

אכיפה ואכיפת-יתר של זכויות יוצרים: המקרה של ביצוע פומבי של שידורי ספורט

מאת

מיכאל בירנהק*

טיוטה, לפני עריכה. המאמר הסופי צפוי להתפרסם בעיוני משפט (יתפרסם ב-2022)

תקציר

דיני זכות יוצרים מקנים ליוצרים ולבעלי זכויות אחרים שליטה ביצירות המקוריות שלהם. ההגנה המשפטית מספקת תמריץ, ובמקרי הפרה – בעלי הזכות רשאים לאכוף את זכותם. עם זאת, יש חשש, במיוחד בקשר לשחקנים חזקים בשדה הזה, שהאכיפה תגיע לכלל אכיפת-יתר. המאמר בוחן את המצב הזה: אכיפת-יתר מתרחשת כאשר שחקנים חוזרים נוקטים אסטרטגיות אכיפה שמנסות להרחיב את היקף ההגנה אל מעבר למה שהוענק להם בדיון, וזאת על ידי פעולות "מלמטה". אכיפת-יתר פוגעת בצד החלש ללא הצדקה, עלולה להביא להרתעת-יתר שתפגע בשימושים מותרים ביצירות, ועלולה לשנות את מערכת האיזונים העדינים שקבעו המחוקק ובתי המשפט.

המאמר מציע דיון-עומק במקרה מבחן, של ביצוע פומבי של שידורי ספורט בטלוויזיה. המקרה הטיפוסי הוא פאב שמציב מכשיר טלוויזיה ומקרין באמצעותו שידור טלוויזיה של משחק ספורט שמתקיים מעבר לים, להנאת המבקרים ולתועלת העסק. פעולה כזו נחשבת ל"ביצוע פומבי", והזכות לקיימה נתונה באופן בלעדי לבעלי הזכויות: ברצותם יתירו את השימוש בדרך של רישיון, ובמקרה של שימוש לא מורשה – קמה להם עילת תביעה. ביצוע פומבי של יצירות מאתגר את אכיפת הזכות: בעל הזכות ניצב מול משתמשים רבים, מפוזרים, השימוש שלהם ביצירה בר-חלוף, ואינו מותיר עקבות. בעלי זכויות פיתחו דרכים שונות להתמודד עם אתגרי אכיפה אלה, אבל מתעורר חשש לאכיפת-יתר.

באופן ספציפי, המאמר עוסק בתביעות שהגישה בישראל חברת צ'רלטון, שעיסוקה הוא הפקת שידורי ספורט, בשנים 2008 עד 2019: מעל 3000 תביעות. זהו היקף יוצא דופן. הרוב המוחלט של התביעות מסתיים בפשרה. המאמר מנתח את הממצאים על התביעות וממשיג אותן הן במסגרת של דיני זכות יוצרים והן במסגרת המודל של מארק גלנטר בדבר כוחם של שחקנים חוזרים. מתוך הדיון, ניתן להכליל ולדייק את מאפייניה של אכיפת-היתר, ולברר מהם תנאי הרקע של הדיון ושל הפרקטיקה המשפטית שמאפשרים תוצאה כזו. אצביע במיוחד על הפיצוי הסטטוטורי בדיני זכות יוצרים כגורם מרכזי לכך, בצד פערי כוח שנוצרים כתוצאה מהמשחק החוזר של תובעים מול פיזור וחולשה יחסית של נתבעים. מתוך הדיון עולות מספר הצעות לשינוי.

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודה לניבה אלקין-קורן, לאורי הכהן, לאסף יעקב, לאלון קלמנט, לתמי קריכלי-כץ, לאיסי רוזן-צבי, לעמרי רחום-טוויג, לעדן שריד, למשתתפי ומשתתפות מפגש המחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב והסדנה השנתית של חוקרי וחוקרות קניין רוחני (2021) על הערות נבונות, לעוזרי המחקר תומר אמסלם, אלון זוז, ונועה חיימי כהן על איסוף ועיבוד הנתונים; לאייל דויד ואלני נבו על הסיוע באיסוף נתונים מ"מאגר נבו", ולאנדי וורמס וגיא זומר על סיוע באיסוף נתונים מ"תולעת המשפט". תודה גם לעורכי דין שהיו מעורבים בתביעות הנדונות כאן, על שיחות הרקע.

תוכן העניינים

2	א. מבוא
4	ב. ביצוע פומבי של שידורי ספורט
5	1. מסגרת הדין
7	2. תכלית הזכות לביצוע פומבי
8	3. ביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה
11	4. אתגרי האכיפה
12	ג. תביעות צ'רלטון: תמונת מצב
12	1. איסוף הנתונים ועיבודם
13	2. ממצאים
13	(א) היקף התביעות
14	(ב) בתי המשפט והשופטים
15	(ג) הנתבעים וייצוגם
16	(ד) תוכן התביעות
16	(ה) תוצאת התביעות
18	(ו) פיצויים והוצאות
18	3. מסקנות ביניים
19	ד. שחקנים חוזרים בזכויות יוצרים
19	1. סדרי הדין
21	2. טרולים בקניין רוחני
23	3. משפט וחברה: שחקנים חוזרים
23	(א) שחקנים חד-פעמיים ושחקנים חוזרים
24	(ב) שחקנים חוזרים בשדה הקניין הרוחני
25	(ג) פשרות
26	(ד) צ'רלטון כשחקנית חוזרת
29	ה. אכיפת-יתר בזכויות יוצרים
30	1. מהי אכיפת-יתר?
32	2. נזקי אכיפת-יתר
34	3. בחזרה לצ'רלטון
34	(א) שאלות עובדתיות
35	(ב) זכות התביעה
36	(ג) מקוריות ההפקה
38	(ד) הקרנה של ערוץ פתוח
40	4. תנאי הרקע של הדין
42	5. פתרונות?
46	6. שחקנים חוזרים אחרים בדיני זכות יוצרים
47	ו. סיכום

א. מבוא

בעלת פאב מזהה בחושיה העסקיים את הביקוש לצפייה חברתית משותפת בשידורי גביע העולם בכדורגל. היא מציבה מכשיר טלוויזיה באופן שיאפשר חווית צפייה נעימה. בעלי "פיצוציה", שתנועת הקוחות אצלו דלה, מתקין מכשיר טלוויזיה לשימוש הפרטי. מעת לעת מצטרפים לקוחות ותיקים לפרלמנט המקומי. בעלי המקום מגביר את ערוץ השמע, כך שחבריו יוכלו לצפות במשדר איתו. בעלת הפאב ובעל הפיצוציה משלמים לספק תשתית הטלוויזיה (למשל לחברות "הוט" או "יס"), ועד לשנת 2015, שילמו גם אגרה לרשות השידור. חלק מהשידורים מועבר בערוצי פרמיום למנויים משלמים, חלקם משודר בערוצים פתוחים לציבור ("כאן" הציבורי, או ערוצים 12, 13 המסחריים) שנקלטים בתשתית החינמית של "עידן פלוס". בעלי העסקים אינם בקיאים בדיני זכות יוצרים, הם מכירים עורכת דין שסייעה להם בעבר לקבל רישיון עסק מהעירייה או בעניין משפחתי. להפתעתם, חברת הפקות שרכשה את זכויות השידור בישראל של אירועי הספורט דורשת מהם במכתב תקיף לרכוש רישיון ל"ביצוע פומבי" של השידורים, בסכום של כ-2500 ש"ח לשנה לפיצוציה וסכום כפול לפאב, ולא – ייתבעו. כאשר הם אינם מגיבים, או מסרבים, התביעה מגיעה.

התרחיש הזה, בשינויים אחדים לפי אופי העסקים, תוכן המשדר, סוג הערוץ, נסיבות ההקרנה (להיכן כוון המכשיר? מי הקהל?) – חזר על עצמו אלפי פעמים בשנים האחרונות. מחקר אמפירי שיוצג בהמשך איתר כ-3000 תביעות שהגישה תובעת יחידה – חברת צ'רלטון בע"מ (להלן: צ'רלטון), נגד אלפי עסקים, בין השנים 2008 ל-2019. יש להניח שדרישות רבות נוספות נשלחו לבעלי עסקים שנענו, ורכשו רישיון או פיצו את החברה בהתאם, מבלי שהדברים הגיעו לכלל תביעה. היקף התביעות של צ'רלטון יוצא דופן. נדיר לראות גורם אחד, פרטי, שמנהל מערך תביעות כה מקיף ומסועף באופן רציף. התובעת היא חברה פרטית, ולא המדינה (למשל רשות המסים), והבסיס המשפטי לתביעות אינו חובה בחוק (כמו בתשלום מס); הבסיס לתביעה אינו חובה חוזית (כמו בתביעות של בנקים נגד לקוחות חייבים), אלא בסיס קנייני, בדיני הקניין הרוחני. המצב כאן שונה גם ממערך האכיפה של תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים דוגמת אקו"ם או הפדרציה לתקליטים וקלטות, שפעילותם מאפשרת לגשר על עלויות משא ומתן בין בעלי זכויות רבים למשתמשים רבים: במקרה של צ'רלטון מדובר בבעלת זכויות פרטית, יחידה.

היקף התביעות הרחב מעלה שבתקופת המחקר שנבדקה, הייתה אסטרטגיה מכוונת, שמאפייניה ברורים: תובעת שהיא שחקנית חוזרת בתחום, שצברה ידע, ניסיון ומיומנות, שתבעה שחקנים "קטנים" ומפוזרים שלא היה ביניהם בהכרח קשר או העברת מידע מסודרת, שנתבעו בדרך כלל כיחידים (ולא כתאגידים), בסכומים גבוהים למדי, ותוך לחץ לפשרות בסכומים נמוכים בהרבה. פערי הכוח בין הצדדים אפשרו לצ'רלטון לנווט את תביעותיה בראייה כוללת. מפעל האכיפה הנמרץ הזה מעלה חשש לאכיפת-יתר: מצב שבו תובעים מבקשים להשיג לעצמם הישגים בבית המשפט ומחוצה לו, מעבר לזכויות שהדין העניק. לאכיפת-יתר, כאשר היא מתקיימת, יש השלכות שליליות: נתבעים מפסידים ומשלמים בגין מה שאין הם חייבים בו לפי הדין בעוד צד אחר מתעשר; אכיפת-יתר גורמת להרתעת-יתר ולאפקט מצנן, הן על הצדדים לסכסוך והן בכלל, על צדדים אחרים שעוקבים אחרי ההתנהלות; ולבסוף, אכיפת-יתר מביאה לשינוי בפועל של הנורמה המשפטית, "מלמטה", ולא באופנים המקובלים של שינוי "מלמעלה" על ידי המחוקק או בתי המשפט, באופן שחותר תחת תכליות דיני זכות יוצרים. האתגר המידי כאן הוא להבחין בין אכיפה לגיטימית לאכיפת-יתר.

בהתאם, מאמר זה בוחן מקרוב את המקרה של תביעות צ'רלטון. המטרה המידית, היא להבין את הרקע והנסיבות שהביאו לפרקטיקה זו. מטרה רחבה יותר היא לבחון את דיני זכות יוצרים בפעולה, ולהבחין בין אכיפת לגיטימית לאכיפת-יתר. להבחנה תיאורטית כללית כזו תהיה חשיבות גם להערכת התנהגות של מצבים אחרים שבהם אנחנו רואים ריבוי תביעות לפי דיני זכות יוצרים בישראל, ובשנים האחרונות, במיוחד תביעות של צלמים.

בפרק ב, אתאר את מסגרת הדין, שהיא חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק), ואטען שתכליתה של הזכות לביצוע פומבי היא לספק תמריץ שקשור לשימוש המסחרי הטבעי בסוג יצירות מסויים. אצביע על אתגרי האכיפה שעומדים בפני צ'רלטון, שהם בעיקר פיזור העסקים המשתמשים ואופי פעילותם, אופי היצירה הטלוויזיונית, ומודעות נמוכה של המשתמשים. **בפרק ג** אציג ואנתח נתונים בקשר לתביעות צ'רלטון – זהות הצדדים, סוג התביעה, סכום התביעה, פיזורן הגיאוגרפי, ייצוג הנתבעים, ועוד, וכן תוצאות ההליכים. **בפרק ד** אמשיג את הפעילות המשפטית של צ'רלטון בשדה המחקרי של משפט וחברה, ובעיקר, באמצעות המודל שתיאר מארק גלנטר (Galanter).¹ צ'רלטון היא דוגמה מובהקת של שחקן חוזר שפועל מול

Marc Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 1, 95 (1974).

שחקנים חד-פעמיים. אבחן את הממצאים גם מול מושגים שפותחו בסדרי הדין – תובע סדרתי ותובע קנטרני – ואטען שצ'רלטון אינה כזו, ומול מושגים שפותחו בקשר להתנהגות שחקנים חוזרים בתחום הקניין הרוחני, ובעיקר המושג של "טרול" – וגם כאן, המסקנה היא שצ'רלטון אינה כזו. אתמקד בגורמים שמביאים לריבוי פשרות. **פרק ה** יתמקד בהערכה נורמטיבית של שחקנים חוזרים בדיני זכות יוצרים וימחיש את הדברים בדיון בתביעות צ'רלטון. אכיפת-יתר היא ניסיון של תובעים להשיג לעצמם הגנה רחבה מאשר ההגנה שהחוק מעניק להם. אכיפת-יתר פוגעת בנתבעים חלשים, ומשנה בפועל את המאזן העדין והמורכב של דיני זכויות יוצרים ללא הצדקה מהותית.² אכיפת-יתר עלולה להיווצר כתוצאה משילוב שני גורמים עיקריים: האחד, מבנה הדין. אצביע בעיקר על הפיצוי הסטטוטורי, במתכונתו הנוכחית בדין הישראלי, שמאפשר לבעלי הזכויות מרחב פעולה אסטרטגי ניכר ויוצר חוסר ודאות ניכר אצל המשתמשים. השני, אופי הפעילות של שחקנים חוזרים, שלומדים לנצל את פערי המידע והכוח לטובתם, בתוך כללי הדין הקיים, כדי לבצר את מעמדם ולהשיג לעצמם יתרון וכוח בתוך המשפט, לעיתים מעבר לראוי מבחינת תכלית הדין. מקרה המבחן של צ'רלטון יאפשר לזקק את הנסיבות והתנאים שבהם מדובר באכיפת-יתר שאינה רצויה. אטען שהגם שאין פגם כללי בפעילות התביעה של צ'רלטון, ופעילותה האינטנסיבית לגיטימית וחוקית, הרי שהיא עלולה להביא לאכיפת-יתר כזו. איתור הגורמים שמאפשרים אכיפת-יתר מצביע על כיוונים אפשריים לכויל האכיפה. **פרק ו** יסכם, ויצביע על הקשרים נוספים שראויים לבחינה אמפירית לפי המסגרת התיאורטית המוצעת כאן.

ב. ביצוע פומבי של שידורי ספורט

טכנולוגיות חדשות יוצרות אפשרויות חדשות ואתגרים חדשים לבעלי זכויות יוצרים. הדין התפתח בעקבות שינויים כאלו. אמנת ברן משנת 1886 עסקה ביצירות ספרותיות ואמנותיות,³ ובהמשך, התרחבה ההגנה גם לצילומים, ליצירות קולנועיות, ליצירות טלוויזיוניות, לתוכנות מחשב, ועוד. אגד הזכויות שנתון לבעלי הזכויות הורחב גם הוא: חוק זכות יוצרים המודרני הראשון, חוק המלכה אן שנחקק בבריטניה בשנת 1709, העניק לבעלי הזכויות בלעדיות בקשר לפעולות של העתקה בלבד. אמנת ברן התייחסה לעוד שימושים, ובין היתר ל"הצגה פומבית" (public representation) של יצירות דרמטיות ולביצוע פומבי (public performance) של יצירות.⁴ כיום יש לבעלי הזכויות זכות בלעדית לשורת פעולות ביצירות.⁵ מקרה המבחן שנדון במאמר זה עוסק בביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה במקום פיזי, ובאופן ממוקד, משדרי ספורט. פרק זה מניח את המצע המשפטי לדיון, ובוחן את הזכות לביצוע פומבי: אתאר את מסגרת הדין, אבחן את תכליתה של הזכות ואת יישומה הלא-עקבי בבתי המשפט, ואחדד את האתגרים שבאכיפתה.

² השוו לניתוח כלכלי של המושג של אכיפת-יתר (overenforcement), בנבדל מהרתעת יתר (overdeterrence): Richard A. Bierschbach & Alex Stein, *Overenforcement*, 93 GEO. L.J. 1743 (2005).

³ סעיף 4 לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, נוסח 1886.

⁴ ס' 9 לאמנת ברן, נוסח 1886.

⁵ ס' 11, 45-46 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 38 (להלן: החוק).

1. מסגרת הדין

חוק זכות יוצרים הבריטי משנת 1911, שהוחל בארץ ישראל בשנת 1924,⁶ נקלט בדין הישראלי, וכלל גם את הזכות לביצוע פומבי.⁷ בתי המשפט הישראליים פירשו אותו כך שהוא חל גם על שידור,⁸ ועל שידור משנה.⁹ בשנת 2007 נחקק חוק זכות יוצרים, שמתייחס לאפיקים שונים של הפצת יצירות, ופיצל בין הזכות לביצוע פומבי לבין הזכות לשידור, והוסיף להן גם את הזכות של העמדה לרשות הציבור.¹⁰ כל אלה הן חלק מאגד הזכויות הכלכליות של בעלי הזכויות. סעיף 11(3) לחוק מעניק לבעל הזכויות את הזכות לביצוע פומבי, בין היתר, ביחס ליצירות דרמטיות. "יצירה דרמטית" (סעיף 1 לחוק) כוללת "יצירה קולנועית", וזו כוללת "יצירה טלוויזיונית".¹¹ סעיף 13 לחוק מפרט: "ביצוע פומבי של יצירה הוא השמעתה או הצגתה בציבור, במישרין או באמצעות מכשיר". במילים פשוטות: לבעל זכויות ביצירה טלוויזיונית נתונה זכות בלעדית בקשר לביצוע פומבי של המשדרים. שימוש לא מורשה – הוא הפרה של הזכות.

בתי המשפט דנו בזכות לביצוע פומבי פעמים רבות לאורך השנים. עד לתביעות צ'רלטון, רוב התביעות עסקו בהשמעת מוסיקה.¹² התובעים היו התאגידים לניהול משותף – אקו"ם, בקשר לזכויות של היוצרים עצמם, כלומר מי שחיברו את מילות השירים ואת הלחנים שהושמעו, והפדרציה לתקליטים, בקשר לזכויות בהקלטה.¹³ מצבים עובדתיים שונים אפשרו לבית המשפט לחדד את יסודות הזכות: מהו "ביצוע",¹⁴ ומתי הוא "פומבי". כך, כאשר הושמעה מוסיקה בלובי של מלון,¹⁵ או כאשר המלון ניתב מוסיקה לחדרי האורחים, נחשב הביצוע לפומבי,¹⁶ אולם כאשר בכל חדר הוצב מקלט נפרד, וכל אורח בחר בעצמו לאיזו תחנה להאזין, נפסק שאין מדובר בביצוע פומבי.¹⁷ הפסיקה גיבשה מספר מבחנים באשר ליסוד הפומביות, ובעיקר, אופי המקום ואופי הקהל: כאשר המקום פתוח לציבור והקהל מזדמן, מתקיים יסוד הפומביות, גם אם מספר הנוכחים קטן. לכך נוספו

⁶ חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י ג 2633.

⁷ ס' 1(2) לחוק משנת 1911 קבע שזכות יוצרים כוללת גם זכות להציג יצירה (to perform, בנוסח האנגלי). ס' 35 הגדיר מהי "הצגה" – וזו כללה "על דרך ההשמעה... לרבות הצגה כזאת באמצעות מכשיר מכני".

⁸ למשל דנ"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd.**, פ"ד נח(6) 6, בפס' 39 לפסק דינו של השופט חשין (2004). השופט חשין נותר במיעוט, אך לא הייתה מחלוקת לגבי הערתו זו.

⁹ כעמדת הרוב בדנ"א **ערוצי זהב**, שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין, ובניגוד לדעת השופט חשין, שם, בפס' 40 לפסק דינו.

¹⁰ ראו סעיפים 11(3)-(5), 13-15 לחוק; ע"א 9183/09 **The Football Association Premier League נ' פלוגי**, פס' 15 (2012), ולדיון, רחל ארידור-הרשקוביץ "מביצוע פומבי להעמדה לרשות הציבור: חידוש או בלבול תחת הדין החדש?" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים** 405 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים 2009); תמיר אפורי **חוק זכות יוצרים** 160 (2012).

¹¹ גרינמן מעיר, ובצדק, שהמונח "יצירה טלוויזיונית" אינו מוצלח, שכן הטלוויזיה היא מדיה להעברת היצירות, ואינה תנאי ליצירתה. ראו טוני גרינמן **זכויות יוצרים** 218 (מהדורה שלישית, 2020).

¹² חריג חשוב הוא דנ"א **ערוצי זהב**, לעיל ה"ש 8, שעסק בשידור טלוויזיוני של טורניר הטניס בווימבלדון.

¹³ ס' 4(א)(2) לחוק מקנה זכות ב"תקליט", שמוגדר בס' 1 לחוק, כ"טביעה של צלילים", אולם למעט הקלטה שהיא חלק מיצירה קולנועית.

¹⁴ לדיון, ראו ארידור-הרשקוביץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 408-409; גרינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 335-345. הפסיקה הצביעה על מידת האקטיביות של הנתבע בפעולה כשיקול רלוונטי. ראו דנ"א **ערוצי זהב**, לעיל ה"ש 8, בפס' 53 לפסק דינו של השופט חשין, שהיה בדעת מיעוט לגבי יישום המבחן באותו עניין.

¹⁵ המ' (מחוזי ת"א) 6751/71 **אקו"ם נ' חברת מלון דבורה**, פ"מ עח 263 (1972).

¹⁶ ע"א (מחוזי ת"א) 1000/80 **בלומרס נ' הסניף הישראלי של תעשיית התקליטים**, פ"מ התשמ"ב(2) 156 (1981).

¹⁷ בש"א (מחוזי נצרת) 1343/99 **קיבוץ הסוללים – קבוצת המכבי הצעיר נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ** (נבו) 2.9.1999. תביעה ייצוגית של בעלי צימרים שנדרשו לשלם בגין הצבת מקלטים בחדרי האירוח נדחתה בשל אי התאמה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. ראו ת"צ 44467-04-12 (מחוזי נצרת) **איזנבאום נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ** (נבו) 11.2.2013.

מבחינים שבחנו את התועלת למבצע ואת מידת הפגיעה בבעלי הזכויות.¹⁸ שני המבחנים האחרונים לא יושמו בפסיקה באופן עקבי.¹⁹ כאשר כל המבחנים מובילים למסקנה דומה – אין קושי, אולם כאשר כל מבחן מוביל למסקנה שונה, נדרש לבחור ביניהם. הפסיקה לא דירגה את המבחנים, וגם בספרות אין דיון ממצה.²⁰ את התשובה באשר ליחס שבין המבחנים יש לחפש בתכלית הזכות, וזאת אעשה בסעיף הבא.

כאשר מדובר בביצוע פומבי של מוסיקה, זכות היוצרים מתייחסת ליצירה המוסיקלית (הלחן) וליצירה הספרותית (המילים), ולתקליט, ואלה היצירות שמבוצעות באופן פומבי.²¹ שידור טלוויזיה של תכנים טלוויזיוניים מעורר קושי: מהי בדיוק היצירה המוגנת? כאן, יש שני מצבים עובדתיים. האחד, שהתוכן המשודר מוגן בזכות יוצרים, למשל סרט קולנוע. מצב זה דומה לביצוע פומבי של מוסיקה: מי שמציג בציבור סרט קולנוע, למשל בעל אולם – זקוק לרשות בעלי הזכויות להקרין את הסרט.²² מצב עובדתי שני הוא שהתוכן המשודר אינו מוגן בזכויות היוצרים, אבל המשדר עצמו – מוגן. זה המקרה של רוב אירועי הספורט. משחק כדורגל אינו "יצירה" במשמעותה בחוק. גם אם יש במשחק דרמה, אין זו יצירה דרמטית. החוק מגדיר יצירה כזו "לרבות מחזה, יצירה קולנועית, יצירה מוזיקלית-דרמטית, יצירת מחול ופנטומימה." אירוע ספורט שונה מהדוגמאות שבחוק: אין בו יד מכוונת ואין בו תהליך יצירתי.²³ בכדורגל למשל, השחקנים משחקים לפי כללים מסוימים, יש אולי תכנון מסוים של מאמני הקבוצה, אולם התכנון עצמו אינו נחשב ליצירה, אלא ל"שיטת ביצוע", שמורגת מהגנת החוק, בסעיף 2(5).

אם כך, אירוע הספורט לכשעצמו, אינו מוגן.²⁴ אולם צילום האירוע עשוי להיות יצירה מוגנת. צילום וידאו של אירוע ספורט הוא משימה מורכבת במיוחד: במגרש כדורגל, למשל, מוצבות אינספור מצלמות. בחירת מיקומן, זווית הצילום, אופיו (תקריב, למשל), ובעיקר, בחירת הצילום שיועבר לצופים – הפיד (feed) – מצטרפים למשימה שדורשת מיומנות רבה, כישרון, זמן, מאמץ וכסף, ויש בה ממד יצירתי מספק.²⁵ מקור היצירה הוא צוות ההפקה והבימוי, שקובע את מערך המצלמות, ובזמן המשחק, הבמאית בוחרת את התכנים שישודרו. הם מקור היצירה, שהיא הצילום המשודר. במילים אחרות, הצילום ותוצאתו ממלאים את דרישת

¹⁸ לדיון, ראו ארידור-הרשקוביץ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 409-411; גרינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 345-350. אפורי מוסיף גם את מבחן הציפיות הסבירות של בעלי הזכות ביצירות שבהן מדובר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 160, אולם אינו מפרט את הבסיס למבחן זה.

¹⁹ כך למשל, בקשר להשמעת מוסיקה בחדר המתנה במרפאה: מטופלים מגיעים למקום כדי לקבל טיפול, לא כדי להאזין למוסיקה, ולמפעילי המרפאה אין תועלת כלכלית מהשמעתה. למרות זאת, בית משפט סבר שמאפיינים אלה אינם רלוונטיים לשאלת ההפרה. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 6327-09-11 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' קר ויז'ן ישראל בע"מ**, פס' 18 (2013).

²⁰ ראו גרינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 349, שמדגיש את מבחן אופי הקהל, אולם מסכם שיש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו.

²¹ לזמרים ולנגנים יש זכויות לפי חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984, ס"ח 157 (להלן: חוק זכויות מבצעים ומשדרים). ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 9372-02-17 **אשכולות החברה לזכויות מבצעים של אמני ישראל בע"מ נ' נרקיס ניהול אירועים בע"מ** (נבו 5.8.2019).

²² למעט חריג מצומצם בקשר לביצוע פומבי במוסדות חינוך, לפי ס' 29 לחוק.

²³ פעולות ספורט מתוכננות, כמו התעמלות אמנותית או שחייה צורנית עשויות להיחשב ליצירת מחול, ולזכות להגנה.

²⁴ ראו בפסיקה: ע"א 2173/94 **Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות'**, פס' 15 (2001). הכרעה זו נותרה על כנה גם בדיון הנוסף, ראו דנ"א **ערוצי זהב**, לעיל ה"ש 8. ראו גם עניין **The Football Association Premier League**, לעיל ה"ש 10, בפס' 21. בהחלטה מוקדמת בבית המשפט המחוזי, הובעה דעה אחרת. לדיון באפשרות שלא להגן על שידורי ספורט במסגרת דיני זכות יוצרים, ראו גיא פסח "על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה: בעקבות בשי"א (ת"א) 11464/08 **The Football Association Premier League** נ' פלוני" **ספר שלמה לוי** 579 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין, מיכאל קרייני עורכים) (2013).

²⁵ ראו את הפירוט בקשר להפקת שידורים מטורניר וימבלדון, בעניין **Tele Event**, שם, בפס' 17.

