

כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע ברשת

מאת
ניבה אלקין-קורן*

הקדמה

א. מנועי חיפוש בסביבת המידע: "שומרי הסף" הוירטואליים של הרשת

1. אף מוצאים "מחט בערמת שחת"?

2. מה הם מנועי חיפוש?

3. שוק מנועי החיפוש ומגפולחני

ב. עניין eBay השלכות מובנית על שוק התוכן

1. עניין eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.

2. המצב המשפטי שקדם להחלטה בעניין eBay

(א) אתר יצרנים

(ב) דיגי חוזים

(ג) ג'בתי-עין

(ד) עולות התערבות לא-הוגנת

(ה) עשיית עושר ולא במשפט

(ו) עילת "ניצול לא-הוגן"

3. עניין eBay והסגת-גבול במיסטלסלין

4. השלכותיה של ההחלטה בעניין eBay

ג. עניין Kelly v. Arriba והאבות לשלטי במשפעות היצירה

1. עניין Kelly v. Arriba

2. מוכות ההצגה לכות למנוע קישר

3. קישורים, הקשרים והקשר בינותם

ד. כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע?

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה ליציל ברגמן ולמתן גולדבלט שסייעו בהכנתה של שיטתה מוקדמת למאמר. תודה מיוחדת ליהודי אריזון על עבודת המחקר הרצינית והמסורה ועל סיועה בניתובת המאמר. תודה למיכאל בירנהקי, עלי ולצ'ברג'ר והיים ריבה על הערותיהם מאירות'העניינים לשיטתה מוקדמת של המאמר. כל אתרי האינטרנט המאובחנים במאמר נבדקו באקטובר 2002.

קביעת כללים שישיפו על מנבנה השיק ההתחרותית בו, על הביקוש לטכנולוגיות מסוג מסוים או על השימושים שיישאו בטכנולוגיה זו או אחרת.

יש הטוענים שהמשפט אינו כשיר להמונדר עם המציאות הטכנולוגית המשתנה. ציד המידע, כך נטען, חולל מהפכה של ממש, המתעצמת בקצב הולך ומתגבר, והמשפט, שהתפתחות איטית בהרבה, אינו מצליח לרת מנבנה לסיבה הטכנולוגית החדשה. יש המטריים מוכחו של המשפט ומתעצמת מן המציאות שבה הוא יוצר. בתי המשפט נדרשים לרת מענה לסכסוכים המתגלעים ביץ בני-אדם בנוגע לשימוש בטכנולוגיות חדשות. התלכות אלה יוצרות זכויות וחובות בקרב הגורמים הפועלים בשוקים הטכנולוגיים ומשפיעות על פעולתם. במקרים רבים בית המשפט נדרש להחיל את כללי המשפט הקיימים, שאינם פותאמים לצרכים המיוחדים של סביבת המידע. ישנומם של כללים אלה עלול להוביל לעיזום להשפעות לא-רצויות על התפתחותה של סביבת המידע.

במאמר זה אנסה לחזקים את הפקיד המשפט בעיצובה של סביבת המידע, תוך בחינת התודיניות המשפטית בנושא מנוצי חיפוש. מנוצי חיפוש הן תוכנות מחשב המבצעות חיפוש ברשת האינטרנט בהתאם לביטוי המבוקש ומציגות במסגרת של תוצאות החיפוש אותם אתרים שהמידע המבוקש מצוי בהם.⁴ ברשת האינטרנט, המסמלת יותר מכל את ציד המידע, נעשו מנוצי החיפוש גורם מרכזי. מנוצי החיפוש מהווים צוואר-בקבוק ורדטואלי המשפיע על אפטרות הנישה למידע, ומתוך כך על התחרות בתחום המטרה האלקטרוני, כמו גם על בניית משפחתו, הפטרות-עולם וסדר-יום צרכני ופולטי.

מנוצי חיפוש היו בניגום האחרונות נושא לתודיניות משפטית בתי-משפט בארצות-הברית. בעניין *Bidder's Edge, Inc. v. eBay, Inc.*⁵ דן בית המשפט בשאלה אם אתר אינטנט נכאי למנוצי באמצעים משפטיים את החיפוש באחר באמצעות מנוצי חיפוש. בעניין *Kelly v. Arriba Soft Corp.*⁶ נידת בית-המשפט את פעולתו של מנוצי חיפוש גרפי ואת הקשוריים שיצר לתוצאות החיפוש.

בחירתן של שתי החלטות אלה ושל השלכותיהן על שוק מנוצי החיפוש מודגמה את התפקיד שהמשפט ממלא בעיצובה של סביבת המידע ברשת. חלק א מהאר בקצורה את סביבת המידע ואת תפקידם של מנוצי החיפוש בסביבה זו. חלק ב דן בעניין *eBay* ובהשלכותיו על שוק מנוצי החיפוש. חלק ג מנתח את התולדות בעניין *Kelly* ומצביע על

4
5
6
7

בחירתן של שתי החלטות אלה ושל השלכותיהן על שוק מנוצי החיפוש מודגמה את התפקיד שהמשפט ממלא בעיצובה של סביבת המידע ברשת. חלק א מהאר בקצורה את סביבת המידע ואת תפקידם של מנוצי החיפוש בסביבה זו. חלק ב דן בעניין *eBay* ובהשלכותיו על שוק מנוצי החיפוש. חלק ג מנתח את התולדות בעניין *Kelly* ומצביע על

הקדמה

מהפכת המידע צוררה מתרומתה מהולקות עתיקת יומין באשר לזיטה-הגומלין בין משפט לטכנולוגיה. יש הטבורים כי המדע הטכנולוגיה מתפתח מתוך עצמם על-פי הדין פנימי שאינו מושפע כלל מן המשפט. אחרים אף טוענים כי לטכנולוגיה עצמה יש מהות פולטית והיא מבטאת תפיסה ערכית. כך, למשל, יש הרואים בתשיות הטכנולוגיות של רשת האינטרנט מבנה אנרכיסטי במהותו, המוגה על-פי טיבו לאופי הריכוזי והטרטוריאלי של המשפט המדינתי.¹ מבובת הן, התשיות הטכנולוגיות מבטאת, ממש כמו המשפט, מערכות שונות ויכולת להוות אמצעי להכונת התנהגות לצידה של מצרכת המשפט, או במקרים מסוימים במקומת² אחרים טוענים כי התפתחות המדיניות והטכנולוגיות הדינה הולדה של תסי-גומלין בין הטכנולוגיה על הגיונה תפנימי וקצב התפתחותה לבין מוסדות חברתיים אחרים: העולם הערכי, התרבות, האחריות, כוחות השוק ואף המשפט. המשפט משחק כמובן מתירבות ערכית, הפטרות-עולם ואף את הלכה ברורה ביחס לטכנולוגיה ולשימושים השונים שהיא מאפשרת.³ אולם ייתוד של המשפט הוא בכך שיש בכוחו לצב מדיניות ולהשפיע באופן ישיר על פעולתם של הגורמים השונים בקביעת סדר-היום המוקרן וכן בפיתוח טכנולוגיות חדשות וביישון: המפתחים, המשיקיעים, הספקים והמשמנתמים.

המשפט ממלא תפקיד מרכזי בעיצובה של סביבת המידע. אמצעים טכנולוגיים אינם מתפתחים בדיק התפתחותם אינה אך פונקציה של זמינות וחיוניות טכנולוגיות בלבד, אלא היא מושפעת גם משוללים צסיקים וכללים משפטיים. הכללים המשפטיים עשויים להשפיע על התפתחות הטכנולוגיות באופן ישיר; למשל, באמצעות הקביעה מה מותר ומה אסור לפתח ולייצר.⁴ המשפט עשוי להשפיע על התפתחות הטכנולוגיות באופן עקיף, תוך

1 D.R. Johnson & D.G. Post "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace" 48 *Stan. L. Rev.* (1996) 1367

2 J.R. Reidxberg "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy" 76 *Tex. L. Rev.* (1998) 553, 553-593
ראו: Rules "Through Technology" 76 *Tex. L. Rev.* (1998) 553, 553-593

3 L. Lessig *Code and Other Law of Cyberspace* (N.Y., 1999)

4 כך, למשל, ישנומם של דיני הקניין תרומי יבטא עמדה ערכית בנוגע לסוג הפיתוח והמצבים תדאיים להגמול והוקרה. ראו: "The Idea of Progress in Copyright Law" I *Buffalo IP. L. J.* (2001) 3

5 שנתקקו בתוקה האריקארי, נועדו להשיג מטרה ציבורית, שהוגדרה אף היא בחוקה והיא עידוד הקמה בקרב האנושות. בודמה לכך, הפיקוח בחוקה על מתקן גנטי מבטא עמדה ערכית באשר למשפיעויות האחרות של שיבות. ראו, למשל, חוק איסור התערבות גנטית (שיבות אדם שנינו גנטי בהא רביה), המשני-ש" 1999, ס"ח 47 (להלן: חוק איסור התערבות גנטית), תקובת תקופה קצובה של המש שנים שבה אסור לבצע כל סוג של התערבות גנטית, ואשר במהלכה ייבחנו תודיניים המוסריים. המשפטיים, התברתיים והמדעיים של סוגי התערבות הגנטית השלכותיהם על כבוד האדם.

6 ראו, למשל, חוק איסור התערבות גנטית, שם. כמדין ראו סעיף 1201 לחוק האמריקאי

בעל-פה, אולם העובדה שהדבר נעשה בכחב, ברשת גלובלית המאפשרת למיליוני משתמשים ברחבי העולם לבחון את המידע ולסווגו חלק בדיון, יוצרת מסה קריטית המאפשרת במקרים רבים יצירתו של גוף ידע באיכות גבוהה. נוסף על כך, העלויות הנמוכות הכרוכות בהפצה עוררו גופים רבים לשיקוף את הציבור במידע שברשותם לשם השגת יעדים שאינם מסחריים דווקא. למשל, יצירת מוניטין, קבלת תגובות וסיוע או קידום מטרות חברתיות או פוליטיות. גורמים אלה תורמים לא רק לכמות המידע ברשת, אלא גם לצינונו.¹⁰

המעבר ממצב של מחסור במידע למצב של שפע היצף מידע תולד שינוי בתרבות הצרכנית של מידע ומוצרי תוכן והשמועה בהם. מידע נחשב בעינינו בדרך-כלל כמשאב חזק, ושפע מידע כמצב טוב יותר ממהסור במידע.¹¹ אולם שפע המידע עשוי גם להקשות על הגולשים. הללו נאלצים לאתר את המידע השימושי, המהימן והרלוונטי מבין המציע העצום של תוכן. ציבור הגולשים נדרש איפוא להתמודד עם אתגר מסוג חדש: כיצד לגבות את תוכן מן הפך, כיצד לחלץ את המידע הרלוונטי מזהם המידע הזמין, כיצד להפוך את שפע המידע לנכס ברישימושי?¹² המידע מצוי בסביבה מבוהרת יחסית, העשויה לזנוק באמצעי סינון, מיון ואיתור מידע שאיפשרו לשלף את הפרטים הרלוונטיים מים ומידע זומם, להבחין בין עיקר לטפל, ולחזק את מקורות המידע השונים, ולדג אתם בהתאם לצרכים משתנים.

בעבר שימשו בהפקיד זה ספקי התוכן, כלי-המקשורת, הציתונות הכתובה והמוצאיים-לאור למיניהם כחול בשביל הציבור הרחב את המידע שיתפרסם ויובא לידיעתו, ובמך כך תגדיר מהי היצעה החשובה, מהו תוכן בעל ערך, מה נחשב כחשוב ומהו מידע מזהמן. אתרי האינטרנט של ספקי תוכן גדולים, כגון אתרי הציתונות המקומיים או אתריהם של ספקי תוכן רכימוניים, עשויים עדיין לשמש בהפקיד זה אתרים אלה הנהנים ממוגושיין

31-<http://www.britannia.com/history/forum/frame.html> forumdisplay.php?forumid=

10 ראו, למשל, אתר החדשות "דזק וברק" :<http://www.debka.co.il> "דזק וברק" כאל מקור חלופי לידיעות בלעדיות בעיתונות האמריקאית התייחסו לאתר "דזק וברק" כאל מקור חלופי לידיעות בלעדיות וצמדו שאינן מתפרסמות בעיתונות הרגילה, ראו: S. Pappu & G. Snyder "Web Site : The New York Observer, Sep. 26, 2001, With the Inside Dope on the Middle East" <http://www.observer.com/pages/story.asp?ID=4905>: "At its best, Debka.com reads like a tip sheet from the desert, from people who seem to know a lot more than Jeff Greenfield. ... But on several occasions, Debka.com has beaten the Western media to information that has later shown up in U.S. newspapers".

11 מודלים כלכליים שונים, למשל, מניחים כי תגאי שיק אופטימליים מתייברים, בין היתר, שתוצרים יפעלו על-סמך מידע מלא.
12 N. Elkin-Koren & E.M. Salzberger "Law and Economics in Cyberspace" 19 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1999) 553

השלכותיה של החלטה זו על השימוש ביישומים טכנולוגיים ובהקשר הדוב של שליטה במשמעות.

א. מנועי תפוש בטבינת המידע: "שומרי הטף" הווירטואליים של הרשת

1. איך מוצאים "מחוט בערומת שרת"?

מהפכת המידע, ובעיקר הטכנולוגיה הרגיסלית הישת האנטרנט, יצרו מצבאות חדשה בכל מה שנוגע ביצור והפצה של מידע, כנגישות המידע, בדרך איחור ובשימוש בו. הישת יצרה שפע של מידע ומין בתחומי הממשל הפוליטיקה, המסחר והעסקים, התרבות והאמנות. שפע המידע קשור כמובן לשינוי הרדומי בעלויות ההפצה, עלויות ההפצה ברשת נמוכות באופן משמעותי מעלויות הפצתו הממונית של ספר או עיתון או מעלויות השידור והפרסום המציינת-קשתיות והרדיו, באינטרנט אין צורך בהדיו והשליווייה. נוסף על כך, שלא כמו בשידורי הטלוויזיה והרדיו, באינטרנט אין צורך בהלטייה בלטייה בשימוש בתוכן ההפצה. המשתמשים חופשיים להעלות ולהוריד מידע בו-זמנית ללא הפעיה, ההפצה הישת אינה מחייבת יחודו של ערוך שידור לשימושו הבלעדי של שידור זה או אחר. מסיבה זו אין גם צורך בהקבאה ובניהול ריכוזי של ערוצי השידור באמצעות שיטת רשימות או רשימות המקובלות בתחום השידור.

האנטרנטאביכות של רשת האינטרנט הפכה כל משתמטי-קצה פנועל לספק מידע בכוח, הניכל להפוך ולהוציא כפתור את הליציות והתכנים שברשותו למשאבים ומיניהם לכל. הוברו רגיל לרשת האינטרנט מאפשר לכל משתמש לשמש ספק מידע. עובדה זו אינה משפיעה אך ורק על הגרלה כמות המידע הזמין לציבור, אלא גם על גיוון מקורות המידע, וכפועל יוצא גם על תוכן המידע הזמין לציבור. מידע באינטרנט אינו מסופק עוד באופן בלעדי על-ידי ספקי-תוכן, כגון סוכנויות יליעות, תכרות הקשורות, מפיקים ומייצאים-לאור. לצד המודל הריכוזי של ייצור מידע על בסיס מסחר, על-פי תביקיש והתוצע בשוק, צודדה המכיבה האינטרנטית הפכת מידע לשירות הציבור והפצתו שלא למטרות רווח ידיעות חדשותיות, למשל, עשויות להיווצר בפורום מקוון שהמשתתפים מרווחים בו על הידוע לזם,⁸ ופרשנויות חדשניות לאירועים היסטוריים יעטברו בקרובות דיון של היסטוריונים?⁹ באופן דומה נוצר מידע גם בעבר, באינטר-אקציות בלתי-פורמליות

8 ראו, למשל, פורום "סקופים, חדשות ופרשנות ציתונות" באתר ריטרנט: <http://www.rioter.net/cgi-bin/forum/ndboard.cgi?z=ls&forum=scoop&conf=news>

9 יש"ע גיון המציג את כוחות היום ומנון דעות בענייני אקטואליה: <http://www.yeshanews.com/>; "הדג הפוליטי" באתר מקור ראשון: <http://www.makorishon.net/policies.htm>; וכן "חדשות" באתר חופש המבקש לטיע לנפצי פעילות של

החדשות מיטורנית: <http://www.hofesh.org.il/papers/papers.htm#papers>; <http://www.sf-fandom.com/vbulletin/> פורום היסטוריה קדומה: <http://www.sf-fandom.com/vbulletin/>

בתוכן המופיע חוגים על-ידי משתמשים פורטיים או גופים שלא למטרות רווח,¹⁵ כאשר כל אדם יכול לפרסם חומר ברשת, מהתחרות על תשומת-ליבם של המשתמשים נעשית תוקפנות יותר ויותר.

במובן זה שינתה הרשת את כללי המשחק בסביבת המידע. ניהול תשומת-ליבם של הנוגעים ברשת טומן בחובו אתגר חדש. לכן, במקום לשלוט בתכנים שיובאו לפרסום, ספקי התוכן מבקשים לשלוט ישירות בתשומת-הלב הצרכנית. רשת האינטרנט מאפשרת אומנם, מבחינה טכנית, לכל אדם להביא לפרסום כל דבר העולה על דעתו, אולם תוכן שאינו רשום במנועי החיפוש ואינו ניתן לאיתור באמצעות המנועים הקיימים כמחיה כמעט כחוכך שלא פורסם כלל. הגישה לרשת תופשת אומנם, אך מידע שאינו ניתן לאיתור על-ידי מנועי החיפוש יאבד בים המידע האינטנסיבי הקיים ברשת. אם אינך מופיע בתוצאות החיפוש של מנועי חיפוש, כמודך כמי שאינו קיים ברשת, מנועי החיפוש, שהתפתחו בסביבה האינטרנטית החל בשנות התשעים,¹⁶ והמאפשרים איתור תכנים וסיווגם, נעשים בשנים האחרונות אמצעי שליטה מרכזי, "שומר-הסף" הווירטואליים של הרשת.

מנועי חיפוש מוגדרים ליצירת קרובות ככלים המאפשרים למשתמשים למצוא את המידע שהם זקוקים לו ולהגביר מהו המידע שהם תופצים בו ומהו תוכן בעל ערך עבור כשרם מניהיג שמשמשים יודעים מהו המידע שהם תופצים בו ומהו תוכן בעל ערך עבור כשרם ערכי את החיפוש.¹⁸ אומנם, משתמש צורך ליצירת חיפוש ממוקד לאיתור מאגר מסוים שתוכנום בעיניו מקוון, שיריו של מתכר מסוים או עבור אינטרנט שהוא יודע את כותבו ומידותיו (URL).¹⁹ אולם במקרים רבים שבנם הוא מתפשט מידע אין לו ייעוד ברורות ומדויקות מה הוא מתפשט הוא רוצה לדעת מהן "החירות הוות", באילו הקשרים מופיע מושג מורכב, מה יודע על טכנולוגיה חדשנית או הזכך אפשר למצוא חומר רקע על נושא חדש וכדומה. בהיעדר אמצעי מידע בלתי-תלוי להשקרה המידע שנמצא, תהיה תלותו של המשתמש במנוע החיפוש ובתוצאות החיפוש רבה יותר. במקרים אלה גוררו

15 ראו: J. Litman "Electronic Commerce and Free Speech" *The Commodification of Information* (U.K., N. Elkin Koren & N. Weinstein Neeman eds., 2002)
16 מנוע החיפוש הראשון, Archie, פותח בשנת 1990 על-ידי אלן אבשיג, סטודנט באוניברסיטת מקגיל במונטריאלי, עוד בטרם נוצר ה-World Wide Web; ראו: W. Sonnenreich & T. Macina *Web Developer.com Guide to Search Engines* (N.Y., 1998).

17 C. Shapiro & H.R. Varian *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy* (Boston, Mass., 1999)
18 ליריון קרוקר לזעריך את צדו של המידע ראו: M.W. Van Alstyne "A Proposal for Valuing Information and Instrumental Goods" <http://www.si.umich.edu/%5BHumanals/papers/InfoValue.pdf>

19 URL – Uniform Resource Locator – כתובת אינטרנט ליהוי ספקי ב-World Wide Web. הכתובת מורכבת בדרך-כלל מפרוטוקול גישה (http), שם המכתוב (domain name) ונתיב הגישה לקובץ או מקיובו על השרת. ראו: 5: *Supra note*.

ברשת ומחוצה לה, ויהיו בחירה רצינוגלית לגישה המבוקש להמצינך בהדשות ויום באופן מהיר ויעיל. אולם במקרים רבים ייאלץ הגולש לצורך חיפוש אתר המידע תלונות לגביה. מידע רלוונטי עשוי להיות זמין במקומות שונים ברשת. הגולש נדרש בעת לנקות פעולה על-מנת לאתר היכן מצוי המידע שהוא תפך בו, ולהלך מבינות גורד המידע אותו מידע שלו הוא זקוק. בניגוד למודל הקשורת-ההמונזים ושוק התוכן, מידע באינטרנט אינו "גדוקה" לקהל הקוראים או המאזינים לאחר שבבחר בקפידה ובארו על-פי התנאים עניין או מידע שרל רצונית שידור או ידעה בעיתון. "הקהל" נדרש ליטול על עצמו תפקיד הריב של משתמש פעיל. המידע כולו זמין וכשפע, אבל השפע אינו שימושי. המשתמש היב לבחור מתוכו אותו מידע שבו יוכל לעשות שימוש. בסביבה זו גוברת תלותם של משתמשים במנועי החיפוש המופקדים על איתור מידע ברשת.

גם מבחינתם של ספקי התוכן שינתה רשת האינטרנט את "כללי המשחק" בשוק התוכן. המאבק על הזכות לקבל בימה – לפרסם או לשדר – פינה את מקומו לתחרות וסרת המקיים על תשומת-הלב והמוגבלת של המשתמשים. אך-על-פי שניתן לפרסם כל מידע ברשת בקלות יחסית ובעלות נמוכה, רק תלק קטן מהתוכן המתפרסם ברשת ימצא את דרכו אל ציבור הגולשים. כמיוות המידע האדירות העומדות לרשות המשתמשים יוצרות מוסר מסוג חדש, ציבור והפיקחו למישא בר-שימוש¹³ בסביבה של ערוץ מידע קשה לשים עיכול המידע, ציבור והפיקחו למישא בר-שימוש¹⁴ בסביבה של ערוץ מידע קשה לשליט בממות המידע העומדת לרשות המציבור והגביל את עצם הפרסום של חומר מההרה. בעבר התבססה השליטה בשוק התוכן על שליטה בערוצי התפצה, כגון ערוצי הטלוויזיה והרדיו. מי ששלט בערוצי התפצה הנה מיתרון משמעותי בעיצוב סדר-היום הצרכני והפוליטי. לעומת זאת, שירותי גישה לאינטרנט מסופקים על-ידי מספר רב של טכנולוגיות מתחרות. קיימת תחרות בין סוגים שונים של משתמשים ואמצעי-תקשורת, כגון רשת הטלפון, תשתית תכבלים, התשתיות הטלולרית והשתת הליווין. האפשרות למנוע לחלוטין פרסום של חומר מתחדה בישה אינה מעשית.

התחרות בין ספקי התוכן השונים מהמקדת איפוא בתשומת-ליבם של המשתמשים. כל סוגי התוכן מתחרים על תשומת-ליבו המוגבלת של קהל המשתמשים, ותשומת-ליבם של אלה נעשית על-יך נכס רב-ערך.¹⁴ תוכן הנוצר ומופץ על-ידי מספר רב של מקורות יהנו יקר וקשה לניהול; ספקי תוכן המתחרים זה בזה נאלצים בסביבת הרשת להתחרות גם

13 יפים לעניין זה דבריו של הרברט סייוון: "A wealth of information creates a poverty of attention." H.A. Simon "Designing Organizations for an Information-Rich World" *Computers, Comm. & Pub. Int.* (M. Greenberger ed., 1971) 40-41

14 מכלדת תשומת-ליבם של הצופים אינה עניין חדש, והיא עומדת בבסיס המודל המספק של הרדיו והטלוויזיה הממונזים על-ידי מלכרת פרסולות. הטלוויזיה משודרת תנבם תנבם, ושיעורי תפציה מהוויים בבסיס לתשלום על-ידי תלרות הפרסום. בשדוריו טלוויזיה או רדיו המשתמשים תנבם מהחפש בהרה מוגבל בין ערוצים שתוננם נקבע על-ידי המעלים. הצורך להלה את תשומת-הלב של הצופים הוביל ספקי תוכן לריכישת ערוצים נוספים ודחק למיזוגים ולריכוזיות בשוק הבידור והתוכן.

בעידן של עורף מידע וריבוי ערוצים, נעשים אפוא מנועי חיפוש לצומת שליטה מרכזי על הגישה למידע, וכפועל יוצא, גם לאמצעי השורש בעיצוב סביבת המידע בעברת המשתמשים.²³ הם עשויים למלא תפקיד מרכזי בעיצוב שוק המסחר האלקטרוני. על-ידי קידום מוצרים מסוימים המתעלמות מאחרים, הם עשויים למלא תפקיד פוליטי חשוב בהתנהלות של יצירת משמעות ובעיצוב דעת קהל.

