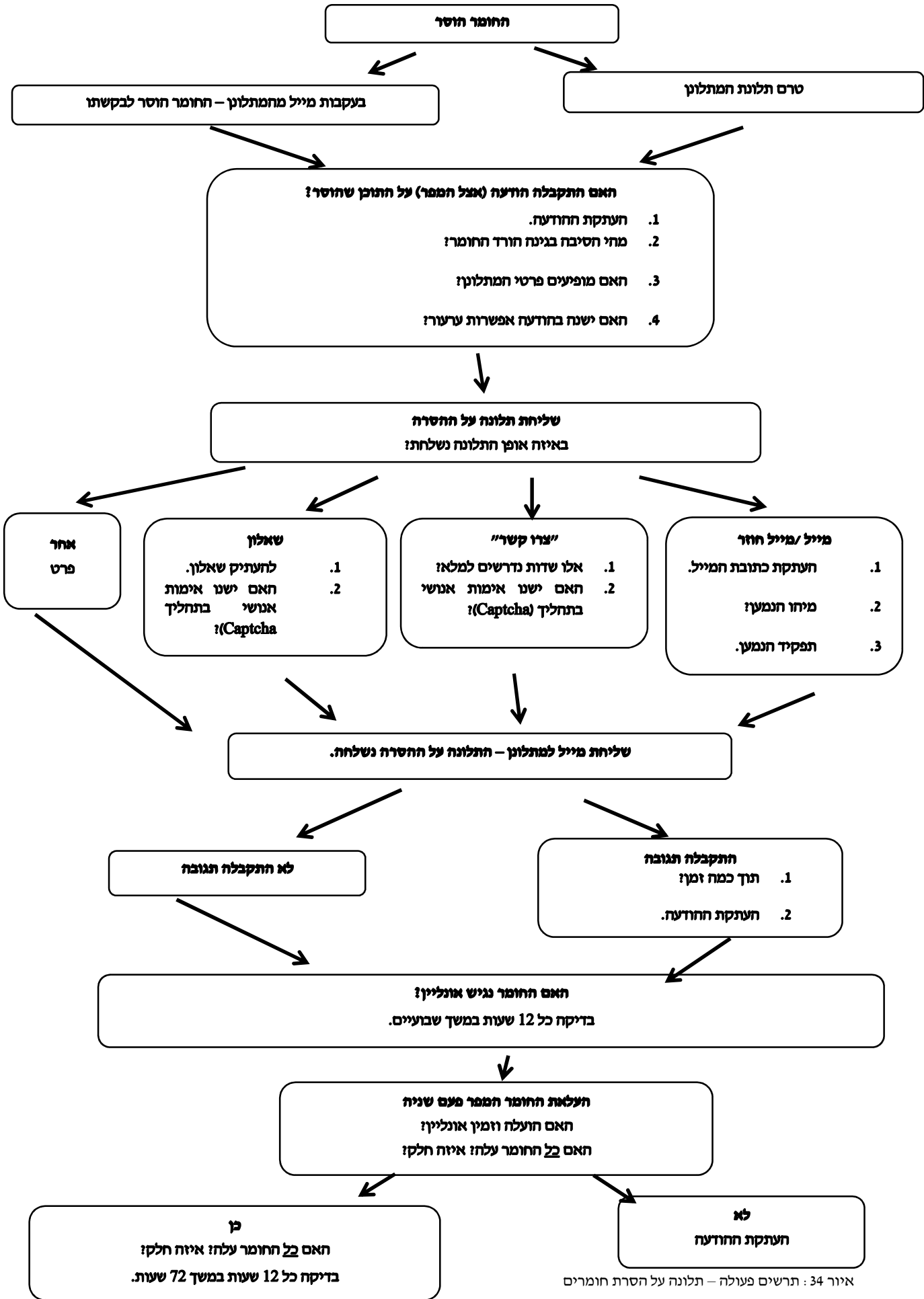


לאחר שהסתיים שלב העלאת החומר המפר, ובהנחה שחומר זה לא הורד באופן מיידי מהאתר, החל לפעול הצוות ה"מתלונן". הצוות המתלונן הונחה לפעול כדלקמן:



איור 33: קבלת דואר אלקטרוני מהמפר על העלאת החומר

עם סיום שלב התלונה, החל לפעול הצוות ה"מפר", בתלונה על הסרת החומרים. הצוות המפר הונחה לפעול כדלקמן:



איור 34 : תרשים פעולה – תלונה על הסרת חומרים

### 6.3. ניתוח תוצאות הניסוי

תוצאות הניסוי יובאו להלן, תוך התמקדות בפעולתם של מנגנוני הבקרה והסינון, הן האוטומטיים והן האנושיים, לאורך התהליך.

