

ת.א. 915/05
בקשה 12647/05
קבוע בפני כב' הש' ג. גינת
ליום 16.11.05, שעה 13:30

2. אמיר טסלר

המשיב 2 ע"י ב"כ יורם ליכטנשטיין, עורכי דין
מרחוב ז'בוטינסקי 3א' (מגדל יהלום, ק' 29)
רמת גן 52520 <http://www.y-law.co.il>
טלפון: 03-6133333, פקסימיליה: 03-6133334 המבקש

- נ ג ד -

1. אן. אס. סי. מוסיקה בע"מ, ו-26 אחרים

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר ש. פרזנטי ו/או ג. א. ארמרניק
ו/או ע. קרמון ו/או א. דובקין ו/או ע. פרזנטי ו/או
י. לוי, אצל משרד בלטר, גוט, אלוני ושות'
מרחוב קויפמן 2 (בית הטקסטיל), תל אביב 61501
טלפון: 03-5111111, פקסימיליה: 03-5167891 המשיבות
והמבקשות בבקשה העיקרית

28. אבי הירש

המשיב 1 ע"י ב"כ עו"ד בועז גוטמן
מרחוב התבור 3, גני תקווה 55900
טלפקס: 03-6357444

29. אלי שגב

מרחוב הקוקיה 44, ראשון לציון

30. תמיר פרמינגר

מרחוב טופח 10, להבים

31. אינטרנט גולד – קווי זהב בע"מ

מרחוב אלכסנדר ינאי 1, פתח תקווה
טל': 03-9399999, פקס: 03-9399888

32. 012 קווי זהב בע"מ

מרחוב הסיבים 25, פתח תקווה
טל': 03-9272222, פקס: 03-9272183

33. שי לב ארי

המשיב 7 ע"י ב"כ עו"ד ד. חזקיה ו/או ע. חכמון
ממרכז עזריאלי (המגדל המשולש), תל אביב 67023
טל': 03-6081122, פקס: 03-6081123 המשיבים

תגובת המשיב 2 לבקשה לצו מניעה זמני ובקשה לבטלו לאלתר

המבקש, מר אמיר טסלר (הוא המשיב 2 בבקשה בכתב למתן סעדים זמניים במעמד צד אחד שהגישו המשיבות 1-27) (להלן בהתאמה: "המשיב", "בקשת צו המניעה" ו"המבקשות") מתכבד להגיש בזאת את תגובתו לבקשת צו המניעה הזמני במעמד צד אחד, ולבקש מבית המשפט הנכבד להורות לאלתר על ביטול צו המניעה הזמני שניתן כנגדו במעמד צד אחד (כולו, ולחילופין – חלקו, לפי החלטת בית המשפט הנכבד) וכן לחייב את המבקשות בהוצאות הליך זה ושכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

1. פתח דבר ועיקרי טענות המשיב

1. עניין לנו כאן בבקשת צו מניעה מופרכת, הלוקה בליקויים רבים, נוקטת בלשון מרחיבה ההופכת אותה לפסולה, מסתמכת על עובדות שאינן עולות בקנה אחד עם נספחיה ונשענת על ... פסק דין אמריקאי כפסיקה מנחה (או שמא נאמר ... מחייבת).
- יובהר כי אף לגופם של דברים, מהותית, אין כל מקום לבקשה באשר הדין קובע כי המעשה הנדון אינו מהווה הפרת זכות יוצרים.
2. נשוא פרשה זו הינו נושא סבוך, שאך חלקו הקטן נפרס בפני בית המשפט הנכבד במהלך דיון זה, ומן הראוי להמנע ממתן צווי מניעה בנושא כזה, כאשר עצם הדיון בו מחייב השקעת זמן, מאמצים, ראיות ומומחים רבים (ודי להתבונן בבקשת צו המניעה על מנת להבין עד כמה סבוך ופתלתל הנושא).
3. להלן פירוט עיקר הפגמים שבבקשת צו המניעה. נפתח בפגמים המחייבים דחיית הבקשה מחמת תקלות בהגשתה ובניסוחה ונקנח בפגמים מהותיים המתייחסים להוכחת העובדות שבלב הבקשה:

3.1 פגמים בניסוח מרחיב מדי של הצווים, עד כדי איונם של הצווים:

- 3.1.1 הדרישה לאיסור שימוש ב"הקלטות מקוריות" (הכוללות הקלטות שלמבקשות אין זכויות בהן) פסולה ופוסלת את הצו.
- 3.1.2 הדרישה להחיל את הצו באופן שהאתר כולו ייסגר, כאשר הבקשה עצמה ייחדה את העילות שבה ליצירות בתחומי המוסיקה והקולנוע וכן ליצירות ישראליות בלבד – פוגענית ופסולה במכוון.
- 3.1.3 קל וחומר כאשר באתר אלמנטים רבים נוספים – הן של שיתוף קבצים ביצירות שאינן מוסיקה וסרטים והן בתחומים שכלל אינם קשורים לשיתוף קבצים, כגון פורומים ועוד, הכל כמפורט מטה.
- 3.1.4 הגדרת המשיב, ככוללת גם את "הקהילה" רחבה מעבר לכל הגיון סביר, שכן למשיב אין כל שליטה על חברי הקהילה.
- 3.1.5 הדרישה לאיסור הפצת קבצים בצו, כאשר הדין הישראלי אינו מקנה למבקשות זכות להפצה – פסול.

3.2 פגמים טכניים:

- 3.2.1 המבקשות השתהו בהגשת בקשתן משך כמעט שנתיים (החל ממרץ 2004) ולכל הפחות כ-8 חודשים (החל ממועד משלוח מכתבי ההתראה למשיבים – 6.2.2005). שיהוי זה, על אף היות התביעה קניינית ולא פוססורית, מלמד על חוסר הדחיפות שהמבקשות עצמן מייחסות לבקשתן ועל כן דינה דחייה.
- 3.2.2 ההתחייבויות העצמיות שניתנו בתמיכה לצו מתייחסות אך לשלוש מתוך 27 המבקשות (2-1 ו-27), ולפיכך דין הצו ככל שהוא מתייחס ליתר המבקשות – בטלות (VOID). כמו כן ערבות הכונסת הנכבדה אינה מנוסחת כנדרש ואינה בת תוקף.
- 3.2.3 מן הראוי להגדיל את סכום הערבון ולחייב את מנהלי המבקשות בחבות אישית לערבון זה.
- 3.2.4 הערבות שניתנה לתמיכה בצו הכינוס אינה מספקת ודינו בטלות.

3.3 פגמים מהותיים:

- 3.3.1 לא הוכחו זכויות המבקשות ביצירות הנטענות, הכל כמפורט בבקשה זו.
- 3.3.2 חזקת סעיף 9 לחוק זכויות יוצרים¹ אינה חלה בענייננו (לכל הפחות ביחס למרבית היצירות), ולא הוצג כל כתב העברה מתאים במקומה.
- 3.3.3 לא הוכח כי היצירות המפרות הורדו מהאתר (lala), למעט מספר מועט של יצירות בגינן ניתן תצהיר (שאף עליו חלוק המשיב).
- 3.3.4 כל צו המניעה כולו מבוסס על ראיות מדגמיות, שלא די בהן.

¹ למורך הנוחות, במסמך זה חוק זכויות יוצרים, 1911 יקרא "החוק" או "חוק זכויות יוצרים", ופקודת זכויות יוצרים, 1924, תקרא "הפקודה" או "פקודת זכויות יוצרים".

4. מעבר לכך, המשיב יטען בפרשה זו טענות הגנה רבות, שעיקרן:
- 4.1. בראש וראשונה יש לשים אל לב שדיני זכויות היוצרים הישראלים טרם לקחו בחשבון את השפעת טכנולוגיית האינטרנט על הדין ועל פרשנותו, ולאורך תגובה ובקשה זו **יתבקש בית המשפט הנכבד הן להחיל את הדינים כמות שהם והן להתאימם לטכנולוגיה החדשה.**
- 4.2. **העתקת היצירות על ידי הגולשים הינה העתקה מותרת** על פי סעיף 3ג לפקודת זכויות יוצרים, ולפיכך אף פעילות האתר – חוקית. הטעם הפשוט לכך הוא שהחוק התיר זאת וקבע מנגנון לשיפוי המבקשות ביחס לפגיעה בזכויותיהן.
- 4.3. **האתר מתפקד כ(אינדקס) ספרייה ציבורית**, באופן פעולה המותר על פי דין.
- 4.4. **האתר נהנה מהפטור הקבוע בחוק המתייחס להעתקתן והצגתן של יצירות אמנות המצויות דרך קבע במקום ציבורי** (סעיף 2(1)(iii) לחוק).
- 4.5. האתר נכנס בגדר הפטור הראוי להיות מוענק **לספק שירות** (בדומה לדין האמריקאי).
- 4.6. **אין להחיל בארץ את דוקטרינת ההפרה התורמת** בתחום זכויות היוצרים (עליה התבסס פסק דין גרוקסטר באופן בלעדי כמעט), ולא בכדי היא לא הוחלה עד עתה.
- 4.7. **המבקשות מטעות את בית המשפט הנכבד ביחס לאופן פעולת האתר**, בין היתר בתחומים הבאים:
- 4.7.1. **באתר אין כלל קבצי סרטים ומוסיקה.** כל כולם של הקבצים שמורים במחשביהם האישיים של הגולשים ומצויים ברשת ה-eMule בלבד.
- 4.7.2. מי אשר מנהלים את האתר ביחס לחומרים המתייחסים לשיתוף קבצים, הם הגולשים עצמם (אשר מחליטים האם לעלות לאתר תוכן, היכן להציבו והאם וכיצד ליתן קישור אליו). הגולשים מבצעים זאת בהתנדבות ובלא שמישהו יוכל להורות להם כך או אחרת.
- 4.7.3. **האתר מנוהל על ידי הגולשים עצמם**, הן על ידי "מועצת מנהלים" פנימית והן באמצעות תליית כל כתבה, סקירה או קישור באופן עצמאי.
- 4.7.4. **הקבצים מצויים ברשת ה-eMule והורדתם משם עצמאית ואינה קשורה בהכרח.** האתר אך תורם "בית חם" והרגשת שייכות וקהילה לגולשים. ההורדה באמצעות תוכנת ה-eMule פשוטה אף יותר מההורדה מהאתר.
- 4.7.5. **האתר הוקם כבסיס קהילתי בלא כל מטרות רווח** וכך פעל עד עצם היום הזה.
- 4.7.6. **היקף התרומות והפרסומות זניח**, וכל מטרתן היתה החזר הוצאות.
- 4.7.7. הפרסומות ה"יקרות" המפורשות בבקשה עצמה, אינן שייכות למשיב (לצערנו) אלא לשותפיו (הסכם מצורף).
5. כלומר, לאור האמור לעיל דין הצו להדחות, ולחילופין דינו להיות מצומצם באפן דרסטי.
6. יובהר כבר כעת, כי בתגובה זו סבור המשיב כי אין כל מקום כלל ועיקר לצו המניעה. עם זאת, ולשם הזהירות בלבד, מועלות בכתב זה אף טענות משפטיות (חלופיות, ואין האחת סותרת את השניה, כמו גם אין ללמוד מהעלאתן של הטענות החלופיות על זניחתן או חולשתן של הטענות העיקריות.
- כן יובהר כי חלק מהטיעונים בכתב זה מתייחסים, לשם הזהירות בלבד, אל מצב בו הצו – כולו או מקצתו – נותר, ויש לקרוא אותם כחילופיים ומתייחסים למצב זה לשם הזהירות בלבד. עצם העלאת טיעון לצמצום הצו אין משמעו ויתור על מי מהטענות שמטרתן ביטול הצו מעיקרו.
- כל ההדגשות בציטוטים בכתב זה הם של הח"מ, למעט וככל שכתוב אחרת.

2. הקדמה - זכויות היוצרים והאינטרנט

7. עניין לנו בפרשה זו בסוגיה חדשנית שטרם נדונה בישראל, ואף בחו"ל טרם נאמרה בה המילה האחרונה. פסק הדין בעניין גרוקסטר עליו מסתמכות המבקשות אינו חד משמעי (אלא תלוי בנסיבות כל עניין), והוא ספג ביקורת כבדה מכל הכיוונים.
8. בית המשפט בהכריעו בפרשה זו יאלץ לפרש את חוקי זכויות היוצרים והשפעתם בתחום האינטרנט – נושא שטרם נדון בישראל באופן כה ישיר.
9. לשם כך, ומכיוון שעל בית המשפט לפרש את דיני זכויות היוצרים בהתאם לתנאים הטכנולוגיים והחברתיים הנהוגים בכל עת רלוונטית, נפתח בהסבר קצר ביחס לזכויות היוצרים שבידי המפיצים (המבקשות דנא) והשפעת האינטרנט אודותיהם.
10. נקדים ונבהיר כעת, בדבר חלק מהמבקשות (בעיקר השותפויות המוגבלות הטוענות לזכויות בסרטים שונים) – שעל אף שמדובר ככל הנראה בשותפויות מוגבלות שנוצרו בין יוצרי הסרטים (אם כי על כך אין בידינו כל מידע, ואין אנו יודעים מי הם השותפים המרכיבים אותן), עדיין לא די בכך להפכן ל"יוצרות ראשוניות" ממש, שכן ברי כי תאגיד (ולו גם שותפות) אינו יכול להיות "יוצר" אלא רק "בעל זכות יוצרים".
11. עוד נזכיר, כי ב"זכות יוצרים" ניתן לזכות בכמה אופנים:
 - 11.1. בעצם יצירת היצירה המקורית. זכות זו תוחזק בידי אדם בשר ודם בלבד.
 - 11.2. ביצירת היצירה המקורית, מקום בו החוק קובע מצב בו הזכות עוברת אוטומטית לאחר (דוגמת המעסיק בסעיף 5 לחוק זכות יוצרים).
 - 11.3. בקבלת כתב העברת זכויות מהיוצר המקורי או ממי שזה העביר אליו את זכותו.
 - 11.4. ביצירת ה"תקליט" או כל "מכשיר מיכני" אחר המכיל את היצירה. אז, יודגש, זכות היוצרים מוגבלת למכשיר המיכני עצמו "כאילו היו המכשירים האלו יצירות מוזיקליות" (סעיף 19 לחוק). כלומר, מקום בו לא הוכחה הפרת זכות היוצרים במכשיר המיכני עצמו – אין בעל הזכות רשאי לקבל שיפוי.
 - 11.5. החזקה הקבועה בסעיף 9 לחוק אינה מקנה זכויות יוצרים אלא רק יוצרת חזקה ניתנת לסתירה, ואף היא תעמוד למבקשות רק אם תוכחנה את הנדרש על פי החוק.
12. "כבר מסעיפו הראשון של חוק זכות יוצרים ניתן ללמוד כי מטרתם של דיני זכויות היוצרים היא עידוד היצירה על מנת להבטיח יצירתן והפצתן של יצירות חיוניות לציבור".²
13. כלומר, ידוע כי דיני זכויות יוצרים מבקשים לאזן בין שני שיקולים כבדי משקל:
 - 13.1. זכות היוצר לתמלוגים מיצירותיו, על מנת לאפשר לו להוסיף וליצור.
 - 13.2. עידוד הפצתן של יצירות בציבור, על מנת ליצור סביבה פורה ומפרה.
14. מחד מעוניין המחוקק כי כל אזרח יהא חשוף למגוון התרבותי העשיר שהריקמה החברתית יוצרת, ומאידך מעוניין הוא לתגמל (את היוצר) על מנת שיוסיף ליצור ולהעשיר את החברה.
15. כיוון שכך העניק המחוקק ליוצר מעין מונופול זמני על שימושים מסויימים ביצירותיו, שעיקרם שימושים מסחריים. הדין סירב להגן על שימושים לא מסחריים ביצירות, על שימושים שאין בהם לפגוע ביוצר ועל שימושים שראה כחשובים למירקם החברתי המתפתח, כמו גם הוגבל מונופולין זה בתקופת זמן מוגדרת (אם כי ארוכה). בכל אותם מצבים העדיף המחוקק את היכולת להציג את היצירה בציבור ולעשות בה כל שימוש בלא הגבלה שהיא.
16. מכיוון שבעולם אותו אנו מכירים (מחוץ לרשת האינטרנט), היצירות לא היו יכולות להגיע לידי הצרכנים אלא באמצעות גורמים מפיצים ומתווכים חזקים, מאפשר המחוקק הגנה זו של זכויות יוצרים אף להם (בין אם על דרך של הסכמי העברת זכויות ובין אם מכוח סעיף 9 לפקודה).
17. תביעה זו אינה תביעתם של יוצרים ראשוניים המבקשים סיוע, אלא היא תביעתם של "בעלי זכויות יוצרים" – המפיצים. לאבחנה זו חשיבות מושגית רבה כפי שמיד נסביר.

² ד"ר י. קרניאל, א. נסימיאן, זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיזון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע, עלי משפט ג, תשס"ג, 191, (להלן: "קרניאל ונסימיאן") 203 וההפניות שם. העתק המאמר מצורף כאסמכתא א' לבקשה זו.

18. צמיחתה של רשת האינטרנט יחד עם התפתחויות טכנולוגיות נוספות גרמו לרעידת אדמה בכל תחום השיווק של יצירות דוגמת שירים, סרטים, משחקים ותוכנות.
19. ההגנה הרבה שהעניק הדין ליוצרים (ולמפיצים) בעבר, נבעה מהעובדה שעלויות ההפצה לציבור של היצירות היו עצומות (רכישת חומרי גלם, שכפול ספרים, תקליטורים או קלטות והפצתם לרשתות השיווק השונות – כולן פעולות יקרות ומורכבות). במצב כזה, אמן (וכך גם חברת הפצת תקליטים או סרטים) שיצר יצירה וניסה להפיצה נטל על עצמו סיכון גדול, שכן במקרה של כשלון הפסדיו היו עצומים.
20. רשת האינטרנט שינתה כל זאת בלא היכר:
- 20.1. פותחה יכולת להעתיק יצירות בלא פגיעה ממשית באיכות ההעתקה, הכל באמצעים ביתיים;
- 20.2. פותחה יכולת להעביר קבצים (ויצירות) ממחשב למחשב באופן קל ונוח, אף היא באמצעים ביתיים;
- 20.3. פותחה יכולת הכיווץ של קבצים, המאפשרת העברה מהירה יחסית של כמויות מידע ויצירות גדולות, ותוך שימוש בתוכנות חינמיות³, פשוטות וחופשיות לכל;
- 20.4. נוצרה לכל אמן יכולת להקים אתר משל עצמו, בו יציג עצמו ודרכו ימכור את יצירותיו, כאשר כל המעוניין בו יכנס לאתר וירכוש את היצירות כרצונו, בלא צורך במתווך. יתר על כן, טכנולוגית שיתוף הקבצים הפכה אפשרות זו לזולה וזמינה ביותר, במיוחד לאמנים שרצו לקדם עצמם בציבור בצורה מהירה, על מנת שיוכלו להעניק ערך עודף ליצירותיהם הבאות. טכנולוגיה זו יצרה קשר בלתי ישיר בין האמנים והלקוחות וניטרלה את הצורך במפיצים (ומכאן שתביעה זו הוגשה בעיקר כאמצעי הרתעה כנגד קהל מפיצי הקבצים ולא כתביעה בגין סעד זמני ודחוף).
21. כל אותם ארועים טכנולוגיים הינם חדשים. הדין ככל שעלה בידו אף התאים את עצמו למצב, אך כי לאור ההתקדמות הטכנולוגית נדרש בית המשפט הנכבד לצעוד צעד נוסף קדימה.
22. החלת דיני זכויות היוצרים ה"מקובלים" בתחום האינטרנט כמות שהם ובלא כל התאמה, עלולה לגרום להפרת האיזון העדין שנקבע בדין עד עתה, בשל אותן נסיבות מפורטות מעלה.
- כאמור, בעולם המקוון – שיטות ההפצה הן שונות, הנגישות לקהל הלקוחות שונה ואף עלויות השכפול וההפצה עצמן הינן אפסיות (החיבור האינטרנטי קיים בכל מקרה, ותוכנות העתקת הקבצים, דחיסתם ושיתופם הינן חינמיות ברובן הגדול).
23. מצב דברים זה מביא לאבחנה שעלינו לבצע בין זכויות היוצר לבין זכויות המפיץ – חברות התקליטים, הן המבקשות בהליך זה.
- "המרחב הממוחשב מביא למצב שחלק מההגנות הניתנות בו לבעלי זכויות היוצרים אינן נחוצות עוד. ... החלטה אסטרטגית זו של קשירת התמריצים יחד [התמריץ ליצור (של היוצר) והתמריץ להפיץ (של חברת התקליטים) – י.ל.]. הביאה גם להגנה על המפיץ, אולם המפיץ חשוף לסיכונים אחרים מאלו שהיוצר חשוף להם, וכל אחד מהם צריך תמריץ אחר על מנת לפעול.
- עד עתה השילוב של שני התמריצים וקשירתם זה בזה היו חיוניים ואף סיעו להתפתחות השוק, כיוון שמחיר ההפצה והייצור של יצירות המוטבעות בסוגים שונים של חפצים הוא מחיר כבד למדי, והסביבה העסקית בה פועלים המפיצים ... מסוכנת למדי.
- אולם, כפי שנדגים בהמשך, נוכח ההתפתחויות התרבותיות והטכנולוגיות ... המאפשרים שיטות חדשות של יצירה ושל הפצה, לא יהיה זה נכון להמשיך ולקשור את התמריצים של היוצרים והמפיצים יחדיו"⁴
24. המחברים מוסיפים ומוכיחים כי בעוד התמריץ של האמן הוא כלכלי ויצירתי יחדיו, הרי תמריץ חברות ההפצה הינו כלכלי גרידא (ובכך אין פסול, יובהר מיד). על מנת לתמרץ את המפיץ להכנס לשוק כאשר החסמים הכלכליים גבוהים, הועתקו אף אליו זכויות היוצרים של היוצר המקורי.

³ "חונמה" (Freeware) הינו כינוי לתוכנה המועלית על ידי יוצרה לרשת, ואשר יוצרה מאפשר לכל דכפין לעשות בה כל שימוש מבלי לשלם בגין כך דבר.

⁴ קרניאל ונסימיאן, עמ' 221.

