

אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט (ISP) בגין הפרת זכויות יוצרים

מאת:

ראובן קוניאק – משפטן,
יועץ לביטוח ולניהול סיכונים

טלפון סלולרי: 054-4574418

ד.אלקטרוני: rkoniak@012.net.il

פורסם בעיתון Information Week ב-3 חלקים
בתאריכים 7/2/05, 14/2/05, 21/2/05

הקדמה

עבודה זאת עוסקת בנושא שהוא די חדשני וחדש בעולם המשפט הישראלי. על אף שנכתבו מספר מאמרים בעניין אחריות בכלל של ספקי שירותי אינטרנט (להלן: סש"א) והוקדשו פרקים בספרים העוסקים בנושא, לא הייתה התייחסות בלעדית לנושא כהגדרתו בכותרת עבודה זאת, לא בחקיקה הישראלית ולא בפסיקה הישראלית.

לפיכך, עבודה זאת תתייחס, אמנם, למצב במשפט הישראלי, אך תסתמך בעיקר על מקורות משפטיים בחו"ל ובעיקר המשפט האמריקאי שבו היה המספר הגדול ביותר של פסקי דין בנושא והוא היה הראשון שהתייחס במפורש בחקיקה לעניין זה בחוק הנקרא:

. The Digital Millennium Copyright Act of 1998

אין תימה שהמשפט האמריקאי הוא המתקדם ביותר בנושא זה בפרט ובדיני אינטרנט וזכויות יוצרים בכלל. הסיבה לכך נעוצה במספר גורמים:

- א. שוק הטכנולוגיה האמריקאי הוא המתקדם ביותר בעולם ובו מספר חברות הטכנולוגיה וחברות ההזנק הגדול ביותר בעולם.
 - ב. המשק האמריקאי הוא הגדול ביותר והמפותח ביותר בעולם מבחינת הוצאה לאור של יצירות בכל התחומים (מוסיקה, ספרות, סרטי קולנוע, תוכנות מחשב ועוד), ובו היוצרים ובעלי זכויות היוצרים הם האגרסיביים ביותר מבחינת פעילות שמטרתה לשמור על זכויותיהם. המשק האמריקאי הוא משק מייצא יצירות מסיבי, כאשר שאר העולם יותר מייבא יצירות מארה"ב מאשר מייצא יצירות כאלה.
 - ג. אין ספק שחלק מהשמירה האגרסיבית על זכויות היוצרים נובעת מהמסורת הקפיטליסטית של ארה"ב והשמירה הקנאית על זכות הקניין.
 - ד. מנגד, קיימת בארה"ב ההיסטוריה, ההוראות בחוקה והמסורת של חופש הביטוי וזרימת המידע, המהווים, לעתים, את הגורם המתנגש עם רצונם של היוצרים לקבל תגמול עבור כל שימוש, מכל סוג שהוא, ביצירתם.
- כל אלה הם, כאמור, הגורמים לכך שדיני האינטרנט התפתחו בצורה המהירה והנרחבת ביותר דווקא בארה"ב. דינים אלה תמיד עומדים לנגד עיניהם של מחוקקים ושופטים בכל העולם בבואם לדון בסוגייה הקשורה לטכנולוגיות המחשוב בכלל ולשימוש באינטרנט בפרט.
- חשוב לשים לב כי בכל נושא זכויות היוצרים קיים מתח בין שני מוקדים: חופש הביטוי והמידע מצד אחד מול הזכויות הקנייניות של היוצרים ו/או בעלי היצירות.
- פעילות של סש"א עלולה לגרום לחבות בגין עוולות שונות ורבות: לשון הרע, הפרת דיני פטנטים, הפרת זכויות יוצרים ועוד. מכיוון שהיריעה היא כל-כך רחבה אדון בעבודה זאת רק בעולות הפרת זכויות יוצרים.

השאלות העולות בהקשר לזכויות יוצרים והאינטרנט הן:

מי יישא באחריות בגין הפרת זכויות יוצרים כאשר קניין רוחני מועתק חינם באמצעות השימוש ברשת ?

האם ניתן להטיל אחריות על סש"א בגין הפרת זכויות יוצרים הנעשית ע"י אחרים (משתמשים ומנויים) ?

אם מוטלת אחריות כזאת על סש"א, באילו אמצעים עליהם לנקוט כדי להימנע מאחריות זאת?

לפני שנכנס לעובי הקורה, מן הראוי להבהיר מושג אחד בדיני זכויות היוצרים, המאפשר שימוש ביצירה מוגנת אף ללא הסכמת היוצר וכן שימוש חינוך ביצירות מוגנות, והוא "שימוש ההוגן". חוק זכויות יוצרים (הישראלי) מתיר לעשות "טיפול הוגן" או כפי שזה קרוי בפי כל "שימוש הוגן" (תרגום של הביטוי המופיע בחוק האמריקאי - Fair Use) ביצירות, מבלי שהדבר יחשב כהפרת זכות יוצרים. "שימוש הוגן" כולל כל מיני שימושים אשר המחוקק סבר כי חשיבותם עולה על זכותו של היוצר למנוע העתקות של יצירתו. לדוגמא עפ"י החוק הישראלי "שימוש הוגן" משמעו כי מותר השימוש ביצירה לצרכים הבאים (ללא תשלום תמלוגים ליוצרים): לימוד עצמי, מחקר ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית. בתזכיר חוק זכויות יוצרים (עליו ידובר בהמשך) הוצע לא לשנות את הסעיף (למעט במקום המילה: "טיפול", לכתוב: "שימוש"). היקף השימוש ההוגן המותר עפ"י החוק הישראלי צר מזה שבחוק האמריקאי. בתי המשפט בישראל פרשו את "שימוש ההוגן" בצמצום וגרסו כי רשימת השימושים המופיעה לעיל היא רשימה סגורה. בחוק האמריקאי כאמור, היקף השימוש ההוגן המותר הוא יותר רחב ולא מפרט את השימושים אלא קובע קווים כלליים לפיהם יש לבדוק כל טענה של הפרה וטענה נגדית של "שימוש הוגן". הבדיקה תעשה לפי הקריטריונים הבאים: (1) המטרה ואופי השימוש, לרבות אם לאותו שימוש יש אופי מסחרי או למטרה לימודית ללא כוונת רווח, (2) סוג/טיב היצירה המוגנת, (3) כמות וחשיבות החלק שהשתמשו בו בהקשר לכלל היצירה המוגנת, (4) האפקט של השימוש לגבי השוק הפוטנציאלי או לגבי הערך של היצירה המוגנת בזכויות היוצרים. למרות שלא דנו בעניין זה בבתי משפט בישראל בהקשר לאינטרנט, נראה כי הרבה מפעילויות האינטרנט לא יכנסו לגדרו. לאור האמור לעיל, מובן כי "שימוש הוגן" לא נכנס לגדרן של ההפרות הנדונות בעבודה זאת, ואם הטענה של המשתמש ברשת תהיה "שימוש הוגן" והיא תתקבל, ממילא לא תוכל לקום טענה כנגד הס"א וברור כי במקרים רבים חילוקי הדעות הם אם השימוש היה הוגן או לאו. מרגע שבית המשפט קובע כי השימוש לא היה הוגן עלול להיכנס גם הס"א למעגל הנתבעים (אם אינו נתבע על כך שהוא עצמו עשה את ההפרה). הבעיה היא שהקו המפריד בין "שימוש הוגן" לכזה שאיננו, הוא כל כך דק, עד שקשה לראותו ועל ביהמ"ש מוטלת לעתים משימה לא קלה (ראו הדיון שלהלן בפרשת "נפסטר"). בכל אופן, הדיון בחבותם של ס"א במסגרת עבודה זאת מתחיל כאשר מתברר שהשימוש שנעשה ביצירה המוגנת לא היה מסוג "שימוש ההוגן".

1. מהו ספק שירותי אינטרנט (ס"א) (ISP) Internet Service Provider ?

ספקי שירותי אינטרנט (ס"א) הם חברות או גופים שיש להם שרתים המחוברים לרשתות האינטרנט והם המאפשרים למשתמשי הקצה להתחבר לרשת ולהוריד קבצים מהרשת, לעיין בקבצים המאוחסנים בשרתים אחרים ולהחליף ביניהם מידע וקבצים אם רצונם בכך. ההגדרה של ס"א בחוק האמריקאי כיום היא כדלקמן:

"ישות המציעה העברה, ניתוב או אספקה של תקשורת דיגיטלית מקוונת בין או בקרב נקודות שהוגדרו ע"י המשתמש, או חומר שבבחירת המשתמש, ללא התאמה של התוכן או החומר כפי שנשלח או התקבל".

