



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטר.נט בע"מ ואח'

לפני כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף

### התובעים

1. א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ
  2. סרטי יונייטד קינג (1999) בע"מ
  3. Twentieth Century Fox Film Corporation
  4. Twentieth Century Fox Home Entertainment LLC
  5. Warner Bros. Entertainment Inc.
  6. Paramount Pictures Corporation
  7. Paramount Classic
  8. Paramount Vantage
  9. MTV Films
  10. Nickelodeon Films
  11. Universal City Studios LLP
  12. Universal City Studios Productuons LLP
  13. Disney Enterprises INC
  14. Dream Works LLC
  15. Columbia Pictures Industries Inc
  16. New Line Productions Inc
  17. Tristar Puctures Inc
- באמצעות ב"כ עו"ד ערן פרזנטי ועו"ד עמית וולף

נגד

### הנתבעים

1. רוטר.נט בע"מ
  2. ישעיהו רוטר
  3. נטוויז'ן 013 ברק בע"מ (נתבע פורמאלי)
- באמצעות ב"כ עו"ד פיני עזריה

### פסק דין

### כללי

- 1
- 2
3. מהי האחריות של בעל אתר אינטרנט לקישורים (Links) המוצגים בפורום גולשים
4. המתנהל במסגרת האתר? האם מוטלת על בעל האתר במסגרתו מתנהל הפורום חובה
5. לדאוג מיוזמתו להסרת קישורים המפנים לכתובות בהן ניתן להוריד עותקים מפרים של
6. יצירות המוגנות בדיני זכויות יוצרים (להלן: "קישור לאתר מפר"), או שמא רשאי הוא
7. לאמץ מדיניות פסיבית, שלפיה הוא פועל להורדת קישור לאתר מפר רק לאחר שקיבל על



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

1 כך התראה מבעל זכויות היוצרים? האם התשובה על שאלות אלו תלויה בטיב הפורום בו  
2 עסקינן (כגון חופש הכניסה לפורום ואחוזו הקישורים לאתרים מפרים המצוי בו)? שאלות  
3 אלו, אשר להן השלכה רבת חשיבות על חופש הפעולה של פורומים באינטרנט מחד גיסא,  
4 ולאפשרות ההגנה על זכויות יוצרים במציאות הדיגיטלית מאידך גיסא, הן העומדות  
5 להכרעה בהליך הנוכחי.

### רקע עובדתי

6  
7  
8  
9 2. התביעה שלפני עוסקת בהגנה על זכויות יוצרים בסרטים. ברשת האינטרנט קיימים  
10 אתרים מפרים רבים בהם ניתן להוריד באופן בלתי חוקי סרטים המוגנים בדיני זכויות  
11 היוצרים. התובעות, חברה העוסקת בהגנה על זכויות יוצרים בסרטים מפני "פעילות  
12 פיראטית" בישראל, ומפיקות הסרטים הבינלאומיות שהקימו אותה, משקיעות מאמצים  
13 רבים בפעילות נגד אתרים מפרים אלו – אלא שהמלחמה, כך נדמה, היא מלחמת מאסף.  
14 מטעם זה, אין התובעות מסתפקות במאבק באתרים המפרים, אלא מבקשות להרחיב את  
15 חזית המאבק גם למעגלי פעילות נוספים, התומכים ומסייעים בהפצת סחורתם הבלתי  
16 חוקית של האתרים המפרים. בין הפעילויות הללו מונות התובעות גם אתרים כגון זה  
17 שמפעילים הנתבעים – אתרים במסגרתם מתקיימים פורומים של גולשים המחליפים  
18 ביניהם מידע בדבר כתובות האתרים המפרים, והדרך להוריד מהן עותקים מפרים של  
19 סרטים.

20  
21 3. הלך המחשבה של התובעות מבוסס על שלוש הנחות יסוד: ראשית, פעילות האתרים  
22 המפרים, חמורה ופוגענית ככל שתהיה, תגרום נזק מוגבל בלבד, אם הנגישות אליהם  
23 תהיה מוגבלת ליודעי ח"ן. שנית, פורומים של גולשים בהם מוצבים קישורים לאתרים  
24 המפרים מהווים אחת הדרכים המרכזיות להפצת המידע ברחבי האינטרנט, ולפיכך אם  
25 תמצא הדרך המשפטית לחסום נתיבי שיווק ופרסום אלו, הרי שהנזק הנובע מפעילותם  
26 של אתרים מפרים ירד משמעותית. שלישית, הדרך היעילה למנוע שימוש בפורומים  
27 כאמצעי להפצת המידע על אתרים מפרים אינה טיפול בגולש המציב את הקישור לאתר  
28 המפר, אלא הטלת חובה על בעלי האתר לדאוג לכך שלא ימצאו קישורים לאתר מפרים  
29 בפורום המצוי באחריותו.

30  
31 4. במילים אחרות, התביעה שלפני מבקשת להביא להפחתת היקף הפעילות הבלתי חוקית  
32 של הפצת עותקים מפרים של סרטים ברשת האינטרנט באמצעות נקיטת הליכים  
33 משפטיים נגד מי שמצוי במעגל הפעילות השלישי במרחקו מההתנהגות המפרה: בעלי  
34 אתרי אינטרנט המקיימים במסגרתם פורומים, אשר גולשים יודעי דבר (המהווים את



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 מעגל הפעילות השני) מציבים בהם קישורים לאתרים מפריס (המהווים את מעגל  
2 הפעילות הראשון), בהם מתבצעת ה"פעילות הפיראטית" גופה.  
3  
4 5. הנתבעים הקונקרטיים כלפיהם הוגשה התביעה שלפני הם חברת רוטרנט בע"מ,  
5 המפעילה אתר בשם "רוטרנט" – קהילת הפורומים של ישראל" בכתובת  
6 <http://www.rotter.net>, ובעליה ומנהלה, מר ישעיהו רוטר (להלן, יחדיו: "רוטרנט").  
7 כן צורפה לתביעה כנתבעת פורמאלי חברת נטוויז'ן 013 ברק בע"מ, המספקת את שירותי  
8 השרת לאתר (הנתבע הפורמאלי לא היה מעורב בהליכים, ולכן אמנע מלהתייחס אליו).  
9  
10 6. אתר רוטרנט הוא אתר פופולארי הפונה בעיקר לציבור הדתי בישראל. האתר מספק  
11 לגולשים שירותי תוכן שונים, וכן מספר רב של פורומים, חלקם פתוחים ועומדים לרשות  
12 כלל משתמשי האינטרנט ללא תשלום (להלן: "פורומים פתוחים"); חלקם  
13 "אקסקלוסיביים", ופתוחים רק בפני חברים רשומים המשלמים דמי מנוי (להלן:  
14 "פורומים בתשלום"). הכנסות האתר הן מפרסום, מדמי רישום ומנוי, וממשלוח SMS  
15 בטלפונים סלולאריים.  
16  
17 7. טענת התובעות היא כי במסגרת הפורומים בתשלום שמקיימת רוטרנט מוצבים באופן  
18 תדיר קישורים לאתרים בהם מצויים עותקים מפריס של יצירות שבבעלות התובעות או  
19 מי שהן מייצגות בישראל. קצפן של התובעות יוצא במיוחד נגד שניים מהפורומים  
20 בתשלום, בהם מתרכזים לטענתן הקישורים לאתרים מפריס בתחום הסרטים: פורומים  
21 המכונים "Downloads" (להלן: "הורדות") ו-"סרטים וטלוויזיה" (להלן: "סרטים").  
22 פורומים אלו הם חלק ממה שהנתבעות מכנות קבוצת "הפורומים האקסקלוסיביים",  
23 אשר הכניסה אליו מותנית ברישום ובתשלום דמי חבר (בקבוצה זו מספר לא מבוטל של  
24 פורומים נוספים, ורשומים אליה כ- 3,800 חברים). לטענת התובעות הפעילויות  
25 המבוצעות באתר הנתבעים בכלל, ובפורומים הללו בפרט, מהוות הפרות של זכויות  
26 היוצרים בסרטים שבבעלותן או בבעלות מרשיהם – הפרות להן אחראים לא רק בעלי  
27 האתרים המפריס והגולשים המציבים את הקישורים לאתרים המפריס, אלא גם  
28 הנתבעים.

29

30

### התנהלות ההליך

31

- 32 8. במסגרת הסדר דיוני שהושג במהלך הדיון בבקשה למתן צו מניעה זמני (בקשה שנידונה  
33 לפני השופט מאיר יפרח), הסכימו הנתבעים להסיר בתוך 48 שעות קישורים לאתרים  
34 מפריס, בכפוף לקבלת הודעה מהתובעות. התובעות הבהירו, עם זאת, כי אין הן מוכנות



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטר.נט בע"מ ואח'

- 1 להגיע להסדר פשרה המבוסס על הנוהל הידוע בכינויו "הודעה והסרה" (notice & take  
2 down). לשיטתן הנטל לוודא שלא מצויים קישורים לאתרים מפרים בפורומים שבאתר  
3 רוטר.נט מוטל על הנתבעים, והתובעות אינן מחויבות בהשקעת המשאבים הדרושים על  
4 מנת להבטיח שלא מתבצעות הפרות כאמור באתר הנתבעים.  
5  
6 9. במהלך הדיונים בתיק הגיעו הצדדים להסכמות שמטרתן מיקוד הדיון במחלוקת  
7 המשפטית העקרונית שנפלה בין הצדדים. מחלוקת זו היא, כאמור, שאלת היקף  
8 האחריות של בעלי אתרים לקישורים לאתרים מפרים שמוצבים בפורומים המתנהלים  
9 באתר. לצורך כך הגיעו הצדדים לרשימת פלוגתאות ומוסכמות, המצמצמת את  
10 המחלוקות העובדתיות ביניהם. כן הסכימו התובעות לוותר, במסגרת ההליכים  
11 הנוכחיים, על הדרישה לסעד כספי בגין הפרות העבר, ולהסתפק בבקשה לסעד של ציווי  
12 ביחס לעתיד.  
13  
14 10. לאור ההסכמות הדיוניות שבין הצדדים הוגש בתיק רק תצהיר של הנתבע 2 (מר ישעיהו  
15 רוטר) ביחס להיקף הפעילות באתר רוטר.נט והיקף הפעילות בפורומים "הורדות"  
16 ו"סרטים". מר רוטר לא נחקר על תצהירו. כן הוגשו בתיק חוות דעת בשאלת יכולתם של  
17 בעלי אתרים לבצע ניטור של תכנים המפרים זכויות יוצרים: חוות-דעת מטעם התובעים,  
18 אשר נכתבה על ידי מר ניר פסי, הוגשה ביום 10.1.2010 (להלן: "**חוות הדעת מטעם**  
19 **התובעים**"); חוות הדעת מטעם הנתבעים, אשר נכתבה על ידי מר משה הלוי, הוגשה ביום  
20 4.2.2010 (להלן: "**חוות הדעת מטעם הנתבעים**"). שני המומחים, שלא הסתירו את  
21 קשרי העבודה שלהם עם הצדדים, לא נחקרו על חוות דעותיהם. על רקע עובדתי זה הגישו  
22 הצדדים את סיכומיהם המפורטים ומאירי העיניים.

