

## גישת בתי המשפט בישראל לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים

מאת

**מרים מרקוביץ-ביטון ויפעת נחמיאס\***

העשורים האחרונים התאפיינו בהתפתחות טכנולוגית מואצת. על אף היתרונות הגלומים בהתפתחות טכנולוגית זו, היא עשויה להביא להגדלת נתח שוק של חברה מסוימת על חשבון מתחרותיה, או לחלופין לדחיקת רגליהם של השחקנים המסורתיים על ידי שחקנים חדשים. לא ייפלא אפוא כי יש מי שמתנגדים ומנסים לעצור או למצער להגביל את השימוש בטכנולוגיות פורצות דרך, בין היתר על ידי שימוש בדיני הקניין הרוחני, בדיני עשיית עושר ולא במשפט ובדיני התחרות.

פרק זה בוחן את האופן שבו התמודדו בתי המשפט בישראל עם טכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים. הפרק מתמקד בבחינה מעמיקה של ארבעת פסקי הדין המרכזיים העוסקים בטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים בישראל: פסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין **טלה-איוונט**, בעניין **פרמייר ליג** ובעניין **טלראן**, ופסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין **א.ל.י.ס.** כמו גם בשאלות הפרשניות שהתעוררו על רקע כניסתן לשימוש של טכנולוגיות מתפרצות. בנוסף מציע הפרק עיון השוואתי קצר בגישת בתי המשפט בארצות הברית.

נמצא כי בשלושה מתוך ארבעת פסקי הדין, כאשר נדרשו להכריע בעניין עתידה של טכנולוגיה פורצת דרך, בחרו בתי המשפט לנקוט גישה אקטיביסטית ולפעול לפיתוח הדין, לעיתים, תוך התרחקות מן ההיסטוריה החקיקתית של הטקסט. כלומר, על פי רוב נוהג בית המשפט העליון לאמץ גישה אקטיביסטית לצורך התאמת דיני זכויות היוצרים לסביבה הדיגיטלית החדשה. מניתוח המשפט המשווה אנו למדים שגם בארצות הברית בתי המשפט נוטים לדון ולהכריע בשאלות המערבות טכנולוגיות מתפרצות אף על פי שהן אינן מוסדרות במפורש בחקיקה.

הגישה האקטיביסטית מאפשרת לבתי המשפט את הגמישות ליצוק תוכן חדש למושגים קיימים, לגשר על הפער שבין המשפט לטכנולוגיה, להתאים את הדין למציאות טכנולוגית משתנה ולהעניק לצדדים סעד משפטי במקרים שבהם לשון החוק שותקת.

\* **מרים מרקוביץ-ביטון** היא פרופסור חבר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. **ד"ר יפעת נחמיאס** היא חוקרת במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי המכללה למינהל ועמיתת מחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. אנו מודות לליאור זמר, דב גרינבאום, ניב רוזנאי, אביב גאון ושגיאל לפיד על הערות מועילות, ולאור תמר ורועי טבק על סיוע רב בהשלמת מחקר זה.

ברם, למרות היתרונות של גישה זו, הדיון בפרק מבהיר כי הפרשנות התכליתית, והאקטיביזם השיפוטי המתלווה לה, עלולים ליצור חוסר ודאות בשוק ולפגוע בעקרון ההסתמכות. יתרה מזאת, הגישה האקטיביסטית יש בה כדי לעודד את בעלי הדין לקדם את האינטרסים שלהם באמצעות בתי המשפט ומבלי שהתקיים דיון ציבורי בהשפעות של ההכרעה. משכך, מוצע כי בתי המשפט ינקטו משנה זהירות בכאם לאמץ את הגישה האקטיביסטית.

**א. רקע** ♦ **ב. גישות לפרשנות חוקים בפסיקת בתי המשפט בישראל**; 1. פרשנות תכליתית ואקטיביזם שיפוטי; 2. המקורות; 3. הגישה הפרשנית של בתי המשפט בישראל בתחום בישראל בתחום הקניין הרוחני ♦ **ד. הגישה הפרשנית של בתי המשפט בישראל בתחום הטכנולוגיות המתפרצות וזכויות יוצרים**; 1. טכנולוגיה מתפרצת – שידור באמצעות לוויינים; 2. טכנולוגיה מתפרצת – טכנולוגיית ההזרמה (סטרימינג); 3. טכנולוגיה מתפרצת – כרטיסים המאפשרים פענוח שידור לווייני מקודד; 4. טכנולוגיה מתפרצת – העתקות פיראטיות במרשתת ♦ **ה. מבט השוואתי – טכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות היוצרים בארצות הברית**; 1. טכנולוגיה מתפרצת – Betamax; 2. טכנולוגיה מתפרצת – שיתוף קבצים Peer-to-Peer; (א) פרשת Napster; (ב) פרשת Aimster; (ג) פרשת Grokster; 3. טכנולוגיה מתפרצת – דיגיטציה והנגשת תכנים המוגנים על ידי זכויות יוצרים; (א) פרויקט הספרים הדיגיטלי של חברת גוגל; (ב) פרשת HathiTrust ♦ **ו. דיון וסיכום.**

## א. רקע

המונח "טכנולוגיות פורצות דרך" או Disruptive Technologies משמש בדרך כלל לתיאור טכנולוגיה חדשה הדוחקת הצידה טכנולוגיה קיימת ומחליפה אותה. אולם להבדיל מהתקדמות טכנולוגית אורגנית, אחד המאפיינים הבולטים של טכנולוגיות פורצות דרך הוא שהן לא רק מחליפות את הטכנולוגיה הקיימת, אלא גורמות לשינויים מהותיים בשווקים מסוימים. כך לדוגמה הצילום הדיגיטלי שינה לחלוטין את תעשיית הצילום האנלוגי, האינטרנט וכלכלת השיתוף שינו באופן מהותי את פעולתם של ענף המלונאות וענף המוניות,<sup>1</sup> וטכנולוגיית הזרמה (streaming) הפכה את הקערה על פיה בכל הנוגע לפעילותה של תעשיית הבידור והמוזיקה.<sup>2</sup> על אף היתרונות הגלומים באותן טכנולוגיות פורצות דרך, הן עשויות להביא להגדלת נתח שוק של חברה מסוימת על חשבון מתחרותיה או לחלופין לדחיקת רגליהם של השחקנים המסורתיים על ידי שחקנים חדשים. לא ייפלא אפוא כי יש מי שמתנגדים ומנסים לעצור או למצער להגביל את השימוש בטכנולוגיות אלו,<sup>3</sup> בין היתר על ידי שימוש בדיני הקניין הרוחני,

1 ראו פלטפורמות טכנולוגיות מקוונות כגון Airbnb או Uber.

2 בהקשר זה ראו פלטפורמות כדוגמת Netflix, Hulu; ראו גם Mark A. Lemley, *Is the Sky Falling on the Content Industries?*, 9 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 125 (2011).

3 ראו דיון להלן בפרק ג ובפרק ד.

בדיני עשיית עושר ולא במשפט ובדיני התחרות.<sup>4</sup> משום כך לבתי המשפט תפקיד מפתח בעידוד, בעיכוב ובהטמעה של טכנולוגיות פורצות דרך בשוק.

פרק זה בוחן כיצד התמודדו בתי המשפט בישראל עם השפעתן של טכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים. הפרק יסקור את פסקי הדין המרכזיים שעסקו באתגרים שטכנולוגיות חדשניות הציבו לתחום, יעיין עיון ביקורתי בהם, ואף יבחן את גישת בתי המשפט בישראל על דרך ההשוואה לדרך שבה התמודדו בתי משפט בארצות הברית עם טכנולוגיות אלו.

דומה כי במרוצת השנים נדרשו דיני זכויות יוצרים להתמודד עם שינויים טכנולוגיים במישורים רבים. מחד גיסא, טכנולוגיות חדשניות הביאו בשורה אמיתית לתחום החדשנות הטכנולוגית ולעולם היצירה. הן אפשרו ליוצרים להנגיש את יצירותיהם במגוון פלטפורמות ולהגיע לקהלי יעד גדולים מאלו שהיו אפשריים בעולם הישן. יוצרים רבים זכו לחשיפה ולהצלחה רבה בזכות פלטפורמות אלו, ואף השיגו בסיסי הכנסה נוספים מיצירותיהם במגוון דרכים. מאידך גיסא, טכנולוגיות חדשניות אתגרו במידה ניכרת את היוצרים ואת יצרניות התוכן המוגן בזכויות יוצרים ואפשרו העתקה מושלמת של יצירות והפצתן הנרחבת בפשטות וללא השקעת משאבים ניכרים. בסביבת המרשתת היכולת לאכוף את זכויות היוצרים הפכה למלחמת מאספ מורכבת, שבתורה אילצה יוצרים לאמץ מודלים עסקיים חדשים שיאפשרו מקורות הכנסה נוספים מלבד ערוצי ההכנסות המסורתיים של מכירת עותקים של יצירות.

פרק זה מתמקד בשניים: האחד הוא דיון בפסקי דין מרכזיים של בתי המשפט בישראל בתחום זכויות יוצרים שעסקו בטכנולוגיות מתפרצות והאופנים שבהם בתי המשפט התמודדו עם טכנולוגיות אלו. השני הוא עיון ביקורתי בגישת בתי המשפט בישראל על בסיס עיון השוואתי בגישת בתי המשפט בארצות הברית לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים.

מבנהו של הפרק הוא כדלקמן. הפרק יפתח בהצגת גישת הפרשנות התכליתית וגישת המקורנות בקרב בתי המשפט בישראל, תוך מתן דגש לבית המשפט העליון, וירחיב בדבר היתרונות והחסרונות של כל גישה. לאחר מכן יפנה הפרק לדון בגישת בתי המשפט בתחום הקניין הרוחני ויבחן אם בתי המשפט מאמצים פרשנות תכליתית ואקטיביזם שיפוטי בתחום הקניין הרוחני או אולי מאמצים את גישת המקורנות, ויראה כי בית המשפט העליון אימץ ככלל גישה אקטיביסטית בתחום הקניין הרוחני. לאחר מכן הפרק יתמקד בבחינה מעמיקה של ארבעת פסקי הדין המרכזיים העוסקים בטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים בישראל: פסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין טלה-איוונט, בעניין פרמייר ליג ובעניין טלראן, ופסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין א.ל.י.ס. הפרק יתרכז בשאלות הפרשניות שהתעוררו על רקע כניסתן של טכנולוגיות פורצות דרך, ולכן לא יידונו כלל הסוגיות המשפטיות שהתבררו בפסקי הדין. חלף זאת הדיון בחלק זה ימחיש כיצד בכל מקרי המבחן הללו נקט בית המשפט העליון גישה אקטיביסטית לצורך התאמת דיני זכויות היוצרים לסביבה הדיגיטלית החדשה. לבסוף, הפרק יציג עיון השוואתי קצר בגישת בתי המשפט בארצות הברית לנושא ויחתום בהמלצה על הגישה הראויה להתמודדות עם טכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים, תוך ציון שאומנם לגישה האקטיביסטית לטיפול בטכנולוגיות מתפרצות יש כמה יתרונות, והיא מניבה לעיתים

4 Mark Lemley & Mark P. McKenna, *Unfair Disruption*, 100 B.U. L. REV. 71, 101, 104 (2020).

תוצאות ראיות בסכסוכים הפרטניים המגיעים לפתחו של בית המשפט, אולם בכל זאת לעיתים היא אינה ראויה.

## ב. גישות לפרשנות חוקים בפסיקת בתי המשפט בישראל

כאמור, במוקד פרק זה עומדים האופנים שבהם התמודדו בתי המשפט בישראל עם טכנולוגיות מתפרצות. פרופ' ברק טען במאמרו כי הפעילות השיפוטית נחלקת לשלושה סוגים: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט.<sup>5</sup> לגישתו, במסגרת ההליך הפרשני השופט נותן מובן ל"טקסט" המשפטי.<sup>6</sup> כך, גם השלמת חסר מתחילה בפעילות פרשנית, שכן על השופט לפרש את הנורמות החקיקתיות כדי להגיע למסקנה שיש בהן חסר.<sup>7</sup> אומנם משנמצא חסר, התהליך השיפוטי של מילוי החסר אינו תהליך פרשני, אלא תהליך המצריך מן השופט לחרוג מגבולות הלשון ולהשלים את החסר,<sup>8</sup> אולם עליו לעשות כן מתוך רצון להגשים את תכליתה של הנורמה המשפטית.<sup>9</sup> להבדיל, פעילות של פיתוח המשפט נעשית שלא בדרך של פירוש נורמה משפטית קיימת, אלא בדרך של יצירת נורמה משפטית חדשה במטרה להתאים את המשפט לצורכי החיים.<sup>10</sup>

ההחלטה לפעול בדרך זו או אחרת לנוכח חדירתה של טכנולוגיה חדשה מחייבת את בית המשפט להקדים ולבחון אם דרך הפעולה הנדונה עולה בקנה אחד עם הדין. כלומר, עליו לאתר את הנורמה המשפטית הרלוונטית ולהכריע איזו מבין האפשרויות הטמונות בנורמה היא המחייבת. לחלופין עליו להגיע למסקנה שקיים חסר בשיטה.<sup>11</sup> לכן בהכרח ההחלטה מערבת תהליך פרשני.<sup>12</sup> בפרק זה נתמקד בפעילות השיפוטית הפרשנית ובגישת בתי המשפט בישראל בנוגע לטכנולוגיות מתפרצות. לפיכך וכרקע לדיון, נסקור בחלק זה את הגישות השונות לפרשנות חוקים בפסיקת בית המשפט העליון בישראל. במסגרת זו תוצג גישת הפרשנות התכליתית וגישת המקורנות ויידונו היתרונות והחסרונות של כל גישה. על אף כי הדיון בפרק זה מתמקד בתחום זכויות היוצרים, הרי שיש לו נפקות גם ביחס לתחומים אחרים. אשר על כן

- 5 אהרן ברק **"החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט"** משפטים כ 233, 234 (1991).
- 6 שם, בעמ' 234–235.
- 7 שם, בעמ' 263–264, 235.
- 8 שם, בעמ' 247.
- 9 שם, בעמ' 250.
- 10 שם, בעמ' 236. ראו גם אהרן ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" **ספר זוסמן** 71 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, 1984).
- 11 **ברק**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 256–258. ברק מבהיר כי לשיטתו יש להעמיד בבסיס הגדרת החסר את תכלית ההסדר המשפטי. כך "יוצרים אחדות מושגית של התפישה המשפטית, תוך יצירת סינכרוניזציה מלאה בין הפעילות הפרשנית לבין הפעילות במילוי חסר. אחדות זו חיונית לתורת החסר, שכן זו סומכת עצמה על תוצאותיה של הפרשנות". שם, בעמ' 257.
- 12 שם. ראו גם דפנה ברק־ארז **"פרשנות, שוויון והעצמה"** ספר יורם דנציגר – אסופת מאמרים לכבודו של השופט (בדימוס) פרופ' יורם דנציגר 503 (לימור זר־גוטמן ועידו באום עורכים, 2019).

הניתוח המוצע יכול להוות מקור רחב יותר ליישום פסיקתי ביחס לכלל תחומי המשפט בהם מתעוררות שאלות הנוגעות לטכנולוגיות מתפרצות ובכוחו להשפיע על הדיון הציבורי ולהביא ליישום מדיניות יעילה וחברתית בתחום חשוב זה.

## 1. פרשנות תכליתית ואקטיביזם שיפוטי

תורת הפרשנות התכליתית היא המתודה הפרשנית הדומיננטית במשפט הישראלי.<sup>13</sup> מתודה פרשנית זו מבוססת על כתיבה ענפה. עקרונותיה של תורת הפרשנות התכליתית נפרשו על ידי השופט ברק בשורה ארוכה של פסקי דין וכן בכתיבתו האקדמית.<sup>14</sup> דיון מעמיק בעקרונותיה יחרוג אפוא מגדרי פרק זה. עם זאת, בפסקאות הבאות יוצגו עיקריה והעקרונות הרלוונטיים לדיון הנוכחי.<sup>15</sup>

נקודת המוצא של גישת הפרשנות התכליתית היא כי יש לפרש את הטקסט המשפטי על פי תכליתו. במילים אחרות, מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות שניתן להעניק לטקסט, יש לבחור את זו שמגשימה את התכלית שביסוד הטקסט.<sup>16</sup> תורת הפרשנות התכליתית אינה יכולה לאמץ פרשנות שלשון הטקסט אינה נושאת, ובמובן זה היא כבולה למרכיב הלשון.<sup>17</sup> עם זאת, היא

13 בשיטת הפרשנות התכליתית השתמשו לראשונה כבר במאה ה-16 שופטים אנגלים שנקטו טכניקת פרשנות שהתחקה אחר תכלית החקיקה. בשליש האחרון של המאה התשע עשרה התפתחה באירופה שיטה זו כחלק מתורת משפט חדשה שראתה במשפט של מדינת הרווחה המודרנית אמצעי תכליתי לקידום האדם והחברה. השיטה צמחה בניסיון להוות חלופה לתפיסות הפורמליסטיות וכדי להוות בלם מסוים לאסכולה הריאליסטית הביקורתית. לפי תפיסת הזרם התכליתי באירופה, למשפט עצמו יש תכלית המגולמת בהגשמת מטרת חברתית, ולכן פרשנותו צריכה להתמקד בהבנה ובקידום של הנורמה המשפטית, ולא בהכרח באופן הפורמלי והמבני של הנורמה. גישה זו שוכללה בשנות השלושים והארבעים של המאה העשרים על ידי משפטנים אמריקנים שהפכו לשיטת פרשנות מקיפה הנגזרת מתורת משפט רחבה יותר. בתום מלחמת העולם השנייה, הפרשנות התכליתית בארצות הברית הייתה אחד האדנים לשיטת ההליך המשפטי אשר פותחה על ידי מלומדים מוכרים כגון הארט, זקס ופולר. השיטה ניסתה להראות שהמשפט הוא כלי שמתרתו להביא לשינוי חברתי. בתחילת שנות ה-80 אסכולת הפרשנות התכליתית בארצות הברית התפצלה בשל המתח בין בית המשפט העליון, שהיה באותה עת שמרני, ובין הקונגרס, שהיה ברובו ליברלי. התעורר שיח פרשני שהביא לייסוד אסכולות פרשנות תכליתית שהתפצלה לשתי קבוצות: הקצה השמרני שייחס משקל רב יותר לתכלית הסובייקטיבית של מנסח החוק, והקצה האקטיביסטי אשר תמך בפרשנות לפי התכלית האובייקטיבית של הטקסט. בשנים הראשונות לקום המדינה שיטת פרשנות זו לא הייתה מוכרת במערכת המשפט בישראל. השופט ברק הושפע מהתפתחות השיטה בארצות הברית ופעל לקליטתה במערכת משפטנו. ראו ניר קידר ["המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט](#) כו 737, 745-751 (2002).

14 רפי רוניק ["תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" משפטים על אחר](#) יב 67 (2019).

15 להרחבה בנושא זה ראו אהרן ברק [פרשנות תכליתית במשפט](#) (2003); ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 234; קידר, לעיל ה"ש 13; כן ראו Stanley Fish, *Intention is All There Is: A critical Analysis of* (2008) 29 CARDOZO L. REV. 1109. *Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*.

16 אהרן ברק ["עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט" ספר ויסמן: מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן](#) 1, 2 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002). שם.

מאפשרת לשופט הפרשן מרחב פרשני גדול.<sup>18</sup> לגישתו של ברק, התכלית המונחת ביסוד הטקסט המשפטי מורכבת הן מיסוד אובייקטיבי והן מיסוד סובייקטיבי.<sup>19</sup> היסוד הסובייקטיבי עניינו הכוונה של יוצר הטקסט, דהיינו כוונת חברי הגוף המחוקק או כוונתם של צדדים לחוזה. היסוד האובייקטיבי, לעומת זאת, מבטא את ערכי היסוד של השיטה.<sup>20</sup> הוא אינו קשור אפוא כלל לכוונה של יוצר הטקסט.<sup>21</sup> ברק מציין כי על תכליתו הסובייקטיבית של הטקסט לָמַד השופט משני מקורות: (א) מקור פנימי – הטקסט עצמו; (ב) מקור חיצוני – הקונטקסט שבגדרו נוצר הטקסט. אותו הקשר כולל את הנסיבות עד ליצירת הטקסט ומכלול הנסיבות הקשורות ליצירתו. במקרים מסוימים הפרשן יכול להיעזר אף בנסיבות שלאחר יצירת הטקסט כדי ללמוד על הכוונה שבבסיס יצירתו של הטקסט.<sup>22</sup> לעומת זאת, התכלית האובייקטיבית נלמדת הן מן הטקסט הן ממגוון מקורות חיצוניים, לרבות עקרונות יסוד של השיטה, המבנה הדמוקרטי-חוקתי של שיטת המשטר, ההלכה הפסוקה ונסיבות נוספות. העקרונות הכלליים הם העקרונות ביום מתן הפרשנות לטקסט ולא בעת יצירתו של הטקסט,<sup>23</sup> אולם לא כל העקרונות הם בעלי משקל זהה. תפקידו של השופט הפרשן לקבוע את המשקל היחסי של העקרונות הכלליים על בסיס תפיסות העומק של החברה.<sup>24</sup> כדי לסייע להליך חדירתם של העקרונות הכלליים לפרשנותו של הטקסט המשפטי, פיתחו בתי המשפט "חזקות" באשר לתכליתו של הטקסט. לחזקות אלו מעמד מרכזי בתורת הפרשנות התכליתית.<sup>25</sup>

על בסיס התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית נקבעת תכליתו הסופית של הטקסט, ועל פיה נשלפת משמעותו המשפטית מבין מגוון המשמעויות הלשוניות האפשריות.<sup>26</sup> תכליתו הסופית של הטקסט משלבת אפוא את התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית במגמה להגשים "הרמוניה חקיקתית".<sup>27</sup> בבחירתה של התכלית הסופית של הטקסט על הפרשן להתחשב בכללים משפטיים המשתנים על פי סוג הטקסט. כלומר, לפי תורת הפרשנות התכליתית המשקל הניתן ליחס בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, משתנה על פי מהותו של הטקסט המתפרש.<sup>28</sup>

לגישתו של ברק, בפרשנות תכליתית של חוקים גובר המשקל של התכלית האובייקטיבית על משקל התכלית הסובייקטיבית,<sup>29</sup> אולם אין מקומה של התכלית הסובייקטיבית מתייטר לחלוטין.<sup>30</sup> ברם, משקלה של כוונת המחוקק עלול להשתנות מעניין לעניין לפי סוגו של החוק.

