

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן
אוניברסיטת תל-אביב

עבודה סמינריונית

מנועי חיפוש באינטרנט -

סימני מסחר, הגנת הצרכן וחופש הביטוי

מרצה: ד"ר אירית חביב-סגל

סמינריון: משפט ואינטרנט

מגיש: אורי ברייטמן

<http://breitman.homestead.com>

uribreitman@yahoo.com

תאריך הגשה: 19 אפריל 2004 (ציון: 95)

גרסה מעודכנת: 2005

תוכן עניינים

| | |
|----|---|
| 4 | תמצית |
| 5 | מבוא |
| 7 | האתגר והחשש |
| 10 | הרשת: היסטוריה ואבולוציה |
| 12 | סוגי מנועים ואופן פעילותם |
| 16 | המאבק על הכניסה |
| 18 | קרולרים |
| 22 | אלגוריתמים |
| 22 | איכותם של דפי-רשת: מתמטיקה או אידיאולוגיה |
| 26 | תלות חד-כיוונית: מנועים ועסקים |
| 29 | יחסי מנוע-אתר: ניתוח כלכלי-משפטי |
| 32 | מיסחור החיפוש |
| 37 | קונסולידציה |
| 39 | קישורים עמוקים כאבן-בוהן |
| 40 | פרשת <i>NewsBooster.com</i> |
| 41 | פרשת <i>Mainpost v. NewsClub</i> |
| 41 | פרשת <i>Paperboy.de</i> |
| 42 | פרשת <i>Karin Spaink</i> |
| 44 | <i>Xenu.net</i> נגד הכנסייה הסיינטולוגית: המנוע כבית-דין מדיר |

| | | |
|----|-------|---|
| 47 | | הסוואה (Cloaking) |
| 51 | | תגי מטא (Meta Tags) |
| 56 | | פרשת SearchKing וחופש הביטוי |
| 63 | | הפרת סימני מסחר |
| 64 | | פרשת פלייבוי נ' אקסייט |
| 68 | | פרשת <i>Body Solutions</i> |
| 70 | | פרשת eBay נ' גוגל |
| 71 | | פרשות <i>Viaticum, Luteciel, Louis Vuitton</i> נ' גוגל צרפת |
| 72 | | פרשת <i>American Blind</i> נ' גוגל |
| 73 | | פרשת <i>Reed v. Reed</i> |
| 75 | | ביבליוגרפיה |
| 85 | | נספחים |

תמצית

תעשיית החיפוש באינטרנט עברה שינויים מרחיקי לכת במאה העשרים ואחת. ככל שהלכה הרשת וגדלה, כך נדרשו עלויות כניסה גבוהות יותר לענף החיפוש. התוצאה היא מאבק תלת-גושי בין שלוש חברות-ענק, כולן אמריקניות, על השליטה הגלובלית. עליית כוחם וחשיבותם של המנועים המובילים תדרוש פיקוח ובקרה על אופן פעילותם. בין האתגרים המשפטיים החדשים שיעמדו בפני מנועי החיפוש ובתי המשפט בשנים הקרובות:

- (1) פער הולך וגדל בין רמת הידע של הפרט על אופי פעילות מנועי החיפוש, ובין רמת הידע של התאגידים המפעילים מנועים אלו
- (2) פוטנציאל הולך וגדל להטעייה צרכנית, עקב העירבוב בין פרסומות ותוצאות חיפוש טבעיות
- (3) חשש מהתערבות משפטית פשטנית בנושאים טכניים מורכבים כמו תגי מטא והסוואה
- (4) יישום משפטי שגוי של דיני סימני המסחר, הפוגע בתחרות החופשית

מסקנות עבודה זו הן כי למרות שחיפוש מקוון היא הפעולה הנפוצה ביותר ברשת, המורכבות הטכנולוגית של תחום מהפכני זה פוגעת בטיב הפעילות המשפטית סביבה. הדבר מתבטא, מחד, בהיעדר הגנה ראויה על הצרכן בכל מה שנוגע לפרסום במנועי חיפוש; ומאידך, בקשיי התמודדות של שופטים עם המציאות הדיגיטלית החדשה.

לאור האתגרים המצוינים לעיל, המסקנות המתבקשות הן:

- (1) יש להימנע מלהחיל את דיני סימני המסחר הקיימים כפשוטם על מנועי חיפוש
- (2) יש להפעיל מדיניות שיפוטית ליברלית, ולאפשר לכוחות השוק לפתח פתרונות טכנולוגיים
- (3) יש לבצר את מעמדם החוקתי של מנועי החיפוש במסגרת הזכות לחופש הביטוי
- (4) יש להגביר את ההגנה על הצרכן בכל הנוגע לפרסום במנועי חיפוש, ולדרוש אכיפה רצינית של כללי גילוי נאות, שקיפות ואתיקה מקצועית

מבוא

ענף החיפוש המקוון עבר תהליך של אבולוציה מואצת מאז ימיו הראשונים ברשת האינטרנט העולמית (World Wide Web, להלן "הרשת"), למעשה משנת 1994. בזמן קצר יחסית, הפך התחביב האקדמי הזניח הזה, נחלתם של מתי-מעט בתחום מדעי המחשב, לעיסוק יוקרתי בעל כוח חינוכי, טכנולוגי, פוליטי, חברתי וכלכלי משמעותי.

בשנת 1981 נספרו 300 מחשבים בעולם המחוברים לרשת. בשנת 1989 עלה מספרם לתשעים אלף. עד שנת 1996 קפץ המספר לארבעים מליון. בשנת 2000 נספרו כמאתיים מליון מחשבים מחוברים¹. בשנת 2005 עבר מספר המשתמשים המחוברים את קו המיליארד, והתחזית לשנת 2010 מדברת על 1.8 מיליארד משתמשים מחוברים².

הרשת החלה את ימיה כפרוייקט אוטופי של קומץ אקדמאים, ועברה שינויים מרחיקי-לכת. כיום היא משמשת בעיקר כזירת-ענק להתגוששות מהירה, לעתים אכזרית, בין תאגידים בינלאומיים. מנועי החיפוש, שנאלצו להתאים את עצמם למציאות החדשה, עברו תהליך אבולוציוני מקביל.

אחד מיתרונותיה הגדולים של הרשת היא הוזלה ניכרת בעלויות מידע: פרסום, הפצה, הדפסה, שיווק, קידום, נגישות, חיפוש, מחקר, העתקה, כתיבה ועריכה של נתונים, טקסטים, תוכנות ועוד. המהפיכה הדיגיטלית איפשרה למין האנושי לשלוח אלקטרונים במהירות האור, במקום לטלטל אטומים ממקום למקום במהירות נמוכה³. בגלל הוזלה זו, ובגלל החופש לפרסם כל טקסט ללא אישור מוקדם, גדלה הרשת בקצב אדיר, שאיננו בר-מדידה בגלל המבנה המבוזר שלה.

קלות יצירת והעברת מידע ברשת מקבילה כמעט לקלות הדיבור בעולם הפיזי. שמונה אחוזים מכלל הדפים ברשת מתחדשים מדי שבוע, וכעשרים אחוזים מן הדפים ברשת נמחקים מדי שנה⁴. מאות אתרים קמים ונופלים בכל רגע נתון. הכמות הכללית של דפי-הרשת נמדדת כיום בעשרות מיליארדים. אין בנמצא כלי טכנולוגי המסוגל לסרוק את כולם, ואף לא את מרביתם.

כדי להתמודד עם זרם הנתונים הגועש, דרושים כיום כוחות טכנולוגיים בעלי עוצמת חישוב אדירה. יחידים, חובבנים, ארגונים קטנים או מלכ"רים כבר אינם מסוגלים להיכנס לעסקי החיפוש המקוון. האקדמיה הרימה ידיים ונאלצה לוותר על תחרות עם תאגידים מבוססים. הנתון המשמעותי החשוב ביותר מבוסס על עובדה כלכלית: עלויות הכניסה לענף החיפוש ברשת זינקו מעלה באופן משמעותי. מדינות, ממשלות ומשטרים המבוססים על טריטוריה מוגבלת אינם מגלים עניין בענף, כיוון שמדובר בפעילות גלובאלית, החורגת מגבולותיהם הצרים. במירוץ האבולוציוני הזה ניצחה חיה זריזה ודינמית: תאגידים מערב-אמריקניים חופשיים, בעיקר מעמק הסיליקון של קליפורניה.

¹ ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824, 831 (E.D. Pa. 1996), aff'd, Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997).

² Population Explosion - Worldwide Internet Population 2005, ClickZ.com Stats staff, 12 April 2006; Site: <<http://www.clickz.com/stats/sectors/geographics/article.php/151151>>

³ גרופונטי, ניקולס. להיות דיגיטלי. מאנגלית: עמנואל לוטם. ספרית מעריב, 1996.

⁴ A. Ntoulas, J. Cho and C. Olston. What's New on the Web? The Evolution of the Web from a Search Engine Perspective. Thirteenth International World Wide Web Conference, NY, NY, May 2004.

התוצאה הסופית היא שקבוצה זעירה של מתמטיקאים, מומחי מדעי המחשב ופיתוח באינטרנט, הממומנת על ידי מספר קטן של בעלי הון בעלי אינטרסים צרים, משרתת את צרכי המידע של מאות מליוני אזרחים יודעי קרוא וכתוב בכל רחבי כדור הארץ.

כמות זעומה של מדענים אמריקניים בשנות השלושים והארבעים לחייהם קובעת את מיפוי הרשת, איכות הנתונים וסיווגם הנושאי. אוסף פרטים זה מחליט עבורנו מה 'מעניין', 'חשוב', 'פופולרי' או 'רלוונטי'.

הרוב המוחלט של ציבור הגולשים סובל מבורות טבעית באשר לדרך שבה פועלים "מנועים" אלו, שכל קשר בינם ובין המושג 'מנוע' מקרי בהחלט. בורות זו פותחת פתח לטעויות והטעויות, חלקן טכניות וחלקן מהותיות, חלקן נובעות מתום-לב וחלקן מזדון. עבודה זו תצביע על מגמות משפטיות בענף החיפוש, בעיקר בתחום סימני המסחר, הגנת הצרכן, עולות מסחריות וחופש הביטוי, ותציע מדיניות משפטית ראויה להתמודדות יעילה והוגנת עם הסוגיות השונות.

האתגר והחשש

מנועי החיפוש הם כלי טכנולוגי ממוחשב, שמטרתו לענות על צרכים אנושיים מגוונים. בני-אדם בעידן הדיגיטלי דורשים מן הרשת הרבה יותר ממידע טקסטואלי בפורמט ⁵html המסורתי. הגולשים מחפשים תוכנות, מוסיקה, סרטים, תוכניות טלוויזיה, מצגות מולטימדיה, אתרים, חברים, בני-זוג, מכרים, כוכבים, מוצרים, שירותים, יעוץ ועסקים מגוונים.

האתגר העומד בפני תעשיית החיפוש המקוון הוא מענה מדויק על הצרכים המגוונים הללו, בעזרת מנגנוני שליפה ואיחזור של נתונים וקישורים. מנועי החיפוש פועלים בדרך הדומה לזו של מנגנון הזיכרון האנושי: (א) קידוד (ב) אחסון (ג) שליפה.

בשלב הראשון של התהליך, מנועי החיפוש סורקים טקסטים, גרפיקה וקבצי מולטימדיה נוספים, וממירים אותם לפורמט המתאים לאופן פעילותם [קידוד]. בשלב השני, הם מאחסנים את הנתונים במאגר מקוטלג, קובעים את איכותם וחשיבותם [אחסון]. בשלב השלישי, הם שולפים תוצאות באופן מיידי על פי שאילתות חיצוניות, אותן מזינים בני-אדם מכל העולם [שליפה].

אך כפי שהזכרנו האנושי הוא כלי בעל מגבלות מהותיות, כך גם מנוע החיפוש עשוי להיכשל במשימתו. תהליך הסריקה עשוי להיות חלקי או שגוי. תהליך האחסון עשוי ליצור שגיאות קיטלוג. תהליך השליפה עשוי להיתקל בקשיים לאור ניסוח לא נכון של השאילתא. מומחים בענף משתמשים שוב ושוב במדד ה"רלוונטיות", שמשמעותו אינה ברורה דיה, שכן מה שרלוונטי לקשיש צרפתי איננו רלוונטי לצעיר סיני.

בפני מהנדסי המנועים ניצבת בעיה קשה, והיא המחסור במידע מדויק על זהות הגולש, רצונותיו וצרכיו הפרטיים. בעסקת החליפין בין המנוע והמשתמש, מקבל המנוע שאילתא (Query) טקסטואלית קצרה, ובתמורה הוא אמור לספק תשובה מדויקת ומפורטת, בדמות 'מוצר מידע' המוצג על המסך כתוצאות חיפוש ממוספרות ומעומדות. מנועי החיפוש מסוגלים לזהות, במקרים רבים, את מיקומו הגיאוגרפי הכללי של המשתמש, אך זהותו כאדם אינה ידועה.

ברוב המקרים, השאילתא קצרה ועמומה מדי ("מוסיקה", "ספרים"), ולעתים היא ארוכה מעט יותר ("נאומים וינסטון צ'רצ'יל", "מאמרים ביולוגיה מולקולרית"); בשני המקרים, עדיין קיים מחסור מהותי במידע מעמיק על הפער בין צרכיו של המשתמש ובין רצונותיו.

נסיונות להשתמש ב'בינה מלאכותית' כדי לענות על שאילתות⁶, לא הביאו לתוצאות מספקות. מנועים שניסו לעודד משתמשים להתבטא בשפה אנושית מסורתית (שאילתות כמו "איפה אפשר למצוא נתונים סטטיסטיים משנת 2001 על הישגים אקדמיים של מעוטי-יכולת בספרד?"), לא עמדו במשימה. רוב המשתמשים מעדיפים, ברוב המקרים, להקליד שאילתות קצרות וטכניות, בנות שלוש עד חמש מילים לכל היותר. כל נסיון "לחנך" את המשתמשים לספק שאילתות המורכבות ממספר גדול של מילים (שש ומעלה) הסתיים בכישלון יחסי.

המגמה השלטת כיום בענף החיפוש היא לוותר על מבחן איכות-ספציפי, לטובת מבחן כמותי-כללי. המשמעות: מהנדסי המנוע מכירים בכך שהם אינם מסוגל לרדת לעומק כוונתו של גולש

⁵ Hhtml = Hyper Text Markup Language

⁶ מנוע החיפוש Ask Jeeves, שניסה לספק תוצאות בצורה אינטואיטיבית ע"י דמות של משרת מעונב, אמנם זכה לפופולריות בסוף שנות התשעים, אך מנועים אחרים גברו עליו, והוא זנח את גישתו בהמשך.

אקראי המקליד שאילתא סתמית כגון "סוני"; אך המנוע בהחלט מסוגל "לדעת" למה מתכוונים רוב הגולשים כשהם כותבים "סוני" באתרים שונים, ו/או מוסיפים קישור למילה זאת. הביטוי "רוב הגולשים" לעיל איננו קבוע, אך הוא עשוי להעיד על הסכמה, ולו חלקית, בקרב קהילת הגולשים העולמית. ההגיון מאחורי הגישה הוא סטטיסטי. המנוע בעצם מצהיר בפני המשתמש: "המחקר המקיף שעשיתי בכל רחבי הרשת מראה כי רוב הסיכויים הם שאתה תהיה מרוצה מן התוצאות הבאות שאציג בפניך עתה". משתמשים המהווים 'מיעוט' בדעותיהם והשקפותיהם, מן הסתם, יבקשו תוצאות שונות, אך מכיוון שהם מיעוט, הם לא ישנו באופן מהותי את המציאות הסטטיסטית.

במקרים רבים, המנוע "יודע היטב" מה המשתמש הממוצע "רוצה" או "צריך". למנוע החיפוש המודרני יש יתרון לגודל, בגלל הגברת המובהקות הסטטיסטית במדגמים גדולים: ככל שמספר השאילתות גדל, הוא הופך 'מומחה' גדול יותר במענה עליהן.

במקרים רבים, המנוע "מבין" את צרכי המשתמש הממוצע אף טוב יותר מן המשתמש עצמו. המנוע יכול לנצל פער מידע זה לטובתו. הוא יכול להטעות את המשתמש בכוונה תחילה, להציג בפניו מידע אמין-לכאורה, להסתיר מידע אמין ורלוונטי משיקולים זרים, להבליט מידע של בעל-עניין, למנוע גישה למידע של מתחרה, או אף להקשות על הגישה למידע זה במידה כזו, שהלכה-למעשה 'תמחק' אותו מן המפה. כוחו של המנוע פותח פתח לניצולו לרעה. אין עוררין על כך שמשתמשים רבים במנועי חיפוש נמצאים בעמדת נחיתות עקב פערי גיל, השכלה, נסיון וכדומה.

המנוע יכול גם להתייחס למשתמש בתור 'צרכן', ולהציג בפניו תוצאות 'ממוסחרות' של עסקים נבחרים, תוך מצג-שווא כאילו זה המצב הנורמטיבי הראוי; משתמש המקליד שאילתא כמו "קפיטליזם במאה העשרים" אולי מעוניין בקריאת מאמרים אקדמיים ברשת, ולא בהכרח ברכישת ספר העוסק בנושא זה; המנוע יכול להחליט שלא להציג את המאמרים החופשיים, וילדחוף את הספר עצמו הישר לידי הלקוח הפוטנציאלי. במצב כזה, ייתכן כי המשתמש המנוסה יחוש כי המנוע איננו משרת אותו כהלכה, ויעבור למנוע אחר. אך ייתכן גם כי משתמש מנוסה-פחות יטעה לחשוב שמא המצוי הוא הרצוי, וייתיאש מכוונתו הראשונית.

למנועי החיפוש תפקיד חשוב במימוש חופש הביטוי, שכן דף-רשת שאינו נסרק על ידי מנועי חיפוש הופך, במובנים רבים, ל"קול קורא במדבר". הבטחת נגישות גבוהה, תוך שימת דגש על שוויונית, מהירה ויעילה לתכנים מקוונים, מעודדת את הכותבים ברשת לפרסם את כתביהם, להתבטא בחופשיות ולזכות באוזן קשבת.

אחד מתפקידי המשפט הוא הגנה על האזרח, גם כאשר הוא מהווה "גולש" מן המניין. למשפט יש עניין באכיפת כללי ההגיונות ותום-הלב הבסיסיים בתחום המידע והמסחר ברשת. המשפט המודרני מגן בעוצמה רבה על חופש הביטוי, אך גם על סימני מסחר. למשפט יש עניין להגן על צרכנים ברשת מפני הטעייה, ובמקביל להגן על עיתונאים ובעלי-אתרים מפני צנזורה. האיזון בין האינטרסים המתנגשים עשוי להיפגע עקב האתגרים המהפכניים שמציבה הרשת בפני הערכאות השיפוטיות והמחוקקים.

אך פער הידע בין מנהלי המנועים לבין הציבור הרחב הולך וגדל מדי יום. המנועים הולכים ומשתכללים, בעוד משתמשים צעירים, חדשים ובלתי-מנוסים מצטרפים מדי יום לקהילת הגולשים העולמית. המחוקק ובתי המשפט יכולים לנסות ולהקטין את הפער הזה. הם עשויים לקחת על עצמם את תפקיד הפיקוח על פעילות המנועים, להטיל עליהם חובות ולתמרץ תביעות כנגדם.

השארית המצב בידי כוחות השוק איננה מהווה פתרון אידיאלי בכל המקרים, בין השאר בגלל העובדה שמדובר בתחום כלכלי בו קיים יתרון מובהק לגודל. החשש ממנופולזיציה קיים, למרות אופייה הדמוקרטי והמבוזר של הרשת. דוגמה לכך היא חברת מיקרוסופט, שהשתלטה על שוק הדפדפנים באופן בלתי הוגן⁷, כמו גם בתחום תוכנות מדיה זורמת (Streaming Media)⁸. היעדר המוטיבציה לתבוע, מצד הגולש הבודד ו/או הצרכן הספציפי, מעורר חשש נוסף. כמו כן, גולשים הממוקמים מחוץ לארה"ב יתקשו מאוד לתבוע את המנועים, שרובם ממוקם בקליפורניה. אך המשפט והמחוקק כמעט ואינם מתערבים בתחום החיפוש, וכאשר הם עושים זאת – החקיקה והפסיקה חוטאים בפשטנות ובארכאיות. אמנם מדובר בתחום צעיר מאוד⁹, שהחדשנות המדעית-טכנולוגית משחקת בו תפקיד מרכזי, אך עובדה זו לא מנעה מן המחוקק ובתי המשפט לעסוק בסוגיות כמו דואר-זבל (Email Spam), תוכנות שיתוף קבצים (File Sharing / Peer-to-Peer), אחריות ספקי-שירות (ISP Liability), שמות מתחם (Domain Names) וסמכות שיפוט. השאלה הבסיסית -- האם ראוי לעודד רגולציה ממשלתית עבור תחום מנועי החיפוש -- טרם זכתה לדיון הולם, למרות שהמציאות נעה קדימה בקצב מסחרר וכבר מספקת תקדימים קודרים¹⁰ במדינות בלתי-דמוקרטיות המדכאות חופש ביטוי¹¹. נדמה כי תדמיתם ה'ממוחשבת' של המנועים, ככלים טכנולוגיים 'מדעיים', 'חסרי-פניות' ו'אוטומטיים', היא אחד הגורמים המשמעותיים המטים את דעת הקהל, המשפטנים והמחוקקים לטובת אי-התערבות בפעילותם. עם זאת, המציאות המסחרית החדשה בארה"ב, בה פועלים ומשגשים מנועים ממוסחרים לחלוטין כמו Overture¹², כבר משנה מצב זה, ומאתגרת את ההגדרה המסורתית של מנועי החיפוש. מציאות מורכבת ומבלבלת זו, על פרטיה, תידון בהמשך העבודה.

⁷ בית המשפט בארה"ב קבע בשנת 2000 כי מיקרוסופט הפרה את חוק ההגבלים העסקיים כאשר שילבה את הדפדפן 'אינטרנט אקספלורר' במערכת ההפעלה Windows. נכון לתאריך מרץ 2004, הדפדפן של מיקרוסופט, על מגוון גרסאותיו השונות, מחזיק בנתח של 83% מן השוק האמריקני. נתון כמותי זה, מופיע (בסטיות קלות) ברוב הסקרים השונים שנערכו בתקופה האחרונה. נתון ספציפי זה נמצא במחקר מתמשך של אתר w3schools בארה"ב. האתר: <http://www.w3schools.com/browsers/browsers_stats.asp>.

⁸ לאחר חקירה שנמשכה חמש שנים, קבעה הנציבות האירופית כי מיקרוסופט הפרה את חוק ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופי כאשר שילבה נגן מדיה מתוצרתה במערכת ההפעלה Windows. טיוטת ההחלטה של הנציבות פורסמה במרץ 2004. מיקרוסופט נקנסה בסכום של 497 מיליון אירו.
⁹ מנועי החיפוש המקוונים הראשונים הופיעו לראשונה בשנת 1994.

¹⁰ ממשלת סין חסמה את הגישה למנועים האמריקניים AltaVista ו'גוגל' בספטמבר 2002, מסיבות צנזוראליות. צעד זה היווה רק חלק קטן ממדיניות כוללת, שהגבילה באופן משמעותי את חופש הגישה לרשת של אזרחי סין. מחקר אמפירי מקיף על סינון תכנים ברשת הסינית נערך בידי מכון ברקמן לאינטרנט וחברה בבית הספר למשפטים של הארוורד. קישור ישיר למחקר: <<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/china>>.

¹¹ באפריל 2003 הודיעה הסוכנות הסינית לניהול האינטרנט על תקנה חדשה, המחייבת ספקי שירות לדווח לשלטונות על פעילותן, ואף לעמוד בתקנים טכניים שייקבעו מראש. מדיניות הצנזוראלית של סין בתחום האינטרנט ידועה לשימצה בנוקשותה הקיצונית. הידיעה פורסמה בעיתון הסיני People Daily, תוך שילוב עובדות כוזבות, כמו למשל המשפט "במדינות מתוקנות, רק חברות שזכו לאישור מצד הרשויות רשאיות לספק שירותי חיפוש". מנוסח הידיעה עולה, כי השלטונות חוששים מן הפופולריות של המנועים האמריקניים, ומעוניינים להגביל ככל האפשר את חשיפתם לציבור. קישור: <http://english.peopledaily.com.cn/200304/18/eng20030418_115392.shtml>.

¹² חברת Overture.com מציעה שיטה יעילה לרכישת מילות מפתח בשיטת המכירה הפומבית.

שניים מן התחומים הבעייתיים ביותר בענף החיפוש כיום הם: (א) היעדר אבחנה ברורה בין פרסומת ו/או תכנים בתשלום, ובין תוצאות חיפוש אקראיות ('אורגניות'); (ב) פרשנות בעייתית של בתי המשפט בהתמודדות מול מכירת מילות חיפוש של מותגים ושמות מסחריים ידועים¹³, בהקשר של הגנת הצרכן, עוולות מסחריות, סימני מסחר ואף חופש הביטוי. סוגיות אלו כבר מתחילות להטריד רשויות הממונות על טובת הצרכן, ארגונים חברתיים ובתי המשפט בארה"ב ובאיחוד האירופי. לפעילותם תהיה משמעות עבור תאגידים בעלי נוכחות מקוונת, חברות טכנולוגיה, מאות מליוני משתמשים ואופייה של הרשת עצמה.

הרשת: היסטוריה ואבולוציה

ארכיטקטורת הרשת היא הסוד הגדול מאחורי הצלחתה. "האבות המייסדים" של הרשת דאגו לכינונה במתכונת א-היררכית, מבוזרת, גמישה ויציבה. המדענים המעורבים בפיתוחה הסופי, כמו טים ברנרס-לי¹⁴, עיצבו אותה כך שתאפשר זרימת מידע חופשית ככל האפשר.

המנועים הראשונים ברשת¹⁵ צמחו מן האקדמיה, מכוני המחקר ויזמי הסטארט-אפ שצמחו מסביבם; MIT וסטנפורד¹⁶ היו החלוצים בתחום זה. יחסים הדוקים בין קרנות הון סיכון ובין חוקרים מבריקים תרמו להתאגדות המהירה של קבוצות מדעני חיפוש אל חברות מו"פ חדשות, בעיקר בקליפורניה וסביבותיה. כל אלו ייסדו את ענף החיפוש המודרני.

ביזורה של הרשת יצרה קושי אדיר עבור אלו המנסים למפות אותה, לסרוק אותה ולמדוד אותה. אמנם כל מערכת מבוזרת, מעצם טבעה, מולידה קשיי ניהול ניכרים; אך מכיוון שהרשת מכילה את מאגר המידע השיתופי הגדול בעולם, קיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה להגביר את הנגישות של הציבור למידע זה.

מול האינטרס הציבורי לחופש מידע ניצבת מציאות טכנולוגית שבה המידע מאורגן באופן כה כאוטי, עד שניתן לכנות אותו "אנטרופיה של מידע"¹⁷. יש המדמים את הרשת לספרייה ציבורית, אך ללא כותרות על כריכות הספרים. דימוי זה רחוק מלהיות מדויק, משלל סיבות: ראשית, ספרים המאוחסנים בספרייה אינם נמחקים, נעלמים או מתעדכנים עם הזמן. שנית, המרחב הטריטוריאלי של ספרייה שונה לחלוטין מזה של הרשת, המשמשת גם כאמצעי תקשורת כמו שיחת טלפון. שלישית, הרשת משמשת גם למסחר, פרסום ועוד. למרות מגבלותיו, דימוי הספרייה

¹³ בכוונה נמנעתי להשתמש כאן במונח המשפטי השגור "סימני מסחר", שכן אני סבור שדיני סימני המסחר לא חלים במקרה זה. דיני סימני המסחר אינם מיועדים להתמודד עם אתגרי האינטרנט, והנסיון להתאים אותם למציאות החדשה טומן בחובו סכנות רבות לתחרות החופשית, חופש הביטוי והתפתחותה של הרשת כולה. דיון נוסף בהמשך.

¹⁴ Tim Berners-Lee. Site: <<http://www.w3.org/People/Berners-Lee>>.

¹⁵ אלטה-ויסטה (AltaVista), יאהו (Yahoo), אינפוסיק (Infoseek), לייקוס (Lycos), אקסייט (Excite), לוקסמארט (Looksmart) וכד'.

¹⁶ מאוני' סטנפורד יצאו, בין השאר, היזמים מאחורי שלושה מנועי החיפוש מובילים: אקסייט, יאהו וגוגל.

¹⁷ "Information Entropy"; See: Jordan, Tim. *The Culture and Politics of Cyberspace and the Internet*,

(1999) Routledge, London, p.122

הציבורית¹⁸ ממחיש את הבזבוז והנזק הטמונים בכל מאגר מידע גדול שאינו נגיש, מאורגן, היררכי, מסווג ומבואר כראוי.

למעשה, משמשים מנועי החיפוש כיום, בעת ובעונה אחת כמפות גיאוגרפיות, ספרי טלפונים וכתובות, קונקורדנציות, מפתח עניינים, קטלוגים, אנציקלופדיות, מדריכי צרכנות, סקרי מידרוג, ארכיוני חדשות, רמזורים, ספריות, צמתים, כבישים, מדרגות, דלתות ועוד. למרות יעילותם הרבה, הם חסרים בד"כ את המימד האנושי, התבוני, המשתקף בעבודתם של מומחים שונים כגון מורי-דרך, טלפנים ומוקדנים, מלומדים, מורים, שוטרים, חוקרים, פקידים, מידענים, ספרנים, סוחרים, אנשי שיווק ופוליטיקאים.

באופן כללי, שאילתות חיפוש מתחלקות לשלושה סוגים עיקריים¹⁹:

(א) אינפורמטיביות (Informative)

(ב) ניווטיות (Navigational)

(ג) עסקיות (Transactional)

דוגמה לסוג א': "ביולוגיה מולקולרית"; 30-40% מן השאילתות הן אינפורמטיביות. מטרתה של שאילתא אינפורמטיבית היא השגת מידע ממוקד בנושא מוגדר.

דוגמה לסוג ב': "נמל תעופה בן גוריון"; מטרתה של שאילתא ניווטית היא גישה ישירה לאתר או עמוד ספציפיים. במקרה זה, המשתמש יודע היטב מה הוא רוצה, וזקוק לכלי ניווט יעיל.

דוגמה לסוג ג': "רכישת וידאו סוני דגם SLVSE720"; שאילתא עסקית כוללת גם השוואת מחירים וסוחרים. שאילתות אלה נחשבות ל"מכרה-זהב" עבור מפרסמים ברשת. מנוע חיפוש מודרני חייב לדעת כיצד לקבוע את סוג השאילתא, ולהגיב בהתאם.

למעלה משמונים אחוזים מכלל גולשי העולם משתמשים במנועי חיפוש²⁰. הסיבות המרכזיות לפופולריות של פעילות זו: (א) עלויות חיפוש אפסיות; (ב) זמן תגובה קצרצר; (ג) אנונימיות מובטחת; (ד) הסתברות גבוהה למענה מדויק.

בגלל מבנה הרשת ויעילותן של מערכות מחשוב מודרניות, עלות שאילתא (Query Cost) על גבי שרת (Server) ברשת נמוכה מדי מכדי להיות בר-ת-כימות כספי²¹. אף מנוע חיפוש ידוע בעולם כיום

¹⁸ יפים לעניינו דברי המשנה לנשיא (בדימי) ת' אור בע"פ 1761/04 גלעד שרון נ' מדינת ישראל (ניתן 29.3.04): "בחיים המודרניים של זמננו הנגישות אל חפץ מסוים, אינה כרוכה בהכרח בהחזקתו הפיזית. לעיתים, יכול אדם להגיע 'בלחיצת כפתור', אל מידע המצוי בשליטתו, אך לא בהחזקתו הפיזית. את המסמכים שהחזיקו בעבר בני אדם במגירה, בספריה או בארכיון, מחליפים כיום, במקרים רבים, מאגרי מידע ברשת האינטרנט" (עמ' 8).

¹⁹ אנדריי ברודר, מהנדס תוכנה בכיר בחטיבת המחקר של IBM ואחד ממייסדי מנוע AltaVista. ברודר נחשב לאחד הראשונים שניסחו באופן ברור את הדיכוטומיה הבסיסית בין שלושת סוגי השאילתות. פרסומים, מחקרים ומאמרים פרי עטו ניתן למצוא באתר הבא: <<http://theory.lcs.mit.edu/~dmjones/STOC/Authors/broderandreiz.html>>

²⁰ כל הסקרים הבינלאומיים שנערכו עד כה, ביניהם מטעם חברות כמו נילסן-נט-רייטינגס, מדיה מטריקס או TGI, מספקים נתוני חיפוש דומים, של 80-90% מן הגולשים. סקר TIM שנערך ע"י חברת TNS-טלסקר בסוף 2003, גילה כי חיפוש מידע היא הפעילות הפופולרית ביותר בקרב הגולשים הישראלי: 96% מן הגולשים דיווחו כי הם רואים באינטרנט מקור לחיפוש מידע ונתונים. הסקר נערך באמצעות הטלפון, בקרב מדגם ארצי מייצג של 850 משתמשי אינטרנט בגילאי 13 ומעלה, המתגוררים ביישובים יהודיים.

איננו מסוגל לדרוש תשלום על חיפוש בודד. גם בארכיונים מסחריים, בהם נדרש תשלום עבור עיון במסמך דיגיטלי, לרוב אין כל תשלום על עצם החיפוש לאיתורו²². השיפור ההדרגתי בטכנולוגיות איחזור מידע יבטיח מגמה זו גם בעתיד²³.

כיום, גביית תשלום המונית על שימוש במנוע חיפוש כללי איננה ישימה. לכך יש להוסיף את החשש של הציבור הרחב מפני מסירת פרטי כרטיס אשראי ברשת, והיעדר כל אמצעי תשלום מוצפן אחר²⁴. בנוסף, מתקשה רוב הציבור לתרגם את צרכי המידע שלו לסכומי תשלום ריאליים. בניגוד למנוע החיפוש הפנימי במערכת ההפעלה "חלונות", המאפשר לחפש קבצים וספריות בעזרת מנגנון פשוט, אינטואיטיבי ומהיר, מנועי החיפוש ברשת אינם שקופים למשתמש. ברוב המוחלט של המקרים, הם מציגים תוצאות מורכבות ללא הסברים מתודולוגיים בסיסיים. הגולש הממוצע, שלא שילם על הפעולה, חש שאין לו זכות קנויה לדעת מהי השיטה בה משתמשים מנהלי המנוע כדי לספק לו תוצאות.

עם זאת, מצב זה משתנה כיום בהדרגה בקרב בעלי עסקים גדולים שבנו נוכחות מקוונת. גופים אלו פיתחו יחסים דו-כיווניים, כלכליים, משפטיים, ולעתים אף סימביוטיים, עם מנועים מסחריים המפיקים עבורם תועלת כלכלית ברת-כימות²⁵, באמצעות עסקאות מורכבות²⁶. אי-היכולת לגבות תשלום מן הציבור הרחב (להבדיל מן הסוחרים המקוונים), פופולריות המנועים בקרב אוכלוסיות מגוונות, פערי המידע בין מנהלי המנועים ובין המשתמש הממוצע, האינטרס הציבורי בנגישות למידע והיעדר כל רגולציה שלטונית מרסנת – כל אלו הופכים את מנועי החיפוש, הנמצאים בבעלות פרטית, למשאב ציבורי בעל כוח רב, אך גם בעל חופש רב.

סוגי מנועים ואופן פעילותם

הסוג הראשון של מנועי החיפוש, ה'רובוטי', מכונה במגוון שמות בעלי משמעות זהה: קרולר (Crawler), ספיידר/עכביש (Spider), רובוטים (Robots), בוטים (Bots), הרווסטרים (Harvesters), סוכנים (Agents) וכד'.

יתרונותיו: יעילות, מהירות, אובייקטיביות, יכולת כימות ואיחסון, דיוק; חסרונותיו: אי-אנושיות, דהיינו היעדר כל סוג של הגיון בסיסי (Common Sense), או יכולת שיפוט והערכה סובייקטיבית.

הסוג השני, ה'אנושי', מכונה אינדקס (Index) או דירקטורי (Directory). יתרונו: מחולק לנושאים מובחנים, ומותאם לדרך החשיבה האנושית.

²¹ זאת בניגוד לעלות שאילתא בעולם ה"מציאותי", שבו נדרש השואל להשקיע זמן, מאמץ וכסף בתנועה ובמו"מ.

²² מנועי חיפוש ייעודי כמו Lexis-Nexis דורשים דמי-מנוי קבועים, ולא פר-חיפוש.

²³ מהנדסי מנוע החיפוש Google.com, למשל, הצליחו להפחית את זמן התגובה הממוצע שלו לפחות מחצי-שנייה כיום, בעוד שזמן התגובה שלו הממוצע שלו לפני כשלוש שנים היה 2-3 שניות.

²⁴ פרוטוקול האבטחה הנהוג כיום ברשת הוא SSL, שמשמעותו: Secure Sockets Layer. הוא משמש את הרוב המוחלט של החנויות המקוונות, ומטרתו להצפין את המידע המסחרי המועבר בין הגולש ובין החנות.

²⁵ המונח הפופולרי כיום בתעשיית החיפוש הממוסחר היא ROI, הקיצור למונח Return Over Investment.

²⁶ דיון נרחב במהות היחסים המשפטיים בין מנוע חיפוש ובעל אתר, בהמשך.

חסרונותיו: איטיות, חוסר יעילות, סובייקטיביות, אי-דיוק, קצב עדכון נמוך, התבססות על דעתם של בודדים, חוסר-יכולת לכמת נתונים.

הסוג הראשון (להלן: 'קרולר') הוא החזק, המתוחכם והחדשני מבין השניים. ה'קרולרים' מהווים תופעה טכנולוגית מורכבת, בעלת משמעויות משפטיות כבדות-משקל. הסוג השני (להלן 'אינדקס'), בהיותו חדשני פחות, תואם את הדינאים המסורתיים הנוגעים למחקר אקדמי, תקשורת אלקטרונית וכתובה: שיקול דעת, תום-לב, הגינות בפרסום, אתיקה עיתונאית, לשון הרע, חופש ביטוי ועוד; עבודת המיון והסינון מעלה שאלות של אפליה, דעות קדומות, גחמות וצנזורה.

בפועל, מתקשים גולשים רבים להבחין בין הקרולרים הרובוטיים ובין האינדקסים האנושיים. מיטב המנועים ברשת מקפידים לטשטש את ההבדל בין שני הסוגים, כאשר הם מספקים תוצאות, לטובת המשתמש²⁷. לעתים נראה שהשילוב בין שני הסוגים מספק שירות אופטימלי, אך ההבדל המהותי בין התוצאות ה'ממוחשבות' ובין התוצאות ה'אנושיות' מעורר שלל סוגיות משפטיות²⁸.

במחקר סטטיסטי שנערך בשנת 1999 בארה"ב²⁹ נמצא כי אף אחד ממנועי החיפוש שנחקרו, כל אחד בנפרד, איננו מכיל במאגרו יותר משישה-עשר אחוזים (16%) מכלל הרשת האפשרית-למיפתוח ("Indexable Web"), אותה העריכו בכמות של 800 מליון דפי-רשת. ע"פ המחקר, כלל הכיסוי של המנועים כולם לא עלה באותה תקופה על 42% בסך הכל.

נתונים אלו מוכיחים, בין השאר, את המהירות שבה הופכים מחקרים כאלו למיושנים: נכון לתחילת 2004 מאכסן מנוע החיפוש הגדול בעולם והפופולרי מכולם Google³⁰ (להלן: 'גוגל') כארבעה ורבע מיליארד דפי-רשת. הדפים מאוכסנים, בפורמט מכווץ, על למעלה מעשרת אלפים שרתים (Servers), והוא מתמודד עם כ-90 שפות שונות; אך מנהליו הודו בראיונות כי המאגר רחוק מלהכיל את הכמות האמיתית הקיימת במציאות, וכי הם הגבילו את עצמם מראש, ובמודע, לכמות מצומצמת של תכנים, אותם הם מגדירים 'איכותיים'³¹.

לפיכך, מגבלות של חומרה, תוכנה, כסף וזמן מונעות גם מן המנוע המוביל בעולם כיום, שידון בהרחבה בעבודה זו, מלמלא את תפקידו בצורה מיטבית. כל מנוע סורק, לרוב, רק חלק מכלל הדפים המרכיבים אתר שלם³². למרות שיכולת הכיסוי של המנועים המובילים השתפרה, קצב הגידול של הרשת היה ונשאר גדול בהרבה מקצב הסריקה המירבי בענף החיפוש.