המקורית שקבועה בחוק וכפי שפורשה בפסיקה.²⁶ כל זה מתייחס ל"שידור החי הנקי", שנמכר על ידי מי שמארגן את המשחקים, ומועבר למדינות רבות. משדר מקומי עשוי להוסיף רכיבי תוכן נוספים משל עצמו, למשל פרשנות וקריינות באולפן המקומי, קטעי וידאו שונים, סטטיסטיקה ונתונים על מהלכי המשחק, וכדומה, כך שהתוצאה היא מה שגרינמן מכנה "שידור מורחב".²⁷

2. תכלית הזכות לביצוע פומבי

מדוע בכלל נכללת הזכות לביצוע פומבי באגד הזכויות של בעלי הזכויות? בתי משפט הרבים שדנו בביצוע פומבי לאורך השנים לא התחבטו בדרך כלל בשאלה זו. כאמור, לדיון יש חשיבות מעשית: כאשר מבחני אופי הקהל והמקום מושכים לכיוון אחד, ואילו מבחני הפגיעה בבעל הזכויות והתועלת למשתמשים מושכים לכיוון מנוגד, יש לברר איזה מהם גובר. בירור תכלית הזכות יכול לכוון אותנו. טענתי היא כי הגם שמבחני אופי המקום ואופי הקהל קלים יותר לבדיקה, הם רק אינדיקציה למבחנים המהותיים של התועלת למבצע והנזק לבעלי הזכויות. את פרשנות הזכות לביצוע פומבי יש למקם במסגרת הדיון על תכלית זכות היוצרים בכלל.²⁸ לפי הגישה המקובלת בדין הישראלי, דיני זכות יוצרים הם דינים מכשירניים, ששואפים להשיג תוצאה מסוימת: עידוד היצירה, לטובת הציבור. האמצעי לכך הוא הענקת זכויות, בתנאים ובהיקף מסוימים, ליוצרים ולבעלי זכויות אחרים. בית המשפט העליון חזר על התכלית הציבורית של הדין כמה פעמים, הן לפי הדין הקודם²⁹ והן לפי הדין הנוכחי.³⁰ לפי גישה זו, זכות היוצרים היא תמריץ משפטי שמכוון ליוצרים כדי שיצרו יצירות מקוריות, בכך שהיא מגנה על יצירותיהם מפני שימושים לא מורשים (בכפוף לשימושים מותרים). בפסיקה ניתן היה למצוא בעבר הדים לתפיסות אחרות, ובעיקר של גישת העבודה, שלפיה זכות היוצרים היא ביטוי משפטי להשקעה שהשקיעו היוצרים ביצירה.³¹ גישת העבודה מניחה שזכות היוצרים נוצרת בשל השקעת העבודה, ואילו המשפט נקרא בדיעבד כדי להגן על העבודה שהושקעה. גישה זו נדחתה במפורש על ידי בית המשפט העליון.³²

ההתייחסות לזכות היוצרים כאל אמצעי לעידוד היצירה ולא כאל זכות טבעית, מאירה את הדרך הפרשנית להצדקת הזכות לביצוע פומבי: זכות היוצרים, על מרכיביה, צריכה לשקף את התמריץ ליצירה. יש לקבוע את הזכות ולעצב את היקפה כך שתתאים לתמריץ הראוי: לא יותר מדי ולא פחות מדי. פעולות שפוגעות בתמריץ – יש להגביל, ופעולות שאינן פוגעות בתמריץ – יש להתיר. החשש הוא שבלי תמריצים מספיקים, ימשכו

²⁶ ראו מיכאל בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים" **עלי משפט** ב' 347 (2002). בתי המשפט לא תמיד דייקו בקשר למבחני המקוריות. השוו את ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' **המועצה להסדר ההימורים בספורט** (2010), שם מיעט בית המשפט בדרישת המקוריות כמקור, לע"א 7996/11 **סייפקום בע"מ נ' רביב** (2013).

²⁷ גרינמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 223.

²⁸ ראו בדומה, הע' (בית הדין להגבלים עסקיים) 3574/00 **הפדרציה למוזיקה ים תיכונית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פס' 132 (נבו 2004.4.29). בית הדין הכריז על הפדרציה לתקליטים כחסדר כובל, אך התיר את פעילותה בתנאים שנקבעו שם, בין היתר בקשר לגביית תמלוגים בגין ביצוע פומבי בחדרים בבתי מלון.

²⁹ ע"א 513/89 **Exin Line Bros. S.A. נ' Interlego**, פ"ד מח(4) 133, 163 (1994); ע"א 326/00 **עיריית חולון נ' אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ**, פ"ד נז(3) 658, 671 (2003).

³⁰ ראו ע"א 5097/11 **טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ** (2013); ע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2011); ע"א 3425/17 **Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ**, פס' 22 לפסק דינו של השופט הנדל (2019).

³¹ בפסיקה יש גם הד לתפיסה רומנטית של תהליך היצירה, למשל בפרשת המגילות הגנוזות. ראו ע"א 2811, 2790/93 **Eisenman נ' קימרון**, פ"ד נד(3) 817 (2000).

³² עניין **Interlego**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 156.

ידם מעיסוק יצירתי. בהתאם, השאלה היא מה התמריץ שרלוונטי לסוג יצירות מסוים. אעיר על יצירות מוסיקליות ובסעיף הבא על יצירות טלוויזיוניות.

שימוש טבעי אחד ביצירה מוסיקלית הוא האזנה עצמית. האזנה כזו שקולה לקריאת ספר. השימוש אינו פוגע בתמריץ של היוצרים (ובעלי הזכויות בכלל) ליצור. בעלי הזכויות יאתרו מודל עסקי מתאים: בעבר – מכירת עותק פיזי כמו תקליט, וכיום מכירת רישיון האזנה, למשל בשירות כמו Spotify. כך או כך, ההאזנה עצמה אינה פוגעת בתמריץ, להיפך, היא משרתת את התכלית של דיני זכות יוצרים.

שימוש טבעי שני ביצירה מוסיקלית הוא להשמיע אותה לאחרים. השמעה פומבית שקולה להענקת ספר. כאשר השימוש נועד להניב למשתמש רווח נוסף – למשל בעל מועדון ריקודים שמשמיע מוסיקה או בעל בית קפה שמשמיע מוסיקה כדי ליצור אווירה נעימה – אלה הם שימושים מסחריים מובהקים. בעלי העסקים המשתמשים רכשו עותק פיזי או רישיון האזנה, ובעלי הזכויות מרוויחים מכך, אבל התועלת למשתמשים העסקיים גבוהה יותר מאשר ההאזנה. לכן, גביית תשלום בגין שימושים נוספים אלה היא התמריץ של בעל הזכות.³³ ביצוע פומבי לא מורשה פוגע ביכולת של בעלי הזכויות לנצל (במובן של exploit) את היצירה באופן מיטבי. בהתאם, ראוי להגן על הזכות לביצוע פומבי ביצירה רק כאשר היא מניבה תועלת למשתמשים על חשבון בעלי הזכויות.³⁴

כאשר בעל הזכויות יכול לבדל בין המשתמשים בעצמו (פרטיים או עסקיים), הוא יכול לבצע "אפליית מחירים", ולתמחר את השירות בהתאם. הקושי הוא כאשר אין אפשרות לבידול כזה. אז, המשפט נקרא לסייע לבעלי הזכויות בקביעת המותר והאסור.

כאמור, המבחנים הרווחים בפסיקה הם אופי המקום ואופי הקהל, ולעיתים מוסיפים בתי המשפט את מבחני תועלת למבצע ועל הפגיעה בבעלי הזכויות. הדיון הקצר בתכלית הזכות לביצוע פומבי מעלה שדווקא שני המבחנים האחרונים הם העיקר: האם זהו מצב של 'זה נהנה (בעל העסק) וזה חסר (בעלי הזכויות)? אם כן, הזכות הופרה. אכן, קל יותר לבחון את מבחני אופי המקום ואופי הקהל מאשר את מבחני התועלת והנזק. אני סבור שברוב המקרים, אכן, מבחני אופי המקום והקהל הם אינדיקציה טובה למבחני התועלת למשתמש והנזק לבעלי הזכויות. השמעה של יצירה, בהקשר מסחרי, במקום פומבי – מעידה על תועלת כספית למשתמש. במקרה כזה, כל המבחנים מובילים לאותה תוצאה. אולם לא כל השמעה פומבית מקנה למשתמש תועלת על חשבון בעלי הזכויות. במקרה כזה, העיקר צריך להיות מבחני התועלת והנזק של הצדדים.

3. ביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה

וממוסיקה – לטלוויזיה. משדרי טלוויזיה מועברים בצורה שונה מאשר מוסיקה ברדיו, והמודל העסקי המקובל שונה מזה של תעשיית המוסיקה. יש כיום ארבעה מודלים עיקריים בשוק הטלוויזיה: ערוץ פרמיום ישיר, תשלום לספק תשתית בגין גישה לחבילת ערוצים, פרסומות של טלוויזיה מסחרית, ושידור ציבורי. אציג את המודלים על רקע הדיון הקודם, בדבר תכלית הזכות לביצוע פומבי, בתוספת שיקולי יעילות בקשר לעסקה האפשרית בין הצדדים. הטקסונומיה המוצעת מתמקדת ביחסים בין בעלי הזכויות לצופים ולפלטפורמת השידור. בין אלה, יש עוד שחקנים וגורמי ביניים ומערכת חוזים מסועפת, שבה נוצרים עוד מצבים באלה לא אדון כאן, בשל המיקוד ביחסים שבין משתמשי הקצה לבעלי הזכויות. בהתאם:

³³ ראו ענין הפדרציה למוזיקה ים תיכונית, לעיל ה"ש 28, בפס' 142.

³⁴ ראו שם, בפס' 158. בית הדין ציין שיקולים של פגיעה בזכות, הרווח של בעלי המקלט, והאינטרס הציבורי בהנגשת יצירות.

ערוץ פרמיום ישיר. זהו מודל של ערוץ בתשלום: הצופים מתקשרים במישרין עם ספק התוכן, ומשלמים בגין האפשרות לצפות בתכנית או בערוץ מסוימים.³⁵ כך, יש נקודת מפגש בין בעלי הזכויות או נציגיהם (ערוץ הפרמיום) לבין הצופים, ובכלל זה בעלי פאבים ועסקים דומים. בנקודת מפגש זו ניתן לבדל בין משתמש פרטי למשתמש עסקי; ניתן לבחון האם השימוש נועד לעובדים בלבד או לקהל הרחב, ושיקולים נוספים שיסייעו לתמחור ההתקשרות. במקרה כזה, בעלי העסק יודעים מה רכשו, ומה מותר ומה אסור. הקרנה פומבית של משדר מערוץ פרמיום ללא רשות, חותרת במישרין תחת התמריץ של בעלי הזכויות, שכן הקהל מגיע לשם לצפות במשדר במקום לרכוש מנוי ובעל העסק מרוויח מהקהל שמגיע אליו.³⁶

ערוץ פרמיום דרך ספק תשתית. במודל זה, ספק התשתית (למשל, הוט, יס, סלקום או נטפליקס) רוכש זכות שימוש מבעלי הזכויות, והצופים משלמים לספק בגין הגישה לתכנים. הצופים אינם צריכים לטרוח, וטוב שכן. בלי התיווך הזה, צופים היו צריכים לפנות לבעלי הזכויות ולנהל עימם משא ומתן לצפייה. מובן שבהיקפים של מיליוני צופים, וריבוי בעלי זכויות בתכנים שונים, עסקה כזו לא הייתה מתרחשת.

גם משתמשים עסקיים רבים מאוד. יכולתם לאתר מי בעלי זכויות באילו תכנים, ולנהל משא ומתן – נמוכה. חישבו על בעל עסק שמקריין מדי יום מספר ערוצים – מוסיקה, ספורט, טבע ואופנה. אין ביכולתו לדעת מי עומד על זכויותיו, מי לא הסדיר את הזכויות דרך ספק התשתית, לאתר את בעלי הזכויות, לנהל משא ומתן ולרכוש רישיון שימוש. נראה שהציפייה הסבירה של בעלי העסקים היא שגורם הביניים מטפל בכל זה. האם בעלי הזכויות נפגעים מביצוע פומבי של משדריהם שמועברים כחלק משידורי ערוצים בחבילת ערוצים על ידי פאב? ייתכן, אולם הכתובת המתבקשת והיעילה היא לפנות לספקי התשתית.

ספק התשתית יודע מי לקוחותיו, יכול לברר את הזכויות ביתר קלות ממשתמשי הקצה העסקיים, ויכול לשמש נקודה נוחה לאפליית מחירים. לחברות כמו הוט ויס יש מידע על המנויים, כך שאפשר לשער שהן יכולות להבחין בין מנוי פרטי למנוי עסקי, וכן, יש להניח שיש להן אפשרות לדעת האם מנוי צפה בערוץ מסוים במועד מסוים (כמובן שמתעוררות שאלות של פרטיות). קיומו של מידע כזה אצל ספקיות התשתית מציב אותן בנקודת התיווך בין בעלי הזכויות לבין משתמשי הקצה, ועשוי להפוך אותן, כנראה בעל כורחן, לגורם היעיל בהתקשרות. בפועל, נראה שהספקיות אינן מעורבות בנושא.

ערוץ מסחרי. במודל זה, הצופים אינם משלמים עבור הצפייה בכסף, אלא בתשומת ליבם. העסקה היא בין הערוץ לבין מפרסמים, והמוצר הוא "זמן אוויר" לפרסומות שעלותו נקבעת לפי מספר הצופים (מה שמכונה eyeballs). הקרנה בבית עסק של משדר טלוויזיה מסחרית, משנה את המאזן לעומת שני המצבים הקודמים. צפיית הקהל בפאב אינה מחליפה רכישת מנוי לערוץ פרמיום, ולכן בעלי הזכויות אינם חסרים. גם הערוץ המסחרי אינו חסר, שהרי הוא מעוניין להגדיל את מספר הצופים, בלי קשר לשאלה היכן צפו, וזאת כדי להעלות את המחיר של "זמן האוויר" שהוא מוכר למפרסמים. בעלי הזכויות בוודאי ערים לכך, והדבר יבוא לידי ביטוי

³⁵ למשל, ניתן לרכוש מנוי אישי לצפייה במשחקי ה-NBA, במישרין ממנהלת הליגה.

³⁶ ראו בדומה, ענני **הפדרציה למוזיקה ים תיכונית**, לעיל ה"ש 28, בפס' 161. בית הדין ציין שכאשר מאזינים יכולים לקבל את השירות ממקור אחר בחינם, אין פגיעה בערך הזכויות.

במחיר שידרשו מהערוץ. בעלי העסקים עשויים ליהנות מהרווח שנובע מהקהל הנוסף. זה מצב של "זה נהנה, וזה לא חסר".

כמו במודל הקודם, במודל של טלוויזיה מסחרית, אין מפגש ישיר בין בעל העסק לבין בעלי הזכויות בתכנים המשודרים, אבל הפעם גם אין בהכרח גורם מתווך, למשל, כאשר השידור נקלט בתשתית של עידן פלוס. התייחסות להקרנה של משדר טלוויזיה בערוץ פתוח – למשל מקרן טלוויזיה שמכוון לערוץ 12 במספרה – כאל ביצוע פומבי, מטילה על בעלי העסקים נטל כבד לבדוק לגבי כל תוכן מי בעליו, ליצור קשר, לנהל משא ומתן ולשלם בגין השימוש. זה נטל כבד מאוד, שעלול להביא להרתעת-יתר: בעל עסק מיועד ושונא סיכון לא יקרין שידורים כלל. ההפסד במקרה כזה יהיה של הערוץ – שהחשיפה אליו מצטמצמת, של הקהל – שלא ייחנה מחוויית הצפייה המשותפת או צפייה ברקע בעת המתנה לשירות (תור במספרה), ושל בעל העסק. בעלי הזכויות בתכנים, לעומת זאת, אדישים: הצופים יצפו בטלוויזיה בביתם, וממילא אין הם משלמים בגין הצפייה.³⁷

ערוץ ציבורי פתוח. בשידור ציבורי המימון אינו מגיע מפרסומות, אלא ממקור ציבורי, בין מאוצר המדינה ובין מאגרה ייעודית. ביצוע פומבי בדרך של הקרנת משדר מערוץ ציבורי מעצים את המצב הקודם, שכן הציבור כבר שילם עבור התכנים – בדרך של מס כללי או אגרה ייעודית לערוץ הציבורי, שרכש את זכויות השידור מבעליהם. תשלום בגין צפייה במשדר עלול להיות תשלום כפול. אסכס:

טבלה 1: ביצוע פומבי לפי מודלים עסקיים של שידורי טלוויזיה

מסקנה משפטית (כפוף ליישום לנסיבות המקרה)	האם ביצוע פומבי בלתי מורשה פוגע בתמריץ של בעלי הזכויות?	סוג הקשר ועלויות	תועלת למבצע (מקום העסק)	
זה נהנה וזה חסר: ביצוע פומבי אסור	כן. אפשרות הקהל לצרוך תוכן בעסק מחליפה רכישת מנוי.	קשר ישיר בין המשתמש לערוץ. אפשרות לחוזה ברור. עלויות: הקמת מערך לקוחות ותשלום.	לפי סוג העסק ואופי פעילותו, רווח ישיר או תועלת עקיפה	ערוץ פרמיום ישיר
זה נהנה וזה חסר, אך יש עלויות עסקה שמוטלות על משתמש הקצה, ויעיל יותר שיוטלו על גורם הביניים.	כן. חלק מהצופים יצפה במשדר בעסק (פאב וכו') במקום לרכוש מנוי לחבילת ערוצים, שחלק מהתשלום עבורה מגיע לבעלי הזכויות.	בין המשתמשים לבעלי הזכויות אין קשר ישיר, ועלויות העסקה גבוהות. בין ספק התשתית לבעלי הזכויות יש קשר ישיר, ועלויות העסקה נמוכות.	כנ"ל	ערוץ פרמיום דרך ספק תשתית
זה נהנה וזה לא חסר. הביצוע הפומבי אינו מפר.	לא. הצפייה בצוותא אינה באה על חשבון תשלום לבעלי התכנים. ³⁸	אין קשר ישיר ואין גורם מתווך. עלויות עסקה גבוהות של איתור, פניה וניהול משא ומתן עם בעלי הזכויות, בהיעדר גורם מתווך.	כנ"ל	ערוץ מסחרי
זה נהנה וזה לא חסר. הביצוע הפומבי אינו מפר.	לא. הציבור כבר שילם לערוץ הציבורי בכספי המסים או באגרה ייעודית.	אין קשר ישיר ואין גורם מתווך. עלויות עסקה גבוהות. הציבור מממן את הערוץ הציבורי. עסקה נוספת תהיה בגדר תשלום כפול.	כנ"ל	ערוץ ציבורי פתוח

³⁷ להשלמת התמונה: ספקי שירותי התשתית מחויבים בהעברת שידורים המשודרים לפי סעיף 6כא לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, כלומר ערוצים פתוחים וכן ערוצים 12, 13 ועוד, ופטורים מתשלום לבעלי הזכויות.

³⁸ הדיון מתייחס להפקת התועלת מזכויות היוצרים במישרין. ייתכן שלצפייה המשותפת יש ערך כלכלי נפרד, אולם אז עולה השאלה מי זכאי ליהנות ממנו – האם בעלי הזכויות בלבד? או, שמא, יש לראות כאן תוצר משותף של בעלי הזכויות, בעלי העסק, והצופים? תודתי לאסף יעקב שהפנה את תשומת ליבי להיבט זה.

4. אתגרי האכיפה

הזכות לביצוע פומבי בסביבה הפיסית מעוררת אתגרים משמעותיים וייחודיים לבעלי הזכויות.

פיזור המשתמשים. בעלי עסקים שמקרינים את המשדרים נמצאים בכל מקום: בתי קפה, מסעדות, פיצוציות, מועדונים וכדומה. מספרם רב, בדרך כלל הם אינם מאוגדים (הגם שיש התארגנויות-משנה של קבוצות מסוימות, למשל איגוד המסעדות). התוצאה, היא שקשה לבעלי הזכויות ליצור קשר מוקדם עם המשתמשים, להסב את תשומת ליבם לזכויותיהם, לנהל משא ומתן ולגבות תשלום. יש פתרונות לקושי זה, כמו פרסום נרחב, או פרסום בתחילת משדר (כהצעת אחד מבתי המשפט),³⁹ אולם זה פתרון חלקי בלבד. כל זה שונה מזכויות בספרים למשל – מספר הגורמים שיכולים להעתיקם – קטן יותר. אם יש בית דפוס שמעתיק ספרים, ניתן לאתר, גם אם יש עלויות אכיפה מסוימות.⁴⁰ הפיזור של העסקים שונה מהפיזור של משתמשים באינטרנט: גלישה ברשת שימושים משאירה עקבות דיגיטליים, וניתן, גם אם הדבר כרוך במאמץ טכנולוגי ולעיתים במשכונות משפטיות, לאתר את המשתמשים.⁴¹ קשה יותר לדעת מה מוקרן בבית הקפה.

מודעות נמוכה. בשונה מבתי דפוס, תחנות רדיו וכדומה, בעלי העסקים המשתמשים אינם פועלים בתחום היצירה. הם קמעונאים (פיצוציות) או מציעים שירותים שונים (בתי קפה, פאבים). לחלקם – נצבר ניסיון בקשר להשמעת יצירות מוסיקליות, בשל פעילות אקו"ם והפדרציה לתקליטים, אולם בקשר לשידורי טלוויזיה – הניסיון מצומצם. האינטואיציה (שלפי הדין הנוכחי היא שגויה) שמותר להם להקרין משדרים במיוחד מערוץ פתוח – מכשילה. פעולות אכיפה נמרצות עשויות להביא לשינוי מודעות, ולהטמיע נורמה חדשה בקרב קבוצת משתמשים חדשה.⁴²

הביצוע בר-חלוף. שימוש ביצירות הטלוויזיוניות אינו משאיר עקבות, בשונה מעותקים פיסיים ומשימושים ברשת. הביצוע הפומבי מתקיים בעת השידור בלבד. בעל זכויות שמבקש להוכיח הפרה יזדקק לראיות ישירות – תיעוד ההקרנה, ויעשה זאת בעזרת חוקרים פרטיים שמצוידים במכשירי הקלטה פשוטים. עדיין, יש עלויות לפעולות האכיפה, ואת איסוף הראיות יש לקיים בקשר לכל פעולה מפרה. זאת, בשונה מהעתקת ספרים – שם די לתפוס את בית הדפוס כדי לבלום את המשך ההעתקה;⁴³ ובשונה מפעולות דיגיטליות – שם ניתן להיעזר בתוכנות לסריקת הרשת, למשל, שמוזילות את עלויות האכיפה.⁴⁴

³⁹ ת"א (שלום ת"א) 51396-02-17 צ'רלטון בע"מ נ' בית הברירה צ.ק.מ. בע"מ (נבו) 22.10.2018.

⁴⁰ ראו למשל ת"א (מחוזי חיפה) 14791-05-19 המרכז לטכנולוגיה חינוכית (מט"ח) נ' ג'בארין (נבו) 26.7.2020.

⁴¹ למשל חשיפת גולשים אנונימיים. ראו עניין The Football Association, לעיל ה"ש 10, שבו נפסק שאין הליך כזה בדיני זכויות יוצרים. לאחר מכן, תוקן החוק, וכיום פרק ח1 מסדיר זאת.

⁴² סוגיה קשורה היא התמריץ של שחקן חוזר ושל עורכי דינו להגביר את המודעות. ככל שתביעות הופכות למקור רווח עצמאי, עלול דווקא להתגבש אינטרס שלא להגביר מודעות, ועלולים להיות פערים בין בעלי הזכויות לעורכי הדין. הדבר תלוי גם במודל התשלום לעורכי הדין.

⁴³ ראו עניין המרכז לטכנולוגיה חינוכית, לעיל ה"ש 40.

⁴⁴ ראו למשל את תוכנת Pixmole הישראלית: <https://www.pixmole.com>.

ג. תביעות צ'רלטון: תמונת מצב

צ'רלטון היא חברה ישראלית שהתאגדה ב-1992. בעלי החברה כיום הם אנשי העסקים אלי עזר, ⁴⁵ ופיני זהבי. צ'רלטון בעלים של ערוצי שידור בתשלום (ספורט 1, 2, 3, 4). החברה רוכשת זכויות שידור לאירועי ספורט רבים בעולם, ⁴⁶ ובישראל, למשל ליגת-העל בכדורגל. מאחר שהחברה היא פרטית, אין מידע פומבי על היקף פעילותה הכלכלית.

1. איסוף הנתונים ועיבודם

לאור הזיהוי הראשוני של ריבוי התביעות של צ'רלטון וכדי לעמוד על היקף התופעה ולנתח, ביקשתי לאסוף מידע לגבי כלל התביעות, ולא רק מדגם. בסיוע צוות עוזרי מחקר, נאסף מידע ונותח, כמסבר להלן.

תקופת המחקר. המידע נאסף בקשר לתביעות שהוגשו משנת 2008 ועד לשנת 2019 (כולל). נקודת ההתחלה, היא מועד כניסת חוק זכות יוצרים לתוקף. המידע נאסף במהלך 2019, ובדיקה משלימה נערכה בראשית 2021 לגבי תביעות שהיו תלויות ועומדות בבדיקה הראשונה. לא כללתי תביעות שהוגשו במהלך שנת 2020, בשל משבר הקורונה: אירועי ספורט בוטלו, עסקים כמו פאבים ומסעדות נסגרו, התקהלויות נאסרו, ויש להניח ששנה זו תהיה חריגה גם בהיבטים הנדונים כאן.

איסוף הליכי צ'רלטון. הבדיקה נערכה תחילה באמצעות חיפוש שם החברה כתובעת, במאגר "נבו". בדיקה במאגר "תקדין" העלתה מעט תביעות נוספות. בדיקה במאגר פדאור לא העלתה פסקי דין נוספים. צוות "נבו" סייע בהפקת פלט מפורט של כלל ההליכים שבהם צ'רלטון מעורבת ושניתנה לגביהם החלטה כלשהי. התקבלו למעלה מ-700 הליכים. המידע מנבו מתייחס למספר ההליכים, שמות הצדדים, בית המשפט והשופטים, עורכי הדין (בחלק מהמקרים), וסוג ההחלטה (החלטה או פסק דין). בנוסף, "עמותת התמנון – מידע ציבורי לכל", שמפעילה את פרויקט "תולעת המשפט", סייעה באיתור הליכים נוספים מתוך מערכת נט-המשפט, שמפעילה הנהלת בתי המשפט. ⁴⁷ "תולעת המשפט" סורקת באופן שיטתי ואוטומטי את נט-המשפט ומחלצת משם מידע פומבי, שמותר בפרסום. חיפוש זה הניב אלפי תוצאות. צוות העמותה סייע בהפקת פלט מפורט. המידע מנט-המשפט כולל את מספר ההליך, בית המשפט והשופטים, סוג התביעה (כספית), סכום התביעה ותוצאת ההליך, כפי שדווחה במערכת נט-המשפט. התביעות עצמן אינן כלולות במאגרים.

⁴⁵ ראו שוקי שדה "יוצא לאור: אלי עזר עובר לפריים טיים ומשתלט על התקשורת הישראלית" **דה-מרקר** (23.11.2018), <https://www.themarker.com/advertising/premium-MAGAZINE-1.6679118>

⁴⁶ למונח "זכויות שידור" מספר משמעויות: (1) למי שמארנן את המשחקים יש זכות קניינית במגרש, וכוח חוזי מול גופי שידור שמבקשים לשדר משם. הזכות מתורגמת לבלעדיות לגוף שידור מסוים, וכאן צומחות "זכויות שידור" כמושג חוזי-מסחרי. גיבוי משפטי נוסף לזכות זו יש בדיני עשיית עושר ולא במשפט. ראו ה"פ_מחוזי ת"א) רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור (נבו) 26.8.2002. (2) צילום האירועים הוא "יצירה דרמטית" לפי חוק זכות יוצרים, והזכות כוללת גם זכות לשדר את היצירה (סעיפים 11(4), 14 לחוק). (3) חוק זכויות מבצעים ומשדרים מגן על זכויות אחרות של גופי שידור. לאבחנה בין המונחים השונים, ראו גיא פסח "זכויות שידור - גלגוליה של סבוגיית [פסק הדין בעניין] א.ש.י.ר וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת" **המשפט** י 131 (2005); יובל קרניאל "שידור של אירוע ספורט בערוצים הזרים – האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת מסך" **עלי משפט** ו 259, 267 (2007). אני מאמץ את המונחים שהוצעו אצל עופר טור-סיני ומיכל שור-עופרי "א.ש.י.ר. חוגגת עשרים – מחקר אמפירי" **משפטים** נא 163, 187-188 (2021), ואיחד את המונח "שידור" לפיד הנקי, כלומר השידור כפי שהוא יוצא ממגרש הספורט, ואת המונח "משדר" איחד לתוצאה שמקורנת בטלוויזיה בסופו של דבר.