### טיעוני הצדדים בסיכומיהם

#### תמצית טענות התובעות

- 25 11. ליבת טענות התובעות היא שחלק מן הפורומים באתר רוטר.נט נועדו לעודד ולסייע  
26 בהחלפת תכנים מפרים בין המשתמשים באתר. התובעות מצביעות על הפורומים  
27 "הורדות" ו- "סרטים" בהם מתאפשר לגולשים, ללא כל הפרעה מצד הנתבעים, להעלות  
28 קישורים לתכנים מפרים. לשיטת התובעות בכך יש משום "עצימת עיניים" מצד הנתבעים  
29 "להפרות המתבצעות בחצריהם ובעידודם". להמחשת חומרת העניין נעזרים באי כוח  
30 התובעות באנלוגיה לעבירות סמים: "... לו בעל מזנון היה מאפשר לקטינים [ולבגירים]  
31 לשבת במזנון, ליהנות ממוסיקה, שתייה ומזון וכן "להעלים עין" מכך שהם מעשנים



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטר.נט בע"מ ואח'

- 1 סמים במקום או חמור מכך סוחרים בסמים במקום – האם או אז היתה קמה לבעל  
2 המזנון טענת הגנה שאין לו אחריות למעשי האורחים?."  
3  
4 12. ככל שמופעל באתר מנגנון "הודעה והסרה" הרי שהוא אינו יעיל משום שמטרתו היא להגן  
5 על מזיק תמים, ואילו תכלית הפורומים "הורדות" ו- "סרטים" היא לשמש להורדת  
6 סרטים באופן המפר זכויות יוצרים. במקרה של אתר רוטר.נט נוהל האתר האוסר על  
7 פגיעה בזכויות יוצרים משמש כעלה התאנה, מה גם שהמנגנון אינו מתאים להיקף ההפרה  
8 הבוטה המתבצע באתר. זאת ועוד, גם אם ייקבע כי נוהל ה"הודעה וההסרה" עליו מצהיר  
9 האתר הוא נוהל תקין, הרי שהנתבעים לא עמדו בו. התובעת 1 פנתה לנתבעים פעמים  
10 רבות (החל משנת 2003 ועד שנת 2008), ודרשה מהם להפסיק את הפעילות המפרה.  
11 הנתבעים התעלמו מהפניות והמשיכו להפיץ קבצים מפרי זכויות יוצרים.  
12  
13 13. הנטל למניעת ההפרות מוטל על הנתבעים וקיימת בידם היכולת הטכנולוגית לעשות כן.  
14 התובעות מבקשות מבית המשפט לדחות את חוות הדעת מטעם הנתבעים, ולאמץ את  
15 חוות הדעת מטעם התובעים. לפי חוות הדעת מטעם התובעים ניתן למנוע הפרות על-ידי  
16 התקנת מערכות ניטור מידע, וזאת בעלות נמוכה. לראיה, מנהלי האתר ניטרו תכנים  
17 הנתפסים בעיניהם כלא מוסריים בחלק ה"חדשותי" של האתר. בנוסף נטען כי באתר  
18 עובדים כמאה אנשים (מנהלי פורומים, סגניהם ועוד), כך שיש בידם לפקח על ההפרות.  
19  
20 14. לבסוף נטען כי הנתבעים מתעשרים שלא כדין על חשבון התובעות. הגלישה בפורומים  
21 כרוכה בתשלום בסך של 20 ₪ לחודש, ועיקר הכנסות האתר מגיעות לנתבעים בזכות  
22 הפורומים הסגורים באתר. התובעות ויתרו על הסעד הכספי בתביעה, אולם הן אינן  
23 מוותרות על הדיון העקרוני בשאלת ההתעשרות על חשבונן.

### 24 תמצית טענות הנתבעים

- 25 15. במישור העובדתי נטען כי אין באתר סרטים, תוכניות טלוויזיה או תוכנות להורדה.  
26 הגולשים אינם יכולים להעלות לאתר קבצים בנפח גדול משום שקיימת מגבלת מקום.  
27 לכל היותר מדובר בהעלאת קישורים לאתרים חיצוניים בהם קיימים התכנים המפריים.  
28 את הקישורים מעלים לאתר הגולשים, לפיכך, האחריות על ההפרה מוטלת עליהם.  
29 לנתבעים אין ולא יכולה להיות שליטה ממשית ל"סנן" תכנים מפריים. לאתר מנהלים  
30 האחראים בלעדית על הנעשה בפורומים. הכלים הטכנולוגיים, ככל שקיימים, אינם  
31 יעילים ומכבידים על האתר – וממילא נדרשת התערבות אנושית. הנתבעים טוענים כי הם  
32 מפעילים את נוהל ה"הודעה וההסרה" ככל שמגיעות אליהם פניות על הפרות של זכויות  
33 יוצרים. הנתבעים דוחים את הטענה כי התובעות פנו אליהם פעמים רבות בעבר. רק פנייה



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 אחת מתועדת בכתב (משנת 2003). בנוסף טענו כי "כולם עושים את זה...". הנתבעים  
2 מפנים אצבע לאתרים "גדולים" ומוכרים כגון: "נענע", "Ynet" ועוד.  
3  
4 16. במישור המשפטי נטען כי אין על בעל ומפעיל אתר חובה לבצע מראש סינון של תכנים  
5 מפריס, אלא ניתן להסתפק בהסרת תכנים מפריס בדיעבד על פי נוהל "הודעה והסרה".  
6 הנתבעים הפנו תשומת הלב למספר פסקי-דין התומכים בגישתם, ובכלל זה ת"א (מחוזי  
7 ת"א) 1559/05 גלעד נ' נטוויז'ן (ניתן ב- 23.7.2009 ע"י השופט ניסים ישעיה); ת"א (שלום  
8 ת"א) 64045/04 "על השולחן" מרכז גסטרונומי בע"מ נ' אורט ישראל (ניתן ב- 10.5.2007  
9 ע"י השופטת אביגיל כהן). לפיכך אין ממש גם בטענת ההתעשרות שלא כדין. הנתבעים  
10 פועלים כדין, וככל שמודיעים להם על הפרה הם פועלים להסירה.

### השלמת טיעונים לאחר הסיכומים

- 11  
12  
13 17. ביום 20.6.2011, לאחר הגשת הסיכומים בתיק, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון  
14 בע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ  
15 (להלן: "עניין האוניברסיטה העברית נ' שוקן"). מאחר שסברתי כי לפסק דין זה השלכות  
16 חשובות על ההכרעה בשאלה המשפטית העקרונית שהונחה לפתחי, אפשרתי לבאי כוח  
17 הצדדים להגיש השלמות לטיעוניהם המתייחסות לפסק דין זה. באי כוח הצדדים עשו כן,  
18 כאשר כל אחד מהם סבר כי פסק הדין מעניק חיזוק לטיעונו ולעמדתו: באי כוח  
19 התובעים בשל כך שפסק הדין נותן גושפנקא של בית המשפט העליון להכרה בדוקטרינת  
20 האחריות התורמת במסגרת דיני זכויות היוצרים; באי כוח הנתבעים מהטעם שפסק הדין  
21 שלל את האפשרות להטיל אחריות ישירה על מי שבחצרו בוצעה הפרה של זכויות  
22 יוצרים, והגביל את אחריותו מכוח הדוקטרינה של הפרה תורמת למקרים חריגים בלבד,  
23 שלשיטתו ענייננו איננו בא בגדרם.

### דיון והכרעה

- 24  
25 18. הסוגיה העקרונית בה נדרשת הכרעתי מהווה חלק מדיון רחב יותר העוסק בשאלת היקף  
26 האחריות הרצוי של גורמי ביניים (Intermediaries). לתחום זה חשיבות עצומה מהטעם  
27 הפשוט שלעיתים קרובות בעל הזכות שנפגעה יכול אומנם, מבחינה משפטית-עיונית,  
28 לתבוע את המזיק הישיר, אולם באופן מעשי תביעה זו אינה בת מימוש במקרה הרע, או  
29 נהנית מאפקטיביות חלקית במקרה הטוב. לעומת זאת, גורם הביניים נגיש מאד לתביעה,  
30 ובמקרים רבים גם יכול לשמש כמונע נזק טוב ויעיל. הקושי המרכזי בו נתקל בעל הזכות  
31 מול גורם הביניים הוא דווקא במישור המשפטי-העיוני: האם הדין מכיר באפשרות לתבוע