- 18 שם.  
 19 שם, בעמ' 3–4.  
 20 ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 417.  
 21 ברק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3–4; ראו גם ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 374–375.  
 22 ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 181.  
 23 שם, בעמ' 474.  
 24 ברק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 11–12.  
 25 שם, בעמ' 13. ראו גם אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 477 (1993).  
 26 ברק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4.  
 27 ברק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 327–341.  
 28 ברק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4.  
 29 שם, בעמ' 7–8.  
 30 שם, בעמ' 8.

במילים אחרות, יש להבחין לעניין זה בין חוק "צעיר" לחוק "זקן", בין חוק "טכני" לחוק "ערכי", בין חוק העוסק בגזרה צרה ומתוחמת לחוק העוסק בתחום נרחב.<sup>31</sup> לתורת הפרשנות התכליתית כמה יתרונות מרכזיים: (א) הפרשנות התכליתית מאפשרת לשופט, באמצעות מלאכת פרשנותו, לבטא את המוסכמות הפוליטיות, התרבותיות והאחרות של הקהילה שבה הוא חי. יתרה מזו, היות שהעקרונות הכלליים המשמשים את הפרשן הם העקרונות הקיימים ביום מתן פרשנות לטקסט, אזי הפרשנות התכליתית מעניקה למעשה הפרשני דינמיות.<sup>32</sup> תחת ידי תורת הפרשנות התכליתית הופך הטקסט המשפטי לטקסט "חי" שמשמעותו משתנה עם תמורות העיתים.<sup>33</sup> (ב) אומנם בדמוקרטיה מוטב שרוב ההחלטות הציבוריות תתקבלנה על ידי הרשות המחוקקת, שתפקידה בין היתר לשקף את מגוון העמדות והדעות בקרב הציבור. לצד זאת, חלק מההחלטות הציבוריות במשטר הדמוקרטי צריכות להתקבל בבתי המשפט אשר משקפים את עקרונות היסוד החוקתיים של המשטר במדינה. לעיתים על בית המשפט העליון לפעול מתוך ניגוד לעמדה הרווחת בציבור, אם עמדה זו מנוגדת לערכי היסוד של המשטר במדינה. כלומר, בהתנגשות שבין רצון רגעי ובין תפיסות עומק של ערכי היסוד, הפרשנות התכליתית מאפשרת לבתי המשפט, הנהנים כאמור מעצמאות, להגן על עקרונות היסוד.<sup>34</sup>

מנגד, תורת הפרשנות התכליתית ספגה לא מעט ביקורות. להלן סקירה קצרה של המרכזיות שבהן: ראשית, הכוח הרב שתורת הפרשנות התכליתית מעניקה לשופט, יש בו כדי לערער את מערכת האיזונים והבלמים העדינה של הפרדת הרשויות בשיטה הדמוקרטית.<sup>35</sup> שנית, שיקול הדעת הנרחב שמתאפשר בחסות קידוש התכלית האובייקטיבית, עלול "לזהם" את ההליך השיפוטי שאמור להיות חסר פניות לדעתו הפוליטית של השופט.<sup>36</sup> שלישית, הפרשנות התכליתית עמומה ומשאירה שיקול דעת רחב מדי לשופט הפרשן. תוצאה זו סותרת את אושיות הדמוקרטיה משום שהיא עלולה לבטל את כוונת המחוקק מפני שיקול דעת השופט. נוסף על כך, עמימותה פוגעת גם בוודאות, ביציבות וברעיון שלטון החוק מאחר שהיא שומטת את הקרקע מתחת לדרישת המשפט המודרני לכלליות ולפוזיטיביות של הנורמה המשפטית.<sup>37</sup> השופט האמריקני רוברט בורק טען כי תורת הפרשנות של ברק עלולה לרמוס את רצון העם, שאת האינטרסים שלו מייצג המחוקק, וכך להעמיק את הכרסום בהפרדת הרשויות.<sup>38</sup> גם השופט סולברג גרס כי תורת הפרשנות התכליתית מותירה שיקול דעת נרחב בידי המשפט, ופוגעת בוודאות המשפטית ובאיזון בין הרשויות. לדידו, יש לעשות בה שימוש מצומצם ורק במקומות

31 שם, בעמ' 8-9.  
32 קידר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 770.  
33 ראו דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פס' ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.9.2017).  
34 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" עלי משפט ד 7, 11 (2005).  
35 Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, THE NEW REPUBLIC (April 23, 2007) <https://bit.ly/3BTkQHH>.  
36 שם.  
37 קידר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 745.  
38 Robert H. Bork, *Barak's Rule*, 27 AZURE 125 (2007).

שבהם התכלית הסובייקטיבית אינה ברורה או אינה מעוגנת בלשון החוק.<sup>39</sup> לבסוף, הפרשנות התכליתית מכירה בכך שהמעשה הפרשני הוא דינמי ומוטה מעצם טבעו מבחינה פוליטית ותרבותית. כלומר, עצם מעשה הפרשנות הוא פעולה פוליטית-חוקתית המשפיעה על המציאות הפוליטית במדינה ועל היחסים שבין החברה, המשפט והמדינה. הפרשנות התכליתית מדגישה את מעמדו החדש של בית המשפט בזירה הפוליטית והחברתית הישראלית ולמעשה מבטלת את ההפרדה שבין הפוליטיקה ובין המשפט. כפועל יוצא מכך, השיח המשפטי מתערבב בשיח הפוליטי או הכלכלי ובתי המשפט מזוהים כגופים פוליטיים.<sup>40</sup> ככל שהמשפט מעורב יותר בהלך העניינים החברתי והפוליטי, כך מעמדו מתערער ותדמיתו האובייקטיבית בקרב הציבור הולכת ונשחקת.

לסיכום, תורת הפרשנות התכליתית נקלטה בשיח המשפטי הישראלי והיא הגישה השלטת כיום במשפט הישראלי. השיטה מדגישה את מקומו המרכזי של השופט כפרשן, את עליונות ההערכה הפרשנית האובייקטיבית של השופט לעומת הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק ואת תבונת הפרשן המאפשרת לו לחלץ את תכלית דבר החקיקה.<sup>41</sup> כפי שנראה בהמשך, גישה זו והאקטיביזם השיפוטי הנלווה אליה אומצו בשורה של פסקי דין מרכזיים בתחום הקניין הרוחני לשלל ענפיו. הבחירה בגישה פרשנית זו אינה ניטרלית, שכן מעצם טבעה תורת הפרשנות התכליתית מניחה כי מלאכת הפרשנות אמורה לשרת את הערכים הכלליים של שיטת המשפט.<sup>42</sup>

## 2. המקורנות

משנות ה-80 של המאה שעברה ביצרה הפרשנות התכליתית את מקומה כמתודה הפרשנית השלטת במשפט הישראלי, אולם דומה שבעברה ביצרה הפרשנות התכליתית את מקומה כמתודה הפרשנית פרשנית מתחרה, מבית מדרשו של השופט סולברג – מקורנות.<sup>43</sup> המקורנות מעלה על נס את כוונתו המקורית של המחוקק.<sup>44</sup> בדומה לפרשנות התכליתית, המקורנות יוצאת גם היא מנקודת ההנחה כי גבול הפרשנות הוא גבול הלשון,<sup>45</sup> אולם היא מעניקה משקל מכריע להיסטוריה החקיקתית, על חשבון לשון החוק, ערכי היסוד של השיטה וההיסטוריה הפוסט-חקיקתית.<sup>46</sup>

39 נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37, 42 (2019). ראו גם רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות?", לעיל ה"ש 14; מני מאוטנר "בעד ונגד המקורנות, בעד הפרשנות התכליתית" ICON-S-IL Blog (5.2.2019) <https://tinyurl.com/y2fo9778>.

40 קירר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 770.

41 שם, בעמ' 762.

42 ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 133–134.

43 רזניק, לעיל ה"ש 14, טוען כי גישה זו מזכירה את המשנה הפרשנית האמריקנית המכונה Originalism. לפיכך הוא מכנה אותה מקורנות.

44 שם, בעמ' 69, 72. להרחבה בעניין המגמות הפרשניות בארצות הברית ומשפחת הגישות המכונות Originalism ראו Lawrence B. Solum, *What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in THE CHALLENGE OF ORIGINALISM 12 (Grant Huscroft & Bradley W. Miller eds., 2011).

45 רזניק, לעיל ה"ש 14, בעמ' 81.

46 שם, בעמ' 82.

כאמור, לגישתו של ברק, התכלית שביסוד הטקסט המשפטי מורכבת מיסוד אובייקטיבי ומיסוד סובייקטיבי.<sup>47</sup> על פי גישת הפרשנות התכליתית, חזקה היא כי כוונת יוצר הטקסט (התכלית הסובייקטיבית) באה לידי ביטוי מלא בלשונו. חזקה זו ניתנת לסתירה רק במקרים שבהם נתונים חיצוניים, לרבות ההיסטוריה החקיקתית, מצביעים על כוונה אחרת. לעומת זאת, גישת המקורנות מפחיתה מן המשקל הניתן ללשון החוק כמקור פרשני אל מול נתונים חיצוניים כדוגמת ההיסטוריה החקיקתית.<sup>48</sup> לפי גישה זו, הנתונים החיצוניים הללו יכולים להצביע באופן הנאמן ביותר על כוונת המחוקק.<sup>49</sup> מבחינה מעשית, אליבא דשופט סולברג, על הפרשן להעניק להיסטוריה החקיקתית – ככל שזו משקפת בבירור את כוונת המחוקק – מעמד שווה לזה הניתן ללשון החוק.<sup>50</sup> לדעתו, לבחינת ההיסטוריה החקיקתית כמה יתרונות: היא משקפת היגיון בריא, עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, מדגישה את האובייקטיביות והניטרליות של מעשה השפיטה ויש בה כדי להגביר את הוודאות המשפטית.<sup>51</sup>

כנזכר לעיל, לפי גישת הפרשנות התכליתית, התכלית האובייקטיבית של הטקסט נבחנת לאורם של העקרונות הכלליים של המשפט (למשל שלטון החוק, דמוקרטיה, זכויות אדם).<sup>52</sup> אולם המקורנות מפחיתה ממעמדם הפרשני של עקרונות היסוד של השיטה, שכן לגישתו של השופט סולברג, החדרת ערכים אלו אל תוך ההליך הפרשני מהווה מהלך ביקורתי, ולא מהלך פרשני.<sup>53</sup>

לבסוף, גישת הפרשנות התכליתית שואפת לצמצם את הפערים שבין התכלית האובייקטיבית (עקרונות כלליים של המשפט) לתכלית הסובייקטיבית (כוונת המחוקק),<sup>54</sup> ואילו לשיטתו של השופט סולברג, יש להכריע בהתנגשות שבין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית

47 **ברק**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3-4.

48 שם.

49 רפי רוניק **"בשולי המקורנות: הערה על מתודות פרשניות ומחנות אידאולוגיים"** ICON-S-IL Blog <https://tinyurl.com/xu9ektnx> (20.11.2018).

50 **רוניק**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 82.

51 פרשת **גיני**, לעיל ה"ש 33. לעניין זה מצטט השופט סולברג בפס' 6 לפסק דינו, את מאמרו של אהרן ברק **"כוונת המחוקק מציאות או דמיון?" הפרקליט** לו 165 (1985): "אמת מידה ראויה לקביעת תכליתה ומדיניותה של נורמה היא בבחינת כוונות יוצרה. כאשר ענין לנו בחוק, משמעותה של אותה אמת מידה היא, כי על תכליתו של החוק ומטרותיו ניתן ללמוד מכוננותיו של המחוקק ומטרותיו. כפי שאמר השופט זוסמן: 'המחוקק פתח במחשבה או ברעיון וגמר בדיבור ואנו פותחים בדיבור ומנסים משם לחזור על עקבותיו של המחוקק ולגלות את דעתו. זהו תפקידו של הפרשן'. מעלותיה של אמת מידה זו רבות הן: ראשית, היא משקפת היגיון בריא, לפיו אין כיוצרה של נורמה להעיד על תכליתה; שנית, היא עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, לפיו הרשות המחוקקת היא היוצרת את החוק, ואילו השופט נותן תוקף ליצירתו של המחוקק; שלישית, היא מדגישה את האובייקטיביות והניטרליות של מעשה השפיטה. לא מחשבותיו הסובייקטיביות של השופט בדבר המדיניות הראויה הן הקובעות את תחום התפרסותה של הנורמה, אלא תפיסתו של המחוקק והכרעתו שלו בין האלטרנטיבות השונות של המדיניות הן הקובעות. לבסוף, היא מגבירה את הבטחון המשפטי, ואת היכולת לצפות מראש את פירושה של הנורמה, ובכך היא משיגה הפעלה שיונית של החוק".

52 **ברק**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 11.

53 שם.

54 **רוניק**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 85.

שלא בדרך של איוון, סינתזה ואינטגרציה, אלא בהתבסס על מנגנון של כלל וחריגים בצידו.<sup>55</sup> כלומר, בשעת קביעת התכלית הסופית של הטקסט כוונת המחוקק גוברת, אלא אם כן היא בלתי חוקית או שבשל הזמן שחלף נפתרה המחלוקת הציבורית שבבסיס המתח בין התכליות הללו.<sup>56</sup> על פי גישת הפרשנות התכליתית, תכלית החוק מתפתחת עם תמורות העיתים ונקבעת במועד מתן הפרשנות, ואילו על פי המקורנות, תכלית החוק נקבעת על ידי יוצריו ומועד יצירת הטקסט החקיקתי הוא המועד הקובע לעניין פרשנות החקיקה.<sup>57</sup>

רזניק רואה בהבדלים שבין שיטת המקורנות לשיטת הפרשנות התכליתית הבדלים עקרוניים המשקפים את ההבדלים בתפיסת העולם השיפוטית בין השופט ברק לשופט סולברג.<sup>58</sup> לטעמו, גישת המקורנות משכפלת עקרונות מרכזיים של הגישה הפרשנית השמרנית.<sup>59</sup> כך, בדומה למקורנות, הגישה השמרנית מקדשת את התכלית הסובייקטיבית של הטקסט, המתבטאת ברצון הסובייקטיבי שהיה בפועל ליוצר הטקסט בעת כתיבתו, ככל שניתן לזהותו.<sup>60</sup>

הספרות מדגישה מספר יתרונות מרכזיים לגישה השמרנית ולנאמנות לכוונת יוצר הטקסט: (א) הגישה השמרנית יכולה לשמש כלי ריסון שיפוטי.<sup>61</sup> (ב) שיטה זו מקדמת שיקול חוקתי של דמוקרטיה והפרדת רשויות.<sup>62</sup> (ג) הנאמנות לכוונת המחוקק אף מסייעת לחיזוק אמון הציבור במערכת המשפט ולוודאות המשפטית בייחוד ביחסים האישיים.<sup>63</sup> נוסף על כך ניתן להשיג באמצעותה יציבות משפטית, ודאות וביסוס לשלטון החוק.<sup>64</sup>

ארבעה חסרונות מרכזיים שמתנגדי הגישה השמרנית מונים הם: (א) פרשנים שונים עשויים לקרוא אותו טקסט ולהבין אותו באופן אחר. השוני בהבנת הטקסט נובע מהשוני בהבנה

55 רפי רזניק "עוד בשולי המקורנות: הערה על מתודות פרשניות ומלחמות תרבות" **ICON-S-IL Blog** <https://tinyurl.com/2j4w943f> (29.1.2019); **רזניק**, לעיל ה"ש 49; **רזניק**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 87.

56 **רזניק**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 85–88.

57 שם.

58 **רזניק**, לעיל ה"ש 55; **רזניק**, לעיל ה"ש 49: "הסכמה המקורנית מאתגרת הנחות יסוד שעליהן עומדת הפרשנות התכליתית, וההשלכות של יישומה מרחיקות לכת: הפרשנות נתפסת כפרויקט אמפירי-היסטורי יותר מאשר נורמטיבי; ערכי יסוד ובראשם זכויות האדם מאבדים ממעמדם כאמצעים מנחים לפרשנות; הרלוונטיות של התפתחויות מאוחרות למועד החקיקה, משפטיות או חברתיות, מצומצמת ביותר; ערכים כגון ודאות ויציבות מועלים על נס גבוה יותר מערכים כגון צדק והוגנות; תפקיד השופט נתפס כמתמזה בגילוי יצירת המחוקק, ואילו גילוי 'כוונת השיטה' נתפס כאצטלה שמאחוריה מסתתרים ערכיו הסובייקטיביים של השופט. במקום שלושת העקרונות של הפרשנות התכליתית – לשון, תכלית, שיקול דעת – מציעה המקורנות שלישייה חלופית: לשון, כוונה מקורית, תיקוף".

59 **רזניק**, לעיל ה"ש 55.

60 **ברק**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 165.

61 הטענה היא כי ההיצמדות לכוונת יוצר הטקסט מרסנת את הפרשן ומונעת את החדרת השקפותיו האישיות אל תוך תהליך הפרשנות. אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 325, 327, 339 (1992).

62 נאמנות לכוונת המחוקק הולמת את השיטה הדמוקרטית שבה יש לפרש את הנורמות על פי ההערכות החברתיות של המחוקק ולא של הפרשן. המחוקק הוא שיצר את החוק, ולכן רצונו הוא שצריך להיות מוגשם. שם, בעמ' 355.

63 שם, בעמ' 333.

64 שם. ראו גם **ברק**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 329.

המוקדמת שכל פרשן מביא עימו לתהליך הפרשני.<sup>65</sup> (ב) שיטת הפרשנות המילולית נכשלת במילוי תנאי היעילות הפרשנית, משום שלא תמיד היא מצליחה לשלוף משמעות משפטית ממגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט המשפטי.<sup>66</sup> ביקורת זו גורסת כי הפרשן אינו בלשן, הטקסט של הנורמה, והמשמעות שמילותיו יכולות לשאת, הכרחיים להבנת הנורמה, אך המשמעות הלשונית אינה תנאי מספיק.<sup>67</sup> (ג) לעיתים היצמדות לטקסט עלולה להביא לתוצאה אבסורדית ובלתי מתקבלת על הדעת.<sup>68</sup> (ד) כאשר יוצר הטקסט הוא גוף קולקטיבי, קשה לעמוד על כוונת המחוקק הסובייקטיבית,<sup>69</sup> שכן גישת חברי הכנסת השונים היא לא בהכרח אחידה. למעשה, יש הרבה אמירות של מחוקקים, ולעיתים הן סותרות זו את זו. על רקע סקירת הגישות הפרשניות הללו נפנה לבחון את גישת בתי המשפט בתחום הקניין הרוחני בכלל ובתחום הטכנולוגיות המתפרצות בתחום זכויות היוצרים בפרט.

### ג. הגישה הפרשנית של בתי המשפט בישראל בתחום הקניין הרוחני

הגישה הפרשנית של בית המשפט העליון בישראל בתחום הקניין הרוחני דבקה בפרשנות תכליתית ובאקטיביזם שיפוטי. בשורה של פסקי דין מרכזיים בתחום הקניין הרוחני, לשלל ענפיו, אימץ בית המשפט העליון גישה פרשנית אקטיביסטית והחדיר פעם אחר פעם לדין

65 אין בכוחו של הטקסט בלבד לכוון את הפרשן למשמעות אחת ויחידה. תפיסותיו הסובייקטיביות של הפרשן עשויות לכוון אותו בתהליך הפרשנות המילולית, ללא אמצעי פרשנות מלבד הטקסט אשר ירסנו את פעילותו הפרשנית. כך, הפרשנות המילולית אינה משיגה את האובייקטיביות בפרשנות אלא תפיסותיו הסובייקטיביות של הפרשן מחלחלות לתוך תהליך הפרשנות בלא ניסיון לעצור. [ברק](#), לעיל ה"ש 15, בעמ' 350.

66 שם, בעמ' 322. יתרה מזאת, כשהטקסט עמום או רב-משמעי, השיטה המילולית אינה מצליחה לתת לו מובן חד-משמעי, ולכן היא חייבת להיזקק לגורם חוץ-לשוני שיבהיר את העמימות. צורך זה מבהיר כי הטקסט המשפטי לא בכל המקרים מספיק. גם ההקשר הטקסטואלי לא תמיד נותן מענה לבעיות שעלולות לעלות מהטקסט. [ברק](#), לעיל ה"ש 61, בעמ' 328.

67 יניב רוזנאי "כשהמחוקק אומר 'דג' – למה הוא מתכוון? על חשיבותן של ההגדרות בחקיקה" **עיונים בשפה וחברה** 5, 106, 111 (2012): "ראשית, שפתנו מוגבלת. אוצר המילים שלנו אינו משוכלל דיו כדי להקיף ולשקף את מורכבות החיים ואת מגוון האירועים שמתרחשים בהם, בייחוד במקרי השוליים, שבהם מונחים נהיים מטושטשים. האם שרפרף, כורסה ואסלה הם סוגים של כיסאות? כל אדם יעניק תשובה אחרת לשאלה זו (Solan, 2005: 2041). שנית, שום מחוקק אינו יכול לחזות את כל הנסיבות בעתיד. לעתים הנסיבות שבמחלוקת המשפטית הן כה רחוקות או שונות מהנסיבות האופייניות שהניעו את המחוקק להסדיר את המצב בחקיקה מלכתחילה, עד שאיש לא חשב עליהן בעת החקיקה. ואילו עשו כן, היו מגדירים את החוק אחרת או יוצרים חריג בחוק (Solan, 2006)".

