

טיוטה

הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני

דו"ח ביניים

ירושלים, אדר ב' תשס"ג, מרץ 2003

תוכן עניינים מקוצר

1	מבוא
4	פרק ראשון: חוזים אלקטרוניים
40	פרק שני: חוזים אלקטרוניים צרכניים
51	פרק שלישי: אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שחיבר צד שלישי
87	פרק רביעי: הגנת הפרטיות ברשת האינטרנט
120	פרק חמישי: הגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט
133	פרק שישי: חתימה אלקטרונית
139	פרק שביעי: המלצות הוועדה

תוכן עניינים מפורט

1	מבוא
1	1. הוועדה
2	2. דרך עבודת הוועדה
2	3. היקף דו"ח הביניים
4	פרק ראשון: חוזים אלקטרוניים
5	1. תוקפו של חוזה שנכרת באופן אלקטרוני
5	1.1. תוקפם של חוזים אלקטרוניים - כללי
6	1.1.1. המלצת הוועדה
7	1.2. תוקפם של חוזים אלקטרוניים שקיימת לגביהם דרישת כתב
7	1.2.1. דרישת הכתב
9	1.2.2. תכלית דרישות הכתב
10	1.2.3. גישת שקילות הצורה (functional equivalent approach)
12	1.2.3.1. ארה"ב
13	1.2.3.2. קנדה
16	1.2.3.3. אירופה
17	1.2.4. המלצת הוועדה
19	1.3. חוזים ופעולות משפטיות שלא ניתן לבצע באמצעות מסמך אלקטרוני
19	1.3.1. דיני המקרקעין
19	1.3.2. דיני נאמנות
20	1.3.3. דיני ירושה
20	1.3.4. דיני שליחות וייפויי כוח
20	1.3.5. דיני ערבות
21	1.3.6. חריגים בצו חתימה אלקטרונית
21	1.3.7. משפט משווה
21	1.3.7.1. אירופה
22	1.3.7.2. ארה"ב
22	1.3.7.3. קנדה
23	1.3.8. המלצת הוועדה
24	2. סוגיות הנוגעות לשלב הטרם חוזי

24	2.1 גילוי בכתב של פרטי מידע לפני כריתת החוזה
25	2.1.1 משפט משווה
26	2.1.2 המלצת הוועדה
26	2.2 מתן הזדמנות לעיין בתנאי החוזה בטרם הכריתה
27	2.2.1 משפט משווה
27	2.2.2 המלצות הוועדה
28	3. סוגיות הנוגעות לכריתת חוזה
28	3.1 כריתת חוזה באמצעות סוכן אלקטרוני
29	3.1.1 המלצות הוועדה
29	3.2 הסכמת הצדדים לכריתת החוזה באמצעים אלקטרוניים
29	3.2.1 משפט משווה
30	3.2.2 המלצת הוועדה
30	4. סוגיות הנוגעות לקיום החוזה
30	4.1 מועד ומקום משלוח וקבלת המסמך האלקטרוני
31	4.1.1 משפט משווה
33	4.1.2 המלצת הוועדה
33	4.2 אישור ביצוע פעולות
34	4.2.1 משפט משווה
35	4.2.2 המלצת הוועדה
35	4.3 פגמים בכריתה הייחודיים לסביבה האלקטרונית
35	4.3.1 פגמים בכריתה בדין החוזים
36	4.3.2 משפט משווה
38	4.3.3 המלצת הוועדה
38	4.4 ייחוס הפעולה בהיעדר חתימה אלקטרונית
38	4.4.1 משפט משווה
39	4.4.2 המלצת הוועדה
40	פרק שני: חוזים אלקטרוניים צרכניים
41	1. תוקפו של חוזה צרכני אלקטרוני
42	1.1 חוק חוזים אחידים
42	1.1.1 המלצת הוועדה
42	1.2 דרישת הכתב בחוזים צרכניים
44	1.2.1 המלצת הוועדה

44	2. הזדמנות לעיין בחוזה
45	3. הרחבת חובת הגילוי הנדרשת במסגרת מכר מרחוק
46	3.1 משפט משווה
46	3.1.1 אירופה
46	3.1.2 ארה"ב
47	3.2 המלצות הוועדה
48	4. מתן זכות ביטול מיוחדת בשל טעות לעסקאות צרכניות אלקטרוניות
49	4.1 המלצת הוועדה
51	פרק שלישי: אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שחיבר צד שלישי
52	1. הטלת אחריות לפי דיני הנזיקין
52	1.1 אחריות בנזיקין על ביצוע עוולה באמצעות רשת האינטרנט
53	1.1.1 עוולת לשון הרע
54	1.1.1.1 המלצות הוועדה
54	1.1.2 עוולות מסחריות
54	1.1.2.1 גניבת עין
55	1.1.2.2 תיאור כוזב
55	1.1.2.3 התערבות לא הוגנת
56	1.1.2.4 גזל סוד מסחרי
57	1.1.2.5 המלצות הוועדה
58	1.1.3 הגנת הפרטיות
58	1.1.4 עוולת הרשלנות
60	1.1.5 עוולה לפי חוק הגנת הצרכן
61	1.2 אחריות ספקי שירותי אינטרנט בגין תוכן שחובר על ידי צד שלישי
62	1.2.1 אחריות ספקי שירותי אינטרנט לפרסום תוכן פוגע על ידי צד שלישי
65	1.2.2 משפט משווה
65	1.2.2.1 בריטניה
66	1.2.2.2 ארה"ב
67	1.2.3 המלצות הוועדה
68	2. הטלת אחריות על ספקי שירותי אינטרנט לתוכן מפר שהציב צד שלישי
68	2.1 הפרת זכות יוצרים מבצעים ומשדרים ברשת האינטרנט
68	2.1.1 זכות יוצרים

70	2.1.1.1 זכות יוצרים ורשת האינטרנט
71	2.1.2 זכויות מבצעים ומשדרים
71	2.2 אחריות ספק שירותי האינטרנט להצבת חומר מפר ברשת האינטרנט
72	2.2.1 המלצות הוועדה
72	3. הסדרת אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט והתנאים לפטור
73	3.1 הגדרת ספק שירותי אינטרנט
73	3.1.1 משפט משווה
74	3.1.2 המלצת הוועדה
75	3.2 פטור מאחריות בנוזיקין וזכות יוצרים מבצעים ומשדרים לספקי שירותי אינטרנט
75	3.2.1 השיקולים בעד ונגד הפטור מאחריות
76	3.2.2 המלצות הוועדה
76	3.3 הסדר אחיד או נפרד לפטור בנוזיקין ובזכות יוצרים מבצעים ומשדרים
77	3.3.1 משפט משווה
78	3.3.2 המלצת הוועדה
78	3.4 התנאים לפטור מאחריות
81	3.4.1 המלצות הוועדה
81	3.5 התניית הפטור לספק שירותי אירוח בהסרת או הגבלת הגישה אל החומר
82	3.5.1 הליך הודעה והסרה (Notice and Takedown)
83	3.5.1.1 המלצת הוועדה
83	3.5.2 חוב ספק שירותי אירוח למסור פרטים מזהים אודות מחבר התוכן
84	3.5.2.1 המלצת הוועדה
84	3.6 סייג לפטור לספקי שירותי אינטרנט מאחריות ללשון הרע שחברה על ידי אחר
87	פרק רביעי: הגנת הפרטיות ברשת האינטרנט
89	1. פגיעה בפרטיות - ללא הסכמה
89	1.1 איסוף מידע ללא הסכמה לעצם איסוף המידע
90	1.1.1 חוק הגנת הפרטיות
90	1.1.1.1 מעשים המהווים פגיעה בפרטיות
91	1.1.1.2 יצירת מאגרי מידע על המשתמש ללא הסכמתו לאיסוף המידע
92	1.1.1.3 המלצת הוועדה
92	1.1.2 החוק למניעת הטרדה מאיימת
94	1.1.2.1 המלצת הוועדה
94	1.1.3 חוק האזנת סתר
96	1.1.3.1 המלצת הוועדה

96	1.1.4	חוק המחשבים
97	1.1.5	פקודת הנזיקין
97	1.2	איסוף מידע בהסכמה לעצם האיסוף ובהעדר הסכמה לשימוש במידע
98	1.2.1	חוק הגנת הפרטיות
98	1.2.1.1	פגיעה בפרטיות באמצעות שימוש בידעיות על ענייניו של אדם
99	1.2.1.2	דיוור ישיר
100	1.2.2	חוק עשיית עושר ולא במשפט
101	1.3	איסוף מידע בהסכמה לאיסוף ולשימוש במידע
101	1.3.1	חוק הגנת הפרטיות
102	1.3.2	חוק החוזים האחידים
102	1.4	משפט משווה
103	1.4.1	האיחוד האירופי
103	1.4.1.1	הגדרות
104	1.4.1.2	הנחיות כלליות
104	1.4.1.3	מטרות עיבוד מידע אישי
104	1.4.1.4	עיבוד מידע אישי בעל אופי מיוחד
105	1.4.1.5	מסירת פרטים לנשוא המידע
106	1.4.1.6	מגבלות על הזכויות
106	1.4.1.7	הזכות להתנגד לעיבוד המידע
106	1.4.1.8	אבטחה ושמירת סודיות
107	1.4.1.9	העברת מידע מחוץ לקהילה האירופית - Safe Harbor
107	1.4.2	בריטניה
108	1.4.3	קנדה
111	1.4.4	ארה"ב
111	1.4.4.1	המצב המשפטי לפני חקיקת כללי ה - Safe Harbor
114	1.4.4.2	כללי ה - Safe Harbor
116	1.4.4.3	ביקורת על הכללים
118	2	איסוף מידע ברשת האינטרנט ומסירתו לצד שלישי - סיכום המלצות הוועדה
118	2.1	איסוף מידע ללא הסכמת הגולש לעצם האיסוף
118	2.2	איסוף מידע בהסכמת הגולש לעצם האיסוף אך לא לשימוש במידע
119	2.3	איסוף בהסכמה
120		פרק חמישי: הגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט
120	1	איסוף מידע על קטינים ברשת האינטרנט - שיטות וסיכונים

- 122 .2 בעיות מיוחדות לקטינים
- 123 .3 משפט משווה
- 123 .3.1 COPPA
- 126 .3.1.1 אכיפת החוק
- 126 .3.1.2 האם החוק משיג את מטרותיו
- 128 .4 הגנה על קטינים במשפט הישראלי
- 128 .4.1 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות
- 129 .4.1.1 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ורשת האינטרנט
- 131 .4.2 חוק הגנת הפרטיות
- 132 .5 המלצות הוועדה בנוגע להגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט
- 133 פרק שישי: חתימה אלקטרונית
- 133 .1 חוק חתימה אלקטרונית
- 137 .1.1 תקנות חתימה אלקטרונית (רישום גורם מאשר וניהול)
- 138 .1.2 תקנות חתימה אלקטרונית (חתימה אלקטרונית מאובטחת, מערכות חומרה ותוכנה ובדיקת בקשות)
- 138 .1.3 צו חתימה אלקטרונית (קביעת תוספות לחוק)
- 138 .1.4 יישום החוק
- 139 פרק שביעי: המלצות הוועדה
- 139 .1 פרק ראשון: חוזים אלקטרוניים
- 139 .1.1 תוקפם של חוזים אלקטרוניים - כללי
- 139 .1.2 תוקפם של חוזים אלקטרוניים שקיימת לגביהם דרישת כתב
- 139 .1.3 חוזים ופעולות משפטיות שלא ניתן לבצע באמצעות מסמך אלקטרוני
- 140 .1.4 גילוי בכתב של פרטי מידע לפני כריתת החוזה
- 140 .1.5 מתן הזדמנות לעיין בתנאי החוזה בטרם הכריתה
- 140 .1.6 כריתת חוזה באמצעות סוכן אלקטרוני
- 141 .1.7 הסכמת הצדדים לכריתת החוזה באמצעים אלקטרוניים

- 141 1.8. מועד ומקום משלוח וקבלת המסמך האלקטרוני
- 142 1.9. אישור ביצוע פעולות
- 142 1.10. פגמים בכריתה הייחודיים לסביבה האלקטרונית
- 142 1.11. ייחוס הפעולה בהיעדר חתימה אלקטרונית
- 142 **2. פרק שני: חוזים אלקטרוניים צרכניים**
- 142 2.1. תוקפו של חוזה אלקטרוני צרכני
- 143 2.2. דרישת הכתב בחוזים צרכניים
- 143 2.3. הזדמנות לעיין בחוזה
- 143 2.4. הרחבת חובת הגילוי הנדרשת במסגרת מכר מרחוק
- 143 2.5. מתן זכות ביטול מיוחדת בשל טעות לעסקאות צרכניות אלקטרוניות
- 144 **3. פרק שלישי: אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שחיבר צד שלישי**
- 144 3.1. אחריות בנוזיקין לביצוע עוולה באמצעות רשת האינטרנט
- 144 3.1.1. עוולת לשון הרע
- 144 3.1.2. עוולות מסחריות
- 144 3.1.3. עוולה לפי חוק הגנת הפרטיות
- 144 3.1.4. עוולת הרשלנות
- 145 3.1.5. עוולה לפי חוק הגנת הצרכן
- 145 3.2. אחריות ספקי שירותי אינטרנט בגין תוכן שחובר על ידי צד שלישי
- 145 3.2.1. אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן המהווה עוולה בנוזיקין
- 145 3.2.2. אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן המהווה הפרת זכות יוצרים מבצעים ומשדרים
- 146 3.3. הסדרת אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט והתנאים לפטור
- 146 3.3.1. הגדרת ספק שירותי אינטרנט
- 146 3.3.2. פטור מאחריות בנוזיקין ובזכות יוצרים מבצעים ומשדרים לספקי שירותי אינטרנט
- 146 3.3.3. הסדר אחיד או נפרד לפטור בנוזיקין ובזכות יוצרים מבצעים ומשדרים
- 146 3.3.4. התנאים לפטור מאחריות
- 146 3.3.5. התניית הפטור לספק שירותי אירוח בהסרת החומר או בהגבלת גישה אליו
- 147 3.3.6. חיוב ספק שירותי אירוח למסור פרטים מזהים אודות מחבר התוכן
- 147 3.3.7. סייג לפטור לספקי שירותי אינטרנט מאחריות ללשון הרע שחוברה על ידי אחר
- 148 **4. פרק רביעי: הגנת הפרטיות ברשת האינטרנט**
- 148 4.1. איסוף מידע ללא הסכמה לעצם איסוף המידע
- 148 4.1.1. תחולת חוק הגנת הפרטיות
- 149 4.1.2. תחולת החוק למניעת הטרדה מאיימת

149	4.1.3	תחולת חוק האזנת סתר
149	4.1.4	תחולת חוק המחשבים
149	4.1.5	תחולת פקודת הנזיקין - הסגת גבול במיטלטלין
150	4.2	איסוף מידע בהסכמה לעצם האיסוף ובהעדר הסכמה לשימוש במידע
150	4.2.1	תחולת חוק הגנת הפרטיות
150	4.2.2	תחולת חוק עשיית עושר ולא במשפט
150	4.3	איסוף בהסכמה לאיסוף ולשימוש במידע
150	4.3.1	תחולת חוק הגנת הפרטיות
151	4.3.2	תחולת חוק החוזים האחידים
151	5	פרק חמישי: הגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט

מבוא

1. הוועדה

המחלקה האזרחית ביעוץ וחקיקה במשרד המשפטים החלה, עוד בשנת 1999, בבחינת ההיבטים המשפטיים של המסחר האלקטרוני, לרבות הצורך בהתאמת החקיקה למציאות הטכנולוגית המשתנה; בחינה זו נעשתה בשיתוף עם גורמים ממשרדים אחרים. במשך הזמן התעורר הצורך במיסוד העבודה. לשם כך מינה שר המשפטים, ד"ר יוסי ביילין, ביום 25 לפברואר 2001, וועדה לבדיקת הבעיות המשפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני (להלן - הוועדה). הוועדה נתבקשה לבחון את הבעיות המשפטיות בתחומי החוזים, הנזיקין, הקניין הרוחני, המשפט הבינלאומי הפרטי, הגנת הצרכן, הגנת הפרטיות, שימוש באמצעי תשלום, וכן בעיות בתחומים אחרים אשר הוועדה תמצא, כי הם נוגעים לנושא.

חברי הוועדה שמונו הם: מר בועז דולב, מנהל פרוייקט תהיל"ה, משרד האוצר; מר מירון הכהן, היועץ המשפטי, משרד המסחר והתעשייה; גב' עדנה הראל, היועצת המשפטית למשרד המדע, התרבות והספורט; פרופ' חגית מסר-ירון, המדענית הראשית, משרד המדע, התרבות והספורט; גב' דינה עברי-עומר, עוזרת ראשית ליועץ המשפטי, משרד התקשורת; גב' ורדה לוסטהויז, משנה ליועץ המשפטי, בנק ישראל; מר הרצל רביניאן, אגף שוק ההון, הביטוח והחיסכון, משרד האוצר; גב' ליאורה הירשהורן, אגף שוק ההון, הביטוח והחיסכון, משרד האוצר; מר טל הרמתי, מנהל מערכות מידע (בפועל), משרד האוצר; מר אלן זיסבלט, ממונה בכיר (ייעוץ וחקיקה), משרד המשפטים; גב' דלית דרור, ממונה בכירה (ייעוץ וחקיקה), משרד המשפטים; מר בני רובין, ממונה (ייעוץ וחקיקה) משרד המשפטים; גב' שגית אפיק, עוזרת (ייעוץ וחקיקה), משרד המשפטים; גב' ליהי פלדמן, עוזרת (ייעוץ וחקיקה), משרד המשפטים; מר ניסים זימבר, לשכה משפטית, משרד הביטחון; גב' רונית קנטור, לשכת הפרסום הממשלתית; מר נמרוד קוזלובסקי, עוזר לשופט בית המשפט העליון, מרצה למשפט האינטרנט וסחר אלקטרוני¹.

הגב' טנה שפניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), מונתה ליושבת ראש הוועדה.

במהלך עבודת הוועדה פרשו ממנה מר נמרוד קוזלובסקי, הגב' שגית אפיק, מר הרצל רביניאן ומר טל הרמתי, אשר עזבו את שירות המדינה. הגב' ליהי פלדמן מונתה כמרכזת הוועדה, ובמהלך תקופת עבודתה של הוועדה החליפה אותה הגב' תמר קלהורה. יועצים מקצועיים לוועדה, בתחילת דרכה, היו מר שמיל גינסברג ומר יורי קושוורובסקי.

¹ תואריהם ותפקידיהם של חברי הוועדה כפי שהיו בעת המינוי.

2. דרך עבודת הוועדה

לבעיות המשפטיות הכרוכות במסחר האלקטרוני שני מאפיינים מיוחדים: מדובר בתחום חדש בכל העולם, ולפתרונות המשפטיים השלכות בינלאומיות, משום שהמסחר האלקטרוני, מעצם טיבו, חוצה גבולות.

הוועדה בחנה, האם ניתן להחיל את החקיקה הקיימת בכל נושא מן הנושאים שנבחנו על ידה על המסחר האלקטרוני, במישרין או בדרך של פרשנות, או שמא יש צורך בחקיקה מיוחדת. מאחר שמדובר בנושא חדשני, בעל אופי חובק עולם, נדרשה במהלך העבודה הכרת המצב המשפטי במדינות אחרות. בנושא המסחר האלקטרוני מצוי שפע רב של חומר משפטי השוואתי, שכן מדינות רבות ברחבי העולם חוקקו חוקים המסדירים היבטים שונים של הנושא. לאור היקפו העצום של החומר, בחרה הוועדה להתמקד כמקור להשוואה בעיקר במשפט הקהילה האירופית ובמשפט האמריקאי הפדרלי, כאשר מדי פעם, בסוגיות מיוחדות, נבחנו גם שיטות משפט נוספות, כגון שיטות משפט במדינות אירופיות שונות, וכן שיטות המשפט הקנדית. כמו כן נעזרה הוועדה, בחלק החוזים, בחקיקה לדוגמא של האו"ם.

הוועדה החליטה על סדר הדיון בנושאים לפי הצורך במציאת פתרונות משפטיים לבעיות שהתעוררו בחיי המעשה. הוועדה התחשבה גם במידת "הבשלות החקיקתית" של הסוגיות השונות במשפט המשווה.

3. היקף דו"ח הביניים

כנושא ראשון נבחר, עוד על ידי הצוות שקדם לוועדה, נושא החתימה האלקטרונית, משום שהתברר שהשימוש בחתימה אלקטרונית עשוי לסייע במסחר האלקטרוני, ביחסים בין הרשויות השלטוניות לאזרח, כמו גם בתחומים אחרים. בנושא זה נדרשה וודאות משפטית ברמה של חקיקה ספציפית. לפיכך קיימה הוועדה מספר ישיבות בנושא, ומשרד המשפטים הכין הצעת חוק, וליווה אותה עד לחקיקת חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א - 2001.

הנושאים הנוספים בהם דנה הוועדה הם הבעיות המשפטיות שעורר המסחר האלקטרוני בדיני החוזים, בדיני הגנת הצרכן ובדיני הגנת הפרטיות. במסגרת הדיון בהגנת הפרטיות ברשת האינטרנט דנה הוועדה גם בשאלה, האם יש צורך להגן באופן מיוחד על פרטיותם של קטינים ברשת האינטרנט. נושא נוסף שנדון בוועדה הוא נושא אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שחובר על ידי צד שלישי.

הוועדה החליטה לפרסם דו"ח ביניים, ולא לחכות עד לסיום הדיון בכל הנושאים, מאחר שמדובר בסוגיות, שאינן בהכרח קשורות זו לזו. ולכן, לאחר שגיבשה הוועדה את מסקנותיה

בתחומים מסוימים, נראה היה שרצוי שהגורמים האחראים לנושא יוכלו להתחיל בהליך חקיקה או בבדיקתו בפורומים נוספים.

הוועדה לא דנה בשלב זה במספר נושאים, הקשורים גם הם למסחר אלקטרוני:

(א) משפט בינלאומי פרטי ברשת האינטרנט: התברר, כי נושא זה טרם הוסדר בעולם, וכי כיום מוסדות בינלאומיים שוקדים על הכנת אמנה בנושא. לאור טיבו של הנושא, המחייב מציאת פתרון התואם את המקובל במדינות אחרות, הוחלט שאין טעם להכין הסדר ייחודי לישראל, ויש להמתין להשלמת האמנה בנושא, שנידונה לאחרונה בהאג.

(ב) קניין רוחני: בנושא זה דנה הוועדה באחריותם של ספקי שירותי אינטרנט להפרות זכויות יוצרים, הוועדה נמנעה מלעסוק בשאלת התאמתם של דיני הקניין הרוחני בכלל לעולם המסחר האלקטרוני, שאלה אשר מטופלת על ידי משרד המשפטים במסגרת החקיקה החדשה שהוא מכין בנושא זה.

(ג) שמות מתחם: הנושא נדון בעבר במשרד המשפטים, והנטייה הייתה שלא להתערב בדרך של חקיקה, לאור העובדה, שקיים הסדר וולונטרי²; ייתכן שיש מקום לבחון את הנושא מחדש.

(ד) ביטוח: הביטוח באמצעות רשת האינטרנט התפתח מאוד בתקופה האחרונה, ויש מקום שהוועדה תיתן את דעתה לנושא בעתיד.

(ה) תשלומים אלקטרוניים: הוועדה לא נתנה דעתה על הנושא, ויהיה מקום לבחון האם לדון בו, לאור ההתפתחויות בנושא זה בעולם.

(ו) שונות: קיימים מספר נושאים, הקשורים למסחר אלקטרוני בפרט ולרשת האינטרנט בכלל, שלא נדונו בוועדה, משום שבהרכבה הנוכחי היא אינה הפורום המתאים. הנושאים העיקריים הם: דיני הראיות, שיש לדון בהם באופן כללי, ולא רק מן הפן המסחרי-אזרחי; משפט פלילי - תחום שאינו שייך לגדר התחומים בהם נתבקשה הוועדה לדון; דיני ההסתה וחופש הביטוי - ככל שהדברים אמורים בתכנים ברשת האינטרנט בכלל, שאינם בעלי אופי מסחרי דווקא, ואשר צריכים להתלבן במסגרת המורכבת ממומחים בתחומים אלה.

² הקצאת שמות מתחם בישראל נעשית כיום על ידי איגוד האינטרנט הישראלי.

פרק ראשון: חוזים אלקטרוניים

החוזה הוא הבסיס המשפטי לעסקאות מסחריות בכלל, כמו גם לעסקאות אלקטרוניות. לכאורה, אין גבול לעסקאות שניתן להתקשר בהן על ידי תקשורת בין מחשבים - לא מבחינת התוכן, ולא מבחינת הצורה. המסחר האלקטרוני פתח את השער בפני בעלי עסקים מקצועיים העולם להתקשר ביניהם בחוזה במהירות, ובעלויות נמוכות, ובפני הצרכן את היכולת לרכוש מוצרים ושירותים מספקים שונים ברחבי העולם. ניתן לכרות חוזה באמצעות הדואר האלקטרוני, בין שני אנשים שבחרים להשתמש בדואר האלקטרוני במקום בדואר רגיל או בפקס, או באמצעות אתר אינטרנט. ניתן גם לכרות חוזה בין אדם לבין הסוכן האלקטרוני של הצד השני, או באמצעות תקשורת בין מחשבים, ללא התערבות אנושית בכריתת החוזה. בפועל, דווקא הקלות בה ניתן לכרות חוזים באופן אלקטרוני עוררה שאלות רבות לגבי תוקפם, אופן כריתתם, וביטולם של חוזים שנקשרו בדרך זו.

הוועדה בחנה היבטים שונים של מסחר אלקטרוני, הנוגעים לשלבים השונים של חיי החוזה בשלב הטרם חוזי, בשלב הכריתה ובשלב קיום החוזה. אחת השאלות שהתעוררו הייתה, האם עדיין יש צורך בדרישת כתב בחוזים, ובפעולות משפטיות חד צדדיות, ואם כן, האם כל מסמך אלקטרוני יכול לעמוד בדרישת הכתב.

הפרק הראשון כולל ארבעה חלקים. החלק הראשון עוסק בתוקפם של חוזים אלקטרוניים: תחילה תידון שאלת תוקפה של כריתת חוזה באמצעים אלקטרוניים באופן כללי. אחר כך יידון תוקפם של חוזים אלקטרוניים, שקיימת לגביהם דרישת כתב. במסגרת זו יידונו דרישת הכתב בחוזים, והשאלה מהו מסמך אלקטרוני, וכיצד הוא יכול לקיים דרישה זו, ומהם החוזים החריגים, לגביהם ייקבע, שלא ניתן לכרות אותם באופן אלקטרוני. בחלק השני יידונו סוגיות הנוגעות לשלב הטרם חוזי, כגון חובת גילוי של פרטים מסוימים, ומתן הזדמנות לעיין בפרטי החוזה בטרם הכריתה. בחלק השלישי יידונו סוגיות הנוגעות לכריתת חוזה אלקטרוני, כגון השאלה האם יש צורך בהסכמה מיוחדת של הצדדים לאופן הכריתה, ומה תוקפו של חוזה שנכרת באמצעות סוכן אלקטרוני. בחלק הרביעי והאחרון יידונו שאלות הנוגעות לקיום החוזה: שאלת המועד בו נשלח ונתקבל מסר אלקטרוני, האם יש צורך באישור ביצוע הפעולה המשפטית, כגון אישור הגעת המסר האלקטרוני המכיל את קיבול ההצעה, השפעתן של טעויות על החוזה האלקטרוני, ולבסוף, שאלת ייחוס ביצוע הפעולה.

בפרק זה יידונו השאלות הנוגעות לחוזים באופן כללי, ואילו הסוגיות המיוחדות לחוזים צרכניים יידונו באופן מפורט בפרק נפרד בהמשך. בכל חלק תוצג עמדת המשפט הישראלי, ותובא, ככל שניתן, התייחסות לשיטות משפט אחרות בשאלות האמורות, וכן יובאו המלצות הוועדה.

1. תוקפו של חוזה שנכרת באופן אלקטרוני

השאלה הראשונה היא, האם יש מקום להכיר בתוקף המשפטי של התקשרויות חוזיות שנעשו באופן אלקטרוני. השאלה מתעוררת לאור הסיכון הרב הכרוך באופן התקשרות זה, הנובע בעיקר מן הקושי לוודא את זהות המתקשרים בחוזה, וכן בשל הקלות בה עשוי אדם למצוא עצמו מתקשר בחוזה, מבלי שהוא מודע לכך.

תחילה תידון השאלה באופן כללי, ואחר כך תידון בנפרד השאלה ביחס לחוזים שקיימת לגביהם דרישת כתב, שכן ביחס לחוזים אלה מתעוררת השאלה האם ניתן למלא אחר דרישת הכתב באמצעות מסמכים אלקטרוניים, ואם כן, האם הדבר אפשרי באמצעות כל מסמך אלקטרוני או שיש לקבוע תנאים מיוחדים. כמו כן תיבחן השאלה, האם קיימים חוזים, לגביהם נדרש כתב, שלא רצוי לאפשר את כריתתם באופן אלקטרוני.

1.1 תוקפם של חוזים אלקטרוניים - כללי

הספק בדבר תוקפם של חוזים אלקטרוניים נובע מן העובדה, שניתן להתקשר בחוזה אלקטרוני בקלות, בלחיצה קלה על מקש במקלדת המחשב, מבלי שלמתקשר תהיה מודעות לכך שבלחיצה זו נכרת חוזה³, דבר שעשוי להעמיד בספק את גמירת הדעת שלו להתקשר בחוזה. שיטות משפט שונות הכירו בתוקפם של חוזים אלקטרוניים, אך קבעו, כפי שיפורט בהמשך, רשימה של חריגים, היינו, חוזים שלא ניתן יהיה לכרות באופן אלקטרוני⁴.

³ הבעיה החלה בארה"ב עוד לפני עידן המסחר האלקטרוני, בחוזה "Shrink-Wrap" - חוזים למכירת תוכנה שבהם חלק מתנאי החוזה הופיעו בתוך המוצר, מתחת לעטיפה, ופתיחת עטיפת הניילון נחשבה להסכמה לתנאים וכריתת החוזה. ב - *Procd v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447, 1450 (7th Cir. 1996) נקבע, כי מאחר שלצרכן ניתנה הזדמנות לעיין בתנאי ההסכם (אמנם לאחר רכישת המוצר), הרי ששימוש במוצר מהווה הסכמה לתנאים שבו, ולכן התנאים תקפים. אחריו באו פסקי דין נוספים שעסקו בחוזים אלה, כמו *Hill v. Gateway* 105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997) שאישרו גם הם את תנאי ההסכמים. עם התפתחות המסחר האלקטרוני, נוצרה למעשה אותה בעיה: לחיצה על מקש "אני מסכים" נחשבה לאקט כריתת החוזה, ולהסכמה לתנאים הכלולים בו, כאשר פעמים רבות לא ניתנה למתקשר הזדמנות לראות את התנאים בטרם הכריתה. בתי המשפט בארה"ב דחו את הטענות נגד תוקפם של חוזים אלקטרוניים, והעדיפו לבחון את תוכן ההתקשרות. ראו:

Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie Inc. 47 U.S. P.Q. 2d (BNA) 1020 (N. D. Cal. 1998); *Caspi v. Microsoft Network L.L.C* 732 A.2d 528 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999); *In Re Realnetworks* 2000 U.S. Dist. LEXIS 6584 (May 2000); *American Eyewear v. Peeper's Sunglasses*, 106 F. Supp. 2d. 895 (May 2000).

⁴ שיטות המשפט שנסקרו הן ארה"ב, קנדה והאיחוד האירופי.

במשפט האיחוד האירופי, מוסדר עניין החוזים האלקטרוניים בצו המסחר האלקטרוני⁵. הפרק השלישי בצו זה עוסק בחוזים שנכרתים באמצעים אלקטרוניים, והוא קובע, כי על חברות האיחוד להבטיח שניתן יהיה לכרות חוזים באמצעים אלקטרוניים, למעט מספר חריגים⁶. הצו נכנס לתוקף ביום 17.7.00, והוא אמור היה להיות מיושם על ידי חברות האיחוד עד ליום 17.1.02, אך עד עתה, רק חלק ממדינות האיחוד החלו ביישומו⁷. כך, למשל, בספרד, קובע חוק המסחר האלקטרוני, כי חוזה שנכרת באופן אלקטרוני צריך לעמוד בדרישות החוק הנוגעות לחוזים באופן כללי, ומשמעמד בהם, הרי הוא תקף לכל דבר ועניין, ויחולו עליו הוראות החוק האזרחי, המסחרי והצרכני הכללי⁸.

בארה"ב קובע ה - UETA⁹, חוק לדוגמא שעוסק בעסקאות אלקטרוניות, כי אין לשלול מחוזה את תוקפו המשפטי או את קבילותו רק משום שהוא נכרת באופן אלקטרוני¹⁰. בקנדה, קובע החוק לדוגמא, ה - UECA¹¹, שלא יישללו תוקפו או קבילותו של חוזה רק משום שהוא נכרת באופן אלקטרוני¹².

1.1.1. המלצת הוועדה

הוועדה מציעה לאמץ את הגישה, שתוקפו של חוזה לא ייפגם רק משום שהוא נכרת באמצעים אלקטרוניים.

⁵ Directive 2000/31/ec of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 **On Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market** (Directive On Electronic Commerce) (להלן - צו המסחר האלקטרוני האירופי).
⁶ סעיף 9 לצו מציינ את החריגים: חוזי נדל"ן, חוזי ערבות, חוזים הקשורים לדיני משפחה וירושה, או חוזים הדורשים מעורבות של רשויות ציבוריות (Requiring Involvement Of Public Authorities).
⁷ המדינות בהן יושם הצו הן גרמניה, לוקסמבורג, בריטניה, ספרד ואיטליה. בצרפת הוכנה הצעת חוק, וכך גם בדנמרק.
⁸ סעיף 23 לחוק המסחר האלקטרוני הספרדי.

⁹ **Uniform Electronic Transactions Act, 2000** (להלן - UETA).

¹⁰ סעיף 7(B) ל-UETA.

¹¹ **Uniform Electronic Commerce Act (1999)** (להלן - UECA). זהו חוק לדוגמא, שהוצע בשנת 1999 על ידי ה-Uniform Law Conference Of Canada (ULCC). חוק זה אכן שימש כדוגמא לפרובינציות הקנדיות, שחוקקו במהלך השנים 2000 ו- 2001 חוקים משלהן, הנוגעים למסחר אלקטרוני: מניטובה, ססקצוואן, ניו-ברונסוויק, נובה סקוטיה ויוקון. החוקים מתייחסים הן להיבטים הראייתיים של מסמכים אלקטרוניים, והן לשאלות חוזיות, כגון כתב, הצורך באשרור קבלת מסר אלקטרוני, סוכנים אלקטרוניים וכדומה. בנוסף, קיים חוק פדרלי קנדי, המסדיר היבטים שונים של מסמכים אלקטרוניים כגון פרטיות וקבילות, אך לא מזוהות חוזית-מסחרית.
¹² סעיף 20 ל- UECA.

1.2. תוקפם של חוזים אלקטרוניים שקיימת לגביהם דרישת כתב

בהנחה שיוכר תוקפם של חוזים שנכרתו אלקטרונית, עדיין יש לבחון אם דברים אלה אמורים גם לגבי חוזים, שקיימת לגביהם בחקיקה דרישת כתב. לשם כך יש לבחון תחילה את משמעות המונח "כתב", ואת הטעמים העומדים ביסוד דרישת הכתב. אחר כך יש לבחון מהו מסמך אלקטרוני, ואם יש בו כדי למלא אחר דרישת הכתב.

חיי המסחר מסתייעים במסמכים בכתב. חוזים ופעולות משפטיות חד צדדיות טעונים כתב, וגם עסקאות, שאינן טעונות כתב על פי חיקוק, כגון השכרת נכסים לתקופות קצרות, מתבצעות לעיתים קרובות בכתב, משום שהדבר מספק לצדדים ודאות באשר לקשירת העסקה ולתוכנה. השאלה היא, האם במעבר לעולם המסחר האלקטרוני, חל שוני בצורך בתיעוד עסקאות ופעולות משפטיות שונות, לגביהן הייתה קיימת עד היום דרישת כתב ב"מסמכי נייר". כלומר, האם יש צורך בהתייחסות מיוחדת למסמכים אלקטרוניים, או שהם נכללים בהגדרה הקיימת של המונח "בכתב". במידה שיש צורך בהגדרה מיוחדת, השאלה היא מהן הדרישות שצריך למלא מסמך אלקטרוני שיחליף את "מסמך הנייר". לשם מתן תשובה לשאלה זו, יש להתחקות אחר מהותו של מסמך הנייר, ולהבין מדוע התפתח הצורך במסמכים בכתב בעולם המסחר ה"ישין". לאחר מכן ניתן יהיה לבחון, מהו התחליף הראוי, אם בכלל.

בחלק זה ייבחנו דרישת הכתב בעיקר בהקשר החוזי¹³, על בסיס שיטות משפט שונות, אשר הציעו הסדר משפטי לבעיה.

1.2.1 דרישת הכתב

חוק הפרשנות, התשמ"א - 1981 מגדיר את המונח "בכתב" כך: "לרבות בכל דרך אחרת של הצגת אותיות, ספרות או סימנים בצורה הנראית לעין או הניתנת לפענוח חזותי"¹⁴. לכאורה, הגדרה רחבה זו יכולה לחול גם על מסמכים אלקטרוניים, ולפיכך יש בהם כדי לקיים את דרישת הכתב, ללא צורך בשינויי חקיקה. אולם בהגדרה כללית זו יש לעשות שימוש בהתאם לתכליות שהכתב מבקש להשיג בהקשרים שונים וספק, כפי שיפורט בהמשך, אם כל מסר אלקטרוני באשר הוא יכול אמנם למלא אחר התכליות המבוקשות.

מקובל להבחין בין שני סוגים עיקריים של דרישת כתב¹⁵: דרישת כתב ראייתית ודרישת כתב מהותית. ההבדלים העיקריים ביניהם הם:

¹³ בנוסף, ייבחנו דרישות כתב גם במספר פעולות משפטיות חד צדדיות.
¹⁴ חוק הפרשנות, התשמ"א - 1981 (להלן - חוק הפרשנות), סעיף 1.

(א) היקף הכתב הנדרש - בדרישת כתב מהותית, הכתב הוא היוצר את העסקה, ולכן כל מרכיביה החיוניים חייבים להיות בכתב¹⁶. בדרישה ראייתית, העסקה קיימת גם בלא כתב, ולכן יקלו בכמות הכתב הנדרש, ויסתפקו רק בחלק ממנו כאשר השאר ניתן להוכחה בעל פה¹⁷.

(ב) תחליף לדרישת הצורה - כאשר הדרישה מהותית, בהיעדר הכתב אין עסקה, ולכן לא ניתן לדבר על תחליף לפעולה משפטית שכלל לא נעשתה¹⁸. כאשר הדרישה ראייתית, לעסקה קיום עצמאי אף ללא כתב, ולכן, אם ניתן לאתר תחליף ראייתי לדרישת הכתב, ניתן להשתמש בו.

(ג) אי התנגדות של בעל דין - בדרישה ראייתית, אי התנגדותו של צד מכשירה את הראיה, היינו, אם צד לא התנגד להשמעת ראיה בעל פה בדבר קיומו של חוזה, רואים זאת כוויתור על דרישת הכתב. לעומת זאת, בדרישה מהותית, גם אם לא התנגד בעל דין להשמעת ראיה בעל פה בדבר החוזה שנוצר, לא ייחשב הוא כמוותר על דרישת הכתב, שכן הכתב הוא היוצר את הזכות.

(ד) הודאת בעל דין - כאשר מדובר בדרישה ראייתית, הודאת בעל דין בקיומו של חוזה מהווה תחליף לכתב, אך לא כך כאשר מדובר בדרישה מהותית.

(ה) קיום עילת השבה או עילה לביצוע על פי החוזה - אם לא קוימה דרישת כתב מהותית, אין חוזה, וממילא אין עילה להשבה, או לביצוע על פי החוזה, מה שאין כן במצב בו דרישת הכתב היא ראייתית.

(ו) תוקף חוזה שלא הועלה על הכתב כלפי צדדים שלישיים - כאשר חוזה לא הועלה על הכתב, ודרישת הכתב היא ראייתית, החוזה תקף כלפי צדדים שלישיים. אם דרישת הכתב היא מהותית, הרי שאין חוזה, ולכן אין לו תוקף כלפי צדדים שלישיים.

פרידמן וכהן מציינים, כי לא בכל מקרה סיווגה של דרישת כתב חוזית כדרישה מהותית או ראייתית יחיל את כל המשמעויות הנובעות ממנה¹⁹. לעיתים, אי קיומה של דרישת כתב מהותית לא ישלול מן העסקה את תוקפה המשפטי, אלא רק יפגום במעמדה. כך, למשל, הסכם בוררות שנעשה בעל פה²⁰ תקף, אלא שחוק הבוררות לא יחול עליו.

¹⁵ ד"ר פרידמן ונ' כהן חוזים א (אבירם, התשנ"א - 1991) עמ' 402 (להלן - פרידמן וכהן).

¹⁶ אם כי יש לציין, כי במהלך השנים האחרונות "כרסם" בית המשפט העליון בדרישת הכתב מהותית, באמצעות הרחבת השימוש בעקרון תום הלב. בשיאו של התהליך הורה בית המשפט על אכיפת הסכם קומבינציה במקרקעין, מכוח עקרון תום הלב, בהיעדר הסכם בכתב. ראו: ע"א 986/93 יעקב קלמר נ' מאיר גיא ואח', פ"ד נ(1) 185.

¹⁷ הדבר אינו נכון בהכרח בכל ההקשרים בהם לדרישת הכתב יש מטרה ראייתית.

¹⁸ אם כי פרידמן וכהן מציינים, כי אובדן הכתב אינו מביא לאובדן עילת התביעה. ראו שם, בעמ' 402.

¹⁹ שם, בעמ' 406.

²⁰ בניגוד להוראות סעיף 1 לחוק הבוררות, התשכ"ח - 1968.

1.2.2. תכלית דרישות הכתב

מן האמור לעיל עולה, כי יש חשיבות רבה לשאלה, האם דרישת כתב מסוימת היא דרישה מהותית או דרישה ראייתית. בדרך כלל, החוק המציב את דרישת הכתב אינו מתייחס מפורשות לשאלה זו, ואת התשובה יש ללמוד מפרשנות החוק הרלבנטי ומתכלית דרישת הכתב, בהקשר המסוים בו היא נדונה.

בבסיס דרישת הכתב המהותית, עומדת תכלית הרתעתית, שעיקרה הגנה על המתקשר²¹. כאשר מתקשר יודע, כי תנאי לתקפות העסקה שבה הוא עומד להתקשר, הוא העלאתה על הכתב, הוא יקדיש, מן הסתם, מחשבה נוספת לבחינת רצונו האמיתי להתקשר באותה עסקה. דרישת הכתב מבטיחה את המתקשר מפני קלות הדעת והפיזיות, העשויות להיות כרוכות בהבטחות הניתנות בעל פה. הכתב יוצר חזקת רצון והסכמה להתחייבות משפטית²². תכלית נוספת של דרישת הכתב היא התכלית הראייתית. דרישת הכתב מסייעת למנגנון המשפטי להימנע מטעויות, שכן ראייה שבכתב נחשבת מהימנה יותר מראיה שבעל פה. היא נתונה לסכנה פחותה של "ייצור" עדויות, ואין היא חשופה לחולשת הזיכרון האנושי כמו ראייה בעל פה. כאשר ההתחייבות מועלית על הכתב, נשמר תוכנה בצורה מדויקת.

לכאורה, אם כן, יתרונותיה של דרישת הכתב היו צריכים להביא לכך שכל פעולה תיעשה בכתב, ואולם לדרישת הכתב גם חסרונות וביניהם הכבדה על עסקאות, ולעיתים היא כלל לא מעשית. בנוסף, באותם מקרים בהם חסר הכתב, חסר זה עלול להביא לחסימת תביעות צודקות שמבוססות על עסקה או פעולה רק משום שלא הועלו על הכתב.

בעת הטלת דרישת כתב בחקיקה, ולענייננו, בעת פרשנות המונח "כתב", יש לשקול את יתרונות הכתב מול חסרונותיו. השיקולים המרכזיים הם²³: החשיבות הכלכלית של העסקה, האם מדובר בעסקת חסד²⁴, והאם מהות העסקה מחייבת כתב, כמו למשל שטר או מסמך סחיר²⁵; האם דרישת הכתב נחוצה על מנת למנוע ניצול או הטעיה של הלקוח, כבמקרה בו קיימים פערי

²¹ פרידמן וכהן, בעמ' 391.

²² שם, שם. ראו גם דני"א 1522/94 שמואל נייגר נ' רינה מיטלברג, פ"ד מט(5), 314, עמ' 324-325, בו אמר בית המשפט את הדברים הבאים: "אלא שלא כל הבעת רצון משתכללת לכדי פעולה בעלת נפקות משפטית. החוק מעמיד - ולא בכדי - דרישות וכללים שרק בהתקיימם הופך רצונו של אדם לפעולה משפטית בעלת תוקף מחייב. לדוגמא, דרישת הכתב במקרקעין, דרישת כתב בהתחייבות לתת מתנה, דרישות לעניין צוואה, דרישות לעניין דרכי ביטול של התחייבות חוזית, ועוד כיוצא באלה. כללים אלה מגינים על האינטרסים של כל הנוגעים בדבר, מונעים הפיכת אמירה גרידא להתחייבות מחייבת ומקנים רצינות, יציבות וודאות לאמירה הלוברשת את הצורה הנכונה כדי להשתכלל לכדי פעולה משפטית". סעיף 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח - 1968 קובע כי התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב וכי הנותן רשאי לחזור בו מן ההתחייבות כל עוד המקבל לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות (סעיף 5(ב)). דרישת הכתב בחוק המתנה מלמדת על הכוונה ליצור יחס משפטי מחייב (פרידמן וכהן בעמ' 374).

²³ פרידמן וכהן, בעמ' 394 - 397.

²⁴ סעיף 5(א) לחוק המתנה. הרציונל הוא, לדברי פרידמן וכהן, כי עסקה זו גורמת לנותן המתנה "נזק" כלכלי, ואף כי אדם רשאי לעשות זאת, בנסיבות אלה יש להגן עליו מפני שיקול דעתו שלו ולסייג את כוח הרצון שלו על ידי דרישת כתב. אותו הגיון עומד, לדעתם, ביסוד דרישת הכתב שבסעיף 17 לחוק הנאמנות. שם, בעמ' 396.

²⁵ פרידמן וכהן מסווגים אף את ההסכם הקיבוצי כהסכם שמהותו דורשת כתב: שם, בעמ' 397.

כוחות בין הצדדים²⁶; האם החוזה נכרת בהקשר משפחתי - חברי (שיקול שעשוי לפעול לשני הכיוונים)²⁷; האם החוזה הוא כולו לביצוע בעתיד; האם ההסתברות שתקוים גדולה²⁸.

באשר לשאלה, האם יש לפרש דרישת כתב כדרישה ראייתית או מהותית, קבע בית המשפט העליון²⁹, כהנחיה כללית, כי במקרה הרגיל תפורש דרישת כתב בדיני החוזים כראייתית, ורק נימוק כבד משקל יצדיק סטייה מהעקרונות החוזיים המקובלים והרגילים, לפיהם אין להתנכר לעצם קיומו של הסכם, שלמעשה הושג בין הצדדים, אפילו לא הועלה על הכתב³⁰.

לסיכום נקודה זו, נראה כי אמירתם של פרידמן וכהן יפה גם לעניין פרשנות דרישת הכתב באינטרנט³¹: "מקום שמוטלת דרישת צורה, אין לעשות את כוונתו של המחוקק פלסטר, ואין להתעלם ממנה. עם זאת, בדרישת הצורה אין קדושה; אין היא מהווה מטרה כשלעצמה. אם קיימים כלים אחרים המשמשים ערובה לכך, שהשיקולים העומדים מאחורי כללי הצורה אכן באו על סיפוקם, אין לדבוק בנוקשות בכללי הצורה; ראוי להפעיל במקומם כללים רציונליים המשמשים להם תחליף".

1.2.3 גישת שקילות הצורה (functional equivalent approach)

עם התפתחות המסחר האלקטרוני, ולאור קיומן של דרישות כתב בחוזים, נוצר הצורך לבחון, האם המסמכים האלקטרוניים מקיימים דרישות אלה. צורך זה הוביל להתפתחות גישה הנקראת גישת "שקילות הצורה", או גישת "השקילות הפונקציונלית", שמצאה עיגון בחוק לדוגמא של האו"ם - Uncitral Model Law On Electronic Commerce³² - "אביהם הרוחני" של חוקי המסחר האלקטרוני שנחקקו במדינות שונות. נקודת המוצא של הגישה היא הכרה בכך, שדרישת הכתב המסורתית מעמידה מכשול בדרכה של התפתחות אמצעי התקשורת בכלל, ושל המסחר האלקטרוני בפרט. לכן, יש לנתח את התכליות שעומדות מאחורי דרישת הכתב, ולראות האם ניתן לממש אותן באמצעות מסמכים אלקטרוניים.

על פי גישה זו, ככל שמטרת דרישת הכתב היא ראייתית, ניתן לממש אותה גם באמצעות מסמך אלקטרוני, שיכול לספק אותה מידת ביטחון כמו "מסמך נייר", ובמקרים רבים אף מידה גבוהה יותר. לפי גישה זו, אין לכפות על המשתמשים באמצעים אלקטרוניים סטנדרטים

²⁶ פרידמן וכהן מונים בספרם בקטגוריה זו את סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981, סעיף 5(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א - 1981, וסעיף 2(א) לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו - 1986: שם, בעמ' 397 - 398.

²⁷ שם, בעמ' 399.

²⁸ שם, בעמ' 400.

²⁹ ע"א 520/80 רוזנברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(1) 85, 100, מפי השופט (כתוארו אז) שמגר.

³⁰ לסיווגן של דרישות כתב שונות במשפט הפרטי כראייתיות או מהותיות ראו פרידמן וכהן, בעמ' 414 - 427.

³¹ שם, בעמ' 393 - 394.

³² להלן - החוק לדוגמא של האו"ם או החוק לדוגמא. הניתוח מבוסס על דברי ההסבר המצורפים לו.

מחמירים יותר של ביטחון לעומת המשתמשים בנייר. החוק לדוגמא של האו"ם אינו מנסה להגדיר מהו מסמך אלקטרוני שווה ערך ל- "מסמך נייר". תחת זאת, הוא מפרט רשימה של דרישות, שמסמך אלקטרוני המקיים אותן זוכה למעמד משפטי זהה לזה של המסמך המקביל לו בנייר. כלומר, לא כל מסמך אלקטרוני באשר הוא מקיים את דרישת הכתב, אלא רק מסמך אלקטרוני, העומד בדרישות מסוימות, שיפורטו להלן.

סעיף 5 לחוק לדוגמא קובע, כי לא יישלל תוקפו המשפטי המחייב של מידע אך ורק משום שהוא קיים בפורמט של "data message". המונח "data message" מוגדר כך:

"Information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange, electronic mail, telex or telecopy".

סעיף 6(1) לחוק לדוגמא קובע, כי כאשר חוק דורש שמידע מסוים יהיה בכתב, דרישה זו מתמלאת באמצעות מסר אלקטרוני אם המידע שנכלל במסר נגיש וניתן לשימוש (או להתייחסות) בהמשך (be usable for subsequent reference is accessible so as to). ניתן ליצור חריגים לכלל זה. הסעיף מתמקד ברעיון שעומד מאחורי דרישת הכתב, היינו, היכולת להפיץ את המידע, ולעייין בו. מכאן נובעת הדרישה, שהמידע הכלול במסר האלקטרוני יהיה "נגיש, וניתן לשימוש". במונח "נגיש" הכוונה לכך, שהמידע יהיה ניתן לקריאה ולהבנה, ושהתוכנה שעשויה להיות נדרשת לשם כך תהא נגישה אף היא. במונח "ניתן לשימוש" הכוונה היא לא רק לשימוש של בני אדם, אלא גם לשימושם של מחשבים, שיהיו מסוגלים לתקשר אלה עם אלה ללא מעורבות אנושית.

סעיף 10 לחוק לדוגמא, ה-Uncitral, קובע, כי מקום שחוק דורש שמסמכים מסוימים יישמרו (be retained), אזי ניתן לשומרם גם בפורמט של מסמך אלקטרוני, בתנאי שמתקיימים מספר תנאים מצטברים:

1. המידע שנכלל במסמך האלקטרוני נגיש לשימוש;
2. המסמך האלקטרוני נשמר בצורה בה הוא נוצר, נשלח או נתקבל, או בצורה שניתן להראות כי היא מייצגת בצורה מדויקת את המידע שנוצר, נשלח או נתקבל;
3. המידע נשמר בצורה המאפשרת זיהוי מקורו ויעדו של המסמך האלקטרוני, וכן הזמן והתאריך בו הוא נשלח או נתקבל.

להלן יתוארו מספר דברי חקיקה בארה"ב, בקנדה ובאיחוד האירופי, אשר יישמו את גישת שקילות הצורה ביחס למסמכים אלקטרוניים.

ה - UETA מגדיר מסמך אלקטרוני (electronic record) כך³³:

"A record created, generated, sent, communicated, received, or stored by electronic means".

ה - UETA קובע³⁴, כי אם הצדדים הסכימו להתקשר בעסקה אלקטרונית, וחוק דורש כי אדם ישלח, יעביר או יספק מידע בכתב לאדם אחר, דרישה זו מתמלאת אם המידע מסופק, מועבר או נשלח באמצעות מסמך אלקטרוני הניתן לאחזור על ידי מקבל המסמך בעת קבלתו. על פי החוק³⁵, מסמך אלקטרוני אינו ניתן לאחזור על ידי מקבל המסמך אם השולח, או מערכת עיבוד המידע שהוא מפעיל, שוללת ממקבל המסמך את היכולת להדפיס או לאחסן את המסמך האלקטרוני. התוצאה של שלילת האפשרות לאחזור את המסמך היא, כי המסמך האלקטרוני אינו ניתן לאכיפה נגד מקבל המסמך³⁶.

לעניין אחזור ושמירה של מסמכים קובע ה - UETA³⁷, כי אם חוק דורש שמסמך יישמר או יאוחזר, הדרישה מתמלאת באמצעות מסמך אלקטרוני, שעומד בשני תנאים: המסמך האלקטרוני משקף במדויק את המידע שנכלל במסמך עם יצירתו; נותר נגיש לעיון ושימוש נוספים. מסמך שעומד בתנאים אלו אף נחשב למקור, ולא להעתק³⁸.

חוק לדוגמא אחר, ה - UCITA³⁹, עוסק בחוזים שעניינם בתוכנה. הוא קובע⁴⁰, כי לא יישלל תוקפו של מסמך רק משום שהוא מסמך אלקטרוני. בדברי ההסבר לסעיף זה נאמר, כי מטרת הכלל האמור היא ליצור שקילות בין מסמך אלקטרוני לבין מסמך בנייר. החוק אינו מפרט דרישות נוספות, מעבר לכך, באשר לתקפותם של מסמכים אלקטרוניים.

³³ סעיף 2 ל - UETA.

³⁴ סעיף 8(A) ל - UETA.

³⁵ שם, שם.

³⁶ סעיף 8(C) ל - UETA.

³⁷ סעיף 10(A) ל - UETA.

³⁸ סעיף 10(D) ל - UETA.

³⁹ **Uniform Computer Information Transaction Act, 1999** (להלן - UCITA). חוק זה חל על עסקאות

במידע מחשב (Information Computer), מונח הכולל תוכנה, מוצרי מולטימדיה, מאגרי מידע ממוחשבים ומידע מקוון (בעיקר באמצעות האינטרנט). החוק מיועד להסדיר את כל העסקאות שמושאן הוא מידע, ולא חפץ פיזי.

⁴⁰ סעיף 107(A) ל - UCITA.

חוק ה - E-SIGN⁴¹ עוסק בעסקאות בינלאומיות או בין מדינתיות (בתוך ארה"ב). הוא קובע, כי בכפוף להוראות כל דין, לא יישלל תוקפו של חוזה או כל מסמך אחר הנוגע לעסקה שהחוק חל עליה, רק משום שהוא מסמך אלקטרוני⁴². בהמשך נאמר בו⁴³, כי אם חוק או תקנה הנוגעים לעסקה שהחוק חל עליה דורשים שמסמך יישמר או יאוחר, אזי הדרישה מתמלאת אם המסמך משקף במדויק את המידע שנכלל בו, ואם הוא נשאר נגיש לכל מי שזכאי להיות בעל גישה אליו מכוח חוק, לתקופה שנקובה באותו חוק, באופן שהוא ניתן להעתקה מדויקת לשם שימוש מאוחר, בין על ידי שידור, הדפסה או בכל דרך אחרת.

1.2.3.2 קנדה

החוק לדוגמא, ה - UECA, קובע, כי לא יישלל תוקפו המשפטי של מידע, ולא תיפגע היכולת לאכוף אותו, רק משום שהוא קיים בצורה אלקטרונית⁴⁴. דרישה בחיקוק כי מידע יהיה בכתב מתמלאת גם באמצעות מסמך אלקטרוני, אם המידע שהוא מכיל נגיש לשימוש נוסף⁴⁵. יצוין, כי בדברי ההסבר נאמר, שבעיני החוק לדוגמא מטרתה הבסיסית של דרישת הכתב היא ראייתית, היינו, הבטחת שמירת המידע שנכלל במסמך. לפיכך, תוצאה זהה יכולה להיות מושגת באמצעות מסמך אלקטרוני, אם המידע שבו נגיש כך שניתן יהיה לעשות במידע שימוש נוסף⁴⁶.

כאשר קיימת דרישה בחיקוק, כי אדם יספק לאדם אחר מידע בכתב, קובע ה - UECA⁴⁷, כי דרישה זו מתמלאת באמצעות מסמך אלקטרוני, אם המידע שנכלל במסמך האלקטרוני נגיש לאדם המקבל את המידע והוא ניתן לאחזור על ידו כך שהוא ניתן יהיה לשימוש נוסף. בדברי ההסבר נאמר, כי במצב המתואר לעיל יש צורך בדרישה נוספת מעבר לדרישת הנגישות, והיא היכולת לאחזר את המידע. מקבל המידע צריך לקבל את המידע באופן שנותן לו שליטה על מה שיעשה במידע, ומכאן דרישת האחזור.

במצבים בהם קיימת בחיקוק דרישת צורה, קובע החוק לדוגמא⁴⁸, כי מקום שנדרש בחיקוק שמידע יימסר בצורה מסוימת לאדם אחר, דרישה זו מתמלאת על ידי אספקת המידע במסמך אלקטרוני אם המידע נמסר באותה צורה או בצורה דומה באופן מהותי, והמסמך האלקטרוני נגיש לאדם המקבל אותו וניתן לאחזור על ידו לשימוש נוסף. דברי ההסבר מבהירים שאין הכוונה לכך, למשל, שאם המידע צריך להיכלל בטופס נייר מסוים, אזי לא ניתן יהיה למסור המידע באופן

⁴¹ Electronic Signatures In Global And National Commerce Act, 2000 15 U.S.C Ch. 96 Sub. Ch. 1

(C) Sec. 7001 (להלן - E-Sign).

⁴² ס' 7001(A) ל- E-Sign.

⁴³ ס' 7001(D) ל- E-Sign.

⁴⁴ סעיף 5 ל - UECA.

⁴⁵ סעיף 7 ל - UECA. יצוין, כי שימוש נוסף הוא כל שימוש בכל זמן שהוא בעתיד.

⁴⁶ כמו כן נאמר בדברי ההסבר, כי על פי החוק, גם דואר בתא קולי עשוי לשמש כ"כתב".

⁴⁷ סעיף 8 ל - UECA.

⁴⁸ סעיף 9 ל - UECA.

אלקטרוני, אלא שעל המסמך האלקטרוני להיות זהה או דומה מאוד לאותו טופס.

סעיף נוסף בחוק לדוגמא הקנדי עוסק בדרישת האחזור והוא קובע, כי מקום שחוק דורש שמירתו או אחזורו של מסמך מסוים, דרישה זו מתמלאת על ידי אחזורו של מסמך אלקטרוני בהתקיים כל התנאים הבאים⁴⁹:

1. המסמך האלקטרוני נשמר בפורמט בו הוא נעשה, נשלח או נתקבל, או בפורמט שאינו משנה באופן מהותי את המידע שכלול במסמך המקורי;
2. המידע שבמסמך האלקטרוני צריך להיות נגיש כך שהוא יהיה ניתן לשימוש נוסף על ידי כל אדם שזכאי לעיין בו או לבקש את הפקתו;
3. אם מדובר במסמך שנשלח או נתקבל, מידע שמזהה את המקור והיעד של המסמך האלקטרוני, והשעה והתאריך בה המסמך נשלח או נתקבל, צריך אף הוא להישמר.

על פי דברי ההסבר, יש מי שעשוי לרצות לשמור מסמכים באופן אלקטרוני, וזאת בין אם המסמך במקורו הוא מסמך אלקטרוני, ובין אם מדובר במסמך נייר (שניתן לסרוק למחשב). החוק לדוגמא אינו דורש ממסמך אלקטרוני דרישות שונות מהדרישות שמופנות כלפי מסמך בנייר, למעט הדרישה שיש לתעד את השעה והתאריך של משלוח או קבלת המסמך. הדרישות שמופיעות בסעיף עוסקות בשמירה על שלמות ונכונות התוכן, והבטחת היותו נגיש לעיון גם לאחר המשלוח הראשוני שלו. החוק אינו קובע כמה זמן יש לשמור מסמך אלקטרוני, משום שלפי גישתו, אין להבחין בעניין זה בין מסמך אלקטרוני לבין נייר. עם זאת, למרות שאין דרישה מפורשת לעדכן את התוכנה והחומרה באמצעותן שומרים על המסמך וקוראים אותו, דרישה זו משתמעת מדרישת הנגישות.