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 את גורם הביניים? מהם התנאים להכרה באחריותו של גורם הביניים? מהן ההגנות  
2 העומדות לאותו גורם הביניים? שאלות אלו, הנבחנות בנפרד ביחס לכל גורם ביניים, אינן  
3 פשוטות כלל ועיקר. כנגד שאיפתו הלגיטימית של בעל הזכות למצוא דרכים מעשיות  
4 ואפקטיביות להגנה על זכותו עומדים שניים: ראשית, האינטרס הפרטי של גורם הביניים  
5 לספק את השירות המסוים בו בחר, מבלי שיאלץ לספק שירות נלווה של מניעת פגיעה  
6 בבעל הזכות; שנית, האינטרס החברתי שלא לצנן פעילות חברתית רצויה, באמצעות  
7 יצירת מנגנוני אחריות ופיקוח יקרים.
- 8
- 9 19. והמקרה שלפנינו ידגים: מאבקן של התובעות נגד הפצה באמצעות האינטרנט של  
10 העתקים פיראטיים מהיצירות שבבעלותן או שהן מופקדות על הגנתן הוא מאבק לגיטימי  
11 וראוי, הזוכה לסיוע מערכת המשפט. ככל שמאבק זה מתמקד במזיקים המיידים – בעלי  
12 אתרים המעלים או נוטלים יצירות מפרות שלא כדין או גולשים המורידים את העותקים  
13 המפרים למחשב הפרטי שלהם – המלחמה נראית לא רק סיזיפית כי אם גם חסרת כל  
14 סיכוי. במצב דברים זה, רצונם של בעלי זכויות היוצרים לאתר גורמי ביניים, היכולים  
15 למנוע, ולמצער להפחית, את היקף הפגיעה בזכויותיהם הוא מובן ומתבקש. ואכן, בעלי  
16 ומנהלי פורומים שייכים לאותם גורמי ביניים שיתכן מאד כי הטלת אחריות עליהם תסייע  
17 לצמצם, במידה כזו או אחרת, את היקף ההפרות של זכויות יוצרים המבוצעות  
18 באינטרנט. ואולם, התועלת שניתן להפיק מהטלת אחריות על בעלי אתרים ומנהלי  
19 פורומים בגין הפרות של זכויות יוצרים המתבצעות במסגרת הפורום לו הם אחראים,  
20 אינה מושגת ללא עלות. עלות זו היא כפולה: מבחינת בעלי אתרים ומנהלי פורומים היא  
21 גורמת לכך שמוטל עליהם נטל לספק שירות של ניטור וסינון שאין להם עניין לבצע;  
22 מבחינה חברתית העלויות המרכזיות הן הפגיעה בחופש הביטוי של משתמשים בפורומים  
23 אינטרנטיים, העלות שתתווסף להפעלתם של פורומים, והאפקט המצנן (chilling effect)  
24 על הפעילות במסגרתם (לדיון מקיף בשיקולי המדיניות השונים בהקשר בו עסקינן ראו  
25 ניבה אלקין-קורן, "המתווכים החדשים" בכיכר השוק" הווירטואלית", **משפט וממשל** ו  
26 (תשס"ג) 381, 387 - 393 (להלן: "אלקין-קורן").
- 27
- 28 20. חשיבותה הרבה של השאלה מהו היקף האחריות של גורמי ביניים בתחום האינטרנט  
29 הביאה לכך שבמדינות רבות הנושא מוסדר באמצעות חקיקה. בארצות הברית נעשה  
30 הדבר באמצעות ה- Online Copyright Infringement Liability Limitation Act  
31 שחוקק כסעיף 512 ב- Digital Millennium Copyright Act of 1998 (להלן: "DMC")  
32 (512). באיחוד האירופי ניתנה התייחסות לסוגיה של אחריות גורמי ביניים באינטרנט  
33 במסגרת Directive 2000/31/EC of The European Parliament and The Council of  
34 8 June, 2000 (להלן: "הדירקטיבה האירופית"). יצוין עם זאת כי הדירקטיבה



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 האירופית לא הסדירה את הנושא של אחריות לקישורים ולמנועי חיפוש, וכנגזר מכך היא  
2 אינה נוקטת עמדה חדה בנושא בו עסקינן (לדיון בהסדרים המדינתיים בנושא של אחריות  
3 לקישורים ולמנועי חיפוש באיחוד האירופי ראו Market/2006/09/E "Study on the  
4 Liability of Internet Intermediaries" (12<sup>th</sup> November 2007) in  
5 [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/study/liability/final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf)  
6 (last visited 7/8/2011) at pp. 17-20, 86 – 99). לסקירת החוק והפסיקה בנושא בו  
7 עסקינן במשפט המשווה ראו רחל אלקלעי, "אחריותו האזרחית של ספק שירותי  
8 האינטרנט להעברת מידע מזיק", **המשפט** ו (תשס"א) 151; **אלקין-קורן**, בעמ' 393 – 402;  
9 טוני גרינמן, **זכויות יוצרים** (מהדורה שנייה, התשס"ט) 697-747 (להלן: "גריינמן").  
10  
11 21. הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח – 2008, אשר הוגשה מטעם הממשלה, מסדירה  
12 בין היתר את הנושא בו עסקינן. סעיף 7 להצעת החוק מגדיר את המונח "**ספק שירותי**  
13 **אינטרנט**", ככולל בין השאר, ספק של "**שירות אירוח**", כאשר המונח "**שירות אירוח**  
14 **(Hosting)**" הוגדר ככולל "**הצגה, באמצעות האינטרנט של נותן השירות, של מידע**  
15 **שנמסר לו לשם העלאתו לרשת תקשורת אלקטרונית**" וכן "**מתן אפשרות לאתר באופן**  
16 **אלקטרוני מידע המצוי ברשת תקשורת אלקטרונית**". הגדרה זו רחבה דיה כדי לכלול  
17 במסגרתה גם בעלי אתרים המקיימים פורומים של גולשים, ולפיכך הם מהווים "**ספק**  
18 **שירותי אינטרנט**" לעניין הצעת החוק. סעיף 10 להצעת החוק קובע "**סייג לאחריות בשל**  
19 **מתן שירותי אירוח**", המורה כי בהתקיימות תנאים מסוימים "**ספק שירותי אינטרנט לא**  
20 **יישא באחריות אזרחית בשל מתן שירותי אירוח, לגבי מידע שהועלה לרשת תקשורת**  
21 **אלקטרונית בידי אדם אחר**" (התנאים הם, בתמצית, העדר ידיעה מצד הספק על כך  
22 שהצבת המידע מהווה עוולה, מפיץ המידע לא פעל מטעמו של הספק ואינו נתון לשליטתו,  
23 והסרת המידע בהתאם לנוהל של "הודעה והסרה" הקבוע בסעיף 10(א)(3) להצעת החוק).  
24 הצעת חוק זה אושרה בקריאה ראשונה בכנסת הקודמת, אולם דין הרציפות לא הוחל  
25 עליה, והיא ירדה מהפרק. באחרונה הוגשה הצעה בשנית על ידי חה"כ מאיר שטרית,  
26 כהצעת חוק פרטית (פ/3418/18) שהוגשה ביום 25.7.2011). מטבע הדברים לא יכולה הצעת  
27 חוק מסחר אלקטרוני, בשלב הנוכחי, לשמש בסיס להכרעה משפטית בסוגיה שבפני.  
28  
29 22. דוק, כפי שהודגש, האיזון שבין התועלת לאכיפת זכויות היוצרים לבין העלויות הפרטיות  
30 והחברתיות של הטלת אחריות על גורם הביניים היא מהלך מורכב. יתכן מאד שגם בארץ  
31 רצוי היה שמהלך זה יעשה על ידי המחוקק. ואולם "**בהיעדר נורמות משפטיות ייחודיות**  
32 **להסדרת האחריות המשפטית לתוכן המופץ באינטרנט, יחולו כללי המשפט הפרטי**"  
33 **(אלקין-קורן, בע' 402)**. אכן, העדר הסדר חקיקתי ישראלי, אינו יכול להצדיק, במקרה





## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 זה, הימנעות מהתמודדות עם השאלה המשפטית הניצבת לפני. ככלות הכל – הימנעות כזו  
2 היא נקיטת עמדה בדיוק כמו כל החלטה שיפוטית אחרת. יחד עם זאת בהפעילנו את כללי  
3 המשפט הפרטי מן הראוי שניתן דעתנו לאזהרתה של פרופ' אלקין-קורן בהמשך דבריה כי  
4 "החלתם של עקרונות המשפט הפרטי, בלא רגישות לצרכים המיוחדים של סביבת  
5 המידע המתקשבת, עלולה אפוא להגביל את חופש הביטוי ברשת ולחזק את מגמות  
6 הריכוזיות בסביבה זו" (שם, בע' 403).
- 7
- 8 23. ויובהר, הן דברי החקיקה הזרים, והן הצעת החוק הישראלית, עוסקים בשאלה הכללית  
9 של היקף אחריותו האזרחית של ספק שירותי אינטרנט. בכך הם כורכים יחדיו הן את  
10 האחריות לעוולות נזיקיות כגון לשון הרע ופגיעה בפרטיות, והן את האחריות להפרות של  
11 דיני הקניין הרוחני. יתכן מאד שכך ראוי לעשות. ואולם, מאחר שבמסגרת המשפט הפרטי  
12 הדיון בשאלת היקף האחריות בכל אחד מהתחומים הללו התפתח במסגרת מערכת דינים  
13 נפרדת (הראשון, בתחום דיני הנזיקין והשני בתחום דיני הקניין הרוחני), אין מנוס  
14 מבחינת הסוגיה שלפנינו באמצעות הכלים המשפטיים הנוגעים אליה. להשלמת התמונה  
15 אציין כי בתחום המשיק של אחריות ספקי שירותי אינטרנט בגין לשון הרע ופגיעה  
16 בפרטיות ניתנו מספר פסקי דין מעניינים בבתי משפט השלום (ראו, למשל, ת"א (שלום  
17 ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלריד (ניתן ב- 1.8.2005 ע"י השופטת רות רונן; ת"א (כפר-  
18 סבא) 7830/00 בורוכוב ארנון נ' פורן אלישי (ניתן ב- 14.7.2000 ע"י השופט רמי אמיר);  
19 ת"א (ראשון לציון) 5844-07 וינטרוב נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ (ניתן ב-  
20 3.12.2009 ע"י השופט אורן שוורץ). פסקי דין אלו, נסמכים, בין השאר על פרשנות דינים  
21 ספציפיים (לדוגמא, פרשנות סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה - 1965 הדן  
22 באחריות "עורך אמצעי תקשורת"), ומבחינה זו אין הם ישימים לענייננו. עם זאת שיקולי  
23 המדיניות בשתי הסוגיות הם קרובים, ואין להתפלא כי התוצאות אליהן הגיעו בתי  
24 המשפט במקרים הללו קרובות ברוחן לתוצאות פסק דין זה.
- 25
- 26 24. בזכרנו את הדילמה היסודית העומדת לפנינו, נפנה אם כך לבחון כיצד יש להפעיל את  
27 הנורמות הכלליות של המשפט הפרטי, וביתר דיוק את הנורמות הנוגעות לדיני הקניין  
28 הרוחני, על שאלת אחריותו של בעל אתר להימצאות קישורים לאתרים מפרים.
- 29 שתי החלופות להטלת אחריות על בעל אתר: אחריות להפרה ישירה ואחריות להפרה תורמת
- 30 25. הדיון בשאלה שלפנינו מחייב לבחון שתי אפשרויות חלופיות להטלת אחריות על בעל אתר  
31 בשל הימצאות קישורים לאתרים מפרים באחד או יותר מהפורומים המתנהלים באתר  
32 שבבעלותו:



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

1 א. קו טיעון הראשון להטלת אחריות על בעל האתר מבוסס על הטענה שעצם  
2 הימצאותו של קישור לאתר מפר מהווה, כשלעצמו, הפרה של זכות היוצרים  
3 ביצירה. קו טיעון זה מבקש להרחיב את היקף ההגנה שניתנת לזכות היוצרים,  
4 ולהחילה לא רק כלפי האתר המפר, אלא גם כלפי מי שמפנה גולשים אל האתר  
5 המפר. אם יתקבל קו טיעון זה, כי אז היקף האחריות המוטל על בעל האתר המפנה  
6 הוא רחב, ומקביל לזה של בעל האתר המפר. בין השאר משמעות הדבר היא הטלת  
7 אחריות ללא צורך, בהוכחת יסוד של ידיעה או אשם, וזאת בכפוף להגנות כגון  
8 סעיף 58 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח – 2007 ("מפר תמים"). להן יכונה קו טיעון  
9 זה "הטלת אחריות להפרה ישירה".

