

אחריות תורמת להפרת זכויות יוצרים בישראל: מהפורום בהר הצופים לפורום המקוון

אורית פישמן אפורי*

- א. מבוא
- ב. רקע: מקורות האחריות העקיפה בדיני זכויות יוצרים
1. מקורות פנימיים ספציפיים להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים – איסור מסחר בעותקים מפרים ואיסור הרשאה לביצוע פומבי מפר
 2. מקורות חיצוניים להטלת אחריות עקיפה: ייבוא דוקטרינת האחריות התורמת מדיני הנזיקין
 3. הזכות להרשות – זכות כלאיים של הפרה ישירה והפרה עקיפה במסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים
- ג. עליית חשיבותה של האחריות התורמת בעידן האינטרנט
1. מתווכי הרשת השונים בפסיקה האמריקנית
 2. אחריות ספקי שירות בפסיקה האוסטרלית והאנגלית
 3. אחריות ספקי שירות בפסיקת בית הדין האירופי לערעורים (ECJ)
- ד. פסקי הדין בפרשת שוקן ובפרשת א.ל.י.ס – אחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים בישראל
- ה. על גבולות האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים בישראל
1. יסודות האחריות התורמת במשפט הישראלי
 2. מתווה להטלת אחריות תורמת על מתווכי הרשת – סינתזה בין הלכות האחריות התורמת והזכות להרשות לבין מסגרת מאוחדת בדיני זכויות יוצרים
- ו. עם הפנים אל העתיד

א. מבוא

כבר רבות נכתב על כך כי דיני זכויות היוצרים ניצבים בפני אתגרים משפטיים סבוכים

* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. תודות לעו"ד אורטל זלוף על העזרה במחקר.

בעידן התקשורת הדיגיטלית ובעידן האינטרנט.¹ האינטרנט יצר את שנהוג לכנות כיום "חברת המידע" – חברה שבה שפע של מידע נגיש לכל אדם. אוטופיה זו של ממלכת חופש הביטוי מופרעת על ידי טענות כי האינטרנט הפך לזירה שבה מבוצעות הפרות המוניות של זכויות יוצרים. המחוקק ובתי המשפט במדינות השונות נאלצים להתמודד עם מתח זה שבין הרצון לשמר את יתרונותיה של חברת המידע לבין הצורך לשמור על זכויות היוצרים, גם בעידן של זרימה חופשית של מידע. במוקד מתח זה נמצאים "מתווכי הרשת" – אותם גורמים אשר מאפשרים את העברת המידע באינטרנט או משכללים תקשורת זו באמצעות כלים טכנולוגיים או אחרים.² מתווכי הרשת הם רבים ומגוונים, וכוללים את אלו אשר מאפשרים גישה לאינטרנט, בעלי אתרים שונים שבהם מועבר מידע, רשתות חברתיות, מנועי חיפוש או כל גורם אחר אשר פעילותו מהווה חוליה בשרשרת העברת המידע עד לגולש הביתי. השאלה היא אם מתווכי הרשת צריכים לשמש "שומרי הסף" מפני פעילות הגולשים באינטרנט המפרה זכויות יוצרים, ואם כן – מהו המתווה להטלת אחריות זו.³ הקושי בהטלת אחריות על מתווכי הרשת, בדומה לשומרי סף משפטיים אחרים, הוא כי הפסול הוא בפעולותיהם של אחרים, ואילו משיקולי מדיניות מבקשים להרחיב את מעגל האחראים. קושי זה מחייב לפתח כלים משפטיים משוכללים להטלת האחריות ההיקפית, אשר יוכלו לנפק תוצאות משפטיות המותאמות למציאות המורכבת. אחד הכלים המוכרים להרחבת מעגל האחראים בנזיקין הוא דוקטרינת "האחריות התורמת", שמכוחה ניתן להטיל אחריות על מי שמשותף עצמו בדרכים שונות, כגון בסיוע או בשידול, בביצועה העיקרי של העוולה.⁴ דוקטרינה זו, בגלגוליה השונים, מיושמת מזה שנים רבות במסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים במדינות המשפט המקובל. עידן האינטרנט זימן פריחה לשימוש בכלי משפטי ותיק זה במדינות המשפט המקובל ואפשר את החלתו על מצבים חדשים הנוגעים למתווכי הרשת.

בקיץ 2011 השימוש בכלי האחריות התורמת בדיני זכויות היוצרים אומץ אף בפסיקה בישראל וזכה לפיתוח משפטי מואץ. בפסק הדין בפרשת **האוניברסיטה העברית בירושלים הכשיר בית המשפט העליון את השימוש העקרוני בדוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים וקבע כמה תנאים להחלתה.**⁵ במקרה זה נקבע

¹ לסקירה מפורטת של הכתיבה העכשווית על אודות דיני זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי ראו: אורית פישמן אפורי "זכות יוצרים בראי ההיסטוריה: יין ישן בכלי חדש" **רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע** 321 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

² ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" **משפט וממשל** ו 381 (2003).

³ ראו: Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 HARV. J.L. & TECH. 253 (2006).

⁴ ס' 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.

⁵ ע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פדאור

כי האוניברסיטה העברית איננה אחראית למעשי הפרה אשר בוצעו בפורום – המרכז – של קמפוס הר הצופים. במהרה יושם פסק דין זה לגבי פורום אינטרנטי מקוון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת א.ל.י.ס – **אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ**⁶. פסק הדין בפרשת א.ל.י.ס שימש כבסיס לפסיקה עוקבת בעניין מתווכי רשת נוספים⁷. ללא ספק צפויים להינתן עוד פסקי דין רבים שיישמו הלכות אלה. פיתוח דוקטרינרי זה, שנעשה כתגובה למציאות המתפתחת, לוקה במעט בלבול וחוסר לכידות משפטית. פסקי הדין מניבים דרישות מגוונות להטלת אחריות משפטית אשר תופחים ככדור שלג המתגלגל במדרון. מטרתו של מאמר זה היא להסיר את הבלבול בנוגע למקורות הדוקטרינה שהתפתחה בדיני זכויות יוצרים במדינות המשפט המקובל. בנוסף, מטרת המאמר לגבש מתווה להחלת דוקטרינה זו על מתווכי הרשת באופן התואם את מהותה ככלי להרחבת מעגל האחראים בנזיקין במשפט הישראלי. מתווה מוצע זה, למעשה, מאחד את הפיתוח הדוקטרינרי הפזור לכדי כלל משפטי מגובש.

מאמר זה פותח, בפרק השני, בסקירת המקורות להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים. בפרק זה מתואר פיתוח הדוקטרינה הנזיקית של האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים. כמו כן, מתוארת הדוקטרינה אשר זכתה במדינות המשפט המקובל לחסות נפרדת תחת זכות המכונה הזכות להרשות (Right of Authorization). זכות זו, אף שמעוגנת בחוק בישראל, נזנחה כליל בפסיקה. בפרק השלישי מתוארת עליית חשיבותה של דוקטרינת האחריות התורמת בעידן האינטרנטי וסקירת ההשתלשלות העיקרית של השימוש בה בנוגע למתווכי הרשת במדינות המשפט המקובל. בפרק הרביעי נסקרים פסקי הדין הישראליים בפרשות **שוקן וא.ל.י.ס**. בפרק החמישי מוצג מתווה להחלת הדוקטרינה של האחריות התורמת בנוגע למתווכי הרשת בישראל בעיבוד ההלכות המגוונות במשפט המקובל והתאמתן לפרשנות של דוקטרינת האחריות התורמת בדיני הנזיקין בישראל.

ב. רקע: מקורות האחריות העקיפה בדיני זכויות יוצרים

זכות היוצרים מעניקה בלעדיות על פעולות שונות הנעשות ביצירה, כגון העתקתה או ביצועה בפומבי. כיום, סעיף 11 לחוק זכות יוצרים מונה רשימה של שבע פעולות כאלה.⁸ הפרה של הוראה זו, המהווה את ליבת זכות היוצרים, מהווה הפרה ישירה של

11(61) 769, פס' 11-20, 23-27 לפסק דינו של השופט ריבלין (2011) (להלן: "פרשת שוקן").
⁶ ת"א (מחוזי מרכז) 567-08-09 א.ל.י.ס – **אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטרנט בע"מ**, פדאור 18(84) 268 (2011) (להלן: "פרשת א.ל.י.ס").
⁷ ראו: ת"א (מחוזי מרכז) Nav N Go Kft 10695-09-09 נ' **גולצמן**, פדאור 11(91) 629 (2011) (להלן: "פרשת נב אנר גו").
⁸ ס' 11 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

זכות היוצרים המטילה בהתאמה "אחריות ישירה". בצד ההפרה הישירה, דיני זכויות היוצרים מכירים בכמה מצבים שבהם ייתכן שתתקיים הפרה "עקיפה" או "משנית" של זכות היוצרים, המטילה בהתאמה "אחריות עקיפה" או "אחריות משנית". הטלת אחריות עקיפה מתקיימת במצבים שבהם נעשה מעשה או מחל אשר קשורים באופן כלשהו להפרה ישירה. על כן אחריות זו מכונה "עקיפה" או "משנית", שכן תנאי להתקיימותה הוא שנתקיימה אף הפרה עיקרית וישירה. בהיעדר הפרה ישירה לא יכולה לקום הפרה עקיפה. מאפיין משותף נוסף למצבים שבהם מוטלת אחריות עקיפה הוא הדרישה להתקיימותו של יסוד נפשי – ידיעה בכוח או בפועל – בקשר למעשה ההפרה הישירה. האחריות העקיפה משמשת כמעטפת חיצונית ושנייה להגנת האינטרסים של בעל זכות היוצרים, ומטרתה להרחיב את מעגל האחראים בהפרת זכות יוצרים.

כיום מוכרים שני מקורות נורמטיביים להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים. האחד, הוראות מפורשות בחוק זכות יוצרים עצמו, והשני, הוראות כלליות מדיני הנזיקין אשר עניינן הרחבת מעגל האחראים למעשה עוולה נזיקי. להלן יסקרו בתמצית מקורות אלה: הוראות בחוק זכות יוצרים העוסקות באיסור מסחר בעותקים מפרים⁹ ובאיסור הרשאה של ביצוע פומבי מפר,¹⁰ וכן הוראה מדיני הנזיקין הכלליים שעניינה הטלת אחריות על המשתף והמשדל,¹¹ המטילה אחריות המכונה "אחריות תורמת".

בצד שני מקורות נורמטיביים אלה, קיימת הוראה נוספת, מבלבלת מעט, בדיני זכויות יוצרים במדינות המשפט המקובל אשר עוסקת אף היא בהפרה עקיפה. הוראה זו, המכונה "הזכות להרשות", היא למעשה ייבוא של דוקטרינת "ההפרה התורמת" מדיני הנזיקין הכלליים לתוך המסגרת הפנימית של חוק זכות יוצרים. הוראה זו היא בעלת חשיבות רבה, שכן ניתן ללמוד מאופן יישומה במדינות המשפט המקובל על אודות התנאים להטלת אחריות תורמת במקרים של הפרת זכות יוצרים. להלן יסקרו בתמצית המקורות הללו להטלת האחריות העקיפה בדיני זכויות יוצרים.

1. מקורות פנימיים ספציפיים להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים – איסור מסחר בעותקים מפרים ואיסור הרשאה לביצוע פומבי מפר

פעמים רבות נסחרים בשוק החופשי עותקים בלתי-מורשים של יצירה אשר לא ניתן לאתר את הגורם אשר ביצע את פעולת ההעתקה המפרה המהווה הפרה ישירה. על

⁹ ס' 48 לחוק זכות יוצרים.

¹⁰ ס' 49 לחוק זכות יוצרים.

¹¹ ס' 12 לפקודת הנזיקין.

כן, כדי לאפשר אכיפה של זכות היוצרים בעולם המעשה, יש הכרח להעניק לבעל זכות היוצרים שליטה גם על פעולות הסחר הנעשות בעותקים מפרים. המקרה המובהק ביותר של הטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים עוסק באיסור פעולות סחר אלה. הטלת האחריות העקיפה במצבים אלה הכרחית למיגור השוק הפיראטי שבו נמכרים עותקים בלתי-מורשים (להלן: "עותקים פיראטיים") של יצירות מוגנות. הוראה שכזו מעוגנת כיום בסעיף 48 לחוק זכות יוצרים הקובע כי:

"העושה אחת מהפעולות האלה בעותק מפר של יצירה, מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה, ידע או היה עליו לדעת כי העותק הוא עותק מפר".¹²

הטלת אחריות עקיפה במקרה של סחר בהפרות משותפת לרבים מדיני הקניין הרוחני. הוראות דומות מעוגנות בחקיקת המדגמים¹³ וסימני המסחר.¹⁴ אף דיני הפטנטים אוסרים סחר בלתי-מורשה של אמצאות מוגנות, אך אלו מסווגות שם כהפרה ישירה.¹⁵ המאבק בסוג מעשים זה נתפס כבעל ערך ציבורי רב. על כן, נורמה זו אף הפכה לפלילית בדיני זכויות יוצרים כך שמכירה של עותקים בלתי-מורשים מהווה עבירה.¹⁶

חשוב לציין כי איסור המסחר בעותקים מפרים מעוגן בחוק בפרק שעניינו "הפרות ותרופות"¹⁷ תחת הכותרת "הפרה עקיפה של זכות יוצרים". אולם, מבחינה עיונית, בלא קשר למיקום שבו מופיע איסור זה בחוק, היות שמדובר בקביעת נורמה שלפיה עשיית מעשים מסוימים עולים כדי הפרה של זכות יוצרים, הרי שמדובר בחלק מזכות היוצרים עצמה. לכן, למעשה, זכות היוצרים מורכבת משני צורות של זכויות: זכויות עיקריות שהפרתן היא הפרה ישירה, וזכויות משניות שהפרתן היא הפרה עקיפה.

הקשר שבין הזכויות העיקריות לבין הזכויות המשניות מעורר את הדיון הסבוך שבין סיווג זכות היוצרים כזכות קניין לבין הטלת האחריות בגין הפרת זכות היוצרים כעוולה בנזיקין. הפרה ישירה של זכות היוצרים אינה מצריכה יסוד נפשי כלשהו. אין זה המקום לדון בכלל משפטי זה הנובע מסיווגה של זכות היוצרים כזכות קניינית.¹⁸

¹² ס' 48 לחוק זכות יוצרים.

¹³ ס' 137(ב) לפקודת הפטנטים והמדגמים, 1924.

¹⁴ ס' 3 לפקודת סימני סחורות, 1929.

¹⁵ ס' 1 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967. סעיף זה מגדיר מהו ניצול אמצאה אשר מסור באופן בלעדי לבעל פטנט. ניצול זה כולל ייצור, שימוש, הצעה למכירה, מכירה או ייבוא לצורך אחת מהפעולות הללו.

¹⁶ ס' 61 ו-62 לחוק זכות יוצרים.

¹⁷ פרק ח' לחוק זכות יוצרים.

¹⁸ ראו: יעל ניסן-אלון "אשם בדיני זכויות יוצרים: נטע זר או שיקול תקף?" **המשפט** טו 675

לעומת זאת, הצורך לתפוס ברשת האחריות המשפטית גורם עקיף למעשי ההפרה, אשר התפתח לאור המציאות של ממכר עותקים פיראטיים של יצירות בשווקים, חייב את הוספתו של יסוד נפשי כתנאי להקמת האחריות,¹⁹ בהיותו חוליה במעשי עוולה נזיקיים שעניינם פגיעה בזכות קניין. על כן מוחלת על אחריות עקיפה זו דרישת היסוד הנפשי המונהגת בדיני הנזיקין.

ההוראה אשר אוסרת מסחר בעותקים מפריס אינה עוסקת במצבים שבהם נעשה ביצוע פומבי אסור, ולכן התעורר הצורך לספק מעטפת הגנה אף לזכות מרכזית שנייה זו שבדיני זכויות יוצרים. הוראה מפורשת המטילה אחריות עקיפה בקשר לביצוע פומבי אסור מעוגנת בסעיף 49 לחוק זכות יוצרים הקובע כי:

"המרשה לאחר, למטרת רווח, שימוש במקום בידור ציבורי לשם ביצוע פומבי של יצירה, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן לא ידע ולא היה עליו לדעת שהביצוע מהווה הפרה כאמור; לעניין זה, 'מקום בידור ציבורי' – מקום המשמש למופעי בידור ותרבות, לרבות אולם שמחות, גן אירועים, מסעדה, בית קפה או מועדון".²⁰

סעיף זה מטיל אחריות בדרך כלל על בעלי מקרקעין המשמשים לבידור ציבורי בגין ביצוע פומבי מפר הנעשה בשטח קניינם. בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים הוסבר כי "באמצעות ההוראה המוצעת תוטל על הבעלים של מקומות בידור אחריות לבדוק ולוודא, לפני שהם מרשים שימוש במקומות שבשליטתם, כי הביצוע הפומבי של יצירות לא יפר זכות יוצרים באותן יצירות".²¹ הסבר זה חושף נימוק מרכזי נוסף להטלת אחריות עקיפה. מדובר במצבים שבהם למפר העקיף ידיעה בכוח או בפועל על מעשה ההפרה, ועל כן יכולה להתקיים שליטה על מעשה ההפרה הישירה או יכולת למנעה. כמו כן, מעשה ההפרה הישירה מניב תועלת כלכלית למפר העקיף. על כן שיקולי מדיניות מדיני הנזיקין מצדיקים את צירוף המפר העקיף למעגל האחראים, וזאת מפני שמדובר במונע הנזק היעיל ביותר ובדרך כלל מדובר ב"כיס עמוק".²²

(2010).

¹⁹ ס' 48 לחוק זכות יוצרים קובע כי: "העושה אחת מהפעולות האלה בעותק מפר של יצירה, מפר את זכות היוצרים, אם בעת ביצוע הפעולה, ידע או היה עליו לדעת כי העותק הוא עותק מפר" (ההדגשה שלי – א.פ.א.).

²⁰ ס' 49 לחוק זכות יוצרים.

²¹ הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 196, בעמ' 1135.

²² ראו: ע"א (מחוזי ת"א) 779/77 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים נ' חברת אהרון ברמן, אמרגן בע"מ, תש"ל (1) 441 (1977); ת"א 25/98 הפרדציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' אטלנטיס נשר בע"מ (לא פורסם, 18.02.1998); ת"א (מחוזי ב"ש) 4008/05 הפרדציה הישראלית לתקליטים בע"מ נ' גן הפקאן א.ד אירועים ושירותי קייטרינג, פדאור (26) 7 462

לדוגמה, בעל אולם אירועים יכול לאלץ את התקליטן המוזמן לאירוע לרכוש רישיון לביצוע פומבי של יצירות, ובעל האולם הוא גורם אשר זהותו ידועה, איתורו קל ובאפשרותו לפצות על הנזק.²³

השימוש בהטלת אחריות עקיפה מכוח מקור זה בישראל הוא מרובה.²⁴ העמדה המקובלת בפסיקה היא כי אכן ראוי להרחיב את מעגל האחראים בגין הפרת זכויות יוצרים משיקולי מדיניות.²⁵ עם זאת, לעתים מועלה ספק בשאלה אם מוצדק להטיל אחריות על הגורם אשר פשוט יותר לאתרו.²⁶ אף הצידוק שבהטלת אחריות על גורם כלשהו אך ורק בשל היותו "כיס עמוק" מעורר בעיות.²⁷ התאחדות בעלי האולמות בישראל יוזמת מהלכים לריכוך סעיף זה. לטענתם, הסעיף מטיל עלויות על בעלי אולמות אירועים אשר בסופו של דבר יגולגלו על הצרכן ויש בו משום הרתעת יתר של גורם אשר פעילותו רצויה לחברה.²⁸

2. מקורות חיצוניים להטלת אחריות עקיפה: ייבוא דוקטרינת האחריות התורמת מדיני הנזיקין

מקור מרכזי נוסף להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים הוא דוקטרינות כלליות מדיני הנזיקין, שעניינן הרחבת מעגל האחראים בגין מעשה עוולה. כיום סעיף 52 לחוק זכות יוצרים קובע כי "הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות פרק זה". סעיף זה משמש צינור לקליטה של אותן דוקטרינות מדיני

(2007) (להלן: "פרשת גן הפקאן"); לדיון בהתפתחות האחריות העקיפה בדיני פטנטים ובנימוקים העיוניים לכך, ראו: מיכאל בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** 169, 189–191, 201–202 (שי לביא עורך, 2003).

²³ פרשת גן הפקאן, לעיל ה"ש 22.

²⁴ לסקירת הפסיקה הישראלית הענפה, ראו: טוני גרינמן **זכויות יוצרים**, כרך ב 676–677 (מהדורה שנייה, 2008).

²⁵ ראו את דעת הרוב של השופטת בן-עתו בפרשת אקו"ם, לעיל ה"ש 22. כן ראו: רע"א 2991/07 **אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' קפוצ'ין עסקי מזון בע"מ**, פדאור 9 (19) 682, פס' כ–כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2009).

²⁶ ראו את דעת המיעוט של השופט בן-דרור בפרשת אקו"ם, לעיל ה"ש 22.

²⁷ ראו להלן ה"ש 184–186.

²⁸ התאחדות בעלי האולמות בישראל שואפת להטיל את חובת התשלום של הביצוע הפומבי על התקליטן אשר מבצע את המעשה הישיר. בעבר נעשו ניסיונות לעגן הסדר זה בחקיקה, אולם אלה לא צלחו. בעניין זה ראו את המידע המובא באתר התאחדות בעלי האולמות בישראל בדבר קיומו של הסכם בין אקו"ם לבין התאחדות בעלי האולמות המטילה את חובת התשלום על התקליטן והגבייה תיעשה באמצעות בעל האולם: www.hbu.co.il/article.asp?Category=31&nameCat=%D7%90%D7%A7%D7%95%D7%9D (נבדק לאחרונה ב-19.9.2012).

הנזיקין.²⁹ עם זאת, אפשרות הקליטה של הוראות מדיני הנזיקין הוכרה, אף בטרם נכנס לתוקפו חוק זכות יוצרים, מכוח ההכרה בדיני זכויות יוצרים כחוקי לווין לדיני הנזיקין, אשר ניתן להחיל עליהם עקרונות כלליים במשפט האזרחי-נזיקי.³⁰ דוקטרינה מרכזית שמכוחה ניתן להרחיב את מעגל האחראים באחריות עקיפה בגין הפרת זכויות היוצרים, עניינה אחריות תורמת לעוולה, המעוגנת בסעיף 12 לפקודת הנזיקין, הקובעת כי:

"לעניין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם".³¹

דוקטרינות אחרות מדיני הנזיקין, שעניינן מעוולים במשותף³² או אחריות שילוחית,³³ יכולות לשמש מקור להטלת אחריות ישירה על גורם נוסף, ועל כן אינן רלוונטיות לדיון זה.

השימוש באחריות תורמת (Contributory Liability) כמקור נורמטיבי להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים זכה לפיתוח משמעותי בדין האמריקני. שימוש זה נעשה כבר במאה התשע-עשרה ובפסיקה המוקדמת של המאה העשרים.³⁴ מאוחר יותר החל שימוש בדוקטרינה זו בשנות השבעים של המאה העשרים, בשני מצבים

²⁹ על פי דברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים, "המסגרת החוקית הכללית בשאלות של אשם, אחריות, פיצויים וצוויו מניעה, מצויה בפקודת הנזיקין. לפיכך, כדי להשוות את דינה של הפרת זכות יוצרים לדינין של עוולות אחרות, מוצע לקבוע כי הוראות פקודת הנזיקין יחולו גם על הפרת זכות יוצרים, בכפוף להוראות החוק המוצע. יודגש כי ההפניה לפקודת הנזיקין אינה גורעת מהאופי הקנייני של זכות היוצרים בהיותה זכות בלעדית לעשיית פעולות כיצירה". ראו: הצעת חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1136-1137.

³⁰ ראו: ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1) 393, 440 (1985). בפסק דין זה נקבע כי ניתן להחיל את פקודת הנזיקין גם על עוולות שאינן קבועות בפקודה ככל שהדבר מתיישב עם מהותה של עוולת המסגרת. להחלת דיני הנזיקין על דיני הפטנטים, ראו: ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נגד קאר סקוירטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, 700-701 (1994). לתפיסה זו במשפט האמריקני, ראו: WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT, 21-38 (2007): "Direct copyright infringement thus became, and has remained, a strict liability tort, and one for which there is joint and several liability".

³¹ ס' 12 לחוק זכות יוצרים.

³² ס' 11 ו-64 לפקודת הנזיקין.

³³ ס' 13 ו-14 לפקודת הנזיקין.

³⁴ ראו: PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-45. כן ראו פסק הדין: Kalem Co. v. Harper Bros., 222 U.S. 55 (1911).

טיפוסיים. במקרים שבהם נעשה שידול (Inducement) להפרה³⁵ ובמקרים שבהם סופקו אמצעים שבעזרתם בוצעה ההפרה הישירה.³⁶ השימוש בדוקטרינת האחריות התורמת זכה לפריחה החל מהחלטת בית המשפט העליון בארצות-הברית בשנת 1984. החלטה זו עסקה במכשירי ה-VTR (Video Tape Recorder), תוצרת חברת סוני, שבאמצעותם ניתן להקליט (קרי, להעתיק) סרטי קולנוע המשודרים בערוצי הטלוויזיה. בית המשפט העליון בארצות-הברית קבע כי אין להטיל אחריות תורמת ועקיפה על חברת סוני בגין הפרות אפשריות הנעשות על ידי הצופים הביתיים באמצעות המכשירים שמתוצרתם.³⁷ שלילת אחריות זו נומקה, ראשית, בכך שספק אם המשתמש הביתי אכן מפר זכות יוצרים, שכן ייתכן שעומדות לו טענות הגנה השוללות אחריות, כגון שימוש הוגן, וכאמור בהיעדר הפרה ישירה לא יכולה לקום הפרה עקיפה.³⁸ למעלה מכך, בפסק דין זה נעשה ייבוא של דוקטרינת האחריות התורמת מדיני פטנטים, המעוגנת בחקיקה האמריקנית אף היא,³⁹ לדיני זכויות יוצרים.⁴⁰ על פי הדוקטרינה מדיני הפטנטים (The staple product test), כאשר נבחנת האחריות התורמת במצב שבו סופקו אמצעים שבעזרתם בוצעה ההפרה הישירה, יש לבדוק אם לאמצעים אלו יש שימוש משמעותי בלתי-מפר.⁴¹ שימוש משמעותי בלתי-מפר מסיר את האחריות בגין הפרה תורמת.⁴² בית המשפט העליון בארצות-הברית יישם דוקטרינה זו על המקרה שבפניו וקבע כי מכשירי ה-VTR מתוצרת סוני עשויים לשמש למגוון צרכים, מרביתם חוקיים. על כן העובדה כי חלק מהרוכשים עושים בהם שימוש בלתי-חוקי המהווה הפרת זכות יוצרים אינה יכולה להצדיק הטלת אחריות על יצרן המכשירים.⁴³ עם זאת, בית המשפט העליון בארצות-

³⁵ פסק הדין המוכר בהקשר זה הוא בפרשת *Gershwin*, אולם יש להדגיש כי לבסוף הוטלה שם אחריות מכוח דוקטרינת האחריות השליחית ולא מכוח דוקטרינת האחריות התורמת: *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2nd Cir. 1971) (להלן: "פרשת גרשווין").

³⁶ לסקירת פסיקה מוקדמת זו ראו: PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 45-21.

³⁷ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) (להלן: "פרשת סוני").

³⁸ שם, בעמ' 442-456.

³⁹ 35 U.S.C.A. § 271(c) (1994): "Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination, or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer"

⁴⁰ פרשת סוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 442.

⁴¹ ראו לעיל ה"ש 32 ו-33.

⁴² פרשת סוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 442; PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-52.

⁴³ פרשת סוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 434-442.

