בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9183/09

בפני:	כבוד המשנה-לנשיא א' ריבלין כבוד השופט ח' מלצר כבוד השופט נ' הנדל
המערערת:	The Football Association Premier League Limited
	נ ג ד
המשיבים:	1. פלוני 2. היועץ המשפטי לממשלה
	ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 2.9.09 ב[בש"א 11646/08] [פורסם בנבו] **שניתן על-ידי כבוד השופטת מ' אגמון גונן**
תאריכי הישיבות:	ד' באדר ב התשע"א (10.3.11) כ"ד בסיוון התשע"א (26.6.11)
בשם המערערת: בשם המבקשת להצטרף:	עו"ד תמיר אפורי; עו"ד מאיר קלינגר עו"ד חגי אשלגי; עו"ד הדס כהן
בשם המשיב 1:	עו"ד יורם ליכטינשטיין
בשם המשיב 2:	עו"ד לימור פלד

חקיקה שאוזכרה:

חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007: סע' 14, 15, 18, 19, 19(א), 19(ב), 19(ב)(1), 19(ב)(4), 19(ב)(ג), 26, 47, פרק ד'

חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981: סע' 18(2)(ב)

חוק זכות יוצרים, 1911

חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965

פקודת הנזיקין [נוסח חדש]: סע' 12, 35, 71

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 105, 112, 113, 114

חוק החברות, תשנ"ט-1999: סע' 252

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סע' 8
פקודת התעבורה [נוסח חדש]: סע' 27ב
חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958: סע' 15, 16

ספרות:

טוני גרינמן, זכויות יוצרים (מהדורה שנייה, 2008)
דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים (כרך ב, 1992)
י' אדר, ג' שלו, דיני חוזים - התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ט)
מ' בירנהק, [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (תשע"א)

כתבי עת:

רחל ארידור-הרשקוביץ, "מביצוע פומבי להעמדה לרשות", יוצרים זכויות, (תשס"ט) 405
ניל נתנאל, "שימוש הוגן ישראלי מנקודת", יוצרים זכויות, (תשס"ט) 377
ניבה אלקין-קורן, "זכויות משתמשים", יוצרים זכויות, (תשס"ט) 327
יובל קרניאל, "שידור של אירועי ספורט", עלי משפט, כרך ו (תשס"ז) 259
גדעון ספיר, "הסדרים ראשוניים", עיוני משפט, לב (יוני 2010) 5
דפנה לוינסון, "ההגנה של 'שימוש הוגן'", משפטים, כרך טז (תשמ"ו-תשמ"ז) 430
צפורה כהן, "חובת הזהירות של הדירקטור", מחקרי משפט, כרך א (תש"ם) 134
מיכאל בירנהק, "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת", חוקים, ב (2010) 51
גיא פסח, "זכויות שידור - גלגוליה", המשפט, כרך י (תשס"ה) 131
ברק מדינה, "הכלל החוקתי בדבר החובה", משפטים, מב (אפריל 2012) 449

מיני-רציו:

* המשיב הוא בעל אתר אינטרנט המציע לגולשים אפשרות לצפות במשחקי כדורגל בשידור חי, בטכנולוגיית "streaming", ללא תשלום. ביהמ"ש העליון פסק פה אחד כי זכויות היוצרים של המערערת בשידור מלא של משחקי הכדורגל הופרו, כי המשיב אחראי להפרה וכי לא קמה לו הגנת השימוש ההוגן. עם זאת, ביהמ"ש העליון דחה ברוב דעות, בהיעדר הסדר חקיקתי, את הבקשה לחייב את ספקיות האינטרנט לפרסם את פרטיו של המשיב. ודוק, מוסכם על כלל השופטים כי בהיעדר פתרון חקיקתי, ראוי יהיה לפתח בעתיד פתרון משפטי בסוגיה.

* זכויות יוצרים – מהות זכות היוצרים – שידור

* זכויות יוצרים – יצירה – הגנתה

* זכויות יוצרים – שימושים מותרים – שימוש הוגן

* זכויות יוצרים – הפרה – זהות המפר

* בתי-משפט – הלכה פסוקה – קביעתה

המשיב הוא בעל אתר אינטרנט, המציע לציבור הגולשים אפשרות לצפות במשחקי כדורגל בשידור חי, בלא תשלום, וזאת בלא שקיים בידו היתר או רישיון

להעברת שידורי המשחקים. האתר מצוי על שרת ישראלי. העברת המשחקים באתר נעשית בטכנולוגיית "Streaming" (המכונה לעיתים גם "הזרמה" או "צפייה ישירה"). זהותו של המשיב אינה ידועה לבעלת זכויות היוצרים. במוקד הדיון ניצבת השאלה אם המשיב אחראי להפרת זכויות היוצרים של המערערת במשחקי הכדורגל, ובהמשך לכך, אם יש מקום לחשוף את זהותו, בכדי לאפשר לבעלת הזכויות בשידורי המשחקים להגיש נגדו תביעה. ביהמ"ש המחוזי קבע כי המשיב לא הפר את זכויותיה של המערערת במשחקים, וכי מכל מקום מדובר בשימוש הוגן, כך שממילא המשיב אינו אחראי להפרה. מן הטעם הזה נקבע כי אין גם מקום לחשיפת פרטיו של המשיב.

.

ביהמ"ש העליון (המשנה לנשיא א' ריבלין השופטים ח' מלצר ונ' הנדל) קיבל את הערעור בחלקו, בקובעו:

המשנה לנשיא ריבלין –

המערערת מצלמת את משחקי הכדורגל שלה, מביימת, מפיקה ועורכת את הצילומים, ואף מוסיפה להם גרפיקה ומוסיקה. אמנם, משחקי הכדורגל כשלעצמם אינם כשירים להיות מושא לזכות יוצרים. אירוע ספורט עצמו הוא התרחשות של עובדות במציאות, אשר כידוע אינן מוגנות בזכויות יוצרים. אלא שזכות היוצרים עשויה לחול על האופן המסוים בו אירוע הספורט מתועד ונערך. אופן התיעוד והצילום של אירוע ספורט כרוך בלא מעט יצירתיות, וכך בוודאי באשר לבימויו והפקתו של הצילום, כמו גם אופן העריכה. כל אלה עולים, ככלל, לכדי "יצירה מקורית" הזוכה להגנת דיני זכויות היוצרים. המערערת מחזיקה, אם-כן, במקרה זה בזכויות היוצרים ביצירה המתקבלת לאחר פעולות הצילום, הבימוי והעריכה – כלומר בשידור המלא של משחקי הכדורגל. השאלה היא האם הופרו זכויותיה ביצירה המוגנת.

"זכויות היוצרים" הן למעשה אגד של זכויות משנה, המעניקות לבעליהן את היכולת הבלעדית להתיר את ביצוען של פעולות מסוימות ביצירה המוגנת, כך שיוכל ליהנות מ"מרבית דרכי הניצול האקטיביות או המסחריות" של היצירה. בין זכויות אלה, ניתן למנות גם את זכות השידור (המעוגנת בסעיף 14 לחוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007, להלן "החוק החדש") וכן את זכות ההעמדה לרשות הציבור (המצויה בהוראת סעיף 15 לחוק החדש). במקרה הנדון, המערערת עצמה הסכימה כי זכות ההעמדה לרשות הציבור לא הופרה. מעבר לדרוש, יצוין כי אין בתיבות "ממקום ובמועד לפי בחירתם", המצויות בהוראת סעיף 15 לחוק החדש, כדי לשלול את ההפרה במקרה בו מדובר בשידור חי.

הזכות הרלוונטיות לענייננו, אם-כן, היא זכות השידור. לפי סעיף 14, "שידור של יצירה הוא העברה קווית או אלחוטית, של צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכלולים ביצירה, לציבור". בבחינת השאלה אם הופרה זכות זו, יש להידרש אם-כן ל-3 תנאים מרכזיים: קיומו של 'ציבור' שאליו מועברת היצירה; מהות היצירה המשודרת; פעולת השידור עצמה. היסוד הראשון והשני אינם מעוררים קושי מיוחד במקרה זה. הצבת היצירה באתר הפתוח לקהל רחב ומפוזר, הזמין להיקף עצום של גולשים ברשת האינטרנט, בוודאי עולה כדי

'ציבור'. אף באופי היצירה לא נמצא קושי. שידור משחקי כדורגל, המערב תכנים אודיטוריים וכן תכנים ויזואליים מהמשחק עצמו, עולה כדי "שילוב של צלילים ומראות".

עיקר השאלה היא, אפוא, אם מתמלא היסוד השלישי, קרי אם העברת המשחקים בטכניקת ההזרמה עולה כדי "שידור". סעיף 14 מורה, כזכור, כי שידור של יצירה מתקיים מקום בו מדובר ב"העברה קווית או אלחוטית". תיבה זו נועדה להבהיר כי שידור יכול להתקיים במגוון אמצעים, וכי השידור – במהותו – אינו מותנה או מוגבל באמצעי הטכני המשמש להעברתו. משכך, אין מניעה שהזכות לשדר יצירה מוגנת תחול גם על שידורים באמצעות רשת האינטרנט, לרבות בטכניקה של הזרמת אינפורמציה. מכל מקום, מרבית התקשורת המודרנית, לרבות רשת האינטרנט, נשענת על העברה קווית או אלחוטית, ואף מטעם זה ההגדרה המצויה בהוראת סעיף 14 כוללת גם צפייה ישירה דרך רשת האינטרנט.

יתרה מכך, העברת תכנים בצפייה ישירה, משמעותה העברת קובץ למחשבו של המשתמש, "באופן שגורם לביצוע היצירה במחשב של המקבל אגב ההעברה, ולמחיקת הקבצים המועברים לאחר שהושמעו או שהוצגו על המסך". היצירה מבוצעת אפוא בפני הצופה, אך אינה נשארת בידו. במובן זה, טכנולוגיית ההזרמה דומה במהותה לשידור ה"קלאסי" המוכר לנו: המשתמש חווה את היצירה ונהנה ממנה ברגע מסוים, אך היא אינה נשארת ברשותו לאחר מכן. במובן זה, הזרמת אינפורמציה – בין אם אודיטורית בין אם ויזואלית – מממשת בצורה מדויקת את התפיסה של "שידור".

ועוד. העברת תכנים באמצעות רשת האינטרנט, לרבות באמצעות שיטת ההזרמה, היא מאפיין עיקרי ומרכזי של העידן הדיגיטלי. אין הצדקה להגביל את ה"שידור" אך לאמצעים טכניים הקודמים לדור האינטרנט. להיפך. חקיקת החוק החדש מסמלת את התאמת דיני זכויות היוצרים הישראליים לעידן הדיגיטלי ולאתגרים שהוא מציב בתחום הקניין הרוחני. החוק מבקש, ככלל, להתאים עצמו לאמצעי ההעברה המודרניים. נמצא, אם-כן, כי לא רק שלשון החוק אינה שוללת את הזרמת התכנים ברשת האינטרנט, אלא שגם מבחינה מהותית קיימת הצדקה להכרה בשידור ככולל טכניקה זו.

אם כן, העברת תכנים באמצעות רשת האינטרנט בטכנולוגיית "הזרמה" עולה כדי "שידור" לעניין סעיף 14 לחוק החדש. במקרה הנדון, היצירה המוגנת שודרה בטכנולוגיית הזרמה, בשידור חי באתר האינטרנט של המשיב. בנסיבות אלה, אחראי המשיב להפרת זכות היוצרים של המערערת ביצירה המוגנת. מעבר לדרוש, ומבלי לקבוע בכך מסמרות, יצוין שככול שהמשיב לא העלה בעצמו את התוכן המפר לאתר, אלא רק "אירח" אותו או יצר אליו "קישור", עשוי המשיב להיות אחראי להפרה גם באופן תורם. עוד יצוין, מעבר לצורך, כי העותקים הזמניים הנוצרים במחשבי המשתמשים במהלך הצפייה הישירה במשחקים, נכללים ככל הנראה בגדר הוראת סעיף 26 לחוק החדש.

האם קמה למשיב הגנת השימוש ההוגן? דוקטרינת השימוש ההוגן נועדה לאפשר קיומם של שימושים מסוימים, הנתפסים כרצויים מבחינת התכלית

החברתית שהם משרתים – וזאת אף אם מדובר בהפרה של זכות יוצרים. למעשה, היא מאפשרת לאזן בין התכליות השונות של דיני זכויות היוצרים – השאיפה להעניק תמריץ להפקת יצירות חדשות, כמו גם הרצון להעשיר את המרחב הציבורי במגוון של יצירות. הגנת השימוש ההוגן מעוגנת כיום בהוראת סעיף 19 לחוק החדש. יודגש, כי מדובר בהגנה המוענקת למשתמשים במקרים המתאימים לכך, ולא בזכויות של המשתמשים, במובן זה שהן עשויות לשמש גם כטענה פוזיטיבית. משמדובר בטענת הגנה, הנטל להוכיחה מוטל על הנתבע המבקש להעלותה.

סעיף 19(א) מונה רשימה פתוחה של תכליות שעשויות לעלות לכדי שימוש הוגן. סעיף 19(ב) ממשיך ופורט רשימה של שיקולים לאורם ניתן לבחון אם השימוש הוא 'הוגן'. אין מדובר בשיקולים הכרחיים או מצטברים, אלא ברשימה בלתי ממצה של פרמטרים שעשויים להצביע על הוגנותו של שימוש מסוים. במקרה הנדון, בחינתם המצטברת של שיקולים אלה מצביעה על כך שאין מקום להכיר קיומה של הגנת השימוש ההוגן. ראשית, קיים ספק בדבר "מטרת השימוש ואופיו", ובעיקר באשר לשאלה אם מדובר בשימוש מסחרי. כמו כן אין מדובר בשימוש טרנספורמטיבי, אלא בשימוש ביצירה בדיוק במתכונת בה פורסמה (as is), באופן המשרת בדיוק את אותה התכלית ופונה בדיוק אל אותו הקהל.

שנית, פעילותו של המשיב פוגעת באופן משמעותי בשוק הפוטנציאלי של היצירה. מסקנה זו אף מתחזקת נוכח העובדה שמדובר בשימוש ביצירה כולה. ועוד. משחקי הספורט ושידורם משרתים תכליות חברתיות חשובות, בין היתר בנוגע לאחדות, שיתוף וחוויה תרבותית קולקטיבית. אלא שספק אם פגיעה במנגנון הכלכלי עליו נשען הספורט המקצועי תשרת תכליות אלה בצורה המיטבית. כידוע, חלק ניכר מבסיס הרווחים של ליגות הספורט והאיגודים המקצועיים בתחום נשענים על הפקת צילומי המשחקים ומכירת הזכויות בהם. ספק אם מתן אפשרות לפגיעה בבסיס הרווחים של ארגוני הספורט תקדם את התכלית החשובה של עידוד הספורט הציבורי.

משנמצא כי הופרה זכות המערערת בשידור המלא של משחקי הכדורגל; כי המשיב אחראי להפרה וכי לא קמה לו הגנת השימוש ההוגן – יש מקום להידרש לשאלת חשיפת פרטיו. ראשית ועיקר, חשוב להבהיר כי המקרה דנא – בו מתבקש ביהמ"ש להורות על חשיפת פרטיו של מפר זכות יוצרים, נבדל ונבחן מן הסיטואציה שבה מתבקשת חשיפת פרטיו של מעוול-לכאורה בעוולות הבאות לתחום את חופש הביטוי. בעוולות שכאלה, האנונימיות עצמה היא חלק מחופש הביטוי, וככזו, היא ראויה להגנה חוקתית. לעומת זאת, בהקשר של פגיעה נטענת בקניין רוחני, מדובר בתחרות בין אינטרסים קנייניים, מתחרים. במקרה כזה האנונימיות אינה משרתת את עצם הביטוי או את תכליות ההכרה בקניין הרוחני. להיפך.

נמצא כי בעוד שבהקשר של לשון הרע קיים טעם בהגנה על האנונימיות של המעוול-לכאורה (הנתבע) כחלק מזכותו החוקתית לחופש הביטוי, כשמדובר בפגיעה נטענת בקניין רוחני קיים, על-פניו, דווקא טעם בהגנה על האינטרס

של התובע. חשיפת המפרים תביא להגנה אפקטיבית על זכויותיהם של היוצרים והממציאים. כך בייחוד בעידן האינטרנט, אשר מאפשר למפרים לפעול תחת כסות של אנונימיות, באופן המקשה על בעלי זכויות היוצרים לאכוף באופן ממשי את זכויותיהם. החשש לכאורה מקיומו של "אפקט מצנן", אינו מצדיק, כשלעצמו, להימנע מחשיפת פרטיו של מפר-אנונימי.

במקרה דנא, מדובר אמנם בפגיעה קשה ביצירה מוגנת, ובהפרה מודעת של זכות היוצרים. האנונימיות במקרה זה אינה משרתת את חופש הביטוי, אלא רק מאפשרת למשיב להתחמק מאחריות להפרה שביצע. אלא שחשיפת פרטיו של מפר – גם במקרה שכזה – מצריכה הסדרה חקיקתית. מובן, שהיעדר מסגרת דיונית המאפשרת לחייב צד שלישי (כגון ספקיות האינטרנט) לחשוף את פרטיו של מפר-לכאורה אינו מאיין את קיומה של ההפרה. טוב יעשה אפוא המחוקק אם יזדרז ויסדיר את הסוגיה. השופט הנדל מציע להכיר בקיומה של עילה ישירה נגד ספקית האינטרנט מכוח עוולת הרשלנות. ברם, שאלת קיומה של עילה נזיקית ישירה כלפי ספקית גישה לאינטרנט לא ניתן לדון בה היום מבלי שהוגשה תביעה נזיקית ישירה נגד הספקיות ומבלי לשמוע את עמדתן. המשנה לנשיא מסכים עם השופטים מלצר והנדל כי בהיעדר חקיקה, לאורך זמן, ראוי יהא לעצב תרופה שיפוטית. נוטה הוא גם לדעה כי ניתן יהא לעשות שימוש בעילת ההפרה התורמת.

השופט הנדל –

יש לחייב את הספקיות לחשוף את זהות המשיב. מבחינה דיונית אין מכשול המונע זאת. בערכאה דלמטה תבעה המערערת את הספקיות באופן ישיר ובלתי אמצעי. במוקד הדיון נגדן ניצב הסעד לחשוף את זהות המשיב. התביעה נעדרה מחלוקת עובדתית בנוגע לספקיות. חרף שידעו מהו הסעד המבוקש, לא התגוננו מפניו אלא הודיעו לבימ"ש קמא כי יכבדו כל החלטה שתינתן על-ידו. בעקבות זאת, התביעה נגד הספקיות נמחקה בהסכמה. על אף שלמען הסדר הדיוני הטוב ייתכן והיה מוטב אילו נכחו הספקיות כצד להליך, הסעד המבוקש כלפיהן היה ידוע, והצהרתן ה"ניטראלית" מאפשרת מבחינת סדרי הדין לקבוע קביעה נורמטיבית המורה לחשוף את פרטי המשיב. רוצה לומר, אין מכשול דיוני בתיק זה המונע מתן הוראה לספקיות לגלות את זהות המשיב. לסמכות בימ"ש זה להורות על חשיפת פרטי גולש אנונימי קיים מקור בדין. המקור מצוי במשולש הבא: א. הספקיות מעניקות שירות לבעל האתר תמורת תשלום; ב. כתוצאה מאספקת השירות – מקום אחסון וכתובת אינטרנטית – לבעל האתר, המפר באופן אנונימי את זכויות היוצרים, נוצרת זיקה בין הספקיות לבין בעל זכות היוצרים. ג. החיבור בין א' לב' מוליד את חובת הזהירות הכללית של דיני הנזיקין המוטלת על ספקיות האינטרנט. מידת אחריותו של ספק האינטרנט תחומה לחובה לחשוף את זהותו של מעוול הפועל באמצעות שירותיו של הספק. זאת להבדיל מאחריות בגין ההפרה. עקב התרחבות השפעות האינטרנט על תחומי חיינו השונים, נוצר צורך בפיתוח פנימי של הדין במקרה המתאים. בתיק זה נמצא כי יש מקום להרחיב תחולתה של החובה הנזיקית הקלאסית על ספק אינטרנט כלפי בעלי זכויות החשופים לפגיעות בזירה זו.

השופט מלצר –

ראוי להמתין לדבר המחוקק ויש לקוות שהכנסת תידרש למכלול במועד מוקדם ובזמן סביר. יחד עם זאת – אם הליך החקיקה לא יקודם במהירות הראויה – תוכל המערערת להגיש תביעה חדשה ולנסות ולבקש מזור להפרות (אגב הגשת בקשה לחשיפת המפרים) על דרך של פיתוח הלכתי נקודתי. כך יוכלו לעשות אף אחרים שימצאו עצמם במצב דומה. הטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים - לקנקנים משפטיים חדשים. למחוקק יש, כמובן, עדיפות בגזרה זו. דא עקא שלעתים החקיקה מתמהמהת ומנגד הצרכים דוחקים ואז למערכת המשפט אין ברירה אלא להיכנס לזירה בדרך של גיבוש "משפט מקובל – תוצרת הארץ". הדבר מתבקש על מנת שלא ייווצר מצב שתמצא זכות (בגין ההפרה) ללא תרופה או סעד. מקור המשפטי עליו ניתן להתבסס לשם הוצאת "צו חשיפה" אצלנו, איננו ברור לגמרי בשלב זה ולכן הוא טעון עדיין עיצוב, דיוק וחידוד. מבלי לקבוע מסמרות, נראה כי גם מבלי שיהיה חיקוק מפורש ומפורט שמסדיר באופן כולל את הדבר – ניתן יהיה בעתיד, במידת הצורך, ליצור ולשכלל את הסעד של צו חשיפה ולמצוא יסוד להוצאתו בגדר ההליכים המקדמיים הקיימים כבר אצלנו והעומדים לרשות הצדדים במשפט. מבחינה מהותית – המקור לצו שכזה יוכל להישען על אחת מ-3 עילות: (א) עילת ההפרה התורמת; (ב) עילת הרשלנות; (ג) עילה מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט. עם זאת לצורך הוצאת צו חשיפה (כאשר יפותח הסעד האמור, ככל שיידרש) – עדיין יצטרכו להתמלא מספר תנאים, "הנשאבים" מהפסיקה המקבילה באותן ארצות שבהן הונהג צו כזה. תנאים אלה תואמים בעיקרם ל"פיסקת ההגבלה".