2. מה הם מנועי חיפוש?

מנועי חיפוש הם למעשה תוכנות מחשב המדקקות את האינדקס בשטוח חיפוש שונות לשם איתור תוכן רלוונטי.²⁴ קיימים מנועי חיפוש כלליים המאפשרים איתור מידע בכל

(1998) 512 U.S.C. §17, Copyright Act, §512. וליא היה מנוע החיפוש עצמו תשוף לטענה בדבר הפרת זכויות יוצרים, יש לציין כי לאור התעוררות הקשורת, החויר Google את הקישורים לרוב רפי האורים, לכן מאלה שהכנייה הסיינטולוגית טענה כי הם מפרים את זכויות היוצרים שלה. מאז שישו האורים האנטי-סיינטולוגיים, לעשר שנות בהולכי ארצות-הברית לזרות האורים ישירות, ועליכן היא מנסה באמצעות Google, לוטרי את הדרכים והולכות ביותר לגישת לאתרים אלה ברשת האינטרנט. לפרטים נוספים באשר לפרישה זו, ראו: D. McCullagh "Google Yanks 'Anti-Church Sites' The Wired News, March 21, 2002 <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,51233,00.html>; לבנתב ששלח Google לאתר Xenu.net, ראו: Xenu.net/20020320-google.ia: <http://xenu.net/news/20020320-google.ia>; נוסף על כך, במחקר שנערך באוניברסיטת הרווד לגבי סינון מידע באינדקס נמצא כי הנרסות הנורמטית ותצורתה של מנוע החיפוש Google אינן מצונות בתוצאות החיפוש שלכן אתרים שונים, במיוחד אתרים השונים לעליונות הנזק הלכן ולנאצרים, ראו: D. Sullivan "Google Filtering of French & German Web Sites Revealed" *The Search Engine Report*, Nov. 4, 2002 <http://searchenginereport.com/serreport/02/11-filtering.html>; <http://cyber.law.harvard.edu/filting/google/>.

23 הוספת אפשויות החיפוש והדושות במנוע החיפוש Google ממוחשת את השיבות של מנוע החיפוש לאתור מידע בכל סוג שהוא, כולל הדשות, עוד על חיפוש הדשות ב-Google; ראו: Google: A Novel Approach to News Search, http://www.google.com/help/about_news_search.html; Sherman "Google Search Leaps Ahead", *News Search*, Oct. 2, 2002 <http://www.searchenginewatch.com/searchday/02/sd1002-google-news.html>.

24 יש דרכים שונות להגדרת מנועי חיפוש. במובן הצר, מנועי חיפוש הם תוכנות מחשב מיוחדות המאפשרות לאתר מידע הננוע באתרים חדישים, לאחור אותו, להעריך אותו ולעדכן אותו, למשל: Webcrawler, AllTheWeb.com, AltaVista. קיימים מנועי

הוצאות החיפוש את מרבית הבחירת של המשתמש, כאשר מנוע חיפוש מפנה באופן סלקטיבי לספק של מוצר או שירות מסוים, ואינו מפנה לאחרים. תוצאות החיפוש עלולות להשפיע על סדר-היום הצרכני, מנוע חיפוש יכול להיות בנוי לאיתור מקורות המצויים בבעלות שותפים עסקיים בלבד, להתעלם באופן עקבי ממקורות המצויים בבעלות מתחרים, או להקבלו בתוצאות החיפוש של תוצאות החיפוש, הכללתו של ספק בתוצאות החיפוש ומקומו בתוצאות החיפוש עשויים להיות מכריעים לגבי ביצועיו העסקיים. במובן זה, תוצאות החיפוש מגדירות את השוק וצשויות להשפיע באופן משמעותי על התחרות בשוק. תחרות מבוחרת בין מנועי חיפוש שונים עשויה אפוא להיות חיונית ליצירת שוק תחרותי במסחר האלקטרוני.²⁰

נוסף לחשיבותם המסחרית העצומה, מנועי חיפוש עשויים להשפיע גם על התלככים של יצירת משמעות. סיווג המידע על-ידי מנוע החיפוש עשוי להשפיע על המשמעות המוחלטת לנו. לתוצאות של חיפוש יש כוח מפתח – הן יוצרות קטגוריות ומסווגים שיש בהם כרי לצבב תפיסת-עולם ולכונן משמעות. בכוח להשפיע על עיצוב עמדות, תפיסות ודיונות באמצעות התחלטה איה מידע יתקבל בתגובה על שאילות חיפוש. למעשה, מה שמשתמשים יתפסו כבעל ערך עשוי להיות תלוי בתוצאות החיפוש. השפעתם של מנועי חיפוש על בריית משמעות ועיצוב העדפות תפכת את פעולתם של אמצעים אלה לבלתי חשיבות פוליטית, ויש בה כרי להשפיע על חסיים חברתיים ויחסי כוח.²¹ מנועי החיפוש מתפקדים במובן מסוים כ"שווארייטס" וירטואליים שיש בכוחם לנכתיב במידה רבה לאילו אתרים יגיעו הנגלשים ברשת, מה יקראו, מה יצפו ולמה יקשיבו. כך, למשל, התלכטי של מנוע החיפוש תופולרי Google להסיר הפניות לאתרים שבהם מתפרסמות יצירות של חברי הכנסיה הסיינטולוגית המוגנות בזכות יוצרים, מחיש לאתרים משפטיים, עלולה להקשות ואף למנוע ביקורת ודיון ציבורי פתוח בכתבה ובתגובה של הכנסיה.²²

20 אינדרונה ויטנבאום סיונות שלא רי בעירת שוק תחרותי לאפשר גישה לרשת, מכיוון שמנועי חיפוש שישוקו לפי כללי השוק יפסו את האחרים העשירים והתפולריים על-דשבון אחרים אחרים, או באמצעות האלגוריתמים שלהם או באמצעות מכירת מקום בעד תשלום קבוע. "Shaping the Web: Why the Search Engines Matter" *16 Info. Soc.* (2000) 169, 176-178.

21 מכירת מקום בתשלום ראו דיון, לעיל הערות 37-38 והסקט התלכות לכן.

22 ראו: 181-178. *id.*, at pp. 178-181.

החיפוש לכותות השוק. www.clamabake.org Xenu.net מציגים מגוון חומרים המתחזים ביקורת על תוצאות הסיינטולוגיות. בעקבות לחץ מצד הכנסיה הסיינטולוגיות, חסרי מנוע החיפוש Google את דפי האינדקס של אתרים האנטי-סיינטולוגיים מאגרי התחזים שלו. במכתב לאתרים וסברי מנוע החיפוש Google כי מאחר שתכנסיה הסיינטולוגיות התלוננה שהתמורים המוצגים באתרים מפרים את זכויות היוצרים שלה, הוא (Google) מתויד להסיר את דפי האתרים ממאגר התחזים שלו לפי Digital Millennium

שיטת קישור באופן תמידי את הישגות ורשומות אחר המקושרים (links) הקיימים באזורים על-מנת לאתר את מספר המסמכים הגדול ביותר. לאחר-מכן התוצאות עוברות תהליך של עריכת ויצירת מאגר נתונים המשמש לעריכת החיפוש.

הגדול העיקרי בין מנועי החיפוש השונים טמון בשיטת הניתוח והסיווג. אלהירותם זה קובע למעשה מה ייחוש רלוונטי ואיזה מיקום ייקבע לו בהוצאות החיפוש. למיזם גבנה בתוצאות החיפוש יש חשיבות עצומה, שכן רוב המגוונים יבדוק את התוצאות הממוקמות בראש העמוד וברוב המקרים לא יגיבו כלל לאתרים הממוקמים בתחתית הרשימה, שיטת המפתח והסיווג בשמור בדרך-כלל כסוד מסווי ולעיתים אף ניתן לרשום עליה פומבי.³⁰ באופן כללי, הפרמטרים המקובלים לניתוח יעניקו משקל למילים המופיעות בכתובת או לתדירות שבה מילות המפתח מופיעות בעמוד השער. בעליהם של אתרים המבקשים להערים על מנועי החיפוש ולרשום מיקום גבוה יותר בהוצאות החיפוש עשויים לשכך מילות מפתח בקוד ה-HTML³¹ באופן שאינו נראה לעין המשתמשים באתר.³² מספר מקושרים (links) לאתר משמש לעיתים קרובות לקביעת איכותו, ולכן מיקום גבוה יותר לניתוח לאתרים המקושרים במספר רב של קישורים.³³ מספר המופיע באונטנט ואינו

30 M.R. Patterson "On the Impossibility of Information Intermediaries" 13 Law and Economics Research Paper Fordham University School of Law (2001) 8

31 "Hypertext Markup Language – the set of markup symbols or codes: HTML inserted in a file intended for display on the World Wide Web browser page. The markup tells the Web browser how to display a Web page's words and images for the user. Each individual markup code is referred to as an element (tag)." <http://searchwebservices.com>; ראו: SearchWebServices.com; נתצא ב: http://searchwebservices.com/techtarget.com/Definition/0,,side26_gc1212286_00.html

32 נתונים ל-Meta Tags that describes some: Meta Tags in a meta aspect of the contents of a Web page. The information you provide in a meta tag (coding statement) in the HTML that describes some: Meta Tags in a meta aspect of the contents of a Web page. The information you provide in a meta tag is used by search engines to index a page" <http://searchwebservices.techtarget.com/>; ולדיון בפרקטיקה זו ונביעיות שהא יוצרת בהקשר של סינון מסווי, ראו: F.G. Lastowka "Search Engines, HTML and Meta Tags" *Nature* (2000) 112-112; Idem: "What's the Meta for?" *86 Va. L. Rev.* (2000) 835, 843-846

33 מנועי החיפוש Google ו-Teoma ודו כן אין נבדלים לקבוע את מידת הרלוונטיות של עצור אינטרנט לוחפוש המבקש רק לפי נבדלים לוקוט את מידת הרלוונטיות (טקסט, תדירות, וזכו כה נצרכים בשנים האחרונות יותר בקישורים. מנועי החיפוש מתייחסים לקישורים כשקולות לקול בבתירות. לשיטה, ההסתמכות על הקשריות בעורות מודדת את המבנה המקורי של רשת האינטרנט (the "leveraging the web" C. Fifeild "Search Engine Strategies: A Democratic Structure of the Web" *Search Engine Strategies*, Oct. 15, 2002; ראו: "Looking at Links" <http://searchenginewatch.com/searchday/02/sd1015-ses-links.html>

התום, וליצרים מנועים ייעודיים המתמקדים בנושאים ספציפיים.³⁶ מנועי חיפוש נבדלים זה מזה בשיטות החפוש וברדך ארגון המידע. יש מנועים המבצעים תהליך עצמאי של איסוף מידע על-ידי שיטות באחרים וסיווג המידע הנאסף על-פי פרמטרים קבועים מראש. מנועים אחרים מהמסטים על מידע הנמסר להם על-ידי בעלי האתר במסגרת תהליך רישום של האתר במנוע החיפוש.²⁷ חלק ממנועי החיפוש יוצרים מדרגים המסווגים אתרים על-פי נושאים ונושאי-משנה, בעוד אתרים יוצרים מאגר נתונים באמצעות נתונים "עכבישי" המבנות גם "crawler" או "bot".²⁹ תוכנות מהשג אלה מתוכננות כך

27 חיפוש אתרים המשמשים באינטקסים, למשל: Yahoo!, www.surfing Hidden Value, www.findlaw.com, www.alia.vista.google.com. לחיפוש תוצר משפטי. אתרים, אסוף התוצאות ועיבודם למען המשתמש, לוגומה, מנועי-זעל AskJax.

28 M.K. Bergman "The Deep Web: Surfacing Hidden Value" *J. Electronic Pub.* (2000), <http://www.press.umich.edu/sep/07-01/bergman.htm>; לקבלת הסבר ניצר מנוע החיפוש

29 מנועי Yahoo! פועל, ראו: <http://www.yahoo.com/help/us/search/ysearch-02.html>; לקבלת הסבר ניצר מנוע החיפוש <http://www.yahoo.com/help/us/search/ysearch-02.html>; מנועי עריכת מנוע Yahoo! הוא מודיך הנמצא בכללות מסודרת ומנוע על-ידי מערכת עריכת תוכנות מעובדי התורה, פועל ברשת מודיך מתוודה (המודודית) - Open Directory, העורך בידי מתנדבים ומנועל כפריקט פתוח המצוי בתולה הכללי, מודיך זה משמש את מנוע החיפוש Google, שהינו אחד ממנועי החיפוש המובילים ביותר ברשת. פרויקט ה-Open Directory פותח ברוב תנוע וקוד החופשי (ה-Open Source), מטרות של פרויקט זה היא ליצור מאגר מידע חופשי ופתוח לכל, אשר תוצאות החיפוש של אינו מוגנת. הפרויקט אינו גובה תשלום בעד רישום אתר המלכו במאגר החיפוש, ואף מתחייב לא לגבות תשלום בעקרו. השימוש במאגר המידע יזיו חופשי, אך מוגנת בתוכנה ל"דישיון השימוש החופשי". למידע כללי על הפרויקט: <http://dmz.org/>

30 <http://dmz.org/>; מטרותיו של Open Directory Project הוא: <http://dmz.org/socialcontract.html>; בנתוח הייתרי "פרויקט מתחייב, בין היתר, לשתף על גישת חופשית כלל חגישה לכאור מנידע של הפרויקט מתאשרת, בין היתר, באמצעות מנועי החיפוש והפורטלים הבאים: AskJax, Lycos, Hobbot, AOL Search, Google, Nescape Search, Lycos, Hobbot

31 "A Bot (short for "robot") is a program that operates as an agent for a user or another program or simulates a human activity. On the Internet, the most ubiquitous bots are the programs, also called spiders or crawlers, that access Web sites and gather their content for search engine indexes" http://searchwebservices.com/Definitions/techtarget.com/Definition/0,,side26_gc1211599_00.html

32 <http://searchenginewatch.com/searchday/02/sd1015-ses-links.html>

שלושה מקורות הנכסה אפשריים: גביית רניג-שימוש ממשותמשים, גביית צמלתה ותשלומים למספונים וצדדים שלישיים, וגביית מאחרים ברשת.³⁶ מונעי חיפוש שונים מיישמים סוגים שונים של מודלים צסקיים והסוכסים על שילוב זה או אחר של מקורות התנסה שלעל. בעד שמנועי חיפוש אחרים גנים תשלום בעד שירותי החיפוש על-ידי מכירת רישיונות שימוש בתוכנתה או באמצעות גביית בעד הגישה.³⁷ רוב מנועי החיפוש אגם גורים תשלום בעד שירותיהם. שירותי החיפוש נתינים חוגם, וכך גדל מספר המבקרים במנועי החיפוש וגוברת התשיפה לקידומים ולפרסומות.³⁸ התכנסות של מנועים אלה מבוססת לעיתים קרובות על מכירת שטחי פרסום בצמוד התוצאות וכך על מכירת מידע לחברות מסחריות על התנהגות המשתמשים במנועי החיפוש. שטחי הפרסום מקושר לעיתים קרובות עם מטרה החיפוש, ומאפשר לפרסומאים לתמאים את המודעות למשתמש הספיציפי או לשאלות מסוימת. שיטות אלו עשויות כמובן לעודד בעיות משפטיות והוגעות בפגיעה בפרטיות.³⁹ תבסית לגבייה מאחרים עשויה להשתנות ממנועי חיפוש אחר למשגמו. יש מנועים הגורים תשלום בגין רישום במנועי החיפוש⁴⁰ בעוד אחרים מציעים בתשלום ניתוח מעמיק ופירוני יותר של האתר, המעלה כמובן את הסיכוי שהאתר ישלף בתדירות גבוהה יותר בעד ביצוע החיפוש (מס-pay-per-click). על-פי שיטה זו, המזיקים ברשימה של תוצאות החיפוש תלוי עדיין באלגוריתם החיפוש וברלוונטיות של האתר לשאלות החיפוש.⁴¹

³⁶ למידע נוסף על המודלים העסקיים, ראו: <http://www.searchenginewatch.com>; ואת, מנועי החיפוש Google והודיר לאחורנו כי הוא אינו מוכר מיקום של תוצאות חיפוש, ראו: <http://www.google.com/technology/index.html>. נוסף על כך, מנועי החיפוש מאפשר למשתמשים עצמם לדרג עמודי אינטרנט ותוצאות חיפוש, ראו: D. Sullivan "New Google Toolbar Lets Users Rate Pages" *The Search Engine Report*, Dec. 3, 2001 http://searchenginewatch.com/setreport/01/12_toolbar.html/.

³⁷ ראו, למשל: BrightPlanet by LexiBot, גבצה ב: <http://www.lexibot.com/>. מנועי חיפוש אחרים מציינים בבילום של ספקי השירות, הגורים דמי-שינוי.

³⁸ ואחר www.mySimon.com מציע תוכנית הקדחה B.O.L.D והאפשרות לספקים לקדם את סחורות על-ידי שיווק ומבוצע על-ידי www.mySimon.com; <http://www.mysimon.com>; <http://www.mysimon.com/corporate/index.php?pgsql=merchandise&id=bold/> לספק לחציתוף לרשימה שבה הוא יכול לפרסם את מוצריי כך שיופיעו בתוצאות החיפוש.

³⁹ ראו הנהג פדרטיות, המשיכה-1981, סעיפים 1-2.

⁴⁰ ראו, למשל: <http://submit.looksmart.com>; <http://www.looksmart.com>. בנוסף, מודלים אחרים מיישמים שיטת הגבייה מאחרים, כגון www.per-click.com.

⁴¹ לקידומי מודלים צסקיים אלה בקרב מנועי החיפוש, ראו: D. Sullivan "Paid Inclusion Search Gains Ground" *The Search Engine Report*, Nov. 3, 2000 <http://www.searchenginewatch.com/setreport/00/11-inclusion.html>; D. Sullivan

שיטות החיפוש שהתוארו לעיל עלולות ליצור תשית בנמצאות החיפוש. התלות תרבה בקידומים מקנה עדירות לאחרים העוסקים בנושאים שמידת ההתעניינות בהם ברשת רבה, בגוף ספורט ומק, על-חשבון אחרים פופולריים פחות העשויים להיות רלוונטיים יותר לשאלות ספציפיות, כגון אתר בנושא בילויזיה מלקולריות. סוג זה של תשית גובר כאשר מדובר באתרים מסחריים, מכיון שרבים מהקידומים לאתר יהיו מבוססים לאו דווקא על רלוונטיות, אלא על שותפות עסקית. תשית טבעית זו של מנועני החיפוש מסוודות ספקות בנוגע למתימנות של תוצאות החיפוש וליכולת הממשית לאתר מידע רלוונטי המצוי ברשת. תשית בתוצאות החיפוש עלולה לגרום גם מאימוץ מורל עסקי מסוים. למנועי חיפוש

מקושר באמצעות קידומים, שינית אפשרי אליו מאחרים אחרים, עלול להישטט מוצננות החיפוש.³⁴ אלגוריתמים אחרים (כגון אלה של מנועי החיפוש Google) ניאו בהחבול לא רק את מספר הקישורים, אלא גם את איכותו של האתר המקשר. כך ניתן משקל רב יותר לקישורים שמקורם באתרים הפופולריים, ולעיתים קרובות המסחריים, המקושרים במספר רב יותר של קישורים.³⁵

3. שרן מנועי החיפוש ומגברותיו

שיטות החיפוש שהתוארו לעיל עלולות ליצור תשית בנמצאות החיפוש. התלות תרבה בקידומים מקנה עדירות לאחרים העוסקים בנושאים שמידת ההתעניינות בהם ברשת רבה, בגוף ספורט ומק, על-חשבון אחרים פופולריים פחות העשויים להיות רלוונטיים יותר לשאלות ספציפיות, כגון אתר בנושא בילויזיה מלקולריות. סוג זה של תשית גובר כאשר מדובר באתרים מסחריים, מכיון שרבים מהקידומים לאתר יהיו מבוססים לאו דווקא על רלוונטיות, אלא על שותפות עסקית. תשית טבעית זו של מנועני החיפוש מסוודות ספקות בנוגע למתימנות של תוצאות החיפוש וליכולת הממשית לאתר מידע רלוונטי המצוי ברשת.

³⁴ Supra note 27, at p. 2.

³⁵ S. Lawrence & C.I. Giles "Accessibility of Information on the Web" 400 *Nature* SearchKing.com החיפוש שטח פרסום באחרים שונים בתחום ומכירת PageRank של Google, תביעה נגד Google, המניע להבדלה ויה תפוחה קידומים ב-PageRank שני האחרים שגבולותיו על-ידי Google, ולכסוף קבועת דירוג 0 משמעותית בדירוג שני האחרים שגבולותיו על-ידי Google, ואת "Google Sued Over PageRank Decrease" *The Search Engine Report*, Nov. 4, 2002 <http://searchenginewatch.com/setreport/02/11-searchking.html>. בקשות של ב: www.searchking.com לרשימת האתרים את דירוגם הקודם ואוסר תנועת לצי-מניע תמי המחייב את Google לחשיב לאתרים את דירוגם הקודם ואוסר עליה לשנות את דירוגם עי ביטוי התהדויות המשפית נדהות, במסגרת התרות העובדת, מצא בית-המשפט שכל-שה-PageRank של האתר גבוה יותר, כי הוא צפוי להאמין יותר לשאלות החיפוש. עוד הוסיף בית-המשפט כי Google אינה מפארת לאתרים לקנות או להשפיץ בדרך כלשהי על דירוגם על-ידיה. ראו: *Search King Inc. v. Google Technology Inc.* <http://research.yale.edu/lawmemo/files/SearchKing-SummaryJudgment.pdf> את ההבדלה על חסך, גבצה ב: <http://www.google.com/files/lawmemo/files/SearchKingResponse.pdf> שה-PageRank נקבע לפי מונו במסגרת הנהג חופש הביטוי לפי התקוון הישן לחוקק האמריקאית.

לאחרונה מסתמנת מודעות הולכת וגוברת למגבלות של מנוצי חיפוש באיחור מקורות מסוימים ברשת.⁴⁵ מנוצי חיפוש מיקופים רק חלק קטן מן המידע המתפרסם ברשת. מחקרים שברונן את תפקודם של מנוצי חיפוש מציינים שהיקף תהליחו של מנוצי חיפוש מגדול ביותר אנו עולה על 16% מהתכנים הקיימים ברשת.⁴⁶ כתוצאה מכך, מנוצי חיפוש מספקים גישה מצומצמת וסקלטיבית למידע המצוי ברשת.⁴⁷

נוסף על כך מתברר שכוריית מידע ברשת אינה יכולה להיחשב עוד לאיסוף מידע מאתרי אינטרנט סטטיים, והיא מתייבת חיפוש בעיל באמצעות חקירת ישירות של מנוצי חיפוש תופיעים המאפשרים איחור המידע בפנים הרשת.⁴⁸ מחקר שהתפרסם על-ידי "BrightPlanet"⁴⁹ עורך הכנה בין פני הרשת ("surface web") לבין פנים הרשת ("deep web"). מידע בפנים הרשת שוכן בתוך מאגרי נתונים הניתנים לחיפוש, אך אינו ניתן לאיתור בסרי ייחסי בתגובה לשאלות ישירות. נתונים אלה, הפנוחים לציבור המשתמשים, כוללים מאגרי נתונים לפי נושאים (כגון רישומי פטנטים או נתונים על מהלוח זיהומי), מכרזות פומביות, צמודים פנימיים של אחרים גדולים הרגימים,

מתגלים אינם מודעים כלל לעובדה שהלק מן האחרים משלמים על-מנת להיכיל בתוצאות חיפוש. כ-80% מהגולשים ציינו כי היו מעוניינים לדעת מהן תוצאות החיפוש המסומרות. אולם כ-56% מהגולשים השיבו כי הידיעה שמנוצי חיפוש מקבל תשלום בעד תוצאת אחרים מטוימים בתוצאותיו לא משפיע על בחירתם במנוצי חיפוש. על-אף נתוני סקר אלה, הפרקטיקה מוכיחה כי רוב הצרכנים אינם מתעניינים במחקר של תוצאות החיפוש. להמלצות ה-FTC, ראו: <http://www.ftc.gov/os/closings/staff>; <http://www.commercialdatawatch.com>, לסקר של אוניברסיטת פרינסטון, ראו: Princeton Survey Research Associates "A Matter of Trust: What Users Want From Web Sites. Results of a National Survey of Internet for Consumer Webwatch" <http://www.consumerwebwatch.com/news/report1.pdf>; במצא ב: (January 2, 2002) D. Sullivan "Paid Content: ראו: <http://www.searchenginewatch.com/serreport/02/07-disclosure.html>; במצא

ב: <http://searchenginewatch.com/serreport/02/07-disclosure.html>; במצא *Supra* note 33. איתם מגיעים למחצית מן האחרים המצויים ברשת.

45. לדיון במגבלותיהם של מנוצי חיפוש, ראו: *Supra* note 35.