עפ"י הגדרה זאת ניתן לחשוב שהיא חלה רק על ספקי שירותי גישה לאינטרנט ולא על כל ספקי שירותי האינטרנט (שיפורטו להלן), אך לצורך הפטורים מחבות בגין שירותים לגולשים באינטרנט

ההגדרה ב- DMCA מאד רחבה ומתייחסת בעצם לכל ספקי השירות: "...ספק של שירותים מקוונים או גישה לרשת או המפעיל של אמצעים כאמור כולל כל ישות (המציעה את השידור, הניתוב, או אספקה של חיבורים לתקשורת דיגיטלית מקוונת, בין או בקרב נקודות שהוגדרו ע"י המשתמש, או חומר שבבחירת המשתמש, ללא התאמה של התוכן או החומר כפי שנשלח או התקבל)".

2. סוגי ספקי שירות

ההגדרה הנ"ל שהיא כאמור, מאד רחבה עשויה לכלול בתוכה גורמים שונים הפעילים ברשת האינטרנט (להלן: הרשת)-חלקם ללא כוונת רווח, חלקם ספקי שירות מסחריים כמו AOL בארה"ב או נטוויז'ן בישראל ואחרים. בעבר נהגו לחלקם לשלושה סוגים:

- א. ספקי שירותי רשת (ספקי החומרה) – בישראל, לדוגמא, אלו "בזק" וחברות הכבלים.
- ב. ספקי גישה בלבד לרשת – כדוגמת "נטוויז'ן" או "אינטרנט זהב" בישראל.
- ג. ספקי שירות המספקים את שירותי המחשב שבאמצעותם מועברת האינפורמציה – העיקריים שבהם הם: מפעילי פורטלים, מפעילי מנועי חיפוש, מפעילי אתרים המספקים שירות כמו שירותי אירוח של תכנים, צ'אטים, ועוד.

שני הסוגים הראשונים היו בעצם צינור להעברת חומר ללא מעורבות בפועל (conduit) ואילו הסוג השלישי הוא זה שהייתה לו יותר מעורבות ואצלו נמצא החשש הגדול של הפרת זכויות יוצרים. יש לציין כי בשנים האחרונות החלה מגמה של מתן שירותי תוכן גם ע"י ספקי גישה לרשת והיום ניתן לומר כי יש בעצם שני סוגי ספקי שירותי אינטרנט:

- א. ספקי שירותי רשת שהם בעצם ספקי החומרה של השימוש ברשת והם צנרת להעברת הנתונים בלבד (mere conduit).
- ב. ספקי שירותי אינטרנט (סש"א) למיניהם (Online Service Provider) וכאמור, לכך הייתה כוונת המחוקק האמריקאי ב- DMCA כאשר הגדיר את הגופים שייחסו תחת הפטורים שבחוק (כפי שנראה בהמשך).
כמובן, שיש גורמים נוספים ברשת שאינם ספקי שירות, כגון: אתרים מסחריים או פרטיים, שאצלם עלולה להיגרם הפרה של זכויות היוצרים מעצם העתקת והצגת חומר מפר, משתמשים וכו', אך אין הם חלק מנושא עבודה זאת.

רוב התביעות בעולם בגין הפרת זכויות יוצרים באינטרנט, הוגשו כנגד ספקי שירות שנתנו שירות לאתרים או ללוחות מודעות וירטואליים (BBS) והרשו למשתמשים להציג באתר או בלוח המודעות חומר מפר ומעט נגד משתמשים שהפרו את זכויות היוצרים וזאת כמובן משיקולי יעילות כלכלית כדלקמן:

- א. קל יותר לזהות ולאתר סש"א שהוא עסק פעיל עם כתובת הניתנת לאיתור בקלות יחסית (למרות שהשרת יכול לשכון במדינה אחרת) מאשר משתמש יחיד העלול להיות אנונימי ותהליך איתורו ארוך יותר ויקר יותר (כידוע גולשים משתמשים בשמות בדויים לצורך הזדהות בפעילות ברשת).

ב. הסש"א הוא בד"כ בעל אמצעים או שהינו מבוטח כנגד הסיכון של הפרת זכויות יוצרים (שלא במתכוון) דהיינו "בעל הכיס העמוק" שהסיכוי להיפרע ממנו בגין נזק גבוה בהרבה מהסיכוי להיפרע ממפר אנונימי.

ג. הסש"א הוא בד"כ מונע הנזק הטוב ביותר מבחינה כלכלית. הוא זה היכול למנוע באופן אפקטיבי את הישנות המקרה ע"י נקיטת אמצעים לחסימת הגולש או לניתוק מהשירות (נימוק זה היה המכריע בתביעות שהתנהלו בארה"ב דוגמת פרשות Sega, Playboy ו-Napster בהן אדון בהמשך).

3. גישת הדין הישראלי - החוק

החוק הקיים (חוק זכויות יוצרים).

עפ"י החוק כיום הגדרת זכות יוצרים היא כדלקמן:

(2) לצורכי חוק זה, "זכות יוצרים" פירושו זכות יחיד להעלות על הבמה את היצירה או חלק ניכר הימנה בצורה של ממש או להעתיקה ואם היצירה היא הרצאה - לקרוא בצבור את היצירה או חלק ניכר הימנה; אם זו יצירה שלא נתפרסמה - לפרסם את היצירה או כל חלק ניכר הימנה; וכולל המונח את זכות היחיד -

(א) להוציא לאור, להעתיק, להציג או לפרסם כל תרגום של היצירה;

(ב) אם זו יצירה דרמטית, להפוך אותה לרומן או לכל יצירה אחרת שאינה דרמטית;

(ג) אם היא רומן או יצירה אחרת שאינה דרמטית או אם זו מעשה ידי אמן, להפכה ליצירה דרמטית, אם בדרך הצגה בצבור או בדרך אחרת;

(ד) אם זו יצירה ספרותית, דרמטית או מוזיקלית, - לעשות כל תקליט, לוח מנוקב, סרט ראינועי, או כל מכשיר אחר שבאמצעותם אפשר להציג או למסור את היצירה בדרך מיכנית, ולהרשות את עשייתם של המעשים דלעיל.

כפי שאנו רואים החוק הישראלי הן בזכויות היוצרים מקורו בחוק אנגלי מ-1911. אמנם בוצעו בו תיקונים מאז אומץ בחקיקה הישראלית אך גם כיום הוא מפגר בשנים רבות אחרי המרוץ הטכנולוגי. החוק לא מסדיר מפורשות את סוגיית אחריותו של שש"א. אפילו לפי ההגדרה דלעיל אנו רואים כי החוק לא מותאם לעידן האינטרנט. בלתי אפשרי לומר כי אתר אינטרנט הוא מקום שעשוע - כדי להיכלל במסגרת סעיף 2(3) לחוק זכויות יוצרים וגם אי אפשר לטעון כי באנלוגיה לאמור בחוק שש"א מציג למכירה יצירה מוגנת לפי סעיף 2(2)ג לחוק (כי רוב היצירות המועתקות ניתנות להורדה חינם ואינן מוצעות למכירה). החוק עוסק בהפרות המסורתיות ואחד המונחים היותר מודרניים שבו הוא הראינוע. כמובן, שלא מוזכרת בו המילה אינטרנט אפילו פעם אחת. כל כולו, למרות התיקונים שהוכנסו בו במרוצת השנים, חוק מיושן המתייחס לאנגליה ומושבותיה עם ניסיונות התאמה לעידן של המאה ה-20.

לאחרונה גם ביהמ"ש העליון הביע בעצם דעתו שהחוק הקיים אינו מתאים לעידן המודרני והביע דעה שיש לשנותו ואצטט מדבריו של השופט חשין, שאמנם היה בדעת המיעוט אך לגבי הצורך בשינוי הסכימו כל השופטים: "ניסיון כי נעשה להחיל כללים ספציפיים של חוק הקופירייט משנת

1911 על פעולתן של חברות הכבלים...נידמה בעינינו כמי שמבקשים להשחיל פיל בקופה של מחט". במקרה זה אמנם עסק פסק הדין בהעברת תשדורות דרך שירות י חברות הכבלים אך העניין ישים על אחת כמה וכמה לגבי התקשורת הדיגיטלית באינטרנט שהיא התפתחות עוד יותר מודרנית מהעברת תקשורת באמצעות הכבלים.