פסק-דין

המשנה-לנשיא א' ריבלין:

1. פלוני הוא בעל אתר אינטרנט, אשר מציע לציבור הגולשים אפשרות לצפות במשחקי כדורגל בשידור חי, בלא תשלום, וזאת בלא שקיים בידו היתר או רישיון להעברת שידורי המשחקים. זהותו של פלוני אינה ידועה לבעלת זכויות היוצרים. במוקד הדיון ניצבת, אפוא, השאלה אם פלוני אחראי להפרת זכויות היוצרים במשחקי הכדורגל, ובהמשך לכך, אם יש מקום לחשוף את זהותו, בכדי לאפשר לבעלת הזכויות בשידורי המשחקים להגיש נגדו תביעה.

רקע הדברים

2. המערערת היא ליגת הכדורגל האנגלית The Football Association Premier League Ltd. (להלן: הליגה, או המערערת), המארגנת ומקיימת משחקי כדורגל באנגליה. בכל משחק המתנהל בליגה מתקיים תהליך של צילום, עריכה ושידור. בתחילה, מצולמים המשחקים באופן "נקי", כלומר ללא פרשנות או גרפיקה נוספת. אחר כך, מוספים לצילומים הנקיים כתוביות, גרפיקה, פרשנות ומוסיקת רקע (להלן: השידור המלא). השידור המלא מועבר אל לווין, ומשם הוא נמכר לגופי שידור בינלאומיים בכ-200 מדינות בעולם. כל התהליך האמור (החל מצילום השידור ה"נקי", ועד הגעתו של השידור המלא ליעדו) אורך

כ-5 שניות בלבד, כך שהצופים במדינות השונות נהנים משידור "חי", המתנהל בזמן אמת.

במקביל, מועבר השידור המלא של משחקי הכדורגל – בזמן אמת – גם דרך אתר ברשת האינטרנט בשם "Livefooty" (להלן: האתר). באתר, אשר מנוהל ומופעל על-ידי המשיב 1 (להלן: פלוני), מועברים באופן קבוע אירועי ספורט שונים, בשידור חי, לרבות משחקי הכדורגל של הליגה. במסגרת האתר מציין פלוני באופן מפורש, כי מטרתו היא לאפשר לגולשים לצרוך באופן חופשי – ללא תשלום – שידורים של אירועי ספורט. וכך כותב הוא באתר:

> "Hi all! I have created this site, as my personal aim, to be able to watch LIVE football/soccer, basketball matches etc, without having to pay a cent! Now you can enjoy this too. With LiveFooty, you can watch all the interesting sporting events FREE." [ההדגשה במקור]

3. האתר מצוי על שרת ישראלי (ובעל סיומת "co.il"). העברת המשחקים באתר נעשית בטכנולוגיית "Streaming". טכנולוגיה זו, המכונה לעיתים גם "הזרמה" או "צפייה ישירה", אכן מעבירה באופן ישיר את התוכן אל הצופה, ובזמן אמת, וזאת מבלי להידרש (ככלל) להורדת תכנים למחשבו האישי של המשתמש. על רקע זה, טענה הליגה כי פלוני הפר את זכויות היוצרים שלה במשחקים. אלא שזהותו של פלוני אינה מפורסמת באתר, ואינה ידועה לליגה, ועל-כן פנתה זו האחרונה לבית המשפט המחוזי בבקשה לחשוף את זהותו של פלוני, בכדי להיפרע ממנו בגין הנזק שגרמה ההפרה הנטענת, ובמטרה למנוע ממנו להמשיך ולשדר את משחקי הליגה בעתיד. התביעה הופנתה נגד ספקיות האינטרנט חברת "נטוויז'ן

013 ברק בע"מ" וחברת "נענע 10 בע"מ" (להלן: הספקיות), וכן נגד פלוני עצמו.

קביעותיו של בית המשפט המחוזי בשאלות הנוגעות לענייננו

4. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת מ' אגמון-גונן) דחה את תביעתה של הליגה. בית המשפט הורה להמציא לפלוני את כתב התביעה באמצעות ספקיות האינטרנט. נקבע, כי הזהות האנונימית היא חלק מיתרונותיה של רשת האינטרנט

וכי יש לאפשר לפלוני להביע עמדה בשאלות העומדות לדיון, גם אם אינו מעוניין להזדהות. פלוני התייצב אפוא בתביעה באופן אנונימי, באמצעות בא-כוחו.

5. בית המשפט נדרש לשאלת קיומן של זכויות יוצרים בצילום משחקי ספורט בשידור חי. נוכח הסכמת הצדדים ובהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, נקבע, כי אכן קיימות זכויות יוצרים בצילום אירועי ספורט, וכי חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק החדש) לא שינה את ההלכה שנקבעה בעניין זה בע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529 (2001) (להלן: פרשת טלאיבנט). על רקע זה בחן בית המשפט את הפרת זכויותיה של הליגה ביצירה המוגנת. בין היתר נקבע, באשר ל"זכות השידור" של הליגה ביצירה (לפי סעיף 14 לחוק החדש), כי יסוד ה"ציבור" מתקיים במקרה זה, שכן העברת המשחקים ברשת האינטרנט מאפשרת לציבור גדול של משתמשים לצפות במשחקים. עם זאת, סבר בית המשפט כי יסוד ה"שידור" אינו מתקיים במקרה של העברה בטכניקה של הזרמה ("streaming"), וזאת שכן הגדרת השידור בסעיף זה – כך נקבע – היא תלוית טכנולוגיה, ומתקיימת אך במקום בו מדובר ב"העברה קווית או אלחוטית" של תכנים. בית המשפט קבע, כי הזכות הרלוונטית לצורך העברת תוכן ברשת האינטרנט היא זכות ה"העמדה לרשות הציבור" (הקבועה בסעיף 15 לחוק החדש), בעוד שזכות השידור – כך נקבע – נועדה להתמודד עם אמצעים טכנולוגיים אחרים. עוד נקבע, כי אף זכות ה"העמדה לרשות הציבור", המעוגנת בסעיף 15 לחוק החדש, לא הופרה במקרה זה, וזאת נוכח העובדה שמדובר בשידור חי, כלומר שידור המועמד לרשות הציבור אך בנקודת זמן מסוימת. לאור האמור, נקבע כי "אין מדובר בהפרת זכויות השידור של המבקשת [המערערת]. אין גם הפרה של הזכות להעמדה לרשות הציבור, וככל הנראה אין מדובר גם בהעתקה".

6. עם זאת, אף שנקבע כי לא הופרו זכויות היוצרים של הליגה, הוסיף בית המשפט המחוזי ונדרש לשאלת השימוש ההוגן. בהקשר זה נקבע, כי "השימוש ההוגן הינו זכות", וכי "השימושים המותרים מהווים חלק מזכויות המשתמשים או זכויות הציבור". זאת, כך הובהר, אף שלשונו של החוק החדש אינה מתייחסת לשימוש ההוגן כזכות. לגופו של עניין, נקבע כי מדובר במקרה זה

בפעילות שיש בה תרומה חברתית חשובה, וכי למשתמשים קיימת זכות להשתתף בחיי התרבות ולצפות במשחקי הספורט הבינלאומיים. זאת ניתן ללמוד, בין היתר, מכך שהמועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין מחייבת את ספקיות התוכן, במקרים מסוימים, לאפשר לצופים לחזות באירועי ספורט מרכזיים ללא תשלום. עוד נפסק, כי מטרתו של פלוני היא לאפשר צפייה חופשית באירועי ספורט, וכי בכך מגשים פלוני את זכותם של המשתמשים לצפייה במשחקים. כמו כן נקבע, כי נוכח העובדה שמשחקי הספורט עצמם אינם מוגנים בזכות יוצרים (להבדיל מצילום המשחקים ושידורם), אין מדובר במקרה זה בפגיעה המצויה בלב דיני זכויות היוצרים. עיקר העניין של הציבור – כך נקבע – הוא בהתרחשות הספורטיבית עצמה, ולא בזוית הצילום או בגרפיקה המוספת לשידור. באשר להיקף השימוש ביצירה, ציין בית המשפט כי אמנם משחקי הכדורגל הועברו באתר במלואם, אולם קיים ספק באשר לאיכות השידור באינטרנט (לעומת השידור בטלוויזיה), וכי מכל מקום – "הערך החברתי של הנגשת משחקי הספורט לציבור גובר". לבסוף נבחנה השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה, ואף בהקשר זה סבר בית המשפט כי פלוני "הרים את הנטל להראות כי העברת משחקי הכדורגל של הפרמייר ליג [הליגה], ללא תשלום, באתר האינטרנט שלו, מהווה מימוש של זכותו לשימוש הוגן".

7. נקבע, אפוא, כי לא הופרו זכויותיה של הליגה במשחקים, וכי מכל מקום מדובר בשימוש הוגן, כך שממילא פלוני אינו אחראי להפרה. מן הטעם הזה נקבע כי אין גם מקום לחשיפת פרטיו של פלוני. עוד נקבע בהקשר זה, כי אין מקום להבחין בין חשיפת פרטיו של מעוול-לכאורה בדיני לשון הרע, לבין פרטיו של מפר-לכאורה בדיני זכויות יוצרים. נקבע כי "גם במסגרת השאלה האם יש מקום לחשוף את זהותו של המשיב 1 [פלוני], יש לשקול את זכויות

המשתמשים, ובמקרה זה זכות הציבור לצפות במשחקי ספורט". נפסק כי, ככלל, מקום בו מדובר בשימוש שאינו מסחרי, לא קמה הצדקה לחשיפת פרטיו של פלוני כחלק מציבור המשתמשים, וזאת לאור תפקידה החברתי החשוב של רשת האינטרנט והחשש מן "האפקט המצנן" שעשוי להיווצר כתוצאה מחשיפת זהותם של מעוולים אנונימיים, בהקשר של קניין רוחני. בסיכום הדברים נקבע, כאמור, כי אין מקום לחשוף את זהותו של פלוני, וזאת בין

היתר בהתחשב בכך שלא הופרו זכויותיה של הליגה ביצירה, וכי מכל מקום מדובר בשימוש הוגן שיש להתירו; וכן נוכח הרצון לאפשר לאוהדי הספורט גישה חופשית למשחקים. עוד נפסק כי על הליגה לשאת בהוצאותיו של פלוני ובשכר טרחת עורך דינו בשיעור כולל של 50,000 ש"ח. מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

8. טענותיהם של הצדדים הובאו בפנינו בהרחבה, תוך התייחסות גם למחקר מעמיק. מפאת קוצר היריעה נביא טיעונים אלה בתמצית בלבד.

המערערת משיגה על הכרעתו של בית המשפט המחוזי, הן באשר לקביעת האחריות להפרה הן בנוגע לחשיפת פרטיו של פלוני. במישור הדיוני טוענת המערערת, כי בית המשפט המחוזי דן בטענות הצדדים מבלי שהיו לפניו ראיות מטעמו של פלוני, מבלי לחקור את הצדדים על תצהיריהם ומבלי לשמוע עדויות. בנסיבות אלה, סבורה המערערת כי יש מקום להתערב בחלק מקביעותיו העובדתיות של בית המשפט. בין היתר, נטען, כי האתר אינו פועל לרווח האוהדים, אלא נועד למטרות מסחריות, ולצורך הייצור הכנסות. באתר קיימות, כך נטען, פרסומות, וביניהן גם פרסומות לאתרים אחרים המנהלים הימורים על תוצאות המשחקים. כמו-כן נטען, כי פלוני "מזמין" את ציבור הגולשים לתרום מכספם לצורך מימון פעילותו של האתר.

באשר להפרת זכויותיה בשידורי המשחקים, טוענת המערערת – בין השאר – כי אין מקום להוציא מגדר זכות השידור את העברה בשיטת ההזרמה. עוד טוענת המערערת, כי יש מקום

לבחון מחדש את יישומה של דוקטרינת השימוש ההוגן במקרה זה. בין השאר, נטען כי מדובר בטענת הגנה, כך שנטל להוכיחה מוטל על הנתבע. לגופו של עניין טוענת המערערת, בין היתר, כי אין מקום להתיר שימוש בקניינו של אחר, בחסות השימוש ההוגן, וכי פלוני איפשר למספר בלתי מוגבל של משתמשים לצפות במשחקים, במלואם, ללא רשות וללא תשלום, ומתוך מטרה מוצהרת לגרום לה (וארגוני ספורט שכמותה) נזק כלכלי. באשר לחשיפת פרטיו של פלוני, טוענת המערערת כי יש מקום להבחין בין חשיפת פרטים של גולש-אנונימי לצורך תביעת לשון הרע, לבין חשיפת פרטים

לעניין הפרת זכויות יוצרים. בתביעת לשון הרע – כך נטען – קיים אינטרס מיוחד בשמירה על אנונימיות כחלק מחופש הביטוי. לעומת זאת, במקרה של הפרת זכויות יוצרים, כך טוענת המערערת, קיים דווקא אינטרס בחשיפת פרטי המפר כדי לעודד אכיפה אפקטיבית של זכויות היוצרים. עוד נטען, כי יש להבחין בין חשיפת פרטיו של משתמש ("גולש"), לבין חשיפת פרטיו של בעל האתר או מי שמפעיל אותו. בהקשר זה נטען כי לבעל אתר אינטרנט אין זכות קנויה לאנונימיות, וכי דווקא מי שמפעיל אתר צריך לצפות שזהותו תיחשף, ככול בעל פעילות עסקית. כמו כן מציינת המערערת, כי אין מקום לחשש מפני האפקט המצנן במקרה זה, שכן ממילא פלוני לא יצר בעצמו את התכנים שהוא משדר. לבסוף, ולחלופין, מבקשת המערערת לצרף להליך את בעל השרת עליו "יושב" האתר.

9. מנהלת ליגת העל בכדורסל לגברים (2002) בע"מ (להלן: ליגת הכדורסל), אשר הצטרפה להליך לבקשתה, תומכת בעמדתה של המערערת. ליגת הכדורסל מוסיפה ומדגישה, כי הזכות לבצע הזרמה היא זכות שנמכרת יחד עם זכויות השידור, והעמדת אפשרות ל"צפייה ישירה" בלא תשלום פוגעת במנגנוני הרווחים הלגיטימיים של גופי הספורט. לטענתה, בהיעדר אפשרות למכור זכויות יוצרים לגורם משדר באופן בלעדי, לא יהיה תמריץ מספק להפקת שידורי ספורט, ולא יהיה מי שיוכל לקחת על עצמו מטלה שכזו בלא תשלום בגינה.

10. פלוני, לעומת זאת, סומך ידיו על הכרעתו של בית המשפט המחוזי בשאלת ההפרה והשימוש ההוגן, כמו גם בכל הנוגע לחשיפת פרטיו שלו. בהקשר זה האחרון, מדגיש פלוני, בעיקר, כי אין כיום בחקיקה הליך של חשיפת פרטי מעוול-אלמוני, וכי בהיעדר חקיקה ספציפית לא ניתן להורות על חשיפה כאמור. מסקנה זו אף מתחזקת, כך נטען, נוכח הקביעות המצויות פסק הדין בעניין רע"א

4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ ([פורסם בנבו], 25.3.2010) (להלן: פרשת מור). היעדר פרטיו של הנתבע, כך נטען, הוא פגם מהותי בכתב התביעה, שלא ניתן "לרפאו". פלוני ממשיך וטוען, כי ספקי האינטרנט כפופים לחובת סודיות מכוח חוק הגנת הפרטיות, ואף מן הטעם הזה סבור הוא שאין מקום להורות על חשיפת הפרטים. בנוגע לשאלת ההפרה, טוען פלוני, כאמור, כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי מעניקה

לזכויות המשתמשים את המשקל הראוי להם, וכי בצדק ניתן דגש להנגשת הספורט לציבור הרחב.

11. המדינה בתגובותיה (הן בכתב הן בדיונים שהתקיימו בפנינו), התייחסה בעיקר להליכי החקיקה המתנהלים בנוגע לסמכותו של בית המשפט להורות על חשיפת פרטיו של גולש מעוול-לכאורה בלשון הרע או מפר-לכאורה של זכות יוצרים. יצוין כי בתגובה שהגישה המדינה לבית המשפט המחוזי, היא הצטרפה לעמדה התומכת בהכרה בטכנולוגיית ההזרמה כחלק מ"שידור" של יצירה לפי החוק החדש.

לאחר שבחנו את טענות הצדדים, הן בסיכומיהם בכתב הן בדיונים שנערכו בפנינו, באנו לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל בחלקו, כפי שיובהר להלן.

הפרת זכויות היוצרים בצילום והפקה של משחקי הכדורגל

12. הליגה מצלמת, כאמור, את משחקי הכדורגל שלה, מביימת, מפיקה ועורכת את הצילומים, ואף מוסיפה להם גרפיקה ומוסיקה. אמנם, משחקי הכדורגל כשלעצמם אינם כשירים להיות מושא לזכות יוצרים. אירוע ספורט עצמו הוא התרחשות של עובדות במציאות, אשר כידוע אינן מוגנות בזכויות יוצרים. אלא שזכות היוצרים עשויה לחול על האופן המסוים בו אירוע הספורט מתועד ונערך. אופן התיעוד והצילום של אירוע ספורט כרוך בלא מעט יצירתיות, וכך בוודאי באשר לבימויו והפקתו של הצילום, כמו גם אופן העריכה. כל אלה עולים, ככלל, לכדי "יצירה מקורית" הזוכה להגנת דיני זכויות היוצרים. ואכן, בפרשת טלאיבנט נקבע כי צילום והפקה של אירועי ספורט מוכרים כיצירה המוגנת בזכות יוצרים (ראו: פרשת טלאיבנט, בעמ' 541-540; קביעה זו אף אושרה בדיון נוסף: דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ'

Tele Event Ltd ([פורסם בנבו], 16.6.2004); גיא פסח "זכויות שידור – גלגוליה של סבוניית [פסק הדין בעניין] א.ש.י.ר וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת" המשפט י' 131, 132-133 (2005) (להלן: פסח, שוק התקשורת); גיא פסח "על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה – בעקבות בש"א (תל-אביב-יפו) 11646/08 The Football Association Premiere League – Limited נ' פלוני ואח'" [פורסם בנבו] ספר שלמה לוין (אליעזר ריבלין, אשר גרוניס ומיכאיל קרייני עורכים, עתיד להתפרסם ב-2012) (להלן: פסח, משפט וטכנולוגיה); כך אף נקבע בארצות-הברית, ראו למשל: Baltimore

Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Ass'n, 805 F.2d 663 (7th Cir. 1986),
שם הוכרו זכויות היוצרים של ליגת הבייסבול (MBL) בשידורי המשחקים, וכן NBA v. Sports Team Analysis and Tracking Sys., Inc., 939 F. Supp. 1071, 1092-93 (S.D.N.Y. 1996), שם הוכרו זכויותיה של ליגת ה-NBA בשידורי המשחקים שלה). הליגה מחזיקה, אם-כן, במקרה זה בזכויות היוצרים ביצירה המתקבלת לאחר פעולות הצילום, הבימוי והעריכה – כלומר בשידור המלא של משחקי הכדורגל. השאלה היא, אפוא, אם הופרו זכויותיה של הליגה ביצירה המוגנת.

13. "זכויות היוצרים" הן למעשה אגד של זכויות משנה, המעניקות לבעליהן את היכולת הבלעדית להתיר את ביצוען של פעולות מסוימות ביצירה המוגנת, כך שיוכל ליהנות מ"מרבית דרכי הניצול האקטיביות או המסחריות" של היצירה (טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך א' 227 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן)). בין זכויות אלה, ניתן למנות גם את זכות השידור (המעוגנת בסעיף 14 לחוק החדש) וכן את זכות ההעמדה לרשות הציבור (המצויה בהוראת סעיף 15 לחוק החדש). זכויות אלה היו מגולמות יחד בחוק הקודם בתוך הזכות ל'ביצוע פומבי', אולם בחוק החדש הן הועמדו כזכויות נפרדות, הנוגעות להיבטים שונים של העברת יצירה מוגנת לציבור (ראו, למשל: רחל ארידור-הרשקוביץ "מביצוע פומבי להעמדה לרשות הציבור: חידוש או בילבול תחת הדין החדש?" יוצרים זכויות 405, 406 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: ארידור-הרשקוביץ)).

זכות ההעמדה לרשות הציבור, מעוגנת בהוראת סעיף 15 לחוק החדש, אשר מורה כי "העמדה של יצירה לרשות הציבור היא עשיית פעולה ביצירה כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה

ממקום ובמועד לפי בחירתם". במקרה שלפנינו, המערערת עצמה הסכימה (בגדר ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי) לכך שזכות זו לא הופרה במקרה זה, ואף לא טענה אחרת בפנינו. משכך, אין לנו צורך להידרש לבחינתה של סוגיה זו כעת. בתמצית יצוין, ומעבר לדרוש, כי אין בתיבות "ממקום ובמועד לפי בחירתם", המצויות בהוראת סעיף 15 לחוק החדש, כדי לשלול את ההפרה במקרה בו מדובר בשידור חי. תיבות אלה באות להבהיר כי הדגש הוא על יכולת הבחירה והפעולה של הציבור, על אינטראקטיביות מסוימת מצידו של הציבור. זאת, גם אם

הברירה הקיימת למשתמשים היא תחומה במועד ובמקום מסוימים, כל עוד בתוך אותו פרק הזמן מוקנית לציבור האלטרנטיבה. הגבלת ממד הזמן אינה שוללת, אפוא, את עצם ההעמדה לרשות הציבור במקרה שמדובר בשידור חי. כך, אף בספרות הובהר כי "מילים אלה באו לבטא את העובדה שעסקינן בגישה ליצירה באמצעות התקשרות מרחוק ועל-פי דרישה... אין להבין את התיבה כך שקיימת דרישה כי היצירה תהיה זמינה 24 שעות ביממה, שבעה ימים בשבוע. שירות אינטראקטיבי שפועל בזמנים מוגדרים, מעמיד יצירה לרשות הציבור למרות שהבחירה בשעת הצפייה או ההאזנה אינה נתונה לגמרי לבחירת הצופה או המאזין. כמו כן, שירות אינטראקטיבי, שבמסגרתו ניתן לצפות ביצירה או להאזין לה ואשר פועל לזמן מוגבל, מעמיד בזמן זה את היצירה לרשות הציבור" (גרינמן, בעמ' 314; וראו גם: ארידור-הרשקוביץ, בעמ' 417). עצם העובדה שמדובר בשידור חי אינה שוללת, אפוא, באופן עקרוני את האפשרות שתופר זכות ההעמדה לרשות הציבור.