הברית הכשיר את השימוש העקרוני באחריות תורמת במקרים מתאימים אחרים. הפסיקה המרובה, אשר עסקה בהטלת אחריות תורמת החלה מסוף שנות השמונים של המאה העשרים ועד תחילת המאה העשרים ואחת, פיתחה ושכללה את התנאים להטלת האחריות. שני התנאים הברורים והעיקריים שגובשו הם קיומה של הפרה ישירה וכן ידיעה בכוח או בפועל על קיומה של ההפרה הישירה.⁴⁴ יתרה מכך, פסקי הדין השונים הוסיפו בליל דרישות, כגון קשר סיבתי להפרה הישירה,⁴⁵ או דרישה להתקיימות אחד משני המצבים העובדתיים שעניינם שידול או אספקה של אמצעים למבצע ההפרה הישירה.⁴⁶ בפסק דין של בית המשפט העליון בארצות-הברית משנת 2005 בפרשת *Grokster*, הוטלה אחריות תורמת בגין הפרת זכות יוצרים על גורם אשר נתפס כמשדל לביצוע הפרות.⁴⁷ פסק דין זה משקף את שיא פריחתה של דוקטרינת האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים, כפי שיפורט להלן. הפיתוח שלו זכה אפיק נורמטיבי זה בדין האמריקני חלחל לדין הישראלי. תחילה נעשה הדבר בדיני הפטנטים במסגרת פסק הדין בפרשת **רב בריח**,⁴⁸ ולאחרונה התפשטה המגמה לדיני זכויות יוצרים בפרשת **שוקן**, נושא מאמר זה. עם זאת, חשוב לעמוד על דקדוקה של השתלשלות זו. בפסק הדין בפרשת **רב בריח** אימץ השופט אנגלרד אל תוך דיני הפטנטים בישראל את דוקטרינת ההפרה התורמת, כפי שהיא מעוגנת בחוק הפטנטים בארצות-הברית.⁴⁹ אין מדובר בדוקטרינה הכללית של ההפרה התורמת שבדיני הנזיקין, אלא בדוקטרינה מיוחדת המותאמת לדיני הפטנטים. עם זאת, ה"צינור" לקליטת דוקטרינה זו אכן היה החלת דוקטרינות נזיקיות כלליות מתוך עוולות המסגרת.⁵⁰ דוקטרינת ההפרה התורמת המעוגנת בחוק הפטנטים בארצות-הברית אומצה, כאמור, אף בדיני זכויות יוצרים בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון בארצות-הברית משנת 1984 בפרשת **סוני**.⁵¹ לעומת זאת, בפרשת **שוקן** אומצה הדוקטרינה של ההפרה התורמת לדיני זכויות יוצרים בישראל ישירות מתוך דיני הנזיקין, כפי שיפורט להלן. בצד דוקטרינת האחריות התורמת, מקור נורמטיבי נוסף להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים, שמקורו בדיני

44 ראו PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-46.

45 שם. פסק הדין המזוהה עם דרישת הקשר הסיבתי הוא בפרשת **גרשווין**, לעיל ה"ש 35.

46 ראו PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-46; פסק הדין המזוהה עם החלוקה לשני המצבים הללו של שידול או אספקת אמצעים הוא זה שבפרשת *Fonovisa, Inc. v. Cherry*: Auction, Inc., 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996).

47 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

48 ראו: ע"א 1636/98 **רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש בע"מ**, פ"ד נ"ה(5) 337 (2001) (להלן: "פרשת רב בריח"); בירנהק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 182.

49 ראו: (1952) 35 U.S.C.A. § 271(c). כן ראו להלן ה"ש 102.

50 פרשת **רב בריח**, לעיל ה"ש 48, פס' 27 ו-30 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

51 ראו דיון לעיל ה"ש 28. כן ראו דיון בסיבות לפסיקה זו להלן בה"ש 72-79 והטקסט המלווה.

הנזיקין הכלליים, עשוי להימצא בעוולת הרשלנות. זאת, באמצעות הכרה בחובת זהירות של גורם ביניים כלשהו בעל זכות היוצרים.⁵² אפשרות זו אוזכרה בפסק דין של בית המשפט העליון בישראל בפרשת **ליגת הכדורגל האנגלי**. פרשה זו עסקה בגורם אנונימי אשר שידר צילום של משחקי כדורגל בלא קבלת רשות מאת בעל זכויות היוצרים, במקרה זה – הליגה האנגלית.⁵³ השופט הנדל, בפרשה זו, עמד על האפשרות העקרונית להשוות את מעמדו של ספק שירותי האינטרנט לבעל מקרקעין החב חובת זהירות כלפי אלו אשר נפגעים מפעילות מזיקה הנעשית בתוך המקרקעין.⁵⁴ עד כה, אפיק זה להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים לא יושם בפסיקה והדיון בו חורג ממסגרת מאמר זה. עם זאת, יצוין כי עריכת היקש בין מקרקעין לבין אינטרנט היא בעייתית ביותר, לאור השוני הרב שבין משאבים אלה, מהותם, טבעם וחשיבותם לחברה האזרחית.⁵⁵

3. הזכות להרשות – זכות כלאיים של הפרה ישירה והפרה עקיפה במסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים

בצד הזכויות המשניות המוכרות בחוק זכות יוצרים והשימוש בדוקטרינת האחריות התורמת מדיני הנזיקין, קיים מקור נורמטיבי נוסף להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים. מדובר בזכות המכונה הזכות להרשות (The right to authorize), המעוגנת כיום בסעיף 47 לחוק זכות יוצרים, שעל פיה:

**"העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה
לאחר לעשות פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים,**

⁵² ס' 35 ו-36 לפקודת הנזיקין.

⁵³ ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פדאור 12(34) 557 (2012) (להלן: "פרשת ליגת הכדורגל האנגלי").

⁵⁴ שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

⁵⁵ לקושי שבשימוש בטרמינולוגיה מתחום דיני המקרקעין בהקשר של דיני זכויות יוצרים, ראו: Christina Bohannon, *Copyright Harm, Foreseeability, and Fair Use*, 85 WASH. U. L. REV. 969, 974–976, 983–985 (2007); Dane S. Ciolino & Erin A. Donelon, *Questioning Strict Liability in Copyright*, 54 RUTGERS L. REV. 351, 364 (2002); Mark A. Lemley, *Romantic Authorship and the Rhetoric of Property*, 75 TEX. L. REV. 873, 902 (1997); Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 970–971 (1990); Peter S. Menell, *The Property Rights Movement's Embrace of Intellectual Property: True Love or Doomed Relationship?*, 34 ECOLOGY L.Q. 713, 743 (2007); Orit Fischman Afori, *Flexible Remedies as a Means to Counteract Failures in Copyright Law*, 29 CARDOZO ARTS & ENTER. L. J. 1 (2011).

מפר את זכות היוצרים, אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד"⁵⁶. (ההדגשה שלי – א. פ. א.)

על פי הוראה זו, א' אשר מרשה ל-ב' לבצע פעולה אשר עולה כדי הפרה ישירה, מפר בעצמו את זכות היוצרים. מבחינה טקסונומית, הזכות להרשות ממוקמת בסעיף הנוגע להפרה ישירה, ולשון החוק אינה מצביעה על כל הבחנה בין מצב שבו מופרות הזכויות העיקריות לבין מצב שבו ניתנת הרשאה בלתי-תקפה להפר את הזכויות העיקריות. אף על פי כן, התפתחותה של זכות זו במדינות המשפט המקובל מדגישה את מאפייניה של הזכות ככזו שהפרתה היא הפרה עקיפה. הראיה לכך היא שזכות זו מפורשת ומיושמת באופן שבו אין די בהרשאה בלבד לשם קיומה של הפרה ונדרש שההרשאה הובילה להפרה עיקרית של זכות היוצרים, כגון העתקה בלתי-מורשית על ידי המורשה). כמו כן, נדרש יסוד נפשי לשם הפרתה של זכות היוצרים. על כן, אף שהזכות ממוקמת בצרור הזכויות העיקריות, יישומה הוא כשל זכויות משניות המקימות אחריות עקיפה להפרה. כדי לעמוד על מאפייניה של זכות מבלבלת זו כמקור נורמטיבי נוסף להטלת אחריות עקיפה יש לסקור את גלגוליה ויישומה במדינות המשפט המקובל.

3.1 פרשנות הזכות להרשות

הזכות להרשות הוכרה לראשונה בחוק זכות יוצרים האנגלי משנת 1911.⁵⁷ עד לחוק זה, כדי שמעשה כלשהו יעלה כדי מעשה הפרה, נדרש היה כי העושה יפעל בשליחות המפר. הוספת המינוח "להרשות" נועדה במכוון להבהיר כי שונה הדין הנוהג. מאז לא נדרש כי העושה יפעל במסגרת יחסי כפיפות למי שהרשה את עשיית המעשה כדי שתקום אחריות.⁵⁸ הזכות להרשות הוכרה, למעשה, כדי להטיל אחריות עקיפה במצבים אשר אינם נופלים לכדי האחריות השילוחית הישירה.⁵⁹ זכות זו מוכרת כיום אף בקנדה⁶⁰ ובאוסטרליה,⁶¹ שבהן, בדומה לישראל, חוק זכות יוצרים מבוסס על

⁵⁶ ס' 47 לחוק זכות יוצרים.

⁵⁷ Copyright Act, c. 1(2) (1911) (Eng.)

⁵⁸ ראו: KEVIN GARNETT, GILLIAN DAVIES & GWILYM HARBOTTLE, 1 COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT, 449, note 48 (15th ed., 2005); Ysolde Gendreau, *Authorization Revisited*, 48 JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE USA, 341, 343–344 (2001).

⁵⁹ Jane C. Ginsburg & Sam Ricketson, *Inducers and Authorisers: A comparison of the US Supreme Court's Grokster decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling*, 11 MEDIA AND ARTS LAW REVIEW 10 (2006).

⁶⁰ Copyright Act, R.S.C., c. 3(1) (1985).

⁶¹ Copyright Act, § 101 (1968) (Austl.).

החוק האנגלי משנת 1911. זכות זו אף שומרה בחקיקה האנגלית הנוכחית משנת 1988.⁶² הזכות הוכרה אף בחוק זכות יוצרים האמריקני משנת 1976.⁶³ החוק בישראל, בדומה לחוק האנגלי והקנדי, שותק באשר לתנאים שבהתקיימם תופר הזכות. על כן ניכר כי גבולותיה של זכות זו צריכים להיקבע על ידי בתי המשפט, בהתאם למסורת המשפט המקובל.⁶⁴ פרשנות שכזו מצויה בתהליך התגבשות מתמיד בפסיקה של מדינות המשפט המקובל, אך בישראל בתי המשפט ממעיטים לדון בזכות זו.⁶⁵ באוסטרליה בשנת 2000 עוגנו בחקיקה אמות המידה שהתפתחו בפסיקה בנוגע לתנאים הנדרשים להפרת הזכות.⁶⁶

יצוין כי אף בדין הבין-לאומי זכויות היוצרים מנוסחות לעתים כזכות בלעדית לבצע פעולות מסוימות ולהרשותן.⁶⁷ ייתכן כי ניסוח זה שבדין הבין-לאומי הוא ששימש מקור השראה בעת שנחקק החוק האנגלי משנת 1911.⁶⁸ אולם אין כל עדות שמנסחי האמנות התכוונו להקים בביטוי "מרשה" אחריות תורמת או עקיפה להפרת זכויות יוצרים וכוונתם הייתה פשטנית יותר, דוגמת המצבים של אחריות שילוחית.⁶⁹ נראה כי הניסוח של הזכויות העיקריות בדין הבין-לאומי משתמש בתיבה "הזכות

62. Copyright Designs and Patents Act, § 2, 16(2) (1988) (Eng.)

63. ראו: 17 U.S.C. § 106 (1976): "Subject to [...] the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work" (ההדגשה שלי – א.פ.א.).

64. לסקירת הפסיקה האוסטרלית, ראו: Ginsburg & Ricketson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 10–14. לסקירת הפסיקה הקנדית, ראו: Gendreau, לעיל ה"ש 58.

65. בית המשפט בישראל עמד על הזכות להרשות בפרשת **אקום**, לעיל ה"ש 25, פס' י"ג–י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין. כן ראו יישום של הזכות להרשות בערכאות נמוכות: ת"א (שלום י-ם) 3525/98 **רובין נ' לוי**, פדאור 99(9) 419 (1999). בפסק דין זה הנתבעת נמצאה כמי שהרשתה למשרד גרפיקאים לבצע העתקה של יצירת התובעת בלא רשותה. יישום בלתי-מפורש מצוי אף בפסק הדין בת"א (מחוזי ת"א) 1094/07 **צ'רלטון בע"מ נ' טלראן-תקשורת (1986) בע"מ**, פדאור 11(50) 528 (2011). בפסק דין זה הנתבעת הפיצה כרטיסים מקורדים המאפשרים פענוח שידור לווייני מקודד של משחקי המונדיאל על ידי ערוץ ירדני ללקוחות דוברי השפה הערבית בישראל. עקב כך, התאפשרה צפייה בלתי-מורשית בשידורי המשחקים בישראל והופרו זכויות יוצרים של התובעת בזכויות השידור בישראל. נקבע כי הנתבעת הפרה באופן אקטיבי את זכות היוצרים בכך שאפשרה את השידור המפר.

66. Copyright Act, § 101(1A) (Austl.)

67. ראו למשל: ס' 9' 11- לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואומנותיות, כ"א 21, 581 (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1970). זמין באתר: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/D1833016-4751-11088FD/0/737h.pdf (נברק לאחרונה ב-29.9.2012). בנוסף, ראו: ס' 8 לאמנת WIPO Copyright Treaty, 1996, זמין באתר: www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf (נברק לאחרונה ב-29.9.2012).

68. להשוואה בין פסק הדין בפרשת *Grokster* האמריקני לבין פסק הדין בפרשת *KaZaa* האוסטרלי, ראו: Ginsburg & Ricketson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 18–19. שם.

הבלעדית לבצע פעולה X ולהרשותה", כעניין של סגנון ניסוחי בלבד, בלא כוונה ליצור קטגוריה נפרדת של זכויות בצד הזכויות העיקריות.⁷⁰

הזכות להרשות נולדה אפוא בדין האנגלי מתוך הצורך להטיל אחריות במצבים שבהם אין יחסי כפיפות או שליחות בין א', "המרשה" לבין ב' "המפר הישיר", וזאת כדי לאפשר הטלת אחריות במצבים שבהם הזיקה בין המרשה למפר היא רופפת יותר. עם זאת, עדיין נדרשת להתקיים זיקה כלשהי בין המרשה לבין המפר הישיר. אין זה סביר להחיל זכות זו במצב שבו, לדוגמה, א' פונה ברחוב ל-ב' שאיננו מכיר ומרשה לו סתם כך לבצע הפרה ישירה, או א' כותב כתבה בעיתון שבה הוא מסביר מהם יתרונות ההפרה ישירה. ההיגיון המשפטי אינו מאפשר להכיר במצבים מסוג זה שבהם אין כל זיקה בין הצדדים כמקימה אחריות בגין הרשאה לבצע הפרה ישירה. בהתאם לכך, הפסיקה המתפתחת במדינות המשפט המקובל מנסה להתוות את גבולותיה של הזכות להרשות. קרי, מהם המצבים הטיפוסיים שבהם תתקיים הזיקה הנדרשת בין המרשה לבין המפר ומהם התנאים הנוספים הנדרשים לשם שכלול האחריות.

פסיקה מוקדמת משנות העשרים של המאה הקודמת התחבטה בשאלה כיצד יש לפרש את המונח הרשאה (authorize). באוסטרליה, זו פורשה (על פי מילון אוקספורד) ככוללת את הפעולות הבאות: תמיכה, אישור, עידוד (sanction, approve, countenance,⁷¹ או היתר (permit).⁷² היתר זה יכול להיות במפורש או במשתמע.⁷³ פסיקה זו אף עמדה על כך שכדי שתקום אחריות בגין הרשאה של מעשה הפרה, נדרש כי למרשה תהיה שליטה על המעשה המפר או יכולת למנוע אותו.⁷⁴

בשנות הארבעים והחמישים של המאה העשרים הפסיקה עסקה בשאלה אם גורם אשר מספק עותקים (חוקיים) של יצירות מוזיקליות הוא בבחינת "המרשה" לעשות בהם ביצוע פומבי מפר. לדוגמה, בשנת 1945 נדון בקנדה מקרה שבו חברה סיפקה תיבות נגינה למסעדות. נקבע כי החברה אינה אחראית כמי שהרשתה לבצע בפומבי יצירות באותן מסעדות, שכן השימוש שנעשה במכשירים לא היה בשליטתה.⁷⁵

⁷⁰ Gendreau, לעיל ה"ש 58, בעמ' 359.

⁷¹ Falcon v. Famous Players Film Co. [1926] 2 KB 474 (CA).

⁷² בפסק דין משנת 1928, העוסק בפרשנות ס' 2(3) לחוק זכות יוצרים משנת 1911, אשר היה בתוקף באוסטרליה באותה העת, שעניינו, המרשה לאחר לבצע בפומבי יצירה מוסיקלית במקום בידור ציבורי לתועלתו, פורש המונח "מרשה" כמתיר, וראו: The Corporation of the City of Adelaide v. The Australasian Performing Right Association Limited [1928] HCA 10; The Corporation of the City of Adelaide v. The Australasian Performing Right Association Limited (1928) 40 CLR 481.

⁷³ שם.

⁷⁴ שם, בעמ' 497-498.

⁷⁵ ראו: Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd., [1945] AC 108. לדיון במגמה הפוכה אשר הרחיבה את האחריות העקיפה במקרים דומים, בפסיקה האוסטרלית המוקדמת ראו: Gendreau, לעיל ה"ש 58, בעמ' 345-347.

החלטה זו שימשה בסיס לפסק דין נוסף של בית המשפט העליון בקנדה משנת 1953 שבו נקבע, כי גורם אשר השכיר תקליטים לגוף שידור אשר שידר מתוכם יצירות בלא רישיון, אינו בבחינת מי שנתן רשות למעשה ההפרה הישירה. בית המשפט העליון בקנדה השווה זאת לכך שאין מטילים אחריות על אדם בציד לא חוקי רק משום שנתן רובה ציד לאלמוני אשר ביצע באמצעותו ציד לא חוקי.⁷⁶ לעומת זאת, גורם אשר סיפק עותקים (חוקיים) של יצירות ספרותיות לשם הדפסתם, בלא רשותו של בעל זכויות היוצרים, נמצא על ידי בית המשפט העליון בקנדה כמי שהרשה את פעולת ההעתקה המפרה.⁷⁷ ההבחנה בין שני סוגי המקרים נעוצה בקיומו של מצג כלפי המפר הישיר בנוגע לקיומה של רשות נחזית מאת בעלי זכויות היוצרים. במקרה של מסירת עותקים של יצירות מוזיקליות אין מצג של רשות מאת בעלי הזכויות לביצוע פומבי של היצירות, ואילו במקרה של מסירת "כתב יד" להדפסה התקיים מצג שלפיו ניתנה רשות להדפיס עותקים מהיצירה.⁷⁸

החל משנות השבעים של המאה העשרים החל מתפתח דיון בשאלה אם מי שמספק אמצעים וציוד טכנולוגי שבאמצעותם ניתן להעתיק יצירות הוא בבחינת מי ש"מרשה" את אותה העתקה מפרה, ועל כן קמה לו אחריות עקיפה בגין הפרת זכות יוצרים. בתי המשפט במדינות המשפט המקובל נזהרו מהטלת אחריות במצב שכזה. בשנת 1988 קבע בית הלורדים באנגליה כי ייצור ומכירה של מכשירי הקלטה המיועדים לשתי קלטות (אנלוגיות) ובאמצעותם ניתן להקליט מקלטת אחת לשנייה (Double Cassette Recorder), אשר עושים שימוש בטכנולוגיה המאפשרת להגביר את מהירות ההקלטה, אינו מהווה הרשאה להעתקה מפרה באמצעות מכשור זה.⁷⁹ זאת, אף שהתוצאה הבלתי-נמנעת הייתה כי מכשור זה ישמש להפקת עותקים מפרים.⁸⁰ הנימוק המרכזי להחלטת בית הלורדים היה חוסר השליטה של יצרני המכשירים בשימוש שנעשה במכשור על ידי הצרכנים וכי השימוש במכשור יכול להיות אף חוקי.⁸¹ בית הלורדים עמד על עקרון "הניטרליות הטכנולוגית" בקבעו כי אין כל איסור בחוק לייצר ולמכור ציוד אלקטרוני המאפשר שימוש חוקי או לא חוקי.⁸² עוד נקבע, כי אף בפרסום של המכשור, העומד על יתרונותיו, אין משום

Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd.,⁷⁶
[1953] S.C.R. 182, 189.

ראו: Underwriters' Survey Bureau, Ltd. v. Massie & Renwick, Ltd., [1938] 2 D.L.R.⁷⁷
31; Massie & Renwick, Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau, Ltd., [1940] S.C.R. 218.

ראו: Gendreau, לעיל ה"ש 58, בעמ' 344.⁷⁸

CBS Songs Ltd. v. Amstrad plc. [1988] A.C. 1013 (U.K.)⁷⁹.

ראו: שם, בעמ' 1022; GARNETT, DAVIES & HARBOTTLE, לעיל ה"ש 58, בעמ' 452.⁸⁰

פרשת CBS Songs, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1021-1022.⁸¹

שם, בעמ' 1021. השופט טמפלמן אף הדגיש כי גם אם התוצאה הבלתי-נמנעת של השימוש במכשיר היא התקיימות הפרות, עדיין אין לראות בכך משום הרשאה למעשה ההפרה, שכן ההחלטה בדבר אופן השימוש במכשיר היא של הצרכן בלבד.⁸²

הרשאה לבצע שימוש מפר. 83

ברוח דומה, בית המשפט העליון בקנדה הביע את עמדתו בשנת 2004 כי ספרייה אקדמית אשר מעמידה לרשות המבקרים מכונות צילום וספרים שניתן לצלמם איננה אחראית להפרת זכויות יוצרים הנעשית בשטחה. בית המשפט העליון בקנדה עמד על כך שאמנם הפרה עקיפה יכולה לקום גם אם אין שליטה ישירה ופוזיטיבית על המעשה המפר, אולם במקרה זה טיב היחסים בין הספרייה לבין המשתמשים ורמת השליטה על מעשיהם של המשתמשים שוללים אחריות עקיפה.⁸⁴ פסיקה זו סותרת פסיקה אוסטרלית מוקדמת משנת 1975, בפרשת *Moorhouse*, שבה נקבע כי לספרייה באוניברסיטה אחריות בגין "הרשאה" של מעשי העתקה המבוצעים באמצעות מכונות צילום שהוצבו בשטחה, שכן לא הובהר כי הספרייה אינה מעניקה הרשאה שכזו.⁸⁵ פסיקה זו הייתה, ככל הנראה, המקור לנוהג הקיים בארץ ובעולם להציב שילוט באזור מכונות הצילום שבשטח ספריות שלפיו הספרייה אינה מרשה כל הפרה של זכויות יוצרים. בית המשפט האוסטרלי המשיך את פעולת הספרייה ל"הזמנה" לבצע הפרה, אשר גררה הטלת אחריות.⁸⁶ מכל מקום, פסק הדין בפרשת *Moorhouse* סווג בפסיקה אוסטרלית מאוחרת.⁸⁷ כך, למשל, בפסק דין אוסטרלי משנת 1982, עיתון שפרסם כתבה על היתרונות שבהקלטה ביתית לא נמצא אחראי במתן רשות לבצע פעולות הקלטה אסורות. בית המשפט קבע כי מתן רשות המטיל אחריות מצריך שליטה, אשר עדות לכך היא היכולת למנוע הפרה וסמכות מוכרת להשפיע על מהלך האירועים.⁸⁸ בשנת 2011 בית המשפט לערעורים באוסטרליה קבע בפסק דין מנחה כי אין להטיל אחריות על ספק שירותי אינטרנט כמי שמרשה לגולשים לבצע הפרות.⁸⁹ בפסק דין מפורט זה, אשר יידון להלן, אמנם עומד בית

83 ש.ם.

84 עמדה זו היא אוביטר, שכן נושא הדיון היה שירות אחר שנתנה הספרייה האקדמית. ראו: CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339.

85 *Moorhouse v. University of N.S.W.* (1975) 6 A.L.R. 193; *Moorhouse v. University of N.S.W.* (1976) R.P.C. 151.

86 ש.ם, בעמ' 24–22.

87 לקריאה דקדנית של פסק דין *Moorhouse*, ושלפיה, אף שהוטלה לבסוף אחריות על האוניברסיטה בגין העתקות מפרות שבוצעו באמצעות מכשירי הצילום בספרייה האוניברסיטה, אין לראות בכך הלכה לעניין היקף האחריות בגין הרשאה לאור הבדלי ההנמקות של השופטים השונים. ראו: *Roadshow Films Pty Ltd. v. iiNet Limited* (2010) FCA 24, פס' 367–380 לפסק הדין. אף בית הלורדים בפרשת *CBS Songs* אבחן את פסק הדין בפרשת *Moorhouse* מהמקרה שלפניו, בקבעו כי על אף הלכה אוסטרלית זו בעניין מכשירי ההקלטה, במקרה שלפניו ליצרן אין כל שליטה על השימוש שנעשה בהם. ראו: פרשת *CBS*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1022.

88 *RCA corp. v. Fairfax* [1982] R.P.C. 91.

89 פרשת *Roadshow*, לעיל ה"ש 87; ראו גם: *Roadshow Films Pty Ltd. v. iiNet Limited* (2011) FCAFC 23.

המשפט על הוראה מיוחדת אשר עוגנה בחקיקה האוסטרלית אשר מעניקה חסינות לספקי שירות ואולם בית המשפט אף עמד על גבולותיה של "הזכות להרשות". מתוך הפסיקה הנזכרת ניתן לדלות כמה מאפיינים אשר נדרשים להתקיים, לאו דווקא במצטבר, לשם הקמת אחריות משפטית בגין "הרשאה" של ביצוע הפרה ישירה:

1. קיומו של קשר ממוסד בין המרשה לבין המפר הישיר, כגון קשר משפטי (צדדים לחוזה) או קשר עסקי (ספק-לקוח).
2. מצג שלפיו המרשה היה בעל סמכות להרשות את המעשה אשר בדיעבד נמצא מפר.
3. המרשה מספק למפר הישיר אמצעים כלשהם לביצוע ההפרה.
4. למרשה שליטה מינימלית על מעשה ההפרה או יכולת למנעה.

מאפיינים אלו ואחרים עוגנו, כאמור, בחקיקה אוסטרלית משנת 2000 כקריטריונים לבחינת הפרה של הזכות להרשות.⁹⁰ מדובר בקריטריונים פתוחים אשר בית המשפט צריך לשקול בבואו להטיל אחריות. החוק האוסטרלי קובע כי:

"In determining, for the purposes of subsection (1), whether or not a person has authorised the doing in Australia of any act comprised in a copyright subsisting by virtue of this Part without the license of the owner of the copyright, the matters that must be taken into account include the following:

- (a) the extent (if any) of the person's power to prevent the doing of the act concerned;
- (b) the nature of any relationship existing between the person and the person who did the act concerned;
- (c) whether the person took any other reasonable steps to prevent or avoid the doing of the act, including whether the person complied with any relevant industry codes of practice."⁹¹

שיקולים אלה ייבחנו להלן בפרק העוסק במתווה להטלת אחריות תורמת במשפט הישראלי.

⁹⁰ עיגון זה נעשה בשנת 2000 בחוק: Copyright Amendment (Digital Agenda) Act, (Austl.) (2000).

⁹¹ Copyright Act, § 101(1)(A) (Austl.).

3.2. סיווג הפרת "הזכות להרשות" כהפרה עקיפה

החפיפה בין המקרים שבהם נדונה השאלה אם הופרה "הזכות להרשות" לבין המקרים שבהם מוטלת אחריות עקיפה בגין הפרה של זכות יוצרים מחדדת את ההכרה בדבר אופייה של הזכות להרשות כמטילה אחריות עקיפה.⁹² ראשית, הפסיקה עסקה רבות בשאלה אם יש להטיל אחריות תורמת בהפרה של זכות יוצרים במקרים שבהם ספקן אמצעים טכנולוגיים לביצוע ההפרה הישירה. כך, גם הזכות להרשות מתמקדת החל משנות השבעים של המאה העשרים באותה שאלה ממש: האם אספקת אמצעים לקיומה של הפרה ישירה היא בבחינת הרשאה המקימה אחריות עצמאית ונפרדת?