68 חייב להתקיים אמצעי פרשני נוסף, פרט לאמצעי הלשוני, שיסיר את האבסורד ואת חוסר ההיגיון. הוא חייב להיות חוץ-לשוני משום שלשון המחוקק יצרה את האבסורד, ולכן אינה יכולה להסירו. להרחבה בנושא זה ראו [ברק](#), לעיל ה"ש 15, בעמ' 328.

69 שם, בעמ' 177–180; ראו גם Kenneth A. Shepsle, *Congress is a "They", Not an "It"*: *Legislative Intent as Oxymoron*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 329 (1992); John F. Manning, *Inside Congress's Mind*, 115 COLUM. L. REV. 1911 (2015).

הישראלי דוקטרינות משפטיות מרכזיות שלא זכו להסדרה מפורשת בדברי חקיקה. הדיון שלהלן יציג את הגישה האמורה כפי שהיא עולה בכמה וכמה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים.

פסק הדין המשמעותי הראשון שבו ניתן לראות גישה אקטיביסטית של בית המשפט העליון בתחום הקניין הרוחני הוא פסק הדין בעניין **רב בריח**, שבמסגרתו הכיר בית המשפט העליון בדוקטרינת ההפרה התורמת בתחום דיני הפטנטים, וזאת ללא כל עיגון בחקיקה הישראלית.<sup>70</sup> בפסק הדין בעניין **רב בריח** התעוררה השאלה אם ניתן להחיל את דוקטרינת ההפרה התורמת או העקיפה בתחום דיני הפטנטים. בית המשפט העליון עמד על המתח שבין הרצון לספק הגנה לבעל הפטנט ובין הרצון לספק חופש ביטוי וחופש יצירה לציבור, ובסופו של דבר הכריע לטובת הכרה בדוקטרינה.<sup>71</sup> בית המשפט אימץ לדין הישראלי את דוקטרינת ההפרה התורמת ועיצב את התנאים להחלתה בעיקר על בסיס **חוק הפטנטים** האמריקני.<sup>72</sup> עוד קבע בית המשפט כמה תנאים להכרה בדוקטרינת ההפרה התורמת בתחום הפטנטים, ופסק כי נדרש שהחלק הנמכר על ידי המפר יהווה חלק מהותי מהאמצאה המוגנת, וכי המוכר או המשווק ידע, או שהיה עליו לדעת, כי שילוב של המוצר הנמכר ורכיבים אחרים יחד מהווה הפרת הפטנט. עם זאת, בית המשפט חידד וקבע כי אין אחריות במקרה שבו מדובר ברכיב שהוא מוצר בסיסי, המתאים לשימוש משמעותי אחר שאינו בהכרח שימוש המפר את הפטנט.<sup>73</sup>

הכתיבה האקדמית שעסקה בפסק הדין בעניין **רב בריח** דנה באופן שבו פסקת בית המשפט הביאה ללידתה של עוולה חדשה של הפרה תורמת בדיני הפטנטים ולעיצובה, תוך מתיחת ביקורת על בית המשפט. נטען בין היתר כי בית המשפט ביכר להגן על הקניין הרוחני על חשבון ערכים אחרים ובכך ייקר את הליך החדשנות ופגע בתחרות החופשית.<sup>74</sup> נוסף על כך נטען כי ההלכה פוגעת בחופש הביטוי של הציבור. נמתחה גם ביקורת על יסודות העוולה החדשה שאינם ברורים ולכן עלולים להביא לבלבול ולא־ודאות.

גם בפסק הדין בעניין **מקדונלד** נקט בית המשפט העליון גישה אקטיביסטית והכיר בזכות לפרסום בדין הישראלי, ענף הנמנה גם הוא עם תחומי הקניין הרוחני, וזאת על בסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>75</sup> בפסק הדין נדונה בין היתר השאלה אם ניתן להכיר בדין הישראלי בזכות לפרסום, זכות שהוכרה זה מכבר בשיטות משפט אחרות, ובעיקר בשיטת המשפט האמריקנית. אף על פי שבית המשפט העליון דחה את תביעתו של אריאל מקדונלד מנימוקים שונים,<sup>76</sup> הוא בחר להכיר בדין הישראלי בזכות לפרסום, הנותנת לידוענים זכות לשימוש מסחרי במאפייניהם כגון קולם, שמם, דמותם ועוד. בפסק הדין הכיר השופט ריבלין במוסד הקנייני של הזכות

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

71 שם.

72 שם, בעמ' 354.

73 שם.

74 מיכאל ד' בירנהק **"לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים"** טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 169 (מסדרת משפט, חברה ותרבות, שי לביא עורך, 2003).

75 **ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314 (2004).

76 שם, בעמ' 346–348.

לפרסום לאחר ניתוח דקדקני של תאוריות להכרה בזכות: תאוריית העבודה, התאוריה הכלכלית, תאוריית האישיה ועוד. בסופו של ניתוח תיאורטי זה הכיר השופט ריבלין בזכות לפרסום ועיגנה בדיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>77</sup> הכרה בזכות לפרסום במסגרת פסק דין פרטני מגלמת צעד אקטיביסטי מרחיק לכת שאינו מאפשר לשקול את כלל הנימוקים בעד ונגד ההכרה בזכות. בין היתר לא ברור מפסק הדין אם ההכרה בזכות נדרשת על ידי מושאי הזכות דוגמת ידוענים בישראל, ואם מבחינה ערכית וחברתית החברה הישראלית מעוניינת להכיר בזכות ולתת לידוענים כוח כלכלי בפרסונה שלהם. פסק הדין מטבעו אינו יכול להידרש לסוגיות אלו ולכן הוא נתפס, ובצדק, כאקטיביסטי מאוד. מעניין לציין כי בית המשפט המחוזי בתל אביב הוסיף לפתח את הזכות לפרסום. כך למשל בפסק הדין בעניין **סלבדור דאלי** הוא קבע את תקופת ההגנה מכוח הזכות לפרסום, ופסק שהיא נמשכת כל חיי הידוען וגם 25 שנים לאחר מותו.<sup>78</sup>

פסק דין נוסף שמגלם גישה אקטיביסטית דומה דווקא בתחום דיני זכויות היוצרים, הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **שוקן**.<sup>79</sup> בפסק הדין התעוררה השאלה אם ניתן להכיר בדוקטרינות של הפרה תורמת בדיני זכויות יוצרים. פסק הדין ניתן בשנת 2011, כשלוש שנים לאחר כניסתו לתוקף של **חוק זכות יוצרים**, התשס"ח–2007.<sup>80</sup> אף על פי שהמחוקק בחר במכוון להסדיר באופן חלקי את דוקטרינות ההפרה העקיפה בתחום זכויות יוצרים,<sup>81</sup> ואף שבית המשפט לא מצא בחוק התייחסות לאחריות תורמת,<sup>82</sup> בית המשפט העליון, בצעד אקטיביסטי, אימץ את דוקטרינת האחריות התורמת וקרא אותה לתוך החוק על בסיס עקרונות נזיקיים המעוגנים ב**סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]**. בית המשפט העליון קבע, שוב במסגרת פסק דינו של השופט ריבלין, כי בדיני זכויות יוצרים אין הסדר מקיף בנוגע לאחריות תורמת להפרת זכות יוצרים. אולם, בית המשפט תר אחר התכליות של **חוק זכות יוצרים**, בציינו כי "דיני זכויות היוצרים מבוססים על מספר תכליות, היוצרות יחד 'מארג של אינטרסים', הן ציבוריים הן פרטיים. אחת התפיסות העומדת ביסוד ההכרה בזכויות היוצרים, מדגישה את האינטרס הציבורי שבקידום היצירה הקולקטיבית".<sup>83</sup> נוסף על כך בית המשפט חידד וקבע כי לצד האינטרס הציבורי שבקידום הידע הקולקטיבי, נשענים דיני זכויות יוצרים גם על הרצון להגן על האינטרסים הפרטיים של היוצר. התפיסה היא שיש לגמול ליוצר על המאמץ ועל המשאבים שהוא השקיע בהפקת היצירה, ולהכיר בזכותו ליהנות מפרי עמלו.<sup>84</sup>

77 שם, בעמ' 358–366.

78 **ת"א (מחוזי מר') 11740-03-13 Fundacio Gala Salvador Dali נ' וי.אס.מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ** (נבו, 28.8.2016) (להלן: עניין **סלבדור דאלי**).79 **ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פ"ד סד(3) 740 (2011).

80 החוק נכנס לתוקפו בשנת 2008.

81 יצוין כי הוראות החוק הקיימות הסדירו סוגים שונים של הפרה תורמת, אך עשו כן בצורה חלקית במסגרת **ס' 48 ו"א 48** שהוסף לאחרונה, ואף במסגרת **ס' 49**.82 עניין **שוקן**, לעיל ה"ש 79, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

83 שם, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

84 שם.

בית המשפט יצא מגדרי לשון הטקסט המשפטי, ודן בתכליות דיני זכויות יוצרים ובערכים נוספים. על בסיס אלו הסיק בית המשפט את המסקנה כי "בחירתם של שיקולים אלה, במקרה שלפנינו, מצביעה על כך שאין מקום לאפשר לגורם אשר תרם באופן ניכר לקיומה של הפעולה המפרה, וייתכן שאף נהנה מהשימוש ביצירה, להתחמק מאחריות".<sup>85</sup> בית המשפט קבע כי קיומה של הפרה תורמת בדיני זכויות יוצרים מותנה בשלושה תנאים מצטברים: קיומה בפועל של הפרה ישירה; ידיעתו של המפרה-התורם על ההפרה הישירה שבוצעה; וקיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה.<sup>86</sup> בשולי הדברים יצוין כי הוגשה בקשה לדיון נוסף בנוגע לפסק הדין, אך הבקשה נדחתה.<sup>87</sup>

לבסוף, גם פרשת **סאנופי**, במסגרתה נדונה השאלה האם הטעיה של רשם הפטנטים על ידי מבקש פטנט בניסיון להאריך שלא כדין את רישום הפטנט שברשותו, עשויה להקים כנגד מבקש הפטנט עוולה של עשיית עושר ולא במשפט? מהווה דוגמה נוספת למגמה האקטיביסטית של בתי המשפט בתחום דיני הפטנטים.<sup>88</sup> ניתן להבחין במגמה אקטיביסטית בתחום דיני הפטנטים. בעניין זה טענה חברת אוניפארם כי חברת סאנופי הטעתה במכוון את רשם הפטנטים כדי להאריך את תקופת הפטנט ובעצם את המונופול שלה ומנעה כניסה של מתחרים לשוק. חברת אוניפארם דרשה בתביעתה פיצוי על התנהלותה של חברת סאנופי. בית המשפט המחוזי מרכז קבע כי סאנופי הטעתה ביודעין ובמתכוון את רשם הפטנטים. השופט גרוסקופף בחן במסגרת פסק הדין אם הסעדים **שחוק הפטנטים** מעניק בקשר להטעיה של רשם הפטנטים מהווים "הסדר שלילי" באופן המונע מבית המשפט להעניק לתובע סעדים מכוח ענפי משפט אחרים. בית המשפט המחוזי קבע כי הסעדים בנסיבות של הטעיית רשם הפטנטים אינם מעוגנים אך ורק **בחוק הפטנטים** אלא הם נרחבים יותר.<sup>89</sup> כפרט נקבע כי במקרים של הטעיית רשם הפטנטים, יכולה לעמוד לתובעת הזכות לקבל סעדים גם מכוח **חוק ההגבלים העסקיים**<sup>90</sup> ו**חוק עשיית עושר ולא במשפט**.<sup>91</sup> על החלטת בית המשפט המחוזי הוגשו ערעור וערעור שכנגד. בית המשפט העליון, פסק גם הוא כי סאנופי הפרה את הוראות דיני הפטנטים ודיני התחרות, דינים אשר הפרתם יכולה לבסס עוולה של עשיית עושר ולא במשפט.<sup>92</sup> השופט מלצר מבהיר בפסק דינו כי "פרדיגמת הפרת כללי התחרות היא ענף של דיני עשיית העושר ולא במשפט, שדרכו ניתן להחיל את מערכת דינים אלו גם על דיני התחרות. משכך, אדם שהתעשר כתוצאה מהפרה של

85 שם, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

86 שם, פס' 23–26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

87 **דנ"א 5004/11 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' האוניברסיטה העברית בירושלים** (פורסם בנבו, 11.9.2011).

88 במסגרת פרשה זו הכירו בית המשפט המחוזי מרכז בתל אביב ובית המשפט העליון כי דיני הפטנטים אינם מהווים הסדר שלילי לעניין הסעדים בגין הטעיית רשם הפטנטים. מעבר לכך, נקבע כי אין כל מניעה לחייב בהשבה מבקש פטנט שהטעה את רשם הפטנטים והתעשר בגין הטעיה, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ראו **ת"א (מחוזי מר') 33666-07-11 אוניפארם בע"מ נ' Sanofi** (פורסם בנבו, 8.10.2015).

89 שם, פס' 79 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

90 שם, פס' 82–92 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

91 שם, פס' 93–99 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

92 **ע"א 2167/16 Sanofi נ' אוניפארם בע"מ** (פורסם בנבו, 12.7.2021).

כללי התחרות, יכול שייתבע וייאלץ להשיב את התעשרותו".<sup>93</sup> בכך הרחיב בית המשפט את סוגי הסעדים היכולים לעמוד לבעל דין בנסיבות של הטעיה מכוונת של רשם הפטנטים. גם כאן דומה כי בית המשפט פתח פתח לקבלת סעדים מכוח דינים שונים שייעודם המקורי היה להתמודד בעיקר עם מצבים המהווים הפרה של דיני התחרות או עשיית עושר ולא במשפט. הרחבת קשת הסעדים גם למצבי הטעיה מכוונת של רשם הפטנטים משקפת גם היא אקטיביזם שיפוטי. לסיכום, מן הסקירה לעיל עולה כי פעם אחר פעם אימץ בית המשפט העליון גישה פרשנית אקטיביסטית ערכית במסגרת פסקי דין העוסקים בתחומי הקניין הרוחני השונים. חלקו הבא של פרק זה יוקדש לבחינה ודיון מעמיקים בפסקי הדין המרכזיים בתחום זכויות יוצרים בהם התעוררו שאלות הנוגעות לטכנולוגיות מתפרצות.

#### ד. הגישה הפרשנית של בתי המשפט בישראל בתחום הטכנולוגיות המתפרצות וזכויות יוצרים

לבתי המשפט בישראל היו הזדמנויות לא מעטות לעסוק באתגרים שטכנולוגיות חדשות מציבות לתחום הקניין הרוחני. כאמור לעיל, מרבית פסקי הדין בתחום זה מלמדים על גישה אקטיביסטית של בתי המשפט בהתמודדות עם טכנולוגיות אלו.

במהלך השנים הוכנסו תיקונים בחקיקת זכות יוצרים. בשנת 2008 אף נכנס לתוקפו [חוק זכות יוצרים](#) החדש אשר החליף את חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: החוק הישן) ו**פקודת זכות יוצרים**, 1924. שינויים אלו, הגם שנועדו לעדכן את החקיקה הארכאית בדיני זכויות יוצרים ולהתאימה לרוח הזמן ולהתפתחויות המשפטיות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים, לא הצליחו לתת מענה לכלל השאלות המשפטיות אשר עמדו על הפרק בתחום זכויות היוצרים. בפרט ככל שהדבר נוגע להתמודדות עם טכנולוגיות מתפרצות.

הדיון שלהלן יעסוק בפסקי הדין המרכזיים של בתי המשפט בישראל בתחום זכויות יוצרים בכל הערכאות בסדר כרונולוגי. הדיון יתחיל בפסק הדין בעניין [טלה-איוונט](#) שעסק באתגרי שידורי הלוויין. לאחר מכן נפנה לדון בטכנולוגיית הסטרימינג שעלתה לדיון בפסק הדין בעניין [פרמייר ליג](#). נמשיך את הדיון בפסק הדין בעניין [טלראן](#) שעסק בכרטיסים המאפשרים פענוח שידור לווייני מקודד של רשתות שידור זרות ונחתום את הדיון בפסק הדין בעניין [א.ל.י.ס.](#), שהציג את מנגנון ההודעה והסרה לדין הישראלי.

#### 1. טכנולוגיה מתפרצת – שידור באמצעות לוויינים

פסק הדין הראשון שבו נדון הוא פסק הדין בעניין [טלה-איוונט](#), אשר נדון גם במסגרת דיון נוסף. במרכז הפרשה עומדות כמה חברות כבלים הקולטות באמצעות לוויינים שידורים של ערוצי טלוויזיה זרים. את שידורי הערוצים הללו מעבירות חברות הכבלים, בה בעת עם השידור המקורי ובהסכמת הערוצים הזרים, למנויייהן בישראל. המבקשת, חברת טלה-איוונט, שהייתה בעלת

93 שם, פס' 126 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) מלצר.

זכויות השידור הבלעדיות של טורניר הטניס ווימבלדון בישראל, טענה כי חברות הכבלים הפרו את זכות היוצרים שלה בשידור משחקי הטורניר. בבית המשפט המחוזי נדחתה התביעה.<sup>94</sup> בית המשפט העליון קיבל את הערעור וקבע כי השידורים של משחקי טורניר ווימבלדון הם יצירות מוגנות בזכויות יוצרים.<sup>95</sup> לפיכך בנסיבות העניין לחברת טלה-איוונט זכות תביעה בעילה של הפרת זכות יוצרים בשידורי הטורניר בישראל. בית המשפט פסק כי בהעביר את הטורניר כפי ששודר בערוצים הזרים, חברות הכבלים הישראליות הפרו את זכות היוצרים שרכשה חברת טלה-איוונט בשידורים אלו. עוד נקבע כי הסייגים המוטלים על בעל זיכיון לפי חוק התקשורת, לרבות הסייג כי בעל זיכיון לא ישדר שידורים שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים, חלים גם כאשר מדובר בהעברת שידורי חוץ מלוויין.

במסגרת הדיון בערעור [טלה-איוונט](#) בבית המשפט העליון, בחן השופט מצא איזו חובה מוטלת על זכייניות הכבלים כלפי בעלי זכויות יוצרים וזכויות מבצעים בגין שידורים הנקלטים באמצעות לוויין ומועברים במקביל לקיום השידור המקורי. מסקנתו של השופט מצא הייתה כי המשיבות שידרו שידור שיש בו משום הפרת זכויות יוצרים.<sup>96</sup> עוד נקבע כי המשיבות הן חברות עסקיות ולכן בהעברת השידורים למנוייהן יש משום הפצה לצורכי מסחר על פי [סעיף 2\(2\) לחוק זכות יוצרים](#) הישן.<sup>97</sup> גם מטעם זה הטיל השופט מצא על המשיבות את החובות המוטלות בגין שידור או העברת שידורים אחרים, הגם שמדובר בהעברת שידורי חוץ באמצעות לוויין. השופט מצא הוסיף כי על המשיבות לברר מלכתחילה, טרם החלטתן לשדר, בין היתר גם את השאלה אם יש בהעברת שידורי לוויין משום הפרת זכויות יוצרים. בעקבות פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף.

בדיון הנוסף בבית המשפט העליון בעניין [טלה-איוונט](#) נדונו כמה וכמה שאלות שהחשובות שבהן לעניין הדיון בפרק זה הן: האם העברת השידורים של אותם יצירות ואירועים בידי חברות הכבלים יש בה – ואימתי יש בה – כדי להפר זכות יוצרים של בעלי הזכות?<sup>98</sup> השופט חשין נדרש לשאלה אם הפרו חברות הכבלים את זכות היוצרים של טלה-איוונט. בית המשפט הכיר בהגנת זכות יוצרים על שידור משחקי טורניר ווימבלדון, אולם הוא חזר והבהיר כי ייתכן [שחוק זכות יוצרים](#) הישן, שנחקק בתחילת המאה העשרים, אינו מתאים למציאות הטכנולוגית של ימינו. בפרט בחן השופט חשין האם ניתן להרחיב את תחומי החוק ולהחילו על העברת-ממסר של חברות כבלים.<sup>99</sup> השופט חשין חידד בצינונו כי:

94 [ה"פ \(מחוזי ת"א\) 931/92 event limited-tele נ' ערוצי זהב ושות' – שותפות רשומה](#), פ"ד תשנ"ד(2) 328 (1994) (להלן: עניין טלה-איוונט).

95 [ע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות'](#), פ"ד נה(5) 529 (2001) (להלן: ערעור טלה-איוונט).

96 שם, בעמ' 552–553.

97 שם, בעמ' 553–554.

98 [דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd.](#), פ"ד נח(6) 6 (2004) (להלן: דיון נוסף טלה-איוונט).

99 שם, בעמ' 32.

בית-המשפט יבקש לעשות את המיטב, ואולם לא תמיד יעלה חפצו בידו. כך יארע דרך כלל במקום שבו נפער חלל גדול בין המציאות לבין דברו של חוק אשר נחקק לרקעה של מציאות שונה בתכלית. כך בעיקר בחוקים תלויי-טכנולוגיה ובהוראות חוק הנסמכות על טכנולוגיה הנוהגת לעת חקיקתו של החוק; במקרים מעין-אלה ייאמר כי לא עלה בידו של בית-המשפט להכניס אל תחום המשיכה של החוק תופעות-מציאות אלו ואחרות שלעת חקיקת החוק לא היו מציאות אלא דמיון. פער מעין-זה – פער שאינו ניתן לגישור – ייפער מקום שמילות החוק לא תוכלנה להכיל בקרבן את תופעות החיים החדשות בלא שתקרוסנה, ומשיימצא לנו כי כל כלי-מלאכה שניתנו בידינו לפירוש ולהתאמת לשונו של חוק למציאות משתנה לא יצלחו למתיחת הלשון בלא שתפקע.<sup>100</sup>

בפרט בחן בית המשפט העליון אם בהעברת שידוריהם של ערוצים זרים למנוייהן בישראל, הפרו חברות הכבלים את זכותה של טלה-איוונט.<sup>101</sup> בהיעדר הסדר **בחוק זכות יוצרים** בעניין העברת שידורים של ערוצים זרים בכבלים, בחן בית המשפט אם הפרו חברות הכבלים את זכות הביצוע הפומבי ואת זכות ההפצה לצורכי מסחר של בעלת הזכויות.