46. מחקר שנערך לאחרונה מניח כי המידע המצוי ברשת גדול פי 500 מזה המאוחזר על-ידי מנוצי חיפוש הקוננוציונליים. ראו: *Supra* note 27.

47. *Ibid*.

48. לפי המחקר שהתפרסם על-ידי BrightPlanet, מנוצי חיפוש פופולריים מסוגלים לסרוק ברשת רק דפים סטטיים ודפים שיש להם קישורים. מנוצי חיפוש מסורתיים, כך נטען, מסוגלים לסרוק רק את פני השטח של הרשת. אין בהחלט חלוקה ולאחר חומר מפוזר הרשת (deep web), התינו, באחרים שמייצרים תוצאות באופן דינמי בהגובה על חיפושים ישירים. ראו: *Ibid*.

תוכנות חיפוש אחרות גובות תשלום מאתריים בעד מיקום גבוה ובלט יותר בתוצאות החיפוש. מנוצי חיפוש אחרים פיתחו מודל עסקי המבוסס על תשלום-בעד-מיקום (pay-for-placement), שלפיו אחרים משלמים על-ימנה לרכוש מיקום גבוה בתוצאות החיפוש.⁴² מתוך הנחה שרוב המשתמשים יסתפקו בברירת הקישורים לתוצאות החיפוש בראש הרשימה, ורק לעיתים נדירות יברקו את הקישורים בתחתיתם. אחרים, בעיקר מנוציים המאפשרים השוואת מחירים (bargain finders), גורבים אהוז מסוים מכל מניחה שהתבצעה עקב הפניה של מנוצי החיפוש לאתר המכרזות. נוסף למודלים אלה, קיימות כיום תוכנות שתפקידן לעקוב אחר מיקומן של האתר בתוצאות הממוקבלות על-ידי מנוצי החיפוש, ולשפוך במקרה הצורך מבלי לשלם בעד המיקום עצמו.⁴³

מודלים עסקיים אלה מעוררים ספקות כבדים ביחס לאמינות החיפוש והוצאותיו. מנוצי חיפוש תפוצלים באופן מסחרי ייטו לאתר תכנים באופן שימקסם את רווחיהם. כאשר תכנסותו של מנוצי חיפוש מבוססת על גבייה מאחרים המצויים בתוצאות החיפוש שלו, תיווצר הטיה טבעית לטובת אותם אחרים שיניכו תכנסות גבוהות יותר. במילים אחרות, תינתן עדיפות לאתרים שמשלמים יותר, ולא דווקא לאתרים המשרתים באמנה את צורכי המשתמש.⁴⁴

2001, July 2, "The Evolution of Paid Inclusion" *The Search Engine Report*, נמצא www.searchenginewatch.com/serreport/01/07-inclusion.html; www.got.com (מכונה כיום [overture.com](http://www.overture.com)) מציעה תוכנית "Pay for Performance" לפרסום אתרי מכרזות פומביות בשמנות מנוצי חיפוש שעמם היא מקושרת; www.cnet.com, www.netscape.com, www.lycos.com, www.alta.com, www.info.com, www.msn.com, www.northern.com, www.nezzer.com, ככה לשלם לפי "תשלום בעד כל להיצד", ככל שהתברר מציעה מחיר גבוה יותר, כן מוצרתי, העומדים למכירה פומבית, יופיעו במקום גבוה יותר בתוצאות החיפוש. ראו: http://www.overture.com/d/Sm/about/advertisers/ays_reach.html; <http://www.q5vb25gxxzob03qpb0napuq.com>, חשבו לציין שגם למנוצי החיפוש Google, תועדו על-ידי מנוצי מיקום בתוצאות החיפוש, שמתוך המיקום הראשון בעמוד הראשון לנתון חסות, אם כי תוצאת זו מסומנת והדבר מצוין במפורש.

42. תוכנת מכונת היא, למשל, התוכנת Gold Position <http://www.webposition.com/cgi-local/d?SI=BA&DS2&sew-dec1401>.

43. רשות הסחר הפדרלית בארצות-הברית, ה-FTC (Federal Trade Commission) המליצה לאחריה למנוצי חיפוש לשפר את מידת הגילוי מצידם כאשר לתוצאות חיפוש המבוססות על גבייה מאתריים, תגילוי יאפשר לגולשים לקבוע על כוונתם מהיחפש מהו מנוצי החיפוש שבו הם מציעים להשתמש. בסך שנועד עם פרסום המלצת ה-FTC נמצא כי רק מנוצי החיפוש Google מקפיד על מידת גילוי נאותה. רוב מנוצי החיפוש אינם מציינים כי חלק מן האחרים המופיעים בתוצאות החיפוש משלמים למנוצי החיפוש בעד הרישום בתוצאות החיפוש מבלי לשלם בעד מיקום מסוים בדיורג התוצאות על-פי סקר שנערך בינואר 2002 על-ידי Princeton Survey Research Associates, כ-60%

44. <http://www.federaltrade.com>

45. <http://www.federaltrade.com>

46. <http://www.federaltrade.com>

47. <http://www.federaltrade.com>

48. <http://www.federaltrade.com>

לכאורה, תחרות בין מנועי חיפוש עשויה לתקן לתק מן העיוותים שתוארו לעיל. בשוק תחרותי, מנוע חיפוש שישאר לשמור על חלק בשוק ייאלץ לספק למשתמשים תוצאות שימושיות. משתמשים ינסו כל מנוע חיפוש שיספק מידע חלקי או מוטא, ויעדיפו את מנועי החיפוש שיספקו את התוצאות המקיפות והרלוונטיות ביותר. לפיכך, לפחות לכאורה, תחרות בין מנועי חיפוש עשויה לתרץ תוצאות טובות יותר.

הבעיה המרכזית שצריכה לה מעורר נובעת מן העובדה שהשירות שמנועי חיפוש מספקים הינו בעל אופי ייחודי המקשה על היווצרותם של תנאי תחרות. מנוע חיפוש מספק למעשה מידע על מדיצי דדינג, הם מפקים למען המשתמש מידע (רשימה תפריט) על מיקומם של הכנסים העשויים להיות רלוונטיים לשאלות החיפוש. מנועי החיפוש מספקים שירות לא מוחשי, שאינו ניתן למישוש ומדידה, ואשר לא המיד ניתן להצרכה, יעילותם, שלמותן של תוצאות החיפוש או אמניות הקישורים, המשתמשים עלולים על פי יעילותם, שלמותן של תוצאות החיפוש או אמניות הקישורים, המשתמשים עלולים להתקשות להעריך את השירות שקיבלו ממנוע חיפוש או את אחר על פי אמנות מידה אלה. כיצד יוכל המשתמש לקבוע אם התוצאות מסופקו לו זה אומנם רלוונטיות כיצד יוכל לדעת אם התוצאות שקיבלו ממנוע חיפוש? משתמשים מסוגלים להעריך את ירידותיות השירות בתוכנה, את מהירות החיפוש, את אופן התוצאה או את מהיר השירות (אם יש לו מידה הוליסטית והריון של תוצאות החיפוש מבלי שתהיה אפשרות לבחון את התקשרות הכללית שממנו החיפוש התוצאות ומבלי לבחון תוצאות חלופיות.⁵⁴ משתמשים נאלצים להעריך אך ורק תוצאות המנוחות לפניכם, וברור-דלל יהיו חסרים מידע על תפניות שתשמטו מתוצאות החיפוש. למעט במצבים כשהם המשתמש מצוי בתוכנית ספציפית תודושה לו, או מהפס אתר מסוים הידוע לו מבעוד מועד, אין באפשרותו לדעת על קיומם של כל אותם אתרים שלא תפיעו בתוצאות החיפוש. מעבר לכך, בעוד תוצאות חיפוש מסוג אחד ניתנות בנקל לבימות החלואה (כגון רשימה של אתרים המציעים למכירה אותו מוצר במחירים שונים), הערכת התועלת והאמינות של חיפושים מופשטים יותר מהותם תהליך מורכב הרבה יותר.

ההסמים הטבעיים המקשים על התחרות אינם מפורזים כמובן מהשוכרות. קיים אינטרס ציבורי בשמירה על התחרותיות בשוק של מנועי החיפוש. יש לצפות שסביבת מדיע הנשלטת על-ידי מנוע חיפוש יחיד תסבל מהשירות ועיוותים. במקרה-הגמט הכלכלית,

2000) Competition Policy Center (2000), *Competition Policy Center*, <http://econwpa.wustl.edu:8089/eps/> נמצא בו: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263963 T. Muthopadhyay et al. "Competition Between mic/papers/0012/0012003.pdf; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263963 Oct. 15, 2000

54

אינטרנט וניסוחים טוענות כי התחרות אינה יכולה להתפתח בשוק מנועי חיפוש מכיוון שהנלאים והקופצים הרושבים בשוק יציל פשוט אינם מתקיימים. לשענתו, מאחר שחסר למשתמשים מידע על החלפות, לא ניתן לומר שבחירתו של משתמש במנוע חיפוש מסוים משקפת את העדיפות. *Supra note 20*.

פורשלים, ספריות אוניברסיטאיות ומערכות פנימיות אחרות תפתחות לשימוש מצדו.⁵⁰ המחקר מצביע על כך שהידיע בפנים תלשת אינו רק רב יותר מזה המצוי על פני הרשת, אלא גם נוטה להיות איכותי יותר. אחריו של מידע זה מתייב כאמור חיפוש פועל תוך שימוש במנועי החיפוש הפנימיים של האתר. במילים אחרות, ניצול יעיל של תוצאות החיפוש שמנועים קיימים מביקים עבור להיות חזני לתקון העיוותים הקיימים כיום באיזור מידע ברשת.

השוק של מנועי החיפוש מתאפיין בריכוזיות וגשלת על-ידי מספר מצומצם של מנועי חיפוש.⁵¹ יש הטוענים שנגישות המשתמשים היא להמשך להשתמש במנוע החיפוש שום ריגילים אליה, ואין הם מתפשים מנועי חיפוש תחשים. דבר זה מקנה, כמובן, יתרון למנועי חיפוש והיקם ופוגע בתחרות.⁵² מנגו, אחריים סבורים שקיימות תחרות בשוק של מנועי החיפוש, ואף-על-פי שלמנועי החיפוש תותיקים יש יתרון מסוים, יתרון זה תליך ופוחת עם הזמן. אחרי הכל, משתמשים מצוניינים במנועי חיפוש שיספקו את תוצאות החיפוש הולונטיות לשאלותה שלהם. לפיכך, מנועי חיפוש תחשים, המבקשים לתודר לשוק ולשרוד בו לאורך זמן, נדרשים לשמור על רמה גבוהה ולספק יתרונו שאין למנועי החיפוש תותיקים. באופן זה ייווצר שוק תחרותי. העובדה שקיים כיום מבחר גדול של מנועי חיפוש מאפשרת למשתמשים, כך נטען, לבחור את מנוע החיפוש המתאים ותוצוי ביותר.⁵³

50 מחקר כלל אתרי אינטרנט כגון: Carnegie Mellon University, Amazon.com, Infomedia, eBay.com, IBM Patent Center, MP3.com, Nielsen/Netrating, אחיות השוק

51 לפי נתונים מתורסמים בסקר שנערך על-ידי Nielsen/Netrating, אחיות השוק בארצות-הברית בין מנועי החיפוש השונים, נכון לחודש אוקטובר 2002, הונה: Google, 5.5% Netcape, 10.5% AskLeaves, 19.7% AOL, 28.1% MSN, 28.5% Yahoo!, 29.9%

3.0% LookSmart, 4.4% Lycos, 5.1% InfoSpace, 5.4% Overture D. Syllivan "Nielsen/Netratings Search Engine Ratings" רא: <http://www.SearchEngineWatch.com>, Nov. 21, 2002

Jupiter Media של <http://www.searchenginewatch.com/reports/netratings.htm> MSN :2002 מדט

9.2% LookSmart, 15.7% AskLeaves, 22.4% AOL, 28.9% Google, 34% Yahoo!, 37% D. Syllivan "Jupiter Media :רא: 6.9% Overture, 8.2% Netcape, 8.9% InfoSpace

נמצא *Netrix Search Engine Ratings* <http://www.searchenginewatch.com>, April 29, 2002

T. Sheu & K. Carley "Monopoly Power on the Web - A Preliminary Investigation of Search Engines" 29 *Telecommunications Policy Research* <http://www.andrew.cmu.edu/user/sheu/> :נמצא בו: *Conference*, Oct. 27, 2001

N. Gandal "The Dynamics of Competition in the Internet Search Engine Market" *SEpaper.pdf*

53

52

54

אתר המכשילים ביצירת שוק התחרותי של מנועי חיפוש הוא משך הזמן הנדרש על-מנת להשוות תוצאות חיפוש. המשתמש הממוצע אינו צפוי להשקיע בהשוואת תוצאות חיפוש של מנועים שונים מכיוון שזו משימה הנחלת זמן רב. במקרה זה, הטכנולוגיה עשויה לסייע לתחרות, אם יוכלו משתמשי המנוע לערוך חיפושים שונים בו-זמנית ובעלות כפולה, יוכלו משתמשי להשוות תוצאות חיפוש של מנועים שונים. מנועי חיפוש כשליצנים מתוונים מאגר הנתונים הנחתן לחיפוש, ועריכת חיפוש על-ידי הפניית שאילתה למנועי חיפוש אחרים בו-זמנית עשויה לסייע בהעלאת מודעות המשתמשים לגבולותיהם והשיטה של מנועי החיפוש.⁵⁹ מנועי-חיפוש, שלא כמו מנועי חיפוש, אינם סורקים את הישג בעצמם כדי לבנות רשימות אחרים ולסווגם; תוכנות מהושב אלה מתוכנתות לאסוף ולעבד תוצאות ממנועי חיפוש שונים וממאגרי נתונים מקוונים. תוצאות החיפוש מהוות את הומי-הגלם הנאסף בו-זמנית ממנועי חיפוש אחרים, והוא מעובד ונערך באופנים שונים בהתאם להעדרותיו של המשתמש. חלק ממנועי-חיפוש מספקים שירותים נוספים, כגון חיפוש אוטומטי מהשקט עצמו.⁶⁰ או חיפושים על מאפשיים השוואת אוטומטית וייצלה של תוצאות לתחרות בשוק מנועי החיפוש. מנועי-חיפוש מאפשיים השוואת העומדות לפניהם. נוסף על כך, חיפוש המסיע למהממשים לבחון את האפשרויות העומדות לפניהם. נוסף על כך, מנועי-חיפוש המעבירים מודי קהל בין מנועי חיפוש, וכך מצמצמים את מספר המכשילים למנועי חיפוש חדשים.

לישלוש השנים הבאות, ראו: D. Sullivan "Ask Jeaves To Carry Google's Ads" *The Search Engine Report*, Aug. 5, 2002 <http://searchenginewatch.com/>; גנצא ב: <http://searchenginewatch.com/>; ד. סוליווין "Who Powers Whom? Search Providers Chart" בקרב מנועי החיפוש: *Search Engine Watch.com*, Oct. 9, 2002 <http://searchenginewatch.com/>; גנצא ב: <http://searchenginewatch.com/>.

חיפוש אפקטיבי מתייב צרור של טכנולוגיות. אם רוצים לאתר חומר רקע לפני תחילתו של פרויקט החיפוש, ניתן להשתמש במנוע בוגן Google שיוזמה אחרי מפרה, זאת נוסף למנועי-החל, כגון *ShedlockHound*, המאפשרים למשתמשי להקוד מספר כפול של מנועי חיפוש בו-זמנית. החסרון במנועי חיפוש אלה הוא שהם יכולים להגיב מספר צעום של תוצאות. הנחסות מהישג של מנועי-חיפוש עורכות מהרש את רשימת התוצאות הישגיות ומקנות את התוצאות מקישורים כפולים או בלתי-רצויים על-מנת לציטת את התוצאות רלוונטיות יותר.

60 מנועי-חיפוש (Meta Search Engine) אינו מחוקק מאגר נתונים לגבי דפי האינטרנט הקיימים, אלא מפנה את בקשת החיפוש למנועי חיפוש אחרים, ומציג את תוצאות החיפוש ממנועי החיפוש השונים בפורמט, לוחמה, ראו: Teaching: UC Berkeley <http://www.lib.berkeley.edu/TeachingLib/Guides/Internet/MetaSearch.html>; ראו: <http://www.atonica.com/>; גנצא ב: <http://www.copernic.com/index.html>; ראו: <http://www.copernic.com/index.html>; גנצא ב: <http://www.copernic.com/index.html>.

ריכוזיות בשוק של מנועי החיפוש עלולה לצמצם את התחרות במספר האלקטרוני. בשוק שבו פועל מנועי חיפוש יחיד המהווה ערוץ גישה מרכזי לספק נוצר ציור-א-בנקו מלאכותי המאפשר ליצוב, ואף במקרים מסוימים להכריז, את הנאי השוק. מנועי החיפוש יכול להקנות גישה למוצרים של ספק מסוים ולמנוע גישה למוצרים אחרים. מנועי חיפוש יחיד, המנוע על-ידי שיקוללים כלכליים, יעניק עדיפות לאתרים מסוויים גדולים שמהם יוכלו להפיק רווח על פני אתרים קטנים או אתרים שלא למטרות רווח, ובהוד כך תרום לריכוזיות בשוק המסחר האלקטרוני. שוק ריכוזי של מנועי חיפוש שמספר קטן של מנועי חיפוש פועלים בו צפוי לסבול מבטיה רומה. שוק תחרותי המתחלק היטב עשוי לצמצם חלק ממשלי המידע, כך, למשל, ניתן לצפות כי להתחרות החדשים המבקשים לחזור לשוק של מנועי החיפוש יהיו די המדיעים להשוף את מגבלותיהם של מנועי החיפוש הקיימים ולהביא את התרבי לייצרת המשתמשים.⁵⁵

יש הסבורים כי יש לצווד את מנועי החיפוש לצורך קשר בינם לבין עצמם באמצעות קישוריות שיפנו את המשתמש לתוצאות הרלוונטיות במנוע חיפוש אחר, וכך יגדילו את חיקף החיפוש.⁵⁶ גולשים שיעשו שימוש בקישוריות ייחשפו גם למנועי חיפוש אחרים ולחוקי רב יותר, והשוק כולו יהיה פחות ריכוזי.⁵⁷ עם זאת חשוב לזכור שבמקרים רבים קישור מנועי חיפוש ואחרים רק לאותם אתרים ומנועי חיפוש המצויים בבבלות תחברה או קשורים אליה בבית עסקית כלשהי. במצב כזה, השיטה של המשתמש לאמצעי חיפוש חלופיים עשויה אומנם להוות רחבה יותר, אך לא תבטיח בהכרח הפניה למקורות מידע חדשים ומגוונים יותר.⁵⁸

55 ראו, למשל, מחקר שהתפרסם על-ידי Lexibot. מחקר זה, העושה שימוש בבלים מרעיים, מוכר על-ידי חברה מסחרית במטרת מאפי החיידית לשיוף ראו: *Supra note 27*.

56 למשל: *Yahoo! ו-Netscape* מציינים קישורים למנועי חיפוש נוספים. *Supra note 51*.

57 התקשוריות העסקית תאחרות בין מנועי חיפוש שונים מחוקק את הישגה כי מדובר בשוק ריכוזי. *Yahoo! ותקשורת לאחרונה עם Overture* ברווח לשלוש שנים להספקת *D. Sullivan "Paid Listing With Google?" The Search Engine Report*, May 6, 2002 <http://www.yahoo.com/searchenginewatch.com/serreport/02/05-yahoo.html>; *Yahoo! ו-Netscape* תוצאות חיפוש לשאלות שלא נמצא לזן מונה על-ידי לתקשור עם Google של *Yahoo!*, ראו: *Yahoo! "Changes Results" The Search Engine Report*, Oct 9, 2002 <http://www.yahoo.com/searchenginewatch.com/serreport/02/10-yahoo.html>; *Google* *paid listing* מחיפוש על-ידי AOL לספק *editorial search results* למנועי חיפוש שבבעלותה בארצות-הברית *ComputServe Search and CompServe Search*, *Yahoo! ו-Netscape* *"Overture & Inktomi Out, Google In At AOL"* *The Search Engine Report*, May 1, 2002 <http://searchenginewatch.com/serreport/02/05-paid-listing-ask-jeaves>.

58 *Google aol.html* גם התקשרה לאחרונה עם *Ask Jeaves* לתקשורת *paid listing*.

ב. עניין eBay והשלכות מובנות על שוק התחרון

1. עניין *eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*

בעניין *Bidder's Edge, Inc. v. eBay, Inc.*⁶⁷ התנגדה התובעת, מובילת אתר המכירות הפומביות המקוון הגדול ביותר בישראל, לשימוש לא-מורשה באתר על-ידי מנוע החיפוש Bidder's Edge. מנוע חיפוש ייעודי זה, מסוג מנועי-צל, אפשר למהמשיחי לערוך חיפוש מרוכז של פריטים במספר רב של אתרי מכירות פומביות במקביל. יתרונו של שיירות זה הוא בכך שהוא מאפשר עריכת חיפוש יחיד באופן מרוכז, ומייתר את הצורך לערוך חיפושים רבים בכל אחד מן האתרים הרלוונטיים הנפרד. השימוש במנועי-הצל של eBay התנגדה לעריכת חיפוש באתר על-ידי מנוע החיפוש נאסר במפורש כל שימוש באתר של eBay והיה כפוף לרשימת שימושי שימוש. ברשימת השימוש נאסר במפורש כל שימוש ובמיוחד המצוי בו, באמצעות רובוט, חנוכה עכביש או כל אמצעי אוטומטי אחר, וזאת בקניין המכונה מפורשת בכינוי eBay. אף נקטה באמצעים טכניים על-מנת למנוע מ-Bidder's Edge את הגישה לאתר, הוך הסימתן של כתובות שווהו במקור לחיפושים אוטומטיים. לאחר שאמצעים אלה לא הועילו, הגישה eBay תביעה נגד Bidder's Edge וכתבה בצו-מניעה ומני שאסר על Bidder's Edge להיכנס למערכתה באמצעים אוטומטיים כאמור.⁶⁸

מטב מקרוב על הטכסוד המשפטי בין התובות עשוי להשליך אור על השקלות המסורייים והגורמים את הגורמים הפועלים ברשת ועל היעדים שהם מבקשים לקדם באמצעות המשפט. חברת Bidder's Edge, ככל מנוע חיפוש אחר, לא התחרתה ב-Bay באופן ישיר. eBay מובילת, בין היתר, אתר מכירות פומביות המאפשר עריכת עסקות בין משתמשים פרטיים. משתמשים המבקשים למכור במתוך יכולים לפרסם רשימה של מוצרים העומדים למכירה, וקונים-ברוח יכולים לחפש ברשימות האתר של eBay ולהגיש הצעת מחיר לכל אחד מן הפרטים. Bidder's Edge יצרה מאגר נתונים וכולל פריטים העומדים למכירה שוטפים ביותר ממאה אתרים שונים של מכירות פומביות. למעשה מנוייה של eBay היו עשויים להפיק תוצרת מהשימוש במנועי חיפוש מהסוג Bidder's Edge המפצלת, מאחר שמנוע החיפוש היה עשוי להגדיל את שוק הלקוחות-ככות של מרובותיהם. הפריטים שהציעו למכירה היו זוכים לחיפוש לקהל קונים רחב יותר, שאף שלא ביקרו באתר eBay ולא ערכו בו חיפוש, היו עשויים להתעניין בפרטי זה או אחר המוצע בו למכירה. מספר רב יותר של קונים-ככות עשוי להגדיל את הסיכוי לעשיית עסקה במחיר גבוה יותר. אפשרות זו עשויה אף להגדיל את הכנסותיה של eBay. אחרי הכל, eBay גובה עמלה המבוססת על מכרה בפועל.

67. *Supra* note 6.
68. עניין *ibid*, eBay.

אף שתחרות והיעדר ריכוזיות בשוק של מנועי החיפוש הינה חיונית לסביבת המידע, אין היא עולה בתכרת בקנה אחד עם האינטרסים המינימיים של מנועי החיפוש של האתרים המסורייים הגדולים הפועלים ברשת. תחרות עזולה לסכן את האינטרסים המסורייים של מנועי החיפוש והוויקיטים, פועלים של מנועי-צל עשויה להגביר את התחרות בין המנועים לבין עצמם, ועלולה להיטיב את המנועים לשנות את המודלים העסקיים שלהם ולשלב את שיטות החיפוש, באופן שביצי, יבקשו מנועי חיפוש להיבצע מתחרות ככל האפשר. נטייה זו ניכרת במגמות המידע והריכישת בשוק המנועים⁶⁵ ובמסיון של מנועי חיפוש להגדיל את צעדיהם של מנועי-הצל באמצעים משפטיים.

