

צ'רלטון בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד אמיר כצנלסון ו/או ליאור להב ואח'
מרח' שדרות רוטשילד 53, ת.ד. 662, תל אביב-יפו 61005
טלפון: 03-5662244; פקסימיליה: 03-5664499

התובעת

- נ ג ד -

1. 012 סמייל טלקום בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד עמר רייטר ז'אן שוכטוביץ ושות'
מרח' אבא הלל סילבר 14 א, בית עוז, רמת גן 52506
טלפון: 03-6019601; פקסימיליה: 03-6019602

הנתבעת 1

2. בזק בינלאומי בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד לוי, מי-דן ושות'
מרח' מנחם בגין 11, רמת גן 52521
טלפון: 03-5012941; פקסימיליה: 03-5102493

הנתבעת 2

3. 013 נטוויז'ן בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד ליבליך, מוזר ושות'
מרח' הנמל 40, ת.ד. 300, תל אביב-יפו 61002
טלפון: 03-5442370; פקסימיליה: 03-5442375

הנתבעת 3

4. איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד ממשד פרל כהן צדק לצר ברץ
מרח' שנקר 5, הרצליה פיתוח 46725
טלפון: 09-9728000; פקסימיליה: 09-9728001

משיבה פורמאלית

סיכומים מטעם ידיד בית המשפט

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 27.10.2015, מתכבדת בזאת המשיבה הפורמאלית, איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר), להגיש את סיכומיה בתביעה שבכותרת. מפאת קוצר היריעה (שישה עמודים בלבד כאמור בהחלטת בית המשפט הנכבד), תתמקד המשיבה הפורמאלית בהתייחסות לנקודות המרכזיות אשר לא קיבלו ביטוי מספק בעמדות הצדדים, וזאת בפרט בראי הציבור הרחב המשתמש באינטרנט, שאינו מיוצג בהליך וקולו לא נשמע. בנסיבות, מובן כי אין בהעדר התייחסות לטענה מסוימת כדי להוות הודאה ו/או הסכמה לה.