14. הזכות הרלוונטיות לענייננו, אם-כן, היא זכות השידור, המעוגנת בהוראת סעיף 14 לחוק החדש. לפי סעיף זה, "שידור של יצירה הוא העברה קווית או אלחוטית, של צלילים, מראות או שילוב של צלילים ומראות, הכלולים ביצירה, לציבור". המשמעות היא שלא ניתן להעביר לציבור יצירה באופן העולה כדי "שידור", בלא היתר מבעל זכות היוצרים. בבחינת השאלה אם הופרה זכות זו, יש להידרש אם-כן לשלושה תנאים מרכזיים: האחד, הוא קיומו של 'ציבור' שאליו מועברת היצירה; השני, הוא מהותה של היצירה המשודרת; השלישי, הוא פעולת השידור עצמה. יאמר מיד כי לטעמי מתקיימים תנאים אלה במקרה שלפנינו, וכי הופרה במקרה זה זכותה של הליגה בשידורי המשחקים. היסוד הראשון והשני אינם מעוררים קושי מיוחד במקרה זה. הצבת היצירה באתר הפתוח

לקהל רחב ומפוזר, הזמין להיקף עצום של גולשים ברשת האינטרנט, בוודאי עולה כדי

'ציבור' (להרחבה בעניין אופיו של ה'ציבור' בהקשר זה, ראו: גרינמן, בעמ' 286; אריאל-הרשקוביץ, בעמ' 416). אף באופייה של היצירה לא נמצא קושי במקרה שלפנינו. שידור משחקי כדורגל, המערב תכנים אודיטוריים, כגון פרשנות ומוסיקה, וכן תכנים ויזואליים מן המשחק עצמו, עולה כדי "שילוב של צלילים ומראות".

עיקר השאלה היא, אפוא, אם מתמלא היסוד השלישי, קרי אם העברת המשחקים בטכניקת ההזרמה עולה כדי "שידור" לעניין זה. סעיף 14 מורה, כזכור, כי שידור של יצירה מתקיים מקום בו מדובר ב"העברה קווית או אלחוטית". תיבה זו נועדה להבהיר כי שידור יכול להתקיים במגוון אמצעים, וכי השידור – במהותו – אינו מותנה או מוגבל באמצעי הטכני המשמש להעברתו. משכך, אין מניעה שהזכות לשדר יצירה מוגנת תחול גם על שידורים באמצעות רשת האינטרנט, לרבות בטכניקה של הזרמת אינפורמציה. מכל מקום, מרבית התקשורת המודרנית, לרבות רשת האינטרנט, נשענת על העברה קווית או אלחוטית בדרך כזו או אחרת, ואף מן הטעם הזה ההגדרה המצויה בהוראת סעיף 14 כוללת גם אמצעי שידור כגון צפייה ישירה דרך רשת האינטרנט. אף בספרות נשמעה עמדה דומה. כך, המלומד גרינמן מציין כי "הגדרת זכות השידור בחוק [החדש] רחבה דיה כדי שתחול על העברת צלילים ומראות ברשת האינטרנט, או ברשת תקשורת אלקטרונית אחרת, באמצעות streaming, בין שיכונו כך, ובין שיכונו בשמות אחרים, כגון "webcasting" או "IPTV" (גרינמן, בעמ' 288, וכן בעמ' 701; וראו באופן דומה גם: אריאל-הרשקוביץ, בעמ' 414).

יתרה מכך, העברת תכנים בצפייה ישירה, משמעותה, כאמור, העברת קובץ למחשבו של המשתמש, "באופן שגורם לביצוע היצירה במחשב של המקבל אגב ההעברה, ולמחיקת הקבצים המועברים לאחר שהושמעו או שהוצגו על המסך" (גרינמן, בעמ' 288). היצירה מבוצעת

אפוא בפני הצופה, אך אינה נשארת בידו (זאת, למעט עותקים זמניים מסוימים, שידונו להלן). במובן זה, טכנולוגיית ההזרמה דומה במהותה לשידור ה"קלאסי" המוכר לנו: המשתמש חווה את היצירה ונהנה ממנה ברגע מסוים, אך היא אינה נשארת ברשותו לאחר

מכן. כך ברדיו או בטלוויזיה, וכך אף בצפייה ישירה ברשת האינטרנט. במובן זה, הזרמת אינפורמציה – בין אם אודיטורית בין אם ויזואלית – מממשת בצורה מדויקת את התפיסה של "שידור". ועוד. העברת תכנים באמצעות רשת האינטרנט, לרבות באמצעות שיטת ההזרמה, היא מאפיין עיקרי ומרכזי של העידן הדיגיטלי. אין הצדקה, אפוא, להגביל את ה"שידור" אך לאמצעים טכניים הקודמים לדור האינטרנט. להיפך. חקיקת החוק החדש מסמלת את התאמת דיני זכויות היוצרים הישראליים לעידן הדיגיטלי ולאתגרים שהוא מציב בתחום הקניין הרוחני. החוק מבקש, ככלל, להתאים עצמו לאמצעי ההעברה המודרניים, ולא להוציא מגדרו דווקא את אותם האמצעים הטכנולוגיים המתקדמים. נמצא, אם-כן, כי לא רק שלשון החוק אינה שוללת את הזרמת התכנים ברשת האינטרנט, אלא שגם מבחינה מהותית קיימת הצדקה להכרה בשידור ככולל טכניקה זו.

15. ואכן, אף בשיטות משפט אחרות נקבע כי הזרמה של שידורים ברשת האינטרנט עולה כדי הפרת זכות היוצרים. כך, למשל, בארצות הברית, בפרשת Live Nation Motor Sports, Inc. v. Davis, 3:06-CV-276-L, 2007 WL 79311 (N.D. Tex. Jan. 9, 2007), נקבע כי הזרמת שידורים חיים של משחקי ספורט ברשת האינטרנט דומה במהותה לשידור בטלוויזיה, ומן הטעם הזה עולה כדי הפרה לעניין חוק זכות יוצרים האמריקני. גם באנגליה באה לידי ביטוי תפיסה דומה. כפי שמציינת המלומדת ארידור-הרשקוביץ, "החוק האנגלי משנת 1988 כולל הגדרה מפורשת של המונח 'שידור', שלפיה זכות השידור אינה תלוית-טכנולוגיה, אלא מדובר בכל שידור באמצעים אלחוטיים, טלגרפיים, חזותיים, קוליים או אחרים... בכך הבהיר המחוקק האנגלי כי שידור יכול להיעשות גם באמצעות העברת מידע ממוחשב – למשל, בטכנולוגיה של הזרמה (streaming)" (ארידור-הרשקוביץ, בעמ' 413-414; לתפיסה דומה גם בסקוטלנד, ראו: Michael J.

Mellis, *Internet Piracy of Live Sports Telecasts*, 18 MARQ. SPORTS L. REV. 259, 269 (2008) (להלן: Mellis, שידורים פיראטים של משחקי ספורט).

16. נמצא, אפוא, כי העברת תכנים באמצעות רשת האינטרנט בטכנולוגיית "הזרמה" עולה כדי "שידור" לעניין סעיף 14 לחוק החדש. במקרה שלפנינו,

היצירה המוגנת שודרה כאמור, בטכנולוגיית הזרמה, בשידור חי באתר האינטרנט של פלוני. בנסיבות אלה, אחראי פלוני להפרת זכות היוצרים של הליגה ביצירה המוגנת. מעבר לדרוש, ומבלי לקבוע בכך מסמרות, יצוין שככול שפלוני לא העלה בעצמו את התוכן המפר לאתר, אלא רק "אירח" אותו או יצר אליו "קישור", עשוי פלוני להיות אחראי להפרה גם באופן תורם. בתמצית יאמר, כי בהתאם לדברים שנקבעו בע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ ([פורסם בנבו], 20.6.2011), מי שמספק את האמצעים לביצועה של הפרה ומעודד את קיומן של ההפרות, עשוי להימצא אחראי באופן תורם לביצוען, אם "ידע באופן ממשי וקונקרטי על ביצוע הפרת זכות יוצרים שהתרחשה בפועל, ותרם באופן משמעותי וניכר לביצועה" (שם, פס' 27). ראשית, כפי שהובהר, במקרה שלפנינו בוצעה הפרה בפועל של זכות היוצרים – שידור בזמן אמת של משחקי הליגה. במקרה זה אמנם לא נטען, וממילא לא הוכח, כי הצופים אחראים להפרה שבוצעה. אכן, פעולתם של משתמשי-הקצה ככול הנראה מוגנת במקרה זה, וזאת בעיקר נוכח התפקיד הפסיבי שלהם בתהליך השידור, בדומה למאזיני הרדיו. בהתאם להוראת סעיף 47 לחוק החדש בעל זכות היוצרים אינו יכול להיפרע ממי שחוסה תחת השימושים המותרים (לפי פרק ד' לחוק החדש), ובמובן זה 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 מקום בו צירוף מספר רב של פגיעות-מוגנות יחד גורם לבעל הזכות נזק ניכר. כפי שכבר נפסק, בנסיבות אלה, אין מניעה להכיר באחריותו התורמת של גורם-הביניים שהביא להפרה (פרשת האוניברסיטה העברית, פס' 24).

שנית, פלוני היה מודע להפרה שבוצעה במקרה זה, כפי שעולה – בין היתר – מהדברים שציין במפורש על גבי האתר שלו; שלישית, במקרה שלפנינו, תרומתו של פלוני לביצוע ההפרה משמעותית וניכרת, ובאה לידי ביטוי לא רק באספקת הפלטפורמה המאפשרת את ההפרות אלא גם (ובעיקר) בעידוד ושידול לקיומה של ההפרה. פלוני הרי ביקש באופן מוצהר ומובהק להביא לכדי הפרת זכויותיה של הליגה, וארגוני ספורט שכמותה, והוא מספק את האמצעים לביצוע ההפרות מתוך מטרה שהן

אכן יבוצעו. באופן דומה, אף בארצות-הברית הוטלה אחריות על מפיצי תוכנות ששימשו להפרת זכויות יוצרים, מקום בו המפיצים עודדו באופן פעיל, ובמודע, את ביצוע ההפרות. ראו, למשל: A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (2000); *In re* Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 645 (7th Cir. 2003); Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005)). בנסיבות המתקיימות במקרה זה, נמצא אפוא, כי אף אם פלוני אינו אחראי באופן ישיר להפרה, הוא עשוי להימצא אחראי לביצועה באופן תורם.

עוד יצוין, מעבר לצורך, כי העותקים הזמניים הנוצרים במחשבי המשתמשים במהלך הצפייה הישירה במשחקים, נכללים ככול הנראה בגדר הוראת סעיף 26 לחוק החדש, המתירה בנסיבות מסוימות יצירת עותקים זמניים. סעיף זה מורה, כי "העתקה זמנית, לרבות העתקה כאמור שנעשתה בדרך אגבית, של יצירה, מותרת אם היא מהווה חלק בלתי נפרד מהליך טכנולוגי שמטרתו היחידה היא לאפשר העברה של היצירה בין צדדים ברשת תקשורת, על ידי גורם ביניים, או לאפשר שימוש אחר כדין ביצירה, ובלבד שאין לעותק האמור ערך כלכלי משמעותי משל עצמו". המשמעות היא שיצירת עותק זמני, במהלך השימוש בתהליך תקשורת – כגון הזרמת אינפורמציה בין מחשבים – אינו עולה, כשלעצמו, כדי הפרת זכות יוצרים. התפיסה היא ששימוש אגבי וזמני כאמור, אינו מהווה תחליף ליצירה המקורית, ומן הטעם הזה אינו פוגע ביוצר (להרחבה, ראו: ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" יוצרים זכויות 349-350 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: אלקין-קורן)).

נמצא, אפוא, כי הזרמת משחקי הכדורגל במקרה זה עולה כדי הפרת זכות היוצרים של הליגה, וכי פלוני אחראי להפרה שבוצעה. השאלה היא, אם-כן, אם בנסיבות העניין קמה לו הגנת השימוש ההוגן.

הגנת השימוש ההוגן

17. דוקטרינת השימוש ההוגן נועדה לאפשר את קיומם של שימושים מסוימים, הנתפסים כרצויים מבחינת התכלית החברתית שהם משרתים – וזאת אף אם מדובר בהפרה של זכות יוצרים. למעשה, דוקטרינה זו מאפשרת, במקרים המתאימים לכך, לאזן בין התכליות השונות של דיני זכויות היוצרים – השאיפה

להעניק תמריץ להפקת יצירות חדשות, כמו גם הרצון להעשיר את המרחב הציבורי במגוון של יצירות (ראו: לוינסון "ההגנה על 'שימוש הוגן' בזכויות יוצרים" משפטים טז 430, 432 (1986) (להלן: לוינסון); קרניאל "שידור של אירועי ספורט בערוצים הזרים – האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת המסך", עלי משפט ו 259, 265 (2007) (להלן: קרניאל); גרינמן, בעמ' 397). יש הסבורים כי השימוש ההוגן אף מאפשר למנוע יישום "'נוקשה' של מבחני ההפרה בזכויות יוצרים במקרים שבהם קביעה של הפרה אינה צודקת כלפי המשתמש 'המפר' ואינה מוצדקת מבחינתו של היוצר שביצירתו נעשה השימוש" (לוינסון, בעמ' 433; וראו גם: רחל אלקלעי ההגנה על זכויות יוצרים באינטרנט 81 (2011) (להלן: אלקלעי); וראו באופן דומה בארצות-הברית, למשל בפרשת Campbell v. Acuff-Rose Music Inc., 510 U.S. 569 (1994) (להלן: פרשת Campbell)). לפי גישה נוספת, השימוש ההוגן מוצדק מקום בו עלויות העסקה הכרוכות באיתור בעל זכות היוצרים ימנעו שימוש מסוים, אף שהוא רצוי מבחינה חברתית. לפי תפיסה זו, במצב כזה יש לאפשר את השימוש בלא היתר מבעל הזכות, בכדי לאפשר ניצול יעיל של היצירה (ראו למשל: Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessor*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982); גרינמן, בעמ' 399-400; ניל נתנאל "שימוש הוגן ישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 377, 390 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: נתנאל)).

במשפט הישראלי הוכרה הגנת השימוש ההוגן בפסיקה עובר לחקיקת החוק החדש (רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 271 (1993) (להלן: פרשת גבע); ע"א 8393/96 מפעל הפיס בע"מ נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577, 597

(2000)), והיא מעוגנת כיום בהוראת סעיף 19 לחוק החדש (להרחבה ראו: נתנאל, בעמ' 377; אלקין-קורן, בעמ' 354-361).

18. יודגש, כי מדובר בהגנה המוענקת למשתמשים, במקרים המתאימים לכך. אמנם, יש הסבורים כי ניתן לראות בשימושים המותרים על-פי החוק החדש, כזכויות של המשתמשים, במובן זה שהן עשויות לשמש גם כטענה פוזיטיבית, ולא רק כטענת הגנה (ראו, למשל: אלקין-קורן). אלא שאין בידי לקבל טענה זו. אין בלשון החוק אינדיקציה ברורה לכך שהמחוקק ביקש לשנות מן האיזון הקיים ולהפוך את ההגנות, לזכויות. אף אם מדובר בשימוש "מותר", במובן זה

שהוא מאפשר למשתמשים "חופש", אין בכך כדי להצביע על קיומה של "זכות". אף בספרות הובהר כי "הקדשת פרק מיוחד בחוק, שכותרתו 'שימושים מותרים', וניסוחו של סעיף 18 לחוק מלמדים אולי על כוונה 'לשדרג' את ההיתרים", אך אין בכך כדי ללמד שהמחוקק ביקש להעניק למשתמשים זכויות בנות מעמד שווה לזה של זכויות היוצרים. "בדברי ההסבר להצעת החוק", כך הובהר, "ננקט המונח הזהיר 'אינטרסים', ולא המונח הטעון 'זכויות משתמשים'" (גרינמן, בעמ' 332).

אין גם הצדקה עקרונית לכך מבחינת תכלית ההגנות בדיני זכויות יוצרים. מדובר, כאמור, בכלי שנועד לאפשר – במידת הצורך – לבצע איזון בין הרצון להעניק תמריץ ליוצרים להפקת יצירות חדשות, לבין השאיפה להעשיר את מגוון היצירות במרחב הציבור. אמנם, קיימת חשיבות רבה בהעצמת המרחב הציבורי ובתמיכה ביכולתם של משתמשים להפיק יצירות חדשות, בין היתר על בסיס היצירות הקיימות. אולם אין בכך כדי להפוך את היוצרות, ולהעביר את ההגנה המוקנית בנסיבות מסוימות למשתמשים – לכדי זכות. אין הכרח כי תכלית זו – בדבר העשרת המגוון – תמומש דווקא בגדר "זכות" של המשתמשים. הגשמת התכלית האמורה יכולה לבוא גם בגדר המשטר הנוכחי: ככול שיש מקום להרחיב את מרחב התמרון הקיים למשתמשים, ניתן לעשות זאת באמצעות הרחבת ההגנה המוענקת להם, ואין הכרח שהגנה כאמור תעשה באמצעות "זכות". גישה זו אף באה לידי ביטוי בפסק הדין בפרשת גבע (שהתייחס אמנם להגנת "הטיפול ההוגן" לפי החוק הקודם), שם נאמר כי מדובר במקרים בהם "תידחה טענת הפרה; זאת אף-על-פי שמדובר בפעולות, שביצוען הוא בגדר זכותו הבלעדית של היוצר" (שם, בעמ' 268).

באופן דומה, גם בהקשרים אחרים ההגנות הקיימות למעוולים אינן הופכות לזכויות, אלא, על אף חשיבותן, הן נשארות בגדר "מגן". כך, למשל, באשר להגנות המנויות בחוק לשון הרע, ובנוגע להגנות הקבועות בפקודת הנזיקין. ואף במשפט האמריקאי אומצה תפיסה דומה. המלומד גרינמן מציין בהקשר זה, כי "יש שמגדירים את השימוש ההוגן כהגנה מפני תביעת ההפרה. אחרים מדברים על 'פריווילגיה'... המשותף לכל הגישות הוא כי השימוש ההוגן ביצירה נתפס כפעולה המצויה בד' אמותיה של

זכות היוצרים ביצירה, אך כזו שאינה מצמיחה חבות כלפי בעל זכות היוצרים בשל קיום החריג. לכן, טענת השימוש ההוגן נחשבת לטענת הגנה פוזיטיבית (affirmative defense) שהנטל להוכחתה מוטל על הנתבע" (גרינמן, בעמ' 330-331, 333).

מדובר, אפוא, בטענת הגנה, וככזו – הנטל להוכיחה מוטל על הנתבע המבקש להעלותה.

בחינת קיומו של השימוש ההוגן

19. הגנת השימוש ההוגן מעוגנת, כאמור, בסעיף 19 לחוק החדש. סעיף 19(א) מונה רשימה פתוחה של תכליות שעשויות לעלות לכדי שימוש הוגן. סעיף 19(ב) ממשיך ופורט רשימה של שיקולים שלאורם ניתן לבחון אם השימוש הוא 'הוגן'. אין מדובר בשיקולים הכרחיים או מצטברים, אלא ברשימה בלתי ממצה של פרמטרים שעשויים להצביע על הוגנותו של שימוש מסוים שנעשה ביצירה מוגנת (ראו: נתנאל, בעמ' 381; אלקלעי, בעמ' 82). בענייננו, בחינתם המצטברת של שיקולים אלה מצביעה על כך שאין מקום להכיר, במקרה זה, בקיומה של הגנת השימוש ההוגן.

20. ראשית, קיים ספק בדבר "מטרת השימוש ואופיו" (כלשון סעיף 19(ב)(1)), ובעיקר באשר לשאלה אם מדובר בשימוש מסחרי. לפי הנטען, פלוני מרוויח מקיומן של פרסומות (לפחות באחת משתי הכתובות דרכן ניתן להגיע לאתר), ואף קורא לקהל הצופים לתרום לאתר על מנת להמשיך ולקיים את פעילותו. על פניו, אתר אשר מרוויח מפרסום באופן האמור, עשוי להיחשב כבעל תכלית מסחרית. אמנם, עצם קיומו של שימוש מסחרי אינו שולל את תחולתה של הגנת השימוש ההוגן. אולם מקובל לומר כי ככול שאכן מדובר בשימוש מסחרי, נחלש הטיעון בדבר השימוש ההוגן (גרינמן, בעמ'

447; פרשת גבע, בעמ' 276; ע"א 8117/03 ענבר נ' יעקב, פס' 23 ([פורסם בנבו], 16.1.2006)). בהקשר זה חשוב להדגיש, כי יש להבחין בין פעולתם של משתמשי הקצה – הגולשים הצופים במשחקי הכדורגל – לבין פעולתו של בעל האתר. בענייננו, גם אם השימוש שעושים אוהדי הספורט הוא הוגן, אין בכך כדי לומר שפעילותו של בעל האתר היא מותרת.

היבט נוסף אשר נבחן לעתים בגדר אופיו של השימוש, נוגע לשאלה עד כמה מדובר בשימוש "טרנספורמטיבי", אשר יוצר בעצמו מוצר חדש. ככול שמדובר בשימוש פרודוקטיבי, אשר אמנם נשען על היצירה הקודמת (המוגנת) – אך זאת לצורך הפקת מוצר או ביטוי חדש, בעלי אופי ותכלית שונים מן המוצר המקורי – גוברת הנטייה להכיר בשימוש כהוגן. התפיסה היא שקל יותר להכיר בשימוש טרנספורמטיבי, כ"הוגן", שכן הוא מגשים את תכליתו של ההיתר – לעודד את היצירה ולהעשיר את מאגר הידע המצטבר בחברה. מעבר לכך, במרבית המקרים השימוש הטרנספורמטיבי אינו מהווה תחליף או תחרות למוצר המוגן, כך שממילא לא נפגע האינטרס הכלכלי של היוצר והתמריץ הקיים להמשך היצירה (ראו: גרינמן, בעמ' 445; לוינסון, בעמ' 437; ובאופן דומה בארצות-הברית, בפרשת Campbell). במקרה שלפנינו, אין מדובר בשימוש טרנספורמטיבי, אלא בשימוש ביצירה בדיוק במתכונת בה פורסמה (as is), באופן המשרת בדיוק את אותה התכלית ופונה בדיוק אל אותו הקהל (ראו גם פסח, משפט וטכנולוגיה, בפרק ה'). אף מן הטעם הזה אין מקום להכיר בקיומה של הגנת השימוש ההוגן במקרה שלפנינו.