מנועי חיפוש אינם מתחרים בדרך-כלל באופן ישיר עם בעלי אתרים וספקי תוכן, שכן פעולתם עשויה להגביר את הצבירת האתר ואת מספר הכניסות אליו ולהגדיל את הכנסותיו. אולם מנועי חיפוש עלולים ליצורם לאיים על האינטרסים המסורייים של אתרים שונים.⁶⁴ כך, למשל, מנוע חיפוש המקשה את הפשתמש הייש אל העמודים המבוקשים (intlink)⁶⁴ עוקף את עמוד השער של האתר. עקב כך משתמשים עלולים לזלג על תפרסמות המופיעות בעמוד זה באופן העלול לפגוע ביכולתו של האתר להפיק רווח ממכירת פרסמות.⁶⁶

יתר על-כך, התנגדותם של בעלי אתרים לפעולתם של מנועי חיפוש עשויה לגרוע מאינטרסיהם. הכולנה בעיקר לאתרים מסורייים גדולים הנוגעים במעמד דומיננטי בשוק ומבקשים לשמר את שליטתם ויתרותם היחסי. עניין *eBay* מהגים הטוב תופעה זו.

63. 2000 May 3, *The Search Engine Report*, "Movement in Meta Search". לקיחה ברורא זה, ראו: <http://searchenginewatch.internet.com/setreport/00/05-01>.

64. metasearch/html.
מנועי חיפוש לא יתנגדו תמיד לשימוש במנועי-צל. מנועי חיפוש אחרים אף משלמים לריכישת מקום בהצגות החיפוש של מנועי-צל. דבר זה חשוב במיוחד למנועי חיפוש קטנים, העומדים בפני צמצום ורוצים להודו לשוק באמצעות ההשפיות גדולה למשתמשים.

65. *Intlink Deep* מוגדר כקישור לעמוד באתר אינטרנט שאינו עמוד הבית (homepage) של האתר. המלה "deep" בהתייחסת ל"עומק" הימצאותו של הדף המקושר, מבהינת ההיררכיה של דפי האינטרנט באתר. למידע נוסף, ראו: SearchWedservices.com.

66. *I.A. Tondonato* "Note: You Can Exploit My Trademark. Weaken Its Strength, and Make Yourself While Doing It" 22 *Thomas Jefferson L. Rev.* (2000) 201. ראו גם ד"ר להלן בפריק 32.

בתוצאות חופש שטופבקן על-ידי אחר, הוא עושה שימוש בעובדות. עובדות, ככאלה, אינן מוגנות בדיני זכויות יוצרים, והדין מותר איתן במפורש מנוח לזכויות התבונה.⁶⁹ תוצאות חיפוש, כליקויש, עשויות להיות מושא זכויות יוצרים, שכן קומפוזיציה חזיה מוגנת לא היא מבטאת מקוריות במחירת המידע, שהוא תופש, שהוא תוכנת מחשב, להפדיל מוצר בשידור, כלל אם מידע שנאסף על-ידי מנוע חיפוש, שהוא מוצר המחשב, בארגונו או סיווגו, אך אין זה ברור מהותו הייחודית של מנוע חיפוש. לעצן לטעון שהיצר במקרה זה אינו רק המפוזר של תוכנת החיפוש (אם בכלל), אלא גם המשלש. החפוש הוא אינטראקטיבי, ובחירת הפרטים היא לעצתן קרובות מוצר-ליווא של השאליתה כפי שהוגדרה על-ידי המשלש. לפיכך ייתכן שניתן לראות בתוצאות מחבר כזוהוא (co-author) של יצירה משותפת.⁷⁰ מעבר לכך, גם אם רשימת התוצאות כולה מהווה יצירה מוגנת, רק לעצתם רחוקות יותר ניתן להוכיח כי שימוש בתוצאות החפוש של מנוע החיפוש על-ידי מנוע-על מהווה הפרה ברוב המקרים, מנוע-העל אינם מפגינים את רשימת התוצאות כולה (ואף לא תלקים נרחבים ממנה), ובדרך-כלל לא יעתיק את המידע והאגון המקוריים שנוצרו על-ידי מנוע החיפוש, אלא יעבירו את תוצאות החפוש עצמיה מהרש.⁷² בהיעדר תצתקה של

69

ראו סעיף 2 בפקודת זכות-יוצרים, 1924, האי כרך א, (פ) 364 (להלן: פקודת זכות יוצרים) (כפי שהוקם בתש"ס); על אף האמור בסעיף 1 לחוק זכות יוצרים, לא תוא קיימת זכות יוצרים בכל אחד מאלה: ... (4) עובדה או נתון, כשהם בלברם, למשפט האמריקאי, ראו: (1991) 340 U.S.C. 499 *Rural Tel. Serv. Co.* *Feist Publications v. Rural Tel. Serv. Co.* (CDPA) 1988, S.178

70

באנגליה הוקם בשנת 1988 (CDPA) *Computer Generated Works* *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA), תגדיר משך התגנה של זכות היוצרים המוענקת ל-"author" של יצירות אלה הוא האדם אשר קבע/ יצר את המידע החיוני לתפקוד היצירה על-ידי המחשב (CDPA, 1988, S.9(3)). עם זאת, שנה בלבד מתום שנת יצורים (CDPA, 1998, S.12(3)) ראו: W.P. Copinger & S. James *Copyright* (London, 14th ed., 1999) 4-17, 6-47.

71

לדין ברוגיה זו, ראו: M.J. Schmelzer "Protecting the Sweat of the Spider's Brow: Current Vulnerabilities of Internet Search Engines" 3 *B. U. J. Sci. & Tech. L.* (1997) 12, 28. ראו גם סעיף 16 לחוק זכות יוצרים, ת"א"ג, 1911, ח"א"ג, כרך ג, (פ) 2633 (להלן: חוק זכות יוצרים). ברור זו אף נפסק בת"א (ת"א) 869/92 עוזרי ג היאטריאה ישראלי בע"מ (לא פורסם) כי במקרים מסוימים ילאו מנועין תוכנה ותרכלן תמצע מוכרים במשותף של תוכנה שהוגנה, ולכן בעלים במשותף של זכות היוצרים.

72

פיסום צמוד התוצאות כולו, כולל מודעות הפרסומת, ללא אישור עשוי להפר זכויות יוצרים. לדוגמה, במסגרת מעבדות הגיפוש ראו: התוצאות החופשי של Google מואפשרת ענה תגה חוזרת של תוצאות החופשי ראו: <http://labs.google.com/viewer.html> באופן מודיקסלי, דורקא ישום זה עשוי לתיישב עם האינטרסים המסחריים של מנוע החיפוש המקורי, מאחר שתעד המסחרי של מודעות הפרסום אינו נמצא בסכין ראוי:

אם מטרתה של eBay היתה אך ורק למקסם את רווחיה, מודיע אופוא התנגדה לאיתור המסקות הנעצות באחר על-ידי מנוע החיפוש? eBay ביקשה לשמר את הדומיננטיות שלה בתעשיית המכירות הפומביות המקוונות. פעולתם של מנוע-על מוטג Bidder's Edge עלולה לסכן את הניסים המרכזיים של אתרים מרכזיים של מסוד אלקטרוני מטוג eBay ובסיים אלה כוללים, למשל, שליטה בקהיליית המשתמשת של מסוד אלקטרוני מטוג. קהיליית משתמשים כיו מייצרת מאגר מידע רב-ערך על הרגלי הקנייה והתזמי עניין, ויצירת קבוצות מיקוד המאפשרות שיווק ישייר וקידום מכירות. יחידו עסקי נוסף הוא הכוח העצמ העצמות והחפוש בפועל על סוד-הזים הצרכני של המגלישים של מנוע-העל מודרת ברמת הבחירה, וחינו, האפשרויות העסקיות המתוחות לפניהם. לבסוף, קיים האינטרס בייצירתו וביסוסו של מוניטין. eBay התנגדה להצגת המנויים ברבר מכירות פומביות שנאספו באחר המכירות שהיא מנהלת סמוך לאלה של מתחדיה. ל-Ebay היה חיוני לקבוע כיצד יוצגו תוצאות החיפוש; האם יוצגו לראויה לצד תצעות רבות אחרות מאתרים אחרים של מכירות פומביות, או שמא יופיעו בנפרד, באופן שהצרכנים יקשרו אותם למנועין המסחריים שיצאו להז הצגתה של eBay לצד מכרות אחרות עלולה להתליל את המותג שלה. הנהגה ממערד דומיננטי בשוק המסחר האלקטרוני, ולהשפך את המשתמשים לקיומן של מכרות אחרות המנהלות אחר מכירות מתחרים.

בית המשפט תכר בעניין eBay בזכות משפטיות חדישה שאפשרה להתבעת לקיים את יעריה. הליכה זו מקנה לבעל אחר המסקה מידע או שידוחים ברשת האינטרנט את המכרות המשפטיות להגבל את פעולתם של מנועי החיפוש. יצירתה של זכות זו, שהיא מתוצאותיה של התלטה בעניין eBay, מתוקף את המגמה המסתמנת בשנים האחרונות להרחיב את זכויות הבעלות מידע. בסיום נפנה להבחנה ההחלטת השלכותיה על סביבת המידע, אסקור בקצרה את המצב המשפטי שקיים לעניין eBay. הנהגה המשפטית מפני שימוש לא-רצוי על-ידי מנוע חיפוש עשויה להתבסס על טענות משפטיות מסוגים שונים, כגון-העל, תחרות בלתי-תוגנת, הפרת זכות יוצרים, ולאחרונה, על-ידי עניין eBay, הסג-גבול במישלסליין. הדין שלהלן מנתח בקצרה את הטענות המשפטיות שניתן להעלות בנוגע לעריכת חיפוש באחר ולשימוש ללא הריאה בתוצאות חיפוש. בהמשך יידונו ההחלטה בעניין eBay והשלכותיה על סביבת המידע.

2. המצב המשפטי שקדם להתלטה בעניין eBay

(א) זכות יוצרים

במצב המשפטי ששרד לפני עניין eBay ניתנה הגנה מצומצמת יחסית מפני כריית נתונים או שימוש לא-מורשה בתוצאות חיפוש. דיני זכויות היוצרים, למשל, העניקו לתוצאות חיפוש תגה מוגבלת בלבד. תוצאות המוקמות על-ידי תוכנת מחשב בתגובה על שאילתה מאת המשתמש אינן אלא רשימה של כחוחות, המדובר בנתונים, עובדות המבצעות על כך שעמודי האינטרנט המצויים במחבורת המופיעות ברשימה מתאמים להתגרות החיפוש שקבע המשתמש. כתוצאה מכך, כאשר מנוע חיפוש עושה שימוש

אסור מפורש על עריכת חיפושים אוטומטיים, שימושים מסחריים ביחידות המעורבות והשימוש ברובוטים (robots),⁷⁷ בחיפוש מסוג זה יוגדר המשמוש לעיתים קרובות באופן רחב, כ"כל מי שנוכחם לאתר, או השתמש במנוע החיפוש". לשון רחבה זו משרתה לכלול לא רק משמשים פרטיים, אלא גם תוכנות מנוע החיפוש המיושמות על ידי מפתחים אוטומטיים.

פעילות רבות שמנועי חיפוש עושים צוללות לוחות הפרת תנאים של רשימת השימוש באיור או במנועי חיפוש הפועלים בו. למשל, חיפוש אוטומטי, העברת תוצאות החיפוש לגורם שלישי או שימוש מסחרי בתוצאות החיפוש אם יימצא כי רשימות שימוש מסוג זה מהווים חוות, וכי התגבלות בתסכומים אלה חיצונית אכיפה, תהווה פגיעה של מדיניות. הפרת חוות, הפרת כוונת חיפוש אוטומטי לא רק תהווה חוזה, אלא גם באחריות בגין הפרת חוות יוצרים, שכן רשימת השימוש בציורה, למשל, בתוכנת המושב שבשורת כפוף לתנאי השימוש.⁷⁸ בהיעדר הרישאה, אין שימוש במנוע החיפוש או בתוצאותיו, שכן שימוש ללא רשימת יחידה הפרת חוות יוצרים.

הסתמכות על סענה של הפרת חוות גבר מנועי חיפוש מהייבמת תחילה הוכחה שנוכחה חוות, רשימות השימוש באחרים אינם דורשים ברובם קיבול של תנאי הרשימה בפועל או אקטיביות, כגון באמצעות לחיצה על כפתור "אני מסכים" / "I accept". בדרך-כלל יוגדר עצם השימוש במנוע החיפוש ככפוף לתנאי החוזה המולכאים בהמשך. באחריות-הברית המעוררת השאלה של אכפת חווים מקוונים בפסיקה, וההחלטה שניתנו בשנים האחרונות נוסת להכריח בהתקפם של חוזים כאמור, אם כי אין זה נקשרת גישה אחידה.⁷⁹

77 ראו, למשל, את תנאי השימוש של האתר http://www.scout.com/cache/scout.com_policies.do.

78 תוכנות מחשב מקנות נכונות יוצרים לבצעיות (ראו סעיף גא לפקודת זכות-יוצרים הקובעת כי אין תוכנת מחשב כיון יצירה ספרותית), והשימוש בהן מחייב הרישאה מטעם בעל זכות היוצרים וכפוף לתנאי הרישאה. ראו: *Telere Systems, Inc. v. Caro* 689 F. Supp. 221 (S.D.N.Y. 1998). (כנית-המשפט פסק כי גישה באמצעים בלתי-מורשיים אינה רק הפרת חוות, אלא גם הפרת זכות יוצרים.)

79 בפסק-דין אחדים אכפו בתי-המשפט חוזים מסוג "הסכמי צילוף", חסמי "הקש קבל", ואף חוזים שפורסמו בארץ ולא חייבו התנהגות מובהקת שתבטא קיבול על-ידי המשתמש מצדו לצד השימוש בארץ. ראו, למשל, *ProCD Inc. v. Zeidenberg* 86 F.3d 1447, 1457 (7th Cir. 1996) (להלן: "צניין ProCD"), הנתבע בפסק-הדין רכש עותק של תקליטור שיצרה החברה, המסלך השימוש בתוכנת עם תוכנת מחשב המקנה גישה ליישומים על אריות המקליטור ציין השימוש בתוכנת כפוף לתנאי הרישאה והאחריות בארץ ואת מוצרים על צג המחשב של המשתמש בתוכנת. התבעת העתיקה את רשימתה מספרי הטלפון למחשבו על-אף האיסור לעשות כן בתנאי השימוש, שילב את מאגר הנתונים עם תוכנת חיפוש מקוונת, שפיתח בעצמו, ואפשר לציבור הגולשים בישראל גישה חופשית לרשימות באמצעות האינטרנט. בתי-המשפט לערעורים פסק כי רכישת התוכנת כפופה לרשימת השימוש, וכי השימוש בתוכנת על-ידי התבעת חיווה "קיבול" מצדו, כמשמעותו המשפטית, לתנאים אלה, והוביל לכדיית החוזה; בפסק-הדין *Caspi v.*

הרומנו המקורי של המחבר לנתונים ולערובות, לא תהיה אחריות בגין הפרת זכות יוצרים.

תוצאות חיפוש עשויות לכלול כותרות, הקציר של הטקסט המצוי באחד או רישומים ממוחצרים (dumbmail sketches) של האתר המקורי, שעשויים להיות מוגנים ביצירה עצמאית. יצירת הקציר ללא אישור או העתקת חלקים מזו היצירה המקורית לעורכי הפניה עלולה להפר את זכותו הכלכלית של היצור. עותקים של היצירה וכן לעברה.⁷⁵ יחד עם זאת, שימוש בתקציר או ברסמ ממוחצרים של היצירה על-מנת לשפר את הגישה ליצירה המקורית עשוי להיות שימושי והגן.⁷⁶ הדין בתלק ג' יטסקו בהרחבה בכוחם של בעלי נכונות היצורים ביצירות קיימות בישראל קייסלוג התפנה על-ידי מנועי חיפוש בחסותם של דיגי נכונות היצורים.

(ב) דיגי תוצרים

אתרים ומנועי חיפוש המבקשים למנוע סיווג על-ידי מנועי חיפוש או שימוש לא-מורשה בתוצאות החיפוש שהתפקד עשויים לנסות להתבסס על צילוף חרוט.⁷⁵ הסכמי הרישאה של אתרים ומנועי חיפוש רבים כוללים הגבלות ואיסורים שונים הנמצים בפעולות של מנועי החיפוש. רשימות רבים מקנים למשתמש הרישאה מוגבלת לשימוש אישי בלבד,⁷⁶ וכוללים המצאות של דיגי נכונות היצורים ביצירות קיימות בישראל קייסלוג התפנה על-ידי מנועי חיפוש בחסותם של דיגי נכונות היצורים.

75 *Supra* note 71, הצגת עמדת התוצאות בשלמותו צוללה לעורר סוגיות של זכות יוצרים. בהנחת שעמוד האינטרנט שהוצגה בו החווה יצירה מוגנת בזכות יוצרים, הצגתו ללא רשימת צילוף חרות הפרה של הזכות הכלכלית להצגה בפומבי. ראו להלן דיון בהוצרת-סוליים 161 והטקסט הנלווה לה.

76 מנוע חיפוש שיוצר צגמאי מקצירי של העבודה המקורית המצויה באחד האינטרנט עלול להפר את זכותו הכלכלית של בעל זכות היוצרים להעתיק ולעבר את היצירה. ראו סעיף 21) ב) לחוק זכות יוצרים.

74 עניין 7 *supra* note 71. בפסק-הדין בעניין *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 77 F. Supp. 2d 1161 (1999) (להלן: "צניין Kelly"), נרכאה הראשונה (להלן: "צניין Kelly"), נרכאה ראשונה, ון בית-המשפט ביצירה המוגנת המודעת לצורך הצגת תוצאות החיפוש במנוע חיפוש המאפשר חיפוש המוגנת ברשת. המונות כבעלות התובע שפורסמו ברשת קיבלו על-ידי מנוע החיפוש של הנתבעת והתפיעו במסגרת המודעות מחוות הפניה להצגתה של זכות השימוש פסק כי אף שיצירת החמונות המודעות מחוות הפניה להצגתה של זכות השימוש ברשת עלולה להפר את זכות היצורים, יש לראות בכך שימוש חוגי. בהקשר זה הוגיש בית-המשפט את אופי הטרנספורמטיבי של השימוש בתמונות הממוחצרות בטמגרת תוצאות החיפוש, שנועד לשפר את הגישה לתמונות המקוריות שפורסמו ברשת. סוגיה זו תידון בהרחבה להלן, בפרק ג.

75 לדין בסוגיית החסרה העצמית באמצעות חרוט, ראו ג' אלקי-קורין "הסדרת עצמית של נכונות יצורים בעידן המדיעי" על משפט ב' (תשס"ב) 319, 323-324. http://www.google.com/terms_of_service.html

76 ראו, לדוגמה את תנאי השרות של Google Inc., נמצא ב: http://www.google.com/terms_of_service.html

חוקקה מדינתית בארצות-הברית בתחום החיים המאמצת את המודל החקיקתי של ה" (UCTIA) Computer Information Transaction Act, 80 עשיויה לסייע באכיפתם של חוזים אלה, יחד עם זאת, מודל חקיקתי זה, שנוסח בשנת 1999, עוררנו שנוי במתקלחת ואומץ בחקיקה על-ידי מדינות ספורות בלבד בארצות-הברית.

במשפט הישראלי טרם ניתנה הכרעה משפטית בסוגיה זו. בד"ר הישראלי הוזה נכרת בדרך של הצעה וקייבול, והתוך מגויר במפורש שקיבול יכול שיהיה בהתנגדות, ובלבד שוו תבטא את מגוירת עצרת של הניצני להקשר בחוזה עם המציני על-פי ההצעה. 80 בכל מה שנוגע במגירת דעת איצטו בתי-דמשפט ישראלי מבהין אינברקטיבי שלפיו בתי-דמשפט בוחן אם מוקשר סביר במצמד התרדסי הוה יכול לרסוק כי הניצני גמר בדעתו להתקשר בחוזה, על-פי מבהין הוה, נראה כי גוליה שהה ער לכך שהשמינטי באתר כפוף לחוזה, גם אם בחר לא לעיין בהוראות החוזה, ילאהו כמי שהסכים לחוזה השמינטי. 82

יחד עם זאת, הפלה אחריות חוזית על צדדים במקרה של שמינטי בהתכנות תופש אוטומטיות מעוררות קשיים נוספים. במקרה זה אין המדובר בגולש בשו-דום המבקש לעשות שימוש באתר ונכוח מדרת להסכים להנאי השימוש, ביץ אם עיין בהם ובין אם לאו. אומנם, גם במקרים אלה ישנה אשירות משפטית כלשהי, טבעית או מלאכותית, תעומרת מאחורי פעולתה של תוכנת התופש, אחריות לתצורתה ולאופני פעולתה, ובחורת להפעילה בניכוח מטימות או להקמצ מהפעלתה בניכוחות מאחורי תוכנת תיפוש או מערכת מודה נוחן לזיס גמירת דעת לגולמי העומדים במחויבות מלאכותית ומפעילות "שיקול-דעת" אוטומטיות, בעיקר מערכות המגילות אינטליגנציה מלאכותית ומפעילות "שיקול-דעת" (סוכנוצ). נראה כי אין להחיל במקרים אלה קרונות חוזיים היונקים את הכסיס התורמטרי להחוב המשפטי מן ההסכמה החוזית, מ"מפגש הוצננות" פרי הפעלת רצונם הראשונומי של המתקשרים. 83 החלום של מושנים כגון "הסכמה" ו"גמירת דעת" ככסיס

על-ידי להצגה על icon מטרים, ולא, לא יורשה להשתמש במוצרי, shareware licensing (ישוין השמוש רשום על גבי עטיפת המוצר, או, כפי שנקצט בעניין *ProCD*, מופיע על מסך המשמש בכל פעם שהתוכנה מופעלת. הסכמת הרוש לונאי השייך ולמרת מפרהרת העטיפה או מאי-החורת המוצר כמות שהוא תוך תקופת זמן מסוימת, ו"license-wrap" בסוג רשיונות זה אין המשמשת גורש כלל לראות את התנאים של רשיון השימוש ולהניע את הסכמתו בסדס יורשה להשתמש במוצרי. בתי-דמשפט קבע כי בעוד שני תראשנים עשויים להיות אכיפים, ה"wrap-license agreement אינו אכרי, שכן המשמשת אינו מודע כלל לעצם כריירת החוזה עמו. פסיקה זו שבה ואשרה בעדויר, ראו: *Specht v. Netscape U.S. 2nd Circuit Court of Appeals*, Oct. 1, 2002.

