

בעניין: 1. אבי לן

2. עדי בנטוב-סילשי

שניהם ע"י ב"כ משרד עוה"ד גיא אופיר
מרח' כנרת 5 (מגדל ב.ס.ר. 3), בני ברק 5126237
טל': 03-5323650; פקס': 03-5325691

התובעים

- נגד -

1. Facebook, Inc.

2. Facebook Ireland Limited

ע"י ב"כ הרצוג פוקס נאמן, עורכי-דין
(על פי יפוי כח מוגבל לצרכי הליך זה)
מבית אסיה, רחוב ויצמן 4, תל אביב 6423904
טל': 03-6922020; פקס': 03-6966464

הנתבעות

סיכומים מטעם הנתבעות

הנתבעות, Facebook, Inc. ו-Facebook Ireland Limited (להלן ביחד: "הנתבעות" או "Facebook"), מתכבדות בזאת להגיש סיכומים מטעמן בתביעה שבכותרת.

בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את התביעה כנגד הנתבעות, ולחייב את התובעים, אבי לן ועדי בנטוב-סילשי (להלן ביחד: "התובעים"), בהוצאות שהיו כרוכות בניהול ההגנה בתיק זה, לרבות שכ"ט עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

תוכן עניינים

I.	פתח דבר.....	4.
II.	העובדות הרלוונטיות לעניין.....	7.
א.	שירות Facebook.....	7.
ב.	התובעים.....	8.
ג.	תנאי השימוש והמדיניות של Facebook.....	8.
ד.	התובעים הפרו במכוון את תנאי השימוש של Facebook.....	10.
ה.	לתובעים ישנה גישה לשירות Facebook בתור משתמשים בעלי פרופילים אישיים ב-Facebook וביכולתם ליצור דפים חדשים שאינם מפרים את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook.....	13.
III.	ראיות התובעים הינן בלתי-קבילות ועדויותיהם נמצאו בלתי אמינות.....	14.
א.	התובעים שינו את גרסתם שלא כדין והגישו מסמכים חדשים, והכל תוך סטיה מהטענות שהועלו בכתב התביעה.....	14.
ב.	עדויות התובעים נמצאו בלתי אמינות ורוויות סתירות.....	20.
ג.	הנתבעות סיפקו עדות אמינה ומפורטת.....	22.
IV.	התובעים לא עמדו בנטל להוכיח אף לא אחת מעילות התביעה שבכתב התביעה.....	23.
א.	הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי Facebook נעשתה בהתאם לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook.....	23.
	1. החוזה החל.....	23.
	2. סעיפים 13 ו-14 ל-SRR אינם מהווים תניות מקפחות בחוזה אחיד.....	25.
	3. התובעים הפרו הפרה יסודית את ה-SRR ואת תנאי הדפים.....	27.
ב.	התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי Facebook היא גוף "דו-מהותי" או "מונופול" הכפוף לחובות מוגברות מכוח המשפט הציבורי ו/או דיני ההגבלים העסקיים.....	29.
	1. התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי Facebook היא גוף "דו מהותי" הכפוף לכללי המשפט הציבורי.....	30.
	2. התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי Facebook היא "מונופול" לפי חוק ההגבלים העסקיים.....	33.
ג.	הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" לאור ההפרות הרבות והמתמשכות של תנאי השימוש על ידי התובעים אינה עולה כדי "התערבות בלתי הוגנת" והתגובות שמסרה Facebook לעיתונות אינן עולות כדי "תיאור כוזב".....	35.

1. אין מדובר ב"התערבות בלתי הוגנת".....35
 2. אין מדובר ב"תיאור כוזב".....36
- ד. לא עומדת לתובעים עילת תביעה בעוולת לשון הרע בגין תגובות Facebook, שהיה בהן משום אישור של העובדות בדבר התנהלותם הפסולה של התובעים.....36
1. תגובותיה של Facebook לעיתונות לא עולות כדי לשון הרע.....37
 2. תגובותיה של Facebook לעיתונות הן אמירות אמת הראויות להגנות הקבועות בחוק.....38
 3. התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי נגרמו להם נזקים כלשהם כתוצאה מלשון הרע הנטענת.....40
- ה. Facebook לא הפרה את זכויות הקנין הרוחני הנטענות של התובעים.....40
1. התובעים לא הוכיחה קיומה של זכות יוצרים.....40
 2. התובעים לא הוכיחו אף פעולה של הפרה.....41
 3. לא מתקיימת הפרה של סימן מסחר.....42
 4. טענות התובעים להפרת זכויות קנין רוחני צריכה אף להידחות מאחר שהסעד המבוקש הינו גורף וערטילאי ויצריך את Facebook לנטר באופן אקטיבי את שירות Facebook.....43
- ו. התובעים לא עמדו בנטל להוכיח פגיעה בפרטיות.....45
- ז. התובעים לא הוכיחו רשלנות.....45
- V. דרישתם המופרכת של התובעים לסעדים.....46
- VI. הנתבעת 1 הינה נתבעת לא נכונה והתביעה כנגדה צריכה להיות מסולקת.....47
- VII. סוף דבר.....48

I. פתח דבר

1. התובעים הגישו תביעה זו בתגובה להחלטת Facebook לאכוף כלפיהם, באופן מוצדק, את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook, להם הסכימו התובעים. העובדה כי עסקינן בתביעה חסרת כל יסוד, מצאה ביטוי עוד בכתב התביעה, במסגרתו זרקו התובעים האשמות מכל הבא ליד כנגד הנתבעות בתקווה שמשו יתפוס. ואולם, האמת היא, כי אין ביסוד העילות הרבות שנטענו בתביעה דבר מלבד תיאוריות מופרכות וקונספירטיביות. למעשה, בכל שלב אפשרי בהליכי התביעה, התובעים שינו פעם אחר פעם את טענותיהם, ואף העלו לפתע טענות חדשות, וזאת במטרה ליצור רושם (שגוי) כאילו עומדת להם עילת תביעה כלשהי כנגד הנתבעות.

2. דא עקא, העת להעלאת האשמות בלתי מבוססות חלפה כבר מזמן. אין כל דמיון בין הראיות שהוצגו במסגרת שלב ההוכחות (כלומר, העובדות הרלוונטיות לעניין) לבין הטענות מרחיקות הלכת שהועלו על ידי התובעים בכתב התביעה. הראיות דווקא הראו, כי התובעים הגדישו את הסאה בכל שלב של התדיינות משפטית זו – בעילות התביעה שנטענו, בסעדים שהתבקשו, ובמסקנות השגויות שהתובעים ביקשו מבית המשפט הנכבד להסיק מהעדויות ומהמסמכים בתיק. התובעים כשלו מלעמוד בנטל ההוכחה הנדרש ביחס **לכל** עילות התביעה שנטענו בכתב התביעה. לפיכך, על בית המשפט הנכבד לדחות את התביעה.

3. העובדות בבסיסה של תביעה זו הינן פשוטות. התובעים הקימו וניהלו דף Facebook ששמו "סטטוסים מציצים". התובעים היו יכולים לרכוש domain ברשת האינטרנט, וכך להקים לעצמם אתר אינטרנט עצמאי משלהם, אך הם בחרו שלא לעשות כן, אלא לעשות שימוש בשירות Facebook, אשר ניתן בחינם, לצורך שיתוף תכנים. בכך שבחרו לעשות שימוש בשירות Facebook, הכפיפו עצמם התובעים לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook (Statement of Rights and Responsibilities, להלן: "ה-SRR") ולתנאי הדפים של Facebook ("Pages Terms", להלן: "תנאי הדפים"). תנאים אלו נועדו ליצור ולשמר פלטפורמה בטוחה, אמינה ומוצלחת, המאפשרת לכל משתמשי Facebook לשתף תכנים ולהפוך את העולם למקום פתוח ומחובר יותר.

4. חרף זאת, התובעים ראו עצמם פטורים מלציית לתנאי השימוש. תנאי השימוש של Facebook קובעים, כי **"מודעות של צד שלישי בדפים אסורות, אלא אם ניתנה רשות לכך מראש"** (ובנוסח באנגלית: **"Third party advertisements on Pages are prohibited, without our prior permission"**).¹ הוראה זו חשובה משתי סיבות עיקריות: (1) על מנת להפחית, ככלל, פרסום של תכנים ממומנים שאינם מגולים לגולשים ככאלה, כנדרש על פי דינים שונים; (2) על מנת להגן על המודל העסקי של Facebook, ולאפשר לה לפקח על מכירת פרסומות, כדי שתוכל להמשיך לספק שירות חיוני לכלל משתמשיה. תנאי השימוש של Facebook אמנם תוקנו במהלך השנים, אך תמיד נכלל בהם איסור על משתמשי שירות Facebook לכלול בדפי Facebook פרסומות של צדדים שלישיים בתמורה לתשלום, מבלי לקבל לכך אישור מראש מ-Facebook.

5. התובעים בחרו מרצונם החופשי להפר את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook. התובעים רקמו בחשאי תוכנית עסקית משוכללת למכירת פרסומים ("פוסטים") בדף "סטטוסים מציצים" למשתמשים ולמפרסמים. הם עשו זאת מאחורי גבה של Facebook במשך מספר שנים, והרוויחו סכומי כסף נכבדים (לכל הפחות בסך 250 אלף ש"ח).

6. בסוף שנת 2014 ובתחילת שנת 2015, התובעים ניסו לקדם את תוכניתם "לעשיית כסף" לשלב הבא. התובעים תיארו, בכתב, בדיוק איך הם מכרו "פוסטים" בדף "סטטוסים מציצים" ואת הסכומים

¹ סעי' A בפרק III לתנאי הפעלת הדפים, נספח "4" לתצהיר מר Milner מיום 15.3.2016 (להלן: "תצהיר Milner").

שגבו בתמורה.² זה השלב שבו מזימתם של התובעים דלפה לתקשורת, הפכה פומבית, ונודעה ל-Facebook.

7. אין כל ספק כי התנהלותם של התובעים עולה כדי הפרה של תנאי השימוש של Facebook. למעשה, התובעים הודו זה מכבר, כי הפרו את תנאי השימוש של Facebook ביוזעין, וכי הסתירו במכוון את התנהלותם מפני Facebook. ובלשונה של התובעת 2 בתיאורה את התנהלות התובעים: "ידענו שזה אסור. הכעס של הציבור עלינו נבע מכך שלא יידענו אותו איזה סטטוס הוא ממומן. אבל לא יכולנו לעשות את זה, כי אז פייסבוק היו יודעים".³ וכפי שהסביר גם התובע 1 באמירה דומה: "לא גילינו כי לא יכולנו לגלות".⁴

8. כתוצאה מכך, החלה Facebook לחקור את הדף "סטטוסים מצייצים". בנוסף להודאות התובעים עצמם בכלי התקשורת בנוגע לשימוש הפסול שעשו בדף, Facebook Ireland גילתה מספר הפרות ברורות של תנאי השימוש בדף "סטטוסים מצייצים". לאור הפרות אלו, ובהתאם לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook, הסירה Facebook Ireland את הגישה לדף "סטטוסים מצייצים" משירות Facebook.⁵

9. חרף העובדה ש-Facebook אכפה, באופן מוצדק, את תנאי השימוש, התובעים הגישו תביעה זו, במסגרתה טענו לעילות תביעה מופרכות שונות, ולעיתים קרובות אף סותרות. התובעים עותרים לצו המחייב את הנתבעות לאפשר לדף "סטטוסים מצייצים" לפעול בשירות Facebook, וכן לסעדים כספיים נוכח נזקים נטענים שנגרמו להם כתוצאה מהתנהלותם הפסולה. על אף שאין הדבר ברור מתוך עיון בכתב התביעה, נדמה כי אלו עילות התביעה להן טוענים התובעים:

(1) **הפרת הסכם מצד הנתבעות:** למרות הודאת התובעים בהפרת תנאי השימוש, התובעים טוענים, כי מעולם לא הפרו את תנאי השימוש של הנתבעות או כי אם הפרו את התנאים לא היתה זו הפרה המצדיקה להסיר את הדף "סטטוסים מצייצים" משירות Facebook. למרות שכל הראיות מוכיחות אחרת, התובעים ממשיכים לטעון, כי הנתבעות הפרו את תנאי השימוש שלהן בכך שהסירו את הדף ללא סיבה מספקת. עילת תביעה זו חסרת כל בסיס ואינה נתמכת בתשתית ראייתית כלשהי.

(2) **הסכם בלתי אכיף:** במקביל, ובסתירה לטענותיהם שלהם עצמם, התובעים טוענים, כי תנאי השימוש של הנתבעות הינם בלתי אכיפים, ובכך מבקשים לשלול מהנתבעות את האפשרות לשלול בפלטפורמה שלהן ולרפא את התנהלותם הפסולה של התובעים. טענות התובעים בעניין זה עומדות בסתירה לא רק ביחס לטענותיהם האחרות, אלא אף ביחס להוראות הדין.

(3) **הפרה של כללי המשפט הציבורי:** התובעים טוענים, כי הנתבעות מהוות "גוף דו מהותי" חיוני, המפר את כללי המשפט הציבורי בישראל בכך שמפלה, כביכול, את התובעים ומטיל עליהם סנקציה בגין השימוש שעשו בשירות Facebook. אלא שהתובעים לא הציגו כל ראיה או בסיס

² ראה **נספח "10"** לתצהיר Milner (המחירון שפרסמו התובעים בסוף שנת 2014, אשר נכלל בכתבות שפורסמו בעיתונות בחודש ינואר 2015).

³ כתבה ב"ישראל היום" מיום 22.4.2015 תחת הכותרת "אבי ועדי לן מציגים: סטטוס של יום חדש" ("**מ/1**" ו**נספח "15"** לתצהיר Milner).

⁴ ראיון מיום 22.1.2015 לכתבת קרן מרצינו ב"תכנית חסכון" בערוץ 2 (תמלול הראיון ב**נספח "12"** לתצהיר Milner).

⁵ פעולותיה של Facebook Ireland היו אף מידתיות. אמנם הגישה לדף "סטטוסים מצייצים" הוסרה משירות Facebook, אך התובעים שניהם עדיין משתמשים פעילים בשירות Facebook. לכל אחד מהתובעים ישנו פרופיל Facebook באמצעותו הם יכולים לעשות שימוש בשירות Facebook.

לתמיכה בטענות אלו: הנתבעות אינן רשויות ציבוריות; לא הוקמו מכוח הוראה סטטוטורית בדיון הישראלי; אינן תחת שליטה או פיקוח של רשויות ציבוריות; אינן פועלות במימונה של רשות ציבורית כלשהי; אינן פועלות כזרוע ארוכה של רשות ציבורית כלשהי; ואינן מספקות שירות ציבורי חיוני כלשהו. יתרה מזו, החלטתה של Facebook Ireland להסיר את הדף "סטטוסים מצייצים" אינה מפרה את כללי המשפט הציבורי בישראל.

(4) **הפרה של חוק ההגבלים העסקיים:** עוד טוענים התובעים, כי הנתבעות מהוות "מונופול" פרטי, כביכול, המפר את חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), בכך שהן מונעות באופן בלתי סביר מהתובעים שימוש בשירות Facebook. יש לדחות טענה זו על אחר, שכן התובעים מעולם לא הציגו כל ראיה ביחס להגדרת השוק הרלוונטי ו/או נתח השוק של הנתבעות. למעשה, הנתבעות אינן מהוות מונופול. יתר על כן, החלטתה של Facebook Ireland להסיר את הדף "סטטוסים מצייצים" אינה מהווה סירוב בלתי סביר לספק שירות לתובעים, שכן הסרת הדף היתה מוצדקת.

(5) **הפרה של חוק עוולות מסחריות:** התובעים טוענים במקביל, כי הנתבעות הגבילו, באופן בלתי הוגן, את הגישה לעסק שלהם – ובכך למעשה מודים, שוב, כי עסקו בפעילות למטרת רווח באמצעות מכירת "פוסטים" בדף "סטטוסים מצייצים". התובעים לא הוכיחו את יסודות העוולות הנטענות על מנת שתקום להם עילה מכוח חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק עוולות מסחריות"). כאמור לעיל, הנתבעות נקטו בפעולה מידתית והולמת, בהתאם לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook, על מנת לשים סוף להתנהלותם הפסולה של התובעים.

(6) **לשון הרע:** התובעים טוענים, כי התגובות שנמסרו על ידי הנתבעות לעיתונות, בהן אישרו כי התובעים הפרו את תנאי השימוש של Facebook, כפי שהודו התובעים עצמם, מהוות, כביכול, לשון הרע ותיאור כוזב. עילות אלו אינן מחזיקה מים, הואיל וכל שעשו הנתבעות היה לאשר את ההפרה בה הודו התובעים עצמם, תוך מסירת תגובות אמת שלא הזיקו לתובעים בכל דרך שהיא.

(7) **הפרת זכויות קניין רוחני:** התובעים טוענים ללא כל בסיס, כי הנתבעות לא הסירו דפי Facebook ה"מחקים", כביכול, את הדף "סטטוסים מצייצים", תוך הפרה של זכויות הקניין הרוחני הנטענות של התובעים. בדומה למרבית עילות התביעה הנטענות, התובעים כשלו מלהציג ראיה כלשהי ביחס לעילת תביעה זו, לרבות ראיה לקיומם של דפים ה"מחקים", כביכול, את הדף "סטטוסים מצייצים". למרבה הפלא, עילה זו נטענה אף ללא כל ראיה לכך שהתובעים יצרו תוכן הזוכה להגנה מכוח דיני זכויות יוצרים או שקיים בעניינו סימן מסחר כלשהו.

(8) **חוק הגנת הפרטיות:** התובעים טוענים, כי הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי הנתבעות, וכל הגבלה של שימוש התובעים בשירות Facebook, עולה כדי הפרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות"). אולם, בדומה ליתר עילות התביעה, טענות התובעים אף אינן מקימות כל עילה מכוח חוק הגנת הפרטיות, והתובעים לא הוכיחו אף לא אחד מיסודות העוולות הנטענות.

(9) **עוולת הרשלנות:** התובעים טוענים, כי הנתבעות התרשלו באכיפתן את תנאי השימוש והמדיניות שלהן והסרת הדף "סטטוסים מצייצים". עילה זו חסרת כל הגיון, בהתחשב בכך שהתובעים אפילו לא עמדו בנטל להוכיח, כי הנתבעות הפרו חובת זהירות כלשהי כלפי התובעים.

10. נוכח הראיות שהוצגו בהליך זה, ברי כי התובעים לא עמדו בנטל ההוכחה והשכנוע הנדרשים על מנת שתקום להם עילה באילו מעילות התביעה הנטענות. מכאן מתחייבת המסקנה, כי העילות האמורות נטענו מלכתחילה חרף היותן מופרכות, שכן בידי התובעים לא היתה כל יכולת להציג אף לא תשתית עובדתית או ראייתית מינימאלית לצורך הוכחתן.

11. יתרה מכך, על בית המשפט הנכבד להתעלם אף מחלק גדול מהבסיס העובדתי המועט שהוצג על ידי התובעים, שכן התובעים העלו, באופן פסול, טענות חדשות (וצירפו מסמכים חדשים בתמיכה להן) במסגרת תצהירי העדות הראשית שלהם, ואף העלו טענות חדשות בסיכומיהם (טענות שלא נכללו בכתב התביעה). כפי שיפורט בהרחבה בפרק III(א) שלהלן, טענותיהם החדשות של התובעים, והמסמכים החדשים שצורפו על ידם, עומדים בסתירה חזיתית להודאותיהם הקודמות ולטענותיהם בכתב התביעה.

12. לא זו בלבד, אלא שהראיות שהוצגו מוכיחות בבירור, כי התובעים הפרו במכוון את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook. התובעים התעשרו בסכום של לפחות רבע מיליון ש"ח, באמצעות מכירה, שלא כדין, של "פוסטים" בדף "סטטוסים מצייצים". הנתבעות אכפן, באופן מוצדק, את תנאי השימוש והמדיניות שלהן, וזאת כדי לספק למשתמשיהן פלטפורמה בטוחה ונאותה. לתובעים אין כל זכות לגיטימית לקבלת סעד לטובתם, ועל כן על בית המשפט הנכבד להכריע בתובענה זו לטובת הנתבעות.

II. העובדות הרלוונטיות לעניין

א. שירות Facebook

13. Facebook הוא שירות אינטרנטי של רשת חברתית המאפשר למשתמשים ליצור קשר זה עם זה ולשתף מידע עם חבריהם ובני משפחתם.⁶ לשירות Facebook יש כיום 1.86 מיליארד משתמשים פעילים מדי חודש. שירות Facebook הוא שירות חינמי ווולונטרי לחלוטין.⁷ משתמשי Facebook בוחרים להצטרף לשירות, ללא כל עלות, ויכולים להפסיק להשתמש בשירות בכל עת שירצו.

14. לצורך פתיחת חשבון Facebook, מסכימים משתמשי השירות ל-SRR.⁸ ה-SRR מהווה התקשרות חוזית בין Facebook לבין משתמשיה.⁹ התנאים הקבועים ב-SRR מקנים למשתמשים הן זכויות והן חובות ביחס לשימוש בשירות Facebook. בעת ההרשמה הראשונית לשירות Facebook, המשתמשים מסכימים לתנאי ה-SRR, ומכירים בכך שה-SRR עשוי להשתנות מעת לעת, ובכך שהמשך השימוש בשירות Facebook עולה כדי הסכמה לאותם שינויים.¹⁰

15. לאחר ההרשמה לשירות Facebook והסכמה לתנאי ה-SRR, המשתמשים יוצרים באופן אוטומטי, פרופיל אישי. בנוסף, למשתמשי Facebook יש את היכולת ליצור ולנהל "דפים", ללא עלות, ברשת החברתית. בשונה מפרופיל אישי, אשר תמיד מתייחס לאדם ספציפי, דפים מאפשרים לעסקים, מותגים וארגונים לשתף את התכנים שלהם וליצור קשרים עם אנשים.¹¹

⁶ סעי' 5 לתצהיר Milner.

⁷ סעי' 1 לתצהיר Milner מיום 18.10.2015, שניתן בתמיכה לתשובת הנתבעות לבקשת התובעים לסעדים זמניים.

⁸ ראה סעי' 6 לתצהיר Milner ומסד ההרשמה של Facebook (נספח "3" לתצהיר Milner).

⁹ סעי' 6 לתצהיר Milner.

¹⁰ פסקת הפתיחה בתנאי השימוש (נספח "1" לתצהיר Milner):

"By using or accessing the Facebook Services, you agree to this Statement, as updated from time to time in accordance with Section 13 below".

ראה גם סעי' 13(3) לתנאי השימוש (נספח "1" לתצהיר Milner):

"Your continued use of the Facebook Services, following notice of the changes to our terms, policies or guidelines, constitutes your acceptance of our amended terms, policies or guidelines".

¹¹ סעי' 8 לתצהיר Milner.

ב. התובעים

16. התובעים, אבי לן (התובע 1) ועדי בנטוב-סילשי (התובעת 2), הינם אנשי מקצוע בעלי ניסיון רב שנים בתחום התקשורת המודפסת והאינטרנטית, ובפרט בתחום הפרסום. התובע 1, עבד עשרות שנים ב"ידיעות אחרונות", לרבות במשרת עורך מוסף ולאחר מכן היה העורך הראשי של אתר *img* מעריב.¹² התובעת 2 עבדה שנים רבות במשרד פרסום והתמחתה בפרסום ושיווק דיגיטלי בפלטפורמות חברתיות.¹³

17. התובעים הם משתמשי Facebook, אשר יצרו וניהלו את הדף "סטטוסים מצייצים". הדף היה קיים בזמנו, בכתובת ה-URL הבאה: <https://www.facebook.com/lan2lan.StatusHunter>.¹⁴

ג. תנאי השימוש והמדיניות של Facebook

18. בכתב התביעה, התובעים עצמם מכירים בכך שהשימוש בשירות Facebook כפוף לתנאי ה-SRR ולתנאי הדפים.¹⁵

19. התובעים הפנו במסגרת כתב התביעה ל-SRR בגרסתו מיום 30.1.2015, אשר אף צורף לכתב התביעה,¹⁶ וכן לתנאי הדפים מיום 16.1.2015.¹⁷ אולם, הגרסאות של ה-SRR ושל תנאי הדפים שהיו בתוקף ביום האחרון לקיומו של הדף "סטטוסים מצייצים", הם ה-SRR מיום 15.11.2013 ותנאי הדפים מיום 14.7.2014. אלו הם המסמכים שהיו בתוקף במועד הסרת הדף "סטטוסים מצייצים", ולפיכך מסדירים את מערכת היחסים בין הצדדים.

20. יחד עם זאת, אין משמעות להבחנה בין הגרסאות השונות האמורות של ה-SRR ותנאי הדפים, שכן ה-SRR מיום 30.1.2015 ומיום 15.11.2013, ותנאי הדפים מיום 16.1.2015 ומיום 14.7.2014, כוללים הוראות זהות בכל העניינים הנוגעים לתביעה זו.