25. מכיוון שהתמריץ הרלוונטי היחיד למפיץ הינו כלכלי (אותו סיכון הנובע מחסמי הכניסה ומעלויות ההפצה), הרי לכשיוסר החסם הכלכלי אין עוד כל הגיון בתמרוץ המפיץ ובהגנה עליו מפני סיכונים שאינם קיימים.
26. והנה כיום יכולת ההפצה במרחב המקוון השתנתה מן הקצה על הקצה. טכנולוגיות נפוצות של דחיסת קבצים (בעיקר טכנולוגיית ה-MP3) ושל שיתוף בקבצים (דוגמת טכנולוגיית ה-eMule) הביאה לכך שניתן יהא להעביר קבצים ממקום למקום במהירות, בנוחות ולמעשה בלא אובדן מהותי של איכות.
27. כך, מקטין המרחב המקוון את חסמי הכניסה לשוק באופן דרסטי והדבר מוציא למעשה את העוקץ מההגנה שהזכויות מקנות למפיץ, שכן אין בה עוד צורך.
28. מצב דברים זה הביא לביקורת כלל עולמית על חברות הפצת התקליטים והסרטים, כתאגידים החונקים שלא כדין את היצירות והזמירות של היצירות עצמן.⁵
29. **אין באמור לעיל כדי לשנות כשלעצמו את דיני זכות היוצרים. אולם, לאורך השנים פורש החוק בהתאם להתפתחויות הטכנולוגיות ולנסיבות. אף במקרה זה שומה על בית המשפט הנכבד לפרש את החוק על בסיס ההתפתחויות הטכנולוגיות, ביניהן זו המתוארת מעלה.**
30. יובהר כי היוצרים עצמם, בארץ ובעולם, הפנימו עמדה זו וניסו למצוא שיטות שונות להתגבר על הכבלים שדיני זכויות היוצרים הקיימים מטילים עליהם.⁶
- כך, למשל, בכתבה באתר נענע הרי ש"דן תורן, נמרוד לב, אסטרל פרוגיקשן וקורין אלאל אומרים למשתפי הקבצים: אנחנו איתכם איתכם ונגד התביעות". עוד נאמר בכתבה:
- "אמנים בעד שיתוף קבצים? הייתכן? הרי רשתות האימול והביטורנט גוזלות אוכל הישר מפיותיהם, כך לפחות טוענות חברות התקליטים. "אתה מכיר אמן ישראלי שהתעשר ממכירת דיסקים?" שואל אותי לב. "אני לא. חברות התקליטים והפדרציות למיניהן מייצגות את עצמן ולא אותנו, האמנים, ולכן אנחנו כמעט ולא רואים מהן כסף. אם הן מתכוונות להלחם במשתפי הקבצים, שלא יעשו זאת על הגב של האמנים, ובטח לא בשמם".
- קעת נמרוד לב אינו קול בודד במערכה...
- "שיתוף הקבצים הוא הדבר הטוב ביותר שקרה לקריירה שלי כאמן" מספר לחיים ברשת אבי ניסים, מהרכב הטראנס הישראלי המצליח אסטרל פרוגיקשן ... גם די. גיי. יהל מביע תמיכה בשיתוף הקבצים. ...
- התמיכה בשיתוף הקבצים לא מוגבלת לאמני המוזיקה האלקטרונית..."
- עוד נזכרים בכתבה כתומכים בשיתוף הקבצים אף האמנים דן תורן, קורין אלאל, טל גורדון, שי להב (מהרכב "פה גדולי") ועוד.
- העתק הכתבה מאתר נענע מיום 17.2.2005 מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספת 0** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

⁵ התומך הבולט בעמדה זו הינו Lawrence Lessig מאושויות מקימי ומלומדי האינטרנט, בספרו **Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity**, Penguin Books, 2004. מר לסיג מתאר בסיפרו באופן ציורי כיצד הותרת זכויות היוצרים כמות שהן בידי תאגידי המדיה גורמת לפגיעה קשה בזכויות האזרח ובתרבות כולה ומסתמך על המצב ביפן בתחום האנימה וכן על ההיסטוריה של וולט דיסני בפיתוח התרבות האנושית בהסתמך על יצירות שלכאורה ההסתמכות עליהן אסורה.

⁶ לדוגמא ראה <http://creativecommons.org> ו-<http://creativecommons.org.il>. – שניהם אתרים המאפשרים ליוצרים לשווק את יצירותיהם תחת רשיונות מוגדרים וגמישים יותר מאשר דיני זכויות היוצרים ה"רגילים" מאפשרים.

3. תקלות מהותיות וטכניות שנפלו בידי המבקשות אשר מאיינות את הצו

א.4. השיהוי שבפעילות המבקשות (שהוסתר מבית המשפט בבקשה) מחייב דחיית הבקשה

31. בבקשה למתן צו מניעה זמני שוקל בית המשפט שיקולים מן היושר⁷. בין יתר השיקולים ישקול בית המשפט "האם מבקש הסעד הזמני השהה את פנייתו יתר על המידה?"
32. השתהות מבקש צו המניעה תביא כשלעצמה לדחיית הבקשה לצו מניעה, שכן בהשתהותו כאילו הודה המבקש עצמו על כי אין כל דחיפות בצו המבוקש והוא אינו זקוק לו במהירות (כפי שראוי להנתן סעד זמני – במיוחד במעמד צד אחד!!).
33. במילים אחרות -
- "תובע המבקש למנוע אדם מלפעול כמנהל חברה בטענה שלא נבחר כחוק, ואינו מגיש בקשתו אלא כעבור שנה אחת, בית המשפט לא יתן לו צו ארעי שכן **שתיקתו מעידה על כך שהעניין כלל לא היה לו דחוף**"⁸
34. אמנם, במצבים של הגנה על זכות קניינית ייטה בית המשפט יותר להגן על בעל הזכות, אולם גם אז – לא בכל מחיר. בית המשפט העליון דן כבר במצב כזה של בקשת סעד זמני בעילה של הפרת זכויות יוצרים ממש⁹, וקבע –
- "דעתי היא שדין הערעור להתקבל בעיקרו, **בשל השיהוי הרב** בו לקחה פניית המשיבות [התובעת – י.ל.] לבית המשפט המחוזי ...
- נטיית הפסיקה היא אמנם כי שיקול הדעת הנתון לבית המשפט בתביעה למתן צו שמטרתו היא להגן על זכות קניינית, הינו פחות נרחב מזה הנתון לו ביחס למתן צו המתבקש בגידרה של תביעה פוססורית ... **אך במה דברים אמורים? במתן צו קבוע על יסוד טענת זכות קניינית מוכחת ושבעליה נמצא** – לאחר שמיעת ראיות וטענות – ראוי להגנתה.
- אך לא אלה הם פני הדברים בבקשה למתן צו מניעה (או צו עשה) זמני. צו כזה, ככל סעד ביניים דוגמתו, איננו ניתן כדבר שבזכות, אלא תלוי הוא בהתקיימותן של נסיבות מיוחדות שיצדיקו לתיתו למבקש עוד בטרם נתבררה תובענתו ובטרם הוכחה צדקתה ...
- נמצא, שעל המבקש צו ביניים מוטלת החובה לשכנע את בית המשפט בדוחק הנסיבות, שיש בו כדי להצדיק את ההתערבות המוקדמת. מבקש שהשהה את בקשתו איננו יוצא ידי חובה זו, שהלוא בעצם השיהוי יש משום ראיה לסתור את טענתו"**
35. קל וחומר בענייננו כאשר נראה מיד עד כמה מרובים הפגמים שנפלו בבקשת צו המניעה, הן מהותית והן טכנית, וכאשר משך השיהוי בענייננו היה רב ונמשך כשנה וחצי ולכל הפחות כ-9 חודשים!
36. כבר בשנת 2004 פעלה המבקשת 27 (א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ, להלן: "אליס") כנגד "אתרים פיראטיים" באינטרנט, ועקבה אחרי אתרים שכאלו.
- העתק כתבה מהעיתון המקוון YNET מיום 28.3.2004 מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספת 1** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
37. בכתבה מתואר מכתב התראה ששלחה המבקשת 27 ל"אתרי שיתוף הקבצים בישראל" בו דרשה הפסקת הפעילות לאלתר.
38. האתר (lala) עלה לאוויר בסוף שנת 2003 ובמועד הכתבה דלעיל כבר היה פעיל. כלומר, עוד בעת משלוח המכתב הראשון יכלה המבקשת 27 לאתר את האתר בלא כל בעיה אילו ניסתה לעשות כן.

⁷ ד"ר י. זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית 1995), (להלן: "זוסמן") עמ' 617-620.

⁸ זוסמן, עמ' 618 והאסמכתאות הרבות שם.

⁹ רע"א 5240/92 חלמיש חברה ממשלתית עירונית לשיקום הדיור בת"א-יפו בע"מ נ' ארז עיבוד נתונים בע"מ, פ"ד מז(1) 45.

39. אם לא די בכך, הרי **שביוס 8.2.2005** התראיין מר מוטי אמיתי, אחד המצהירים בתיק זה ונציג הפדרציה ואליס וסיפר, כי לאחרונה נשלחו על ידן כנציגות המבקשות) מכתבי התראה לכמה אתרי שיתוף קבצים בהם ... lala.co.il ואחרים.
- העתק כתבה מהעיתון המקוון YNET מיום 8.2.2005 מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **בנספח 2** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
40. לאור נספחי בקשת המבקשות – הרי מכתבים אלו נשלחו ב-6.2.2005. יוער כבר כעת כי המשיב לא קיבל כל מכתב שהוא (והרי הכתובת למשלוח תרומות, כמו גם מספר הטלפון של המשיב הופיעו באתר עצמו).
41. עוד הדגיש מר אמיתי, כי "**אם תוך 14 יום** לא יוסרו הקישורים לתכנים הפיראטיים מהאתרים הללו, יוגשו נגדם תביעות בבית המשפט המחוזי" (כך צוטט מר אמיתי עצמו בכתבה).
42. כלומר, **עוד בתחילת פברואר שנה זו ידעו המבקשות ישירות על ההפרות המתוארות בבקשה זו והודיעו כי יפעלו בעניין תוך זמן קצר (שבועיים)**.
43. והנה, חלף שבוע, חלפו שבועיים, חלף חודש חלפו חודשיים – ובקשה לצו מניעה לא הוגשה. אכן נושא דחוף ובווער...
44. במהלך אותה תקופה היו מעת לעת התבטאויות של נציגי המבקשות, אולם בפועל סבר המשיב כי המבקשות הבינו את טעותן וויתרו על תביעתן.
45. לבסוף הוגשה הבקשה רק באמצע ספטמבר 2005, כלומר כ-8-9 חודשים לאחר מכתבי ההתראה. מועד הגשת הבקשה המאוחר כמעט שנה מהמועד בו נשלחה ההתראה (ומאוחר כמעט שנתיים מהמועד בו ידעו או היה על המבקשות לדעת על פעילות המשיב), מלמד עד כמה מועטה החשיבות והדחיפות שמייחסות המבקשות לכך, וכל כולה של בקשה זו – יחסי ציבור היא, ולא דחיפות אמיתית.
46. על כן, די בטעם זה כדי להביא לדחיית בקשת צו המניעה.

3.ב. עקב אי הגשת הערבויות כנדרש על ידי כל המבקשות, למעשה אין כל צו המתייחס ליצירות השייכות למבקשות 3-26

47. יובהר כבר כעת, שהמשיב סבור שכרגע אין כל צו תקף המתייחס למבקשות 3-26, ואין כל מניעה להמשיך את פעילות האתר כפי שהיתה ביחס ליצירות הנטענות להיות בבעלותן.
48. עם זאת, ומתוך כבוד למבקשות ולבית המשפט הנכבד, נמנע המשיב מכל פעולה העשויה להתפס כמפרה צו של בית משפט נכבד זה, טרם אישורו של בית המשפט. המשיב פונה כעת לבית המשפט להצהיר, כי אכן בשל אי הפקדת התחייבויות עצמיות כנדרש – אין כל תוקף לצו שניתן, ככל שהוא מתייחס ליצירות השייכות למבקשות 3-26.
49. בית המשפט הנכבד הורה בהחלטתו מיום 11.9.2005, כי תוגש –
 "התחייבות עצמית של המבקשות" ושל מנהלן הפעיל של המבקשות 1, 2, 3 לפי ... תקנות 364 ו-365 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי"
50. כלומר, בית המשפט חייב את המבקשות בהגשת התחייבות עצמית מטעם כולן וכן התחייבות של מנהלי שלוש המבקשות הראשונות.
51. תקנה 365 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, קובעת כי –
 "לבקשה תצורף התחייבות של המבקש לפיצוי מי שאליו מופנה הצו, בגין כל נזק שיגרם לו על ידי הצו הזמני, אם תיפסק התובענה או יפקע הצו מסיבה אחרת"
52. כלומר, התקנה (ואף החלטת בית המשפט) מחייבת הגשת ערבות מטעם "המבקש".

53. כב' הנשיא א. גורן¹⁰ מדגיש –
- "הערובה חיונית במיוחד להקמת העילה שלפיה ניתן להפרע מהתובע בגין הנזק שנגרם לנתבע כתוצאה מהצו הזמני ...
כלל נקוט הוא שמחייבים את התובע, שלפי בקשתו ניתן צו המניעה הזמני, במתן ערובה או התחייבות אישית לפיצוי הנתבע על נזקיו עקב הצו ...
 מבחינה עניינית, ההתחייבות העצמית היא בבחינת קבלת סיכון לתשלום פיצויים במקרה של כישלון התביעה. **בעל הדין מקבל עליו את הסיכון הנזכר ועליו לשקול בעת הגשת הבקשה, אם מוכן הוא לקבל על עצמו סיכון זה...**"
54. מטרת ההתחייבות האישית כאמור הינה ליצור קשר ישיר בין **כל אחת מהמבקשות** בבקשת צו מניעה זמני אל המשיב בבקשה, על מנת לכפות על כל אחד מהמבקשות לשקול בכובד ראש את הגשת הבקשה, ולאפשר למשיב להפרע נזקו מכל אחד מהמבקשים, במידה ויהיה זכאי לכך.
55. הן התקנות והן בית המשפט הנכבד קבעו, כי הפקדת התחייבות עצמית על ידי מבקש הצו היא תנאי מוקדם, בלעדיו אין תוקף לצו.
56. **אלא, שמבקשות 26-3 לא הפקידו כל התחייבות עצמית (לפחות כזו לא נמסרה למשיב כנדרש).**
57. **מכיוון שכך, צו המניעה כלל לא נכנס לתוקף ביחס למבקשות 26-3 ולכל היצירות הנטענות להיות בבעלותו.**
58. **כאמור, צו שכזה בטל מעיקרו הוא (VOID) ואין צורך בהצהרת בית המשפט על כך, אך מפאת כבוד המבקשות וכבודו של בית המשפט, ולמען הסר ספק על מנת לא יהא ולו צל צילו של חשד כאילו מבזה המשיב צו בית משפט כלשהו – מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד להצהיר על כי הצו אינו בתוקף ככל שהוא מתייחס למבקשות 26-3.**
59. למען הזהירות נענה כבר כעת לטענות התשובה שבוודאי תגענה:
- 59.1. בוודאי יטען, כי המתחייבות התחייבו "בשם מבקשות 12-1" (כאמור בהתחייבות). אלא שלא די בכך. כל אחת ואחת מהמבקשות הינה חברה עצמאית בפני עצמה, וכאמור לעיל – **על כל אחת מהן לעמוד אחרי צווי המניעה אותם היא דורשת.**
- 59.2. כן ייטען בוודאי, כי הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן: "הפדרציה") הינה "הארגון המייצג" של המבקשים ועל כן די בהתחייבותה "בשם מבקשות 12-1" לקיים את לשון הצו. אף טענה זו מופרכת היא, שכן אין די בהיות מאן דהוא "נציגו" של אחר לצורך התחייבות עצמית. לא בכדי קובע הדין כי את ההתחייבות צריך לתת המבקש, שכן עליו לעמוד (באופן אישי) אחר תוצאות מעשיו. "הפדרציה" הינה חברה עצמאית שאכן פועלת מעת לעת עבור מי מהמבקשות. לא כך קרה בענייננו והיא אינה מוסמכת להחליף אף אחת מהמבקשות במתן ההתחייבות.
- ג.3. שומה על בית המשפט הנכבד להגדיל את סכום הערבונו ולחזור ולחייב את מנהלי החברות ליתן את הערבות באופן אישי**
60. ככל שהצו יוותר בתוקפו, כולו או מקצתו, הרי תקנה 364(א) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי שומה על מבקשות צו המניעה להגיש, נוסף על ההתחייבות העצמית, אף ערבות של מי מהמבקשות להנחת דעת בית המשפט.
61. כן מאפשרת תקנה 364(ב) חיוב בהגשת ערבונו, של עד 50,000 ש"ח.
62. בית המשפט הנכבד, פסח על הערבות המפורטת בתקנה 364(א) והגביל את הערבונו בסכום של 10,000 ש"ח בלבד.
63. עיון בבקשת צו המניעה מלמד כי לעמדת המבקשות עצמן הרווחים הצפויים למשיב מהאתר עולים כדי \$6,000 לחודש ויותר (נתון המוכחש על ידי המשיב, אולם נטען במפורש על ידי המבקשות עצמן). אין חולק כי צו המניעה, אם ינתן, יוותר לתקופה של מספר חודשים לפחות. כלומר, על בסיס בקשת המבקשות עצמן שומה לקבוע את סכום הערבונו כסכום המקסימלי - 50,000 ש"ח.

¹⁰ א. גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה שביעית, 2003), עמ' 406-405.

64. מכיוון שלא די בסכום זה על מנת לפצות את המשיב על כל נזקיו, יתבקש בית המשפט הנכבד אף לחייב את המבקשות בהגשת שלוש ערבויות צד שלישי בשווי של 20,000 ש"ח נוספים כל אחת.
65. כן מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד להורות כי כל ערבות כאמור תנתן על ידי אחד ממנהלי החברות המבקשות 1, 2, ו-3.
66. יובהר, כי החברות המבקשות – בראשות מנהליהן (אשר חלקן אף לא נרתעו ונתנו תצהירים בתמיכה לבקשה) מנהלות מסע נקמה אחר המשיב (הן בעיתונות והן בבתי המשפט), והם יוזמי הליך זה בעצמם. בהתאם יש לחייבם ליטול אחריות על פעולותיהם, ככל ושגו בהן.

4.3. על בית המשפט הנכבד להורות כי הערבות להליך הכינוס בטלה ולפיכך פקע צו הכינוס ולחילופין, כי אך עוה"ד שרה פרזנטי לבדה תוכל לפעול ככונסת נכסים בהליך זה, שכן הערבות האישית שניתנה מתייחסת אך אליה

67. בערבות היחידה שהוצגה לשיפוי המשיב בגין נזקים שיגרמו לו במסגרת הליך הכינוס, לא הוזכר שמו של המשיב כמי שזכאי להיפרע הימנה. שם המוטב צויין כ"המשיבים (מי שהוצא צו נגדו)".
68. ברי כי ערבות כזו (שלא ניתנה לטובת אדם ספציפי) אינה ניתנת למימוש בהליכי הוצאה לפועל ולפיכך אין לה כל תוקף, היא פקעה והכינוס בטל.
קל וחומר כאשר את פעולות הכינוס עד עתה ביצע ככל הנראה עו"ד ערן פרזנטי.
69. לחילופין, ככל שצו המניעה יוותר על כנו, כולו או חלקו, ויכלול צו כינוס נכסים, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כי אך עוה"ד שרה פרזנטי תוכל לבצעו בעצמה ובאופן אישי בלבד, ולא כל אדם אחר שהוא.
70. כתב הערבות האישית שהעמידה עוה"ד שרה פרזנטי בתמיכה לכינוס הנכסים מצדיין כדלקמן:
"אני החתום/ה מטה עו"ד שרה פרזנטי מס' זהות 050079037 ... שנתמנתי בזה לתפקיד כונס הנכסים ... **מתחייב לשלם** בזה למשיבים (מי שהוצא צו נגדו) סך 50,000 שקלים במידה שלא **אמלא** כהלכה את הוראות בית המשפט או **שאגרום** בזדון או ברשלנות נזק לנכסים או לחצרים שלגביהם ניתן הצו.
(-)"
71. כלומר, הערבות היחידה התומכת באפשרות להפרע כדי נזקים שיגרום הכונס הינה של עוה"ד ש. פרזנטי ומתייחסת אך ורק לנזק שהיא עצמה תגרום. ברי, אם כן, שאין לאפשר לאיש למעט עוה"ד ש. פרזנטי לכהן ככונס באופן אישי או כשלוח בהליך זה.
משפעל בשמה עו"ד ערן פרזנטי בלא ערבות מתאימה, הרי דין הצו בטלות.

4. זכויות המבקשות והכשלון בהוכחתן

4.א. למבקשות אין (ולפחות לא הוכחו) זכויות יוצרים ברובן המכריע של היצירות המכונות "מפרות"

72. בסעיף 40 בעמ' 14, מוגדרות המבקשות כמי ש"מייצגות בישראל בלעדית את חברות התקליטים הזרות הגדולות בעולם".
73. אלא שכלל ידוע הוא, כי חובה על התובע בתביעה בגין הפרת זכויות יוצרים להיות בעל זכויות היוצרים¹¹ (ולא "נציגו" או אף בעל הרשיון מטעמו).
74. עובדת היות המבקשות או מי מהן "מייצגות" חברות כאלו ואחרות אינה מקנה להן זכות תביעה עצמאית בגין הפרת זכויות יוצרים. שומה על המבקשות להציג מסמכים המוכיחים על בעלותן בזכויות עצמן.

כמאמר בית המשפט בעניין Agicoa¹² –

"ייחוד זכות התביעה אך לאלו האוחזים בידם זכות קניינית על הקניין הרוחני משרתת גם מספר מטרות ערכיות יסודיות, הקשורות בטבורן לאיזון האינטרסים העומד בבסיס דיני הקניין הרוחני: נסיון לאזן ו"לשפר" בעימות המתמיד בין האינטרס לעודד יצירה על ידי הבטחת גמול הולם ליוצרים על יצירתם לבין האינטרס לשמור על זרימה חופשית וניצול אינטנסיבי של רעיונות ותכנים על ידי הציבור.

... אין ספק כי ניתן להעלות טיעונים משפטיים כנגד איזון ערכי שכזה, ולטעון כי הדבר מקשה (אף כי לא מסכל בהכרח) על פעילותם של ארגוני יוצרים – אלא שלסוגיה זו פנים לכאן ולכאן והדין דהיום הינו ברור וחד משמעי.

... מכאן שעלינו לבדוק האם המבקשת אוזנת בזכות קניינית על היצירות נשוא התביעה. אין ספק כי התשובה לכך צריכה להמצא במסמך הכתוב והמחייב שנחתם בינה לבין הבעלים המקוריים של היצירות, והוא 'כתב העברה' "

[ההדגשות והקווים במקור, הכתב הנטוי שלי – י.ל.]

75. אף גרינמן בספרו¹³ מציין, כי –
- "היסוד הראשון שעל תובע בגין הפרת זכות היוצרים להוכיח הוא קיום זכותו שלו. כאשר מדובר בזכות יוצרים ראשונית, ייתכן כי לא יידרש להוכחת הזכות יותר מאשר עדותו בעל פה של התובע, שלא נסתרה בבית משפט ... אך אם הוא טוען לבעלות מכוח העברה, הוא יידרש לרוב להציג את מסמך העברה, ולעיתים את שרשרת ההעברות שדרכה עברה אליו הזכות מהבעלים המקוריים.
- ... המחזיק ברישיון בלבד אינו בעל זכות היוצרים ולכן אין הוא רשאי לתבוע בשמו את זה שהפר זכות יוצרים ביצירה נשוא הרישיון"
76. כלומר, הן "בעל הרישיון" והן ה"נציג" (כמבקשות) אינו בעל זכות היוצרים המאפשרת לו לתבוע.
77. שם דובר בשידורי טלביזיה, שמטבע הדברים – אף בהם ניתן למצוא כתוביות עם שמות בעלי זכויות היוצרים (כנטען בענייננו), ובכל זאת עמד בית המשפט על הצגת כתבי העברה מלאים המעבירים את זכויות היוצרים עצמן ולא הסתפק בשם היוצר כפי שהופיע על היצירה.
78. קל וחומר מקום כמו בעניין זה, אשר בו (מיד נוכיח) אותה חזקה מתבקשת אינה עומדת לטובת המבקשות בחלק גדול מהמקרים.
79. אין צורך להזכיר, כי בענייננו לא הוצגו כתבי העברה מתאימים, ולמעשה לא הוצגה ולו ראייה אחת לבעלות בזכויות על היצירות.

¹¹ וראה לדוגמה פש"ר 1361/02, בש"א 5150/05 AGICOA נ' תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ ואח' (כ"ב) הש' אלשייך, 30.10.2005. העתק פסק הדין מצורף באסמכתא ב' לבקשה זו.

¹² בפסקה 5 לפסק הדין, עמ' 6-7.

¹³ עמ' 342 וכן 467.

80. המבקשות שמו יהבן **אך ורק על החזקה** מכוח סעיף 9 לפקודה, לפיה בעל הזכויות הוא מי אשר שמו מופיע על היצירה. **לכשתסתר חזקה זו, תוותרנה המבקשות בלא בדל ראייה לגבי זכותן ביצירות.**

1.א.4. החזקה מכוח סעיף 9:

1.א.1.א.4. רק "אדם" בשר ודם יכנס בגדר הסעיף

81. עיון בסעיף 9(א) לפקודה מלמד כי החזקה האמורה תחול אך ורק כאשר מופיע על היצירה שמו של **"אדם כיוצר היצירה"**.

"(1) מופיע על היצירה בדרך המקובלת שמו של **אדם כיוצר** היצירה..."

82. אלא, **שתאגיד אינו יכול להיות "יוצר"**. יכול התאגיד להיות "בעל זכות היוצרים", אך לעולם אינו יכול להיות "יוצר". "יוצר" יהא רק אדם בשר ודם, מטבע הדברים.