80 ראו: <http://www.law.upenn.edu/llnl/ucliciala08.htm>.
81 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים), סעיפים 5, 6.
82 ראו: ע"א 440/75 זרבלק ב' דניניו, פ"ד ל(2) 260, 267, 692/86 יעקב בורשטינסקי ושות' – חברי לייבוב ושיכון בע"מ ב' גת, פ"ד מ(1) 57.
83 *Radia* בוחנת את מודל ההסכמה ככסיס להחוב חוזי במציאות חקירבטינית. לשיטתה, המודל המסורתי של הסכמה ככסיס לחוב חוזי תחיל להתחיל עוד בעולם הפיזי, ועל-כך

Microsoft Network L.L.C., 323 N.J. Super 118; 732 A.2d 528 (1999), petition for cert. dismissed, 743 A.2d 851 (1999) בפסק-הדין *Verio, Inc. v. Verio, Inc.*, 126 F. Supp. 2d 238 (S.D.N.Y. 2000) גולשים, גולשים גידון הוזה באתר תמורת שירותי אינטרנט נוספים לגולשים, גולשים תמורת שם מתחם גולשים למלא שאלון של פרטים אישיים (כמות, טלפון, הוזה תעומרת מאחורי שם המתחם וכדומה). הפרטים נאספים למאגר מידע של *register.com*, הקוניט שם לעשות שימוש בפרטים המופיעים במאגר הוא תנאי בניסת למאגר המידע, אולם אלקטרוני או טלפון. הסכמה לתנאי השימוש במאגר המידע והגולש אינו נדרש להניע הסכמה והסכמה גלמרת מעצם השימוש במאגר המידע. פיתח תוכנת תיפוש אוטומטית פויזשביית ("I Accept"), אתר אינטרנט מהחמה פיתח תוכנת תיפוש אוטומטית (robot) לאיסוף נתונים ממאגר ה-WHOIS, על-פי התוויות שונאספו, פנת *Verio* אל הגולשים בדואר אלקטרוני או בטלפון והציני את שירותיו. בתי-דמשפט פסק כי תנאי השימוש במאגר המידע מהווים חוזה תקף, וכי הסכמת *Verio* לתנאים גלמרת מעצם השימוש בהניעה במאגר המידע, על-פי המשפט אורדיס סירכו לאנכו הסכמה מסוג זה, בטענה כי בהיעדר ביטוי לקיבול מצד המשתמש, לא נוצר חוזה, ראו, למשל, *Ticketmaster Corp. v. Ticket.com, Inc.*, 2000 U.S. Dist. Lexis 4553 (C.D. Cal. 2000). התובעת, *Ticketmaster*, מפעילה אתר המכיל מודיך לאירועי בידוד שבו נמכרו כרטיסים לראות אירועים, חלקם משוקקים על-ידי התובעת בלעדיות. *ticket.com*, *Ticket.com* כריטיסים לראות אירועים, חלקם משוקקים לרובים. בכל אותם מקרים שבהם טוכו תכריטיסים תגבתרת, קיימת אתר המספק שירותים דומים. יצרה התגבתרת קישור לעמוד המכירה של התובעת, על-תלעויר *Ticketmaster* הוא, יצרה התגבתרת קישור לעמוד המכירה של התובעת, על-תלעויר *Ticketmaster* נסען, בין הוזה, כי פעולותיה של התגבתרת מהות הפרת חוזה. בעמוד פנות לאפשר למשתמשים לרכוש כרטיסים לאירוע תרצויר הוצויר להם, בהתבירעה שחגישה והניסה לאתר התובעת נאמר כי מי שבוחר להמשיך לעמודים הפנימיים שבאתר מסכים בהתגבתרת לתנאי השימוש. התנאי השימוש נאמר כי המידע הוא לשימוש אישי בלבד, וכי אין לעשות בו שימוש לצרכים מסחריים. בתי-דמשפט קבע כי תנאי השימוש המופיעים בתחמת תעמרת ואינם דורשים כל קיבול פעיל אינם יוצרים חוזה מחייב בין התובעים למשתמשי האתר, בהתחלתו חויגי בתי-דמשפט את היעדר המידע על התנאים החייצויר כל הסכמה מודומת, בפסק-הדין, *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 2001 U.S. Dist. Lexis 9073 (2001) חוכנת מהות מסוימת (*SmartDownload*). רשיון השימוש בתוכנה גללה ליינוי הגולש רק אם "מישך" כפיס הגלילה, הניע לתחיתת של עמוד האינטרנט ולחן על התירות המבוטלות לפיורת תנאי השיכון לשימוש בתוכנה המתאימה. לשימירת החוכמה לא נדרש הגולש להניע באופן חוזי את הסכמתו לתנאי השיכון בפסק-הדין מבהין בתי-דמשפט בין המבקשות תשונות של כריירת חוזה ברשת על כסיס מידת המהירות של הגולש להמציאות במסגרת יחסים משפטיים חוזיים: *license-wrap licensing* (בהודיע המופיעה על מסך המתש של המשמשת הוא נדרש להניע את הסכמה לתנאים של רשיון השימוש

אחרות ברשיון השימוש המצמצמות את התחרות עלולות לעמוד בסתירה להוראותיו של חוק ההגבלים העסקיים⁸⁶ נוסף על כך ראוי לבחון את תוקפן של ההגבלות מכוח רשיון השימוש לאור חוק החוזים האחרים, המשמ"ג – 1983, המסמך את בית המשפט לנטל אי לשנות תנאים מקפוחים בחוזים אחרים.⁸⁷

פענות משפטיות אפשריות נוספות, לכך מן הטענה החוזית, עשויות להיות טענה של גנבת ציין, התערבות לא הוגנת, שימוש לא הוגן (unfair competition), או עשיית עושר ולא במשפט. ישנן של דוקטרינות אלה בבלתי פועלות של מונעי היופיש עריפה על ישימה של תפיסה קניינית המועלת בדרך של "זבל או לא כלום". המשותף לעילות משפטיות אלה הוא שהן מהיבנות את בית המשפט להכריע מה הם האינטרסים האויים להגנת בקושרים של תחרות מסחרית. לפיכך, יישמן של דוקטרינות אלה עשוי להבנות את הדין המשפטי באופן שיתן מענה חלק למצבים של תחרות לא-הוגנת מצד מונעי היופיש, מבלי להצניק זכויות רחבות מדי העוללות לצמצום יותר על המידת את חופש המדיע.

ג) גנבת ציין

פעולתם של מונעי יופיש עלולה להיות עליותם גנבת ציין. אחריות בנין גנבת ציין עשויה להתעורר במקרה שמונע היופיש אינו מייחס כראוי את הוצאות היופיש לאור המקורי שחייב אותו, באופן שהמשתמש יסבור בעשותו כי התוכן המוצג מקורו במונע היופיש. כך, למשל, כאשר הוצאות היופיש הכוללות המובאות מן האתר המקורי מוצגות בסטגנת עמוד הוצאות של מונע היופיש ללא ציין כותבו של האתר המקורי.⁸⁸ עוללה של גנבת ציין מוגדרת בדין הישראלי בעיצו 1 לחוק עוללות מסחריות, המש"ש – 1999.⁸⁹ הגדרת גנבת ציין בחוק העוללות המסחריות הרויבה את העוללה שהוגדרה בסעיף 59 לפקודת המדיקן, בהוספה אחריות בנין מצב משינה שלפני השיירות של הנתבע קשור בתוכב גם אם אין הטענה במונע למקור השיירות.⁹⁰ מצד אחר נראה כי המשמשים במונע

86 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ז – 1988, ס"ח 128, ר"א: 16, at pp. 30, *Sapra* note 21, וכן: 12, at p. 17 ו' 19 לחוק החוזים האחרים, המש"ג – 1982, ס"ח 98, עוד לעניין זה ר"א דבריו של השופט מ' חשין בע"א 1795/93 קרן הגבלאות של חברי אגד ביט"ב ג' יעקב: אגד – אגודה שיתופית לתבורה בישראל בע"מ ג' יוסף יעקב, פ"ד נא(5) 433, 468-466, תבונה "קיינות", המגיד תניות מקפוחות בחוק החוזים האחרים, תינו מושגים שמוטע אשר תוכנו יקבע על-פי שיקול-דעתו של בית המשפט. עם זאת, חוק החוזים האחרים עשוי לייצר פתרון מקומי המתאים לדין הישראלי בלבד, ואינו חל במשפט האמריקאי או בקהיליית האירופית.

87 טענה מסוג זה הועלתה נד מונע היופיש בעניין 7 *Sapra*, note 7, ר"א דיון לחין בפרק ג.

89 חוק עוללות מסחריות, המש"ש – 1999, ס"ח 146 (להלן: חוק העוללות המסחריות), ר"א מ' דישע "חוק עוללות מסחריות, תש"ש – 1999" המבקר ל"ט מה (תש"סא) 128, 141, 90

תנור משיבי להטלת אחריות במקרה של תוכנה מסורקת מילוני אחרים ברשת הינה פיקטיבית ומשמטית את הבסיס הנורמטיבי לחיוב החיזי. עדיין ייתכנו נסיבות שבהן חייה ראוי לחייב את מפתח התוכנה, בעל התוכנה או המחזיק בה בנין פעולות שונעו באמצעות התוכנה שהפועיל, אולם נראה כי הבסיס להטלת אחריות במקרים אלה אינו חזק, ויחייב ראוי לבחון נסיבות מעין אלה על-פי עקרונות גוריקים או עקרונות מתחום דיני השליחות.

גם אם נכרת חוזה, הוראותיו יבתנו על-פי דיני החוזים, לרבות עקרון תום-הלב ומסעיף 30 לחוק החוזים שעל-פיו חוזה בלתי-חוקי או המנוגד לתקנת-הצנור יחיה כשל.⁸⁴ במקרים מסוימים, הטלת הגבלות על פעולתם של מונעי יופיש עלולה להיות מנוגדת לתקנת-הצנור.⁸⁵ למשל, ניתן לטעון כי אכיפתן של הוראות חוזיות האוסרות על פעולתם של מונעי יופיש הקשורים לתוכנה מסוימת או הוראות האוסרות על קישולג האתר עלולה לשבש את פעולת הרשת, לפגוע בתחרות ולהגביל את חופש תכסוי. הגבלות

היחלשות גם בהקשר של חוזים מקוונים אינה מהווה שינוי קיצוני, כי אם ההסתחות המגמה תקיימת. תנאים חוזיים תחלו להיחשב, לפחות מבחינה כלכלית, לחלק מן המוצר עצמו. הבחירה לקנות את המוצר המצוייב עם הבחירה להסכים לתנאי החוזה המשולבים במוצר. להשקמתו תותרו לטובת ההסכמה אינו בהעברת כל המוצר לגבי המוצר הנאי השימוש בו ליריעת המשתמשים, שכן אלה לא יהיו מסוגלים לתקיים מהמם ולהיין את משמעות המידע המסופק להם. לפיכך, הפתרון הראוי נתון בדידים של קובעי מדיניות עלילים לקבוע מהם התנאים החשובים שיש לביא ליריעת המשתמשים על-מנת להבטיח את אוטונומיית הדין התופשי שלהם. חלד אינה מגדירה פי יחיו אותם קובעי מדיניות: ואם יחיו אלה מסורות של שימוש-פעולה בינלאומי, מנוגדים ציבוריים או פטיים ראי: M.J. Radin "Humans, Computers, and Binding Commitment" 75 *Ind. L. J.* (2000) 1125.

84 ר"א סעיפים 30, 39 לחוק החוזים.

85 בפרשה שנגדרונה בבית-המשפט בארצות-הברית נטען כי רשיון המגביל את השימוש בכיורד (שאינו מוגן באופן אחר) פטל על-פי דוקטרינת ה"preemption המנוחה בסעיף 301 לחוק זכות היוצרים האמריקאי (1976) § 301 (17 U.S.C. Copyright Act).

דוקטרינה זו מקנה עדיפות לדיני נכויות היוצרים על הסדרים משפטיים אחרים בדיקת המדיניות, העלולה לצמצם את מידת ההגנה הניתנת ליוצרים או להזכותם. אולם בעניין *ProCD*, *supra* note 79, פסק בית-המשפט כי חזי תגליון למקשים המסדה פויות, שיוגה חיונית לתפקוד החקן של השוק, ועל כן, בניגוד למקשים המדיניות, אין הם עומדים בסחירה להוראות של חוק זכות היוצרים, ומשום כך לא יפסלו על-פי סעיף 301 לחוק. מבל מקום, נראה כי דוקטרינות חוזיות עשויות ליצור בסיס מוגבל בלבד לפסילה הוראות חוזיות בנימוקים של שמירה על חופש המדיע. ראי: N. Elikan-Koren "A Public Regardng Approach to Contractng Copyrights" *Expanding the Bounds of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society* (Oxford, R. Dreyfuss & D. Zimmerman eds., 2001).

"עיסקים", הנתבע מונע או מכביר על גישת לקוחות, עורכים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של הנתבע, ופועלת הנתבע נעשית באופן לא-הוגן. בית-המשפט פירש את המושג "גישת" כפרשנות רחבה, ופסק כי יצירתה של אותה הכבדה על הגישה לעסק של מתחרה יכול שתהיה בכל אלה מאמצים הקשר האלקטרוני שעסק מקיים באמצעותם קשר עם לקוחותיו (טלפון, פקס, מיליאה, דואר אלקטרוני).

נראה כי אתרים המבטיחים למנוע כריית מידע על-ידי מנוע החיפוש לא יתקשו בהחלט שני היסודות הראשוניים של עולמת ההתערבות הלא-הוגנת אם התקבל הטענה שצמח התופש האוטומטי שמנוע החיפוש מבצע עלול לפגוע ולשבש את זכויותו ומחירו של השירות לגבי משתמשים אחרים. בכך תקיים יסוד התכבדה.⁹⁴ היסוד של היעדר הגינות קשה יותר להוכחה, ואפשר לבחור-המשפט לאון בהחלטתם בין האינטרס של מנוע החיפוש בתחנת הוצאת החיפוש והתועלת הצוברת שבפעולתם לבין האינטרסים המסחריים הליגיטימיים של אתרים וספקי תוכן.⁹⁵

(ה) עשיית עושר ולא במשפט

במשפט הישראלי עשויה להישמע גם טענה של עשיית עושר ולא במשפט. בעניין א.ש.י.ר.,⁹⁶ נמנו גם בשורה של פסקי-דין מהוויזים שקדמו לה.⁹⁷ הכרו בהיגזמתם ברכה

94 בעניין *Edge Bidders* פגעום אחרות ביום - אף שלא הוכח כי גורם כל זוג בפועל - עלול לפגוע במובנות ובמהירות החיפוש של משתמשים אחרים. ראו: *Edge, supra note 6, at 1071-1072*.

95 בהקשר זה ראו לגינין: במקרה של עזולה של המתגזבל במטלסליל, הטגע שהתקיימה יסודות העולמה, שיקה-הדעת שבידי בית-המשפט מצומצם מאוד, בעוד שעולמה הנובעות לא-הוגנת מאפשרת לבית-המשפט לשלב בהכרעתם שיקולים של מדיניות משפטית ראוייה.

96 רע"א 94/94, 5768/94, 5614/95, 995/96 א.ש.י.ר. רבוא יצור והפצה ב פורום אביביר ומגדיר צריכה בע"מ; חרר ב שוחם מכונות ומכלטיים בע"מ; אתר תעשיית פלסטיק בע"מ ב שיי מפל אלבומים ומוצרי פרסום בע"מ, פ"ד (4) 289 (לחלן); צניין א.ש.י.ר., הנתבעים בעניין א.ש.י.ר. העתיקו מדגימים לא-רשומים מעצמו הנתבעים, דיני המדגמים מעניקים זכויות רק לבעל מדגם רשום, ואילו הנתבעים בעניין א.ש.י.ר. לא רשמו את המדגמים שיצרו. בית-המשפט גרש לשאלה אם ראוי להעניק להובע סעד מקום שדיני הקניין הודוני אינם מכירים בזכות הנתבע, ופסק כי בנסיבות מסוימות, גם מדגם לא-רשום ראוי להגנת סכנת דיני עשיית עושר ולא במשפט, המלווים עקרו-על במשפט האודות. ראו גם רע"א 99/99, 4437/99 א.ר. מעולות סטריאו ואנעקות לרכב בע"מ ב אפריל טקליין בע"מ, פ"ד (2) 232.

97 ראשונה של מגמה זו באה לריי ביטוי בפסק-הדין המ' 12716/98 אנמיה אופנה בע"מ ב ראובר בלן, תק"מ 94(1) 99. הנתבע העתיק שמלות שייצרה התובעת. עיצוב שמלה מתואמת, אולם התובעת לא רשמה את עיצוב השמלה כמדגם. בית-המשפט פסק כי

החיפוש עושים זאת מתוך ידיעה שמנוע החיפוש מנבא לתוכן שמקורו בספקי תוכן אחרים, וקשה לייחס להם טעות בדבר מקור התוכן. בדומה לכך, כאשר מנוע-יעל עושים שימוש בתוצאת חיפוש שהתקבלו ממנוע חיפוש אחר מבלי לציין זאת במפורש, ציבור המשתמשים עלול לסבור בטעות כי שירותי החיפוש סופקו על-ידי מנוע היעל, ולא על-ידי המנוע המקורי. אולם בפועל, מנוע-יעל מציגים בדרך-כלל במפורש שהם עושים שימוש במנוע חיפוש אחרים. במקרים רבים הם, כאמור, העוד מוסיף מציגו מנוע-יעל למשתמשי-הקצה. רק בנסיבות נדירות יהיה אפשר להעלות את הטענה שמנוע-יעל יצר מצג משטח כי קיימת זיקה או חסות בין מנוע-היעל לבין מנוע החיפוש המקורי.⁹¹

(ז) עולמת הקבעות לא-הוגנת

חוק העולמות המסחריות פותח פתח לטענה משפטית נוספת: התערבות לא-הוגנת.⁹² עילה של התערבות לא-הוגנת, לפי סעיף 3 לחוק העולמות המסחריות, נבחנה לא-הוגנה על-ידי בית-המשפט בהקשר אינטרנטי בסטוד הנוגע בשמות מתחם בעניין *מגנטקס*.⁹³ השופט יהודה נפת קביע כי יסודות העולמה מתקיימים כאשר התובע והנתבע שניהם

91 בישראל נדונה גבחת-יען בהקשר של הסביבה האינטרנטית בעיקר בנוגע לשמות מתחם. בעניין נעני ריסק בע"מ, התובעות, נעני ריסק נעניצו בע"מ צריבה והפכה בע"מ, שהן תובות הנוסקות והפכת דיסקים ומנעצי מזיקה בישראל, טענו לתזווית בשם "נעניצ" המקנות לחן בלעדיות בשם ובמהירות שונות ממנו כאחר אינטרנט. הן ביקשו למנוע מהנתבעת, תבדת נטוויזין, שיבוש בשם "נעניצ" ל-portal שבתחם באינטרנט. ת"א (ת"ת) לשם הוכחה עולמה של גבבת-יען לפי סעיף 3(א1) לחוק העולמות המסחריות, על התובע להראות (1) כי רכש מוניציין בשם, לשם כך עליו להוכיח שהשימוש בשם תוביל לכך שתלקי משמעותי מציבור הצרכנים יזוהו את השם במקור הסובין או השירותים, וכן שהשימוש בשם היה כבסטיקו-מסחרי; (2) השעיה - השימוש בשם על-ידי הנתבע מטיחה את ציבור הצרכנים לחשוב כי התוכן של הנתבע הם השוכין של התובע. הנתבעיה נדחתה. השון לעילה של התרות לא-הוגנת במשפט האמריקאי. לדין בעניין זה, ראו: *Magnum*, 14-16 at pp. 30, note 92.

92 ת"א (ת"א) 1627/01 מ.ש. מונטיקס בע"מ ב דיסקופי (ישראל) בע"מ, תק"מ 2001(2) 4238. התובעת הנתבעת מתחרות זו עם זו בתחום שירותי שכפול ומכירתה של מדיה ממוסעת ואופטיק בשוק הישראלי. התובעת ביקשה לחקים אתר אינטרנט ששם הדומיין שלו היה MAGNETICS אך גילחה ששם זה נמצא ברעלות הנתבעת. בית-המשפט פסק כי רישום שם דומיין על-ידי הנתבעת כשמה המסחרי של התובעת חייב בפני התובעת את האפשרות לחקים אתר מסחרי שיישא את שם סימן-המסחר שב הצבור מכיר את תעסק שהיא מנהלת. הציבור יפנה לאתר הנושא את שמה המסחרי של התובעת, אך יגיע לאתר הנתבעת, ובכך נגרמת תכבדה מצד הנתבעת על גישת הלקוחות לעסקה של התובעת.

התמציתיות במקרים זה אינה צודקת, ובלבד שהתקיים בה "היסוד הנוסף".¹⁰³ במסגרת יסוד זה ניתן להתמקד במשפט אם יש בפעולות החוקיות או התפתחות מילום הפרה של עקרון תום-הלב או נסיבות של תחרות לא-חוגגת מוד הפרה של הכללות מסחר.¹⁰⁴ ישומו של מכתב זה בתקשר של מנוצי חופשי חייב את בית-המשפט להגדיר מתי המציפות המסחריות הליגיטימיות של אתרי אינטרנט ומנוצי חופשי ובאילו מידות הן ראיות לחגגת הדגן.

(ו) עילת "ניצול לא-חוגג"

ברומה לכך, במשפט האמריקאי נידונה עילת "ניצול לא-חוגג" (misappropriation). בית-המשפט העליון האמריקאי הכריז בעילת זו לראשונה בשנת 1918 בעניין *Associated Press v. International News Service*,¹⁰⁵ בהעניקו לתובעת, סוכנות החדשות AP, סעד נגד סוכנות חדשות מתחרה שהצטרפה וייצרה עיתונאות "יישואת" למונע (time sensitive) שאספה התובעת. בית-המשפט קבע כי מלקט הידיעות עם תובעית המתחרה ניצול אישינוא של "החדשות המוח" באופן המזוהה תחרות ישירה עם שלא תחול בכל איותם מקרים שבמה מדובר בניסיון להעניק את עילת "החוגג" תגנה משפטית לייצרות שהוצעו במכוון בנחלת הכלל על-ידי דיני זכויות היוצרים. לכן, מקום שבו התובע מבקש למנועי, סכוח טענה ניצול לא-חוגג, הצטרפה נתונים שאינם מוגנים כשליצמם כוחות יוצרים, עילת לחוכה את התקדמות התגאים הבאים: (1) התובע מייצר מדיע או אוסף אתו מוד הוצאה כספית; (2) המדיע רגיש לזמן; (3) שימוש של נתבע במדיע נעשה על-השבון התובע; (4) מוצרי הנתבע מציגים בתחרות ישירה עם המוצר/ השירות של התובע; (5) העובדה שניתן לנצל ללא פיצוי את מאמצי התובע תקשין את התמריץ לייצר את המוצר או השירות הקיים או מסכן את איכותו.¹⁰⁶

גם אם ניתן ללמוד הוצאות חופשי ל"חדשות", לא ניתן להגדירן בקלות כרזינות לזמן, ובדרך-כלל לא יהיה ערכן גבוה להתקופת זמן קצרה בלבד.¹⁰⁷ מעבר לכך, נראה כי יסוד התחרות אינו מתקיים בפעולתם של מנוצי חופשי: מנוצי-על אינם מופייצים באופן

104 עניין א.ש.ג.ר., שם, תשי"א ברק, בע' 481-482.

105 *International News Service v. Associated Press* 248 U.S. 215; 39 S. Ct. 68; 63 L. Ed. 211 (1918).

106 ראו: *National Basketball Association v. Motorola, Inc.* 105 F.3d 841 (2nd Cir. 1997). בפסק-דין זה התבקש בית-המשפט לייצוריים להכריע אם לייגת הכרוסל *National Basketball Association* זכאית למונע מתחרות "מוסורוללה" (Motorola) ויאמריקן אונליין" (American Online) להעביד לליקוחותיהן את הוצאות המשקום בליגה, בהיעדר קניין רוחני בתוצאות המשחקים, ביקשה התובעת סעד מכות העילה הנוקדת של "שימוש לא-חוגג". בית-המשפט, בהיותו ער לסכנות של מתן הנגה רבה למדיע, ידחה את התביעה.

107 לגישה שונה ראו: 71 *Supra note*, שמלצר טוען שהוצאות חופשי דומות להחדשות, ולכן נטילה של תוצאות חופשי יכולה לבסס טענת *misappropriation*.

צמצמית, מכות ריני עשיית עושר ולא במשפט, כעילה "משלילה" לדיני קניין רוחני הקיימת אף מקום שזכות זו אינה נוצרת מכות דיני.⁹⁸ חוק עשיית עושר ולא במשפט מקנה לתובע סעד נגד נתבע שהתעשר על-דשבתו שלא כדין.⁹⁹ על-מנת להצליח בתביעה, על התובע להוכיח את התקיימותם של שלושה יסודות: היסוד הראשון הוא יסוד התמציתיות (רלויון, זכיות – נכס, שירות או טובה-הנאה; במסגרת היסוד השני על התובע להראות כי התעשרותו של התובע באה לו ממנו; ולבסוף, כי התעשרותו הוגנה שלא על-פי זכות שבדין.¹⁰⁰ מתי אותה זכיות שמקורה במנוצי חופשי? לאחריונה פורש יסוד "התעשרות" על-ידי בית-המשפט העליון במרשנות דוחה.¹⁰¹ עמדת שופטי הרוב בעניין א.ש.ג.ר. כי התעשרות היא גם נטילת רציון בלתי-מויגן משקפת עמדה מוסרית מלפניה השקעה משאבים בניתוח וייצור מקנה זכות טבעית לניצול בלעדי של פירות ההשקעה, כך, למשל, ליעה השופטת שטרסברג-כהן בפרשת א.ש.ג.ר., יסוד התעשרות מתקיים בהקשר זה בעצם השופטת מאמן, מתשבת, טרחה, זמן וממון. משבא אחר תעסקתו נחשבת מן תעשרותים השקעה של מאמן, מתעשר הוא על חשבונם של היצור. כתוצאה ממכירת המוצר על ידי המשתתף, גורף הוא לכיסו רווח.¹⁰² על-פי עמדת זו ניתן לטעון כי עצם תשימוש בתוצאות חופשי שהשקף מנוצי חופשי כחומי-גלם לשם פעולות תמיון ותעריכה על-ידי מנוצי-על דיני לקיים את יסוד התעשרות.

על-מנת שתתקיים העילה בעשיית עושר, על התובע להוכיח כי התעשרותו של התובע הייתה שלא על-פי זכות שבדין. ברעוד רין מפורש השולל את הזכות להשתמש בתוצאות החופשי על-פי עילה קניינית או נזיקת (כאמור לעיל) על התובע להראות כי

מקום שדיני הקניין הרווחי אינם מקנים זכות לטעור, ניתן להעניק לתובע סעד מכות דיני עשיית עושר ולא במשפט.

98 ראו עניין א.ש.ג.ר., לעיל הערה 96, בע' 312-315.

99 חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ס"ח מוד(2) 309, סעיף 1.

100 רע"א 371/89 ליברביץ נ' א. ראו נ' אלקין קרון "על כלל ועל נחלת הכלל: מקניין רוחני

לעשיית עושר ולא במשפט" עייני במשפט כה (תש"א) 9. פסקת בית-המשפט בעניין א.ש.ג.ר. מאפשרת מתי הנגה לאינטרסים שאינם עולים כדי זכות ממוסדת אם אינטרסים אלה ראוים להנגה על-פי תחושת הצדק ולפי מדיניות שיפוטית ראויה. בכך בית-המשפט מתעלם מהמונע "נחלת הכלל", שחינו נדון מרובי במערכת האזרחית הנפגמת של דיני הקניין הרווחי. בית-המשפט ממיר את דיני הקניין הרווחי בדיני חופשי, יצירתו של קניין רוחני שבייחוד מאיימה לשבש את משרד האזרחים הפנימיים הקבוע במסגרת דיני הקניין הרווחי, ויצרת מערך חדש המבוסס על עקרונות של זדק. בכך שמנה המסנה שבתלכת א.ש.ג.ר., לצמצום נחלת הכלל, וליצירת אפקט מצנן על השיח הציבורי.