21. ההוראה הרלוונטית הראשונה היא סעיף ב-SRR שכותרתו "Termination" ("סיום"), הקובע כי:

"If you violate the letter or spirit of this Statement, or otherwise create risk or possible legal exposure for us, we can stop providing all or part of Facebook to you."¹⁸

22. כך, כספקית הפלטפורמה, Facebook שומרת לעצמה את הזכות להפסיק את ההתקשרות ו/או להפסיק לספק חלק משירותי Facebook למשתמשים המפרים את ה-SRR. סעיף ה-Termination (סיום) הופיע בכל הגרסאות של ה-SRR, אף עובר להקמת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי התובעים.¹⁹

¹² ראה כתבה שפורסמה ב"ישראל היום" ביום 22.4.2015 תחת הכותרת "אבי ועדי לן מציגים: סטטוס של יום חדש" (נספח "15") לתצהיר Milner; ("נ1").

¹³ עדות התובעת 2, פרוטוקול הדיון מיום 12.11.2015, עמ' 3, ש' 13-31.

¹⁴ סעי' 18 לתצהיר Milner.

¹⁵ ראה, למשל, סעי' 81, 105, 113, 115 וכן 141-142 לכתב התביעה.

¹⁶ נספח "ט" לכתב התביעה ונספח "1" לתצהיר Milner.

¹⁷ נספח 4A לתצהיר Milner.

¹⁸ סעי' 14 ל-SRR מיום 30.1.2015 (נספח "1A" לתצהיר Milner) וסעי' 15 ל-SRR מיום 15.11.2013 (נספח "2" לתצהיר Milner).

¹⁹ ראה סעי' 14 ל-SRR מיום 28.8.2009 (הוגש לבית המשפט הנכבד בדיון מיום 12.11.2015 בבקשת התובעים לסעדים זמניים, "מש/4").

23. בדומה, סעי' 5.2 ל- SRR קובע כי Facebook :

"can remove any content or information you post on Facebook if [it] believes that it violates this Statement or our policies."²⁰

24. תניות אלו נועדו לצורך אכיפת תנאי השימוש והמדיניות, על מנת להבטיח כי שירות Facebook נותר פלטפורמה בטוחה, המספקת חווית משתמש חיובית לכל משתמשי השירות. בנוסף, סעיף ה"סיום" ("Termination") מקנה למשתמשים, באופן הדדי, את הזכות להפסיק את השימוש בשירות Facebook בכל זמן שיחפצו בכך.

25. כמו כן, נקבע ב- SRR בסעיף שכותרתו "Special Provisions Applicable to Pages" ("סעיפים מיוחדים החלים על דפים"), כי :

"If you create or administer a Page on Facebook ... you agree to our Pages Terms."²¹

26. תנאי הדפים הם חלק בלתי נפרד מה- SRR והם קובעים את ההוראות והתנאים החלים על תכנים בכל דפי Facebook. המשתמשים מופנים לתנאי הדפים באמצעות "הקלקה" על המילים "Pages Terms" ("תנאי השימוש בדפים") במסמך ה- SRR, ויכולים גם לעיין בתנאי הדפים בעת יצירת דף בשירות Facebook. משכך, שימוש התובעים בדף "סטטוסים מציצים", היה כפוף להתחייבויותיהם החוזיות להוראות תנאי הדפים (בנוסף להוראות ה- SRR).²²

27. ההוראה הרלוונטית לתביעה זו, הינה ההוראה הברורה והחד-משמעית הכלולה בתנאי הדפים, לפיה אסור למפעילי דפים לכלול בדפים פרסומות של צדדים שלישיים, מבלי לקבל אישור מוקדם לכך מראש מ- Facebook.²³ איסור זה השתנה קלות במהלך השנים לנוסח הבא, שהופיע גם בגרסה האחרונה של תנאי הדפים, עובר להסרת הדף "סטטוסים מציצים" :

"Third party advertisements on Pages are prohibited, without [Facebook's] prior permission"²⁴

הנוסח הקודם של הסעיף היה :

"Third party advertisements on Pages are prohibited"²⁵

יובהר, כי האיסור על פרסומות של צדדים שלישיים בדפים, מבלי לקבל לכל הפחות אישור מוקדם מ- Facebook, היה קיים בכל הגרסאות של תנאי הדפים, וזאת ללא תלות בשאלה מה היה נוסחו המדויק של הסעיף.

²⁰ סעי' 5.2 ל- SRR מיום 30.1.2015 (נספח "1A" לתצהיר Milner) וכן ל- SRR מיום 15.11.2013 (נספח "2" לתצהיר Milner).

²¹ סעי' 11 ל- SRR מיום 30.1.2015 (נספח "1A" לתצהיר Milner) וסעי' 12 ל- SRR מיום 15.11.2013 (נספח "2" לתצהיר Milner).

²² ראה סעי' 11 לתצהיר Milner.

²³ ראה סעי' 12 לתצהיר Milner.

²⁴ סעי' A לפרק III לתנאי הדפים מיום 16.1.2015 (נספח "4A" לתצהיר Milner), מיום 14.7.2014 (נספח "7" לתצהיר Milner), ומיום

27.8.2013 (נספח "6" לתצהיר Milner).

²⁵ סעי' 7 לתנאי הדפים מיום 10.2.2011 (נספח "5" לתצהיר Milner).

28. הוראה זו חשובה משתי סיבות עיקריות: (1) על מנת להפחית, ככלל, פרסום של תכנים ממומנים שאינם מגולים לגולשים ככאלה, כנדרש על פי דינים שונים; (2) על מנת להגן על המודל העסקי של Facebook, ולאפשר לה לפקח על מכירת פרסומות, כדי שתוכל להמשיך לספק שירות חיוני לכלל משתמשיה.

ד. התובעים הפרו במכוון את תנאי השימוש של Facebook

29. התובעים מכרו ופרסמו מודעות פרסום של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מציצים", על אף שידעו כי פרסומים אלו מפריס את תנאי השימוש של Facebook. תנאי הדפים מעולם לא אפשרו את התנהלות התובעים, וכל טענה אחרת מצידם של התובעים אינה נתמכת בכל ראיה מכל סוג שהוא. אכן, התובעים ידעו כי ה-SRR ותנאי הדפים אסרו לכלול פרסומות של צדדים שלישיים בדפים. התובעים הודו בכך בהודמנויות רבות שונות בימים שלאחר הסרת הדף "סטטוסים מציצים".²⁶

30. התובעים המשיכו לפרסם כעניין שבשגרה מודעות מסוג זה בדף "סטטוסים מציצים" במשך כל תקופת פעילות הדף. כפי שהודו התובעים עצמם, הם עסקו בפעילות זו בחשאי, בידיעה שהיא מפרה את תנאי השימוש של Facebook, וזאת על מנת להמשיך להפיק רווחים מבלי שהדבר יתגלה ל-Facebook.²⁷

31. התובעים מעולם לא ביקשו מ-Facebook אישור לפרסם פרסומות של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מציצים".²⁸ לא הוצגה כל ראיה המצביעה על כך שהתובעים ביקשו אישור כזה. כמו כן, Facebook לא היתה מודעת לשימוש המפר שעשו התובעים בדף "סטטוסים מציצים".²⁹

32. ל-Facebook Ireland נודע לראשונה, כי התובעים מפרסמים פרסומות של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מציצים", בסמוך ליום 14.1.2015, כאשר התקבלה ב-Facebook Ireland פנייה ממערכת עיתון "גלובס" בנוגע למעשי התובעים.³⁰

33. לאחר שנודע ל-Facebook Ireland על כך, צוות ה-Facebook Ireland Community Operations ב-Facebook Ireland בתן את הדף "סטטוסים מציצים", מצא בו הפרות בוטות של ה-SRR ובפרט של סעי' A לפרק III לתנאי הפעלת הדפים, ולפיכך החליט להסיר את הדף משירות Facebook.³¹ הדף "סטטוסים מציצים" הוסר משירות Facebook ביום 16.1.2015.³²

34. אין חולק, כי התובעים אכן פרסמו תמורת תשלום תכנים פרסומיים של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מציצים". התובעים הודו בכך, פעם אחר פעם, ואף ציינו כי הם גרפו לכיסם סכום של לפחות 250,000 ש"ח כתוצאה מפעילות זו.³³

35. ראשית, התובעים הודו בזמן אמת, כי אכן גבו כספים מצדדים שלישיים לצורך קידום תכנים בדף "סטטוסים מציצים".³⁴

²⁶ ראה, למשל, פניית התובעים ל-Facebook מיום 17.1.2015 ("נספח 16" לתצהיר Milner); וכן ראיון מיום 22.1.2015 לכתבת קרן

מרצינו ב"תכנית חסכון" בערוץ 2 (תמלול הראיון בנספח 12" לתצהיר Milner).

²⁷ ראה כתבה מיום 22.4.2015, שפורסמה ב"ישראל היום" ("נספח 15" לתצהיר Milner; "נ/1").

²⁸ ראה סעי' 22 לתצהיר Milner.

²⁹ ראה סעי' 19 לתצהיר Milner.

³⁰ ראה סעי' 19 לתצהיר Milner וחקירת מר Milner בפרוטוקול 12.11.2015, עמ' 61, שי' 1-7.

³¹ ראה סעי' 20-22 לתצהיר Milner; וראה גם פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 81, שי' 21-23; וכן פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 152, שי' 23-26.

³² ראה סעי' 22 לתצהיר Milner.

³³ סעי' 23 לתצהיר Milner; ראה לדוג', סעי' 13 וסעי' 192 לסיכומי התובעים.

³⁴ סעי' 23-25 לתצהיר Milner.

36. ראו למשל, תגובת התובעים לכתבה ב"גלובס" מיום 14.1.2015, שכותרתה "כמה עולה לפרסם סטטוס בעמוד ה-Facebook סטטוסים מצייצים?":

"לן [התובע 1 – הח"מ] אישר את הדברים ומסר בתגובה כי 'סטטוסים מצייצים' ... כמו גופי תקשורת מובילים אחרים, משתמש בפלטפורמות השונות ובנכסיו הדיגיטליים להעביר גם תוכן במסגרת שיתופי-פעולה ממומנים. ... גם לנו שמורה הזכות לבצע עסקאות תוכן שיווקי."³⁵

37. בדומה, בריאיון עם שני התובעים בחדשות ערוץ 10 מיום 31.1.2015 (צילום הריאיון מופיע בכתובת: <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1107165>) הודה התובע 1 כי הרוויח "250 אלף ש"ח" ממכירת סטטוסים של חברות מסחריות בדף.³⁶

38. לא זו בלבד שהתובעים הודו בפרסום תכנים בדף בעבור תשלום, אלא שהם אף הודו במפורש כי הדבר נעשה תוך הפרה מודעת מצידם של תנאי השימוש, וכי לכן אף הסתירו את מעשיהם.

39. כך, בריאיון שנערך עם התובעים לכתבת קרן מרציאנו ב"תכנית חסכון" בערוץ 2 ביום 22.1.2015 (צילום הריאיון בכתובת: <http://youtube.com/watch?v=TZeibgY95Vs>), הודו התובעים, כי הם עברו על תנאי השימוש של Facebook, וכי הסתירו זאת במכוון. כפי שציין התובע 1 בריאיון:

"אכן, עברנו על הכללים, אבל מיד מיד הודנו בטעות שלנו, התנצלנו, וגם הבטחנו שלעולם לעולם זה לא יקרה יותר ... כל גולש שהרגיש מרומה כתוצאה מזה שלא גילינו, לא גילינו כי לא יכולנו לגלות."³⁷

40. והתובעת 2 הוסיפה:

"אנחנו עברנו עבירה ופרסמנו פוסטים ספורים, באמת ספורים, של חברות מסחריות בלבד."³⁸

41. התובע 1 אישר בחקירתו הנגדית, כי הדברים נאמרו על ידי התובעים במסגרת הריאיון.³⁹ בנוסף, הדברים שנאמרו על ידי התובעים בריאיון הנ"ל אף צוטטו בכתבה שפורסמה בגלובס ביום 22.1.2015.⁴⁰

42. בכתבה שפורסמה ב"ישראל היום" מספר חודשים לאחר מכן, ביום 22.4.2015 תחת הכותרת "אבי ועדי לן מצייצים: סטטוס של יום חדש", הודו התובעים שוב בהפרת תנאי השימוש, תוך הסתרה מכוונת של ההפרה. כפי שאמר התובע 1:

"התפרסמו אצלנו במהלך חמש שנים 30-35 פוסטים שמישהו שילם עבורם ... למשל, קמפיין 'בעד עצמי', קמפיין חברתי של 'דאב' שהשתתפה בו שרית חדד או הקמפיין של 'פנטן' לעידוד תרומות שיער עבור פאות לחולות סרטן ... היו סרטונים

³⁵ נספח "8" לתצהיר Milner.

³⁶ תמלול הריאיון צורף כנספח "14" לתצהיר Milner.

³⁷ תמלול הריאיון צורף כנספח "12" לתצהיר Milner.

³⁸ נספח "12" לתצהיר Milner.

³⁹ פרוטוקול מיום 23.3.2016, עמ' 162, ש' 6-15.

⁴⁰ נספח "13" לתצהיר Milner.

של חברות למשקאות קלים או סרטונים בנושא מיחזור ... ידענו שבתקנון כתוב שאסור לקדם סטטוסים בתשלום, אבל ראינו שכולם עושים את זה".⁴¹

43. והתובעת 2 הוסיפה:

"ידענו שזה אסור. הכעס של הציבור עלינו נבע מכך שלא יידענו אותו איזה סטטוס הוא ממומן. אבל לא יכולנו לעשות את זה, כי אז Facebook היו יודעים. בקיצור, מלכוד".⁴²

44. לא זו בלבד שהתובעים הודו בפרסום תכנים בתשלום, ובהפרת תנאי השימוש, בראיונות שונים ותגובות שמסרו לאמצעי התקשורת, אלא שהם אף עשו כן בפנייתם בכתב מיום 17.1.2015 ל-Facebook Ireland באמצעות מנגנון יצירת הקשר שבאתר Facebook, שם ציינו התובעים, כי הפרו (לטענתם המיתממת "שלא בודעין") את תנאי השימוש של Facebook: "Apparently, we have unknowingly violated a Facebook rule. Since the page has been blocked we have learned Facebook's policy in depth, and will not violate it again"⁴³

45. שנית, התובעים הודו בהתנהלותם הפסולה גם במהלך החקירות הנגדיות. למעשה, התובעים הודו בניהול עסק מורכב של עבודה אל מול משרדי פרסום לצורך קידום תכנים פרסומיים של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מצייצים". שימוש זה בדף "סטטוסים מצייצים" היה מסחרי לחלוטין, ואף אסור לחלוטין, על פי תנאי השימוש, מבלי לקבל אישור מוקדם מ-Facebook Ireland (אשר לא התקבל). ראה למשל דברי התובע 1 לעניין פרסומות של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מצייצים":⁴⁴

"ש: אוקיי. עכשיו. ההתקשרויות שלכם היו עם המפרסמים עצמם או עם משרדי פרסום? זאת אומרת, עם פאנטן ועם דאב ישירות ועם קוקה-קולה או עם משרדי פרסום שפעלו עבורן?
ת: בדרך כלל עם משרדי פרסום. לעתים נדירות יותר, עם המפרסם עצמו.
...
ש: אוקיי. והתקשרתם, בין היתר, למשרד הפרסום של רני רהב?
ת: כן.
ש: איזה לקוחות הם ייצגו מולכם?
ת: ג'ילט."

46. וראו גם דברי התובעת 2:⁴⁵

"ש: ... ההתקשרות הייתה עם החברות המפרסמות או עם משרדי הפרסום? או גם וגם?
ת: אני חושבת שגם וגם.
ש: ... וגם התשלומים היו לפעמים מהחברות ישירות לפגמים ממשרדי הפרסום?
ת: כן, ובעיקר זה היה משרדי הפרסום.
ש. אוקיי. עם חברת הפרסום של רני רהב עבדתם?
ת: כן, כן, עם ג'ילט."

⁴¹נספח "15" לתצהיר Milner; "1/1".

⁴²נספח "15" לתצהיר Milner; "1/1".

⁴³נספח "16" לתצהיר Milner.

⁴⁴פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 105 (משורה 22) ועד לעמ' 107 (עד לשורה 17).

⁴⁵פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 228 (משורה 19) ועד לעמ' 229 (עד לשורה 17).

ש: אוקיי, בג'לט, אוקיי. ומי שילם על קוקה-קולה, למשל? ... המשרד פרסום היה Q-Digital?
ת: כן. הוא היה משרד הפרסום של קוקה-קולה...".

47. התובעים ניהלו תכנית עסקית מתוחכמת, במסגרתה הם גם הרחיקו לכת עד כדי שכירת עורך-דין, שניסח עבורם "תנאי שימוש" עבור הדף "סטטוסים מצייצים", על מנת לקדם עסקאות בינם לבין מפרסמים.⁴⁶ התכנית העסקית המתוחכמת של התובעים התקדמה עד כדי יצירת מסמך המפרט בדיוק כיצד נמכרו "פוסטים" בדף "סטטוסים מצייצים" ומספק מחירון לפרסום "פוסטים" בדף "סטטוסים מצייצים".⁴⁷ בסופו של יום, התובעים הרוויחו לפחות 250,000 ש"ח ממכירות אלו.⁴⁸

48. לא זו בלבד שהתובעים גרפו לכיסם, באופן פסול, הכנסות נכבדות בתמורה לפרסום פרסומות של צדדים שלישיים, אלא שבנוסף הם אף ניהלו משא ומתן עם "גוף תקשורת מרכזי בישראל" לצורך מסחור "המותג המצליח 'סטטוסים מצייצים'".⁴⁹

49. בהקשר זה, באמצעי התקשורת אף דווח כי התובעים הציעו למכור את הדף תמורת מחיר העולה על 10 מיליון ש"ח. ראו כתבה ב"גלובס" מיום 18.1.2015 תחת הכותרת "לפני החשיפה: 'סטטוסים מצייצים' הוצע למכירה לוואלה ול-Ynet ב-10 מ' ש"ח".⁵⁰

50. הנה כי כן, נוכח ההפרה המתמשכת של ה-SRR ותנאי הדפים מצידם של התובעים, Facebook Ireland הסירה את הדף "סטטוסים מצייצים", באופן מוצדק וראוי לחלוטין, וזאת בהתאם לסמכותה מכוח הוראת סעי' 14 ל-SRR.

ה. לתובעים ישנה גישה לשירות Facebook בתור משתמשים בעלי פרופילים אישיים ב-Facebook וביכולתם ליצור דפים חדשים שאינם מפרים את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook

51. בעקבות הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי Facebook Ireland, שנעשתה, כאמור, בהתאם ל-SRR ולתנאי הדפים, Facebook Ireland גם מנעה מהתובעים באופן זמני לפרסם "פוסטים" בפרופילים האישיים שלהם – המדובר בנוהל סטנדרטי.⁵¹ הגבלה זו היתה בתוקף למשך זמן קצר בלבד, אשר אף במהלכו, היתה לתובעים גישה מלאה לפרופילים האישיים שלהם.⁵² למעשה, אף כיום לתובעים יש גישה מלאה לפרופילים האישיים שלהם.⁵³

52. אף על פי כן, התובעים המשיכו בהתנהלותם הפסולה. בחודש יולי 2015, מספר חודשים לאחר הגשת התביעה דנן, התובעים פתחו דפים חדשים אשר היו דומים (בשםם ובתוכנם) לדף "סטטוסים

⁴⁶ נספח "ז" לתצהירי עדותם הראשית של התובעים. התובע 1 אף הודה בחקירתו, כי "תנאי השימוש" שנוסחו עבור הדף "סטטוסים מצייצים" היו פחות או יותר העתקה של תנאי השימוש של Facebook (פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 183, ש' 6-7). יש בכך משום ראייה נוספת לכך שהתובעים היו מודעים לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook.

⁴⁷ נספח "ט" לתצהיר Milner.

⁴⁸ ראה, למשל, סעי' 13 ו-192 לסיכומי התובעים.

⁴⁹ סעי' 35 לכתב התביעה.

⁵⁰ נספח "י" לתצהיר Milner.

⁵¹ ראה סעי' 35 לתצהיר Milner.

⁵² סעי' 35 לתצהיר Milner; וראה גם עדות הנתבעת 2, פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 43 (ש' 22-33) ועמ' 44 (ש' 1-6).

⁵³ סעי' 36 לתצהיר Milner.

מצייצים".⁵⁴ דפים אלו, שכל כולם ניסיון לעקוף את הסרת הדף "סטטוסים מצייצים", הוסרו משירות Facebook על מנת למנוע הפרה מתמשכת של תנאי השימוש על ידי התובעים.⁵⁵

53. מר Milner הסביר בעדותו, כי Facebook אינה מתירה להקים או ליצור מחדש דפים שהוסרו משירות Facebook בשל הפרת תנאי השימוש, מהסוג שביצעו התובעים:⁵⁶

"there was a very clear pronouncement from your clients that we are back ... the team in Facebook Ireland, it was their decision, their decision, in respect of, are we going to allow people who have seriously defrauded our company to set up the same page again. And as it's very clear in our terms section 14 of our statements of rights and responsibilities, if you breach a letter or spirit of these terms, then we have the right to withhold the service from you in whole or in part. At that time it was clear to that team this was something where these pages simply could not recreated and restarted that was something, given the serious nature of the breach of our terms."

54. על אף ההפרות החוזרות ונשנות של תנאי השימוש והמדיניות של Facebook מצידם של התובעים, Facebook Ireland עדיין התירה ומתירה לתובעים גישה מלאה לפרופילים האישיים שלהם, והתובעים עדיין מורשים ליצור דפים שאינם דומים בשם או בתוכן לדף "סטטוסים מצייצים", ושאינם מפרים את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook.

III. ראיות התובעים הינן בלתי-קבילות ועדויותיהם נמצאו בלתי אמינות

א. התובעים שינו את גרסתם שלא כדין והגישו מסמכים חדשים, והכל תוך סטיה מהטענות שהועלו בכתב התביעה

55. נדמה כי התובעים עצמם הבינו, כי דין תביעתם להידחות, ולפיכך ניסו לשנות את גרסתם פעם אחר פעם ולהגיש מסמכים חדשים בתמיכה לגרסאותיהם החדשות, מבלי לבקש את רשותו של בית המשפט הנכבד לתקן את כתב התביעה. אין בכך כדי לסייע לתובעים. ראשית, הדבר עולה כדי שינוי חזית פסול שאין להתירו. שנית, וחשוב מכל, הטענות החדשים שהועלו על ידי התובעים הינם מופרכים ואף סותרים את טענותיהם בכתב התביעה, באופן שיש בו כדי לשמוט את הקרקע תחת תביעתם.⁵⁷

56. על בית המשפט הנכבד להתעלם מטענות התובעים המהוות הרחבת ו/או שינוי חזית למול הטענות שהועלו במקור בכתב התביעה. ראה דברי כבי' השופט י' דנציגר בע"א 9118/06 שנרום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 5.3.2009), שם נדחה ערעורה של תובעת שניסתה להרחיב חזית בתצהירי העדות הראשית מטעמה (פס' 25 לפסק הדין):

⁵⁴ ראה תגובת הנתבעות לבקשת התובעים לסעדים זמניים.

⁵⁵ ראה סעי' 10 לתצהיר מר Milner מיום 18.10.2015 בתמיכה לתגובת הנתבעות לבקשת התובעים לסעדים זמניים. ראה גם סעי' 45 לתצהיר Milner.

⁵⁶ פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 67 (משורה 25) עד עמ' 68 (עד שורה 4); וראה גם סעי' 45 לתצהיר Milner.

⁵⁷ הנתבעות מפנות להפנות את בית המשפט הנכבד לבקשתן מיום 17.2.2016 למחיקת סעיפים ונספחים מתצהירי העדות הראשית של התובעים, המהווים הרחבת ו/או שינוי חזית ו/או טענות עובדתיות סותרות וכן עדות שמיעה ו/או עדות סבורה (להלן: "הבקשה למחיקת חלקים מתצהירי העדות הראשית של התובעים"), אשר יש לראות בה כחלק בלתי נפרד מסיכומים אלה.

"כידוע, רשימת הפלוגתאות העומדת לדיון מעוצבת בכתבי הטענות שמגישים הצדדים. משכך, טענה שמעלה בעל דין שלא הועלתה מלכתחילה בכתבי טענותיו מהווה 'שינוי חזית' או 'הרחבת חזית', ויש לדחותה'..."

57. ראה גם פסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה בע"מ 9317/05 משאבות השלום בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה "יזרעאלים", פס' 21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.10.2010):

"מושכלות ראשוניים הם כי גדרי המחלוקת בין בעלי הדין נקבעים על פי כתבי הטענות המוגשים על ידם. שינוי מגדרים אלה מחייב תיקון כתבי הטענות בהיתר בית המשפט."

58. וראה גם ת"א (מחוזי ת"א) 2002/03 גאידמק נ' טרויס, עמ' 1-3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.5.2004), שם קבע כב' הרשם ד"ר ע' אזור ז"ל, כי אין להתיר הוספת גרסאות או טענות חדשות במסגרת תצהירי עדות ראשית:

"החזית במחלוקת נובעת מהדברים העולים בכתבי הטענות, כמפורט באסמכתאות שונות שציטט ב"כ התובע בבקשה, וכל עוד לא ניתנה רשות לתיקון כתב טענות, אין להביא ראיות החורגות מהמחלוקת שבין הצדדים הנקבעת על פי כתבי הטענות."
...
העובדות היוצרות את עילת התביעה חייבות להיות מפורטות בכתב התביעה ולא בתצהירים. בפרט כאשר מתבצע שינוי גרסה."