תחילה הבחין בית המשפט בין שידור ראשוני לשידור משני. השופט חשין הכיר בכך ששידור ראשוני של יצירה ברדיו, בטלוויזיה, באינטרנט או בכל דרך אחרת, יכול להיות הפרת זכות יוצרים, ואילו בעניין שידור משני, לטעמו אין בהעברת ממסר של ערוצים זרים בכבלים משום הפרת זכות שיוחדה בחוק לבעל זכות היוצרים.<sup>102</sup> השופט חשין עיגן את קביעתו בהצדקות העומדות בבסיס **חוק זכות יוצרים** כמו גם בנטל הכבד שעלולה להטיל על חברות הכבלים החובה לרכוש את זכויות היוצרים ביצירות המועברות בשידורי משנה. במילים אחרות, לדעת השופט חשין, כל הסדר אחר "הסדר בלתי מעשי הוא, ופירוש הדברים אינו אלא סגירה הלכה למעשה של שידורי ההעברה בכבלים, או לחלופין, יצירת מנגנוני-הסדר בלתי מתקבלים על הדעת".<sup>103</sup>

השופט חשין שב והבהיר כי אין בכך כדי לפטור את חברת הכבלים מתשלום תמלוגים, אולם בהיעדר מנגנון תשלום בחוק, בית המשפט אינו יכול לכוננו. לפיכך קרא השופט חשין למחוקק

100 שם, בעמ' 25. ראו גם את דברי השופט חשין, שם, בעמ' 23–24, בהם הוא ממשיך ומבהיר כי "מאז ומעולם נדרשו בתי-המשפט להתמודד עם פערים שנתהוו בין דברי-חוק והלכות של יום האתמול לבין תופעות החיים שליום המשפט. המשפט והחוק, לעולם משפט וחוק של-אתמול הם, והתקדמותם התקדמות איטית, זהירה ומחושבת היא. ואילו המציאות, זו משתנה והולכת כל העת, לעיתים במהירות מסחררת. כך המציאות וכך סכסוכים המתגלעים לרקע אותה מציאות. אכן, דרך העולם היא... שהישגי המדע והטכנולוגיה מקדימים קביעתן של נורמות הנוהגות בחברה והסדרי-דין הנקבעים בידי המחוקק מעת לעת... אלא שעל הרוב משכיל המשפט לשנות עצמו עם המציאות המשתנה, וגם בהיוצר פער בין לשונו של חוק לבין המציאות נוטלים אנו כלי-פרשנות בידינו, ובעזרתם עושים אנו להדביק את הפער ולהעלות ברשת החוק את חידושי המציאות. גמישות זו היא אחת מתכונותיו הראשוניות והתרומיות של המשפט".

101 שם, בעמ' 17.

102 שם, בעמ' 38.

103 שם, בעמ' 33.

לומר את דברו ולהתאים את דיני זכויות היוצרים בישראל להתפתחות הטכנולוגית ולהסדירם במפורש.<sup>104</sup> השופט אור הצטרף לחוות דעתו של השופט חשין ולקריאתו למחוקק לעדכן את דיני זכויות יוצרים.<sup>105</sup>

השופטת ביניש גם היא הצטרפה לחוות דעתו של השופט חשין וסברה כי אין מענה מפורש **בחוק זכות יוצרים** הישן לשאלה אם הגנת זכות יוצרים חלה בנסיבות העניין על שידור משני באמצעות ממסר.<sup>106</sup> היא הסכימה כי ניתן לפרש את לשון החוק בשני אופנים, האחד מרחיב ומחיל את החוק על שידור משני, והשני מצמצם ושולל תחולה. לדעתה של השופטת ביניש, בהיעדר הסדר חקיקתי מפורט המסדיר את סוגיית זכויות היוצרים בנוגע לשידורים משניים, יש לפרש את הוראות **חוק זכות יוצרים** בצמצום כמגביל את תחולת הזכות לשידור ראשוני בלבד. זאת משום שהטלת אחריות על משדרים משניים בגין הפרת זכויות יוצרים, מבלי להגבילה בהסדרים המותאמים למציאות הטכנולוגית של ימינו, עלולה לטעמה להביא לפגיעה בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויות מוגנות מתחרות, לרבות הזכות לחופש הביטוי והזכות לחופש המידע, וכן לאינטרס הציבורי. לפיכך היא הצטרפה לדעתו של השופט חשין. היא הבהירה כי בהיעדר חקיקה עדכנית, אין פתרון מיטבי לבעיה העולה בעניין זה. לפיכך גם היא, כיתר חברי המותב, הצטרפה לקריאה למחוקק להתערב.

השופט מצא חזר והפנה לחוות דעתו בפסק הדין בערעור, במסגרתה קבע כי הפקתם הטלוויזיונית של אירועי טורניר ווימבלדון ראויה להיות מוכרת כיצירה מוגנת בחוק, מאחר שבהפקתם מושקעים כישרון ומאמץ, והתוצר הסופי המגולם בשידור המוצע לעיני צופי הטלוויזיה, עבר עיבוד ושינוי. לאור התהליך שבו מופקים הצילומים ולאור המיומנות המקצועית הנדרשת בהפקות מסוג זה, השופט מצא סבר כי יש בשידורי הטורניר מקוריות וביטוי אישי המצדיקים את היותם "יצירה מוגנת". כאמור לעיל, השופט סבר כי לפי סעיף 48 לכללי הבזק, על בעל הזיכיון מוטלים סייגים להעברת שידורי חוץ מלוויין. לדידו, הם מתווספים לסייגים המוטלים על בעל הזיכיון לפי **סעיף 6 כה לחוק התקשורת (בזק ושידורים)**, התשמ"ב-1982 והכללים שלפיו.<sup>107</sup> טעם נוסף שלפיו סבר השופט מצא שהמשיבות הפרו את זכות היוצרים של המבקשת הוא כי בהעברת השידורים על ידי המשיבות למנוייהן יש משום הפצה לצורכי מסחר על פי **סעיף 2(2) לחוק זכות יוצרים** הישן. הוא ציין שהוא חולק על דעתו של השופט חשין וסבר כי דין העתירה להידחות.<sup>108</sup>

השופט טירקל הסכים עם חוות דעתו של השופט מצא בפסק הדין בערעור, שעל פיו יש להעניק לחברת טלה-איוונט פסק דין הצהרתי הקובע כי יש לה זכות בלעדית בשידורי ווימבלדון וכי חברות הכבלים הפרו זכות זו בהעבירן את שידורי הטורניר ללא הרשאה. לפיכך הצטרף השופט טירקל לחוות דעתו של מצא וקבע במסגרת פסק הדין בדיון הנוסף כי יש לדחות את

104 שם, בעמ' 51.

105 שם.

106 שם, בעמ' 67.

107 **כללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רשיון לשידורים)**, התשמ"ח-1987.

108 שם, בעמ' 51.

העתירה.<sup>109</sup> השופט ריבלין הסכים עם עמדתם של השופט מצא והשופט טירקל כי דין העתירה להידחות.<sup>110</sup> לטעמו, חברות הכבלים מפרות זכות יוצרים בעת שהן משדרות שידורים המוגנים בזכויות יוצרים בשידור משנה. השופט ריבלין לא הסכים עם השופט חשין כי אם תוטל על חברות הכבלים החובה לרכוש את זכויות היוצרים ביצירות המועברות על ידיהן בשידורי משנה, יהיה בכך כדי להטיל עליהן חובה כבדה העשויה לחסל את שידורי הכבלים. לטעמו, הפתרון החוזי ייצא במסגרת מערכת היחסים שבין חברות הכבלים ובין הערוצים הזרים. זאת ועוד, השופט ריבלין הסכים עם השופט חשין כי מחוקקי חוק זכות יוצרים הישן לא התכוונו להחילו על העברת שידורים באמצעות כבלים, אולם לטעמו, בשל הזמן הרב שחלף מאז בא החוק לעולם, ולאור השינויים הטכנולוגיים הרבים שלהם אנו עדים בשנים האחרונות, אין להכריע בסוגיית תחולת החוק בהתבסס על לשון או על כוונת מנסחיו. לבסוף, חלק השופט ריבלין על ההבחנה שבין שידור פסיבי לשידור אקטיבי, שהוצגה בפסק דינו של השופט חשין. לטעמו, אין חברות הכבלים פסיביות כמו צופה. הן בוחרות את הערוצים שישודרו לקהל המנויים שלהן בהתבסס על שיקולים מסחריים וגובות תשלום חודשי בגין שירותים אלו. לפיכך הוא ראה בהן משדרות לכל דבר ועניין. מסקנתו של השופט ריבלין הייתה כי השידורים של חברות הכבלים מהווים ביצוע פומבי, ולכן חובה עליהן לקבל רישיון מאת בעל זכות היוצרים.<sup>111</sup> הוא הבהיר כי הפתרון לכך ייצא במישור החוזי. לטעמו, כאשר תדענה חברות הכבלים כי עליהן להשיג רישיון שידור, הן תדרושנה מכל ערוץ זר שעומו הן מתקשרות, כי יבטיח אותן ביחסיהן עם בעלי זכויות היוצרים. הערוצים הזרים, מצידם, יכלילו בחוזה שהם כורתים עם בעל הזכויות, תניה המתירה את השידור בישראל.

לאור כל האמור לעיל, הציע השופט ריבלין לדחות את העתירה. עם זאת, הוא הצטרף לקריאה למחוקק להסדיר בחוק את הסוגיות אשר התעוררו בדיון הנוסף. השופט נאור סברה גם היא כי יש לדחות את העתירה. לטעמה, הנושא שעמד לדיון צריך להיות מוסדר בדרך של אמנה בינלאומית.<sup>112</sup> היא הבהירה כי בהיעדר אמנה בינלאומית, היריבות האמיתית היא בין חברת צ'רלטון ובין UFA אשר מכרה את זכויות השידור פעמיים, הן למפיץ הישראלי הן למפיץ הזר, מבלי שהטילה על המפיצים הזרים מגבלה טריטוריאלית. אולם UFA נמנעה מלקבל אחריות. אם הטילה UFA מגבלה טריטוריאלית על המפיצים הזרים, והם הפרו אותה, ניתן לתבוע את המפיצים הזרים בגין מעשיהם.

אולם בפני בית המשפט עמדה השאלה אם ניתן לתבוע את חברות הכבלים בגין הפרת זכות יוצרים. בעניין זה הצטרפה השופטת נאור לדעתם של השופטים מצא, טירקל וריבלין. לגישתה, המשדר המשני זכאי להניח כי המשדר הראשי דאג להסדיר את נושא התמלוגים עם בעל הזכויות רק אם הוא דאג להסדיר סוגיה זו בחוזה שבינו ובין המפיץ הזר.<sup>113</sup> היא הוסיפה והבהירה כי לטעמה ניתן להגדיר שידור משני באמצעות ממסר כ"ביצוע פומבי" או "הפצה". לאחר דיון בדין

109 שם, בעמ' 52.

110 שם, בעמ' 60.

111 שם, בעמ' 57.

112 שם, בעמ' 60.

113 שם, בעמ' 61.

החל בארצות הברית, וההסדרה בעניין שידורי לוויין המועברים כחלק מרישיון כפוי ומחוצה לו, הצטרפה השופטת נאור לקריאה למחוקק, להתאים את דיני זכויות היוצרים להתפתחות הטכנולוגיות.

בית המשפט החליט ברוב דעות לדחות את העתירה, כנגד דעתם החולקת של השופטים חשין, אור וביניש. כלומר בסופו של דבר, ועל אף חילוקי הדעות בעניין תחולת [חוק זכות יוצרים](#) הישן על טכנולוגיות שידור באמצעות לוויין, גם בפרשה זו החליט בית המשפט לאמץ גישה אקטיביסטית. על אף הקריאה של שופטי בית המשפט העליון למחוקק להסדיר את הנושא, הלכה למעשה התרחק בית המשפט מן הטקסט המשפטי ומן הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק, ונקט גישה פרשנית המאפשרת לו להגן גם על יצירות שאינן מוגנות במפורש על ידי החוק.<sup>114</sup>

## 2. טכנולוגיה מתפרצת – טכנולוגיית ההזרמה (סטרימינג)

אחד מפסקי הדין המרכזיים העוסקים בטכנולוגיות פורצות דרך ואשר זכו לדיון בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון, הוא עניין [פרמייר ליג](#).<sup>115</sup> במרכז הפרשה עמד פלוני שהציע לציבור הגולשים אפשרות לצפות במשחקי כדורגל בשידור חי, ללא תשלום, מבלי שהיו לו אישור או רישיון להעברת שידורי המשחקים מליגת הכדורגל האנגלית באמצעות טכנולוגיית הזרמה (סטרימינג). זהותו של מפעיל האתר לא הייתה ידועה לבעלת זכויות היוצרים. לפיכך התבקש בית המשפט להורות לספקיות האינטרנט לחשוף את זהותו של פלוני.

המערערת היא ליגת הכדורגל האנגלית מארגנת ומקיימת משחקי כדורגל. כל משחק מתועד, ובשלב הראשון משחקי הכדורגל מצולמים ללא פרשנות או גרפיקה, ורק לאחר מכן מוספות לצילומים כתוביות, גרפיקה, פרשנות ומוזיקת רקע. השידור המלא מועבר אל לוויין ונמכר לגופי שידור בכ-200 מדינות בעולם. כיוון שההליך כולו של עיבוד המשחקים אורך כחמש שניות, הצופים ברחבי העולם נהנים למעשה מ"שידור חי" של משחקי הכדורגל. במקביל לשידורים אלו, אפשר פלוני, באופן חופשי וללא גביית תשלום, את השידור המלא של משחקי הכדורגל (לרבות הפרשנות, הגרפיקה, הכתוביות וכדומה) לציבור הגולשים באתר אינטרנט בשם "Liverfoot". העברת המשחקים התבצעה באמצעות טכנולוגיית הסטרימינג, המאפשרת העברה של תכנים באופן ישיר אל הצופה מבלי שזה נדרש להוריד תכנים למחשבו האישי.

בבית המשפט המחוזי קבעה השופטת אגמון-גונן כי פלוני (מפעיל האתר) לא הפר את זכויותיה של ליגת הכדורגל האנגלית בשידורי הספורט, הואיל ואין הפרה של זכות השידור הבלעדית של היוצר כאשר מועברים תכנים על ידי פלוני באמצעות טכנולוגיה של סטרימינג. נקבע כי הגדרת זכות השידור [בחוק זכות יוצרים](#) היא תלויה טכנולוגיה ומתקיימת רק במקרה

114 עופר טורסיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחדושים במשפט הישראלי)" [קריית המשפט](#) ה' 177 (2005).

115 בש"א (מחוזי ת"א) 11646/08 The Football Association Premier League Ltd. נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.9.2009) (להלן: עניין פרמייר ליג); ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פ"ד סה(3) 521 (2012) (להלן: ערעור פרמייר ליג).

שבו מדובר ב"העברה קווית או אלוטית" של תכנים, וכי דברי ההסבר בנוגע לאימוצה של זכות השידור מלמדים כי כוונת המחוקק הייתה לאמצה בנוגע לשידורי טלוויזיה בלבד ולא בנוגע לשידור תכנים במרשתת.<sup>116</sup> לפיכך בית המשפט סירב להחיל את הזכות לשידור גם בנוגע לשימוש בטכנולוגיית הסטרימינג. עוד נקבע כי הזכות הרלוונטית לענייננו היא דווקא הזכות הבלעדית החדשה שנוספה **בחוק זכות יוצרים** החדש לצורך מתן מענה להפרת זכויות יוצרים במרשתת – זכות ההעמדה לרשות הציבור. אך בית המשפט קבע כי גם זכות זו לא הופרה על ידי פלוני מפעיל האתר, כיוון שדובר בשידור חי, והתוכן לא היה זמין לצפייה על ידי הציבור במקום ובזמן לפי בחירתם. לפיכך הסיק בית המשפט כי אין הפרת זכויות יוצרים במשחקי הליגה האנגלית.

אף שנקבע כי לא הופרו זכויות היוצרים של הליגה האנגלית, הוסיף בית המשפט ונדרש לשאלת הגנת השימוש ההוגן.<sup>117</sup> בית המשפט סבר שגם לו היה נקבע שמדובר בהפרת זכות יוצרים בתוכן של הליגה האנגלית, השימוש שנעשה על ידי פלוני הוא שימוש הוגן, ולפיכך ממילא פלוני אינו אחראי להפרה.<sup>118</sup> בית המשפט נימק את החלטתו לאור יישום המבחנים של **סעיף 19 לחוק זכות יוצרים** החדש העוסקים בהגנת השימוש ההוגן וקבע כי מטרת השימוש ואופיו היא מטרה לא מסחרית, ואף ציבורית: הנגשת הצפייה בכדורגל. הוא קבע כי אופי היצירה שבה נעשה השימוש הוא אירוע ספורט ששולעצמו אינו מוגן ואינו מצוי בליבת היצירות המוגנות בזכויות יוצרים. בית המשפט קבע כי היקף השימוש שנעשה ביצירה כולל את כל היצירה וכי השימוש לא ישפיע על שוק היצירה, שכן מדובר בסוג אחר של צופים שממילא לא היו רוכשים מנוי בתשלום לצפייה במשחקי כדורגל, וכי איכות השידורים היא טובה פחות מזו של ליגת הכדורגל. על רקע ניתוח זה הכשיר בית המשפט את השימוש שפלוני עשה בשידורי המשחקים. בית המשפט הוסיף וקבע שאין הצדקה לחשוף את פרטיו של פלוני, זאת בשל החשש מאפקט מצנן העלול להיווצר כתוצאה מחשיפת זהותם של מעוולים אנונימיים.<sup>119</sup> על רקע זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בערעור טענה הליגה האנגלית כי אין מקום להוציא מגדר זכות השידור העברת תכנים בדרך של סטרימינג. עוד נטען כי יש להבחין בין חשיפת פרטי גולש אנונימי לצורך תביעת לשון הרע, ובין חשיפת פרטיו לעניין הפרת זכות יוצרים, וכי יש מקום לאפשר את חשיפת פרטיו של פלוני.

116 עניין **פרמיר ליג**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 32.

117 שם, בעמ' 35.

118 גיא פסח מנתח במאמרו את פסק הדין בבית המשפט המחוזי בעניין **פרמיר ליג**, לעיל ה"ש 115. ראו גיא פסח **"על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה – בעקבות בש"א (ת"א) 11464/08 The Football Association Premier League Ltd נ' פלוני"** ספר שלמה לוי 579 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). המאמר מבקר את ההרחבה של השימוש ההוגן באופן הפוגע באיזון העדין שבין שימוש למטרות הוגנות המעודדות יצירה ובין פגיעה בזכויות היוצר בפרי יצירתו ובהשקעתו. המחבר מדגיש כי לימוד הטכנולוגיה החדשה היא המפתח לעיצוב הדין בצורה הטובה ביותר. פסח גורס שכדי להבין טכנולוגיה חדשה ולהתמודד עימה בצורה מיטבית, על בית המשפט תחילה להבין כיצד הטכנולוגיה הזו פועלת ומה המשמעויות שלה, ורק לאחר מכן לנסות ולמצוא את הפתרון המשפטי לסוגיה. ניתוח משפטי מבלי להבין לאשורה כיצד הטכנולוגיה מתנהגת, הוא אחת הבעיות המרכזיות שמציג המחבר בנוגע לפסק הדין בבית המשפט המחוזי.

119 עניין **פרמיר ליג**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 58.

בית המשפט העליון בחן שתי שאלות מרכזיות: האחת, האם בעל האתר (פלוגי) אחראי להפרת זכויות היוצרים של המערערת? השנייה, האם על בית המשפט לחשוף את זהותו כדי לאפשר למערערת (היא בעלת זכויות היוצרים) להגיש נגדו תביעה ולאכוף את זכויותיה? בית המשפט העליון קיבל את הערעור בחלקו וקבע כי פלוגי הפר זכויות יוצרים בשידורי הספורט של הליגה האנגלית. עם זאת, בית המשפט לא אפשר את חשיפת זהותו של פלוגי כיוון שלא היה קיים באותה עת מנגנון חוקי שיאפשר לחושפו. השופט ריבלין כתב את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין. הוא הבהיר כי אומנם משחק כדורגל כשלעצמו אינו כשיר להיות מושא להגנת זכות יוצרים, אולם אופן התייעוד והצילום וכן העריכה, הבימוי וההפקה של האירוע דורשים לא מעט יצירתיות. לפיכך שידורי הכדורגל מוגנים בזכות יוצרים.<sup>120</sup> על רקע זה בחן בית המשפט אם הופרו זכויות בלעדיות של ליגת הכדורגל בשידורי הספורט. בשונה מהשופטת אגמון-גונן בבית המשפט המחוזי, בית המשפט העליון דבק בלשון **חוק זכות יוצרים** החדש וקבע שהופרה זכות השידור הבלעדית של ליגת הכדורגל האנגלית. בית המשפט לא נדרש לדיון בזכות ההעמדה לרשות הציבור, שכן המערערת הסכימה בגדרי ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי, כי זכות זו לא הופרה.

