

בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט

שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן*

אכיפת זכויות יוצרים בסביבה הדיגיטלית עברה שינויים מרחיקי לכת בעשורים האחרונים. היקף ההעתקה בידי מיליוני משתמשים ברחבי העולם והקושי לזהות מפירים להעמידם לדין ולקבל מהם פיצוי, הפך את אכיפת זכויות היוצרים באמצעות בתי המשפט להליך יקר ומורכב. על רקע "כשל אכיפה" זה הופעל החל מאמצע שנות התשעים לחץ כבד על גורמי ביניים ברשת לפעול בעצמם להסרת יצירות מפירות המונגשות באמצעות השירותים שאותם הם מספקים. ההסדר המשפטי שאומץ בחקיקה בארצות הברית ובאירופה העניק לגורמי ביניים חסינות מאחריות להפרת זכויות יוצרים בתנאי שיפעלו להסרת יצירות מפירות מייד לאחר שקיבלו הודעה על כך (משטר של "הודעה והסרה"). מנגנון זה של "הודעה והסרה" אומץ גם בפסיקה בישראל.

בעקבות זאת התפתחה ברשת זירת אכיפה דיגיטלית לצד הליך האכיפה המסורתי של זכויות יוצרים באמצעות הגשת תביעה לבתי המשפט. זירה זו מתנהלת באמצעות גורמי ביניים המפעילים אמצעי הסרה, חסימה, מניעה וסינון של יצירות הנחשדות כמפירות, על פי דרישת בעלי הזכויות.

קיומן של שתי זירות לאכיפת זכויות יוצרים ברשת הפועלות בד בבד ושונות זו מזו במהותן מעורר שורה של שאלות בדבר היתרונות והחסרונות היחסיים של כל אחד מהליכי האכיפה: מי הם השחקנים המעורבים בכל אחד מהליכי האכיפה? באיזו מידה הליכי האכיפה השונים משרתים את היעדים של דיני זכויות יוצרים בזירה הדיגיטלית? והאם האכיפה בזירות השונות מתיישבת עם ערכי יסוד כגון עקרון שלטון החוק, הגישה לצדק וקיומו של הליך הוגן?

אף שהאכיפה בזירה הדיגיטלית הפכה לגורם משמעותי בתמונה הכוללת של אכיפת זכויות יוצרים ברשת, מעט ידוע על היקף האכיפה המתבצע בזירה זו. זירת האכיפה הדיגיטלית מנוהלת בידי גורמי ביניים, שהם בדרך כלל תאגידים רב-לאומיים ומתבצעת באמצעות אלגוריתמים שאינם נגישים לציבור ומוגנים בדרך כלל כסוד מסחרי. התמונה בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים באמצעות בתי המשפט אף היא חלקית בלבד ומבוססת אך ורק על פסקי דין והחלטות שפורסמו.

מאמר זה בוחן את השימוש בפועל בזירות האכיפה השונות: בתי המשפט ואכיפה דיגיטלית בידי גורמי ביניים באמצעות מנגנון "הודעה והסרה".

המאמר מציג ממצאי מחקר אמפירי חלוצי אשר בחן בישראל את שתי זירות האכיפה ודן בהשלכות על גישה לצדק, הוגנות ההליך, עיצוב הדין בזכויות יוצרים וזכויותיהם המהותיות של הצדדים.

ממצאי המחקר מעוררים ספק כבד בנוגע להגשמת היעדים של הליכי האכיפה בכל אחת מן הזירות וחושפים את מגבלותיהן של זירות האכיפה המסורתית בבתי המשפט ושל זירת האכיפה הדיגיטלית. הגם שאף אחת מזירות האכיפה איננה מבטיחה קיומו של הליך הוגן במלואו, אגב מתן משקל ראוי לאינטרס הציבורי ולביקורת שיפוטית מתאימה, בכל זאת בולטים יתרונותיו של ההליך השיפוטי על פני הליך ההסרה האלגוריתמי המיושם בידי גורמי ביניים.

ממצאי המחקר יוכלו לסייע בגיבוש מדיניות משפטית בתחום האכיפה, בין היתר בכל מה שנוגע לסכנות שבהפרטת מנגנון האכיפה ולצעדים שיש לנקוט על מנת להבטיח גישה לצדק, הוגנות ההליך והגשמת תכלית דיני זכויות יוצרים.

מבוא. א. מסגרת משפטית: אחריות גורמי ביניים להפרות משתמשים. 1. כללי; 2. היעדר אחריות ישירה; 3. שאלת האחריות התורמת; 4. נוהל הודעה והסרה; **א. זירות אכיפה.** 1. זירת האכיפה המשפטית; זירת האכיפה הדיגיטלית; הסוגיות המתעוררות בשל קיומן של

* ד"ר שרון בר-זיו היא מרצה בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית ספיר ועמיתת מחקר, המרכז למשפט וטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים. פרופ' ניבה אלקין-קורן היא ראש המרכז למשפט וטכנולוגיה, וראש המרכז למשפט ומדיניות סייבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מחקר זה נערך במימון איגוד האינטרנט הישראלי ומרכז מצוינות LINKS. ברצוננו להודות לפרופ' מיכאל בירנהק, פרופ' ניל נתנאל וד"ר אורנה רבינוביץ-עיני על הערותיהם המצוינות למאמר, לאורי סבח, נתי פרל ועופר טולדנו על עזרה במחקר, למתן גולדבלט על עריכה טכנית ולמשתתפי הסמינרים בהם הוצגו ממצאי מחקר זה על שהחכימו אותנו בהערותיהם. מאמר זה זכה בפרס אמנון גולדנברג לקניין רוחני לחוקרים, המוענק על ידי מכון ש. הורביץ לקניין רוחני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.

שתי זירות אכיפה; ג. אכיפת זכויות יוצרים ברשת: מחקר אמפירי. 1. מבוא ומתודולוגיה; 2. מיפוי זירת האכיפה; 3. שמירה על תכלית החוק; 4. תוצאות הליכי האכיפה; ד. ניתוח ומסקנות. 1. השלכות על גישה לידע ועל חופש הביטוי; 2. השלכות על הגשמת מטרות דיני זכויות היוצרים; 3. השלכות על גישה לצדק והליך הוגן; ה. סיכום

מבוא

רשתות דיגיטליות חוללו משבר עמוק באכיפה מסורתית של החוק. לצד היתרונות העצומים של הרשת המבוזרת בעידוד היצירה והחדשנות, העצמת יחידים וקהילות וחיזוק השיח הציבורי,¹ הרשת מאפשרת לכל משתמש להפיץ במהירות וביעילות תוכן שעלול להסב נזק (העלבת עובד ציבור, חומר הסתה, סודות מדינה).² הדבר יוצר אתגר ממשי לאכיפה שמטרתה להפחית את הנזק ולהבטיח כי תכנים מסוג זה יוסרו במהירות האפשרית. ההליך המשפטי המסורתי אינו מציע פתרון הולם להיקף, למהירות ולהשפעה הרבה של פרסום תוכן מזיק ברשת.³ על רקע זה לא מפתיע כי מתגברים הקולות הקוראים לחיזוק האכיפה הדיגיטלית ברשת באמצעות גורמי ביניים.⁴ מאמר זה מבקש ללמוד על ההשלכות של מהלך כזה מן הניסיון המצטבר באכיפה דיגיטלית של זכויות יוצרים באמצעות גורמי ביניים.

אכיפת זכויות יוצרים בסביבה הדיגיטלית עברה שינויים מרחיקי לכת בעשורים האחרונים. היקף ההעסקה בידי מיליוני משתמשים ברחבי העולם והקושי לזהות מפירים, להעמידם לדין ולקבל מהם פיצוי הפך את אכיפת זכויות היוצרים באמצעות בתי המשפט להליך יקר ומורכב. על רקע "כשל אכיפה" זה הופעל לחץ כבד על גורמי ביניים ברשת, כגון ספקי אינטרנט, ספקי תקשורת, מנהלי אתרים, מנועי חיפוש ורשתות חברתיות, לפעול בעצמם להסרת יצירות מפירות המונגשות באמצעות השירות שהם מספקים. ההסדר המשפטי שאומץ בחקיקה בארצות הברית ובאירופה העניק לגורמי ביניים חסינות מאחריות להפרת זכויות יוצרים בתנאי שיפעלו להסרת יצירות מפירות מייד לאחר

¹ ראו: STEPHEN D. COOPER, WATCHING THE WATCHDOG: BLOGGERS AS THE FIFTH ESTATE (2006); William H. Dutton, *The Fifth Estate Emerging Through the Network of Networks*, 27 Prometheus (2009), available at: <http://bit.ly/2NW1o4v>; YOCHAI BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM (2007).

² MANUEL CASTELLS, COMMUNICATION POWER (2009). לעניין העלבת עובד ציבור, ראו: מכתב מאיילת שקד, שרת המשפטים, לעדנה ארבל, שופטת בית המשפט העליון (בדימי) (5.8.2016), זמין בכתובת: <http://bit.ly/2CD80no>. זהו כתב מינוי הוועדה לגיבוש אמצעים להגנה על הציבור מפני פרסומים פוגעניים, בראשותה של שופטת בית המשפט העליון (בדימי) עדנה ארבל. ועדה זו נתמנתה על-מנת לבחון אמצעים להתמודדות עם התופעה האמורה – תוך כדי שמירה על איזון בין חופש הביטוי, השיח החופשי והמיוחד המתקיים ברשת האינטרנט, לבין הגנה על הנפגעים מפרסומים פוגעניים.

³ ראו למשל: הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז–2016, ה"ח 742, שמטרתה המוצהרת היא ייעול ההתמודדות עם פרסום תכנים המהווים עבירה פלילית, ברשת האינטרנט, כשקיימת אפשרות כי הפרסום יפגע בביטחון של אדם, בביטחון הציבור או בביטחון המדינה.

⁴ דוגמה לכך היא החקיקה שהתקבלה בגרמניה המחייבת רשתות חברתיות בהסרת דברי שנאה והסתה, דיבה ודיווחים שקריים, ראו: *Germany starts enforcing hate speech law*, BBC (Jan. 1, 2018), available at: <https://bbc.in/2MW7fdO>. ראו גם: הצעת חוק הסרת פרסום הסתה שהתפרסם ברשת החברתית המקוונת, התשע"ו–2016, פ/3110/20.

שקיבלו הודעה על כך (משטר של "הודעה והסרה")⁵. מנגנון זה של "הודעה והסרה" אומץ גם בפסיקה בישראל.⁶

בעקבות זאת התפתחה ברשת זירת אכיפה דיגיטלית לצד הליך האכיפה המסורתי של זכויות יוצרים באמצעות הגשת תביעה לבתי המשפט. זירה זו מתנהלת באמצעות גורמי ביניים, המפעילים אמצעי הסרה, חסימה, מניעה וסינון על פי דרישת בעלי הזכויות.

קיומן של שתי זירות לאכיפת זכויות יוצרים ברשת, הפועלות בד בבד ושוונות זו מזו במהותן, מעורר שורה של שאלות בדבר היתרונות והחסרונות היחסיים של כל אחד מהליכי האכיפה: מי הם השחקנים המעורבים בכל אחד מהליכי האכיפה? באיזו מידה הליכי האכיפה השונים משרתים את היעדים של דיני זכויות יוצרים בזירה הדיגיטלית? והאם האכיפה בזירות השונות מתיישבת עם ערכי יסוד: עקרון שלטון החוק, הגישה לצדק וקיומו של הליך הוגן?

אף שהאכיפה בזירה הדיגיטלית הפכה לגורם משמעותי בתמונה הכוללת של אכיפת זכויות יוצרים ברשת, מעט ידוע על היקף האכיפה המתבצע בזירה זו. אכיפה דיגיטלית מנוהלת בידי גורמי ביניים שהם על פי רוב תאגידי רב לאומיים ומתבצעת באמצעות אלגוריתמים שאינם נגישים לציבור ומוגנים בדרך כלל כסוד מסחרי.⁷ התמונה בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים באמצעות בתי המשפט אף היא חלקית בלבד ומבוססת אך ורק על פסקי דין ועל החלטות שפורסמו. נתונים אלה אינם מספקים את התמונה המלאה של השימוש בהליך משפטי לשם אכיפת זכויות יוצרים.

מאמר זה מציג ממצאי מחקר אמפירי חלוצי אשר בחן בישראל את שתי הזירות לאכיפת זכויות יוצרים ברשת: בתי המשפט ואכיפה דיגיטלית בידי גורמי ביניים באמצעות מנגנון "הודעה והסרה". אכיפת זכויות יוצרים בבתי המשפט נבחנה באמצעות ניתוח התיקים אשר נפתחו בערכאות המשפטיות בישראל בשנים 2010–2013. זירת האכיפה הדיגיטלית, הפועלת באמצעות גורמי ביניים, נבחנה באמצעות ניתוח בקשות שהוגשו ל-Google להסרת דפים ואתרים ישראליים מתוצאות החיפוש בגין הפרת זכויות יוצרים לכאורה.⁸

המחקר האמפירי הנדון במאמר זה חדשני מכמה היבטים: ראשית, הוא מספק נתונים אמפיריים חלוציים המספקים תמונת מצב בדבר הצעדים הננקטים בפועל בישראל לאכיפת זכויות יוצרים באינטרנט. אף שחלה בשנים האחרונות עלייה בשימוש במתודולוגיות אמפיריות בתחום המשפט,⁹

⁵ משטר משפטי זה מעוגן בהוראות החוק של ה-Digital Millennium Copyright Act במשפט האמריקאי, ראו: Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C.) (להלן: Digital Millennium Copyright Act). באירופה נקבעה חסינות לגורמי ביניים שלא הייתה להם ידיעה על ההפרה, בהוראות הדיקטיבה האירופית בנושא סחר אלקטרוני, ראו: Council Directive 2000/31, 2001 O.J. (L 178) 1 (להלן: Electronic Commerce Directive).

⁶ חשוב לציין שבשלב זה מדובר בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, וטרם ניתנה לבית המשפט העליון ההזדמנות לעסוק בנושא זה. לפסיקת בתי המשפט הישראליים, ראו למשל: ת"א (שלום ת"א) 64045/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2007) (להלן: פרשת על השולחן); ת"א (מחוזי ת"א) 1559/05 גלעד נ' נטוויז'ן בע"מ (פורסם בנבו, 23.7.2009); ת"א (מחוזי מ"ר) 567-08-09 א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטר.נט בע"מ (פורסם בנבו, 8.8.2011) (להלן: פרשת רוטר). ראו גם חלק א.3 להלן.

⁷ ראו חלק ב.2 להלן.

⁸ להרחבה בנושא המתודולוגיה, ראו פרק ג.1 להלן.

⁹ ראו: Michael Heise, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, U. ILL. L. REV. 819 (2002) (להלן: Heise, *The Past, Present, and Future*); ראו גם: Michael Heise, *The Importance of Being Empirical*, 26 PEPP. L. REV. 807, 811 (1999) (להלן: Heise, *The Importance of Being Empirical*). בה"ש 16. ראוי לציין את כתבי העת "עיוני משפט" ו"משפטים", אשר הקדישו חוברות ייחודיות לנושא זה (ראו: עיוני משפט לד(2-3); משפטים מד(3)).

מספר המחקרים האמפיריים בנושא זכויות יוצרים עדיין מצומצם יחסית.¹⁰ קטן עוד יותר מספר המחקרים האמפיריים בנושא זכויות יוצרים אשר מתמקדים בניתוח ההתדיינויות בבתי המשפט, אשר אינם מסתפקים בניתוח פסקי הדין בלבד.¹¹ כפי שעולה מממצאי המחקר, רק מיעוט התיקים מבשיל לכדי פסק דין, ולכן על מנת לצייר תמונה מלאה יותר של פעילות האכיפה בבתי המשפט חשוב לבחון את מכלול ההליכים;¹² שנית, המחקר הנוכחי בוחן לראשונה את אכיפת זכויות היוצרים באינטרנט באמצעות מערכת המשפט לאחר חקיקת חוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007, שנועד בין היתר להתאים את דיני זכויות היוצרים בישראל לעידן הדיגיטלי.¹³ הנתונים אשר יוצגו במאמר עשויים לשפוך אור על האופן שבו מתנהלת אכיפת זכויות יוצרים לפי חוק זה, אשר הכניס שינויים בדין המהותי;¹⁴ לבסוף, המחקר עורך השוואה ראשונה מסוגה בין אכיפת זכויות יוצרים באמצעות בתי המשפט לפעולות אכיפה באמצעות גורמי ביניים, כפי שמשקפת בבחינת בקשות שהוגשו ל-Google, המתנהלות בהיעדר שקיפות. המחקר מספק הצצה נדירה לזירה הדיגיטלית הנסתרת ומאפשר ללמוד על הליכי האכיפה שהתבצעו ב-Google במסגרת יישום מנגנון הודעה והסרה. מחקר זה מספק תמונת מצב מקיפה של הליכי אכיפת זכויות יוצרים בישראל בזירות האכיפה השונות, ובכך מאפשר ללמוד על אופייה המיוחד של כל אחת מזירות האכיפה ולנתח את השלכותיה על הגשמת יעדי החוק. להשוואה זו עשויה להיות נפקות חשובה לא רק בהקשרים של זכויות יוצרים אלא גם בנושאים אחרים שאכיפתם מוסטת לגורמי ביניים, כגון הזכות להישכח¹⁵ או לשון הרע.¹⁶

¹⁰ למשל יחסית לניתוח ליטיגציה בנושא פטנטים, ראו: Christopher A. Cotropia & James Gibson, *Copyright's Topography: An Empirical Study of Copyright Litigation*, 92 TEX. L. REV. 1981, 1983 (2014), וההפניות שם (להלן: Cotropia & Gibson).

¹¹ בשנים האחרונות, התפרסמו בארצות הברית כמה מחקרים שכללו קידוד וניתוח אמפירי של הפסיקה בזכויות יוצרים על-מנת לזהות מגמות שונות, כגון יישום העקרונות של שימוש הוגן על-ידי בתי המשפט. ראו: Matthew Sag, *Empirical Studies of Copyright Litigation: Nature of Suit Coding 1* (Loy. U. Chi. Sch. of L. Pub. L. & Legal Theory, Research Paper No. 2013-017, 2013), available at: <http://bit.ly/2MWjRBE> (להלן: Sag, *Empirical Studies*); Cotropia & Gibson, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1982. מחקרים אמפיריים מובילים שנעשו בתחום ליטיגציה של זכויות יוצרים ושימוש הוגן, הם: Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions*, 156 U. PA. L. REV. 549 (2008); Neil W. 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); Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 FORDHAM L. REV. 2537 (2009); Matthew Sag, *Fairly Useful: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine* (Mar. 15, 2011), available at: <http://bit.ly/2NpBI33>.

¹² מובן שפעילות משפטית מתקיימת גם מחוץ לבית המשפט, למשל מכתבים שבהם דרישה להסרה (Cease and Desist letters) ששלחו תובעים פוטנציאליים, הסבורים שזכויות היוצרים שלהם הופרו, במקרים שבהם לא הוגשה תביעה (ראו חלק ג להלן).

¹³ על הליכי החקיקה לצד ההתפתחות הדיגיטלית, ראו טוני גרינמן **זכויות יוצרים** כרך א 15 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן א).

¹⁴ ראו פרק ג.3 להלן.

¹⁵ ראו Ana Azurmendi, *The Spanish Origins of the European "Right to be Forgotten": The Mario Costeja and Les Alfacs Cases*, in INTERNET MONITOR 2014: REFLECTIONS ON THE DIGITAL WORLD: PLATFORMS, POLICY, PRIVACY, AND PUBLIC DISCOURSE 43 (Urs Gasser & Jonathan L. Zittrain co-principal investigators, 2014).

¹⁶ Mohamed Saeh, *Online Defamation and Intermediaries' Liability: International* (Sept. 19, 2012), available at: <http://bit.ly/2M8ax8y>.

דיני זכויות יוצרים נועדו לשרת אינטרס ציבורי. החוק מעניק תמריץ ליוצר באמצעות זכויות בלעדיות שיאפשרו לו למנוע את הפצת יצירותיו ללא הרשאה, על מנת לאפשר לציבור הרחב ליהנות מגישה ליצירות חדשות.¹⁷ סטייה ממערך האיזונים שנקבע בחוק עלולה להכשיל את הגשמתה של תכלית החקיקה. ממצאי המחקר מעוררים ספק כבד בנוגע להגשמת היעדים של הליכי האכיפה בכל אחת מן הזירות.

ממצאי המחקר מעידים שזירת האכיפה הדיגיטלית היא גורם דומיננטי באכיפת זכויות, הפועל בהיקפים גדולים, שלא בגלוי וללא ביקורת שיפוטית או ציבורית מספקת.¹⁸ בקשות הסרה המופנות לגורמי הביניים הופכות להיות פופולריות יותר ויותר, וחל גידול עקיב וניכר במספר הבקשות המוגשות מדי חודש להסרת תוצאות חיפוש החשודות בהפרה לכאורה. מהמחקר עולה כי המשתמשים העיקריים בזירה הדיגיטלית בישראל הם שחקנים חוזרים, חברות רב-לאומיות, בעיקר בתעשיית התוכנה.¹⁹

לכאורה מספקת זירת האכיפה הדיגיטלית מענה יעיל ומהיר לבעלי הזכויות באמצעות הסרה בהיקפים גדולים של קישורים לתוכן מפר לכאורה מתוצאות החיפוש של מנוע החיפוש הפופולרי Google. אולם האפקטיביות של הליכים אלה נתונה בספק משום שבמקרים רבים החומר המפר לכאורה עדיין זמין ברשת.

עוד עולה מן המחקר כי בקשות רבות להסרת תוצאות חיפוש, המוגשות במסווה אכיפת זכויות יוצרים, מבקשות להסיר תוכן אשר נטען כי הוא איננו מדויק, שקרי או פוגע במתלונן בדרך אחרת. מנגנון ההסרה מנוהל אוטומטית, ללא בדיקה מקדימה של זכויות היוצרים בתוכן או זכויות המשתמשים בעניינו. הדבר מוביל לכך שבמקרים רבים מתבצעת הסרת תכנים לגיטימיים אשר אין הצדקה להסירם. הליך האכיפה בזירה זו אינו מעניק משקל ראוי לאינטרס הציבורי ואינו מבטיח את קיומו של הליך הוגן הנתון לביקורת שיפוטית.

מהממצאים עולה כי גם זירת האכיפה באמצעות מערכת בתי המשפט מגשימה חלקית בלבד את תכלית החוק. מרבית ההליכים המנוהלים בזירה המשפטית אינם מסתיימים בהכרעה שיפוטית המגדירה כלל משפטי ברור אלא בהליכי פשרה שלעיתים קרובות מבטאים פערי כוחות בין התובעים לבין הנתבעים ועלולים לפגוע באינטרס הציבורי בהגשמת האיזונים שבחוק זכויות יוצרים.²⁰ עיצוב נורמות משפטיות באמצעות פסיקת בתי המשפט חיוני במיוחד בסביבה טכנולוגית דינמית המשתנה במהירות ובהתמדה, שכן הדבר דרוש על מנת להגביר את מידת הוודאות המשפטית בנוגע להיקף ההגנה על היצירות מחד גיסא, ולהגדרת השימושים המותרים ביצירות מאידך גיסא. עוד עולה מן המחקר כי הזירה המשפטית משמשת לעיתים כלי משחק בידי שחקנים חוזרים, אשר מעצימים את פערי הכוחות בין השחקנים, ולכן הלכה למעשה אין מתקיים הליך הוגן בין הצדדים.²¹ מנגד, המחקר מצא כי הסעדים אשר ניתנים לבעלי הזכויות בהליך המשפטי דלים במידה ניכרת מאלה שהם מבקשים.

¹⁷ ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ, פ"ד נו 658, 671 (2003) ("במשפט האנגלו-אמריקאי נתפסת ההצדקה הבסיסית לדינים אלו כרצון לתת תמריץ ליוצר על מנת להשיג נגישות מקסימלית של היצירה לציבור הרחב. מורשתם של דיני זכויות היוצרים הישראלים היא מורשת זו").

¹⁸ ראו חלק ג.2 להלן.

¹⁹ ראו חלקים ג.2(ג), ג.2(ה) להלן.

²⁰ ראו חלק ג.4(א) להלן.

²¹ ראו חלק ג.2(ג) להלן.

ממצאי המחקר חושפים גם את מגבלותיהן של זירת האכיפה המסורתית בבתי המשפט ושל זירת האכיפה הדיגיטלית בכל הנוגע לגישה לצדק ולהגיונות ההליך. אף שאף אחת מזירות האכיפה איננה מבטיחה קיומו המלא של הליך הוגן, אגב מתן משקל ראוי לאינטרס הציבורי ולביקורת שיפוטית מתאימה, בכל זאת בולטים יתרונותיו של ההליך השיפוטי על פני הליך ההסרה האלגוריתמי שמיישמים גורמי ביניים.

המחקר מצביע בין היתר על הסכנות שבהפרטת מנגנון האכיפה ועל הצעדים שיש לנקוט על מנת להבטיח גישה לצדק, הוגנות ההליך והגשמת תכלית החוק. מסקנות אלה יוכלו לסייע בגיבוש מדיניות משפטית בתחום האכיפה הדיגיטלית.

המאמר פותח בהצגת המסגרת המשפטית להפרת זכויות יוצרים באינטרנט ובאחריותם של גורמי ביניים להפרה. בהמשך, בחלק השלישי, תוצגנה שתי זירות האכיפה: הזירה המשפטית והזירה הדיגיטלית. החלק הרביעי דן בממצאי המחקר האמפירי: לאחר הצגת מטרות המחקר והמתודולוגיה יוצג מיפוי זירות האכיפה: אומדן היקף פעילות האכיפה וזיהוי השחקנים והיצירות מושא הליכי האכיפה, נתונים אמפיריים בדבר ניצול לרעה של המערכת, הגשמת תכלית חוק זכויות יוצרים באמצעות בחינת מקומה של טענת "שימוש הוגן" בזירת בתי המשפט והליך הודעה נגדית בזירה הדיגיטלית. לאחר מכן המאמר בוחן את תוצאות הליכי ההפרה בשתי הזירות – קיומו של פיקוח משפטי בזירות אלו, הסעדים הניתנים ואפקטיביות ההליכים. המאמר מסכם בניתוח הממצאים והמסקנות, בהתמקדו בהשלכות הממצאים על גישה לידע ועל חופש הביטוי, וכן בהשפעת זירות האכיפה על הגשמת מטרות דיני זכויות יוצרים, גישה לצדק וקיומו של הליך הוגן.

א. מסגרת משפטית: אחריות גורמי ביניים להפרות משתמשים

1. כללי

רשת האינטרנט יצרה עבור בעלי זכויות היוצרים אתגר אכיפה מתמשך. האתגר הכרוך באכיפת זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי ליווה את האינטרנט מראשית התפתחותו בשנות התשעים של המאה הקודמת.²²

זכות היוצרים מקנה לבעליה שורה של זכויות בלעדיות, ובהן הזכות להעתיק, לבצע בפומבי, לשדר ולהעמיד לרשות הציבור את יצירתו.²³ ביצוע פעולות אלו ללא הרשאה הוא הפרה של זכות היוצרים.²⁴ האחריות הישירה להפרת זכויות יוצרים חלה כמובן קודם כול על מי שעשה פעולה כלשהי מבין הפעולות אשר יוחדו לבעל זכות היוצרים ללא הרשאה. למשל: יצירת עותק מן היצירה, שידורה או העמדתה לרשות הציבור.²⁵

בעידן האינטרנט היקף הפעילות המפירה ברשת רחב מאוד. למשל, עותק דיגיטלי של יצירות ניתן להעתיקה ולהפצה בקלות, ביעילות ובדיוק, בידי כל אחד ממשתמשי הקצה ברשת באמצעות מגוון

²² ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" **עלי משפט** ב' 319, 1–2 (התשס"ב) (להלן: Pamela Samuelson, *Does Copyright Law Need to Be Reformed?*, 50 COMM. ACM 19 (2007); Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913, 928–929 (2005); Ben Depoorter, Alain V. Hiel & Sven Vanneste, *Copyright Backlash*, 84 S. CAL. L. REV. 1251 (2011); Eben Moglen, *Anarchism Triumphant: Free Software and the Death of Copyright*, 4(8) FIRST MONDAY (1999), available at: <http://bit.ly/2wPmhrM>

²³ ראו ס' 11 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007 (להלן גם: החוק, או חוק זכויות יוצרים).