102 עניין א.ש.ג.ר., לעיל הערה 96, בע' 429.

103 ראו עניין א.ש.ג.ר., שם, בע' 477 (תנשיא ברק, בניגוד לעמדתו החולקת של השופט אנגלרד).

בית-המשפט דחה את טענת התובעת כי לא ניתן לבצע עיוולת של הסנת-גבול באתר האינטרנט של eBay מכיוון שהוא פתוח לציבור. תשורתם של eBay וקובולתם, פסק בית-המשפט, הניג רכוש הפרטי של התובעת, ולפיכך הגישה אליהם מותרות הסכמת התובעים. הואיל והתובע האוטומטי נאסר במפורש על-ידי eBay, הן בתנאי השימוש הכלליים והן בהודעות המפורשות ששלחו לנתבעת ובניסיון לחסום טכנית את גישתה לשרת, הסיק בית-המשפט כי החזירה לאתר באמצעות תובעת חיפוש היותה שימשה לא-מורשה ברכוש.

משימוש תבלתי-טורשה מנע ליעד בית-המשפט מ־eBay את האפשרות לעשות שימוש בתחיקו ה"הטובים" של רכוש הפרטי למטרותיה היא. בית-המשפט הניע למסקנה שאם פועילותה של Bidder's Edge הוסיף להתנהל ללא פיקוח, היא תצוד מצדדים אחרות מסוג זה לצורך תפוזים דומים בשרותיה של eBay באופן העלול לגרום לתובעת נזק בלתי-הפוך כתוצאה מירידת התפקוד המערבתי, אי-יציבות המערכת או ציבורי נתונים, וזו היעדר תרשימה לנזק ממשי בהפקוד המערכת בית-המשפט בנתק-כמות (אם שימוש כאמור ייעשה מקובל ויירשם על-ידי רבים, הוא עלול לגרום נזק בלתי-הפוך) הניג בענייניהם. בהיעדר דרישה לנזק ממשי לא ניתן ליישם עילה זו באופן המבדיל בין מצבים רגילים של תקשורת לאתר לכך מצבים אחרים שאולי ראוי להגביל ולמנוע. לכן, עילה זו כפי שישמה על-ידי בית-המשפט רחבה וגורפת מדי. העילה של הסנת-גבול במיטלסליין, שתחלתה בכל הנוגע לשרותים ברשת רחבה מאוד, עלולה לתפוך לעילה-סל כללית החלה על כל פעולה ברשת.¹¹²

ואומנם, העוולת הנוקדת של הסנת-גבול במיטלסליין יושמה בטביבה האינטרנט גם בהקשרים אחרים. בפסק-הדין *Hamidi Corp. v. Intel Corp.* קבע בית-המשפט לערעורים של מדינת קליפורניה כי הצפת מידע החיאתי תאלקטרוני של אינטל על-ידי נתובת הנתוח הסנת-גבול במיטלסליין אף שלא נגרם לאינטל נזק, מלבד סדרתי. ושופט *Kasloky* גרס, בדעת מיעוט, שבוכוז הנתוח שנובע מקיימאת הדואר תאלקטרוני אינו יכול לזיחשב נזק על-פי העוולת של הסנת-גבול במיטלסליין. לדעתו, יישום עוולת זו על סיגנלים אלקטרוניים שאינם גורמים נזק או פוגעים בערכם של המיטלסליין עלול להביא לזרי תרומת העוולת למקרים ולמצבים לא-צפויים.¹¹³ אולם בפסק-דין שניתן לאחרונה קבע בית-המשפט בקליפורניה כי אין צורך בנזק ממשי על-מנת לזיחיק לעוולת של

111 בית-המשפט נימק את פסקו כך: "If the court were to hold otherwise, it would likely encourage other auction aggregators to crawl the eBay site, potentially to the point of denying effective access to eBay's customers. If preliminary injunctive relief were denied, and other aggregators began to crawl the eBay site, there appears to be little doubt that the load on eBay's computer system would quality as substantial impairment of condition or value"

ראו: *DL Burk "The Trouble with Trespas" 4 J. Small & Emerging Bus. L. (2000) 112*

113 *Intel Corp. v. Hamidi 94 Cal. App 4th 325 (2001) 113*

27

ישרי לתפעול הרגיל של מנועי החיפוש, שכן מנועי-על רבים אינם מתחילים ישירות עם מנועי חיפוש.¹⁰⁸ ברומה לכן, מנועי חיפוש אינם מתחילים ישירות עם אתרי אינטרנט. 3. עניין *eBay* והסנת-גבול במיטלסליין

כנור, בעניין *eBay* ביקשה התובעת מבית-המשפט לאסור על עריכת פעולות החיפוש של Bidder's Edge בשרותיה. בית-המשפט נעתר לבקשה והוציא צו-מניעה כמבוקש על-ידי העילה המשפטית המקורית של "הסנת-גבול במיטלסליין". הוא אסר על התבעת להשתמש בתוכנות חיפוש אוטומטיות על-מנת לגשת למטרות המתחשב של eBay לשים להצדקה נתונים על מכירות פומביות.¹⁰⁹ הסנת-גבול במיטלסליין היא עילה שמקורה במשפט המקובל.¹¹⁰ הנונה לשימוש פכוון או תפרעה לשימוש בנכס נייד המתוחק קניינו של אתר, ללא צידוק. בית-המשפט מצא כי על-מנת שהתובעת יעליח בתביעתו בעילה של הסנת-גבול במיטלסליין, עליו להוכיח כי התבעת תפרע לאיגוסרם של המתחיק בכוונה וללא רשות, וכן שהשימוש ללא רשות על-ידי התבעת הסב לנזק נזק.

108 עם זאת הסיק בית-המשפט בעניין *eBay*, שעצם החיפוש האוטומטי שנושאת על-ידי המנוע של Bidder's Edge פגמים מספר ביום פוגע בלגינות ובמחיריות החיפוש של המתחשים אחרים.

109 צו בית-המשפט מצווה על התבעת להימנע מ: "using any automated query program, robot, web crawler or other similar device, without written authorization, to access eBay's computer systems or networks, for the purpose of copying any part of eBay's auction database"

110 ראו: *The American Law of Tort (N.Y., 1993) 217* סעיף 217 *Restatement* מפרט את הדרכים לביצוע הסנת-גבול: (1) גידוש מכוחו של אתר מהנכס, או (2) שימוש מכוחו או תפעולות מכוחו בענייני הולות בנכס שבתחוקת הולות. התערבות בענייני הולות או הפרעה משמעה יצירת קשר נייד מכוחו עם הנכס. הסנת-גבול הנה גם כאשר אתר גורם לנזק באיזים או בהשעה תרומית לתופיע לנכס. לפי סעיף 218 ל-*Restatement* תוסל אחריות בנין הסנת-גבול על תמסגי כלפי בעל הנכס, או כלפי מי שוכאי לתחיק בנכס החוקה מיריית, רק כאשר:

1. מסיג-הגבול סילק את המחיק מהנכס, סילוק יכול להישות ברורים תבאות: לקרות הנכס מחוקתי של אתר ללא הסכמתו, או השגת חוקה בנכס מאחד תאמצעות תרומית או איום, או הטיבת גישת המחיק לנכס, או הטיבת הנכס בעויו בתחיקו של אתר, או לקיות הנכס לשימורת משפטית.
2. או כאשר הנכס נפגם מבהינת מצבו, צרכי או איכות, או,
3. ושימוש בנכס בשלל מהמחיק בו לפירוק-זמן משמעותי, או,
4. נגדים נזק גופני לתחיק בנכס או לאדם או לדבר שבו למחיק יש אינטרסים משפטיים מוגנים. אין זה משנה אם מסיג-הגבול גרם לנזק שלא ככוונה.

נוקדטים: אינטרנט השימוש במידע או בתוכנה¹¹⁹ והגנה על שלמות המידע.¹²⁰ תן לשם הוכחה העברה הפלילית והן לשם הוכחת העוולה הנוקדת יש להראות כי מתקיים היסוד "שלא כדאי". נטל ההוכחה כי המעשה "יצעשה כדאי" מוטל על הנמנה, כוונה המזוהה עם היתרה לחייב את המממש לקבל רשות לעשיית פעולתו, ואם פעולתו חרגה מן החריגה שניתנה לו, היא תחשב לפעולה שבצעתה "שלא כדאי".¹²¹

על-מנת להצליח בתביעה על-פי חוק זמ המובע נדרש להראות כי השימוש במידע הופרש על-ידי פעילות המתבט או כי המידע שונה, בעלי אתרים יכולים לטעון כי פעולת התופעה המגושה באתרם היא חריגה שלא כדאי לתמוך הממשל שלהם, ולעיתים יש בה כרי הפרעה לשימוש באתר בידי משתמשים אחרים, מאחר שעליהם להמתין זמן רב יותר לקבלת מידע עקב תוצאה של העצרת.¹²² בפסקה המצורה השאלה אם יש להוכיח נזק על-מנת שיתקיימו העצרות של שיבוש או הפרעה לתומך מוגבלת¹²³ וחריגה לתומך מחשב שלא כדאי.¹²⁴ הפסקה המצורה היסוד בנושא זה מבטאת מוגנה מצמצמת לדרישת הנוקד, כך למשל, בעניין רפאלי פסק בית-משפט השלום כי על-פי פרשנותו של סעיף 2 לחוק הממושב, כל מחשבוני/א שינוי של תומך המחשב אסור, ואין כל צורך להוכיח שהנזק גרם נזק או שיבוש למחשב.¹²⁵ בדומה לכך, בעניין בארי פסק בית-המשפט המחוזי כי העצרת האמורה בסעיף 4 לחוק הממושב הינה עבירה המוגדרת שאינה חודשת תוצאה המובעת מן החריגה למחשב.¹²⁶ בתי-המשפט עשויים לראות בשימוש תופשי במאגר מידע שבדרך-כלל יש לשלם בעדם טובת-הנאה הנובעת מחריגה לתומך תופשי במאגר היא אם הם ידאו בכך טובת-הנאה גם כאשר מדובר במאגר מידע המותר לשימוש תופשי של המצור והדג, כפי שהיה בעניין *Abey*.

- 119 סעיף 1(1) לחוק הממושב, ואסור על הפרעה לשימוש.
- 120 סעיף 7(2) לחוק הממושב.
- 121 נ. אסיריני מוחשבים - הנהלה למעשה (מחודשת שנית, נ.ג.י.ו. מחשבים, 1996) 213.
- 122 השווה בארצות-הברית: (1986) Computer Fraud and Abuse Act (CFAA). לדיון בעינה זו במשפט האמריקאי ראו: M.A. Orourke "Shaping Competition on the Internet: Who Owns Product and Pricing Information?" 53 *Vand. L. Rev.* (2000) 1965.
- 123 סעיף 2(2) לחוק הממושב.
- 124 סעיף 4 לחוק הממושב.
- 125 ת"פ 1124 (י.ם.) 3813/99 מ"י נ. רפאלי, דינים שלום, כך סו, 861, בפסקה 46 לפסק-הדין (להלן): עניין רפאלי, היצד תוק מובא בחשבון בעת מתן גזר-החיי, ועל תאשם נגדו עונש קל יוסית, שם, פסקה 18. בעניין חוגי בית-המשפט המחוזי את העונש משישים יום לארבעה חודשי מאסר בפועל. ע"פ (י.ם.) 2869/00 רפאלי נ. מ"י (טרם פורסם), אכ, נראה כי מוגנה בתי-המשפט היא להחמיר את הענישה בכל הנוגע בעברות מחשב בשל "תקלות המלה נטבלת של ביצוע העברה, תוק הממושבאלי העצום המלום בה, הקישו בלכירת העברתי", המצורכים הרתעה, ראו ע"פ (ת"א) 71227/01 מ"י נ. טננבאום, תק מ"מ 1540 (2) 2002.
- 126 עניין מונדרי, לעיל הערה 115, בפסקה 145.
- 127 עניין רפאלי, לעיל הערה 125, בפסקה 11 לפסק-הדין.

הסגת-גבול במיטלטלית, אלא זי בשימוש שאינו כדאי במחשב.¹¹⁴ כפי שפורט להלן, נראה שגם בתי-המשפט בישראל נוקטים בגישה דומה.¹¹⁵ ניתוח פעולות של כריית מידע כהסגת-גבול במיטלטלית במשפט הישראלי עשוי להיות בעיני: כך, למשל, דייטש סבור כי ספק אם ניתן לאסור על חריגה למחשב על-פי הדין הישראלי בהתבסס על עוולה של הסגת-גבול בשל העוולה שהעוולה מבוטלת על חריגה לא-ביקשת מוחשי, ואילו מידע הינו אובייקט מופשט.¹¹⁶

אך-על-פי שהחריגה עצמה למחשב אינה נחשבת לעוולה נוקדת כדאי הישראלי, היא עלולה להיות פלילית לפי חוק הממושב אם בעצמה שלא כדאי.¹¹⁷ הפניה שלא כדאי באמצעות העברה של חריגה לתומך מחשב שלא כדאי.¹¹⁸ חוק הממושב מוגן על שני אינטרסים כדאי לשימוש בתומך מחשב היא עוולה נוקדת.¹¹⁹ חוק הממושב מוגן על שני אינטרסים כדאי לשימוש בתומך מחשב היא עוולה נוקדת.¹²⁰ חוק הממושב מוגן על שני אינטרסים כדאי לשימוש בתומך מחשב היא עוולה נוקדת.¹²¹

- 114 *Oyster Software, Inc v. Forms Processing, Inc* 2001 U.S. Dist. LEXIS 22320 (2001) 114. ראו ת"פ (ת"א) 040250/99 מ"י נ. בארי, תק מ"מ 2001 (3) 4272 (להלן): עניין בארי.
- 115 ניתן לראות בפסקה זו פתיחת פתח לתולת החוק הישראלי הממושב של הסגת-גבול כדאי הישראלי באמצעות העברה של חריגה לתומך מחשב שלא כדאי.¹¹⁶
- 116 מ. דייטש "חוקיקת הממושב בישראל" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 446, 447.
- 117 חריגה שלא כדאי לתומך מחשב תמצא במחשב מחזורי עברה לפי סעיף 4 לחוק הממושב. "חריגה לתומך מחשב" מוגדרת בסעיף 4 כך: "חריגה באמצעות התקשורת או התחברות עם מחשב, או על-ידי הפעלתו, אך למעט חריגה לתומך מחשב שהיא האונה לפי חוק האונה סתר, והשליש-1979". לדעת דייטש, הטיבה היא הרתעתית בעיקרה ונובעת מן היצון למנוע עברה אחרת, אשר החריגה למחשב מחזורי כדאי ככל צעיר ונקיחות. ראו דייטש, שם, בע' 446.
- 118 סעיף 1 לחוק הממושב מגדיר תומך מחשב באופן רחב, כ"תוכנה או מידע, מידע מוגדר בסעיף 1 לחוק כדאי: "תוכנים, סימונים, מושגים או הוראות, למעט תוכנה, המורכבים בשפה קריאה מחשב, והמאוחסנים במחשב או מיוצגים לשימוש במחשב עור בלבד". חריגה מסוגים אלו מוגדרת בסעיף 4: "קבוצת הוראות אינה מיוצגים לשימוש במחשב עור בלבד". חריגה מוגדרת באופן סעיף 4: "קבוצת הוראות מיוצגות בשפה קריאה מחשב, מופיעות או לוגרם להתפקד של מחשב או לביצוע פעולה על ידי מחשב, והיא מוגבלת, מופיעת או מסוגלת במכשיר או בהפעל, באמצעים אלקטרוניים, אלקטרונומיים, אלקטרוניים או אלקטרונומיים או שהיא נפרדת ממנו, וכולל אם אינה מיוצגת לשימוש במחשב עור בלבד". כלשהו או שהיא נפרדת ממנו, וכולל אם אינה מיוצגת לשימוש במחשב עור בלבד". עברת שיבוש כדאי אחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים: יתעושה שלא כדאי אחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים: (1) מחשב את פעולתו התקונה של מחשב או מפרע לשימוש בו; (2) מחק תומך מחשב, גורם לשינוי בו, משבשו בכל דרך אחרת או מפרע לשימוש בו, סעיף 1(1) לחוק הממושב קובע: "מעשה מן המעשים המנויים להלן הוא עוולה על פי פקודת תיקון [נוסח חדש], והוראותיה של פקודה זו יהיו עליו - (א) הפרעת שלא כדאי לשימוש במחשב או בתומך מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גילת דבר המגלה תומך מחשב".

בית-המשפט הדגיג התרבות את התגובותה של eBay לשימוש במידע שלה. התגובותו של בעל אורז אינטרנט לשימוש במידע אינה יכולה, כשליצמיה, להפוך שימוש זה לאסור. במאגר התגובות ניסחה למנוע באמצעות טכנולוגיית מ-Bidders Edge לשוח שימוש במאגר התגובות של אנה מעניקה לה, כשליצמיה, וכויות משפטיות. באינטרנט, ניתן לשלול את הגישה למידע באמצעות אבטחת מידע, כך, בעלי של מאגר נתונים יכול לעשותו ומי אך ורק לצורכי האיתון, ולהגביל את הגישה למאגר נתונים. ניתן להגביל מאגרי נתונים אחרים למנויים בלבד באמצעות סימנות או מערכות הצפנה. השאלה המשפטית היא כמובן אם ראוי להכיר בזכות משפטית המאפשרת לבעל אתר למנוע את הגלישה לאתר באמצעים משפטיים.

יש הטוענים שהמשטר המשפטי הראוי הוא זה המתיר ל-Bay, כמו גם ל-Bidders Edge, לקבוע מי ירשה להכנס לאתר שלהם ובאילו תנאים. הכלל המתיר לבעל קניין פרטי למנוע בנסיח לקניינו על-ידי אחרים ניתן להצדקה מוגזמת של יעילות כלכלית. זכותו של בעל קניין פרטי למנוע מאחרים את השימוש ברכוש חינוכי של הקצאה יעילה של המשאבים.¹²⁹ על-פי גישה זו, כאשר לבעל קניין פרטי אין זכות למנוע מאחרים את הכנסתו לקניינו, לא יהיו לו די המגויזים להשקיע ולשפר את קניינו. לשיטתם, בנושא זה אין כל הברל בין קניין רווחי לבין קניין פרטי.¹³⁰ לכן, eBay וכאית לעשות ברכושה הפרטי בראונג, כפי שלבעלים של בני המכירות הפוזיים Christy's ו-Sotheby's תוכח למנוע מכתבים להכנס בהשגה להפיץ ידיעות על המכירות הפומביות לכל קבוצת חבל.

מסרתו של כלל זה היא לעודד את הצדדים להיכנס מרצונם לעסקת המשיחיות ונעלות הדידית. קיומה של הזכות למנוע מאחרים את הכניסה אינו מפריע ליצירת שימושים יעילים בקניין הפרטי על-ידי מי שאינם בעלי. הזכות למנוע מאחרים את הכניסה לקניין הפרטי רק מבטיחה כי תגאי של שימוש כזה ייקבעו על-ידי שני הצדדים: בעל הקניין הפרטי והמקבש לעשות שימוש באותו קניין. מאחר שקל בדרך-כלל לאתר את בעל הקניין הפרטי, יעודד הכלל את הצדדים לשאת-זלמה ביחס לתנאים של רשיון השימוש.¹³¹

אלא שבפועל קיימים הבדלים משמעותיים בין קניין פרטי לבין סביבת המודיע. סביבת המודיע אינה מתייבת הקצאה של משאבים כפי שמשאבים פיזיים מתייבים. השימוש במידע ובמצויי אינו מכלה אותו. כאשר מנוע חופשי בורה מידע באחר, אין הוא שולל מבעל

129 Statement of Amici Identity and Interest, נמצא ב: <http://www.personal.umich.edu/~manne/commence%20page/Bystein%20Brief.PDF>

130 R. Warner "Border Dispute: Trespas to Chatels on the Internet" 47 Vill. L. Rev. 117 (2002).

המסחריים בישראל.

131 אם קיים פגם כלשהו בנורמיות המודיעים על-ידי בעלי האתר, יש לבדוק את חוזים האלה

בכל מקרה המקרה, ולבחון אם תקנת-הצדבור מתייבת לפסול הוראה מוזרזאת הזכות, אולם אין מקום לכלל השולל מראש את כל תכפי המרשאה של אתרי האינטרנט מבלי

לבדוק את תוכנם.

4. השלכותיה של ההחלטה בעניין eBay

ישום עורלה של הסנה-גבול במיטלטלין בכל הנוגע באיתור מידע וכריית מידע ברשת מעורר קשיים רבים. ראשית, מסקנותיו של בית-המשפט בפרשת eBay מבוססות על ניתוח מספורי של פעולות עיבוד נתונים. כאשר בית-המשפט בוחן לגנת את הגישה של איתור מידע ברשת כהסנה-גבול במיטלטלין, הוא מתאר התליכים של עיבוד ותקשורת נתונים כפעולות פיזיות (חזקה, כניסה השימוש המספורי במונחים הקלוחים מן העולם הפיזי לתואר פעולות של עיבוד נתונים על-לף להיות מטעני. למספורת יש כוח מבונון שיש בו כדי להשפיע על המסקנות המשפטיות של בית-המשפט.

השימוש במספורת של קניין פרטי בהקשר זה עלול להיות מטעה, ויש בו משום הגחת המבוקש. המספורת הפיזית מניחה את הבסיס לשימוש ברוקטורניות משפטיות המתאימות למודת הפיזי, ולמעשה לקרקעי. כאשר בית-המשפט מדבר על הסנה-גבול, הוא מניח קיומו של גבול, ובה בעת יוצר גבולות וכויות במודת הווירטואלי מבלי לבחון את ההשלכות שעשויות להיות לכך.

העורלה של הסנה-גבול מבוססת על הפיטה קניינית, המגדירה קיומו של מרחב פרטי מוגדר היטב שגבולותיו נפרצים ללא רשות. תינתן של בית-המשפט מתמקד בקיומו הפיזי של שרת eBay, והנתנה היא כי השרת הוא נכס גד שבבעלי ונא לתנות משליטה מלאה בו. יש להבחין בין השרת הפיזי שפעולות של עיבוד מידע נעשות עליו לבין ההווה העסקית, דהיינו, אתר המכירות הפוזיות שעליה בקשחה הנתבעת לדוות אתר זה. מקישה לרשת האינטרנט, ואין לו קיום באופן גורד מן השרת שאליה הוא מתובר, כל מהותו של האתר הוא הקשר האינטראקטיבי שהוא יוצר עם ציבור המשתמשים המציינים באמצעותו את מרכולתם וטעמים בו נסקות, כלומר, שולחים לשרת נתונים ומקבלים ממנו נתונים.

נוסף על כך, גבולותיו של השרת לא נפרצו. שלמות השרת או המידע השמור בו לא ניוקו באופן פיזי. תימתי המנהג את הניתוח של בית-המשפט ומכתיב את מסקנותיו מבוסס על הדידית פיזית לשרת, אולם תהליך של כריית מידע אינו אלא תקשורת וירטואלית. הוצאת נתונים מאתר אינה יכולה להחשב כניסה פיזית למרום שהמדע מופיע בו. פרשנות כזו גורפת מזה ואינה מביאה בחשבון את אופיה המיוחד של המדיה הדיגיטלית. מידע המיוצג באופן דיגיטלי אינו נראה לעין באופן ישר, והעיון בו מתייכ תמדי "שימוש" במדיה לפי פירושו דומה, ות.¹²⁸ אם שיגור שא-לוחות לשרת עלול להיות הסנה-גבול, הרי שגם עצם הגלישה לאתר ללא רשיון, או בתדירה מוגזמת השיח, עלולה להיות הסנה-גבול. משתמשים המתארים את חוויות הגלישה ינקשו לעיתים קרובות בהתאור "נבנסנו לאתר XXX", אולם גם פעולה זו של כניסה לאתרים אינה אלא פעולה של שליפת מידע הכרוכה במשלוח מידע מרופדן הנולדש אל השרת שבו מצוי האתר אליה הוא מבקש לגלוש. כדי שהתאפשר הגלישה, חייב השרת שהאתר שמור בו לביצע את משלוח המידע בהתאם לבקשת.

128 J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 Cardozo Arts & Ent. L. J. (1994) 29

צל-ידי מנועי החיפוש. אין ספק שזכות זו עשויה להגביר את הזמינה בכל מה שנוגע בתוצאות חיפוש, מכיוון שפעולות האיתור המיון יקו כפופות להסכמה ולשלילה בעליות של בעל האתר.