ביחס לדרישת הכתב קובע החוק לדוגמא, כי דרישה בחיקוק שמידע מסוים יהיה בכתב⁵⁰, או דרישה שמסמך יהיה בצורתו המקורית⁵¹, או דרישה כי מספר מסוים של עותקים יוגש לרשות⁵², מתמלאת באמצעות מסמך אלקטרוני, בהתקיים שני תנאים: הסעיף בו נמצאת הדרישה נכלל בתוספת הראשונה או השניה, ומולאו התנאים ליישום חלק זה של החוק לדוגמא. במקרה שחוק מסוים מחייב אדם לספק מידע לרשות, החוק לדוגמא מסמך את הרשויות לקבוע כי ניתן יהיה לעשות זאת גם באמצעות מסמך אלקטרוני⁵³. מקום בו יש למסור מידע באמצעות טופס מסוים, הרשות רשאית ליצור מסמך אלקטרוני השקול לטופס, והוא יכול לבוא במקומו⁵⁴.

⁴⁹ סעיף 12 ל-UECA.

⁵⁰ סעיף 17 ל-UECA.

⁵¹ סעיף 19 ל-UECA.

⁵² סעיף 20 ל-UECA.

⁵³ סעיף 21(1) ל-UECA.

⁵⁴ סעיף 21(2) ל-UECA.

החוק לדוגמא הקנדי יושם בחקיקה במספר פרובינציות. החוקים דומים זה לזה, והשוני הוא בפרטים (בחלקם גם היו סטיות מנוסח החוק). במניטובה, למשל, קובע החוק⁵⁵, כי כאשר חיקוק דורש שמידע או מסמך יופק או יהיה נגיש לבדיקה, בחינה או קריאה, אזי גם מסמך אלקטרוני יכול לספק דרישה זו, אם הוא מציג או מאפשר נגישות לתדפיס או תצוגה (display) שמשכפלת את המידע או המסמך. כאשר חיקוק מתיר או דורש לספק העתק מאושר של מסמך או מידע⁵⁶, והמידע או המסמך קיים בצורה אלקטרונית, ניתן למלא את הדרישה באמצעות תדפיס, שיש עליו אישור כי הוא מהווה שכפול של המסמך או המידע, ולתדפיס המאושר יש אותו ערך ראייתי וניתן להשתמש בו כמסמך מאושר. החוק במניטובה שונה מן החוק לדוגמא גם בשאלת שמירת המידע. הוא קובע⁵⁷, כי מקום שנדרש בחיקוק לשמור את המידע, הדרישה מתמלאת ביחס למסמך אלקטרוני אם קיימת הסתמכות סבירה שהמידע שאמור להישמר נמצא במסמך האלקטרוני והוא יישאר שלם ובלתי משתנה כפי שהיה בצורתו המקורית, ואם המסמך האלקטרוני נגיש למי שצריך לשמור אותו, וניתן לשכפלו לשם בדיקה או בחינה על ידי מי שמוסמך לכך.

גם בניו ברונסוויק, נוסח החוק שנתקבל שונה מן החוק לדוגמא. החוק שנתקבל שם קובע⁵⁸, כי מקום שיש סתירה בינו לבין חוק אחר, שמסדיר את השימוש במידע אלקטרוני, אזי החוק הספציפי יגבר. כמו כן, נקבע כי ניתן לצמצם את תחולת החוק בתקנות. החוק קובע⁵⁹, כי מקום שנדרש בחיקוק שמידע יהיה בכתב, הדרישה מתמלאת באמצעות מידע אלקטרוני שנגיש לשימוש ולעיון נוסף. מקום שחיקוק דורש שמידע מסוים יהיה בצורה מסוימת⁶⁰, דרישה זו מתמלאת באמצעות מסמך אלקטרוני, שצורתו דומה באופן מהותי לצורה הנדרשת. באשר לשמירת המידע⁶¹, מסמך אלקטרוני מקיים דרישה זו אם המידע נשמר בצורה בה המסמך נעשה, נשלח או נתקבל, או בצורה שאינה משנה את תוכן המסמך, והמידע יהיה נגיש לשימוש נוסף על ידי כל אדם שיש לו גישה למידע, ובנוסף לכך, מידע שמזהה את מקור המידע והיעד של המידע נשמר, וכך גם השעה והתאריך בו המידע נשלח או נתקבל. עוד קובע החוק⁶², כי מקום שחיקוק דורש שמידע בכתב יסופק לאדם, הדרישה מתמלאת גם באמצעות מסמך אלקטרוני, שנגיש לאותו אדם וניתן לאחזור על ידו לשימוש נוסף. מסמך אלקטרוני אינו ניתן לאחזור אם מספק המידע שולל מן הנמען את האפשרות להדפיס או לאחסן את המידע.

החוק בניו ברונסוויק כולל התייחסות לדואר⁶³. באשר למשלוח דואר רגיל קובע החוק, כי דרישה שמידע יישלח בדואר מתמלאת אם המידע מועבר באופן אלקטרוני. באשר למשלוח דואר רשום, דרישה זו מתמלאת אם השולח מעביר יחד עם המידע בקשה לנמען לאשר את קבלת המסר

⁵⁵ סעיף 6 לחוק במניטובה.
⁵⁶ סעיף 7 לחוק במניטובה.
⁵⁷ סעיף 15 לחוק במניטובה.
⁵⁸ סעיף 4 לחוק בניו-ברונסוויק.
⁵⁹ סעיף 7 לחוק בניו-ברונסוויק.
⁶⁰ סעיף 8 לחוק בניו-ברונסוויק.
⁶¹ סעיף 11 לחוק בניו-ברונסוויק.
⁶² סעיף 12 לחוק בניו-ברונסוויק.
⁶³ סעיף 13 לחוק בניו-ברונסוויק.

האלקטרוני, והנמען אכן עשה כן, באישור הכולל את חתימתו האלקטרונית.

החוק באונטריו קרוב יותר בנוסחו לחוק לדוגמא. דרישה בחיקוק שמידע או מסמך יהיו בכתב מתמלאת אם המידע או המסמך האלקטרוניים נגישים לעיון נוסף.⁶⁴ דרישה שמידע יסופק⁶⁵ בכתב מתמלאת על ידי מסמך אלקטרוני אם הוא נגיש לעיון נוסף וניתן לאחזור⁶⁶. דרישת צורה מסוימת מתמלאת באמצעות מסמך אלקטרוני בו המידע מאורגן בצורה דומה במהותה לצורה הלא-אלקטרונית, נגיש לעיון נוסף, וניתן לאחזור. דרישת השמירה או האחזור זהה לדרישת החיקוק לדוגמא.⁶⁷

1.2.3.3. אירופה

צו המסחר האלקטרוני האירופי אינו קובע הוראות בדבר דרישות כתב בחיקוק. חוק המסחר האלקטרוני הספרדי, המיישם אותו, קבע כי ניתן למלא אחר דרישת כתב בחיקוק באמצעות מסר אלקטרוני, למעט לגבי דרישות כתב בדיני משפחה וירושה.⁶⁸

באירלנד, קובע החוק⁶⁹, אשר נחקק זמן קצר לאחר חקיקת צו המסחר האלקטרוני האירופי, כי מקום שחיקוק קובע שאדם או רשות ציבורית נדרש או רשאי לספק או לתת⁷⁰ מידע בכתב, ניתן לעשות זאת באמצעות מסמך אלקטרוני, שעומד בדרישות הבאות⁷¹: בעת שהמידע ניתן, היה זה סביר לצפות שהמידע יהיה נגיש לשימוש נוסף מצד הנמען; מקום שנמען המידע הוא רשות ציבורית, צריך שהיא תסכים לקבל את המידע בצורה אלקטרונית, בכפוף לדרישות טכנולוגיות מסוימות ולאישור קבלת המידע, ובכפוף לכך, שהדרישות הללו יהיו סבירות וידועות לציבור; היה הנמען אדם פרטי - אם הוא הסכים לקבל את המידע באופן זה.

באשר לשמירת המידע קובע החוק האירי⁷², כי אם אדם (או רשות ציבורית) נדרש לשמור מסמך נייר לתקופה מסוימת, דרישה זו ניתנת למילוי באמצעות מסמך אלקטרוני, שעומד בתנאים הבאים: ניתן להבטיח את אמינות התוכן ושמירה על תוכנו כפי שהיה בעת שנוצר; אם המסמך מיועד להפקה - המידע שבו ניתן לקריאה ולפענוח; במקרה שמדובר בשמירת המסמך - אזי בעת שנוצרה הגרסה האלקטרונית הסופית שלו, היה זה סביר לצפות שהמידע יהיה נגיש לנמען; כאשר

⁶⁴ סעיף 5 לחוק באונטריו.

⁶⁵ סעיף 10 לחוק באונטריו מבהיר שאספקת מידע היא שליחתו, אך לא העלאתו לאוויר באתר אינטרנט.

⁶⁶ סעיף 6 לחוק באונטריו.

⁶⁷ סעיף 12 לחוק באונטריו.

⁶⁸ **Law Of Services of the Society of the Information and of Electronic Commerce**. החוק נכנס לתוקף

ביום 12.10.02 (להלן - חוק המסחר האלקטרוני הספרדי או החוק הספרדי).

⁶⁹ **Electronic Commerce Act, 2000** (להלן - חוק המסחר האלקטרוני האירי או החוק האירי).

⁷⁰ החוק האירי קובע, בסעיף 5(5), כי מתן מידע משמעו הגשת בקשה; הגשת תביעה; הפניית פנייה; מתן הצהרה שלא בשבועה; מתן רשיון או אישור; ביצוע, שינוי או ביטול של בחירה; הגשת התנגדות; מתן הנמקה; משלוח הודעה בכל צורה.

⁷¹ סעיף 12 לחוק האירי.

האדם שעבורו שומרים או מפיקים את המסמך הוא אדם פרטי, אזי נדרשת הסכמתו לשמירת המסמך או הפקתו באופן אלקטרוני.

בבריטניה, תקנות המסחר האלקטרוני⁷³ (אשר מעמדן הוא כמעמדו של חוק, וביכולתן לתקן חקיקה לשם יישום צווי האיחוד האירופי), אינן מתייחסות לשאלת הכתב. הסיבה לכך היא, שוועדת ה - Law Commission המליצה, בסוף שנת 2001, שלא לקבוע בחקיקה הוראות לעניין מסמכים אלקטרוניים, משום שהיא סברה, שאין צורך בכך. לדעתה, הגדרת המונח "כתב" שבחוק הפרשנות האנגלי⁷⁴ מספיקה, ואין צורך בתיקוני חקיקה. לכן הומלץ לדחות את גישת השקילות הפונקציונלית⁷⁵. לדעת הוועדה האמורה, חילופי דואר אלקטרוני ודפי אינטרנט ממלאים ככלל אחר דרישת הכתב המסורתית, הקיימת בחוק הפרשנות האנגלי, אלא אם כן מתחייב אחרת מהקשר הדברים, משום שיש בהם ביטוי חזותי, אך תקשורת בין מחשבים, שאין לה ביטוי חזותי, אינה עומדת בדרישה זו ולפיכך אינה "כתב"⁷⁶. לשיטתה, יש לדחות את גישת השקילות הפונקציונלית, משום שהיא אינה מספקת פתרון לבעיה של משלוח מסמכים בדואר, ומשום שקבלתה עלולה להביא להסרת דרישות צורה מקום בו המשפט מעוניין שהן יישארו על כנן⁷⁷.

1.2.4. המלצת הוועדה

הוועדה ממליצה אפוא לאמץ את גישת השקילות הפונקציונלית, שמשמעותה היא שכלל, במקרים בהם מדובר בדרישת כתב ראייתית, אין מניעה עקרונית שמסמך אלקטרוני יחליף את "מסמך הנייר".

לאור זאת, הוועדה הגיעה למסקנה, כי יש מקום לקבוע, כי מקום שבחיקוק מסוים נדרש במפורש כי מידע יימסר או יועבר בכתב ניתן לקיים את דרישת החיקוק גם באמצעות מסמך אלקטרוני, שתוכנו נגיש לעיון ולשימוש נוסף, והוא ניתן לאחזור ושמירה על ידי מקבל המסמך.

⁷² סעיף 18 לחוק האירי.

⁷³ Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002. התקנות נכנסו לתוקף ביום 21.8.02, למעט תקנה מס' 16, שנכנסה לתוקף ביום 23.10.02 (להלן - תקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה).

⁷⁴ חוק הפרשנות האנגלי מגדיר "כתב" כך:

"Writing - includes typing, printing, lithography, photography and other modes of representing or reproducing words in visible form, and expressions referring to writing are construed accordingly".

⁷⁵ ראו:

"Electronic Commerce: Formal Requirements In Commercial Transactions" **Advice from the Law Commission, December 2001.**

⁷⁶ שם, בעמ' 6 - 10, 17 - 19.

⁷⁷ שם, בעמ' 17.

ההסדר המוצע לעניין הדרישות שמסמך אלקטרוני צריך למלא על מנת שייחשב כשקול, מבחינת הצורה, ל- "מסמך נייר" הוא כדלקמן:

(א) לא יישלל תוקפו המשפטי של חוזה ולא תיפגע היכולת לאכוף חוזה רק משום שהוא נכרת בצורה אלקטרונית.

(ב) דרישה בחיקוק כי מידע יהיה בכתב ניתן למלא גם באמצעות מסמך אלקטרוני, אם המידע שהוא מכיל נגיש לשימוש נוסף.

(ג) דרישה בחיקוק כי אדם יספק לאדם אחר מידע בכתב ניתנת למילוי באמצעות מסמך אלקטרוני, אם המידע שנכלל במסמך האלקטרוני נגיש לאדם האחר והוא ניתן לאחזור על ידו כך שהוא יהיה זמין לשימוש נוסף.

(ד) דרישה בחיקוק שמידע יימסר בצורה מסוימת לאדם אחר, ניתנת למילוי על ידי אספקת המידע במסמך אלקטרוני אם המידע נמסר באותה צורה או בצורה דומה באופן מהותי, והמסמך האלקטרוני נגיש לאדם השני וניתן לאחזור על ידו לשם שימוש נוסף.

(ה) מקום שקיימת דרישה בחיקוק בדבר שמירתו או אחזורו של מסמך מסוים, דרישה זו ניתנת למילוי על ידי אחזורו של מסמך אלקטרוני בהתקיים כל התנאים הבאים:

(1) המסמך האלקטרוני נשמר בפורמט בו הוא נוצר, נשלח או נתקבל, או בפורמט שאינו משנה באופן מהותי את המידע שכלול במסמך המקורי;

(2) המידע שבמסמך האלקטרוני צריך להיות נגיש כך שהוא יהיה ניתן לשימוש נוסף על ידי כל אדם שזכאי לעיין בו או לבקש את הפקתו;

(3) מידע שמזהה את המקור והיעד של המסמך האלקטרוני, והשעה והתאריך בה המסמך נשלח או נתקבל, צריך שיישמר אף הוא.

הוראות אלה לא יחולו על חוזים ופעולות משפטיות, שלגביהם ייקבע במפורש כי לא ניתן יהיה לכרות אותם או לבצע אותן באופן אלקטרוני.

בחלק הבא תידון השאלה, מהם החריגים, ביחס אליהם לא ניתן יהיה למלא אחר דרישת הכתב באמצעות מסמך אלקטרוני.

1.3. חוזים ופעולות משפטיות שלא ניתן לבצע באמצעות מסמך אלקטרוני

הכלל, כפי שנסתמן בחלק הקודם, הוא שמסמך אלקטרוני יעמוד, בתנאים מסוימים, בדרישת הכתב שבחיקוק. יש לבחון, האם כלל זה אינו גורף מדי, כאשר מדובר על פעולות משפטיות כבדות משקל וארוכות טווח, אשר משפיעות גם על זכויות של צדדים נוספים. שאלה אחרת היא, האם יש מקום לכלל האמור, כאשר ביצוע העסקה ייעשה בחלקו בדרך לא אלקטרונית, ולכן קביעה שניתן לבצע בדרך אלקטרונית לא בהכרח מפשטת את העסקה (למשל בעסקאות במקרקעין, בהן נדרש לשם השלמת העסקה רישום העסקה ברשם המקרקעין. לשם כך יש לצרף מסמכים, שכיום לא ניתן לעורכם באופן אלקטרוני, מה עוד, שהרישום עצמו אינו ניתן לביצוע כיום באופן אלקטרוני). בהמשך ייסקרו חמישה נושאים, וייתכן שבעתיד, יתווספו נושאים נוספים, אשר בחינת השיקולים שהועלו לעיל מעוררת ספקות באשר להתאמתם, לפחות בשלב זה, לביצוע בדרך אלקטרונית.

1.3.1 דיני המקרקעין

בחוק המקרקעין התייחסות שונה, מן הזווית של דרישת הכתב, לחוזים השונים שניתן לכרות ביחס למקרקעין. בחוזים מסוימים, אשר קיימת חובה לעשותם בכתב, דרישת הכתב היא מהותית, כגון התחייבות לעשות עסקה במקרקעין⁷⁸; חוזים אחרים, כגון שכירויות קצרות, לתקופה של עד חמש שנים, או הסכמי שיתוף, אין חובה לעשותם בכתב⁷⁹. הסיבה להבדל היא מהות הזכות המועברת: בעוד שבחוזים בהם נדרש מסמך בכתב מועברת זכות קניינית במקרקעין, והעסקה אף טעונה רישום לשם השלמתה⁸⁰, הרי שבחוזים בהם לא נדרש מסמך בכתב, מועברת או מוסדרות זכויות חוזיות במקרקעין, והעסקה אינה חייבת ברישום לשם השלמתה, אם כי ניתן לרשום עסקאות אלה מטעמים ראייתיים⁸¹.

1.3.2 דיני נאמנות

חוק הנאמנות קובע, כי נאמנות נוצרת, על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן, או על פי כתב הקדש⁸². בעוד שאין דרישת צורה ביחס לחוזה עם הנאמן, הרי שביחס לכתב הקדש נקבע במפורש, כי הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת טעונה מסמך בכתב, בו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש, וקובע את מטרותיו, נכסיו ותנאיו, והוא אחד משלושה: כתב חתום בידי יוצר

⁷⁸ חוק המקרקעין, התשכ"ט - 1969 (להלן - חוק המקרקעין), סעיף 8.

⁷⁹ סעיפים 29 ו- 97 לחוק המקרקעין.

⁸⁰ סעיף 7 לחוק המקרקעין.

⁸¹ סעיפים 29 ו- 97 לחוק המקרקעין.

⁸² חוק הנאמנות, התשל"ט - 1979 (להלן - חוק הנאמנות), סעיף 2.

ההקדש בפני נוטריון; צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל פה; הוראת תשלום לעניין סעיף 147 לחוק הירושה⁸³.

1.3.3. דיני ירושה

חוק הירושה קובע, כי לאחר מות המוריש וכל עוד לא חולק העיזבון, רשאי יורש, בהסכם שבכתב, להעביר או לשעבד את חלקו בעיזבון, כולו או מקצתו⁸⁴. ביחס לצוואות, קובע החוק, כי ניתן לעשות צוואה בכתב יד, בעדים, או בעל פה; צוואה בעדים טעונה מסמך בכתב⁸⁵.

1.3.4. דיני שליחות וייפוי כוח

שליחות היא ייפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי⁸⁶. השליחות מוקנית בהרשאה, בכתב או בעל-פה, מאת השולח לשלוח, או בהודעה עליה מאת השולח לצד השלישי, או על ידי התנהגות השולח כלפי אחד מהם⁸⁷. כלומר, הקניית השליחות אינה טעונה מסמך בכתב, אולם מי שמבקש להיזקק לפעולת שלוח, רשאי שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה⁸⁸. ביחס לייפוי כוח לעורך דין - חתימת לקוח על ייפוי הכוח טעונה אישור בכתב⁸⁹, וכך גם העברתו לעורך דין אחר⁹⁰.

1.3.5. דיני ערבות

ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיובו של אדם אחר כלפי אדם שלישי⁹¹. על פי חוק הערבות, הערבות נוצרת בהסכם בין הערב לבין הנושה או בהתחייבותו של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה. אין דרישה כללית לכך שהערבות תהיה בכתב, זולת אם הייתה הערבות על פי צו של רשות, אזי נוצרת הערבות משנמסר כתב הערבות לרשות⁹².

⁸³ חוק הירושה, התשכ"ה - 1965 (להלן - חוק הירושה).

⁸⁴ סעיף 7 לחוק הירושה.

⁸⁵ סעיפים 18 ו-20 לחוק הירושה.

⁸⁶ חוק השליחות, התשכ"ה - 1965 (להלן - חוק השליחות), סעיף 1(א).

⁸⁷ סעיף 3(א) לחוק השליחות.

⁸⁸ סעיף 3(ב) לחוק השליחות.

⁸⁹ חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"ה - 1965, (להלן - חוק לשכת עורכי הדין), סעיף 91

⁹⁰ סעיף 92 לחוק לשכת עורכי הדין.

⁹¹ חוק הערבות, התשכ"ז - 1967 (להלן - חוק הערבות), סעיף 2.

עם זאת, קיימים מספר מקרים בהם דורש חוק הערבות כתב. כך, למשל, ערב המבקש לבטל ערבות לחיוב עתיד לבוא חייב ליתן על כך הודעה בכתב⁹³. כמו כן, נושה העומד לחתום על חוזה ערבות עם ערב יחיד, חייב על פי החוק למסור לו העתק מהחוזה ולתת לו הזדמנות סבירה לעיין בו לפני חתימתו, וכן למסור לו העתק חתום לאחר החתימה⁹⁴. אף כי לא נאמר באופן מפורש כי על החוזה להיות בכתב, נראה שזו הפרשנות התכליתית של ההוראה למסור לערב העתק מהחוזה.

1.3.6. חריגים בצו חתימה אלקטרונית

צו חתימה אלקטרונית⁹⁵ קובע רשימה של מסמכים, אשר לא ניתן לחתום עליהם בחתימה אלקטרונית, וביניהם תצהירים, כתבי הקדש, הסכמים לנשיאת עוברים, צווי קיום צוואה וצווי ירושה. נראה כי מסמכים שקיימת לגביהם דרישת חתימה בחיקוק כדי שיהיה להם תוקף, ואשר לא ניתן לחתום עליהם בחתימה אלקטרונית, אין מקום שיינתן להם תוקף, אם נכרתו באופן אלקטרוני.

1.3.7. משפט משווה

1.3.7.1. אירופה

צו המסחר האלקטרוני האירופי קובע, כי על חברות האיחוד האירופי להבטיח, כי ניתן יהיה לכרות חוזים באופן אלקטרוני, ובמיוחד עליהן להבטיח, כי דרישות החוק המתייחסות ל - "תהליך החוזי" (contractual process) לא יגרמו לשלילת תוקפם של חוזים, רק משום שנכרתו באופן אלקטרוני. עם זאת, בצד ההוראה הכללית, נקבע⁹⁶, כי הצו לא יחול על החוזים הבאים: חוזים הנוגעים להעברת זכויות במקרקעין, למעט חוזי שכירות; חוזים הדורשים מעורבות של בית משפט או של רשויות ציבוריות אחרות; חוזים הנוגעים לערבויות ונאמנויות שאדם מבקש למטרה פרטית לא מסחרית; וחוזים הנוגעים לדיני משפחה או ירושה. מדי חמש שנים, על המדינות לדווח לאיחוד האירופי מהם החוזים החריגים לחוק, ומדוע עדיין נחוץ להחריגם⁹⁷.

⁹² סעיף 3 לחוק הערבות.

⁹³ סעיף 15 לחוק הערבות.

⁹⁴ סעיף 24 לחוק הערבות.

⁹⁵ צו חתימה אלקטרונית (קביעת תוספות לחוק), התשס"ב - 2002.

⁹⁶ סעיף 9 לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

⁹⁷ סעיף 9(3) לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

בחוק המסחר האלקטרוני בספרד קיימת הוראה כללית, המשווה מעמדם של חוזים אלקטרוניים לחוזים רגילים, אך אין בו התייחסות מפורשת לדרישת הכתב. באירלנד, קובע חוק המסחר האלקטרוני, כי אין לשלול תוקפו המשפטי של מידע רק משום שהוא מועבר בחלקו או באופן מלא באמצעות תקשורת אלקטרונית⁹⁸. "מתן מידע" מוגדר כ - "הגשת בקשה, הגשת תביעה, מתן הצהרה שלא בשבועה, הוצאת רשיון, ביצוע, ביטול או שינוי של בחירה, הגשת התנגדות, המצאת הזמנה וכדומה"⁹⁹. הוראה זו אינה חלה על דיני ירושה או צוואות, נאמנות, ייפוי כוח של עו"ד, עסקאות במקרקעין, תצהירים, וכן אינה חלה על סדרי דין בבית משפט¹⁰⁰.

1.3.7.2. ארה"ב

ה - UCITA אינו מתייחס כלל לדרישת הכתב. לעומתו, ה - UETA, אף שאינו מתייחס לחוזים באופן מיוחד, קובע¹⁰¹, כי הוא חל רק על מסמכים אלקטרוניים וחתימות אלקטרוניות הנוגעות לעסקאות ולפעולות משפטיות, אך לא על כולן: כך, למשל, הוא אינו חל על צוואות, נאמנויות, ועסקאות מכר עליהן חלים חוקים אחרים. כמו כן, החוק לדוגמא אינו חל על מסמכים אלקטרוניים או חתימות אלקטרוניות שנוצרו, נשלחו, הועברו, נתקבלו או אוחסנו לפני שהוא נחקק¹⁰², היינו, הוא אינו חל רטרואקטיבית.

1.3.7.3. קנדה

סעיף 20 ל- UECA קובע, כי ניתן לשלוח הצעה, או לבצע קיבול של הצעה, באמצעות מסמך אלקטרוני או נקיטת פעולה אלקטרונית כמו לחיצה על מקום מסוים במסך. סעיף זה אומץ בחקיקת הפרובינציות הקנדיות, כמעט ללא שינוי¹⁰³. גם כאן, בדומה לחקיקה האירופית והאמריקאית, החריגים הם צוואות, נאמנויות, ומסמכים הנוגעים להעברת זכויות במקרקעין, וכן ייפוי כוח, שניתן לעו"ד בנוגע לענייניו הכספיים או האישיים של אדם.

⁹⁸ Electronic Commerce Act, 2000, סעיף 9.

⁹⁹ שם, סעיף 12(5).

¹⁰⁰ שם, סעיף 10.

¹⁰¹ סעיף 3(A) ל- UETA.

¹⁰² חוק משנת 2000 בקליפורניה מוציא מגדר תחולתו, בנוסף על החריגים הרגילים, גם הוראות הכלולות ב- Health Code, Insurance Code, and Financial Code Safety. הוא קובע, כי אם החוק שחל על העסקה דורש כי מידע יימסר בכתב, דרישה זו מתמלאת אם המידע הועבר באמצעות מסמך אלקטרוני, שניתן לאחזור.

¹⁰³ ראו למשל: סעיף 9 לחוק במניטובה; סעיף 6 לחוק בניו-ברונסוויק; סעיפים 4 - 6 לחוק באונטריו.

1.3.8. המלצת הוועדה

קיימות פעולות משפטיות רבות, שנדרש בחיקוק שיהיו בכתב, או שנהוג לעשותן בכתב. ככלל, דרישות הכתב הן דרישות ראייתיות, ורק מיעוטן הן דרישות מהותיות. למרות שהגדרת המונח "בכתב" בחוק הפרשנות הקיים חלה לכאורה גם על מסמכים אלקטרוניים, נראה כי לא ניתן להסתפק בה, ויש צורך בהתייחסות מיוחדת למסמכים מסוג זה. יש לזכור, כי מקורה של הגדרה זו שנים רבות לפני התפתחות התקשורת בין מחשבים בכלל, ולפני היווצרות רשת האינטרנט בפרט. לכן, אף כי מבחינה מילולית ניתן לפרש את ההגדרה האמורה כחלה על מסרים אלקטרוניים, ספק אם תהיה זו פרשנות נכונה מבחינה תכליתית. לא כל מסמך או מסר אלקטרוני אכן מגשים בהכרח את תכליות דרישת הכתב.

מוצע לקבוע, כי לא ניתן יהיה לבצע פעולות משפטיות או לכרות חוזים באמצעות מסמך אלקטרוני בנושאים הבאים:

(א) **מקרקעין:** הוועדה הגיעה למסקנה כי אין לאפשר יצירת התחייבויות לעסקה במקרקעין, הטעונות כתב לפי חיקוק, באמצעות מסמך אלקטרוני. עם זאת התחייבויות ביחס למקרקעין, שאינן טעונות כתב כאמור, אין מניעה שייכרתו באמצעות מסמך אלקטרוני, אך משנתבקש רישומן, לא ניתן יהיה לכרות אותן באופן אלקטרוני.

(ב) **נאמנות:** באשר לחוזה נאמנות, נראה שאין מניעה כי הכריתה תיעשה באמצעות מסמך אלקטרוני. כתב הקדש - נראה כי אין מקום להתיר יצירת הקדש באמצעות מסמך אלקטרוני.

(ג) **דיני ירושה:** אין להתיר עריכת צוואות באמצעות מסמך אלקטרוני. כך גם ביחס להסכמי שעבוד עיזבון.

(ד) **שליחות וייפוי כוח:** אין להתיר עשיית חוזה שליחות או ייפוי כוח לעו"ד באמצעות מסמך אלקטרוני.

(ה) **ערבות:** אין מקום להתיר כריתת חוזה ערבות עם ערב יחיד במסמך אלקטרוני.

(ו) **חריגים בצו חתימה אלקטרונית:** יש להחריג גם את המסמכים, אשר לא ניתן לחתום עליהם בחתימה אלקטרונית, כאמור בצו החתימה האלקטרונית.

2. סוגיות הנוגעות לשלב הטרום חוזי

2.1. גילוי בכתב של פרטי מידע לפני כריתת החוזה

הוועדה נדרשה לשאלה, האם כאשר קיימת דרישה לגילוי בכתב של מידע, לפני כריתת החוזה, ניתן למלא את הדרישה באמצעות מסמך אלקטרוני¹⁰⁴. שאלה זו התעוררה הן בהקשר החוזי-צרכני, שיידון בפרק הבא, והן בהקשר החוזי הכללי. שאלה נוספת היא, האם יש מקום להתנות את תוקף ההתקשרות האלקטרונית בכך, שיימסרו פרטים על כך שההתקשרות נעשת בדרך אלקטרונית.

חוקים שונים, העוסקים בהסדרת עסקאות מסחריות וצרכניות, דורשים גילוי פרטים מסוימים בכתב על ידי הצדדים לעסקה, לפני כריתת החוזה. חוק חוזה הביטוח, למשל, מטיל חובת גילוי על המבוטח לעתיד, בעת שהוא עונה על שאלות המבטח¹⁰⁵. בשלב הקודם לכריתת חוזה הביטוח רשאי המבטח להציג למבוטח שאלות בכתב, ועל המבוטח מוטלת חובה להשיב תשובה מלאה וכנה (חובת הגילוי).

דוגמא נוספת לחובת גילוי קיימת בחוק הערבות, כלפי ערב יחיד, וערב מוגן¹⁰⁶. סעיף 22 לחוק קובע, כי נושה יגלה לערב יחיד, לפני כריתת חוזה הערבות, מספר רב של פרטים, כפי שנקבעו בחוזה שבינו לבין החייב, וביניהם את שיעור הריבית השנתית, תקופת החיוב, סכומי הפירעון של הקרן והריבית ומועדי הפירעון. כמו כן יגלה לו את דבר היותו ערב יחיד או ערב מוגן, ואם היו ערבים נוספים, את מספרם ואת חלקו היחסי של הערב בחיוב¹⁰⁷.

¹⁰⁴ דרישות גילוי לאחר כריתת החוזה נפוצות בעיקר בהקשר הצרכני, ולפיכך הן יידונו בפרק חוזים אלקטרוניים צרכניים להלן.

¹⁰⁵ סעיף 6(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א - 1981 (להלן - חוק חוזה הביטוח): חובת גילוי: הציג המבטח למבוטח לפני כריתת החוזה, אם בטופס של הצעת ביטוח ואם בדרך אחרת שבכתב, שאלה בעניין שיש בו כדי להשפיע על נכונותו של מבטח סביר לכרות את החוזה בכלל או לכרותו בתנאים שבו (להלן - עניין מהותי), על המבוטח להשיב עליה בכתב תשובה מלאה וכנה. התוצאות של מתן תשובה שאינה מלאה וכנה עלולות להיות קשות מבחינת המבוטח: סעיף 7 לחוק קובע, כי אם ניתנה לשאלה בעניין מהותי תשובה שלא הייתה מלאה וכנה, רשאי המבטח, תוך שלושים ימים מהיום שנודע לו על כך עוד לא קרה מקרה הביטוח, לבטל את החוזה בהודעה בכתב למבוטח.

¹⁰⁶ חוק הערבות מגדיר ערב יחיד כ - "מי שאינו תאגיד, ולמעט בן זוג של החייב או שותפו של החייב, בין בשותפות רשומה ובין בשותפות שאינה רשומה; היה החייב תאגיד, לא ייחשב כערב יחיד גם מי שהוא בעל עניין בתאגיד". ערב מוגן מוגדר כ "אחד מאלה: (1) ערב יחיד, שבחוזה הערבות בינו לבין הנושה נקוב סכום שאינו עולה על 60,000 ₪; (2) ערב יחיד, שבחוזה הערבות בינו לבין הנושה נקוב סכום שאינו עולה על 500,000 ש"ח, ובלבד שהחיוב הנערב נועד לרכישת זכויות בדירה המיועדת למגורי החייב, ילדיו הבגירים או הוריו".

¹⁰⁷ סעיף 22 לחוק הערבות. הפרטים הם: (1) הסכום הנקוב בחוזה שבין הנושה לבין החייב (להלן - הקרן); (2) שיעור הריבית השנתי, בחישוב המביא בחשבון ריבית דריבית בהתאם למועד הפירעון; (3) תקופת החיוב, סכומי הפירעון של הקרן ושל הריבית ומועדי הפירעון; (4) הייתה הריבית משתנה - שיעור הריבית בעת כריתת החוזה בהתחשב בריבית דריבית בהתאם למועד הפירעון בעת כריתת החוזה, ודרך השינוי; (5) היות הקרן או הריבית צמודות, ובסיס ההצמדה (6) תוספות שנקבעו לפי סעיף 25(א)(4); (7) שיעור ריבית בשל איחור בפירעון וכן כל תשלום שיחויב בו החייב בשל אי קיום החיוב הנערב.

בנוסף לפרטים האמורים, נושה יגלה לערב יחיד, לפני כריתת חוזה הערבות, את הפרטים הבאים: (1) היות הערב ערב יחיד או ערב מוגן; (2) מספר הערבים וחלקו היחסי של הערב בחיוב; (3) היות הערבות ערבות לחיוב קיים או לחיוב המחליף חיוב קיים; (4) שיעור הריבית כמשמעותה בסעיף 25(א)(2).

2.1.1. משפט משווה

צו המסחר האלקטרוני האירופי מפרט רשימה של פרטי מידע שיש למסור למקבל או לנמען השירות, לפני שהוא מבצע את ההזמנה, אלא אם כן הוסכם אחרת על ידי שני צדדים, שאינם צרכנים¹⁰⁸. הצו האירופי חל במקביל לצווים ולתקנות המסדירים את הגנת הצרכן באיחוד האירופי, ומבלי לפגוע בזכויות המוקנות בהם¹⁰⁹, היינו, דרישת הגילוי הקבועה בו באה בנוסף על הדרישות הקיימות. על פי הוראת הצו, לפחות פרטי המידע הבאים יימסרו למזמין השירות לפני שהוא מבצע את ההזמנה: הצעדים הטכניים הנדרשים לשם כריתת החוזה; האם החוזה יימסר לו על ידי ספק השירות ומתי החוזה יהיה נגיש; האמצעים הטכניים לזיהוי ולתיקון טעויות הקלדה לפני ביצוע ההזמנה; והשפה בה תתבצע כריתת החוזה. יודגש, כי סעיף זה אינו ניתן להתניה, אלא אם שני הצדדים אינם צרכנים.

הוראות אלה אומצו בחוק הספרדי ובתקנות בבריטניה (אשר כאמור, מעמדן הוא כשל חוק). לעומת זאת, החוק האירי, אשר כולל הוראה המתירה קיום דרישה למסירת מידע בכתב באמצעות מסמך אלקטרוני, הנגיש לשימוש וניתן לאחזור, מסתפק בקביעה שדיני הגנת הצרכן הקיימים יחולו על עסקאות אלקטרוניות¹¹⁰, ואינו מחייב גילוי פרטים אודות ההתקשרות האלקטרונית.

בארה"ב, ניתן למצוא דרישות לעניין חובת הגילוי בחוק ה - E-Sign, שעוסק בעסקאות בין מדינתיות או בינלאומיות, בהקשר הצרכני, אך לא בהקשר החוזי הכללי. החוק לדוגמא השני, ה - UETA קובע, כי מקום שקיימת דרישה בחיקוק לגילוי מידע בכתב, ניתן למלא אחר דרישה זו במסמך אלקטרוני הנגיש לשימוש וניתן לאחזור. ה - UETA אינו מתנה את כריתת החוזה האלקטרוני במסירת מידע אודות ההתקשרות האלקטרונית.

בקנדה, אף כי ה - UECA קובע, שניתן למלא אחר דרישה בחיקוק לגילוי מידע בכתב במסמך אלקטרוני, אין דרישה למסור פרטים אודות אופן ההתקשרות האלקטרונית לפני כריתת החוזה.

¹⁰⁸ סעיף 10 לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

¹⁰⁹ הערה 11 לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

¹¹⁰ סעיף 15 לחוק המסחר האלקטרוני האירי.

2.1.2. המלצת הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, כי יש לקבוע, כי מקום שנדרש גילוי של פרטים מסוימים בחקיקה (בין לפני כריתת החוזה ובין לאחריה), אך אין דרישה כי הגילוי ייעשה בצורה מסוימת, ניתן למלא דרישה זו גם באמצעות מסמך אלקטרוני.

מקום שנדרש, בעסקה שאינה צרכנית, כי הגילוי ייעשה בכתב, יש לקבוע, כי ניתן למסור את פרטי המידע שיש לגלותם באמצעות מסמך אלקטרוני, בכפוף לכך שיימסרו למקבל המסמך פרטים גם על כך שההתקשרות נעשית בדרך אלקטרונית, ובכלל זה:

הצעדים הטכניים הנדרשים לשם כריתת החוזה האלקטרוני; האם החוזה יימסר לו ב - "מסמך נייר" על ידי ספק השירות; נגישות למסמך האלקטרוני; האמצעים הטכניים לזיהוי ולתיקון טעויות הקלדה לפני ביצוע ההזמנה.

2.2. מתן הזדמנות לעיין בתנאי החוזה בטרם הכריתה

זכות העיון בתנאי החוזה טרם הכריתה היא בעלת חשיבות עבור כל המתקשרים בחוזים, במיוחד בחוזים אחידים, בהם צד אחד מנסח את תנאי החוזה. זכות זו זוכה למשנה חשיבות כאשר מדובר במסחר אלקטרוני, בשל קלות הכריתה, הקושי לקרוא ולעיין בתנאי החוזה, שלעיתים נמצאים ב "חלון" אחר, ובשל בעיית הנגישות למבקש להתקשר בחוזה בשלב מאוחר יותר.

החקיקה בנושא זכות העיון טרם הכריתה בחוזה שקיימת לגבי דרישת כתב, קיימת בעיקר בהקשר הצרכני. סעיף 5(ב) לחוק הגנת הצרכן קובע, כי עוסק, העומד לחתום על חוזה עם הצרכן, חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו, וכן למסור לו עותק ממנו לאחר החתימה¹¹¹. לעומת זאת, דיני החוזים הכלליים אינם כוללים דרישה מעין זו, למעט בחוק הערבות, שם נקבע כי על נושה העומד לכרות חוזה עם ערב יחיד למסור לו העתק מן החוזה, ולתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה, לפני חתימתו. עם זאת, יש לזכור כי במסחר האלקטרוני מדובר לרוב בחוזים המנוסחים בידי צד אחד. כמו כן יש לזכור, כי לצורך כריתת חוזה נדרשת גמירת דעת של שני הצדדים¹¹². אם צד אחד כלל לא ראה את תנאי החוזה, אם משום שהם הוסתרו ממנו או משום שהוכבדה עליו הגישה אליהם, ניתן לטעון שלא נכרת חוזה, או שהתנאים האמורים

¹¹¹ לדיון מפורט בהקשר הצרכני ראו בפרק הדין בחוזים אלקטרוניים צרכניים.
¹¹² חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973 (להלן - חוק החוזים (כללי)), סעיף 2.

אינם חלק מן החוזה¹¹³.

2.2.1. משפט משווה

בארה"ב, קובע ה- UCITA, כי תנאי למתן הסכמה מצד הלקוח הוא שהייתה לו אפשרות סבירה לעיין בתנאי החוזה, ומגדיר באופן כללי מהי אפשרות כזאת¹¹⁴. כמו כן מפרט החוק, מהם התנאים לעמידה בחובה זו כשמדובר בעסקאות בהן ניתן להוריד תוכנה דרך האינטרנט¹¹⁵. לעומת המצב המשפטי בארה"ב, לא קיימת דרישה דומה בחקיקה בקנדה, בין בחוק לדוגמא ובין בחקיקת הפרובינציות¹¹⁶. עם זאת, בפסק דין של בית המשפט העליון באונטריו, **Rudder v. Microsoft Corporation**¹¹⁷, נקבע שחוזה למתן רשיון לשימוש בתוכנה היה תקף, שכן הצרכן לחץ על המילים "אני מסכים", ותנאי החוזה הוצגו על המסך. בית המשפט דחה עקב זאת את ניסיונו של התובע לטעון, שתניות מסוימות בחוזה אינן מחייבות אותו משום שלא הסכים להן. בכך, למעשה, יישם בית המשפט את דיני החוזים המסורתיים¹¹⁸.

באירופה, אין התייחסות מפורשת, לא בצו המסחר האלקטרוני האירופי ולא בחקיקה הבריטית והספרדית המיישמות אותו, לאפשרות לעיין בתנאי החוזה טרם כריתתו.

2.2.2. המלצות הוועדה

הוועדה ממליצה, כי בכל עסקה אלקטרונית, שתנאיה נוסחו על ידי צד אחד, חייב הצד המנסח לאפשר לצד השני לעיין בפרטי החוזה בטרם הכריתה, מבלי לגרוע מהוראות הדין הכללי בנוגע לחוזים אחידים.

¹¹³ כך נקבע למשל בע"א 97/75 גרוס נ' אי. טי. אס נהיגה עצמית ואח', פ"ד (2) 693, ביחס לתנאים בחוזה להשכרת רכב, שהודפסו על גב החוזה, ולתובעת (שוכרת הרכב) לא ניתנה הזדמנות אמיתית לעיין בהם. יצוין, כי באותו מקרה, הוסבר בעל פה לתובעת אחד מאותם תנאים, ובית המשפט קבע כי הוא מחייב, משום שהובא לידיעתה.

¹¹⁴ סעיף 112 ל- UCITA.

¹¹⁵ סעיף 211 ל- UCITA.

¹¹⁶ מניטובה, אונטריו וניו בرونסוויק.

¹¹⁷ **Rudder v. Microsoft Corp.** [1999] O.J. No. 3778.

¹¹⁸ ראו גם:

R. Weiland "The Uniform Electronic Commerce Act: Removing Barriers To Expanding E-Commerce" 7 **Appeal** (2001) 6.

3. סוגיות הנוגעות לכריתת חוזה

3.1. כריתת חוזה באמצעות סוכן אלקטרוני

סוכן אלקטרוני הוא אמצעי ממוחשב, המתוכנת לבצע פעולות מסוימות באופן אוטומטי, ללא התערבות ישירה של גורם אנושי. הסוכן האלקטרוני מסוגל לתקשר עם סוכנים אלקטרוניים אחרים, באמצעות תקשורת אלקטרונית, הוא מסוגל להסתגל לשינויים בסביבתו ולהגיב אליהם, וכן ליזום פעולות¹¹⁹. ניתן להשתמש בסוכנים אלקטרוניים כמתווכים במסחר האלקטרוני, לא רק לשם העברת המידע מצד אחד לחוזה לצד השני, אלא גם לשם ייזום ההתקשרות החוזית¹²⁰.

עצמאותו של הסוכן האלקטרוני מעוררת את השאלה, אם ניתן לאכוף את החוזה שנכרת באמצעותו על הצד שהפעיל אותו, ושלא היה מעורב כלל בכריתת החוזה. השאלה נובעת מכך שדיני החוזים דורשים כי הצדדים יבטאו את גמירת דעתם להתקשר בחוזה¹²¹, ולכאורה, לצד שמשתמש בסוכן אלקטרוני לא הייתה גמירת דעת. התשובה לשאלה זו תלויה במהותו המשפטית של הסוכן האלקטרוני: גמירת דעת ניתנת לביטוי רק על ידי ישויות משפטיות, בעלות כשרות משפטית, ורק מי שהם בעלי כשרות משפטית יכולים לכרות חוזה מחייב (מבלי להזדקק להסכמת נציג או לאישור בית המשפט¹²²). סוכן אלקטרוני אינו אישיות משפטית, מאחר שהוא אינו אדם או תאגיד, ואין לו כשרות משפטית. לכן, ניתן לכאורה לטעון, שחוזה שנכרת על ידי סוכן אלקטרוני אינו תקף. הפתרון שהתקבל במשפט המשווה הוא ראיית הסוכן האלקטרוני ככלי בידיו של מפעילו, תוך ייחוס הפעולה לאדם שעומד מאחורי התוכנה, ומתן תוקף לחוזה שנכרת באמצעות סוכן אלקטרוני. כך באירופה¹²³, בארה"ב¹²⁴ ובקנדה¹²⁵.

¹¹⁹ ש"ס, בעמ' 14.

¹²⁰ דוגמא קלאסית לעניין זה הן תוכנות המותקנות במחשבי רשתות השיווק, המבצעות ספירת מלאי בתדירות מסוימת, ומשהן מאתרות מחסור צפוי במוצר מסוים, הן מזמינות את המוצר ביוזמתן אצל ספק הרשת, ללא התערבות אנוש. זו דוגמא לכריתת חוזה בין שני סוכנים אלקטרוניים.

¹²¹ **חוק החוזים (חלק כללי)**. סעיף 2 קובע, כי פנייתו של אדם לחברו להתקשר בחוזה היא הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו להתקשר בחוזה, והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול הצעה. סעיף 5 לחוק קובע, כי הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע, ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי הצעה.

¹²² סעיפים 4 - 7 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב - 1962 (להלן - **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**).

¹²³ צו המסחר האלקטרוני האירופי קובע, שעל המדינות לוודא כי שיטותיהן המשפטיות מאפשרות יצירת חוזה באמצעות סוכן אלקטרוני. בחקיקה הספרדית ובחקיקת המשנה הבריטית אין התייחסות מפורשת לכך.

¹²⁴ ה-UETA חל גם על עסקאות אוטומטיות, המבוצעות במלואן או בחלקן באמצעים אלקטרוניים, מבלי שהמעשים או המסמכים של אחד הצדדים או שניהם עוברים ביקורת של גורם אנושי במהלך כריתת החוזה או ביצועו. עסקה אוטומטית תהיה בעלת תוקף גם אם נכרתה בין סוכנים אלקטרוניים בלבד, ללא התערבות אנושית כלל, וגם אם נכרתה בין סוכן אלקטרוני וגורם אנושי. גם על פי ה-UCITA ניתן לכרות חוזה באמצעות סוכן אלקטרוני, כאשר התפיסה היא שיש לייחס את פעולות הסוכן האלקטרוני לצד שהפעילו.

¹²⁵ בקנדה יימץ החוק לדוגמא, ה-UECA, את העמדה לפיה ניתן לכרות חוזה באמצעות סוכן אלקטרוני, בין אם הוא בשימוש אצל צד אחד או אצל כל הצדדים לעסקה. גישה זו נתקבלה בחקיקת הפרובינציות, כגון מניטובה, ניו-ברונסוויק ואונטריו.

3.1.1. המלצות הוועדה

המלצת הוועדה היא שיש לקבוע, כי יש תוקף לחוזה שנכרת באמצעות סוכן אלקטרוני, וכי לעניין זה יראו את פעולות הסוכן האלקטרוני כפעולותיו של מי שיש לו שליטה על פעולות הסוכן האלקטרוני.

3.2. הסכמת הצדדים לכריתת החוזה באמצעים אלקטרוניים

נשאלת השאלה, האם נדרשת הסכמה מיוחדת לכריתת החוזה באופן אלקטרוני ואם כן, מהי אותה "הסכמה", וכיצד היא ניתנת. שאלה נוספת היא, האם כריתת החוזה באופן אלקטרוני צריכה להיעשות רק במקרים בהם הביעו הצדדים הסכמה מפורשת לאופן כריתה זה, או שהיא יכולה להיעשות בכל מקרה בו הצדדים לא הביעו התנגדותם לכריתת החוזה בדרך האלקטרונית.

3.2.1. משפט משווה

בארה"ב, הסכמת הצדדים לכך שהחוזה ייכרת באופן אלקטרוני היא תנאי לתחולת חוקי המסחר האלקטרוני. על מנת שחוזה יהיה תקף לפי ה- UCITA נדרש, כי הצדדים יביעו הסכמתם; הסכמה זו ניתנת להבעה בהתנהגות (כמו למשל שימוש בסוכן אלקטרוני) או באמצעות חתימה על טופס או מסמך¹²⁶. גם ה- UETA דורש הסכמה של הצדדים כתנאי לתקפותו של חוזה אלקטרוני, וקובע כי ניתן ללמוד על הסכמה זו מהתנהגות הצדדים, ומהנסיבות הסובבות את העסקה¹²⁷. חוק ה- E-Sign מייחד את הדרישה לעסקאות צרכניות בלבד וקובע, כי כאשר מדובר בעסקה צרכנית, דרישת הכתב מתמלאת באמצעות שימוש במסמך אלקטרוני, אם הצרכן נתן הסכמתו באופן מפורש לשימוש במסמך אלקטרוני, ולא חזר בו מהסכמתו זו¹²⁸.

לעומת זאת, החקיקה הקנדית נוקטת גישה שונה: החוק לדוגמא, ה- UECA, קובע, כי ניתן לכרות חוזה באמצעים אלקטרוניים, אלא אם הצדדים קבעו ביניהם אחרת, היינו, הסכמת הצדדים נדרשת על מנת להחריג את השימוש במסמכים אלקטרוניים לשם כריתת החוזה¹²⁹. הנכונות להתקשר בעסקה באמצעים אלקטרוניים ניתנת להבעה על ידי שימוש במסמך אלקטרוני, או על ידי ביצוע פעולה, כגון לחיצה באמצעות העכבר במקום המתאים במסמך, או על ידי

¹²⁶ סעיף 18 ל- UCITA.

¹²⁷ סעיף 5(A) ל- UETA.

¹²⁸ 15 U.S.C § 7001(C).

¹²⁹ סעיף 20(1) ל- UECA.

התקשרות אלקטרונית בכל דרך אחרת המביעה הסכמה. גישה זו אומצה גם על ידי החוקים במניטובה ובאונטריו.

הצו האירופי אינו מתייחס לצורך בהסכמה או באי התנגדות של הצדדים או של צד אחד לעסקה לכריתת החוזה באופן אלקטרוני. עם זאת לפי החוק האירי, ניתן לשלוח הצעה, ולבצע קיבול, בכתב¹³⁰, בכפוף להסכמת הצדדים.

3.2.2. המלצת הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, שאין מקום להתנות באופן כללי כריתת חוזה באמצעים אלקטרוניים בהסכמת הצדדים (או באי הבעת התנגדותם) לכריתת בדרך זו שכן התניה שכזו משנה את דיני החוזים הכלליים, ויש לייחד דרישה זו לחוזים בהם צד אחד מנסח את תנאי החוזה.

לגבי חוזים בהם צד אחד מנסח את החוזה, הוועדה טרם הכריעה האם יש לדרוש הסכמה מפורשת או שניתן להסתפק באי הבעת התנגדות (*opt in* או *opt out*), כתנאי לכריתת חוזה בדרך זו.

4. סוגיות הנוגעות לקיום החוזה

4.1. מועד ומקום משלוח וקבלת המסמך האלקטרוני

לשאלה, מתי רואים מסמך אלקטרוני כמסמך שנשלח, ומתי רואים מסמך אלקטרוני כמסמך שהתקבל, חשיבות רבה להיבטים שונים של דיני החוזים, ובמיוחד לשלב הכריתה. כך למשל, חוק החוזים (חלק כללי) קובע, כי המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול¹³¹, וכי ההצעה פוקעת כשדחה אותה הניצע או עבר המועד לקיבולה¹³². לעניין הקיבול קובע החוק¹³³, כי אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר. אם נתן הניצע הודעת קיבול בעוד מועד, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא הייתה ידועה לו, נכרת

¹³⁰ סעיף 19 לחוק האירי.

¹³¹ סעיף 3(א) לחוק החוזים (חלק כללי).

¹³² סעיף 4 לחוק החוזים (חלק כללי).

¹³³ סעיף 8 לחוק החוזים (חלק כללי).

החוזה, זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול. למועד משלוח הודעה, ולמועד קבלתה, יש חשיבות רבה לא רק לעניין כריתת החוזה אלא גם לגבי ביטול חוזה: חוק החוזים (תרופות)¹³⁴ קובע, כי ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה¹³⁵, ומכאן חשיבות השאלה, מתי נתנה הודעת הביטול¹³⁶.

שאלה נוספת שיש לתת עליה את הדעת היא, מהו המקום ממנו נשלח המסמך האלקטרוני, ומהו המקום בו נתקבל, לצורך מתן הודעות כגון הודעה על חזרה מן ההצעה או הודעת קיבול.

4.1.1. משפט משווה

צו המסחר האלקטרוני האירופי קובע, כי על המדינות להבטיח בחקיקה, כי יראו את המסרים האלקטרוניים, היינו, ההצעה ואישור קבלתה, כאילו נתקבלו במועד בו לנמען יש גישה אליהם. עוד קובע הצו, כי רואים את ההצעה, הקיבול והאישור כמי שנתקבלו אצל הצד השני, במועד בו לצד השני יש גישה אליהם. החריג לכך הוא חוזים שנכרתו רק באמצעות חילופי דואר אלקטרוני¹³⁷.

הוראה דומה ניתן למצוא בתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה¹³⁸, וכן בחוק המסחר האלקטרוני הספרדי¹³⁹. על פי חוק המסחר האלקטרוני באירלנד, מועד המשלוח של המסר האלקטרוני הוא המועד בו המסר עוזב את המערכת של שולח המסר האלקטרוני ונכנס למערכת שאינה בשליטת השולח¹⁴⁰. המועד בו קיבל הצד השני את המסר הוא המועד בו המסר נכנס לתוך המערכת של הצד השני (הכל בכפוף להסכמת הצדדים). אם אין לו מערכת אלקטרונית לקבלת מסרים, רואים את מועד התקבלותו של המסר אצל הצד השני במועד בו הובא המסר לידיעתו.

באשר למקום בו נשלחו המסרים והמקום בו נתקבלו, קובע צו המסחר האלקטרוני, כי מדובר במקום בו יש לצדדים עסקים.

בארה"ב, ה-UETA קובע, כי, בכפוף להסכמת הצדדים, יראו מסר כמסר שנשלח בהתקיים התנאים הבאים: הוא מיועד למערכת עיבוד מידע שהנמען משתמש בה לשם קבלת מסמכים אלקטרוניים או מידע מן הסוג שנשלח, ואשר ממנה הנמען מסוגל לאחזר (to retrieve) את המידע

¹³⁴ חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשי"ל - 1970 (להלן - חוק החוזים (תרופות)).

¹³⁵ סעיף 8 לחוק החוזים (תרופות).

¹³⁶ לפסק דין מן הזמן האחרון, המסכם את ההלכה בנושא, ראו: רע"א 7956/99 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ'

¹³⁷ עיריית רמלה, תק-על 2002(3) 75.

¹³⁸ סעיף 11 לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

¹³⁹ סעיף 11 לתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה.

¹³⁹ סעיפים 27 ו-28 לחוק המסחר האלקטרוני הספרדי.

שנתקבל¹⁴¹; צורתו ניתנת לעיבוד על ידי אותה מערכת; הוא נכנס למערכת עיבוד שאינה בשליטת השולח או למערכת עיבוד הנתונים של הנמען (או למערכת שבשליטתו). בכפוף להסכמת הצדדים, יראו מסר כמסר שנתקבל בהתקיים התנאים הבאים¹⁴²: הוא נכנס למערכת עיבוד המידע שהנמען משתמש בה לשם קבלת מסרים אלקטרוניים או מידע מהסוג שנשלח, ואשר ממנה הוא מסוגל לאחזר את המידע שנתקבל; וצורתו של המסר ניתנת לעיבוד על ידי אותה מערכת. סעיף זה יחול גם אם המקום בו ממוקמת המערכת שונה מן המקום שנראה כי היא ממוקמת בו, וגם אם אף אדם (individual) אינו מודע לקבלתו¹⁴³.

החוק לדוגמא מדגיש, כי קבלת הודעה מהמערכת האלקטרונית על התקבלות המסר האלקטרוני מהווה ראיה לכך שהוא נתקבל, אך אין בה ראיה לכך שתוכנו של המסר שנתקבל זהה לתוכנו של המסר שנשלח¹⁴⁴. עוד קובע הסעיף הוראה קוגנטית, לפיה אם אדם מודע לכך שמסר אלקטרוני שנחזה כנשלח או כנתקבל לא נשלח או נתקבל בפועל, תהיה לכך משמעות משפטית על פי כל דין אחר¹⁴⁵.

באשר למקום המשלוח ומקום קבלת המסר, ה - UETA קובע, כי יראו את המסמך האלקטרוני כאילו נשלח ממקום עסקו של השולח, וכאילו נתקבל במקום עסקו של הנמען¹⁴⁶, אלא אם הסכימו הצדדים אחרת.

בקנדה, החוק לדוגמא, ה - UECA, קובע כללים דומים. בכפוף להסכמת הצדדים, מסמך אלקטרוני נשלח כאשר הוא נכנס למערכת מידע (information system) שמחוץ לשליטת מוען המסמך, ואם המוען והנמען משתמשים באותה מערכת, כאשר המסר הופך לניתן לאחזור ולעיבוד על ידי הנמען¹⁴⁷. החוק ממשיך וקובע, כי חזקה שמסמך נתקבל על ידי הנמען כאשר הוא נכנס למערכת המידע שנמצאת בשימוש הנמען לשם קבלת מסמכים מהסוג שנשלח, ושהמסמך ניתן לאחזור ולעיבוד. אם הנמען אינו משתמש במערכת מידע למטרה זו, אזי חזקה שהמסמך נתקבל על ידו כאשר הוא נהיה מודע לכך שהמסמך נכנס לתוך המערכת, כשהוא ניתן לאחזור ולעיבוד¹⁴⁸.

¹⁴⁰ סעיף 21 לחוק המסחר האלקטרוני האירי.

¹⁴¹ סעיף 15(A) ל - UETA.

¹⁴² סעיף 15(B) ל - UETA.

¹⁴³ סעיף 15(E) ל - UETA.

¹⁴⁴ סעיף 15(F) ל - UETA.

¹⁴⁵ סעיף 15(G) ל - UETA.

¹⁴⁶ סעיף 15(D) ל - UETA.

¹⁴⁷ סעיף 23(1) ל - UECA.

¹⁴⁸ סעיף 23(2)(A)&(B) ל - UECA.

מקום משלוח המסמך הוא מקום עסקו של השולח, והמקום בו נתקבל הוא מקום עסקו של הנמען, אלא אם הסכימו הצדדים אחרת.¹⁴⁹ כללים אלה אומצו בחקיקה הקנדית במניטובה (למעט הכללים בעניין המקום)¹⁵⁰, באונטריו¹⁵¹ ובניו-ברונסוויק¹⁵².

4.1.2. המלצת הוועדה

בנושא מועד משלוח וקבלת המסמך, ומקום המשלוח ומקום קבלת המסמך, מציעה הוועדה את ההסדר הבא:

(א) חזקה שמסמך אלקטרוני נשלח כאשר הוא נכנס למערכת מידע שמחוץ לשליטת השולח, אם השולח והנמען משתמשים באותה מערכת, כאשר המסר הופך לניתן לאחזור ולשימוש על ידי הנמען;

(ב) חזקה שמסמך נתקבל על ידי הנמען כאשר הוא נכנס למערכת המידע שנמצאת בשימוש הנמען לשם קבלת מסמכים מהסוג שנשלח, ושהמסמך ניתן לאחזור ולשימוש;

(ג) אם הנמען אינו משתמש במערכת מידע לשם קבלת מסמכים מהסוג שנשלח, חזקה שהמסמך נתקבל על ידו כאשר הוא נהיה מודע לכך שהמסמך נכנס לתוך המערכת, והוא ניתן לאחזור ולשימוש;

(ד) חזקה שמקום עסקו של השולח הוא המקום ממנו נשלח המסמך ומקום עסקו של הנמען הוא המקום בו התקבל המסמך.

4.2. אישור ביצוע פעולות

כריתת חוזה באופן אלקטרוני מעוררת בעיה הנובעת מן העובדה, שפעולות הכריתה והקיבול מתבצעות באמצעות מחשב, ללא קשר ישיר בין הצדדים, ובעיקר ללא ידיעה, אם אכן המסרים מגיעים ליעדם. התוצאה היא אי וודאות באשר לעצם קיומו של החוזה. הוועדה דנה באפשרות לקבוע הסדרים טכנולוגיים שונים להגברת הוודאות המשפטית, ובכלל זה דרישה לקבלת אישור

¹⁴⁹ סעיף 23(3) ל- UECA.

¹⁵⁰ סעיף 21 לחוק במניטובה.

¹⁵¹ סעיף 22 לחוק באונטריו.

¹⁵² סעיף 16 לחוק בניו-ברונסוויק.

על כל פעולה או על פעולות מסוימות, והתייחסות למצב בו הצדדים הסכימו שיידרש אישור אך בפועל הוא לא ניתן. לפתרון בעיה זו, הועלו שתי הצעות: על פי האחת ייקבע, כי במקרה בו לא ניתן אישור לביצוע הפעולה, החוזה בטל, ואילו על פי השנייה, במקרה בו לא ניתן אישור, תינתן לנמען זכות לבטל את החוזה. שתי ההצעות הן בעייתיות, משום שהן משנות את דין החוזים הקיים ביחס לחוזים אלקטרוניים.