⁴⁷ ראו את אתר הפרויקט: <https://bit.ly/3nnWYWC>

מיקוד המחקר הוא בתביעות בשל הפרת הזכות לביצוע פומבי. הליכים אחרים כמו סכסוכי עבודה ועתירות מנהליות הוסרו. תביעות נגד מי ששיווקו ממירים שאפשרו, לטענת צ'רלטון גישה לשידורים מוצפנים, הוסרו גם כן – אם כי כאן יש קושי לבדל את התביעות האלה. הוסרו גם ארבע תביעות בקשר להפרות זכויות באינטרנט, וכן ערעורים, כדי לא לספור את אותו מקרה פעמיים. יש להעיר שהסיווג של מזכירות בתי המשפט, ובעקבותיהם של המאגרים, אינו מדויק. במקרים רבים תביעות סווגו כ"קניין רוחני", במקרים אחרים כ"תביעה כספית" או, ב-57 מקרים כ"קניין רוחני – פטנטים" – סיווג שגוי בעליל, או שלא צויין דבר. למרות זאת, מקרים אלה הושארו במאגר, לאור מאפייניהם: היותה של צ'רלטון תובעת (ולא נתבעת), סוג ההליך (תביעה אזרחית), מקום ההליך (בית משפט שלום), סכום התביעה האחד (60,000 ש"ח בשנים הראשונות, ובהמשך 85,000 ש"ח) ובדיקת ההחלטות עצמן, ככל שהן העידו על התוכן. תביעות בסכומים גבוהים יותר הוסרו, כמו גם כאלו שהוגשו לבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה, שכנראה עסקו בסכסוכים אחרים. בשל השוני בהיקף התוצאות שעלו בחיפוש במאגר נבו (שכוללים מידע מפורט, אבל רק על תיקים שיש בהם החלטה כלשהי) ובנט-המשפט (שכוללים מעט פחות מידע אבל על יותר הליכים), הצלבנו את הממצאים מהמקורות השונים, והסרנו כפילויות. בהתאם, בתיאור הממצאים שלהלן, אציין אם המקור הוא במאגר נבו, או במאגר המאוחד, של כלל המקורות. המידע עובד בגיליון נתונים וקודד על ידי עוזרי מחקר, וממצאיו נגישים לכל.⁴⁸

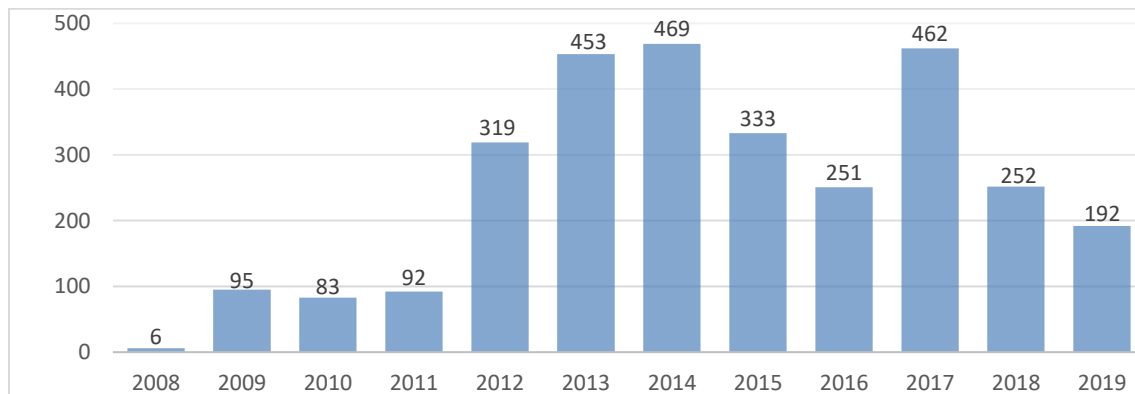
חילוף מידע. לאחר איסוף המידע, חילצנו כל נתון אפשרי על אודות התביעות. בנוסף, עיינו בכל פסקי הדין וההחלטות שניתנו בתביעות האלה. המחקר הושלם בשיחות והתכתבויות עם עורכי דין שהיו מעורבים בתביעות צ'רלטון, ובדברים שנשאו עורך הדין של החברה ומנהל בכיר שלה בכנס אקדמי פומבי. עיינתי גם בכמה כתבי תביעה שהועברו אליי מעורכי הדין שייצגו נתבעים, ובמכתבי התראה שצ'רלטון שלחה לנתבעים.

2. ממצאים

(א) היקף התביעות

בסך הכל, אותרו 3007 תביעות שצ'רלטון הגישה משנת 2008 ועד 2019 (כולל), בקשר לביצוע פומבי של משדרי ספורט, בהתפלגות הבאה, לפי מועד הגשת התביעה.

תרשים 1: התפלגות תביעות צ'רלטון, 2008-2019



⁴⁸ ממצאי המחקר ושיטת הקידוד זמינים כאן: <https://bit.ly/3vOOeLI>.

הסבר אפשרי לתנודתיות לאורך השנים הוא אירועי הספורט הגדולים, כמו משחקי יורו 2012, ו-2016. בהיעדר נתונים על כלל התביעות בנושאי קניין רוחני בבתי משפט השלום, קשה לומר מה שיעור התביעות של צ'רלטון מתוכם.⁴⁹ לשם השוואה: שחקנית חוזרת אחרת בקשר לביצוע פומבי – הפדרציה לתקליטים וקלטות (שבבעלותה זכויות בהקלטות של מוסיקה) הגישה בתקופה המקבילה כ-400 תביעות, ואקו"ם (שבבעלותה זכויות הביצוע הפומבי של מלחינים ומחברים שחברים באגודה) כ-200 תביעות. כלומר, שתיהן יחד הגישו כחמישית ממספר התביעות שצ'רלטון הגישה.⁵⁰

(ב) בתי המשפט והשופטים

התביעות הוגשו ב-18 בתי משפט שלום, מתוך 28 שפעלו בתקופת המחקר, אולם ההתפלגות אינה אחידה. בכמה מחוזות בולט פער בין עיר השיפוט המרכזית – שבה הוגשו מעט תביעות, לבין בתי משפט אחרים באותו מחוז. למשל, במחוז ירושלים: רוב התביעות הוגשו בבית שמש, ולא בירושלים, במחוז הצפון רוב התביעות הוגשו בעפולה, ולא בנצרת, ובדרום, רוב התביעות הוגשו באשדוד, ולא בבאר שבע.

טבלה 2: תביעות צ'רלטון לפי מחוז השיפוט ובית המשפט

מחוז ובית משפט	תביעות צ'רלטון להפרת ביצוע פומבי, 2008-2019
תל אביב	983
תל אביב	824
הרצליה	159
חיפה	649
חיפה	537
חדרה	109
קרית	2
עכו	1
מרכז	561
ראשון לציון	475
פתח תקווה	53
נתניה	26
כפר סבא	6
רחובות	1
דרום	411
אשדוד	387
באר שבע	15
אילת	6
קרית גת	3
ירושלים	219
בית שמש	167
ירושלים	52
צפון	184
עפולה	172
נצרת	6
בית שאן	4
צפת	2
סך הכל	3007

⁴⁹ הנהלת בתי המשפט מפרסמת דוחות כלליים, מהם אפשר ללמוד כמה תביעות כספיות הוגשו בשנה, אבל ללא פילוח נושאי. בשנת 2018 נפתחו בסך הכל 185,218 תביעות אזרחיות, ומתוכן 123,934 כללו סעד כספי. ראו הרשות השופטת **דוח שנתי 2018**, בעמ' 23, 28 https://www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics_annual_2018/he/2018.pdf.

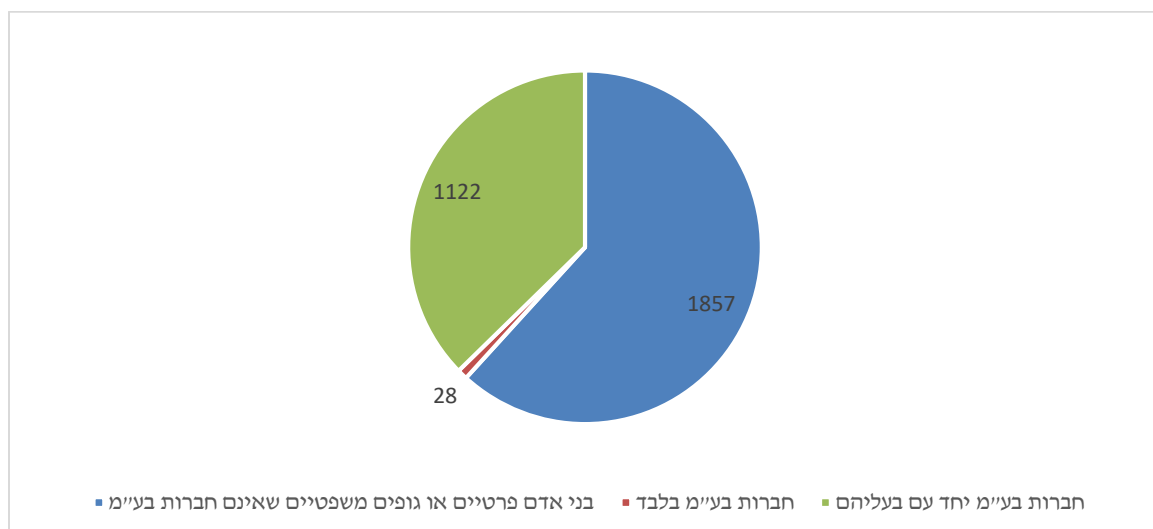
⁵⁰ הבדיקה נערכה ב"תולעת המשפט", לפי שם התובעות, לגבי השנים 2008-2019, בניכוי הליכים שבבירור אינם עוסקים בביצוע פומבי.

בסך הכל, תביעות צ'רלטון נדונו לפני לפחות 227 שופטים ושופטות.⁵¹ לגבי 189 הליכים אין בידי מידע באשר לזהות השופטים והשופטות, כך שיש להניח שמספר השופטים המעורבים גבוה יותר. קשה לאמוד את השיעור של אלה מתוך כלל שופטי השלום, בשל תחלופה טבעית של פרישות וקידומים. כדי לסבר את האוזן, בינואר 2020, כיהנו 451 שופטי שלום.⁵² אצל חלקם התבררו עשרות תביעות. בראשם שופטת אחת שדנה ב-130 תביעות. אצל 146 שופטים ושופטות נדונו פחות מעשר תביעות כל אחד.

(ג) הנתבעים וייצוגם⁵³

בדיקת שמות הנתבעים במאגר המאוחד מאפשרת לזהות אם מדובר בחברות בע"מ. ב-62% מהתביעות (1857) נתבעו בני אדם פרטיים או גופים משפטיים אחרים, שאינם חברות בע"מ, כמו שותפויות. בגופים כאלה הבעלים אחראי בגין חובות השותפות. ב-37% מהתביעות (1122) נתבעו חברות בע"מ עם בעליהם, ורק ב-1% (28) נתבעו תאגידים לבדם. במילים אחרות, ב-99% מהתביעות נתבעו בעלי העסקים במישרין.

תרשים 2: זהותם המשפטית של הנתבעים



עיון בשמות הנתבעים התאגידיים מצביע על עסקים קטנים כמו בית קפה, פיצרייה, פיצוציה, קונדיטוריה, או דוכן מזון מהיר. במקרים אחדים מדובר במקומות מבוססים יותר, כמו מסעדות גדולות, קניון, אולם אירועים, או בית מלון. גם פסקי הדין המפורטים (הבודדים) מצביעים על עסקים דומים: מקומות קטנים יחסית, שעיסוקם העיקרי אינו קשור בשימוש במשדרי טלוויזיה, אלא בשירות אחר.

המקורות כוללים מידע חלקי על הייצוג של הנתבעים.⁵⁴ אותרו 905 עורכי דין שייצגו נתבעים. רובם ייצגו נתבעים רק בתביעה אחת. 195 עורכי דין הופיעו יותר מפעם אחת. בראש הרשימה עורכת דין אחת, שייצגה

⁵¹ לפירוט, ראו במאגר הנתונים, לעיל ה"ש 48 (לשונית: "שופטים").

⁵² ראו הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2019, 10 (2020), נמצא ב: <https://www.gov.il/BlobFolder/news/spokemenmessage150920/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%A9%D7%A0%D7%AA%D7%99%202019.pdf>

⁵³ לפירוט, ראו במאגר הנתונים, לעיל ה"ש 48 (לשונית "טבלת נתבעים").

⁵⁴ לפירוט, ראו במאגר הנתונים, לעיל ה"ש 48 (לשונית "פילוח עורכי דין נתבעים").

19 נתבעים.⁵⁵ התמונה שעולה היא של ריבוי עורכי דין, שרובם שחקנים חד-פעמיים בתביעות צ'רלטון. ב-1781 הליכים, אין מידע על ייצוג עורכי הדין: נראה שמדובר במקרים בהם הנתבעים לא היו מיוצגים, או שהמידע לא הוזן במאגרי המידע. בצד של צ'רלטון, הייצוג המשפטי זהה ברוב המוחלט של התביעות, ובתקופה שנבחנה כאן, נעשה על ידי משרד עורכי דין אחד.

(ד) תוכן התביעות

במאגרים השונים אין גישה לתביעות עצמן. עילות התביעה ופרטי התביעות נדלו מהרישום בבתי המשפט. עיון בכל תיקי נבו (711), מאגר שבו מצאנו פירוט נרחב יותר מאשר המאגר שמבוסס על נט-המשפט, העלה שהוגשו רק תביעות כספיות, כלומר לא נתבקש צו מניעה.⁵⁶ אין בידי די מידע כדי לדעת מהו אופי המשדרים שבגינם הוגשה התביעה, אולם במעט המקרים שבהם יש פירוט בהחלטות או פסקי דין, מדובר באירועי ספורט. המאגר המאוחד מלמד שבשנים 2008-2010 הוגשו תביעות בסכום של 60,000 ש"ח, ומסוף שנת 2010 ועד לתום תקופת הבדיקה (סוף 2019), התביעות היו בסכום של 85,000 ש"ח.⁵⁷

(ה) תוצאת התביעות

מאגרי המידע – של נבו, תקדין, ונט-המשפט (והקציר של "תולעת המשפט" מתוכו) מציינים תוצאה כמו "התקבל", "התקבל חלקית", "נדחה", "גישור", "גישור מהו"ת", "נמחק", אולם הכותרת אינה מלמדת בהכרח על תוכן ההכרעה. למשל, בהליכים רבים שבהם התוצאה סווגה "התקבל", דובר באישור פשרה. המאגר המאוחד איפשר לזהות 61 תביעות שעדיין תלויות ועומדות במועד כתיבת המאמר. מאחר שמערכת נט-המשפט אינה מאפשרת גישה לתיקים עצמם, הממצאים שלהן מבוססים על עיון פרטני בהחלטות בתיקי נבו בלבד. ב-280 מ-711 התביעות במאגר נבו, נמצאו החלטות דיוניות שהעידו על קיומה של תביעה, אולם ללא מידע נוסף. ביתר התביעות, 431 מתוך 711 שבמאגר נבו, יש תוצאה סופית: פסק דין או החלטה שסיימו את התיק, בין אם מדובר בקבלה או דחייה של התביעה, מחיקה או פשרה. מבחינת ניתוח הנתונים, 431 תביעות הן כשביעית (14.3%) מתוך 3007 תביעות שאותרו בכלל. בהתאם, הממצאים שיוצגו בסעיף זה הם מדגם, ולא שיקוף של כלל ההליכים:

סיווגתי את התוצאות לשלוש קבוצות:

הראשונה, כוללת פסקי דין – תביעות שהתקבלו, התקבלו חלקית, נדחו או נמחקו, או שניתן פסק דין לפי סעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט.⁵⁸ אני מעריך שמאגר נבו כולל את כלל הקבוצה, כלומר שאין מדובר רק במדגם. השנייה, כוללת פשרות, חלקן הושג אחרי הגשת התביעה ולפני דיון, וחלקן, הושג אחרי שהתקיים לפחות דיון

⁵⁵ עו"ד חנה גרופר-שגיא. תחום עיסוקה המקורי היה דיני משפחות ויש לה גם מומחיות במשפט עברי. כיום, באתרי אינטרנט שונים מצוין כי משרדה עוסק בשני תחומים: הגנה מפני תביעות צ'רלטון ודיני משפחה.

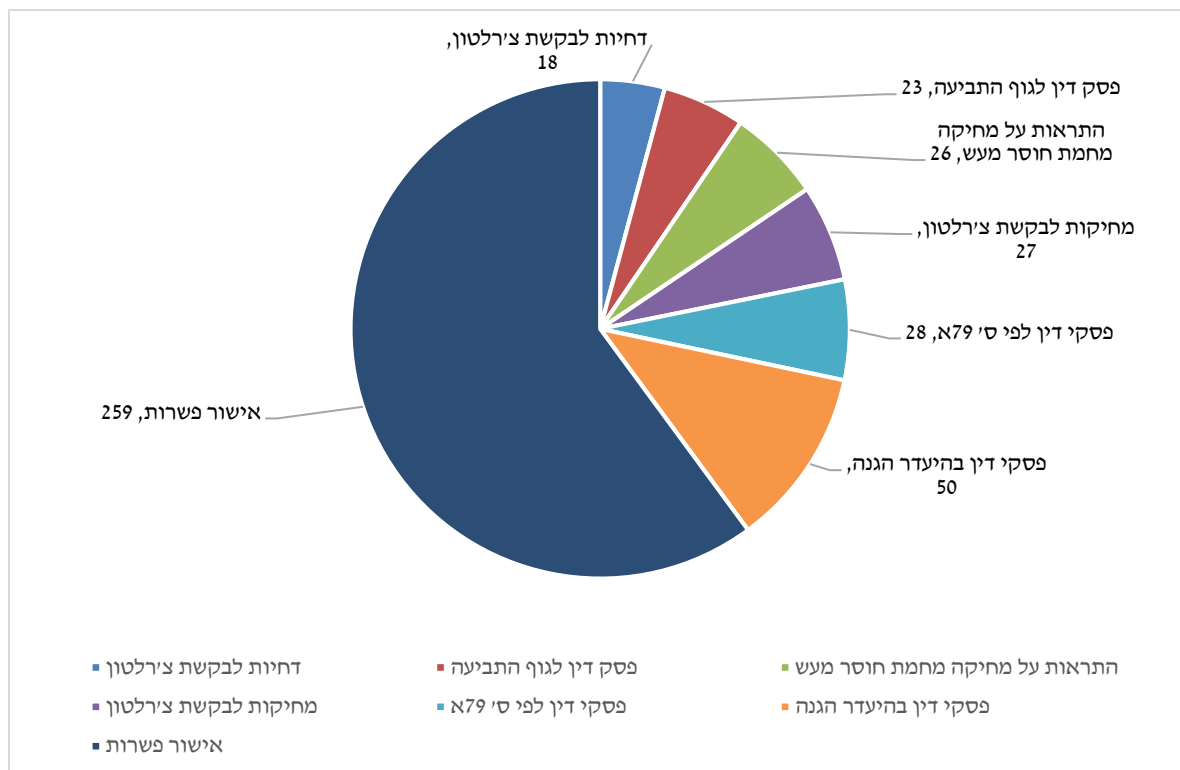
⁵⁶ אילו היה מתבקש צו מניעה, הייתה מתעוררת שאלה של סמכות השיפוט: ס' 40(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי המשפט) קובע שלבית המשפט המחוזי סמכות לדון בתביעה שכרוכה בענייני קניין רוחני, גם אם סכום התביעה או שוויה היו מכתביים סמכות לבית משפט השלום. עם זאת, בית המשפט העליון קבע שגם כאשר מבוקש סעד לא כספי (כמו צו מניעה), הסמכות נקבעת לפי שווי התביעה. ראו רע"א 6500/19 גבריאלי נ' אשד (נבו 7.5.2020).

⁵⁷ האגרה לתביעה כספית היא 2.5% מסכום התביעה, כך שהאגרה לתביעה של 85,000 ש"ח היא 2125 ש"ח כאשר את מחציתה יש לשלם בעת הבאת ההליך. ראו תקנות בתי-המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, פרט 1 בתוספת הראשונה, ותק' 6.

⁵⁸ שלפני "בית משפט הדן בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בענין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה".

אחד. הפשרות הושגו בהסכמה ישירה של הצדדים, בגישור, או בגישור מהו"ת.⁵⁹ חלק ניכר מהפשרות הוצג לבית המשפט, שנתן להן תוקף של פסק דין. השלישית, כוללת תביעות שנדחו או נמחקו בהסכמת הצדדים. ייתכן שבחלקן גם כן הייתה פשרה, ובמקום לבקש אישור של בית המשפט בחרו הצדדים בדרך של בקשה לדחייה או למחיקה. קבוצת זו כללה גם תביעות שנסגרו מבחינה טכנית, עוכבו מטעמי בוררות, פסקי דין שניתנו בהיעדר הגנה ובוטלו בהמשך, ותביעות שנסגרו מחמת חוסר מעש של התובעת. חלק מהתביעות עברו גלגולים שונים, למשל תביעה שנמחקה מחמת חוסר מעש או פסק דין בהיעדר הגנה, אולם חזרה לחיים, ובהמשך הוכרעה לגופה. הסיווג שלהלן מבוסס על ההחלטה האחרונה ביותר שאותרה.

תרשים 3: תוצאות התביעות (מתוך תיקי נבו שהגיעו לכלל סיום)



בקבוצה הראשונה (תביעות שהוכרעו לגופן), מתוך 431 התביעות שהסתיימו, נמצאו רק 23 פסקי דין שהכריעו בהן לגופן, שהם 5.3% מתיקי נבו שהסתיימו. בהנחה שאותרו כל פסקי הדין שנפסקו לגופן של דברים, הרי מדובר בפחות מאחוז אחד (0.76%) מסך התביעות שנפתחו בתקופת המחקר. מאלה, צ'רלטון זכתה ב-13 תביעות (ובערעור זכתה בתביעה נוספת), והפסידה בעשר (תשע, לאחר קבלת הערעור). אותרו ארבעה ערעורים שצ'רלטון הגישה לבית המשפט המחוזי: בשני מקרים הערעור נדחה (באחד מאלה, ביקשה צ'רלטון רשות ערעור

⁵⁹ מהו"ת – פירוש מידע, היכרות, ותיאום. הליך זה מתקיים לאחר הגשת כתבי טענות ולפני דיון. משנת 2007 ועד 2021 נערך פיילוט שהלך והתרחב. ראו פרק 11 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. כיום, לפי תקנה 37 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, גישור מהו"ת הורחב לכלל בתי משפט השלום. ראו יששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** (2021). המחקר הנוכחי עוסק בתקופה שבה משלו התקנות הקודמות.

לבית המשפט העליון, בקשה שסורבה); עוד ערעור הסתיים בפשרה בין הצדדים, ועוד ערעור התקבל. 28 תביעות (6.3%) הוכרעו לפי סעיף 79א, ובשתיים מהן התביעות נדחו, ובשאר נפסק פיצוי.

בקבוצה השנייה (פשרות): ב-60% מהתביעות (259) דווח על פשרה שניתן לה תוקף של פסק דין. בחמישה מקרים צוין שהפשרה הושגה בגישור. תוכן הפשרות נמסר לבית המשפט בחלק ניכר מהמקרים, אבל אינו מדווח בהחלטות ובפסקי הדין עצמם, ואינו זמין במאגרים.

בקבוצה השלישית נמצאו: 18 תביעות (4.2% מתיקי נבו שהסתיימו) נדחו לבקשת צ'רלטון ועוד 27 נמחקו לבקשתה (6.3%), בדרך כלל ללא פירוט בהחלטות בית המשפט.⁶⁰ ייתכן שחלקם מייצג פשרות. ב-51 מקרים (11.8%) ניתן פסק דין בהיעדר הגנה. למעשה, מספר פסקי הדין בהיעדר הגנה היה גבוה יותר, אולם חלק קטן מהם בוטל בהמשך, לבקשת הנתבעים – והתיק מסווג בקבוצות הקודמות. ב-26 מקרים (6%) הודיע בית המשפט לצ'רלטון על כוונה למחוק את תביעותיה מחמת חוסר מעש שלה. גם כאן, מספר החלטות המחיקה היה גבוה יותר, אולם חלק מהתיקים חזר לחיים, והוכרע בדרך אחרת. כמו כן, ייתכן שמאחורי חוסר המעש נמצא הסדר פשרה.

(ו) פיצויים והוצאות

כאשר צ'רלטון זכתה בתביעה (בשלוש עשרה תביעות ובערעור אחד), נפסקו פיצויים בטווח שבין 8,000 ל-45,000 ש"ח, בממוצע של 22,285 ש"ח לתביעה, שהם בין 33% מסכום התביעה שהגישה בתקופה הראשונה (בה תבעה 60,000 ש"ח) ל-26.6% מסכום התביעה, בתקופה השנייה (שבה תבעה 85,000 ש"ח). צ'רלטון זכתה גם בהוצאות משפט ושכר טרחה, בממוצע של 7,055 ש"ח לתביעה. בהתאם, ממוצע הפיצויים וההוצאות ביחד הוא 29,340 ש"ח לתביעה.

כאשר נפסקו פיצויים במסגרת הסמכת בית המשפט לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט, הפיצוי נע בין 4,500 ל-22,000 ש"ח, והממוצע בתביעות שהתקבלו, היה 10,200 ש"ח, כלומר 12% מסכום התביעה. בעשר התביעות שנדחו (בהתעלם מהדחייה שנהפכה בערעור), נפסקו הוצאות לטובת הנתבעים, בסכום ממוצע של 8,860 ש"ח, כלומר כ-10.4% מסכום התביעה.

3. מסקנות ביניים

התמונה שעולה מהממצאים ברורה: מאז 2008, צ'רלטון הגישה אלפי תביעות בקשר להפרת הזכות לביצוע פומבי במשדרי ספורט. התביעות הוגשו לבתי משפט השלום, בפריסה ארצית, ונדונו אצל מאות שופטים, רובם דן בתביעות אחדות בלבד, ובמילים אחרות, הם לא צברו מומחיות מיוחדת בתביעות אלה. בתקופת המחקר, צ'רלטון יוצגה על ידי משרד עורכי דין אחד, התביעות היו כספיות, ובסכומים זהים. עיון במספר תביעות לאורך השנים מעלה שהתביעות דומות במבנה ובסוג הטענות. ההבדלים הם בפרטי הנתבעים ונסיבות ההפרה הנתענות. לאורך השנים היה שינוי בטענות המשפטיות (למשל לעניין היצירה בגינה תובעים. אשוב לכך בהמשך) ובאסמכתאות המשפטיות, כאשר צ'רלטון הוסיפה מעת לעת התייחסות וציטוטים של פסקי דין חדשים שנפסקו לטובתה.

⁶⁰ במקרה חריג הוצג הרקע לבקשת המחיקה – צ'רלטון לא הסכימה לגלות הסכם בינה לבין מנהלת ליגת הכדורגל המקצוענית וההתאחדות לכדורגל. ת"א (שלום חיפה) 5495-12-18 צ'רלטון בע"מ נ' ניהמוב (נבו 1.12.2020).

צ'רלטון היא שיזמה את התביעות, החליטה מתי לתבוע (במגבלות ההתיישנות), והיכן (במגבלות כללי סמכות השיפוט המקומיים). הניהול הריכוזי של התביעות אפשר לה לעקוב אחרי יחס השופטים לתביעות ואחרי טענות משפטיות שונות מצד הנתבעים. הריכוזיות אפשרה צבירת ידע, ניסיון, לימוד נמשך, התמקצעות ומומחיות, והתאמה לנסיבות משתנות, כמו טענות הגנה חדשות או גישות חדשות בפסיקה. לצ'רלטון (ולעורכי הדין שלה) הייתה עלות קבועה לניהול מערך התביעות: העבודה המשפטית שכרוכה בהכנת התביעות והקמת מערך התביעות. אך מובן שהעלות התפזרה על כלל התביעות והעלות בקשר לכל תביעה פוחתת. בנוסף, לצ'רלטון היו עלויות נפרדות לכל תביעה: עלויות איסוף ראיות ואגרה, ובהמשך, ניהול התביעה, עלויות משא ומתן וההופעה המשפטית עצמה, כאשר התיק התברר לגופו של עניין, ובמקרים בודדים – ערעורים.

לעומת זאת, בצד הנתבעים, היה פיזור של הנתבעים ושל עורכי דינם. כפי שראינו, בעלי עסקים נתבעו במישרין כמעט בכל התביעות, הם בעלי עסקים קטנים, ואינם עוסקים בתחום הקניין הרוחני. רוב עורכי הדין שייצגו אותם היה מעורב בתביעה אחת או בתביעות בודדות. זו תמונת ראי של צ'רלטון: אצל הנתבעים לא הייתה ריכוזיות, אצל רובם נראה שלא היה ניסיון משמעותי קודם בקניין רוחני, לא הייתה להם בהכרח התמקצעות בתביעות בקשר לביצוע פומבי, לא הייתה להם תמונה מלאה של מצב התביעות, יחס השופטים וכדומה. ידוע לי רק על העברת מידע אנקדוטלית בין עורכי דין של נתבעים. אצל חלקם הצטבר ניסיון בייצוג נתבעים. חלק מהמידע ניתן לאיתור במחקר משפטי, אולם זה מחייב תהליך לימוד, שמשמעותו השקעה נוספת של זמן וכסף. מאחר שברוב המקרים הנתבעים ועורכי דינם לא היו "שחקנים חוזרים", לניהול כל תביעה היו עלויות שלא התפזרו על הליכים נוספים.

הרוב המוחלט של התביעות הסתיים בפשרה, ופחות מאחוז אחד הגיע לכלל הכרעה משפטית. כאשר הייתה הכרעה לגוף העניין, צ'רלטון זכתה ב-14 תביעות מתוך 23, שהם 61%, וסכום הזכייה שלה נע בטווח ממוצע של בין רבע לשליש מסכום התביעה. נתונים אלה מאירים את אי-הוודאות הניכרת שבה נתונים הנתבעים, וגם את היחס בין סכום התביעה לסכום שנפסק בסופו של דבר. אי-הוודאות קטנה מעט יותר כאשר יש פשרה בבית המשפט לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט. הממוצע של פשרות אלה קטן במעט יותר מחצי מאשר הממוצע במצב של הכרעה לגופם של דברים.