²⁴ שם, בס' 47.

²⁵ שם, בס' 11.

התקנים, כגון מחשב, מחשב לוח (טבלט) או טלפון חכם. זיהוי המפר והעמדתו לדין כרוכים בעלויות גבוהות, וקשה להבטיח כי העותק המפר לא יופץ ברשת בשנית.

הצורך לנקוט אמצעי אכיפה נגד מאות מיליוני משתמשים ברחבי העולם והקושי לזהות מפירים, להעמידם לדין ולקבל מהם פיצוי הפכו את אכיפתה של זכות היוצרים באמצעות בתי המשפט להליך מורכב ויקר.²⁶ "כשל אכיפה" זה עורר ספקות כבדים באשר לרלוונטיות של דיני זכויות יוצרים בעידן המידע, היעילות והתבונה שבאכיפתם של דינים אלה במתכונתם הנוכחית.²⁷ בד בבד הופעל לחץ כבד על גורמי ביניים ברשת (כגון ספקי אינטרנט, ספקי תקשורת, מנהלי אתרים, מנועי חיפוש ורשתות חברתיות) לפעול בעצמם להסרת יצירות מפירות המונגשות באמצעות השירות.

בתי המשפט בישראל התייחסו לסוגיית אחריותם של גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים שבוצעה בידי משתמשי השירות במספר מצומצם יחסית של החלטות.²⁸ מצד אחד במקרים רבים גורמי הביניים הם מנועי הנזק היעילים ביותר, שכן לעיתים קרובות החומר המפר מאוחסן על גבי השרתים שלהם, או שיש באפשרותו להסיר את הקישור לחומר מפר (כמו למשל במקרה של מנהל פורום, רשת חברתית או מנוע חיפוש). מצד אחר, הודגש בפסיקה החשש מפני יצירת אפקט מצנן שעלול להתלוות לכל הטלת אחריות על גורמי ביניים וכן חשיבות ההגנה על זרימת המידע, על זכות הציבור לדעת ועל חופש הביטוי. כך למשל בפרשת רוטר ציין בית המשפט המחוזי 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 בידי גורמים פרטיים. בית המשפט הדגיש גם כי יש להימנע מהטלת אחריות שעלולה ליצור אפקט מצנן על חופש הביטוי ופעילות רצויה אחרת ברשת.²⁹ חשש דומה ביטא לאחרונה בית המשפט גם בפרשת זיר"ה, בהחלטה על ביטול הצו הזמני שנתן בית המשפט בהליך זמני קודם, לחסימת גישה מישראל לאתרים המספקים את השירות Popcorn Time.³⁰ 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 נפסק כי "המחירי הערכי של הפיכת ספקיות האינטרנט למעין צנזור ברשות בית המשפט, הוא מחיר שקול לפחות, אם לא כבד יותר, לפגיעה בזכות בקניין הרוחני של המבקשות".³¹

²⁶ ראו למשל: מיכאל ד' בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 169, 219 (שי לביא עורך, 2003) (להלן: בירנהק "לידתה של עוולה") (הקושי באכיפת זכויות יוצרים בהקשר של גורמי ביניים).

²⁷ ראו למשל המקורות המאוזכרים לעיל, בה"ש 22.

²⁸ ראו: פרשת **על השולחן**, לעיל ה"ש 6; פרשת **גלעד**, לעיל ה"ש 6; פרשת **רוטר**; לעיל ה"ש 6; ע"א 9183/09 **The Football Association Premier League Limited נ' פלוני** (פורסם בנבו, 13.5.2012) (להלן: פרשת **הפרמייר ליג**).

²⁹ ראו פרשת **רוטר**, לעיל ה"ש 6, פס' 18: "כנגד שאיפתו הלגיטימית של בעל הזכות למצוא דרכים מעשיות ואפקטיביות להגנה על זכותו עומדים שניים: ראשית, האינטרס הפרטי של גורם הביניים לספק את השירות המסוים בו בחר, מבלי שיאלץ לספק שירות נלווה של מניעת פגיעה בבעל הזכות; שנית, האינטרס החברתי שלא לצנן פעילות חברתית רצויה, באמצעות יצירת מנגנוני אחריות ופיקוח יקרים".

³⁰ ת"א (מחוזי ת"א) 37039-05-15 **זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' פלוני אלמוני**, (פורסם בנבו, 1.7.2015) (להלן: פרשת **זיר"ה**). להחלטה הפוכה, ראו פרשת **בלומברג**, להלן ה"ש 64 (לדיון מורחב ראו חלק א.3 להלן). ראו גם ת"א (מחוזי מ"ר) 13758-04-14 **צ'רלטון בע"מ נ' 012 סמייל טלקום בע"מ** (פורסם בנבו 31.12.2017) (להלן: פרשת **צ'רלטון**), שם נקבע כי נוהל "הודעה והסרה" אינו חל על ספקיות גישה לאינטרנט. בית המשפט סירב להעניק תוקף משפטי לבקשת חסימה פרטית (הגישה חברת צ'רלטון לספקי הגישה), על-מנת לחסום את גישת לקוחותיהם לאתרים פיראטיים המשדרים שידורי ספורט – שלכאורה היא בעלת הזכויות בהם.

³¹ שם, פס' 5.

הטלת אחריות על גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות עלולה למנוע פעילות רצויה וליצור מעין "אפקט מצנן" על חופש הביטוי.³² כל זמן שגורמי הביניים אינם בטוחים בחוקיות פועלם, הם עשויים לצמצם פעילות חיובית של משתמשי השירות שאותו הם מפעילים.³³ כך למשל אפשר שהשיח הציבורי וחופש הביטוי ייפגעו כאשר בעל פורום או פלטפורמת שיתוף אחרת יימנעו מלהפעיל אותה מחשש שייחשפו 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, אפשר שיחוב כלפי בעל הזכות. במקרה כזה משתמשים עלולים להימנע מראש מהפצת מידע, בין שהוא מפר ובין שלא.³⁴

זאת ועוד, לא רק חופש הביטוי עלול להיפגע אלא גם התמריץ לחדשנות. למשל, כאשר גורם הביניים מסייע בהפרת זכויות יוצרים באמצעי טכנולוגי, כמו מכשיר הווידאו בעבר, או אפליקציות שיתוף שונות בהווה. היצרן או המפתח של הטכנולוגיה עלולים להסס בטרם ישקיעו בפיתוח או בשיווק של המצאה חדשה העשויה לסייע בעקיפין להפרת זכויות יוצרים בשל החשש מחשיפה משפטית.³⁵ המסגרת המשפטית לבחינת אחריותם של גורמי ביניים באינטרנט להפרת זכות יוצרים בידי משתמשי השירות מצויה בהגדרת ההפרה בחוק זכות יוצרים – אחריות ישירה, עקיפה או אחריות תורמת להפרה זכות יוצרים.³⁶ ההסדר המשפטי שאומץ בחקיקה בארצות הברית ובאירופה העניק לגורמי ביניים חסינות מאחריות להפרת זכויות יוצרים בתנאי שיפעלו להסרת יצירות מפירות מייד לאחר שקיבלו הודעה בדבר ההפרה.³⁷ בתי המשפט בישראל אימצו נוהל זה של "הודעה והסרה" בשל הסכנה כי הטלת אחריות גורפת על גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות תפגע באינטרס הציבורי ותמנע התפתחות שירותים אינטראקטיביים ברשת.³⁸ להלן נדון בכל אחת מהעילות המשפטיות לעניין אחריות גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות.

2. היעדר אחריות ישירה

קביעה בדבר אחריות ישירה להפרת זכות יוצרים תלויה בזהות הגורם המבצע פעולה כלשהי מבין הפעולות אשר ייוחדו לבעל זכות היוצרים ביצירה מוגנת או בחלק מהותי ממנה.³⁹ לכאורה, בשרתים של גורמי ביניים המאחסנים יצירות מפירות (כגון שרתים של רשתות חברתיות או שרתים של דואר אלקטרוני) מבוצעות פעולות של העתקה,⁴⁰ העמדה לרשות הציבור⁴¹ ושידור.⁴² אולם מבצעייהם של פעולות אלה יהיו משתמשי הקצה ולא גורם הביניים, ולכן במרבית המקרים לא תחול על גורמי

32 ראו פרשת זיר"ה, לעיל ה"ש 30.

33 ראו: ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים" בכיכר השוק' הווירטואלית", משפט וממשל ו 381 (2003); בירנהק "לידתה של עוולה", לעיל ה"ש 26.

34 שם, בעמ' 178–179.

35 שם.

36 פרק ח' לחוק זכות יוצרים עוסק בהפרה ותרופות, ומתייחס לאחריות ישירה או עקיפה להפרת זכות יוצרים. דוקטרינת האחריות התורמת נדונה, כאמור, בפסיקה (ראו חלק א. 3 להלן).

37 ראו: בארצות הברית Digital Millennium Copyright; ובאירופה שורשיו של ההסדר המשפטי נעוצים ב-Electronic Commerce Directive.

38 ראו פרק א. 3 להלן.

39 ס' 11 לחוק זכות יוצרים.

40 שם, בס' 12.

41 שם, בס' 15.

42 שם, בס' 14.

ביניים אחריות ישירה.⁴³ לעומת זאת אם מקור ההפרה הוא בגורם הביניים (כגון אתר המפרסם בעצמו עותקים של יצירות ללא רישיון), אזי תחול אחריות ישירה להפרה על האתר המפרסם. בדומה למצב המשפטי בארצות הברית ובאירופה, נמנעו בתי המשפט בישראל מלהטיל על גורמי ביניים אחריות ישירה בגין פעולות שבוצעו באמצעות המערכת בידי המשתמשים בה. לעניין שירותי אחסון, אימצה הפסיקה את העמדה שלפיה אין להטיל אחריות להפרת זכויות יוצרים על בעל האתר שמשתמשים אחסנו בו עותקים מפרים אם לא ידע על ההפרה, וכאשר נודע לו עליה הסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה.⁴⁴ כמו כן העמדה לרשות הציבור מחייבת "עשיית מעשה ביצירה", ולכן מיוחסת למשתמש שבחר להעלות את היצירה לאתר אחסון (כגון YouTube).⁴⁵ 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 צפייה. חוק זכות יוצרים פוטר במפורש גורמי ביניים מאחריות בגין העתקה זמנית הנגרמת במהלך פעולתם השוטפת של ספקי השירות בהעברת מידע לגולשים. 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".⁴⁶

3. סוגיית האחריות התורמת

הפסיקה בחנה את סוגיית האחריות של גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשי השירות במסגרת דוקטרינת ההפרה התורמת, שעוגנה בפסיקת בית המשפט העליון. דוקטרינת ההפרה התורמת בקניין רוחני הוכרה בבית המשפט העליון לראשונה בתחום הפטנטים, בעניין רב בריח, אשר עסק בשאלת הפרה תורמת בפטנט קומבינציה. בית המשפט העליון ציין בעניין זה כי "אין כל מניעה כי... נכיר בדוקטרינה של הפרה תורמת במשפט הישראלי".⁴⁷ ואומנם, בשנת 2011 הכיר בית המשפט העליון בתחולתה של האחריות התורמת בזכויות יוצרים בפרשת שוקן.⁴⁸ בפרשת שוקן נדונה טענה על הפרה תורמת מצד האוניברסיטה העברית בירושלים בכך שלא מנעה הפרת זכויות יוצרים שהתקיימה בתחומי הקמפוס. במקרה הנדון, סטודנט שפעל במסגרת אגודת הסטודנטים העתיק, שכפל ומכר ספר שהוצא לאור על ידי הוצאת שוקן, ומכר אותו במסגרת מקראה לשימוש הסטודנטים ללא הרשאת בעלת זכות היוצרים. בהתייחסו לנושא ההפרה התורמת, ציין בית המשפט:

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

43 ראו: פרשת הפרמיייר ליג, לעיל ה"ש 28; ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2013) (להלן: פרשת טלראן). בשתי הפרשות עסק בית המשפט בזיהוי המורכב של מבצע פעולת ההפרה הישירה, וביחס שבינה לבין הפרה תורמת בידי גורם ביניים (ראו דיון נרחב בסוגיה זו בפרק א.3 להלן).

44 ראו: פרשת על השולחן, לעיל ה"ש 6; פרשת גלעד, לעיל ה"ש 6.

45 סי' 15 לחוק זכות יוצרים.

46 שם, בסי' 26.

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

48 ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד 740 (2011) (להלן: פרשת שוקן). לדיון נרחב במקורות להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים; בעליית חשיבותה של דוקטרינת האחריות התורמת בעידן המידע ויישומה בפסיקה הישראלית; ובהצעת מתווה להחלת הדוקטרינה של אחריות תורמת בנוגע לגורמי ביניים, ראו אורית פישמן אפורי "אחריות תורמת להפרת זכויות יוצרים בישראל: מהפורום בהר הצופים לפורום המקוון" הפרקליט 3 נב (2013).

פעילותו המפירה של גורם אחר, או אף מסייע לאותה פעילות ומעודד אותה. הוא משמש כמעין "גורם ביניים" בשרשרת ההפרה – בטווח שבין המפר הישיר (מפר "הקצה"), לבין בעל הזכות.⁴⁹

בית המשפט בחן את המקורות הנורמטיביים לאחריות תורמת בזכויות יוצרים במשפט הישראלי וקבע כי אחריות תורמת מעוגנת בפקודת הנוזיקין וחלה גם על העוולה הנוזיקית של הפרת זכות יוצרים.⁵⁰ מנגד נקבע כי תחולתה של דוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים תהיה מוגבלת, כמתחייב מתכלית החוק. חוק זכות יוצרים מבטא איזון בין גמול ליוצר שהשקיע ביצירה והבטחת תמריצים להפקתן של יצירות חדשות להגנה על זכויות המשתמשים ולעידוד מגוון תרבותי. לפיכך נפסק כי דוקטרינת ההפרה התורמת בזכויות יוצרים מחייבת יישום זהיר, והיא תחול בצמצום ותוגבל למקרים חריגים, ובכך תמזער את הפגיעה במשתמשים ובמרחב הציבורי.⁵¹ על יסוד ניתוח נורמטיבי זה הגדיר בית המשפט את התנאים לתחולת הדוקטרינה. על מנת שנתבע ישא באחריות תורמת, יש לבחון קיומם של שלושה תנאים מצטברים: (1) קיום הפרה ישירה בפועל;⁵² (2) ידיעתו של המפר-התורם על ההפרה הישירה: בהקשר זה נפסק כי נדרשת ידיעה ממשית וקונקרטית, ואין מספיקה ידיעה קונסטרוקטיבית כללית.⁵³ עם זאת הדגיש בית המשפט כי אין צורך בידיעה קונקרטית בדבר כל עותק מפר.⁵⁴ את הדרישה לידיעה בפועל מנמק בית המשפט הן בנימוקי צדק והן בנימוקי יעילות (שכן בהינתן ידיעה בפועל יכול התורם למנוע את ביצוע ההפרה); (3) קיומה של תרומה ממשית ומשמעותית לביצוע ההפרה:⁵⁵ התרומה יכול שתהיה בכל סיוע, ייעוץ, פיתוי, עידוד, ציווי, הרשאה, אישור, וכן במצבים שקיימת בהם יכולת למנוע אפקטיבית את קיומה של ההפרה בנקיטת אמצעים סבירים, והדבר לא נעשה. בית המשפט מדגיש

49 ראו פרשת **שוקן**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 754.

50 ס' 12 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] (אחריות של משתף ומשדל).

51 שיקולים שונים הנוגעים ביכולתה של האוניברסיטה לפקח בהדיקות על פעילותם של הסטודנטים, ואם ראוי שיעשה 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 (ראו פרשת **שוקן**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 757-759, ו-769-771).

52 שם, בעמ' 764. בעניין **הפרמיר ליג** (לעיל ה"ש 28) הרחיב בית המשפט את התנאים שהותו ביישום דוקטרינת האחריות התורמת בארצות הברית, וקבע כי אין נדרשת הפרה עיקרית על-מנת שתהיה הפרה תורמת. לאחר מכן נדחתה פרשנות זו בפרשת **טלראן** (לעיל ה"ש 43), שם נפסק כי בהיעדר הפרה ישירה לא תתקיים אחריות עקיפה. בפרשה זו מכרה טלראן כרטיס מפענח שידור מקודד וכאמור, בית המשפט לא מצא במכירה משום הפרה תורמת, שכן הצפייה בשידור באמצעות הכרטיס לא הייתה הפרה של זכות יוצרים. בית המשפט פסק בפס' 19 לפסק דינו של השופט זילברטל: "לקוחותיה של טלראן צפו במשחקים, אך לא שידרו אותם, ולא עשו בהם פעולה מן הפעולות שנתייחדו לבעלת הזכות. אמנם צ'רלטון טענה, כי 'צפייה בתוכן מוגן ללא רשיון הינה כמובן הפרת זכות יוצרים' (בפסקה 37 לסיכומיה). ברם, טענה זו מוטעית: פעולת הצפייה 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 מצינו 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 שייקבע כי התקיימה הפרה עקיפה תתקיים הפרה ישירה. נוכח האמור יש לידי לקבוע, כי טלראן לא ביצעה הפרה עקיפה של זכויותיה של צ'רלטון".

53 ראו פרשת **שוקן**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 769. ליישום ההלכה, ראו: ע"א 4630/06 **שפר נ' תרבות לעם (1995) בע"מ** (פורסם בבנו, 8.7.2012); פרשת **צ'רלטון**, לעיל ה"ש 30.

54 ראו פרשת **שוקן**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 766 ("אכן, כפי שהוהר, בכדי שגורם הביניים יוכל למנוע את ההפרה, הוא חייב לדעת עליה בפועל. הטלת אחריות מקום בו מדובר בידיעה-בכוח בלבד, תוביל להטלת אחריות רחבה מדי על גורמי-הביניים, ותפגע שלא לצורך בזכויותיהם לפעול בחופשיות בשוק ולהשתמש ביצירות המצויות במרחב הציבורי. יחד עם זאת, אין הכרח כי תתקיים ידיעה קונקרטית באשר לכל עותק מפר. אילו היה נדרש כי תתקיים ידיעה בפועל לגבי כל עותק מפר, למעשה אפשרותו של בעל הזכות להתגבר על כשל האכיפה הנובע מפיוזרם של המשתמשים היה נעקר מתוכו, שכן ברי כי במצב בו מדובר במשתמשים רבים ומפוזרים, באופן טיפוסי אין גורם-הביניים מודע לכל הפרה באופן ספציפי").

55 שם. למעשה, פסיקה מאוחרת מלמדת כי נדרשת תרומה משמעותית ביותר, שתהווה כמעין הרשאה להפרה המדוברת, ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1738-07 **שרים קרויקי בע"מ נ' דיוה גרופ בע"מ** (פורסם בבנו, 6.2.2012).

כי אף שיש צורך בתרומה ממשית, אין מדובר ב"תנאי שבלעדיו אין": די בכך שפעילות התורם היא חלק אינטגרלי ומשמעותי בהפרה.

הלכה למעשה דוקטרינת ההפרה 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 בבית המשפט המחוזי מרכז בפרשת רוטר, בשילובם עם נוהל "הודעה והסרה" שהתפתח בפסיקת הערכאות הנמוכות.⁵⁶ פסק הדין דן באחריות בעלי אתר אינטרנט שהוא פלטפורמה לפורומים שונים שבאחד מהם בוצעו לכאורה הפרות של זכויות יוצרים בידי גולשי הפורום. הגולשים פרסמו קישורים לאתרים שבהם היו מצויים עותקים מפירים של יצירות שבבעלות התובעות. בית המשפט פסק כי בעל אתר אינו נושא באחריות להפרה תורמת בגין קיומו של קישור לאתר מפר בפורומים המתנהלים באתר, אלא בכפוף לנוהל הודעה והסרה (דהיינו, אם לא פעל להסרת הקישור המפר לאחר שנמסרה לו הודעה על כך).⁵⁷ עוד נפסק כי אין מקום להטיל על ספקי שירות חובת ניטור וסינון מוקדמים שמא יהיו העלויות גבוהות מדי – הן בהיבט הכלכלי והן בהיבט חברתי, במובן של פגיעה בחופש הביטוי של המשתמשים. בית המשפט נימק זאת 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.⁵⁸

עם זאת התייחס בית המשפט למצבים שבהם יש להטיל חבות על בעל האתר, במצבים חריגים: מצב ראשון הוא "עידוד", דהיינו כאשר בעל אתר מעודד פרסום קישורים מפירים.⁵⁹ ניתן ללמוד על קיומו של עידוד לפי אופי שיווק האתר ושמו, תקנון הפורום והאמירה הכוללת לגולשים. מצב שני הוא "הפורום הפסול" – מצב שבו הפורום משמש, רובו ככולו, להצבת קישורים לאתרים מפירים.⁶⁰ קביעה זו תיעשה באמצעות בחינת כמות הקישורים המפירים בפורום ביחס לכלל הפעילות בפורום המדובר.⁶¹ למעשה, חריגים אלו מאפשרים הפסקת פעילות המסגרת שבה מתקיימת הפרה נוסף על הסרת תוכן מפר. חשוב לציין כי כל עוד לא הוכחו החריגים, לא תוטל אחריות על גורמי ביניים בגין הפרות שהתבצעו בעמודים שונים. כמו כן לא חלה על בעל האתר כל חובה לאתר בעצמו תכנים מפירים שהעלו משתמשים, ויש ליידעו בדבר הפרות באמצעות הודעה כחלק מהנוהל.⁶²

⁵⁶ למעשה, ראשיתה של גישה זו מופיעה בפסיקת בתי המשפט – לפיה אין להטיל אחריות על מנהלי פורומים ואתרי אינטרנט בגין תוכן מזיק שפרסמו משתמשי הפורום, אם לא ידעו על הפגיעה ומרגע שנודע להם פעלו להסרת החומר המזיק. להרחבה, ראו דיון במקורו של נוהל "הודעה והסרה" בחלק א.4 להלן.

⁵⁷ ראו פרשת **רוטר**, לעיל ה"ש 6, פס' 54.

⁵⁸ שם, פס' 46.

⁵⁹ שם, פס' 56.

⁶⁰ שם, פס' 57.

⁶¹ נוסף על-כך נקבע כי נשמטת הקרקע מתחת להגנה בנוהל "הודעה והסרה", כאשר נמצא שנוסף על פורום פסול החומר המפר אושר בידי בעל האתר. להרחבה, ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 14605-09-10 **כסלו נ' דגן** (פורסם בנבו, 27.8.2013).

⁶² ת"א (מחוזי מר') 9540-10-10 **בי.אין און ליין נ' לב ארי** (פורסם בנבו, 18.6.2013).

דוקטרינת ההפרה התורמת יושמה בעוד כמה מקרים בעניין אחריותם של גורמי ביניים להפרת זכויות יוצרים בידי משתמשים.⁶³

בפרשת בלומברג, אשר נדונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, עסק בית המשפט בשאלת קיומה של הפרה תורמת בידי מפעילי האתר Unidown, אשר מאפשר לגולשים האזנה ישירה ליצירות מאתר YouTube באפשרו הורדת היצירות מאתרים שונים.⁶⁴ בית המשפט קבע כי מדובר בהפרה תורמת ביישמו את מבחני פרשת שוקן.⁶⁵ בציינו כי בנסיבות העניין התקיימה הפרה ישירה בידי משתמשי הקצה באתר Unidown, הוכח כי קיימת ידיעה של מפעילי אתר Unidown בנוגע לשימוש המפר, וכן מדובר בתרומה משמעותית לביצוע ההפרה, כשאתר 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 ולבעליו על סגירתו ועל תשלום פיצויים. נוסף על זה, לראשונה הורה בית המשפט לספקיות הגישה לחסום את הגישה לאתר בדחותו את הטענות כי יש לכל הפחות להשית את ההוצאות והעלויות הכרוכות בתהליך חסימת האתר על התובעות. עם זאת קבע בית המשפט כי אם יהיו הוצאות מיוחדות בשל ההוראה לבצע חסימה של האתר, הרי שהדרך פתוחה בפני הספקיות לשוב ולפנות לבית המשפט בבקשה להחזרת הסכומים המתאימים.⁶⁶ בהתייחסו להיעדר 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.⁶⁷ ימים ספורים לאחר מכן הגישה חברת זיר"ה תביעה דומה לקבלת צו ארעי החוסם את שירות Popcorn Time. בפרשת זיר"ה⁶⁸ התביעה לצו ארעי אשר הוגשה במעמד צד אחד התקבלה אך בוטלה בדיון, לאחר שבית המשפט פסק כי יש לפעול בזירות רבה בקביעה על חסימת שירות, בטרם התבררו זכויות המבקשות והמשיב. יתרה מזאת, בהתייחסו לפרשת בלומברג קבע בית המשפט כי בניגוד לנסיבות פרשת בלומברג, בנסיבות המקרה שבהן אין ידועה זהותו של המשיב המפעיל את האתר, וקיים ספק באשר ליכולתה של חברת זיר"ה לאתרו, מאזן הנוחות מחייב הימנעות מחסימת האתר ופגיעה אפשרית בחופש הביטוי.

גישה זהירה ננקטה לאחרונה גם בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בעניין צ'רלטון נ' 012 סמייל,⁶⁹ אשר דן בסוגיית אחריותם התורמת של ספקי גישה לשידורים המבוצעים באתרים פיראטיים ברשת. בית המשפט פסק כי ספקיות הגישה אינן תורמות "תרומה ממשית ניכרת" לביצוע ההפרה,

⁶³ ראו: דני"א 5004/11 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' האוניברסיטה העברית בירושלים (פורסם בנבו, 11.9.2011); פרשת שוקן, לעיל הי"ש 48; ת"א (מחוזי י-ם) 6306/04 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' מפלגת העבודה הישראלית (17.5.2007); פרשת רוטר, לעיל הי"ש 6; פרשת הפרמיייר ליג, לעיל הי"ש 28; פרשת גולצמן, להלן הי"ש 85; פרשת על השולחן, לעיל הי"ש 6; פרשת גלעד, לעיל הי"ש 6; ת"א (שלום ת"א) 75443/04 ידיעות תקשורת בע"מ נ' גודוביץ (פורסם בנבו, 3.3.2008).

⁶⁴ ת"א (מחוזי ת"א) 33227-11-13 אן.אם.סי יונייטד אנטרטיינמנט בע"מ נ' Bloomberg Inc. (פורסם בנבו, 12.5.2015) (להלן: פרשת בלומברג).

⁶⁵ ראו לעיל, הי"ש 48.

⁶⁶ פרשת בלומברג, לעיל הי"ש 64, פסי' 68.

⁶⁷ שם, פסי' 67.

⁶⁸ ראו פרשת זיר"ה, לעיל הי"ש 30, פסי' 5.

⁶⁹ ראו פרשת צ'רלטון, לעיל הי"ש 30.