שנית, פעילותו של פלוני פוגעת באופן משמעותי בשוק הפוטנציאלי של היצירה (סעיף 19(ב)(4)). אף בהקשר זה נודעת חשיבות לשאלה אם השימוש שנעשה פונה לאותו השוק, ועד כמה הוא עשוי להוות תחליף ליצירה המוגנת באופן הפוגע בערכה. ככול שהשימוש שנעשה מתחרה ביצירה המוגנת ופוגע בשוק הפוטנציאלי שלה, קטנה ההצדקה להכיר בשימוש כ'הוגן' (ראו: גרינמן, בעמ' 461; לוינסון, בעמ' 443). במקרה שלפנינו, כאמור, פלוני מספק

בדיוק את אותו המוצר, בדיוק באותו המועד ולאותו קהל היעד הפוטנציאלי. בנסיבות אלה, מדובר בפגיעה קשה בשוק של היצירה (ראו גם פסח, משפט וטכנולוגיה, בפרק ה'). מסקנה זו אף מתחזקת נוכח העובדה שמדובר בשימוש ביצירה כולה. לשון החוק (סעיף 19(ב)(ג)) מתייחסת לשאלה באיזה חלק מתוך היצירה כולה נעשה שימוש, מתוך הנחה לפיה, ככלל, ככול שהחלק בו נעשה שימוש גדול יותר – מבחינה כמותית (באיזה חלק מתוך היצירה נעשה שימוש) או מבחינה איכותית (אם מדובר ב"לב" היצירה) – כך ההצדקה להכרה בשימוש כ'הוגן' קטנה.

התפיסה היא ששימוש גורף ביצירה כולה (או חלק ניכר ומהותי ממנה), לרוב, פוגע בצורה משמעותית באינטרס של היוצר ובתמריצים הקיימים לו, וזאת בין היתר נוכח העובדה ששימוש כזה עשוי להוות תחליף ליצירה המקורית. ואכן, כבר נפסק כי ספק אם העתקת יצירה שלמה צריכה לחסות בצילה של הגנת השימוש ההוגן (פרשת האוניברסיטה העברית, פס' 31; וראו גם ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817, 838 (2000); פרשת גבע, בעמ' 278-279). במקרה שלפנינו, כזכור, פלוני השתמש בשידור המלא בשלמותו, והזרים אותו באופן ישיר וחי אל הצופים ברחבי העולם. השימוש ביצירה כולה, בנסיבות אלה, מחליש אף הוא את היותו של השימוש "הוגן", ומחזק כאמור את הפגיעה בשוק הפוטנציאלי של היצירה המוגנת.

21. ועוד. אין חולק כי קיימת חשיבות רבה בפעילות ספורטיבית ובמעורבות החברתית בפעילות שכזו. משחקי הספורט ושידורם משרתים תכליות חברתיות חשובות, בין היתר בנוגע לאחדות, שיתוף וחוויה תרבותית קולקטיבית (ראו: פסח, שוק התקשורת, בעמ' 149-150; קרניאל, בעמ' 268). אלא שספק אם פגיעה במנגנון הכלכלי עליו נשען הספורט המקצועי תשרת תכליות אלה בצורה המיטבית. המשך קיומם של משחקי הספורט, ושידורם, מותנה ביצירת תמריץ כלכלי מספק לגופים המארגנים. במקרה זה, למשל, בעלי המניות בליגה הן הקבוצות עצמן החברות בה. כך, התשלום המתקבל עבור שידורי המשחקים משמש – בין היתר – ל'הזנת' הקבוצות ולהמשך קיומן. כידוע, חלק ניכר מבסיס הרווחים של ליגות הספורט והאיגודים המקצועיים בתחום נשענים על הפקת צילומי המשחקים ומכירת הזכויות בהם. יש המציינים כי תופעת הצפייה הפיראטית במשחקים, ההולכת ומתרחבת כיום, פגעה באופן ניכר ברווחי הגופים האלה (ראו: Mellis, שידורים פיראטים של משחקי ספורט, בעמ' 261). בנסיבות אלה, ספק אם

מתן אפשרות לפגיעה בבסיס הרווחים של ארגוני הספורט תקדם את התכלית – החשובה – של עידוד הספורט הציבורי.

אף העובדה שהמדינה מבקשת לעתים לאפשר לציבור גישה חופשית לשידורים נבחרים – כגון משחקי כדורגל מרכזים – אין בה, כשלעצמה, כדי להצדיק את פגיעה בזכות היוצרים במקרה שלפנינו. אופייה של הרגולציה המסדירה

את פעילותן של חברות התוכן (חברות הכבלים והלווין, הפועלות כידוע ברישיון מאת המדינה), היא סוגיה מורכבת (ראו: קרניאל, בעמ' 261), ואין זה המקום לעסוק בה. לענייננו חשוב להבהיר, שככלל, הרגולציה המסדירה את פעילותן של חברות התוכן חלה במישור היחסים שבינן, לבין הציבור. ככול שמוטלת על חברות התוכן חובה כלשהי לספק לציבור תוכן מסוים, אין בכך, ברגיל, כדי להשפיע על מערכת היחסים בינן לבין בעלי זכויות היוצרים (ראו באופן דומה: גרינמן, בעמ' 178-179). במקרה שלפנינו לא הוכח כי יש לחרוג מן הכלל האמור.

22. נמצא, אפוא, כי השימוש שעשה פלוני ביצירה במקרה שלפנינו אינו "הוגן", וזאת – בין היתר – נוכח העובדה שנעשה שימוש ביצירה כולה, במועד ובאופן הפוגעים בצורה משמעותית בשוק של היצירה המוגנת. פלוני נמצא אם-כן אחראי להפרת זכויותיה של הליגה בשידור המלא של משחקי הכדורגל.

חשיפת פרטיו של מפר זכות יוצרים

23. משנמצא כי הופרה זכותה של הליגה בשידור המלא של משחקי הכדורגל; כי פלוני אחראי להפרה וכי לא קמה לו הגנת השימוש ההוגן – יש מקום להידרש לשאלת חשיפת פרטיו.

ראשית ועיקר, חשוב להבהיר כי המקרה שלפנינו – בו מתבקש בית המשפט להורות על חשיפת פרטיו של מפר זכות יוצרים, נבדל ונבחן מן הסיטואציה שבה מתבקשת חשיפת פרטיו של מעוול-לכאורה בעוולות הבאות לתחום את חופש הביטוי. בעוולות שכאלה, האנונימיות עצמה היא חלק מחופש הביטוי, וככזו, היא ראויה להגנה חוקתית (ראו פרשת מור; וכן: מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת", חוקים ב 51 (2010); אמיר ונג "תגובה לטוקבק" משפט הארץ 8 (2010); וראו גם: Chesa Boudin,

Note: *Publius and the Petition: Doe v. Reed and the History of Anonymous Speech*, 120 YALE L.J. 2140, 2164-2150 (1991), בעניין ההיסטוריה של הביטוי האנונימי). התפיסה היא, שיש להתיר לדוברים להתבטא – בגבולות המותר – באופן אנונימי, בכדי לאפשר להם לומר את דבריהם באופן חופשי וללא חשש. לעומת זאת, בהקשר של פגיעה נטענת בקניין רוחני, מדובר בתחרות בין אינטרסים קנייניים, מתחרים. במקרה כזה האנונימיות אינה משרתת

את עצם הביטוי או את תכליות ההכרה בקניין הרוחני. להיפך. במקרה זה, הסתרת זהותו של פלוני רק מאפשרת לו לחתור תחת התפיסות העומדות בבסיס ההכרה בזכויות היוצרים, ולפגוע בתמריצים הקיימים להמשך הפקת היצירות. ואכן, באופן דומה, בעע"א 1622/09 גוגל ישראל בע"מ נ' ברוקרטוב ([פורסם בנבו], 1.7.2010) (להלן: פרשת ברוקרטוב), נפסק כי "בעוד שחשיפת זהותו של גולש אנונימי לצורך הגשת תביעת דיבה נגדו כרוכה בפגיעה מסוימת בחופש הביטוי, אין סכנה דומה בחשיפת זהותו של גולש אנונימי לצורך הגשת תביעה בגין הפרת סימן מסחר (אף כי בשני המקרים עלולה להיפגע במידה זו או אחרת זכותו של הגולש לפרטיות)" (שם, פס' 3). גישה דומה נשמעה אף בספרות. המלומד גרינמן מציין כי "כאשר עסקינן בתביעה שעניינה הפרת זכות יוצרים, נחלש במעט השיקול בעניין חופש הביטוי" (גרינמן, בעמ' 766).

24. יובהר, כי אכן גם בדיני הקניין הרוחני עשויה להיות חשיבות לאנונימיות כחלק מן הביטוי עצמו. כך, למשל, צייר עשוי לבקש להישאר בעילום שם כחלק מאמנותו ויצירתו; סופר עשוי לחפוץ באנונימיות כחלק אינטגרלי מהיצירה. בנסיבות אלה האנונימיות של היוצר עשויה לזכות, למשל, להגנה בחסות זכות היוצרים. אלא שבמקרה כזה מדובר ברצונו של היוצר עצמו, ובבחירתו שלו. במקרה שלפנינו, לעומת זאת, מדובר באנונימיות של המפר, ולא באנונימיות של היוצר. בנסיבות אלה, כאמור, האנונימיות של המפר אינה חלק מן הביטוי, היא רק משמשת כסות לפגיעה באינטרסים הלגיטימיים של היוצר, ובביטוי שלו. משכך, נמצא כי בעוד שבהקשר של לשון הרע קיים טעם בהגנה על האנונימיות של המעוול-לכאורה (הנתבע) כחלק מזכותו החוקתית לחופש הביטוי, כשמדובר בפגיעה נטענת בקניין רוחני קיים, על-פניו, דווקא טעם בהגנה על האינטרס של התובע. חשיפת המפרים תביא להגנה אפקטיבית על זכויותיהם של היוצרים והממציאים. כך בייחוד בעידן האינטרנט, אשר מאפשר למפרים לפעול תחת כסות של אנונימיות, באופן המקשה על בעלי

זכויות היוצרים לאכוף באופן ממשי את זכויותיהם (גרינמן, בעמ' 763-762). ועוד. החשש לכאורה מקיומו של "אפקט מצנן", אשר עלול להרתיע משתמשים מלבצע פעולות הרצויות מבחינה חברתית – אינו מצדיק, כשלעצמו, להימנע מחשיפת פרטיו של מפר-אנונימי. ככול שאכן מדובר בשימוש רצוי מבחינה חברתית, נוכח העובדה ששימוש שכזה יחשב כנראה כשימוש "מותר"

(לפי הוראות החוק החדש) – הרי שלא תוטל אחריות על הגולש, וממילא ספק אם תקום הצדקה לחשיפת פרטיו. החשש לכאורה מפני הרתעת-יתר שתמנע קיומם של שימושים רצויים חברתית אינו מתעורר אם-כן במקרה כזה. מכל מקום, חשיפת פרטיו של הגולש-המוגן אינה עומדת על הפרק. בנסיבות העניין, חשיפת הפרטים מתבקשת במקום בו קמה הצדקה להטלת אחריות על הגורם המפר, אשר לגביו ממילא לא מתעורר החשש מקיומו של "אפקט מצנן".

25. הבדלים אלה בין התחומים השונים, ובין האינטרסים והזכויות המוגנים, צריכים, אפוא, להשפיע על האיזון הראוי בין השיקולים השונים לעניין חשיפת זהותו של גולש אנונימי, ועל היקף ההגנה המוענקת לפעילותו (באופן דומה, ראו: פרשת ברוקרטוב, פס' 3). מן הטעם הזה, אף בארצות הברית נהוגה ההבחנה בין חשיפת פרטיו של גולש בהקשר של לשון הרע, לבין חשיפת פרטיו של מפר זכויות יוצרים. כך, בגדר חוק ה-Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA), נקבעה הוראה המאפשרת לבעלי זכויות יוצרים לדרוש מבית המשפט להוציא צו לחשיפת פרטיו של מפר-לכאורה, באמצעות ספק האינטרנט, בתנאים מקלים יחסית (סעיף 512(h) לחוק האמור). יישומו של סעיף זה נדון במקרים רבים בפסיקה האמריקנית (להרחבה ראו: David Gorski, *The Future of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) Subpoena Power on the Internet in Light of the Verizon Cases*, 24 Rev. Litig. 149, 151 (2005); Jeffrey M. Levinsohn, *Protecting Copyright at the Expense of Internet Anonymity: The Constitutionality of Forced Identity Disclosure under 512(h) of the Digital Millennium Copyright Act*, 23 TEMP. ENVTL. L. & TECH. J. 243, 259 (2004)). כך, בפסק-דין שניתן לאחרונה, למשל, נקבע כי חשיפת זהותו של מפר זכות יוצרים גוברת בהקשר הנדון על זכותו לאנונימיות (ראו: Maverick Entm't Group, Inc. v. DOES 1-2,115, 2011 U.S. Dist. LEXIS 51653 (D.D.C. May 12, 2011)). אף בספרות אצלנו הובהר כי "לאור שוני זה בין המשקל היחסי של הערכים המתנגשים, אימצה הפסיקה בארצות-הברית מבחן מקל יחסית לצורך מתן צו לספק גישה לחשוף את

פרטיו המזהים של מי שהפר, לכאורה, זכות יוצרים באינטרנט" (גרינמן, בעמ' 765 [ההדגשה הוספה, א.ר.]).

26. אלא, שעל אף קיומם של הבדלים משמעותיים אלה, אין בהם כדי לפתור את הקושי בדבר סמכותו של בית המשפט להורות על חשיפת פרטיו של מפר-אנונימי בהיעדר מסגרת חקיקתית מתאימה. כפי שכבר נפסק, למרות השוני בין המקרים, "ההכרעה לגבי האיזון הראוי בין השיקולים השונים מותנית ראשית בקיומה של מסגרת דיונית מתאימה להכרעה זו. אין מדובר בעניין טכני גרידא; מן הבחינה המהותית לא קיימת (לעת עתה לפחות) תביעה ללא נתבע" (פרשת ברוקרטוב, פס' 3). במקרה שלפנינו, מדובר אמנם בפגיעה קשה ביצירה מוגנת, ובהפרה מודעת של זכות היוצרים. האנונימיות במקרה זה, כאמור, אינה משרתת את חופש הביטוי, אלא רק מאפשרת לפלוני להתחמק מאחריות להפרה שביצע. אלא שחשיפת פרטיו של מפר – גם במקרה שכזה – מצריכה הסדרה חקיקתית. מובן, שהיעדרה של מסגרת דיונית המאפשרת לחייב צד שלישי (כגון ספקיות האינטרנט) לחשוף את פרטיו של מפר-לכאורה אינה מאיינת את קיומה של ההפרה. "זכות הקיימת במרחב הפיזי – קיימת גם במרחב הווירטואלי. כך לגבי זכויות קנייניות וכך לגבי הזכות לשם טוב" (פרשת ברוקרטוב, פס' 3). טוב יעשה אפוא המחוקק אם יזדרז ויסדיר את הסוגיה. יצוין, כי לאחרונה אכן פורסמה הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של משתמש ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"א-2011, שעניינה הסדרת האפשרות לחשיפת פרטיו של מפר אלמוני. הסדרת הסוגיה אכן נדרשת, ומדובר בצעד מבורך לכיוון זה. יש לקוות כי ההסדר החקיקתי שיושג בסופו של יום, אכן יתחשב – בין היתר – בהבדלים האמורים בין מעוולים אנונימיים בהקשר של לשון-הרע, לבין מפרים אנונימיים בקניין רוחני.

27. עיינתי בכובד ראש בדברים שכתב חברי, השופט נ' הנדל, ואין אני משוכנע כי ניתן – בנסיבות התיק הזה – לעשות שימוש במתווה הדיוני שהציע לשם חשיפת זהותו של פלוני. אכן, ההסדר הדיוני אליו הגיעו הצדדים מחייב את ספקיות האינטרנט לפעול בהתאם לאמור בפסק-הדין שיינתן בתביעה שהוגשה נגד פלוני, אף שהן לא היו צד לתביעה זו. אלא שספק אם ניתן, בדרך זו, לראות בספקיות האינטרנט כמעין נתבעות בהליך, ומכל מקום בהליך שבפנינו אין בכך כדי לשנות מן המסקנה הסופית.

28. האפשרות להורות על חשיפת שמו של מעוול, בעוולת לשון הרע, במסגרת הליך עצמאי נגד ספקית האינטרנט (או נגד צד שלישי אחר המחזיק במידע לגבי זהות המעוול) נדונה בפרשת מור (וראו בעיקר פסקאות 32-36 לפסק-הדין). שם הובהר, כי בהיעדר עילה ישירה מול ספקית האינטרנט, אין בפתיחת הליך נגדה כדי לשמש עוגן ממשי לחיובה לגלות את זהותו של אחד מלקוחותיה. שם נכתב כי:

> הסעד שמתבקש בענייננו הוא חריג. מדובר בניסיון לרתום, עוד בטרם משפט, את מערכת המשפט ואת הצד השלישי לצורך קיום חקירה שתביא לחשיפת זהותו של מעוול על-מנת שניתן יהיה להגיש נגדו תביעה אזרחית. מדובר למעשה בהליך מעין-חקירתי שבית המשפט מגויס לו בהליך מקדמי במתכונת כזו או אחרת. הליך זה אינו טריביאלי, הוא מערב שיקולי מדיניות מורכבים והוא מצריך הסדרה חקיקתית.

לפיכך, אין בהגדרת ספקית האינטרנט כנתבעת ישירה, כשלעצמה, כדי להכריע את הכף לכאן או לכאן; השאלה העיקרית הצריכה הכרעה בהקשר זה היא אם קיימת לבעל זכויות היוצרים עילה ישירה נגד ספקית הגישה לאינטרנט, ואם כן – מהם הסעדים שמקנה לו אותה עילה.

29. חברי השופט הנדל מציע כי נכיר בקיומה של עילה ישירה נגד ספקית האינטרנט מכוח עוולת הרשלנות. חובת הזהירות, לפי הצעה זו, אינה כוללת אחריות ישירה להפרה עצמה, כאחריותו של פלוני, אלא מצטמצמת לכדי החובה לסייע "בקטיעת התמשכותה של פעילות פוגענית בדיעבד על ידי חשיפת המעוולים".

שאלת קיומה של עילה נזיקית ישירה כלפי ספקית גישה לאינטרנט טרם נדונה בפסיקתו של בית משפט זה. בפרשת מור לא הוגשה תביעה נזיקית נגד ספקית האינטרנט, וגם בעניין שלפנינו לא התבססה בקשת המערערת, לחשוף את זהותו של פלוני, על עילה נזיקית. משכך, לא ניתנה בידי ספקיות האינטרנט הזדמנות נאותה להתגונן מפני עילה זו, שהיא עילה ישירה נגדן, וממילא איננו יכולים לדון בה לגופה. ודוק: לקיומה של עילה ישירה זו נגד

ספקיות האינטרנט עשויות להיות השלכות רחבות, מבחינתן, מעבר לחיובן לחשוף את זהותו של מעוול במסגרת הליך מקדמי עצמאי, כדוגמת זה שבו ביקשה המערערת לנקוט. כך למשל, לא ברור אם היקפה של חובת זהירות מעין זו יכלול גם את החובה לנהל את נתוניהן של ספקיות האינטרנט באופן המאפשר, או המקל, על זיהוי משתמשים מסוימים. זוהי רק דוגמה לשאלות העשויות להתעורר ביחס להכרה בקיומה של חובת זהירות מעין זו, ועל-כן לא נוכל כאמור לדון בה היום מבלי שהוגשה תביעה נזיקית ישירה נגד הספקיות ומבלי לשמוע את עמדתן בסוגיה.

יוער גם כי ההכרה בעילה נזיקית שמקורה ביצירה או הגברה של הסיכון כי תימנע מאדם אחר היכולת לתבוע את נזקיו אינה פשוטה כלל ועיקר בשיטת משפטנו. כך למשל, טרם הוכרה עילה נזיקית של גרימת נזק ראייתי (זהו הפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי, שפותח על-ידי המלומדים א' שטיין וא' פורת; וראו מאמרם "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) 189 (1998)).

30. חברי השופט מלצר מציין כי ההסדר הכולל בשאלת הגילוי של מפרים המשתמשים ברשת האינטרנט הוא הסדר ראשוני ובתור שכזה הוא טען עיגון בחקיקה ראשית. הוא סבור, ובצדק, כי מוטב היה להמתין לדבר המחוקק. עם זאת, אין הוא שולל את האפשרות כי בהיעדר חקיקה יבוא מזור לנפגעי ההפרות וזאת על דרך של פיתוח הלכתי שימנע מצב בו מתקיימת זכות שאין בצידה סעד. הוא מציע לסמוך את הפיתוח ההלכתי על עילת ההפרה התורמת, על עילת הרשלנות או עילה אחרת מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט. במסגרת העילות האלה או אחת מהן, כך מציע חברי,

עשוי להינתן הסעד של מתן צו חשיפה – וזאת בהתקיים מספר תנאים התואמים בעיקרם את פיסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.

31. מסכים אני עם חברַי השופטים ח' מלצר ונ' הנדל כי בהיעדרה של חקיקה, לאורך זמן, ראוי יהא לעצב תרופה שיפוטית למכת ההפרה. נוטה אני גם לדעה כי ניתן יהא לעשות שימש בעילת ההפרה התורמת כפי שפותחה בע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ (פורסם בנבו, 20.6.2011) (להלן: עניין הלכת שוקן). הפרה תורמת (contributory infringement)

של זכות יוצרים, מתייחסת, ככלל, למצב בו גם מי שאינו מפר באופן ישיר זכות יוצרים נמצא אחראי להפרה מחמת התנהגותו שלו. מדובר לרוב בנסיבות בהן הוא מאפשר ומתיר את פעילותו של המפר או אף מסייע ומעודד את אותה הפעילות. פסקנו בעניין שוקן הנ"ל כי יש מקום להכיר בקיומה של דוקטרינה זו במשפט הישראלי וכי היא מתיישבת עם מארג האינטרסים שביסוד דיני זכויות היוצרים (השוו: מיכאל בירנהק, "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים", 169, טכנולוגיות של צדק משפט מדע וחברה (שי לביא עורך, 2003); טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך ב 677-687 (מהדורה שנייה, 2008)).