ד. שחקנים חוזרים בזכויות יוצרים

כיצד ניתן להסביר את התופעה של תביעות צ'רלטון? בפרק זה אבחן תחילה את פעילותה של צ'רלטון לאור מושגים כלליים בסדרי הדין האזרחיים, מושג הטרול בקניין רוחני, ולאחר מכן אמשג את המהלכים השונים במסגרת שדה המחקר של משפט וחברה.

1. סדרי הדין

סדרי הדין האזרחיים מתייחסים למספר מצבים של תובעים סדרתיים, ומעניקים כלים לנתבעים ולבתי המשפט לבלום תביעות מסוימות. הדיון שלהלן מכשירני, ונועד לסייע לנו להבין טוב יותר את הפעילות המשפטית של צ'רלטון בקשר לביצוע הפומבי.

תקנות סדר הדין האזרחי מתירות לבית המשפט למחוק כתב תביעה שאינו מגלה עילת תביעה, או כאשר התביעה "טרדנית או קנטרנית".⁶¹ בפסיקה יש עירוב מסוים בין המושגים של תובע סדרתי ותובע טרדן. התקנות אינן מגדירות מונחים אלה, אולם לפי הפסיקה ניתן לומר שתובע סדרתי הוא מי שמגיש תביעות רבות בעניין דומה – למשל תובע בתביעות על משלוח הודעות פרסומיות ("ספאם"), או מי שתובעים בגין אפלייתם בכניסה למקומות ציבוריים. הסדרתיות מעוררת לעיתים אי נוחות אצל השופטים. במקרה אחד, העיר רשם בכיר על תובע בתביעות ספאם שזה "הפך את הגשת התביעות לתעשייה של ממש, בין עבורו ובין עבור אחרים, באופן שיש בו כדי להחשיד בתאוה לרווח כספי אישי".⁶² אמירה זו הביאה להפחתת הפיצוי. תובע טרדן נתפס כמי שמנצל את משאבי המערכת השיפוטית, על חשבון מתדיינים אחרים.⁶³ פן אחר הוא שימוש לרעה בהליכי המשפט – כאשר לתובע "אין מה להפסיד".⁶⁴ אולם, בתי משפט הבהירו שעצם העובדה שאדם מגיש תביעות רבות אינה בהכרח בעייתית, ולעיתים יש בה חשיבות. השופט פוגלמן העיר בהערת אגב בתביעת אפליה כי "יש לעודד הגשת תביעות באותם מקרים שאכן התרחשה הפליה אסורה. מכאן, כי יש להיזהר מסיווגו של מי שהגיש כמה תביעות מכוח החוק כ'תובע סדרתי' ולראות בכך כשיקול העומד לחובתו, וממילא יש להקפיד ולבחון כל תביעה לגופה".⁶⁵ בתביעת ספאם העיר שופט בבית משפט לתביעות קטנות כי "המונח 'תובע סדרתי' אינו צריך לקבל קונוטציה שלילית בהקשר שבו עסקינן כל עוד התובע נוהג בתום לב".⁶⁶ הערות אחרות בפסיקה מעלות שאי הנוחות נגרמת בשל טענות סרק – כלומר תביעות שאינן מקימות עילה משפטית.⁶⁷ הצעת חוק ממשלתית הגדירה בעל דין טרדן כ"בעל דין המגיש הליכים שאינם מגלים עילה, באופן עקבי ושיטתי, לבית משפט אחד או לבתי משפט שונים, נגד אותו בעל דין או נגד בעלי דין שונים, באופן שיש בהם משום שימוש לרעה בהליכי משפט".⁶⁸

צ'רלטון מגישה תביעות רבות מאוד. אולם תביעותיה אינן תביעות סרק. הגם שעולות שאלות משפטיות בקשר לזכותה לתבוע ושאלות עובדתיות קונקרטיות (ובאלה אדון בפרק הבא), הרי לתביעותיה יש יסוד בדין. למעשה, הסדרתיות נכפית עליה, בשל ריבוי ההפרות לכאורה ובשל אתגרי האכיפה שנדונו בפרק ב. עם זאת, לרשותה של צ'רלטון כוח רב בקשר לתביעה, וכוחה ניכר מול חולשת הנתבעים. בדיון על תכלית סדרי הדין בכלל, הצביע יששכר רוזן-צבי על כוחם של כללים דיוניים לשקף ולעצב פערי כוח, ובהתאם, טען שמערכת דיונית צריכה לעצב מנגנונים שיתמודדו עם פערי כוח כאלה.⁶⁹ גישתו נובעת מעמדתו הכללית בדבר התכליות של סדרי הדין, שכוללות גם את ערך השוויון.⁷⁰ רוזן-צבי מצביע בין היתר על פערי הכוח בנגישות למערכת המשפט

⁶¹ תק' 41 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. ובדומה תק' 100 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

⁶² ת"ק (הרצ' 14-10-23133 מאירי נ' Mb Global בע"מ (נבו 15.1.2015).

⁶³ בג"ץ 668/14 ואן קול נ' מדינת ישראל (נבו 14.8.2014); ת"א (מחוזי ת"א) 58988-12-16 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 20.3.2017).

⁶⁴ ראו אבישי אדד שימוש לרעה בהליכי משפט 249 (2013).

⁶⁵ רע"א 197/16 קיס נ' ק.צ. יחסי ציבור ויזמות בע"מ (נבו 26.1.2016). בתביעה אחרת של אותו תובע נגד מעסיק אחר שלטענתו הפלה אותו בשל מוצאו, נדחתה טענת הנתבע בקשר להיות התובע תובע סדרתי, וקבע כי "לא מצאנו כי טענה זו רלבנטית לשאלה האם הוא הופלה בנסיבות המקרה הספציפי". סע"ש (אזורי ת"א) 5865-08-16 קיס - קשת גיבורים - שיווק בע"מ (נבו 21.2.2019).

⁶⁶ ת"ק (ת"א) 44073-09-14 זילברג נ' "כיד" ערוץ הקניות בע"מ (נבו 5.7.2015).

⁶⁷ למשל, עניין ואן קול, לעיל ה"ש 63.

⁶⁸ הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 95) (תובע טרדן), התשע"ח-2018. ההצעה לא קודמה לפי שעה. עם זאת, תקנה 4 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 אוסרת על בעלי דין שימוש לרעה בהליכי משפט.

⁶⁹ יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 32 (2015).

⁷⁰ שם, בעמ' 64.

ובסיכויי ההצלחה בהליך עצמו, ומעיר כי לכך עשויה להיות השפעה על פשרות מחוץ לבית המשפט,⁷¹ וכן, הוא מעלה חשש שאי השוויון בין המתדיינים פוגע בתביעות ובהגנות טובות, באופן שעלול להביא להטיה בתוצאות לטובת השחקנים החוזרים.⁷²

2. טרולים בקניין רוחני

בתחום הקניין הרוחני זוהה עוד לפני כעשרים שנה מקרה מיוחד של תביעות סדרתיות: תובע אופורטוניסט שזכה לכינוי טרול.⁷³ הדבר בולט ובוטה במיוחד בדיני הפטנטים. יצירת סבך פטנטים (patent thicket) שמקשה על מתחרים לפענח מה בדיוק מוגן או להשתמש בהמצאות גם אחרי פקיעת הפטנט, רישום זוחל מתמיד של פטנטים (ever-greening), ושאר אסטרטגיות – יוצרים בפועל כוח שוק חזק מהתמריץ שהדין ביקש להעניק, באופן שמסכל את האיזון שהדין ביקש להשיג: הממציא מקבל הגנה חזקה יותר, על חשבון מתחרים והנגישות של הציבור לידע, וכך נוצרת החצנה שלילית על הציבור.⁷⁴

"טרולים" הם תאגידים שלא פיתחו המצאות בעצמם, אבל רכשו פטנטים "לפי משקל", ניסו לאתר מפרים, איימו בתביעות, ואף תבעו – ובכמה מקרים, זכו. התנהגות זו התאפשרה לפי דיני הפטנטים, אבל אינה משרתת את תכליתם. רוברט מרגיס (Merges) תימצת את הבעיה עם טרולים כאלה: litigation instead of innovation.⁷⁵ חלק מהאסטרטגיות נתקלו בתגובת נגד של המשפט, בין של בתי משפט ובין של המחוקק.⁷⁶ מושג הטרול נדד מתחום הפטנטים לתחום זכויות היוצרים. חוקרים אמריקנים עמדו על ריבוי תביעות נגד משתמשי אינטרנט בגין הפרת זכות יוצרים באמצעות תוכנות לשיתוף קבצים, במיוחד משנת 2010. הם תלו את האשם בעיקר בכללי הפיצוי הסטטוטורי, וזאת, על רקע עלויות ההתדיינות הגבוהות שם.⁷⁷ מאת'יו סאג (Sag) הצביע על שילוב גורמים שאפשרו התנהגות כזו: צירוף נתבעים לתביעה המונית אחת שהבסיס המשפטי שלה רעוע, הפיצוי הסטטוטורי – שלפיו הסכום המירבי לכל יצירה מופרת עשוי להגיע ל-150,000 דולר, ובמיוחד

⁷¹ שם, בעמ' 65.

⁷² שם, בעמ' 127-128.

⁷³ ראו Michael J. Meurer, *Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation*, 44 B.C. L. REV. 509 (2003).

⁷⁴ לדיון, ראו למשל Uri Y. Hacothen, *Evergreening at Risk*, 33 HARV. J.L. TECH. 479 (2020); אסף יעקב "קניין רוחני" הגישה הכלכלית למשפט 431-426 (אוריאל פרוקציה עורך 2012).

⁷⁵ Robert P. Merges, *After the Trolls: Patent Litigation as Ex-Post Market Making* (2019); Robert P. Merges, *The Trouble with Trolls: Innovation, Rent, and Patent Law Reform*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1583 (2009). <https://ssrn.com/abstract=3335463>. לדיון מפורט יותר, ראו- Robert P. Merges, *The Trouble with Trolls: Innovation, Rent, and Patent Law Reform*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1583 (2009).

⁷⁶ ראו דוח מפורט של רשות הסחר האמריקנית בענין זה: FTC, Patent Assertion Entity Activity (2016), נמצא ב: <https://www.ftc.gov/reports/patent-assertion-entity-activity-ftc-study>.

⁷⁷ ראו למשל, James DeBriyn, *Shedding Light on Copyright Trolls: An Analysis of Mass Copyright Litigation in the*; Matthew Sag, *Copyright Trolling, an Empirical Study*, 19 UCLA ENT. L. REV. 79 (2012); 100 IOWA L. REV. 1105, 1119-1121 (2015).

בקשר לתכנים פורנוגרפיים.⁷⁸ מחקר המשך מצא שהתופעה נמשכת.⁷⁹ מצב נוסף של אכיפת-יתר הוא כאשר התנהגות הנתבעים מותרת לפי הגנת השימוש ההוגן, ואף על פי כן, הם נתבעו. פערי הכוח יוצרים לחץ לפשרה במצבים כאלה, גם כשאין לכך הצדקה בדין.⁸⁰ תנאים אלה מאפשרים לבעל הזכות לאיים בתביעה, ולהתפשר בסכום נמוך. מצד התובע, כמות גדולה של תביעות מאפשרת התנהלות כזו. מצד הנתבע, הבחירה בפשרה בסכומים נמוכים מתבקשת, בלי קשר לסיכויי התביעה.⁸¹ ואכן, הפשרות שם עמדו בדרך כלל על סכום של 2000 עד 4000 דולר בלבד.⁸² בהתאם, הוצעו שם רפורמות שונות בתחום זה.⁸³

מיהו ומהו טרול זכויות יוצרים? גיימס דה-ברין (DeBriyn) הגדיר טרול כזה כבעל זכויות שמבקש לתבוע לא על מנת לפצות את נזקיו או כדי להרתיע מפריס, אלא כדי להשיג פשרות מהירות וליצור אפיק רווח חדש.⁸⁴ שייאם בלגנש (Balganesh) הגדיר טרול כגורם שעסקו הוא אכיפה שיטתית של זכויות שרכש, ובדרך כלל איננו היוצר, המפיץ או המשתמש של היצירות.⁸⁵ בראד גרינברג (Greenberg) הגדיר טרול על בסיס המושג המקביל בדיני פטנטים, כבעל זכויות יוצרים שרוכש או יוצר יצירות בראש ובראשונה כדי לתבוע בגין הפרות עבר או עתיד, ומפצה את היוצרים לפי שווי התביעות הצפוי – ולא לפי השווי המסחרי של היצירה, שאינו מפעיל באופן תם לב אפשרות רישוי, ובחסות הפיצוי הסטטוטורי, משיג פשרות מהירות.⁸⁶ סאג העדיף הגדרה מבוססת התנהגות, והגדיר טרול זכויות יוצרים כמי שתובע בגין זכויות שאין לו, על בסיס טענות רעועות, או מבקש סעדים לא-מידתיים, באופן שיטתי.⁸⁷ כל המחברים סבורים שפעילות התביעה האינטנסיבית של תעשיית המוסיקה האמריקנית (RIAA), ושל ארגוני היוצרים – איננה פעילות של טרול. גרינברג למשל הצביע על כך שלשני גופים אלה יש תכניות רישוי שמופעלות בתום לב.⁸⁸

⁷⁸ Sag, שם. הפיצוי הסטטוטורי מוסדר שם ב: 17 U.S.C. §504. במקרה אחד, סירב בית משפט לחשוף זהות של גולש אנונימי שנתבע בגין הפרת זכויות כאלה, הציג השופט את התובע כטרול זכויות יוצרים, ראו *Strike 3 Holdings, LLC v. Doe*, 351 F.Supp. 3d 160 (D.C. D., 2018). בערעור, נהפכה התוצאה, ובית המשפט לערעורים הסתייג מההערות האלה, ומצא שלתובע אינטרס לגיטימי לתבוע, שריבוי התביעות והעובדה שרובן מסייגים בפשרה אינם מעידים על כוונה פסולה שלו. ראו *Strike 3 Holdings, LLC v. Doe*, 964 F.3d 1203 (D.C. Cir. 2020).

⁷⁹ Matthew Sag & Jake Haskell, *Defense against the Dark Arts of Copyright Trolling*, 103 IOWA L. REV. 571, 576-579 (2018). הם תיעדו כעשרת אלפים תביעות במשך שש שנים, סך התביעות האלה היה כמחצית מכל ההתדיינות בזכויות יוצרים בארצות הברית.

⁸⁰ לדיון, ראו Robert T. Sherwin, *Clones, Thugs, 'n (Eventual) Harmony: Using the Federal Rules of Civil Procedure to Simulate a Statutory Defamation Defense and Make the World Safe from Copyright Bullies*, 64 DEPAUL L. REV. 823 (2015). שרווין כינה תובעים כאלה "בריוני זכויות יוצרים", והצביע על כללים דיוניים שונים שבאמצעותם אפשר להיאבק בבריונות כזו, כמו גם הצעה ליצור מנגנון הדומה לחוקים נגד תביעות השתקה בדיני לשון הרע.

⁸¹ Sag, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1134-1135. מחקר אמפירי מצא תביעת-יתר של פיצויים לעומת מה שנפסק (overclaiming). ראו Ben Depoorter, *Copyright Enforcement in the Digital Age: When the Remedy is the Wrong*, 66 UCLA L. REV. 400, 440 (2019). גם דיפורטר רואה בכך אמצעי לחץ להשיג פשרות לא מוצדקות.

⁸² Sag, שם, בעמ' 1010-1009; DeBriyn, לעיל ה"ש 77, בעמ' 81-82.

⁸³ Sag, שם, בעמ' 1140-1135; DeBriyn, שם, בעמ' 110-106; דיפורטר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 446-441.

⁸⁴ DeBriyn, שם, בעמ' 81, 86.

⁸⁵ Shyamkrishna Balganesh, *The Uneasy Case against Copyright Trolls*, 86 S. CAL. L. REV. 723, 732 (2013).

⁸⁶ Brad A. Greenberg, *Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses*, 85 U. COLO. L. REV. 53, 59 (2014).

⁸⁷ Sag, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1114.

⁸⁸ Greenberg, לעיל ה"ש 86, בעמ' 60.

הביטוי טרול כרוך במידה מסוימת של גינוי, אולם אין בכך כדי לטעון שפעילות הטרולים אינה חוקית. ואכן, הפעילות של הטרולים נתפסת כמותרת, אך מזיקה, הן משום שיש בה מימד סחטני וחוסר תום לב, והן משום הפגיעה בתכלית של דיני זכויות יוצרים.⁸⁹

3. משפט וחברה: שחקנים חוזרים

המחקר בשדה של "משפט וחברה" מציע מסגרות תיאוריות שמסבירות תופעות שונות שמתנהלות בצל המשפט, כלומר פרקטיקות משפטיות של בעלי דין ועורכי דין, על רקע הקשרים חברתיים ותרבותיים מסוימים. למשל, שאלות של ייצוג, משא ומתן, פשרות, אמצעים דינמיים ותקשורתיים. ההמשגה המרכזית היא של גלנטר.⁹⁰ אפתח בהצגת גישתו, אמחיש במחקרים ובקשר לקניין רוחני בשיטות משפט אחרות. הדיון יאפשר להבין טוב יותר את פערי הכוח ואת הדינמיקה שמובילה לפשרות בתביעות. על רקע המסגרות התיאוריות האלה, אבחן את פעילותה של צ'רלטון.

(א) שחקנים חד-פעמיים ושחקנים חוזרים

גלנטר הבחין בין שחקנים חד-פעמיים, שמגיעים לבית המשפט פעם אחת, לבין שחקנים חוזרים, שמגיעים לבית המשפט באופן תדיר.⁹¹ לראשונים יש עניין ניכר בתוצאת ההתדיינות המסוימת שבה הם מעורבים, ועניין קטן בעיצוב כללים משפטיים כלליים, ואילו לאחרונים, העניין בכל התדיינות ספציפית קטן יותר, הם יהיו מוכנים להקריב תביעה אחת כדי לעצב כלל משפטי רחב יותר, ויש להם משאבים לפעול לכך. שחקן חוזר צובר ידע ומומחיות והעלויות שלו בכל תביעה ותביעה נמוכות.

בהתאם, יש ארבעה מצבים של התדיינות: ⁹² (1) בין שני שחקנים חד-פעמיים (הליך גירושין, למשל); (2) בין שני שחקנים חוזרים (סוחרים, למשל); (3) בין תובע חד-פעמי לנתבע חוזר (למשל ניזוק מול חברת ביטוח); ו- (4) שחקן חוזר שתובע שחקן חד-פעמי. המצב האחרון הוא שרלוונטי לענייננו. גלנטר הדגים: מלווה נגד לוויס, בעלי בתים נגד שוכרים, ורשות המס נגד חייבי מס. בשל העניין של השחקן החוזר בעיצוב כללים משפטיים כלליים, והעניין של השחקן החד-פעמי בתוצאה של המקרה שלו בלבד, נמצא כאן פשרות רבות.⁹³ גלנטר הצביע על אמצעים לשינוי מערך הכוחות, ובין היתר, התאגדות של שחקנים חד-פעמיים.⁹⁴

הספרות יישמה את ההמשגה הזו בשורת הקשרים. החוקר האמריקני דניאל וילף-טאונסנד (Wilf-Townsend) תיעד לאחרונה את פעילותם של שחקנים חוזרים בבתי המשפט המדינתיים בארצות הברית, ומצא היקפים עצומים. הוא טוען, כמו גלנטר, שהתופעה מתאפשרת בגלל עוצמת הכוח של שחקנים חוזרים שתובעים שחקנים חד-פעמיים, אבל מתעצמת במיוחד כאשר הנתבעים אינם מיוצגים ולאור חולשת השופטים שם,

⁸⁹ שם, בעמ' 109.

⁹⁰ גלנטר, לעיל ה"ש 1.

⁹¹ שם, בעמ' 97-100.

⁹² שם, בעמ' 107.

⁹³ שם, בעמ' 109.

⁹⁴ שם, בעמ' 141-144.

בתוצאה שהוא מכנה "תובעים של פס ייצור", שבה בתי משפט הופכים לחותמת גומי לטובת התובעים.⁹⁵ במחקר הישראלי, רוזן-צבי הצביע על שינויים אפשריים בסדרי הדין, כמו שימוש בסטנדרטיים שיכולים לרכז פערי הכוח, כמו בלימה של שימוש לרעה בהליכי בית משפט, ופסיקת הוצאות כנגד תובע חוזר במקרים מתאימים.⁹⁶ שמואל בכר ואבישי קליין בחנו תביעות ביטוח בבתי משפט לתביעות קטנות, ומצאו שדווקא לשחקן החד-פעמי – התובע שאינו מיוצג – סיכויי הצלחה גבוהים יותר לזכות.⁹⁷ זהו מצב שבו השחקן החוזר הוא הנתבע (המצב השלישי אצל גלנטר). מצב דומה יש בתביעות להגנת הצרכן.⁹⁸ יואב דותן ומנחם הופנונג בחנו עותרים ציבוריים בבג"ץ, ומצאו שההמשגה של גלנטר מתקיימת גם לגביהם.⁹⁹

(ב) שחקנים חוזרים בשדה הקניין הרוחני

בדוגמאות של גלנטר יש נקודת מפגש ראשונית בין הצדדים: למשל כאשר מדובר בבנק מול לקוחותיו או במוכר מול קונה – יש חוזה בין הצדדים ורגולציה ייעודית (בנקאות) או כללית (דיני הגנת הצרכן). הצדדים יכולים לקבוע אפיקים לבירור סכסוכים.¹⁰⁰ במקרה של קניין רוחני, לבעלי זכויות ומשתמשי הקצה אין נקודת מפגש ראשונית כזו, וגם אין רגולציה ייעודית. לכן, דרושה התאמה של המודל ליחסים אלה.

בדיקת מערך יחסי הכוח בין צדדים להתדיינות נבחנה בכמה מקרים בקשר לקניין רוחני. השופט ריצ'ארד פוזנר (Posner) והחוקר אלברט יון (Yoon) בחנו עמדות של שופטים אמריקנים לגבי איכות הייצוג המשפטי של עורכי דין שמופיעים לפנייהם, ומצאו שבראש ניצבים עורכי דין בקניין רוחני ומשפט מסחרי.¹⁰¹ הם סבורים שהממצאים מאששים את ההשערה של גלנטר, שלשחקנים חוזרים יש משאבים, ניסיון וידע, לעומת תחומי משפט בהם יש בדרך כלל שחקנים חד-פעמיים, כמו דיני משפחה והגירה

פעולות האכיפה מתחילות עוד לפני ההתדיינות בבית המשפט. ויליאם גאלאגר (Gallagher) בחן את כוחם של שחקנים חוזרים בקניין רוחני בהליכים מקדמיים, ומצא שרוב הסכסוכים נפתרים באותו שלב.¹⁰² על בסיס ראיונות עם עורכי דין שמייצגים בעלי זכויות בסימני מסחר ובזכויות יוצרים, גאלאגר איתר את השיקולים המרכזיים שלהם בגיבוש אסטרטגיות אכיפה: ביסוס משפטי של הסיכוי לזכות, עלות האכיפה, חשיבות היצירה או הסימן המוגנים לבעליהם, וזהות הנתבע. הוא מצא שבעלי הזכויות מעדיפים לאכוף זכויות

⁹⁵ Daniel Wilf-Townsend, *Assembly-Line Plaintiffs*, 135 HARV. L. REV. (forthcoming 2022), נמצא ב: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3919050.

⁹⁶ רוזן-צבי, **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 161-166.

⁹⁷ שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג והכוח בבית המשפט לתביעות קטנות: על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט" **הפרקליט** נ 327 (2010); טל חבקין ויגאל נמרודי **התביעה הקטנה** 26-27 (2017), שמצביעים על כך שההליך של תביעה קטנה מאיין את הקשיים שעליהם עמד גלנטר.

⁹⁸ ראו ארנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** 102 (2002); שמואל בכר "עשיית אושר וגם במשפט: לקראת גישה הוליסטית לדיני צרכנות" **דין ודברים** יא 341, 348 (2018).

⁹⁹ Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, 23 LAW & POL'Y 1 (2001).

¹⁰⁰ ליישום המודל של גלנטר בקשר להליכים חליפיים לבירור סכסוכים, ראו Carrie Menkel-Meadow, *Do the Haves Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems: Repeat Players in ADR*, 15 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 19 (1999).

¹⁰¹ Richard A. Posner & Albert H. Yoon, *What Judges Think of the Quality of Legal Representation*, 63 STAN. L. REV. 317 (2011).

¹⁰² William T. Gallagher, *Trademark and Copyright Enforcement in the Shadow of IP Law*, 28 SANTA CLARA COMP. & HIGH TECH. L.J. 453 (2011).

כלפי עסקים קטנים שאינם יכולים להתגונן כראוי מפני הטענות, בשל עלויות ההתדיינות.¹⁰³ חלק מבעלי הזכויות בוחר בגישת אכיפה אגרסיבית או בריונית, שבאה לידי ביטוי בעיקר במכתבי התראה, כדי לבסס מוניטין של אכיפה אגרסיבית. לאה צ'אן גרינוולד (Grinvald) התמקדה במכתבי התראה (cease and desist), ומצאה שהם נוטים לאיומים, מנוסחים בשפה משפטית מכבידה, הבסיס המשפטי שלהם לעיתים רעוע, והם כוללים דרישות לפשרה ולתשלום מיד.¹⁰⁴ כאשר אלה מופנים כנגד צדדים חלשים, גרינוולד מכנה אותם איומים נצלניים (abusive), ומציעה מנגנונים משפטיים לצמצום המאפיין הנצלני. אעיר שבארצות הברית הופעלו דיני הגנת הצרכן נגד התראות שכללו מצגי שווא בקשר לפטנטים.¹⁰⁵ בבריטניה נחקק בשנת 2017 תיקון לדיני הפטנטים, סימני המסחר והעיצובים (אך לא בקשר לזכויות יוצרים), שמגביל שימוש באיומים לנקיטת הליכים משפטיים.¹⁰⁶

בתחום הקניין הרוחני מוכרים שחקנים חוזרים אחרים: תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים. בישראל, פועלים כמה תאגידים כאלה: אקו"ם והפדרציה לתקליטים שנוכרו לעיל, הפדרציה למוסיקה ים-תיכונית (הפיי"ל), אשכולות – שהוא תאגיד של מבצעים, שגובה תשלום ואוכפת זכויות לפי חוק זכויות מבצעים, ותל"י, שהיא חברת תמלוגים של תסריטאים ובמאים של קולנוע וטלוויזיה. גם הם, ובמיוחד אקו"ם והפדרציה, הגישו מאות תביעות במהלך השנים לאכיפת זכויותיהן. פעולת הרישוי והאכיפה היא בלב פעילותם – הם קמו כדי לפתור כשלי שוק שנובעים מריבוי בעלי הזכויות ומריבוי המשתמשים.¹⁰⁷ אקו"ם והפדרציה הוכרו כהסדרים כובלים, שפעולתם הותרה בתנאים שקבעו הממונים על התחרות, ובתי הדין לתחרות.¹⁰⁸ צירלטון, לעומתן, היא בעלת זכויות יחידה. הרישוי לעסקים פרטים אינו עיקר הפעילות שלה.¹⁰⁹ דיני התחרות, חשוב להעיר, מחריגים הסדרים שעוסקים בשימוש בזכויות קניין רוחני, ביחסים שבין בעלי הזכות למשתמשים.¹¹⁰

(ג) פשרות

מדוע צדדים מתפשרים במקום לנהל הליך משפטי מלא שיכריע בסכסוך? חוקרי משפט וכלכלה הצביעו על השווי הצפוי של התביעה, על עלויות התביעה, עלויות המשא ומתן, על הטיות קוגניטיביות שונות שמשפיעות על הערכת

¹⁰³ שם, בעמ' 478. עם זאת, המרואיינים לא שללו אכיפה מול שחקנים מבוססים, בין היתר משום שעורכי הדין שלהם מבינים את משמעות התביעה ואת סיכוייה, ולכן הפתרון יהיה קל יותר.

¹⁰⁴ Leah Chan Grinvald, *Policing the Cease-and-Desist Letter*, 49 U.S.F. L. REV. 411 (2015).

¹⁰⁵ ראו את הצו של רשות הסחר האמריקנית: In the matter of MPHJ Technology Investments, LLC (2015).

¹⁰⁶ Intellectual Property (Unjustified Threats) Act 2017. החוק מציע סעדים של הצהרה שהאיום אינו מוצדק, צו מניעה ופיצוי. לדיון, ראו מדריך של משרד הקניין הרוחני הבריטי: Intellectual Property Office, The Intellectual Property (Unjustified Threats) Act 2017 Business Guidance https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/633353/unjustified-threats-act-guidance-for-business.pdf, וכן James Fox, Laura Thompson, Beverly Potts, Marc Döring, *UK Threats: Worldwide Consequences?*, 40(2) E.I.P.R. 74 (2018).

¹⁰⁷ לדיון, ראו אריאל כץ "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי" **דין ודברים** ב' 551 (2006); גיא פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים: מבט נוסף על יעילות והגינות" **דין ודברים** ב' 621 (2006).