בשנת 1997 נכתב דו"ח של ועדת המשנה של הכנסת לתקשוב ומידע ובו דיון בשינויים הנדרשים במשפט הישראלי בעקבות התפתחות הטכנולוגיה. דו"ח זה התייחס לאינטרנט, לשירותי סש"א ולאחריותם של האחרונים. הדו"ח התייחס לסש"א כאל צינור מידע בלבד ולא כפי שהם מתפקדים כיום גם כספקי תוכן. הדו"ח דן ביתרונות ובחסרונות של הטלת אחריות בגין הפרות על סש"א ועל הטלת תפקידי מניעה וצנזורה עליהם. המסקנות בדו"ח הן שאם יוטל על סש"א לעשות כן וכן תוטל עליהם אחריות בגין הפרות, יביא הדבר לכמה תוצאות לא רצויות: בראש ובראשונה פגיעה בחופש הביטוי, וכן הרתעת גורמים רבים מלהיכנס לשוק זה, ייקור עלויות השרות, צמצום מספר הספקים, הגבלת פעולתם של משתמשים פרטיים ומלכ"רים וכן ייקור העלויות יוביל לצמצום מספר המשתמשים והגבלת גישת הציבור למידע. שר המשפטים היה מודע לבעיה בחוק הקיים ולהמלצות ועדת המשנה לתקשוב ומידע של הכנסת ולפיכך החליט להקים ועדה שתמליץ על נוסח חדש של חוק, שיעסוק בכל ההיבטים של נושא זכויות היוצרים בעידן המודרני. ועדה זאת פרסמה את תזכיר חוק זכויות יוצרים שלהלן.

תזכיר חוק זכויות יוצרים התשס"ד-2003

תזכיר זה הושלם במחצית השנייה של שנת 2003 כחמש שנים לאחר חקיקת ה- DMCA ופרסום הוראות הדירקטיבה של האיחוד האירופי והוא כמובן, הושפע מהם. בתזכיר לא מוזכר כלל המונח "ספק שירותי אינטרנט" – אם כי יש התייחסות עקיפה לסש"א ע"י התייחסות ישירה לתוכנות מחשב ולאחסון יצירה באמצעי אלקטרוני או באמצעי טכנולוגי אחר. נוסח התזכיר מנסה להיות כללי עד כמה שאפשר כדי שיוכל להחיל את כל ההפרות האפשריות מבלי להיכנס לפרוט של טכנולוגיות או לסוגים של מפרים פוטנציאליים, מתוך ראיית פני העתיד. דהיינו, הועדה כנראה סברה שלאור ההתפתחויות הטכנולוגיות המואצות, אין טעם לציין את הטכנולוגיות וסוגי ההפרות הידועים כיום, כאשר בעתיד תתכננה המצאות וטכנולוגיות שלא תתאמנה לחוק, אם הוא יהיה מפורט יתר על המידה. בפרק השני הודן בזכות היוצרים ביצירות נאמר כי אם ישראל תצטרף לאמנה בינלאומית אזי כללי האמנה יחולו גם בישראל לגבי יצירה ספרותית, אומנותית, דרמטית או מוסיקלית שהיא מקורית וכן לגבי תקליט (זוהי בעצם התייחסות עקיפה לעניין זכויות יוצרים באינטרנט). בדברי ההסבר של הועדה לסעיף 14 להצעת החוק (העמדה לרשות הציבור) נעשה בפעם הראשונה שימוש במילה "אינטרנט" בתזכיר: "זכות ההעמדה לרשות הציבור מבוססת על האמנות החדשות של הארגון הבין-לאומי לקניין רוחני (WIPO) משנת 1996, ומטרתה לקבוע זכות המתייחסת במפורש להעמדת יצירה לרשות הגולשים ברשת האינטרנט". בתזכיר יש התייחסות לעניין אפשרות הפרה ע"י כל גורם (ובכלל זה גם סש"א): "הופרה זכות יוצרים, אולם המפר לא ידע ולא היה עליו לדעת כי קיימת זכות יוצרים ביצירה, לא יחויב בתשלום פיצויים עקב ההפרה".

יש בתזכיר, בפרק העשירי העוסק בעונשין, התייחסות לפעילות מפרה של גורמים שונים שניתן גם את הסש"א להכניס בגדרם: מפיץ עותקים מפרים של יצירה בהיקף מסחרי.

המסקנה של המעיין בתזכיר זה היא שכמו בעבר, המחוקק הישראלי רוצה להשאיר לבתי- המשפט את פרוש החוק וההתייחסות לסש"א שלא כמו במשפט האמריקאי שבו, כאמור, יש התייחסות ספציפית לסש"א.

יש לציין כי משרד המשפטים הקים גם ועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר האלקטרוני וזו פרסמה בשנת 2003 דו"ח ביניים ובו המלצה לאימוץ הסדרים דומים לאלו שבארה"ב ובאיחוד האירופי לגבי סש"א בעניין הקריטריונים של פטורים מאחריות בגין הפרת זכויות יוצרים וכן אימוץ נהלים של הודעה והסרה של חומר מפר בדומה להסדרים הקיימים באירופה ובארה"ב כפי שנראה בהמשך.

4. גישת הדין הישראלי – הפסיקה

בתי המשפט בישראל טרם פסקו בתביעות על הפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט. קרוב לודאי כי בוצעו בישראל הפרות של זכויות יוצרים שניתן לייחס אותם לסש"א אך זה לא הגיע לידי דיון בבית משפט.

מקרה שהגיע לבית משפט וממנו ניתן לגזור התייחסות לאפשרות של התייחסות בית המשפט לסוגיה שבפנינו הוא פרשת **בורוכוב נ' פורן**.

בפרשה זאת נסבה התביעה על איסור לשון הרע, פגיעה בפרטיות ורשלנות ולא בהפרת זכויות יוצרים. יחד עם זאת ניתן להשליך מהאבחנות שעשה השופט אמיר בפס"ד זה גם לגבי הנושא שבפנינו.

עקב העדר חקיקה ישראלית ספציפית לעניין סש"א בפרט ודיני אינטרנט בכלל, נאלץ השופט אמיר להסתמך בעיקר על חקיקה ופסיקה זרה.

השופט אמיר קובע בפסה"ד כי השיטה האמריקאית כפשוטה אינה מתאימה לישראל, שכן היא רואה בחופש הביטוי ובזכות הציבור לדעת עקרונות – על שבד"כ גוברים על אינטרסים אחרים ולכן העניקה חסינות מלאה לסש"א מכל אחריות נזיקית בגין פרסומים של צדדים שלישיים ללא קשר למודעות שלו וללא קשר לפעילות המסננת שלו.

לדעתו השיטה האירופית יותר מאוזנת: היא קובעת כי אין להטיל על סש"א כל אחריות בגין פרסומים לא חוקיים שעושים צדדים שלישיים במסגרת ותוך ניצול השירותים של אותם ספקים, וכי אין להטיל חובת פיקוח וניטור המידע המועבר ומאוחסן במסגרת השירותים שלהם. אך נקבעו גם תנאים וחריגים:

(א) הספק אינו יכול ליהנו ת מהחסינות הנ"ל אם וכאשר הוא בוחר להפעיל סמכויות של סינון ועריכה לגבי המידע העובר דרכו.

(ב) הוא לא יינה מהחסינות הנ"ל, אם ידע בפועל על אי-החוקיות של הפרסומים ולא מחק, לא סילק ולא חסם אותם.

כלומר, בשיטה האירופית אחריות הסש"א מוגבלת.

לדעת השופט אמיר הפתרון האמריקאי והאירופי אינם טובים, לישראל, כמות שהם. בארה"ב ובאיחוד האירופי הדין מתבסס על חקיקה בנושא. אצלנו אין חקיקה ולכן ביהמ"ש יכול לתפוס

- את הטוב שבשני העולמות ולאמץ לעצמו חלקים מהדין האמריקאי וחלקים מהדין האירופי, לסנתז ביניהם ולקבוע מבחן ראוי לאחריות הספק.
- השופט מציע מבחן משולש כתנאי להטלת אחריות על ספק שלא הסיר חומר פוגע/מפר ממחשבו:
- ידיעה בפועל של הספק – רק אם הנפגע פנה, התריע ודרש להסיר את החומר הפוגע (המפר במקרה שלנו) יחשב הספק כאילו ידע על קיומו של חומר זה.
 - ודאות לפגיעה – רק אם הפרסום פוגע/מפר ואסור באופן חד-משמעי, וניכר על פניו, ישא הספק בחבות אם נמנע ממחיקת החומר הפוגע/המפר.
 - יכולת המניעה – הספק יהיה אחראי רק עד כמה שיוכל, במאמץ סביר, למנוע את הפגיעה/ההפרה.