בהיותן צינור בלבד להעברת תכנים.⁷⁰ אין להן קשר לאתרים המפירים או לתוכנם, ואין הן מעודדות או משדלות את לקוחותיהן לצפות בהם.⁷¹

4. נוהל הודעה והסרה

בארצות הברית הוסדר נוהל "הודעה והסרה" בחוק הפדרלי Digital Millennium Copyright Act (להלן: DMCA) משנת 1998. החוק יצר "נמל מבטחים" לספקי שירות,⁷² הפוטר את גורם הביניים מאחריות לפיזייתיים בגין הפרת זכות יוצרים שביצעו משתמשי השירות,⁷³ אך מותנה במתן אפשרות לבעל זכות יוצרים להתלונן על הפרת הזכות.⁷⁴ בעת קבלת ההודעה על בעל האתר מוטלת האחריות להסיר את החומר המפר.⁷⁵ החוק מגדיר נהלים מדויקים להפעלת המנגנון, לרבות סוג ההודעה, ההצהרה הנדרשת, נוהלי ההסרה והחזרת החומר לאתר במקרה של תגובת המפר לכאורה ואי-נקיטת המתלונן הליכים משפטיים.⁷⁶ החוק אומץ לאחר פרשת *Netcom*, אחת הפרשות הראשונות אשר עסקה באחריות ספקי שירות.⁷⁷ בפרשה זו נפסק כי ספק שירותי אינטרנט המשמש להעברת עותקים מפירים של יצירה חשוף לאחריות תורמת להפרה אם ידע, או היה עליו לדעת, על ההפרה. פסיקה זו ופסקי דין נוספים⁷⁸ יצרו אי-ודאות משפטית בנוגע להיקף אחריותם של גורמי ביניים להפרת זכות יוצרים בידי משתמשי השירות: מתי מתגבשת ידיעה בנוגע להפרה המטילה על הספק אחריות? אילו צעדים נדרשים הספקים לנקוט נגד משתמשי הרשת על מנת לאכוף זכויות יוצרים? ההסדר החקיקתי שאומץ ב-DMCA⁷⁹ נועד לסייע בהפחתת אי-הוודאות שנוצרה באשר להיקף אחריותם של גורמי ביניים בהגדירו הסדר מפורט בדבר היקף אחריותם ואת הצעדים שעליהם לנקוט.⁸⁰ לצד זאת ניסה ההסדר לתת מענה להיקף הגדול של הפרת זכויות יוצרים, באמצעות עידוד גורמי ביניים להסיר תוכן מפר לכאורה המצוי בשרתים שלהם בהמשך לקבלת הודעה על כך מבעל הזכות.⁸¹

70 שם, פס' 70.

71 שם, פס' 74.

72 ההגדרה של ספק שירות בחוק היא רחבה למדי, ראו: 17 U.S.C. § 512(k)(1)(B) (2016) ("[P]rovider of online services or network access, or the operator of facilities therefor"); 17 U.S.C. §§ 512 (a)–(d) (2016). ספקי שירות מקוון המספקים שירות כלשהו מהשירותים הבאים עשויים לזכות בפטור מאחריות לפיזייתיים בגין הפרת זכויות יוצרים שנעשתה על ידי משתמשי השירות: (1) העברת תקשורת דיגיטלית, כאשר ספק השירות משמש כ"צינור" גישה לרשת; (2) אכסון בזיכרון המטמון; (3) שמירה על מידע או מערכות הספק בהכוון המשתמש, כולל שירותי אירוח; (4) אספקת שירותי מיקום, למשל – קישורים. חשוב לציין כי מאמר זה מתמקד בשירותי אירוח ושירותי איתור מידע (קטיגוריות C ו-D).

73 17 U.S.C. § 512(j) (2016).

74 17 U.S.C. § 512(g)(3) (2016).

75 17 U.S.C. § 512(e)(1)(C) (2016).

76 ראו פירוט ההליך בחלק ב.2 להלן.

77 *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commc'n Servs. Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

78 *Playboy Enters., Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993); *Sega Enters. Ltd. v. MAPHIA*, 948 F. Supp. 923 (N.D. Cal. 1996).

79 ראו לעיל, הי"ש 5.

80 ראו Niva Elkin-Koren, *After Twenty Years: Revisiting the Copyright Liability of Online Intermediaries*, in *THE EVOLUTION AND EQUILIBRIUM OF COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE* 29, 30 (Susy Frankel & Daniel Gervais eds., 2014).

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

חשוב להדגיש כי בפועל, נוהל זה, המוגדר בחוק האמריקאי, מיושם בהרחבה בזירה הגלובלית בידי גורמי ביניים המופעלים במקרים רבים על ידי תאגידים אמריקאיים גם כאשר הדין המקומי איננו מחייב אותם לעשות כן.⁸² התוצאה היא שהנורמה המשפטית שמקורה ב-DMCA האמריקאי מיושמת הלכה למעשה בפעולתם של גורמי ביניים גם מחוץ לארצות הברית.

כאמור לעיל, הפסיקה בישראל אימצה בפועל את המסגרת המשפטית של "ההודעה והסרה" כעיקרון מנחה להטלת אחריות על גורמי ביניים.⁸³ בעניין רוטר למשל נקבע העיקרון שלפיו אין להטיל אחריות להפרת זכות יוצרים על בעל אתר שלא ידע עליה, וכאשר נודע לו עליה הסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה.⁸⁴ בדומה לכך, בפרשת גולצמן קיבלה השופטת עקרונית את נוהל "הודעה והסרה", אך הוחלט כי גורם הביניים אחראי בגין תכנים מפירי זכויות יוצרים שהועלו לאתר, מכיוון שההפרה לא בוצעה בידי גולש אנונימי אלא בידי כתב השותף בניהול האתר.⁸⁵

במקרה מעניין נוסף, עסק בית המשפט במפר שפעל מטעם המדינה.⁸⁶ כך בפרשת ברזל נדון שימוש בשיר המפר זכויות יוצרים, ובית המשפט חייב את משרד החינוך בתשלום פיצויים למרות השימוש הראוי בנוהל "הודעה והסרה". הסיבה לכך הייתה העובדה שעובדי המשרד הם שהעלו את החומר המפר, בניגוד למשתמשים פרטיים שאינם בשליטת בעלי האתר.

התפתחות נוספת ביישום נוהל הודעה והסרה במשפט הישראלי נוגעת לעניין ספקי גישה. בפרשת צ'רלטון דחה בית המשפט את טענת התובעות, בעלות זכויות היוצרים, כי ספקיות הגישה הן "מונע הנוק הזול", וכי יש ביכולתן למנוע את פעילות ההפרה באמצעות נוהל "הודעה והסרה". בהקשר זה הדגיש בית המשפט כי לנוהל "הודעה והסרה" אין עיגון בחוק בישראל, וכי הוא איננו חל על ספקיות גישה לאינטרנט, בשונה מאתרי אינטרנט.⁸⁷ כמו כן קבע בית המשפט כי אימוץ הנוהל בהקשר של חסימת גישה לאתרי אינטרנט אינו ישים, בין היתר בשל חשיפת הספקיות לתביעות פיצויים מצד אתרים שייחסמו ולתביעות מצד לקוחות שגישתם לאותם אתרים נחסמה, אם היו ההודעות שגויות.⁸⁸

לסיכום, ניתן לראות כי שלא כבארצות הברית, בישראל נוהל "הודעה והסרה" הוא יציר הפסיקה ואינו מעוגן בחקיקה.⁸⁹

82. ראו לעניין זה, דירקטיבת המסחר האלקטרוני באירופה: Directive 2000/31/EC on electronic commerce. חשוב לציין כי לפי הדירקטיבה חלה אחריות בהתקיים הודעה, אך היא אינה כוללת הסדר מפורט, בדומה ל-DMCA.

83. ראו: פרשת **על השולחן**, לעיל ה"ש 6; פרשת **גלעד**, לעיל ה"ש 6. פסיקה זו הושפעה מההלכה לעניין אחריות מנהלי פורום ללשון הרע שפורסמה בידי גולשים, שאימצה את נוהל "הודעה והסרה". ראו ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 **בורוכוב נ' פורן** (פורסם בנבו, 14.7.2002).

84. ראו **רוטר**, לעיל ה"ש 6, פס' 54.

85. ת"א (מחוזי מר') 10695-09-09 **Nav N Go Kft נ' גולצמן** (פורסם בנבו, 6.9.2011).

86. ת"א (שלום י-ם) 10488/07 **ברזל נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 17.4.2011).

87. ראו פרשת **צ'רלטון**, לעיל ה"ש 30. בהקשר זה חשוב להזכיר את הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017, ה"ח 32, 34, ובה מוצע להוסיף ס' 53א, המאפשר לבית המשפט המחוזי, על-פי בקשה של בעל זכות יוצרים או בעל רישיון ייחודי, לתת צו מניעה המופנה כלפי ספק גישה ומורה לו להגביל את הגישה לאתר אינטרנט, כולו או חלקו, בהתקיים התנאים הקבועים בהצעת החוק.

88. ראו פרשת **צ'רלטון**, לעיל ה"ש 30, פס' 48.

89. כפועל יוצא מכך, אין כל עיגון להסדר דומה ל"הודעה נגדית" (כפי שמפורט בפרק ב.2 להלן). חשוב להדגיש כי למרות היעדר עיגון חקיקתי לנוהל "הודעה והסרה" במשפט הישראלי, בהקשר הנדון במאמר הלכה למעשה היישום הוא של נוהל "הודעה והסרה" האמריקאי, באופן גלובלי.

ב. זירות אכיפה

דיני זכויות יוצרים נועדו להעניק תמריץ ליוצרים באמצעות מתן מגוון של זכויות בלעדיות לשימוש ביצירה. שימוש באחת או יותר מהזכויות הבלעדיות המוגדרות בחוק מחייב קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים. משהופרה הזכות, זכאי בעל הזכויות לקבלת סעדים באמצעות בית המשפט. למעשה קיימות כיום בפועל שתי זירות לאכיפת זכויות יוצרים, אשר פתוחות בפני תובעים המבקשים לאכוף את זכויות היוצרים שלהם ברשת: ההליך המשפטי בבית המשפט והזירה הדיגיטלית.

1. זירת האכיפה המשפטית

כעניין של מסורת דרך המלך לאכיפת זכות יוצרים היא הגשת תביעה אזרחית נגד המפר בבית המשפט. משהופרה הזכות, זכאי בעל הזכויות לפנות לבית המשפט לקבלת סעדים, הכוללים צווים, לרבות צו מניעה המורה על הפסקת פעולות ההפרה או נועד למנוע את מעשי ההפרה בעתיד, וכן פיצויים.⁹⁰

ההליך השיפוטי נועד בראש ובראשונה לסייע בפתרון סכסוכים ועשיית צדק בין הצדדים באמצעות מערכת המשפט.⁹¹ ההתדיינות המשפטית מקנה לצדדים הזדמנות לנהל את הסכסוך המשפטי בנושא הפרת זכות היוצרים בפני ערכאה שיפוטית: לשטוח את טענותיהם המשפטיות, ליהנות מהגנת בית המשפט בהליך הוגן ולזכות בהכרעה שיפוטית בטענות השנויות במחלוקת. באמצעות הזכויות המוקנות למתדיינים בהליכים משפטיים, התובע והנתבע, נועד ההליך להבטיח כי הסכסוך לא יוכרע שרירותית אלא לפי הוראות החוק וללא משוא פנים.

ניתן לצפות כי הליך משפטי יתנהל בעניינים שבהם קיימת מחלוקת עובדתית או משפטית בין הצדדים, המחייבת הכרעה בבית המשפט. במקרים שבהם קיימת הסכמה, ניתן להניח שהסכסוך יסתיים בפשרה. מצב אחר שבו ניתן לצפות להגשת תביעה משפטית הוא כאשר מתבקש סעד (למשל פיצויים) המצוי בסמכותו הייחודית של בית המשפט. בסכסוכים אחרים ניתן לשער כי יהיה שימוש מוגבר באמצעי אכיפה חליפיים.

הכרעת בית המשפט בסכסוך משפטי עשויה לסייע בפיתוח הנורמה המשפטית ולחזק את מעמדו של הדין כאמצעי בהכוונת התנהגות.⁹² מנקודת מבט ציבורית אכיפת זכויות יוצרים באמצעות הליך משפטי חשובה במיוחד. היקף ההגנה על זכות היוצרים בסביבת הרשת לוקה בחוסר ודאות גדול, משום שמדובר בסביבה טכנולוגית דינמית המשתנה תמידית ובמהירות גדולה.⁹³

למשל, האם קישור ליצירה מהווה הפרה של זכות ההעתיקה? האם צפייה ישירה ביצירה מהווה הפרה של זכות הביצוע הפומבי או השידור? וכיוצא באלה. מבחינת האינטרס הציבורי קיימת חשיבות גדולה בסביבה זו לעיצוב כללים משפטיים באמצעות פסיקת בתי המשפט על מנת להגביר

⁹⁰ ס' 53 לחוק זכות יוצרים קובע: "בתביעה בשל הפרת זכות יוצרים זכאי התובע לסעד בדרך של צו מניעה, אלא אם כן מצא בית המשפט כי קיימים טעמים המצדיקים שלא להורות כך".

⁹¹ ראו: הדר אבירם "האם המשפט משיג את מטרותיו? תשובות מעולם המחקר האמפירי" **האם המשפט חשוב?** 43, 27 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010); ETHAN KATSH & ORNA RABINOVICH-EINY, DIGITAL JUSTICE: TECHNOLOGY AND THE INTERNET OF DISPUTES 39–56 (2017).

⁹² שם, בעמ' 32.

⁹³ יפים לעניין זה דבריו של השופט גרוסקופף בת"צ (מחוזי מר') 1862-11-12 **טויסטר נ' Google Inc.**, פס' 16 (פורסם בנבו, 18.9.2014): "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 מאחורי' (מאיר אריאל 'נשל הנחש')". הדברים אומנם נאמרו בנוגע לחוק הספאם, שנכנס לתוקף ביוני 2008 (ס' 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982), אולם הם יפים גם לעניין חוק זכות יוצרים אשר נכנס לתוקף במאי 2008. בסביבה דינמית כזו, צפויים יותר סכסוכים המבטאים מחלוקת לעניין היקף ההגנה בזכות יוצרים.

את מידת הוודאות 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 בשל הצורך לאזן בין ההגנה על זכות היוצרים לבין נחלת הכלל וחופש הביטוי.⁹⁴

2. זירת האכיפה הדיגיטלית

בצד אכיפה באמצעות בתי המשפט עומדת לבעל הזכויות אשר נודע לו על הפרת הזכויות ביצירתו האפשרות לדרוש הסרה מיידית של היצירה המפירה לכאורה ברשת, באמצעות פנייה לגורם הביניים.

הדרישה להסרת העותק המפר של היצירה היא למעשה סוג של הסדרה פרטית בעידוד המשפט: מדובר בסעד אשר בעל הזכות יכול להשיגו בכוחות עצמו ללא צורך בהליכים משפטיים, והיא מאפשרת לו לצמצם את נזקי ההפרה מבלי שעליו לפנות לבית משפט על מנת שיוורה למפר להימנע מהמשך הפגיעה בזכות.⁹⁵ למעשה, מדובר במתן סעד מיידי ומהיר לבעל זכות היוצרים והפסקה מיידית של ההפרה הכרוכה בפרסום עותק לא מורשה, ולעיתים אף מניעת ההפרה בעתיד.

כאמור, הזירה הדיגיטלית לאכיפת זכויות יוצרים מתנהלת בהתבסס על משטר משפטי של "הודעה והסרה". בשל פסיקת בתי המשפט אין חלה אחריות להפרת זכות יוצרים על גורם ביניים שלא ידע עליה, אולם מרגע שנודע לו על ההפרה עליו להסיר את הפרסום המפר סמוך להודעה.⁹⁶ בצד זאת, מיישמים גורמי ביניים שמפעילות חברות רב-לאומיות, כגון Google, Facebook ו-YouTube, את

משטר ה"הודעה וההסרה" כמפורט בחוק זכויות היוצרים האמריקאי, בסעיף 512 ל-DMCA.⁹⁷ החוק מחייב את גורם הביניים שבשרתים שלו מאוחסן חומר מפר (כגון אתרים או רשתות חברתיות) להסיר את הפרסום המפר סמוך לקבלת ההודעה.⁹⁸

לכאורה, גם הזירה הדיגיטלית מאפשרת להתנגד לבקשת ההסרה ולהעלות טענות שלפיהן מותר לפרסם את היצירה, גם ללא רשות בעל זכות היוצרים.⁹⁹ סעיף 512 לחוק מקנה לגורם שקיבל תלונה זכות להגיש הודעה נגדית (Counter Notice). Google מאפשרת הגשה מקוונת של הודעה כאמור, לפי ההנחיות המפורטות בחוק.¹⁰⁰ אם מוגשת בקשה כזו, גורם הביניים מעביר אותה לבעל זכות היוצרים, וזה נדרש להחליט בתוך תקופה של עד ארבעה-עשר יום אם לתבוע את המפר לכאורה. אם מוגשת תביעה, התוכן מוסר עד לקבלת הכרעה שיפוטית. אם לא הוגשה תביעה, התוכן יוחזר

⁹⁴ תמיר אפורי חוק זכות יוצרים 30–32 (2012).

⁹⁵ מדובר בהסדרה פרטית בידי גורמי ביניים הנוקטים אמצעים להסרת חומרים מפירים, גם ללא צו בית משפט, על מנת לצמצם את אחריותם המשפטית להפרה. ההסדר המשפטי המעודד זאת הוא ה-DMCA האמריקאי, בכל הנוגע לשירותים הכפופים להוראות חוק זה, ובישראל, נוהל "הודעה והסרה" כפי שיושם בפסיקה הישראלית (ראו דיון בפרק 4.א לעיל).

⁹⁶ ראו דיון בחלק א לעיל.

⁹⁷ 17 U.S.C. § 512 (2016). יישום גלובלי רחב נעשה לפי דיניים מקומיים המחייבים את החברות לפעול כך (ראו לעיל, ה"ש 82).

⁹⁸ 17 U.S.C. §§ 512(b)(2)(E)(i)–(ii), (c)(1)(C) (2016).

⁹⁹ כך למשל, Google מנחה את מי שבקשתו הוסרה ומעוניין להתנגד להסרה לבחון אם הוא בעל הזכויות בתוכן, אם העלה את התוכן בהרשאת בעל הזכויות וכן אם השימוש עשוי להיות הוגן: "שאלות נפוצות בנושא זכויות יוצרים" <http://bit.ly/2M7oKTa>.

¹⁰⁰ 17 U.S.C. § 512(g)(2)(B) (2016). לפי ס' 512(g)(3), על "הודעה נוגדת" לכלול את אלה: חתימה פיזית או אלקטרונית; זיהוי של החומר שהוסר ושל מיקומו הקודם; הצהרה (שאם היא שקרית, המצהיר צפוי לעונש כמו על עדות שקר) ולפיה המשתמש מאמין בתום לב שהחומר הוסר בטעות; שם המשתמש, כתובתו ומספר הטלפון שלו; הסכמה לסמכות שיפוט של בית משפט מחוזי פדרלי.

לרשת וגורם הביניים יהיה פטור מאחריות.¹⁰¹ במסגרת הגשת הבקשה מוזהר המגיש כי הוא עלול לעמוד בפני השלכות משפטיות שליליות בגין ניצול לרעה של הליך זה. נוסף על זה מודגש כי ההודעה כוללת את פרטיו האישיים של המבקש, ובעצם שליחת ההודעה הנגדית הוא מסכים לחשיפת פרטיו.¹⁰²

בשנים האחרונות השתנה דרמטית יישומו של נוהל "הודעה והסרה" בידי גורמי ביניים בשל אימוץ מערכות אוטומטיות על מנת להתמודד עם מספר הולך וגדל של בקשות הסרה, שרובן נשלחות אוטומטית גם הן.¹⁰³ כך למשל במנוע החיפוש Google בקשת ההסרה מוגשת באמצעות טופס מקוון,¹⁰⁴ ובכל בקשה כאמור מצוין שם השולח, שם בעל זכויות היוצרים ביצירה, וכמו כן מצוינת כתובת דף ספציפית (URL),¹⁰⁵ אחת או יותר, שאותה מתבקשת Google להסיר מתוצאות החיפוש.¹⁰⁶ לאחר הגשת הבקשה Google פועלת להסרת הקישור כמתחייב מהוראות ה-DMCA. דוגמה נוספת היא התוכנית Google Trusted Copyright Removal Program (TCRP), שבמסגרתה Google מאפשרת למגישי בקשות רבות הגשה אוטומטית עצמאית של תכנים.¹⁰⁷ במקרים מסוימים Google אף נוקטת אמצעים וולונטריים נגד אתרי אינטרנט שהוגש נגדם מספר גדול של בקשות להסרת תוצאות חיפוש בשל הפרת זכויות יוצרים לכאורה.¹⁰⁸ למשל, Google's Pirate algorithm, שעודכן בשנת 2014, משנה את אלגוריתם החיפוש כך שאתרים שקיבלו הודעות הסרה רבות מקבלים דירוג נמוך בתוצאות החיפוש, ובפועל הם נדחפים לתחתית תוצאות החיפוש, וקשה מאוד לאתר אותם באמצעות מנוע החיפוש.¹⁰⁹

101 מנגד, מנועי חיפוש אינם נדרשים להודיע למפר לכאורה על ההסרה משום שאין להם יחסי שירות עימו, ראו: 17 U.S.C. § 512(d) (2016); Jennifer M. Urban & Laura Quilter, *Efficient Process or "Chilling Effects"?* *Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 621, 626 (2006).

102 <http://bit.ly/2CwbQ1o>; Digital Millennium Copyright Act
103 Joe Karaganis & Jennifer Urban, *The Rise of the Robo Notice*, 58 COMM. ACM 28 (2015); Annemarie Bridy, *Copyright's Digital Deputies: DMCA-Plus Enforcement by Internet Intermediaries*, in RESEARCH HANDBOOK ON ELECTRONIC COMMERCE LAW 185 (John A. Rothchild ed., 2016); Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 19 STAN. TECH. L. REV. 473, 517 (2016); Matthew Sag, *Internet Safe Harbors and the Transformation of Copyright Law*, 93 NOTRE DAME L. REV. 499 (2017).

104 ראו "הסרת תוכן מ-Google" <http://bit.ly/2MZlhLO>
105 כל URL מאוחסן בפרט בשם תחום (domain) ספציפי, ראו "בקשות להסרת תוכן בגין הפרת זכויות יוצרים" באוניברסיטת חיפה <http://bit.ly/2Cu9jVn>. כך, למשל, כתובת דף הבית של המרכז למשפט וטכנולוגיה בפקולטה למשפטים היא בעיקר תחת <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Research/ResearchCenters/techlaw/Pages/aboutus.aspx>.

106 שם התחום של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה <http://weblaw.haifa.ac.il>.
107 Google מאפשרת להגיש בקשות להסרת כתובות הכוללות פעילות שהתבצעה במגוון פלטפורמות שבבעלותה, דוגמת Blogger ; G+ ; Image ; YouTube ; Search ; Web Search. לרשימה המלאה ראו "הסרת תוכן מ-Google" <http://bit.ly/2M6ItIX>.

108 ראו: Caleb Donaldson, *Beyond the DMCA: How Google Leverages Notice and Takedown at Scale*, 10 LANDSLIDE 2 (2017) (להלן: Donaldson) שם הכותב, יועץ לעניין זכויות יוצרים ל-Google, מתאר את תוכנית TCRP ככזו המבוססת על הרעיון שלפיו גורמים המגישים מעט בקשות הסרה עלולים להגיש בקשות מוטעות או בעייתיות, לעומת גורמים המגישים בקשות רבות, כאשר ניתן לסמוך על אמינותן. *An Update to Our Search Algorithms*, GOOGLE: THE OFFICIAL SEARCH BLOG (Aug. 10, 2012), available at: <http://bit.ly/2oPe16I>; ראו גם Donaldson, שם, בעמ' 2.

109 ראו *Continued Progress on Fighting Piracy*, GOOGLE: PUBLIC POLICY BLOG (Oct. 17, 2014), available at: <http://bit.ly/2NpbZbf>.

3. הסוגיות המתעוררות נוכח קיומן של שתי זירות אכיפה

קיומן של שתי זירות לאכיפת זכויות יוצרים מעורר מגוון רחב של סוגיות ומאיר את השינויים החשובים המתרחשים בהקשר של אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט. למשל, קיומה של הסדרה דיגיטלית מעורר שאלות רבות הנוגעות לעצם הפרטת התהליך של אכיפת זכויות יוצרים¹¹⁰ ומסירתו הלכה למעשה בידי חברות מסחריות ללא כל שקיפות ובהיעדר יכולת פיקוח על הליכי הסרת התכנים.¹¹¹ היעדר בקרה משפטית במסגרת הליך שיפוטי או ציבורית אחרת על הסרת תכנים עלול להוביל לפגיעה חמורה בחופש הביטוי ובתחרות החופשית.¹¹² עוד נשאלת השאלה מה משמעות קיומן בעת ובעונה אחת של שתי זירות אלו בהקשר של עיצוב ניהול הסכסוך, בשאלות של כיצד לנהל את הפלטפורמה להגשת התלונה, מסירת המידע למתלונן, באילו עילות לבקש להסיר את החומר המפר, הבחירה אם למסור מידע למפר לכאורה על החומר שהוסר, אם לאפשר לו להתנגד להסרת החומר ובאילו נימוקים. כל זאת, בניגוד להליך המשפטי המתנהל בזירת האכיפה המסורתית – בתי המשפט.

סוגיה נוספת היא מהי השפעת הליכי האכיפה המתקיימים בשתי הזירות על התפתחות דיני זכויות היוצרים. חוק זכות יוצרים נועד לשרת תכלית ציבורית, דהיינו עידוד היצירה. לפיכך נשאלת השאלה אם זירות האכיפה משקפות את האיזון הנדרש בין הצורך בקידום האינטרס הציבורי והעשרת המגוון התרבותי לשאיפה להגן על האינטרסים של היוצר ולגמול לו על עבודתו. עוד יש לבחון מהי ההשפעה של קיומן של שתי זירות אכיפה על הגישה לצדק ועל האפשרות להבטיח הליך הוגן.¹¹³ האם קיומן של שתי הזירות מבטיח כי הליכי יישוב הסכסוכים נגישים לכול, שימת דגש על בייחוד צדדים מוחלשים? האם קיים בשתי הזירות הליך הוגן בין הצדדים המאפשר לעמדתם להישמע?

להלן הדיון במחקר האמפירי יבקש לבחון את שתי זירות האכיפה הללו, בהתייחס לסוגיות אלו.¹¹⁴

ג. אכיפת זכויות יוצרים ברשת: מחקר אמפירי

1. מבוא ומתודולוגיה

חלק זה מציג ממצאים של מחקר אמפירי אשר משווה בין שתי זירות מרכזיות שמתנהלת בהן כיום פעילות לאכיפת זכויות יוצרים ברשת בישראל. אכיפת זכויות יוצרים בבתי המשפט נבחנה באמצעות ניתוח הליכים משפטיים אשר נפתחו בשנים 2010–2013, ואכיפה באמצעות גורמי ביניים בזירה הדיגיטלית נבחנה באמצעות ניתוח בקשות שהוגשו ל-Google להסרה מתוצאות החיפוש.

¹¹⁰ לעניין זה, ראו אלקין-קורן "הסדרה עצמית", לעיל ה"ש 22.

¹¹¹ לעניין היעדר שקיפות באלגוריתמי אכיפה, ראו: Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Black Box*, *Tinkering: Beyond Transparency in Algorithmic Enforcement*, 69 FLA. L. REV. 181 (2017) (להלן: Perel & Elkin-koren, *Black Box Tinkering*).

¹¹² ראו Azurmendi, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45. לדוגמאות להסרת תכנים מהרשת שלא על בסיס הפרה לכאורה של זכויות יוצרים, ראו: Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Enforcement*, 19 STAN. TECH. L. REV. 473 (2016).

¹¹³ ראו Anjanette H. Raymond & Scott J. Shackelford, *Technology, Ethics and Access to Justice: Should an Algorithm Be Deciding Your Case?* 35 MICH. J. INT'L L. 485 (2014).

¹¹⁴ ראו פרק ג להלן.