4.2.1. משפט משווה

סקירת המשפט המשווה מראה, כי שיטות המשפט השונות חלוקות ביניהן בעניין זה. הצו האירופי קובע, כי על המדינות להבטיח בחקיקה, כי ספק השירות או המוצר חייב לאשר את קבלת ההזמנה ללא עיכוב ובאמצעים אלקטרוניים¹⁵³. הוראה דומה קיימת גם בתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה¹⁵⁴. חוק המסחר האלקטרוני באירלנד קובע¹⁵⁵, כי בכפוף לכל דין אחר, כאשר יוזם התקשורת האלקטרונית מרמז על כך שנדרש אישור קבלת המסר האלקטרוני, מבלי לנקוב בדרך בה ניתן לעשות זאת, אזי, בכפוף להסכמת הצדדים, ניתן לאשר קבלת המסר באמצעות תקשורת אלקטרונית או בכל אמצעי תקשורת אחר, שדי בו כדי להצביע על כך שהמסר האלקטרוני אכן התקבל אצל הצד השני. כל עוד לא נתקבל האישור, רואים את המסר האלקטרוני כאילו טרם נשלח¹⁵⁶.

בצרפת, הצעת החוק רואה באישור ביצוע הפעולה האלקטרונית חלק מהליך כריתת החוזה¹⁵⁷: בשלב הראשון, נשלחת ההזמנה באופן אלקטרוני (באמצעות הקשה כפולה). הניצע, המקבל אותה, צריך לשלוח מיד ובאופן אלקטרוני הודעה על קבלת ההצעה, וזהו הקיבול. האישור חייב לכלול תנאים כלליים ומיוחדים, וכן תיאור של הסחורה או השירות, ומחיר כולל. החוזה נכרת רק לאחר שהמזיע שולח הודעה, ובה הוא מאשר כי קיבל את הקיבול.

לעומת הדין באירופה, בחקיקה הקנדית לא נדרש אישור ביצוע הפעולה, וגם החקיקה האמריקאית אינה דורשת זאת¹⁵⁸.

¹⁵³ סעיף 11 לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

¹⁵⁴ סעיף 11(1) לתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה.

¹⁵⁵ סעיף 20 לחוק המסחר האלקטרוני האירי.

¹⁵⁶ סעיפים 1(1) ו- 2(2) לחוק האירי.

¹⁵⁷ סעיף 4-1369 להצעת החוק בצרפת.

¹⁵⁸ למעט סעיף 7001 לקוד האזרחי האמריקאי, שקובע, כי אם חוק שקדם לסעיף כלל דרישה מפורשת שאספקת מסמך כלשהו תלווה באישור המקבל, ניתן לשלוח את המסמך באופן אלקטרוני, ובלבד שניתן יהיה לאשר את קבלתו.

4.2.2. המלצת הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, כי הדרישה לאשר את ביצוע הפעולה האלקטרונית במטרה לוודא שהיא אמנם הגיעה ליעדה, מסרבלת ומסבכת את דיני החוזים, ולפיכך החליטה לא לקבוע דרישה לאישור ביצוע הפעולה.

4.3. פגמים בכריתה הייחודיים לסביבה האלקטרונית

כריתת חוזים בסביבה אלקטרונית חושפת את הצדדים יותר מהרגיל לפגמים בכריתת החוזה, כגון טעויות, הנובעות מן הקלות בה ניתן לבצע פעולה משפטית מחייבת, וכן מן האפשרות של טעות טכנית בהקלדה. לפיכך יש צורך להבטיח, כי למתקשר בחוזה באופן אלקטרוני תהא הזדמנות נאותה לוודא כי המסר האלקטרוני שהוא עומד להעביר משקף את רצונו האמיתי.

השאלה היא, מה מעמד החוזה, אם לא ניתנה הזדמנות כאמור. בהקשר זה עלו שתי הצעות: שלילת תוקף מעסקה המבוצעת באמצעים אלקטרוניים, אם לא ניתנה הזדמנות לאדם שהוא צד לחוזה לאשר את תוכן החוזה בטרם כריתתו; או הענקת עילת ביטול ייחודית למתקשר בחוזה שנכרת באופן אלקטרוני, בהתקיים תנאים מסוימים, כגון שהמערכת הממוחשבת בצד השני לא סיפקה לו הזדמנות לאתר ולתקן את התקלה.

4.3.1. פגמים בכריתה בדין החוזים

חוק החוזים (חלק כללי)¹⁵⁹ קובע כי קיימים מספר פגמים בכריתה, כגון: טעות, הטעיה, כפיה ועושק¹⁶⁰. הפגם בכריתה המיוחד לחוזה האלקטרוני הוא הטעות. החוק קובע, כי מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה¹⁶¹. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, לפי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת. עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה. לעניין הטעיה קובע החוק כי מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או

¹⁵⁹ סעיף 14 לחוק החוזים (חלק כללי).

¹⁶⁰ סעיפים 13-18 לחוק החוזים (חלק כללי).

¹⁶¹ סעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי): "טעות - בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה".

אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה¹⁶².

חוק החוזים מוסיף וקובע, כי טעות אינה עילה לביטול החוזה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן. יודגש, כי אם נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בזה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה¹⁶³. לפיכך, טעות הקלדה עשויה להיות טעות סופר, ואזי לא יהיה בה עילה לביטול החוזה, אך היא גם עשויה להיות מהותית, והיא עשויה להצדיק ביטול החוזה.

4.3.2. משפט משווה

מסקירת המשפט המשווה עולה, כי על פי צו המסחר האלקטרוני האירופי, בנוסף לשאר המידע שעל הספק להעביר למשתמש, על המדינות להבטיח, כי, כפוף להסכמת צדדים שאינם צרכנים, יימסר, בין היתר גם מידע בדבר האמצעים הטכניים שמאפשרים זיהוי ותיקון טעויות הקלדה (input errors) לפני עריכת ההצעה¹⁶⁴. הוראה דומה קיימת בחוק המסחר האלקטרוני הספרדי¹⁶⁵, ובתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה¹⁶⁶. חוק המסחר האלקטרוני האירי אינו מתייחס לאפשרות של ביטול, אך הוא מציין כי על חוזים אלקטרוניים יחולו דיני הגנת הצרכן, ונראה כי בכך יצא ידי חובתו בסוגיה זו. גם בהצעת החוק הצרפתית אין, עד כמה שעלה בידי הוועדה לברר, התייחסות לנקודה זו.

בארה"ב, קובע ה-UETA, כי הצד שקיים את ההליך זכאי להימנע מהשפעות השינוי או הטעות¹⁶⁷, היינו, לא ניתן יהיה לאכוף אותם כלפיו, אם התקיימו תנאים אלה:

1. אם אירעו טעות או שינוי במהלך שידור או העברת המסר בין הצדדים;
2. והצדדים הסכימו להשתמש בתהליך אבטחה לאיתור שינויים או טעויות;

¹⁶² סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי). "הטעיה - לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן".

¹⁶³ סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי). בע"א 565/79 רובינשטיין ושות' נ' מולי לויס, פ"ד לד(4) 591 נאמר בעמ' 597 - 598, כי לעניין סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי), יש לראות בכל שגיאות הרישום והכתיבה והמספור, שנעשו ללא כוונת שינוי או הטעיה, משום טעויות סופר או טעויות כיוצא בהן. גם טעותו של פקיד המוכרת, שרשם בשוגג במסמך ההוא סך 371,000 במקום 391,000 ל"י - טעות סופר היא הניתנת לתיקון ואינה משמשת עילה לביטול החוזה. ראו גם: ע"א 263/80 פנינה סנוב נ' אריה סנוב, פ"ד לה (1) 401 (בחווה נכתב כי נמכרו מחצית המניות במקום שליש); ע"א 424/89 דרור פרקש נ' שיכון ופתוח לישראל בע"מ, פ"ד מד(4), 31, עמ' 40-41 (אם ברור מהו אומד דעת הצדדים, אשר יצר את "החוזה האמיתי", הרי יהא אשר יהא היקפו הכמותי של השיבוש שנפל בשלב של יציקת תוכנו של חוזה זה לכלל "חוזה כתוב" - ניתן לתקן את החוזה הכתוב באופן שישקף נאמנה ונכוחה את החוזה האמיתי).

¹⁶⁴ סעיף 10(C)(1) לצו האירופי.

¹⁶⁵ סעיף 27 לחוק הספרדי.

¹⁶⁶ סעיף 11(B)(1) לתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה. יצוין, כי ספק שאינו מקיים חובתו, חשוף לתביעת נזיקין (סעיף 13 לתקנות).

¹⁶⁷ סעיף 10(1) ל-UETA.

3. וצד אחד קיים את ההליך והצד השני לא קיים אותו (ואילו היה מקיים אותו, היה מגלה את השינוי או את הטעות).

בעסקה בין סוכן אלקטרוני מן הצד האחד לבין אדם מן הצד השני, רשאי האדם להימנע מתוצאותיו של מסמך אלקטרוני שנבע מטעות שנעשתה על ידו בעת שבא במגע עם הסוכן האלקטרוני של הצד האחר (כלומר, לא ניתן יהיה לאכוף את תוצאות הטעות כלפיו), אם מתקיימים התנאים המצטברים הבאים:

1. הסוכן האלקטרוני לא סיפק אפשרות למנוע או לתקן את הטעות;
2. כאשר נודע לו על הטעות, הודיע האדם לצד השני על הטעות, וכי לא התכוון להיות כבול למסר האלקטרוני השגוי;
3. ונקט צעדים סבירים להחזיר לצד השני את מה שקיבל ממנו או להשמידו, מבלי שהפיק מהתמורה כל רווח או תועלת¹⁶⁸.

במקרה שהאמור לעיל אינו מתקיים, יחולו הדינים הכלליים הרגילים שחלים על טעות¹⁶⁹.

בקנדה, מכיר החוק לדוגמא הקנדי, ה- UECA, רק בטעויות שנעשו בין אדם לבין הסוכן האלקטרוני של הצד השני (להבדיל מן החוק האמריקאי, המכיר בעילת ביטול מיוחדת גם אם לא היו מעורבים סוכנים אלקטרוניים). הוא קובע, כי מסמך אלקטרוני שנעשה על ידי אדם עם הסוכן האלקטרוני של אדם אחר הוא חסר תוקף ואינו ניתן לאכיפה אם:

1. מדובר בטעות מהותית (material error) והסוכן האלקטרוני לא סיפק לו הזדמנות למנוע או לתקן את הטעות;
2. והוא הודיע לצד השני על הטעות בהקדם האפשרי לאחר שנודע לו עליה;
3. ונקט בצעדים סבירים למלא אחר הוראותיו של הצד השני בדבר החזרת התמורה, אם ניתנה, או בדבר השמדת התמורה;
4. והוא לא השתמש או הפיק תועלת או ערך של ממש מן התמורה¹⁷⁰.

הסעיף אומץ בחקיקה של מניטובה¹⁷¹, אונטריו¹⁷² וניו-ברונסוויק¹⁷³.

¹⁶⁸ סעיף 10(2) ל- UETA.

¹⁶⁹ סעיף 10(3) ל- UETA. סעיף זה, וכן סעיף קטן (2), אינם ניתנים להתניה.

¹⁷⁰ סעיף 22 ל- UECA.

¹⁷¹ סעיף 20 (3) לחוק במניטובה.

¹⁷² סעיף 21 לחוק באונטריו.

4.3.3. המלצת הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה בנושא הפגמים בכריתה הייחודיים למסחר אלקטרוני, לעניין חוזים שאינם צרכניים, כי מן הראוי לאמץ את ההסדר להלן.

חוזה אלקטרוני שנכרת בין אדם לבין הסוכן האלקטרוני של אדם אחר הוא חסר תוקף ואינו ניתן לאכיפה אם מתקיימים התנאים המצטברים הבאים:

(א) נפלה בחוזה טעות מהותית והסוכן האלקטרוני לא סיפק לו הזדמנות למנוע או לתקן את הטעות;

(ב) המתקשר הודיע לצד השני על הטעות בהקדם האפשרי לאחר שנודע לו עליה;

(ג) המתקשר נקט בצעדים סבירים למלא אחר הוראותיו של הצד השני בדבר החזרת התמורה, אם ניתנה, או בדבר השמדת התמורה;

(ד) המתקשר לא השתמש או הפיק תועלת של ממש מן התמורה.

4.4. ייחוס הפעולה בהיעדר חתימה אלקטרונית

אחת הבעיות הקשות במסחר האלקטרוני היא בעיית הזיהוי, היינו, חוסר הידיעה מי עומד מאחורי המסר האלקטרוני. השאלה היא, כיצד ניתן להבטיח, שאדם לא יחמוק מחיוב שנוצר באופן אלקטרוני בטענה, כי לא הוא זה שהתחייב. במהלך דיוני הוועדה הועלתה ההצעה לקבוע, כי אם קיבל נמען מסר אלקטרוני, רשאי הוא לייחס את המסר ליוצר המסר האלקטרוני ולהסתמך עליו, ובלבד שלשם זיהוי היוצר הפעיל הנמען שיטת זיהוי מוסכמת. הצעה זו בעייתית, משום שאין בה כדי לספק זיהוי ודאי של המתקשר.

4.4.1 משפט משווה

החקיקה הקנדית אינה כוללת התייחסות לשאלה זו, וגם לא צו המסחר האלקטרוני האירופי. בארה"ב, קובע ה-UETA, כי ניתן לייחס מסמך אלקטרוני או חתימה אלקטרונית לאדם, אם המסמך או החתימה היו הפעולה של אותו אדם. ניתן ללמוד על כך שזו הייתה הפעולה של אותו

¹⁷³ סעיף 18 לחוק בניו-ברונסוויק. החוק בפרובינציה זו קובע עוד, כי גם על הצד השני (שהפעיל את הסוכן האלקטרוני) להחזיר כל תמורה שקיבל, אם קיבל, במסגרת החוזה, וכי זכות הביטול אינה גורעת ואינה מחליפה כל תרופה או סעד שעומדים לאדם שביטל את החוזה בנסיבות העניין. כמו כן קובע החוק כי הוראות הסעיף יחולו גם אם האדם פעל בשליחותו של אדם אחר.

אדם בכל דרך, ובכלל זה על ידי הצבעה על היעילות של פעולת כל מנגנון אבטחה שנעשה בו שימוש כדי ללמוד על זיהויו של מחבר המסר¹⁷⁴.

גם ה - UCITA קובע הוראה ברוח דומה, והוא מוסיף וקובע כי הנטל לייחס את המסמך למחבר הנטען מוטל על הטוען לייחוס¹⁷⁵.

4.4.2. המלצת הוועדה

הוועדה ממליצה שאין מקום לקבוע הוראה בעניין זה, ויש להשאיר את ההכרעה בסוגיה זו לדיני הראיות הרגילים.

¹⁷⁴ סעיף 9(A) ל- UETA.

¹⁷⁵ סעיף 213 ל- UCITA.

פרק שני: חוזים אלקטרוניים צרכניים

החקיקה הישראלית מעניקה לצרכן הגנה מיוחדת. נשאלת השאלה, האם קיים צורך בשינויים בהגנה זו, כאשר הצרכן מתקשר בעסקאות באמצעות האינטרנט. לכאורה, כאשר מדובר בעסקאות ברשת, מחריפות הבעיות שהצרכן נתקל בהן גם בעולם ה"ישן", וביניהן: אי אספקת המוצר על ידי הספק; ביצוע עסקה צרכנית, כאשר לא כל המידע הרלבנטי מצוי בפני הצרכן לפני כריתת העסקה; הקושי לאתר עוסקים, לאחר ביצוע התשלום, במקרה של פגמים בעסקה; אי הוודאות בשאלה, האם יוכלו העוסקים לשנות את תנאי הרכישה לאחר העברת התשלום; העדר הידיעה למי ניתן לפנות בדרישה לסעד בשל אי שביעות רצון מהמוצר או מהשירות; אי בהירות באשר למקום בו יתנהל המשפט במקרה של סכסוך עם העוסק; ועוד.

ההגנות הניתנות לצרכן בחקיקה, הרלבנטיות במיוחד לעסקאות באינטרנט, נמצאות בדיני החוזים האחידים¹⁷⁶ ובחוק הגנת הצרכן, בפרק המכר מרחוק¹⁷⁷ (החל על עסקאות המבוצעות, למשל, באמצעות הטלפון, בהזמנה על פי קטלוג, או ברכישה בערוץ הקניות בטלביזיה¹⁷⁸). חוק הגנת הצרכן מטיל על הספק (ספק השירות או המוצר) חובת גילוי מוגברת לפני כריתת החוזה (בשלב השיווק) וחובה לספק לצרכן מסמך בכתב, ובו רשימת סף של פרטים הנוגעים לעסקה גם לאחר כריתת החוזה. כמו כן, מעניק החוק לצרכן זכות מיוחדת לבטל את החוזה בנסיבות מסוימות, וכן זכות מיוחדת לבטל את העסקה, ללא עילה מיוחדת, תוך תקופה מסוימת.

גם במשפט האיחוד האירופי קיימות הוראות, החלות על העסקה הצרכנית באינטרנט. בצו המכר מרחוק האירופי¹⁷⁹ אין התייחסות מיוחדת לעסקה הצרכנית המבוצעת באמצעות תקשורת בין מחשבים, שכן הנושא נדון לראשונה בקהילה האירופית בשנת 1992¹⁸⁰. הסדר חלקי לעסקה האלקטרונית ניתן למצוא בצו המסחר האלקטרוני האירופי. צו זה, בסעיפים 11 ו-56, מכפיף את ההוראות שבו לצווים קודמים, בעניין עסקאות צרכניות שונות. כמו כן קיימת בו הוראה, המטילה על ספק שירותי האינטרנט¹⁸¹ חובה לפרסם מידע מסוים על השירות שלו, באופן ברור ונגיש ישירות לצרכני השירות, כפי שיתואר בהמשך פרק זה. הוראה נוספת מטילה על ספק שירותי האינטרנט חובה להדגיש ולהבהיר את האופי המסחרי של המסר האלקטרוני ששלח, או של אתר

¹⁷⁶ ראו חוק החוזים האחידים, התשמ"ג - 1982 (להלן - חוק החוזים האחידים); ט' שפניץ ווי' לוסטהוויז חוזים אחידים (נבו, תשנ"ד).

¹⁷⁷ חוק הגנת הצרכן, התשמ"א - 1981 (להלן - חוק הגנת הצרכן), סעיף 14ג(ו): "שיווק מרחוק" - פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלביזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסימיליה, פרסום קטלוגים או מודעות, או באמצעי כיוצא באלה, במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים, אלא באחד האמצעים האמורים. "עסקת מכר מרחוק: התקשרות בעסקה של מכר נכס או של מתן שירות, כאשר ההתקשרות נעשית בעקבות שיווק מרחוק, ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה".

¹⁷⁸ סעיפים 14א - 14ג לחוק הגנת הצרכן.

¹⁷⁹ Directive 97/7/EC On the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts (20/5/97) (להלן - צו המכר מרחוק האירופי).

¹⁸⁰ ראו:

Edirectives: Guide To European Union Law Of E-Commerce (Kluwer Law International, 2002) 12.

הוועדה התייחסה לנושאים הבאים: האם יש להכיר בחוזה אלקטרוני צרכני; כיצד להבטיח, שלצרכן תהיה הזדמנות לעיין בחוזה; האם חובות הגילוי במכר מרחוק מספיקות, או שיש צורך בגילוי פרטים נוספים; כיצד להתייחס לדרישות הכתב בחקיקה הצרכנית; וזכות הביטול הנדרשת בשל טעויות.

מבנה הפרק הוא כדלקמן: תחילה תידון שאלת תוקפם של חוזים צרכניים אלקטרוניים, ובכלל זה תוקפם של חוזים צרכניים, שקיימת לגביהן דרישת כתב. לאחר מכן יידונו סוגיות הנוגעות לשלב הטרום חוזי: מהי הזדמנות סבירה לעיין בתנאי החוזה, והשאלה האם יש צורך להרחיב את חובת הגילוי לפני הכריתה. לאחר מכן יידונו הצורך בקיומה של עילת ביטול מיוחדת לחוזה אלקטרוני, והתנאים לקיומה.

1. תוקפו של חוזה צרכני אלקטרוני

אחת השאלות העיקריות שמתעוררות לגבי חוזים צרכניים, שנכרתים באמצעים אלקטרוניים בכלל ובאמצעות רשת האינטרנט בפרט, היא שאלת תוקפם של חוזי "הקש וקבל" - חוזים בהם מקיש הצרכן את הסכמתו למוצע על ידי העוסק, למרות שספק אם הוא קרא את כל תנאי החוזה ובכלל זה את האמור "באותיות הקטנות".

כפי שכבר נאמר בפרק העוסק בחוזים אלקטרוניים, עמדת הוועדה היא, שככלל, יש להכיר בתוקפם של חוזים אלקטרוניים; ועמדה זו תקפה גם ביחס לחוזים אלקטרוניים צרכניים. עם זאת, נדרשים מספר תיקונים כדי להתאים את הדין לחוזים אלו לעניין העיון מראש בחוזה, וגילוי פרטים נוספים.

¹⁸¹ מונח זה מתייחס גם לספקי תוכן, למשל, בעלי אתרי אינטרנט, המספקים שירות או מוצר.

¹⁸² סעיף 6 לצו המסחר האלקטרוני האירופי קובע, כי מסרים מסחריים חייבים להיות ניתנים לזיהוי כבעלי אופי מסחרי; המסר האלקטרוני המסחרי חייב לזהות את האישיות המשפטית העומדת מאחוריו; הצעות מסחריות בדבר הנחות או מתנות צריכות להיות מוצגות כך שניתן לזהותן כהצעות מסחריות, באופן חד משמעי וברור, ותנאי המבצע צריכים להיות נגישים וברורים; כך גם באשר לתחרויות או הגרלות.

1.1. חוק חוזים אחידים

חוק החוזים האחידים הוא חוק כללי, אולם הוא רלבנטי במיוחד לגבי חוזים צרכניים, שהם, לעתים קרובות, חוזים שמכין הספק, באופן חד צדדי. מצב דברים זה טיפוסי לחוזים צרכניים הנכרתים באופן אלקטרוני. הקיפוח לפי חוק החוזים האחידים נבחן לאור החקיקה, כפי שהיא מעת לעת. לפיכך, ייבדק הקיפוח לאור התיקונים שיהיו בדיני החוזים והגנת הצרכן, מבלי שיש צורך לתקן את חוק החוזים האחידים.

1.1.1. המלצת הוועדה

הוועדה לא מצאה אפוא צורך בתיקון חוק החוזים האחידים.

1.2. דרישת הכתב בחוזים צרכניים

ביחס לחוזים צרכניים, לגביהם קיימת דרישת כתב, בדומה לחוזים שאינם צרכניים, התעוררה השאלה, האם ניתן לכרות כל חוזה צרכני באופן אלקטרוני, או שיש חוזים צרכניים, לגביהם יש לקבוע, כי הדבר אינו רצוי.

במספר חוקים קיימת דרישות כתב בחוזים צרכניים. עיקר ההוראות נמצאות בחוק הגנת הצרכן, בהם נקבע¹⁸³, כי אם היה לשר יסוד סביר להניח כי הדבר דרוש למניעת הטעיה או ניצול מצוקת הצרכן, רשאי הוא לקבוע בתקנות, לגבי סוגי עסקים או שירותים, כי עוסק חייב לערוך חוזה בכתב עם הצרכן, ולציין בו את הפרטים שנקבעו בתקנות. סעיף 3 לתקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועסקה ברוכלות), התשמ"ג - 1983 קובע, כי בעסקה באשראי, כאמור בסעיף 2 לתקנות אלו, יכרות העוסק עם הצרכן הסכם בכתב, בו יפורטו כל הפרטים הנדרשים בתקנות אלו, וימסור העתק חתום של ההסכם לצרכן¹⁸⁴. סעיף 7 לתקנות קובע, כי בעסקת רוכלות באשראי, כאשר מחיר העסקה המוצעת הכולל ריבית הוצאות או תוספות אחרות עולה על 50 ש"ח, חייב העוסק לערוך הסכם בכתב עם הצרכן, ולציין בו את כל הפרטים שבתקנה 2. בעסקאות צרכניות נוספות, כגון עסקת מכר מרחוק, לא נדרש שהחוזה עצמו יהיה בכתב, אם כי העוסק מחויב למסור לצרכן מסמך בכתב המתעד את פרטי העסקה ומכיל פרטים מסוימים

¹⁸³ סעיף 5(א) לחוק הגנת הצרכן.

¹⁸⁴ יצוין, כי על פי תקנה 3(ב), כאשר פורטו הפרטים כאמור בתקנות 2 ו-5 לתקנות אלו בשובר קופה, טופס הזמנה או בחשבונית המס שנמסרה לצרכן, יראו בכך קיום דרישת הכתב.

כנדרש בסעיף 14 לחוק הגנת הצרכן 185.

חוזים צרכניים נוספים, שלגביהם נקבעה דרישת כתב בחיקוק, הם: חוזה לתיווך במקרקעין¹⁸⁶; עוסק (להבדיל מאדם פרטי), המוכר רכב משומש, חייב לעשות הסכם בכתב, בהתאם לטופס מיוחד¹⁸⁷; חוזה למתן הלוואה שאינה הלוואה בנקאית¹⁸⁸; חוזה למכירת יחידת נופש¹⁸⁹; חוזה לשימוש בכרטיס חיוב בין לקוח לבין מנפיק לא יהיה תקף אלא אם כן נעשה בכתב ונחתם ביד הלקוח¹⁹⁰.

דרישות הכתב בעסקאות אלה הן מהותיות באופיין, מאחר שהן נועדו להרתיע את הצרכן מלהתקשר בהן בקלות דעת. הדברים אמורים במיוחד לגבי עסקאות בעלות חשיבות רבה, שעשויות להיות כרוכות בהוצאה כספית ניכרת עבור הצרכן (כגון, תיווך במקרקעין, רכישת יחידת נופש, הלוואה חוץ בנקאית), ולכן מטילות סיכון מוגבר על הצרכן.

במשפט האירופי, צו המכר מרחוק האירופי¹⁹¹ חל על עסקאות בין צרכן לספק, שנכרתות כאשר הצדדים אינם נוכחים יחדיו במקום מסוים בעת כריתת העסקה, והספק משתמש באמצעי תקשורת מרחוק לשם כריתת העסקה (רשימה לא סגורה של אמצעים מפורטת בתוספת לצו). העסקאות הפטורות מתחולת החוק הן עסקאות בנכסי דלא נידי, עסקאות המבוצעות באמצעות מכונות ממכר אוטומטיות וכן "חצרים מסחריים אוטומטיים" - כגון מכשירי כספומט¹⁹². פטור נוסף הוענק בצו למכירות פומביות, בשל אופיין המשפטי המיוחד¹⁹³. פטור זה הוא בעל משמעות רבה ביחס לעסקה הצרכנית ברשת האינטרנט, שכן חלק לא מבוטל מעסקאות אלה מבוצעות באמצעות מכירות פומביות באתרי אינטרנט (דוגמת eBay ואחרים). פטורים נוספים מהיבטים שונים של מכר מרחוק, מוענקים בצו למכירת מוצרים מתכלים דוגמת מזון ומשקה¹⁹⁴.

¹⁸⁵ יצוין, כי כבר כיום שיווק מרחוק, שהוא הצעד הראשון בדרך לכריתת הסכם מכר מרחוק, יכול שיעשה בתקשורת אלקטרונית, וביטולה של עסקת מכר מרחוק יכול שיעשה באמצעות תקשורת אלקטרונית (סעיפים 14ג) ו- 14ד לחוק הגנת הצרכן).

¹⁸⁶ חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו - 1996. סעיף 9(א) לחוק קובע, כי הזמנה לחוזה תיווך במקרקעין צריכה להיעשות בכתב.

¹⁸⁷ תקנות מסחר ברכב משומש, התשל"ח - 1978. הטופס נמצא בתוספת לתקנות אלו.

¹⁸⁸ חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג - 1993, סעיף 2; תקנות הגנת הצרכן (פרטי חוזה הלוואה שאינה הלוואה בנקאית), התש"ן - 1989, סעיף 3.

¹⁸⁹ סעיף 14א לחוק הגנת הצרכן.

¹⁹⁰ סעיף 2 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו - 1986.

¹⁹¹ סעיף 2 לצו המכר מרחוק האירופי.

¹⁹² בעבר הצו החרוג מגדר תחולתו עסקאות אספקת שירותים פיננסיים, אך כיום הוא הוחל גם עליהן, למעט על מוצרים דיגיטליים מסוימים.

¹⁹³ סעיף 3 לצו המכר מרחוק האירופי.

¹⁹⁴ סעיף 4 לצו המכר מרחוק האירופי מקנה לעסקאות אלה פטור מן החובה למסור מידע קודם לכריתת העסקה; סעיף 5 פוטר מן הצורך לתת אישור של המידע; הזכות לסגת מן העסקה אינה חלה על עסקאות אלה.

צו המסחר האלקטרוני האירופי קובע, כי הוא אינו משפיע על צווים אחרים שעוסקים בחוזים צרכניים, ואין בו כדי לשלול מהצרכן את ההגנה שמעניקים לו דיני הגנת הצרכן במדינות השונות¹⁹⁵. תקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה קובעות, כי ההסדרים הכלולים בהן חלים בנוסף על דיני הגנת הצרכן הקיימים¹⁹⁶. באירלנד, סעיף 15 לחוק המסחר האלקטרוני מכפיף את החוזים האלקטרוניים לדין הגנת הצרכן הקיים. כך גם חוק המסחר האלקטרוני הספרדי¹⁹⁷. בצרפת, סעיף 25 להצעת החוק מטיל חיוב לשמור בארכיון חוזים צרכניים מסכום מסוים ומעלה. ההצעה מוסיפה סעיף חדש לקוד הגנת הצרכן הצרפתי, ולפיו, כאשר החוזה נכרת באופן אלקטרוני, וכאשר מדובר בסכום השווה או עולה על הסכום שנקבע בצו, הצד המקצועי לחוזה (הספק) יבטיח את אחסון המסמך המתעד את החוזה לתקופה שתיקבע בצו ויבטיח לצד השני לחוזה גישה למסמך בכל עת שיחפוץ בכך¹⁹⁸.

בקנדה החוק לדוגמא, ה-UECA, אינו מתייחס בצורה מפורשת לחוקי הגנת הצרכן.

1.2.1. המלצת הוועדה

הוועדה ממליצה, ככלל, כי אין לאפשר, לפחות בשלב זה, עריכתן של עסקאות צרכניות, שלגביהן נדרשת דרישת כתיב בחיקוק, באופן אלקטרוני.

2. הזדמנות לעיין בחוזה

חוק הגנת הצרכן קובע, בסעיף 5 לו, כי העוסק, העומד לחתום על חוזה בכתב עם הצרכן, חייב לתת לצרכן "הזדמנות סבירה" לעיין בחוזה לפני חתימתו, וכן למסור לו עותק ממנו לאחר החתימה. בהקשר של החוזים האלקטרוניים הצרכניים, נודעת חשיבות מיוחדת לכך שלצרכן תינתן הזדמנות סבירה לעיון מראש בכל תנאי החוזה, בשל הקלות היחסית בה ניתן לכרות חוזים אלה, ובשל החרפת הבעיות הכרוכות בעסקת מכר מרחוק עבור הצרכן בעסקאות באינטרנט, כפי שתואר לעיל.

¹⁹⁵ הערה 55 לצו המסחר האלקטרוני האירופי

¹⁹⁶ סעיף 9 לתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה.

¹⁹⁷ סעיף 23 לחוק הספרדי בדבר מסחר אלקטרוני.

¹⁹⁸ סעיף 25 להצעת החוק הצרפתית מיום 14.6.01. הסעיף קובע:

"Where the contract is concluded electronically, and where it involves a sum equal to or higher than an amount fixed by decree, the contracting professional shall ensure the storage of the document recording this contract for a period specified by this same decree, and shall guarantee access thereto at any time for the other contracting party when the latter requests this".

לפיכך, הוועדה מציעה להבהיר מהי אותה "הזדמנות סבירה" שניתן לצרכן לעיין בתנאי החוזה, ולהגדיר אותה בסעיף 5 לחוק כך: "הצגה גלויה של תנאי החוזה, שכל אדם סביר היה מזהה".

3. הרחבת חובת הגילוי הנדרשת במסגרת מכר מרחוק

חוק הגנת הצרכן מטיל חובות גילוי רבות על העוסק, בין לפני כריתת החוזה ובין לאחריו, אם כי אין דרישה שכולן יהיו בכתב. כך למשל, החוק קובע, כי עוסק חייב לגלות לצרכן כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס; כל תכונה בנכס המחייבת החזקה או שימוש בדרך מיוחדת כדי למנוע פגיעה למשתמש בו או לאדם אחר או לנכס תוך שימוש רגיל או טיפול רגיל; וכל פרט מהותי לגבי נכס שקבע השר באישור ועדת הכלכלה של הכנסת¹⁹⁹. חובת גילוי מראש נקבעה גם ביחס לעסקת אשראי עם הצרכן²⁰⁰, עסקה לרכישת יחידת נופש²⁰¹ ובשיווק מרחוק²⁰².

בנוסף, קיימת גם חובת גילוי לאחר הכריתה: לאחר שנכרתה עסקת מכר מרחוק, על העוסק לספק לצרכן מסמך בכתב, שיפרט בין היתר גם את האופן בו יכול הצרכן לבטל את העסקה, שם היצור וארץ ייצור הנכס, וכן תנאים נוספים, החלים על העסקה²⁰³. סעיף 14ג(א) לחוק, העוסק בשיווק ומכר מרחוק, קובע רשימה של פרטים שעל העוסק לגלות לצרכן, אם הוא בוחר לשווק את המוצר או השירות שלו באמצעות שיווק מרחוק, עוד בטרם כריתת העסקה. פרטים אלה כוללים: שם וכתובת, תכונות הנכס או השירות, מחיר ותנאי תשלום, מועד ודרך אספקת הנכס או השירות, התקופה בה ההצעה תהיה בתוקף, ופרטים בדבר אחריות לנכס וזכות הצרכן לבטל את החוזה.

שאלה היא, אם יש צורך בגילויים של פרטים נוספים, לאור החששות (אשר קיימים בכל צורה של מכר מרחוק, אך מתעצמים בעסקאות אלקטרוניות), כמו, למשל, שמאחורי אתר האינטרנט של הספק, לא עומד עסק ממשי, או שהמוצר לא יסופק לצרכן.

¹⁹⁹ סעיף 4 לחוק הגנת הצרכן. יצוין, כי האמור חל גם על שירות.

²⁰⁰ סעיף 9 לחוק הגנת הצרכן. יש לגלות מראש את המחיר באשראי והמחיר במזומן; שיעור הריבית, בחישוב שנתי, שבמחיר באשראי; מהותה וסכומה של כל תוספת אחרת למחיר; שיעורי התשלום של המחיר באשראי; כל תניה שעל פיה ייפגעו זכויות הצרכן, וכל ריבית או קנס שיוטל עליו, בשל אי קיום תנאי מתנאי העסקה; כל התניה על דיני הראיות, סדרי הדין או על סמכות מקומית של בית המשפט.

²⁰¹ סעיף 14א לחוק הגנת הצרכן. הסעיף דורש גם קיומו של חוזה בכתב. כמו כן יודגש, כי הפרטים שעל המוכר למסור לרוכש צריכים להיכלל בטופס החתום בידי המוכר.

²⁰² סעיף 14ג(א) לחוק הגנת הצרכן. יש לגלות את השם והכתובת של העוסק בארץ ובחו"ל; התכונות העיקריות של הנכס או השירות; מחיר הנכס או השירות ותנאי התשלום האפשריים; מועד ודרך אספקת הנכס או השירות; התקופה שבה ההצעה תהיה בתוקף; פרטים בדבר אחריות לנכס; פרטים בדבר זכות הצרכן לבטל את החוזה.

²⁰³ סעיף 14ג(ו) לחוק הגנת הצרכן.

3.1. משפט משווה

3.1.1. אירופה

סעיפים 4 ו-5 לצו המכר מרחוק האירופי מטילים על הספק חובה למסור לצרכן מידע בעניינים מסוימים, על מנת לאפשר לצרכן להחליט החלטה מושכלת, ולהגביר את אמונו ובטחונו בשיטת מכר זו²⁰⁴. חלק מן המידע צריך להימסר לפני כריתת העסקה²⁰⁵, ועליו להיות ברור וניתן להבנה, וחלק מן המידע צריך להימסר בעת ביצוע העסקה²⁰⁶, ועליו להיות בכתב או באמצעי נגיש ועמיד אחר. לפני כריתת העסקה, על הספק למסור לצרכן מידע על שמו, וכתובתו, תכונות המוצר או השירות, המחיר כולל מסים, עלות הובלת המוצר, דרכי האספקה, זכות לסגת מן העסקה, תוקף ההצעה או המחיר, ומשך החוזה (אם מדובר באספקת שירות, כגון טלביזיה בכבלים). במהלך ביצוע העסקה, יש לספק לצרכן מידע על הזכות לבטל את העסקה, והאופן בו ניתן לעשות כן; מען לתלונות; ומידע על שירות שלאחר אספקת המוצר.

ביחס לעסקאות אלקטרוניות, צו המסחר האלקטרוני האירופי מחייב את ספק שירותי האינטרנט לספק מספר פרטים על השירות שהוא מספק²⁰⁷, והם: שמו של הספק; כתובת "גיאוגרפית" מדויקת; כתובת דואר אלקטרוני; האם הוא רשום במרשם רשמי כלשהו, ואם כן היכן הוא רשום, ומה מספרו; האם הוא כפוף לגוף או רשות מקצועית כלשהי, ואם כן - עליו לספק עליה פרטים, ולספק פרטים על עמידתו בדרישותיה. ביחס למחירים קובע הצו, כי על ספק השירות לציין באופן ברור וחד משמעי, ולהבהיר גם האם הם כוללים מע"מ. דרישות אלה נכללות גם בתקנות המסחר האלקטרוני שהותקנו בבריטניה²⁰⁸, וכן בחוק הספרדי בדבר מסחר אלקטרוני²⁰⁹.

3.1.2. ארה"ב

חוק ה - E-Sign קובע²¹⁰, כי אם חוק או תקנה שנוגעים לעסקאות בין מדינתיות או בינלאומיות מחייבים מתן מידע בכתב לפני כריתת העסקה, ניתן למסור מידע זה גם באמצעות מסמך אלקטרוני, אם מתמלאת שורה של תנאים, וביניהם התנאי כי לפני מתן הסכמת הצרכן להתקשר בעסקה אלקטרונית, הוא קיבל הצהרה (statement) ברורה וחד משמעית המיידעת אותו

²⁰⁴ Guide, לעיל ה"ש 180, בעמ' 14.

²⁰⁵ סעיף 4 לצו המכר מרחוק האירופי.

²⁰⁶ סעיף 5 לצו המכר מרחוק האירופי.

²⁰⁷ סעיף 5 לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

²⁰⁸ סעיפים 6 - 8 לתקנות המסחר האלקטרוני בבריטניה.

²⁰⁹ סעיפים 9 ו-10 לחוק המסחר האלקטרוני הספרדי.

בנוגע לדברים הבאים :

- (1) זכותו לקבל את המידע במסמך נייר רגיל ;
- (2) זכותו להסיר הסכמתו לקבל את המידע בצורה של מסמך אלקטרוני ועל כל תשלום או תוצאה אחרת שיכולה להיות כרוכה בהסרת ההסכמה ;
- (3) האם הסכמתו להתקשר בעסקה אלקטרונית תקפה רק לגבי העסקה הספציפית, או גם לגבי עסקאות אחרות ;
- (4) האם ההסכמה תקפה לקטגוריות מוגדרות של מסמכים, שניתן או צריך לספק במהלך ההתקשרות ;
- (5) תיאור ההליכים שעל הצרכן לנקוט על מנת להסיר את הסכמתו ולעדכן את המידע הדרוש לשם יצירת הקשר עמו באופן אלקטרוני ;
- (6) כיצד יוכל הצרכן להשיג, לאחר שנתן את הסכמתו להתקשר באופן אלקטרוני, העתק בנייר של המסמך האלקטרוני, והאם הדבר כרוך בתשלום.

כמו כן נדרש, שלפני מתן ההסכמה על ידי הצרכן, תינתן לו הצהרה בנוגע לתוכנה ולחומרה להן הוא יידרש לצורך גישה אל המסמך ואחזרו ושהוא ייתן את הסכמתו באופן אלקטרוני, בצורה שתדגים שאכן יש לו גישה למידע בצורתו האלקטרונית, ושאופן זה ישמש במהלך העסקה לאספקת המידע נשוא ההסכמה. עוד כולל הסעיף דרישה, כי אם לאחר מתן ההסכמה על ידי הצרכן משתנה הטכנולוגיה הנדרשת לשם גישה למסמכים האלקטרוניים, כך שקיים סיכון שלצרכן לא תהא נגישות למסמך, על הספק לתת הצהרה בדבר הטכנולוגיה החדשה וזכותו של הצרכן להסיר את הסכמתו, מבלי שהדבר יהיה כרוך בתשלום כלשהו או בדרישה כלשהי, להתקשר באופן אלקטרוני.

3.2. המלצות הוועדה

הוועדה ממליצה לתקן את סעיף 14ג' לחוק הגנת הצרכן, על ידי הוספת פרטים נוספים לרשימת הפרטים שיש לגלותם בכל אחת מקטגוריות המשנה, כך שיתאימו גם למכר מרחוק באמצעים אלקטרוניים.

מוצע לחייב את העוסק לציין גם את הפרטים הבאים:

- (א) מספרי טלפון ופקס;
- (ב) כתובת דואר אלקטרוני;
- (ג) שם העסק באמצעותו העוסק משווק את מרכולתו, ואם מדובר בחברה - מקום ההתאגדות, מספר ההתאגדות וכתובת החברה;
- (ד) מיקום אספקת הנכס, מועד אספקתו ואופן האספקה;
- (ה) מרכיבי המחיר לצרכן;
- (ו) פרטים בדבר מנגנון הגשת תלונה: כתובת, מספרי טלפון, פקס, כתובת דואר אלקטרוני, וכתובת להחזרת המוצר במקרה של ביטול;
- (ז) חברות העוסק בארגונים בלתי פורמליים ליישוב סכסוכים והאם הוא מחויב להביא את הסכסוך בפניהם.

4. מתן זכות ביטול מיוחדת בשל טעות לעסקאות צרכניות אלקטרוניות

בעסקאות צרכניות אלקטרוניות, קיים סיכון מיוחד לביצוע טעויות סופר, הנגרמות בשל טעויות בהקלדה, לאור הקלות בעשייתן ומיידיות הכריתה לאחר ביצוע הטעות. חוק הגנת הצרכן מכיר בזכות ביטול מיוחדת בעסקאות מכר מרחוק. החוק קובע²¹¹, כי בעסקת מכר מרחוק רשאי הצרכן לבטל בכתב את העסקה: אם נעשתה ביחס לנכס - מיום עשיית העסקה ועד ארבעה עשר ימים מיום קבלת הנכס או מיום קבלת המסמך המכיל את הפרטים שחובה על מוכר מרחוק למסור לאחר כריתת החוזה, לפי המאוחר מביניהם; אם נעשתה העסקה ביחס לשירות - תוך ארבעה עשר ימים מיום עשיית העסקה, ובלבד שביטול כאמור ייעשה לפחות שני ימים, שאינם ימי מנוחה, קודם למועד שבו אמור השירות להינתן²¹². יש להדגיש, כי הצרכן זכאי לבטל את העסקה תוך התקופות האמורות **מכל סיבה שהיא**, ולא דווקא עקב פגם במוצר או אי התאמה. בנוסף לכך, קיימת בחוק החוזים (חלק כללי) עילה של ביטול בשל טעות סופר²¹³.

²¹¹ סעיף 14ג(ג) לחוק הגנת הצרכן.

²¹² סעיף 14ג(ד) לחוק הגנת הצרכן קובע רשימה של מוצרים ושירותים, לגביהם לא תחול עילת הביטול הייחודית למכר מרחוק: טובין פסידיים; שירותי הארחה, נסיעה, חופש או בילוי, אם המועד שנקבע למתן השירות חל בתוך שבעה ימים, שאינם ימי מנוחה, ממועד עשיית העסקה; מידע כהגדרתו בחוק המחשבים, התשנ"ה - 1995; טובין שיוצרו במיוחד בעבור הצרכן בעקבות העסקה; טובין הניתנים להקלטה, לשעתוק או לשכפול, שהצרכן פתח את אריזתם המקורית.

²¹³ סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי). בע"א 565/79 רובינשטיין ושות' נ' מולי לויס, פ"ד לד(4) 591 נאמר בעמ' 597-598, כי לעניין סעיף 16 לחוק החוזים, יש לראות בכל שגיאות הרישום והכתיבה והמספור, שנעשו ללא כוונת שינוי או הטעה, משום טעויות סופר או טעויות כיוצא בהן. גם טעותו של פקיד המוכרת, שרשם בשוגג במסמך ההוא סך 371,000 במקום 391,000 ל"י - טעות סופר היא הניתנת לתיקון ואינה משמשת עילה לביטול החוזה. ראו גם: ע"א 424/89 פנינה סנוב נ' אריה סנוב, פ"ד לה (1) 401 (בחווה נכתב כי נמכרו מחצית המניות במקום שלישי); ע"א 424/89 דרור פרקש נ' שיכון ופתוח לישראל בע"מ, פ"ד מד(4), 31, עמ' 40-41 (אם ברור מהו אומדן דעת הצדדים, אשר יצר את החווה האמיתית, הרי יהא אשר יהא היקפו הכמותי של השיבוש שנפל בשלב של יציקת תוכנו של חוזה זה לכלל "חוזה כתוב" - ניתן לתקן את החוזה הכתוב באופן שישקף נאמנה ונכוחה את החווה האמיתית).

שאלה היא, האם הוראות אלה מספיקות כאשר מדובר בעסקאות אלקטרוניות. יש לשקול האם הקלות הרבה שבה ניתן לבצע טעות בעסקה אלקטרונית, בהשוואה לעסקה רגילה, מצדיקה יצירת עילה מיוחדת.

צו המכר מרחוק האירופי מקנה לצרכן את האפשרות לסגת מן העסקה, מבלי לנמק את הביטול²¹⁴, בתוך שבעה ימים מיום קבלת הפרטים הנדרשים על פי סעיף 5 לצו, או תוך שלושה חודשים, אם הפרטים הנ"ל לא נמסרו לצרכן. במקרה כזה, על הספק להחזיר לצרכן את התמורה המלאה ששילם עבור המוצר או השירות, למעט העלויות הישירות הכרוכות בהחזרת המוצר²¹⁵. עם זאת, יש לזכות זו חריגים, וביניהם: חוזים לקבלת שירות, אשר הוחל בביצועם לפני תקופת שבעת הימים; חוזים למכירת מוצרים שהוכנו במיוחד לבקשת הלקוח, או שעקב טבעם הם עלולים להתקלקל או שתוקפם עלול לפוג; וחוזים לאספקת קלטות שמע או ראייה, או תוכנת מחשב, שאריזתן נפתחה על ידי הלקוח²¹⁶.

בנוסף, קובע צו המכר מרחוק האירופי, כי על הספק למלא אחר התחייבויותיו ללקוח בתוך שלושים ימים, לכל המאוחר, מיום קבלת הזמנת הלקוח. אם הספק אינו יכול לעמוד בהתחייבויותיו במגבלת זמן זו, עליו להשיב ללקוח את כספו, או לבצע את החוזה בקירוב למוסכם, במידת האפשר²¹⁷. המידע בדבר אפשרות זו צריך להימסר ללקוח בצורה ברורה וניתנת להבנה. עוד קובע צו המכר מרחוק, כי על חברות האיחוד האירופי לקבוע כללים בדבר שיווק של מוצרים או שירותים שלא לבקשת הצרכן, כאשר הספק דורש תשלום עבור המוצר או השירות²¹⁸. על פי הצו, אין להשתמש בטכנולוגיית תקשורת, לשם יצירת מגע עם לקוח פוטנציאלי שלא בהסכמה מראש של הלקוח. לבסוף קובע הצו²¹⁹, כי אין תוקף לויתור של הצרכן על זכויותיו על פי הצו.

4.1. המלצת הוועדה

הוועדה ממליצה לתקן את חוק הגנת הצרכן, ולקבוע זכות ביטול מיוחדת לעסקאות צרכניות אלקטרוניות, בדומה להסדר הביטול המיוחד, שהומלץ על ידי הוועדה ביחס לחוזים בדין הכללי.

²¹⁴ סעיף 6 לצו המכר מרחוק האירופי.

²¹⁵ סעיף 6(2) לצו המכר מרחוק האירופי.

²¹⁶ סעיף 6(3) לצו המכר מרחוק האירופי. חריגים נוספים הם חוזים לאספקת עיתונים ומגזינים, חוזים לאספקת כרטיסי הגרלות, וחוזים לאספקת מוצר או שירות, שמחירו עשוי להשתנות בהתאם לתנאי השוק הפיננסי, שאינם בשליטת הספק.

²¹⁷ בכפוף למספר חריגים. העלות מוטלת על הספק.

²¹⁸ סעיפים 9 ו-10 לצו המכר מרחוק האירופי.

²¹⁹ סעיף 12 לצו המכר מרחוק האירופי.

מוצע אפוא כי הצרכן יוכל לבטל עסקה אלקטרונית אם ביצע טעות סופר, ובלבד שהתקיימו מספר תנאים מצטברים:

- (1) העוסק לא נתן לו הזדמנות מספקת לזהות ולתקן את טעותו לפני כריתת החוזה;
- (2) הצרכן הודיע לעוסק על הטעות מיד משנודעה לו טעותו;
- (3) הצרכן לא השתמש במוצר, לא נהנה מטעותו ופעל על פי הוראות העוסק להשבת המוצר.

פרק שלישי: אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שחיבר צד שלישי

חלק זה עוסק בשאלת אחריותם של ספקי שירותי האינטרנט לסוגיהם כלפי מי שניזוק כתוצאה מתוכן, שהועלה על רשת האינטרנט, כאשר יוצר התוכן אינו הספק אלא צד שלישי, כגון: בעלי אתרים, משתתפים בפורומים או ב chat (להלן - ספקי התוכן). בדיקת האחריות תיעשה לפי שתי מערכות דינאם: נזיקין וזכות יוצרים, מבצעים ומשדרים.

הוועדה ראתה לנגד עיניה ארבעה סוגים של שירותים אופייניים, המסופקים ברשת האינטרנט על ידי הספקים השונים:

- (1) שירותי גישה: ספק הגישה מאפשר חיבור של מבקש השירות לרשת האינטרנט.²²⁰
- (2) שירותי אירוח: ספק האירוח מאפשר ללקוח לאחסן על מערכת המחשב שלו תכנים, לעתים בצורה של אתר אינטרנט, כך שתכנים אלה יהיו נגישים לגולשים ברשת האינטרנט.
- (3) ספק "אחסון זמני" ("caching"): ספק המאפשר אחסון זמני במערכת המחשב שלו, לתכנים המועברים באינטרנט, וזאת לצורך העלאת מהירות העיבוד והעברת התוכן. זהו שירות נלווה לשירות הגישה או האירוח, לשם הגברת מהירות הגלישה.
- (4) ספק קישורים ("מנוע חיפוש"): ספק המספק שירותי איתור מידע למיניהם, המוכרים בשם "מנועי חיפוש".

ההגדרות האמורות אינן ממצות, וניתן ליצור אבחנות אחרות²²¹ (למשל, ניתן להבחין בין מי שמקצה מקום ב - "חוות השרתים" שלו לאתר, לבין מי שרק מאפשר לבנות "דף פרטי" וכדומה). דיון מפורט בשאלה כיצד יש להגדיר את סוגי ספקי שירותי האינטרנט השונים, ואיזו משמעות יש לשוני בנייהם לעניין אחריותם לתוכן שחובר על ידי צד שלישי, ולעניין הסייגים לאחריות, ייעשה בהמשך הפרק.

הוועדה סברה, כי טרם בחינת אחריותם של ספקי שירותי האינטרנט לתוכן שחובר על ידי צד שלישי, יש לבחון את אחריותם של מחברי התכנים עצמם, היינו, האם ניתן להחיל את דיני הנזיקין ודיני זכות היוצרים, המבצעים והמשדרים הקיימים על תוכן מפר או פוגע המופץ ברשת האינטרנט, או שיש צורך בשינוי הדין הקיים. לאחר מכן יש לזהות מי הם ספקי שירותי האינטרנט, ומהם תפקידיהם במסגרת הפעילות ברשת, וזאת על מנת לקבוע האם מוטלת עליהם

²²⁰ יצוין, כי פעילות ספק שירות הגישה מהווה על פי הדין בישראל מתן שירות בזק כהגדרתו **בחוק התקשורת (בזק ושידורים)**, התשמ"ב - 1982 ומחייבת קבלת רשיון (הרשיון מסדיר היבטים הנוגעים לחוק התקשורת ולא לעניין תכנים). עוד יוער כי ספק הגישה מחויב ליתן השירות רק באמצעות רשת בזק ציבורית של בעל רשיון כללי למתן שירותי בזק פנים-ארציים נייחים (כיום חברת בזק וחברות הכבלים).

אחריות על פי הדין הקיים, לתוכן שחובר על ידי צד שלישי; אם כן, האם הדבר ראוי, ואם לאו - האם יש מקום ליצור דינים חדשים להטלת אחריות, בנזיקין ובדיני זכות היוצרים, המבצעים והמשדרים, בדרך של חקיקה²²². כפי שיתואר בהמשך, הוועדה לא העמיקה בנושא זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים, משום שדינים אלה נמצאים כעת תחת בחינה במשרד המשפטים, אשר ייתן דעתו גם לנושא התאמת דיני הנזיקין הרוחני לאינטרנט.

שאלת אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט מסובכת בשל חדשנותה, ובשל קלות ההפצה של חומר פוגע או מפר ברשת האינטרנט, וריבוי הגורמים המעורבים במהלך ההפצה. המאפיינים האחרים של רשת האינטרנט, כגון זהות המשתמשים ברשת, וההיקף העצום של החומר שנמצא בה, מכבידים גם הם על קביעת משטר האחריות. עם זאת, לאור מעמד המרכזי של ספקי שירותי האינטרנט, והסיכונים שבהם הם נושאים במצב המשפטי הקיים, מתחייבת בחינה של הנושא.

מבנה הפרק הוא כדלקמן: בחלק הראשון תידון האחריות בנזיקין, לפי הדין הקיים: תחילה תידון אחריות המעוול הישיר בשל ביצוע עוולה ואחר כך האחריות של ספקי שירותי אינטרנט בשל תוכן שחובר על ידי צד שלישי. החלק השני יעסוק באחריות לפי הדין הקיים בשל הפרת זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים ברשת האינטרנט על המפר הישיר, היינו, על מחבר התוכן המפר ואחר כך תידון אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט בשל תוכן מפר שחובר על ידי צד שלישי. בחלק השלישי תיערך השוואה בין החקיקה בארה"ב והחקיקה באיחוד האירופי בסוגיית אחריות ספקי שירותי האינטרנט. בחלק הרביעי יתואר ההסדר המוצע על ידי הוועדה. בחלק החמישי יתואר ההליך לחיוב הספק לגלות את שם מחבר התוכן, ובחלק השישי תידון האפשרות לסייג את ההסדר המוצע ביחס ללשון הרע.

1. הטלת אחריות לפי דיני הנזיקין

1.1. אחריות בנזיקין על ביצוע עוולה באמצעות רשת האינטרנט

החקיקה הנזיקית הקיימת אינה מתייחסת במפורש לאפשרות של ביצוע עוולה באמצעות האינטרנט, אולם נראה שקיימות הוראות רבות, שניתנות להחלה על ביצוע עוולות באינטרנט, ללא צורך בתיקון החוק, בהנחה שהמדיניות הרצויה היא שאין לאפשר הפיכת רשת האינטרנט

²²¹ כפי שיתואר בהמשך, הצו האירופי אינו מתייחס במפורש לספקי הקישורים, ולמעשה רואה בהם סוג של ספקי שירותי אירוח, בעוד שהחוק האמריקאי בעניין זכויות יוצרים, מכיר בספקי הקישורים כסוג של ספקים, העומד בפני עצמו.

²²² לשם נוחות הדיון ייעשה שימוש במונח "חומר פוגע" או "חומר מפר" או "תוכן פוגע" או "תוכן מפר" לתיאור חומר המהווה עוולה בנזיקין או פגיעה בזכויות יוצרים, מבצעים ומשדרים.

ל"עיר מקלט" משפטית למעוולים ומזיקים למיניהם²²³. בשאלת אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שחובר על ידי צד שלישי, נראה שיהיה צורך בתיקון החקיקה הקיימת.

בחלק זה תידון הטלת אחריות בנויקין לפי הסוגיות הרלבנטיות - לשון הרע, עוולות מסחריות, הגנת הפרטיות, עוולת הרשלנות ודיני הגנת הצרכן.

1.1.1. עוולת לשון הרע

היסוד הראשון בעוולה לפי חוק איסור לשון הרע הוא "דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם; לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו; לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו; לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית"²²⁴. היסוד השני בעוולה הוא "פרסום", והשאלה היא, האם הגדרת המונח "פרסום" בחוק הקיים²²⁵ יכולה לחול גם על פרסום ברשת האינטרנט. החוק קובע, ש"פרסום" יכול להיעשות במגוון צורות - בעל פה, בכתב, או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכן "בכל אמצעי אחר"²²⁶. נראה, שפרסום באינטרנט יכול להיכלל בגדר פרסום "בכל אמצעי אחר", וייתכן שהוא נופל גם לגדר החלופות האחרות של ההגדרה.

שאלה נוספת היא, האם אופן הפרסום באינטרנט נכלל בגדר אופני הפרסום הקבועים בחוק, היינו, האם פרסום ברשת האינטרנט הוא פרסום "בעל פה" או פרסום "בכתב". דרך הרשת ניתן להעביר מסרים כתובים בזמן אמת (למשל ב - chat), וכן גם מסרים כתובים בדומה לעיתון, לספר או ללוח מודעות. לשאלה, האם מדובר בפרסום בעל פה או בכתב יש חשיבות, שכן על פי חוק איסור לשון הרע, כדי שיתקיים יסוד הפרסום של לשון הרע בעל פה, צריך שלשון הרע תהיה מיועדת לאדם אחר זולת הנפגע, ושתגיע בפועל לאדם אחר זולת הנתבע, בין אם הוא אותו אדם לו הייתה מיועדת ובין אם לאו²²⁷. לעומת זאת, בפרסום של לשון הרע בכתב, די בכך שהכתב עשוי היה להגיע לאדם אחר זולת הנתבע²²⁸. לפיכך, אם רואים במידע המועבר ב - chat מידע המועבר בעל פה, בדומה למידע שנמסר בשיחת טלפון, עליו לעמוד בדרישות המצטברות שנמנו לעיל. אם,

²²³ כפי שאמר לאחרונה בית המשפט המחוזי בתל אביב בע"פ (מח' ת"א) 70571/01 **מדינת ישראל נ' טל פודים**, תק-מח 12002(1), 5610: "לא ייתכן שהאינטרנט יהפוך מקום להעברת מידע כוזב ביוזעין העלול להטעות אחרים, רק בהסתמך על הקלות ועל האנונימיות, כביכול, של העברת המידע" (שם, בעמ' 10 לפסק הדין).

²²⁴ **חוק איסור לשון הרע**, תשכ"ה - 1965 (להלן - **חוק איסור לשון הרע**), סעיף 1.

²²⁵ סעיף 2 **לחוק איסור לשון הרע** מגדיר מהו "פרסום" לעניין לשון הרע - בין בעל פה ובין בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר. רואים בפרסום לשון הרע, בלי למעט מדרכי פרסום אחרות, אם הייתה מיועדת לאדם זולת הנפגע והגיעה לאותו אדם או לאדם אחר זולת הנפגע; אם הייתה בכתב והכתב עשוי היה, לפי הנסיבות, להגיע לאדם זולת הנפגע.

²²⁶ סעיף 2(א) **לחוק איסור לשון הרע**.

²²⁷ סעיף 2(ב)(1) **לחוק איסור לשון הרע**.

²²⁸ סעיף 2(ב)(2) **לחוק איסור לשון הרע**.

לעומת זאת, הוא יסווג כמידע המועבר בכתב, קל יותר להוכיח את יסוד הפרסום. ייתכן, שלאור הוראת חוק הפרשנות²²⁹, כל שימוש באינטרנט ייכלל בהגדרת המונח "בכתב", ובכלל זה גם chat.

1.1.1.1. המלצות הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, כי ניתן להחיל את עוולת לשון הרע גם על לשון הרע ברשת האינטרנט. הגדרת המונח "פרסום" בחוק איסור לשון הרע ניתנת להחלה גם על פרסום לשון הרע ברשת האינטרנט, וכן שאר היסודות האחרים של העוולה, בדרך של פרשנות, ללא צורך בתיקון החוק.

1.1.2. עוולות מסחריות

להלן יפורטו העוולות השייכות לעניין בחוק העוולות המסחריות²³⁰, ותידון השאלה, האם ניתן להחיל את החוק על ביצוע עוולות מסחריות באינטרנט, או שיש צורך בתיקוני חקיקה. השאלה תיבחן ביחס לכל אחת מן העוולות: גניבת עין, תיאור כוזב, התערבות לא הוגנת, וגזל סוד מסחרי²³¹.

1.1.2.1. גניבת עין

עוולה זו קובעת²³², כי לא יגרום עוסק לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר, מבלי לפרט את אופן הגרימה²³³. העוולה מנוסחת באופן כללי ורחב, ולכן גם שימוש באינטרנט יכול להיחשב כ"גרימה", למשל באמצעות מסגור תוכן של אתר אחד בתוך אתר אחר, כך שהתובע אינו מבדיל ביניהם או בדרך של שימוש בשם מתחם או בסימן מסחרי זהה או דומה השייך לעוסק אחר, או על ידי עיצוב אתר האינטרנט באופן הדומה עד כדי להטעות לזה של עוסק מתחרה²³⁴.

²²⁹ **חוק הפרשנות**, ס' 1: "בכתב - לרבות בכל דרך אחרת של הצגת אותיות, ספרות או סימנים בצורה הנראית לעין או הניתנת לפענוח חזותי".

²³⁰ **חוק העוולות המסחריות**, התשנ"ט - 1999 (להלן - **חוק העוולות המסחריות**). סעיף 4 לחוק קובע, כי שלוש העוולות הראשונות חלות על עוסק, אשר עשה את המעשה האסור במהלך עסקו או בהקשר לעסקו, כלפי עוסק אחר אשר נפגע או ניזוק מהפרת החובה, במהלך עסקו או בהקשר לעסקו. עוולת גזל הסוד המסחרי חלה גם שלא בהקשר של תחרות בין עוסקים, אלא גם ביחסים שבין עוסק לבין לקוח.