¹⁰⁸ ראו ע"א 5365/11 אקו"ם בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (נבו) 3.9.2013.

¹⁰⁹ בראיון רדיו, הסביר עו"ד ליאור להב, בא כוחה של צירלטון, לגבי תביעות בגין ביצוע פומבי בישראל: "זה חלק ממודל הרווחים של הזכיינים". האזינו לראיון של טלי ליפקין-שחק בגלי צה"ל, 8.8.2017, נמצא כאן: <https://soundcloud.com/tomer-afeldorf/882017a> (15:07 לערך).

¹¹⁰ ראו ס' 2(3) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, ס"ח 1258.

הצדדים את סיכוייהם, ועוד.¹¹¹ היקף הפשרות הוא כה רחב כיום, בכל ענפי המשפט כמעט, עד שיש מי שמדברים על "המשפט הנמוג".¹¹² גם בישראל, המדינה מבקשת לעודד פשרות, ומציעה תמריצים לכך.¹¹³ גם שופטים נוטים ללחוץ על צדדים להגיע לפשרה. חלק מאפיקי הפשרה נעשים בחסות בית המשפט, ולעיתים על ידי בית המשפט עצמו, אולם פשרות רבות אינן זוכות לחשיפה. זהו קרחון שאינו גלוי. המחקר הנוכחי מאפשר הצצה מסוימת, במקרה המבחן שנדון כאן. שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן מצאו תופעה דומה בקשר לפשרות בתביעות להפרת זכויות יוצרים באינטרנט: מתוך 130 התדיינות שהן בחנו בשנים 2010-2013, ב-82% הייתה פשרה.¹¹⁴ הדיון של גלנטר מציע תובנות נוספות בקשר לפשרות: פערי הכוח בין הצדדים – בתחום, בניסיון, בידע המשפטי וההליכי – דוחקים את הצד החלש יותר לפינה. לנתבע, הפשרה זולה מאשר הסיכון שכרוך בהתדיינות מלאה, התשלום לעורכי הדין, הפיצויים וההוצאות שעלולים להיפסק כנגדו, והסיכון לטעות שיפוטית. במילים אחרות, פערי הכוח משפיעים על הנכונות להתפשר.¹¹⁵ גאלאגר הצביע על גורם נוסף שדוחק את הצד החלש להתפשר – מוניטין אגרסיבי של התובע. כעת, ניתן לבחון את פעילותה של צ'ירלטון לאור התובנות השונות משדה המחקר של משפט וחברה.

(ד) צ'ירלטון כשחקנית חוזרת

המסגרת הכללית של גלנטר מתאימה היטב לתיאור פעילות האכיפה של צ'ירלטון בקשר לזכות לביצוע פומבי, כאילו מאמרו היה מדריך פעולה לאסטרטגית האכיפה שלה. צ'ירלטון היא שחקנית חוזרת והנתבעים על ידה הם שחקנים חד-פעמיים. היקף התביעות ופיזור הנתבעים מצביע על כך באופן מובהק. היותה של צ'ירלטון שחקנית חוזרת אפשר לה לצבור ידע, ניסיון והתמקצעות הן בדין המהותי והן בפן ההליכי, הן בבית המשפט והן במשא ומתן לפשרה. מנגד, הנתבעים אינם עוסקים בדיני זכות יוצרים ואינם בקיאים בהם, ובמקרים רבים, גם עורכי הדין שלהם אינם בקיאים בענף זה. לרוב הנתבעים ועורכי דינם יש היכרות חלקית בלבד עם הליכים אחרים של צ'ירלטון, ובמאגרי המידע ימצאו רק מעט פסקי הדין מנומקים. כאשר בית המשפט מאשר פשרה, היא אינה כלולה בגוף פסק הדין, אלא לכל היותר בפרוטוקול הדיון, שאינו זמין במאגרים. רוב הנתבעים אינו מאוגד,¹¹⁶ ובהיפוך לצ'ירלטון, אצל רוב הנתבעים אין ריכוז ידע או מנגנונים פורמליים להעברת מידע ביניהם. אמנם, בכמה מקרים העלו נתבעים טענות עובדתיות ומשפטיות, התקיימו דיונים, והטענות נבחנו לגופן. אולם מקרים אלה, של בירור תביעות לגופן – זעום ביחס לסך הכל.

¹¹¹ Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 27 J. ECON. LIT. 1067, 1070 (1989); אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 997, 1012-1014 (אוריאל פרוקציה עורך 2012); רוזן-צבי, **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 51-47, וביקורת על הניתוח הכלכלי, שם בעמ' 54-57.

¹¹² ראו בהקשר האמריקני: Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004).

¹¹³ למשל, כאשר הליך מסתיים בפשרה, יש פטור מתשלום מחצית האגרה. ראו תקנות 6(ב) ו-6(ג) לתקנות בתי המשפט (אגרות).

¹¹⁴ ראו שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן "בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט" **משפטים** מח 411, 451 (2019).

¹¹⁵ רוזן-צבי, **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 65.

¹¹⁶ למעט איגוד המסעדות והברים. משא ומתן בין האיגוד לצ'ירלטון לא צלח. ראו פרסום של האיגוד בפייסבוק ביום 21.8.2019, <https://www.facebook.com/restunion/posts/2772956696067712>, לפיו, המחירים שצ'ירלטון דרשה היו "גבוהים ולא כלכליים". האיגוד טען שצ'ירלטון התנתה את רכישת הרישיון למשחקי יורו 2020 ברכישת רישיון לכל עונת המשחקים. האיגוד הגיע להסדר עם ערוץ הספורט, שהוא בבעלות אחרת.

כוחה של צ'רלטון מתחיל בשלב שלפני הגשת התביעה. כפי שעולה מכמה פסקי דין, צ'רלטון נהגה לשלוח מכתבי התראה, שמאזכרים את תקרת הפיצוי ("מרשתי זכאית על פי דין, בין היתר, לפיצוי סטטוטורי, בשיעור של כ-100,000 ש"ח ללא הוכחת נזק, בשל כל הפרה והפרה מזכויותיה. בכל שידור פומבי שבוצע על ידכם ניתן לראות כהפרה נפרדת"),¹¹⁷ ולהציע לבעלי העסקים הנמנעים לרכוש רישיון (בלי פיצוי), ומבלי לפרט את עלות הרישיון, וכל זה אם ירכשו רישיון תוך 48 שעות.¹¹⁸ אין מידע פומבי באשר למספר ההתראות שצ'רלטון שולחת לגורמים שונים, או מה עולה בגורלן: האם הביאו לרכישת רישיון, לפיצוי, האם נותרו ללא מענה, או שהתגלגלו לתביעה. בתי המשפט אחדים הזכירו את עצם משלוח ההתראה כשיקול שפעל לטובת צ'רלטון, אולם, לא התייחסו לתוכן ההתראה.¹¹⁹ במילים אחרות, ההתראות הן כלי משפטי שעובר מתחת לרדאר השיפוטי. כאשר צ'רלטון מחליטה לתבוע, הרי ככל תובע, היא שבחרת את הזמן והמקום לתביעה. כללי סמכות השיפוט המקומית מכתבים תביעה במקום עסקו של הנתבע או מקום המעשה שבשלו מוגשת התביעה.¹²⁰ אולם, בתוך כל אזור שיפוט יש לבתי משפט השלום סמכות שיפוט מקבילה, והבחירה היא בידי צ'רלטון.¹²¹ למשל, ראינו ריבוי תביעות בבית משפט השלום בבית שמש ומיעוט יחסי בבית משפט השלום בירושלים, שניהם באותו מחוז שיפוט.¹²² אותרו מקרים בודדים שבהם ביקשו נתבעים להעביר את מקום התביעה. במקרה אחד, בשלבי הפעולה המוקדמים יחסית של צ'רלטון בתחום, הוגשה תביעה בתל אביב נגד שני נתבעים מקרית שמונה; בית המשפט העביר את התביעה לשם.¹²³ בשני מקרים אחרים, הגישה צ'רלטון את התביעה בבית משפט השלום באשדוד, בקשר להפרה שבוצעה לכאורה באילת. הגם ששתי הערים באותו מחוז, העביר בית המשפט את התיקים לאילת.¹²⁴

בחירת המועד והמיקום של התביעה אפשרו לצ'רלטון לזהות שופטים אוהדים ולנסות להימנע משופטים אוהדים פחות. הימנעות מתביעה, או שינויים במקום התביעה, עשויים להעיד על כך. כך למשל, בשנים 2012 ו-2013, הגישה צ'רלטון 59 ו-35 תביעות, בהתאמה, בבית משפט השלום בחדרה. ב-2013 הפסידה צ'רלטון בתביעה אחת בבית המשפט שם, ובשנת 2014 הפסידה בשתי תביעות שם.¹²⁵ בשנת 2014 צנח מספר התביעות

¹¹⁷ מתוך מכתב התראה ששלחה צ'רלטון לעסק. עותק בידי המחבר.

¹¹⁸ ראו למשל: ת"א (שלום חדרה) 14787-10-12 **צ'רלטון בע"מ נ' א.מ.ת. גורמה בע"מ** (נבו 30.3.2014); ת"א (שלום חיפה) 31947-12-14 **צ'רלטון בע"מ נ' קפה דודו מסיב לשעון בע"מ** (נבו 23.6.2013); ת"א (שלום חיפה) **צ'רלטון בע"מ נ' פאב מסעדה כאמל בע"מ** (נבו 8.6.2017); עניין **בית הבריה**; ת"א (שלום חיפה) **צ'רלטון בע"מ נ' זסטי כרמל** (נבו 28.2.2019); ת"א (שלום ת"א) 19041-09-14 **צ'רלטון בע"מ נ' כהן** (נבו 28.2.2016). פסקי הדין שבהם צ'רלטון הייתה תובעת, יוזכרו להלן לפי שמות הנתבעים.

¹¹⁹ מכתבי התראה אגריסיביים (לאו דווקא במקרה צ'רלטון, אלא בכלל), אינם נחשבים לניצול לרעה של הליכי משפט – משום שהם נשלחים לפני שיש בכלל הליכי משפט. במקרה אחר, שבו ערוץ הספורט (שהוא בבעלות אחרת, לא של צ'רלטון) שלח התראה לעסק שאין בו בכלל מכשיר טלוויזיה, מצא בית המשפט לתביעות קטנות שמשלוח המכתב לקה בחוסר מידתיות וברשלנות, והורה לפצות את בעל העסק. ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 15949-10-13 **שפר נ' חברת ערוץ הספורט בע"מ** (נבו 16.6.2014). השוו לדין בארצות הברית, אצל גאלאגר, לעיל ה"ש 102, ואצל גרינוולד, לעיל ה"ש 104.

¹²⁰ תק' 3(א)(1), (5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; תק' 7 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018.

¹²¹ לשופט היושב בדין אין סמכות להעביר את התביעה לבית משפט אחר באותו מחוז. לנשיא בית משפט השלום יש סמכות להורות על העברה כזו, אם טרם החל הדיון. ראו ס' 49 לחוק בתי המשפט. לנשיא בית המשפט העליון סמכות להורות על העברת דיון למקום אחר, גם אחרי תחילת הדיון. ראו ס' 78 לחוק בתי המשפט.

¹²² אותר מקרה אחד בו ביקש נתבע להעביר את הדיון מבית שמש לירושלים. הבקשה נדחתה. ראו ת"א (שלום בית שמש) 2417-03-15 **צ'רלטון בע"מ נ' מפגש האש בע"מ** (נבו 22.5.2015).

¹²³ ת"א (שלום ת"א) 21614-09-09 **צ'רלטון בע"מ נ' קמפו ניטו בע"מ** (נבו 18.1.2010).

¹²⁴ ת"א (שלום אשדוד) 58576-07-12 **צ'רלטון בע"מ נ' עמר** (נבו 16.9.2013); ת"א (שלום אשדוד) 14695-09-14 **צ'רלטון בע"מ נ' שוקרון** (נבו 25.1.2015).

¹²⁵ ת"א (שלום חדרה) 52077-03-12 **צ'רלטון בע"מ נ' גליאנוס** (נבו 21.11.2013); ת"א (שלום חדרה) 7159-04-11 **צ'רלטון בע"מ נ' בן תורה** (נבו 22.6.2014); עניין **גורמה**.

בבית משפט זה לשלוש, לאחת בשנת 2015, ושוב שלוש בשנים 2016, 2017, ואפס בשנים 2018, 2019. לא נמצאו פסקי דין מנומקים בהם זכתה צ'רלטון בבית המשפט בחדרה.

במקרה אחד שופטת העירה במהלך דיון כי "מדובר בסטארט-אפ של תביעות בסכומים קבועים של 85,000 ₪ כנגד עסקים קטנים שבהם הטלוויזיה הייתה פתוחה והקרינה משחקי כדורגל." צ'רלטון ביקשה לפסול את השופטת, שדחתה את הבקשה, ונשיאת בית המשפט העליון צידדה בשופטת.¹²⁶ משחזר התיק לשופטת, צ'רלטון ביקשה שתביעתה תידחה.¹²⁷ דוגמה זו ממחישה גם טענה נוספת של גלנטר: שחקן חוזר מעוניין בעיצוב הדין לטובתו, ויש לו פחות עניין בתביעה מסוימת. אך מובן שצ'רלטון לא שבעה נחת מהערת השופטת; היא ביקשה להעמיד דברים במקומם, ומשכשלה, העדיפה לסגת.

צ'רלטון היא שבחרה את מי לתבוע – וכאמור, רוב הנתבעים הם "קטנים". נראה שפעילותה הענפה יצרה לה דימוי של תובעת לוחמנית. יש להניח שהדימוי מקל עליה להשיג את מבוקשה, בין בשלב ההתראה שלפני משפט, ובין לאחר הגשת התביעה.

מהממצאים עולה שצ'רלטון חתרה לפשרות. מהמקרים הבודדים בהם פסק דין אישר פשרה ופרסם את תכניה, ומשיחות עם עורכי דין בצד הנתבע ואמירות פומביות של אנשי צ'רלטון, עולה שסכום הפשרה הנפוץ היה בין 5000 ל-15,000 ש"ח: ראינו שהתביעות של צ'רלטון הן כמעט תמיד בסכום של 85,000 ש"ח, וכאשר הדברים מגיעים לכלל פסיקה מהותית וצ'רלטון זוכה, ממוצע הפיצוי וההוצאות שנפסקו לטובתה קרוב ל-30,000 ש"ח. במילים אחרות: סכום הפשרה נמוך מאשר הפיצוי הממוצע.

במונחי הניתוח הכלכלי של המשפט, סכום הפשרה הוא כזה ששני הצדדים מעדיפים אותו על פני המשך ההתדיינות.¹²⁸ אולם, שיקולי הצדדים שונים: הנתבע מבקש להיפטר מהתביעה מהר ככל האפשר, במינימום סיכון ובמינימום עלויות. הנתבע הרציונלי יבחן את סדר הגודל של הפיצויים שהוא עלול לשלם אם יפסיד בתביעה. לכך, יוסיף את סיכוי התביעה, את העלויות של השירותים המשפטיים,¹²⁹ ואת הסיכון בתשלום הוצאות לצד הזוכה.¹³⁰ סכומים מוערכים אלה עולים במידה רבה על סכום הפשרה הממוצע הידוע, ולכן הנתבע יעדיף להתפשר. עורכי דין של נתבעים, ככל שיש כאלה בתמונה, משקפים ללקוחותיהם שיקולים אלה. לשיקול הרציונלי להתפשר עשויים להצטרף גורמים נוספים שישפיעו על החלטת הנתבעים: כמו דימוי לוחמני של התובע. אֶזְכוּר תקרת הפיצוי הסטטוטורי במכתבי ההתראה (בישראל, עד 100,000 ש"ח להפרה) עשוי להשפיע על הערכתם של הנתבעים לגבי הסיכון, ולדחוף אותם לפשרה.

¹²⁶ ע"א 3652/19 צ'רלטון בע"מ נ' אזולאי (נבו 18.6.2019).

¹²⁷ ת"א (שלום חיפה) צ'רלטון נ' אזולאי (נבו 22.9.2019).

¹²⁸ ראו קלמנט, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1012.

¹²⁹ לפי כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000, התעריף המומלץ בתביעות כספיות בטווח שבו תובעת צ'רלטון, הוא 10%, כלומר 8500 ש"ח, סכום זה טעון הצמדה ומע"מ. השוו לת"א (שלום חיפה) 24584-04-17 צ'רלטון בע"מ נ' אברמוב (נבו 6.7.2020), שם שילם הנתבע סכום של 14,410 ש"ח שכר טירחה והחזר הוצאות בגין ניהול כל התיק.

¹³⁰ הן בדין הישראלי והן בדין האמריקני יש לבית המשפט שיקול דעת לפסוק הוצאות לטובת הצד הזוכה בתביעות זכות יוצרים, וכן לחייב את הצד המפסיד לשאת בשכר טירחה בגובה סביר. ראו 17 U.S.C. §505, וכן Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc. 568 U.S. 519 (2016). זאת בשונה מהכלל האמריקני הרגיל, שבו כל צד נושא בהוצאותיו, גם כאשר הוא זוכה. לעומת זאת, עלות ההתדיינות בישראל נמוכה באופן משמעותי מזו שבארצות הברית, וכך גם סכומי ההוצאות שנפסקים בישראל לעומת ארצות הברית. ראו דיון אצל Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel, *Transplanting Fair Use Across the Globe: A Case Study Testing the Credibility of U.S. Opposition*, 72 HASTINGS L.J. 1121, 1162 (2020). בהיבט הדין המהותי, חוק זכות יוצרים האמריקני פטר מאחריות בעלי עסקים קטנים ובינוניים בקשר לביצוע פומבי של יצירות מוסיקליות (כולל כאלה המשודרות בטלוויזיה). ראו Fairness, 17 U.S.C. § 110(5)(B), in Music License Act, Pub. L. 105-298, 112 Stat. 2830 (1998), שקודד בחוק זכות יוצרים האמריקני ב: 17 U.S.C. § 110(5)(B).

מצידה של צ'רלטון, בשלב שבו מתחיל המשא ומתן לפשרה, היא כבר הוציאה עלויות אכיפה, והפשרה תחסוך לה עלויות התדיינות. פשרה מהירה תאפשר לה לפעול כנגד עוד מפריס. המשך ההתדיינות כרוך גם בסיכון שייקבעו כללים משפטיים שאינם נוחים לה. הפשרה גם משרתת מטרה כללית: להטמיע נורמה של שמירה על זכויות היוצרים שלה. האיום שיש בעצם הגשת התביעה, הסכום שנתבע – שהוא גבוה משמעותית מול סכום הפשרה בסופו של דבר – מאפשרים לצ'רלטון מרחב תימרון ניכר. זה מרחב שבו היא שולטת, והנתבעים נגררים אליו בעל כורחם.

הלחץ להתפשר מגיע גם מצד בתי המשפט. ההחלטות לקראת קדם משפט מנוסחות בצורה מעט שונה אצל השופטים הרבים שדנו בתביעות צ'רלטון, אולם ברבות מהן יש התייחסות לכך, למשל "על בעלי הדין להתייצב באופן אישי";¹³¹ "בדיון יעשה ניסיון לשוב הסכסוך";¹³² "בעלי הדין יבואו בדברים לפני הדיון בנושאים השנויים במחלוקת, באפשרות לפשרה...";¹³³ וניסוחים דומים. שופט אחד כתב בהחלטת ביניים כך: "תיקים שכאלו מסתיימים ברוב רובם של במקרים בהסדר מתון וסביר. הנושא העקרוני נטחן ונלעס בתיקים רבים, התובעת תעביר לנתבעים את התיעוד המעיד על ההפרה ונכון יהיה לשבת סביב השולחן, לבחון הסדרים אחרים ולהסתדר גם בתיק זה."¹³⁴ בתיק אחר, כתב אותו שופט כך: "בתיק כזה מגיעים להסדר (כפי שקורה בכל שאר תיקי צ'רלטון-לפחות אלו המתנהלים אצלי) ולא יעלה על הדעת לנהלו."¹³⁵ הלחץ להתפשר גדל.

ה. אכיפת-יתר בזכויות יוצרים

בעלי זכויות יוצרים רשאים לאכוף את זכויותיהם.¹³⁶ בדיני זכויות יוצרים יש גורמים לא מעטים שיוצרים אי-ודאות בקשר ליצירה המוגנת, בקשר להיקף הזכויות (בהיבט אגד הזכויות שניתן לבעלים או לפעמים בקשר לתקופת ההגנה), והשימושים המותרים. אי-הוודאות המשפטית משליכה על בעלי זכויות ועל משתמשים באופן לא סימטרי, ובמיוחד כאשר בעלי הזכויות הם שחקנים חוזרים והמשתמשים הם שחקנים חד-פעמיים. מבין הראשונים, יש מי שמבקש לנצל את כוחו שמועצם על ידי הערפל המשפטי ופערי הכוח הקודמים בין הצדדים כדי להרוויח עוד, על חשבון האחרונים, במיוחד כאשר הנתבעים מעדיפים להתפשר במהירות, בלי להיכנס להתדיינות יקרה ומסוכנת מבחינתם. מחקרים שונים הצביעו על גורמים אי-הוודאות בדיון, למשל בקשר להגנת השימוש ההוגן.¹³⁷ בדיון במאמר זה, הראיתי עד כה כיצד התנהגות אסטרטגית של שחקן חוזר מול שחקנים חד-פעמיים אפשרה לתובעת להנחיל בפועל נורמה של רישוי בתשלום בגין הקרנת משדרי ספורט. האם זו אכיפת-יתר?

¹³¹ ת"א (שלום אשדוד) 50683-10-19 צ'רלטון בע"מ נ' שאנטי מסעדות בע"מ (נבו 30.9.2020). ההדגשה במקור.

¹³² ת"א (שלום אשדוד) 51824-05-19 צ'רלטון בע"מ נ' לוי (נבו 26.5.2020).

¹³³ ת"א (שלום חיפה) 48393-04-19 צ'רלטון בע"מ נ' מי בורגר בע"מ (נבו 28.10.2019).

¹³⁴ ת"א (שלום חיפה) 61149-12-16 צ'רלטון בע"מ נ' כפר הנופש טמרה בע"מ (נבו 16.2.2017).

¹³⁵ ת"א (שלום חיפה) 47661-03-18 צ'רלטון בע"מ נ' סופר חרב סאמי בע"מ (נבו 24.5.2018).

¹³⁶ סעיף 41 להסכם טריפס, שהוא ממרכיבי ארגון הסחר העולמי דורש מהמדינות החברות וישראל ביניהן להציע לבעלי זכויות כלים לאכיפה אפקטיבית, אולם דורש גם למנוע ניצול לרעה: "These procedures shall be applied in such a manner... to provide for safeguards against their abuse".

¹³⁷ ראו במיוחד Thomas F. Cotter, *Fair Use and Copyright Overenforcement*, 93 IOWA L. REV. 1271 (2008) וכן James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882 (2007).

מאפייני התביעות שנדונו כאן, ובמיוחד פערי הכוח הניכרים בין הצדדים וריבוי הפשרות מצביעים על קושי – חשש מניצול הכוח שהדין מענקי לבעלי זכויות, מעבר לרצוי לפי תכליות הדין. מקרה המבחן שנדון הוא של תביעות צ'רלטון, אבל ההמשגה נועדה לזקק את השאלה הרחבה יותר, בדבר התייחסות בין אכיפה לגיטימית לאכיפת-יתר. המשגה זו חשובה גם להקשרים אחרים שבהם אנחנו רואים ריבוי של תביעות של בעלי זכויות יוצרים, בתחום המוסיקה ובתחום הצילום, למשל.

בפרק זה, אגדיר מהי אכיפת-יתר בזכויות יוצרים (סעיף 1) ואצביע על השלכותיה (סעיף 2). אמשיך בבירור המושג של "טרול בזכויות יוצרים", שנדון בספרות המשפטית האמריקנית. לאחר מכן, אחזור לצ'רלטון, אבחן את מהלכיה ואת הטענות המשפטיות שעולות באופן תדיר בעניינה (סעיף 3). צ'רלטון איננה "טרול". פעילות האכיפה שלה, ככלל, לגיטימית, אבל יש חשש לאכיפת-יתר. הדיון יאפשר להצביע על גורמי רקע שמאפשרים אכיפת-יתר (סעיף 4): מרכיבים בדין המהותי, ובמיוחד הפיצוי הסטטוטורי, ומערך הכוח ביחסי השחקן החוזר והשחקנים החד-פעמיים. מתוך זה, אצביע על אפיקי פתרון, בניסיון לבור את המוץ מן התבן, כלומר לאפשר את פעילות האכיפה הלגיטימית ולצמצם את החצנותיה השליליות (סעיף 5). לבסוף, אצביע על מקרים נוספים שבהם אנו פוגשים תובעים חוזרים בשדה של דיני זכות יוצרים, כדי להמחיש את החשיבות של זיהוי התופעה של אכיפת-יתר בענפי פעילות נוספים.

1. מהי אכיפת-יתר?

לפי התפיסה המכשירנית, דיני זכות יוצרים נועדו לעודד יצירה לטובת הציבור בכלל, והזכות שמוענקת ליוצרים (או לבעלי הזכות בכלל) היא האמצעי לכך. הזכות יוצרת תמריץ ליצור, בכך שהיא מקימה גדר משפטית סביב היצירה ומקנה לבעלים כוח משפטי למנוע שימושים לא מורשים מסוימים, בכפוף לשימושים מותרים. התוצאה היא מארג מורכב של איזונים עדינים, בין התכלית הציבורית לבין האמצעי, בין האינטרס בהגברת הנגישות ליצירות ובהבטחת האפשרות ליצור יצירות חדשות, בין היתר על בסיס יצירות קודמות, לבין הזכות שמוענקת ליוצרים, היקפה ועוצמתה. הגנה חלשה מדי – לא תהיה תמריץ מספק ליצירה, ואז גם התכלית הציבורית תסוכל; הגנה חזקה מדי – תיטיב עם בעלי הזכויות מעבר למה שצריך, ותפגע באינטרס הציבורי. משום כך, יש לשאוף לדיוק באיזון.

החוק קובע את האיזון הבסיסי ובתי המשפט מפרשים אותו, ומפתחים את הדין במקומות המתאימים. במיוחד, אמורים הדברים במקומות שבהם המחוקק העניק לבית המשפט שיקול דעת, למשל בבחינת הגנת השימוש ההוגן, בבחינת הסבירות של פעולה שפוגעת לכאורה בשלמות היצירה, בעת בחינת צו מניעה, ולענייננו, בעת קביעת הפיצוי הסטטוטורי.¹³⁸ הפרקטיקה חשובה מאוד גם היא. שחקן חזק מדי עלול להביא בפועל לשינוי האיזון שנקבע בחוק ובפסיקה, בשטח, "מלמטה", ללא הצדקה מהותית. ג'ולי כהן תיארה אמצעים שבעלי הזכויות נוקטים, וקראה להם "אכיפת זכויות יוצרים מבוזרת נרחבת" (pervasively distributed copyright enforcement),¹³⁹ למשל טכנולוגיות שמגבילות שימושים ביצירות, הטמעת טכנולוגיות לאיתור אכיפה, כלים משפטיים נלווים, טיפוח נורמות בדבר התנהגות משתמשים ראווה, ועוד. העיקר, לטענתה, הוא השילוב של הכלים האלה.

¹³⁸ ראו בהתאמה, סעיפים 19, 50, 53, 56 לחוק.

¹³⁹ Julie E. Cohen, *Pervasively Distributed Copyright Enforcement*, 95 GEO. L.J. 1 (2006).

כאשר האסטרטגיות של תובעים ננקטות כדי לחזק, להרחיב ולהאריך את ההגנה המשפטית שיש לבעלי הזכויות אל מעבר למה שהדין מקנה להם, התוצאה מסכלת את תכלית החוק, ומעלה חשש לאכיפת-יתר. הרחבת-יתר יכולה לבוא לידי ביטוי בכל אחד מממדי הזכות: תקופת ההגנה, היקף אגד הזכויות, תביעה שלא על ידי מי שזכאי לתבוע, ניפוח הפיצוי הנדרש, ועוד.