רוב המנועים אינם ממהרים לגלות לגולשיהם את מגבלותיהם האינהרנטיות. עוד לא הוקם המנוע שיכתוב בשולי דף התוצאות "הערה: המאגר שלנו מכיל רק 12% מתוך הרשת". אמנם כמעט

²⁷ ר' נספח 1: צילום-מסך של עמוד תוצאות אופייני במנוע Yahoo.

²⁸ הטשטוש המושגי בין סקירה עיתונאית של אתרים ובין שליפה ממוחשבת של תוצאות התבטא, בין השאר, בפרשת SearchKing שבה נדונה הגנת חופש הביטוי; דיון נרחב בפרשה זו, בהמשך.

²⁹ Lawrence, S. & Giles C. L. Accessibility of Information on the Web. Nature, 400 (6740):107-109, 1999.

³⁰ גוגל נוסד ע"י סרגיי ברין ולארי פייג', דוקטורנטים למדעי המחשב בסטאנפורד. הם ממשיכים לשמש כמנהלי פיתוח בחברה גם היום, אך שכרו מנכ"ל לניהול העסקים השוטף.

³¹ ד"ר מוניקה הנוינגר, מנהלת תחום החיפוש ב'גוגל', אמרה בראיון עיתונאי לכלי התקשורת HPCWire בעשרים ביוני 2002, כי "אנחנו מגבילים את עצמנו לדפים בעלי איכות גבוהה".

³² האומדנים נעים בין 5% באתרים מסויימים ועד 50% באחרים. לרוב, סריקה מושלמת מחייבת תשלום. רוב המנועים המובילים מציעים עסקאות חוזיות, במסגרת תוכנית "Paid Inclusion" המבטיחות הוספה למאגר.

בלתי-אפשרי למדוד במדויק את כמות הדפים הכוללת בכל רחבי הרשת, אך בהיעדר חובת-גילוי חקוקה, לגולש אין כל דרך לדעת מהי עוצמתו היחסית של הכלי בו הוא משתמש.

זאת ועוד: מנועים משתמשים במחמאות עצמיות כדוגמת AllTheWeb³³ ("כל הרשת"), שאפילו שמו מטעה את המשתמשים; מנועים רבים אינם חוששים להשתמש בכיתוב המפורש על כפתור החיפוש "Search The Web", ביטוי נפוץ אך שגוי: המנוע איננו מחפש ברשת, אלא רק מבצע שליפה השוואתית מהירה מתוך המאגר המצומצם והמעובד שלו. אפילו השימוש במונח הגנרי 'מנוע' מטעה את הציבור, כאילו מדובר בפעולה המערבת תנועה מרחבית אמיתית.

אל הקשיים הידועים במיפוי הרשת מתווסף קושי נוסף: רוב המנועים אינם מסוגלים לסרוק כהלכה תוכן דינמי. עמודים דינמיים הם אלו הניתנים לשליפה פרטנית מתוך מאגרי מידע מקוונים, באמצעות שאילתות (Query) בלבד. דוגמה נפוצה לתוכן דינמי הוא סקריפט מסוג CGI, המשמש לשליפת נתונים מתוך טבלאות באמצעות דפדפן. המרחב הבלתי-ממופה זכה לכינויים כגון "הרשת הבלתי-נראית"³⁴, "הרשת העמוקה"³⁵ או "הרשת החבויה"³⁶.

חלקים נרחבים מן ה"רשת הבלתי-נראית" הם נגישים למשתמשים אנושיים. מלבד דפים דינמיים המופקים מתוך מאגרי מידע, מדובר גם קבצים לא-טקסטואליים כמו קבצי מולטימדיה וגרפיקה, תוכנות ואפילו פלאש³⁷. בניגוד למנועי חיפוש ממוחשבים, לגולשים יש זוג עיניים המאפשר להם להבין גרפיקה בצורה כימית-ביולוגית, וזוג ידיים המאפשר להם להקליד שאילתות הגיוניות ולקבל עמודי-תשובה ייחודיים. חלק מן הגולשים נחשף לתכנים אלו גם ללא תיווך המנועים.

מדובר בכמויות עצומות של מידע³⁸, עשרות מיליארדים של דפי-רשת, הסמויים מעיניהם הבוחנות של עכבישי המנועים. המנועים פועלים במיטבם על דפים סטטיים³⁹, המכילים מידע טקסטואלי וקישורים, ללא תמונות או אנימציה.

כמעט כל המנועים "מצנזרים" אתרים בעלי תכנים מיניים בוטים, אתרי שנאה או כאלו המפרים זכויות יוצרים בצורה מובהקת; צנזורה, בהקשר של מנועי חיפוש, משמעה אי-הוספה של דפי-רשת למאגר הכללי, מחיקה של דפים קיימים במאגר, סריקה חלקית של דפי האתר או מתן 'ציון' נמוך לתכני האתר. הצנזורה השקטה הזו פועלת באמצעות מסננים 'חכמים', שאופן פעילותם

³³ Site: <<http://www.alltheweb.com>>

³⁴ Sherman, Chris. The Invisible Web, Free Pint, 8th June 2000. Site:

<<http://www.freepint.co.uk/issues/080600.htm#feature>>

³⁵ Site: <<http://library.albany.edu/internet/deepweb.html>>

³⁶ Raghavan, Sriram; Garcia-Molina, Hector. Crawling the Hidden Web, Computer Science Department, Stanford University, USA. December 2000.

Site: <<http://dbpubs.stanford.edu:8090/pub/2000-36>>

³⁷ קבצי Flash, טכנולוגיה שפותחה ע"י חברת Macromedia, אינם נקראים על ידי חלק ממנועי החיפוש כיום. מדריך

מקיף מטעם חברת Complete Planet: <<http://www.completeplanet.com/Tutorials/DeepWeb/index.asp>>

³⁸ חלק קטן מתוכו ניתן למצוא, למשל, דרך האתר: <<http://www.invisibleweb.com>>

³⁹ ניתן להבחין בקלות יחסית בין דף סטטי ובין דף דינמי בעזרת הסימן "?". בכתובת עמוד הרשת הנדון. אם קיים סימן שאלה בכתובת (URL) הדף, הרי שמדובר בדף דינמי. דפים דינמיים דורשים דיאלוג מורכב יותר עם השרת.

איננו ידוע אלא למתי-מעט⁴⁰. הקריטריונים לפיהם עובדים המסננים הללו אינם חשופים לביקורת ציבורית, מתוקף העובדה שהמנועים מופעלים על ידי תאגידים בבעלות פרטית. במחקר מתוקשר-היטב שנערך בבית הספר למשפטים של אוני' הארוורד⁴¹, חשפו החוקרים כי מנוע החיפוש גוגל מצנזר 113 אתרים בגירסה הצרפתית⁴² והגרמנית⁴³ שלו, אך אלו אינם מצנזרים כלל בגירסה העולמית שלו. הרשימה שחשפו החוקרים אינה מקיפה את כלל המקרים, אלא רק כמה דוגמאות בולטות. התופעה שהטרידה את החוקרים: האתרים "הוסרו" מן המנוע בגלל חקיקה מיוחדת בגרמניה ובצרפת נגד ביטויים גזעניים, אנטישמיים ודתיים קיצוניים. שיתוף הפעולה בין גוגל ובין החקיקה הייחודית בשתי המדינות האירופאיות הללו לא פורסם קודם לכן, והנהלת גוגל לא הודתה בכך בפומבי עד היום. מעניין לציין שאזרחי צרפת וגרמניה יכולים להשתמש בחופשיות בגירסה העולמית של גוגל (גוגל.קום), ובכך לעקוף בקלות בלתי-נסבלת את הצנזורה הסמויה שנחשפה במחקר⁴⁴.

פחות מעשר חברות שולטות בשוק החיפוש האמריקני⁴⁵, המפותח ביותר מסוגו בעולם. מחקרים בלתי-תלויים העריכו את חלוקת נתחי השוק בין החברות. במקום הראשון ניצב גוגל (29.5%), השני הוא יאהו (28.9%) שהשתמש גם הוא בתוצאות החיפוש של גוגל בזמן המדידה; במקום השלישי ניצב פורטל MSN של חברת מיקרוסופט (27.6%), הנעזר במנועים חיצוניים של החברות אינקטומי⁴⁶ ו-אוברטור⁴⁷; במקום הרביעי אמריקה אונליין (AOL) (18.4%) שחתמה על חוזה אסטרטגי וארוך-טווח עם גוגל⁴⁸; במקום החמישי אסק.קום (Ask.com), הידוע בקרב מרבית הגולשים בתור Ask Jeeves) המביא תוצאות ממגוון מנועים אחרים (9.9%), ושאר המתחרים (כולל אוברטור) מחזיקים בפחות מחמישה אחוזים. חלק מן הגולשים משתמשים ביותר ממנוע

⁴⁰ מנוע גוגל, למשל, מפעיל מסנן בשם SafeSearch המתמקד בפורנוגרפיה. עם זאת, מהנדסי המנוע אינם מוכנים לחשוף כל פרטים טכניים אודותיו. כתובת: <<http://www.google.com/help/customize.html#safe>>

⁴¹ Zittrain, Jonatahn; Edelman, Benjamin. Localized Google search result exclusions – Statement of issues and call for data, Berkman Center for Internet & Society, Harvard Law School. October 2002.

Site: <<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/google/>>

⁴² Site: <<http://www.google.fr>>

⁴³ Site: <<http://www.google.de>>

⁴⁴ החוקרים מצאו כי רוב התופעות שנתגלו בגירסה הצרפתית של גוגל, נתגלו גם בגירסה השוויצרית שלו.

⁴⁵ סקר חברת נילסן נטרייטינגס (Nielsen NetRatings) בארה"ב (ינואר 2003).

⁴⁶ חברת אינקטומי (Inktomi) נרכשה ע"י חברת יאהו בשנת 2002; מידע נוסף אודות אינקטומי, בהיעדר אתר רשמי למוטג שאינו קיים עוד: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Inktomi>>

⁴⁷ אוברטור (Overture.com) מציע שירותי חיפוש מסחריים על ידי מכירות מילות חיפוש ממוקדות, בשיטת 'תשלום

עבור ביצועים' (Pay-For-Performance™), המאפשרת לסוחרים ומפרסמים להציע מחיר עבור כל קליק במכירה

פומבית מול עסקים דומים, למדוד את מספר ה'כניסות' (clicks/hits) ולשלם רק עבורן. ר' הרחבה בהמשך.

⁴⁸ מחקר-שוק מעודכנים מסוף 2003 מעריכים שנתח השוק העולמי של גוגל הוא כשמונים אחוזים.

אחד, ולכן התוצאות גדולות ממאה אחוזים⁴⁹. מחקרים מאוחרים יותר הצביעו על דומיננטיות של מובהקת של גוגל בשוק החיפוש העולמי: נתח השוק שלו הוערך בכ-50 אחוזים⁵⁰. ניתוח מסלול האבולוציה המהיר של ענף החיפוש המקוון בארה"ב מגלה כי מה שהחל כתחביב אקדמי בעל חזון אוטופי, אנטי-מסחרי, הפך לתעשייה משגשגת וחזקה, הנשלטת בידי כשלוש חברות גדולות. המשמעויות המשפטיות האפשריות של תהליך זה מפורטות בפרקים הבאים.

המאבק על הכניסה

בעלי אתרים, ציבור הולך וגדל של בני-אדם בעלי אינטרסים מגוונים, משקיעים מאמצים גדולים כדי להופיע במנועי חיפוש משני הסוגים (אינדקסים וקרולרים), בעיקר למטרות רווח. כאמור, בענף החיפוש, בו קיים יתרון מובהק לגודל, שולטת קבוצה קטנה של מנועים מובילים. על כן, בעלי האתרים מתמקדים במנועים אלו בלבד. בגלל הכמות האדירה של האתרים והדפים החדשים ברשת, קיים עומס אדיר על 'צינורות המיון' של האינדקסים. העורכים עומדים בפני אלפי בקשות חדשות מדי יום, מכל העולם.

עלות מילוי טופס הוספת אתר היא אפסית, בגלל אי-היכולת האינהרנטית לגבות תשלום מינימלי על שירותים מקוונים הפונים לציבור הרחב. התוצאה: בעלי האתרים אינם מפנימים את עלויות הטיפול בבקשותיהם. במילים פשוטות, לרוב בעלי האתרים אין מה להפסיד, ואין תמריץ חיובי להתנהג ביושר כלפי המנועים.

כך התפתחו מחוץ לתעשייה שירותים מיוחדים ומפוקפקים ל'הצפה' (Spamming⁵¹) ו/או משלוח אוטומטי וסיטוני של טופסי מילוי. חברות קטנות מציעות שירותי Mass Submission לבעלי אתרים, שמשמעותם הפצה המונית של בקשות הוספה לכל המנועים, הגדולים והקטנים כאחד. ככל שיפקקי התנועה גדלים, כך הולך וגוברת מצוקתם של בעלי האתרים תמי-הלב, שאינם מקבלים מענה מהיר, יעיל והוגן לקריאותיהם הרבות.

מנועי חיפוש פופולריים כדוגמת יאהו ואלטה-ויסטה ניסו להתגבר על העומס העצום בעזרת שירות הוספה מהירה בתשלום (Express Inclusion), המאפשר לבעלי אתרים עסקיים לקבל טיפול מועדף, המבוסס על התחייבות חוזית לביצוע הבדיקה. למרות איכותו הגבוהה של השירות, שענה על צורך עסקי לגיטימי, הוא סובל מארבע בעיות מרכזיות: א) מחירו גבוה מדי ביחס לתוחלת

⁴⁹ ר' נספח 2: סקר נתחי שימוש במנועים בארה"ב, חברת Nielsen NetRatings, ינואר 2004.

⁵⁰ Sullivan, Danny. comScore Media Metrix Search Engine Ratings, Search Engine Report, 20 April 2006; Site: <<http://searchenginewatch.com/reports/article.php/2156431>>

⁵¹ "ספאם" (Spam) הוא ביטוי רווח ברשת, בעל שתי משמעויות: א) למשלוח בלתי-רצוי של הודעות מסחריות המוניות, בד"כ טורדניות ובעלות אופי שרלטני, בעיקר באמצעות דוא"ל, אך גם באמצעים דיגיטליים אחרים ברשת. ב) הצפה המונית של נתונים כוזבים או מיותרים, מצד בעלי אתרים מסחריים, כלפי מאגרי מידע פופולריים. בתחום החיפוש, הכוונה היא למשלוח המוני של קישורים לדפי-רשת לא רלוונטיים או מלאכותיים.

התמורה⁵², בעיקר עבור מדינות עניות. (ב) הוא דורש מן הלקוחות למסור פרטי כרטיסי אשראי, בניגוד לרצונו של הרוב. (ג) הוא איננו משרת גופים שאינם פועלים למטרות רווח. (ד) הוא איננו מבטיח הוספה בפועל, אלא בדיקה בלבד. לכן, לא הצליח שירות זה לעצור את שיטפון הבקשות האדיר מולו התמודדו מאות מבקרי האתרים של החברה. הביקוש גבר על ההיצע.

המאבק הסיזיפי בין בעלי האתרים ועורכי האינדקסים הסתיים בהפסד גדול לשני הצדדים. מהירות התגובה של האינדקסים הבינלאומיים ירדה לשפל חסר תקדים. בעלי אתרים רבים שהצליחו להיכנס 'לפני המבול' (1996-1998) נהנו משגשוג, בעוד מתחרים חדשים רבים וטובים נתקעו ב'פקק' ונתרו מחוץ למדריך. הכשל המערכתי המחיש שוב את הסכנה הטמונה ביצירת עולם מסחרי ללא הפנמת עלויות חיצוניות, המתקשה בשימוש חופשי באמצעי תשלום מקובלים. בעיית העומס, המתסכלת לכשעצמה, העלתה לדיון שאלה מהותית: מהם הקריטריונים לפיהם מחליטים העורכים "לאשר" אתרים או "לפסול" אותם? תשובה סדורה לכך לא נמצאה עד היום. רוב מנהלי האינדקסים אינם מגלים את שיטותיהם⁵³.

דני סאליבן, עורך המגזין המקוון Search Engine Watch⁵⁴ העוסק בתעשיית החיפוש המקוון, העריך כי סיכוייו של אתר (ראוי לכשעצמו) להיכנס אל תוך אינדקס כמו יאהו הם 25% בממוצע, וכי השיקול העיקרי של העורכים הוא עד כמה הסיווג הרלוונטי 'מלא' או 'ריק'; כאשר העורכים חשים שהסיווג עדיין מצומצם מדי (למשל, יצרני קפה אספרסו במדינת קונגו), הם יורידו את מחסומי הכניסה. בנוסף, קישורים רבים משתנים או 'מתים' תוך זמן קצר, ועלויות המחיקה והתיקון דורשות עבודה רצופה, ידנית ומדוייקת.

המתודה השרירותית והאיטית הנהוגה בענף האינדקסים הוכיחה כי לא ניתן להגיע למיצוי מספק של משאבי הרשת בעזרת גישה מסורתית-היררכית, המבוססת על עבודה ידנית של בני-אדם, הפועלים תחת אילוצים כלכליים ופיזיים קשים.

המסקנה שעלתה מתוך קריסתם של האינדקסים הבינלאומיים היתה פשוטה: (א) תהליך העבודה האנושי איטי מדי ויכול להקיף רק מספר קטן של דפים. (ב) לנוכח קצב הגידול העצום של הרשת והגיוון הרב בשאלות החיפוש, אין מדובר בפתרון מציאותי. המסקנות הללו, שפורסמו גם בעבודת המחקר של שני מדעני מחשב חלוציים בארה"ב⁵⁵, פתחו את עידן הקרולרים.

⁵² מנוע יאהו, למשל, מתחייב לטפל בבקשת 'אקספרס' תוך שבעה ימי עסקים, אך גובה תשלום שנתי של \$300 עבור כל אתר רגיל המבקש בדיקה. עם זאת, המחיר עבור טיפול באתרי הימורים ו/או פורנוגרפיה הוא כפול: \$600 לשנה. תנאי השימוש ופרטי השירות: <<http://docs.yahoo.com/info/suggest/busexpress.html>>

⁵³ Introna, Lucas D. and Nissenbaum, Helen. Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matter, *The Information Society* Vol. 16, No. 3(2000), p. 169-186

⁵⁴ Site: <<http://www.searchenginewatch.com>>

⁵⁵ Bharat, Krishna. and Mihaila George. 2000. When Experts Agree: Using Non Affiliated Experts to Rank Popular Topics. *Nineth International World Wide Web Conference*, Amsterdam, Holland.

קרולרים

בתחום ה'קרולרים', דהיינו המנועים הרובוטיים, המצב מורכב יותר, אך גם מעניין, מהפכני ומבטיח חדשנות גדולה בעתיד הנראה לעין. המחקר והפיתוח בתחום זה זכו לתאוצה משמעותית בשנים האחרונות, בעיקר בגלל הישגים מדעיים בתחום כריית-מידע (Data Mining) והשיפור המתמיד במהירות הביצועים של מעבדי מחשבים, הנמדדים כיום בג'יגה-הרץ.

ה'קרולר' מפעיל "סוכנים" ושולח אותם לכל קצוות הרשת. ה'רובוטים' הן למעשה תוכנות מחשב, המיועדות לגלוש במהירות באינטרנט, לאגור מסמכים ודפי-רשת, להפעיל קישורים ו'לקפוץ' באמצעותם לאתרים נוספים. הנתונים שנאספים על ידי הרובוטים אל תוך מאגר מרכזי, עוברים עיבוד, ניתוח, כיווץ ואיחסון. תוכנות נוספות, המנוהלות על ידי הארגון המפעיל את מנוע החיפוש, מנתחות את מאגר הנתונים באמצעות אלגוריתמים שנקבעו מראש⁵⁶, כדי לקבוע היררכיה של 'איכות'. איכותו של כל דף קובעת את מיקומו בדף התוצאות (Ranking).

במצב ברירת המחדל, חודרים הרובוטים אל כל אתר ואתר ברשת; כדי לחסום אותם, מקפידים בעלי אתרים מסוימים להוסיף קובץ טקסט קטן-משקל ושמו הסטנדרטי Robots.txt⁵⁷, שתוכנו מקודד כך שהרובוטים אמורים להבין ש"אין לסרוק אתר זה". כמו כן, אתרים רבים 'נועלים' את הגישה אליהם באמצעות סיסמאות, תוכנות אבטחה וטכניקות נוספות. כך, למשל, משתמשים ארכיונים מקוונים של עיתונים רבים בעולם בטכניקות הגנה מפני 'רובוטים', כדי להגן על זכויות הקניין הרוחני הבסיסיות שלהם, ולדרוש תשלום בעבור שליפת תכנים מן העבר.

הכלל הוא, שרוב בעלי האתרים ברשת אכן מעוניינים בחשיפה המתלווה לעבודתם הסדירה של הרובוטים, שליחי המנועים. זו מעין "חזקה" טכנולוגית מסורתית, שתוקפה המשפטי איננו ברור מאליו. לכן עוררה בדצמבר 1999 תביעתה של חברת eBay כנגד Bidder's Edge התעניינות תקשורתית רבה⁵⁸. eBay, זירת המכירות הפומביות הגדולה בעולם, ביקשה צו מניעה כנגד חדירת הרובוטים של מנוע החיפוש המסחרי Bidder's Edge, המתמחה במכירות פומביות, אל תוך מאגר המוצרים שלה.

לצורך כך השתמשה התובעת, בין השאר, בעילה המשפטית העתיקה של הסגת גבול במיטלטלין (Trespass to chattels)⁵⁹, לצד עילות מתחום הקניין הרוחני. ביהמ"ש קיבל את טענת עורכי הדין

⁵⁶ בישראל קיים 'קרולר' אמיתי אחד, בשם "מורפיקס", פרויקט של חברת 'מלינגו'. כתובתו: www.morfix.co.il

⁵⁷ Site: <<http://www.robotstxt.org/wc/robots.html>>

⁵⁸ Cisneros, Oscar S., *eBay Fights Spiders on the Web*. Wired News, July 31, 2000.

Site: <<http://www.wired.com/news/print/0,1294,37643,00.html>>

⁵⁹ עורכי הדין של eBay התבססו על ההלכה החדשנית שניתנה בפרשת *Compuserve v. Cyber Promotions*, שם נקבע כי ניתן להשתמש בעילת הסגת גבול במיטלטלין גם בדיני המחשבים. חברת קומפיוסרב הביאה ראיות כי כמויות גדולות של דואר-זבל (Spam Mail) שהעמיסו על שרתיה, פגעו בשירותיה ובלקוחותיה. למרות שעילת הסגת גבול במיטלטלין נתפסה ככלי משפטי יעיל בתחום דיני המחשבים והאינטרנט, נמתחה ביקורת על השימוש שעשה ביהמ"ש בעילה זו כדי לדכא חופש ביטוי ולפגוע בארכיטקטורה הבסיסית של האינטרנט. מאמר מטעם ארגון EFF האמריקני טען כי בפרשת *Intel v. Hamidi* השתמש ביהמ"ש בעילה זו שלא לצורך; הפסיקה, על פי הכותבים, עלולה לפגוע בעתיד בפעילותם הסדירה של מנועי חיפוש. כתובת המאמר:

של eBay, לפיה קובץ Robots.txt כמוהו כ"שלט אין כניסה"⁶⁰. חשוב להדגיש כי מתכנת אנושי יכול "להנחות" את הרובוט שלו להתעלם משלט זה, ולסרוק את האתר למרות קיומו של הקובץ Robots.txt. לפיכך, יכול התובע להוכיח התנהגות שלא בתום-לב, אם למרות קיומו של הקובץ בוצעה סריקה בפועל⁶¹.

תוקפו המשפטי של הקובץ אינו ברור. בתעשייה הוא מכונה Robot Exclusion Standard, ושמו מרמז על תפקידו כ"תקן". השימוש בו מותנה בנסיבות המקרה: אתר המתבסס על הפרה מתמדת של זכויות יוצרים (לדוגמה, מאגר קבצי mp3 בלתי-חוקיים), שיפעיל את הקובץ כדי למנוע כניסה מרובוטים הפועלים בשירות ארגונים לאכיפת זכויות יוצרים (אקו"ם, RIAA⁶² ודומיהם), לא יזכה ליחס חיובי מצד ביהמ"ש, כפי הנראה⁶³.

אך גם מעמדו של הקובץ כ"תקן" איננו בעל משמעות משפטית פורמלית⁶⁴. אחד ממפתחיו המקוריים של הקובץ טוען כי מטרתו העיקרית היתה למנוע מרובוטים חודרניים להעמיס על שרתים של אתרים קטנים ו/או חסרי יכולת כלכלית להתמודד מול כמויות גדולות של גולשים⁶⁵. לכן אין כוונה לפנות למכוני תקנים בינלאומיים⁶⁶ כדי לשלבו כחלק הכרחי מתוכנות לפיתוח אתרים. מעמדו ככלי-עזר בלתי-פורמלי יישמר, במיוחד לאור הנטייה המסורתית בתחום לעודד יעילות, דינמיות וגמישות במערכות היחסים ההדדיות בין אתרים ומנועים.

כדי להתגונן בפני תביעת eBay, החתימה חברת Bidder's Edge עשרים ושמונה מלומדים משפטיים, ביניהם מארק למלי ופמלה סמואלסון מאוני ברקלי, כמו גם ג'ונתן זיטריין (הארורד) ולורנס לסיג (סטאנפורד), על מסמך המזהיר את ביהמ"ש מפני פגיעה אנושה בפעילותם של מנועי חיפוש, בפיתוחו של המסחר האלקטרוני ואינטרס הציבור לחופש מידע; אך ביהמ"ש נעתר לבקשת eBay ואסר על Bidder's Edge להפעיל רובוטים כדי לסרוק את מאגר המוצרים העצום של ענק המכירות הפומביות.

Bidder's Edge איימה לערער על ההחלטה, אך במקביל תיקנה את מערכת החיפוש שלה כדי להתאימה לפסיקת ביהמ"ש, וגם הגיעה לפשרה עם eBay תוך תשלום פיצוי בלתי-ידוע⁶⁷. יש לציין כי Bidder's Edge הפסיקה את פעילותה במהלך הדיונים, שהסתיימו רק בפברואר 2001. כמו כן,

<http://www.eff.org/Cases/Intel_v_Hamidi/20011218_eff_trespasstc_analysis.html>

⁶⁰ Luh, James C., No Bots Allowed!, Eweek Magazine, April 16, 2001

⁶¹ בית המשפט השלום בת"א נעזר אף הוא בעילת הסגת גבול במטלטלין כאשר פסק בפרשת אורי אבן-חן נגד ניר סויסה (תק 6000/03, ניתן 15/9/03). השופט דניאל ארנסט קבע כי סויסה הפעיל תוכנת-סריקה שגרמה להפלת האתר של אבן-חן. תוכנת הסריקה עבדה בטכניקה זהה לזו של ה"רובוטים" במנועי החיפוש, אלא שהיא השתמשה בטקטיקה אגרסיבית, שהטילה עומס רב על השרתים באתר של אבן-חן, עד שקרסו. הש' ארנסט פסק לתובע פיצוי של 10,000 שקלים.

⁶² RIAA: Recording Industry Association of America.

⁶³ Luh, James. (שם)

⁶⁴ קונסורציום האינטרנט (W3C) לא אימץ את קובץ Robots.txt כמסמך תקני.

⁶⁵ המפתח, מרטין קוסטר (Martijn Koster), הוא מהנדס תוכנה בחברת Excite@Home בארה"ב.

⁶⁶ כמו למשל הקונסורציום של הרשת העולמית (World Wide Web Consortium), הידוע בכינויו W3C.

⁶⁷ Wolverton, Troy. eBay, Bidder's Edge end legal dispute. CNET News.com, March 1, 2001. Site: <<http://news.cnet.com/news/0-1007-200-4997697.html>>

מכרה eBay למספר חברות העוסקות במכירות פומביות, רשיון לסרוק את מאגר המוצרים שלה, תמורת תשלום מלא. אך גם כאשר חברת AuctionWatch.com סירבה לשלם והמשיכה לסרוק את המאגר ללא רשות (או רשיון), לא פתחה eBay בהליכים משפטיים. היא העדיפה להגיע לפשרה עם הסורקת הסוררת.

כיום נדמה שארכיטקטורת הרשת העולמית ופעילותם החיונית של המנועים אכן יצרו חזקה, לפיה כל אדם ואו תאגיד נתן הסכמה מכללא לאפשר גישה לפרסום המוני של פרטים אודות חיי ויעבודתו ברשת, כל עוד לא בחר לפעול בגלוי נגד אותם פרסומים. עם ההתקדמות הטכנולוגית ההדרגתית בתחום ה'רובוטים', מגלים יותר ויותר גופים עסקיים, בטחוניים, ממשלתיים, פוליטיים ופרטיים כי חזקה זו רחוקה מלהיות אינטואיטיבית או קלה להפנמה. תוכנות הצפנה, חסימה ואבטחה עשויים לשמש ראייה טובה בבימ"ש להוכחת כוונה מפורשת להתחמק מהישג-ידם של 'רובוטים'.

המציאות הכלכלית שהתגלתה בפרשת eBay מלמדת כי גופים עסקיים הפכו את הזכות לסריקת מאגריהם – לכאורה זכות 'חירות' השייכת למנועים, הנגזרת מן האינטרס הציבורי לחופש מידע – לזכות קניינית פרטית, שאינה מכירה בחזקה מכללא של "פתיחות" כלפי 'רובוטים'. זכות זו ניתנת למכירה כרשיון, להשכרה או להגבלה. ביהמ"ש האמריקני, כפי שפסק בפרשת eBay, מוכן להכיר בזכות קניינית כזאת. עובדה זו מלמדת על אופייה הרב-מימדי של הרשת: ספרייה, קניון, חנות, כיכר ציבורית, סמטה חשוכה או חדר אינטימי, הכל לפי המקרה הנתון.

בנוסף, מעוררת סוגייה זו שאלות מתחום הגנת הפרטיות. כאשר מדובר במאגר מידע הכולל נתונים אינטימיים או סודיים, כל חדירה בלתי-מורשית של רובוט אל המאגר גוררת פגיעה בפרטיותם של כל הרשומים במאגר.⁶⁸ פגיעה שכזאת עשויה להשליך על נכונותם של גולשים להיחשף ברשת, להירשם למאגרים של ספקי-שירותים, להשתמש במנגנוני סחר אלקטרוני ועוד. בשנים האחרונות הפכו ה'רובוטים' למטרד משמעותי, המכביד על פעילותם של אתרים רבים. מלבד הרובוטים המסורתיים של מנועי החיפוש הגדולים, החלו לסרוק את הרשת תוכנות בעלות אופי מפוקפק, היוצרות עודפי רוחב-פס (Bandwidth Excess) במאגרי מידע פופולריים.

בניגוד לרובוטים 'מסורתיים', המצייתים בתום-לב לקובץ Robots.txt הסטנדרטי, ה'רובוטים הנכלוליים' (תרגום מאנגלית של הביטוי הנפוץ בתעשייה, Rogue Robots⁶⁹) מתעלמים ממנו וחודרים באופן בלתי-מורשה לאתרים רבים ברשת. מטרת חדירה זו הן מגוונות: איסוף כתובות דוא"ל ופרטים אישיים למטרות משלוח המוני של דואר זבל,⁷⁰ שיכפול של דפים פופולריים (הפרת

⁶⁸ בפרשת אבן-חן נ' סויסה שנידונה לעיל (ביהמ"ש השלום בת"א, תק 6000/03), מצא השופט דניאל ארנסט כי מעשי הנתבע מהווים עוולה לפי פקודת הנזיקין והפרה של חוק הגנת הפרטיות. במקרה דנן, חדר הנתבע אל מאגר מידע רחב-היקף להיכרויות בין גברים ונשים בישראל. עם זאת, מהווה פסיקה זו מקרה מיוחד, שבו גרמה החדירה לקריסה מוחלטת של אתר התובע.

⁶⁹ כדי להתגונן מפני 'רובוטים נכלוליים', התפתחו מנגנוני הגנה ל"בידוד" ו"כליאה" של תוכנות כאלה. דוגמה המסבירה כיצד לעשות זאת: <<http://www.xav.com/scripts/guardian/help/1702.html>>

⁷⁰ רובוטים שמטרתם הסופית היא משלוח דואר-זבל (Spam) מכונים כיום SpamBots. איסוף המוני של כתובות דוא"ל באמצעות רובוטים מכונה Harvesting ('קציר'). ר' גל מור, פסיקה נגד מפני דואר זבל ישראל, Ynet, 16 ספט' 2003. קישור: <<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2758097,00.html>>

זכויות יוצרים) באתרים מובילים כדי להעתיקם אל אתרים מפרים⁷¹, ריגול תעשייתי, איסוף נתונים לצרכים מסחריים או מחקרניים.

העלייה בהדרגתית במספרם של 'רובוטים נכלוליים', כמו גם הנזק הנגרם לבעלי אתרים כתוצאה מעלויות חומרה ותוכנה הנובעות מן התעבורה העודפת, שינתה את המציאות הנהוגה ברשת⁷². כיום, תקן ההגנה המיושן (קובץ Robots.txt) כבר איננו מסוגל להתמודד עם גופים כלכליים שאינם מוכנים ו/או יכולים להפנים את העלויות החיצוניות של בעלי האתרים.

המאבק נגד 'רובוטים נכלוליים' איננו שונה באופן מהותי מן המאבק נגד מפיצי דואר זבל. מדובר בתעשייה דומה, ברוב מן המקרים, בעלת מטרות דומות⁷³. הקושי הטכנולוגי באיתור מפעילי הרובוטים הופך את הסוגייה למורכבת ביותר. אתרים רבים אינם מוכנים לחסום לחלוטין חדירת רובוטים, כיוון שהם מעוניינים בשירותיהם הטובים של מנועי החיפוש הגדולים. עם זאת, החשיפה להעתקה המונית של תוכן מקורי המוגן בזכויות יוצרים, כמו גם עלויות התעבורה הגוברות, גורמות לבעלי אתרים רבים "לנעול" את עצמם מפני כל סוג של רובוט⁷⁴.

הנזק הגלובלי לבעלי אתרים ולמנועי חיפוש לגיטימיים, כתוצאה מפעילותם של הרובוטים שאינם מצייתים לקובץ Robots.txt, ידרוש את התערבותו של עולם המשפט. במקביל לחקיקה מתקדמת נגד תעשיית דואר-הזבל⁷⁵, נוצר צורך בקביעת קווי מדיניות מדויקים, היוצרים איזון ראוי בין זכות הציבור לחופש מידע ובין זכותו הקניינית של בעל אתר למנוע חדירה מזיקה מצד רובוטים. מתן תוקף משפטי פורמלי לתקן Robots.txt עשוי לשפר את מצבם של תובעים פוטנציאליים, במקרים בהם יזדקקו להוכיח את חוסר תום-ליבו של מפעיל 'הרובוט הנכלולי'.

להבדיל מן הדיון המשפטי המקובל בסוגיית דואר-הזבל (Email Spam), הדיון בסוגיית הרובוטים מתמקד בהשלכות השליליות של פעילות 'הרובוטים הנכלוליים' על תעשיית מנועי החיפוש, ככלי להגשמת ערך חופש המידע. ראשית, זכותו של הציבור לקבל מידע נפגעת כאשר מנועי החיפוש אינם סורקים אתרים ש"נועלים את עצמם" בפני הרובוטים. שנית, נפגעת זכותו של הפרט להפיץ מידע באמצעות הרשת, עקב עלויות רוחב-פס (Bandwidth Cost) גבוהות והעתקה אוטומטית והמונית של תכנים מקוריים, המוגנים בזכויות יוצרים.

לאור הגידול ההדרגתי בעוצמתם של 'רובוטים נכלוליים' בשנים האחרונות, צפויה ההתערבות המשפטית בתחום זה להתחזק. קביעת קנסות גבוהים לכל חדירה אסורה של רובוט עשויה לפתור את בעיית ההפנמה באופן חלקי בלבד. תרופה נזיקית תדרוש כימות מדויק של הנזק, ובנושא זה

⁷¹ העתקת דפים פופולריים כדי לפרסמם באתרים מתחרים מכונה PageJacking.

⁷² אתרים רבים מנסים להיאבק בדרכים מחתריות ברובוטים נכלוליים. שתי דוגמאות לעמודים המציעים דרכי מאבק, ניתנים כאן: <http://www.spamhelp.org/harvesterkiller> <http://www.turnstep.com/Spambot>.

⁷³ עדכונים שוטפים על חקיקה נגד תעשיית דואר-הזבל ניתנים באתר: <http://www.spamlaws.com>.

⁷⁴ אפילו ארגון RIAA, המייצג את תעשיית המוסיקה בארה"ב ואוכף את דיני זכויות היוצרים, מפעיל תוכנת רובוט חודרנית בשם Cyveillance כדי לאתר הפרות ברשת. עם זאת, רובוט זה התעלם מקובץ Robots.txt ובכך גרם לנזקים כלכליים לאתרים רבים, הנאלצים לשלם סכומים גבוהים יותר בעבור שירותי תעבורה (Bandwidth).

⁷⁵ Federal Can-Spam Act of 2003 (s. 877). Site: <http://www.spamlaws.com/federal/108s877.html>.

עלולים להתעורר קשיים ראייתיים מהותיים⁷⁶. קביעת עונש פלילי עשויה להרתיע עבריינים פוטנציאליים, אך הסיכויים לאישור חקיקה דרסטית שכזאת הם נמוכים. למרות האמור לעיל, ההבדל המשמעותי ביותר בין סוגיית דואר-הזבל ובין סוגיית 'הרובוטים הנכלוליים' הוא מידת הנזק הכולל, המשליך גם על מידת המודעות הציבורית לנושא. כיום, כמעט כל הגולשים נחשפים לדואר-זבל הנשלח לתיבות הדוא"ל שלהם. לעומת זאת, שיעור נמוך מאוד של גולשים נחשף לנזקים כלכליים (עלויות תעבורה והפרת זכויות יוצרים) עקב פעילותם החודרנית של 'רובוטים נכלוליים'. ההבדל הכמותי המובהק בשיעור הניזוקים משפיע על מידת הלחץ הציבורי המופעל על בתי המחוקקים ברחבי העולם, ועל החלטתם של תובעים פוטנציאליים שלא לגשת לערכאות.

אלגוריתמים

איכותם של דפי-רשת: מתמטיקה או אידיאולוגיה

הרובוטים המתוחכמים-יותר והאלגוריתמים החדשניים האמורים לעיל, לכאורה תוכנות וקבצי הוראות טכניות בלבד, יוצרים למעשה מערכת מסובכת של כללים חשאיים, הקובעת מהו דף אינטרנט "טוב" ומהו דף אינטרנט "לא טוב". רוב חברות החיפוש מתייחסות לאלגוריתמים אלו כאל סוד מסחרי יקר-ערך הראוי לדרגה גבוהה של הגנה, ואף מגינות עליהם בעזרת דיני הפטנטים⁷⁷. המתודולוגיה הראשונית מאחורי אותם אלגוריתמים מתמטיים מסובכים ניתנת לפישוט מילולי בעזרת כמה מסמכים בסיסיים שחברו ע"י מומחים בתחום⁷⁸, בעיקר עבור כנסים פומביים. לפרטים טכניים-לכאורה יש נפקות משפטית, שתתברר גם בהמשך. חשיבותם של דפי-רשת, על פי מדעני המחשב שפיתחו את ה'קרולרים' המובילים בעולם, נקבעת על פי פרמטרים המבוססים בעיקר על קישוריות. הרעיון הבסיסי במתודולוגיה הוא, שכדי ליצור מדד אובייקטיבי ככל האפשר לטיב תוכנו של אתר, יש להעריך באופן כמותי את ההתייחסות הסביבתית אליו. לפיכך, הגולשים ובעלי האתרים "מצביעים" לטובת אתר מסוים בעזרת קישור אליו. ככל שהאתר "מקושר" יותר, כך מן הסתם הוא גם 'טוב' יותר, וגם 'חשוב' יותר. אם אתר הוא 'חשוב' יותר, מן הסתם הוא גם 'רלוונטי' יותר עבור שאילתות חיפוש ספציפיות הנוגעות לנושאים המבוקשים.

זהו האלגוריתם הבסיסי הראשון: "מקושר=חשוב". אם לאתר של משרד עו"ד פלוני יש 457 קישורים ברשת הישראלית, ולאחר של משרד עו"ד אלמוני יש רק 230, "מסקנת" המנוע היא כי

⁷⁶ בפרשת אבן-חן נ' סויסה שנידונה לעיל (ביהמ"ש השלום בת"א, תק 6000/03), פסק השופט דניאל ארנסט פיצוי של 10,000 שקלים כדמי נזק, לאחר שקבע כי "ניתן לאמוד באופן כללי את הנזק שנגרם". עם זאת, כאשר מדובר בכמות גדולה של רובוטים, הנזק שגורם כל רובוט יחיד איננו בר-כימות בחלק מן המקרים.