10  
11 ב. קו טיעון חלופי להטלת אחריות על בעל האתר מבוסס על הטענה שמעשיו או  
12 מחדליו של בעל האתר עולים כדי "הפרה תורמת" (Contributory Infringement)  
13 של זכות היוצרים, כלומר שהוא אומנם "אינו מבצע את ההפרה בעצמו, אך הוא  
14 מאפשר ומתיר את פעילותו המפרה של גורם אחר, או אף מסייע ומעודד את אותה  
15 הפעילות" (פס"ד האוניברסיטה העברית נ' שוקן, פסקה 11). אם יתקבל קו טיעון  
16 זה, הרי היקף האחריות של בעל האתר יהיה מוגבל. הוא לא יישא באחריות לכל  
17 מקרה בו מצוי קישור לאתר מפר בפורום הפועל באתר, אלא רק אם יתקיימו בו  
18 התנאים שנקבעו בפסיקה להטלת אחריות בגין הפרה תורמת. תנאים אלו, אקדים  
19 ואומר, תלויים בידיעה ברמה כזו או אחרת, ומכאן שאין הם בגדר אחריות  
20 מוחלטת. להלן יכונה קו טיעון זה "הטלת אחריות בגין הפרה תורמת".

### 21 הטלת אחריות להפרה ישירה על בעל אתר בגין קישור לאתר מפר

22 26. הטלת אחריות ישירה להפרת זכות יוצרים על בעל אתר מחייבת קביעה כי באתר בוצעה  
23 פעולה המהווה הפרה של זכות יוצרים לפי סעיף 47 לחוק זכות יוצרים. סעיף זה קובע  
24 כדלהלן:

25  
26 "העושה ביצירה פעולה מהפעולות המפורטות בסעיף 11, או מרשה לאחר לעשות  
27 פעולה כאמור, בלא רשותו של בעל זכות היוצרים, מפר את זכות היוצרים, אלא אם  
28 כן עשיית הפעולה מותרת לפי הוראות פרק ד".

29  
30 27. לפיכך, שאלת המפתח בבואנו לבחון האם ניתן להטיל אחריות ישירה על בעל אתר בגין  
31 קיום קישור לאתר מפר היא האם הצבת הקישור באתר מהווה פעולה מהפעולות  
32 המפורטות בסעיף 11 לחוק זכות יוצרים? ודוק, ככל שהתשובה לשאלה זו היא חיובית,



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

1 יהיה מקום לבחון שאלה נוספת, והיא האם ניתן לראות בבעל האתר מבצע של הפעולה,  
2 או, למצער, מי שהרשה לאחר לעשות את הפעולה. לעומת זאת אם התשובה לשאלת  
3 המפתח היא שלילית, ממילא אין בעל האתר נושא באחריות להפרה ישירה, וזאת בין אם  
4 הצבת הקישור לאתר המפר נעשתה ברשותו ובין אם לאו.

5  
6 28. סעיף 11 לחוק זכות יוצרים מונה שבע פעולות המגדירות מהו "אגד הזכויות" הכלול  
7 בזכות היוצרים: העתקה, פרסום, ביצוע פומבי, שידור, העמדה לרשות הציבור, עשיית  
8 יצירה נגזרת והשכרה. מבין הפעולות הללו, היחידה שניתן לטעון לגביה שהיא מבוצעת  
9 בעצם יצירת קישור לאתר מפר, בדרך שהדבר נעשה בענייננו, היא "העמדה לרשות  
10 הציבור". חלופה זו מוגדרת בסעיף 15 לחוק זכות יוצרים, באופן הבא:

11  
12 **"העמדה של יצירה לרשות הציבור היא עשיית פעולה ביצירה כך שלאנשים מקרב**  
13 **הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם".**

14  
15 29. עיון בהגדרה שמשפק המחוקק הישראלי בסעיף 15 לחוק מוביל למסקנה כי עצם יצירת  
16 קישור המעביר את הגולש ישירות לאתר המפר (בין אם לעמוד הבית ובין אם לעמוד  
17 פנימי) אינו מהווה "העמדה לרשות הציבור" (הנתבעות אינן מבצעות "מסגור"  
18 Framing), ולפיכך אמנע מהתייחסות לסוגיות הקשורות לפעולה זו). ראשית, עצם יצירת  
19 הקישור לאתר המפר, אינו בגדר "עשיית פעולה ביצירה"; שנית, הקישור כשלעצמו  
20 אומנם מקל על אנשים מקרב הציבור לאתר את היצירה המפרה, אך אין הוא זה שיוצר  
21 את אפשרות הגישה. במילים אחרות, היצירה כבר הועמדה לרשות הציבור בידי האתר  
22 המפר, ועל כן הקישור לאותו אתר לבדו אינו יכול להוות "העמדה לרשות הציבור".  
23 תוצאה זו לא רק שהיא מתבקשת מלשון החוק, אלא היא גם רצויה מבחינת שיקולי  
24 המדיניות. כך, למשל, היא מגנה על יוצרי קישורים מפני האפשרות שתוטל עליהם  
25 אחריות בגין הפרות שהתרחשו באתר המפר ללא ידיעתם, ובכלל זה הפרות שנעשו לאחר  
26 היווצרות הקישור. השוו לעניין זה להנמקתו המפורסמת של השופט Whyte בעניין  
27 *Religious Technology Center v. Netcom, Inc.* 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal.,  
28 1995), אשר שלל קיומה של הפרה ישירה במקרה שלפנינו, תוך שהוא מציין כי:

29  
30 **"... it does not make sense to adopt a rule that could lead to the**  
31 **liability of countless parties whose role in the infringement is**  
32 **nothing more than setting up and operating a system that is**  
33 **necessary for the functioning of the Internet".**



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

1 (וראו גם רחל ארידור-הרשקוביץ "מביצוע פומבי להעמדה לרשות הציבור: חידוש או  
2 בלבול תחת הדין החדש" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים (מיכאל בירנהק  
3 וגיא פסח עורכים, תשס"ט) 405, 421 – 423; גריינמן, בע' 706 - 714).

4  
5 30. למסקנה זהה הגיע גם בית המשפט לערעורים בארצות הברית בעניין *Perfect 10 v.*  
6 *Amazon.Com Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) (להלן: "עניין Amazon"). באותו  
7 מקרה נטען כי קישור לאתר מפר באמצעות מנוע החיפוש של Google (בו נעשה שימוש  
8 באתר Amazon) עשוי להוות, כשלעצמו, הפרה ישירה של זכות יוצרים. על כך השיבו  
9 שופטי ה-9<sup>th</sup> Circuit בדברים הבאים:

10  
11 **"... Google provides HTML instructions that direct a user's**  
12 **browser to a website publisher's computer that stores the full-**  
13 **size photographic image. Providing these HTML instructions is**  
14 **not equivalent to showing a copy. First, the HTML instructions**  
15 **are lines of text, not a photographic image. Second, HTML**  
16 **instructions do not themselves cause infringing images to appear**  
17 **on the user's computer screen. The HTML merely gives the**  
18 **address of the image to the user's browser. The browser then**  
19 **interacts with the computer that stores the infringing image. It is**  
20 **this interaction that causes an infringing image to appear on the**  
21 **user's computer screen. Google may facilitate the user's access to**  
22 **infringing images. However, such assistance raises only**  
23 **contributory liability issues (...) and does not constitute direct**  
24 **infringement of the copyright owner's display rights."**

25  
26 31. להשלמת התמונה ראוי לציין כי ישנם מקרים בהם יצירת קישור לאתר המפר כרוכה  
27 בביצוע פעולות נוספות, העלולות להוות פעולה אסורה אחרת מבין אלו המנויות בסעיף 11  
28 לחוק זכות יוצרים. כך, למשל, מנועי חיפוש מסוימים, כדוגמת Google, מציגים את  
29 תוצאות החיפוש בליווי תמונה מוקטנת (Thumbnail) של תוצאת החיפוש, ואף שומרים  
30 אצלם עותק של דפי האינטרנט בהם בוצע חיפוש (Cache). כתוצאה מכך לעצם יצירת  
31 הקישור לאתר מפר עלולה להתלוות במקרים אלו גם פעולה של העתקת היצירה ושל



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

1 שידור לציבור. פעולות נלוות אלו עלולות להוות הפרה נפרדת של זכות היוצרים, ולעורר  
2 קושי לא מבוטל. ראו, לעניין זה, ההתדיינות בעניין *Amazon*, בה נפסק, במסגרת דיון בצו  
3 מניעה זמני, כי למרות שפעולות Google מהוות ככל הנראה הפרה של זכות יוצרים, הן  
4 חוסות תחת ההגנה של "שימוש הוגן".  
5  
6 32. המסקנה המתבקשת היא, איפוא, כי לא ניתן ליחס לנתבעות אחריות ישירה בגין קיומו  
7 של קישור לאתר מפר בפרום זה או אחר המתנהל באתר שבבעלותן.