שנית, דיני זכויות יוצרים בארץ ובעולם מכירים במפורש בהטלת אחריות עקיפה להפרה של זכות היוצרים במצבים שבהם בעל מקרקעין מרשה לקיים במקרקעו ביצוע פומבי מפר. ניכר כי זהו למעשה מקרה ספציפי של הזכות להרשות אשר הצורך להיאבק בתופעה נפוצה זו הצדיק סעיף מפורש.⁹³ במקרה זה, החוק מפרט מהם היסודות הנדרשים לשם הקמת אחריות בגין פעולת ההרשאה. על פי החוק, נדרש כי המרשה יעשה זאת למטרות רווח וכי יתקיים יסוד נפשי לגבי פעולת ההפרה הישירה. הנימוק להטלת אחריות עקיפה במקרים אלו הוא יכולת השליטה והמניעה של ההפרה הישירה המצויה בידי ה"מרשה". כך ממש גם לגבי הזכות להרשות. זכות זו משמשת במדינות המשפט המקובל כאמצעי להטלת אחריות על גורמים אשר סיפקו את האמצעים הפיזיים לביצוע ההפרה. במקרים אלה בחנו בתי המשפט את השאלה אם התקיימה "הרשאה" המקימה אחריות על פי השאלה אם למרשה הייתה יכולת שליטה מינימלית על המעשה המפר ויכולת למנעה כתנאי להקמת אחריות עצמאית ונפרדת. נוסף על כך, הפרת הזכות להרשות פורשה כמחייבת יסוד נפשי.

בפסק הדין היחידי של בית המשפט העליון בישראל הודן בזכות להרשות, נקבע כי הפרתה מהווה הפרה ישירה, במובחן מהזכות שעניינה הרשאה לביצוע פומבי מפר אשר מקימה אחריות עקיפה.⁹⁴ בית המשפט העליון עמד על השוני בין שני מצבים: הפרת הזכות להרשות מחייבת קיומה של הפרה מפורשת לבצע מעשה מפר ואילו

⁹² יצוין כי בספרות ובפסיקה האמריקנית הובעה דעה שלפיה מדובר בזכות מעורבת, אשר ביכולתה להקים גם אחריות ישירה וגם אחריות עקיפה, וראו להלן הערה 97. עם זאת, זו אינה העמדה המקובלת.

⁹³ לתפיסת הזכות שעניינה הטלת אחריות על המרשה ביצוע פומבי במקום בידור ציבורי לתועלתו כמקרה פרטי של הזכות להרשות, ראו: פרשת *Roadshow*, לעיל ה"ש 87.

⁹⁴ פרשת **אקום**, לעיל ה"ש 25, פס' י"ג-י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין. בית המשפט המחוזי, מפי השופט ד"ר עמירם בנימיני, חזר על הכרעה זו שבפרשת **אקום**, בת"א (מחוזי ת"א) 2378-07 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' החלל המופלא עד הלום בע"מ**, פדאור 11(117) 444, פס' 11 לפסק דינו של השופט בנימיני (2011).

הפרת הזכות שעניינה הרשאה לביצוע פומבי מפר במקום בידור אינה מחייבת הרשאה מפורשת.⁹⁵ בית המשפט העליון לא הסביר מהו הנימוק להבחנה זו ועל מה היא נסמכת. לאור פרשנות הזכות להרשות במדינות המשפט המקובל והרקע לחקיקתה נראה כי קביעה זו שגויה. הזכות להרשות פורשה כמאפשרת להטיל אחריות גם במקרים של הרשאה משתמעת, בהתקיים דרישה כי יתקיים מעשה מפר על ידי המורשה וכן יסוד נפשי של ידיעה בכוח או בפועל על המעשה המפר. מכאן עולה שמאפייניה של הפרת הזכות להרשות דומים יותר להפרה עקיפה.

אף במשפט האמריקני פרשנות מקובלת של הזכות להרשות היא כי הפרתה מהווה הפרה עקיפה של זכות היוצרים, שכן תנאי להפרתה היא כי התקיימה הפרה ישירה, אחרת ונפרדת, שעליה נשענת ההפרה הנוספת של הזכות להרשות.⁹⁶ יש הסוברים כי משיקולי מדיניות ראוי לפרש את הזכות להרשות כמקימה אחריות ישירה, דהיינו, שדי במעשה ההרשאה כדי להקים אחריות, אף אם לא בוצעה בפועל הפרה נוספת של זכות יוצרים.⁹⁷ עם זאת, ההיסטוריה החקיקתית של הזכות להרשות במשפט האמריקני מובילה למסקנה ברורה כי מדובר באימוץ של כלל האחריות התורמת בידי הנזיקין אל תוך המסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים.⁹⁸ בהתאם לכך, אף ההלכות המנחות מפרשות את הזכות להרשות כמקימה אחריות עקיפה, המחייבת קיומה של הפרה עיקרית.⁹⁹

⁹⁵ ש.ם.

⁹⁶ NIMMER – פרשן מוביל של דיני זכויות יוצרים במשפט האמריקני – סוקר את מאפייניה של זכות זו במשפט האמריקני ומגיע למסקנה כי הפרתה מחייבת קיומה של הפרה עיקרית, ומשכך מדובר במקרה של הפרה עקיפה: MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT, § 12.04[A][1] (2011).

⁹⁷ ראו: Michael T. Crowley, Note, *Raise The Yellow Submarine! Subafilms and Extraterritorial Application of the Copyright Act*, 48 FED. COMM. L.J. 133, 153 (1995); Phanesh Koneru, *The Right “To Authorize” In U.S. Copyright Law: Questions Of Contributory Infringement and Extraterritoriality*, 37 IDEA 87 (1996).

⁹⁸ NIMMER ו-PATRY עומדים על היסטוריה זו בהרחבה. מסקנתם היא כי הזכות אומצה בחוק האמריקני משנת 1976 כדי לעגן את דוקטרינת ההפרה התורמת בחוק זכות יוצרים. ראו: NIMMER, לעיל ה"ש 96, בעמ' 12.04[A][1]; PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 43-21. PATRY “Use of the phrase ‘to authorize’ is intended to avoid any questions as to the liability of contributory infringers. For example, a person who lawfully acquires an authorized copy of a motion picture would be an infringer if he or she engages in the business of renting it to others for purposes of unauthorized public performance” H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 61 (1976).

⁹⁹ ראו למשל את פסק הדין המנחה: Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of Am., Inc., 964 F.2d 965, 970 (1992): “[A] party cannot authorize another party to infringe a copyright unless the authorized conduct would itself be unlawful” ראו גם:

במאמר מוסגר, יש לציין כי לאור העובדה שהמחוקק האמריקני אימץ בשנת 1976 את כלל האחריות התורמת לתוך דיני זכויות יוצרים באמצעות עיגון הזכות להרשות בחוק, וכי נעשה שימוש בדוקטרינה זו אף בפסיקה מוקדמת יותר, ניכר כי בהכרעתו של בית המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת סוני משנת 1984, בדבר אפשרות השימוש בדוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים,¹⁰⁰ לא היה משום מהפך משפטי.¹⁰¹ בפרשת סוני, למעשה יובאה דוקטרינת האחריות התורמת מדיני פטנטים, המעוגנת בחקיקה האמריקנית אף היא,¹⁰² לדיני זכויות יוצרים.¹⁰³ נשאלת השאלה מדוע בית המשפט האמריקני נזקק לייבוא זה, אם דוקטרינת ההפרה התורמת מעוגנת בחקיקת זכויות היוצרים.¹⁰⁴ תשובה פרוזאית המוצעת על ידי פטרי (PATRY) לשאלה זו היא כי עורך הדין אשר ייצג את חברת סוני בפרשה זו עסק בתחום הפטנטים ועל כן עשה שימוש בדוקטרינה המוכרת לו.¹⁰⁵

פרט לנימוקים האמורים בנוגע לסיווג הזכות להרשות כמקימה אחריות עקיפה, יש לציין אף כי מבחינה לשונית הפעולה אשר מקימה את האחריות במקרה של הזכות להרשות היא "הרשאה" בלתי-מוסמכת, הא ותו לא. כאמור, אחת

Ltd. v. MGM – Pathe Communications Co., 24 F.3d 1088, 1093 (9th Cir. 1994): "The exclusive rights accorded to a copyright owner under section 106 are 'to do and to authorize' any of the activities specified in the five numbered clauses. Use of the phrase 'to authorize' is intended to avoid any questions as to the liability of contributory infringers".
 Subafilms Ltd. v. MGM – Pathe Communications Co., 31 F.3d 812 (1994)
 ITSI T.V. Prods. v. California Auth. of Racing Fairs, 785 F. Supp. 854, 860 (E.D. Cal. 1992); Curb v. MCA Records, Inc., 898 F. Supp. 586, 594, (M.D. Tenn. 1995)

ראו לעיל ה"ש 37.¹⁰⁰

PATRY אף מוסיף כי האמרה שבפסק הדין בפרשת סוני שלפיה אין אימוץ מפורש של דוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים היא שגויה, לאור העובדה כי בחוק האמריקני משנת 1976 אומצה הדוקטרינה במפורש במסגרת הזכות להרשות. ראו: PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-43.

35 U.S.C.A. § 271(c) (1952). מכוח דוקטרינה זו בודקים אם לסחורה המדוברת יש שימוש משמעותי בלתי-מפר, ועל כן המסחר בה לא ייחשב להפרה תורמת של פטנט, אף שהיא מהווה חלק מהותי מהאמצאה המוגנת.

פרשת סוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 442.¹⁰²

Ginsburg ו-Ricketson תוהים אף הם מדוע בפסק הדין בפרשת סוני אין התייחסות ללשון החוק האמריקני המעגנת את הזכות להרשות ולכלל היותר קיימת הפנייה לפסק הדין בפרשת Kalem, לעיל ה"ש 34, שם יושמה זכות זו בארצות-הברית. ראו: Ginsburg & Ricketson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 10.¹⁰⁴

PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-49. לביקורת נוקבת על הקלות בה בית המשפט העליון מייבא דוקטרינות מדיני הפטנטים לדיני זכויות יוצרים. ראו: PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-50.¹⁰⁵

מהאפשרויות אשר מקימות אחריות תורמת בדיני הנזיקין היא מתן "הרשאה" לביצוע מעשה עוולה.¹⁰⁶ בדיני הנזיקין הרשאה שנתן א' ל-ב', אשר מבצע את מעשה העוולה, נתפסת כמקימה אחריות עקיפה ולא ישירה. על כן קשה לראות כיצד אותה פעולת הרשאה בדיוק טטיל אחריות ישירה אם תיבחן בפריזמה של הזכות להרשות שבדיני זכויות יוצרים.

לסיכום סוגיית אופייה של הזכות להרשות, נראה כי יש לסווגה כמטילה אחריות עקיפה, אף שהיא ממוקמת בקטגוריית הזכויות העיקריות שהפרתן היא הפרה ישירה. הזכות להרשות פורשה בפסיקה באופן שבו יובאה דוקטרינת האחריות התורמת לתוך המסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים, במקרים שבהם קיים קשר הדוק בין מעשה ההפרה הישירה לבין התרומה של המרשה למעשה ההפרה וכאשר המרשה יכול היה למנוע הפרה זו.¹⁰⁷

ג. עליית חשיבותה של האחריות התורמת בעידן האינטרנט

החשיבות שבהטלת אחריות תורמת בגין הפרת זכות יוצרים עלתה לסדר היום בעידן האינטרנט. האינטרנט מעורר בעיות קשות בנוגע לאכיפה של זכויות יוצרים עקב האפשרויות הטכנולוגיות הרבות להפיץ יצירות ולהעתיקן. במקרים רבים מתווכי הרשת השונים, כגון ספקי שירות אינטרנט, בעלי אתרים המהווים במה לפעילות של גולשים, ספקי שירותים של אחסון קבצים דיגיטליים וגורמים אחרים, מעורבים בשרשרת פעולות שסופן מעשה הפרה של זכויות היוצרים. ההפרה הישירה מבוצעת על ידי אלו המכונים "משתמשי קצה", קרי, הצרכן הסופי שאליו מגיעה היצירה. גורמי הביניים השונים מתווכים בין הפעולות השונות הנעשות ברשת, עד שהיצירה מגיעה אל אותו משתמש קצה. למשל, באתרי אינטרנט שונים מוצבות יצירות. נשאלת השאלה מהי האחריות של בעלי האתרים להפרות שנעשות ביצירות הללו. שאלה נוספת היא מהי האחריות שיש לגורם אשר מספק את הגישה הטכנולוגית לרשת – ספק השירות – להפרות אלה. לעתים, באתר האינטרנט ישנו קישור בלבד לאתר אחר שבו מונגשת יצירה באופן מפר. מהי האחריות של הגורמים השונים במקרה זה? למעלה מכך, לעתים באתרי אינטרנט לא מוצבות יצירות כלל, אלא נעשה באמצעותם או באמצעות אמצעים המסופקים על ידם "תיווך" בין אנשים שונים כך שיחליפו בינם לבין עצמם יצירות. עולה השאלה מהי האחריות שיש למתווכים אלו במקרים שבהם נעשות הפרות של זכויות יוצרים בתיווכם. במצבים הללו גואה המתח הכללי המלווה את הפעילות באינטרנט בין הרצון להותירה כמרחב

¹⁰⁶ ס' 12 לפקודת הנזיקין.

¹⁰⁷ לעמדה נחרצת כי הזכות להרשות מקימה אחריות עקיפה בלבד במשפט האמריקני, על אף פסיקה סותרת, ראו: PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-43.

פעולה חופשי נטול הגבלות, המממש את חופש הביטוי והזרימה החופשית של מידע ורעיונות בחברה, אל מול הצידוק להגן על זכויות הקניין הרוחני.¹⁰⁸ בעולם האינטרנטי פעמים רבות אפשרותם של בעלי זכויות היוצרים לאתר את משתמשי הקצה המפרים ולאכוף את זכויותיהם כלפיהם איננה מעשית. על כן מתעצמת שאלת היסוד והיא: האם ראוי להטיל את האחריות על מתווכי הרשת המשמשים כצוואר בקבוק בפעילות זו ואשר, אולי, משמשים כמונע הנזק היעיל ביותר. הטלת אחריות זו צריכה להביא בחשבון את תפקידם המרכזי של מתווכי הרשת בקידום ערכים חברתיים הבאים לידי ביטוי בפעילות הענפה ברשת.¹⁰⁹ בניסוח אחר, השאלה היא אם מתווכי הרשת צריכים לשמש שומרי הסף של דיני זכויות היוצרים, ואם כן – מהם הגבלות שיש להציב לתפקידם זה.

הרצון למנוע הטלת אחריות גורפת על מתווכי הרשת, אשר עלולה לפגוע בזרימה החופשית והשוטפת של המידע ברשת, לצד ההכרה בצורך להגן על האינטרסים של בעלי זכויות היוצרים, הובילו בשנת 1998 לאימוץ חוק ה-Digital Millennium Copyright Act (DMCA) בארצות-הברית, המתאים את דיני זכויות יוצרים לעולם הדיגיטלי.¹¹⁰ חוק זה קובע כי ספק שירות אינטרנט (המוגדר באופן רחב הכולל גם ספקי שירותים מקוונים, כגון אתר מארח)¹¹¹ הנוהג על פי הקריטריונים הקבועים

¹⁰⁸ קיימת כתיבה ענפה בנושא המתח שבין דיני זכויות יוצרים לבין הפעילות החופשית באינטרנט. ראו למשל: Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999); Julie E. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, 12 BERKELEY TECH. L.J. 161 (1998); Niva Elkin-Koren, *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 215 (1996); Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996); Pamela Samuelson, *Intellectual Property and Contract Law for the Information Age*, 87 CAL. L. REV. 1 (1999); James Boyle, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, 47 DUKE L.J. 87 (1997).

¹⁰⁹ למסמך שהוכן עבור ארגון ה-OECD הון באופן מקיף בתפקידם של מתווכי הרשת בקידום ערכים חברתיים, ראו: OECD, 2 THE ROLE OF INTERNET INTERMEDIARIES IN ADVANCING PUBLIC POLICY OBJECTIVES (2011).

¹¹⁰ DMCA, Pub. L. No. 105-304 (1998); 17 U.S.C.S § 512 (1998)
¹¹¹ החוק מגדיר ספק שירותי אינטרנט וספק שירותים מקוונים בס' (k) § 512 (1998) 17 U.S.C.S § 512 (k):

“k) Definitions.—

(1) Service provider.—

(A) As used in subsection (a), the term ‘service provider’ means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s

בחוק ייחנה מחסינות ("מפרץ ביטחון") מפני אחריות עקיפה להפרות אשר מבצעים משתמשי הקצה.¹¹² כמו כן, קיימת הבחנה בין הדרישות השונות בהתאם לסוג השירות המדובר. מכל מקום, על ספקי השירות לאמץ את הסדר "ההודעה וההסרה" הקבוע בחוק.¹¹³ מפרצי הביטחון הללו אינם מספקים הגנה במקרים שבהם לספק השירות ידיעה סוביקטיבית בפועל על פעילות מפרה או על נסיבות המהוות "דגל אדום", דהיינו ידיעה בכוח על פעילות מפרה.¹¹⁴ נוסף על כך, מפרצי הביטחון הללו לא יספקו הגנה במקרים שבהם ספק השירות מפיק תועלת כלכלית ישירה ממעשה ההפרה ובמקרים שבהם לספק השירות זכות ויכולת לשלוט על מעשה ההפרה.¹¹⁵ הסדר דומה גובש בדירקטיבה האירופית בעניין חברת המידע משנת 2001¹¹⁶ ובדירקטיבה בעניין סחר אלקטרוני משנת 2000,¹¹⁷ אשר אומץ בהדרגה במדינות

choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

(B) As used in this section, other than subsection (a), the term 'service provider' means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A)".

ה-DMCA עוסק במגוון נושאים הקשורים לעולם הדיגיטלי. הפרק הראשון של החוק שכותרתו The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, עסק בנושאים הנידונים כאן. מדובר למעשה בהסדר חקיקתי שלם ומפורט.

למשל, אתר אירוח אשר משתמשי הקצה העלו אליו חומר מפר, ייחנה ממפרץ הביטחון בהתאם לס' 512 (c)(1)(A) 17 U.S.C.S, בהתקיים התנאים הבאים: אין לספק השירות ידיעה על ההפרה, ואם נודע לו על ההפרה, הוא פעל במהירות להסיר את החומר המפר. קרי, הספק ממלא את דרישות הליך ההודעה והסרה.

17 U.S.C.S § 512 (c)(1)(A) (1998); 17 U.S.C.S § 512 (d)(1) (1998) ¹¹⁴

"(A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;"

17 U.S.C.S § 512 (c)(1)(B) (1998): "(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity"

Directive 2001/29/EC on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. **זמין באתר:** www.ipo.gov.uk/200121ec.pdf. **(נברק לאחרונה ב-2.10.2012)** ¹¹⁶

Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal Market. **זמין באתר:** <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0001:EN:PDF> ¹¹⁷

השונות.¹¹⁸ הסדר חסינות ייחודי עוגן בחקיקה האוסטרלית.¹¹⁹ דברי חקיקה אלה נבחנו על ידי בתי המשפט בקשר לפעילויות שונות אשר הטכנולוגיה המתפתחת מאפשרת.

1. מתווכי הרשת השונים בפסיקה האמריקנית

אחד מפסקי הדין הראשונים בארצות-הברית אשר עסק בהטלת אחריות תורמת בקשר לפעילות מתווכי הרשת היה בשנת 1995 בפרשת נטקום.¹²⁰ במקרה זה נתבעה חברת נטקום המספקת שירותי גישה לאינטרנט על ידי הכנסייה הסיינטולוגית בגין פעילותו של פלוני אשר הפיץ חלקים מכתביה של הכנסייה ומתח עליהם ביקורת. הכנסייה דרשה מחברת נטקום לנתק את אותו פלוני מגישה לאינטרנט וסורבה. נטקום, אף שכמובן ידעה על הפעילות, נימקה את סירובה בחוסר יכולת לסנן את הפעולות השונות של אותו פלוני וכן בכך כי ספק אם מדובר בהפרה או שמא זו פעילות מותרת מכוח דוקטרינת השימוש ההוגן.¹²¹ בית המשפט בארצות-הברית קבע כי הכנסייה לא סיפקה לחברת נטקום מידע מספיק בדבר ההפרה ולכן לא קמה אחריות תורמת.¹²² עם זאת, מתוך ההכרעה בהחלט ניתן להסיק כי במקרים עתידיים

(נבדק לאחרונה ב-2.10.2012).

¹¹⁸ באנגליה, למשל, הדירקטיבה בעניין סחר אלקטרוני אומצה בתקנות משנת 2002: Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002. תקנות אלה זמינות באתר: www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/gb/gb202en.pdf (נבדק לאחרונה ב-2.10.2012). הדירקטיבה בעניין התאמת דיני זכויות יוצרים לחברת המידע אומצה בתקנות משנת 2003: Copyright and Related Rights Regulations 2003. תקנות אלה זמינות באתר: www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/2498/pdfs/ukxi_20032498_en.pdf (נבדק לאחרונה ב-2.10.2012). בעקבות תקנות אלה הוספו סעיפים שונים לחוק זכות יוצרים האנגלי: Copyright, Design and Patent Act, 1988 (Eng.).

¹¹⁹ ס' 112E לחוק זכות יוצרים האוסטרלי, Copyright Act. (1968), קובע כי: "A person (including a carrier or carriage service provider) who provides facilities for making, or facilitating the making of, a communication is not taken to have authorised any infringement of copyright in an audio-visual item merely because another person uses the facilities so provided to do something the right to do which is included in the 'copyright'. פרק 116AA לחוק קובע את התנאים לחסינות של ספקי שירות, בדומה לחקיקה האמריקנית והאירופית, ובהם דרישה להודעה והסרה. סעיפים אלו נחקקו בשנת 2000 כחלק מתיקון כולל אשר התאים את דיני זכויות היוצרים האוסטרלים לעולם הדיגיטלי: Copyright Amendment (Digital Agenda) Act, (2000) (Austl.).

¹²⁰ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc. 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

¹²¹ שם, בעמ' 1373.

¹²² שם, בעמ' 1374.

שבהם יסופק חומר משכנע בדבר ההפרה, על ספק השירות יהיה לנתק את המפר משירות הגישה לאינטרנט. פסק דין זה ניתן לפני חקיקת ה-DMCA, אולם עודנו משמש כהלכה בקשר ליישום דוקטרינת האחריות התורמת לגבי מתווכי הרשת. בחינה ראשונית של ה-DMCA בפסיקה נעשתה בקשר לשירות פופולרי מאוד שעניינו "שיתוף קבצים", שבו משתמשי קצה שונים יכולים להחליף ביניהם קובצי מחשב, הכוללים יצירות מוזיקליות או יצירות אחרות. מתוך ההנחה שהחלפה זו עולה כדי העתקה אסורה ומפרה של יצירות מוגנות, עלתה השאלה מהי מידת אחריותם של המתווכים, המספקים את האמצעים הטכנולוגיים לקיומה של פעילות זו. בפסק הדין בפרשת *Napster* משנת 2001 קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות-הברית כי שירות שיתוף הקבצים המדובר לא נהנה ממפריצי הביטחון של ה-DMCA.¹²³ הסיבה לכך הייתה כי השירות שימש כ"תחנת ביניים" שבה אוחסנו ונשמרו הקבצים, ולכן תפקיד המתווך לא היה פסיבי לחלוטין כ"צינור" העברת מידע. האחריות התורמת הוטלה אפוא לאור התגבשות היסודות הנדרשים, בהם: ידיעה (בפועל) על ההפרה הישירה ואספקת אמצעי המהווה תרומה ממשית למעשה ההפרה. כמו כן, בית המשפט עמד על כך כי סגירת השירות תוביל להפסקת ההפרות.¹²⁴ בעקבות פסיקה זו שוכללה הטכנולוגיה ושירותי שיתוף הקבצים עברו לטכנולוגיה המאפשרת החלפה ישירה של הקבצים בין המשתתפים השונים (Peer to Peer) ללא צורך באחסונם בתחנת ביניים. אף שיתוף קבצים בטכנולוגיה זו הגיע להתדיינות משפטית. בפסק הדין בפרשת *Aimstar*, שעסק בשיתוף קבצים בטכנולוגיה החדשה, נקבע כי התקיימה הפרה תורמת הן בשל ידיעה בפועל על הפעולות המפרות (עצימת עיניים המשולה לידיעה) והן כי לא הובאו ראיות מספקות לקיומה של פעילות לגיטימית משמעותית הנעשית באמצעות השירות המדובר.¹²⁵ לבסוף, בפסק הדין בפרשת *Grokster* משנת 2005, בית המשפט העליון בארצות-הברית קבע כי שירות שיתוף הקבצים מהווה שידול להפרה, ועל כן קמה אחריות תורמת להפרת זכות היוצרים, ללא קשר לשאלת החסינות מכוח מפריצי הביטחון של ה-DMCA.¹²⁶ פסק דין זה משקף את שיאה של המגמה להטלת אחריות תורמת על מתווכי הרשת בגין הפרה של זכויות יוצרים.

פעילות תיווכית פופולרית נוספת ברשת מתקיימת באתרים המאפשרים העלאה של קובצי וידיאו שונים אשר פתוחים לכלל. שירות זה ניתן למשל על ידי האתר המוכר YouTube.¹²⁷ המתווך למעשה מספק פלטפורמה שלתוכה ניתן להעלות את

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 239 F.3d 1004, (9th Cir. 2001) 123

שם. 124

ראו: *Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643, 651 (7th Cir. 2003) 125

פרשת *Metro-Goldwyn-Mayer Studios*, לעיל ה"ש 47. 126

אתר האינטרנט YouTube, www.youtube.com, 127

קובצי המחשב. ההעלאה וההורדה של הקבצים נעשית על ידי משתמשי הקצה.¹²⁸ בין הקבצים המועלים מצויים אף כאלו אשר מכילים חומרים המוגנים בזכויות יוצרים, כגון קטעים מסרטי קולנוע, ולפיכך פעילות זו עלולה להימצא כמפרה. תאגיד הענק Viacom, אשר בבעלותו זכויות היוצרים בסרטי קולנוע מאולפנים רבים, הגיש תביעה נגד בעלי אתר YouTube בטענה כי יש להטיל עליהם אחריות תורמת למעשי ההפרה וכי האתר איננו עומד בתנאי "מפרץ הביטחון" שקובע החוק האמריקני.¹²⁹ בערכאה ראשונה נדחתה התביעה בנימוק כי אתר YouTube נהנה ממפוצי הביטחון, שכן היסוד הנפשי הנדרש לשם שלילת חסינות זו לא התקיים. כאמור, הטלת אחריות עקיפה ושלילת החסינות מצריכה על פי ה-DMCA ידיעה בפועל או בכוח על מעשה ההפרה הישיר. בית המשפט קבע כי ידיעה זו צריכה להיות קונקרטיבת בנוגע לכל הפרה, ואין די בידיעה כללית כי ייתכן שמתקיימים מעשים מפרים. פרט לכך, האתר נוהג על פי דרישות החוק מרגע שפונים אליו בדרישה להסיר חומר מפר.¹³⁰ בערעור, סויגה פרשנותה של הערכאה הראשונה בנוגע לדרישת ה"ידיעה" על מעשי ההפרה, אשר שוללת את החסינות. נקבע כי אמנם נדרשת ידיעה לגבי כל הפרה, אולם מושג הידיעה כולל הן ידיעה סובייקטיבית בפועל והן ידיעה אובייקטיבית בכוח, הנלמדת מתוך הנסיבות האופפות את מעשה ההפרה (זהו מבחן "הדגל האדום"). כמו כן, נקבע כי "עצימת עיניים" משולה לידיעה סובייקטיבית בפועל. ערכאת הערעור השיבה את הדיון לערכאה הראשונה לשם בירור עובדתי של השאלה מהי דרגת הידיעה שהתקיימה במקרה זה לגבי מעשי ההפרה. נרמז כי בהחלט ייתכן שהתקיימה בנסיבות העניין עצימת עיניים, אשר עלולה לשלול את תחולת החסינות.¹³¹ נוסף על כך, על הערכאה הראשונה הוטל לערוך בירור עובדתי בשאלה אם מתקיים התנאי הנוסף לתחולת החסינות ולפיו אתר YouTube אינו מפיק תועלת כלכלית ישירה ממעשי ההפרה, ככל שקיימת לו זכות ויכולת למנוע את מעשה ההפרה.¹³²

סוג פעילות אשר הפך פופולרי בשנתיים האחרונות עניינו אחסון קבצים ב"ענן". במקרים אלו המתווכים מספקים למשתמשי הקצה שטח אחסון לקבצים המצוי על שרתיהם והגישה לקבצים אלו נעשית דרך "ענן" האינטרנט. באופן זה, הגולש איננו נזקק לאחסון המידע באופן פיזי בביתו או במכשיר שבאחזקתו. כמו כן, המידע אף נגיש וזמין לו מכל מקום בעולם ובכל עת באמצעות התחברות לרשת. אחסון בשיטה

¹²⁸ עם זאת, קובצי המחשב אינם מוגנים כפי שהועלו על ידי המשתמש, אלא עוברים התאמה אוטומטית לתצורה האחידה של הפלטפורמה. ראו: *Viacom, Inc. v. Youtube, Inc.* 676 F.3d 19 (2nd Cir. 2012).