סיכום הנתונים שנאספו בשני השלבים האחרונים מוצג בשתי הטבלאות הבאות:

F	E	D	C	B	A
מוסיקה מפרה	וידאו לא מפר + סימון ©	מוסיקה מפרה + צילום לא מפר	וידאו לא מפר	וידאו מפר ללא קידוד	וידאו מפר

העלאת החומר	4	4	3	4	4
הסרת החומר לפני תלונה	0	0	0	0	1
הסרת החומר לאחר תלונה	1	0	1	2	2

טבלה 1: אתרי וידאו – ניתוח תוצאות

Z	Y	X
צילום לא מפר + סימון ©	צילום לא מפר	צילום מפר

העלאת החומר	9	9	9
הסרת החומר לפני תלונה	0	0	1
הסרת החומר לאחר תלונה	1	3	1

טבלה 2: צילומים – ניתוח תוצאות

להלן התוצאות ביתר פירוט:

**דרישה להזדהות כתנאי להעלאת החומרים:** ב-4 מתוך 4 אתרי צילומים נדרשת הזדהות, וב-5 מתוך 9 אתרי וידאו נדרשת הזדהות.

**סינון חומרים והסרת חומרים טרם קבלת תלונה:** בקטגוריה A (וידאו מפר מקודד) – הועלה ל-4 מתוך 4 אתרי וידאו, והוסר רק ב-1. הדבר מצביע על שימוש בתוכנת סינון באתר זה.

בקטגוריה B (וידאו מפר ללא קידוד) – החומר הועלה ל-4 מתוך 4 אתרי וידאו, ולא הוסר מאף אחד מהם.

בקטגוריה C (וידאו לא מפר) – החומר עלה לכל האתרים למעט Mako, בשל בעיה טכנית, ולא הוסר מאף אתר. בקטגוריה D (מוזיקה מפרה + צילום לא מפר) החומר עלה לכל ארבעת האתרים, ולא הוסר מאף אחד. גם בקטגוריה E (וידאו לא מפר + סימון ©) – החומר עלה לארבעת האתרים, ולא הוסר. בקטגוריה F (מוסיקה מפרה) – החומר עלה לכל האתרים למעט אתר Flix, בשל בעיה טכנית, ולא הוסר מאף אחד מהם.

בקטגוריה X (צילום מפר) – החומר עלה ל-9 מתוך 9 אתרים, והוסר רק מאתר Megapixel. בקטגוריה Y (צילום לא מפר) – החומר עלה ל-9 מתוך 9 אתרים, ולא הוסר מאף אחד.

בקטגוריה Z (צילום לא מפר + סימון ©) – החומר עלה ל-9 מתוך 9 אתרים, ולא הוסר מאף אחד מהם.

#### הסרת חומרים בעקבות תלונת המתלונן:

- בקטגוריה A – החומר הוסר מ-2 מתוך 3 אתרים.<sup>386</sup>
- בקטגוריה B – החומר הוסר משניים מתוך ארבעת האתרים.
- בקטגוריה C – החומר לא הוסר בשלושת האתרים.
- בקטגוריה D – החומר הוסר רק מאתר אחד מתוך ארבעת האתרים.
- בקטגוריה E – החומר לא הוסר מאף אחד מארבעת האתרים.
- בקטגוריה F – החומר הוסר מאתר אחד מתוך שלושה האתרים.
- בקטגוריה X – החומר הוסר מאתר אחד מתוך 8 האתרים.
- בקטגוריה Y – החומר הורד ב-3 מתוך 9 אתרים.
- בקטגוריה Z – החומר הורד באתר אחד מתוך תשעת האתרים.

