

טוני גרינמן | משרד עורכי דין | Tqlaw

עדכונים ומידע בדיני זכויות יוצרים, קניין רוחני, תקשורת ומדיה

מוגש כשירות ללקוחותינו

@ מצבם העגום של דיני האינטרנט בישראל, 2010

האינטרנט הפך זה מכבר לאמצעי מדיה מרכזי ולזירה חשובה של מסחר, מידע, ביזור ותקשורת בין אישית ובין עסקית. אף-על-פי-כן ולמרבה הצער מצב דיני האינטרנט בישראל באמצע שנת 2010 עגום למדי. למרות שבאירופה ובארה"ב נחקקו לפני עשור חוקים המסדירים תחומי פעילות אינטרנטית רחבים, ספר החוקים האינטרנטי בישראל עדיין דל ביותר. יתרה מזו, החקיקה המעטה שאכן נתקבלה לוטה באי-בהירות רבה.

בתוך הואקום החקיקתי, הפסיקה, שבחלקה עדיין ממחזרת קלישאות נדושות על "המהפכה הדיגיטלית", ו"פלאי הטכנולוגיה", רוויה החלטות סותרות בסוגיות השונות. פסיקות אלה, שיוצאות לרוב מבתי המשפט בערכאות הנמוכות, מבטאות נקודות השקפה מנוגדות בקשר ליחסי הגומלין והאיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים השונים שעומדים לדיון, כגון בין חופש הביטוי והזכות לפרטיות של הגולשים, לבין הזכויות הקנייניות של בעלי קניין רוחני, וזכויותיהם של מי שנפגעים מביצוע עוולות, כגון לשון הרע ברשת. אם לא די בכל אלה, בהזדמנות הראשונה שנפלה בחלקו של בית המשפט העליון לעשות סדר באחת הסוגיות המרכזיות, הוא נמנע מהכרעה והחזיר את הכדור הישר למחוקק, שכאמור, אינו פועל במרץ הנדרש.

כתוצאה מאלה המצב המשפטי בתחומים רבים של הפעילות האינטרנטית שרוי בחוסר וודאות, דבר לא בריא לכל הדעות, היוצר סיכונים משפטיים מיותרים, אשר מדכאים פעילויות, שהינן קרוב לוודאי לגיטימיות. להלן, נסקור את תמונת המצב בשתיים מהסוגיות המרכזיות בדיני האינטרנט, שהן גם בעלות השפעה הדדית זו על זו: אחריותם של ספקי שירות, ובעיקר ספקי אירוח, לעוולות והפרות זכויות קניין רוחני שמתבצעות ע"י אחרים באמצעות שירותיהם; וסוגיית חשיפת זהותם של מבצעי עוולות והפרות זכויות קניין רוחני.

אחריות ספקי שירות לעוולות ולהפרת זכויות קניין רוחני

מדינות אירופה וארצות הברית הסדירו לפני יותר מעשור את הכללים למתן פטורים מאחריות משפטית לספקי שירותי אינטרנט בגין עוולות, כגון לשון הרע, והפרות של זכויות יוצרים וזכויות קניין רוחני אחרות שמתבצעות על-ידי אחרים, באמצעות שירותיהם. כללים אלה חשובים במיוחד ליצירת הוודאות המשפטית הנדרשת לפעילותם של ספקי אירוח, דהיינו בעלי ומפעילי אתרים שמאפשרים למשתמשים להעלות תכנים.