59. על בית המשפט הנכבד להתעלם, על כן, מהרחבות החזית ו/או שינויי החזית הבאים.

60. **התובעים מנסים לשנות את גרסתם ביחס למערכת ההסכמית לה הם כפופים:** בכתב התביעה הודו התובעים, כי שירות Facebook כפוף ל-SRR ולתנאי הדפים, תוך שהפנו ל-SRR מיום 30.1.2015 ולתנאי הדפים מיום 16.1.2015.⁵⁸ למעשה, כתב התביעה עסק במערכת החוזית שבין הצדדים תוך שימת דגש רב על הוראות ה-SRR ותנאי הדפים.

61. כאמור, התובעים לא הפנו בכתב התביעה לגרסאות המתאימות של ה-SRR ותנאי הדפים, שכן ה-SRR בגרסתם מיום 15.11.2013 (ולא בגרסתם מיום 30.1.2015) ותנאי הדפים בגרסתם מיום 14.7.2014 (ולא בגרסתם מיום 16.1.2015) הם התנאים שהיו בתוקף עובר להסרת הדף "סטטוסים מצייצים". יחד עם זאת, התובעים לא העלו בכתב התביעה, אף לא ברמז, כל טענה לפיה יש לבחון את המחלוקת נשוא התביעה על בסיס גרסאות אחרות של ה-SRR ו/או של תנאי הדפים מלבד אלו שהם עצמם התייחסו אליהם בכתב התביעה.

62. אף על פי כן, ולמרות שתביעתם הינה חוזית במהותה, התובעים שינו פעם אחר פעם את גרסתם ביחס לשאלה אילו מסמכים חולשים על הסכסוך החוזי שבין הצדדים. למעשה, שינויי החזית האמורים אינם אלא ניסיון להסיח את דעתו של בית המשפט הנכבד מהפגמים הרבים בהם לוקה תביעתם. מכל מקום, אין משמעות רבה לשאלה איזו גרסה של ה-SRR ושל תנאי הדפים חלה בעניין דנן, שכן התנאים הרלוונטיים לתביעה זו ממילא לא השתנו באופן מהותי מגרסה לגרסה.

63. כך, שלוש שעות בלבד לפני הדיון שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד ביום 26.10.2015 בבקשת התובעים לסעדים זמניים, וחודשים ארוכים לאחר הגשת כתב התביעה, העלו התובעים לראשונה טענה לפיה מכירת "פוסטים" בדף "סטטוסים מצייצים" היתה מותרת, לפי נוסח תנאי הדפים

⁵⁸ ראה, למשל, סעי' 81, 105, 113, 115 ו-141-142 לכתב התביעה וכן נספח "ט" לכתב התביעה.

בגרסתם מיום 10.2.2011.⁵⁹ התובעים חזרו על טענה זו בתצהירי העדות הראשית מטעמם, שהוגשו תקופה ארוכה לאחר הגשת כתב התביעה.⁶⁰ התובעים לא הפנו או נסמכו על תנאי הדפים משנת 2011 במסגרת כתב התביעה, והסתמכות עליהם כעת, היא בבחינת שינוי חזית פסול. יתרה מכך, אין זה ברור כיצד תנאי השימוש משנת 2011 יכולים לחול בענייננו, בהתחשב בכך שתנאי השימוש תוקנו באוגוסט 2013⁶¹ וביוני 2014⁶² והתובעים הסכימו לתיקונים אלו בכך שהמשיכו לעשות שימוש בשירות Facebook.

64. בסיכומי התובעים (שהוגשו לבית המשפט הנכבד חודשים ארוכים לאחר הגשת תצהירי העדות הראשית מטעם התובעים ולאחר החקירות הנגדיות שנערכו), התובעים שינו את גרסתם פעם נוספת, וטענו לראשונה, כי ה-SRR מיום 28.8.2009 הוא שצריך לחול בענייננו.⁶³ התובעים טענו כי ה-SRR מ-2009 התיר, כביכול, לתובעים לגבות כספים בעבור "פוסטים" בדף "סטטוסים מצייצים". אלא שגם ה-SRR משנת 2009 לא הוזכר בכתב התביעה ואף לא בתצהירי העדות הראשית שהוגשו מטעם התובעים. אין להתיר לתובעים להסתמך על מסמך חדש לאחר סיום שלב החקירות. בנוסף, כאמור לעיל, ה-SRR מ-2009 תוקן מספר פעמים, ולתיקונים אלו הסכימו התובעים כשהמשיכו להשתמש בשירות Facebook, כך שממילא גרסת 2009 אינה מהווה את ההסכם שהיה בתוקף בין הצדדים במועד הרלוונטי.

65. מכל מקום, הן גרסת תנאי הדפים מיום 10.2.2011 והן גרסת ה-SRR מיום 28.8.2009 אינן משפיעות על תוצאות ההליך דנא. התובעים הפנו לגרסאות אלו אך ורק לשם יצירת בלבול וזריית חול בעיני בית המשפט הנכבד. ברור לגמרי כי גרסאות אלו (כמו גם כל יתר הגרסאות של ה-SRR ותנאי הדפים) **מעולם לא התירו את התנהגותם המפרה של התובעים**:

65.1 תנאי הדפים מיום 10.2.2011 כללו את אותו איסור מוחלט על פרסום מודעות של צדדים שלישיים. בסעי' 7 למסמך זה, נאמר: **"Third party advertisements on Pages are prohibited"**.⁶⁴ טענות התובעים כאילו תנאי הדפים האמורים התירו את התנהלותם, חסרות כל יסוד ועומדות בסתירה ללשונו הברורה של המסמך.

65.2 ה-SRR מיום 28.8.2009 אסר גם הוא על קידום פרסומות של צדדים שלישיים בדפים ללא קבלת אישורה של Facebook, אם כי בניסוח שונה. סעי' 12(8) ל-SRR מיום 28.8.2009, שכותרתו **"Special Provisions Applicable to Pages"** מחיל על מי שמציג פרסומות בדף Facebook את הוראות סעי' 11 לאותם תנאי השימוש:

*"If you display advertising on your Page, section 11 of this Statement also applies to you."*⁶⁵

⁵⁹ נספח "5" לתצהיר Milner.

⁶⁰ סעי' 37-38 לתצהירי העדות הראשית של התובעים.

⁶¹ נספח "6" לתצהיר Milner.

⁶² נספח "7" לתצהיר Milner.

⁶³ סעי' 45 לסיכומי התובעים. ה-SRR מיום 28.8.2009 הוגש לבית המשפט הנכבד בדיון בבקשת התובעים לסעדים זמניים שהתקיים ביום 12.11.2015 ("מש/4").

⁶⁴ סעי' 7 לתנאי הדפים מיום 10.2.2011, נספח "5" לתצהיר Milner.

⁶⁵ סעי' 12(8) ל-SRR מיום 28.8.2009, "מש/4".

סעי' 11 ל- SRR מיום 28.8.2009, קבע, כדלהלן:

"The following additional terms apply to you if you place an order through our online advertising portal ('Order'):

1. *When you place an Order, you will tell us the type of advertising you want to buy, and your bid. If we accept your Order, we will deliver your ads as inventory becomes available.*
2. *You will pay for your Orders in accordance with our Payment Terms. The amount you owe will be calculated based on our tracking mechanisms.*
- ...
4. *We will determine the size, placement, and positioning of your ads.*⁶⁶

65.3 כלומר, על פי סעי' 11 ל- SRR מיום 28.8.2009, הצגת פרסומות בשירות Facebook הייתה צריכה להיעשות באמצעות מערכת הפרסום המקוונת של Facebook. בענייננו, אין מחלוקת כי התובעים העלו לדף "סטטוסים מצייצים" פרסומות של צדדים שלישיים, על דעת עצמם בלבד, ללא פנייה מקדימה ל-Facebook ומבלי ששילמו תמורה כלשהי.

65.4 ואכן, מר Milner העיד כי מסעי' 12 ל- SRR מיום 28.8.2009 עולה בבירור, כי השימוש שעשו התובעים בדף "סטטוסים מצייצים" הינו אסור:⁶⁷

"... what's extremely clear throughout that section is that advertising can only appear on Facebook if it [was] bought for and paid for via Facebook. So my understanding of those terms as they were applied were extremely clear... you cannot [have] people purchasing advertising directly from you and to put on your page... it's very clearly states that you buy advertising from Facebook... it's very clear in 11.2 – you will pay for you[r] orders in accordance with that payment. It's very clear that advertising on Facebook can only be contracted with Facebook".

65.5 הנה כי כן, בניגוד לטענות התובעים, מר Milner הסביר, כי על פי תנאי השימוש מיום 28.8.2009, מפעילי דפים בשירות Facebook היו כפופים להוראות סעיפים 11 ו-12 לאותו SRR, המחייבות כי פרסום בדפים בשירות Facebook יהיה באמצעות מערכותיה של Facebook ובכפוף לביצוע תשלום ל-Facebook. לפיכך, אין לקבל טענה כאילו פרסומים של צדדים שלישיים היו מותרים באותה עת ללא אישורה של Facebook.

66. בית המשפט הנכבד מתבקש להתעלם מהרחבת החזית ו/או שינויי החזית של התובעים בקשר עם הסכסוך דנן. עקרונות היסוד של דיני החוזים, מחייבים לבחון את פעילות התובעים לאור ההסכמים הרלוונטיים בין הצדדים: קרי, ה- SRR מיום 15.11.2013 וכן תנאי הדפים מיום 14.7.2014.

⁶⁶ סעי' 11 ל- SRR מיום 28.8.2009, "מש/4".

⁶⁷ פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 48 (משורה 24) – עמ' 49 (עד שורה 17).

67. **התובעים מנסים לחזור בהם מהודאתם כי הפרו את תנאי השימוש של Facebook:** שוב, שלוש שעות בלבד לפני הדיון שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד ביום 26.10.2015 בבקשת התובעים לסעדים זמניים, וחודשים ארוכים לאחר הגשת כתב התביעה, התובעים ניסו לחזור בהם מהודאותיהם הרבות בנוגע להפרתם את ה-SRR ואת תנאי הדפוס של Facebook, וטענו, לראשונה, כי במסגרת הודעת דוא"ל שנשלחה ביום 8.4.2013 "נציג המשיבות מר נמרוד הלוי הודיע לי [לתובעת 2] כי מותר לבצע פרסומים אלו באופן גורף!".⁶⁸ הודעת הדוא"ל מעולם לא הוזכרה בכתב התביעה ולכן עולה גם היא כדי שינוי חזית פסול. על בית המשפט הנכבד להתעלם מהודאת הדוא"ל והטענות בקשר עימה, בהתחשב בכך שמדובר בראיה בלתי קבילה ובלתי אמינה לחלוטין:

67.1 הטענה בנוגע להודעת הדוא"ל עומדת בסתירה מוחלטת לראיות כבדות משקל המצויות בתיק, לרבות הודאותיהם הרבות של התובעים, כי ידעו שהם מפרים את תנאי השימוש של שירות Facebook. אילו הייתה Facebook מתירה את התנהלותם המפרה של התובעים באמצעות הודעת הדוא"ל משנת 2013, הרי שאין כל ספק כי התובעים היו מפנים להודעה זו בכתב התביעה, ולא היו מוסרים הודאות כה רבות לתקשורת לפיהן הפרו את תנאי השימוש של Facebook.

67.2 לא זו אף זו, מעיון בהודעת הדוא"ל עולה בבירור כי Facebook מעולם לא התירה לתובעים למכור "פוסטים" בדף "סטטוסים מציצים". אכן, התובעים עצמם הסכימו לכך לבסוף במהלך חקירותיהם הנגדיות, עת הודו כי אין באותו דוא"ל משום היתר שניתן להם לבצע פרסומים בדף "סטטוסים מציצים".⁶⁹

67.3 אין להודעת הדוא"ל כל קשר לדף "סטטוסים מציצים". הודעת הדוא"ל עוסקת, באופן כללי, ב-"Co-branded posts", ואף אינה מתירה לפרסם Co-branded Posts באופן גורף. בהודעת הדוא"ל נכתב כדלהלן:

"...Co-branded stories will be eligible only for paid distribution. Keeping a good user experience in mind as a top priority – having Co-branded stories only be allowed when they are paid gives us a better control of post quality."⁷⁰

67.4 משכך, הודעת הדוא"ל רק מסבירה כי מעתה ואילך ניתן לפרסם Co-branded Posts ככל שהמשתמש מבקש ומקבל את אישורה המוקדם של Facebook לכך, ובתמורה לתשלום ל-Facebook.

67.5 יתרה מכך, התובעים אף הודו בחקירתם הנגדית, כי האמור בהודעת הדוא"ל, מתייחס אך ורק לתכנים שנרכשו מ-Facebook תמורת תשלום, ולכן אינו רלוונטי לתביעה דנן.⁷¹

68. גרסתם העובדתית של התובעים השתנתה שוב במהלך החקירות הנגדיות ביום 23.3.2016, כאשר התובעים ניסו להסביר לראשונה, כי הודאותיהם מזמן אמת לא היו אמיתיות, משום ש"הנמלה לא מתווכחת עם המגף".⁷² במילים אחרות, התובעים טענו לראשונה, כי אמרו כל דבר שחשבו כי ברצונה

⁶⁸ סעי' 4 לתצהיר התובעת 2 מיום 26.10.2015.

⁶⁹ עדות התובעת 2, פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 35, ש' 26-25: "זה לא היה אישור". עדות התובע 1, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 157, ש' 7-

6: "עדי לא אומרת ואני לא אומר שאנחנו קיבלנו ספציפית כסטטוסים מציצים אישור".

⁷⁰ סעי' 5 להודעת הדוא"ל, נספח "4" לתצהירי התובעים.

⁷¹ חקירה נגדית של התובע 1, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 150, ש' 13-15: "... זה נכון רק לגבי פוסטים שהם משולמים".

⁷² חקירה נגדית של התובע 1, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 168, ש' 19-23.

של Facebook לשמוע, בתקווה שיהיה בכך כדי להביא את Facebook להחזיר את הדף "סטטוסים מצייצים". לא ניתן להאמין להסבר זה, אשר לא הופיע בכתב התביעה ובתצהירי התובעים. מנגד, התבטאויות התובעים מזמן אמת (קרי הודאותיהם בהפרת תנאי השימוש של Facebook), התרחשו בעת קרות האירועים עצמם, ובנסיבות ששוללות את האפשרות לבדות בדיות.

69. לאור האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להתעלם מהרחבת החזית ו/או שינוי החזית של התובעים.

70. **התובעים מנסים להיתלות ב"מדיניות תוכן ממותג" חדשה ב-Facebook משנת 2016:** לאחר דיוני הוכחות ארוכים, ואף לאחר שהגישו את סיכומיהם, עשו התובעים ניסיון אחד נוסף לסלף את העובדות ולזרות חול בעיני בית המשפט הנכבד. התובעים ביקשו להסתמך על "מדיניות התוכן הממותג" של Facebook מחודש אוקטובר 2016 (להלן: "מדיניות התוכן הממותג"), אשר גם לה אין כל רלוונטיות לתביעה דנן.⁷³

70.1 ראשית, מדיניות התוכן הממותג מיום 26.10.2016 אינה חלה על הסכסוך דנא אשר כל כולו אירועים שהתרחשו כשנתיים לפני שהמדיניות נכנסה לתוקף. הדף "סטטוסים מצייצים" הוסר משירות Facebook בחודש ינואר 2015 בהתאם לתנאי השימוש שהיו בתוקף באותה עת. אין זה אפשרי לבחון את פעולותיה של Facebook בקשר עם הדף "סטטוסים מצייצים" בהתבסס על מדיניות שנכנסה לתוקף רק לאחר שהדף כבר הוסר. למדיניות התוכן הממותג של Facebook מחודש אוקטובר 2016 אין, על כן, כל השפעה על מערכת היחסים בין הצדדים בקשר לפעולות שבוצעו לפני מספר שנים.

70.2 שנית, מדיניות התוכן הממותג מספקת כללים מסוימים לפיהם דפים מאומתים ופרופילים מאומתים יכולים לפרסם "תוכן ממותג". כפי שקובעת המדיניות: "תוכן ממותג מוגדר כתוכן שמגיע מדף או מפרופיל שמציג מוצרים, מותגים או מממנים השייכים לצד שלישי שאינו הפרופיל או הדף".⁷⁴ בנוסף, "בעת פרסום שילובי תוכן ממותג מותרים, פרופילים מאומתים ודפים מאומתים צריכים להשתמש בכלי 'תוכן ממותג' כדי לתייג את המוצר, המותג או המממן המוצג ששייך לצד שלישי".⁷⁵ דפים מאומתים ופרופילים מאומתים צריכים לעמוד בנוסף ב-11 תנאים ספציפיים הקבועים במדיניות התוכן הממותג.⁷⁶

70.3 הדף "סטטוסים מצייצים" לא עמד ולא יכול היה לעמוד בתנאים ובכללים של מדיניות התוכן הממותג. ראשית, כל תוכן ממותג חייב להיות מתוייג ככזה באמצעות הכלי "התוכן הממותג" (ראה למשל, סעי' 8, 9 ו-10 למדיניות התוכן הממותג); התובעים לא עמדו בתנאים אלו, ולא יכלו לעמוד בהם, שכן הכלי הרלוונטי לא היה קיים בתקופת פעילותו של הדף "סטטוסים מצייצים". בנוסף, הדף "סטטוסים מצייצים" לא סיפק "את כל הגילויים הדרושים לאנשים שמשתמשים בפייסבוק, כגון גילויים הדרושים כדי לציין את האופי המסחרי של התוכן שאתה מפרסם" (סעי' 11 למדיניות תוכן ממותג). אכן, התובעים הודו פעם אחר פעם, ושוב בחקירותיהם הנגדיות, כי לא הודיעו בדרך כלשהי למשתמשים כי קיבלו תשלום עבור התכנים שפרסמו.

70.4 יצוין, כי "מרכז העזרה למפרסמים" של Facebook ("Facebook's Advertiser Help Center") מדגיש אף הוא את התנאים הברורים של מדיניות התוכן הממותג: "Branded

⁷³ גרסת מדיניות התוכן הממותג בשפה האנגלית, צורפה להודעת הנתבעות לבית המשפט הנכבד מיום 15.2.2017.

⁷⁴ ראה פסקת הפתיח של מדיניות התוכן הממותג.

⁷⁵ ראה פסקת הפתיח של מדיניות התוכן הממותג.

⁷⁶ סעי' 11-1 למדיניות התוכן הממותג.

*Content must include a tag of the sponsor. Failing to do so is a violation of our policies and can result in it being taken down*⁷⁷.

71. לסיכום, הטענה ביחס למדיניות התוכן הממותג, אינה יותר מאשר ניסיון נוסף של התובעים להסיח את דעתו של בית המשפט הנכבד מהעובדה כי התובעים הפרה בבירור את תנאי השימוש של שירות Facebook.

72. **התובעים מנסים להציג בפני בית המשפט הנכבד צילומי מסך חדשים של דפים ה"מחקים" כביכול, את הדף "סטטוסים מציצים":** התובעים צירפו לכתב התביעה צילומי מסך של שלושה דפים בשירות Facebook, אשר לטענתם "מתחזים לעמוד התובעים, והקוראים לעצמם באותו השם".⁷⁸ אולם, במסגרת נספח "כב" לתצהירי העדות הראשית מטעם התובעים, התובעים צירפו צילומי מסך חדשים, שלא צורפו לכתב התביעה, של "דפים" אחרים, והעלו לגביהם טענות חדשות כאילו דפים אלה מחקים, כביכול, את הדף "סטטוסים מציצים". הנתבעות התנגדו,⁷⁹ ועדיין מתנגדות, להעלאת כל טענה ביחס לאותם דפים ולכך שצילומי המסך שלא צורפו לתביעה, ישמשו כראיה, וממילא אין ליתן כל סעד בנוגע לדפים נוספים אלו.

73. בהתבסס על האמור לעיל ועל הבקשה למחיקת חלקים מתצהירי העדות הראשית של התובעים, מיום 17.2.2016, מתבקש בית המשפט הנכבד להתעלם מהראיות הבאות:

72.1 נספחים ד, ה, ח-יב, כב (למעט שלושת העמודים ראשונים בנספח כב אשר צורפו גם לכתב התביעה), כג, A, B ו-C לתצהירי העדות הראשית של התובעים.

72.2 סעי' 31-34, 36-40 לתצהיר העדות הראשית של התובע 1; וכן סעי' 31-34, 36-41 לתצהיר העדות הראשית של התובעת 2.

72.3 סעי' 4-6, 8-9, 11-12, 18, 21, 23-24, 44-45, 46-54, 72, 78-79, 81, 83, 86-87 לתצהיר העדות הראשית של התובע 1; וסעי' 4-6, 8-9, 11-12, 18, 21, 23-24, 45-46, 47-55, 73, 79-80, 82, 84, 87-88 לתצהיר העדות הראשית של התובעת 2.

74. בהתאם לכך, בית המשפט הנכבד מתבקש להתעלם מכל הטענות בסיכומי התובעים המתייחסות לראיות הנזכרות לעיל.

ב. עדויות התובעים נמצאו בלתי אמינות ורוויות סתירות

75. כאמור לעיל, טענות התובעים השתנו תכופות במהלך ניהול ההליך, ועמדו לעיתים קרובות בסתירה להודאותיהם. טענות אחרות שהעלו התובעים, כגון הפרשנות שביקשו לייחס למסמכים, אינן נתמכות בלשונם של המסמכים, והתובעים עצמם אף זנחו טענות שכאלו בלחץ החקירה הנגדית. עדויות התובעים אינן אמינות ואין להעניק להן כל משקל.

76. ראשית, בניסיון להציג גרסה עקבית, התובעים תיאמו תצהיריהם, עד כדי כך שקיימת זהות מוחלטת בין תצהיריהם ברובם המוחלט של הסעיפים. כשהתובעים נשאלו על כך בחקירותיהם הנגדיות, הם סיפקו תשובות סותרות: כך, בעוד שהתובעת 2 טענה כי התובעים לא ניסחו את תצהיריהם יחד,

⁷⁷ עותק קשיח של המסמך "מרכז העזרה למפרסמי" צורף להודעת הנתבעות מיום 15.2.2017.

⁷⁸ סעי' 83 לכתב התביעה ונספח "י" לכתב החריעה.

⁷⁹ ראה פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 350, ש' 9-15.

התובע 1 הודה כי הם ניסחו יחד את תצהיריהם.⁸⁰ התובעים אף הודו, כל אחד בנפרד, כי עובר לחקירתם הנגדית בפני בית המשפט הנכבד, הם תיאמו ביניהם גרסאות ויישרו קו.⁸¹

77. חרף ניסיונם לייתר גרסה אחידה, עדויות התובעים, לכל אורך ההליך, היו בלתי עקביות, והתגלו כבעלות סתירות פנימיות מהותיות. כך, למשל, על אף הודאותיהם לתקשורת מזמן אמת, כי הפרו את תנאי השימוש של Facebook, התובעים שינו גרסתם לפתע, כשלוש שעות בלבד לפני הדיון מיום 26.10.2015 בבקשתם לסעדים זמניים, כאשר טענו, לראשונה (באופן שגוי), כי על פי תנאי הדפוס מיום 10.2.2011, היה מותר להם לפרסם תכנים פרסומיים של צדדים שלישיים תמורת תשלום בדף "סטטוסים מציצים".

78. באותו הזמן, וזמן רב לאחר הגשת כתב התביעה, התובעים גם טענו לראשונה, כי עובד מטעם Facebook (מר הלוי) אישר לתובעים לפעול כפי שפעלו, וזאת באמצעות הודעת דוא"ל משנת 2013 ושיחה שהתקיימה בעקבותיה. אין אמת גם בטענה זו. התובעים לא יצקו כל תוכן בטענה זו ולא ביססו אותה, ואף ויתרו על טענותיהם אלו במהלך חקירותיהם הנגדיות. כך למשל, במהלך חקירתה הנגדית של הנתבעת 2 בדיון שהתקיים בנובמבר 2015 בבקשת התובעים לסעדים זמניים, הנתבעת 2 טענה כי לאחר קבלת הודעת הדוא"ל ממר הלוי מחודש אפריל 2013, פנתה אליו, אולם האחרון לא היה מוכן להסביר לה מה פירושה של הודעת הדוא"ל.⁸² דא עקא, בחקירה הנגדית מיום 23.3.2016, שינתה את גרסתה, וטענה, כי כלל לא פנתה אל מר הלוי לצורך הבנת הודעת הדוא"ל הנ"ל.⁸³ חוסר העקביות והשקרים בעדות התובעת 2 הם מהותיים ויורדים לשורשו של ההליך.

79. עדויות התובעים היו בלתי עקביות ובלתי אמינות גם ביחס לסכומים שגרפו לכיסם מקידום תכנים ממומנים של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מציצים". במסגרת תצהירה הראשון של התובעת 2 מיום 9.8.2015, הצהירה התובעת 2, כי רווחי התובעים עמדו על **"עשרות אלפי שקלים לאורך השנים"**.⁸⁴ אולם, בחקירתה הנגדית ביום 12.11.2015, התובעת 2 נאלצה להודות, כי מדובר בסכום הרבה יותר גבוה, וכי התובעים הרוויחו סך של לפחות **250,000 ש"ח** ממכירת "פוסטים" בדף "סטטוסים מציצים".⁸⁵ אין בפי התובעים הסבר כלשהו לפער בין הסכום של **רבע מיליון ש"ח**, אשר התובעים הודו בחקירותיהם הנגדיות כי גרפו לכיסם, לבין הסכום שצוין בתצהירה הראשון של התובעת 2, לפיו רווחיהם הסתכמו ב"**עשרות אלפי ש"ח**".