באשר לזכות השידור, בחן בית המשפט אם הופרה זכות זאת בהתבסס על מילוי שלושה תנאים: (א) קיומו של ציבור שאליו מועברת היצירה; (ב) מהותה של היצירה המשודרת; (ג) פעולת השידור עצמה. השופט ריבלין מצא כי היסוד הראשון והשני אינם מעוררים קשיים, שכן היצירה היצירה באתר אינטרנט הפתוח לציבור משתמשים רחב ומבוזר, מקיימת את דרישת הציבור. יתרה מזו, כפי שצוין קודם לכן, היצירה עצמה מהווה שילוב של צלילים ומראות. לפיכך השאלה המרכזית שעמדה לדיון הייתה אם העברת המשחקים בטכניקת הסטרימינג מהווה "שידור".<sup>121</sup>

כדי לענות על שאלה זו בחן בית המשפט את הוראות החוק. הוראות **סעיף 14 לחוק זכות יוצרים** החדש מתייחסות לשידור כ"העברה קווית או אלחוטית". השופט ריבלין בחר להיאחז בלשון החוק, ופחות בהיסטוריה החקיקתית שלו, ואף התעלם מכך שטכנולוגיית הסטרימינג לא הייתה קיימת בזמן שאומצה זכות השידור ב**חוק זכות יוצרים**, ומתוך כך הוא הסיק כי שידור יכול להתבצע במגוון אמצעים, והוא אינו מוגבל לאמצעי טכני זה או אחר או מותנה בו. זאת ועוד ציין השופט ריבלין כי חוויית הצפייה בשידור בדרך של סטרימינג דומה במידה רבה לחוויית השידור המוכרת לנו בטלוויזיה או ברדיו, בכך שהמשתמש צופה ביצירה אך זו אינה נשארת ברשותו לאחר מכן. לפיכך קבע השופט ריבלין כי שידור יכול להתקיים במגוון אמצעים טכנולוגיים, לרבות בדרך של העברה במרשתת. לפיכך נקבע כי מפעיל האתר הפר את זכויות היוצרים של הליגה האנגלית בשידוריה.<sup>122</sup>

לפיכך נדרש בית המשפט לשאלה אם בנסיבות העניין קמה לפלוגי הגנת השימוש ההוגן. בשונה מבית המשפט המחוזי, השופט ריבלין קבע כי לא קמה לפלוגי הגנת השימוש ההוגן וזאת

120 ערעור **פרמייר ליג**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 542–543.

121 שם, בעמ' 544 545.

122 שם, בעמ' 548.

מכמה טעמים. ראשית, השופט ריבלין קבע כי יש ספק בדבר מטרת השימוש ואופיו, שכן פלוני יש מטרה מסחרית והוא מפיק הכנסות מפרסומות שאותן הוא משדר באתר האינטרנט שלו. עוד נקבע כי פעילותו של פלוני פוגעת באופן משמעותי בשוק הפוטנציאלי של היצירה, שכן פלוני מציג מוצר חלופי למוצר של ליגת הכדורגל האנגלית, ולכן לא יכולה לעמוד לו הגנת השימוש ההוגן.<sup>123</sup>

בית המשפט אף נדרש לשאלה האם יש להתיר את חשיפת פרטיו של מפעיל האתר. לעניין זה הבחין השופט ריבלין בין מקרים שבהם מתבקשת חשיפת פרטיו של מפעיל אתר או גולש המעוול בעוולות הנוגעות לחופש הביטוי, לעומת מקרה זה, שבו מתבקש בית המשפט לחשוף את פרטיו של אדם המפר זכות יוצרים. לטעמו, ההבדל בין הסיטואציות נטוע באינטרס ההגנה על חופש הביטוי. במקרים שבהם חופש הביטוי מעורב, טען השופט ריבלין, יש טעם להגן על האנונימיות של המעוול (לכאורה), שכן התפיסה היא כי יש להתיר לאנשים להתבטא באופן אנונימי (בגבולות המותר) כדי שיוכלו להביע את דעתם ללא חשש. לעומת זאת במקרה זה, כאשר מדובר בפגיעה בזכויות קניין רוחני, האנונימיות אינה משרתת את חופש הביטוי, אלא עניינה תחרות בין אינטרסים קנייניים. נקבע כי דווקא בניסיונות אלו אין בשמירה על האנונימיות כדי להגן על האינטרסים של הדובר, אלא של המעוול (המפר), ואילו חשיפת המעוול תביא להגנה אפקטיבית יותר על זכויותיהם של יוצרים. על אף ניתוח זה הבהיר השופט ריבלין כי חשיפת פרטיו של מפר מצריכה הסדרה חקיקתית, וכי בהיעדר מסגרת חקיקתית מתאימה, אי אפשר לחייב צד שלישי (כדוגמת ספקיות האינטרנט) לחשוף את פרטיו של מפר אנונימי. על כן קרא השופט ריבלין למחוקק להסדיר את הנושא בחקיקה.<sup>124</sup>

השופט הנדל הצטרף לחוות דעתו של השופט ריבלין, אך חלק עליו בנוגע לאי-היכולת להורות על חשיפת פרטי בעלי האתר ללא מסגרת חקיקתית מתאימה. לטעמו אין מכשול דינוני המונע מבית המשפט לתת, בהתבסס על דיני הנזיקין, הוראה לספקיות אינטרנט לגלות את זהותו של פלוני. לדעתו, הספקיות מעניקות שירות בתשלום לבעל האתר, וכך נוצרת זיקה בין הספקיות ובין בעל זכות היוצרים והיא מטילה חובת זהירות כללית על ספקיות האינטרנט.<sup>125</sup> גם השופט מלצר הוסיף, בציינו כי אם הליך החקיקה לא יקודם במהירות הראויה, יהיה ניתן להגיש בעתיד תביעה לבית המשפט לחשוף את פרטי המפר, שכן גם מבלי שיהיה חיקוק מפורש ומפורט, אפשר בעתיד ליצור ולשכלל סעד של צו חשיפת פרטים. עוד הוסיף השופט מלצר, כי לטעמו סעד של צו חשיפה בגין הפרת זכות יוצרים יכול להישען על אחת משלוש עילות משפטיות: עילת הפרה תורמת בתחום זכויות יוצרים, עוולת הרשלנות או דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>126</sup> פסק דין זה מייצג התמודדות עם טכנולוגיית סטרימינג חדשנית שלא הייתה קיימת בזמן שאומץ [חוק זכות יוצרים](#) בשנת 2008. בית המשפט המחוזי דגל בגישה פרשנית דווקנית של

123 שם, בעמ' 551–554.

124 שם, בעמ' 561–562. מעניין לציין כי גם בתחומים אחרים קרא בית המשפט למחוקק לומר את דברו. כך למשל [ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי](#) [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010).

125 ערעור [פרמייך ליג](#), לעיל ה"ש 115, בעמ' 564.

126 שם, בעמ' 586.

לשון החוק על רקע דברי ההסבר שלו, ומתוך כך הסיק כי החוק אינו חל על טכנולוגיה חדשה של סטרימינג, ואילו בית המשפט העליון אימץ גישה פרשנית רחבה ללשון החוק, שאינה רגישה להיסטוריה החקיקתית שלו, והחיל את הוראות **חוק זכות יוצרים** החדש גם על טכנולוגיה חדשנית, וזאת בדרך של פרשנות תכליתית של הוראות חוק זכות יוצרים באופן המגשים את תכלית ההגנה על יצרני התוכן, ומתוך הבנה שטכנולוגיית הסטרימינג מקבילה מבחינה מהותית לאמצעי השידור המסורתיים. לצד זה נמנע בית המשפט מלהורות על חשיפת פרטי בעל האתר ללא מסגרת חקיקתית מתאימה. דהיינו, לעניין היקף תחולת דיני זכויות היוצרים נקט בית המשפט גישה אקטיביסטית המרחיבה את גודל לשון החוק, אולם לעניין חשיפת פרטי המפר, נמנע בית המשפט מלהכריע, אימץ גישה שמרנית וקרא למחוקק להסדיר את הנושא במהרה. מעניין לציין כי בנובמבר 2011 אושרה בקריאה ראשונה בכנסת הצעת חוק אשר ביקשה לחייב ספקיות אינטרנט לחשוף פרטי גולשים שעברו עבירה על **חוק לשון הרע** או על **חוק זכות יוצרים**, בתנאים מסוימים. זאת כדי לאפשר לנפגע לנהל הליכים משפטיים נגד המעוול. הצעה זו היא תולדה של קריאת בית המשפט העליון למחוקק, במסגרת פרשת מור, להסדיר את הנושא. בפרשה זו פסק בית המשפט בעליון ברוב דעות כי לא קיימת היום מסגרת דינית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי ברשת. יתרה מזאת, בית המשפט סבר כי "... אין להמציא מסגרת כזו ב"חקיקה שיפוטית".<sup>127</sup> אולם ההצעה לא הבשילה בסופו של דבר לכדי חוק.<sup>128</sup> עם זאת, לאחרונה בחוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ט–2019 הוסדר נושא חשיפת פרטי מפר בצורה מקיפה.

### 3. טכנולוגיה מתפרצת – כרטיסים המאפשרים פענוח שידור לווייני מקודד

פסק דין מרכזי נוסף של בית המשפט העליון בהקשר של טכנולוגיה מתפרצת בתחום הקניין הרוחני ניתן בעניין **טלראן**.<sup>129</sup> במרכז הפרשה עמדה טכנולוגיה אשר אפשרה פענוח שידור לווייני מקודד של רשתות שידור זרות. המשיבה והמערערת שכנגד, חברת צ'רלטון, היא בעלת זכויות השידור הבלעדיות לשידור משחקי המונדיאל בשטחי מדינת ישראל. רשתות זרות, אשר לא היו בעלות זכויות השידור בישראל, שידרו את משחקי המונדיאל ועשו זאת בדרך של שידור לווייני מקודד, באופן שלא יהיה אפשר לצפות בהם בישראל. המערערת והמשיבה שכנגד, חברת טלראן, נהגה למכור ללקוחותיה כרטיסים אשר אפשרו להם לפענח את השידור הלווייני המקודד המשודר על ידי רשתות זרות.

חברת צ'רלטון טענה כי מכירת הכרטיסים מהווה הפרת זכויות היוצרים שלה בדרך של הפרה ישירה והפרה תורמת. טלראן טענה מנגד כי הכרטיסים נרכשו מנציגיהן הרשמיים של הרשתות

127 פרשת **מור**, לעיל ה"ש 124, בעמ' 667.

128 קריאות דומות המבקשות להגביל את ההגנות הנתונות לפלטפורמות מקוונות נשמעות בשנים האחרונות באירופה ובארצות הברית. בפרט ככל שהדבר נוגע לחקיקת "נמל המבטחים" המגנה על פלטפורמות, בתנאים מסוימים, מפני אחריות בגין תכנים שפורסמו על ידי משתמשיהן. להרחבה ולדין בסוגיה זו ראו Niva Elkin-Koren, Yifat Nahmias & Maayan Perel, *Is It Time to Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals*, 31 STAN. L. & POL'Y REV. 1 (2020).

129 **ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ** (פורסם בנבו, 2.9.2013).

טכנולוגיות מתפרצות : אתגרים בדין הישראלי גישת בתי המשפט בישראל לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים

הזרות המשדרות כדין, וכי מדובר באמצעי טכני גרידא לקליטת שידורים. לפיכך לא הופרה זכות יוצרים ביצירות.

בית המשפט המחוזי קבע כי חברת טלראן הפרה את זכויות היוצרים של צ'רלטון ועל כן חייבה לשלם פיצויים.<sup>130</sup> על פסק הדין הוגשו ערעור וערעור שכנגד. טלראן טענה כי הכרטיס הוא אביזר טכני גרידא, כי אין מתקיימת הפרה ישירה ואף לא הפרה עקיפה, שאין מתקיימת הפרה תורמת, כי לצ'רלטון אין זכויות יוצרים בלעדיות בשידורים בשפה הערבית וכי היקף הנזק לא הוכח. צ'רלטון מנגד, טענה כי הפצת ומכירת הכרטיסים מהווה הפרה של זכויות היוצרים שלה.

בית המשפט העליון עסק בשלוש שאלות מרכזיות: האם עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים מהווה הפרה ישירה של זכויות יוצרים; האם עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים מהווה הפרה עקיפה של זכויות יוצרים; והאם עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים מהווה הפרה תורמת.

השופט זילברטל כתב את פסק הדין המרכזי. בפתח דבריו הוא הבהיר כי דיני הקניין הרוחני מבטאים מערכת איזונים מורכבת בין אינטרסים שונים,<sup>131</sup> אולם מציאות החיים והטכנולוגיות המשתנות מעמידות אתגר לא פשוט בפני בית המשפט בכל הנוגע לשמירה על אותם איזונים.<sup>132</sup> על רקע דברים נכוחים אלו הוא פנה לבחינה אם הפרה טלראן זכויות יוצרים.

אשר לשאלה האם הפרה טלראן הפרה ישירה של זכויות היוצרים בשידורי המונדיאל, פותח השופט זילברטל את הדיון בשאלה בבחינת הפעולות השונות שנתייחדו בחוק לבעל זכות היוצרים. הוא מבהיר כי **בחוק זכויות יוצרים** הישן לא הייתה התייחסות לשימוש ביצירה בדרך של שידור, שכן הוא נחקק בזמנים שבהם הטכנולוגיה לא הייתה קיימת. יחד עם זאת, וכדי להתאים את לשון החוק למציאות החיים המשתנה, פירשו בתי המשפט את הביטוי "ביצוע פומבי" בחוק הישן ככולל גם פעולות של שידור.<sup>133</sup> משהכירו בתי המשפט בכך שהפעולה של שידור נתייחדה לבעל זכות היוצרים, עולה השאלה מהו שידור. לעניין זה, מפנה השופט זילברטל לפסק הדין בעניין **ערעור פרמייר ליג**, שם נקבע כי שידור יכול להתקיים במגוון אמצעים טכנולוגיים, אולם תנאי לקיומו של שידור הוא שתהיה העברה של צלילים או מראות (או שילוב של השניים) ממכשיר אחד למכשיר שני.<sup>134</sup> כלומר, לענייננו יש לבחון האם הכרטיס שמכרה טלראן, העביר או הפיץ את שידורי הלוויין של המונדיאל.

130 **ת"א (מחוזי ת"א) 1094/07 צ'רלטון בע"מ נ' טלראן-תקשורת (1986) בע"מ** (פורסם בנבו, 19.5.2011).

131 **עניין טלראן**, לעיל ה"ש 129, פס' 13 לפסק דינו של השופט זילברטל: "דיני הקניין הרוחני בכלל, וזכויות היוצרים בפרט הם פרי של איזונים בין האינטרסים השונים המצויים ברקע ההסדר החוקי שהמחוקק בחר לעצב: אינטרס החברה בעידוד היצירה כמו גם בגישה אליה; אינטרס היוצר הן בתגמול עבור יצירתו והן בהכרה והוקרה בעדה; האינטרסים של יוצרים עתידיים ושל משתמשים שונים ב'מרחב תמרון יצירתי' הולם, וכדומה... זוהי מלאכת איזונים מורכבת ועדינה בין צרכים חברתיים ותפיסות עולם, לעתים מתחרים".

132 שם, בעמ' 19.

133 שם, בעמ' 20.

134 שם.

בית המשפט המחוזי קבע כי טלראן הפיצה כרטיס אשר איפשר למחזיקים בו לפענח אותות אשר שודרו על ידי הרשתות הזרות. אולם, פעולה זו אינה עולה כדי שידור. השופט זילברטל מסכים עם קביעה זו. הוא מצייין כי גם צ'רלטון לא טענה כי עצם מכירת הכרטיס המקודד מהווה שידור. אלא, לשיטתה, הפעולה שביצעה טלראן היא "אספקת פלטפורמה להפרה" של גורם שלישי.<sup>135</sup> לאור האמור לעיל נקבע כי אי-אפשר לראות במעשיה של טלראן משום הפרה ישירה של זכויותיה של צ'רלטון.<sup>136</sup>

אשר לשאלת ההפרה העקיפה, הפרה עקיפה מרחיבה את מעגל האחריות בדיני זכויות יוצרים. התנאי הראשון לכך שתגבש הפרה עקיפה הוא שתתקיים הפרה ישירה, אולם במקרה זה לא הופרה על ידי גורם שלישי זכות בלעדית של היוצר. הפעולה שעשתה טלראן היא מכירת כרטיסים אשר אפשרו לצופים להתגבר על "אמצעי הגנה טכנולוגי" בדמות קידוד אותות השידורים. הרשתות הזרות לא הפרו את זכויותיה של צ'רלטון על ידי שידור המשחקים, שכן שליחת אותות שידור מקודדים, כמוה כאי-שידור בישראל. הצופים, אשר צפו בתוכן מוגן, לא הפרו גם הם אחת מן הזכויות הבלעדיות המוקנות לבעל זכות יוצרים בחוק. לפיכך נקבע כי אין מדובר בהפרה עקיפה.<sup>137</sup>

אומנם נקבע כי טלראן לא ביצעה הפרה עקיפה או ישירה של זכויותיה של צ'רלטון, אולם בעלת הזכויות טענה כי הפעולה של הספקת כלי המאפשר למשתמשי קצה לעקוף אמצעי גידור טכנולוגיים מהווה כשלעצמה הפרה של זכות יוצרים.<sup>138</sup> בית המשפט העליון בחן את הוראות החוק הישן ואת סעיפי **חוק זכות יוצרים** החדש ומצא כי עקיפת אמצעים טכנולוגיים אינה מהווה הפרה של זכויות יוצרים בדין הישראלי. יתרה מזו, אף על פי ש**חוק זכות יוצרים** החדש נחקק שנים מספר לאחר גיבוש אמנת זכויות היוצרים של ארגון הקניין הרוחני העולמי (WIPO Copyright Treaty 1996), שבה נקבע כי על המדינות החברות באמנה לאסור עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים, בחר המחוקק הישראלי שלא לכלול בדין הישראלי הוראה דומה.<sup>139</sup> לפיכך נקבע כי אי-אפשר לראות במעשיה של טלראן משום הפרה עקיפה של זכות היוצרים של צ'רלטון.<sup>140</sup> משנקבע כי טלראן לא ביצעה הפרה עקיפה, נדרש בית המשפט לדרון בשאלת ההפרה התורמת. בתי המשפט בישראל הכירו בעבר גם במעשה של תרומה להפרה על ידי מעשה המקיים אחריות בגין הפרת זכות יוצרים. בפסק הדין בעניין **שוקן** נקבעו התנאים הבאים לקיומה של הפרה "תורמת": קיומה של הפרה ישירה על ידי צד שלישי; ידיעה ממשית וקונקרטית על אודות ההפרה; תרומה משמעותית וניכרת לביצועה.<sup>141</sup> במקרה זה, משלא בוצעה הפרה ישירה, קבע

135 שם, בעמ' 21.

136 שם, בעמ' 30-31.

137 שם, בעמ' 23.

138 שם.

139 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט זילברטל: "היינו, על אף שבעת יצירת ההסדר החוקי הרלבנטי היה המחוקק מודע לסוגיית אמצעי ההגנה הטכנולוגיים ולשאלה האם לאסור על עקיפתם, הוא בחר שלא לכלול אותה בהסדר החקיקתי".

140 שם, בעמ' 27.

141 עניין **שוקן**, לעיל ה"ש 79.

השופט זילברטל כי אין צורך לבחון את יתר התנאים להפרה תורמת. לפיכך נקבע כי טלראן לא הפרה את זכויות צ'רלטון בהפרה תורמת.<sup>142</sup>

לסיכום, השופט זילברטל קבע כי טלראן לא הפרה אף אחת מן הזכויות אשר נתייחדו לבעלת זכות היוצרים בחוק, ולפיכך אין לראות בה כמי שביצעה הפרה ישירה. יתרה מזו, שום גורם שלישי לא הפר במישרין את זכויותיה של צ'רלטון, ולפיכך אי-אפשר לראות בטלראן כמי שביצעה הפרה עקיפה או הפרה תורמת. מכירה והפצה של כרטיס המשמש אמצעי עקיפה טכנולוגי של זכויות יוצרים אינו מהווה אפוא הפרה של זכות היוצרים של צ'רלטון. בשולי הדברים צוין כי ייתכן שמעשייה של טלראן מהווים עשיית עושר ולא במשפט. כיוון שהנושא לא נדון בבית המשפט המחוזי, ולא בהליך בבית המשפט העליון, הדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי כדי שידון בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.<sup>143</sup>

השופט רובינשטיין והשופט עמית הצטרפו לחוות דעתו של השופט זילברטל. עם זאת שניהם הוסיפו כי אומנם תוצאת ההליך נכונה מבחינה משפטית, אך היא אינה רצויה ואף מעוררת תחושת אי-נוחות. השופט רובינשטיין חידד והוסיף כי המשמעות האופרטיבית של פסק הדין היא שחוטא עלול לצאת נשכר. לפיכך הוא קרא למחוקק לפעול למניעת עוול.<sup>144</sup> השופט עמית אף ציין בהערת אגב, כי ייתכן שהיה ניתן להכניס את מכירת הכרטיסים לגדרי החוק הישן. הוא הסביר כי בחוק הישן הוכרה זכות הביצוע הפומבי כאחת הזכויות המוגנות. זכות זו נחלקת לשלוש קטגוריות נפרדות: ביצוע פומבי, שידור והעמדה לרשות הציבור. הקטגוריה האחרונה אף עוגנה בסעיף 15 לחוק זכות יוצרים החדש.<sup>145</sup> לטעמו של השופט עמית, פרשנות תכליתית של החוק הישן עשויה לכלול גם העמדה לרשות הציבור, ולטעמו אפשר לקבוע כי על ידי השימוש בכרטיסים מועמדת היצירה לרשות הציבור.<sup>146</sup>

גישתו של בית המשפט העליון בפסק הדין משקפת שמרנות וזהירות רבה. גישה זו מפתיעה לנוכח מהלכים אקטיביסטיים של בית המשפט העליון בנסיבות אחרות בתחום דיני זכויות היוצרים דוגמת ההכרה בדוקטרינה של הפרה תורמת בתחום דיני הפטנטים בעניין רב בריח ובדוקטרינת הפרה התורמת בתחום דיני זכויות היוצרים בעניין שוקן.<sup>147</sup> הגם שההלכות שנקבעו בפסקי דין אלה לא עסקו בהכרח בטכנולוגיות מתפרצות, הן כן משקפות גישה אקטיביסטית בנוגע להכרה בדוקטרינות חדשות בתחום דיני זכויות יוצרים, גם אם הן לא זכו להכרה בחקיקה כלל.