באופן כללי, ספק אירוח, כגון בעל פורום או אתרי "במות", כדוגמת יו-טיוב, פליקר ומיי-ספייס, ובעלי אתרים שמאפשרים פרסום תגובות ("טוק-בקים") פטורים מאחריות בגין פגיעות שמתבצעות אגב תכנים שהועלו לאתר בידי אחר, כל עוד הוא אינו יודע, ואינו חייב לדעת על ההפרה או הפגיעה. הספק אף אינו חייב לסנן ולבדוק באופן אקטיבי את התכנים המתפרסמים דרכו. זאת, כל עוד שהוא אינו מעודד העלאת תכנים מפריים, או מתעלם באופן מובהק מתכנים שמעלים "דגל אדום". עם זאת, ברגע שנודע לספק על הפרה או פגיעה ספציפית הוא יאבד את הפטור לגביה, אלא אם יפעל להסרת התכנים הפוגעניים במהירות ראויה (אם כי, בארצות הברית, בשל עליונותו של עקרון חופש הביטוי, הספק יהיה פטור מאחריות בגין לשון הרע, אף אם לא פעל להסרת התכנים, ובלבד שלא השתתף בחיבורם). הסדר זה של פטור מותנה נודע כהסדר "הודעה והסרה" (Notice & Takedown). בכדי שהסדר כזה יהיה אפקטיבי, מחד גיסא, ולא ינוצל לרע כדי לגרום להורדת תכנים של אחרים שלא כדין, מאידך גיסא, יש צורך בכללים שיסדירו את אופן מתן ההודעה (מבחינה צורנית, תכנית ומבחינת אופן מסירתה), הדרך שבה ספק השירות צריך לפעול לאחר קבלתה ואת לוחות הזמנים לכך. ואכן בארה"ב ובמקומות אחרים, נקבעו כללים כאלה, שמתייחסים לצורה שבה יש לתת את ההודעה, המידע שעליה לכלול, המען למסירתה, אופן הטיפול בה בידי הספק לאחר קבלתה, לרבות לוחות זמנים לטיפול בה, וההליכים להגשת השגה עליה. כמו כן, נקבעו סנקציות כנגד אלה שמגישים הודעות הסרה שאינן מוצדקות.

מערכת הפטורים לספקי שירות חשובה להתפתחות הרשת, שכן היא מאפשרת לספקי שירות להקים ולהפעיל אתרים שמארחים תוכן של גולשים, מבלי שיחששו מהתוצאות ההרסניות שיכולות לנבוע מתוכן זה, אם יתברר כי הוא פוגע בצדדים שלישיים. מן הצד השני, שרטוט גבולות הפטורים נועד להגן על הציבור ועל בעלי הזכויות.

הצעת חוק מסחר אלקטרוני, שהוגשה לכנסת ב-2008, כללה פרק שנועד להסדיר את סוגיית הפטורים מאחריות לספקי שירות, אולם ההצעה נמשכה ע"י משרד המשפטים לאחר שנתקלה בהתנגדות בדיון בשלב הוועדות בבית המחוקקים. בהעדר חוק, בתי המשפט מיישמים מבחנים שונים לפטור ספקי שירות מאחריות.

בפסק הדין הראשון שדן בסוגיה, בעניין בורוכוב נ' פורן, הציע השופט ר' אמיר בבית-משפט השלום בכפר-סבא, מבחן שמבוסס על עקרונות ההודעה וההסרה שנדונו לעיל לעניין ספקי אירוח על-פי הדין האמריקני שחל על הפרת

זכויות יוצרים (אך אינו חל על לשון הרע). לפי מבחן מוצע זה, יהיה הספק אחראי לפרסום רק אם הוא לא הסיר אותה לאחר קבלת הודעה, ואם: (א) "התוכן אכן פוגע"; (ב) הנפגע דרש במפורש את הסרת הפרסום; (ג) לספק יש אכן יכולת למנוע את הפרסום באופן סביר. לפי מבחן זה, כל עוד לא הוגשה הודעת הסרה יהיה הספק פטור גם אם הייתה ידיעה ממשית על הפגיעה או ההפרה ולא פעל כנגדה.

בפרשה אחרת, בעניין סודרי נ' שטלריד, נקטה השופטת ר' רונן גישה שונה שמעניקה, פטור רחב יותר לספק השירות, תוך שימת דגש יתר על האינטרס הציבורי בזרימת מידע ועל הימנעות מהמחיר הכלכלי והחברתי הכרוך בהטלת חובה על ספקי השירות לסנן את התכנים שעוברים דרכם. מדברי השופטת עולה כי הספק יהיה פטור ללא קשר לפעילותו לאחר קבלת הודעת ההסרה.

אם חשבנו כי פסיקות אלה משקפות נטייה של בתי המשפט לאמץ גישה מרחיבה לסוגיית הפטור, באה פסיקה מאוחרת – והפעם לא רק של בתי משפט נמוכים, אלא גם מפיו של שופט בית המשפט העליון, אליקים רובינשטיין, בפרשת דוביצקי נ' שפירא – וטרפה את הקלפים. זאת, בקובעה כי במקרים מסוימים יידרש ספק לבצע סינון אקטיבי של התכנים המתפרסמים דרכו. בהעדר פעילות אקטיבית שכזו, עלול הספק לשאת באחריות לפרסום גם בהיעדר הודעה של הנפגע ודרישה להסרת הפרסום. מקרה כזה התרחש לדעתו של השופט רובינשטיין כאשר בעל אתר היכריות לא פעל לסנן את ההודעות המתפרסמות דרכו ובכך אפשר למבקש רעתו של התובע לפרסם באמצעות פרסום כוזב, לפיו אותו תובע מעוניין בהיכריות עם קטינות. בית המשפט סבר שבנסיבות המקרה, כאשר בעל האתר הודיע כי הודעות כוזבות שכאלה מתפרסמות באתר כדבר שבשגרה, אי הפעלת סינון היא בגדר התרשלות.