יוסי מרקוביץ, עו"ד

חיים רביה, עו"ד

פרל כהן צדק לצר ברץ
ב"כ איגוד האינטרנט הישראלי
ידיד בית המשפט

א. הקדמה

1. זוהי תביעה תקדימית ויוצאת דופן: חברה פרטית מבקשת מבית המשפט הנכבד להעניק לה כוח מוחלט, נטול איזונים ובלמים, לחסום גישה למידע, וזאת ללא סמכות בחוק או בקרה שיפוטית. לשיטת התובעת, די בטענותיה להפרת זכויות על מנת לגייס את ספקיות האינטרנט, גם הן חברות פרטיות, ולהפכן למוציאות לפועל של רצונותיה.
2. לאחר שהתובעת זנחה בסיכומיה את עתירתה לחשוף את פרטי האתרים החשודים כמפרי זכויות ואת עתירתה לחשוף את פרטי הגולשים הפוקדים את אותם אתרים, נותרה כביכול בפני בית המשפט הנכבד תביעה כספית תמימה. **לא זו התביעה לאשורה.** מאחורי העתירה לחיובן הכספי של הספקיות, מסתתרת עתירה עקרונית המבקשת להחיל צנזורה פרטית על תעבורת המידע ברשת. צנזורה כזו תבוצע על ידי גופים פרטיים באמצעות חסימת גישה בלתי מוגבלת בזמן לאתרי אינטרנט. קבלת התביעה תשית על ספקיות האינטרנט חובה לחסום מניה וביה אתרים על פי דרישה מוקדמת של צדדים שלישיים, ללא בקרה שיפוטית מוקדמת ובלא הסדרה בחוק.
3. כמפורט להלן, במרוצת התובעת לנכס לעצמה סמכויות שאין לה, היא מתעלמת מפגמים מהותיים היורדים לשורש דרישתה: חסימת גישה לאתרי אינטרנט פוגעת בזכות למידע, שהיא יסוד בלעדיו-אין של חופש הביטוי; ספקיות גישה לאינטרנט אינן חברות פרטיות רגילות, אלא הן **צינור המידע של כלל הציבור**, ולפיכך צו המופנה נגדן פוגע בציבור בכללותו; אין בחוק סמכות המתירה לספקיות לבצע חסימת גישה לאתרי אינטרנט אפילו הם מפריסם לכאורה זכויות יוצרים; צווי חסימה הם אמצעי בלתי-מידתי בין היתר נוכח העובדה שחסימת גישה לאתרי אינטרנט הוכחה פעם אחר פעם כבלתי-יעילה ופוגענית מעבר למידה – **הן מפני שקל לעקפה (חסימת-חסר) והן מפני שהיא גורמת לחסימת אתרים ותכנים שאין בהם פגם (חסימת יתר)**; בדרך המלך, היה על התובעת לזווג הליכים משפטיים (כפי שהיא אכן עושה בפועל) נגד מפעילי האתרים שהיא מבקשת לחסום.
4. **איגוד האינטרנט אינו מבקש להגן על פעולות אתרים מפירים.** ככל שאתרים אכן מפירים את זכויות התובעת יש להוקיעם ולנקוט נגד מפעיליהם אמצעים משפטיים כדין. אין זה גם עניינו של האיגוד להגן על הנתבעות עצמן, ספקיות האינטרנט, אשר מיטיבות להשמיע עמדתן. עניינו של איגוד האינטרנט הוא אחד ויחיד – **להגן על הציבור המשתמש באינטרנט שהפגיעה בו עלולה להיות קשה ובעלת השלכות רחבות.**
5. החשש מפגיעה רחבה אינו סתמי. נסיון החיים מלמד אותנו מה יקרה, מפני שהוא כבר קרה: בשנת 2002 החלו בתי המשפט בישראל לפסוק בשאלת אחריותו של ספק שירותים אינטרנטיים (במקרה ההוא, בעלי אתרים) לעוולות שמבצעים צדדים שלישיים (בתחילה - הוצאת דיבה ופרסום לשון הרע ולימים גם הפרת זכויות יוצרים). בתי המשפט קבעו שספקים ישאו באחריות רק אם הפירסום פוגע ואסור באופן חד-משמעי וניכר על פניו ואם נמנע הספק ממחיקת החומר הפוגע על אף שקיבל הודעה הדורשת זאת (נוהל שזכה לימים לשם "הודעה והסרה")¹. הדרישה כי הפירסום יהיה "פוגע ואסור באופן חד משמעי וניכר על פניו" נועדה מלכתחילה למנוע פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי. בתי המשפט עיצבו אפוא מבחן משפטי, ראוי, מאוזן, מבוסס ועמוק. כיצד התממש מבחן זה? בפועל, בחינת המובהקות של הפרסום – אם אסור הוא או מותר – הצריכה מיומנות משפטית כה רבה, עד שהלכה למעשה די היה בשליחת מכתב לאתרים, המלין על הוצאת דיבה, אפילו לא היה הפרסום המעוול "פוגע ואסור באופן חד משמעי וניכר על פניו", כדי להוביל למחיקת ביטויים מוגנים. בעלי האתרים לא רצו להסתכן בתביעה מפני שנמנעו מהסרת חומר (שיכול לאחר הליך ממושך שייקבע כי היה פוגעני באופן חד משמעי וניכר).

¹ ת"א 7830/00 **בורוכוב נ' פורן** (פורסם בנבו, 14.7.2002). מבחני פסק-הדין אומצו בשורה של פסקי-דין מאוחרים לו, לרבות: ת"א 567-08-09 **א.ל.י.ס ואח' נ' רוטרנט ואח'** (פורסם בנבו, 8.8.2011); ת"א 1559/05 **גלעד ואח' נ' נטוויז'ן בע"מ** (פורסם בנבו, 23.7.2009); ת"א 37692/03 **סודרי נ' שטלרד** (פורסם בנבו, 1.8.2005); ת"א 5197-06-08 **הירש נ' בר תור ואח'** (פורסם בנבו, 8.5.2009); ת"א 51859/06 **עו"ד דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ** (פורסם בנבו, 28.10.2008); ת"א 12773-08 **יגאל נ' גוגל ישראל בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 22.10.2009); ת"א 5844-07 **וינטרוב ואח' נ' גלובס** (פורסם בנבו, 3.12.2009); ת"א 14303/08 **רבקה פלח חנות "בייבי פלוס" נ' פלונית ואח'** (פורסם בנבו, 31.3.2009); ת"א 64045/04 **"על השולחן" בע"מ נ' אורט** (פורסם בנבו, 10.5.2007).

6. כך יהיה וודאי גם בכל הנוגע לחסימת אתרים, אם יינתן לתובעת מבוקשה: **די יהיה בשליחת מכתב הדורש מספקיות האינטרנט לחסום אתר בטענה שהוא מפר, כדי שהן יחסמו אותו.** איש לא ירצה לעסוק בבירור מורכב – שמא הטוען לזכויות אינו בעליהן? אולי יש באתר תכנים שאינם מפרים זכויות? אולי התכנים המפרים היו בו והוסרו? אולי מקצת בעלי הזכויות בתכנים הרשו את השימוש בהם ומקצתם (הפונים בדרישה) לא? אולי השימוש שנטען כמפר חוסה במובהק תחת הגנות שבדין (כדוגמת שימוש הוגן)? אף חברה לא תסכים להסתכן בתביעה.