בנוסף לבחינת מנגנוני ההסרה כאמור, נבדקה האינטרקציה של בעלי האתרים עם הטוענים לזכות ביצירה, תוך התמקדות בארבע שאלות מפתח:

- האם המתלונן נדרש להצהיר על זהותו?
- מהנתונים שנאספו בניסוי עלה כי ב-3 מתוך 4 אתרי וידאו נדרשת הזדהות לצורך הגשת תלונה, וכמו כן ב-4 מתוך 9 אתרי צילומים נדרשת הזדהות.
- האם המתלונן נדרש להצהיר כי הוא בעל זכויות היוצרים ביצירה?
- ב-2 מתוך 4 אתרי וידאו נדרשת מהמתלונן הצהרה כי הוא בעל זכויות היוצרים ביצירה וב-2 מתוך 9 אתרי צילומים נדרשת הצהרה זהה.
- האם התקבלה תגובה אצל המתלונן מבעלי האתר, לאחר משלוח התלונה?
- לאחר משלוח התלונה, נבחנה התנהלותם של בעלי האתרים מול המתלונן ומול המפר. מהנתונים עולה כי ב-3 מתוך 4 אתרי וידאו התקבלה אצל המתלונן תגובת בעלי האתר. כמו כן התקבלה אצל המתלונן תגובת בעלי האתר ב-2 מתוך 9 אתרי הצילומים, ומשני אתרים נוספים התקבלה תגובה רק לחלק מהקטגוריות.
- האם התקבלה אצל המפר הודעה בעקבות הסרת היצירה?
- ב-3 מתוך 3 אתרי וידאו התקבלה אצל המפר הודעה בעקבות הסרת החומרים, ורק באתר אחד מתוך 9 אתרי צילומים התקבלה אצל המפר הודעה דומה.

#### 6.4. ניתוח הממצאים ומסקנות

הכלל שגובש בפסיקת בתי המשפט בישראל קובע כי אין להטיל אחריות להפרת זכות יוצרים על בעל אתר שלא ידע עליה, וכאשר נודע לו עליה הסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה.<sup>387</sup> לאור פסיקה זו היה ניתן לצפות שאתרי שיתוף תמונות ווידאו ישראלים יישמו בדוקנות מדיניות "הודעה והסרה" ויסירו חומרים שניטען כי הם מפירים מיד עם קבלת ההודעה. אולם, ממצאי המחקר עולה תמונה מורכבת יותר.

386 קרי: לאחר שליחת התלונה לשלושת האתרים בהם החומר לא הוסר, שניים מתוכם הסירו אותו).  
387 פרשת על השולחן, לעיל הערה 8; פרשת גלעד, לעיל הערה 8.

כאמור בתי המשפט בישראל שדנו באחריות גורמי ביניים נמנעו מלהטיל עליהם חובה לסגן מראש חומרים מפירים.<sup>388</sup> ואכן, האתרים הישראליים כמעט ואינם עושים שימוש באמצעי סינון מראש (בוצעה הסרה אחת בלבד של וידאו מפר מקודד בטרם הגשת תלונה, והסרה אחת בלבד של צילום מפר). בהעדר כללים ברורים באשר לאילו חומרים לסגן, מהם הקריטריונים לסינון מראש וכיצד הם נקבעים, דומה כי מצב זה עדיף מבחינת השמירה על האיזון הראוי בין הצורך לאכוף את זכות היוצרים באופן אפקטיבי מחד, והצורך להגן על חופש הביטוי וחופש הגישה למידע מצד שני.

**רמת היישום של מדיניות הודעה והסרה איננה גבוהה.** הסרת קטעי וידאו מאתרי השיתוף בעקבות תלונה איננה אחידה, וקשה לשייכה לסוג החומרים, או ללמוד מכך על מדיניות שונה של אתר כזה או אחר.<sup>389</sup> גם הסרת צילומים מאתרי שיתוף בעקבות תלונה איננה משקפת מדיניות שיטתית: – רק אתר אחד הסיר צילום מפר (X) לאחר תלונה, וכן אתר אחד נוסף הסיר צילום **שאינו מפר**, אך כולל סימון ©, לאחר שהוגשה תלונה. לעומת זאת, דווקא במקרה של **צילום שאינו מפר** (Y), הסירו 3 אתרים את הצילום לאחר התלונה.