⁷⁷ הדוגמה המפורסמת ביותר היא אלגוריתם PageRank של חברת 'גוגל'. הוא פותח בידי לארי פיגי, ממיסדי החברה, בעת היותו דוקטורנט באוניברסיטת סטאנפורד בארה"ב. בספטמבר 2001 הגיש פיגי את האלגוריתם כפטנט בפני מועצת הנאמנים של האוניברסיטה.

⁷⁸ Cho, J., Garcia-Molina H., and Page, L. 1998. Efficient Crawling through URL ordering. *Seventh International World Wide Web Conference*, Brisbane, Australia, 14-18 April.

פלוני 'חשוב' יותר מאלמוני. אלגוריתם זה מכונה Backlink Count, והוא מוגבל רק לדפי-הרשת שאכן נסרקו ונאגרו על ידי המנוע, ולא לכלל הרשת.

ניתוח אלגוריתם Backlink Count, על פניו, מצביע על גישה הגיונית, המעניקה כוח הכרעה לציבור הרחב של הגולשים ובעלי האתרים. עם זאת, יש להקפיד ולזכור כי הוא יוצר תופעת-לוואי של 'מעגל קסמים', לפיו אתרו של פלוני "יככב" במקום הראשון בתוצאות מנוע החיפוש, וכך יצבור פופולריות גדולה יותר, בין השאר על סמך העובדה שאתרים נוספים יקשרו אליו שוב ושוב; כך יעצים פלוני את מעמדו וירחיב את הפער בינו ובין אותו אלמוני. במילים פשוטות, האלגוריתם עשוי להנציח את מעמדו של המוביל, ובכך לפגוע בתחרות החופשית.

אך האלגוריתם השני בעייתי אף יותר, כיוון שהוא יוצר מעגל קסמים חזק הרבה יותר, שההגיון מאחוריו איננו מובן מאליו. ליבו של האלגוריתם פייג'ראנק⁷⁹ קובע כי קישור מתוך אתר 'מקושר-היטב' שווה הרבה יותר מאשר קישור של אתר 'לא-מקושר'. התוצאה: אתר 'מקושר-היטב' כמו יאהו⁸⁰ מקבל כוח אדיר לקבוע את איכותם והצלחתם של אתרים/קישורים אחרים ברשת. דעתו של איש צוות יאהו, למרות היותו ככל האדם, חשובה הרבה יותר מדעתו של פרופסור באוניברסיטה פלונית, כיוון שיאהו פופולרי יותר.

אם באלגוריתם Backlink Count ניתן לאבחן 'מעגל קסמים קטן' המגדיל את הפער בין המתחרים, הרי שבאלגוריתם הרקורסיבי⁸¹ פייג'ראנק, ניתן לאבחן 'מעגל קסמים ענק' המגדיל בצורה קיצונית את הפער בין מתחרים שונים, רק בזכות החלטות מערכתיות אנושיות, שרירותיות ו/או אקראיות של כמה מנהלי אתרים פופולריים ברשת.

לפי אלגוריתם פייג'ראנק, איזכור של אתר כלשהו באתר החדשות של רשת CNN שווה יותר מאיזכורו בכתב-עת מקצועי שתפוצתו מוגבלת. כמו כן, איזכור של אתר כלשהו באינדקס של יאהו הפופולרי שווה יותר מאיזכורו באינדקס 'נישה' מפולח. אלגוריתם פייג'ראנק עשוי להעניק משקל רב יותר לאתר שנסקר באופן שלילי באתר פופולרי מאשר לאתר שקיבל סקירה חיובית באתר מחתרתי או חדש יחסית ברשת.

לכן 'מעגל הקסמים הענק', תופעת-לוואי שיוצר האלגוריתם, מתחזק כאשר מדובר בתחרות של ותיקים מול חדשים. האתרים הותיקים ברשת, חלקם באיכות בינונית, הספיקו לקבל התייחסות מרוב מנועי החיפוש והאינדקסים הראשונים, וכך "הנציחו את עצמם" בפנתיאון חלוצי הרשת המצומצם של ראשית שנות התשעים. המתחרים החדשים והנמרצים, שטרם נקלטו באינדקסים העמוסים-לעייפה, יתקשו מאוד להזיז את ה'קשישים' מן הפסגה.

מוניקה הנזינגר, מנהלת תחום החיפוש בגוגל, טענה בראיון⁸² כי "למעשה, הרשת אינסופית. קיימים מאגרי מידע שיכולים ליצור מספר גדול של דפי-רשת לפי דרישה. כמובן, זה חסר-טעם

⁷⁹ אלגוריתם פייג'ראנק (PageRank), שמשמעותו קריטית, פותח בידי Larry Page, ממייסדי גוגל, בעת היותו דוקטורנט באוניברסיטת סטאנפורד בארה"ב. בספטמבר 2001 הגיש פייג' את האלגוריתם כפטנט בפני מועצת הנאמנים של האוניברסיטה.

⁸⁰ <<http://www.yahoo.com>>

⁸¹ אלגוריתם רקורסיבי (recursive) מיישם מחדש, באופן בלתי-תלוי, את תוצאות היישום הקודם שלו.

⁸² Poeppe, Christoph. Quality of Search Results Is Our Primary Goal. June 2002, HPCwire Magazine.

Site: <<http://www.hpcwire.com/dsstar/02/0507/104221.html>>.

להכניס את כולם לתוך מנוע החיפוש. אנחנו מגבילים את עצמנו לדפים באיכות גבוהה" (ההדגשות אינן במקור, א.ב.).

מדבריה עולה כי האלגוריתם מתיימר לפעול לפי פרמטר "איכות גבוהה", המקביל לכאורה לפרמטר ה"רלוונטיות". אך ברוב המקרים הוא למעשה מודד פופולריות, תוך השמטה מודעת ומכוונת של אתרים פחות-פופולריים, והנצחת המצב הקיים.

אם כן, מדד הפופולריות של מנועי חיפוש מובילים בעולם, שבעיני הציבור הרחב נדמה "אובייקטיבי", "טבעי" או "מדעי", הוא פרי החלטה אנושית וסובייקטיבית. לכן הוא איננו חסיך מביקורת אתית, משפטית, חברתית ופוליטית.

דוגמה פשוטה לכך תהיה תוצאת החיפוש הראשונה לחיפוש על "Ariel Sharon", ראש ממשלת ישראל (נכון לאפריל 2004): במקום השני מופיע אתר הממליץ על העמדת שרון לדין⁸³, ובמקום השישי מופיע מאמר ביקורת חריף המשווה בין שרון ובין אדולף היטלר, זמין לכל גולשי העולם לקריאה חופשית (ר' נספח 3: צילום מסך של חיפוש בגוגל על אריאל שרון).

עצם העובדה שמאמרים ביקורתיים על תפקודו של שרון מופיעים בתוצאות החיפוש, איננה בעייתית לכשעצמה. אלא ש"שיקול הדעת" של האלגוריתם איננו ברור מאליו, וניתן להתייחס אליו כדעה בלבד. כאשר מדובר בשוק הדעות והמידע, כל מנוע חיפוש פופולרי איננו מתפקד רק כ"מראה שעל הקיר", אלא משחק תפקיד בקביעת עוצמת השפעתם של גופים בעלי אינטרס.

דוגמה נוספת היא ה"צנזורה" שמפעילים כל המנועים על אתרי פורנוגרפיה⁸⁴, שנה⁸⁵ ופיראטיות⁸⁶. רוב המנועים מפעילים תוכנות סינון מתוחכמות לטיפול באתרים 'פוגעניים' או 'בלתי ראויים'. עצם הסינון איננו ראוי לגינוי מייד, אלא שהקריטריונים אינם גלויים במלואם לציבור. אין ספק שאתרי פורנוגרפיה, למשל, אינם חלק מן החזון המקורי, החינוכי והדמוקרטי של מהפיכת המידע הדיגיטלית; אך רצוי להודיע לגולשים בבירור, שמנהלי המנוע מחזיקים באידיאולוגיה פרטית לפיה 'פורנו' איננו רצוי. דבר זה טרם נעשה כראוי.

בנוסף, עצם פעולת הסינון (Filtering) מעלה סוגיות סבוכות של סינון-יתר (Over-Filtering) וכמובן גם תת-סינון (Under-Filtering), המעלות גם שאלות משפטיות. הקהילה המשפטית לא הופתעה לקרוא את המחקר שנערך במרכז ברקמן של בית הספר למשפטים בהארורד, לפיו מנגנון הסינון

⁸³ Site: <www.indictsharon.net>.

⁸⁴ מנוע גוגל, למשל, מפעיל מסנן בשם SafeSearch המתמקד בפורנוגרפיה. עם זאת, מהנדסי המנוע אינם מוכנים לחשוף כל פרטים טכניים אודותיו, כיוון שמדובר בטכנולוגיה המסווגת כ"סוד מסחרי", הזוכה להגנה קניינית חזקה בארה"ב. קישור: <http://www.google.com/help/customize.html#safe>.

⁸⁵ McCullagh, Declan. Google excludes race hate, religious sites. ZDNet, 24 October 2002. Site: <http://www.zdnet.com.au/news/business/0,39023166,20269353,00.htm>

⁸⁶ מנועי החיפוש בארה"ב כפופים לחוק (DMCA) Digital Millennium Copyright Act, המחייב אותם לטפל בכל תלונה המבוססת על הפרת זכויות יוצרים, במקרים כאשר המנוע עצמו מהווה מסייע להפרה. דוגמה לנוהל הטיפול בתלונות קניין רוחני ו/או פיראטיות ניתן למצוא ביגוגל: <http://www.google.com/dmca.html>.

של גוגל מסנן בטעות אתרים לא-פורנוגרפיים⁸⁷. בין האתרים שסינן המנוע בשגגה אפשר היה למצוא את הבית הלבן, חברת IBM והתאחדות הספריות בארה"ב.

דוגמה נוספת ל'צנזורה סמויה' נובעת ממגבלות חומרה טריוויאליות-לכאורה. אחת מהגדרות מנוע גוגל, למשל, היא לסרוק רק את מאה הקילובייט (100kb) הראשונים של כל עמוד-רשת. כך חוסכים מנהלי המנוע משאבי-מערכת יקרים; אך כך גם נוצר מצב שבו דפים ארוכים במיוחד אינם נסרקים במלואם, ולמעשה הם 'נחתכים' ללא נימוק. מאמרים ארכניים לא יזכו ליחס הוגן. גוגל איננו מודה בכך בצורה פומבית: דף-רשת ארוך שמשקלו 248 קילובייט, לדוגמה, יזכה לכיתוב הסטנדרטי 101kb בתוצאות החיפוש. מבחינת גוגל אין הבדל בין דף-רשת שמשקלו 500 קילובייט ודף-רשת שמשקלו 102 קילובייט; שניהם לא ייסרקו במלואם, ושניהם יקבלו את אותו הכיתוב (101kb). הנימוק של 'גוגל' הוא טכני: חיסכון כלכלי במשאבי-מחשב.

דוגמה נוספת היא נטייתו המוצהרת של גוגל לסרוק אתרים "פופולריים במיוחד" בתדירות גבוהה יותר. במאגר של המנוע רשומים בין 1-3 מליון אתרים 'מועדפים', הזוכים לסריקה תכופה (יום-יומיים), לעומת אתרים 'רגילים', שקצב סריקתם על ידי הרובוטים נמוך יותר (כשבועיים).

דוגמה אחרונה להטייה טכנולוגית מצד הרובוטים היא ההתייחסות לפורמטים טקסטואליים חדשניים, כדוגמת פלאש (Flash), הפיתוח הגרפי המהפכני של חברת מאקרומדיה⁸⁸. מנועים רבים אינם מסוגלים 'לקרוא' את שפת הפלאש, וכך הם מונעים מן המשתמשים גישה לכמויות גדולות של טקסט איכותי. כך, בעקיפין, יוצרים המנועים תמריץ שלילי בקרב בעלי אתרים לבנות עמודי תוכן בשפת פלאש. שוב נוצר מצב שבו מגבלות טכנולוגיות של קומץ חברות העוסקות בחיפוש, משפיעות באופן משמעותי על אופייה של הרשת.

למרות הביקורת המוצדקת, יש לציין כי פייג'ראנק ופיתוחיו המאוחרים הם סיפור הצלחה, ששיפר את רווחתם של גולשים רבים. ניתוח התנהגות המשתמשים בכל רחבי העולם מלמד כי הם מרוצים מן התוצאות המעובדות בעזרת אלגוריתם זה, ואמינותו גבוהה למדי ברוב המקרים⁸⁹. בשלוש השנים האחרונות עבר פייג'ראנק שיכלולים מרחיקי-לכת המאפשרים לו להתייחס לפרמטרים כמו פילוח, התמחות, מוניטין, דקדוק, תחביר, לשון, סגנון, הסכמה בקרב מומחים ואפילו גישת 'אנטי' האופיינית לאתרי שנאה⁹⁰.

אלגוריתם שלישי, Location Metric, מנתח את כתובת האתר ומנסה לקבוע על פיה את חשיבותו, ללא התייחסות לתוכן. כך אתר המסתיים ב".com" יזכה ליחס שונה מאתר המסתיים ב".at". כמו כן, אתרים בעלי 'קווים נטויים' רבים (www.site.co.il/subsite/sub-subsite) ייחשבו פחות אמינים או יציבים מאתרים 'קווים נטויים' (www.site.co.il).

מן הסקירה שלעיל עולה במקובץ, כי אתרים 'מקושרים-היטב', שזכו להתייחסות מאתרים 'מקושרים-היטב' אחרים, ובעלי כתובות אינטרנט קצרות ופופולריות, יזכו ליחס מועדף מן הרובוטים של מנועי החיפוש הגדולים בעולם. אך התמונה מורכבת בהרבה: גוגל (וזה רק דוגמה

⁸⁷ McCullagh, Declan. Google's porn filters under fire. CNET News.com, April 11, 2003. Site:

<<http://zdnet.com.com/2100-1105-996494.html>>

⁸⁸ <<http://www.Macromedia.com>>

⁸⁹ הנהלת גוגל דיווחה בשנת 2002 על 150 מליון חיפושים ביום. נתון זה עולה בהדרגה.

⁹⁰ Bharat, Krishna (שם).

אחת) מפעיל למעלה ממאה אלגוריתמים כאלו. כאמור, קוד המקור של האלגוריתמים חסום לחלוטין מעיני הציבור, ומוגן בחוזה קסוד מסחרי בעל ערך כלכלי עצום⁹¹. אם נלך בגישתו של המלומד Lessig, הטוען כי בסיברספייס "קוד=חוק"⁹², הרי שהציבור נאלץ לפעול לפי חוקים שהוא איננו יודע על קיומם, ואף איננו יודע לקרוא אותם בכל מקרה. תומכי תנועת הקוד הפתוח, במקרה זה, לא יוכלו להציע פתרון מתאים: האינטרס הציבורי איננו דורש חשיפת קוד המקור המלא בהכרח, אלא רק את פירושו המילולי, במילים פשוטות. חלק מן המנועים מפרסמים באופן פומבי קוים מנחים לבוני אתרים⁹³, אך ברוב המקרים הפרסום המקוון באתר החברה עדיין איננו בולט מספיק כדי ליצור מודעות רחבה לנושא.

תלות חד-כיוונית: מנועים ועסקים

השפעתם של מנועי החיפוש על הכלכלה והמשפט מורגשת באופן החרף ביותר בעיקר בכל מה שנוגע לעסקים מקוונים. כוחם ההולך וגדל של המנועים כ'מכווני-תנועה' של לקוחות וצרכנים פוטנציאליים, מוביל למצבים בהם חברות קטנות ובינוניות קמות ונופלות בגלל שינויים זעירים באופן פעילותם של ענקי החיפוש.

דוגמה ראשונית, אולי חלוצית, לסוגיה זו ניתן למצוא בסיפורו המתועד⁹⁴ של דן הריסון, בעל חנות מקוונת למכירת אביזרי ג'קוזי בלונג איילנד⁹⁵. הריסון בדק את מערכות הנתונים הפנימיות שלו ומצא כי מחצית מלקוחותיו מגיעים ממנוע אלטה-ויסטה. באפריל 1997 הסירו מנהלי המנוע את האתר שלו מן המאגר, ללא נימוק וללא הודעה מוקדמת. הכנסותיו ירדו מיד בשני-שלישים, למשך שבועיים.

מסתבר כי מנהלי המנוע סברו שהריסון הוא 'ספאמר', בגלל שתוצאות החיפוש שלהם הכילו איזכורים "רבים מדי" לאתר שלו. רק לאחר שפנה אליהם והסביר כי האתר שלו כולל מידע רב ולכן טבעי שיופיע פעמים רבות בחיפוש, נפתח מו"מ ארוך שבסופו החזירו אותו למאגר.

"כשופט, חבר מושבעים והמוציא להורג הם מחקו את כל ההפניות לאתר שלנו... הייתי רוצה שיהיה גוף מפקח שאפשר יהיה לפנות אליו כשצצות בעיות עם מנועי חיפוש. התקרית שלנו הוכיחה לנו כמה כוח בלתי-מוגבל מרוכז בידיהם ומה רבה השפעתם על המסחר באינטרנט – הכל לפי גחמותיהם הבלתי-מרוסנות"⁹⁶. (ההדגשות לא במקור, א.ב.).

קשה לטעון שבין הריסון לאלטה-ויסטה נוצרו יחסים משפטיים כלשהם. יש להניח כי מנהלי המנוע הסכימו לפתוח איתו במו"מ בעיקר כדי "להיפטר" ממנו, דהיינו כדי לסיים את הסכסוך

⁹¹ הנהלת גוגל דיווחה על 600 עובדים בחברה, הפועלת מתוך 15 מקומות שונים בעולם; ההנהלה מתכננת הנפקת מניית גדולה במהלך 2003 או 2004. ערכו של המנוע נמדד בשני מיליארד דולר.

⁹² Lessig, Lawrence 1999. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books.

⁹³ Site: <<http://www.google.com/webmasters/guidelines.html>>

⁹⁴ איסטון, ג'קלין. להצליח בגדול.com – 24 סיפורי הצלחה מדהימים של אתרים באינטרנט. 2000, הוצאת סטארדאסט מולטימדיה, סביון; עמ' 107-109. (איסטון היא עיתונאית ברשת CBS האמריקנית, והיתה מבין הראשונות שפרסמו כתבות בנוגע למסחר אלקטרוני; היא ליוותה את ג'ף בזוס, מנכ"ל אמזון, בתחילת דרכו כיום. בזוס, בתמורה לעירנותה באותה תקופה, הסכים לכתוב את ההקדמה לספר זה, שכאמור גם תורגם לעברית).

⁹⁵ Site: <<http://www.lihottubs.com>>

⁹⁶ שם, עמ' 109.

ואת הטירדה הנלווית אליו. אם היה הריסון פותח בהליכים משפטיים, ספק אם היה ניתן לו סעד. ה'גוף המפקח' עליו מדבר הריסון לא קיים גם היום, בעיקר במקרים כמו אלו, שבהם אין יחסים משפטיים בין הצדדים (ר' הניתוח בהמשך, תחת הנושא 'יחסי מנוע-אתר').

חמש שנים עברו מאז, אך המצב הרגולטורי לא השתנה. גם בתי המשפט, במידה רבה, חוששים לאכוף את חוקי המסחר המקובלים על הרשת, מחשש לפגיעה בחופש הביטוי. מחד, הרתיעה הבסיסית מן המדיום המקוון והערכים הליברליים שהוא מייצג (במיוחד תפקידה האוטופי של הרשת כ'אוטוסטרדת המידע'), מונעת מן השופטים להגביל את פסיקתם לאתרי מסחר אלקטרוני. מאידך, קיים חשש ממשי כי עקב היעדר מומחיות טכנית בתחום חדשני זה, יתקשו שופטים ותיקים להבחין בין פעילות מסחרית ולא-מסחרית ברשת.

לאור ההתפתחות ההדרגתית בהיקף המסחר האלקטרוני בארה"ב, לא ניתן יהיה להימנע מקביעת הלכה בנידון. המלומד האמריקני Lessig טוען כי תהליך המיסחור של הרשת יחייב את התערבות המחוקק כדי לסייע לתאגידים בפעילותם העסקית⁹⁷. קיים קשר לינארי בין כלכלה ורגולציה, ובהתאמה גם קשר לינארי בין מסחר אלקטרוני וחקיקה תומכת. כאשר אדון בהמשך בתופעת מיסחור ענף החיפוש, בעיקר על רקע פעילותה הענפה של חברת אוברטור (Overture.com), יהיה לקביעתו של לסיג משקל בטיעונים בעד התערבות המחוקק.

יש להתייחס גם לעלויות העיסקה הדרושות מן הגולשים כדי לעבור ממנוע אחד למשנהו. דיני המונופולין המסורתיים באים לטפל גם במצבים בהם עלות המעבר ממוצר א' למוצר ב' גבוהה מדי מכדי להיות ישימה: אלו המקרים בהם מדובר ב'קהל שבוי', או 'לקוחות כלואים'.

ברשת, לעומת זאת, גולש בלתי-מסופק מתוצאות חיפוש יכול לעבור, במהירות רבה וללא תשלום, לשירות מתחרה⁹⁸. לכאורה, לא יכול להיווצר מונופול בתנאים כאלו. אך יש לזכור כי עלויות הכניסה הגבוהות לענף החיפוש יצרו מצב חדש, שבו לא קיימת תחרות משוכללת.

השאלה המהותית היא מיהו, למעשה, הלקוח: המחפש, או בעל האתר? הגולש אכן גמיש בהחלטותיו, ואיננו משלם; אך בעל האתר עלול להינזק, כשמנוע אחד גדול שולט בעסקיו, מזרים אליו לקוחות, ולעתים אף פוגע בו ובציפיותיו. מנוע חיפוש גדול ופופולרי יוצר יחסי תלות בלתי-נמנעים בינו ובין בעלי אתרים מסחריים.

אמנם חברה עסקית ברשת (מנוע) יכולה להחליט שהגולש הוא הלקוח שלה; אך הלחצים המתמשכים מצד בעלי עסקים החשים עצמם ניזוקים, נותנים את אותותיהם: דיווחים בתקשורת על הפלייה לטובה של בעלי אתרים המשלמים עבור רכישת מילות חיפוש, פגעו במוניטין של גוגל⁹⁹. אם תימשך מגמת הגידול בכוחו של מנוע מוביל אחד, לא מן הנמנע שתתגבר הקריאה לפקח על פעילותו בעתיד. עם זאת, העובדה שמדובר בשירות חינמי, חופשי לכל משתמש, ללא הרשמה או זיהוי אישי, עשויה להבטיח המשך תחרות חופשית ללא רגולציה.

⁹⁷ Lessig, Lawrence 1999. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books. p.52

⁹⁸ מנכ"ל גוגל, אריק שמידט, ניסח טענה דומה בראיון למגזין Search Engine Watch בינואר 2003: "עלות המעבר שלך אל המתחרים שלנו היא אפסית... כל עוד עלויות המעבר נמוכות, אנחנו פועלים בפחד. כל יום אני תוהה אם יש כמה אנשים חכמים בברקלי שחשבו על אלגוריתם חדש".

⁹⁹ Sullivan, Danny. *Google: Can The Marcia Brady Of Search Stay Sweet?*. The Search Engine Watch Report, Sept. 3, 2002. Site: <<http://searchenginewatch.com/sereport/02/09-google.html>>

שאלה נוספת וכללית היא, האם מחפש המידע הממוצע ברשת אכן מודע לעובדה שאין לו נגישות למידע מסוים, אותו הוא למעשה 'מחמיץ'; או במילים אחרות, האם הגולש יודע כי הוא אינו יודע מה הוא לא יודע¹⁰⁰. אם הגולש אינו יודע כי השירות בו הוא משתמש הוא 'פגום', אין מקום לדיון בעלויות מעבר, כיוון שלא העלות היא המוקד, אלא מחסור במידע.

בסקר שווקים אמריקני¹⁰¹ שנערך לאחרונה נמצא כי 52.1% מן הנשאלים משתמשים באותו מנוע כל הזמן. 34.8% משתמשים במספר מנועים, ומגוונים ביניהם. 13% משתמשים במנועים שונים עבור חיפוש שונים. הסקר מגלה מגמה מדאיגה: רוב האוכלוסייה איננה מודעת כלל לעובדה שחלק מן המנועים המובילים מציגים, הלכה למעשה, את אותן התוצאות. זאת בגלל העובדה שמנועים מובילים משכירים את שירותיהם לכל דורש. לכן, הסקר כולל בתוכו נשאלים המשוכנעים כי הם "מגוונים" (משתמשים ביותר ממנוע אחד), בעוד שבפועל הם מקבלים תוצאות זהות בעיצוב שונה: זוהי אותה הגברת בשינוי אדרת¹⁰².

מעטים ידעו, למשל, כי פורטל יאהו השתמש בתוצאות של גוגל, אך הוסיף לכל קישור את הסקירה הכתובה המקורית של עורכי יאהו, אם יש כזו. כך מקבל הגולש, לכאורה, תוצאות "יאהו" במראה ובסגנון (Look & Feel), אך מקבל "סחורה גוגלית".

מן האמור עולה כי מרבית הגולשים, בעיקר הפחות-מנוסים, ה"ממהרים" או ה"עצלנים", נחשפים למספר מצומצם מאוד של מנועים, בדרך כלל אחד או שניים לכל היותר. התוצאות של המנוע המוביל מספיקות להם¹⁰³. לכן ניתן לומר כי הטענה לפיה "הגולש לא יודע שהוא לא יודע" נכונה ברוב המקרים, ומשמעותה: עוצמתם של המנועים המובילים גדולה מכפי שמקובל לחשוב. סקר שווקים נוסף מאותה סידרה¹⁰⁴ מצא כי מרבית הגולשים 'עצלנים' לא רק בנוגע לבחירת מנוע, אלא גם בבחירת התוצאות: 31.9% מן הנשאלים בודקים רק את העמוד הראשון של התוצאות לפני בחירת קישור כלשהו. 16.1% בודקים "רק כמה תוצאות", דהיינו פחות מאלו המוצגות בעמוד הראשון. 23% בודקים את שני העמודים הראשונים. 10.3% בודקים את שלושת העמודים הראשונים. רק 8.7% בודקים יותר משלושה עמודים. 9.9% בודקים את כל הרשימה, אלא אם כן מדובר בעשרות עמודים.

¹⁰⁰ Introna, Lucas D. and Nissenbaum, Helen. Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matter, *The Information Society* Vol. 16, No. 3(2000), p. 179

¹⁰¹ Search Engine Preferences among Internet Users in the US, May 2002 (as a % of respondents).

Note: n=1, 403; Numbers may not add up to 100% due to rounding source. Site:

<<http://www.emarketer.com>>

¹⁰² כך, למשל, מקבל הגולש האמריקני את התוצאות של גוגל באתר 'גוגל', 'אמריקה אונליין' וגם 'יאהו', נכון לסוף 2003. זאת בגלל שאמריקה אונליין (AOL.com) ו'יאהו' משכירים את תוצאות החיפוש שמייצר 'גוגל'. רוב הגולשים אינם מודעים לעובדה שהם מקבלים את אותו השירות בשלושת האתרים השונים.

¹⁰³ העיתון Usa Today השתמש בביטוי "דור גוגל" (Google Generation) כדי לתאר שכבה נוכחית של ילדים בארה"ב. המאמר המלא מאת הפסיכולוגית קתי הירש-פסק, מתאריך 14 דצמ' 2003, מצוי בקישור הבא:

<http://www.usatoday.com/news/opinion/editorials/2003-12-14-commentary_x.htm>

¹⁰⁴ Number of Search Results US Internet Users Review before Selecting a Listing, May 2002 (as a % of respondents). Note: n=1, 403. Site: <<http://www.emarketer.com>>

המסקנה העולה מן המחקרים היא כי בעלי אתרים המסוגלים להשתחל אל רשימת 1-20 התוצאות הראשונות במנוע מוביל אחד, מקבלים למעשה רשיון להדפיס כסף. לאור ניתוח האלגוריתם וגילוי תופעת 'מעגל הקסמים' שנידונה קודם, עולה כי מיקום בצמרת מעניק יתרון תחרותי ההולך ומתעצם עם הזמן. שיפור מצבו של עסק בעל מיקום נמוך דורש מאמצים גדולים, לעתים בלתי-סבירים מבחינה כלכלית.

שאלת חבותם הנזיקית של מנועי חיפוש כלפי עסקים בעלי נוכחות ברשת טרם זכתה למענה בפסיקה האמריקנית. ניתן לטעון כי מנוע חיפוש המזרים לקוחות לעסק מקוון, ללא תמורה כספית וללא מודעות אנושית, דומה לאוטוסטרדה המזרימה לקוחות לפונדק-דרכים הממוקם על אם הדרך. עם זאת, קיים קושי רב ביצירת אנלוגיות אמינות, הלקוחות מן העולם הפיזי, כך שיתאימו למציאות הוירטואלית החדשה.

בנוסף, הקהילה המשפטית חוששת לפגוע במעמדה הייחודי של הרשת, ובזרימת המידע החופשית שבה. עם זאת, מקרים שתועדו בספרות ממשיכים להעלות ספקות כלפי המצב הקיים. שתיקתו של המחוקק בנידון איננה מסייעת לוודאות בתחום.

יחסי מנוע-אתר : ניתוח כלכלי-משפטי

כדי להסיק מסקנות על המדיניות הרצויה לפתרון סכסוכים משפטיים בענף החיפוש המקוון, יש לערוך ניתוח אנליטי וכלכלי בנוגע ליחס בין הצדדים המעורבים.

מערכת היחסים בין מנועי חיפוש ובין אתרים ברשת מאופיינת בגיוון קיצוני. הזיקה בין השניים יכולה להיות בלתי-קיימת, עד כדי אדישות מוחלטת של זה לקיומו של זה, או מירבית, עד כדי תלות כלכלית הדוקה, דו-צדדית וארוכת-טווח. עם זאת, מנוע החיפוש תמיד יהיה הצד החזק מבין השניים. אף מנוע חיפוש, מעצם טבעו, איננו תלוי בגורם כלכלי אחד בלבד. לעומת זאת, קיימים עסקים רבים התלויים בהצלחתו ותקינותו של מנוע מוביל אחד.

ענף החיפוש פועל, במקרים רבים, במרחב הבינלאומי. בגלל המרחק הגיאוגרפי הרב בין השניים, המשפט ייטה להתערב ביחסים אלו רק כאשר הזיקה ביניהם היא חזקה, ובעיקר כאשר הקשר ביניהם הוא כלכלי. זאת כיוון שההליך המשפטי, ברוב המקרים, יקר מדי גם עבור גופים מסחריים. לעתים רבות, הוא גם איטי מדי.

בדיקה של אופי התביעות נגד מנועי חיפוש ברשת מעלה כי הצדדים, בדרך כלל, הם גופים מבוססים בעלי נוכחות חזקה ברשת, והמתפרנסים מפעילותם המקוונת.¹⁰⁵ המוטיבציה לפתוח בהליכים נשענת על תלות בהכנסות מפרסום מקוון ו/או ממסחר אלקטרוני.

במקרה של דן הריסון שנידון לעיל, ניכר כי מערכת היחסים בין המנוע לבעל האתר היתה חזקה, אך חד-סטרי לחלוטין. הריסון ידע כי פעילות אלטה-ויסטה מועילה מאוד לעסקיו, עד כדי תלות ממשית. מודעותו של הסוחר לתלותו במנוע היא המרכיב הראשון בבדיקה שלפנינו. עם זאת, כאמור, המודעות היא חד-סטריית: המנוע לא ידע, וגם לא היה מעוניין להעריך את עוצמת השפעת

¹⁰⁵ זאת לאור הסכסוכים המשפטיים שהתעוררו עד היום בארה"ב ובאירופה: חברות כמו גוגל, מיקרוסופט, פלייבוי, NewsBooster.com, Bidder's Edge, eBay, לייקוס, SearchKing, Mark Nutritionals, וכו'.

פעילותו על עסקי האתר. אם היו יודעים מנהלי אלטה-ויסטה עד כמה תלוי הריסון בפעילות המנוע, אולי היו נוקטים בגישה מתונה יותר, כדי להימנע מסכסוך ארוך. ברוב המקרים, אין פעילות חליפין כלכלית בין המנוע ואתר הסוחר. האתר לא משלם למנוע עבור שירותיו. בלתי אפשרי לדרוש מאתר כלשהו ברשת לשלם למנוע המועיל לו, אם לא נוצרו יחסים דו-צדדיים ביניהם. בנוסף, קיים קושי ראשוני בכימות התועלת, וקושי נוסף במציאת גורם בלתי-תלוי שיקבע את שיעורו. שני הצדדים נוטים להסתיר את הנתונים הסטטיסטיים הדרושים: כמות ההפניות, מספר המבקרים, משך זמן הביקור, כמות הרכישות כתוצאה מן הביקורים וכד'. המידע ההשוואתי מצוין על גבי מחשבים פנימיים, ואין לאף צד עניין לחשוף את האמת. מערכת היחסים הרעועה בין הצדדים משליכה גם על חובת ההודעה המוקדמת של המנוע, וזכות הטיעון של בעל האתר הנפגע. לו היה מודיע המנוע מראש על כוונתו להסיר את האתר ממאגרו, אי אפשר היה לומר כי שני הצדדים היו יוצאים נשכרים בהכרח: עלות ההודעה אמנם נמוכה בדרך כלל, אך מכיוון שמדובר בכמות עצומה של מכותבים, העלויות הכוללות היו מכבידות מאוד על פעילות המנוע, ואולי אף גורמות לחיסולו.

לו היה זוכה בעל האתר בזכות הטיעון, ייתכן כי המו"מ ביניהם היה מתקצר. אך מכיוון שהמנוע איננו רשות מנהלית, לא ניתן לדרוש ממנו להעניק זכות טיעון לכל בעל אתר המוצא עצמו נפגע, ולא ניתן לצפות ממנו לעמוד בחובת הודעה מוקדמת כאשר הוא מבצע שינוי רחב-היקף במאגר האתרים הקיים במנוע. מתן זכות טיעון במקרה זה עשוי לפגוע קשות ביכולתו של המנוע לשרוד, קל וחומר להשתפר, לערוך שינויים טכנולוגיים ולהתאים את עצמו לתחרות בענף.

המחוקק, כך מתברר, נרתע מלכבול את ידיו של מנוע חיפוש שאיננו מעוניין ליצור יחסים משפטיים מחייבים בינו ובין בעלי האתרים התלויים בו. בגלל אופיו של הענף, חדשנות טכנולוגית ויכולת הסתגלות דינמית עומדים בניגוד חריף לנטייה להתקשר בחוזים ולהבטיח 'סטטוס-קוו' ללקוחות משלמים. המחוקק, כך נדמה, איננו מאמין כי למנהלי המנוע יש אינטרס עסקי לפגוע בבעלי אתרים, שכן כל פגיעה שכזו תזיק גם לציבור המשתמשים, בטווח הארוך.

מחיר מיסוד יחסי מנוע-אתר עלול להיות גבוה, במיוחד לאור "מירוץ החימוש"¹⁰⁶ בין היספאמרים' ובין מנהלי המנועים. מירוץ זה מתעורר בעקבות האינטרס הכלכלי האדיר של בעלי האתרים המסחריים להערים על האלגוריתמים של המנוע כדי לעלות מעלה-מעלה בעמוד התוצאות. כמות היטריקים המלוכלכים' בתחום זה הולכת וגדלה עם הזמן. כאשר מנוע מקבע מערכת יחסים עם בעל אתר באמצעות חוזה, הוא עלול למצוא את עצמו נתבע על הפרת חוזה במקרה שמנהל המנוע יערוך שינויים בטכנולוגיית החיפוש. כאמור, עלות ההתדיינויות עלולה לפגוע קשות ביכולתו של המנוע לשרוד בשוק מהיר, דינמי ותחרותי זה; הגברת הסיכונים בענף החיפוש יהפוך אותו לפחות אטרקטיבי בעיני יזמים ומנהלי קרנות הון סיכון. כך עלולה להיפגע הרווחה החברתית.

ברוב המקרים, התועלת של האתר מפעילות המנוע גבוהה מהרבה מן התועלת שמפיק המנוע מפעילות האתר. במקרה של עסק מקוון מצליח, כמו חנות לאביזרי ג'קוזי, כל עסקה מסתיימת בסכום של מאות דולרים. עסקים מקוונים אחרים, בעיקר בתחום העסקים-לעסקים (b2b),

¹⁰⁶ מוניקה הנזינגר, מנהלת תחום החיפוש בגוגל, השתמשה בביטוי זה כשנשאלה מדוע אינה מוכנה לחשוף בפני ציבור הגולשים את האלגוריתמים הבסיסיים, המשמשים כ'מדיניות המנוע' בפועל. הדברים נאמרו במסגרת ראיון לכלי התקשורת HPCWire בעשרים ביוני, 2002.

סוגרים עסקאות של עשרות אלפי דולרים, ולעתים אף גבוה מכך. המנוע איננו "גוזר קופון" מביצוע מוצלח של עסקה כזו.

חוסר הסימטריה בין התועלת הגבוהה שמפיק האתר מפעילות המנוע ובין התועלת הנמוכה שמפיק המנוע מקיומו של האתר, הוא שורש הבעייתיות הרבה בתחום. עסקים זקוקים לוודאות ויציבות כדי לתכנן את צעדיהם. לא כל עסק יכול לתכנן את צעדיו על סמך מנוע שאין לו מחוייבות משפטית מינימלית לאתרים אותם הוא סורק. עסקים המפיקים תועלת רבה מפעילותם של מנועים ישאפו, באופן טבעי, למסד את יחסיהם עם המנוע במסגרות משפטיות מחייבות.

הדרך למנוע את ההתנגשות בין אינטרס ההסתמכות של בעל האתר המסחרי ובין אינטרס הגמישות הטכנולוגית של מנהל המנוע, היא להפריד כהלכה בין תוצאות מסחריות-חוזיות (כאלו שהן פרי מו"מ ותשלום) ובין תוצאות 'אקראיות' (כאלו שהן פרי מחשב בלבד).

מציאות כלכלית זו יצרה את **מנועי החיפוש המסחריים**¹⁰⁷ (בהם אדון בהמשך) שצמחו בשלוש השנים האחרונות ברשת, בעקבות פריחתו והתבגרותו של ענף המסחר האלקטרוני. מנועים אלו פותרים חלקית את בעיית חוסר הסימטריה של הצדדים, באמצעות פיתוח מערכת מדויקת למדידת הביצועים של המנוע, ותועלתו לכל עסק מקוון באמצעות מדידת מספר הקלקות, שיעור הקלקות, יחס המרה¹⁰⁸. כדי למנוע את התנגשות האינטרסים (ההסתמכות מול גמישות), המערכת הממוסחרת מופרדת בדרך כלל ממאגר הנתונים הכללי.

האתר והמנוע כורתים חוזה כתוב, שבו הם מתחייבים לפעול במשותף כדי לתגמל זה את זה. מערכת היחסים החוזית הנרקמת בין הצדדים יוצרת אחריות הדדית, התחייבות להתנהלות הוגנת, ובעיקר: תמריץ כלכלי להשיא את רווחי שני הצדדים.

במקרים רבים מפיקים אתרים מסחריים תועלת קטנה מפעילות המנוע. במקרים כאלו, קיים חשש שעלויות העיסקה (המבוססת, כאמור, על חוזה כתוב וחתום) יהיו גבוהות מן התועלת הצפויה. מנועי החיפוש המסחריים ניסו לפתור זאת על ידי הפחתת עלויות העיסקה למינימום האפשרי. הם פיתחו מערכת מתקדמת של טפסים אלקטרוניים, המאפשרת מילוי מהיר, תשלום מדויק לפי ביצועים בלבד¹⁰⁹ (דהיינו, תשלום-מראש במחיר זניח), וגבייה בינלאומית זולה ומהירה באמצעות כרטיס אשראי.

עסקה זו איננה דורשת דפי נייר, מגע טלפוני או פיזי, המחאות או מזומנים. ברוב המקרים, על הלקוח מוטל הנטל לבצע את העסקה בשלמותה, ומנהלי המנוע רק מספקים לו את התשתית

¹⁰⁷ החלוץ בתחום זה היה מנוע GoTo.com, שנוסד בספטמבר 1997 בארה"ב. 'גוטו' פיתח מודל עסקי חדשני של "תשלום תמורת ביצועים", שאיפשר לבעלי עסקים לתגמל את המנוע ביחס ישיר לביצועיו הספציפיים בכניסות גולשים לכל אתר. המותג GoTo הוחלף במותג Overture.com, מנוע החיפוש המסחרי המוביל בעולם כיום. בתחילת 2002 דיווח Overture על 80,000 מפרסמים פעילים. ההכנסות השנתיות (2002) הסתכמו ב-667 מיליון דולר. בעגה המקצועית מכונים מנועי החיפוש המסחריים "Ad Engines".