80. כמו-כן, התובעת 2 נשאלה ארוכות בדיון בבקשה לסעדים זמניים על מסמך "המחירון" שהכינו התובעים במטרה למכור "פוסטים" בדף "סטטוסים מציצים". התובעת 2 טענה כי התובעים לא הכינו את המסמך ושהמסמך שהוצג לה בחקירתה הנגדית יצא תחת ידי "אויביה" במטרה "להפיל" את התובעים.⁸⁶ עדות זו התגלתה כשקרית, לאור העובדה שהתובע 1, בחקירתו הנגדית מיום 23.3.2016, הודה, כי מדובר במסמך שהוכן על ידי התובעים עצמם – **"המסמך הזה הוכן על ידינו לצורך המשא ומתן עם Ynet"**.⁸⁷

⁸⁰ חקירתה הנגדית של התובעת 2, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 202 (משורה 5) – עמ' 203 (עד שורה 13); חקירתו הנגדית של התובע 1, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 97, שי' 4-5.

⁸¹ ראה חקירתו הנגדית של התובע 1, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 97 (משורה 16) – עמ' 98 (עד שורה 1); חקירתה הנגדית של התובעת 2, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 203 (משורה 19) – עמ' 204 (עד שורה 3).

⁸² פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 36, שי' 4: "ינמה דעתך על זה שאולי שאלתי אותו והוא לא הסביר לי".

⁸³ פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 266 (משורה 127) – עמ' 268 (עד שורה 22): "האמת היא שלא שאלתי את נמרוד".

⁸⁴ עמ' 8 לתצהיר התובעת 2 מיום 9.8.2015, בתמיכה לבקשת התובעים לסעדים זמניים.

⁸⁵ חקירת התובעת 2 מיום 12.11.2015, עמ' 10 – 12 (עד שורה 4).

⁸⁶ פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 13-15.

⁸⁷ פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 31, שי' 10-1.

81. לאור סילוף העובדות, שינויי הגרסאות והסתירות הרבות בעדויות התובעים, על בית המשפט הנכבד להעניק משקל נמוך ככל הניתן לעדויות התובעים.

ג. הנתבעות סיפקו עדות אמינה ומפורטת

82. בניגוד לעדויות התובעים, עדי הנתבעות סיפקו עדויות עקביות, ברורות ואמינות.

83. התובעים טענו בסיכומיהם כי מר Milner הינו עד "מקצועי", שהינו בעל ידיעה מעטה בנוגע לעובדות נשוא התביעה דנן.⁸⁸ אלא שמר Milner מכהן כ- "Policy Director" ב-Facebook, אשר אחראי על בריטניה, אפריקה, והמזרח התיכון, כולל ישראל.⁸⁹ מדובר ללא ספק בעד המתאים ביותר לספק את המידע הנחוץ בנוגע לסגירת הדף. כפי שהסביר מר Milner:⁹⁰

"In my capacity as Policy Director for Facebook, I am party to (amongst other things) decisions concerning the suspension or removal of content or accounts on the Facebook Service where it relates to matters within the geographical region for which I am responsible (namely, the UK, Middle East and Africa). Due to the large number of content reports that Facebook receives on a daily basis, I am not personally involved in each content removal decision. I am, however, typically consulted in situations that may be particularly difficult, sensitive, or high-profile. In the present case, I consulted with other members of the Facebook team after Facebook Ireland had become aware that the "Statusim Metzaitzim" page was acting in violation of Facebook's terms of service, and was consequently removed. I can therefore speak with authority as to both the typical decision-making process conducted by Facebook Ireland when considering whether to remove content, as well as the particular circumstances of this case, which are set out below".

84. מר Milner, בכובעו כמנהל מדיניות של Facebook הינו בדיוק האדם הרלוונטי לספק עדות על תנאי השימוש והמדיניות של Facebook וההסרה של תכנים ודפים בישראל. כפי שהסביר מר Milner עצמו בחקירתו הנגדית:⁹¹

"There is nobody more expert than me available to the court in respect of this matter".

85. עוד טוענים התובעים, כי היה על הנתבעות להביא תצהיר מגורם כלשהו בצוות ה-Community Operations, על מנת להוכיח כי התובעים הפרו את תנאי השימוש, ולהעיד על בחינת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי Facebook Ireland.⁹² אלא שלא היה בכך כל צורך, שכן למר Milner היתה ידיעה מכלי ראשון על הבדיקות שנערכו על ידי Facebook Ireland והוא נתן עדות מספקת בעניין זה, מה גם שממילא אין ולא היתה כל מחלוקת, כי התובעים אכן הפרו את תנאי השימוש של Facebook, שכן התובעים הודו פעם אחר פעם כי הם פרסמו מודעות של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מצייצים".

⁸⁸ סעי' 212-213 ו-217 לסיכומי התובעים.

⁸⁹ ראה סעי' 2-3 לתצהיר Milner.

⁹⁰ סעי' 16 לתצהיר Milner.

⁹¹ פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 57, ש' 20-21.

⁹² ראה סעי' 214 לסיכומי התובעים.

86. הראיות שהובאו על ידי Facebook Ireland היו תמיד עקביות ומדויקות, ועל בית המשפט הנכבד להעניק להן משקל גבוה ביותר.

IV. התובעים לא עמדו בנטל להוכיח אף לא אחת מעילות התביעה שבכתב התביעה

87. כתב התביעה כולל מספר רב של עילות תביעה בלתי מובנות, אשר לעיתים קרובות אף עומדות בסתירה זו לזו. גם לאחר הגשת תצהירי עדות ראשית מטעמים וחקירותיהם הנגדיות, התובעים אינם קרובים לעמוד בנטל השכנוע והראיה ביחס לאילו מעילות התביעה הנטענות.

88. מן הראוי להבהיר, כי נטל השכנוע להוכיח את עילות התביעה הלכאוריות, להן טענו התובעים, מונח אך ורק על כתפי התובעים. אין כל בסיס לטענת התובעים בסיכומיהם, כי נטל השכנוע מונח על כתפי הנטבעות. התובעים הם הצד שהגיש את התביעה דן, ולפיכך עליהם להוכיח לבית המשפט הנכבד כל אחת ואחת מעילות התביעה שנטענו על ידם.

א. הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי Facebook נעשתה בהתאם לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook

89. על אף שהודו בהפרת תנאי השימוש והמדיניות של Facebook, התובעים הגישו תביעה בגין הפרת חוזה נגד Facebook תוך שהם מעלים טענות, הסותרות זו את זו, לפיהן מחד, Facebook הפרה את תנאי השימוש, עת הסירה את הדף "סטטוסים מצייצים" ללא עילה מוצדקת, ומאידך, רומזים כי סעיף סיום ההתקשרות ("Termination") הינו בלתי אכיף. התובעים לא יכולים לאחוז במקל משני קצותיו.

90. הראיות מפריכות לחלוטין את טענות התובעים, ומאשרות כי התובעים אכן הפרו הפרה יסודית של תנאי השימוש והמדיניות. בתמצית, דינה של תביעה זו להידחות, מאחר שהתובעים אינם יכולים לחזור בהם מהודאותיהם ומהראיות המהותיות שהוצגו, המאשרות כי התובעים: (1) הפרו את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook (ואף עשו זאת בידעין), וכן כי (2) הודו באותן הפרות, הן בזמן אמת והן במהלך עדויותיהם לאורך כל שלבי ההליך.

(1) החוזה החל

91. התובעים הסכימו לתנאי השימוש של Facebook, ולמעשה הסכימו לכך שתנאי השימוש של Facebook (ה-SRR ותנאי הדפים) יסדירו את מערכת היחסים החוזית בין הצדדים. התובעים ביססו את כתב התביעה שלהם על תנאים אלו, ואף צירפו את ה-SRR לכתב התביעה.⁹³ בנוסף, קיימות מספר הודאות מתועדות מפי התובעים, המצביעות על כך שהתובעים היו מודעים לתנאי השימוש של Facebook והפרו אותם, ואף עשו זאת במכוון.⁹⁴

92. תנאי השימוש של Facebook מתעדכנים מעת לעת. לצורך כך, ה-SRR מציין מפורשות כי:

"By using or accessing the Facebook Services, you agree to this Statement, as updated from time to time in accordance with Section 13 below".

⁹³ ראה, לדוג', סעי' 81, 105, 113, 115, 141-142 לכתב התביעה ונספח "9" לכתב התביעה.

⁹⁴ ראה, למשל, פניית התובעים ל-Facebook מיום 17.1.2015 (נספח "16" לתצהיר Milner); ראיון מיום 22.1.2015 לכתבת קרן מרצינו ב"תכנית חשכון" בערוץ 2 (תמלול הראיון בנספח "12" לתצהיר Milner); כתבה ב"ישראל היום" מיום 22.4.2015 תחת הכותרת "אבי ועדי לן מציגים: סטטוס של יום חדש" ("1/1" ונספח "15" לתצהיר Milner).

סעי' 13 שכותרתו "Amendments" ("שינויים"), מפרט כדלהלן:

"1. We'll notify you before we make changes to these terms and give you the opportunity to review and comment on the revised terms before continuing to use our Services.

2. If we make changes to policies, guidelines or other terms referenced in or incorporated by this Statement, we may provide notice on the Site Governance Page.

***3. Your continued use of the Facebook Services, following notice of the changes to our terms, policies or guidelines, constitutes your acceptance of our amended terms, policies or guidelines.*"⁹⁵**

93. הוראות דומות הופיעו בגרסאות קודמות של ה-SRR.

94. התובעים המשיכו לעשות שימוש בשירות Facebook ובפרט בדף "סטטוסים מציצים" לאחר כל תיקון שנעשה בתנאי השימוש. בהתאם להוראות האמורות ולדיני החוזים, התובעים הסכימו לתנאי השימוש המעודכנים באמצעות המשך השימוש בשירות Facebook.

95. בתי המשפט אכפו, במקרים רבים, תניות בחוזים ארוכי טווח, בהם לספקי השירות היתה היכולת לתקן ולעדכן את תנאי החוזה באמצעות שליחת הודעה למשתמשיהם, ופסקו כי השימוש המתמשך בשירות, מבלי להתנגד לשינוי בתנאים, מהווה הסכמה לתנאים המעודכנים. ראה לעניין זה, בש"א (מחוזי ב"ש) 4309/05 בארי נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.05.2009) (להלן: "עניין הארץ"); ת.א. (מחוזי ת"א) 1740/08 אביעד סרון ניהול בע"מ נ' בזק בינלאומי בע"מ, פס' 21 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.8.2012) (להלן: "עניין בזק").

96. לפיכך, תנאי השימוש החלים אשר הסדירו את מערכת היחסים בין הצדדים, בכל הנוגע למחלוקות נשוא התביעה דנן, היו כדלהלן:

(1) ה-SRR מיום 15.11.2013, אשר היה בתוקף במועד הסרת הדף "סטטוסים מציצים"; וכן

(2) תנאי הדפים מיום 14.7.2014, אשר היו בתוקף במועד הסרת הדף "סטטוסים מציצים".⁹⁶

97. לפיכך, על בית המשפט הנכבד להסתמך על המסמכים האמורים בעת בחינת הזכויות והחובות של הצדדים לסכסוך דנא. בהתבסס על האמור בפרק III(א) דלעיל, על בית המשפט לדחות כל טענה מצד התובעים לתחולת תנאים אחרים אשר התובעים כלל לא הזכירו בכתב התביעה.

98. בהתבסס על הראיות שהוצגו בהליך זה, אין כל ספק כי התובעים הפרו הפרה יסודית את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook, וכי ל-Facebook היתה זכות מלאה להסיר את הדף "סטטוסים מציצים" כתגובה לאותה הפרה יסודית.

⁹⁵ סעי' 13 ל-SRR (נספח "1" לתצהיר Milner).

⁹⁶ יצוין, כי במקרה פורסם עדכון לתנאי הדפים ביום בו הדף "סטטוסים מציצים" הוסר (נספח "4" לתצהיר Milner).

(2) סעיפים 13 ו-14 ל-SRR אינם מהווים תניות מקפחות בחוזה אחיד

99. התובעים טוענים כי סעיפים 13 ו-14 ל-SRR הם תנאים מקפחים ובלתי אכיפים בהתאם לחוקה הקבועה בסעי' 4(2) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"). באופן תמוה, התובעים, ניסו מחד להסתמך על ה-SRR, תוך שטענו לאורך ההליך כי מגוון הוראות ב-SRR העניקו להם את הזכות לפרסם פרסומות של צדדים שלישיים, ומנגד, טענו רק לגבי הוראות מסוימות ב-SRR, כי הן מקפחות ובלתי אכיפות. מכל מקום, טענות התובעים בדבר קיפוח חסרות כל יסוד.

100. לצורך הוכחת "קיפוח" לפי החוקה הקבועה בסעי' 4(2) לחוק החוזים האחידים, על התובעים להראות כי סעיפים 13 ו-14 לתנאי השימוש מקנים ל-Facebook Ireland זכות "בלתי סבירה" לסיים את החוזה או לשנות את חוביה המהותיים מכוח החוזה. ראה פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.2.2010) (להלן: "עניין בנק לאומי").

101. "אי סבירות" נקבעת בהתאם לנסיבות המקרה. בתי המשפט כבר פסקו, כי סעיפים המתירים לסיים ולתקן חוזה אינם בלתי סבירים מקום שהם מגנים על אינטרס לגיטימי של ספק השירות ולצרכן נשמרת הזכות לסיים את החוזה עם הספק (ראה עניין בנק לאומי, בפס' 147; עניין הארץ, בפס' 9; ועניין בזק בפס' 18).

102. התובעים לא הוכיחו כי סעיפים 13 או 14 ל-SRR הינם "בלתי סבירים". שני הסעיפים מגנים על אינטרסים מהותיים, לגיטימיים ונחוצים על מנת ש-Facebook תוכל לספק פלטפורמה בטוחה לכלל משתמשיה.

103. ראשית, סעי' 14, סעיף ה"סיום", בסך הכל מעניק ל-Facebook Ireland את היכולת לאכוף את תנאי השימוש, וזאת בכך שהוא מאפשר לה להפסיק לספק את שירותי Facebook (חלקם או כולם) למי שמפר את תנאי ה-SRR. סעיף זה הינו חיוני על מנת להבטיח את יכולתה של Facebook לספק פלטפורמה בטוחה והולמת מבחינה חוקית לטובת כל משתמשי השירות. אם הסעיף ימצא כמקפת, מדובר יהיה בתקדים מסוכן שיותיר את Facebook ללא יכולת לאכוף את תנאי השימוש שלה. אם למשל, משתמש יפרסם תוכן בלתי חוקי, ללא סעי' 14, ל-Facebook לא תהיה יכולת להגיב באופן מיידי ולסגור את חשבונו. הדבר נכון גם במקרה דנן, מקום בו התובעים הפרו את תנאי ה-SRR באופן בוטה על ידי קידום תכנים של צדדים שלישיים תמורת תשלום ללא אישור מוקדם.

104. יתר על כן, הזכות לסיים את ההסכם היא זכות חדדית. ה-SRR קובע כי:

"You may also delete your account or disable your application in any time".⁹⁷

משתמשי השירות רשאים לסגור את חשבונם בכל עת, מכל סיבה שהיא, וללא כל עלות. משכך, סעי' 14 אינו מעניק ל-Facebook זכות "בלתי סבירה" לסיים את ההתקשרות החוזית עם משתמשיה.

105. יתרה מכך, כאמור לעיל, Facebook השתמשה בזכותה מכוח סעי' 14 ל-SRR אך ורק כדי להסיר את הגישה לדף "סטטוסים מצייצים", ולא כדי לסגור את החשבונות של התובעים. התובעים שניהם הם עדיין משתמשים פעילים ב-Facebook.

⁹⁷ סעי' 14 ל-SRR, נספח "1A" לתצהיר Milner.

106. כמו-כן, עולה מתוך ראיות התובעים עצמם כי אף התובעים עצמם אינם רואים בכנות בסעי' 14 לתנאי השימוש כתנאי מקפח המעניק ל-Facebook זכות בלתי סבירה, שכן התובעים עצמם כללו במסמך "תנאי השימוש" שהם ניסחו לדף "סטטוסים מצייצים" (אותו הם מכנים "תקנון הדף סטטוסים מצייצים"), הוראה לפיה: **"השירות יהיה רשאי, לפי שיקול דעתו הבלעדי ובלא כל צורך ליתן הסבר להחלטתו ולנמקה, להגביל את השימוש בשירות, כולו או חלקו, וכן לחסום כל אדם ו/או גוף שהוא ואף למחוק את חשבונו אצלנו, כולו או חלקו, בלא לתת הודעה מראש על כך, לתקופה מוגבלת או ללא הגבלה."**⁹⁸

107. שנית, אין בפי התובעים כל טענה בעלת טעם לפיה סעי' 13, סעי' ה"שינויים", הינו בבחינת תנאי מקפח. סעיפים המתירים שינויים בחוזה הינם חוקיים ונכללים באופן שגרתי בחוזים ארוכי טווח (ראה עניין הארץ בפס' 9; וכן עניין בזק בסעי' 147).

108. למעשה, טענת התובעים בדבר "קיפוח" מבוססת כולה על פרשנות שגויה של סעיף ה"שינויים". התובעים טענו כי סעיף זה מתיר "לנתבעות לשנות את תנאי ההסכם כראות עיניהן, באופן שרירותי, ולעדכן את המשתמש על כך בדיעבד", ולפיכך הוא מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד.⁹⁹ המדובר בטענה שגויה שכן סעיף ה"שינויים" אינו מעניק ל-Facebook סמכות שכזו.

109. בהתאם לסעיף ה"שינויים", כמצוטט לעיל, המשתמשים מקבלים הודעה על שינויים בתנאי השימוש וניתנת להם הזדמנות לעיין בתנאי השימוש לפני המשך השימוש בשירות Facebook.¹⁰⁰ ניתן לעיין בשינויים אלו גם ב-Governance Page של Facebook.¹⁰¹ משכך, הלשון הברורה של הוראה זו כלל אינה תומכת בטענות התובעים כי Facebook יכולה לשנות באופן שרירותי את תנאי השימוש מבלי ליתן על כך הודעה מראש, וממילא לא הובאה ראיה כלשהי התומכת בטענה זו.

110. סעיף ה"שינויים" הינו סביר ביותר, וזאת לאור העובדה כי היחסים בין Facebook לבין משתמשי השירות הינם יחסים ארוכי טווח, אשר מטבע הדברים, מושפעים מנסיבות חדשות ומשתנות שלא ניתן לצפותן ולהסדירן מראש. משכך תנאי השימוש חייבים להיות נתונים לשינויים, ו-Facebook חייבת לשמור לעצמה את הזכות לערוך בתנאי השימוש את השינויים המחויבים על פי הנסיבות, לרבות נוכח התפתחויות טכנולוגיות ורגולטוריות שונות.

111. יתר על כן, התנאים המעודכנים חייבים לחול על כל משתמשי Facebook, שהרי לא ניתן לקבל מצב בו נוסח תנאי השימוש שיחול על כל אחד מתוך 1.86 מיליארד משתמשי Facebook יהיה נוסח שונה.

112. ולבסוף, הראיות שהוצגו בהליך זה, מפריכות אף הן את טענות התובעים, נוכח העובדה כי "תנאי השימוש" לדף "סטטוסים מצייצים" שניסחו התובעים בעזרת עורך דינם, כוללים סעיף "שינויים" דומה, ואף מחמיר יותר:¹⁰² **"אנו עשויים בעתיד לשנות, לעדכן, למחוק ולערוך בכל צורה שהיא את התנאים המחייבים הללו. הנוסח המחייב יהיה הנוסח הקיים בכל רגע בו ניתן השירות ולא נוסח קודם. הודעה על שינוי התנאים תמסר בעמוד זה. אתם מתבקשים לבדוק מפעם לפעם את נוסח התנאים החלים בשירות כפי שהוא וכל שינוי יחייב אתכם."**

113. לאור האמור לעיל, הן סעי' 13 והן סעי' 14 אינם יכולים להיחשב כתנאים מקפחים בחוזה אחיד.

⁹⁸ נספח "ז" לתצהירי התובעים, בבולט השישי שבסעי' 2 למסמך.

⁹⁹ סעי' 92 לסיכומי התובעים.

¹⁰⁰ סעי' 113(1) ל-SRR (נספח 1 לתצהיר Milner).

¹⁰¹ סעי' 113(2) ל-SRR (נספח 1 לתצהיר Milner).

¹⁰² נספח "ז" לתצהירי העדות הראשית של התובעים, בבולט השלישי בסעי' 1 למסמך.

(3) התובעים הפרו הפרה יסודית את ה-SRR ואת תנאי הדפים

114. התובעים הפרו הפרה יסודית את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook. כתוצאה מהפרה זו, Facebook היתה רשאית, בהתאם לתנאי השימוש, להסיר את הדף "סטטוסים מצייצים" משירות Facebook.

115. כהערה מקדמית יצוין, כי Facebook אינה צריכה להוכיח, כי ההפרה מצדם של התובעים היתה "יסודית", וזאת מאחר שמערכת היחסים החוזית בכללותה לא הסתיימה. שני התובעים עדיין עושים שימוש בשירות Facebook; לתובעים עדיין קיימת גישה מלאה לפרופילים האישיים שלהם ב-Facebook; ויש להם את האפשרות ליצור דפים חדשים שאינם מעתיקים את הדף "סטטוסים מצייצים" ושאינם מפרים בצורה אחרת את תנאי השימוש והמדיניות. בהתאם לסעי' 14 ל-SRR, Facebook רשאית להפסיק לספק "את כל ... או את חלקם" של שירותי Facebook למשתמשים המפרים את תנאי השימוש והמדיניות. הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" לא היוותה ביטול מלא של ההסכם עם התובעים, ולכן Facebook אינה צריכה להוכיח הפרה יסודית. מכל מקום, עניין זה הינו בעל חשיבות שולית בנסיבות העניין, לאור ההפרה הגסה והחמורה מצד התובעים.

116. סעי' 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק התרופות"), מורה כדלהלן:

"לענין סימן זה, 'הפרה יסודית' - הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית..."

117. המבחן הקבוע ברישא לסעי' 6 לחוק התרופות מתמקד בחומרת ההפרה כתנאי לביטול, ונובע ממנו כי הפרה יסודית תתקיים כאשר יוכח שמדובר בהפרה חמורה היורדת לשורשו של עניין [דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד' 296-297 (2011) (להלן: "פרידמן כהן")].

118. השאלה האם מעשה או מסכת אירועים עולה כדי הפרת חוזה יסודית אינה שאלה כללית ועקרונית שיש עליה תשובה אחת "נכונה", אלא היא שאלה הנטועה בתשתית הקונקרטית של המקרה המסוים – קרי: בתוכנו של החוזה המסוים, ולאחר מכן בהתנהגות המפר בשל קיום החוזה.

119. לעניין זה ראה, למשל, ע"א 8741/01 Micro Balanced Products נ' תעשיות חלאבין בע"מ, פ"ד נז(2) 171, 175 (2003):

"סיווג הפרה כהפרה יסודית מסתברת נעשה על-פי מבחן אובייקטיבי של סבירות. מבחן זה משמעו מעין 'שחזור' מעשיו של האדם הסביר – האם היה מתקשר בחוזה לו ראה מראש את ההפרה ואת תוצאותיה."

120. ככל שעסקין בהפרה יסודית של תנאי השימוש, סעי' 7(א) לחוק התרופות מקנה את הזכות לביטול הסכם ללא התראה לצורך תיקון מעשיהם של התובעים. ראה לעניין זה פרידמן כהן, בעמ' 294:

"הפרה יסודית מקנה אפוא לנפגע זכות מיידית לבטל את החוזה, מבלי לשלוח למפר התראה או אזהרה מוקדמת. לפי לשונו של החוק הזכות לביטול מחמת הפרה יסודית הינה בלתי מסויגת ואיננה כפופה לשיקולי צדק."

ראה גם: ע"א 8012/12 רג'בי נ' טל בניה והשקעות קרני שומרון (פורסם בנבו, 11.3.2014); ע"א 10489/09 א.נץ ניהול ואחזקות בע"מ נ' אלוף (פורסם בנבו, 6.9.2011).