²³¹ להרחבה ראו: מ' דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר** (נבו, תשס"ב - 2002) (להלן - **דויטש**).

²³² סעיף 1 **לחוק העוולות המסחריות**.

²³³ סעיף 1(ב): שימוש של עוסק בשמו בתום לב, לשם מכירת נכס או מתן שירות, לא ייחשב כשלעצמו גניבת עין.

העוולה אינה מגדירה את המונח "עוסק", בדומה לשאר העוולות בפרק הראשון של החוק. עם זאת נראה, כי ניתן להקיש מהגדרת המונח בחוק הגנת הצרכן²³⁵, ולפיכך, גם מי שרק מפרסם באמצעות האינטרנט, אך יש לו עסק "ממשי", וגם מי שכל עסקו הוא באמצעות האינטרנט, יכולים להיחשב כ"עוסק" לצורך העניין, והעוולה תחול עליהם.

1.1.2.2. תיאור כוזב

עוולה זו קובעת, כי לא יפרסם עוסק מידע ולא יגרום לפרסום מידע, אשר הוא יודע או שהיה עליו לדעת שהוא אינו נכון, לגבי עסק, מקצוע, נכס או שירות, שלו או של עוסק אחר (להלן - תיאור כוזב)²³⁶. הסעיף אינו מגדיר מהו פרסום, ונראה כי ניתן לשאוב השראה פרשנית מחוק איסור לשון הרע, וכאמור לעיל, נראה שאין מניעה להגדיר את רשת האינטרנט כ"אמצעי [פרסום] אחר". יצוין, כי גם המפיץ פרסום של עוסק אחר או מטעמו הכולל תיאור כוזב, או מי שהחליט בפועל על פרסום תיאור כוזב כאמור, יישא באחריות לפי סעיף זה, אך רק אם ידע שהתיאור כוזב, או שהתיאור כוזב על פניו²³⁷. עם זאת, בניגוד לחוק איסור לשון הרע, חוק העוולות המסחריות אינו מטיל מגבלות על אופן הפרסום, ולכן הוועדה סבורה כי ניתן להטיל אחריות בשל כל אופן פרסום ברשת שיש בו משום תיאור כוזב, בין בכתב ובין בכל דרך אחרת, ובכלל זה בשל פרסום ברשת האינטרנט.

1.1.2.3. התערבות לא הוגנת

עוולה זו קובעת, כי לא ימנע ולא יכביד עוסק, באופן לא הוגן, על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר²³⁸. דוגמאות לעוולה זו, בעולם הפיזי, הן חסימת הכניסה לעסקו של המתחרה או סילוק עלוני פרסומת של המתחרה מתיבות הדואר, וכדומה. אפשר להכביד על גישה לעסק, נכס או שירות של עוסק אחר גם באמצעות האינטרנט, והדרכים לכך עשויות להיות מגוונות, למשל הצפת אמצעי התקשורת של עוסק מתחרה במסרים סתמיים ("דואר זבל אלקטרוני" או "spam") על מנת להפריע לפעילות העוסק התקינה למתן השירות, להכביד על פניות ללקוחות אתר האינטרנט שלו או להכביד על תנועת הדואר האלקטרוני שלו²³⁹.

²³⁴ דוגמא לכך ניתן למצוא בפסק הדין הבריטי *Shetland Times v. Dr. Jonathan Wills and Others* FSR 604 (1997). התובע היה אתר אינטרנט של עיתון. הנתבעים פתחו אתר בעל שם זהה, ומסגרו לתוכו את הכותרות שהופיעו באתר האינטרנט של התובעים. אמנם, עילת התביעה שם הייתה בזכויות יוצרים, אך נראה, כי המעשה עשוי להיות גם גניבת עין כהגדרתה בחוק. זו גם עמדתו של דויטש, בעמ' 59.

²³⁵ סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן: "עוסק" - מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן;".

²³⁶ סעיף 2 לחוק העוולות המסחריות.

²³⁷ סעיף 2(ב) לחוק העוולות המסחריות.

²³⁸ סעיף 3 לחוק העוולות המסחריות.

²³⁹ דויטש, בעמ' 65.

בית המשפט המחוזי בת"א קבע בעניין **מגנטיקס**²⁴⁰, כי החוק אינו מגביל את הדרכים בהן ניתן לגרום את מניעת הגישה או את ההכבדה על הגישה. לכן, לצורך קיום העוולה, אחת היא אם מדובר במחדל או בפעולה חד פעמית או מתמשכת, במניעה פיסית או בשימוש באמצעים אלקטרוניים או אחרים. לאור קביעה זו, נראה כי ניתן להשתמש גם בתוכן ברשת האינטרנט, על מנת להכביד או למנוע גישה לעסק של מתחרה, למשל על ידי הטעיית הצרכן לחשוב שהוא הגיע לעסק של המתחרה (כמו בעניין **מגנטיקס**, בו היה מדובר ברישום שם מתחם הדומה לשמו של המתחרה), או על ידי הפצת דבר שקר, כאילו האתר של המתחרה נסגר. בשאלה, האם מדובר ב"עסק", נקבע בפרשת **מגנטיקס**, כי גם מניעת גישה לאתר באינטרנט היא מניעת גישה ל"עסק, נכס או שירות" של עוסק אחר²⁴¹.

1.1.2.4. גזל סוד מסחרי

סוד מסחרי מוגדר בחוק עוולות מסחריות כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו"²⁴². החוק אוסר על כל אדם (לא רק על עוסק) לגזול את הסוד המסחרי²⁴³, והוא מזהה שלוש דרכים בהן ניתן לבצע את העוולה:

- (1) נטילת סוד מסחרי ללא הסכמת בעליו באמצעים פסולים, או שימוש בסוד על ידי הנוטל;
- (2) שימוש בסוד מסחרי ללא הסכמת בעליו, כאשר השימוש הוא בניגוד לחיוב חוזי או לחובת אמון המוטלים על המשתמש כלפי בעל הסוד;
- (3) קבלת סוד מסחרי או שימוש בו ללא הסכמת בעליו, כאשר המקבל או המשתמש יודע או שהדבר גלוי על פניו, בעת הקבלה או השימוש, כי הסוד הועבר אליו באחת הדרכים האחרות שנמנו לעיל, או כי הסוד הועבר אל אדם אחר באופן אסור כאמור לפני שהגיע אליו.

הסעיף אינו מגדיר מהו שימוש, אך קובע כי גם העברה לאחר היא שימוש, ולפיכך נראה, כי העברת סוד מסחרי ללא הסכמת בעליו באמצעות רשת האינטרנט תיחשב לגזלתו. כמו כן נראה, כי ניתן לבצע גזל סוד מסחרי ברשת האינטרנט על ידי עשיית שימוש בסוד המסחרי, באמצעות פרסומו באתר האינטרנט של המתחרה כבעל הסוד המסחרי. כך לדוגמא, הפצת רשימת לקוחות באמצעות רשת האינטרנט עלולה להפקיע את הזכות בסוד המסחרי, בשל הנגישות הקלה

²⁴⁰ בת"א (ת"א) 1627/01 מ.ש. **מגנטיקס בע"מ נ' דיסקופי (ישראל בע"מ) ואח'**, פ"מ תש"ס(2) 89, ניתן מפי השופט יהודה זפט (להלן - עניין **מגנטיקס**).

²⁴¹ דויטש מסכים, ורואה בכך לא רק שידול לפנות לנתבע, אלא גם תפיסת "המרחב" העסקי של התובעת, תפיסת השביל המוביל אל העסק שלה ברשת האינטרנט, באופן לא הוגן. שם, בעמ' 66.

²⁴² סעיף 5 לחוק העוולות המסחריות.

²⁴³ סעיף 6 לחוק העוולות המסחריות.

למידע²⁴⁴. זאת משום שהחוק מעניק הגנה, כאמור, רק למידע, שאינו נחלת הרבים, ואינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, והפצתו ברשת, גם אם אינו הופכת אותו לנחלת הרבים, עשויה להופכו לניתן לגילוי כדין בנקל.

1.1.2.5. המלצות הוועדה

הוועדה סבורה, כי ניתן להחיל את העוולות המנויות בחוק עוולות מסחריות על ביצוען באינטרנט ללא צורך בתיקון החוק, וזאת משום שהעוולות מנוסחות ברובן באופן "פתוח", היינו, מבלי לנקוב בדרך המדויקת ובאמצעי המדויק בהם הן מתבצעות, אלא תוך שימוש במונחי שסתום כגון: "לגרום", "שימוש", "מניעת גישה" וכו', דבר המקל על שימוש בפרשנות תכליתית. כך הדבר ביחס לגניבת עין, לתיאור כוזב, וביחס להתערבות בלתי הוגנת.

ביחס לגזל סוד מסחרי, הוועדה סבורה, בדומה לגישתו של פרופ' מיגל דויטש, שאין מניעה לגזול סוד מסחרי באמצעות שימוש בו באינטרנט, משום שסוד מסחרי מוגדר כמידע, וניתן להפיץ מידע באמצעות הרשת. כמו כן, גם בעוולה זו החוק אינו קובע מסמרות לגבי אופן גזל הסוד המסחרי, ולכן נראה שגם הפצת מידע שהוא בגדר סוד מסחרי באמצעות האינטרנט היא שימוש.

לפיכך, ביחס לחוק עוולות מסחריות, הוועדה סבורה שאין צורך בתיקון החוק או בחקיקה מיוחדת נפרדת.

²⁴⁴ דויטש, לעיל, בעמ' 268. שאלה היא, אם אכן הפצת המידע ברשת האינטרנט מהווה "פרסום", המפקיעה את סודיות המידע. דויטש בספרו מציע לבחון קני מידה כגון היקף הציבור שנחשף בפועל למידע, טיבו של המידע שפורסם, משך הזמן שבו המידע הוצב, וכדומה (שם, בעמ' 460). להרחבה נוספת ראו עמ' 484 - 486.

1.1.3. הגנת הפרטיות

סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות²⁴⁵ מפרט את הדרכים בהן עלולה פרטיותו של אדם להיפגע: פרסום פרטים או צילומים שצנעת הפרט יפה להם; שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו למטרות רווח; שימוש במידע סודי וכדומה. על פי החוק "שימוש", הוא גילוי, העברה ומסירה, מבלי שהחוק קובע מסמרות באשר לאופן העברת המידע. נראה אפוא כי הפצת המידע ברשת האינטרנט עשויה ליפול בגדר הגדרה זו. באשר ליסוד הפרסום, חוק הגנת הפרטיות מפנה להגדרה שבסעיף 2 לחוק איסור לשון הרע, ולכן נראה, כאמור לעיל, כי אין מניעה שיתקיים יסוד הפרסום גם ביחס לפרסום באמצעות אינטרנט²⁴⁶.

לפיכך, ביחס לחוק הגנת הפרטיות, הוועדה סבורה שאין צורך בתיקון ההוראות החלות על הפצת תוכן הפוגע בפרטיות ברשת האינטרנט או בחקיקה מיוחדת נפרדת.

1.1.4. עוולת הרשלנות

עוולת הרשלנות, מעצם היותה עוולת מסגרת, כפי שהיא מוגדרת בפקודת הנזיקין, אינה מגבילה על פי לשונה את הדרכים בהן ניתן להתרשל²⁴⁷. נראה, שאין הצדקה להבחין בין מסירת מידע שאינו נכון ברשלנות באמצעי התקשורת הקיימים, לבין מסירתו ברשת האינטרנט. כך גם לגבי מצג שווא רשלני: אין הצדקה להבחין בין חוות דעת רשלנית שניתנה מעל גבי העיתון או ברדיו, לבין חוות דעת רשלנית שניתנה באתר אינטרנט. בשני המצבים, יש לדרוש מבעל המקצוע זהירות רבה יותר מאשר במקרה הרגיל (מתן עצה ללקוח במשרדו או לחולה במרפאה), משום היכולת המוגבלת של בעל המקצוע להתרשם באופן בלתי אמצעי מן הלקוח, ולבדוק את הנתונים הרלבנטיים.

²⁴⁵ **חוק הגנת הפרטיות**, התשמ"א - 1981 (להלן - **חוק הגנת הפרטיות**), סעיף 2: "פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה: (1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרדו, או הטרדה אחרת; (2) האזנה האסורה על פי חוק; (3) צילום אדם כשהוא ברשות היחיד; (4) פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו; (5) העתקת תוכן של מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב, והכל אם אין הכתב בעל ערך היסטורי ולא עברו חמש עשרה שנים ממועד כתיבתו; (6) שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח; (7) הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי ענייניו הפרטיים של אדם; (8) הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע; (9) שימוש בידעיה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה; (10) פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9); (11) פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד".

רק חלק מן הדרכים הללו עוסקות בפגיעה בפרטיות באמצעות תוכן, וחלקן קובעות כי דרך פעולה מסוימת מהווה פגיעה בפרטיות (למשל, האזנה אסורה על פי חוק, או צילום אדם כשהוא ברשות היחיד). עם זאת, יש לשים לב כי על פי סעיף 10(2) ניתן לפגוע בפרטיותו של אדם באמצעות פרסומו של דבר שהושג בדרך של פגיעה בפרטיות, ולכן, למשל, פרסום תוכן של שיחה, שהושג בהאזנה אסורה על פי חוק, עשוי להיחשב גם הוא כפגיעה בפרטיות.

²⁴⁶ בנוסף, ניתן לפגוע בפרטיות על ידי שימוש באינטרנט במידע שנאגר במאגרי מידע, ועל ידי דיור ישיר של "דואר זבל אלקטרוני". עניינים אלה יפורטו בפרק נפרד.

²⁴⁷ סעיפים 35 - 36 לפקודת הנזיקין. העוולה מתעניינת יותר בסוג הנזקים שנגרמו. כאשר מדובר בנזק כלכלי טהור, מקובל שלא להכיר בעילת תביעה ברשלנות, למעט במקרה של מתן חוות דעת רשלנית, בסייגים שנקבעו בהמ"ב 106/54 ויישטטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317.

באשר לחובת הזהירות המושגית והקונקרטית הנדרשות לשם הטלת אחריות בגין רשלנות, נראה, שהן מתקיימות גם במקרה בו הרשלנות מתבטאת במסירת מידע לא נכון או לא מדויק ברשת האינטרנט. חובת זהירות מושגית בגין פרסום תוכן לא מדויק באינטרנט קיימת, שכן גם בעניין זה, אין למעשה הבדל לעומת פרסום תוכן לא מדויק בכל דרך אחרת. קיומה של חובת זהירות מושגית תלוי בשני משתנים: היכולת לצפות את הנזק, והצורך לצפותו. האם יכול מחבר תוכן לא מדויק לצפות שפלוני בקצה השני של העולם יסתמך על המידע וינזק? נראה שכן, כפי שמחבר ספר המכיל מידע לא מדויק, או מפרסם בעיתון או בכל דרך "מוחשית" אחרת יכול וצריך לצפות שכל מי שמסוגל לקרוא את הטקסט עלול להסתמך עליו ולהינזק, כך גם מי שמחבר את התוכן ומביא אותו לידיעת הקוראים דרך רשת האינטרנט.

הלכה היא, כי נזק שניתן לצפותו גם צריך לצפותו, אלא אם יש שיקולי מדיניות המצדיקים אי הטלת חובה²⁴⁸. האם קיימים שיקולי מדיניות, המצדיקים אי הטלת חובה בגין מעשים או מחדלים רשלניים ברשת האינטרנט? מחד, ניתן לומר, כי בשל החשיפה הגדולה שנובעת מפרסום תכנים באינטרנט ובשל המהירות וקלות ההפצה של המידע, מוטלת, למעשה, אחריות על המזיק כלפי כולי עלמא, דבר שעלול להרתיע אנשים מלהפיץ מידע בדרך זו, ובכך לפגוע בחופש העיסוק, בחופש הביטוי ובקידום המסחר האלקטרוני. מאידך, האם מוצדק כי רק משום שהתרשלות בוצעה באמצעים אלקטרוניים, ולא בדרכים ה- "ישנות", להימנע מלהטיל אחריות? כמו כן, יש להביא בחשבון, כי אדם המפיץ מידע באמצעות האינטרנט עושה זאת דווקא בשל היכולת להגיע לקהל רב ומגוון, שבאמצעים הרגילים קשה או לא ניתן להגיע אליו. לכן ניתן לומר, כי מי שנוטל על עצמו את הסיכון, מן הראוי שיישא באחריות²⁴⁹. עוד נראה, כי שאלת השכנות²⁵⁰ תקבל כאן משנה תוקף: ככל שהתובע הוא אדם שיותר סביר שיעשה שימוש במידע דרך האינטרנט, סביר להטיל אחריות. ככל שהזיקה של התובע והצורך שלו במידע צפויים פחות, סביר פחות להטיל אחריות.

חובת הזהירות הקונקרטית תלויה מטבעה בנסיבות המקרה הספציפי. יש לזכור, כי לא כל נזק צפוי (מבחינה פיסית) הוא נזק שיש לצפותו (במישור הנורמטיבי). לא כל יצירת סיכון מטילה על אדם אחריות לכל תוצאה מזיקה שתיגרם בעקבותיה, אפילו אם ניתן לחזות תוצאה כזאת מראש. חיי היום-יום מלאים סיכונים, אשר לעתים מתממשים וגורמים נזקים, מבלי שיוצרי

²⁴⁸ ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו (1) 113 (להלן - עניין ועקנין).

²⁴⁹ אמנם רשת האינטרנט היא כלי המאפשר הזרמה של מידע ממקורות אנונימיים, אך עדיין, ההסתמכות על מידע שניתן באינטרנט אינה מעידה על כך, שהסתמך הוא אדם לא רציני.

²⁵⁰ חובת זהירות קיימת כלפי "שכן", ולא כלפי כולי עלמא. היא תמיד נבחנת בהקשר מסוים - האם למזיק הספציפי יש חובת זהירות כלפי הניזוק הספציפי במצב הספציפי בו מדובר. כלומר, חובת זהירות קיימת כאשר יש בין המזיק לניזוק יחסי קרבה. בית המשפט העליון, בע"א 915/91 מזינת ישראל נ' דני לוי ואח', פ"ד מח(3), 45, קבע, כי "בנסיבות בהן הפעולה או האינטרס בגינם מטילים חובת זהירות על הנתבע "רחוקים" יותר (עניינית ולא משפטית); כאשר מדובר באחריות בגין מחדל להבדיל ממעשה; כאשר הנזק לא נגרם ישירות על ידי הנתבע אלא על ידי צד ג'; כאשר מדובר בנזק כלכלי, - בכל הנסיבות הללו, כל אחת בנפרד ובמיוחד אם הן מופיעות באופן מצטבר - אין לגזור קיומה של שכנות מקיומה של צפיות. אין פירושו של דבר שאם מתקיימים תנאים אלה, ואפילו כולם ביחד, לא תקבע לעולם חובת זהירות. אך במקרה כזה יהיה צורך בעיון מדוקדק יותר בקיומה של שכנות בין הצדדים" (שם, בעמ' 70). נסיבה נוספת שהוזכרה כמצביעה על קיומה של שכנות היא הסתמכות סבירה, בעיקר במצבים של מצג שווא רשלני (שם, בעמ' 71). ההסתמכות הופכת יחסים, שאחרת היו רחוקים, ליחסי שכנות, ומסייעת להקים חובת זהירות מצד מציג המצג כלפי המסתמך.

הסיכונים יישאו באחריות בניזקין. הטעם לכך הוא, שאותם סיכונים טבעיים ורגילים הם לפעילות האנושית המקובלת, ובגינם קבע בית המשפט העליון, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת הזהירות הקונקרטיית אינה מתגבשת²⁵¹. חובת הזהירות הקונקרטיית אינה קיימת למניעתו של כל סיכון וסיכון. הדין מבחין בין סיכון סביר לבין סיכון בלתי סביר, ורק בגין סיכון בלתי סביר מוטלת חובת זהירות קונקרטיית. סיכון בלתי סביר הוא אותו סיכון, אשר החברה רואה אותו במידת חומרה יתירה, באופן שהיא דורשת כי יינקטו אמצעי זהירות סבירים כדי למנעו²⁵².

נראה, כי הסיכונים הכרוכים במסירת מידע ברשלנות ברשת האינטרנט אינם שונים במהותם מן הסיכונים הכרוכים במסירת מידע ברשלנות באמצעים אחרים, ואין הצדקה להטיל חובות זהירות שונות על מזיקים רק משום שהשתמשו באמצעי טכנולוגי שונה להפצת המידע. הסיכון הבלתי סביר, שקיים בהפצת מידע באמצעות הטלביזיה, הרדיו או הטלפון, קיים גם בהפצת מידע באמצעות רשת האינטרנט - בשני המקרים קיים סיכון שההסתמכות על המידע תגרום לנזק. לפיכך נראה כי אין מניעה להטלת חובת זהירות קונקרטיית, בכפוף לבדיקת שאר נסיבות המקרה הספציפי.

שאר התנאים להטלת אחריות בעולת הרשלנות - התרשלנות, סיבתיות ונזק - אינם מעוררים בעיה מיוחדת בהקשר זה, ואין בהם ייחוד לעומת המצב הרגיל.

הוועדה סבורה אפוא כי אין צורך בתיקון עולת הרשלנות, או בקביעת הסדר מיוחד בחקיקה למסירת תוכן רשלני באמצעות רשת האינטרנט.

1.1.5. עוולה לפי חוק הגנת הצרכן

סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן קובע, כי עוסק לא יעשה דבר, בכל צורה שהיא, העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה. סעיף 3 לחוק אוסר על ניצול בורותו או מצוקתו של הצרכן על מנת לקשור עסקה בתנאים בלתי סבירים או עבור תמורה בלתי מקובלת. סעיף 7 לחוק קובע, כי אסור לגורם מסחרי להציג עצמו כמי שמטרתו היחידה להגן על הצרכן או לייעץ לו, ולא לקרוא או לכנות את עצמו בשם, שמשמע ממנו כי הוא פועל למטרה כאמור.

גם חוק זה אינו מגביל את האופן בו בוצעה ההטעיה, ולכן נראה כי אין מניעה לבצע עוולות אלה באמצעות האינטרנט, למשל על ידי פרסום תוכן מטעה. דוגמאות אחרות להטעיה, הייחודיות לרשת האינטרנט הן שימוש בקישורית (link) או שם מתחם. בחירה בשם הכולל התייחסות לצרכנות עשוי להוות הטעיה במובן סעיף 7 לחוק, אם לאחר הקשה על הקישור, או את שם

²⁵¹ עניין ועקנין, בעמ' 119-120.

המתחם, הגולש מוצא את עצמו קשור לאתר מסחרי. הקישור העמוק (deep link), היינו, קישור ישירות אל תוך אתר האינטרנט, תוך דילוג על דף הבית, עשוי גם הוא לגרום להטעיית הצרכן בנוגע לעניינים מהותיים בעסקה, בכך שיגרום לו לדלג על דף האינטרנט שבו תנאים חשובים לצורך קשירת העסקה. מקרה אחר שעלול גם הוא לגרום להטעיה הוא המסגור (framing), שעלול לגרום לצרכן לחשוב, שהוא נמצא באתר מסוים, ושהוא רוכש מאתר זה מוצר כלשהו, בעוד שבפועל הוא נמצא באתר אחר ש"מסגר" לתוכו את האתר בו נמצא הצרכן.

מטעמים אלה הוועדה סבורה כי העוולות המנויות בחוק הגנת הצרכן חלות כפי שהן על תכנים מטעים ברשת האינטרנט, ללא צורך בשינוי חקיקה.

1.2. אחריות ספקי שירותי אינטרנט בגין תוכן שחובר על ידי צד שלישי

עד עתה נדונה האחריות של מחבר התוכן עצמו, הוא מבצע העוולה, למעשה שבוצע באמצעות רשת האינטרנט. בחלק זה תידון אחריות ספקי שירותי האינטרנט. מאליו מובן, שאם הספק הוא גם מחבר התוכן, ומי שהעלה אותו על אתר האינטרנט, או מבצע פעולה אחרת, מן הפעולות שנידונו לעיל, באמצעות רשת האינטרנט, תחול עליו האחריות שנידונה בחלק הקודם. הדיון בחלק זה יתמקד בשאלה מורכבת יותר, והיא האחריות של ספק שירותי האינטרנט לתוכן שחובר על ידי צד שלישי, כאשר חלקו של הספק מתמצה במתן שירותי אינטרנט בלבד.

כלל מנחה בדיני הנזיקין הוא, כי אדם אחראי למעשיו, אך לא למעשי הזולת, למעט מצב בו יש תנאים מיוחדים המצדיקים זאת, כגון מצב בו מתקיים יחס מיוחד בין מי שמבקשים לחייבו לבין גורם הנזק או לבין הניזוק או הנכס באמצעותו נגרם הנזק²⁵³. דוגמא ליישומו של הריג הוא סעיף 12 לפקודת הנזיקין הקובע, כי, לעניין הפקודה, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתח למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם. סעיף זה פורש בפסיקה כדורש השתתפות במעשה עוולה²⁵⁴, ובאשר ליסוד הנפשי, נדרשה לפחות מודעות לביצוע העוולה על ידי האחר, אם לא רצון בביצועה. יש לציין, כי בשאלה זו קיימת פסיקה מועטה, ולא ברור האם המודעות הנדרשת היא מודעות בפועל או עצימת עיניים, או שדי במודעות בכוח²⁵⁵.

²⁵² שם, בעמ' 121.

²⁵³ דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית, ג' טדסקי עורך, התשל"ו, עמ' 435. דוגמאות ליחס מיוחד הן יחסי עובד מעביד או יחסי שליחות.

²⁵⁴ ע"א 6871/99 רינת וששון נ' משה רום, פ"ד נו(4), 72. מן האמור בפסק הדין עולה, כי נדרשת מודעות בפועל. ²⁵⁵ אך ראו ע"א 269/82 דוד כרמי נ' רחל הילמן, פ"ד מא(4) 1, בו אומרת המשנה לנשיא בן פורת: "כי ניתן היה להשתית את חיובו של המשיב גם על סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], כמי ששיתף עצמו בהרפתקה אשר הביאה בסופו של דבר לתוצאה הקטלנית. אף לפי סעיף זה אין זה כלל חשוב אם בפועל המשיב אחז באקדח אם לאו, ודי בהצטרפות חברו בידיעה לקראת מה הוא הולך כדי שנראה בו שותף למעשה הנזיקין". נראה כי כוונתה היא לידיעה בפועל, אך שאלה היא האם די בידיעה קונסטרוקטיבית או עצימת עיניים.

נראה, כי סעיף 12 לפקודה הוא מקור אפשרי להטלת אחריות בנוזיקין על ספקי שירותי האינטרנט בשל תוכן שחיבר צד שלישי: ניתן לראות בהם הן כמסייעים, מן הבחינה הטכנית, להעברת המידע ולהפצתו ברשת, והן כמי שעשוי להתקיים אצלם, בנסיבות מסוימות, יסוד הידיעה אודות התוכן המועבר דרכם. עם זאת, כפי שיוסבר בהמשך, השאלה מהי ידיעה, מתי היא מתגבשת, האם יש צורך בידיעה מראש או בדיעבד, היא שאלה קשה, המערבת שיקולי מדיניות כבדי משקל.

מקור אחר להטלת אחריות על ספקי שירותי אינטרנט בגין לשון הרע שחוברה על ידי אחר, ניתן למצוא בחוק איסור לשון הרע כפי שיוסבר להלן.

1.2.1. אחריות ספקי שירותי אינטרנט לפרסום תוכן פוגע על ידי צד שלישי

שאלה היא, אם יש מקום להחיל את סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע גם על ספקי שירותי אינטרנט. חוק איסור לשון הרע מטיל אחריות בנוזיקין לא רק על מחבר התוכן, אלא גם על גורמים שאפשרו את הפרסום²⁵⁶. סעיף 11 לחוק מטיל אחריות (פלילית ואזרחית) בשל פרסום לשון הרע באמצעי התקשורת על הגורמים הבאים: מי שהביא את דבר לשון הרע לאמצעי התקשורת וגרם בכך לפרסומו; עורך אמצעי התקשורת ומי שהחליט בפועל על הפרסום; ומי שאחראי לאמצעי התקשורת. ביחס לעיתונים בעלי תדירות גבוהה, ניתן להטיל אחריות, בנסיבות מסוימות, גם על מי שהפיץ את העיתון ועל מחזיק בית הדפוס בו הודפס²⁵⁷.

החוק אינו מתייחס, כמובן, באופן מפורש לרשת האינטרנט, ולפיכך שאלה היא, האם ניתן להחיל את סעיף 11 לחוק, בפרשנות על דרך ההיקש, גם על רשת האינטרנט, ולראות באתר אינטרנט של עיתון "עיתון" כמשמעותו בסעיף 11? האם ניתן להחיל את סעיף 11 גם על בעלים של אתרים שהם עיתונים מן הבחינה המהותית, אך אינם קיימים בעולם המוחשי? ומה דינם של אתרי אינטרנט שאינם עיתונים, אך מפרסמים תוכן שחובר על ידי אחר, כגון פורומים או chat? ואם לא ניתן להחיל את סעיף 11 על ספקי שירותי אינטרנט, מהו הדין הרצוי בשאלה זו? יש לציין, כי הבעיה המשפטית מתעוררת בעיקר ביחס לעיתונים, ופחות ביחס לאתרים המתפקדים כטלביזיה או כרדיו, משום שהגדרת המונח "עיתון" בסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע מפנה להגדרת מונח זה בפקודת העיתונות, ממנה עולה כי "עיתון" הוא רק דבר דפוס, ולכן, מבחינה

²⁵⁶ סעיף 11(ג) לחוק איסור לשון הרע מגדיר "עורך אמצעי תקשורת", בעיתון - לרבות עורך בפועל, ובשידור - לרבות עורך התכנית שבה נעשה הפרסום; "אחראי לאמצעי התקשורת", בעיתון - המוציא לאור, ובשידורי רדיו וטלביזיה - מי שאחראי לקיומם".

²⁵⁷ סעיף 12 לחוק איסור לשון הרע. ניתן להטיל אחריות על מחזיק בית הדפוס ועל מפיץ הפרסום בשל פרסום עיתון שתדירותו עולה על פעם בארבעים יום, רק אם ידעו או חייבים היו לדעת שהפרסום מכיל לשון הרע.

לשונית לא מתאים לחול על רשת האינטרנט²⁵⁸. לעומת זאת, אין בסעיף הגדרה למונחים רדיו וטלביזיה, ולכן אין מניעה לשונית להחיל על אתרי אינטרנט את הסעיף על שידורי טלביזיה או רדיו, המועברים באינטרנט.

בעניין זה קיימות בפסיקות בתי המשפט בארץ שתי גישות: האחת, הגורסת כי ניתן להחיל את סעיף 11 לחוק, בדרך של פרשנות, על אתרי אינטרנט, והשניה, הגורסת כי לא ניתן, בהיעדר חקיקה מפורשת, להטיל אחריות מכוח הסעיף.

הגישה הראשונה באה לידי ביטוי בהחלטת בית משפט השלום בת"א בעניין **ויסמן נ' גולן ואח'**²⁵⁹. במסגרת דיון בבקשה למחיקה על הסף של קובלנה פלילית נגד עורך גלובס, חגי גולן, בשל לשון הרע, שפורסמה הן בעיתון "גלובס" עצמו והן באתר האינטרנט של העיתון, קבע בית המשפט, כי פרשנות תכליתית של סעיף 11 לחוק (שיידון בהמשך) מחייבת ראיית רשת האינטרנט כאמצעי תקשורת (אם כי לא נקבע במפורש שמדובר באמצעי תקשורת לצורך חוק איסור לשון הרע). רשת האינטרנט אינה אלא דרך הפצה נוספת של העיתון, ולכן אחריותו של עורך העיתון למה שפורסם באתר האינטרנט שלו זהה לאחריותו למה שמתפרסם בעיתון ה - "מוחשי". מטעם זה, נדחתה הבקשה למחיקה על הסף.

הגישה השנייה מצאה ביטוי בפסק דינו של בית משפט השלום בכפר סבא בעניין **בורוכוב נ' אלישי**²⁶⁰. בית המשפט קבע, כי לא ניתן לראות בכל אתר אינטרנט "עיתון" כמשמעותו בפקודת העיתונות. לשיטתו, אין לכונן תכנים חדשים על ההגדרות "העתיקות" שבחוק, רק כדי להתאים עצמנו לזמנים חדשים, מבלי לשים לב לרוח החוק ולתכליתו²⁶¹. הן מבחינת הלשון והן מבחינת התכלית, פקודת העיתונות, כמו גם החקיקה המסדירה את שידורי הטלביזיה והרדיו, אינה מתאימה לחול על רשת האינטרנט. מטרת חוקים אלה היא להסדיר אמצעי תקשורת אלו ליצור רגולציה ופיקוח ממשלתי על כלי תקשורת המוניים. לדעת בית המשפט, הכפפת רשת האינטרנט לאותם הסדרי חקיקה, היא הרחבה לא ראויה של הפגיעה בחופש הביטוי, הטמונה בהסדרים אלה²⁶².

²⁵⁸ המונח "עיתון" מוגדר בסעיף 2 לפקודת העיתונות כך: "עיתון" פירושו כל דבר-דפוס המכיל חדשות, ידיעות, סיפורי-מאורעות, או כל הערות, ציונים, או ביאורים בקשר עם אותם חדשות, ידיעות או סיפורי-מאורעות, או עם כל עניין אחר בעל חשיבות ציבורית, הנדפס בכל לשון והיוצא לאור בישראל למכירה או להפצת-חנם, לעתים קבועות או בלתי-קבועות, אך אין הוא כולל כל דבר-דפוס היוצא לאור ע"י ממשלת ישראל או למענה.

"נדפס" פירושו הועתק במכשיר-דפוס; "מכשיר-דפוס" כולל כל מכונת-דפוס ומכשיר-דפוס שסוגלו והיעודים כנראה לשמש להעתקת מלים, תמונות, או אותות על גבי נייר, או על בד או על חומר אחר כיוצא בזה, אך אין הוא כולל כל מכשיר המכוון והמשמש רק להעתקת תרשימים או כל מכשיר פוטוגרפי גרידא הנועד והמשמש רק להעתקת צילומים, או כל מכונת-כתיבה או כל מכשיר מיטלטל אחר המכוון והמשמש להעתקת מלים או אותות כשאותו מכשיר או אותה מכונה אינם משמשים אלא להעתקת מסמכים שהם באמת ובתמים מסמכים מסחריים או פרטיים.

²⁵⁹ ק"פ (שלום - ת"א) 145/00 שאול ויסמן שמאי נ' חגי גולן ואח', תק-של 2001(3), 112.

²⁶⁰ ת"א (שלום - כפ"ס) 7830/00 בורוכוב ארנון נ' פורן אלישי, תק-של 2002(2), 1216 (להלן - עניין בורוכוב).

²⁶¹ פסקה 40 לפסק הדין בעניין בורוכוב.

²⁶² שם, בפסקה 41 לפסק הדין.

בית המשפט סבר, כי פרסום ידיעה על ידי עיתון אך ורק באתר האינטרנט שלו, אינו מהווה פרסום "בעיתון", אלא פרסום "על ידי עיתון", בדומה לפרסום מודעה מטעם עיתון הארץ בשלטי חוצות²⁶³. לשיטתו, הטלת אחריות על עורך של אמצעי תקשורת מסורתי נובעת מכך, שהציבור מייחס אמינות גבוהה למה ש"כתוב בעיתון" או "אמרו בטלביזיה", מה שאין כן ביחס לרשת האינטרנט. בית המשפט הוסיף²⁶⁴, כי ייתכן שמחר יחליט המחוקק, שיש מדיה נוספת בעלת משקל סגולי וכח עצום ורב, כמו העיתונות הכתובה והמשודרת, ולכן ראוי להטיל אחריות גם על המנהלים שלה, אף כאשר אין להם זיקה לפרסומים שנעשו בה. אבל כל עוד לא עשה זאת המחוקק - לא יעשה זאת בית המשפט, ובמיוחד לא בהקשר של הפרסום באינטרנט.

גישה דומה מייצגים גם דבריו של השופט מישאל חשין, שנאמרו בהחלטה שנתן במסגרת תפקידו כיו"ר וועדת הבחירות המרכזית, בעניין **ש"ס נ' פינס**²⁶⁵, ביחס לחוק תעמולת הבחירות והאינטרנט. הוא הביע התנגדות להחלה על דרך ההיקש או הפרשנות התכליתית של חקיקה ישנה על רשת האינטרנט, שכן החוק נחקק שנים רבות לפני שרשת האינטרנט באה לעולם, וגם לאחר שהוחל השימוש בה לא מצא המחוקק לנכון, בין במתכוון ובין שלא במתכוון, לתקן את החוק (כמו גם חוקים אחרים) בהתאם. את שנמנע המחוקק לעשות, לא ישלים בית המשפט. הדבר נובע ממעמדו של חופש הביטוי, ממנו נובעת המסקנה כי אסור להוסיף איסורים עליו מעבר לנקוב בחוק.

השופט חשין דחה את טענתה של מפלגת ש"ס, כי יש לעשות היקש מן האיסורים על תעמולת בחירות ברדיו ובטלביזיה, ולהחילם על האינטרנט, משום שלדעתו אין זה ראוי, וזאת גם בשל המאפיינים השונים של אמצעי תקשורת אלה: רגולציה של רדיו וטלביזיה לעומת העדר רגולציה של האינטרנט; מספר ערוצים מוגבלים לעומת העדר מגבלה באינטרנט; מגבלה על היכולת לברור תכנים ברדיו ובטלביזיה מול העדר המגבלות באינטרנט; הפאסיביות של צופה הטלביזיה ומאזין הרדיו מול האקטיביות של הגולש; ועוד. לדעתו, השוני בין המאפיינים מצדיק גם שוני ביחס, אך ייתכן כי במקרה בו הרדיו או הטלביזיה עושים שימוש באינטרנט לצורך העברת תעמולת בחירות, יראו בשידור כשידור רדיו או טלביזיה²⁶⁶.

²⁶³ שם, בפסקה 42 לפסק הדין.

²⁶⁴ שם, בפסקה 43 לפסק הדין.

²⁶⁵ בתב"מ 16/01 ש"ס ואח' נ' ח"כ אופיר פינס ואח', פ"ד נה(3) 159.

²⁶⁶ כאמור, החלטת השופט חשין עוסקת בחוק אחר, אך נראה שמרבית טיעונו עשויים להיות תקפים גם ביחס לחוק איסור לשון הרע.

1.2.2. משפט משוה

1.2.2.1. בריטניה

בבריטניה הוסדרה סוגיית הפצת לשון הרע באמצעות רשת האינטרנט במסגרת ה - Defamation Act 1996²⁶⁷. חוק זה קבע, כי המוציא לאור (publisher) של לשון הרע עשוי להיות אחראי, בין אם קיבל הודעה על התוכן המשמץ ובין אם לאו, היינו, האחריות היא מוחלטת. ביחס לספק שירותי האינטרנט קבע החוק, כי ספק שירות האינטרנט (ISP) יהיה פטור מאחריות בתנאים המצטברים הבאים: הוא אינו המחבר, עורך או מו"ל של ההצהרה; הוא נקט בזהירות סבירה בנוגע לפרסום; והוא יכול להראות (to demonstrate) שהוא לא ידע ולא הייתה לו סיבה להאמין, שמעשיו תרמו לפרסום לשון הרע²⁶⁸.

החוק קובע, כי בעת שבדקים האם הספק אכן נקט בזהירות סבירה בנוגע לפרסום, יש לבחון את מידת אחריותו לתוכן הפרסום, או להחלטה לפרסמו, את טיב הפרסום או נסיבותיו, ומעשים קודמים של המחבר, העורך או המפרסם²⁶⁹. החוק הוסיף וקבע, כי לא יראו בגוף כמחבר, עורך או מו"ל של דבר לשון הרע אם הוא רק מעורב בהפצה או במכירה של המידע ברשת האינטרנט, או אם הוא מפעיל או ספק של מדיום אלקטרוני עליו המידע מותקן או מועתק בדרך אלקטרונית כלשהי. כמו כן, ספק האינטרנט אינו נחשב למחבר לשון הרע אם הוא רק מעורב בהפעלה או באספקה של גישה למערכת התקשורת, אשר דרכה שודרה ההצהרה המשמץ, על ידי אדם שאין לספק כל שליטה עליו²⁷⁰.

פסק דין שניתן בשנת 1999 בעניין זה ממחיש את ממדיה המצומצמים של ההגנה המוענקת לספקי שירותי אינטרנט על פי החוק. בעניין **Godfrey**²⁷¹ נדונה תביעתו של אדם כנגד ספקי שירותי אירוח של לוח מודעות אלקטרוני (bulletin board או message board). בלוח המודעות הוצבה מודעה בעלת תוכן פוגעני ומעליב, שלכאורה נכתבה על ידי התובע, וכללה גם את כתובת הדואר האלקטרוני שלו לצורך תגובות. הוא פנה אל החברה וביקש ממנה להסיר את המודעה, אך לא נענה. החברה טענה בכתב הגנתה, כי יש לראות בה "publisher" לצורך החוק, ולכן היא פטורה מאחריות. בית המשפט דחה את הטענה וקבע, בדיון בבקשת התובע למחוק טענת הגנה זו, כי אף שאין היא מחברת התוכן, בהתאם לתנאי הראשון, הרי שהיא לא נהגה "זהירות סבירה בפרסום", וכי בעקבות פניית התובע, לא ניתן לומר כי לא ידעה על לשון הרע. לפיכך אין החברה

²⁶⁷ Defamation Act, 1996

²⁶⁸ Defamation Act - ל (1)1 סעיף

²⁶⁹ Defamation Act - ל (5)1 סעיף

²⁷⁰ Defamation Act - ל (3)1 סעיף

²⁷¹ **Godfrey v. Demon Internet Ltd.** [1999] E.W.J. No 1226 (Q.B.D.)

יכולה לחסות בצילה של הגנת החוק²⁷².

לאחרונה נכנסו לתוקף בבריטניה תקנות המסחר האלקטרוני, אשר מעמדן הוא כשל חוק, וביכולתן לתקן חקיקה (לצורך יישום צווים של האיחוד האירופי), אשר מאמצות את ההסדר הקבוע בצו המסחר האלקטרוני האירופי (שיפורט בהמשך), ומחילות אותו כלשונו במשפט האנגלי²⁷³. שאלה היא, האם יכולים שני דברי חקיקה אלה לגור בכפיפה אחת, ואם לא יהיה צורך לשנות את החוק בעניין אחריות ספקי שירותי אינטרנט.

1.2.2.2. ארה"ב

נקודת המוצא של סעיף 230 ל - Decency Communications Act, 1996²⁷⁴ שונה מזו של המשפט האנגלי. הסעיף קובע, שספק שירותי אינטרנט יהיה פטור מאחריות כמפרסם בכל עוולה בניזיקין בנוגע למידע שמקורו בצד שלישי. הוא קובע, כי אין לראות בספק שירותי אינטרנט מ"ל או דובר (speaker) של מידע שסופק על ידי ספק תוכן אחר (information content provider). ספק השירות לא יהיה אחראי לכל פעולה, בה מרצון ובתום לב הוא מגביל גישה לחומר כלשהו, שהוא סבור כי הוא מגונה, אלים, מטריד או מעורר התנגדות בדרך אחרת, או לכל פעולה שנועדה לאפשר לספק התוכן או לאחרים להגביל את הגישה כאמור. עם זאת קובע החוק, כי בעת כריתת החוזה עם לקוחותיו, על ספק שירותי האינטרנט ליידע את הלקוח אלו אמצעים טכניים עומדים לרשותו (הלקוח) לשם הגבלת התוכן. יש לציין, כי החוק האמור אינו פוטר את הספק מאחריות פלילית, מחוקים פדרליים (כל עוד הם אינם סותרים) ומחוקי הפרטיות.

²⁷² בסופו של דבר, התפשרו הצדדים מחוץ לכותלי בית המשפט.

²⁷³ תקנות 17 - 19.

²⁷⁴ **Communication Decency Act, 1996** (להלן - CDA). חוק זה נחקק בעקבות פסק דין **Stratton Oakmont, Inc v. Prodigy Services Company** [1995] WL 323710 (N.Y. Sup.Ct. 1995) בו הטיל בית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק אחריות על ספק שירותי אינטרנט, בגין הודעה שהציב גורם בלתי מזוהה בלוח המודעות האלקטרוני שלו, שהיה באותה עת פופולרי ביותר, ובעל תפוצה רחבה מאוד. על פי ההודעה, חברת ההשקעות Stratton ונשיאה ביצעו מעשי מרמה. החברה טענה כי יש להטיל אחריות על Prodigy בהיותה ה - "Publisher" של ההודעה. Prodigy טענה בתגובה כי היא אינה אחראית לתוכן המודעות שמציבים גורמים שלישיים בלוח המודעות שלה, וכי היא "מפיצה" בלבד. בית המשפט קבע, כי המדיניות של Prodigy, אותה פרסמה ברבים, היא להפעיל שיקול דעת עריכתי על תוכן ההודעות המתפרסמות בלוח שלה, ולשם כך השתמשה בתוכנה שסרקה את התוכן, והסירה באופן אוטומטי הודעות בעלות תוכן פוגעני. כמו כן, היא פרסמה הנחיות ובהן הודיעה כי הודעות בעלות תוכן פוגעני יוסרו מן הלוח, והעסיקה "מנהיגים" (Leaders) שיאכפו את ההנחיות. מדיניות זו, שנבעה מן הרצון למשוך חוג לקוחות מסוים, הפכה אותה, לדעת בית המשפט, ל - Publisher. החוק, כאמור, נחקק באופן מיוחד על מנת לבטל הלכה זו. לעניין זה ראו:

M. Deturbide "Liability of Internet Service Providers for Defamation in the US and Britain: Same Competing Interests, Different Responses 2000 (3) **The Journal of Information, Law, and Technology** (JILT) <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/oo-3/deturbide.html>>.

כאמור, סעיף זה פוטר באופן מפורש את ספק שירותי האינטרנט מאחריות כ - publisher בלבד. חרף זאת, בית המשפט הפדרלי לערעורים קבע בעניין **Zeran**²⁷⁵, כי הספק פטור מאחריות בלשון הרע באופן גורף, ובכלל זה גם מאחריות כמפיץ. בית המשפט קבע, כי הודעה לספק האינטרנט על כך שהתוכן מהווה לשון הרע, אינה מקימה אחריות כלפיו. בעניין **Gucci**²⁷⁶ נאמר, כי החוק אינו חל על דיני קניין רוחני. בעניין **Ben Ezra**²⁷⁷ קבע בית המשפט לערעורים, כי בהיעדר כל הוכחה שספק שירותי האינטרנט הוא גם מחבר התוכן או מעורב בחיבורו, עומדת לו החסינות הקבועה בסעיף 230 ל CDA. למעשה, פרשנות בתי המשפט הפכה את הפטור לכמעט מוחלט - הספק יהיה פטור לא רק כעורך או מו"ל של דבר לשון הרע, אלא גם מאחריות כמפיץ, אפילו אם הוא ידע מראש על קיומה של לשון הרע, כמו בעניין **Blumenthal v. Drudge**²⁷⁸.

1.2.3. המלצות הוועדה

מן האמור לעיל עולה, כי ניתן למצוא בחקיקה הקיימת מקור להטלת אחריות על ספקי שירותי אינטרנט לתכנים פוגעניים שחוברו על ידי צד שלישי, בדרך של פרשנות. אולם, מכיוון שהוועדה סבורה, שיש מקום לפטור ספקי שירותי האינטרנט מאחריות בניזיקין בגין תוכן שחובר על ידי צד שלישי, מוטב לעשות כן באופן מפורש, בחקיקה. הנימוקים לפטור, החריגים והתנאים יידונו במפורט בהמשך הפרק.

שאלת אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט ללשון הרע שחברה על ידי אחר, ופורסמה באמצעי תקשורת מקוונים, תידון אף היא בנפרד, בסופו של פרק זה.

²⁷⁵ **Kenneth M. Zeran v. America Online, Inc**, U.S Court Of Appeals, 4th Circuit, 129 F.2d 327 (1997). בעניין זה נדון מקרה בו אדם הציב מודעה בלוח מודעות של חברת AOL, ובה הציע למכירה חולצות הנושאות סיסמאות חסרות טעם ומגוונות בנוגע למעשה הטרור באוקלהומה. המעוניינים לרכוש את החולצות הופנו למספר טלפון של Zeran, אשר קיבל מספר רב מאוד של שיחות טלפון, ובכלל זה איומים ברצח, אשר חסמו את הטלפון שלו, ומנעו ממנו לעבוד (הוא נהג לעבוד מהבית). החברה הבטיחה לו, לאחר שפנה אליה, כי ההודעה תוסר, וכך היה, אך הודעות חדשות הופיעו, ואלה לא הוסרו, וזרן נאלץ לבקש את הגנת המשטרה מפני האיומים ברצח שהופנו כלפיו. בתביעה שהגיש נגד חברת AOL טען, כי החברה קיבלה הודעה על התוכן הפוגע, ולכן הייתה מוטלת עליה חובה להסירו. כלומר, הבסיס לתביעה היה אחריותה של החברה כמפיצה. בתי המשפט דחו, כאמור את הטענה, וקבעו כי הסעיף חל גם על אחריות כמפיץ.

²⁷⁶ **Gucci America, Inc. v. Hall & Associates**, 135 F. Supp. 2d 409 (S.D.N.Y. 2001)

²⁷⁷ **Ben Ezra, Weinstein And Company, Inc. v. AOL**, 206 F.3d 980 (10th Cir., Mar. 14, 2000)

²⁷⁸ **Blumenthal v. Drudge** 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998). יתר על כן, בתי משפט מסוימים פרשו את החוק כמעניק לספקי שירותי אינטרנט חסינות מוחלטת מאחריות בניזיקין גם בגין תוכן פורנוגרפי שהועלה על ידי צדדים שלישיים לאתר האינטרנט שלהם - ובכך סיכלו לחלוטין את מטרתו המקורית של החוק, שנועד לטפל בבעיית החומר הפורנוגרפי ברשת. לעניין זה ראו: **Doe v. America Online, Inc.** 718 So. 2d 385 (Fla. Dist. Ct. App. 1998).

2. הטלת אחריות על ספקי שירותי אינטרנט לתוכן מפר שהציב צד שלישי

בנוסף לסוגיית האחריות לתוכן המהווה עוולה בניזקין, מתעוררת גם שאלת האחריות לתוכן המהווה הפרה של זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים (להלן - תוכן מפר). זהו נושא מורכב ומסובך, שנידון על ידי צוות מומחים במשרד המשפטים, במסגרת בדיקת הרפורמה של דיני זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים. לפיכך, הסדרת הסוגיות הנוגעות להתאמת דינים אלה לעידן המחשב והאינטרנט לא תידון בדו"ח זה.

עם זאת, לאור חשיבותו של הנושא לעניין אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שהציב צד שלישי, הוועדה מצאה לנכון להתייחס, באופן ראשוני ובלתי ממצה, לשאלת האחריות לתוכן מפר, הן מן ההיבט של ההפרה הישירה, והן מההיבט של אחריות ספקי שירותי האינטרנט.

2.1. הפרת זכות יוצרים מבצעים ומשדרים ברשת האינטרנט

2.1.1. זכות יוצרים

ענף זה של דיני הקניין הרוחני, עוסק בזכויות הנתונות לבעל זכות היוצרים ביצירה. דינים אלה מגינים על יצירות אומנותיות וספרותיות, וכן על תקליטים וסרטים, העומדים בדרישות הסף שנקבעו בדין. כבענפים אחרים של הקניין הרוחני, חלות על דיני זכות היוצרים אמנות בינלאומיות המחייבות את המדינות החברות בהן להקנות הגנה לבעלי הזכויות²⁷⁹. באמנות אלה ישנן גם הוראות, אשר עשויות להיות רלבנטיות לרשת האינטרנט.

הגנת זכות יוצרים מקנה לבעל זכות היוצרים (היוצר או מי שדין או חוזה הקנה לו את הזכויות), אגד זכויות בלעדי, מוגדר בדין, שנועד לאפשר לו למנוע²⁸⁰ שימוש ביצירה ללא הרשאתו. זכות זו מאפשרת ליוצר להגן על המסחר ביצירה מפני שימושים לא מורשים. מטרת דיני זכות היוצרים, על פי המשפט האנגלו-אמריקאי, המהווים את הבסיס לדיני זכות היוצרים במשפט הישראלי²⁸¹, היא ליצור משטר משפטי המאפשר מסחר ביצירות שיש להן מאפיינים של "טובין

²⁷⁹ האמנות המרכזיות החלות על זכות יוצרים הן אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואומנותיות (להלן - אמנת ברן), כפי שתוקנה במשך השנים; Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods (להלן - הסכם טריפס) שנחתם בשנת 1994.
²⁸⁰ ראו:

Kevin Garnett, Jonathan Rayner James, Gillian Davies, **Copinger and Skone James on Copyright** 14th Edition (London, Sweet & Maxwell, 1999) 27 (להלן - **Copinger**)

²⁸¹ דיני זכות יוצרים בישראל קבועים ב**חוק זכות יוצרים**, 1911 (להלן - **חוק זכות יוצרים**), כפי שעודכן מעת לעת באמצעות פקודת זכות יוצרים. השילוב בין שני דברי חקיקה אלו יצר את התשתית החוקית להגנת זכות יוצרים בישראל. **חוק זכות יוצרים** מקנה הגנת זכות יוצרים גם לתקליטים ולסרטים, בנוסף להגנה המוקנית ליצירות הכלולות בהם. תוכנת מחשב נחשבת כיצירה ספרותית.

ציבוריים", ולעודד בכך את היצירה ואת הפצתה²⁸².

לבעל זכות היוצרים יש זכויות כלכליות וזכויות מוסריות ביצירה. הזכויות הכלכליות המרכזיות, המוכרות כיום, הן הזכות להעתיק את היצירה בכל צורה שהיא ולבצע אותה בפומבי בפני ציבור (לרבות שידורה)²⁸³. אלו זכויות קניין, המטילות איסור להפר אותן גם על מי שאין לו מודעות לכך שהוא מפר אותן. שיטת המשפט האנגלו-אמריקאי מגדירה את הפרת אגד הזכויות הבסיסי "הפרה ישירה"²⁸⁴. לצד ההפרה הישירה, קבועים בדיני זכות יוצרים איסורים המרחיבים את האחריות, גם על מעשים הנעשים בעותקים לא חוקיים, או "עותקים מפרים", של היצירה, היינו, מסחר והפצה²⁸⁵. תנאי להטלת אחריות על הסוחר והמפיץ הוא מודעותם לכך שהם עוסקים בעותקים מפרים. מעשים אלה מכונים "הפרה עקיפה" או "הפרה משנית".

בנוסף על הזכויות הכלכליות ביצירה, נתונות ליוצר גם זכויות אישיות-מוסריות²⁸⁶, שנועדו להגן על הקשר בין היוצר לבין היצירה, ולהבדיל מן הזכויות הכלכליות, הן לא נועדו להיות אמצעי לניצול כלכלי של היצירה. הזכויות המוסריות הן הזכות ששמו של היוצר יצוין על היצירה (זכות המכונה "זכות הייחוס") והזכות כי לא ייעשה ביצירה שינוי או שימוש שיש בהם כדי לפגוע בכבודו. הזכויות המוסריות אינן תלויות בזכויות החומריות ביצירה, והן תעמודנה ליוצר אף אם הזכויות החומריות, כולן או חלקן, הועברו לאחר²⁸⁷. הפרת זכות מוסרית היא עוולה בנוזיקין²⁸⁸. יש לציין, כי אמנם, המקור החקוק של דיני זכות יוצרים בישראל הוא החוק האנגלי מ-1911, אך מאחר שהזכויות בחוק נוסחו בלשון פתוחה ורחבה (כפי שיוצג להלן), ניתן להחילן באמצעות פרשנות גם על שימושים שלא היו ידועים בעת שנחקק²⁸⁹.

²⁸² Copinger, בעמ' 29. להרחבה ראו: ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 351.
²⁸³ סעיף 21(2) לחוק זכות יוצרים: "זכות יוצרים" פירושו זכות יחיד להעלות על הבמה את היצירה או חלק ניכר הימנה בצורה של ממש או להעתיקה ואם היצירה היא הרצאה - לקרוא בצבור את היצירה או חלק ניכר הימנה; אם זו יצירה שלא נתפרסמה - לפרסם את היצירה או כל חלק ניכר הימנה; וכולל המונח את זכות היחיד - (א) להוציא לאור, להעתיק, להציג או לפרסם כל תרגום של היצירה; (ב) אם זו יצירה דרמטית, להפוך אותה לרומן או לכל יצירה אחרת שאינה דרמטית; (ג) אם היא רומן או יצירה אחרת שאינה דרמטית או אם זו מעשה ידי אמן, להפכה ליצירה דרמטית, אם בדרך הצגה בצבור או בדרך אחרת; (ד) אם זו יצירה ספרותית, דרמטית או מוזיקלית, - לעשות כל תקליט, לוח מנוקב, סרט ראינועי, או כל מכשיר אחר שבאמצעותם אפשר להציג או למסור את היצירה בדרך מכנית, ולהרשות את עשייתם של המעשים דלעיל.

²⁸⁴ סעיף 2(1) לחוק זכות יוצרים: רואים זכות יוצרים ביצירה כאילו הופרה ע"י אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה לבעל זכות היוצרים.

²⁸⁵ סעיף 2(2) לחוק זכות יוצרים: כמו כן רואים זכות יוצרים ביצירה כאילו הופר ע"י אדם אם - (א) הוא מוכר או משכיר או מעמיד או מציג לשכירות בדרך מסחרית; או (ב) הוא מפיץ לצורכי מסחר או במידה שיש בה כדי להזיק לבעל זכות היוצרים; או (ג) מציג בתערוכה לפני הציבור בדרך מסחרית; או (ד) מביא מחו"ל למכירה או לשכירות בכל חלק של מושבות הוד מלכותו שחל עליו חוק זה, כל יצירה שלפי ידיעתו היא מפירה זכות יוצרים או הייתה מפירה זכות יוצרים אילו נעשתה בגבולות אותו החלק של מושבות הוד מלכותו שבו נערכה או הושכרה או הועמדה או הוצעה למכירה או לשכירות, או שבו הופצה או שלתוכו הובאה מחו"ל. (3) כמו כן רואים זכות יוצרים ביצירה כאילו הופר אם הרשה אדם לתועלתו הפרטית לתיאטרון או למקום שעשוע אחר להשתמש ביצירה לשם הצגתה בצבור בלא הסכמת בעל זכות היוצרים, אלא אם לא ידע אותו אדם ולא היה לו יסוד נאמן לחשוד שיהא בהצגה משום הפרת זכות היוצרים.

²⁸⁶ הזכויות המוסריות המינימליות הנדרשות מהמדינות החברות קבועות בסעיף 6bis לאמנת ברן, אולם יש מדינות המעניקות הגנה נוספת מעבר לזכויות אלה.

²⁸⁷ סעיף 4(4) לפקודת זכות יוצרים.

²⁸⁸ סעיפים 4(3) ו-5 לפקודת זכות יוצרים.

בשנים האחרונות חלו התפתחויות בדיני הקניין הרוחני, ונוספו לזכויות הקיימות גם זכויות מיוחדות לרשת האינטרנט. כך, למשל, באמנת WIPO (הארגון העולמי לקניין רוחני) בנושא זכות יוצרים משנת 1996²⁹⁰ נוספה לסל הזכויות של בעל זכות יוצרים זכות המתייחסת לרשת האינטרנט באופן מפורש, המכונה "available to the public making"²⁹¹, ונועדה להבהיר את תחולת הדין על האינטרנט. האמנה נכנסה לתוקף במרץ 2002; ישראל טרם החליטה להצטרף אליה.

2.1.1.1. זכות יוצרים ורשת האינטרנט

הנוסח הרחב של זכות היוצרים בחקיקה הישראלית מאפשר גמישות בהחלת הגנת זכות יוצרים גם על מעשים הנעשים ברשת האינטרנט, כפי שאמנם נעשה גם במדינות אחרות. עם זאת, גמישות זו מחייבת, לדעת מלומדים שונים, לקבוע את גבולותיה כך שיישמר האיזון בין עידוד היצירה לבין האינטרסים הציבוריים הרחבים והשונים בהפצה ובשימוש ביצירות באינטרנט.

רשת האינטרנט מציבה אתגר משמעותי בפני דיני זכות היוצרים: מחד, היא עשויה לשרת היטב את המטרה לעודד הפצת יצירות, בשל עלויות ההפצה הנמוכות; מאידך, היא עלולה לרוקן מתוכן את ההגנה הקניינית, בשל קלות ההעתקה וההפצה של עותקים של היצירה²⁹². ככלל, ניתן לומר, כי העברת תכנים המוגנים בזכות יוצרים באינטרנט, בין האתר לגולש, למשל, או בין הגולשים לבין עצמם, משלבת מספר מעשים הנכללים לכאורה בגדר סל הזכויות המוגן של בעל זכות היוצרים בדין הישראלי²⁹³, ובהם העתקה וביצוע פומבי. על פי פרשנות רחבה, ייתכן שהמעשה יעלה אף בגדר "הפצה לצורכי מסחר" של "העתקה מפרה" של יצירה.

²⁸⁹ החוק האנגלי מ-1911 הוחל גם במדינות אחרות שהיו קשורות באנגליה באותה תקופה, כגון מדינות חבר העמים הבריטי, ואף בהן ניתנה לזכויות אלה פרשנות דינמית, עד שעודכן בהן החוק.

²⁹⁰ WIPO Copyright Treaty 1996.

²⁹¹ סעיף 8 ל-WIPO Copyright Treaty 1996 קובע:

"Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them".

²⁹² אחת הזכויות המרכזיות של בעל זכות יוצרים היא הזכות לעשות עותקים של היצירה המוגנת, וכן "להרשות" עשיית עותקים. מאפיין מהותי של רשת האינטרנט הוא תעבורה באמצעות עשיית עותקים על מחשבים שונים בהם עוברת התעבורה, ולכן, במידה שהתכנים כוללים "יצירות", למעשה כל תעבורת אינטרנט כוללת אינסוף העתקות. אם תוכן היצירה מוגן בזכות יוצרים, יש ביצירת העותקים לשם העלאתו לרשת, לכאורה, הפרה של זכות היוצרים.²⁹³ ייתכן שהעברה באינטרנט במדינות אחרות תהא במסגרת זכויות נוספות או שונות, על פי הגדרת אותה מדינה.