¹⁰⁸ המונח הכלכלי Conversion Rate מודד את שיעור הגולשים לאתר שנכנסו דרך המנוע וביצעו עסקה בפועל. כיום, קיימים אמצעים טכניים מתקדמים המאפשרים לנתח באופן סטטיסטי שיעור זה, וכך להעריך את יעילות הפרסום במנוע החיפוש הספציפי.

¹⁰⁹ מודל זה מכונה בעגה המקצועית "עלות לפי הקלקה", CPC, דהיינו Cost Per Click. שם נוסף הוא PPC, דהיינו "תשלום לפי הקלקות": Pay Per Click. מודל זה מבטיח כי הלקוח ישלם רק עבור הקלקה לאתרו, ולא עבור מספר החשיפות לה זוכה כל מודעה במנוע. מודל זה נחשב מוצלח, דינמי ויעיל.

הטכנולוגית לביצועה המלא. כאשר מדובר בעסקאות גדולות, מתרחבת מערכת היחסים מעבר לטפסים אלקטרוניים, ונציגי מכירות טלפוניים מנהלים שיחות ישירות עם בעל האתר¹¹⁰. מיקום הלקוח בדף התוצאות הפך למכירה פומבית, בשיטת "המרבה במחיר מקבל את המקום הראשון". חברת GoTo.com פיתחה מודל זה בסוף שנות התשעים, והוא אומץ בהצלחה במנועים נוספים בעולם. מודל Bid For Placement מיועד להבטיח כי מי שמפיק את התועלת הכלכלית הרבה ביותר עבור כל הקלקה, יזכה להופיע ראשון. עם זאת, המנוע 'גוגל' שיכלל מודל זה, וכיום הוא מבצע שיקלול בין המחיר שהציע הלקוח ובין מידת הרלוונטיות שלו לחיפוש הספציפי. לפי המודל המתקדם של 'גוגל', לא תמיד יזכה המרבה-במחיר במקום הראשון: הדבר תלוי גם במידת ההתאמה של המודעה לצרכיו ורצונותיו של המשתמש במנוע. כפי שניתן לראות, חברות החיפוש המובילות מפתחות מודלים מורכבים לפרסום אפקטיבי, שנועדו לפתור בעיות כלכליות של מונופוליזציה (השתלטות של גורם מבוסס על צמרת תוצאות החיפוש, בעזרת מדידת רלוונטיות), עלויות עסקה גבוהות, פערי תועלות ועוד. עם זאת, עדיין מדובר בתעשייה צעירה ומתפתחת. בעלי אתרים רבים אינם מודעים לאפשרויות הטמונות בפעילותם של מנועי חיפוש מסחריים; עלויות השיווק הטלפוני גבוהות מכדי לפנות אליהם כדי לשווק את השירות באופן ישיר; הפריסה הבינלאומית של המנועים פוגעת ביכולתם ליצור מגע מושלם עם הלקוחות הפוטנציאליים (הבדלי שפה, תרבות ושעות). בעלי אתרים רבים, הנהנים מתועלת כלכלית שמפיק להם המנוע ללא כל תשלום, מוכנים להסתכן ולהמר כי המצב יימשך כמות שהוא, דהיינו שהמנוע ימשיך להזרים אליהם גולשים בשיעור דומה בעתיד. רבים מהם מכינים מראש חלופות, או 'גלגלי הצלה' למקרה שהמנוע יפגע בהם. בסופו של דבר, אפילו מנועים "אנטי-מסחריים" בתחילתם, כדוגמת גוגל ויאהו, נאלצו להגיב להתפתחות שוק החיפוש המסחרי¹¹¹. בכך נפתח פרק חדש בתולדות הרשת: מיסחור החיפוש כולו.

מיסחור החיפוש

משבר הדוט-קום, שזיעזע את האינטרנט במהלך 2001, גבה קורבנות גם בענף החיפוש. מנועים ידועים כמו Magellan, Infoseek, Snap Hit וdirect סגרו את שעריהם ונעלמו. מנועים ותיקים אחרים כמו Lycos, WebCrawler, Excite, Hotbot וAsk Jeeves הפסיקו לפעול כמנועים עצמאיים, ושכרו שירותי חיפוש ממנועים מובילים אחרים במודל מיקור-חוץ¹¹². הם ממשיכים למשוך משתמשים אך ורק בזכות המותג שיצרו, והמוניטין שיצא להם בתקופה קריטית בהתפתחות מותגי היסוד של הרשת.

¹¹⁰ בעגה המקצועית מכונים נציגי מכירות אלו בשם Ad Reps, קיצור של Advertising Representatives.

¹¹¹ מנוע גוגל השיק מנגנון פרסום מקוון בשם Google AdWords המאפשר לבעלי עסקים קטנים לבחור מילות חיפוש רצויות, להציע מחיר קבוע על כל הקלקה של גולש, ולהשלים את העסקה באמצעות כרטיס אשראי. התכנית זכתה להצלחה גדולה, והיא פועלת גם כיום בישראל, ללא כל עזרה של מערך שיווק ואו תמיכה טלפוני בעברית.

¹¹² בין המנועים הפחות-ידועים המשכירים שירותי חיפוש למותגים מוכרים: Teoma, FastInktomi.

במקביל, ככל שהלכה הרשת והתרחבה, וככל שגדל מספר האתרים המסחריים, כך גברה התחרות סביב ההופעה בעמוד הראשון של התוצאות. מספר עצום של חברות מזן חדש קמו והציעו שירותי אופטימיזציה לבעלי אתרים¹¹³: בעל אתר (צד א') יכול לשפר את מיקומו בתוצאות מנוע חיפוש (צד ב') ע"י תשלום למומחה אופטימיזציה (צד ג'). במקביל, ענו מנועי החיפוש הגדולים על הביקוש הגואה בפיתוח מערכות קידום בתשלום עבור עסקים מקוונים.

המשבר אילץ את כל החברות לשנות את המודל העסקי שלהן, שהתבסס קודם לכן על אסטרטגיית נתח-שוק והכנסות מפרסומות 'באנרים'¹¹⁴, וליצור תזרימי מזומנים על בסיס נכסיהם המקוונים הקיימים¹¹⁵. כך הפכו מנועי החיפוש למוצרי פרסום משוכללים הנמכרים בשיטת המכרז: ההצעה הגבוהה ביותר עבור מילת חיפוש מבוקשת - זוכה.

הגולשים, מסתבר, הפסיקו להתייחס לבאנרים ברצינות¹¹⁶; אך הם מייחסים חשיבות לתוצאות חיפוש ממוקדות עבור שאילתות בנושאי בריאות, מוצרי צריכה, שירותים עסקיים, חינוך, תקשורת, בידור ומיחשוב. ההיגיון השיווקי מאחורי תעשיית החיפוש המסחרי פשוט: רק במנוע חיפוש אתה באמת יודע מה הגולש רוצה, ולכן ניתן לפלח את קהל היעד ביעילות מקסימלית.

כך הפכה השפה האנושית למצרך (Commodity). מחלקות השיווק של המנועים הגדולים החלו להציע מילות מפתח לכל דורש, על פי ערכן המסחרי המשתנה. 'הימורים' שווה יותר מ'אנדוסקופיה'; 'סקס' שווה יותר מ'איסטנבול'; 'עורכי דין' שווה יותר מ'חופש הביטוי'¹¹⁷. 'בריטיני ספירס' שווה יותר מ'אלוויס קוסטלו'. ככל שהביקוש למילה גבוה יותר, כך התחרות על המקומות הראשונים עזה יותר. ככל שהמילה ממוקדת יותר ו'צרכנית' יותר, תהיה הנכונות לשלם עליה גבוהה יותר.

התפתחות הענף היתה מהירה: בספטמבר 2000, חתמה חברת אוברטור (Overture.com), לשעבר, מנוע (GoTo.com) על חוזה הפצה אסטרטגי גדול, שבמסגרתו הופיעו תוצאות החיפוש הממוסחרות שלה בחיפוש של פורטל Netscape ושל פורטל AOL. המהלך העסקי הדרמטי של אוברטור, חלוצת ה'תשלום-לפי-הקלקה'¹¹⁸ יצר שרשרת עסקאות נוספות. עד סוף 2001, כחלק מתהליך

¹¹³ הכינוי המסחרי הנפוץ הוא Search Engine Optimization ובקיצור SOE.

¹¹⁴ 'באנרים' (Banner Ads) הן פרסומות מלבניות בדרך כלל, המשלבות גרפיקה ואנימציה כדי לתפוס את מבטו של הגולש. רוב ה'באנרים' מפתים את הגולש להקליק עליהם, ועל ידי כך לעבור לאתר המפרסם.

¹¹⁵ Gaither, Chris. Searching for Dollars, Boston Globe, February 23, 2003. Site: <www.boston.com>

¹¹⁶ בענף הפרסום נהוג לדבר על Banner Blindness, דהיינו "עיוורון באנרים". מחקרים גילו, כי גולשים רבים הולכים ומפתחים יכולות התעלמות גבוהות מכל סוג של פרסומת צבעונית מונפשת.

¹¹⁷ בדיקה שערכתי במנוע המסחרי Overture במרץ 2003 גילתה כי משרד עו"ד שהפעיל את האתר www.personalinjurylawcal.com שילם \$1.6 (דולר אחד ושישים סנט) על כל הקלקה של גולש שחיפש Lawyer וקיבל את אתר החברה במקום הראשון. רק לשם ההשוואה: חברה אחרת, www.risilaw.com שילמה \$0.32 על כל הקלקה, ולכן קיבלה את המקום העשירי באותו עמוד תוצאות. הסכום אותו מוכן בעל האתר לשלם, קובע את מיקומו בדף המכירה מתבצעת בשיטת המכירה הפומבית: ההצעה הגבוהה ביותר (בדולרים) זוכה במקום הטוב ביותר בדף התוצאות. ככל שהמילה פופולרית יותר, כך גדל מחירה.

¹¹⁸ חברת אוברטור רשמה פטנט וסימן מסחרי על שיטה זו, המכונה כיום Pay for Performance.

ההתאוששות של חברות הדוט-קום, שילב כל מנוע חיפוש מרכזי בארה"ב תכנים בתשלום (Paid Listing) בתוצאותיו¹¹⁹.

תחום החיפוש המסחרי הממוקד הפך כה רווחי במהלך 2002, עד שעסקים החלו לנצל את הפופולריות של המנועים המובילים בדרכים פחות מקובלות. דוגמה בולטת למגמה זו הציגה חברת Gator האמריקנית. גייטור' מציעה תוכנה חופשית (FreeWare) להורדה, שתפקידה לשמש כארנק אלקטרוני לניהול סיסמאות ומידע צרכני רגיש הנוגע לקניות באתרים מסחריים; בתמורה, "מקפיצה" התוכנה פרסומות pop-up במהלך הגלישה. בדצמבר 2002 השיקה גייטור שירות חדש, Search Scout, המקפיץ פרסומות ממוקדות בתגובה לשאלות החיפוש הספציפיות של גולשים (שהורידו את התוכנה) במנועים פופולריים כמו גוגל ויאהו. הפעם השתמשה גייטור בפרסומות המופיעות מתחת לדפדפן, מה שמכונה pop-under בשפה מקצועית¹²⁰.

פעילותה השנייה-במחלוקת של גייטור כבר הולידה מספר תביעות משפטיות מוצלחות כנגדה. בין התובעים אפשר למצוא גם את עיתון ה'ניו-יורק טיימס' וחברת המשלוחים 'יונייטד פארסל', שביקשו (וקיבלו) צו-מניעה כנגד פעילותה החודרנית של גייטור. השירות החדש, בין אם יופסק מכוח צו ובין אם ימשיך לפעול ללא הפרעה, מוכיח כי מומחי פרסום הבחינו בנפיצותם וברווחיותם הגוברת של המנועים המסחריים.

השירות הראשון והפופולרי שהופיע בזירת החיפוש הממוסחרת החדשה, "מיקום בתשלום" ("Paid Placement"), הוגדר בשפה משפטית כ"כל תוכנית אשר בה אתר מסוים או URL יכולים לשלם תמורת מיקום גבוה יותר ברשימת תוצאות החיפוש, כשהמשמעות היא שמדדי רלוונטיות לבדם אינם מכתיבים את מיקומם"¹²¹.

השירות השני, שאופיו טכני יותר, מכונה בתעשייה "הוספה בתשלום" ("Paid Inclusion"). הוא מוגדר כ"שירות בו ניתנת התחייבות להוסיף אתר למאגר מנוע החיפוש, אבל אין כל הבטחה למיקום טוב עבור מילות חיפוש מוגדרות"¹²². שירות זה אופייני בעיקר ב'קרולרים', שאינם מכתיבים שיקולי עריכה מסורתיים בהוספת אתר למאגר, כיוון שהוא נסרק באופן אוטומטי על ידי 'רובוטים'. אינדקסים מסורתיים (כמו יאהו) היו מוכנים להתחייב חוזית לבדיקת אתרים תמורת תשלום, אך לא הסכימו להתחייב להוספתם אל המאגר.

דוגמה ידועה להתערבות מסוייגת של הממשל בפעילותם המסחרית של מנועי החיפוש מופיעה בדיון סביב שני השירותים הנ"ל. במקרה זה, ייצגה רשות הסחר הפדרלית (Federal Trade Commission), את האינטרס הציבורי ביצירת חובת גילוי נאות באבחנה בין תוצאות חיפוש 'ממוסחרות' ו'בלתי-ממוסחרות'.

¹¹⁹ Sullivan, Danny. FTC Recommends Disclosure to Search Engines. Search Engine Watch Report, July 2002. Site: <<http://searchenginewatch.com/sereport/article.php/2164891>>

¹²⁰ Olsen, Stefanie. Search Engines get "Gated". CNET News.com, January 14, 2003. Site: <<http://news.com.com/2100-1023-980572.html>>

¹²¹ Commercial Alert Complaint Requesting Investigation of Various Internet Search Engine Companies for Paid Placement and Paid Inclusion Programs – Federal Trade Commission (FTC), Site: <<http://www.ftc.gov/os/closings/staff/commercialalertattatch.htm>>

רשות הסחר ניסחה מכתב¹²³, שלחה עותקים ממנו למנהלי חברות מובילות¹²⁴, ופרסמה גם אזהרות והמלצות לצרכנים, בשפה פשוטה, ברשת¹²⁵. במסמך המליצה לתעשיית החיפוש להפעיל חובת גילוי נאות (Disclosure) בכל הנוגע לאבחנה בין תכנים בתשלום ותכנים מערכתיים.

אחד מתפקידיה הסטטוטוריים של הסוכנות הוא אכיפת החוק על כל סוג של פרסום מטעה, ומן המסמך שחיברה עולה כי היא אינה רואה כל פגם בעצם מיסחור החיפוש; אך ההנחה של הסוכנות היא כי הציבור הרחב הורגל להתייחס למנועים ותוצריהם כאל שירותי תוכן מערכתית 'טהור'. לכן הסכנה להטעה גדולה יחסית.

הציבור הרחב מאומן כבר מאות שנים בקריאת עיתוני-נייר, והוא יודע מראש כי בגיליון שהוא מחזיק בידיו קיים עירוב מתמיד בין תכנים מערכתיים למסחריים. עם זאת, הציבור הרחב איננו בקיא דיו בקריאת דפי-חיפוש מורכבים. תוצאות חיפוש ב'קרולרים', מעצם היותן אקראיות ודינמיות, דורשות מאמץ קוגניטיבי גדול יותר מקריאת כתבות סדורות, ערוכות ומתובנות.

רשות הסחר הפדרלית דרשה כיתוב ברור המאפשר לגולש הממוצע להבין כי אתרים מסוימים מופיעים בתוצאות בגלל רלוונטיות 'טהורה', בעוד אתרים אחרים זכו להתמקם במרכז המסך בגלל תשלום (אך לא בהכרח רק בגלל ששילמו). בכל הנוגע ליהוספה בתשלום, עמדתה של רשות הסחר מתירנית יותר: היא ממליצה על גילוי נאות על עצם קיומה של תוכנית מסחרית להוספה בתשלום, אך לא דורשת אבחנה ברורה בין תוצאות 'משולמות' לתוצאות 'טבעיות'.

המלצותיה של רשות הסחר נוסחו באופן מרחיב, ללא דרישות פורמליות ו/או עיצוביות מוגדרות. לאחר שעברו מספר חודשים מעת קבלת המכתב, הגיבו חלק מן המנועים בשינויים תוכניים שונים. חלק מן החברות פעלו ברוח ההמלצה, חלק ניסו להתפשר, חלק ניסו לעקוף את ההגבלות; אך אף חברה מרכזית בארה"ב לא התעלמה לחלוטין מן האיום המוסווה; לרשות הסחר יש כוח אכיפה משמעותי, שבו טרם השתמשה. בעיתונות המקוונת נמתחה ביקורת כלפי רשות הסחר: ההמלצה ששלחה למנהלי המנועים כונתה "ניזיפה מתונה"¹²⁶.

בישראל, קבועות חובות אלו בחוק הגנת הצרכן¹²⁷ וחוק העוולות המסחריות¹²⁸. כמו כן, קל ליצור אנלוגיה משפטית מהתנהגותה המסורתית והמושרשת של התקשורת הכתובה, במחויבותה המקצועית לאבחנה ברורה בין תוכן פרסומי למערכתית (תוויות כמו 'פרסומית', 'מדור פרסומי', 'מודעה וכו' בישראל). עם זאת, המועצה להגנת הצרכן טרם פעלה בנידון.

¹²³ ש.ס.

¹²⁴ רשימת החברות הנמעות: Alta Vista, AOL Time Warner, Ask Jeeves, iWon, LookSmart, Microsoft, Terra Lycos, Google, InfoSpace, Overture, Yahoo, Disney InternetGroup.

¹²⁵ Being Frank about Search Engine Rank, Federal Trade Commission (FTC).

Site: <<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/alerts/searchalrt.htm>>

¹²⁶ Olsen, Stefanie. New direction for Overture. CNET News.com, February 26, 2003. Site:

<http://news.com.com/2100-1024_3-986178.html>

¹²⁷ ס' 7(ג)1 לח' הגנת הצרכן עוסק באחריות להטעה בפרסומת, ומשתמשת במינוח 'אדם סביר'.

¹²⁸ ס' 3 לח' עוולות מסחריות עוסק ב'התערבות לא הוגנת', דהיינו פעילות עסק פלוני המכבידה על גישה לעסק אלמוני. פרשנות מודרנית לס' זה עלולה להטיל אחריות בנזיקין על מנועי חיפוש המציגים פרסומות בראש העמוד, בכך 'מכבידים' על גישת הגולש לאתר העסק המבוקש, המופיע ברשימת תוצאות החיפוש.

מחקר צרכני¹²⁹ שנערך בשנת 2002 ושהקיף 1500 גולשים בארה"ב, מצא כי 87% מן הגולשים משתמשים במנועי חיפוש. 60% מן הגולשים ענו כי לא ידעו על המנהג לשלם עבור קידום במנועי חיפוש. 39% ענו שידעו על כך. 1% סירבו לענות/אינם יודעים. 44% ענו כי בהנחה שאכן קיים מנהג כזה, חשוב מאוד להם לדעת על המדיניות של כל אתר בתוצאות החיפוש או בעמוד קל-לאיתור אחר. 36% ענו כי הדבר חשוב להם 'במידה מסוימת'. 11% ענו כי הדבר איננו חשוב להם מדי. 7% ענו כי הדבר אינו חשוב כלל. 2% סירבו לענות/אינם יודעים.

מסתבר, אם כן, שרוב הגולשים מעוניינים בהנהגת חובת גילוי נאות. עם זאת, השאלה האחרונה בסקר הפתיעה בתוצאותיה. 56% ענו כי לעובדה שמנועי חיפוש יציינו בפירוש כי הם מקדמים אתרים בתשלום, לא תהיה השפעה על השימוש שלהם במנוע. 10% ענו שעובדה זו תגדיל את האפשרות שישתמשו במנוע. 30% ענו שעובדה זו תקטין את האפשרות שישתמשו במנוע. 4% סירבו לענות/לא ידעו.

תשובותיהם של הנשאלים מעידות על קשר לא מובהק בין חובת גילוי ובין החלטה על שימוש במנוע מסוים. עם זאת, ברור כי הגולשים סבורים שאכן ישנן את התנהגותם בעקבות הגברת השקיפות בענף החיפוש. ניתן להעריך בביטחון רב יחסית כי ככל שיגבר השימוש בתוצאות חיפוש 'ממוסחרות', כך יתרבו המקרים בהם יתוודעו הגולשים לחסרונות, 'לפתיונות' ולקשיים שמציבים סוחרים מקוונים בפני המחפש התמים.

המצב בישראל בעייתי. המנועים העבריים הגדולים הם גוגל ישראל, MSN ישראל, וואלה, נענע ותפוז. השלושה האחרונים אינם כפופים להנחיות רשות הסחר הפדרלית בארה"ב, כיוון שמדובר בתאגידים ישראלים. פסיקה מקומית בנושא לא קיימת. המועצה להגנת הצרכן טרם פעלה בנידון. מועצת העיתונות טרם התייחסה לסוגיה.

וואלה (www.walla.co.il) משתמש בכיתוב אנגלי ("Sponsored Link"), ביטוי בלתי-מובן למרבית אזרחי המדינה), בצד שמאל של המסך, הרחק מעיני הגולשים (הקוראים מימין לשמאל), בצבע אפור חיוור. השימוש בשפה האנגלית איננו עומד בלשון החוק, המשתמשת במבחן הסבירות. נענע (www.nana.co.il) אינו שונה בהרבה. הוא אמנם משתמש בכיתוב עברי ("מודעה"), אך גם הוא נזרק לצד השמאלי של המסך, בצבע אפור חיוור, בגופן (Font) זעיר. גישה זו עשויה שלא לעמוד במבחן מחמיר של החוק¹³⁰, בעיקר בגלל המיקום של הכיתוב וצבעו הבהיר.

תפוז (www.tapuz.co.il) בחר להשתמש בלוגו "פ", שמשמעותו ככל הנראה 'פרסומת'. הכיתוב אמנם מוצג בצד הימני של המסך, בצבע כחול על רקע כחול, אך התוצאה הסופית עמומה ומטעה. הסיכוי לתביעה עתידית על רקע הטעיה זו, נמוך למדי. הערכה זו מבוססת על עובדה פשוטה: היעדר תובעים פוטנציאליים. כאמור, המועצה לצרכנות עסוקה בנושאים אחרים, וכוחה מועט. השוק הישראלי קטן, והתודעה הצרכנית שלו נמוכה.

הגרסה הישראלית של גוגל (www.google.co.il), מקפידה על אבחנה ברורה בין תוצאות חיפוש 'טהורות' ובין מודעות פרסומיות, המופיעות במיקום שונה, עיצוב שונה תוך הכיתוב "קישורים

¹²⁹ A Matter of Trust: What Users Want From Web Sites: Survey conducted for Consumer WebWatch, Princeton Survey Research Associates. 20/12/01-7/1/02.

¹³⁰ ס' 7(ג)2 לחי' הגנת הצרכן דורש "לציין באופן ברור כי המדובר בפרסומת".

תומכים" ו/או "לינק ממומן". עם זאת, הכיתוב "לינק ממומן", המופיע מצד שמאל של המודעות העליונות בתוצאות החיפוש של גוגל ישראל, איננו משמש קישור למידע נוסף בנושא, ובכך הוא איננו ממלא את דרישות החוק לגילוי נאות; ללא קישור המסביר את טיב הפרסום, מודעותו של הצרכן אינה שלמה.

גם MSN ישראל (www.msn.co.il) איננו ממלא את דרישות רשות הסחר הפדרלית, להן הוא כפוף, בהיותו חלק אינטגרלי מחברת מיקרוסופט האמריקנית. הגרסה הישראלית לפורטל של חברת מיקרוסופט מציגה תוצאות חיפוש מבלבלות¹³¹, שכן מצד שמאל של המודעות מופיעה סדרת מודעות נוספת, שעלולה לתת את הרושם כאילו תוצאות החיפוש המרכזיות (מצד ימין) הן אינן ממוסחרות. הכיתוב Sponsored Links באנגלית איננו ממלא את דרישת החוק הישראלי לגילוי נאות, שכן השפה האנגלית איננה שפת האם של רוב הגולשים בישראל; בנוסף, הכיתוב Sponsored Links בתוצאות MSN.co.il איננו מופיע כקישור למידע מורחב, ובכך הוא איננו מציג מידע מספק אודות טיב השירות.

ככלל, בחירתם של מנועי חיפוש ישראלים להשתמש בכיתובים בשפה האנגלית דווקא (Sponsored Links) מעידה על חוסר תום-לב, זלזול בצרכן ובמפרסמים עצמם. לסיכום, התערבותה הזהירה של רשות הסחר הפדרלית יצרה שינויים מבורכים בתחום הגנת הצרכן בענף הפרסום במנועי החיפוש. עם זאת, המצב המצוי בארה"ב עדיין רחוק מן הרצוי, ובישראל הוא עגום למדי. בגלל התחכום הטכנולוגי של ענף החיפוש, החשש מהטעיית הצרכן גבוה לעומת הפרסום המסורתי בעיתונות הכתובה, בטלוויזיה וברדיו. הדמיון החזותי הרב בין התוצאות הפרסומיות והתוצאות הטבעיות מטה את הכף לטובת החמרת כללי הגילוי הנאות. מכיוון שדרישת הגילוי הנאות איננה מטילה נטל כלכלי על מנועי החיפוש, אין טעם טוב נגד התערבות מצד גופים שאמורים לייצג את האינטרס הציבורי בתחום זה.

קונסולידציה

אחת המגמות שאפיינו את השנים 2003-2004 היא החשש מפני קונסולידציה של ענף החיפוש המקוון בארה"ב, המשליך על שאר העולם. במרץ 2003, השלימה חברת יאהו את רכישת אינקטומי (Inktomi), ובכך הבטיחה לעצמה שליטה מוחלטת על טכנולוגיית החיפוש בה היא מתכוונת להשתמש בעתיד. באפריל 2003, השלימה חברת Overture¹³² את שתי רכישותיה המרכזיות: חברת AltaVista האמריקנית וחברת AllTheWeb הנורבגית¹³³.

¹³¹ ר' נספח 4: תוצאות חיפוש בפורטל MSN ישראל על המילה 'צימרים', 18 באפריל 2004.

¹³² אוברטור (Overture.com), חברה אמריקנית שהוקמה בשנת 1998, מציעה מכירת מילות מפתח מבוקשות בשיטת המכירה הפומבית. היא מעולם לא הגדירה את עצמה בתור מנוע חיפוש 'קלאסי', אלא כספקית שירותי פרסום ממוקד ומקוון. עם הגידול בהכנסותיה וברווחיה, החלה ללטוש עיניים אל עבר חברות המתמחות בטכנולוגיות חיפוש 'טהורות', כדי ליעל את שירותיה המסחריים ולהגדיל את החשיפה הבינלאומית לתוצאותיה.

¹³³ חברת AllTheWeb ידועה גם בשם Fast ומציעה טכנולוגיות חיפוש מתקדמות, המתחרות ישירות ב'גוגל'.

ביולי 2003 הודיעה יאהו על רכישת Overture.com (להלן: אוברטור), בעסקת מזומנים-ומניות מורכבת שהסתכמה בסכום אסטרונומי: 1.6 מיליארד דולר¹³⁴. ההגיון מאחורי מסע הרכישות של יאהו ברור למדי: אלטה-ויסטה ו-AllTheWeb ימשיכו, לכאורה, לפתח את הטכנולוגיה שתיתן תוצאות חיפוש איכותיות מכל רחבי הרשת, כדי שהגולשים ימשיכו להשתמש ביאהו גם בעתיד, בעוד אוברטור תמשיך לספק ליאהו פרסומות לפי מילות מפתח (Keyword Ads) שיביאו לה הכנסות¹³⁵. לפני הרכישה, סיפקה אוברטור 19% מכלל הכנסותיו של יאהו¹³⁶ בשנת 2003. הרכישה פילחה את שוק החיפוש לשלושה גושים מרכזיים. הראשון מורכב מאוסף חברות ששילבו כוחות כדי להילחם מול שני הגושים האחרים; הוא מקיף את יאהו, אוברטור, אלטה-ויסטה ופאסט (AllTheWeb), אך בפועל "נבלעו" שתי החברות האחרונות בתוך יאהו. הגוש השני הוא גוגל, המקפיד לפתח טכנולוגיות ושירותים בכוחות עצמו, אך מתכנן גם הוא רכישות טכנולוגיות נוספות בעתיד¹³⁷. השלישי הוא מונופול התוכנה מיקרוסופט, שהודיע על כוונתו להיכנס לתחום החיפוש על ידי פיתוח טכנולוגיות עצמאיות, כמעט ללא שימוש במיקור-חוץ¹³⁸. יאהו סיים את ההתקשרות עם גוגל בפברואר 2004, והחל להציג תוצאות עצמאיות בחיפוש הפופולרי שלו¹³⁹. בינתיים, התחרות העיקרית ממוקדת בציר יאהו-גוגל: הראשון חשש מאוד מתלות מנונת, ומאיבוד המיתוג הייחודי שלו, בגלל העובדה שתוצאות החיפוש שלו למעשה באות מן האחרון. לאחר ההיפרדות, יוכל יאהו להמשיך להתחרות. העובדה ששוק החיפוש האמריקני מכיל בתוכו כרגע רק שני שחקנים מרכזיים¹⁴⁰, ושחקן חזק שלישי נוסף שעדיין לא החל להתחרות במלוא כוחו, איננה מדאיגה בהכרח: יאהו וגוגל ימשיכו להתחרות, בעוד מיקרוסופט תפתח חזית משלה במהלך שנת 2004. עם זאת, יש לזכור כי יאהו צמצם באופן משמעותי את התחרות בשוק, כאשר רכש שתי חברות שהתחרו בו בעבר (AltaVista, AlltheWeb/Fast), ובכך הצליח להתניע מהלך עסקי מורכב, שיעלים

¹³⁴ Sullivan, Danny. Yahoo To Buy Overture. Search Engine Watch, 15 July 2003. Site:

<<http://www.searchenginewatch.com/searchday/article.php/2234821>>

¹³⁵ גם חברת אוברטור עצמה חששה מן העובדה ששני השותפים המרכזיים שלה, מיקרוסופט ויאהו, מספקים 65% מכלל הכנסותיה. התלות הגדולה בלקוחות אסטרטגיים הפכה אחת הסיבות להסכמתה של אוברטור למהלך.

¹³⁶ Moore, Rex. Yahoo Takes Overture. Motley Fool, 14 July 2003. Site:

<<http://www.fool.com/News/mft/2003/mft03071404.htm>>

¹³⁷ באפריל 2003 רכשה חברת גוגל את חברת Applied Semantics (לשעבר Oingo), שותף טכנולוגי חשוב, המתמחה בבניית סמנטי של מילות מפתח בדפי-רשת, איתור אסוציאציות והבנת דרכי חשיבה של משתמשים במנועי חיפוש. הרכישה נועדה לחזק את מעמדה של גוגל מול אוברטור, ביצירת מערך פרסום מקוון אפקטיבי. מאמר אודות הרכישה התפרסם בכתובת הבאה: <<http://www.internetnews.com/IAR/article.php/2195901>>

¹³⁸ Ricciuti, Mike. Hu, Jim. Microsoft's next target--Google?, CNET News.com, 25 June 2003. Site:

<http://zdnet.com.com/2100-1104_2-1020731.html>

¹³⁹ Bazeley, Michael. Yahoo! drops Google search engine. Feb. 18, 2004. San Jose Mercury News.

Site: <<http://www.mercurynews.com/mlm/mercurynews/news/7983147.htm>>

¹⁴⁰ סקר עולמי שנערך באוגוסט 2002 מטעם חברת OneStat.com מצא כי נתח המשתמשים הגלובלי של גוגל הוא 53% בעוד זה של יאהו הוא רק 20%. נתחה של מיקרוסופט הוערך בתשעה אחוזים בלבד.

אותן מן השוק לחלוטין¹⁴¹. כך התכנס השוק למאבק דואופולי של "גדולים בלבד", ולאור נסיקת עלויות הכניסה לענף, נראה שמצב זה יישאר קבוע גם בעתיד הנראה לעין. שני מייסדי גוגל, סרגיי ברין ולארי פיג', הודיעו כי אינם מתכוונים להיענות לכל סוג של הצעה אפשרית מצד מיקרוסופט¹⁴². התנהלותה האגרסיבית של חברת מיקרוסופט¹⁴³, כפי שהשתקפה בעבר במשפט הארוך שניהל נגדה משרד המשפטים האמריקני¹⁴⁴, עשויה ללמד על העימות החזיתי הצפוי בין שלושת גושי-הענק הללו.

קישורים עמוקים כאבן-בוהן

מרכיב הקישוריות (Linking) הוא לחם-חוקם של כל מנועי החיפוש. כל הגבלה משפטית על היכולת לקשר בין אתרים ברשת עלולה לפגוע בתעשיית החיפוש, בציבור הגולשים, בחופש הביטוי ובחיוניותה של הרשת בכלל. דרכי הפעולה הבעייתיות של בתי המשפט בנוגע לחוקיותו של 'קישור עמוק' (דהיינו, קישור ישיר לעמוד פנימי באתר), משמשים דוגמה מדאיגה להתערבות שגויה ומיותרת של הערכאות השיפוטיות.

בארה"ב, מולדת הרשת, הגיעו בסופו של דבר הערכאות המשפטיות למסקנה המתבקשת, לפיה קישור עמוק הוא חוקי. הלכת *Ticketmaster v. Tickets.com* נקבעה לאחר שביהמ"ש דחה את הטענה כאילו קישור עמוק, לכשעצמו, מפר זכויות יוצרים¹⁴⁵. הלכה זו רק אישרה בדיעבד את הפרקטיקה הנהוגה ברשת מימים-ימימה.

עם זאת, השאיר ביהמ"ש כמה שאלות פתוחות למקרים בהם קישור עמוק "שקוף" (כזה שאינו מבהיר לגולש כי עבר מאתר א' לאתר ב'), המכיל יסוד של הטעייה באשר למקור התוכן, עשוי ליצור תחרות בלתי-הוגנת או הפרת זכויות יוצרים¹⁴⁶. בכך אמנם הסיר ביהמ"ש כל חשש מפני פגיעה אפשרית בתעשיית מנועי החיפוש - שאינה נוקטת בתכסיסי הטעייה שכאלה - אך הותר מרכיב של אי-ודאות בכל הנוגע לקישורים בלתי-שגרתיים. לעומת זאת, באירופה יצרו הערכאות מצב של בלבול מתמשך, חוסר עקביות ומבוכה משפטית, למרות נסיונות מצד ראשי האיחוד האירופי להחיל אחידות דרך משפט הקהילה.

¹⁴¹ The death of AltaVista and AlltheWeb. March 1, 2004. Pandia Search Engine News. Site:

<<http://www.pandia.com/sw-2004/08-yahoo.html>>

¹⁴² יש לזכור כי תשתית החומרה של גוגל מבוססת על לינוקס, מערכת ההפעלה המתחרה במיקרוסופט.

¹⁴³ לפי דיווחים עיתונאיים, מיקרוסופט נמצאת כעת בהליך רישום פטנטים מוגבר על אלגוריתמים בתחום החיפוש, כחלק מאסטרטגיה עסקית לפיה עליה להתנער בהדרגה משימוש בטכנולוגיה החיצונית של חברת Inktomi.

¹⁴⁴ U.S. v. Microsoft: Current Case. Antitrust Division, US Department of Justice.

Link: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm>

¹⁴⁵ Ticketmaster Corp., et al. V. Tickets.com, Inc. U.S. District Court, Central District of California.

March 27, 2000. Ruling: <<http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html>>

¹⁴⁶ Kubiszyn, Margaret. Emerging Legal Guidance on 'Deep Linking'. Gigalaw.com, May 2000.

Site: <<http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/kubiszyn-2000-05b-all.html>>

בתחילת הדרך, המצב נראה אופטימי: בפרשת Kranten¹⁴⁷ נקבע כי קישור עמוק הוא חוקי. ביהמ"ש ציין כי קישור ללא Framing, דהיינו כזה שאינו יוצר את הרושם המוטעה כאילו תוכנו של אתר ב' (המקושר) נמצא בתוך אתר א' (המקשר), הוא לגיטימי. התובעים, מספר עיתונים ומו"לים בהולנד, ניסו לטעון כי קישורים עמוקים פוגעים בהם כלכלית, לאור העובדה שהפרסומות בעמוד הראשי של האתר הן הרווחיות ביותר. ביהמ"ש דחה טענה זו, בנימוק שניתן להתגבר על כך באמצעות פרסום מתאים בעמודים הפנימיים. עם זאת, החמיץ ביהמ"ש את ההזדמנות לציין כי אתר המעוניין לחסום קישורים עמוקים, צריך לנקוט באמצעים טכנולוגיים סבירים כדי למנוע זאת (מעין "גדר וירטואלית" להגנה מפני חדירה).

פרשת NewsBooster.com

המתנגדים המושבעים לכל התערבות משפטית בחופש הפעולה של יזמי הרשת הפיקו הון פוליטי גדול מפרשת NewsBooster.com, שהתרחשה בבית המשפט של קופנהגן. בשנת 2002, תבעה התאחדות המו"לים של עיתוני דנמרק את אתר Newsbooster.com על הפרת זכויות יוצרים ועילות אחרות, על שהפעיל 'רובוטים' כדי לסרוק אתרי עיתונים בכל העולם כדי לשאוב מתוכם 'קישורים עמוקים' (Deep Links¹⁴⁸) וכותרות לידעות עיתונאיות מקוריות¹⁴⁹.

התובעים טענו כי פעילות האתר פוגעת בהכנסותיהם, כיוון שקישור עמוק, מעצם קיומו, "עוקף" את העמוד הראשי של כל אתר ומאפשר לגולש לחדור ישר פנימה, למסמך המבוקש. כך, נטען בתביעה, מפסיד העיתון המקוון חשיפה לפרסומות הרווחיות ביותר, המופיעות בעמוד הראשי של האתר. כמו כן טענו התובעים כי האתר למעשה מתחרה בהם בצורה בלתי-הוגנת. ביולי 2002 קיבל בית המשפט את טענת התובעים, תוך התבססות על חוק זכויות היוצרים הדני וישום בעייתי של דין הקהילה האירופית¹⁵⁰. נקבע כי הנתבע לא יכול לקשר אל אתרי התובעים ללא רשות כתובה. הנתבע לא ערער על החלטה, כיוון שהאיסור לא השפיע על הכנסותיו ממקורות אחרים.

פסיקה זו נחשבה למכרעת בתקופתה, לאור תחולתה הרחבה על שאר מדינות אירופה. הפרסום הרב לו זכתה החלטת ביהמ"ש ההולנדי, והביקורת הנוקבת שנמתחה עליה¹⁵¹, עוררו מחדש גם את השאלה עד כמה מסוגלים בתי משפט מקומיים בעלי מומחיות טכנולוגית מוגבלת, בהם יושב שופט אחד בלבד בכל הכרעה, ושהיקף שיקול דעתם מצומצם לשטח גיאוגרפי קטן, להתמודד עם תחום החיפוש בלי להגיע להכרעות גורפות, שתוקפן האיזורי (במקרה דן – אירופי) בלתי מתקבל על הדעת, ושבידיעבד כלל לא עמדו במבחן המציאות המעשית.

¹⁴⁷ PCM v Kranted. August 23, 2000. Rotterdam District Court.

¹⁴⁸ 'קישור עמוק' משמעו כתובת-אינטרנט ישירה לדף פנימי באתר. דוג': <www.site.co.il/folder /file.html>.

¹⁴⁹ Danish Newspaper Publishers Association v. Newsbooster.com, Copenhagen Baliff's Court, (Denmark, 7/5/2002).

¹⁵⁰ Delio, Michelle. Deep Link Foes Get Another Win. Wired News, July 8, 2002. Site:

<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,53697,00.html>

¹⁵¹ Sherman, Chris. Deep Linking Lunacy. SearchDay Newsletter, July 9, 2002. Site:

<http://searchenginewatch.com/searchday>

התובעים לא טרחו להעלות קובץ Robots.txt נגד רובוטים¹⁵²; לא ניטרו בעצמם את האפשרות להגיע לעמוד פנימי בלי לעבור קודם כל בעמוד הראשי (כל מפתח אתרים ממוצע יודע כיצד לעשות זאת); לא טענו לנזק פיזי לשרתים עקב עומס מיותר על חומרה; לא חסמו את האתר לגולשים רשומים בעלי שם משתמש וסיסמה; לא הוכיחו נזק (דיני זכויות היוצרים לא מחייבים להראות נזק כדי לזכות בצו מניעה או בפיצוי סטטוטורי, ברוב המדינות).
 הלכת Newsbooster.com לא החזיקה מעמד זמן רב, ובפועל זכתה להתעלמות מצד תעשיית החיפוש, ומצד ערכאות אחרות באירופה ובארה"ב.