אולם להלכה בעניין eBay השלכות נוספות. הצו הוגי שנתן בית המשפט מאפשר ל-Ebay להגביל את הגישה לשרתיה. אלא שבנוסף, מה שעמד על הפרק בתביעה משפטית זו היה שליטה, ולא גישה. מטרתה של התביעה הייתה לשמור את שליטתה במידע על המכרות הפומביות המתקיימות בארץ, על קהיליית המשתמשים, על "סדר-היום" הצרכי ועל מרחב החירות של הקוחות. אופיה המבודד של רשת האינטרנט מגביר את הרוח המופעל על מערכת המשפט לצורך אמצעים לשליטה בשוק. בהיעדר צוואר בקבוק מרכזי במתן צמצום, שהתקיים בשוק נוספים להסתמך יותר ויותר על זכויות משפטיות על-פניה לצורך מוקרי שליטה ולשמור את שליטתם בשוק המרכזי.¹³⁵

לכאורה, מדין זכויות לבעלי אחרים מחזק את מוצמדים ומחליש את כוחם הריכוזי של מנועי החיפוש, אולם ההגלות הקיימת בין מנועי חיפוש וחיפוש לאחרים, לצד הריכוזיות הטבעית בשוק של מנועי החיפוש, מובילות לתוצאה שונה. תכלית המקנה זכות בעלות לעשיית שימוש בתוצאות חיפוש, כפי שנישנה בעניין eBay, מעניקה כוח משפטי למנוע מתחרים חריזה לשוק. כאשר מנועי חיפוש וקונים לדישין על-מנת לאתר ולהפנות למנוע המנועי ברשת (אם כי לא להצטרף), עלות החיפוש גדלה עקב ייקור של עלויות העסקה, המוזיקת צוות ניהול משא-ומתן, רכישת רישיון ותשלום גדול עקב ייקור של עלויות העסקה, המוזיקת ייקור התוצאות המרכזיות בהפעלתו של מנוע חיפוש מגדיל במידה ניכרת את הסיכוי המכריח לשיוק, וצפוי לצמצם את פעילותם של מנועים לא-מסחריים ולהוביל למסחר סביבת המידע. התוצאה היא ריכוזיות בשוק של מנועי החיפוש, בעוד ששוק זה, כפי שנסעף לעיל, נוקד להתחרות. מעבר לכך, הוכח למנוע חיפוש, בעוד ששוק זה, כפי לעשות זאת, מקנה כפופול שלטת משפטית בתוצאות החיפוש. תוצאות החיפוש הנפרדות לנוכח המצוי בשליטת הפרט, נכס זה ניתן לצבירה וצפוי לשמש את הפירמה לצרכים אסטרטגיים, כגון איסור על סיווג כריז מתמדים או התגייסות בקידום ואינטרסים המסחריים של הפרט. בעוד שהזכות למנוע גישה לנתונים ולמידע הפתוח לציבור הוגבלת מפורשות באמצעות דיני זכויות יוצרים, החלוקן של דוקטרינות משפטיות אחרות יוצרת שלטת בתוצאות החיפוש ב"זכות האחריות". ריכוזיות בשוק של מנועי החיפוש צפויה להחזיק לתחרות בשוק המרכזי. תחרות זו תוגדר לא רק למסחר, אלא גם לזמקרישית.

תחרות חופשית בשוק מנועי החיפוש עשויה להפחתה חלק מהעיוותים שבדנו לעיל. נראה כי הדרך הנכונה להבטיח את אמינותן של תוצאות החיפוש ולהגדיל לניסוי מרבי של

135 לטקסר האמנים של חברת התוכן לוחזב את זכויות היוצרים באמצעות תקינה, יואו:

J. Litman *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet* (N.Y., 2001).
לשנת שלטת על ערפי הפצה, ראו: N. Elden-Koren "Its All About Control" *The Commodification of Information* (London, N. Elden-Koren and N. Netanel eds., 2002).

האתר את היכולת לעשות בו שימוש, בניגוד לאדם הנכנס ללא רשות לקרקע ותופס בה חוקה או משתמש במכונתו של אחר ואינו מאפשר לבעליה להשתמש בה באותה עת. שרתים המחשב המקושרים לרשת האינטרנט עושים פעולות רבות של תקשורת נתונים ונטילים חלק בעמדות הרשת. משטור של קניין פריטי שיאפשר למנוע תקשורת לאתר המצוי בשרת באמצעים משפטיים עלול לפגוע בתרבותיות הכלכליים והתפעוליים של תכונת התקשורת ברשת ובאופיה של רשת האינטרנט. תביעות המשפטיות שנתמכות על ההלכה בעניין eBay הצביעה על כך שהלכה זו מעודדת מנגמת של חלוקה פיצול והפרדה ברשת. זכות חקירת רחבה למנועת גישה למידע הפתוח לציבור עלולה למדח את חלשת ולפצל אותה לאזורי סגורים.¹³⁶ החלף זה של חלוקה והפרדה ברשת ימנע ודימה חופשית של מידע, שהיא הבסיס לתרבותיות של הרשת, ולפכך יש בו כדי לפגוע בטובת הציבור.¹³⁸

מנגד נסעף כי אין סתירה בין בעלות פרטית לקישוריות. למשל, כפי שבעלי קרקעות פרטיות המקושרות לכביש מהיר זכאים למנוע כניסה לשטחיהם ללא היתאם, במסגרת תוזת או אחרת, כך גם בעלי אדמים המקושרים לרשת האינטרנט, האנלוגית לכביש המהיר. קניין פרטי יכול להתקיים לצד אוטוסטודת המידע הציבורית ממש כפי שקרקעות פרטיות קיימות לצד כבישים ציבוריים.¹³⁴ השימוש במספודת או משימוש במכונה, שכן ורשת האינטרנט מורכבת מכל אותם שרתי מחשב המחוברים אליה ומשתתפים באופן פעיל בתעבורת ברשת. כמובן זה, הדבר דומה ל"אוסטודת" שכל כולה מורכבת מקרקעות פרטיות. אחרי האינטרנט באנלוגיה זו מתווים חלק מן הכביש המהיר, וזכות משפטית למנוע כניסה לאדמים עלולה לשבש את תעבורת הרשת.

132 *Burk, supra note 112* טוען כי ההכרה בזכויות משפטיות למנוע כניסה לאדמים תאלץ על פסק תוכן לרדוש רישיון ותוביל ליצירת סוג של אחרים סגורים ברשת, ראו גם: M.A. O'Rourke "Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World" 82 *Minn. L. Rev.* (1998) 609, 703

133 *ibid.* בהתייחסות העובדות הציבוריות הנוצרות בסביבתם כפי שהיא קיימת כיום עלולה לעמוד בסכנה כתרצואת מהותית משפטית שיאפשר "בעלות-יחיד" לעובתו או שריות. לכן, אף שהכלל שבקבע בעניין eBay אינו מקנה זכויות קניין בתוצאות חיפוש או במידע שיש לדרו ממצטק הרשת, הוא יוצר כפופול זכות משפטית למנוע את השימוש בתוצאות החיפוש. זכות כזו עשויה לאפשר לבעלי אחר לשלוט באופן שבו יסווג האתר

134 ראו: Statement of Amici Identity and Interest, <http://www-personal.umich.edu/~mmanne-commerce/Epstein%20Brief.PDF>

הזיגיש כי בעוד התמונות הינן יצירות בעלות אופי אומנותי, השימוש על-ידי מנצח החיפוש תחומי משרת יעדים פונקציונליים, ומטרתו לסווג ולשפר את הגישה לציורים. 139 לכן הסיק בית המשפט כי אין בשימוש זה משום פגיעה בשוק של התובע.¹⁴⁰

בית המשפט לעיצורים אישר כי מוצרי התמונות הינו בעל אופי סטנדרטמטיבי, שכן המטרה ביצירת הגרסה הממוצעת שונה בתכלית ממטרת התמונות המקוריות. בעוד יצירותיו של התובע (Kelly) הינן בעלות אופי אסתטי ואומנותי, מטרתן של התמונות הממוצעות היא פונקציונלית. הן נוצרו ליצור מפתח (אינדקס) ולשפר את הגישה לתמונות המקוריות המוצגות ברשת. זאת ועוד, התמונות שבתוצאת החיפוש קשורה בהרבה פן היצירה המקורית, ואף לא ניתן להגדילן מבלי לפגוע באיכות התמונה, עברה זו, סבר המשפט, מבטחה גם שהמטרה אינה גורמים נזק לשוק הפורנוגרפיה של היצירה המקורית, שכן מוצרו ברוחלוציה נמוכה אינו יכול לשמש תחליף ליצירה המקורית בגודל מלא. אשר על כן קבע בית המשפט כי יצירת התמונות הממוצעות נכנסות בגדר הריג של שימוש הוגן.

באשר ליישום השינוי, הקישור המציג את התמונה בגודלה המלא, הגיע בית המשפט לעיצורים למסקנה שונה, הוא פסק כי אין מדובר ביצירת עותק, כי אם ב"הבאה" התמונה ישירות מהאתר של התובע, ועל-כן אין בכך משום הפרת זכותו של בעל זכויות היצירה לשמור את יצירתו (right of reproduction) אולם הקישור המציג את התמונה בגודלה המלא מפר את זכותו הכלכלית של התובע להציג את יצירתו בצורה (public display right).¹⁴¹ קישור זה, כך נפסק, אינו מהווה שימוש הוגן, שכן הוא אינו בעל אופי סטנדרטמטיבי, מטרתו אינה שיפור הגישה לתמונות המוצגות ברשת, אלא הבאת תוצר החיפוש המוגמר לידי המשתמשים, בכך הקישור פוגע גם בשוק של בעל זכות היוצרים, על-כן קבע בית המשפט לעיצורים כי קישור כאמור על-ידי מנצח החיפוש, אם נעשה ללא רשיון, מהווה הפרה של זכות היוצרים, והנתבע חב בניגה באחריות ישירה.¹⁴²

2. הזכות הרחבה לזכות למנוע קישור

מעניין לבחון כיצד פורש בית המשפט לעיצורים את זכות התוצגה ביצירה. חוק זכויות היוצרים האמריקאי מגדיר תצוגה כמעין 101 לחוק כדלקמן: "To 'display' a work means to show a copy of it, either directly or by

הוצג המופיע ברשת היא תחרות. מעבר לכך, מאחר שמנועי חיפוש מתפקדים כשומרי-קף וירטואליים, שוק תחרותי הונוי להפסדות הביזור במקורות המידע ברשת ולהפסדות התחרותיות בסחר האלקטרוני.

לסיכום, בעוד מנגנון השוק המרוץ הטכנולוגי מאפשרים התפתחות של תחרות בין מנועי החיפוש, מתן זכויות בעלות על ערכה. הכרה בזכויות אלה עלולה לפגוע בתפקוד הסחר האלקטרוני ולהשפיע באופן מהותי-לכת על מבנהו של שוק התוכן. ההחלטה בעניין *עגלב* עלולה להקשות על פעולתם של מנועי חיפוש ויצמצם את התחרות בשוק של מנועי החיפוש. היעדר שוק תחרותי באמצעים המהווים "שומרי-קף" וירטואליים ברשת עלול לסכן לא רק את יעילותו של הסחר האלקטרוני, אלא אף את חופש המידע ואת עמידתו של הרישת כאמצעי ביסודי ומהותי.

ג. עניין *Kelly v. Arriba* והזכות לשלוט במשמעות היצירה

1. עניין *Kelly v. Arriba*

גם בעניין *Kelly v. Arriba Soft Corp*¹³⁶ דן בית המשפט במנועי חיפוש. הפעם התמקד הדין המשפטי בהקניות פעולתו של מנוע חיפוש ובמקומן המשפטי של פונקציות שונות הקשורות לפעולתו. מנועי החיפוש של הנתבע פורשה זו (*ditto.com*) סופק שירותי חיפוש חודשיים שאפשרו למשתמשים לאתר תמונות קבצים גרפיים (*gif*) ברשת האינטרנט. שני יישומים של מנוע החיפוש נדרונו בפסק-הדין: האחד נוגע באופן הצגתן של תוצאות החיפוש כרשימה של תמונות הממוצעות והאחר נוגע באופן הקישור לתמונות המקוריות. לחיצת המשתמש על התמונה הממוצעת בתוצאת החיפוש פתחה שני חלונות במקוריים: אחד המכיל את התמונה בגודל מלא (באמצעות פונקציה קישור לעמוד באתר המקורי) והאחר מכיל את עמוד האתר המקורי במלואו. התובע, אמן שיצירותיו פורסמו באתר *ditto.com*, הגיש תביעה נגד מנוע החיפוש *ditto.com* ביזן שימוש ביצירותיו ללא רשיון.

בית המשפט בערכאה הראשונה קבע כי השמעתן והצגת היצירות הממוצעות מהווים הפרה של זכות היוצרים, למעט אם יזנה לכן הסכמה על-ידי תבעלים החוקיים. עם זאת, לגובה השיבותם של מנועי חיפוש והאופי הטרנספורמטיבי של השימוש בניסוח מקוטנות של המציגים, פטר בית-המשפט את הנתבעת מאחריות בנין הפרה, ופסק כי השימוש על-ידי מנוע החיפוש היה שימוש הוגן.¹³⁸ למרות האופי היצירתי של התמונות שנוצרו ומידת התערותן, המהווים כדרך-כלל משקל-נגד בהכרעת על ישימוש הוגן. בית המשפט

136 עניין 74 *Kelly, supra* note 74, ערכאה ראשונה.

137 GIF (Graphics Interchange Format) – תבנית קובץ מקובלת להצגת דמויות גרפיות באינטרנט.

138 עניין 1121, at p. 74, *Kelly, supra* note 74, ערכאה ראשונה.

דומה שבמשפט הישראלי איך הוראה דומה, וכוונתו הכללית של בעל זכות היוצרים מוגדרת בסעיף 2(2) לחוק זכות יוצרים, לרבות "זכות היוצר להעלות על הכמה את היצירה או חלק ניכר הימנה בצורה של מופש" 150. מה פירוש "להעלות על הכמה"? במקרה האנגלי נאמר *perform in public* 151. המונח "הצגה" (performance) מוגדר בסעיף 35 לחוק זכות יוצרים: "הצגה" פירושה "כל הצגה של יצירה על דרך השמעה וכל הצגה דומה דומה של יצירה על דרך ראייה, לרבות הצגה כזאת באמצעות מכשיר מוכן" 152. הגדרה זו מתירוסת כמובן לביצוע פומבי, ולא להצגה ברבים. בעוד שביצוע פומבי עוסק ביצירות שניתן להציג באופן פנימי המהווה שימוש ביצירה לנגן, להופיע, להראות, וכו' ההצגה כמובן *Display/Exhibit* מההיסט למצב שבו מראה של היצירה עומק מסוים בחדרים מן היצירה, למרות זאת, הגנתי ברבים של עותק מפר של היצירה לצורכי מסחר מוגדרת כעברת בסעיף 3(1)(ד) לפקודת, 153 ובאופן תמורה, היא מוגדרת גם כעברת בסעיף 3(1)(א) לפקודת זכות יוצרים, 154. לאחורונה צמד פורמטור ויסמן על העוברת שמירת ות היה שוני במחוקקה, בני שרביי החסבר לחוק מעידים, ראו: H.R.Rep. No. 94-1476, 62-64, 79-80.

150 חוק זכות יוצרים סעיף 2(2): "יצור" חוק ות, זכות יוצרים פירושה זכות קנין להעלות על הכמה את היצירה או חלק ניכר הימנה בצורה של מופש או להעתיקה ואם היצירה היא היצירה - לקרוא בצבור את היצירה או חלק ניכר הימנה."

151 Copyright Act, 1911, S.1(2): "For the purposes of this Act, 'copyright' means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material from whatsoever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public".

152 חוק זכות יוצרים, סעיף 35. בנוסח האנגלי, 1911, S.35, Copyright Act, "Performance" means any acoustic representation of any dramatic action in a work, of a work and any visual representation made by means of any mechanical instrument including such a representation made by means of any dramatic action in a work, including such a representation made by means of any mechanical instrument" אף שהמונח הגנה אינו מופיע בנוסח העברי של סעיף 2(2), המונח *performance* מופיע במקור האנגלי. הן בסעיף 2(2) והן בסעיף התגורות. ראו לעניין זה יו' גרינברג וכוונות יוצרים אומנים ולמפיקים: תולדות תרבות ההסכמים (סדן), תשי"ח 71, הערה 31.

153 פקודת זכות יוצרים, 1924, סעיף 3(1)(ד): "by way": "יצג ברבים לצרכי מסחר כל העתקה מפרה של יצירה כזאת". ובנוסח האנגלי: "by way": "Any person who knowingly makes or has in his possession any infringing copy" of trade exhibits in public any infringing copy".

154 סעיף 3(1)(א) לפקודת זכות יוצרים: "כל תעושה ביוצרין אחר תעושים ולקנין יצגו - מאמר שלוש שנים וקנס פ'י שבעה מהקנס שנקבע בסעיף 4(א)61 לחוק העונשין, תשל"ו-1977: (1) עושה או מוחזק ברשותו לוח כתי לעשות בו העמקות מפרות של יצירה שיש עליה זכות יוצרים, או גורם לשם תועלתו הפרטית להצגתה ברבים של יצירה שיש בה זכות יוצרים שלא בהסכמתו של בעל זכות היוצרים". ובנוסח האנגלי: The Copyright Order, 1924, S.3(2): "(1) Any person who knowingly makes or has in

means of a film, slide, television image, or any other device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show individual images nonsequentially." 143

הצגות היצירה כוללת איפוא את הזכות והכלעית להציג עותק של היצירה, דהיינו, את האובייקט תפיש המגלם אותה, באופן ישיר או באמצעות מכשיר (כגון מקרן, שידור טלוויזיוני או סרטי, נראה שהצגה באינטרנט עשויה להיות הצגה באמצעות מכשיר כאמור. 144. אולם ספק אם קישור שאינו יוצר הצגה עצמאית של היצירה מהווה הצגה במשמעות החוק. זכות התצוגה אינה גורעת מזכותו של בעל עותק של היצירה להציגה בפומבי 145. הזכות הכלעית להציג את היצירה חלה רק על הצגה בפומבי, כהגדרתה במשפט האמריקאי בסעיף 101 לחוק. דהיינו, הצגה במקום ציבורי 146 או העברתה ליצנר באמצעים שונים, 147. כך, למשל, הצגה של יצירת אומנות במסגרת סרט או כתפאורה בתוכנית טלוויזיה עלולה להיות תפורה של זכות התצוגה בציבור. 148. באופן כללי ניתן לומר שהזכות להציג את היצירה כפיכור התעוררה כמסיקה פסורית בלבד, ולא זכות כמעט כעניין ובפרשנות. 149.

145 Copyright Act, 1976, 17 U.S.C. § 101, 17 U.S.C. § 101 (1976).

144 ואם חלה זכות התצוגה בפומבי באינטרנט יש השריגים כי התיאוריה החוקית של החוק האמריקאי משנת 1976 מעידה כי מנסיון ראו לנגד עינינו התפתחויות פטרולוגיות מסוגה של רשת האינטרנט. ראו: Reese, *supra* note 141.

145 חודג' שבסעיף 109(ס) לחוק זכויות היוצרים האמריקאי (17 U.S.C § 109(c)) מנקנה לבעלי של עותק פיזי של היצירה וכוונות מסיבות להציגו בציבור ללא צורך בקבלת תישאח מטעם בעל זכות היוצרים.

146 Copyright Act, 1976, 17 U.S.C. § 101, (1976): "a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered".

147 Copyright Act, 1976, 17 U.S.C. § 101, (1976): "to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times".

148 ראו, למשל: Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc. 126 F. 3d 70 (2nd Cir. 1997).

149 זכות ההצגה בפומבי הינה זכות חדשה יחסית, והיא אומצה כחלק מאגד הזכויות הכלעיתיות של בעל זכות היוצרים, בסעיף 106 לחוק זכויות היוצרים האמריקאי, רק בשנת 1976. קיומה של זכות זו החקף התולדת על יפי החוק האמריקאי הישן, משנת 1909,

שחיצורה המקורית הוצגה לציבור הנגלה בשרש על-ידי האתר שבו נשמרה לראשונה, אם מפורטה של זכות ההצגה היא לאפשר לבעל הזכות לכוון את המגזר יצירתו בפומבי (העיתוי והנטיבות), הרי שמרגע שהיצורה פורסמה באינטרנט השתכללה הצגתה בציבור. זאת ועוד, הקישור עצמו אינו יוצר תוצאה חדשה של היצירה, והעברה של התמונה לזרפמן הנגלה נעשית על-ידי שרת המחשב שהתמונה נשמרת בה, ולא על-ידי מגזר המחשב, שאף במקרה הנדון, אם תוסר התמונה מן השרש ולא תוצג כלל, לא תופיע בתוצאות החיפוש תשובה בהתאם. אם תוסר התמונה מן השרש ולא תוצג כלל, לא תופיע התמונה גם במגזר החיפוש. עולה מן האמור שמגזר החיפוש אינו מבצע הצגה עצמאית של היצירה, והשוואה לטכנולוגיות אחרות המאפשרות הצגה עצמאית להמחיש את הנאמר. למשל, תוכנית טלוויזיה שהיצירה המקורית מצולמת בה, בין שהיא מוצגת ברשת הפרט ובין שהוצגה בציבור. שיצור הטלוויזיה יוצר מצג חדש ועצמאי של היצירה. מצג זה הינו בלתי-תלוי בהצגת היצירה המקורית. הקישור היצירה המקורית באמצעות מגזר החיפוש יצר הפניה של המשתמש אל המצג המקורי של היצירה. ההכנה בין יצירה מצג חדש ועצמאי של היצירה לבין מגזר גישה למצג קיים של היצירה, המציג המקורי להתגות והקישור מאפשר אך ורק גישה למצג קיים של היצירה, המציג המקורי ממשך להתגות משליטה ביצירה המוצגת; יש בכוחו לכתור אם להציג את לא, ויש בכוחו להגדיר כיצד תוצג היצירה, באיזו צורה, באיזה פורמט, באילו ממונים וכדומה. כאשר מדובר בהצגת היצירה בפומבי, באמצעות שקופיות או שידור טלוויזיה, נוצר מצג חדש ועצמאי של היצירה.

הפעולה הטכנית שניתנה ברת-המשפט בעניין *Kelly* היא יצירה קישור לתוכן המוקדם. דהיינו, רפופן הנגלה מופנה לעמוד ספציפי או לתוכן מסוים המופיע באחר שבו פורסם במקור. במובן, כאשר הנגלה לוחץ על הקישור, נשלחת המחשב המשתמש בקשה לשרת שבו פורסם המסמן, ושרת זה שולח אותך של המסמן אל מחשב המשתמש. ברת-המשפט בעניין *Kelly* מתאר את הפעולה שעשה מגזר החיפוש במגזרים *online linking* וכן *embedding*. בפועל נמוג ברת-המשפט מלגודיר מושיגים אלה, והסתפק בהיאור כללי בלבד של הפרטים הטכניים הקשורים לפעולתו של מגזר החיפוש.
קר, למשל, ברת-המשפט מתאר את פעולת הקישור:

"The process of importing an image from another web site is called inline linking. The image imported from another web site is displayed as though it is part of the current web page, surrounded by the current web page's text and advertising. As a result, although the image in Arriba's Image Attributes page was directly from the originating web site, and not copied onto Arriba's, the user typically would not realize that the image actually resided on another web site."

תיאר זה אינו מסביר במובן מדוע המדובר בהצגה, התגוה של ברת-המשפט כי המשתמש המביד אינו יודע שהתמונה לקוחה מאתר אחר אינה מובוסת. כפי שגידון לילי, המשתמש המביד של מגזר החיפוש עושה בו שימוש על-מנת לאתר תמונים המצויים באתרים אחרים ברשת. נוסף על כך, גם אם נקבל את התגוה שתוצגת זו עשויה להשעות,

בהגדרת העברה מבוסס על טעות המורה בתרגומו של תוקן זכויות היצורים מנוסחו (המחוקק) באנגלית.¹⁵⁵
בפרשור את הזכות להצגה בפומבי פסק ברת-המשפט בעניין *Kelly* כי מגזר החיפוש השתתף בהצגת היצירה של התובע:

"Arriba actively participated in displaying Kelly's images by crawling the web, finding Kelly's images, and then having its program inline link and frame those images within its own website. Without this program, users would not have been able to view Kelly's images within the context of Arriba's site." (ק"א-י' 1, א"י-י' 1)

פרשנות זו של ברת-המשפט הינה תקדימית בכל מה שנוגע בישימה של הזכות להעלאת להצג את היצירה באינטרנט.¹⁵⁶ פרשנות רחבה זו מתעלמת מן העובדה

his possession any plate for the purpose of making infringing copies of any work in which copyright subsists or knowingly and for his private profit causes any such work to be performed in public without the consent of the owner of the work...".
"The Copyright Order, 1924, states that a person who infringes the copyright in a work is liable to a fine of five pounds...".
הנוסחה האנגלית, העברה, תקינה ב-1924, מתבססת רק אם היה "ביצוע פומבי" ("performed in public") של היצירה. אולם, לפי התרגום לעברית של הפקודה תביעת העברה, תקינה כשיקף (1) לפקודת זכות יוצרים, 1924, אם נעשתה "הצגה ברבים" ("in public in exhibition") של היצירה. בעוד שהמחוקק המנדטורי הבחין בין שתי העברות וקבע כי "ביצוע פומבי" של יצירה מתגבש לכדי עברה רק אם המבוצעת אינה עברה מפרה, הרי שעברה של "הצגה ברבים" מתגבשת לכדי עברה רק אם היצירה המוצגת הינה מפרה. בשל טעות המחרגם לעברית, שעשת שימוש בפועל "הצגה ברבים" (אולם, לפי העניין בוכויות יוצרים) הפורקליט מה (המס' 229-231).
בשרי העברות, הצגה ברבים של עותק חוקי של היצירה מהווה עברה פלילית. להרחבה ראו י' ויסמן "לעניין בוכויות יוצרים" הפרקליט מה (המס' 229-231).
155 ויסמן מרגיש את ההבנתו בין ביצוע פומבי לבין הצגה ברבים, ומציין את היצירות שנוצר בדרך הישראלית כהוצאה משיבושים בתרגום מאנגלית, שלא הריא התנהגויות בכתובות. ראו בייסמן ויסמן 360/83 סטודנטיק בע"מ נג גלידה ויסמן בע"מ, פ"ד (מ"ג) 346, 156 בפסק-דין בעניין *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena* 839 F. Supp 1552 (M.D. Fla. 1993) ופסק אומנם כי פרסום תצלומים ללא הרשאה על גבי מסך נתונים אלקטרוני (BBS) מהווה תפרה של זכות התוצאה בפומבי, אולם הלכה זו נדחתה על-ידי פסיקה מאחרת. ראו: *Sega v. MAPHIA*. הד"ר שחברן צוות העבודה של ממשל קלובין בנושא "זכויות יוצרים אימץ פרשנות רחבה אך יותר של זכות התוצאה בציבור, בקובעו: שחל" any user browse through copies of works in any medium... a public display National Information of at least a portion of the browsed work occurs" (White Paper, 1995 Infrastructure, על צמדה זו נמתחה ביקורת רבה, והיא לא העיוורת שוב עד לעניין *Kelly, supra* note 7).