7. הפגיעה בחופש הביטוי לא תהא סבירה ומידתית. אחרי הכל, ספקיות האינטרנט מנהלות עסק מסחרי. הן חייבות דין וחשבון לבעלי מניותיהן. ההגנה על חופש הביטוי אינה עיסוקן; היא אינה תורמת דבר לשורת הרווח. לעומת זאת תביעה כספית הגורעת הוצאות ואפשר גם פיצויים מקופת המזומנים של תאגיד, משפיעה על רווחיו בעליל. מכל הסיבות הללו, **התביעה חותרת לייסד מנגנון שבו באופן אוטומטי, בלי בירור וביקורת, כשחברה פרטית אחת (ספק גישה) תקבל דרישה מחברה פרטית אחרת (הטוענת לבעלות בזכויות) היא תחסום גישה למידע.**

ב. הערה קצרה על מה שבין "חסימה שיפוטית" ל"חסימה פרטית"

8. קודם לפירוט הטענות תובהר עמדת האיגוד בקשר עם חסימת אתרים באמצעות ספקיות האינטרנט, תוך הבחנה בין "חסימה שיפוטית" ל"חסימה פרטית".

9. **חסימה שיפוטית:** ככל גוף אחר הטוען לזכויות ולהפרתן בידי אחרים, זכאית התובעת לפנות לבית המשפט בתביעה לעצירת ההפרות. במסגרת תביעה שכזו נדרש בעל הזכויות להוכיח כדבעי את תביעתו מול המפר לכאורה. בכלל זאת עליו להוכיח כי הוא בעל הזכויות וכי זכויותיו הופרו, כי הסעדים שהוא מבקש הם הסעדים המתאימים לשמש תרופה בעניינו, וכי במאזן הזכויות הנוגעות בדבר – ובכלל זאת האינטרס הציבורי – מוטת הכף לזכותו.

בתביעה מעין זו תהיינה ספקיות הגישה, לכל היותר, צד שלישי נדרש. אחד הסעדים המבוקשים יכול שיהא דרישה לחסימת אתרו של המפר. סעד מעין זה, לשיטת האיגוד, מצוי הוא בסמכותו של בית המשפט לאחר שיוכיח התובע את תביעתו. זוהי חסימה כהלכה, חסימה שיפוטית, לאחר ביקורת שיפוטית מוקדמת, והאיגוד אינו מתנגד לדרך פעולה שכזו: צו החסימה ניתן לאחר שבית המשפט (ורק הוא) בחן את הסעד המבוקש ואת האיוונים והבלמים הנדרשים לתיתו (הצורך בחסימה, החלופות האפשריות במקום חסימת גישה, תשלום בגין החסימה, משך החסימה, דרישת ערבויות, שיפוי וכיוצא בזה). העובדה שהתובעת מודה מפורשות כי היא "מנהלת הליכים משפטיים רבים" למניעת הפרת זכויותיה (סעי' 7 לסיכומיה), והעובדה שהתובעת בסיכומיה הפנתה שוב ושוב להליכים שבהם בוצעה חסימה שיפוטית לאחר הוכחת התביעה², מלמדות שדרך המלך הזו לא רק סלולה אלא גם מוכרת לתובעת היטב, ואין לאפשר לה "לקצר את הדרך".

10. **חסימה פרטית - החסימה המבוקשת** היא שונה בעליל מדרך הפעולה שתוארה לעיל. בענייננו מבקשת התובעת, חברה פרטית, לנכס לעצמה בלא ביקורת שיפוטית מוקדמת וללא שום איוון או בלם, את היכולת לחסום אתרים, ובכך **להותיר לעצמה** את מלאכת "החקירה", השיפוט ואף ההוצאה לפועל של פסק דין סופי. לכל האמור מתווספת הוראתה לספקיות האינטרנט, גם הן חברות פרטיות, כלפי מי, כיצד, מתי ולאורך כמה זמן לבצע את החסימה. ניסיון זה מתעלם מזכויות הציבור המשתמש באינטרנט, מחופש הביטוי והמידע ברשת, מהדיון בכנסת בסוגיה זו ועוד. לפעולות חסימה פרטיות כאלה - ללא ביקורת שיפוטית מקדימה ובהעדר חקיקה מתאימה, המאזנים מהותית ובצורה שקולה את האינטרסים המתנגשים, מתנגד האיגוד נחרצות.

2 ר' בסיכומי התובעת: ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית נ' בית שוקן להוצאות ספרים (בסעי' 12); ע"א 9183/09 PREMIER LEAGUE נ' פלוני (בסעי' 13); ת"א (שלום כפ"ס) 7830/00 בורוכוב ארנון נ' פורן אלישי (בסעי' 26).