פרשת Mainpost v. NewsClub

במקרה דומה, פסק בתחילה בית המשפט האיזורי של מינכן כנגד מנוע חיפוש שסרק אתר חדשות. ביולי 2002 ניתן פסק-דין ראשון, בערכאה נמוכה, שקבע כי קישור עמוק מנוגד למשפט הקהילה האירופית¹⁵³. הפסיקה האבסורדית, שזכתה לקיתונות של ביקורת ברחבי העולם¹⁵⁴, בוטלה בערכאת הערעור, מכיוון שבית המשפט הפדרלי של גרמניה עסק בשאלה משפטית זהה בפרשת Paperboy.de (שתידון בהמשך), ולכן לא התעורר צורך להכריע בה. הצדדים הגיעו להסכם פשרה, לאחר שלוש שנות ליטיגציה; "קישור עמוק" שב להיות חוקי-לכאורה, למרות שבפועל, המציאות המקוונת לא השתנתה במאום.

פרשת Paperboy.de

אירופה הצליחה להתעשת ולהכיר בקישור עמוקים רק ביולי 2003, לאחר שבית המשפט הפדרלי של גרמניה שם קץ למבוכה המשפטית ומסר פסק דין פרגמטי בסוגייה הרלוונטית¹⁵⁵.
 מו"ל גרמני בשם Verlagsgruppe Holtzbrinck תבע את מנוע החיפוש הגרמני Paperboy.de, המתמחה בסריקת אתרי חדשות, על הפרת זכויות יוצרים ותחרות בלתי-הוגנת. ביהמ"ש הפדרלי פסק כי אין בקישור עמוק כל היבט של הפרת זכויות יוצרים; לשיטת ביהמ"ש, עצם הפרסום המקוון יוצר חזקה כאילו הסכים התובע לקישור עמוק שכזה; כמו כן, התובע יכול היה לנקוט באמצעים טכניים פשוטים (Robots.txt) כדי לחסום כניסה של מנועי חיפוש, או לחסום גולשים מלגשת לעמודים פנימיים, בעזרת מנגנונים טכניים נפוצים. בנוסף, הדגיש ביהמ"ש את חשיבותם של קישורים עמוקים להתפתחותה הבריאה של הרשת¹⁵⁶.

¹⁵² עובדה מביכה זו נחשפה, בין השאר, גם באתר ההולנדי הבא: <<http://ole.tange.dk/projekter/newsbooster>>
¹⁵³ החוק הרלוונטי למקרה הוא ס' 7(5) דירקטיבת מאגרי המידע (EU Database Directive, 96/9/EC), המעניקה הגנת זכויות יוצרים ליוצרי מאגרי מידע העוסקים ב"בחירה וארגון" הנתונים, גם במקרה שבו יוצר המאגר לא מחזיק בזכויות יוצרים על המידע האגור.

¹⁵⁴ Delio, Michelle. Deep Linking Takes Another Blow. Wired News, July 25, 2002.

Site: <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,54083,00.html>>

¹⁵⁵ Verlagsgruppe Handelsblatt v. Paperboy, aus dem Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 17. Juli 2003 – I ZR 259/00.

¹⁵⁶ Cullen, Drew. Deep links are legal in Germany. Official., The Register, 20 July 2003.

Site: <<http://www.theregister.co.uk/content/6/31838.html>>

פרשת Karin Spaink

הכנסייה הסיינטולוגית תבעה את קארין ספיינק, שפירסמה מאמרים שכללו תכנים מוגנים בזכויות יוצרים. השאלה המשפטית התמקדה באחריותן של עשר ספקיות שירות (ISP) שאיכסנו את התכנים המפריים. בית המשפט לערעורים ההולנדי בהאג פסק בספטמבר 2003, לאחר 8 שנים של דיונים, כי ספק שירות באינטרנט (ISP) איננו אחראי לקישורים המפריים זכויות יוצרים¹⁵⁷. ערכאת הערעור התמקדה בחופש הביטוי של יחידים ברשת, והפכה את הלכת הערכאה המחוזית (מתאריך יוני 1999) לפיה מודעותו של ספק השירות מחייבת אותו להסיר קישור מפר. בכך, ביצרו הערכאות האירופאיות (אם כי באיחור-מה) את חופש הסריקה של תעשיית החיפוש העולמית.

פרשת Kelly v. Arriba Soft

דוגמה נוספת לסירבול ולאיטיות בהן מאופיינות הערכאות, גם כשמדובר בארה"ב, היא תביעתו של צלם מקצועי מקליפורניה נגד מנוע החיפוש הגרפי של חברת אריבה סופט (כיום Ditto.com) שסרק את הרשת בחיפוש אחר תמונות, ובין השאר העתיק את תמונותיו למאגר. המנוע הציג גרסה מוקטנת שלהן (Thumbnail) בתוצאות החיפוש, והעניק קישור ישיר לקובץ הגרפי המלא, במנותק מן העמוד בו הוצג במקור. התובע, לסלי קלי, אמנם לא ניסה לטעון כי קישור עמוק המפנה לקובץ גרפי, מפר זכויות יוצרים; הוא מיקד תביעתו בגירסה המוקטנת. אך ביהמ"ש נכנס גם לסוגיה זו, וקבע כי היא חוקית. השופט בערכאה הראשונה קיבל את טענת הנתבעים, לפיה פעולת המנוע חוסה תחת הגנת 'שימוש הוגן' (Fair Use)¹⁵⁸.

התובע התבסס על פעילות המנוע מתאריך ינואר 1999, אך בגלל הערעורים הרבים, עד אפריל 2004 טרם נקבעה הלכה. ביהמ"ש העליון אמנם פסק ביולי 2003¹⁵⁹ כי הגרסאות המוקטנות (Thumbnails) נופלות תחת הגנת השימוש ההוגן (Fair Use), אך החליט כי הערכאה הראשונה כלל לא היתה צריכה כלל לדון בחוקיותם של הקישורים הישירים לקובץ הגרפי המלא, וכי על התיק לחזור לערכאה הראשונה לדיונים נוספים.

הערכאה העליונה התעלמה מן הזמן הרב שנדרש לתובע כדי לזכות בסעד, ולו חלקי. הפרשה טרם נחתמה, ושני הצדדים עדיין מנסים להגיע לפשרה כספית. אך חמש השנים שעברו העניקו ניצחון בנקודות' למנוע החיפוש Ditto.com, שמאז הגשת התביעה כבר שינה את התנהגותו, וחדל לספק קישורים עמוקים לקבצים הגרפיים. בכך, למעשה, הודה כי יצר מצג-שווא מסוים, בכך שאיפשר לגולשים להגיע לקובץ הגרפי באופן ישיר, ובכך "עקף" את כוונתו המקורית של התובע: לפרסם עמוד-רשת שלם. אכן, 'קישור עמוק' לכשעצמו איננו בלתי-חוקי, אך יש חריגים לכלל זה.

¹⁵⁷ Church of Spiritual Technology v. Xs4All. Court of Appeal, The Hague. September 4, 2003.

Verdict: <http://www.rechtspraak.nl/uitspraak/frameset.asp?ui_id=51205>

¹⁵⁸ American Copyright Act, Section 107.

¹⁵⁹ Kelly v. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002); 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

במקביל, נוצרה תחרות משמעותית בתחום חיפוש התמונות, וכיום שולטים בו גוגל¹⁶⁰ ואלטה-ויסטה¹⁶¹. אפילו בישראל פועל מנוע חיפוש עברי המציע חיפוש תמונות¹⁶². כל השחקנים הבולטים בתחום זה פועלים לפי כללי השימוש ההוגן¹⁶³.

בגרמניה, לעומת זאת, חוק זכויות היוצרים משנת 1965 איננו כולל הגנת שימוש הוגן, כפי שהיא קיימת במשפט המקובל. על בסיס משפטי זה קבע ביהמ"ש האיזורי של המבורג¹⁶⁴, במרץ 2004, כי התמונות המוקטנות (Thumbnails) במהדורתו הגרמנית של מנוע החדשות גוגל¹⁶⁵ מפרות את החוק הגרמני. התיק נמצא בהליכי ערעור, והוא אינו צפוי לעורר קשיים רבים, שכן שירות החדשות של גוגל איננו תלוי בתמונות כדי לפעול. אך דווקא שירות חיפוש התמונות של גוגל, בגרסתו הגרמנית¹⁶⁶, הוא יעד פוטנציאלי לתביעה נוספת, משמעותית יותר. ולמרות האמור לעיל, יש להניח כי ערכאת הערעור תהפוך את ההחלטה בעזרת פרשנות מרחיבה לחוק הקיים; זאת כיוון שאימוץ דווקני של סעיף חוק ארכאי משנת 1965 יביך את הקהילה האירופית, המתניימרת להתחרות בארה"ב, וכיוון שמרבית גולשי אירופה אינם רואים במעשיו של גוגל כל פסול. כאמור לעיל, הרוב המוחלט של הניסיונות המשפטיים להיאבק כנגד קישורים עמוקים "מסורתיים" ובלתי-מטעים¹⁶⁷, בהם מתמחים מנועי חיפוש, הסתיימו בכישלון. הפנייה החפוזה לערכאות, תוך פרשנות שגויה למשפט הקהילה האירופית, אמנם לא הפריעה באופן מורגש להתפתחותה העצמאית של הרשת, אך פגעה אנושות ביוקרתם של בתי המשפט.

כיום, בעלי אתרים שאינם מעוניינים בקישורים ישירים לדפים פנימיים, דואגים להפעיל מנגנון אוטומטי שמפנה את הגולש ישירות לעמוד אחר; אחרים מפעילים 'מסגרות' (Frames) המקשות על מקשרים להיכנס לאתר "מבחוץ", ללא שימוש בתפריט האתר עצמו; אחרים משתמשים בקבצי Robots.txt או נועלים את הדפים הפנימיים בסיסמה, עבור לקוחות משלמים/רשומים בלבד. הפתרונות הטכנולוגיים היעילים, כך התברר, מייתרים את התערבות המשפט.

¹⁶⁰ Google Image Search: <<http://images.google.com>>

¹⁶¹ AltaVista Image Search: <<http://www.altavista.com/image>>

<<http://www.2find.co.il>>¹⁶²

¹⁶³ הטקטיקה הנפוצה במנועי חיפוש התמונות כיום היא להציג את התמונה בגרסת Thumbnail בעמוד התוצאות. לחיצה על התמונה מובילה לעמוד משולב, הכולל את העמוד הרלוונטי במלואו, ובמקביל את התמונה כפי שנסרקה על ידי המנוע עצמו. לחיצה נוספת על התמונה מובילה לקובץ הגרפי המלא, ולחלופין קיימת אופציה להמשיך לגלוש באתר הנסרק, תוך יציאה מוחלטת ממנוע החיפוש.

¹⁶⁴ פסק הדין בגרמנית: <<http://www.jurpc.de/rechtspr/20040146.htm>>

<<http://news.google.de>>¹⁶⁵

<<http://images.google.de>>¹⁶⁶

¹⁶⁷ בעבודה זו, המתמקדת במנועי חיפוש, לא אדון במקרים אחרים, בהם בעלי אתרים קישור באופן מטעה וכוזב בין אתריהם לאתרים אחרים, בין השאר של מתחרים ישירים. כל מנועי החיפוש הפופולריים אינם משתמשים בטקטיקות כאלה, כיוון שהם כבר מודעים לכך שמדובר במעשה עוולה.

כיום פועלים כמה מנועי-חדשות בינלאומיים ורבי-עוצמה¹⁶⁸ המאפשרים למשתמשים לעיין, הלכה למעשה, במאגר העיתונות הגדול בעולם, ללא כל תשלום. מנועי החדשות הללו פועלים מטעם תאגידים מנוסים, המקפידים שלא להסתכסך שלא-לצורך עם כלי תקשורת העשויים לפגוע ביוקרתם. לכן המנועים הללו מקפידים שלא לחדור ללא רשות אל הארכיונים של העיתונים המובילים, שרובם פועלים בתשלום.

ארגונים הפועלים בתחום התקשורת הכתובה מבינים כיום, שמנועי החיפוש אינם מהווים איום עסקי, אלא כלי חיוני להגברת חשיפה. מומחי-רשת ממליצים בחום על שימוש נרחב בקישורים עמוקים, וטוענים כי הם מגבירים את השימושיות (Usability) ומשרתים בנאמנות את מטרות הגולשים¹⁶⁹; על כן, בעלי אתרים צריכים לעודד קישורים עמוקים, ולא לפעול כנגדם.

Xenu.net נגד הכנסייה הסיינטולוגית: המנוע כבית-דין מהיר

פרשה זו, שעוררה דיון סוער בקרב שוחרי חופש הביטוי בארה"ב, ממחישה גם היא את חשיבותם ההולכת-וגדלה של מנועי החיפוש בשיח הציבורי. מדובר באתר פרטי¹⁷⁰ ובו מבחר גדול של מאמרים ביקורתיים נגד הכנסייה הסיינטולוגית¹⁷¹ בארה"ב. האתר זכה להצלחה גדולה בקרב הגולשים, ודירוגו בגוגל היה גבוה. עורכי הדין של הכנסייה הסיינטולוגית שלחו מכתב לגוגל, ובו דרשו להסיר באופן מיידי את כל הקישורים לאתר. לטענתם, פרסם עורך האתר קטעים רבים מתוך ספרות הכנסייה, ובכך הפר את זכויות היוצרים שלה.

טענה זו, שאכן היתה מבוססת על עובדות, ותקפה מבחינה משפטית, העמידה את גוגל במצב מביך. ס' 512(d) בחוק DMCA האמריקני¹⁷² מחייב מנועי חיפוש להסיר קישורים המפרים זכויות יוצרים, לאחר שקיבלו מנהלי המנוע דרישה כתובה ומפורטת בנושא; כדי ליהנות מהגנת 'נמל המבטחים'¹⁷³ הכתובה בחוק, נאלצה הנהלת גוגל להיענות לדרישה; זאת כיוון שמשלוח ההודעה

¹⁶⁸ מובילים בתחום זה שלושה אתרים מרכזיים: Google News, Alta-Vista News וגם MSN Newsbot הסורקים אלפי מקורות חדשותיים מכל העולם, בקצב מהיר במיוחד, לעתים כל מספר דקות. רוב המנועים הבינלאומיים מציעים גם גרסאות לאומיות (אנגליה, אוסטרליה, ניו-זילנד וכד'), המתמקדות בעיקר בשפה האנגלית.

¹⁶⁹ Nielsen, Jacob. Deep Linking is Good Linking. March 3, 2002. Jacob Nielsen's Alertbox.

Site: <<http://www.useit.com/alertbox/20020303.html>>

¹⁷⁰ Site: <www.xenu.net>

¹⁷¹ דת הסיינטולוגיה נוסדה על ידי העיתונאי האמריקני רון האברד, ומשלבת עקרונות מיסטיים ("דיאנטיקה") עם ספרות מדע בדיוני. האברד נפטר, אך המוסד ממשיך לפעול ולצבור נאמנים בכל העולם, במיוחד בארה"ב. יש לציין כי הארגון נרשם כ"דת" מסיבות מיסוי בלבד, שכן בפועל מתפקדת ה'דת' כחברה מסחרית לכל דבר ועניין.

¹⁷² Digital Millenium Copyright Act (DMCA) §512(d) INFORMATION LOCATION TOOLS. - A Service Provider shall not be liable for monetary relief...for infringement of copyright...by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider – (1)(A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing; (B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disbale access to, the material;...".

¹⁷³ המונח המשפטי המקובל הוא Safe Harbour Protection.

מטעם הכנסייה הסיינטולוגית יוצר חזקת מודעות להפרה המסייעת. בפועל, משמש מנוע החיפוש מעין "בית דין מהיר", הפוסק בסוגיה משפטית בכוחות עצמו, בלי לערב בכך את הערכאות המקובלות. התוצאה: האתר "נמחק" מתוצאות החיפוש של המנוע כמעט לחלוטין, ובאופן מידי.

לכאורה, פעל מנוע החיפוש בהתאם להוראות DMCA.

הניסיון להשתמש במנועי החיפוש כ"בית דין מהיר", במקום לתבוע ישירות את המפר-לכאורה, איננו מעיד על תום-לב. חוק DMCA מקל על התובע לזכות בסעד מהיר, כאשר מדובר בפתרון יעיל של הסכסוך. במקרה של Xenu.net, הנתבע הפוטנציאלי היה נגיש לחלוטין. ככל הנראה חששו מנהלי דת הסיינטולוגיה ממשפט ציבורי מתקופה, ולכן ניסו לעקוף את המערכת בעזרת "צנזורה שקטה" מטעם מנועי החיפוש. אך לאחר שהפרשה נחשפה בתקשורת ועוררה דיון ציבורי נוקב, נסוגו כל הצדדים אל המצב המשפטי שלפני ההליך המיותר. בדיקות חוזרות עד תחילת 2004 גילו כי האתר "שב" לתוצאות החיפוש, כאילו לא קרה דבר.

פרשת Xenu.net מעידה על מספר תופעות בעייתיות בדיאלוג המתמשך שבין הרשת, דיני הקניין הרוחני, חופש הביטוי (בעל מעמד חוקתי בארה"ב), והחקיקה החדשה (DMCA). ראשית, הוכח כי הטלת נטל מעין-שיפוטי על מנהלי מנועי חיפוש עלולה לפגוע באופן חמור בחופש הביטוי ובהתפתחותה הטבעית של הרשת. שנית, נראה כי תובעים מנוסים, המתמצאים בחולשותיו של חוק DMCA, מנסים להפוך את מנועי החיפוש ל"כביש עוקף בית-משפט"; רק כוחה של התקשורת מצליח לאזן את התמונה, במצב זה. שלישית, נדמה כי האתגרים שהציבה הרשת החופשית בפני דיני הקניין הרוחני המסורתיים, חשפו בהם ליקויים מהותיים; הרשת האיצה את קצב היצירה וההתקדמות של המין האנושי באופן רדיקלי, העצימה את חופש הביטוי של המשתמשים, ובמקביל הציבה באור אבסורדי את ההגנה הכמעט-נצחית שמעניקים חוקי זכויות היוצרים לכל אדם¹⁷⁴.

מאפיין בולט נוסף של תעשיית החיפוש הוא החשש מליטיגציה. מנועי החיפוש פועלים בסביבה דינמית וזריזה. כל סכסוך משפטי 'מסורתי' מעכב פיתוחים טכנולוגיים וכובל את יצירתיות המתכנתים. המחלקה המשפטית העדיפה לסיים את הפרשה במהירות ולא להגיע לביהמ"ש. פרשה דומה התפרסמה באפריל 2002 בנוגע למאבקה של 'דויטשה באן' כנגד כותבי מאמרים מטעם ארגון שמאל רדיקלי, שכללו הוראות (בגרמנית) כיצד לחבל בתשתית הרכבת. בית המשפט באמסטרדם קיבל באפריל 2002 את תביעת חברת הרכבות כנגד החברה שאיכסנה את הפרסומים¹⁷⁵, ופסק כי הם אינם חוקיים. החברה המאכסנת לא יכלה להסיר את הפרסומים הבעייתיים לבדם, ולכן נאלצה להסיר את האתר כולו.

¹⁷⁴ בארה"ב, מוגנת כל יצירה מקורית למשך כל חיי היוצר בתוספת 90 שנה. בישראל, מוגנת כל יצירה מקורית למשך כל חיי היוצר בתוספת 70 שנה. בעידן הרשת ומנועי החיפוש, תקופות אלה אינן סבירות בהכרח. כיום, תכנים מקוונים מתיישנים באופן מהיר מבעבר, ואיסור העתקה של "נצח פחות יום" עשוי לפגוע בהתפתחות הידע האנושי. נושא זה רחב מהיקף היריעה של עבודה זו, ולכן אפנה לאתרו של לורנס לסיג, המוביל את השיח המשפטי בתחום: <http://www.lessig.org>.

¹⁷⁵ Deutsche Bahn v. XS4ALL, judgement by Gerechtshof te Amsterdam (Court of Appeals), 762/02 SKG, of 7.11.2002.

השלב הבא עורר מחלוקת רבה: 'דויטשה באן' פנתה בדרישה להסיר ממנועי גוגל ואלטה-ויסטא קישורים למאמרים הבלתי-חוקיים הללו.¹⁷⁶ שני המנועים יישמו את סעיף (d) 512 של חוק DMCA האמריקני, וצייתו לדרישת 'דויטשה באן' כדי לזכות ב'הגנת הנמל הבטוח', ובמקביל, גם להימנע מליטיגציה. בכך הוכיחו את האימרה: "אם אתה לא מופיע במנועי החיפוש, אתה לא קיים". הרשויות בגרמניה למדו כי קל לטפל בתופעה פלילית באמצעות פנייה מהירה למנועי החיפוש הממוסדים.

גם פרשת 'דויטשה באן' העלתה כמה שאלות מטרידות: (א) האמנם מאמינה חברת הרכבות הגרמנית כי הסרת קישורים לאתר בלתי-חוקי משני מנועי חיפוש מרכזיים מהווה פתרון משפטי הולם לבעיה? (ב) האם התחשבו מנהלי המנוע בסוגיות משפט בינלאומי, לאור העובדה שמדובר בחברות אמריקניות הנענות לתביעה של רשות גרמנית? (ג) האם חלה חובה על מנוע חיפוש לפרסם בפומבי כל מקרה של הסרת קישור בעייתי מן המאגר? (ד) אילו מקרים של הסרה 'שקטה' אירעו בעבר, ללא התערבות כלי התקשורת והאקדמיה? (ה) לאור העובדה שמנוע חיפוש איננו מפרסם פסק דין פומבי, איפה עובר 'הקו האדום' של מנוע החיפוש בטיפול בבקשות מטעם רשויות המבקשות לאכוף את החוק תוך פגיעה בחופש הביטוי? (ו) האם מנועי חיפוש מוכנים להסיר כל קישור 'בעייתי' כדי להימנע מליטיגציה? (ז) האם מעניק חוק DMCA כוח רב מדי בידי ספקי שירות ברשת (ISP) להכריע לבדם בשאלות משפטיות בעלות משמעות חוקתית? נדמה שרוב השאלות הללו לא נענו כלל.¹⁷⁷

בפברואר 2003 התקבלה סוף-סוף בקשתו של גוגל לרישום פטנט על אחד האלגוריתמים שפיתח ד"ר קרישנה באראט¹⁷⁸, מדען בכיר בחברה. רישום הפטנט ממחיש את הפער בין מהירות התגובה בין המערכת המשפטית האמריקנית ובין עמק הסיליקון: הבקשה הוגשה בינואר 2001, ובשנתיים שעברו מאז השתנה מעמדו של גוגל באופן רדיקלי. הוא הפך ממנוע 'מוצלח' למותג המוביל ברשת, אחד מעשרת האתרים הפופולריים בעולם, זכה בפרסים, חתם חוזים עם חברות-ענק כדוגמת Yahoo, CNN, AOL, IBM ורבים אחרים¹⁷⁹, ואף החל לתכנן הנפקה ציבורית אדירת-מימדים. הנטייה להרבות ברישום פטנטים, גם בתחומים בהם האינטרס הציבורי נוטה לכיוון תחרות חופשית, התבטאה בעבר בשיח הער סביב הפטנט שרשמה Amazon על שיטת הקנייה ב'קליק אחד' (I-click-buy™). חוקרים ומדענים באקדמיה אינם חוששים למתוח ביקורת כנגד נטייתן של חברות דוט-קום המפתחות מנועי חיפוש להסתיר פיתוחים חשובים מן הציבור באמצעות רישום

¹⁷⁶ Evers, Joris. [AltaVista, Google Remove Controversial Links](#), IDG News Service, April 2002

¹⁷⁷ בולט לטובה בתחום זה הוא אתר Chilling Effects, פרויקט אקדמי של ארגון EFF בארה"ב, שמטרתו מניעת 'אפקטים מקפאים' על השוק, באמצעות תיעוד מקיף של פניות מצד גורמים התובעים צוי מניעה על בסיס קניין רוחני ברשת. כתובתו: <www.chillingeffects.org>

¹⁷⁸ Krishna Bharat. Site: <<http://searchwell.com/krishna/Krishna.Bharat.html>>.

¹⁷⁹ אנליסטים שעסקו בניתוח הנפקה עתידית של מנוע החיפוש הגדול בעולם, העריכו במהלך 2003-2004 כי שווי הפיננסי של גוגל נע בין 15-25 מיליארד דולר.

פטנטים¹⁸⁰. לא ניתן להתעלם מן הטענה, לפיה תעשיית מנועי החיפוש סובלת מקיפאון יחסי, עקב הגבלת חופש הפיתוח הטכנולוגי על ידי פטנטים ארוכי-טווח¹⁸¹.

הסוואה (Cloaking)¹⁸²

במציאות הפיזית, כל מסמך הוא חפץ קבוע. חוזה כתוב איננו משנה את פניו בהתאם לזהות הקורא. מכתב איננו מתאים את עצמו לפי אינטרס הכותב. עיתון איננו עובר מהפך חזותי בהתאם למיקומו המדויק של הלקוח. במציאות אותה הכרנו עד היום, במסמכים בעלי תוקף משפטי אין נתונים בלתי-נראים שהוחדרו לתוכם בכוונה, על ידי בעלי עניין, בשיטות מתקדמות. אך ברשת, המצב שונה לחלוטין, ומציג שאלות משפטיות חדשות.

הרשת מאפשרת לבעלי אתרים להציג תכנים שונים למשתמשים שונים, ולפיכך, גם דפי-רשת שונים עבור גורמים בלתי-אנושיים, למשל, רובוטים בשירות מנועי החיפוש. ניתן להציג עמודים המותאמים לדפדפן מסוים, למסך מחשב ברזולוציה מסוימת, לתוסף (Plug-In) גרפי מסוים, לאיזור גיאוגרפי מסוים ועוד. זיהוי הגולש, מיקומו, החומרה והתוכנה שברשותו – כל אלו יוצרים הבדלים משמעותיים בין המציאות שהכיר עולם המשפט בעבר, ובין המציאות הדיגיטלית החדשה שעולם המשפט נאלץ להתמודד איתה היום.

נניח מצב בו מסעדה מכובדת יודעת לזהות מראש, בשיטה מתוחכמת וסודית, מבקרי מסעדות של עיתונים ומדריכים. בעזרת שיטה זו, תעניק המסעדה למבקר המקצועי שירות יוצא מן הכלל וסעודה משובחת, בעוד שאר הלקוחות יזכו ליחס טוב פחות. התוצאה: א) לא יהיה ניתן לסמוך בשום אופן על כתיבתם של המבקרים המקצועיים. ב) רמת השירות הכללית תרד.

התחרות המסחרית על המיקום בעמוד הראשון של תוצאות החיפוש יצרה טקטיקה חדשה בקרב מתחרים בעלי ממון: הסוואת תכנים (Cloaking). ההגדרה הפשוטה ביותר שניתן לתת לתופעה טכנולוגית זו היא אתר המציג בפני מנועי החיפוש תכנים אחרים מאלו המוצגים בפני ציבור

¹⁸⁰ "In addition to research at universities and open laboratories, many dot-com companies have worked on search engines. Unfortunately, many of the techniques used by dot-coms, and especially the resulting performance, are private, behind company walls, or are disclosed in patents whose language only lawyers can comprehend and appreciate". Arasu, Cho, Garcia-Molina, Paepcke, Raghavan. Searching the Web. Stanford University. ACM Transactions on Internet Technology, Vol. 1, No. 1, August 2001.

¹⁸¹ בארה"ב, תוקפו של פטנט שנרשם לאחר 1995 הוא עשרים שנה.

¹⁸² Cloaking Definition: "The process by which your site can display different pages under different circumstances. Primarily used to show optimized page to the search engines and a different page to humans. Most search engines will penalize a site if they discover that it is using cloaking."

הגולשים¹⁸³. תכנים מוסווים אלו הם בלתי-נראים לחלוטין לעיני הגולשים, גם עבור אלו המעינים בקוד-המקור (Source) של העמוד המוסווה¹⁸⁴.

סקטיקה זו דורשת ידע ומומחיות, אותן מספקות חברות לאופטימיזציה של מנועי חיפוש¹⁸⁵. בעל אתר הסבור כי מיקום טוב יותר בתוצאות החיפוש של המנועים הפופולריים מצדיק השקעה כספית באופטימיזציה מקצועית, יקבל לעתים קרובות שירותי הסוואה. מצב זה מוביל לתוצאה המתוארת לעיל: (א) לא ניתן לסמוך תמיד על הדירוג (Ranking) של תוצאות החיפוש. (ב) רמת התכנים של האתרים יורדת, כיוון שאין טעם להשקיע בתוכן איכותי, כאשר ניתן "להסוות" הכל. בפועל, קיימות צורות רבות של הסוואת תכנים, עבור מטרות שונות. חלק מן השיטות הללו הן סמויות מעיני המשתמש, וכוללות מידה מסוימת של הטעייה מכוונת וחוסר תום-לב¹⁸⁶. חשוב להדגיש, כי העובדה שבעלי אתרים בונים עמודים מיוחדים המותאמים אך ורק להעדפותיהם של מנועי החיפוש, ובמקביל מסתירים עמודים אלו מעיני הגולשים, איננה בלתי-ראויה לכשעצמה. אך ניתן לנסות ולקבוע קריטריונים עקרוניים, המבחינים בצורה ברורה בין הסוואה מוצדקת ובין הסוואה בלתי מוצדקת, שעלולה לגרום סנקציות שונות.

דוגמה להסוואה מוצדקת ונפוצה היא עמודי פלאש (Macromedia Flash)¹⁸⁷. במקרים רבים, עמודי מולטימדיה וגרפיקה המעוצבים באמצעות קידוד פלאש, אינם נסרקים כהלכה על ידי מרבית מנועי החיפוש הקיימים כיום. כדי להתגבר על מגבלה טכנולוגית זו, נוהגים בעלי אתרים ליצור עמודי html סטנדרטיים "מוסווים" במקביל לעמודי הפלאש, ובכך לסייע למנועי החיפוש לסרוק כהלכה את התכנים הנדרשים. כל עוד אין הבדל מהותי בין זהות התכנים הטקסטואליים ובין התכנים הגרפיים, ניתן לומר כי מדובר בהסוואה מוצדקת. דוגמה נפוצה נוספת היא הסוואת עמודי html סטטיים, כאשר מנועי החיפוש מתקשים לסרוק עמודי html דינמיים¹⁸⁸. דוגמה להסוואה בלתי-מוצדקת היא העתקה (בלתי חוקית) של תכנים מקוריים ופופולריים המוגנים בזכויות יוצרים אל דף "מוסווה", כדי להתמקם במקום גבוה בתוצאות החיפוש, בעוד הגולש שיעיין בעמוד זה ייתקל בתוכן שונה לחלוטין, כיוון שבינתיים החליף בעל האתר את

¹⁸³ Sullivan, Danny. Ending the Cloaking Debate, Part I. February 12, 2003. Clickz.com.

Site: <www.clickz.com/experts/search/opt/article.php/1585721>

¹⁸⁴ Perkins, Alan. Why Cloaking Is Always A Bad Idea. January 19, 2003. High Rankings Advisor,

Issue No. 41. Site: <<http://www.highrankings.com/issue041.htm#guest>>.

¹⁸⁵ ענף זה מכונה SEO, קיצור נפוץ למושג Search Engine Optimization. כינוי אחר, נפוץ פחות, הוא SEM, קיצור למושג Search Engine Marketing. חברות אלו מסייעות לבעלי אתרים להתמקם גבוה יותר בתוצאות החיפוש, באמצעות שלל טכניקות מתוחכמות, המבוססות על לימוד שיטתי של העדפות מנועי החיפוש הגדולים.

¹⁸⁶ ההגדרה של Sullivan (ר' הערה 94) למונח Cloaking כוללת בתוכה יסוד נפשי של כוונה, אך ללא הקשר פלילי ספציפי או משפטי-כללי: "Cloaking is getting a search engine to record content for a URL that is different from what a searcher will ultimately see, often intentionally".

¹⁸⁷ פלאש הוא פורמט גרפיקה ווקטורית (Vector Graphics) המיועד להצגת קטעי אנימציה ברשת. מידע מקיף על הפורמט, יישומיו והטכנולוגיה שמאחוריו ניתן למצוא באתר חברת מקרומדיה: <www.macromedia.com>.

¹⁸⁸ דפים דינמיים (Dynamic Pages) הם דפי-רשת השולחים שאילתא (Query) אל מאגר נתונים מקוון. ניתן לזהות דפים דינמיים על ידי עיון בכתובת העמוד; סימנים כגון ?, &, =, cgi-bin וכד' מעידים על דינמיות העמוד.

העמוד המועתק לעמוד עצמאי¹⁸⁹. העתקה מתוככמת זו מקשה מאוד על הנפגע מן ההפרה להוכיח את ההפרה, שכן העמוד המוסווה הוא בלתי-נראה לחלוטין, ורק הרובוט של מנועי החיפוש הפופולריים מסוגל לסרוק אותו.

אכן, כאשר הסיבה לביצוע ההסוואה היא מגבלה אינהרנטית של מנועי החיפוש, קיים צידוק סביר לאפשר שימוש מרוסן בהסוואה. כמו כן, כאשר ההסוואה אינה מטעה את הגולשים ואינה משבשת את שיטת הדירוג של האתרים, אין טעם בכל התערבות בעלת אופן משפטי. עצם העובדה שאין זהות מושלמת בין הטקסט הנסרק בידי מנועי החיפוש ובין הטקסט המוצג בפני הגולשים, אין בה לכשעצמה כדי להוביל למסקנה שמדובר בהסוואה בלתי מוצדקת.

רוב מנועי החיפוש מתנגדים לכל צורה של הסוואה¹⁹⁰. מבחינת מנועי החיפוש, כל נסיון הסוואה משבש את עבודת האלגוריתמים האחראים על דירוג דפי-רשת, גורם לפגיעה באמינותו של המנוע בעיני הגולשים, ולכן נחשב Spam¹⁹¹. העובדה שטקטיקת ההסוואה היא משתלמת מבחינה כלכלית עבור בעלי אתרים רבים, איננה מעניינת את מנהלי מנועי החיפוש.

שתי אנלוגיות לאופן החשיבה שדרכו משקיפים מנהלי מנועי החיפוש על הסוגיה: א) עיתון המפרסם שתי מהדורות שונות: מהדורה אחת 'ציינתית ומצונזרת' נשלחת לצנזורה בלבד, בעוד מהדורה שנייה 'חושפנית ועוקפת-צנזורה' נמכרת באופן חופשי לכל הציבור הרחב (ב) בעל חנות, המציג ספר חשבונות "רווחי" למפיצים מסחריים העובדים עימו בקשר יומיומי, לעומת ספר חשבונות "מפסיד" לחוקרי מס הכנסה שהגיעו לביקורת-פתע.

בין העילות המתאימות לטיפול בסוגיית ה"הסוואה" אפשר לציין את עולת התחרות הבלתי הוגנת, פרסום כוזב¹⁹² והפרת זכויות יוצרים. לחליפין, ניתן לטעון כי כל סוג של הסוואה עולה כדי Spamming¹⁹³, דהיינו "זיהום מנועי חיפוש", שעלול להיחשב כעוולה מסחרית או עבירה פלילית בעתיד, לאור התפתחות החקיקה המקבילה בנושא דואר-זבל (Email Spam).

המודעות הציבורית לנושא סבוך זה היא מינימלית. הניזוקים העיקריים מטקטיקה זו הם שניים: א) יצרני תכנים מקוריים, הנאלצים להתמודד עם הפרת זכויות יוצרים מתוככמת (ב) מנועי חיפוש פופולריים, הנאלצים לנהל 'מירוץ חימוש' מפרך מול מומחי הסוואה פיקחים, המשרתים לקוחות גדולים ממיטב התאגידים הבינלאומיים.

הדיון בהיבטים המשפטיים של תופעת ההסוואה מתרכז, לרוב, בשאלת החריגה מן התחום האתי הצר. האם מדובר בעבירה אתית גרידא, או שמא מדובר בעוולה לכל דבר ועניין? האם ניתן לטעון כי שימוש 'מסווה' בסימן מסחר מהווה הפרה? לכאורה, קיים פוטנציאל להטעיית הציבור. במרבית המקרים, ההטעיה-לכאורה היא רק בגדר "בלבול בהתעניינות ראשונית" (הלכת

¹⁸⁹ טקטיקה זו זכתה לשלושה כינויים דומים: א) Page Swapping (ב) Page Jacking (ג) Bait-and-Switch.

¹⁹⁰ מנוע החיפוש גוגל הוא המחמיר מכולם במדיניותו כנגד כל סוג של הסוואה, אותה הוא מגדיר כי "נסיון לעוות את שיטת הדירוג של תוצאות החיפוש".

¹⁹¹ Thurow, Shari (2003). *Search Engine Visibility*. New Riders: Indianapolis, Indiana; p. 227.

¹⁹² Perkins, Alan. *The Classification of Search Engine Spam*. (undated). Search Mechanics by e-Brand Management. Site: <<http://www.ebrandmanagement.com/whitepapers/spam-classification>>.

Brookfield)¹⁹⁴ ולא ברכישה של מוצר או שירות¹⁹⁵. לכן אין טעם טוב בהרחבת תחולת דיני סימני המסחר אל מקום שבו הסימן עצמו הוא בלתי-נראה¹⁹⁶.

להבדיל מסוגיית תגי המטא, אותה ניתן לפתור בעזרת התעלמות גורפת מן התג עצמו בלבד¹⁹⁷, כאן מדובר בטקטיקה מחוכמת יותר, שלמנועים קשה להילחם כנגדה, כיוון שהם מחוייבים לסרוק דפי-רשת סטנדרטיים. מרבית המנועים אינם מסוגלים תמיד להבדיל כהלכה בין עמוד 'מוסווה' ובין עמוד 'אותנטי', שכן ה'רובוט' סורק רק את מה שניתן לו. במקרים רבים, סיווג אתר כ"מפר" נשען על מבחן כמותי ומידתי, דהיינו בדיקת היקף ההפרה כדי לקבוע בביטחון שמוצדק למחוק את המפר מן המאגר¹⁹⁸.

למרות שאין כל ביטחון כי התערבות משפטית תוביל לפתרון מוצלח של הבעיה, הרי שניסיונותיהם השיטתיים של מנועי החיפוש "להעניש" עמודים מוסווים באמצעות מחיקה מן המאגר אינם מובילים להרתעה מושלמת, שתצליח לצמצם את התופעה למינימום הנדרש¹⁹⁹. ייתכן שתעשיית מנועי החיפוש תזדקק בעתיד לקבוע תקנון אתיקה בעל כוח אכיפה, על ידי בתי דין ספציפיים, המייצגים איגודים בינלאומיים של בעלי מקצוע²⁰⁰. מהלך שכזה לא ייצא לדרך ללא התאגדות מוקדמת של מומחים בענף. הניסיונות ליצור ארגונים מקצועיים כדי לגבש כללים אתיים שכאלו, כשלו בינתיים²⁰¹.

עד היום, לא ניתן פסק דין בנושא זה בערכאה משפטית כלשהי²⁰². לכן תיטיב תעשיית החיפוש לעשות אם תגדיר בעצמה את כללי האתיקה הפנימיים שלה, כדי להימנע מפסיקה של ערכאות משפטיות מחמירות יותר. כל עוד קיימים 'שטחים אפורים' שאותם המומחים אינם רוצים או יכולים לסווג כהלכה, קיימת סכנה שבתי המשפט יטפלו בנושא זה באופן שטחי, שיפגע

¹⁹⁴ Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp., F-3.d, 1999 WL 232014 (9th Cir 1999).

¹⁹⁵ הדיון בהלכת Brookfield, המופיע בהרחבה בפרק העוסק בהפרת סימני מסחר, מתמצה בעובדה שמדובר בהלכה בעייתית שעלולה לפגוע באורח חמור בחופש הביטוי, חופש המידע והתפתחות הרשת. הלכה זו מרחיבה באופן מסוכן את תחולת דיני סימני המסחר, עד כדי מצב של הגנת-יתר על זכויות הקניין של מחזיקי הסימן. טענתם המהותית של מתנגדי הלכת Brookfield היא שדיני סימני המסחר לא אמורים לחול על בלבול ראשוני, אלא רק על הטעה שתוצאתה היא רכישה שגויה של מוצר/שירות, או פגיעה מוכחת העולה כדי 'דילול'.