### 8 הטלת אחריות בגין הפרה תורמת על בעל אתר בגין קישור לאתר מפר

9 33. האפשרות להטיל במסגרת המשפט הישראלי אחריות בגין הפרה תורמת בדיני זכויות  
10 יוצרים הייתה, עד לאחרונה, שרויה בערפל מסוים. בדומה לדין האמריקאי, נמנע  
11 המחוקק הישראלי מלהסדיר במפורש עניין זה, אולם בשונה מהדין האמריקאי, בו  
12 התפתחה בנושא הלכה פסוקה, התייחסות הפסיקה הישראלית לנושא, עד לאחרונה,  
13 הייתה דלה (ההלכות המרכזיות של בית המשפט העליון האמריקאי בנושא של  
14 *Contributory Infringement* "הן *Sony Corp. v. Universal Studios, Inc.*, 464 U.S.  
15 417 (1984); *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S.  
16 913 (2005). לסקירת ההלכה בדין האמריקאי ראו *Nimmer on Copyright*, Sec.  
17 12.04 (2011). לדיון בעילה בדין הישראלי קודם להלכת **האוניברסיטה העברית נ' שוקן**  
18 ראו מיכאל בירנהק, "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" **טכנולוגיות של**  
19 **צדק – משפט מדע וחברה** (שי לביא עורך, תשס"ג) 169, 174, 177 – 179 (להלן:  
20 "בירנהק"). מאמרו של פרופ' בירנהק נכתב בעקבות ע"א 1636/98 **רב בריח נ' בית מסחר**  
21 **לאביזרי רכב חבשוש**, פ"ד נה(5) 357 (2001) בו הוכרה הדוקטרינה של "הפרה תורמת"  
22 בהקשר של דיני פטנטים, ותוך הערכה, שהתבררה בדיעבד כמוצדקת, כי "העוולה  
23 החדשה נולדה בבית הגידול של דיני הפטנטים, אולם יש להניח שהיא תתפשט עד  
24 מהרה גם לבית שכן, זה של דיני זכויות יוצרים" (שם, בע' 174).

25  
26 34. זכותי, וזמן קצר לפני שהגיע שעתו של פסק דין זה להיכתב, יצאה מלפני בית המשפט  
27 העליון הלכה ביחס לתחולתה של דוקטרינת ההפרה התורמת בתחום דיני זכויות  
28 היוצרים. בפסק דינו החשוב והתקדימי בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן** קבע בית  
29 המשפט העליון, מפי המשנה לנשיאה, השופט אליעזר ריבלין, הן את תחולתה של  
30 דוקטרינת ההפרה התורמת בתחום דיני זכויות היוצרים, והן את התנאים להחלתה. להלן  
31 אסקור בקצרה את עיקרי ההלכה שנקבעה בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן**, ולאחר



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 מכן אפנה ליישמה על השאלה שלפני – שאלה שאומנם לא עמדה בפני בית המשפט העליון  
2 באותו מקרה, אך למקרא פסק הדין לא יכול להיות ספק כי הייתה לנגד עיניו (ראו  
3 במיוחד פסקאות 15, 24 – 26 בפסק דינו של השופט ריבלין).
- 4 ההכרה בדוקטרינת ההפרה התורמת בדיני זכויות יוצרים – הלכת האוניברסיטה העברית נ' שוקן
- 5 35. פסק הדין בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן**, עסק בשאלת אחריותו של בעל  
6 מקרקעין להפרות של זכויות יוצרים המתרחשות במקרקעין שבשליטתו. וביתר פירוט:  
7 שאלת אחריותה של האוניברסיטה העברית בירושלים (להלן: "**האוניברסיטה העברית**")  
8 להפרת זכויות היוצרים בספר "יפן המסורתית", מאת פרופ' בן עמי שילוני, בשל כך  
9 שהעתקים מפרים שלו נמכרו בקמפוס הר הצופים כ"מקראה" לסטודנטים, על ידי יו"ר  
10 תא סטודנטיאלי המזוהה עם מפלגת העבודה הישראלית (להלן: "**מוכר העותקים**  
11 **המפרים**" ו"**מפלגת העבודה**"), בהתאמה.  
12
- 13 36. בית המשפט המחוזי (השופט יוסף שפירא) סבר כי האוניברסיטה העברית ומפלגת  
14 העבודה אינן נושאות באחריות ישירה או באחריות שילוחית להפרות שבוצעו על ידי מוכר  
15 העותקים המפרים. לפיכך האפשרות היחידה להטיל עליהן אחריות להפרות היא  
16 במסגרת הדוקטרינה של הפרה תורמת. בית המשפט המחוזי קבע כי דוקטרינה זו מוכרת  
17 בדין הישראלי גם בתחום זכויות היוצרים, וכי היא מאפשרת הטלת אחריות הן על  
18 האוניברסיטה העברית (בשל ידיעתה על מכירת חומר לימוד על ידי מוכר העותקים  
19 המפרים, והיותה מודעת לכך שיש נורמה של הפרת זכויות יוצרים במקרקעין המצויים  
20 בשליטתה על ידי גורמים המצויים בפיקוחה), והן על מפלגת העבודה (וזאת בשל  
21 המשאבים שהעמידה לרשות מוכר העותקים המפרים, והימנעותה מלפעול להפסקת  
22 ההפרה).  
23
- 24 37. מפלגת העבודה קיבלה עליה את הדין, ואולם האוניברסיטה העברית ערערה על האחריות  
25 שהוטלה עליה. בית המשפט העליון, בקבלו את הערעור, הבהיר כי מחד גיסא, דוקטרינת  
26 ה"הפרה התורמת" אכן קיימת בדיני זכויות היוצרים הישראליים, ואולם, מאידך גיסא,  
27 תחומיה צרים מאלו שהותוו על ידי בית המשפט המחוזי. לאור זאת התקבל הערעור,  
28 והאוניברסיטה העברית (אך לא מפלגת העבודה) הופטרה מאחריות למעשי מוכר  
29 העותקים המפרים.  
30
- 31 38. לעניין ההכרה בדוקטרינה של הפרה תורמת בתחום דיני זכויות היוצרים קבע בית  
32 המשפט העליון כי למרות שחוק זכות יוצרים, 1911 (החוק שחל ביחס להפרה שנידונה  
33 באותו עניין), כמו גם חוק זכות יוצרים, תשס"ח - 2007 (החוק החל בענייננו), מכירים



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 בהפרה תורמת רק באופן מוגבל (ראו סעיף 47 לחוק זכות יוצרים, תשס"ח - 2007), הרי  
2 שיש לה תחולה רחבה בתחום דיני זכויות היוצרים. הבסיס הסטטוטורי להחלה רחבה זו  
3 הוא סעיף 12 לפקודת הנזיקין ("לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה  
4 למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או  
5 מאשר אותם, יהא חב עליהם"), החל גם על הפרה של זכויות יוצרים, הן מכוח העיקרון  
6 הפרשני ש"פקודת הנזיקין חלה אף על עוולות שאינן קבועות בה" (עניין האוניברסיטה  
7 העברית נ' שוקן, פסקה 20), והן, לאחר חקיקת חוק זכות יוצרים, תשס"ח - 2007, מכוח  
8 סעיף 52 לחוק ("הפרה של זכות יוצרים או זכות מוסרית היא עוולה אזרחית, והוראות  
9 פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליה, בשינויים המחויבים ובכפוף להוראות חוק  
10 זה"). הבסיס העיוני להחלה זו הן תכליות דיני זכויות היוצרים: "הצורך בקידום  
11 האינטרס הציבורי והעשרת המגוון התרבותי, כמו גם השאיפה להגן על האינטרסים של  
12 היוצר ולגמול לו על עבודתו" המביאות למסקנה "שאינן מקום לאפשר לגורם אשר תרם  
13 באופן ניכר לקיומה של הפעילות המפרה, ויתכן שאף נהנה מהשימוש ביצירה, להתחמק  
14 מאחריות" (עניין האוניברסיטה העברית נ' שוקן, פסקה 14). בהמשך הדברים מדגיש  
15 השופט ריבלין כי ההכרה באחריות המפר התורם היא דרך ראויה להתגבר על הכשל  
16 שנוצר בעקבות "פיזורם של המפרים הישירים 'הקטנים'", בעיה ה"מתחזקת בעידן  
17 האינטרנט" (שם, פסקה 15).
- 18
- 19 39. הכרת בית המשפט העליון בדוקטרינה של הפרה תורמת נעשתה תוך מודעות לסיכונים  
20 הכרוכים בדוקטרינה. השופט ריבלין מזכיר הן את החשש כי "הכרה בהפרה תורמת  
21 תצמצם (למצער במידה מסויימת) את חופש הפעולה הקיים למשתמשים ואת עושר  
22 היצירות המצוי במרחב הציבורי", והן את הקושי ש"הכרה בהפרה תורמת עלולה להביא  
23 לחוסר וודאות בנוגע להיקף האחריות המוטל על גורמי-הביניים, כך שיווצר "אפקט  
24 מצנן" אשר עלול להרתיע אותם מלבצע פעילות רצויה מבחינה חברתית. קושי זה  
25 מתחזק, כך נטען, נוכח העובדה שדיני זכויות יוצרים מגינים על ביטויים, כך שקיים  
26 חשש לפגיעה בחופש הביטוי של אותם גורמי-הביניים" (שם, פסקאות 16 - 17). חששות  
27 אלו אינם מצדיקים, לפי העמדה שאימץ בית המשפט העליון, הימנעות מהכרה  
28 בדוקטרינה של הפרה תורמת, אולם "הם מכתיבים את יישומה הזהיר והמצומצם של  
29 דוקטרינה זו, רק בהתקיים תנאים ספציפיים ובאופן המוגבל למקרים חריגים בלבד"  
30 (שם, פסקה 19).
- 31
- 32 40. הזהירות באיזון בין שיקולי המדיניות המתנגשים מוצאת את ביטויה בעיצוב התנאים  
33 להכרה בקיומה של אחריות להפרה תורמת בדיני זכויות יוצרים. השופט ריבלין מבהיר כי  
34 הפרה תורמת תוכר רק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים:  
35



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטר.נט בע"מ ואח'