מצאנו, כי נכון להכיר בהפרה התורמת כדי לתגמל את היוצר על המאמץ שהשקיע ביצירה, לאפשר הגנה נאותה לזכויות היוצרים בעידן של משתמשים אנונימיים ולספק את התמריצים הנדרשים להמשך הפקן של יצירות חדשות. במסגרת זו, אין מקום ליתן לגורם הביניים, אשר תרם באופן ניכר לפגיעה בזכויות היוצרים, להתחמק מאחריות.

32. עם זאת, נקבע בהלכת שוקן כי יש ליישם את דוקטרינת ההפרה התורמת בזהירות. לצורך כך יש לבחון אם נתקיימו שלושה תנאים אשר רק בהצטברותם ניתן יהא להכיר בהפרה תורמת של זכויות יוצרים. התנאי האחד הוא קיומה בפועל של הפרה ישירה; הטלת אחריות על גורם הביניים מוצדקת רק בהינתן פגיעה בפועל בזכויות היוצרים. התנאי השני הוא קיומה של תרומה ממשית ומשמעותית לביצוע ההפרה. שליטה אפקטיבית של גורם הביניים בקיומה של ההפרה הישירה או יכולתו למנוע את קיומה באמצעים פשוטים וסבירים עשויים להצביע על תרומה ממשית. התנאי השלישי לקיומה של הפרה תורמת היא מודעותו של גורם הביניים לביצועה

של ההפרה; אין הצדקה להטיל אחריות על גורם הביניים אלא מקום בו ידע על קיומה של ההפרה. ידיעתו של גורם הביניים על ההפרה מאפשרת לו לשקול מראש את ההשלכה שתהיה לפעילותו לגביו, לגבי בעל הזכות ובנוגע לחברה בכללותה. דרישה זו אף מקובלת במשפט האמריקאי. סעיף 512 ל-DMCA הנ"ל פוטר בעל שרת אינטרנט מאחריות בהיעדר ידיעה בפועל שהפעילות ברשת היא פעילות מפרה, בהיעדר מודעות לנסיבות המצביעות על פעילות

מפרה ובתנאי שלאחר שנתקבל מידע כאמור, או בהינתן מודעות כאמור, פועל גורם הביניים בנחרצות להסרת החומר או לחסימת הגישה אליו.

33. המערערת, כאמור, לא תבעה את ספקיות האינטרנט בגין אחריותן שלהן למעשה ההפרה. ממילא לא נוכל, במסגרת הערעור הזה, לבחון אם נתקיימו לגביה יסודותיה של עילת ההפרה התורמת של זכות היוצרים.

זאת ועוד. אפילו נדרשנו לכך היום, לא היה בכך, לשיטתי, כדי ליצור מניה וביה סעד של ציווי מן הסוג שנתבקש כאן. יתרה מכך, הצורך בצו כזה (והכל בהיעדר חקיקה כאמור) עשוי היה להתייתר: בהתקיים תביעה ישירה המופנית כנגד צד שלישי (ספקי האינטרנט) יהיה זה מעניינו של הצד השלישי – ספקי האינטרנט בענייננו – לאתר את המפר הישיר – אם כדי לאפשר לנפגעי ההפרה למצות את ההליכים נגדו ואם לצורך חזרה עליו, מטעם ספקי האינטרנט, בדרך של משלוח הודעת צד ג' או בדרך אחרת. בהנחה שהצד השלישי הנתבע יודע את זהותו של המפר הישיר תיחשף זהותו והוא ישא באחריות למעשי ההפרה.

34. מוסכם איפוא על כולנו כי הופרה זכות היוצרים של המערערת בשידור המלא של משחקי הכדורגל, כי פלוני אחראי להפרה וכי לא קמה לו הגנת השימוש ההוגן. מוסכם על כולנו כי ראוי הדבר ודרוש הדבר כי המחוקק יסדיר את הסוגיות האמורות כולן, תוך הבחנה בין מניעתה של עוולה בדרך העשויה להשפיע על חופש הביטוי לבין מניעתה של עוולה שאין בה, במניעה, כדי להשפיע על חופש הביטוי במידה פסולה. מוסכם על כולנו כי

בהיעדר פתרון חקיקתי ראוי יהא לפתח פתרון משפטי באשר לדין המהותי והצענו פתרונות אפשריים.

התוצאה היא איפוא כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי כי לא נתקיימה הפרה של זכות היוצרים וכי מתקיימת הגנת השימוש ההוגן – מתבטלות. ההוצאות שנפסקו לטובת פלוני בבית המשפט המחוזי – מתבטלות גם הן. בהיעדר הסדר חקיקתי לא ניתן, לעת הזו, כך מוסכם עלי ועל חברי השופט ח' מלצר, להורות על חשיפת פרטיו של פלוני. חברי השופט נ' הנדל סבור כי גם בנסיבות התיק הזה ניתן היה להעניק סעד למערערת – כמפורט בפסק

דינו. מוסכם על כולנו כי על המחוקק לדאוג לכך שלא לעולם חוסן, וכי ניתן יהא להיפרע ממעוולים כמו פלוני ושכמותו. בהיעדר חקיקה נידרש לפיתוח ההלכה המשפטית כמתואר בפסק דיננו.

בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

המשנה-לנשיא

השופט נ' הנדל:

1. האם שידור משחקי הכדורגל האנגלי על ידי פלוני באתרו מהווה הפרה של זכויות היוצרים של הליגה (The Football Association Premier League), ואם כך, הניתן יהא להורות לספקיות האינטרנט לחשוף פרטי זהותו? שתי שאלות אלה נידונו בהרחבה בחוות דעתו העשירה בעומקה של המשנה לנשיא א' ריבלין, ממנה ניתן ללמוד על שלוש קביעות משפטיות. הראשונה, פלוני אחראי להפרת זכויות היוצרים של הליגה בשידור משחקי הכדורגל עקב הזרמתו באתר האינטרנט שלו, באופן שאינה עומדת לו הגנת השימוש ההוגן בחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007. השנייה, איזון השיקולים בחשיפת זהותו של מעוול-אנונימי בעוולת לשון הרע שונה מהאיזון הנדרש בעת חשיפת זהותו של אנונימי המפר זכות יוצרים. באיזון האחרון, נוטה הכף לחשיפה בשל המשקל הנמוך יחסית של ההגנה על חופש הביטוי. השלישית, בהיעדר תשתית חקיקתית מתאימה, לא ניתן בעת הזאת לחייב צד שלישי, כגון ספקיות האינטרנט, לחשוף פרטיו של מפר אנונימי. כבר אומר שהנני מסכים לשתי קביעותיו הראשונות של חברי, אך חולק עליו בשלישית. מחלוקת זו אינה בעיקר העניין, אך יש בה, כפי שיובהר, להוביל לתוצאה שונה.

2. להשקפתי יש לחייב את הספקיות לחשוף את פרטי זהותו של פלוני. חיוב זה נתקל בשתי מהמורות – דיונית ומהותית. הקושי הדיוני טמון בהיעדרה של יריבות ישירה בין הליגה לספקיות במסגרת הערעור דנא - הספקיות אינן משיבות או צד לערעור. במצב זה לכאורה, מתן צו עשה לספקיות, כצד שלישי חיצוני להליך, אינו בניתן. לדוגמא תקנות 105, 112-114 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 מאפשרות ליתן לבעל דין צו למענה על שאלון או לחשיפת מסמכים המצויים ברשותו או בשליטתו במהלך הליכי גילוי. אולם נקבע שאין
להטיל חיוב גילוי ביחס למסמכים המצויים בחזקתו של צד שלישי זר להתדיינות (רע"א 4256/98 ה.ל.ס בע"מ נ' כור מתכת בע"מ, פ"ד נג(1) 621 (1999); רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי [פורסם בנבו] (07.05.09); להשוואה: בתי משפט פדראליים בארה"ב התבססו על כלל§45(c)(2)(b) ל-Federal Rules of Civil Procedure לשם הוצאת צו subpoena duces tecum המאפשר לחייב צד שלישי להציג מסמכים רלוונטיים לתביעה אזרחית).

בפרשת רמי מור נקבע שלא ניתן לחייב את ספקיות שירות הגישה לאינטרנט לקיים הליכי גילוי מוקדמים בתביעה כנגד נתבע פיקטיבי, אשר הן אינן צד לה. כאן, עובדות ענייננו שונות בהיבט הדיוני. בערכאה דלמטה תבעה הליגה את הספקיות באופן ישיר ובלתי אמצעי. במוקד הדיון נגדן ניצב הסעד לחשוף את זהותו של פלוני. התביעה נעדרה מחלוקת עובדתית בנוגע לספקיות. חרף שידעו מהו הסעד המבוקש, לא התגוננו מפניו אלא הודיעו לבית המשפט קמא כי יכבדו כל החלטה שתינתן על-ידו. בעקבות זאת, התביעה נגד הספקיות נמחקה בהסכמה. הסכמה זו הייתה למעשה חלק מההסדר הדיוני הכולל אליו הגיעו כל הצדדים, לרבות פלוני.

עמדת הספקיות – בקשה למחיקה מההליך, המלווה בהצהרה שיכבדו כל תוצאה אליה יגיע בית המשפט – אינה מפתיעה. יש בה לשקף את המצב העדין אליו נקלעו. כדרך כלל, ספק האינטרנט ממוקם בין הנפגע לגולש האנונימי, כבין הפטיש לסדן. הוא מחזיק את המפתח לחשיפת זהות הגולש ובשל כך נמצא במלכוד: מצד אחד הוא מעוניין להימנע מפגיעה בלקוחותיו ומצד שני אינו רוצה לעמוד בפני תביעה משפטית. בחירתן של הספקיות לקבל עליהן כל החלטה כמעין תמורה למחיקת העתירה נגדן, אפוא, מבטאת את האינטרסים שלהן בהליך (ראו: פרופ' מיכאל בירנהק, מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, 372 (התשע"א)). על אף שלמען הסדר הדיוני הטוב ייתכן והיה מוטב אילו נכחו הספקיות כצד להליך, הסעד המבוקש כלפיהן היה ידוע, והצהרתן ה"ניטראלית" מאפשרת מבחינת סדרי הדין לקבוע קביעה נורמטיבית המורה לחשוף את פרטיו של פלוני. רוצה לומר, אין מכשול דיוני בנסיבות תיק זה המונע מתן הוראה לספקיות לגלות את זהותו של פלוני. יצוין כי לא נעלמה מעיניי הצהרת

הספקיות לפעול בהתאם להחלטת בית המשפט בכפוף לתשלום שכר ראוי בגין איתור והפקת המידע הנדרש. נשוב להצהרה זו בסיומם של דברים.

3. עוד נותר לדון בקושי המהותי אשר מעלה עמיתי המשנה לנשיא בסיפא של חוות דעתו, בדבר מציאת בסיס לסמכות בית משפט זה להורות על חשיפת פרטי גולש אנונימי. סבורני שקיים מקור בדין לסמכות זו. המקור מצוי במשולש הבא: א. הספקיות מעניקות שירות לבעל האתר תמורת תשלום; ב. כתוצאה מאספקת השירות - מקום אחסון וכתובת אינטרנטית - לבעל האתר, המפר באופן אנונימי את זכויות היוצרים, נוצרת זיקה בין הספקיות לבין בעל זכות היוצרים. ג. החיבור בין א' לב' מוליד את חובת הזהירות הכללית של דיני הנזיקין המוטלת על ספקיות האינטרנט. ודוק, טרם הוגדר טיב החובה המוטלת על כתפיהן של הספקיות, ולכך אדרש בהמשך.

נדמה לנו בעל בית דירות, אשר משכיר את דירותיו לשוכרים שונים. אחד השוכרים מזהם את האוויר בסביבת הבניין בדרך זו או אחרת. הנפגעים הם דיירי הבניין וילדים הנאלצים לפסוע ליד הבניין מדי יום ביומו כדי להגיע לבית ספרם הנמצא בסמוך. הקושי בפתיחת הליך משפטי נגד המזהם נעוץ באי ידיעת זהותו של המתגורר בדירה. השאלה הרלוונטית הינה – האם בהינתן שידוע כי השוכר ביצע עוולה בדירה – ניתן לחייב את בעל בית הדירות לחשוף את מיהותו? כמדומני שהתשובה טמונה בגוף השאלה. חובת הזהירות שחב בעל בית הדירות לנפגעים מהזיהום נובעת ממערכת היחסים שבין בעל בית הדירות לשוכר, לפיה הראשון מספק לשוכר את התשתית, אשר בה מבצע השוכר את עוולתו כלפי הנפגעים. על רקע זה מבוססת חובת הזהירות של בעל הדירות כלפי הניזוקים.

דוגמא נוספת ניתן לשאוב מפסק הדין המוכר בעניין דונויו נגד סטיבנסון של בית הלורדים אשר ביסס את עוולת הרשלנות כעיקרון רחב, ואף השפיע על תוכנו של סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (Lord Atkin in Donoghue v. Stevenson [1932], A.C. 562, All ER Rep 1 (H.L. 1932)). בעניין זה, צרכן תבע יצרן בירה, בגין הנזקים שנגרמו לו עקב הימצאותו של חילזון בבקבוק בירה ששתה בבית קפה, אשר חברו הזמין ושילם עבורו.

דוגמאות אלו עשויות להבהיר את מקור סמכותו של בית המשפט להורות על חשיפת זהותו של פלוני במקרה הנידון. באשר לפסק דין סטיבנסון, חידושו הוא בחידושו. השינוי בדין לא נבע מתיקון בספר החוקים, אלא מפיתוח פנימי של דיני הנזיקין. אין הכוונה לערוך גזירה שווה בינו לבין מקרנו אלא להצביע על דמיון מסוים ביניהם, ועל יכולותיהם של דיני הנזיקין לפרוש את כנפיהם. די להזכיר שבפסק דין זה התקבלה תביעת הרשלנות של תובע הנעדר כל קשר חוזי בינו לבין היצרן או אפילו מול בית הקפה. האחריות של היצרן הורחבה. משיצר מוצר לשימוש הרחב, חובת זהירותו של היצרן משתרעת גם כלפי צד ג' אשר קיבל את בקבוק השתייה כמתנה מאחר. הכנסת המוצר לרשות הרבים חושפת את היצרן להטלת אחריות גם כלפי צד שאין לו מגע ישיר עימו. האינטרנט מהווה סוג חדש של רשות הרבים שמרחיב מיני ומיני את חיוביו של ספק שירות האינטרנט. רשת האינטרנט משולה לאוטוסטראדה של מידע. ככזו, היא עמוסה בתנועה ומצויים עליה צמתים ומחלפים רבים, אשר מוסיפים ומרחיבים את חובת הזהירות של הספק. הזיקה בין ספק האינטרנט לבין בעל זכות יוצרים מעוגנת במציאות העובדתית ובעקרונות המשפטיים.

במקרנו, נידונה תביעה להורות על חשיפת פרטיהם של מעוולים אנונימיים ברשת האינטרנט. בעניין זה עשויה להאיר המקבילה של דוגמת בית הדירות. ספק שירות, כבעל בית דירות וירטואלי, מקצה כתובות לשוכרים ממנו. הוא מחזיק בכתובות אינטרנט (IP) רבות המשמשות לזיהוי כל מחשב ברשת האינטרנט בעת הגלישה. הספק מאחסן שטחי דיסק עליהם ניתן להפעיל אתרי אינטרנט ולאחסן כתובות דואר אלקטרוניות. כפי שזכות הבעלות של

בעל בית הדירות מוגבלת עקב השכרת דירותיו לשוכרים, גם בידי הספק אין שליטה בכל הנעשה בכתובות האינטרנט מרגע שנמסרו למשתמשים. אף על פי כן, בעל הקניין עודו מסוגל להקטין סיכונים בשטחו, אשר עליו הוא מבקר ומפקח. בין יתר הסיכונים המתרחשים על השטח שמקצה הספק מצויות עוולות מסחריות וכן הפרות של זכויות קניין רוחני. התשתית האינטרנטית של הספק המאפשרת את הסיכונים הללו, בה בעת מותירה לו שליטה מסוימת במידע הזורם בשטחו ואמצעים להפחית את הנזק שנגרם עקב התממשות הסיכונים. חובת הזהירות של "בעל הבית" קיימת כלפי אלו שנפגעו מפעילות שהתרחשה בתחומי שטחו. שליטה זו של הספק בכתובות האינטרנט

ובכתובות הדואר האלקטרוני – באמצעותן מתרחשת ההפרה, מבססת את הזיקה שלו לנפגע ההפרה. זיקה זו היא בנמצא אף אם היא שונה מהזיקה של המפר לנפגע.

לבעל הבית יש חבות בנזיקין גם כלפי גורם שאינו דייר בשטחו. השענות דיני הנזיקין על עקרונות מתחום דיני הקניין תקעה יתד במשפטנו. כדברי הנשיא א' ברק:

> "הבעלות במקרקעין מטילה חובת זהירות מושגית על הבעלים לטובת מבקרים במקרקעין. אין הבעלים והמבקר זרים זה לזה. הבעלות במקרקעין יוצרת זיקה בין הבעלים לבין סיכונים שנוצרו במקרקעין, בתקופה שהמקרקעין היו בשליטתו. הבעלות במקרקעין יוצרת לעתים אפשרות למנוע סיכונים, גם לאחר שהשליטה נסתיימה. מכאן הצידוק בהטלת חובת זהירות מושגית ביחסים שבין בעלים לבין מבקר במקרקעין" (ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 124 (1982); וראו והשוו: ע"א 500/82 ישעיהו עציוני נ' עזקר בע"מ, פ"ד מ(2) 733, 739 (1986); ע"א 8/79 שמואל גולדשמיט נ' דן ארזי פ"ד לה(3) 399, 410-412 (1981); ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' עמרם מימוני, פס' 12 לפסק הדין [פורסם בנבו] (14.12.06); רע"פ 4348/08 אפרים מאיר נ' מדינת ישראל, פס' 32-34 לפסק הדין [פורסם בנבו] (08.07.10); תא (ת"א) 2271/04 עזבון המנוחה תמיר ברז נ' ביתילי בע"מ, פס' 9-11 לפסק הדין [פורסם בנבו] (07.04.10)).

מבקרים במקרקעין כמוהם כצדדי ג' הניזוקים ממעשה או מחדל של ספקיות האינטרנט עקב אי מניעת סיכונים ישירים בשטחן.

המשותף להם הוא ה"מגע" שנוצר ביניהם לבין בעל הדירה או ספק האינטרנט. "מגע" העונה על מבחני עוולת הרשלנות.

4. כפועל יוצא של הזיקה האמורה, חב הספק חובת זהירות מושגית כלפי נפגעים שניזוקו בתחומי שטחו. היקפה של חובת זהירות זו מצומצם להטלת חיוב על הספק לסייע בזיהוי המעוולים שביצעו הפרות, גם כדי למנוע הפרות עתידיות. יש לשים את ליבנו לכך שחובת זהירות זו אינה מטילה על הספקיות

אחריות ישירה להפרה עצמה כשם אחריותו של פלוני. אלא היא מהווה סוג של אחריות עקיפה על מי שאינו מסייע בקטיעת התמשכותה של פעילות פוגענית בדיעבד על ידי חשיפת המעוולים. במסגרת תיק זה אין בכוונתי לתחום את כל היקפה של חובת הזהירות המוטלת על ספק אינטרנט. הקביעה הרלוונטית בתיק זה היא שחובת הזהירות של הספקיות כוללת את חשיפת זהותו של המפר, שהיא שונה מהטלת אחריות בגין ההפרה עצמה (לדוגמא של סוג אחר של אחריות שניתן להטיל על ספק האינטרנט ראו: סעיפים 8-10 להצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשע"א-2011, פ/3418/18 (הונחה על שולחן הכנסת ביום 25.07.11) ובפסיקה של ערכאות הדיוניות במקרים מובהקים, למשל כאשר ספק לא הסיר תוכן עוולתי מהרשת לאחר שהתקבלה תלונה לגביו: תא (ת"א) 32986/03 בושמיץ משה נ' אהרונוביץ' ענת [פורסם בנבו] (06.05.07)). ודוק, חובת הזהירות של הספקיות כן חלה ביחס לסיכון שנגרם לבעל הזכויות, שלא יוכל לתבוע את נזקיו כתוצאה מהפעילות האלמונית.

להמחשת הנקודה, נעמיד זה לצד זה את ספק השירות, המפר, והזר היודע את זהות המפר. מפר זכויות היוצרים אחראי להפרה; הספק אחראי לגילוי זהותו של המפר-האנונימי; והזר אשר במקרה יודע את זהות המפר אינו חב חבות בגין ההפרה או חובה לגלות את אשר ידוע לו. לשיטתי, אין הצדקה להחיל את חובת הזהירות על יודע המידע שנעדר כל קשר למקרה. לעומת זאת, הזיקה של הספק למפר יוצרת חובת זהירות מוגבלת בדבר גילוי פרטי המפר, אך אינה מטילה עליו אחריות בגין ההפרה עצמה. הזיקה של הספק לא נוצרה רק משום שהוא יודע את זהותו של פלוני. חובת זהירותו טמונה באספקת השירות – מחסה ומקום –

לבעל האתר, הוא המפר. היקפה של חובת הזהירות, אפוא, תחומה ומגודרת.