ג. חסימת אתרים פוגעת בזכויות יסוד

11. זכות הגישה למידע היא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית³. היא איננה מוגבלת רק לזכות להפצת מידע, אלא כוללת גם את זכות הציבור לקבל מידע ובכלל זה מידע מפר או פוגעני⁴. אין חולק אודות חשיבות חופש הביטוי וחשיבות האינטרנט במימושו שהרי כדברי כב' הנשיא (בדימוס) א. ברק⁵: "במובן מסוים, הזכות לדעת היא מהחשובות שבזכויות, הנגזרות מחופש הביטוי. ניתן אף לומר כי במובן מסוים, חופש הביטוי נגזר מהזכות לדעת. כך, שכן בטרם יביע את דעתו, צריך הפרט לקבל מידע שיאפשר לו לגבש את עמדתו. החופש לדבר, אם אין יודעים על מה לדבר, עשוי להתגלות כחופש עקר".
12. בהתאם, חסימת מידע שמקורו באתרי אינטרנט צריכה לעמוד בהוראות חוק יסוד כבוד אדם וחירותו בהיותה פוגעת בחופש הביטוי⁶. בהתחשב במעמדה החוקתי של הזכות לחופש הביטוי, כל ניסיון לצנזר מידע מקוון צריך שיעמוד בהוראות פסקת ההגבלה - בין היתר מכוח הסמכה מפורשת שבחוק ויהיה מידתי. אלה מושכלות יסוד החלות גם בענייננו.
13. כך קבע גם בית המשפט הנכבד העליון בדעת הרוב בעניין מפקד מחוז תל אביב⁷: "[...] **כאשר עסקינן במטרייה רגישה של חסימת אתרי אינטרנט – יש לבחון בשבע עיניים את החשש לפגיעה בחופש הביטוי**". באותו עניין דובר בחסימת גישה לאתרי הימורים. ביחס לאתרים אלה מתקיים לכאורה אינטרס ציבורי רב עוצמה לחסימה – רב לאין שיעור מזה שכאן – מפני שחוק העונשין אוסר על ארגון ועריכת הימורים. זאת ועוד, מבקשת החסימה היתה המדינה עצמה – ולא גוף פרטי. על אף זאת קיבל בית המשפט הנכבד העליון את עמדת האיגוד וסבר כי אין לאפשר למשטרה להטיל על ספקיות האינטרנט את התפקיד של חסימת גישה לאתרים ללא צו מפורש של בית המשפט או חקיקה מתאימה. קל וחומר לענייננו.
14. **חסימת גישה לאתרים נחשבת לאמצעי לא יעיל, במקרה הטוב, ופוגעני במקרה הרע: בין היתר, חסימת אתרים עלולה להביא לחסימת אתרים תמימים רבים ובוודאי חוסמת היא גם תוכן לגיטימי**. כך למשל, בית משפט פדרלי בארה"ב פסל חקיקה במדינת פנסילבניה אשר חייבה ספקי גישה לאינטרנט לפעול לפי דרישת התובע הכללי במדינה ולחסום גישה לתוכן פורנוגרפי לילדים. בין טעמי הפסילה: (א) הובאו ראיות למכביר שהוכיחו כיצד שיטת החסימה הביאה למניעת גישה לכ-1.2 מיליון אתרי רשת לגיטימיים; (ב) החסימה על בסיס כתובת האינטרנט של האתר (URL) מביאה לחסימת-יתר מאחר והיא מונעת גישה גם של כל תוכן עתידי אשר יחליף את התוכן הפסול⁸. בהתאם, גם נציגי הפרקליטות והמשטרה בישראל הכירו בשלל הזדמנויות בבעייתיות שבחסימת גישה לאתרים⁹, בין היתר עקב החשש לחסימת יתר מצד אחד, והקלות שבה האתר הנחסם יכול לעקוף את החסימה מצד שני.
15. יתר על כן, החסימה המבוקשת עלולה להשליך על התחייבויות ישראל באמנות הבינלאומיות¹⁰, כפי שאף ציין נציג המדינה בדיון בכנסת¹¹.

3 המעגן, בין היתר, בהכרזה לכל באי עולם בזכויות האדם משנת 1948 (סעיף יט' להכרזה) וכן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (סעיף 19(ב) לאמנה). הזכות למידע מעוגנת גם בסעיף 11 ל- Charter of Fundamental Rights of the European Union [4] ובסעיף 10 ל- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms האירופאית.

4 The Sunday Times v. UK, § 65 (ECHR judgment, April 26, 1979)

5 א. ברק, חופש המידע ובית המשפט, קרית המשפט ג 95 (2003).