למשל, תקופת ההגנה בדין כיום היא למשך חיי היוצר ועוד 70 שנה, ולאחר מכן היצירה היא בנחלת הכלל.¹⁴⁰ רישיון שיבקש להגביל שימושים מעבר לתקופה זו – הוא אכיפת-יתר, שאין לתת לו יד. פסיקה מפורשת יש בדיני הפטנטים: לקוח רכש מבעלי פטנט רישיון שימוש בהמצאה, ושילם תמלוגים. לימים, בוטל הפטנט לבקשת צד שלישי.¹⁴¹ בית המשפט העליון קבע שעם ביטול הפטנט, נפסקת החובה לתשלום תמלוגים, והסביר שמדובר בהארכת המונופולין מעבר לזמן האופטימלי שקבע המחוקק. בכך, נפסק, יש פגיעה בזכויות המשתמשים ובציבור, ובהתאם, התנאי הזה בהסכם נפסל, בהיותו נוגד את תקנת הציבור.¹⁴²

כאשר בעל זכויות מבקש להרחיב את אגד הזכויות מעבר למה שהחוק קבע – גם זה ניסיון לאכיפת-יתר. הנושא נדון בעניין טלראן. בית המשפט בלם שם ניסיון להרחבת-יתר של הזכות. הנתבעת מכרה כרטיסים שאפשרו למשתמשים פיענוח שידורי לוויין מקודדים, ששודרו על ידי רשתות זרות, וצפייה במשדרי ספורט. התובעת, שהייתה אותה חברת צ'רלטון שנדונה כאן, טענה בין היתר שהפצת הכרטיסים היא הפרה ישירה של זכויותיה. בית המשפט העליון דחה את הטענה. כך נימק השופט זילברטל:

”דיני הקניין הרוחני בכלל, וזכויות היוצרים בפרט הם פרי של איזונים בין האינטרסים השונים המצויים ברקע ההסדר החוקי שהמחוקק בחר לעצב ... על כן השתרעותה של זכות היוצרים היא אך ורק עד לגבול אשר נתחם עבורה בדין. המחוקק בחר פוזיטיבית לכלול זכויות מסוימות באגד זכויות היוצרים ובחר פוזיטיבית שלא לכלול אחרות. זאת, במסגרת אותה מלאכת איזונים...”¹⁴³

מצבים נוספים של אכיפת-יתר יכולים להיות למשל טענה לזכות יוצרים ברעיון שאינו מוגן, או תביעה בגין יצירה שאין לתבוע זכות לתבוע בגינה. כמובן, עשויים להיות חילוקי דעות בקשר לפרשנות זכות זו או אחרת או יסוד אחר בדין, ויישום בנסיבות המקרה; מצבים טכנולוגיים ועסקיים חדשים מזמנים שימושים חדשים, ואלה מאתגרים את הגבולות שהתווה המחוקק. במקרים כאלה, אין מניעה שצד מעוניין יציע פרשנות מרחיבה לדין הקיים. המילה האחרונה היא של בית המשפט ושל המחוקק. אולם, כאשר פעולות בשטח מרחיבות בפועל את ההגנה אל מעבר לתחום שנקבע בדין, יש חשש לאכיפת-יתר, שתחתור תחת התכלית של דיני זכות יוצרים. לעיתים, ההרחבה עלולה לפגוע בשיקולים חיצוניים, כמו שיקולי תחרות, או בזכויות אחרות, כמו חופש הביטוי. אלה מצבים אחרים, ולא ארחיב לגביהם כאן.¹⁴⁴

¹⁴⁰ סעיף 38 לחוק.

¹⁴¹ ע"א 427/86 בלאס נ' קיבוץ השומר הצעיר "דן", פ"ד (מג) 323 (1989).

¹⁴² שם, בעמ' 334-337.

¹⁴³ עניין טלראן, לעיל ה"ש 30, בפס' 13. ביישום לעובדות המקרה, נפסק שהנתבעת לא ביצעה פעולה שייחודה בחוק לבעלי הזכויות, כלומר לא הפרה את הזכות, וכי צפייה בתוכן מוגן ללא רישיון אינה הפרה. שם, בפסקה 17.

¹⁴⁴ לממשק בין דיני זכות יוצרים לדיני התחרות, ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 38918-12-09 דנאל פתרונות תוכנה מתקדמים בע"מ נ' סנפיר (2014). ליחס שבין חופש הביטוי לזכויות יוצרים, ראו למשל Michael Birnhack, Copyright Law and Free Speech after *Eldred v. Ashcroft*, 76 S. CALIF. L. REV. 1275 (2003).

2. נזקי אכיפת-יתר

לאכיפת-יתר השלכות שליליות בכמה מישורים: ביחסי הצדדים, בהשפעה על צדדים שלישיים, בשינוי האיזון שנקבע בחוק בפועל במהלכים בשטח, ובאופן רחב יותר בשינוי האיזון של הדין.

ראשית, במישור המידתי, במצב של אכיפת-יתר, נתבע (או משתמש שדורשים ממנו לחדול מפעולה או לשלם עבור השימוש) משלם מה שאינו צריך לשלם, ומוגבל מלבצע פעולה לגיטימית ומותרת לפי החוק, והתובע מקבל מה שאינו זכאי לקבל. זו תוצאה שאינה צודקת ואינה יעילה. בתוצאה כזו יש משום התעשרות שלא כדין. תוצאה כזו מדרבנת את התובע להמשיך באכיפה אגרסיבית: הוא אינו מסתכן, ולכל היותר לא יצליח במקרה בודד.

שנית, אכיפת-יתר עלולה לגרום להרתעת-יתר. היא משפיעה על צדדים שלישיים שאינם מעורבים בסכסוך להתאים את עצמם לרף גבוה ולא מוצדק, שנוצר במקרים קודמים של אכיפת-יתר. תובעים יצטוו במכתבי התראה או יציגו לפני שופטים בתביעות חדשות את הישגי העבר שלהם שהושגו בדרך של אכיפת-יתר. מצגים כאלה הם מצגי אמת, אבל התוצאות הקודמות הושגו תוך ניצול פערי כוח. צדדים שילמדו על כך, יקבלו איתות (שגוי) על המותר והאסור. בנוסף, לשימושים מסוימים של יצירות יש ערך ביטויי משמעותי, ואז, אכיפת-יתר מצננת ביטויים רצויים ומותרים ופוגעת בחופש הביטוי.¹⁴⁵ במקרה של ביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה, השימושים הם בעיקרם פסיביים, והחשש מאפקט מצנן קטן יותר, אולם הם ישלמו גם במקרים שאין לכך הצדקה.

שלישית, ובאופן רחב יותר: אכיפת-יתר עשויה ליצור נורמה מעשית חדשה שלא על ידי שינוי "מלמעלה" של הדין אלא על ידי פעולות של שחקן חוזר "מלמטה". נורמות כאלה מרחיקות את בית המשפט מתפקידו כמפתח של הדין, ונעשות ללא שקיפות ופומביות שדרושות ליצירת הדין. שיקולים אלה רלוונטיים במיוחד בהקשר של אכיפה פרטית. דוגמה לכך יש בדרישות ההסרה של תכנים מפריס ברשת.¹⁴⁶ הדין שהתגבש במקומות רבים בעולם מציע לפלטפורמות חסינות מפני תביעה, אם יפעילו נוהל של "הודעה והסרה", כלומר אם בסמוך לאחר קבלת הודעה מבעלי הזכויות על הפרה שמתרחשת בפלטפורמה, יסירו את התוכן.¹⁴⁷ היכולת לפקח על ההליך מועטה, והחשש – שאושש במחקרים אמפיריים – הוא שיהיו בעלי זכויות שיבקשו הסרת תכנים גם כאשר אין מדובר בהפרה. כאשר כך קורה, התוצאה היא אכיפת-יתר: זכות היוצרים נאכפת יותר מהראוי, תוך רמיסת השימושים המותרים.

רביעית, אכיפת-יתר עשויה לסכל את התכלית של דיני זכות יוצרים. כאשר בעל הזכויות מקבל בפועל הגנה רחבה מאשר הדין מקנה לו, האפשרות להשתמש ביצירות מצטמצמת. כך, נפגעת התכלית של דיני זכות יוצרים – לעודד יצירה לטובת הציבור. זכות היוצרים מלכתחילה אינה מוחלטת. היא זכות יציר המשפט,

¹⁴⁵ ראו את ממצאיהן של בר-זיו ואלקין-קורן ואת הדיון בהיבט חופש הביטוי, לעיל ה"ש 114, בעמ' 455-458: 66% מהבקשות שהופנו לגוגל במסגרת הליך הודעה והסרה, כלל לא עסקו בזכות יוצרים. ראו גם, Xavier Seuba, *The Economics of Intellectual Property Enforcement*, 6 WIPO J. 133, 141 (2015).

¹⁴⁶ לדיון, ראו בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 458.

¹⁴⁷ בארצות הברית החסינות מעוגנת בחוק, ראו U.S.C. §512, וכך גם באיחוד האירופי, ראו סעיפים 12-15 ל-Council Directive 2000/31, On Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market, 2000 O.J. (L 178) 1. בישראל, החסינות נקבעה בפסיקה בערכאות הדיוניות, ראו למשל ת"א (מחוזי מרכז) 567-08-09 א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטר.נט בע"מ (נב' 8.8.2011), וטרם התבררה בבית המשפט העליון.

שמעוצבת בקפידה תוך ניסיון לאתר את המידה המיטבית של התמריץ שלו זקוקים יוצרים ליצור.¹⁴⁸ תמריץ-יתר לא בהכרח יביא ליותר יצירות או ליצירות טובות יותר, אלא לפגיעה בצד השני של המשוואה: בגישה ליצירות לצורך מחקר, ביקורת, חינוך ותרבות, ולצורך יצירה חדשה, שהרי יצירה נבנית נדבך על גבי נדבך.¹⁴⁹ במובן הזה, כביטוי של גיימס בוי (Boyle), דיני זכויות יוצרים הם כגבינה שוויצרית: החורים בגבינה אינם טעות, אלא חלק מהמבנה המתכוון של המוצר.¹⁵⁰ ההגנה המשפטית על יצירות אינה הרמטית, ובמכוון אינה כזו, ויש בה דליפה מובנית של ידע.¹⁵¹ אי-ההגנה על רעיונות,¹⁵² הגנות למשתמשים כמו הגנת השימוש ההוגן,¹⁵³ ועוד, הם "חורים משפטיים" מתוכננים, שנועדו לאפשר מרחב ליצירה נוספת ושימושים אחרים. התנאים שיש בדין – בקשר לזיהוי קיומה של יצירה, תנאי ההגנה, תיחום אגד הזכויות, ומבחינה הפרה שונים – נועדו להתוות ביד עדינה את גבולות הזכות: מה מוגן, וגם, מה אינו מוגן. אכיפת-יתר עלולה לסתום את החורים האלה בפעולה חד-צדדית של צדדים חזקים בשטח. הסך הכל המצטבר של אכיפת-יתר מטה את הדין מתפיסה מכשירנית לתפיסה קניינית, ושוב, לא משום שהמחוקק שינה את טעמו, אלא משום הכוח שמפעילים שחקנים חזקים "מלמטה".

טים וו (Wu) תיאר "שימושים נסבלים":¹⁵⁴ שימושים שניתן לתבוע בגינם, אבל בעלי הזכויות מעלימים עין מטעמים שונים, למשל, שהשימוש המפר דווקא מסייע להם, למשל אתרי מעריצים.¹⁵⁵ בלגנש הבחין בין שלושה סוגים אפשריים של תביעות:¹⁵⁶ האחד, שימושים שניתן לתבוע בגינם והם בני אכיפה; השני, שימושים נסבלים, כהגדרתו של וו. זה מצב של תת-אכיפה מכוון, שיוצר מרחב נשימה למשתמשים.¹⁵⁷ הסוג השלישי הוא מצבים שאי אפשר לתבוע בגינם, למשל משום שהשימושים מותרים בדין. טרולים בזכויות יוצרים ממירים את הסוג השני של המצבים לסוג הראשון. אכיפת-יתר, לעומת זאת, פירושה שנאכף יותר ממה שצריך, ולא רק יותר ממה שהיה אפשר עד כה. כלומר, במונחי בלגנש, אכיפת-יתר היא המרת המצב השלישי למצב הראשון.

חמישית, כאשר אכיפת-היתר מושגת בדרך של לחץ שמביא לפשרות – שתוכן מרחיב בפועל את הזכות אל מעבר להגנת הדין – מתעוררים קשיים נוספים. פשרות מונעות בירור מחלוקות עובדתיות ומשפטיות. אלון קלמנט עמד על חשש זה: "בירור השאלות עשוי להיות חיוני למי שאינו צד להליך, אשר ילמד באמצעות ההליך המשפטי מידע שלא היה בידו לפני כן. במקרים אלה להליך המשפטי המלא השפעות חיצוניות חיוביות על צדדים

¹⁴⁸ ראו לעיל, ה"ש 30.

¹⁴⁹ לתהליך היצירה כפרויקט אנושי משותף, ראו למשל בפסיקה ע"א 23/81 **הרשקו נ' אורבך**, פ"ד מב(3) 749, 759 (1988), ובספרות, בקשר לרעיון הקידמה, Michael Birnhack, *The Idea of Progress in Copyright Law*, 1 BUFF. INTEL. PROP. L.J. 3 (2001).

¹⁵⁰ JAMES BOYLE, *THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND* 65 (2008).

¹⁵¹ למטפורה זו, ראו Rochelle Cooper Dreyfuss, *Do You Want to Know a Trade Secret? How Article 2B Will Make Licensing Trade Secrets Easier (But Innovation More Difficult)*, 87 CAL. L. REV. 191, 243 (1999).

¹⁵² ראו ס' 5 לחוק.

¹⁵³ ראו פרק ד לחוק בכלל, והגנת השימוש ההוגן בס' 19 בפרט.

¹⁵⁴ Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617 (2008).

¹⁵⁵ שם, בעמ' 619.

¹⁵⁶ בלגנש, לעיל ה"ש 85, בעמ' 752-753.

¹⁵⁷ שם, בעמ' 757.

שלישיים, והפשרה מונעת השפעות אלה.¹⁵⁸ כאשר אין פשרה, ויש התדיינות, לנתבע ולעורכי דינו יש בדרך כלל פחות מומחיות וניסיון בתחום, וכדי לגשר על הפער, הם צריכים לשאת בעלויות גבוהות יותר.

3. בחזרה לצ'רלטון

האם פעילות האכיפה של צ'רלטון היא בגדר אכיפת-יתר, כלומר כזו שמעניקה לה בפועל הגנה מעבר למה שהדין מעניק לה? כאשר יש לצ'רלטון זכויות יוצרים, הרי יש לה זכות להיאבק בהפרות שמזיקות לה. נראה שהאכיפה האינטנסיבית יוצרת לצ'רלטון אפיק רווח חדש, אולם הוא משני לפעילותה העיקרית. היא גם מציעה רישוי למשתמשים. יוצא, שההגדרות השונות שהוצעו לעיל לגבי "טרול זכויות יוצרים" אינן מתקיימות לגביה: צ'רלטון איננה טרול כזה. עם זאת, מאפיין אחד מאלה שנוכרו במחקר האמריקני כן מתקיים: תביעות בסכומים גבוהים, בחסות הפיזי הסטוטורי, ופשרות מהירות בסכומים נמוכים בהרבה.

כדי לבחון את הדברים, אציג כמה סוגיות משפטיות מרכזיות שהתעוררו בתביעות צ'רלטון. הדוגמאות ממחישות את כוחה של צ'רלטון כשחקנית חוזרת, ואת יכולתה להגיב במהירות לשינויים משפטיים ולחשב מסלול משפטי חדש לפי הצורך, לנווט ולנתב את ההליכים, ולעצב את התמונה הגדולה.

(א) שאלות עובדתיות

בתביעות בקשר לביצוע פומבי יש כמה שאלות עובדתיות נפוצות, אולם, כאשר מושגת פשרה – אלה אינן מתבררות. כדי לבסס עילת תביעה בקשר להפרת הזכות לביצוע פומבי, יש להראות שהקרנת משדר הטלוויזיה (שהוא פעולה של "ביצוע") הייתה פומבית. ראינו בפרק ב את מבחני הפסיקה, -שהתייחסו לאופי הקהל ואופי המקום, הנזק לבעלי הזכויות והתועלת למבצעים. ביתו של אדם – אינו מקום פומבי, גם אם הוא מארח אורחים; בית קפה הוא מקום פומבי בדרך כלל, משום שבשעות הפתיחה, אנשים זרים יכולים ומוזמנים להיכנס אליו. חלק מהנתבעים שתבעה צ'רלטון היו בעלי מקומות קטנים כמו "פיצוציות" או דוכני מזון מהיר. במצב הרגיל, במקומות מסוג זה יש לכל היותר כסאות בודדים. האם התכנסות של מספר קטן מאוד של אנשים, לעיתים חבריו של בעל המקום שמארחים לו לחברה, הופכת את המקום לפומבי ואת ההקרנה למטרת רווח? אני סבור שבדוגמה הזו, ניתן לומר שמדובר בביצוע פרטי, וכן, שלעסק אין תועלת מההקרנה, וגם אין כוונה להרוויח. מצבים כאלה התבררו במקרים בודדים בלבד.¹⁵⁹

שאלה עובדתית נוספת, היא לאן מכוונת הטלוויזיה. אם היא מכוונת לעובדים בלבד, למשל לעובדי המטבח במסעדה, הרי הביצוע אינו פומבי.¹⁶⁰ בדרך כלל קל להכריע בשאלות כאלה, לפי התיעוד של חוקר פרטי מטעם בעלי הזכויות: החוקרים נוהגים לצלם את המקום ואת מסך הטלוויזיה הרלוונטי. טענה עובדתית נוספת, שנתבעים טענו בכמה מקרים, היא כי אחד האורחים הוא שהדליק את המכשיר.¹⁶¹ טענות עובדתיות כאלה טעונות ראשית ראיה, אולם כאשר הן מוכחות, עילת התביעה מסתבכת, והתובע יכול לנסות לבסס אחריות

¹⁵⁸ קלמנט, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1017.

¹⁵⁹ למשל, עניין גליאנוס (התביעה נדחתה); או ת"א (שלום ת"א) 50357-10-10 צ'רלטון בע"מ נ' טואף (נבו 21.1.2014) (בתביעה נגד עסק לשווארמה, צילומי החוקר הפרטי היו במהלך סגירת העסק, ולא הראו שהיה ביצוע בפועל).

¹⁶⁰ לבחינה עובדתית של טענה כזו, ת"א (מחוזי ת"א) 2433-04 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות נ' מינץ, פס' 23 (נבו 30.5.2010), ובתביעות צ'רלטון: ת"א (שלום נתניה) 14226-09-09 צ'רלטון בע"מ נ' פיצוציות לב הרצל בע"מ (נבו 5.2.2012); עניין גליאנוס; ת"א (שלום ת"א) 15194-03-13 צ'רלטון בע"מ נ' סורטיס בע"מ (נבו 19.4.2016).

¹⁶¹ ראו למשל עניין זסטי כרמל. כאשר עובד מפעיל את המכשיר, תתעורר שאלה של אחריות שילוחית. ראו למשל ת"א (שלום י-ם) 015441/01 אקו"ם נ' הרשקוביץ (נבו 2.3.2003).

עקיפה לפי סעיף 49 לחוק, שעוסק ב"ביצוע פומבי במקום בידור ציבורי." אלא שאז, יצטרך התובע להראות שבעל המקום הרשה לאדם אחר לבצע את הפעולה, למטרת רווח, וכי בעלי המקום ידע או היה עליו לדעת שהביצוע מפר. הסעיף נועד במקורו להטיל אחריות על בעלי אולמות בקשר לביצוע של תקליטנים במסיבות, ומתאים פחות למצב עובדתי שבו לקוח שינה ערוץ בטלוויזיה על דעת עצמו.¹⁶²

שאלה עובדתית-משפטית נוספת היא מה בדיוק שודר בעת שהחוקר הפרטי תיעד את הפעולה. למשל, יש מקומות שמקרינים את התמונה בלבד, ללא השמע (אודיו). אני סבור שכאשר צ'רלטון טוענת לבעלות בזכויות היוצרים בדברי פרשנות באולפן (ועל כך בסעיף הבא), אבל אלה אינם מושמעים, הרי שלא היה ביצוע פומבי שלהם,¹⁶³ או, כאשר הראיות המצולמות מראות רק את השידור הנקי החי, ללא תוספות העריכה של צ'רלטון, כמו נתוני ספורט שונים שהיא מציגה על המסך בזמן השידור. טענות כאלה עלו במקרים ספורים בלבד.¹⁶⁴ שאלות עובדתיות אלה פשוטות יחסית לבירור, ובכל זאת, יש להן הד רק במעט הליכים. מיעוט המקרים אינו מעיד על כך שהבעיה שולית, אלא על כך שהרוב המוחלט של התביעות לא מגיע לבירור מפורט. כדי לטעון אותן, צריך להגיע להתדיינות, וזו כרוכה בעלויות ובסיכון מסוים. זול יותר להתפשר. כאשר היקף הפשרות כה נרחב, ומאזן העלויות דוחף את הנתבעים להתפשר, התוצאה היא שיש חשש לאכיפת-יתר של זכות היוצרים. אדגיש: זהו חשש, ואין ודאות שיש כאן אכיפת-יתר, אולם בלי בירור שיפוטי מספק, לא נוכל להעריך זאת כראוי.

(ב) זכות התביעה

זכות התביעה של צ'רלטון התעוררה בבתי המשפט, והביאה לשינוי במדיניות התביעה שלה ובטענותיה. זכות התביעה נתונה בראש ובראשונה לבעלי הזכות. סעיף 37 לחוק מתייחס במפורש להעברת זכויות ומתן רישיון ייחודי, וסעיף 54 מבהיר שהזכות לתבוע נתונה גם לבעל רישיון ייחודי, שצריך לצרף גם את בעל הזכויות המקורי לתביעה, או לבקש מבית המשפט פטור מצירוף כזה.¹⁶⁵ בכך, באה על פתרונה שאלה שהטרידה את בתי המשפט קודם לחקיקת החוק.¹⁶⁶

בתביעות שנבחנו, לא נמצאו מקרים בהם צ'רלטון צירפה את בעלי הזכויות מעבר לים כתובעים או כמשיבים. בכמה מקרים, טענו נתבעים כי על צ'רלטון לבסס את מעמדה כבעלת הזכות לתבוע – כלומר שיש לה רישיון ייחודי. במצב כזה, היצירה שנטען שבוצעה באופן פומבי היא השידור המקורי, או "הפיד החי" של המשחק, כפי שמועבר מהצילום בשטח, במגרש הכדורגל. דרך המלך של צ'רלטון לבסס תביעה מכוח זכות כזו,

¹⁶² ראו למשל ת"א (מחוזי נצרת) 27785-09-15 אקו"ם, **אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' מריומה ובן עזרא מתן שירותי גבייה ותנועה בע"מ** (נבו 25.3.2019).

¹⁶³ בפסק דין שניתן לאחר תקופת המחקר, מצא בית המשפט ש"העובדה כי השמע של המשדר היה מושקע אינה רלוונטית" לקביעה אם היה ביצוע פומבי. ראו ת"א (שלום ראש"צ) 40326-01-18 **צ'רלטון בע"מ נ' השניצליה מודיעין א.ר בע"מ**, פס' 26 (נבו 9.5.2021). בכל הכבוד, אני סבור שמסקנה זו שגויה: התובעת טענה בין היתר לזכויות בפרשנות וב"אולפן הסיום" (שם, בפס' 17), אולם בהיעדר שמע – לא היה ביצוע שלהם.

¹⁶⁴ ראו למשל עניין **כאמל**. החוקר הפרטי חציג סרטון של 40 שניות, אולם בית המשפט מצא שבסרטון זה לא רואים את העריכה המקורית שצ'רלטון טענה לה, ואין שומעים את דברי הפרשנות. התביעה נדחתה. ראו גם ת"א (שלום חדרה) 22201-11-16 **צ'רלטון בע"מ נ' פריז** (נבו 3.7.2018).

¹⁶⁵ להשוואה: לאקו"ם הסדרים עם תאגידים מקבילים רבים בחו"ל, שמקנים לה את הזכות להתיר ביצוע פומבי ולגבות תמלוגים. בתי משפט הסתפקו בכך כדי להתיר לאקו"ם לתבוע בגין הפרת זכויות ביצירות זרות. ראו למשל את פסק דינה של השופטת וילנר, בשעתה בבית משפט השלום: ת"א (שלום חיפה) 016788/97 **אקו"ם נ' בנוליאל** (נבו 9.3.2005).

¹⁶⁶ תחת הדין הקודם – עלתה שאלה האם בעל רישיון ייחודי יכול לתבוע בעצמו. החשש היה מתביעה כפולה של בעל הזכויות ושל בעל הרישיון הייחודי. בית המשפט העליון מצא מוצא בכך שבעלי הזכויות צורפו לתביעות כתובעים נוספים או כמשיבים פורמליים, והסתפק במכתב תמיכה של בעלי הזכויות בתביעה. ראו דיון ויישום בעניין **Tele Event**, לעיל ה"ש 24, בפס' 33-27.

לפי סעיף 54 לחוק, היא להציג את הרישיון הייחודי שהעניקו לה בעלי הזכויות בקשר לשידורים בישראל, כמו UEFA (Union of European Football Association). אלא שצ'רלטון העדיפה בדרך כלל שלא לעשות כן, וטענה שההסכמים הם סוד מסחרי, ורק במקרים בודדים צירפה את ההסכמים במלואם. כאשר עלה הנושא בשלבים מקדמיים של ההתדיינות, בתי המשפט נקטו גישות שונות בעניין: במקרה אחד, שנדון עוד לפי חוק זכות יוצרים הקודם, הסתפק בית המשפט בכך שצ'רלטון צירפה אישור שיש לה זכות לתבוע, הסכמה של בעלי הזכויות מעבר לים, והתחייבות שלהם שלא לתבוע תביעה נוספת.¹⁶⁷ במקרים אחרים התירו בתי משפט לצ'רלטון לתקן את כתב התביעה ולצרף את ההסכמים, לעיתים תוך השחרת חלקים שהם בגדר סוד מסחרי;¹⁶⁸ במקרה אחר, השופטת עיינה בהסכם במעמד צד-אחד וקבעה שהוא אינו רלוונטי לתביעה;¹⁶⁹ במקרה אחד שופטת הורתה לצ'רלטון להציג פרטים נוספים ולהבהיר אם היא תובעת על בסיס הסכמים עם בעלות זכויות בחו"ל;¹⁷⁰ ובמקרים אחרים קבעו שופטים שהשאלה בדבר זכותה של צ'רלטון לתבוע תתברר בדיון לגוף התביעה.¹⁷¹ גם בהכרעה לגוף העניין, היו גישות שונות: כאשר צורף ההסכם, היו בתי משפט שהכירו בזכותה של צ'רלטון לתבוע כבעלת רישיון ייחודי, בשם הביצוע הפומבי של השידור המקורי;¹⁷² במקרה אחר, צורף רק חלק מההסכם, ובית המשפט קבע שחסרה בו התייחסות לפרק הזמן אליו הוא מתייחס, לטריטוריה שבה הוא חל ולשפות השידור, ובהתאם, נקבע כי לא הוכחה זכויותה של צ'רלטון לתבוע, והתביעה נמחקה.¹⁷³ בעוד מקרים שבהם ההסכם לא צורף, נקבע שאין לצ'רלטון זכות לתבוע בקשר להפרת הזכות בשידור המקורי.¹⁷⁴ השונות, אם כן, רבה.

באופן כללי, כאשר תובע תובע זכות לא לו, הרי זו אכיפת-יתר לא ראויה. בתי משפט אמורים לבלום ניסיונות כאלה. לגבי צ'רלטון, כאשר ברוב המקרים סוגיית הזכות לתבוע אינה מגיעה לבירור ממצה, וזאת בשל לחץ ומאזן אימה שדוחף לפשרות – מתעורר חשש לאכיפת-יתר.

(ג) מקוריות ההפקה

בתגובה לדרישות להצגת ההסכם עם בעלי הזכויות, החלה צ'רלטון לטעון טענה חדשה: שהיא תובעת לא רק מכוח היותה בעלת רישיון ייחודי בשידור המקורי, אלא שיש לה זכות יוצרים משל עצמה בהפקת השידורים, ולכן, היא תובעת כבעלת זכות יוצרים עצמאית במשדר, וממילא אין לה צורך להמציא הסכמים עם בעלי הזכויות.¹⁷⁵ כדי לבסס את טענתה בדבר זכות יוצרים עצמאית, צ'רלטון צירפה מסמך הפקה ותצהיר מפורטים

¹⁶⁷ ת"א (שלום ראשלי"צ) 4810/06 צ'רלטון נ' טריאקי בפארק בע"מ (נבו 10.1.2008).

¹⁶⁸ למשל ת"א (שלום ת"א) 14692-09-09 צ'רלטון בע"מ נ' פיצה פצה (2000) בע"מ (נבו 9.2.2010).

¹⁶⁹ ת"א (שלום חיפה) 21515-03-13 צ'רלטון בע"מ נ' ואח' נ' מידלר (נבו 24.3.2016).

¹⁷⁰ ת"א (שלום ת"א) 2970-05-15 צ'רלטון בע"מ נ' פ.ו.ר. שירותי ניהול למלונות בע"מ (נבו 8.11.2015).

¹⁷¹ ראו למשל ת"א (שלום הרצליה) 63254-12-18 צ'רלטון בע"מ נ' עמר (נבו 2.7.2019).

¹⁷² עניין פיצוציות לב הרצל; ת"א (שלום ת"א) 11970-07-13 צ'רלטון בע"מ נ' א.י. פיצה שותפות (נבו 6.11.2014), שם היו עוד ראיות שמכוחן הסיק בית המשפט את הזכות לתבוע; עניין קפה דודו; עניין זסטי כרמל.

¹⁷³ ת"א (שלום חדרה) 18812-01-12 צ'רלטון בע"מ נ' אבו סאח (22.12.2013).