¹⁹⁶ הרחבה בנושא הפרת סימני מסחר ומנועי חיפוש, ניתן למצוא בפרקים הבאים.

¹⁹⁷ ר' הפרק העוסק בתגי-מטא, בעבודה זו.

¹⁹⁸ Thurow, Shari. p. 219 (ר' הערה 109 לעיל).

¹⁹⁹ Thibodeau, Serge. *Why to Avoid Search Engine Cloaking*. January 13, 2004. Search Engine Journal. Site: <<http://www.searchenginejournal.com/index.php?p=191>>.

²⁰⁰ מאמרים מקצועיים העוסקים בסוגיית ההסוואה מציינים כי קיים דיון תוסס סביבה בקרב מומחים. ניכר כי בקרב אנשי מקצוע בענף החיפוש, הסוגייה מעוררת מתחים ודילמות בעלות משמעות.

²⁰¹ דוגמה לארגון שכזה הוא SeoPros.org, ארגון ללא מטרת רווח של מומחים ויועצים בענף החיפוש, המנסים לגבש כללי אתיקה ותקנים עבור בעלי מקצוע. קישור: <<http://www.seopros.org>>.

²⁰² התביעה היחידה שעסקה בסוגיית ה'הסוואה', בין חברת MarketingSherpa ובין International Crossing בשנת 2002 בארה"ב, נמחקה, לאחר ששני הצדדים הגיעו לפשרה מחוץ לכתלי בית המשפט, ללא פסק-דין.

בהתפתחותה הבריאה של התעשייה²⁰³. אך לאור קשיי ההתאגדות של ענפים בינלאומיים צעירים, הגישה הסלחנית של בעלי המקצוע כלפי עצמם והמכשולים העומדים בפני כל נסיון להקים בתי דין לאתיקה העוסקים ברשת, ייפתר העניין רק על ידי פסיקה מנחה של ערכאות נמוכות.

תגי מטא (Meta Tags)

בית המשפט בארה"ב הגדיר בשנת 2002 מונח טכני זה במילים הבאות: "קוד נסתר בו משתמשים מספר מנועי חיפוש לקבוע את תוכנם של אתרים, בכדי להפנות את המחפשים לאתרים מתאימים"²⁰⁴. אכן, בתחילת דרכה של הרשת, האמינו מייסדיה בבניית קוד html המסתמך על תום-ליבם של המשתמשים ובוני האתרים²⁰⁵.

עם השנים, הפכה הרשת האקדמית-ברובה לזירת עסקים תחרותית. השינוי במטרות ובאידיאולוגיה של הרשת דרש גם שינוי מבני, אך זה לא התרחש²⁰⁶. תגי המטא, שהלכה למעשה איבדו את תכליתם, המשיכו לשמש כלי טכני עבור מנועי חיפוש פופולריים. עקב כך, ובגלל אופיים הבלתי-נראה של התגים הנדונים, התעוררו סכסוכים משפטיים רבים סביב השימוש בהם, לאור סכנת הטעיית הציבור והשימוש הבעייתי בסימני מסחר.

תגי המטא נכתבים על ידי בוני האתרים עבור מנועי החיפוש, ולא על ידי מנועי החיפוש עבור בוני האתרים. שני תגי המטא הפופולריים ביותר מכונים Keywords ('מילות מפתח', או 'מילות חיפוש') ותג Description (תיאור הדף). הנחת העבודה היא, שבונה האתר מתאר את עבודתו באופן הוגן ואחראי. במציאות, בוני אתרים רבים, בעיקר במגזר המסחרי, מוסיפים אל תגי המטא שלהם תוכן בלתי רלוונטי ו/או כוזב, הכולל בין השאר גם סימני מסחר של מתחרים²⁰⁷.

שימוש כוזב בתג Keywords ('מילות מפתח') נושא עימו משמעויות חמורות פחות משימוש כוזב בתג Description ('תיאור'). זאת כיוון שבמקרה הראשון, מופיע אתר בלתי רלוונטי בתוצאות החיפוש עקב השימוש במילות חיפוש כוזבות, אך הגולשים מסוגלים להבחין בכך על ידי צפייה בתוצאות החיפוש עצמן; במקרה השני, מופיע אתר בלתי רלוונטי בתוצאות החיפוש, אך הגולשים אינם מסוגלים להבחין בכך, שכן התיאור המופיע בתוצאות דומה לתיאור האתר האמיתי אותו

²⁰³ על הנזק שנגרם להתפתחות הרשת בעקבות פסיקה שגויה עמדתי בהרחבה, בעיקר בפרקים הנוגעים להפרת סימני מסחר, ותגי מטא.

²⁰⁴ "Metatags are hidden code used by some search engines to determine the content of websites in order to direct searchers to relevant sites." Playboy Enterprises, Inc. V. Terri Welles, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, CV-98-00413-JNK. Filed February 1, 2002. Opinion by Judge Thomas G. Nelson. P. 1620.

²⁰⁵ קונסורציום האינטרנט (W3C) החל לגבש את הבסיס לתגי המטא עוד בשנת 1994. במאי 1996 נפגשו לראשונה נציגי הקונסורציום עם כמה נציגים של מנועי חיפוש מובילים לסדנה משותפת, בה נקבעו הכללים הטכניים שהפכו לקוד html המכונה Meta Tags. קישור: <<http://www.w3.org/Search/9605-Indexing-Workshop>>

²⁰⁶ Lessig, Lawrence. (1999) Code and other laws of Cyberspace. P. 56-57, 194.

²⁰⁷ הטקטיקה נפוצה בעיקר בענפי הפורנוגרפיה וההימורים.

הם מחפשים²⁰⁸. במקרים מסוימים, יופיע אתר בלתי רלוונטי בתוצאות החיפוש עקב שימוש כוזב בתג Description, אך התיאור הכוזב לא יופיע בתוצאות החיפוש עצמן. זאת כיוון שהמנוע יימנע מלהציגו, בעוד האלגוריתם של המנוע יעניק משקל לתג הכוזב. גם מצב זה איננו רצוי, שכן הגולש איננו יכול להבין מהי הסיבה האמיתית שבגללה זכה האתר להופיע בתוצאות החיפוש²⁰⁹. במונחים כלכליים, אפשר לתאר פעילויות אלו כחוסר יכולתם של בוני אתרים מסחריים להפנים עלויות חיצוניות, אותן סופגים בעיקר הגולשים ומנהלי מנועי החיפוש. בעל אתר מסחרי המעוניין להשיג מיקום גבוה בתוצאות החיפוש, אדיש לאמינות הכללית של תוצאות מנוע החיפוש, המביא לו תועלת כלכלית. לכן הוא 'מציף' את המנוע בתגי מטא בלתי רלוונטיים, מיותרים, עודפים ו/או כוזבים²¹⁰, במטרה להשיא את כמות החשיפות שלו בעמוד הראשון של תוצאות החיפוש²¹¹. בקרב מומחים בתעשיית המידענות בעולם, קיימת הסכמה כי מדובר בתופעה שלילית, בלתי-מוסרית ומזיקה לציבור הרחב²¹². עם זאת, גינוי התופעה כמובן איננו מספיק. מנהלי מנועי החיפוש הקימו "משטרה"²¹³ פנימית המפעילה סנקציות עצמאיות²¹⁴ כדי להרתיע כל שימוש בטקטיקה כוזבת שכזו. המשפט, לכאורה, עשוי לשמש ככלי עבודה נוסף לתיקון בעיית

²⁰⁸ Lastowka, Gregory. (2000). Note. Search Engines, HTML, and Trademarks: What's the Meta for?, Virginia Law Review Association, Vol. 86, p. 864-865.

²⁰⁹ דוגמה לתרחיש שכזה: בעל אתר א' בנה חנות מקוונת המוכרת אך ורק את מוצרי חברת 'סוני', אך הוסיף בתג המטא Description את התיאור הכוזב הבא: "חנות המוכרת מוצרי החברות שארפ' וסוני". גולש המחפש 'סוני' במנוע מסוים, עשוי לקבל את אתר א' בתוצאות החיפוש, אך המילה 'סוני' לא תופיע כלל בתוצאת החיפוש עצמה, שכן המנוע כלל בה רק קטעים נבחרים מתוכנו הנראה-לעין של האתר, למרות שנתן משקל לטקסט הכתוב בתג המטא הסמוי. מצב זה אכן יוצר "בלבול ראשוני" בקרב הגולש, לפי הלכת Brookfield. עם זאת, הדבר לא יוביל להטעייה צרכנית אמיתית ברכישה עצמה, שכן בחנות המקוונת כלל לא קיימים מוצרי 'סוני' לרכישה. לכן גם בתרחיש שכזה אין להחיל את דיני סימני המסחר, אלא לעשות שימוש בדיני העוולות המסחריות או תחרות בלתי-הוגנת.

²¹⁰ תופעה זו זכתה לכינוי Spamdex, שילוב של Spam ('ספאם', 'זבל') ושל Index (אינדקס: מאגר מילות החיפוש במנוע). מנועי החיפוש המובילים מכילים דפי-מידע מפורטים על מדיניות האנטי-ספאם שלהם, כולל אזהרה מפני סנקציות כנגד מפרים שיטתיים: מחיקה חלקית של חלק מן הדפים, הסרה מוחלטת של האתר מן האינדקס, או הוספת כתובת האתר לרשימה שחורה של 'חשודים פוטנציאליים'. המנוע 'גוגל', למשל, מאפשר לבעלי אתרים לדווח לו על 'ספאם' של אתרים מתחרים: <http://www.google.com/contact/spamreport.html>.

²¹¹ טקטיקה קיצונית בתחום זה מכונה PageJacking ("חטיפת עמוד"): בונה האתר מעתיק אל תג המטא טקסטים של אתרים ידועים אחרים, ומוביל את הגולשים אל האתר שלו; לגולשים אין אפשרות לחזור אחורה אל תוצאות החיפוש, כיוון שבעל האתר ניטרל את כפתור Back בדפדפן; בעל האתר צובר הכנסה על כל גולש 'חסוף'. מקרה שכזה אירע במאי 1999, כאשר מתכנת פורטוגזי שעבד עבור חברת פורנוגרפיה אוסטרלית, שיכפל אתרים רבים והיתל במנוע החיפוש AltaVista. גולשים רבים נפלו במלכודת זו, והפרשה נחקרה על ידי הרשויות הרלוונטיות.

²¹² Spinello, Richard. The use and abuse of metatags. Ethics and Information Technology. Dordrecht: 2002. Vol. 4, Iss. 1; p. 23-30.

²¹³ הביטוי "Search Engine Spam Police", המופיע בספרות המקצועית, בא לתאר פעולות ידניות לפי המקרה (Per-Case) של נציגי שירותי לקוחות העובדים מטעם מנועי חיפוש מובילים; ובמקביל, גם פעולות אלגוריתמיות "כלליות" עליהם אחראים מהנדסי תוכנה, העובדים גם הם מטעם מנועי החיפוש, ומנסים להילחם כנגד Spam באמצעות שיכלול תוכנת החיפוש. הפתרון הידני-ספציפי משמש בעיקר למקרים דחופים ו/או חמורים המזיקים

ההפנמה. הסנקציה המשפטית אמורה לייצר 'עלות מלאכותית' שאותה יפנים בעל העסק בעל כורחו. מטרת הסנקציה היא להרתיע את בעלי האתרים מלהשתמש במילות מפתח כוזבות במסגרת תגי המטא הקיימים.

בעל סימן מסחר, המזהה את הסימן שלו בתגי המטא של מתחרה, מגיש תביעה בעילת הפרת סימני מסחר. אם אינו מסוגל להוכיח חשש סביר להטעיה, הוא משתמש בעילת 'דילול' הסימן (Dilution).²¹⁵ טענת ההגנה נגד עילת הדילול היא "שימוש הוגן" (Fair Use), וכדי ליהנות ממנה יש לעמוד במבחן בעל שלושה תנאים מצטברים: (א) אין תחליף תיאורי סביר לסימן המסחר, דהיינו המוצר/או השירות הנדון לא יכול להיות מזוהה ללא השימוש בסימן. (ב) השימוש בסימן נעשה במידה שאינה עולה על הנדרש. (ג) השימוש אינו מצביע על מתן חסות על ידי בעל הסימן.²¹⁶

בפרשת Niton²¹⁷, העניק ביהמ"ש סעד סביר לתובע, כאשר התברר כי הנתבע אכן גרם להטעיה בפועל, כאשר העתיק את תגי המטא של התובע במלואם, במטרה למשוך לקוחות. בפרשה זו עלתה פעילות הנתבע כדי זיוף, והסנקציה המשפטית לא עוררה קשיים מהותיים.

לעומת זאת, בפרשת פלייבוי נ' טרי וולס²¹⁸ קיבל ביהמ"ש את הגנת השימוש ההוגן²¹⁹ במקרה בו השימוש בסימן המסחר היה מידתי. השופטים השתמשו במבחן המשולש המקובל כדי להגיע למסקנה שהנתבעת, נערת פלייבוי של החודש, רשאית להשתמש בסימן באתר שלה²²⁰. ניתן לראות כי הפסיקה הגיעה לתוצאות הפוכות, תוך שימוש ברציונל זהה.

בפרשת Brookfield²²¹ טבע ביהמ"ש את המונח "בלבול בהתעניינות ראשונית", בנסיבות בהן שימוש בסימן מסחר נעשה על ידי עסק מתחרה שלא בתום-לב, תוך מטרה להטעות את הציבור. ביהמ"ש השתמש באנלוגיה של שילוט חוצות מטעה על כביש מהיר, כדי להמחיש את העוול שנגרם לצרכן כשהוא מקבל תוצאות חיפוש של מתחרים בעקבות הקלדת שאילתא המכילה סימן

בטווח הקצר, בעוד הפתרון הכללי-אלגוריתמי משמש בעיקר לטווח הארוך, כקביעת מדיניות מתמשכת. דוגמה לשימוש בביטוי זה ניתן למצוא בעמ' 219 והלאה, בספרה של Shari Thurow (ר' הערה 161).

²¹⁴ כאשר מנוע חיפוש מסוים מפעיל סנקציה עצמאית (Penalize) ומוחק אתר שלם מן המאגר, יידרשו מספר חודשים (חודשיים עד שישה חודשים, בממוצע) עד שהאתר המחוק יצליח לשוב ולהופיע בתוצאות החיפוש, וזאת בתנאי שחלל מלהשתמש בטקטיקות כוזבות.

²¹⁵ ס' 43(c) לחוק סימני המסחר האמריקני Lanham Act. עילת הדילול התקבלה גם בפסיקה הישראלית.

²¹⁶ New Kids on the Block v. New America Publ'g, Inc., 971 F.2d 302, 308 (9th Circuit, 1992).

²¹⁷ Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devices, Inc., 27 F. Supp. 2d 102 (D. Mass. 1998);

²¹⁸ Playboy Enterprises, Inc. V. Terri Welles. 201. ר' הערת שולים מס' 201.

²¹⁹ דוקטרינת השימוש ההוגן בסימני מסחר, במובנה המצומצם, זכתה לעיגון ישראלי בסי' 47 לפקודת סימני מסחר: "שמירה על שימוש אמת [תיקון תש"ס] – רישום לפי פקודה זו לא ימנע מאדם.. מהשתמש כהגדר אמיתי של מהותם או איכותם של טובין שלו". בת"א Gillette 461/97 נ' עמיר שיווק נקבע כי שימוש אמיתי הנובע מ'ניחיצות סבירה' יהיה מוגן מכוח סי' 47 לפקודה; הפסיקה הסתמכה על הדין האנגלי.

²²⁰ אור-חוף, דן. נערות שער וקוד נסתר. אתר "Law.co.il" של עו"ד חיים רביה, 18 פברואר 2002. קישור ישיר למאמר באתר: <<http://www.law.co.il/showarticles.php?d=h&article=189>>

²²¹ Brookfield Communications. Inc. v. West Coast Entertainment Corp., F-3.d, 1999 WL 232014 (9th Cir 1999).

מסחר. עם זאת, התעלם ביהמ"ש מן העובדה שהגולש, בניגוד לנהג בכלי-רכב, יכול לעבור בקלות רבה מאתר אחד למשנהו, במקרה שבו בחר בקישור של עסק מתחרה.

בנוסף, לא התייחס ביהמ"ש בפרשת Brookfield למציאות המסחרית המודרנית, שבה לקוח הנכנס לחנות ומבקש מוצר של חברה מסוימת, עשוי לזכות בתשובה כמו "כן, מוצר זה אכן נמכר אצלנו, אבל מה דעתך לנסות את המוצר המתחרה במחיר נמוך יותר?". טובת הצרכן מחייבת לאפשר לסוחרים בשוק החופשי להציע חלופות תחרותיות רלוונטיות בפני גולשים המבצעים חיפוש על מותגים, סימני מסחר ושמות תאגידים. במצב כזה, כל התערבות משפטית שתצמצם את חופש הבחירה של הצרכן, תפגע בתחרות החופשית ברחבי הרשת, ולפיכך עשויה להזיק יותר מלהועיל.²²² ייתכן כי התובעים משתמשים בעילת סימני המסחר כדי לדכא תחרות חופשית.

אם הצרכנים אכן מעוניינים לקבל חלופות תחרותיות בתוצאות החיפוש שלהם, הם "יצביעו ברגליים" על ידי הקלקה על הקישורים הרלוונטיים בעיניהם. מנועי החיפוש מסוגלים למדוד ולהעריך את תגובת הגולשים לכל תוצאת חיפוש, ולהסיק מסקנות מועילות שישפרו את השירות עבור הגולשים בעתיד. אם הגולשים אינם מעוניינים בהצעותיהם של המתחרים, הם ישפיעו באופן דמוקרטי על עיצוב פניהן של תוצאות החיפוש על ציר הזמן.

הפסיקה האמריקנית ממשיכה לטשטש את קווי הגבול העדינים בין שימוש הוגן לבין הפרת סימני מסחר. בפרשת Horphag²²³ נקבע כי שימוש חוזר ושיטתי בסימן עולה כדי הפרה, גם במקרים בהם טוען הנתבע כי עסק בפרסום השוואתי²²⁴ העולה כדי שימוש הוגן. על ההכרעה נמתחה ביקורת²²⁵, לפיה כל פרסום השוואתי הוגן, המוגן בזכות החוקתית לחופש ביטוי מסחרי, עלול לגרום אחריו עילה לתביעה בגין הפרת סימני מסחר.

בפועל, יצרה הלכת Brookfield 'סטנדרט כפול' בפסיקה האמריקנית: בעלי אתרים חויבו לפעול תחת כללים מחמירים יותר מאלו הנהוגים בעולם התקשורת המודפסת והאלקטרונית (טלוויזיה, רדיו ועוד). זאת עקב צמצום הגנת "שימוש הוגן" בתחום האינטרנט, לעומת גורמי מדיה מסורתיים²²⁶. האנלוגיה המשפטית השגויה בפרשת Brookfield (מנועי חיפוש כשלטי-חוצות על כביש מהיר) יצרה פסיקה מנחה שגויה²²⁷. הרשת איננה רק כביש מהיר, קניון, עיתון, יומן אישי או ספרייה ציבורית. היא מהווה שילוב מורכב מאין כמוהו של כל הגורמים הללו יחדיו.

²²² Kaminer, Matthew. The Limitations of Trademark Law in Addressing Keyword Banners, 16 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 35 (1999)

²²³ Horphag Research Ltd. v. Pellegrini, CV-00-00372-VAP (9th Cir. May 9, 2003).

²²⁴ בית המשפט בפרשת פלייבוי נ' וולס ציין כי המקרה הקלאסי ל"טיפול/שימוש הוגן" הוא בו הנתבע משתמש בסימנו של התובע כדי לתאר את המוצר של הנתבע. ר' הערה 10 בעמ' 1622 לפסק הדין.

²²⁵ Ninth Circuit Metatag Decision: Pay-Per-Click Comparative Advertising Unlawful? May 15th, 2003.

IBusinessLaw.info. Link: <<http://ibusinesslaw.info/index.php?p=17&more=1>>

²²⁶ Rajzer, Julie. Misunderstanding the Internet: how courts are overprotecting trademarks used in Metatags. 2001 Det. C.L. Rev., page 456-457.

Link: <www.law.msu.edu/lawrev/2001-2/Rajzer_Comment.pdf>

²²⁷ McCuaig, Dan. Halve the Baby: An Obvious Solution to the Troubling Use of Trademarks as Metatags, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. 643, 648 (2000).

אם כן, הניסיון להשתמש בכלי המשפטי כדי לתקן את בעיית ההפנמה, לא פתר את הבעיה אלא יצר אי-ודאות באשר לכללי הכתיבה של תכנים מסחריים ובלתי-מסחריים ברשת. זאת עקב רצונם של בתי המשפט להחיל את דיני סימני המסחר המסורתיים, כלי משפטי בעל עוצמה המטיל סנקציות חמורות על המפרים, על מציאות דיגיטלית מגוונת ומורכבת.

הפתרון הראוי, לדעתם של מלומדים²²⁸ ומומחים מקצועיים²²⁹, אינו טמון בבתי המשפט אלא בפעולתו העצמאית של השוק הטכנולוגי החופשי. זאת, בין השאר, מפני שדיני סימני המסחר עוסקים באלמנטים ויזיביליים, בעוד תגי המטא הם בלתי-נראים למשתמש הממוצע.

לסוגיית הויזיביליות התייחס ביהמ"ש העליון הבריטי בפרשת Reed²³⁰, כאשר ציין בהחלטתו מחודש מרץ 2004 כי העובדה שתגי-המטא הם בלתי-נראים, מוציאה אותם מהגדרות החקיקה הבריטית והאירופאית, העוסקות בסימני מסחר²³¹. השופטים אף ציינו כי שימוש בלתי-מטעה בסימני מסחר של מתחרים כתגי-מטא יוצר תחרות טובה²³².

ואכן, את הפתרון לסוגיה מצאו מנועי החיפוש עצמם, כאשר החלו להתעלם באופן שיטתי מכל תג בלתי-נראה. חלק מתגי המטא הפכו, עם השנים, ללא-רלוונטיים. עוד בשנת 1997 הפסיק מנוע החיפוש Excite לתמוך בתג המטא Keywords. בשנת 1998, הצטרף אליו Lycos. הדור החדש של המנועים, גוגל ולצידו Fast, לא תמך בתג מילות החיפוש מלכתחילה. בשנת 2000 הפסיק המנוע AltaVista לתמוך בתג זה.

תג המטא Description (תיאור הדף) לא זכה להתעלמות מוחלטת, אך משקלו הלך ופחת בקרב האלגוריתמים של מנועי החיפוש המובילים. בשנת 2004, אף אחד משלושת המנועים המובילים (גוגל, יאהו, MSN) אינו מציג בתוצאותיו את תג התיאור²³³.

בנוסף, מספר מנועי חיפוש מזהירים בוני אתרים מפני שימוש בטקטיקות המבוססת על רמייה, תיאור כוזב, הצפה או הטעייה. אזהרות אלו מלוות ברשימת קווים מנחים, המנוסחים באופן ברור וחד-משמעי. הפרת כל אחד מן הקווים המנחים מכניסה את האתר המפר אל 'רשימה שחורה',

²²⁸ Lastowka, Gregory. (2000). Note. Search Engines, HTML, and Trademarks: What's the Meta for?, Virginia Law Review Association, Vol. 86, 835.

²²⁹ Sullivan, Danny. Death Of A Meta Tag, October 1st, 2002. Search Engine Watch.

Link: <<http://searchenginewatch.com/sereport/article.php/2165061>>

²³⁰ Reed Executive plc v. Reed Business Information Ltd. A3/2003/0141. [2004] EWCA (Civ) 159. Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL. Date: 03/03/2004.

²³¹ Reed Executive plc v. Reed Business Information Ltd: Sec. 149(a): "First, does metatag use count as use of a trade mark at all?...it would at least be odd that a wholly invisible use could defeat a non-use attack. (...)... the ultimate function is achieved – an indication to someone of trade origin. Uses read only by computers may not count – they never convey a message to anyone".

²³² Reed Executive plc v. Reed Business Information Ltd: Sec. 149(b): "One way of competing with another is to use his trade mark in your metatag – so that a search for him will also produce you in the search results. Some might think this unfair – but others that this is good competition provided that no one is misled".

²³³ Sullivan, Danny. Death Of A Meta Tag. (ר' הערה נפרדת)

מפחיתה באופן ניכר את הדירוג שלו בתוצאות החיפוש²³⁴, או מוחקת את כל הדפים שלו מן המאגר הכללי של מנוע החיפוש²³⁵.

בעתיד הנראה לעין, יפחיתו רוב מנועי החיפוש המובילים את המשקל הניתן לתגי המטא הבלתי-נראים הללו, עד כדי התעלמות מוחלטת. מגמה זו תלויה בקצב ההתקדמות הטכנולוגי של שיטות ממוחשבות לניתוח תכנים ונתונים. פתרון זה מפחית באופן יעיל ומהיר את כמות ההתדיינויות המשפטיות בתחום, ואת המוטיבציה של בעלי אתרים מסחריים לנצל תגים אלו לרעה למטרות רווח²³⁶.

סוגיית תגי המטא מלמדת שוב, כי ההתערבות המשפטית בעיצוב פניה של הרשת איננה תמיד רצויה, בעיקר כאשר מדובר בסוגייה טכנולוגית סבוכה וחדשנית; לכך מתלווה כישלונם של בתי המשפט בהבנת אופייה המיוחד של הרשת²³⁷, הקושי האינהרנטי בפיקוח בינלאומי יעיל על מרחבים וירטואליים, ופערי חקיקה ופסיקה בין מדינות שונות²³⁸.

פרשת SearchKing וחופש הביטוי

סביב אלגוריתם פייג'ראנק נולדה תביעה משפטית ראשונה מסוגה, שעוררה התעניינות תקשורתית ומשפטית בינלאומית, סביב העיסוק בשאלות חוקתיות בנוגע לחופש הביטוי של מנהלי מנועי חיפוש. אזרח אוקלוהומה ושמו בוב מסה (Bob Massa) הקים לבדו את חברת SearchKing²³⁹, המספקת שירותי פרסום ברשת. מסה התבסס על היכרות עם השיטה מאחורי מדדי האיכות של גוגל, בעיקר אלגוריתם פייג'ראנק הידוע²⁴⁰, כדי לספק פרסומות טקסטואליות בתשלום הכוללות מבחר קישורים ממוקדים לאתרים בעלי דירוג פייג'ראנק גבוה באותו נושא. הוא כינה את הרעיון בשם "PR Ad Network", תוך שהוא משתמש בקיצור של המילה פייג'ראנק (PR) כדי למשוך מפרסמים.

²³⁴ מנוע החיפוש 'גוגל' פירסם כללים אלו בקישור: <<http://www.google.com/webmasters/guidelines.html>>.

²³⁵ "We do not allow URL submissions from customers who spam the index and will exclude all such pages from the index." AltaVista Addurl page.

Site: <<http://www.altavista.com/cgi-bin/query?pg=addurl>>.

²³⁶ סקירה על תביעות נוספות סביב תגי מטא, מאת Danny Sullivan באתר Search Engine Watch, ניתן למצוא בקישור הבא: <<http://www.searchenginewatch.com/resources/article.php/2156551>>.

²³⁷ Rajzer, Julie. Misunderstanding the Internet: how courts are overprotecting trademarks used in Metatags. 2001 Det. C.L. Rev. 427. Link: <www.law.msu.edu/lawrev/2001-2/Rajzer_Comment.pdf>

²³⁸ Osmeloski, Elizabeth. Search Engines and Trademark Issues, Dec. 22, 2003. Search Engine Report. Site: <<http://searchenginewatch.com/searchday/article.php/3289421>>

²³⁹ Site: <www.searchking.com>

²⁴⁰ אלגוריתם זה מדרג דפי-רשת על פי כמות ואיכות הקישורים המפנים אליו. דפים "מקושרים" נחשבים ל"חשובים", ואילו דפים המקושרים מדפים "חשובים", נחשבים "חשובים" יותר. האלגוריתם הוא רקורסיבי, ומתכונה זו נובע עיקר כוחו. הרחבה על אלגוריתם פייג'ראנק ניתן למצוא בפרקים הקודמים.

מסה נעזר בדירוג פייג'ראנק כמדד פופולריות לאתרים רבים, בעזרת השימוש בתוכנה חופשית המספק גוגל, 'סרגל כלים' (Google Toolbar). התוכנה מאפשרת לצרף לדפדפן, בין השאר, שדה חיפוש מיוחד המציין ליד כל כתובת אינטרנט את דירוג ה-פייג'ראנק שלה; המדד מעוצב באופן גרפי כמו מד-חום ירוק אופקי, והדירוג נע בין 1-10.

בעזרת מניפולציות טכניות מחוכמות המתבססות על ההגיון מאחורי האלגוריתם של גוגל, הצליח מסה להשיג עבור לקוחותיו שיפור בדירוג פייג'ראנק של גוגל. מנהלי גוגל השגוהו בחברות הפועלות למעשה כ"טפילי-אינטרנט"²⁴¹ כמו זו של מסה, וחששו מפני פעילותן. הם העריכו כי הניצול המסחרי של מדד פייג'ראנק עלול לפגוע באמינות המדד.

מידענים ועיתונאים, המעורים בתחום, מכנים פעילות קישור מסחרית שכזאת 'חוות קישורים' (Link Farms), מונח מזלזל הבא לתאר מאגרי קישורים גדולים, מלאכותיים ומעגליים, שנועדו להתל באלגוריתמים הידועים של מנועי החיפוש, במטרה להגביר את פופולריות הלקוחות. במהלך מחושב, עדכנו מהנדסי גוגל את תוכנות החיפוש כדי "לנקות" את התוצאות מן העיוות שיצר SearchKing ודומיו. המהלך של גוגל, שנכנס לתוקף בבת-אחת, דירדר את דירוגם של לקוחותיו אל תחתית הרשימה. בתגובה, הם ביטלו את עסקיו עימו. גם אתר הבית של מסה, SearchKing, התדרדר בדירוג פייג'ראנק לפתע (הוא ירד מן הדירוג 8 לדירוג 4), מהלך שלא הועיל למוניטין שלו כחברת פרסום.

מסה הגיש תביעה נזיקית כנגד גוגל. עילת התביעה: גרם הפרת חוזה. הסעד המבוקש: צו מניעה זמני, פיצויים נזיקיים ע"ס \$75,000, פיצויים עונשיים ושכ"ט. בסוף 2002 הגישה גוגל כתב הגנה בו טענה, בין השאר, כי "פייג'ראנק היא רק השקפתו או דעתו של גוגל על חשיבותו של דף-רשת. דעות והשקפות כאלו מוגנות על ידי התיקון הראשון לחוקה"²⁴²; התיקון הנ"ל מעניק הגנה מוחלטת כאשר ה'הפרעה' הנזיקית מבוססת על ביטוי שהוא בגדר "Evaluative Opinion".

כדי להצליח בעילת גרם הפרת חוזה' ע"פ חוקי אוקלוהומה, יש לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: (א) קיום יחסים חוזיים (ב) התערבות זדונית ובלתי מוצדקת ביחסים החוזיים. (ג) קשר סיבתי בין ההתערבות ובין הנזק לתובע.

גוגל בחרה להשתמש במסלול החוקתי של חופש הביטוי, כיוון שזמן קצר לפני שהוגשה תביעת SearchKing ניתן באוקלוהומה פסק דין בנושא דומה²⁴³, בו נתבעה חברת האשראי "מודיס" בגלל

²⁴¹ הביטוי Internet Parasite הופיע בהרחבה בעיתונות, ר' למשל Dahlia Lithwick במגזין Slate האמריקני, מתאריך 29 בינואר 2003, במאמרה: Google-Opoly: The Game No One but Google Can Play. כתובת המאמר: <<http://slate.msn.com/id/2077875>>

²⁴² Olsen, Stefanie., Google counters search-fix lawsuit, CNET News.com, January 10, 2003.

Site: <<http://news.com.com/2100-1023-980215.html>>

²⁴³ Jefferson County School Dist. No. R-I v. Moody's Investor's Services, Inc., 175 F.3d 848 (10th Circuit. 1999).

הורדת דירוג פיננסי למחוז באוקלוהומה, בעילת גרם הפרת חוזה²⁴⁴. פסק הדין התבסס על זכותו של אדם למתוח ביקורת לגיטימית באופן חופשי, כנגזרת של חופש הביטוי.

מסה טען בפני ביהמ"ש כי גוגל רשמה פטנט על אלגוריתם פייג'ראנק, ולכן לא יכולה להתייחס אל תוצאות החיפוש כאל ביטוי המוגן על ידי החוקה. ביהמ"ש הודה שלטיעון זה יש חשיבות, אך דחה אותו באומרו כי אמנם הפטנט הוא אובייקטיבי מעצם טבעו כ"תהליך" (Process), אך תוצאת החיפוש המסוימת עבור אתר מסוים היא "סובייקטיבית" מעצם טבעה.

ניתוח-עומק של קטע זה מפסק הדין מראה, כי הדיכויטומיה המלאכותית בין האלגוריתם ("אובייקטיבי") ובין תוצאת החיפוש ("סובייקטיבית") בעייתית. במציאות, תוצאות החיפוש הן למעשה היישום האוטומטי של האלגוריתם, שהוא לכשעצמו סובייקטיבי כמו כל מדד אנושי אחר. לכן, את הטעון "תוצאות חיפוש = ביטוי" קשה לקבל כפשוטו. מנסחי החוקה אולי לא התכוונו להגן על חופש הביטוי של מחשב לערוך חישובים מתמטיים, אך שאפו להגן על חופש הביטוי של אדם המעוניין לנסח מדד (ממוחשב או לא) לקביעת איכותו של תוכן שנכתב על ידי בני-אדם אחרים. האופי הטכנולוגי של השירות, עלול ליצור מצג-שווא כאילו מדובר במדד מדעי מוחלט, המבוסס על קריטריונים אבסולוטיים. גוגל מתגאה בטכנולוגיה ייחודית שתפקידה לחשוף את

"האמת" על אופיים של אתרים ודפי-מידע, אך איננו מתייחס לעצמו כ'מבקר' (Reviewer). כאשר ביהמ"ש מסווג את תוצאות החיפוש של גוגל כ"סובייקטיביות", הוא למעשה טוען כי גוגל מודע לכל תוצאה שהוא מציג למשתמש. המצב הפוך: אנשי גוגל מודעים אך ורק לאלגוריתם אותו כתבו. מהנדסי גוגל בוודאי אינם יכולים להיות מודעים לרוב התוצאות אותן מפיק המנוע. להיפך: עיקר פעילותם של מהנדסי החברה ממוקדת בשיכלול האלגוריתם.

באופן מהותי, אי אפשר להביע דעה בלי להיות מודע לעצם הבעתה. כיצד יכול ביהמ"ש להגן על חופש הביטוי, ללא מודעות הכותב לדבריו? ההגיון הרעוע מאחורי הטעון 'תוצאת חיפוש = דעה' נחשף כבר בגוף פסק הדין: "ביהמ"ש מוצא כי אין שום דרך אפשרית להוכיח כי החשיבות היחסית שניתנה לאתר כלשהו, היא כוזבת"²⁴⁵. אך גם ההיפך עשוי להיות נכון: במציאות, אדם המחפש "חדשות" במנוע אמריקני, יתפלא מאוד אם לא ימצא בעמוד התוצאות הראשון אתרים מפורסמים כמו CNN, BBC, ABC, FOX ודומותיה. כמו כן, אדם המחפש "חדשות" במנוע אמריקני, יתפלא אם כן ימצא בעמוד התוצאות הראשון את אתר בית הספר התיכון של עיירה קטנה בקליפורניה. האדם הסביר מסוגל להבחין בין חשיבות יחסית 'כוזבת' ובין חשיבות יחסית 'אותנטית', בחלק מן המקרים.

הדיון המורכב בסוגיה "אובייקטיבי/סובייקטיבי" חייב להתבסס על העובדה שמנועי חיפוש מדרגים אתרים ברשת לפי מדד אנושי, כלפיו ניתן למתוח ביקורת. אך מנוע כמו גוגל משקיע משאבים אדירים במחקר ופיתוח, בכדי שתוצאות החיפוש שלו יזכו לאמון הציבור כיאמת

²⁴⁴ בפרשת ג'פרסון נ' מודייס קבע ביהמ"ש העליון כי "הבעת דעה הקשורה בנושא בעל עניין ציבורי, שאינה כוללת דיווח עובדתי כוזב, תזכה להגנה חוקתית מלאה", והוסיף כי "גם כאשר מניע הכותב או הדובר הוא זדוני או נובע מתוך שנאה, הביטוי מוגן על ידי התיקון הראשון לחוקה" (ציטוט מתוך *Hustler v. Falwell*).

²⁴⁵ "The Court simply finds there is no conceivable way to prove that the relative significance assigned to a given web site is false". *Search King Inc. vs. Google Technology Inc.*; United States District Court, Western District of Oklahoma, Notice of Order of Judgements, Fed R. Civ. P. 77 (d). Case No.-02-145-M, May 27 2003. p. 6

מדעית', ולא של "דעה ביקורתית" גרידא. מהנדסי גוגל מפתחים אלגוריתמים על פי קריטריונים המתמיימים להיות אוניברסליים, כלליים, ללא דיון פרטני בכל מקרה לגופו.

יותר מכך: ההגיון הבסיסי מאחורי פעילותו של כל מנוע חיפוש מודרני הוא ויתור מודע על השימוש המסורתי בחופש הביטוי. בגלל כמויות המידע העצומות ברשת, לא ניתן להקצות זמן ומשאבים מספיקים כדי לכתוב דעות ביקורתיות על מליוני דפי-רשת באופן "אנושי" או "ידני". מטרתו הראשונית של האלגוריתם הממוחשב היא להמיר את שיקול הדעת המקובל של האדם הממוצע בכלי טכנולוגי מהיר. התוכנה והשרתים ממירים את העיניים והאזניים והאזניים והאזניים.

הבדל נוסף ומכריע בין כלי-תקשורת ביקורתי ובין מנוע חיפוש ברשת הוא עצם מתן הגישה לאתר המבוקש. מנוע חיפוש איננו "מדריך מישלן" המציין 'מספר כוכבים' על יד כל מסעדה נתונה. המנוע הוא למעשה מורה הדרך, המפה, הרמזור, הכביש, הגשר, החניה והדלת אל המסעדה עצמה. גולשים אינם משתמשים במנועי חיפוש רק כדי לקבל "דעה", אלא בעיקר כדי לנווט ברשת הגדולה והסבוכה. המשתמשים אינם חושקים בהשקפותיהם הכלליות של מהנדסי גוגל על הרשת, אלא בקישור רלוונטי שנבחר במהירות-שיא על ידי מספר עצום של שרתים.

סיווג פייג'ראנק כ"דעה" או "הערכה" בלבד איננו מספק, שכן הוא מתייחס לפרשנות המסורתית של מונחים אלו. מנוע חיפוש הוא כלי מתוחכם בהרבה מביקורת עיתונאית. אף כלי תקשורת המפיק ביקורת איננו מסוגל לספק את הגישה הישירה למושא הביקורת. המונח "דעה" (Opinion) איננו כולל בתוכו את מרכיב הגישה.

לפיכך, יש להעניק **פרשנות מודרנית למונח "דעה"**, ולהתאימו לעידן הדיגיטלי. כדי להגן על מעמדם של מנועי החיפוש, ולעודד זרימה חופשית של מידע, בתי המשפט צריכים להכיר בעובדה שמדובר בחופש ביטוי מסוג חדש: האלגוריתם הממוחשב הוא אכן 'דעה', ואילו תוצאות החיפוש של מנוע מסוג 'קרולר' אינן 'דעה' אלא 'פלט' בלבד.

שורש הבעיה טמון בעובדה שה'דעה' סמויה מעין הציבור. האלגוריתם הוא סוד מסחרי מוגן, שאיננו בר-חשיפה על ידי הלקוחות והמשתמשים; הללו רואים רק את ה'פלט'. לכן, אם אנו מעוניינים ליצור משטר משפטי שיגן על ביטוי של מנועי חיפוש, ניאץ להתמודד עם העובדה שה'ביטוי' עצמו הוא בלתי-נראה. חופש הביטוי, במקרה הנדון, הוא החופש להסתיר חלק משמעותי מן הביטוי מעיני הציבור. זה המחיר שהחברה מתבקשת לשלם בעבור התועלת שהיא מפיקה מן הכלי הטכנולוגי המשוכלל המכונה 'מנוע חיפוש'. להבדיל משיטת הפטנטים, המעניקה הגנה מפני חיקוי תמורת פרסום פומבי של ההמצאה, חופש הביטוי של מנועי החיפוש כולל בתוכו את חירותם של מחשבים לפלוט נתונים על פי אלגוריתמים סמויים מן העין. בעזרת טקטיקות כמו "הנדסה לאחור" (Reverse Engineering), יכולה תעשיית החיפוש להבין, ולו באופן חלקי, את דרך המחשבה של כל מנוע, ואולי לפענח בהדרגה את סוד הצלחתו.