¹²⁹ *Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc.* 718 F. Supp. 2d 514 (S.D. N.Y., 2010).

¹³⁰ שם. עמדה זו יושמה בפסיקה עוקבת. ראו: *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011).

¹³¹ פרשת *Viacom, Inc.*, לעיל ה"ש 128.

¹³² לתנאי נוסף זה ראו 17 U.S.C.S § 512 (c)(1)(B) (1998); כן ראו: שם, בעמ' 28–29.

זו אף מאפשר לשתף אחרים בקבצים המאוחסנים. השאלה היא אם שירות זה, אשר עשוי לאפשר אף הוא הפרה של זכויות יוצרים על ידי משתמשי הקצה, מקים אחריות עקיפה. לאחרונה קבע בית משפט בארצות-הברית שאין להטיל אחריות עקיפה על אתר אשר סיפק אמצעי אחסון וגיבוי לקבצים של יצירות מוזיקליות של משתמשי הקצה.¹³³ ברוח דומה נקבע במקרה אחר כי אין בסיס ראייתי להוצאת צו מניעה זמני נגד אתר המציע שירותי אחסון, אשר מאפשר שיתופם עם אחרים, אף שהועלו לאתר קבצים המכילים תמונות המוגנות בזכויות יוצרים.¹³⁴

ניכר כי ככל שיתקדמו השירותים הטכנולוגיים המוצעים באמצעות האינטרנט תשוב ותעלה בכל עת מחדש השאלה מהו היקף האחריות העקיפה של מתווכי הרשת השונים לפעילות הנעשית על ידי משתמשי הקצה אשר נמצאת כמפרה זכויות יוצרים. לאחר פסיקת בית המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת *Grokster*, אשר הטילה אחריות תורמת בגין שידול למעשה הפרה ישירה, משנת 2010 ניכרת מגמת נסיגה מסוימת בערכאות הנמוכות מהטלת אחריות על מתווכי הרשת.¹³⁵

2. אחריות ספקי שירות בפסיקה האוסטרלית והאנגלית

אף מחוץ לארצות-הברית התעוררה במלוא עוזה שאלת האחריות התורמת והעקיפה של מתווכי הרשת. פסיקה בעלת חשיבות מיוחדת היא זו של בית המשפט לערעורים באוסטרליה בפרשת *Roadshow Films* משנת 2011. בפסק דין זה נקבע כי אין להטיל אחריות על ספק שירותי האינטרנט בגין הפרות שנעשות על ידי הגולשים.¹³⁶ במקרה זה, 34 חברות סרטים אמריקניות הגישו תביעה נגד ספק השירות השלישי בגודלו באוסטרליה. מוקד הדיון היה מערכת BitTorrent אשר מאפשרת למשתמשי הקצה לשתף קובצי סרטים במהירות וביעילות. מערכת BitTorrent מופצת כתכנת קוד פתוח ברשת. תפוצתה הרחבה הובילה לכך כי רשתות שיתוף הקבצים הפכו מבוזרות, ללא אתר מסוים המהווה צוואר בקבוק. על כן בעלי זכויות היוצרים הנפגעים מהפעילות המפרה הנעשית באמצעות מערכת זו הגישו תביעה נגד ספק שירותי האינטרנט, בהיעדר מתווך רשת אחר שניתן לזהותו. בפסקי דין מפורטים בערכאה הראשונה ובערכאת הערעור נדונה השאלה אם מתן שירותי גישה לאינטרנט מהווה הרשאה לבצע מעשי הפרה על ידי משתמשי הקצה. בית המשפט בערכאה

Capitol Records Inc. v. MP3Tunes LLC, No. 1:07-cv-09931-WHP-FM (S.D.N.Y. 133
2011).

Perfect 10, Inc. v. Rapidshare A.G., No. 09-CV-2596 (S.D.Cal. 2011) 134

פרשת *Religious Technology Center*, לעיל ה"ש 120; פרשת *A&M Records, Inc.*, לעיל ה"ש 123; פרשת *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc.*, לעיל ה"ש 47. 135

פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 87. פסק הדין בערעור ניתן בפברואר 2011 בפרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89. 136

הראשונה קבע שאף שספק השירות ידע על ההפרות ולא מנע את ביצועו, אין לראותו כמי שנתן הרשאה, שכן אין מדובר באספקת האמצעים, בה"א הידיעה, לביצוע ההפרה, ואין לספק כל שליטה על האופן שבו נעשה שימוש באינטרנט באמצעות מערכת זו או כל מערכת אחרת.¹³⁷ בית המשפט סיכם כי אין לראות בספק שירות האינטרנט כמי ש"הרשה" את ביצוע ההפרות רק מפני ש"משהו חייב להיעשות" נגדן.¹³⁸ החוק אמנם אוסר פגיעה בזכות היוצרים, אך אינו מטיל חובה פוזיטיבית על הכול למנוע פגיעה בזכויות הנעשית על ידי אחרים.¹³⁹

בית המשפט לערעורים אישר ברוב דעות, אך בנימוקים שונים, את קביעתה של הערכאה הראשונה. הוא קבע כי ספק שירותי האינטרנט אינו בבחינת מי שהרשה את ביצוע ההפרה הישירה.¹⁴⁰ שופט הרוב EMMETT, ראשית, דן ביחס שבין הוראת החוק

¹³⁷ פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 87. היות שמדובר בפסק דין ארוך מאוד, השופט COWDROY ערך בעצמו סיכום המובא בתחילת פסק הדין. ראו ס' 12 לסיכום. בלשון בית המשפט: "[I]n the law of authorisation, there is a distinction to be drawn between the provision of the 'means' of infringement compared to the provision of a precondition to infringement occurring. [...] I find that the mere provision of access to the internet is not the 'means' of infringement. There does not appear to be any way to infringe the applicants' copyright from the mere use of the internet. Rather, the 'means' by which the applicants' copyright is infringed is an iiNet user's use of the constituent parts of the Bit Torrent system. iiNet has no control over the BitTorrent system and is not responsible for the operation of the Bit Torrent system"

¹³⁸ שם, ס' 19 לסיכום. בלשון בית המשפט: "The result of this proceeding will disappoint the applicants. The evidence establishes that copyright infringement of the applicants' films is occurring on a large scale, and I infer that such infringements are occurring worldwide. However, such fact does not necessitate or compel, and can never necessitate or compel, a finding of authorisation, merely because it is felt that 'something must be done' to stop the infringements. An ISP such as iiNet provides a legitimate communication facility which is neither intended nor designed to infringe copyright. It is only by means of the application of the BitTorrent system that copyright infringements are enabled, although it must be recognised that the BitTorrent system can be used for legitimate purposes as well. iiNet is not responsible if an iiNet user chooses to make use of that system to bring about copyright infringement"

¹³⁹ שם, ס' 20 לסיכום.

¹⁴⁰ שופט המיעוט JAGOT חלק על דרך הניתוח של הערכאה הראשונה באשר לשאלת האמצעים לביצוע ההפרה. לשיטתו, יש לבדוק את התקיימות התנאים הקבועים בחוק לשם קיומה של הרשאה, למשל אם קיימת יכולת למנוע את מעשה ההפרה. התמקדות בשאלה אם ספק השירות הוא בבחינת מי שסיפק אמצעים בלבד מצמצמת את פרשנות הזכות להרשות ואילו לשון החוק האוסטרלי מרחיבה אותה. ראו: פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, פס' 368–371 לפסק דינו של השופט JAGOT. למעלה מכך, לשיטתו של השופט JAGOT לא ניתן לקיים הפרדה בין אמצעים ישירים לבין אמצעים המהווים תנאי מוקדם לפעילות המפרה. מדובר בהפרדה

הכללית המטילה אחריות על "המרשה" לבצע מעשה הפרה¹⁴¹ לבין ההוראה המעניקה חסינות לגורם אשר מעניק "גישה" לשירותי תקשורת, דוגמת ספק שירותי אינטרנט.¹⁴² מסקנתו הייתה כי אם מתקיימת "הרשאה", אזי החסינות איננה יכולה לחול. דהיינו, הזכות להרשות גוברת על הסדר ספציפי המעניק חסינות למתווכי הרשת.¹⁴³ לגופה של השאלה נקבע כי ספק השירות אינו בבחינת מי ש"הרשה" את ביצוע הפרות, שכן לא נמסר לו מידע מפורש וחד-משמעי לגבי מפרים, אלא תלונה כללית בלבד.¹⁴⁴ יתרה מכך, נקבע כי תנאי להטלת אחריות הוא התחייבות של בעלי זכויות היוצרים לשפות את ספק השירות על כל הוצאותיו בגין ניטור מפרים ובגין כל מקרה שבו טוטל עליו אחריות במקרים שבהם נותקו גולשים באופן מוטעה בעקבות תלונה של בעלי זכויות היוצרים.¹⁴⁵ ניכר כי הנמקה זו אינה שוללת באופן עקרוני הטלת אחריות על ספקי שירות, אלא מכינה את התנאים להחלתה במקרים עתידיים.¹⁴⁶ שופט הרוב Nicholas הצטרף למסקנות אלו, שלפיהן הבסיס לשלילת האחריות מספק שירותי האינטרנט לא צריך להיות היעדר אספקת אמצעים, שכן באופן זה לעולם לא ניתן יהיה להטיל על ספקי שירות אחריות ב"הרשאה". הבסיס לשלילת האחריות צריך להיות על פי בדיקת הקריטריונים השונים הקבועים בחוק האוסטרלי, שבהם יכולת סבירה למנוע את מעשה הפרה.¹⁴⁷ השופט Nicholas

מלאכותית, ולכן לא ניתן לקבוע שנדרש להיות רק אמצעי אחד בלבד המוביל למעשה הפרה. כמה אמצעים יכולים להוביל יחדיו למעשה הפרה, וככל שמדובר בהפרות באינטרנט, מתן הגישה לרשת הוא אחד מהאמצעים הללו. ראו: שם, פס' 374–377, 383 לפסק דינו של השופט JAGOT. עם זאת, השופט שולל את הטענה כי על פי שיטתו אף הספקת החשמל צריכה להיחשב מתן אמצעי לביצוע הפרות באינטרנט בנימוק כי כל מכשירי החשמל נזקקים לחשמל לשם הפעלתם. ראו: שם, פס' 384 לפסק דינו של השופט JAGOT. שופט המיעוט JAGOT אף הסתייג מקביעת השופט בערכאה נמוכה שלפיה אין לפרש את הזכות להרשות, הנבחנת על פי השאלה אם המרשה יכול היה למנוע את הפרה, כחובה אבסולוטית למנוע הפרות. החוק האוסטרלי הפורט את התנאים להתקיימות הרשאה מציין יכולת לנקוט אמצעים סבירים למנוע את הפרה, ולפיכך השאלה אם יש חובה אבסולוטית צריכה להיבחן בכל מקרה לגופו על פי השאלה אם המניעה היא סבירה באותו מקרה או לא. עוד לשיטתו, יכולת ספק השירות למנוע הפרות על ידי גולשים באמצעות ניתוקם היא סבירה, ואין זה קיצוני לדרוש מספק השירות להפעיל ניטור שכזה. ראו: שם, פס' 422–426 לפסק דינו של השופט JAGOT. לפיכך, מסקנתו הסופית של שופט המיעוט היא כי יש להטיל אחריות על ספק השירות במקרה זה כמי שהרשה את ביצוע הפרות על ידי הגולשים. ראו: שם, פס' 477 לפסק דינו של השופט JAGOT.

141 Copyright Act, § 101 (Austl.)

142 Copyright Act, § 101, 112

143 פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, בעמ' 256.

144 שם, פס' 257.

145 שם.

146 שם, פס' 274.

147 שם, פס' 693–702.

התמקד בחוות דעתו בבחינת יחסי הכוחות בין הצדדים הנדרשים לשם הקמת אחריות בגין הרשאה. יחסי כוחות אלו משתנים ממקרה אחד למשנהו, ויש לבחון אם השליטה על מעשה ההפרה היא ישירה או עקיפה. למשל, במקרה של בעל קרקע המשכיר את מקרקעו לפלוני ואותו פלוני מאפשר קיומם של מעשים פומביים מפריים במקרקעין – ביחסי הכוחות הללו השליטה של בעל הקרקע על מעשה ההפרה איננה ישירה, שכן האמצעי היחידי אשר באפשרותו לנקוט למניעת ההפרה הוא ביטול חוזה השכירות עם פלוני. ספק אם יש ציפייה סבירה מבעל הקרקע לנקוט אמצעי מרחיק לכת כזה למניעה של הפרת זכויות יוצרים.¹⁴⁸ באופן דומה, אף לספק השירות אין שליטה ישירה על מעשי ההפרה של הגולשים. כוח המניעה המצוי בידו הוא למעשה לבטל את חוזה השירות עם הגולש ולנתקו מהאינטרנט.¹⁴⁹ לכן יש לצפות באופן סביר מספק שירות לנקוט צעד מרחיק לכת של ניתוק גולש משירותי האינטרנט כליל במקרים שבהם יש ידיעה ממשית בפועל על כך כי החשבון של גולש מסוים שימש, באופן מוחלט או מהותי, לביצוע הפרות, ואין די בחשד כללי.¹⁵⁰ עם זאת, השופט איננו שולל ציפייה כזו גם במקרים קשים פחות.¹⁵¹ יתרה מכך, מסקנתו היא כי פרט לאזהרה כללית של גולשים מפני הפרות וניתוק גולשים מסוימים לנוכח ראיות מוצקות בדבר שימוש שנעשה באינטרנט לביצוע הפרות בהיקף משמעותי, אין לדרוש מספק השירות להפעיל אמצעים טכנולוגיים אחרים לניטור הפרות.¹⁵²

ניכר כי הכרעתו של בית המשפט לערעורים באוסטרליה נשענה על שיקולי מדיניות שבבסיסן הרצון להשאיר את הזכות להרשות ככלי משפטי פתוח שבעזרתו ניתן יהיה לגבש הסדר בכל מקרה לגופו. התנאים לגיבוש אחריות בגין הרשאה של ביצוע מפר נתפרו על פי מידותיו של המקרה המסוים, שוקללו בהם הצרכים של הגורמים השונים המעורבים בפעילות המדוברת והותר פתח רחב להטלת אחריות על מתווכי הרשת במקרים עתידיים.

ביוני 2011 הכריע בית המשפט לערעורים באנגליה באופן הפוך, בפסק דין שעובדותיו דומות לאלו שאירעו בפסק הדין האוסטרלי בפרשת *iiNet*. במקרה זה, חברות הסרטים הגדולות הגישו תביעה נגד ספקית שירות האינטרנט הגדולה ביותר בבריטניה – British Telecommunication (BT) – בגין הפרות של זכויותיהם המבוצעות באתר מסוים.¹⁵³ בית המשפט הורה לספקית השירות במקרה זה לנתק את האתר המדובר משירותי האינטרנט. בהקשר זה ראוי לציין כי קיים סעיף חוק אנגלי

148 שם, פס' 709–713, 718.

149 שם, פס' 722.

150 שם, פס' 724–725.

151 שם.

152 שם, פס' 734.

153 *Twentieth Century Fox Film, Corp. v. British Telecommunication*, [2011] EWHC 1981 (ch).

מפורש, אשר נחקק בשנת 2003, ולפיו בית המשפט יכול להורות לספק שירותי האינטרנט לנתק משירות גורם אשר לספק השירות ידיעה בפועל (actual knowledge) על כך שהוא משתמש בשירותי האינטרנט לשם הפרה.¹⁵⁴ החוק באנגליה אף קובע שבמסגרת הקביעה כי התקיימה ידיעה בפועל על הפעילות המפרה, יש להביא בחשבון את מכלול הגורמים הרלוונטיים, ובהם השאלה אם נמסרה הודעה על ההפרה לספק השירות.¹⁵⁵ בית המשפט ניתח בהרחבה את סוגיית היסוד הנפשי הנדרש במקרים של הפרה עקיפה (ובכלל זה מקרים של הפרת הזכות להרשות) בפסיקה האנגלית. הוא התמקד בשאלה למה צריכה להתקיים הידיעה בפועל ואם די בידיעה על פעילות מפרה באופן כללי או שמא נדרשת ידיעה על הפרה מסוימת.¹⁵⁶ מסקנתו של בית המשפט הייתה שאין צורך בקיומה של ידיעה בפועל על הפרה מסוימת של זכויות ביצירה מסוימת הנעשית על ידי אדם מסוים, ודי בידיעה בפועל על פעילות מפרה הנעשית באופן כללי ברשת. עם זאת, ככל שהמידע קונקרטי יותר, דרישה זו לידיעה בפועל על הפרה תתמלא ביתר קלות.¹⁵⁷ נורמה כללית זו לגבי היסוד הנפשי הנדרש לשם הטלת אחריות עקיפה על ספק שירות יושמה על המקרה הנדון שבו נקבע שנתגבשה רמת הידיעה הנדרשת לשם הטלת אחריות. קרי, ספק השירות ידע על קיומו של האתר ועל כך כי נעשית בו פעילות

¹⁵⁴ Copyright, Design and Patent Act, c.6 § 97A(1) (1988) (Eng.): "The High Court (in Scotland, the Court of Session) shall have power to grant an injunction against a service provider, where that service provider has actual knowledge of another person using their service to infringe copyright"

¹⁵⁵ Copyright, Design and Patent Act, c.6 § 97A(2) (Eng.): "In determining whether a service provider has actual knowledge for the purpose of this section, a Court shall take into account all matters which appear to it in the particular circumstances to be relevant and, amongst other things, shall have regard to – (a) whether a service provider has received a notice through a means of contact made available in accordance with regulation 6(1)(c) of the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (SI 2002/2013)"

¹⁵⁶ פרשת *Twentieth Century Fox Film Corp.*, לעיל ה"ש 153, פס' 126–148 לפסק הדין.
¹⁵⁷ שם, פס' 148 לפסק הדין: "Accordingly, I consider that what must be shown is that the service provider has actual knowledge of one or more persons using its service to infringe copyright. The more information the service provider has about the infringing activity, the more likely it is that the service provider will have actual knowledge. Thus it may well be relevant to consider whether or to what extent the service provider has knowledge of particular copyright works (or at least classes of copyright works) being involved, of particular restricted acts (or at least types of restricted act) being committed and of particular persons (or at least groups of persons) committing those acts; but it is not essential to prove actual knowledge of a specific infringement of a specific copyright work by a specific individual"

מפרה בנוגע לסרטי קולנוע בהיקפים גדולים ודי בכך.¹⁵⁸

3. אחריות ספקי שירות בפסיקת בית הדין האירופי לערעורים (ECJ)

בנובמבר 2011 דן בית הדין האירופי לערעורים בשאלת חבות ספק שירותי אינטרנט להפעיל אמצעים טכנולוגיים לניטור שיתוף קבצים אסור ולחסימתו. מקרה זה עסק בתביעה שהגיש התאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים בבליגיה נגד ספק שירות בדרישה כי יפעיל אמצעים טכנולוגיים קיימים אשר ימנעו שיתוף קבצים אסור של יצירות שבאחריותו. בית המשפט הבלגי קיבל את התביעה, ובערעור הופנתה לבית הדין האירופי לערעורים השאלה אם פסיקה זו עומדת בדרישות הדירקטיבות האירופיות השונות העוסקות בנושא. בפסיקה תקדימית נתקבל הערעור, ונקבע שאין לחייב את ספק השירות להפעיל אמצעים טכנולוגיים אשר ינטרו שיתוף קבצים ויובילו לחסימתו משני נימוקים עיקריים: הנימוק הראשון היה כי הטלת חובה זו משקפת איזון בלתי-מידתי בין רצון העותרים להגן על זכויות היוצרים לבין החופש של ספקי השירות לנהל את עסקיהם באופן חופשי; הנימוק השני היה כי הפעלת טכנולוגיה זו עלולה לפגוע בזרימה החופשית של המידע ברשת, שכן הניטור עלול להעלות בחכתו אף שיתוף קבצים מותר. מכאן, כי על אף ההיתר הקיים בדירקטיבה האירופית לפנות אל בית המשפט בבקשה שיורה לספק השירות לחסום פעילות מפרה, לא ניתן לחייב את ספקי השירות להפעיל מנגנוני ניטור כלליים.¹⁵⁹ בית הדין האירופי לערעורים חזר ואישש הלכה זו בפרשה נוספת שבה הוגשה תביעה של התאגיד הבלגי לניהול משותף של זכויות יוצרים נגד הבעלים של רשת חברתית

¹⁵⁸ שם, פס' 157 לפסק הדין: "In my judgment it follows that BT has actual knowledge of other persons using its service to infringe copyright: it knows that the users and operators of Newbin2 infringe copyright on a large scale, and in particular infringe the copyrights of the Studios in large numbers of their films and television programmes, it knows that the users of Newzbin2 include BT subscribers, and it knows that those users use its service to receive infringing copies of copyright works made available to them by Newzbin2. For the reasons given above, that knowledge satisfies the requirements of section 97A(1)" יצוין כי החלטה זו בבית המשפט לערעורים באנגליה ממשיכה את קו המדיניות אשר הוביל בית הדין האירופי לצדק בהחלטה משנת 2009, שלפיה, יש לפרש את הדירקטיבה האירופית לגבי זכויות יוצרים בחברת המידע כמחילה חובות מניעה של הפרת זכויות יוצרים על ספק שירותי האינטרנט, אף אם פעילותו היא כצינור פסיבי בלבד, משיקולי מדיניות של מאבק בתופעת ההפרות ההמונית ברשת. ראו: 557/07 LSG- Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v. Tele2 Telecommunication GmbH [2009] ECR I-1227.

¹⁵⁹ ראו: Case C-70/10 Scarlet Extended SA v. Société Belge des Auteurs, Compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

מקוונת (Netlog). שוב, נקבע כי לא ניתן לחייב את בעל הרשת החברתית להתקין אמצעים טכנולוגיים לניטור העברת קובצי מוזיקה וסרטים הנעשית בין חברי הרשת החברתית. זאת, לאור החופש של בעל הרשת החברתית בניהול עסקיו ולאור זכותם של חברי הרשת לקבל מידע, זכות המוכרת כזכות יסוד.¹⁶⁰

ד. פסקי הדין בפרשת שוקן ובפרשת א.ל.י.ס – אחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים בישראל

כאמור, אחד מהמקורות הנורמטיביים להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים הוא החיצוני, קרי – באמצעות ייבוא דוקטרינת האחריות התורמת מדיני הנזיקין. הפנייה לאפיק זה התפתחה בדין האמריקני, וזו התפשטה לאחרונה לדין הישראלי.¹⁶¹ התפתחות זו החלה, כאמור, בקליטת הדוקטרינה בדיני הפטנטים¹⁶² ולאחריה אוזכרה בכמה פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים בסוגיות של זכויות יוצרים.¹⁶³ מגמה זו שבדיני זכויות יוצרים עוגנה בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת שוקן שניתן בחודש יוני 2011, ולאחריה, כתחילתו של שיטפון, שני פסקי דין של בית המשפט המחוזי פיתחו ויישמו את הדוקטרינה בנוגע למתוכי הרשת.¹⁶⁴ בכל שלושת המקרים נקבע כי אין להטיל אחריות תורמת בשל אי-התקיימות התנאים הדרושים אשר הותוו בפסיקה. בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון שניתן בחודש מאי 2012, בפרשת ליגת הכדורגל האנגלי, צוינה האפשרות להטיל אחריות תורמת על גורם אשר הפנה קישור לאתר אחר ברשת שבו בוצעה פעילות המפרה זכויות יוצרים. עם זאת, דיון זה נעשה כאוביטר בלבד.¹⁶⁵

פרשת שוקן עסקה בפעיל של תא סטודנטים מפלגתי באוניברסיטה העברית אשר העתיק בלא רשות ספר, המשמש ללימוד בקורס באוניברסיטה, שכפלו ושלבנו במקראה אשר נמכרה לסטודנטים. הוצאת שוקן, שהיא בעלת זכויות היוצרים בספר, הגישה תלונה במשטרה נגד אותו פעיל. בהמשך, אכן הוגש נגדו כתב אישום. במקביל, הוצאת שוקן הגישה תביעה אזרחית נגד האוניברסיטה העברית בטענה כי

¹⁶⁰ ראו: Case C-360/10 Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM) v. Netlog NV.

¹⁶¹ ראו לעיל פרק 2(ב).

¹⁶² ע"א 7614/96 צחורי ובניו תעשיות בע"מ נ' "רגבה" – משוב שיתופי חקלאי בע"מ, פ"ד נד(3) 721 (2000); פרשת רב בריח, לעיל ה"ש 48.

¹⁶³ בש"א (מחוזי י"ם) Microsoft Corporation 2184/02 נ' אגמא מחשוב 1999 בע"מ, פס' 21 לפסק דינו של השופט עדיאל (פורסם בנבו, 22.11.2002); ת"א (מחוזי י"ם) 6306/04 בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נגד האוניברסיטה העברית בירושלים, פדאור 7(14) 413 (2007).

¹⁶⁴ פרשת א.ל.י.ס, לעיל ה"ש 6; פרשת נב אנד גו, לעיל ה"ש 7.

¹⁶⁵ פרשת ליגת הכדורגל האנגלי, לעיל ה"ש 53.

קיימת אף לה אחריות בגין ההפרה שבוצעה. בבית המשפט המחוזי נתקבלה התביעה נגד האוניברסיטה העברית.¹⁶⁶ בפסק דין זה נקבע כי בהתייחס לפסק הדין בפרשת רב בריח,¹⁶⁷ שם נקבע כי ניתן להחיל את דוקטרינת ההפרה התורמת בדיני הפטנטים, ניתן להחיל דוקטרינה זו אף בדיני זכויות יוצרים. בית המשפט המחוזי בחן את התנאים להקמת אחריות תורמת וקבע כי הללו התקיימו. האוניברסיטה העברית ידעה על מעשה ההפרה הישירה, הן ידיעה בפועל והתעלמות ממעשי ההפרה והן ידיעה בכוח בשל התנהלותה אשר דחפה את הסטודנטים לבצע מעשי הפרה. כמו כן, לאוניברסיטה הייתה יכולת שליטה ובקרה אפקטיבית על מעשי ההפרה אשר בוצעו במתחם המרכזי בקמפוס הר הצופים, המכונה הפורום, וכן יכולת למנען, אך היא לא נקטה צעד כלשהו נגד ההפרות שבוצעו. משכך, נקבע, הייתה לאוניברסיטה תרומה ברורה ומכריעה למעשי ההפרה. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון. פסק הדין בערעור ניתן על ידי השופט ריבלין, אשר נקודת המוצא להחלטתו הייתה כי "דוקטרינת ההפרה התורמת, טרם הוכרה במלואה במשפט הישראלי, בין בהוראות חוק זכות היוצרים, בין בפסיקה".¹⁶⁸ כמוסבר לעיל, נקודת מוצא זו שגויה, שכן חוק זכות יוצרים מכיר בדוקטרינת ההפרה התורמת במסגרת הזכות להרשות, אולם אכן הפסיקה בישראל לא יישמה הוראת חוק זו. השופט ריבלין אמנם התייחס לסעיף האוסר השמעה פומבית במקום בידור ציבורי כמקרה מיוחד של החלת הדוקטרינה של ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים, אך סעיף זה אינו רלוונטי למקרה המדובר. לפיכך פנה השופט ריבלין לדון בצידוק להכיר בדוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים, שעיקרה הרצון להרחיב את מעגל הנתבעים כלפי מונע הנזק היעיל ביותר. כמו כן, התקיים דיון בשאלה אם הכרה בדוקטרינה תגביר את האפקט המצנן שבדיני זכויות יוצרים. דיון זה הושתת, כאמור, על ההנחה כי הדוקטרינה איננה מוכרת בחוק זכות יוצרים, ועל כן נדרשת התשתית העיונית להכרה החדשנית בה לכאורה.