קיומה של חובת זהירות מוגבלת אינו דבר חדש בעולם הנזיקי. היקף חובת הזהירות נגזר מטיב הקרבה בין מזיק לניזוק קונקרטי, ולפי המידה שהטלת האחריות צודקת וסבירה בנסיבות העניין (עניין נחום, בעמ' 408-409). משכך, חובת זהירות יכול שתשתנה ותתפתח בהתאם לשיקולים העומדים על כף המאזניים. דוגמא לכך מצויה בשינוי בהיקף חובת הזהירות שהוטלה על דירקטורים של חברות

בגין נזקים שנגרמו לחברה עקב התרשלותם. בתחילה, חובת הזהירות של הדירקטור דרשה ממנו לנהוג בזהירות שהיה נוקט אדם בעל כישורים וניסיון כשלו בניהול ענייניו הפרטיים באותן נסיבות (ע"א 333/59 רוטלוי נ' ברשאי פ"ד יד 1156, 1161 (1960)). יש המעגנים את סטנדרט הזהירות הנמוך בשיקולי מדיניות (צפורה כהן, "חובת הזהירות של הדירקטור בחברה הרשומה" מחקרי משפט א' 134, 159 (תש"ם)). ואמנם, היקף חובת זהירות זו הורחב במשפטנו כך שכיום דירקטור חב בהתנהגות של דירקטור סביר בנסיבות העניין (סעיף 252 לחוק החברות, התשנ"ט-1999), אשר כוללת הכרה מעמיקה של ענייני החברה ואת מצבה הפיננסי. בהתאם נקבע כי דירקטור אינו מקיים את חובתו אם ההתעניינות שלו בחברה שטחית (ע"א 610/94 גדליה בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, פס' 45 לפסק הדין [פורסם בנבו] (11.05.03)).

בהסקה לענייננו, מידת אחריותו של ספק האינטרנט, שחלה בינו לבין הניזוק בשטחו, תחומה היא בעיני לחובה לחשוף את זהותו של מעוול הפועל באמצעות שירותיו של הספק. זאת להבדיל מאחריות בגין ההפרה. השוני יתבהר אם תתבקש חשיפתו זהות המעוול לאחר שנתיים בהן מתבצעת ההפרה; ברי כי הספק אינו חב זהירות ביחס לאי-יכולתו של בעל הזכויות לתבוע את נזקי ההפרה לפני הבקשה. כך או כך, חובתו של הספק מעוגנת בהוראות הכלליות בדיני הנזיקין, ויכול שהיא תתרחב או תצטמצם עם פיתוח הדין. שלוש השאלות הבאות עשויות להצביע על כיווני התפתחויות אפשריים באחריות הספק והיקפה: (1) כיצד ישתנה היקף אחריותו של ספק שסירב לחשוף שם מעוול חרף הוראת בית משפט לעשות זאת בתקופה שאחרי מתן ההוראה לעומת לפניה? (2) היה והנורמה המורה לספק לחשוף את זהות המעוול בתנאים מסוימים תשתרש בפסיקה, האם יהיה מקום להקדים את המועד בו תוטל עליו חובה

לגלות, דהיינו אף לפני מתן הוראה של בית המשפט? (3) ובהיבט הדיוני - האם ובאילו נסיבות תוטל חובה על ספק לחשוף את זהות המעוול גם במסגרת בקשה לסעד זמני שמכוונת כלפי הספק, כצד להליך, במהלכה של תביעה דומה? אין בכוונתי להשיב לשאלות אלו במסגרת ההליך שלפנינו, כי אם לבאר גישתי שבכגון דא יש לאפשר את פיתוח הדין על פי הניסיון המשפטי המצטבר בשטח.

5. בנוסף לשאלת קיומה של חובת זהירות מושגית בין הספק לבעל זכות היוצרים, נדרשת בחינה של חובת הזהירות הקונקרטית לפי כל מקרה ונסיבותיו. יש להתחשב למשל בקושי ובעלות הכלכלית של איתור המפר לעומת תחולת הנזק. כפי שככלל לא נחייב בעל בריכה פרטית להציב מציל בביתו, כך לא נחייב את ספק האינטרנט להשקיע סכום שאינו מידתי באיתור המפר. הספקיות נמנעו מלהעלות טענות מעין אלו במקרה דנא.

יש הטוענים אמנם, וביניהם פלוני, שחובת הזהירות נוגדת את חובת הסודיות המוטלת על הספק שלא לגלות פרטים אישיים המזוהים עם משתמשים שלו (סעיף 13(א) להצעת חוק מסחר אלקטרוני). טענה זו מתעוררת על רקע האפשרויות המתקדמות והמתחדשות כיום לחדור למרחב האישי של הגולשים, אף בלי סיועו של ספק האינטרנט. נדמה שמסיבה דומה מסיק חברי, השופט ח' מלצר, בדבר הצורך בהפעלת מבחנים חוקתיים כדי לחשוף זהות מעוול, ולכך אדרש בהמשך. ברם, קיומה של חובת סודיות זו טרם הוכר בדין, וחשיפת פרטים מותרת היא בהינתן שמוטלת על הספק חובה חוקית – אשר כוללת את חובת הזהירות הנזיקית (סעיף 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981). עסקינן כאן במפר זכויות יוצרים. במקרה המורכב יותר של מעוול לשון הרע (ראו גם פסק דינו של חברי המשנה לנשיא בפרשת רמי מור) עומדת להגנת המתבטא זכות יסוד חשובה שעליה כבר נפסק שהינה כעצם מעצמותיו של כבוד האדם (בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 675 (1997)). בשל משקלה הנכבד של הזכות לחופש הביטוי, נדרשת

מלאכת איזון עדינה עד מאוד בקביעת חובת הזהירות של ספק לחשוף זהותו של מפר-אנונימי כלפי מי שנפגע לכאורה שמו הטוב. איזון זה, נוכח רגישותו החוקתית, נוטים אנו להותיר למחוקק. ואולם, בהקשר לזכויות יוצרים עומדים על הפרק אינטרסים קנייניים ומסחריים. אף הספקיות בתגובתן הבהירו כי מוכנותן לחשוף את זהות הגולש בגין הפרה לכאורה של זכויות יוצרים הינה שונה במהות מעמדתן המתנגדת לחשיפת זהותם של גולשים בגין פרסומים או התבטאויות בניגוד לחוק איסור לשון הרע (הבחנה זו גם מספקת בעיני מענה להערתו של חברי השופט מלצר בסיפא של פסקה 9 לחוות דעתו). במקרה זה האיזון נוטה בבירור לטובת חשיפת פרטיו של המפר. האינטרס המוגן לאנונימיות של המפר לא יושיעו.

6. אכן הלכתנו חדשה היא. מערכת היחסים בין המשפט לטכנולוגיה לעד תהא עתירת חידושים ומהמורות. הטכנולוגיה מאז ומתמיד הייתה צעד אחד (או שניים) לפני החוק, וזה עודו נמצא בצעדיו להדביק את האתגרים שהציבה בפניו. אחד האתגרים של המשפט במאה הזו הוא בסגירת פער זה ובהתאמת הדין לסוגיות שלא הכרנו. גם בדיני הנזיקין, ישנו קושי להחיל מושגים משפטיים של העולם הגשמי על המציאות הוירטואלית, שהינה ללא גבולות ולעתים ללא שמות. גם הם נדרשים להסתגל לזמן המשתנה ולסיכונים העומדים על פתחנו, ולהיחשף לתמורות והרחבות של המבחנים הקיימים. חובת הזהירות הינה אחד הרכיבים בבחינת קיומה של עוולת הרשלנות. בעניין זה נשוב להיזכר בפסק הדין דונויו נגד סטיבנסון. המציאות החדשה שהפכה מורכבת יותר בשנות ה-30 של המאה הקודמת והתדפקה על דלתות בית המשפט, ביקשה להטיל חובה נזיקית על נתבע שלא היה עימו קשר חוזי או ישיר, כהגדרתו דאז. באותה התקופה התעשייה והטכנולוגיה סללו כבישים חדשים. מאז ועד היום, הפכה עוולת הרשלנות לדבר חקיקה מושרש וגם עוגנה בפקודת הנזיקין הישראלית. הנושאים הנכנסים בגדרה משתנים הם, ורבים לא היו בראשית מחשבה בשעת חקיקתה (להשוואה: המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה פ"ד ח 1317 (1954) בעניין מצג שווא רשלני של בעל מקצוע; ע"א 3056/99 רועי שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא נו(2) 936 (2002) בעניין הטלת חובת זהירות על רופא לפי פרקטיקה חדישה; ע"א 2625/02 סילביו נחום, עו"ד נ' רחל דורנבאום, נח (3) 385 (2004) בעניין הטלת חובת זהירות על עורך דין גם כלפי צד לעסקה שאינו מייצג (להלן: עניין נחום)).

אף המשפט העברי, שיטת משפט בעלת היסטוריה עמוקת שורשים ומפוארת, הכירה בצרכים המשתנים של הדין הנזיקי. ראש ישיבת הר עציון בספרו "שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי" התייחס בהקשר זה למושג המשפטי גרמי. ככלל, כדי להטיל חיוב בנזיקין, המשפט העברי דורש קשר ישיר בין ההתנהגות לתוצאה. המושג "דינא דגרמי" מהווה הגמשה מסוימת של דרישה זו, ומאפשר הטלת אחריות על גורמים מזיקים שהינם עקיפים יותר ביחס לתוצאה. בדברי החיתום של ספרו, הרב ליכטנשטיין קרא להתאים את הדין להתקדמות הזמן ולעולם הנתון למרותו:

> "במציאות הטכנולוגית המתפתחת, גוברת בהתמדה היכולת להסב נזקים, פיסיים או אפילו וירטואליים, של ממש בלי להתחייב על פי הקריטריונים של הרמב"ן או של הר"י. הנזקים יכולים להיות יותר מופשטים ותהליך הנזק יותר עקיף מהרף המינימאלי הנדרש לחייב מדין גרמי – ואף על פי כן, התוצאה חמורה למדי.
> יוכל גנב למדן ומבריק לתכנן ולבצע שוד מושלם, בעזרת מערכת כלי פריצה של גרמא, מבלי להסתבך, לדוגלים בשיטה זו, בנזק ישיר או גרמי. הנתמיד בפטור תרחיש כזה על יסוד גרמא בנזיקין?....
> הבקשה שטוחה, הסמכות קיימת והעיניים נשואות. במידה ויעלה ביד גדולי הפוסקים לתקן בנידון, הם יצליחו לגדור פירצה חברתית של ממש, ואף ישכילו, בד בבד, להרים קרנה של תורה" (א' ליכטנשטיין שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין: דינא דגרמי, 200 (תש"ס)).

הקריאה שנשמעה לפני כעשור יפה אף לענייננו אנו, תוך הכרה בשינויים המחויבים בין שתי שיטות המשפט והנושאים שנידונו. גם בכך אין חידוש: ראו הנכתב בארץ ישראל לפני 90 שנה כי "השופט או הפוסק התלמודי" יתייחס גם אל "תנאי החיים, שנויי הערכים, תגליות הטכניקה והמדע, מולידים דור דור שאלות ובעיות חדשות שדורשות פתרונן" (הראשון לציון, לימים הרב הראשי הספרדי הראשון בישראל, הרב עוזיאל, בראשית דבר לספר השו"תים משפטי עוזיאל: חלק א' (תל-אביב התרצ"ה)).

מלאכת השינוי והעדכון של הדין, בנבדל מפרשנותו, מוטלת בעיקרה על הגוף המחוקק. עם זאת, כאשר מונח לפני בית המשפט

המקרה הראוי והרלוונטי, הכלים עומדים לרשותו, והשימוש בהם על המקרה הנדון עולה באופן טבעי ושאינו מלאכותי, יש שגם השופט תורם חלקו למשימה נכבדת זו. תרומתו היא בפיתוח הפנימי של הדין. במלאכתו זו, השופט מונחה, בין היתר, על-ידי הסביבה בה הוא חי. מעניין לאזכר כי במאה ה-20, כאשר הוכרה תורת היחסות הפיזיקלית של איינשטיין, נחשף המימד הרביעי והעיקרון של מרחב-זמן. מאורע בעולם נמדד באופן יחסי בהתאם למרחב או המקום ולמסגרת הזמן

שלו. המקום והזמן אינם ניתנים להפרדה. עיקרון זה יפה בהשאלה גם לפוסק בדין. כך ניתן להבין במבט רחב את הציווי במשפט העברי: "וּבָאתָ אֶל...הַשֹּׁפֵט אֲשֶׁר יִהְיֶה בַּיָּמִים הָהֵם וְדָרַשְׁתָּ וְהִגִּידוּ לְךָ אֵת דְּבַר הַמִּשְׁפָּט" (דברים יז, ט; והשוו: ע"א 2087/08 אורלי מגן נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 5 [פורסם בנבו] (12.08.10)). סמכותו לשפוט רק במקום שמונה ורק בזמן לגביו מינויו בתוקף. סמכותו זו תוחמת את אחריותו. כפי שעליו להכיר את המקום בו הוא יושב לדון, עליו להכיר גם את הזמן ואת רוח התקופה. בפסיקתו, עליו להתמודד עם מאפייני מקומו וזמנו, ולהתאימה אליהם. משפט ומשפט, במרחב הזמן שלו. בפיתוח הדין, על השופט להישיר מבט אל מרחב הזמן שלו, תוך מודעות לתפקידו, כוחו ומגבלתו, ברגישות ובזהירות, בהתייחסות פרטנית לשאלה המתעוררת ולתחום המשפטי הנידון.

השתנו העתים והגענו לעידן הדיגיטאלי והווירטואלי. האינטרנט מקל על האנונימיות, ופסבדונים (או פְּסֵידונים) מקשים על זיהוי השחקנים הפועלים בזירה האינטרנטית. יתרונם של אלו בחשיפת שחיתויות, בהגנה על מקורות עיתונאיים, או הבעת דעה פוליטית הנוגדת את עמדת השלטון. אולם יש הרואים בהתנהגות טכנולוגית זו כבמה המאפשרת לפושע להתחמק מהדין ולמעוול לפגוע. עקב התרחבות והתרבות השפעות האינטרנט על תחומי חיינו השונים, נוצר צורך בפיתוח פנימי של הדין במקרה המתאים. בתיק זה, אנו נדרשים לבחון האם יש מקום להרחיב תחולתה של החובה הנזיקית הקלאסית על ספק אינטרנט כלפי בעלי זכויות החשופים לפגיעות בזירה זו. תשובתי היא בחיוב בנסיבות המקרה בשל הנימוקים שפורטו לעיל ובשל מהותו של האינטרנט ומיהותו של ספק האינטרנט. על רגל אחת, האינטרנט הוא תקשורת. ליתר

דיוק, תקשורת של מידע. זאת בהיקף, בעוצמה ובמהירות שלא ניתן היה לדמיין לפני עשורים מספר. ספק האינטרנט סוחר במידע. פועלו בהזרמת מידע. זהו העיסוק אשר בחר. לכן התוצאה לפיה יחויב הספק במסירת המידע בדבר פרטיו של המפר-האנונימי אינה אלא המשך של עבודתו ואחריותו. חובו טמון בתשלום המטבע אשר ממנו משתכר. בראיה זו, התוצאה הינה נכונה משפטית וצודקת.

7. טרם סיום, יהא זה מועיל להסתייע בהשוואה למשפט האמריקאי. עניין סוני העוסק במקרה בעל מאפיינים הדומים לשלנו, הובא לפני בית המשפט הפדראלי בניו יורק (Sony Music Entertainment Inc v. Does, 326 F.Supp.2d 556 (S.D.N.Y 2004)). בפרשה זו, שבע עשרה חברות תקליטים שונות תבעו 40 גולשי אינטרנט בלתי ידועים על הפרת זכויותיהן בשירי מוסיקה בגין הפצתם באינטרנט באמצעות תוכנת שיתוף קבצים. בהזמנת הדין (Subpoena) לספק האינטרנט, התבקש בית המשפט להורות לספק האינטרנט לחשוף את זהות הגולשים. בית המשפט דן בשתי שאלות חוקתיות שהתעוררו – האם פעולת ההורדה וההפצה של קבצי מוסיקה, המוגנים בזכויות יוצרים, ללא רשות מוגנת על ידי חופש הביטוי. ואם כן, האם הגנה זו מונעת את חשיפת זהות הגולש על פי התיקון הראשון לחוקה האמריקאית בדבר חופש הביטוי. בית המשפט עמד על כך שהתיקון הראשון משתרע על ביטויים באינטרנט, אך הוא אינו מעניק הגנה מוחלטת לביטויים אנונימיים. לא רק זו, אדם אינו יכול להסתתר מאחורי חופש הביטוי כדי להגן על פעולתו המפרה זכויות יוצרים של אחר (*In re* Capital Cities/ABC, Inc., 918 F.2d 140, 143 (11th Cir. 1990)). נפסק שאדם המשתף קבצים מוגנים בזכויות יוצרים אינו מבקש לבטא השקפה, רעיון או מחשבה כלשהיא, אלא עיקר מטרתו להשיג מוסיקה ללא עלות. נקבע, אפוא, שפעולת שיתוף קבצי מוסיקה ברשת זכאית להגנה מוגבלת של חופש הביטוי. לאחר קביעות אלו, בית המשפט פנה לשאלת חשיפת זהותם של הגולשים-המשתפים. הודגשו מספר כללים שעל בתי משפט להידרש אליהם בעת דיון בבקשות לחשיפת זהותם של גולשים מאת ספקי שירות אינטרנט. בין היתר שלושה המתאימים לציון: האחד, הוכחה ממשית של טענת הפרה-לכאורה על ידי הגולשים; הפרה-לכאורה תוכח עם קיומה של

בעלות בזכות יוצרים תקפה וביצוע העתקה של חלקים מרכזיים ומקוריים ביצירה (Arden v. Columbia Pictures Indus., Inc., 908 F.Supp. 1248, 1257 (S.D.N.Y 1995)). השני, דרישה שהבקשה לחשיפת זהות הגולש האנונימי תהא מוגדרת וספציפית; השלישי, מיצוי אמצעים חלופיים להשיג את המידע העלום המבוקש (Seescandy.com, 185 F.R.D 573, 577-581 (N.D. Cal. 1999; Dendrite Int'l, Inc. v. Doe, 775 A.2d, 756, 760 (N.J App. Div. 2001)). ביישום הכללים על המקרה האמור, נקבע כי ההגנה החוקתית על חופש הביטוי אינה עומדת בפני זכותם של בעלי זכויות היוצרים לתבוע את נזקיהם, ולחשוף לשם כך את פרטי הנתבעים-האנונימיים.

אף שבשיטת משפטנו הדיון בנושא חשיפת זהותם של מעוולים-אנונימיים ברשת האינטרנט מצוי בחיתוליו, ביכולתו של פסק דין סוני ללמדנו בנוגע לקביעת ההגנה השונה הניתנת למפרים של זכויות יוצרים, ביחס למעוולים אחרים המוגנים על-ידי חופש הביטוי. הכללים שצוינו בפסק דין סוני עשויים להעיד כי מקרנו נהיר הוא. ראשית, המערערת נקטה צעדים לחשיפת זהותו של פלוני על ידי מומחה למחשוב מטעמה, וזאת אך לאחר שפנתה אל פלוני פעמים מספר באמצעות כתובת הדואר האלקטרוני המופיעה באתר. פנייתה לבית המשפט המחוזי הינה מוצאה האחרון כדי לממש את תביעתה ולהגן על זכות קניינה הרוחני. שנית, דיני זכויות היוצרים קובעים את מצאי השימושים הבלעדיים של בעל זכות היוצרים, ובמקביל קובעים את מצאי השימושים המותרים באופן חופשי (ד"ר גיא פסח "קריאה תקשורתית – מדיניות התקשורת של החוק" מתוך יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים 135, 136 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009)). בכך הם מתווים מסגרת לאיזון בין זכות היוצר להגן על קניינו לבין האינטרסים של המשתמשים ליהנות מהיצירה, ולעשות זאת באנונימיות. קביעתו של המשנה לנשיא, המקובלת עליי, שפלוני הפר את זכויות היוצרים של הליגה בשידורים, כבר הכריעה את האיזון. ההפרה הוכחה ואין עסקינן בהפרה-לכאורה, על פי המבחן שנדרש בעניין סוני.

עד כה נתקלה המערערת בבקשתה לחשיפת פרטיו של פלוני בדרך ללא מוצא. חוות דעת זו פותחת את הדלת עבור המערערת בנסיבות תיק זה. באשר למקרים אחרים שיעמדו במפתן הדלת – עד כמה תיפתח הדלת, מי רשאי להיכנס בה, ומהו עיצובו של החדר מן העבר השני – הן שאלות אשר תקבלנה מענה, אם דעתי תתקבל,

במקרים עתידיים שיצריכו הכרעה בהם. אף זו היא דרכו של המשפט. כמובן שאין באמור כדי לחלוק על קריאת חברי המשנה לנשיא כי המחוקק יאמר את דברו הוא בנושא, בצורה מפורשת ומפורטת.

8. לאחר שכתבתי את עמדתי הגיעה לידי חוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר ותגובת המשנה לנשיא לה.

(א) ביחס לחוות דעתו של השופט מלצר, יש מן המשותף בינה לבין חוות דעתי בנוגע לקיומה של סמכות בידי בית המשפט להורות לספקיות לחשוף את

פרטי המפר; שכן חברי התייחס לאפשרות "שגם מבלי שיהיה חיקוק מפורש ומפורט שמסדיר באופן כולל את הדבר – ניתן יהיה בעתיד, במידת הצורך, ליצור ולשכלל את הסעד של צו חשיפה ולמצוא יסוד להוצאתו בגדר ההליכים המקדמיים הקיימים כבר אצלנו והעומדים לרשות הצדדים במשפט... או על יסוד החיקוקים הנזכרים בחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל..".

ובאשר להבדל בין תפיסותינו, חברי השופט מלצר התייחס לארבעה תנאים הנדרשים להתקיים טרם תינתן הוראה המחייבת את ספק האינטרנט לגלות את זהות המפר. תנאים אלה הם (1) הגורם אשר נדרש לגלות את שמו של המעוול "היה מעורב בדרך כלשהי בהפרה או שהיה, למצער, מודע לה והוא צד לתובענה"; (2) יש אינדיקציה טובה לכך שבוצעה עוולה; (3) הצו נדרש לשם קידום תכלית ראויה; (4) הצו עומד בדרישות מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו. התנאים עשויים לטעמי להוות כלי עזר ראויים למחוקק היה ויבחר להתמודד עם הסוגיה – ועדיף שכך על פי עמדת שלושת שופטי המותב. אך משלא עשה כן, ואין דבר חקיקה מפורש, לגישתי יש להתקדם על פי המתווה הקיים בדין הנזיקי ולא רצוי להוסיף עליו איזונים נוספים. זאת משום שהחקיקה מטבעה דורשת קביעת כללים ייחודיים ומוגדרים ברמת פירוט גבוהה ומדויקת. לעומת זאת, אין זו דרכה של הפסיקה, העוסקת בהתוויית נורמות כלליות וגמישות, תוך יישומן לפי שיקול דעת על המקרה הקונקרטי. התנאי הראשון שהציע חברי מוכל ממילא ביסודות עוולת הרשלנות הדורשים קרבה בין המזיק לניזוק ולכן עדיף להותיר את המבנה על כנו. ואילו התנאי השני, מקומו בהליך מקדמי שאינו מתעורר בתיק זה, בו כבר אין מחלוקת כי התבצעה הפרה.