**לעניין זיהוי המשתמשים:** זיהוי המשתמשים יכול לסייע לאיתור האחראי הישיר לפעולות ההפרה במקרה הצורך. מצד שני, התניית השימוש באתר בהזדהות עשויה לפגוע בזכות לאנונימיות ולמנוע ערוץ חשוב של ביטוי חופשי. כל אתרי הצילומים לא דרשו כל הזדהות של המשתמשים המשתפים באתר, לעומת אתרי הוידאו בהם בלמעלה ממחצית המקרים (5 מתוך 9) ביקשו הזדהות של המשתמש המעלה את החומרים לאתר.

**לעניין זיהוי המתלונן:** הדרישה לזיהוי המתלונן עשויה לסייע בקביעה האם מדובר בבעל זכות היוצרים, ולצמצם את האפשרות של טעות, ניצול לרעה של מנגנון הודעה והסרה לשם הסרת תוכן חוקי, ואכיפת יתר. רק מיעוט מכל אתרי השיתוף דרשו מהמתלונן הצהרה כי הוא בעל זכויות היוצרים ביצירה (2 מתוך 4 אתרי הוידאו, ו-2 מתוך 9 אתרי הצילומים). משמעות הדבר היא שבאתרים בהם לא נדרש זיהוי לא ננקטים צעדים על מנת למנוע תלונות שווא.

**ידוע המתלונן:** ידוע המתלונן בדבר הטיפול בבקשת ההסרה עשויה לסייע ביישומו של הליך הוגן ולאפשר למתלונן לעקוב אחר ביצוע בקשתו. לאחר שליחת תלונה על ידי בעל זכות יוצרים לכאורה, מרבית אתרי הוידאו (3 מתוך 4) הגיבו לתלונה. מרבית אתרי הצילומים, לעומת זאת, לא הגיבו לתלונה בנוגע להפרת זכויות יוצרים באתרם (7 מתוך 9).

לסיכום, התמונה העולה מתוך בחינת ההתנהלות אתרי שיתוף צילומים ווידאו בישראל והטיפול בתלונות על הפרת זכויות יוצרים, הינה תמונה מורכבת ובלתי אחידה. קיימת שונות גדולה ביישום מדיניות הודעה והסרה ובעידכון המתלונן בנוגע להסרת התכנים בעקבות תלונה. בהעדר כללים בדבר הזדהות המתלונן, ונקיטת אמצעים מנימליים לבירור תוקף התלונה, גוברת הסכנה לתלונות שווא ולניצול לרעה של מנגנוני הודעה והסרה.

388 ראו פרק 3.2.3 לעיל.

389 בנושא הסרת חומרים לאחר תלונה, ניתן לראות כי הוידאו המפר הוסר בשני מקרים מתוך 3 האתרים אליהם עלה החומר (ולא הוסר באופן אוטומטי, לפני הגשת תלונה). וידאו מפר ללא קידוד (B) הוסר רק בשני מקרים, בעקבות תלונה. לעומת זאת, וידאו הכולל מוסיקה מפרה וצילום שאינו מפר, וכן וידאו הכולל מוסיקה מפרה בלבד הוסרו מאתר אחד בלבד בכל אחד מהמקרים, לאחר התלונה.

**7. ניתוח ומסקנות**

אכיפת זכויות יוצרים בעידן הדיגיטאלי יצרה משבר אשר חייב את בעלי זכויות היוצרים לפתח ולשכלל אסטרטגיות חדשות לאכיפה. במוקד אסטרטגיות אלה הניסיון לרתום גורמי ביניים באינטרנט לזיהוי, הסרה וחסיומה של יצירות ושל משתמשים החשודים בהפרה, תוך שימוש באמצעים משפטיים וטכנולוגיים.