2.1.2. זכויות מבצעים ומשדרים

הזכויות הכלכליות של המבצע מוגדרות בסעיף 2 לחוק זכויות מבצעים²⁹⁴, והן כוללות את הזכות לטבוע (להקליט) את הביצוע החי²⁹⁵, לשעתק²⁹⁶ (לשכפל) את הטביעה של הביצוע, אלא אם השעתוק נעשה לאותה מטרה שלשמה ניתנה הסכמה של המבצע²⁹⁷, ולשדר²⁹⁸ את הביצוע החי²⁹⁹. הזכויות הכלכליות של המשדר מוגדרות בסעיף 1א4 לחוק, והן כוללות את הזכות לטבוע את שידוריו, טביעה של שידוריו; לשעתק טביעות של שידוריו; לשדר טביעה או שעתוק של טביעה, של שידוריו; להתיר מכירה, השכרה, הפצה, יבוא או החזקה לצורכי מסחר של טביעה או שעתוק של טביעה, של שידוריו; שידור משנה של שידוריו³⁰⁰.

מטבע הדברים, השאלות העולות ביחס למשדרים ולמבצעים דומות לאלו המתעוררות ביחס לזכות יוצרים, בשינויים הנובעים מהיקף הזכויות המוקנות למבצעים בחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

2.2. אחריות ספק שירותי האינטרנט להצבת חומר מפר ברשת האינטרנט

העברת תכנים ברשת האינטרנט ממחשב אחד לשני מבוססת למעשה על סדרת העתקות של התכנים, שנעשית בדרך שבין המחשב של מי שהעלה את התוכן לרשת לבין המחשב של הנמען. ההעתקה נעשתה בעת העלאת החומר לאינטרנט, במחשבי ספק האירוח, במעבר המידע בין מחשבים ברשת, דרך ספק הגישה של הלקוח ואל מחשב הלקוח.

על פי דין זכות היוצרים הקיים, כל הפקה של עותק מן היצירה מחייבת, לכאורה, קבלת היתר מבעל זכות היוצרים ביצירה. בעל זכות היוצרים אינו צריך להראות כי המעתיק היה מודע לכך שהוא מעתיק יצירה ספציפית, אלא די לו בכך שיוכיח כי בוצעה העתקה. על פי גישה זו ניתן לטעון, כי אחריות ספק שירותי האינטרנט להפרת זכות היוצרים על ידי המפר המציב התוכן ברשת היא אחריות ישירה, משום שהוא זה המבצע בפועל את ההעתקה.

²⁹⁴ חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד - 1984 (להלן - חוק זכויות מבצעים).

²⁹⁵ סעיף 2 (1) לחוק זכויות מבצעים.

²⁹⁶ סעיף 2 (2) לחוק זכויות מבצעים.

²⁹⁷ הפרשנות המקובלת לסעיף זה היא כאשר מדובר בהסכמה של המבצע להקלטה של הביצוע שלו לצורך הפקת תקליט, ואילו מבקשים להעתיק את הטביעה של הביצוע לסרט.

²⁹⁸ שידור מוגדר בסעיף 1 לחוק זכויות מבצעים: "העברה או הפצה, בין קווית, בין אלחוטית, ובין בכל דרך אחרת, של צלילים או מראות, או שילוב של צלילים ומראות, לציבור."

²⁹⁹ סעיף 2 (3) לחוק זכויות מבצעים.

³⁰⁰ למעט, שידור משנה המבוצע בדרך של העברה או הפצה קווית כדין; שידור משנה המבוצע בדרך משולבת של הפצה קווית ואלחוטית, של שידורים שהמשדר חייב להעבירם מכוח זיכיון לפי חוק התקשורת; שידור משנה בדרך אלחוטית, המבוצע בשל חובה המוטלת על המשדר לפי דין אחר.

נראה, כי יש להבחין בין ספקי השירות השונים. ביחס לספק הגישה, המחבר את הלקוח הסופי או את ספק האירוח אל האינטרנט, ניתן לטעון, כי מדובר בהעתקות זמניות בלבד, האורכות מספר שניות, ובשונה מאחסון זמני על ידי ספק שירותי אחסון, אינן עולות כדי העתקה. בצו אירופי חדש בדבר זכות יוצרים במרחב הדיגיטלי³⁰¹ הוטלה חובה על המדינות לקבוע פטור להעתקה זמנית הנעשית אגב שימוש מותר ביצירה. ביחס לספקי אחסון זמני ולספק שירותי אירוח ניתן לטעון כי הם מפריס זכות יוצרים בכך שהם מאפשרים העתקה של היצירה (אף כי במקרה של ספק שירותי האחסון מדובר בהעתקה זמנית). בארה"ב, בעניין **Netcom**³⁰² (שקדם לחקיקת ה-DMCA³⁰³), קבע בית המשפט, כי למרות שזכות היוצרים מאפשרת להטיל אחריות מוחלטת, נדרש יסוד נפשי כלשהו על מנת לייחס הפרה לגורם שהמערכת שלו משמשת להעתקה על ידי צד שלישי. מאוחר יותר, השתנתה המגמה.

2.2.1. המלצות הוועדה

כפי שכבר נאמר, הוועדה נמנעה מלהיכנס לעומקן של הסוגיות הכרוכות בהחלת דיני הקניין הרוחני על העלאת תכנים לרשת האינטרנט לאור בחינת הנושא כולו במשרד המשפטים. עם זאת, קיימת אפשרות, שספקי שירותי האינטרנט יהיו חשופים לתביעות בשל הפרת זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים, בגין תוכן שחובר והוצב ברשת על ידי צד שלישי, מבלי שהדבר מוצדק.

לפיכך הוועדה סבורה שיש לבחון מתן פטור לספקים מפני תביעות אלה, במקביל לפטור מאחריות בניזיקין. דיון בנושא זה, ובתנאי הפטור, ייעשה בהמשך.

3. הסדרת אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט והתנאים לפטור

בחלק זה תידון סוגיית הסדרת התנאים לפטור מאחריות של ספקי שירותי אינטרנט בדיני הנזיקין ובדיני זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים. תחילה תידון השאלה, כיצד להגדיר ספקי שירותי אינטרנט לצורך זה. בהמשך תידון השאלה, האם יש מקום לפטור אותם מאחריות, ואם כן, באלו תנאים.

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 **On the** ³⁰¹
Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society,

Art. 5 (1)

.Religious Technology Center and 1361 Others v. Netcom On Line, 907 F. Supp 1361 ³⁰²

303 Digital Millenium Copyright Act 1998 (להלן - DMCA).

3.1. הגדרת ספק שירותי אינטרנט

השאלה הראשונה בהקשר זה היא, כאמור, כיצד להגדיר את ספקי שירותי האינטרנט השונים, המעורבים בתהליך העלאת התוכן על רשת האינטרנט, והפצתו לגולשים. כאמור, ניתן לחשוב על ארבעה סוגי ספקי שירותים: ספק גישה, ספק אחסון זמני (caching), ספק שירותי אירוח (hosting), וספק קישורים. חשוב להגדיר את ספקי שירותי האינטרנט משום שלכל סוג שירות מאפיינים שונים, אשר עשויים להשפיע על ההצדקה במתן הפטור, או על התנאים בהם יינתן הפטור.

3.1.1. משפט משווה

בשאלה זו קיים הבדל בין המשפט האמריקאי לבין צו המסחר האלקטרוני האירופי. האירופים בחרו בהגדרה אחת לכל סוגי התוכן המועבר ברשת, ובהגדרות ספציפיות של התנאים לאחריות ולפטור מאחריות לספק שירותי גישה, ספק שירותי אירוח וספק שירותי אחסון זמני. המידע המועבר ברשת הוא information society service, המוגדר בצו אחר באופן טכני, כאמור לעיל³⁰⁴. כל מי שמספק אותו, הוא society service provider information, והאבחנה בין הספקים היא לפי מהות השירות: אספקת גישה טכנית³⁰⁵, ביצוע פעולת אחסון (caching)³⁰⁶, או אספקת שירותי אירוח³⁰⁷. הצו האירופי אינו מכיר בשירותי חיפוש וקישור כקטגוריה נפרדת³⁰⁸.

בארה"ב, קבעו החוקים השונים הגדרות שונות ל"ספק", לפי הנושא בו הם עסקו. סעיף 230 ל CDA, הקובע פטור מאחריות כ - "publisher" לפרסום לשון הרע או תוכן פוגע (offensive) אחר, קובע כי ספק של שירות מחשב אינטראקטיבי (interactive computer service provider) לא יחשב כמו"ל או דובר של כל מידע המסופק על ידי אחר. "ספק שירות מחשב אינטראקטיבי"

³⁰⁴ לעיל, ה"ש 301.

³⁰⁵ המונח "ספק שירותי גישה" מוגדר בסעיף 12 לצו האירופי כך:

Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network.

³⁰⁶ ספק שירותי האחסון הזמני, "Caching", מוגדר בסעיף 13 לצו האירופי כך:

Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service.

³⁰⁷ ספק שירותי אירוח, "Hosting", בסעיף 14 לצו האירופי כך:

Where an information society services is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service.

³⁰⁸ על רקע זה, מעניין לציין כי החוק הספרדי סטה מן הצו האירופי, והגדיר, בסעיף 17, קטגוריה נפרדת של ספקי תוכן, המספקים קישור (link) למידע או מנועי חיפוש. ספקים אלה לא יהיו אחראים, אם לא הייתה להם ידיעה אפקטיבית (effective knowledge) על טיבו של התוכן, או אם מרגע שנודע להם עליו, פעלו במהירות הראויה כדי להסירו. בבריטניה, לעומת זאת, שמרו התקנות על המבנה המקורי של הצו.

מוגדר כ"ספק של שירות מידע, מערכת או גישה, שמספק או מאפשר גישה של משתמשים רבים לשרת מחשב, ובכלל זה גישה לרשת האינטרנט ולרשתות דומות, ובכלל זה רשתות המופעלות על ידי ספריות". ספק של מידע, או תוכן, מוגדר כ"כל אדם או ישות שאחראית באופן מלא או חלקי ליצירת או לפיתוח מידע המסופק דרך האינטרנט או דרך כל רשת אחרת".

ה - DMCA, העוסק בזכות יוצרים, קובע הגדרות אחרות, בהתאם לשירות שניתן על ידי הספק. הוא יוצר ארבעה סייגים לאחריות בשל הפרת זכות יוצרים ברשת האינטרנט, בהתאם לאופי השירות של ספק שירותי האינטרנט, אשר בגינם מוגשת התביעה: אספקת גישה³⁰⁹, אחסון זמני (caching)³¹⁰, אירוח³¹¹, וכלי חיפוש³¹². החוק מבחין בין שני סוגי ספקים: לצורך הסייג הראשון (סייג לאחריות בגין אספקת גישה) מגדיר החוק בנפרד את המונח "ספק" כגוף המציע שידור, ניתוב או אספקת חיבור לתקשורת דיגיטלית מקוונת³¹³. לצורך שאר הסייגים לאחריות, קיימת הגדרה רחבה יותר, ונפרדת, של המונח "ספק", המוגדר באופן רחב יותר, כספק שירותים מקוונים, או גישה לרשת³¹⁴. על מנת לזכות בפטור מאחריות בגין הפרת זכות יוצרים על ידי מישהו אחר, צריך הספק לעמוד ברשימת תנאים נפרדת ושונה.

3.1.2. המלצת הוועדה

הוועדה סבורה, כי יש להגדיר את הספקים על פי השירות שהם נותנים. ביחס לפרטי ההגדרות, הוועדה מציעה להכיר, בדומה לצו האירופי, בשלושה סוגי ספקים: ספק שירותי גישה, ספק שירותי אחסון זמני, וספק שירותי אירוח (כפי שהוגדרו בתחילת פרק זה).

³⁰⁹ המונח "גישה" מוגדר בסעיף 512(A)(1) ל- DMCA כך:

... [I]ntermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections.

³¹⁰ המונח "Caching" מוגדר בסעיף 512(B)(1) ל- DMCA כך:

... [I]ntermediate and temporary storage of material on a system or network.

³¹¹ המונח "אירוח" מוגדר בסעיף 512(C)(1) ל- DMCA כך:

... [T]he storage at the direction of a user of material that resides on a system or network.

³¹² המונח "כלי חיפוש" מוגדר בסעיף 512(D)(1) ל- DMCA כך:

... [R]eferring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link.

³¹³ סעיף 512(A)(1)(K) ל- DMCA מגדיר "ספק" כך:

Service Provider - an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

³¹⁴ סעיף 512(B)(1)(K) ל- DMCA:

A provider of online services or network access, or the operator of facilities thereof.

3.2. פטור מאחריות בנוזיקין וזכות יוצרים מבצעים ומשדרים לספקי שירותי

אינטרנט

בדיון שהתקיים עד עתה בנושא אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט בנוזיקין ובדיני זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים הסתמן, שקיים קושי להטיל עליהם אחריות כוללת בשל חומר שלא חובר על ידיהם, כפי שהחוקים הרלבנטיים כנראה מאפשרים. משום כך הוענק להם, במדינות שונות, פטור מאחריות, בתנאים מסוימים. השאלה היא, האם זו אמנם המדיניות הרצויה. לשם מתן תשובה, יש לעמוד על השיקולים התומכים במתן הפטור ועל השיקולים השוללים אותו, כפי שיפורט להלן.

3.2.1. השיקולים בעד ונגד הפטור מאחריות

במסגרת השיקולים נגד מתן הפטור ניתן לטעון, כי ספקי השירות הם היחידים המצויים בעמדה המאפשרת מניעת הפצת חומר פוגע ברשת האינטרנט, ולפיכך הם למעשה "שוקלי הנזק" או מונעי הנזק הטובים ביותר, ולכן לא מוצדק לפטור אותם מאחריות. בנוסף, פעמים רבות הנפגע מן החומר הפוגע אינו יודע את זהותו של מחבר התוכן, אלא רק את זהותו של ספק שירותי האינטרנט, ומתן פטור מאחריות עלול לגרום לכך, שלא תהיה כתובת לפנות אליה בדרישה לפיצוי. בהקשר זה יש להתחשב בכך, כי ספקי השירות הם לעיתים "כיס עמוק", ואילו מחברי התוכן הם לרוב אנשים פרטיים, שספק אם ניתן יהיה לאתר אותם, או לגבות מהם פיצוי משמעותי.

טענה נוספת היא, כי מתן פטור לספקי שירותי האינטרנט יביא ליצירת תמריץ שלילי לפיתוח מנגנונים טכנולוגיים למניעת העברתו של תוכן פוגע ברשת. עוד ניתן לטעון, כי מתן הפטור הוא מיותר, בין משום שהשוק מסדיר כיום (או יסדיר בהמשך) את הנושא באמצעות ביטוח, ובין משום שבתחום זכות היוצרים, המבצעים והמשדרים, ניתן לקבל רישוי גורף, ובכך למנוע את הפגיעה בזכויות אלה. התערבות חקיקתית, על פי טיעון זה, תפגע בפעולתו של השוק, ותמנע יצירת מנגנונים ביטוחיים, או בקשות לקבלת רשיון.

במסגרת הטיעונים בעד מתן פטור לספקי שירותי אינטרנט ניתן למנות שיקולים טכניים ומהותיים. השיקול הטכני הוא, כי ספקי השירותים השונים אינם מסוגלים, מבחינה טכנית, לפקח על כל התוכן המועבר ברשת האינטרנט, ולוודא כי הוא אינו כולל תכנים שיש בהם עוולה בנוזיקין או פגיעה בזכות היוצרים, המבצעים והמשדרים של מאן דהוא. הטלת אחריות על ספקי השירות היא, לפי טיעון זה, גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה.

במסגרת הטיעונים המהותיים נשמעה הטענה, כי אין זה הוגן להטיל אחריות על מי שלא יזם את חיבור והפצת התוכן הפוגע בזכויות, במיוחד לאור העובדה, כי פעמים רבות לא ניתן לאתר את יוזם ומחבר התוכן, ולעיתים לא ניתן אף לדעת את זהותו, כך שהאחריות מוטלת כולה על ספקי

שירותי האינטרנט, שלהם אין נגיעה מהותית וממשית לעניין.

ואולם, הטיעון העיקרי התומך במתן פטור מאחריות לספקי שירותי האינטרנט הוא, כי הטלת אחריות שמשמעותה בפועל הטלת חובת פיקוח על התכנים ברשת, תביא לפגיעה בחופש מעבר המידע ברשת, ולפגיעה בחופש הביטוי. הוועדה סבורה, שקיים חשש ממשי, כי העלויות הגבוהות הכרוכות בפיקוח על התכנים, והסיכון הגבוה להיתבע, יביאו לצנזור הרשת, ול- "אפקט צינון", שעלול לגרום לפגיעה קשה בחופש הביטוי. הטלת אחריות עשויה גם להביא לפגיעה בחופש העיסוק של ספקי שירותי האינטרנט, ולהרתיע ספקים נוספים להיכנס לשוק זה, ובכך תיפגע התחרות. בנוסף, קיים קושי לקבוע מיהם הגופים שיפקחו, ולפי אלו אמות מידה ייערך הפיקוח.

3.2.2. המלצות הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, כי שקלול הגורמים בעד ונגד מתן פטור לספקי שירותי אינטרנט מפני אחריות לתוכן פוגע שחובר על ידי צד שלישי מטה את הכף לכיוון מתן פטור. עם זאת, הוועדה סבורה כי יש להתנות את הפטור בתנאים, ולהתאים את תנאיו לכל סוג ספק שירות אינטרנט, בשל ההבדלים הטכניים באופי השירותים, כפי שיפורט בהמשך.

3.3. הסדר אחיד או נפרד לפטור בנזיקין ובזכות יוצרים מבצעים ומשדרים

טרם מתן המלצה בדבר התנאים לפטור, יש לתת את הדעת לשאלה, האם יש מקום להבחין בין התנאים לקבלת פטור מאחריות בנזיקין, לבין התנאים לקבלת פטור מאחריות להפרת זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים³¹⁵. נראה, שאין להצדיק הסדר שונה בשתי הסוגיות, כפי שאף מקובל בצו האירופי, מה עוד, שהבחנה כזו מעוררת את החשש לפגיעה בחופש הביטוי באינטרנט. קיים חשש, שאם ספק שירותי אינטרנט יצטרך להתייחס באופן שונה להפרות זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים ולעוולות בנזיקין, יהיה עליו, לצורך הסיווג, לבקר את תוכן האתרים המופצים ברשת באמצעותו, ולבחון האם בכל מקרה מדובר בהפרה או בעוולה. דבר זה יהפוך את ספקי השירות לצנזורים, יטיל עליהם עלויות גבוהות, ויפגע בהתפתחות החופשית של החלפת הדעות ברשת.

³¹⁵ כמקובל במשפט האמריקאי, כפי שיתואר להלן.

3.3.1. משפט משווה

המשפט האמריקאי ומשפט האיחוד האירופי נוקטים גישות שונות בעניין זה. האיחוד האירופי, בצו המסחר האלקטרוני³¹⁶, בחר להסדיר באופן אחיד את אחריות ספקי השירותים השונים (גישה, אחסון זמני ושירותי אירוח)³¹⁷, מבלי להבחין בין תוכן המהווה עוולה בניזקין לבין תוכן המהווה הפרת זכות יוצרים, מבצעים או משדרים. ההסדר האירופי מגדיר, כפי שיפורט בהמשך, באלו תנאים על כל אחד מן הספקים לעמוד, כדי שיהיה פטור מאחריות בשל התוכן שחובר על ידי צד שלישי³¹⁸. הסיבה לאחידות ההסדר נעוצה בכך, שמשפט האיחוד האירופי מגדיר באופן אחיד את כל התכנים המועברים באמצעות רשת האינטרנט³¹⁹, ואך טבעי הוא, לפיכך, לקבוע הסדר אחיד. כמו כן יש לזכור את מטרת העל של משפט האיחוד האירופי, והיא הקלה על מעבר של סחורות, אנשים וגם מידע בתוך הקהילה, דבר שמטה אף הוא את הכף לכיוון הסדר אחיד. זאת משום שהיעדר הסדר אחיד עשוי להקשות על מעבר המידע בתוך הקהילה, ולפגוע ביישום מטרה זו.

בארה"ב, לעומת זאת, נבחרה גישה שונה, המבחינה בין הפרת זכות יוצרים לבין תוכן מזיק אחר (דבר הבא לידי ביטוי בין היתר בקיומם של דברי חקיקה נפרדים). על פי גישה זו, פטורים ספקי שירותי האינטרנט ככלל מאחריות אזרחית בגין תוכן שחובר על ידי צד שלישי, למעט בדיני זכות יוצרים, שם ניתן להטיל עליהם אחריות, בתנאים מסוימים. כאמור, סעיף 230 ל - CDA פורש כפוטר את ספקי שירותי האינטרנט מכל אחריות לתוכן המועבר באמצעותם, שחובר על ידי צד שלישי. לעומת זאת, בכל הנוגע להפרת זכות יוצרים, קובע ה - DMCA, בסעיף 512 שהוסף ל - Copyright Act, כי ספקי שירותי האינטרנט יהיו פטורים רק אם יעמדו ברשימה ארוכה של תנאים.

יש לציין בהקשר זה, כי יש הסבורים, שלמעשה אין חידוש בהוראות ה - DMCA³²⁰, וכי למעשה נקבעו בו פטורים במקרים שממילא לא היו מטילים אחריות. אחרים רואים חידוש בהוראות הליך ה - Notice and Takedown (שיפורט להלן) משום שהן לא מטילות חובת פיקוח אקטיבית על הספק, אלא רק חובה לפעול לאחר שהעובדות בדבר ההפרה הובאו לידיעתו. ביקורת נוספת שהושמעה היא, שה - DMCA מטיל איסור על מסירת מידע כוזב (כגון טענת הפרת זכויות

³¹⁶ DIRECTIVE 200/31/Ec of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 **On Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in The Internal Market** (Directive On Electronic Commerce) (להלן - צו המסחר האלקטרוני).

³¹⁷ תוך התעלמות מספק שירותי הקישור.

³¹⁸ הפטור ניתן מפני תביעת פיצויים ומאחריות פלילית, אך לא מפני תביעה לצו מניעה.

³¹⁹ ההגדרה נמצאת בצו אחר: DIRECTIVE 98/34/EC כפי שתוקן ע"י DIRECTIVE 98/48/EC, לפיו שירות הוא:

"Any information society service, that is to say, any service normally provided for remuneration at a distance, by electronic means, and at the individual request of a recipient of services".

חסרת בסיס או טענה בדבר אי קיום זכויות), אך מאחר שייתכנו חילוקי דעות בתום לב לגבי "שימוש הוגן" או חלוף תקופת ההגנה, יהיה קשה לקבוע מתי יחול איסור זה, וקיים חשש שהוא יפורש באופן רחב מדי.

3.3.2. המלצת הוועדה

הוועדה סבורה, כי יש לקבוע תנאים דומים לפטור מאחריות בנוזקין ובזכות יוצרים, מבצעים ומשדרים, על מנת להגביר את הוודאות, ומשום שנראה כי האיזון בין האינטרסים השונים בכל אחד מן הדינים מובילים לכללים דומים.

3.4. התנאים לפטור מאחריות

כפי שמסתמן עד כה, סבורה הוועדה שיש מקום לפטור את ספקי שירותי האינטרנט מאחריות לתוכן פוגע או מפר, שחובר על ידי צד שלישי, אולם אין מקום להעניק פטור גורף. לשם קביעת התנאים והנסיבות העובדתיות לפטור מאחריות, ניתן להיעזר במשפט המשווה.

בסוגיה זו קיים דמיון רב בין צו המסחר האלקטרוני האירופי, ובין ה - DMCA, בכל הנוגע לעקרונות מתן הפטור מאחריות (אם כי יש שוני בפרטים, כמו גם באפיון סוגי ספקי השירות). יש לציין שלא בהכרח אלו תנאי הפטור בכל מדינות האיחוד, משום שהצו האירופי קובע דרישות מינימום בלבד, והמדינות החברות רשאיות להחיל על הצו עקרונות משפטיים כלליים נוספים, כמו למשל, דרישה להליך של הודעה והורדה. השוואת התנאים לפטור מאחריות הקבועים בצו האירופי לאלה הקבועים ב - DMCA, כמפורט בטבלה המובאת להלן, מצביעה על דמיון בתנאים. ההבדל העיקרי בין שני דברי החקיקה הוא בכך, שה - DMCA, כאמור לעיל, מבחין בקטגוריה נוספת, של ספקי שירותי חיפוש (Information Location Tools), שאיננה קיימת בצו האירופי, ואשר תנאי הפטור הנדרשים ביחס אליה זהים לאלה הנדרשים מספק שירותי האירוח.

תנאי הפטור ב - DMCA	תנאי הפטור בצו האירופי	
<p>1. הספק לא יזם את ההעברה.</p> <p>2. ההעברה נעשתה בתהליך אוטומטי ללא בחירה של הספק.</p> <p>3. הספק לא בחר את הנמען.</p> <p>4. עותק של המסר נשמר במערכת רק באופן זמני, והוא זמין רק לנמען.</p> <p>5. תוכן החומר לא שונה במהלך העברתו.</p>	<p>1. הספק לא יזם את העברת התוכן.</p> <p>2. הספק לא בחר את הנמען.</p> <p>3. הספק לא בחר ולא שינה את התוכן שנכלל בהעברה.</p>	<p>ספק שירותי גישה³²¹</p>
<p>1. אחסון התוכן הזמני נעשה בתהליך אוטומטי כדי להעבירו למשתמשים שביקשו אותו.</p> <p>2. התוכן מועבר ללא שינוי.</p> <p>3. הספק נוהג על פי כללי מפרסם התוכן בנושא עדכון התוכן, כל עוד שהכללים לא מפריעים לפעילות האחסון הזמנית.</p> <p>4. הספק לא מפריע לטכנולוגיה השולחת למפרסם נתונים לגבי התוכן, כל עוד זה לא מפריע לאחסון הזמני.</p> <p>5. לא מפריע למגבלות שהוטלו על ידי המפרסם לגישה לתוכן.</p> <p>6. אם התוכן המקורי הוסר והספק מקבל על כך הודעה מהמפרסם המקורי עליו להסיר את התוכן.</p>	<p>1. לא משנה את תוכן ההעברה.</p> <p>2. עומד בכללים שנקבעו להעברה.</p> <p>3. מקיים את הכללים המקובלים בתעשייה לעדכון התוכן.</p> <p>4. לא מתערב בטכנולוגיה מקובלת בתעשייה להשגת נתונים על השימוש בתוכן.</p> <p>5. הספק פועל במהירות להסרת התוכן או לניתוק הגישה אליו מרגע שנודע לו שהמידע הוסר במקורו, או שרשות מוסמכת או בית המשפט הורו לו לנתק את הגישה.</p>	<p>ספק שירותי אחסון זמני³²²</p>

³²¹ סעיף 512(1)(A) ל- DMCA וסעיף 12 לצו האירופי.

³²² סעיף 512(1)(B) ל- DMCA וסעיף 13 לצו האירופי.

<p>1. אין לספק ידיעה בפועל על תוכן מפר.</p> <p>2. הספק אינו מודע לנסיבות מהן עולה האופי המפר של התוכן.</p> <p>3. אם נוצרת ידיעה, הספק פועל במהירות להסיר את החומר או להגביל את הגישה אליו.</p> <p>4. הספק אינו מפיק רווח כלכלי הניתן לייחוס ישיר לחומר המפר, ויש לו אפשרות ויכולת לשלוט בחומר.</p> <p>5. הספק ממלא את דרישות הליך ההודעה וההורדה.</p>	<p>1. לספק אין ידיעה בפועל על תוכן בלתי חוקי.</p> <p>2. הספק אינו מודע לנסיבות מהן עולה כי מדובר בתוכן בלתי חוקי.</p> <p>3. מרגע שנודע לו על התוכן הפוגע, הספק פעל להסרת התוכן ולניתוק הגישה.</p> <p>4. מחבר התוכן לא פעל מטעם הספק ואינו נתון לשליטתו.</p>	<p>ספק שירותי אירוח³²³</p>
<p>1. אין לספק ידיעה בפועל על תוכן מפר.</p> <p>2. הספק אינו מודע לנסיבות מהן עולה האופי המפר של התוכן.</p> <p>3. אם נוצרת ידיעה, הספק פועל במהירות להסיר את החומר או להגביל את הגישה אליו.</p> <p>4. הספק אינו מפיק רווח כלכלי הניתן לייחוס ישיר לחומר המפר, ויש לו אפשרות ויכולת לשלוט בחומר.</p> <p>5. הספק ממלא את דרישות הליך ההודעה וההורדה.</p>	<p>(-)</p>	<p>ספק שירותי חיפוש³²⁴</p>

³²³ סעיף 512(1)(C) ל- DMCA וסעיף 14 לצו האירופי. מעניין לציין, כי התקנות בבריטניה סוטות מעט מנוסח הצו. הצו קובע, בסעיף 14, כי ספק שירותי אירוח יהיה פטור מאחריות בתביעה לפיצויים, אם הוא אינו מודע לעובדות או לנסיבות מהן עולה (apparent) המידע הבלתי חוקי או הפעילות הבלתי חוקית. התקנות קובעות, כי הוא יהיה פטור מאחריות לתביעת פיצויים, אם הוא אינו מודע לעובדות או לנסיבות מהן היה צריך להיות ברור לו (would have been apparent), שהמידע או הפעילות הוא בלתי חוקי.

יש לציין, כי בבריטניה התעוררה שאלה, מה צריך ספק שירותי האירוח לדעת: בהקשר של לשון הרע, האם די בכך שהוא יודע שהמידע שבמחלוקת מהווה לשון הרע במונח הרגיל של המילה, היינו, שמדובר בדיבה, או שהוא צריך לדעת גם שמדובר במידע שאינו נכון? כלומר, השאלה היא, האם די בכך שהוא יודע שהתקיימו יסודות העוולה, או שעליו גם לדעת, שאין הגנה. עמדת ה- Law Commission היא, שהספק אינו צריך לדעת שמדובר בתוכן שקרי, אלא די בכך שהוא יודע שמדובר במידע, שעלול לבזות או להשפיל או לפגוע בשמו הטוב של המתלונן.

ראו: Law Commission on Defamation & The Internet - A Preliminary Investigation, Scoping Study, 12/2002.

3.4.1. המלצות הוועדה

הוועדה סבורה, כי יש לאמץ את העקרונות המשותפים למשפט האירופי ולמשפט האמריקאי בסוגיית תנאי הפטור מאחריות לספקי שירותי האינטרנט בשל תוכן שחובר על ידי צד שלישי, כלומר, הספקים יזכו לפטור מאחריות אם ימלאו אחר הדרישות הבאות:

- (א) אי ייזום העברת התוכן, והעברתו לכל דורש;
- (ב) אי ידיעה מראש אודות היות התוכן פוגע בזכויות;
- (ג) אי התערבות בתוכן;
- (ד) אי הפרעה לעדכון התוכן או לבדיקת השימוש בו, תוך שמירה על הכללים המקובלים בתחום פעילות זה.

הוועדה מציעה לקבוע תנאי פטור מותאמים לכל סוג של ספק שירותי אינטרנט, בהתאם לסיווג המוצע בצו המסחר האלקטרוני האירופי, כמפורט לעיל בטבלה.

כמו כן, ממליצה הוועדה לקבוע הסדר להסרת החומר על ידי ספק שירותי האירוח משעה שנודע לו על היות התוכן פוגע בזכויות, בהליך המקיים תנאים מסוימים, כפי שיפורט להלן.

3.5. התנית הפטור לספק שירותי אירוח בהסרת או הגבלת הגישה אל החומר

מספר בעיות עשויות להתעורר בעקבות הדרישה, המשותפת לצו האירופי ול - DMCA, כי עם קבלת ידיעה על כך שהתוכן מהווה עוולה או הפרת זכות יוצרים, על ספק שירותי האירוח להסירו או להגביל את הגישה אליו. דרישה זו גורמת לספק שירותי האירוח התלבטות: מחד, פונה אליו הנפגע, ומבקש ממנו להסיר את המידע, בטענה שמדובר בלשון הרע עליו, או שמפרים זכות יוצרים שלו. מאידך, הסרת המסרים, ללא הסכמת מציב החומר באתר, עלולה לגרום לו להפר את התחייבותו כלפיו, להפעלת פיקוח על תכנים המופצים ברשת ולפגיעה בחופש הביטוי של מציב החומר.

במטרה להבהיר כיצד ומאיזה מועד ייחשב ספק שירותי האירוח כיודע על הפגיעה, ולפתור את ההתלבטות שתוארה לעיל, נקבע במשפט האמריקאי, ב - DMCA, הליך מפורט, הידוע בשם "הליך הודעה והסרה". הליך זה מסדיר את ההודעה לספק שירותי האירוח על טיבו המפר או

העולתי של התוכן, להסרתו ולהעלאתו שוב, במקרים המתאימים³²⁵. מאחר שההליך הוא חלק מן ה-DMCA, הוא חל רק ביחס לזכות יוצרים.

3.5.1. הליך הודעה והסרה (Notice and Takedown)

על פי ההליך בארה"ב, המכונה "Notice and Takedown", בעל זכות היוצרים, הסבור שזכותו הופרה, שולח הודעה הנתמכת בתצהיר לספק שירותי האירוח. על ההודעה לכלול פרטים המעידים על בעלות של הפונים בזכות היוצרים, פרטים שיזהו את בעל זכות היוצרים, את המיקום המדויק של החומר שנטען שהוא מפר (היינו - אתר האינטרנט והמיקום של החומר באתר) וכיו"ב. אם ספק שירותי האירוח מסיר את החומר על פי הדרישה, ושולח על כך הודעה למי שהציב את התוכן המפר על השרת שלו, הוא יהיה פטור מאחריות כלפי בעל זכות היוצרים והן כלפי מי שעלול להיפגע מהסרת החומר. מי שהציב את החומר על השרת רשאי לשלוח לספק הודעה נגדית, אף היא נתמכת בתצהיר, ובה הוא מודיע כי החומר אינו מהווה הפרה של זכויות יוצרים, וכי הוא מסכים להתדיין בבית המשפט המוסמך עניינית ומקומית. במקרה כזה, הספק יהיה פטור מאחריות כלפי שני הגורמים אם יחזיר תוך מספר ימים את החומר לרשת³²⁶.

חשוב להדגיש, כי ספק שירותי אירוח, שאינו מקיים דרישות אלו, אינו בהכרח אחראי להפרת זכות יוצרים, והנטל עודו על כתפי הטוען להפרת זכויותיו להוכיח זאת. לספק יעמדו במקרה זה ההגנות הרגילות של דיני זכות יוצרים.

צו המסחר האלקטרוני האירופי, לעומת זאת, הסתפק בהסמכה כללית של מדינות האיחוד לחוקק הסדרים להסרה של חומר פוגע, מבלי לקבוע כללים או הנחיות בעניין³²⁷.

הוועדה בחנה את השיקולים בעד הליך "ההודעה וההסרה" ונגדו, והגיעה למסקנה כי הכפ נטה לכיוון אימוץ ההליך. אמנם, עדיין קיים החשש כי ספקי שירותי האינטרנט יפעלו בפועל כצנזורים, משום שיינתן, למשל, שמחבר החומר הפוגע לכאורה לא יגיב כלל להודעה על הסרת החומר, והחומר לא יוחזר לרשת, גם במקרים בהם היה מוצדק להחזירו. מנגד, להליך זה יתרון ברור של הגברת הוודאות בקרב הספקים, והקלה על פעילותם. ספק שירותי אירוח, היודע כי אם יקיים את ההליך, הוא יהיה פטור מאחריות לתוכן, יחסוך עלויות ויוכל לתכנן את פעילותו הכלכלית באווירה של יציבות ובטחון יחסי. הכרה בחוק בהליך נותנת לספק ברירה, ומאפשרת לו

³²⁵ סעיפים 512(G)(1) ו- 512(C)(3) ל-DMCA.

³²⁶ מבחינת האופן שבו הופעל ההליך בפועל התברר, כי במשך הזמן התפתח נוהל בלתי רשמי של הודעה למתלונן על הסרת החומר הפוגע, וכי היו ספקים שבתגובה לתביעה להסיר את החומר הפוגע הקפידו את העמוד בו נמצא החומר הפוגע, כך שניתן לראות את העמוד, אך לא לגלוש בו, ונמנעו מלהסיר אותו לחלוטין. לקחים נוספים היו לנהל מרשם מדויק של שמות מתחם, על מנת לאפשר זיהוי של בעל האתר, והמקום בו הוא מאוחסן, ולהגדיר את זמן ההסרה באופן מדויק, ולא להותיר פרק זמן בלתי מוגדר.

לשקול האם כדאי לו לשאת בעלות המנהלית הכרוכה בהקמת המנגנון שיפעיל את ההליך.

הוועדה סבורה, כי יש להחיל את ההסדר המוצע הן ביחס לדיני זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים, והן ביחס לדיני הנויקין, ואין הצדקה להבחין בין הדינים השונים לעניין זה.

3.5.1.1. המלצת הוועדה

לפיכך, ממליצה הוועדה על אימוץ נוהל של "הודעה והסרה", ביחס לספק שירותי אירוח, אשר יחול על כל סוגי התכנים, ללא התייחסות מיוחדת לדיני זכות יוצרים.

3.5.2. חיוב ספק שירותי אירוח למסור פרטים מזהים אודות מחבר התוכן

פעמים רבות, אדם הסבור כי תוכן מסוים ברשת האינטרנט פוגע בו או בזכויותיו, אינו יכול להגיש תביעה כנגד מחבר התוכן או מי שהעלה אותו לרשת, משום שאינו יודע את פרטיו. פרטים אלה נמצאים לרוב אצל ספק שירותי האירוח. לפיכך מתעוררת השאלה, האם יש מקום להטיל חובה על הספק למסור לנפגע פרטים מזהים אודות מחבר התוכן. ספקים נוטים שלא לעשות כן, הן מטעמים של סודיות מסחרית, והן מן הטעם שאם יגלה את פרטי לקוחותיו, קיים חשש שהם לא יעשו עמו עסקים בעתיד.

בארה"ב ה- DMCA קובע, כי על הטוען לפגיעה בזכותו, המבקש לדעת את פרטי מחבר התוכן, להגיש בקשה לבית המשפט, כשהמשיב לבקשה הוא הספק. יש לצרף לבקשה תצהיר לתמיכה בעובדות הנטענות בה, העתק מהודעתו לספק על כך שהתוכן פוגע בזכות שלו, והצהרה כי הצו מבוקש לשם חיוב הספק למסור את פרטי מחבר התוכן. המשפט האירופי כלל אינו עוסק בסוגיה זו.

יש להביא בחשבון, כי הליך שכזה עלול להיות מנוצל לרעה על ידי מי שמבקש להשתיק ביקורת שנמתחה עליו ברשת האינטרנט³²⁷. כידוע, חלק מן הפעילות ברשת האינטרנט מתנהל באמצעות שמות בדויים, דבר המאפשר חופש ביטוי נרחב למשתמשים ברשת. קיים חשש, כי עלול להתפתח מנהג להגיש בקשות לחשיפת זהותו של מחבר התוכן, לכאורה לצורך הגשת תביעה נגדו, במטרה להרתיעו באמצעות חשיפת זהותו מהבעת דעתו ברשת האינטרנט, דבר שעלול להביא לפגיעה בחופש הביטוי. יש אפוא למצוא את האיזון בין זכותו של נפגע לקבל מידע על מי שלדעתו

³²⁷ סעיף 14(3) לצו המסחר האלקטרוני האירופי.

³²⁸ לעניין זה ראו:

J. R. Furman "Cybersmear or Cyber-SLAPP: Analyzing Defamation Suits Against Online John Does Strategic Lawsuits Against Public Participation" 23 *Seattle L.R.* (2001) 213.

פגע בו, לבין החשש לפגיעה בחופש הביטוי באינטרנט.

מוצע, שאיזון זה ייעשה על ידי בית המשפט, הדין בתביעה. בבואו לדון בבקשה, על בית המשפט לשקול את סיכויי התביעה נגד מחבר התוכן, אם תתגלה זהותו, בשים לב לטיב התוכן הפוגע, מידת הנזק שנגרם לפגיעה בזכות, והקשר בין הפגיעה לבין הנזק, וכן את מאזן הנוחות - האם בהערכת מכלול הסיכויים והסיכונים הנלווים לתביעה העיקרית עלול אי מתן הצו לחשיפת שמו של מחבר התוכן, להסב נזק גדול יותר למבקש מאשר נזק העשוי להיגרם ממתן הצו לספק המשיב, המתנגד לו³²⁹.

3.5.2.1. המלצת הוועדה

הוועדה סבורה, כי ראוי לקבוע הליך שיאפשר חיוב הספק למסור את פרטי מחבר התוכן הפוגע. החיוב צריך שיעשה על ידי בית המשפט, תוך מתן משקל לטיב התוכן הפוגע, מידת הנזק שנגרם, הקשר בין הפגיעה לבין הנזק, וכן היחס בין הנזק שייגרם מחשיפת שמו של מחבר התוכן, לבין הנזק שעלול להיגרם מאי חשיפת השם.

3.6. סייג לפטור לספקי שירותי אינטרנט מאחריות ללשון הרע שחברה על ידי

אחר

המלצת הוועדה היא, כי, כעיקרון, ספקי שירותי האינטרנט, לסוגיהם השונים, יהיו פטורים מאחריות בשל לשון הרע, אם יעמדו בתנאים לפטור מאחריות, כמוצע לעיל. עם זאת, עלתה השאלה, האם אין מקום לסייג עיקרון זה ביחס למי שמארחים באתר האינטרנט שלהם תכנים של גורם אחר (דוגמת ספקי קישורים או מנועי חיפוש, או בעלי פורומים או chat), ולהחיל עליהם בכל זאת אחריות מכוח סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע.

נושא זה הוא בעל רגישות מיוחדת, ולכן מובאות האפשרויות השונות לצורך קבלת תגובות, האם להטיל אחריות שכזו, ובמידה שהתשובה חיובית, על מי להטילה, ובאלו תנאים.

לשם מתן תשובה לשאלה זו, ניתן לחלק את אתרי האינטרנט, בהם מתפרסם תוכן של צד שלישי, לשלושה סוגים. הסוג האחד הוא אתרי אינטרנט של עיתונים וכתבי עת הקיימים בעולם המוחשי. המחייבים הטלת אחריות טוענים שאין סיבה לפטור עיתון מאחריות בגין לשון הרע, רק משום שהיא פורסמה באתר האינטרנט שלו, ולא במהדורה המודפסת. מדובר למעשה באותו גוף, הכפוף ממילא לדיני לשון הרע, ולכן הכף נוטה לכיוון הטלת אחריות בנוזקין, על הגורמים

הנקובים בסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, גם בשל לשון הרע שפורסמה באתר האינטרנט של העיתון. אם הדברים מתקבלים לגבי עיתון, יש לשקול האם אותו דין צריך לחול גם על תחנת טלביזיה או רדיו, המעבירות את שידוריהן, בנוסף על הדרך הרגילה, גם ברשת האינטרנט.

הסוג השני הוא אתרי אינטרנט שאין להם אופי חדשותי או עיתונאי - אין להם מערכת, אין להם כתבים, וכדומה - אלא שהם מקצים מקום באתר שלהם לתוכן של צד שלישי, או שהאתר מספק בית לפורום או ל - chat. בעוד שבעיתון, לעורך יש שליטה מראש על החומר שעולה לדפוס - והדברים נכונים ככל הנראה גם לגבי אתר האינטרנט של העיתון - הרי שבאתרים מן הסוג השני, שמתפרסם בהם חומר שחובר על ידי צד שלישי, בהם אין לבעל האתר שליטה מראש על החומר שמועלה לאתר שלו, אלא, לכל היותר, שליטה בדיעבד. כך, למשל, בעל אתר אינטרנט שיש בו chat אינו יכול לדעת מראש מה יכתבו שם המשתתפים. הוא יכול לכל היותר לדעת על כך לאחר שהדברים נכתבו, ובמקרים רבים גם זאת רק לאחר שמישהו מסב את תשומת ליבו, משום שפעמים רבות אין לבעל האתר אפשרות טכנית לסרוק את כל המסרים שהועלו על האתר, ולנפותם. לגבי אתרים אלה, נשאלת השאלה, האם יש מקום להחריג אותם מראש מהסדר הפטור הכללי המוצע.

בעיה אחרת היא שאלת מעמדם של אתרי אינטרנט שהם עיתונים או כתבי עת מקוונים, או תחנת רדיו או טלביזיה מקוונים בלבד, שאינם קיימים מחוץ לרשת. ניתן לטעון, כי מאחר שהם זהים, מבחינת המהות, לעיתונים שיש להם גם קיום "מוחשי", אין סיבה שלא להחריג אותם מתחולת הפטור הכללי לספקי שירותי אירוח, ולהטיל עליהם אחריות בגין לשון הרע שפורסמה אצלם. מצד שני, ניתן גם לטעון שאין להטיל על אתרים אלה אחריות, משום שלכך תהיה השפעה מצננת ושלילית על חופש הביטוי. האיזון הוא אפוא בין שתי זכויות יסוד - חופש הביטוי ושמור הטוב של אדם. המייחסים משקל רב יותר להגנה על השם הטוב, יצמצמו את הפטור מאחריות. לעומתם, אלו הסבורים שעיקר ההגנה צריכה להינתן לחופש הביטוי, יבקשו להעניק לספקים פטור רחב מאחריות ולהגדיר סוג זה של אתרים באופן מצומצם ככל האפשר.

הוועדה התלבטה האם יש מקום לקביעה מפורשת בעניין זה, או שמא ניתן להשאיר את הסוגיה לפרשנות בתי המשפט. ייתכן, לאור העמדות הסותרות שכבר התגלעו בבתי המשפט, ולאור החשיבות שבקביעת כללים ברורים בנושאים עקרוניים, שיש מקום להסדיר זאת בחקיקה. לעניין זה, יש רלבנטיות רבה לגישתו של בית המשפט בעניין **בורוכוב**, שסבר כי אין להחיל את סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע בדרך של היקש על אתרי אינטרנט, שפרסמו תוכן שחובר על ידי אחר, וכי אם מבקשים להחילו, יש לעשות זאת במפורש, על ידי תיקון החוק.

בנושא זה עלתה גם השאלה, האם אין מקום לתקן את הגדרת המונח "אמצעי תקשורת" בסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע ולהוסיף את רשת האינטרנט כאמצעי תקשורת רביעי, ולהגדיר מיהו "עורך אתר אינטרנט" בדומה לדרך בה מוגדרים עורכי שאר אמצעי התקשורת בסעיף זה. יישום ההצעה מעורר חשש כי ההגדרה תפורש באופן רחב, שיפגע בהסדר הפטור הכללי המוצע.

על מנת שניתן יהיה להגיע למסקנה בעניין סיוג הפטור מאחריות לספקי שירותי אינטרנט ביחס ללשון הרע, יש לתת את הדעת לשאלות הבאות:

(א) האם יש מקום להחריג מראש מגדר תחולת הפטור המוצע אתרי אינטרנט של אמצעי תקשורת, הקיימים בעולם המוחשי; במקרה זה, דין אחריות עורך אתרי אינטרנט אלה יהיה כדין אחריות עורך אמצעי התקשורת המוחשי.

(ב) האם יש להחריג מראש מגדר תחולת הפטור המוצע אתרי אינטרנט שהם מן הבחינה המהותית עיתון, ואתרי אינטרנט של תחנות טלביזיה, או רדיו, שמשדרות רק באינטרנט;

(ג) האם יש להחריג מראש מגדר תחולת הפטור המוצע אתרי אינטרנט שאינם בעלי אופי חדשותי או עיתונאי.

(ד) מי שסבור שיש מקום להחריג אתר אינטרנט שהוא "עיתון" במובנו המהותי, צריך לתת את דעתו על כך, שנדרש תיקון מפורש של החוק. תיקון החוק נדרש רק לגבי עיתון, בעוד שלגבי אמצעי תקשורת אחרים ניתן להגיע לתוצאה זו בדרך של פרשנות. התיקון לחוק יכול שייעשה על ידי הפנייה להגדרת המונח "עיתון" בפקודת העיתונות, תוך שינוי קל - "עיתון" יוגדר כמשמעותו בפקודת העיתונות, ובלבד שלשון "דפוס" על הטיותיה תתפרש כחלה גם על רשת האינטרנט. אפשרות אחרת היא להגדיר "עיתון" בהגדרה שתהיה ייחודית לסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, מבלי להיזקק לפקודת העיתונות³³⁰.

³³² אם כי נראה, שקשה מאוד להגדיר עיתון מן הבחינה המהותית. כמו כן, הדבר עלול לפתוח פתח לפרשנויות של הגדרת המונח "עיתון" בדברי החקיקה השונים.

פרק רביעי: הגנת הפרטיות ברשת האינטרנט

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מצהיר, כי זכותו של אדם לפרטיות ולצנעת חייו היא זכות יסוד חוקתית, שאין לפגוע בה אלא בחוק שנועד לתכלית ראויה, הולם את ערכיה של מדינת ישראל, ובמידה שאינה עולה על הנדרש³³¹. משמעות הזכות לפרטיות היא, כי אדם זכאי להגנה על ענייניו הפרטיים, מפני חשיפתם בפומבי. כמו כן הוא זכאי, שלא יחדרו לרשות היחיד שלו, שלא יערכו חיפוש על גופו או בגופו, ברשות היחיד שלו או בכליו ושלא יפגעו בסוד שיחו, בכתביו וברשומותיו.

במטרה להגן על הזכות לפרטיות, חוקקו (עוד לפני חקיקת חוק היסוד) מספר חוקים, שנועדו להגן על ההיבטים השונים של הזכות, הן במשפט האזרחי, והן במשפט הפלילי. כך למשל, חוק הגנת הפרטיות³³², נועד להסדיר חשיפתו של מידע פרטי ואישי, תוך צמצום ככל האפשר של הפגיעה בפרטיות הכרוכה בכך³³³, כמו גם להגן על אדם מפני מעקב אחריו; חוק האזנת סתר³³⁴, האוסר על האזנת סתר לשיחתו של אדם באמצעות מכשיר³³⁵; חוק המחשבים³³⁶, האוסר על חדירה שלא כדין לחומר מחשב, ומגן על בעל מחשב מפני הפרעה לשימוש במחשב³³⁷; והחוק למניעת הטרדה מאיימת³³⁸ שנועד להגן על אדם מפני הטרדה.

רשת האינטרנט מאפשרת פגיעה בפרטיותם של המשתמשים בה במספר דרכים, וחושפת אותם לסיכונים חדשים. דרך אחת היא הפצת תוכן, המהווה פגיעה בפרטיות, המקבלת ממד מיוחד לא רק לאור הקלות שבה ניתן להפיץ מידע, אלא גם לאור התפוצה הרחבה שאותו מידע עשוי לזכות בה. דרך אחרת היא חדירה למחשב של המשתמש ברשת, במטרה לאסוף עליו מידע, או במטרה לגשת לחומר שנמצא על מחשבו. כמו כן, ניתן לפגוע בפרטיותו של אדם על ידי איסוף

³³¹ **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, התשנ"ד - 1994, סעיפים 7 ו - 8. סעיף 7 קובע כדלקמן: (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

³³² **חוק הגנת הפרטיות**, התשמ"א - 1981 (להלן - **חוק הגנת הפרטיות**).

³³³ לפגיעה בפרטיות הכרוכה במאגרי המידע ראו דברי השופטת בייניש בע"מ 6843/01 **יפתח בן דוד נ' נציב שירות**

המדינה, פ"ד נו(2) 918: "חזונו האפוקליפטי של ג'ורג' אורוול בדבר "האח הגדול", עלול על נקלה להפוך למציאות חיים אם לא יושמו הגבולות לנגישות למאגרים ולשימוש בהם מעבר למטרה המוגבלת שלשמה ניתנה הסמכות למופקדים על מאגרי המידע".

³³⁴ **חוק האזנת סתר**, התשל"ט - 1979 (להלן - **חוק האזנת סתר**).

³³⁵ בהקשר זה יש לציין, כי **חוק האזנת סתר** הוא חוק פלילי, ואין הוא כשלעצמו מקים לאדם עילה במשפט הפרטי. הפרתו עשויה להעמיד לאדם עילה בנזיקין בגין הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין), וכן בגין פגיעה בפרטיות, לפי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות.

³³⁶ **חוק המחשבים**, התשנ"ה - 1995 (להלן - **חוק המחשבים**).

³³⁷ ניתן למצוא הגנה על הזכות לפרטיות גם בחוקים אחרים: **חוק זכויות החולה**, התשנ"ו - 1996 (סעיף 10(א)); **כללי**

הבזק (שידורי בעל זיכיון), התשמ"ח - 1987; **חוק חופש המידע**, התשנ"ח - 1998 (לעניין מידע שאין למוסרו); **חוק מידע גנטי**, התשס"א - 2000.

³³⁸ **חוק למניעת הטרדה מאיימת**, התשס"ב - 2001 (להלן - **חוק למניעת הטרדה מאיימת**).

פרטים אישיים עליו לשם הקמת מאגר מידע לצרכים שונים, כגון צרכים מסחריים³³⁹, וזאת מבלי ליידע את מי שאוספים עליו את המידע (להלן - נושא המידע) על מטרת האיסוף.

הוועדה בחנה את מידת התאמתם של החוקים השונים, המגינים כיום על הזכות לפרטיות, לפעילות ברשת האינטרנט. שאלת הפגיעה בפרטיות באמצעות הפצת תוכן פוגע נדונה כבר בפרק השלישי, בהקשר לאחריות ספקי שירותי האינטרנט לתוכן שחובר על ידי צד שלישי.

בפרק זה תידון שאלת איסוף מידע ברשת האינטרנט, בהסכמה ושלא בהסכמה והפגיעה בפרטיות הכרוכה בכך. בחינה זו תיעשה על רקע שיטות המשפט השונות של אירופה, קנדה וארה"ב, וההסדרים המקובלים בהן בשאלה הנדונה.

טרם שיידונו הסוגיות המהותיות של פגיעה בפרטיות, נמנה מספר דוגמאות לאמצעים הטכנולוגיים, שבאמצעותם ניתן לאסוף מידע על גולשים ברשת האינטרנט:

- (1) Cookies - תוכנת מחשב, השותלת קובץ במחשבו של הגולש המתעד את כניסותיו לאתר אינטרנט, ומאפשר לאסוף עליו מידע, כגון פרטי ספק שירותי האינטרנט של המשתמש, סוג המחשב והתוכנות בהן הוא עושה שימוש, פרטי האתרים אליהם הגיע כתוצאה מקישורו לאתר, הזמן ששהה בכל אחד מהם, ועוד;
- (2) Clickstream - קבצים האוספים מידע על פעילות המשתמש ברשת האינטרנט. לדוגמא, בתנאי השירות של חברת AOL (ספקית שירותי האינטרנט הגדולה בארה"ב) נאמר, כי החברה עושה שימוש בקבצי המשתמש על מנת לעקוב אחר תנועותיו ופעולותיו של המשתמש על מנת להתאים את השירות למשתמשים השונים³⁴⁰;
- (3) תוכנות סינון מידע - תוכנות שמטרתן להפנות את המשתמש לאתרים ופרסומות הרלבנטיים לגביו בלבד, בהתבסס על מידע שנאסף על פעילות המשתמש ברשת;
- (4) Fingerprint - מעין "טביעת אצבע" אלקטרונית, שבאמצעותה ניתן לוודא את זהותו של בעל חשבון הדואר האלקטרוני אשר שלח את ההודעה, מתי השולח קיבל את המסר האלקטרוני האחרון, ומתי הוריד אותו³⁴¹.

³³⁹ למשל: פילוח המידע האישי על מנת לשפר מוצר ואת אופן שיווקו, או הכנת רשימת לקוחות, ומכירתה למפרסמים.
³⁴⁰ ראו:

34 S. E. Gindin "Lost And Found In Cyberspace: Informational Privacy In The Age Of The Internet" *San Diego L.R.* 1153(1997).

³⁴¹ Adv. Ravia H. 'Internet Privacy' in www.law.co.il/articles/privacy.htm

בנוסף על האמצעים הטכנולוגיים שתוארו לעיל, קיימות תוכנות ושיטות אחרות המאפשרות להסיר את מעטה האנונימיות של המשתמש³⁴².

1. פגיעה בפרטיות - ללא הסכמה

חוק הגנת הפרטיות קובע, שלא יפגע אדם בפרטיות של זולתו, ללא הסכמתו³⁴³. מכאן, שהאיסור על הפגיעה בפרטיות קיים רק כאשר היא נעשית ללא הסכמת הנפגע. הסכים הנפגע לפגיעה בפרטיותו, לא קמה עוולה. דברים אלה אמורים גם לגבי החוקים האחרים המגנים על הפרטיות. לכן, יש לבדוק, בהקשר של איסוף מידע באינטרנט, האם קיימת הסכמה, ועד כמה ההסכמה "אמיתית".

כשבאים לבחון מהם הדינים השונים, שעשויים לחול על איסוף מידע ברשת האינטרנט, יש להבחין בין שלושה סוגים של איסוף מידע: איסוף מידע ללא הסכמת נשוא המידע לעצם איסוף המידע; איסוף מידע בהסכמה, אולם ללא הסכמת נשוא המידע לשימוש במידע שנאסף; איסוף מידע בהסכמת נשוא המידע, הן לעצם האיסוף, והן לשימוש במידע שנאסף. בהמשך יבחן האם הדינים הקיימים עשויים לחול על המצבים השונים של פגיעה בפרטיות באמצעות רשת האינטרנט, או שמא יש צורך בתיקונים.

1.1. איסוף מידע ללא הסכמה לעצם איסוף המידע

חלק זה עוסק באיסוף מידע על תנועת המשתמש ברשת האינטרנט, מבלי שהמשתמש מודע לאיסוף המידע, וממילא מבלי שנתן את הסכמתו. השאלה היא, האם לשם החלת החוקים הרלבנטיים למצב דברים זה - חוק האזנת סתר, חוק המחשבים, החוק למניעת הטרדה מאיימת וחוק הגנת הפרטיות - נדרשים תיקוני חקיקה.

³⁴² טכנולוגיות נוספות, המשמשות למעקב אחר המשתמשים ברשת האינטרנט, כגון Carnivore ו-Magic Lanter ראו:

A. Etzioni "Implications of Select New Technologies for Individual Rights and Public Safety" 15 Harv. J. of L. & Tech. (2002) 258.

³⁴³ סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות.

1.1.1.1 חוק הגנת הפרטיות

חוק הגנת הפרטיות קובע, כאמור, את העיקרון³⁴⁴, כי לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו. לעניין איסוף מידע ללא הסכמה לעצם האיסוף, רלבנטיים שני חלקים בחוק: סעיף 2 לחוק, ופרק ב' לחוק: הגנה על הפרטיות במאגרי מידע.

1.1.1.1.1 מעשים המהווים פגיעה בפרטיות

החוק מפרט רשימת מעשים, המהווים פגיעה בפרטיות, ובכלל זה³⁴⁵: בילוש או התחקות אחר אדם, העלולים להטרידו או הטרדה אחרת; האזנה האסורה על פי חוק; העתקת תוכן מכתב או כתב אחר שלא נועד לפרסום, או שימוש בתכנו, בלי רשות מאת הנמען או הכותב; פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך של פגיעה בפרטיות באחת מן הדרכים האחרות המנויות בחוק; פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד. השאלה היא, האם איסוף מידע על גולשים ברשת האינטרנט ללא הסכמתם לעצם איסוף המידע (ולמעשה, במרבית המקרים, כלל ללא ידיעתם) מהווה פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 לחוק.

החוק קובע, כי אחת הדרכים לפגיעה בפרטיות היא בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת³⁴⁶. ניתן לטעון כי עצם הכניסה למחשב המשתמש, ואיסוף המידע על אותו אדם במחשב שלו כמוהו כבילוש או התחקות אחריו, או לכל הפחות כי מדובר ב- "הטרדה אחרת"³⁴⁷. המונח "הטרדה" ניתן לפרשנות במספר הקשרים, שעשויים להתאים גם לרשת האינטרנט. הקשר מקובל של הטרדה הוא בהיבט ההטרדה הפיזית, בו נקבע, כי גם קיום משמרת מחאה רועשת ליד בית מגוריו של אדם, לגביה נקבע כי עלולה להיגרם הטרדה אשר מהווה פגיעה בפרטיות³⁴⁸.

³⁴⁴ סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות.

³⁴⁵ סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות.

³⁴⁶ סעיף (1)2 לחוק הגנת הפרטיות.

³⁴⁷ אין כמעט פסיקה העוסקת בפרשנות המונח "עלולים להטרידו" (למעט התייחסות של השופט בך, בדעת המיעוט שלו בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' משה ועקנין, פ"ד מב(3) 837). עם זאת, ביחס ל- "הטרדה אחרת" נקבע כי מדובר בעילה בפני עצמה בנוסף לעניין הבילוש או ההתחקות, אולם עם זיקה לה.

³⁴⁸ לעניין זה ראו: בג"צ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456, שעסק בהטרדת איש ציבור, הכרוכה בקיום הפגנות ליד בית מגוריו. בית המשפט העליון, מפי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק קבע: "אכן, בהמולת החיים של החברה המודרנית, מאפשרת הזכות לפרטיות לאדם כי יניחו אותו לנפשו, ויאפשרו לו להיות עם עצמו ועם בני משפחתו היקרים לו, ויאפשרו לו לאסוף כוח בביתו ליום המחרת (ראה: *City of Wauwatosa v. King*, 182 N.W. 2D 530, 537 (1971)). הזכות לפרטיות נועדה על כן, להבטיח כי אדם לא יהא שבוי בביתו, ולא יהא אנוס לחשוף עצמו בביתו להפרעות שאין הוא רוצה בהן. בכך מהווה הזכות לפרטיות - בלשונו של השופט דגלס (Douglas) - את תחילתה של החירות".