יש לשים לב כי בפסה"ד הבחין השופט אמיר בין ספק ראשי (כמו **נטוויז'ן** למשל) לבין מנהל אתר או פורום, הוא הבחין בין פעולות קלות לביצוע כמו מחיקת הודעה מלוח מודעות (BBS Bulletin Board Services) לבין פעולה מכבידה יותר מבחינה טכנולוגית כמו חסימת הכניסה לאתר. פסק דין זה, על אף שנכתב ע"י שופט בערכאה נמוכה, הוא פס"ד ראשוני ויחד עם זאת מעמיק בנושא אחריות סש"א ואין לי ספק שהוא ילקח בחשבון ע"י שופטים גם בערכאות גבוהות יותר אם וכאשר ידונו בסוגיה דומה עם כל. דהיינו, למרות שזוהי לא הלכה, קרוב לודאי שההתייחסות לסש"א בפסיקה הישראלית העתידית תהיה דומה.

5. גישת הדין האמריקאי

היסטוריה של החוק – חוק זכויות יוצרים האמריקאי חוקק לראשונה בשנת 1790 והעניק הגנה מוגבלת לטבלאות, מפות, ספרים או ספרים שכבר הודפסו. מאז תיקן הקונגרס את החוק פעמים רבות כדי שיחיל הגנה גם על טכנולוגיות חדשות, אך למרות זאת החוק עדיין מפגר אחרי ההתפתחות הטכנולוגית (לדוגמה ב- 1980 תיקן הקונגרס את החוק וכלל בו גם הגנה על תוכנות מחשב – פיגור של מס' שנים לעומת ההתפתחות הטכנולוגית- ורק ב- 1998 נחקק ה- DMCA – פיגור של כעשור לאחר התחלת השימוש ברשת האינטרנט).

הדין האמריקאי מכיר בחוק בשלוש תיאוריות להטלת אחריות בגין הפרת זכויות יוצרים:

א. הפרה ישירה:

בחוק האמריקאי יש סטנדרד של אחריות מוחלטת במקרה של הפרה ישירה של זכויות יוצרים. הפרה ישירה נקבעת בד"כ בלא להתייחס לכוונות המפר. אך החוק מעניק לבית המשפט את שיקול הדעת לבדוק את הכוונה של המפר, אם הייתה תמימה או לא, בקביעת שיעור הפיצויים. שני פסקי דין מפורסמים שיפורטו להלן, הטילו אחריות מוחלטת וישירה על ספק השרות בהסתמך על מעורבותו האקטיבית וביודעין של ספק השרות:

(1) בפס"ד PLAYBOY מ-1993 הנתבע Frena הפעיל BBS ואליו הועתקו תמונות מ"פלייבוי" שמוגנות בזכויות יוצרים. הנתבע טען שהוא לא העתיק את הצילומים ולא היה מודע להעתיקים שנשלחו ע"י מנויו. ביהמ"ש קבע שפעולת הנתבע היא "אספקת מוצר" שהכיל העתיקים בלתי מורשים של יצירות מוגנות. הצגת התמונות על גבי BBS הוא "הצגה במקום ציבורי" כמשמעותו בחוק. על סמך הראיות שלפניו קבע ביהמ"ש כי נעשתה הפרה ישירה של זכויות היוצרים גם אם הנתבע לא היה מודע להפרה, מאחר וכוונה או ידיעה

אינם יסודות נדרשים בהפרת זכויות יוצרים, אלא רק גורם שיש לקחתו בחשבון לצורך קביעת שיעור הפיצויים.

(2) בפס"ד SEGA מ-1994 גם כן ניתנה החלטה המטילה על הסש"א אחריות ישירה בגין הפרת זכויות יוצרים. התובעת SEGA תבעה את MAPHIA שהפעילה אתר BBS בשל העתקה אל המחשב (Downloading) של משחקי "סגה" ע"י מנויי ה-BBS בעידוד הנתבעת. בידיעת הנתבעת ובעידודה, העתיקו מנויים של הלוח מתוך המחשב העתקים פיראטים של תוכנת התובעת. בנוסף לכך, מכשירי חומרה שנמכרו ע"י הנתבעת איפשרו לתוכנה המועתקת להיות בשימוש בציוד משחקי וידיאו של התובעת. כאן שוב פסק ביהמ"ש כי נעשתה הפרה ישירה של זכות השכפול ע"י העתקה של העתקים בלתי מורשים אל מחשבי המנויים ועל ידם, בידיעת הנתבעת.

- מפנה בפסיקה: פס"ד NETCOM מ-1995 – פטור מאחריות מוחלטת.

במשפט זה תבעה הכנסייה הסיינטולוגית את אחד מחבריה לשעבר בשם דניס ארליך שהעביר מסרים כנגד הכת ובהם כתבים סודיים של הכת שיש לה עליהם זכויות יוצרים וכן את "נטקום" כסש"א בטענה שהפרו את זכויותיה. ה-BBS נדרש ע"י הכנסייה הסיינטולוגית לנתק את ארליך כך שלא תהיה לו גישה ללוח (BBS). כתגובה דרש הלוח מהנתבעת להוכיח שהיא בעלת הזכויות על הטקסטים. התובעת סירבה בטענה שמדובר בדרישה לא סבירה. על-כן, התובעת פנתה לנטקום שמקשרת את הלוח לאינטרנט בדרישה לנתק את ארליך. נטקום טענה שאינה יכולה לעקוב אחר המסרים של ארליך ואינה יכולה לנתק אותו כי אז תאלץ לנתק את הלוח כולו. זוהי הסיבה שהתובעת צרפה את **נטקום** לתביעה. השופט קבע שאמנם יש אחריות מוחלטת של הנתבעת בגין הפרת זכויות יוצרים (במקרים קודמים נפסק כי אחריות בגין הפרת זכויות יוצרים הינה אחריות מוחלטת ואין צורך בקיום ידיעה או כוונה על ההפרה) ולפיכך השימוש שנעשה בטקסטים של הנתבעת אינו "שימוש הוגן" כמשמעו בחוק, אך אין להטיל אחריות מוחלטת. כי לא ניתן להתעלם מכך שהשרת שקישר בין המחשבים ברשת פעל באופן אוטומטי והטלת אחריות ישירה במקרה זה תיצור מספר רב של מעשי הפרה הקשורים למסרים דגן (כל השרתים באינטרנט שהעבירו את ההודעות של ארליך). השופט השווה את פעילותה של **נטקום** למכונת צילום מסמכים הפועלת בשרות עצמי. בהחלטתו פסק כי אין להטיל אחריות ישירה על הנתבעת כיוון שאחריות ישירה דורשת אקט רצוני או קשר סיבתי. יסודות אלו נעדרו כאן כי מערכת השרתים של הנתבעת היא רק אמצעי ליצירת העתקים בידי צד שלישי. הנתבעת לא הפיצה העתקים מפריס, אלא שימשה רק אמצעי זמני להעברת המסרים ולפיכך לא הפרה את זכויות ההפצה וההצגה של בעלי הזכויות. ביהמ"ש גם סבר כי הטלת אחריות במקרה זה על הסש"א תהווה פרשנות מרחיבה באופן בלתי סביר של זכות ההצגה וההפצה של היצירה. ביהמ"ש גרס כי כישלונה של **נטקום** להסיר את מודעות ארליך מהלוח לאחר קבלת ההודעה- אינו מהווה אקט רצוני מספיק כדי ליצור אחריות ישירה. לסיכום פרשה זאת נראה כי מאחורי תביעה זאת, יש ניסיון של הכנסייה הסיינטולוגית למנוע ביקורת עליה באמצעות שימוש בדיני זכויות היוצרים. דבר זה לא צלח בידה כיוון שביהמ"ש ראה בחופש הביטוי וזרימת המידע, ערכים שיש לשמור עליהם לא פחות מאשר על זכויות היוצרים ואולי אף יותר.

ב. הפרה תורמת :

דרישת החוק היא שלצורך חיוב בהפרת זכויות יוצרים הצד הנתבע צריך להיות בעל ידיעה בפועל וידיעה קונסטרוקטיבית על המעשה המפר וגם לתרום לפעילות זאת. כמפר תורם יכול להיחשב מי שסיפק ציוד או שירותים הקשורים להפרה הישירה (בדין האמריקאי אם ספריה פרסמה אזהרה על אפשרות של פגיעה בזכויות יוצרים ע"י שימוש במכונת השכפול, היא פטורה מחבות הנובעת מצילומים מפרים שנעשו ע"י מבקרי הספרייה).