בדיון העיוני הכללי לא נחוץ לדון בצידוק לדוקטרינת ההפרה התורמת, אולם בדיני זכויות היוצרים, יש חשיבות רבה במיקוד הדוקטרינה באינטרסים העומדים על כפות המאזניים בעידן האינטרנטי. פרשת שוקן עוסקת אמנם בממכר מקראות בקמפוס האוניברסיטה, אך השופט ריבלין הבין היטב כי לפסק דינו יהיו הדים מידיים בעולם המקוון. על כן, השופט ריבלין הדגיש את חשיבותה של דוקטרינת האחריות התורמת בעידן האינטרנטי שבו הגורמים העקיפים משמשים כ"צוואר בקבוק", ולכן הטלת חבות עליהם תאפשר מניעה של הפרות על ידי משתמשי הקצה. עם זאת, ציין השופט ריבלין כי "אין חולק כי בעיצוב ההסדרים בדיני זכויות יוצרים יש לתת משקל

¹⁶⁶ פרשת בית שוקן, לעיל ה"ש 163.

¹⁶⁷ פרשת רב בריח, לעיל ה"ש 48.

¹⁶⁸ פרשת בית שוקן, לעיל ה"ש 5, פס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין.

נכבד לזכויות המשתמשים ומגוון התרבותי"¹⁶⁹.

לאחר שהשופט ריבלין עמד על הצידוק להכיר בדוקטרינת האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים, הוא נזקק למקור נורמטיבי לעיגונה, ולכן הוא פנה לסעיף 12 לפקודת הנזיקין, אף שנראה כי היה נכון להכיר בה בלא מקור נורמטיבי חיצוני או פנימי.¹⁷⁰ משם פנה השופט ריבלין להתוויית התנאים להחלת דוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים, והדגיש כי מתווה זה חייב למזער את הפגיעה במשתמשים ובמרחב הציבורי במידת האפשר ולכן יש להכיר בדוקטרינה זו רק במקרים המצמצמים המתאימים לכך. שלושת התנאים להכרה בהפרה תורמת הם: ראשית, הפרה ישירה – נדרשת להתקיים לפחות הפרה ישירה אחת בפועל. שנית, ידיעה על ההפרה הישירה. שלישית, קיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה. אשר לתנאי הראשון – הוא נובע מעצם היותה של ההפרה התורמת הפרה עקיפה. באשר לתנאי השני – השופט ריבלין מתווה אותה כדרישה לידיעה בפועל ואין די בידיעה קונסטרוקטיבית. מנגד, הידיעה בפועל אינה צריכה לחול לגבי כל הפרה קונקרטית. די בידיעה בפועל על קיומה של פעילות מפרה. התוויית היסוד הנפשי נעשית באופן ברור כצופת פני תביעות בעולם המקוון, שכן ההנמקה למתווה זה היא ההכרה להטיל אחריות במקרים של הפרות המוניות שבהם המתווך הוא מונע הנזק היעיל והיחיד. באשר לתנאי השלישי – יש לבחון מהן הפעולות שנקטו כדי לעודד את קיום ההפרה, מהי מידת המעורבות בשרשרת האירועים שהובילה להפרה ואם בנסיבות המקרה אפשר היה למנוע באופן אפקטיבי את קיומה של ההפרה בנקיטת אמצעים סבירים. השופט ריבלין עמד על כך כי התנאי השלישי אינו דרישה לקשר סיבתי במובן הצר של תנאי בלעדיו אין וכי "אין דרישה כי פעולתו של גורם-הביניים היוותה תנאי הכרחי לביצוע ההפרה, אלא די בכך שהיה לו חלק אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת האירועים שהובילה אליה". בהסתמך על פסיקה אמריקנית, השופט ריבלין פירש את התנאי השלישי כבחון אם למתווך או לגורם הביניים שליטה אפקטיבית על ההפרה הישירה ואם ביכולתו למנעה באמצעים פשוטים וסבירים. אם מדובר באמצעים יקרים וסבוכים, ספק אם מדובר ב"מונע הנזק הזול" ולכן נשמטת ההצדקה להטלת האחריות.

ישום מבחנים אלו על המקרה המדובר הוביל את השופט ריבלין למסקנה כי אין להטיל אחריות תורמת על האוניברסיטה העברית. הסיבה לכך היא כי על פי עובדות המקרה התנאי השלישי לא התקיים. האוניברסיטה לא פעלה באופן אפקטיבי לעידוד מעשה ההפרה, וכל תרומתה היא למעשה במחדל, קרי, בכך שלא מנעה את ביצוע ההפרה או שלא פעלה באופן אפקטיבי לעצור את ביצועה. לאוניברסיטה אין יכולת אפקטיבית לפקח על הפעולות הנעשות על ידי התאים הסטודנטיאליים או

¹⁶⁹ שם, פס' 12–17 לפסק דינו של השופט ריבלין.

¹⁷⁰ שם, פס' 19–20 לפסק דינו של השופט ריבלין.

הסטודנטים הפרטניים, ומשכך אין להעמיס אחריות על כתפיה.¹⁷¹ הוצאת שוקן ביקשה לקיים דיון נוסף בנוגע לשתי סוגיות. האחת תעסוק בשאלה אם ניתן להטיל אחריות תורמת בגין מחדל. השנייה תעסוק בסוגיית היסוד הנפשי הנדרש לשם הטלת אחריות תורמת. בקשה זו נדחתה על ידי הנשיאה ביניש.¹⁷² נקבע כי בפסק הדין שבערעור לא נאמר כי כעניין שבעיקרון אין אפשרות להקים אחריות תורמת במחדל. הכרעת בית המשפט נעשתה על סמך עובדות המקרה, ובמקרה המדובר מחדלה של האוניברסיטה העברית למנוע את ההפרה הישירה לא הצדיק להטיל אחריות תורמת.¹⁷³ באשר ליסוד הנפשי הנדרש, אכן בפרשת **שוקן** סטה בית המשפט מההלכה שנקבעה בפסק הדין בפרשת **רב בריח** בהקשר של דיני הפטנטים, בכך שדרש ידיעה בפועל וקבע שלא ניתן להסתפק בידיעה קונסטרוקטיבית. הנשיאה ביניש קבעה כי אין מדובר בהלכות סותרות, שכן אין זהות מוחלטת בין דיני הפטנטים לדיני זכויות היוצרים.¹⁷⁴ פרט לכך, ומבלי להביע דעה באשר ליסוד הנפשי הנדרש, לשיטתה, אין מדובר בקביעה אשר קשורתה מצדיקה דיון נוסף. זאת, בייחוד לאור הצורך לפתח את הדוקטרינה באופן זהיר ולאזן בין אינטרס המשתמשים ובין אינטרס בעלי זכויות היוצרים.¹⁷⁵

לאחר שניתן פסק הדין בפרשת **שוקן**, ניתן היה לצפות כי במהרה הוא ייושם בהקשר האינטרנטי, ואכן מקרה זה לא איחר לבוא.¹⁷⁶ פרשת **א.ל.י.ס.**¹⁷⁷ עסקה בחברות הסרטים הגדולות, המיוצגות באמצעות ארגון משותף, שהגישו תביעה נגד בעל אתר שבו מתנהל פורום מקוון, אשר הגולשים מציבים קישורים לאתרים אינטרנטיים אחרים שבהם ניתן להוריד באופן בלתי-חוקי סרטי קולנוע המוגנים בזכויות יוצרים. הפעילות המתקיימת באתרים שמהם ניתן להוריד את הסרטים מהווה הפרה ישירה. השאלה הייתה אם יש להטיל אחריות עקיפה על מתווכי הרשת השונים, ובמקרה זה "פורומים" סגורים, המכונים "Downloads" ו"סרטים וטלוויזיה", הפתוחים בתשלום בלבד ובהם מועלים קישורים לאתרים המפרים.

¹⁷¹ שם, פס' 23–28 לפסק דינו של השופט ריבלין.

¹⁷² דנ"א 5004/11 **בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ נ' האוניברסיטה העברית בירושלים**, פדאור 11(92) 395 (2011).

¹⁷³ שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש.

¹⁷⁴ שם.

¹⁷⁵ שם.

¹⁷⁶ מובן כי מתווה האחריות התורמת שבפסק דין בפרשת **שוקן** ימשיך לשמש אף מקרים שאינם נוגעים להקשר האינטרנטי. ראו למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 1917/07 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' החברה לפיתוח תיאטרון מוסיקה, אמנות ומחול – חולון בע"מ**, 12(29) 883 (2012). בפסק הדין זה דחה בית המשפט אחריות תורמת של תאטרון חולון לביצוע פומבי בלתי-מורשה שבוצע בשטח התיאטרון על ידי צד שלישי. נקבע כי התיאטרון לא ידע ולא יכול היה לדעת על הביצוע הפומבי המפר, ומשכך לא ניתן להטיל עליו אחריות תורמת.

¹⁷⁷ פרשת **א.ל.י.ס.**, לעיל ה"ש 6.

במקרה זה מדובר במעגל פעילות שלישי: המעגל הראשון כולל את האתרים המפרים, המעגל השני כולל את הגולשים המספקים את הקישור לאתרים המפרים והמעגל השלישי, עניינו האתר המשמש במה לאותם גולשים מן המעגל השני.¹⁷⁸ השופט גרוסקופף יישם את שלושת התנאים שנקבעו בפרשת **שוקן** לגבי עובדות המקרה וקבע כי בנוגע לתנאי הראשון ההנחה היא כי קיימת הפרה ישירה באותם אתרים שאליהם מופנה הקישור. באשר לתנאי השני, הדורש ידיעה קונקרטיה, השופט גרוסקופף קבע שבדרך כלל מפעילי אתרים יודעים על קיומה של הפרה כללית, ואולם אין די בכך. נדרשת ידיעה קונקרטיה לגבי הודעה ספציפית של גולש הכוללת קישור להעתק מפר של יצירה. בדרך כלל מנהלי האתרים אינם עוקבים אחר כל הודעות הגולשים. לכן נדרש להחיל נוהל "הודעה והסרה", שעל פיו, בעלי הזכויות יביאו לידיעת מנהל האתר את דבר קיומה של הודעה הכוללת קישור להפרה וכך יתגבש יסוד הידיעה הקונקרטיה. מסקנה זו נתמכת על ידי פסק הדין האמריקני בפרשת *YouTube*. העמדה כי יש לדרוש מבעלי אתרים לבצע ניטור מיזמתם נדחית, בכך שהיא למעשה מסתפקת בידיעה קונסטרוקטיבית של בעלי האתרים. כן מדובר בהטלת עלויות לא סבירות על בעלי האתרים. באשר לתנאי השלישי, תרומה ממשית ומשמעותית לביצוע ההפרה, השופט גרוסקופף קבע כי אף הוא אינו מתקיים באופן שגרתי לגבי אתר שבו מוצב קישור לאתר מפר, שכן אם בפסק דין בפרשת **שוקן** לא הוטלה אחריות תורמת על האוניברסיטה אשר ההפרה הישירה בוצעה בשטחה, מקל וחומר שאין להטיל אחריות על בעל אתר אשר בו רק הפניה להפרה המבוצעת במקום אחר, המצוי לחלוטין מחוץ לשליטתו.¹⁷⁹ העברת נטל הפיקוח אל בעלי האתרים אינה מוצדקת, וגם ספק אם היא יעילה. לאור הדברים האמורים, מסקנתו של השופט גרוסקופף הייתה כי מוצדק להטיל אחריות תורמת על בעל אתר רק לאחר שנמסרה לו הודעה על הפעילות המפרה, והוא, ללא סיבה מוצדקת, נמנע מלנקוט פעולות להסרת הקישור המפר.¹⁸⁰ זהו המקרה הרגיל. לעומת זאת, השופט גרוסקופף מוכן להכיר במצבים חריגים שבהם תוטל אחריות על בעל אתר לקישורים לאתרים מפרים אף בלא קיומה של הודעה והסרה, בשני מצבים קיצוניים. האחד – חריג העידוד – הוא מקרה שבו בעל האתר מעודד באופן אקטיבי הצבה של קישורים לאתרים מפרים. דוגמה למקרה שבו הוחל חריג העידוד היא בפרשת *Grokster* האמריקנית. השני – חריג הפורום הפסול – הוא מקרה שבו פורום כלשהו משמש רובו ככולו להצבת קישורים מפרים. הקביעה אם פורום כלשהו הוא פורום פסול צריכה להתבסס על בדיקה של מספר הקישורים המפרים, הן באופן יחסי לכלל הקישורים שבפורום והן באופן מוחלט, וכן על פי השאלה אם מדובר בפורום פתוח או סגור. השופט גרוסקופף

178 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

179 שם, פס' 44–47 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

180 שם, פס' 48–52 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

הציע מבחן "אצבע" לאומדן שכזה: פורום סגור שבו לפחות עשרה קישורים מפרים שהם לפחות כרבע מסך הקישורים שבפורום צריך להיות חשוד כ"פורום פסול". לגבי פורום פתוח המבחן צריך להיות מחמיר יותר, ולפיו נדרש כי לפחות מחצית מהקישורים בו יהיו מפרים. במקרים אלו, הנטל יעבור אל בעל האתר להראות כי לא ידע על היקף הפעילות האסורה או כי יש לאתר ערך לגיטימי.¹⁸¹ יישום מתווה זה בנוגע למקרה המדובר הוביל למסקנה כי אין להטיל אחריות תורמת על בעל האתר, שכן הוא קיבל על עצמו את נוהל ההודעה וההסרה וכי הוא הסיר קישורים מפרים לאחר שנמסרה לו הודעה. האתר המדובר אף איננו נופל לאחד משני החריגים הקיצוניים האמורים.¹⁸²

פסק דין נוסף אשר יישם את המתווה להטלת אחריות תורמת שבפרשות **שוקן וא.ל.י.ס.** הוא פסק הדין בפרשת **נב אנד גו.** פרשה זו עסקה באתר אשר פורסמו בו קישורים לתכנת ניווט "פרוצה" המשמשת כאפליקציה לטלפונים ניידים מתוצרת חברת Apple, אשר הזכויות בה שייכות לתובעת.¹⁸³ במקרה זה אין מדובר בפורום של גולשים, כי אם באתר אשר תכניו מועלים על ידי צוות כתבים המועסק על ידי בעל האתר. השאלה שהתעוררה היא מהי אחריותו של בעל האתר אשר לא העלה בעצמו את הקישורים המפרים. נקבע כי התנאי הראשון – ביצוע הפרה ישירה – התקיים. התנאי השני – היסוד הנפשי – לא התקיים, שכן נדרשת ידיעה קונקרטית על הפרה מסוימת. בעל האתר לכל היותר ידע על פעילות מפרה באופן כללי, ולכן התנאי השני לא התקיים. התובעות סירבו לפעול בהתאם לנוהל הודעה והסרה, ולכן לא ניתן לומר כי בעל האתר ידע על ההפרות השונות. אין אף לצפות ממנו לפקח על כל פעולה המבוצעת באתר. באשר לתנאי השלישי – אף הוא לא התקיים, שכן כל תרומתו של בעל האתר הייתה בכך שלא פעל למניעת ההפרה. בעל האתר לא עודד את הפעילות המפרה. עוד נקבע כי גם בחינה של האתר על פי מבחני האצבע שנקבעו בפרשת **א.ל.י.ס.** לא מאפשרים להטיל אחריות על בעל האתר, שכן הוא לא נמנה עם האתרים אשר סווגו כ"אתרים פסולים".

ה. על גבולות האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים בישראל

ראינו, עד כה, כי השימוש באחריות העקיפה בדיני זכויות יוצרים נובע מכמה מקורות נורמטיביים וכי לאפיק זה חשיבות מיוחדת בעידן האינטרנטי. בפרשת **שוקן**, בית המשפט העליון בישראל הכיר באפשרות השימוש בדוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים. לפסק דין זה חשיבות רבה שכן עד כה בתי המשפט בישראל נמנעו

¹⁸¹ שם, פס' 52–57 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁸² שם, פס' 58–61 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

¹⁸³ פרשת **נב אנד גו**, לעיל ה"ש 7.

מלדון בזכות להרשות כמקור להטלת אחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים. פרשת **שוקן** עוסקת במסכת עובדתית השייכת ל"עולם הישן". קרי, חלוקת עותקים מפריים של יצירה ספרותית בשטחה של אוניברסיטה. בלתי-נמנע היה כי הדוקטרינה תוחל במהרה על מסכת עובדות של "העולם החדש", קרי – העולם המקוון. שאלת היקף האחריות העקיפה והאחריות התורמת של מתווכי הרשת אכן מחייבת את בתי המשפט לנהוג בזהירות יתרה נוכח ההשפעות מרחיקות הלכת שיכולות להיות לפסיקתו על הפעילות ברשת ועל הערכים החברתיים הנלווים לה. עם זאת, יש כמובן להביא בחשבון גם את האינטרס הציבורי במניעת פעילות בלתי-חוקית. לשם כך יש לגבש מתווה מושכל להטלת אחריות תורמת בגין הפרת זכויות יוצרים. בבניית מתווה כזה יש לעמוד על יסודות האחריות התורמת באופן כללי במשפט הישראלי וליישם במסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים באופן המתיישב עם עקרונות השיטה. בפיתוח הדוקטרינה של האחריות התורמת במסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים יש לעשות גם סינתזה בין המקורות השונים להטלת אחריות עקיפה בדיני זכויות יוצרים במדינות המשפט המקובל. לפיכך, להלן, ייסקרו בתמצית מאפייניה של האחריות התורמת בדיני הנזיקין במשפט הישראלי, ולאחר מכן נפנה לדיון במתווה הרצוי לשימוש בדוקטרינה זו בדיני זכויות יוצרים.

1. יסודות האחריות התורמת במשפט הישראלי

התכלית המסורתית להטלת אחריות בנזיקין על מי שלא ביצע בעצמו עוולה – קרי הטלת אחריות לעוולת הזולת – היא כי אותו גורם יכול היה למנוע את הנזק בשל היחסים המיוחדים שבינו לבין המעוול הישיר. לפיכך, המדיניות המשפטית מצדיקה להטיל עליו אחריות כמנוע הנזק היעיל.¹⁸⁴ בצד המטרה ה"מניעתית", צידוק נוסף להטלת אחריות בגין עוולה שביצע אחר הוא הרצון לפצות את הניזוק. בנוסף, לעתים הגורם אשר תרם לביצוע העוולה יכול לשלם על הנזק.¹⁸⁵ המטרה ה"מפצה", המוכרת גם כעקרון "הכיס העמוק", מעוררת מחלוקת שכן השאלה היא מדוע היכולת לשלם גוררת אחריות משפטית, ומדוע עיקרון זה מיושם רק במקרים מסוימים.¹⁸⁶ מטעם זה יש הרואים במטרה המניעתית התכלית העיקרית להטלת האחריות על מי שלא ביצע

¹⁸⁴ יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית 436–438 (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך, 1976). כן ראו: WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 119 (2003); Douglas Lichtman & William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 HARV. J.L. & TECH. 395 (2003)

¹⁸⁵ אנגלרד, ברק וחשין, שם, בעמ' 436.

¹⁸⁶ שם, בעמ' 437.

בעצמו עוולה.¹⁸⁷ מכאן נובע הצידוק לדרוש כתנאי להטלת האחריות התורמת יכולת מעשית למנוע את מעשה העוולה העיקרי.

סעיף 12 לפקודת הנזיקין מפרט כמה מצבים שבהם תוטל אחריות תורמת למעשה עוולה שביצע אחר.¹⁸⁸ מדובר במצבים שונים שבהם ניתנת הוראה לביצוע עוולה היכולה להיות במפורש או במשתמע. ההוראה צריכה להתייחס לביצועו של מעשה שאינו מותר. הדוגמה המובאת על ידי המלומדים אנגלרד, ברק וחשין, בספרם, היא של א' המרשה ל-ב' לנהוג במכוניתו. ב' נהג ברשלנות וגרם נזק. ל-א' אין אחריות תורמת למעשיו של ב', שכן אמנם "הרשה" לו לנהוג, אולם לא הרשה לא לנהוג באופן אסור.¹⁸⁹ נותן ההוראה או המרשה, צריך, על כן, להיות מודע לכך כי המעשה שהרשה את עשייתו הוא אסור כתנאי לאחריותו.¹⁹⁰

פקודת הנזיקין קובעת מקרים מיוחדים שבהם תוטל אחריות על המרשה לאחר לבצע עוולה אשר מקימה אחריות שילווחית. על פי סעיף 13 לפקודת הנזיקין, כאשר עובד מבצע עוולה במהלך עבודתו ובמסגרתה רואים את המעביד כמי שהרשה את ביצוע העוולה. סעיף 14 לפקודת הנזיקין עוסק במצבים שבהם אדם יחוב בגין עוולה שביצע אחר אשר הועסק כשלוחו (שאינו עובדו) בעשיית מעשים עבורו. ההצדקה להטלת האחריות השילווחית בנזיקין היא כי המעביד והמרשה מפיקים טובת הנאה מההעסקה של העובד או המורשה, ולכן עליהם לשאת בנזקים שנגרמו על ידם.¹⁹¹ במקרים אלו הזיקה שבין המרשה למורשה היא הדוקה מאוד, והמורשה נתפס כידו הארוכה של המרשה.¹⁹² על כן, האחריות במקרים אלו היא ישירה. סעיף 12 לפקודת הנזיקין, לעומת זאת, מאפשר להטיל אחריות על עוולה שביצע אחר בגין מערכת יחסים הדוקה פחות בין הצדדים – כגון המייעץ או המשדל – ועל כן מדובר באחריות עקיפה, הנגזרת מזו הראשונה.¹⁹³ אף על פי כן, יש להימנע ממצב שבו תוטל אחריות תורמת על אדם שאין לו כל קשר עם העוולה שבוצעה.¹⁹⁴

עקרונות אלה יושמו בפסיקה אשר גיבשה שלושה תנאים להקמת אחריות עקיפה מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין. ראשית, נדרש כי אחד מהמצבים המנויים בסעיף 12

¹⁸⁷ שם, בעמ' 437–438.

¹⁸⁸ יצוין כי ס' 12 לפקודת הנזיקין מחלק את קבוצת הפעולות אשר עלולות להצמיח אחריות לשתיים. עקב כך עולה השאלה הפרשנית מהי נפקות החלוקה. פרופ' טדסקי עמד על כך כי ככל הנראה חלוקה זו נובעת מצורך תחבירי לשוני ולא נועדה להצביע על יסודות משפטיים נפרדים לשתי קבוצות המעשים, ראו: גר טדסקי "ההצטרפות בעוולת הזולת והפתעות ה'נוסח החדש'" הפרקליט כה 59 (1968).

¹⁸⁹ אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 185, בעמ' 438.

¹⁹⁰ שם, בעמ' 439.

¹⁹¹ שם, בעמ' 436.

¹⁹² שם.

¹⁹³ PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21–40.

¹⁹⁴ אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 184, בעמ' 440–441.

לפקודת הנזיקין – משתף עצמו, מסייע, מייעץ, מפתה, מצווה, מרשה או מאשר – יתקיים. פעולה שכזו נדרשת לעמוד בתנאי כי "תרומתו או השתתפותו של פלוני תהיינה בביצוע מעשה של עוולה ולא בביצוע בלתי נאות של מעשה מותר";¹⁹⁵ שנית, נדרש יסוד נפשי – "אדם המשתף עצמו בהרפתקה אשר הביאה בסופו של דבר לנזק, יחוב כשותף למעשה הנזיקין אם בהצטרפו למבצע המעשה ידע לקראת מה הוא הולך";¹⁹⁶ שלישית, על פי גישתו של פרופ' ברק, אף נדרש כי "כוונת המשוך שהמשודל יבצע עוולה, או יבצע מעשה שהעוולה היא תוצאה טבעית שלו".¹⁹⁷ דהיינו, אין די ביסוד נפשי של ידיעה, ויש צורך בכוונה שתבוצע העוולה העיקרית.

שאלה מעניינת היא מהו היחס בין הטלת אחריות תורמת על א' בגין הרשאה של מעשה עוולה שביצע ב' לבין מצב שבו באותה מסכת עובדתית טוטל אחריות ישירה על א' בשל כללי הסיבתיות, שלפיהם, ההרשאה שנתן א' למעשה העוולה שביצע ב' יוצרת למעשה מצב של אשם משותף.¹⁹⁸ במילים אחרות, אם על פי כלל הסיבתיות בנזיקין יש להטיל אחריות על המרשה את ביצוע העוולה, בבחינת חוליה ברשרת המעשה הנזיקי, אזי נראה כי הצורך בהטלת אחריות תורמת בעצם קיומה של הרשאה הוא מיותר.¹⁹⁹ סעיף 12 לפקודת הנזיקין מציין בקבוצת האפשרויות השנייה המטילה אחריות את פעולות ה"הרשאה" וה"אשרור". דווקא האשרור מחדד את היחס בין פעולות אלה לבין הסיבתיות הנזיקית. אשרור בדיעבד של מעשה עוולה בוודאי איננו יכול להיות חלק מהשרשרת הסיבתית לביצוע העוולה מלכתחילה. על כן ניכרת האפשרות כי הבסיס להטלת האחריות התורמת אינו נובע מסיבתיות נזיקית.²⁰⁰ ההצדקה להטיל אחריות בנזיקין במקרים שבהם לא מתקיימת סיבתיות נזיקית נעוצה בשיקולי מדיניות שעניינם הרחבת מעגל האחראים.²⁰¹ כאמור, השיקול

¹⁹⁵ ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, פס' 9 לפסק הדין של השופט ריבלין (2002). בפסק דין זה, בית המשפט מפנה לדוגמה המובאת לעיל על ידי המלומדים אנגלרד, ברק וחשין, בספרם, בנוגע לאדם המרשה לאחר לנהוג ברכבו, אינו מרשה בכך לנהוג באופן אסור; ראו לעיל ה"ש 65.

¹⁹⁶ שם.

¹⁹⁷ שם. כמו כן ראו: אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 184, בעמ' 439.

¹⁹⁸ ס' 64 לפקודת הנזיקין קובע כי האחריות בנזיקין מוטלת על פי כלל הסיבתיות ועל כן ניתן להטיל אחריות על שרשרת הגורמים שהובילו לביצוע מעשה העוולה.

¹⁹⁹ לדיון מקיף בשאלה זו, ראו: Gad Tedeschi, *Authorization of Torts*, 4 ISRAEL L. REV. 1, 3-4 (1969).

²⁰⁰ שם, בעמ' 5-8.

²⁰¹ פרופ' טדסקי מעלה ושולל אפשרות נוספת שלפיה הבסיס העיוני להטלת האחריות התורמת נובע מעקרון השליחות. במקרה של שליחות, האחריות מועברת לשולח והשלוח יוצא מהתמונה. ניכר כי זהו איננו המצב באחריות תורמת שבה אף המעוול עצמו נושא באחריות. יתרה מכך, שליחות תקפה היא לביצוע פעולה משפטית בלבד וזו חייבת להיות חוקית. מכאן כי הרשאה לבצע עוולה אינה יכולה להקים יחסי שליחות, ראו: שם, בעמ' 9-10.