1.1.1.2. יצירת מאגרי מידע על המשתמש ללא הסכמתו לאיסוף המידע

איסוף מידע באינטרנט נעשה פעמים רבות לשם הקמת מאגר מידע, כהגדרתו בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות³⁴⁹. מאגר מידע מוגדר כ - "אוסף נתוני מידע, המוחזק באמצעי מגנטי או אופטי והמיועד לעיבוד ממחושב, למעט אוסף לשימוש אישי שאינו למטרות עסק, או אוסף הכולל רק שם, מען ודרכי התקשרות, שכשלעצמו אינו יוצר אפיון שיש בו פגיעה בפרטיות לגבי בני האדם ששמותיהם כלולים בו ובלבד שלבעל האוסף או לתאגיד בשליטתו אין אוסף נוסף". נראה כי, ככלל, מידע שהצטבר אודות הגולשים ברשת האינטרנט ייכלל בהגדרת המונח "מאגר מידע" כאמור, ולא ייפול בגדר החריגים, המנויים בהגדרה.

חוק הגנת הפרטיות קובע הליך מפורט לאיסוף מידע על אדם לשם צירופו למאגר המידע³⁵⁰. החוק קובע, כי פניה לאדם לקבלת מידע, לשם החזקתו או שימוש בו במאגר מידע, תלויה בהודעה שיצוינו בה הפרטים הבאים: אם חלה על אותו אדם חובה חוקית למסור את המידע, או שמסירת המידע תלויה ברצונו ובהסכמתו; המטרה שלשמה מבוקש המידע; למי יימסר המידע; ומהן מטרות המסירה.

במקרה של איסוף המידע באמצעות cookies, למשל, או באמצעים דומים, ללא הסכמת המשתמש, לא מתקיים התנאי הבסיסי הנדרש בחוק לאיסוף מידע - הפניה לאדם. המתקין cookie כלל אינו פונה אל נשוא המידע, וממילא אינו מודיע לו את שהוא נדרש להודיע על פי החוק. המידע נאסף על אותו אדם בלי ידיעתו, קל וחומר ללא הסכמתו. לכאורה, ניתן לטעון, כי די בהכללת הפרטים שהחוק דורש כי ייכללו במסגרת ההודעה, המלווה את הפניה לנשוא המידע, במסגרת תקנון אתר האינטרנט או בתנאי השימוש שלו, על מנת לעמוד בדרישת ההודעה הנלווית. ואולם, במקרים בהם מיקום תנאי השימוש ותקנון האתר מוצנע או שהמשתמש כלל אינו מגיע לתנאים אלה, יהיה קשה לראות בכך עמידה בתנאי החוק.

עקרונית, ייתכנו שני פתרונות לדרישה ללוות את הפניה לנשוא המידע בהודעה כאמור. האחד הוא חיובם של בעלי האתרים לקבל הסכמה בפועל מנשוא המידע לאיסוף המידע, כלומר, הצגת הפניה אליו לשם קבלת הסכמתו באופן בולט באתר, וקבלת הסכמתו הפוזיטיבית, למשל על ידי לחיצה על מקש לאיסוף המידע עליו. פתרון אחר הוא לנסות ולהבטיח שנשוא המידע אמנם יסכים לאיסוף, וזאת על ידי דרישה שההסכמה תהיה הסכמה מדעת.

³⁴⁹ סעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות: "מידע" - נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו ואמונותיו.
³⁵⁰ סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות.

הפתרון השני אומץ בתזכיר לתיקון חוק הגנת הפרטיות, שהפיץ משרד המשפטים, ובו מוצע להוסיף הגדרה של המונח "הסכמה מדעת" - הסכמה אשר לשם קבלתה, נמסר המידע הדרוש באורח סביר על מנת להחליט האם להסכים לפגיעה בפרטיות או לא, והוא נמסר באופן המאפשר לאדם להבינו.

כמו כן, מוצע בתזכיר כי איסוף מידע על אדם ברשת האינטרנט שלא בדרך של פניה אליו ילווה בהודעה שיצוין בה, בנוסף על האמור בחוק הקיים, גם עצם איסוף המידע ודרך איסופו.

מאגר מידע עשוי להיות טעון רישום אצל רשם מאגרי המידע, אם משום שהוא מכיל מידע רגיש, כהגדרתו בסעיף 7(1) לחוק הגנת הפרטיות³⁵¹, ואם משום שהוא נכלל באחת מן החלופות של סעיף 8 לחוק (למשל, אם מכיל מידע על 10,000 איש או מכיל מידע על אנשים שנמסר לא מטעמים או בהסכמתם). שאלה היא, האם ניתן, והאם יש צורך, לחייב את אתרי האינטרנט אשר אוספים מידע כאמור על המשתמשים, ברישום ובפיקוח על ידי רשם מאגרי מידע, כנדרש בפרק ב' לחוק הגנת הפרטיות. כאמור, איסוף מידע על הרגלי הגלישה של המשתמשים באתרים, כמו גם איסוף פרטים אישיים, הוא נוהג מקובל אצל אתרי אינטרנט. התוצאה עשויה להיות חיובם של כל אתרי האינטרנט להירשם כמאגרי מידע - תוצאה גורפת שאינה בהכרח רצויה.

1.1.1.3. המלצת הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, כי חוק הגנת הפרטיות יכול לספק מסגרת חקיקתית להגנה מפני איסוף מידע ברשת האינטרנט ללא הסכמה לעצם האיסוף, ולא נראה שיש, לפחות בשלב זה, צורך בתיקוני חקיקה.

לעניין מאגרי מידע, הוועדה סבורה, כי אף שניתן לראות באתרי האינטרנט מאגרי מידע לצורך חוק הגנת הפרטיות, הרי שאין מקום לייחד להם הוראות מיוחדות, ויש להשאיר את הדין הכללי בעניין רישום מאגרי מידע על כנו בעניין זה, ולדון בכל אתר אינטרנט לגופו.

1.1.2. החוק למניעת הטרדה מאיימת

לאחרונה נוסף לספר החוקים חוק שניתן להסתייע בו בנושא האינטרנט, והוא חוק למניעת הטרדה מאיימת, שמטרתו היא להגן על אדם מפני פגיעה בשלוות חייו, בפרטיותו, בחירותו או בגופו, בידי אדם אחר שנקט נגדו הטרדה מאיימת או שפגע בגופו. הסעד שהוא מעניק הוא צו

³⁵¹ לעיל, ה"ש 349.

למניעת הטרדה מאיימת³⁵², מכוחו ניתן לאסור על הנתבע לעקוב אחר התובע, לשאת נשק, להתקרב לביתו או ליצור עמו קשר ולהטרידו בכל צורה שהיא³⁵³.

החוק קובע, כי הטרדה מאיימת היא אחת מאלה³⁵⁴:

(א) הטרדתו של אדם בידי אחר בכל דרך שהיא או נקיטת איומים כלפיו, בנסיבות הנותנות בסיס סביר להניח כי המטריד או המאיים עלול לשוב ולפגוע בשלוות חייו, בפרטיותו או בחירותו של האדם או כי הוא עלול לפגוע בגופו;

(ב) בנוסף, הטרדה מאיימת כלפי אדם יכול שתהא, בין השאר, באחד מאלה:

(1) בבילוש, במארב או בהתחקות אחר תנועותיו או מעשיו, או בפגיעה בפרטיותו בכל דרך אחרת;

(2) בנקיטת איומים בפגיעה בו או במאיים עצמו;

(3) ביצירת קשר עמו בעל פה, בכתב או בכל אמצעי אחר;

(4) בפגיעה ברכושו, בשמו הטוב, או בחופש התנועה שלו.

בהקשר זה יש להזכיר, שניסיון להיעזר בסעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושירותים), לשם הרשעה בהטרדה באמצעות רשת האינטרנט, לא צלח. בעניין **מדינת ישראל נ' אלעד ברוך**³⁵⁵ נדונה השאלה, האם משלוח מסרים אלקטרוניים פוגעניים ומעליבים (אך שאין בהם משום לשון הרע), מהווה הטרדה באמצעות מתקן בזק. בית משפט השלום השיב בחיוב, אך בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור וקבע, כי לא זו תכליתו של סעיף 30 האמור. בית המשפט המחוזי קבע, כי אין חולק על כך שהתחברות לרשת האינטרנט מהווה שימוש במתקן בזק, אך באותה מידה ברור כי הסעיף עוסק בשימוש הפיזי והטכני במתקן בזק, כמו למשל התקשרות בלתי פוסקת לטלפון של אדם כלשהו, ולא לתכנים המועברים באמצעותו.

נראה, כי השימוש ב- cookies ובאמצעים דומים ואיסוף מידע בכלל שלא בהסכמתו וידעתו של מי שהמידע נאסף עליו (נשוא המידע) עשוי להיחשב כבילוש או התחקות אחר אדם, או כאיסוף מידע על מעשיו, ולהוות "הטרדה מאיימת" על פי החוק למניעת הטרדה מאיימת. בהמשך לעמדת הרוב בד"נ **ועקנין**, ניתן לראות ב"פריצה" למחשב או עיקוב באמצעות המחשב גם כ-"הטרדה אחרת" ומכאן כפגיעה בפרטיות.

³⁵² סעיף 4 לחוק למניעת הטרדה מאיימת.

³⁵³ סעיף 5 לחוק למניעת הטרדה מאיימת.

³⁵⁴ לעניין החוק למניעת הטרדה מאיימת, אחת היא אם המעשים המפורטים בסעיפים קטנים (א) או (ב) נעשו כלפי האדם או כלפי אדם אחר הקרוב לו, בין במפורש ובין במשתמע, בין במישרין ובין בעקיפין.

³⁵⁵ ע"פ (ת"א) 70868/00 מדינת ישראל נ' אלעד בן יוסף ברוך, תק-מח 2002(2), 1269.

1.1.2.1. המלצת הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, כי החוק למניעת הטרדה מאיימת יכול לספק מסגרת חקיקתית להגנה מפני איסוף מידע ברשת האינטרנט ללא הסכמה לעצם האיסוף, ולא נראה שיש, לפחות בשלב זה, צורך בתיקוני חקיקה.

1.1.3. חוק האזנת סתר

חוק האזנת סתר מגדיר³⁵⁶ האזנת סתר כ- "האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה". שאלה היא, האם איסוף מידע על משתמש ברשת האינטרנט מהווה האזנת סתר, או שמדובר בחדירה לחומר מחשב, המהווה חיפוש לצורך הדין הפלילי. יודגש, כי חוק המחשבים קובע, שחדירה לחומר מחשב לא תיחשב כהאזנת סתר, ומכאן הצורך להבחין בין השתיים³⁵⁷.

לשם מתן תשובה לשאלה זו, יש צורך לבחון, האם איסוף המידע עונה על הגדרת המונח "שיחה", ומיהם "בעלי השיחה". המונח "שיחה" כולל שימוש במכשירי טלפון למיניהם, וכן תקשורת בין מחשבים, אך ספק אם גלישה ברשת האינטרנט היא "שיחה", להבדיל מחילופי מסרים אלקטרוניים באמצעות תוכנת דואר אלקטרוני. נראה, שיש לראות בה חיפוש, עיון או שיטוט, מאחר ש"שיחה" דורשת השתתפות של יותר מאדם אחד, ובמהלך הגלישה באינטרנט יש רק משוחח אחד (אם כי ייתכן, שניתן לראות בהשתתפות ב - chat - "שיחה").

שאלה נוספת מתעוררת ביחס למונח "בעל שיחה", המוגדר בסעיף ככל אחד מאלה: המדבר; מי שהשיחה מיועדת אליו; המשדר בבזק; מי שהמסר המועבר בבזק מיועד להיקלט אצלו; למעט הנותן שירות של העברת מסר בבזק, למען זולתו או מטעם זולתו. יישום המונח ביחס לתקשורת בין מחשבים מעלה, כי שולח המסר האלקטרוני, והנמען שלו עשויים להיכנס בגדר הקטגוריות האמורות. ספק שירותי הגישה³⁵⁸, לעומת זאת, אינו "בעל שיחה", משום שהוא מספק שירות של העברת מסר בבזק, למען זולתו, ונראה שהדברים אמורים גם בספקי השירותים האחרים.

עוד שאלה היא, האם כל יירוט של מסר אלקטרוני על ידי גורם זר ייחשב כהאזנת סתר, ובכלל זה גם יירוט של מסר לאחר שנתקבל ואוחסן על ידי הנמען (או יירוט מסר בטרם נשלח), או רק יירוט של מסר אלקטרוני בעת העברתו. הפרשנות המקובלת של המונח "האזנת סתר" הוא, כי האזנת סתר מתבצעת, מעצם טיבה, רק בזמן שהשיחה מתקיימת, היינו, הקשבה להקלטה של

³⁵⁶ סעיף 1 לחוק האזנת סתר.

³⁵⁷ סעיף 11(ג) לחוק המחשבים: "קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת

סתר לפי חוק האזנת סתר".
³⁵⁸ ראו סיווג ספקי השירות בפרק השלישי לדו"ח העוסק באחריות ספקי שירות.

שיחה שהתקיימה בעבר אינה האזנת סתר כשלעצמה. לפיכך, בעוד שיירוט של מסר אלקטרוני בתהליך העברתו לנמען עשוי להיחשב האזנת סתר, יירוט של מסר לאחר שנתקבל או בטרם נשלח אינו האזנת סתר, אלא "חיפוש", אשר עלול להוות פגיעה בפרטיות אם נעשה שלא כדין.

אפשרות תחולתו של חוק האזנת סתר על שימוש במסרים אלקטרוניים נדונה לראשונה בבי"ש 90868/00 **חב' נטוויז'ן בע"מ נ' צבא ההגנה לישראל**³⁵⁹ במסגרת דיון בשאלה, האם חדירה להודעות דואר אלקטרוני של מנויי ספק שירותי אינטרנט היא האזנת סתר, או חיפוש בחומר מחשב. לשאלה זו יש חשיבות, לעניין קבלת היתרים לביצוע האזנת סתר למניעת עבירות: לפי סעיף 6 לחוק האזנת סתר יש צורך בצו שיתיר זאת מאת נשיא או סגן נשיא מוסמך של בית משפט מחוזי, לבקשת קצין בכיר; על מנת להתיר חיפוש במחשב, ניתן להסתפק בצו חיפוש שיוציא כל שופט של בית משפט השלום³⁶⁰.

בעניין **נטוויז'ן** בית משפט השלום נתן, לבקשת המשטרה הצבאית, צו שחייב את חברת נטוויז'ן למסור למשטרה תכתובות דואר אלקטרוני, הנוגעות למנויים מסוימים. הוא דחה את הטענה, כי דואר אלקטרוני, שהגיע למחשביה של נטוויז'ן באמצעות תקשורת בין מחשבים, ואשר מצוי במחשב שלה בהמתנה שהנמען ימשוך אותו, נכנס לגדר "שיחה", כהגדרתה בחוק האזנת סתר. הדיון בערעור בבית המשפט המחוזי בשאלה זו לא נתקיים, משום שפרקליטת המדינה הנחתה את הפרקליטות, בעקבות עניין **מונדיר בן קאסם בדיר**³⁶¹, לנהוג להבא במקרים אלה כאילו מדובר בהאזנת סתר.

יש להבחין בין איסוף מידע, המועבר ממחשב המשתמש למחשב אחר, תוך כדי העברת המידע (שליחת מסר אלקטרוני, השתתפות ב - chat, ועוד), שניתן לראות בו האזנת סתר, לבין איסוף מידע שנאגר במחשבו של המשתמש, שלא בזמן ההתקשרות. במקרה של איסוף בזמן ההתקשרות, ניתן לטעון כי אוסף המידע עובר גם על סעיף 2(ג) לחוק האזנת סתר, האוסר על הצבת או התקנת מכשיר למטרת האזנת סתר שלא כדין או כדי לאפשר שימוש בו למטרה האמורה³⁶². לעומת זאת, איסוף מידע שלא בזמן ההתקשרות אינו האזנת סתר, משום שהוא מתבצע לאחר שהשיחה (אם אכן מדובר בשיחה) כבר הסתיימה, ונראה שיש לראות בו חיפוש, שעלול לפגוע בפרטיות³⁶³.

³⁵⁹ בי"ש (ת"א) 90868/00 **חב' נטוויז'ן בע"מ נ' צבא ההגנה לישראל**, תק-מח 2000 (2) 57734 (להלן - עניין נטוויז'ן).
³⁶⁰ סעיף 23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), התשכ"ט - 1969, שהוסף לפקודה מכוח תיקון עקיף שנעשה בה על ידי חוק המחשבים (סעיף 11).

³⁶¹ ת"פ (ת"א - יפו) 40250/99 **מדינת ישראל נ' מונדיר בן קאסם בדיר**, תק-מח 2001 (3) 4272.
³⁶² העונש על כך הוא עד חמש שנות מאסר.

³⁶³ עשויה להישמע הטענה, כי השימוש בחוק זה מצומצם רק ליירוט מסרים אלקטרוניים המועברים באמצעות דואר אלקטרוני, במהלך העברתם, וייתכן אף ליירוט מסרים המועברים בזמן אמת ב - chat, ללא הסכמת מחבר המסר או הנמען. נראה, שיש להשאיר קביעה בעניין זה לפרשנות בית המשפט.

סעיף 8(1)ג) לחוק האזנת סתר קובע, כי האזנה לשיחה ברשות הרבים, אם נעשתה באקראי ובתום לב, אגב הקלטה גלויה שנועדה לפרסום ברבים או למחקר אינה טעונה היתר. שאלה מעניינת היא, האם רשת האינטרנט היא "רשות הרבים". נראה, כי ככל שהדברים אמורים בדואר אלקטרוני, אין מדובר ב-"רשות הרבים", ולפיכך המיירט דואר אלקטרוני בזמן העברתו לא ייחנה מהגנה זו, אך ייתכן כי לגבי chat התשובה תהיה שונה.

1.1.3.1. המלצת הוועדה

הוועדה הגיעה למסקנה, כי ניתן להחיל את ההוראות שבחוק האזנת סתר על איסוף מידע ברשת האינטרנט ללא הסכמת נשוא המידע, ככל שהדבר מתאים למצבים המוגדרים בחוק. נראה כי אין צורך, בשלב זה, לתקן את החוק.

1.1.4. חוק המחשבים

בחוק המחשבים שתי הוראות הנוגעות במישרין לעניין הנדון: הראשונה עוסקת בחדירה לחומר מחשב שלא כדין, והשנייה הקובעת את העולות בניזקין. באשר לראשונה, אוסר חוק המחשבים על חדירה לחומר מחשב שלא כדין³⁶⁴, המוגדרת כ-"חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם המחשב או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר". בהשלכה לענייננו ניתן לומר, כי מאחר שהשימוש ב-cookies, למשל, אינו האזנת סתר, משום שמדובר בשליפת מידע ממחשבו של אדם לאחר השיחה הסתיימה, ניתן יהיה לראות בה חדירה לחומר מחשב שלא כדין³⁶⁵. לעומת זאת, ביחס לאמצעים אחרים, כגון תוכנות לסינון מידע, או Fingerprint, למשל, התשובה אינה פשוטה.

שאלה נוספת היא, האם ניתן לראות באיסוף מידע ללא הסכמה עוולה בניזקין לפי חוק המחשבים. ההוראה השנייה בחוק המחשבים הנוגעת לעניין קובעת³⁶⁶, כי יראו כעוולה בניזקין הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גזלת דבר

³⁶⁴ סעיף 4 לחוק המחשבים. שאלה היא, מהי חדירה "שלא כדין", היינו, כיצד יש לפרש את המונח "שלא כדין" בהקשר הנדון. ניתן להצביע על שתי פרשנויות מקובלות למונח זה: פרשנות אחת היא, שהמעשה צריך להיות מנוגד להוראת חוק אחרת, הקובעת איסור פלילי או אזרחי; משמעות אחרת היא, שהמעשה הוא ללא הצדקה על פי הדין, היינו, מבלי שיש בחומר הראיות לבסס קיומה של הגנה הקבועה בחוק הפוטרת את העבריין מאחריות להתנהגות נוסח האישום. הפרשנויות השונות עשויות להביא במקרה זה לתוצאות מנוגדות, שכן, על פי הפרשנות הראשונה, בהיעדר איסור מפורש בחוק אחר, לכאורה אין פסול בהחדרת אמצעי מעקב למחשבו של אחר, ואילו אם מקבלים את הפרשנות השנייה, מאחר שככל הנראה אין למחדיר אמצעי מעקב למחשבו של אחר הגנה בדין כלשהו, לכאורה הוא פועל "שלא כדין".

³⁶⁵ חומר מחשב הוא, על פי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק, תוכנה או מידע. מידע מוגדר כ-"נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, למעט תוכנה, המובעים בשפה קריאת מחשב, והמאוחסנים במחשב או באמצעי אחסון אחר, ובלבד שהנתונים, הסימנים, המושגים או ההוראות אינם מיועדים לשימוש במחשב עזר בלבד". כלומר, המידע צריך להיות מאוחסן במחשב כלשהו, ומכאן מידע המצוי ברשת האינטרנט אינו "מידע" כמשמעותו בחוק, כל עוד לא הורד אל מחשב המשתמש.

המגלם חומר מחשב, וכן מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת, שלא כדין. ייתכן שניתן לעשות שימוש בהוראות אלה גם בהקשר של פגיעה בפרטיות.

הוועדה סבורה, כי ניתן להותיר את המענה על השאלות הפרשניות האמורות לבתי המשפט, ואין צורך בשלב זה בהתערבות בחקיקה.

1.1.5. פקודת הנזיקין

דין נוסף שיש לבדוק בהקשר של איסוף מידע על הגולש באינטרנט ללא הסכמה לעצם האיסוף הוא עוולת הסגת גבול במיטלטלין.

הסגת גבול במיטלטלין היא לקיחת טובין שלא כדין מהחזקתו של אדם אחר, או הפרעה אלימה בהם בהיותם בהחזקתו של אדם אחר³⁶⁷. תיאורטית, ספק שירות אינטרנט יכול להשתמש במידע שהושג תוך כדי הסגת גבול: הוא יכול לבצע חיפוש במאגריו של אתר אינטרנט אחר, על מנת לאתר שם מידע, כגון פרטי משתמשים באתר, ולהשתמש במידע לצרכיו הוא; הוא אף יכול לבצע חיפוש במחשבו של הגולש, על מנת לאסוף את פרטיו האישיים או כל מידע אחר שהוא חפץ בו, כגון מידע על הרגלי הגלישה שלו. עם זאת, ספק אם עוולה זו מתאימה לאיסוף מידע ללא הסכמה לעצם האיסוף, משום שמדובר בה בטובין, ובלקיחתו מחזקתו של אדם אחר. נראה ש"מידע" אינו טובין, וכמו כן לא ברור, שהמונח "לקיחה מחזקתו של אדם אחר" מתאים כאשר המידע נשאר במחשב של בעל המידע, ורק מועתק ממנו. הספקות מתחזקים גם לאור העובדה, שהנושאים הקשורים למידע הוסדרו באופן מיוחד בחוק המחשבים ובחוק עוולות מסחריות³⁶⁸.

הוועדה סבורה, שאין מקום לתקן את פקודת הנזיקין בנושא של הסגת גבול במיטלטלין.

1.2. איסוף מידע בהסכמה לעצם האיסוף ובהעדר הסכמה לשימוש במידע

חלק זה עוסק במקרים בהם נשוא המידע, נתן את הסכמתו לאיסוף המידע על ידי אחר, אולם לא נתן את הסכמתו לכך שאותו אדם אחר יעשה שימוש במידע על ידי עיבודו, או על ידי מסירתו לצד שלישי. מסירת מידע ברשת האינטרנט בהסכמה נפוצה בעת רכישת מוצרים, עשיית מנוי או

³⁶⁶ סעיף 7 לחוק המחשבים.

³⁶⁷ סעיפים 31 ו-32 לפקודת הנזיקין.

³⁶⁸ לגישה שונה הקיימת במשפט האמריקאי, ניתן לעיין ב N.D. Cal, May 24 .eBay Inc. v. Bidders Edge Inc. 2000.

קבלת שירות (כגון הורדת תוכנה) מן האתר, במהלכם מוסר המשתמש פרטים שונים³⁶⁹.

1.2.1. חוק הגנת הפרטיות

1.2.1.1. פגיעה בפרטיות באמצעות שימוש בידיעות על ענייניו של אדם

נראה, כי ניתן לראות בשימוש במידע ללא הסכמת נשוא המידע פגיעה על פי שתי עילות בחוק הגנת הפרטיות: הראשונה - שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר שלא למטרה שלשמה נמסרה³⁷⁰; השנייה - שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח³⁷¹ - בעילה זו ניתן לעשות שימוש במקרים בהם, לאחר שנאסף המידע, הוא מפולח ומקוטלג ונמכר לחברות העוסקות בתחומים השונים על מנת שיוכלו לעשות בו שימוש לצורכי שיווק. אין הכוונה לדיוור ישיר, המוסדר בנפרד בחוק הגנת הפרטיות³⁷², אלא למכירת המידע למי שמעוניין להשתמש בו לשם דיוור ישיר³⁷³.

מי שקיבל את המידע בהסכמת הגולש, אולם לא קיבל הסכמה לשימוש בו, עשוי להשתמש במידע לצרכיו הוא, או למסור אותו לאחר. עיבוד המידע ושימוש בו לצורכי בעל המאגר עצמו עלול להיות פגיעה בגדר העילה הראשונה (לפי סעיף 2(9) לחוק), אך ספק אם פגיעה לפי העילה השנייה (לפי סעיף 2(6) לחוק), שכן לא כל שימוש במידע לצורכי בעל המאגר היא פגיעה בפרטיות. מסירת המידע לגורם אחר, עם או בלי עיבודו, היא כנראה פגיעה בפרטיות על פי שתי העילות כאחד. במקרים בהם המידע נמסר לגורם אחר, ניתן לראות בכך "פרסום" כאמור בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות³⁷⁴, דבר העשוי להצמיח עילה בגין פגיעה בפרטיות גם לפי סעיף 2(10) לחוק, היינו, פרסום או מסירה של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(9) לחוק או לפי סעיף 2(6) לחוק. כמו כן, עשויים להיות מקרים בהם הפרסום יהווה פגיעה בפרטיות על פי סעיף 2(11) לחוק - פרסום של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד.

בנוסף על האמור לעיל, יש לציין, כי סעיף 8 לחוק הגנת הפרטיות אוסר על שימוש במידע שבמאגר החייב ברישום, אלא למטרה לשמה מוקם המאגר. לפיכך, תנאי למסירת המידע הוא, כי המבקש לרשום מאגר מידע אצל רשם מאגרי מידע, יצהיר מהן מטרות הקמת המאגר, ומהן

³⁶⁹ חלק מן הפרטים נחוצים, מן הסתם, לקבלת המוצר או השירות הנרכש, אך ייתכן גם שהמשתמש יתבקש למסור פרטים, שאינם נחוצים לשם כך, אלא לשם צרכים אחרים.

³⁷⁰ סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות.

³⁷¹ סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות.

³⁷² סעיף 17 לחוק הגנת הפרטיות.

³⁷³ דבר שעשוי כשלעצמו להוות פגיעה בפרטיות מכוח סעיף 2(10) לחוק.

³⁷⁴ הגדרת "פרסום" שבסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות מפנה להגדרת "פרסום" בחוק איסור לשון הרע. ראו לעיל בפרק השלישי לדו"ח.

מטרות איסוף המידע. משום כך, החוק מחייב, כאמור³⁷⁵, את אוסף המידע לציין בהודעת האיסוף גם אם המידע מתוכנן להימסר ומהי מטרת המסירה³⁷⁶.

סעיף דומה לסעיף 16 לחוק הגנת הפרטיות ניתן למצוא בחוק התקשורת (בזק ושידורים)³⁷⁷. על פי סעיף 32 לחוק, מוטל איסור על עובד של בעל רשיון או מי שפועל מטעמו של בעל רשיון לגלות או להעביר תכנון של מסר בזק, או ידיעה המתייחסת למסר בזק, שהגיעו אליו תוך עבודתו, אלא לאדם שהוא רשאי למסרן לו (דינו של העובר על הוראות אלה הוא שלוש שנות מאסר). המונח "בזק" מוגדר בסעיף כ - "שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות". "בעל רשיון" הוא מי שקיבל רשיון כללי או מיוחד לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק; ואילו "מסר בזק" מוגדר כמסר המשודר, המועבר, הנקלט או הנמסר לשידור או להעברה במיתקן בזק. ספקי שירותי הגישה לאינטרנט פועלים מכוח רשיון לפי חוק התקשורת, ולפיכך נראה כי סעיף 32 לחוק יחול גם עליהם. הפרת הסעיף תהיה לא רק עבירה פלילית, אלא היא אף עשויה להקים אחריות בנזיקין בגין הפרת חובה חקוקה³⁷⁸. יש לשים לב, כי חובה זו עשויה להיות מוטלת על ספקי שירותי הגישה, אך לא על בעלי האתרים שברשת, שלעצמם (שכן אין צורך ברשיון על פי חוק התקשורת על מנת להקים אתר אינטרנט).

הוועדה סבורה, כי ניתן להחיל את ההוראות שבחוק הגנת הפרטיות גם על מעשים ברשת האינטרנט, ככל שהם מתאימים למצבים המוגדרים בחוק. נראה כי אין צורך בתיקון החוק.

1.2.1.2. דיוור ישיר

פעילות אחרת, הרלבנטית לשימוש ברשת האינטרנט, והמוסדרת בחוק הגנת הפרטיות, היא הדיוור הישיר. דיוור ישיר מוגדר כפנייה אישית לאדם, בהתבסס על השתייכותו לקבוצת אוכלוסין, שנקבעה על ידי אפיון אחד או יותר של בני אדם ששמותיהם כלולים במאגר מידע³⁷⁹. הגדרת המונח "פנייה" כוללת מגוון רחב של אמצעים, לרבות בכתב, בדפוס, בטלפון, בפקסימיליה, בדרך ממוחשבת או באמצעי אחר³⁸⁰. כל פניה בדיוור ישיר חייבת להכיל באופן ברור ובולט ציון כי הפניה היא בדיוור ישיר, בצירוף ציון זהותו ומענו של בעל מאגר המידע, המקורות מהם קיבל את המידע ומספר הרשיון של המאגר המשמש לשירותי דיוור ישיר בפנקס מאגרי

³⁷⁵ סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות.

³⁷⁶ בנוסף, מוטלות חובות גם על גורמים שונים הקשורים למאגר, כגון עובד, מנהל או מחזיק של מאגר מידע במטרה למנוע מסירת המידע מן המאגר שלא כדין: חובת סודיות, מכוחה לא יגלה אדם מידע שהגיע אליו בתוקף תפקידו כאחד מאותם גורמים, אלא לצורך ביצוע עבודתו או לביצוע החוק או על פי צו בית משפט בקשר להליך משפטי (סעיף 16 לחוק); וחובה לאבטח את המידע מפני חדירה של גורמים לא מורשים למאגר, המוטלת על בעל המאגר והמחזיק בו (סעיף 17 לחוק).

³⁷⁷ חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982 (להלן - חוק התקשורת).

³⁷⁸ סעיף 63 לפקודת הנזיקין.

³⁷⁹ סעיפים 17 - 17ט לחוק הגנת הפרטיות.

³⁸⁰ סעיף 17ג לחוק הגנת הפרטיות.

מידע. כמו כן, יש ליידע את המשתמש בדבר אפשרותו להימחק מן המאגר³⁸¹.

נראה, כי מבחינה לשונית, ניתן לראות סעיף זה כחל גם על דיוור ישיר ברשת האינטרנט, שכן המונח "דיוור ישיר" מוגדר באופן רחב. עם זאת, ההגדרה כוללת את המונח "פנייה אישית", וברשת האינטרנט קיים קושי לזהות את עצם הפנייה. זו אמנם עשויה להיכלל במסר אלקטרוני, שנשלח לתיבת הדואר האלקטרוני של המשתמש, אך גם היא עשויה להופיע בצורת Banner (מעין שלט פרסומת באתר האינטרנט) בראש דף האינטרנט, כאשר המשתמש לא יידע כלל כי נעשתה אליו פנייה על סמך מאגר מידע. קיימת גם שאלה לעניין הפניה ה"אישית" - כאשר הפנייה נעשית בדואר האלקטרוני, לא תמיד כתובת הדואר האלקטרוני מורכבת משם המשתמש ולעיתים כל קשר בינה ובין שם המשתמש הוא מקרי בלבד. לפיכך, שאלה היא, האם ניתן לראות בכתובת זו "פנייה אישית", והאם ניתן לראות בכתובת דואר אלקטרוני שמות הכלולים במאגר. כאשר הפנייה היא באמצעות Banner, קיים קושי לזהות גם את העובדה שהפנייה היא אישית ונעשתה על סמך פילוח המשתמשים באתר ולא לאור תוכנו של אותו עמוד, אשר קושר אותו לדבר הפרסום.

הוועדה סבורה, למרות הקשיים שביישום הוראות הדיוור הישיר, כי אין צורך בהסדרים מיוחדים לעניין דיוור ישיר באמצעות רשת האינטרנט, וניתן להחיל עליו את ההסדר הכללי.

יצוין, עם זאת, כי ההסדר הכללי טעון שיפור כשלעצמו, משום שכיום אין בחוק דרישה, כי פניה לאדם בדיוור ישיר תצוין באופן בולט ככזו, וכי תינתן לו הודעה על זכותו שלא לקבל עוד את הדיוור הישיר. הצעה ברוח זו כלולה בתזכיר לתיקון חוק הגנת הפרטיות, ויש בה כדי לפתור גם את בעיית הדיוור הישיר ברשת האינטרנט.

1.2.2. חוק עשיית עושר ולא במשפט

מסירת מידע לגורם שלישי תמורת תשלום (או טובת הנאה אחרת) עשויה להוות עשיית עושר ולא במשפט³⁸². חוק עשיית עושר ולא במשפט קובע, כי "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה, ואחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת"³⁸³. ניתן לטעון, כי מי שאוסף את המידע הוא הזוכה והאדם שאת פרטיו אוספים בעת שהוא עושה שימוש ברשת האינטרנט, ללא ידיעתו או הסכמתו, הוא המזכה. נראה, כי איסוף מידע באינטרנט (בין אם

³⁸¹ סעיף 17(א)(2) לחוק הגנת הפרטיות.

³⁸² חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשלי"ט - 1979 (להלן - חוק עשיית עושר ולא במשפט, או החוק).

³⁸³ סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

בהסכמת מי שאוספים עליו את המידע ובין אם לאו), ומסירתו תמורת תשלום או טובת הנאה אחרת, עשויה לענות על הגדרת סעיף זה, אם מסירת או מכירת המידע נעשתה ללא הסכמת האדם שאוספים עליו את המידע.

בעיה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא הפטור מהשבה. סעיף 2 לחוק קובע, כי בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת. נראה כי המשתמש ברשת יתקשה להוכיח שנגרם לו חיסרון בכך שנאסף עליו מידע, אלא אם נראה בפוטנציאל של קבלת תשלום עבור מסירת הפרטים, כחסרון. עם זאת, מאחר שאין צורך בהוכחת נזק ממוני על מנת להוכיח את העילה, והדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, ייתכן שדי בלהראות פגיעה בפרטיות או באוטונומיה על מנת לעמוד בתנאי זה.

הוועדה סבורה, שניתן להסתייע בחוק עשיית עושר ולא במשפט בדרך של פרשנות, ואין צורך בתיקון החוק על מנת להחילו גם על איסוף מידע על הגולש ברשת האינטרנט ללא הסכמה לעיבודו או למסירתו לאחר.

1.3. איסוף מידע בהסכמה לאיסוף ולשימוש במידע

הסוג השלישי של איסוף מידע ברשת האינטרנט הוא איסוף המידע בהסכמת נשוא המידע הן לעצם איסוף המידע, והן לעיבודו ולמסירתו לצד שלישי. השאלה, מהי מהות אותה הסכמה, מעוררת בעיות משפטיות, אשר יידונו להלן.

1.3.1. חוק הגנת הפרטיות

כאמור, חוק הגנת הפרטיות קובע, כי לא יפגע אדם בפרטיותו של זולתו ללא הסכמתו. ההסכמה עשויה להיות במפורש או מכללא³⁸⁴. שאלה היא, מה ייחשב כהסכמה לצורך החוק. בהקשר הנדון, נפוצים שני מצבים של מתן הסכמה: המצב הראשון הוא, כאשר הדרישה למתן ההסכמה היא לתנאי השימוש בתקנון האתר, כאשר אלה כוללים בין היתר גם סעיף המתיר איסוף מידע, עיבודו ומסירתו. המצב השני הוא, כאשר ההסכמה לתנאי האתר נלמדת מעצם הגלישה בו, היינו, הסכמה מכללא. בשני המקרים לא ברור שמדובר בהסכמה מדעת, כמשמעותה בהצעה לתיקון החוק, כאמור לעיל בחלק השני לפרק זה העוסק באיסוף מידע בהסכמה לאיסוף וללא הסכמה לשימוש בו. עם זאת, במגבלות הנובעות מאופן הפעילות ברשת האינטרנט, נראה,

³⁸⁴ סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות.

שבמצב הראשון ניתן יהיה לראות בהסכמת הגולש כהסכמה כמשמעותה בחוק. אולם, במקרה השני, נראה כי יקשה לטעון כי קמה הסכמה, לאור העובדה שבמרבית המקרים המשתמש כלל אינו יודע על קיום התקנון ותנאיו.

לאור זאת, הוועדה סבורה, כי כדי לעמוד בדרישת ההסכמה שבחוק הגנת הפרטיות נדרשת, בנוסף על הסכמה מדעת, גם מודעות לקיום חוזה השימוש באתר, שבו לרוב נמצאת הדרישה לקבלת הסכמת הגולש באתר לאיסוף מידע, עיבודו ומסירתו. ניתן להגביר מודעות זו על ידי מיקום התקנון או תנאי השימוש כך שהגולשים יהיו מחויבים לעבור בהם על מנת להשתמש באתר.

1.3.2. חוק החוזים האחידים

על פניו, תקנון אתר האינטרנט או תנאי השימוש בו, מהווים חוזה אחיד, כמשמעותו בסעיף 1 לחוק החוזים האחידים, היינו, מדובר בנוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד (בעל האתר) כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם (המשתמשים באתר). לפיכך, יש לבחון האם סעיף בתקנון או בתנאי השימוש, המתיר איסוף, עיבוד ומסירת מידע לצד שלישי הוא מקפח, או מקנה יתרון בלתי הוגן לספק על פני הלקוח³⁸⁵.

הוועדה סבורה, כי נושא זה ייבדק בכל מקרה לפי נסיבותיו של כל חוזה וחוזה, ואין צורך בתיקון החוק.

1.4. משפט משווה

חלק זה סוקר את דיני הגנת הפרטיות ברשת האינטרנט בארה"ב, קנדה, באיחוד האירופי ובבריטניה. צו הגנת הפרטיות האירופי עוסק בהגנת הפרטיות באופן כללי, ואינו מיוחד לאינטרנט דווקא³⁸⁶, וכך גם החקיקה בבריטניה. אך החקיקה הקנדית, וכללי ה - Safe Harbor בארה"ב, שיתוארו להלן, עוצבו בהתחשב במציאות החדשה, של עידן האינטרנט.

³⁸⁵ סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

³⁸⁶ למעט מספר התייחסויות שהוכנסו במסגרת תיקונים מאוחרים יותר.

1.4.1. האיחוד האירופי

שמירה על פרטיותו של אדם, בענייננו, היינו, איסוף מידע פרטי ועשיית שימוש בו לשם הפקת רווחים, הוסדרה במשפט האיחוד האירופי בצו משנת 1995³⁸⁷, שמטרתו לאפשר לפרטים לשלוט באיסוף, עיבוד והפצת מידע אישי אודותיהם.

1.4.1.1. הגדרות

צו הגנת הפרטיות האירופי פותח בהגדרת המונחים העיקריים, סביבם נבנו למעשה כל ההסדרים המשפטיים הכלולים בו³⁸⁸. המונח "מידע אישי" מוגדר כ - "כל מידע הקשור לאדם מזוהה או ניתן לזיהוי". אדם "ניתן לזיהוי" הוא אדם אשר ניתן לזהותו במישרין או בעקיפין, לפי תעודת זהות או לפי מאפיינים פיזיים, פסיכולוגיים, מנטליים, כלכליים, תרבותיים או חברתיים. המונח "עיבוד מידע" מוגדר ככל פעולה (או רצף פעולות) המבוצעת על המידע האישי, בין אם באמצעים אוטומטיים ובין אם לאו. למשל: איסוף, הקלטה, ארגון, אחסון, אימוץ או שינוי, שליפה, התייעצות, קישור או חיבור, חסימה, מחיקה או השמדה. הצו כולל גם הגדרה למונח "הסכמת נשוא המידע" - כל אינדיקציה ספציפית ומיודעת אשר תעיד כי נשוא המידע נתן מרצון חופשי את הסכמתו לכך שהמידע האישי הנוגע אליו יעובד. כמו כן מגדיר הצו מיהו ה - "שולט במידע" ("The "Data Controller") - אדם או אישיות משפטית, הקובע את המטרות והאמצעים של איסוף ועיבוד המידע האישי.

החריגים לתחולת הצו הם³⁸⁹: עיבוד מידע אישי מחוץ לקהילה האירופית; פעולות עיבוד מידע הנוגעות לביטחון הציבור, הגנה, בטחון המדינה (כולל מצבה הכלכלי של המדינה, כאשר עיבוד המידע נוגע לענייני בטחון המדינה); ופעולות המדינה בתחום המשפט הפלילי. חריג נוסף וחשוב הוא, כי הצו אינו חל על פעולות של אדם פרטי שנועדו לשימוש אישי.

387 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 **On the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free**

Movement of Such Data (להלן - צו הגנת הפרטיות האירופי).

388 סעיף 2 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

389 סעיף 3 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

1.4.1.2. הנחיות כלליות

צו הגנת הפרטיות האירופי קובע³⁹⁰ מספר הנחיות כלליות באשר לאיסוף המידע והשימוש בו. על חברות האיחוד האירופי לוודא, כי המידע הפרטי יעובד באופן חוקי והוגן, וכי הוא ייאסף למטרה ספציפית, מפורשת ולגיטימית; כי לא יבוצע עיבוד נוסף של המידע למטרות אחרות³⁹¹; על עיבוד המידע להיות מתאים, רלוונטי ולא מוגזם ביחס למטרה; על המידע להיות מדויק ובמידת הצורך מעודכן. כמו כן נקבע, כי יש לאגור את המידע, בצורה המאפשרת את זיהוי הפרטים, לתקופה שאינה עולה על הנדרש ממטרות איסופו, וכי חובה על השולט במידע לוודא עמידה בתנאים אלה.

1.4.1.3. מטרות עיבוד מידע אישי

צו הגנת הפרטיות קובע מתי ייחשב עיבודו של מידע אישי חוקי בקהילה האירופית³⁹². על חברות האיחוד לוודא כי המידע האישי יעובד רק אם נשוא המידע נתן את הסכמתו המפורשת או שעבוד המידע נחוץ לאחת המטרות הבאות:

1. ביצוע חוזה אשר נשוא המידע הוא צד לו או לצורך משא ומתן קודם לכריתת החוזה;
2. מילוי חובה שבדין המוטלת על מעבד המידע להגן על האינטרסים החיוניים של נשוא המידע;
3. ביצוע משימה המשרתת את אינטרס הציבור או הפעלת סמכויות רשמיות אשר הוטלו על השולט במידע או צד שלישי אשר אליו הועבר המידע;
4. קיום אינטרסים חוקיים של השולט במידע או צד שלישי אשר המידע הועבר אליו (פרט למקרים בהם אינטרסים אלה מתנגשים בזכויות מהותיות וחירויות של נשוא המידע).

1.4.1.4. עיבוד מידע אישי בעל אופי מיוחד

הצו קובע³⁹³ כי, ככלל, על חברות האיחוד האירופי לאסור עיבוד מידע אישי אשר חושף מוצא אתני או גזעי, דעות פוליטיות, אמונות דתיות ופילוסופיות, חברות באיגודים מקצועיים, מצב הבריאות של הפרט או צנעת אישיותו³⁹⁴. עם זאת, קיימים מספר חריגים לאיסור על עיבוד מידע אישי, וביניהם³⁹⁵:

³⁹⁰ סעיף 6 לצו הגנת הפרטיות האירופי.
³⁹¹ עיבוד נוסף של המידע לצרכים סטטיסטיים, היסטוריים ומדעיים לא ייחשב כבלתי ראוי בתנאי שהמדינות החברות דואגות לאמצעי הגנה על המידע.
³⁹² סעיף 7 לצו הגנת הפרטיות האירופי.
³⁹³ סעיף 8 לצו הגנת הפרטיות האירופי.
³⁹⁴ מונח זה דומה למונח "מידע רגיש" המצוי בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות.
³⁹⁵ סעיפים 30-39 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

1. מתן הסכמה מפורשת של נשוא המידע לעיבוד המידע (פרט למקרים בהם חוקי המדינות השונות יקבעו כי הדבר אינו אפשרי);
2. עיבוד המידע נחוץ לצורך מילוי חובותיו וזכויותיו של השולט במידע בתחום חוקי העבודה, במגבלות החוקים המדינתיים ותוך הבטחת אמצעי הגנה;
3. עיבוד המידע נחוץ על מנת להגן על אינטרסים חיוניים של נשוא המידע או אדם אחר, כאשר נשוא המידע אינו כשיר פיזית או חוקית, לתת את הסכמתו;
4. עיבוד המידע נעשה במסגרת פעולות חוקיות של ארגון ללא מטרות רווח בעל מטרות פוליטיות, פילוסופיות, דתיות או איגוד מקצועי ובתנאי שעבוד המידע נוגע אך ורק לחברי הארגון או לאנשים בעלי קשרים קבועים עם הארגון ושהמידע לא יועבר לצד שלישי ללא הסכמת נשוא המידע;
5. עיבוד המידע קשור למידע אשר פורסם בציבור על ידי נשוא המידע או נחוץ לצורך ביסוס או הגנה על זכויות חוקיות;
6. עיבוד מידע הנוגע להרשעות פליליות או אמצעי בטיחות יכול להתבצע תחת פיקוח הרשויות המוסמכות, או אם קיימים אמצעי בטיחות נאותים בחקיקה המדינתית³⁹⁶.
7. עיבוד המידע נחוץ לצורכי רפואה מונעת, דיאגנוזה רפואית, שמירה על בריאות או ניהול שירותי בריאות, כאשר המידע מעובד על ידי מומחים רפואיים. זאת, בכפוף לחוקי המדינות או חוקים של גופים מדינתיים המבססים את חובת הסודיות הרפואית או חובה דומה.

1.4.1.5. מסירת פרטים לנשוא המידע

צו הגנת הפרטיות האירופי קובע הסדרים באשר לפרטים שעל השולט במידע למסור לנשוא המידע, כלומר, מי שהמידע מעובד לגביו, תוך שהוא מבחין בין הפרטים שיש למסור כאשר המידע נמסר על ידי נשוא המידע, ובין הפרטים שיש למסור כאשר המידע לא נמסר על ידיו. במקרה הראשון נקבע³⁹⁷, כי על השולט במידע או נציגיו למסור לפחות את הפרטים הבאים לנשוא המידע (פרט למקרים בהם פרטים אלה נמצאים בידיו): זהות השולט במידע או נציגיו; מטרות עיבוד המידע; כל מידע נוסף כגון: מקבלי המידע, האם מתן תשובה על כל השאלות הוא חובה ומה המשמעות של אי מתן תשובה, אפשרויות הגישה למידע, האפשרויות לתקן את המידע והאפשרויות להבטיח עיבוד הוגן של המידע.

במקרה השני נקבע³⁹⁸, כי על השולט במידע או נציגיו, בעת קבלת המידע או במקרים בהם מעורבת מסירה לצד שלישי, למסור לפחות את הפרטים הבאים לנשוא המידע (פרט למקרים בהם פרטים אלה נמצאים בידיו): זהות השולט במידע או נציגיו; מטרות עיבוד המידע; כל מידע נוסף

³⁹⁶ אולם, מאגר הכולל רישום פלילי, יכול להיות מנוהל אך ורק על ידי הרשות המוסמכת. גם עיבוד מידע הקשור לעבירות משמעות או משפטים אזרחיים יבוצע תחת פיקוח של רשות מוסמכת.
³⁹⁷ סעיף 10 לצו הגנת הפרטיות האירופי.
³⁹⁸ סעיף 11 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

כגון: סוג המידע, מקבל המידע, קיום הזכות לגישה למידע או הזכות לתקן את פרטי המידע אשר נוגעים אליו במידת הצורך³⁹⁹.

הצו מוסיף וקובע, כי על חברות האיחוד האירופי לאפשר לנשוא המידע לדעת, האם מידע אודותיו מעובד ולפחות מהן מטרות עיבוד המידע, סוג המידע המעובד ולמי נמסר המידע⁴⁰⁰.

1.4.1.6. מגבלות על הזכויות

למרות החשיבות הרבה שמייחס משפט האיחוד האירופי לזכות לפרטיות בכלל, ולזכות הפרט לשלוט בעיבוד המידע האישי שלו בפרט, הרי שהזכות אינה בלתי מוגבלת. הצו קובע רשימה של טעמים, מכוחם רשאיות חברות האיחוד להגביל את הזכויות על פי הצו, וביניהם⁴⁰¹: בטחון המדינה; בטחון הציבור; פעילות במישור הפלילי; אינטרסים כלכליים או פיננסיים; פיקוח, חקירה ופעולות חקיקה אשר קשורות להפעלת סמכויות רשמיות; הגנה על נשוא המידע או זכויות וחירויות של אחרים.

1.4.1.7. הזכות להתנגד לעיבוד המידע

לנשוא המידע הזכות, במקרים מסוימים, להתנגד לעיבוד המידע הנוגע לו⁴⁰². הצו קובע, כי על חברות האיחוד לאפשר לכל אדם להתנגד להחלטות המשפיעות על זכויותיו וחובותיו המשפטיות, והמבוססות אך ורק על עיבוד אוטומטי של מידע, אשר נועד להערכת היבטים מסוימים הקשורים אליו, כגון: הערכת עובד, הערכת אשראי, אמינות, התנהגות וכדומה⁴⁰³.

1.4.1.8. אבטחה ושמירת סודיות

הצו מתייחס גם לנושא האבטחה, וחובת שמירת הסודיות, והוא קובע⁴⁰⁴ כי השולט במידע או מי שמבצע את עיבוד המידע והכפופים לו, אשר יש להם גישה למידע אישי, לא יעבדו אותו אלא על פי הוראות המעבד או במקרים בהם הם מונחים לעשות זאת על פי חוק. על חברות האיחוד לדאוג, כי השולט במידע ידאג לאמצעים טכניים וארגוניים אשר יבטיחו את המידע האישי מפני פגיעה בו, השמדה, או חדירה ומסירה בלתי חוקיות שלו, בפרט כאשר מדובר בהעברת מידע על גבי רשת האינטרנט.

³⁹⁹ חובה זו לא תחול כאשר מדובר על איסוף מידע למטרות סטטיסטיות, היסטוריות או מדעיות והמאמץ המעורב במסירת פרטי המידע הוא לא פרופורציונאלי, או בלתי אפשרי, או שמוסדר עפ"י חוק.

⁴⁰⁰ סעיף 12 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

⁴⁰¹ סעיף 13 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

⁴⁰² סעיפים 14-15 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

⁴⁰³ לא ניתן להתנגד כאשר ההחלטה היא במהלך חתימת חוזה והמידע נדרש לצורך חתימת החוזה ובתנאי שתינתן לו זכות טיעון או שהדבר מותר על פי חוק. גם אז, יש לנקוט אמצעים להגנה על האינטרסים של נשוא המידע.

כמו כן, על השולט במידע או נציגיו מוטלת חובה להודיע לרשות המוסמכת לפני ביצוע עיבוד מידע אוטומטי, אם כי חברות האיחוד רשאיות להגביל את חובת היידוע.⁴⁰⁵

1.4.1.9. העברת מידע מחוץ לקהילה האירופית - Safe Harbor

הוראות בעלות חשיבות ניכרת לאגירת מידע ברשת האינטרנט הן הוראות הצו, העוסקות בהעברת מידע ממדינות הקהילה האירופית למדינות שאינן חברות בה.

הצו קובע, כי על חברות האיחוד לדאוג לכך, כי מידע אישי מעובד או מיועד לעיבוד יועבר אל מחוץ לגבולות האיחוד האירופי אך ורק אם, מבלי לפגוע בעמידה בדרישות החוק של כל מדינה, מבטיח הדין במדינת היעד של המידע רמה נאותה של הגנה על המידע.⁴⁰⁶ נאותות ההגנה על המידע תוערך בהתאם לנסיבות העברת המידע, וביניהן: טיבו של המידע, משך העיבוד ומטרתו, זהות מדינת המקור ומדינת היעד, הדינים החלים במדינת היעד, ושיטות אבטחת המידע הנהוגות באותה מדינה.⁴⁰⁷ במקרים מסוימים, המפורטים בצו, ניתן בכל זאת להעביר מידע אישי של אזרחי הקהילה האירופית גם למדינות, שאין בהן רמת הגנה נאותה כאמור, וזאת בתנאי שנשוא המידע נתן הסכמה ברורה וחד משמעית לכך.⁴⁰⁸

בשנת 2000 הגיעו ארה"ב והאיחוד האירופי להסכם בדבר העברת מידע אישי מן מדינות האיחוד האירופי לארה"ב. ההסכם יידון בפרק המתייחס להגנת הפרטיות בארה"ב, משום שההסכם הביא לשינוי בדין הגנת הפרטיות בארה"ב, תוך התאמתו לדין האירופי.

1.4.2. בריטניה

בבריטניה נחקק בשנת 1998 ה - Data Protection Act, אשר נכנס לתוקף במרץ 2001, ואשר מהווה יישום של הצו האירופי. בחוק מנויים שמונה עקרונות (הדומים מאוד לעקרונות הצו) ואשר חלים על כל מידע אישי המעובד על ידי בעל השליטה על המידע:

⁴⁰⁴ סעיפים 16 ו-17 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

⁴⁰⁵ סעיף 18 לצו הגנת הפרטיות האירופי. בין הפרטים אשר חובה על השולט במידע למסור במסגרת זו: שם וכתובת השולט במידע ונציגיו; מטרת איסוף המידע; תיאור סוג המידע או סוג נשואי המידע; מקבלי המידע או סוגי מקבלי מידע פוטנציאליים; העברת מידע למדינות אחרות; תיאור כללי של האמצעים הננקטים לצורך אבטחת המידע.
⁴⁰⁶ סעיף 25 לצו הגנת הפרטיות האירופי.

⁴⁰⁷ הצו מוסיף וקובע, כי על המדינות למסור מידע זו לזו אם הן סבורות שמדינה מסוימת אינה מבטיחה רמה נאותה של הגנה למידע. אם המועצה האירופית מגיעה למסקנה, כי אכן מדינה מסוימת אינה מספקת רמת הגנה נאותה למידע האישי של אזרחי האיחוד, על חברות האיחוד לחדול מלהעביר למדינה זו מידע מסוג זה.
⁴⁰⁸ תנאים נוספים הם: נחיצות העברת המידע לשם ביצוע חוזה בין נשוא המידע והשולט במידע; העברת הנחוצה לשם ביצוע חוזה שנועד לטובתו של נשוא המידע; העברת המידע נחוצה או נדרשת על פי חוק מטעמים מיוחדים של אינטרס ציבורי, או על מנת להגן על אינטרס חיוני של נשוא המידע.

1. מידע אישי יעובד בצורה הוגנת וחוקית תוך עמידה בתנאים שנקבעו בצו האירופי לגבי עיבוד מידע אישי, ולגבי עיבוד מידע אישי מיוחד ;
2. מידע אישי ייאסף אך ורק למטרות ספציפיות וחוקיות ולא יעבור עיבוד נוסף אשר אינו עולה בקנה אחד עם מטרות אלה ;
3. מידע אישי צריך שיהיה הולם, רלוונטי ובמידה הנדרשת למטרה אשר לשמה הוא נאסף ;
4. מידע אישי יהיה מדויק ובמידת הצורך עדכני ;
5. מידע אישי אשר מעובד למטרה מסוימת לא יישמר מעבר לנדרש לאותה מטרה ;
6. מידע אישי יעובד בהתאם לזכויות נשוא המידע המוסדרות בחוק זה ;
7. יש לנקוט אמצעים טכנולוגיים וארגוניים על מנת להבטיח כי לא ייעשה עיבוד לא מורשה או לא חוקי וכדי להבטיח כי לא ייגרם אובדן, הרס או נזק למידע האישי, אף בטעות ;
8. מידע אישי לא יועבר למדינה מחוץ לאיחוד האירופי אלא אם אותה מדינה מבטיחה רמה מספיקה לאבטחת הזכויות והחירויות של נשואי המידע בנוגע לעיבוד מידע אישי.

1.4.3. קנדה

בשנת 2001 נכנס לתוקפו חוק פדרלי בדבר פרטיות, מסחר אלקטרוני וראיות אלקטרוניות⁴⁰⁹, המסדיר, בין היתר, את שאלת איסוף המידע האישי על משתמשים ברשת האינטרנט, והשימוש בו⁴¹⁰. טרם חקיקתו, לא הייתה קיימת בקנדה זכות להגנה על מידע אישי מפני איסוף ושימוש לא ראויים. החוק יוצר זכות להגנה על מידע אישי שנאסף במסגרת פעולות מסחריות (commercial activities) כחלק מן הרצון לקדם את המסחר האלקטרוני⁴¹¹. מטרת החוק, כאמור בו, היא לקבוע כללים המסדירים את האיסוף, השימוש וההעברה של מידע אישי באופן שעולה בקנה אחד עם הזכות לפרטיות, מחד, ועם הצורך של גורמים עסקיים לאסוף, להשתמש ולהפיץ מידע לצרכים שאדם סביר היה רואה אותם כלגיטימיים, מאידך. החוק מסמיך את המפקח על הפרטיות לפקח על פעולתם של הארגונים, ולטפל בפניות ותלונות הציבור⁴¹².

⁴⁰⁹ **Personal Information Protection And Electronic Documents Act, 2000**

⁴¹⁰ החלת החוק היא הדרגתית: ב - 1.1.01 החוק נכנס לתוקף, והוחל על ענפים עסקיים, המפוקחים על ידי המדינה כגון: בנקאות, תעופה, שידור ותקשורת. ביום 1.1.02 הוחל תוקפו של החוק על גופים אלה גם ביחס למידע אישי בריאותי של עובדיהם. בשנת 2004 הוא יוחל על כל הארגונים במשק הקנדי, בפעילותם המסחרית. עד אז על כל הפרובינציות הקנדיות לחוקק חוקים בהתאם לחוק הפדרלי.

⁴¹¹ אף כי הוא מקנה הגנה לאיסוף מידע אישי גם בהקשר הכללי, ולא רק ביחס לשימוש ברשת האינטרנט.
⁴¹² סעיפים 11 ו-12 לחוק.

החוק מגדיר⁴¹³ "מידע אישי" כמידע על אדם הניתן לזיהוי, למעט שם, תואר, כתובת עסק או מספר טלפון במקום העבודה⁴¹⁴. החוק חל על כל ארגון (חברה, שותפות, אדם או איגוד מקצועי) האוסף מידע אישי במהלך פעילותו העסקית, או בנוגע לעובד של הארגון⁴¹⁵, והוא קובע כי ארגון רשאי לאסוף מידע רק למטרה, שאדם סביר היה רואה כסבירה בנסיבות המקרה⁴¹⁶.

התוספת הראשונה לחוק קובעת רשימה של הנחיות לאיסוף, שימוש והפצה של מידע אישי, המחייבות כל ארגון המבקש לאסוף מידע כאמור. להנחיות מספר עקרונות כדלקמן:

(א) אחריות⁴¹⁷ - כל ארגון אחראי למידע שנמצא בשליטתו, ומחויב למנות אדם אשר יהיה אחראי על מילוי הנחיות אלה. הארגון אחראי לאבטחת המידע, גם לאחר שנמסר לצד שלישי.

(ב) קביעת מטרת איסוף המידע⁴¹⁸ - על ארגון לקבוע את המטרות אשר לשמן נאסף המידע בעת האיסוף או לפני שהמידע נאסף. על המטרות להיות ברורות וניתנות להסבר. כמו כן, יש ליידע את נשוא המידע אודות המטרות בזמן האיסוף או לפני איסוף המידע, בעל פה או בכתב.

(ג) הסכמה⁴¹⁹ - על מנת לאסוף מידע אישי, לעשות בו שימוש או למסור אותו נדרשת ידיעת והסכמת נשוא המידע, פרט למצבים בהם אין זה ראוי⁴²⁰. החוק שם את הדגש על "ידיעה והסכמה" - נקבע, כי ארגון ינקוט אמצעים סבירים על מנת להבטיח שנשוא המידע קיבל מידע לגבי מטרות איסוף המידע. כדי שלהסכמתו תהיה משמעות, על המטרות להיות מנוסחות בצורה שתבהיר באיזה אופן ייעשה השימוש במידע או גילויו.

החוק קובע, כי לא ניתן להתנות אספקת מוצר או שירות בדרישה, שנשוא המידע ייתן את הסכמתו לאיסוף, לשימוש או למסירת המידע, מעבר למידה הנדרשת למלא את המטרות המפורשות והלגיטימיות. אופן קבלת ההסכמה על ידי הארגון תלוי בנסיבות המקרה, סוג המידע ומידת רגישותו, וכן בהתאם לציפיות הסבירות של נשוא המידע. טיב ההסכמה הנדרשת על ידי הארגון תלוי בנסיבות וסוג המידע: כאשר סביר כי המידע ייחשב לרגיש, יש, בדרך כלל, לדרוש הסכמה מפורשת. ניתן להשיג הסכמה גם מנציג מוסמך (כדוגמת אפוטרופוס או עו"ד).

⁴¹³ סעיף 2 לחוק.

⁴¹⁴ קיימות גם הגדרה למידע רפואי אישי, המתייחסת גם לאדם שנפטר: מידע המתייחס לבריאות הגופנית או הנפשית של אדם; מידע על שירות רפואי שניתן לאותו אדם; מידע על השתלות או על תוצאות של בדיקות רפואיות שנעשו לאדם; מידע שנאסף במהלך מתן שירות רפואי לאדם או אגב מתן שירות רפואי.

⁴¹⁵ סעיף 4 לחוק.

⁴¹⁶ סעיף 5(3) לחוק.

⁴¹⁷ סעיף 4.1 לתוספת הראשונה לחוק.

⁴¹⁸ סעיף 4.2 לתוספת הראשונה לחוק.

⁴¹⁹ סעיף 4.3 לתוספת הראשונה לחוק.