כאמור לצורך הפרה תורמת נדרשים שני יסודות :

(1) יסוד הידיעה – כפי שראינו יסוד זה כולל ידיעה בפועל וידיעה שהיה על המפר לדעת מתוקף הנסיבות.

(2) יסוד התרומה – התובע צריך להוכיח תרומה ממשית של הנתבע לגרימת ההפרה (יש לציין כי בפרשת " סוני" קבע ביהמ"ש מבחן שלפיו אם הציוד ששימש להפרה היה בעל שימוש משמעותי גם למטרות לא מפרות- הרי שהיצרן פטור מאשם של הפרה תורמת).

ביהמ"ש מבחין בין יצרן ציוד לבין בעל שליטה על הציוד. האחרון חייב בהירות מוגברת כי בידיו השליטה בציוד : ברצותו יאפשר שימוש בו וכאשר אינו רוצה בכך הוא יכול למנוע את הגישה לציוד. דהיינו ביהמ"ש מאמץ לצורך עניין זה סטנדרד מתחום בנזיקין : היית ה או לא היית ה רשלנות בהעמדת הציוד לרשות המפר. בפרשת " נטקום" אימץ ביהמ"ש את סטנדרד ההפרה התורמת וקבע כי תרומתה של " נטקום" הייתה משמעותית דיה כדי לבחון את השאלה, האם השתתפה באופן משמעותי בהפרה שבוצעה ע"י ארליך. בסופו של דבר, "נטקום" והתובעת הגיעו להסדר פשרה לפיו " נטקום" תפרסם אזהרה מקוונת למנויים שלא להפיץ קניין רוחני באופן בלתי חוקי.

גם מאוחר יותר, בשנת 2001, ניתן ביטוי להלכה של ביהמ"ש בפרשת " נטקום". המדובר בפרשת " פרפקט 10": המדובר כאן בסש"א שהפעיל שירות לבדיקת גיל של משתמשים לצורך כניסה לאתרי תוכן למבוגרים. פרפקט 10 היא בעלת אתר תוכן למבוגרים והיא האשימה את הסש"א שבודק את הגיל בכך שהוא איפשר כניסה לאתרים שלידיעתו כללו עותקים של צילומים מפירי זכויות יוצרים ובכך הפך להיות מפר תורם של זכות היוצרים בצילומים.

ג. אחריות שילוחית :

בתיאוריה זאת יש צורך בהתקיימות שני יסודות :

1. לספק חייבת להיות זכות ויכולת לשלוט ולפקח על פעולות הצד המפר.

2. לספק חייב להיות אינטרס פיננסי ישיר וברור לגבי פעולות המפר הישיר.

בהתקיים יסודות אלה תוטל על הנתבע אחריות להפרה, ללא תלות בשאלה אם ידע או לא ידע כי מתבצעת הפרה. בפס"ד " נטקום" נקבע שהנתבעות אינן אחראיות באחריות שילוחית כי לא הוכח עובדתית שהיית ה ל- BBS היכולת לשלוט על מעשיו של המשתמש ארליך. גם על " נטקום" לא הוטלה אחריות שילוחית כי לא נמצאה תועלת כלכלית שהיא הפיקה מההפרה (הכנסות) " נטקום" היו מבוססות על מחיר חודשי קבוע ולא הושפעו מההפרה הנתענת).

כפי שאנו רואים הפסיקה בנושא חבות של סש"א בגין הפרת זכויות יוצרים התחלקה לשתי תקופות :

הגישת המוקדמת – גישת האחריות המוחלטת (פס"ד פלייבוי - בו נקבעה הפרת זכויות יוצרים ע"י הסש"א גם בהעדר ידיעה בפועל על הפרה).
הגישת המאוחרת – גישת הידיעה בפועל (פס"ד " נטקום ") – אם הסש"א לא ידע ולא צריך היה לדעת על ההפרה או שהעביר חומר מפר במערכת באופן אוטומטי ללא אקט רצוני מצידו הוא לא ישא באחריות בגין העברת אותו חומר מפר .

6. התפתחות מאוחרת בדין האמריקאי:

בשנת 1995 הוקמה ועדה ע"י משרד המסחר האמריקאי וזו פרסמה את מה שקרוי בשם: IITF White Paper (Information Infrastructure Task Forces) ובו נאמר כי חובתו של סש"א, לחקור ולנקוט צעדים כאשר מודיעים לו על קיומו של חומר מפר במערכת שלו וע"י כך להגביל את אחריותו רק להפרה שאינה בתום-לב. כמו-כן, קבעה הועדה שאם יפטרו את הסש"א מאחריות או יקטינו אותה, הדבר יסכל את התפתחות של כלים שבהם ניתן להשתמש כדי להקטין את הסיכון של בעלי זכויות היוצרים כגון: ביטוח כלפי נזק שנגרם ע"י מנויים, הטלת אחריות על מני דרך הסכמי שיפוי, רכישת רשיונות, השקעה בחינוך במנויים ושימוש בטכנולוגיות מתקדמות כמו חומרה ותוכנות למעקב ולאיתור.

DMCA – 1998 :

החוק התייחס למקרים אפשריים של הפרה שהיו ידועים עד אותו זמן ומגן על סש"א מאחריות כספית ומצווי מניעה במידה ועמד בתנאים הנדרשים בחוק. ההגנות על ספק השרות חלות לגבי הפעולות הבאות:

- א. תקשורת דיגיטלית חולפת – סעיף (a) 512 – סש"א לא ישא באחריות להפרת זכויות יוצרים הנובעת משידור, ניתוב או אספקת חיבור לחומר מפר וכן לא יהיה אחראי להפרה הנעשית כתוצאה מאחסון חולף או זמני של חומר מפר ובתנאי ש:
- (1) היוזמה לתקשורת נעשתה ע"י אדם אחר ולא סש"א.
 - (2) התקשורת נעשתה ע"י הליך טכני-אוטומטי ללא התערבות בתכנים מצד הסש"א.
 - (3) הסש"א אינו בוחר את מקבל המסר והתגובה היא אוטומטית.
 - (4) העותק החולף/הזמני אינו נשמר במערכת כך שלא תהיה נגישות אליהם למעט מי שהתוכן נועד לו מלכתחילה.
 - (5) תוכנו של החומר לא השתנה במהלך העברתו.
- ב. אחסון בזיכרון זמני – סעיף (b) 512 – זהו תהליך סטנדרטי בתהליך עיון בקבצים שבאינטרנט: אחסון זמני של העתקים הנוצרים בתהליך העיון במאגרי מידע במחשב המשתמש או הסש"א. העתקים מסוג זה נמחקים לאחר שזיכרון המחשב מתמלא בקבצים חדשים שמורדים מן הרשת.
- ג. מידע הנמצא במערכת או ברשת בהכוונת המשתמשים – סעיף (c) 512 – כאן מדובר על פטור מאחריות של סש"א גם במקרה שהחומר המפר מאוחסן במחשבו בקביעות. למשל, הקצאת נפח אחסון על מחשב השרת לאתר אינטרנט של משתמש או לפורומים. אבל זאת בתנאים מסוימים ובכפוף לכך שהסש"א מינה "קצין