המחוקק מבין ומודע היטב לאבחנה בין "יוצר" לבין "בעל זכויות יוצרים", ואף עשה שימוש באבחנה זו בניסוח הפקודה. כך, למשל סעיף 3 לפקודה קובע כי "הממשלה תפצה את בעלי זכויות היוצרים ואת בעלי זכויות המבצעים", ולא "את היוצרים".

כך גם בסעיף 4 לפקודה ("הזכות המוסרית") מעניק אותה המחוקק "למחבר" ולא ל"בעל זכויות היוצרים". כלומר, מחוקק הפקודה נזהר בלשונו ולמינוח בו נקט יש משמעות רבה. לא בכדי נקט המחוקק במונח "יוצר" ולא "בעל זכויות יוצרים".

83. לכן הופעת שם המבקשות או מי מהן על היצירות – אינה מכניסה אותן בגדר סעיף 9(א).

1.א.1.ב. על שם היוצר להופיע על היצירה, ולא על עטיפתה

84. עוד קובע הסעיף, כי שמו של האדם צריך ויפיע "על היצירה", ואין די בהופעתו על עטיפת היצירה.

85. אכן, העטיפה כשלעצמה הינה יצירה, אלא שאז מתייחס שם היוצר לעטיפה בלבד ולא ליצירה אליה היא מתייחסת.

1.א.1.ג. סעיף 9(3) - תאגיד יופיע רק כמפרסם, כאשר אין על היצירה שמו של יוצרה, בשר ודם

86. הדין מכיר במצב בו לא מופיע על היצירה שמו של "אדם" בשר ודם כיוצרה, וסעיף 9(3) ועדיין מאפשר לחברה להחיל על עצמה את החזקה במצב כזה. אלא שלשם כך, יחשב "מפרסם" היצירה ששמו הופיע על היצירה כבעל זכויות היוצרים בה.

87. אולם, אם מופיע שם היוצר עצמו על היצירה, לא יוכל המפרסם להינות מהחזקה גם אם שמו שלו מופיע נוסף לכך¹⁴, שכן סעיף 9(3) נוקט במילים: "לא מופיע על יצירה שמו של אדם כיוצר היצירה ויוצרה אינו ידוע ... חזקה היא כי אדם ששמו מופיע על היצירה בדרך המקובלת כמפרסם היצירה הוא בעל זכויות היוצרים בה".

88. כלומר, החזקה תחול רק כאשר לא מופיע כלל על היצירה שמו של האדם שהוא יוצרה. מכאן, שכל אותן יצירות בהן שם הבמאי והשחקנים או הזמר והנגנים (ויוצרים אחרים) מופיע על היצירה – סעיף זה אינו רלוונטי.

89. **איש מבין היוצרים בשר ודם ששמו מופיע על היצירות או על העטיפות אינו מהמבקשים בהליך זה כך שהחזקה מכוח סעיף 9 אינה חלה. ובהעדר כתב העברה כנדרש – איש מהמבקשות לא הוכיחה את זכותה במי מהיצירות ודין כל הבקשה להמחק.**

¹⁴ גרינמן עמ' 343.

4.ב. עיון ביצירות המצורפות כנספחים ובחינת שם היוצרים המופיע עליהן:

90. אף בהנחה שדי בשמו של תאגיד, בניגוד לאמור לעיל, נראה כי גם כאן לא הצליחו מרבית המבקשות להוכיח את החזקה המתייחסת לזכותן ביצירות.

91. יש לזכור, כי לשמו המדוייק של תאגיד חשיבות רבה, ויש לוודא כי המדובר בתאגיד ששמו זהה לנדרש, שכן אחרת – מי ערב לנו שאין תאגיד אחר ששמו "דומה" אך לא זהה ולמעשה הוא בעל זכויות היוצרים!?

לדוגמא, אין כל מניעה כי מחד תרשם חברה בשם מסויים ומאידך אף שותפות בשם דומה.

92. לשם הנוחות נפתח ביצירות האורקוליות – הסרטים – המופיעות בנספחים 14-27 לבקשה:

שם הסרט	הנספח	שם המבקשת ומספרה	השם המופיע ביצירה	השם המופיע על העטיפה
סוף העולם שמאלה	14	העולם הזה ש.מ. (13)	ארטומאס תקשורת(?), דייויס פילמס(?) ומטרו תקשורת(?)	כל הזכויות שמורות לחברת יונייטד קינג בע"מ(?) וחברת ארטומאס תקשורת בע"מ(?)
סימה ועקנין	15	סימה וקנין ש.מ. (14)	סימה מכשפה (השם דומה אך לא בהכרח אותו גוף)	"סרטי יונייטד קינג(?) ומטרו תקשורת(?) מציגים"
מטאליק בלוז	אין	מטאליק בלוז ש.מ. (15)	- אין -	- אין -
ללכת על המים	16	ללכת על המים שותפות מוגבלת (16)	Lama films (?)	HOT(?), למה הפקות(?), סרטי יונייטד קינג(?) מציגים
אהבה קולומביאנית	17	גיי סי אס קונטנט בע"מ ואולפני הבירה ירושלים בע"מ	JCS content (לא בע"מ וללא אולפני ירושלים)	- אין -
חתונה מאוחרת	אין	טרנס הפקות סרטים בע"מ	- אין -	- אין -
אור	18	טרנס הפקות סרטים בע"מ	- אין -	"סרט של קרן ידעיה" (?)
לקחת לך אישה	אין	טרנס הפקות סרטים בע"מ	- אין -	- אין -
מתנה משמיים	אין	טרנס הפקות סרטים בע"מ	טרנספיקס הפקות (לא אותה חברה) ומורגן פרודקשן(?)	"סרטו של דובר קוסאשווילי" (?)
חכמת הבייגלה	20	בהדונס הפקות בע"מ	בהדונס הפקות בע"מ	בהדונס הפקות בע"מ
הכוכבים של שלומי	21	לאבנסטון פילם בע"מ	אבנסטון פילמס בע"מ	סרטי יונייטד קינג(?), ואיתן אבן – אבנסטון פילמס (לא אותו גוף כמו המבקשת) מציגים

נורמה הפקות(?) ואסוף מציגים אמיר(?)	Norma Productions אזכור שמדובר (בחברה בע"מ)	נורמה הפקות בע"מ	22	כפיים שבורות
- אין -	- אין -	נורמה הפקות בע"מ	אין	עפולה אקספרס
ערן ריקלליס הפקות (לא בע"מ) וגלובוס גרופ(? מציגים	ערן ריקלליס הפקות בע"מ, MACT Productions(?), Neue Impulse Film(?)	ערן ריקלליס הפקות בע"מ	23	הכלה הסורית
"סרטו של יוסף סידר"?)	סינמה פרודקשן(?)	סינמה פוסט פרודקשיין בע"מ	24	מדורת השבט
לא ברור	לא ברור למי "כל הזכויות שמורות", אבל השמות גילגמש הפקות(?) ואדי קינג בע"מ מופיעים.	אדי קינג בע"מ (24)	25	האושפיזין
ענת אסולין מציגה	חולה אהבה בע"מ	חולה אהבה בע"מ (25)	26	האסונות של נינה
רשת, למה הפקות (לא בע"מ), סרטי יונייטד קינג	אמיר הראל(?) – למה הפקות (לא בע"מ)	למה הפקות בע"מ (26)	27	מסעות גיימס בארץ הקודש
HOT(?) ולמה הפקות (לא בע"מ)	ICP(?) ולמה הפקות (לא בע"מ)	למה הפקות בע"מ (26)	28	יוסי וג'אגר

93. עינינו הרואות – לחמישה סרטים כלל לא צורפה עטיפה או יצירה כך שחזקת סעיף 9 לא יכולה לחול. למרבית היתרה מופיעים מספר שמות כיוצרים, חלקם בכלל אינם המבקשות, חלקם נושאים שם דומה אך אין זה ברור אם מדובר במי מהמבקשות וחלקם בעלי זכויות נוספים שסירבו להצטרף לבקשה זו (ככל הנראה).

94. סופו של דבר, למעט סרט אחד או שניים בו נרשם שם המבקשת במדוייק, בכל יתר הסרטים אין כלל איזכור למבקשות.

94.1. העדר המילה "בע"מ" לא שולי הוא. העדרו יכול להצביע על היות הגוף הרשום בסרט גוף שונה לגמרי מהמבקשת.

94.2. אף היות השם "דומה" לשם המבקשת אין די בו, שוב מחמת הסיכון שמדובר במי ששמו שונה.

94.3. קל וחומר כשמדובר במספר בעלי זכויות יוצרים לכאורה ורק אחד מהם תבע.

94.4. למען הזהירות יובהר, כי במקרים של ספק, ומכיוון שמדובר בחזקה בה המבקשות מעוניינות להשתמש, הרי נטל ההוכחה שהשם המופיע על היצירה או העטיפה זהה לשם המבקשת מוטל על המבקשות עצמן, ואלו כשלו בכך.

95. בכל אותם מקרים של חוסר דיוק - לא קמה החזקה, והנטל חוזר אל כפתי המבקשות להוכיח או את החזקה עצמה או את זכותן.

96. כלומר, אף אם תדחה הטענה לפיה כלל לא ניתן להחיל בענייננו את חזקת סעיף 9, הרי גם אם החזקה תוכל, רוב רובן של המבקשות כשלו בהוכחת מעמדם.

97. עיון בנספח 40 המתייחס לתקליטורים, מלמד כי –
- 97.1. חזקת סעיף 9 לא חלה כיוון שעל העטיפה מופיע תמיד שם היוצר (הזמר או מחבר הלחן והמילים), והוספת שם המבקשות כיצרניות ומפיצות אין בו כל משמעות, שכן סעיף 9(3) חל רק מקום בו לא מופיע שם היוצר בשר ודם על היצירה.
- 97.2. כאשר מופיע שם המבקשות על התקליטורים, הרי הוא מופיע רק כיצרניות ו/או מפיצות ולא כיוצר, כך שסעיף 9 כלל אינו חל עליהן.
- 97.3. בכל מקרה, חלקן של היצירות הוצגו בלא הצגת תקליטור מתאים, כך שכלל לא ניתן ללמוד דבר.
- 97.4. השמות מופיעים על העטיפה ולא על היצירה עצמה, ולפיכך הם מתייחסים לעטיפה ולא ליצירה הקולית עצמה.

ג.4. לא הוכח כי היצירות בגינן תובעות המבקשות אכן הורדו מהאתר

98. עיון בעמ' 28 לבקשה המתייחס ליצירות שנמצאו באתר, מגלה כי המבקשות נמנעות מלציין איזו יצירה הורדה מהאתר ואיזו מהאתר השני (Lionnetwork). הניסוח בבקשה הינו כוללני במכוון –
99. כלומר –
- 99.1. הצהרה כללית על כי "כל היצירות ועוד מאות רבות אחרות" – מבלי להציג את שמן של אלו מאותן "מאות רבות אחרות";
- 99.2. יתר על כן, בבקשה נאמר כי כל אותן יצירות ועוד מאות אחרות "הורדו מאתרי המשיבים", כלומר – הורדו בפועל והעתק מהן נמצא בידי המבקשות. מכאן עולה שניים: או שהמבקשות אינן מציגות ראיות מהותיות בפני בית המשפט (והדבר מלמד כנגדן) או שהאמור בבקשתן דנא אינו דק פורטא, נאמר בזהירות;
- 99.3. היצירות "מצויות באתרי המשיבים" – האם באתר דנא או באתר השני, אין לדעת;
100. עיון בתצהירו של מר ניב חזן המתייחס לאתר, מלמד על כי גם מר חזן מצהיר (סע' 14) כי "בין היתר" הוריד את היצירות המקוריות המפורטות בטבלה. כלומר – גם מר חזן עצמו מצהיר כי הוריד יצירות נוספות, אך אלו לא צורפו לבקשה, וכאמור לעיל – הדברים אומרים דרשני.
101. עיון בטבלה שבתצהירו המתייחסת במישרין לאתר הנתבע, מלמד על כי בפועל אין מדובר במאות רבות של יצירות, ואף לא בעשרות רבות.
- הטבלה מלאה איזכורים כפולים ומכופלים (כמו 6 איזכורים של "להיטי הזהב" של הפרברים, 2 איזכורים של כל אחת מארבעת היצירות של משינה, 2 איזכורים ליצירתו של צביקה פיק, ו"יצירות" רבות שה"מומחה" כלל לא ידע לזהותן וציין "?! כשם היצירה...)
- כמו כן כוללת הטבלה איזכורים ליצירות זרות שלא נכללו בבקשה ובכל מקרה לא הוכחו זכויות יוצרים בהן.
- כך גם ביחס לרשימת המבקשות הארוכה המתייחסת לסרטים, נמצא כי כל שהורד היו 8 סרטים, אשר כמוזכר מעלה לא הוכחו הזכויות בהם. סרטים נוספים מסויימים, כך המצהיר, "מוצעים להורדה באתר המשיבים, אך מסיבות טכניות הורדתם לא הושלמה" (כך שאין בידי הוכחה לתוכן הקובץ).
102. כלומר, אף אם נקבל את כל מילות המצהיר כמות שהן, ברי כי לא נמצאו באתר יותר מאשר כמות מינימלית של יצירות שבהליך זה לא הוכח כי הן מפרות, ואין לבסס על ממצא שכזה צו מניעה כה מרחיב ומרחיק לכת.

4.4. המבקשות מבססות את צו המניעה כולו על ראיות מדגמיות

103. כפי שהראינו – בפועל לא הוכחו הפרות שבוצעו באמצעות האתר.
104. אלא, שעיון בבקשת צו המניעה, מלמדנו כי הבקשה מתיימרת להתבסס על יצירות בכמויות רחבות היקף ולטעון להפרת זכויות המבקשות בכולן.
105. כך למשל נאמר בבקשה במספר מקומות:
- 105.1. עמ' 9, סעי' 14:
 "כאמור לעיל, אלו הן רק דוגמאות ובאתרים המפרים יש גישה לאלפי קבצים מפרים נוספים של מוסיקה, סרטים, תוכניות טלביזיה, תוכנות ומשחקים"
- 105.2. עמ' 28, סעי' 70:
 "כל היצירות שפורטו לעיל, ועוד מאות רבות אחרות, מצויות באתרי המשיבים ..."
- 105.3. עמ' 29, סעי' 73:
 "באתרי המשיבים ניתן למצוא ולהוריד עוד אלפי קבצים מפרים ..."
106. מעבר לעובדה שבקשה זו כלל אינה מביאה ולו ראייה אחת ביחס לתוכניות טלביזיה, תוכנות או משחקים (ואף לא טוענת כלל לזכויות בהם), הרי למעשה אף ביחס לשירים ולסרטים שהם לב ליבה של בקשת צו המניעה מעלות המבקשות אך דוגמאות בלבד.
107. בעוד הן טוענות ל"אלפי קבצים מפרים נוספים", הרי אף אם נניח שכל הדוגמאות שהן מביאות ראיות, לא מדובר ביותר מעשרות בודדות. כלומר – הוכחה "מדגמית".
108. בעניין כגון זה (אף בתחום זה של הפרת זכויות יוצרים) כבר פסקו בתי המשפט שלא די בכך. כבי"ה. אלשיך קבעה¹⁵ -
- "ספק גדול בעיני, אם יכולה היתה המערערת לצאת ידי חובתה בהבאת "ראיות מדגמיות" ... בעניין זה חובתה של המערערת היתה להביא ראיה ברורה לקיומה של כל הפרה והפרה עליה היא תובעת פיצוי, ואין די בטענה בעלמא ... העובדה כי תבל הפרה את זכויותיהם של מפיקים כאלו ואחרים (תהיה ההפרה בוטה וגלויה כאשר תהיה), אין בכך בכדי לקבל כל נתון מספרי שהגישה המערערת משל היה "תורה מסיני"
109. כלומר, אף בעניין זה, אל לבית המשפט לקבוע את צו המניעה בהתאם ל"אלפי ההפרות הדמיוניות" להן רומזות המבקשות, אלא שומה עליו ליתן צו בהתאם להפרות שהוכחו בפניו בפועל. אלו, כאמור, לא קיימות.

5. ניסוח צווי המניעה

5.A. צו המניעה גורף מעל ומעבר למוכת, באופן הפוגע במשיב בצורה בלתי הפיכה

110. ניסוח צו המניעה הינו גורף מאין כמותו, והוא רחוק מכדי להגן רק על זכויותיהן הלגיטימיות של המבקשות. ניסוח שכזה יש בו כדי לגרום עוול למשיב והוא מכוון על מנת לכלול מניעה בהיקף רחב הרבה יותר מזו לה זכאיות המבקשות – אף לעמדתן.
111. אף בהנחה שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון ליתן צו מניעה כלשהו, הרי בוודאי שיש לצמצמו באופן מהותי, הכל כמפורט מיד ומבלי לפגוע ביתר טענות המשיב.
- 5.A.1. המונח "הקלטות מקוריות" מרחיב הרבה מעבר לזכויות המבקשות כפי שנטענו בפועל**
112. בקריאת בקשת צו המניעה יש להבחין בין שני מושגים, כפי שהמבקשות הבחינו.
- 112.1. "הקלטות מקוריות" הינן פשוט הקלטות מוסיקה או סרטים שיש בהן זכויות יוצרים (לאו דווקא למבקשות) (סעיף 1.I).
- 112.2. "קבצים מפרים" הינם קבצי מחשב המכילים הקלטות מקוריות, אשר למבקשות זכויות בהן (סעיף 2.II).

¹⁵ תיק פשי"ר 1361/02, בש"א AGICOA 5150/05 נ' תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ ואח' (30.10.2005), עמ' 10, וראה אסמכתא ב' לעיל.

113. כלומר, לעמדת המבקשות עצמן, שימוש בהקלטות מקוריות לא בהכרח מפר את זכויותיהן.
114. למרות זאת, לאורך כל בקשת צו המניעה, עושות המבקשות שימוש במונח "הקלטות מקוריות" על מנת להרחיב שלא כדין את צו המניעה אף ליצירות שאין להן זכויות יוצרים בהן.
115. כך, המבקשות עותרות בפני בית המשפט הנכבד בצו הראשי המבוקש בסעיף 1 לבקשת צו המניעה (עמ' 4), ליתן –
- "צו המורה למשיבים ... להימנע מלשעתק ו/או לשכפל ו/או לשווק ... ו/או לבצע כל פעולה אחרת בהקלטות המקוריות, שהזכות הבלעדית לעשייתה נתונה לבעל זכויות היוצרים בלבד ..."
116. כלומר, הסעד העיקרי אותו מבקשות המבקשות בבקשה, נועד להחיל על המשיב צו מניעה ביחס ליצירות אשר הן אינן כלל בעלות זכויות יוצרים בהן, אלא כמעין "הגנה כללית" לבעלי זכויות יוצרים באשר הם!
117. די בכך כדי להבהיר כי דינו של צו שכזה – בטלות.
- 2.א.5. האיסור הגורף על הפעלת האתר חורג באופן משמעותי מהיקף הטענות בבקשת הצו**
118. בצו מס' 4 בעמ' 4 לבקשת צו המניעה, דורשות המבקשות לאסור על המשיבים להמשיך ולהפעיל את האתרים, ביניהם אתר lala.
119. כמתואר מעלה, ואף למבקשות הדבר ברור, באתר היו פעילויות שאין בינן לבין האמור בבקשת צו המניעה (ובתביעה) דבר.
120. אף לעמדת המבקשות, אין בקשתן כוללת את מכלול פעילות האתר. לדוגמה בלבד - בסעיף 73, עמ' 29 לבקשת צו המניעה, מציינות המבקשות כי "באתרי המשיבים ניתן למצוא ולהוריד עוד אלפי קבצים מפרים הכוללים יצירות הן של בעלי זכויות ישראלים והן של חברות זרות, אך לשם הנוחות והיעילות יתמקדו ההליכים בבקשה זו ביצירות ישראליות בלבד לשלב הנוכחי של הדין".
121. כלומר, להצהרת המבקשות עצמן, בקשת צו המניעה אינה רלוונטית כלל לסרטים זרים, לקבצי מוסיקה זרים ועוד. כמו כן הבקשה אינה מתייחסת כלל לתוכניות טלביזיה או משחקי מחשב שניתן היה למצוא סקירות ביחס אליהן באתר ואף אינה יכולה להתייחס ליתר פעילויות הפרומים, הציאט, קידום המכירות, הביקורות ויתר הפעולות שנוהלו באתר.
122. טרם לסגירתו ניתן היה למצוא באתר שירותים ונשואים שונים ומגוונים:
- 122.1. **סיקורים על חידושים** בתחום המחשוב, האינטרנט והמכשירים האלקטרוניים;
- 122.2. **מבצעי מכירות** שונים המבוקשים על ידי הגולשים או מוצעים על ידי המוכרים;
- 122.3. **מגוון פרומים** רחב העוסקים, בין היתר, בנושאים שבינו לבניה, נושאי לימודים ועזרה בלימודים, נושאי דת, קנייה ומכירה של חפצים (מעין לוח יד שניה), מבצעים, חדשות ואקטואליה, גרפיקה ועיצוב, סקסולוגיה, סלולאר, מכוניות ואופנועים, עזרה הדדית, מוסיקה (הכלל דירוגי מצעדים ועוד), חידונים, טריוויה, משחקים, רשתות ואבטחתן, טלביזיה, צבא והכנה לצבא, שיחות "על הא ודא" ועוד.
- 122.4. **עזרה בלימודים** לגולשים הזקוקים לכך באמצעות חברה מסייעת והקישור בינה לבין הגולשים המעוניינים;
- 122.5. **מערכת צ'אט** (שיחות בין קבוצות גולשים באופן מקוון);
- 122.6. **מערכת האזנה לתחנות רדיו אינטרנטיות** שונות מכל העולם (יחד עם תוכניות עתידיות לפתיחת רדיו מקומי ומקורי שיופעל על ידי הגולשים);
- 122.7. **שירות תשובות לשאלות הגולשים**;
- 122.8. קישור מקוצר **לחיפוש במונע google** מבלי שיהיה צורך להכנס לאתר החיפוש עצמו;
- 122.9. **קהילות מסרים מידיים** כלומר, קהילות שאנשיהן היו קשורות בינם לבין עצמם בתוכנות למסרים מידיים כמו ICQ ו-Messenger שאינן קשורות כלל לאתר ופועלות באופן עצמאי).
- 122.10. **מערכת היכרות** שפיתוחה עמד לפני סיום;
- 122.11. **מערכת עדכוני ספורט** בזמן אמת; ועוד.

3.א.5. הגדרת "המשיבים" רחבה מעבר לכל היקף סביר

123. המבקשות, בנסותן להבטיח את עצמן הגדירו בצווים המבוקשים את "המשיבים ו/או מי מהם ו/או מי מטעמם ו/או במקומם ו/או כל מי שפועל בהנחייתם, בין במישרין ובין בעקיפין".
124. והנה – תפסת מרובה לא תפסת.
125. על מנת לבסס את אחריותו של המשיב גם ביחס לאחריותם של אחרים, עצמו המבקשות את עיניהן והטילו את אחריות מעדשי חברי ה"קהילה" על המשיב, שכן לטענתן (בסעי' 3 לבקשת צו המניעה) המשיב (או מי ממנו או מי מטעמו או מי במקומו – כך לשון המבקשות) מפעיל "רשת של אנשים המכונים כל ידם "קהילה"..."
126. אין זה ברור אם בכך טומנות המבקשות את ראשן בחול ומתעלמות מן המציאות או שמא מנסות להסיט את תשומת הלב מהעובדות כהווייתן.
127. לכל גולש אינטרנט ידועה משמעות המילה "קהילה", כאוסף של אנשים הנאספים סביב אתר, תוכנה או מרכז אחר במטרה לחלוק בינם לבין עצמם תחושות ומקורות מידע המעניינים את כולם. התפתחה ספרות נרחבת בנושא זה, שבשלב זה לא נכביר מילים אודותיה, אך נפנה לכמה מקורות קצרים.
128. "קהילה וירטואלית" (או "קהילה מקוונת"), כהגדרת "ויקיפדיה"¹⁶, "היא קבוצת אנשים שנפגשת באופן וירטואלי סביב רעיון, אתר או מקום קיברנטי אחר, ברוב המקרים ברשת האינטרנט. מושג הכפר הגלובלי הוא רדוקציה של מונח הקהילה המקוונת, שכן אין כפר גלובלי אחד, אלא רבבות ... ויקיפדיה העברית היא דוגמה לקהילה מקוונת, וכך גם אתר במה חדשה ופרוייקטים של מחשוב מבוזר קהילתי".
129. חיפוש באתר "נענע" מאתר רשימה מפורטת של קהילות מקוונות ישראליות ואחרות, ביניהן יאהו! גרופס (אתר המאפשרת בניית קהילות עצמאית), טוק סיטי (קהילה כלל עולמית המאפשרת לעסקים ולאנשים פרטיים לשפר את הקשר עם לקוחותיהם או עם אחרים), גיונו (קהילה המציעה לחבריה מגוון שירותים, לרבות קבוצות, תמיכה וסיוע, קניות ומחשבים ועוד), איי. סיטי (עיר וירטואלית), מק סאבקלצ'ר (קהילה וירטואלית של משתמשי מחשב המקינטוש), אי. פאלס (קהילות שנועדו להרחבת מעגל החברים), בולט (קהילת בני נוער וסטודנטים) וכן הלאה.
- העתק תוצאות החיפוש מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 4** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
130. בתחום תוכנות "הקוד הפתוח" נוצרו קהילות רבות, שחבריהם אימצו את ליבם את הרעיון של תוכנות חופשיות, כאשר כל אחד מחברי הקהילה תורם כנדיבות ליבו וכיכולתו המקצועית (דוגמא ישראלית ניתן למצוא באתר <http://linmagazine.co.il>).
- העתק עמוד ה"קהילה" באתר מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 5** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
131. אף בתחום שיתופי הקבצים נוצרו קהילות מקוונות. לדוגמא מצורף מאמר המלמד על אספקטים מסויימים של קהילת משתפי הקבצים העושים שימוש בתוכנה Gnutella.
- העתק מאמר לדוגמא מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 6** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
132. כך גם אתר lala נוסד כדי להוות בסיס לקהילה וירטואלית (בתחילה ללא כיוון מוגדר תחילה, אולם הגולשים יצרו ביקוש לתחום שיתוף הקבצים והאתר "נדד" עימם לתחום).
133. תחום זה של שיתוף קבצים יצר מקור מרווה לצמא בלתי פוסק שהיה אצל הגולשים, ואלו יצרו בינם לבין עצמם קהילות.

¹⁶ האנציקלופדיה המקוונת הידועה, הנערכת על ידי הגולשים עצמם. העתק העמוד מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 3** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

134. האתר זיהה כיוון זה ואיפשר לגולשים לקיים את קהילתם במסגרתו (וכמובן – תמך בה טכנית, כלומר – העמיד לרשותה את משאבי האתר). בכל שלב, כמתואר בבקשה זו ובתצהיר התומך בה, היו אלו הגולשים אשר כיוונו את פעילות האתר, והמשיב אך סיפק להם במה.
135. כבכל קהילה, ישנם אנשים דומיננטיים יותר ודומיננטיים פחות. הדומיננטיים יותר התנדבו לשמש בתפקידים שונים בקהילה (דוגמת חברי "מועצת המנהלים" של האתר, מנהלי פורומים, חברי צוותים ועוד). הדומיננטיים פחות עקבו אחר המתפרסם באתר ונהנו להשתתף בפורומים המגוונים.
136. כך או אחרת, לאתר אין ולא היתה שליטה על חבריו. האתר לא יכול היה לחייב גולש כזה או אחר "להעלות לאתר קובץ"¹⁷ כזה או אחר, להציב סקירה זו או אחרת בנושא מסוים, או להשיב לשאלות כאלו ואחרות בפורומים.
137. לכן, ההצהרה כאילו המשיב "מפעיל" את הקהילה נכונה לכל היותר סמנטית (שכן המשיב אכן סיפק לקהילה אתר לבטא את עצמה, ככל ספק שירות אחר), אולם אינה נכונה עניינית (שכן המשיב אינו "מפעיל" או "מנחה" את חברי הקהילה ובוודאי שחברי הקהילה אינם פועלים "מטעמו או במקומו" של המשיב).
138. אכן, משתמשים כלשהם העושים שימוש באתר (כמו גם באתרים אחרים ובתוכנת ה-eMule) "משחררים לרשת" קבצים של יצירות שונות (בלא קשר לשאלה האם מדובר בהפרת זכויות יוצרים, אם לאו).
- אלא, שלמשיב אין ולא יכולה להיות כל שליטה על פעולותיהם. המשיב אינו יכול "להורות" להם לפעול כך או אחרת ואף אם "יורה" להם על כך הם עדיין יפעלו כראות עיניהם. יתרה מכך, גם אם יסגור המשיב את שערי האתר לגמרי, ולא יאפשר כל קישור באתר, הרי עדיין לא ישנה הדבר את העובדה שאותם גולשים יוסיפו ויעלו את הקבצים לרשת ה-eMule.
- כך למשל, אם מי מבין חברי הקהילה שוקד בביתו על תרגום סרט חדש או על פיתוח לתוכנת ה-eMule, למשיב אין ולא יכולה להיות כל יכולת לעשות דבר בשל כך. אף אם לא יוכל הגולש להעלות את הקישור לקובץ לאתר, אין דבר שימנע ממנו את העלאתו לרשת ה-eMule וכן לאתרים נוספים ככל שימצא.
139. על כן גם צו המניעה כפי שנוסח הינו גורף בצורה מכוונת, ומקיף הרבה מעבר לאשר סביר שיקיף, ודינו להיות מצומצם **למשיב** ו/או למי אשר **בשליטתו הישירה** בלבד.
- אחרת, חו"ח, ייוצר מצב בו יטען כי המשיב מבזה צו של בית משפט בשל פעולות שלא נקט בהן והוא אינו יכול לשלוט בהן.
- 4.א.5. השימוש במונח "הפצה" מקום בו המבקשות עצמן מודעות כי הדין הישראלי אינו מקנה להן כל זכות בלעדית להפצה:**
140. בבקשתן מבקשות המבקשות לאסור על המשיב להפיץ הקלטות מקוריות (לדוגמא ראה צו מס' 1 בעמ' 4 – "צו המורה למשיבים ... להימנע מלשעתק ... ו/או להפיץ ... בהקלטות המקוריות ...").
141. אלא, שדיני זכויות היוצרים הישראלים קובעים, כי **לבעל זכות היוצרים אין כל זכות הפצה שהיא**. זכותו היחידה הינה הזכות הקרויה בארה"ב "זכות המכירה הראשונה". כלומר, בעל זכויות יוצרים רשאי **למנוע אך את מכירתה הראשונה של היצירה לצרכן**. מאותו רגע, כל עותק כאמור נמצא בשליטתו המלאה של הקונה, ולבעל זכות היוצרים אין כל זכות למנוע את הפצתו.
142. מובן, שלבעל הזכות עומדת הזכות למנוע העתקת יצירותיו, אך אין להוסיף לזכות זו זכות "הפצה" שאינה קיימת, ובכל מקרה הרי המשיבים בוודאי אינם משעתקים מי מהיצירות אלא הגולשים עצמם.

¹⁷ בהמשך נסביר כי איש לא היה מעלה קבצים לאתר, בפועל.

143. אף באת כוחן של המבקשות, ד"ר ש. פרזנטי, קובעת בסיפורה¹⁸ כי -

"זכות ההפצה של יצירה היא הזכות להרשות הפצה לציבור של עותקים של היצירה. זכות זו נשענת במידה רבה על זכות ההעתיקה. למעשה מה שמפיצים הם עותקים של היצירה ולא היצירה עצמה.

...

גם באותן מדינות, שבהן הוכרה זכות הפצה מוגבלת, מוגבלת זכות זו לזכות ההפצה הראשונה. דהיינו, לאחר שעותקי היצירה יצאו מידי בעל זכות היוצרים ואין לו יותר שליטה עליהן. עקרון זה מכונה בשם דוקטרינת ה-first sale".

144. מקריאת סעיף 21(2) ו-1(3) לחוק זכויות יוצרים, אנו למדים, כי הזכות הבלעדית של היוצר בישראל אינה כוללת הפצה של היצירה אלא זכות לפרסום ראשון שלה¹⁹.

145. מכאן, שיש למחוק בכל מקום בצו, אם וככל שינתן, את המילה "הפצה".

6. אופן פעילות האתר

6.א. המבקשות מטעות את בית המשפט ביחס לאופן בו פועל האתר

146. על מנת להשיג את מבוקשן, התעלמו המבקשות מהאמור במסמך שהן עצמן הגישו (נספח 10 לבקשה). יודגש, כי כותב הדו"ח, מר ניב חזן, אינו מצהיר על מומחיותו בתחום המחשבים ונספח זה לא הוגש כחוות דעת מקצועית ועל כן אל לבית המשפט הנכבד להסתמך עליו והמשיב מתנגד לכך.

עם זאת, ההפניות לנספח הינן לשם הוכחת הטענה לפיה בקשת צו המניעה מתבססת על עובדות שהמבקשות יודעות כי אינן נכונות, ובכך הן מטעות את בית המשפט הנכבד!

147. מהנספח עולות מספר "עובדות" שהאמור בבקשת צו המניעה עצמה מנוגדות להן -

147.1. עמ' 5: ישנן 2 שיטות עיקריות לאיתור קבצים ברשת ה-eMule – חיפוש דרך התוכנה או חיפוש דרך האתר. **המסקנה ממנה התעלמו המבקשות**: האתר אינו נחוץ או רלוונטי לשם הפרת הזכויות, ככל שהופרו.

147.2. עמ' 6: אופן הורדת הקבצים ברשת ה-eMule הוא שמשיקש גולש קובץ מסויים, רשת ה-eMule ("התוכנה") מאתרת עבורו את השרתים עליהם נמצא קובץ זה (אותם שרתים הם למעשה מחשביהם של המשתמשים השונים) ומתחילה להורידו מכל אותם מקורות. **המסקנה ממנה התעלמו המבקשות**: ההורדה אינה מתבצעת מהאתר אלא ממחשבי הגולשים והאתר אינו פעיל באיתור הקבצים עצמם אלא הוא רק כולל את שמם.

147.3. עמ' 19: מנהלי האתר מאפשרים לכל גולש להעלות קישור לקובץ. **המסקנה ממנה התעלמו המבקשות**: אין באתר כל סינון של החומר על ידי המפעיל, והעלאת הקישור היא אוטומטית וכן כי מדובר בהעלאת "קישור לקובץ", להבדיל מהקובץ עצמו. כל שיש באתר הוא ביקורת על סרט מסויים ושם קובץ המצוי ברשת ה-eMule הכולל סרט זה.

147.4. עמ' 29: "מיקום הקבצים אינו נמצא בהכרח על מחשב אחד ויחיד אלא על מחשבם של משתפי הקבצים השונים ... באתר ישנה קהילת משחררים שתפקידם לאתר קבצים שונים ולפרסמם באתר. למרות זאת ההעלאה מתבצעת ממחשבם האישי ולא דרך השרת המפעיל את האתר ... טכנולוגית eMule אינה מצריכה אחסנת קבצים באתרים המספקים קישורי קבצים, מלבד התוכן והלינקים המקשרים ישירות לתוכנה. לכן, על מנת להיות בעל אתר קישור קבצים אין צורך בהעתיקת הקבצים למחשב המפעיל את האתר". **המסקנה ממנה התעלמו המבקשות**: הן תפקידה של הקהילה, כנפרד מהמשיב, והן העדרם של קבצים באתר.

¹⁸ ד"ר ש. פרזנטי, דיני זכויות יוצרים (כרך ב', מהדורה שנייה מורחבת ומעודכנת, הוצ' כרמל, 2000) (להלן: "פרזנטי, כרך ב'"), עמ' 809-811.

¹⁹ פרזנטי, כרך ב', עמ' 813.

- 147.5. עמ' 35 : "האתר לא מחזיק קבצים על גבי שרתי האתר מלבד קבצי כתוביות". **המסקנה ממנה התעלמו המבקשות: כלום יש ברור מכך...?**
148. ואכן, אילו המבקשות היו מבססות בקשתן על האמור בדברי המצהירים מטעמן, יתכן שבית המשפט היה נחשף לנתונים מלאים ונכונים, ולא היה מוטעה.
149. למרות ובניגוד לאמור בתצהירים התומכים בבקשתן, המבקשות בבקשתן טוענות דברים הפוכים. למשל -
- 149.1. סעי' 2, עמ' 7 – "המשיבים מפיצים קבצי מחשב...".
- 149.2. סעי' 32-33, עמ' 12 : "... באתרים המפרים ניתן למצוא את הקבצים המפרים במספר גרסאות ... קבצי המוסיקה שמצויים באתרי המשיבים הם מסוג MP3"
- 149.3. סעי' 69-70, עמ' 26 : "נציגי המבקשות הורידו מאתר "לה-לה" ... כל היצירות שפורטו לעיל, ועוד מאות רבות אחרות, מצויות באתרי המשיבים..."
- 149.4. סעי' 1 ("למעשה המעוולים של המשיבים"), עמ' 38 : "המשיבים מפעילים אתרי אינטרנט ... תוך סחר בקבצים מפרים..."

ב.6. האופן האמיתי בו פועלים תוכנת ה-eMule והאתר

150. נפתח ונציין, כי האתר הוקם למעשה כאתר אינפורמטיבי לגולשים, המספק סיקורים, כתבות ודעות של הגולשים עצמם על המתרחש באינטרנט. הגולשים עצמם הם אלו שהעדיפו תכנים הקשורים לשיתוף קבצים, וגם אז – מדובר בעיקר בתכנים אינפורמטיביים המדווחים ליתר הגולשים על הקיים בפועל.
151. כל גולש שיבחר לגשת ישירות לתוכנת ה-eMule המותקנת במחשבו יגלה את המתואר באתר בקלות רבה. הופעת התוכן באתר אין בו אלא כדי ליצור קשר אישי כלשהו בין הגולשים המאפשר להם לדווח אחד לשני על המתרחש. כלומר, **התכנים המופיעים באתר הם מעין סיקורים חדשותיים על קבצים המצויים בידי הציבור**, הנהנים מהגנה בהתאם לאמור בחוק זכויות יוצרים.
152. תוכנת ה-eMule היא תוכנת קוד פתוח, הנגישה לכל מאן דבעי במאות אתרים ברשת האינטרנט, ומפותחת על ידי עשרות מפתחים שונים ברחבי הארץ והעולם, אם לא יותר מכך. כל משתמש רשאי להורידה מכל מקור, לבצע בה כל שינוי שהוא רוצה ולהפיצה כפי רצונו, ובלבד שיעמוד בתנאי רישיון הקוד הפתוח (שעיקרו – גישה חופשית ליצירה – ההיפך מזכות יוצרים).
153. בניגוד למשתמע מבקשת צו המניעה, תוכנה זו כוללת רכיב של חיפוש, המאפשר מציאת קבצים בקלות רבה בלא כל סיוע מהאתר. כלומר – די בתוכנה כדי למצוא כל אחת מהיצירות המוזכרות בבקשת צו המניעה בקלות רבה, והאתר אינו מעניק כל יתרון בחיפוש זה.
154. היתרון היחיד שמציע האתר לגולשים, הינו יצירת מעין "בית". קהילה חמה של חברים (שחלקם מכירים אחד את חברו באופן וירטואלי) אשר חולקים שטחי התעניינות דומים ואהבה לאמנות, מוסיקה, סרטים, משחקים ועוד.
155. **סגירת האתר לא תשנה כהוא זה את יכולתו של כל גולש לאתר כל שיר, תקליט או סרט שיבחר במישרין באמצעות התוכנה ולא תקטין ולו במעט את הפגיעה הנטענת במבקשות.**
156. יתר על כן, גולש שאינו משתמש בתוכנת ה-eMule עדיין יכול להשתמש באתר לצרכים חברתיים ככל חבר בקהילה.
157. לצורך הדגמה, נתאר בקצרה את שיטת מציאת והורדת הסרט "הכלה הסורית" באמצעות תוכנת ה-eMule **בלא כל שימוש באתר.**
- 157.1. הדף המצורף ומסומן 1 מתאר את צילום המסך של תוכנת ה-eMule. התבוננות מהירה תגלה לעינינו את המקש הנקרא "search" (חפש). לחיצה עליו תעלה על המסך את מסך החיפוש, ובראשו השדה הנקרא "name". הגולש המעוניין במציאת קובץ מסויים, יקליד בשדה זה מילה או מספר מילים שהוא מבקש שיופיעו בשם הקובץ אותו הוא מחפש ("הכלה הסורית" בענייננו) וילחץ על הכפתור "start". (התחל).

- 157.2. לאחר מספר שניות מצאה התוכנה לא אחת ולא שתי תוצאות, אלא 28 תוצאות המהוות למעשה קבצים של הסרט הנ"ל או קבצים המתייחסים אליו (כגון קבצי תרגום). כולם הינם קבצים שהגולשים עצמם יצרו הנמצאים על מחשביהם האישיים, ואשר הגולשים עצמם סיפקו קישור אליהם לתוכנה. בשלב זה אין כל צורך או שימוש לאתר. עיון בגודל קובץ התרגום מגלה שמדובר בקבצים זעירים, שאין כל בעיה לייצרם או לשתפם עם אחרים). ראו הדף המצורף ומסומן 2.
- 157.3. לחיצה על כפתור העכבר הימני ובחירה באפשרות "download" (הורדה) תחל את תהליך ההורדה מהתוכנה למחשב המשתמש. וזהו. בכך הסתיים הליך איתור והורדת הסרט. ראו הדף המצורף ומסומן 3.
- 157.4. מעבר לחוץ ההורדות יאתר לנו את הסרט שהורדנו ויאפשר לעקוב אחר התקדמות הורדתו. ראו הדף המצורף ומסומן 4. עם סיום ההורדה כל שנותר הוא ללחוץ על הקובץ ולצפות בו על המחשב או לצרבו על תקליטור ולצפות בו בדרך אחרת.
- 157.5. בהערת אגב נעיר, כי כל גולש שאיתר את הסרט יוכל בקלות רבה לחשוף קובץ זה בפני יתר הגולשים באמצעות לחיצה על כפתור העכבר הימני ולבחור באפשרות "show file details". משאותרו פרטי הקובץ, אין כל בעיה להעביר פרטים אלו לחברינו או להציבם בכל אתר אינטרנט כראות עיני הגולש. ראו הדף המצורפים ומסומנים 5-6.
- 7 כנספה** העתק צילומי המסך המתאימים מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומנים **כנספה 7** לו ומהווים חלק בלתי נפרד ממנו.
158. תהליך דומה עלינו לעבור אם נרצה להוריד מהתוכנה את יצירתה של להקת משינה, "רומנטיקה עתידינית". חיפוש קצר מגלה לנו כי התוכנה איתרה שוב, לא אחת ולא שתיים, אלא 44 תוצאות חיפוש. בין תוצאות אלו נמצא הן קישור לאלבום המלא, הן קישורים לקבצי שירים ספציפיים והן לקליפ הלהקה לשיר (כפי שהופיע בערוץ 24, כך נאמר). ראו הדף המצורף ומסומן 7 בנספח 7 לעיל.
159. יודגש, שתמונות המסך המצורפות והחיפוש בוצעו ימים ספורים טרם להגשת תגובה זו, יותר מחודש לאחר סגירת האתרים, כך שברור לעין כל כי אין בין סגירת האתרים לבין המצאות היצירות בקבצים החשופים בפני הציבור באופן קבוע – דבר. היצירות נמצאות לכל העת ברשות הציבור- בתוכנה.
160. תהליך זה מלמד, על כי למעשה אין למשתמש כל תועלת באתר לצורך איתור קבצים מפרים. כל משתמש שירצה להוריד קובץ כלשהו, יוכל לעשות זאת במישרין מתוכנת ה-eMule. אלא מאי – מה מוסיף האתר?
- האתר עונה על תחושה אנושית בסיסית של הגולשים, הרצון לחוש "ביחד". להרגיש חלק ממעמד הגדול ממך, חלק מגוף אנושי שענייניו דומים לענייניך. זוהי ה"קהילה" המפורסמת... אותם גולשים שהמבקשות סבורות שהמשיב מפעיל כקוסם השולט בארנב.
- אותה "קהילה" מורכבת ממאות ואף אלפי חברים, אשר כל אחד מהם כראות עיניו יעשה. ירצה – יכין תרגום לסרט; ירצה – יחשוף בפני חבריו קישורים לקבצים; ירצה – ימצא דרך ויעתיק יצירות אל ומדיסקים הנמצאים בידיו ונרכשו על ידו.
- למשיב אין כל יכולת להשפיע על מעשים אלו, וכאמור לעיל – נוכחותו או העדרו של האתר לא משנה את יכולתו של כל חבר וחבר בקהילה לפעול כראות עיניו.
161. נוסף ונדגיש, כי **האתר אינו כולל במישרין חומרים מפרים כלשהם**. כל שכולל האת הינו "קישורים" (HyperText Links) לקבצים המצויים ברשת ה-eMule ואשר נטענים כמפרים.
162. קישורים הם לב ליבה של רשת האינטרנט, הבנויה באמצעותם כאריג מחויט. לולא הקישורים – אין מקום לרשת האינטרנט. האתר מעמיד קישורים אלו לרשות הגולשים כמעין סקירה עיתונאית על חומרים המצויים במקום ציבורי.

163. בארה"ב כבר אמר בית המשפט²⁰ על קישורים, כי –
 "Hyperlinking does not in itself involve a violation of the Copyright Act ... since copying is involved, the customer is automatically transferred ..."
 164. אחרון אך נזכיר, כי במקרים הבודדים בהם קיבל המשיב תלויות גולשים אודות קובץ כזה או אחר המצוי באתר, מיהר להסירו.

ג.6. ה"היסטוריה" והאידיאולוגיה של האתר

165. אתר lala הוקם לפני כשנה-שנה וחצי על ידי המשיב כפרוייקט נסיוני ולא ברור.
 166. האתר הוקם כאתר שלא למטרות רווח, ולמעשה מעולם לא פעל לשם יצירת רווח כלשהו. ה"אידיאולוגיה" העומדת מאחוריו (נמלץ ככל שהדבר ישמע) היתה לאפשר לגולשים "דמוקרטיה עיצובית", במסגרתה יעצבו לעצמם הגולשים את פני האתר כראות עיניהם.
 167. תחילה אוחסן האתר על שרת חינומי ולמעשה העניק לגולשים "בית". מערכת של פורומים ואמצעי התקשורת אחרים שיצרו תחושת קהילה, תוך הצהרה חד משמעית שהאתר נוצר לשירות הגולשים, ולא להיפך.
 168. אף מקים האתר, המשיב, עובד כ"פרילאנסר" בתחום קריינות תשדירי רדיו ותחום ה"רעיונאות" בפרסום, והאתר היווה תחביב משני לעבודתו. מעולם לא שימש האתר כמקור הכנסות קבוע ובמרבית החודשים עלו ההוצאות הכרוכות בהחזקתו על ההכנסות.
 169. הגולשים היו בעלי יכולת חופשית כמעט לגמרי (למעט פעולות הפוגעות בגולשים אחרים או באתר, וכדומה) לעצב את פני האתר כראות עיניהם ואט אט הסיטו אותו לכיוון שיתוף הקבצים באמצעות החומרים שהוצגו על ידם באתר.
 170. גולשים התנדבו לכהן כמנהלי פורומים והשקיעו שעות רבות מזמנם בתפקידם זה. גולשים אחרים חלקו בשמחה את חוויותיהם עם חבריהם, וגולשים אחרים חיפשו פתרונות תמיכה ואחרים לשיתוף הקבצים שאותה עת הפך להיות עיסוק מקובל ונפוץ ברשת האינטרנט.
 171. למעשה, פעילותו של המשיב כבר מאותה תקופה ואילך התבטאה בניהול טכני של הבמה שהועמדה לרשות הגולשים, כמעין ספק שירות בנית אתר לציבור. בשלב מאוחר מעט יותר אף נבחרה (על דרך של "מינוי עצמי" – "self appointment") מעין "מועצת מנהלים" של הגולשים שכיוונה את האתר. מספר חברי המועצה נע בכל עת בין 10 ל-30 חברים.
 172. אכן, בהיותו בעל הדומיין (המתחם האינטרנטי בו מצוי האתר) היתה למשיב שליטה תיאורטית במתרחש באתר, אך בפועל פעמים רבות התקבלו החלטות הנוגדות את דעתו על דרך של הצבעת רוב, ועל המבקש היה "לבלוע את הצפרדע" ולקיים את החלטת הרוב.
 173. יודגש כבר כעת, שיתכן ובמבט בדיעבד טעה המשיב בהדגישו את האספקט האידיאולוגי מבלי לנקוט משנה זהירות, אולם באותה עת – זו היתה מטרתו, כפי שרבים אחרים חשים ביחס לאינטרנט (כמעין מקום שהכללים וההתנהלות בו שונים מהעולם הנוקשה בו אנו חיים).
 174. אחרי זמן קצר, עת הגולשים הגיבו בהתלהבות רבה, קרס האתר בשל עומס תנועת גולשים בשרת החינומי, והמבקש נאלץ להוציא כספים מכיסו על מנת לממן שרת ייעודי לאתר, בעלות של אלפי ש"ח. הוצאה זו הוצאה מכיסו של המבקש בלא כל תמורה. יודגש כי באותה עת לא היו באתר פרסומות או תרומות.
 175. ככל שתנועת הגולשים גברה והתשלומים הצטברו, הבין המבקש שלא יוכל לממן את האתר מכיסו מבלי סיוע, ומכיוון שכך בחרה "מועצת המנהלים" לפנות לגולשים ולנסות לגייס תרומות וכן לנסות ולהעזר מהכנסות מפרסומות על מנת לממן את תחזוקתו השוטפת של האתר.
 176. ההכנסות לפרסומות מעולם לא עלו לכדי סכומים משמעותיים ונעו בין עשרות למאות שקלים בחודש. קל וחומר שההכנסות מתרומות היו זעומות, ומשלא הצליח האתר לגייס את כל הסכומים הנדרשים, הוסיף המבקש, שלח יד לכיסו וכיסה את הוצאות האתר בחודשים רבים.

²⁰ Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc., 54 U.S.P.Q. 2d 1344 (C.D. Cal. 2000)

177. עם הגידול בתנועה באתר שוב נוצר עומס על השרת שהביא לקריסתו מעת לעת, ועל כן פנה האתר לגולשים, תיאר את המצב והודיע כי אם לא יושג הכסף לקנות שרת חזק יותר יאלץ האתר לסגור את שעריו (כלומר – להפסיק ולהסגר). באותו מסע הצליח האתר לגייס כ-11,000 ש"ח תרומות ונרכש שרת חדש בעלות של כ-30,000 ש"ח. ההכנסות מהפרסומות באותה עת היו זעומות. ההפרש הושג מכספו של המשיב ומהלוואה שנטל המשיב מחבריו.
- יצויין שכיוון שהאתר פעל כתחביב לשעות הפנאי של המשיב, לא נוהלה מערכת הנהלת חשבונות מסודרת ולא היה מעקב מסודר אחר הכנסות והוצאות. כיום, אין על המשיב אלא להצר על כך.
178. בכל אותה עת, מעולם לא נקט האתר בדרך שננקטה באתרים אחרים ולא הציע גולשים קניית "מנוי" ייחודי כנגד תשלום, שכן המטרה הראשונית היתה ועודנה – ליצור אתר הנגיש לכל אדם באשר הוא.
179. ככל שהאתר גדל, הלכו ותפחו ההוצאות: קניית שרתים חזקים, אחזקתם השוטפת ושדרוגם מעת לעת, תשלום עבור ארוח האתר ותשלום עבור ניהול טכני ומקצועי (שכמובן לא שולם למשיב).
180. בלית ברירה החל האתר מחפש מפרסמים ותורמים. אלא שגם כאן ניהול האתר היה חובבני. לא נקבע מחיר אחיד לפרסומות, אלא מחירה הוצג למפרסם בהתאם להיקף ההוצאות הצפויות ובמטרה לכסותן עד כמה שניתן. כך לעיתים אף נתקשו המפרסמים לשלם ישירות לנושי האתר (דוגמת ספקי השרתים) ולא ישירות לאתר. במרבית החודשים לא עלה בידי האתר לממן את כל הוצאותיו וכאמור המשיב נאלץ להשלים את הסכומים מעת לעת.
181. כך גם התרומות היו זעומות, והסתכמו בלא יותר ממאות שקלים בחודש במקרה הטוב.
182. בשלב מסויים פנו ה"ה גל בריל ואלי שגב למשיב, הודיעו לו כי הם עומדים לסגור את האתרים המנוהלים על ידו והציעו שיצטרפו לצוות ניהול האתר. המשיב כמובן הסכים, אם כי עמד על כמה נושאים חשובים.
- בין הצדדים נחתם הסכם שנוסח על ידם בלא ייעוץ משפטי כלשהו.
- העתק ההסכם מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **פנספח 8** ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
183. במבוא להסכם צוינו מטרות הצדדים כ"עסקיות/אידאולוגיות/אחר". משמעות הדבר כוונה בעיקר שבעוד שאלו שמקורב באו רצו לשמור על הכנסותיהם מאתריהם, הלא המשיב ביקש לשמור על דרכו האידאולוגית, וההסכם מסביר.
184. סעיף 2 להסכם התיר לה"ה בריל ושגב לתתול באתר פרסומות ובאנרים ולהינות מהכנסותיהם של אלו לבדם. דרישה זו הועלתה על ידם שכן הם היו אותה עת בקשר ישיר עם חברת iMedia אשר סייעה בידם במכירת שטחי פרסום באתריהם וביקשו להוסיף את הקשר. יוער, אם כן, שאף **כל האמור בבקשה המתייחס לפרסומות שנמכרו על ידי חברת iMedia** (לרבות סכומיהם) מתייחס במישרין לה"ה בריל ושגב, והמשיב מעולם לא נהנה ממנו. על כן הקביעות בדבר היקף הכנסותיו של המשיב – אין להן כל בסיס.
- iMedia הינה חברת שיווק פרסום מקצועית המתמחה בתחום האינטרנט ובהתאם התעריפים אותם היא מציגה ללקוחותיה עלו מונים רבים על הסכומים שנגבו על ידי האתר ביחס ליתר הפרסומות. כל יתר הפרסומות באתר הוסיפו להיות שוליות, בסכומים נמוכים הרבה יותר, כבעבר – הכל במטרה ולנסות להשתמש בכספים לתחזוק האתר ולא מעבר לכך.
- כאמור לעיל, לא ניתן להציג פירוט מדויק של הכנסות והוצאות, שכן האתר נוהל בחובבנות, תוך שהמשיב אינו עוקב אחר כל סכום שנכנס או הוצא או אף אחרי סכומים ששילם מכיסו עבור האתר, מתוך אמונה בחשיבות האמיתית של יצירת הקהילה, כאשר כל אחד מחבריה תורם משלו כפי יכולתו.
185. עיון בסעיף 6 להסכם ילמד, עד כמה הדגיש המשיב את השמירה על "אופיו הדמוקרטי" של האתר, עד כדי קביעה שפעולות המנסות לצמצמו הן הפעולות היחידות שהוא רשאי להטיל וטו ביחס אליהן. כלומר – לשליטה המלאה של הקהילה היתה חשיבות עליונה בעיני המשיב.
186. בכל מקרה, איחוד האתרים לא הוביל לעלייה המצופה בכמות הגולשים, שכן ככל הנראה גולשי האתרים הכירו ופקדו את כולם עוד קודם לכן.

187. מאידך, טרם לאיחוד באתר כמעט ולא היו קבצי תרגום בכלל. כמותם המספרית לא עלתה על קבצים בודדים. עם האיחוד, הביאו עימם ה"ה בריל ושגב כמות העולה מונים רבים והם אשר העלו את הקבצים לאתר.
188. במהלך הפעילות השוטפת של האתר, מעולם לא ביצע האתר (או המשיב) "בדיקות איכות" לקבצים. הדרך בה בחר האתר לפעול בעניין זה היתה, כתמיד, להקשיב לגולשים. רק לאחר תלונת מספר גולשים על בעייתיות בקובץ כלשהו, הורד הקובץ (שוב – מבלי לבדקו ותוך שחברי האתר סומכים על הגולשים).
189. יתר על כן, אם בשלב כלשהו נעשתה פניה לאתר לפיה קובץ כזה או אחר השמור עליו "שייך לוי", והוא מבקש להסירו – הקובץ הוסר.
190. אף ביחס לסרטים בהם נמצאו "חתימות" הנושאות את השם "לה לה", הרי חתימות אלו מעולם לא הועלו לקבצים על ידי המשיב או מי מטעמו מן הטעם הפשוט שהמשיב מעולם לא פעל בדרך כלשהי ליצירת הקבצים או לעריכתם. ככל הנראה, כל אותם גולשים שרצו לחוש חלק מאותה קהילה, בחרו לעשות שימוש בשם האתר על מנת לייחס לעצמם את החברות בקהילה שהאתר יצר.
- יצויין, כי קיימים קבצים רבים מיני ספור, בחלקם יש חתימות מסוגים שונים ובחלקם כלל אין חתימות. מעת לעת אף נמצאו קבצים (שהיה ברור כי הגולשים יצרו אותם) עם חתימה המייחסת אותם "לפדרציה" (הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות). כלומר, הגולשים היו אלו ששלטו בקבצים ולאחר לא היתה כל יכולת לפקח על כך.
- כך למשל מצורפים כנספח 8 תקליטורים הכוללים את הקבצים
 Flightplan.TC.XviD.hebsub.A.L.I.S.[WWW.IFPI.CO.IL].avi
 וכך
 Bewitched.2005.DVDRip.XviD.A.L.I.S.[WWW.IFPI.CO.IL].avi (בהם ניתן לראות את
 הסרטים "Flight Plan" ו-"Bewitched" כשהם מתורגמים לעברית על ידי מתרגם אנונימי. שם
 הקובץ מלמד על כי הפדרציה עצמה ו/או המבקשת 27 הן הן אשר תרגמו סרט זה יחד עם הפניה
 לאתר האינטרנט של הפדרציה.
- כמו גם צפיה בסרטים עצמם מלמדת, כי גם בתוך הסרט עצמו מופיע הכיתוב "קודד על ידי
 הפדרציה עבור אליס" הן בתחילת הסרט והן בסיומו.
- לצערנו של הח"מ לא הצלחנו להפיק תמונת מסך מהסרט עצמו בזמן, אולם העתק צילום המסך
 של שם הקובץ מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו וכן ה-CD עצמו הכולל את הסרט, מסומן
כנספח 8 ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
- כלומר, ברור כי הטמעת שם כלשהו על הקובץ הינה פשוטה, לא בעייתית ומתבצעת על ידי כל
 גולש עם ידע מינימלי בתוכנות עריכה.

7. טענות ההגנה של המשיב

א.4. העתקת "קלטות" על ידי הגולשים חוקית היא, ועל כן גם פעילות האתר חוקית

191. במהלך שנות ה-80 וה-90 במאה ה-20 עלה גל אדיר של העתקות שירים שנעשו על ידי הציבור כולו. גל זה נוצר בעקבות התקדמות הטכנולוגיה, שאיפשרה העתקת יצירות בצורה נוחה ויעילה יחסית למה שהיה עד אז (כמו למשל – רשמקול כפול או מכשיר וידאו פשוט).
192. המחוקק הישראלי הבין עקב כך כי חוק זכויות יוצרים אין די בו כדי להגן על היוצר ולהמציא לו את התמלוגים המגיעים לו.
193. חברות המדיה העלו קול צעקה, והמחוקק נחלץ לעזרתן וחוקק את תיקון תשנ"ו לפקודת זכות יוצרים, 1924²¹.

²¹ ס"ח תשנ"ו, 244.

194. תיקון זה הוסיף בין היתר את סעיפים 33, ג3 ו3ד לפקודה, שקובעים -
- "33 ב" **"קלטת"** – התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב.
- ג3 **לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים** לטבוע או לשעתק יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות.
- ד3 (א) **הממשלה תפצה את בעלי זכויות היוצרים ואת בעלי זכויות המבצעים על אבדן הכנסה ופגיעה בזכויות, הנגרמת להם בשל טביעה או שעתוק על קלטות, לשם שימוש ביתי או פרטי, לפי סעיף ג3.**
- (ב) **הממשלה תעביר לחברות התמלוגים, מדי שנה, סכום בשיעור 5% מהמחיר לצרכן, ללא מס ערך מוסף, של סך כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי וביתי בשנה שקדמה לשנה הנדונה."**
195. כלומר, במקום להפוך את כלל הציבור למפר חוק (כפי שמנסות המבקשות לטעון כעת) התמודד המחוקק עם הבעיה הנידונה בעניין זה ובחר בדרך אחרת. המחוקק הפך את הפעולה המפרה לפעולה חוקית, וקבע דרך מקבילה לפיצוי האמנים וחברות המדיה הנפגעות.
- יש לשים לב שמנגנון זה חל הן על יצירות אודיו (שירים ומוסיקה) והן על יצירות אודיו (סרטים, תכניות טלביזיה וכו').
196. מכיוון שלכל היה ברור כי הכמות האדירה של אמצעי הזכרון השונים ("קלטות" בלשון החוק. בין אם קלטות וידאו, אודיו או בשלב מאוחר יותר גם תקליטורי CD ו-DVD) הנמכרים בציבור משמשים למעשה להערכת שירים, תכניות טלביזיה וסרטי וידאו, קבע המחוקק מעין "תמלוג" קבוע בשיעור של 5% ממחירי מכירת כל אמצעי זכרון אלו.
- מכירתה של כל "קלטת", שהיא אמצעי ("התקן") הנמכר ריק ("שאיין עליו טביעה") המאפשר שיעתוק שירים או סרטים ("ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית"), תזכה את בעלי הזכויות (יוצרים, מבצעים ומכשירים מיכניים) בתמלוג קבוע הנגזר ממחירה.
197. **דרך פעולה זו "הלבינה" למעשה את העבירה של הפרת זכות יוצרים לשימוש ביתי, והפכה אותה למותרת. שהרי כל "מפר" כאמור שילם את חלקו בתמלוגים במחיר הקלטת.**
198. אף דברי ההסבר להצעת החוק²² מבהירים היטב את כוונת המחוקק בעניין זה –
- "עם התפתחות הטכנולוגיה ומגוון האפשרויות להטבעה, להקלטה, לשכפול ולשיעתוק של יצירות אף באמצעים ביתיים פשוטים, נפגעות זכויותיהם של היוצרים והמבצעים.
- חוק זה בא לפצות את היוצרים והמבצעים על פגיעה זו, ולאפשר הגנה ראויה על זכויותיהם, תוך ראייה של חשיבות תרומתם לתוצר האמנותי.
- ...
- עוד מוצע שלא יראו טביעה ושעתוק לשימוש פרטי או ביתי כהפרת זכויות יוצרים ומבצעים (סעיף ג3 המוצע לפקודה)."
- הצעת החוק מצורפת **כאסמכתא ג'** לבקשה זו.
199. **כלומר, חוק זה נועד כדי לפצות את המבקשות בדיוק על אותם "נזקים" להם הן טוענות כיום.**
200. יובהר כעת, כי המבקשות אפילו אינן מתיימרות לטעון כי מי מהמורידים את היצירות עושה זאת לצרכים שאינם צרכיו הפרטיים, כך שבכל מקרה – לא יכול להיות חולק בבקשה זו שמדובר בהערכת יצירות לצרכים פרטיים.
- ההיפך הוא הנכון, נוהג שבשיגרה הוא כי הקבצים מורדים לשימוש עצמי. חלק מהגולשים עושים זאת לצרכי גיבוי דיסק שרכשו, חלקם עושה זאת במטרה לצפות בביתו בסרט או להאזין לדיסק שברצונם להחליט האם לרכשו או לראותו בקולנוע ויתרם מוריד את היצירה לשימושו הוא ובני ביתו.
201. כדרכו של מחוקק דיני זכויות היוצרים, המונחים המפורטים בחוק אינם מצליחים פעמים רבות להדביק את הטכנולוגיה, כך שבתי המשפט נאלצים לפרש את המינוח הקלוקל בחוק בהתאם להתקדמות הטכנולוגית הרלוונטית.

²² הצ"ח 2520, 4.3.1996, 601.

202. בהתאם, תקליטורי CD ו-DVD עונים בהכרח על הגדרת "קלטת". הלוא אלו הם התקנים הנמכרים "נקיים", בלא טביעה, בחבילות גדולות. על התקנים אלו יכול המשתמש להטביע טביעה קולית או ויזואלית. לא יכול אף להיות חולק שתקליטורים מסוגים שונים מיועדים (בין היתר) לשמש להקלטת שירים וסרטים.
203. נענה כבר כעת לטרוניה שבוודאי תבוא, כי תקליטורים הינם "התקנים לצרכי מחשב" שכן ניתן לשמור עליהם אף קבצי מחשב שונים, ונזכיר כי בעבר אף קלטות שימוש לצורך גיבוי מחשבים. עובדה זו שניתן לעשות בהתקן שימוש שהוא גם לצרכי מחשב אינה מחריגה אותו מגדר הגדרת "קלטת".
204. עמדה זו נתקבלה על דעת בית המשפט העליון בפרשת עיריית חולון (כמו גם על דעת בית המשפט המחוזי ומלומדים שונים)²³. אף המבקשות מסכימות לכך בבקשתן (וראה סעיף 20 בעמ' 45 לבקשה).
205. **כלומר, כל עוד משמשים התקליטורים להעתקת שירים וסרטים לשימוש ביתי או פרטי – אין בכך כל פסול, שכן המחוקק דאג לפיצויים של היוצרים, המבצעים וחברות התקליטים כנדרש.**
206. בהתאם, הרוכש תקליטור ועליו מוטבעת יצירה, רשאי מכוח סעיף 6 למכרו, להשכירו או אף להעניקו במתנה ללא הסכמת בעל זכות היוצרים, שכן זה מקבל פיצוי על פעולה זו. אותה הענקה במתנה מבוצעת על ידי הגולש באמצעות תוכנת ה-eMule ופעולה זו בדיוק נערכת בעת שיתוף הקבצים.
207. **מכך עולה, כי פעולת הגולשים השונים, המעלים לרשת (באמצעות ה-eMule) שירים וסרטים וחבריהם המורידים אותם וצורבים אותם על גבי מדיות ביתיות (דוגמת CD ו-DVD) כלל אינם מפריס את זכויות היוצרים של בעלי הזכויות.**
- פעולה זו של הורדת מוסיקה לשימוש ביתי וצריבתה – מותרת על פי הדין. הדין קובע את גובה התמלוגים לו זכאים בעלי הזכויות (5% מהמחיר לצרכן בניכוי מע"מ) ואת המקור לגבייתם (ממכירות אמצעי הזיכרון).
208. **מכאן, שהגולשים עצמם כלל אינם מבצעים הפרות כלשהן של זכויות היוצרים ביחס ליצירות, ובהכרח האתר המסייע בידם, אם וככל שהוא מסייע, אינו מפר אף הוא את הזכויות.**

ב.7. האתר מתפקד כ(אינדקס של) ספריה ציבורית

209. המשיב יטען כי מעמדו ביחס לשאלה נשוא טביעה זו זהה למעמדה של ספריה ציבורית, בשל כך שהאתר מציג בפני הציבור חומר הפתוח לעיונו בכל מקרה, אינו גובה כסף ומעשיר את דעתו של כל החפץ לגלוש אליו.
- ליתר דיוק, מעמד התוכנה כעין ספריה ציבורית, בעוד שמעמד האתר כעין אינדקס לאותה ספריה²⁴. כלומר, אחריות האתרים אף נמוכה מאחריותה של ספריה ציבורית, שכן הם אינם הספריה עצמה אלא האינדקס של אותה ספריה, ואם פעילות הספרייה מותרת – קל וחומר שפעילות האינדקס תותר.
210. התוכנה (אותה מסקר האתר) מבצעת פעולה העולה כדי איסוף כל היצירות במקום פומבי אחד והשאלתן של אלו לגולשים, חינם אין כסף. פעולה זו עולה כדי פעילותה של ספריה ציבורית המעשירה את המשתמשים בה. אכן, יתכן שפעולת התוכנה אינה "השאלה" מדויקת כלשון החוק, אולם המדובר בפעולה שוות ערך.
- כך, למשל, מרבית הגולשים "שואלים" את הקבצים למחשביהם לתקופה זמנית. אותה עת משמש המחשב כמעין "רשמקול" – מכשיר הקלטה טכני המסייע להעברת הקובץ אל גבי התקליטור, שם מקומו הטבעי. לאחר ההעתקה לתקליטור אין לגולש כל צורך בקובץ והוא יכול למחקו.

²³ ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן. אס. סי. מוסיקה בע"מ, דינים עליון, כרך סד, 332; ת.א. (ת"א) 1192/96 אן. אס. סי. מוסיקה בע"מ ואח' נ' עיריית חולון (מצורף כאסמכתא לבקשה זו) וראה גם ט. גרינמן, זכויות יוצרים (הוצ' איש ירוק, 2003) (להלן: "גרינמן"), עמ' 178, המציין ש"קלטת" יכול, נוסף על תקליטור, אף DVD.

²⁴ וראה סעיפים 6-8, עמ' 8 לבקשת צו המניעה והגדרת האתרים כ"אתרי אינדקס".

הקלטה זו לתקליטור בידי הגולש, אינה אסורה על פי דין והיא שימוש עצמי ופרטי.

211. בבדקן מה הוא עקרון היסוד המאפיין ספריה ציבורית, קובע בית המשפט העליון (בפרשת עיריית חולון²⁵ המצורפת לבקשה זו **כאסמכתא ד'** לה), כי "שני עקרונות יסוד מנחים את פעילותה של הספריה הציבורית":
- 211.1. האחד, טבוע בעצם הגדרת המושג "ספריה ציבורית" והוא – כי הספריה תהיה פתוחה לציבור הרחב ותיענה לכל המבקש להרחיב דעת לבוא בשעריה.
- 211.2. השני, הנגזר מהראשון, הוא כי שירותי הספריה הבסיסיים ינתנו חינם, ובכך תובטח לכל אדם זכות למקור גישה חשוב זה של השכלה, תרבות ודעת, בלא התניה באשר ליכולתו הכלכלית".
212. המשיב עומד בשני קריטריונים חשובים אלו:
- 212.1. התוכנה (והאתר) שניהם פתוחים לכל גולש מכל שכבות הציבור.
- 212.2. שירותי התוכנה (והאתר) ניתנים חינם אין כסף לכל דכפין.
213. נותרת שאלה בדבר "מסחריות" הספריה, ובעניין זה נציין למשל את עמדתו של ד"ר מיכאל בירנהק²⁶ המציע סיווג שונה מעט: לא דיכוטומיה בין מסחרי לשאינו מסחרי, אלא מנעד הנע בין האחד למשנהו באופן רציף.
- ד"ר בירנהק מוסיף ומזכיר, כי "במקרה הספריה, הנהנים אינם רק צרכנים שנמנעו מרכישה, אלא גם אזרחים שהספריה היא לגביהם אפיק הגישה לשיח הציבורי", ממש בדומה לענייננו. מי שידו אינה מגעת לרכישת סרטים ותקליטורים במחירים הנקובים בידי התובעות – השימוש באינטרנט ובתוכנות השיתוף בקבצים הינו המפלט היחיד לשיח וליצירה הציבוריים.
214. גם בענייננו, מדובר באתר שנוצר ופועל שלא לצרכי רווח. הוא מעולם לא נרשם כחברה, מעולם לא עשה רווחים וכל שעמד עליו הוא נסיון להחזיר את הוצאותיו. כמתואר לעיל, האתר הופעל כמעין אתר קהילתי שכל מטרתו היא להקטין את עלויות הפעלתו ככל האפשר ולצרף גולשים רבים לחיק הקהילה על מנת שיקבלו תמיכה וגיבוי בכל אשר ירצו (בין אם ביחס לשיתוף בקבצים או בכל עניין אחר שהגולשים עצמם קבעו שראוי שיהיה באתר).
215. אף כב' הש. שלו ז"ל בהליך צו המניעה בתיק בבית המשפט המחוזי²⁷ נקט בעמדה שאומצה על ידי בית המשפט העליון לאחר מכן, בניגוד לכב' הש. קלינג באותו עניין (שבסופו של יום פסק דינו נהפך).
216. הן בבית המשפט העליון והן בצו המניעה במחוזי, נקבע, כי פרשנות סעיפי החוק משמעה הסדר שלילי מקום בו הפעילות אינה לצרכי מסחר. כלומר, כאשר ההשאלה או השכרה אינה לצרכי מסחר – אין הפרה של זכות היוצרים.
217. עוד נזכיר, כי בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עיריית חולון (אסמכתא ד' לעיל) קובע בית המשפט העליון מפי כב' המשנה לנשיא ש. לוי בפסקה 8 לפסק הדין, כי -
- "מקובל עלינו שיש לקרוא את סעיף 30 לפקודה במשתמע, כקובע שזכויות היוצרים **בתקליטור (להבדיל מזכויות בעל זכויות היוצרים ביצירה המוטבעת עליה) כוללות גם את זכות השאלתו או השכרתו לצרכי מסחר**".
218. כלומר, בית המשפט הנכבד אף קובע, כי השכרתו או השאלתו של **תקליטור** לצרכי מסחר אסורה, אך מוסיף וקובע באותה נשימה, כי החוק אינו כולל איסור על השכרת או השאלת **היצירה עצמה**. קריאת החוק מלמדת, שככל והיצירה אינה טבועה על גבי קלטת הרי אין בהשכרתה או השאלתה כדי זכות יוצרים. עיון בסעיף 2 לחוק אף מחזק עמדה זו, שכן **לא נמצא שם כל איסור על השכרת או השאלת היצירה עצמה**.

²⁵ ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן. אס. סי. מוסיקה בע"מ ואח', דינים עליון, כרך סד, 332.

²⁶ **השאלה ציבורית והעתקה פרטית**, עיוני משפט כז(3) 885, עמ' 902.

²⁷ ת.א. (ת"א) 1192/96 אן. אמ. סי. מוסיקה בע"מ נ' עיריית חולון (לא פורסם, דינים מחוזי, כרך כו(7), 709.

219. זכות היוצרים מונעת העתקה של היצירה, מונעת את הפצתה הראשונה לציבור וכו', אך אינה מונעת את השכרת או השאלת היצירה עצמה, כפי שנעשה בענייננו.

ג.7. העתקת יצירות אומנותיות המוצגות בציבור:

220. אף בפרק זה, נזכיר, כי חוק זכויות יוצרים הינו חוק עתיק יומין, אשר מחייב כל פעם מחדש את בתי המשפט לפרשו בהתאם להתקדמות הטכנולוגית הרלוונטית.
221. סעיף (1)2(iii) לחוק זכויות יוצרים קובע, כי לא יראו כהפרת זכות יוצרים את עשייתם של העתקים מיצירות דוגמת פסלים, יצירות אמנות ויצירות אדריכליות, אם דברים אלו נמצאים באופן קבוע במקום או בבניין ציבורי.
222. כלומר, החוק מאפשר העתקה של יצירות הנמצאות במקום ציבורי מבלי שהדבר יחשב הפרת זכויות יוצרים.
223. אין כל דרישה חוקית לכך שהיוצר יאשר את הצבתה של היצירה במקום ציבורי. כלומר, די אם רוכש עותק "חוקי" מן היצירה מחליט להציבו בציבור – דיינו, והסעיף יחול.
224. סעיף זה נועד לאזן בין הזכויות המונופוליסטיות המוקנות ליוצר לבין אינטרס הציבור כי היצירות תופצנה באופן שיקדם את השיח התרבותי האנושי.
225. איזון זה מושג על ידי הגנה על זכות היוצר למנוע הפצה ראשונה של היצירה וכן למנוע את העתקתה, אולם תוך הגנה על זכות הציבור במקרים בהם היצירות בכל מקרה נמצאות במקום ציבורי-פומבי להינות מהיצירה בלא הגבלה.
226. ולא בכדי הדבר. כזכור בוודאי, זכותו של היוצר למנוע הפצה של היצירה מוגבלת לזכות המכירה הראשונה. מששחרר היוצר את היצירה מתחת ידיו ומכרה רשאי הרוכש לעשות ככל העולה על רוחו בעותק אותו רכש. משהוצבה היצירה דרך קבע במקום פומבי שכל אחד יכול לגשת אליו, אין כל יתרון לציבור במניעת יצירת העתקים.
227. הלא היוצר אינו יכול להרוויח כספים נוספים ממכירת עותקים מיצירה שכל דכפין יכול להתבונן בה ולהעתיקה.
228. כלשונו, וכעולה מסעיף ההגדרות בחוק, מכיוון שהסעיף חל על "יצירת אמנות" הכוללת צילומים (ובהכרח לפי ספרה של ד"ר פרזנטה כמתואר מיד אף יצירות אורקוליות, הרי הסעיף חל על סרטי קולנוע לכל הפחות.
229. אלא, שחוק זה נוסח – כאמור לעיל - בעבר הרחוק, ולשונו שימשה את בית המשפט אך לשם פרשנות שתוביל להתאמתו לכל עת רלוונטית.
230. כך לדוגמא, עיון בספרה של ד"ר פרזנטה²⁸ מבהיר כי המחברת אף היא סבורה כי מן הראוי להתאים החוק ולקראו לא לפי לשונו אלא לפי הגיונו (וכנראה אף התאמתו למצב הדברים בכל עת רלוונטית). בהתאם, קוראת המחברת לתוך היצירות שניתן להעתיקן עת הן מצויות דרך קבע במקום ציבורי, אף את היצירה הקולנועית שאינה מופיעה בנוסחו המקורי של הסעיף.
231. המשיב מזמין את בית משפט נכבד זה לצעוד צעד נוסף להווה הטכנולוגי, ולפרש את הסעיף כפי שראוי לפרשו. מטרת הסעיף הינה להגן על מי שמפרסם יצירה המצוייה בידי הציבור בעת פרסומו, אף אם במקור יש בה זכויות יוצרים.
232. בעבר, הטכנולוגיה לא איפשרה הצגה בציבור באופן קבוע של יצירה מוסיקלית. כיום, רשת האינטרנט מאפשרת זאת (לדוגמא – אתר חברת תקליטים הכולל שיר שניתן להורידו בכל עת). מכאן, שהגיון הדברים מחייב החלתו של הסעיף אף על יצירות מוסיקליות, שכן תוצאת החלתו על כל סוגי היצירות תהייה זהה.
233. מן הראוי לפרש "מקום ציבורי" כ"מקום הפתוח לציבור ושאינו אדם נדרש לרשות כלשהי על מנת להכנס אליו"²⁹.

²⁸ פרזנטה, כרך ב', עמ' 935.

²⁹ גרינמן, עמ' 216.

234. תוכנת ה-eMule הינה תוכנה "ציבורית"-חינמית (תוכנת קוד פתוח), שכל אדם יכול להורידה (על כל גרסאותיה) מאתרי אינטרנט רבים ובגרסאות רבות (על כך אין חולק והתיאור להלן לקוח הן מהתצהיר התומך בבקשה זו והן מנספח 10 לבקשת צו המניעה).
235. רשת ה-eMule מכילה בחובה מליוני קבצים (ולמעשה – קבצים עד בלי קץ. כל גולש שרוכש תקליטור יכול להציגו בתוכנה ולהפכו זמין לכל גולש בכל העולם.
236. בכל עת רלוונטית מצוי כל קובץ ברשת במספר מקורות רבים, לפי כמות הגולשים המחזיקים בקובץ זה ואשר מעוניינים בשיתופו. דברים אלו מקבלים משנה תוקף כאשר היום גולשים רבים מחוברים לאינטרנט באמצעות חיבור "אינטרנט מהיר" ובלא הגבלת זמן או היקף מידע, ועל כן אינם סוגרים את מחשביהם.
237. מטבע הדברים, כאשר המאגר הינו מאגר כה עצום, ניתן בכל עת רלוונטית למצוא ב-eMule קבצים ככל אשר יבחר הגולש לחפש. לגולש המכיר את התוכנה, לא יעלה על הדעת מצב בו יחפש בתוכנה קובץ המתייחס לשיר או סרט כלשהם ולא ימצא את הגולש אשר בידיו העתק מאותו שיר או סרט (ובדרך כלל ימצאו מספר גולשים שכאלו) ואשר הציבו בתוכנה.
238. בהתאם, רשת ה-eMule הינה ציבורית, ופתוחה לכל דורש. כל גולש יכול להעלות אליה קבצים, וכל גולש יכול אף להוריד ממנה קבצים בכל עת רלוונטית. כאמור, עלינו לזכור שכיום רבים מספור הגולשים המחברים לאינטרנט 24 שעות ביממה, 7 ימים בשבוע, ואשר פותחים מחשביהם באמצעות תוכנות לשיתוף קבצים לשירות כל גולש בכל עת.
239. מכאן, אם נחיל על סעיף (iii)(1) את העיקרון לפיו מטרתו הינה לאפשר איזון ראוי בין ההגנה על היוצר (מקום בו טרם פרסם את יצירתו בפומבי) לבין ההגנה על אינטרס הציבור הרחב (מקום בו כבר פורסמה היצירה בפומבי), עולה המסקנה כי כל אחד ואחד מאותם קבצים המצויים בעותקים רבים ובכל עת רלוונטית הינם עותקים המצויים דרך קבע במקום ציבורי ולכן – העתקתם אינה הפרה של זכות היוצר.
- לאור לשון החוק ומטרתו, הרי סעיף זה חל אף על יצירות שהן סרטי קולנוע ויצירות מוסיקליות.

ד.7. האתר כ"ספק שירות":

240. הדין האמריקאי מכיר במצבים בהם ספק שירות לא יחוב בגין הפרת זכויות יוצרים המתבצעת בגדר השרת אותו הוא מפעיל, במקרים מסויימים. נראה מייד כיצד האתר עונה לקריטריונים אלו, ונבקש מבית המשפט הנכבד להחיל את שיקול דעתו מקום זה בו הקרקע עוד בתולית וטרם נכבשה על ידי המחוקק הישראלי, על מנת להגן על המשיב.
241. בדומה לחוק האמריקאי ה-DMCA³⁰ אף האתר פועל כמעין "ספק שירות".
242. "ספק שירות" מוגדר בסעי' (A)(1)(k)512 ל-DMCA כגוף המציע העברה, ניתוב או אספקה של קישור לתקשורת דיגיטלית מקוונת בין נקודות שצוינו על ידי משתמש למידע, על פי בחירת המשתמש, ללא שינוי לתוכן לחומר שנשלח או התקבל.
243. סעיף (B)(1)(k)512 מוסיף הגדרה נוספת של ספק הגישה לאינטרנט (Internet Service Provider – ISP). אנו למדים מכך, שהגדרת "ספק שירות" בחוק האמריקאי רחבה מהגדרתו של "ספק שירותי אינטרנט", והיא למעשה חלה על כל מי אשר מעמיד לרשות אחר מערכת להעלאת והורדת מידע וקישורים ברשת האינטרנט.
- בין יתר "ספקי השירות" ניתן למצוא אף אתרי מנוע חיפוש, שלמעשה אינם אחראים לתוכן האתרים המוצגים על ידם שכן אין ביכולתם לבקר את כל אחד ואחד ממליארדי אתרי האינטרנט השונים.

³⁰ Digital Millenium Copyright Act of 1998 (DMCA), 17 U.S.C. 1202

244. הסעיף החשוב לענייננו הינו סעיף 512(a)(d) העוסק בספק שירות של כלי איתור מידע (Information Location Tools – אותו אתר חיפוש או אתר אינדקס). ספק שכזה לא יחוב בחבות כלשהי (בין אם כספית בצו מניעה) בגין הפרת זכויות יוצרים אם הפנה או קישר משתמשים למיקום מקוון המכיל חומר או פעילות מפרים על ידי שימוש בכלי איתור מידע, לרבות אינדקס, הפניות או קישורי היפרטקסט ("קישורים" – Links) ואם עמד בתנאים הנוספים שנקבעו בחוק.

על כן אין חולק שהאתר עונה להגדרה זו (שכן הוא מספק תקשורת מקוונת בין המשתמשים בו, אשר קובעים היכן יציבו את החומר שברצונם להעלות לאתר, מבלי שהאתר ישנה את תוכן החומר המוצב בו. אכן, לאתר ישנה יכולת לעשות כן, אך הן בגלל היקף החומר והן בגלל מדיניות האתר, מעולם לא נעשה בכך שימוש. ההתערבות היחידה שבוצעה לא היתה שינוי בחומר, אלא הורדת חומר כזה או אחר כאשר הגיעו תלונות גולשים ביחס אליו, ודברים אלו כמעט ולא קרו.

כעת נבדוק אם האתר עומד ביתר התנאים, שהינם:

244.1. אין לו ידיעה ממשית שהחומר או הפעילות מפרים או שאינו מודע לעובדות מהן ברורה הפעילות המפרה או שפעל מיידית כדי להסיר כשהודיעו לו, וכן

244.2. אין לו רווח כלכלי ישיר (!) מהפעילות המפרה; ו-

244.3. פועל מיידית להסיר את החומר המפר מיד כשמודיעים לו.

245. האתר עומד בתנאים אלו, שכן:

245.1. האתר מעולם לא קיבל מכתב התראה פורמלי על הפרות הזכויות. יתרה מכך, גם מכתב ההתראה שנשלח לאתר מעולם לא הגיע, שכן המשיב אינו מתגורר בכתובת אליו נשלח. נשיב כבר כעת לטענה כי לא ניתן היה לאתר את המשיב, ונצביע על כי בכל עת רלוונטית הופיעו פרטי המשיב באתר, לרבות מספר הטלפון הסלולארי שלו וכתובת דואר למשלוח תרומות. ברי כי אם רק רצו המבקשות לדאוג כי מכתב ההתראה יגיע לידיעת המשיב היה עליהן רק לשלוח מכתב לאותה כתובת אליה העבירו תרומה (וראה נספח 10, עמ' 21 בו מפורטת הכתובת).

245.2. האתר אינו מרוויח רווח ישיר מהפעילות. כאמור לעיל האתר אינו למטרות רווח, והפעילות הינה אך אלמנט אחד מיני רבים המופיעים בו. כך או אחרת, הרווח מהפעילות האמורה כאינו ישיר אלא עקיף.

245.3. האתר פעל מיד עם קבלת כתב התביעה (שהוא המועד הראשון בו נתקבל מכתב פורמלי, להבדיל משמועות והצהרות לא מבוססות), והחל מאותו מועד האתר סגור, ואינו כולל אלא הפניה לאתר אחר בו מציג "מטה המאבק" את עמדתו ביחס למאבק חברות התקליטים בו.

יתר על כן, במקרים הבודדים בהם קיבל האתר תלונה כנגד קישור כזה או אחר – מיהר להסירו.

יוער כבר כעת, כי כל טענה כנגד אתר המאבק דינה להדחות, שכן כמו שהמבקשות ודומיהן (לדוגמא RIAA האמריקאית) מנהלות מלחמה ציבורית על דעת הקהל, בין היתר על ידי אתרים המשמשים לצורך כך, אין כל פסול במלחמה הציבורית שמקיים האתר כנגד המבקשות, כל עוד הוא אינו מפר את זכויותיהן.

246. אשר על כן, ברי כי האתר כמוהו כספק שירות העומד בתנאי החוק האמריקאי ואינו חב בגין הפרות המבוצעות, ככל שהן מבוצעות, על ידי הגולשים.

247. נזכיר עוד בעניין זה פרשה ידועה שארעה בארה"ב והיא פרשת **Kelly v. Arriba Soft Corporation**³¹. בעניין זה הציעה הנתבעת לגולשיה להיעזר במנוע חיפוש אינטרנטי משולב בתמונות. כלומר, הגולש הקליד שאילתת חיפוש רגילה, אך התשובות המופיעות באתר – הופיעו באמצעות תמונות ממוזערות (Thumbnails) ולא טקסט (כלומר – היצירה עצמה הועתקה למנוע החיפוש). התובע היה צלם שאתרו הועלה על ידי מנוע החיפוש וסבר שבכך מופרות זכויותיו.

248. בתיק זה הועלו שתי נקודות עיקריות, שביניהן שאלת השימוש בתמונות ממוזערות במנוע חיפוש. בית המשפט פסק בשתי הערכאות, כי פעולה שכזו אינה מהווה הפרת זכות יוצרים.

³¹ (9th Cir., 2003) 336 F. 3d 811, המצורף **כאסמכתא ה'** לבקשה זו.

249. כלומר, נפסק שמקום בו מנוע חיפוש מפנה ליצירת אמנות באמצעות הצגתה באופן מוקטן על המסך – אין בכך משום הפרת זכויות, שכן פעילות אתר החיפוש היא בגדר "שימוש הוגן" (בדומה ל"טיפול הוגן", כשלון החוק הישראלי).
250. בית המשפט הנכבד מופנה לכך שפעולה דומה ביותר מתרחשת בענייננו. למעשה האתר lala כולל מעין אינדקס של חיפוש המפנה ליצירות שונות.
251. אריבא סופט טענו שאמנם המדובר בהעתקה, אך זהו שימוש הוגן המותר על פי הדין. בית המשפט ניתח את המצב, לאור מבחני ה"שימוש הנאות" והאלמנטים שהחוק האמריקאי מגדיר לצורך כך.
252. כיום האתר הידוע www.google.com כולל מנוע חיפוש שלו המתייחס לתמונות ומציג הן את תמונתן המוקטנת והן קישור ישיר לתמונה (לבדה או באתר הבית שלה). כלומר, אופן שיטת חיפוש זו, כפי שנהג בה האתר, ידועה, נהוגה ואף קיבלה את אישורו של בית המשפט האמריקאי.

7.ה. בארץ לא הוחלה דוקטרינת ההפרה התורמת לעניין זכויות יוצרים, ולא בכדי

253. למעשה, על מנת להטיל אחריות על העומד אחרי שיתוף קבצים, עשה בית המשפט האמריקאי בגרוקסטור שימוש בדוקטרינת ההפרה התורמת, שאומצה מדיני פטנטים. המבקשות מבקשות גם כאן לעשות שימוש בדוקטרינה זו על מנת להטיל אחריות על המשיב. לעמדת המבקשות – משפעל המשיב באופן המעודד ומשדל אחרים להפר זכות יוצרים שלהן – יש לראות בו אחראי להפרת זכויותיהן באחריות תורמת.
254. אלא, שבעוד שבארה"ב תורת האחריות התורמת התקבלה גם בתחומי זכויות היוצרים על בסיס הניסוח החוקי דשם, הרי בארץ טרם התקבלה עמדה זו באופן מחייב בתחום זכויות היוצרים, ולא בכדי הדבר.
255. התחום היחיד בה התקבלה דוקטרינה זו בישראל, הינו תחום דיני פטנטים, אך לא ניתן להשוות בינו לבין תחום זכויות היוצרים לעניין זה, וההבדל ביניהם באופן ניסוח החוק והגיון הדברים הוא מהותי.
256. אף אימוץ הדוקטרינה בתחום דיני הפטנטים היה חלקי בלבד ופרי הפסיקה, מבלי לבסס אימוצה בחוק.
257. עיון בחוק הפטנטים ובהגדרתה של "הפרת פטנט" שם, לעומת "הפרת זכות יוצרים" בחוק היוצרים – אומר דרשני.
258. בית משפט נכבד זה בעצמו³² התלבט בשאלה האם דוקטרינה זו חלה בעניין דיני המדגמים (בהם לשון הפרת המדגם דומה ללשון בתחום דיני הפטנטים, להבדיל מזכויות היוצרים), ופסק, כי - "ניתן, אולי, לטעון, כי האיסור לעשות "כל דבר כדי לאפשר הפרה" מקביל או דומה לדוקטרינת ההפרה התורמת אשר הוכרה (רק) בפסיקה במידה מסויימת בהקשר של דיני הפטנטים..."
259. כלומר, אף בית משפט נכבד זה סבר שההחלה המוגבלת של הדוקטרינה בדיני הפטנטים בלבד **נובעת מניסוח מרחיב לשל הגדרת הפרה בחוק הפטנטים**. חוק זכויות יוצרים נוקט **במינוח אחר** שאינו מאפשר הרחבה של החוק כמו שעשו בתחום דיני הפטנטים.
260. אימוץ הדוקטרינה בדיני זכויות יוצרים, להבדיל מדיני הפטנטים, אינו טריביאלי והוא אף עומד **בניגוד** ללשון החוק ולמטרתו. בעוד בדיני פטנטים כל הפרת פטנט היא הפרה, הרי בזכויות יוצרים האיזון הינו עידן יותר, ולמשל הדין למעשה מתיר שימוש ביצירה שלא נוצרה על דרך העתקה, אם היא זהה ליצירה אחרת. רק "העתקה" מפורשת תוגן.
261. על כן, השוואה בין חוקי זכויות היוצרים לבין דיני הפטנטים תלמד שהגדרת הפרת פטנט הינה רחבה יותר מהגדרת הפרת זכות יוצרים ועל כן אין לאמץ דוקטרינה זו בתחום זכויות היוצרים בהעדר הוראת חוק מפורשת.

³² ת.א. 681/00 סופר-פלסט בע"מ נ' סטרפלאסט תעשיות 1967 בע"מ (כב' ס.ג. גינת, 30.1.2005), פסקה 13. מצורף כאסמכתא ו' לבקשה זו.

8. טענות העוולות של המבקשות

262. בשל העומס בבקשת צו המניעה ובתגובה זו, ננסה כעת להבין בקצרה מה הן הטענות העיקריות של המבקשות כנגד המשיב, ונשיב בקצרה על טענות אלו, לשם הנוחות, תוך הפניה למקומות בתגובה זו בה נידונו הסוגיות השונות. עם זאת, פרק זה אך מהווה תמצות לא מסכם שאינו כולל את כל הטיעונים בבקשה זו, נעשה לשם הנוחות בלבד, ובית המשפט הנכבד מתבקש שלא להסתפק בו.
263. בפרק "מעשיהם המעוללים של המשיבים" מפרטות המבקשות מספר מעשים מעוללים (לכאורה):
- 263.1 **המשיב מפעיל אתר שכל תכליתו הינה הפרה או סיוע להפרת זכויות יוצרים** – הפרה או סיוע להפרה מתבטא לטענת המבקשות ב"סחר בקבצים מפריס שמהווים שעתוק בלתי מורשה של הקלטות המקוריות".
- 263.1.1 לא ניתן לומר ש"כל תכליתו" של האתר היא הפרת זכויות יוצרים, שכן כמוסבר לעיל (בסעיף 122) הרי באתר נמצא תחומים רבים ושונים שאינם קשורים כלל ועיקר לשיתוף קבצים או ל"סחר בקבצים מפריס". לדוגמא – מערכת הפורומים המפורטת, הקהילות שנוצרו ועוד.
- 263.1.2 האתר אינו אוחז בכלל בקבצים מפריס". כמוסבר לעיל בסעיף 161 ובמקומות נוספים, הרי באתר אין והוא אינו מחזיק ולו בקובץ אחד של שיר או סרט. כל שהאתר מקנה הינו סקירה של הקבצים הנמצאים בנחלת הציבור – ברשת ה-eMule.
- 263.1.3 קל וחומר שהאתר אינו "סוחר" בקבצים מפריס, שכן משמעותו של סחר הינה מתן כנגד תמורה. האתר אינו "מספק" קבצים ואינו מקבל כנגדם תמורה.
- 263.1.4 יוזכר, שהגדרת "הקלטות מקוריות" בסעיף 1 בעמ' 3 לבקשת צו המניעה כוללת אף הקלטות רבות שלמבקשות אין זכויות בהן. ואם כך הדבר, אף אם כל האמור בסעיף נכון הרי כיצד מופרות זכויות המבקשות בהקלטות שאין להן זכויות בהן?
- 263.2 המשיב מפר את זכויות המבקשות על ידי **שעתוק ההקלטות המקוריות** בלא הרשאה:
- 263.2.1 כמוזכר לעיל, המשיב (והאתר) כלל אינו משעתק את ההקלטות המקוריות, אלא – אם בכלל – פעולה זו מתבצעת על ידי כל גולש המעוניין לבצעה בלא קשר עם המשיבים ומבלי שלמשיב תהא יכולת לכפות עליו או להורות לו לעשות כן.
- 263.2.2 אין כל פסול בשעתוק ההקלטות, שכן כמתואר מעלה הדבר מותר על פי הדין בישראל.
- 263.2.3 פעם נוספת מסתמכות המבקשות על "ההקלטות המקוריות", אשר כאמור לעיל הן אינן בעלות הזכויות בהן (ולפחות לא בחלקן הגדול), וראה סעיף 112 ואילך לעיל.
- 263.3 המשיב מפר את **זכות הפרסום הראשון** – זכות היוצר הבלעדית להוציא לאור את היצירה לראשונה כראות עיניו.
- 263.3.1 בהכרח, הקישורים באתר לקבצים שונים מופיעים רק לאחר שקובץ זה הופיע ברשת ה-eMule. לא יתכן שימצא קישור לקובץ באתר מבלי שזה הופיע קודם לכן ברשת, שכן כל שיש באתר הוא קישור לקובץ ברשת ה-eMule. ראו לעניין זה הסבר על תהליך החיפוש באתר, המופיע בסעיף 157 לעיל.
- 263.3.2 לפיכך, לא יתכן שהאתר מפר את זכות הפרסום הראשון שכן משהגיע קישור קובץ כלשהו לאתר בהכרח היה הקובץ מפורסם בציבור קודם לכן.
- 263.3.3 ככל שפרסום זה לא נעשה על דעת היוצר, אין למשיב אלא להצר על כך ולהציע ליוצר לנסות ולאתר את מפר זכויותיו.