6 ור' לעניין זה ברי"ע 850/06 (מחוזי חי') מור נ' ידיעות אינטרנט (פורסם בנבו, 22.4.2007).

7 ע"מ 3782/12 מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל ואח' נ' איגוד האינטרנט הישראלי ואח' (פורסם בנבו, 24.3.2013).

8 Center for Democracy and Technology v. Pappert 337 F. Supp. 2d 606 (C.D. Penn. 2004).

9 פרטוקול הדיון מיום 14.1.2008 בועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת בעניין הצעת חוק העונשין (תיקון – משחקים אסורים, הגרלות והימורים ברשת האינטרנט), התשס"ז-2007. נציגי המדינה הודו בבעייתיות שבחסימה. נציג משרד המשפטים עמד על החשש לחסימת יתר, מצד אחד, ועל הקלות שבה האתר הנחסם יכול לעקוף את החסימה (עמ' 7 לפרוט'); נציג הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע ("רמו"ט"), עו"ד אשכנזי, עמד על הקושי לעקוב בקביעות אחר האפקטיביות של החסימה (עמ' 6 לפרוט') ונציג משטרת ישראל, רב-פקד תמם אמר מניה וביה כי "מבחינת לחסום גישה לאתרים ברחבי האינטרנט, הדבר הוא כמעט בלתי אפשרי..." (עמ' 9 לפרוט').

10 ובין היתר: הסכם GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) וה- TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).

16. זאת ועוד, וכפי שציין בצדק בית המשפט הנכבד בעניין איגוד האינטרנט¹², חסימת גישה מעוררת שאלות של אחריות ספקיות האינטרנט מול המדינה והצרכנים, ויש לה עלות לא מבוטלת, הן "ביטחונית" והן אופרטיביות, שתהא "מגולגלת" על הציבור המשתמש באינטרנט. ככל שלא יוסדר מנגנון שיפוי מתאים בחקיקה מסודרת, ואף אגרה מתאימה שצריך מבקש החסימה לשאת בה, הרי שבסופו של יום "קיצור הדרך" המבוקש כאן על ידי התובעת ישולם במלואו על ידי הציבור. את זאת אין להתיר.

17. ויודגש – ספקיות האינטרנט אינן זרוע ביצועית של התובעת (ואף לא של המדינה כפי שהבהיר בית המשפט העליון בעניין מפקד מחוז תל אביב): הן אוטונומיות בתפקיד חשוב מאין כמוהו לציבור הדרוש לשם מימוש זכות הגישה למידע. דרישה לחסימת גישה לציבור לאתרים, אשר אינה מופנית נגד האתרים עצמם אלא כלפי ספקיות האינטרנט חברות פרטיות אף הן, פוגעת באופן חריף בזכויות כלל הציבור.

קביעת הסדר ראשוני – משימה למחוקק

18. גם אם ראוי היה לאפשר חסימת גישה (שלא בדרך של חסימה שיפוטית כאמור), יש להותיר מלאכה זו למחוקק על מנת שישקול היטב מהם הדרכים שבהם יש ליישם מנגנון זה ומהם האיזונים והבלמים הנדרשים. וודאי שאין להכשיר, את המנגנון החלקי, החסר והחד-צדדי בו נקטה התובעת במסגרת ההליך דנא ושאותו היא מבקשת להחיל כנורמה. זו הדרך היחידה להימנע מאפקט מצנן חמור (Chilling Effect) ופגיעה עזה בחופש הביטוי.

19. במרוצת השנים, הצעות חוק פרטניות שונות עמדו על המדוכה בהקשר זה (הן בעניין של זכויות היוצרים והן בעבירות שונות כדוגמת הימורים) – ומעולם לא התקבלו. כך גם באשר להצעת החוק הממשלתית שביקשה בעקבות ע"מ 3782/12 להתיר למשטרה להורות לספקי גישה לאינטרנט לחסום גישה לאתרי הימורים: בדיון מיום 19.11.2014 בוועדת חוקה חוק ומשפט הסכימה המדינה להכפיף את סמכות המשטרה לביקורת שיפוטית מוקדמת – ועדיין ההצעה לא הבשילה לכדי חוק. על רקע הליך החקיקה יש להיזהר זהירות יתרה בעיצוב "כללים ראשוניים". במילותיו של כב' המשנה לנשיאה בעניין ברוקר טוב אשר דומה שנכתבו לעניינו (בסעיף 3):

"הכרה באפשרות לרתום את המערכת המשפטית ואת הצד השלישי לשם עריכת הליך מעין חקירתי, עוד בטרם משפט, מצריכה הסדרה חקיקתית [...] יצירת מסגרת דיונית המאפשרת את גיוסו של צד שלישי לצורך כך – מלאכה היא למחוקק."