- תלונות" לגבי הודעות המתקבלות בעניין הפרת זכויות יוצרים. על מנת לקבל את הפטור קבע המחוקק האמריקאי מספר תנאים (נמלי מבטחים - safe harbors) :
- (1) לא ידוע לסש"א שהחומר המאוחסן או שהפעילות העושה שימוש בחומר זה מפרים זכויות יוצרים.
 - (2) הסש"א לא מודע לעובדות או לנסיבות שמהן ניתן לקבוע בבירור קיומה של הפרה כזאת.
 - (3) הסש"א פועל מיידית להסיר ולמנוע גישה לחומר מפר לאחר שהתבררו לו העובדות.
 - (4) הסש"א אינו נהנה כספית במישרין מהפעילות המפרה אם זו נמצאת בשליטתו ובכפוף לכך שהוא קיבל ידיעה על כך שהחומר מפר ופעל במהירות לסלק ולמנוע גישה אליו.
- בסעיף נקבע התהליך שבו צריכים בעלי זכויות היוצרים המתלוננים להודיע הודעה אפקטיבית לסש"א על הפרה נטענת של זכויותיהם. אם המתלונן איננו ממלא את הדרישות הפרוצדוראליות האלה, אזי חזקה היא שלסש"א אין ידיעה בפועל או מודעות לקיום הפעילות המפרה. אך גם במקרה כזה על הסש"א ליצור קשר עם המתלונן או לנקוט צעדים סבירים אשר יסייעו לו לקבל הודעה העומדת בדרישות הנ"ל ואם בכל זאת לא קיבל, אזי הסש"א פטור.
- ד. כלים לאיתור מידע – סעיף (d) 512 – קישורים (links) והפניות (באמצעות מנועי חיפוש, לדוגמה) לאתרים הכוללים חומר מפר אינם מקימים חבות לספק ובתנאי שהוא עמד בתנאי "נמלי המבטחים" שפורטו בסעיף הקודם .
- ה. הסרת חומר מפר – סעיף (f) 512 - תעמוד לסש"א חסינות אם הסיר חומר מפר או חסם גישה אליו בתום לב . אך על הסש"א להודיע למנוי על הסרת החומר או הגבלת הגישה אליו. המנוי שקיבל את ההודעה יכול לשלוח לסש"א התנגדות מנומקת מלווה בהצהרה בשבועה ולהודיע לו כי נפלה טעות בידי. עתה על הסש"א להודיע על כך למתלונן המחזיק בזכויות היוצרים שדרש להסיר את החומר המפר, ולהחזיר את החומר שהוסר תוך 10 – 14 יום. אם קיבל הסש"א תשובה מהמתלונן כי הוגשה תביעה נגד המשתמש המפר, אזי אינו צריך להחזיר הגיש לחומר המפר.
- ו. תנאים נוספים שעל הספק למלא כדי ליהנות מהגנה מאחריות – סעיף (h) 512 :
 - על הספק לאמץ וליישם במידה סבירה מדינו ת של ניתוק חשבון מנויים שהם מפרים "כרוניים".
 - הספק צריך להשתמש באמצעים טכניים סטנדרטיים כדי לזהות או להגן על יצירות מוגנות.

7. פסיקה אמריקאית לאחר חקיקת ה- DMCA – פרשת NAPSTER.

פרשת **נאפסטר** היא דוגמא טובה ליישום ה- DMCA ולהלך הרוח בבתי המשפט בארה"ב בהתייחסות לאחריות סש"א במילניום הנוכחי (למרות שביהמ"ש לערעורים לא קבע חד-משמעית ש**נאפסטר** הינה ספקית שירותי אינטרנט כהגדרתה בחוק).

ם **נאפסטור** פיתחה והפעילה מערכת המאפשרת להעביר בין משתמשיה קבצי מוסיקה דיגיטליים מסוג MP3. באמצעות תהליך המכונה PEER TO PEER, אפשרה **נאפסטור** למשתמשיה:

1. להעתיק קבצי MP3 המאוחסנים במחשבו של משתמש מסוים.
 2. לחפש אחר קבצי מוסיקה דיגיטליים, המצויים במחשבי כלל המשתמשים **בנאפסטור**.
 3. להעביר עותקים מדויקים של קבצי MP3 ממחשב אחד למשנהו על ידי האינטרנט.
- נאפסטור** אפשרה לבצע פעולות אלה באמצעות תוכנה, שהיא הפיצה בלא תשלום באתר האינטרנט שלה, ובאמצעות מערכת של מחשבים-שרתים ותוכנות-השרת, שהיא הפעילה כאשר **נאפסטור** מספקת תמיכה טכנית במערכת ובפונקציות אחרות שלה. בעת השימוש בתוכנת **נאפסטור** מועברים ממחשבו של כל משתמש לשרתי נאפסטור שמותיהם של קבצי המוסיקה הדיגיטלית, שהמשתמש בחר לשתף עם שאר מנויי השירות כאשר הקבצים עצמם נותרים במחשב המשתמש. **נאפסטור** אפשרה למשתמשים לאתר את קובצי המוסיקה המעניינים אותם. מכאן ואילך יכול היה כל מנוי לטעון כל קובץ אל מחשבו שלו ובלבד שהמשתמש המחזיק בקובץ מחובר לשירות. לשם כך העבירו שרתי נאפסטור למנוי, המעוניין בטעינת קובץ מסוים, את כתובת האינטרנט של המחשב המחזיק את הקובץ. לאחר ההורדה יכול היה המשתמש לנגן את הקובץ על גבי מחשבו שלו או לצרוב אותו על גבי התקליטור.
- נאפסטור** נתבעה ע"י 17 חברות תקליטים בגין הפרה תורמת ושילוחית של זכויות יוצרים ונמצאה אשמה בהפרת זכויות יוצרים.

בערעור שהגישה חברת **נאפסטור** על החלטת הערכה הראשונה, ניתן על ידי בית המשפט בקליפורניה פסק-דין שעיקרו צו מניעה האוסר על חברת **נאפסטור** לעסוק או לאפשר לאחרים להעתיק, להוריד (TO DOWNLOAD), להעלות (TO UPLOAD), להעביר או להפיץ יצירות מוסיקליות, שהתובעים הינם בעלי זכויות היוצרים בהן והקלטות קול, המוגנות לפי דינים פדראליים או מדינתיים, בלא לקבל את הסכמתם המפורשת של בעלי הזכויות.

בית המשפט פסק: התובעים הם בעלי זכויות יוצרים בקבצים, המופצים באמצעות **נאפסטור**: יותר מ- 87% מהקבצים, המוצעים באמצעות המערכת, מוגנים בזכויות יוצרים, ויותר מ- 70% מתוכם הינם בבעלותם או בניהולם של התובעים. משתמשי **נאפסטור** מפרים לפחות שתיים מהזכויות הייחודיות, שהדין מעניק ליוצר: הזכות לשעתק יצירה (ליצור עותקים ממנה) והזכות להפיצה ברבים. בית המשפט התייחס הן להפרה של המשתמשים והן להפרה של **נאפסטור**.

לגבי משתמשי נאפסטור קבע ביהמ"ש כי אינם יכולים לחסות תחת ההגנה (שהתבקשה ע"י פרקליטי נאפסטור), שהדין מעניק למי שעושים "שימוש הוגן" (fair use) ביצירה מוגנת - וזאת מהסיבות שלהלן:

- (1) הורדת קבצי MP3 אינה משנה את מהות היצירה. היצירה רק מועברת באמצעות תווך שונה (אין מענה לדרישת הטרינספורמטיביות).
- (2) משתמשי **נאפסטור** עושים שימוש מסחרי ביצירות מוגנות על-ידי העתקה חוזרת ונשנית שלהן, במטרה לחסוך את מחיר רכישתם.
- (3) הגנת זכויות יוצרים מוענקת לעבודות שהן יצירתיות באופיין, כדוגמת הקלטות-הקול והשירים המועתקים באמצעות המערכת של **נאפסטור**. העתקת יצירה שלמה פועלת כנגד

ההכרה בשימוש הוגן, ומשתמשי **נאפסטר** מעתיקים ומפיצים יצירות מוסיקליות בשלמותן.

- (4) שימוש הוגן מוגבל להעתקה שאינה פוגעת בערכה המסחרי של היצירה המועתקת. **נאפסטר**, לעומת זאת, פוגעת בערכן המסחרי של יצירות בשתי דרכים: היא מקטינה את מכירות התקליטורים ומערימה מכשולים בדרכן של התובעות לשוק ההפצה הדיגיטלית של מוסיקה. העובדה, שקבצים מוסיקליים מוצעים בחינם במערכת של **נאפסטר**, פוגעת בהכרח בניסיונותיהם של בעלי זכויות היוצרים לדרוש תשלום עבור הורדת אותם קבצים.
- (5) גם אם משתמשים מורידים קבצים למחשביהם לשם קבלת ההחלטה אילו תקליטים לרכוש, מהווה הדבר שימוש מסחרי אסור ביצירה, אפילו אם אותם משתמשים רוכשים בפועל את התקליטים. אפילו אם שוק התקליטורים לא היה נפגע, **לנאפסטר** השפעה שלילית על פיתוחו של שוק ההפצה הדיגיטלית.
- (6) גם גידול במכירת יצירות מוגנות, הנגרם על-ידי שימוש מפר, אינו שולל מבעל זכויות היוצרים את הזכות למנוע שימוש מפר כזה. אפילו השפעה חיובית על השוק (במקרה דנן, שוק התקליטורים) אינה שוללת מבעל זכויות היוצרים את הזכות לפתח שווקים אלטרנטיביים (במקרה דנן, הפצה דיגיטלית של מוסיקה).
- (7) הואיל והקבצים מופצים ברבים, לא תחול על הפצתם ההגנה של שימוש הוגן, הניתנת למי שמעביר קבצים שברשותו ממדיה אחת (לדוגמה מתקליטור) לאחרת (לדוגמה, למחשב). השימוש ב**נאפסטר** שונה מהעתקתה של תוכנית טלוויזיה לקלטת וידאו או מהעברתו של קובץ מוסיקה ממחשב המשתמש לנגן MP3 שברשותו, מפני שהוא כרוך בהפצת היצירה המועתקת ברבים.