גם בתחום זכויות יוצרים, זכו ספקים לפטורים שהם פרי הפסיקה. בהזדמנות אחת, בפרשת על השולחן, נדונו טענות בדבר הפרת זכות יוצרים ביצירות ספרותיות שפורסמו בידי משתתפים בפורום באתר אינטרנט של הנתבעת. בית המשפט סבר כי המבחן שאומץ בפסק-דין בורוכוב, המבוסס כאמור על עקרון ההודעה וההסרה מתאים יותר לסוגיית האחריות של ספקי שירות להפרת זכויות יוצרים מאשר הגישות האחרות. כך גם במקרה אחר, הוא גלעד נ' נטויז'ן, במקרה אחר, בהדמיית טקטיות נ' ע. ע. ענבר, העניק בית משפט פטור גורף יותר לספק.

נדמה שלמרות הפסיקה האחרונה של בית המשפט העליון, הדין עדיין נוטה להעניק פטור לספקי אירוח, וכי במרבית המקרים לא יחויבו לבצע סינון אקטיבי של התכנים שמתפרסמים דרכם. אולם, פסיקתו של השופט רובינשטיין מוסיפה מורכבות. מעתה, ברור כי לא כל ספק שירות ראוי לשבת ולהמתין עד לקבלת תלונות מנפגעים. עליו לתת את הדעת לנסיבות הספציפיות של פעילותו. עליו לבחון אם לאורן קמה חובת זהירות, המחייבת אותו להפעיל סינון ובקרה אקטיביים, דבר שעלול ליצור עלויות גבוהות. חיוב כזה יקום ככל הנראה רק במקרים חריגים, שבהם השימוש באתר לביצוע הפרות של הדין או פגיעות בזכויות הוא מובהק וברור. עם זאת, בשל הקושי לאמוד את גבולות החובה, זוהי פסיקה שתגרום ללא ספק לאפקט מצנן, שימנע פרסום תכנים לגיטימיים ועלולה להרתיע יזמים מכניסה למיזמים אינטרנטיים. מאידך, בצד השני של הקשת, תכנים לגיטימיים שכן זוכים לפרסום חשופים להסרה בשל קידוש יתר של שיטת ההודעה וההסרה, ובהעדר כללים ברורים באשר לתוכן וצורת ההודעה ונסיבות נתינתה, דבר שמעודד ספקים להסיר תכנים לגיטימיים על מנת שלא להיחשף לחבות, גם אם ההודעה על פניה חסרת הצדקה אמיתית ונשלחה כלאחר יד.

חשיפת פרטים מזהים של מבצעי עוולות אנונימיים ברשת

כאשר ספק השירות פטור מאחריות, מתמקדים הנפגעים מעוולות והפרות זכויות ברשת בניסיונותיהם לאתר ולתבוע את המפר הראשי. אלא שכידוע, האינטרנט מאפשר לגולשים לפעול באנונימיות, לפחות מבחינת המידע הגלוי לגולשים אחרים. אפשרות זו מנוצלת לא אחת לרעה ע"י מוציא דיבה, מפירי זכויות יוצרים ומבצעי עוולות אחרות, כדי לפרסם דברי דיבה ולהפר זכויות, בתחושה כי אינם נמצאים בהישג ידם של המפרים.