מחקר זה בחן את הפעילות לאכיפת זכויות יוצרים בישראל שננקטה בידי בעלי זכויות יוצרים בשתי זירות אכיפה: הגשת תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים בבתי המשפט והגשת בקשות להסרת עותקים מפירים באמצעות גורמי ביניים. אכיפת זכויות יוצרים בבתי המשפט נבחנה באמצעות ניתוח הליכים משפטיים אשר נפתחו בין השנים 2010–2012, ואילו אכיפה באמצעות גורמי ביניים נבחנה באמצעות ניתוח בקשות שהוגשו ל-Google להסרה מתוצאות החיפוש, ובחינת יישומה בפועל של מדיניות הודעה והסר באתרי שיתוף בישראל.

בחינה אמפירית של אכיפת זכויות יוצרים ברשת באמצעות בתי המשפט בישראל מעלה תמונה מורכבת. ראשית ניתן לראות כי מרבית התיקים העוסקים בהפרת זכויות יוצרים ברשת מתנהלים בבתי המשפט בתל אביב והמרכז, כאשר מרביתם התיקים מתנהלים בבתי משפט השלום, ומיעוטם מתנהלים בבתי המשפט המחוזיים, כערכאה ראשונה. הדבר מעיד על כך שמרבית התביעות בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת הינן תביעות כספיות אשר אינן עולות על סכום של 2.5 מליון ש"ח. חלקן הקטן של התביעות הינן תביעות המתנהלות בבתי המשפט המחוזיים, אם בשל סכום תביעה העולה על סכום של 2.5 מליון ש"ח, ואם בשל שילוב בקשה לסעדים הצהרתיים או צוי מניעה עם תביעה כספית לכל סכום שהוא.

מרבית התובעים הפונים לבתי המשפט עושים זאת על מנת לקבל פיצוי. במרבית התיקים העוסקים בהפרת זכויות יוצרים ברשת התבקש סעד של פיצויים בלבד (60%), לעומת סעד של פיצויים וצו כלשהו (38%). בקרב התביעות שהוגשו בגין הפרת זכויות יוצרים בצילומים, במרבית התיקים (78%) התבקש סעד של פיצויים בלבד, המלמד על שימוש באכיפת זכויות יוצרים באמצעות בתי משפט כחלק ממודל עסקי של התובעים. לעומת זאת, בתביעות על הפרת זכויות יוצרים בטקסט, מרבית התובעים (58%) ביקשו סעד כספי בצירוף בקשה לצו כלשהו. הפערים בולטים עוד יותר בתביעות הפרת זכויות יוצרים בוידאו – 71% מהתובעים ביקשו צווים כלשהם, בנוסף לסעדים כספיים.

לעומת זאת, צדדים המסתפקים אך ורק במניעת גישה לעותקים מפירים, פונים בבקשת הסרה לגורמי ביניים. הבקשה להסרה מקנה סעד מידי. התדיינות בבית המשפט, לעומת זאת, צפויה להיות הרבה יותר ממושכת. מהנתונים עולה כי משך ההליך המשפטי ב-29% מהתיקים עמד על 100 ימים לכל היותר, וב-24% תיקים נוספים – עד 200 ימים לכל היותר. רק 3% מהתיקים התנהלו במשך תקופה של כשנתיים-שלוש שנים. עוד ניתן לראות כי ככל שמשך ההליך היה ארוך יותר, כך שיעור התיקים שהסתיימו בהכרעה שיפוטית היה נמוך יותר, ככל הנראה תיקים אלו הסתיימו בהליכי פשרות/גישור מחוץ לכותלי בית המשפט.

בחינת השחקנים העיקריים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת מעלה חלוקה מעניינת של שחקנים בעלי מאפיינים שונים בכל אחת מזירות האכיפה – המשפטית והטכנולוגית. בזירת בתי המשפט התובעים הינם אנשים פרטיים וחברות, בשיעורים דומים, בעוד ארגוני זכויות יוצרים מהווים כ-3% בלבד מהתובעים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. יתכן כי שיעור נמוך של תביעות המוגשות

על ידי ארגונים אלו עשוי להעיד על כך כי מרבית פעילות האכיפה נעשית על ידי ארגונים אלו בטרם מוגשת תביעה לבתי המשפט. זירת האכיפה באמצעות גורמי ביניים, לעומת זאת, משרתת בעיקר שחקנים גדולים וחברות רב לאומיות, המגישים הודעות להסרת קישורים ליצירות מפורסות לכאורה מתוצאות החיפוש המוצגות על ידי Google.