לתנאים השלישי והרביעי מכנה משותף בכך ששניהם מייבאים מבחנים המוכרים לנו מסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו למקרה דנא. לאמור: מבחן התכלית הראויה תוך עמידה בשלושת מבחני המשנה של דרישת המידתיות. מבחנים אלו ראויים הם בבחינת פגיעה בזכויות חוקתיות. ברם, כאן עסקינן בסכסוך בין שני יחידים אשר נסוב סביב הפרת זכות קניין רוחני. באופן מובנה, זו אינה יכולה למצוא ישועה במקלט של הזכות לפרטיות. זאת בדומה למסיג גבול על אדמת אחר שיתגונן באמצעות זכותו לחופש התנועה. סכסוך בין

יחידים כפי שהתרחש כאן מוסדר באמצעות כללים ייחודיים, אם תרצו כללי מידתיות, שנקבעו בפסיקה ביחס לעוולת הרשלנות ולפקודת הנזיקין ככלל. דוגמא לכלל איזון נזיקי ניתן למצוא במבחן של השופט לרנד הנד (Learned Hand) המוכר גם בפסיקתנו, לפיו התנהגות היא עוולתית אם עלות מניעת הנזק פחותה מתוחלת הנזק במכפלת גובהו (מקורו בפסק הדין *United States v. Carroll Towing Co*. 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947)). מבחן זה הוכיח עצמו בתחום הנזיקי, יחד עם מבחנים נוספים. נוכח השוני הברור בין מבחני הרשלנות השייכים למשפט הנזיקי לבין מבחני הפגיעה בזכויות השייכים למשפט החוקתי, מוטב לדעתי לאפשר פיתוח על בסיס המסלול הקיים ולא לערב בין שני תחומי המשפט ללא הצדקה. ודוק, תיתכן חפיפה בין התחומים, אך אין הדבר דומה לאימוץ סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו במסגרת פיתוח פסיקתי של דיני הנזיקין.

ושוב, אינני קובע עמדה הכיצד ראוי שהפסיקה תתקדם במסלול שהותווה. כפי שצוין לעיל, הנסיבות ושיקולי מדיניות עשויים להרחיב את האחריות של הספקיות. בשלב הנוכחי של פיתוח הדין בתיק זה, די ביצירת חובה נזיקית לחשוף את זהות המעוול. לצד החידוש, הזהירות נדרשת. בהתבסס על כך, רשאי בית המשפט להורות על חשיפת זהות המעוול אף מכוח סעיף 71 לפקודת הנזיקין, המסמיך את בית המשפט ליתן צו בשל עוולה נזיקית אף אם לא נפסקו פיצויים.

(ב) נושא נוסף אשר דורש התייחסות, שעלה בחוות דעתם של חבריי, הוא האפשרות של שימוש במקרה כגון דא בעילת ההפרה התורמת כפי שפותחה על-ידי חברי המשנה לנשיא בע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ [פורסם בנבו] (20.06.11) (להלן: עניין שוקן). עולה אם כן, שיש מכנה משותף

בחוות הדעת של שלושת שופטי המותב. מכנה זה הוא ההכרה בכך שבכוחו של הדין המהותי הקיים בכלל ובפקודת הנזיקין בפרט לספק מענה, בכוח או בפועל, לניזוק מהפרה אנונימית. המחלוקת בינינו נסובה על סוגיות דיוניות של תיק זה שאינן בעלות חשיבות עקרונית, וכן על העיתוי המתאים להגיש תביעה מעין זו נגד הספקיות. לדעתי ניתן לפעול כך כעת ואף בתיק הנוכחי, ואילו חבריי סבורים כי אין זה המצב לעת עתה. עוד מוסכם, כפי שציין המשנה לנשיא, כי מוטב אם המלאכה תיעשה בכל מקרה בידי המחוקק.

חברי המשנה לנשיא א' ריבלין הסתייג מהשימוש בעוולת הרשלנות כלפי הספקיות בתיק זה, ועולה מדבריו עמדתו העקרונית לפיה מוטב להיעזר בעילת ההפרה התורמת בתביעות מעין אלה. לעניות דעתי, ההפך הוא הנכון הגם שאינני שולל את האפשרות להישען על עילת ההפרה התורמת. אסביר.

(1) חברי מדגיש את המשוכה הדיונית בעקבות העובדה שהספקיות לא היו צד לתביעה זו "אלא שספק אם ניתן, בדרך זו, לראות בספקיות האינטרנט כמעין נתבעות בהליך...". כפי שפירטתי לעיל (פסקה 2) המערערת תבעה את הספקיות בבית המשפט המחוזי, אך הן ביקשו שתמחק התביעה נגדן תוך הודעה כי תכבדנה כל הכרעה של בית המשפט. זאת תוך מודעות לכך שהן נתבעו על מנת לחשוף את זהות המפר. נוכח מסקנתי כי ניתן לחייב את הספקיות בסעד של חשיפת זהות המפר ולא מעבר לכך - למשל לא נידון חיוב כספי - לדעתי לא נגרמה פגיעה בהגנתן, או ליתר דיוק בבחירתן שלא להתגונן. לבטח אין מקום להטיב את מצבן כתוצאה מבקשתן שלא להיות נתבעות בהליך. רצונן הדיוני כבודן. זהו נתון ייחודי לתיק דנא. ברם, אין הוא עומד בליבת העניין.

(2) חברי המשנה לנשיא מכיר בקונסטרוקציה של עילת ההפרה התורמת מכוחו של סעיף 12 לפקודת הנזיקין. עמדתי היא כי אם מצויים אנו תחת המטרייה של פקודת הנזיקין, עדיף להישען על סעיף 35 לפקודה – ענייננו עוולת הרשלנות מאשר להיעזר בסעיף 12 לפקודה. שני חלקים מרכיבים עמדה זו. האחד, עוולת הרשלנות מעניקה גמישות רחבה יותר לבית המשפט בפיתוח ופיקוח על הדין הנורמטיבי שחל על ספקיות האינטרנט. האחר, היות שהשימוש

בסעיף 12 ממילא מכניס ב"דלת האחורית" יסודות המאפיינים את סעיף 35, עדיף לצעוד דרך הדלת הראשית. הערות אלו אינן עיוניות גרידא, אלא בעלות היבטים מעשיים ממשיים.

סעיף 12 לפקודה אשר כותרתו "אחריות של משתף ומשדל" קובע: "לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע....למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על-ידי זולתו...יהיה חב עליהם". מלשון הסעיף עולה כי המוקד בסעיף 12 הוא בקשר שבין המבצע העיקרי לבין המסייע או המשתף, ובענייננו – בין המפר לבין ספקיות האינטרנט. לעומת זאת, חובת הזהירות מכוח סעיף 35

שמה את הדגש על הקשר בין המעוול בדמות הספק, לבין הניזוק. לטעמי המודל השני עדיף הואיל והוא יאפשר לבית המשפט להתייחס בצורה עצמאית להתנהגות הספק. בחינה עצמאית יותר ביחס לספק תאפשר כאמור, לפחות בשלב הראשון, להסתפק בחובתו לגלות את זהות המפר מבלי שבהכרח הוא יחוייב באותם סעדים שיוטלו על המפר. הרי סעיף 12 מסתיים במילים "יהיה חב עליהם" – על מעשה או מחדל המבצע הראשי. דהיינו, חובתו של המסייע תהא זהה לזו של המפר (והשוו: Paul S. Davies, *Accessory Liability for Assisting Torts*, 70(2) CAMBRIDGE LAW JOURNAL 353 (2011); R. STEVENS, TORTS AND; RIGHTS 256-257 (Oxford 2007)).

אף במישור העיוני, שאלה היא באיזו מידה היה הספק מודע למעשי ההפרה ובאיזו מידה והיקף רכיב המודעות נדרש כדי להטיל אחריות לפי סעיף 12, להבדיל מסעיף 35. כפי שנפסק בעניין נשאשיבי (ע"א 313/08 נשאשיבי נ' רינראוי, פסקה 5 [פורסם בנבו] (01.08.2010)):

> "לא בכדי התוותה הפסיקה אמות מידה קפדניות להטלת אחריות מכוחו של סעיף 12 לפקודת הנזיקין, המבטאות את האחריות האישית המוטלת מכוחו. התנאי הראשון, הוא יסוד נפשי של מודעות. כך, "אדם המשתף עצמו בהרפתקה, אשר הביאה בסופו של דבר לנזק, יחוב כשותף למעשה הנזיקין, אם בהצטרפו למבצע המעשה ידע לקראת מה הוא הולך" (פרשת רינת, פס' 9; וראו גם פרשת הילמן, בעמ' 6). יש אף מלומדים הסבורים כי תנאי לקיומה של אחריות מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין הוא "כוונת המשדל שהמשודל יבצע עוולה" (ברק, בעמ' 117)."

הנה כי כן, נדמה כי מבחינת פיתוח הדין, סעיף 12 לפקודה הוא אכסניה פחות מתאימה לסוגיית אחריותו של ספק האינטרנט לעומת סעיף 35. להמחשת הנקודה טול לדוגמא מקרה בו רק עקב פניית הניזוק לספק יתגלו לו מעשיו המעוולים של המפר. עד אז הספק איננו מודע למעשה ההפרה, ומאז יש ביכולתו לתקן את המצב, לרבות על-ידי מסירת זהות המפר. דעתי היא כי סעיף 35, שאינו דורש מודעות או סיוע לאחר כרכיבים נחוצים לשם הטלת אחריות, מתאים יותר למשימה של קביעת אחריות בנזיקין במקרים מעין אלו.

יתרה על כן, בראייה רחבה יותר הפער בין יישום סעיף 35 לפקודה לבין יישום סעיף 12 אינו כה רחב, ואף ניתן לומר שצר הוא. כפי שציינה השופטת ע' ארבל בעניין נשאשיבי:

> "ניתן לראות מניתוח הפסיקה שעשתה שימוש בסעיף 12 לצורך הטלת אחריות נזיקית, שהדבר נעשה רק במקרים שבהם ניתן היה להטיל אחריות ישירה וחבות אישית נזיקית גם ללא היזקקות לסעיף 12 (ראה והשווה: ...)". (פסקה 2 לחוות דעתה; והשוו עמדות המשנה לנשיא והשופט י' דנציגר בסוגיות שהתעוררו שם).

המחשה נוספת לקרבה בין השימושים בשני הסעיפים אף עולה מחוות דעתו של חברי המשנה לנשיא בה הציג את עילת ההפרה התורמת. בעניין שוקן בסופו של דבר התביעה נדחתה כיוון שהיה ספק האם לאוניברסיטה יש יכולת אפקטיבית למנוע את ביצוע ההפרות בתחומה והיות שהטלת חובת מניעה כזו תעמיס עליה עלות גבוהה מדי. מבחן זה – עלות מול תועלת – עומד בליבת עוולת הרשלנות. אם הפער בין שתי הדרכים, זו שעוברת בסעיף 12 וזו בסעיף 35, איננו משמעותי אזי היתרונות בעוולת הרשלנות גוברים בעיני. אינני מתעלם מכך שהשימוש בעוולת ההפרה התורמת אטרקטיבי משום קיומו בפסיקה ומאחר שהוא נשען על מסגרת נורמטיבית אחרת בדמות חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. על כן, לא הייתי שולל אפשרות זו. ואמנם, לגישתי בכל מקרה העילה המדוברת הינה חידוש שאינו מעוגן בחוק זכות יוצרים, ונדמה כי יהא טוב יותר להתמודד עם אחריות הספק בגין עוולות באינטרנט באמצעות סעיף 35 לפקודת הנזיקין. סעיף זה מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב לבחון התנהגותו של כל מזיק, להתאים את היקף האחריות למידותיו, גם בהתפתחויות חדשות

בתחומי החיים. כך יש לשאוף לצמצום הפער בין הדין למציאות, ולעמוד בקצב השינויים בין המציאות לבין המציאות המשתנה.

9. סוף דבר, לו דעתי הייתה מתקבלת, הייתי מציע לחבריי לקבל את הערעור, להורות על ביטול פסק הדין, ותחת זאת לקבוע בנוסף לאמור בסעיף 34 לחוות דעתו של המשנה לנשיא, כי על הספקיות – משיבות 2 ו3 בהליך

קמא, נטוויז'ן 013 ברק בע"מ ונענע 10 בע"מ – לחשוף את זהותו של פלוני בתוך 30 ימים ממתן פסק דין זה. הדיון יוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שידון בבקשה למתן צו מניעה לפלוני לגופה. הספקיות תהיינה רשאיות להגיש בקשה לבית משפט המחוזי לתשלום הוצאות שכר ראוי בגין איתור והפקת המידע, וזאת מבלי להביע עמדה היה ותוגש בקשה כזו, אך לא תהא בה לעכב את חשיפת הפרטים.

ש ו פ ט

<u>השופט ח' מלצר:</u>

1. בסוגיות המשפטיות שבהן יש הסכמה בין חברי – אף אני מצרף קולי לחוות דעתו המקיפה והמאלפת של המשנה לנשיא, השופט א' ריבלין. יחד עם זאת אני מבקש להשאיר במכלול זה לנתבע–בכח, הוא מפר זכות היוצרים (פלוני בערעור כאן), את האפשרות לנסות ולהוכיח – אם יפתח כנגדו הליך נוסף כלשהו (לאחר זיהויו) – כי העברת המשחקים בטכניקת "ההזרמה" (streaming) בדרך שבה היא נעשית בפועל איננה בדיוק בצורה שבה היא הוצגה על ידי המערערת. לכך יכולות להיות משמעויות לענין הגדרת "שידור" במשמעות סעיף 14 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007. הטעם לדבר נעוץ בעובדה שנושא זה לא מוצה, לדעתי, בחומר שהוגש בבית המשפט המחוזי הנכבד ובזה שהוצג לנו. כמובן שאף זכות המערערת שמורה לה בהקשר זה.

הערתי זו, המאזכרת הליך עתידי אפשרי נוסף – מביאה אותי למחלוקת שנתגלעה בין חברי, ואולם אקדים לה תיאור קצר של ההסכמות.

2. המשנה לנשיא, השופט א' ריבלין, הגיע למסקנה משולשת:

(א) כי הופרה זכות היוצרים של המערערת בשידור המלא של משחקי הכדורגל.

(ב) כי פלוני אחראי להפרה.

(ג) כי לא קמה לפלוני הגנת השימוש ההוגן.

עד כאן כולנו מסכימים (כפוף להסתייגותי הראייתית הקלה, הנזכרת בפיסקה 1 שלעיל). ביחס למוסכם כאמור רואה אני לנכון לציין שמעבר לחומר המשווה הרב מארצות ה-Common Law שהציג חברי, המשנה לנשיא, השופט א' ריבלין – מצאתי שגם בגרמניה רווחת השקפה דומה אצל רוב המלומדים ביחס להפרת זכות היוצרים בכל הכרוך ב- streaming באינטרנט. ראו: Büscher, Müller, GRUR 2009, 558; Schricker/v. Ungern-Sternberg, UrheberR, 3. Aufl. (2006),Vorb. §§ 20 Rn. 7, § 20 Rn. 45 ; Ernst, in: Hoeren/Sieber, Hdb. MultimediaRecht, Std.: März 2008, 7.1. Rdnr. 70; Koch, Internet-Recht, 2. Aufl. (2005), S. 352f. ..Wandtke/Bullinger, Urheberrecht 3. Auflage 2009, § 19a, Rn. 34

הסוגיה שנותרה לליבון היא איפוא זו: האם יש מקום להורות על חשיפת פרטיו של פלוני בתיק זה, או בעתיד וכיצד. בכך אדון מיד בסמוך.

1. חברי, המשנה לנשיא, סבור כי מבחינה מהותית – לא קיימת בדין הישראלי (לעת עתה לפחות) תביעה ללא נתבע מזוהה (ראו גם: דעת הרוב ב-רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי (1995) החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ ([פורסם בנבו], 25.3.10) (להלן: ענין רמי מור); ע"א 1622/09 גוגל ישראל בע"מ נ' חברת ברוקרטוב ([פורסם בנבו], 1.7.10) (להלן: ענין ברוקרטוב) (ביחס לתובע בלתי מזוהה – ראו לאחרונה בארה"ב: *Jane Doe v. Amazon.com, Inc. et. al*, No. 2:11CV01709, 2011 WL 4968796 (W.D. Wash)). כפועל יוצא מכך הוא סבור כי הכרה באפשרות לרתום את המערכת המשפטית וצדדים שלישיים לשם ניהול הליך מעין-חקירתי עוד טרם משפט מצריכה הסדרה חקיקתית (פיסקה 3 לחוות דעתו בענין ברוקרטוב; פיסקה 26 לחוות דעתו כאן). הוא קורא איפוא למחוקק להזדרז ולפעול בענין ומציין כי לאחרונה אכן פורסמה הצעת חוק בנושא (הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של משתמש ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"א-2011). ביחס להצעה זו הוא רואה לציין עוד כדלקמן: "יש לקוות כי ההסדר החקיקתי שיושג בסופו של יום אכן יתחשב בין היתר – בהבדלים... בין מעוולים

אנונימיים בהקשר של לשון הרע לבין מפרים אנונימיים בקנין רוחני" (שם, בפיסקה 26 סייפא; אני מרשה לעצמי להצטרף אף להבחנה מוצעת זו ולטעמים שהביא חברי להצדקתה). לאור כל האמור – המשנה לנשיא קובע כי לגישתו אין כיום מסגרת המאפשרת לבית המשפט להורות על חשיפת פרטיו של פלוני, ולבעלת זכות היוצרים – להיטיב את נזקיה.

חברי, השופט נ' הנדל סבור, מאידך גיסא, כי יש לחייב, למצער בתיק זה, את מי שהיו משיבות בתובענה (ספקית האינטרנט הרלבנטית, שאיחסנה את האתר המפר, והחברה שסיפקה את כתובת הדואר האלקטרוני למפר – הכל על פי טענות המערערת) – כי תחשופנה את פרטי זהותו של פלוני המפר בתוך 30 יום ממועד מתן פסק דיננו. לצורך זה הוא מעלה מספר קונסטרוקציות משפטיות יצירתיות, המנסות להתגבר על הקשיים – המהותיים והדיוניים – הכרוכים בתוצאה זו.

במחלוקת זו אנסה להציע עתה דרך שלישית, שנראה לי שיש בה שילוב מסוים בין הראוי והמועיל שבשתי התפיסות הנ"ל, ויתרונות נוספים. אציג הדברים להלן.

2. על פי גישתי – ההסדר הכולל בסוגיית הגילוי של מפרים ומשתמשים ברשת האינטרנט הוא הסדר ראשוני ובתור שכזה הוא אמנם טעון עיגון בחקיקה ראשית. ראו והשוו: בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נ"ב (5), 481, 502 (1998); דנ"א 5161/03 א.ש.ת ניהול פרויקטים וכח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס' (2) 196 (2005) (להלן: ענין א.ש.ת ניהול).

(זה המקום להעיר כי אף לגבי מהותו והיקפו של "כלל ההסדרים הראשוניים" אין עדיין הסכמה בספרות המשפטית – עיינו: גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט מ"ב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקתיות החדש", משפטים מ"ב 379 (התשע"ב); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר", משפטים מ"ב 449 (התשע"ב).

חקיקה ראשית שכזו – כאשר תונהג – אמורה ליתן פתרונות לסידרה ארוכה של בעיות, שיקולים ואיזונים (הפרות ברשת בתחומי איסור

לשון הרע ודיני הנזיקין, הפרות ברשת בתחומי הקנין הרוחני, דינם של מי שמודעים להפרות, או של משתמשים שנהנים מההפרות, מבצעי עבירות פליליות ברשת, או באמצעות הרשת, שאלות של התיישנות הכרוכות בגילוי ובזיהוי המפרים וכו'). המחוקק הישראלי מודע לצורך להיזקק לנושא זה ולמעשה הליכי טרום חקיקה כבר החלו כאמור. בנסיבות אלו ראוי, לדעתי, להמתין לדבר המחוקק ויש לקוות שהכנסת תידרש למכלול במועד מוקדם ובזמן סביר. יחד עם זאת – אם

הליך החקיקה לא יקודם במהירות הראויה – תוכל המערערת להגיש תביעה חדשה ולנסות ולבקש מזור להפרות (אגב הגשת בקשה לחשיפת המפרים) על דרך של פיתוח הלכתי נקודתי. כך יוכלו לעשות אף אחרים שימצאו עצמם במצב דומה.

תפיסה זו שלי קרובה לעמדת הרוב, אשר בוטאה על ידי השופטת (כתארה אז) ד' ביניש ב-ענין א.ש.ת ניהול בהסכמת השופטים: המשנה לנשיא מ' חשין, השופט (כתארו דאז) א' ריבלין, השופטת א' פרוקצ'יה, השופט א' א' לוי, והשופט (כתארו דאז) א' גרוניס. גישה זו היא שתרמה, בין השאר, לקידום חקיקתו של חוק תובענות יצוגיות, התשס"ו-2006.

עתה אבהיר את ההצדקות להחלת הפרופוזיציה המוצעת על ידי כנ"ל – על ענייננו.

3. ידוע הוא שהטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים חדשים (משל אלה היו יין ישן המשתבח עם הזמן, וזקוק רק לכלי מודרני יותר. השוו: Stephen Breyer ACTIVE LIBERTY 64 (2009)).