הנתונים מציינים תמונת מצב עדכנית של הניסיונות בישראל לאכוף זכויות יוצרים ברשת בשתי זירות האכיפה. הממצאים מאפשרים הבנה מעמיקה יותר של האופן שבו המשפט מסדיר תחום זה

(Law in Action), מלבד הניתוח המשפטי התיאורטי (Law in Books).¹¹⁵

לצורך בחינה מקיפה של אופן השימוש במערכת המשפט לצורכי אכיפה התמקדנו בבחינת כל ההליכים המשפטיים לאכיפת זכויות יוצרים אשר הוגשו בערכאות המשפטיות בישראל, כולל אלו אשר לא הסתיימו בפסק דין. בכך מאפשר המחקר הבנה מעמיקה יותר של פעולת המשפט והתפקיד שהוא ממלא בעיצוב הסכסוך בין הצדדים. חקירת ההליך המשפטי נעשתה על סמך ניתוח מספר רב של תיקים לפי קריטריונים קבועים מראש.¹¹⁶ ניתוח זה מאפשר בחינה רחבה של כלל ההליכים המשפטיים, החלטות הביניים או תיקים שמסתיימים בדרכים חלופיות יחסית לניתוח נקודתי של פסקי הדין בלבד, שהרי רבים מן הדיונים אינם מגיעים בסופו של דבר לכדי פסק דין.¹¹⁷

במחקר נבדקו כל התביעות המשפטיות אשר הוגשו בישראל בנוגע להפרת זכויות יוצרים ברשת בשנים 2010–2013. איתור התיקים נעשה על סמך קידוד התיקים במערכת ניהול התיקים האלקטרונית של בתי המשפט (להלן: נט-המשפט). במערכת נט-המשפט התיקים מתויגים לפי נושאים, בשדה "סוג עניין". על מנת לאתר את התיקים פנינו לממונה על חופש המידע בבקשה לקבל רשימת תיקים אשר התנהלו בבתי המשפט השונים אשר סווגו בקטגוריה "קניין רוחני".¹¹⁸ סיווג "קניין רוחני" קיים רק משנת 2010, ולכן בתקופת ביצוע המחקר היה אי אפשר היה לקבל גישה לתיקים שנפתחו לפני שנה זו.¹¹⁹ תיקים בנושא זכויות יוצרים מתויגים בתת-סיווג "קניין רוחני אחר", ללא סיווג נפרד לתיקים העוסקים בנושאי זכויות יוצרים ברשת ותיקים העוסקים בהפרת זכויות יוצרים מחוץ לרשת. יתרה מזאת, בסיווג זה ניתן למצוא תיקים גם בנושא סימני מסחר. בתגובה לבקשה זו התקבלה רשימת התיקים אשר סווגו "קניין רוחני" ונפתחו בשנים 2010–2013. רשימה זו כוללת את כל תיקי בתי משפט השלום והמחוזי, ללא תיקים אשר התנהלו בבית המשפט העליון או בבית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור. תיקים רלוונטיים נוספים לנושא המחקר אותרו באמצעות מאגרי המידע המשפטיים. כל התיקים אשר נכללו ברשימת התיקים הסופית קודדו לפי הקטגוריות השונות שהוגדרו: שנת פתיחת התיק ותאריך סגירתו, מספר הליך, סוג הערכאה, מיקום הערכאה, זהות הצדדים, שמות השופטים בהליך, עורכי הדין המייצגים את הצדדים, סוג ההליך, אם התביעה קשורה להפרת זכויות יוצרים באינטרנט או מחוץ לאינטרנט, סוג טענות התביעה וההגנה שהעלו הצדדים, שיתוף צדדים נוספים בהליך (למשל באמצעות משלוח הודעות צד ג), סוגי הסעד שנתבקשו, סוג החלטה, תוצאת ההליך, פסיקת הוצאות ופסיקת פיצוי כוללת.

¹¹⁵ ראו Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12, 15 (1910).

¹¹⁶ ראו Heise, *The Past, Present and Future*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 820.

¹¹⁷ ראו Sag, *Empirical Studies*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 2 (מפנה ל-George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984)); ראו גם: Margo Schlanger & Denise Lieberman, *Using Court Records for Research, Teaching, and Policymaking: The Civil Rights Litigation Clearinghouse*, 75 UMKC L. REV. 155, 168 (2006).

¹¹⁸ הפנייה נעשתה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. זכות העיון בתיקי בית המשפט מוסדרת בתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003.

¹¹⁹ ראו "נט המשפט" <http://bit.ly/2Nm3VrP>. בחינת התיקים הסתיימה בשנת 2013 משתי סיבות עיקריות: ראשית, הצגת תמונה השוואתית מדויקת ככל הניתן, לעומת בחינת הזירה הדיגיטלית, אשר נבחנה אף היא בשנת 2013. שנית, קביעת מועד זה לסגירת מאגר התיקים אשר נבחנו מתחשבת בהתמשכות ההליכים המשפטיים כדי להציג תמונה מלאה ורחבה של תיקי שהתנהלו בבית המשפט עד לסגירתם הסופית.

בהקשר זה חשוב לציין כמה מגבלות מתודולוגיות: ראשית, ההסתמכות על שיטת הקידוד של נט המשפט מעוררת את החשש שסיווג התיקים לא תמיד מדויק. משמעות הדבר היא כי ייתכן שיש תיקים בנושא זכויות יוצרים שתויגו בסוג עניין שונה ולא נכללו במאגר התיקים שנבדק.¹²⁰ שנית, מגבלה מתודולוגית נוספת נובעת מהיעדר 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 כעניין "ערעור על בית משפט שלום" בלבד ללא ציון סיווג העניין. גם ערעורים על פסקי דין של בתי משפט מחוזיים אינם נכללים במאגר, מכיוון שתיקים המתנהלים בבית המשפט העליון אינם נכללים במאגר נט המשפט.¹²¹ עם זאת חשוב לציין כי מחקר זה בוחן למעשה את אסטרטגיות האכיפה השונות שנוקטים בעלי הזכויות הפועלים בשתי זירות האכיפה ומשווה בינן. לפיכך התייחסות לתביעות שמגישים בעלי הזכויות מציגה תמונה מדויקת באשר לאסטרטגיית האכיפה של בעלי הזכויות בזירת בתי המשפט, וזו אינה נפגעת בהיעדר ניתוח הליכי ערעור. יתרה מזאת, כפי שמוצג באיור 9 להלן, מרבית התיקים מסתיימים בפשרה, וכך ניתן להניח כי מספר הליכי הערעור הוא קטן ביותר ומפחית את החשש מפני הטיות ניכרות.

שלישית, מגבלה מחקרית נוספת היא חלקיות המדגם: המחקר עוסק בתיקים שהתנהלו בבתי משפט, אך פעילות משפטית מתקיימת גם מחוץ לבית המשפט, ולעיתים פעילות זו נרחבת מההתדיינות בפני בתי המשפט. למשל: מכתבים שבהם דרישה להסרה (Cease and Desist letters) שלחו תובעים פוטנציאליים הסבורים שזכויות היוצרים שלהם הופרו במקרים שבהם לא הוגשה תביעה; או משא ומתן שהתנהל בין הצדדים לסכסוך בטרם הוגשה התביעה, ובעיקר כאשר בסופו של דבר לא הובא הסכסוך בפני בית המשפט. לדפוס הפעולה מחוץ לכותלי בית המשפט עשויה כמובן להיות השפעה על המתרחש בהליך המשפטי ותוצאותיו. הסכמי פשרה מתנהלים תמיד בצל המשפט ומושפעים בין היתר מן ההיתכנות והיעילות של קבלת סעד משפטי בבית המשפט. חשוב אפוא לזכור כי מחקר העוסק בתיקים שהתנהלו בפני בית המשפט אינו מציג את התמונה המלאה בנוגע לאכיפת זכויות יוצרים, וכי מסקנות המחקר נוגעות לתוצאות ההליך השיפוטי בלבד. בארצות הברית רק אחוזים בודדים מכלל הסכסוכים המשפטיים הגיעו לכדי התדיינות בבתי משפט.¹²² אחת

¹²⁰ מחקר מדגמי של הנהלת בתי המשפט מצא כי מהימנות הסיווג לפי סוגי עניין במערכת "נט המשפט", עמדה על 72.4% בשנת 2011. כלומר, ביותר מרבע מהמקרים סוג העניין שצוין בתיק לא היה מהימן, ראו קרן וינשל-מרגל, טליה יהודה ואביב שירץ **מהימנות נתוני פתיחת וסגירת תיקים במערכת נט-המשפט** 17 (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, 2011). מהימנות הנתון הראתה מגמת שיפור עם הזמן, ולכן ניתן 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 מסיווג התיקים במערכת "נט המשפט" שנדונו בבתי משפט שלום. מהימנות הקידוד משתנה גם לפי מקום הערכאה, ובסוג העניין עצמו (ראו שם). במאגר שהתקבל אצלנו בנושא: "קניין רוחני – אחר" (המתייחס לזכויות יוצרים) נראה שהסיווג בנושא מהימן יחסית, והדבר מתאים לממצאי מחקרים קודמים שלפיהם המהימנות בנוגע לקטגוריות סל נמוכה מזו שבקטגוריות ספציפיות. כלומר, נראה כי תיקים בנושאי קניין רוחני מאובחנים במדויק יחסית לתיקים בנושאים אחרים (ראו שם, בעמ' 21). מחקר בנושא סיווג תיקי זכויות יוצרים בארצות הברית בדק את נושא מהימנות סיווג תיקים במערכת (Public Access to Court Electronic Records) PACER. 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. עם זאת, שיעור זה של טעות בסיווג (מהימנות הסיווג) התקבל כמדגם מייצג לצורך הפקת מסקנות בעלות משמעות (ראו Sag, Empirical Studies, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5).

¹²¹ בית המשפט העליון פסק בתקופה הרלוונטית במספר קטן של מקרים הקשורים להפרת זכויות יוצרים בכלל ובאינטרנט בפרט, והחלטות אלה נסקרו לעיל בחלק א למאמר זה.

¹²² יש טענות על שיעור של 3% בלבד מכלל הסכסוכים המשפטיים המגיעים לבתי משפט, ראו: Leah C. Grinvald, *Policing the Cease-and-Desist Letter*, 49 U.S.F. L. REV. 411 (2015).

הסיבות לפער הגדול בין מספר הסכסוכים המשפטיים למספר ההתדיינויות בבתי משפט בתחום זכויות היוצרים היא השימוש הרב במכתבי איום או מכתבי דרישה להסרה.¹²³ הספרות העוסקת בנושא מציינת כמה סיבות להעדפתם של תובעים פוטנציאליים את השימוש במכתבי דרישה להסרה מאיימים על פנייה לבית משפט – עלות ההתדיינות המשפטית, אי-הביטחון בתוצאות ההתדיינות המשפטית וכן הצלחה במקרים קודמים של שימוש במכתבי דרישה להסרה.¹²⁴ המחקר בזירה הדיגיטלית ניתח בשיטתיות מדגם רחב היקף של 9,890 בקשות להסרת קישורים לחומרים מפירים לכאורה מתוצאות מנוע החיפוש Google (להלן: "בקשות הסרה"), בהתמקדו בשימוש במנגנון "הודעה והסרה" של Google בישראל. ההתמקדות בבקשות הסרה אשר נשלחו למנוע החיפוש Google נובעת ראשית מהעובדה כי מנוע החיפוש Google הפך בשנים האחרונות למנוע חיפוש מרכזי ולכלי מרכזי לאיתור מידע, ומכאן גם לזירה מרכזית לאכיפת זכויות בכלל וזכויות יוצרים בפרט.¹²⁵ Google מקבלת תדיר בקשות להסיר קישורים לחומרים מפירים לכאורה מתוצאות מנגנון החיפוש של החברה.¹²⁶ תכנים שאינם נגישים באמצעות מנוע החיפוש, או נדחקים לתחתית תוצאות החיפוש, קשים מאוד לאיתור, והדרתם מתוצאות החיפוש יכולה להקטין במידה ניכרת את התעבורה באתר. ההכרה בחשיבותו של מנוע חיפוש כאמצעי שליטה על גישה לתוכן היוותה את הבסיס להסדרת אחריותם של מנועי חיפוש ב-DMCA ותחולתו על מנועי חיפוש.¹²⁷ בהיעדר הפטור מפיצויים הקבוע בחוק האמריקאי, עלולים מנועי חיפוש לחוב באחריות תורמת להפרת זכות יוצרים, בשל תרומתם להפצת העותקים המפירים.¹²⁸

שנית, הבחירה ב-Google נובעת גם מהעובדה ש-Google הוא השירות היחיד אשר מדווח דיווח ציבורי ורחב יחסית על בקשות ההסרה אשר מתקבלות אצלו. החל משנת 2002 ועל מנת להגביר את השקיפות בנוגע לפעילות זו, Google מפרסמת בדוחות השקיפות שלה (Google Transparency Report, GTR) נתונים הקשורים לבקשות הסרה שהתקבלו אצלה, ובכללם מידע על הגופים ששלחו את הבקשות, על היצירות המפירות-לכאורה ועל אופן הטיפול בבקשות ובחומרים מושא התלונה.¹²⁹ נוסף על דוחות השקיפות התקופתיים המתפרסמים באתר החברה, מעבירה Google

123 שם, בעמ' 410–411.

124 שם, בעמ' 411.

125 בדירוג Alexa, מופיע האתר Google.com כאתר המוביל בתוני התעבורה: *google.com Traffic Statistics*, ALEXA. <http://bit.ly/2oOyZ5D> (last visited Jun. 7, 2018); Richard Verrier, *MPIA Report Says Google, Other Search Engines a Major Gateway to Piracy*, L.A. TIMES (Sept. 18, 2013), Edward Lee, <https://lat.ms/2M7C8Xh>. לעניין אכיפת הזכות להישכח באמצעות מנוע החיפוש, ראו: Edward Lee, *Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1017 (2016).

126 ראו נתונים בנוגע להיקף הבקשות המוגשות ל-Google בפרק ג.2(א) להלן.

127 ראו 17 U.S.C. § 512(b) (2016).

128 ראו למשל: "There is no dispute that Google substantially assists websites to distribute their infringing copies to a worldwide market and assists a worldwide audience of users to access infringing materials. We cannot discount the effect of such a service on copyright owners, even though Google's assistance (is available to all websites, not just infringing ones" (ראו פרק ג.2(ב) להלן).

129 ראו "בקשות להסרת תוכן בגין פגיעה בזכויות יוצרים" <http://bit.ly/2oLnBY5>. חשוב לציין כי אף-על-פי שנתונים אלו מתפרסמים במסגרת ניסיונה של חברת אלפבית (Google) להגביר את השקיפות הנוגעת לפעילותה, נתונים אלו חלקיים ביותר ומסובכים מאוד להבנה. נתונים אלו מורכבים משלושה קבצים עיקריים: (1) קובץ Domains.csv המכיל מידע על אודות שמות המתחם החשודים, מספר כתובות הדף (URL) החשודות

מאז שנת 2002 בקשות הסרה שהתקבלו אצלה לארגון לומן (Lumen), ארגון שלא למטרות רווח, המאפשר בין היתר צפייה בבקשות ההסרה עצמן.¹³⁰ באמצעות ניתוח המידע הגולמי החלקי המפורסם ב-GTR ובאמצעות ניתוח בקשות ההסרה אשר התקבלו ב-Lumen בודדנו את קבוצת התלונות מושא המחקר: תלונות שנשלחו לחברת Google שעניינן כתובות-דף (URL) אשר משויכות לשמות מתחם (Domains) ישראליים המזוהים על פי הסיימות .il-, ובהן נטען כי מתבצעת הפרה של זכויות יוצרים.¹³¹ בחלק זה יוצגו נתונים אשר הופקו הן באמצעות ניתוח דוחות השקיפות של החברה והן באמצעות ניתוח מדגם הכולל 9,890 תלונות שהעבירה Google ל-Lumen.¹³²

המשויכות לכל אחד מהם, מצב הטיפול בבקשת ההסרה ומספרה המזוהה של הבקשה. (2) קובץ Requests.csv המכיל מידע על אודות בעלי זכויות היוצרים ביצירות, על אודות מגיש בקשת ההסרה, קישור לבקשה באתר Chilling Effects, תאריך קבלת הבקשה ומספרה המזוהה. (3) קובץ URL-no-action-taken.csv המכיל מידע על אודות כתובת הדף המפר לכאורה, את שם המתחם שבו היא מאוחסנת ומספר מזוהה של בקשת ההסרה. באמצעות איחודו וחיטויו של המידע הגולמי המצוי בשלושת הקבצים הללו בודדנו את קבוצת התלונות מושא המחקר: תלונות שנשלחו לחברת Google שעניינן כתובות דף (URL) אשר משויכות לשמות מתחם (domains) ישראליים המזוהים על פי הסיימות .il-, שבהן נטען כי מתבצעת הפרה של זכויות יוצרים.

ראו wseltzer, *EFF Blasts Barney the Dinosaur's Copyright Claims*, LUMEN (Mar. 5, 2002), <http://bit.ly/2wR2yHS>, לשעבר ציילינג אפקטס (Chilling Effects). תהליך השינוי שעבר הארגון מתואר ב-Lumen Team, *Chilling Effects Announces New Name, International Partnerships*, LUMEN (Nov. 2, 2015), <http://bit.ly/2MYMYEg>. כאשר מודגשת בעיקר התרחבות הפיקוח על פעילות של הסרת תכנים מהרשת לא רק על בסיס טענות הנוגעות להפרת זכויות קניין רוחני, עלייה במספר החברות המשתפות פעולה עם הארגון ופעילותו הבין-לאומית.

חשוב לציין כי קיימים אתרים ישראליים אחרים אשר כתובתם אינה בעלת סיומת .il ומספרם אינו ידוע, ולכן לא נכללו במדגם זה.

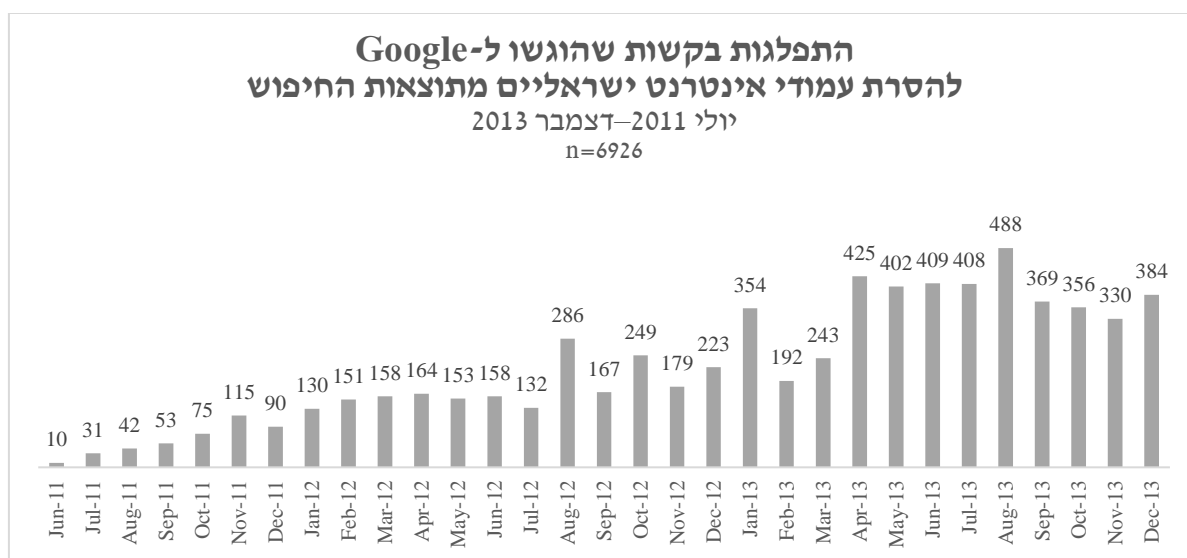
ניתוח המידע הגולמי נעשה באמצעות מנוע קידוד ייחודי, אשר התבסס על מאגר בקשות שהוכן במיוחד לצורך ניתוח. ראו: JENNIFER M. URBAN, JOE KARAGANIS & BRIANNA L. SCHOFIELD, NOTICE AND TAKEDOWN IN EVERYDAY PRACTICE 80 (2016) <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=227111111064075000000113100064075086097034061055016020027102094099120004094010065096030000020103007009008123067023082069017090051007069048051082078126124084095099105069092085031089065000009078081075007121095071000073123023083015015001082103027122116098&EXT=pdf>. חשוב לציין כי במהלך איסוף הנתונים התברר כי קיימים הבדלים בין הנתונים הנוגעים להיקף בקשות ההסרה שבהן מטפלת Google שעניינן חומרים המאוחסנים בשמות מתחם ישראליים. הבדלים אלה, נובעים מסיווגן של התלונות שמקבלת Google במגוון פלטפורמות לקטגוריות שונות. לצד המידע שמפרסמת Google בדוחות השקיפות, הכולל בקשות הסרה הנוגעות להפרת זכויות יוצרים **בקטגוריית "חיפוש"** (Web Search) בלבד, Google מעבירה לארגון Lumen גם נתונים על תלונות שהתקבלו אצלה במגוון נוסף של פלטפורמות כגון Blogger, G+, Image Search ועוד. ראו "הסרת תוכן מ-Google" <http://bit.ly/2CrJJQM>. הדבר יוצר פערים ניכרים, וכך על פי נתוני Google הוגשו כ-7,000 בקשות הסרה נגד שמות מתחם ישראליים בשלוש השנים האחרונות, ואילו במאגר המידע באתר Lumen יש כ-24,000 כתובות דף ישראליות שנגדן הוגשה תלונה לחברה רק במהלך החודשים 5.2013-10.2013. סיבה נוספת לפער היא התייחסותם של דוחות השקיפות לשמות המתחם (Domains), לעומת דפים ספציפיים (URLs). עוד חשוב לציין, כי השימוש במנוע הקידוד לצורכי מחקר זה קובע הלכה למעשה את גודלה של אוכלוסיית המחקר ומגביל אותה לתקופה אשר הוגדרה, מאי-אוקטובר 2013. כחלק מהיעדר השקיפות שבה פועלת הזירה הדיגיטלית קיים קושי רב להקים מאגר דומה לתקופות מאוחרות יותר אשר יאפשר בחינה של כל בקשה בפני עצמה, כפי שנעשה כאן.

2. מיפוי זירת האכיפה

(א) היקף הליכי האכיפה

מניתוח הנתונים המבוססים על דוחות השקיפות של חברת Google¹³³ עולה כי בתקופה יולי 2011 ועד דצמבר 2013 התקבלו ב Google 6,926 תלונות על הפרת זכויות יוצרים לכאורה המתבצעת ב- 219 שמות מתחם ישראליים.

איור 1 מתאר את התפלגות הגשת הבקשות ל-Google להסרת תוצאות חיפוש שבהן מתבצעת לכאורה הפרה של זכויות יוצרים בתקופה האמורה. ניתן לראות כי ככלל מספר בקשות ההסרה נמצא בעלייה. בהתחשב בעובדה שבתקופה המקבילה נפתחו בבתי המשפט בישראל 186 תיקים בלבד הנוגעים להפרת זכויות יוצרים ברשת, נתונים אלו ממחישים את ההיקף העצום של פעילות האכיפה המתבצעת ברשת לעומת ההליכים המשפטיים.



איור 1. התפלגות בקשות שהוגשו ל-Google להסרת עמודי אינטרנט ישראליים מתוצאות החיפוש, יולי 2011–דצמבר 2013

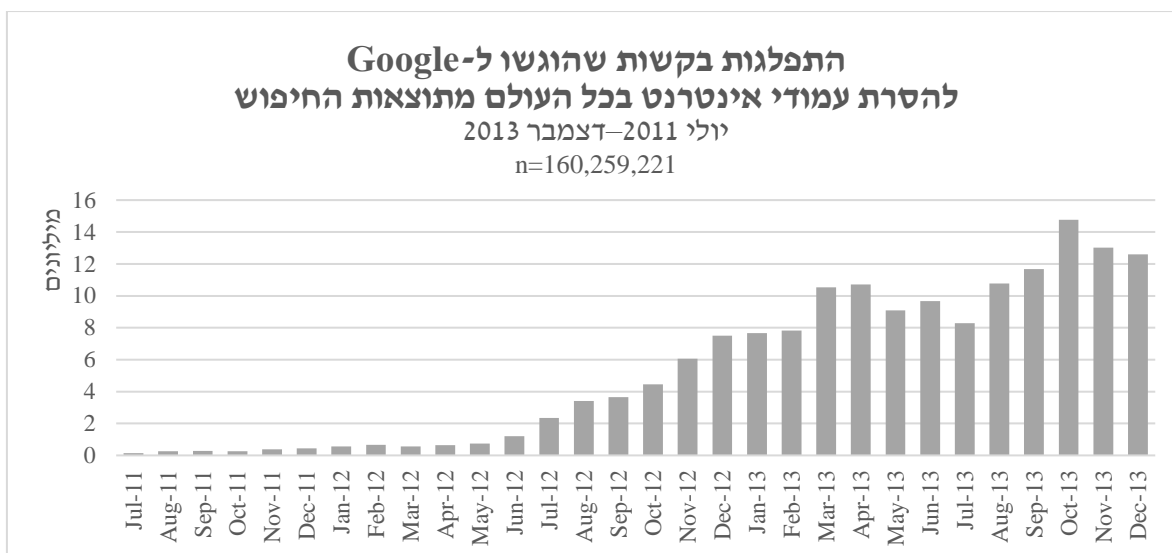
כפי שניתן לראות באיור 2, מגמת העלייה הכללית במספר הבקשות להסרת תוצאות חיפוש בשל הפרת זכויות יוצרים ברשת בנוגע לעמודי אינטרנט בישראל דומה למגמת העלייה הדרמטית במספר הבקשות שהוגשו ל-Google בגין עמודי אינטרנט בכל העולם.¹³⁴

על פי דוח Google מ-2014.¹³³

ראו "בקשות להסרת תוכן בגין הפרת זכויות יוצרים" <http://bit.ly/2oOoPSz>. נכון לשנת 2015, הדיווחים על מספר בקשות ההסרה המועברות ל-Google מצביעים על 18 בקשות הסרה המוגשות ל-Google בכל שנייה (ראו Ernesto Van Der Sar, *Google Asked to Remove 18 'Pirate Links' Every Second*, (TORRENTFREAK (Aug. 2, 2015), <http://bit.ly/2MWOgQf>). נכון לאוקטובר 2017, על-פי דיווחים של Google, הוגשו בקשות הנוגעות ל-2,977,211,556 עמודים (URL's), והדבר מעיד על עלייה דרמטית במספר הבקשות (ראו "בקשות להסרת תוכן בגין הפרת זכויות יוצרים" <http://bit.ly/2oOoPSz>).

133

134



איור 2. התפלגות בקשות שהוגשו ל-Google להסרת עמודי אינטרנט בכל העולם מתוצאות החיפוש, יולי 2011–דצמבר 2013

לשם השוואה, סך כל התביעות שעניינן הפרת זכויות יוצרים אשר הוגשו לבתי משפט בישראל בשנים 2010–2013 בנוגע להפרת זכויות יוצרים הוא 686. רק 40% מהתיקים נוגעים להפרת זכויות יוצרים ברשת,¹³⁵ ומרבית התיקים בנושא זכויות יוצרים עוסקים בהפרות זכויות יוצרים מחוץ לרשת (413 תיקים, ששיעורם הוא 60% מסך התיקים אשר נבחנו). למעשה שיעורן של הפרות זכויות יוצרים ברשת בלבד היה 32% מכלל התיקים (216 תיקים), ואילו 8% נוספים (58 תיקים) היו תביעות שעניינן הפרת זכות יוצרים גם ברשת וגם מחוץ לה.¹³⁶ כלומר, מספר התיקים אשר נפתחו בשנים 2010–2013 בבתי המשפט ועסקו בהפרת זכויות יוצרים ברשת היה זעום יחסית לכלל התיקים שנדונו בבתי המשפט בשנים אלו,¹³⁷ ואילו מספר התלונות על הפרת זכויות יוצרים ברשת שהוגשו ל-Google בבקשה להסרת אתרים מתוצאות החיפוש היה גדול בהרבה ונמצא בעלייה מתמדת מדי שנה, ממספר תלונות שנתי אשר עמד על 416 תלונות החל ממחצית יוני 2011 ועד לסוף השנה, 2150 תלונות אשר הוגשו בשנת 2012 ועד ל-4360 תלונות אשר הוגשו בשנת 2013.

¹³⁵ בחינת תיקי זכויות יוצרים ברשת אשר נדונו בבתי המשפט בישראל, לפי שנה, בשנים 2010–2013 מעלה כי מרבית התיקים נפתחו בשנת 2011 ובשנת 2013 (85 ו-83, בהתאמה). בשנים 2010 ו-2012 נפתחו 49 ו-56 תיקים, בהתאמה. לשם השוואה, בשנת 2010 נפתחו בבתי משפט השלום והמחוזי 355,677 תיקים אזרחיים, בשנת 2011 – 379,987 תיקים אזרחיים, ובשנת 2012 – 317,466 תיקים אזרחיים. כלומר יחסית למספר התיקים האזרחיים הנפתחים מדי שנה, תביעות הנוגעות להפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט בישראל הן נדירות ביותר.

¹³⁶ הממצאים המובאים בחלק זה כוללים תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת וכן הפרת זכויות יוצרים משולבת ברשת ומחוצה לה.