עוד ניתן להצביע על חלוקה נושאית בין בתי המשפט לבין פעילות האכיפה המתבצעת באמצעות גורמי ביניים. בבתי המשפט, מרבית התביעות שעניינן הפרת זכויות יוצרים ברשת נוגעות לזכויות יוצרים בצילומים (61%) וטקסטים (25%), כאשר רק 1% מהתיקים עניינם תוכנה. זירת האכיפה באמצעות גורמי ביניים, נותנת מענה לפעילות של חברות תוכנה גדולות ורב-לאומיות. בתיקים הנוגעים להפרת זכויות יוצרים בבצילומים, 77% מהתיקים אשר הוגשו על ידי חברות הם תיקים המנוהלים על ידי שני שחקנים חוזרים המרבים להגיש תביעות, ו-47% מהתיקים אשר הוגשו על ידי אנשים פרטיים הם תיקים אשר הוגשו על ידי שחקן חוזר בולט. הדבר מוביל למסקנה כי ריבוי תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים על צילומים מהווה חלק מהמודל העסקי של שחקנים אלו. מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה כי ב-78% מהתיקים הדנים על הפרת זכויות יוצרים ברשת על צילומים מבוקש סעד כספי בלבד, ללא צו כלשהו.

אחד המאפיינים המבחינים בין זירות האכיפה השונות הוא ההזדמנות לקיומו של הליך הוגן שיאפשר הגנה על זכויות המתדיינים וימנע פגיעה שרירותית בזכויות.

בחינת ההליך המשפטי מעלה כי ב-65% מהתיקים מתקיים הליך משפטי אשר מסתיים בפסיקה של בית המשפט – לטובת התובע או לטובת הנתבע, בפסיקה על דרך של פשרה, פסק דין בהסכמה או באישור פשרה או הליך גישור שהתקיימו מחוץ לכותלי בית המשפט. הדבר מעיד על קיומו של הליך הוגן בין הצדדים, המאפשר להם להשמע, כמו גם על אפשרות של בית המשפט להעניק משקל לאינטרס הציבורי הרלוונטי לדיון. יחד עם זאת, ב-26% מהתיקים מתקיימים הליכים מחוץ לכותלי בית המשפט, מבלי שבית המשפט יאשר את תוצאתם. כלומר, תוצאות ההליכים הללו אינן נתונות כלל לביקורת שיפוטית. 5% מהתיקים מתנהלים במעמד צד אחד, בין אם בשל אי הגשת כתב הגנה על ידי המשיב, ובין בשל העדר התייצבות לדיון, כאשר בתיקים אלו נפסק סעד כמבוקש על ידי התובע. כמובן שהליכים אילו אינם משקפים קיומו של הליך הוגן בין הצדדים.

הבדל נוסף בין זירות האכיפה הוא עיצוב כללים בידי בית המשפט ועיבוי הפרשנות המשפטית של החוק באופן שיסייע לחיזוק הודאות המשפטית ביישום חוק זכויות יוצרים ברשת. ניתוח תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת מעלה כי התביעות מוגשות על פי רוב בעילה של העתקה, הפרת הזכות המוסרית של היוצר והעמדה לרשות הציבור. לכך מתווספות טענות נוספות בנושא עשיית עושר ולא במשפט, גזל ורשלנות. טענת שימוש הוגן הועלתה על ידי הנתבעים רק ב-9% מהתיקים. ניתוח ההחלטות שניתנו על ידי בית המשפט, מעלה כי רק 11% מהתיקים מסתיימים בפסיקה הכוללת כלל משפטי בדמות פסק דין לטובת התובע או לטובת הנתבע. 85% נוספים מהתיקים מסתיימים בהליכי פשרה או גישור מחוץ לבית המשפט, ולעיתים אושרו על ידו, או החלטה שיפוטית אשר ניתנה על דרך פשרה בין הצדדים. מצב זה מצמצם את תפקידו של ההליך השיפוטי בפרשנות משפטית ועיצוב כללים, תוך יצירת חוסר ודאות בנוגע לדין הנוהג. בתחום משפטי המתפתח באופן מהיר ודינמי, במקביל להתפתחויות הטכנולוגיות המהירות, העדר ערך תקדימי להליך המשפטי עשוי ליצור חוסר וודאות ואפקט מצנן.