עיינו גם: ד"ר שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד, הפרק בדבר: שינויים במציאות הטכנולוגית – כלל פרשנות לגיטימי, בעמ' 142-144 (מהדורה שניה, 2008) (להלן: תורת הפרוצדורה האזרחית), שממנו ראוי לצטט את הפתיח:

> "כללי הדיון הם תולדה של נסיון חיים והם מותקנים, כרגיל, על רקע של מציאות טכנולוגית. עם שינוי מציאות זו יש לשנות את הכללים ואם מתקין התקנות אינו מדביק את קצב ההתפתחויות, אך מותיר לבית המשפט שיקול דעת לגבי אופן הפעלתן, צריך וינתן להן פירוש התואם,

ככל שהדבר ניתן, את המציאות החדשה" (שם, בעמ' 142; מועיל לעיין אף בדוגמאות ובאסמכתאות המובאות בהמשך לגבי: המצאה מחוץ לתחום השיפוט; גביית עדות בחוץ לארץ ופורום לא נאות).

עם זאת למחוקק יש, כמובן, עדיפות בגזרה זו, שכן הוא מצויד בכלי המחקר הנדרשים ובאפשרות לראיה כוללת, תוך מתן הזדמנות לרשות המבצעת ולכל שאר הנוגעים בדבר להשמיע קולם בעת הליך החקיקה. דא עקא שלעתים החקיקה מתמהמהת ומנגד הצרכים דוחקים ואז למערכת המשפט אין ברירה אלא להכנס לזירה בדרך של גיבוש "משפט מקובל – תוצרת הארץ". הדבר מתבקש על מנת שלא יווצר מצב שתמצא זכות (בגין ההפרה) – ללא תרופה, או סעד, בניגוד לכלל ubi jus ibi remedium (היכן שהדין – שם התרופה). עיינו: ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מ"ב (2), 278, 292 (1988); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מ"ז (1), 667, 687 (1993); גבריאלה שלו, יהודה אדר – דיני חוזים – התרופות לקראת קוציפיקציה של המשפט האזרחי, 5-35 (התשס"ט-2009); דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים, כרך ב' (קיום החוזה והתרופות בשל הפרתו), 47-82 (תשע"ה – 2011).

4. המשפט המשווה בסוגיות שלפנינו מלמד שעל מנת להגיע לפתרון כולל של הסוגיות שעשויות להתעורר במאטריה זו – אכן ראוי לפנות לרגולציה, ואמנם כך נעשה:

(א) בארצות-הברית – במסגרת ה-Digital Millennium Act 1998.

(ב) באיחוד האירופי – במסגרת ה-Enforcment Directive 2004/48/EC מתאריך 29.4.2004.

(ג) בצרפת – במסגרת החוק שהתקבל בתאריך 13.5.2009, בדבר ה-"Graduated Response", בגדרו הוקמה שם הרשות הקרויה: HADOPI (High Authority for the Diffusion of Works (Oeuvres) and the Protection of Rights on the Internet). (התרגום של המונחים הוא מצרפתית לאנגלית – ח"מ). יש לציין כי החוק האמור בוטל על-פי פסק דין של בית המשפט החוקתי בצרפת שניתן בתאריך 10.6.2009, אשר קבע כי החוק הוא מרחיק לכת יתר על

המידה. לכן חוקק בתאריך 22.9.2009 חוק מתקן מתון יותר, המכונה: HADOPI II. זה אושר על-ידי בית המשפט החוקתי העליון בצרפת בתאריך 22.10.2009.

(ד) לאחרונה, בבריטניה – במסגרת ה-Digital Economy Act 2010.

עיינו:

COPYRIGHT ENFORCEMENT AND THE INTERNET (Irini A. Stamatoudi ed., 2010) pp. 3-28, 147-162, 199-231; Kevin Garnett, Gillian Davis, Gwilym Harbottle; COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT 1217-1247 (16th ed., 2011) ("COPINGER ON COPYRIGHT").

5. עם זאת טרם שהחקיקה בחלק מהמדינות הנזכרות בפיסקה 6 שלעיל וכן באחרות הגיעה לידי הבשלה – בתי המשפט באותן מדינות ראו לנכון, במקרים חריגים, להעניק סעד של חשיפה ביחס למפרים (תרופה שהופנתה, בין היתר, כלפי: ספקי השירות, או מפעילים, או מאחסנים של האתרים הרלבנטיים). סעד זה התבסס במדינות ה-Common Law על פיתוח של הצו הידוע באנגליה כ"צו Norwich Pharmacal" *(Norwich Pharmacal Co. v Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C 133; [1973] F.S.R 365). צו זה מורה כי אדם שנחשף למעשה עוולה או להפרה שביצע אדם אחר (באופן שהוא היה יותר מאשר עד ראייה בלבד) – ניתן לחייבו, בהליך מקדמי, לגלות את זהותו של המעוול העיקרי או המפר על מנת שהנפגע יוכל לנקוט הליכים כנגד המזיק המתאים. בהקשר לצו זה, אותו אכנה מכאן ואילך "צו חשיפה" – עיינו: עניין רמי מור, פיסקאות 34-35 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין וכן פיסקה נ' לחוות דעת המיעוט של השופט א' רובינשטיין שם. כן ראו:

Neil Andrews ENGLISH CIVIL PROCEDURE 623-633 (2003);

Adrian Zuckerman ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE PRINCIPLES OF PRACTICE 578-583 (2nd ed., 2006).

6. המקור המשפטי, שעליו ניתן להתבסס לשם הוצאת צו חשיפה כזה אצלנו, איננו ברור לגמרי בשלב זה ולכן הוא טעון עדיין עיצוב, דיוק וחידוד.

המשנה לנשיא, השופט א' ריבלין סבר בעניין רמי מור כי צו כזה סותר ברוחו ובתכליתו את המסגרת הדיונית הקיימת בישראל, אותה העמידו המחוקק ומחוקק-המשנה שלנו בפני בתי המשפט האזרחיים (ראו: שם, בפיסקה 35 לפסק דינו). חברי, השופט נ' הנדל הציע כאן מספר דרכים חלופיות – בעיקר מהמשפט המהותי – לביסוס אפשרי של "צו החשיפה" האמור והוא אוחז בדעה כי ניתן לפעול כך כבר היום.

מבלי לקבוע מסמרות אני סבור שגם מבלי שיהיה חיקוק מפורש ומפורט שמסדיר באופן כולל את הדבר – ניתן יהיה בעתיד, במידת הצורך, ליצור ולשכלל את הסעד של צו חשיפה ולמצוא יסוד להוצאתו בגדר ההליכים המקדמיים הקיימים כבר אצלנו והעומדים לרשות הצדדים במשפט. כך התפתח הצו מסוג Norwich Pharmacal האמור באנגליה ובקנדה, ובלית ברירה (באין חקיקה ספציפית יותר) – ניתן יהיה לנקוט אף בישראל בדרך דומה. לגישתי – הדבר יוכל להיעשות פרוצדוראלית על בסיס תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 הקיימות (שהרי יש להניח שבחזקתם או ברשותם (במשמעות התקנות האמורות) של ספקי האינטרנט, מפעילי השרתים או המאחסנים שלהם – מצויים, למצער, נתונים שמהם ניתן לדלות את זהות ה"מפרים"), או על יסוד החיקוקים הנזכרים בחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל, או על בסיס האמור להלן.

מבחינה מהותית – המקור לצו שכזה יוכל להשען על אחת מ-3 עילות (אותן יהיה צורך עדיין לפתח בהקשרים אלה ולהתאימן לנסיבות הפרטניות):

(א) עילת ההפרה התורמת (היפה להפרות שמתחום הקניין הרוחני). זו נסקרה באופן משכנע ע"י חברי, המשנה לנשיא, השופט א' ריבלין ב-ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ ([פורסם בנבו] – 20.611);

(ב) עילת הרשלנות – על פי הפיתוח החדשני אותו הציע חברי, השופט נ' הנדל בחוות דעתו כאן (חברי מסכים עם זאת שאף לשיטתו ישום עילה זו טעון עדיין הבהרה ופירוט, שכן יתכן והעילה תתרחב, או תצטמצם עם פיתוח הדין).

(ג) עילה מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט, אותה אני מרשה לעצמי להציג פה על בסיס של אנלוגיה לסיטואציה שהתעוררה ב-ע"א 827/76 גרשון ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד ל"ב(1) 153 (1997), שם דובר במי שקיבל מהבנק כסף ביתר והעביר את העודף לאחר. נקבע כי אדם כזה עשוי להיות מופטר מההחזר, אם הוא גילה את פרטי האחר ואיפשר לתובע להפרע מאותו אחר, או שהראה שמאמץ כאמור לא יישא פרי (תנאים שלא התקיימו בפרשה האמורה ולכן חוייב שם הנתבע).

פרופ' דניאל פרידמן מעיר על פסק דין זה בספרו דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך ב' (תשכ"ח-1968) כך: "...היה מקום להטיל על הבנק את הטורח שבגביית הכסף מן הצד השלישי. הפתרון הנאות היה לשחרר את הנתבע מאחריות ולהסתפק בסובורוגציה, היינו הכרה בזכותו של הבנק "לעמוד בנעלי" הנתבע בכל הנוגע לתביעה כנגד הצד השלישי..." (שם, בעמ' 1192).

9. עם זאת לצורך הוצאת צו חשיפה מעין זה הנזכר לעיל (כאשר יפותח הסעד האמור, ככל שידרש) – עדיין יצטרכו להתמלא מספר תנאים, שאף אותם אני שואב מהפסיקה המקבילה באותן ארצות שבהן הונהג צו כזה. תנאים אלה תואמים בעיקרם ל"פיסקת ההגבלה" שלנו, מה גם שבהוצאת צו כאמור יש, על פני הדברים, פגיעה בזכויות חוקתיות (חופש העיסוק, פרטיות). בהקשרים דומים לאלה, שבהם יש פגיעה בזכויות חוקתיות, התבטא ד"ר שלמה לוין בספרו: תורת הפרוצדורה האזרחית כדלקמן:

> "בכל המקרים הללו יהיה צורך לבדוק, הן לענין בחינת חוקתיותה של חקיקה חדשה והן לענין השימוש בשיקול הדעת באשר לחקיקה קיימת, אם מערכת האיזונים הראויה מצדיקה את החקיקה או את השימוש בשיקול הדעת, לאור האמור בסעיף 8 לחוק היסוד" (שם, בעמ' 53. כן עיינו: שם, בעמ' 46-47, 50, 52, 55-56).

ראו והשוו עוד: בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290 (1993); רע"א 2808/00 שופר-סל בע"מ נ' ניב, פ"ד נד(2) 845 (2000); בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1), 529 (2003); רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח

איברהים, פ"ד נח(5) 865 (2004); בג"ץ 3349/05 מזדיקוב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ([פורסם בנבו], 19.5.2005).

ואלה התנאים המוקדמים הרלבנטיים, אותם דליתי מהמשפט המשווה, לשם הוצאת צו חשיפה:

(א) הצד שאליו מופנה צו הגילוי האמור (ודורש ממנו לחשוף את המעוול העיקרי או את המפר) – היה מעורב בדרך כלשהי בהפרה, או שהיה, למצער, מודע לה והוא צד לתובענה. השוו: COPINGER ON COPYRIGHT, עמוד 1153. עיינו גם באנגליה: Rule 31.16 ל- Civil Procedure Rules.

(ב) יש אינדיקציה טובה לכך שבוצעה עוולה, או שהיתה הפרה (אצלנו פסק דיננו זה מאשר לכאורה את הנתון ההכרחי האמור וניתן לראות בו גם כמעין פסק דין חלקי לצורך זה). עיינו: *Mitsui & Co. v. Nexen Petroleum UK Ltd.*, [2005] EWHC 625 (Ch) (להלן: עניין Mitsui).

(ג) הצו נדרש לשם קידום תכלית ראויה (למשל: הגשת תביעה כנגד המפר העיקרי; פיטוריו של המפר). השוו: COPINGER ON COPYRIGHT, עמוד 1153;

(ד) הצו עומד בדרישות המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלה, דהיינו:

(1) הוא צריך לענות למבחן הקשר הרציונלי – הצו אמור לשרת את התכלית שבעבורה הוא מבוקש (ואין לנצלו לשום צורך אחר).

(2) הוא צריך לענות למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – אין מקור מידע אחר שבסיועו יוכל המבקש להשיג את האינפורמציה הנדרשת ולפעול למיצוי זכויותיו. בהקשר זה יתכן שיש לקחת בחשבון גם אפשרויות טכנולוגיות, שכן סביר וראוי שיפותחו פתרונות על מנת להילחם טכנולוגית בהפרות, או למצער לגלות את המפרים. צו החשיפה אמור איפוא להיות בבחינת אמצעי אחרון (last resort) להשגת המטרה.

(3) הוא צריך לענות למבחן היחסיות במובן הצר, דהיינו יש להראות כי ביכולתו של הצד השלישי, אליו מופנה הצו – לספק את המידע המבוקש וכן כי בעשותו כן ייווצר יחס חיובי וראוי בין תוספת התועלת שתצמח מהצו לשם מימוש התכלית הראויה, ביחס לתוספת הנזק העלולה להיגרם לזכויות החוקתיות ולאינטרסים לגיטימיים נוספים שלו, או של אחרים. עיינו: עניין

Mitsui בפיסקה 24; בקנדה: *BMG and Canada Inc. v. John Doe* [2005] FCA 193; CONSTITUTIONAL RIGHTS AND NEW TECHNOLOGIES: A COMPARATIVE STUDY 84 (Ronald E. Leenes, Bert-Japp Koops, Paul De Hert eds., 2008); מיכאל בירנהק, מרחב פרטי – הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 360 (תשע"א).

במסגרת מבחן-משנה אחרון זה אמורה להיכלל, למשל, גם ההבחנה בין ההפרה של איסור לשון הרע לבין ההפרה של זכות היוצרים, שחברי, המשנה לנשיא הציע אותה ואף אני מסכים לה כאמור (חברי, השופט נ' הנדל, מצהיר שההבחנה מקובלת גם עליו, ואולם בביקורתו על גישתי לגבי התנאים הנ"ל – אין הוא מסביר כיצד לשיטתו יש להבחין בין שתי קבוצות ההפרה האמורות); בהקשר לסוגיה זו עיינו לאחרונה גם: Financial Times Ltd. v. United Kingdom [2010] E.M.L.R. 21.

בגדר אותו מבחן-משנה ניתן לכלול אף את ההמתנה הנדרשת לחקיקה מסודרת במכלול, ובלבד שזו תגיע בתוך פרק זמן סביר. השוו: פיסקה 41 לחוות-דעתי ב-בג"צ 466/07 חה"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה ([פורסם בנבו], 11.1.12).

פירוט התנאים הנ"ל מביא אותנו לקראת סיום.

10. העולה מכל המקובץ מלמד שאם בתקופה הקרובה לא תקודם חקיקה מתאימה, הרי שהמערערת תוכל, לשיטתי, להגיש תביעה חדשה, תוך הכנסת תיקונים ושינויים נדרשים בכתב התביעה הקיים, בהתחשב בקושיים שנתגלו בתביעתה עד הנה, פסיקתנו בערעור זה, הקווים שהותוו לעיל וכלל הנסיבות הרלבנטיות. במסגרת זו היא תוכל לבקש מחברות האינטרנט שאותן היא תבעה מלכתחילה ונמחקו מהתביעה, וכן ממפעילי השרתים (שאותם היא ביקשה לצרף עתה כמשיבים בערעור – בקשה שלא יכולנו, כמובן, להעתר לה כערכאת ערעור, כמובהר בפיסקה 10(ב) שלהלן) כי אלה יחשפו בפניה – כנתבעים – את זהותו של המפר ולהגיש לצורך זה בקשה לצו חשיפה, תוך התאמת בקשה כאמור לתובנות העולות מפסק דיננו זה.

אחרי שזהותו של המפר תתגלה – היא תוכל לצרף גם אותו מפר כנתבע עיקרי לתובענה (ובמקביל, אם הדבר יתאפשר – לשמוט את האחרים, ככל שיתברר שאינם מעוולים או מפרים עוד, או שאינם דרושים יותר. זו הפרקטיקה שנהגה במדינות ה-Common Law בנושא עובר לחקיקה שם. עיינו והשוו לטכניקה דומה אצלנו – על דרך של חזקה סטטוטורית – בסעיף 27ב לפקודת התעבורה [נוסח חדש]).

על מנת שבקשת חשיפה שכזו תיענה – המערערת תצטרך להוכיח, לגישתי, כי היא עומדת גם בארבעה התנאים שפורטו בפיסקה 9 שלעיל. בהקשרים אלה מן הראוי להעיר עוד:

(א) ספקית האינטרנט וכן מפעילת האתר שנתבע (נטויז'ן 013 ברק בע"מ ונענע 10 בע"מ בהתאמה) הצהירו במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי הנכבד כדלקמן:

> "1. הבקשה עוסקת בהפרה, לכאורה, של זכויות יוצרים ו/או עוולות מסחריות שונות.
>
> 2. משום כך, ולאור העובדה שהמשיבות [ספקית האינטרנט והאתר שנתבע – ח"מ] אינן צד ישיר לסכסוך שבין המבקשות לבין אותו פלוני, מודיעות המשיבות, כי במידה ובית המשפט הנכבד יעיין בבקשה וימצא אותה מבוססת ונתמכה בראיות לכאורה לביצוע העוולות הנטענות ויקבע כי יש הצדקה למתן צו לחשיפת המידע המבוקש – אזי תפעלנה המשיבות בהתאם לצו בית משפט (במידה וינתן) ותמסורנה את המידע שיש ברשותן למבקשת, בכפוף לתשלום שכר ראוי בגין איתור והפקת המידע המבוקש.
>
> 3. למען הסדר הטוב, מבקשות המשיבות להבהיר כי עמדה זו שונה מהעמדה אותה הן מציגות בהקשרים הנוגעים לחשיפת זהותם של גולשים בגין פרסומים/התבטאויות המנוגדות לחוק איסור לשון הרע, שאז קיימת מערכת איזונים שונה בין ערכי יסוד מתנגשים, כגון: חופש הביטוי והזכות לשם טוב."

עמדה זו מקנה לכאורה סמכות להוציא צו גילוי כנגדן ולו מכוח הסכמה (אלא שבתיק שלפנינו הסתבכו הדברים, שכן נתבעות אלו נמחקו

בעקבות הצהרתן הנ"ל מהתובענה). עיינו: חוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל. השוו עוד:

Lockton Companies International v. Persons Unknown [2010] EWHC 3423 (QB);

COPINGER ON COPYRIGHT 1152-1153

(ב) המערערת ביקשה לצרף כמשיבים לערעורה בפנינו את מפעילי השרתים הרלבנטיים – לאחר שגילתה, לטענתה, כי הם מעורבים בהפרות. צירוף שכזה איננו אפשרי, כמובן, בשלב הערעור, שכן הם לא היו צדדים בהליכים הקודמים, והטענות כלפיהם לא התבררו בערכאה הדיונית. לכן לא נענינו לבקשת המערערת בהקשר זה בשלב הנוכחי. יחד עם זאת גילוי מאוחר זה מצביע לכאורה על כך שיתכן ויש בידי המערערת חלופות נוספות – מעבר לקבלת צו חשיפה – להגיע לזהות המפר/ים (ואולי באלה טמונה בכלל התשובה לחידת זהותו של פלוני).

(ג) ברגיל – אי ידיעת זהות הנתבע, שאף בזהירות סבירה לא ניתן היה לגלותו – מאריכה את תקופת ההתיישנות. ראו: ע"א 242/66 יעקובסון נ' גז, פ"ד כ"א(1) 85 (1967). יתר על כן יתכן וניתן, בנסיבות, להחיל על המכלול גם את הוראות סעיפים 15 ו-16 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

10. נוכח כל האמור לעיל הנני מציע לחברי לאמץ בסוגיה שבה נחלקו דעותיהם את גישתי, שלפיה לעת הזו – אין מקום להוצאת צו לחשיפת המפר/ים. אולם אם החקיקה להסדרת מכלול זה תתמהמה עד כדי סיכון זכותה של המערערת לתרופות, או לסעד (למשל בשל התיישנות, או בגין סיבות אחרות כלשהן) – לא תהיה מניעה שהיא תוכל להגיש תביעה חדשה, אגב הכנסת תיקונים מתאימים – מתחייבים ונדרשים – בכתב התביעה המקורי שהכינה, תוך צירוף הנתבעות שנמחקו ואחרים שתרצה להוסיף (כמו, למשל, אותם גורמים שהיא ביקשה לצרף כמשיבים בערעור זה) ושכלול העילות. במסגרת בקשה שתוגש בגדר התובענה החדשה היא תהיה רשאית גם לעתור לחשיפת המפר/ים על דרך של צו חשיפה, שאת הוצאתו היא תידרש עדיין לבסס, תוך התאמת המבוקש לנסיבות המיוחדות

שבמכלול, אגב פיתוח של אחת מהעילות שהוצגו לעיל, או צירוף כלשהו שלהן, או בדרך אחרת כלשהי שתמצא לנכון.

11. לבסוף, אין לי אלא לחזור ולהביע תקווה שכמו בענין א.ש.ת ניהול – החקיקה הראשית תקדים את הצורך בגיבוש צו החשיפה על דרך של "משפט מקובל תוצרת הארץ", והכל על מנת שלא ימצא חוטא נשכר (לעקרון אחרון זה עיינו: נילי כהן, "חוק, מוסר ו"אין חוטא נשכר", עתיד להתפרסם בספר תאודור אור (בהוצאת המרכז הבינתחומי הרצליה)) .

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיא א' ריבלין. הוחלט לקבל את הערעור בכל הנוגע לקביעותיו העקרוניות של בית המשפט המחוזי. מצאנו כי נתקיימה הפרה של זכות היוצרים וכי לא מתקיימת הגנת השימוש ההוגן. הערעור נדחה בכל הנוגע לבקשה לחשיפת פרטיו של פלוני לעת הזו. מוסכם על כולנו כי על המחוקק לדאוג לכך שלא לעולם חוסן, וכי ניתן יהא להיפרע ממעוולים כמו פלוני ושכמותו. בהיעדר חקיקה נידרש לפיתוח ההלכה המשפטית כמתואר בפסק דיננו.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"א באייר התשע"ב (13.5.2012).

ח' מלצר 54678313-9183/09

המשנה-לנשיא ש ו פ

ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09091830_P14.doc גח
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן