

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

מאת
מיכאל בירנהק*

תקציר

דיני זכות יוצרים מקנים ליוצרים ולבעלי זכויות אחרים שליטה ביצירות המקוריות שלהם. ההגנה המשפטית מספקת תמריץ, ובמקרי הפרה – בעלי הזכות רשאים לאכוף את זכותם. עם זאת יש חשש – בייחוד בקשר לשחקנים חזקים בשדה הזה – שהאכיפה תגיע לכלל אכיפת יתר. המאמר בוחן את המצב הזה: אכיפת יתר מתרחשת כאשר שחקנים חוזרים נוקטים אסטרטגיות אכיפה שמנסות להרחיב את היקף ההגנה אל מעבר למה שהוענק להם בדין – באמצעות פעולות "מלמטה". אכיפת יתר פוגעת בצד החלש ללא הצדקה, עלולה להביא להרתעת יתר שתפגע בשימושים מותרים ביצירות, ועלולה לשנות את מערכת האיזונים העדינים שקבעו המחוקק ובתי המשפט. המאמר מציג דיון עומק במקרה מבחן של ביצוע פומבי של שידורי ספורט בטלוויזיה. המקרה הטיפוסי הוא פאב שמציב מכשיר טלוויזיה ומקריין באמצעותו שידור טלוויזיה של משחק ספורט שמתקיים מעבר לים, להנאת המבקרים ולתועלת העסק. פעולה שכזו נחשבת ל"ביצוע פומבי", והזכות לקיימה נתונה באופן בלעדי לבעלי הזכויות: ברצותם יתירו את השימוש בדרך של רישיון, ובמקרה של שימוש לא-מורשה קמה להם עילת תביעה. ביצוע פומבי של יצירות מאתגר את אכיפת הזכות: בעל הזכות ניצב מול משתמשים רבים ומפוזרים, והשימוש שלהם ביצירה הוא בר-

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

חלוף ואינו מותיר עקבות. בעלי זכויות פיתחו דרכים שונות להתמודד עם אתגרי אכיפה אלה, אבל מתעורר חשש לאכיפת יתר.

באופן ספציפי, המאמר עוסק בתביעות – מעל 3,000 – שהגישה בישראל חברת צ'רלטון, שעיסוקה הוא הפקת שידורי ספורט, בשנים 2008 עד 2019. זהו היקף יוצא דופן. הרוב המוחלט של התביעות הסתיים בפשרה. המאמר מנתח את הממצאים על התביעות, וממשיג את הממצאים הן במסגרת של דיני זכות יוצרים והן במסגרת המודל של מארק גלנטר בדבר כוחם של שחקנים חוזרים. מתוך הדיון ניתן להכליל ולדייק במאפיינייה של אכיפת היתר, ולברר מהם תנאי הרקע של הדין ושל הפרקטיקה המשפטית שמאפשרים תוצאה שכזו. המאמר מצביע במיוחד על הפיצוי הסטוטורי בדיני זכות יוצרים כגורם מרכזי לכך, לצד פערי כוח שנוצרים בעקבות המשחק החוזר של תובעים מול פיזור וחולשה יחסית של נתבעים. מתוך הדיון עולות כמה הצעות לשינוי.

- מבוא..... 3
- א. ביצוע פומבי של שידורי ספורט..... 5
1. מסגרת הדין..... 6
2. תכלית הזכות לביצוע פומבי..... 9
3. ביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה..... 12
- (א) ערוץ פרמיום ישיר..... 12
- (ב) ערוץ פרמיום דרך ספק תשתית..... 13
- (ג) ערוץ מסחרי..... 13
- (ד) ערוץ ציבורי פתוח..... 14
4. אתגרי האכיפה..... 16
- ב. שחקנים חוזרים בזכויות יוצרים..... 18
1. המשפט בפעולה..... 18
- (א) שחקנים חד-פעמיים ושחקנים חוזרים..... 18
- (ב) פשרות..... 19
- (ג) שחקנים חוזרים בשדה הקניין הרוחני..... 20
2. טרולים בקניין רוחני..... 22
3. תובעים סדרתיים בישראל..... 25
- ג. תביעות צ'רלטון: תמונת מצב..... 26
1. איסוף הנתונים ועיבודם..... 27
2. ממצאים..... 29
- (א) היקף התביעות..... 29
- (ב) בתי המשפט והשופטים..... 30
- (ג) הנתבעים וייצוגם..... 31
- (ד) תוכן התביעות..... 32
- (ה) תוצאת התביעות..... 33

35(ו) פיצויים והוצאות
36ד. צ'רלטון כשחקנית חוזרת
40ה. אכיפת יתר בזכויות יוצרים
411. מהי אכיפת יתר?
432. נזקי אכיפת יתר
463. תנאי הרקע של הדין
484. בחזרה לצ'רלטון
48(א) שאלות עובדתיות
50(ב) זכות התביעה
51(ג) מקוריות ההפקה
54(ד) הקרנה של ערוץ פתוח
56(ה) הפיצוי
57ו. פתרונות?
62סיכום

מבוא

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

התרחיש הזה, בשינויים אחדים לפי אופי העסקים, תוכן המשדר, סוג הערוץ ונסיבות ההקרנה (להיכן כוון המכשיר? מי הקהל?) חזר על עצמו אלפי פעמים בשנים האחרונות. מחקר אמפירי שיוצג בהמשך איתר כ-3,000 תביעות שהגישה תובעת יחידה, חברת צ'רלטון בע"מ (להלן: צ'רלטון), נגד אלפי עסקים בין השנים 2008 ל-2019. יש להניח שדרישות רבות נוספות (שנענו) נשלחו לבעלי עסקים, ובעלי העסקים רכשו רישיון או פיצו את החברה בהתאם, מבלי שהדברים הגיעו לכלל תביעה. היקף התביעות של צ'רלטון יוצא דופן. נדיר לראות גורם אחד פרטי שמנהל מערך תביעות כה מקיף ומסועף באופן רציף. התובעת היא חברה פרטית ולא המדינה (כגון רשות

המיסים), והבסיס המשפטי לתביעות אינו חובה בחוק (כמו בתשלום מס) אלא נתון לשיקול דעתה של בעלת הזכות הפרטית; הבסיס לתביעה אינו חובה חוזית (כמו בתביעות של בנקים נגד לקוחות חייבים) אלא בסיס קנייני, בדיני הקניין הרוחני. המצב בעניין זה הוא שונה גם ממערך האכיפה של תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים דוגמת אקו"ם או הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן: הפדרציה לתקליטים וקלטות), שפעילותם מאפשרת לגשר על עלויות משא ומתן בין בעלי זכויות רבים למשתמשים רבים: במקרה של צ'רלטון מדובר בבעלת זכויות פרטית, יחידה.

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

בהתאם, מאמר זה בוחן מקרוב את המקרה של תביעות צ'רלטון. המטרה המיידית היא להבין את הרקע ואת הנסיבות שהביאו לפרקטיקה זו. מטרה רחבה יותר היא לבחון את דיני זכות יוצרים בפעולה, ולהבחין בין אכיפת לגיטימית לאכיפת יתר. להבחנה תאורטית כללית שכזו תהיה חשיבות גם להערכת התנהגות של מצבים אחרים שבהם יש ריבוי תביעות לפי דיני זכות יוצרים בישראל, ובשנים האחרונות בייחוד בתביעות של צלמים.

פרק א יתאר את מסגרת הדין, שהיא חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: החוק), ויטען שתכליתה של הזכות לביצוע פומבי היא לספק תמריץ שקשור לשימוש המסחרי הטבעי בסוג מסוים של יצירות. הפרק יציב על אתגרי האכיפה שעומדים בפני צ'רלטון, שהם בעיקר פיזור העסקים המשתמשים, אופי פעילותם ומודעות נמוכה שלהם, וכן אופי היצירה הטלוויזיונית. פרק ב יציג את התובנות של השרה המחקרי של משפט וחברה בקשר לשחקנים חוזרים, בעיקר באמצעות המודל שתיאר מארק גלנטר.¹ הפרק יתמקד בגורמים שמביאים לריבוי פשרות, ישאל על גורלה של המשגה הזו בשדה של הקניין הרוחני, ויעמוד על המושגים של תובע סדרתי ושל טרול בקניין רוחני.

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

פרק ג יציג וינתח נתונים בקשר לתביעות צ'רלטון – זהות הצדדים, סוג התביעות, סכום התביעות, פיזורן הגאוגרפי, ייצוג הנתבעים ועוד, וכן את תוצאות ההליכים. פרק ד ינתח את הממצאים לאור המסגרות התיאוריות שייפרסו בפרקים שלפניו. צ'רלטון היא דוגמה מובהקת של שחקן חוזר שפועל מול שחקנים חד-פעמיים, הגם שהיא אינה תובעת סדרתית או תובעת קנטרנית כמובן שפותח בדין הישראלי, והיא גם אינה טרול בקניין רוחני. עם זאת מקצת ממאפייני הפעילות שלה כלולים בהגדרות של טרול שכוה. פרק ה יתמקד בהערכה נורמטיבית של אכיפה בקניין רוחני, ויצביע על החשש מאכיפת יתר. אכיפת יתר היא ניסיון של תובעים להשיג לעצמם הגנה רחבה מההגנה שהחוק מעניק להם. אכיפת יתר פוגעת בנתבעים חלשים, ומשנה בפועל את המאזן העדין והמורכב של דיני זכויות יוצרים ללא הצדקה מהותית.² אכיפת יתר עלולה להיווצר עקב שילוב של שני גורמים עיקריים. גורם אחד הוא מבנה הדין. המאמר יצביע בעיקר על הפיזי הסטטוטורי במתכונתו הנוכחית בדין הישראלי, שמאפשר לבעלי הזכויות מרחב פעולה אסטרטגי ניכר ושיוצר אי-ודאות גדולה אצל המשתמשים. הגורם האחר הוא אופי הפעילות של שחקנים חוזרים, שלומדים לנצל לטובתם את פערי המידע והכוח בתוך כללי הדין הקיים כדי לבצר את מעמדם ולהשיג לעצמם יתרון וכוח בתוך המשפט, לעיתים מעבר לראוי מבחינת תכלית הדין. מקרה המבחן של צ'רלטון יאפשר לזקק את הנסיבות ואת התנאים שבהם מדובר באכיפת יתר שאינה רצויה. טענת המאמר היא, שהגם שאין פגם כללי בפעילות התביעה של צ'רלטון ופעילותה האינטנסיבית היא לגיטימית וחוקית, הרי היא עלולה להביא לאכיפת יתר שכוה. איתור הגורמים שמאפשרים אכיפת יתר יסייע להצביע בפרק ו על כיוונים אפשריים לכול האכיפה. פרק הסיכום יצביע על הקשרים נוספים שראויים לבחינה אמפירית לפי המסגרת התאורטית המוצעת כאן.

א. ביצוע פומבי של שידורי ספורט

טכנולוגיות חדשות יוצרות אפשרויות חדשות ואתגרים חדשים לבעלי זכויות יוצרים. הדין התפתח בעקבות שינויים שכאלו. אמנת ברן משנת 1886 עסקה ביצירות ספרותיות ואומנותיות,³ ובהמשך התרחבה ההגנה גם לצילומים, ליצירות קולנועיות, ליצירות טלוויזיוניות, לתוכנות מחשב ועוד. אגד הזכויות שנתון לבעלי הזכויות הורחב גם הוא: חוק זכות יוצרים המודרני הראשון, חוק המלכה אן שנחקק בבריטניה בשנת

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

³ ראו ס' 4 לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות בנוסח המקורי שלה משנת 1886, וכיום: ס' 2 לאמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות, כ"א 21, 581, 582 (נפתחה לחתימה ב-1886) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1969).

1709, העניק לבעלי הזכויות בלעדיות בקשר לפעולות של העתקה בלבד. 4 אמנת ברן התייחסה לשימושים נוספים, ובין היתר ל"הצגה פומבית" (public representation) של יצירות דרמטיות ולביצוע פומבי (public performance) של יצירות. 5 כיום יש לבעלי הזכויות זכות בלעדית לשורת פעולות ביצירות. 6 מקרה המבחן שנדון במאמר זה עוסק בביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה במקום פיזי, ובאופן ממוקד – של משדרי ספורט. פרק זה מניח את המצע המשפטי לדין, ובוחר את הזכות לביצוע פומבי: אתאר את מסגרת הדין, אבחן את תכליתה של הזכות ואת יישומה הלא-עקבי בבתי המשפט ואחדד את האתגרים שבאכיפתה.

1. מסגרת הדין

החוק מקנה לבעליהן של יצירות אומנותיות וספרותיות סל זכויות. אחת מהן, לרוונטית במיוחד למוזיקה ולתכנים ויזואליים, היא הזכות לביצוע פומבי, ולפיה רק לבעלי הזכויות מותר לבצע את היצירה בפומבי – כלומר לשיר את השיר, להשמיע אותו או להקרין את הסרט. בשורות הבאות אתאר בקצרה את מסגרת הדין ואת הזכות לביצוע פומבי באופן כללי, ואתנס להקרנה של יצירה טלוויזיונית.

חוק זכות יוצרים הבריטי משנת 1911, שהוחל בארץ ישראל בשנת 1924,⁷ נקלט בדין הישראלי ומגן על יצירות מקוריות. דרישת המקוריות משמעה שהיוצר הוא מקור היצירה, שיש בה ולו מעט יצירתיות, ולפי הפסיקה הישראלית – שיש בה גם השקעה כלשהי.⁸ משיש לפנינו יצירה מוגנת, לבעליה יש זכויות בלעדיות שונות בקשר אליה, ורק הוא יכול לפעול באופן האמור בחוק; נוסף אליו יכולים לפעול מי שקיבל רשות (רישיון) מבעלי הזכויות ומי שמשתמשים שימוש מותר לפי אחד השימושים שבפרק ד לחוק (למשל הגנת השימוש ההוגן).⁹ אגד הזכויות כולל גם את הזכות לביצוע

⁴ An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of Such Copies, During the Times Herein Mentioned, 8 Anne c. 19 (1709).

⁵ ס' לאמנת ברן, נוסח 1886 (כיום ס' 11), לעיל ה"ש 3.

⁶ ס' 11, 45-46 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 38 (להלן: החוק).

⁷ חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י ג 2633.

⁸ דרישת המקוריות נזכרת בס' 4 לחוק, ללא הגדרה. לדין, ראו מיכאל בירנהק "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים" **עלי משפט** ב 347 (2002). בתי המשפט לא תמיד דייקו בקשר למבחני המקוריות. השוו את ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (נבו) 14.3.2010, שם מיעט בית המשפט בדרישת המקוריות כמקור, לע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב (נבו) 18.11.2013, שם החזיר בית המשפט דרישה זו לדין.

⁹ ראו ס' 19 לחוק. כאשר שימוש בא בגדרי המצבים שמפורטים בפרק ד, בתנאים שיש שם לכל הגנה או פטור, המשתמשת אינה צריכה לבקש רשות מבעלי הזכויות ואינה צריכה לשלם דבר.

פומבי.¹⁰ בתי המשפט הישראליים פירשו את הזכות כך שהיא חלה גם על שידור¹¹ ועל שידור משנה.¹² בשנת 2007 נחקק חוק זכות יוצרים שמתייחס לאפיקים שונים של הפצת יצירות, שפיצל בין הזכות לביצוע פומבי לבין הזכות לשידור והוסיף להן גם את הזכות של העמדה לרשות הציבור.¹³ כל אלה הן חלק מאגד הזכויות הכלכליות של בעלי הזכויות. סעיף 11(3) לחוק מעניק לבעל הזכויות את הזכות לביצוע פומבי, בין היתר בנוגע ליצירות דרמטיות. "יצירה דרמטית" (סעיף 1 לחוק) כוללת "יצירה קולנועית", וזו כוללת "יצירה טלוויזיונית".¹⁴ סעיף 13 לחוק מפרט: "ביצוע פומבי של יצירה הוא השמעתה או הצגתה בציבור, במישרין או באמצעות מכשיר". במילים פשוטות, לבעל זכויות ביצירה טלוויזיונית נתונה זכות בלעדית בקשר לביצוע פומבי של התכנים; שימוש לא-מורשה הוא הפרה של הזכות.

בתי המשפט דנו בזכות לביצוע פומבי פעמים רבות לאורך השנים. עד לתביעות צ'רלטון עסקו רוב התביעות בהשמעת מוזיקה.¹⁵ התובעים היו התאגידים לניהול משותף – אקו"ם, בקשר לזכויות של היוצרים עצמם, כלומר מי שחיברו את מילות השירים ואת הלחנים שהושמעו, והפדרציה לתקליטים וקלטות, בקשר לזכויות בהקלטה.¹⁶ מצבים עובדתיים שונים אפשרו לבית המשפט לחדד את יסודות הזכות – מהו "ביצוע"¹⁷ ומתי הוא "פומבי". כך, כאשר הושמעה מוזיקה בלובי של מלון¹⁸ או

¹⁰ ס' 1(2) לחוק משנת 1911 קבע שזכות יוצרים כוללת גם זכות להציג יצירה ("to perform", בנוסח האנגלי). ס' 35 הגדיר מהי "הצגה" – וזו כללה "על דרך ההשמעה... לרבות הצגה כזאת באמצעות מכשיר מכני".

¹¹ ראו למשל דנ"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd.**, פ"ד נח(6) 31, 6 (2004) (להלן: **דנ"א ערוצי זהב**). השופט חשין נותר במיעוט, אבל לא הייתה מחלוקת באשר להערתו זו.

¹² כעמדת השופט ריבלין בדעת הרוב, שם, בעמ' 59, ובניגוד לדעת השופט חשין, שם, בעמ' 32.

¹³ ראו ס' 11(3)-(5), 13-15 לחוק; ע"א 9183/09 **The Football Association Premier League Limited נ' פלוני**, פ"ד סה(3) 521, 543 (2012), ולדיין, ראו רחל ארידור-הרשקוביץ "מביצוע פומבי להעמדה לרשות הציבור: חידוש או בלבול תחת הדין החדש?" **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים** 405 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים 2009); תמיר אפורי **חוק זכות יוצרים** 160 (2012) (להלן: **אפורי חוק זכות יוצרים**).

¹⁴ טוני גרינמן מעיר, ובצדק, שהמונח "יצירה טלוויזיונית" אינו מוצלח, שכן הטלוויזיה היא מדיום להעברת היצירות, ואינה תנאי ליצירתה. ראו טוני גרינמן **זכויות יוצרים** 218 (מהדורה שלישית 2020).

¹⁵ חריג חשוב הוא דנ"א **ערוצי זהב**, לעיל ה"ש 11, שעסק בשידור טלוויזיוני של טורניר הטניס בווימבלדון.

¹⁶ ס' 4(א)(2) לחוק מקנה זכות ב"תקליט", שמוגדר בס' 1 לחוק כ"טביעה של צלילים", אולם למעט הקלטה שהיא חלק מיצירה קולנועית.

¹⁷ לדיין, ראו ארידור-הרשקוביץ, לעיל ה"ש 13, בעמ' 408-409; גרינמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 335-345. הפסיקה הצביעה על מידת האקטיביות של הנחבע בפעולה כשיקול רלוונטי. ראו דנ"א **ערוצי זהב**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 38 (השופט חשין, שהיה בדעת מיעוט כאשר ליישום המבחן באותו עניין).

¹⁸ המ' (מחוזי ת"א) 6751/71 **אקו"ם בע"מ נ' חברת מלון דבורה**, פ"מ עז 263 (1972).

כאשר המלון ניתב מוזיקה לחדרי האורחים – נחשב הביצוע לפומבי,¹⁹ אולם כאשר בכל חדר הוצב מקלט נפרד וכל אורח בחר בעצמו לאיזו תחנה להאזין – נפסק שאין מדובר בביצוע פומבי.²⁰ הפסיקה גיבשה כמה מבחנים באשר ליסוד הפומביות, ובעיקר המבחן של אופי המקום ואופי הקהל: כאשר המקום פתוח לציבור והקהל מזדמן מתקיים יסוד הפומביות, גם אם מספר הנוכחים קטן. לכך נוספו מבחנים שבחנו את התועלת למבצע ואת מידת הפגיעה בבעלי הזכויות.²¹ המבחנים לא יושמו בפסיקה בעקביות. כאשר כל המבחנים מובילים למסקנה דומה אין קושי, אולם כאשר כל מבחן מוביל למסקנה שונה נדרש לבחור ביניהם. כך למשל במקרה של מוזיקת רקע שמושמעת בחדר המתנה במרפאה: המקום פתוח למטופלים שבאים לקבל טיפול, לאו דווקא להאזין למוזיקה; המקום ייחשב פומבי, אבל התועלת למרפאה ולמטופלים זניחה, אי-אפשר לכמתה בכסף, והפגיעה בבעלי הזכויות אף היא זניחה.²² הפסיקה לא דירגה את המבחנים, וגם בספרות אין דיון ממצה.²³ את התשובה באשר ליחס שבין המבחנים יש לחפש בתכלית הזכות, וזאת אעשה בסעיף הבא.

כאשר מדובר בביצוע פומבי של מוזיקה, זכות היוצרים עניינה היצירה המוזיקלית (הלחן), היצירה הספרותית (המילים) והתקליט, ואלה היצירות שמבוצעות באופן פומבי.²⁴ שידור טלוויזיה של תכנים טלוויזיוניים מעורר קושי: מהי בדיוק היצירה המוגנת? במקרה זה יש שני מצבים עובדתיים. הראשון הוא שהתוכן המשודר מוגן בזכות יוצרים, כך למשל סרט קולנוע. מצב זה דומה לביצוע פומבי של מוזיקה: מי שמציג בציבור סרט קולנוע, בעל אולם למשל, זקוק לרשות בעלי הזכויות להקרין את הסרט.²⁵ מצב עובדתי שני הוא שהתוכן המשודר אינו מוגן בזכויות היוצרים, אבל המשרד עצמו מוגן. זה המקרה של רוב אירועי הספורט. משחק כדורגל איננו "יצירה"

¹⁹ ע"א (מחוזי ת"א) 1000/80 בלומרס נ' הסניף הישראלי של הפרדציה הבין-לאומית של תעשיית התקליטים, פ"מ התשמ"ב(2) 156 (1981).

²⁰ בש"א (מחוזי נצ') 1343/99 קיבוץ הסוללים – קבוצת המכבי הצעיר נ' הפרדציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (נבו 1999.2.9). תביעה ייצוגית של בעלי צימרים שנדרשו לשלם בגין הצבת מקלטים בחדרי האירוח נדחתה בשל אי-התאמה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. ראו ת"צ 44467-04-12 (מחוזי נצ') איזנבאום נ' הפרדציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (נבו 2013.2.11).

²¹ לדיון, ראו ארידור-הרשקוביץ, לעיל ה"ש 13, בעמ' 409-411; גרינמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 345-350. אפורי מוסיף גם את מבחן הציפיות הסבירות של בעלי הזכות ביצירות שבהן מדובר, ראו אפורי חוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 160, אולם אינו מפרט את הבסיס למבחן זה.

²² ראו ת"א (מחוזי ת"א) 6327-09-11 הפרדציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' קר ויזין ישראל בע"מ, פס" 18 (נבו 2013.7.16). בית המשפט שם התייחס לאופי הפומבי של המרפאה.

²³ ראו גרינמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 349, שמדגיש את מבחן אופי הקהל, אולם מסכם שיש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו.

²⁴ לזמרים ולנגנים יש זכויות לפי חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984, ס"ח 157. ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 9372-02-17 אשכולות החברה לזכויות מבצעים של אמני ישראל בע"מ נ' נרקיס ניהול אירועים בע"מ (נבו 2019.8.5).

²⁵ למעט חריג מצומצם בקשר לביצוע פומבי במוסדות חינוך, לפי ס' 29 לחוק.

במשמעותה בחוק. גם אם יש במשחק דרמה, זו אינה יצירה דרמטית. החוק מגדיר יצירה שכזו "לרבות מחזה, יצירה קולנועית, יצירה מוזיקלית-דרמטית, יצירת מחול ופנטומימה". אירוע ספורט שונה מהדוגמאות שבחוק: אין בו יד מכוונת ואין בו תהליך יצירתי.²⁶ בכדורגל למשל, השחקנים משחקים לפי כללים מסוימים; יש אולי תכנון מסוים של מאמני הקבוצה, אולם התכנון עצמו אינו נחשב ליצירה אלא ל"שיטת ביצוע", שמוחרגת מהגנת החוק בסעיף 25(2).

אם כך, אירוע הספורט כשלעצמו אינו מוגן.²⁷ אולם צילום האירוע עשוי להיות יצירה מוגנת. צילום וידאו של אירוע ספורט הוא משימה מורכבת במיוחד: במגרש כדורגל, למשל, מוצבות אינספור מצלמות. בחירת מיקומן, זווית הצילום, אופי (תקריב למשל) ובעיקר בחירת הצילום שיועבר לצופים – הפיד (feed) – מצטרפים למשימה שדורשת מיומנות רבה, כישרון, זמן, מאמץ וכסף, ויש בה ממד יצירתי מספק.²⁸ מקור היצירה הוא צוות ההפקה והבימוי, שקובע את מערך המצלמות, ובזמן המשחק הבמאית שבחרת את התכנים שישודרו. הם מקור היצירה, שהיא הצילום המשודר. במילים אחרות, הצילום ותוצאתו ממלאים את דרישת המקורית שקבועה בחוק וכפי שפורשה בפסיקה.²⁹ כל זה מתייחס ל"שידור החי הנקי", שנמכר בידי מי שמארגן את המשחקים ומועבר למדינות רבות. משדר מקומי עשוי להוסיף רכיבי תוכן נוספים משל עצמו, למשל פרשנות וקריינות באולפן המקומי, קטעי וידאו שונים, סטטיסטיקה ונתונים על מהלכי המשחק וכדומה, כך שהתוצאה היא מה שטוני גרינמן מכנה "שידור מורחב".³⁰

2. תכלית הזכות לביצוע פומבי

מדוע בכלל נכללת הזכות לביצוע פומבי באגד הזכויות של בעלי הזכויות? הצדקתה העיונית של הזכות תכתיב את היקפה. הצד המשלים הוא שכל פעולה שחותרת תחת הצדקה, כפי שהיא מגולמת בהיקף הזכות, פוגעת בה, והיא הפרה של הזכות (כפוף לשימושים מותרים שלפי פרק ד לחוק). בתי המשפט שדנו בביצוע פומבי

²⁶ פעולות ספורט מתוכננות, כמו התעמלות אומנותית או שחייה צורנית, עשויות להיחשב ליצירת מחול ולזכות להגנה.

²⁷ ראו בפסיקה: ע"א 2173/94 Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב ושות', פ"ד נה(5) 529, 541-540 (2001). הכרעה זו נותרה על כנה גם בדיון הנוסף, ראו דנ"א ערוצי זהב, לעיל ה"ש 11. ראו גם עניין The Football Association Premier League, לעיל ה"ש 13, בעמ' 553. בהחלטה מוקדמת בבית המשפט המחוזי הובעה דעה אחרת. לדיון באפשרות שלא להגן על שידורי ספורט במסגרת דיני זכות יוצרים, ראו גיא פסח "על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה: בעקבות ב"ש"א (ת"א) 11464/08 The Football Association Premier League נ' פלוני" ספר שלמה לוי 579 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים (2013).

²⁸ ראו את הפירוט בקשר להפקת שידורים מטורניר וימבלדון בעניין Tele Event, לעיל ה"ש 27, בעמ' 543.

²⁹ ראו לעיל ה"ש 8.

³⁰ גרינמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 223.

לאורך השנים לא התחבטו בדרך כלל בשאלה זו. כאמור, לדיון יש חשיבות מעשית: כאשר המבחנים של אופי הקהל והמקום מושכים לכיוון אחד, ואילו המבחנים של הפגיעה בבעל הזכויות והתועלת למשתמשים מושכים לכיוון מנוגד, יש לברר איזה מהם גובר. ברור של תכלית הזכות יכול לכוון אותנו. טענתי היא שהגם שהמבחנים של אופי המקום ושל אופי הקהל קלים יותר לבדיקה, הם רק אינדיקציה למבחנים המהותיים של התועלת למבצע ושל הנזק לבעלי הזכויות.

את פרשנות הזכות לביצוע פומבי יש למקם במסגרת הדיון על תכלית זכות היוצרים בכלל.³¹ לפי הגישה המקובלת בדין הישראלי, דיני זכות יוצרים הם דינים מכשירניים, ששואפים להשיג תוצאה מסוימת – עידוד היצירה לטובת הציבור. האמצעי לכך הוא הענקת זכויות בתנאים ובהיקף מסוימים ליוצרים ולבעלי זכויות אחרים. בית המשפט העליון חזר על התכלית הציבורית של הדין כמה פעמים, הן לפי הדין הקודם³² והן לפי הדין הנוכחי.³³ לפי גישה זו, זכות היוצרים היא תמריץ משפטי שמכוון ליוצרים כדי שייצרו יצירות מקוריות, בכך שהיא מגינה על יצירותיהם מפני שימושים לא-מורשים (בכפוף לשימושים מותרים). בפסיקה היה אפשר למצוא בעבר הדים לתפיסות אחרות, ובעיקר של גישת העבודה, שלפיה זכות היוצרים היא ביטוי משפטי להשקעה שהשקיעו היוצרים ביצירה.³⁴ גישת העבודה מניחה שזכות היוצרים נוצרת בשל השקעת העבודה, ואילו המשפט נקרא בדיעבד כדי להגן על העבודה שהושקעה. גישה זו נדחתה במפורש בידי בית המשפט העליון.³⁵

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

³¹ ראו בדומה, ה"ע (הגבלים עסקיים) 3574/00 הפדרציה למוזיקה ים תיכונית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 142 (נבו 29.4.2004). בית הדין הכריז על הפדרציה לתקליטים וקלטות כחסדר כובל, אבל התיר את פעילותה בתנאים שנקבעו שם, בין היתר בקשר לגביית תמלוגים בגין ביצוע פומבי בחדרים בבתי מלון.

³² ע"א 513/89 Exin Line Bros. S.A. נ' Interlego A/S, פ"ד מח(4) 133, 163 (1994); ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ, פ"ד נו(3) 671, 658 (2003).

³³ ראו ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צירלטון בע"מ, פס' 13 לפסק הדין של השופט זילברטל (נבו 2.9.2013) (להלן: עניין טלראן); ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2011); ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ, פס' 22 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 7.8.2019) (להלן: עניין Nestle).

³⁴ בפסיקה יש גם הד לתפיסה רומנטית של תהליך היצירה, כך למשל בפרשת המגילות הגנוזות. ראו ע"א Eisenman 2790/93 נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817 (2000).

³⁵ עניין Interlego A/S, לעיל ה"ש 32, בעמ' 154.

לסוג יצירות מסוים. אעיר כעת על יצירות מוזיקליות, ובסעיף הבא על יצירות טלוויזיוניות.

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

שימוש טבעי שני ביצירה מוזיקלית הוא להשמיע אותה לאחרים. השמעה פומבית שקולה להעתקת ספר. כאשר השימוש נועד להניב למשתמש רווח נוסף – למשל בעל מועדון ריקודים שמשמיע מוזיקה או בעל בית קפה שמשמיע מוזיקה כדי ליצור אווירה נעימה – אלה הם שימושים מסחריים מובהקים. בעלי העסקים המשתמשים רכשו עותק פיזי או רישיון האזנה, ובעלי הזכויות מקבלים את חלקם מדמי הרישיון, אבל התועלת למשתמשים העסקיים מההשמעה גבוהה יותר מאשר מהאזנה בלבד. חשבו למשל על בעל בית קפה שרוכש מנוי ספוטיפיי ב-20 ש"ח לחודש ומשמיע מוזיקה כל יום, בכל שעות הפעילות. נראה שהתועלת של בעל העסק מהשמעת המוזיקה גבוהה מאשר הסכום ששילם, בעצם יצירת האווירה הנעימה, גם אם קשה לכמת את שווייה. לכן, בעלי הזכויות אינם מצליחים להפנים את השווי האמיתי של היצירה, והתמריץ שלהם עלול להיפגע. דרך אחת של בעלי הזכויות לגשר על הפער שבין העלות שהוציא בעל העסק לרווח שיש לו מהמוזיקה היא לדרוש מספוטיפיי לייקר את המחיר לצרכן, ודרך אחרת היא לראות בהשמעה ביצוע פומבי, ולעמוד על זכויותיהם ועל תשלום. לכן גביית תשלום בגין שימושים נוספים אלה משקפת את התמריץ של בעל הזכות.³⁶ ביצוע פומבי לא-מורשה פוגע ביכולת של בעלי הזכויות לנצל (במובן של "exploit") את היצירה ניצול מיטבי. בהתאם, ראוי להגן על הזכות לביצוע פומבי ביצירה רק כאשר היא מניבה תועלת למשתמשים על חשבון בעלי הזכויות.³⁷

כאשר בעל הזכויות יכול לבדל בין המשתמשים בעצמו (פרטיים או עסקיים), הוא יכול לבצע "אפליית מחירים" ולתמחר את השירות בהתאם. הקושי הוא כאשר אין אפשרות לבידול שכזה, ואז המשפט נקרא לסייע לבעלי הזכויות בקביעת המותר והאסור. המבחנים הרווחים בפסיקה הם כאמור המבחן של אופי המקום והמבחן של אופי הקהל, ולעיתים בתי המשפט מוסיפים את מבחן התועלת למבצע ואת מבחן הפגיעה בבעלי הזכויות. הדיון הקצר בתכלית הזכות לביצוע פומבי מעלה, שדווקא שני המבחנים האחרונים הם העיקר: האם לפנינו מצב של "זה נהנה (בעל העסק) וזה חסר (בעלי הזכויות)"? אם כן – הזכות הופרה. אכן, קל יותר לבצע את מבחני אופי המקום ואופי הקהל מאשר את מבחני התועלת והנוק. אני סבור שברוב המקרים אכן מבחני אופי המקום והקהל הם אינדיקציה טובה למבחני התועלת למשתמש והנוק

³⁶ ראו את עניין הפרדציה למוזיקה ים תיכונית, לעיל ה"ש 31, בפס' 140.

³⁷ ראו שם, בפס' 156. בית הדין ציין שיקולים של פגיעה בזכות, של הרווח של בעלי המקלט ושל האינטרס הציבורי בהנגשת יצירות.

לבעלי הזכויות. השמעה של יצירה בהקשר מסחרי במקום פומבי מעידה על תועלת כספית למשתמש. במקרה שכזה כל המבחינים מובילים לאותה תוצאה. אולם לא כל השמעה פומבית מקנה למשתמש תועלת על חשבון בעלי הזכויות. בדוגמה של מוזיקת רקע בחדר המתנה במרפאה, שהוזכרה לעיל, העיקר צריך להיות מבחני התועלת והנוק של הצדדים.

3. ביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה

וממוזיקה לטלוויזיה. משדרי טלוויזיה מועברים בצורה שונה מאשר מוזיקה ברדיו, והמודל העסקי המקובל שונה מזה של תעשיית המוזיקה. יש כיום ארבעה מודלים עיקריים בשוק הטלוויזיה: (א) ערוץ פרמיום ישיר; (ב) תשלום לספק תשתית בגין גישה לחבילת ערוצים; (ג) פרסומות של טלוויזיה מסחרית; (ד) שידור ציבורי. אציג את המודלים על רקע הדיון בדבר תכלית הזכות לביצוע פומבי, בתוספת שיקולי יעילות בקשר לעסקה האפשרית בין הצדדים. שיקולי היעילות אינם משפיעים על מהותה של הזכות, אבל הם גורם חיכוך בין התאוריה לבין הפרקטיקה: זהו המקום שבו ההצדקה העיונית של הזכות מיתרגמת לפרקטיקה בשטח. שיקולי היעילות גם מסייעים לברר את היבט התועלת שיש לבעל העסק המשתמש ואת הנוק שנגרם (או שאינו נגרם) לבעלי הזכויות. הטקסונומיה המוצעת מתמקדת ביחסים שבין בעלי הזכויות לצופים ולפלטפורמת השידור. בין אלה ישנם שחקנים וגורמי ביניים נוספים ומערכת חוזים מסועפת, שבה נוצרים עוד מצבים. בכל אלה לא אדון כאן, בשל המיקוד ביחסים שבין משתמשי הקצה לבעלי הזכויות.

(א) ערוץ פרמיום ישיר

מודל זה הוא של ערוץ בתשלום: הצופים מתקשרים במישרין עם ספק התוכן, ומשלמים בגין האפשרות לצפות בתוכנית או בערוץ מסוימים.³⁸ כך, יש נקודת מפגש בין בעלי הזכויות או נציגיהם (ערוץ הפרמיום) לבין הצופים, ובכלל זה בעלי פאבים ועסקים דומים. בנקודת מפגש זו ניתן לבדל בין משתמש פרטי למשתמש עסקי; ניתן לבחון אם השימוש נועד לעובדים בלבד או לקהל הרחב, ולשקול שיקולים נוספים שיסייעו לתמחור ההתקשרות. במקרה שכזה בעלי העסק יודעים מה הם רכשו, מה מותר ומה אסור. הקרנה פומבית של משדר מערוץ פרמיום ללא רשות חותרת במישרין תחת התמריץ של בעלי הזכויות, שכן הקהל מגיע כדי לצפות במשדר במקום לרכוש מנוי, ובעל העסק מרוויח מהקהל שמגיע אליו.³⁹

³⁸ כך למשל, ניתן לרכוש מנוי אישי לצפייה במשחקי ה-NBA במישרין ממנהלת הליגה.
³⁹ ראו בדומה את עניין הפרוציה למוזיקה ים תיכונית, לעיל ה"ש 31, בפס' 158. בית הדין ציין שכאשר מאזינים יכולים לקבל את השירות ממקור אחר בחינם, אין פגיעה בערך הזכויות.

(ב) ערוץ פרמיום דרך ספק תשתית

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

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

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

(ג) ערוץ מסחרי

במודל זה הצופים אינם משלמים עבור הצפייה בכסף, אלא בתשומת ליבם. עסקה אחת היא בין הערוץ לבין מפרסמים, והמוצר הוא "זמן אוויר" לפרסומות שעלותו נקבעת לפי מספר הצופים (מה שמכונה "eyeballs"). עסקה אחרת היא בין הערוץ לבין בעלי הזכויות במשדרים. הערוץ ירכוש "זכויות שידור" כדי למשוך צופים וכדי למכור עוד פרסומות במחיר גבוה יותר. הקרנה של משדר טלוויזיה מסחרית בבית עסק משנה את המאזן לעומת שני המצבים הקודמים. צפיית הקהל בפאב אינה מחליפה רכישת מנוי לערוץ פרמיום, ולכן בעלי הזכויות אינם חסרים. גם הערוץ המסחרי אינו חסר, שהרי הוא מעוניין להגדיל את מספר הצופים – בלי קשר לשאלה היכן הם צפו – כדי להעלות את המחיר של "זמן האוויר" שהוא מוכר למפרסמים. בעלי הזכויות ודאי ערים לכך, והדבר יבוא לידי ביטוי במחיר שידורו מהערוץ. בעלי העסקים עשויים ליהנות מהרווח שנובע מהקהל הנוסף. זה מצב של "זה נהנה, וזה לא חסר".

כמו במודל הקודם, במודל של טלוויזיה מסחרית אין מפגש ישיר בין בעל העסק (הפאב או בית הקפה) לבין בעלי הזכויות בתכנים המשודרים, אבל הפעם גם אין בהכרח גורם מתווך – כך למשל כאשר השידור נקלט בתשתית של "עידן פלוס".

התייחסות להקרנה של משדר טלוויזיה בערוץ פתוח – כך למשל מקרן טלוויזיה במספרה שמכוון לערוץ 12 – כאל ביצוע פומבי מטילה על בעלי העסקים נטל כבד לבדוק בנוגע לכל תוכן מיהם בעליו, ליצור קשר, לנהל משא ומתן ולשלם בגין השימוש. זהו נטל כבד מאוד, שעלול להביא להרתעת יתר: בעל עסק מודע ושונא סיכון לא יקרין שידורים כלל. ההפסד במקרה שכזה יהיה של הערוץ (שהחשיפה אליו תצטמצם), של הקהל (שלא ייחנה מחוויית הצפייה המשותפת בפאב או מצפייה ברקע בעת המתנה לשירות דוגמת תור במספרה) ושל בעל העסק. בעלי הזכויות בתכנים, לעומת זאת, יוותרו אדישים: הצופים יצפו בטלוויזיה בביתם, וממילא אין הם משלמים בגין הצפייה.⁴⁰ אם דרישת בעלי הזכויות מהעסקים לשלם בגין הביצוע הפומבי תוביל להפסקת השימוש – בעלי הזכויות יפסידו אומנם מקור הכנסה אחד, אבל הצופים יעברו לאפיקים אחרים וישלמו דרכם; אם בעלי העסקים יקרנו את השידורים – בעלי הזכויות ידרשו מהם תשלום בגין הביצוע הפומבי או יעלו את המחיר שהם דורשים מן הערוץ המשדר.

(ד) ערוץ ציבורי פתוח

בשידור ציבורי המימון אינו מגיע מפרסומות, אלא ממקור ציבורי – בין מאוצר המדינה ובין מאגרה ייעודית. ביצוע פומבי בדרך של הקרנת משדר מערוץ ציבורי מעצים את המצב הקודם, שכן הציבור כבר שילם עבור התכנים – בדרך של מס כללי או אגרה ייעודית לערוץ הציבורי, שרכש את זכויות השידור מבעליהם. תשלום בגין צפייה במשדר עלול להיות תשלום כפול.⁴¹

⁴⁰ להשלמת התמונה אציין שספקי שירותי התשתית מחויבים בהעברת שידורים המשודרים לפי ס' 6כא לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, כלומר ערוצים פתוחים וכן ערוצים 12, 13 ועוד, ופטורים מתשלום לבעלי הזכויות.

⁴¹ אשוב לנושא של הקרנת ערוץ ציבורי פתוח להלן בפרק ה.4.ד.

אסכם את הדברים כך:

טבלה 1: ביצוע פומבי לפי מודלים עסקיים של שידורי טלוויזיה

מסקנה משפטית (כפוף ליישום לנסיבות המקרה)	האם ביצוע פומבי לא-מורשה פוגע בתמריץ של בעלי הזכויות?	תועלת למבצע (מקום העסק)	סוג הקשר ועלויות	
<p>זה נהנה וזה חסר: ביצוע פומבי אסור.</p>	<p>כן. אפשרות הקהל לצרוך תוכן בעסק מחליפה רכישת מנוי.</p>	<p>לפי סוג העסק ואופי פעילותו, רווח ישיר או תועלת עקיפה.</p>	<p>קשר ישיר בין צופים ועסקים לערוץ. אפשרות לחוזה ברור. עלויות: הקמת מערך לקוחות ותשלום.</p>	<p>ערוץ פרמיום ישיר</p>
<p>זה נהנה וזה חסר, אבל יש עלויות עסקה שמוטלות על משתמש הקצה, ויעיל יותר שיוטלו על גורם הביניים.</p>	<p>כן. חלק מהצופים יצפה במשדר בעסק (פאב וכן הלאה) במקום לרכוש מנוי לחבילת ערוצים, שחלק מהתשלום עבורה מגיע לבעלי הזכויות.</p>	<p>כנ"ל</p>	<p>בין צופים ועסקים לבעלי הזכויות אין קשר ישיר, ועלויות העסקה גבוהות. בין ספק התשתית לבעלי הזכויות יש קשר ישיר, ועלויות העסקה נמוכות.</p>	<p>ערוץ פרמיום דרך ספק תשתית</p>

<p>זה נהנה וזה לא חסר. הביצוע הפומבי אינו מפר.</p>	<p>לא. הצפייה בצוותא אינה באה על חשבון תשלום לבעלי התכנים.⁴²</p>	<p>כנ"ל</p>	<p>אין קשר ישיר בין צופים ועסקים לבעלי הזכויות, ואין גורם מתווך. עלויות עסקה גבוהות של איתור, פנייה וניהול משא ומתן עם בעלי הזכויות.</p>	<p>ערוץ מסחרי</p>
<p>זה נהנה וזה לא חסר. הביצוע הפומבי אינו מפר.</p>	<p>לא. הציבור כבר שילם לערוץ הציבורי בכספי המיסים או באגרה ייעודית.</p>	<p>כנ"ל</p>	<p>אין קשר ישיר בין צופים ועסקים לבעלי הזכויות, ואין גורם מתווך. עלויות עסקה גבוהות. הציבור מממן את הערוץ הציבורי. עסקה נוספת תהיה בגדר תשלום כפול.</p>	<p>ערוץ ציבורי פתוח</p>

4. אתגרי האכיפה

הזכות לביצוע פומבי בסביבה הפיזית מעוררת אתגרים משמעותיים וייחודיים לבעלי הזכויות:

פיזור המשתמשים. בעלי עסקים שמקרינים את המשדרים נמצאים בכל מקום: בתי קפה, מסעדות, פיצוציות, מועדונים וכדומה. מספרם רב, בדרך כלל הם אינם מאוגדים (הגם שיש התארגנויות-משנה של קבוצות מסוימות, כך למשל איגוד המסעדות).

⁴² הדיון נוגע להפקת התועלת מזכויות היוצרים במישרין. ייתכן שלצפייה המשותפת יש ערך כלכלי נפרד, אולם אז עולה השאלה מי זכאי ליהנות ממנו – האם בעלי הזכויות בלבד? או שמא יש לראות כאן תוצר משותף של בעלי הזכויות, של בעלי העסק ושל הצופים? תודתי לאסף יעקב שהפנה את תשומת ליבי להיבט זה.

התוצאה היא שקשה לבעלי הזכויות ליצור קשר מוקדם עם המשתמשים, להסב את תשומת ליבם לזכויותיהם, לנהל משא ומתן ולגבות תשלום. כל זה שונה מזכויות יוצרים בספרים, למשל – מספר הגורמים שיכולים להעתיקם קטן יותר. אם יש בית דפוס שמעתיק ספרים, ניתן לאתרו, גם אם יש עלויות אכיפה מסוימות.⁴³ הפיזור של העסקים שונה מהפיזור של משתמשים באינטרנט: גלישה ברשת משאירה עקבות דיגיטליים, וניתן – גם אם הדבר כרוך במאמץ טכנולוגי ולעיתים במשכוחות משפטיות – לאתר את המשתמשים.⁴⁴ קשה יותר לדעת מה מוקרן בבית הקפה.

מודעות נמוכה. בשונה מבתי דפוס, תחנות רדיו וכדומה, בעלי העסקים המשתמשים אינם פועלים בתחום היצירה. הם קמעונאים (פיצוציות) או מציעים שירותים שונים (בתי קפה, פאבים). לחלקם נצבר ניסיון בקשר להשמעת יצירות מוזיקליות בשל פעילות אקו"ם והפדרציה לתקליטים וקלטות, אולם בקשר לשידורי טלוויזיה הניסיון שלהם מצומצם. האינטואיציה (שלפי הדין הנוכחי שגויה) שלפיה מותר להם להקרין משדרים – בייחוד מערוץ פתוח – מכשילה. פעולות אכיפה נמרצות עשויות להביא לשינוי מודעות, ולהטמיע נורמה חדשה בקרב קבוצת משתמשים חדשה.⁴⁵ גם פרסום נרחב או פרסום בתחילת משרד (כהצעת אחד מבתי המשפט)⁴⁶ יכולים לצמצם במידת מה את הבעיה, אולם זהו פתרון חלקי בלבד.

הביצוע בר-חלוף. שימוש ביצירות הטלוויזיוניות אינו משאיר עקבות, בשונה מעותקים פיזיים ומשימושים ברשת. הביצוע הפומבי מתקיים בעת השידור בלבד. בעל זכויות שמבקש להוכיח הפרה יזדקק לראיות ישירות – תיעוד ההקרנה – ויעשה זאת בעזרת חוקרים פרטיים שמצוידים במכשירי הקלטה פשוטים. ועדיין, ישנן עלויות לפעולות האכיפה, ואת איסוף הראיות יש לקיים בקשר לכל פעולה מפרה. בכך שונה המצב מהעתקת ספרים, שם די לתפוס את בית הדפוס כדי לבלום את המשך ההעתקה,⁴⁷ ומפעולות דיגיטליות, שם ניתן להיעזר בתוכנות לסריקת הרשת, למשל, שמוזילות את עלויות האכיפה.⁴⁸

⁴³ ראו למשל ת"א (מחוזי חי') 14791-05-19 המרכז לטכנולוגיה חינוכית (מט"ח) נ' ג'בארין (נבו 26.7.2020) (להלן: עניין המרכז לטכנולוגיה חינוכית).

⁴⁴ כך למשל חשיפת גולשים אננימיים. ראו את עניין The Football Association, לעיל ה"ש 13, שבו נפסק שאין הליך שכזה בדיני זכויות יוצרים. לאחר מכן תוקן החוק, וכיום פרק 11 לחוק מסדיר זאת.

⁴⁵ סוגיה קשורה היא התמריץ של שחקן חוזר ושל עורכי דינו להגביר את המודעות. ככל שתביעות הופכות למקור רווח עצמאי, עלול דווקא להתגבש אינטרס שלא להגביר מודעות, ועלולים להיות פערים בין בעלי הזכויות לעורכי הדין. הדבר תלוי גם במודל התשלום לעורכי הדין.

⁴⁶ ת"א (שלוש ת"א) 51396-02-17 צ'רלטון בע"מ נ' בית הבירה צ.ק.מ. בע"מ, עמ' 10 לפסק הדין (נבו 22.10.2018) (להלן: עניין בית הבירה).

⁴⁷ ראו את עניין המרכז לטכנולוגיה חינוכית, לעיל ה"ש 43.

⁴⁸ ראו למשל את תוכנת "Pixmole" הישראלית: <https://www.pixmole.com>.

ב. שחקנים חוזרים בזכויות יוצרים

אחרי שראינו את המסגרת המשפטית והאתגרים שיש ביישומה למקרה של שידורי טלוויזיה, אניח את האדן השני של הדיון – תוכנות מתחום המחקר של "משפט וחברה", שבוחרן כיצד המשפט מיושם בפועל. אבחן כיצד הדין מתייחס לשחקנים חוזרים בכלל, אציג את הדיון בשדה הקניין הרוחני בקשר לטרוולים, ואסביר כיצד הדין הישראלי מתייחס לתובעים סדרתיים. במקרה צ'רלטון אדון בפרק ג.

1. המשפט בפעולה

המחקר בשדה של "משפט וחברה" מציע מסגרות תיאוריות שמסבירות תופעות שונות שמתנהלות בצל המשפט, כלומר פרקטיקות משפטיות של בעלי דין ושל עורכי דין על רקע הקשרים חברתיים ותרבותיים מסוימים, כך למשל, שאלות של ייצוג, של משא ומתן, של פשרות ושל אמצעים דיוניים ותקשורתיים. ההמשגה המרכזית היא של גלנטר.⁴⁹ אפתח בהצגת גישתו, כדי להבין טוב יותר את פערי הכוח ואת הדינמיקה שמובילה לפשרות בתביעות, ואמחיש אותה במחקרים העוסקים בקניין רוחני.

(א) שחקנים חד-פעמיים ושחקנים חוזרים

גלנטר הבחין בין שחקנים חד-פעמיים, שמגיעים לבית המשפט פעם אחת, לבין שחקנים חוזרים, שמגיעים לבית המשפט באופן תדיר.⁵⁰ לשחקנים חד-פעמיים יש עניין ניכר בתוצאת ההתדיינות המסוימת שבה הם מעורבים, ועניין קטן בעיצוב כללים משפטיים כלליים; שחקנים חוזרים, לעומתם, עניינם בכל התדיינות ספציפית קטן יותר, הם יהיו מוכנים להקריב תביעה אחת כדי לעצב כלל משפטי רחב יותר, ויש להם משאבים כדי לפעול לשם כך. שחקן חוזר צובר ידע ומומחיות, והעלויות שלו בכל תביעה ותביעה הן נמוכות.

בהתאם, יש ארבעה מצבים של התדיינות:⁵¹ (1) בין שני שחקנים חד-פעמיים (הליך גירושין, למשל); (2) בין שני שחקנים חוזרים (סוחרים, למשל); (3) בין תובע חד-פעמי לנתבע חוזר (למשל ניזוק מול חברת ביטוח); (4) שחקן חוזר שתובע שחקן חד-פעמי. המצב האחרון הוא שרלוונטי לענייננו. גלנטר הדגים זאת באמצעות הדוגמה של מלווה נגד לוויים, של בעלי בתים נגד שוכרים ושל רשות המס נגד חייבי מס. בשל העניין של השחקן החוזר בעיצוב כללים משפטיים כלליים והעניין של השחקן החד-פעמי בתוצאה של המקרה שלו בלבד – נמצא כאן פשרות רבות.⁵² גלנטר הצביע על אמצעים לשינוי מערך הכוחות, ובין היתר על התאגדות של שחקנים חד-פעמיים.⁵³

⁴⁹ Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead*, לעיל ה"ש 1.

⁵⁰ שם, בעמ' 97-100.

⁵¹ שם, בעמ' 107.

⁵² שם, בעמ' 109.

⁵³ שם, בעמ' 141-144.

הספרות יישמה את ההמשגה הזו בשורת הקשרים. החוקר האמריקני דניאל וילף-טאונסנד תיעד לאחרונה את פעילותם של שחקנים חוזרים בבתי המשפט המדינתיים בארצות הברית, ומצא פעילות בהיקפים עצומים. הוא טוען, כמו גלנטר, שהתופעה מתאפשרת בגלל עוצמת הכוח של שחקנים חוזרים שתובעים שחקנים חד-פעמיים, אבל מתעצמת במיוחד כאשר הנתבעים אינם מיוצגים ולאור חולשת השופטים שם בתוצאה שהוא מכנה "תובעים של פס ייצור", שבה בתי משפט הופכים לחותמת גומי לטובת התובעים.⁵⁴ במחקר הישראלי הצביע יששכר (איסי) רוזן-צבי על שינויים אפשריים בסדרי הדין, כמו שימוש בסטנדרטים שיכולים לרכך את פערי הכוח, בלימה של שימוש לרעה בהליכי בית משפט ופסיקת הוצאות נגד תובע חוזר במקרים מתאימים.⁵⁵ שמואל בכר ואבישי קליין בחנו תביעות ביטוח בבתי משפט לתביעות קטנות, ומצאו שדווקא לשחקן החד-פעמי – התובע שאינו מיוצג – סיכויי הצלחה גבוהים יותר לזכות.⁵⁶ זהו מצב שבו השחקן החוזר הוא הנתבע (המצב השלישי אצל גלנטר). מצב דומה יש בתביעות להגנת הצרכן.⁵⁷ יואב דותן ומנחם הופנונג בחנו עותרים ציבוריים בבג"ץ, ומצאו שההמשגה של גלנטר מתקיימת גם בעניינם.⁵⁸

(ב) פשרות

מדוע צדדים מתפשרים במקום לנהל הליך משפטי מלא שיכריע בסכסוך? חוקרי משפט וכלכלה הצביעו על השווי הצפוי של התביעה, על עלויות התביעה, על עלויות המשא ומתן, על הטיות קוגניטיביות שונות שמשפיעות על הערכת הצדדים את סיכוייהם ועוד.⁵⁹ היקף הפשרות כה רחב כיום – בכל ענפי המשפט כמעט – עד שיש מי שמדברים על "המשפט הנמוג".⁶⁰ גם בישראל המדינה מבקשת לעודד פשרות,

⁵⁴ Daniel Wilf-Townsend, *Assembly-Line Plaintiffs*, 135 HARV. L. REV. 1704 (2022).

⁵⁵ יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 166-161 (2015) (להלן: רוזן-צבי **ההליך האזרחי**).

⁵⁶ שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג והכוח בבית המשפט לתביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט" **הפרקליט** נ 327 (2010); טל חבקין ויגאל נמרודי **התביעה הקטנה** 27-26 (מתן גולדבלט עורך 2017), שמצביעים על כך שההליך של תביעה קטנה מאיין את הקשיים שעליהם עמד גלנטר.

⁵⁷ ראו ארנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** 102 (2002); שמואל בכר "עשיית אושר וגם במשפט: לקראת גישה הוליסטית לדיני צרכנות" **דין ודברים** יא 341, 348 (2018).

⁵⁸ Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, 23 LAW & POL'Y I (2001).

⁵⁹ Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, 27 J. ECON. LIT. 1067, 1070 (1989); אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" **הגישה הכלכלית למשפט** 997, 1014-1012 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012); רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 47-51, וביקורת על הניתוח הכלכלי, שם בעמ' 57-54.

⁶⁰ ראו בהקשר האמריקני: Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004).

ומציעה תמריצים לכך.⁶¹ גם שופטים נוטים ללחוץ על צדדים להגיע לפשרה. חלק מאפיקי הפשרה נעשים בחסות בית המשפט, ולעיתים בידי בית המשפט עצמו, אולם פשרות רבות אינן זוכות לחשיפה. זהו קרחון שאינו גלוי. המחקר הנוכחי מאפשר הצצה מסוימת במקרה המבחן שנדון כאן. שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן מצאו תופעה דומה בקשר לפשרות בתביעות להפרת זכויות יוצרים באינטרנט: מתוך 130 התדייניות שהן בחנו בשנים 2010-2013, כ- 82% הייתה פשרה.⁶²

הדיון של גלנטר מציע תוכנות נוספות בקשר לפשרות: פערי הכוח בין הצדדים – בתחום, בניסיון ובידע המשפטי וההליכי – דוחקים את הצד החלש יותר לפינה. לנתבע הפשרה זולה מאשר הסיכון שכרוך בהתדיינות מלאה, התשלום לעורכי הדין, הפיצויים וההוצאות שעלולים להיפסק נגדו והסיכון לטעות שיפוטית. במילים אחרות, פערי הכוח משפיעים על הנכונות להתפשר.⁶³ ויליאם גאלאגר מצביע על גורם נוסף שדוחק את הצד החלש להתפשר – מוניטין אגרסיבי של התובע.⁶⁴

(ג) שחקנים חוזרים בשדה הקניין הרוחני

בדוגמאות של גלנטר יש נקודת מפגש ראשונית בין הצדדים: כך למשל, כאשר מדובר בבנק מול לקוחותיו או במוכר מול קונה – יש חוזה בין הצדדים ורגולציה ייעודית (בנקאות) או כללית (דיני הגנת הצרכן). הצדדים יכולים לקבוע אפיקים לבירור סכסוכים.⁶⁵ במקרה של קניין רוחני, לבעלי זכויות ולמשתמשי הקצה אין נקודת מפגש ראשונית שכזו וגם אין רגולציה ייעודית. לכן דרושה התאמה של המודל ליחסים אלה. בדיקת מערך יחסי הכוח בין צדדים להתדיינות נבחנה בכמה מקרים בקשר לקניין רוחני. השופט ריצ'ארד פוזנר והחוקר אלברט יון בחנו עמדות של שופטים אמריקנים בנוגע לאיכות הייצוג המשפטי של עורכי דין שמופיעים לפניהם, ומצאו שבראש ניצבים עורכי דין בקניין רוחני ובמשפט מסחרי.⁶⁶ הם סבורים שהממצאים מאששים את ההשערה של גלנטר, שלשחקנים חוזרים יש משאבים, ניסיון וידע, לעומת תחומי משפט שבהם יש בדרך כלל שחקנים חד-פעמיים, כמו דיני משפחה והגירה. פעולות האכיפה מתחילות עוד לפני ההתדיינות בבית המשפט. גאלאגר בחן את כוחם של שחקנים חוזרים בקניין רוחני בהליכים מקדמיים, ומצא שרוב הסכסוכים

⁶¹ כך למשל, כאשר הליך מסתיים בפשרה, יש פטור מתשלום מחצית האגרה. ראו תק' 6(ב) ו-6(ג) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.

⁶² ראו שרון בר-זיו וניבה אלקין-קורן "בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט" **משפטים** מח 411, 451 (2019).

⁶³ רוזן-צבי **ההליך האזורני**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 65.

⁶⁴ ראו William T. Gallagher, *Trademark and Copyright Enforcement in the Shadow of IP* *Law*, 28 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 453 (2011).

⁶⁵ ליישום המודל של גלנטר בקשר להליכים חליפיים לבירור סכסוכים, ראו Carrie Menkel-Meadow, *Do the Haves Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems: Repeat Players in ADR*, 15 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 19 (1999).

⁶⁶ Richard A. Posner & Albert H. Yoon, *What Judges Think of the Quality of Legal Representation*, 63 STAN. L. REV. 317 (2011).

נפתרים באותו שלב.⁶⁷ על בסיס ראיונות עם עורכי דין שייצגו בעלי זכויות בסימני מסחר ובזכויות יוצרים, גאלאגר איתר את השיקולים המרכזיים שלהם בגיבוש אסטרטגיות אכיפה: ביסוס משפטי של הסיכוי לזכות, עלות האכיפה, חשיבות היצירה או הסימן המוגנים לבעליהם וזהות הנתבע. הוא מצא שבעלי הזכויות העדיפו לאכוף זכויות כלפי עסקים קטנים שלא היו יכולים להתגונן כראוי מפני הטענות בשל עלויות ההתדיינות.⁶⁸ חלק מבעלי הזכויות בחר בגישת אכיפה אגרסיבית או כריזמית, שבאה לידי ביטוי בעיקר במכתבי התראה, כדי לבסס מוניטין של אכיפה אגרסיבית. לאה צ'אן גרינוולד התמקדה במכתבי התראה (cease and desist), ומצאה שהם נוטים לאיזמים, שהם מנוסחים בשפה משפטית מכבידה, שהבסיס המשפטי שלהם לעיתים רעוע ושהם כוללים דרישות לפשרה ולתשלום מידי.⁶⁹ כאשר מכתבים אלה מופנים נגד צדדים חלשים, גרינוולד מכנה אותם איזמים נצלניים (abusive), ומציעה מנגנונים משפטיים לצמצום המאפיין הנצלני. אעיר שבארצות הברית הופעלו דיני הגנת הצרכן נגד התראות שכללו מצגי שווא בקשר לפטנטים;⁷⁰ ובבריטניה נחקק בשנת 2017 תיקון לדיני הפטנטים, סימני המסחר והעיצובים (אבל לא בקשר לזכויות יוצרים), שמגביל שימוש באיזמים לנקיטת הליכים משפטיים.⁷¹

בתחום הקניין הרוחני מוכרים שחקנים חוזרים אחרים – תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים. בישראל פועלים כמה תאגידים כאלה: אקו"ם והפדרציה לתקליטים וקלטות שנזכרו לעיל, הפדרציה למוסיקה ים-תיכונית (הפי"ל), אשכולות (תאגיד של מבצעים, שגובה תשלום ואוכף זכויות לפי חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984), עיל"ם (תאגיד של נגנים) ותל"י (חברת תמלוגים של תסריטאים ובמאים של קולנוע וטלוויזיה). אקו"ם והפדרציה לתקליטים וקלטות הגישו מאות תביעות במהלך השנים לאכיפת זכויותיהן. פעולת הרישוי והאכיפה היא בלב פעילותם: הם קמו כדי לפתור כשלי שוק שנובעים מריבוי בעלי הזכויות ומריבוי המשתמשים.⁷² אקו"ם

⁶⁷ Gallagher, לעיל ה"ש 64.

⁶⁸ שם, בעמ' 478. עם זאת המרואיינים לא שללו אכיפה מול שחקנים מבוססים, בין היתר משום שעורכי הדין שלהם הבינו את משמעות התביעה ואת סיכוייה, ולכן הפתרון היה קל יותר.

⁶⁹ Leah Chan Grinvald, *Policing the Cease-and-Desist Letter*, 49 U.S.F. L. REV. 411 (2015).

⁷⁰ ראו את הצו של רשות הסחר האמריקנית: In the matter of MPHJ Technology Investments, LLC (2015).

⁷¹ Intellectual Property (Unjustified Threats) Act, 2017. החוק מציע סעדים של הצהרה שהאיום אינו מוצדק, צו מניעה ופיצוי. לריון, ראו מדריך של משרד הקניין הרוחני הבריטי: INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, THE INTELLECTUAL PROPERTY (UNJUSTIFIED THREATS) ACT 2017 BUSINESS GUIDANCE, <https://bit.ly/35vcawc>, וכן James Fox, Laura Thompson, Beverly Potts & Marc Döring, *UK Threats: Worldwide Consequences?*, 40(2) E.I.P.R. 74 (2018).

⁷² לריון, ראו אריאל כץ "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי" דין ודברים ב 551 (2006); גיא פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים: מבט נוסף על יעילות והגנות" דין ודברים ב 621 (2006).

והפדרציה לתקליטים וקלטות הוכרזו כהסדרים כובלים, שפעולתם הותרה בתנאים שקבעו הממונים על התחרות ובתי הדין לתחרות.⁷³ צ'רלטון, לעומתן, היא בעלת זכויות יחידה. חשוב להעיר שדיני התחרות מחריגים הסדרים שעוסקים בשימוש בזכויות קניין רוחני ביחסים שבין בעלי הזכות למשתמשים.⁷⁴

2. טרולים בקניין רוחני

בתחום הקניין הרוחני אנחנו עדים לשורה של אסטרטגיות שבעלי הזכויות נוקטים כדי להרחיב ולחזק את ההגנה שיש להם, ולהשיא את רווחיהם. הדבר בולט ובוטה במיוחד בדיני הפטנטים. יצירת סבך פטנטים (patent thicket) שמקשה על מתחרים לפענח מה בדיוק מוגן או להשתמש בהמצאות גם לאחר פקיעת הפטנט, רישום זחל מתמיד של פטנטים (ever-greening) ושאר אסטרטגיות – יוצרים בפועל כוח שוק חזק מהתמריץ שהדין ביקש להעניק, באופן שמסכל את האיזון שהדין ביקש להשיג: הממציא מקבל הגנה חזקה יותר על חשבון מתחרים והנגישות של הציבור לידע, וכך נוצרת החצנה שלילית על הציבור.⁷⁵ אחת האסטרטגיות שזוהתה עוד לפני כעשרים שנה היא מקרה מיוחד של תביעות סדרתיות: תובע אופורטוניסט שזכה לכינוי טרול.⁷⁶ "טרולים" הם תאגידיים שלא פיתחו המצאות בעצמם, אבל רכשו פטנטים "לפי משקל", ניסו לאתר מפרים, איימו בתביעות ואף תבעו, ובכמה מקרים זכו. התנהגות זו התאפשרה לפי דיני הפטנטים, אבל היא אינה משרתת את תכליתם. רוברט מרג'ס תמצת את הבעיה עם טרולים שכאלה כך: "litigation instead of innovation".⁷⁷ חלק מהאסטרטגיות נתקלו בתגובת נגד של המשפט, בין של בתי משפט ובין של המחוקק.⁷⁸ מושג הטרול נדר מתחום הפטנטים לתחום זכויות היוצרים. חוקרים אמריקנים עמדו על ריבוי תביעות נגד משתמשי אינטרנט בגין הפרת זכות יוצרים באמצעות

⁷³ ראו ע"א 5365/11 אק"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים נ' emi music publishing ltd (נבו 3.9.2013).

⁷⁴ ראו ס' 2)3 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, ס"ח 1258.

⁷⁵ לדיון, ראו למשל Uri Y. Hacohen, *Evergreening at-Risk*, 33 HARV. J. L. & TECH. 479 (2020); אסף יעקב "קניין רוחני" הגישה הכלכלית למשפט 375, 431-426 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

⁷⁶ ראו Michael J. Meurer, *Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation*, 44 B.C. L. REV. 509 (2003).

⁷⁷ Robert Merges, *After the Trolls: Patent Litigation as Ex-Post Market Making*, 54 AKRON L. REV. 555, 556 (2019). לדיון מפורט יותר, ראו Robert P. Merges, *The Trouble with Trolls: Innovation, Rent-Seeking, and Patent Law Reform*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1583 (2009).

⁷⁸ ראו דוח מפורט של רשות הסחר האמריקנית בעניין זה: FTC, *Patent Assertion Entity Activity* (2016), <https://www.ftc.gov/reports/patent-assertion-entity-activity-ftc-study> (להלן: דוח ה-FTC).

תוכנות לשיתוף קבצים, בייחוד משנת 2010.⁷⁹ הם תלו את האשם בעיקר בכללי הפיצוי הסטטוטורי, שלפיו הסכום המרבי לכל יצירה מופרת עשוי להגיע ל- 150,000 דולרים,⁸⁰ על רקע עלויות ההתדיינות הגבוהות שם.⁸¹ חשבו על בית קפה שמשמיע עשרות שירים ביום. התביעה יכולה להגיע לכמה מיליוני דולרים, וההוצאות המשפטיות אף הן יכולות להאמיר לסכומים של מיליוני דולרים. מאת"ו סאג הצביע על שילוב של גורמים שאפשרו התנהגות כזו: צירוף נתבעים לתביעה המונית אחת שהבסיס המשפטי שלה רעוע, הפיצוי הסטטוטורי, ובייחוד כאשר התכנים שהופרו היו פורנוגרפיים.⁸² מחקר המשך מצא שהתופעה נמשכת.⁸³ מצב נוסף של אכיפת יתר הוא כאשר התנהגות הנתבעים מותרת לפי הגנת השימוש ההוגן,⁸⁴ ואף על פי כן הם נתבעו. פערי הכוח יוצרים לחץ לפשרה במצבים שכאלה, גם כשאין לכך הצדקה בדין.⁸⁵ תנאים אלה מאפשרים לבעל הזכות לאיים בתביעה ולהתפשר בסכום נמוך. מצד התובע, כמות גדולה של תביעות מאפשרת התנהלות שכזו. מצד הנתבע, הבחירה בפשרה בסכומים נמוכים מתבקשת, בלי קשר לסיכויי התביעה.⁸⁶ ואכן, הפשרות בארצות הברית עמדו

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

⁸⁰ הפיצוי הסטטוטורי מוסדר שם ב- 17 U.S.C. §504.
⁸¹ בדין האמריקני יש לבית המשפט שיקול דעת לפסוק הוצאות לטובת הצד הזוכה בתביעות זכות יוצרים, וכן לחייב את הצד המפסיד לשאת בשכר טרחה בגובה סביר. ראו 17 U.S.C. §505, וכן *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* 568 U.S. 519 (2016). מקרה זה שונה מהכלל האמריקני הרגיל, שבו כל צד נושא בהוצאותיו גם כאשר הוא זוכה. במקרה אחד סירב בית משפט לחשוף זהות של גולש אנונימי שנתבע בגין הפרת זכויות שכאלה, והציג את התובע כטרול זכויות יוצרים, ראו *Strike 3 Holdings, LLC v. Doe*, 351 F.Supp.3d 160 (D.C. D. 2018). בערעור נהפכה התוצאה, ובית המשפט לערעורים הסתייג מההערה, ומצא שלתובע היה אינטרס לגיטימי לתבוע, שריבוי התביעות והעובדה שרובן מסתייג בפשרה אינם מעידים על כוונה פסולה שלו. ראו *Strike 3 Holdings, LLC v. Doe*, 964 F.3d 1203 (D.C. Cir. 2020).

⁸² *Matthew Sag & Jake Haskell, Defense Against the Dark Arts of Copyright Trolling*, 103 IOWA L. REV. 571, 576-579 (2018). המחברים תיעדו כעשרת אלפים תביעות במשך שש שנים. סך התביעות האלה היה כמחצית מכל ההתדיינות בזכויות יוצרים בארצות הברית.

⁸³ להגנה זו בדין האמריקני, ראו 17 U.S.C. §107.
⁸⁴ לדיון, ראו Robert T. Sherwin, *Clones, Thugs, 'n (Eventual) Harmony: Using the Federal Rules of Civil Procedure to Simulate a Statutory Defamation Defense and Make the World Safe from Copyright Bullies*, 64 DEPAUL L. REV. 823 (2015). שרווין כינה תובעים שכאלה "בריוני זכויות יוצרים", והצביע על כללים דיוניים שונים שבאמצעותם אפשר להיאבק בכריונות שכזו, כמו גם הצעה ליצור מנגנון הדומה לחוקים נגד תביעות השתקה בדיני לשון הרע.

⁸⁵ *Sag*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1135-1134. מחקר אמפירי מצא תביעת יתר של פיצויים לעומת מה שנפסק (overclaiming). ראו *Ben Depoorter, Copyright Enforcement in the*

בדרך כלל על סכומים של 2,000-4,000 דולרים.⁸⁷ בהתאם, הוצעו שם רפורמות שונות בתחום זה.⁸⁸

מיהו ומהו טרול זכויות יוצרים? ג'יימס דה-ברין הגדיר טרול שכזה כבעל זכויות שמבקש לתבוע לא על מנת לפצות על נזקיו או כדי להרתיע מפריס, אלא כדי להשיג פשרות מהירות וליצור אפיק רווח חדש.⁸⁹ שייאם בלגנש הגדיר טרול זכויות יוצרים כגורם שעסקו הוא אכיפה שיטתית של זכויות שרכש, ושכדרך כלל איננו היוצר, המפיץ או המשתמש של היצירות.⁹⁰ בראד גרינברג הגדיר טרול זכויות יוצרים על בסיס המושג המקביל בדיני פטנטים, כבעל זכויות יוצרים שרוכש או יוצר יצירות בראש ובראשונה כדי לתבוע בגין הפרות עבר או עתיד, שמפצה את היוצרים לפי שווי התביעות הצפוי ולא לפי השווי המסחרי של היצירה, שאינו מפעיל בתום לב אפשרות רישוי ושמישג פשרות מהירות בחסות הפיצוי הסטטוטורי.⁹¹ סאג העדיף הגדרה המבוססת על התנהגות, והגדיר טרול זכויות יוצרים כמי שתובע בגין זכויות שאין לו, על בסיס טענות רעועות, או מבקש סעדים לא-מידתיים, באופן שיטתי.⁹² כל המחברים סבורים שפעילות התביעה האינטנסיבית של תעשיית המוזיקה האמריקנית (RIAA) ושל ארגוני היוצרים לא הייתה פעילות של טרול. גרינברג למשל הצביע על כך, שלשני גופים אלה היו תוכניות רישוי שהופעלו בתום לב.⁹³

הביטוי "טרול" כרוך במידה מסוימת של גינוי, אולם אין בכך כדי לטעון שפעילות הטרולים אינה חוקית. ואכן, הפעילות של הטרולים נתפסת כמותרת אבל מזיקה, הן משום שיש בה ממד סחטני וחוסר תום לב והן משום הפגיעה בתכלית של דיני זכויות יוצרים.⁹⁴

אקדים ואומר, כי כאשר יש לצ'רלטון זכויות יוצרים, יש לה זכות להיאבק בהפרות שמזיקות לה. בהמשך אראה שהאכיפה האינטנסיבית יצרה לצ'רלטון אפיק רווח חדש, אולם הוא היה משני לפעילותה העיקרית.⁹⁵ צ'רלטון גם הציעה רישוי למשתמשים. אם

Digital Age: When the Remedy is the Wrong, 66 UCLA L. REV. 400, 440 (2019) דיפורטר רואה בכך אמצעי לחץ להשיג פשרות לא-מוצדקות.

Sag, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1009-1010, DeBriyn; לעיל ה"ש 79, בעמ' 81-82.

Sag, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1135-1140, DeBriyn; לעיל ה"ש 79, בעמ' 106-110; Depoorter, לעיל ה"ש 86, בעמ' 441-446.

DeBriyn, לעיל ה"ש 79, בעמ' 81, 86.

Shyamkrishna Balganes, *The Uneasy Case Against Copyright Trolls*, 86 S. CAL. L. REV. 723, 732 (2013).

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

Sag, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1114.

Greenberg, לעיל ה"ש 91, בעמ' 60.

שם, בעמ' 109.

בריאיין רדיו הסביר עו"ד ליאור להב, בא כוחה של צ'רלטון, על תביעות בגין ביצוע פומבי בישראל: "זה חלק ממודל הרווחים של הזכיינים". האזינו לריאיון של טלי ליפקין-שחק עימו בגלי צה"ל: 07:15 (8.8.2017) <https://soundcloud.com/tomer-apfeldorf/882017a>.

כן, ההגדרות השונות שהוצעו לעיל באשר ל"טרול זכויות יוצרים" אינן מתקיימות בעניינה: צ'רלטון איננה טרול שכזה. עם זאת מאפיין אחד מאלה שנזכרו במחקר האמריקני כן התקיים – תביעות בסכומים גבוהים, בחסות הפיצוי הסטטוטורי, ופשרות מהירות בסכומים נמוכים בהרבה.

3. תובעים סדרתיים בישראל

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

תקנות סדר הדין האזרחי מתירות לבית המשפט למחוק כתב תביעה שאינו מגלה עילת תביעה, או כאשר התביעה "טרדנית או קנטרנית".⁹⁶ בפסיקה יש עירוב מסוים בין המושגים "תובע סדרתי" ו"תובע טרדן". התקנות אינן מגדירות מונחים אלה, אולם לפי הפסיקה ניתן לומר שתובע סדרתי הוא מי שמגיש תביעות רבות בעניין דומה – כך למשל תובע בתביעות על משלוח הודעות פרסומיות ("ספאם") או מי שתובעים בגין אפלייתם בכניסה למקומות ציבוריים. הסדרתיות מעוררת לעיתים אי-נוחות אצל השופטים. במקרה אחד העיר רשם בכיר על תובע בתביעות ספאם, שזה "הפך את הגשת התביעות לתעשייה של ממש, בין עבורו ובין עבור אחרים, באופן שיש בו כדי להחשיד בתאוה לרווח כספי אישי".⁹⁷ אמירה זו הביאה להפחתת הפיצוי. תובע טרדן נתפס כמי שמנצל את משאבי המערכת השיפוטית על חשבון מתדיינים אחרים.⁹⁸ פן אחר הוא שימוש לרעה בהליכי המשפט – כאשר לתובע "אין מה להפסיד".⁹⁹ אולם בתי משפט הבהירו שעצם העובדה שאדם מגיש תביעות רבות אינה בהכרח בעייתית, ולעיתים יש בה חשיבות. השופט פוגלמן העיר בהערת אגב בתביעת אפליה, כי "יש לעודד הגשת תביעות באותם מקרים שאכן התרחשה הפליה אסורה. מכאן, כי יש להיזהר מסיווגו של מי שהגיש כמה תביעות מכוח החוק כ'תובע סדרתי' ולראות בכך כשיקול העומד לחובתו, וממילא יש להקפיד ולבחון כל תביעה לגופה".¹⁰⁰ בתביעת ספאם העיר שופט בבית משפט לתביעות קטנות, כי "המונח 'תובע סדרתי' אינו צריך

⁹⁶ כיום – תק' 41 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, ובתקופה שנבחנה במחקר – תק' 100 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

⁹⁷ תק' (הרצ') 23133-10-14 מאירי נ' Mb Global בע"מ (נבו 15.1.2015).

⁹⁸ בג"ץ 668/14 ואן קול נ' מדינת ישראל (נבו 14.8.2014); ת"א (מחוזי ת"א) 58988-12-16 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 20.3.2017).

⁹⁹ ראו אבישי אדד שימוש לרעה בהליכי משפט 249 (2013).

¹⁰⁰ רע"א 197/16 קיס נ' ק.צ. יחסי ציבור ויזמות בע"מ (נבו 26.1.2016). בתביעה אחרת של אותו תובע נגד מעסיק אחר שלטענתו הפלה אותו בשל מוצאו נדחתה טענת הנתבע בקשר להיות התובע תובע סדרתי, ונקבע כי "לא מצאנו כי טענה זו רלבנטית לשאלה האם הוא הופלה בנסיבות המקרה הספציפי". ראו סע"ש (אזורי ת"א) 5865-08-16 קיס – קשת גיבורים - שיווק בע"מ (נבו 21.2.2019).

לקבל קונוטציה שלילית בהקשר שבו עסקינן כל עוד התובע נוהג בתום לב".¹⁰¹ הערות אחרות בפסיקה מעלות שאי-הנוחות נגרמת בשל טענות סרק, כלומר תביעות שאינן מקימות עילה משפטית.¹⁰² הצעת חוק ממשלתית הגדירה בעל דין טרדן כ"בעל דין המגיש הליכים שאינם מגלים עילה, באופן עקבי ושיטתי, לבית משפט אחד או לבתי משפט שונים, נגד אותו בעל דין או נגד בעלי דין שונים, באופן שיש בהם משום שימוש לרעה בהליכי משפט".¹⁰³

הכללים האלה הם דוגמה לניסיון של הדין לצמצם פערי כוח שמנוצלים לרעה. בדיון על תכלית סדרי הדין בכלל מצביע רוזן-צבי על כוחם של כללים דיוניים לשקף ולעצב פערי כוח, ובהתאם טוען שמערכת דיונית צריכה לעצב מנגנונים שיתמודדו עם פערי כוח שכאלה.¹⁰⁴ גישתו נובעת מעמדתו הכללית בדבר התכליות של סדרי הדין, שכוללות גם את ערך השוויון.¹⁰⁵ רוזן-צבי מצביע בין היתר על פערי הכוח בנגישות למערכת המשפט ובסיכויי ההצלחה בהליך עצמו, ומעיר כי לכך עשויה להיות השפעה על פשרות מחוץ לבית המשפט;¹⁰⁶ כמו כן הוא מעלה חשש שאי-השוויון בין המתדיינים פוגע בתביעות ובהגנות טובות באופן שעלול להביא להטיה בתוצאות לטובת השחקנים החוזרים.¹⁰⁷

אקדים ואעיר שצ'רלטון אכן הגישה תביעות רבות מאוד. אולם ככלל תביעותיה לא היו תביעות סרק. הגם שעולות שאלות משפטיות בקשר לזכותה לתבוע ושאלות עובדתיות קונקרטיות (ובאלה אדון בפרק ה), הרי לתביעותיה היה יסוד בדיון. למעשה הסדרתיות נכפית עליה בשל ריבוי ההפרות לכאורה ובשל אתגרי האכיפה שנדונו בפרק הקודם. עם זאת לרשותה של צ'רלטון כוח רב בקשר לתביעה, וכוחה ניכר מול חולשת הנתבעים.

ג. תביעות צ'רלטון: תמונת מצב

צ'רלטון היא חברה ישראלית שהתאגדה בשנת 1992. בעלי החברה כיום הם אנשי העסקים אלי עזור¹⁰⁸ ופיני זהבי. צ'רלטון היא הבעלים של ערוצי שידור בתשלום

¹⁰¹ ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 44073-09-14 זילברג נ' "כיד" ערוץ הקניות בע"מ (נבו) 5.7.2015.

¹⁰² ראו למשל, עניין ואן קול, לעיל ה"ש 98.

¹⁰³ הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 95) (תובע טרדן), התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 1247. ההצעה לא קודמה לפי שעה. עם זאת תק' 4 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 אוסרת על בעלי דין שימוש לרעה בהליכי משפט.

¹⁰⁴ רוזן-צבי ההליך האזרחי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 32.

¹⁰⁵ שם, בעמ' 64.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 65.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 127-128.

¹⁰⁸ ראו שוקי שדה "יוצא לאור: אלי עזור עובר לפריים טיים ומשתלט על התקשורת הישראלית" דה-מרקר (23.11.2018)

<https://www.themarker.com/advertising/premium-MAGAZINE-1.6679118>

(ספורט 1, 2, 3, 4). החברה רוכשת זכויות שידור לאירועי ספורט רבים בעולם,¹⁰⁹ ובישראל, למשל, לליגת-העל בכדורגל. מאחר שהחברה היא חברה פרטית, אין מידע פומבי על היקף פעילותה הכלכלית. צ'רלטון גם מוכרת זכויות שידור לערוצים אחרים – מסחריים או ציבוריים – וגובה תשלום לפי הצלחתה במשא ומתן המסחרי. מאמר זה מתמקד בפעולות אכיפה של צ'רלטון נגד עסקים שמקרינים משדרי ספורט שבבעלותה. פרק זה מציג את ממצאי המחקר האמפירי. אפתח בהערה מתודולוגית על איסוף הנתונים ועיבודם, ואציג את עיקר הממצאים ואת התמונה הכללית שעולה מהם. ממצאים אלה יאפשרו לבחון בפרק הבא את משמעותם ואת השאלה אם מדובר באכיפת יתר.

1. איסוף הנתונים ועיבודם

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

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

איסוף הליכי צ'רלטון. הבדיקה נערכה תחילה באמצעות חיפוש שם החברה כתובעת במאגר "נבו". בדיקה במאגר "תקדין" העלתה מעט תביעות נוספות. בדיקה

¹⁰⁹ למונח "זכויות שידור" כמה משמעויות: (1) למי שמארגן את המשחקים יש זכות קניינית במגרש וכוח חוזי מול גופי שידור שמבקשים לשדר משם. הזכות מתורגמת לבלעדיות לגוף שידור מסוים, וכאן צומחות "זכויות שידור" כמושג חוזי-מסחרי. גיבוי משפטי נוסף לזכות זו יש בדיני עשיית עושר ולא במשפט. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1101/01 רדין ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור (נבו 26.8.2002); (2) צילום האירועים הוא "יצירה דרמטית" לפי חוק זכות יוצרים, והזכות כוללת גם זכות לשדר את היצירה (ס' 11(4), 14 לחוק); (3) חוק זכויות מבצעים ומשדרים מגן על זכויות אחרות של גופי שידור. להבחנה בין המונחים השונים, ראו גיא פסח "זכויות שידור – גלגוליה של סבוניית [פסק הדין בעניין] א.ש.י.ר. וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת" המשפט י 131 (2005); יובל קרניאל "שידור של אירוע ספורט בערוצים הזרים – האם דיני זכויות יוצרים מחייבים החשכת מסך" עלי משפט ו 259, 267 (2007). אני מאמץ את המונחים שהוצעו אצל עופר טור-סיני ומיכל שור-עופרי "א.ש.י.ר. חוגגת עשרים – מחקר אמפירי" משפטים נא 163, 187-188 (2021), ואיחד את המונח "שידור" לפיד הנקי, כלומר השידור כפי שהוא יוצא ממגרש הספורט, ואת המונח "משדר" איחד לתוצאה שמוקרנת בטלוויזיה בסופו של דבר.

במאגר "פדאור" לא העלתה פסקי דין נוספים. צוות "נבו" סייע בהפקת פלט מפורט של כלל ההליכים שבהם צ'רלטון מעורבת ושניתנה בעניינם החלטה כלשהי. התקבלו למעלה מ-700 הליכים. המידע מ"נבו" כולל את מספר ההליכים, לשמות הצדדים, לבית המשפט ולשופטים, לעורכי הדין (בחלק מהמקרים) ולסוג ההחלטה (החלטה או פסק דין). כמו כן, "עמותת התמנון – מידע ציבורי לכל", שמפעילה את פרויקט "תולעת המשפט", סייעה באיתור הליכים נוספים מתוך מערכת "נט-המשפט" שמפעילה הנהלת בתי המשפט.¹¹⁰ "תולעת המשפט" סורקת באופן שיטתי ואוטומטי את "נט-המשפט" ומחלצת משם מידע פומבי, שמותר בפרסום. חיפוש זה הניב אלפי תוצאות. המידע מ"נט-המשפט" כולל את מספר ההליך, את בית המשפט ואת השופטים, את סוג התביעה (כספית), את סכום התביעה ואת תוצאת ההליך כפי שדווחה במערכת "נט-המשפט". התביעות עצמן אינן כלולות במאגרים.

מיקוד המחקר הוא בתביעות בשל הפרת הזכות לביצוע פומבי. הליכים אחרים כמו סכסוכי עבודה ועתירות מנהליות הוסרו. תביעות נגד מי ששיווקו ממירים שאפשרו, לטענת צ'רלטון, גישה לשידורים מוצפנים, הוסרו גם כן – אם כי כאן יש קושי לבדל את התביעות האלה. הוסרו גם ארבע תביעות בקשר להפרות זכויות באינטרנט וכן ערעורים, כדי לא לספור את אותו מקרה פעמיים. יש להעיר שהסיווג של מזכירות בתי המשפט ובעקבותיהם של המאגרים אינו מדויק: במקרים רבים סווגו תביעות צ'רלטון כ"קניין רוחני", במקרים אחרים כ"תביעה כספית", ב-57 מקרים כ"קניין רוחני – פטנטים" (סיווג שהוא שגוי בעליל) או שלא צוין דבר. למרות זאת הושארו מקרים אלה במאגר, לאור מאפייניהם: היותה של צ'רלטון תובעת (ולא נתבעת), סוג ההליך (תביעה אזרחית), מקום ההליך (בית משפט שלום), סכום התביעה האחד (60,000 ש"ח בשנים הראשונות, ובהמשך 85,000 ש"ח) ובדיקת ההחלטות עצמן, ככל שהן העידו על התוכן. תביעות בסכומים גבוהים יותר הוסרו, כמו גם תביעות שהוגשו לבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה, שעסקו כנראה בסכסוכים אחרים.

בשל השוני בהיקף התוצאות שעלו בחיפוש במאגר "נבו" (שכוללות מידע מפורט, אבל רק על תיקים שיש בהם החלטה כלשהי) וב"נט-המשפט" (שכוללות מעט פחות מידע, אבל על יותר הליכים), הוצלבו הממצאים מהמקורות השונים והוסרו כפילויות. בהתאם לכך, בתיאור הממצאים שלהלן אציין אם המקור הוא במאגר "נבו" או במאגר המאוחד של כלל המקורות.

חילוף מידע. לאחר איסוף המידע, חולץ כל נתון אפשרי על אודות התביעות.

המידע עובד בגיליון נתונים וקודד בידי עוזרי מחקר, וממצאיו נגישים לכול.¹¹¹

מקורות משלימים. כחלק מהמחקר עיינו בכל פסקי הדין וההחלטות שניתנו בתביעות האלה. המחקר הושלם בשיחות ובהתכתבויות עם עורכי דין שהיו מעורבים בתביעות צ'רלטון, ובדברים שנשאו עורך הדין של החברה ומנהל בכיר שלה בכנס

¹¹⁰ ראו את אתר הפרויקט בכתובת: <https://bit.ly/3Dyo05W>

¹¹¹ ממצאי המחקר ושיטת הקידוד זמינים בכתובת: <https://bit.ly/3vOOeLI>

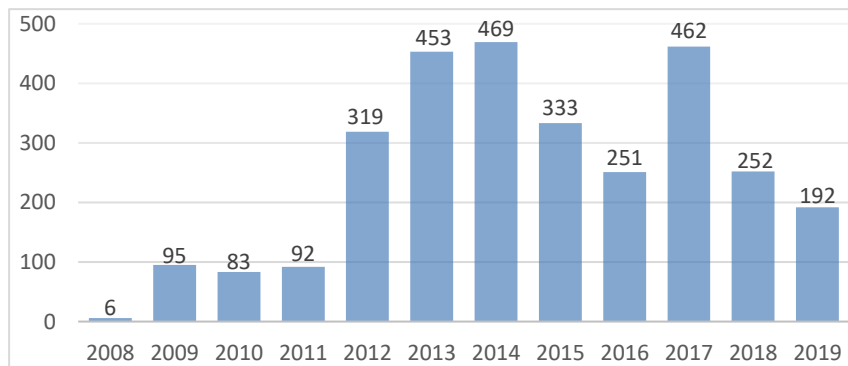
אקדמי פומבי. עיינתי גם בכמה כתבי תביעה שהועברו אליי מעורכי הדין שייצגו נתבעים, ובמכתבי התראה שצ'רלטון שלחה לנתבעים.

2. ממצאים

(א) היקף התביעות

בסך הכול אותרו 3,007 תביעות שצ'רלטון הגישה משנת 2008 ועד לשנת 2019 (כולל) בקשר לביצוע פומבי של משדרי ספורט בהתפלגות הבאה, לפי מועד הגשת התביעה.

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



הסבר אפשרי לתנודתיות לאורך השנים הוא אירועי הספורט הגדולים, כמו משחקי יורו 2012 ו-2016. בהיעדר נתונים על כלל התביעות בנושאי קניין רוחני בבתי משפט השלום, קשה לומר מהו שיעור התביעות של צ'רלטון מתוכם.¹¹² לשם השוואה, שחקנית חוזרת אחת בקשר לביצוע פומבי, הפדרציה לתקליטים וקלטות (שבבעלותה זכויות בהקלטות של מוזיקה), הגישה בתקופה המקבילה כ-400 תביעות, ואקו"ם (שבבעלותה זכויות הביצוע הפומבי של מלחינים ושל מחברים החברים באגודה) הגישה כ-200 תביעות. כלומר, שתיהן יחד הגישו כחמישית ממספר התביעות שצ'רלטון לבדה הגישה.¹¹³

¹¹² הנהלת בתי המשפט מפרסמת דוחות כלליים שמהם אפשר ללמוד כמה תביעות כספיות הוגשו בשנה, אולם ללא פירוט נושאי. בשנת 2018 נפתחו בסך הכול 185,218 תביעות אזרחיות, ומתוכן 123,934 כללו סעד כספי. ראו הנהלת בתי המשפט דוח שנתי 2018, 23, https://www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics_annual_2018/he/2018.pdf 28

¹¹³ הברדיקה נערכה במסגרת פרויקט "תולעת המשפט", לפי שם התובעות, בנוגע לשנים 2008-2019, בניכוי הליכים שבבירור לא עסקו בביצוע פומבי.

(ב) בתי המשפט והשופטים

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

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

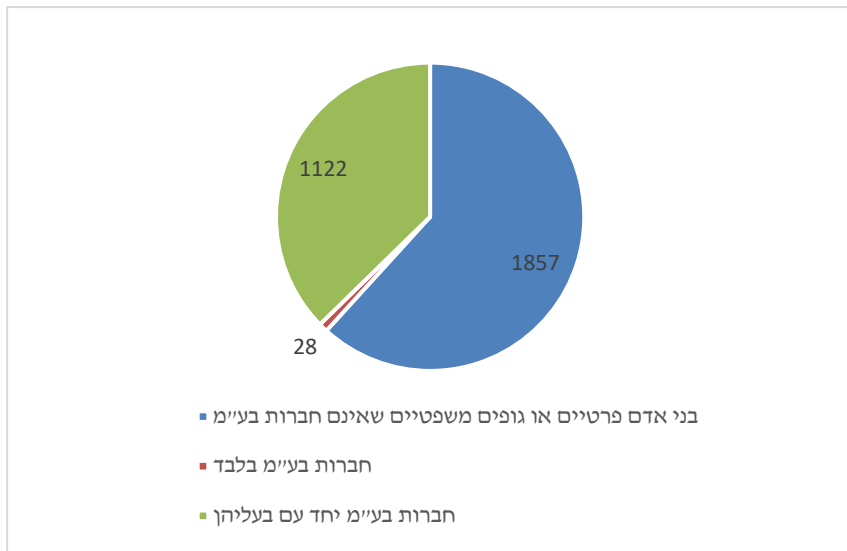
מחוז ובית משפט	תביעות צ'רלטון להפרת ביצוע פומבי, 2019-2008
תל אביב	983
תל אביב	824
הרצליה	159
חיפה	649
חיפה	537
חדרה	109
קרית	2
עכו	1
מרכז	561
ראשון לציון	475
פתח תקווה	53
נתניה	26
כפר סבא	6
רחובות	1
דרום	411
אשדוד	387
באר שבע	15
אילת	6
קרית גת	3
ירושלים	219
בית שמש	167
ירושלים	52
צפון	184
עפולה	172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

בסך הכול נדונו תביעות צ'רלטון לפני 227 שופטים ושופטות לפחות.¹¹⁴ בנוגע ל-189 הליכים אין בידי מידע באשר לזהות השופטים והשופטות, כך שיש להניח שמספר השופטים המעורבים גבוה יותר. קשה לאמוד את השיעור של אלה מתוך כלל שופטי השלום, בשל תחלופה טבעית של פרישות ושל קידומים. כדי לסבר את האוזן אציין, שבחודש ינואר 2020 כיהנו 451 שופטי שלום;¹¹⁵ אצל חלקם התבררו עשרות תביעות, ובראשם שופטת אחת שדנה ב-130 תביעות. אצל 146 שופטים ושופטות נדונו פחות מעשר תביעות כל אחד.

(ג) הנתבעים וייצוגם¹¹⁶

בדיקת שמות הנתבעים במאגר המאוחד מאפשרת לזהות אם מדובר בחברות בע"מ. ב-62% מהתביעות (1,857) נתבעו בני אדם פרטיים או גופים משפטיים אחרים שאינם חברות בע"מ, כמו שותפויות. בגופים שכאלה הבעלים אחראי בגין חובות השותפות. ב-37% מהתביעות (1,122) נתבעו חברות בע"מ עם בעליהן, ורק ב-1% (28) נתבעו תאגידים לבדם. במילים אחרות, ב-99% מהתביעות נתבעו בעלי העסקים במישרין.

תרשים 2: זהות המשפטית של הנתבעים



¹¹⁴ לפירוט, ראו במאגר הנתונים, לעיל ה"ש 111 (לשונית: "שופטים").
¹¹⁵ ראו הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2019 10 bit.ly/3tUJFSw (2020).
¹¹⁶ לפירוט, ראו במאגר הנתונים, לעיל ה"ש 111 (לשונית "טבלת נתבעים").

עיון בשמות הנתבעים התאגידיים מצביע על עסקים קטנים כמו בית קפה, פיצרייה, פיצוצייה, קונדיטוריה, או דוכן מזון מהיר. במקרים אחדים דובר במקומות מבוססים יותר, כמו מסעדות גדולות, קניון, אולם אירועים או בית מלון. גם פסקי הדין המפורטים (הבודדים) מצביעים על עסקים דומים: מקומות קטנים יחסית, שעיסוקם העיקרי אינו קשור לשימוש במשדרי טלוויזיה אלא לשירות אחר. המקורות כוללים מידע חלקי על הייצוג של הנתבעים.¹¹⁷ אותרו 905 עורכי דין שייצגו נתבעים. רובם ייצגו נתבעים רק בתביעה אחת. 195 עורכי דין הופיעו יותר מפעם אחת. בראש הרשימה ישנה עורכת דין אחת, שייצגה 19 נתבעים.¹¹⁸ התמונה שעולה היא של ריבוי עורכי דין, שרובם שחקנים חד-פעמיים בתביעות צ'רלטון. ב-1,781 הליכים אין מידע על ייצוג עורכי הדין; נראה שמדובר במקרים שבהם הנתבעים לא היו מיוצגים, או שהמידע לא הוזן במאגרי המידע. בצד של צ'רלטון הייצוג המשפטי הוא זהה ברוב המוחלט של התביעות, ובתקופה שנבחנה כאן הוא היה בידי משרד עורכי דין אחד.

(ד) תוכן התביעות

במאגרים השונים אין גישה לתביעות עצמן. עילות התביעה ופרטי התביעות נדלו מהירשום שבבתי המשפט. עיון בכל תיקי "נבו" (711), מאגר שבו נמצא פירוט נרחב יותר מהמאגר שמבוסס על "נט-המשפט", העלה שהוגשו רק תביעות כספיות, כלומר לא נתבקש צו מניעה.¹¹⁹ אין בידי די מידע כדי לדעת מהו אופי המשדרים שבגינם הוגשה התביעה, אולם במעט המקרים שבהם יש פירוט בהחלטות או בפסקי דין מדובר באירועי ספורט. המאגר המאוחד מלמד שבשנים 2008-2010 הוגשו תביעות בסכום של 60,000 ש"ח, ומסוף שנת 2010 ועד לתום תקופת הבדיקה (סוף שנת 2019) היו התביעות בסכום של 85,000 ש"ח.¹²⁰ שינוי זה בא במקביל להעלאת הרף לתביעות בסדר דין מקוצר.¹²¹

¹¹⁷ לפירוט, ראו שם (לשונית "פילוח עורכי דין נתבעים").

¹¹⁸ זו עו"ד חנה גרופר-שגיא. תחום עיסוקה המקורי היה דיני משפחות ויש לה גם מומחיות במשפט עברי. כיום מצוין באתרי אינטרנט שונים שמשדרה עוסק בשני תחומים: הגנה מפני תביעות צ'רלטון ודיני משפחה.

¹¹⁹ אילו התבקש צו מניעה, הייתה מתעוררת שאלה של סמכות השיפוט: ס' 40(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 1123 (להלן: חוק בתי המשפט) קובע, שלבית המשפט המחוזי סמכות לדון בתביעה שכרוכה בענייני קניין רוחני, גם אם סכום התביעה או שווייה היו מכתביים סמכות לבית משפט השלום. עם זאת קבע בית המשפט העליון, שגם כאשר מבוקש סעד לא-כספי (כמו צו מניעה), הסמכות נקבעת לפי שווי התביעה. ראו רע"א 6500/19 גבריאל נ' אשד (נבו 7.5.2020).

¹²⁰ האגרה לתביעה כספית היא 2.5% מסכום התביעה, כך שהאגרה לתביעה של 85,000 ש"ח היא 2,125 ש"ח, ואת מחציתה יש לשלם בעת הבאת ההליך. ראו תקנות בתי-המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, פרט 1 בתוספת הראשונה, ותק' 6.

¹²¹ עד לחודש נובמבר 2010 הרף לתביעה בסדר דין מקוצר היה 50,000 ש"ח, ואז הוא הועלה ל-75,000 ש"ח, לפי תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 4), התש"ע-2010.

(ה) תוצאת התביעות

מאגרי המידע – של "נבו", של "תקדין" ושל "נט-המשפט" (והקציר של "תולעת המשפט" מתוכו) – מציינים תוצאה כמו "התקבל", "התקבל חלקית", "נדחה", "גישור", "גישור מהו"ת" ו-"נמחק", אולם הכותרת אינה מלמדת בהכרח על תוכן ההכרעה. כך למשל, בהליכים רבים שבהם התוצאה סווגה "התקבל", דובר באישור פשרה. המאגר המאוחד אפשר לזהות 61 תביעות שעדיין תלויות ועומדות במועד כתיבת המאמר. מאחר שמערכת "נט-המשפט" אינה מאפשרת גישה לתיקים עצמם, הממצאים שלהלן מבוססים על עיון פרטני בהחלטות שבתיקי "נבו" בלבד.

ב- 280 מ- 711 התביעות שבמאגר "נבו" נמצאו החלטות דיוניות שהעידו על קיומה של תביעה, אולם ללא מידע נוסף. ביתר התביעות, 431 מתוך 711 שבמאגר "נבו", יש תוצאה סופית – פסק דין או החלטה שסיימו את התיק, בין אם מדובר בקבלה או בדחייה של התביעה, במחיקה או בפשרה. מבחינת ניתוח הנתונים, 431 תביעות הן כשביעית (14.3%) מתוך כלל 3,007 התביעות שאותרו. בהתאם לכך, הממצאים שיוצגו בסעיף זה הם מדגם ולא שיקוף של כלל ההליכים. התוצאות סווגו לשלוש הקבוצות הבאות:

הקבוצה הראשונה כוללת פסקי דין – תביעות שהתקבלו, שהתקבלו חלקית, שנדחו או נמחקו או שניתן בהן פסק דין לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.¹²² אני מעריך שמאגר "נבו" כולל את הקבוצה כולה, כלומר שאין מדובר רק במדגם.

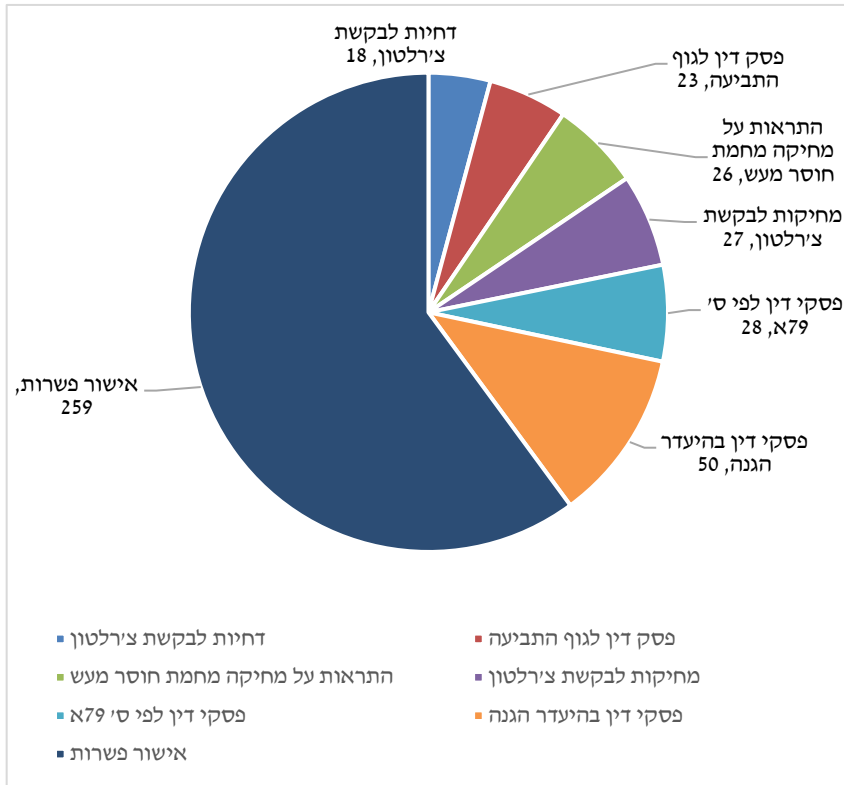
הקבוצה השנייה כוללת פשרות – חלקן הושג לאחר הגשת התביעה ולפני דיון, וחלקן הושג לאחר שנערך דיון אחד לפחות. הפשרות הושגו בהסכמה ישירה של הצדדים, בגישור או בגישור מהו"ת.¹²³ חלק ניכר מהפשרות הוצג לבית המשפט, שנתן להן תוקף של פסק דין.

הקבוצה השלישית כוללת תביעות שנדחו או נמחקו בהסכמת הצדדים. ייתכן שבחלקן גם כן הייתה פשרה, ובמקום לבקש אישור של בית המשפט בחרו הצדדים בדרך של בקשה לדחייה או למחיקה. קבוצה זו כוללת גם תביעות שנסגרו מבחינה טכנית, תביעות שעוכבו מטעמי בורות, פסקי דין שניתנו בהיעדר הגנה ובוטלו בהמשך ותביעות שנסגרו מחמת חוסר מעש של התובעת. חלק מהתביעות עבר לגולמים שונים, כך למשל תביעה שנמחקה מחמת חוסר מעש או פסק דין שניתן בהיעדר הגנה, אולם חזרו לחיים ובהמשך הוכרעו לגופם. הסיווג שלהלן מבוסס על ההחלטה האחרונה ביותר שאותרה.

¹²² לפי הסעיף "בית משפט הדין בעניין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בעניין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה".

¹²³ מהו"ת – פירושו מידע, היכרות ותיאום. הליך זה מתקיים לאחר הגשת כתבי טענות ולפני דיון. משנת 2007 ועד שנת 2021 נערך פיילוט שהליך והתרחב. ראו פרק 11 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. כיום, לפי תק' 37 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, גישור מהו"ת הורחב לכלל בתי משפט השלום. ראו יששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** 207 (2021) (להלן: רוזן-צבי **הרפורמה**). המחקר הנוכחי עוסק בתקופה שבה משלו התקנות הקודמות.

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



בקבוצה הראשונה (תביעות שהוכרעו לגופן), מתוך 431 התביעות שהסתיימו, נמצאו רק 23 פסקי דין שהכריעו בהן לגופן, שהם 5.3% מתיקי "נבו" שהסתיימו. בהנחה שאותרו כל פסקי הדין שנפסקו לגופם של דברים, הרי מדובר בפחות מאחוז אחד (0.76%) מסך התביעות שנפתחו בתקופת המחקר. מתוך אלה זכתה צ'רלטון ב-13 תביעות (ובערעור זכתה בתביעה נוספת) והפסידה בעשר (תשע, לאחר קבלת הערעור). אותרו ארבעה ערעורים שצ'רלטון הגישה לבית המשפט המחוזי: בשני מקרים הערעור נדחה (באחד מאלה ביקשה צ'רלטון רשות ערעור לבית המשפט העליון, ובקשתה סורבה), ערעור נוסף הסתיים בפשרה בין הצדדים וערעור נוסף התקבל. 28 תביעות (6.3%) הוכרעו לפי סעיף 79א, בשתיים מהן התביעות נדחו ובשאר נפסק פיצוי.

בקבוצה השנייה (פשרות) דווח ב- 60% מהתביעות (259) על פשרה שניתן לה תוקף של פסק דין. בחמישה מקרים צוין שהפשרה הושגה בגישור. תוכן הפשרות נמסר

לבית המשפט בחלק ניכר מהמקרים, אבל הוא אינו מדווח בהחלטות ובפסקי הדין עצמם ואינו זמין במאגרים.

בקבוצה השלישית נמצאו 18 תביעות (4.2% מתיקי "נבו" שהסתיימו) שנדחו לבקשת צ'רלטון ו- 27 נוספות שנמחקו לבקשתה (6.3%), בדרך כלל ללא פירוט בהחלטת בית המשפט.¹²⁴ ייתכן שחלק מהממצאים מייצג פשרות. ב- 51 מקרים (11.8%) ניתן פסק דין בהיעדר הגנה. למעשה מספר פסקי הדין בהיעדר הגנה היה גבוה יותר, אולם חלק קטן מהם בוטל בהמשך לבקשת הנתבעים והתיק מסווג בקבוצות הקודמות. ב- 26 מקרים (6%) הודיע בית המשפט לצ'רלטון על כוונה למחוק את תביעותיה מחמת חוסר מעש שלה. גם כאן היה מספר החלטות המחיקה גבוה יותר, אולם חלק מהתיקים חזר לחיים והוכרע בדרך אחרת. כמו כן, ייתכן שמאחורי חוסר המעש נמצא הסדר פשרה.

(ו) פיצויים והוצאות

כאשר צ'רלטון זכתה בתביעה (ב- 13 תביעות ובערעור אחד), נפסקו פיצויים בטווח שבין 8,000 ל-45,000 ש"ח, בממוצע של 22,285 ש"ח לתביעה, שהם בין 33% מסכום התביעה שהיא הגישה בתקופה הראשונה (שבה תבעה 60,000 ש"ח) ל- 26.6% מסכום התביעה בתקופה השנייה (שבה תבעה 85,000 ש"ח). צ'רלטון זכתה גם בהוצאות משפט ובשכר טרחה, בממוצע של 7,055 ש"ח לתביעה. בהתאם, ממוצע הפיצויים וההוצאות יחד הוא 29,340 ש"ח לתביעה.

כאשר נפסקו פיצויים במסגרת הסמכת בית המשפט לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט, הפיצוי נע בין 4,500 ל-22,000 ש"ח, והממוצע בתביעות שהתקבלו היה 10,200 ש"ח, כלומר 12% מסכום התביעה.

בעשר התביעות שנדחו (בהתעלם מהדחייה שנהפכה בערעור), נפסקו הוצאות לטובת הנתבעים, בסכום ממוצע של 8,860 ש"ח, כלומר כ- 10.4% מסכום התביעה.

*

התמונה שעולה מהממצאים ברורה: מאז שנת 2008 ועד לשנת 2020 הגישה צ'רלטון אלפי תביעות בקשר להפרת הזכות לביצוע פומבי במשדרי ספורט. התביעות הוגשו לבתי משפט השלום בפריסה ארצית, ונדונו אצל מאות שופטים; רובם דן בתביעות אחדות בלבד, כך שהם לא צברו מומחיות מיוחדת בתביעות אלה. בתקופת המחקר יוצגה צ'רלטון בידי משרד עורכי דין אחד, התביעות היו כספיות ובסכומים זהים. עיון בכמה תביעות לאורך השנים מעלה שהתביעות דומות במבנה ובסוג הטענות. ההבדלים הם בפרטי הנתבעים ובנסיבות ההפרה הנטענת. לאורך השנים היה שינוי בטענות המשפטיות (כך למשל לעניין היצירה שבגינה תובעים). אשוב לכך בהמשך) ובאסמכתאות המשפטיות, וצ'רלטון הוסיפה מעת לעת התייחסות וציטוטים

¹²⁴ במקרה חריג הוצג הרקע לבקשת המחיקה – צ'רלטון לא הסכימה לגלות הסכם בינה לבין מנהלת ליגת הכדורגל המקצוענית וההתאחדות לכדורגל. ת"א (שלום חי') 5495-12-18 צ'רלטון בע"מ נ' ניהמוב (נבו) 1.12.2020.

מתוך פסקי דין חדשים שנפסקו לטובתה. כפי שראינו, בצד של הנתבעים היה פיזור של הנתבעים ושל עורכי דינם. בעלי עסקים נתבעו במישורין כמעט בכל התביעות, הם היו בעלי עסקים קטנים, שלא עסקו בתחום הקניין הרוחני. במרבית המקרים עורך דין שייצג בעל עסק שכזה היה מעורב בתביעה אחת או בתביעות בודדות. זו תמונת ראי של צ'רלטון התובעת: אצל הנתבעים לא הייתה ריכוזיות, אצל רובם נראה שלא היה ניסיון משמעותי קודם בקניין רוחני, לא הייתה להם בהכרח התמקצעות בתביעות בקשר לביצוע פומבי ולא הייתה להם תמונה מלאה של מצב התביעות, של יחס השופטים וכדומה. ידוע לי רק על שיתוף מידע אנקדוטלי בין עורכי דין של נתבעים. אצל חלקם הצטבר ניסיון בייצוג נתבעים. חלק מהמידע ניתן לאיתור במחקר משפטי, אולם האיתור מחייב תהליך לימוד, שמשמעותו השקעה נוספת של זמן ושל כסף. מאחר שברוב המקרים הנתבעים ועורכי דינם לא היו "שחקנים חוזרים", לניהול כל תביעה היו עלויות שלא התפזרו על הליכים נוספים.

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

מה המשמעות של ממצאים אלה? הפרק הבא ימשיג את הממצאים במסגרת העיונית שראינו בפרק הקודם בדבר שחקנים חוזרים במשפט בכלל ובשדה הקניין הרוחני בפרט.

ד. צ'רלטון כשחקנית חוזרת

המסגרת הכללית של גלנטר מתאימה היטב לתיאור פעילות האכיפה של צ'רלטון בקשר לזכות לביצוע פומבי, כאילו היה מאמרו מדריך פעולה לאסטרטגיית האכיפה שלה. צ'רלטון הייתה שחקנית חוזרת והנתבעים על ידה היו שחקנים חד-פעמיים. היקף התביעות ופיזור הנתבעים מצביע על כך באופן מובהק. צ'רלטון היא שיזמה את התביעות, והיא שהחליטה מתי לתבוע (במגבלות ההתיישנות) והיכן (במגבלות כללי סמכות השיפוט המקומיים). הניהול הריכוזי של התביעות אפשר לה לעקוב אחר יחסם של השופטים לתביעות ואחר טענות משפטיות שונות מצד הנתבעים. הריכוזיות אפשרה צבירת ידע, ניסיון, לימוד נמשך, התמקצעות ומומחיות והתאמה לנסיבות משתנות, כמו טענות הגנה חדשות או גישות חדשות בפסיקה. לצ'רלטון (ולעורכי הדין שלה) הייתה עלות קבועה לניהול מערך התביעות – העבודה המשפטית שכרוכה בהכנת התביעות ובהקמת מערך התביעות. אך מובן שהעלות התפזרה על כלל התביעות והעלות בקשר לכל תביעה פחתה. כמו כן היו לצ'רלטון עלויות נפרדות לכל תביעה: עלויות של איסוף ראיות ועלויות אגרה, ובהמשך – העלויות של ניהול

התביעה, עלויות של משא ומתן ושל ההופעה המשפטית עצמה, כאשר התיק התברר לגופו של עניין, ובמקרים בודדים עלויות הכרוכות בערעורים. מנגד, הנתבעים לא עסקו בדיני זכות יוצרים ולא היו בקיאים בהם, ובמקרים רבים גם עורכי הדין שלהם לא היו בקיאים בענף זה. לרוב הנתבעים ולעורכי דינם הייתה היכרות חלקית בלבד עם הליכים אחרים של צ'רלטון, ובמאגרי המידע היו יכולים למצוא רק מעט פסקי דין מנומקים. כאשר בית המשפט אישר פשרה, היא לא נכללה בגוף פסק הדין אלא לכל היותר בפרוטוקול הדיון, שאינו זמין במאגרים. רוב הנתבעים לא היה מאוגד,¹²⁵ ובהיפוך לצ'רלטון, אצל רובם לא היה ריכוז ידע או מנגנונים פורמליים להעברת מידע ביניהם. אומנם בכמה מקרים העלו נתבעים טענות עובדתיות ומשפטיות, נערכו דיונים והטענות נבחנו לגופן. אולם מקרים אלה של כירור תביעות לגופן זעום יחסית לסך הכולל שלהן.

כוחה של צ'רלטון התחיל בשלב שלפני הגשת התביעה. כפי שעולה מכמה פסקי דין, צ'רלטון נהגה לשלוח מכתבי התראה שמאזכרים את תקרת הפיצוי ("מרשתי זכאית על פי דין, בין היתר, לפיצוי סטטוטורי, בשיעור של כ- 100,000 ש"ח ללא הוכחת נזק, בשל כל הפרה והפרה מזכויותיה. בכל שידור פומבי שבוצע על ידכם ניתן לראות כהפרה נפרדת"),¹²⁶ ולהציע לבעלי העסקים הנמצאים לרכוש רישיון (בלי פיצוי), מבלי לפרט את עלותו, וכל זה אם ירכשו רישיון תוך 48 שעות.¹²⁷ אין מידע פומבי באשר למספר ההתראות שצ'רלטון שלחה לגורמים שונים, או מה עולה בגורלן – אם הן הביאו לרכישת רישיון, לפיצוי, אם הן נותרו ללא מענה או שהתגלגלו לתביעה. בתי משפט אחדים הזכירו את עצם משלוח ההתראה כשיקול שפעל לטובת צ'רלטון, אולם לא התייחסו לתוכן ההתראה.¹²⁸ במילים אחרות, ההתראות הן כלי משפטי שעובר מתחת לרדאר השיפוטי.

¹²⁵ למעט איגוד המסעדות והברים. משא ומתן בין האיגוד לצ'רלטון לא צלח. ראו פרסום של איגוד המסעדות והברים **פייסבוק** (21.8.2019) <https://www.facebook.com/restunion/posts/2772956696067712>, שלפיו המחירים שצ'רלטון דרשה היו "גבוהים ולא כלכליים". האיגוד טען שצ'רלטון התנתה את רכישת הרישיון למשחקי יורו 2020 ברכישת רישיון לכל עונת המשחקים. האיגוד הגיע להסדר עם ערוץ הספורט, שהוא בבעלות אחרת.

¹²⁶ מתוך מכתב התראה ששלחה צ'רלטון לעסק. עותק בידי המחבר.

¹²⁷ ראו למשל: ת"א (שלום חד') 14787-10-12 **צ'רלטון בע"מ נ' א.מ.ת. גורמה בע"מ** (נבו 30.3.2014); ת"א (שלום חי') 31947-12-14 **צ'רלטון בע"מ נ' קפה דודו מסיבי לשעון בע"מ** (נבו 23.6.2016) (להלן: עניין **קפה דודו**); ת"א (שלום חי') 34731-12-14 **צ'רלטון בע"מ נ' פאב מסעדה כאמל בע"מ** (נבו 8.6.2017); עניין **בית הברירה**, לעיל ה"ש 46; ת"א (שלום חי') 25447-09-16 **צ'רלטון בע"מ נ' זסטי כרמל** (נבו 28.2.2019); ת"א (שלום ת"א) 19041-09-14 **צ'רלטון בע"מ נ' כהן** (נבו 28.2.2016). פסקי הדין שבהם צ'רלטון הייתה תובעת יוזכרו להלן לפי שמות הנתבעים.

¹²⁸ מכתבי התראה אגרסיביים (לאו דווקא במקרה של צ'רלטון, אלא בכלל) אינם נחשבים לניצול לרעה של הליכי משפט, משום שהם נשלחים לפני שיש בכלל הליכי משפט. במקרה אחר, שבו ערוץ הספורט (שהוא בבעלות אחרת, לא של צ'רלטון) שלח התראה

כאשר צ'רלטון החליטה לתבוע, הרי ככל תובע היא שבחרה את הזמן ואת המקום לתביעה. כללי סמכות השיפוט המקומית מנמיכים תביעה במקום עסקו של הנתבע או במקום המעשה שבשלו מוגשת התביעה.¹²⁹ אולם בתוך כל אזור שיפוט יש לבתי משפט השלום סמכות שיפוט מקבילה, והבחירה הייתה בידי צ'רלטון.¹³⁰ כך למשל, ראינו ריבוי תביעות בבית משפט השלום בבית שמש ומיעוט יחסי בבית משפט השלום בירושלים, שניהם באותו מחוז שיפוט.¹³¹ אותרו מקרים בודדים שבהם ביקשו נתבעים להעביר את מקום התביעה. במקרה אחד, בשלבי הפעולה המוקדמים יחסית של צ'רלטון בתחום, הוגשה תביעה בתל אביב נגד שני נתבעים מקריית שמונה; בית המשפט העביר את התביעה לשם.¹³² בשני מקרים אחרים הגישה צ'רלטון את התביעה בבית משפט השלום באשדוד בקשר להפרה שבוצעה לכאורה באילת. הגם ששתי הערים באותו מחוז, העביר בית המשפט את התיקים לאילת.¹³³

בחירת המועד והמיקום של התביעה אפשרו לצ'רלטון לזהות שופטים אוהדים ולנסות להימנע משופטים אוהדים פחות. הימנעות מתביעה או שינויים במקום התביעה עשויים להעיד על כך. כך למשל, בשנים 2012 ו-2013 הגישה צ'רלטון 59 ו-35 תביעות (בהתאמה) בבית משפט השלום בחדרה. בשנת 2013 הפסידה צ'רלטון בתביעה אחת בבית המשפט שם, ובשנת 2014 היא הפסידה בשתי תביעות שם.¹³⁴

בשנת 2014 צנח מספר התביעות בבית משפט זה לשלוש, לאחת בשנת 2015, שוב לשלוש בשנים 2016 ו-2017 ולאפס בשנים 2018 ו-2019. לא נמצאו פסקי דין מנומקים שבהם זכתה צ'רלטון בבית משפט השלום בחדרה.

במקרה אחד העירה שופטת במהלך דיון כי "מדובר בסטארט-אפ של תביעות בסכומים קבועים של 85,000 ש"ח כנגד עסקים קטנים שבהם הטלוויזיה הייתה פתוחה

לעסק שאין בו בכלל מכשיר טלוויזיה, מצא בית המשפט לתביעות קטנות שמשלוח המכתב לקה בחוסר מידתיות וברשלנות, והורה לפצות את בעל העסק. ראו ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 15949-10-13 שפר נ' חברת ערוץ הספורט בע"מ (נבו) 16.6.2014. השווה לדיון בארצות הברית, אצל Gallagher, לעיל ה"ש 64, ואצל Grinvald, לעיל ה"ש 69.

129

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

130

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

131

אותו מקרה אחד שבו ביקש נתבע להעביר את הדיון מבית שמש לירושלים. הבקשה נדחתה. ראו ת"א (שלום ב"ש) 2417-03-15 צ'רלטון בע"מ נ' מפגש האש בע"מ (נבו) 22.5.2015.

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

132

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

133

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

134

גורמה, לעיל ה"ש 127.

והקרינה משחקי כדורגל". צ'רלטון ביקשה לפסול את השופטת, שדחתה את הבקשה, ונשיאת בית המשפט העליון צידדה בשופטת.¹³⁵ משחזר התיק לשופטת ביקשה צ'רלטון עצמה שתביעתה תידחה.¹³⁶ דוגמה זו ממחישה גם טענה נוספת של גלנטר: שחקן חוזר מעוניין בעיצוב הדין לטובתו, ויש לו פחות עניין בתביעה מסוימת. אך מובן שצ'רלטון לא שבעה נחת מהערת השופטת; היא ביקשה להעמיד דברים במקומם, ומשכשלה, העדיפה לסגת.

צ'רלטון היא שבחרה את מי לתבוע, וכאמור רוב הנתבעים היו "קטנים". נראה שפעילותה הענפה יצרה לה דימוי של תובעת לוחמנית. יש להניח שהדימוי הקל עליה להשיג את מבוקשה, בין בשלב ההתראה שלפני משפט ובין לאחר הגשת התביעה. מהממצאים עולה שצ'רלטון חתרה לפשרות. מהמקרים הבודדים שבהם פסק דין אישר פשרה ופרסם את תכניה, משיחות עם עורכי דין בצד הנתבע ומאמירות פומביות של אנשי צ'רלטון עולה, שסכום הפשרה הנפוץ היה בין 5,000 ל-15,000 ש"ח: ראינו שהתביעות של צ'רלטון היו כמעט תמיד בסכום של 85,000 ש"ח, וכאשר הדברים הגיעו לכלל פסיקה מהותית וצ'רלטון זכתה, ממוצע הפיצוי וההוצאות שנפסקו (ביחד) לטובתה היה קרוב ל-30,000 ש"ח. במילים אחרות, עלות הפשרה הייתה נמוכה מאשר הפיצוי הממוצע.

במונחי הניתוח הכלכלי של המשפט, סכום הפשרה היה כזה ששני הצדדים העדיפו אותו על פני המשך ההתדיינות.¹³⁷ ואולם שיקולי הצדדים שונים. הנתבע מבקש להיפטר מהתביעה מהר ככל האפשר, במינימום סיכון ובמינימום עלויות. הנתבע הרציונלי יבחן את סדר הגודל של הפיצויים שהוא עלול לשלם אם יפסיד בתביעה. לכך הוא יוסיף את סיכוי התביעה, את העלויות של השירותים המשפטיים¹³⁸ ואת הסיכון שבתשלום הוצאות לצד הזוכה.¹³⁹ סכומים מוערכים אלה עולים במידה רבה על סכום הפשרה הממוצע הידוע, ולכן הנתבע יעדיף להתפשר. עורכי דין של נתבעים, ככל שיש כאלה בתמונה, משקפים ללקוחותיהם שיקולים אלה. לשיקול הרציונלי להתפשר עשויים להצטרף גורמים נוספים שישפיעו על החלטת הנתבעים, כמו דימוי לוחמני של התובע. אֶזְכוּר תקרת הפיצוי הסטטוטורי במכתבי ההתראה (בישראל עד 100,000 ש"ח להפירה) עשוי להשפיע על הערכתם של הנתבעים באשר לסיכון, ולדחוף אותם לפשרה.

¹³⁵ ע"א 3652/19 צ'רלטון בע"מ נ' אזולאי (נבו 18.6.2019).

¹³⁶ ת"א (שלום חי) 19001-01-19 צ'רלטון בע"מ נ' אזולאי (נבו 22.9.2019).

¹³⁷ ראו קלמנט, לעיל ה"ש 59, בעמ' 1012.

¹³⁸ לפי כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000, התעריף המומלץ בתביעות כספיות בטווח שבו צ'רלטון תובעת הוא 10%, כלומר 8,500 ש"ח. סכום זה טעון הצמדה ומע"מ. השוו לת"א (שלום חי) 17-04-24584 צ'רלטון בע"מ נ' אברמוב (נבו 6.7.2020), שם שילם הנתבע סכום של 14,410 ש"ח שכר טרחה והחזר הוצאות בגין ניהול כל התיק.

¹³⁹ לכלל בדבר הוצאות בתביעות קניין רוחני בארצות הברית, ראו לעיל ה"ש 81. לעומת זאת, עלות ההתדיינות בישראל נמוכה משמעותית מזו שבארצות הברית, וכך גם סכומי ההוצאות שנפסקים בישראל לעומת ארצות הברית. ראו דיון אצל Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel, *Transplanting Fair Use Across the Globe: A Case Study Testing the Credibility of U.S. Opposition*, 72 HASTINGS L.J. 1121, 1162 (2021).

מצידה של צ'רלטון, בשלב שבו התחיל המשא ומתן לפשרה, היא כבר הוציאה עלויות אכיפה, והפשרה חסכה לה עלויות התדיינות. פשרה מהירה אפשרה לה לפעול נגד מפרים נוספים. המשך ההתדיינות היה כרוך גם בסיכון שייקבעו כללים משפטיים שאינם נוחים לה. הפשרה גם שירתה מטרה כללית: להטמיע נורמה של שמירה על זכויות היוצרים שלה. האיום שיש בעצם הגשת התביעה והסכום שנתבע – שהוא גבוה משמעותית לעומת סכום הפשרה בסופו של דבר – אפשרו לצ'רלטון מרחב תמרון ניכר. זהו מרחב שבו היא שלטה, והנתבעים נגררו אליו בעל כורחם.

הלחץ להתפשר הגיע גם מצד בתי המשפט. ההחלטות לקראת קדם-משפט נוסחו בצורה שונה מעט אצל השופטים הרבים שדנו בתביעות צ'רלטון, אולם ברבות מהן הייתה התייחסות לכך, כך למשל בדברים הבאים: "על בעלי הדין להתייבב באופן אישי"¹⁴⁰; "בדיון יעשה ניסיון לשוב הסכסוך"¹⁴¹; "בעלי הדין יבואו בדברים לפני הדיון בנושאים השנויים במחלוקת, באפשרות לפשרה"¹⁴²; וניסוחים דומים. שופט אחד כתב בהחלטת ביניים כך: "תיקים שכאלו מסתיימים ברוב רובם של המקרים בהסדר מתון וסביר. הנושא העקרוני נטחן ונלעס בתיקים רבים, התובעת תעביר לנתבעים את התייעוד המעיד על ההפרה ונכון יהיה לשבת סביב השולחן, לבחון הסדרים אחרים ולהסתדר גם בתיק זה"¹⁴³. בתיק אחר כתב אותו שופט כך: "בתיק כזה מגיעים להסדר (כפי שקורה בכל שאר תיקי צ'רלטון – לפחות אלו המתנהלים אצלי) ולא יעלה על הדעת לנהלו"¹⁴⁴. הלחץ להתפשר גדל.

התמונה שעולה מהממצאים היא של מערך תביעות מקיף ואפקטיבי. יש להניח שהוא שירת את צ'רלטון נאמנה. האם המערך הזה שירת גם את דיני יוצרים?

ה. אכיפת יתר בזכויות יוצרים

בעלי זכויות יוצרים רשאים לאכוף את זכויותיהם.¹⁴⁵ בדיני זכויות יוצרים יש גורמים לא-מעטים שיוצרים אי-ודאות בקשר ליצירה המוגנת, בקשר להיקף הזכויות (בהיבט של אגד הזכויות שניתן לבעלים או לפעמים בקשר לתקופת ההגנה) ובקשר

¹⁴⁰ ת"א (שלום אשד) 50683-10-19 צ'רלטון בע"מ נ' שאנטי מסעדות בע"מ (נבו) 30.9.2020. ההדגשה במקור.

¹⁴¹ ת"א (שלום אשד) 51824-05-19 צ'רלטון בע"מ נ' לוי (נבו) 26.5.2020.

¹⁴² ת"א (שלום חי) 48393-04-19 צ'רלטון בע"מ נ' מי בורגר בע"מ (נבו) 28.10.2019.

¹⁴³ ת"א (שלום חי) 61149-12-16 צ'רלטון בע"מ נ' כפר הנופש טמרה בע"מ (נבו) 16.2.2017.

¹⁴⁴ ת"א (שלום חי) 47661-03-18 צ'רלטון בע"מ נ' סופר חרב סאמי בע"מ (נבו) 24.5.2018.

¹⁴⁵ ס' 41 להסכם טריפס, שהוא ממרכיבי ארגון הסחר העולמי, דורש מהמדינות החברות וישראל ביניהן להציע לבעלי זכויות כלים לאכיפה אפקטיבית, אולם דורש גם למנוע ניצול לרעה: "These procedures shall be applied in such a manner... to provide for safeguards against their abuse" Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 33 I.L.M. 1125 (1994).

לשימושים המותרים. אי-הוודאות המשפטית משליכה על בעלי זכויות ועל משתמשים באופן לא-סימטרי, ובייחוד כאשר בעלי הזכויות הם שחקנים חוזרים והמשתמשים הם שחקנים חד-פעמיים. מבין השחקנים החוזרים יש מי שמבקש לנצל את כוחו, שמועצם בשל הערפל המשפטי ובשל פערי הכוח הקודמים בין הצדדים, כדי להרוויח עוד, על חשבון השחקנים החד-פעמיים, בייחוד כאשר הנתבעים מעדיפים להתפשר במהירות ומבלי להיכנס להתדיינות יקרה ומסוכנת מבחינתם. מחקרים שונים הצביעו על גורמי אי-הוודאות בדין, כך למשל בקשר להגנת השימוש ההוגן.¹⁴⁶ בדין במאמר זה הראיתי עד כה, כיצד התנהגות אסטרטגית של שחקן חוזר מול שחקנים חד-פעמיים אפשרה לתובעת להנחיל בפועל נורמה של רישוי בתשלום בגין הקרנת משדרי ספורט. האם זו אכיפת יתר? מאפייני התביעות שנדונו כאן, ובייחוד פערי הכוח הניכרים בין הצדדים וריבוי הפשרות, מצביעים על קושי – חשש מניצול הכוח שהדין מעניק לבעלי זכויות, מעבר לרצוי לפי תכליות הדין. מקרה המבחן שנדון הוא של תביעות צ'רלטון, אבל ההמשגה נועדה לזקק את השאלה הרחבה יותר בדבר התיחום שבין אכיפה לגיטימית לאכיפת יתר. המשגה זו חשובה גם להקשרים אחרים שבהם רואים ריבוי של תביעות של בעלי זכויות יוצרים, בתחום המוזיקה ובתחום הצילום, למשל. בפרק זה אנדיר מהי אכיפת יתר בזכויות יוצרים (סעיף 1), אסביר את השלכותיה (סעיף 2), אצביע על גורם רקע מרכזי שמאפשר אכיפת יתר – הפיצוי הסטטוטורי (סעיף 3), ואחזור לצ'רלטון לבחון סוגיות משפטיות שונות שעלו בהתדיינות שלה (סעיף 4).

1. מהי אכיפת יתר?

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

החוק קובע את האיזון הבסיסי, ובתי המשפט מפרשים אותו ומפתחים את הדין במקומות המתאימים. הדברים אמורים במיוחד במקומות שבהם המחוקק העניק לבית המשפט שיקול דעת, כך למשל בבחינת הגנת השימוש ההוגן, בבחינת הסבירות של פעולה שפוגעת לכאורה בשלמות היצירה, בעת בחינת צו מניעה ולענייננו – בעת

¹⁴⁶ ראו במיוחד Thomas F. Cotter, *Fair Use and Copyright Overenforcement*, 93 IOWA L. REV. 1271 (2008) וכן James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882 (2007).

קביעת הפיצוי הסטטוטורי.¹⁴⁷ הפרקטיקה חשובה מאוד גם היא. שחקן חזק מדי עלול להביא בפועל לשינוי האיזון שנקבע בחוק ובפסיקה, בשטח, "מלמטה", ללא הצדקה מהותית. ג'ולי כהן תיארה אמצעים שבעלי הזכויות נוקטים, וקראה להם "אכיפת זכויות יוצרים מבוזרת נרחבת" (pervasively distributed copyright enforcement),¹⁴⁸ כך למשל טכנולוגיות שמגבילות שימושים ביצירות, הטמעת טכנולוגיות לאיתור אכיפה, כלים משפטיים נלווים, טיפוח נורמות בדבר התנהגות משתמשים ראויה ועוד. העיקר לטענתה הוא השילוב של הכלים האלה.

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

כך למשל, תקופת ההגנה בדין כיום היא למשך חיי היוצר ועוד 70 שנה, ולאחר מכן היצירה היא בנחלת הכלל.¹⁴⁹ רישיון שיבקש להגביל שימושים מעבר לתקופה זו הוא בגדר אכיפת יתר, ואין לתת לו יד. פסיקה מפורשת בסוגיה זו יש בדיני הפטנטים. במקרה המדובר רכש לקוח מבעלי פטנט רישיון שימוש בהמצאה, ושילם תמלוגים. לימים בוטל הפטנט לבקשת צד שלישי.¹⁵⁰ בית המשפט העליון קבע שעם ביטול הפטנט נפסקת החובה לתשלום תמלוגים, והסביר שמדובר בהארכת המונופולין מעבר לזמן האופטימלי שקבע המחוקק. בכך, נפסק, יש פגיעה בזכויות המשתמשים ובציבור, ובהתאם נפסל התנאי הזה בהסכם, בהיותו נוגד את תקנת הציבור.¹⁵¹

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

"דיני הקניין הרוחני בכלל, וזכויות היוצרים בפרט הם פרי של איזונים בין האינטרסים השונים המצויים ברקע ההסדר החוקי שהמחוקק בחר לעצב... על כן השתרעותה של זכות היוצרים היא אך ורק עד לגבול אשר נתחם עבורה בדין. המחוקק

¹⁴⁷ ראו בהתאמה ס' 19, 50, 53 ו-56 לחוק.

¹⁴⁸ Julie E. Cohen, *Pervasively Distributed Copyright Enforcement*, 95 GEO. L.J. 1 (2006).

¹⁴⁹ ס' 38 לחוק.

¹⁵⁰ ע"א 427/86 בלאס נ' קיבוץ השומר הצעיר "דן", פ"ד מג(3) 323 (1989).

¹⁵¹ שם, בעמ' 334-337.

בחר פוזיטיבית לכלול זכויות מסוימות באגד זכויות היוצרים ובחר פוזיטיבית שלא לכלול אחרות. זאת, במסגרת אותה מלאכת איזונים.¹⁵²

מצבים נוספים של אכיפת יתר יכולים להיות למשל טענה לזכות יוצרים ברעיון שאינו מוגן, או תביעה בגין יצירה שאין לתובע זכות לתבוע בגינה. מובן שעשויים להיות חילוקי דעות בקשר לפרשנות זכות זו או אחרת או יסוד אחר בדין, וליישום בנסיבות המקרה; מצבים טכנולוגיים ועסקיים חדשים מזמנים שימושים חדשים, ואלה מאתגרים את הגבולות שהתווה המחוקק. במקרים שכאלה אין מניעה שצד מעוניין יציע פרשנות מרחיבה לדין הקיים. המילה האחרונה היא של בית המשפט ושל המחוקק.¹⁵³ אולם כאשר פעולות בשטח מרחיבות בפועל את ההגנה אל מעבר לתחום שנקבע בדין, יש חשש לאכיפת יתר שתחתור תחת התכלית של דיני זכות יוצרים. לעיתים ההרחבה עלולה לפגוע בשיקולים חיצוניים, כמו שיקולי תחרות, או בזכויות אחרות, כמו חופש הביטוי. אלה מצבים אחרים, ולא ארחיב עליהם כאן.¹⁵⁴

2. נזקי אכיפת יתר

לאכיפת יתר יש השלכות שליליות בכמה מישורים: ביחסי הצדדים, בהשפעה על צדדים שלישיים, בשינוי האיזון שנקבע בחוק בפועל במהלכים בשטח ובאופן רחב יותר בשינוי האיזון של הדין. ראשית, במישור המייד, במצב של אכיפת יתר נתבע (או משתמש שדורשים ממנו לחדול מפעולה או לשלם עבור השימוש) משלם מה שאינו צריך לשלם, הוא מוגבל מלבצע פעולה לגיטימית ומותרת לפי החוק, והתובע מקבל מה שאינו זכאי לקבל. זו תוצאה שאינה צודקת ואינה יעילה. בתוצאה כזו יש משום התעשרות שלא כדין, והיא מדרבנת את התובע להמשיך באכיפה אגרסיבית: הוא אינו מסתכן, ולכל היותר לא יצליח במקרה בודד.

שנית, אכיפת יתר עלולה לגרום להרתעת יתר. היא משפיעה על צדדים שלישיים שאינם מעורבים בסכסוך להתאים את עצמם לרף גבוה ולא-מוצדק, שנוצר במקרים קודמים של אכיפת יתר. תובעים יצטוו במכתבי התראה או יציגו לפני שופטים בתביעות חדשות את הישגי העבר שלהם שהושגו בדרך של אכיפת יתר. מצגים שכאלה הם מצגי אמת, אבל התוצאות הקודמות הושגו תוך ניצול פערי כוח. צדדים שילמדו על כך יקבלו איתות (שגוי) על המותר והאסור. זאת ועוד, לשימושים מסוימים של

¹⁵² עניין **טלראן**, לעיל ה"ש 33, בפס' 13. ביישום לעובדות המקרה נפסק שהנתבעת לא ביצעה פעולה שיוחדה בחוק לבעלי הזכויות, כלומר היא לא הפרה את הזכות, וכי צפייה בתוכן מוגן ללא רישיון אינה הפרה (שם, בפס' 17).

¹⁵³ למען הסר ספק, כאשר בית המשפט מקבל טענה שהיא בגדר הרחבת יתר, בית המשפט קובע דין חדש, וזה ראוי לעיון נפרד.

¹⁵⁴ לממשק בין דיני זכות יוצרים לדיני התחרות, ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) - 38918-12-09 דן-אל פתרונות תוכנה מתקדמים בע"מ נ' סנפיר (נבו 9.4.2014). ליחס שבין חופש הביטוי לזכויות יוצרים, ראו למשל Michael D. Birnhack, *Copyright Law and Free Speech After Eldred v. Ashcroft*, 76 S. CAL. L. REV. 1275 (2003).

יצירות יש ערך ביטויי משמעותי, ובמקרים שכאלה אכיפת יתר מצננת ביטויים רצויים ומותרים ופוגעת בחופש הביטוי.¹⁵⁵ במקרה של ביצוע פומבי של משדרי טלוויזיה השימושים הם בעיקרם פסיביים והחשש מאפקט מצנן קטן יותר, אולם בעלי העסקים ישלמו גם במקרים שאין לכך הצדקה.

שלישית, ובאופן רחב יותר, אכיפת יתר עשויה ליצור נורמה מעשית חדשה שלא באמצעות שינוי "מלמעלה" של הדין אלא באמצעות פעולות של שחקן חוזר "מלמטה". נורמות שכאלה מרחיקות את בית המשפט מתפקידו כמפתח של הדין, ונוצרות ללא שקיפות ופומביות שדרושות ליצירת הדין. שיקולים אלה רלוונטיים במיוחד בהקשר של אכיפה פרטית. דוגמה לכך יש בדרישות ההסרה של תכנים מפנים ברשת.¹⁵⁶ הדין שהתגבש במקומות רבים בעולם מציע לפלטפורמות חסינות מפני תביעה, אם יפעילו נוהל של "הודעה והסרה", כלומר אם בסמוך לאחר קבלת הודעה מבעלי הזכויות על הפרה שמתרחשת בפלטפורמה הן יסירו את התוכן.¹⁵⁷ היכולת לפקח על ההליך מועטה, והחשש – שאושש במחקרים אמפיריים – הוא שיהיו בעלי זכויות שיבקשו להסיר תכנים גם כאשר אין מדובר בהפרה. כאשר כך קורה, התוצאה היא אכיפת יתר: זכות היוצרים נאכפת יותר מהראוי, תוך רמיסת השימושים המותרים. **דביעית**, אכיפת יתר עשויה לסכל את התכלית של דיני זכות יוצרים. כאשר בעל הזכויות מקבל בפועל הגנה רחבה יותר מאשר הדין מקנה לו, האפשרות להשתמש ביצירות מצטמצמת. כך נפגעת התכלית של דיני זכות יוצרים – לעודד יצירה לטובת הציבור. זכות היוצרים מלכתחילה אינה מוחלטת. היא זכות יציר המשפט, שמעוצבת בקפידה תוך ניסיון לאתר את המידה המיטבית של התמריץ שלו זקוקים יוצרים כדי ליצור.¹⁵⁸ תמריץ יתר לא בהכרח יביא ליותר יצירות או ליצירות טובות יותר, אלא לפגיעה בצד השני של המשוואה – בגישה ליצירות לצורך מחקר, ביקורת, חינוך ותרבות, ולצורך יצירה חדשה, שהרי יצירה נבנית נדבך על גבי נדבך.¹⁵⁹ במובן הזה, כביטוי של גיימס בויל, דיני זכויות יוצרים הם כגבינה שוויצרית: החורים בגבינה

¹⁵⁵ ראו את ממצאיהן של בר-זיו ואלקין-קורן ואת הדיון בהיבט חופש הביטוי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 458-455: 66% מהבקשות שהופנו לגוגל במסגרת הליך "הודעה והסרה" כלל לא עסקו בזכות יוצרים. ראו גם Xavier Seuba, *The Economics of Intellectual Property Enforcement*, 6 WIPO J. 133, 141 (2015).

¹⁵⁶ לדיון, ראו בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 458.
¹⁵⁷ בארצות הברית החסינות מעוגנת בחוק, ראו 17 U.S.C. §512, וכך גם באיחוד האירופי, ראו ס' 15-12 ל- Council Directive 2000/31, *On Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market*, 2000 O.J. (L 178) 1 (EC). בישראל החסינות נקבעה בפסיקה בערכאות הדיוניות, ראו למשל ת"א (מחוזי מ"ר) 567-08-09 א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' **רוטרנט בע"מ** (נבו 8.8.2011), והיא טרם התבררה בבית המשפט העליון.

¹⁵⁸ ראו לעיל ה"ש 33.
¹⁵⁹ תהליך היצירה כפרויקט אנושי משותף, ראו למשל בפסיקה ע"א 23/81 **הרשקו נ' אורבך**, פ"ד מב(3) 749, 759 (1988), ובספרות, בקשר לרעיון הקדמה, Michael D. Birnhack, *The Idea of Progress in Copyright Law*, 1 BUFF. INTEL. PROP. L.J. 3 (2001).

אינם טעות, אלא חלק מהמבנה המתוכנן של המוצר.¹⁶⁰ ההגנה המשפטית על יצירות אינה הרמטית – ובמכוון אינה כזו – ויש בה דליפה מובנית של ידע.¹⁶¹ אי-ההגנה על רעיונות,¹⁶² הגנות למשתמשים כמו הגנת השימוש ההוגן¹⁶³ ועוד הם "חורים משפטיים" מתוכננים, שנועדו לאפשר מרחב ליצירה נוספת ולשימושים אחרים. התנאים שיש בדין – בקשר לזיהוי קיומה של יצירה, תנאי ההגנה, תיחום אגד הזכויות ומבחני הפרה שונים – נועדו להתוות ביד עדינה את גבולות הזכות: מה מוגן וגם מה אינו מוגן. אכיפת יתר עלולה לסתום את החורים האלה בפעולה חד-צדדית של צדדים חזקים בשטח. הסך המצטבר של אכיפת יתר מטה את הדין מתפיסה מכשירנית לתפיסה קניינית, וכאמור לא משום שהמחוקק שינה את טעמו, אלא משום הכוח שמפעילים שחקנים חזקים "מלמטה".

טים וו תיאר "שימושים נסבלים" כך:¹⁶⁴ שימושים שניתן לתבוע בגינם, אבל בעלי הזכויות מעלימים עין מטעמים שונים, כגון שהשימוש המפר דווקא מסייע להם, למשל כשמדובר באתרי מעריצים.¹⁶⁵ בלגנש הבחין בין שלושה סוגים אפשריים של תביעות:¹⁶⁶ הסוג הראשון הוא של שימושים שניתן לתבוע בגינם והם בני אכיפה. הסוג השני הוא של שימושים נסבלים, כהגדרתו של וו. זהו מצב של תת-אכיפה מכוון, שיוצר מרחב נשימה למשתמשים.¹⁶⁷ הסוג השלישי הוא של מצבים שאי-אפשר לתבוע בגינם, כך למשל משום שהשימושים מותרים בדין. טרולים בזכויות יוצרים ממירים את הסוג השני של המצבים לסוג הראשון. אכיפת יתר, לעומת זאת, פירושה שנאכף יותר ממה שצריך, ולא רק יותר ממה שהיה אפשר עד כה. כלומר, במובחן בלגנש אכיפת יתר היא המרת המצב השלישי למצב הראשון.

חמישית, כאשר אכיפת היתר מושגת בדרך של לחץ שמביא לפשרות, שתוכנן מרחיב בפועל את הזכות אל מעבר להגנת הדין, מתעוררים קשיים נוספים. הנזק כאן עקיף, אבל הוא מרכיב חשוב בדינמיקה של ההתדיינות שתוארה לעיל. פשרות מונעות בירור מחלוקות עובדתיות ומשפטיות. אלון קלמנט עמד על חשש זה: "בירור השאלות עשוי להיות חיוני למי שאינו צד להליך, אשר ילמד באמצעות ההליך המשפטי מידע שלא היה בידו לפני כן. במקרים אלה להליך המשפטי המלא השפעות חיצוניות חיוביות על צדדים שלישיים, והפשרה מונעת השפעות אלה".¹⁶⁸ כאשר אין פשרה

JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN: ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND 65 ¹⁶⁰
(2008).

Rochelle Cooper Dreyfuss, *Do You Want to Know a Trade Secret? How Article 2B Will Make Licensing Trade Secrets Easier (But Innovation More Difficult)*, 87 CAL. L. REV. 191, 243 (1999) ¹⁶¹

ראו את ס' 5 לחוק. ¹⁶²

ראו את פרק ד לחוק בכלל, ואת הגנת השימוש ההוגן בס' 19 בפרט. ¹⁶³

Tim Wu, *Tolerated Use*, 31 COLUM. J. L. & ARTS 617 (2008) ¹⁶⁴

שם, בעמ' 619. ¹⁶⁵

Balganesh, לעיל ה"ש 90, בעמ' 752-753. ¹⁶⁶

שם, בעמ' 757. ¹⁶⁷

קלמנט, לעיל ה"ש 59, בעמ' 1017. ¹⁶⁸

יש התדיינות, לנתבע ולעורכי דינו יש בדרך כלל פחות מומחיות וניסיון בתחום, וכדי לגשר על הפער הם צריכים לשאת בעלויות גבוהות יותר.

3. תנאי הרקע של הדין

מהם הגורמים שמאפשרים אכיפת יתר שמבוססת על פערי כוחות? אני סבור שהתשובה היא בשניים: היעדר הצורך להוכיח יסוד נפשי והכלל בדבר פיצויים סטטוטוריים, שהוא הגורם העיקרי בעיניי שהביאנו עד הלום. בתביעה בגין הפרה ישירה של זכות יוצרים אין צורך להוכיח ידיעה של הנתבע או כוונה לפעולה. הפעולה היא שנחשבת להפרה, והתנהגות בתום לב או אי-ידיעה אינן טענות הגנה. סעיף 58 לחוק אמנם קובע פטור מפיצוי ל"מפר תמים", אולם תום הלב מתייחס רק לעצם קיומה של זכות יוצרים ביצירה, והפסיקה נוטה לפרש את הפטור בצמצום.¹⁶⁹ תום הלב של הנתבע הוא אומנם אחד השיקולים בקביעת גובה הפיצוי הסטטוטורי,¹⁷⁰ אלא שאם מתפשרים אין מגיעים לשלב זה. היעדר הצורך להוכיח יסוד נפשי בהפרה בקניין רוחני היא עיקרון ותיק ומבוסס בדין בישראל ובעולם, ולכן גם לא אציע לשנותו. גורם מאפשר מרכזי הוא הפיצוי הסטטוטורי: סעיף 56 לחוק מפקיד בידי בית המשפט שיקול דעת לפסוק פיצוי בטווח שבין אפס למאה אלף שקלים להפרה. הפיצוי הסטטוטורי נועד לענות על קושי ככימות הנזק; במקרים רבים קשה לאמוד מהו בדיוק הנזק שנגרם מפעולה מפרה. מטרה נוספת של הפיצוי הסטטוטורי היא הרתעה.¹⁷¹ הוראות בדבר פיצוי סטטוטורי נפוצות כיום בחקיקה: אותרו 14 חוקים שיש בהם אפשרות שכזו ו- 11 חוקים נוספים שכוללים הסדר של פיצוי שאינו תלוי בנזק או פיצוי לדוגמה.¹⁷² חוק זכות יוצרים הוא המפורט שבהם, ושימש מודל גם לחקיקה מאוחרת, כך למשל חוק העיצובים, התשע"ז-2017.¹⁷³ בית המשפט מונחה לשקול לפחות שמונה שיקולים שונים (הרשימה פתוחה, וניתן לשקול שיקולים נוספים). שישה מהם עוסקים בפעילות הנתבע – היקף ההפרה, משך ההפרה, חומרתה, הרווח שצמח, מאפייני פעילותו ותום ליבו.¹⁷⁴ שיקול נוסף עוסק בטיב היחסים שבין התובע לנתבע, ורק שיקול אחד מתמקד בתובע – נזקו הממשי. שיקול שבולט בהיעדרו הוא התנהגות התובע.

¹⁶⁹ ראו למשל ע"א 1248/15 Fisher Price Inc. נ' דוורון – יבוא ויצוא בע"מ, פס' עג (נבו) 31.8.2017.

¹⁷⁰ ס' 56(ב)(8) לחוק.

¹⁷¹ ראו את דברי ההסבר לס' 58 בהצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 1116. במהלך דיוני ועדת הכלכלה של הכנסת הציע משרד המשפטים להוסיף לפיצוי הרגיל גם אפשרות של "פיצוי לדוגמה", כלומר פיצוי עונשי.

¹⁷² ראו למשל את ס' 26 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.

¹⁷³ ס"ח 1176. ברשימת השיקולים שמנויים שם הושמט השיקול של משך ההפרה.

¹⁷⁴ הצעת חוק זכות יוצרים מנתה רק שבעה שיקולים; השיקול של תום ליבו של הנתבע נוסף בדיונים בכנסת.

התוצאה של מסגרת הפיצוי הסטטוטורי כפולה. ראשית, בעלי זכויות יכולים – ורבים מהם נוהגים – לצטט במכתבי ההתראה שהם שולחים את הטווח העליון של הפיצוי הסטטוטורי.¹⁷⁵ בעל עסק קטן עשוי להיבהל כהוגן. שנית, טווח הפיצוי משמעותי ושיקול הדעת השיפוטי רחב. הוסיפו מחסור במידע על פשרות אפשריות, והתוצאה היא שהפיצוי הסטטוטורי יוצר אצל הנתבע אי-ודאות ניכרת בקשר לגובה הפיצוי, ולכן סיכון.¹⁷⁶

עמית אשכנזי, בדיון מפורט על משטר הפיצויים של החוק, העיר כי "השילוב של הטלת אחריות ללא אשם עם חשיפה לפיצוי ללא הוכחת נזק מייצר מרחב ניכר של אי-ודאות", וזו "תניע גם משתמש אדיש לרכוש רישיון שימוש".¹⁷⁷ ראינו חשש דומה בספרות המחקר בארצות הברית. פמלה סמואלסון וטארה ויטלנד בחנו לפני כעשור את הפסיקה האמריקנית בנושא – שם טווח הפיצוי יכול להגיע עד ל-150,000 דולרים להפרה – ומצאו שהפיצויים הסטטוטוריים שם הם לא אחת שרירותיים, לא-עקביים, ללא אמות מידה ברורות ולעיתים מוגזמים במידה רבה, ולכן יוצרים סיכון ואפקט מצנן ניכר.¹⁷⁸ שילוב של טווח הפיצויים הגדול ואי-הוודאות בקשר לטווח זה גורם להתרעת יתר מפני שימושים מותרים ורצויים ועד כדי שימוש לרעה, שעלולים לחתור תחת התכליות של דיני זכויות יוצרים.¹⁷⁹ גורם סיכון נוסף הוא בתי המשפט, שמוסיפים לשיקולים שמנויים בחוק גם שיקול הרתעה, שהוא אחד מתכליות הפיצוי הסטטוטורי. בתי המשפט קבעו שאין היגיון לפסוק פיצוי בגובה של דמי הרישיון שהוצע לנתבעים מלכתחילה, שאחרת אך ברור שנתבעים יעדיפו להתחמק מתשלום מראש, ולכל היותר, אם יתפסו, ישלמו בדיעבד.¹⁸⁰

¹⁷⁵ עדות לכך יש בת"א (שלום ת"א) 27019-09-15 צ'רלטון בע"מ נ' עולם הבאוילינג בע"מ, פס" 4 (נבו 6.8.2018) שם צוין שנשלחה לנתבעים דרישה לפיצוי בסכום של 100,000 ש"ח בחלוף שנה וחצי מההפרה הנטענת.

¹⁷⁶ אי-הוודאות קיימת גם בחקיקה אחרת שבה יש פיצוי סטטוטורי. לדיון, ראו תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" **משפטים** מג 453 (2013).

¹⁷⁷ עמית אשכנזי "פיצויים ללא הוכחת נזק" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים** 573, 585-586 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים 2009).

¹⁷⁸ Pamela Samuelson & Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, 51 WM. & MARY L. REV. 439, 441-443 (2009).

¹⁷⁹ אשכנזי, לעיל ה"ש 177, בעמ' 587.

¹⁸⁰ ראו למשל את הערת השופט בנימיני בתביעה של הפדרציה לתקליטים וקלטות: "אדם שהפר זכות יוצרים, איננו זכאי לצפות לשלם פיצוי לפי דמי התמלוגים שהיה משלם אלמלא הפר את הזכות". ת"א (מחוזי ת"א) 2378-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' החלל המופלא עד הלום בע"מ, פס" 24 (נבו 24.11.2011). דברים ברוח זו הופיעו בשורת פסקי דין בתביעות צ'רלטון. ראו למשל ת"א (שלום נת') 14226-09-09 צ'רלטון בע"מ נ' פיצוציות לב הרצל בע"מ (נבו 5.2.2012); ת"א (שלום ראשל"צ) 32439-12-10 צ'רלטון בע"מ נ' הררי (נבו 29.1.2013); ת"א (שלום חי) 32094-12-14 צ'רלטון בע"מ נ' הטריסה החדשה בע"מ (נבו 6.4.2016).

להשלמת התמונה אציין, שהכנסת עמדה לאחרונה על אי-הוודאות שיוצר הפיצוי הסטטוטורי, וסייגה אותו בכמה מצבים, שאינם חלים בקשר לביצוע פומבי.¹⁸¹ בכנסת ה-23 הוגשה הצעת חוק פרטית, המבקשת להתיר ביצוע של יצירה מוזיקלית בעסק קטן.¹⁸² בסוף שנת 2021 הפיץ משרד המשפטים תזכיר חוק, שלפיו מקומות מגורים משותפים כמו דיור מוגן או מעונות סטודנטים יוחרגו מהזכות לביצוע פומבי, כמו גם בתי עסק או חדרי המתנה קטנים.¹⁸³

4. בחזרה לצ'רלטון

האם פעילות האכיפה של צ'רלטון היא בגדר אכיפת יתר, כלומר כזו שמעניקה לה בפועל הגנה מעבר למה שהדין מעניק לה? אזכיר שבתקופת המחקר צ'רלטון הייתה תובעת סדרתית, אבל תביעותיה ככלל לא היו טורדניות או קנטרניות, והיא גם אינה טרול במונח שהוגדר במחקר האמריקני. עם זאת מאפיין אחד כן התקיים בעניינה – המאפיין של תביעה בסכום גבוה ופשרה בסכום נמוך בהרבה. כדי לבחון את הדברים, אציג כמה סוגיות משפטיות מרכזיות שהתעוררו בתביעות צ'רלטון. הדוגמאות ממחישות את כוחה של צ'רלטון כשחקנית חוזרת, את יכולתה להגיב במהירות לשינויים משפטיים ולחשב מסלול משפטי חדש לפי הצורך, לנווט ולנתב את ההליכים ולעצב את התמונה הגדולה.

(א) שאלות עובדתיות

בתביעות פשרה הן אינן מתבררות. כדי לבסס עילת תביעה בקשר להפרת הזכות לביצוע פומבי יש להראות שהקרנת משרד הטלוויזיה (שהיא פעולה של "ביצוע") הייתה פומבית. בפרק א ראינו את מבחני הפסיקה, שהתייחסו לאופי הקהל ולאופי המקום, הנזק לבעלי הזכויות והתועלת למבצעים. ביתו של אדם אינו מקום פומבי, גם אם הוא מארח אורחים; בית קפה הוא מקום פומבי בדרך כלל, משום שבשעות הפתיחה אנשים זרים יכולים ומוזמנים להיכנס אליו. חלק מהנתבעים שתבעה צ'רלטון היו בעלי מקומות קטנים כמו "פיצוציות" או דוכני מזון מהיר. במצב הרגיל, במקומות מסוג זה

¹⁸¹ ראו את ס' 56 לחוק, שנוסף במסגרת תיקון 5, בשנת 2019: המצבים עוסקים בהעמדה לציבור של יצירה אומנותית – סייג שמתייחס בעיקר לשימוש בצילומים שנמצאו באינטרנט, ובקשר לגופים ציבוריים לא-מסחריים, כמו מוסדות חינוך, ספריות ומוזיאונים, בתנאים מסוימים.

¹⁸² הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון – התרת ביצוע פומבי של יצירה מוזיקלית בעסק קטן), התש"ף-2020, פ/34/23. בארצות הברית חוק זכות יוצרים פוטר מאחריות בעלי עסקים קטנים ובינוניים בקשר לביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות (כולל כאלה המשודרות בטלוויזיה). ראו (1998) 2830 Stat. 112, Pub. L. 105-298, Fairness in Music License Act, § 110(5)(B) 17 U.S.C.

¹⁸³ ס' 12 לתזכיר חוק תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים ומבצעים – תעריפים וחלוקת תמלוגים, התשפ"ב-2021.

יש לכל היותר כיסאות בודדים. האם התכנסות של מספר קטן מאוד של אנשים, לעיתים חבריו של בעל המקום שמארחים לו לחברה, הופכת את המקום לפומבי ואת ההקרנה למטרת רווח? אני סבור שבדוגמה הזו ניתן לומר שמדובר בביצוע פרטי, וכן שלעסק אין תועלת מההקרנה וגם אין לו כוונה להרוויח. מצבים שכאלה התבררו במקרים בודדים בלבד.¹⁸⁴

שאלה עובדתית נוספת היא לאן מכוונת הטלוויזיה. אם היא מכוונת לעובדים בלבד, למשל לעובדי המטבח במסעדה, הרי הביצוע אינו פומבי.¹⁸⁵ בדרך כלל קל להכריע בשאלות שכאלה לפי התייעוד של חוקר פרטי מטעם בעלי הזכויות: החוקרים נוהגים לצלם את המקום ואת מסך הטלוויזיה הרלוונטי. טענה עובדתית נוספת שנתבעים טענו בכמה מקרים היא, שאחד האורחים הוא שהדליק את המכשיר.¹⁸⁶ טענות עובדתיות שכאלה טעונות ראשית ראייה, אולם כאשר הן מוכחות עילת התביעה מסתבכת, והתובע יכול לנסות לבסס אחריות עקיפה לפי סעיף 49 לחוק, שעוסק ב"ביצוע פומבי במקום בידור ציבורי". אלא שאז התובע יצטרך להראות שבעל המקום הרשה לאדם אחר לבצע את הפעולה למטרת רווח, וכי בעל המקום ידע או שהיה עליו לדעת שהביצוע מפר את החוק. הסעיף נועד במקורו להטיל אחריות על בעלי אולמות בקשר לביצוע של תקליטנים במסיבות, והוא מתאים פחות למצב עובדתי שבו לקוח שינה ערוץ בטלוויזיה על דעת עצמו.¹⁸⁷

שאלה עובדתית-משפטית נוספת היא מה בדיוק שודר בעת שהחוקר הפרטי תיעד את הפעולה. כך למשל, יש מקומות שמקרינים את התמונה בלבד, ללא השמע (אודיו). אני סבור שכאשר צ'רלטון טוענת לבעלות בזכויות היוצרים בדברי פרשנות באולפן (ועל כך בסעיף הבא), אבל אלה אינם מושמעים – לא היה ביצוע פומבי שלהם. בפסק דין שניתן לאחר תקופת המחקר מצא בית המשפט, "העובדה כי השמע של המשדר היה מושתק אינה רלוונטית" לקביעה אם היה ביצוע פומבי.¹⁸⁸ בכל הכבוד, אני סבור שמסקנה זו שגויה: התובעת טענה בין היתר לזכויות בפרשנות וב"אולפן הסיום", אולם בהיעדר שמע – לא היה ביצוע של החלקים המקוריים. בדומה לכך, כאשר הראיות

¹⁸⁴ ראו למשל, עניין גליאנוס, לעיל ה"ש 134 (התביעה נדחתה); ת"א (שלום ת"א) - 50357-10 צ'רלטון בע"מ נ' טואף (נבו 21.1.2014) (צילומי החוקר הפרטי בתביעה נגד עסק לשווארמה היו במהלך סגירת העסק, ולא הראו שהיה ביצוע בפועל).

¹⁸⁵ לבחינה עובדתית של טענה שכזו, ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2433-04 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות נ' מיניץ, פס' 23 (נבו 30.5.2010), ובתביעות צ'רלטון: עניין פיצוציות לב הרצל, לעיל ה"ש 180; עניין גליאנוס, לעיל ה"ש 134; ת"א (שלום ת"א) 15194-03-13 צ'רלטון בע"מ נ' סורטיס בע"מ (נבו 19.4.2016).

¹⁸⁶ ראו למשל את עניין זסטי כרמל, לעיל ה"ש 127. כאשר עובד מפעיל את המכשיר תתעורר שאלה של אחריות שילוחית. ראו למשל ת"א (שלום י-ם) 15441/01 אקום אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בע"מ נ' הרשקוביץ (נבו 2.3.2003).

¹⁸⁷ ראו למשל ת"א (מחוזי נצ') 27785-09-15 אקום, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' מריומה ובן עזרא מתן שירותי גבייה ותנועה בע"מ (נבו 25.3.2019).

¹⁸⁸ ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 40326-01-18 צ'רלטון בע"מ נ' השניצליה מודיעין א.ר בע"מ, פס' 26 (נבו 9.5.2021).

המצולמות מראות רק את השידור הנקי החי, ללא תוספות העריכה של צ'רלטון, כמו נתוני ספורט שונים שהיא מציגה על המסך בזמן השידור – במקרים שכאלה לא הוכחה ההפרה. טענות שכאלו עלו במקרים ספורים בלבד.¹⁸⁹ שאלות עובדתיות אלה הן פשוטות יחסית לבירור, ובכל זאת יש להן הד רק בהליכים מעטים. מיעוט המקרים אינו מעיד על כך שהבעיה היא שולית, אלא על כך שהרוב המוחלט של התביעות אינו מגיע לבירור מפורט. כדי לטעון אותן יש צורך להגיע לכלל התדיינות, וזו כרוכה בעלויות ובסיכון מסוים. זול יותר להתפשר. כאשר היקף הפשרות כה נרחב ומאזן העלויות דוחף את הנתבעים להתפשר, התוצאה היא שיש חשש לאכיפת יתר של זכות היוצרים. אדגיש שזהו חשש וכי אין ודאות שיש כאן אכיפת יתר, אולם בלי בירור שיפוטי מספק לא נוכל להעריך זאת כראוי.

(ב) זכות התביעה

זכות התביעה של צ'רלטון התעוררה בבתי המשפט, והביאה לשינוי במדיניות התביעה שלה ובטענותיה. זכות התביעה נתונה בראש ובראשונה לבעלי הזכות. סעיף 37 לחוק מתייחס במפורש להעברת זכויות ולמתן רישיון ייחודי, וסעיף 54 מבהיר שהזכות לתבוע נתונה גם לבעל רישיון ייחודי, שצריך לצרף לתביעה גם את בעל הזכויות המקורי או לבקש מבית המשפט פטור מצירוף שכזה.¹⁹⁰ בכך באה על פתרונה שאלה שהטרידה את בתי המשפט קודם לחקיקת החוק.¹⁹¹ בתביעות שנבחנו לא נמצאו מקרים שבהם צ'רלטון צירפה את בעלי הזכויות מעבר לים כתובעים או כמשיבים. בכמה מקרים טענו נתבעים שעל צ'רלטון לבסס את מעמדה כבעלת הזכות לתבוע, כלומר שהיה לה רישיון ייחודי. במצב שכזה היצירה שנטען שבווצעה באופן פומבי היא השידור המקורי, או "הפיד החי" של המשחק, כפי שהועבר מהצילום בשטח, במגרש הכדורגל. דרך המלך של צ'רלטון לבסס תביעה מכוח זכות שכזו, לפי סעיף 54 לחוק, הייתה להציג את הרישיון הייחודי שהעניקו לה בעלי הזכויות בקשר לשידורים בישראל, כמו למשל (UEFA Union of European Football Association). אלא שצ'רלטון העדיפה בדרך כלל שלא לעשות כן, וטענה שההסכמים

¹⁸⁹ ראו למשל את עניין פאב מסעדה כאמל, לעיל ה"ש 127. החוקר הפרטי הציג סרטון של 40 שניות, אולם בית המשפט מצא שבסרטון זה אין רואים את העריכה המקורית שצ'רלטון טענה לה, ואין שומעים את דברי הפרשנות. התביעה נדחתה. ראו גם ת"א (שלום חד') 22201-11-16 צ'רלטון בע"מ נ' פרזי (נבו) 3.7.2018.

¹⁹⁰ להשוואה: לאקו"ם יש הסדרים עם תאגידים מקבילים רבים בחו"ל, שמקנים לה את הזכות להתיר ביצוע פומבי ולגבות תמלוגים. בתי משפט הסתפקו בכך כדי להתיר לאקו"ם לתבוע בגין הפרת זכויות ביצירות זרות. ראו למשל את פסק דינה של השופטת וילנר, בשעתה בבית משפט השלום: ת"א (שלום חי') 16788/97 אקו"ם אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' בנוליאל (נבו) 9.3.2005.

¹⁹¹ תחת הדין הקודם עלתה שאלה, אם בעל רישיון ייחודי יכול לתבוע בעצמו. החשש היה מתביעה כפולה של בעל הזכויות ושל בעל הרישיון הייחודי. בית המשפט העליון מצא מוצא בכך שבעלי הזכויות צורפו לתביעות כתובעים נוספים או כמשיבים פורמליים, והסתפק במכתב תמיכה של בעלי הזכויות בתביעה. ראו דיון ויישום בעניין Tele Event, לעיל ה"ש 27, בעמ' 554-559.

היו סוד מסחרי, ורק במקרים בודדים צירפה את ההסכמים במלואם. כאשר עלה הנושא בשלבים מקדמיים של ההתדיינות, נקטו בתי המשפט גישות שונות בעניין: במקרה אחד, שנדון עוד לפי חוק זכות יוצרים הקודם, הסתפק בית המשפט בכך שצ'רלטון צירפה אישור שיש לה זכות לתבוע, הסכמה של בעלי הזכויות מעבר לים והתחייבות שלהם שלא לתבוע תביעה נוספת;¹⁹² במקרים אחרים התיירו בתי המשפט לצ'רלטון לתקן את כתב התביעה ולצרף את ההסכמים, לעיתים תוך השחרת חלקים שהם בגדר סוד מסחרי;¹⁹³ במקרה אחר עיינה השופטת בהסכם במעמד צד אחד, וקבעה שהוא אינו רלוונטי לתביעה;¹⁹⁴ במקרה אחד הורתה שופטת לצ'רלטון להציג פרטים נוספים, ולהבהיר אם היא תובעת על בסיס הסכמים עם בעלות זכויות בחו"ל;¹⁹⁵ ובמקרים אחרים קבעו שופטים שהשאלה בדבר זכותה של צ'רלטון לתבוע תתברר בדיון לגוף התביעה.¹⁹⁶ גם בהכרעה לגוף העניין היו גישות שונות: כאשר צורף ההסכם, היו בתי המשפט שהכירו בזכותה של צ'רלטון לתבוע כבעלת רישיון ייחודי, בשם הביצוע הפומבי של השידור המקורי;¹⁹⁷ במקרה אחר צורף רק חלק מההסכם, ובית המשפט קבע שחסרה בו התייחסות לפרק הזמן שאליו הוא מתייחס, לטריטוריה שבה הוא חל ולשפות השידור, ובהתאם לכך נקבע שלא הוכחה זכותה של צ'רלטון לתבוע, והתביעה נמחקה.¹⁹⁸ במקרים נוספים שבהם ההסכם לא צורף נקבע שאין לצ'רלטון זכות לתבוע בקשר להפרת הזכות בשידור המקורי.¹⁹⁹ השונות אם כן היא רבה.

באופן כללי, כאשר תובע תובע זכות לא לו, הרי זו אכיפת יתר לא-ראויה. בתי המשפט אמורים לבלום ניסיונות שכאלה. כאשר ברוב המקרים סוגיית הזכות לתבוע אינה מגיעה לכיורר ממצה, בשל לחץ ומאזן אימה שדוחף לפשרות – מתעורר חשש לאכיפת יתר.

(ג) מקוריות ההפקה

בתגובה לדרישות להציג את ההסכם עם בעלי הזכויות החלה צ'רלטון לטעון טענה חדשה: שהיא תבעה לא רק מכוח היותה בעלת רישיון ייחודי בשידור המקורי, אלא שהייתה לה זכות יוצרים משל עצמה בהפקת השידורים, ולכן תבעה כבעלת זכות

¹⁹² ת"א (שלום ראש"צ) 4810/06 צ'רלטון נ' טריאקי בפארק בע"מ (נבו 10.1.2008).
¹⁹³ ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 14692-09-09 צ'רלטון בע"מ נ' פיצה פצה (2000) בע"מ (נבו 9.2.2010).

¹⁹⁴ ת"א (שלום חי) 21515-03-13 צ'רלטון בע"מ נ' מידלר (נבו 24.3.2016).
¹⁹⁵ ת"א (שלום ת"א) 2970-05-15 צ'רלטון בע"מ נ' פ.ו.ר. שירותי ניהול למלונות בע"מ (נבו 8.11.2015).

¹⁹⁶ ראו למשל ת"א (שלום הר") 63254-12-18 צ'רלטון בע"מ נ' עמר (נבו 2.7.2019).
¹⁹⁷ עניין פיצוציות לב הרצל, לעיל ה"ש 180; ת"א (שלום ת"א) 11970-07-13 צ'רלטון בע"מ נ' א.י. פיצה שותפות (נבו 6.11.2014), שם היו ראיות נוספות שמכוחן הסיק בית המשפט את הזכות לתבוע; עניין קפה דודו, לעיל ה"ש 127; עניין זוסי כרמל, לעיל ה"ש 127.

¹⁹⁸ ת"א (שלום חד") 18812-01-13 צ'רלטון בע"מ נ' אבו סאה (נבו 22.12.2013).
¹⁹⁹ עניין א.מ.ת. גורמה, לעיל ה"ש 127; עניין בן-תורה, לעיל ה"ש 134; ת"א (שלום ת"א) 42206-12-12 צ'רלטון בע"מ נ' גרוסקוב (נבו 3.8.2017).

יוצרים עצמאית במשדר, וממילא לא היה לה צורך להמציא הסכמים עם בעלי הזכויות.²⁰⁰ כדי לבסס את טענתה בדבר זכות יוצרים עצמאית צירפה צ'רלטון מסמך הפקה ותצהיר מפורטים של מנהל בכיר מטעמה, שפירט את פעולותיה והדגיש את השקעתה הכספית בהפקה. המטרה הייתה לבסס את המקוריות בחלקים שצ'רלטון הפיקה והוסיפה על הפיד הנקי שהגיע ממגרשי הספורט, מעבר לים. כך למשל נאמר בתצהיר: "התובעת עושה שימוש בניידות שידור, מצלמות, פרשנים, שדרנים, ראיונות בתום המשחקים, עזרים טכניים, אמצעים גרפיים, לרבות עריכת תמונה וזוויות צילום... התובעת מפיקה גם סרטונים שונים במסגרת ערוצייה שלה, המהווים קדימונים למשחקי ספורט שהיא מבקשת לשדר".²⁰¹ ברוב המקרים שבהם הוצג המסמך קיבלו בתי משפט את הטענה ללא עוררין, והכירו בזכותה של צ'רלטון לתבוע כבעלת זכויות בהפקה. בשני מקרים מצאו בתי משפט שהטענה הייתה כללית ונעדרה התייחסות קונקרטית למשדר המסוים שבגינו הוגשו התביעות;²⁰² ובמקרה נוסף מצא בית המשפט שהעד מטעם צ'רלטון לא הוא שערך את המסמך, וכי לא הוצגה הראיה הטובה ביותר – הקלטת של המשדר.²⁰³

האם הפעולות המפורטות במסמך ההפקה מקימות זכות יוצרים? מהי בדיוק היצירה המוגנת? נראה שחלק מהתוספות שצ'רלטון ציינה במסמך ההפקה הוא יצירות עצמאיות שלה, כך למשל המשדר שנערך באולפן בישראל וסרטונים שהיא הפיקה כקדימונים. אבל כאשר למרכיבים אחרים אפשר להעלות ספק. כך למשל סטטיסטיקה, שנזכרה באחד מפסקי הדין, היא בגדר נתונים, ולפי סעיף 5 לחוק באלה כשלעצמם אין זכות יוצרים.²⁰⁴ כאשר ל"עריכת התמונה", לא ברור אם מדובר בפעולה טכנית או בפעולה שיש בה מרכיב יצירתי עצמאי. צ'רלטון משקיעה ודאי משאבים רבים בהפקה, אולם השקעה היא רק סימן אחד לקיומה של דרישת מקוריות; דרישת המקוריות מחייבת לבחון שהיוצר הוא המקור של היצירה, וכן שישנה מידה מסוימת של

²⁰⁰ אזכור שיפוטי ראשון לטענה נמצא בעניין **א.מ.ת. גורמה**, לעיל ה"ש 127, שנפסק בשנת 2014. ראו גם, בסדר כרונולוגי לפי מועד מתן פסקי הדין: עניין **בן-תורה**, לעיל ה"ש 134; עניין **א.י. פיצה**, לעיל ה"ש 197; עניין **הטרסה החדשה**, לעיל ה"ש 180; עניין **סורטיס**, לעיל ה"ש 185; עניין **קפה דודו**, לעיל ה"ש 127; ת"א (שלום ת"א) 42929-12-12; **צ'רלטון בע"מ נ' עזריה** (נבו 7.7.2016); עניין **פאב מסעדה כאמל**, לעיל ה"ש 127; ע"א (מחוזי חי') 28088-10-18 **צ'רלטון בע"מ נ' פרזי** (נבו 31.1.2019) (להלן: **ערעור פרזי**); עניין **גרוסקוב**, לעיל ה"ש 199; עניין **הבאולינג**, לעיל ה"ש 175; עניין **בית הבירה**, לעיל ה"ש 46.

²⁰¹ ציטוט מתצהיר של אלכס וינשטיין, מנהל מחלקת העסקים של צ'רלטון, בעניין **א.מ.ת. גורמה**, לעיל ה"ש 127; ובדומה בעניין **בן-תורה**, לעיל ה"ש 134; עניין **קפה דודו**, לעיל ה"ש 127. מסמך ההפקה נזכר גם בעניין **א.י. פיצה**, לעיל ה"ש 197; עניין **סורטיס**, לעיל ה"ש 185; עניין **עזריה**, לעיל ה"ש 200; עניין **גרוסקוב**, לעיל ה"ש 199; עניין **הטרסה החדשה**, לעיל ה"ש 180; עניין **בית הבירה**, לעיל ה"ש 46; עניין **זוסי כרמל**, לעיל ה"ש 127; ת"א (שלום עפ') 17241-09-17 **צ'רלטון בע"מ נ' טריין בר** (נבו 7.12.2020).

²⁰² עניין **א.מ.ת. גורמה**, לעיל ה"ש 127; עניין **בן-תורה**, לעיל ה"ש 134.

²⁰³ עניין **בית הבירה**, לעיל ה"ש 46.

²⁰⁴ ראו את עניין **סורטיס**, לעיל ה"ש 185, שם נזכרת הסטטיסטיקה.

יצירתיות, גם אם מועטה.²⁰⁵ מובן ששאלות אלה מחייבות בחינה עובדתית קונקרטית. שוב, כמו באשר לשאלות העובדתיות, נדיר שההתדיינויות מגיעות לשלב ההוכחות. בשני מקרים כרכו השופטים את זכותה של צ'רלטון לתבוע מכוח ההפקה המקורית בזכותה ההסכמית: כך בעניין **בן-תורה**, בבית משפט השלום: "זכותה של התובעת לבצע מה שעשוי להיחשב כפעולות הפקה ביחס לצילום משחק כדורגל מן הליגה האנגלית עשויה לקום, כך על-פי עדות וינשטיין, בתנאי שהתובעת רכשה את הזכות לשדר את המשחק בישראל מבעליה של הזכות בחו"ל. בהיעדר זכות מוכחת כלפי בעל הזכויות בחו"ל, אין התובעת עשויה להישמע בטענה כי היא רשאית לבצע בשידור פעולה כלשהי – שאם לא כן יחשב היא עצמה כמפרת זכות של אחר זולתה";²⁰⁶ וכך בערעור בעניין **פרזי**, בבית המשפט המחוזי: "ללא שהמערערת הוכיחה שהיא רכשה, מבעל זכויות היוצרים ב'יצירת המקור' (ב'פיד החי') את הזכות לערוך את היצירה ולהפיקה, לא קנתה המערערת זכות יוצרים בהפקה. משלא הייתה לה זכות לערוך את היצירה ולבצע את 'ההפקה', אין היא יכולה לטעון להפרת זכויותיה".²⁰⁷

הערות אלה כרכו את זכותה של צ'רלטון בהפקה הנטענת על ידה בזכויות של בעלי הזכויות בשידור המקורי. פסקי הדין לא תרגמו את הדברים במלואם למונחים המשפטיים של דיני זכויות יוצרים. נראה שבתי המשפט כיוונו לנושא של יצירה נגזרת: אגד הזכויות שנתון לבעל היצירה המקורית כולל גם את הזכות להכין יצירה נגזרת, שהיא יצירה מקורית שמבוססת באופן מהותי על היצירה הקודמת, וכן את הזכות לתבוע בגין הפרתה.²⁰⁸ כאשר צ'רלטון ביקשה לתבוע כבעלת הזכויות בהפקה (ולא כבעלת רישיון ייחודי בשידור הפיד החי), היא טענה למעשה להפרה של זכותה בתוספת המקורית שלה. האם הייתה לה זכות תביעה בנוגע לרכיב זה? התשובה המשפטית אינה פשוטה כלל ועיקר, והיא תלויה בין היתר ביחס שבין הזכות להכין יצירה נגזרת לבין זכות ההעתקה,²⁰⁹ ובשאלה אם ניתן להפריד את התרומה העצמאית של היוצר-הגוזר מיצירת הבסיס, שאז ראוי להתייחס לאותה תרומה כאל יצירה עצמאית ולא כאל יצירה נגזרת.²¹⁰

לא אכריע כאן בשאלה העקרונית. היא מחייבת בירור מקיף ויסודי. כמו כן, שאלה עובדתית-משפטית שיש לברר היא אם ההסכמים של צ'רלטון בינה לבין בעלי הזכויות הראשונים מתייחסים ליצירות הנגזרות ולבעלות בהן ומה פרשנותם. יש גם להניח

²⁰⁵ לדרישת המקוריות, ראו לעיל ה"ש 29.

²⁰⁶ עניין **בן-תורה**, לעיל ה"ש 134.

²⁰⁷ ערעור **פרזי**, לעיל ה"ש 200, בפס' 16. בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה. ראו רע"א 1518/19 **צ'רלטון בע"מ נ' פרזי** (נבו 9.1.2020) (להלן: רע"א **פרזי**).

²⁰⁸ ראו את ס' 16 לחוק, ולדיון עדכני של בית המשפט העליון באשר לזכות ליצירה נגזרת, ראו את עניין Nestle, לעיל ה"ש 33, בפס' 20.

²⁰⁹ לעמדה שאין מקום לכלל גורף נגד זכות תביעה שכזו, ראו אורית פישמן אפורי **היצירה הנגזרת בדיני זכויות יוצרים** 467 (2005). ראו גם עמרי רחום-טוויג **יש מיש: על תהליך היצירה הנגזרת** 231-232 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2017) <http://primage.tau.ac.il/libraries/theses/law/free/3275108.pdf>.

²¹⁰ ראו בדומה, אפורי **חוק זכות יוצרים**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 178.

שהחוזים משתנים מעת לעת. המטרה הייתה להציף את השיקולים כדי להראות שהנושא מורכב – משפטית ועובדתית. שני בתי משפט התקרבו בירור שכזה, אולם דרושה עוד מלאכה רבה כאן. נתבעים "קטנים" יתקשו להתמודד עם טענה שכזו. אין להם עניין בקביעת הדין "הנכון", והם בסך הכול רוצים להמשיך בעיסוקיהם בלי לשלם מחיר מופרז – לטעמם – עבור הקרנה של משדרי טלוויזיה, ובלי להיגרר לבתי המשפט. לצ'רלטון לעומת זאת יש עניין מובהק בעיצוב הדין, ויש לה גם את הניסיון, את הידע ואת היכולת הכלכלית לאתר את המקרה המתאים. בעניין פרוזי ביקשה צ'רלטון מבית המשפט העליון רשות ערעור, אולם בקשתה נדחתה. כך הסביר השופט הנדל: "הבקשה נוגעת לסוגיה משפטית חשובה – יצירה נגזרת וגבולותיה בדין הישראלי. ואולם, ביחס לשאלה זו התשתית העובדתית אינה ברורה דיה, ולכן תיק זה אינו המקרה המתאים לשם ליבון הסוגיה".²¹¹

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

(ד) הקרנה של ערוץ פתוח

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

באופן יוצא דופן היה ניסיון של נתבעים להתמודד עם טענת צ'רלטון בדרך של תביעה ייצוגית. בעל עסק לממכר מזון ומשקאות שרכש (בלשונו: "אולץ לשלם") מצ'רלטון רישיון לביצוע פומבי של משחקי יורו 2016 בעסק שלו, תמורת סכום של 5,000 ש"ח, ביקש להגיש תביעה שכזו בקשר למשדרים בערוצים פתוחים (2, 10), והערוץ הראשון, כפי שנקראו בשעתם).²¹² היועץ המשפטי לממשלה "התייצב" בדיון. עמדתו הייתה, כי "תכליתם, לעניין זה, של שידורים פתוחים לציבור, כגון השידור הציבורי או הערוצים המסחריים, מושגת בכך שהתכנים מגיעים לכל בית או אדם בישראל המחזיק מכשיר מתאים לקליטת השידורים, אך לא ניתן לומר שתכלית זו

²¹¹ רע"א פרוזי, לעיל ה"ש 207.

²¹² ת"צ (מחוזי מר') 11067-08-16 סמכי נ' צ'רלטון בע"מ (נבו 4.8.2016) (בקשה לאישור תובענה ייצוגית).

מחייבת לאפשר בנוסף ביצוע פומבי בידי בעלי עסקים או כל גורם אחר".²¹³ עמדת היועץ הייתה שגם הקרנה של שידור מערוץ ציבורי פתוח היא בגדר "ביצוע פומבי". עמדת היועץ התבססה על פסיקה מחוזית שעסקה בביצוע פומבי של מוזיקה, ושללה את האפשרות לבסס את הסכמת בעלי הזכות לביצוע הפומבי בידי בעלי העסקים כנגזרת מהסכמתו לשידור בערוץ ציבורי פתוח.²¹⁴ לאור עמדה זו הסתלק המבקש מהבקשה.²¹⁵

בשמונה מקרים נדונה הטענה לגופה. בארבעה מהם קבעו בתי המשפט שכאשר עסק מבקש להקרין משרד הטלוויזיה, גם כאשר השידור מתבצע בערוץ פתוח, עליו לרכוש רישיון מבעלי הזכויות.²¹⁶ אפרט כמה מן הקביעות של בתי המשפט בארבעת המקרים האחרים. בעניין פרזי דובר בשידור משחקים בערוץ 2. בית משפט השלום סבר שבעל העסק הנתבע – פיצרייה – נהנה מהגנת מפר תמים לפי סעיף 58 לחוק. ההגנה חלה כאשר המפר "לא ידע ולא היה עליו לדעת, במועד ההפרה, כי קיימת זכות יוצרים ביצירה". בית המשפט מצא שלא היה אפשר ללמוד מהצפייה במשדר שלתובעת יש זכויות, וכי אין די בפרסומים כלליים בעיתונות כדי להקים ידיעה קונסטרוקטיבית.²¹⁷ בית המשפט המחוזי דחה את ערעורה של צ'רלטון מן הטעם שהיא לא הוכיחה את זכותה לתבוע, אולם הסתייג במפורש מקביעת בית משפט השלום לעניין השידור בערוץ הפתוח ופסק כי "עצם העובדה שהמשחק שודר בערוץ 2, איננה מקנה כל הגנה למשיב".²¹⁸ בעניין יוסף הגיע בית משפט שלום למסקנה ששידור בערוץ פומבי מצריך רישיון, אולם מצא שקמה לנתבע הגנת מפר תמים, משום שמקלט הטלוויזיה בעסק היה מכוון ופתוח תמיד בערוץ 2, ו"ההפרה הייתה אגבית ולא מכוונת".²¹⁹ בעניין עולם הבאולינג שודר משחק בערוץ הראשון. בית משפט השלום קבע, שהצבת מקלט טלוויזיה בעסק למזון מהיר היא "קליטה פומבית" ולא "ביצוע פומבי". השופט הוסיף ומצא שכנגד זכותה של צ'רלטון, "עומדת זכותו של הציבור לקלוט, לצפות ולאפשר צפייה בשידור הציבורי".²²⁰ השופט הצביע על עלויות העסקה הגבוהות שכלל משפטי זה מטיל על בעלי העסק, שעלולים להימנע מהקרנת שידור ציבורי בכלל. ערעורה של צ'רלטון התקבל. בית המשפט המחוזי קבע שמדובר בביצוע פומבי בבית עסק.²²¹

²¹³ ת"צ (מחוזי מר') 11067-08-16 סמכי נ' צ'רלטון בע"מ, פס' 14 (נבו 16.10.2018) (עמדת היועץ המשפטי לממשלה).

²¹⁴ שם, בפס' 21-23.

²¹⁵ החלטת המחיקה לא נמצאה במאגרים, אולם היא דווחה בערעור פרזי, לעיל ה"ש 200, בפס' 11.

²¹⁶ ת"א (שלום אשד') 602-08 צ'רלטון בע"מ נ' Inn the Park Eilat Ltd. (נבו 27.8.2012); עניין סורטיס, לעיל ה"ש 185; עניין גרוסקוב, לעיל ה"ש 199; עניין זסטי כרמל, לעיל ה"ש 127.

²¹⁷ עניין פרזי, לעיל ה"ש 189.

²¹⁸ ערעור פרזי, לעיל ה"ש 200, בפס' 32.

²¹⁹ ת"א (שלום חי') 625-03-17 צ'רלטון בע"מ נ' יוסף (נבו 12.3.2019).

²²⁰ עניין עולם הבאולינג, לעיל ה"ש 175.

²²¹ ע"א (מחוזי ת"א) 54238-10-18 צ'רלטון בע"מ נ' עולם הבאולינג בע"מ, פס' 11 ח. (נבו 7.4.2019).

בעניין בית הבירה דחה בית המשפט את התביעה מטעמים שונים, אולם העיר בהערת אגב שהיה ראוי שבעלי הזכויות יזהירו את הציבור בתחילת המשרד, בדומה להודעות בתחילתם של ספרים ושל סרטים.²²²

אני סבור שניתוח הזכות לביצוע פומבי לאור תכליתה, בתוספת ההתייחסות לזהות השחקנים המעורבים, בתוספת העובדה שמדובר בשידור בערוצים פומביים ופתוחים שיוצרים ציפייה לשימוש חינוכי וכן בתוספת הניתוח של העלויות שמטיל הכלל שנקבע על משתמשי הקצה, מעלים סימני שאלה של ממש. אולם משנמשכה התביעה הייצוגית בעניין, הנושא לא הוכרע. צ'רלטון מיהרה לערער כאשר לא שבעה נחת מפסקי דין, צעד שיש בו תוספת עלויות לנתבע; ואכן, קשה לראות נתבע "קטן" מתמיד בבידור טענה משפטית מורכבת שכזו, שבידור שלה מצריך רמת מומחיות גבוהה בידי זכות יוצרים. אולם כאן היה בירור שיפוטי מספק. ניסיון האכיפה של צ'רלטון נבחן בבתי המשפט וצלח.

(ה) הפיצוי

ראינו כיצד הפיצוי הסטטוטורי הוא גורם מרכזי בדין שמאפשר את ההתנהלות שתוארה כאן. הוא יוצר אי-ודאות שפועלת לטובת השחקנים החזקים. במקרי צ'רלטון, שיקול ההרתעה הביא כמה בתי משפט לפסוק פיצויים סטטוטוריים בטווח של בין 8,000 ש"ח ל- 45,000 ש"ח, אם כי יש שונות בגודל המקומות, אופיים, והנסיבות הקונקרטיות;²²³ בכמה מקרים הביאו השופטים בחשבון את גובה דמי הרישיון כאמת מידה לפסיקת הפיצוי, ובכמה מהם פסקו פי שניים מדמי הרישיון,²²⁴ פי שלושה²²⁵ ופי שישה.²²⁶ נראה שדמי הרישיון משתנים לפי גודל המקום וסוג העסק.²²⁷ נתבעים

²²² עניין בית הבירה, לעיל ה"ש 46, בפס' 37. ערער נדחה, ראו ע"א (מחוזי ת"א) - 11956-18 צ'רלטון בע"מ נ' בית הבירה צ.ק.מ. בע"מ (24.6.2019) (עותק בידי המחבר).

²²³ עניין קפה דודו, לעיל ה"ש 127 (10,000 ש"ח); ת"א (שלום ב"ש) 27896-09-13 צ'רלטון בע"מ נ' מזרחי (נבו 24.4.2014) (11,000 ש"ח); ת"א (שלום חד') - 60117-07-12 צ'רלטון בע"מ נ' קונדיטורית שני מוריה בע"מ (נבו 12.10.2014) (11,000 ש"ח), עניין הטרסה החדשה, לעיל ה"ש 180 (45,000 ש"ח).

²²⁴ עניין קפה דודו, לעיל ה"ש 127.

²²⁵ עניין הטרסה החדשה, לעיל ה"ש 180.

²²⁶ עניין הררי, לעיל ה"ש 180. דמי הרישיון בשעתו לעסק מסוג זה של הנתבע היו 2,500 ש"ח, ונפסק פיצוי של 15,000 ש"ח.

²²⁷ מחירון הרישיון לא נמצא ברשת בעת כתיבת המאמר. יש להניח גם שהמחירים עורכנו במהלך התקופה שנבדקה במחקר הנוכחי. בפסיקה יש אזכורים אחדים: בשנת 2009 (לפי מועד הגשת התביעה), רישיון לפיצוצייה היה 2,500 ש"ח (עניין פיצוציות לב הרצל, לעיל ה"ש 180), וכך גם בשנת 2010 (עניין הררי, לעיל ה"ש 180); בשנת 2014, לעסק שהכיל 50 מקומות ישיבה, היו דמי הרישיון סך של 7,000 ש"ח (עניין קפה דודו, לעיל ה"ש 127), ולמסעדה שגודלה לא פורט בפסק הדין - 15,000 ש"ח (עניין הטרסה החדשה, לעיל ה"ש 180), לעסק לממכר מזון בחוף הים בחיפה, שגודלו לא פורט בפסק הדין, היה הסכום סך של 14,000 ש"ח (עניין יוסף, לעיל ה"ש 219). בשנת 2017, לעסק

פוטנציאליים יכולים לאחוז בהערות אגב של שופטים בחלק מהמקרים. כך למשל, השופטת סיגלית מצא העירה כי "עוד מצאתי כי הערכת הנזק של התובעת – מוגזמת עד מאוד", ובמקום 85,000 ש"ח שנתבעו פסקה 16,000 ש"ח בלבד.²²⁸ אולם התמונה שעולה היא של שונות בין התוצאות. אך מובן הוא מדוע נתבע מעדיף להתפשר, גם אם יש לו טענות הגנה סבירות.

*

בתביעות צ'רלטון עלו שאלות עובדתיות ומשפטיות שונות. חלקן נדון והוכרע בערכאות הנמוכות, אבל ברוב המקרים לא היה ברור לגוף עניין. הסיבה הייתה שילוב של אי-ודאות משפטית ופערי כוח, שיצרו דינמיקה שדחפה נתבעים להתפשר. כאשר אין ברור מספק, יש חשש לאכיפת יתר. כאן יש מלכוד: כדי להעריך אם מדובר באכיפת יתר או באכיפה ראויה יש לברר את הנסיבות, אבל אלה כאמור אינן מתבררות ברוב המקרים.

ו. פתרונות?

מאמר זה ביקש להאיר את התופעה של שחקנים חוזרים בתחום זכות היוצרים, בדרך של מקרה מבחן של תובעת אחת, פעילה מאוד. המשגתי את הפעילות ואת הממצאים במסגרות עיוניות שונות, כדי להבין טוב יותר את המורכבות ואת הקשיים שמתעוררים במצב של אכיפת יתר. האתגר המשפטי הוא לכייל את האכיפה, כדי לאפשר אכיפה ראויה במקרים המתאימים ולחסום אכיפת יתר. מענה לקשיים מחייב פיתוח נפרד, וכאן אסתפק בכיוונים כלליים. הדברים נלמדו מתוך עיון בתביעות צ'רלטון, אבל אינם מכוננים אליה דווקא. אפתח בפתרונות כלליים – של שינוי הדין או לחלופין של תגובת השוק, ולאחר מכן אבחן פתרונות שונים לפי נקודות שונות על פני ציר הזמן של הסכסוך המשפטי – לפני ובמהלך ההליך המשפטי. הפתרונות אינם בהכרח מוציאים זה את זה.

פתרון כללי: צמצום הזכות המהותית

תיחום ברור יותר של הזכות המהותית יצמצם ניסיונות לאכיפת יתר. אפיק אחד לשינוי שכזה יכול להיות בדרך של חקיקה, כפי שנעשה בארצות הברית בקשר למוזיקה, בהסדר שפוטר עסקים פרטיים מהפרת זכויות בביצוע פומבי של מוזיקה,²²⁹

של משלוחים שהיו בו שבעה מקומות ישיבה, עלה רישיון סך של 7,000 ש"ח (עניין **זסטי כרמל**, לעיל ה"ש 127). בתגובת צ'רלטון לבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדה צורף "מחירון הקרנה פומבית" בקשר למשחקי יורו 2016: כך למשל, רישיון שנרכש עד שריקת הפתיחה לעסק של עד 10 מקומות ישיבה עלה 4,000 ש"ח, רישיון שנרכש במהלך הטורניר לעסק שכזה עלה 5,000 ש"ח ורישיון ל"עסק מפר" עלה 6000 ש"ח.

עניין **זסטי כרמל**, לעיל ה"ש 127, בפס' 75.

ראו לעיל ה"ש 134.

228

229

או כפי שהוצע בהצעת חוק פרטית בכנסת או לפי תזכיר החוק שפורסם בשלהי שנת 2021.²³⁰ אפיק זה יעורר טענה לפגיעה בזכות החוקתית לקניין פרטי: בעלי הזכויות יטענו שהייתה להם זכות לביצוע פומבי, ושהיא נלקחת מהם. אפיק זה יעורר גם קושי במישור ההתחייבויות הבין-לאומיות של המדינה.²³¹ אפיק חקיקתי אחר הוא בהסדרה ייעודית של שידורי הספורט. לאורך השנים היו הצעות חוק בנושא, שלא נחקקו.²³² את הזכות המהותית אפשר להגדיר גם בדרך של דיון שיפוטי, למשל בקשר לשידור בערוץ פתוח, כפי שנדון לעיל. אפיק זה מחייב פיתוח שיפוטי מתאים.

פתרון כללי: השוק

לפחות בנוגע למודלים העסקיים של שידורי טלוויזיה שבהם יש גורם ביניים אפקטיבי, כלומר ספק תשתית הגישה לשידורים, יעיל יותר שגורם הביניים יבצע את פעולות הבדיקה והסליקה של זכויות היוצרים. כפי שראינו, גורם הביניים נמצא בעמדה טובה מאוד לדעת מהן היצירות המוגנות שהוא מעביר ומיהם בעלי הזכויות, והוא יכול לפנות אליהם במרוכז בשם הצופים. עמדתו של גורם הביניים ודאי טובה מעמדתם של משתמשי הקצה. לפי שעה אפיק זה לא מוצה. יש להניח שלגורמי הביניים אין עניין ליטול את המשימה הזו. הטלת האחריות על גורם הביניים יכולה להיעשות בדרך של תיקון חקיקה, בדומה למצבים אחרים שבהם החוק מטיל אחריות על גורם ביניים שנמצא בעמדה טובה יותר להסדיר את נושא זכויות היוצרים (והכוונה היא לאחריות של בעלי אולם שמשמש לבידור, לפי סעיף 49 לחוק), או בדרך רגולטורית, במסגרת הרישיונות שמשדר התקשורת מעניק לספקי התשתית. אפיק נוסף לקבוע זאת הוא בדרך פסיקתית.

לפני ההליך: צמצום פערי הידע

גורם מרכזי לאכיפת יתר הוא פערי הידע שבין הצדדים, ואך מתבקש לצמצמם. התארגנות של הנתבעים יכולה לשפר את זרימת המידע ביניהם באשר למצבים דומים – בנוגע לטענות משפטיות אפשריות, בנוגע לסיכויי ההליך והאפשרויות הדיוניות

²³⁰ ראו לעיל ה"ש 182 וה"ש 183, בהתאמה.

²³¹ ראו את ס' 14 להסכם טריפס, לעיל ה"ש 145. ארצות הברית נתבעה במישור הבין-לאומי במסגרת ארגון הסחר העולמי בגין הפטור שיש בדין שם לעסקים קטנים – והפסידה. עם זאת החוק נותר על מכוננו. ראו *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act* – Panel Report, WT/DS160/R (June 15, 2000).

²³² ראו פרק ח להצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016, ה"ח הממשלה 1803, 293 (הצעה להטיל חובה לבעלי זכויות במפעל ספורט משמעותי לתת רישיון שידור למפיק ערוץ ספורט מעוניין), וכן הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 73) (שידור אירועי ספורט משמעותיים), התשע"ט-2018, ה"ח הממשלה 1264, 76 (דרישה לשידור אירועי ספורט משמעותיים בערוצים פתוחים).

ובנוגע לפשרות. התארגנות עשויה להמיר משחקים רבים שבהם יש צד חזק וצד חלש למשחק אחד שבו יש שני צדדים שווי כוח. כיצד ניתן ליצור התארגנות שכזו? דרך ראשונה היא בהתארגנויות של בעלי עסקים במסגרות פורמליות של איגוד עסקים (ובכפוף למותר לפי דיני התחרות, כמובן); דרך שנייה היא ביצירת פלטפורמה להעברת מידע. בעידן הרשתות החברתיות התשתית זולה, אבל דרוש גורם שיוביל משימה שכזו. דרך שלישית היא בשיפור זרימת המידע בקרב עורכי הדין של נתבעים. ניתן להשיג זאת בשיתופי פעולה, בהשתלמויות וכדומה. גם כאן דרוש גורם יוזם.

במהלך ההליך: בדיקת השלב המקדמי של מכתבי התראה

מכתבי ההתראה ששחקנים חוזרים נוהגים לשלוח לנתבעים פוטנציאליים אינם מוסדרים בדין הישראלי. בתי משפט מתייחסים להתראה כאל נתון שפועל לטובת תובעים, המראה שהם הזהירו בטרם נקטו פעולה חריפה יותר. כאשר נתבע ממשיך בפעילות למרות התראה, ייתכן שהיה בכך כדי להעיד על חוסר תום ליבו, וזהו שיקול במסגרת שיקולי בית המשפט בפסיקת פיצוי סטוטורי. להתראה יש תפקיד משפטי ממשי כאשר עלית התביעה היא הפרה עקיפה, שאז יש לבסס ידיעה ממשיה או ידיעה קונסטרוקטיבית. ההתראה מספקת את הצורך הזה.²³³ ראוי לבחון את מכתבי ההתראה גם לגופם וגם בקשר לתובע, ולא רק בקשר לנתבע. ראוי שבית המשפט יבחן התראות, כדי לבדוק אם בעל הזכויות לא דרש יותר ממה שהדין הקנה לו. אם יש ניסוחים בוטים או מאיימים, טענות שהבסיס המשפטי שלהן רעוע או דרישות לפעולה תוך פרק זמן לא-סביר, נתון זה צריך לבוא לידי ביטוי בשיקוליו של בית המשפט – כך למשל בעת בדיקת תום הלב של התובע, במתן צו מניעה או בפסיקת פיצוי סטוטורי. כאשר התראות כוללות מצגי שווא, ראוי לבחון אותן גם לפי דיני הגנת הצרכן.²³⁴ אפשרות כללית יותר היא חקיקה נוסח הדין האנגלי, שמבקש ליצור מאזן אימה כדי שהמאיים יצנן את ניסוחיו ואת דרישותיו.²³⁵

במהלך ההליך: שימוש לרעה בזכות

אכיפת יתר מובהקת היא שימוש לרעה בזכות המשפטית. זה המצב כאשר בעל דין מבקש להשיג לעצמו יותר ממה שהדין הקנה לו, ובכך לשנות את הדין בקביעת עובדות בשטח, תוך ניצול לא-ראוי של פערי כוח. עקרונות משפטיים כלליים כמו תום לב,

²³³ ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 827/97 הפדרציה הישראלית לתקליטים נ' אולמי חאן הדקל בע"מ, פס"ט (נבו 6.1.2000); ת"א (שלום ק"ג) 1132-03 אקורם בע"מ נ' בניסטל בע"מ (נבו 18.2.2010); עניין מינץ, לעיל ה"ש 185, בפס' 22.

²³⁴ כך נעשה בארצות הברית באשר לדיני פטנטים. ראו את צו ה-FTC (דוח ה-FTC), לעיל ה"ש 78.

²³⁵ ראו לעיל ה"ש 71.

תקנת הציבור וניצול לרעה של זכות צריכים לפעול כאן כדי לבלום אכיפת יתר לא-מוצדקת.

תקנות סדר הדין האזרחי החדשות שנכנסו לתוקף לאחרונה אוסרות על שימוש לרעה בהליכי משפט, ומתירות לבית המשפט למחוק כתב טענות או לחייב את בעל הדין בהוצאות.²³⁶ לכאורה נראה שנתבעים יכולים לנסות טענה שכזו, אם כי הנטל להוכיחה אינו קל. ואולם רוזן-צבי מסביר שהאיסור נוגע לפעולות בהליך עצמו, להבדיל משימוש בהליך המשפטי להשגת מטרות חיצוניות, שאינן ראויות.²³⁷ אם כך נשאר טענה כללית יותר של חוסר תום לב.

בית המשפט העליון החיל את עקרון תום הלב גם על זכויות קניין רוחני. להפרת תום הלב עשויות להיות השלכות על היקף ההגנה עד כדי שלילתה.²³⁸ עם זאת בתי המשפט נזהרו מלשלול סעדים שקבועים בחוק וצמצמו אותם, כך שהצמצום יהיה, בלשונו של השופט מלצר, "רק במקרים חריגים ונדירים ביותר, שבהם חוסר תום הלב של התובע והשימוש לרעה שנעשה בזכותו הוא קיצוני וניכר עד כדי התעמרות בנתבע, שאין הדעת סובלת אותו".²³⁹ בהתאם, כדי לשלול את זכות התביעה של שחקן חוזר הנתבע יצטרך לשכנע את בית המשפט שאכן היה ניצול לרעה של זכות, כך למשל, אם יהיו ראיות חד-משמעיות על כך שתובע ידע שלא הייתה הפרה ובכל זאת תבע כדי "לסחוט" פיצוי בגין עוולה שלא הייתה. מובן שהנטל על הנתבע יהיה גבוה, וטענה שכזו תהיה קשה להוכחה.²⁴⁰

מיכל שור-עופרי טוענת שיש להכיר בדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות יוצרים לא רק כטענת הגנה של נתבע, אלא גם כעילת תביעה עצמאית של תובע נגד בעלי זכויות שמנצלים לרעה את זכותם.²⁴¹ המטרה היא למתן מעט את פערי הכוחות בין הצדדים. אני מצטרף להצעתה, וסבור שכאשר יש ניצול לרעה של כוחם של בעלי הזכויות מול משתמשים, באופן אסטרטגי, שנועד להשיג יותר ממה שהדין מקנה לבעלי הזכויות – קרי, אכיפת יתר – יש מקום להכיר בעילת תביעה שכזו.

²³⁶ תק' 4 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018.

²³⁷ רוזן-צבי הרפורמה, לעיל ה"ש 123, בעמ' 40-43.

²³⁸ ראו למשל רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625, 629 (2003). ובפוטנטים, ראו את עניין בלאס, לעיל ה"ש 150.

²³⁹ ע"א 10717/05 פלוריסט דה קוואקל ב.ו.ו נ' חג'ג, פס' 53 (נבו 3.9.2013).

²⁴⁰ ת"א 15248-05-17 (שלום ת"א) פלאש 90 בע"מ נ' שופר – ארגון להפצת יהדות (נבו 13.3.2018). בפס' 13, שם, מנה בית המשפט השלום כמה שיקולים להגדרה של שימוש לרעה בזכות יוצרים: "ריבוי מופלג של תביעות; הימנעות מהתראה שתאפשר לחדול מן ההפרה; אי-נכונות לפתרון של פשרה; הפרזה ממשית בסכומן של תביעות וכל אינדיקציה נוספת, שתוכל להעיד כי פניה של תובעת אינן לחדילה משימוש מפר בקנינה כי אם לעשייתו של ממון – הרי הם מרכיבים לבחינה".

²⁴¹ ראו Michal Shur-Ofri, *Hatch-Waxmanizing Copyright*, 18 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 171 (2011).

שיתוף פעולה משפטי של נתבעים

חוליה נוספת היא יוזמה של נתבעים לשיתוף פעולה בבית המשפט, מעבר לשיתוף מידע שהזכרתי לעיל. אפשרות אחת, שראינו לעיל, היא של תביעה ייצוגית. התביעה שהוגשה התמקדה בסוגיה אחת, של שידור בערוץ פומבי, ולא הוכרעה לגופה. אפיק מקביל הוצע בידי אסף חמדני ואלון קלמנט – של הגנה ייצוגית.²⁴² לפי הצעתם, נתבעים שהתביעה נגדם דומה משפטית ועובדתית יוכלו להתארגן ולהתגונן יחד. כך, גודל הקבוצה יאפשר להם הגנה משפטית טובה יותר וצמצום פערי הכוח מול התובעים באופן שמתגבר על בעיית הפעולה המשותפת ביניהם, ותוך יצירת תמריצים לעורכי דין.²⁴³ ההצעה לא מומשה לפי שעה. נראה שהמקרה של אכיפת יתר בזכויות יוצרים מתאים היטב ל"הגנה ייצוגית" שכזו.

במהלך ההליך – בית המשפט

את פערי המידע ניתן לצמצם גם בתוך ההליך המשפטי, וכאן שמור לשופטים תפקיד משמעותי (וגם אצלם ראוי לחזק את הידע הן בקשר לדין המהותי, והן בהגברת המודעות לדינמיקה של ההליכים) כדי להחזיר את האכיפה לתלם ולמנוע אכיפת יתר. לבית המשפט יש שיקול דעת באשר לפיצוי הסטטוטורי, באשר להוצאות משפט ובאשר לפסקי הדין עצמם.

שיקול הדעת בפיצוי הסטטוטורי

ראינו שטווח הפיצוי הסטטוטורי יוצר מרחב ניכר של אי-ודאות, שמאפשר תמרון אסטרטגי ודוחף נתבעים להתפשר גם כאשר מתעוררות שאלות עובדתיות ומשפטיות משמעותיות. דרך ראשונה לצמצום אי-הודאות היא תיקון החוק, בדומה לסעיף 56א שנוסף בשנת 2019, והחרגת תביעות מסוגים מסוימים מהפיצוי הסטטוטורי. דרך שנייה היא שיפור של זרימת המידע בקרב נתבעים ובקרב שופטים. דרך שלישית היא להוסיף לשיקול הדעת של בית המשפט גם בחינה של התנהגות התובע. תביעה בסכום מופרז,²⁴⁴ מכתבי התראה מאיימים וכדומה יכולים להיות שיקול רלוונטי. הוספת התייחסות להתנהגות התובע תרסן במעט ניסיונות לאכיפת יתר. דרך רביעית היא ליצור

²⁴² Assaf Hamdani & Alon Klement, *The Class Defense*, 93 CALIF. L. REV. 685 (2005).
דוגמה מרכזית שהציעו המחברים היא תביעות בגין הפרת זכות יוצרים נגד משתמשי תוכנות לשיתוף קובצי מוזיקה ברשת (שם, בעמ' 699-702).

שם, בעמ' 711-713.

²⁴³ ראו למשל בהקשר אחר של תביעת זכות יוצרים, ת"א (מחוזי מר') 9289-02-09 גולני נ' כהן, פס' 89 (נבו 8.2.2012), שם זיהה בית המשפט ניפוח תביעה בדרך של פירוק מלאכותי של יצירה אחת ליצירות רבות, וקבע שפעולה שכזו לוקה בחוסר תום לב מובהק.

²⁴⁴

אמות מידה ברורות יותר, כך למשל בדרך של מתווה שהיועץ המשפטי לממשלה יכול להציע בהליך של התייצבות.

הוצאות משפט

הטלת הוצאות על תובעים במקרים שבהם בית המשפט מאתר ניסיון לאכיפת יתר מובהקת, כך למשל כאשר נקבע שהתביעה הייתה נטולת בסיס משפטי, או במקרי קיצוץ שבהם בית המשפט ימצא שהיה שימוש לרעה בהליך המשפטי, יכולה לשנות מעט את מאזן הכוחות. כאשר הסיכון בתביעה גבוה יותר, תובע רציונלי יבחן ביתר תשומת לב את תביעותיו, ויצמצם תביעות שהן בגדר "שיטת מצליח".

פירוט פשרות

בתי משפט מתבקשים לא אחת לאשר הסכמי פשרה וליתן להם תוקף של פסק דין. פשרות רבות אינן מפורטות בפסקי הדין המאשרים. גם כאשר הן נזכרו בדין בבית המשפט ומופיעות בפרוטוקול, בפסק הדין אין מידע למתדיינים אחרים שעשויים להיקלע למצב דומה. ראוי לפרט בפסק הדין המאשר את התנאים העיקריים של הפשרה. פירוט שכזה יסייע לצדדים אחרים להעריך טוב יותר את המצב המשפטי ולצמצם את אי-הוודאות, שפועלת באופן לא-סימטרי מבחינת הצדדים.

סיכום

אכיפת יתר היא ניסיון של בעלי דין להשיג לעצמם יותר ממה שהדין מעניק להם, תוך שימוש בכוחם כשחקנים חוזרים. אכיפת יתר גורמת לאי-צדק בין הצדדים לסכסוך, להרתעת יתר כלפי צדדים אחרים שמתבוננים על ההליך, ולכך שסוגיות עובדתיות ומשפטיות שראוי היה לברר אינן מתבררות; זאת ועוד, באופן כללי אכיפת יתר עלולה לשנות את האיזונים העדינים שנקבעו בדיני זכות יוצרים באופן שמשרת אינטרסים של צד אחד ושעלול לסכל את התכלית של הדין. קו הגבול בין אכיפה ראויה לבין אכיפת יתר חמקמק, אבל חשוב לנסות לזהותו ולהגדירו. ניסיון לתבוע כאשר זכות התובע לתבוע אינה ברורה או בקשר למרכיבים שספק אם הם בגדר "יצירה" מוגנת לפי הדין הם מצבים של אכיפת יתר. תביעה בסכום גבוה ופשרות מהירות הן סימן אזהרה שמחייב בדיקה זהירה, שמא יש ניסיון לאכיפת יתר. כאשר יש מצב של אכיפת יתר, ראוי להחזירו לממדיו הראויים של אכיפה לגיטימית. לבתי המשפט יש כמה כלים לכך, כמו הכלל בדבר שימוש לרעה בזכות, שיקול הדעת בפסיקת הפיצוי הסטטוטורי, המביא בחשבון גם את התנהלות התובע ולא רק את התנהגות הנתבע, ושימוש מושכל בפסיקת הוצאות במקרים המתאימים. פתרונות אפשריים מחוץ לבית המשפט, שעשויים להקהות את עוקצה של אכיפת היתר, מתמקדים בשיפור זרימת המידע לנתבעים ובניסיונות לאזן את כוחם של הצדדים בהליך בדרך של שינוי החקיקה.

מאמר זה בחן מקרוב את המקרה של התביעות של חברת צ'רלטון נגד בעלי עסקים שהקרינו משדרי ספורט ללא היתר. הממצאים האמפיריים שנוגעים לתביעות הומשגו במסגרת תאורטית משולבת של מודלים שהוצעו בשיח של משפט וחברה עם ניתוח ההשפעות של סדרי הדין בכלל, ובתוך הענף המשפטי של דיני זכויות יוצרים. ראינו שחקנית חוזרת, מנוסה ובעלת ידע והתמקצעות בתחום, שתבעה שחקנים חד-פעמיים, בדרך כלל חסרי ניסיון בתחום זכות יוצרים, תוך שימוש במכתבי התראה שנקבו בתקרת הפיצוי הסטטוטורי; תביעותיה הוגשו בפיזור גאוגרפי רחב, והיא הראתה נכונות לפשרות בסכומים קטנים בהרבה מסכומי התביעות, באופן שדחק את הנתבעים להתפשר. הלחץ להתפשר עלול לבוא על חשבון בירור טענות עובדתיות ומשפטיות שונות. הגם שצ'רלטון הייתה תובעת סדרתית בתקופת המחקר, תביעותיה כשלעצמן לא היו קנטרניות או טורדניות, והיא גם לא הייתה "טרול של זכות יוצרים". היא מתמודדת עם אתגרי אכיפה של ממש. עם זאת בחלק מהמרכיבים האלה יש חשש לאכיפת יתר.

הדיון התמקד בביצוע פומבי אנלוגי של משדרי טלוויזיה, אולם נוסח בצורה רחבה יותר – בזהירות המתבקשת – בקשר לשחקנים חוזרים אחרים בזכויות יוצרים. לקראת סיום אצביע על כמה מהשחקנים החוזרים האלה. ההכרעה אם פעילותם היא אכיפה לגיטימית או שהיא מגיעה כדי אכיפת יתר מחייבת בדיקה אמפירית פרטנית. אני מציע שאלות אלה ככיוון למחקרי המשך.

ראשית, יש לציין את התאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים דוגמת אקו"ם או הפדרציה לתקליטים וקלטות, שנזכרו כמה פעמים בדיון. אקו"ם היא ארגון של יוצרים ויוצרות בתחום המוזיקה בעיקר, ואינה חברה שמטרתה רווח. אקו"ם מתווכת בין המשתמשים הרבים והמפוזרים (בתי קפה, מסעדות וכדומה), שחלק גדול מהם הם מהסוג שצ'רלטון תבעה) לבין בעלי הזכויות הרבים. פעילות האכיפה של אקו"ם החלה עוד בשנות השלושים של המאה הקודמת,²⁴⁵ והיא בהחלט שחקנית חוזרת. אולם היא מציעה מערך רישוי מסודר ורציף,²⁴⁶ פעילותה מפקחת לפי דיני התחרות,²⁴⁷ והיקף פעילותה מצומצם מזה של צ'רלטון, הן בכמות והן באופי הפנייה למשתמשים.

שנית, הסביבה הדיגיטלית מאתגרת את דיני זכויות היוצרים גם היא. בתחום זה יש הבדלים חשובים לעומת הפעילות של צ'רלטון, אבל גם כאן יש חשש לאכיפת יתר. מחד גיסא, הקלות שבה ניתן להעתיק, להעביר או להנגיש יצירות השתנתה מאוד, באופן שגורר הפרות בהיקפים שלא ידענו כדוגמתם בסביבה האנלוגית. מאידך גיסא, הסביבה הדיגיטלית מאפשרת אכיפה טכנולוגית אפקטיבית למדי, בייחוד בשילוב עם כללים משפטיים מסוימים. בשל מבנה הרשת, המשתמשים ברשת משאירים אחריהם

MICHAEL D. BIRNHACK, COLONIAL COPYRIGHT: INTELLECTUAL PROPERTY IN
MANDATE PALESTINE, 184 (2012).²⁴⁵

ראו את מערך הרישיונות באתר אקו"ם בכתובת: <https://bit.ly/3L0dc3B>.²⁴⁶

ראו לעיל ה"ש 73.²⁴⁷

שובל של עקבות דיגיטליים, באופן שמאפשר איתור מהיר יותר של הפרות.²⁴⁸ גם קיומם של גורמי ביניים כמו פלטפורמות תוכן, בשילוב עם כללים משפטיים שמתממצים אותם לנטר את הרשת או להגיב במהירות על תלונות של בעלי הזכויות – הסרת תכנים שנחשדים כמפירים לאחר קבלת הודעה ("הודעה והסרה") – משנים את יכולות האכיפה.²⁴⁹ לא אחת אנחנו נתקלים, כגולשים ברשת, בהודעה שתוכן מסוים אינו נגיש לנו בשל הפרת דיני זכויות יוצרים. הודעה זו משקפת את תהליכי ההודעה והסרה שהתנהלו מאחורי הקלעים.²⁵⁰ היקף ההודעות הגלובלי עצום. בעלי הזכויות הם בדרך כלל ריכוזיים, מתוחכמים ומנוסים, והם שחקנים חוזרים; ואילו המשתמשים הם בודדים, מפוזרים וחסרי יכולת כלכלית או משפטית להתמודד עם בעלי הזכויות. כאן בהחלט יש חשש לאכיפת יתר, במובן שבעלי זכויות דורשים להסיר תכנים שאינם

בבעלותם או שהשימוש בהם הוא שימוש הוגן.²⁵¹

שלישית, ובחזרה לישראל, אזכיר את תביעות הצלמים. בשנים האחרונות נראה שיש גל גדול של תביעות של צלמים בגין שימושים לא-מורשים בצילומיהם. התבנית העובדתית היא דומה: משתמש (פרטי או מוסדי) מאתר ברשת צילום שנשא חן בעיניו, מעתיקו ומשלו בו באתר אינטרנט, בחשבון פייסבוק או בפרסומים דיגיטליים ואנלוגיים אחרים. סוכנויות צילום או הצלמים בעצמם תובעים ומנהלים מאות תביעות בגין הפרה.²⁵² מקרים אלה אינם זהים למקרה של צ'רלטון, אולם יש קווי דמיון אחדים: במקרים רבים יש פערי כוח שנוצרים בעקבות ניסיון, התמקצעות וריכוז ידע בצד התובע, אל מול פיזור, חוסר ניסיון ועלויות בצד הנתבעים, שמועצמות בשל אי-הוודאות שיש בדין בכלל ובפיצוי הסטטוטורי בפרט. גם כאן יש לחץ לפשרה, על הקשיים שנגרמים בשל כך. ראינו גם את תגובת המחוקק, שסייג את האפשרות לפיצוי סטטוטורי במקרים מסוימים,²⁵³ בין היתר בתגובה ישירה לתביעות של צלמים שפעלו כשחקנים חוזרים.²⁵⁴

האם תביעות הצלמים הן בגדר אכיפת יתר? כדי להשיב על כך יש לבחון את דפוס הפעולה האלה של התובעים החוזרים: עד כמה הם מנהלים אסטרטגיה כוחנית של תביעות, מיהם הנתבעים ומהם מאפייניהם, אם יש לחץ לפשרה ומהם אמצעי הלחץ

²⁴⁸ כאן מתעוררת שאלה של חשיפת גולשים אנונימיים, אלא שתיקון 5 לחוק הסדיר הליך מתאים לכך. ראו לעיל ה"ש 44.

²⁴⁹ ראו בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 62, בקשר לשימוש בנוהל "הודעה והסרה", באשר לתכנים ברשת.

²⁵⁰ ראו לעיל ה"ש 157 וטקסט נלווה.

²⁵¹ דוגמה מוכרת היא פרשת לנו, שבה נדרשה אם להסיר מהרשת סרטון ביתי של שניות אחדות שבה נראה בנה הפעוט רוקד כשברקע מתנגן – באיכות לא טובה – שיר של הזמר פרינס. באופן יוצא דופן היא ניהלה מאבק נגד דרישת ההסרה. ראו *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015).

²⁵² בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 445, מצאו ש-57% מהתביעות שהוגשו לבתי המשפט בגין הפרת זכויות יוצרים ברשת, בתקופה שאותה בדקו, הוגשו בידי צלמים.

²⁵³ ראו את ס' 56א לחוק ולעיל ה"ש 181.

²⁵⁴ ראו את פרוטוקול ישיבה 878 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20 (9.12.2018) ובמיוחד את דבריו של חבר הכנסת יואב קיש, שיזם את התיקון שהפך לס' 56א.

שמופעלים, אם יש פער בין התביעה לפשרה ומהו; כמו כן יש לבחון את סוג הטענות המשפטיות החוזרות: האם יש ספק באשר לבעלות ביצירות שבגינן מוגשות התביעות? האם יש ספק באשר לזכות התביעה? באשר ליצירה המוגנת? באשר לטענות הגנה כמו שימוש הוגן? מענה על כל שאלות אלה מחייב מחקר עצמאי נפרד. כאן הצעתי מסגרת תיאורית כדי לזהות אכיפת יתר, ומסגרת תאורטית כדי להעריך אם פעולות אכיפה חוזרות הן לגיטימיות או פסולות. מובן שבכל הקשר יש לבחון את מאפייניו הייחודיים, כמו קלות האכיפה והתביעה, חלופות (כגון "הודעה והסרה"), מעורבות של גורמי ביניים (כמו פלטפורמות ברשת) וכדומה.

הדיון הצביע על כיוונים למחקרי המשך נוספים – במקרה הנוכחי ובכלל – כך למשל ניתוח הפרקטיקה והמשפט בקשר להתראות טרום-משפט, הדינמיקה של פשרות, ובכלל זה המוטיבציה של נתבעים להמשיך בהתדיינות בכל זאת. בינתיים המשחק נמשך.