- 1 א. **קיומה בפועל של הפרה ישירה** – גורם הביניים אינו אחראי ישיר, ולפיכך אחריותו  
2 תקום רק אם **"התקיימה לפחות הפרה ישירה אחת בפועל"** (שם, פסקה 24).  
3
- 4 ב. **מודעותו של גורם הביניים לביצועה של ההפרה הישירה** – בהתבסס על הפסיקה  
5 הקיימת לעניין סעיף 12 לפקודת הנזיקין, נקבע כי אין להטיל אחריות על גורם  
6 הביניים **"אלא מקום בו ידע על קיומה של ההפרה"**. לא זו אף זו, השופט ריבלין  
7 מבהיר כי **"לא ניתן להסתפק בידיעה קונסטרוקטיבית בלבד, אלא יש לדרוש כי**  
8 **גורם-הביניים ידע בפועל על השימוש המפר שנעשה ביצירה המוגנת"**, וזאת לא  
9 בדיעבד, אלא כאשר קיימת אפשרות למנוע את ההפרה. עם זאת, לצורך גיבושה של  
10 ידיעה בפועל **"אין הכרח כי המפר-התורם ידע באופן ספציפי לגבי כל עותק מפר,**  
11 **אלא די בידיעתו בנוגע לקיומה של הפעילות המפרה"** (שם, פסקה 25).  
12
- 13 ג. **קיומה של תרומה ממשית ומשמעותית לביצוע ההפרה** – סעיף 12 לפקודת  
14 הנזיקין מונה מספר דרכים בהם יכול גורם הביניים לתרום לביצוע ההפרה  
15 (השתתפות במעשה, סיוע, ייעוץ, פיתוי, ציווי, הרשאה ואישור), וביחס לכל אחת  
16 מהם יש לבחון את מידת התרומה **"בהתאם לנסיבות המקרה, ובהתחשב – בין**  
17 **היתר – בפעולותיו של המפר, לרבות פעולות שנקט בכדי לעודד את קיום ההפרה;**  
18 **במידת מעורבותו בשרשרת האירועים שהובילה להפרה; וביכולתו בנסיבות**  
19 **המקרה למנוע באופן אפקטיבי את קיומה של ההפרה תוך נקיטת אמצעים**  
20 **סבירים"** (שם, בפסקה 26). ודוק, תרומה ממשית אינה מחייבת ש"פעולתו של  
21 גורם-הביניים היוותה תנאי הכרחי לביצוע ההפרה, אלא די בכך שהיה לו חלק  
22 אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת האירועים שהובילה אליה" (שם, שם). אינדיקציות  
23 רלוונטיות לשאלת התרומה הממשית הן הפעולות שנקט גורם הביניים לעודד את  
24 ביצוע ההפרה ויכולת הבקרה והפיקוח האפקטיביים של גורם הביניים.  
25
- 26 41. בבואו ליישם את ההנחיות האמורות ביחס למקרה שלפניו קבע בית המשפט העליון כי  
27 אין לייחס אחריות לאוניברסיטה העברית למעשי מוכר העותקים המפרים, בעיקר בשל  
28 אי התקיימות התנאי השלישי – העדר תרומה משמעותית לביצוע ההפרה. השופט ריבלין  
29 מציין כי **"האוניברסיטה לא פעלה באופן אקטיבי להאיץ או לקדם את ההפרה"** וכי **"לא**  
30 **יצרה באופן יעיל את התשתית לביצוע ההפרה או את האמצעים לקיומה"**. תרומת  
31 האוניברסיטה היא על דרך המחדל, וזאת בנסיבות בהן בית המשפט לא השתכנע כי היא  
32 מונעת הנזק הטובה ביותר. השופט ריבלין מציין כי קיים ספק גם ביחס למודעותה בפועל  
33 של האוניברסיטה להפרת זכויות התובעת בתחומה (להבדיל ממה שבית המשפט מכנה  
34 **"נורמה כללית ועמומה של הפרה"**), ולכך שהועתק ספר שלם (קרי, שלא מדובר בשימוש  
35 הוגן), אולם נמנע מלהכריע בעניין לאור מסקנתו ביחס ליסוד השלישי.





## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 42. על רקע הדברים הללו ייבחן להלן יישומה של ההלכה שנקבעה בעניין **האוניברסיטה**  
2 **העברית נ' שוקן** על שאלת אחריותם להפרה תורמת של בעלי אתרים לקישורים לאתרים  
3 מפריים במקרה הכללי, ובנסיבות התביעה הנוכחית.
- 4 אחריות בעל אתר בגין קישור לאתר מפר – המקרה הכללי
- 5 43. יישום שלושת התנאים שנקבעו בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן** ביחס לאחריותם  
6 של בעלי אתרים לקישורים לאתרים מופרים המוצבים על ידי הגולשים באחד הפרורמים  
7 שמתנהלים באתר מוביל למסקנה הבאה: אחריות בעל אתר להימצאות קישור לאתר מפר  
8 יכולה להתקיים בנסיבות מתאימות, אולם, למעט מצבים קיצוניים, היא מותנית בכך  
9 שנמסרה לבעל האתר התראה על הימצאות הקישור באתר שבעלותו, והוא נמנע מלפעול  
10 לגביה בהתאם לנוהל של "הודעה והסרה". אבהיר להלן הן את הכלל (העדר חבות, בכפוף  
11 לקיום נוהל של "הודעה והסרה"), והן את החריג (מצבים קיצוניים בהם תוטל חבות על  
12 בעל אתר).
- 13
- 14 *הכלל – העדר חבות של בעל אתר בגין קישור לאתר מפר (בכפוף לקיום נוהל של "הודעה והסרה")*
- 15
- 16 44. כפי שהובהר לעיל, יצירת קישור לאתר מפר אינה מהווה הפרה ישירה של זכות היוצרים.  
17 מכאן, שהתנאי הראשון לקיומה של הפרה תורמת (קיומה בפועל של הפרה ישירה),  
18 מתייחס לפעילות שמבוצעת באתר המפר, ולא לפעילות המתבצעת באתר שלבעליו  
19 מיוחסת הפרה תורמת. מכאן לא נובעת כמובן המסקנה שיש קושי בהתקיימות היסוד  
20 הראשון בענייננו (יסוד זה מתקיים בכך שבאתר המפר יש פעילות מפרה), אלא רק  
21 שבחינת שני התנאים האחרים (מודעת ותרומה ממשית) מתייחסת לידיעתו של בעל  
22 האתר בו מצוי הקישור בדבר הפעילות המתרחשת באתר המפר, ומידת תרומתו לה.
- 23
- 24 45. מודעותו של בעל אתר בו מתנהל פורום לכך שבאתר כזה או אחר ברחבי האינטרנט  
25 מתבצעת פעילות של הפרת זכויות יוצרים, להבדיל ממודעותו לעצם העובדה הכללית  
26 שבאינטרנט מתבצעות הפרות של זכויות יוצרים, היא, במקרה הרגיל, עניין שקשה  
27 להניחו. אף העובדה שבאתר הושם קישור לאתר מפר זה, לא מקימה במקרה הרגיל  
28 מודעות מסוג זה, אלא אם כן ניתן להוכיח כי בעל האתר ראה את ההודעה הספציפית  
29 הכוללת את הקישור, והבין כי הקישור הוא להעתק מפר של היצירה. לפיכך, מודעות כזו  
30 של בעל האתר בו הוצב הקישור המפר לפעילות המפרה ניתן להוכיח, במקרה הרגיל, רק  
31 באמצעות מתן התראה לבעל האתר על קיומו של קישור לאתר המפר (ודוק, גם מודעות  
32 כללית לקיומו של נוהג מצד הגולשים להציב קישורים לאתרים מפריים אינה שקולה



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 *Viacom, Inc. v. Youtube, Inc.* 718 F. Supp. 2d השוו. האתר. השוו. 2d  
2 (S.D. N.Y., 2010). (514)  
3
- 4 46. דרישת התובעים כי מנהלי אתרים ידאגו מיוזמתם לביצוע ניטור של הפורומים המופעלים  
5 באתר שקולה, מעשית, ליחוס ידיעה קונסטרוקטיבית לבעלי ולמנהלי אתרים על  
6 המתרחש בפורומים המתנהלים באתר. דרישה זו אינה עומדת בקריטריונים שנקבעו  
7 בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן** (בו הודגש הצורך להוכיח ידיעה בפועל – להבדיל  
8 מידיעה בכוח), והיא אף אינה רצויה מבחינה חברתית. הטלת חובה שכזו הופכת את בעלי  
9 האתרים ל"עורכים בעל כורחם", וזאת תוך שלילת האפשרות לקיומם של פורומים  
10 אינטרנטיים פתוחים, שאינם כפופים לכל סוג של צנזורה. עמדה על כך פרופ' אלקין-קורן  
11 בציינה כי **"הטלת אחריות על ספקי השירותים, למשל, בגין פרסום תוכן מזיק בידי  
12 משתמשים עלולה להוביל ליצירתם-מחדש של מוקדי כוח ושליטה ברשת ולהכשיל את  
13 מגמות הביזור שבהן טמון יתרונה של הרשת לקידום השיח הציבורי"** (אלקין-קורן, בע'  
14 389 – 390).
- 15
- 16 47. זאת ועוד, גם התנאי השלישי שנקבע בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן**, קיומה של  
17 תרומה ממשית ומשמעותית לביצוע ההפרה, לא מתקיים במקרה הרגיל ביחס לבעל  
18 האתר בו מוצב הקישור לאתר המפר. כזכור, בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן** סבר  
19 בית המשפט כי עצם העובדה שההפרה ארעה במקרקעין שבשליטת התובע אין בה די כדי  
20 להופכו למי שתרים באופן ממשי ומשמעותי להפרה (וזאת גם אם ניתן ליחס לו מודעות  
21 להפרה). אם כך כשההפרה מבוצעת במקום שבשליטת הנתבע, מקל וחומר, כאשר זו  
22 מבוצעת במקום שמחוץ לשליטתו, וכל מעורבותו היא בכך שההפניה לאותו מקום נעשית  
23 מאתר שבשליטתו (בעניין **האוניברסיטה העברית נ' שוקן** משמעות הדבר הייתה להטיל  
24 על האוניברסיטה העברית אחריות גם אם המכירה הייתה מתבצעת מחוץ לשעריה, אולם  
25 מודעות המפרסמות את המקום בו ניתן לרכוש את העותקים המפרים היו מחולקות  
26 ברחבי הקמפוס).
- 27
- 28 48. מטרתם הגלויה והמוצהרת של התובעים היא להסיר מעליהם את נטל הפיקוח על  
29 קישורים לאתרים מפרים, ולהעבירם לבעלי האתרים ולמנהלי הפורומים. לשיטתם זוהי  
30 תכלית ראויה, שכן היא מבזרת את עלויות הפיקוח, וחוסכת מהם את העלות העצומה  
31 הכרוכה בניטור הפורומים השונים. אפס, המבחן הראוי להטלת חובת פיקוח אינו לא  
32 "מבחן הביזור" ולא מבחן "הוזלת העלויות לבעל הזכות". השאלות אותן עלינו לשאול הן  
33 האם באופן אגרגטיבי (מצטבר) עלויות הפיקוח באמצעות בעלי זכויות היוצרים יהיו  
34 גבוהות יותר מעלויות הפיקוח על ידי בעלי הפורומים (מבחן יעילות); והאם הסטת עלויות