¹³⁷ תיקים אשר סווגו בטעות בקטגוריה "קניין רוחני – אחר" אך התגלו כתיקים העוסקים בנושאים אחרים, כגון סימני מסחר ופטנטים, ותיקים ללא מסמכים אשר לא ניתן היה לאמת את סיווגם, לא נכללו בנתונים אלו. ראו לעיל, ה"ש 135.

(ב) ניצול לרעה בזירת האכיפה הדיגיטלית

אחד הממצאים החמורים העולים מניתוח בקשות ההסרה עצמן¹³⁸ אשר הוגשו ל-Google הוא כי מנגנון זה עלול לעיתים לשמש מתלוננים להסרת חומרים שאינם מפירים את זכות היוצרים ואף אינם חשודים כמפירים.¹³⁹

כפי שניתן לראות באיור 3. סוג ההודעות אשר הוגשו ל-Google, מאי-אוקטובר 2013. להלן, רק 34% מבקשות ההסרה נוגעות להפרה לכאורה של זכויות יוצרים, והיתר מתמקדות בבקשות להסרת תוכן אשר נטען כי הוא איננו נכון, שקרי או פוגע במתלונן בדרך זו או אחרת. למעשה מדובר בבקשות שעילתן היא פרסום מידע לא מדויק, לא עדכני או שקרי על השולח. בקשות הסרה אלה דומות באופיין לבקשות שהוכרו לאחרונה בבית הדין האירופי לצדק, במסגרת "הזכות להישכח" (The Right to be Forgotten). פסק הדין קובע כי בשל השליטה של מנועי החיפוש על האופן שבו מעובד מידע אישי, יש להסיר תוצאות חיפוש אשר אינן מדויקות או רלוונטיות בהקשר של חיפוש לפי שמו של אדם, אלא אם קיימים נימוקים מיוחדים המצדיקים את המשך קיומם ברשת.¹⁴⁰ זכות זו אומנם הוכרה לאחר תקופת המחקר המוגדרת, אך ניתן לראות כי בפועל מטרותן של בקשות אלו הייתה להסיר תכנים מהרשת מסיבות דומות, ומכל מקום, הן אינן סיבות הנוגעות להפרה נטענת של זכויות יוצרים. מגנון ההסרה של Google על פי ה-DMCA לא נועד כמובן לתלונות מסוג זה אשר כפופות למשטר משפטי שונה. לעומת משלוח הודעה כדין על פי ה-DMCA, המחייב את מנוע החיפוש להסרה מיידית, שאם לא כן, הוא עלול לאבד את חסינותו על פי החוק, לא בהכרח חלה על Google חובה דומה באשר לתלונות בגין תוכן פוגעני אחר. למעשה, רק עילה שעניינה הפרה נטענת של זכות יוצרים מקימה אחריות פוטנציאלית של Google לאחריות תורמת בהפרת זכויות יוצרים (אם לא תסיר את החומרים), ומכאן האינטרס המשמעותי של Google להסיר את התכנים כמעט אוטומטית.¹⁴¹ למשל, על פי החוק האמריקאי, גורם ביניים אינו חב באחריות של דובר או של מוציא לאור, ולכן אינו מחויב לפעול להסרת תכנים המסיבים נזק, למעט הפרה של קניין רוחני.¹⁴²

138 כאמור לעיל, ניתוח הבקשות עצמן נעשה באמצעות ניתוח מדגם המונה 9,890 בקשות הסרה אשר הועברו ל-Lumen.

139 שימוש כאמור אסור, ואדם שייצור מצג שווה בדבר הפרת זכויות יוצרים יהיה חב כלפי בעל זכות היוצרים וגורם הביניים בנוגע לנזקים שעלולים להיגרם בגין מצג השווא (ראו: 17 U.S.C. § 512(f) (2016)).

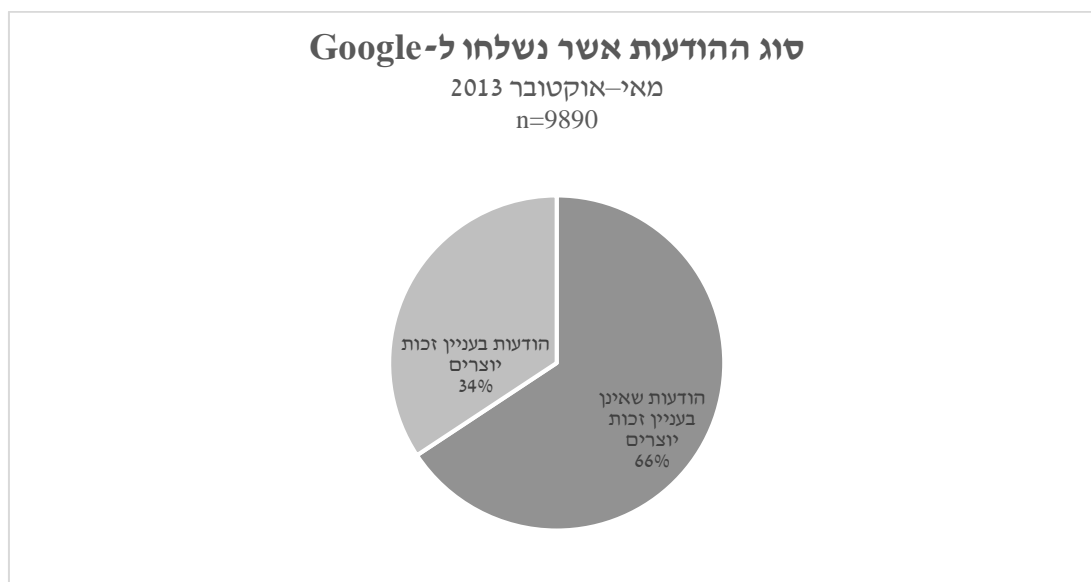
140 הזכות הוכרה לראשונה בבית הדין האירופי לצדק, בעניין *Case C-131/12, Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, [2014] E.C.R. 317 (2014).

141 חשוב להדגיש כי לצד האינטרס של Google להסיר את החומרים אוטומטית, במובן הרחב יש לחברה אינטרס להימנע משימוש לא חוקי במערכתה, שכן בהיותן מערכות אוטומטיות הדבר עשוי להשפיע על אופן פעולותיהן בטווח הרחוק.

142 על-פי החוק האמריקאי, גורם ביניים אינו חב באחריות של דובר או של מוציא לאור, ולכן אינו מחויב לפעול להסרת תכנים המסיבים נזק, למעט הפרה של קניין רוחני, ראו *Communications Decency Act of 1996* § 230 (2016). 47 U.S.C. § 230 (2016). על-פי סעיף זה, ספק שירותים אינטראקטיביים או משתמש קצה לא ייחשבו מוציאים לאור או דוברים של תוכן שמקורו בספק תוכן אחר.

עוד ראוי לציין כי הזכות להישכח שנויה במחלוקת, טרם הוכרה ככזאת במשפט הישראלי,¹⁴³ ואף אינה מוכרת במשפט האמריקאי, שעל פי עקרונותיו עוצב מנגנון ההסרה של מנוע החיפוש Google מושא המחקר.¹⁴⁴

נוסף על זה, ניתוח בקשות ההסרה העלה נתון מפתיע: כ-65% מבקשות ההסרה מקורן במתלונן אחד אשר הגיש כ-6,500 מסך הבקשות בתקופת המחקר.¹⁴⁵ ניסיון לעקוב אחר מקור תלונות אלו, באמצעות מקורות גלויים ומאגרי מידע נגישים לציבור, מצביע על מקור התלונות בגורם אשר שימושו ברשת הוא לא נורמטיבי.



איור 3. סוג ההודעות אשר הוגשו ל-Google, מאי-אוקטובר 2013.

ג) תובעים בבתי המשפט ומגישי תלונות ברשת

מי משתמש בכל אחת מזירות האכיפה? בחינת שאלה זו, כמו שאלות נוספות אשר יוצגו להלן, מחייבת התייחסות ממוקדת לבקשות התקינות להסרת תכנים המפירים לכאורה זכויות יוצרים.¹⁴⁶ הזירה המשפטית רוויה חסמים בפני הגישה לצדק. הגשת תביעה משפטית מחייבת מודעות וידע בדבר זכויות והליכים משפטיים, גישה ליעוץ משפטי וכמובן זמן ומשאבים לכיסוי עלויות האגרה ושכר הטרחה.¹⁴⁷ מנגנון האכיפה בזירה הדיגיטלית, לכאורה לפחות, הוא נגיש יותר: לדוגמה, אם

¹⁴³ ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – הזכות להישכח), התשע"ה–2015, פ/1565/20; אך ראו רע"א 4673/15 **בר נוי נ' סביר** (פורסם בנבו 8.3.2016).

¹⁴⁴ למעשה, בארצות הברית הועדפה הגישה הניטרלית בהקשר של ספקי שירות בנוגע לתוכן פוגעני לכאורה שמשמשים מפרסמים. ראו: Eric Goldman, *Unregulating Online Harassment*, 87 DENV. U.L. REV. 59, 60 (2010) ONLINE אשר טוען כי החסינות הניתנת לפי סעיף 230 היא בעלת תפקיד חשוב בפריחתן של הרשתות החברתיות ותוכן הנוצר על-ידי המשתמשים. ראו גם Nicholas W. Bramble, *Safe Harbors and the National Information Infrastructure*, 64 Hastings L.J. 325 (2013).

¹⁴⁵ ממצאים אלו עולים בקנה אחד עם ממצאי דוח ברקלי, אשר זיהה מתלונן יחיד שהיה אחראי להגשת 53% מהבקשות אשר נותחו בקבוצת המחקר (ראו URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל הי"ש 132, בעמי 103). חשוב לציין כי המשך הניתוח אינו כולל את ההודעות הללו, על-מנת להימנע מהטיה אפשרית של התוצאות.

¹⁴⁶ זאת בניגוד להודעות אשר נדונו לעיל בפרק ג.2(ב), שהן ניצול לרעה של המנגנון.

¹⁴⁷ ראו: William C. Vickrey et al., *Access to Justice: A Broader Perspective*, 42 LOY. L.A. L. REV. 1147, 1154 (2009); ETHAN KATSH & ORNA RABINOVICH-EINY, *DIGITAL JUSTICE: TECHNOLOGY AND THE INTERNET OF DISPUTES* (2017) [.https://global.oup.com/academic/product/digital-justice-9780190675677?cc=il&lang=en](https://global.oup.com/academic/product/digital-justice-9780190675677?cc=il&lang=en)

צלם גילה כי יצירת התצלום שבבעלותו פורסמה ברשת ללא הסכמתו באתר אחסון תמונות, הוא יכול כמובן לנסות לאתר את המפר, לשכור עורך דין, ולאחר ייעוץ משפטי ותשלום האגרה להגיש תביעה בבית המשפט. לעומת זאת בזירה הדיגיטלית אין עליו אלא למלא טופס תלונה מקוון ולשלוח ללא עלות לפי ההנחיות המופיעות בפלטפורמה שעליה נמצאה ההפרה.¹⁴⁸ ההליך המשפטי צפוי להיות נגיש יותר לתאגידים, שנהנים בדרך כלל מייעוץ משפטי זמין יותר וצפויים להשתמש ביתר תכיפות במערכת אכיפת החוק בהקשרים רבים.

על רקע זה מפתיע לגלות כי שיעור התאגידים המגישים תביעות בבתי המשפט בגין הפרת זכות יוצרים נמוך מעט משיעור התובעים הפרטיים. המחקר מלמד כי מעט יותר ממחצית (54%) מהתובעים הם אנשים פרטיים, ואילו פחות ממחצית (44%) הם תאגידים. שיעורם של ארגוני זכויות יוצרים הוא 2% בלבד מהתובעים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת. ייתכן כי שיעור נמוך של תביעות שמגישים ארגונים אלו עשוי להעיד כי את מרבית פעילות האכיפה עושים ארגונים אלו בטרם מוגשת תביעה לבתי המשפט.¹⁴⁹ ייתכן ששיעורם הגדול של תובעים שהם אנשים פרטיים מעיד על רצון לרתום את הזירה המשפטית לצורך קבלת סעד כספי.¹⁵⁰

כפי שיפורט להלן, עולה כי מרבית התביעות המוגשות בבתי המשפט בישראל בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת עוסקות בתצלומים, וגם בתביעות אלו שיעורם של הצלמים הפרטיים הוא מעט יותר ממחצית (57%), כאשר יותר משליש מהם (36%) הם שחקנים חוזרים. יתר התובעים בתביעות המוגשות בגין הפרת זכויות יוצרים בתצלומים הם תאגידים, כאשר 67% מהם הם שחקנים חוזרים.¹⁵¹

בזירה הדיגיטלית היה ניתן לצפות כי ההליך הנגיש, הפשוט, המהיר והזול היה אמור לשרת דווקא יוצרים עצמאיים. אולם דווקא בזירה זו שיעורם זניח. בחינת עשרת הגורמים הבולטים אשר הגישו הודעות הסרה ל-Google בתקופה של מאי-אוקטובר 2013 מעלה כי ברוב המקרים מדובר בתאגידים ובעסקים פרטיים, ואילו רק בשיעור זניח של המקרים נעשה שימוש במנגנון זה בידי אנשים פרטיים (36 תלונות בלבד, מתוך 3,384 בסך הכול).¹⁵² על מנת לבחון אם קיים קשר מובהק סטטיסטית בין התפלגות סוגי התובעים ובין סוג הזירה בוצע מבחן סטטיסטי חי בריבוע, ונמצא קשר מובהק ($p < 0.001$). הסבר אפשרי לכך הוא היעדר מוטיבציה להסרת יצירות מפירות בקרב יוצרים פרטיים, בין שהדבר נובע מהיעדר מודל עסקי למסחור היצירות ובין שהוא נובע ממודלים עסקיים המעודדים הפצת תוכן לשם פרסום.¹⁵³ הסבר אפשרי אחר לנתון זה עשוי להצביע על חסמים חדשים לגישה לצדק, הנובעים מהיעדר מודעות מספקת להליך ומפערי ידע. סוג המידע המקוון העומד לרשות המשתמש משתנה מפלטפורמה אחת לאחרת, ואיתור ההפרות והטיפול בהסרה מחייב ידע ומיומנות. כפי שנפרט להלן, בקשות הסרה מנוהלות היום במידה רבה בידי סוכנים מקצועיים.

148 למשל ההנחיות להגשת תלונה ל-Google, ראו "הסרת תוכן מ-Google", <http://bit.ly/2O26goA>.

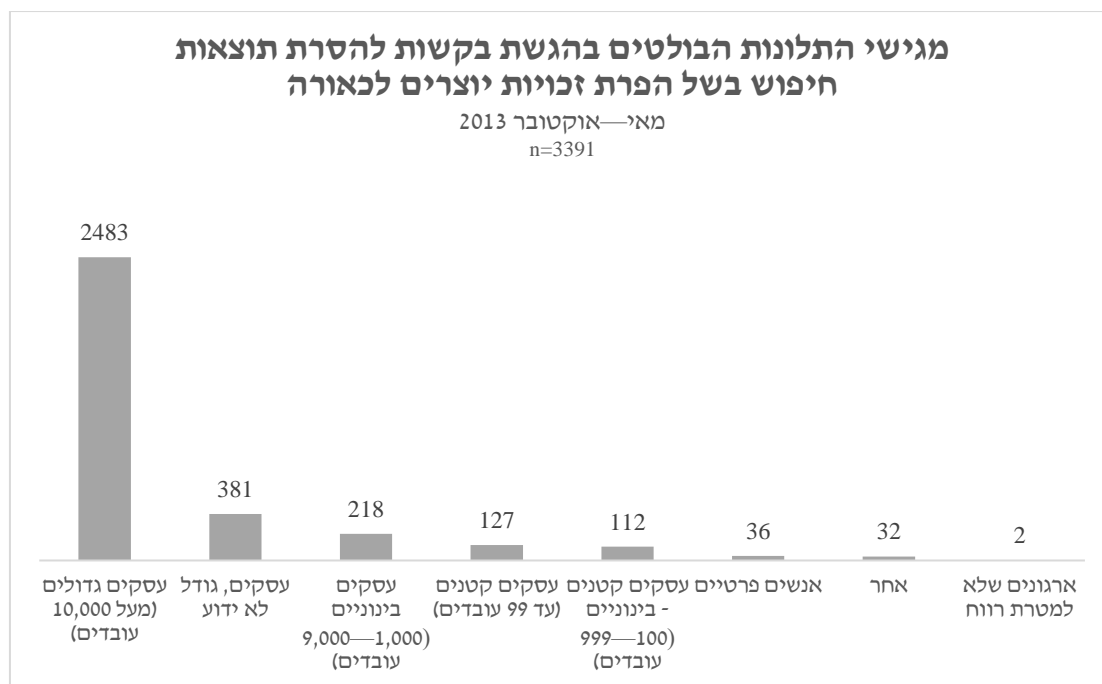
149 חשוב לציין כי בחינת התובעים נעשתה על בסיס אפיון התובע הראשון בלבד.

150 ראו פרק ג.4(ג) להלן (דיון בנושא הסעדים).

151 במקרים רבים ניתן להבחין כי עורכי הדין המייצגים שחקנים אלה הם שחקנים חוזרים בפני עצמם. (הדיון בממצא זה חורג מגבולות המאמר). עוד חשוב לציין כי ריבוי התביעות שמגישים צלמים מעיד על קלות יחסית לאתר את המפירים, אך אין זה המצב בהפרות הנוגעות ליצירות מוסיקליות, למשל.

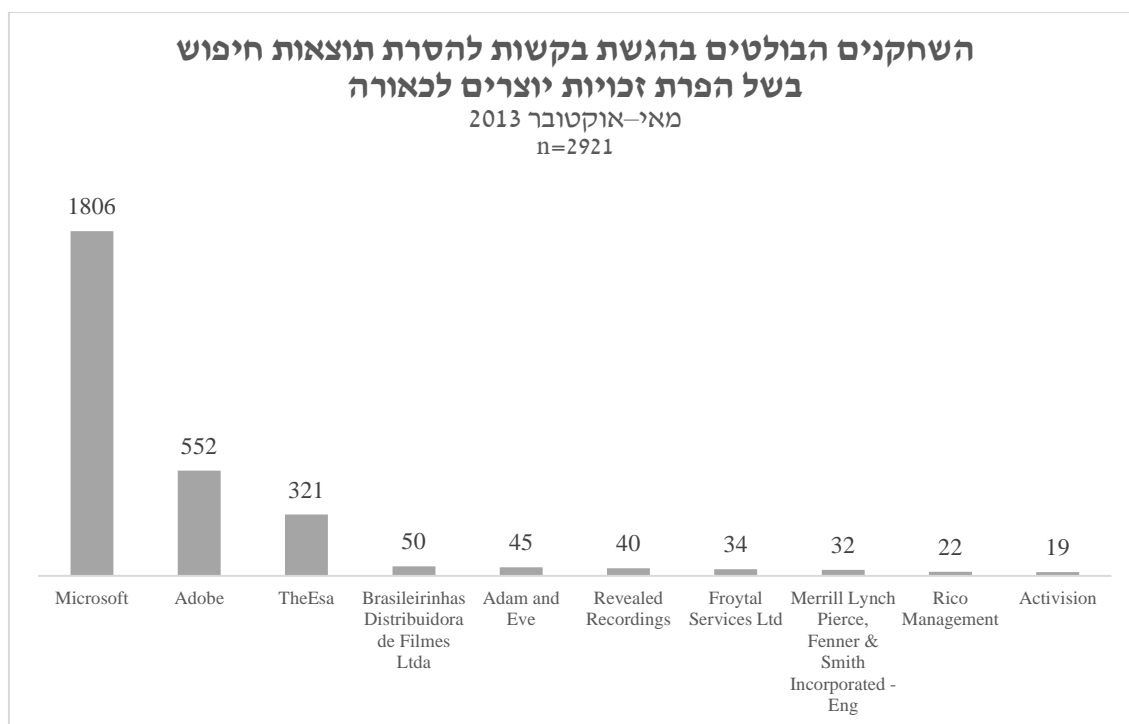
152 גודל העסקים הוגדר לפי מספר המועסקים בהם (ראו באיור 4 להלן).

153 ראו Niva Elkin-Koren, *User-Generated Platforms, in WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY* 111 (Rochelle C. Dreyfuss et al. eds., 2010).



איור 4. מגישי התלונות הבולטים בהגשת בקשות להסרת תוצאות חיפוש, מאי—אוקטובר 2013

ניתוח זהות הגורמים הבולטים בהגשת הודעות הסרה ל-Google בתקופה האמורה, כפי שמוצגת באיור 5, מעלה כי חברת Microsoft היא שחקנית חשובה ביותר, עם 1806 תלונות בתקופה זו. כמו כן ניתן לראות כי תלונות רבות מוגשות בהקשר של אכיפת זכויות יוצרים בתוכנות (TheEsa, Adobe), אם כי בשיעורים נמוכים בהרבה מב-Microsoft, שהיא שחקן חוזר חשוב בזירה זו.



איור 5. השחקנים הבולטים בהגשת בקשות להסרת תוצאות חיפוש מאי—אוקטובר 2013

מנתוני המחקר עולה כי אף שמדובר בהליך פשוט יחסית, מרביתן המכריע של התלונות (82%) מוגשות באמצעות סוכנים כלשהם, ברובם שירותים ספציפיים הנוגעים לאכיפת זכויות יוצרים.¹⁵⁴ למעשה, בהמשך לגידול בהיקפי בקשות ההסרה המוגשות מטעמם של בעלי הזכויות והמעבר מפעילות אכיפה המתבצעת באמצעות בעלי הזכויות להליכים אוטומטיים, גם ניהול בקשות ההסרה באמצעות סוכנים משקפת את השינוי שחל בנוהל "הודעה והסרה".¹⁵⁵ אלו הם שחקנים חוזרים, אשר כפי שעולה מתוך הנתונים, מגישים בקשות הסרה רבות, ובעלי מומחיות בהליכים אלו.¹⁵⁶

(ד) נתבעים ומפירים לכאורה ברשת

מנתוני המחקר עולה כי 52% מהנתבעים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת הם חברות, ו-43% הם אנשים פרטיים. 5% בלבד הם נתבעים כגון עמותות.¹⁵⁷

כמו כן בחינת מאפייני המפירים לכאורה, מושא התלונות אשר הוגשו ל-Google, מעלה כי כמחצית מההודעות הוגשו נגד חברות פרטיות אשר גודלן אינו ידוע. רבע נוסף מההודעות הוגשו נגד אנשים פרטיים, ו-22% נגד חברות פרטיות קטנות עד בינוניות. רק תלונה אחת הוגשה נגד חברה פרטית גדולה.¹⁵⁸

איור 6 מציג את האתרים הבולטים שבהם מתבצעת הפרת זכויות יוצרים לכאורה.¹⁵⁹ ניתן לראות כי במרבית המקרים מדובר באתרי פורומים, כאשר עיקר פעילות ההפרה מתבצעת בשניים מהם. ניתן לומר כי עובדה זו מאפשרת זיהוי מוקדם של מוקדי פעילות ההפרה, בהתמקד באכיפה נקודתית באתרים אלו ללא הצורך להחיל אמצעי אכיפה עוצמתיים ברשת כולה. במילים אחרות, בעל הזכויות המבקש לאכוף את זכות היוצרים יכול עקרונית לזהות את האתרים שאליהם נשלחות מרבית בקשות ההסרה ולפנות אליהם בבקשת הסרה ישירה ולא באמצעות הסרת הקישור בתוצאות החיפוש של Google. יתרה מזאת, היקפי ההפרה לכאורה המתקיימים באתרים אלו עשויים להכניסם להגדרה "פורום פסול" לפי הדיון בפרשת רוטר.¹⁶⁰ ועוד, הראינו לעיל כי מרבית הבקשות מוגשות בידי סוכנים, אשר להם אינטרס מובהק להגיש הודעות הסרה רבות מבלי לפנות ישירות לאתר המכיל את החומר המפר לכאורה. הדבר מעורר שאלה בנוגע לרמת הידע הנדרשת מספק שירות בנוגע לפעילות המתנהלת ב"פורום פסול". על מנת לבחון אם קיים קשר מובהק סטטיסטית בין התפלגות סוגי הנתבעים ומפירים לכאורה ברשת (חברות מול אנשים פרטיים) ובין סוג הזירה בוצע מבחן סטטיסטי חי בריבוע, ונמצא קשר מובהק ($p < 0.001$).

154 מקצת התביעות מוגשות באמצעות ארגוני מסחר ומשרדי עורכי דין.

155 ראו: Karaganis & Urban, לעיל ה"ש 103; URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל ה"ש 132, בעמ' 83 (כ-92% מבקשות ההסרה אשר נבחנו הוגשו בידי סוכנים, כאשר כ-44% מהם הם ארגונים לאכיפת זכויות יוצרים). חשוב לציין כי על פי ס' 512 ל-DMCA, את בקשות ההסרה צריך להגיש בעל זכות היוצרים או אדם המורשה לפעול מטעמו.

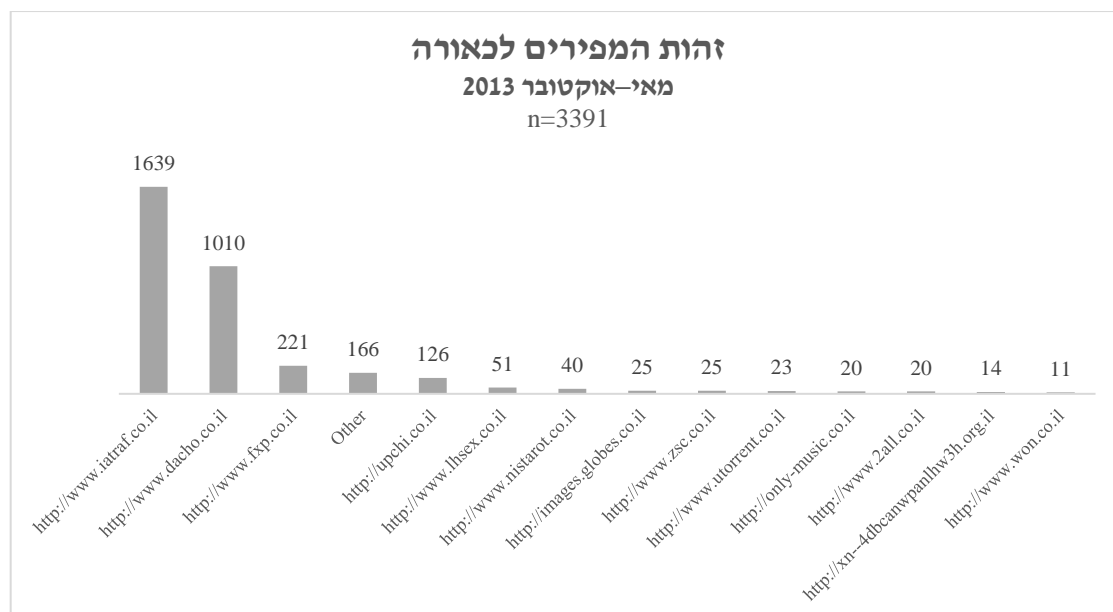
156 מומחיות זו מאפשרת להם למעשה להוריד את החומרים המפירים בעצמם, במסגרת תוכנית TCRP (ראו לעיל, ה"ש 107).

157 חשוב לציין כי מדובר בנתבע ראשון בלבד, ולכן ניתן להניח ששיעורם של בעלי אתרי אינטרנט כנתבעים נוספים הוא גבוה יותר.

158 לעניין קביעת גודל החברה ראו לעיל, ה"ש 152.

159 אתרים אלו הוגדרו כאתרים שהתקבלו בעניינם לפחות עשר תלונות בתקופה הנבדקת.

160 ראו לעיל, ה"ש 6; לדיון מורחב ראו פרק א.3.