¹⁷⁴ עניין גורמה; עניין בן תורה; ת"א (שלום ת"א) 42206-12-12 צ'רלטון בע"מ נ' גרוסקוב (נבו 3.8.2017).

¹⁷⁵ אזכור שיפוטי ראשון לטענה נמצא בעניין גורמה, שנפסק ב-2014. ראו גם, בסדר כרונולוגי לפי מועד מתן פסקי הדין: עניין בן תורה; עניין א.י. פיצה; ת"א (שלום חיפה) 32094-12-14 צ'רלטון נ' הטרסה החדשה בע"מ (נבו 6.4.2016); עניין סורטיס; עניין קפה דודו; ת"א (שלום ת"א) 42949-12-13 צ'רלטון בע"מ נ' עזריה (נבו 7.6.2016); עניין כאמל; ע"א (מחוזי חיפה) 28088-10-18 צ'רלטון בע"מ נ' פריז (נבו 31.1.2019) (להלן: ערעור פריז); עניין גרוסקוב; ת"א (שלום ת"א) 27019-09-15 צ'רלטון בע"מ נ' עולם הבאולינג בע"מ (נבו 6.8.2018); עניין בית הבירה.

של מנהל בכיר מטעמה, שפירט את פעולותיה והדגיש את השקעתה הכספית בהפקה. למשל: "התובעת עושה שימוש בניידות שידור, מצלמות, פרשנים, שדרנים, ראיונות בתום המשחקים, עזרים טכניים, אמצעים גרפיים, לרבות עריכת תמונה וזוויות צילום... התובעת מפיקה גם סרטונים שונים במסגרת ערוצייה שלה, המהווים קדימונים למשחקי ספורט שהיא מבקשת לשדר."¹⁷⁶ ברוב המקרים בהם הוצג המסמך, קיבלו בתי משפט את הטענה ללא עוררין, והכירו בזכותה של צ'רלטון לתבוע כבעלת זכויות בהפקה. בשני מקרים מצאו בתי משפט שהטענה הייתה כללית, ונעדרה התייחסות קונקרטית למשדר המסוים שבגינו הוגשו התביעות;¹⁷⁷ ובמקרה נוסף, מצא בית המשפט שהעד מטעם צ'רלטון לא הוא שערך את המסמך, וכי לא הוצגה הראיה הטובה ביותר – הקלטת של המשדר.¹⁷⁸

האם הפעולות המפורטות במסמך ההפקה מקימות זכות יוצרים? מהי בדיוק היצירה המוגנת? נראה שחלק מהתוספות שצ'רלטון ציינה במסמך ההפקה הוא יצירות עצמאיות שלה, למשל המשדר שנערך באולפן בישראל וסרטונים שהפיקה כקדימונים. אבל לגבי מרכיבים אחרים, אפשר להעלות ספק: למשל סטטיסטיקה, שנוכרה באחד מפסקי הדין, היא בגדר נתונים, ולפי סעיף 5 לחוק, באלה כשלעצמם, אין זכות יוצרים.¹⁷⁹ לגבי "עריכת התמונה" – לא ברור האם מדובר בפעולה טכנית או בפעולה שיש בה מרכיב יצירתי עצמאי. צ'רלטון בוודאי משקיעה משאבים רבים בהפקה, אולם השקעה היא רק סימן אחד לקיומה של דרישת מקוריות, שלפיה יש לבחון שהיוצר הוא המקור של היצירה, וגם, שיש מידה מסוימת של יצירתיות, גם אם מועטה.¹⁸⁰ מובן ששאלות אלה מחייבות בחינה עובדתית קונקרטית. שוב, כמו לגבי השאלות העובדתיות, נדיר שההתדיינויות מגיעות לשלב ההוכחות.

בשני מקרים, כרכו השופטים את זכותה של צ'רלטון לתבוע מכוח ההפקה המקורית, בזכותה ההסכמית: כך בעניין *בן-תורה*, בבית משפט השלום: "זכותה של התובעת לבצע מה שעשוי להיחשב כפעולות הפקה ביחס לצילום משחק כדורגל מן הליגה האנגלית עשויה לקום, כך על-פי עדות וינשטיין, בתנאי שהתובעת רכשה את הזכות לשדר את המשחק בישראל מבעליה של הזכות בחו"ל. בהיעדר זכות מוכחת כלפי בעל הזכויות בחו"ל, אין התובעת עשויה להישמע בטענה כי היא רשאית לבצע בשידור פעולה כלשהי – שאם לא כן תיחשב היא עצמה כמפרת זכות של אחר זולתה."¹⁸¹ וכך בערעור בעניין *פרזי*, בבית המשפט המחוזי: "ללא שהמערערת הוכיחה שהיא רכשה, מבעל זכויות היוצרים ב'יצירת המקור' (ב'פיד החי') את הזכות לערוך את היצירה ולהפיקה, לא קנתה המערערת זכות יוצרים בהפקה. משלא הייתה לה זכות לערוך את היצירה ולבצע את 'ההפקה', אין היא יכולה לטעון להפרת זכויותיה."¹⁸²

¹⁷⁶ ציטוט מתצהיר של אלכס וינשטיין, מנהל מחלקת העסקים של צ'רלטון, בעניין *גורמה*; ובדומה בעניין *בן תורה*; עניין *קפה דודו*. מסמך ההפקה נזכר גם בעניין *א.י. פיצה*, עניין *סורטיס*, עניין *עזריה*, עניין *גרוסקוב*, עניין *הטרסה החדשה*, עניין *בית הבירה*, עניין *זסטי כרמל*, ות"א (שלום עפולה) 17241-09-17 *צ'רלטון בע"מ נ' טריין בר* (נבו 7.12.2020).

¹⁷⁷ עניין *גורמה*; עניין *בן תורה*.

¹⁷⁸ עניין *בית הבירה*.

¹⁷⁹ ראו עניין *סורטיס*, שם נזכרת הסטטיסטיקה.

¹⁸⁰ לדרישת המקוריות, ראו לעיל ה"ש 26.

¹⁸¹ עניין *בן תורה*.

¹⁸² ערעור *פרזי*, לעיל ה"ש 175, בפס' 16. בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה. ראו רע"א 1518/19 *צ'רלטון בע"מ נ' פרזי* (נבו 9.1.2020).

הערות אלה כורכות את זכותה של צ'רלטון בהפקה הנטענת על ידה בזכויות של בעלי הזכויות בשידור המקורי. פסקי הדין לא תרגמו את הדברים במלואם למונחים המשפטיים של דיני זכויות יוצרים. נראה שבתי המשפט כיוונו לנושא של יצירה נגזרת: אגד הזכויות שנתון לבעל היצירה המקורית כולל גם את הזכות להכין יצירה נגזרת, שהיא יצירה מקורית שמבוססת באופן מהותי על היצירה הקודמת, וכן, את הזכות לתבוע בגין הפרתה.¹⁸³ כאשר צ'רלטון מבקשת לתבוע כבעלת הזכויות בהפקה (ולא כבעלת רישיון ייחודי בשידור הפיד החי), היא טוענת למעשה להפרה של זכותה בתוספת המקורית שלה. האם יש לה זכות תביעה לגבי רכיב זה? התשובה המשפטית אינה פשוטה כלל ועיקר, והיא תלויה בין היתר ביחס שבין הזכות להכין יצירה נגזרת לבין זכות ההעתיקה,¹⁸⁴ ובשאלה האם ניתן להפריד את התרומה העצמאית של היוצר-הגוזר מיצירת הבסיס, שאז ראוי להתייחס לאותה תרומה כאל יצירה עצמאית, ולא כאל יצירה נגזרת.¹⁸⁵

לא אכריע כאן בשאלה העקרונית: היא מחייבת בירור מקיף ויסודי. בנוסף, שאלה עובדתית-משפטית שיש לברר, היא האם ההסכמים של צ'רלטון, בינה לבין בעלי הזכויות הראשונים, מתייחסים ליצירות הנגזרות ולבעלות בהן ומה פרשנותם. יש גם להניח שהחוזים משתנים מעת לעת. המטרה הייתה להציף את השיקולים, כדי להראות שהנושא מורכב, משפטית ועובדתית. שני בתי משפט התקרבו לבירור כזה, אולם דרושה עוד מלאכה רבה כאן. נתבעים "קטנים" יתקשו להתמודד עם טענה כזו. אין להם עניין בקביעת הדין "הנכון", והם בסך הכל רוצים להמשיך בעיסוקיהם, בלי לשלם מחיר מופרז, לטעמם, עבור הקרנה של משדרי טלוויזיה, ובלי להיגרר לבתי המשפט. לצ'רלטון, לעומת זאת, יש עניין מובהק בעיצוב הדין, ויש לה גם את הניסיון, הידע, והיכולת הכלכלית לאתר את המקרה המתאים. בעניין פרזי, ביקשה צ'רלטון מבית המשפט העליון רשות ערעור, אולם בקשתה נדחתה. השופט הנדל הסביר: "הבקשה נוגעת לסוגיה משפטית חשובה – יצירה נגזרת וגבולותיה בדין הישראלי. ואולם, ביחס לשאלה זו התשתית העובדתית אינה ברורה דיה, ולכן תיק זה אינו המקרה המתאים לשם ליבון הסוגיה."¹⁸⁶

באופן כללי, תביעה בגין יצירה שאינה מקורית – ולכן אינה מוגנת כלל בדיני זכות יוצרים, היא בגדר אכיפת-יתר. בתביעות צ'רלטון, בשל הלחץ להתפשר שזכר לעיל, השאלה לא התבררה לעומקה ברוב ההליכים, ולכן, מתעורר חשש לאכיפת-יתר. שאלת הזכות לתבוע מכוח יצירה נגזרת ראויה להכרעה שיפוטית בדבר הדין הקיים והיקף הזכות.

(ד) הקרנה של ערוץ פתוח

שאלה משפטית חשובה היא האם הקרנת משדר שמשודר בערוץ טלוויזיה פתוח, למשל בערוץ של תאגיד השידור הציבורי "כאן", היא ביצוע פומבי. צ'רלטון סבורה שהתשובה חיובית, והערכאות הנמוכות קיבלו את עמדתה, אולם לא בלי ספקות. מקרה זה ממחיש כיצד בתי המשפט הם שקבעו את הדין, ולא מהלכים בשטח. הגם שאני חולק על מסקנת בתי המשפט, הרי זה מקרה שממחיש כיצד דיון שיפוטי יכול לאשש או להפריך טענה, ולפתח את הדין. בהתאם, טענות צ'רלטון שיש לה זכות במצבים אלה אינה בגדר ניסיון להשיג אכיפת-יתר.

¹⁸³ ראו ס' 16 לחוק, ולדיון עדכני של בית המשפט העליון באשר לזכות ליצירה נגזרת, ראו עניין **נסטלה**, לעיל ה"ש 30, בפס' 20.

¹⁸⁴ לעמדה שאין מקום לכלל גורף נגד זכות תביעה כזו, ראו אורית פישמן אפורי **היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים** 467 (2005). ראו גם עמרי רחום-טוויג **יש מיש: על תהליך היצירה הנגזרת** 231-232 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2017) <http://primage.tau.ac.il/libraries/theses/law/free/3275108.pdf>.

¹⁸⁵ ראו בדומה, אפורי, **חוק זכות יוצרים**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 178.

¹⁸⁶ רע"א פרזי.

באופן יוצא דופן, היה ניסיון של נתבעים להתמודד עם טענת צ'רלטון, בדרך של תביעה ייצוגית. בעלי עסק לממכר מזון ומשקאות שרכש (בלשון: "אולץ לשלם") מצ'רלטון רישיון לביצוע פומבי של משחקי יורו 2016 בעסק שלו, בסך 5000 ש"ח, ביקש להגיש תביעה כזו בקשר למשדרים בערוצים פתוחים (2, 10, והערוץ הראשון, כפי שנקראו בשעתם).¹⁸⁷ היועץ המשפטי לממשלה "התייבב" בדיון. עמדתו הייתה כי "תכליתם, לעניין זה, של שידורים פתוחים לציבור, כגון השידור הציבורי או הערוצים המסחריים, מושגת בכך שהתכנים מגיעים לכל בית או אדם בישראל המחזיק מכשיר מתאים לקליטת השידורים, אך לא ניתן לומר שתכלית זו מחייבת לאפשר בנוסף ביצוע פומבי בידי בעלי עסקים או כל גורם אחר."¹⁸⁸ עמדת היועץ טענה שגם הקרנה של שידור מערוץ ציבורי פתוח, היא בגדר "ביצוע פומבי". עמדת היועץ התבססה על פסיקה מחוזית, שעסקה בביצוע פומבי של מוסיקה ושללה את האפשרות לבסס את הסכמת בעלי הזכות לביצוע הפומבי על ידי בעלי העסקים כנגזרת מהסכמתו לשידור בערוץ ציבורי פתוח.¹⁸⁹ לאור עמדה זו, המבקש הסתלק מהבקשה.¹⁹⁰

בשמונה מקרים נדונה הטענה לגופה. בארבעה מהם, קבעו בתי המשפט כי כאשר עסק מבקש להקרין משדר הטלוויזיה, גם כאשר השידור נעשה בערוץ פתוח, עליו לרכוש רישיון מבעלי הזכויות.¹⁹¹ באשר לארבעת המקרים האחרים: בעניין פרזי, דובר בשידור משחקים בערוץ 2. בית משפט השלום סבר שבעל העסק הנתבע – פיצריה – נהנה מהגנת מפר תמים, לפי סעיף 58 לחוק. ההגנה חלה כאשר המפר "לא ידע ולא היה עליו לדעת, במועד ההפרה, כי קיימת זכות יוצרים ביצירה". בית המשפט מצא שמהצפייה במשדר אי אפשר היה ללמוד שלתובעת יש זכויות, ובפרסומים כלליים בעיתונות לא די כדי להקים ידיעה קונסטרוקטיבית.¹⁹² בית המשפט המחוזי דחה את ערעורה של צ'רלטון מהטעם שזו לא הוכיחה את זכותה לתבוע, אולם הסתייג במפורש מקביעת בית משפט השלום לעניין השידור בערוץ הפתוח, ופסק כי "עצם העובדה שהמשחק שודר בערוץ 2, איננה מקנה כל הגנה למשיב."¹⁹³ בעניין יוסף, בית משפט שלום הגיע למסקנה ששידור בערוץ פומבי מצריך רישיון, אולם מצא שקמה לנתבע הגנת מפר תמים, משום שמקלט הטלוויזיה בעסק היה מכוון ופתוח תמיד בערוץ 2, ו"ההפרה הייתה אגבית ולא מכוונת".¹⁹⁴ בעניין עולם הבאולינג, שודר משחק בערוץ הראשון. בית משפט השלום קבע שהצבת מקלט טלוויזיה בעסק למזון מהיר היא "קליטה פומבית" ולא "ביצוע פומבי". השופט הוסיף ומצא כי כנגד זכותה של צ'רלטון, "עומדת זכותו של הציבור לקלוט, לצפות ולאפשר צפייה בשידור הציבורי".¹⁹⁵ השופט הצביע על עלויות העיסקה הגבוהות שכלל משפטי זה מטיל על בעלי העסק, שעלולים להימנע מהקרנת שידור ציבורי בכלל. ערעורה של צ'רלטון התקבל. בית המשפט המחוזי קבע שמדובר בביצוע פומבי בבית עסק.¹⁹⁶ בעניין

¹⁸⁷ ת"צ (מחוזי ת"א) 11067-08-16 סמכי נ' צ'רלטון בע"מ – בקשה לאישור תובענה ייצוגית (נבו 4.8.2016).

¹⁸⁸ ת"צ (מחוזי מרכז) 11067-08-16 סמכי נ' צ'רלטון בע"מ – עמדה היועץ המשפטי לממשלה, פס' 14 (נבו 16.10.2018).

¹⁸⁹ שם, בפס' 21-23.

¹⁹⁰ החלטת המחיקה לא נמצאה במאגרים, אולם היא דווחה בערעור פרזי, לעיל ה"ש 175, בפס' 11.

¹⁹¹ ת"א (שלום אשדוד) 602-08 צ'רלטון בע"מ נ' Inn the Park Eilat Ltd. (נבו 27.8.2012); עניין סורטיס; עניין גרוסקוב; עניין זסטי כרמל.

¹⁹² עניין פרזי.

¹⁹³ ערעור פרזי, לעיל ה"ש 175, פס' 32.

¹⁹⁴ ת"א (שלום חיפה) 625-03-17 צ'רלטון בע"מ נ' יוסף (נבו 12.3.2019).

¹⁹⁵ עניין עולם הבאולינג.

¹⁹⁶ ע"א (מחוזי ת"א) 54238-10-18 צ'רלטון בע"מ נ' עולם הבאולינג בע"מ, פס' 11 ח (נבו 7.4.2019).

בית הבירה, דחה בית המשפט את התביעה מטעמים שונים, אולם העיר בהערת אגב, כי ראוי היה שבעלי הזכויות יזהירו את הציבור בתחילת המשדר, בדומה להודעות בתחילתם של ספרים וסרטים.¹⁹⁷ אני סבור שניתוח הזכות לביצוע פומבי לאור תכליתה, בתוספת התייחסות לזהות השחקנים המעורבים – העובדה שמדובר בשידור בערוצים פומביים ופתוחים שיוצרים ציפייה לשימוש חינוכי, ועם הניתוח של העלויות שמטיל הכלל שנקבע על משתמשי הקצה, מעלים סימני שאלה של ממש. אולם משנמשכה התביעה הייצוגית בעניין, הנושא לא הוכרע. צ'רלטון מיהרה לערער כאשר לא שבעה נחת מפסקי דין, דבר שיש בו תוספת עלויות לנתבע, ואכן, קשה לראות נתבע "קטן" מתמיד בבירור טענה משפטית מורכבת כזו, שבירור שלה מצריך רמת מומחיות גבוהה בדיני זכות יוצרים. אולם כאן היה בירור שיפוטי מספק. ניסיון האכיפה של צ'רלטון נבחן בבתי המשפט, וצלח.

סיכום ביניים

בתביעות צ'רלטון עולות שאלות עובדתיות ומשפטיות שונות. חלקן נדון והוכרע בערכאות הנמוכות, אבל ברוב המקרים, אין בירור לגוף עניין. הסיבה היא הדינמיקה של מאזן העלויות שדוחף את הנתבעים להתפשר. כאשר אין בירור מספק, יש חשש לאכיפת-יתר. כאן יש מלכוד: כדי להעריך האם מדובר באכיפת-יתר או באכיפה ראויה, יש לברר את הנסיבות, אבל אלה אינן מתבררות ברוב המקרים, כאמור.

4. תנאי הרקע של הדין

מהם הגורמים שמאפשרים אכיפת-יתר שמבוססת על פערי כוחות? אני סבור שהתשובה היא בשניים: היעדר הצורך להוכיח יסוד נפשי, ובכלל בדבר פיצויים סטטוטוריים, שהוא הגורם העיקרי בעיניי שהביאנו עד הלום. בתביעה בגין הפרה ישירה של זכות יוצרים אין צורך להוכיח ידיעה של הנתבע או כוונה על הפעולה. הפעולה היא שנחשבת להפרה, והתנהגות בתום לב או אי ידיעה אינן טענת הגנה. סעיף 58 לחוק אמנם קובע פטור מפיצוי "מפר תמים", אולם תום הלב מתייחס רק לעצם קיומה של זכות יוצרים ביצירה, והפסיקה נוטה לפרש את הפטור בצמצום.¹⁹⁸ תום הלב של הנתבע הוא אמנם אחד השיקולים בקביעת גובה הפיצוי הסטטוטורי,¹⁹⁹ אלא שאם מתפשרים, אין מגיעים לשלב זה. גורם מאפשר מרכזי הוא הפיצוי הסטטוטורי: סעיף 56 לחוק מפקיד בידי בית המשפט שיקול דעת לפסוק פיצוי בטווח שבין אפס למאה אלף שקלים להפרה. הפיצוי הסטטוטורי נועד לענות על קושי בכימות הנזק: במקרים רבים, קשה לאמוד מהו בדיוק הנזק שנגרם כתוצאה מפעולה מפרה. מטרה נוספת של הפיצוי הסטטוטורי היא הרתעה.²⁰⁰ הוראות בדבר פיצוי סטטוטורי נפוצות כיום בחקיקה: אותרו 14 חוקים שיש בהם אפשרות כזו, ובעוד 11 חוקים – הסדר של פיצוי שאינו תלוי בנזק או פיצוי לדוגמה.²⁰¹ חוק זכות יוצרים הוא

¹⁹⁷ עניין **בית הבירה**, בפס' 37. ערעור נדחה. ע"א (מחוזי ת"א) 11956-12-18 **צ'רלטון בע"מ נ' בית הבירה צ.ק.מ. בע"מ** (24.6.2019), עותק בידי המחבר.

¹⁹⁸ ראו למשל ע"א 1248/15 **Fisher Price Inc. נ' דוורן יבוא ויצוא בע"מ**, פס' עג (2017).

¹⁹⁹ ס' 56(ב)(8).

²⁰⁰ ראו הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 1116, דברי הסבר לס' 58. במהלך דיוני ועדת הכלכלה של הכנסת, הציע משרד המשפטים להוסיף לפיצוי הרגיל גם אפשרות של "פיצוי לדוגמה", כלומר פיצוי עונשי.

²⁰¹ ראו למשל חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, ס' 26א.

המפורט שבהם, ושימש מודל גם לחקיקה מאוחרת, למשל חוק העיצובים, התשע"ז-2017.²⁰² בית המשפט מונחה לשקול לפחות שמונה שיקולים שונים (הרשימה פתוחה, וניתן לשקול עוד שיקולים). שישה מהם עוסקים בנתבע: היקף ההפרה, משך ההפרה, חומרתה, הרווח שצמח, מאפייני פעילותו, ותום ליבו.²⁰³ שיקול נוסף עוסק בטיב היחסים בין התובע לנתבע, ורק שיקול אחד מתמקד בתובע – נזקו הממשי. שיקול שבולט בהיעדרו הוא התנהגות התובע.

התוצאה של מסגרת הפיצוי הסטטוטורי כפולה. ראשית, בעלי זכויות יכולים, ורבים מהם נוהגים לצטט במכתבי ההתראה שהם שולחים את הטווח העליון של הפיצוי הסטטוטורי.²⁰⁴ בעל עסק קטן עשוי להיבהל כהוגן. שנית, טווח הפיצוי משמעותי, ושיקול הדעת של בית המשפט אינו ידוע מראש. הוסיפו מחסור במידע על פשרות אפשריות, והתוצאה היא שהפיצוי הסטטוטורי יוצר אצל הנתבע אי-ודאות ניכרת בקשר לגובה הפיצוי, ולכן סיכון.²⁰⁵

עמית אשכנזי, בדיון מפורט על משטר הפיצויים של החוק, העיר כי "השילוב של הטלת אחריות ללא אשם עם חשיפה לפיצוי ללא הוכחת נזק מייצר מרחב ניכר של אי-ודאות", וזו "תניע גם משתמש אדיש לרכוש רישיון שימוש".²⁰⁶ ראינו חשש דומה בספרות המחקר בארצות הברית.²⁰⁷ פמלה סמואלסון (Samuelson) וטארלה ויטלנד (Wheatland) בחנו לפני כעשור את הפסיקה האמריקנית בנושא – שם טווח הפיצוי יכול להגיע עד ל-150,000 דולר להפרה, ומצאו שהפיצויים הסטטוטוריים שם הם לא אחת שרירותיים, לא-עקביים, ללא אמות מידה ברורות, ולעיתים מוגזמים במידה רבה, ולכן יוצרים סיכון ואפקט מצנן ניכר.²⁰⁸ שילוב טווח הפיצויים הגדול ואי הוודאות לגביו, גורם להרתעת-יתר מפני שימושים מותרים ורצויים, ועד כדי שימוש לרעה, שעלולים לחתור תחת התכליות של דיני זכויות יוצרים.²⁰⁹ גורם סיכון נוסף, הוא בתי המשפט שמוסיפים לשיקולים שמנויים בחוק גם שיקול הרתעה, שכאמור, הוא אחד מתכליות הפיצוי הסטטוטורי. אין הגיון, קבעו בתי המשפט, לפסוק פיצוי בגובה של דמי הרישיון שהוצע לו מלכתחילה, שאחרת אך ברור שנתבעים יעדיפו להתחמק מתשלום מראש, ולכל היותר, אם ייתפסו, ישלמו בדיעבד.²¹⁰

²⁰² ס"ח 1176. ברשימת השיקולים שמנויים שם, הושמט השיקול של משך ההפרה.

²⁰³ הצעת חוק זכות יוצרים מנתה רק שבעה שיקולים; שיקול תום ליבו של הנתבע נוסף בדיונים בכנסת.

²⁰⁴ עדות לכך יש בעניין **עולם הבאולינג**, שם נשלחה לנתבעים דרישה לפיצוי בסום של 100,000 ש"ח, בחלוף שנה וחצי מההפרה הנטענת.

²⁰⁵ אי הוודאות קיימת גם בחקיקה אחרת שבה יש פיצוי סטטוטורי. לדיון, ראו תמר גדרון, רועי אילוז, רועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" **משפטים** מג 453 (2013).

²⁰⁶ עמית אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים** 573, 585-586 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים) (2009).

²⁰⁷ ראו ה"ש 78 לעיל.

²⁰⁸ Pamela Samuelson & Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, 51 WM. & MARY L. REV. 439, 441-443 (2009).

²⁰⁹ אשכנזי, לעיל ה"ש 206, בעמ' 587.

²¹⁰ ראו למשל את הערת השופט בנימיני בתביעה של הפדרציה לתקליטים: "אדם שהפר זכות יוצרים, איננו זכאי לצפות לשלם פיצוי לפי דמי התמלוגים שהיה משלם אלמלא הפר את הזכות." ת"א (מחוזי ת"א) 2378-07 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' החלל המופלא עד הלום בע"מ**, פס' 24 (נבו 2011.24.11). דברים ברוח זו הופיעו בשורת פסקי דין בתביעות צ'רלטון. ראו למשל עניין **פיצוציות לב הרצל**; ת"א (שלום ראשל"צ) 32439-12-10 **צ'רלטון בע"מ נ' הררי** (נבו 2013.29.1), עניין **הטרסה החדשה**.

להשלמת התמונה: הכנסת עמדה לאחרונה על אי-הוודאות שיוצר הפיצוי הסטטוטורי, וסייגה אותו בכמה מצבים, שאינם חלים בקשר לביצוע פומבי.²¹¹ בכנסת ה-23, הוגשה הצעת חוק פרטית, להתיר ביצוע של יצירה מוסיקלית בעסק קטן.²¹² בסוף שנת 2021 הפיץ משרד המשפטים תזכיר חוק שלפיו מקומות מגורים משותפים כמו דיור מוגן או מעונות סטודנטים יוחרגו מהזכות לביצוע פומבי, כמו גם בתי עסק או חדרי המתנה קטנים.²¹³

במקרי צ'רלטון, שיקול ההרתעה הביא כמה בתי משפט לפסוק פיצויים סטטוטוריים בטווח של בין 8,000 ש"ח ל-45,000 ש"ח, אם כי יש שונות בגודל המקומות, אופיים, והנסיבות הקונקרטיות;²¹⁴ בכמה מקרים הביאו השופטים בחשבון את גובה הרישיון כאמת מידה לפסיקת הפיצוי – כאשר בכמה מקרים פסקו פי שניים מדמי הרישיון,²¹⁵ פי שלושה,²¹⁶ ופי שישה.²¹⁷ נראה שדמי הרישיון משתנים לפי גודל המקום וסוג העסק.²¹⁸ נתבעים פוטנציאליים יכולים לאחוז בהערות אגב של שופטים בחלק מהמקרים. למשל השופטת סגלית מצא העירה כי "עוד מצאתי כי הערכת הנזק של התובעת – מוגזמת עד מאוד", ובמקום 85,000 ש"ח שנתבעו, פסקה 16,000 ש"ח בלבד.²¹⁹ אולם, התמונה שעולה היא של שונות בין התוצאות. אך מובן מדוע נתבע מעדיף להתפשר, גם אם יש לו טענות הגנה סבירות.

5. פתרונות?

האתגר המשפטי הוא לכייל את האכיפה, כדי לאפשר אכיפה ראויה במקרים המתאימים ולחסום אכיפת-יתר. אצביע על כמה פתרונות שמותאמים לקשיים שראינו. הדברים נלמדו מתוך עיון בתביעות צ'רלטון, אבל אינם מכוונים דווקא אליה. הפתרונות שלהלן מתייחסים לנקודות שונות על פני ציר הזמן של הסכסוך המשפטי, לפני ובמהלך ההליך המשפטי. הפתרונות אינם בהכרח מוציאים זה את זה. הם ראויים לפיתוח נוסף.

²¹¹ ראו ס' 56 לחוק, שנוסף במסגרת תיקון 5, בשנת 2019: המצבים עוסקים בהעמדה לציבור של יצירה אמנותית – סייג שמתייחס בעיקר לשימוש בצילומים שנמצאו באינטרנט, ובקשר לגופים ציבוריים לא מסחריים מסוימים, כמו מוסדות חינוך, ספריות ומוזיאונים, בתנאים מסוימים.