עם זאת, מידע שיכול לסייע בזיהוי הגולשים האנונימיים, כגון כתובות ה-IP של המחשבים שלהם, או אפילו פרטיהם האישיים כבעלי חשבון, עשוי להיות מצוי בידי ספקי השירות שבאמצעותם בוצעו העוולות או ההתחברות לרשת. במספר מקרים פנו הטוענים שנפגעו מאותן עוולות או הפרות לבית המשפט בבקשה שיוורה לספקי השירות לחשוף פרטים מזהים כאלה, על מנת לאפשר להם להגיש תביעות נגד המפרים או הפוגעים. בבתי המשפט השלום והמחוזיים נתגלו שלוש גישות שונות לבקשות שכאלה, כל אחת מהן נעוצה בנקודת האיזון שראה בית המשפט להציב בין הערכים המתנגשים, מצד אחד זכויותיהם של המבקשים לכבוד ולשמם הטוב, זכויותיהם הקנייניות וזכות הגישה לערכאות, ומצד שני הזכות לפרטיות וחופש הביטוי של אלה הפועלים בזירת האינטרנט וחופש המידע של כלל הגולשים. כך נוצר מצב, לפיו הסיכוי לקבל צו למסירת פרטים מזהים כאמור היה תלוי לא מעט בזהות השופט שבפניו נדונה הבקשה. הפסיקות ניתנו בעיקר במקרים שעסקו בלשון הרע, אולם הן מצאו ביטוי גם במשפטים שעסקו בהפרות של זכויות יוצרים. שופט מהאסכולה המקלה, שהותוותה על-ידי השופטת דבורה לפל בעניין מזמור הפקות נ' מעריב (לעניין לשון הרע) ובפרשת ברוקרטוב נ' גוגל (לעניין הפרות של זכויות קניינים רוחניים) היה מעניק צו אם המבקש הוכיח קיומה של עלילת תביעה לכאורה. לעומת זאת, שופטת מהאסכולה המקשה, שמקורה בפסיקתה של השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן בפרשת פלונית נ' בזק בינלאומי הייתה מצווה על חשיפת הפרטים המזהים רק אם המעשה שעליו מלין המבקש עלה לכדי עבירה פלילית. מבחן זה, שהותווה בפרשה לעיל שעסקה בלשון הרע, אומץ בהגמשה כלשהי על-ידי השופטת גם בפרשת הפרמייר ליג נ' פלוני, שעסקה בהפרת זכויות יוצרים. אסכולת ביניים של השופט יצחק עמית בפרשת רמי מור נ' ידיעות תקשורת דרשה מן המבקש להראות "סוד נוסף" מעבר לעילת התביעה הלאורית.

לבית המשפט העליון הוענקה באחרונה הזדמנות להכריע בין שלושת הגישות, כאשר דן בערעור על החלטת השופט עמית בפרשת רמי מור, אולם למרבה הצער, הוא נמנע מכך. תחת זאת, פסק, בדעת רוב של השופטים ריבלין ולוי, מול דעתו החולקת של השופט רובינשטיין, כי על פי החקיקה הקיימת בישראל, כלל אין לבתי המשפט סמכות לתת צו חשיפה שכזה בהליך אזרחי, תהיה חומרת העוולה הלכאורית אשר תהיה. בכך, זרק בית המשפט את הכדור הישר לפתחו של המחוקק, וקבע כי עליו ליצור את התשתית החקיקתית הנדרשת. יש להניח שהמחוקק אכן יעשה זאת, אולם לאחר שניסיונו הקודם עלה על סרטון, אין לצפות שהדבר יקרה בקרוב.

בינתיים, יפעלו בואקום שנוצר מוציאי דיבה ומפירי זכויות יוצרים וזכויות אחרות, כאשר הסיכוי שזהותם תתגלה קלוש, דבר שיובייל קרוב לוודאי לניסיונות רבים יותר להגשת תביעות נגד בעלי ומפעילי האתרים עצמם, וכניס שוב את התביעות למעגל חוסר הוודאות הקיימת בהעדר חקיקה מסודרת. יש לקוות שהמחוקק ייתן דעתו לוואקום זה ויסדיר את שתי הסוגיות שנדונו לעיל, כדי ליצור הן וודאות משפטית והן הסדר הוגן המאוזן בשתי הסוגיות.

דואר אלקטרוני פרסומי ("דואר זבל")

כאמור, הסוגיות לעיל מדגימות את חוסר הבהירות השוררת בדיני האינטרנט בישראל, בהעדר חקיקה. אולם בתחומים שבהם פעל המחוקק המצב המשפטי אינו ברור דיו. כך, למשל בסוגיית "דואר הזבל" אשר טופל בתיקון מס' 40 לחוק התקשורת (בזק ושידורים) שנכנס לתוקפו כבר בסוף שנת 2008.

התיקון לחוק אימץ את שיטת ה-opt-in האירופית, המחייבת שולח דואר פרסומי באמצעות דואר אלקטרוני ואמצעי תקשורת אחרים, כגון פקסימיליה ומסרונים (sms), לקבל הסכמה מראש מאת נמען לקבלת דברי פרסומת כאלה. בכך העדיף המחוקק את השיטה הזו על-פני שיטת ה-opt-out האמריקנית, שאינה אוסרת מראש שליחת דואר פרסומי, אך מחייבת את השולח לאפשר לנמען להודיע על רצונו להיות מוסר מרשימת הדיור ואוסרת פעילות מטעה בכל הקשור למשלוח הדואר ופעילות אגרסיבית, כגון שימוש במחשבים של צדדים שלישיים לביצוע המשלוח ושימוש בתוכנות אוטומטיות לאיסוף פרטי דואר של נמענים פוטנציאליים.