איור 6. זהות המפירים לכאורה, מאי-אוקטובר 2013

(ה) סוג היצירות מושא האכיפה

מהו סוג היצירות שהוא מושא לאכיפה בכל אחת מן הזירות? סעיף 4(א) לחוק מונה את סוגי היצירות שהן בנות הגנה בזכות יוצרים: יצירה ספרותית, אומנותית, דרמטית או מוסיקלית, ובלבד שהיא מקורית ומקובעות בצורה כלשהי.¹⁶¹ כמו כן תינתן זכות יוצרים בתקליט.¹⁶² ניתן לשער כי שתי זירות האכיפה תשרתנה את תעשיות התוכן השונות שווה בשווה ואולי אף תהוונה זירות אכיפה המשלימות את כל הליך האכיפה, וכך תביעה בזירה המשפטית תהיה מלווה בבקשת הסרה בזירה הדיגיטלית ולהפך. כך בעל הזכות יוכל למעשה ליהנות הן מהסרת התוכן המפר מהרשת והן מהאפשרות לתבוע סעדים כספיים בבית המשפט.

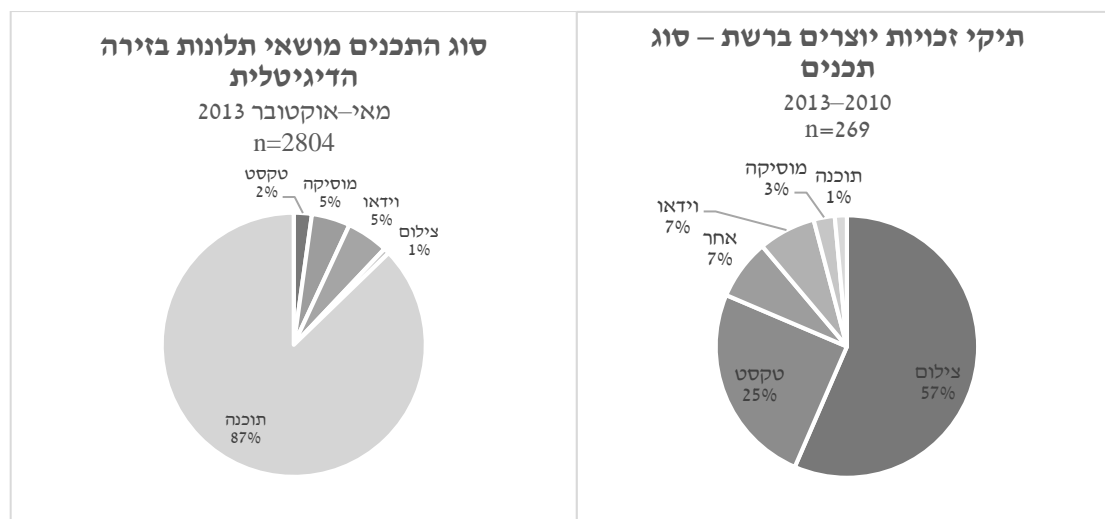
איור 7 מציג את התפלגות היצירות שנדונו בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת לעומת היצירות שטופלו בזירה הדיגיטלית. הנתונים מעידים על חלוקת עבודה ברורה בין הזירות, הנובעת מזהות השחקנים השונים הפועלים בשתי הזירות. ניתן לראות כי בזירת בתי המשפט, מרבית היצירות (57%) מושא התביעות הן צילומים, רבע מהיצירות (25%) הן יצירות ספרותיות,¹⁶³ והיתר – תוכני וידאו (7%), מוסיקה (3%) ותוכנה (1%). לעומת זאת בחינת סוג היצירות בזירה הדיגיטלית מעלה כי זירה זו נשלטת בבירור על ידי תעשיית התוכנה, כאשר במרבית המקרים (87%) היצירה המפירה לכאורה היא תוכנה. ביתר המקרים החומרים המפירים לכאורה הם טקסט, יצירות מוסיקליות או וידאו וצילומים.¹⁶⁴ על מנת לבחון אם קיים קשר מובהק סטטיסטית בין התפלגות סוגי היצירות מושא האכיפה בכל אחת מהזירות בוצע מבחן סטטיסטי חי בריבוע, ונמצא קשר מובהק ($p < 0.001$).

161 ס' 4(א) לחוק זכות יוצרים

162 שם, בס' 4(א)2.

163 מדובר במאמרים וכתבות באתרים מסחריים, טקסטים שיווקיים ועוד.

164 לשם השוואה, בארצות הברית עיקר החומרים המפירים לכאורה הם מוסיקה (44%), בידור למבוגרים (28.1%) וסרטים/טלוויזיה (17%). שיעור הבקשות שעניין הפרת זכויות יוצרים לכאורה בתוכנה הוא רק 7.5% (ראו URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל ה"ש 132, בעמ' 85). ההבדל בין סוגי התכנים שבעניינם מתבקשת הסרה בין ישראל לארצות הברית, מעידים שסוג התכנים והשחקנים הפעילים בזירה זו עשוי להשתנות ממדינה למדינה.



איור 7. סוג התכנים הנדונים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת ובזירה הדיגיטלית, 2010–2013

3. שמירה על תכלית החוק

(א) מבוא

זכות היוצרים אינה מוחלטת, והיא כפופה לשימושים שונים המותרים ללא צורך בקבלת היתר מבעל הזכות. השימושים המותרים המנויים בפרק ד לחוק זכות יוצרים מסייגים את זכות היוצרים על מנת לשרת את התכלית הכפולה של דיני זכויות יוצרים שהיא יצירת תמריץ ליצירה מחד גיסא והנגשת אותה ליצירה לציבור מאידך גיסא.¹⁶⁵ בתוך כך משרתים השימושים המותרים את הערכים של עידוד היצירה באמצעות הרחבת מעגל היוצרים ופיתוח יצירות קיימות, קידום החינוך והמחקר וערכים נוספים, כגון חופש הביטוי וחופש המידע, חופש העיסוק וקיום הליך תקין.¹⁶⁶ השימושים המותרים משרתים גם שורה של 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, וכן מניעת שימוש לרעה בכוח המונופוליסטי שנובע מזכות היוצרים.¹⁶⁷ בצד שורה של כללים פרטניים להגדרת שימושים מותרים מגדיר סעיף 19 לחוק את הזכות לשימוש הוגן. סעיף זה הוא נורמה פתוחה (סטנדרט) המסמיכה את בתי המשפט להתיר שימוש ביצירה גם ללא הרשאת בעל זכות היוצרים לשם רשימה פתוחה של מטרות, בהפעלת שיקול דעת לפי השיקולים שהוגדרו בחוק.¹⁶⁸

¹⁶⁵ השימושים המותרים מוגדרים בס' 20–30 ו-32 לחוק, והם כוללים: את השימוש המותר בהליכים משפטיים (ס' 20); העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור (ס' 21); שימוש אגבי (ס' 22); שידור או העתקה של יצירה הממוקמת במקום ציבורי (ס' 23); העתקת תוכנת מחשב או עשיית יצירה נגזרת ממנה (ס' 24); הקלטות לצורכי שידור (ס' 25); העתקה זמנית (ס' 26); יצירה אומנותית נוספת של היוצר (ס' 27); שיקום והקמה מחדש של בניינים (ס' 28); ביצוע פומבי במוסד חינוך (ס' 29); ושימושים מותרים בספריות, בארכיונים ובגופים אחרים (ס' 30).

¹⁶⁶ ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 327 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: אלקין-קורן "זכויות משתמשים").

¹⁶⁷ שם; ראו גם Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).

¹⁶⁸ ראו גרינמן א, לעיל ה"ש 13, בעמ' 327.

להלן יבחן פרק זה כיצד בפועל באה לידי ביטוי הזכות לשימוש הוגן בזירת בתי המשפט. לאחר מכן תבחן האפשרות הדומה הניתנת בזירה הדיגיטלית לצד המפר לכאורה להתנגד לבקשת ההסרה ולהעלות טענות שלפיהן מותר לפרסם את היצירה גם ללא רשות בעל זכות היוצרים.

(ב) מקומו של השימוש ההוגן בהליך האכיפה השיפוטי

איור 8 מתייחס לטענות ההגנה שהעלו הנתבעים. מעניין במיוחד הממצא שלפיו ברובם של הדיונים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת (52%) לא הועלתה כלל טענת שימוש הוגן בידי הנתבע. רק ב-11% מן התיקים הועלתה טענת שימוש הוגן. ביתר התיקים (37%) לא עלתה טענת שימוש הוגן, מכיוון שבמרבית המקרים מדובר בתיקים שהסתיימו בהליכי גישור או פשרה או מקרים שבהם ניתן פסק דין במעמד צד אחד או תיקים שבהם לא נמצאו כתבי הגנה מכל סיבה אחרת.

בשל שיקול הדעת הרחב אשר ניתן בסעיף זה לבית המשפט, היה ניתן לצפות כי את הטענה הזאת יעלה מספר גבוה גדול של נתבעים אשר בחרו לנהל את ההתדיינות ולא להתפשר בטרם התחיל ההליך. לפיכך הממצא שלפיו טענת השימוש ההוגן כמעט איננה נטענת בידי נתבעים מפתיע אפוא במיוחד. אומנם ההנחה היא כי תביעות אשר מתייחסות למקרים שבהם הוגנות השימוש ברורה לא היו מוגשות מלכתחילה, ולכן סביר להניח כי כל עוד מתנהלת תביעה הסיכוי להכיר בהוגנות השימוש נמוכה.¹⁶⁹ עם זאת עצם קיומו של הליך משפטי, בניגוד להליך פשרה, מעיד שהנתבע מעריך כי עומדת לזכותו הגנה רצינית, וטענת "שימוש הוגן" יכולה להיות אחת מהן.¹⁷⁰ לפיכך עצם העובדה כי טענה זו עולה במספר מצומצם של מקרים מפתיעה למדי. הסבר אפשרי לממצאים הוא כי מדובר בתקופת מעבר. שימוש הוגן הוכר במשפט הישראלי רק בשנת 2008 עם כניסתו לתוקף של חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. החוק החדש החליף את דוקטרינת ה**טיפול ההוגן**, המקובלת במשפט האנגלי, בדוקטרינת ה**שימוש ההוגן**, השאובה מן המשפט האמריקאי.¹⁷¹ אף שעל פי החוק החדש שימוש הוגן ביצירה ייבחן על פי הוראות החוק החדש גם כשמדובר בפעולות שנעשו לפני כניסתו של החוק החדש לתוקף, ייתכן שבתקופת המחקר טרם הופנם השינוי בחוק בקרב המתדיינים ונציגיהם.¹⁷² אומנם היה ניתן לצפות שהמעבר מדוקטרינת טיפול ההוגן, הצרה יחסית, לדוקטרינה של שימוש הוגן, המקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב יותר בהתרת השימוש ביצירה, תעודד נתבעים להתגונן בעילה זו.¹⁷³ אולם הואיל ושימוש הוגן הוא מושג שסתום המקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט, הדבר יוצר חוסר ודאות בנוגע להיקף תחולת הסעיף ועלול להקשות על נתבעים לזהות את הנסיבות שבהן ניתן להעלות טענה זו.

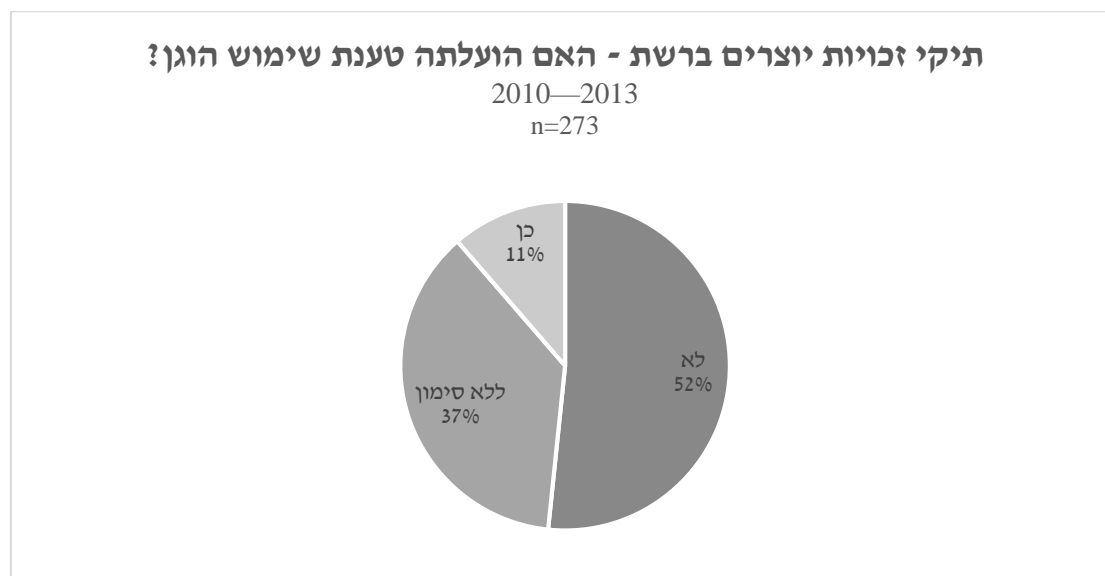
¹⁶⁹ מצד אחר, על-פי רוב אין מוטלת פסיקת הוצאות על תובע אשר הגיש תביעה משוללת יסוד, ולכן עבור שחקנים מסוימים, במיוחד שחקנים חוזרים, עלות הגשת התביעה נמוכה גם בהיעדר בסיס.

¹⁷⁰ ראו Niva Elkin-Koren, *The New Frontiers of User Rights*, 32 AM. U. INT'L L. REV. 1 (2016). חשוב לציין, כי גם טענת "טיפול הוגן" לא נטענה בתיקים אשר נבדקו. למרות האמור לעיל, ניתן להעריך כי כשמדובר בנתבעים משתמשים שימוש מסחרי ביצירות הנטענות כמפירות, הסיכוי שבתי המשפט יקבלו טענה של שימוש הוגן עשוי להיות נמוך יותר, אם כי בתי המשפט בישראל הדגישו כי שימוש מסחרי איננו שולל כשלעצמו שימוש הוגן (ראו פרשת הפרמיייר ליג, לעיל ה"ש 28).

¹⁷¹ ראו דברי ההסבר לס' 19 (ב) להצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 1116, 1126.

¹⁷² תקופת המחקר, בשנים 2010-2013, כללה עקרונות גם בחינת תביעות "ישנות" (קרי: לפני כניסת חוק זכות יוצרים לתוקף). עם זאת, בס' 78 (ג) לחוק נאמר כי על פעולה ביצירה שנעשתה לפני מועד תחילת החוק לא יחולו ההוראות "לעניין הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית ולעניין תרופות [...] ואולם, פעולה כאמור שאינה מהווה הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית לפי הוראות חוק זה, לא תהיה לגביה זכות תביעה לפי הוראות הדין הקודם". לפיכך, שימוש הוגן ביצירה ייבחן על-פי הוראות החוק החדש גם כשמדובר בפעולות שנעשו לפני כניסתו של החוק לתוקף (ראו אפורי, לעיל ה"ש 94, בעמ' 540).

¹⁷³ מעניין כי גם טענת טיפול ההוגן, על-פי הדין הקודם, נדונה בישראל במספר קטן יחסית של פסקי דין. עם זאת יודגש כי נתון זה מתייחס להחלטות ולא לכתבי טענות, כמו במחקר הנוכחי (ראו אלקין-קורן "זכויות משתמשים", לעיל ה"ש 166).



איור 8. הפרת תיקי זכויות יוצרים ברשת – האם הועלתה טענת שימוש הוגן? 2010–2013

(ג) הודעה נגדית בזירה הדיגיטלית

כפי שהוסבר לעיל,¹⁷⁴ מנגנון ההודעה הנגדית הוא חשוב כדי להגן על המפר לכאורה מפני הסרת תוכן ללא הצדקה משפטית לכך. כמו כן מנגנון זה מיועד להגן על האינטרס הציבורי במניעת הגבלות על גישה לתוכן שאינו מפר ולהבטיח את חופש הביטוי.

חשוב לציין כי בפועל חשיבותו המעשית של מנגנון ההודעה הנגדית מוגבלת. גורמי הביניים מסירים את התוכן מיד, מבלי להמתין להודעות נגדיות. נוסף על זה, במקרים רבים הגורמים שנגדם מוגשת בקשת ההסרה יהיו חסרי הכשרה וידע בנושא זכויות יוצרים, והם עלולים להתקשות להבין את מלוא המשמעות של הודעה נגדית ולהירתע מהסיכון הכרוך בחשיפה לתביעה משפטית. גורמי ביניים דיווחו גם על חשש להחזיר חומרים אשר נטען בעניינם כי הם מפירים זכויות יוצרים בעקבות הודעה נגדית למרות לשון החוק אשר פוטרת אותם מאחריות במקרה שהחומרים אכן מפירים.¹⁷⁵ במחקר הנוכחי לא נמצאו כל הודעות נגדיות. ממצא זה נמצא גם במחקרים דומים שנעשו בארצות הברית.¹⁷⁶ עובדה זו איננה מפתיעה, שכן כאמור לעיל, הדין האמריקאי אינו מטיל חובה על מנועי החיפוש להודיע למפר לכאורה כי הקישור לחומר שהעלה הוסר. בהיעדר הודעה יתקשה הגורם המפר לכאורה לגלות בעצמו שהחומרים שהעלה לרשת אינם מקושרים ממנוע החיפוש של Google. גילוי כאמור עלול לארוך זמן-מה, לעיתים לאחר שכבר נגרם נזק למפר לכאורה בשל הסרת הקישור לתכנים (למשל אם מדובר בפרסומת לעסק או בתעמולת בחירות). נוסף על זה, בהיעדר הודעה המפרטת מדוע הוסר הקישור, לא יכול המפר לכאורה לדעת מהן העילות שבגינן הוסר הקישור, ולכן אף אינו יכול להתגונן בעניינן. לפיכך למרות קיומו של מנגנון ההודעה הנגדית גורמי הביניים נוטים להתייחס אליו כ"אות מתה" מכיוון שבפועל הודעות נגדיות כמעט שאינן מוגשות.¹⁷⁷

¹⁷⁴ ראו פרק ב.2 לעיל.

¹⁷⁵ ראו URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל ה"ש 132, בעמ' 44.

¹⁷⁶ שם, בעמ' 95 וההפניות שם.

¹⁷⁷ שם, בעמ' 44.

עם זאת חשוב לציין כי ב-88% מהבקשות אשר נבחנו במחקר, ההתרשמות מהחומרים המפירים לכאורה הייתה כי חומרים אלו ככל הנראה אכן מפירים זכויות יוצרים והם בבחינת העתקה מלאה של היצירה המקורית, לכן הדבר עשוי להסביר במובן מסוים מיעוט ניכר של הודעות נגדיות.¹⁷⁸ כמו כן ייתכן כי הדבר מצביע על כך כי תלונות על נוכחות תכנים מפירים ברשת מוגשות רק מתוך ביטחון מלא של בעל הזכויות כי אכן מתקיימת הפרה.¹⁷⁹

4. תוצאות הליכי האכיפה

(א) פיקוח משפטי על ניהול הסכסוך

אחד ההבדלים הבולטים בין ניהול הסכסוך בזירה הדיגיטלית לבין תביעה משפטית המוגשת לבית המשפט הוא ביקורת שיפוטית. הליך "הודעה והסרה" מכוון לספק סעד מיידי – הסרה – ללא כל הפעלת שיקול דעת מצד גורם הביניים. תהליך ההודעה וההסרה המתבצעת בעקבותיו נעשה ללא בחינת עילות ההסרה וללא כל מנגנוני בקרה שיפוטיים המפקחים על הליכים אלו. זאת ועוד, מנגנון ההסרה שעבר כאמור בשנים האחרונות תהליך אוטומציה איננו שקוף ומקשה מאוד הפעלת ביקורת שיפוטית על ההליך גם בדיעבד.¹⁸⁰

לעומת זאת ההליך המשפטי נועד לאפשר לצדדים לנהל את הסכסוך המשפטי ביניהם בפני ערכאה שיפוטית: לשטוח את טענותיהם המשפטיות, ליהנות מהגנת בית המשפט במסגרת הליך הוגן ולזכות בהכרעה שיפוטית בטענות השנויות במחלוקת. ההליך נועד להבטיח כי הסכסוך לא יוכרע שרירותית אלא על פי הוראות החוק וללא משוא פנים.

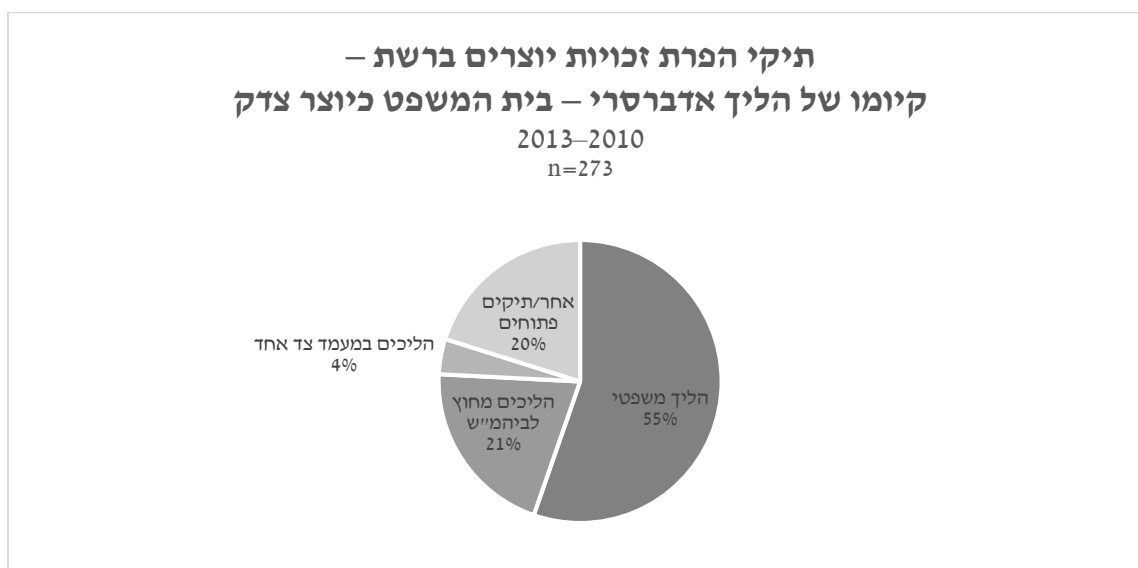
ממצאי המחקר מצביעים על כך שגם ההליכים המשפטיים לאכיפת זכויות יוצרים ברשת שהתנהלו בבתי המשפט היו נתונים בפועל לפיקוח משפטי מצומצם. כמתואר באיור 9, ב-55% מהתיקים התקיים הליך משפטי, אשר כולל תיקים אשר הסתיימו בפסיקה של בית המשפט, אם בפסק דין לטובת התובע או הנתבע, בפסיקה על דרך של פשרה (סעיף 79א לחוק בתי המשפט)¹⁸¹ ובפסק דין

178 ההבחנה כי במרבית המקרים היצירות אכן הפרו זכויות יוצרים הייתה פשוטה יחסית, מכיוון שברוב המקרים היה מדובר ביצירות מסוג תוכנה אשר הועתקו במלואן (לעיל איור 7. סוג התכנים הנדונים בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת ובזירה הדיגיטלית, 2010–2013). לשם ההשוואה חשוב להתייחס למחקרם של URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל ה"ש 132, אשר מצביע בעמ' 106 על אחוז ניכר (36.8%) של בקשות הסרה הנתונות בספק.

179 חשוב לסייג נתון זה לאור העדויות על בקשות הסרה שמקורן ככל הנראה בטעות, כאשר הן מייחסות הפרת זכות יוצרים לתוכן שמקורו ביוצר. ראו למשל: Andy, *Harry Potter Publisher Goes on a Bizarre Anti-Piracy Rampage*, TORRENTFREAK (Apr. 14, 2016), <http://bit.ly/2wOCZaw>. כמו כן, קיימות עדויות על בקשות הסרה המבקשות להסיר תכנים שכבר אינם זמינים ברשת למשך שנים רבות, למשל במקרה של Ernesto Van Der Sar, *After 4 Years... Copyright Holders Still Think MegaUpload is Alive*, TORRENTFREAK (Apr. 17, 2016), <http://bit.ly/2MWt90w>. ראו Perel & Elkin-Koren, *Black Box Tinkering*, לעיל ה"ש 111.

180 ס' 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: חוק בתי המשפט) מקנה סמכות לבית המשפט בהתדיינות אזרחית לפסוק על דרך הפשרה בהסכמת הצדדים. תכלית הפשרה, לפי סעיף זה, היא לקדם את פתרון הסכסוך ובה-בעת להפחית מהעומס בבתי המשפט. משכך, הליכים אלו אינם כפופים לסדרי הדין. בשונה מפסק דין ומפשרה בהסכמה, בפשרה לפי ס' 79א לא הצדדים קובעים את תנאי ההסכם, אלא בית המשפט – על-פי שיקול דעתו. עם זאת, באפשרות הצדדים למקד את בית המשפט בנושאים שבהם הם מעוניינים שיפסוק, על-מנת למנוע פסיקות לפי הדין המהותי. אם לא הבהירו מפורשות לבית המשפט שאת זאת הם מבקשים, בסמכותו של בית המשפט להכריע הן לפי הדין והן דרך פשרה. אולם, החלטת בית המשפט לקבל תביעה או לדחותה לנוכח הדין המהותי, תהא נדירה עת הצדדים ביקשו לפסוק על דרך הפשרה. הסכמות שנעשו מכוח ס' 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. ראו אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי 599** ואילך (מהדורה שתיים עשרה, 2015); ראו גם יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי 568** ואילך (2015).

בהסכמה,¹⁸² ואם באישור שיפוטי של פשרה/גישור שהושגו מחוץ לכותלי בית המשפט על ידי בית המשפט.¹⁸³ לעומת זאת 21% (יותר מחמישית) מההליכים מתנהלים מחוץ לכותלי בית המשפט, בהליכי פשרה, מבלי שבית המשפט יידרש לאשר אותם. נוסף על זה, 4% מהתיקים מתנהלים במעמד צד אחד בלבד, אם בשל אי-הגשת כתב הגנה בידי המשיב, ואם בשל היעדר התייצבות לדיון. ב-20% מהתיקים אין החלטה, בין שהתיקים נותרו פתוחים עד מועד סיום הקידוד, ובין שלא הוזנה החלטה בתיק.¹⁸⁴ במרבית המקרים שבהם התנהלה התביעה במעמד צד אחד (8 תיקים מתוך 12) נפסקו פיצויים בסכום שהתובע ביקש. 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 ש"ח, וניתן פיצוי בסך של 100 אלף ש"ח בלבד.



איור 9. תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – קיומו של הליך אדברסרי – בית המשפט כיוצר צדק, 2013–2010

(ב) הליכי פשרה בזירה המשפטית

לצד התפקיד שממלא בית המשפט בהכרעה בסכסוך בין מתדיינים, להכרעה השיפוטית נועד תפקיד חשוב גם בפיתוח הדין, בפרשנות הוראות החוק ובהצהרה על תכלית החוק, ערכי החברה והאינטרס

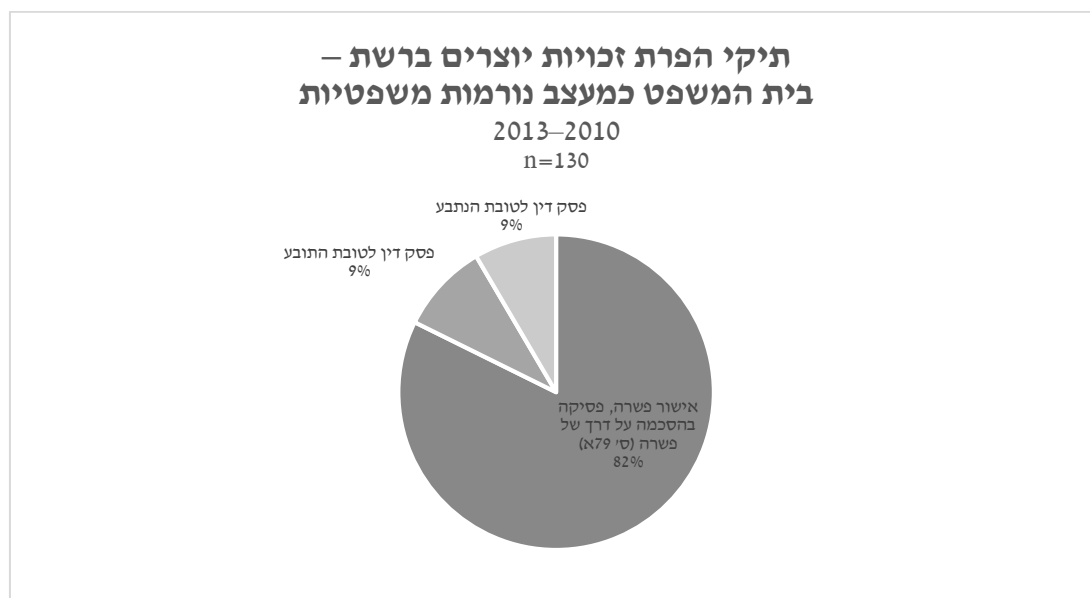
¹⁸² ראו תק' 161(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, מקנה סמכות לבית המשפט ליתן תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים אשר הושגה מחוץ לכותלי בית המשפט. תפקידו של בית המשפט נע מאישורו גרידא, לבין התערבות שיפוטית בהסכם במידת הצורך (ראו גורן, לעיל ה"ש 181, בעמ' 599; יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 549 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995)). יצוין כי אין בית המשפט חייב לאשר את ההסכם, אך מוקנה לו שיקול דעת נרחב.