²¹² 34/23/פ הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון – התרת ביצוע פומבי של יצירה מוסיקלית בעסק קטן), התש"ף-2020 (20.4.2020).

²¹³ סעיף 12 לתזכיר חוק תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים ומבצעים- תעריפים וחלוקת תמלוגים, התשפ"ב-2021.

²¹⁴ עניין **קפה דודו** (10,000 ש"ח); ת"א (שלום בית שמש) 27896-09-13 **צ'רלטון בע"מ נ' מזרחי** (נבו) 24.4.2014 (11,000 ש"ח); ת"א (שלום חדרה) 60117-07-12 **צ'רלטון בע"מ נ' קונדיטורית שני מוריה בע"מ** (נבו) 12.10.2014 (11,000 ש"ח), עניין **הטרסה החדשה** (45,000 ש"ח).

²¹⁵ עניין **קפה דודו**.

²¹⁶ עניין **הטרסה החדשה**.

²¹⁷ עניין **הררי**. דמי הרישיון בשעתו לעסק מסוג זה של הנתבע היו 2500 ש"ח, ונפסק פיצוי של 15,000 ש"ח.

²¹⁸ מחירון הרישיון לא נמצא ברשת בעת הזו. יש להניח גם שהמחירים עודכנו במהלך התקופה שנבדקה במחקר הנוכחי. בפסיקה יש אזכורים אחדים: בשנת 2009 (לפי מועד הגשת התביעה), רישיון לפיצויה היה 2500 ש"ח (עניין **פיצויות לב הרצל**), וכך גם ב-2010 (עניין **הררי**); ב-2014, לעסק שהכיל 50 מקומות ישיבה, דמי הרישיון היו 7000 ש"ח (עניין **קפה דודו**), ולמסעדה שגודלה לא פורט בפסק הדין - 15,000 ש"ח (עניין **הטרסה החדשה**), לעסק לממכר מזון בחוף הים בחיפה, שגודלו לא פורט בפסק הדין, הסכום היה 14,000 ש"ח (עניין **יוסף**). בשנת 2017, לעסק של משלוחים שהיו בו שבעה מקומות ישיבה, רישיון עלה 7000 ש"ח (עניין **זסטי כרמל**). בתגובת צ'רלטון לבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה, צורף "מחירון הקרנה פומבית" בקשר למשחקי יורו 2016. למשל, רישיון שנרכש עד שריקת הפתיחה, לעסק של עד 10 מקומות ישיבה היה 4000 ש"ח; רישיון שנרכש במהלך הטורניר לעסק כזה – 5000 ש"ח, ורישיון ל"עסק מפר" – 6000 ש"ח.

²¹⁹ עניין **זסטי כרמל**, בפס' 75.

צמצום הזכות המהותית

תיחום ברור יותר של הזכות המהותית יצמצם ניסיונות לאכיפת-יתר. אפיק אחד לשינוי כזה יכול להיות בדרך של חקיקה, כפי שנעשה בארצות הברית בקשר למוסיקה, בהסדר שפוטר עסקים פרטיים מהפרת זכויות בביצוע פומבי של מוסיקה,²²⁰ או כפי שהוצע בהצעת חוק פרטית בכנסת, או תזכיר החוק שפורסם בשלהי 2021²²¹ אפיק זה יעורר טענה לפגיעה בזכות החוקתית לקניין פרטי וקושי במישור ההתחייבויות הבין-לאומיות של המדינה. אפיק חקיקתי אחר הוא בהסדרה ייעודית של שידורי הספורט. לאורך השנים היו הצעות חוק בנושא, שלא נחקקו.²²² את הזכות המהותית אפשר להגדיר גם בדרך של דיון שיפוטי, למשל בקשר לשידור בערוץ פתוח, כפי שנדון לעיל. אפיק זה מחייב פיתוח שיפוטי מתאים.

שימוש לרעה בזכות

אכיפת-יתר מובהקת היא שימוש לרעה בזכות המשפטית. זהו מצב שבו בעל דין מבקש להשיג לעצמו יותר ממה שהדין הקנה לו, ובכך, לשנות את הדין בקביעת עובדות בשטח, תוך ניצול לא ראוי של פערי כוח. עקרונות משפטיים כלליים כמו תום לב, תקנת הציבור וניצול לרעה של זכות צריכים לפעול כאן, כדי לבלום אכיפת-יתר לא מוצדקת.

מיכל שור-עופרי טוענת שיש להכיר בדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות יוצרים לא רק כטענת הגנה של נתבע, אלא גם כעילת תביעה עצמאית של תובע כנגד בעלי זכויות שמנצלים לרעה את זכותם.²²³ המטרה היא למתן מעט את פערי הכוחות בין הצדדים. אני מצטרף להצעתה, וסבור שכאשר יש ניצול לרעה של כוחם של בעלי הזכויות מול משתמשים, באופן אסטרטגי שנועד להשיג יותר ממה שהדין מקנה לבעלי הזכויות, קרי, אכיפת-יתר, יש מקום להכיר בעילת תביעה כזו.

בית המשפט העליון החיל את עקרון תום הלב גם על זכויות קניין רוחני. להפרת תום הלב, עשויות להיות השלכות על היקף ההגנה, עד כדי שלילתה.²²⁴ עם זאת, בתי המשפט נזהרו מלשלול סעדים שקבועים בחוק, וצמצמו אותם, בלשונו של השופט מלצר "רק במקרים חריגים ונדירים ביותר, שבהם חוסר תום הלב של התובע והשימוש לרעה שנעשה בזכותו הוא קיצוני וניכר עד כדי התעמרות בנתבע, שאין הדעת סובלת אותו".²²⁵ בהתאם, כדי לשלול את זכות התביעה של שחקן חוזר יצטרך הנתבע לשכנע את בית המשפט כי אכן היה ניצול לרעה של זכות, למשל, אם יהיו ראיות חד-משמעיות על כך שתובע ידע שלא הייתה הפרה, ובכל זאת תבע כדי "לסחוט" פיצוי בגין עוולה שלא הייתה. מובן, שהנטל על הנתבע יהיה גבוה, וטענה כזו תהיה קשה להוכחה.²²⁶

²²⁰ ראו לעיל ה"ש 125.

²²¹ ראו לעיל ה"ש 212 וה"ש 213 בהתאמה

²²² ראו פרק ח' להצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016, הצ"ח 187, בעמ' 293 (הצעה להטיל חובה לבעלי זכויות במפעל ספורט משמעותי לתת רישיון שידור למפיק ערוץ ספורט מעוניין), וכן הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 73) (שידור אירועי ספורט משמעותיים), התשע"ט-2018, הצ"ח 76 (דרישה לשידור אירועי ספורט משמעותיים בערוצים פתוחים).

²²³ ראו Michael Shur-Ofri, *Hatch-Waxmanizing Copyright*, 18 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 171 (2011).

²²⁴ ראו למשל רע"א 6141/02 אקו"ם נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 629, 625 (2003). ובפנטים, ראו עניין בלאס, לעיל ה"ש 141.

²²⁵ ע"א 10717/05 פלוריסט דה קוואקל ב.ו. נ' חג'ג, פס' 53 (נבו 3.9.2012).

²²⁶ בתי"א 15248-05-17 (שלום ת"א) פלאש 90 בע"מ נ' שופר – ארגון להפצת יהדות (2018), בפס' 13, מנה בית משפט השלום מספר שיקולים להגדרה של שימוש לרעה בזכות יוצרים: "ריבוי מופלג של תביעות; הימנעות מהתראה שתאפשר לחדול מן ההפרה; אי-

גם תקנות סדר הדין האזרחי החדשות שנכנסו לתוקף לאחרונה אוסרות שימוש לרעה בהליכי משפט, ומתירות לבית המשפט למחוק כתב טענות או לחייב את בעל הדין בהוצאות.²²⁷ רוזן-צבי מסביר שהאיסור מתייחס לפעולות בהליך עצמו, להבדיל משימוש בהליך המשפטי להשגת מטרות חיצוניות, שאינן ראויות.²²⁸

מכתבי התראה

מכתבי ההתראה ששחקנים חוזרים נוהגים לשלוח לנתבעים פוטנציאליים אינם מסודרים בדין הישראלי. בתי משפט מתייחסים להתראה כנתון שפועל לטובת תובעים – שהנה, הם הזהירו בטרם נקטו פעולה חריפה יותר. כאשר נתבע ממשיך בפעילות למרות התראה – הדבר עשוי להעיד על חוסר תום ליבו, שזהו שיקול במסגרת שיקולי בית המשפט בפסיקת פיצוי סטטוטורי. להתראה יש תפקיד משפטי ממשי כאשר עילת התביעה היא הפרה עקיפה, שאז יש לבסס ידיעה ממשית או ידיעה קונסטרוקטיבית. ההתראה מספקת את הצורך הזה.²²⁹ ראוי לבחון את מכתבי ההתראה, גם לגופם, וגם בקשר לתובע ולא רק בקשר לנתבע. ראוי שבית המשפט יבחן התראות, לראות שמא בעל הזכויות דרש יותר ממה שהדין הקנה לו. אם יש ניסוחים בוטים, מאיימים, או טענות שהבסיס המשפטי שלהן רעוע, או דרישות לפעולה תוך פרק זמן לא סביר – נתון זה צריך לבוא לידי ביטוי בשיקולי של בית המשפט – למשל בעת בדיקת תום הלב של התובע, מתן צו מניעה, או בפסיקת פיצוי סטטוטורי. אפשרות כללית יותר היא חקיקה נוסח הדין האנגלי, שמבקש ליצור מאזן אימה כדי שהמאיים יצנן את ניסוחיו ואת דרישותיו.²³⁰ כאשר התראות כוללות מצגי שווא, ראוי לבחון אותן גם לפי דיני הגנת הצרכן.²³¹

סמכות שיפוט מקומית

משנפתח הליך, יש לבחון את מקום הגשת התביעה: הסף שקובע החוק בעניין סמכות השיפוט המקומית הכרחי, אך יש לבחון שמא התובע בחר מקום דיון שמכביד יתר על המידה על הנתבע באופן שמקשה עליו, ודוחף אותו להתפשר.

צמצום פערי הידע

גורם מרכזי לאכיפת-יתר הוא פערי הידע בין הצדדים, ומתבקש לצמצמם. התארגנות של הנתבעים יכולה לשפר את זרימת המידע ביניהם לגבי מצבים דומים – לגבי טענות משפטיות אפשריות, לגבי סיכויי ההליך והאפשרויות הדיניות, ולגבי פשרות. התארגנות עשויה להמיר משחקים רבים שבהם צד חזק וצד חלש, למשחק אחד שבו שני צדדים שווי כוח.

כיצד ניתן ליצור התארגנות כזו? דרך אחת, היא התארגנויות של בעלי עסקים במסגרות פורמליות של איגוד עסקים; דרך שניה, היא יצירת פלטפורמה להעברת מידע, ובעידן רשתות חברתיות, התשתית זולה, אך

נכונות לפתרון של פשרה; הפרזה ממשית בסכומן של תביעות וכל אינדיקציה נוספת, שתוכל להעיד כי פגיה של תובעת אינן לחדילה משימוש מפר בקנינה כי אם לעשייתו של ממון – הרי הם מרכיבים לבחינה".

²²⁷ תקנה 4 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018.

²²⁸ רוזן-צבי הרפורמה, לעיל ה"ש 59, בעמ' 40-43.

²²⁹ ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 827/97 הפדרציה הישראלית לתקליטים נ' אולמי חאן הדקל בע"מ, פס' ט (נבו 6.1.2000); ת"א (שלום קרית גת) 1132-03 אקו"ם בע"מ נ' בניסטל בע"מ (נבו 18.2.2010); עניין מינץ, לעיל ה"ש 160, בפס' 22.

²³⁰ ראו לעיל ה"ש 106.

²³¹ כך נעשה בארצות הברית לגבי דיני פטנטים. ראו את הצו ה-FTC, לעיל ה"ש 105.

דרוש גורם שיוביל משימה כזו. דרך שלישית, היא שיפור זרימת המידע בקרב עורכי הדין של נתבעים. זאת ניתן להשיג בשיתופי פעולה, השתלמויות, וכדומה. גם כאן, דרוש גורם יוזם.

את פערי המידע ניתן לצמצם גם בתוך ההליך המשפטי, וכאן, לשופטים שמור תפקיד משמעותי (וגם אצלם, ראוי לחזק את הידע הן בקשר לדין המהותי, והן להגביר את המודעות בקשר לדינמיקה של ההליכים). בתי משפט מתבקשים לא אחת לאשר הסכמי פשרה וליתן להם תוקף של פסק דין. פשרות רבות אינן מפורטות בפסקי הדין המאשרים. גם כאשר הן נזכרו בדיון בבית המשפט ומופיעות בפרוטוקול, בפסק הדין אין מידע למתדיינים אחרים שעשויים להיקלע למצב דומה. ראוי לפרט בפסק הדין המאשר את התנאים העיקריים של הפשרה. פירוט כזה יסייע לצדדים אחרים להעריך טוב יותר את המצב המשפטי, ולצמצם את אי-הוודאות, שפועל באופן לא סימטרי לגבי הצדדים.

שיתוף פעולה משפטי של נתבעים

חוליה נוספת היא יוזמה של נתבעים לשיתוף פעולה בבית המשפט. אפשרות אחת, שראינו לעיל, היא של תביעה ייצוגית. התביעה שהוגשה התמקדה בסוגיה אחת, של שידור בערוץ פומבי, ולא הוכרעה לגופה. אפיק מקביל הוצע על ידי אסף חמדני ואלון קלמנט, של הגנה ייצוגית.²³² לפי הצעתם, נתבעים שהתביעה נגדם דומה – משפטית ועובדתית – יוכלו להתארגן ולהתגונן ביחד. כך, גודל הקבוצה יאפשר להם הגנה משפטית טובה יותר וצמצום פערי הכוח מול התובעים, באופן שמתגבר על בעיית הפעולה המשותפת ביניהם, ותוך יצירת תמריצים לעורכי דין.²³³ ההצעה לא מומשה לפי שעה. נראה שהמקרה של אכיפת-יתר בזכויות יוצרים מתאים היטב ל"הגנה ייצוגית" כזו.

שיקול הדעת בפיצוי הסטטוטורי

ראינו שטווח הפיצוי הסטטוטורי יוצר מרחב אי-ודאות ניכר, שמאפשר תימרון אסטרטגי ודוחף נתבעים להתפשר גם כאשר מתעוררות שאלות עובדתיות ומשפטיות משמעותיות. דרך אחת לצמצום אי-הוודאות היא תיקון החוק, בדומה לסעיף 56א שנוסף בשנת 2019, ולהחריג תביעות מסוגים מסוימים מהפיצוי הסטטוטורי. דרך שניה היא שיפור זרימת המידע בקרב נתבעים ובקרב שופטים. דרך שלישית, היא להוסיף לשיקול הדעת של בית המשפט, גם בחינה של התנהגות התובע. תביעה בסכום מופרז,²³⁴ מכתבי התראה מאיימים, וכדומה, יכולים להיות שיקול רלוונטי. הוספת התייחסות להתנהגות התובע תרסן במעט ניסיונות לאכיפת-יתר. דרך רביעית, היא ליצור אמות מידה ברורות יותר, למשל בדרך של מתווה שהיועץ המשפטי לממשלה יכול להציע בהליך של התייצבות.

הוצאות משפט

הטלת הוצאות על תובעים במקרים שבהם בית המשפט מאתר ניסיון לאכיפת-יתר מובהקת, למשל כאשר נקבע שהתביעה הייתה נטולת בסיס משפטי, או במקרי קיצון שבהם ימצא בית המשפט שהיה שימוש לרעה בהליך

²³² Assaf Hamdani & Alon Klement, *The Class Defense*, 93 CALIF. L. REV. 685 (2005). דוגמה מרכזית שהציעו היא תביעות בגין הפרת זכות יוצרים נגד משתמשי תוכנות לשיתוף קבצי מוסיקה ברשת. שם, בעמ' 702-699.

²³³ שם, בעמ' 713-711.

²³⁴ ראו למשל בהקשר אחר של תביעת זכות יוצרים, ת"א (מחוזי מרכז) 9289-02-09 גולני נ' כהן, פס' 89 (נבו 8.2.2012), שם זיהה בית המשפט ניפוח תביעה בדרך של פירוק מלאכותי של יצירה אחת ליצירות רבות, וקבע שפעולה כזו לוקה בחוסר תום לב מובהק.

המשפטי, יכולה לשנות מעט את מאזן הכוחות. כאשר הסיכון בתביעה גבוה יותר, תובע רציונלי יבחן ביתר תשומת לב את תביעותיו, ויצמצם תביעות שהן בגדר "שיטת מצליח".

פתרונות שוק

לפחות לגבי המודלים העסקיים של שידורי טלוויזיה שבהם יש גורם ביניים אפקטיבי, כלומר ספק תשתית הגישה לשידורים, יעיל יותר שגורם הביניים יבצע את פעולות הבדיקה והסליקה של זכויות היוצרים. כפי שראינו, גורם הביניים נמצא בעמדה טובה מאוד לדעת מהן היצירות המוגנות שאותן הוא מעביר, מי בעלי הזכויות, ויכול לפנות אליהם במרוכז, בשם הצופים. עמדתו של גורם הביניים בוודאי טובה מזו של משתמשי הקצה. הטלת האחריות על גורם הביניים יכולה להיעשות בדרך של תיקון חקיקה, בדומה למצבים אחרים שבהם החוק מטיל אחריות על גורם ביניים שנמצא בעמדה טובה יותר להסדיר את נושא זכויות היוצרים – והכוונה היא לאחריות של בעלי אולם שמשמש לבידור, לפי סעיף 49 לחוק, או בדרך רגולטורית, במסגרת הרישיונות שמעניק משרד התקשורת לספקי התשתית. אפיק נוסף לקבוע זאת הוא בדרך פסיקתית.

6. שחקנים חוזרים אחרים בדיני זכות יוצרים

הדיון התמקד בביצוע פומבי אנלוגי של משדרי טלוויזיה, אולם נוסח בצורה רחבה יותר, בזהירות המתבקשת, בקשר לשחקנים חוזרים אחרים בזכויות יוצרים. ראוי להצביע על כמה מהשחקנים החוזרים האלה. הכרעה האם פעילותם היא אכיפה לגיטימית או מגיעה לכדי אכיפת-יתר חורגת מתחום המאמר, ומחייבת בדיקה אמפירית פרטנית.

ראשית, התאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים דוגמת אקו"ם או הפדרציה לתקליטים וקלטות שנזכרו כמה פעמים בדיון. אקו"ם היא ארגון של יוצרים ויוצרות בתחום המוסיקה בעיקר, ואינה חברה שמטרתה רווח. אקו"ם מתווכת בין המשתמשים הרבים והמפוזרים (בתי קפה, מסעדות וכדומה – שחלק גדול מהם הם מהסוג שצ'רלטון תבעה) לבין בעלי הזכויות הרבים. פעילות האכיפה של אקו"ם החלה עוד בשנות השלושים של המאה הקודמת,²³⁵ והיא בהחלט שחקנית חוזרת. אולם היא מציעה מערך רישוי מסודר ורציף,²³⁶ פעילותה מפוקחת לפי דיני התחרות,²³⁷ והיקף פעילותה מצומצם מזה של צ'רלטון, הן בכמות והן באופי הפנייה למשתמשים.

שנית, הסביבה הדיגיטלית מאתגרת את דיני זכויות היוצרים גם היא. כאן יש הבדלים חשובים לעומת של צ'רלטון, אבל גם פה יש חשש לאכיפת-יתר. הקלות שבה ניתן להעתיק, להעביר או להנגיש יצירות השתנתה מאוד, באופן שגורר הפרות בהיקפים שלא ידעו כדוגמתם בסביבה האנלוגית. מצד שני, הסביבה הדיגיטלית מאפשרת אכיפה טכנולוגית אפקטיבית למדי, במיוחד בשילוב עם כללים משפטיים מסוימים. בשל מבנה הרשת, המשתמשים ברשת משאירים אחריהם שובל עקבות דיגיטליים, באופן שמאפשר איתור מהיר יותר של הפרות.²³⁸ גם קיומם של גורמי ביניים, כמו פלטפורמות תוכן, בשילוב עם כללים משפטיים שמתמרצים אותם

²³⁵ MICHAEL D. BIRNHACK, COLONIAL COPYRIGHT: INTELLECTUAL PROPERTY IN MANDATE PALESTINE, 184 (2012).

²³⁶ ראו את מערך הרישיונות באתר אקו"ם: <https://acum.org.il/%D7%A8%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%95%D7%AA/%D7%94%D7%A9%D7%9E%D7%A2%D7%94-%D7%A4%D7%95%D7%9E%D7%91%D7%99%D7%AA>.

²³⁷ ראו לעיל ה"ש 108.

²³⁸ כאן, מתעוררת שאלה של חשיפת גולשים אנונימיים, אלא שתיקון 5 לחוק הסדיר הליך מתאים לכך. ראו לעיל, ה"ש 41.

לנטר את הרשת או להגיב במהירות לתלונות של בעלי הזכויות – הסרת תכנים שנחשדים כמפרים לאחר קבלת הודעה ("הודעה והסרה") משנים את יכולות האכיפה.²³⁹ לא אחת אנחנו נתקלים, כגולשים ברשת, בהודעה שתוכן מסוים אינו נגיש לנו בשל הפרת דיני זכויות יוצרים. הודעה זו משקפת את תהליכי ההודעה והסרה שהתנהלו מאחורי הקלעים.²⁴⁰ היקף ההודעות הגלובלי – עצום. בעלי הזכויות – הם בדרך כלל ריכוזיים, מתוחכמים, מנוסים, והם שחקנים חוזרים, ואילו המשתמשים הם בודדים, מפוזרים, שאין להם יכולת כלכלית או משפטית להתמודד עם בעלי הזכויות. כאן בהחלט יש חשש לאכיפת-יתר, במובן שבעלי זכויות דורשים להסיר תכנים שאינם בבעלותם, או שהשימוש בהם הוא שימוש הוגן.²⁴¹

שלישית, ובחזרה לישראל, תביעות של צלמים. בשנים האחרונות נראה שיש גל משמעותי של תביעות של צלמים בגין שימושים לא מורשים בצילומיהם. התבנית העובדתית דומה: משתמש (פרטי או מוסדי) מאתר ברשת צילום שנשא חן בעיניו, מעתיקו, ומשלבו באתר אינטרנט, חשבון פייסבוק, או בפרסומים דיגיטליים ואנלוגיים אחרים. סוכנויות צילום או הצלמים בעצמם, תובעים ומנהלים מאות תביעות בגין הפרה.²⁴² מקרים אלה אינם זהים למקרה של צ'רלטון, אולם יש קווי דמיון אחדים: במקרים רבים יש פערי כוח שנוצרים כתוצאה מניסיון, התמקצעות וריכוז ידע בצד התובע, מול פיזור, חוסר ניסיון ועלויות בצד הנתבעים, שמועצמות בשל אי הוודאות שיש בדין בכלל ובפיצוי הסטטוטורי בפרט. גם כאן יש לחץ לפשרה, על הקשיים שנגרמים בשל כך. ראינו גם את תגובת המחוקק, שסייג את האפשרות לפיצוי סטטוטורי במקרים מסוימים, בין היתר בתגובה ישירה לתביעות של צלמים שפעלו כשחקנים חוזרים.

האם תביעות הצלמים הן בגדר אכיפת-יתר? כדי לקבוע האם כך, יש לבחון את דפוסי הפעולה של התובעים החוזרים: עד כמה הם מנהלים אסטרטגיה כוחנית של תביעות, מי הנתבעים ומה מאפייניהם, האם יש לחץ לפשרה ומה אמצעי הלחץ שמופעלים, האם ומה הפער בין התביעה לפשרה, ויש לבחון את סוג הטענות המשפטיות החוזרות: האם יש ספק לגבי בעלות ביצירות שבגינן מוגשות התביעות? האם יש ספק לגבי זכות התביעה? לגבי היצירה המוגנת? לגבי טענות הגנה כמו שימוש הוגן? מענה לכל זה מחייב מחקר עצמאי נפרד. כאן, הצעתי מסגרת תיאורית לזהות אכיפת-יתר ומסגרת תיאורית להעריך האם פעולות אכיפה חוזרות הן לגיטימיות או פסולות. מובן שבכל הקשר יש לבחון את מאפייניו הייחודיים, כמו קלות האכיפה והתביעה, חלופות ("הודעה והסרה") למשל, מעורבות גורמי ביניים (כמו פלטפורמות ברשת), וכדומה.

ו. סיכום

אכיפת-יתר היא ניסיון של בעלי דין להשיג לעצמם יותר ממה שהדין מעניק להם, תוך שימוש בכוחם כשחקנים חוזרים. אכיפת-יתר גורמת לאי-צדק בין הצדדים לסכסוך, להרתעת-יתר כלפי צדדים אחרים שמתבוננים על ההליך, ולאי-בירור סוגיות עובדתיות ומשפטיות שראוי היה לברר, ובאופן כללי, אכיפת-יתר עלולה לשנות את האיזונים העדינים שנקבעו בדיני זכות יוצרים, באופן שמשרת אינטרסים של צד אחד, ועלול לסכל את התכלית

²³⁹ ראו בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 114, בקשר לשימוש בנוהל "הודעה והסרה", באשר לתכנים ברשת.

²⁴⁰ ראו לעיל, ה"ש 147 וטקסט נלווה.

²⁴¹ דוגמה מוכרת היא פרשת לנו, שבה נדרשה אם להסיר מהרשת סרטון ביתי של שניות אחדות, שבה נראה בנה הפעוט רוקד כשברקע מתנגן, באיכות לא טובה, שיר של הזמר פרינס. באופן יוצא דופן, היא ניהלה מאבק נגד דרישת ההסרה. Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015).

²⁴² בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 445, מצאו ש-57% מהתביעות שהוגשו לבתי המשפט בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת, בתקופה שאותה בדקו, הוגשו על ידי צלמים.

של הדין. קו הגבול בין אכיפה ראויה לבין אכיפת-יתר חמקמק, אבל חשוב לנסות לזהותו ולהגדירו. ניסיון לתבוע כאשר זכות התובע לתבוע אינה ברורה, או בקשר למרכיבים שספק אם בגדר "יצירה" מוגנת לפי הדין, הם מצבים של אכיפת-יתר. תביעה בסכום גבוה ופשרות מהירות הם סימן אזהרה שמחייב בדיקה זהירה, שמא יש ניסיון לאכיפת-יתר. כאשר יש מצב של אכיפת-יתר, ראוי להחזירו למימדיו הראויים, של אכיפה לגיטימית. לבתי המשפט יש כמה כלים לכך, כמו הכלל בדבר שימוש לרעה בזכות, שיקול הדעת בפסיקת הפיצוי הסטטוטורי שמתבונן גם על התנהלות התובע ולא רק על התנהגות הנבטע, ושימוש מושכל בפסיקת הוצאות, במקרים המתאימים. פתרונות אפשריים מחוץ לבית המשפט, שעשויים להקהות את עוקצה של אכיפת-היתר מתמקדים בשיפור זרימת המידע לנתבעים, ובניסיונות לאזן את כוחם של הצדדים בהליך בדרך של שינוי החקיקה.

מאמר זה בחן מקרוב את המקרה של התביעות של חברת צ'רלטון נגד בעלי עסקים שהקרינו משדרי ספורט ללא היתר. הממצאים האמפיריים לגבי התביעות הומשגו במסגרת תיאורטית משולבת של מודלים שהוצעו בשיח של משפט וחברה, עם ניתוח ההשפעות של סדרי הדין בכלל, ובתוך הענף המשפטי של דיני זכויות יוצרים. ראינו שחקנית חוזרת, מנוסה ובעלת ידע והתמקצעות בתחום, שתובעת שחקנים חד-פעמיים, בדרך כלל חסרי ניסיון בתחום זכות יוצרים, תוך שימוש במכתבי התראה שנוקבים בתקרת הפיצוי הסטטוטורי, בתביעות שמוגשות בפזור גיאוגרפי רחב, ועם נכונות לפשרות בסכומים קטנים בהרבה, באופן שדוחק את הנתבעים להתפשר. הלחץ להתפשר עלול לבוא על חשבון בירור טענות עובדתיות ומשפטיות שונות. הגם שצ'רלטון היא תובעת סדרתית, תביעותיה כשלעצמן אינן קנטרניות או טורדניות, והיא גם איננה "טרול של זכות יוצרים". היא מתמודדת עם אתגרי אכיפה של ממש. עם זאת, בחלק מהמרכיבים האלה יש חשש לאכיפת-יתר.

הדיון מצביע גם על כיוונים למחקרי המשך, במקרה הנוכחי ובכלל, למשל ניתוח הפרקטיקה והמשפט בקשר להתראות טרום-משפט, הדינמיקה של פשרות, ובכלל זה המוטיבציה של נתבעים להמשיך בהתדיינות בכל זאת. ראוי גם לבחון פרקטיקות של תובעים חוזרים נוספים בתחום דיני זכות היוצרים, כמו תביעות הצלמים בישראל. בינתיים, המשחק נמשך.