לגבי נאפסטר נאמר כי היא מסייעת בהפרת זכויות היוצרים שמבצעים משתמשיה: נקבע כי "מי שביודעו על פעילות המפרה זכויות יוצרים, מפתה, גורם או תורם באופן מהותי להתנהגות המפרה של אחר, יכול שיוחזק כמפר תורם". לפיכך, נאפסטר נושאת באחריות תורמת להפרת זכויות יוצרים. בהתנהגותה היא מעודדת ומסייעת ביודעין להפרת זכויות היוצרים של התובעים. נאפסטר ידעה בפועל וכן היה עליה לדעת, כי משתמשיה מעבירים בינם לבין עצמם קבצים מוגנים של מוסיקה.

ידיעה בפועל נלמדה מתוך - (1) מסמך שנכתב בידי אחד ממייסדי **נאפסטר** דיבר ב"צורך שלא לדעת את שמותיהם האמיתיים וכתובות האינטרנט של המשתמשים מפני שהם מחליפים מוסיקה פיראטית". (2) התאחדות חברות התקליטים בארה"ב, RIAA, הודיעה לחברה על קיומם של 12,000 קבצים מפרים בשירותיה.

ידיעה בכוח נלמדה מן העובדות שלהלן - (1) למנהלי נאפסטר היה ניסיון בתעשיית התקליטים. (2) הם אכפו זכויות של קניין רוחני בעבר. (3) הם הורידו קבצים מועתקים של מוסיקה באמצעות התוכנה. (4) הם קידמו אתר הכולל תמונות-מסך של התוכנה, שבהם תועדו קבצים מפרים. ביהמ"ש לערעורים אמר כי בעקבות הלכת "סוני" אשר קבעה כי יצרנית קלטות וידאו אינה אחראית להפרת זכויות יוצרים המתבצעת באמצעותן, אין די בעובדה שניתן להעביר קבצים מפרים באמצעות המערכת כדי להטיל על נאפסטר אחריות תורמת להפרת שמבצעים משתמשיה. הערכאה דלמטה שגתה כאשר בחנה רק את השימוש בפועל במערכת להפרת זכויות יוצרים

והתעלמה מיכולותיה לשמש לתכליות שאינן מפרות זכויות כאלה (ולכן ביהמ"ש צמצם את היקף צו המניעה הקודם).

ביישום פס"ד "נטקום", אם מפעיל מערכות מחשב לומד על קיומו של חומר מפר מסוים, המאוחסן במערכתיו, ואינו נוקט צעדים כדי לסלק חומר כזה מהמערכת, משמעו שהוא יודע על קיומה של הפרה ישירה ותורם לביצועה. הראיות מלמדות, כי ל **נאפסטר** הייתה ידיעה בפועל - או שהיה עליה לדעת - על השימושים המפרים במערכת, שהיא יכולה הייתה לחסום את המערכת בפני ספקים של חומר מפר וכי היא לא סלקה חומר כזה. **נאפסטר** תרמה תרומה מהותית לפעילות המפרה. היא סיפקה את המקום והאמצעים להפרה הישירה שבצעו משתמשי המערכת. נדחתה טענת **נאפסטר**, כי חברות התקליטים ויתרו על זכויותיהן, כאשר תרמו לתפוצתה של מוסיקה דיגיטלית באינטרנט: חברות התקליטים חיפשו רק שותפים לתוכניותיהן המסחריות בתחום הורדת הקבצים ופיתוח נגני-מוסיקה לקבצים שתכננו למכור דרך האינטרנט.

נדחתה טענת **נאפסטר**, כי התובעות הקנו לה רשיון משתמע, מפני שעודדו הפצת קבצי MP3 באמצעות האינטרנט. רשיון משתמע מתקיים בנסיבות מצומצמות, שבהן אדם יוצר יצירה לפי הזמנת אחר ומוסר לו את היצירה. בניגוד לכך, בנסיבות המקרה דן הודיעה התאחדות חברות התקליטים בארה"ב במפורש, כי היא מתנגדת להפצת יצירותיהן של חברות התקליטים באמצעות המערכת. נדחתה טענת **נאפסטר**, כי חברות התקליטים משתמשות לרעה בזכויות היוצרים שלהן. צו מניעה נגד פעילותה של **נאפסטר** אינו רק מוצדק אלא גם נחוץ (ביהמ"ש לערעורים צמצם את היקף צו המניעה). יחד עם זאת קבע ביהמ"ש לערעורים (לפי האמור ב- DMCA) כי על התובעים לנקוט בפרוצדורה הנקובה בחוק ו להודיע ל**נאפסטר** על קיומם של קבצים מפרים קודם שתהיה על **נאפסטר** החובה לנקוט צעדים כנגד ההפרות. בד בבד, על **נאפסטר** מוטלת האחריות לפקח על המערכת, בכפוף למגבלותיה.

לסיכום: ביהמ"ש קבע ש **נאפסטר** אינה זכאית לחסות במסגרת הגנת "נמלי המבטחים" שבסעיף 512 שבחוק (**נאפסטר** גם לא התכוונה לבצע את התנאים לפיהם תוכל לחסות תחת הגנות אלה). יש לציין, כי בעת מתן פסה"ד כבר השתמשו בטכנולוגיה חדשה שהיא תקשורת אמיתית של עמית לעמית (Peer to Peer) שמאפשרת החלפה ישירה של קבצים בין משתמשי האינטרנט בכלל, מבלי שהחומר מאוחסן או עובר דרך שרת מסוים (הידועה מבין התוכנות היא תוכנת Kaza). טכנולוגיה זאת איימה על רווחי בעלי זכויות היוצרים כמוזיקאים, ותביעה, כנגד אחת החברות המפיצות תוכנה כזאת, לא אחרה להגיע. בפסק הדין שנתן בימ"ש פדרלי מחוזי בקליפורניה נכשל "הפיילוט" של חברות הסרטים והמוסיקה.

במקרה זה, החברות Grockster, Streamcast, Kaza נתבעו ע"י "**מטרו-גולדין-מאיר**" ואחרים על הפרת תורמת של זכויות יוצרים באמצעות המשתמשים (כיון שידעו, לטענת התובעת, שהתוכנה של Kaza, שהפיצה ושעוברת ברשתה של "**גרוקסטר**" משמשת להורדה של קבצים תוך הפרת הזכויות של התובעת). ביהמ"ש קבע שאכן המשתמשים הפרו את זכויות היוצרים של התובעת. אך על סמך פרשות "**סוני**" ו"**נאפסטר**" קבע, כי הידיעה הכללית של הנתבעות אינה מספיקה כדי לומר שהיא אחראית להפרות של המשתמשים כי ניתן לעשות בתוכנות אלה גם שימושים חוקיים, כמו החלפת קבצים שאינם מוגנים בזכויות יוצרים. ביהמ"ש קבע כי נדרשת מצד הנתבעות ידיעה ממשית במועד שבו היא יכולה לנקוט פעולה להפסקת ההפרה. יתר על כן, נשאלה השאלה האם בהתקיים ידיעה ממשית האם יוכלו הנתבעות להפסיק את ההפרה?

ביהמ"ש הגיע למסקנה שלא ניתן למנוע את ההפרות, כי גם אם " גרוקסטור" תיסגר ותבטל את הפעילות של מחשביה, עדיין יוכלו המשתמשים להמשיך ולהחליף קבצים ברשת האינטרנט הגלובאלית (מה שלא היה אפשרי במקרה "נאפסטור").

באשר לתחולת אחריות שילוחית או עקיפה להפרות הראשיות (שתי הדרישות המצטברות, לקיום אחד משני סוגי האחריות האלה הן, כאמור: היכולת של הנתבע לפקח על הפעילות המפרה וכן קיום אינטרס כלכלי ישיר בפעילות כזאת), קבע ביהמ"ש כי אין אחריות כזאת. אמנם היו לנתבעות הכנסות מפרסומות באתריהן, אך לא התקיים התנאי הראשון של היכולת לפקח על הפעילות המפרה, כאמור.