¹⁸³ פסק דין בפשרה כפוף לאותם הכללים החלים על פסק דין בהסכמה לעיל. הסכם הפשרה הוא פתרון לסכסוך בין צדדים בתנאים הוגנים, אגב ויתורים הדדיים על טענות מסוימות. הסכמת הצדדים יכול שתהא על מהות ההסדר או על הפן הדיוני. עקרון הסופיות הוא ערך מרכזי בהסכם פשרה, ולכן פגיעה בסופיות תיתכן רק אם התגלו עובדות מאוחרות חדשות. משכך, משאושר ההסכם, לא יפנו הצדדים שוב לבית המשפט, אלא אם נקבע אחרת בתוכן ההסכם. קיימים שני סוגים של הסכמי פשרה: האחד מסיים את חבויות הצדדים באמצעות הפקעת זכויותיהם וחבויותיהם של הצדדים; השני חוסם את הצדדים מתביעות אחד כלפי חברו בתוך כדי 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 ושיפוטי. 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 ההסכם הפשרה (ראו גורן, לעיל ה"ש 181, בעמ' 604; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 181, בעמ' 568 ואילך).

¹⁸⁴ לעיתים מדובר בתיקים אשר נמחקו לבקשת התובע.

הציבורי. הליכים המסתיימים בפשרה אינם מהווים תקדים ואינם מסייעים לפזר את חוסר הודאות המשפטי המלווה את יישום הדין בחיי היום-יום.

איור 10 מציג את התפלגות פסיקתו של בית המשפט בתיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת, וממנה עולה כי 82% מפסקי הדין הם פסיקה בהסכמה על דרך של פשרה¹⁸⁵ או אישור פשרה שהושגה מחוץ לכותלי בית המשפט. בפחות מחמישית מן המקרים בלבד (18%) ניתן פסק דין המבטא הכרעה שיפוטית בנושאים המהותיים: 9% מהתיקים מסתיימים בפסק דין לטובת הנתבע, ואילו 9% מהתיקים מסתיימים בפסק דין לטובת התובע.



איור 10. תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – בית המשפט כמעצב נורמות משפטיות, 2013–2010

כלומר, ניתן לראות כי במרביתם המכריע של התיקים המתנהלים בזירת בתי המשפט אין למעשה עיצוב של הכלל המשפטי, כאשר מרבית התיקים המתנהלים בבתי המשפט מסתיימים באישור פשרה שהושגה מחוץ לכותלי בית המשפט, או פסיקה בהסכמה על דרך של פשרה, ואינם מבטאים פיתוח הדין בהקשר של הפרת זכויות יוצרים ברשת על ידי בית המשפט.¹⁸⁶

ג) סעדים בגין הפרת זכויות יוצרים בזירת בתי המשפט

הפרת זכות יוצרים היא עוולה אזרחית, והפרות מסוימות אף עלולות להיות בגדר עבירות פליליות. חוק זכות יוצרים מעניק לבית המשפט סמכות להוציא צו מניעה נגד מפר הזכות,¹⁸⁷ להעניק סעד כספי, כלומר: פיצויים,¹⁸⁸ וצו למתן חשבונות. כמו כן יכול בעל הזכות לבחור בפיצויים ללא הוכחת

¹⁸⁵ ראו סי' 79א לחוק בתי המשפט.

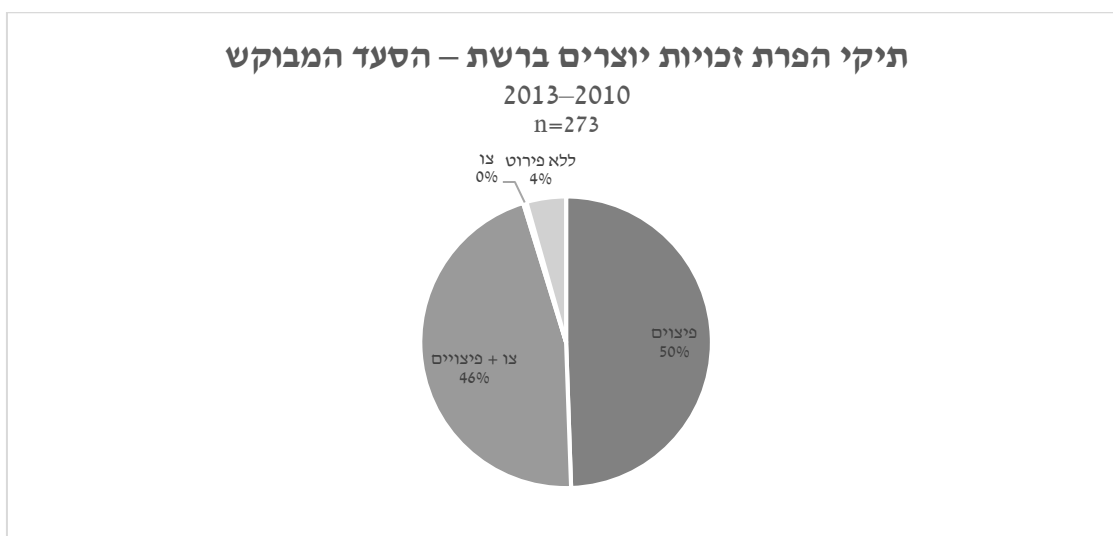
¹⁸⁶ כל זאת, נוסף על התיקים אשר מסתיימים בפשרות מחוץ לכותלי בית המשפט – ללא אישור בית המשפט לפשרה שהושגה (21% מהתיקים), או תיקים שהתנהלו במעמד צד אחד (4% מהתיקים) (ראו איור 9 להלן).

¹⁸⁷ ככלל, הענקת צו מניעה קבוע נועדה לעצור את המשך הפרת זכות היוצרים. סי' 53 לחוק 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. 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.

¹⁸⁸ 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 הוא 100,000 ש"ח (ראו סי' 56 לחוק). ניתן לתבוע את שני הפיצויים יחד, אולם בית המשפט יבחן מה הנזק שנגרם לבעל הזכות ולא יאפשר פיצוי גבוה מנזק זה (ראו ע"א 4500/90 **הרשקו נ' אורבך**, פ"ד מט 419 (1995)). בית המשפט גם יכול לפסוק את שווי הפיצוי שאינו ממוני במהותו, כגון עוגמת נפש.

נוק. ¹⁸⁹ נוסף על זה, בית המשפט רשאי להוציא צו להשמדת עותקים מפירים של יצירה או לביצוע פעולה אחרת בהם ולהעברת הבעלות בעותקים המפירים לידי התובע. נוסף על זה, זכאי בעל הזכות לסעדים זמניים, לפי הנסיבות.

איור 11 מציג את התפלגות הסעד המבוקש בתיקים העוסקים בהפרת זכויות יוצרים ברשת. ניתן לראות כי במרבית המקרים מתבקשים פיצויים בלבד, ואילו במקצתם מבוקש צו כלשהו בצירוף בקשה לקבלת פיצויים. האטרקטיביות של תביעות לפיצויים עולה במיוחד בהינתן סעד של פיצויים ללא הוכחת נזק. ¹⁹⁰ על פי סעיף 56 לחוק, רשאי בית המשפט לפסוק לתובע על פי בקשתו פיצויים ללא הוכחת נזק, עד לתקרה של 100,000 ש"ח. ¹⁹¹ מטרת הפיצוי הסטטוטורי להבטיח פיצוי לתובע גם כאשר קשה להוכיח נזק בפועל, אך בד בבד פיצוי זה נועד לסייע ביצירת הרתעה.



איור 11. תיקי זכויות יוצרים ברשת – סעד מבוקש, 2013-2010

עוד עולה מנתוני המחקר כי במקרה של תיקים העוסקים בהפרת זכות יוצרים בצילום, ב-68% מהתיקים נפסקים פיצויים בלבד בשל ההפרה. הפופולריות של תביעות הפיצויים במקרה של תצלומים, לעומת בקשת צו כלשהו בצירוף בקשה לפיצויים, מחזקת את התחושה כי תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים על צילומים היא חלק ממודל עסקי של תובעים מסוימים. ¹⁹²

באיור 12 ניתן לראות השוואה בין הסכום הנתבע במסגרת הדיון בהפרת זכות יוצרים ובין הסכום שנפסק בסופו של דבר לטובת התובע. ניתן לראות כי מתוך 95 תיקים אשר בהם נערכה בחינה זו, ב-48 תיקים קיבל התובע סכום שאינו עולה על 10% מסכום התביעה. ב-27 תיקים קיבל התובע 11%-20% מסכום התביעה. מעניין לראות כי קיימים שמונה תיקים שבהם התובע קיבל 100% מהסכום המבוקש. מדובר למעשה בתיקים אשר נדונו במעמד צד אחד, אם בשל היעדר כתב הגנה

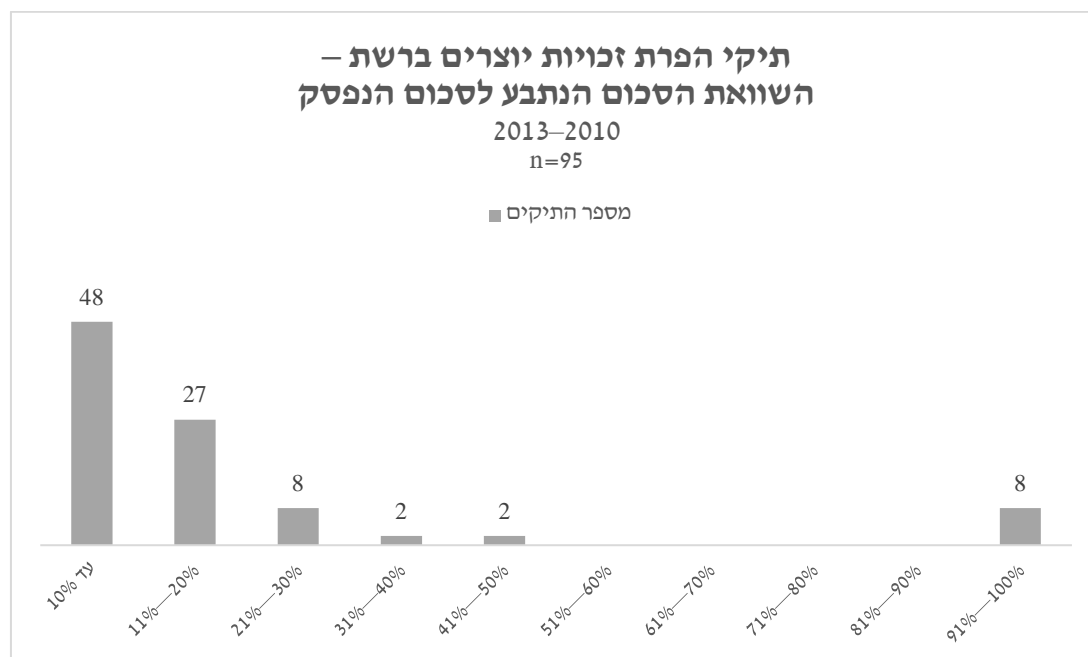
¹⁸⁹ פרק ח' לחוק. חשוב לציין כי סמכות השיפוט העניינית בתביעות כספיות בגין הפרת זכות יוצרים מתחלקת בין בתי משפט השלום ובין בתי המשפט המחוזיים על-פי חלוקת הסמכויות הרגילה בין בתי המשפט, כאשר תביעות העולות על סכום של 2.5 מיליון ש"ח יידונו בבתי המשפט המחוזיים (ס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט). תביעות ששווין אינו ניתן להערכה כספית מצויות בסמכות בית המשפט המחוזי, ולכן תביעות לצווי מניעה בגין הפרת זכויות יוצרים תידונה בערכאה זו. עם זאת, על-פי ס' 40(4) לחוק בתי המשפט, בית המשפט המחוזי ידון בתביעות כספיות בעניין זכויות יוצרים הכרוכות בתביעה אחרת בעניין זכות יוצרים הנתונה לסמכות השיפוט שלו, אפילו סכום התביעה אינו עולה על גבול הסמכות של בית משפט השלום.

¹⁹⁰ לדיון בנושא פיצוי ללא הוכחת נזק בהקשר של זכויות יוצרים, ראו: עמית אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים** 573 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

¹⁹¹ ס' 56(ב) לחוק זכות יוצרים מבנה את שיקול הדעת של בית המשפט, בהגדירו מהם השיקולים שבית המשפט רשאי לשקול בבואו לקבוע את סכום הפיצוי.

¹⁹² כמו כן, ייתכן כי הדבר מצביע על רצונו של התובע להימנע מהעברת התביעה להתדיינות בבית המשפט המחוזי.

ואם בשל אי-התייצבות של הנתבע לדיון בבית המשפט. ייתכן כי הסכומים הנמוכים הנפסקים בסופו של דבר בבתי המשפט מהווים מנגנון איזון או תיקון לצורך הגנה על הנתבעים בעניין הנטייה לפנות לבית המשפט בבקשת סעד כספי גבוה ללא הוכחת נזק.



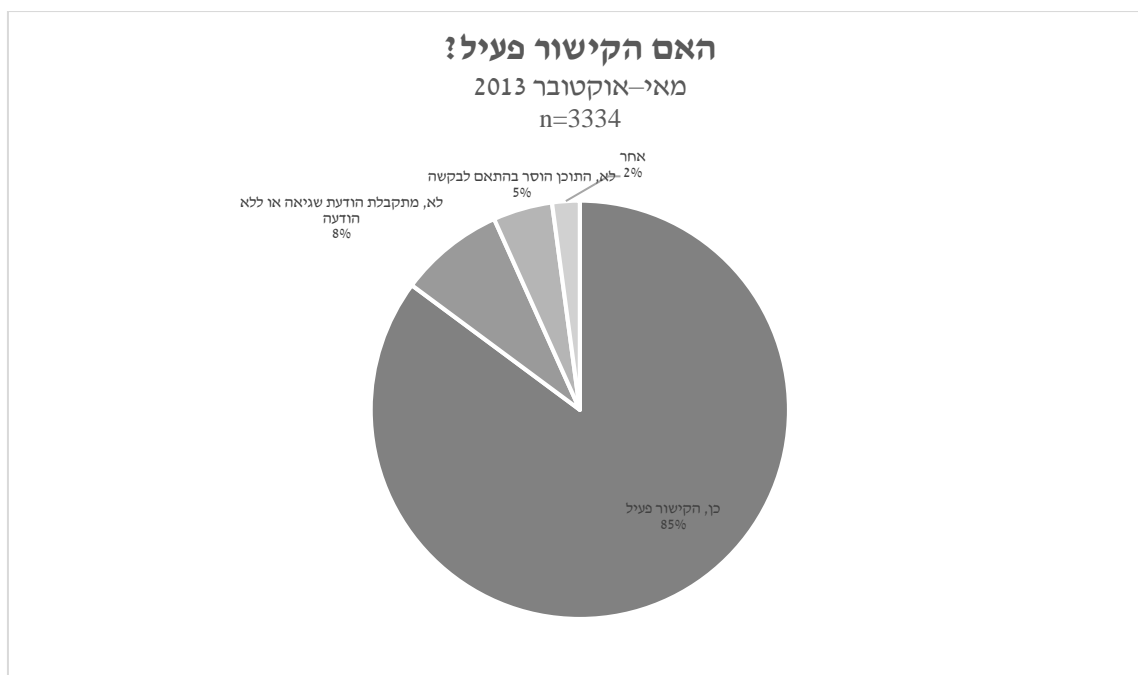
איור 12. תיקי הפרת זכויות יוצרים ברשת – השוואת אחוז הסכום הנפסק, 2013–2010

(ד) אפקטיביות הסעד בזירה הדיגיטלית

בחינת אפקטיביות האכיפה בזירת האכיפה הדיגיטלית, כפי שהיא באה לידי ביטוי באסטרטגיה שבה פועלים בעלי הזכויות, מעלה תוצאות מפתיעות. כפי שעולה מאיור 13, ב-85% מהמקרים הקישור לתוכן המפר עדיין חי למרות ההסרה מתוצאות החיפוש ב-Google. במילים אחרות, בהמשך לבקשת הסרת התוכן הקישור ככל הנראה אינו זמין בתוצאות החיפוש של Google, אבל ניתן להגיע אליו ישירות באמצעות הקישור. רק ב-8% מהמקרים ניסיון להגיע לחומר המפר באמצעות הקישור הישיר הוביל להודעת שגיאה, וב-5% מקרים נוספים התוכן לא היה קיים ברשת בכלל.¹⁹³

ניתן לטעון כמובן כי הדבר אינו מצביע על יעילות מעטה של אכיפה, מכיוון שהיעדרות מתוצאות החיפוש של Google עשויה לצמצם את ההפניה לאתר הרלוונטי במידה ניכרת. עם זאת בהתחשב בעובדה שעיקר התוכן המפר לכאורה מצוי בשני אתרים עיקריים אשר אחראים לקרוב ל-80% מבקשות ההסרה, ניתן להניח כי מפירים לכאורה יודעים להגיע ישירות לאתרים אלו על מנת להגיע לחומר המפר (ראו לעיל איור 6). בכך עצם הסרת החומרים ממנוע החיפוש אינה אפקטיבית לצורך מניעת גישה לחומרים מפירים. למרות זאת ניתן כמובן לטעון כי הסרת הקישורים מתוצאות החיפוש ב-Google עשויה לסייע בצמצום חשיפתו של התוכן המפר למשתמשים חדשים, ובכך לצמצם את הפעילות המפירה.

¹⁹³ ניסוי מעניין שנערך בקרב אתרי שיתוף וידאו ותמונות בישראל, מלמד כי רק 50% מאתרי שיתוף וידאו ו-12.5% מאתרי שיתוף תמונות הסירו תכנים מפירים לכאורה לאחר קבלת בקשת הסרה (ראו, Perel & Elkin-Koren, *Black Box Tinkering*, לעיל הי"ש 111).



איור 13. האם הקישור פעיל? מאי-אוקטובר 2013

מלבד זאת היה ניתן אולי לצפות ששתי זירות האכיפה הפועלות בד בבד תהיינה זירות משלימות, וכך תובעים שבחרו לפעול להסרת יצירות מפירות מן הרשת ינקטו אמצעים נוספים לאכיפת זכויותיהם בבית המשפט.¹⁹⁴ אולם מתברר כי השחקנים הפעילים בזירת האכיפה הדיגיטלית, חברות התוכנה הרב-לאומיות, נעדרים כמעט לחלוטין מבתי המשפט בישראל.¹⁹⁵ כפי שהראינו לעיל, תביעות בגין הפרת זכות יוצרים בתוכנה הן רק 1% מכלל התביעות שהוגשו בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת בבתי משפט בישראל בתקופה הנדונה,¹⁹⁶ ולכן האמצעי המרכזי לאכיפת זכויות יוצרים בתוכנה הוא משלוח שיטתי של הודעות הסרה למנוע החיפוש Google.

ד. ניתוח ומסקנות

המחקר המתואר במאמר זה מספק תמונה עשירה של הפעילות בישראל לאכיפת זכויות יוצרים ברשת: נקיטת הליכים משפטיים בגין הפרת זכויות יוצרים בבתי המשפט והגשת בקשות לגורמי ביניים להסרת תוכן מפר מאתרים ישראליים. ממצאי המחקר אשר תוארו לעיל שופכים אור על השינויים הגדולים המתרחשים בתחום אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט ועל השפעתם הניכרת על גישה לידע ועל חופש ביטוי, על הגשמת התכלית של דיני זכויות יוצרים, על הגישה לצדק ועל קיומו של הליך הוגן. בכך יש במחקר זה כדי לסייע לחדד את האתגרים הניצבים בפני מעצבי מדיניות לעניין הסדרת מנגנוני האכיפה ברשת. היבטים אלה מפורטים להלן, בהתייחסות לממצאי המחקר אשר נדונו לעיל.

¹⁹⁴ ניתן לחשוב על הקונספט של "השלמה", במובן שבו הזכויות בחלק מהיצירות תיאכפנה בזירה אחת, וחלקן בזירה השנייה, וכך בפועל תיאכפנה זכויות היוצרים בכלל היצירות המופרות. אף שבמאמר זה אכן ניתן לראות חלוקה מובהקת באשר לסוגי היצירות הנאכפות בכל זירה, הרי שלא ניתן לומר שכלל היצירות נאכפות. כך למשל, שיעור האכיפה בשתי הזירות בנוגע ליצירות מסוג טקסט ווידאו הוא נמוך למדי בשתי הזירות.

¹⁹⁵ יש לציין, כי ייתכן שחברות אלו פועלות מחוץ לבתי המשפט באמצעות משלוח מכתבי התראה בהשתמשן במעמדן המאיים על מנת להביא להפסקת פעילות ההפרה. עם זאת, העובדה שמרבית החומרים עדיין זמינים ברשת (כפי שהראינו בחלק ג.4) (ד) לעיל) עשויה ללמד כי זהו אינו המצב.

¹⁹⁶ ראו איור 7 לעיל.

1. השלכות על גישה לידע ועל חופש הביטוי

בחינת היקף פעילות האכיפה באמצעות גורמי ביניים כפי שהוא משתקף בממצאי המחקר מעלה כי זירת האכיפה הדיגיטלית יצרה מנגנון רב עוצמה באכיפת הזכויות. בקשות להסרת תכנים מפירים לכאורה הופכות להיות פופולריות יותר ויותר, וניכרת עלייה גדולה במספר הבקשות המוגשות מדי חודש לעומת הליכים המתנהלים בבתי המשפט בהיקפים קטנים בהרבה.¹⁹⁷

בשנים האחרונות העלו מלומדים רבים את החשש כי זירת האכיפה הדיגיטלית עלולה להיות מנוצלת לרעה ולפגוע בחופש הביטוי.¹⁹⁸ ממצאי המחקר מספקים הוכחה אמפירית התומכת בחשש זה. מרביתן המכריע (66%) של מבקשות ההסרה אשר נותחו במחקר זה הופנו לתכנים אשר אינם מפירים זכויות יוצרים.¹⁹⁹ המחקר בחן בחינה ממוקדת ונפרדת את הבקשות הנוגעות להסרת תכנים המפירים לכאורה זכויות יוצרים וגילה כי גם בקרב הודעות אלו, בחלק מהמקרים התוכן לא היה בהכרח מפר.²⁰⁰ כך למשל מחקר דומה שנעשה בארצות הברית הצביע על שיעור של 36.8% מהבקשות אשר נבחנו כבקשות המעוררות ספק בנוגע להסרת התכנים.²⁰¹ גם במחקר הנוכחי בחינת סך כל הודעות ההסרה אשר הוגשו ל-Google מעלה כי כמעט 90% מהן הן בקשות שגויות, ומרביתן המכריע אינן כוללות כלל הפרה לכאורה של זכויות יוצרים. בניגוד לתנאים שבהם נעשה מחקר זה, שאפשרו הבחנה בין בקשות הסרה תקינות ובין בקשות שהן ניצול לרעה של המערכת, במציאות הבחנה כזו איננה אפשרית. כלומר ממצאי המחקר הנוכחי מאששים את החשש שהעלו כותבים שונים שלפיו מנגנון ההודעה וההסרה עלול לשמש בפועל לצנזורה חסרת מגבלות ולאפשר הסרה מיידי של תכנים מן הרשת, בהיעדר בלמים ואיזונים הקבועים בחוק להגבלת ביטוי.²⁰² עוד קיימות עדויות אנקדוטליות למקרים שבהן בקשות ההסרה הוגשו כדי להסיר תוכן לגיטימי, למשל כזה המוגן כ"שימוש הוגן".²⁰³

על פני הדברים הליך האכיפה הדיגיטלי עשוי להיות פתרון יעיל לניסיון המאתגר לאכוף זכויות יוצרים ברשת. עם זאת ככל שהרשת הופכת להיות ריכוזית יותר, אכיפה נקודתית של תכנים המפירים זכויות יוצרים המחליפה את זירת האכיפה המסורתית באמצעות בתי המשפט הופכת להיות הלכה למעשה מנגנון לשליטה על התוכן המופץ ברשת.²⁰⁴

197 ראו פרק ג.2(א) לעיל.

198 ראו למשל: M. Margaret McKeown, *Censorship in the Guise of Authorship: Harmonizing Copyright and the First Amendment*, 15 CHI-KENT J. INTELL. PROP. 1, 2, 5 (2016); Sag, *Internet Safe Harbors*, לעיל הי"ש 103, בעמ' 15-16 (מתאר את השלכות של התמריצים שיוצר ה-DMCA על חופש הביטוי).

199 ראו איור 3. סוג ההודעות אשר הוגשו ל-Google, מאי-אוקטובר 2013.

לעיל.

200 ראו URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל הי"ש 132, בעמ' 116. כאמור לעיל, ממצאי המחקר הנוכחי מצביעים דווקא על כך שמרבית התכנים נראים כמפירי זכויות יוצרים, אך יש להביא בחשבון שעיקר התכנים במחקר זה הם תוכנות, ולכן העתקת תוכנה פשוטה יותר לזיהוי ועשויה פחות לעורר מחלוקת, בניגוד לתכנים כגון מוסיקה, תצלומים ועוד (ראו חלק ג.4(ד)).

201 שם.

202 ראו: John Tehranian, *The New Censorship*, 101 IOWA L. REV. 245 (2015); Sag, *Internet Safe Harbors*, לעיל הי"ש 103.

203 דוגמה לכך היא סרטון בן 29 שניות של תינוק הרוקד במטבח הביתי בביתו, כשברקע מתנגן שירו של הזמר פרינס "Let's Go Crazy". הסרטון הוסר מ-Youtube בהמשך לבקשת הסרה שהגישה Universal. סרטון זה היה בהמשך נושא לדיון בבית המשפט האמריקאי: Lenz v. Universal Music Corp., 801 F. 3D 1126 (9th Cir. 2015).

204 ראו Karaganis & Urban, לעיל הי"ש 103, בעמ' 30.

הדבר מעורר חשש כבד מפני הפיכתה של הזירה הדיגיטלית לקרקע פורייה לשימוש לא לגיטימי באמצעות הטיה פשוטה של המערכת. מנגנון ההודעה וההסרה הוא מנגנון רב עוצמה להסרת תכנים מזירת האינטרנט בהיותו מקור מידע חשוב ומרכזי לצרכנים ולאזרחים בעידן הנוכחי. המחקר מצביע על פגיעות של מנגנון זה אל מול המבקשים להשתמש בו אסטרטגית לצורך הסרת מידע רגיש או סוגים שונים של תוכן אחר. העובדה שבקשות רבות להסרת תוכן שאינו מפר זכויות יוצרים הוגשו בידי גורם אחד מצביעה על היכולת ליצור אפקט רב למטרות שונות מאלו של מנגנון האכיפה הדיגיטלי. שימוש אסטרטגי כזה עשוי להוביל לתוצאות לא רצויות שבהן שימוש במנגנון האכיפה הדיגיטלית לצורך הסרת תכנים לא רצויים מצד מתחרים, תכנים פוליטיים או תכנים אחרים השנויים במחלוקת. היעדר בקרה משפטית או ציבורית אחרת על הסרת תכנים עלול להוביל לפגיעה חמורה בחופש הביטוי ובתחרות החופשית.²⁰⁵ מכיוון שהליכי האכיפה בזירה הדיגיטלית מיושמים שלא בגלוי, הדבר מקשה על זיהוי ניצול לרעה של המערכת והתגוננות מפני תופעה זו. כמו כן ככל שהמערכת אינה מסוגלת להבחין בין שימוש לגיטימי בבקשות ההסרה לבין שימוש שאינו כזה, פוטנציאל הפגיעה הוא גבוה.