121. התובעים הפרו באופן יסודי את סעי' A לפרק III לתנאי הדפים, אשר קובע כי: *"Third party advertisements on Pages are prohibited, without [Facebook's] prior permission."*

אין כל ספק כי התובעים הפרו הוראה זו וזאת מן הטעמים הבאים:

- התובעים הודו מפורשות בזמן אמת, כי הם מכרו "פוסטים" בדף "סטטוסים מצייצים"¹⁰³;
- התובעים חזרו על הודאותיהם גם בתצהירי העדות הראשית שלהם ובחקירותיהם הנגדיות¹⁰⁴;
- בזמן אמת, צוות ה- Community Operations בחן את הדף "סטטוסים מצייצים" ומצא בעצמו מספר רב של פרסומות של צדדים שלישיים בדף¹⁰⁵;
- התובעים העידו כי עבדו מול סוכנויות פרסום, אשר ייצגו מגוון מותגים מסחריים, לרבות קוקה-קולה וג'ילט, וקיבלו מהן תשלום¹⁰⁶; וכן
- התובעים מעולם לא ביקשו מ-Facebook Ireland רשות לפרסם מודעות פרסום של צדדים שלישיים בדף שלהם, ואין בנמצא כל ראיה המוכיחה אחרת.¹⁰⁷

122. הפרת תנאי השימוש והמדיניות על ידי התובעים עולה כדי הפרה יסודית משלושה טעמים. ראשית, ההתנהגות המפרה של התובעים מקפלת בתוכה את כל המהות של הדף "סטטוסים מצייצים", שהיתה למעשה למכור ולפרסם מודעות פרסום של צדדים שלישיים. מסקנה זו מתבקשת מהודאות התובעים וכן מהאופן בו התנהלו כשניסו להפוך את הדף "סטטוסים מצייצים" לעסק של ממש: שכירת עורך-דין כדי לנסח "תנאי שימוש" לדף, ניסוח מחירון והפצתו, ואף ניהול מו"מ למכירת הדף. כל תכליתו של הדף נעוצה בהתנהגות המפרה.

123. שנית, ההפרה השפיעה גם על סוג התכנים אליהם נחשפו הגולשים באתר Facebook, ובתוך כך גם השפיעה על חוויית המשתמש ותחושת הביטחון. התובעים יצרו חווית משתמש שלילית, כפי שהודו בעצמם: **"הכעס של הציבור עלינו נבע מכך שלא יידענו אותו איזה סטטוס הוא ממומן. אבל לא יכולנו לעשות את זה, כי אז פייסבוק היו יודעים."**¹⁰⁸

¹⁰³ ראה למשל, תגובת התובעים לכתבה ב"גלובס" מיום 14.1.2015, שכותרתה "כמה עולה לפרסם סטטוס בעמוד הפייסבוק 'סטטוסים מצייצים'?" (נספח "8" לתצהיר Milner); ריאיון עם שני התובעים בחדשות ערוץ 10 מיום 31.1.2015 (נספח "14" לתצהיר Milner); וכן ריאיון שנערך עם התובעים לכתבת קרן מרציאנו ב"תכנית חסכון" בערוץ 2 ביום 22.1.2015 (נספח "12" לתצהיר Milner).

¹⁰⁴ ראה סעי' 26 לתצהירי העדות הראשית של התובעים; חקירתו הנגדית של התובע 1, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 98 (ש' 15-19), עמ' 101 (משורה 13) – 104 (עד ש' 15).

¹⁰⁵ סעי' 22 לתצהיר Milner.
¹⁰⁶ ראה חקירתו הנגדית של התובע 1, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 105 (מש' 22) – 107 (עד ש' 17); חקירתו הנגדית של התובעת 2, פרוטוקול 23.3.2016, עמ' 228 (החל מש' 19) – 229 (עד ש' 17).

¹⁰⁷ ראה סעי' 22 לתצהיר Milner.

¹⁰⁸ ראה כתבה ב"ישראל היום" מיום 22.4.2015 תחת הכותרת "אבי ועדי לן מציגים: סטטוס של יום חדש" (נספח "15" לתצהיר Milner).

124. שלישית, ההפרה מצויה בלב ליבה של ההסכמה החוזית המאפשרת ל-Facebook Ireland להמשיך לספק שירות חנימי.¹⁰⁹ שירות Facebook הינו שירות חנימי, מאחר ש-Facebook מפיקה הכנסות מחברות ומאנשים הבוחרים לפרסם בשירות Facebook. האיסור המוטל על דפים לעניין פרסומות של צדדים שלישיים ללא אישור מוקדם מ-Facebook, נועד בחלקו לאפשר ל-Facebook לשמר את צביונו של השירות כשירות הניתן בחינם. מכאן שעסקינן בהפרה יסודית.

125. כתוצאה מההפרה האמורה, Facebook הסירה את הדף "סטטוסים מצייצים" משירות Facebook. אין כל בסיס בדין ו/או בתנאים ההסכמיים שבין הצדדים לטענת התובעים, כי נדרש היה לתת להם התראה מראש ואפשרות לתקן ההפרה. אין לטענה זו אף בסיס עובדתי, שכן התובעים לא היו יכולים לתקן את ההפרה משום שכל תכליתו של הדף "סטטוסים מצייצים" הפרה את תנאי ה-SRR.

126. בהתאם לחוק התרופות, Facebook הייתה רשאית לסיים את ההתקשרות החוזית עם התובעים באופן מיידי וזאת לאור הפרתם היסודית של החוזה, ולפיכך הייתה רשאית להסיר את הדף "סטטוסים מצייצים". יתרה מכך, ה-SRR אינו מחייב את Facebook לשלוח התראה מראש למשתמשים או לאפשר להם לתקן את ההפרה. החלטה לשלוח התראה היא החלטה שבשיקול דעת, ומילא איננה מתאימה למקרה דנן, מקום בו התובעים למעשה הונו את Facebook Ireland ועשו שימוש פסול בדף לטובתם האישית תוך הפרת תנאי השימוש.

127. בנסיבות האמורות, ההחלטה להסיר דף מהשירות, התבססה על דרך התנהלותם של התובעים. כדברי מר Milner:¹¹⁰

"...when we talk about warnings, sometimes we will warn someone, because of a particular post on their page that we've taken down or action we've taken against their page, to restrict some access, and we will then point them towards our pages' terms to say 'you need to get your house in order'. When it comes to something as egregious and as serious as this, we won't warn someone and tell them to sort themselves out..."

אשר על כן, ההחלטה להסיר את הדף הייתה החלטה מוצדקת, בהתחשב בהפרה היסודית של ה-SRR ותנאי הדפים, ואף מידתית ביחס להתנהלות התובעים.

ב. התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי Facebook היא גוף "דו-מהותי" או "מונופול" הכפוף לחובות מוגברות מכוח המשפט הציבורי ו/או דיני ההגבלים העסקיים

128. התובעים מנסים לטעון כי יש להכפיף את Facebook לחובות משפטיות מוגברות. יחד עם זאת, התובעים לא הציגו טיעון המסביר מכוח איזו מטריה משפטית בדיוק חובות אלו צריכים להיות מוטלים על Facebook. מחד, התובעים טענו, כי מפאת גודלו וחשיבותו של שירות Facebook יש לראותו כ"שירות ציבורי" הכפוף לכללי המשפט הציבורי. מנגד, טענו התובעים בעלמא כי Facebook מהווה "מונופול", ונדמה גם שהם טוענים כי Facebook הפרה את חובותיה על פי חוק ההגבלים העסקיים. לא זו בלבד שבטיעוניהם מערבבים התובעים שתי מטריות שונות לחלוטין של הדין הישראלי, אלא שטענות אלו לגופן אף נעדרות כל בסיס עובדתי או משפטי.

¹⁰⁹ ראה סעי' 1 לתצהיר Milner מיום 18.10.2015, שניתן בתמיכה לתשובת התביעות לבקשת התובעים לסעדים.

¹¹⁰ פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 330 (משורה 31) – 166 (עד שורה 6).

1) התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי Facebook היא גוף "דו-מהותי" הכפוף לכללי המשפט הציבורי

129. הנחת היסוד של התובעים, עליה מבוססת הטענה בדבר כפיפות לכללי המשפט הציבורי, היא כי Facebook מחזיקה בכח מעין שלטוני ומספקת שירות כה חיוני עד שיש לראות בה גוף "דו-מהותי" הכפוף לכללי המשפט הציבורי. טענה זו שיש בה משום הנחת המבוקש, אינה מעוגנת בתשתית ראייתית כלשהי ושגויה מבחינה עובדתית.

130. ראשית יצוין, כי עמדת התובעים נעדרת כל תשתית ראייתית עובדתית, והתובעים לא הציגו כל ראיה לתמיכה בה. למעשה, הנחת היסוד של התובעים העומדת בבסיס טענתם בדבר תחולת המשפט הציבורי (סעיפים 100-104 לסיכומי התובעים) מבוססת על הטענות שהועלו על ידי התובעים בכתב התביעה. התובעים לא הסבירו, לא בכתב התביעה ולא בתצהירי העדות הראשית מטעמם, על מה מבוססות טענות אלו. התובעים אף לא סיפקו כל ראיה, זולת הספקולציות שלהם עצמם, כדי להראות ש-Facebook היא גוף מעין-ממשלתי, דו-מהותי, המספק שירות חיוני לציבור.

131. יתרה מכך, ממילא לא ניתן לתמוך את מרבית טענות התובעים בכל ראיה, שכן הן מנותקות לחלוטין מהמציאות, ואין בהן התייחסות לבסיס המשפטי הנדרש על מנת להוכיח שתאגיד הוא גוף "דו-מהותי".

132. סיווגו של תאגיד פרטי כגוף דו-מהותי אינו נעשה כדבר שבשגרה, אלא במשורה בלבד, במקרים מיוחדים. בתי המשפט פסקו כך ביחס לתאגידים בודדים בלבד. זאת בשל החשש לפגיעה באוטונומיה של הפרט [ראה אסף הראל **גופים דו-מהותיים** 3 (2008)]. כך נפסק בע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט(3) 196, 208 (1995) (אליו מפנים התובעים בס' 109-110 לסיכומיהם, מפי כבי השופט זמיר):

"התוויית הדרך לתחולת המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים היא מלאכה עדינה וקשה, אפשר לומר אפילו מסוכנת, שכן היא מאיימת על האוטונומיה של הפרט. מן הראוי להתקדם בדרך זאת בזהירות..."

133. ככלל, בתי המשפט יסווגו תאגיד פרטי כגוף דו-מהותי מקום בו (1) תפקידו של אותו תאגיד הינו לספק שירות ציבורי חיוני; ו-(2) התאגיד פועל מכוח סמכות שניתנה לו על ידי המדינה.

134. התובעים, כאמור, לא סיפקו כל ראיה בעניינים אלו, ולא עמדו בנטל להוכיח אף אחד מתנאים הכרחיים אלו. תחת זאת, התובעים הסתפקו בטענה כי Facebook מהווה גוף דו-מהותי לאור גודלו והצלחתו של שירות Facebook. אולם, גודל ומידת הצלחה אינם תנאים מספיקים כדי להפוך חברה שמניותיה נסחרות בבורסה לגוף דו-מהותי.

135. כך למשל, התובעים טוענים כעובדה, כי **"בכל יום, יותר בני אדם על פני כדור הארץ עושים שימוש בשירותי הנתבעות מאשר צופים בטלוויזיה המקומית או הבינ"ל"**.¹¹¹ טענה זו אינה אלא ניחוש מצידם של התובעים – התובעים לא יודעים (וממילא אף לא הוכיחו) מהו מספר האנשים הצופים בטלוויזיה בכל מקום בעולם, ואף לא בישראל. בנוסף, התובעים מנסים לשוות ל-Facebook גודל של ממשלה, בטענתם כי: **"מחזור הכספים השנתי של הנתבעות הנו עצום, ואף עולה על התמ"ג של מדינות מתועשות רבות. התקציב התפעולי השנתי של פייסבוק עולה על תקציבה השנתי של ממשלת ישראל"**.¹¹² זו טענה שאין בה אמת, ומכל מקום לא סופקה לה כל הוכחה – הוצאותיה השנתיות של Facebook אינן מתקרבות לאלו של מדינת ישראל.

¹¹¹ סעי' 101 לסיכומי התובעים.

¹¹² סעי' 102 לסיכומי התובעים.

136. Facebook היא ללא ספק חברה גדולה ומצליחה, אך יש לפחות 150 חברות הגדולות ממנה. אם גודל ורווחים יהיו אינדיקציה לשאלה האם יש להכפיף חברה פרטית למשפט הציבורי (והם אינם), אזי בית המשפט הנכבד יצטרך להכיר ביותר מ-150 חברות הנסחרות בבורסה וגדולות מ-Facebook כגופים דו-מהותיים.

137. מעבר לסיווג השגוי והבלתי מוכח שהתובעים מבקשים לייחס ל-Facebook, התובעים לא הוכיחו כי Facebook מספקת שירות חיוני לציבור, שהינו שקול לשירות שמסופק על ידי גוף ציבורי. התובעים אף לא ניסו לבסס טענתם זו, וזאת שלא בכדי. Facebook היא פלטפורמה לשיתוף תכנים המתחרה בפלטפורמות שיתוף תכנים רבות אחרות הקיימות בשוק (Twitter, Instagram, Pinterest, YouTube, Snapchat, Tumblr, LinkedIn, וכו'). קיימות אינסוף דרכים לשיתוף תוכן באינטרנט, לרבות באמצעות הקמה של אתר אינטרנט עצמאי.

138. ודוק: שירות יסווג כשירות ציבורי חיוני כאשר מדובר בפעילות שהינה **חיונית** לחברה והכרחית לשמירה על זכויות אזרח בסיסיות. על סוגי הפעילויות שסווגו כ"ציבוריות", ניתן למנות שירותי בריאות, חינוך ורווחה, שירותי בנקאות, ניהול קרקעות המדינה, שירותי קבורה ונגישות לאמצעי קיום חיוניים כמו מים וחשמל. **פלטפורמה לשיתוף תכנים באינטרנט, לעומת זאת, אינה מהווה את הגרעין הקשה של אינטרסים המצדיק החלת נורמות ציבוריות על גוף פרטי.**

139. כמו-כן, על מנת לסווג תאגיד פרטי כגוף דו-מהותי, לא מספיקה העובדה שהתאגיד הפרטי מספק שירות חיוני לציבור, אלא יש הכרח שהתאגיד הפרטי יפעל מכוח סמכות כלשהי שהוענקה לו על ידי המדינה.

140. בע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992), אליו מפנים התובעים בסעי' 108 לסיכומיהם, הוחלו נורמות מהמשפט הציבורי על המערערת, אשר נוסדה כדי לתת שירותי קבורה ליהודים, משום שהיא פועלת, בין היתר, לפי רישיון שניתן לה על ידי שר הדתות לפי תקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לענייני קבורה), התשכ"ז-1966, ובהתאם לרישיון זה עליה לעבוד בשיתוף פעולה עם רשויות המדינה ורשויות מקומיות.

141. באותו מקרה פסק הנשיא (דאז) **שמגר**, כי התפקיד שמבוצע על ידי המערערת **"הוא בעיקרו ציבורי, הן מן הבחינה הפורמאלית והן מן הבחינה המהותית"** (עמ' 484 לפסק הדין); והשופט (כתוארו אז) **ברק הוסיף**, כי למערערת נתונה סמכות סטטוטורית מסוימת לעשות כל פעולה סבירה הדרושה למען קבורת יהודי שנפטר, שבהפעלתה היא נתונה לפיקוח של מועצת בתי העלמין היהודיים, והיא אף מוסמכת להטיל אגרה על הקמת מצבה (בעמ' 518 לפסק הדין).

142. כך גם, בבג"צ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד מא(2) 449 (1987), אליו מפנים התובעים בסעי' 113 לסיכומיהם, קבע כב' השופט (כתוארו אז) **ברק**, כי לחברת החשמל (שבבעלות המדינה) ישנו דמיון למדינה ולתאגידים סטטוטוריים וכי יש לה סמכויות סטטוטוריות (עמ' 457 ו-461 לפסק הדין):

"מבחינה אירגונית, כמוה ככל חברה ממשלתית אחרת, מבחינה פונקציונאלית, היא בעלת סמכויות שלטוניות, ושולטת היא על אחד מגורמי הייצור המרכזיים במדינה – החשמל. ..."

המייחד את חברת החשמל הוא, שהצטברו בה ספר תכונות, המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים הסטטוטוריים. תכונות אלה הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי ייצור חיוני (חשמל) ... חברת החשמל היא public utility, ובתור שכזו יש לה מעמד מיוחד. ...

אכן, חברת החשמל נתפסת בעיני כנאמן של הציבור, אשר בידיו הופקדו האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל."

143. במקרה דנן, Facebook אינה קשורה לרשות ציבורית כלשהי מעבר לקשר הרגיל שישנו בין תאגיד פרטי למדינה. היא אינה פועלת מכוח הסמכה של המדינה או החוק והיא איננה גוף "דו מהותי" כמו חברת חשמל. המדובר בחברה פרטית שאינה בבעלות ו/או בשליטת מדינה כלשהי, וודאי שלא מדינת ישראל.

144. אף אם יקבע כי הנתבעות הינן גוף דו מהותי (ואין כל הצדקה לכך), עדיין אין משמעות הדבר כי כל החובות מכוח המשפט הציבורי חלות על Facebook או על כל פעילויותיה. התובעים לא פירטו אילו חובות מתוך המשפט הציבורי חלות לטענתם על הנתבעות, הופרו לטענתם על ידי הנתבעות וכיצד. העובדה כי התובעים לא טענו ולא הוכיחו הפרה ספציפית של כללי המשפט הציבורי, היא כשלעצמה שומטת את הקרקע תחת טענתם.

145. איתור הפרה של כללי המשפט הציבורי היא משימה מורכבת. היא איננה מתמצה בהכרעה בשאלה האם הנתבע הינו גוף דו-מהותי, אלא היא מחייבת את התובע להוכיח איזו חובה ציבורית חלה על הגוף האמור, כי חובה זו הופרה וכיצד היא הופרה. כך, נקבע גם בע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס, פסי' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 1.9.2005):

"סיווגו של גוף משפטי כגוף 'דו-מהותי' אינה סופה של דרך, אלא תחילתה במידה רבה. ... כך למשל, סיווגו של גוף משפטי כ'דו מהותי' אינו פוטר את בית המשפט ליתן דעתו לשאלת היקף תחולת דיני המנהל הציבורי על גוף זה – הן מבחינת עצם תחולתו של העילות השונות המוכרות בדין המנהלי והן בכל הנוגע להיקפן ביחס לחובות המוטלות על רשויות הציבור. ... כמו כן, סיווגה של אישיות משפטית כגוף דו מהותי, מעין ציבורי, אינו מחייב בהכרח החלה ישירה של חובות הדין המנהלי על כלל פעילותה. כך, יכול שפעילויות אחדות בהן עוסק גוף 'דו מהותי' תהיינה כפופות לחובות שמקורן בדין המנהלי ואילו פעילויות אחרות תחסנה בצל דיני המשפט הפרטי ולא תהיינה כפופות למסגרת נורמטיבית כפולה. ...

בעמדה העקרונית, לפיה במפעל הפיס מתקיימים מאפיינים המצדיקים את סיווגו כגוף דו מהותי, אין בהכרח כדי להביא ... למסקנה, כי רצויה הכפפת כלל הפעולות הננקטות על ידי מפעל הפיס למערכת דיני המשפט הציבורי. מורכבותה של הסוגיה בעניין זה מחייבת נקיטת גישה זהירה במסגרתה תבחנה הפעולות הקונקרטיות שבנוגע אליהן מתבקשת החלת הדין המנהלי וזאת מחשש להכבדה יתירה ולא מוצדקת בדמות החלת הדין המנהלי."

146. התובעים, כאמור, לא פירטו אלו חובות מהמשפט הציבורי חלות על Facebook, או כיצד הן כביכול הופרו. אין כל אסמכתא התומכת בעמדתכם המגוחכת של התובעים, לפיה הם יכולים לכפות על Facebook להתיר לפרסם פרסומות של צדדים שלישיים בשירות Facebook, תוך הפרה של ההסכם בין הצדדים. אם התובעים חפצים לפרסם פרסומות שכאלו, הם יכולים לעשות זאת באמצעות אתר אינטרנט משלהם. די בדברים אלו כשלעצמם כדי לדחות את טענת המשפט הציבורי.

147. יתרה מזאת, גם אם טענותיהם חסרות הבסיס של התובעים תתקבלנה, הרי שהתובעים ממילא לא עמדו בנטל להוכיח כי הסרת הדף "סטטוסים מציצים" היא בבחינת הפרה של כללי המשפט הציבורי, קרי שנמנע מהתובעים שירות חיוני כלשהו או שהם הופלו לרעה.

148. ראשית, התובעים הסכימו והתחייבו לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook. הפרותיהם השיטתיות של תנאי השימוש על ידי התובעים, מהוות הפרה יסודית וברורה של ההסכם בין הצדדים. ל-Facebook היתה הצדקה מלאה להסרת הדף. גם גופים ציבוריים, הכפופים לכללי המשפט הציבורי, רשאים לאסור על עסקי רוכלות אסורים לפעול בשטחיהם.

149. שנית, על אף הפרתם הבוטה של תנאי השימוש והמדיניות מצידם של התובעים, לתובעים עודנה קיימת גישה לפרופילים האישיים שלהם ב-Facebook והם יכולים לעשות בהם שימוש כרצונם.¹¹³

150. שלישית, התובעים מלינים על כך ש-Facebook Ireland הפלתה אותם לרעה כאשר לא הסירה, כביכול, דפי Facebook אחרים בשל הפרות דומות של תנאי השימוש (ראה, למשל סעי' 17-18, 127-126, 135, 170 ו-187-190 לסיכומי התובעים). אולם, התובעים לא עמדו בנטל להוכיח טענה זו. מר Milner הסביר כי Facebook Ireland בחנה דף אחר, אליו התייחסו התובעים בכתב התביעה, הדף של Ynet, ולא נמצאו בו הפרות של תנאי השימוש של Facebook.¹¹⁴ הואיל והתובעים לא סיפקו כתובות URL של הדפים הנוספים בשירות Facebook, שאזכרו על ידם כדוגמאות ל"אכיפה בררנית", כביכול, הרי, כפי שהסביר מר Milner, לא היה ביכולתה של Facebook Ireland לבדוק את טענות התובעים ביחס לאותם דפים.¹¹⁵

151. חשוב מכך, התובעים לא סיפקו כל הוכחה לכך שדפים אחרים הפרו את תנאי השימוש של Facebook (כלומר פרסמו מודעות פרסום של צדדים שלישיים ללא אישור מוקדם מ-Facebook) וגם לא לטענה כי Facebook לא נקטה שום פעולה בתגובה להפרות אלו. בהתייחס לכך, מר Milner העיד כי ב-Facebook נסגרים מידי שנה אלפי דפים וחשבונות בשל הפרת תנאי השימוש והמדיניות:

*"if we've received a report to the effect that there was third-party paid content on any page on Facebook, irrespective of his name, without our prior permission, we would investigate and take action accordingly."*¹¹⁶

*"I can tell you now that thousands of pages and thousands of accounts get closed on Facebook every year because of serious infringements of our terms."*¹¹⁷

152. הנה כי כן, טענות התובעים כי יש להכיר ב-Facebook כגוף דו-מהותי, כמו גם טענותיהם בדבר הפרה, כביכול, של כללי המשפט הציבורי לא נתמכות בכל ראיה ודין להידחות.

2) התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי Facebook היא "מונופול" לפי חוק ההגבלים העסקיים

153. אין זה ברור האם התובעים מתכוונים לטעון ברצינות כי Facebook היא "מונופול", המפר את חוק ההגבלים העסקיים. כאמור לעיל, התובעים מתייחסים באופן אגבי ל-Facebook כאל "מונופול" וזאת בהקשר של טענתם לעניין תחולת המשפט הציבורי, ואינם מספקים כל הוכחה ל סיווג זה. למען הזהירות בלבד, הנתבעות תתייחסנה בקצרה לטענה מופרכת זו.

154. כידוע, "מונופול צריך להוכיח, ולא רק לטעון" [ת.א. (מחוזי ת"א) 2738/99 שאבי נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2002)]. לשם כך יש לצלוח שני שלבים עיקריים: ראשית, להציג ניתוח משפטי סדור באשר להגדרת השוק הרלוונטי; ושנית, לאמוד את נתח השוק של ה"מונופולין" הנטען, בהשוואה ליתר השחקנים הפועלים בשוק [ה"ע (מחוזי י-ם) 506/04 שטראוס עלית בע"מ נ' הממונה

¹¹³ סעי' 36 לתצהיר Milner.

¹¹⁴ סעי' 39 לתצהיר Milner.

¹¹⁵ סעי' 40 לתצהיר Milner.

¹¹⁶ פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 71, ש' 5-7.

¹¹⁷ פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 161, ש' 19-21.

על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו, 9.7.2007); הי"ע (מחוזי י-ם) 704/07 הממונה על הגבלים עסקיים נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2009).

155. על רקע זה נקבע, כי הגדרת השוק הרלוונטי, כמו גם אמידת נתח השוק, הן שאלות שבמומחיות – שאלות המחייבות צירוף חוות דעת מומחה. כך קבע לדוגמא בית המשפט בת.א. (מחוזי י-ם) 2447/00 מוסד משה כהן (1989) נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"מ תשס"ד (2) 443, 464 (2006):

"הגדרת השוק הרלוונטי אינה מסוג הנתונים הנמצאים בידיעה השיפוטית, ולכן הנטל לעניין זה מוטל כולו על כתפי התובעים. התובעים לא הביאו חוות דעת מומחה או נתונים מספיקים לצורך הוכחת השוק הרלוונטי, ונתח השוק של כלל ביטוח בשוק זה. לפיכך, לא ניתן לקבוע ממצאים לעניין זה."