- 263.4. המשיב מפר את זכות היוצרים **ביצירת תרגום** ללא הרשאה וכן **הפרת סימני המסחר** של המבקשות בעטיפות ההקלטות –
- 263.4.1. כאמור לעיל, האתר נוצר עקב התגבשות של קהילה. קבוצת אנשים שנושא זה או אחר חשוב אל ליבם והם החליטו לפעול בו. אנשים אלו מכוונים את האתר ומשפיעים עליו במישרין.
- 263.4.2. כל קובץ המופיע באתר או נשמר עליו, הועלה אליו על ידי הגולשים עצמם, אשר בחרו האם לעשות כן, אם לאו, בלא שלמשיב תהיה יכולת להורות להם לפעול כך או אחרת.
- 263.4.3. לפיכך, המשיב אינו אחראי ואינו יכול להיות אחראי לקבצי התרגום שלא הוא יצר.
- 263.4.4. בדומה אף המשיב אינו יכול להיות אחראי להפרת הסימן על העטיפות, שכן הוא אינו בעל שליטה על תוכן הקבצים שהגולשים מעלים לאתר.
- 263.5. המשיב **עושה עושר על חשבון המבקשות** במכירת שטחי פרסום, הנמכרים אך ורק בשל היצע הקבצים המפרים.
- 263.5.1. כאמור לעיל, האתר מכיל תחומים רבים שאין בינם לבין שיתוף הקבצים דבר. אכן, שיתוף הקבצים הינו אלמנט מוביל באתר, אך לומר שבלעדיו אין באתר דבר תהא אמירה מטעה ולא נכונה.
- 263.5.2. כאמור לעיל, המשיב מעולם לא עשה עושר על חשבון הפרסומות שהופיעו באתר, וכל כולן של הכנסות אלו הלכו לכיסוי (חלקי, בדרך כלל) של עלויות הפעלת ואחזקת האתר.
- 263.5.3. כך או אחרת, ברי שעילה כגון זו אינה יכולה לשמש בסיס לצו מניעה זמני, אלא מקומה בתיק העיקרי. אין ליתן צו מניעה זמני על בסיס של עשיית עושר בלבד, שכן ככל שהנוק ניתן לשיפוי בכסף הוא אינו יכול לבסס סעד זמני.
- 263.6. המשיב מונע מהמבקשות את **ההכנסות מקניינן** –
- 263.6.1. אף עילה זו אין מקומה בצו המניעה הזמני אלא בתיק העיקרי.
- 263.6.2. מעבר לכך – כמתואר למיד בסעיף 282 ואילך, הרי שיתוף הקבצים אינו פוגע (ולמצער – אינו פוגע בצורה מהותית) בהכנסות המבקשות.
- 263.7. המשיב **מפיץ את תוכנות שיתוף הקבצים** –
- 263.7.1. בעילה זו נסמכות המבקשות על פסיקה אמריקאית חדשנית, שכאמור להלן (וראה סעיף 271 ואילך) מבקרים לה רבים.
- 263.7.2. טרם למועד הגשת הבקשה דנא, אין ולו בדל טענה שנשמעה במשפט הישראלי (בחוק או בפסיקה) לפיה תכנת שיתוף קבצים הינה תוכנה "לא חוקית" כשלעצמה. לפיכך הפצתה עד למועד הפסיקה בהלך זה נחזית, לפחות, להיות חוקית.
- 263.7.3. הרי עד למועד מתן פסק הדין בעניין גרוקסטר שלט בבמה פסק הדין בעניין סוני³³, אשר הלכתו היתה הפוכה: קרי – כל תוכנה שיכולה להפר זכויות יוצרים אך יש לה אף שימושים וקיים – חוקית היא, ואתרי שיתוף הקבצים הדריכו עצמם על בסיס פסיקה זו.
- 263.7.4. גם אחרי פסק הדין בעניין גרוקסטר מה שנאסר היה אופן הפעולה של הנתבע בתוכנה, ולא התוכנה עצמה.

³³ Sony Corporation of America v. Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984) המצורף **כאסמכתא ז'** לבקשה זו, וראו אף כשלוך התעשייה למנוע את שיווק נגן ה-MP3 "רייו" ב-, RIAA v. Diamond Multimedia Systems, 180 F. 3d 1072 (9th Cir., 1999).

- 263.7.5. על כן, אף אם בסופו של דבר יפסק כי יש ממש בטענות המבקשות, בוודאי שסוגיה כה עקרונית אינה מתאימה להליך זמני שכזה.
- 263.7.6. הלוא מתן צו מניעה על בסיס עילה שכזו יהפוך מאות אלפי גולשים ישראלים לפושעים בפועל. ברי כי החלטה כגון זו אין מקומה בהליך של צו מניעה זמני.
264. הא ותו לא. מכל הבקשה הארוכה – אלו טענות המבקשות כנגד המשיבים.

9. חוסר ההגיון בתביעת המבקשות וחוסר היכולת להחיל את פסק דין גרוקסטר כמות שהוא

265. פסק דין "גרוקסטר" עליו מסתמכות המבקשות, הינו "בן חריג" בפסיקה האמריקאית והוא חשוף לביקורת רבה החל מהמועד בו ניתן, בשל סיבות שונות³⁴. תוצאת פסק הדין לא היתה ברורה מאליה, ובערכאות נמוכות קבע בית המשפט פסיקה הנוגדת את הפסיקה האחרונה³⁵.
- כך גם במדינות אחרות, נקבעו הלכות שאינן עולות בקנה אחד עם הלכת גרוקסטר, כמו למשל פסק הדין בפרשת KaZaa מהולנד³⁶.
- עוד נזכיר כי גם חברות רבות תמכו באישור טכנולוגיות שיתוף הקבצים, דוגמת חברות Intel ו-Microsoft³⁷.
266. למען הזהירות יובהר, כי הביקורת שנמתחה על פסק הדין נובעת מחוסר הבהירות שבו, ומכך שהוא אינו מתווה דרך מדוייקת אלא פותר כל מקרה לגופו. באותו עניין התקבלה התביעה בשל התנהגותה של החברה, ולא בשל הטכנולוגיה בה השתמשה. כמו כן נמתחה ביקורת על פסק הדין בשל האופן בו הוא גורם ל"תקופת צינון טכנולוגית" ("Chill Effect"), שתביא לכך שההתקדמות הטכנולוגית תעצר בשל החשש של הציבור מפני פעולות שגויות.
267. פסק הדין בעניין גרוקסטר הופך פסק דין קודם שניתן בעניין פרשת קלטות הבטאמקס³⁸.
268. באותו עניין דובר בתעשיית המדיה שהתקוממה כנגד חברת סוני – יצרנית מכשירי הוידאו – בטענה כי מכשיר הוידאו משמש את קהל הלקוחות על מנת להקליט סרטים ותכניות טלביזיה ובכך לפגוע בזכויות היוצרים של התובעות. יוער, כי התקוממות כגון זו חלה כמעט בכל שלב בו הטכנולוגיה מספקת לנו אמצעים טובים ונוחים יותר להעתקה (דוגמת מכונות צילום "זירוקס", מכשירי הוידאו, הרשמקולים וכעת קבצי המחשב ורשתות עמית-לעמית).
269. בית המשפט האמריקאי קבע הלכה ברורה וחדה שהתאימה ככפפה ליד לשני הצדדים. בית המשפט קבע, כי כאשר מדובר בטכנולוגיה אשר מרבית שימושיה מפרים, אך יש לה גם שימושים עקרוניים שאינם מפרים זכויות יוצרים – לא יפגע בית המשפט בטכנולוגיה, והיצרן והמפעיל של אותה טכנולוגיה לא יחשב כמפר זכויות יוצרים.
270. הלכה זו היתה בבסיסו של המשפט האמריקאי בתחומי זכויות יוצרים למעשה עד לפני חודשים ספורים. אף ההחלטות בשלבי הביניים בגרוקסטר הושפעו ממנה, עד כדי דחיית התובענה כנגד יצרני התוכנה בשלבים מוקדמים יותר.

³⁴ לדוגמה פרופ' ג. בקר ור. פוזנר ב"בלוג" (יומן מקוון) האישי שלהם מבקרים אלמנטים מסויימים מפסק הדין; באתר הידוע WIRED פורסמו דעות כי פסק הדין פוגע קשות בהתקדמות הטכנולוגית, בהפכו את פ"ד סוני בפרשת הבטאמקס ובנימוקיו חסרי הבהירות; מאמרו של פון ליהמן באתר www.law.com (לדוגמה ראה **אסמכתא ח'** המצורפת לבקשה זו) ורבים אחרים אשר בשל קוצר הזמן לא ניתן לצרפם.

³⁵ Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc v. Grokster Ltd., 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003)

³⁶ פסק הדין בעניין **Kazaa B.V. v. Vereniging Buma and Stichting Sterma** מיום 28.3.2002 בבית המשפט לערעורים בהולנד. לצערנו לא אותר עותק רשמי בשפה האנגלית, ולשם הנוחות הודפס עותק לא רשמי של תרגום פסק הדין. העתק תרגום פסק הדין מצורף **כאסמכתא ט'** לבקשה זו.

³⁷ ראה כתבות רלוונטיות מצורפות לאסמכתא ח' לעיל.

³⁸ Sony Corp. v. Universal city Studios, 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984) – להלן: **"עניין בטאמקס (אסמכתא ז' לעיל)**.

271. והנה מגיעה הפסיקה בעניין גרוקסטר והופכת על פיה הלכה ברורה ופשוטה, תוך שהיא יוצרת מצב בלתי נסבל, בו יתכן ואתה טכנולוגיה ממש תחשב – מחד – מפרה זכויות יוצרים, ומאידך – כלא מפרה, הכל בכפוף לאשר בלב המשתמש.
272. על פסיקת גרוקסטר נמתחה ותימתח ביקורת רבה, ונדגים כעת עד כמה מופרכת פסיקה זו בסיפור מהחיים. נתאר את התסריט הבא:
- 272.1. יוסי, סטודנט תל-אביבי העובד כמלצר לשם השלמת הכנסה, מדליק את מחשבו האישי מתוצרת DELL, המכיל מעבד Intel.
- 272.2. המחשב נדלק ומערכת החלונות של Microsoft עולה.
- 272.3. יוסי מתחבר לאינטרנט. החיבור מתאפשר באמצעות תשתית שהעמידה לרשותו חברת בזק (ספקית התשתית) וכן שירותי אספקת אינטרנט שניתנים על ידי בזק בינלאומי (ספקית האינטרנט), אשר מספקות "אינטרנט מהיר במהירות של 5 ג'יגה".
- 272.4. יוסי מפעיל את תוכנת ה-eMule, אשר הוריד אותה קודם מקישור אותו מצא באתר "קפטן אינטרנט" של עיתון הארץ (או אתר Walla או כל אתר קוד פתוח אחר).
- 272.5. יוסי ניגש לתוכנה, מחפש ומוצא סרט ישראלי שברצונו לראות, נאמר – "הכלה הסורית", ומוריד אותו למחשבו.
- באותה מידה יוסי יכול, אך אינו חייב, לגלוש לאתר lala.co.il ולנסות למצוא שם את הקישור לקובץ, השמור על שרת ה-eMule (שהוא מחשבו האישי של נחמיה, מהצפון).
- 272.6. יוסי שומר את הקובץ על דיסק קשיח בעל זכרון גדול במיוחד של חברת Kingston, מפעיל את תוכנת צריבת הקבצים של HP וצורב את הסרט על דיסק אותו רכש ב-2 ש"ח לדיסק, בחנות Office Depot. לאחר צריבתו מוחק יוסי את הקובץ, שכן אין הוא אוהב לצפות בסרטים על מחשבו.
- 272.7. אז נוטל יוסי את הדיסק, מכניסו למחשבו הנייד מתוצרת IBM, מפעיל את תכנת הצפייה (Media Player של Microsoft) ונהנה מהסרט בעודו יושב בבית קפה בדיונגוף. לחילופין נוטל יוסי את הדיסק, מכניסו למכשיר ה-DVD מתוצרת Toshiba ונהנה מצפייה בטלביזית Sony שלו בסלון ביתו.
273. כך, בדרך כלל, מתבצע הליך הורדת קבצים "מפרים" מהאינטרנט. לטענת המבקשות עצמם, חלקם המכריע של קבצי האודיו והוידאו המוחלפים בין הגולשים הם מפרים.
- אם נבחן לרגע את הלכת "גרוקסטר" האמריקאית עליה מסתמכות המבקשות, הרי בגרוקסטר נקבע שכאשר מדובר בטכנולוגיה שיש לה הן שימושים מפרים והן שימושים לא מפרים, אך מתקיימים שלושת התנאים הבאים – יצרן הטכנולוגיה חב באחריות עקיפה להפרת זכויות יוצרים. התנאים שנקבעו הם:
1. יצרן הטכנולוגיה יודע שנעשה שימוש פסול בטכנולוגיה שהוא מייצר.
 2. יצרן הטכנולוגיה לא התקין פילטרים ("מסננים") המאפשרים אבחנה בין יצירות מפרות ושאינן מפרות.
 3. יצרן הטכנולוגיה עושה רווחים על חשבון היצירות המפרות ובעלי הזכויות בהן.
274. אימוץ הלכת גרוקסטר תביא לכך שכמעט כל אחד ואחד מהנוכחים בסיפור דנא יחשב כמפר זכויות:
- 274.1. יוסי – הנתבע העיקרי ומפר הזכויות. אין ספק שיוסי ראוי להתבע, ואחריותו ישירה.
- 274.2. Intel ו-DEL יודעות שרוכשים רבים של מחשבים משתמשים בהם להורדת קבצים מפרים, הן אינן מתקינות במחשבים אלמנטים שיאפשרו סינון של קבצים מפרים ושאינם מפרים ובוודאי שככל שיותר ויותר אנשים ירכשו מחשבים במטרה להעתיק קבצים מפרים – רווחיהם יגדלו.

- 274.3. **בזק ובזק בינלאומי**, המספקות לו מהירות גלישה אשר אין בה כל צורך אלא אם המשתמש מעוניין להוריד קבצים. אין ספק שספק האינטרנט והתשתית מבינים ויודעים מה יוסי מתעתד לעשות באמצעים שהם מספקים לו, שכן אין כל צורך בהם במצבים אחרים. ספק האינטרנט נמצא במיקום מצויין לאתר משתמשים המורידים קבצים מפרים, שכן נפח התנועה בחשבון שלהם יהיה עצום, וקל מאוד להבחנה לעומת "משתמש רגיל". עדיין ספק האינטרנט לא התקין כל יכולת "לסנן" משתמשים כאלו ולמנוע מהם את ההורדה. אחרון, ספק האינטרנט אף מרוויח מפעולות אלו של הגולשים, ששכן הן מחייבות אותם להגביר ככל האפשר את מהירות הגלישה של הגולשים.
- 274.4. **עיתון "הארץ"** המפעיל אתר בו ישנן קישורים לתוכנה מפרה, לטענת המבקשות. אין ספק שהאתר ראוי להתבע, שכן קישור לתוכנה "מפרה" כטענת המבקשות – פסול הוא.
- 274.5. נחמיה – המשתמש שמחשבו שימש כשרת ממנו הוריד יוסי את הקובץ המפר. אין ספק שנחמיה ראוי להתבע, כמי שסיפק את היצירה שלא כדין ובלא הרשאה.
- 274.6. **Kingston** שסיפקה דיסק קשיח אשר גודלו מלמד עליו שהוא משמש לשמירת קבצים גדולים. אין ספק שקינגסטון ראוייה להתבע, שכן היא מודעת שהיקף הדיסק הקשיח שהיא מספקת בהכרח ישמש לשמירת קבצים גדולים, ובדרך כלל הקבצים הגדולים הינם קבצי תכנה, משחקים, צליל ואודיו (חלק מפרים – כך המבקשות). אף קינגסטון לא התקינה כל אמצעי סינון, ואף קינגסטון עושה רווח מפעילות זו שכן היא מחייבת את המשתמשים לרכוש דיסקים בנפח גדול יותר.
- 274.7. **HP** אשר סיפקה את צורב הדיסקים המתפקד למעשה כמכשיר וידאו או רשמקול, המאפשר העתקת יצירות ממדיה למדיה. אין ספק ש-HP ראוייה להתבע, שכן מה עושים עם צורב דיסקים אם לא מעתיקים יצירות מפרות? כלומר, היא מודעת היטב לשימוש האפשרי, לא התקינה כל אמצעי סינון ובוודאי שעושה מכך רווח.
- 274.8. **Microsoft** אשר סיפקה נגן מדיה, שבלעדיו לא ניתן כלל לנגן יצירות מפרות. אין ספק ש-Microsoft ראוייה להתבע, שכן כמעט בכל סרט או שיר המנוגן בנגן זה יש זכויות יוצרים ובהכרח מיקרוסופט מבינה שמרבית היצירות שיוגנו בהם יהיו יצירות מפרות. מיקרוסופט לא התקינה כל אמצעי סינון על נגן המדיה ואין ספק שהיא מרוויחה ממכירות רבות יותר של תוכנות החלונות ונגן המדיה.
- 274.9. כמובן שבשלב זה התעלמנו מכל אותם גורמים נוספים אשר נדמה כי חלקם בהפרה קטן מעט יותר, שכן השימוש המפר הוא רק אחד מהשימושים האפשריים במכשיריהם, ואינו ברור מאליו, דוגמת יצרנית ה-DVD, הטלביזיה או המחשב הנייד.
275. כלומר, בשרשרת ארוכה זו, כמעט כל משתתף נושא באחריות ישירה או עקיפה אם נאמץ את הלכת גרוקסטר, אותה מבקשות המבקשות לאמץ כלאחר יד ומבלי להתעמק בה.
276. מכאן ברורה הביקורת על הלכה זו אשר דומה כי סימנה את המטרה לאחר שירתה את החץ על נציג תעשיית שיתוף הקבצים, וברי כי הלכה זו אין לה כל מקום בארץ, ועלינו לקבוע מגמות אחרות אצלנו שכן אחרת – סופו מי ישורנו.
- פסיקה כגון זו תביא לתקופת קפאון טכנולוגי כבד, באשר כל יצרן שהטכנולוגיה אותה הוא מייצג יחשוש מפני שימושים פסולים בה וימנע כלל ועיקר מפיתוחה!
277. יודגש, כי אף בפרשת גרוקסטר מעולם לא נפסק כי התוכנה עצמה אסורה לשימוש, אלא נפסק כי השימוש בדרך בה הוא נעשה הינו אסור. כלומר – אין ולא יתכן שיהיה כל צו האוסר על עצם הפצת תוכנת שיתוף קבצים. לכל היותר יכול אותו צו להגביל את אופי האתר בו היא מופצת.
278. כך או אחרת, ברור כי הכרעה כה חשובה, כה סבוכה וכה חסרת תקדים – אסור לה להתקבל בשלב זמני של סעד ביניים.

10. מאזן הנוחות והנזקים לצדדים

10.א. מאזן הנוחות, הנזק והשפעתו על הצדדים לו

279. כבכל צו מניעה זמני, עלינו לשקול את מאזן הנוחות והפגיעה בהשוואה בין מצב בו ינתן הצו לבין מצב בו לא ינתן. מאזן הנוחות במקרה דנא אינו ברור ומובן מאליו.
280. מקריאת הבקשה עולה לכאורה מסקנה ברורה - מה יש לומר, אתר קטן וזניח כ-lala פוגע כה קשות ברווחי המבקשות (מגדולי התאגידים במשק), באופן שלא יוכל לשפותן בהתאם לו בעתיד. קל ופשוט... לכאורה.
281. בפועל, אין הדבר כך מכמה טעמים:
- 281.1. למעשה אין פגיעה כה מהותית בעסקי המבקשות מעצם שיתוף הקבצים, כפי שנוכח בפרק הבא.
- 281.2. קל וחומר כאשר מספר היצירות שהוכחו זכויות יוצרים ביחס אליהן בבקשה זו הינו אפסי אם בכלל, ועלינו להזהר מלהיכשל בלשון המרחיבה בה נוקטות המבקשות, ולהיצמד לעובדות שהוכחו בפועל.
- 281.3. משכמעט ולא הוכחו הפרות זכויות יוצרים, הרי הכמות המועטה שכן הוכחה, וככל שהוכחה כזו, כמעט ואינה גורמת כל נזק שהוא למבקשות.
- 281.4. למרות פגיעה זעומה זו, לא נרתעו המבקשות מלעתור לסגירה מוחלטת של האתר, על כל תוכנו, מבלי להתייחס לעובדה שבאתר אלמנטים רבים ושונים אשר כלל אינם קשורים בשיתוף קבצים.
- 281.5. קל וחומר שלאור בקשת צו המניעה עצמה, אין כל מניעה שהאתר יפעל בטכנולוגית שיתוף קבצים ובלבד שלא יכלול יצירות שהוכחו בפועל על ידי המבקשות.
- 281.6. ברי כי היקף הנזק שיגרם לאתר עצום ורב (באופן יחסי) מהיקף הנזק שיגרם למבקשות.
- 281.7. בעודנו בודקים את הנזק הצפוי לאתר, עלינו לזכור שלא רק האתר הינו צד להליך זה, אלא הציבור כולו הינו צד להליך (אמנם צד לא פורמלי, אך בהחלט יושפע מהליך זה).
- כל אותם בני נוער ואנשי הגיל השלישי, פועלים, מנהלים ומובטלים, נשים וגברים וכל יתר חברי הקהילה והגולשים לאתר המבקשים להשיג מידע אודות פעילות שהיא חוקית – יפגעו.
- יוזכר, כי הדין הישראלי מתיר לכל אדם לבצע הקלטות והעתקות פרטיות על קלטות (ותקליטורים) כנגד מעין מס אשר המדינה גובה על קלטות, ובפעולות הגולשים אין כל פסול. לכן סגירת האתר כולו, משמעה פגיעה בזכותם הבסיסית של הגולשים.