פסק הדין נמנע במכוון מלאמץ הסדר המונע שימוש באמצעים טכנולוגיים לפריצת גדרות המגינות על יצירות מוגנות בזכויות יוצרים. בפסק דין זה אנו עדים אפוא להיפוך מגמה והתרחקות מאקטיביזם שיפוטי. זאת אף על פי שבית המשפט אינו שבע רצון מתוצאת פסק הדין. השופט עמית היה מודע ליכולת להציע פרשנות משפטית לחוק זכות יוצרים הישן שתאפשר את

142 עניין טלראן, לעיל ה"ש 129, בעמ' 27–31.

143 שם, בעמ' 33.

144 שם, בעמ' 35–36.

145 שם, בעמ' 38.

146 שם, בעמ' 39.

147 עניין שוקן, לעיל ה"ש 79.

המסקנה כי מדובר בהפרה של זכות בלעדית של היוצר, אך נמנע מלילך בדרך זו. עם זאת, חשוב לחדד ולהבהיר שהחזרת התיק לבית המשפט כדי שידון בעילת עשיית עושר ולא במשפט יצרה מתווה שהביא לידי פתרון העניין בדרך של פשרה לטובת צ'ולטון, ובה שולמו לחברה פיצויים נדיבים בגין מעשי טלראן.

נראה כי אומנם בית המשפט העדיף שלא לבחור בפתרון יצירתי ושלא לפרש את [חוק זכות יוצרים](#) בהרחבה, אולם הוא מצא פתרון באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט כדרך טובה המאפשרת לו להתמודד עם חוסר הנוחות שנוצר בנסיבות העניין. לפיכך דומה שעצם ההפניה לדיני עשיית עושר ולא במשפט כפתרון למצב דברים זה, מהווה כשלעצמה יצירת הסדר משפטי הנותן מענה למצבים שבהם [חוק זכות יוצרים](#) אינו נותן מענה ליוצר. אומנם מאז מתן פסק הדין [חוק זכות יוצרים](#) תוקן כמה פעמים, אולם המחוקק הישראלי טרם הסדיר את שאלת עקיפתם של אמצעים טכנולוגיים לצורך קבלת גישה ליצירות מוגנות בזכויות יוצרים. דווקא החזרת התיק לצורך דיון בעילה של עשיית עושר ולא במשפט יצרה פתרון נוח ליוצרים בכך שהיא פותחת פתח עקיף לקבלת סעד. רבות נכתב על היכולת להישען על דיני עשיית עושר ולא במשפט בנסיבות כאלו ואחרות, והשימוש בעילה זו עורר ביקורת רבה בקרב מלומדים.<sup>148</sup>

#### 4. טכנולוגיה מתפרצת – העתקות פיראטיות במרשתת

פסק הדין האחרון שבו התמודדו בתי המשפט עם אתגרי הטכנולוגיה ניתן על ידי בית המשפט המחוזי מרכז בעניין [א.ל.י.ס.](#)<sup>149</sup> פסק הדין ביקש להתמודד עם האתגרים הקשים שהמרשתת מציבה בתחום אכיפת זכויות יוצרים. הוא עוסק בשאלת אחריותו של בעל אתר אינטרנט לקישורים המוצגים בפורום גולשים המתנהל במסגרת האתר. במרכז הפרשה עמדו התובעות, חברה העוסקת בהגנה על זכויות יוצרים בסרטים מפני "פעילות פיראטית" בישראל ומפיקות סרטים בינלאומיות שהקימו אותה, אשר משקיעות מאמצים רבים במיגור פעילות אתרים המפרים זכויות יוצרים. במסגרת מאבקן למיגור התופעה, התובעות פעלו גם נגד אתרים התומכים בהפצת סחורתם הבלתי חוקית של האתרים המפרים, ומסייעים להם, ואשר מתקיימים בהם פורומים של גולשים המאפשרים הפצת עותקים מפרים של סרטים. התובעות טענו כי בפורומים בתשלום באתרי הנתבעת העיקרית, חברת רוטר.נט, מוצבים תדיר קישורים לאתרים שבהם מצויים עותקים מפרים של יצירות שבבעלות התובעות או של חברות שהן מייצגות בישראל. עוד טענו התובעות כי גם אם מופעל באתר מנגנון "הודעה והסרה", הרי הוא אינו יעיל

148 להרחבה בעניין מערכת היחסים שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט ובין דיני הקניין הרוחני ראו יוסי מרקוביץ, ["על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר. – עיון מחדש ביחסי הקניין הרוחני ועשיית העושר"](#) [שערי משפט](#) ז 35 (2014); עופר גרוסקופף ["הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים"](#) [יוצרים זכויות](#) – קריאות בחוק זכות יוצרים (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009); ניבה אלקין-קורן ["על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט"](#) [עיוני משפט](#) כה 9, 13 (2001); מרים מרקוביץ ביטון ויפעת נחמיאס ["20 שנה להלכת א.ש.י.ר.: מגמות בפסיקת בתי המשפט"](#) [דין ודברים](#) טו 599 (2021).

149 [ת"א \(מחוזי מר'\) 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות \(1993\) בע"מ נ' רוטר.נט בע"מ](#) (פורסם בנבו, 8.8.2011).

מאחר שמטרתו היא להגן על מפר תמים, ואילו תכלית הפורומים נושא התביעה היא מתן אפשרות "להוריד" סרטים מהמרשתת באופן המפר זכויות יוצרים.

בפסק דינו בחן השופט גרוסקופף מספר שאלות: האם הדין מכיר באפשרות לתבוע את גורם הביניים? מהם התנאים להכרה באחריות גורם הביניים? מהן ההגנות הנתונות לגורם הביניים? השופט גרוסקופף הסביר כי בסוגיה הנדונה אין נורמות משפטיות המסדירות את האחריות המשפטית לתוכן המופץ באינטרנט, ולכן תיבחנה שתי חלופות להטלת אחריות על בעל האתר מתוך כללי המשפט הפרטי: אחריות להפרה ישירה ואחריות להפרה תורמת.<sup>150</sup>

בבוחנו הטלת אחריות להפרה ישירה על בעל אתר בגין קישור לאתר מפר, הסביר השופט גרוסקופף כי היא מחייבת קביעה שלפיה באתר ננקטה פעולה המהווה הפרה של זכות היוצרים לפי [סעיף 47 לחוק זכות יוצרים](#). כדי לקבוע אם ניתן להטיל אחריות ישירה להפרה על בעל האתר בגין קיום קישור לאתר מפר, יש לבחון האם הצבת הקישור באתר מהווה פעולה הנמנית עם הזכויות הכלכליות של היוצר המנויות [בסעיף 11 לחוק זכות יוצרים](#), 2007. הפעולה שעשויה להיות רלוונטית היא "העמדה לרשות הציבור" המוגדרת [בסעיף 15 לחוק](#). השופט גרוסקופף הגיע למסקנה כי עצם יצירת קישור המעביר את הגולש היישר לאתר המפר, אינו מהווה "העמדה לרשות הציבור" מטעמים אחדים: ראשית, עצם יצירת הקישור לאתר המפר אינו בגדר "עשיית פעולה ביצירה" כמשמעה [בסעיף 15](#). שנית, אומנם הקישור מקל באיתור היצירה המפרה, אך הוא אינו יוצר כשלעצמו את אפשרות הגישה הנדרשת [בסעיף 15](#). כלומר, היצירה כבר הועמדה לרשות הציבור על ידי האתר המפר, ולא על ידי הקישור לאתר. מכאן שאי-אפשר לייחס לנתבעות אחריות ישירה להפרה בגין קיום קישור לאתר מפר בפורומים המתנהלים באתר שבבעלותו.<sup>151</sup>

בבוחנו הטלת אחריות להפרה תורמת על בעל אתר בגין קישור לאתר מפר, בחן השופט גרוסקופף את דוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים שנקבעה בהלכת [שוקן](#).<sup>152</sup> לאחר מכן הוא בחן את יישומה בנסיבות המקרה שהונח לפניו. השופט גרוסקופף הסביר כי הכרת בית המשפט העליון בדוקטרינה זו נעשתה מתוך מודעות לסיכונים הכרוכים בה, ובכללם צמצום חופש הפעולה של המשתמשים, צמצום עושר היצירות המצוי במרחב הציבורי וחוסר ודאות בנוגע להיקף האחריות המוטלת על גורמי הביניים שעלול ליצור "אפקט מצנן" ולהרתיע מפני נקיטת פעילות רצויה מבחינה חברתית. השופט גרוסקופף מנה את התנאים המצטברים להכרה בקיומה של אחריות להפרה תורמת בדיני זכויות יוצרים, כפי שגובשו על ידי בית המשפט העליון, והסביר שיישום התנאים הללו בנוגע לאחריות בעל אתר בגין קישור לאתר מפר, מביאה לכלל מסקנה כי היא מותנית בכך שנמסרה לבעל האתר התראה על הימצאות הקישור באתר

150 שם, בעמ' 10–11.

151 שם, בעמ' 12–14.

152 עניין [שוקן](#), לעיל ה"ש 79.

שבבעלותו והוא נמנע מלפעול בעניינה לפי הנוהל של "הודעה והסרה".<sup>153</sup> בכך קישר השופט גרוסקופף את נוהל ההודעה וההסרה לדיני זכויות היוצרים ולדוקטרינות ההפרה העקיפה.<sup>154</sup> השופט גרוסקופף הסביר כי הוא לא השתכנע שהטלת נטל הפיקוח על כתפי בעלי האתרים, מוצדקת במבחן היעילות, שכן העלויות של מילוי חובת הפיקוח על ידי בעל האתר, שצריך לוודא שאין הפרות של זכויות יוצרים בפורומים באתר שבניהולו, הן גבוהות מאוד ומחייבות את בעל האתר לסקור את כל ההודעות בפורומים השונים שבאתר ולבחון אם כלול בהם קישור לאתר מפר.<sup>155</sup> גם מבחינת הצדק החלוקתי הסביר השופט גרוסקופף כי לא השתכנע שהטלת נטל הפיקוח על כתפי בעלי האתרים היא מוצדקת, שכן לפעילות פורומים באינטרנט ערך חברתי והשפעות חיוביות וכי עיקר הפעילות בהם הוא חוקי ולגיטימי. מכאן שהכלל החלוקתי הראוי הוא שבעלי זכות הקניין הרוחני הם שצריכים לשאת בעלויות ההגנה על קניינם מפני המפרים, ואין הצדקה לגלגל זאת על צדדים שלישיים שאינם המפרים עצמם, כגון בעלי האתרים.<sup>156</sup> השופט גרוסקופף מנה שני חריגים המצדיקים הטלת חבות על בעל האתרים, כמצבים החורגים מן הכלל:<sup>157</sup> (1) חריג העידוד: בעל אתר המעודד באופן פעיל הצבת קישורים לאתרים מפרים באחד או יותר מהפורומים שבאתר שברשותו. אם עולה ממכלול הנסיבות שבעל האתר משווק את האתר שלו כפלטפורמה להצבת קישורים לאתרים מפרים, הוא עלול להימצא אחראי להפרה תורמת; (2) חריג הפורום הפסול: בעל אתר או מנהל פורום המקדיש אותו להצבת קישורים לאתרים מפרים, עלול להימצא אחראי להפרה תורמת אף הוא. באשר לנסיבות שהתעוררו בפסק הדין, הסביר השופט גרוסקופף כי לא הוכח שהפורומים הנדונים באים בגדר אחד מהחריגים שנמנו. התובעות לא הביאו כל ראיה לכך שהנתבעים עודדו הצבת קישורים לאתרים מפרים באתר שברשותם או במי מהפורומים שבו. כמו כן, בנוגע לחריג "הפורום הפסול", הסביר השופט גרוסקופף שמספר הקישורים לאתרים המפרים שעליהם הלינו התובעות אינו מצדיק את המסקנה כי הוכח שהחריג מתקיים ושמדובר בפורומים החשודים כפסולים. על רקע זה דחה השופט גרוסקופף את התביעה בכפוף לכך שהנתבעים יוסיפו לפעול על פי נוהל "הודעה והסרה" כפי שהצהירו שבכוונתם לעשות.

אין חולק שפסק הדין ממשיך ומפתח במידה רבה את הקו האקטיביסטי שנקט בעניין **שוקן** ומאמץ לדין הישראלי נוהל שגובש בחקיקה במדינות שונות באיחוד האירופי, בארצות הברית ובמדינות נוספות.<sup>158</sup> חשוב לחדד שנוהל זה היה ועודנו שנוי במחלוקת במידה רבה.<sup>159</sup> לפיכך

153 עניין **א.ל.י.ס.**, לעיל ה"ש 149, בעמ' 17–18.

154 להרחבה בעניין פסק הדין והאופן שבו פיתח בית המשפט את מבחן ההודעה וההסרה ראו אורית פישמן אפורי "אחריות תורמת להפרת זכויות יוצרים בישראל: מהפורום בהר הצופים לפורום **מקונן**" הפרקליט נב 3 (2013); לדין והרחבה בנושא זה ראו שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן "**בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט**" משפטים מח 411 (2019).

155 שם, בעמ' 19.

156 שם, בעמ' 20.

157 שם, בעמ' 21.

158 ראו לדוגמה Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (codified in scattered sections of 17 U.S.C.) as amended.

159 ראו **בר-זיו ואלקין-קורן**, לעיל ה"ש 154.

טכנולוגיות מתפרצות : אתגרים בדין הישראלי גישת בתי המשפט בישראל לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים

נראה שאימוצו לדין הישראלי צריך להיעשות רק לאחר חשיבה יסודית דווקא בבית המחוקקים. ודאי שאימוצו בפסק דין מחוזי מהווה צעד אקטיביסטי במיוחד שאינו מאפשר חשיבה מסודרת על אודות הנוהל, יתרונותיו, חסרונותיו והאופנים שבהם יש לאזנו תוך רגישות לערכי הגנה על זכויות יוצרים מחד גיסא, והבטחת זכויות משתמשים ויוצרים עתידיים מאידך גיסא. לסיכום, עיון בפסקי הדין המרכזיים מלמד כי לצד הקריאה למחוקק להסדיר סוגיות טכנולוגיות בוערות, במרבית המקרים בחרו בתי המשפט באקטיביזם שיפוטי כדי לתת מענה לאתגרים שעיימם מתמודדים יוצרים בסביבה הטכנולוגית. כך בעניין **שוקן**, בעניין **א.ל.י.ס.** שהמשיכה את פיתוחה של ההלכה, ובעניין **פרמייר ליג**. מנגד, בעניין **טלראן** בית המשפט נקט גישה שמרנית אך פתח פתח למתן מענה דרך דיני עשיית עושר ולא במשפט. במילים אחרות, אף שטכנולוגיות חדשות שבות ומאתגרות את המשפט, שופטי בית המשפט העליון בוחרים שוב ושוב שלא להמתין לחקיקה, אלא לפתח את הדין.

## ה. מבט השוואתי – טכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות היוצרים בארצות הברית

בתי המשפט בארצות הברית נאלצו גם הם להתמודד לאורך השנים עם שאלות הנוגעות להתאמת מערכת דיני זכויות יוצרים לטכנולוגיות מתפרצות. בפרק זה נסקור את פסקי הדין הבולטים ביותר בהקשר זה.

### 1. טכנולוגיה מתפרצת – Betamax

באחד מפסקי הדין המכוננים בדיני זכויות יוצרים בארצות הברית, שבו השתרשה דוקטרינת האחריות התורמת, פסק בית המשפט העליון כי אין להטיל על חברת סוני אחריות להפרה תורמת של זכויות יוצרים שביצעו משתמשי הקצה, בעזרת מכשירי הווידאו מתוצרתה. הפרשה צמחה על רקע מלחמות הפורמטים של עולם הווידאו. בשנות השבעים של המאה הקודמת פיתחה סוני את Betamax (בטאמקס) – פורמט להקלטת אות וידאו על קלטת של סרט מגנטי. פורמט בטאמקס אפשר למשתמשי הקצה הביתיים להקליט תוכניות וסרטי קולנוע אשר שודרו בערוצי הטלוויזיה השונים, ולצפות בהקלטה במועד מאוחר יותר.<sup>160</sup> תעשיות התוכן חששו מן ההשפעות שתהיינה לטכנולוגיה הזו על השוק. אי לזאת בשנת 1976 תבעו אולפני יוניברסל ובעלי זכויות נוספים את חברת סוני בעילה של הפרה תורמת של זכויות יוצרים.<sup>161</sup>

160 ראו *This is a Revolution*, SONY (Oct. 17, 2002), <http://www.sony.net/Fun/SH/1-13/h5.html/> [<https://web.archive.org/web/20021017222845/http://www.sony.net/Fun/SH/1-13/h5.html/>]

161 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)

התובעים טענו כי סוני מייצרת מכשיר אשר יכול לשמש להפרת זכויות יוצרים, ולכן היא אחראית לכל הפרה אשר בוצעה על ידי משתמשי הקצה.<sup>162</sup> חוק זכויות יוצרים האמריקני אינו מעגן במפורש את דוקטרינת האחריות התורמת.<sup>163</sup> עם זאת, בפרשת *Sony* קבע בית המשפט כי היעדר התייחסות מפורשת **בחוק זכויות יוצרים** אינו מונע הטלת אחריות על צדדים שלישיים להפרת זכות יוצרים.<sup>164</sup> אדרבה, בית המשפט ראה בהטלת אחריות על צדדים שלישיים דוקטרינה מוכרת החלה בתחומי משפט רבים.<sup>165</sup> יתרה מזו, בית המשפט הקביל בין דיני פטנטים לדיני זכויות יוצרים לעניין הטלת האחריות על צדדים שלישיים, בפרט ככל שהדבר אמור במוצרים שיש להם שימושים מהותיים לא מפרים.<sup>166</sup> משום כך בפסק הדין בחן בית המשפט לא רק אם המכשירים מתוצרת סוני תרמו להפרה של זכויות יוצרים, אלא אם למכשירים מתוצרת סוני שימושים מהותיים לא מפרים.<sup>167</sup> בית המשפט מצא כי למכשירי הבטאמקס מתוצרת סוני שימושים מהותיים לא מפרים. לפיכך נקבע כי אין להטיל על החברה אחריות להפרה תורמת, וזאת אף אם אותם מכשירים עלולים לשמש להפרת זכויות יוצרים.<sup>168</sup> בהתבסס על עקרונות משפטיים, ההלכה שנקבעה בפסק דין זה היא אפוא כי לא תוטל על גורם ביניים אחריות תורמת להפרה בגין ייצור ושיווק מכשיר שבאמצעותו ניתן להפר זכויות יוצרים, אם לאותו מכשיר שימושים מהותיים לגיטימיים ולא מפרים. יתרה מזו, בית המשפט קבע כי אין להטיל על חברת סוני, המייצרת ומשווקת את מכשירי הבטאמקס, אחריות להפרת זכות יוצרים משום שלמשתמשי הקצה עומדת הגנת השימוש ההוגן. בית המשפט הביע את דעתו כי למשתמש קצה המקליט תוכנית במטרה לצפות בה במועד

162 על פי הדין האמריקני הפרה תורמת מתרחשת כאשר: (א) קיימת הפרה ישירה; (ב) המפר-התורם יודע או שהוא צריך לדעת על אודות הפעילות המפרה; (ג) המפר-התורם מסייע לפעילות המפרה או משתתף בה. ראו שם, בעמ' 435.

163 נהוג לראות בהחלטתו של השופט הולמס בפרשת *Kalem Co. v. Harper Bros.*, 222 U.S. 55, 60–61 (1911) כהחלטה שפתחה את הדלת לאפשרות להטיל אחריות על צדדים שלישיים בגין הפרה של זכויות יוצרים בארצות הברית. ראו Christopher S. Yoo, *The Impact of Codification on the Judicial Development of Copyright*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND THE COMMON LAW* 177 (Shyamkrishna Balganesh ed., 2013); בשנת 1952 הוכנסו שינויים בהוראות חוק הפטנטים בארצות הברית, לרבות הוראת חוק ספציפית המאפשרת להטיל אחריות על מי שתרום ביוזמתו להפרת פטנט. ראו 35 U.S.C. § 271(b). להבדיל, בעת עדכון הוראות חוק זכויות יוצרים בשנת 1976, בחר הקונגרס האמריקני שלא לכלול בו הוראה דומה. ראו Yoo, שם.

164 פרשת *Sony*, לעיל ה"ש 161, בעמ' 436.

165 שם: "vicarious liability is imposed in virtually all areas of the law, and the concept of contributory infringement is merely a species of a broader problem of identifying the circumstances in which it is just to hold one individual accountable for the actions of another"

166 שם, בעמ' 435–441.

167 שם, בעמ' 442.

168 שם, בעמ' 434–442. ראו גם Jessica Litman, *The Story of Sony v. Universal Studios: Mary Poppins Meets the Boston Strangler*, in *INTELLECTUAL PROPERTY STORIES* 358 (Jane C. Ginsburg & Rochelle C. Dreyfuss eds., 2006).

טכנולוגיות מתפרצות : אתגרים בדין הישראלי גישת בתי המשפט בישראל לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים

מאוחר יותר (time shifting) עומדת הגנת השימוש ההוגן. משלא הוכרה הפרה ישירה, לא תוכל לקום הפרה עקיפה. לפיכך נפסק כי אין להטיל על חברת סוני אחריות להפרה עקיפה.<sup>169</sup> חברת סוני ניצחה במאבק המשפטי אך הפסידה במלחמה בסופו של דבר, שכן מפורמט בטאמקס ניטלה הבכורה והועברה לפורמט קלטות ה-VHS. עם זאת, פסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון בפרשה זו מהווה דוגמה מובהקת לגישה אקטיביסטית ולאופן שבו בתי משפט יכולים לפתח את הדין ולהעניק עדיפות להתפתחות טכנולוגית על פני אינטרסים אחרים.<sup>170</sup> כך לדוגמה בית המשפט עיגן את ההכרה ב-time shifting כפעילות מותרת במסגרת הגנת השימוש ההוגן.<sup>171</sup>

## 2. טכנולוגיה מתפרצת – שיתוף קבצים Peer-to-Peer

בשנות ה-90 ובתחילת שנות האלפיים רשתות לשיתוף קבצים אשר פעלו בטכנולוגיית Peer-to-Peer היו פופולריות מאוד.<sup>172</sup> הרשתות הללו אפשרו לפרטים לשתף פעולה בתחומים רבים, אולם בד בבד היו רבים שניצלו אותן לטובת הפרת זכויות יוצרים. לפיכך אחת השאלות המרכזיות אשר נדונה בבתי המשפט בהקשר זה היא: האם גורם הביניים המפתח ומפיץ תוכנת שיתוף קבצים, המשמשת לאחר מכן לשם הפצת יצירות מוגנות ללא הרשאה מאת בעל הזכויות, אחראי להפרת זכויות היוצרים הנגרמת עקב כך? הדיון בשאלה זו, ובסוגיית טכנולוגיית שיתוף הקבצים, בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית התקיים בשלושה שלבים, או בשלוש נקודות שונות לאורך ציר ההתפתחות הטכנולוגית.