156. אין כל ספק כי אמות המידה לבחינת השאלה האם גוף מסוים מהווה מונופול מחייבות בחינה עובדתית מעמיקה, בחינה שחייבת להיעשות על ידי מומחה מתאים.

157. התובעים לא הגישו כל חוות דעת מומחה – לא ביחס להגדרת השוק הרלוונטי ולא ביחס לנתח השוק. נראה כי התובעים מתייחסים למונח "מונופול" בקלות דעת (כאילו היה מדובר במשחק הקופסא "מונופול"), ולא כתיאוריה כלכלית משפטית ממשית. טענות התובעים בדבר קיומו של מונופול נטענו ללא תימוכין, ללא הנמקה, וללא ביסוס בחוות דעת מקצועית כנדרש. למעשה, כתב התביעה אפילו **אינו כולל הגדרת שוק כלשהי**. די בכך כדי לדחות את טענות התובעים.

158. בית המשפט הנכבד כבר רמז על כך לב"כ התובעים בדיוני ההוכחות: **"להוכיח מונופול בחקירה נגדית, לא ככה מוכיחים מונופול, אדוני"**.¹¹⁸

159. התובעים מתעלמים מכך שקיימים שירותים רבים אחרים המאפשרים לתובעים וישראלים אחרים לשתף תכנים. נזכיר בהקשר זה את Tumblr, Instagram, Pinterest, Twitter, LinkedIn, ו-Snapchat, ואפילו האינטרנט בכללותו. יוזכר, כי התובעים תמיד היו חופשיים להקים אתר אינטרנט משלהם במקום להסתמך על שירות Facebook שניתן בחינם. ואכן, זה בדיוק מה שעשו התובעים לאחר הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" משירות Facebook, כאשר פתחו אתר אינטרנט תחת השם "סטטוסים מצייצים".¹¹⁹ עמד על כך גם מר Milner בחקירתו הנגדית:¹²⁰

"... actually if you want to reach enormous population, don't use Facebook use the open Internet, it's perfectly feasible for everyone to create a website and to use that to connect with people and to take money for content, perfectly fine... so the suggestion that facebook is the only place you can have presence on the internet is clearly nonsense, there are lots of other places..."

160. אין, על כן, כל יסוד לטענת ה"מונופול" שמעלים התובעים ללא כל תמיכה ראייתית.

161. לבסוף, גם אם ניתן היה לקבל את טענת התובעים ולראות ב-Facebook משום מונופול (והיא אינה מונופול), הרי שהתובעים לא עמדו בנטל להוכיח אף טענה מכוחה ניתן להטיל על Facebook חבות כלשהי. כך, סעי' 29 לחוק ההגבלים העסקיים מחייב להוכיח, כי בעל המונופולין סירב באופן בלתי סביר לספק שירות לתובע. התובעים לא הוכיחו כי Facebook סירבה לספק להם שירות כלשהו, לא

¹¹⁸ פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 173, שי' 22.

¹¹⁹ ראה חקירה נגדית של התובעת 2, פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 24, 8-11.

¹²⁰ פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 85, שי' 24-30.

כל שכן שהסירוב היה "בלתי סביר". העובדות מוכיחות אחרת ומצביעות על כך שבעוד שהדף "סטטוסים מצייצים" הוסר נוכח ההפרה הבוטה של תנאי השימוש, לתובעים עדיין יש גישה לחשבונותיהם ב-Facebook (כלומר לפרופילים האישיים שלהם), ועדיין נשמרה יכולתם ליצור דפים חדשים שאינם דומים לדף "סטטוסים מצייצים" בשם, בתכלית ובתוכן. הנה כי כן, כל סירוב לספק שירות אין כאן, ודאי שלא סירוב בלתי סביר למתן שירות (בהתאם לאמור בסעי' 29 לחוק ההגבלים העסקיים).

ג. הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" לאור ההפרות הרבות והמתמשכות של תנאי השימוש על ידי התובעים אינה עולה כדי "התערבות בלתי הוגנת" והתגובות שמסרה Facebook לעיתונות אינן עולות כדי "תיאור כוזב"

162. התובעים מנסים לטעון, כי חרף הפרותיהם הרבות את תנאי השימוש של Facebook, הסרת הדף עולה כדי "התערבות בלתי הוגנת", לפי הוראת סעי' 3 לחוק עוולות מסחריות.¹²¹ בנוסף, טוענים התובעים בעלמא כי התגובות שמסרה Facebook לעיתונות ביחס לסגירת הדף "סטטוסים מצייצים" הן בבחינת "תיאור כוזב" לפי סעי' 2 לחוק עוולות מסחריות.¹²² עסקינן שוב בטענות שהועלו ללא כל הוכחה או ביסוס, ודין להידחות.

1) אין מדובר ב"התערבות בלתי הוגנת"

163. סעי' 3 לחוק עוולות מסחריות אוסר על עסק למנוע או להכביד, באופן לא הוגן, על גישה לקוחות, עובדים או סוכנים למוצרים או שירותים של עסק אחר. ראה סעי' 3 לחוק עוולות מסחריות. אין לקבל את ניסיונם של התובעים להסתמך על סעיף זה.

164. העובדות שבפנינו אינן מקימות כל עילה בדבר התערבות בלתי הוגנת מכוח חוק עוולות מסחריות. ראשית, הנתבעות לא מנעו, באופן בלתי הוגן, גישה לעסק אחר, כמו למשל לאתר אינטרנט עצמאי שהקימו התובעים. כל שעשו הנתבעות היה להסיר את הגישה לדף בודד ב-Facebook שפעל על גבי הפלטפורמה של Facebook. עוולת "התערבות בלתי הוגנת" אינה יכולה לחול בנסיבות האמורות שכן אין שום התערבות בעסק נפרד אחר.

165. שנית, עוולת "התערבות בלתי הוגנת" חלה רק מקום בו ההתערבות נעשתה באופן בלתי הוגן, קרי באופן היוצר תחרות בלתי הוגנת או הפרה של החוק [ראה ה"פ (מחוזי ת"א) 1429/05 שירותי חשמל ואלקטרוניקה אויס בע"מ נ' בדש, פ"מ תשס"ד (1) 163, 172 (2006)]. אולם, בענייננו הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי Facebook לא היתה בלתי הוגנת. התובעים התחייבו לתנאי השימוש והמדיניות של Facebook והיו כפופים להם. התובעים הודו בהפרה שיטתית של תנאי השימוש, שהפיקה עבורם למעלה מ-250,000 ש"ח, ושהיוותה הפרה יסודית ברורה של ההסכם בין הצדדים. מכאן של-Facebook הייתה הצדקה מלאה להסיר את הדף.

166. ככל שטענת התובעים היא כי העסק שלהם הוא זה שנפגע באופן בלתי הוגן, קרי אותו העסק של מכירת פרסומות של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מצייצים", הרי ש"עסק" זה בפני עצמו מהווה הפרה של תנאי השימוש של Facebook, ולפיכך הדבר אינו יכול להקים כל עילה תביעה בעוולת "התערבות בלתי הוגנת". אדרבא - טענה זו כשלעצמה מהווה הודאה נוספת מצד התובעים כי מכרו באופן פסול פרסומות של צדדים שלישיים בשירות Facebook. ויוזכר שוב, כי דבר לא מנע מהתובעים למכור פרסומות של צדדים שלישיים באתר אינטרנט עצמאי משלהם.

¹²¹ סעי' 235 לסיכומי התובעים.

¹²² סעי' 232-234 לסיכומי התובעים.

167. שלישית, התובעים לא פירטו וממילא לא הוכיחו אילו נזקים נגרמו להם, כביכול, בשל עוולה נטענת זו. על פי סעי' 12 לחוק עוולות מסחריות, יש להוכיח נזק לשם הוכחת עילה מכוח עוולת התערבות בלתי הוגנת. התובעים לא הוכיחו, לא בתצהירי העדות הראשית מטעמם ולא במסגרת חקירותיהם הנגדיות, כי נגרם להם נזק. משכך, התובעים לא עמדו בנטל להוכיח, כי עומדת להם עילה מכוח סעי' 3 לחוק עוולות מסחריות.

2) אין מדובר ב"תיאור כוזב"

168. סעי' 2 לחוק עוולות מסחריות אוסר על עסק להפיץ מידע שקרי על העסק שלו או על עסק אחר, בשעה שהוא יודע שהמידע אינו נכון או כשהמידע כוזב על פניו, על מנת להוליד שולל צרכנים ולצבור יתרון תחרותי. ראה ת.א. (מחוזי ת"א) 2826/98 **תנה תעשיות (1991) נ' מי-זך טכנולוגיות מים בע"מ**, פס' 58 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.6.2005) (להלן: "**עניין תנה**"). דין טענות התובעים מכוח סעיף זה להידחות משלושת הטעמים שלהלן.

169. ראשית, Facebook מעולם לא הפיצה כל מידע כוזב כפי שטוענים התובעים. למעשה, התובעים אינם יכולים להצביע על כל התבטאות ספציפית העולה כדי תיאור כוזב. התגובות היחידות שמסרה Facebook היו בתגובה לפניות מהעיתונות. תגובות אלו היו מדויקות, וכל כולן היה אישור של הודאות התובעים עצמם, קרי כי הדף "סטטוסים מצייצים" הוסר משירות Facebook בעקבות הפרתם את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook. בנוסף, אין כל הוכחה שהתגובות היו כוזבות על פניהן או שניתנו בידיעה שאין נכונו.

170. שנית, Facebook אינה יכולה לשאת באחריות מכוח הוראת סעי' 2 לחוק עוולות מסחריות, שכן התובעים לא הוכיחו, כי המידע שנמסר על ידי Facebook הטעה צרכנים וסיפק ל-Facebook יתרון תחרותי שפגע בעסק של התובעים. האמירה היחידה מפי Facebook לא הטעתה צרכנים או הקנתה ל-Facebook יתרון תחרותי על פני עסק התובעים, אלא בסך הכל אישרה כי הדף הוסר משירות Facebook לאור הפרת תנאי השימוש והמדיניות. אין דבר באמירה זו שהיה בו משום הטעיה של צרכנים שהיה בה כדי להשפיע על עסקם של התובעים. העוולה אינה חלה כמוכן, על עצם הסרת הדף באופן לגיטימי על ידי Facebook במטרה למנוע פעילות מסחרית בלתי ראויה ב-Facebook. פעולותיה של Facebook שקולות לאלו של בעל קניון המונע מדוכני רוכלות אסורים לפעול בקניון. פעולה כזו בוודאי אינה מקימה כל עילה לעוולת תיאור כוזב מכוח סעי' 2 לחוק עוולות מסחריות.

171. שלישית, עוולת תיאור כוזב לפי סעי' 2 לחוק עוולות מסחריות "**ייוחדה למצבים בהם נפגע עוסק מפרסום של עוסק אחר**" (ראה **עניין תנה**). התובעים לא טענו, לא שכן הוכיחו, שנגרם להם נזק כתוצאה מעוולה נטענת זו. התובעים לא הביאו כל ראיה בדבר קיומו של נזק. משכך, התובעים לא עמדו בנטל להוכיח עילה מכוח סעי' 2 לחוק עוולות מסחריות.

ד. לא עומדת לתובעים עילת תביעה בעוולת לשון הרע בגין תגובות Facebook, שהיה בהן משום אישור של העובדות בדבר התנהלותם הפסולה של התובעים

172. התובעים טענו, כי הנתבעות הוציאו דיבתן על התובעים כאשר "**טענו טענות כוזבות ובלתי מבוססות אשר פורסמו ברבים על ידי גופי התקשורת השונים בישראל**".¹²³ אולם, בדומה ליתר העילות הנטענות, התובעים לא סיפקו כל הוכחה התומכת בטענתם. תחת זאת, התובעים התייחסו רק לשתי התבטאויות מפי Facebook בתגובה לפניות מהעיתונות, אשר כל שהיה בהן היה אישור של העובדות, קרי כי תנאי השימוש והמדיניות של Facebook אוסרים על מכירה ופרסום של פרסומות של צדדים שלישיים, וכי הדף "סטטוסים מצייצים" הוסר לאחר שהפר תנאים אלו. מלבד העובדה שהדברים

¹²³ סעי' 249 לסיכומי התובעים.

הם דברי אמת ורק מאשרים את הודאות התובעים עצמם, אין כל ספק כי אף אדם סביר לא היה מוצא בהתבטאויות אלו משום לשון הרע.

1) תגובותיה של Facebook לעיתונות לא עולות כדי לשון הרע

173. על מנת שתקום עילת תביעה מכוח חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע"), על התובע לעמוד בנטל להוכיח כי (1) הנתבע פרסם אמירה על התובע (2) שאדם סביר יראה כפוגענית (קרי משפילה או משמיצה) (3) ושגרמה נזק לתובע.

174. על בית המשפט הנכבד לבחון האם התגובות דנא מהוות לשון הרע. פרסום ייחשב ללשון הרע, אם הוא עלול לחשוף אדם לשנאה, בוז או לעג או לבזותו או לפגוע בו במשרתו.¹²⁴

175. ההלכה היא כי המונח "לשון הרע" ייבחן לאורו של מבחן "האדם הסביר". כך נקבע בע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, נח(3) 558, 568 (2004) (להלן: "עניין רשת שוקן"): "יש לשלוף מתוך הביטוי את המשמעות העולה ממנו לפי אמות המידה המקובלות על האדם הסביר, כלומר יש לפרש את הביטוי באופן אובייקטיבי, בהתאם לנסיבות החיצוניות וללשון המשתמעת." ככל שיתגלע ספק פרשני בנוגע ל"פוגעניות" הביטויים שבענייננו, על בית המשפט לקבוע כי לא מדובר בלשון הרע. ראה סעי' 13 לעניין רשת שוקן שם נקבע כי: "כאשר בית-המשפט נתקל בקושי פרשני, עליו להעדיף את הפרשנות שלפיה הביטוי איננו לשון הרע."

176. התובעים טענו כי שתי התבטאויות אשר פורסמו בארבע כתבות שונות, הן בבחינת לשון הרע:

(1) הכתבות שפורסמו ב-Ynet וב"הארץ" ביום 16.1.2015, בהן צוטטה התגובה הבאה מטעם Facebook: "מכירת פוסטים מנוגדת לכללים של פייסבוק ועל כן העמוד הוסר ומפעילו קיבל אזהרה. במקרים כגון זה מנהלי עמודים עוברים תהליך לימוד של המדיניות של פייסבוק אותו הם צריכים להשלים לפני שפייסבוק תעלה מחדש את הדף. אי השלמת תהליך זה או הפרות חוזרות ונשנות של הכללים של פייסבוק עלולים לגרום להסרת העמוד לצמיתות. אנו מעודדים את כל מנהלי הדפים ללמוד היטב את הכללים וקוראים למשתמשים בפייסבוק לדווח לנו על תוכן שהם חושבים שמפר את הכללים שלנו. זאת בכדי שנוכל לחקור את העניין ולנקוט בפעולה מהירה".¹²⁵

(2) הכתבות שפורסמו ב"הארץ" ביום 21.1.2015, וב"גלובס" ביום 25.1.2015, בהן צוטטה התגובה הבאה מטעם Facebook: "אנו לא נוכל לקבל ניסיונות להטעות את האנשים שמשתמשים בשירות שלנו. הדף המדובר הפר שוב ושוב את המדיניות שלנו – על אף האזהרות שקיבל, ועל כן הסרנו אותו".¹²⁶

177. אף לא אחת מהתבטאויות אמת אלו יכולה להקים עילה בעוולת לשון הרע. השאלה אינה האם התובעים חשו באופן סובייקטיבי, כי הפרסומים האמורים מהווים לשון הרע, אלא האם אדם סביר או אדם מן הישוב היה מגיע למסקנה זו. אף אדם סביר לא היה סבור, כי ההתבטאויות הללו הן בבחינת ביטוי גנאי או ביטוי פוגעני, העשוי להשפיל או לבזות את התובעים. תגובותיה של Facebook הינם עובדתיות ומתייחסות אך ורק לדף "סטטוסים מציצים". בשום שלב לא נמסרה תגובה המתייחסת לתובעים באופן אישי, מעליבה אותם או מגנה אותם על ההפרה של תנאי השימוש והמדיניות של Facebook. כל השפלה שהתובעים חשו בתגובה להתבטאויות אלו היא סובייקטיבית

¹²⁴ סעי' 1 לחוק איסור לשון הרע.

¹²⁵ נספח "כג" לתצהירי התובעים.

¹²⁶ נספח "כג" לתצהירי התובעים.

בלבד ומקורה למעשה בתגובות משתמשי Facebook שחשו מרומים על ידי התובעים, נוכח העובדה כי התובעים לא גילו להם, כי הדף "סטטוסים מציצים" כלל פרסומות של צדדים שלישיים, כלומר מדובר בתוצאה לה הובילה התנהלותם של התובעים עצמם.

(2) תגובותיה של Facebook לעיתונות הן אמירות אמת הראויות להגנות הקבועות בחוק

178. אף אם ייקבע, בניגוד לטענת הנתבעות, שהיה באילו מהתגובות משום לשון הרע כלפי התובעים, נטל ההוכחה עובר לנתבעות, ועליהן להוכיח כי אותה התבטאות ראויה להגנות הקבועות בחוק. במקרה דנן כבר הוכח כי עומדת לנתבעות הגנה מלאה - האמת. זאת, מכוח הוראת סעי' 14 לחוק איסור לשון הרע, לפיה פרסום המהווה "לשון הרע" לא יקים חובה אזרחית ו/או פלילית עת הדבר שפורסם היה אמת, ובמידה והיה בפרסום "עניין ציבורי".

179. התבטאות תחשב כאמת כל עוד ה"משמעות הכללית" של "המובן הטבעי והרגיל של המילים" תואמת את האמת. ראה, למשל, ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פס' 12 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.12.2006) (להלן: "עניין קורן").

"יסוד אמיתות הפרסום עיקרו בבחינה האם תואם תוכנו של הפרסום את האמת, את המציאות 'האובייקטיבית' ... דרישה זו באה להבטיח כי במסגרת ההגנה על שמו הטוב של אדם, לא תינתן הגנה לפרסום שאין בו אמת. משמעותו של הפרסום תיקבע על פי המובן שייחס לתוכנו קורא או מאזין סביר, על פי המובן הטבעי והרגיל של המילים" (ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 300 (1977)). יחד עם זאת, אין נדרשת זהות מוחלטת בין מצב הדברים בפועל לבין תוכן הפרסום, אלא נדרש כי המשמעות הכללית העולה מן הפרסום והתוכן העולה ממנו יתאמו (שנהר, בע' 221). גם כאשר נוכח בית המשפט כי קיים פער בין המציאות לבין התיאור בפרסום, עדיין יכול הוא לקבוע כי עומדת לנתבע הגנת הסעיף, אם מצא כי מדובר ב'פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש', היינו פרט לוואי שמשקלו קל במידה כזו שאין פרסומו גורם פגיעה ממשית."

180. לצורך הדרישה השניה של ההגנה, "עניין ציבורי", יש להראות כי לציבור יש אינטרס בפרסום המדובר או כי יש במידע המפורסם כדי להשפיע על עמדת הציבור בקשר עם עניין ציבורי. ראה עניין קורן, בפס' 13. ההכרעה בדבר קיומו של "עניין ציבורי" תעשה על בסיס בחינת העובדות בכל מקרה. ראה דבריו של המלומד א' שנהר בספרו דיני לשון הרע 227 (1997): "ההכרעה בשאלת קיומו או היעדרו של 'עניין ציבורי' בפרסום צריכה להיעשות בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו". וראה גם ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, מח(3) 808, 826-827 (1994).

181. לנתבעות עומדת הגנה מלאה כלפי טענת התובעים ללשון הרע, וזאת מאחר שתגובותיהן היו דברי אמת והיה בהן עניין ציבורי, כפי שיפורט להלן:

(1) ביחס לאמיתות הדברים, ראשית, תגובותיהן של הנתבעות התמצו באישוש העובדה, כי תנאי השימוש והמדיניות של Facebook אוסרים על מכירת "פוסטים" לצדדים שלישיים ללא אישור מוקדם. אין כל ספק כי מדובר בדברי אמת שכן הדברים בסך הכל מאשרים את נוסחם המפורש של ה-SRR ותנאי הדפים, אשר אושרו גם בעדות המהימנה שניתנה מטעם הנתבעות במסגרת החקירות הנגדיות.¹²⁷

(2) שנית, האמירה בדבר הסרת הדף "סטטוסים מציצים" היתה גם היא נכונה ומדויקת. כפי שהוכח בראיות, הדף הוסר משירות Facebook לאחר שנמצא מפר את תנאי השימוש והמדיניות

¹²⁷ ראה לדוג' חקירתו הנגדית של Milner, פרטוקול 31.3.2016, עמ' 324, ש' 9-11.

של Facebook.¹²⁸ כפי שהעיד מר Milner, צוות ה- Community Operations חקר ומצא הפרות מרובות של תנאי השימוש בדף.¹²⁹

(3) שלישית, התובעים קיבלו התראות בדבר הפרת תנאי השימוש והמדיניות. מר Milner אישר בחקירתו הנגדית כי:

"[P]laintiffs were given warnings when they violated our terms on previous occasions"¹³⁰

התובעים הפרו את תנאי השימוש פעם אחר פעם וקיבלו התראות המבקשות מהם לחזור וללמוד את תנאי ה- SRR.

(4) התובעים אינם יכולים להכחיש זאת, והם אף מודים בסעי' 251 לסיכומיהם, כי Facebook שלחה להם מספר התראות בדבר הפרות של תנאי השימוש בדף "סטטוסים מצייצים".¹³¹ אולם, התובעים מנסים לסלף את התגובות שנמסרו על ידי Facebook ולהוסיף להן מילים, על מנת לטעון, כי ההתראות התייחסו להפרות אחרות של ה- SRR, ולא להפרה של האיסור על מכירת פרסומות של צדדים שלישיים. ואולם, בתגובות Facebook לעיתונות לא צוין אילו הוראות ספציפיות של ה- SRR הופרו כאשר ההתראות ניתנו. התובעים הוזהרו למעשה שוב ושוב ועדיין בחרו להתעלם מתנאי השימוש ולהמשיך במלאכת עשיית הרווחים ממכירת "פוסטים" לצדדים שלישיים.

(5) יחד עם זאת, אף אם התובעים לא היו מקבלים התראות, החלק בתגובות העוסק בהתראות שקיבלו, ממילא איננו בעל חשיבות כלשהי ואינו משפיע על אמיתות התגובה בכללותה, שכל כולה מבוססת על העובדה כי התובעים הפרו את תנאי השימוש.

(6) לבסוף, אין כל ספק כי ישנו "עניין ציבורי" בתגובות Facebook. התגובות ניתנו בתגובה לפניות ממספר עיתונים. הנושא הפך לעניין ציבורי משתי סיבות עיקריות: (1) לפני שהגישו את התביעה דן, התובעים ניסו לייצר לחץ תקשורתי כלפי Facebook במטרה להניע אותה להחזיר את הדף לפעילות.¹³² וכן- (2) פעולות התובעים יצרו אף הן עניין תקשורתי, וזאת משום שמשתמשי Facebook חשו מרומים על ידיהם משעה שהתובעים לא גילו להם כי הדף מכיל תכנים שיווקיים של צדדים שלישיים.

182. לסיכום, אף אם התובעים היו מוכיחים, כי התגובות היו בגדר לשון הרע (והן לא היו), אזי לנתבעות עומדות ההגנה מלאה בהתחשב בכך שמדובר בדברי אמת שיש בהם עניין ציבורי.

183. בנוסף, לנתבעות עומדת ההגנה מלאה, לפי הוראת סעי' 15(3) לחוק איסור לשון הרע, וזאת מאחר ותגובותיהן ניתנו "בתום לב" ולמען "עניין אישי כשר". כמוסבר לעיל, התגובות ניתנו בתגובה לפניות מהעיתונות בנוגע להחלטתה של Facebook להסיר את הדף "סטטוסים מצייצים" משירות Facebook. לנתבעות היה "עניין אישי כשר" להדגיש את חשיבות העמידה בתנאי השימוש, ולהסביר (בתגובה לפניות מהתקשורת נוכח ההד התקשורתי שעוררו התובעים) את ההחלטה שהתקבלה בהתאם לאותם תנאים לסיים את פעילותו של דף מפר.

¹²⁸ ראה סעי' 26-23 לתצהיר Milner.

¹²⁹ סעי' 22 לתצהיר Milner; חקירתו הנגדית של Milner, פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 317, ש' 26-23.

¹³⁰ פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 330, ש' 13-12.

¹³¹ ראה סעי' 251 לסיכומי התובעים.

¹³² ראה מגוון ראיונות עם התובעים (נספחים "15-12" לתצהיר Milner).

3) התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי נגרמו להם נזקים כלשהם כתוצאה מלשון הרע הנטענת

184. התובעים עותרים, בגין העילה בלשון הרע בלבד, לסעד כספי בסך של **250,000 ש"ח**. יחד עם זאת, הם טוענים לסעד אך ורק מכח סעי' 7א לחוק איסור לשון הרע.¹³³ דין טענה זו להידחות משני הטעמים הבאים.