זכות ההצגה בפומבי, במשפטנותה על-פי עניין *Kelly*, חלה על כל קישור, למעשה, חלכה זו מהותית קבלת הרשאה לכל קישור, ומקנה לבעלי אתרים וספקי תוכן את הזכות המשפטית לסרב ליצור קישור באמור, 161 פריטות זו בהקשר של האינטרנט משמעותה יצירת זכות משפטית חדשה לכל התוכן לשלוט בהקשר שבו יופיע התוכן. אף כי ניתן להצדיק הגנה על זכות הבעלים לשלוט במשמעות יצירתו בנושבת מסוימת, יצוגה של זכות זו במטרה המצילה של "הצגתה בציבור" יש בה כדי להקנות הגנה רחבה מדי לבעלי הזכויות בתוכן, מעבר למה שמתחייב לשם הכסתה האינטרסים הראויים להגנה. יצירתה של זכות שליטה רחבה מסוג זה, מבלי להגדיר את גבולותיה, עלולה להגביל ללא צורך את השימוש בקישורים, ובכך להשפיע על דרימה המיוצגת ושל תהליכים של יצירת משמעות.

3. קישורים, הקשרים והקשר בניגודם

מתן גישה ליצירה באמצעות קישור אינו יוצר אומנם הגנה חדשה, אולם יש בכוחו להצמיד את היצירה בהקשר חדש, שונה מזה שאליה הוכיחו ספק התוכן המקורי, ליצירתה להצגה באור חדש. כך, למשל, בעניין *Kelly*, בניין זה עסק בית המשפט בקישור מן הסוג של *farming*, המאפשר לגולש לתוכן המקושר בתוך הלוח נפרד/מפוצל על-פי המגדרות שבאתר המקשר. יש סוגים שונים של קישורים, והיישומים הטכניים מתפתחים כל העת. קיימים קישורים (HERB) המאפשרים גישה לאתר אחד בלבד בנקודות זמן אחד (דרייב), תגילש המטמנים בקישור מופנה לאתר אחר, ולפיכך תוכן האתר המקשר וכתובתו יוחלפו בתוכן האתר המקושר וכדומה URL, והקישור שביצע מנוע החיפוש בעניין *Kelly* לא החליף את התוכן המקורי באתר, אלא הציג אותו בתוך הלוח נפרד. גם במקרה זה, כאשר המטמנים לוחץ על הקישור, נשלחת בקשה למחשב המשתמש אל השרת שבו היפועה התמונה המקורית, ושרת זה שולח את התמונה למחשב המשתמש לבקשתו. התמונה תופיע בתלון שיוצד לה בתוך תוצאות החיפוש של מנוע החיפוש. בהמרה המקוריים לא חל כל שינוי.

במפורד המקוריים לא חל כל שינוי. קישור זה מאפשר אפוא גלישה ממוקדת בתוכן מסוים באתר. הוא מאפשר לכתוב תכנים שונים בהקשר חדש. לדוגמה, מאמר המתפרסם ברשת האינטרנט יכול לכלול הערות שוליים מקורות, כך שהקורא המעיין במאמר ומבקש לברר מהי האסמכתא לאמרו או מהו המקור היצירתי יכול ללחוץ על הקישור ולצפות בתוצאה המקורית, בעמוד מסוים

161 דבריו של התובע *Les Kelly* בראיון לעיתון המקוון PhotoStockNotes מבוהרים כי זה

גם היה תובע באותו תגיש תביעה: "I am concerned about the intent and purpose behind the way it works in the real world outside the Internet. There is no of image search engines. I believe that their indexing should be by invitation only. This is the way it works in the real world outside the Internet. There is no Les Kelly :רא: reason why the rules should be any different on the Internet" [http:// www.photostock.com/gen546.html](http://www.photostock.com/gen546.html)

אין בכך כדי להשפיע על הנחתה על-פי דיני זכויות היוצרים שאינם עוסקים בכל בהשעיה.

במובן זה, הפרשנות של בית-המשפט כי הקישור מהווה "הצגה בציבור" במשמעותה בתוך זכויות יוצרים מוכרחה להתבטח דומה מראשית שנות התשעים בנוגע ליישומה של זכות יוצרים בסביבה הדיגיטלית. הנונה לזכות ההערתקה. בעניין *MAI* איבן בית-המשפט לעיצורים פרשנות רחבה של זכות ההערתקה, כך שיתחיל גם על עותקים ומגיים הנוצרים תוך כדי הפעלת התוכנה בווינדון המוני של המחשב (RAM), 157 עמודה זו צוטטה בהסכמה ב"ד"ה הוצעה שהקים במשך קלניסון לשם קבלת המלצות ברוב ההערכות הנדרשת לאוטוסטרדת המידע (IIT). ב"ד"ה המסכם, *White Paper*, נאמר כי עותקים ומגיים נופלים במגד הזכות הבלעדיית של בעל זכות היוצרים. 158 על פריטות זו נמתחה בקורת נוקבת בטענה שהיא מתעלמת מאופיה המיוחד של המדיה הדיגיטלית. מתן פירוש דחם מדי לזכות היוצרים, כך שתחול גם על עותקים ומגיים הנוצרים כתוצאה מפתעול המערכת, עלולה להוביל להרחבת-יתר של זכות היוצרים, משום שתוכן המיוצג במחירי עותקים ומגיים של הקובץ במהלך קריאתו, לפיכך, אם וכוחו הבלעדיית של בעל זכות היוצרים הלה על עותקים ומגיים משמעות הדבר בסריבה הדיגיטלית היא שבעל זכות היוצרים יכול לא רק למנוע העתקה של היצירה, אלא גם כל קריאה, צפייה או עיון ביצירתו. 159 עוד נטען כי בהקשר של תוכנות מחשב תגבל פריטות רחבה של זכות ההערתקה להרחבת המונפול הנחת מכות חוק לבעל זכות היוצרים בשוק התוכנה פרי יצירתו גם לשוקים משניים (כגון שוק התחזוקה לתוכנה, בקורת זו הובילה לביסוס להפרכת המלכה שבניין *MAI* בקהותק. 160

תפרשנות הרחבה שנתן בית-המשפט לזכות ההצגה בציבור עלולה לחול על פעולות רבות מדי, חלקן מהותית חלק בלתי-נפרד מהשתרות האינטרנט ואופן פעולתה, כגון קישור.

157 (1993) 511 F.2d 991 *Peak Computer, INC. v. MAI Systems Corporation*, בית-

160 המשפט קיבל את טענת התובעים, בעלי זכויות יוצרים בתוכנה מחשב, כי רשיון השימוש בתוכנה שבהעלות נחת לתובעים בלבד, ועל-כך הפעלת התוכנה על-ידי אנשי השירות ללא רישון מהותי פותר זכות היוצרים. בדרך זו השיגו התובעים את מביקשים: למנוע את התבעים גללכור את שירותיה של חברת אחרת לצורך מתן שירותי אתחקה לתוכנה.

158 רא: Information Infrastructure Task Force "Intellectual Property and the National Information Infrastructure: A Preliminary Draft of the Report of the

159 J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1994) 29

160 רא: סעיף 117 ל- (1998) §117 U.S.C. Copyright Act, 17 U.S.C. Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. §117 (1998) (DMCA)

ותמלך יצירות המשמעות, הינם דוגמיים ואינטראקטיביים. המדיניות המשפטית שלפניה יש להגן על זכותו של היוצר לשלוט במשמעות של יצירתו מובטחת על תפיסה ארכאית של תמלך היצירות, שלפיה משמעות היצירה נקבעת מראש על-ידי היוצר. בניגון קיימת זכרה בכך שמשמעות היא תוצר של שיתוף של רך היוצר מפורב בו אלא אף קול קוראיו, צופיו ומאזיניו תווים את היצירה ומעצבים לה משמעות בתמלך אינטראקטיבי. תפיסה זו מאפיינת כמובן גם את הגישה הפוסט-מודרנית ליצירה.

שינוי משמעות המפורית של היצירה עלול לפגוע ליצנים באינטרס ראוי להגנה, כך, למשל, במקרה של הוספה ארויים ליצירה קיימת או צביעה יצירה קולנועית שצולמה בשתור-לבן, והגנה על אינטרס זה מוצאת את ביטויה בדיני זכויות יוצרים במסגרת ההגנה על הזכות המוסרית. הזכות מבונה אומנם "זכות מוסרית", אך הכוונה לזכות אישית תגברלת מן הזכות החומרית-חכלילית המוגנת במסגרת אגד הזכויות הקולסי. הזכות מוגדרת במשפט הישראלי בסעיף 44 לפקודת זכות יוצרים, שתוקף בשנת 1981 על-מנת להתאים את ההסדר המשפטי בישראל לדרשות של אמנת ברן.¹⁶⁵ המסוף מקנה למתבר זכות לייחוס היצירה וכן זכות למנות את שינויה.¹⁶⁴ ההגנה הדוהבה על הזכות המוסרית במשפט הישראלי מבטאת השפעה קונטיננטלית, ובאצות-הברית היא מוגנת באופן מוגבל מאוד.¹⁶⁶ הצינוג שבבסיס הזכות מניה דקה מיוחסת של היוצר ליצירתו, ומשקף את הגישה הקונטיננטלית כי היצירה מהווה ביטוי לאישיותו של היוצר, ולפיכך היא נחאת להגנה.

הזכות האישית תחזור בדרך-כלל בנסיבות של שינויים ביצירה ופגיעה בשלמותה. לא ברור באיזו מידה תחיל עילה זו כאשר היצירה מוצגת בהקשר שאינו מקובל על היוצר והקורא ומה דיקה תחולתה. כך, למשל, האם הזכות המוסרית נפגעת כאשר גישה שימוש בתצלום במסגרת מערכה פוליטית המנוגדת לרוח היצירה ולעמדותיו של היוצר? שותחלת הזכות במסביבות מעין אלה מהיציבה פרשנות רחבה הקישר, כפי שפורט נראה בהמשך להצעת-החוק נאמר כי מטרת התקון היא לאמץ את ההסדר המשפטי המופיע באמנת ברן נוטה בסיוע 1948, בעוד שדברי ההסבר מפנים לסעיף 46 נוסח שסוקוהולם ב1967.

164 השאלה מהו היקף ההגנה המקנה למתבר מזכות סעיף זה שוורה במהלכות. לכאורה, על-פי נוסח הסעיף, המתבר זכאי להתנגד לכל שינוי ביצירתו. אולם על-פי המקור שבחשיאות תוקן הזכות (אמנת ברן נוסח שסוקוהולם, יוצר זכאי להתנגד לשינוי יצירתו רק אם יש בשינוי משום פגיעה בכבודו או בשמו. ראו צ"א 782/87 אלחנני נ' עיריית ת"א, פ"א (30) 607 (סוגיה זו הושאה בדרך-יצו).

165 תוקן זכויות היוצרים האמריקאי אינו מכיר בזכות מוסרית כללית של היוצר כגון שינוי יצירתו או בזכות ייחוס היצירה ליוצרה ("זכות האבהות"). הזוק מכיר בזכות הזיכר לשלמות היצירה ובזכות האבהות רק ביחס לקטיגוריה צרה של יצירות של אומנות וותיית (works of visual art). הכוונה ליצירות אומנות הקיימות בעותק אתה בלבד, או סדרה הומוה על-ידי היוצר של לא יותר ממאתיים הדפים, ראו סעיף 106A ל-1976 Copyright Act.

במסמך שממנו נלקחה מובאה או בתמונים המופיעים בהתר הנידון במאמר, בדומה לכך, מאמר בקורות על חזרי אודות המבקש להצביע על פועל בין המוביטח למצוי יכול להציג תצלום של המצב הקיים לצד קישור לאתר המפרסם את החומר וכו תצלומים המבחינים חדרים איכותיים בהרבה, תגובות על מאמר פוליטי בפורום חדשות ואקטואליה מקשיות לפסקות הוילונשיות במאמר המקורי. שימוש זה תוני בתחוד מנוע תפוש שנועד לאפשר גלישה, השוואה ובחינה של תוכן בהקשר הרחב של היצירה המכונים הקיים ברשת, כך, למשל, בוויפוש אתר יצירותיו של אומן מוסים, השוואה בין אומנים שציירו גשים, תפוש אתר ציורים המשקפים סגנון מוסים, קריקטורות המבטאות רעיון פוליטי או תצלומי חישות. הרבה אנו מוגבל כמובן להופשי תמונות, והינו רלוונטי גם לעריכת תפוששים אתר הכנים אחרים ובפורומט אתר, כגון סקסט, בתונים, תוכנות או מוסיקה.¹⁶⁷

הקישור עלול איפוא לצמצם את יכולת השליטה של בעל הזכויות ביצירה המקורית בהקשר שבו תופיע יצירתו, וכחך כך במשמעות שהיא עשויה לקבל, השאלה היא כמובן אם ראוי שהמשפט יגן על האינטרס של בעל זכות היוצרים לשלוט בהקשר שבו תופיע יצירתו ובמשמעות שתקבל.

אם תל איסיה משפטיו לביצע קישור כאמור ללא הרשאה, השימוש בקישורים צפוי להצמצם מאד בשל תצוד בקבלת רשיון, במקרים של אי-הסכמת בין האתר המקשר לבעל הזכות המקור, בין שהדבר נובע מהחזרות עסקית ובין שמקורו בסביבת אריאלולוגיות או אחרות, ימצע השימוש בקישור כליל, לא יהיה ניתן לעשות שימוש ביישומים אלה אלא ברשיון, כמובן שיישומים אלה ממוזים חלק בלתי-נפרד מסביבת הגלישה ברשת כפי שאנו מכירים אותה כיום. אף שיתכן שרשיון יינתן במקרים מסוימים, יהיו כמובן מצבים שבהם יסרב בעל הזכות לתן רשיון כזה מסיבות שונות. השערה שווא יכול למנוע, באמצעות זכות יוצרים, יצירת קישור כאמור ליצירתו שפורסמה ברשת, ואת מבלי שנוצר עותק של היצירה, מבלי שהתבסס בה שינוי כלשהו ומבלי שנוצרו עותקים נוספים של היצירה, עלולה לצמצם במידת ניכרת את השימוש ביישום חשוב זה.

קישורים, על יישומיהם הטכנולוגיים השונים, הינם חלק מהותי מההשתתגות של רשת האינטרנט, והם מסייעים בעיצוב אופיו המבוהר של השיחה ברשת. קישורים מהווים אמצעי טכני המאפשר ביזור של השליטה במשמעות. היכולת לאפשר בחינתן של יצירות שונות בסביבת תוכן ובהקשרים חדשים מסייעת לפתיחת תהליך השיחה הרפני מספר דב יותר של משמעות ופוחת פחה לשיחותם הפעיל של משתמשים בתהליכים של יצירת משמעות. פרישות רחבה של זכות היוצרים כפי שניתנה בעניין Kelly עלולה להתביל את יכולתם של משתמשים לייסור חלק בתהליכים של יצירת משמעות, ליצור שיחה עם יצירות של אחרים, להתנות ולתניב עליון בדרך אקטיביית.

הגנה על זכותו של בעל הזכות לשלוט במשמעות מניחה שהיצירה הינה סטטית ומשמעותה אתה. תפיסה זו מתעלמת מציאות של ריכזי משמעותיות ומן העובדה שהיצירה, הגנה על זכותו של בעל הזכות לשלוט במשמעות מניחה שהיצירה הינה סטטית ומשמעותה אתה. תפיסה זו מתעלמת מציאות של ריכזי משמעותיות ומן העובדה שהיצירה, והאויקאי חלה אך ורק על עותק פיזי של היצירה, ולאו על הקלטה קולית (phonorecord).

אלה, כגון תפקידים הייחודיים של מנציגי תוכנית כמתווכי מידע והשימוש בקישורים לתערוכת מסרים ולהתקשרות ברשת.

הניתוח המשפטי שערך בית-המשפט בשהי הפרשות הלכו עשה שימוש ברימויים וקונספציות משפטיות שאינם מוגדרים לסיבת המידע. כך, למשל, נזמחה המידע והקשרו כמדינת פניה, הפועל על-ידי אותם עקרונות של מדינת פניה – חוקה, בלתי-גבולת ותמיכה גבולות ללא רשיון. בית-המשפט הניח כי רשת האינטרנט, או כפי שהיא מכונה לעיתים באנגלית – סייברספייס, היא באמת סוג של "מקום", ולא פעילות תקשורת בין בני-אדם המתקיימים באמצעות מחשב. משפוח המידע הולידה את הפיסת הגבול, והמנה הודך להסתגל-גבול הייתה קצרה. באופן דומה, התפיסה של קישור כ"תצוגה" התעלמה מאופייה הייחודי של סביבת המידע באינטרנט. בסביבת זו כל המידע זמין בכל עת וניתן לשינויים ולמניפולציות בידי המשתמשים לסוגיהם השונים. מציאות זו מתייבת חשיבה מהדש על מידע השליטה הרצויה בתוך המופץ באופן וולונטרי ברשת.

ואופן שבו בית-המשפט מנהל את הסכסוכים הנוגעים במניעי החיפוש מבטא נתמח שונות ביחס לסביבת המידע, כגון המנהל כי בסביבה זו נשמרת ההבחנה המסורתית בין ספקי תוכן והיצרים תוכן ונוטלים חלק פעיל בשית לבין קהל קוראים או קהל צופים סביל הצורך יצירות מן המוכן. הדין המשפטי מניח כי המושג "יצירה" מתייחס למוצר ספסי בעל משמעות יחידה הנוצרת בשת יצירתו ונתונה בשליטתו הכלכלית של היוצר. הנתוח אלה אינן מתאמות לסביבת המידע שבה התוכן אינו מובנה, אלא מודולרי, דינמי, אינטראקטיבי, רב-משמעות ופולרליטיטי.

הדין המשפטי אינו תאורטי בלבד, אלא בעל השלכות מעשיות. לפיכך, הפיסוח של בית-המשפט את רשת האינטרנט ואת הצדדים הפועלים ומערכת הכללים שהם פועל יוצא של הפיסח זו, יש בכוחם להבנות את המציאות ברשת. הפרשנות של בית-המשפט בעניין *Bay* ובעניין *Kelly* מקנה לבעלי אחרים וספקי תוכן הפועלים ברשת זכויות שלישות רחבות בתוכן שהם מפיצים. חלכות אלה עלולות לעודד תהליכים של ריכוזיות בשוק המידע וליצור סמיים מיוחדים על יכולת הגישה למידע. יתרונה הגדול של רשת האינטרנט הוא הפוטנציאל הגלום בה לכיזור. האפשרות של משתמשים ליטול חלק פעיל בשית התרבותי וביצירת משמעות הלוי בכיזור תה אפשרות זו לא רק מבטיחה את חופש הביטוי של הדוברים עצמם, אלא גם חיונית לשמידה על פולרליזם וגיורן אמיתי בתוכנים הפועלים בשית הצבורי, ובתוך כך לחופש הביטוי של הציבור בכללותו.

בעידן המידע, כאשר כוח כלכלי אינו מבוסס עוד רק על שליטה בנכסים מוחשיים, אלא מוגדר יותר ויותר במשקך בשליטה במנועי החיפוש – שומרי-הסף הווירטואליים. חשוב שתחרות בשוק התמקד בשליטה במנועי החיפוש – שומרי-הסף הווירטואליים. חשוב לשמור על תחרות בין מנועי החיפוש על-מנת להבטיח תחרותיות בסחר האלקטרוני, כמו גם את חופש הביטוי. השכנועלוגיה וכוחות השוק יכולים להמךר בתחרות זו. הדין שלעיל מדגים כיצד הכרה בזכויות משפטיות חדשות אלה עשויה לפגוע בתחרות ולהגביר את תמיכת ל-ריכוזיות בשוק של מנציגי החיפוש. בכל מהל שנוגע בסביבה השכנועלוגית, נדרשת מן הענישים במלאת המשפט תזירות בהכרה בזכויות משפטיות חדשות שכבותן לעצב את סביבת המידע.

לעיל, אינו מתולל כל שינוי ביצירה המקורית. יכולתו של העוללש לעפות ביצירה בהקשר חדש הינה זמנית, כמתובה על בקשת המשתמש בכל פעם, ואין בה כדי לפגוע ביצירה עצמה. בהקשר זה ראוי אף לזכור כי הזכויות ברוב היצירות מימינו אינן מצויות בבעלות היצורים, אלא מתוקנות בידי האגודים. במקרים אלה לא יחלו ההתקנות המקובלות להגנה על משמעות היצירה כזכות אישית. נוסף על כך, מתן זכות משפטית לשליט בהקשר שבו היבתן היצירה יתוך את כוחם של האגודים אלה בשוק התוכן.

קישורים עלולים לגרום לעיתים נוקים כספיים ולפגוע באינטרסים מסחריים ראויים להגנה. כך, למשל, בעניין *Total News*, השימוש בקישור מן הסוג של *fastlink* התעורר לראשונה עוד בשנת 1997 בתביעה שהגישו כמה מוציאים-לאור של העיתונות הכתובה ותברות חדשות (Total News Post, Washington Post, CNN, ואחרים) נגד אתר שהיווה למעשה אוסף קישורים לאתר החדשות שונים.¹⁶⁶ כאשר הגולש לחץ על קישור לאתר החדשות מסוים תופיע תוכן האתר בתוך מסגרת מיוחדת באתר *Total News*, וסביבו תוכן ופרסומות של המסחריים של ספקי החדשות. קישור מעין זה מעורר בעיה של תעייית הגולשים. תואיל ותוכן, והכתובת נותרה תמיד זו של *Total News*, לא היה המשמש יכול לדעת מהו מקור התוכן, והיה עלול לסבור בטעות שהמקור באתר המקשר. זאת ועוד, תואיל עצמו לא ספק כל תוכן משמעותי, וקישור לתוכן בנסיבות אלה אפשר לאתר המקשר (הנתבע) לנצל את השקפתו של תברות החדשות באיטוף חדשות ויצירת סקרנות וניתוחים על-מנת למשוך אליה גולשים. ציבור הגולשים באתר יזווח כמובן קיל-יעד למפוסמים ואפשר לאתר להפיק רווח ממכירת פרסומות. נסיבות אלה עלולות לחוות תחרות לא-הוגנת ועשית עושר ולא במשפט. דוקטרינות משפטיות אלה יאפשרו מתן סעד באותם מקרים שבהם יזווח פגיעה או היה ניצול כלכלי בלתי-הוגן. ההגנה באמצעות זכות יוצרים, לעומת זאת, מקנה זכות קניינית חזקה שתחול גם בנסיבות של היצור תחרות עסקית, בנסיבות שלא נשקפת בהן כל סכנה של תחרות לא-הוגנת ובנסיבות שלא נגרם בהן כל נזק.

לסיכום, נראה כי תרחפת זכות היוצרים באמצעות פרישנות רחבה לזכות התצוגה בפומבי, כפי שנלשה בעניין *Kelly*, מתעלמת מן הצרכים הפיחודיים של הקישוריות ברשת האינטרנט. יישומה של זכות זו ברשת עלול ליצור עיוותים ולהעניק לבעלי הזכויות ברשת זכות קניינית רחבה מדי, שתשפיע על סביבת המידע בכיוונים בלתי-רצויים.

ד. כיצד המשפט מנעב את סביבת המידע?

סביבת המידע תוללה שינויים דמטיים בדרכי הגישה למידע ובדרכי השליטה בו. פסקי-הדין בעניין *Bay* ובעניין *Kelly* מדגימים כיצד בית-המשפט מתעלם משינויים

166 תביעה זו הטריתמה בפשרת בינוי 1997.