### (א) פרשת Napster

בתחילת שנות ה-90 של המאה שעברה, אחת הרשתות הפופולריות ביותר להחלפת קבצים הייתה נאפסטר.<sup>173</sup> נאפסטר אפשרה למשתמשי הקצה לחפש ולהחליף ביניהם קובצי אודיו מסוג MP3. למעשה, כדי שיוכלו להחליף ביניהם קובצי אודיו, היה על משתמשי הקצה להוריד מהמרשתת ולהתקין את התוכנה של חברת נאפסטר למחשב האישי שלהם. לאחר שהתקינו את התוכנה יכלו המשתמשים להתחבר לאתר של נאפסטר, לחפש במאגר היצירות שהחזיקה החברה את הקבצים שבהם הם חפצים, ולהורידם. הקבצים, שחלק הארי בהם היה מוגן בזכויות יוצרים, שותפו בין משתמשי הקצה ללא אישור או היתר מאת בעלי הזכויות ביצירות.<sup>174</sup> אומנם היצירות המוגנות לא אוחסנו על גבי שרתי החברה, אלא במחשביהם של משתמשי הקצה, אבל

169 פרשת Sony, לעיל ה"ש 161, בעמ' 442–456.

170 Veronica Corsaro, *From Betamax to YouTube: How Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc. Could Still Be a Standard for New Technology*, 64 FED. COMM. L.J. 446 (2012).

171 מיכאל בירנהק "יצירה משפטית: שימוש הוגן בדיני זכות יוצרים" ספר נילי כהן – משפט, תרבות וספר משפט, תרבות וספר 84 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017).

172 להרחבה ראו Tim Wu, *When Code Isn't Law*, 89 VA. L. REV. 679 (2003).

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

174 שם, בעמ' 1012.

הטכנולוגיה שבבסיס השירות שהציעה נאפסטר, התבססה על שרתים מרכזיים, וכללה רשימה של כל הקבצים אשר משתמשי הקצה שיתפו.<sup>175</sup> לפיכך בשנת 1999 חמש חברות התקליטים הגדולות בעולם – וורנר מיוזיק, EMI, BMG, יוניברסל וסוני – תבעו את נאפסטר בגין הפרה ישירה, הפרה תורמת והפרה שילוחית של זכויות יוצרים.

פרשה זו הביאה לפתחו של בית המשפט את המתח שבין המשפט לטכנולוגיה, בפרט ככל שהדבר אמור בטכנולוגיה הפופולרית ביותר באותה עת לשיתוף קבצים: טכנולוגיית Peer-to-peer או P2P.

הנושא הראשון שבו עסק בית המשפט בפסק הדין היה השימוש ההוגן. בית המשפט בחן אם השימוש שעשו משתמשי הקצה הוא בגדרי הגנת השימוש ההוגן לפי הוראות סעיף 107 לחוק זכויות יוצרים האמריקני, ונעזר בין היתר בארבעת הקריטריונים הבאים: (1) מטרת השימוש ואופיו; (2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש; (3) היקף השימוש; (4) השפעת השימוש על השוק הפוטנציאלי ליצירה ועל ערכה.<sup>176</sup> במקרה זה מצא בית המשפט כי אין מדובר בשימוש טרנספורמטיבי, אלא בשימוש חוזר ונצלני, בעל אופי מסחרי, אשר נועד לחסוך למשתמשי הקצה את מחיר הרכישה. נוסף על כך הבהיר בית המשפט כי שירים הם מסוגי היצירות שבליבת דיני זכויות יוצרים, וכי במקרה זה שירים שלמים הורדו מן הרשת. לבסוף נמצא כי השימוש בתוכנה של נאפסטר פוגע בערכן המסחרי של היצירות ובאינטרסים הכלכליים של בעלי הזכויות. לפיכך קבע בית המשפט כי התובעות תצלחנה ככל הנראה לשכנע את בית המשפט כי הגנת השימוש ההוגן אינה נתונה למשתמשי נאפסטר.<sup>177</sup>

באשר להפרה תורמת טענה נאפסטר כי בדומה לסוני, היא אינה אחראית להפרות שנעשו על ידי משתמשי הקצה. אולם בית המשפט דחה את ההשוואה. נקבע כי אומנם נאפסטר אינה מפרה בעצמה את זכויות היוצרים של בעלי הזכויות, אולם להבדיל מחברת סוני, היא ידעה כי משתמשי הקצה מפרים זכויות יוצרים באמצעות המערכת.<sup>178</sup> יתרה מזו, נמצא כי נאפסטר תרמה תרומה מהותית להפרת זכויות יוצרים. לפיכך פסק בית המשפט כי התובעות הוכיחו בסבירות גבוהה כי תצלח תביעתן בגין הפרה תורמת של זכות יוצרים.

אחריות שילוחית (vicarious liability) קיימת כאשר לנתבע היו הזכות והיכולת לפקח על הפעילות המפרה וכן היה לו אינטרס כספי ישיר בפעילות שכזו.<sup>179</sup> במקרה זה נמצא כי אומנם מערכות נאפסטר לא קראו את התוכן של קובצי המוזיקה ששמותיהם נאגרו במערכת, אולם לנאפסטר הייתה היכולת לפקח על פעילותם של משתמשי הקצה מבחינה טכנולוגית, אלא שהיא נמנעה מלעשות כן, אף שידעה כי המערכת משמשת את משתמשי הקצה לשם הפרת זכויות יוצרים. עצימת עיניים מלראות את הפעילות המפרה, בשילוב העובדה שהחברה הפיקה רווחים

175 שם, בעמ' 1006.

176 17 U.S.C. § 107.

177 פרשת *Napster*, לעיל ה"ש 173.

178 שם, בעמ' 1020.

179 שם, בעמ' 1022. ראו גם, *Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314, 1325–1326 (D. Mass. 1994) (U.S.).

טכנולוגיות מתפרצות : אתגרים בדין הישראלי גישת בתי המשפט בישראל לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים

כלכליים מן הפעילות המפרה, הביאו את בית המשפט לקבוע כי התובעות עשויות להצליח בתביעה בגין הפרת אחריות שילוחית.<sup>180</sup>

בפסק דין זה הבחין בית המשפט בין הטכנולוגיה שבבסיס הדיון בפרשת Sony ובין הטכנולוגיה שבבסיס הפעילות של נאפסטר. הבחנה זו משמשת לצמצום ההלכה שבפרשת Sony והרחבת מעגל הגורמים שעליהם ניתן להטיל אחריות להפרות של משתמשי הקצה.<sup>181</sup> כלומר, מחד גיסא ניתן לראות בפסק הדין ביטוי לגישה פרשנית שמרנית המנסה להתחקות אחר כוונת המחוקק בעת אימוץ הוראות חוק זכויות יוצרים. מנגד יש פה אקטיביזם שיפוטי, שכן פסק הדין מאיר קווים חדשים באשר לאחריותם האפשרית של ספקי שירותים מקוונים לפעילויות מפרות המתבצעות על ידי משתמשי הקצה.<sup>182</sup>

### (ב) פרשת Aimster

פרשה נוספת שעניינה שיתוף קבצים בין משתמשים היא פרשת Aimster.<sup>183</sup> חברת אימסטר, כמו חברת נאפסטר, אפשרה למשתמשי הקצה לשתף קבצים והעמידה לרשות משתמשי הקצה מנוע חיפוש ומאגר מידע מרכזי. לפיכך הוגשה נגדה תביעה בגין הפרה תורמת והפרה עקיפה של זכויות יוצרים.

לעומת הטכנולוגיה שבבסיס פרשת Napster, הטכנולוגיה שבה אימסטר השתמשה, הייתה מוצפנת.<sup>184</sup> על כן טענה החברה כי היא לא ידעה ולא יכלה לדעת כי משתמשי הקצה מפרים זכויות יוצרים.<sup>185</sup> בית המשפט פסק כי אומנם בשל ההצפנה החברה לא ידעה ולא יכלה לדעת אם מתבצעות הפרות, אולם בעצם פיתוח התוכנה והפצתה, היא תרמה תרומה מהותית להפרת זכויות יוצרים על ידי משתמשי הקצה. עם זאת נקבע כי אין להטיל על החברה אחריות אך ורק בשל יצירת המערכת, אם ימצא כי למערכת שיתוף הקבצים ישנם שימושים מהותיים שאינם מפרים. בין היתר ציין בית המשפט את האפשרות שמשתמשי הקצה חולקים יצירות שאינן מוגנות בזכויות יוצרים, עושים שימוש בתוכנה של אימסטר כדי להחליף מידע, רעיונות או דעות וכדומה.<sup>186</sup> הנטל להוכיח כי קיימים שימושים מעין אלו הונח לפתחה של הנתבעת, היא חברת אימסטר.<sup>187</sup> יתרה מזו, בית המשפט פסק כי גם אם קיימים שירותים מהותיים שאינם

180 פרשת Napster, לעיל ה"ש 173, בעמ' 1022.

181 ראו יובל קרניאל ואהוד נסימיאן "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" עלי משפט ג' 191, 217 (2003).

182 כאמור, בעניין בפרשת Sony, לעיל ה"ש 161, היה מדובר בטכנולוגיה אשר אפשרה למשתמשי הקצה להפר זכויות יוצרים, אולם לסוני לא הייתה יכולת לדעת מי מלקוחותיה עושה זאת הלכה למעשה. לעומת זאת, בפרשת Napster, לעיל ה"ש 173, לפחות מבחינה תיאורטית, יכלה החברה למנוע מן המשתמשים לשתף יצירות המוגנות בזכויות יוצרים.

183 *In re Aimster Copyright Litig.*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003) (U.S.).

184 שם, בעמ' 646.

185 שם.

186 שם, בעמ' 651–653.

187 שם בעמ' 653.

מפרים, אזי כדי שלא תוטל אחריות להפרה תורמת על גורם הביניים, עליו להוכיח כי הדרישה לנטרל או להפחית את השימושים המפרים תטיל עליו נטל משמעותי.<sup>188</sup> בכל הנוגע לשאלת האחריות השילוחית, פקפק בית המשפט ביכולתה של תעשיית המוזיקה להוכיח כי התקיימו התנאים הנדרשים להטלת אחריות שילוחית על איימסטר.<sup>189</sup> מכל מקום, משלא הצליחה איימסטר להרים את נטל ההוכחה ולהראות כי משתמשי הקצה השתמשו במערכת למטרות שאינן מפרות, ולאחר שבית המשפט מצא כי ההצפנה של המערכת שקולה לעצימת עיניים, אישר בית המשפט את צו המניעה שניתן על ידי בית המשפט המחוזי.<sup>190</sup> פסק דין זה ממשיך את הקו שאומץ בפרשת *Napster*: בית המשפט נוטה להטיל אחריות על צדדים שלישיים בגין תרומתם להפרת זכויות יוצרים מצד משתמשי הקצה.

### (ג) פרשת Grokster

בשלב הבא נדרשו בתי המשפט להתמודד עם שאלות הנוגעות לאחריות המתווך במקרים שבהם משתמשי הקצה יכולים להחליף קבצים בינם ובין עצמם ללא התערבות מהותית מצד החברה אשר סיפקה את התוכנה, שכן להבדיל מהשירותים שהציעו נאפסטר ואיימסטר, השירות של גרוקסטר וסטרימקסט היה מבוסס על טכנולוגיה שאינה משתמשת בשרתים מרכזיים.<sup>191</sup> חברת גרוקסטר וחברת סטרימקסט שיווקו לקהל הרחב תוכנות שיתוף קבצים אשר שימשו את משתמשי הקצה להעברת קבצים המכילים יצירות המוגנות בזכויות יוצרים, כדוגמת סרטים וקובצי אודיו.<sup>192</sup> התובעים טענו כי גרוקסטר וסטרימקסט אחראיות להפרת זכויות היוצרים, גם אם זו נעשתה על ידי משתמשי הקצה. טענת התובעים התבססה על הרעיון של הפרה תורמת.<sup>193</sup> הערכאה הראשונה שדנה בתביעה קבעה כי אין גרוקסטר וסטרימקסט אחראיות כמפירות תורמות, בהתבסס על ההלכה שבפרשת *Sony*.<sup>194</sup> אומנם בית המשפט הכיר בכך שמשותמשי הקצה הפרו את זכויות היוצרים של התובעים, אולם נפסק כי העובדה שהנתבעות ידעו כי באמצעות התוכנות שהן מפיצות ניתן להפר זכות יוצרים אינה מספיקה כדי להטיל עליהן אחריות תורמת להפרות הללו. כמו במקרה של סוני, גם במקרה זה היו לתוכנות שימושים מהותיים שאינם מפרים. לפיכך כדי להטיל עליהן אחריות, יש להצביע על ידיעה ממשית כי בוצעו מעשי ההפרה בנקודת הזמן שבה הן יכולות לפעול כדי להפסיק את ההפרה. ברם, במקרה של גרוקסטר

188 שם בעמ' 653.

189 שם, בעמ' 654–655.

190 שם בעמ' 654. ראו גם *In re Aimster Copyright Litig.*, 252 F.Supp.2d 634 (N.D. Ill. 2002) (U.S.).

191 *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003) (U.S.).

192 שם, בעמ' 1031: "...Defendants Grokster, Ltd. ('Grokster'), StreamCast Networks, Inc. (formerly known as MusicCity Networks, Inc.) ('StreamCast'), and Kazaa BV (formerly known as Consumer Empowerment BV) ('Kazaa BV'), distributed software that enabled users to exchange digital media via a peer-to-peer transfer network".

193 פרשת *Grokster*, לעיל ה"ש 191.

194 שם. כן ראו *MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004) (U.S.).

וסטרימקסט, החברות קיבלו הודעות בדבר הפרות ספציפיות בנקודת זמן שבה לא יכלו לפעול להפסקת ההפרות.<sup>195</sup>

באשר לשאלת האחריות השילוחית של גרוקסטר וסטרימקסט להפרת זכויות היוצרים, נקבע שאומנם לחברות היה אינטרס כלכלי ישיר, אולם כאמור לא הייתה להן למעשה היכולת לפקח ולהפסיק את הפעילות המפרה. לפיכך נמצא כי אין להן אחריות שילוחית או עקיפה להפרות. גישה דומה אומצה על ידי בית המשפט גם בערכאת הערעור.

אולם בשנת 2005 הפך בית המשפט העליון האמריקני את פסיקת הערכאות הקודמות וקבע כי גרוקסטר וסטרימקסט תרמו להפרת זכויות היוצרים על ידי משתמשי הקצה. זאת משום שהן הפיצו את תוכנות שיתוף הקבצים במטרה להפר זכויות יוצרים.<sup>196</sup> בית המשפט העליון בחן את התנהלות החברות במקרה זה ופסק כי הערכאות הקודמות טעו בעת שהחילו את ההלכה שנקבעה בפרשת *Sony*. לדעת בית המשפט, הלכת *Sony* מתייחסת למקרים שבהם גורם הביניים הוא רק מפיץ של האמצעי המשמש להפרה, אולם במקרה זה מעשיהן של החברות מלמדים כי הן היו מודעות לשימוש המפר שמשתמשי הקצה עושים בתוכנות שלהן ואף עודדו את השימוש האמור. דהיינו, הן הפיצו את התוכנות במטרה שתשמנה להפרת זכויות יוצרים.<sup>197</sup> כך לדוגמה חברת סטרימקסט שיווקה את עצמה למפרסמים ולמשתמשי קצה בתור ה"נאפסטר הבא". זאת ועוד, בית המשפט ציין כי החברות ידעו כי משתמשי הקצה משתמשים בתוכנות שלהן כדי להפר זכויות יוצרים. למרות זאת, הן גרוקסטר הן סטרימקסט לא נקטו צעדים שנועדו למנוע או לצמצם את ההפרות.

יתרה מזו, בפסק דינה פקפקה השופטת גינסבורג במסקנות הערכאות הקודמות באשר לשימושים המהותיים הלגיטימיים בתוכנות שהפיצו הנתבעות.<sup>198</sup> לעומת זאת השופט ברייר הביע את דעתו כי אין לצמצם את הפרשנות של המונח "שימושים מהותיים" שאינם מפרים, שכן לטעמו זה עלול להביא לצמצום מרחב הפיתוח הטכנולוגי.<sup>199</sup>

מן האמור לעיל עולה כי בפרשת *Napster*, בפרשת *Aimster* ובפרשת *Grokster* כאחת אימצו בתי המשפט את ההלכה שלפיה ניתן להטיל אחריות על צדדים שלישיים להפרת זכויות יוצרים הנעשית על ידי משתמשי הקצה, הגם שדוקטרינה זו לא אומצה על ידי הקונגרס בתיקון לדיני זכויות יוצרים משנת 1976.<sup>200</sup>

195 שם.

196 (U.S.) 2764 (2005) 125 S.Ct. *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*

197 שם, בעמ' 2780.

198 שם, בעמ' 2786.

199 שם, בעמ' 2790–2792.

200 (1976) 101–1205 §§ 17 U.S.C., *The Copyright Act*.

### 3. טכנולוגיה מתפרצת – דיגיטציה והנגשת תכנים המוגנים על ידי זכויות יוצרים

#### (א) פרויקט הספרים הדיגיטלי של חברת גוגל

אחת הפרשות הבולטות והסוערות בעשור האחרון נסבה על פרויקט הספרים הדיגיטלי של חברת גוגל.<sup>201</sup> פרויקט הספרים הדיגיטלי של גוגל התחיל את דרכו כמיזם דיגיטציה שבמסגרתו החברה סורקת מיליוני יצירות ומקטלגת אותן. הפרויקט יצא לדרך בשנת 2004 לאחר שחברת גוגל הגיעה להסכמות עם ספריות מרכזיות בארצות הברית, לרבות הספרייה של אוניברסיטאות מישיגן, הרווארד, סטנפורד, ואלה העמידו לרשותה את אוספיהן.<sup>202</sup> אולם החברה לא קיבלה את הסכמתם של בעלי זכויות היוצרים ביצירות שנסרקו.<sup>203</sup> באוקטובר 2005, כשנה לאחר תחילת הפרויקט, הוגשו נגד גוגל שתי תביעות בבית המשפט הפדרלי בניו-יורק.<sup>204</sup> התביעה הראשונה הוגשה על ידי אגודת הסופרים האמריקנית, והשנייה על ידי חמישה מו"לים.<sup>205</sup> חשוב לציין כי אגודת הסופרים האמריקנית הגישה תביעה ייצוגית בשם כל בעלי הזכויות אשר יצירותיהם נכללו באוסף של אוניברסיטת מישגן.<sup>206</sup> הטענה המרכזית של התובעים הייתה כי פרויקט הספרים של גוגל מפר את זכויות היוצרים של בעלי זכויות היוצרים ביצירות שנסרקו, שכן החברה סורקת יצירות מוגנות ויוצרת עותקים שלהן מבלי שקיבלה היתר או הרשאה מבעלי הזכויות.<sup>207</sup> מנגד טענה גוגל כי השירות שהיא מתכוונת להציע הוא למעשה המקבילה הדיגיטלית לכרטיסיות קטלוג, שכן המשתמשים לא יוכלו לראות את היצירות המלאות אלא רק חלקים מהן. לכן לטענת החברה מדובר בשימוש החוסה תחת הגנת השימוש הוגן לפי הוראות סעיף 107 לחוק זכויות יוצרים האמריקני.<sup>208</sup>

- 201 הפרויקט החל לקרום עור וגידים בשנת 2002. בשנת 2004 החלה גוגל לסרוק את הספרים. בדצמבר 2004 הכריזה החברה רשמית על הפרויקט וכינתה אותו: "Google Print". ראו *Google Checks Out Library Books*, NEWS FROM GOOGLE (Dec. 14, 2004) <https://bit.ly/3hf5K7F>
- 202 James Grimmelmann, *The Elephantine Google Books Settlement*, 58 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 497, 498 (2011).
- 203 חשוב לציין כי עם היצירות שנסרקו על ידי גוגל נמנות יצירות שתקופת ההגנה עליהן הסתיימה ושלכן הן חלק מנחלת הכלל, וגוגל או כל צד שלישי רשאי להשתמש בהן כרצונו מבלי לקבל את הסכמת בעלי הזכויות; יצירות מוגנות בזכויות יוצרים, המצריכות אישור בעל הזכויות; ויצירות יתומות, כלומר יצירות שמצב הזכויות בהן אינו ידוע.
- 204 מעניין לציין כי בישראל דחה בית המשפט המחוזי בירושלים בקשה לתביעת ייצוגית נגד פרויקט הספרים הדיגיטלי של גוגל. בית המשפט קבע כי נושא התביעה אינו נמנה עם רשימת העניינים אשר ניתן להגיש בעניינם תובענה ייצוגית. ראו *ת"צ (מחוזי-ים) 11319-04-11 Google Inc. נ' בראונר* (פורסם בנבו, 23.11.2011).
- 205 *McGraw Cos., Inc. v. Google Inc.*, No. 05 CV 08881 (S.D.N.Y. complaint filed Oct. 19, 2005) (U.S.).
- 206 הספרייה של אוניברסיטת מישגן הייתה הראשונה אשר העמידה לרשות גוגל את אוסף היצירות שלה. ראו Grimmelmann, לעיל ה"ש 202, בעמ' 499.
- 207 ראו *התייחסות לרקע לתביעה בפסק הדין בעניין Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, 770 F. Supp. 666 (S.D.N.Y. 2011) (U.S.).
- 208 ראו 17 U.S.C. § 107.