185. ראשית, לצורך קבלת פיצוי לפי סעי' 7א לחוק איסור לשון הרע, על התובע להוכיח כי נגרם לו נזק, אף אם הוא אינו יכול להוכיח בדיוק את גובה הנזק שנגרם [ראה בעניין זה ע"א (מחוזי ת"א) 1564/09 **רגב נ' אמודאי**, פסי' 25 לפסק דינו של השופט **המר** (פורסם בנבו, 25.2.2010)].

186. התובעים לא הוכיחו, כי נגרם להם נזק כלשהו, כתוצאה מלשון הרע הנטענת. התובעים לא הציגו ולו בדל ראיה לנוק שנגרם להם כביכול, כתוצאה מלשון הרע הנטענת.

187. בנוסף, ומבלי לגרוע מהאמור לעיל, סעי' 7א(ד) לחוק איסור לשון הרע מגביל את הפיצוי לסך של 50,000 ש"ח בעבור כל פרסום העולה כדי לשון הרע. במקרה דנן קיימים, לכל היותר, שני פרסומים (כמפורט לעיל) שלגביהם נטען כי הם עולים כדי לשון הרע. משכך, אין כל בסיס לסעד המתבקש על סך 250,000 ש"ח [ראה בעניין זה ת.א (שלום חי) 1506/06 **דלאל נ' הארון**, פסי' 18 לפסק דינו של השופט **טובי** (פורסם בנבו, 4.6.2008)].

ה. Facebook לא הפרה את זכויות הקניין הרוחני הנטענות של התובעים

188. התובעים מעלים האשמות בעלמא בדבר הפרות, כביכול, של זכויות יוצרים וסימני מסחר, תוך ערבוב בין המונחים והיסודות של שתי מטריות משפטיות שונות אלו, אך מבלי שהם יוצקים תוכן עובדתי כלשהו או בסיס משפטי לטענותיהם. התובעים לא מסבירים, לא כל שכן מוכיחים, מהן העובדות המקימות לשיטתם עילה של הפרת זכות יוצרים או סימן מסחר, ואף לא את הפעולה הספציפית שבגינה הם טוענים להפרה של זכויות קניין רוחני. מחד, התובעים מתייחסים להסרת הדף כאל הפרה של זכויות קניין רוחני, ומנגד, הם טוענים כי ההפרה היא בכך שהנתבעות לא הסירו דפים שלא זוהו על ידם, אשר לטענתם "מחקים" את הדף "סטטוסים מצייצים". מכל מקום, התובעים ממילא לא הוכיחו אף לא אחת מהטענות האמורות.

1) התובעים לא הוכיחו קיומה של זכות יוצרים

189. על מנת שתהא זכות יוצרים מוגנת, שני תנאים צריכים להתקיים: ראשית, נדרשת "יצירה" הזכאית להגנת זכויות יוצרים. דרישה זו מתמקדת למעשה בהבחנה בין רעיון (שאינו זכאי להגנה) לבין ביטוי (שכן זכאי להגנה).¹³⁴ שנית, היא צריכה לעמוד במבחן ה"מקוריות".¹³⁵ "מקוריות" מורכבת משני מאפיינים: (1) ביטוי עצמי (יצירתיות) (2) והשקעה (ראה ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A** פ"ד מח(4) 133, 173 (1994) (להלן: "**עניין אינטרלגו**")). התובעים לא עמדו בנטל להוכיח אף לא אחד מיסודות אלו.

190. התובעים מקדישים לעניין זה משפט אחד בלבד בסיכומיהם, ומסיקים שהדף "סטטוסים מצייצים" מהווה "לקט" המוכר כ"יצירה ספרותית".¹³⁶ התובעים לא סיפקו כל תשתית עובדתית או משפטית

¹³³ סעי' 274(ב) לסיכומי התובעים.

¹³⁴ ראה סעי' 115 לחוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007 (להלן: "חוק זכויות יוצרים").

¹³⁵ ראה סעי' 4 לחוק זכויות יוצרים.

¹³⁶ סעי' 243 לסיכומי התובעים.

לטענתם זו. התובעים, אשר לא עמדו בנטל הוכחה טענתם, אפילו אינם מסבירים ממה בדיוק מורכבת יצירתם הנטענת וכיצד היא עומדת בדרישת המקורות.

191. לעניין מבחן המקורות, היסוד הראשון מחייב את התובעים להוכיח כי "היצירה לא תהיה מועתקת מיצירה אחרת, אלא שמקורה יהיה ביוצרה, במחברה" (ראה ע"א 360/83 **סטרוסקי בע"מ נ' גלילות ויטמן בע"מ**, פ"ד (3) 40, 340, 346 (1985)). היסוד השני, מיועד לסנן יצירות טריוויאליות ומצריך השקעת מאמץ מצד היוצר (ראה עניין **אינטרלוגו בעמ' 173**). ככל שמדובר ב"אוסף" או ב"לקט" באופן ספציפי, כפי שטוענים התובעים, מקורות של לקט היא המקורות בבחירה ובסידור של היצירות או של הנתונים שבו.¹³⁷

192. כך, למשל, בע"א 8485/08 **The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט**, פס' 54-28 לפסק דינו של השופט **גובראן** (פורסם בנבו, 14.3.2010) ("**המועצה להסדר ההימורים**"), בית המשפט עסק בהגנת זכויות יוצרים על לקט שמצא ביטוי בטבלאות משחקי כדורגל. באותו עניין, בית המשפט העליון קבע, כי הדין בישראל מחייב תובע להוכיח הן מאמץ והן יצירתיות על מנת ליהנות מהגנת זכויות יוצרים. כאשר בית המשפט העליון יישם עקרונות אלו באותו עניין, הוא פסק כי לא נדרשה יצירתיות כדי ללקט את המידע שבטבלאות הכדורגל.

193. הדברים נכונים גם בענייננו. הראיה היחידה בנמצא היא זו המאשרת, כי התובעים מכרו "פוסטים" לצדדים שלישיים בדף "סטטוסים מציצים", וכי לכל היותר השקיעו מאמץ בהפרת תנאי השימוש והמדיניות של Facebook. אולם, מאמץ זה אינו מקנה להם הגנה בדיני זכויות יוצרים. מכירת "פוסטים" לכל המרבה במחיר שקולה ל"עסק" אך לא ליצירתיות. כל שעשו התובעים היה ללקט תכנים, לרבות כאלה שהפרו את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook, כאמצעי להפקת רווחים, והם לא סיפקו כל הוכחה משום סוג לכך שהאופן בו ערכו את התכנים בדף "סטטוסים מציצים" הינו יחודי או יצירתי בדרך כלשהי. משכך, התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כי עומדת להם זכות יוצרים מוגנת.

2) התובעים לא הוכיחו אף פעולה של הפרה

194. הפרת זכויות קניין רוחני הינה שימוש, ללא רשות או סמכות חוקית, באחת או יותר מהזכויות הייחודיות שניתנו לבעל זכויות היוצרים, מכוח סעי' 11 לחוק זכות יוצרים. זכויות אלו כוללות את הזכות לשכפל או להפיץ יצירה המוגנת בזכויות יוצרים.¹³⁸

195. על מנת להוכיח הפרת זכויות קניין רוחני, על התובעים היה להוכיח - באמצעות ראיות - כי הנתבעות, ללא אישור, שכפלו, עשו שימוש אסור או הפיצו את זכויותיהם המוגנות של התובעים. ואולם, התובעים כלל אינם יכולים לטעון למעשה מסוים של הנתבעות שיכול להיחשב כהפרה. במקום זאת, התובעים מנסים לבלבל את בית המשפט הנכבד: במקום אחד, הם טוענים כי ההפרה הינה בהסרת הסף "סטטוסים מציצים", ובמקום אחר, הם טוענים כי מחדלה של Facebook להסיר דפים "חקייניים" הוא המהווה הפרה.

196. ביחס לטענתם האחת של התובעים, לא תיתכן מחלוקת, כי פעולה המסתכמת בהסרת תוכן משירות Facebook אינה עולה כדי שימוש ללא הרשאה בתוכן של התובעים, שכפולו או הפצתו. טענת התובעים חסרת היגיון.

¹³⁷ סעי' 4(ב) לחוק זכות יוצרים.

¹³⁸ סעי' 11 לחוק זכות יוצרים.

197. ביחס לטענתם האחרת של התובעים, התובעים לא סיפקו כל ראיה שתתמוך ולו במקצת בטענה, כי מחדלן הנטען של הנתבעות להסיר דפים "חקייניים" עולה כדי הפרה. ראשית, כאמור לעיל, לתובעים אין יצירה בת-הגנה. שנית, אף בהנחה שדף הלקט של התובעים ניתן להגנה בזכות יוצרים (והוא לא), התובעים מעולם לא סיפקו ראיה קבילה המוכיחה את קיומם של דפים "מחקרים", אשר העתיקו את הליקוט המדויק של התובעים מילה במילה. התייחסותם של התובעים ל"דפי לקט" מטעה: לקט הוא רעיון; לתובעים אין זכות מוגנת במה שהינו רק ארגון וסידור של דף אינטרנט. בכל מקרה, צילומי המסך הבודדים שהובאו על ידי התובעים בפני בית המשפט הנכבד אינם מהווים הוכחה בדבר העתקה של הלקט המדויק שיצרו התובעים.¹³⁹

198. ואם בכך לא די, הרי שהתובעים הגישו בכל מקרה את תביעתם הנטענת כנגד הישות הלא נכונה. התביעה, אם בכלל, היתה צריכה להיות מופנית כנגד היוצרים והמנהלים הנטענים של הדפים המפרים לכאורה – לא כנגד Facebook, שהיא מתווכת ביניים. Facebook Ireland רק מספקת פלטפורמה למשתמשים ואינה יוצרת או מפרסמת של כל תוכן [ראה ת.א. (שלום ת"א) 37692/03 סודרי נ' שטלר (פורסם בנבו, 1.8.2005), שם קבע בית המשפט (כבוד הש' רות רונן) כי הנתבעת, אתר אינטרנט המארח קבוצות דיון במסגרתם משתמשים מחליפים דעות בנושאים שונים, אינה יכולה לחוב באחריות בגין תכנים לא חוקיים נטענים אשר פורסמו על ידי צד שלישי].

199. ככל שהתובעים מבקשים לחייב באחריות את הנתבעות מכוח דוקטרינת "הודעה והסרה",¹⁴⁰ תביעת התובעים צריכה גם כן להידחות. התובעים לא דיווחו לנתבעות באמצעות כלי הדיווח המקוונים של Facebook על דפים מחקים נטענים אלו, ואף במכתבם מיום 22.2.2015 הם לא ציינו כתובות URL ספציפיות המזהות את הדפים המפרים הנטענים. לכן, התובעים לא הוכיחו את יסודות דוקטרינת "הודעה והסרה".

(3) לא מתקיימת הפרה של סימן מסחר

200. התובעים טוענים כי "הימנעות פייסבוק מלהסיר את העמודים המתחזים עולה כדי הפרת סימן מסחרי".¹⁴¹ בתמיכה לטענה זו, טוענים התובעים, כי הנתבעות "נמנעו מלהסיר עמודים חקיינים, חרף העובדה כי זכויות היוצרים בתכנים שהועלו בו, כמו גם בשם העמוד, הלוגו, הליקוט והעריכה, שייכים למשתמשים, הלא הם התובעים".¹⁴²

201. טענת התובעים תמוהה. התובעים לא סיפקו כל ראיה כי בבעלותם סימן מסחר הקשור לדף "סטטוסים מציצים". התובעים לא הראו כי יש להם סימן מסחר בשם "סטטוסים מציצים", בלוגו הציפור בדף זה או בכל דבר אחר הקשור לדף. אכן, לתובעים אין כל סימן מסחר שכזה.

202. התובעים רק צירפו כנספח "י" לכתב התביעה את בקשתם לרישום סימן מסחר על השם "סטטוסים מציצים". אולם בקשתם לא התקבלה. התובעים אינם יכולים לקדם תביעת סימן מסחר ללא שיש להם סימן מסחר רשום.

¹³⁹ נספח י"י לכתב התביעה וכן נספח כ"י לתצהירי העדות הראשית של התובעים (שכלל צילומי מסך נוספים שלא צורפו לכתב התביעה ולכן יש להתעלם מהם, כמוסבר בסעי' 72 לעיל).

¹⁴⁰ כמשתמע מסעי' 236-241 לסיכומי התובעים.

¹⁴¹ סעי' 247 לסיכומי התובעים.

¹⁴² סעי' 27 לסיכומי התובעים. ראה גם סעי' 29.8 וכן 140-146 לסיכומי התובעים.

203. בנוסף, התובעים לא מצאו לנכון לידע את בית המשפט הנכבד, כי חברת Twitter, Inc. המפעילה את הרשת החברתית Twitter, הגישה **התנגדות** לבקשת התובעים לרישום סימן מסחר על השם "סטטוסים מצייצים".¹⁴³

204. התנגדותה של Twitter, Inc. לבקשה לרישום סימן מסחר על שם "סטטוסים מצייצים" עולה בקנה אחד עם השכל הישר. אין כל מקורות בשם או בלוגו של "סטטוסים מצייצים". "סטטוסים מצייצים" הן שתי מילים המזוהות עם Facebook (המילה "סטטוסים") ו-Twitter (המילה "ציוץ").¹⁴⁴ בדומה לכך, גם הלוگو של "סטטוסים מצייצים" מציג באופן בולט צלילת ציפור, בדיוק כמו הלוگو של Twitter.

205. טענת התובעים כי בעלי הדפים "המחקים" הנטענים לא התנגדו לבקשת התובעים לרישום סימן מסחר אינה רלוונטית.¹⁴⁵ בפשטות, לתובעים אין כל סימן מסחר ביחס לכל דבר הקשור לדף "סטטוסים מצייצים".

4) טענות התובעים להפרת זכויות קניין רוחני צריכה אף להידחות מאחר שהסעד המבוקש הינו גורף וערטילאי ויצריך את Facebook לנטר באופן אקטיבי את שירות Facebook

206. מעבר למחדלם של התובעים להוכיח כל הפרה נטענת של זכויות קניין רוחני, הרי דין התביעה להידחות גם נוכח הסעד לו עותרים התובעים בקשר עם ההפרה הנטענת. התובעים עותרים למתן צו שיחייב את Facebook **"להסיר את כל התכנים המפרים את זכויות היוצרים של התובעים, ובפרט את כל הקבוצות המכונות 'סטטוסים מצייצים' ו/או עושות שימוש בשם מותג זה, כמו גם הקבוצות העושות שימוש בלוגו אותו יצרו התובעים ו/או כל וריאציה מפרה שלו"**.¹⁴⁶ סעד מבוקש זה הינו מעורפל ובלתי אכיף, ויהווה הפרה חמורה הן של תפקידה של Facebook כמתווכת ביניים פאסיבית והן של חופש הביטוי של משתמשי Facebook.

207. ראשית, היקף הסעד המבוקש אינו ידוע. התובעים כללו בכתב התביעה צילומי מסך של שלושה דפים בלבד אשר כביכול הפרו את זכויות היוצרים הנטענות שלהם.¹⁴⁷ אף על פי כן, התובעים עותרים למתן צו גורף אשר יחייב הסרה של דפים שהתובעים לא הביאו בפני בית המשפט הנכבד או לידיעת Facebook.

208. הלכה מושרשת וידועה הינה, כי בתי המשפט לא יעתרו לבקשות למתן סעדים מעורפלים ובלתי ממוקדים. ראה, למשל, פסיקת כב' השופט זמיר בבג"ץ 1901/94 ח"כ לנדאו נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 19.7.1994), כהאי ליסנא (פס' 12-11):

"...כיוון שהסעד המבוקש מתייחס למספר גדול של מקרים ... בלי שבית המשפט יודע, או יכול לדעת, מה הנסיבות של כל מקרה, אין בית המשפט יכול לדעת מראש מה התוצאות הצפויות של הצו המבוקש. יתכן כי במקרים מסוימים, שאין לדעת את מספרם ואת מהותם, התוצאות יהיו בלתי צודקות ואולי אף בלתי חוקיות. ..."

¹⁴³ נספח "20" לתצהיר Milner. במסגרת התנגדות זו אף ציינה Twitter, כי בכוונתה להגיש גם התנגדות לבקשת התובעים לרישום סימן מסחר על לוגו צלילת הציפור בו עשו התובעים שימוש בדף "סטטוסים מצייצים", אם וככל שסימן זה יתקבל לרישום בתום הליך הבחינה.

¹⁴⁴ התובעים אישרו זאת בחקירותיהם הנגדיות. ראה חקירתה הנגדית של התובעת 2, פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 39, ש' 23-17.

¹⁴⁵ סעי' 244 לסיכומי התובעים.

¹⁴⁶ סעי' 178 לכתב התביעה; ראה גם סעי' 273 לסיכומי התובעים.

¹⁴⁷ **נספח "יי"** לכתב התביעה. התובעים צירפו צילומי מסך נוספים לתצהירי העדות הראשית שלהם, אשר לא צורפו לכתב התביעה. כמוזכר בסעי' 72 לעיל, יש להתעלם מראיות חדשות אלו.

צו כוללני, על פי טבעו, קשה לבצעו ואף קשה לפקח ולברר אם בוצע, אם בוצע במהירות הראויה ואם בוצע כראוי. בית המשפט אינו נוטה להוציא צו, בתחום המשפט הציבורי כמו בתחום המשפט הפרטי, כאשר קיים קושי מיוחד בפקוח על ביצוע הצו.”

ראה גם פסיקת כב' השופט תשין בבג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, נב(5) 167, 181 (1998).

209. הצו המבוקש על ידי התובעים אינו עומד בקריטריונים שהותוו בהלכה הפסוקה. ללא כתובות URL ספציפיות המזהות כל דף שכביכול מפר את זכויות היוצרים הנטענות של התובעים, ל-Facebook אין כל דרך לדעת איזה דף עליה להסיר.¹⁴⁸

210. ככל שהתובעים סבורים, כי Facebook Ireland צריכה לסרוק את שירות Facebook ללא הגבלה לאיתור דפים שיכול להיות שמפרים את זכויות היוצרים הנטענות של התובעים, אזי הסעד המוצע על ידם בעייתי אף יותר. סעד שכזה יחייב את Facebook, ספקית שירותי אירוח גרידא, לנטר את האתר בכל רגע נתון עבור הפרות פוטנציאליות. דבר זה, קודם כל, אינו מעשי בשל היקף התוכן העצום המפורסם בשירות Facebook.¹⁴⁹

211. יתרה מכך, בית משפט נכבד זה כבר קבע, כי אין להטיל על ספקיות שירות אינטרנט לתפקד כצנזור על ידי ניטור הרשת אחר פעילות מפרה כביכול (ראה ת.א. (מחוזי ת"א) 37039-05-15 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' פלוני אלמוני (פורסם בנבו, 1.7.2015)).

212. בנוסף, מקובל ברוב מדינות העולם כי אין לחייב ספק שירותי אירוח לנטר באופן ייזום תוכן בלתי חוקי פוטנציאלי מאחר שדרישה שכזו תפר באופן חמור את זכות המשתמשים לחופש ביטוי. ראה, למשל, בארה"ב, Communications Decency Act, 47 U.S.C. § 230 (הפטר מאחריות ספקיות של פלטפורמות אינטרנטיות); וכן (Zeran v. Am, Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997)) וכן (שם הוכר בכך שאין זה מציאותי לצפות מספקיות של פלטפורמות אינטרנטיות לפעול "לניטור" תכנים); וראה גם Article 15 ל-Directive 2000/31/EC of the European Parliament (אשר אוסר על המדינות החברות להטיל חובה כללית לפקח אחר תכנים - "general obligation to monitor"); וכן (Case C-70/10 Scarlet Extended SA v SABAM—Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL, Court of Justice of the European Union (ECJ), 24 November 2011).¹⁵⁰

213. לבסוף יוער, כי בלתי אפשרי להוציא צו ביחס להסרה של תוכן ודפים של משתמשים אחרים בשירות Facebook שאינם צד להליך זה. למעשה, התובעים, מסיבות השמורות עימם, לא פעלו כנגד מפעילי הדפים "המתחזים" הנטענים ולא עתרו לצרף את מפעילי אותם דפים כצד להליך דן. דבר זה מחייב אף הוא את דחיית הסעד המבוקש בתביעה ביחס להסרת דפים משירות Facebook.

¹⁴⁸ ראה סעי' 44 לתצהיר Milner.

¹⁴⁹ ראה סעי' 44 לתצהיר Milner.

¹⁵⁰ מצי"ב כאסמכתאות 4-1.

ו. התובעים לא עמדו בנטל להוכיח פגיעה בפרטיות

214. מעבר לטענה סתמית ל"פגיעה בפרטיות", התובעים כשלו מלספק עובדות או ראיות כלשהן בתמיכה להפרה של חוק הגנת הפרטיות. התובעים אף לא מפנים לכל הוראה בחוק הגנת הפרטיות, אלא רק טוענים בכלליות כי הסרת הדף "סטטוסים מצייצים" על ידי Facebook, ההגבלה הקצרה על השימוש בפרופילים האישיים שלהם וההימנעות מהסרת דפים "מפריים" נטענים, מהווים פגיעה בפרטיות. טענות אלה, על פניהן, אינן מקימות עילה להפרה של חוק הגנת הפרטיות.

215. סעי' 2 לחוק הגנת הפרטיות מונה פעולות ספציפיות המהוות פגיעה בפרטיות. כל אחת מהוראות אלו אוסרות פעולות הכוללות חדירה בלתי מורשית לפרטיותו של אדם, פרסום או שימוש במידע פרטי שלו. אולם כאן, Facebook לא פרסמה, לא עשתה שימוש, ולא "חדרה" לכל מידע פרטי. טענת התובעים לפגיעה בפרטיות חסרת בסיס: התוכן שפורסם בשירות Facebook על ידי התובעים אינו פרטי; וברור כי הסרת תוכן משירות Facebook אינה ביטוי של "חדירה" לפרטיות, שימוש או פרסום של מידע אישי של התובעים. הביטוי "הפרת פרטיות" אינה נוסחת קסם ליצירת עילת תביעה יש מאין כנגד הנתבעות, וטענות התובעים צריכות להידחות על אתר.

216. תביעת התובעים לוקה גם בכך שהתובעים כשלו לחלוטין בהנחת היסודות הנדרשים להוכחת נזק כתוצאה מהפרת הפרטיות הנטענת. על מנת לקבל פיצוי מכוח חוק הגנת הפרטיות, על התובעים להוכיח, כי נגרם להם נזק אף אם הם אינם יכולים לאמוד את הסכום המדויק של הנזק שנגרם להם בפועל. התובעים עותרים לפיצוי בגין הפרת פרטיות בסכום של 130,000 ש"ח, אך אינם מספקים כל הוכחה לתמיכה בנזק כלשהו הנובע מהפרת פרטיות.¹⁵¹ כדי להמחיש עד כמה טענת התובעים לנזקים חסרת בסיס, הרי שסעי' 29א(ג) לחוק הגנת הפרטיות ממילא מגביל תביעה לפיצוי בסכום של 50,000 ש"ח.

217. לבסוף, התובעים טוענים בקצרה בסיכומיהם, כי הנתבעות מפרות את סעי' 8 לחוק הגנת הפרטיות, הקובע חובת רישום מאגר מידע בישראל.¹⁵² באופן לא מפתיע, טענה זו אינה מבוססת בדבר. למעשה, לטענת התובעים בעניין זה אין כל נגיעה למחלוקת בקשר לדף "סטטוסים מצייצים". אם כבר, טענה זו מדגישה את הגישה שאימץ לעצמו ב"כ התובעים לטעון להפרות חוק מכל הבא ליד על בסיס ספקולציות בלבד. יצוין, כי לנתבעות, שהן חברות זרות, אין כל מאגר מידע בישראל המחייב רישום לפי חוק הגנת הפרטיות.

218. מכל מקום ומבלי לגרוע מהאמור לעיל, לנתבעות עומדת הגנת תום הלב הקבועה בחוק הגנת הפרטיות.

ז. התובעים לא הוכיחו רשלנות

219. עילת הרשלנות שבפי התובעים מוכיחה אף היא את גישתם קלת הדעת והטורדנית של התובעים בתביעה זו: לטעון מכל הבא ליד. עילת הרשלנות של התובעים נטענה בכתב התביעה באופן שלא ניתן בכלל להבינה, ונדמה כי היא ננטשה בסיכומי התובעים, היות שאין הפניה לכל ראיה שהיא המוכיחה ש-Facebook חבה חובת זהירות כלפי התובעים, בדבר הפרה של חובה שכוז או בדבר נזקים כתוצאה מהפרה שכוז. חלף זאת, התובעים רק טוענים, כי Facebook כביכול כשלה מלחקור את ההפרה של התובעים את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook, או כי על Facebook לספק "מענה אנושי" – ככל הנראה על מנת שמשתמשים יוכלו לפנות ל"גורם אנושי" עם תלונותיהם.

¹⁵¹ סעי' 274(ג) לסיכומי התובעים.

¹⁵² סעי' 266-276 לסיכומי התובעים.

220. טענות התובעים לרשלנות מטרתן לעקוף את ההסכם המחייב בין הצדדים באופן שאין להתירו. החובות, הזכויות והאחריות המוטלות על כל אחד מהצדדים – ולעניין התביעה דן – נקבעו במלואן ב-SRR ובתנאי הדפים. התובעים הפרו תנאים אלו שוב ושוב, וכל שעשתה Facebook היה להסיר את הדף המפר, בהתאם לתנאים המפורשים, מאחר שהוא יצר חווית שימוש מזיקה ולא בטוחה עבור המשתמשים.