בחזרה לפרשת SearchKing: מסה דרש מגוגל בתביעתו לחשוף את קוד המקור של האלגוריתם הנידון, כחלק מן הדיון בצו המניעה. קוד המקור נחשב לסוד מסחרי מוגן, וגוגל דחה בקשה זו. דרישתו נולדה מתוך מצוקה ראייתית, כיוון שהתקשה בהוכחת טענותיו בנוגע לפגיעה מכוונת בעסקיו. לכאורה, גוגל חשף את עצמו לביקורת: לאחר שהקפיד לנצל את זכותו לחופש ביטוי

המוגן על ידי החוקה, סירב לחשוף את קוד המקור שלו בפני הציבור הרחב²⁴⁶. אך לאור הניתוח שלעיל, אין בכך סתירה.

ייתכן שביהמ"ש קיבל את הגנת חופש הביטוי, בין השאר, מפני שרצה להתבסס על התקדים הנוח שהציגו בפניו עורכי הדין של גוגל. אך ביהמ"ש היה יכול לדחות את התביעה בעזרת התנאי השני שבעילת גרם הפרת חוזה: מסה התקשה להוכיח "זדוניות" או "חוסר הצדקה" בפעילות הנתבעת. יש לציין כי מסה אף הפר את תנאי השימוש של תוכנת Google Toolbar, האוסרים במפורש על כל סוג של שימוש מסחרי בתוכנה. נקודה זו פעלה מלכתחילה לרעתו, כיוון שהוא למעשה הפר חוזה אחד בינו ובין גוגל; קל יותר לביהמ"ש להתייחס להפרת החוזה מאשר לתביעתו הנויקית התקדימית, המתבססת על זיקה משפטית רעועה בין הצדדים.

לאחר הגשת התביעה המשפטית, השיבה גוגל את SearchKing חזרה לדירוגו הקודם במדד פייג'ראנק. למרות זאת, החליט מסה שלא להסיר את התביעה: "הם פעלו בשרירות-לב כדי לסלק אותנו. הם ממציאים חוקים, הם מחליטים שאתה 'ספאמר', ובוים! אתה נעלם. אין מפלט. מנועי חיפוש חייבים לתת דין וחשבון"²⁴⁷. למרות שמסה הוא היחיד שפנה למסלול המשפטי, חברות אינטרנט רבות נוספות ברחבי העולם (ובעיקר בארה"ב) עסקו (ועודן עוסקות) בפעילות 'טפילית' דומה, תוך ניצול מדד פייג'ראנק, אך הן בחרו לספוג את המכה, להמשיך ללמוד את התחום ולהתחרות ב"מירוץ החימוש" בין המנוע לקהילת ה'וובמסטרים'.

התנהגותו של מסה היתה חסרת תום-לב ולעתיים גם פזיזה²⁴⁸. התנהגותו של גוגל כלפיו (וכלפי חברות בעלות טקטיקה דומה) היתה סבירה, בנסיבות העניין. ביהמ"ש היה ער לעובדה שבפניו ניצב איש עסקים קטן וערמומי, שנקט בטקטיקה 'טפילית'. עם זאת, התנהגות הצדדים איננה רלוונטית להגנה החוקתית העקרונית שנתן ביהמ"ש לכל תוצאות החיפוש של גוגל.

עוד בתחילת הדרך, העריכו מומחים משפטיים כי סיכוייו של SearchKing לזכות בצו מניעה זמני – קלושים²⁴⁹. ואכן כך היה: הבקשה לצו מניעה זמני נדחתה. ביהמ"ש הסיר את התביעה²⁵⁰. הטענה לפיה גוגל מיישם את זכותו לחופש ביטוי כאשר הוא מדרג אתרים, התקבלה²⁵¹.

²⁴⁶ גוגל הולך ומגביר את פעילותו המשפטית: בפברואר 2002 עבדו בחברת גוגל שני עורכי דין בלבד. באמצע 2003 מנתה המחלקה המשפטית 15 עורכי דין, ומספרם הולך וגדל. מנהל המחלקה המשפטית, עו"ד דייוויד דראמונד, התראיין בנושא זה במגזין המשפטי האמריקני The National Law Journal, במאמר שאיננו זמין ברשת.

²⁴⁷ Olsen, Stefanie. The Google Gods, CNET.com special report, October 31, 2002.

Site: <http://news.com.com/2009-1023_3-963618.html>

²⁴⁸ עורכי הדין של גוגל הבלטו בכתב ההגנה שלהם את העובדה שמסה עצמו הודה בכתב (ובפומבי, בקבוצת דיון באינטרנט) בעובדה שפעילותו העסקית מהווה ניצול בלתי-הוגן של הטכנולוגיה שמציע גוגל. כמו כן, כתב מסה בתנאי השימוש של שירות הפרסום שלו שאין לו כל שליטה על מעשיו של גוגל, וכי פגיעה בדירוג פייג'ראנק אין משמעה שאיכות האתר התדרדרה, אלא שאנשי גוגל "מחשבים דברים אחרת". במקביל, ניצלו עורכי הדין של גוגל את המכתב ששלח אליהם, ובו כתב כי לא ניזוק כתוצאה מן השינוי בדירוג לקוחותיו.

²⁴⁹ Grimmelmann, James. Google replies to Searchking Lawsuit, January 2003, LawMeme, Yale Law School, <<http://research.yale.edu/lawmeme>>

²⁵⁰ ההחלטה על דחיית בקשת SearchKing לצו מניעה זמני התקבלה בינואר 2003. ההחלטה להיענות לבקשת גוגל ולדחות את התביעה של SearchKing התקבלה בתאריך 27 במאי, 2003.

²⁵¹ <<http://google.searchking.com/dismiss.htm>>

הדיונים התקשורתיים והאקדמיים שהתפתחו סביב התביעה העלו טענה עקרונית אחת שקשה להתמודד מולה: כוחו של גוגל בפרט (ומנועי חיפוש בכלל) בקביעת התנהלותם, שרידותם ו/או רמת הכנסותיהם של עסקים מקוונים מעורר בעיות חדשות בתחום ההגבלים העסקיים²⁵², שהעולם טרם התמודד איתם.

פרשת SearchKing המחישה כיצד דווקא באינטרנט, המעודד חופש ביטוי בלתי-מוגבל ופעילות עסקית בינלאומית, שולט מספר מצומצם מאוד של חברות בגישה לספקי תכנים, מוצרים ושירותים הפועלים בכל רחבי הרשת²⁵³. הכינוי Google-opoly, שהופיע לראשונה במגזין הטכנולוגיה המוביל Wired²⁵⁴ ע"י העיתונאי Josh McHugh, לא נכחד.

אכן, יותר משמנוע חיפוש פועל ככלי תקשורת מסורתי הממליץ במודעות מלאה על אתרים או נוקט בגישה ביקורתית שלילית כלפיהם, המנוע משמש הלכה למעשה כ"שומר השער"²⁵⁵ של הרשת. מספר עצום של עסקים קטנים, בינוניים וגדולים מסתמך עליו כמקור הכנסות קריטי, ומפתח תלות חד-צדדית בשירותיו הגלובליים²⁵⁶. כלי התקשורת אף העלו את השאלה אם כוחו של מנוע כמו גוגל פוגע בעצמאותה של הרשת²⁵⁷.

כאמור בפרקים הקודמים, המנועים אינם רק משקפים את המציאות אלא משנים אותה: האלגוריתמים המונחים בבסיסם מעודדים יצירת "מעגלי-קסם", הדואגים לחזק את החזק ולהחליש את החלש. כך הופכים המנועים לגורם מקטב ומקצין מגמות קיימות, אך גם לגורם המקבע ומשמר מנגנונים כוחניים.

עם שליטה של למעלה משבעים אחוזים מפעילות החיפוש המקוונת בארה"ב²⁵⁸, גוגל מהווה "רשות מידע" קריטית, וכוחו המקוון גדול מזה של רשויות ציבוריות רבות בארה"ב ובעולם. בכך הוא מהווה דוגמה נוספת לתאגיד רב-לאומי, שצבר עוצמה פוליטית בלתי צפויה. עם זאת, אף מנוע איננו יכול 'לנעול' משתמשים, ולכן הוא איננו מסווג כמונופול. ייתכן שיהיה זה נאיבי להניח כי השיח סביב פרשת SearchKing יזרז את הסדרת הסוגיה באופן מעמיק יותר בעתיד.

בוועידה²⁵⁹ שנערכה בקיץ 2002 על ידי מומחים בענף החיפוש בארה"ב, ביטאו חלק מן המשתתפים את הצורך במדיניות להגנה על אתרים התלויים במנועים. בין ההצעות שהועלו²⁶⁰: טיפול הוגן ומהיר בתלונותיהם הרבות של בעלי אתרים, הוראות ברורות שיסייעו לבעלי אתרים להבין מדוע הם לא מופיעים בתוצאות החיפוש, והנחיה כיצד לשפר את סיכוייהם בתחום.

²⁵² McHugh, Josh., Google vs. Evil, Wired Magazine, Issue 11.01, January 2003.

Site: <http://www.wired.com/wired/archive/11.01/google_pr.html>

²⁵³ Lithwick, Dahlia. (שם)

²⁵⁴ <http://www.wired.com/wired/archive/11.01/google_pr.html>

²⁵⁵ הביטוי Gatekeeper to Internet Content מופיע במאמרו של Grimmelman. ר' הערה 143.

²⁵⁶ Gallagher, David. Sites Become Dependent on Google. New York Times, December 9, 2002.

²⁵⁷ Olsen, Stefanie. The Google Gods, CNET.com special report, October 31, 2002.

Site: <http://news.com.com/2009-1023_3-963618.html>

²⁵⁸ סקר ינואר 2003 של חברת נילסן נטרייטינגס (Nielsen NetRatings) (ר' נספח 2).

²⁵⁹ Site: <<http://www.jupiterevents.com/sew/summer02/index.html>>

²⁶⁰ Olsen, Stefanie. The Google Gods (42 הערה)

קרייג סילברסטיין, סמנכ"ל טכנולוגיות בגוגל, אמר אז בראיון ש"זה בלתי מעשי לתת תמיכה לכולם", לאור כמות האתרים הקיימת במאגר המנוע. לכן, במקום טיפול יחידני ופרטני לפי שיטת 'מרכז התמיכה', בחרו אנשי גוגל ביחיקה עצמאית: גוגל החל לפרסם לראשונה בשנת 2003 דפי-הדרכה מקוונים, ברורים ופשוטים לבעלי אתרים, המסבירים בלשון עממית כיצד לשתף פעולה בהצלחה עם ה'רובוטים' של גוגל²⁶¹. דפי ההדרכה הללו כוללים כמה עצות שימושיות לעיצוב, כתיבה ועריכת תכנים, בקרת איכות, תכנון ותיכנות של אתרים. במובן מסוים, דפים אלו מהווים מעין-'תקנות' משפטיות, שציות להן מבטיח חשיפה חיובית, אך הפרתן עלולה לגרור סנקציות, כגון הפחתת דירוג פייג'ראנק, "התדרדרות" אל הדפים האחרונים בתוצאות החיפוש – ועד מחיקה מוחלטת וסופית מן המאגר. בנוסף, מזהיר גוגל²⁶² את בעלי האתרים מפני נוכלים המתיימרים להבטיח אופטימיזציה במנועי חיפוש פופולריים²⁶³. הוא מונה מספר תבחינים שמטרתם זיהוי תרמית או הבטחות ללא כיסוי בקרב העוסקים בתחום, ואף ממליץ לנפגעים פוטנציאליים לפנות לרשויות. המגמה המשפטית העתידית, כפי שהשתקפה עד כה בפעילות רשות המסחר הפדרלית בארה"ב²⁶⁴, היא דרישה הולכת וגוברת של שקיפות וגילוי נאות מצד המנועים, כחלק ממדיניות כוללת של הגנה על הצרכן ברשת.

²⁶¹ Google Webmaster Guidelines. Site: <<http://www.google.com/webmasters/guidelines.html>>

²⁶² Search Engine Optimizers. Site: <<http://www.google.com/webmasters/seo.html>>

²⁶³ בז'רגון המקצועי מכונים אנשים אלו SEO, קיצור למונח Search Engine Optimizer. לרוב הם מציעים ללקוחותיהם שירותים מגוונים שמטרתם שיפור מצבו של אתר כלשהו בתוצאות החיפוש של מנועים פופולריים. חלק מן הטקטיקות גובלות בהטעייה, כגון הפקת דפי-רשת סמויים המיועדים אך ורק עבור ה'רובוטים' של מנועי החיפוש, בעוד גולשי האתר נחשפים לתוכן שונה, בדפים שונים; טקטיקה זו מכונה Cloaking, דהיינו הסוואה. חלק מהעוסקים בתחום SEO טוענים כי טקטיקת ה-Cloaking מוצדקת לאור הפער הטכנולוגי בין יכולות הסריקה הפרימיטיביות של ה'רובוטים' ובין יכולות הכתיבה המתקדמות של שפות תיכנות חדשות.

²⁶⁴ Federal Trade Commission.

הפרת סימני מסחר

תכליתם של סימני המסחר היא להבדיל בין מוצרים ושירותים, ובכך להגן על הצרכן מפני הטעייה, בלבול או הונאה²⁶⁵. עקרון בסיסי זה זכה לעיגון נרחב בפסיקה ארוכת-שנים. אך האם גולש, המקליד מילה הרשומה כסימן מסחר, אל מנוע חיפוש באינטרנט ומייצר שאילתת חיפוש, נכנס לתחום דיני סימני המסחר? האם סוחר או ספק שירות, הרוכש מילת-חיפוש זו בשיטת המכירה הפומבית ממנוע חיפוש, כדי לפרסם קישור לאתר המסחר/שירות שלו, מבצע הפרה של סימן מסחר? האם מחזיק הסימן רשאי למנוע מסוחרים וספקי שירותים המוכרים את מוצריו ו/או שירותיו לרכוש את המילה במנועי חיפוש? אלו השאלות העומדות כיום בפני עולם המשפט, בבואו להתמודד עם האתגרים שהציבה בפניו הטכנולוגיה הדיגיטלית החדשה. מחד, סביר להניח כי פלוני הרוכש מילה שרשם אלמוני כסימן מסחר, ללא קשר סביר לעסקיו של פלוני, שלא בתום לב, וכותב טקסט פרסומי כוזב במטרה לנצל את המוניטין של אלמוני ולהטעות לקוחות, ביצע הפרת סימן מסחר. מאידך, ברור כי בעל סימן מסחר, הרוכש מילה הרשומה תחת שמו כסימן מסחר, תוך קשר סביר לעסקיו, בתום לב, במטרה ליהנות מן המוניטין שרכש הסימן בבעלותו, שלא במטרה להטעות לקוחות, לא ביצע כל הפרה, ואין במעשיו כל עוולה. כל המקרים המשפטיים הממוקמים בתחום שבין שני מקרי הקיצון שלעיל, טרם זכו לתשובה מוסמכת ומקובלת על העוסקים בתחום. יותר מכך: עצם השימוש בסימני מסחר מוגנים במסגרת שאילתות חיפוש לא זכה לטיפול משפטי הולם עד היום. חקיקה חדשה לא קיימת, והפסיקה טרם דנה לעומק בסוגיה מורכבת זו²⁶⁶. הדיון בנושא מערב בתוכו גם שיקולי הגבלים עסקיים, עוולות מסחריות ושאלות חוקתיות של חופש ביטוי מסחרי. הדעה המקובלת כיום בזרם המרכזי של הפסיקה והאקדמיה בארה"ב היא, שפרסום במנועי חיפוש באמצעות רכישת מילות מפתח איננו מהווה, לכשעצמו, הפרת סימני מסחר²⁶⁷. שיטת פרסום זו מעודדת תחרות, משפרת את מצבו של הצרכן, מגבירה את נגישותם של עסקים אל המגזר הצרכני, ומוזילה את עלויות הפרסום. רק כאשר מתעורר חשש סביר להטעייה, ניתן להיעזר בדיני סימני המסחר כדי להעניק סעד לבעל הסימן. פרשנות זו, יש לציין, טרם נתקבלה במדינות אחרות בעולם. המגמה הליברלית בארה"ב נובעת, בראש ובראשונה, מן העובדה שמדובר בתעשייה חשובה לכלכלה האמריקנית. הגישה האירופאית, כפי שהשתקפה במקרים שיפורטו להלן, מחמירה יותר.

²⁶⁵ פקודת סימני מסחר הישראלית, כמו גם Lanham Act בארה"ב, מבוססים על הדין האנגלי העתיק, שיצר את דיני סימני המסחר כדי להגן, בראש ובראשונה, על הצרכנים מפני כל סוג של טעות, בין אם בשוגג או במזיד, הקשורה למקור המוצר ו/או השירות שלגביו נרשם סימן המסחר. התיקון לפקודת סימני מסחר הישראלית משנת תש"ס, שנחקק בהשפעת האיחוד האירופי ואמנת Trips, הרחיב את היקף ההגנה גם על סימנים בינלאומיים מוכרים-היטב שאינם רשומים.

²⁶⁶ Olsen, Stefanie. Trademarks cast Shadow on paid search. August 19, 2003. CNet News.com.

Site: <http://news.com.com/2100-1024_3-5065901.html>

²⁶⁷ Shea, Gregory. Trademarks and Keyword Banner Advertising, 75 S. Cal. L. Rev. 529 (2002)

פרשת פלייבוי נ' אקסייט²⁶⁸

פסק הדין המשמעותי הראשון בפרשה זו, שניתן ביוני 1999, עורר עניין משפטי רב בארה"ב, כיוון שנקט בגישה ליברלית המיטיבה עם תעשיית החיפוש. עם זאת, הוא קצר למדי (4 עמודים) ולא הפך להלכה מוצקה במדינות אחרות בעולם. שני הצדדים הם גופים משמעותיים בכלכלה האמריקנית והעולמית. תאגיד פלייבוי מפעיל, בין השאר, גם אתר ארוטיקה פופולרי המושך אליו מליוני מבקרים מדי חודש. אקסייט הפעיל פורטל בינלאומי מצליח. בית המשפט המחוזי של קליפורניה דחה בספטמבר 2000 את תביעת חברת פלייבוי נגד מנוע החיפוש והפורטל אקסייט (Excite.com) ונגד בעל רשיון מנוע החיפוש של אקסייט, חברת נטסקייפ. ביהמ"ש סירב להעניק צו מניעה זמני לתובעים.

פלייבוי פנתה לערכאת הערעור²⁶⁹, שם נהפכה בינואר 2004 החלטת המחוזי. עם זאת, הקפידו שופטי ערכאת הערעור להדגיש²⁷⁰ כי ההלכה החדשה מצומצמת רק לאותם מקרים בהם פרסומת ה"באנר" איננה מאפשרת לגולש לדעת את זהות המפרסם²⁷¹; השופטים נתנו משקל רב למרכיב ההטעיה, ולא קיבלו החלטה לגבי עילת דילול סימן המסחר (Dilution), המופיעה בספר החוקים האמריקני תחת סעיף 43(c) של Lanham Act²⁷².

לפי הרציונל מאחורי הלכה זו, אם אין הטעיה בפועל, הרי שאין כל בסיס לתביעה עתידית בתחום זה²⁷³. בפועל, רוב תעשיית החיפוש המסחרי מבוססת על פרסומות טקסטואליות בהן הגולש יודע בבירור את זהותו של המפרסם.

בכך צימצם ביהמ"ש באופן משמעותי את תחום חלותו של מוסד סימני המסחר ברשת, והגן על טקטיקת הפרסום הנפוצות המכונה "מיפתוח" (Keying). החלטת ביהמ"ש איפשרה למנועי חיפוש כמו נטסקייפ להשתמש בסימני מסחר כמילות חיפוש, כדי להפיק הכנסות מפירסום באמצעות 'באנרים'²⁷⁴. בהמשך, שימשה פסיקה זו כבסיס לפעילות מנועי החיפוש המסחריים כדוגמת

²⁶⁸ Playboy Enterprises v. Netscape and Excite, SA CV 99-320 AHS (EEx). Verdict Online:

<<http://legal.web.aol.com/decisions/dlip/playboyorder.html>>

²⁶⁹ Playboy Enterprises v. Netscape Communications, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Argued and Submitted September 11, 2001, Pasadena, California. Filed Jan. 14, 2004.

²⁷⁰ Playboy Enterprises v. Netscape Communications. p. 377

²⁷¹ "Note that if a banner advertisement clearly identified its source or, even better, overtly compared PEI products to the sponsor's own, no confusion would occur under PEI's theory." Ibid, p.367. Also see p. 377: "We note that we are not addressing a situation in which a banner advertisement clearly identifies its source with its sponsor's name, or in which a search engine clearly identifies a banner advertisement's source."

²⁷² ערכאת הערעור פעלה בעקבות הלכה חדשה של בית המשפט העליון בארה"ב, לפיה יש להוכיח דילול בפועל כדי לזכות בצו מניעה זמני. הלכה זו מחמירה את התנאים לזכיה בעילת הדילול.

²⁷³ כדי להוכיח הטעיה בעניין סימני מסחר, השתמשה ערכאת הערעור במבחן בעל שמונה גורמים, שפותח לראשונה בפרשת AMG Inc. v. Sleekcraft Boats. ר' עמ' 1062-1065 בגוף פ"ד זה.

²⁷⁴ כאמור לעיל, הבאנרים חייבים להבהיר את זהות המפרסם, כדי למנוע "בלבול בהתעניינות ראשונית".

עובדות המקרה חשובות לאבחון ההלכה: חברת פלייבוי, שבבעלותה, בין השאר, סימני המסחר המוכרים-היטב Playboy ו'Playmate', תבעה את אקסייט ונטסקייפ בגלל שמנוע החיפוש הציג פרסומות 'באנר' מחברות פורנוגרפיה מתחרות בכל פעם שבו הקלידו גולשים את שאילתות החיפוש "פלייבוי" או "פליימיטי". עילת התביעה של פלייבוי היתה כפולה: שימוש מפר בסימן המסחר שלה, ודילולו (Dilution).

במקרה הנ"ל, לא העלתה התובעת את עילת ההטעיה, העומדת בבסיס מוסד סימני המסחר; היא גם לא הביאה ראיות להטעיה מצד המשתמשים. בית המשפט ציין שתי סיבות מרכזיות לדחיית טענות פלייבוי: (1) לפלייבוי אין מונופול על השימוש הגנרי במילים הללו (פלייבוי, פליימיטי) בשפה האנגלית, ולכן, אקסייט לא עשתה שימוש מסחר בסימן המסחר של פלייבוי. (2) אין ראיות לכך שהגולשים הוטעו ו/או התבלבלו בין הבאנרים ובין פלייבוי.

הלכת פלייבוי נתנה אור ירוק למנועי החיפוש להמשיך ולנהוג בחופשיות יחסית כאשר עולות סוגיות של הפרת סימני מסחר. עם זאת, ההלכה מצומצמת לנסיבות המקרה: ראשית, סימני מסחר מוכרים-היטב וספציפיים כמו 'סוני', 'נייק' או 'סיסקו' יזכו מן הסתם להגנה חזקה יותר מצד בית המשפט, לעומת המילה 'פלייבוי', שהיא בעלת משמעויות לשוניות רבות אחרות. שנית, תביעה עתידית עלולה להפיק לקחים מן הדרישה הראייתית להטעיה, ולהביא עדים מומחים הטוענים כי אכן חשבו שמדובר בבאנרים של חברת פלייבוי. בגוף פה"ד מציינת השופטת סטוטלר כי התובעים התעכבו בהשגת עדים כאלו. שלישית, אין דין פרסום של 'באנרים' כדין מכירת מילות חיפוש ממוקדות, המופיעות כתוצאות חיפוש 'לגיטימיות' כדי להתחרות באותו שדה תוכני על תשומת ליבו של הגולש.

התובעת ניסתה להיאחז בתקדים: פרשת Brookfield²⁷⁷ שעסקה בסימן מסחרי והטעיית לקוחות מצד הנתבע ע"י רכישת שם דומיין הנושא את סימן המסחר של התובע. בפרשה זו הועלתה טענת הטעייה המכונה **Initial Interest Confusion**, דהיינו "בלבול בהתעניינות ראשונית". בפרשת Brookfield טען ביהמ"ש כי המושג במיוחד לרשת, שבה גולש מקליד סימן מסחרי למנוע חיפוש ומקבל תוצאות של מתחרים דומים; כך, קבע ביהמ"ש בפרשת Brookfield, הגולש ייכנס לאתר המתחרה ויבין במה מדובר רק כאשר הוא כבר מצוי בתוכו, ולכן יישאר באתר זה (כיוון שהוא עוסק בתחום מסחרי דומה, או אף זהה) ואולי יבצע בו רכישה מקוונת; כך יצליח המתחרה "ללכוד" את הלקוחות והמבקרים הפוטנציאליים של המחזיק בסימן המסחר, תוך ניצול המוניטין של בעל סימן המסחר.

בפרשת Brookfield קיבל ביהמ"ש את הטענה כי אכן התקיימה הפרה של סימן מסחר, בעקבות שימוש בשמות דומיין דומים של אתרים, עד כדי בלבול. ביהמ"ש בפרשת פלייבוי איבחן את הלכת

²⁷⁵ חברת GoTo.com, שלמעשה המציאה את המודל לפיו נמכרות מילות חיפוש בשיטת המכירה הפומבית, למנועי חיפוש החפצים בשירות, שינתה את שמה לאוברטור (Overture.com) ונקנתה על ידי Yahoo בשנת 2003.

²⁷⁶ מידע מקיף על פעילות הפרסום המקוון של המנוע 'גוגל' ניתן למצוא בקישור: <<http://google.com/ads>>

²⁷⁷ Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp., F-3.d, 1999 WL 232014 (9th Cir 1999).

Brookfield כדי להגיע למסקנה שונה²⁷⁸. כאמור, ערכאת הערעור סייגה את ההלכה למקרים מיוחדים, בהם הפרסומת עשויה לבלבל את הגולש בגלל היעדר הבהרת זהות המפרסם. ראשית, קבעה השופטת כי "התובע איננו יכול להסיר מילה מן השפה האנגלית באמצעות קניית זכויות לסימני מסחר בה". המושגים 'פלייבוי' ו'פליימיטי', על כל משמעויותיהם הלשוניות המגוונות, עמדו לתובע לרועץ. שנית, קבעה כי שני הצדדים אינם מתחרים באותו השוק; קביעה זו מעוררת תמיהה, שכן הגופים שפירסמו באקסייט היו חברות פורנו, המתחרות בפלייבוי במישרין. השופטת המשיכה את המגמה בפרשת Brookfield, והשתמשה באנלוגיה מתחום התחבורה כדי לתאר את המקרה: נהג נוסע בכביש מהיר ומבחין בשלט המודיע לו על מסעדה כלשהי; הוא יורד במחלף, מגיע למסעדה ולצידה מבחין בשלט נוסף המודיע לו על מסעדה מתחרה. השופטת טענה כי מנוע החיפוש משול לבעל הקרקע, שעליה ניצבים השלט והמסעדה. האנלוגיה הנ"ל איננה סבירה, שכן היא משמיטה את כוונתו המפורשת והאקטיבית של המחפש לקבל תוצאות לשאילתא 'פלייבוי', בשונה לחלוטין מנהג המבחין בשלט פרסומת ומחליט לשנות את מסלול נסיעתו. כמו כן, אי אפשר לטעון בשום דרך שמנוע חיפוש הוא בעל זכות קניינית באתר עצמו, אלא לכל היותר לתוצאות החיפוש המוצגות בדפי המנוע.

אין ספק כי מנהלי מנוע אקסייט האמינו כי רוב המשתמשים המקלידים 'פלייבוי' מבקשים להגיע, בראש ובראשונה, לאתר פלייבוי. אך השופטת בפרשת פלייבוי הביאה בפסק הדין רשימה קצרה של עסקים אמריקניים בעלי שם זהה, כדי לנסות ולחזק את קביעתה, לפיה לא ניתן לדעת מה מבקש כל גולש וגולש כאשר הוא מקליד 'פלייבוי'. אכן, קשה להטיל על מנועי החיפוש את נטל ההכרעה המשפטי בדבר קיומו (או אי-קיומו) של סימן מסחר בעל שם דומה או זהה באיזור אחר.

במציאות הגלובלית בה פועלים מנועי החיפוש, משימה שכזאת תהיה בלתי אפשרית²⁷⁹. ניתן ליצור אנלוגיה סבירה עבור מקרה שכזה: לקוח נכנס לקניון ענק ומצהיר בפני פקיד המודיעין שהוא מעוניין ב'פלייבוי'; הפקיד מפנה אותו לחנות ספרים מסוימת, אך במצב שכזה, לא ניתן לאסור על החנווני שבחנות להציע לו סחורה של מגזין מתחרה ('אין לי פלייבוי, אבל יש לי האסלר'), כיוון שבהתנהגות זו אין כל חשש להטעיה.

מנהלי המנוע, כמו מנהליו של קניון מסחרי ענק, מנהלים עסק עצמאי, וזוהי זכותם הקניינית לנתב את משתמשיהם לסוחרים מסוימים, לפי שיקול דעתם. כל עוד אין בכך כדי להטעות את הגולשים באשר למקור הקישור, כוחות השוק יעשו את שלהם: מנוע שיאכזב את גולשיו באופן עקבי, ייכשל בעסקיו בטווח הארוך.

בגוף פסק הדין של הערכאה הראשונה בפרשת פלייבוי נ' אקסייט ניתן למצוא כמה קביעות עקרוניות. למשל, השופטת טענה כי "סימני המסחר של פלייבוי אינן מילות חיפוש. רק מילים הן מילות חיפוש"²⁸⁰; טענה זו מעידה על גישה מצמצמת למדי, לפיה דיני סימני המסחר אינם חלים כלל על מילות חיפוש. גישה זו טרם עוגנה באופן מפורש על ידי ערכאה אמריקנית גבוהה יותר.

²⁷⁸ גם ערכאת הערעור בעניין פרשת פלייבוי (9th Circuit) איזכרה את הלכת Brookfield ואימצה את המושג המשפטי "בלבול בהתעניינות ראשונית".

²⁷⁹ Lastowka, Gregory. Search Engines Under Siege: Do paid placement listings infringe trademarks?.

Intellectual Property & Technology Law Journal. Clifton: Jul 2002. Vol. 14, Iss. 7; p. 1.

²⁸⁰ "PEI's trademarks are not search terms. Only words are search terms" (פסקה 28 בפסק הדין הנ"ל).

פרשנותו הליברלית של ביהמ"ש בפרשת פלייבוי אכן מצייתת לעקרון-יסוד בדיני סימני המסחר: הגנה על הצרכן ע"י מניעת הטעייה²⁸¹. מאידך, גוף הפסיקה אינו מציע בסיס משפטי מעמיק וחדשני לסוגיות הטכנולוגיות המורכבות בתחום זה. האנלוגיות הבעייתיות למסעדות דרכים על כביש מהיר (Brookfield) ממחישות זאת בבירור. הסימפטיה של השופטת למנועי החיפוש ניכרת בגוף פסק הדין²⁸², וניכר כי ראתה במנועי החיפוש כלי חיוני עבור הציבור הרחב; ייתכן כי החלטתה התבססה, בין השאר, על משלח-ידו הספציפי של התובע: פורנוגרפיה.

לעומת זאת, תוצאה הפוכה נרשמה בגרמניה, באפריל 2000. חברת הקוסמטיקה הבינלאומית Estee Lauder זכתה בתביעה²⁸³ נגד Excite ופורטל הקוסמטיקה iBeauty, בגלל השימוש המסחרי של המנוע במילות החיפוש Estee Lauder, Clinique ו'Origins', שלושה סימני מסחר מובחנים יותר מ'פלייבוי' ו'או' 'פליימיט'. ביהמ"ש המחוזי בגרמניה התכוון להתבסס על חוק מקומי, המטפל בהתנהגות מסחרית בלתי הוגנת. התיק לא הסתיים במתן פסק דין, שכן הנתבעת הסכימה לפשרה מחוץ לכתלי המשפט. בית משפט צרפתי הוביל מדיניות דומה, שהוביל לתוצאה זהה, באותו תיק עם אותם התובעים.

פסיקות אלו לא עמדו במבחן חיי המסחר: חיפוש על "קליניק" (Clinique) במנוע Excite במרץ 2004 מגלה כי המנוע מכר את חמש התוצאות הראשונות לסוחרים המשווקים את הסחורה של חברת 'אסתי לאודר'. האתר הרשמי של 'קליניק'²⁸⁴, מחזיקת הסימן, מופיע רק במקום השישי. Excite אמנם אינו מקדם מקדמת מתחרים ישירים המנסים "להטות" את הלקוחות של אסתי לאודר, אך הוא אכן משתמש במילה 'קליניק' כדי לזכות בהכנסות מפרסום מקוון, ונראה כי למחזיקת הסימן אין תביעות נוספות באשר לכך.

המסקנה מפרשות פלייבוי ואסתי לאודר היא שהשימוש בדיני סימני המסחר לתביעות הנוגעות לפרסום במנועי חיפוש התברר כמיותר, ברוב המקרים. כוחות השוק עשו את שלהם, וגרמו למנועי החיפוש לספק ברוב המקרים פרסומות ממוקדות ורלוונטיות, כאשר מדובר במילות חיפוש פופולריות. העילות המשפטיות הראויות הן תחרות בלתי הוגנת או פרסום כוזב.

²⁸¹ רציונל זה עומד גם בבסיסה של עילת גניבת העין, המכונה במשפט האנגלו-אמריקני בשם Passing Off.

²⁸² השופטת סטוטלר כינתה את מנועי החיפוש ברשת: "Critical Tool for Internet Users" (פיסקה 12).

²⁸³ Estee Lauder Wins German Lawsuit Against Excite, ADLAW By Request Law Report, April 2000.

Site: <<http://www.adlawbyrequest.com/international/LauderGermany.shtml>>

²⁸⁴ <<http://www.clinique.com>>

פרשת Body Solutions

בינואר 2002 הגישה חברת Mark Nutritionals האמריקנית, יצרנית של תוספי מזון דיאטטיים, תביעה ראשונה מסוגה נגד ארבעה מנועי חיפוש מובילים: Alta-Vista, Kanoodle, FindWhat ו-Overture. התביעה, שהוגשה לבית המשפט המחוזי בסן-אנטוניו, קליפורניה, התבססה על העילות הבאות: הפרת סימני מסחר (כולל עילת הדילול [Dilution]), תחרות בלתי הוגנת, הפרת קוד המסחר והעסקים של טקסס. סכום הפיצוי המבוקש: 440 מליון דולר.

התובע טען כי המנועים מפלים אותו לרעה, בהיותו המחזיק של סימן המסחר Body Solutions, לעומת מתחריו, המקבלים מיקום טוב בהרבה בתוצאות החיפוש. הוא ביקש מביהמ"ש, לראשונה ככל הנראה, להכיר בתוצאות חיפוש 'לקויות' כבסיס איתן לתביעה נזיקית.

התובע תקף ישירות את מודל ה'מיקום בתשלום' (Paid Placement), עליו מתבססים המנועים המסחריים הגדולים בארה"ב. חשוב לציין כי בתביעה לא נכלל, למשל, גוגל, שמקפיד בדרך כלל להפריד בין התוצאות ה"אורגניות" ובין המודעות המתבססות על רכישת מילות חיפוש.

משפטנים שסיפקו הערכות מלומדות על סיכוייה של התביעה²⁸⁵, נזהרו בדבריהם. פרופ' מארק למלי, מאוני קליפורניה, טען כי "מלבד גוגל, אנשים מבינים שהם מקבלים הרבה רעש מתוצאות מנועי החיפוש שלהם. המפתח להפרת סימני מסחר הוא הטעיית צרכנים. אם אי אפשר להוכיח שצרכנים הוטעו, אי אפשר לנצח בתביעה". עוה"ד Susan Hollander²⁸⁶ טוענת כי "מותר להשתמש בפרסום משווה מול מוצרים ושירותים מתחרים". עוה"ד John Crittenden²⁸⁷ טוען כי "זה לא שונה בהרבה מפרסום ממוקד. אך כאשר נוצר חשש להטעיה, אז זה עובר את הגבול והופך להפרה הפרה [של סימני מסחר]".

עוה"ד Joshua Paul²⁸⁸ שייצג את חברת 'אסתי לאודר' בתביעתה המוצלחת נגד אקסייט באירופה, טוען כי העילה הנכונה איננה מצויה בדיני סימני המסחר בהכרח. "זו שאלה של ציפייה צרכנית. מה מצפים הגולשים כאשר הם מחפשים אחרי שם מותג? האם הגולשים חושבים שמחזיק המותג מעודד או מממן את האתרים הזוכים למיקום גבוה בתוצאות החיפוש? או האם הצרכנים מבינים כי תוצאות החיפוש דומות לרישום ב'דפי זהב', דהיינו שהן נקנו בכסף?". לדעתו, "זה עניין של תחרות בלתי-הוגנת. האם זה הוגן מצד אדם שאינו בעל סימן המסחר, לנצל את ההכרה סביב השם המסחרי כבסיס למשיכת תשומת-לב לאתר שלו?".

בהחלט ייתכן שבמקרים מסוימים, חלק מן הציבור אכן יצפה לקבל את מחזיק סימן המסחר במקום הראשון בתוצאות החיפוש שלו, אך לא ניתן לקבוע כללים בנושא זה. מדיניות שיפוטית פטרנליסטית תטיל נטל כבד על מנועי החיפוש, והיא עשויה להיתקל בקשיי אכיפה. כמו כן, היא מתנגשת עם חופש העיסוק, חופש הביטוי המסחרי, תחרות בלתי-הוגנת, הגבלים עסקיים ועוד. מדיניות שיפוטיות ליברלית ופתוחה תעדיף לתת לכוחות שוק לעשות את שלהם: המנועים שינסו לתת תוצאות חיפוש בלתי רלוונטיות יזכו במשוב שלילי מקהילת הגולשים, ובסופו של דבר

²⁸⁵ Lafferty, Shannon. Seek and Ye Shall Find ... or Not. The Recorder, January 31, 2002. No longer online.

²⁸⁶ Partner heading up Manatt, Phelps & Phillips' trademark division in Palo Alto, California.

²⁸⁷ Cooley Godward partner in San Francisco.

²⁸⁸ New York partner with Morgan, Lewis, & Bockius.

יאלצו לשנות את האסטרטגיה העסקית שלהם. רוב המנועים מודדים את התנהגות הגולשים, ומשפרים את תוצאות החיפוש ללא הרף. העדפותיהם של מליוני גולשים משוקללות מדי יום, ומשפיעות על תפוקת המנוע. בנוסף, מפעילים מנועי החיפוש מנגנוני סינון ועריכה אפילו על פרסומות המופיעות בהתאם למילות חיפוש ספציפיות שזכו לאחוז היענות נמוך מן הגולשים²⁸⁹.

כעיקרון, אין טעם טוב להעניק למחזיק הסימן המסחרי את המקום הראשון בתוצאות החיפוש באופן אוטומטי, כאשר השירות המקוון שהוא מציע נחות משל אתרים אחרים בתחום, המציעים תכנים, מוצרים ושירותים רלוונטיים. גם לא ניתן לדרוש מכל מנוע חיפוש להפעיל פיקוח, ולו חלקי, על רשימת מחזיקי סימני המסחר בכל העולם. במקרים רבים, סימנים מפורסמים רבים כלל אינם רשומים, והם זוכים להגנה מכוח המוניטין הבינלאומי שלהם בלבד²⁹⁰.

לכאורה, קיים חשש שהמנוע 'אוברטור'²⁹¹, למשל, מתמחה בהסטת תשומת-הלב של הגולשים מכוונתם המקורית (כניסה לאתר הרשמי של החברה) כדי להובילם לאתרים אחרים, המציעים מוצרים רלוונטיים של אותה חברה²⁹². אך אין דין הסטת תשומת-לב כדין הטעיה: מדובר בתחרות משוכללת, המציגה חלופות רלוונטיות בפני הצרכן.

כך, גולש המחפש 'סוני' יקבל שלל הצעות לרכישת מוצרי סוני בקרב קבוצה מגוונת של סוחרים מקומיים, במקום לקבל ערימת קישורים צפויה-מראש לאתריה הבינלאומיים הרבים של חברת 'סוני' ברחבי העולם. זו זכותו של 'אוברטור' בשוק החופשי: להציע שירות מקוון עבור גולשים, שיזכה לפופולריות אם יביא תועלת למשתמשים, ויכשל אם יבזבז את זמנם לריק.