⁴²⁰ החוק מביא, כדוגמה למצבים אלה, מצבים בהם מסיבות רפואיות, משפטיות או ביטחוניות לא ניתן ליידע את נשוא המידע על כך שמתבצע איסוף של מידע אישי אודותיו, וממילא, כמובן, לא ניתן לקבל את הסכמתו.

נשוא המידע יכול למסור את הסכמתו במספר דרכים, וביניהן מילוי טופס וחתימה עליו או פתיחת תיבת מחיקות, המאפשרת לפרטים לבקש כי שמם וכתובתם לא יימסר לארגון אחר. מי שאינו נמחק ייחשב כאילו נתן את הסכמתו, וניתן לראות בשימוש במוצר או בשירות כהסכמה. נשוא המידע יכול לחזור בו מהסכמתו בכל עת שיחפוץ בכך, פרט להגבלות חוקיות או חוזיות ובכפוף לדרישה שתינתן הודעה סבירה.

(ד) הגבלת האיסוף⁴²¹ - איסוף המידע יוגבל למקרים בהם הוא נחוץ לצורך מטרות איסוף המידע. אין לאסוף מידע באופן גורף - הן סוג המידע והן כמות המידע אשר נאסף צריכים להיות במידה שאינה עולה על הנדרש להגשמת מטרות איסוף המידע.

(ה) הגבלת השימוש, המסירה, הגילוי והשמירה⁴²² - החוק קובע, כי אין לעשות כל שימוש או גילוי של המידע למטרות אחרות מאלה אשר לשמן הוא נאסף, אלא בהסכמת נשוא המידע או על פי חוק. שמירת מידע תהיה לתקופה שאינה עולה על הנדרש לצורך הגשמת המטרות, ולאחריה תימחק.⁴²³

(ו) דיוק⁴²⁴ - על המידע להיות מדויק, מלא ומעודכן עד כמה שהדבר נדרש לצורך מילוי מטרות האיסוף. הדבר תלוי בשימוש אשר ייעשה במידע ובאינטרסים של נשוא המידע.

(ז) אבטחה⁴²⁵ - החוק קובע, כי ארגון האוסף מידע חייב לנקוט אמצעים⁴²⁶ למניעת אובדן המידע, פגיעה בו, כניסה לא מאושרת למאגר, גילוי שלא כדין, העתקה או שימוש שלא כדין במידע, וכי יש להתאים את אמצעי אבטחת המידע למידת רגישות המידע.

(ח) פתיחות⁴²⁷ - על ארגון להבטיח, כי מידע בנוגע למדיניות ולאופן הטיפול במידע האישי, יהיה נגיש לציבור ופתוח לעיונו. במסגרת המידע שיש להעמיד לרשות הציבור, חובה לכלול את הפרטים הבאים: שם האדם האחראי על יישום הנחיות אלה וכתובתו, ושם האדם אשר אליו יש להפנות את פניות הציבור, האמצעים לאיסוף המידע, תאור סוג המידע האישי אשר מוחזק על ידי הארגון והשימוש אשר נעשה בו, הסבר בדבר מדיניות הארגון ופירוט מידע אישי הפתוח לארגונים אחרים.

⁴²¹ סעיף 4.4. לתוספת הראשונה לחוק.

⁴²² סעיף 4.5. לתוספת הראשונה לחוק.

⁴²³ החוק גם קובע דרישה, כי אוספי המידע יקבעו נהלים לאיסוף ושמירת המידע.

⁴²⁴ סעיף 4.6. לתוספת הראשונה לחוק.

⁴²⁵ סעיף 4.7. לתוספת הראשונה לחוק.

⁴²⁶ אמצעים פיזיים, טכנולוגיים וארגוניים כאחד.

⁴²⁷ סעיף 4.8. לתוספת הראשונה לחוק.

ט) נגישות הפרט למידע⁴²⁸ - על פי בקשת נשוא המידע, תימסר לו הודעה על עצם קיום מידע אישי שלו בידי הארגון, השימוש בו ומסירתו.

ו) פניות הציבור⁴²⁹ - יש לאפשר לנשוא המידע לפנות בבקשות או תלונות לאדם האחראי על תלונות הציבור בארגון. החוק מטיל על הארגון לסייע לאדם המתקשה בכך בניסוח פנייתו לארגון⁴³⁰, ולהגיב לבקשה תוך 30 יום לכל היותר⁴³¹.

לעקרון הידיעה וההסכמה מספר חריגים. איסוף מידע ללא הסכמת או ידיעת נשוא המידע מותר כאשר: האיסוף הוא באופן ברור לטובת נשוא המידע, ואין אפשרות להשיג את הסכמתו באותה עת; איסוף המידע הוא לצורכי חקירה משטרתית, לצרכים עיתונאיים או אומנותיים; או שמדובר במידע פומבי. לעומת זאת, שימוש ללא ידיעה והסכמה של נשוא המידע מותר במהלך חקירה משטרתית, או אם נעשה בו שימוש במקרה חירום המסכן את חייו, בריאותו או בטחונו של אדם, או אם השימוש הוא לצרכים סטטיסטיים או מחקרניים, או שמדובר במידע פומבי.

ניתן לגלות מידע ללא הסכמת או ידיעת נשוא המידע במספר מקרים, ובין היתר אם: המידע נמסר לעורך דין, המייצג את הארגון; המידע נמסר על מנת לגבות חוב של נשוא המידע; גילוי המידע נעשה בהתאם להוראת צו של בית משפט; המידע נמסר לאדם, אשר זקוק למידע עקב מקרה חירום אשר מאיים על חייו, בריאותו או בטחונו; הגילוי נדרש על פי חוק⁴³².

1.4.4. ארה"ב

1.4.4.1. המצב המשפטי לפני חקיקת כללי ה-Safe Harbor

הזכות לפרטיות אינה נמנית על הזכויות הנקובות באופן מפורש בחוקת ארה"ב. בית המשפט העליון של ארה"ב יצק את הזכות, המוכרת במשפט המקובל האנגלי, לתוך החוקה, על ידי

⁴²⁸ סעיף 4.9. לתוספת הראשונה לחוק.

⁴²⁹ סעיף 4.10 לתוספת הראשונה לחוק.

⁴³⁰ סעיף (2)8 לחוק.

⁴³¹ סעיף (3)8 לחוק.

⁴³² חריגים נוספים הם: המידע נמסר לגוף ממשלתי אשר ביקש את המידע מכיוון שסבר שהוא עוסק בנושא הקשור לביטחון הלאומי או יחסי החוץ של קנדה, המידע נדרש לצורך אכיפת חוק או ביצועו; הארגון יכול למסור על דעתו את המידע לרשויות חקירה או גופים ממשלתיים אם הוא חושד כי הוא קשור לעבירה על החוק או פגיעה בביטחון הלאומי או יחסי החוץ של קנדה; למטרות סטטיסטיות או מחקריות; המידע נמסר לארכיון; המידע נמסר לאחר 100 שנה מהיווצרות המידע או 20 שנה אחרי מות נשוא המידע. המידע נוצר על ידי גורמי חקירה והגילוי נדרש לצורכי החקירה.

פרשנות יוצרת של התיקונים לחוקה⁴³³. המבחן המקובל בפסיקה לקיומה של הזכות לפרטיות הוא ציפייתו הסבירה של הפרט, שפרטיותו תישמר, ונקבע כי עם מתן הסכמה למסירת מידע אישי לצד שלישי, אין עוד לנשוא המידע ציפייה לגיטימית לשמירת פרטיותו⁴³⁴.

בנוסף על ההגנה שניתנה לו בהלכה הפסוקה, זכה המידע האישי להגנת חוקים פדרליים שונים⁴³⁵. כמו כן, קיים חוק המסדיר את הגנת הפרטיות במערכות התקשורת, ה - Electronic Communication Act⁴³⁶, הקובע, כי לספק תקשורת, כהגדרתו בחוק, אסור לחשוף או לגלות לצד שלישי את תוכן המידע שמאוחסן אצלו או מועבר דרכו. גילוי התוכן או המידע יתאפשר רק בהתקיים החריגים שבחוק ובהם: גילוי מידע לנמען ההודעה, גילוי המידע בהסכמת השולח, גילוי המידע לשם הגנה על המערכת או הקניין של ספק השירות וכן גילוי מידע לרשויות במקרה שהמידע הגיע לספק השירות על דרך מקרה ונדרש למניעת פשע. בנוסף, החוק מגביל מסירת מידע על תוכן תעבורה או פרטי מנוי, אך אינו מגביל שימוש מסחרי של ספק השירות בפרטי המידע המגיעים אליו.

מבלי לגרוע מתחולת החוקים האמורים, גישת המשפט האמריקאי, עד לשנת 2000 הייתה, כי יש להשאיר את נושא השמירה על מידע אישי ברשת האינטרנט (או, כפי שהדבר מכונה בארה"ב, אפיון לקוחות, או online profiling) להסדרה עצמית של כוחות השוק. ועדת המסחר הפדרלית, ה-FTC, פיתחה במהלך שנות ה-90 רשימת עקרונות שנועדו לאימוץ על ידי התעשייה, כדי להסדיר את הטיפול במידע אישי של המשתמש ברשת. במקביל, השתמשה ה-FTC בסמכויותיה כממונה על הגנת הצרכן על מנת להיאבק בהטעיית צרכנים בנוגע לזכות הפרטיות שלהם ברשת⁴³⁷. עוד בשנת 1999, סברה ה-FTC, בדו"ח שפרסמה⁴³⁸, כי אין צורך בהסדרת הנושא בחוק, ויש

⁴³³ ראו:

A. Vitale "The EU Privacy Directive and the Resulting Safe Harbor: The Negative Effects on U.S. Legislation Concerning Privacy On the Internet" 35 *Vand. J. Transnat'l. L.* (2002) 321. (להלן - ויטלה):

⁴³⁴ להרחבה בנושא עוולת הפגיעה בפרטיות במשפט המקובל בארה"ב, ראו:

E. Bolham "Privacy in the Age of Information" *JILT* (2002) 2 <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/o2-2>>.

⁴³⁵ למשל, חוקים בנושא נתוני אשראי (Fair Credit Reporting Act, 1988), פרטיות בהעברת כספים (Electronic Funds Transfer Act, 1980) ו- Children's Online Privacy Act, 1998 שיידון במפורט בהמשך בהקשר של פרטיות ילדים).

⁴³⁶ Electronic Communications Act, 1996.

⁴³⁷ המקרה הראשון היה של חברת Geocities, שהיא הטעתה את הצרכנים (במקרה זה, ילדים שגלשו באתר ייעודי) וגרמה להם לחשוב שיעשה שימוש במידע האישי רק על מנת לשלוח להם "הצעות מיוחדות" על מוצעים שונים באתר, וכן בכך שהטעתה אותם לחשוב שהיא זו המפעילה את האתר, בעוד שהוא הופעל על ידי אחר. במקרה זה הגיעו הצדדים לפשרה, במסגרתה כללה Geocities באתר שלה הודעה על מדיניות השמירה על הפרטיות שהיא נוקטת, על המידע שנאסף על ידי מן המשתמשים באתר. כמו כן, היא הסכימה לבקש את הסכמת הורי הילדים בטרם תאסוף את המידע.

⁴³⁸ במסגרת הכנת הדו"ח, נערכו דיונים עם ה-Network Advertising Initiative (להלן - NAI), ארגון המאחד 90% מבעלי האתרים האמריקאים באינטרנט, על מנת לגבש הנחיות בתחום הזה.

להשאירו להסדרה העצמית של הענף, ובתנאי שיישמרו חמישה עקרונות מרכזיים⁴³⁹:

(א) הודעה - על השולטים במידע לגלות את טכניקות השימוש במידע שלהם, לפני איסוף המידע מהלקוחות.

(ב) בחירה - יש לתת ללקוחות את האפשרות להחליט, האם המידע האישי שלהם ייאסף ובאיזה אופן ניתן לעשות בו שימוש למטרות אשר חורגות מהמטרות אשר לשמן הוא נאסף.

(ג) גישה - יש לאפשר ללקוחות לעיין ולערער על הדיוק והשלמות של המידע שנאסף עליהם על ידי אוסף המידע.

(ד) אבטחה - על אוספי המידע לנקוט אמצעים סבירים על מנת להבטיח, כי המידע שנאסף מן הלקוחות הוא מדויק ומוגן מפני שימוש בלתי מורשה.

(ה) תיקון - יש לאפשר תיקון שגיאות במידע.

בנוסף, יש להבטיח כי יהיה קיים מנגנון אחראי אשר יוכל לזהות ולנקוט אמצעים נגד אלו אשר אינם מקיימים את ההוראות הללו.

ארגון המפרסמים ברשת, ה-NAI, הוציא הנחיות מפורטות לבעלי אתרי האינטרנט החברים בו, המבוססות על תפיסה זו. עיקרי ההנחיות הם כדלקמן:

(א) ההודעה - על ההודעה בדבר טכניקות איסוף המידע לכלול תיאור של פעולות האפיון וליידע את הלקוחות על כך שיש באפשרותם להודיע שהם מבקשים, שלא ייעשה ביחס אליהם אפיון. ככל שהמידע אישי יותר, כך נדרשת הודעה בולטת יותר ומפורטת יותר, שתופיע בעת ובמקום איסוף המידע. לגבי איסוף מידע לא אישי, מסתפקות ההנחיות בדרישה שההודעה תהיה ברורה ובולטת, אולם במסגרת הודעת הפרטיות הכללית של האתר.

(ב) בחירה - עם קבלת ההודעה, הלקוחות יוכלו לבחור האם ניתן יהיה לבצע אודותם פרופיל אישי אם לאו. הבחירה תלויה בסוג המידע שנאסף, בידיעת הלקוח על כך ובדרגת הבקרה על האיסוף המקורי. אין להצליב מידע בלתי מזוהה שנאסף בעבר עם מידע מזוהה, ללא הסכמה

⁴³⁹ FTC Report to Congress 'Self Regulation and Privacy Online, in:

www.ftc.gov/opa/1999/9907/report1999.htm . כמו כן ראו:

S.R. Bergerson "Electronic Commerce In The 21 St. Century: E-Commerce Privacy And The Black Hole Of Cyberspace" 27 **Wm.Mitchell L.Rev.**(2001) 1527.

מפורשת של הלקוח.

ג) גישה - תינתן ללקוחות זכות גישה סבירה למידע האישי ומידע אחר הקשור למידע האישי, שנאסף אודותם.

ד) אבטחה - חברי ה- NAI, המפרסמים ברשת, ינקטו אמצעים סבירים על מנת להבטיח את המידע שנאסף לצורכי אפיון מפני אובדן, שימוש לרעה, שינוי, השמדה או גישה לא ראויה, והם יהיו כפופים לאותם סטנדרטים כמו שאר העוסקים בנושא.

ה) אכיפה - כל חברי ה- NAI המפרסמים ברשת מכפיפים עצמם לביקורת של צד שלישי ולסנקציות מטעמו, כמו, למשל, דו"חות ציבוריים או דיווחים על הפרות ל- FTC.

ו) הגבלות נוספות - חברי ה- NAI, המפרסמים ברשת, מקבלים על עצמם הגבלות נוספות, והם מתחייבים לא לעשות שימוש במידע רפואי, פיננסי, נטייה מינית או מספר ביטוח לאומי לצורכי אפיון לקוחות. בנוסף התחייבו המפרסמים לאסוף מידע אך ורק ממקורות מהימנים.

בדו"ח שפרסמה בשנת 2000, הודתה ה- FTC, כי מדיניות ההסדרה העצמית אינה משיגה את יעדיה, וכי רק 20% מאתרי האינטרנט שנבדקו על ידה יישמו את העקרונות שניסחה⁴⁴⁰. הדבר הוביל לניסוחן של מספר הצעות חוק בנושא הפרטיות באינטרנט בקונגרס⁴⁴¹, אך עד עתה, פרט לחוק בעניין פרטיות קטינים ברשת (אשר יידון, כאמור, בנפרד בהמשך), לא נחקקו חוקים פדרליים בעניין זה.

1.4.4.2. כללי ה- Safe Harbor

כללים אלה נכנסו לתוקף בנובמבר 2000, לאחר משא ומתן בן שנתיים בין האיחוד האירופי לבין ממשלת ארצות הברית, במטרה להבטיח רמה נאותה של הגנה למידע האישי של אזרחי האיחוד האירופי, בעת מעבר המידע מן הקהילה האירופית לארה"ב⁴⁴². על פי ההסכם בין המדינות, מדיניות הפרטיות של ארה"ב צריכה להיות הולמת את נסיבות העברת המידע.

⁴⁴⁰ או את עקרונות ה- NAI.
⁴⁴¹ ראו:

'Summary Of Internet Privacy Bills In The 106th Congress' in:
<www.techlawjournal.com/cing106/privacy/default.htm>.

⁴⁴² ויטלה, לעיל ה"ש 433, בעמ' 338.

הכללים קובעים, כי חברה אמריקאית, המבקשת לקבל מידע מן האיחוד האירופי, צריכה לעמוד בשבעת העקרונות הבאים⁴⁴³:

(א) הודעה - על גוף האוסף מידע להודיע לנשוא המידע את הפרטים הבאים: מהן מטרות איסוף המידע, הדרך ליצירת קשר עם אוסף המידע לשם הגשת תלונה או בקשה, טיבו של הצד השלישי שאמור לקבל את המידע, והאמצעים אשר אוסף המידע מעמיד לרשותו על מנת שיוכל להגביל את השימוש במידע וגילויו. על ההודעה להינתן בעת הפנייה הראשונה אל נשוא המידע בבקשה למידע, או בהקדם האפשרי לאחר מכן, ועליה להיות מנוסחת בלשון ברורה ובהירה.

(ב) בחירה - על גוף האוסף מידע לאפשר לנשוא המידע להודיע (opt out), האם הוא מתנגד לכך שהמידע האישי אודותיו יימסר לצד שלישי או שיעשה בו שימוש בניגוד למטרה המקורית לשמה נאסף. על המנגנונים למסירת ההודעה ולקליטתה אצל אוסף המידע להיות נגישים, זולים וברורים.

באשר למידע רגיש (מצב רפואי, מוצא, דעות פוליטיות, דתיות ופילוסופיות, חברות בארגון או מידע ביחס לצנעת אישיותו של הפרט), על ההסכמה להיות מפורשת (opt in), היינו, על נשוא המידע להודיע על הסכמתו לאיסוף המידע ולהעברתו לצד שלישי.

(ג) מסירת המידע - על מנת להעביר מידע לגורם שלישי יש לעמוד תחילה בעקרונות ההודעה והבחירה. בנוסף על אוסף המידע, המבקש למסרו לגורם שלישי להבטיח, כי הגורם השלישי מחויב לעקרונות ה - Safe Harbor, שהוא צד לצו האירופי או אמנה אחרת המבטיחה אותה דרגת הגנה, או שהוא מתחייב בהסכם כלפי מוסר המידע כי יעמוד בעקרונות אלה. אם הגוף אוסף המידע יעמוד בעקרונות אלה, הוא יהיה פטור מאחריות במקרה שהצד השלישי אינו מקיים אותם, אלא אם ידע או היה עליו לדעת שהצד השלישי עומד לעשות זאת והוא לא נקט אמצעים על מנת למנוע זאת.

(ד) אבטחה - על גופים המייצרים, מחזיקים, משתמשים או מוסרים מידע אישי לנקוט אמצעים סבירים על מנת להגן על המידע מפני אובדן, שימוש לרעה, גישה לא מורשית למידע, מסירה, שינוי או מחיקה.

(ה) הגינות - על גוף אוסף מידע לנקוט אמצעים כדי להבטיח, כי המידע שנאסף רלוונטי למטרות לשמן הוא נאסף. עליו לוודא בנוסף כי המידע הוא אמין, מדויק, מלא ועדכני. אסור לארגון להשתמש במידע באופן שאינו עולה בקנה אחד עם המטרות לשמן הוא נאסף, או שהותרו על ידי נשוא המידע.

⁴⁴³ יש לציין, כי עקרונות אלה מבוססים ברובם על הכללים שפותחו על ידי ה - FTC, ואשר נסקרו לעיל.

ו) גישה - על גוף האוסף מידע להבטיח, כי לנשואי המידע תהיה גישה למידע אישי שנאסף אודותיהם, וכי תהיה להם אפשרות לתקן או למחוק מידע שאינו מדויק. החריגים לכלל זה הם המקרים בהם העמדת המידע לרשות הציבור תגרום למעמסה או להוצאות העולות על הסיכון לפגיעה בפרטיות או במקרה בו זכויות של אדם אחר עלולות להיפגע.

ז) אכיפה - כדי להבטיח הגנה יעילה על הפרטיות, יש להקים מנגנון אשר יבטיח את ביצועם של כללים אלה, יסייע לאלו שנפגעו כתוצאה מאי עמידה בכללים ויטיל סנקציות יעילות על גופים שלא יעמדו בכללים אלה.

נקודת התורפה של ההסדר היא, שמדובר בהסדר מרצון בלבד. גוף המבקש לאסוף מידע מן האיחוד האירופי, יכול, אם ברצונו בכך, ליישם את העקרונות, להודיע למשרד המסחר האמריקאי שבכוונתו לעשות כן, ולהכריז על כך בפומבי באתר האינטרנט שלו. אפשרות אחרת היא לקבל אישור על עמידה במדיניות הפרטיות מחברות שזו התמחותן⁴⁴⁴.

יש לציין, כי היכולת לאכוף את הכללים מוגבלת. למעשה, לא קיים פיקוח על האופן בו עומדים הגופים השונים בכוונותיהם. ה - FTC, כבועה כאחראית על הגינות במסחר⁴⁴⁵, מוסמכת לפעול לגבי גופים שאוספים מידע, אשר מצהירים באתר שלהם שהם עומדים בדרישות הכללים, אך בפועל אינם עומדים בהם. ל - FTC אין סמכות לפעול נגד גופים שאינם טורחים לעמוד בכללים, משום שבמקרה כזה אין הטעייה של צרכנים. מגבלה נוספת על סמכות ה - FTC נובעת מכך, שהיא מוסמכת לפעול רק לגבי מעשים בלתי הוגנים שיש להם השפעה על המסחר, אך היא חסרת סמכות לטפל במסירת מידע בניגוד לכללים, שאינה למטרה מסחרית.

1.4.4.3. ביקורת על הכללים

על הכללים נמתחה ביקורת בקרב מלומדי משפט בארה"ב מטעמים שונים, אשר יפורטו להלן:

1) השימוש בכללים יגרום לחיסול ההסדרה העצמית של נושא הפרטיות על ידי מפעילי האתרים, ולהפסקת פיתוחם של כללים משפטיים אחרים, אולי טובים יותר⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ החברה הגדולה ביותר בארה"ב בתחום זה היא חברה בשם Truste, והיא מספקת אישורים שהגורם המבקש לאסוף את המידע עומד בדרישות הכללים. קבלת האישור חוסכת מהמדינה את הצורך לתת אותו, וגם חוסכת מן הגורמים המבקשים לאסוף את המידע את הצורך לפתח תוכנית להגנת פרטיות המידע משל עצמם, הכרוכה לעיתים קרובות בעלויות כבדות.

⁴⁴⁵ Federal Trade Commission Act, S. 5

⁴⁴⁶ ויטלה, לעיל ה"ש 433, בעמ' 342.

2) עקרונות ה - Safe Harbor, המעוגנים בהסכמים בין ממשלות, מהווים הכרעה ערכית שלא באמצעות המחוקק, שלא בחקיקה⁴⁴⁷.

3) כללי ה - Safe Harbor יצרו דין פרטיות אחד לגופים שסוחרים במידע עם הקהילה האירופית, ודין פרטיות שונה לגופים שסוחרים במידע בתוך ארה"ב. דואליות נורמטיבית זו עלולה לבלבל הן את אוספי המידע, והן את נשואי המידע, שעלולים שלא לדעת מהו המידע שמותר לאסוף אודותיהם, באלו תנאים, ומהן זכויותיהם ביחס לאיסוף המידע והפצתו לצדדים שלישיים.

4) הכללים מהווים כניעה לתכתיב אירופי, שפוגע בחברות אמריקאיות. הכללים העמידו מחסום בפני מי שמבקש לסחור במידע עם הקהילה האירופית, אך אינו מסוגל לעמוד בדרישות הכללים ובעלויות הכרוכות בהן. דבר זה מונע למעשה מחברות אמריקאיות להתחרות עם חברות אירופיות, ומקשה על חדירתן לשוק האירופי. עד אשר החברות האמריקאיות יגיעו לרמת ההגנה על פרטיות המידע, שדורשים הכללים, יצליחו החברות האירופיות לבסס את מעמדן בשוק האירופי והחברות האמריקאיות ייצאו חסרות.

5) הקהילה האירופית אינה אוכפת את הוראות צו הגנת הפרטיות על חברות אירופיות, אך נוהגת ביד קשה בחברות אמריקאיות שאינן עומדות ברמת ההגנה הנדרשת על פי הכללים, ובכך נפגעת יכולתן להתחרות בשוק האירופי.

6) הכללים מכבידים יתר על המידה על חברות, שנמצאות בראשית הדרך, ואשר עדיין נאבקות להיות לרווחיות, בין היתר, בשל העלויות הכרוכות בכך: מרבית העלויות הן קבועות, ללא כל קשר לרווחיות החברה, והדבר עלול להוות נטל כבד ביותר על חברות קטנות. דבר זה עלול להרתיע גופים קטנים מלהשתמש ברשת האינטרנט לצורכיהם, ולפגוע הן בתחרות, והן בחופש הביטוי המסחרי.

7) חלק מן העלויות יוגלו על ציבור המשתמשים ברשת האינטרנט. כיום, חלק ניכר מהכנסות החברות המפעילות אתרי אינטרנט, נובע מפרסום. במרבית הפרסומות מותקנות cookies, אותם קבצי מחשב שמתעדים את כניסות המשתמש לאתר. אימוץ כללי ה - Safe Harbor, עלול להביא לירידה בהכנסות מפרסום, לפגיעה ביכולת לפלח את השוק ולשפר את שיווק המוצר, ובכך לפגוע בצרכנים⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ הטענה היא, כי בכך נקבע סדר היום הציבורי, בעוד ששאלות אחרות הקשורות לעניין, כמו למשל השאלה האם אין צורך ברמה פחותה של הגנה על הפרטיות, או האם די בהסדרה עצמית של השוק, נדחקות לקרן זוית.
⁴⁴⁸ ייתכן גם שעקב הירידה בהכנסות, הצרכנים יצטרכו לשלם עבור השימוש באתר, שבעבר השימוש בו היה חינם.

2. איסוף מידע ברשת האינטרנט ומסירתו לצד שלישי - סיכום המלצות הוועדה

הוועדה סבורה, שבנושא הגנת הפרטיות של הגולש ברשת האינטרנט, יש להבחין בין מספר מצבים, אשר לגבי חלקם יש מקום לתיקון החוק.

2.1. איסוף מידע ללא הסכמת הגולש לעצם האיסוף

הוועדה מצאה, שקיימים מספר חוקים רלבנטיים בנושא זה, חוק הגנת הפרטיות, חוק האזנת סתר, חוק המחשבים.

מבין כל אלה נמצא, שרצוי לתקן בשני נושאים את חוק הגנת הפרטיות, תיקונים אשר כבר נכללים בתזכיר לתיקון החוק, שהכין משרד המשפטים. התיקונים הם הוספת הגדרה של המונח "הסכמה מדעת" - הסכמה אשר לשם קבלתה, נמסר המידע הדרוש באורח סביר על מנת להחליט האם להסכים לפגיעה בפרטיות או לא, והוא נמסר באופן המאפשר לאדם להבינו. כמו כן, מוצע בתזכיר כי איסוף מידע על אדם ברשת האינטרנט שלא בדרך של פניה אליו ילווה בהודעה שיצוין בה, בנוסף על האמור בחוק הקיים, גם עצם איסוף המידע ודרך איסופו.

2.2. איסוף מידע בהסכמת הגולש לעצם האיסוף אך לא לשימוש במידע

הוועדה מצאה, כי מצב בו הגולש מסכים לעצם איסוף המידע אך לא לשימוש בו מכוסה על ידי חוק הגנת הפרטיות, בעיקר בסעיפים העוסקים ביצירת מאגרי מידע, דיוור ישיר, והפקת רווחים מפגיעה בפרטיות, וכן בחוק עשיית עושר ולא במשפט.

ביחס לחוק הגנת הפרטיות, הוועדה אינה סבורה שיש צורך בתיקון המתייחס באופן מיוחד לרשת האינטרנט. עם זאת, ההסדר הכללי הקיים כיום בחוק הגנת הפרטיות ביחס לדיוור ישיר טעון תיקון, אשר יש לו חשיבות גם ביחס לפעילויות ברשת האינטרנט. בתזכיר מוצע להוסיף, כי פניה לאדם בדיוור ישיר תצוין באופן בולט ככזו, וכי תינתן לו הודעה על זכותו שלא לקבל עוד את הדיוור הישיר.

הוועדה אינה סבורה, שיש צורך בתיקון חקיקה ביחס לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

2.3. איסוף בהסכמה

הוועדה סבורה, שאין צורך בתיקון חוק הגנת הפרטיות בשאלת ההסכמה, מעבר לתיקונים שהוצגו לעיל. עם זאת, מומלץ להגביר את המודעות לקיום חוזה השימוש באתר, בו מצויות הוראות בקשר לפרטיות, על ידי מיקום התקנון או תנאי השימוש כך שהגולשים יהיו מחויבים לעבור בו על מנת להשתמש באתר.

ביחס לחוק החוזים האחידים, הרלבנטי אף הוא, הוועדה סבורה שאין צורך בתיקון החוק.

פרק חמישי: הגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט

רשת האינטרנט מציעה לילדים⁴⁴⁹ שפע של הזדמנויות למידה, משחק ובידור, יצירה ויצירת קשר עם משתמשים אחרים⁴⁵⁰. על פי נתונים משנת 2001⁴⁵¹, כשבעה עשר מליון בני נוער, בין הגילאים 12 - 17 משתמשים באינטרנט בארה"ב, ועשרים ותשעה אחוזים לערך מבין הילדים בני 11 ומטה עושים כן. מסתבר שהילדים עושים שימוש ברשת לשם קבלת עזרה בהכנת שיעורים, גלישה באתרי אינטרנט שונים, והורדת משחקים מן הרשת למחשביהם האישיים. פעילות פופולרית נוספת היא שיחה עם חברים ועם אנשים שונים מרחבי העולם בחדרי chat, לוחות מודעות, דואר אלקטרוני ותוכנות מסרים מיידיים.

בפרק הרביעי, הדן בהגנת הפרטיות, תוארו, בצד היתרונות הגלומים באיסוף מידע אודות המשתמשים ברשת האינטרנט, עבור אוסף המידע ונשוא המידע, גם הסיכון לפגיעה החמורה בפרטיות הכרוכה בכך. סיכון זה מחמיר כאשר מדובר בקטינים.

נושא התכנים להם חשופים הקטינים ברשת האינטרנט לא נדון בוועדה, מאחר ואינו נכלל בתחום סמכותה. הוועדה התרכזה בבחינת שיטות איסוף המידע על קטינים ברשת האינטרנט, הקושי ליצור כללים שניתנים ליישום עבור קטינים, ובסקירת עמדות המשפט המשווה, בעיקר המשפט הפדרלי האמריקאי, בשאלה זו.

1. איסוף מידע על קטינים ברשת האינטרנט - שיטות וסיכונים

כפי שנדון לעיל, למידע הנאסף ברשת האינטרנט, בין אם באופן אקטיבי על ידי קבלת המידע מן המשתמש ברשת ובין אם באופן פסיבי על ידי מעקב ואיסוף חומר באמצעים טכנולוגיים שונים, יש ערך כלכלי, בעיקר לצורכי שיווק. גם לאיסוף מידע על קטינים יש ערך כלכלי רב, משום שלקטינים יש לא רק כוח קנייה משל עצמם, אלא גם השפעה לא מבוטלת על הוצאות המשפחה⁴⁵². בנוסף, לעיתים קל יותר לאסוף מידע מקטינים על שאר בני המשפחה, מאשר ממבוגרים. לפיכך, יש לבעלי אתרי האינטרנט ולשאר הגורמים המעורבים בהפעלתם תמריץ

⁴⁴⁹ להלן נשתמש במונחים "קטינים" או "ילדים", אף כי, כפי שיתואר בהמשך, עצם הגדרת המונח "קטין" או "ילד" בהקשר זה שנויה במחלוקת.

⁴⁵⁰ ראו:

D. J. Garber "Notes and Comments: COPPA: Protecting Children's Personal Information on the Internet 10 J. L. & Pol'y (2001) 129. (להלן - גרבר).

⁴⁵¹ ראו את מחקרן של אמנדה לנהרט ולי רייני בנדון (מצוטט שם, שם):

A. Lenhart & Bee Rainie, Pew & American Life Project, Teenage Life Online, on:

<<http://www.pewinternet.org/reports>>.

⁴⁵² על פי נתונים משנת 1995, ילדים בארה"ב מתחת לגיל 12 הוציאו 14 מיליארד דולרים. לעיל, ה"ש 452, בה"ש 69.

כלכלי ראשון במעלה לאסוף מידע אודות קטינים, ובאמצעותם, לעיתים קרובות, גם על משפחותיהם.⁴⁵³

איסוף המידע אודות קטינים המשתמשים ברשת, נעשה גם בשיטות ייחודיות, כגון: הבטחת פרסים ומתנות עבור מסירת המידע או הצטרפות לאתר מסוים; שימוש ב"חברים מצוירים" לשם שכנוע הקטין למסור את המידע; "תפירת" פרסומות אישיות לילד בעקבות איסוף מידע על הרגלי הגלישה שלו, וכדומה. בנוסף, ישנם אתרים המבקשים מן הקטין לחתום ב"ספר אורחים", מזמינים אותו להשתתף ב - chat, מציעים פרסים עבור השתתפות בסקרים ודורשים מן הקטין להירשם לאתר לשם קבלת עדכונים ומידע. המידע שנאסף באופן אקטיבי כולל בדרך כלל שם, כתובת הדואר האלקטרוני וכתובת המגורים, מספר טלפון, מין וגיל (או תאריך לידה). המידע שנאסף באופן פסיבי עשוי לכלול את כתובת ה - IP (כתובת המוקצית לגולש אצל ספק האינטרנט המשמשת אותו בגלישה באינטרנט), מידע על הרגלי הגלישה ומידע על מיקומו של הגולש.

כאמור לעיל, מעבר לפגיעה בפרטיות, ובזכותו של אדם לשלוט בהפצת מידע אודותיו, קיימת גם הסכנה של הגעת פרטים אישיים לידי צדדים שלישיים. כל עוד מדובר בצדדים שלישיים שהם משווקים, הסכנות הן אי הנוחות הכרוכה בקבלת מודעות והצעות לרכישת מוצרים שלא על פי הזמנה, ושימוש בשיטות שיווק מטעות ובלתי הוגנות על מנת לשכנע את הקטין לרכוש מוצרים. עם זאת, יש לזכור כי המידע עשוי להגיע גם לידי צדדים שלישיים בעלי כוונות פליליות, ואין צורך להרחיב את הדיבור על הסכנה הכרוכה בכך.

קטינים ומבוגרים כאחד נוטים למסור מידע אודות עצמם, אך הקטינים מודעים פחות להשלכות שיש לגילוי הפרטים האישיים על פרטיותם. הקטינים גם מודעים פחות ממבוגרים לאפשרות של חשיפת מידע אישי באמצעות דואר אלקטרוני, chat או לוחות מודעות. קטינים גם נתפסים באופן מסורתי כמי שפחות מסוגלים להגן על עצמם⁴⁵⁴. בנוסף, באמצעות האינטרנט ניתן להגיע ישירות אל הקטין, וכך לעקוף מגבלות המוטלות אולי על ידי בית הספר או ההורים, וגם את ההגנות שהם מספקים⁴⁵⁵.

בעיה נוספת הקיימת ביחס לקטינים, היא שאלת כשרותם המשפטית לוותר על זכותם לפרטיות. בעוד שביחס לבגירים אין פגם עקרוני בויתור על הזכות לפרטיות, או בהסכמה לאיסוף ולמסירת מידע אישי (מעבר לבעיה הצרכנית הרגילה), הרי שביחס לקטינים, קיים ספק רב האם הקטין כשיר משפטית לוותר על זכותו לפרטיות, או להסכים לאיסוף המידע אודותיו. הספק הולך

⁴⁵³ ראו:

A. L. Allen "Minor Distractions: Children, Privacy and E-Commerce" 38 *Hous. L. Rev.* (2001) 751. (להלן - אלן).

⁴⁵⁴ שם, בעמ' 4. כמו כן ראו:

D. A. Hertz "Don't Talk To Strangers: An Analysis of Government and Industry Efforts to Protect A Child's Privacy Online" 52 *Fed. Comm. L. J.* (2000) 429.

ומתחזק, מטבע הדברים, ככל שהקטין צעיר יותר.

2. בעיות מיוחדות לקטינים

הוועדה סקרה מספר בעיות, המיוחדות להגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט. הבעיה הראשונה נוגעת לסוגי האתרים. בהקשר זה, ניתן לחלק את אתרי האינטרנט לשלושה סוגי אתרים, מבחינת תוכנם: אתרים המיועדים לילדים, אתרים המיועדים למבוגרים בלבד (כגון אתרים המכילים פורנוגרפיה או הימורים), ואתרים המיועדים לאוכלוסייה הכללית, כגון אתרי חדשות, מכירות פומביות, וכדומה. נשאלת השאלה, האם יש להטיל חובות מיוחדות, הנוגעות לפרטיות קטינים (כגון איסור על איסוף פרטים מסוימים, או דרישת הסכמת ההורים למסירת מידע) רק על אתרים המיועדים לקטינים, או שמא יש להטיל את הדרישות דווקא על אתרים המיועדים למבוגרים? ואולי יש להטיל את הדרישה על כל אתרי האינטרנט הדורשים תשלום? או על כל אתרי האינטרנט באשר הם?

שאלה אחרת שהתעוררה בהקשר הנדון היא, מיהו הקטין הזקוק להגנה מיוחדת על פרטיותו. האם דינו של קטין בן 17 כדינו של קטין בן 7? האם דין אחד לקטינים בכל הגילאים ביחס לכל האתרים, או שיש להבחין לעניין הגילאים, בין האתרים השונים? לגבי כל גיל שייבחר, עולה השאלה, האם משום שהסכמת הקטין לפגיעה בפרטיותו, בדרך כלל, אינה הסכמה של ממש, יש להתנות את איסוף הפרטים האישיים מן הקטין בהסכמת הוריו? האם די בהסכמת ההורים כדי להתיר את הפגיעה בפרטיות הקטין, הנובעת מאיסוף הפרטים האישיים? אם כן, כיצד יש להשיג את הסכמת ההורים? האם היא צריכה להינתן מראש או בדיעבד? האם, ובאלו דרכים, ניתן לבטל את ההסכמה? האם יש בכלל צורך להתערב ולקבוע את הדרכים בהן היא תושג? כיצד ניתן להבטיח, שהאיסוף אכן לא יתבצע ללא הסכמת ההורים?

הבעיה הקשה מכולן, אולי, היא בעיית האכיפה. כיצד באמת ניתן לדעת, כי המשתמש הוא קטין? כיצד ניתן לדעת, שאינו קטין? כיצד ניתן לדעת, שהפרטים האישיים שנמסרו נכונים? כיצד ניתן יהיה להבטיח, שההסכמה המתיימרת להיות הסכמת ההורים היא הסכמה אמיתית?

3. משפט משווה

פרט לארצות הברית, לא קיימת התייחסות מיוחדת לקטינים בחקיקה בנושא הפרטיות. צו הגנת הפרטיות האירופי אינו מתייחס כלל לסוגיה, וגם החוק בקנדה ובאנגליה שותק בסוגיה זו.

3.1 COPPA

בארה"ב נחקק בשנת 1998 חוק מיוחד, שנכנס לתוקף באפריל 2001, שמטרתו להגן על פרטיותם של קטינים ברשת האינטרנט⁴⁵⁶. החוק, Children's Online Privacy Protection Act, COPPA, אוסר על איסוף ומסירה לצד שלישי של מידע אודות קטין, מבלי שניתנה קודם לכן הסכמה הניתנת לאימות של הורה של הקטין. החוק הסמיך את רשות המסחר הפדרלית, ה- FTC, לקבוע כללים להסדרת איסוף מידע מקטינים בתוך שנה מיום חקיקתו. ה- FTC אכן הוציאה רשימת כללים, המפרשת ומפרטת את החוק.

מטרות החוק⁴⁵⁷ הן: לקדם את מעורבות ההורים בשימוש שעושים ילדיהם ברשת האינטרנט; לסייע בהגנה על ביטחונם של ילדים ברשת האינטרנט, בעיקר בזירות פומביות כגון chats; להבטיח את השמירה על סודיותו של מידע אישי הנאסף מקטינים, ולהגביל את היכולת לאסוף מידע כזה ללא ידיעת ההורים והסכמתם. לצורך החוק נקבע, כי "ילד", שהמידע האישי אודותיו ראוי להגנה, הוא קטין בן 13 שנים ומטה⁴⁵⁸.

החוק חל על מפעיל אתר אינטרנט, האוסף מידע אישי מילדים ועל ילדים, כהגדרתם בחוק. מפעיל אתר אינטרנט (operator), מוגדר כ"כל אדם, המפעיל אתר הממוקם ברשת האינטרנט או שירות מקוון אחר, ואשר אוסף או שומר (maintains) מידע אישי מאת או אודות המשתמשים או המבקרים באתר או בשירות, או אשר בגינם מידע כזה נאסף, והכל בתנאי שהאתר או השירות מופעל למטרות מסחריות, ובכלל זה כל אדם המציע למכירה מוצרים או שירותים באמצעות האתר או השירות"⁴⁵⁹. יצוין, כי אין ההגדרה מבחינה בין אתרים שבסיסם בארה"ב לבין אתרים שבסיסם בחו"ל, ולכאורה החוק נועד לחול גם על כל אתר, שנועד לנהל פעילות עסקית בארה"ב.

⁴⁵⁶ Children's Online Privacy Protection Act, 1998 15 U.S.C § 6501 (להלן - COPPA). אין לבלבל חוק זה עם ה- COPA, ה- 231 § 47 U.C.S, 1997, שעסק בהגנה על קטינים מפני פורנוגרפיה, ובוטל על ידי בית המשפט העליון הפדרלי בטענה כי הוא אינו חוקתי.

⁴⁵⁷ על פי דו"ח משנת 1998 של ה- FTC.

⁴⁵⁸ סעיף 16501 (1) ל- COPPA. להלן ייעשה שימוש, בעת הדיון בחוק, במונח "ילד" שהוא תרגום של המונח "Child" בו משתמש החוק.

⁴⁵⁹ סעיף 16502 (A) ל- COPPA.

במסגרת הכללים שקבעה ה - FTC מביאה בחשבון מספר גורמים בבואה לקבוע, אם גורם כלשהו הוא "מפעיל", וביניהם הבעלות או השליטה במידע, זהות המשלם עבור המידע, יחסים חוזיים ותפקידו של האתר באיסוף המידע.⁴⁶⁰

החוק נועד לחול על אתרים, שפונים או מייעדים עצמם ל"ילדים", היינו, קטינים בני 13 ומטה, ועל אתרים, שיש להם ידיעה ממשית (actual knowledge) על כך שהמשתמש באתר הוא "ילד" כמשמעותו בחוק⁴⁶¹. ה - FTC קבעה, כי אתר "מייעד" עצמו לילדים לא רק בהסתמך על כוונת מפעיל האתר, אלא גם בהסתמך על תוכן האתר, השפה בה עושה שימוש האתר, הדימויים המופיעים בו והעיצוב הכולל של האתר⁴⁶².

המונח "מידע אישי" הוגדר באופן רחב⁴⁶³, והוא כולל שמו של אדם, כתובתו, כתובת הדואר האלקטרוני שלו, מספר טלפון, מספר ביטוח לאומי, וכל פריט מידע אחר, שלדעת ה - FTC יש בו כדי לזהות את האדם ולאפשר יצירת קשר ממשי או באמצעות הרשת. המונח "איסוף" מוגדר בכללים⁴⁶⁴, והוא כולל ליקוט מידע אישי אודות "ילד" בכל דרך, ובכלל זה דרישה שהילד ימסור מידע אישי; מתן אפשרות לילד למסור מידע אישי ב - chat, בלוח מודעות או באמצעי אחר; וכן איסוף מידע בדרך של שימוש באמצעי עיקוב פסיבי, דוגמת cookies.

תנאי לאיסוף המידע הוא השגת "הסכמה הורית הניתנת לאימות"⁴⁶⁵ (verifiable parental consent). החוק אינו קובע דרך מיוחדת או מסוימת להשגת אותה הסכמה, אך ה - FTC פירטה מספר דרכים, כגון השגת ההסכמה בזמן אמת, ואימותה באמצעות דואר אלקטרוני או שיחה טלפונית, זאת כל עוד המידע אינו מועבר לצדדים שלישיים. אם המידע מועבר לצדדים שלישיים, יש צורך באימות ברור יותר, כגון פקס חתום בידי ההורה, מספר כרטיס אשראי, שיחת טלפון יזומה על ידי ההורה, או דואר אלקטרוני מאובטח. בכללים נדרש מפעיל האתר לאפשר להורה לתת הסכמתו לאיסוף המידע, וכן לסייג אותה ככל שהדבר נוגע למסירת המידע לצדדים שלישיים.

לכלל האמור ישנם מספר חריגים. החוק מאפשר איסוף כתובת דואר אלקטרוני ללא הסכמה, לשם השגת הסכמת ההורים⁴⁶⁶. כמו כן מאפשר החוק איסוף מידע אישי לשם הגנה על ביטחוננו של הילד, לשם בטיחות האתר, ולשם עמידה בדרישות כל דין⁴⁶⁷. בנוסף על כך, מפעילי אתרי אינטרנט

⁴⁶⁰ (2001) Children's Online Privacy Protection Rule 16 C.F.R 312.2 (להלן - הכללים).

⁴⁶¹ סעיף (B)(4)6501 ל - COPPA. יצוין, כי החוק והכללים אינם מגדירים מהי "ידיעה ממשית".

⁴⁶² שם, שם.

⁴⁶³ סעיף (A)(2)6502 ל - COPPA.

⁴⁶⁴ סעיף 2 לכללים.

⁴⁶⁵ סעיף (B)(1)(A)(2)6502 ל - COPPA.

⁴⁶⁶ סעיף (B)(2)(B)6502 ל - COPPA.

⁴⁶⁷ סעיף (B)(2)(D-E)6502 ל - COPPA.

רשאים לאסוף באופן חד פעמי כתובת דואר אלקטרוני של הילד, ללא הסכמת הוריו, לשם טיפול בבקשה של הילד, ובתנאי שהמפעיל משמיד את הכתובת מיד לאחר תום הטיפול בבקשה⁴⁶⁸. עם זאת, אם תוכן הבקשה הוא לקבל מידע על בסיס שוטף, נדרשת הסכמת ההורה.

בנוסף על האמור לעיל, מציב החוק דרישות נוספות למפעילי האתרים. כך, למשל, על מפעילי אתרי האינטרנט להציב באתר הודעה (notice), המפרטת האם האתר מיועד לילדים, או שהוא מודע לכך שהמידע הנאסף מקורו בילדים. על ההודעה לכלול גילוי של פרטי המידע הנאסף, את השימוש שנעשה במידע, ואת האופן שבו המידע מועבר, אם הוא מועבר, לצד שלישי, וכן ליידיע את ההורה אודות זכויותיו⁴⁶⁹.

עוד קובע החוק, שעל בעל האתר לספק להורה גישה סבירה למידע שנאסף אודות הילד, ולאפשר להורה הזדמנות, בכל עת, לסרב להמשך השימוש במידע שנאסף⁴⁷⁰. החוק קובע בצורה ברורה, שלא ניתן להתנות על ההגנות שמקנה החוק להורים. על מפעילי האתרים מוטלת חובה להגן על סודיות המידע הנאסף ושלמותו, והם אינם יכולים להתחמק ממילוי חובתם זו על ידי דרישה מההורים לוותר על זכויותיהם על פי החוק⁴⁷¹. החוק גם אוסר על מפעילי אתרים להתנות את השתתפות הילד בפעילויות באתר במסירת מידע מעבר למה שדרוש באופן סביר לשם השתתפות באותה פעילות⁴⁷².

החוק מסמיך את ה- FTC לאכוף את הוראותיו, והיא רשאית להגיש תביעה ולהטיל סנקציות אזרחיות⁴⁷³. החוק כולל גם סעיף Safe Harbor, המגן על מפעילי אתרים שפעלו לפי כללים מנחים המקובלים בתעשייה או בענף השיווק לו משתייך האתר, ואשר קיבלו את אישורה של ה- FTC⁴⁷⁴.

ביקורת רבה נמתחה על ה- COPPA, משני היבטים: מהיבט האכיפה נטען, שהחוק אינו נאכף כראוי; ומן ההיבט השני, לגופו של החוק, נטען כי החוק קובע הסדרים לא מוצלחים, שאינם משיגים את מטרותיו. עם זאת, היו גם מי ששבחו את החוק.

⁴⁶⁸ סעיף 6502(A)(B)(2) - COPPA.

⁴⁶⁹ סעיף 6502(A)(1)(B) - COPPA. בכללים נדרש כי ההודעה תינתן בשפה ברורה וחד משמעית, וכי על מפעיל האתר להציב קישור אליה בדף הבית של האתר. בנוסף על האמור לעיל, על ההודעה להכיל את הפרטים המאפשרים התקשרות עם בעל האתר.

⁴⁷⁰ סעיף 6502(B)(1)(B) - COPPA.

⁴⁷¹ סעיף 6502(A)(1) - COPPA.

⁴⁷² סעיף 6502(C)(1)(B) - COPPA.

⁴⁷³ סעיף 6505(A) - COPPA. העונשים עשויים להגיע עד כדי קנס של \$11,000 לכל הפרה.

⁴⁷⁴ סעיף 6503 - COPPA.

3.1.1. אכיפת החוק

סקר שערכה ה- FTC ביולי 2000 העלה, כי רק מחצית מן האתרים שהחוק חל עליהם מיישמים את דרישותיו, ואילו מחקר עצמאי שנערך בשאלה זו העלה, שמרבית האתרים מתעלמים מן החוק⁴⁷⁵. גם סקר מאוחר יותר, משנת 2001, העלה, כי אף שלמרבית האתרים המיועדים לילדים יש מדיניות בנושאי פרטיות, אליה הם מפנים את הילדים והוריהם, ובכך חל שיפור מסוים, הרי שלפחות מחצית מן האתרים שנסקרו אינם מקיימים היבטים חשובים של החוק, כגון גילוי הפרטים הנאספים או יידוע ההורים על זכותם לראות את המידע שנאסף על הילד⁴⁷⁶. אין נתונים על מידת היענותם של הורים לקיים את הדרישות שהחוק מטיל עליהם, ויש לציין, כי בעת גיבוש הכללים, הורים רבים הביעו התנגדות לרעיון, בטענה שמדובר בחוק פטרנליסטי, שיטיל עליהם אחריות רבה ולא מציאותית⁴⁷⁷. ה- FTC מצידה הגישה מעט תביעות נגד אתרים שהפרו את החוק⁴⁷⁸, והרבתה במשלוח אזהרות, במטרה לחנך את מפעילי האתרים וליידע אותם בדבר דרישות החוק⁴⁷⁹.

3.1.2. האם החוק משיג את מטרותיו

טענה אחת שהושמעה נגד החוק היא, שהוא גרם לכך שאתרי אינטרנט רבים ייסגרו או ינעלו שעריהם בפני קטינים מתחת לגיל 13, בשל העלות הגבוהה הכרוכה ביישומם⁴⁸⁰. החשש הוא, שלחוק תהיה "השפעה מצננת" (chilling effect) על חופש הביטוי באינטרנט, משום שהוא מקטין את מספר האתרים העומדים לרשות הקטינים. בניגוד לתעשיות אחרות, בהן ניתן לגלגל את העלות על הצרכנים, מפעילי אתרי האינטרנט מתקשים לעשות כן כיום, משום שמרבית האתרים אינם גובים תשלום עבור הגלישה בהם. החשש הוא, כי בסופו של דבר, הקטינים עלולים למצוא את עצמם גולשים באתרים המיועדים למבוגרים, או לאוכלוסייה הכללית, משום שהאתרים המיועדים להם נסגרו או מונעים מהם את הכניסה.

⁴⁷⁵ ראו: אלן, בעמ' 767; גרבר, בעמ' 166.
⁴⁷⁶ ראו:

Protecting Children's Privacy Under COPPA: A Survey on Compliance, FTC, April 2002.

⁴⁷⁷ אלן, ה"ש 114.

⁴⁷⁸ עד שנת 2001 הוגשו תביעות נגד ארבעה אתרים בגין הפרת החוק: Toysmart.com, Girlslife.Com, Bigmailbox.Com ו- Insidethewb.Com. כל התביעות נסתיימו בהסדרים, לפיהם שילמו מפעילי האתרים סכומים נכבדים, בשיעור של עשרות אלפי דולרים כל אחד, כקנסות בגין הפרת החוק, והתחייבו להימנע מהפרתו בהמשך. ראו גרבר, בעמ' 176.

⁴⁷⁹ אלן, בעמ' 77.

⁴⁸⁰ ראו:

M. L. Hersh "Is COPPA a Cop Out? The Children's Online Privacy Protection Act as Proof that Parents, Not the Government, Should Be Protecting Children's Interests on the Internet 28 *Fordham Urb. Law. J.* (2001) 1831. (להלן - הרש).

טענה נוספת היא, שניתן לעקוף בקלות את הוראות החוק. במקרים רבים, הדרישה היחידה שאתרים מציבים בפני הגולש היא לסמן האם הוא משתייך לקבוצת הגיל שמעל גיל 13, דרך שאינה מונעת גישה גם לילדים מתחת לגיל זה. הורים רבים מעדיפים שילדם ימסור מידע לא מדויק לגבי גילו, ולא לתת את מספר כרטיס האשראי שלהם לשם אימות זהותם. דרך נוספת לעקוף את החוק היא, פתיחת תיבת דואר אלקטרוני על שם ההורה על ידי הקטין, ונתנו רשות לעצמם⁴⁸¹, או שנטלו את כרטיס האשראי של הוריהם, ומסרו את מספרו. הטענה היא, כי למרות שהחוק מתיימר לתת להורים את השליטה על הפגיעה בפרטיות ילדיהם, למעשה איש אינו שולט בכך. במקרים רבים, הורים אינם מתייחסים כלל לדרישת ההסכמה, ואתרי האינטרנט אינם מסוגלים לפעול. בעיה נוספת שקיימת היא, שמודעותם של ההורים לדרישות החוק היא נמוכה, במיוחד כאשר מרבית ההדרכה ניתנת באינטרנט, ועבור הורים רבים מדובר עדיין בספר חתום⁴⁸².

דרישת אימות ההסכמה ההורית זכתה לביקורת רבה, משום שהיא קשה ליישום ויקרה לביצוע. שיטות וידוא זהות הקיימות כיום איטיות מכדי להיות יעילות, והורים רבים, כאמור, אינם ששים למסור מידע אישי על עצמם לשם וידוא זהותם - והרי בכך הם נחשפים לאותו סיכון של פגיעה בפרטיות שהם מנסים לחסוך מילדיהם.

טענות נוספות שהושמעו נגד החוק הן⁴⁸³:

- (1) החוק קובע את גיל הקטין הזוכה להגנה באופן שרירותי;
- (2) החוק אמנם שומר על הילדים מפני ניצול למטרות מסחריות, אך אינו מגן עליהם מפני פורנוגרפיה ושאר תכנים "למבוגרים בלבד";
- (3) החוק בעייתי משום שהוא פוגע בסמכות ההורית, ומתערב בדרך שבה הורים מגדלים את ילדיהם⁴⁸⁴;
- (4) החוק בעצם אינו מגן על קטינים, אלא מסדיר את התנאים בהם מפעילי אתרי אינטרנט יהיו פטורים מאחריות⁴⁸⁵;

⁴⁸¹ ראו: הרש, בה"ש 283.

⁴⁸² הרש, בעמ' 1870.

⁴⁸³ אלן, בעמ' 769.

⁴⁸⁴ אם כי נשמעה טענת נגד, לפיה החוק עוזר להורים לגדל את ילדיהם על פי ערכיהם, על ידי מניעת חשיפתם לתכנים לא רצויים ברשת האינטרנט.

⁴⁸⁵ ראו:

J. A. Zavaletta "COPPA, Kids, Cookies and Chat Rooms: We're From the Government and We're Here to Protect Your Children" 17 *Computer & High Tech L.J.* (2001) 249, 270.

5) החוק מאפשר איסוף המידע והעברתו לידי צדדים שלישיים, ואף מתיר את השימוש ב - Cookies - הכל באמצעות ההסכמה ההורית. לאור החשש, שאינו בלתי מבוסס, כי ההורים יימנעו במקרים רבים מלקרוא את ההודעה עד תומה, קיימת האפשרות כי באמצעות קבלת ההסכמה ההורית, יועבר מידע פרטי רב ברשת;

6) אם הילד נפגע כתוצאה מחשיפת מידע פרטי ברשת, ההסכמה ההורית עלולה להביא לפטור מאחריות למפעיל האתר, ולהותיר את הילד ומשפחתו ללא פיצוי, שכן החוק אינו מקים עילת תביעה פרטית לנפגע.

4. הגנה על קטינים במשפט הישראלי

שני חוקים ישראליים רלבנטיים במיוחד בהקשר של הגנה על פרטיות על קטינים: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, וחוק הגנת הפרטיות.

4.1. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע, כי כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו⁴⁸⁶. כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט⁴⁸⁷. החוק מטיל הגבלה על כשרותם המשפטית של קטינים (מי שטרם מלאו להם 18 שנים), וקובע, כי פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו, וכי ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע לפעולה מסוימת או לסוג מסוים של פעולות. נציגו של קטין יכול לבטל הסכמתו לפעולה כל עוד לא נעשתה הפעולה⁴⁸⁸. אין זה ברור אם הנציג רשאי להתחייב שלא לחזור בו מן ההסכמה⁴⁸⁹.

החוק אינו דורש צורה מיוחדת של מתן הסכמה, ולכן, ההסכמה יכולה להינתן בעל פה, בכתב, במפורש או מכללא. ההסכמה יכולה להינתן לקטין עצמו או למתקשר עם הקטין⁴⁹⁰. ככל הנראה, ההורה אינו רשאי לתת הסכמה גורפת לכל הפעולות המשפטיות אשר יבוצעו על ידי הקטין, ונראה

⁴⁸⁶ סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁸⁷ סעיף 2 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁸⁸ סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁸⁹ המלומד אנגלרד סבור כיום, כי נציג יכול להבטיח שלא לחזור בו, אך אם הוא אינו יכול לעשות זאת, לא ניתן להטיל עליו אחריות מכוח ההתחייבות, משום שהמטרה היא להבטיח את טובת הקטין על ידי אי צמצום שיקול הדעת של נציגו. ראו: י' אנגלרד **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**, תשכ"ב-1962, ס' 1-13 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים 1995) 68. יצוין, כי במהדורה קודמת של ספרו, הוא סבר אחרת.

כי נדרש שיהיה מדובר בסוג מסוים של פעולות, או שהפעולות יהיו ביחס לנכס ידוע⁴⁹¹.

החוק קובע כי ככלל, פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול על ידי נציגו, ואם אין לקטין נציג - על ידי היועץ המשפטי לממשלה, תוך חודש ימים מיום שנודע להם על הפעולה, אך אם לא נודע לנציג או ליועץ המשפטי לממשלה על הפעולה, היא ניתנת לביטול על ידי הקטין, תוך חודש ימים לאחר שהיה לבגיר⁴⁹².

לכלל האמור סייג חשוב לעניין הנדון, לפיו פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול, אף שנעשתה שלא בהסכמת נציגו של הקטין, אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו⁴⁹³. לענייננו חשוב סעיף נוסף לפיו פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי (ולעניין זה אשראי משמעו גם תשלום בשיעורים) או במקח-אגב-שכירות, שכירות נכס או קבלת שירות באשראי, אין לה תוקף, על אף האמור לעיל, כל עוד לא באה עליה הסכמת נציגו של הקטין⁴⁹⁴.

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע הוראות בדבר מעמד ההורים ביחס לילדיהם. הוא קובע, כי ההורים הם האפוטרופסים של ילדיהם⁴⁹⁵. המשמעות היא, על פי החוק, כי בכך נכללת החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו⁴⁹⁶. ההורים חייבים לנהוג לטובת הקטין, כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין⁴⁹⁷. הקטין, מצדו, חייב לציית להוריו בכל עניין הנתון לאפוטרופסותם⁴⁹⁸.

4.1.1 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ורשת האינטרנט

מתן הסכמה, מצד הקטין, למפעיל אתר אינטרנט, לאיסוף מידע אישי אודותיו, היא "פעולה משפטית" לצורך חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, משום שמדובר, למעשה, בויתור מסוים על הזכות לפרטיות. לפיכך נראה, כי הסכמת הקטין למסירת המידע האישי אודותיו טעונה הסכמה של נציגו. כאמור, חוק הכשרות והאפוטרופסות אינו דורש כי ההסכמה תינתן מראש

⁴⁹⁰ שם, בעמ' 65.

⁴⁹¹ שם, עמ' 66.

⁴⁹² סעיף 5 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁹³ סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁹⁴ סעיף 6א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁹⁵ סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁹⁶ סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁹⁷ סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

⁴⁹⁸ סעיף 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

דווקא, ולכן לכאורה ניתן לאפשר למפעיל האתר להסתפק בקבלת הסכמת נציג הקטין לאחר שהקטין נתן את הסכמתו. הבעיה היא, שבמקרה זה, מתן אפשרות לקבל את הסכמת הנציג בדיעבד תסכל במקרים רבים את מטרת חוק הכשרות והאפוסטרופסות, כמו גם את הרצון להגן על פרטיותו של הקטין ברשת האינטרנט.

כאמור, חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות אינו קובע מסמרות באשר לדרך קבלת הסכמת הנציג לפעולתו המשפטית של הקטין. לכאורה, אם כן, רשאי מפעיל אתר האינטרנט לקבל את הסכמת הנציג בכתב או בעל פה, ואולי אף להסתפק בלחיצה על מקש "אני מסכים" באתר האינטרנט שלו. ניתן לטעון, שהחוק אינו מחייב מסירת ההסכמה דווקא למתקשר, ולכאורה די בכך שהנציג ייתן לקטין את הסכמתו. דבר זה עלול להציב קושי בפני מפעיל האתר, משום שהקטין עשוי לטעון כי קיבל את הסכמת נציגו, מבלי שלמפעיל האתר תהיה כל דרך לברר זאת. לכן נראה, כי מפעיל אתר המבקש להבטיח את עצמו, צריך ליזום פניה לנציג לצורך קבלת הסכמתו, על מנת לשלול את היכולת לבטל את העסקה.