המרקזי הוא השיקול המניעת. אף על פי כן, פרופ' ברק הביע דעתו בספרות כי ככל שמדובר בהטלת אחריות תורמת בגין "הוראה" שנתן א' ל-ב', יש להחיל יסוד רביעי נוסף של קשר סיבתי בין מתן ההוראה לבין מעשה העוולה.²⁰² בפסק הדין בפרשת **רינת** עמד השופט ריבלין על הבעייתיות הטמונה בדרישה לקשר סיבתי כתנאי להחלת אחריות תורמת במצבים של מי ששיתף את עצמו במעשה או במחדל העוולתי או במי שאשרר אותו בדיעבד ועל כן סייג דרישה זו רק לגבי פעולה של "הוראה".²⁰³ על כן תנאי רביעי להטלת האחריות התורמת במצבים מסוימים, אשר נראה שכוללים את ה"הרשאה" לביצוע עוולה, הוא קשר סיבתי בין ההרשאה לעוולה שבוצעה.²⁰⁴

סיבתיות הנזיקין מתפרשת בדרך כלל על פי עקרון "סיבה בלעדית אין". קרי, יש לבדוק אם אלמלא בוצעה הפעולה הנבחנת, לא הייתה אף נעשית העוולה המדוברת.²⁰⁵ אף על פי כן, בשני פסקי דין עוקבים החמיר בית המשפט העליון את דרישת הקשר הסיבתי הנדרש מתוך שיקולי מדיניות שעניינם צמצום השימוש בדוקטרינת האחריות התורמת. בפסק הדין בפרשת **נשאשיבי** משנת 2010, נקבע ברוב דעות כי כעניין שבמדיניות יש לצמצם את הטלת האחריות התורמת במשפט האזרחי.²⁰⁶ אותו מקרה עסק בשאלה אם יש להטיל אחריות על מנהל חברה בגין עוולה שבוצעה על ידי החברה שבניהולו. השופט ריבלין סקר את פסקי הדין הישראליים השונים שבהם נדונה האפשרות להטיל אחריות על גורמים עקיפים לעוולה מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין, ומסקנתו הייתה כי הנטייה הברורה היא לצמצם בהטלת אחריות מכוח הדוקטרינה.²⁰⁷ באשר לקשר הסיבתי הנדרש לשם הקמת אחריות, קבע השופט ריבלין כי יש להעמידו על קיומה של תרומה ישירה למעשה העוולה. הדוגמות המובאות למקרים שבהם ניתן לומר כי מתקיימת תרומה ישירה, הן מצבים שבהם ניתן היה אף להטיל אחריות מכוח הדוקטרינה של מעוולים

²⁰² אהרן ברק **אחריות שילוחית בדיני נזיקין** 116 (1964).

²⁰³ פרשת **רינת**, לעיל ה"ש 195, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין. שם נכתב: "דרישה נוספת שנוכרה בספרות לתחולתו של סעיף 12 לפקודה היא קיומו של קשר סיבתי 'בין הוראת השולח לבין העוולה שבוצעה' (א' ברק אחריות שילוחית בדיני נזיקין [50], בעמ' 116). אולם דומה כי דרישה זו אינה קיימת כאשר מדובר, למשל, במי ששיתף עצמו במעשה או במחדל העוולתי ובמי שאשרר אותו בדיעבד, להבדיל מנותן ההוראה".

²⁰⁴ ליישום דרישת הקשר הסיבתי כתנאי להטלת אחריות תורמת ראו: ת"א (שלום ת"א) 201170/02 **דרעי נ' עיתון ידיעות אחרונות בע"מ**, פדאור (11)00 477 (2005). אף בפסיקה מוקדמת יושמה הדרישה ליסוד רביעי של קשר סיבתי, לדוגמה בפסק הדין בע"א 209/53 **ויצמן נ' צוקר**, פ"ד (ח3) 1412, 1421 (1954). בפסק דין זה בית המשפט אכן דרש קשר סיבתי בין פעולת ההרשאה לבין ביצוע העוולה (רשלנות במקרה המדובר).

²⁰⁵ אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 184.

²⁰⁶ ע"א 313/08 **נשאשיבי נ' רינאווי**, פדאור (30)10 146 (2010).

²⁰⁷ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין.

במשותף (סעיף 11 לפקודת הנזיקין). הן חבות מכוח דוקטרינת המעוולים במשותף והן חבות מכוח דוקטרינת האחריות התורמת מטילות חבות אישית למעשה העוולה, במובחן מחבות שילוחית. לכן מסקנתו הייתה כי מדובר בדוקטרינות חלופיות.²⁰⁸ השופט ארבל הצטרפה למסקנה זו והדגישה ביתר שאת כי "יוצא שגם אם ניתן להטיל חיוב אישי באמצעות סעיף 12 הוא יהיה ברוב המקרים דומה בהיקפו להיקף החובה האישית הישירה אשר מקימות עוולות המסגרת, פרט למקרים נדירים".²⁰⁹ לבסוף, קבע השופט ריבלין, ולהכרעתו הצטרפה השופטת ארבל, כי יש לצמצם את השימוש בדוקטרינות היקפיות דוגמת האחריות התורמת להרחבת האחריות על מנהלי חברות מתוך שיקולי מדיניות שעניינם אי-התערבות באיזונים הקבועים במסגרת הפנימית של דיני החברות.²¹⁰ השופטת ארבל אף הדגישה כי כל גישה אחרת תוביל להטלת אחריות סיטונאית על גורמים היקפיים למעשה העוולה העיקרי מעצם כך שהיו מודעים למעשה העוולה. אין די במודעות, ונדרשת מעורבות ישירה.²¹¹ לפיכך, סיכמו של דבר, נתגבשה דרישה נוספת להטלת אחריות תורמת והיא כי, למעט מקרים חריגים ונדירים, החבות האישית קמה גם מתוך עוולות המסגרת ולא רק מכוח הדוקטרינה של האחריות התורמת.²¹² כאמור, בהמשך לקביעה זו, בפסק דין בפרשת **שוקן** שבענייננו, המשיך השופט ריבלין את קו הפרשנות שבפסק הדין

²⁰⁸ שם. מעניין לציין כי השופט אנגלרד עומד אף הוא על הקשר בין אחריות תורמת למעוולים במשותף בפרשת **רב בריח**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 349. בהקשר זה מובא ציטוט המתמצת את ההלכה האנגלית בנושא מתוך: J.F. CLERK & W.H.B LINDSELL, THE LAW OF TORTS, para. 4-108 (2010): "Where one person instigates another to commit a tort they are joint tortfeasors; so are persons whose respective shares in the commission of a tort are done in furtherance of a common design. 'All persons in trespass who aid or counsel, direct, or join, are joint trespassers'. But mere similarity of design on the part of independent actors, causing independent damage, is not enough; there must be concerted action towards a common end. A person who only facilitated (as opposed to procured) a tort would not be liable as a joint tortfeasor" הטלת אחריות תורמת היא סוג של אחריות בגין עוולה שבוצעה במשותף. אף השופט אנגלרד בפרשת **רב בריח** מסכם כי ס' 12 לפקודת הנזיקין תואם את העיקרון המסורתי של המזיק במשותף במשפט המקובל האנגלי. ראו: שם, בעמ' 351.

²⁰⁹ פרשת **נשאיבי**, לעיל ה"ש 206, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ארבל. בית המשפט מפנה בהקשר דברים זה לפסק הדין בע"א 269/82 **הילמן נ' כרמי**, פ"ד מא(4) 1 (1987). פסק דין זה עסק בנערים אשר שיחקו יחדיו בנשק ועקב כך נפגעה עוברת אורח. נקבע כי ניתן להטיל אחריות על שני הנערים גם יחד כמעוולים במשותף ולחלופין להטיל אחריות על הנער אשר לא אחז בידו בנשק בעת שנפגעה עוברת האורח באחריות תורמת לעוולה.

²¹⁰ פרשת **נשאיבי**, לעיל ה"ש 206, פס' 7-8 לפסק דינו של השופט ריבלין ופס' 1-3 לפסק דינה של השופטת ארבל.

²¹¹ שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל.

²¹² שם.

בפרשת **נשאשיבי**, ודחה פרשנות פשטנית של הקשר הסיבתי הנדרש לשם הטלת אחריות תורמת כ"סיבה בלעדית אין", והעמידו על מבחן מחמיר הדורש קיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה.²¹³

2. מתווה להטלת אחריות תורמת על מתווכי הרשת – סינתזה בין הלכות האחריות התורמת והזכות להרשות לבין מסגרת מאוחדת בדיני זכויות יוצרים

הדיון בגבולות האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים בישראל אינו יכול להיות מנותק מהתפתחות הדוקטרינה בדיני הנזיקין הכלליים. יתרה מכך, בגיבוש מתווה להטלת אחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים יש להביא בחשבון את מגוון המקורות הנורמטיביים של הדוקטרינה ולעבדם לכדי כלל עקבי. מהסקירה שלעיל עולה כי קיימים למעשה שני מקורות נורמטיביים כאלה: המקור הפנימי לדיני זכויות יוצרים, שעניינו "הזכות להרשות", והמקור החיצוני, שעניינו ייבוא הדוקטרינה מדיני הנזיקין לתוך דיני זכויות יוצרים. שני מקורות אלו זכו לפיתוח בפסיקה בשיטות המשפט השונות: המקור הפנימי – בעיקר באנגליה, אוסטרליה וקנדה, והמקור החיצוני – בעיקר בארצות-הברית ולאחרונה בישראל. סינתזה של מקורות שונים אלו יכולה להניב כלל אשר מתיישב עם העקרונות הכלליים של השיטה וגם מיושם בהתאם לצרכים של דיני זכויות יוצרים בעולם הדיגיטלי. על פי המתווה המוצע, לשם הטלת אחריות תורמת או אחריות בגין הזכות להרשות (אשר יכוננו "אחריות תורמת"), על מתווכי הרשת, יש לעמוד על התקיימות הדרישות המפורטות הבאות:

2.1 הפרה ישירה

תנאי להקמת אחריות תורמת הוא קיומה בפועל של הפרה ישירה. דרישה זו נובעת ממהותה של ההפרה התורמת או הפרה של הזכות להרשות, כהפרה עקיפה. בפרשת **שוקן** קבע השופט ריבלין כי האחריות התורמת תוכל לקום אך אם לא תוטל אחריות על המפר הישיר עקב הפעלת כלל השימוש ההוגן.²¹⁴ השופט ריבלין שב וחזר על עמדתו בפסק הדין בפרשת **ליגת הכדורגל האנגלי**, שם נדונה באוביטר אחריות תורמת של גורם המציב קישור לאתר מפר.²¹⁵ להערכתו, מסקנה זו שגויה, והיא נובעת בין היתר מסיווג טכני וצר של דוקטרינת השימוש ההוגן כטענת הגנה דיונית.²¹⁶ סעיף 18 לחוק זכות יוצרים קובע מהם שימושים מותרים ביצירה שאינם

²¹³ ראו לעיל ה"ש 170–171.

²¹⁴ פרשת **בית שוקן**, לעיל ה"ש 5, פס' 24 לפסק דינו של השופט ריבלין.

²¹⁵ פרשת **ליגת הכדורגל האנגלי**, לעיל ה"ש 53, פס' 16 לפסק הדין של השופט ריבלין.

²¹⁶ שם, פס' 18 לפסק הדין של השופט ריבלין. לשיטתו של השופט ריבלין, סיווג מעשה מסוים כמותר הוא טענת הגנה פוזיטיבית.

נחשבים שימושים מפרים. מדובר בכלל מהותי הקובע כי פעולה כלשהי אינה מהווה הפרה. אין מדובר בטענת הגנה טכנית המסירה אחריות על אף קיומה של הפרה.²¹⁷ על כן שימוש אשר נמצא הוגן ומותר אינו יכול להקים סביבו אחריות בהפרה תורמת. זהו למעשה הנימוק העיקרי שעמד בבסיס החלטת בית המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת **סוני** משנת 1984. בפסק דין זה נקבע כי היות שייתכן שמשתמשי הקצה נהנים מחסות השימוש ההוגן בשימוש פרטי וביתי במכשירי ההקלטה מתוצרת סוני, לא ניתן להטיל על יצרנית המכשיר אחריות תורמת.²¹⁸ בהיעדר הפרה ישירה לא יכולה לקום הפרה תורמת.

מסקנה גויה זו שבפרשת **שוקן** אינה מתיישבת עם לשון סעיף 47 לחוק זכות יוצרים, הקובע באופן ברור ומפורש כי: "העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או **מרשה לאחר לעשות פעולה כאמור**, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, **אלא אם כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד'**" (הדגשות שלי – א.פ.א.). דהיינו, גם הפרה של הזכות להרשות מותנית בכך כי הפעולה העיקרית איננה מותרת על פי הוראות החוק. בפרשת **ליגת הכדורגל האנגלי**, השופט ריבלין שב והסביר מדוע לשיטתו על אף לשון סעיף 47 לחוק זכות יוצרים, עדיין ניתן להכיר בקיומה של הפרה תורמת בהיעדר הפרה ישירה: "מקום בו מדובר בשימוש 'מותר' – אכן אין 'הפרה' לפי החוק. אלא שבכך אין כדי לאיין את העובדה שבמהות מתקיימת פגיעה בזכות היוצרים, אף אם פגיעה זו מותרת מסיבות שונות. זאת, בעיקר כשצירוף מספר רב של פגיעות-מוגנות יחד גורם לבעל הזכות נזק ניכר".²¹⁹ עמדה זו מוקשית במיוחד. על פי גישה זו, המותר והאסור הקבועים בחוק זכות יוצרים הם לכאורה בלבד, על כן צינם השופט ריבלין תחת מירכאות, ואילו הקביעה ה"אמתית" של המותר והאסור תיעשה על ידי בית המשפט, על פי הבנתו מהו אומדן הנזק לבעל זכות היוצרים. גישה זו למעשה חותרת תחת איזון האינטרסים אשר קבע המחוקק, ומעבירה לבית המשפט את הכוח לקבוע אם "מהותית" נתקיימה פגיעה אשר מזכה בסעד. דיון דומה נערך במסגרת כוחה של העילה בעשיית עושר ולא במשפט לשמש כ"עילת סל" במצבים שבהם לא קמה עילה על פי דיני הקניין הרוחני הממוסד.²²⁰ ככל שמדובר בדיני זכויות היוצרים, נקבע כבר בבית המשפט העליון כי במקרים שבהם נשללה הגנה בחוק, לאחר שקילת האינטרסים וכחלק ממדיניות ראויה, על בית המשפט להיזהר מהרחבת ההגנה

²¹⁷ שם. זאת, מבלי להיכנס לדיון בשאלה אם שימוש מותר ניתן לסיווג אף כזכות חיובית של המשתמשים. אף אם שימוש מותר איננו זכות חיובית של המשתמש, עדיין איננו יכול להיות מסווג כהפרה בפועל.

²¹⁸ ראו לעיל ה"ש 37–29.

²¹⁹ פרשת **ליגת הכדורגל האנגלי**, לעיל ה"ש 53, פס' 16 לפסק הדין של השופט ריבלין.

²²⁰ ראו: רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. **יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289 (1998).

באמצעות הפסיקה.²²¹ יתרה מכך, גישה זו של השופט ריבלין למעשה מקדמת תפיסה של זכות היוצרים כזכות טבעית, הקודמת לחוק, אף שתפיסה זו שנויה במחלוקת,²²² וספק אם לכך כיוון בית המשפט עצמו.

עם זאת, במצבים שונים שבהם אין מטילים אחריות על המפר הישיר מסיבות שאינן מהותית ומסיבות שאינן נובעות מסיווג פעולתו כמותרת על פי חוק זכות יוצרים עצמו, כגון בשל טענות חסינות דיוניות,²²³ אזי ניתן לומר שאף שהתקיימה הפרה, לא מוטלת אחריות ישירה. בנוסף, וחרף זאת, ניתן להטיל אחריות תורמת על הגורמים אשר סייעו בביצוע ההפרה.

2.2. היסוד הנפשי – "אשם", ידיעה קונקרטיה בפועל וכוונה

תנאי שני ובסיסי להקמת אחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים הוא קיומו של יסוד נפשי, קרי אשם. דרישת האשם משמשת כמסננת העיקרית ללכידת אותם גורמים אשר הטלת האחריות עליהם איננה נובעת רק מכך שביכולתם לשמש כשומרי סף, אלא מכך שפעילותם מושתתת על מודל עסקי המערב פעילות מפרה, ומשכך בוודאי שידעו על פעילות זו, התכוונו אליה ורצו בה.²²⁴ לפיכך, נראה כי את היסוד הנפשי ניתן לפרוט לשתי סוגיות נפרדות: רמת הידיעה הנדרשת על הפעילות המפרה והכוונה או הרצייה בפעילות המפרה.

2.2.1. רמת הידיעה הנדרשת

אשר לרמת הידיעה הנדרשת לשם הקמת אחריות תורמת בגין הפרת זכות יוצרים, ניתן לומר שזו שנויה במחלוקת במשפט האמריקני. בפסק הדין בפרשת סוני משנת 1984 בית המשפט העליון בארצות-הברית קבע כי האחריות התורמת תוכל לקום במקרה של ידיעה בכוח (ידיעה קונסטרוקטיבית).²²⁵ הידיעה בכוח מעוררת קושי

²²¹ ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פדאור 10(7)152, פס' 66 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2010).

²²² השוו: ע"א 513/89 S/Interlego a נ' lines bros. S.a-exin, פ"ד מח(4)133, 160-167 (1994); ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3)658 (2003).

²²³ לדוגמה, ראו חסינות מחמת גילו של המעוול, ס' 9(א) לפקודת הנזיקין.

²²⁴ לקריאה של פסק הדין האמריקני בפרשת *Grokster* כממקד את האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים בדרישת האשם, ראו: Alfred C. Yen, *Third-Party Copyright Liability After Grokster*, 91 MINN. L. REV. 184, 227 (2006).

²²⁵ פרשת סוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 439: "[I]f liability were to be imposed on petitioners in this case, it must rest on the fact that they have sold equipment with constructive knowledge of the fact that their customers may use that equipment to make unauthorized copies of copyrighted material"

מיוחד במקרה של מתווכי הרשת. במקרים שבהם מוצעים שירותים, אשר בחלקם משמשים לפעילות חוקית ובחלקם לפעילות מפרה, מתעוררת במלוא עצמתה שאלת היסוד הנפשי, שכן ניכר כי אין ידיעה בפועל על קיומה של כל הפרה והפרה.²²⁶ השופט פוזנר קבע בפרשת *Aimster*, אשר עסקה בשירות שיתוף קבצים, כי עצימת עיניים (willful blindness) לקיומה של פעילות מפרה משולה לידיעה בפועל.²²⁷ על קביעה זו נמתחה ביקורת מפני שככל שמדובר בפעילות הנעשית באינטרנט, המערבת פעילות מפרה וחוקית, יש להיזהר בקביעה גורפת בדבר עצימת עיניים, שכן הדבר עלול לפגוע בכל פעילות אינטרנטית. מתווכי הרשת בוודאי מודעים לכך שנעשית פעילות מפרה כלשהי באמצעותם, אך אין בכך די לגבש את היסוד הנפשי הראוי, שכן הדבר עלול לסתום את הגולל על פעילויות מרובות ברשת האינטרנט אשר בעיקרן הן לגיטימיות.²²⁸ כל עוד מדובר בפעילות מתווכי הרשת, שיקולי המדיניות בהחלט יכולים להצביע על כך כי נדרשת ידיעה ברמת קונקרטיות גבוהה יותר. דרישה זו נובעת מעצם העובדה כי מתווך הרשת מאפשר פעילות בהיקפים גדולים מאוד, וניתן להניח תמיד כי חלק מפעילות זו מפרה. השאלה הנשאלת היא אם ידיעה ברמה קונקרטית גבוהה יותר דורשת ידיעה ספציפית על כל הפרה מסוימת הנעשית על ידי גולש ספציפי.

הצידוק המובא לדרישה כי תתקיים ידיעה ספציפית בפועל על מעשה ההפרה הישירה כתנאי להקמת אחריות תורמת הוא כי רק ידיעה כזו תאפשר למתווך הרשת למנוע את ההפרה, כגון על ידי משלוח אזהרה לגולש ובמידת הצורך לנתקו מהשירות.²²⁹ כאמור, יכולת המניעה של ההפרה עומדת בלבה של הטלת האחריות לעוולת הזולת. צידוק זה הוא שעומד בבסיס ההסדר של הודעה והסרה המעוגן במדינות רבות בחוק. הסדר שכזה משקף כמובן גם את עמדת המחוקק כי יש להעניק מפרצי ביטחון למתווכי הרשת נוכח התועלת החברתית בפעילותם. מכאן כי רק כאשר מתווך הרשת קיבל הודעה על הפרה קונקרטית והוא אינו פועל להסרתה, אזי אין צידוק להעניק לו מפרץ ביטחון מאחריות תורמת, שכן בהכרח כבר יש לו ידיעה ספציפית בפועל על ההפרה.²³⁰ אכן, דרישה כזו לידיעה ממשית וספציפית על מעשה ההפרה הישירה כתנאי להטלת אחריות תורמת הותוותה בערכאה הראשונה בפרשת *Youtube* משנת 2010 בארצות הברית. אלא שכאמור, ערכאת הערעור במידה רבה נסוגה מגישה זו בחזרה על עמדת השופט פוזנר, שלפיה עצימת עיניים היא ידיעה בפועל השוללת חסינות. עם זאת, נותר מרחב פעולה לבית המשפט בערכאה הראשונה לקבוע אם אכן בנסיבות העניין התקיימה עצימת עיניים ולהתוות פרשנות

226 PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 47–21.

227 פרשת *Aimster*, לעיל ה"ש 125, בעמ' 649.

228 PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 47–21.

229 פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, פס' 763.

230 PATRY, לעיל הערה 30, בעמ' 47–21.

לדוקטרינה זו באופן אשר תתיישב עם איזון האינטרסים הנדרש בנוגע למתווכי הרשת. בפסק הדין האוסטרלי משנת 2011, בפרשת *Roadshow Films*, נקבע ברוח דומה כי הודעה כללית אשר נמסרה לספק שירותי האינטרנט בדבר הפרת זכויות יוצרים הנעשית על ידי משתמשי קצה אינה מייצרת ידיעה בפועל אצל ספק השירות בדבר הפרה. ספק השירות יודע, ללא כל ספק, כי חלק מן הגולשים מבצעים פעילות בלתי-חוקית ברשת, אך בכך אין לייצר את אותה ידיעה המאפשרת להקים אחריות בגין הרשאה של מעשה מפר. הידיעה צריכה להיות קונקרטית בנוגע לשימוש שנעשה על ידי צרכן ספציפי כדי שספק השירות יוכל לפעול למניעתה.²³¹ בית המשפט אף דחה את הטענה כי מדובר בעצימת עיניים המשולה לידיעה, שכן לספק השירות אלפי צרכנים המבצעים מיליוני פעולות באינטרנט ולכן בהיעדר מידע קונקרטי וחד-משמעי אין להטיל על ספק השירות את החובה לברר פרטים בקשר לחשד הכללי בנוגע למשתמשים שונים.²³² לעומת זאת, באנגליה, היסוד הנפשי פורש באופן מקל. שם נקבע כי די בידיעה כללית של ספק השירות על קיומן של הפרות וכי אין צורך בידיעה על הפרה קונקרטית הנעשית על ידי אדם מסוים.²³³ עם זאת, יש לאבחן פסיקה זו מהתפתחות הפסיקה בארצות-הברית ואוסטרליה על רקע הסדר חקיקתי מיוחד הקיים באנגליה שעניינו סמכות להוציא צו מניעה נגד ספק שירות לשם הפסקת הפרות עתידיות.²³⁴

בישראל אין חקיקה הנוגעת לדרישת הודעה והסרה לגבי חומר מפר ממתווכי הרשת.²³⁵ עם זאת, אף בישראל שיקולי מדיניות מצריכים לקיים איזון עדין בין הצורך לאפשר את פעילות מתווכי הרשת לבין הצורך להגן על בעלי זכויות היוצרים. כמו כן, הצידוק להטלת אחריות תורמת מושתת בכל מקרה על יכולת המניעה של מעשה ההפרה. על כן, איזון זה יכול להיות מושג על פי השאלה אם בפועל נדרשה הסרה של חומרים מפריס. כך שאם נדרשה הסרה ולא הוסרו החומרים הללו, אזי מתקיימת רמת ידיעה המאפשרת להטיל אחריות במקרים המתאימים. באופן זה, אף בהיעדר חקיקה, הליך ההודעה והסרה יהפוך לחלק מהפרקטיקה הנוהגת בתעשייה. אם לא נדרשה הסרת חומרים מפריס, יש להחיל את היסוד הנפשי המוגבר, קרי, ידיעה ספציפית בפועל על הפרה קונקרטית. במרבית המקרים לא ניתן יהיה להוכיח את קיומו של יסוד נפשי מוגבר זה אצל מתווך הרשת בהיעדר הודעה מטעם בעל הזכויות.

²³¹ פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, פס' 763.

²³² שם, פס' 766-767.

²³³ ראו לעיל ה"ש 157.

²³⁴ ראו לעיל ה"ש 154. אמנם הסדר חקיקתי זה דורש ידיעה בפועל (actual knowledge), אך כאמור בית המשפט פירש את הידיעה בפועל כחלה על הפעילות המפרה באופן כללי.

²³⁵ הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח 356 מסדירה נושא זה. הצעת חוק ממשלתית זו הוסרה מסדר יומה של הכנסת ה-17 והוגשה בשנית כהצעת חוק פרטית על ידי חבר הכנסת מאיר שטרית.

2.2.2. כוונה ורצייה

בצד השאלה מהי רמת הידיעה הנדרשת בנוגע לפעילות המפרה, דרישת היסוד הנפשי צריכה לכלול מרכיב נוסף של כוונה ורצייה. בדיני הנזיקין הכלליים בישראל מושג הרצייה פורש כנוגע לעשיית הפעולה עצמה: האם הפעולה העוולתית בוצעה כאשר המעוול שלט על תנועות גופו או מתוך רצון חופשי? מנגד, מושג הכוונה פורש כנוגע לתוצאת הפעולה: האם מבצע הפעולה צפה שתתקיים התוצאה הטבעית והמסתברת הנובעת ממעשיו וחפץ בה?²³⁶ במשפט האמריקני, כאשר יסוד הכוונה נדרש לשם הקמת אחריות בגין עוולה נזיקית, אין דרישה שהמעוול יחפץ בתוצאה המזיקה. השאלה הנבדקת היא אם המעוול ביצע את המעשה מתוך שליטה בגופו והנזק הוא תוצאה טבעית של הפעולה הרצונית.²³⁷ אין זה המקום להרחיב ביסוד הכוונה בדיני הנזיקין, אולם לצורך העניין יוסבר כי בטיוטת ה-*Restatement* השלישי האמריקני, על דיני הנזיקין, מוצע לשנות את הכלל בקשר ליסוד "הכוונה", ולקיים למעשה שתי דרגות כוונה: כוונה מופחתת הכוללת רצייה בפעולה עצמה אשר התוצאה המסתברת שלה היא נזק, וכוונה מוגברת הכוללת רצון שתתקיים התוצאה המזיקה הנובעת מהפעולה; דהיינו, כי הפעולה נעשתה מתוך מטרה להזיק, ועל כן מדובר ביסוד נפשי של זדון.²³⁸ אין ספק כי מדובר בשני מצבים שונים לחלוטין וכי

²³⁶ ראו: רע"א 1272/05 **כרמי נ' סנג**, פ"ד סב(3) 396 (2007). בפסק דין זה נדונה שאלת אחריות בנזיקין של חולה נפש אשר ביצע תקיפה. לשם כך התקיים דיון ביסוד הנפשי של כוונה הנדרש לשם הקמת אחריות בעוולת התקיפה. בבית המשפט המחוזי נתגלעה מחלוקת באשר לשאלה אם שליטה על מעשה הגוף מספקת את יסוד הרצייה או שמא הרצייה מחייבת גם רצון חופשי, אשר עלול שלא להתקיים במקרה של חולה נפש, שכן פעל מתוך "אוטומטיזם נפשי". בערעור, מכריע השופט רובינשטיין כי המעוול "ידע את טיב מעשהו", "תיכנן וצפה את תוצאותיו" וגם "רצה בהן", ועל כן התקיים יסוד הכוונה הנדרש ואין צורך לדון בשאלה מה היה המניע למעשה (ראו: פס' כ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין). כאשר ליסוד הכוונה, מסכם השופט רובינשטיין כי "כוונה בהקשר דנא כוללת אפוא מודעות ורצון – חפץ" (ראו: פס' כ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין). ראו גם: אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 184, בעמ' 126, שם נכתב כי: "אדם פועל 'בכוונה' כאשר הוא צופה תוצאה מסוימת מפעולתו וחפץ בהתרחשותה"; דוד קרצ'מר **דיני הנזיקין: העוולות השונות – תקיפה וכליאת שוא** 8 (גד טדסקי עורך, 1981).

²³⁷ ראו: *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 8A (1965)*: "The word 'intent' is used throughout the *Restatement* of this Subject to denote that the actor desires to cause the consequence of his act, or that he believes that the consequences are substantially certain to result from it".

²³⁸ ראו: *RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL HARM § 1, 5, 33 (Proposed Final Draft No. 1 2005)*: "§ 1 Intent: A person acts with the intent to produce a consequence if: (a) the person acts with the purpose of producing that consequence; or (b) the person acts knowing that the consequence is substantially certain to result".