20. עיון מדוקדק בהצעות חוק שעמדו בעניין זה על המדוכה בישראל ילמד גם הוא כי ההסדר שמבקשת התובעת ליישם כאן הוא חלקי, חסר, ומוטה, וזאת לא רק ביחס להסדרים המקובלים בעולם (ושיפורטו להלן), אלא גם ביחס להסדר המתגבש בישראל. כך, אין בהסדר המבוקש "לחקיקה שיפוטית" על ידי התובעת זכות תגובה לצד ה"מפר"; אין בו הבניה בדבר סדרי הדין הראויים והראיות הדרושות במסגרת נוהל הודעה והסרה (אשר עתידים להיקבע בידי השר המוסמך לאחר חקיקת החוק); אין בהסדר שמבקשת התובעת למסד את האיזון הדרוש לאור הפגיעה האפשרית בציבור הגולשים (הבא לידי ביטוי בהסדר המתגבש על-ידי שיפוי, סנקציה נזיקית) וכיוצא ב.

21. **עסקינן "בהסדר ראשוני" מובהק שצריך ויכול להיקבע רק על ידי המחוקק.** המחוקק לא העניק סמכות מפורשות מעין זו לתובעת ואף לא לנתבעות ולפיכך אין התובעת רשאית לבקש להגביל את חופש הביטוי¹³. מהות התביעה, השלכותיה החברתיות הרחבות, וכן פגיעתה בחירות הפרט מחייבת מסקנה זו. יותר מזה, בהצעת החוק העומדת כיום על שולחן הכנסת לא הוכנסה כלל האפשרות לחסום גישה בשל הפרת זכויות יוצרים למרות בקשות כאלה.

11 עו"ד עמית אשכנזי מטעם הרשות למשפט טכנולוגיה ומידע במשרד המשפטים – שם, בעמ' 8.

12 עמ' 16 לפסק-הדין בשורות 5 – 9

13 ר' בעניין פרשות רמי מור וגוגל ישראל שהוזכרו לעיל וכן ובפרט דברי כבוד השופט מלצר בעמ' 41 לפרשת הפרמייר ליג, שם קבע בית המשפט העליון כי בהקשר של הגבלת זכויות יסוד באינטרנט (בין היתר אל מול עבירות פליליות), יש המתין למחוקק שיאמר את דברו.

22. כך קבע גם כב' המשנה לנשיא ריבלין בעניין ה-Premier League¹⁴ כי "מוסכם על כולנו כי ראוי הדבר ודרוש הדבר כי המחוקק יסדיר את הסוגיות האמורות כולן, תוך הבחנה בין מניעתה של עוולה בדרך העשויה להשפיע על חופש הביטוי לבין מניעתה של עוולה שאין בה, במניעה, כדי להשפיע על חופש הביטוי במידה פסולה".

ד. סוגיה זו הוסדרה ברחבי העולם בחקיקה מפורשת

23. לא היו אלו רק בתי המשפט הישראליים אשר קבעו לא אחת¹⁵ כי בהסדרים ראשוניים הנוגעים להסדרת רשת האינטרנט וחופש הביטוי, יש להמתין למחוקק.

24. כך למשל, שאלת אחריותן וזכותן של ספקיות האינטרנט לחסום גישה לאתרים שונים הוסדרה בחקיקה מפורשת באיחוד האירופי¹⁶. בצרפת הוקמה לעניין זה רשות ייעודית מכוח חוק - HADOPI¹⁷, שכל תכליתה טיפול בהפרות זכויות יוצרים באינטרנט וקביעת סטנדרטים ראויים לעניין זה.

25. החוק הבריטי¹⁸ מסדיר גם הוא מפורשות את נוהל החסימה באמצעות הסמכה מפורשת של בית המשפט למתן צווים וזאת לאחר קבלת הודעה מתאימה על פי הוראות הדירקטיבה האירופית.

26. בהתאם, דחה בית המשפט האירופאי ניסיונות כבענייננו לחייב ספקי שירותים באינטרנט לסנן תכנים המפרים זכויות יוצרים מחשש לפגיעה בזכות המשתמשים לקבל מידע כמו גם מחסימת תוכן חוקי בשגה¹⁹.