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 אלו מבעלי זכויות היוצרים לבעלי האתרים בהם מתנהלים הפורומים היא הסטה צודקת  
2 (מבחן צדק חלוקתי).  
3  
4 49. לא השתכנעתי כי הטלת נטל הפיקוח על כתפי בעלי אתרים מוצדקת לא במבחן היעילות  
5 ולא במבחן הצדק החלוקתי.  
6  
7 50. לעניין היעילות – העלויות של הטלת חובת פיקוח על בעל אתר, לוודא שלא מתרחשות  
8 הפרות של זכויות יוצרים בפורומים שבאתר, הן גבוהות מאד. הן מחייבות את בעל האתר  
9 לעבור על כל ההודעות המוצבות בפורומים השונים שבאתר, ולבחון האם כלול בהן קישור  
10 לאתר מפר. אף אם נניח שקיימות תוכנות היכולות להקל על ביצוע פעולות אלו (כפי שטען  
11 המומחה מטעם התובעות), הרי שמדובר לא רק בהשקעה נכבדה של משאבים, אלא גם  
12 בהכנסת מרכיב לא מבוטל של אי ודאות וסיכון, שכן לעיתים השאלה האם הקישור הוא  
13 לאתר מפר אינה פשוטה, ומחייבת היוועצות במומחים. זאת ועוד, כפי שכבר צוין חובת  
14 פיקוח כזו עלולה ליצור אפקט מצנן על חופש הביטוי בפורומים אינטרנטיים, וגם זו עלות  
15 שיש להביאה בחשבון. מנגד, פיקוח על ידי בעלי זכויות היוצרים, שגם עלותו אינה  
16 מבוטלת, נעשה על ידי גורם המודע היטב להיקף זכויותיו, ויכול בקלות רבה יותר לאבחן  
17 בין שימוש מותר ביצירה לבין הפרה של זכויות יוצרים. בנוסף, לבעלי זכויות היוצרים יש  
18 יכולות להקים גופים שיתמחו באיתור הפרות באינטרנט, ולכך יש יתרונות על פני ביזור  
19 המאמץ לאתר הפרות על בעלי אתרים רבים, שאינם מיומנים בפעולות אלו.  
20  
21 51. לעניין הצדק החלוקתי – אין חולק כי לפעילותם של פורומים באינטרנט יש ערך חברתי  
22 משמעותי מאד, וכי עיקר הפעילות המתבצעת במסגרתם היא פעילות חוקית ולגיטימית.  
23 בעלי אתרים המקיימים פורומים מספקים לפיכך שירות חברתי מועיל, ואין מקום לגלגל  
24 עליהם, במקרה הרגיל, את העלויות הנובעות מניצול לרעה של שירות חברתי זה. השוו  
25 לעניין זה להלכה המנחה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון האמריקאי בפסק הדין  
26 בעניין *Sony Corp. v. Universal Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) באותו עניין  
27 נקבע כי לא ניתן לראות ביצרנים של מכשירי וידאו כמי שאחראי להפרה תורמת, וזאת  
28 בשים לב לכך שלמכשירי וידאו יש שימוש מסחרי משמעותי חוקי ("commercially  
29 significant noninfringing uses"). הפעלת מבחן זה, ואף הפעלת מבחן מחמיר יותר  
30 (המתייחס לא רק לפוטנציאל השימוש אלא גם לאופן בו רוב הצרכנים משתמשים במוצר  
31 או בשירות), מלמדת כי פורומים באינטרנט בוודאי עומדים בהם, ולפיכך אין הצדקה  
32 חלוקתית לראות בהם כמי שצריכים לשאת, מניה וביה, בעלויות של פעילויות בלתי  
33 חוקיות המתאפשרת באמצעותם. במצב דברים זה הכלל החלוקתי הראוי הוא שבעלי  
34 זכות הקניין הרוחני הם שצריכים לשאת בעלויות ההגנה על קניינם מפני מפריס, וכי אין



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

- 1 הצדקה לגלגל עלות זו על צדדים שלישיים, שאינם מפרים בעצמם. השוו, על דרך ההיקש,  
2 לע"א 3960/10 מדינת ישראל – אגף המכס ומע"מ נ' **CHRISTIAN DIOR**  
3 **COUTURE** (ניתן ביום 20.6.2011) בו נקבע כי: "בהיעדר אינטרס ציבורי מיוחד  
4 המצדיק מסקנה אחרת, אין צידוק כי הקופה הציבורית היא שתישא בעלויות הכרוכות  
5 בהגנה על קניינו הפרטי של בעל הזכות". דברים אלו, בשינויים המתבקשים (קרי החלפת  
6 המילים "הקופה הציבורית" במילים "צדדים שלישיים שאינם המפרים עצמם"), יפים גם  
7 לענייננו.  
8  
9 52. הטלת חובה כללית על בעל אתר בשל הפרה תורמת מוצדקת לפיכך, הן מבחינת דרישת  
10 הידיעה והן מבחינת דרישת התרומה הממשית והמשמעותית, רק לאחר שנמסרה לבעל  
11 האתר התראה על קיום הקישור המפר, והוא נמנע, ללא הצדקה מספקת, מלנקוט  
12 בפעולות להסרת הקישור לאתר המפר. בנסיבות אלו אין בעל האתר יכול עוד לטעון  
13 להעדר מודעות לתרומתו להפרה הקונקרטי. זאת ועוד להימנעות מנקיטת פעולה  
14 להסרת הקישור המפר יש משמעות של הרשאה, ואולי אף של עידוד, ובשל כך הוא הופך  
15 לגורם התורם באופן משמעותי לביצוע ההפרה.  
16  
17 53. ואכן, הגישה המקובלת בעולם היא להגביל את אחריות בעלי אתרים, במקרה הרגיל, כך  
18 שלא יחויבו באחריות להימצאות קישורים מפרים אם הם מפעילים נוהל של "הודעה  
19 והסרה" ("notice & take down"). ההסדר הפדראלי האמריקאי בעניין זה, *DMC 512*  
20 (הפוסע בעקבות פסק הדין פורץ הדרך של השופט Whyte בעניין *Religious Technology*  
21 *Center v. Netcom, Inc.* 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal., 1995), קובע הסדרי פטור  
22 לספק שירותי אינטרנט, ובכלל זה בעלי אתרים, המשחררים אותם מאחריות לפעולות  
23 מפרות (לרבות מידע שהוצב על ידי משתמשים (סעיף 512(c)) וקישורים לאתרים מפרים  
24 (סעיף 512(d)). התנאים לקבלת הפטורים הללו הם שהפעילות המפרה בוצעה בהעדר  
25 ידיעה בפועל (actual knowledge) מצד ספק שירות האינטרנט (ובכלל זה העדר מודעות  
26 לנסיבות ההופכות את ההפרה לברורה (apparent)); שספק שירותי האינטרנט אינו מקבל  
27 טובת הנאה כלכלית ישירה מהפעילות המפרה; ושספק שירותי האינטרנט פעל ללא דיחוי  
28 להסרת או חסימת הפעילות המפרה המבוצעת באמצעות שירותיו ברגע שנמסרה לו  
29 התראה העומדת בדרישות שפורטו בחוק (לדיון באחריות ספקי שירותי אינטרנט בגין  
30 קישור לאתרים מפרים לפי *DMC 512(d)* ראו *Nimmer on Copyright*, Sec. 12B.05  
31 (2011); **גריינמן**, בע' 726 - 739). כפי שפורט בפסקה 21 לעיל, הצעות חוק ברוח זו הועלו  
32 גם בארץ, אולם המחוקק הישראלי טרם אמר את דברו בנדון.  
33



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

1 54. סיכומו של דבר, הכלל הוא שבעל אתר אינו נושא באחריות להפרה תורמת בגין הימצאות  
2 קישור לאתר מפר בפורומים המתנהלים באתר, אלא לאחר שנמסרה לו הודעה על  
3 הימצאות הקישור, והוא לא פעל במהירות הראויה להסרתו.  
4

5 החרגיגים – מצבים קיצוניים בהם תוטל חבות על בעל אתר

6  
7 55. בצד המקרה הרגיל, בו לא תחול על בעל אתר חבות בגין הימצאות קישור לאתר מפר  
8 באחד הפורומים המתנהלים באתר, ובלבד שיפעל על פי נוהל "הודעה והסרה", יתכנו גם  
9 מקרים חריגים, בהם יתקיימו בבעל האתר התנאים שנקבע בעניין **האוניברסיטה**  
10 **העברית נ' שוקן** להטלת אחריות בגין הפרה תורמת. קיימים שני מצבים מרכזיים בהם  
11 יתקיים החרגיג: בעל אתר המעודד הצבת קישורים מפרים (להלן: "חריג העידוד"), ובעל  
12 אתר שפורום בו משמש, רובו ככולו, להצבת קישורים לאתרים מפרים (להלן: "חריג  
13 הפורום הפסולי"). אבהיר להלן כל אחד מהחריגים הללו.  
14