ייתכן שמוצדק להחיל כללים שונים על כל אחד מהמצבים ולקיים דרישת כוונה שונה בהקשרים שונים. הצעה זו טרם נתקבלה. לפיכך הדין האמריקני עודנו מיושם על פי הכלל המסתפק במרכיב כוונה מרוכך הבוחן אם התקיימה רצייה רק בקשר לפעולה המזיקה ולא לתוצאה שלה.²³⁹ גם בית המשפט העליון בישראל עמד על כך כי מושג ה"כוונה" בדיני הנזיקין (ובכלל) הוא עמום וקשה מאוד להגדירו, וכי יש לפרשו בהתאם לתכלית החיקוק. לא תמיד יקבל מושג הכוונה פרשנות זהה, אפילו בתוך מסגרת הדין האזרחי.²⁴⁰

העמדה המוצעת כאן היא כי ראוי לדרוש יסוד נפשי מוגבר כתנאי להטלת אחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים.²⁴¹ תכלית הוספתו של יסוד הכוונה היא לצייד את משטר האחריות בדיני זכויות יוצרים במושג שסתום משפטי שדרכו יוכלו בתי המשפט להזרים שיקולי מדיניות בנוגע למקרים הראויים להטלת אחריות ושימו לב

האמורה של ה-*Restatement השלישי*, ראו: Keith N. Hylton, *Intent In Tort Law*, 44 VAL. U.L. REV. 1217 (2010); Kenneth W. Simons, *A Restatement (Third) of Intentional Torts?*, 48 ARIZ. L. REV. 1061 (2006); Anthony J. Sebok, *Purpose, Belief, and Recklessness: Pruning the Restatement (Third)'s Definition of Intent*, 54 VAND. L. REV. 1165 (2001); James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski, *Intent and Recklessness in Tort: The Practical Craft of Restating the Law*, 54 VAND. L. REV. 1133, 1137 (2001).

239 *RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL HARM § 1*. השלישי מפנה לצידוקים רבים להבחנה זו בין דרגות כוונה שונות, כגון ניתוח כלכלי של המשפט העומד על ההרתעה היעילה בנזיקין או ניתוח פילוסופי באשר ליסודות האחריות בנזיקין, וראו: WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 149–153 (1987); John Finnis, *Intention in Tort Law*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* 229 (David G. Owen ed., 1995).

240 פרשת **כרמי**, לעיל ה"ש 236, פס' כ"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין. גם במשפט האמריקני הושמעה העמדה כי היררכיית יסוד האשם בדיני הנזיקין אינה מושלמת (Tort Law's Imperfect Hierarchy of Fault) וכי אין להקיש מכוונה במשפט הפלילי לכוונה במשפט האזרחי. ראו: Simons, לעיל ה"ש 238, בעמ' 1088–1090.

241 במשפט הישראלי, כאמור, מיושמת הזכות להרשות מעט מאוד. מעניין לציין שדווקא באחד מפסקי הדין היחידים שעוסקים בזכות זו בערכאות הנמוכות, קבע בית המשפט כי ראוי להטיל אחריות זו, שכן התקיימה כוונה ורצייה אצל הנתבעת כי תבוצע ההפרה העיקרית, וראו: פרשת **רובין**, לעיל ה"ש 65. בפסק דין זה נכתב: "אף בעניין הפרת זכות היוצרים אשר לתובעת ביצירתה, הרי כאמור לעיל, הנתבעת, במסירת התפריט תוך ידיעה וכוונה שיעשה בו שימוש המנוגד לזכות היוצרים, וכן גם בשימוש שעשתה בו במסעדה, חבה כלפי התובעת". בפרשת **צ'רלטון**, לעיל ה"ש 65. בו יושמה ההפרה העקיפה באופן בלתי-מפורש, כאמור לעיל בה"ש 65, עמדה השופטת פלפל על כך כי הנתבעת ידעה כי תוצאת פעולותיה הוא קיומם של מעשים מפרים והיא אף עודדה פעילות זו בקידום מכירות. לכן נמצאה כמי שהפרה באופן אקטיבי את זכות היוצרים. השופטת פלפל לא נקבה בשמה של הזכות המופרת או הדוקטרינה מכוחה מוטלת אחריות, אולם נראה כי הכוונה להטלת אחריות תורמת.

לאיזון האינטרסים המורכב בכל מקרה לגופו. הוספת יסוד הכוונה תביא לאופטימיזציה של משטר הטלת האחריות התורמת בדיני זכויות יוצרים, שכן זו תיצר את ההרתעה הדרושה מפני קיומה של פעילות מזיקה לחברה ובה בעת לא תגרוור הרתעת יתר או תיצור חסם מפני פעילות חיונית ורצויה לחברה.²⁴² בהקשר הדברים הזה, לאור הצורך לצמצם הטלת אחריות סיטונית על מתווכי הרשת, יש לפרש את יסוד הכוונה ככזה הדורש התנהגות שלילית משמעותית – פגם מוסרי ניכר בהתנהלות מתווך הרשת – אשר תצדיק להטיל עליו אחריות בגין הפרת זכויות יוצרים שנעשתה על ידי גורם אחר. רצייה שתתקיים התוצאה המזיקה, ולא רק הסתפקות בצפייה של הנזק, תעמוד ברף שלילי שכזה. טיטוט ה־Restatement השלישי האמריקני, על דיני הנזיקין, דן בסוג מצבים שבו גורם כלשהו עוסק בפעילות לגיטימית ורצויה מבחינה חברתית, אך פעילות זו עלולה לגרום נזק. אמנם ייתכן כי אותו גורם צופה שבעקבות פעילותו יתרחש נזק, אך הוא אינו רוצה בנזק, ועם זאת הוא מעוניין להמשיך ולקיים את פעילותו הלגיטימית. דהיינו, יסוד הכוונה המופחת מתקיים, אך יסוד הכוונה המוגבר איננו מתקיים. אף על פי כן, במצבים כאלה מוצע לאפשר את המשך הפעילות הלגיטימית, אף אם זו עלולה לגרום נזק.²⁴³ מתווכי הרשת, בדרך כלל, נופלים לסוג מצבים שכזה. על כן, לאור פעילותם הרצויה והלגיטימית, מוצדק להטיל עליהם אחריות עקיפה בגין מעשיהם של אחרים רק בהתקיים יסוד כוונה מוגבר. הצורך בהוספת רכיב כוונה מוגבר מתחדד אף לאור הקושי לעצב את רמת הידיעה המדויקת הנדרשת לשם הטלת אחריות על מתווכי הרשת. קושי זה נובע מן העובדה כי קיימת ידיעה כללית כלשהי על מעשי הפרה אצל מתווכי הרשת השונים. אמנם גם יסוד הכוונה בדיני הנזיקין עלול להיות עמום ועקב כך לגרוור אי־וודאות, אולם יישומו כרכיב אובייקטיבי עשוי לשמש ככלם מפני הרחבת יתר של מעגל האחריות בדיני זכויות יוצרים.²⁴⁴ במילים אחרות, בכוחו של

²⁴² לטיעון דומה, שלפיו מושג "הכוונה" בדיני הנזיקין צריך לשמש ככלי משפטי לשכלול הסדר האחריות בנזיקין ולהביא לאופטימיזציה של עוולות הנזיקין במונחי יעילות משפטית, ראו: Hylton, לעיל ה"ש 238, בעמ' 1218: economic: "The intent standards for cases of economic predation (inducement of breach of contract, unfair competition) reflect the same effort to discourage socially harmful acts without deterring desirable activity"

²⁴³ ראו: RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL HARM § 1 (a): "Nevertheless, there are complications in considering the liability implications of harms that are intentional only in the sense that the actor who engages in conduct knows that harm is substantially certain to result. Not only does the actor not desire to produce the harmful result, but the actor may be engaging in a generally proper activity for generally proper reasons, even though the activity produces harm as an unavoidable but unwanted byproduct. This can provide an element of justification or reasonableness that is lacking for purposeful harms"

²⁴⁴ לדיון מפורט בתפיסה האובייקטיבית של יסוד הכוונה בדיני הנזיקין, ראו: Hylton, לעיל ה"ש

יסוד הכוונה לתפקד כמסננת, המערבת שיקולי מדיניות, לבחירת המקרים שבהם ראוי להרחיב את מעגל האחראים בגין הפרת זכויות יוצרים. יתרה מכך, הוספת רכיב הכוונה לשם הטלת אחריות תורמת בידי זכויות יוצרים אף מתיישבת עם הדרישה הכללית שהותוותה על ידי הנשיא ברק בפסיקה הישראלית, שלפיה, ככלל נדרשת כוונה לשם הקמת אחריות תורמת בניזקין. את הדוקטרינות הנזיקיות המיוחדות לתוך דיני זכויות יוצרים יש לפתח, ככל שהדבר ניתן, בהתאם למסגרת הנזיקית הכללית, לשם קידום לכידות השיטה המשפטית כולה.

הוספת יסוד הכוונה כתנאי להטלת אחריות תורמת בידי זכויות יוצרים הוכר בפסק הדין של בית המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת *Grokster*. בית המשפט במקרה זה התמקד ברכיב האשם והאחריות התורמת הוטלה שם בשל המסקנה העובדתית שאליה הגיע בית המשפט בדבר רצייה בפעילות המפרה, אשר נלמדה ממכלול נסיבות, ובהן העובדה שהמודל העסקי המדובר הושתת על פעילות מפרה.²⁴⁵ בית המשפט בפרשת *Grokster* לא חידד במסקנתו אם יסוד הכוונה פורש ככזה אשר בוחן אם הפועל צפה כי תתקיים התוצאה המזיקה הנובעת מפעולתו הרצונית או שמא נדרשה רצייה גם בנוגע לתוצאה הסופית המזיקה.²⁴⁶ עם זאת, מתוך התיאור המפורט של מכלול הנסיבות, שמהן ניתן היה ללמוד על היסוד נפשי במקרה המדובר, ניתן להסיק כי מדובר בשידול בוטה המגיע כדי רצייה בתוצאה המזיקה.²⁴⁷ גם בפסק הדין האוסטרלי בפרשת *Roadshow Films* משנת 2011, נקבע כי ספק השירות לא רצה בהפרה ולא עודד אותה, ועל כן לא קמה לו אחריות עקיפה.²⁴⁸ בהקשר זה יש לציין כי החקיקה האמריקנית, כאמור לעיל, מספקת חסינות (מפרכי ביטחון) למתווכי הרשת בהתקיים שני תנאים בסיסיים: הראשון, היעדר ידיעה בפועל או בכוח על מעשה ההפרה.²⁴⁹ השני, דרישה כי למתווכ הרשת לא צומחת תועלת כלכלית

238, בעמ' 1219–1220; Sebok, לעיל ה"ש 238.

245 נקבע כי התנהגותה של חברת *Grokster* העידה על כוונתה לשדל להפרה. החברה פנתה אל קהל הלקוחות של חברת *Napster* אשר נפסק נגדה כי פעילותה מפרה זכויות יוצרים. אף שהיה ידוע לחברה כי מדובר בהחלפה של תכנים המוגנים בזכות יוצרים, לא נעשה דבר למנוע זאת. הרווח נעשה מפרסום, והוא גדל ככל שנוספו משתמשים אשר העבירו באופן אסור תכנים המוגנים בזכות יוצרים. החברה סיפקה תמיכה טכנית לפתרון בעיות שנוצרו תוך כדי העברת תכנים המוגנים בזכות יוצרים, ראו: פרשת *Metro-Goldwyn-Mayer Studios*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 920–922, 939–940. לדיון מפורט ברכיב האשם בפסק דין בפרשת *Grokster* ראו: Yen, לעיל ה"ש 224, בעמ' 227.

246 פרשת *Metro-Goldwyn-Mayer Studios*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 939–940.

247 ראו לעיל ה"ש 242.

248 פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, בעמ' 774–775.

249 17 U.S.C.S § 512 (c)(1)(A) (1998).

ישירה ממעשה ההפרה במקרה שבו יש לו זכות ויכולת למנוע את ההפרה.²⁵⁰ ערכאת הערעור בפרשת *YouTube* דנה בהיסטוריה החקיקתית של הדרישה השנייה. מסקנתה הייתה כי אין די ביכולת שעניינה האפשרות לחסום גישה להעלאת חומרים מפרים, אלא נדרשת יכולת יותר מכך – יכולת המהווה "דבר מה נוסף", דוגמת השידול הבוטה אשר התקיים בפרשת *Grokster*.²⁵¹

מאז שניתן פסק הדין בפרשת *Grokster* על ידי בית המשפט העליון בארצות-הברית טרם נצטברה פסיקה ענפה המיישמת נתיב זה של הטלת אחריות תורמת מכוח שידול, בלוויית יסוד נפשי של רצייה וכוונה.²⁵² ההלכה פותחה בהתאם לשיטת המשפט המקובל ממקרה למקרה. למשל, בפרשת *Columbia Pictures Industries*²⁵³ קבע בית המשפט לערעורים בקליפורניה כי כאשר מתקיים מבחינה עובדתית שידול, אזי מתווך הרשת לא יוכל ליהנות ממפריצי הביטחון שבחקיקה, שכן מדובר בשני מצבים הופכיים: או שמתווך הרשת נוהג באופן פסיבי ובתום לב בניהול עסקו באינטרנט או שמתווך הרשת נוהג באופן אקטיבי ובחוסר תום לב במטרה לקדם הפרות.²⁵⁴ במקרה זה, הנסיבות העובדתיות הובילו למסקנה כי פעילותו של מתווך הרשת לוותה במטען שלילי בוטה המצדיק הטלת אחריות.²⁵⁵ עם זאת, בית המשפט לא המשיג את סטנדרט ההתנהגות האקטיבית בחוסר תום לב באמצעות מבחנים משפטיים.

באשר לתנאים הנדרשים לשם הוכחת שידול מבחינה עובדתית, נקבע בפסק דין

²⁵⁰ 17 U.S.C.S § 512 (c)(1)(B).

²⁵¹ ראו: פרשת *Viacom, Inc.*, לעיל ה"ש 128, בעמ' 28–29.

²⁵² ראו: Anthony R. Reese, *The Relationship Between the ISP Safe Harbors and Liability for Inducement*, 9 STAN. TECH. L. REV. 1 (2011).

²⁵³ *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung*, No. CV 06-5578 SVW(JCx), 2009 U.S. Dist. LEXIS 122661 (C.D. Cal. Dec. 21, 2009) www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2009/12/fungruling.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.11.2012).

²⁵⁴ שם, בעמ' 43: "[I]nducement liability and the Digital Millennium Copyright Act safe harbors are inherently contradictory. Inducement liability is based on active bad faith conduct aimed at promoting infringement; the statutory safe harbors are based on passive good faith conduct aimed at operating a legitimate internet business".

²⁵⁵ נקבע כי נעשתה פנייה אקטיבית לקהל אשר הובילה להפרת זכויות יוצרים בכך שהועלתה לאתר רשימה של כעשרים סרטים אמריקניים על מנת לעודד את המשתמשים להפר את זכות היוצרים בהם; פורסמו הצהרות וקישוריות אשר שידלו משתמשים להפר את זכות היוצרים בסרטי הקולנוע המדוברים; נעשה דירוג של מפרי זכות היוצרים, והדבר שימש כראיה כבדת משקל לכך שטיפחו במודע קהל של מפרי זכות יוצרים. בדומה לפרשת *Grokster*, לעיל ה"ש 47, ניתנה עזרה טכנית וסיוע בפתרון בעיות שנוצרו תוך כדי הפעולות המפרות ולבסוף המודל העסקי במקרה זה היה למודל העסקי שהיה בפרשת *Grokster*, המבוסס על רווח מפרסומות אשר גדל ככל שמספר המשתמשים המפרים גדל, וראו: פרשת *Columbia Pictures Industries*, לעיל ה"ש 253.

אחר, בפרשת *Perfect 10*²⁵⁶ כי מקום שבו מתווך הרשת נוקט ביודעין פעולות אשר קרוב לוודאי (substantially certain) יובילו להפרה, אזי ניתן לומר כי פעולות אלו עלולות כדי שידול.²⁵⁷ דהיינו, במקרה זה יושם מבחן הכוונה המופחת המסתפק בצפייה של התוצאה המזיקה. על סטנדרט זה, המספק את ההוכחה הנדרשת לקיומו של שידול (או כוונה), נמתחה ביקורת נוקבת על כך שהוא רחב מדי, שכן על פיו כמעט כל מתווך רשת יוכל להימצא אחראי בשידול של מעשי הפרה ובכך למעשה תתרוקן מתוכנה החקיקה המעניקה חסינות למתווכי הרשת.²⁵⁸ ברוח דומה, יש אף להיזהר מהיסק מידי באשר לקיומה של תועלת כלכלית הצומחת מפעילות מפרה הנעשית על ידי צדדים שלישיים להתקיימות יסוד הכוונה הנדרש אצל מתווך הרשת, לבל תוטל אחריות סיטונית על מתווכי הרשת. בית המשפט העליון בישראל עמד על כך כי המאפיינים של שני המקורות הנורמטיביים הפנימיים להטלת אחריות עקיפה בגין הפרת זכות יוצרים – דהיינו, איסור מסחר בעותקים מפריים ואיסור הרשאה לביצוע פומבי מפר – הוא כי למפר העקיף הייתה "תועלת בעלת אופי מסחרי" ממעשה ההפרה הישיר.²⁵⁹ בשני המקרים הדרישה לקיומה של תועלת כלכלית או אופי מסחרי מפורטת בחוק. על כן, ניתן היה אולי להקיש מדרישה זו אף לעניין הפרת "הזכות להרשות", או לאחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים ולהקים דרישה עצמאית וכללית לקיומה של תועלת כלכלית למפר העקיף. עם זאת, בהידרש יסוד הכוונה להקמת אחריות תורמת, מתייטר הצורך בהקמת דרישה נוספת ועצמאית לקיומה של תועלת כלכלית מההפרה הישירה, שכן ממילא תועלת כלכלית כזו תשמש נסיבה חיצונית שממנה ניתן יהיה ללמוד על קיומה של כוונה, כפי שהיה הדבר בפרשת *Grokster* האמריקנית. עם זאת, חשוב להדגיש כי אין להסתפק אך ורק בקיומה של תועלת כלכלית, שכן זו קיימת בקשת רחבה מאוד של מצבים. על כן נכון יותר למקד את דרישת היסוד הנפשי של כוונה, אשר תילמד ממכלול הנסיבות, והתועלת הכלכלית היא בבחינת נסיבה בלבד התומכת במסקנה כי התקיים יסוד הכוונה בנסיבות העניין.

ניכר כי יסוד הכוונה הדרוש לשם הקמת אחריות תורמת בדיני זכויות יוצרים יידרש לפיתוח פסיקתי בעתיד אשר יביא לידי ביטוי את הבידול הנחוץ בין מתווך רשת לגיטימי, המספק אמצעים לפעילות ברשת ומודע באופן כללי לכך כי לעתים הם מנוצלים לרעה, אך זוהי אינה מטרתו, לבין מתווך בלתי-לגיטימי אשר פעילותו מכוונת ומיועדת לשם ביצוע הפרות.²⁶⁰ למעשה, הוספת דרישה של כוונה מוגברת

²⁵⁶ *Perfect 10, Inc. v. Amazon, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

²⁵⁷ שם, בעמ' 1171: "[U]nder *Grokster*, an actor may be contributorily liable for intentionally encouraging direct infringement if the actor knowingly takes steps that are substantially certain to result in such direct infringement"

²⁵⁸ ראו: Reese, לעיל ה"ש 252, פס' 13.

²⁵⁹ פרשת **אקו"ם**, לעיל ה"ש 25, פס' כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

²⁶⁰ בפרשת **ליגת הכדורגל האנגלי** נדונה האפשרות התאורטית כי תוטל אחריות תורמת על ספק

מחזקת את העיקרון הרצוי של "הניטרליות הטכנולוגית", שלפיו, הבעיה איננה בטכנולוגיה, אלא בשימוש הבלתי-חוקי שנעשה בה.²⁶¹ רק כוונה לקיומה של פעילות מפרה יכולה לשמש כבסיס להטלת אחריות עקיפה ולא הטכנולוגיה עצמה.

2.3. טיב המעשה המקים את האחריות – תרומה ממשית ומשמעותית. קריטריונים מנחים: יכולת מניעה סבירה וקשר סיבתי ישיר

חוליה מרכזית בדרישות להטלת אחריות תורמת בוחנת את טיב המעשה או המחדל של הגורם שעליו מבקשים להטיל אחריות. המצב הנפוץ ביותר בו מוטלת אחריות עקיפה הוא כאשר מסופקים אמצעים בעזרתם מבוצעת ההפרה הישירה. כדי להימנע מהיצף בהטלת אחריות על גורמים רבים בשרשרת הפעילויות שסופן בהפרה, העמידה הפסיקה האמריקנית דרישה למעורבות גדולה יותר מהספקת אמצעים. כך, לעתים, מנוסחת דרישה זו כתנאי למעורבות מהותית (substantial) ומשמעותית (material) במעשה ההפרה הישירה.²⁶² למשל, בפסק הדין המצוטט רבות בהקשר זה, בית המשפט בארצות-הברית עומד על אותו סטנדרט מעורבות הנדרש לשם הקמת אחריות תורמת:

“[P]articipation sufficient to establish a claim of contributory copyright infringement may not consist of merely providing the ‘means to accomplish an infringing activity.’ In order for liability to be imposed, the alleged contributory infringer must make more than a mere quantitative contribution to the primary infringement [...] participation in the infringement must be substantial. *The authorization or assistance must bear a direct relationship*

שירות האינטרנט, בשל הפעילות המפרה של אלמוני הנעשית באמצעות שירותי האינטרנט, ראו: פרשת ליגת הכדורגל האנגלי, לעיל ה"ש 53, פס' 31–32 לפסק דינו של השופט ריבלין. לספק שירות האינטרנט יכולה להיות לכל היותר ידיעה על הפעילות המפרה, אולם הוא בוודאי אינו רוצה בה. על כן, זהו מקרה מובהק שבו הטלת אחריות תורמת על מתווך הרשת נובעת אך ורק בשל יכולתו לשמש כשומר סף. כאמור, ספק אם זהו בסיס מספיק להטלת אחריות משפטית.

261 ראו: Jane C. Ginsburg, *Separating the Sony Sheep From the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology*, *Entrepreneurs*, 50 ARIZ. L. REV. 577, 584–585 (2008).

262 ראו למשל: Perfect 10, Inc. v. Visa Intern Service Ass'n, 494 F. 3d 788, 796 (9th Cir. 2007); Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA, 948 F. Supp. 923, 933, 41 U.S.P.Q.2d (BNA) 1705 (N.D. Cal. 1996).

to the infringing acts, and the contributory infringer must have acted in concert with the direct infringer".²⁶³ (ההדגשה)
(שלי – א.פ.א.)

סטנדרט מחמיר זה מיושם בפסקי דין רבים. כך, למשל, בית משפט בארצות-הברית קבע כי עצם יצירת אפשרות לרכוש עותקים הנטענים כמפרים אינה תרומה משמעותית המאפשרת הטלת אחריות תורמת.²⁶⁴ סטנדרט מחמיר זה אומץ בישראל בפסק הדין בפרשת **שוקן**. בפסק דין זה קבע השופט ריבלין כי יש לדרוש "קיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה" כתנאי השלישי להטלת האחריות התורמת.²⁶⁵

השאלה היא אימתי ייחשב מעשה של מתווך הרשת כעונה על דרישה זו של תרומה ממשית ומשמעותית למעשה ההפרה. המונחים "משמעותי" ו"ממשי" משקפים סטנדרטים פתוחים, בדומה ל"סביר" או "הוגן". כמו בכל מקרה של שימוש בסטנדרטים פתוחים בנורמה המשפטית, הדבר מאפשר גמישות והפעלת שיקול דעת בכל מקרה לגופו על חשבון הוודאות המשפטית. לחוסר הוודאות מחיר גבוה, שכן הוא גורר את אותו אפקט מצנן המרתיע גורמים שונים מלפעול בחופשיות בשל שנאת הסיכון המשפטי. לכן רצוי לפרוט את אותו סטנדרט של "תרומה ממשית ומהותית" לשיקולים מנחים אשר ישמשו ככלי עזר בהערכת הסיכון בכל מקרה נתון. קו מחשבה זה, כאמור, הוביל לעיגון קריטריונים להטלת אחריות תורמת (ליתר דיוק הפרת הזכות להרשות) בחוק האוסטרלי. חוק זה קובע כי על בית המשפט להביא בחשבון, בין היתר, שלושה שיקולים. הראשון, מידת הכוח (יכולת) למנוע את ההפרה הישירה. השני, טבעו של הקשר בין המפר הישיר לבין הגורם שעליו מבקשים להטיל אחריות עקיפה. השלישי, אם הגורם שעליו מבקשים להטיל אחריות עקיפה נקט אמצעים סבירים להימנע מהמעשה התורם שלו או של ההפרה הישירה, לרבות אם פעל בהתאם לקוד התנהגות בתעשייה הרלוונטית.²⁶⁶ אמנם, אף שיקולים אלו עלולים ליצור מעגליות בבחינת הסטנדרט הראוי להטלת אחריות, שכן גם הם עושים שימוש במונחים פתוחים ועמומים. אף על פי כן, יש בהם הכוונה לסוג השאלות שיש לבחון בהקשר דברים זה ועל כן יש בהם משום סיוע חשוב להבהרת הנורמה. בעניין השיקול הראשון הבוחן את יכולת המניעה של המעשה המפר, ראינו כי

Zvi Livnat v. Shai Bar Lavi, No. 96 Civ. 4967 (RWS), 1998 U.S. Dist. LEXIS 917 (S. D. N.Y. 1998).²⁶³

Perfect 10, Inc., v. Visa International Service Associations, 494 F. 3d 788 (9th Cir. 2007).²⁶⁴

פרשת **בית שוקן**, לעיל ה"ש 5, פס' 23 לפסק דינו של השופט ריבלין.²⁶⁵

ראו לעיל ה"ש 86-87.²⁶⁶

שיקול זה עמד במרכז של הפסיקה אשר עסקה בהפרת "הזכות להרשות"²⁶⁷. בחינתה של יכולת המניעה אף מתיישבת עם הרציונל הבסיסי של הטלת אחריות תורמת במשפט האזרחי אשר נועד להטיל אחריות על מונע הנזק היעיל או הטוב ביותר.²⁶⁸ עם זאת, אף ההכרעה בשאלה אם קיימת יכולת מניעה מושתתת על שיקולי מדיניות, שכן כמעט תמיד קיימת יכולת מניעה כלשהי, ועל כן השאלה היא מהי עלותה של המניעה ואם מוצדק להטילה על הגורם העקיף לעוולה. בפסק הדין בפרשת **שוקן** קבע השופט ריבלין כי הטלת עלויות פיקוח ומניעה על האוניברסיטה בגין המעשים הנעשים על ידי כל תלמידיה אינה סבירה, ומשכך המסקנה הייתה כי היות שהאוניברסיטה אינה בבחינת 'מונע הנזק הזול והיעיל ביותר', אין באפשרותה למנוע את מעשה ההפרה מבחינה נורמטיבית.²⁶⁹ בהקשר של מתווכי הרשת, בית המשפט האוסטרלי קבע כי הפעלת אמצעי ניטור באמצעות ספקי שירותי האינטרנט אפשרית מבחינה טכנולוגית, אך אין זה מוצדק להטיל עלויות אלה דווקא על גורם זה. מדוע שבעלי זכויות היוצרים לא יישאו בעצמם בעלויות הכרוכות בניטור מפרים?²⁷⁰ אף השופט גרוסקופף בפסק הדין בפרשת **א.ל.י.ס.**, קבע כי מתווכי הרשת אינם דווקא מונע הנזק היעיל והזול ביותר, שכן עלות הניטור, הפיקוח והמניעה היא גבוהה.²⁷¹ לנימוק זה חובר השיקול השלישי שבחוק האוסטרלי הבוחן אם הגורם שעליו מבקשים להטיל אחריות עקיפה נקט אמצעים סבירים כדי להימנע מהמעשה התורם שלו או של ההפרה הישירה. הדרישה היא לנקיטת אמצעים מניעתיים סבירים, ולא יותר מכך, כדי לוודא שאכן מדובר במונע הנזק היעיל והזול. מכאן כי השאלה מהם אמצעים סבירים צריכה להיבחן במונחים כלכליים של עלות הפעלת המניעה. אם מדובר בעלות שאינה זניחה, אזי אין הצדקה להטילה דווקא על גורמי הביניים ולא על בעל הזכויות המבקש אכיפה. בית המשפט האוסטרלי עמד על כך כי יש לבחון אם השליטה על מעשה ההפרה היא ישירה או עקיפה, ומכך לגזור את סבירות האמצעים המניעתיים הנדרשים. לדוגמה, כאמור לעיל, במקרה של בעל קרקע המשכיר אותה לפלוני, ואותו פלוני מנהל במקום עסק שבו מושמעות בפומבי יצירות מוזיקליות בלא רשות, הרי שהשליטה של בעל הקרקע היא עקיפה בלבד, שכן המניעה של הפרות יכולה להיות רק על ידי ביטול חוזה השכירות. אמצעי שכזה אינו בבחינת אמצעי סביר, ולכן אין ציפייה שיינקט על ידי בעל הקרקע.²⁷² לסיכום נקודה זו, אין די ביכולת מניעה של הפרות, ויש לבחון את השאלה אם יש לצפות באופן סביר ממתווכי הרשת להפעילה, על העלות הכרוכה בה. כפתרון ביניים לסוגיה

267 ראו לעיל פרק ב(3)(1) העוסק בפרשנות הזכות להרשות.