לאחר משא ומתן מפרך הושג הסכם פשרה בין הצדדים.<sup>209</sup> בהסכם הפשרה נקבע כי גוגל תשלם לאגודת הסופרים האמריקנית 125 מיליון דולר. הכסף נועד לשמש להקמת מרשם זכויות ספרים, לפצות את בעלי הזכויות ולכסות את הוצאות המשפט. בתמורה ניתנה לגוגל האפשרות להמשיך ולסרוק יצירות, לרבות יצירות המוגנות בזכויות יוצרים, אלא אם כן בעלי זכות היוצרים ביצירה הודיעו לחברה כי הם מתנגדים לכך. כמו כן נקבע כי החברה תעביר לבעלי הזכויות נתח מן ההכנסות שתתקבלנה ממכירת ספרים. במקביל התחייבה גוגל להשקיע חלק מן ההכנסות באיתור בעלי זכויות ביצירות יתומות.<sup>210</sup>

אולם בית המשפט הפדרלי של המחוז הדרומי בניו-יורק דחה את הסדר הפשרה.<sup>211</sup> בפסק דינו של השופט צ'ין הכיר בית המשפט ביתרונות הרבים הגלומים בדיגיטציה של יצירות על ידי חברת גוגל,<sup>212</sup> אולם קבע כי ההסכם המוצע מעניק לחברת גוגל יתרון בלתי הוגן על פני מתחריה והוא מונופול "דה-פקטו".<sup>213</sup> עוד נקבע כי ההסכם הפשרה המוצע יש בו כדי לשנות את ברירת המחדל בדיני זכויות יוצרים, שכן הוא מטיל על בעל זכות היוצרים את האחריות להתנגד לשימוש על ידי גוגל.<sup>214</sup> כמו כן הביע בית המשפט את דעתו כי על המחוקק למצוא פתרון לסוגיית היצירות היתומות, וכי אין לאפשר לצדדים לעשות כן במסגרת הסכם פשרה,<sup>215</sup> שכן כאמור התביעות שהוגשו היו תביעות ייצוגיות שיש בכוחן לחייב צדדים שלישיים, אף אם אלו לא היו צד להליך. בשל כל האמור לעיל דחה בית המשפט את בקשת התובעים לאישור הסכם הפשרה.<sup>216</sup>

שנתיים לאחר מכן, בשנת 2013, קבע בית המשפט המחוזי של מחוז דרום ניו-יורק כי השימוש של גוגל ביצירות הוא בבחינת שימוש הוגן לפי הוראות חוק זכויות יוצרים.<sup>217</sup> עוד נקבע כי השימוש של גוגל ביצירות הוא שימוש טרנספורמטיבי ואינו מהווה תחליף ליצירה המקורית.<sup>218</sup> זאת ועוד, בית המשפט הביע את דעתו כי העובדה שגוגל מעתיקה יצירות שלמות אינה מצדיקה את שלילת הגנת השימוש ההוגן, כיוון שהקטעים המוצגים למשתמשים מוגבלים.<sup>219</sup> בפסק הדין הכיר בית המשפט ביתרונות העצומים של פרויקט הספרים הדיגיטלי של גוגל, לרבות תרומתו להנגשת יצירות רבות אשר הדפסתן הופסקה, הענקת חיים חדשים ליצירות, יצירת קהלים חדשים ומקורות הכנסה חדשים לסופרים ולמוציאים לאור. עוד ציין בית

Notice of Motion for Preliminary Settlement Approval, Authors Guild v. Google, Inc., No. 209 Authors, 05 CV 8136 (DC) (S.D.N.Y. filed Oct. 28, 2008), <https://bit.ly/3yTjk6t> Publishers, and Google Reach Landmark Settlement, News From Google (Oct. 20, 2008), <https://bit.ly/3E0cDTP>.

210 שם. ראו גם Grimmelmman, לעיל ה"ש 202, בעמ' 500–501.

211 עניין Authors Guild, לעיל ה"ש 207, Grimmelmman, שם.

212 עניין Authors Guild, שם, בעמ' 666–670.

213 שם.

214 שם, בעמ' 698–700.

215 שם, בעמ' 705–706.

216 שם, בעמ' 710.

217 Authors Guild, Inc. v. Google Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013) (U.S.).

218 שם, בעמ' 291.

219 שם.

המשפט את תרומתו להנגשת מקורות לאוכלוסיות מרוחקות או מוחלשות והפיכתו לכלי מחקר שלא יסולא בפז המאפשר לחוקרים לבצע חיפוש בטקסט מלא של עשרות מיליוני ספרים.<sup>220</sup> בתחילת 2014 ערערה אגודת הסופרים האמריקנית על פסק הדין בפני בית המשפט הפדרלי של המחוז השני. באוקטובר 2015 אשררה ערכאת הערעור פה אחד את פסק הדין של בית המשפט המחוזי לטובת גוגל. בית המשפט קבע כי הדיגיטיזציה של יצירות מוגנות באופן המאפשר חיפוש והצגת קטעים מאותן יצירות, ללא קבלת היתר מבעלי הזכויות, מהווה שימוש הוגן שאינו מפר זכות יוצרים.<sup>221</sup> בשנת 2016 סירב בית המשפט העליון לבקשת אגודת הסופרים האמריקנית לבחון מחדש את פסיקת בית המשפט לערעורים.<sup>222</sup>

## (ב) פרשת HathiTrust

שאלות דומות נדונו בבתי המשפט במסגרת פרשת *HathiTrust*.<sup>223</sup> הרקע לפרשה זו הוא תביעה שהוגשה בספטמבר 2011 על ידי אגודת הסופרים האמריקנית, ואיגודים המאגדים סופרים זרים, נגד קונסורציום של קולג'ים, אוניברסיטאות ומוסדות ללא כוונת רווח הידוע בשם "פרויקט HathiTrust".<sup>224</sup>

פרויקט HathiTrust נוסד בשנת 2008 בעקבות פרויקט הספרים הדיגיטלי של גוגל. פרויקט HathiTrust נועד לספק שירותי שימור וגישה ארוכי טווח, אולם לאחר שהסדר הפשרה בין גוגל לאגודת הסופרים האמריקנית נדחה בשנת 2011, הגישה האגודה תביעה נגד הקונסורציום. השאלות שעמדו במרכז תביעה זו דומות במהותן לשאלות שעמדו במרכז של התביעה נגד גוגל ספרים, ובייחוד השאלה אם דיגיטיזציה של יצירות ללא היתר או הרשאה מבעלי זכויות היוצרים מהווה הפרה של זכויות יוצרים. בשנת 2012 פסק בית המשפט כי השימוש של הקונסורציום הוא שימוש הוגן שאינו מפר. בית המשפט הקדיש חלק ניכר מפסק הדין לדיון באינטרס הציבורי הגלום בפרויקט HathiTrust, בפרט בתרומתו להנגשת יצירות. אגודת הסופרים האמריקנית ערערה על החלטת בית המשפט, אולם ביוני 2014 פסקה ערכאת הערעור לטובת הקונסורציום וחיוותה דעתה כי יצירת מאגר נתונים הניתן לחיפוש בטקסט מלא, מהווה שימוש טרנספורמטיבי שאינו מפר. יתרה מזו, בית המשפט אישר כי השירות של HathiTrust מציעה לבעלי מוגבלויות ושכמסגרתו היא מגישה להם טקסטים, מהווה גם הוא שימוש הוגן.<sup>225</sup>

בפרשות אלו נקטו בתי המשפט האמריקנים גישה אקטיביסטית, המצמצמת את היקף זכות היוצרים, ויש בה משום קריאה מרחיבה של הגנת השימוש ההוגן. דומה כי בבואם להכריע בין האינטרסים של בעלי זכות היוצרים, הטכנולוגיה והאינטרסים של החברה בכללותה, העדיפו בתי המשפט לאמץ גישה המאפשרת את התפתחות הטכנולוגיה, הגם שהתפתחות זו אינה מוסדרת בחוק וניתן אף לומר שהיא מנוגדת לעקרונות יסוד של דיני זכויות יוצרים. גישה זו מאפשרת

220 שם בעמ' 293–294.

221 *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015) (U.S.)

222 *Authors Guild v. Google, Inc.*, 136 S. Ct. 1658 (2016) (U.S.)

223 *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 902 F. Supp. 2d 445 (S.D.N.Y. 2012) (U.S.)

224 שם, בעמ' 449.

225 *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014) (U.S.)

הלכה למעשה דיגיטיזציה של מאות מיליוני ספרים על ידי גוגל ללא קבלת היתר או הרשאה מבעל זכויות היוצרים.<sup>226</sup>

## ו. דיון וסיכום

על אף טענות בדבר היפוך מגמה בבית המשפט העליון וירידת קרנה של המתודה הפרשנית השלטת במשפט,<sup>227</sup> בשלושה מתוך ארבעת פסקי הדין המרכזיים שנסקרו לעיל, בחרו בתי המשפט לנקוט גישה אקטיביסטית ולפעול לפיתוח הדין כאשר נדרשו להכריע בעניין עתידה של טכנולוגיה פורצת דרך.

עמדת הדין בישראל, דומה גם בבחינה של המשפט המשווה במדינות אשר חולקות עמנו מסורת משפט דומה.<sup>228</sup> כך למשל, גם בארצות הברית בתי המשפט נוטים לדון ולהכריע בשאלות המערבות טכנולוגיות מתפרצות אף על פי שהן אינן מוסדרות במפורש בחקיקה.

הבחירה של בתי המשפט לאמץ גישה אקטיביסטית תרמה רבות לפיתוחם של דיני הקניין הרוחני בכלל ודיני זכויות היוצרים בפרט,<sup>229</sup> שכן כאמור, גישת הפרשנות התכליתית מאפשרת לשופט להסתכל מעבר לתכלית הסובייקטיבית ולכוונת יוצר הטקסט, ולפנות אל עבר ערכי היסוד של השיטה.<sup>230</sup> זאת להבדיל מן הגישה המתחרה, המעלה על נס את כוונתו המקורית של המחוקק,<sup>231</sup> ומבקשת להעניק משקל מכריע להיסטוריה החקיקתית.<sup>232</sup>

ברם, ניסיון להתחקות אחר כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק עלולה להותיר את הפרשן אוכד עצות בבואו להתמודד עם טכנולוגיות פורצות דרך, שכן על פי רוב המחוקק לא העלה ולא היה יכול להעלות על דעתו טכנולוגיות אלו בעת עיצוב הטקסט המשפטי. ואלה דבריו של בית המשפט **בערעור פרמייר ליג**:

226 ראו Victoria Campbell, *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (S.D.N.Y. Oct. 16, 2015), 27 DEPAUL J. ART, TECH. & INTELL. PROP. L. 59 (2015). בשל קוצר היריעה, דוגמה נוספת למאמץ הפרשני שמקיימים בתי המשפט בכדי להתמודד עם האתגרים שמעמידות טכנולוגיות מתפרצות ניתן לראות גם בפסק דינו של בית המשפט הקנדי בעניין Geophysical Service Incorporated v. Encana Corporation, 2016 ABQB 230 (Can.) (להלן: פרשת GSI).

227 ראו **רזניק**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 81.

228 ראו האמור לעיל בה"ש 226.

229 **ערעור פרמייר ליג**, לעיל ה"ש 115, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר: "ידוע הוא שהטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקננים משפטיים חדשים".

230 **ברק**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3–4. ראו גם **ברק**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 374–375.

231 לעניין זה ראו האסמכתאות המובאות לעיל, בה"ש 44.

232 **רזניק**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 82.

הטכנולוגיה מאז ומתמיד הייתה צעד אחד (או שניים) לפני החוק, וזה עודו נמצא בצעדיו להדביק את האתגרים שהציבה בפניו. אחד האתגרים של המשפט במאה הזו הוא בסגירת פער זה ובהתאמת הדין לסוגיות שלא הכרנו.<sup>233</sup>

במילים אחרות, הגישה האקטיביסטית אפשרה לבתי המשפט את הגמישות ליצוק תוכן חדש למושגים קיימים ולגשר על הפער שבין המשפט לטכנולוגיה, ולהתאים את הדין למציאות טכנולוגית משתנה.<sup>234</sup>

יתרה מזו, הגישה האקטיביסטית סייעה לבתי המשפט להתגבר על איטיות תהליכי החקיקה ולהעניק לצדדים סעד משפטי במקרים שבהם לשון החוק שותקת.<sup>235</sup> כך לדוגמה בשנים האחרונות הונחו על שולחנה של הכנסת כמה הצעות חוק אשר נועדו להסדיר את סוגיית אחריותם של מתווכים לתוכן המופץ באינטרנט, אולם אף אחת מן ההצעות לא עברה בקריאה השלישית. ההצעה הראשונה הייתה הצעת חוק אחריות המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן (תיקוני חקיקה), התשס"ח–2007. ההצעה השנייה היא הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008 – הצעת חוק אשר הונחה על שולחנה של הכנסת בעקבות מסקנותיה של הוועדה הממשלתית לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני.<sup>236</sup>

במקרים אחרים הגישה האקטיביסטית שנקטו בתי המשפט הביאה בסופו של דבר את המחוקק לומר את דברו. כך לדוגמה חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ט–2019, הסדיר סוגיות הנוגעות להפרות זכות יוצרים באינטרנט מתוך הכרה בקשיי האכיפה שבהם נתקלים בעלי

- 233 [ערעור פרמייר ליג](#), לעיל ה"ש 115, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 234 שם, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "העברת תכנים באמצעות רשת האינטרנט, לרבות באמצעות שיטת הסטרימינג, היא מאפיין עיקרי ומרכזי של העידן הדיגיטלי. אין הצדקה, אפוא, להגביל את ה'שידור' אך לאמצעים טכניים הקודמים לדור האינטרנט. להיפך. חקיקת החוק החדש מסמלת את התאמת דיני זכויות היוצרים הישראלים לעידן הדיגיטלי ולא אתגרים שהוא מציב בתחום הקניין הרוחני. החוק מבקש, ככלל, להתאים עצמו לאמצעי העברה המודרניים, ולא להוציא מגדרו דווקא את אותם האמצעים הטכנולוגיים המתקדמים. נמצא, אם כן, כי לא רק שלשון החוק אינה שוללת את הזרמת התכנים ברשת האינטרנט, אלא שגם מבחינה מהותית קיימת הצדקה להכרה בשידור ככולל טכניקה זו".
- 235 [ערעור טלה-איוונט](#), לעיל ה"ש 95, בעמ' 541: "[חוק זכות יוצרים](#) הועתק מחוק אנגלי משנת 1911. המחוקק לא טרח לעדכנו, ולמעט כמה תיקונים מינוריים שהוכנסו בכמה מהוראותיו, נותר החוק במתכונתו המקורית. אין תמה שהחוק אינו מתייחס לאפשרות לרכוש זכות יוצרים בסרט קולנוע או בהפקה טלוויזיונית, ואולם, בפרשנות הוראותיו המיושנות של [חוק זכות יוצרים](#) אין בית המשפט רשאי להתעלם מן ההתפתחויות האדירות שחלו בתשעים השנים האחרונות בתחומי היצירה השונים".
- 236 הצעה זו התבססה על מודל "מפרץ המבטחים" האירופי ועל נוהל ההודעה וההסרה שבדין האמריקני בכל הקשור לאחריותם של מתווכים מקוונים להפרה של זכויות יוצרים. ראו דברי ההסבר להצעת החוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008, ה"ח הממשלה 322. הצעת החוק זכתה לתמיכה, אך גם עוררה ביקורת מצד מלומדים, אולם בסופו של דבר גם הצעה זו לא התקבלה. ראו רפעת עזאם "[על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי להסדרתו ולמיסויו של המסחר האלקטרוני](#)" [משפט ועסקים](#) יג 191 (2010).

טכנולוגיות מתפרצות : אתגרים בדין הישראלי גישת בתי המשפט בישראל לטכנולוגיות מתפרצות בתחום זכויות יוצרים

זכות יוצרים בצל הטכנולוגיות החדשות.<sup>237</sup> במסגרת זו הרחיב המחוקק, בין היתר, את ההפרה העקיפה של זכות היוצרים באופן שתחול גם בעולמות הווירטואליים. בדברי ההסבר להצעת החוק הובהר כי "החלת דוקטרינת ההפרה העקיפה גם על יצירה שהועמדה לרשות הציבור שלא כדין מאפשרת להתמודד עם פעולות ברשת האינטרנט אשר מתבצעות באופן שיוצר ריחוק בין מבצע הפעולה של ההפרה הישירה, לבין ההפרה, ומקשה על הוכחת ההפרה הישירה במישור העובדתי או המשפטי".<sup>238</sup> בעקבות התיקון, משהועמדה יצירה מוגנת בזכות יוצרים לרשות הציבור, מבלי שניתנה הסכמתו או הרשאתו של בעל זכות היוצרים, ולאחר מכן עשה אדם פעולה שיש בה כדי להקל את הגישה של הציבור ליצירה או להרחיב את ציבור האנשים שיש להם גישה לאותה יצירה, במטרה להפיק רווח, אזי הוא מפר את זכות היוצרים, אם בשעת ביצוע אותה פעולה הוא ידע או שהיה עליו לדעת כי היצירה הועמדה לרשות הציבור מבלי שניתנה לכך הסכמתו של בעל זכות היוצרים.<sup>239</sup>

יודגש כי גם במקרים שבהם אימצו את הגישה האקטיביסטית, שופטי בית המשפט שבו וקראו למחוקק לומר את דברו. פרשות **טלה-איוונט**, **פרמייר ליג וטלראן** הן דוגמאות לכך. לכן במקרים שבהם המחוקק חולק על דעת בית המשפט, יש לו אפשרות להביע דעתו בחקיקה, כפי שעשה לדוגמה בתיקון **סעיף 25 לחוק החוזים**, העוסק בפרשנות חוזה.<sup>240</sup>

הפרשנות התכליתית, והאקטיביזם השיפוטי המתלווה לה, עלולים ליצור חוסר ודאות בשוק ולפגוע בעקרונות ההסתמכות.<sup>241</sup> בנושא זה נשמעים לא מעט דברי ביקורת הן באקדמיה הן בקרב הציבור. אולם טכנולוגיות מתפרצות מעצם טבען מכניסות אי-ודאות למערכת המשפט, אשר מתקשה להדביק את קצב הטכנולוגיה. לפיכך ייתכן שדווקא במקרים הללו, הגישה האקטיביסטית היא שמצליחה להביא לגמישות ולתוצאות ראויות בפתרון הסכסוכים הפרטניים המגיעים לפתחו של בית המשפט.

מחד, ההתפתחות הטכנולוגית המואצת המאפיינת את העשורים האחרונים מחייבת את בתי המשפט להפעיל "גמישות שיפוטית" שאם לא כן אנו עלולים למצוא עצמנו מתמודדים עם סטגנציה ופגיעה בחדשנות. מנגד, לעיתים נראה כי דווקא שיקול הדעת העצמאי הרב הניתן לשופט הפרשן לפי גישת הפרשנות התכליתית עלול לתרום לאיטיות הליכי החקיקה ולמנוע פיתוח או עדכון של הדין. כך לדוגמה לטעמו של זמר ניכרת בפסיקת בית המשפט העליון היצמדות דווקנית לשיקולים תועלתניים, המקבעת נורמות ונמנעת משיקולים ערכיים רחבים.<sup>242</sup> יתרה מזו, הגישה האקטיביסטית מעודדת את בעלי הדין לקדם את האינטרסים שלהם באמצעות בתי המשפט, במקום בדרך של חקיקה. זאת, מבלי שהתקיים דיון ציבורי בהשפעות של החלטת בית המשפט, ביתרונותיה ובחסרונותיה ומבלי שיוצגו כלל הגופים והאינטרסים

237 ס"ח 187.

238 דברי הסבר להצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח–2017, ה"ח הממשלה 32, 33.

239 ס' 48 לחוק זכות יוצרים.

240 ס' 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973.

241 ראו דיון בחסרונותיה של הפרשנות התכליתית, לעיל במסגרת הדיון בפרק ב.

242 ליאור זמר "**החופש ליצור**" קניין רוחני: עיונים בינתחומיים 99, 124 (מרים מרקוביץ ביטון וליאור זמר עורכים, 2015).

שעליהם ההלכה עשויה להשפיע.<sup>243</sup> אומנם המחוקק רשאי להחליט שהוא סומך על שיקול דעתו של בית המשפט ולהותיר בידי את ההכרעה, אולם כאשר בית המשפט קובע הלכה כללית באשר לאופן ההסדרה של טכנולוגיה חדשה, הדבר עשוי להוות חקיקה שיפוטית בעלת השלכות כלכליות לעתיד. לפיכך לשיטתנו, במקרים מסוג זה על בית המשפט לנקוט משנה זהירות ולשקול אם הגישה האקטיביסטית המתבססת על הפרשנות התכליתית היא הגישה הנכונה או שאולי על בית המשפט לנקוט גישה שמרנית יותר ולהמתין למחוקק שיביע את דעתו בעניין. שאלת הגמישות השיפוטית והצורך בפיתוח שיפוטי של הדין אל מול ההתפתחות הטכנולוגית מתעוררת כמובן בהקשרים נוספים, והיא עומדת בלב ליבו של התפר שבין המשפט והטכנולוגיה. הדיון לעיל התמקד בפסיקת בתי המשפט בתחום זכויות יוצרים. אולם, ככלל, נכון לחשוב כיצד שיטות משפט צריכות להתמודד עם ההתפתחויות הטכנולוגיות תוך איזון בין ערכים מתחרים. ראוי שבתי משפט יהיו ערים להשלכות הבעייתיות של אקטיביזם שיפוטי בתחום לצד היתרונות הגלומים בדרך פרשנית זו וישכילו לעשות שימוש זהיר, מצומצם ונדיר בכלי פרשני זה.

243 ראו עניין [שוקן](#), לעיל ה"ש 79.