לפיכך, הקו הדק בין תחרות בלתי-הוגנת ובין 'פרסום השוואתי'²⁹³ הוא הבסיס המשפטי האמיתי להתדיינות העתידית בין הצדדים בפרשת Body Solutions, ולא דיני סימני המסחר.

האם בעל אתר יכול לטעון כי הוא "נפגע" מפעילותו של מנוע חיפוש פלוני? לפי הניתוח שנערך בפרקים הקודמים (יחסי מנוע-אתר), הרי שכל עוד לא הוכח דבר קיומם של יחסים חוזיים בין צוות המנוע ובעל האתר, לא ניתן להגיע למסקנה כי קמה אחריות משפטית של המנוע כלפי האתרים המופיעים בו.

²⁸⁹ גוגל, למשל, קבע כי כל פרסומת הזוכה לאחוז הקלקות הנמוך מחצי אחוז, תימחק באופן אוטומטי לאחר 1000 חשיפות רצופות. מנגנון המחיקה אוטומטי לחלוטין. פרסומת הזוכה לאחוזי הקלקות נמוכים, באופן כללי, שולחת התראה אוטומטית למפרסם, כדי שיתקן את תוכנה. המנגנון כולל גם אפשרות לזיהוי חוסר-התאמה בין תוכן המודעה ובין תוכן האתר. במקרה של אי-התאמה מוחלטת בין תוכן המודעה ותוכן האתר, מסיר גוגל את הפרסומת באופן אוטומטי. עם זאת, המנגנון איננו פועל באופן מושלם, והוא עשוי לאפשר קיומן של מודעות היוצרות מצג-שווא בפני צרכנים פוטנציאליים. במקרה כזה, מתערבים נציגי גוגל באופן ידני למחיקת מודעה כוזבת.

²⁹⁰ בישראל, למשל, 'סימן מסחר מוכר היטב' איננו צריך להירשם כדי לזכות בהגנה משפטית. עם זאת, הרישום מעניק הגנה חזקה יותר. ר' סי' 311 לפקודת סימני מסחר (נוסח חדש), תשל"ב 1972.

²⁹¹ <<http://www.overture.com>>

²⁹² צוות 'אוברטור', ובמיוחד המחלקה המשפטית של החברה, מודעים יותר ויותר לסכנות הטמונות בתביעות בעלות הפרת סימני מסחר. לכן מציגה החברה, באופן פומבי, הודעה המסבירה את מדיניות החברה, והקפדתה לפעול על פי החוק, כולל הנחייה כיצד לפנות אליה במקרה של הפרה אפשרית. כתובת ההודעה באתר הרשמי של 'אוברטור':

<http://www.overture.com/d/USm/about/company/trademarkinfo.jhtml>

²⁹³ באנגלית מכונה מושג זה Comparative Advertising.

פרשת eBay נ' גוגל

באוגוסט 2003 שלחה המחלקה המשפטית של ענק המכירות הפומביות, eBay, מכתב מפורט ל'גוגל' ובו דרישה חד-משמעית לחדול ממכירת מילות חיפוש הנושאות בתוכן את שם המסחר המוגן של החברה, כולל וריאציות וביטויים מילוליים²⁹⁴. גוגל נענה לבקשה ללא סייגים, בין השאר בגלל העובדה שמדובר בחברה גדולה המחזיקה בסימן מסחרי מוכר-היטב.

גוגל הכפיף את עצמו לדרישות "סבירות" מצד גופים המחזיקים בסימני מסחר מוגנים. מבחינה זו, דרישת eBay איננה עומדת במבחן הסבירות שכן היא אוסרת על גוגל למכור כל צירוף אפשרי הכולל בתוכו את הסימן המוגן²⁹⁵. אם יגיע הסכסוך לביהמ"ש, עלול השופט לטעון כי eBay חורגת מגבולות דיני הקניין הרוחני אל עבר דיני ההגבלים העסקיים והעוולות המסחריות. אין ספק שמצב שבו ייאסר על מנוע חיפוש למכור כל צירוף אפשרי של מילה מסוימת יגרור פגיעה בתחרות החופשית ובחופש הביטוי של המפרסמים.

כאמור, היענותו המהירה של גוגל לבקשת eBay נבעה מן העובדה שהאחרונה מחזיקה בסימן מסחר המאופיין בכינוי שרירותי וייחודי, הזוכה להגנה מקסימלית ע"י דיני סימני המסחר²⁹⁶. המחלקה המשפטית של גוגל חששה מתקדים משפטי שיתבסס על מקרה פשוט וברור, לאור המובהקות והספציפיות של הסימן המסחרי eBay. עם זאת, עורכי דין ומומחים טוענים כי כניעתו של גוגל בפרשת eBay עלולה לחשוף אותו למבול של תביעות ובקשות דומות בעתיד²⁹⁷.

במקרים אחרים, כמו בסכסוך עם חברת American Blind and Wallpaper²⁹⁸ השכילו עורכי הדין של גוגל לטעון כי אין מדובר בשמות שרירותיים וייחודיים, ולכן דיני סימני המסחר אינם חלים כלל במקרים כאלו.

דווקא פרשת Body Solutions הוכיחה כי גוגל השכיל להפריד בין התוצאות הטבעיות של המנוע ובין המודעות המסחריות; בכך הגן על עצמו מראש מפני גורמים כמו eBay, שיתקשו להוכיח את הנזק שנגרם להם: ביהמ"ש לא יטען כי הגולש הסביר ניסה להגיע לאתר החברה ולא הצליח לעשות זאת. לא לחינם נעדר שמו של 'גוגל' מהתביעה הנ"ל.

²⁹⁴ Olsen, Stefanie. Google ads a threat to eBay trademark?, August 8, 2003. CNET News.com.

Site: <http://news.com.com/2100-1024_3-5061888.html>

²⁹⁵ לדוגמה: איסור משפטי על האפשרות לקנות את הביטוי eBay bidding software חסם בפני סוחרי תוכנות ייחודיות להצעת פריטים למכירה באתר ebay את האפשרות לפרסם את מרכולתם במנועי חיפוש.

²⁹⁶ הפסיקה הישראלית התאימה את עצמה לאחרונה לפסיקה בינלאומית, כאשר סיווגה את עוצמת ההגנה על סימני המסחר לארבע קבוצות: שמות שרירותיים (הגנה מירבית), שמות מרמזים (הגנה בינונית), שמות תיאוריים (הגנה מועטת) ושמות גנריים (אין הגנה). ר' ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי נ' א.ס.בי.סי פרסום, פ"ד נה (3) 933.

²⁹⁷ Olsen, Stefanie. Trademarks cast Shadow on paid search. August 19, 2003. CNet News.com.

Site: <http://news.com.com/2100-1024_3-5065901.html>

²⁹⁸ בתאריך 27 ינואר 2004 הגישה חברת American Blind & Wallpaper תביעה בבית המשפט המחוזי של ניו-יורק. לב התביעה מתבסס על ההבדל בין שמות שרירותיים/דמיוניים ובין שמות גנריים. היא כוללת בין הנתבעים גם את החברות AOL, Ask Jeeves וחברת Earthlink, כולן שותפות עסקיות של גוגל. דיון נפרד בפרשה זו, בהמשך.

גוגל ו-eBay, שני ענקי האינטרנט²⁹⁹, נעו במסלול התנגשות ידוע מראש. שניהם מוכרים שירותי פרסום ממוקד ברשת. שניהם דורשים תשלום תמורת הקלקה. אלא שמחיריו של איבוי גבוהים מאלו של גוגל כמעט פי עשר³⁰⁰. ההבדל היחיד: גוגל מציע את שירותיו בעיקר לבעלי אתרים. eBay פונה לשוק הלא-מקוון: סוחרים ללא אתרים, בדרך כלל אנשים פרטיים. אם כך, אפשר לראות בסכסוך המשפטי בין התאגידים נגזרת טבעית של תחרות נמרצת. eBay הסתמך על האינטרס של גוגל להיכנע למקרים ייחודיים, כדי להימנע מליטיגציה בעלת אופי תקדימי שלילי.

פרשות Viaticum, Luteciel, Louis Vuitton נ' גוגל צרפת

פרשה זו הוכיחה שהמדיניות האמריקנית הליברלית בנוגע לסימני מסחר באינטרנט, כפי שהתבטאה בפרשת פלייבוי נ' אקסייט, איננה נכונה בהכרח לאירופה. הזרוע הצרפתית של גוגל³⁰¹ נקנסה באוקטובר 2003 ע"י בית משפט בפרבר הפריזאי נאנטר (Nanterre) על הפרת סימני מסחר³⁰². גישתו המחמירה של ביהמ"ש הצרפתי כלפי מכירת מילות חיפוש למפרסמים עומדת בניגוד לגישת ביהמ"ש האמריקני בפרשת פלייבוי נ' אקסייט.

שתי סוכנויות נסיעות צרפתיות (Viaticum; Luteciel) תבעו את גוגל צרפת על מכירת צירופי המילים "Bourse des Voyages", "Bourse des Vols" והקיצור "BDV"³⁰³. משמעותם הלשונית של שני הצירופים הראשונים, באנגלית, היא "Travel Market" ו"Airflight Market". התובעים גם ניסו לבסס עילת תחרות בלתי הוגנת, עקב הטעייה-לכאורה של צרכנים באשר למקור השירות; טענה זו לא התקבלה.

הנתבע טען כי מדובר במילים גנריות, שאינן מוגנות על ידי דיני סימני המסחר, וביקש לבטל את רישומם מחמת היעדר אופי מבחין³⁰⁴. כמו כן, הפנה הנתבע את תשומת-ליבו של ביהמ"ש אל דו"ח שנועד להגשה עבור הפרלמנט האירופי העוסק באחריותם המשפטית של מנועי חיפוש³⁰⁵; הנתבע ביקש מביהמ"ש להמתין עד שתיקבע דירקטיבה מתאימה³⁰⁶ מטעם הקהילה האירופית. טענות אלו נדחו.

²⁹⁹ המותג 'גוגל' מוקם במקום החמישי בארה"ב, ע"פ סקר שערכה חברת Nielsen/NetRatings בחודש מרץ 2003. לעומת זאת, המותג 'eBay' הגיע באותו סקר למקום השישי.

³⁰⁰ Effinger, Anthony. Google 'key word' ads undercut eBay, August 1, 2003. Bloomberg News.

Site: <http://seattlepi.nwsourc.com/business/133251_onlinestores01.html>

³⁰¹ Site: <www.google.fr>

³⁰² פסק הדין, בשפת המקור (צרפתית) מצוי בקישור: <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=367>>. הקנס הכספי הכולל עמד על 71,500 אירו.

³⁰³ Sullivan, Danny. Google Faces Fight Over Ads & Trademarks In France. November 5, 2003. Search Engine Watch. Site: <<http://searchenginewatch.com/sereport/article.php/3104481>>

³⁰⁴ בארה"ב, דרישת הרישום של סימני מסחר מחמירה פחות.

³⁰⁵ Commission Report of the European Parliament within the framework of Directive 2000/31/CE of June 8, 2000 on electronic commerce [eCommerce].

³⁰⁶ ביקורת על דירקטיבת המידע האירופאית (Directive 95/46/EC), ופגיעתה בפעילותם של מנועי חיפוש, כבר נמתחה בהקשר לחקיקה השוודית. קישור: <<http://dsv.su.se/jpalme/society/eu-data-directive-revision.html>>

פרשה זו נמצאת עדיין בהליכי ערעור, ויש להניח שתגיע עד הערכאה הגבוהה ביותר. בתאריך 6 באוגוסט 2003 הגישה גם יצרנית התיקים ומוצרי האופנה הצרפתית, Louis Vuitton, תביעה נגד גוגל צרפת על הפרת סימני מסחר, עקב מכירת שם החברה כמילת חיפוש. בתקשורת נטען כי תביעה זו היא למעשה רק סנונית ראשונה³⁰⁷ לקראת גל של תביעות דומות נגד הזרוע הצרפתית של גוגל.

פרשת American Blind נ' גוגל

ביולי 2003 שלחו נציגיה המשפטיים של חברת American Blind and Wallpaper Factory האמריקנית מכתב להנהלת מנוע החיפוש 'גוגל', ובו רשימה של 37 צירופי מילים שנמכרו לעסקים מתחרים. בין המילים ניתן היה למצוא ביטויים בעלי קשר מובהק לסימני המסחר של החברה. החברה דרשה מן המנוע לבטל את מכירת המילים הללו לצדדים שלישיים, בעיקר מתחרים ישירים של החברה, בטענה שתוכנית Adwords של גוגל מפרה את סימניה.

חודשיים לאחר מכן, בספטמבר 2003, התקשרו נציגיה המשפטיים של חברת גוגל אל חברת American Blind והסכימו למחוק רק חלק מן המילים, בטענה שברשימה הופיעו גם מילים גנריות, שלא נהנות מן ההגנה המשפטית שמעניקים דיני סימני המסחר. המילים הגנריות, כך טען גוגל, מותרות למכירה ולשימוש על ידי מפרסמים אחרים, מתחרים או לא.

חברת American Blind סירבה להיענות לתשובת גוגל, ואיימה בפנייה לערכאות. גוגל מיהר לפנות בנובמבר 2003 לבית המשפט במחוז הצפוני של קליפורניה כדי לזכות בסעד הצהרתי³⁰⁸, לפיו אין מנוע החיפוש הידוע מפר כל זכות משפטית של חברת American Blind. האחרונה הגישה בקשה נגדית לדחיית בקשתה של גוגל.

חודשיים אחר כך, בתאריך 27 בינואר 2004 הגישה חברת American Blind תביעה בבית משפט מחוזי בניו-יורק. כתב התביעה טוען כי גוגל מפרה את דיני סימני המסחר בכך שהיא מאפשרת מכירה של סימני מסחר למפרסמים. בין הנכללים בתביעה נמצאים גם שותפים עסקיים של גוגל, כדוגמת אמריקה אונליין (AOL), Ask Jeeves וחברת Earthlink.

כדי לבסס את עילת ההפרה של סימן מסחר, יש להוכיח במקרה זה חשש להטעיה של גולשים וצרכנים כאחד. בפרשת פלייבוי נ' אקסייט, הסכימו שתי הערכאות (הערכאה המקורית³⁰⁹ וערכאת הערעור³¹⁰) לדעה, לפיה פרסומות המוצגות במנוע חיפוש והמציינות בצורה מדויקת את מקורן האמיתי, אינן יוצרות חשש להטעיה. לפי הרציונל מאחורי פסיקה תקדימית זו, הרי שאין

³⁰⁷ Handbag maker Vuitton sues Google, October 24, 2003. Associated Press (AP) & CNN Technology. Site: <<http://edition.cnn.com/2003/TECH/biztech/10/24/france.google.ap>>

³⁰⁸ Kuchinkas, Susan. Google Asks Judge to Lay Down Trademark Law. December 5, 2003. ClickZ News. Site: <<http://www.clickz.com/news/article.php/3285971>>

³⁰⁹ Playboy Enterprises v. Netscape and Excite, SA CV 99-320 AHS (EEx). Verdict Online: <<http://legal.web.aol.com/decisions/dlip/playboyorder.html>>

³¹⁰ Playboy Enterprises v. Netscape Communications, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Argued and Submitted September 11, 2001, Pasadena, California. Filed Jan. 14, 2004.

צורך מהותי להזדקק לשאלת אופי מילות החיפוש (גנריות או שרירותיות).

פרשת Reed v. Reed³¹¹

עובדות המקרה בפרשה זו דומות לאלו בפרשת פלייבוי נ' אקסייט בארה"ב: מילת חיפוש שנקנתה ממנוע החיפוש, והופעת פרסומת בצורת 'באנר' (Banner Ad). אך במקרה של Reed, להבדיל מפרשת פלייבוי, הפרסומת אכן פירטה את זהותו של המפרסם הנתבע. שלושת השופטים בבית המשפט הבריטי לערעורים פסקו³¹² במרץ 2004 כי מכיוון שלא התקיים חשש להטעיה, אין לטעון כי הנתבעים, שהפעילו את אתר התעסוקה Totaljobs.com, הפרו את סימן המסחר של התובעת ("Reed"), הן כאשר רכשו את המילה כפרסומת במנועי חיפוש, והן כאשר השתמשו בה בתגי המטא (Meta Tags) של אתריהם. הרציונל של הפסיקה התמקד בשאלת ההטעיה, גניבת העין ומצג השווא: אם אין חשש סביר להטעיה, אין הפרה. השופטים אף ציינו אגב אורחא שהחקיקה הבריטית והאירופאית הנוכחית³¹³ העוסקת ב"שימוש לצרכי מסחר" בסימן מסחר, ככל הנראה לא מתאימה למציאות הממוחשבת של ימינו³¹⁴.

הפסיקה הבריטית העדכנית, כמו גם מקרים קודמים בארה"ב, מבהירים כי ישענו אם מנועי החיפוש על הפסיקה התקדימית שנקבעה בפרשת פלייבוי נ' אקסייט, תוך התמקדות בשאלת החשש להטעיה, בלי להסיט את הדיון לשאלת אופי המילה (מבחינך/לא מבחינך), ותוך הדגשת האינטרס הציבורי בחופש הביטוי של מנועי החיפוש, יוביל התהליך לפסיקה ליברלית, שתאפשר להם חופש פעולה מלא בתחום חדשני זה.

Danny Sullivan³¹⁵, מומחה בעלי שם עולמי בתחום תעשיית החיפוש בארה"ב, טוען באופן עקבי מאז 1998 כי אין זה מציאותי לדרוש מן המנועים לפקח על השימוש במודעות המכילות-לכאורה סימני מסחר. לדבריו, הטלת אחריות משפטית על כתפי המנועים תגרום לשיתוק כללי בתעשיית

³¹¹ Reed Executive plc v. Reed Business Information Ltd. A3/2003/0141. [2004] EWCA (Civ) 159.

Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL. Date: 03/03/2004.

³¹² פסק הדין המלא: <<http://www.courtservice.gov.uk/judgmentsfiles/j2349/reed-v-reed.htm>>

³¹³ S. 10(1) of the British Trade Marks Act 1994, implementing Art. 5(1)(a) of the Trade Marks European Directive (89/104).

³¹⁴ Article 142: "...It may be that an invisible use of this sort is not use at all for the purposes of this trade mark legislation – the computer who "read" sets of letters merely "look for" patterns of 0s and 1s – there no meaning being conveyed to anyone – no "sign". Article 149: (a)..."...the ultimate function of a trade mark is achieved – an indication to someone of trade origin. Uses read only by computers may not count – they never convey a message to anyone".

³¹⁵ דני סאליבן עורך את מקור המידע העיתונאי המוביל בתחום, Search Engine Watch. מזה כעשר שנים הוא נחשב למומחה הוותיק בתחום תעשיית החיפוש המקוונת. סאליבן שימש עד-מומחה מטעם ההגנה בפרשת פלייבוי נ' אקסייט, ומחזיק בגישה ליברלית, אנטי-רגולטורית, בסוגיית הפרת סימני המסחר ברשת. מאמריו הרבים ניתנים לקריאה חופשית באתר: <<http://searchenginewatch.com>>

החיפוש ובענף הפרסום המקוון.³¹⁶

בעיתונות הכתובה, למשל, קיים כלל ידוע לפיו העיתון איננו אחראי לתוכן הפרסומות. במקרה שבו מפרסם פלוני קנה מילת חיפוש הנחשבת לסימן מסחר, אך ערך את המודעה כך שתיצור מצג-שווא לגבי זהות המפרסם, לא תוטל כל אחריות משפטית על מנוע החיפוש. הנתבע הפוטנציאלי יהיה המפרסם, והוא יצטרך להוכיח כי לא הפר את סימן המסחר של התובע.³¹⁷

המפלות המשפטיות שספגו מנועי החיפוש בגרמניה³¹⁸ ובצרפת, הזמן הרב שנדרש לערכאת הערעור לפסוק כהלכה בפרשת פלייבוי נ' אקסייט, וכניעתו של גוגל לדרישת eBay, הובילו לנסיגה מסוימת בביטחונם המשפטי של מנועי החיפוש. מספר התביעות הרב מלמד כי עורכי-דין רבים המתמחים בסימני מסחר מזהים פרצות, נקודות תורפה וחוסר-עקביות בפסיקה הקיימת.

דיון משפטי העוסק בשאלת הפרת סימני מסחר במנועי חיפוש, ראוי שיצמצם לרציונל העומד בבסיסו של הדיון: חשש סביר להטעיית צרכנים. יש לאזן את הזכות הקניינית של מחזיק הסימן עם זכותו הקניינית והחוקתית של מנוע החיפוש ליהנות מחופש עיסוק וביטוי, זכותו החוקתית של המפרסם ליהנות מחופש ביטוי מסחרי, כללי התחרות ההוגנת, הגבלים עסקיים והאינטרס הציבורי בהגדלת חופש הבחירה של הצרכנים.

את החשש הסביר להטעיית צרכנים ניתן להוכיח על ידי שילוב בין מבחנים אובייקטיביים (סקרים, משאלים, ראיונות) וסובייקטיביים (סבירות, מידתיות, תום-לב). אם לא הוכח חשש סביר להטעיית צרכנים, אין כל בסיס לתביעה. בכל מקרה, הנתבע הפוטנציאלי הוא מפרסם המודעה בלבד; מנועי החיפוש אינם צד לסכסוך, ואין להתערב בפעילותם המסחרית, כל עוד לא התערב צוות מנוע החיפוש עצמו באופן פעיל בתוכן המודעה שהוביל להטעיה בפועל.³¹⁹

כאמור לעיל, אימוץ מדיניות ליברלית בנושא תחולת דיני סימני המסחר על פרסום מכוון-שאלתא במנועי חיפוש בפרט, ובמנועי חיפוש בכלל, ישרת את טובת הצרכנים, לא יפגע במוניטין של בעלי סימני מסחר, ובמקביל יגביר את התחרות הגלובלית הלגיטימית. במקביל, ראוי כי בתי המשפט יניחו לתעשיית החיפוש להתפתח ללא הפרעה, כיוון שהפסיקה הנוכחית בכל העולם לא סייעה להבהיר את הסוגיות שבמחלוקת, ולא יצרה ודאות משפטית סבירה. ייתכן כי טרם הגיעה השעה לקבוע מסמרות בתחום דינמי זה, המצוי בתהליך של אבולוציה מהירה במיוחד.

³¹⁶ Morrissey, Brian. Google Faces Trademark Suite Over Search Ads. January 30, 2004.

DMNews.com. Article not available online.

³¹⁷ **דוגמה:** בעל אתר המפעיל חנות ושמה ABC, קנה את המילה DEF במנוע חיפוש פלוני, על שם מתחרהו הישיר. הוא הקליד בעצמו את תוכן המודעה, שתופיע בכל פעם שגולשים יקלידו את המילה DEF על כל צירופיה, למנוע החיפוש. תוכן המודעה מכריז בכותרתו כי מדובר ב"אתר הרשמי של DEF". במקרה שכזה, קל להוכיח כי התוכן הכוזב של המודעה נועד להטעות את הצרכנים באשר למקור המוצר/השירות, תוך שימוש בסימן מסחר, ועל כן הוא עולה כדי הפרת סימן מסחר. מנוע החיפוש לא יירשם כצד לתביעה, אם לא היה מעורב בניסוח המודעה הכוזבת.

³¹⁸ ביהמ"ש המחוזי בהמבורג פסק בינואר 2004 כי גוגל אחראי להפרת סימן המסחר PreisPiraten, עקב רכישת מילת החיפוש הנדונה. פסק הדין בפרשה: Metaspinner GmbH v Google Deutschland (Case 312 O 887/02).

³¹⁹ במקרים נדירים בהם לא ניתן לקבוע את זהות המפרסם על פי האתר המקושר למודעה, ניתן לפנות אל מנוע החיפוש בדרישה למסור את פרטיו האישיים. ככלל, אין מנהלי צריכים להתערב במהות העסקה, ובוודאי שאין הם צריכים להתערב כאשר מדובר בתוצאות חיפוש שאינן פרסומות (תוצאות אורגניות). דוגמה מוחשית למדיניות

שכזאת ניתן למצוא ביוגלי: <http://www.google.com/tm_complaint.html>

ביבליוגרפיה

ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824, 831 (E.D. Pa. 1996), aff'd, Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997).

A. Ntoulas, J. Cho and C. Olston. What's New on the Web? The Evolution of the Web from a Search Engine Perspective. Thirteenth International World Wide Web Conference, NY, NY, May 2004.

A Matter of Trust: What Users Want From Web Sites. Survey conducted for Consumer WebWatch, Princeton Survey Research Associates. 20/12/01-7/1/02.

Arasu, Cho, Garcia-Molina, Paepcke, Raghavan. Searching the Web. Stanford University. ACM Transactions on Internet Technology, Vol. 1, No. 1, August 2001.

Bazeley, Michael. Yahoo! drops Google search engine. Feb. 18, 2004. San Jose Mercury News.

Site: <<http://www.mercurynews.com/mld/mercurynews/news/7983147.htm>>

Being Frank about Search Engine Rank, Federal Trade Commission (FTC).

Site: <<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/alerts/searchalrt.htm>>

Bharat, Krishna. & Mihaila George. (2000). When Experts Agree: Using Non Affiliated Experts to Rank Popular Topics. Ninth International World Wide Web Conference, Amsterdam, Holland.

Brookfield Communications. Inc. v. West Coast Entertainment Corp., F-3.d, 1999 WL 232014 (9th Cir 1999).

Cho, J., Garcia-Molina H., and Page, L. 1998. Efficient Crawling through URL ordering. Seventh International World Wide Web Conference, Brisbane, Australia, 14-18 April.

Church of Spiritual Technology v. Xs4All. Court of Appeal, The Hague. September 4, 2003. Verdict: <http://www.rechtspraak.nl/uitspraak/frameset.asp?ui_id=51205>

Cisneros, Oscar S., eBay Fights Spiders on the Web. Wired News, July 31, 2000. Site: <<http://www.wired.com/news/print/0,1294,37643,00.html>>

Commission Report of the European Parliament within the framework of Directive 2000/31/CE of June 8, 2000 on electronic commerce.

Commercial Alert Complaint Requesting Investigation of Various Internet Search Engine Companies for Paid Placement and Paid Inclusion Programs – Federal Trade Commission (FTC).

Site: <<http://www.ftc.gov/os/closings/staff/commercialalertattatch.htm>>

Cullen, Drew. Deep links are legal in Germany. Official., The Register, 20 July 2003.

Site: <<http://www.theregister.co.uk/content/6/31838.html>>

Danish Newspaper Publishers Association v. Newsbooster.com, Copenhagen Baliff's Court, (Denmark, 7/5/2002).

Delio, Michelle. Deep Linking Takes Another Blow. Wired News, July 25, 2002.

Site: <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,54083,00.html>>

Delio, Michelle. Deep Link Foes Get Another Win. Wired News, July 8, 2002.

Site: <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,53697,00.html>>

Deutsche Bahn v. XS4ALL, judgement by Gerechtshof te Amsterdam (Court of Appeals), 762/02 SKG, of 7.11.2002.

Effinger, Anthony. Google 'key word' ads undercut eBay, August 1, 2003. Bloomberg News. Site: <http://seattlepi.nwsourc.com/business/133251_onlinestores01.html>

Estee Lauder Wins German Lawsuit Against Excite, ADLAW By Request Law Report, April 2000.

Site: <<http://www.adlawbyrequest.com/international/LauderGermany.shtml>>

Evers, Joris. AltaVista, Google Remove Controversial Links, IDG News Service, April 2002. Site: <<http://www.pcworld.com/news/article/0,aid,94843,00.asp>>

Gaither, Chris. Searching for Dollars., Boston Globe, February 23, 2003. Site: <www.boston.com> (Archive Only).

Gallagher, David. Sites Become Dependent on Google. New York Times, December 9, 2002.

Google Digital Millennium Copyright Act Policy. Site: <<http://www.google.com/dmca.html>>

Google Information for Webmasters - Webmaster Guidelines.

Site: <<http://www.google.com/webmasters/guidelines.html>>.

Grimmelmann, James. Google replies to Searchking Lawsuit, January 2003, LawMeme, Yale Law School. Site: <<http://research.yale.edu/lawmeme>>

Handbag maker Vuitton sues Google, October 24, 2003. Associated Press (AP) & CNN Technology. Site: <<http://edition.cnn.com/2003/TECH/biztech/10/24/france.google.ap>>

Hirsh-Pasek, Kathy. Google Generation needs fun toys. USA Today, 14 December 2003.

Site: <http://www.usatoday.com/news/opinion/editorials/2003-12-14-commentary_x.htm>

Horphag Research Ltd. v. Pellegrini, CV-00-00372-VAP (9th Cir. May 9, 2003).

Introna, Lucas D. and Nissenbaum, Helen. Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matter, *The Information Society* Vol. 16, No. 3(2000), p. 169-186

Jefferson County School Dist. No. R-I v. Moody's Investor's Services, Inc., 175 F.3d 848 (10th Circuit. 1999).

Jordan, Tim. The Culture and Politics of Cyberspace and the Internet, (1999)
Routledge, London, p.122

Kaminer, Matthew. The Limitations of Trademark Law in Addressing Keyword Banners, 16 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 35 (1999)

Kelly v. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002); 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

Kubiszyn, Margaret. Emerging Legal Guidance on 'Deep Linking'. Gigalaw.com, May 2000.

Site: <<http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/kubiszyn-2000-05b-all.html>>

Kuchinkas, Susan. Google Asks Judge to Lay Down Trademark Law. December 5, 2003. ClickZ News. Site: <<http://www.clickz.com/news/article.php/3285971>>

Lafferty, Shannon. Seek and Ye Shall Find ... or Not, The Recorder, January 31, 2002. No longer online.

Lastowka, Gregory (2002). Search Engines Under Siege: Do paid placement listings infringe trademarks?. Intellectual Property & Technology Law Journal. Clifton: Vol. 14, Iss. 7; p. 1.

Lastowka, Gregory. (2000). Note. Search Engines, HTML, and Trademarks: What's the Meta for?, Virginia Law Review Association, Vol. 86, 835.

Lawrence, S. & C. L. Giles. Accessibility of Information on the Web. Nature, 400 (6740):107-109, 1999.

Lessig, Lawrence 1999. Code and other laws of cyberspace. New York: Basic Books.

Lithwick, Dahlia. Google-Opoly: The Game No One but Google Can Play. Slate Magazine. January 29, 2003. Site: <<http://slate.msn.com/id/2077875>>

Luh, James C., No Bots Allowed!, Eweek Magazine, April 16, 2001

McCullagh, Declan. Google excludes race hate, religious sites. ZDNet, 24 October 2002.

Site: <<http://www.zdnet.com.au/news/business/0,39023166,20269353,00.htm>>

McCuaig, Dan. Halve the Baby: An Obvious Solution to the Troubling Use of Trademarks as Metatags, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. 643, 648 (2000).

McCullagh, Declan. Google's porn filters under fire. CNET News.com, April 11, 2003.

Site: <<http://zdnet.com.com/2100-1105-996494.html>>

McHugh, Josh., Google vs. Evil, Wired Magazine, Issue 11.01, January 2003.

Site: <http://www.wired.com/wired/archive/11.01/google_pr.html>

Metaspinner GmbH v Google Deutschland, Hamburg District Court, January 2004. (Case 312 O 887/02).

Moore, Rex. Yahoo Takes Overture. Motley Fool, 14 July 2003. Site:

<<http://www.fool.com/News/mft/2003/mft03071404.htm>>

Morrissey, Brian. Google Faces Trademark Suite Over Search Ads. January 30, 2004. DMNews.com. Article not available online.

New Kids on the Block v. New America Publ'g, Inc., 971 F.2d 302, 308 (9th Circuit, 1992).

New Rule Regulates Internet Search Engines. China People's Daily, April 18, 2003.

Site: <http://english.peopledaily.com.cn/200304/18/eng20030418_115392.shtml>

Nielsen, Jacob. Deep Linking is Good Linking. March 3, 2002. Jacob Nielsen's Alertbox. Site: <<http://www.useit.com/alertbox/20020303.html>>

Ninth Circuit Metatag Decision: Pay-Per-Click Comparative Advertising Unlawful?
May 15th, 2003. IBusinessLaw.info.

Link: <<http://ibusinesslaw.info/index.php?p=17&more=1>>

Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devices, Inc., 27 F. Supp. 2d 102 (D. Mass. 1998);

Olsen, Stefanie. Google ads a threat to eBay trademark?, August 8, 2003. CNET News.com. Site: <http://news.com.com/2100-1024_3-5061888.html >

Olsen, Stefanie., Google counters search-fix lawsuit, CNET News.com, January 10, 2003. Site: <<http://news.com.com/2100-1023-980215.html>>

Olsen, Stefanie. New direction for Overture. CNET News.com, February 26, 2003. Site: <http://news.com.com/2100-1024_3-986178.html>

Olsen, Stefanie. Search Engines get "Gatored". CNET News.com, January 14, 2003. Site: <<http://news.com.com/2100-1023-980572.html>>

Olsen, Stefanie. The Google Gods, CNET.com special report, October 31, 2002. Site: <http://news.com.com/2009-1023_3-963618.html>

Olsen, Stefanie. Trademarks cast Shadow on paid search. August 19, 2003. CNet News.com. Site: <http://news.com.com/2100-1024_3-5065901.html>

Osmeloski, Elizabeth. Search Engines and Trademark Issues, Dec. 22, 2003. Search Engine Report. Site: <<http://searchenginewatch.com/searchday/article.php/3289421>>

PCM v Kranted. August 23, 2000. Rotterdam District Court.

Perkins, Alan. Why Cloaking Is Always A Bad Idea. January 19, 2003. High Rankings Advisor, Issue No. 41. Site: <<http://www.highrankings.com/issue041.htm#guest>>.

Number of Search Results US Internet Users Review before Selecting a Listing, May 2002 (as a % of respondents). Note: n=1, 403. Site: <<http://www.emarketer.com>>

Perkins, Alan. The Classification of Search Engine Spam. (undated). Search Mechanics by e-Brand Management.

Site: <<http://www.ebrandmanagement.com/whitepapers/spam-classification>>.

Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape and Excite, SA CV 99-320 AHS (EEx). Verdict Online: <<http://legal.web.aol.com/decisions/dlip/playboyorder.html>>

Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Argued and Submitted September 11, 2001, Pasadena, California. Filed Jan. 14, 2004.

Playboy Enterprises, Inc. V. Terri Welles, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, CV-98-00413-JNK. Filed February 1, 2002.

Poeppe, Christoph. Quality of Search Results Is Our Primary Goal. June 2002, HPCwire Magazine. Site: <<http://www.hpcwire.com/dsstar/02/0507/104221.html>>.

Tim Berners-Lee. Site: <<http://www.w3.org/People/Berners-Lee>>.

Raghavan, Sriram; Garcia-Molina, Hector. Crawling the Hidden Web, Computer Science Department, Stanford University, USA. December 2000.

Site: <<http://dbpubs.stanford.edu:8090/pub/2000-36>>

Rajzer, Julie. Misunderstanding the Internet: how courts are overprotecting trademarks used in Metatags. 2001 Det. C.L. Rev. 427. Link: <www.law.msu.edu/lawrev/2001-2/Rajzer_Comment.pdf>

Reed Executive plc v. Reed Business Information Ltd. A3/2003/0141. [2004] EWCA (Civ) 159. Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL. Date: 03/03/2004.

Ricciuti, Mike. Hu, Jim. Microsoft's next target--Google?, CNET News.com, 25 June 2003. Site: <http://zdnet.com.com/2100-1104_2-1020731.html>

Search Engine Preferences among Internet Users in the US, May 2002 (as a % of respondents). Note: n=1, 403; Numbers may not add up to 100% due to rounding source. Source: <<http://www.emarketer.com>>

SearchKing Inc. vs. Google Technology Inc. United States District Court, Western District of Oklahoma, Notice of Order of Judgements, Fed R. Civ. P. 77 (d), Case No.-02-145-M, May 27 2003.

Shea, Gregory. (2002) Trademarks and Keyword Banner Advertising, 75 S. California Law Review. 529

Sherman, Chris. Deep Linking Lunacy. SearchDay Newsletter, July 9, 2002. Site: <<http://searchenginewatch.com/searchday>>

Sherman, Chris. The Invisible Web, Free Pint, 8th June 2000. Site: <<http://www.freepint.co.uk/issues/080600.htm#feature>>

Spinello, Richard. The use and abuse of metatags. Ethics and Information Technology. Dordrecht: 2002. Vol. 4, Iss. 1; p. 23-30.

Sullivan, Danny. Death Of A Meta Tag, October 1st, 2002. Search Engine Watch. Link: <<http://searchenginewatch.com/sereport/article.php/2165061>>

Sullivan, Danny. Ending the Cloaking Debate, Part I. February 12, 2003. Clickz.com. Site: <www.clickz.com/experts/search/opt/article.php/1585721>

Sullivan, Danny. FTC Recommends Disclosure to Search Engines. Search Engine Watch Report, July 2002. Site: <<http://searchenginewatch.com/sereport/article.php/2164891>>

Sullivan, Danny. Google: Can The Marcia Brady Of Search Stay Sweet?. The Search Engine Watch Report, Sept. 3, 2002.

Site: <<http://searchenginewatch.com/sereport/02/09-google.html>>

Sullivan, Danny. Google Faces Fight Over Ads & Trademarks In France. November 5, 2003. Search Engine Watch.

Site: <<http://searchenginewatch.com/sereport/article.php/3104481>>

Sullivan, Danny. Yahoo To Buy Overture. Search Engine Watch, 15 July 2003. Site:

<<http://www.searchenginewatch.com/searchday/article.php/2234821>>

The death of AltaVista and AlltheWeb. March 1, 2004. Pandia Search Engine News.

Site: <<http://www.pandia.com/sw-2004/08-yahoo.html>>

Thibodeau, Serge. Why to Avoid Search Engine Cloaking. January 13, 2004. Search Engine Journal. Site: <<http://www.searchenginejournal.com/index.php?p=191>>.

Thurrow, Shari (2003). Search Engine Visibility. New Riders: Indianapolis, Indiana, USA; p. 227.

Ticketmaster Corp., et al. V. Tickets.com, Inc. U.S. District Court, Central District of California. March 27, 2000. Ruling: <<http://www.gigalaw.com/library/ticketmaster-tickets-2000-03-27.html>>

U.S. v. Microsoft: Current Case. Antitrust Division, US Department of Justice.

Link: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm>

Verlagsgruppe Handelsblatt v. Paperboy, aus dem Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 17. Juli 2003 – I ZR 259/00.

Wolverton, Troy. eBay, Bidder's Edge end legal dispute. CNET News.com, March 1, 2001. Site: <<http://news.cnet.com/news/0-1007-200-4997697.html>>

Zittrain, Jonatahn; Edelman, Benjamin. Localized Google search result exclusions – Statement of issues and call for data, Berkman Center for Internet & Society, Harvard Law School. October 2002. Site: <<http://cyber.law.harvard.edu/filtering/google/>>

אור-חוף, דן. נערות שער וקוד נסתר. אתר "Law.co.il" של עו"ד חיים רביה, 18 פברואר 2002. קישור: <<http://www.law.co.il/showarticles.php?d=h&article=189>>

אורי אבן-חן נגד ניר סויסה (תק 6000/03, ניתן 15/9/03 בבית משפט השלום בת"א).

איסטון, ג'קלין. להצליח בגדול.com – 24 סיפורי הצלחה מדהימים של אתרים באינטרנט. 2000, הוצאת סטארדאסט מולטימדיה, סביון; עמ' 107-109.

מור, גל. פסיקה נגד מפיץ דואר זבל ישראלי, Ynet, 16 ספט' 2003. קישור: <<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2758097,00.html>>.

נגרופונטי, ניקולס. להיות דיגיטלי. מאנגלית: עמנואל לוטם. ספרית מעריב, 1996.

ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי נ' אס.בי.סי פרסום, פ"ד נה (3) 933.

ע"פ 1761/04 גלעד שרון נ' מדינת ישראל (ניתן 29.3.04) (עמ' 8).

נספחים

נספח 1 : אבחנה בין 'אינדקס' ו'קרולר' בתוצאות החיפוש של המנוע Yahoo.

נספח 2 : סקר מנועי חיפוש מובילים בארה"ב, חברת Nielsen NetRatings, ינואר 2004. יש לציין כי תוצאות החיפוש של AOL (15.5%) מגיעות ממנוע 'גוגל'.

נספח 3 : חיפוש על 'אריאל שרון' (באנגלית) במנוע החיפוש Google.com, אפריל 2004. במקום השני והשישי מופיעים אתרים אנטי-ישראליים חריפים.

נספח 4 : תוצאות חיפוש 'ממוסחרות' לחלוטין, לביטוי החיפוש 'צימרים' בגרסה העברית של מנוע החיפוש MSN, אפריל 2004. הגילוי הנאות מופיע באנגלית בלבד.