בזירת האכיפה באמצעות גורמי ביניים יישום הכלל המשפטי נתון כולו לגורמים פרטיים. המחקר אודות יישומו של נוהל הודעה והסרה שהתפתח בפסיקה, באמצעות גורמי ביניים בישראל, מצביע על יישום לא עיקבי של הנוהל, והעדר הקפדה על זכויות המתלונן והמשתמשים. בחינת זירת האכיפה הדיגיטלית, כפי שנבחנה באמצעות מעקב אחר בקשות להסרת תוצאות חיפוש ב-Google, מעלה כי זירה זו מהווה מנגנון פעיל ורב עוצמה באכיפת זכויות. בקשות הסרה הופכת להיות פופולרית יותר ויותר, תוך עליה משמעותית במספר הבקשות המוגשות מדי חודש להסרת תוצאות חיפוש. יחד עם זאת, פעילותו האוטומטית של הליך זה, מצד אחד, אינה מספקת כלים משפטיים היוצרים תקדים, נותנים משקל ראוי לאינטרס הציבורי ולקיומו של הליך הוגן הנתון לביקורת שיפוטית. מצד שני, מאפשרת האכיפה האוטומטית נתן מענה יעיל ומהיר לבעלי הזכויות הנטענים, תוך הסרת כמויות גדולות של תוכן המפר זכויות יוצרים, לכאורה, ללא בדיקה מקדימה של הזכויות בתוכן.

לסיכום, ניתן לראות כי זירת אכיפת זכויות יוצרים ברשת באמצעות מערכת בתי המשפט נותנת מענה מוגבל בלבד, ובניגוד לציפיות להליך הוגן וליצירת צדק בין הצדדים, הרי שמרבית ההליכים אינם מסתיימים בהכרעה שיפוטית אלא בהליכי פשרה אשר לעיתים קרובות מבטאים פערי כוחות בין התובעים לבין הנתבעים. עוד ניתן לראות כי זירה זו הופכת להיות כלי משחק בידי שחקנים חוזרים, כך שלא מתקיים הלכה למעשה הליך הוגן בין הצדדים. בנוסף, קיומם של סעדים כספיים מעניק הלכה למעשה תמריץ להגשת תביעות רבות, כחלק מהמודל העסקי של התובעים. זירת האכיפה הדיגיטלית, לעומת זאת, משמשת כלי בידי שחקנים חוזרים וגדולים, כאשר מדובר באכיפה אוטומטית שאינה מאפשרת הליך הוגן בין הצדדים. זירת האכיפה באמצעות גורמי ביניים, לעומת זאת, מעוררת דאגה לחירות השימוש ברשת תוך הסרת כמויות גדולות של תוכן ללא ביקורת שיפוטית ובהעדר קיומו של הליך הוגן.

אין חולק על כך שרשת האינטרנט הובילה לגידול משמעותי בשימוש הלא חוקי ביצירות. אולם הרשת איננה רק זירה להפצת תוכן, אלא מהווה גם זירת מסחר המחייבת הגנה על חופש העיסוק, התחרות החופשית וזכויות הצרכן. הרשת היא גם סביבת יצירה, תרבות, שיח וחיברות המחייבת הגנה על האוטונומיה של הפרט, הזכות לפרטיות, חופש הביטוי וחופש ההתאגדות. לכן, לצד הערך החשוב של הגנה על קניין רוחני והגנה על האינטרסים הלגיטימיים של בעלי זכויות היוצרים, חשוב גם להבטיח את ההגנה על ערכים אלה. משטר האכיפה החדש, עלול לפגוע בערכים אלה, באמצעות יצירת מציאות משפטית המעודדת גורמי ביניים לפעול לניטור וחסמת תכנים ומשתמשים.