החוק קובע, כי למעט במספר מקרים חריגים, אסור לשלוח חומר פרסומי בדואר אלקטרוני, אלא אם נתקבלה לכך הסכמה מפורשת מאת הנמען. החוק גם מעניק לנמען של דואר אלקטרוני פרסומי בלתי מורשה זכות לקבלת פיצוי ללא הוכחת נזק על סך של 1,000 ₪ בגין כל דבר דואר שכזה. אף-על-פי-כן, בחלק מפסקי הדין שניתנו מאז חקיקת החוק – רובם בבתי משפט לתביעות קטנות – סירבו בתי משפט להעניק פיצויים, או פיצויים מרובים על משלוח מספר דברי דואר, לנמענים שלא הודיעו לשולחים על רצונם שלא לקבל דברי הפרסומת נוספים, לאחר קבלת דבר הפרסומת הראשונה. ייתכן שפסיקה זו מתיישבת עם החובה לפעול בתום לב, ומבטאת סלידה משימוש בטקטיקות "המארב" כדי לנפח את נזקו של הנמען. אולם, ספק אם היא תואמת את כוונת המחוקק.

החוק גם יצר חוסר בהירות בכל הקשור להגדרת דבר פרסומת, שמשלוחו אסור כאמור ללא קבלת הסכמה מפורשת של הנמען. על-פי ההגדרה בחוק, מדובר בכל מסר המופץ באופן מסחרי ומטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת. הגדרה זו נוסחה במטרה לאפשר לגופים כגון עמותות ומפלגות להמשיך ולשלוח דואר אלקטרוני שמקדם את מטרותיהם, אך מלאכת הניסוח הייתה לקויה. הסעיף לא מפרט אם המטרה האמורה בו חייבת להיות גלויה על פני דבר הדואר, או המטרה הדומיננטית של דבר הדואר, או שמא גם מטרה סמויה או עקיפה, או משנית, תספיק להפוך דבר דואר לדואר פרסומי שמשלוחו אסור. לנו נראה, כי ככל שמדובר בדבר דואר שמטרתו העיקרית היא הפצת מידע וערכו העיקרי הוא במידע האמור, משלוחו מותר. אולם, כאשר ערך המידע הבלתי מסחרי שבדבר הדואר מועט ומטרתו המסחרית דומיננטית, נראה כי ייתפס ברשתו של החוק. מכל מקום, שאלה זו טעונה הבהרה.

אין זה ברור גם אם ההגדרה חלה רק על דואר שמתייחס למוצר או שירות שמוצע בתמורה כספית, והאם ניתן להציע באמצעות דואר אלקטרוני מוצר או שירות שמוצעים ללא תמורה מצד הנמען. הפסיקה עד כה אינה מספקת תשובה ברורה.

החוק גם לא מפרט די הצורך מה ייחשב כהסכמה מפורשת לקבלת דואר פרסומי. לכאורה, חייבת להינתן הסכמה נקודתית שמתייחסת ספציפית למשלוח הדואר הפרסומי. אולם, בפסק דין שניתן על-ידי בית המשפט לתביעות קטנות בראשון לציון נפסק כי הסכמה שניתנה על-ידי גולש לכלל תנאי השימוש של אתר או פורום, שכוללים היתר למשלוח דואר פרסומי, תיחשב להסכמה מפורשת לצורך זה וכי אין צורך בהסכמה נפרדת.

הנה כי כן, גם כאשר המחוקק פעל בתחום האינטרנט, נותרו שאלות שאין עליהן מענה מספיק. אי הבהירות יוצרת חוסר וודאות שאינו בריא, פוגם באפשרות לבצע תכנון עסקי ומוביל לליטיגציה מיותרת.

יש לקוות שהמחוקק יפעל לתיקון הלקויים שנוצרו מהיעדר חקיקה בתחומים רבים ומחקיקה לקויה בסוגיות נוספות, שכן בתחום חשוב ביותר להתפתחות הכלכלית ולהחלפת מידע ודעות והודאות המשפטית חיונית לפעילותו.

חדשות המשרד

עו"ד ליהיא כצנלסון הצטרפה למשרד בתחילת יוני; החלה העבודה על בניית האתר החדש שלנו שיעלה בקרוב.