הדומיננטיות של זירת האכיפה הדיגיטלית והנתח ההולך וגדל של פעילות האכיפה בזירה זו לעומת הנעשה בבתי המשפט מעורר חשש להשלכות הגישה לידע. היכולת להסיר תכנים בקלות רק באמצעות הגשת הודעה יוצרת מנגנון עוצמתי להסרת תוכן מהרשת. סביבת הרשת היא מקור חשוב לחדשות, ידע ונתונים, והסרת תכנים עשויה להיות בעלת השפעה ניכרת על הגישה לידע הכרחי למשתמשים לצורך קבלת החלטות צרכניות, חברתיות ופוליטיות.

כמו כן קיים קושי ממשי בפיקוח על הנעשה בזירה זו, הן ברמה הציבורית והן מבחינה משפטית. בפועל מתנהל הסכסוך בין בעלי זכות היוצרים לבין המפר לכאורה באמצעות גורם הביניים אשר מעצב את ניהול הסכסוך באמצעות הפלטפורמה להגשת התלונה, מסירת המידע למתלונן באילו עילות לבקש להסיר את החומר המפר, הבחירה אם למסור מידע למפר לכאורה על החומר שהוסר, אם לאפשר לו להתנגד להסרת החומר ובאילו נימוקים. מציאות זו מרכזת בידי גורמי הביניים הפועלים בזירה זו את הכוח לעצב את ניהול הסכסוך ברמה הדיונית והמהותית. נוסף על זה בידי גורם הביניים מצוי גם הכוח להוציא לפועל את ההכרעה בסכסוך באמצעות הסרת החומר המפר לכאורה, השארת החומר בהתעלמות מן התלונה (וחשיפה אפשרית לתביעה בגין הפרת זכות יוצרים) או פרסום מחדש של החומר המפר לכאורה. הפעלת כוח זה מחייבת ביקורת ציבורית ומשפטית.²⁰⁶ בניגוד להליך המשפטי המוסדר בחוק, שהוא פומבי על פי רוב, ונתון לביקורת של הצדדים וערכאות הערעור לפי תקנות סדר הדין, ההליך בזירה הדיגיטלית סמוי מן העין.

האכיפה בזירה הדיגיטלית מתקיימת למעשה על גבי תשתית פרטית, בהיעדר שקיפות מוחלט בנוגע לאופי ההליך ותוצאותיו. גם דוחות השקיפות המתפרסמים מפעם לפעם וולונטרית בידי גורמי ביניים שונים, והמתיימרים למסור נתונים על פעילות זו, הם חלקיים בלבד ומורכבים מאוד לניתוח

²⁰⁵ ראו Azurmendi, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45. לדוגמאות להסרת תכנים מהרשת שלא על בסיס הפרה לכאורה של זכויות יוצרים, ראו: Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Enforcement*, 19 STAN. TECH. L. REV. 473 (2016).

²⁰⁶ קריאה זו לביקורת ציבורית ומשפטית, היא תשובה לקולות הקוראים להפחית את הפיקוח המדינתי על הרשת. בעניין זה, ראו: מיכל אגמון-גונן "האינטרנט כעיר מקלט! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע** 207, 243 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

ומעקב.²⁰⁷ המחקר הנוכחי, המבוסס על ניתוח תלונות שהעבירה Google לעיון הציבור, מדגים אף הוא את הקושי בפיקוח. ניתוח התלונות ותוצאותיהן בהיקפים כה גדולים מחייב גישה לנתונים והשקעת משאבים עצומה בניתוחם. בהיעדר חובה לנהל הליכים אלה בשקיפות לא ניתן לדרוש נתונים בלתי תלויים שיוכלו לשפוך אור על ההליך ותוצאותיו.

קושי נוסף בפיקוח על ההליך נובע מיישומו של ההליך באמצעות אלגוריתמים. כפי שמדגים המחקר, היקף פעילות האכיפה בזירה הדיגיטלית הוא עצום ומחייב אימוץ מערכות אוטומטיות מצד גורמי הביניים על מנת להתמודד עם מספר הולך וגדל של בקשות הסרה, שרובן נשלחות אוטומטית גם הן.²⁰⁸ האלגוריתם האחראי לניהול מנגנון הודעה והסרה נשמר בדרך כלל כסוד מסחרי על מנת להגן על הקניין הרוחני של הפלטפורמה וכן על מנת למנוע ניצול לרעה של המנגנון. פיקוח על גורמי ביניים הפועלים בזירת אכיפת החוק באמצעות אלגוריתמים מחייב פיתוח אמצעים חדשים נוספים על דיווח עצמי ושקיפות.²⁰⁹

2. השלכות על הגשמת מטרותיהם של דיני זכויות היוצרים

חוק זכות יוצרים נועד לשרת תכלית ציבורית, דהיינו עידוד היצירה. לפיכך משקף החוק איזון בין הצורך בקידום האינטרס הציבורי והעשרת המגוון התרבותי לשאיפה להגן על האינטרסים של היוצר ולגמול לו על עבודתו.²¹⁰ ממצאי המחקר מצביעים על השפעת הליכי האכיפה בכל אחת מן הזירות על הגשמת מטרותיהם של דיני זכויות היוצרים.

כך, ממצאי המחקר מצביעים על כך שבמרבית המקרים שבהם מוגשת תביעת משפטית בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת מתקיים הליך משפטי כלשהו אשר כולל תיקים אשר הסתיימו בפסיקה של בית המשפט, אם בפסק דין לטובת התובע או הנתבע, בפסיקה על דרך של פשרה,²¹¹ בפסק דין בהסכמה ואם באישור פשרה/גישור שהושגו מחוץ לכותלי בית המשפט על ידי בית המשפט.²¹² לכאורה הדבר משקף מצב שבו בית המשפט משחק תפקיד פעיל ביישוב הסכסוך בין הצדדים המתדיינים. עם זאת התמקדות במספר התיקים שהסתיימו בהכרעה משפטית מלמדת כי במרבית המקרים (82%) הסתיים התיק בהליכי פשרה ורק מקצתם הסתיימו בפסק דין.

מיעוטם של הליכים משפטיים אדברסריים המסתיימים בפסק דין עלול להפוך את תביעתם של בעלי זכויות יוצרים לאכיפה לברירת המחדל, ודאי כשמדובר בפשרות המושגות מחוץ לכותלי בית המשפט, ובהמשך לכך עלול לצמצם את תפקידו של בית המשפט בעיצוב התנהגות וכללים המסייעים בחיזוק הוודאות המשפטית הדרושה במיוחד בכל הנוגע ליישומו של חוק זכות יוצרים ברשת. תחום משפטי זה הוא דינמי ומתפתח במהירות, ומחייב מתן מענה משפטי עדכני לסוגיות המתעוררות מההתפתחויות הטכנולוגיות המהירות. הכרעות בית המשפט יכולות לסייע בפיתוח

²⁰⁷ Perel & Elkin-Koren, *Black Box Tinkering*, לעיל ה"ש 111. הנתונים העדכניים שמפרסמת Google במסגרת ה-GTR הם 1.79 מיליארד עמודים (URL's) שהוסרו החל ממרץ 2011 ועד 25 בספטמבר 2016, ראו "בקשות להסרת תוכן בגין הפרת זכויות יוצרים" <http://bit.ly/2MUCeGZ>.

²⁰⁸ Karaganis & Urban, לעיל ה"ש 103.

²⁰⁹ Perel & Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Enforcement*, לעיל ה"ש 205.

²¹⁰ פרשת **שוקן**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 757.

²¹¹ ס' 79 לחוק בתי המשפט.

²¹² ראו פרק ג.4(ב) לעיל.

הנורמה המשפטית ולתרום לוודאות בדבר היקף ההגנה על זכויות היוצרים ברשת למרות השינוי המהיר אשר סביבה זו עוברת תמידית.²¹³

היעדר ערך תקדימי להליך המשפטי עשוי ליצור חוסר ודאות ואפקט מצנן. הדבר עלול לפגוע הן ביוצרים ובעלי זכויות שאינם יכולים לקבוע בוודאות מהו היקף הזכות שניתנה להם מכוח החוק, והן מצד משתמשים אשר אינם יכולים להסתמך על כללים ברורים באשר להיקף השימושים אשר אינם מחייבים היתר.

כמו כן מתעורר החשש כי תביעותיהם של בעלי זכויות יוצרים לא יועמדו במבחן הביקורת, וכי תתבצע בפועל אכיפת יתר של הזכות. למשל, בחינת הליכי האכיפה באמצעות בתי המשפט מעלה פרט מעניין למדי – שטענת שימוש הוגן עלתה רק במיעוט מהמקרים. הדבר מפתיע במיוחד בשל שיקול הדעת הרחב אשר ניתן בהקשר זה לבית המשפט, והיה ניתן לצפות כי את הטענה הזאת יעלה מספר גבוה יותר של נתבעים אשר בחרו לנהל את ההתדיינות ולא להתפשר בטרם התחיל ההליך. להיעדר בחינה מהותית של טענת שימוש הוגן חשיבות בכל הנוגע לעיצוב האיזון המשתקף בחוק זכות יוצרים, בין האינטרס הציבורי בהנגשת יצירות מוגנות ובין הגנה על האינטרסים של היוצר. גם האכיפה המתבצעת בזירה הדיגיטלית נועדה כמובן לשרת את מטרות דיני זכויות היוצרים. מצד אחד ביקשה זירה זו לחזק את הליכי האכיפה, באפשרה לבעלי הזכויות לבקש הסרה של תכנים מפירים בהליך פשוט. אכיפה דיגיטלית היא פתרון פשוט לאתגר הנוגע באכיפת זכויות יוצרים ברשת. מצד אחר ביקשה האכיפה הדיגיטלית לאפשר גישה לידע באמצעות הגבלת האחריות של ספקי השירות. המטרה היא לעודד פיתוחם של שירותים ברשת אשר יעודד יצירה והפצה של יצירות בידי המשתמשים.

המחקר מראה כי מטרות אלו מושגות חלקית בלבד. בהקשר של בעלי הזכויות, הזירה הדיגיטלית היא אכן מנגנון יעיל לאכיפת תכנים מפירים ברשת. עם זאת המחקר מלמד כי האפקטיביות של הסרת התכנים היא חלקית.²¹⁴ ממצאי המחקר מעידים שבמרבית המקרים הקישורים לתוכן המפר עדיין זמינים ברשת, וניתן להגיע לתוכן זה ישירות באמצעות קישור.²¹⁵ אומנם במקרים רבים אין הדבר מצביע על יעילות אכיפה נמוכה, מכיוון שהיעדרות מתוצאות החיפוש של Google עשויה לצמצם את הפנייה לאתר המכיל את התוכן המפר במידה ניכרת. עם זאת כשמדובר באתרים שהם "פורום פסול"²¹⁶ ניתן להניח כי מפירים לכאורה הם בעלי ידע מספיק לגשת ישירות לאתרים אלו ללא פנייה באמצעות מנוע החיפוש Google.

יתרה מזאת, בהיעדר בחינה עניינית של היקף ההגנה הראוי במקרה נתון, גם בזירה זו לא נוצר בסיס לעיצוב הכללים המהותיים המשקפים את האיזון שהחוק נועד לקדם. במובן זה הסטת הליכי הסדרה הכרוכים בהפעלת שיקול דעת לגורמי ביניים היא מקרה פרטי של "הפרטת הצדק" אגב כרסום בתפקידו הציבורי של בית המשפט בפיתוח הדין ובהבטחת האיזונים להגשמת תכלית החוק.²¹⁷

²¹³ למרות האמור, אין להטיל ספק בחשיבותן של פשרות כחלק מקיומו של הליך הוגן, ובהיעדר חיוב כלפי הצדדים לנהל את ההליך המשפטי במלואו רק לצורך השיקול המוסדי בפיתוח הכללי המשפטי (כפי שפורט חלק ד.3 להלן).

²¹⁴ ראו חלק ג.4(ד) לעיל.

²¹⁵ ראו פרק ג.4(ד) לעיל.

²¹⁶ ראו פרשת רוטר, לעיל ה"ש 6.

²¹⁷ על הפרטת הצדק ראו: David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619 (1995); Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984).

3. השלכות על גישה לצדק ועל הליך הוגן

עקרון הגישה לצדק נועד להבטיח כי הליכי יישוב סכסוכים יהיו נגישים לכול, בעיקר לצדדים מוחלשים. ההליך המשפטי עלול להציב חסמים בפני הגישה לערכאות, והואיל והוא כרוך בעלויות התדיינות גבוהות, עלול לעורר רתיעה ולחדד פערים גדולים בידע ובגישה לשירותי ייעוץ משפטיים באופן שעלול להדיר קהלים שלמים מהליך שיאפשר הגנה על זכויותיהם.²¹⁸

כך למשל בזירת בתי המשפט בלט קיומם של שחקנים חוזרים, כפי שהראו הממצאים בעניין צלמים למשל.²¹⁹ הללו נהנים מהכרות טובה יותר עם הזירה שבה הם פועלים, וניסיונם והיכולת שלהם לאפשר לעצמם ייצוג טוב יותר על ידי עורכי דין פועלים לרעת אלו אשר אינם שחקנים פעילים וקבועים בהליכי אכיפה ומנציחים את פערי הכוחות.²²⁰

לכאורה היה ניתן לצפות כי הקלות שבה ניתן לפתוח באכיפה באמצעות הליך "הודעה והסרה" תאפשר דווקא לקבוצות אוכלוסייה שאינן מורגלות בהליכים משפטיים לקבל מענה מהיר, נוח, זול ואפקטיבי להפרת זכויותיהם. בפועל עולה מן המחקר ממצא מפתיע: בזירת בתי המשפט התובעים והנתבעים הם אנשים פרטיים וחברות בשיעורים דומים,²²¹ ואילו זירת האכיפה הדיגיטלית משרתת דווקא בעיקר שחקנים גדולים וחברות רב-לאומיות, המגישים הודעות להסרת קישורים לתכנים מפירים לכאורה מתוצאות החיפוש שמציגה Google. מדובר בעיקר בחברות תוכנה רב-לאומיות, וכמעט כל ההודעות מוגשות באמצעות סוכנים כלשהם, בעיקר נותני שירות בתחומי אכיפת זכויות יוצרים. כלומר, גם הסוכנים הללו, הפועלים כמעט בלעדית בשם בעלי הזכויות, הם שחקנים חוזרים הנהנים מיתרון ומומחיות בניהול הליכים מסוג זה.²²² יתרה מזאת, ניתן לראות כי הדומיננטיות של שירותים ספציפיים לאכיפת זכויות יוצרים ברשת מובילה לדיווחים על פעילות ניכרת של סוכנים נגד אתרים שהפעילות הפיראטית בהם מתנהלת בהיקפים מצומצמים ביותר.²²³ ייתכן כי הדבר נובע מהמודלים העסקיים של שירותים כגון אלו ובהתבסס על מוטיבציה להציג פעילות אינטנסיבית.

נוסף על זה ייתכן כי יוצרים פרטיים אינם בעלי אינטרס רב להסיר את תוצאות החיפוש המפירות את זכויות היוצרים שלהם משיקולים הנוגעים למודל עסקי למסחור היצירות או רצון לעודד הפצת תוכן לשם פרסום. כמו כן ייתכן כי היעדר מודעות להליך ופערי ידע באשר ליישומם הם המצמצמים את השתתפותם של יוצרים פרטיים בהליך. הסבר אפשרי זה מחייב מחקר המשך, וכן ראוי לבחון בהקשר זה אמצעי מדיניות אשר יסייעו בהסרת חסמי גישה להליכים אלה. הואיל והם אינם כרוכים בעלויות, ייתכן שמדובר בעיקר בפערי ידע אשר ניתן לטפל בהם באמצעות מתן מידע והדרכה.

נושא נוסף שהוא מאפיין חשוב המבחין בין זירות האכיפה השונות הוא ההזדמנות לקיומו של הליך הוגן שיקנה הגנה על זכויות המתדיינים וימנע פגיעה שרירותית בזכויות. כאמור, הנתונים על זירת

Orna Rabinovich-Einy, *Balancing the Scales: The Ford-Firestone Case, the Internet, and the Future Dispute Resolution Landscape*, 6 YALE J.L. & TECH. 1, 26 (2004) ²¹⁸

ראו פרק ג.2(ג) לעיל. ²¹⁹

שם. ²²⁰

ראו פרק ג.2(ד) לעיל. ²²¹

ייתכן שהיעדר מומחיות ומדיניות מרתיעה של Google בנוגע להודעות נגדיות, מונעת הלכה למעשה משחקנים פרטיים להיות חלק מזירה זו. כך למשל, בהגשת הודעה נגדית מוזהר המבקש מפני ה"השלכות המשפטיות השליליות" אם ינצל לרעה את ההליך, אגב פירוט סעיפי ה-DMCA המתאימים. כמו כן, מוזהר המבקש כי הבקשה שיעביר חושפת את פרטיו האישיים, ראו "הסרת תוכן מ-Google", <http://bit.ly/2CuwsXL>. ²²²

ראו למשל, Andy, *Pirate Site With No Traffic Attracts 49m Mainly Bogus DMCA Notices*, TORRENTFREAK (Feb, 19, 2017), <http://bit.ly/2MUa6E6>, המדובר באתר המאונדקס ב-Google רק החל מיוני 2016 ומדורג במקום ה-25 מיליון בדירוג הפופולריות Alexa. ²²³

האכיפה בבתי המשפט הראו כי במרבית התיקים מתקיים הליך משפטי כלשהו אשר מסתיים בפסיקה של בית המשפט – לטובת התובע או לטובת הנתבע, בפסיקה על דרך של פשרה, בפסק דין בהסכמה או באישור פשרה או הליך גישור שהתקיימו מחוץ לכותלי בית המשפט.²²⁴ הדבר מעיד על פני הדברים על קיומו של הליך הוגן בין הצדדים, המאפשר להם להישמע, כמו גם על אפשרות של בית המשפט להעניק משקל לאינטרס הציבורי הרלוונטי לדיון. עם זאת מרבית התיקים הסתיימו בהליכי פשרה, ורק מקצת התביעות – 18% בלבד – הסתיימו בפסק דין לטובת התובע או הנתבע. בכל הנוגע לזירה הדיגיטלית אין מתקיים למעשה שימוע של טענות הצדדים. הסרת התוכן המפר מתוצאות החיפוש של Google מתבצעת למעשה אוטומטית מייד עם קבלת התלונה, מבלי לברר את גדר המחלוקת, אם קיימת, בין הצדדים. לכאורה גם בזירה הדיגיטלית קיים הליך המאפשר למפר לכאורה להתגונן, והוא רשאי אפוא לאתגר את הסרת החומר בהגשת הודעה נגדית (Counter Notice). לעומת זאת בפועל הודעות כאלו כמעט שאינן מוגשות.²²⁵ גורמי הביניים מסירים את התוכן הנטען כמפר מייד, הם אינם ממתניים לקבלת הודעות נגדיות ואינם מעודדים הגשת בקשות מסוג זה בשל החשש מחשיפה לאחריות משפטית לאחר החזרת החומרים לרשת.²²⁶ יתרה מזאת, חשוב לציין כי הדין האמריקאי אינו מחייב את מנועי החיפוש בהודעה למפירה לכאורה כי הקישור לחומר שהעלה הוסר. בהיעדר הודעה הגורם המפר לכאורה יתקשה לגלות בעצמו שהחומרים שהעלה לרשת אינם מקושרים ממנוע החיפוש של Google. נוסף על זה, בהיעדר הודעה המפרטת מדוע הוסר הקישור, יתקשה המפר לכאורה להתגונן בענייניו, והדבר פוגע כמובן בהוגנות ההליך.

בהקשר של זירת האכיפה באמצעות בתי המשפט, בחינת הסעדים הניתנים לתובעים מעלה כי במקרים רבים התובעים הפונים לבתי המשפט עושים זאת על מנת לקבל פיצוי.²²⁷ למעשה, בחינת כלל ההליכים מעלה כי שיעור ההליכים שבהם נתבקשו פיצויים לעומת פיצויים וצו דומים למדי, אך בולט שבהליכים הנוגעים להפרת זכות יוצרים לכאורה בתצלומים, שהם עיקר התביעות, נתבקשו פיצויים בלבד בשיעור גבוה מזה שבשילוב פיצויים וצו. נראה כי הדבר מעיד על שילוב תביעות להפרת זכות יוצרים במודל העסקי שעל פיו פועלים כיום צלמים. כלומר, למעשה התובעים מקבלים פיצוי כספי בלבד, והתכנים המפירים אינם בהכרח מוסרים מהרשת. יתרה מזאת, שיעורם של סעדים אלו נמוך במידה ניכרת מסך הפיצוי המבוקש בכתבי התביעה, וההליכים ממושכים למדי. ייתכן מאוד כי זהו בין היתר הרקע לריבוי הפניות לבית המשפט להורות על הסרת אתרים בידי ספקים, במובחן מהסרת התוכן המפר בלבד.²²⁸

ה. סיכום

הקושי שמעוררת אכיפת זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי יצר משבר אשר הוביל את בעלי זכויות היוצרים לפתח ולשכלל אסטרטגיות מגוונות לאכיפה. במוקד אסטרטגיות אלה הניסיון לרתום גורמי ביניים באינטרנט לזיהוי, הסרה וחסימה של תכנים המפירים לכאורה זכויות יוצרים בשימוש

224 ראו פרק ג.4(ב) לעיל.

225 ראו URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל ה"ש 132, בעמ' 44.

226 שם.

227 ראו פרק ג.4(ב) לעיל.

228 ראו פרק א.3 לעיל.

באמצעים משפטיים וטכנולוגיים. ממצאי המחקר משקפים עלייה חדה בהיקף האכיפה של תכנים המפירים זכויות יוצרים לכאורה באתרים ישראליים, בתוך כדי פנייה לזירה הדיגיטלית. ממצאים אלה מתיישבים עם נתונים שנאספו במחקרים במדינות אחרות.²²⁹ הזירה הדיגיטלית פועלת בעוצמה ומסירה כמויות גדולות של תוכן המפר לכאורה זכויות יוצרים אוטומטית, ללא בדיקה מקדימה של הזכויות בתוכן ובהיעדר שקיפות. בהמשך לכך הליך אכיפה זה אינו מספק כלים משפטיים היוצרים תקדים ונותנים משקל ראוי לאינטרס הציבורי ולקיומו של הליך הוגן הנתון לביקורת שיפוטית. גורמי הביניים הופקדו לשמור על זכות היוצרים ליעל את אכיפתה במערכות אשר בשליטתם, אבל לא נקבע מנגנון מתאים אשר יאפשר "לפקח על השומרים".

משטר האכיפה המתנהל בזירה הדיגיטלית כפי שהוא מתועד במחקר זה מעורר דאגה לחירות השימוש ברשת. אין חולק שהרשת הובילה לגידול ניכר בשימוש הלא חוקי ביצירות. אולם לצד הערך החשוב של הגנה על קניין רוחני והגנה על האינטרסים הלגיטימיים של בעלי הזכויות בתכנים כגון מוזיקה, תוכנה סרטים וספרים, קיימים כמובן גם שיקולים אחרים.²³⁰ הרשת היא סביבת יצירה, תרבות, שיתוף וחברות המחייבת הגנה על האוטונומיה של הפרט, על הזכות לפרטיות, על חופש התנועה ועל הזכות לאנונימיות.²³¹ הרשת היא גם סביבת שיח המחייבת הגנה על ערכים כמו חופש הביטוי וחופש ההתאגדות.

מעורבותם של גורמים הביניים בפעילות האכיפה מעוררת חששות כבדים באשר למשמעותה של מעורבות זו: אכיפה באמצעות גורמי ביניים נועדה לעודד בקרה, סינון ומעקב אחר תקשורת ברשת, והיא מהווה תשתית ליצירת צנזורה ועלולה להוביל לפגיעה בחירויות הפרט. שיתוף הפעולה הישיר בין גורמי ביניים לבין בעלי זכויות יוצרים, בין אם בחסות החקיקה ואם באמצעות הסכמים וולונטריים, עלול לסכן את פתיחות הרשת ואת חופש 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 בהיעדר גילוי נאות בדבר היקף שיתוף הפעולה בין גורמי ביניים לבעלי זכויות במאמצי אכיפה ובהיעדר פיקוח משפטי על יישומם של מנגנוני אכיפה אלה.²³²

האם נוכל לשים את מבטחנו בהליך המשפטי בבתי המשפט? גם האכיפה באמצעות מערכת בתי המשפט נותנת מענה מוגבל בלבד לבעלי הזכויות, כאשר ההליכים המתנהלים בפני בית המשפט הם ממושכים למדי, והפיצוי הכספי במרבית המקרים קטן במידה ניכרת מן המבוקש. זאת ועוד, בניגוד לציפייה להליך הוגן ולהכרעה שיפוטית מרבית ההליכים בבתי המשפט מסתיימים בפשרה ומבטאים לעיתים קרובות פערי כוחות בין התובעים לבין הנתבעים ואינם מייצרים כללים משפטיים ברורים דיים.

הדבר מעורר שאלות כבדות משקל באשר ליכולתה של זירת בתי המשפט להגשים את מטרות החוק בכללותן לאור עוצמתה של הזירה הדיגיטלית. הזירה הדיגיטלית מדגימה, במקרה הטוב, בעיות דומות לאלו המתעוררות בנוגע לדיון בהליכי האכיפה בזירה המסורתית, בבתי המשפט, אך בניגוד להליכים המתנהלים בבתי המשפט, הזירה הדיגיטלית חסרה הליכי פיקוח משפטיים ושקיפות

229 ראו URBAN, KARAGANIS & SCHOFIELD, לעיל ה"ש 132.

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

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

232 ראו: Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J.L. & TECH. 1 (2003); Perel & Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Enforcement*, לעיל ה"ש 205.

ועשויה להיות נתונה לשימוש לרעה בקלות יחסית. למעשה, בפועל נראה כי שתי הזירות מאפשרות בעיקר פעילות שמטרתה מניעת הפצת התוכן על פני אכיפה אשר מביאה בחשבון את מטרות החוק במובן הרחב.

עוצמתה ויעילותה של הזירה הדיגיטלית, בצד המסגרת המוגבלת שבה פועלת זירת האכיפה המסורתית, מעוררים חשש לפגיעה באינטרסים הציבוריים הנוגעים לפעילות ברשת ומחייבים גיבושה של מדיניות משפטית בתחום האכיפה. על מדיניות זו יהיה להביא בחשבון את ההשפעה המצטברת של אמצעי האכיפה השונים ואת היתרונות והסיכונים המתעוררים בהפעלתם כפי שתוארו במחקר זה. לפיכך הדבר מחייב פיקוח על פעילותם של גורמי הביניים בעת חסימה, מניעה וסינון של תכנים ברשת לשם אכיפת זכות יוצרים, על מנת להגן על עקרון שלטון החוק גם בזירה זו. פיקוח כאמור יכול להתקיים באמצעות יצירת חובת שקיפות באשר לאופן פעולתה של הזירה הדיגיטלית ולתוצאות הליכי האכיפה בזירה זו. עם זאת חובת שקיפות היא, לעמדתנו, בגדר כלי עזר הפועל רק בדיעבד ואינו פתרון מספק כשלעצמו.

לעמדתנו, על מנת לצמצם את ההשלכות אשר תוארו במאמר זה בקשר לקיומה של הזירה הדיגיטלית לאכיפת זכויות יוצרים ברשת, יש לבחון יצירת רגולציה אשר תחייב את גורמי הביניים ליישם פתרונות טכנולוגיים, בניגוד לפתרונות משפטיים, אשר יבטיחו יישום רחב של תכלית דיני זכויות היוצרים ועקרונות בסיסיים כגון חופש הביטוי והמידע, גישה לצדק והליך הוגן. יישום כאמור מחייב שיח משותף בין קובעי מדיניות ובין הקהילה הטכנולוגית, ומהווה אתגר גדול בזירות רבות מלבד זירת אכיפתן של זכויות יוצרים ברשת.