27. בארה"ב²⁰ נקבעו - ושוב בחקיקה - קריטריונים ייחודיים וספציפיים לחסימת תכנים מפרי זכויות יוצרים. כך למשל סעי' 512(g)(1) לחוק זכויות היוצרים (17 U.S.C.) יוצר מנגנון מסודר לפיו על ספק שירותי האינטרנט (1) לקבל הודעה כדין אודות ההפרה הנתענית. פרטי ההודעה מוכתבים על-פי החוק; (2) להסיר את התוכן המפר; (3) לשלוח הודעה למשתמש אשר העלה את התוכן; (4) אם המשתמש אשר העלה את התוכן שולח הודעת-נגד המצהירה על מוכנותו להתדיין בסוגיה בבית משפט פדראלי, חובה על הספק להעלות מחדש את התוכן שהוסר.

28. בקנדה, שוב בחקיקה מיוחדת כמובן²¹, מחויבות ספקיות האינטרנט לפעול רק לאחר שהטוען להפרה שילם אגרה ייחודית המוגדרת בחוק (בס' (41.26(1)). באוסטרליה²² נקבעו תקנות דומות לאלו האמריקאיות והקנדיות, לפיהן ניתנת אפשרות תגובה למפר לכאורה. זאת ועוד, מתן הודעה כוזבת באוסטרליה עלול לעלות כדי עבירה פלילית (תקנה (20X(3)).

29. בסין²³ הוסדר הנושא בתקנות מיוחדות המטילות על הטוען להפרה אחריות מוחלטת בעקבות חסימה שגויה, זאת ללא היזקקות ליסוד הנפשי.

30. לשלמות התמונה יצוין כי למיטב בדיקת האיגוד, לא נמצא תקדים ממדינה מערבית מתוקנת, שבו צד פרטי, כפה על ספקיות לחסום גישה לאתר המפר זכויות יוצרים בלא צו שיפוטי או הסמכה מפורשת בדין לעשות כן.

ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (נבו, 13.5.2012).

14. ר' לעניין זה, בין היתר, בעניין איגוד האינטרנט (בסעי' 49), שם נקבע כי "[...] בסוגיות העוסקות בהצרתו של חופש הביטוי באינטרנט, יש להמתין להסדרה מפורשת בחקיקה הראשית. כאמור, קיים צורך בדיון ציבורי מעמיק, במהלכו ישקלו השיקולים השונים, ולבסוף יוחלט על המדיניות והכללים ליישומה" (ר' גם בעניין רמי מור ובעניין ברוקרטוב).

15. ר', בין היתר, סעיף 59 of the Council Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council.

16. <http://www.hadopi.fr/en/high-authority/hadopi-in-brief>

17. Copyright, Designs and Patents Act 1988 (בסעי' (97A(2).

18. C-70/10 Scarlet - C-360/10 Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV (16.2.2012)

19. Extended SA v. ociété belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) (24.11.2011)

20. US Code Title 17 – Copyrights Chapter 5 – Copyright Infringement and remedies, §512 – Limitation on liability relating to material online.

21. Copyright Modernization Act (S.C. 2012, c. 20, An Act to amend the Copyright Act

22. The Copyrights Regulations 1969

23. Decree of the State Council of the People's Republic of China, no. 468, art. 24

31. לאור מכלול הדברים האמורים לעיל, אין לקבל את התביעה, ובכך להכשיר את מנגנון ההודעה החלקי, החסר והמוטה שהתובעת מבקשת לאשרר באופן פרטי, בלא ביקורת שיפוטית מקדימה ובלא הסדר שבחוק.

ה. סוף דבר: קבלת התביעה משמעה מדרון חלקלק ומסוכן

32. גם אם הייתה התובעת מוכיחה כדבעי כי האתרים שכנגדם היא מלינה אכן מפרים זכויות יוצרים, אין ליתן בידה, או בידי ספקיות האינטרנט מאידך, סמכות לחסום אתרים ללא פיקוח שיפוטי או הסדרה חקיקתית מתאימה²⁴.

והרי "[...] קיומו של מנגנון של צנזורה - כל צנזורה, טומן בחובו בעייתי שכן הוא מאפשר לאדם אחד או למספר בני אדם, להחליט על פי שיקול דעתם, איזה מידע יגיע לידיעתו של יתר הציבור"²⁵.

33. כאמור, אם יימסר כוח בלתי מרוסן זה לגופים פרטיים, הוא יאיין את הצורך של התובעת ושכמותה להוכיח את זכויותיהם ולהראות כי הן הופרו. כן יפטור את התובעת ואת הספקיות מהאחריות למעשיהן. ההליך שכאן ממחיש בעייתיות זו. לראיה - גם בסיכומיהם הצדדים חלוקים עדיין בשאלה אם יש זכויות לתובעת והאם הן הופרו.

34. אין לאפשר לתובעת ללבוש את כובע המאשימה, השופטת והמוציאה לפועל של פסק הדין בלא שיזמה הליך משפטי. בצדק יש לשמור את הסמכות בדבר חסימת גישה לבית המשפט הנכבד, אשר שוקל לא רק את האינטרס הפרטי של הצדדים המתדיינים, אלא את מכלול השיקולים הנורמטיביים המעורבים בהכרעה.