מקרה נוסף שנדון ובו כן זכו בעלי זכויות היוצרים בפס"ד משנת 2003 כנגד סש"א שהפעיל שיטה אחרת להפצת יצירות מוגנות באינטרנט, בשיטה דומה לשיטת " נאפסטור" הוא מקרה **Aimster** שבעצם חזר על ההלכה של " נאפסטור", אך במקרה זה כבר היה בתוקף סעיף 512 ב-DMCA וביהמ"ש פסק בהסתמך עליו ואמר שהנתבעת נכנסת לגדר ההגדרה הרחבה של ספק שירות אך אין היא עומדת בתנאי הסף על מנת לחסות בהגנות של "נמלי המבטחים" כהגדרתם בסעיף האמור ומצא אותה אשמה ב"הפרה תורמת". לדברי ביהמ"ש: "במקום לנקוט צעדים כדי לרפות את ידי המפרים הפרות חוזרות את זכויות התובעת, " **איימסטר**" הזמינה אותם לעשות כן, הראתה להם כיצד לעשות זאת בקלות תוך שימוש במערכת שלה, ובכך שלימדה אותם להצפין את ההפצה הלא-חוקית של החומרים המפרים, היא מנעה מעצמה מלעשות משהו למניעת ההפרה".

לסיכום: כפי שאנו רואים, שהפסיקה האמריקאית מצאה מענה מאוזן לקונפליקט בין חופש הביטוי לבין שמירת זכויות יוצרים. אחריות ישירה של סש"א מחייבת פעולה רצונית שלו ואילו אחריות תורמת תקום רק אם הסש"א ידע על ההפרה או היה צריך לדעת או כאשר הוא גורם לה או שאינו פועל להפסקתה באמצעים המקובלים לאחר שנודע לו עליה. לאחר מכן, באה החקיקה, אימצה עקרונות אלה בחוק והוסיפה עליו כמפורט לעיל.

8. משפט הקהילה האירופית-הנחיות הדירקטיבה בעניין הגנה על סש"א:

הצעות הדירקטיבה האירופית משנת 1998 שאומצו ע"י האיחוד האירופי בשנת 2000, הכילו בתוכן (כמו בהרבה דברי חקיקה של האיחוד האירופי) לקט של סעיפים בעניין האינטרנט מחוקי המדינות המרכיבות את האיחוד, במיוחד מגרמניה, עם אימוץ של מרכיבים מהחוק האמריקאי. הסעיפים העיקריים הנוגעים לענייננו הם סעיפים 15-12 להוראה מסי' 31 של הדירקטיבה:

א. בנושא העברת אינפורמציה – יש פטור מאחריות לסש"א אשר משמש כצינור העברה

בלבד (mere conduit). דהיינו הסש"א ממלא תפקיד פסיבי בלבד של העברת אינפורמציה לצד ג' ובתנאי שהסש"א לא יזם את ההעברה, לא בחר את מקבלי או שולחי המסרים. פעולת ההעברה כוללת גם אחסון ביניים ארעי ובתנאי שזהו תהליך אוטומטי ותקופת האחסון הארעית אינה עולה על הנדרש לצורך שליחת המסר. תנאי נוסף: כאשר הסש"א מקבל הודעה על חומר מפר, עליו להסירו במהירות או למנוע גישה אליו.

ב. בנושא אחסון זמני בזיכרון – לספק לא תקום אחריות על אחסון ביניים זמני ואמצעי

(intermediate) של מידע שהועבר דרך המערכת שלו ממשמש אחד לשני אם המטרה לבצע העברה יעילה יותר של המידע למשתמשים עפ"י פנייתם בלבד – בתנאים הבאים: השמירה נעשית אוטומטית, הסש"א אינו משנה את המידע שבקבצים שנשמרו, הסש"א שומר על תנאי הגישה למידע שנקבעו ע"י המשגר, הסש"א מקיים את הכללים לעדכון המידע שנקבעו ע"י ספק המידע בסטנדרד המקובל בתעשיית האינטרנט, הסש"א אינו מפריע לשימוש של מספק המידע בטכנולוגיה המקובלת בתעשייה לאיסוף נתונים אודות השימוש שנעשה במידע וכן אם נודע לסש"א כי המידע הוסר מהאתר שממנו הגיע או שנחסמה הגישה אליו או כי בימ"ש או רשות מנהלית הורו על הסרתו או חסימתו- על הספק להסיר מידע זה.

- ג. בנושא אחסון מידע – ספק אינו אחראי למידע המאוחסן לבקשת מבקש השרות בכפוף לשלושה תנאים: לא ידע כי המידע המאוחסן הוא חומר מפר או כי פעולה במידע היא פעולה מפרה, אינו מודע לעובדות או נסיבות מהן עולה כי הפעולה לא-חוקית, וכאשר נודע לו על הפעילות המפרה הוא פועל במהירות להסרה או לחסימת הגישה לחומר.
- ד. בנושא חובת הפיקוח – על סש"א לא תחול חובה כללית לפקח על המידע שהוא מעביר או מאחסן, או לפעול באופן אקטיבי לגילוי מידע ו/או נסיבות המצביעים על פעילות מפרה.

סיכום:

הן החקיקה האמריקאית והן הדירקטיבה האירופית קובעות הסדרי פטור די צרים לסש"א וזאת בניגוד להסדרים בהתייחסות לפרסום לשון הרע ברשת. בכל מקום שדנים בהרחבה או הצרה של תנאי הפטור לסש"א מדברים על "האפקט המצנן" (chilling effect) על חופש הביטוי. דהיינו אם יוטלו הרבה מגבלות בפעילותן של חברות הסש"א, יהיה לכך אפקט מצנן על חופש הביטוי והסש"א יעדיפו לחסום ולא לאפשר פעילות נרחבת באינטרנט במקרים של אפילו חשד קל שבקלים של הפרת זכויות יוצרים, מאשר לאפשר תנועה חופשית במרחבי רשת האינטרנט. כפי שכתבתי לעיל, בתחום זכויות היוצרים, במיוחד בארה"ב, חופש הביטוי נסוג במקצת (לעומת מעמדו בעניין לשון הרע) עקב חוזקם ומעמדם של חברות התוכן הפועלות באמצעות לובי משפטי מאורגן היטב ובאמצעות הגשת תביעות שמטרתן להרתיע את הסש"א. בעניין לשון הרע, בד"כ התביעות מוגשות ע"י אנשים בודדים שנפגעים ולא ע"י סקטור מאורגן כמו חברות התקליטים והסרטים ולפיכך שם חופש הביטוי זוכה למעמד בכיר יותר.

החקיקה בארה"ב וגם באיחוד האירופי הפכה את הסש"א לצנזורים, כאשר הסש"א הן בסה"כ, בדרך כלל, חברות מסחריות שפועלות למטרות רווח. המחוקק הכניס אותן לקונפליקט שבין מעבר חופשי של דעות ומידע (שככל שנפח התנועה והאחסון יהיה רב יותר הסש"א מרוויחים יותר) לבין נקיטת פעולות לשמירת זכויות היוצרים שהוטלו עליהן ע"י המחוקק.

נראה לי שהמתח הקבוע בין שני הקטבים, חופש הביטוי מול שמירה על זכויות היצרים, שנולד עוד לפני עידן האינטרנט, אך התגבר ביתר שאת עקב התכונות הייחודיות של האינטרנט, ימשיך ללוות את הפעילות ברשת גם בעתיד.

באשר להסדרת הנושא בישראל – מסתבר שעד כה לא נוצרו צרכים דחופים לחקיקה בנושא, אך התפתחות הטכנולוגיה והחיים המודרניים והפיכת העולם ל"כפר גלובאלי" בוודאי יביאו בעתיד לתביעות ע"י חברות ישראליות וע"י חברות זרות כנגד מפריס פוטנציאלים של זכויות יוצרים וסש"א בתוכם.

עד כה, במקרים המעטים שדנו בישראל בחבות של סש"א (כולם לא בתחום זכויות היוצרים) תימרנו השופטים ומצאו פתרונות בהסתמכות על הוראות החוק הישראלי ויישומו תוך התייחסות לחקיקות ולפסיקות זרות. אך צריך להסדיר את העניין בישראל לא רק באמצעות בתי המשפט. לאור הנטייה ההולכת וגוברת במשפט הישראלי לכוון של קודיפיקציה בדומה למשפט הקונטיננטלי, נראה לי כי לא ירחק היום ויחקק חוק העוסק באינטרנט והשלכותיו, לרבות חבותם של ספקי שרות באינטרנט.

הערה: לקבלת המאמר עם הערות השוליים והרשימה הביבליוגרפית – נא לפנות לכותב בדואר אלקטרוני או בטלפון.