15 56. **חריג העידוד** – בעל אתר המעודד באופן אקטיבי הצבת קישורים לאתרים מפרים באחד  
16 או יותר מהפורומים של האתר עלול למצוא עצמו אחראי להפרה תורמת, וזאת מאחר  
17 שפעילותו מביאה להתקיימות תנאי המודעות והתרומה המשמעותית שנקבעו בעניין  
18 **האוניברסיטה העברית נ' שוקן**. לעניין זה יש לתת את הדעת למכלול הנסיבות, ובכלל זה  
19 שם הפורום, דרך שיווקו לציבור, ההנחיות שניתנו לגולשים בתקנון האתר ובמסגרת  
20 הפורום, ההודעות שפורסמו מטעם בעל האתר ומפעיל הפורום, הצהרותיו הפומביות של  
21 בעל האתר וכיו"ב. אם התמונה המצטיירת ממכלול הנסיבות הללו היא שבעל האתר (או  
22 מנהל הפורום מטעמו) משווק את האתר כלוח המשמש להצבת קישורים לאתרים מפרים,  
23 כי אז לא יחול לגביו הכלל, והוא עלול להימצא אחראי להפרה תורמת בגין הימצאות  
24 קישורים לאתרים מפרים באתר. לעניין זה מן הראוי ללמוד גזירה שווה מהפסיקה  
25 האמריקאית שעסקה בספקי שירותי אינטרנט שעודדו הפרות של זכויות יוצרים (כלל  
26 המכונה "the inducement rule"). ההלכה המנחה בעניין זה נקבעה בעניין *Metro-*  
27 *Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005), בו הייתה  
28 מקובלת על כל השופטים הדעה לפיה: **"...one who distributes a device with the**  
29 **object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear**  
30 **expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable**  
31 **for the resulting acts of infringement by third parties"**. לפסק דין מוקדם  
32 יחסית, שעסק בשאלה קרובה, אותו ראוי להסביר על רקע חריג זה ראו *Sega*  
33 *Enterprises Ltd. V. Maphia*, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

57. חריג ה"פורום הפסול" – אף בהעדר עידוד אקטיבי של בעל אתר או מנהל פורום, עלול להיווצר מצב בו פורום מסוים הופך להיות מוקדש, רובו ככולו, להצבת קישורים לאתרים מפריס. במצב דברים זה הפורום משמש מעין "מדריך להפרת זכויות יוצרים", וככזה הוא עלול לאבד את זכות הקיום הלגיטימית שלו. כאשר נוצר מצב דברים מסוג זה, ובעל האתר מודע לכך, הרי מחובתו של בעל האתר לסגור את הפורום האמור. ודוק, המשך קיומו של פורום זה או אחר, להבדיל מהמשך קיומם החופשי של פורומים באינטרנט הוא בעל ערך חברתי נמוך יחסית (כך בוודאי כש"הערך החברתי" של הפורום הוא היותו "מדריך להפרת זכויות יוצרים"). לפיכך, סגירת פורום פסול היא אמצעי זול ויעיל על מנת למנוע פגיעה נמשכת בזכויות היוצרים (והשוו לעניין זה לגישתו של השופט Posner לאתרים שעיקר הפעילות המבוצעת באמצעותם היא הפרה של זכויות יוצרים. ראו *In Re: Aimster Copyright Litigation* 334 F.3<sup>rd</sup> 643, 653 (7<sup>th</sup> Cir., 2003): "... if the infringing uses are substantial then to avoid liability as a contributory infringer the provider of the service must show that it would have been disproportionately costly for him to eliminate or at least reduce (substantially the infringing uses".

על מנת לקבוע האם פורום מסוים נכנס להגדרת "פורום פסול" יש לבחון בעיקר את היקף הקישורים לאתרים מפריס שנמצאם בפורום, וזאת הן כעניין יחסי לפעילות בפורום (קרי, אחוז הקישורים לאתרים מפריס מכלל ההודעות בפורום), והן כעניין אבסולוטי (קרי, מספר הקישורים לאתרים מפריס הקיימות בפורום). כן יש מקום לתת את הדעת לשאלה אם מדובר בפורום פתוח או סגור (קרי, פורום שהכניסה אליו מוגבלת, בין אם בתשלום ובין אם בדרך אחרת), וזאת מהטעם שביחס לפורום סגור קשה יותר לבעלי זכויות היוצרים לבצע את משימת הפיקוח. ככללי אצבע ניתן לקבוע כי פורום סגור, שבו קיימות במועד נתון למעלה מ- 10 קישורים לאתרים מפריס, ואשר הודעות הכוללות קישורים לאתרים מפריס מהוות יותר מרבע מהתוכן המהותי של הפורום (קרי, מההודעות שאינן בגדר בקשה לקבלת מידע או תגובה להודעות אחרות), צריך להיחשב כ"פורום פסול". לעומת זאת, ביחס לפורום פתוח נראה שראוי לקבוע מבחן מחמיר יותר, עד כדי דרישה שמחצית מהתוכן המהותי של הפורום יהיו הודעות הכוללות קישורים לאתרים מפריס. ביחס לפורום החשוד כ"פורום פסול" החזקה היא כי בעל האתר מודע לכך שהוא מסייע לקיומן של הפרות ישירות, וכי סיוע זה הוא בגדר תרומה ממשית ומשמעותית להן. על כן הנטל מוטל על בעל אתר בו קיים פורום חשוד כאמור להוכיח כי יש להמשך קיומו של הפורום ערך לגיטימי, ולחילופין, כי לא ידע על היקף הפעילות הפסולה (ואם כך לא יישא באחריות, אלא לאחר שנמסרה לו הודעה על כך שהמדובר ב"פורום פסול").



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטרנט בע"מ ואח'

מן הכלל אל הפרט – יישום למקרה שלפני

- 1  
2  
3 58. התביעה שלפני מתמקדת בשניים מתוך כארבעים פורומים המצויים באתר הנתבעות –  
4 פורום "הורדות" ופורום "סרטים". שני הפורומים הללו הם פורומים בתשלום, וככאלה  
5 פורומים סגורים. הנתבעות קיבלו על עצמן להפעיל נוהל של "הודעה והסרה" עוד בשלב  
6 צו המניעה הזמני, וגם בסיכומיהם לא חלקו על כך שעליהם להסיר תכנים המהווים  
7 הפרה ישירה או הפרה תורמת של זכויות יוצרים, ובכלל זה קישורים לאתרים מפרים.  
8 לאור הדיון העקרוני שקיימנו לעיל, השאלה אותה יש לבחון היא האם הוכח כי מי משני  
9 ה"פורומים" הללו נכנס לגדר אחד מהחריגים – קרי האם הוכח עידוד מצד הנתבעות  
10 להציב קישורים לאתרים מפרים או האם הוכח שמי מהפורומים הללו הוא "פורום  
11 פסולי".  
12  
13 59. עיון במוסכמות העובדתיות אליהן הגיעו הצדדים, ובתצהיר הנתבע 2 ביחס לאופי  
14 הפעילות באתר שבבעלותו, מלמד כי לא הוכח שהפורומים הנידונים באים בגדר אחד  
15 מהחריגים.  
16  
17 60. ביחס לחריג העידוד, הרי שהתובעות לא הביאו כל ראיות לכך שהנתבעים, או מי מטעמם,  
18 מעודד הצבת קישורים לאתרים מפרים באתר בכללותו, או במי מהפורומים שבו. נהפוך  
19 הוא, הנתבע 2 הצהיר כי תקנון האתר אוסר להעלות חומר המוגן בדיני הקניין הרוחני  
20 לאתר וכי העוסקים בניהול הפורומים (כמאה אנשים הפועלים בהתנדבות) מתבקשים  
21 להקפיד על קיום הוראות התקנון. כל שנטען על ידי התובעות בהקשר זה הוא ששמות  
22 הפורומים מדברים בעד עצמם, ומהווים הזמנה להשתמש בו לצורך הצבת קישורים  
23 מפרים. קשה לקבל טענה זו. אכן, השמות מצביעים על כך שהפעילות במסגרתם היא  
24 בקשר לסרטים או יצירות אחרות המוגנות בדיני זכויות יוצרים, אולם השמות הם  
25 כלליים, ויכולים לשמש גם ככותרת למסגרת פעילות חוקית ולגיטימית. כך, למשל, פורום  
26 בשם "סרטים" יכול לשמש למטרות לגיטימיות כגון המלצה על סרטים, או הצבת קישור  
27 לאתר שאינו מפר (כגון אתר בו מצוי טריילר של סרט מומלץ), ופורום של "הורדות" יכול  
28 להתייחס להורדות חינם המצויות ברשת, או להורדות בתשלום, תוך הפניה לאתר בו ניתן  
29 לרכוש אותן באופן חוקי. מטעם זה לא ניתן לקבוע כי עצם הבחירה בשמות "סרטים" או  
30 "הורדות" לפורום הופכות את בעל האתר אוטומטית למי שעודד הצבת קישורים לאתרים  
31 מפרים.  
32  
33 61. ביחס לחריג ה"פורום הפסולי" הרי שמספר הקישורים לאתרים מפרים עליהם הצביעו  
34 התובעות איננו מצדיק את המסקנה כי הוכח שמדובר בפורומים החשודים כפורומים  
35 פסולים. ודוק, התובעות הצביעו על כך שבפורומים הללו הוצבו קישורים לאתרים



## בית המשפט המחוזי מרכז

ת"א 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ואח' נ'  
רוטר.נט בע"מ ואח'

1 מפרים, אולם הן לא הביאו ראיות לא למספרם האבסולוטי (כשלטענת הנתבעים במהלך  
2 השנים, ובכלל זה במהלך תקופת ניהול התביעה, הן נדרשו על ידי התובעות להוריד  
3 קישורים בודדים בלבד) ולא ליחס שבינם לבין כלל ההודעות המצויות בפורומים הללו.  
4 במצב דברים זה לא ניתן לקבוע כי התובעות עמדו בנטל להוכיח כי מדובר בפורומים  
5 החשודים כפסולים, וממילא אין מקום לתת סעד המורה על סגירת הפורומים הללו.

### סוף דבר

6  
7  
8  
9 62. המסקנה המתבקשת מהדיון לעיל היא שהתובעים לא הוכיחו כי החריגים מתקיימים  
10 בנתבעים או באיזה מהפורומים שבאתר רוטר.נט. לפיכך, ובכפוף לכך שהנתבעים יוסיפו  
11 לפעול על פי נוהל "הודעה והסרה", כפי שהצהירו שבכוונתם לעשות, יש מקום לדחות את  
12 התביעה.

13  
14 63. מאחר שעמדת הנתבעים התקבלה בעיקרה, ובשים לב לכך שנטלו על עצמם את המשימה  
15 של ייצוג העמדה העקרונית של בעלי אתרים ומשתמשי פורומים באינטרנט – מלאכה  
16 אותה ביצעו באי כוחם בצורה ראויה להערכה, אני פוסק להם הוצאות משפט בסך של  
17 50,000 ₪.

18 **ניתן היום, ח' אב תשע"א, 08 אוגוסט 2011, בהעדר הצדדים.**

19  
20  
21  
22

פרופ' עופר גרוסקופף, שופט

23  
24  
25  
26  
27  
28