10.ב. ההורדות לא פוגעות ברווחי חברות המדיה השונות:

282. בניגוד לאמור בבקשת צו המניעה, הרי ברור וידוע הוא לכל העוסק בתחום, כי הורדת קבצי מוסיקה וקולנוע אינן פוגעות ברווחי חברות המדיה השונות.
283. לדוגמא, אין להשוות בין סרט שהורד באינטרנט לחוויית היציאה לבית קולנוע לצפיה באותו סרט. כלומר, אף גולש שהוריד סרט באופן פסול, עשוי בהחלט לבקר גם בקולנוע (חמוש בשקית פופקורן ומשקה תוסס ולבוש בבגדי שבת וחג) על מנת להינות מחוויית הקולנוע. גולש שכזה כלל לא פוגע ברווחי תעשיית הסרטים.
284. כמו כן התפתח מעין נוהג בידי רבים מהגולשים שטרם לקניית דיסק מורידים אותו לשמוע איך הוא. אכן, חלקם ככל הנראה אף אינם משלמים עליו, אבל אלו שאינם משלמים הם אלו שאף לא היו רוכשים אותו בכל מקרה!
- חלקם אף שמע שיר כזה או אחר ומעוניין לבדוק האם ראוי לשלם כסף רב עבור הדיסק הכולל שיר זה.
- גולש שכזה אף הוא אינו פוגע ברווחי התעשייה, שכן אם לא ישמע את הדיסק – לא יחליט לרכוש אותו. ההורדה של הקבצים מאפשרת לו לגבש החלטה לרכוש (או לא) את הדיסק.

285. עוד נזכיר, כי גולשים רבים מעוניינים בשיר ספציפי, ואינם מעוניינים לרכוש תקליט שלם במחיר מלא.

גם גולש שכזה אינו פוגע ברווחי התעשייה, שכן מדובר בגולשים שבכל מקרה לא היו רוכשים את התקליט בחנויות.

286. בעולם ידועים מחקרים מדעיים המלמדים כי לא ניתן להוכיח קשר בין הורדות קבצים לבין ירידה במכירות חברות התקליטים. לדוגמה ראו מחקרים של Felix Oberholzer & Koleman Strumpf מביה"ס לעסקים בהרוורד משנת 2004. במחקר קובעים אוברהולצר ושרומפף בלשונם המדעית, כי השפעת ההורדות על המכירות שווה לאפס (כלומר – אינה קיימת, או זניחה מבחינה סטטיסטית), וכן כי אין עקביות בטענה ששיתוף בקבצים הוא הסיבה העיקרית לירידה במכירות³⁹.

במחקרם⁴⁰ הם גילו כי ההורדות התמקדו בשירים ספורים יחסית (השיר שהגיע לאחוזון ה-75 הורד רק פעמיים, ובאחוזון ה-90 רק 11 פעמים בתקופת המחקר). כלומר, הטענה לפגיעה "לכל אורך החזית" נסתרת. ככל שישנה פגיעה, הרי היא קיימת בשירים ספורים בלבד. עוד גילו החוקרים כי שירים מאלבומים נמכרים יחסית, הורדו בכמות רבה יחסית, לעומת היתרה (ועדיין האלבומים נותרו נמכרים באופן רב יחסית). כלומר – כמות ההורדות אינה פוגעת ברווחי החברות ממכירת אלבומים.

החוקרים מצאו⁴¹ כי ב"היוון" כמות ההורדות במחקר לעומת כלל השוק האמריקאי מתבטאת ב-71,000 הורדות בתקופת המחקר. עוד גילו, כי כל 5,000 הורדות בשוק האמריקאי יתבטאו במכירת עותק אחד(!) פחות.

כלל המכירות בארה"ב ב-2002 עמד על 803 מליון, בעוד שהחוקרים מצאו שהאובדן באלבומים לשנה זו עקב הורדת הקבצים עמד על 2 מליון בלבד, לאור נתונים אלו. זאת, כאשר המכירות בארה"ב ירדו בין השנים 2000 ל-2002 ב-139 מליון (כלומר ירידה שנתית ממוצעת של 46.3 מליון לשנה, כשמתוכם רק 2 מליון לשנה יוחסו לשיתוף הקבצים המקוון)!

מסקנת החוקרים היא שה"פגיעה" שפוגעת תעשיית שיתוף הקבצים כולה (ולא רק אתר אחד או שניים כמו בענייננו) כלל אינה קיימת, ואם היא קיימת הרי שהיא עדיין מצוייה בטווח הטעות הסטטיסטית. בוודאי שאין מדובר באובדן משמעותי!

עוד מזכירים החוקרים, כי מודלים אחרים הראו תוצאות דומות ואף מיטיבות יותר עם מורדי הקבצים, ומסקנתם⁴² -

"We find that **file sharing has no statistically significant effect on purchases of average album** in our samples ... "

העתק המחקר מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספת 9** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

287. עוד פורסם לאחרונה מחקר בריטי שנערך דווקא על ידי חברת מוזיקה, לפיו –

"אנשים שמורידים מוזיקה באופן לא חוקי [הכוונה ככל הנראה לשיתוף קבצים – י.ל.] הם גם בין המשתמשים הכי חזקים בשירותי ההורדות החוקיים, שהם לרוב בתשלום.

המחקר שפורסם באתר מגזין NME גילה עוד שצרכנים של מוזיקה לא חוקית מוציאים בממוצע 5.52 פאונד על הורדות חוקיות – זאת לעומת 1.27 פאונד בממוצע שמוציאים האחרים."

העתק הכתבה באתר NRG וכן מאתר המגזין המקוון NME על המחקר מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספת 10** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

³⁹ ראה תקציר המאמר בעמ' 1.

⁴⁰ ראה עמ' 9.

⁴¹ ראה עמ' 22.

⁴² ראה עמ' 24.

10.ג. מה הן "הורדות":

288. בעמ' 48-49 מנופפות המבקשות כמוצאות שלל רב במספר הורדות אסטרונומי של אלבומים שונים מהאתר, וזועקות מרה לנזק שנגרם להן.
289. בראש וראשונה יובהר, כפי שהובהר קודם לכן, כי לא כל מי שמוריד אלבום עושה זאת "במקום" לרכישתו של אותו אלבום.
290. פעמים רבות מדובר בילדים ובני נוער שתקציבם אינו משיג רכישת מספר אלבומים בעשרות ש"ח כל אחד, ובהעדר האופציה להורידם מהרשת – לא היו רוכשים את אותו אלבום.
291. פעמים רבות אחרות, מדובר בגולשים אשר שמעו שיר או שניים מאותו אלבום, וטרם לרכישתו מעוניינים להקשיב לו ולבחון האם מצא חן בעיניהם. היה ויהנו מהאלבום – ירכשו אותו. היה ולא יהנו ממנו – לא ירכשו אותו.
292. כלומר, מההורדות שאותן גולשים מבצעים אין המבקשות נפגעות כלל ועיקר.
293. יתר על כן, **השדה המסומן כ"הורדות" אינו מתייחס ללחיצות בפועל על השדה הסמוך אלא לכניסות לעמוד (כלומר – כמה אנשים צפו בעמוד זה, ולא כמה אנשים הורידו קובץ זה). ונסביר.**
294. התוכנה על בסיסה הוקם האתר הינה בתוכנה חינומית המחולקת לכל מפעילי אתרי שיתוף קבצים המעוניינים בכך. התוכנה נקראת PHP-Nuke והיא ניתנת להשגה חינם אין כסף <http://phpnuke.org>.
295. תוכנה זו הינה "תוכנת קוד פתוח", וככזו הגולשים השונים אף מפתחים אותה ומציעים לציבור בחינם את אותם פיתוחים. בין אותם פיתוחים נמצא אף תרגומה של התוכנה לשפות שונות, וביניהן לעברית. את התרגום העברי לתוכנה ניתן להשיג למשל, ב-<http://hebnuker.org>.
296. התוכנה הושגה על ידי האתר חינם, לרבות התרגום לעברית שלה.
297. העמודים המצולמים והנספחים לבקשת צו המניעה בהם מופיע הביטוי "הורדות" לא שונו על ידי המבקש או מי מטעמו ככל הקשור למונח זה. כלומר, האתר מציג את הכיתוב כפי שהוא מופיע בתרגום שניתן להורידו חינם באתר האמור.
298. אלא, שקוד התוכנה הרלוונטי מתייחס לא להורדות ממש, אלא לצפייה בעמוד רלוונטי, כך שלמעשה אין המדובר באנשים שהורידו את אותו קובץ, אלא באנשים שצפו בדף הסקירה אודות אותו קובץ.
299. טעות זו בתרגום הינה של תוכנת המקור, ומשמעות הדבר היא כי בפועל, הנתונים המופיעים בבקשת המבקשות אינם נכונים, ומוטים מעלה באופן קיצוני.

11. תוכנת ה-eMule כתוכנה מפרה

300. בטרם נסיים נזכיר אך בקצרה, כי עד עצם היום הזה אין כל פסיקה בעולם כולו, לפי תוכנת ה-eMule הינה תוכנה המפרה זכויות יוצרים.
301. אם לא די בכך, עד לפני זמן קצר ביותר, שלטה בכיפה הלכת סוני, שנתמכה בפסיקת הערכאות הקודמות בעניין גרוקסטר, כי בטכנולוגיה עצמה אין פסול.
302. על בסיס זה הציג האתר את התוכנה בין דפיו.
303. לאור האמור לעיל, ובמיוחד לאור העובדה כי המשתמשים בתוכנה כלל אינם מפרים זכויות יוצרים כלשהן, סבור המשיב כי יש לדחות את הבקשה גם ביחס לתוכנה זו.
304. קל וחומר כאשר תוכנה זו יכולה לשמש ומשמש להחלפת קבצים שונים שבחלקם כלל אין זכויות יוצרים ובאחרים התיר היוצר לשתף בהם אחרים.

12. סוף דבר**12.א. המבקשות מנסות לנהל את המאבק הכלל עולמי על גב המשיב**

305. המבקשות בעניין זה דומות לאותו ילד קטן המנסה לעצור את מימי האגם השוצף דרך הסכר באמצעות אצבעו.
306. חיפוש של המונחים "program" "sharing" "file" ו-"download" באתר החיפוש הידוע www.google.com מעלה קרוב ל-185,000,000 דפי אינטרנט הכוללים את צירוף כל ארבעת המילים. אף אם כל אלו אינם בהכרח אתרים בהם ניתן להוריד את התוכנות, הרי ברור כי חלקם הינם אכן כאלו, חלקם הינם אתרים המסבירים כיצד לעשות כן וחלקם הינם אתרים נוספים העוסקים בדרך כלשהי בנושא. לדוגמא, האתרים הראשון, השני, השלישי, החמישי, השישי, השביעי, השמיני, התשיעי והעשירי ברשימה הינם אתרים להורדת תוכנות לשיתוף בקבצים והרביעי ברשימה הינו פורטל ("שער כניסה") העוסק בהורדת ושיתוף בקבצים.
- העתק תדפיס העמוד הראשון של תוצאות החיפוש מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 11** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
307. חיפוש המונח "אי.מיול" (בעברית) באתר החיפוש מניב קרוב ל-45,000 תוצאות בעוד שהמונח "eMule" מניב קרוב ל-11,800,000 תוצאות.
- העתק תדפיס העמודים הראשונים של תוצאות החיפושים מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 12** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
308. חיפוש באתר הישראלי www.walla.co.il אחר המונח "אי.מיול" מניב 2 ועוד 1161 תוצאות. העיון בתוצאות מלמד כי בחיפוש פשוט באתר "לכל המשפחה" ניתן לאתר בקלות (גם אחרי הוצאת הצווים בתיק זה) אתרים המציעים מדריכים שונים לתוכנה, להאצת ההורדה, למציאת תוכנת eMule בעברית, מידע וחדשות על התוכנה וגרסאותיה, וכמובן – קישורים.
- העתק תדפיס תוצאות החיפוש מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 13** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
309. כל הגולש באינטרנט יכול למצוא את התוכנה, מדריכים והסברים ואף קישורים כאוות נפשו, והכל באתרים "מהוגנים" וידועים. למשל, חיפוש באתרים מהמובילים בארץ יגלה את התוצאות הבאות:
- 309.1. באתר "קפטן אינטרנט" (מוסף האינטרנט של עיתון הארץ הנמצא ב-<http://www.captain.co.il>) נמצא "סיקור מיוחד: שיתוף קבצים ברשת". במסגרת פרויקט זה נמצא כתבות גודמת "הקפטן עושה לכם סדר בהורדות", "טיפים ל-eMule" ועוד. עיון בכתבות מלמד על המצאות קישורים ל"אתר הרשמי" של התוכנה, לאתרי שיתוף קבצים, לאתרי נגני מדיה ומגוון עצות ותמיכה בתפעול התוכנה ה"אסורה" לכאורה...
- 309.2. באתר NRG (אתר הבית של עיתון מעריב המצוי ב-<http://www.nrg.co.il>) נמצא עמוד הדרכה והסבר על תוכנות חיפוש ושיתוף, הכולל פירוט תוכנות רלוונטיות, הסברים אודותיהם, הדרכות וכמובן קישורים להורדת התוכנות.
- 309.3. באתר וואלה הידוע (הנמצא ב-<http://www.walla.co.il>) ניתן לקבל כתבות ומדריכים שונים הן לתוכנות שיתוף הקבצים והן להורדת קבצים באמצעותם (ובסיום הכתבה המרתקת נמצא כיתוב "מערכת וואלה! תרבות נזכרת להזכיר לכם כי הורדה של סרטים וסדרות טלוויזיה אינה חוקית"...
- 309.4. באתר נענע (הנמצא ב-<http://www.nana.co.il>) נמצא את "מדריך הטרמפיסט למשתף הקבצים" ("אפשר להוציא מהביטורנט שלכם הרבה יותר – המדריך המלא", "מדריך שיתוף הקבצים המושלם" ועוד), המספק לגולשים מידע אודות תוכנות שונות לשיתוף קבצים, עם קישורים למקום המצאן, תיאור יכולות התוכנות, הסברים כיצד לשפר את מהירות הורדת הקבצים, ואף איזכור – "עם המתקפה המשולבת של ה-MPAA על אתרי שיתוף הקבצים נעשה קשה יותר ויותר למצוא אתרי קישורים לביטורנט יציבים. כאן תוכלו למצוא רשימה יחסית מעודכנת של אתרי קישורים בעולם, מחולקים לפי גודל..." ועוד ועוד.

- 309.5 . באתר "לעניין" (נמצא ב-www.lainyan.co.il) המתיימר להיות "אינדקס האתרים המרכזיים באינטרנט הישראלי" נמצא בעמוד הראשון תחום המתייחס ל"שיתוף קבצים" (לרבות מקורות מידע, חיפוש תוכנות ואיתור). בעמוד הרביעי נמצא "מקודדי DVD" וגם "עטיפות". בעמוד 5 נמצא רשימת תוכנות לשיתוף קבצים, הפניות לכתוביות, מדריך שימושי לתוכנה ומקודדים. בעמוד 6 נמצא הפניות לאתרי קבצי מוסיקה בפורמט MP3 ועוד ועוד.
- 309.6 . באתר "הורדות" (הנמצא ב-<http://www.horadot.co.il>) ישנם מאות קישורים להורדות קבצי מוסיקה, תוכנות, משחקים, נגנים, תוכנות לשיתוף קבצים (עם הסברים), סרטים ועוד.
- 309.7 . באתר המוסיקה www.mp3music.co.il ניתן למצוא רשימת תוכנות מומלצת לשיתוף קבצים, עם תיאור התוכנה עצמה והמדריכים הקיימים.
- 309.8 . באתר "פרש" (נמצא ב-www.fresh.co.il) ניתן למצוא פורומים לתמיכה וסיוע, ועוד ועוד.
- העתקי דפי האינטרנט דלעיל מצורפים לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומנים **כנספח 14** לו ומהווים חלק בלתי נפרד ממנו.
- 310 . התמיכה בשיתוף הקבצים כמבטא נורמה התנהגותית מקובלת ואף ראוייה הינה חוצה גבולות וכלל עולמית. להלן נביא מספר אסמכתאות לכך :
- 310.1 . ה-Electric Frontier Foundation (EFF) ייחד לעניין זה נושא ספציפי ומיוחד (וראו www.eff.org/share/).
- המדובר בארגון התנדבותי ידוע ומכובד שנוסד במטרה להגן על זכויות האזרח אל מול הטכנולוגיה המתפתחת. הארגון נוטל חלק פעיל בדיונים ציבוריים ומשפטיים שונים ובעלי חשיבות, ובו פעילים אנשי מקצוע ואנשי מדע בעלי רקע טכנולוגי, משפטי ועוד. הארגון נוקט עמדות בסוגיות העומדות על סדר היום במטרה להשיג פתרונות סבירים והגיוניים המגינים על זכויות האזרח מבלי לפגוע בזכויות אחרות. בין היתר נטל הארגון חלק בדיון המשפטי בעניין גרוקסטר שהוצג על ידי התובעות.
- ה-EFF מקדם למשל עצומה שתוגש לקונגרס האמריקאי (וראו www.eff.org/share/petition/). בעצומה קוראים עשרות אלפי אמריקאים לקונגרס למנוע את שיטת התביעות של ה-RIAA (הארגון המייצג את חברות המדיה – שווה ערך למבקשות בענייננו) ואת הפיכת העוסקים בשיתוף קבצים לפושעים. החותמים (ה-EFF) מבקשים מהמחוקק לחוקק חוק שיאפשר הפעלת טכנולוגיות שיתוף קבצים חוקיות המבטיחות הן את התמורה המגיעה לאמנים והן את זכות הציבור ליצירות (בדומה לתכנית 10 הנקודות שהוצגה על ידי המשיב ואתר לה-לה).
- ה-EFF מציג מודל עסקי המאמץ את טכנולוגית שיתוף הקבצים כבסיס להפצת מוסיקה ברשת, ומציע מספר פתרונות תשלום אפשריים⁴³.
- העתקי עמוד הבית של הארגון ושל הדפים השונים הנזכרים לעיל דלעיל מצורפים לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומנים **כנספח 15** לו ומהווים חלק בלתי נפרד ממנו.

⁴³ פתרונות דוגמת רישוי קולקטיבי וולונטרי (בדומה לאופן הרישוי הקולקטיבי שנערך בארה"ב עם תחנות רדיו); רישוי אישי מנדטורי (הבסיס בשיטה זו הוא שכל אדם או חברה רשאים להפיץ את המוסיקה של היוצר, ובלבד שעריך הנהלת חשבונות מסודרת והעביר ליוצר את חלקו. שיטה זו תביא לתחרות על היקף ההפצה, תגדיל את הנגישות ליצירות ואת הכנסות היוצר); שיתוף בהכנסות מפרסומות (מאותן פרסומות המופיעות באתרי שיתוף קבצים המאפשרים האזנה למוסיקה חינם); גביית תשלום על שימוש בתוכנות P2P (בין אם תשלום גלובאלי ובין אם בגין כל הורדה. חלק מתשלום זה יועבר לאמנים); מיסוי רחב פס (שכן הפס הרחב נדרש בעיקר לשם העברת מידע בכמויות, ומידע זה במרבית המקרים הינו מוסיקה וסרטים); מיסוי אמצעי זכרון (בדומה למיסוי קלטות הישראלי) ועוד (ראה www.eff.org/share/?f=compensation.html).

310.2. בעיתון המקוון YNET התפרסמה כתבה של עוה"ד איתי לשם, הקובע כי אתר אחד יסגר ואחרים יפתחו ומציע לתעשיית המוסיקה והסרטים לרתום את תעשיית שיתוף הקבצים לשירותה. לדוגמא, באמצעות קביעה שכל גולש שישלם 100 ש"ח לשנה יהיה חסין לאותה שנה מפני תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים בעת השתוף בקבצים (יצויין כי ככל הנראה עו"ד לשם הינו ב"כ ספק אינטרנט שלו עניין בפרשה זו).

העתק הכתבה מיום 20.9.2005 מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 16** ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

12.ב. טובלות ושרץ בידן

311. לסיום יוזכר בחצי פה, כי אף המבקשות טובלות בפרשה זו ושרץ בידן, תוך שהן עצמן אינן מקפידות על זכויותיהם של אחרים כפי שהן דורשות מהמשיב.

312. לדוגמא בלבד נביא איזכור של כתב תביעה אותו הגיש לפני זמן קצר מר גדי ברינט כנגד יורם גלובוס וערן ריקליס (יוצרי הסרט "הכלה הסורית" ובעלי הזכויות בו, בניגוד לאמור בבקשת צו המניעה). בתביעתו טוען מר ברינט כי הנתבעים נטלו חלקים מהותיים מתסריט שיצר על מנת ליצור את סירטם הם.

העתק כתבה לדוגמא מעיתון "הארץ" מה-9.11.2005 מצורף לתצהיר התומך בבקשה זו, מסומן **כנספח 17** לו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

13.ג. תם ונשלם (תודה לאל...)

313. אכן, כל האמור לעיל לא נועד אלא להבהיר נקודה ברורה אחת, והיא כי בקשה זו לסעד זמני שלא כדין הוגשה ואין ליתן סעד זמני על בסיסה (קל וחומר סעד זמני הכולל חדירה כה בוטה לרשות הפרט!):

- 313.1. הבקשה לקוייה בליקויים טכניים רבים שמאיינים את תוקפה.
- 313.2. הבקשה לוקה בראיותיה, עד כדי אי הוכחת קיום זכויות ביצירות ואי הוכחת הטענות.
- 313.3. הבקשה לוקה בניסוח הצו ומושגיו, עד כדי הפיכתו לאות מתה, שכן הוא מרחיב מעל ומעבר לנטען ולמוכח.
- 313.4. הבקשה אף לקוייה לגופה בהיותה מסתמכת על "תקדים" אמריקאי שנוי במחלוקת וסותר את כל הידוע עד עת הנתנו לפני זמן קצר.
- 313.5. הוכח לעיל, כי למשיב טענות הגנה טובות וכי למעשה לא בוצעה כל הפרה!
- 313.6. הוכח אף כי במאזן הנוחות, בהעמדת ההפרות המוכחות לעומת הנזק שנגרם למשיב (וכן העדר הנזק למבקשות), ברי כי אין ליתן את הצו.
- 313.7. ואחרון הוכח, כי דרך זו של המבקשות הינה דרך של לוחמת חורמה בתופעה כלל עולמית שאין ביכולתן לשנותה. בית משפט זה מתבקש אף הוא ליתן דעתו לכך ולפרש את הדין הקיים לאור הטכנולוגיה ולאור הנסיבות המחייבות שינוי תפיסתי מרחיב. אמנם, לא ניתן לבצע שינוי שכזה בהליך של צו מניעה, אולם אין ליתן צו מניעה עד שלא הוברר היקף השינוי הנדרש.

314. לסיום נביא את דבריו של כב' הש. זפט בעניין מעריב נ' אול יו ניד⁴⁴ בעמ' 11 להחלטתו –
- "אכן האינטרנט מציב אתגרים חדשים בפני עוסקים המבססים את העברת המידע לציבור הרחב על פלטפורמות ישנות, ברם לציבור יש אינטרס לקדם יזמות המבוססת על טכנולוגיה חדשה שבצידה יתרונות רבים. ככל שיזמות זו אינה פוגעת בזכויות המוכרות על פי הדינים הקיימים אין לסכלה ויש למצוא את הדרכים להתקיים לצידה.
- זאת ועוד, ככל שעלול להיגרם למבקשת נזק כלשהו מפעילות המשיבה, מדובר בנזק' כספי הניתן לפיצוי. מנגד, סילוק המודעות מאתר המשיבה יפגע באופן קשה בפעילותם העסקית של המשיבים ובציבור המפרסמים הנהנה מחשיפה נרחבת של המידע שפרסמו. בנסיבות אלו נוטה מאזן הנוחות נגד מתן הצו המבוקש.
315. יובהר כי באותו עניין אף דובר בצו זמני שנתבקש על בסיס טענה של הפרת זכויות יוצרים (במודעות דרושים ומשרות).
316. לאור כל האמור לעיל, מן הדין ומן הצדק לדחות את בקשת צו המניעה (כולו, ולחילופין – חלקו, הכל כאמור מעלה), לחייב את המבקשות בהוצאות (משמעותיות) לטובת המשיב וכן שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ עליו כדין ולקבוע את התיק למסלולו הרגיל.
317. בקשה ותגובה זו נתמכות בתצהיריהם של מר אמיר טסלר, המשיב 2 עצמו, ומר תומר יצחק.

יורם ליכטנשטיין, עו"ד
מ.ר. 16832
ב"כ המשיב 2

⁴⁴ ת.א. (ת"א) 1074/05, בש"א 2018/05 מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ ואח' (הש. י. זפט, 3.3.2005). העתק מצורף **כאסמכתא** י' לבקשה זו.