268 ראו לעיל ה"ש 204 והטקסט המלווה.

269 ראו לעיל ה"ש 179.

270 ראו לעיל ה"ש 137-140 והטקסט המלווה.

271 פרשת **א.ל.י.ס.**, לעיל ה"ש 6, פס' 48-51 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

272 ראו לעיל ה"ש 109, 148.

זו, אשר יידון להלן בסעיף 6, תוצג הדרישה כי בעל זכויות היוצרים יישא בעלויות הנובעות ממניעת ההפרות כתנאי להטלת האחריות על מתווכי הרשת. שאלת יחסי הכוחות שבין הצדדים מובילה לשיקול השני שבחוק האוסטרלי. שיקול זה בוחן את טיבו של הקשר בין המפר הישיר ובין הגורם שעליו מבקשים להטיל אחריות עקיפה. השופט האוסטרלי Nicholas סבר שבחינת יחסי הכוח שבין הצדדים היא שצריכה לעמוד במוקד ההכרעה בדבר האחריות העקיפה.²⁷³ למעשה, שיקול זה הנוגע לטיב הקשר בין הצדדים בוחן את הקשר הסיבתי שבין פעולותיו (או מחדליו) של הגורם העקיף לבין המעשה המפר. ראינו כי דוקטרינת האחריות התורמת במשפט הישראלי, כשמדובר במעשה שעניינו "הרשאה" למעשה מפר, דורשת קיומו של קשר סיבתי. השופט ריבלין עמד על כך כי אין לפרש קשר סיבתי זה באופן פשטני "כסיבה בלעדית אין", ונדרש קשר סיבתי חזק יותר. הסתפקות ברף נמוך תאפשר לעולם להטיל אחריות תורמת על כל גורמי הביניים שניתן להעלות על הדעת.²⁷⁴ לדוגמה, הסתפקות בקשר סיבתי חלש תאפשר להטיל אחריות גם על חברת החשמל בגין הפרות של זכויות יוצרים המבוצעות באינטרנט, שכן אלמלא החיבור לרשת החשמל, לא הייתה מבוצעת ההפרה.²⁷⁵ על כן בית המשפט האוסטרלי פירש את השיקול של טיב יחסי הצדדים כדרישה ל"שליטה ישירה" במעשה ההפרה.²⁷⁶ פיתוח פסיקתי זה תואם את התפתחות הכללית של דוקטרינת ההפרה התורמת במשפט הישראלי, שכן בפסק הדין בפרשת **נשאישיבי** נקבע כי הקשר הסיבתי הנדרש לשם הקמת אחריות תורמת הוא של "תרומה ישירה".²⁷⁷ אמת המידה של שליטה ישירה או תרומה ישירה באה לשקף קשר סיבתי הדוק בין ההפרה לבין תרומתו של הגורם העקיף, אך גם היא סובלת מעמימות, כמו יתר המונחים שבהם נעשה שימוש בניסיון לתחום את גבולות האחריות התורמת.

השאלה היא אם ניתן לספק מבחן משפטי ברור יותר לאמת מידה זו של השליטה הישירה או התרומה הישירה. בפסק הדין בפרשת **נשאישיבי**, המשפט הישראלי העמיד מבחן לקשר סיבתי ישיר זה, והוא – האפשרות להטיל אחריות חלופית על אותו גורם עקיף מכוח הדוקטרינה של מעוולים במשותף. במצב שבו הגורם העקיף הוא למעשה מעוול במשותף יחדיו עם המפר העיקרי, ניכר כי תרומתו להפרה אינה שולית ורחוקה כי אם מרכזית והדוקה, ולכן מתקיים קשר סיבתי ישיר בין תרומתו לבין מעשה

²⁷³ פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, פס' 709–713, 718 לפסק הדין.

²⁷⁴ ראו לעיל ה"ש 109.

²⁷⁵ ראו לעיל ה"ש 140. עוד, כאמור, בערכאה ראשונה נקבע באוסטרליה כי יש להבחין בין אספקת אמצעים המהווים תנאי מוקדם וכללי לביצוע ההפרה אשר אינה מטילה אחריות לבין אספקת אמצעי עיקרי ומרכזי לביצוע ההפרה אשר יכול להצדיק הטלת אחריות, וראו: פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 87, פס' 400–414 לפסק הדין.

²⁷⁶ פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, פס' 709–713, 718 לפסק הדין.

²⁷⁷ פרשת **נשאישיבי**, לעיל ה"ש 206, פס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין.

ההפרה. עוד הובהר בפסק דין זה כי המדיניות המשפטית הכללית במשפט הישראלי היא להמעט בהטלת אחריות תורמת, והמקרים שבהם זו הוטלה היוו ממילא דוקטרינה חלופית לזו של המזיקים במשותף. כלומר בשני המקרים מדובר בהטלת חבות אישית.²⁷⁸ השופט ארבל אף קבעה בפסק דין זה כי, למעט מקרים חריגים ונדירים, החבות האישית צריכה לקום גם מתוך עוולות המסגרת, ולא רק מכוח הדוקטרינה של האחריות התורמת.²⁷⁹ יישום דרישה זו בענייננו משמעה כי במקרים שבהם מוטלת אחריות תורמת על מתווכי הרשת, יש להראות כי טיב המעשה הוא כזה אשר יכול היה כעיקרון להוביל אף להטלת אחריות אישית מכוח הדוקטרינה של מעוולים במשותף, או כי קיימת הפרה ישירה אחרת שניתן להצביע עליה מתוך המסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים. אכן, ניתן לטעון כי דרישה כזו תרוקן כליל את דוקטרינת ההפרה התורמת מתוכנה, שכן למעשה היא אינה מכירה באחריות היקפית של גורמי ביניים ודורשת קיומה של הפרה ישירה לשם הקמת אחריות בהפרה עקיפה. לכן, נראה כי ראוי לרכך דרישה זו, וכדי להטיל על מתווכי הרשת אחריות עקיפה, אין צורך להראות כי ניתן להטיל עליהם אחריות ישירה, אלא להסתפק במעורבות גבוהה מאוד, עד כדי הפרה ישירה. כך, יש להבחין בין מי שמספק אמצעים היקפיים בלבד ותרומתו פסיבית לבין מי שבאופן אקטיבי פועל לשם ביצוע ההפרות הישירות.

2.4. טענת החסינות מדיני הפטנטים – *The Staple Product Test*

במסגרת בחינת הקשר הסיבתי הישיר להפרה ניתן ליישם את טענת החסינות שבדיני הפטנטים בארצות-הברית, הידועה בכינויה **The Staple Product Test**. לשם הקמת חסינות זו נדרשים להתקיים תנאים שונים. ראשית, מכירה של רכיבים המהווים חלק מהותי מאמצאה מוגנת. שנית, ידיעה בכוח או בפועל של המשווק על כך כי מדובר ברכיבים המהווים חלק מהותי מאמצאה מוגנת. שלישית, האחריות אינה חלה במקרה שבו הרכיב הנמכר הוא מוצר בסיסי (staple product) המתאים לשימוש משמעותי אחר שאין בו משום הפרת הפטנט.²⁸⁰ לכן נתווסף תנאי רביעי, יציר הפסיקה, כי נתקיימה הפרה ישירה בפועל.²⁸¹ ניכר כי דוקטרינה זו היא יישום ייחודי של עקרון האחריות התורמת המותאם לעולם הפטנטים, אך הוא אומץ בדיני זכויות יוצרים בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון בארצות-הברית

²⁷⁸ ראו לעיל ה"ש 190.

²⁷⁹ פרשת **נשאשיני**, לעיל ה"ש 206, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל.

²⁸⁰ 35 U.S.C.S. § 271(c) (1952); פרשת **רב בריח**, לעיל ה"ש 48, פס' 31 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

²⁸¹ פרשת **רב בריח**, לעיל ה"ש 48, פס' 35 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

משנת 1984 בפרשת סוני²⁸² כך, אף בדיני זכויות היוצרים האמריקניים שימוש משמעותי בלתי-מפר מסיר את האחריות בגין הפרה תורמת.²⁸³ הסרת האחריות התורמת, כעיקרון, צריכה לחול אף אם יש ידיעה על שימושים מפריס אפשריים. במובן זה, האופי העיקרי של השימוש כבלתי-מפר הוא מרכז הדוקטרינה ולא היסוד הנפשי.²⁸⁴ בפסק הדין בפרשת רב בריח אומצה דוקטרינה זו בדיני הפטנטים בישראל.²⁸⁵ בפסק הדין בפרשת א.ל.י.ס ניתן לומר שהדוקטרינה אף אומצה בדיני זכויות יוצרים בישראל, לפחות במשתמע.²⁸⁶ נראה כי טענת חסינות זו ניתנת לשילוב כחלק מפרשנות דרישת הקשר הסיבתי הישיר. כלומר, בהתקיים שימוש משמעותי בלתי-מפר בשירות שמספק מתווך הרשת, אזי הקשר הסיבתי למעשה ההפרה הישירה אינו ישיר וברור דיו.

על אף הביקורת שנמתחה בנוגע לייבוא הדוקטרינה מדיני הפטנטים לדיני זכויות יוצרים, כי הדבר אינו זהיר ואינו עומד על השוני שבין הדינים,²⁸⁷ הצידוק שבשימוש בדוקטרינה זו הוא כי מטרתה למנוע פגיעה בתמריצים לפתח חידושים טכנולוגיים מחשש שיעשה בהם שימוש פוגעני.²⁸⁸ דוקטרינה זו משמשת אף היא לקידום העיקרון הרצוי של "הניטרליות הטכנולוגית", שלפיו, הבעיה איננה בטכנולוגיה, אלא בשימוש הבלתי-חוקי שנעשה בה.²⁸⁹

²⁸² ראו לעיל ה"ש 25 והטקסט הנלווה. כן ראו דיון בסיבות לפסיקה זו לעיל בה"ש 70 – 74 והטקסט הנלווה.

²⁸³ פרשת סוני, לעיל ה"ש 37.

²⁸⁴ PATRY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21–53.

²⁸⁵ ראו לעיל ה"ש 83–90 והטקסט הנלווה.

²⁸⁶ פרשת א.ל.י.ס, לעיל ה"ש 6.

²⁸⁷ הטענה העיקרית המושמעת נגד הלכת סוני היא כי במקרים שבהם מופעלת החסינות בדיני הפטנטים, השפעתה השלילית היא על פטנט של התובע בלבד. לעומת זאת, הפעלת טענת החסינות במקרים של מתוכי הרשת, כגון אתרים של שיתוף קבצים, יוצרת השפעה שלילית על זכויות יוצרים רבות, שכן השימוש שנעשה הוא באלפי יצירות. מכאן, כי המאפיינים השונים של דיני הפטנטים ודיני זכויות היוצרים מחייבים זהירות רבה באימוץ כללים מהתחום האחד לשני, וראו: Peter S. Menell, *Indirect Copyright Liability: A Re-examination of Sony's Staple Article of Commerce Doctrine*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 511 (2005).

²⁸⁸ ראו: Pamela Samuelson, *The Generativity of Sony v. Universal: The Intellectual Property Legacy of Justice Stevens*, 74 FORDHAM L. REV. 1831, 1850 (2006); Peter S. Menell, *Indirect Copyright Liability and Technological Innovation*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 375 (2009), זמין באתר: <http://ssrn.com/abstract=1415804> (נבדק לאחרונה ב-29.9.2012). למסקנה כי הלכת סוני לא צלחה במניעת תביעות נגד מפתחי טכנולוגיות, ראו: Jessica Litman, *The Sony Paradox*, 55 CASE W. RES. L. REV. 917, 951–960 (2005).

²⁸⁹ ראו לעיל ה"ש 217.

2.5. טענת חסינות – קוד התנהגות בתעשייה הרלוונטית

קריטריון נוסף המצוין בחקיקה האוסטרלית אשר יש להביאו בחשבון בקביעה אם קמה אחריות תורמת להפרה בגין "הרשאה" הוא אם ההתנהלות נעשתה בהתאם לקוד התנהגות בתעשייה הרלוונטית ("whether the person complied with any relevant industry codes of practice").²⁹⁰ ניכר כי מדובר במעין טענת חסינות ולפיה מבוקש "מפרץ ביטחון" במקרים שבהם הפעולה עונה על קוד התנהגות כזה. יש לאבחן טענת חסינות זו מטענה פשטנית שלפיה "כך עושים כולם".²⁹¹ אין מדובר בעמדה שלפיה "כולם מפרים אז גם אני", כי אם בעמדה ראויה שלפיה מדובר בתחום אשר איננו מוסדר בחקיקה, ולפיכך במקרה של ואקום חקיקתי נכנסים לפעולה "חוקים רכים", קרי, עקרונות פעולה אשר מתגבשים מתוך הפרקטיקה עצמה ומשקפים נוהל פעולה סביר. אמנם ייתכן כי בית המשפט ימצא לנכון לקבוע כי הפעולה עודנה מפרה, אך הציות לקוד פעולה ענפי שכזה צריך ליצור חסינות, לכל הפחות מפני תשלום פיצויים על מעשי העבר. חשוב לציין כי טענה זו צריכה לשמש כמגן ולא כטענת חרב. התנהלות בהתאם לנוהג בתעשייה צריכה להקל עם הנתבע, אולם אי-ציות לנוהג בתעשייה איננו צריך לשמש בהכרח כראיה לקיומה של הפרה עקיפה.

תקפותו של קוד הפעולה הענפי נובעת מההכרה כי היעדרם של כללים ברורים יוצר אפקט מצנן שלילי. אמנם יש חשיבות לפעילות המרובה והחופשית באינטרנט, אך מתוכי הרשת אשר אינם יודעים מהם גבולות האחריות המשפטית של פעולותיהם עלולים לחשוש מהטלת אחריות ולהעדיף פעילות בלתי-מסתכנת שסופה אי-מתן שירותי תיווך. הימנעות מפעולה אשר רצויה מבחינה חברתית גורמת להפסד לחברה כולה. לפיכך, קיומו של קוד פעולה ענפי, המספק הנחיה באשר לשאלה מהי פעילות סבירה, נועד לחלץ את מתווכי הרשת מאותו אפקט מצנן ולאפשר להם להסתמך בתום לב על הסדר כלשהו, אף אם וולונטארי. לפיכך, מדיניות משפטית המבקשת לאזן בין האינטרסים המדוברים, ולהביא בחשבון את הצורך בפעילות מתווכי הרשת, צריכה להתחשב באותו קוד ענפי, לכל הפחות, כטענת הגנה.²⁹²

²⁹⁰ Copyright Act, § 101(1)(A) (Austl.).

²⁹¹ טענה זו הועלתה על ידי הנתבע בפרשת א.ל.י.ס., לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. לעמדה שלפיה טענת הנוהג בעייתית במקרים של הפרות קניין רוחני, ראו: Jennier, E. Rothman, *The Questionable Use of Custom in Intellectual Property*, 93 VA. L. REV. 1899 (2007).

²⁹² לדיון במעמדם של עקרונות פעולה וולונטאריים בתחום זכויות היוצרים ראו: Amira Dotan, Niva Elkin-Koren, Orit Fischman-Afori & Ronit Haramati-Alpern, *Fair Use Best Practices for Higher Education Institutions: The Israeli Experience*, 57 JOURNAL OF

דוגמה לקוד ההתנהגות בתעשייה הרלוונטית למתווכי הרשת היא הליך "הודעה והסרה"²⁹³ במדינות רבות, כאמור, הסדר זה מעוגן בחקיקה.²⁹⁴ בהיעדר חקיקה, נראה כי התעשייה הישראלית אימצה הסדר זה באופן וולונטארי. אימוץ מצדן של הסדר זה, המטיל אף על מתווכי הרשת חובות, הוא בוודאי סביר ועל כן צריך לקבל נפקות משפטית במסגרת השאלה אם יש להטיל אחריות תורמת על מתווכי הרשת.²⁹⁵

2.6. התחייבות בעל זכויות היוצרים לכיסוי הוצאות ושיפוי בגין תביעות

ראינו כי קביעתו של קשר סיבתי מערבת שיקולי מדיניות. שיקולים אלו משקללים את מכלול האינטרסים ובהם השאלה אם הגורם עליו מבקשים להטיל אחריות תורמת הוא מונע הנזק היעיל והזול ביותר. במקרה של מתווכי הרשת קושי מיוחד מתעורר לאור תפקודם כצוואר בקבוק, אשר אף שיתכן כי אין מדובר במונע הנזק הזול ביותר, מדובר במונע הנזק היחיד האפשרי. בעלי זכויות היוצרים אינם יכולים לאכוף את זכויותיהם כלפי מיליוני הגולשים בעולם ועל כן מתווכי הרשת הם "שומרי הסף" הטבעיים. יחד עם זאת, נראה לא צודק להטיל על שומרי הסף את עלויות האכיפה של זכויות של צדדים שלישיים.²⁹⁶ תחושה זו מתחזקת במיוחד אם עלויות אלו יוגלגלו בסופו של יום על הצרכן.²⁹⁷ על כן, פיתרון שהוצע על ידי בית המשפט לערעורים באוסטרליה הוא כי תנאי להטלת האחריות התורמת הוא התחייבות של בעלי זכויות היוצרים לשאת בעלויות, כולן או חלקן, הנובעות מהטלת משימת הניטור של ההפרות.²⁹⁸ עלויות אלו כוללות את עלות הניטור, דהיינו פיתוח והטמעה של טכנולוגיות מתאימות לניטור הפרות וניצול כוח אדם להפעלת אמצעים אלו.

THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE USA 447 (2010).

²⁹³ פרשת **א.ל.י.ס.**, לעיל ה"ש 6, פס' 43-44 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; פרשת **נב אנד גו**, לעיל ה"ש 7, פס' 33 לפסק דינה של השופטת שטמר.

²⁹⁴ ראו לעיל ה"ש 88-94.

²⁹⁵ כפי שאכן נקבע בפסק דינו של השופט גרוסקופף בפרשת **א.ל.י.ס.**, לעיל ה"ש 6.

²⁹⁶ ראו פסק דינו של השופט גרוסקופף בפרשת **א.ל.י.ס.**, לעיל ה"ש 6. כן ראו: עמדתו של השופט האוסטרלי בערכאה הראשונה בפרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 87. דעה דומה אף הובעה בישראל בהקשר של דרישה ממתווכי הרשת לנטר ביטויים אשר עלולים להוות לשון הרע, ראו ת"א (שלום ת"א) 37692/03 **סודרי נ' שטלריד**, פדאור 5 (19) 304 (2005). בפסק דין זה דובר באתר אינטרנט שבו התנהלו פורומים מקוונים. בית המשפט עמד על כך כי לא ניתן להטיל אחריות על בעל האתר המפעיל, שכן הדבר כרוך בהטלת עלויות סינון וניטור גבוהות אשר לא יאפשרו לבעל האתר להפעילו. עוד לטעון כי העלויות הגבוהות צריכות למנוע הטלת אחריות תורמת על ספקי שירות ראו: Lichtman & Landes, לעיל ה"ש 184, בעמ' 405.

²⁹⁷ הצעה שגורה היא להטיל מס על משתמשי האינטרנט לכיסוי העלויות המשפטיות שיוטלו על ספקי השירות לסנן תכנים מפרים. ראו: Lichtman & Landes, לעיל ה"ש 207, בעמ' 406.

²⁹⁸ פרשת *Roadshow Films*, לעיל ה"ש 89, פס' 257 לפסק הדין. ראו לעיל ה"ש 145 והטקסט המלווה.

העלויות אף כוללות את מחיר הטעות המשפטית באכיפה שגויה, במצבים שבהם יתברר כי הניטור העלה בחכתו גולש שאיננו מפר ואשר יתבע על כן פיצוי על נזקיו. בעלי זכויות היוצרים יצטרכו לשפות את מתווכי הרשת על עלות משפטית זו. התחייבות של בעלי זכויות היוצרים המבקשים לאכוף את זכויותיהם לכיסוי הוצאות אלה ולשיפוי בגין תביעות משפטיות עשויה בהחלט לייצר הסדר צודק יותר בנוגע למתווכי הרשת, באותם מצבים שאכן ייקבע כי יש להטיל עליהם אחריות תורמת. דרישה זו יכולה אף להתפרש כמענה חלקי לשאלה אם בידי של מתווך הרשת לנקוט אמצעים סבירים למניעת ההפרה. כאמור, הסבירות במקרים אלה היא אף שאלה של עלות כלכלית, והיות שמדובר בעלות מכבידה, יש להטילה על בעלי זכויות היוצרים כתנאי לדרישה לעתיד למניעת ההפרות.²⁹⁹

1. עם הפנים אל העתיד

מתווכי הרשת הפכו לחלק מחיינו. בעזרתם אנו גולשים באינטרנט, מוצאים בקלות מידע באינטרנט, מקבלים ומוסרים מידע באמצעות האינטרנט. מתווכי הרשת מאפשרים את קיומה של התקשורת בעידן הדיגיטלי, מייעלים ומשכללים אותה ואף מתעלים אותה למחוזות חדשניים, דוגמת הרשתות החברתיות. פריחה תקשורתית זו מובילה גם לצריכה מוגברת של יצירות, אלא שלא תמיד הדבר נעשה תוך שמירה על זכויות היוצרים ביצירות. פעילות המונית המפרה זכויות יוצרים גוררת עמה התלבטות משפטית אם יש להטיל את האחריות על מתווכי הרשת בגין הפרות אלה המבוצעות על ידי הגולשים בהיותם שומרי הסף הטבעיים. מערכות המשפט בעולם מתחבטות בגיבוש הסדר יעיל וצודק בעניין זה. הצורך בגיבוש הסדר שכזה העלה למרכז השיח המשפטי את דוקטרינת האחריות התורמת מדיני הנזיקין. דוקטרינה זו משמשת להטלת אחריות על גורמים היקפיים ומרוחקים לביצוע העוולה. דוקטרינה זו מיושמת זה כמאה שנים במסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים במדינות המשפט המקובל בתצורת "הזכות להרשות", ומטרתה להטיל אחריות על גורמים אשר סיפקו אמצעים לביצוע הפרות של זכויות יוצרים. במשך השנים פותחה הדוקטרינה, נתווספו תנאים ודרישות להחלטה וכללים לסיוגה. בעידן הדיגיטלי הפכה דוקטרינה זו לרלוונטית מתמיד. אף על פי כן, בישראל, ניסיונות חקיקה בנושא טרם צלחו, ועד לקיץ 2011 בית המשפט לא התייחס מפורשות לסוגיה.

²⁹⁹ ראו לעיל הדיון בה"ש 268–272. בישראל, בפרשת **ליגת הכדורגל האנגלי**, נדונה האפשרות העקרונית להטיל אחריות עקיפה על ספק שירותי האינטרנט בגין פעילות מפרה שבוצעה על ידי צד ג'. במסגרת דיון זה, אוזכרה אף סוגיית העלויות הכרוכות בהטלת תפקיד שומר הסף על ספק שירותי האינטרנט והצורך להטיל עלות זו על בעל זכות היוצרים, המבקש למעשה את סיועו של גורם נטרלי. ראו: פרשת **ליגת הכדורגל האנגלי**, לעיל ה"ש 53, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

שני פסקי דין עוקבים ניתנו בקיץ 2011. בבת אחת אומצה דוקטרינת ההפרה התורמת אל דיני זכויות יוצרים בישראל ופותרה מבחנים ומגבלות. דוקטרינה זו כבר יושמה בנוגע למתווכי רשת. התפתחות זו שבפסיקה הישראלית הייתה בלתי-נמנעת, בייחוד נוכח שתיקת המחוקק. בית המשפט נוקט זהירות רבה בפיתוח הדוקטרינה הישראלית, ומתחשב במכלול האינטרסים המעורבים. יש לקוות כי מגמה ראויה זו תימשך. מאמר זה נועד לסייע בהכוונת הרכבת הדוהרת. בהמשך פיתוח הדוקטרינה בישראל יש לעמוד באופן מושכל על מקורותיה במשפט האנגלו-אמריקני והישראלי ולגבש מתווה ברור להטלת אחריות עקיפה על מתווכי רשת נוספים. יש להבין את מהותה של הדוקטרינה כמטילה אחריות עקיפה, המצריכה, על כן, קיומה של הפרה ישירה. הטלת האחריות על מתווכי הרשת כשומרי סף מצריכה כמה מסננות משמעותיות אשר יבטיחו לכל תיפגע יתר על המידה הפעילות הרצויה ברשת. מסננת עיקרית אחת היא יסוד נפשי מוגבר, הכולל הן רמת ידיעה גבוהה בנוגע להפרות המבוצעות בסביבתן של מתווכי הרשת והן כוונה ורצון שתתקיים התוצאה העוולתית, קרי הפרה של זכויות יוצרים. כוונה זו היא שמייצרת את הצידוק להטיל אחריות על גורם אשר לא ביצע בעצמו כל הפרה. כך הדבר בדיני הנזיקין הכלליים במשפט הישראלי, וראוי להחיל דרישה זו גם בנגזרת של הדוקטרינה המיושמת בדיני זכויות יוצרים. מסננת עיקרית שנייה בודקת את טיב המעשה של מתווכי הרשת המקיים את האחריות. בית המשפט בישראל העמיד מסננת זו על קיומה של תרומה ממשית ומשמעותית. מונחים אלה מצריכים הבהרה נוספת על ידי פריטה למבחני משנה אשר התגבשו בפסיקה ובחקיקה בעולם, בהם יכולת מניעה סבירה של מעשי ההפרה וקיומו של קשר סיבתי ישיר בין פעולת מתווכי הרשת לבין מעשה ההפרה הישיר. קשר סיבתי ישיר זה אינו מסתפק במתן אמצעים לביצוע ההפרה הישירה, ויש לעמוד על קריטריונים נוספים הקושרים באופן הדוק ואקטיבי את מתווכי הרשת לפעילות המפרה. עם זאת, אין לדרוש כתנאי להטלת אחריות תורמת אפשרות חלופית להטיל אחריות ישירה מכוח הדוקטרינה של מעוולים במשותף או מתוך המסגרת הפנימית של דיני זכויות יוצרים. דרישה כזו עלולה לרוקן מתוכן כליל את האפשרות להטיל אחריות תורמת על גורמים היקפיים שונים במקרים מתאימים. בצד מסננות אלו יש להפעיל טענות חסינות, בהן הדוקטרינה מתחום דיני הפטנטים שלפיה, שימוש משמעותי בלתי-מפר בשירות של מתווכי הרשת תחלצו מאחריות. טענת חסינות נוספת היא כי הפעילות המדוברת נעשתה בהתאם לקוד התנהלות בתעשייה הרלוונטית. טענות חסינות אלה יכולות לתפקד כחלק מבחינת הקשר הסיבתי ולאן דווקא כ"קלף מנצח" להסרת אחריות מקום בו זו כעיקרון הוטלה.

יש לקוות כי בתי המשפט בישראל ימשיכו במגמה הזוהירה שבהטלת אחריות היקפית על מתווכי הרשת ולא ירחיבו יתר על המידה את מעגל האחראים בגין הפרות של זכויות יוצרים.