35. תשומת הלב מופנית לתקדים המסוכן אשר ייווצר לו תתקבל חלילה פרשנות התובעת, תקדים אשר יהפוך את ספקיות האינטרנט לערכאה שיפוטית חדשה בכל תחומי המשפט ולצנזור העל. כך ידפקו על דלתות ספקיות האינטרנט כל בעלי זכויות באשר הם (זכויות יוצרים, פטנטים, מדגמים, סימני מסחר או סתם כאלה הטוענים לזכויות בין אם זכותם רשומה ובין אם לאו - כדוגמת זכות יוצרים); ידפקו על דלתות ספקיות האינטרנט כל אלה החשים כי נגרם להם עוול כלשהו מפעולת אתר כזה או אחר (תוכן פוגעני העולה כדי לשון רע, תוכן מטריד, פולשני וכדומה); ידפקו על דלתות ספקיות האינטרנט כל רשויות האכיפה (בגין הימורים, סמים, או סתם פעילות אחרת העלולה לעלות בגדר עבירה). ספקיות האינטרנט בתורן, חברות פרטיות, יחסמו ללא היסוס כל תוכן אשר לידו התקבלה תלונה מחשש שתוגש נגדן תביעה והן ייאלצו לשאת בעלויותיה (אפילו לא יימצאו בסוף חייבות בדין). זהו חלום בלהות של ציבור המשתמשים באינטרנט, מציאות אשר אין לאפשרה במדינה מתוקנת.

36. אפילו ניתן היה לאסור על גישה למידע המפר זכויות, אזי בשל מעמדה המיוחד של זכות הגישה למידע היה על התובעת לבקש להטיל איסור שכזה על מפרסם המידע ולא על ספקיות הגישה לאינטרנט²⁶. חסימה כזו צריכה בכל מקרה להיעשות בזהירות רבה ובין היתר לדקדק בהגדרת המידע האסור ובאופן ההגבלה.

37. סיכומם של דברים הוא כי העומד בבסיס תביעה זו מנוגד לעקרונות הבסיסיים של שיטת משפטנו, לעקרונות היסוד של זרימת המידע החופשי ברשת האינטרנט, הוא נוגד את טובת הציבור ואין להתירו.

38. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לדחות את התביעה.

²⁴ וכדברי כבוד הנשיא (בדימוס) ברק: "הצגה נכונה יותר של השאלה היא, אם להסמיך את רשויות השידור למנוע ביטוי מראש, על בסיס חשד שיש להן כי בוצעה עבירה, לדעתי, מרכזיותו של עקרון חופש הביטוי במשפטנו צריכה להביא למתן תשובה שלילית על שאלה זו. חופש הביטוי יקר הוא לנו מדי, מכדי שנפקיד בידי מומחה לשידור - שאינו בית-משפט ושאינו פועל על-פי הליכי הדין הפלילי - את ההכרעה הקשה של מניעה מראש של ביטוי, אך בשל החשד כי בוצעה עבירה פלילית. הליכה בדרך זו סופה מי ישרנו: הנבחין בין עבירות קשות לבין עבירות קלות, ועל-פי איזו אמת מעדה נעשה הבחנה זו? ומדוע להיעצר בעבירה פלילית? " (בג"צ 399/85 כהנא נ' רשות השידור פ"ד מ"א (3) 255. בעמ' 300-301 והציטוטים שם. הדברים מתייחסים לשיקול דעתו של גוף ציבורי שטובת הציבור עומדת לנגד עיניו, ויפים הם מקל וחומר כשעסקינן בתובעת, המונחה אך על פי טובתה האישית והאינטרס הכלכלי הפרטי שלה.

²⁵ ת"א 37692/03 סודרי נ' שטרליך [פדאור (לא פורסם) 05 (19) 304], בעמ' 6. וכן ר' דברי בית המשפט העליון, שנאמרו על רשת האינטרנט, וזאת הן בעניין רמי מור בין היתר בסעי' 11-13 והן בעניין ברוקר טוב (בין היתר בסעי' 3 לפס"ד של כב' השופט ריבלין).

²⁶ "אין כל ספק שראוי, ערכית ועקרונית, להטיל את מלאכת סינון הגולשים המהמרים על מפעיל אתר ההימורים, ולא על ספק הגישה לאינטרנט [...]" - ויסמונסקי, "הימורים באינטרנט - דין חדש וישן", רשימות בנתיב קנייני הרוח - השנתון למשפט תקשורת וטכנולוגיה 291 (2004).