נציגו של הקטין יכול לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא נעשתה הפעולה, תוך חודש ימים מיום שנודע לו על הפעולה. בהקשר הנדון קיים ספק אם כלל זה מעשי, לאור טיבה של הפעולה המשפטית שבה מדובר. השימוש ברשת האינטרנט מתאפיין במהירות ובזמינות, ונראה כי משך הזמן שחולף בין מתן ההסכמה על ידי הקטין לאיסוף המידע אודותיו, לבין השלמת האיסוף, הוא קצר ביותר ואשר אינו מאפשר לנציג הקטין למנוע את מתן ההסכמה או את האיסוף. לכך יש להוסיף את העובדה שהקטין, לעיתים קרובות, משתמש באינטרנט שלא בנוכחות נציגו, ולכן נראה מתן ההסכמה לאיסוף המידע ואיסוף המידע עצמו יתבצעו במקרים רבים מבלי שהנציג יהיה מודע לכך.

שאלה נוספת בהקשר זה היא, האם ניתן לכבול את הנציג להסכמתו, היינו, האם הנציג רשאי להתחייב, שלא לחזור בו מן ההסכמה לביצוע הפעולה המשפטית על ידי הקטין - במקרה זה, למסירת המידע. כאמור, הדעות חלוקות בעניין זה, אך נראה, כי כבילת נציגו של הקטין להסכמה למסירת המידע, היא בעייתית, משום שיש בכך, למעשה, ויתור סופי על זכותו של הקטין לפרטיות.

באשר להיקף הסכמת נציג הקטין, ניתן לומר מחד, כי המידע אודות הקטין הוא הנכס, ביחס אליו מתבצעת הפעולה המשפטית של מתן הסכמה למסירתו, ולכן נציג הקטין רשאי למסור הסכמה לביצוע מגוון פעולות בנכס - איסוף המידע, מסירתו לצדדים שלישיים, עיבודו, ניתוחו וכדומה. מנגד, ניתן לטעון, כי מדובר בפעולות משפטיות שונות, ולכן נדרשת הסכמה נפרדת של הנציג לכל פעולה.

בעיה מיוחדת מציב סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, הקובע, כי פעולה משפטית שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול, גם אם נעשתה שלא בהסכמת הנציג, אלא

אם יש בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו. החלופה הראשונה בסעיף - "פעולה משפטית שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה" - מעוררת בעיה פרשנית: האם ניתן לומר, שמסירת הסכמה למסירת מידע, או רכישת מוצרים דרך האינטרנט, היא פעולה משפטית שדרכם של קטינים לעשות כמוה? הבעיה מורכבת במיוחד, משום שההכרעה האם מדובר בפעולה שקטינים נוהגים לעשות כמוה תלויה במידה רבה בגילו של הקטין ובסוג הפעולה.

החלופה השנייה בסעיף - "פעולה משפטית בין קטין לבין מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין" - מעוררת אף היא בעיה. הסכמת קטין לאיסוף המידע אודותיו עלולה להיות תקפה, גם אם נעשתה שלא בידעת וממילא שלא בהסכמת הנציג, אם מפעיל אתר האינטרנט לא ידע, ולא היה עליו לדעת, שמדובר בקטין. הוראה זו אינה חלה במקרה בו יש בהסכמת הקטין למסירת המידע אודותיו כדי לגרום לו או לרכושו נזק. בעיה זו אינה קיימת, כמובן, אם מדובר באתרים המיועדים מראש לקטינים, בהם יקשה על מפעיל האתר לטעון, שלא ידע ולא יכול היה לדעת, כי מדובר בקטין.

שאלה נוספת המתעוררת בהקשר לביצוע עסקאות על ידי קטינים באינטרנט, היא שאלת תחולתו של סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע כי פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי (ולעניין זה, אשראי - לרבות תשלום בשיעורין) או במקח-אגב-שכירות, שכירות נכס או קבלת שירות באשראי, אין לה תוקף, על אף האמור בסעיפים 5 ו-6, כל עוד לא באה עליה הסכמת נציגו של הקטין. גם ביחס לסעיף זה מתעוררת שאלת ידיעתו של המתקשר עם הקטין על כך שהוא קטין, ועל יכולתו לדעת עובדה זו. היכולת לדעת שמדובר בקטין, בהקשר של עשיית עסקאות ברשת האינטרנט, מועטה. גם אם מתברר כי מדובר בקטין, קיים קושי לאתר את נציגו, ולקבל את הסכמתם, בשל הקושי לאתר את זהותו של המשתמש ברשת האינטרנט. בנוסף, גם אם ניתנת הסכמה, היכולת לוודא כי ההסכמה שניתנה היא אכן הסכמת נציגו של הקטין מועטה אף היא.

4.2. חוק הגנת הפרטיות

חוק הגנת הפרטיות אינו מתייחס באופן מיוחד להגנה על פרטיותם של קטינים. נראה, כי על פרטיותם של קטינים ברשת האינטרנט יחולו הוראות החוק, כפי שנידונו בפרק הקודם העוסק בהגנת הפרטיות באינטרנט.

5. המלצות הוועדה בנוגע להגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט

הוועדה התחבטה בשאלה, האם יש מקום לחוקק הסדר מיוחד, במטרה להגן על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט, בדומה לגישת המשפט בארה"ב, או להימנע מכך, ולהותיר את הסוגיה לטיפול הדין הכללי, בדומה לגישה המקובלת באירופה ובקנדה.

מטבע הדברים, קיים רצון להגן על קטינים בפעילותם ברשת האינטרנט. עם זאת, אם הגנות אלו יכבידו יתר על המידה, ובמיוחד, לא יהיו נתונות לאכיפה, עדיף שלא לקבוע הגנות בחקיקה מיוחדת. בנושא זה קשה ללמוד ממדינות אחרות, מאחר שברובן אין חקיקה מיוחדת ובארה"ב הניסיון החקיקתי קצר ולא בהכרח מוצלח.

הוועדה סבורה, שלפחות בשלב זה, אין מקום לקביעת הוראות בחוק מיוחד, ויש למצות את ההגנות הקיימות בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ובחוק הגנת הפרטיות.

הוועדה סבורה, עם זאת, כי יש לעודד את בעלי אתרי האינטרנט המקומיים לקבוע כללים בדבר הגנה על פרטיות הגולשים בכלל, ועל פרטיות קטינים בפרט. כך, למשל, ראוי שהאתרים יכללו בדף הבית שלהם קישור להודעה על מדיניות ההגנה על הפרטיות שנהוגה באתר. כמו כן, ככל שמדובר באתרים המיועדים לקטינים, הוועדה סבורה כי על הכללים לכלול חיוב האתרים להציג את המידע שהם מבקשים לאסוף אודות הקטין, האם בכוונתם להעבירו לצדדים שלישיים, את זכות ההורה לתת או להימנע מלתת את הסכמתו לאיסוף המידע, ואת הדרכים בהן ניתן למסור את ההסכמה.

כמו כן, ממליצה הוועדה על ביצוע פעולות הסברה בקרב ההורים, על מנת להגביר את מודעותם לסכנות הכרוכות בשימוש ילדיהם ברשת האינטרנט.

פרק שישי: חתימה אלקטרונית

אבטחת המידע המועבר ברשת האינטרנט והבטחת שלמותו, היא נושא בעל חשיבות רבה במסחר האלקטרוני. העדר אבטחה לתקשורת עלולה להרתיע לקוחות ובעלי עסקים מלעשות שימוש נרחב במסחר האלקטרוני. שימוש בחתימה אלקטרונית אמור להבטיח את שלמות המסר המועבר, וקישורו אל השולח.

נושא החתימה האלקטרונית הוא הנושא הראשון בו עסקה הוועדה. התברר, שכדי לספק וודאות בעולם המסחר, ולתת לחתימה האלקטרונית את המשקל הראוי, יש צורך בחקיקה. במהלך עבודת ההכנה של הנושא נסקרו דברי חקיקה במדינות השונות. בנוסף לארצות הברית ולמדינות אירופה, נבחנו גם חוקים של מדינות אחרות, שחוקקו בנושא, כמו סינגפור והונג-קונג. הוועדה דנה בסוגיות שונות, ולאחר מכן עבר מרכז הכובד למשרד המשפטים, אשר הכין את החקיקה הדרושה. בהכנת החוק ובליווי סיעו אותם חברי הוועדה שהיו קרובים יותר לנושא זה, מההיבט המשפטי ומההיבט טכנולוגי.

חוק חתימה אלקטרונית⁴⁹⁹ נחקק בשנת 2001, ונכנס לתוקף באותה שנה, שישה חודשים לאחר קבלתו בכנסת. למען שלמות התמונה, ולאור חשיבותו של הנושא, תובא להלן סקירה קצרה של החיקוקים המסדירים את נושא החתימה האלקטרונית.

1. חוק חתימה אלקטרונית

חוק חתימה אלקטרונית נחקק במטרה לסייע בהתאמת עולם המשפט הקיים לעידן התקשורת המקוונת והאינטרנט, ולקבוע מה יוכל להוות תחליף מודרני ראוי לאמצעי הזיהוי המסורתי - חתימת היד. חקיקת החוק אמורה להגביר את הוודאות המשפטית בעת שימוש בטכנולוגיות חדישות ובדרכים חדשות של ביצוע פעולות משפטיות.

החוק מתייחס לסוגים שונים של חתימה אלקטרונית (חתימה רגילה, חתימה מאובטחת וחתימה מאושרת), ומעניק מעמד משפטי לחתימה המאובטחת ולחתימה המאושרת. חתימה אלקטרונית "רגילה" מוגדרת כחתימה שהיא מידע אלקטרוני או סימן אלקטרוני, שהוצמד או שנקשר למסר אלקטרוני⁵⁰⁰. "חתימה אלקטרונית מאובטחת"⁵⁰¹ היא חתימה אלקטרונית, שמתקיימים בה ארבעה תנאים מצטברים: (1) היא ייחודית לבעל אמצעי החתימה; (2) היא

⁴⁹⁹ חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א - 2001 (להלן - חוק חתימה אלקטרונית).
⁵⁰⁰ סעיף 1 לחוק חתימה אלקטרונית.

מאפשרת זיהוי לכאורה של בעל אמצעי החתימה; (3) היא הופקה באמצעי חתימה הניתן לשליטתו הבלעדית של בעל אמצעי החתימה; (4) היא מאפשרת לזהות שינוי שבוצע במסר האלקטרוני לאחר מועד החתימה.

"חתימה אלקטרונית מאושרת" היא חתימה אלקטרונית מאובטחת מלווה בתעודה אלקטרונית שהנפיק "גורם מאשר", כהגדרתו בחוק.

כאמור, המעמד המשפטי המוענק לכל סוג של חתימה שונה. מסר אלקטרוני, החתום בחתימה אלקטרונית מאובטחת, יהיה קביל בכל הליך משפטי ויהווה ראיה לכאורה לכך שהחתימה היא של בעל אמצעי החתימה⁵⁰² ושהמסר האלקטרוני הוא זה שנחתם על ידי בעל אמצעי החתימה⁵⁰³. כמו כן קובע החוק, כי פלט⁵⁰⁴ של מסר אלקטרוני, החתום בחתימה אלקטרונית מאובטחת, לא ייחשב בהליך משפטי כהעתק, אלא כמקור⁵⁰⁵. לכלל זה חריגים, המופיעים בתוספת השניה לחוק⁵⁰⁶.

עם זאת, חתימה אלקטרונית מאובטחת בלבד, אינה יכולה למלא אחר דרישת חתימה המופיעה בחיקוק. כלומר, כדי שחתימה אלקטרונית תוכל לבוא במקומה של חתימה הקבועה בחוק או בתקנות, עליה להיות חתימה אלקטרונית מאושרת. עם זאת, לגבי דרישת חתימה בחיקוקים מסוימים המפורטים בתוספת הראשונה לחוק, כלל לא ניתן יהיה לחתום בחתימה אלקטרונית, ויהיה צורך להמשיך ולחתום בחתימה של ה"עולם הישן". המדובר בחתימות על מסמכים בעלי מאפיינים מיוחדים, בעלי השלכות לטווח ארוך (כגון צוואות), או בעלי משמעות קריטית (למשל בנושא המעמד האישי) או עסקאות חשובות שבסיומן נדרשות פעולות מלוות מסמכים, שאינן אלקטרוניות (כגון עסקאות במקרקעין)⁵⁰⁷. ייתכן, שבעתיד גם בנושאים אלה ניתן יהיה לחתום בחתימה אלקטרונית, אולם בשלב זה, כאשר עדיין לא נרכש ניסיון בטיפול ובשימור מסמכים חתומים בחתימה אלקטרונית, רצוי להתקדם בזהירות. מובן שניתן לחתום בחתימה אלקטרונית רק על מסמכים אלקטרוניים, ולכן מקום שלא מוצדק לוותר על "מסמך נייר" לצורך

⁵⁰¹ שם, שם.

⁵⁰² אמצעי חתימה הוא, כהגדרתו בסעיף 1 לחוק חתימה אלקטרונית, "תוכנה, חפץ או מידע ייחודיים, הדרושים להפקת חתימה אלקטרונית מאובטחת".

⁵⁰³ סעיף 3 לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵⁰⁴ חוק חתימה אלקטרונית מפנה להגדרת מונח זה בחוק המחשבים.

⁵⁰⁵ סעיף 6 לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵⁰⁶ פסקי דין של בית משפט, בית דין או כל ערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית שהוקמה על פי דין, אלא אם כן נקבע אחרת בכל דין; שטרות לפי פקודת השטרות; שטרי מניה למוכ"ז.

⁵⁰⁷ בתוספת נכללות דרישות חתימה בחיקוקים להלן: חוק הירושה, התשכ"ה - 1965, לעניין צוואה, צו ירושה, צו קיום צוואה וכדומה; חוק הנאמנות, התשל"ט - 1979, לעניין כתבי הקדש; חוק הנוטריונים, התשל"ו - 1976, ותקנות הנוטריונים, התשל"ז - 1977, לעניין חתימה בפני נוטריון וחתימה בידי נוטריון; סעיף 91 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א - 1961, לעניין ייפוי כוח; תקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התש"ל - 1969, לעניין בקשות לרישום או לביטול רישום ושטרי עסקה; תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (הודעות, בקשות וצווים), התשנ"ח - 1998, לעניין הודעות ובקשות; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א - 1981 ותקנה 272 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984, לעניין הסכמת הורה לאימוץ; כללים והנחיות מקצועיות לפעולת עמותה מוכרת (לפי חוק אימוץ ילדים), התשמ"א - 1981, לעניין בקשות וחוות דעת; כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב - 1992, לעניין הסכמים בין תאגיד בנקאי לבין הלקוח; כל חיקוק שנדרשת לגביו חתימת אדם על תצהיר; חוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו - 1986, לעניין חוזה כרטיס חיוב.

מילוי דרישת הכתב, גם לא ניתן לאפשר חתימה אלקטרונית.

כאמור, חתימה אלקטרונית מאושרת היא חתימה אלקטרונית מאובטחת, המלווה בתעודה אלקטרונית שהנפיק גורם מאשר. תפקידו של הגורם המאשר הוא לאשר ש"אמצעי אימות חתימה"⁵⁰⁸ הוא אמנם של אדם מסוים, שהזדהה בפניו. האישור נעשה באמצעות הנפקת תעודה אלקטרונית⁵⁰⁹. לשם הנפקת תעודה אלקטרונית עליו לנקוט אמצעים סבירים כדי לזהות את המבקש, לבדוק כי הפרטים שבבקשה להנפקת התעודה נכונים ומלאים, וכן לבדוק את אמצעי אימות החתימה שבידיו⁵¹⁰.

החוק מחייב גורם מאשר לנהל מאגר של תעודות אלקטרוניות⁵¹¹ שהנפיק וכן מאגר של תעודות אלקטרוניות בטלות, ומטיל עליו חובה להשתמש, לצורך ביצוע תפקידיו, רק במערכות חומרה ותוכנה מהימנות, המעניקות הגנה סבירה מפני חדירה, שיבוש, הפרעה או גרימת נזק למחשב או לחומר מחשב, והמקנות רמה סבירה של זמינות ואמינות⁵¹². מאגר התעודות מולו יכול מי שמבקש להסתמך על התעודה, ולבדוק את תקפה, חייב להיות מעודכן ונכון. משום כך, נדרש הגורם המאשר לבטל תעודות במקרים הקבועים בחוק, כמו גם כאשר נפלו פגמים המשפיעים על מהימנות התעודה, או בחתימה המאובטחת, או בזהות בעל התעודה⁵¹³.

גורם מאשר אינו חייב, לצורך פעילותו, ברישום אצל רשם הגורמים המאשרים במשרד המשפטים (להלן - הרשם), אך אם הוא מבקש ליהנות מהמעמד שהחוק מעניק לפעולות הגורם המאשר, עליו להיות רשום ומפוקח בידי הרשם⁵¹⁴.

⁵⁰⁸ סעיף 1 לחוק חתימה אלקטרונית: "אמצעי לאימות חתימה" - תוכנה, חפץ או מידע ייחודיים, הדרושים כדי לזהות שחתימה אלקטרונית מאובטחת הופקה באמצעי חתימה מסוים".

⁵⁰⁹ "תעודה אלקטרונית" מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ - "מסר אלקטרוני שהנפיק גורם מאשר לפי הוראות פרק ד' המאשר כי אמצעי אימות חתימה מסוים הוא של אדם מסוים". סעיף 19 לחוק חתימה אלקטרונית קובע, כי תעודה אלקטרונית צריכה לכלול לפחות את הפרטים האלה: שמו של בעל התעודה ומספר הזהות שלו, או פרט מזהה אחר, כפי שקבע השר; אישור בדבר בדיקת אמצעי אימות החתימה של בעל התעודה; המספר הסידורי של התעודה האלקטרונית במאגר שהוא מנהל; ציון האופן שבו זוהה בעל התעודה; ציון מועדי התחילה והסיום של תוקף התעודה; שמו ומענו של הגורם המאשר, ודבר רישומו במרשם; חתימתו האלקטרונית המאובטחת של הגורם המאשר; מידע בדבר קיומן של הגבלות על השימושים המותרים לפי התעודה, ככל שישנן, ואם הייתה הגבלה על סכום העסקאות שלגביהן ניתן לעשות שימוש בתעודה - פירוט הסכום; מידע בדבר קיומן של הגבלות על אחריותו של הגורם המאשר, ככל שישנן; הפניה למאגר התעודות האלקטרוניות הבטלות.

⁵¹⁰ סעיפים 18(א) ו-18(ב) לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵¹¹ סעיף 18(ג) לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵¹² סעיף 18(ד) לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵¹³ סעיף 20(א) לחוק חתימה אלקטרונית: גורם מאשר יבטל תעודה אלקטרונית במספר מקרים: לפי בקשה של בעל התעודה, מיד לאחר קבלת הבקשה ואימות זהות המבקש; מיד כשנודע לגורם המאשר כי פרט מהפרטים המופיעים בתעודה אינו נכון, או כי נפגמה מהימנות התעודה בדרך אחרת, או כי נפל פגם בחתימתו האלקטרונית המאובטחת של בעל התעודה; בשל מותו של בעל התעודה, ואם הוא תאגיד - בשל מתן צו לפירוקו, מיד לאחר קבלת הודעה על כך, ובלבד שהשתכנע הגורם המאשר במהימנות ההודעה; מיד כשנודע לגורם המאשר על פגם בחתימתו האלקטרונית המאובטחת, או במערכות החומרה והתוכנה שלו, שיש בו כדי לפגוע במהימנות חתימתו או במהימנות התעודות האלקטרוניות שהוא מנפיק. מיד עם ביטול תעודה אלקטרונית, יודיע על כך הגורם המאשר לבעל התעודה, וירשום את דבר הביטול במאגר התעודות הבטלות.

⁵¹⁴ סעיף 10 לחוק חתימה אלקטרונית קובע, שיש להגיש את הבקשה לרישום כגורם מאשר לרשם הגורמים המאשרים. סעיף 11 לחוק מפרט מהם המסמכים יש לצרף לבקשה, ומהם התנאים לרישום במרשם הגורמים המאשרים. על פי סעיף 14 לחוק, הרשם רשאי להתלות תוקפו של רישום, או למחוק גורם מאשר מן המרשם, אם נוכח שהוא אינו מקיים את הוראות החוק. לרשם סמכויות פיקוח נרחבות, והוא רשאי לשם מילויין לדרוש מסמכים, להיכנס לחצרי גורם מאשר, לחדור לחומר מחשב, ואף לתפוס חפצים, כמפורט בסעיף 17 לחוק חתימה אלקטרונית.

מטרת התעודה היא, כאמור, שמי שמבקש להסתמך על חתימה אלקטרונית, במיוחד צדדים לעסקה הזרים זה לזה, יוכל לוודא, שהחותם הוא אמנם מי שמתיימר להיות בעל החתימה. למרות האמצעים הקפדניים שנדרשים בחוק, עדיין קיימים סיכונים בהסתמכות על החתימה האלקטרונית. החוק מנסה לחלק סיכונים אלה בדרך של הטלת האחריות על הגורמים המתאימים, המעורבים בהליך החתימה: בעל החתימה, הגורם המאשר והמסתמך.

הסיכון העיקרי המוטל על בעל תעודה הוא, שאדם שאינו מורשה יעשה שימוש בחתימה שלו. משום כך, מוטלת עליו חובה לנקוט אמצעים סבירים על מנת לשמור על אמצעי החתימה שלו לשם מניעת השימוש בו ללא הרשאתו⁵¹⁵. אם נודע לו על פגיעה בשליטתו באמצעי החתימה, עליו למסור מיד הודעה לכל מי שסביר שישתמך על חתימתו האלקטרונית עקב קשרים שגורתיים ביניהם, ולכל מי שידוע לו כי קרוב לוודאי שישתמך על חתימתו האלקטרונית⁵¹⁶. בעל תעודה שקיים את חובותיו האמורות לא יהיה אחראי לנזק שנגרם עקב שימוש באמצעי החתימה שלו בלא הרשאתו⁵¹⁷.

באשר לאחריותו של גורם מאשר - הוא לא יהיה אחראי לנזק, שנגרם עקב הסתמכות על תעודה אלקטרונית שהנפיק, אם הוכיח כי נקט בכל האמצעים הסבירים לקיום חובותיו לפי החוק⁵¹⁸. גורם מאשר רשאי לקבוע הגבלות על סוגי השימוש בתעודה או על סכומי העסקאות שלגביהן ניתן לעשות שימוש בתעודה, ואם קבע הגבלות כאלו, ופירט אותן על התעודה, הוא לא יהיה אחראי לנזק שנגרם עקב שימוש החורג מההגבלה⁵¹⁹.

בנוסף, החוק מסמיך את שר המשפטים לקבוע הסדרים מיוחדים לאימות חתימות לצורך הגשתן לרשויות, וכן קובע החוק הסדרים ביחס למעמדן של חתימות אלקטרוניות שאושרו על ידי גורם מאשר מחוץ לישראל.

⁵¹⁵ סעיף 7 לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵¹⁶ כמו כן, הוא חייב למסור לגורם המאשר, שהנפיק לו את התעודה, מידע שהוא למיטב ידיעתו נכון ומלא הדרוש לגורם המאשר לשם ביצוע תפקידיו, ואם נודע לו כי נפגעה שליטתו באמצעי החתימה, עליו להודיע לו מיד על כך.

⁵¹⁷ סעיף 8 לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵¹⁸ סעיף 21 לחוק חתימה אלקטרונית.

⁵¹⁹ סעיף 19 לחוק חתימה אלקטרונית.

1.1. תקנות חתימה אלקטרונית (רישום גורם מאשר וניהול)

תקנות אלה⁵²⁰ מסדירות את אופן הגשת הבקשה להירשם כגורם מאשר⁵²¹, את הערבויות שיש להפקיד, ואת אופן ניהולו של הגורם המאשר. התקנות קובעות, כי לרשם שיקול דעת לקבוע את סוג הערבות או הערובה שעל גורם מאשר להפקיד: ערבות בנקאית בסכום של 400,000 ש"ח⁵²²; ערובה אחרת, או ביטוח אחריות מקצועית⁵²³. כל אלה נועדו לכיסוי חבותו של הגורם המאשר כלפי מי שנפגע עקב מעשה או מחדל של הגורם המאשר. סכום הביטוח נקבע לפי מספר התעודות האלקטרוניות שהגורם המאשר הנפיק או שהוא מתכוון להנפיק, לפי מפתח מסוים.

בנוסף, קובעות התקנות הוראות בדבר אופן ניהול מאגרי המידע של הגורמים המאשרים. נושא חשוב המוסדר בתקנות הוא ניהול מאגר התעודות האלקטרוניות הבטלות, וניהול מאגר התעודות האלקטרוניות התקפות, ברמת אבטחה גבוהה, ובזמינות גבוהה⁵²⁴. כמו כן, נקבעו הוראות בדבר ביטול תעודה אלקטרונית⁵²⁵, וגילוי פגם בחתימה האלקטרונית המאובטחת של הגורם המאשר⁵²⁶.

התקנות קובעות הסדרים בדבר תוצאות סיום פעולתו של גורם מאשר, על פיהם גורם מאשר שמתפרק או מפסיק לפעול, מרצונו או על פי החלטת הרשם, חייב לחדול מלהנפיק תעודות אלקטרוניות חדשות, לבטל את התעודות התקפות שהנפיק, להעביר את אמצעי החתימה ואמצעי אימות החתימה שלו לרשם, וכן העתקים של המסמכים שברשותו ושל התעודות האלקטרוניות שהנפיק⁵²⁷. מכוח התקנות מוטלת על גורם מאשר חובת תיעוד וחובת גיבוי ושמירה של כל הנתונים שבידו, וכן חובה להבטיח אמצעי גיבוי נאותים, ברמה גבוהה של זמינות, אמינות והגנה מפני אובדן מידע⁵²⁸.

⁵²⁰ תקנות חתימה אלקטרונית (רישום גורם מאשר וניהול), התשס"ב - 2001 (להלן - תקנות רישום גורם מאשר), הותקנו ביום 25.9.01.

⁵²¹ תקנה 2 לתקנות רישום גורם מאשר קובעת, כי על גורם המבקש להירשם כגורם מאשר להגיש לאישור הרשם בקשה בכתב, בצירוף מספר רב של מסמכים, וביניהם: תעודת התאמה לתקנים שונים; אישור חתום בידי רואה חשבון, כי הוא מקיים את הוראות התקנות לעניין ערובה וביטוח; אישור על רישום בפנקס מאגרי מידע לפי **חוק הגנת הפרטיות**; קבלה על תשלום אגרת הרישום; חוות דעת של מבקר בדבר נאותות מערכות המידע, הבקרה ואמצעי האבטחה שלו.

⁵²² תקנה 6 לתקנות רישום גורם מאשר.

⁵²³ תקנה 7 לתקנות רישום גורם מאשר.

⁵²⁴ תקנה 15 לתקנות רישום גורם מאשר.

⁵²⁵ תקנה 16 לתקנות רישום גורם מאשר.

⁵²⁶ תקנה 17 לתקנות רישום גורם מאשר.

⁵²⁷ תקנה 18 לתקנות רישום גורם מאשר.

⁵²⁸ תקנה 20 לתקנות רישום גורם מאשר.

1.2. תקנות חתימה אלקטרונית (חתימה אלקטרונית מאובטחת, מערכות

חומרה ותוכנה ובדיקת בקשות)

תקנות אלה⁵²⁹ עוסקות בהסדרת דרכי פעולתו של הגורם המאשר. הן קובעות באלו אמצעי חתימה הוא ישתמש⁵³⁰, באלו דרישות אבטחת מידע⁵³¹ ובאלו תקנים עליו לעמוד⁵³². כמו כן נקבע בתקנות, מהן הדרישות שעל חתימה אלקטרונית למלא על מנת להיחשב כחתימה אלקטרונית מאובטחת⁵³³. פרק ה' לתקנות עוסק בתעודה אלקטרונית, בפרטים שיש לכלול בה⁵³⁴, בדרישות שיש למלא על מנת לקבלה, ובעיקר בדרישת זיהוי המבקש⁵³⁵. כמו כן נקבע, כי גורם מאשר רשאי להנפיק תעודה אלקטרונית למבקש רק לאחר שבדק, כי המבקש מחזיק בידיו אמצעי חתימה להפקת חתימה אלקטרונית מאובטחת⁵³⁶.

1.3. צו חתימה אלקטרונית (קביעת תוספות לחוק)

הצו מפרט את רשימת המסמכים, לגביהם לא תוכל החתימה האלקטרונית להחליף את דרישת החתימה הקבועה לגביהם בחיקוק (כאמור בסעיף 2(ב) לחוק)⁵³⁷, ורשימת סוגים של מסרים אלקטרוניים, שפלט שלהם לא ייחשב כמקור על פי סעיף 6(ב) לחוק⁵³⁸.

1.4. יישום החוק

לאחר חקיקת החוק מונה רשם גורמים מאשרים, אשר קבע מסמך נהלים, המנחה אותו בבדיקת הגורמים המאשרים, המבקשים להיות רשומים במרשם הגורמים המאשרים. הרשם עוסק בבדיקת הבקשות לרישום, כמו גם בבדיקת טכנולוגיות הדרושות ליישום החוק. בשלב זה, נרשמו שתי חברות אצל רשם הגורמים המאשרים.

⁵²⁹ תקנות חתימה אלקטרונית (חתימה אלקטרונית מאובטחת, מערכות חומרה ותוכנה ובדיקת בקשות), התשס"ב - 2001 (להלן - תקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות). הותקנו ביום 25.9.01.
⁵³⁰ תקנה 4 לתקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות.
⁵³¹ תקנות 5 ו-6 לתקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות.
⁵³² תקנה 2 לתקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות.
⁵³³ תקנה 8 לתקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות.
⁵³⁴ תקנה 14 לתקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות.
⁵³⁵ תקנה 10 לתקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות.
⁵³⁶ תקנה 13 לתקנות חתימה, מערכות ובדיקת בקשות.
⁵³⁷ צוואות; כתבי הקדש; חתימה בפני נוטריון; ייפוי כוח לעו"ד; בקשות לרישום מקרקעין ושטרי עסקאות במקרקעין; הסכמת הורה לאימוץ; הודעות ובקשות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו - 1996; הסכמים בין תאגיד בנקאי ללקוח; תצהיר; חוזה כרטיס חיוב.
⁵³⁸ פסקי דין של בית משפט בית דין או כל ערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית, אלא אם נקבע אחרת בכל דין; שטרות לפי פקודת השטרות; שטרי מניה למוכ"ז.

פרק שביעי: המלצות הוועדה

בפרק זה מרוכזות המלצות הוועדה, כשהן ערוכות לפי פרקי הדו"ח.

1. פרק ראשון: חוזים אלקטרוניים

1.1. תוקפם של חוזים אלקטרוניים - כללי

הוועדה ממליצה לאמץ את הגישה, שאין לשלול את תוקפו של חוזה, רק משום שנכרת באמצעים אלקטרוניים.

1.2. תוקפם של חוזים אלקטרוניים שקיימת לגביהם דרישת כתב

הוועדה בחנה האם ניתן לתת תוקף גם לחוזים אלקטרוניים, או לפעולות משפטיות, אשר לגביהם נקבע בחוק או בתקנות, שיש לקיימם בכתב. לצורך זה נבחנה תכלית דרישת הכתב - האם היא מהותית או ראייתית. הוועדה ממליצה לגבי המקרים בהם דרישת הכתב היא ראייתית, לאמץ את גישת השקילות הפונקציונלית. לפי גישה זו, כאשר מדובר בדרישת כתב ראייתית, אין מניעה עקרונית שמסמך אלקטרוני יחליף את "מסמך הנייר". לשם כך, המסמך אלקטרוני צריך להיות נגיש לעיון ולשימוש נוסף, וניתן לאחזור או שמירה על ידי מקבל המסמך.

דרישת האחזור או השמירה תתמלא בהתקיים כל התנאים הבאים: המסמך האלקטרוני נשמר בפורמט בו הוא נעשה, נשלח או נתקבל, או בפורמט שאינו משנה באופן מהותי את המידע שכלול במסמך המקורי; המידע שבמסמך האלקטרוני צריך להיות נגיש כך שהוא יהיה ניתן לשימוש נוסף על ידי כל אדם שזכאי לעיון בו או לבקש את הפקתו; אם מדובר במסמך שנשלח או נתקבל, צריך שיישמר גם מידע שמזהה את המקור והיעד של המסמך האלקטרוני, והשעה והתאריך בה המסמך נשלח או נתקבל.

1.3. חוזים ופעולות משפטיות שלא ניתן לבצע באמצעות מסמך אלקטרוני

הוועדה בחנה חוזים ופעולות משפטיות, לגביהם קיימת כיום דרישת כתב מפורשת בחיקוק, וממליצה, לפחות בשלב זה, שלא להתיר את כריתתם או ביצוען באמצעות מסמך אלקטרוני. המדובר במסמכים הבאים: התחייבות לעסקה במקרקעין; כתב הקדש; צוואות והסכמי שעבוד

עיצובן; חוזה שליחות וייפוי כוח לעו"ד; חוזה ערבות עם ערב יחיד; המסמכים, אשר לא ניתן לחתום עליהם בחתימה אלקטרונית, כאמור בצו החתימה האלקטרונית.

1.4. גילוי בכתב של פרטי מידע לפני כריתת החוזה

הוועדה בחנה, האם ניתן למלא חובות גילוי טרם הכריתה הקבועות בחקיקה באמצעות מסמך אלקטרוני, והאם יש לכלול בין פרטי הגילוי את העובדה שההתקשרות היא בדרך אלקטרונית.

מוצע, כי מקום שנדרש גילוי של פרטים מסוימים בחקיקה (בין לפני כריתת החוזה ובין לאחריה), אך אין דרישה כי הגילוי ייעשה בצורה מסוימת, ניתן למלא דרישה זו גם באמצעות מסמך אלקטרוני. מקום שנדרש (בעסקה שאינה צרכנית), כי הגילוי ייעשה בכתב, מוצע לקבוע, כי ניתן למסור את פרטי המידע שיש לגלות באמצעות מסמך אלקטרוני, בכפוף לכך שיימסרו למקבל המסמך פרטים אודות אופן ההתקשרות האלקטרונית, ובכלל זה: הצעדים הטכניים הנדרשים לשם כריתת החוזה; האם החוזה יימסר לו על ידי ספק השירות; נגישות למסמך האלקטרוני; האמצעים הטכניים לזהות ולתקן טעויות הקלדה לפני ביצוע ההזמנה.

1.5. מתן הזדמנות לעיין בתנאי החוזה בטרם הכריתה

הוועדה בחנה האם יש צורך, לאור המאפיין המרכזי המשותף לחוזים אלקטרוניים רבים - קלות הכריתה והקושי לקרוא ולעיין בתנאי החוזה - בהוראה מיוחדת לעניין העיון טרם הכריתה.

מוצע לקבוע, כי בכל עסקה אלקטרונית, שתנאיה נוסחו על ידי צד אחד, חייב הצד המנסח לאפשר לצד השני לעיין בפרטי החוזה בטרם הכריתה, וזאת מבלי לגרוע מהוראות הדין הכללי בנוגע לחוזים אחידים.

1.6. כריתת חוזה באמצעות סוכן אלקטרוני

הוועדה דנה בשאלה, מהו סוכן אלקטרוני ומהו מעמדו בשלב כריתת החוזה, ומה תוקפו של חוזה, שנכרת תוך שימוש בסוכן אלקטרוני על ידי אחד הצדדים או על ידי שניהם.

מוצע להכיר בתוקפו של חוזה שנכרת באמצעות סוכן אלקטרוני, ולקבוע כי לעניין זה יראו את פעולותיו כפעולותיו של מי שיש לו שליטה על פעולות הסוכן האלקטרוני.

1.7. הסכמת הצדדים לכריתת החוזה באמצעים אלקטרוניים

הוועדה בחנה האם יש מקום להתנות באופן כללי כריתת חוזה באמצעים אלקטרוניים בהסכמת הצדדים (או באי הבעת התנגדותם) לכריתת האלקטרונית, והיא ממליצה שלא לעשות כן, משום שהתניה שכזו משנה את דיני החוזים הכלליים.

עם זאת, מומלץ בחוזים בהם צד אחד מנסח את תנאי החוזה להתנות את כריתתו בכך, שהמתקשר לא התנגד (או הסכים) לדרך הכריתה האלקטרונית.

הוועדה טרם הכריעה האם יש לדרוש הסכמה מפורשת או שניתן להסתפק באי הבעת התנגדות (opt in או opt out), כתנאי לכריתת חוזה כאמור באופן אלקטרוני.

1.8. מועד ומקום משלוח וקבלת המסמך האלקטרוני

לאור החשיבות שמייחסים דיני החוזים לשאלת מועד ומקום משלוח וקבלת הודעות מסוימות בחנה הוועדה את השאלה, מתי רואים מסר אלקטרוני כמסר שנשלח, ומתי רואים אותו כמסר שנתקבל, וכן מהו המקום ממנו נחזה המסר להישלח, ומהו המקום בו נחזה המסר כמסר שנתקבל.

מוצע לקבוע, כי יראו מסמך אלקטרוני כמסמך שנשלח כאשר הוא נכנס למערכת מידע שמחוץ לשליטת השולח, ואם השולח והנמען משתמשים באותה מערכת, כאשר המסר הופך לניתן לאחזור ולעיבוד על ידי הנמען. חזקה שמסמך נתקבל על ידי הנמען כאשר הוא נכנס למערכת המידע שנמצאת בשימוש, לשם קבלת מסמכים מהסוג שנשלח, ושהמסמך ניתן לאחזור ולשימוש. אם הנמען אינו משתמש במערכת מידע לשם קבלת מסמכים מהסוג שנשלח, חזקה שהמסמך נתקבל על ידו כאשר הוא מודע לכך שהמסמך נכנס לתוך המערכת, והוא ניתן לאחזור ולשימוש.

לעניין המקום, מוצע לקבוע כי יראו את מקום עסקו של השולח כמקום ממנו נשלח המסמך ומקום עסקו של הנמען כמקום בו התקבל המסמך, אלא אם הסכימו הצדדים אחרת.

1.9. אישור ביצוע פעולות

הוועדה בחנה האם יש מקום לחייב את הצדדים לחוזה אלקטרוני לשלוח אחד לשני אישור על ביצוע פעולותיו, וזאת לאור אי הוודאות באשר לשאלה, האם המסמך האלקטרוני הגיע ליעדו. מוצע שלא לקבוע דרישה כזו.

1.10. פגמים בכריתה הייחודיים לסביבה האלקטרונית

הוועדה בחנה את הפגם בכריתת חוזה, האופייני במיוחד לחוזה האלקטרוני, הוא הטעות. לאור הקלות בה ניתן לבצע טעות בעת כריתת חוזה אלקטרוני, מוצע לקבוע הוראה מיוחדת.

הוראה זו תקבע כי חוזה אלקטרוני שנכרת בין אדם לבין הסוכן האלקטרוני של אדם אחר הוא חסר תוקף אם מתקיימים התנאים המצטברים הבאים: נפלה בו טעות מהותית והסוכן האלקטרוני לא סיפק לו הזדמנות למנוע או לתקן את הטעות; המתקשר הודיע לצד השני על הטעות בהקדם האפשרי לאחר שנודע לו עליה; המתקשר נקט בצעדים סבירים למלא אחר הוראותיו של הצד השני בדבר החזרת התמורה, אם ניתנה, או בדבר השמדת התמורה; המתקשר לא השתמש בתמורה או הפיק תועלת ממנה.

1.11. ייחוס הפעולה בהיעדר חתימה אלקטרונית

הוועדה דנה בשאלה, האם יש מקום לקבוע כלל מיוחד לשם ייחוס הפעולה לאדם מסוים, וזאת לאור חוסר הוודאות בשאלת זהות המתקשר בחוזה המאפיינת את המסחר האלקטרוני. מוצע שלא לקבוע הוראה בעניין זה, ולהשאיר את ההכרעה בסוגיה זו לדיני הראיות הרגילים.

2. פרק שני: חוזים אלקטרוניים צרכניים**2.1. תוקפו של חוזה אלקטרוני צרכני**

הוועדה ממליצה, ככלל, להכיר בתוקפם של חוזים אלקטרוניים צרכניים ומציעה להתאים את הדין לחוזים אלו לעניין העיון מראש בחוזה, ולעניין הגילוי של פרטים נוספים. חוק החוזים האחידים יחול על חוזים אלקטרוניים צרכניים, מבלי שיש צורך לתקנו.

2.2. דרישת הכתב בחוזים צרכניים

הוועדה בחנה האם רצוי שחוזים צרכניים, שלגביהם קיימת בחיקוק דרישת כתב, ייכרתו באופן אלקטרוני. הוועדה ממליצה שלא להתיר, לפחות בשלב זה, כריתת חוזים אלה באופן אלקטרוני.

2.3. הזדמנות לעיין בחוזה

בהקשר של חוזים אלקטרוניים צרכניים, נודעת חשיבות מיוחדת לכך שלצרכן תינתן הזדמנות סבירה לעיון מראש בכל תנאי החוזה. הוראה כזו כבר קיימת, בסעיף 5 לחוק הגנת הצרכן. הוועדה ממליצה להבהיר, כי במונח "הזדמנות סבירה" לעיון מראש בתנאי החוזה, הכוונה היא להצגה גלויה של תנאי החוזה, שכל אדם סביר היה מזהה.

2.4. הרחבת חובת הגילוי הנדרשת במסגרת מכר מרחוק

הוועדה דנה בשאלה, האם יש צורך לחייב, ביחס לחוזים אלקטרוניים, בגילוי פרטים נוספים על אלה שנדרשים כיום בעסקאות מכר מרחוק. הוועדה סבורה, שיש לתקן את סעיף 14ג' לחוק הגנת הצרכן, הדין בנושא, ולהוסיף חובת גילוי לגבי מספר פרטים נוספים, כדי להתאים את ההוראות למסחר האלקטרוני.

הפרטים שמוצע שיידרש גילויים בעסקאות מכר מרחוק, בנוסף לפרטים שנדרש לגלותם בחוק, הם: מספרי טלפון ופקס; כתובת דואר אלקטרוני; שם העסק באמצעותו העוסק משווק את מרכולתו, ואם מדובר בחברה - מקום ההתאגדות, מספר ההתאגדות וכתובת החברה; מיקום אספקת הנכס, מועד אספקתו ואופן האספקה; מרכיבי המחיר לצרכן; פרטים בדבר מנגנון הגשת תלונה; כתובת, מספרי טלפון, פקס, כתובת דואר אלקטרוני וכתובת להחזרת המוצר במקרה של ביטול; חברות העוסק בארגונים בלתי פורמליים ליישוב סכסוכים והאם הוא מחויב להביא את הסכסוך בפניהם.

2.5. מתן זכות ביטול מיוחדת בשל טעות לעסקאות צרכניות אלקטרוניות

הוועדה בחנה האם יש צורך בהענקת זכות ביטול מיוחדת לעסקאות צרכניות אלקטרוניות, בשים לב לכך, שחוק הגנת הצרכן מכיר כבר כיום בזכות ביטול מיוחדת לעסקאות מכר מרחוק באופן כללי.

הוועדה סבורה שיש לתקן את חוק הגנת הצרכן, ולקבוע זכות ביטול מיוחדת בשל טעות סופר בעסקאות צרכניות אלקטרוניות, בהתקיים התנאים המצטברים הבאים: העוסק לא נתן לו הזדמנות מספקת לזהות ולתקן את טעותו לפני כריתת החוזה; הצרכן הודיע לעוסק על הטעות מיד משנודעה לו טעותו; הצרכן לא השתמש במוצר, לא נהנה מטעותו ופעל על פי הוראות העוסק להשבת המוצר.

3. פרק שלישי: אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן שחיבר צד שלישי

3.1. אחריות בנוזיקין לביצוע עוולה באמצעות רשת האינטרנט

הוועדה בחנה האם ניתן להטיל אחריות בנוזיקין, על פי הדין הקיים, לביצוע עוולה ברשת האינטרנט, ביחס למספר עוולות רלבנטיות.

3.1.1. עולת לשון הרע

הוועדה מצאה, שניתן להחיל את עולת לשון הרע גם על לשון הרע ברשת האינטרנט בדרך של פרשנות, ללא צורך בתיקון החוק.

3.1.2. עולות מסחריות

הוועדה מצאה, שניתן להחיל את העולות שבחוק זה גם על עולות שבוצעו ברשת האינטרנט, ללא צורך בתיקון החוק או בחקיקה מיוחדת נפרדת.

3.1.3. עולה לפי חוק הגנת הפרטיות

הוועדה מצאה, שניתן להחיל את ההוראות החלות על הפצת תוכן הפוגע בפרטיות בחוק הגנת הפרטיות על מעשים ברשת האינטרנט, ללא צורך בתיקון החוק.

3.1.4. עולת הרשלנות

הוועדה מצאה שניתן להחיל את עולת הרשלנות על מעשים או מחדלים רשלניים שנעשו ברשת האינטרנט, ללא צורך בתיקון עולת הרשלנות, או בקביעת הסדר מיוחד בחקיקה למסירת תוכן רשלני באמצעות רשת האינטרנט.

3.1.5. עוולה לפי חוק הגנת הצרכן

הוועדה מצאה, כי ניתן להחיל את העוולות המנויות בחוק הגנת הצרכן על עוולות שנעשו ברשת האינטרנט, ללא צורך בתיקון החוק.

3.2. אחריות ספקי שירותי אינטרנט בגין תוכן שחובר על ידי צד שלישי

3.2.1. אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן המהווה עוולה בניזיקין

הוועדה דנה בשאלה, האם ניתן להטיל מכוח הדין הקיים אחריות בניזיקין על ספקי שירותי אינטרנט בשל תוכן, המהווה עוולה בניזיקין, ואשר חובר בידי צד שלישי.

הוועדה מצאה, כי ניתן למצוא בחקיקה הקיימת מקור להטלת אחריות על ספקי שירותי אינטרנט לתכנים פוגעניים שחוברו על ידי צד שלישי, בדרך של פרשנות. אולם, לוועדה נראה שאין מקום להטלת אחריות כזו על ספקי שירותי האינטרנט, ולפיכך מוצע לבחון מתן פטור לספקים מפני תביעות אלה, כמפורט בסעיף 3.3. להלן.

3.2.2. אחריות ספקי שירותי אינטרנט לתוכן המהווה הפרת זכות יוצרים מבצעים ומשדרים

הוועדה לא בחנה את נושא אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט לתוכן המהווה הפרת זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים, ואשר חובר על ידי צד שלישי, מאחר שהוא מהווה חלק מהצעות החקיקה בתחום זה, הנמצאות בהכנה במשרד המשפטים. עם זאת, נראה שקיימת אפשרות סבירה שספקי שירותי אינטרנט יחויבו לשאת באחריות להפרת זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים גם בשל תוכן שחובר על ידי צד שלישי.

לאור העובדה שהוועדה סבורה, שככלל, אין מקום להטיל אחריות כזו על ספקי שירותי האינטרנט, מומלץ לבחון מתן פטור לספקים גם מפני תביעות אלה, במקביל לפטור מאחריות בניזיקין, כמפורט בסעיף 3.3. להלן.

3.3. הסדרת אחריותם של ספקי שירותי אינטרנט והתנאים לפטור

3.3.1 הגדרת ספק שירותי אינטרנט

הוועדה בחנה כיצד להגדיר את ספקי שירותי האינטרנט לעניין הנשיאה באחריות, ומציעה להגדירם על פי השירות שהם נותנים, ולהכיר בשלושה סוגי ספקים: ספק שירותי גישה, ספק שירותי אחסון זמני, וספק שירותי אירוח.

3.3.2 פטור מאחריות בנוזיקין ובזכות יוצרים מבצעים ומשדרים לספקי שירותי אינטרנט

הוועדה ממליצה, לאחר שבחנה את שיקולי המדיניות בעד ונגד, לפטור את ספקי שירותי האינטרנט מאחריות. עם זאת היא מציעה להתנות את הפטור בתנאים, אשר יותאמו לכל סוג ספק שירותי אינטרנט.

3.3.3 הסדר אחיד או נפרד לפטור בנוזיקין ובזכות יוצרים מבצעים ומשדרים

הוועדה דנה בשאלה, האם יש להבחין, לעניין תנאי הפטור לספקי שירותי אינטרנט, בין אחריות בנוזיקין לבין אחריות בזכות יוצרים, מבצעים ומשדרים, והגיעה למסקנה שרצוי שתנאי הפטור יהיו דומים.

3.3.4 התנאים לפטור מאחריות

הוועדה בחנה את התנאים המקובלים בשיטות משפט שונות למתן פטור מאחריות לספקי שירותי האינטרנט בשל תוכן שחובר על ידי צד שלישי, וממליצה לאמץ את העקרונות המשותפים למשפט האירופי ולמשפט האמריקאי, לפי סוגי הספקים. בהתאם לכך מוצע, לפטור מאחריות את הספקים שימלאו אחר הדרישות הבאות:

הם לא יזמו את העברת התוכן והם מעבירים אותו לכל דורש; הם לא ידעו מראש אודות היות התוכן פוגע בזכויות; הם לא מתערבים בתוכן; הם אינם מפריעים לעדכון התוכן או לבדיקת השימוש בו, תוך שמירה על הכללים המקובלים בתחום.

3.3.5 התניית הפטור לספק שירותי אירוח בהסרת החומר או בהגבלת גישה אליו

הוועדה דנה בבעיה, המתעוררת במיוחד לגבי ספקי שירותי אירוח, אשר לפחות תיאורטית, יש להם שליטה על התוכן המוצב על השרתים שלהם. נראה שנדרש, פתרון הפטור אותם, מחד, מן הצורך לשמש כצנזור, ומאידך, פטור אותם מאחריות בגין הסרת החומר מהשרתים שלהם.

הוועדה סבורה, שנוהל של "הודעה והסרה", עונה על דרישות אלו. נוהל זה יהיה תנאי לפטור של ספק שירותי אירוח הן מאחריות בנוזקין, והן מאחריות בשל הפרת זכות יוצרים, מבצעים ומשדרים.

3.3.6. חיוב ספק שירותי אירוח למסור פרטים מזהים אודות מחבר התוכן

הוועדה דנה בשאלה, כיצד ניתן לפתור את הבעיה הנפוצה שזהותו של מחבר התוכן הפוגע אינה ידועה, דבר המקשה על אדם שנפגע מן התוכן להגיש תביעה נגד מחברו. מידע זה מצוי, לעתים קרובות, ברשותו של ספק שירותי האירוח.

הוועדה מציעה, שמי שנפגע יהיה רשאי לפנות לבית המשפט, ולבקש שיחייב את הספק למסור לו את פרטי מחבר התוכן. בית המשפט ייתן משקל לטיב התוכן הפוגע, למידת הנזק שנגרם, לקשר בין הפגיעה לבין הנזק, וכן ליחס בין הנזק שייגרם מחשיפת שמו של מחבר התוכן לבין הנזק שעלול להיגרם מאי חשיפת השם.

3.3.7. סייג לפטור לספקי שירותי אינטרנט מאחריות ללשון הרע שחברה על ידי אחר

הוועדה ממליצה שספקי שירותי האינטרנט, לסוגיהם, יהיו פטורים מאחריות בשל לשון הרע, אם יעמדו בתנאים לפטור מאחריות, שפורטו בדו"ח זה. עם זאת, עלתה השאלה, האם אין מקום לסייג עיקרון זה ביחס למי שמארחים באתר האינטרנט שלהם או מקשרים אליהם תכנים של גורם אחר (כגון ספקי קישורים, מנועי חיפוש, פורומים או chat), ולהחיל עליהם בכל זאת אחריות מכוח סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע. נושא זה הוא בעל רגישות מיוחדת, ולכן מובאות האפשרויות השונות לצורך קבלת תגובות, האם להטיל אחריות שכזו, ובמידה שהתשובה חיובית, על מי להטילה, ובאלו תנאים.

על מנת שניתן יהיה להגיע למסקנה האם לסייג את הפטור מאחריות לספקי שירותי אינטרנט ביחס ללשון הרע, יש לתת את הדעת לשאלות הבאות:

(א) האם יש מקום להחריג מראש מגדר תחולת הפטור המוצע אתרי אינטרנט של אמצעי תקשורת, הקיימים בעולם המוחשי; במקרה זה, דין אחריות עורך אתרי אינטרנט אלה יהיה כדין אחריות עורך אמצעי התקשורת המוחשי.

(ב) האם יש להחריג מראש מגדר תחולת הפטור המוצע אתרי אינטרנט שהם מן הבחינה המהותית עיתון, ואתרי אינטרנט של תחנות טלביזיה, או רדיו, שמשדרות רק באינטרנט;

ג) האם יש להחריג מראש מגדר תחולת הפטור המוצע אתרי אינטרנט שאינם בעלי אופי חדשותי או עיתונאי.

ד) מי שסבור שיש מקום להחריג אתר אינטרנט שהוא "עיתון" במובנו המהותי, צריך לתת את דעתו על כך, שנדרש תיקון מפורש של החוק. תיקון החוק נדרש רק לגבי עיתון, בעוד שלגבי אמצעי תקשורת אחרים ניתן להגיע לתוצאה זו בדרך של פרשנות. התיקון לחוק יכול שיעשה על ידי הפנייה להגדרת המונח "עיתון" בפקודת העיתונות, תוך שינוי קל - "עיתון" יוגדר כמשמעותו בפקודת העיתונות, ובלבד שלשון "דפוס" על הטיותיה תתפרש כחלה גם על רשת האינטרנט. אפשרות אחרת היא להגדיר "עיתון" בהגדרה שתהיה ייחודית לסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, מבלי להיזקק לפקודת העיתונות.

4. פרק רביעי: הגנת הפרטיות ברשת האינטרנט

הוועדה בחנה את הפגיעה בפרטיות בדרך של איסוף מידע ברשת האינטרנט. לעניין זה נדונו שלוש סוגיות: איסוף מידע ללא הסכמה לעצם האיסוף, איסוף מידע ללא הסכמה לשימוש במידע, ואיסוף מידע בהסכמה, כאשר השאלה היא האם מדובר בהסכמה אמיתית.

4.1. איסוף מידע ללא הסכמה לעצם איסוף המידע

4.1.1. תחולת חוק הגנת הפרטיות

הוועדה בחנה האם חוק הגנת הפרטיות יכול לספק מסגרת חקיקתית להגנה מפני איסוף מידע ברשת האינטרנט מבלי שמי שהמידע נאסף עליו - נשוא המידע - הסכים לכך. הוועדה סבורה, כי אין צורך, לפחות בשלב זה, בתיקוני חקיקה.

לעניין מאגרי מידע, אף שניתן לראות באתרי האינטרנט מאגרי מידע לצורך חוק הגנת הפרטיות, מוצע שלא לייחד להם הוראות מיוחדות ולדון בכל אתר אינטרנט לגופו.

לעניין ההסכמה לאיסוף המידע, בתזכיר לתיקון חוק הגנת הפרטיות, שהפיץ משרד המשפטים, מוצע להוסיף הגדרה של המונח "הסכמה מדעת" - הסכמה אשר לשם קבלתה, נמסר המידע הדרוש באורח סביר על מנת להחליט האם להסכים לפגיעה בפרטיות או לא, והוא נמסר באופן המאפשר לאדם להבינו. כמו כן, מוצע בתזכיר כי איסוף מידע על אדם ברשת האינטרנט, שלא בדרך של פניה אליו, ילווה בהודעה שיצוין בה, בנוסף על האמור בחוק הקיים, גם עצם איסוף המידע ודרך איסופו.

4.1.2. תחולת החוק למניעת הטרדה מאיימת

הוועדה בחנה האם החוק למניעת הטרדה מאיימת עשוי לחול גם הוא על מעשים הנעשים ברשת האינטרנט, שתכליתם איסוף מידע אודות המשתמש, מבלי שהוא נתן את הסכמתו לאיסוף.

הוועדה מצאה כי גם החוק למניעת הטרדה מאיימת יכול לספק מסגרת חקיקתית להגנה מפני איסוף מידע ברשת האינטרנט מבלי שנושא המידע הסכים לאיסוף, וכי אין צורך, לפחות בשלב זה, בתיקוני חקיקה.

4.1.3. תחולת חוק האזנת סתר

הוועדה בחנה האם איסוף מידע ברשת האינטרנט, מבלי לבקש את הסכמת נשוא המידע, עשוי להיחשב האזנת סתר לפי חוק האזנת סתר.

הוועדה סבורה כי ככל שהדבר מתאים למצבים המוגדרים בחוק, ניתן להחיל את הוראות חוק האזנת סתר, וכי אין צורך, בשלב זה, לתקן את החוק.

4.1.4. תחולת חוק המחשבים

הוועדה בחנה האם ניתן לראות באיסוף מידע אודות המשתמש ברשת האינטרנט משום עוולה של חדירה שלא כדין לחומר מחשב כמשמעותו בחוק המחשבים, והגיעה למסקנה, שבשלב זה, אין צורך לתקן את החוק.

4.1.5. תחולת פקודת הניזקין - הסגת גבול במיטלטליו

הוועדה בחנה האם ניתן לראות באיסוף מידע ברשת האינטרנט ללא הסכמת המשתמש הסגת גבול במיטלטליו כמשמעותה בפקודת הניזקין, והגיעה למסקנה, שבשלב זה, אין צורך לתקן את החוק.

4.2. איסוף מידע בהסכמה לעצם האיסוף ובהעדר הסכמה לשימוש במידע

4.2.1 תחולת חוק הגנת הפרטיות

הוועדה דנה בשאלה, האם ניתן לראות באיסוף מידע אודות המשתמש ברשת האינטרנט, כאשר ניתנה הסכמה לאיסוף אך לא לשימוש במידע, פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות. הוועדה סבורה, כי ניתן להחיל את הוראות החוק גם על מעשים ברשת האינטרנט, ככל שהם מתאימים למצבים המוגדרים בחוק, מבלי לתקן אותו.

לעניין דיוור ישיר בחנה הוועדה האם קיים צורך בתיקון ההסדר הקבוע בחוק הגנת הפרטיות לצורך התאמתו לרשת האינטרנט. הוועדה סבורה, שאין צורך בהסדרים מיוחדים. יצוין, עם זאת, כי בתזכיר לתיקון חוק הגנת הפרטיות כלולה הצעה לפיה פניה לאדם בדיוור ישיר תצוין באופן בולט ככזו, וכן תינתן לו הודעה על זכותו שלא לקבל עוד את הדיוור הישיר. בהצעה זו יש כדי לפתור גם את בעיית הדיוור הישיר ברשת האינטרנט.

4.2.2 תחולת חוק עשיית עושר ולא במשפט

הוועדה בחנה האם ניתן להסתייע בחוק עשיית עושר ולא במשפט לעניין איסוף מידע על משתמשים ברשת האינטרנט, כאשר האיסוף נעשה בהסכמה אך לא ניתנה הסכמה לשימוש, כאשר השימוש עשוי להצמיח הכנסה למשתמש במידע. הוועדה סבורה, כי ניתן להסתייע בחוק בדרך של פרשנות, ואין צורך בתיקון החוק.

4.3. איסוף בהסכמה לאיסוף ולשימוש במידע

4.3.1 תחולת חוק הגנת הפרטיות

הוועדה בחנה את השאלה, האם תיתכן פגיעה בפרטיות המשתמש ברשת האינטרנט אשר הסכים הן לאיסוף והן לשימוש במידע שנאסף. השאלה מתעוררת מאחר שקיים ספק אם ההסכמה שניתנה אמנם הייתה הסכמה מדעת. הוספת הגדרת "הסכמה מדעת" שנכללת עתה בהצעת חוק לתיקון חוק הגנת הפרטיות, אמורה לענות על שאלה זו.

בנוסף, מוצע שתידרש גם מודעות לקיום חוזה השימוש באתר, שבו לרוב נמצאת הדרישה לקבלת הסכמת הגולש לאיסוף ושימוש במידע. ניתן להגביר מודעות זו, למשל, על ידי מיקום התקנון או תנאי השימוש כך שהגולשים יהיו מחויבים לעבור בהם על מנת להשתמש באתר.

4.3.2. תחולת חוק החוזים האחידים

הוועדה בדקה את תחולתו של חוק החוזים האחידים על רשת האינטרנט, משום שתקנוני האתרים ותנאי השימוש בהם מהווים חוזה אחיד כמשמעותו בחוק.

לדעת הוועדה החוק חל גם על חוזים אלקטרוניים אחידים, ושאלת קיפוח הלקוחות, תיבחן ביחס לכל חוזה לגופו.

5. פרק חמישי: הגנה על פרטיות קטינים ברשת האינטרנט

הוועדה בחנה את השאלה, האם יש צורך להעניק הגנה מיוחדת לפרטיותם של קטינים ברשת האינטרנט, לאור פגיעותם המיוחדת, ולאור הספק בדבר תקפותה של הסכמתם לאיסוף מידע אישי אודותיהם ברשת האינטרנט ולשימוש בו.

הוועדה מציעה, לאור הבעיות המיוחדות שהתעוררו בסוגיה זו, לא לקבוע הוראות מיוחדות בחוק, ולהסתפק במיצוי ההגנות הקיימות בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ובחוק הגנת הפרטיות.

עם זאת, מוצע לעודד את בעלי אתרי האינטרנט המקומיים לקבוע כללים בדבר הגנה על פרטיות הגולשים בכלל, ועל פרטיות קטינים בפרט. כך, למשל, מוצע שהאתרים יכללו בדף הבית שלהם קישור להודעה על מדיניות ההגנה על הפרטיות שנהוגה באתר. כמו כן, ככל שמדובר באתרים המיועדים לקטינים, מוצע לחייב אתרים להציג את המידע שהם מבקשים לאסוף אודות הקטין, האם בכוונתם להעבירו לצד שלישי, ולהדגיש את זכות ההורה לתת או להימנע מלתת את הסכמתו לאיסוף המידע, ואת הדרכים בהן ניתן למסור את ההסכמה.

כמו כן, מוצע לבצע פעולות הסברה בקרב ההורים, על מנת להגביר את מודעותם לסכנות הכרוכות בשימוש ילדיהם ברשת האינטרנט.