221. מכל מקום, התובעים לא הוכיחו את עילת הרשלנות כנדרש על פי הדין. התובעים כשלו לחלוטין להצביע על חובה חוקית הקיימת כלפיהם, או לבסס במשהו שהתקיימה הפרה של חובה זו על ידי Facebook, אשר גרמה לנזקים (נזקים אשר כלל לא נטענו על ידי התובעים). כמו בכל תביעת רשלנות, רשלנות יש להוכיח ולא להניח. כמובן, בדומה ליתר עילות התביעה חסרות ההיגיון בתביעה זו, גם במקרה זה התובעים לא סיפקו כל הוכחה שהיא.

222. יתר על כן, מעט הטענות המגמתיות שכן נטענו בכתב התביעה נסתרו לחלוטין על ידי הראיות בתיק. ככל שהתובעים טוענים כי Facebook אכפה את תנאי השימוש באופן רשלני מאחר שלא חקרה את הפרותיהם של התובעים את תנאי השימוש – הרי שטענות אלו הופרכו לחלוטין בעדותו המהימנה של מר Milner. מר Milner הסביר כי ל-Facebook צוות Community Operations המיועד למטרות האמורות, והוא חקר את הדף "סטטוסים מציצים" ומצא מספר הפרות של תנאי השימוש המצדיקות את הסרת הדף משירות Facebook.¹⁵³ Facebook על כן פעלה כיאות ובסבירות.

223. ביחס לטענות בדבר "מענה אנושי" – קרי, כי Facebook נהגה ברשלנות משעה שלא סיפקה מענה אנושי לטיפול בתלונות – הרי שמדובר בטענה שגויה באופן ברור ואף חסרת כל רלוונטיות לתביעה דן. שוב, מדובר בטענה שאין בה כל ממש, מאחר שהיא מתעלמת מכך שמשתמשים יכולים ליצור קשר עם חברת Facebook הרלוונטית באמצעות שימוש בכלי הדיווח המקוונים או באמצעות משלוח מכתב לכתובת הדואר הרשומה של אותה חברה. מכל מקום, בין אם קיים "מענה אנושי" ובין אם לאו, לטענות אלו אין כל קשר לאיזה מהטענות בתביעה או לנזקים הנטענים. אין כל קשר בין קיומו של גורם אנושי המטפל בתלונות משתמשים לבין העובדה המוכחת שבבסיס הכל: התובעים הפרו בגסות את תנאי השימוש של Facebook וגרמו בכך להסרת הדף "סטטוסים מציצים" משירות Facebook.

224. לבסוף, תנאי הכרחי לביסוסה של עוולת הרשלנות הוא הוכחת נזק והוכחת קשר סיבתי בין הנזק וההפרה הנטענת. ראה ע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים, פס" 9 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.2.2006). ואולם, תביעת התובעים לוקה גם בעניין זה. התובעים לא הוכיחו – באמצעות ראיות – כי הם סבלו מנזקים כלשהם. ככל שהתובעים טוענים כי נגרמו להם הפסדים בעסק שלהם או פגיעה ברווחיהם, הרי שטענה זו שומטת לחלוטין את הקרקע לתביעתם: מכירת "פוסטים" בדרך של קידום פרסומות של צדדים שלישיים בדף "סטטוסים מציצים" נאסרה במפורש בתנאי השימוש והמדיניות של Facebook; כל טענה לנזקים בהקשר זה היא הודאה נוספת כי Facebook פעלה בהתאם לזכויותיה להסרת הדף "סטטוסים מציצים".

225. לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש לפסוק בעניין עילת תביעה זו לטובת הנתבעות.

V. דרישתם המופרכת של התובעים לסעדים

226. לאור כל האמור לעיל, ברור כי התובעים לא עמדו בנטל להוכיח אף לא אחת מעילות התביעה הנטענות על ידם. בהתאם לכך, אין כל בסיס לדרישת התובעים לאף אחד מהסעדים המפורטים בסעי' 273-274 לסיכומיהם.

¹⁵³ סעי' 20-22 לתצהיר Milner. ראה גם פרוטוקול 12.11.2015, עמ' 81, שי' 21-23 וכן פרוטוקול 31.3.2016, עמ' 316, שי' 23-26.

227. לעניין צו העשה המבוקש (ראה סעי' 273 לסיכומי התובעים), יהיה זה בלתי ראוי להורות לנתבעות להשיב את הדף "סטטוסים מצייצים" לשירות Facebook. כמצוין לעיל, התובעים לא עמדו בנטל להוכיח כל בסיס למתן צו עשה. היפוכם של דברים – כל שהוכח בתיק זה הוא שהתובעים הפרו באופן שיטתי ויסודי את תנאי השימוש והמדיניות של Facebook. הפעולות שביצעו התובעים לשם הפקת רווחים היו מתוחכמות והוסתרו במכוון מ-Facebook כדי להימנע מחשיפה. יתרה מכך, התובעים לא חסכו במאמציהם "למסחר" שלא כדין את דף ה-Facebook שלהם, לרבות תוך ניסיון ליצור מחדש דף מקביל לדף "סטטוסים מצייצים", לאחר שהדף המקורי הוסר מהשירות בגין הפרת תנאי השימוש והמדיניות.

228. מתן צו עשה בנסיבות אלו יסכל את יכולתם של שני גורמים פרטיים להתקשר בהסכמים פרטיים. הדבר יצריך את בית המשפט הנכבד לקבוע איזו עסקה בין שני גורמים פרטיים אמורה להתקיים, במקום לאכוף את העסקה שבפועל נכרתה. וחשוב מכך, הדבר יסכל את יכולתה של Facebook לספק למשתמשיה פלטפורמה בטוחה לשיתוף תכנים עם חבריהם ובני משפחתם. משכך, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את תביעת התובעים לצו עשה.

229. בנוסף, וכפי שצוין לאורך סיכומים אלו, התובעים כשלו לחלוטין לבסס תשתית כלשהי למתן סעד כספי. לא זו בלבד שהתובעים לא עמדו בנטל להוכיח עילת תביעה כלשהי, אלא שהם גם לא הצביעו על כך, לא שכן הוכיחו, כי סבלו מנזקים כלשהם (תנאי מקדמי לתביעה לפיצוי סטטוטורי אף כאשר לא ניתן להוכיח את גובה הנזק).

VI. הנתבעת 1 הינה נתבעת לא נכונה והתביעה כנגדה צריכה להיות מסולקת

230. התובעים לא הוכיחו כל מערכת יחסים עם הנתבעת 1, Facebook, Inc., וכל הטענות נגדה, דינן להידחות על אחר.

231. הראיות, כפי שהונחו על ידי מר Milner, מראות כי: "Facebook Ireland is the entity that makes the Facebook service available to Israeli users" ¹⁵⁴ סעי' 18.1 ל-SRR מורה, כי:

"If you are a resident of or have your principal place of business in the US or Canada, this Statement is an agreement between you and Facebook, Inc. Otherwise, this Statement is an agreement between you and Facebook Ireland Limited." ¹⁵⁵

232. העובדה כי Facebook Ireland היא הישות הרלבנטית היחידה לענייננו נתמכת גם בראיות. היה זה צוות ה-Community Operations של Facebook Ireland שבחן את הדף וקבע שהדף הפר את ה-SRR ותנאי הדפים:

"Facebook Ireland's Community Operations team reviewed the page and determined that the 'Statusim Metzaitzim' page indeed breached Facebook's SRR and Page Terms." ¹⁵⁶

¹⁵⁴ סעי' 12 לתצהיר Milner מיום 18.10.2015, בתגובה לבקשת התובעים לסעדים זמניים.

¹⁵⁵ **נספח "1A"** לתצהיר Milner.

¹⁵⁶ סעי' 20 לתצהיר Milner.

וכתוצאה מכך צוות Community Operations של Facebook Ireland החליט על הסרת הדף:

"...the Community Operations team decided to remove access to the page on January 16, 2015".¹⁵⁷


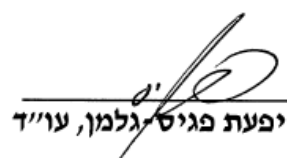


233. התובעים לא הוכיחו כל מערכת יחסים בין Facebook, Inc. לבין הדף "סטטוסים מצייצים". אכן, ב"כ התובעים היה בעל דין בת.א. (מחוזי ת"א) 29564-05-15 תאני נ' עו"ד גיא אופיר (פורסם בנבו, 4.6.2015), במסגרתו קבע בית המשפט המחוזי, כי הכתובת הרלוונטית היחידה לפניית של משתמשים ישראלים בקשר עם תכנים המצויים בשירות Facebook, Inc. הינה Facebook Ireland.

234. לסיכום, התובעים לא הוכיחו כל מערכת יחסים, חוזית או אחרת, עם Facebook, Inc. מדובר בנתבעת נוספת שאינה דרושה – מלבד במטרה להגדיל עלויות וחוסר יעילות עבור הצדדים ובית המשפט הנכבד. כל עילת תביעה שנטענה כנגד Facebook, Inc. חייבת להידחות על אתר.

VII. סוף דבר

235. לאור האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את התביעה ולפסוק לטובת הנתבעות.

236. כמו כן, יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את התובעים בהוצאות ההליך בצירוף מע"מ, ריבית והפרשי הצמדה כדין, לרבות שכ"ט עו"ד.

 פני דואק, עו"ד	 יפעת פגיס-גלמן, עו"ד	 שי כגן, עו"ד	 יעקב שרביט, עו"ד
הרצוג פוקס נאמן, עורכי-דין ב"כ הנתבעות			

היום, 18.4.2017

¹⁵⁷ סעי' 22 לתצהיר Milner.

Communications Decency Act, 47 U.S.C. § 230

”1” אסמכתא

47 USCS § 230

Current through PL 115-22, approved 4/3/17

United States Code Service - Titles 1 through 54 > TITLE 47. TELECOMMUNICATIONS > CHAPTER 5. WIRE OR RADIO COMMUNICATION > COMMON CARRIERS > COMMON CARRIER REGULATION

§ 230. Protection for private blocking and screening of offensive material

(a) Findings. The Congress finds the following:

- (1) The rapidly developing array of Internet and other interactive computer services available to individual Americans represent an extraordinary advance in the availability of educational and informational resources to our citizens.
- (2) These services offer users a great degree of control over the information that they receive, as well as the potential for even greater control in the future as technology develops.
- (3) The Internet and other interactive computer services offer a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity.
- (4) The Internet and other interactive computer services have flourished, to the benefit of all Americans, with a minimum of government regulation.
- (5) Increasingly Americans are relying on interactive media for a variety of political, educational, cultural, and entertainment services.

(b) Policy. It is the policy of the United States—

- (1) to promote the continued development of the Internet and other interactive computer services and other interactive media;
- (2) to preserve the vibrant and competitive free market that presently exists for the Internet and other interactive computer services, unfettered by Federal or State regulation;
- (3) to encourage the development of technologies which maximize user control over what information is received by individuals, families, and schools who use the Internet and other interactive computer services;
- (4) to remove disincentives for the development and utilization of blocking and filtering technologies that empower parents to restrict their children's access to objectionable or inappropriate online material; and
- (5) to ensure vigorous enforcement of Federal criminal laws to deter and punish trafficking in obscenity, stalking, and harassment by means of computer.

(c) Protection for "Good Samaritan" blocking and screening of offensive material.

- (1) Treatment of publisher or speaker. No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.
- (2) Civil liability. No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of--

47 USCS § 230

- (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or
 - (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1) [subparagraph (A)].
- (d) **Obligations of interactive computer service.** A provider of interactive computer service shall, at the time of entering an agreement with a customer for the provision of interactive computer service and in a manner deemed appropriate by the provider, notify such customer that parental control protections (such as computer hardware, software, or filtering services) are commercially available that may assist the customer in limiting access to material that is harmful to minors. Such notice shall identify, or provide the customer with access to information identifying, current providers of such protections.
- (e) **Effect on other laws.**
 - (1) **No effect on criminal law.** Nothing in this section shall be construed to impair the enforcement of section 223 or 231 of this Act [47 USCS § 223 or 231], chapter 71 (relating to obscenity) or 110 (relating to sexual exploitation of children) of title 18, United States Code [18 USCS §§ 1460 et seq. or §§ 2251 et seq.], or any other Federal criminal statute.
 - (2) **No effect on intellectual property law.** Nothing in this section shall be construed to limit or expand any law pertaining to intellectual property.
 - (3) **State law.** Nothing in this section shall be construed to prevent any State from enforcing any State law that is consistent with this section. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section.
 - (4) **No effect on communications privacy law.** Nothing in this section shall be construed to limit the application of the Electronic Communications Privacy Act of 1986 or any of the amendments made by such Act, or any similar State law.
- (f) **Definitions.** As used in this section:
 - (1) **Internet.** The term "Internet" means the international computer network of both Federal and non-Federal interoperable packet switched data networks.
 - (2) **Interactive computer service.** The term "interactive computer service" means any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions.
 - (3) **Information content provider.** The term "information content provider" means any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service.
 - (4) **Access software provider.** The term "access software provider" means a provider of software (including client or server software), or enabling tools that do any one or more of the following:
 - (A) filter, screen, allow, or disallow content;
 - (B) pick, choose, analyze, or digest content; or
 - (C) transmit, receive, display, forward, cache, search, subset, organize, reorganize, or translate content.

**Zeran v. Am, Online, Inc.,
129 F.3d 327 (4th Cir. 1997)**

אסמכתא "2"

Zeran v. Am. Online, Inc.

United States Court of Appeals for the Fourth Circuit

October 2, 1997, Argued ; November 12, 1997, Decided

No. 97-1523

Reporter

129 F.3d 327 *; 1997 U.S. App. LEXIS 31791 **; 25 Media L. Rep. 2526; 10 Comm. Reg. (P & F) 456

KENNETH M. ZERAN, Plaintiff-Appellant, v. AMERICA ONLINE, INCORPORATED, Defendant-Appellee.

Subsequent History: Certiorari Denied June 22, 1998, Reported at: 524 U.S. 937, 118 S. Ct. 2341, 141 L. Ed. 2d 712, 1998 U.S. LEXIS 4047.

Prior History: [**1] Appeal from the United States District Court for the Eastern District of Virginia, at Alexandria. T. S. Ellis, III, District Judge. (CA-96-1564-A).

Disposition: AFFIRMED.

Counsel: ARGUED: John Saul Edwards, LAW OFFICES OF JOHN S. EDWARDS, Roanoke, Virginia; Leo Kayser, III, KAYSER & REDFERN, New York, New York, for Appellant.

ARGUED: Patrick Joseph Carome, WILMER, CUTLER & PICKERING, Washington, D.C., for Appellee.

ON BRIEF: John Payton, Samir Jain, WILMER, CUTLER & PICKERING, Washington, D.C.; Randall J. Boe, AMERICA ONLINE, INC., Dulles, Virginia, for Appellee.

Judges: Before WILKINSON, Chief Judge, RUSSELL, Circuit Judge, and BOYLE, Chief United States District Judge for the Eastern District of North Carolina, sitting by designation. Chief Judge Wilkinson wrote the opinion, in which Judge Russell and Chief Judge Boyle joined.

Opinion by: WILKINSON

Opinion

[*328] WILKINSON, Chief Judge:

Kenneth Zeran brought this action against America Online, Inc. ("AOL"), arguing that AOL unreasonably delayed in removing defamatory messages posted by an unidentified third party, refused to post retractions of those messages, and failed to screen for similar postings thereafter. The district court granted judgment [**2] for AOL on the grounds that the Communications Decency Act of 1996 ("CDA") -- 47 U.S.C. § 230 -- bars Zeran's claims. Zeran appeals, arguing that § 230 leaves intact liability for interactive computer service providers who possess notice of defamatory material posted through their services. He also contends that § 230 does not apply here because his claims arise from AOL's alleged negligence prior to the CDA's enactment. Section 230, however, plainly immunizes computer service providers like AOL from liability for information that originates with third parties. Furthermore, Congress clearly expressed its intent that § 230 apply to lawsuits, like Zeran's, instituted after the CDA's enactment. Accordingly, we affirm the judgment of the district court.

I.

Zeran v. Am. Online, Inc.

"The Internet is an international network of interconnected computers," currently used by approximately 40 million people worldwide. Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 138 L. Ed. 2d 874, 117 S. Ct. 2329, 2334 (1997). One of the many means by which individuals access the Internet is through an interactive computer service. These services offer not only a connection to the Internet as a whole, [*329] but also allow their subscribers to access information communicated and [*33] stored only on each computer service's individual proprietary network. *Id.* AOL is just such an interactive computer service. Much of the information transmitted over its network originates with the company's millions of subscribers. They may transmit information privately via electronic mail, or they may communicate publicly by posting messages on AOL bulletin boards, where the messages may be read by any AOL subscriber.

The instant case comes before us on a motion for judgment on the pleadings, see Fed. R. Civ. P. 12(c), so we accept the facts alleged in the complaint as true. Bruce v. Riddle, 631 F.2d 272, 273 (4th Cir. 1980). On April 25, 1995, an unidentified person posted a message on an AOL bulletin board advertising "Naughty Oklahoma T-Shirts." The posting described the sale of shirts featuring offensive and tasteless slogans related to the April 19, 1995, bombing of the Alfred P. Murrah Federal Building in Oklahoma City. Those interested in purchasing the shirts were instructed to call "Ken" at Zeran's home phone number in Seattle, Washington. As a result of this anonymously perpetrated prank, Zeran received a high volume of calls, comprised primarily of angry and [*4] derogatory messages, but also including death threats. Zeran could not change his phone number because he relied on its availability to the public in running his business out of his home. Later that day, Zeran called AOL and informed a company representative of his predicament. The employee assured Zeran that the posting would be removed from AOL's bulletin board but explained that as a matter of policy AOL would not post a retraction. The parties dispute the date that AOL removed this original posting from its bulletin board.

On April 26, the next day, an unknown person posted another message advertising additional shirts with new tasteless slogans related to the Oklahoma City bombing. Again, interested buyers were told to call Zeran's phone number, to ask for "Ken," and to "please call back if busy" due to high demand. The angry, threatening phone calls intensified. Over the next four days, an unidentified party continued to post messages on AOL's bulletin board, advertising additional items including bumper stickers and key chains with still more offensive slogans. During this time period, Zeran called AOL repeatedly and was told by company representatives that the individual account [*5] from which the messages were posted would soon be closed. Zeran also reported his case to Seattle FBI agents. By April 30, Zeran was receiving an abusive phone call approximately every two minutes.

Meanwhile, an announcer for Oklahoma City radio station KRXO received a copy of the first AOL posting. On May 1, the announcer related the message's contents on the air, attributed them to "Ken" at Zeran's phone number, and urged the listening audience to call the number. After this radio broadcast, Zeran was inundated with death threats and other violent calls from Oklahoma City residents. Over the next few days, Zeran talked to both KRXO and AOL representatives. He also spoke to his local police, who subsequently surveilled his home to protect his safety. By May 14, after an Oklahoma City newspaper published a story exposing the shirt advertisements as a hoax and after KRXO made an on-air apology, the number of calls to Zeran's residence finally subsided to fifteen per day.

Zeran first filed suit on January 4, 1996, against radio station KRXO in the United States District Court for the Western District of Oklahoma. On April 23, 1996, he filed this separate suit against AOL in the same [*6] court. Zeran did not bring any action against the party who posted the offensive messages.¹ After Zeran's suit against AOL was transferred to the Eastern District of Virginia pursuant to 28 U.S.C. § 1404(a), AOL answered Zeran's complaint and interposed 47 U.S.C. § 230 as an affirmative defense. AOL then moved for judgment on the pleadings pursuant to Fed. R. Civ. P. 12(c). [*330] The district court granted AOL's motion, and Zeran filed this appeal.

II.

A.

¹ Zeran maintains that AOL made it impossible to identify the original party by failing to maintain adequate records of its users. The issue of AOL's record keeping practices, however, is not presented by this appeal.

Zeran v. Am. Online, Inc.

Because § 230 was successfully advanced by AOL in the district court as a defense to Zeran's claims, we shall briefly examine its operation here. Zeran seeks to hold AOL liable for defamatory speech initiated by a third party. He argued to the district court that once he notified AOL of the unidentified third party's hoax, AOL had a duty to remove [**7] the defamatory posting promptly, to notify its subscribers of the message's false nature, and to effectively screen future defamatory material. Section 230 entered this litigation as an affirmative defense pled by AOL. The company claimed that Congress immunized interactive computer service providers from claims based on information posted by a third party.

The relevant portion of § 230 states: "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider." 47 U.S.C. § 230(c)(1).² By its plain language, § 230 creates a federal immunity to any cause of action that would make service providers liable for information originating with a third-party user of the service. Specifically, § 230 precludes courts from entertaining claims that would place a computer service provider in a publisher's role. Thus, lawsuits seeking to hold a service provider liable for its exercise of a publisher's traditional editorial functions -- such as deciding whether to publish, withdraw, postpone or alter content -- are barred.

[**8] The purpose of this statutory immunity is not difficult to discern. Congress recognized the threat that tort-based lawsuits pose to freedom of speech in the new and burgeoning Internet medium. The imposition of tort liability on service providers for the communications of others represented, for Congress, simply another form of intrusive government regulation of speech. Section 230 was enacted, in part, to maintain the robust nature of Internet communication and, accordingly, to keep government interference in the medium to a minimum. In specific statutory findings, Congress recognized the Internet and interactive computer services as offering "a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity." *Id.* § 230(a)(3). It also found that the Internet and interactive computer services "have flourished, to the benefit of all Americans, with a minimum of government regulation." *Id.* § 230(a)(4) (emphasis added). Congress further stated that it is "the policy of the United States . . . to preserve the vibrant and competitive free market that presently exists for the Internet and other [**9] interactive computer services, unfettered by Federal or State regulation." *Id.* § 230(b)(2) (emphasis added).

None of this means, of course, that the original culpable party who posts defamatory messages would escape accountability. While Congress acted to keep government regulation of the Internet to a minimum, it also found it to be the policy of the United States "to ensure vigorous enforcement of Federal criminal laws to deter and punish trafficking in obscenity, stalking, and harassment by means of computer." *Id.* § 230(b)(5). Congress made a policy choice, however, not to deter harmful online speech through the separate route of imposing tort liability on companies that serve as intermediaries [**31] for other parties' potentially injurious messages.

Congress' purpose in providing the § 230 immunity was thus evident. Interactive computer services have millions of users. See Reno v. ACLU, 117 S. Ct. at 2334 (noting that at time of district court trial, "commercial online services had almost 12 million individual subscribers"). The amount of information communicated via interactive computer services is therefore staggering. The specter of tort liability in an area of [**10] such prolific speech would have an obvious chilling effect. It would be impossible for service providers to screen each of their millions of postings for possible problems. Faced with potential liability for each message republished by their services, interactive computer service providers might choose to severely restrict the number and type of messages posted. Congress considered the weight of the speech interests implicated and chose to immunize service providers to avoid any such restrictive effect.

² Section 230 defines "interactive computer service" as "any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions." 47 U.S.C. § 230(e)(2). The term "information content provider" is defined as "any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service." *Id.* § 230(e)(3). The parties do not dispute that AOL falls within the CDA's "interactive computer service" definition and that the unidentified third party who posted the offensive messages here fits the definition of an "information content provider."

Zeran v. Am. Online, Inc.

Another important purpose of § 230 was to encourage service providers to self-regulate the dissemination of offensive material over their services. In this respect, § 230 responded to a New York state court decision, *Stratton Oakmont v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995). There, the plaintiffs sued Prodigy – an interactive computer service like AOL – for defamatory comments made by an unidentified party on one of Prodigy's bulletin boards. The court held Prodigy to the strict liability standard normally applied to original publishers of defamatory statements, rejecting Prodigy's claims that it should be held only to the lower "knowledge" standard [**11] usually reserved for distributors. The court reasoned that Prodigy acted more like an original publisher than a distributor both because it advertised its practice of controlling content on its service and because it actively screened and edited messages posted on its bulletin boards.

Congress enacted § 230 to remove the disincentives to self-regulation created by the *Stratton Oakmont* decision. Under that court's holding, computer service providers who regulated the dissemination of offensive material on their services risked subjecting themselves to liability, because such regulation cast the service provider in the role of a publisher. Fearing that the specter of liability would therefore deter service providers from blocking and screening offensive material, Congress enacted § 230's broad immunity "to remove disincentives for the development and utilization of blocking and filtering technologies that empower parents to restrict their children's access to objectionable or inappropriate online material." 47 U.S.C. § 230(b)(4). In line with this purpose, § 230 forbids the imposition of publisher liability on a service provider for the exercise of its editorial and self-regulatory [**12] functions.

B.

Zeran argues, however, that the § 230 immunity eliminates only publisher liability, leaving distributor liability intact. Publishers can be held liable for defamatory statements contained in their works even absent proof that they had specific knowledge of the statement's inclusion. W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts* § 113, at 810 (5th ed. 1984). According to Zeran, interactive computer service providers like AOL are normally considered instead to be distributors, like traditional news vendors or book sellers. Distributors cannot be held liable for defamatory statements contained in the materials they distribute unless it is proven at a minimum that they have actual knowledge of the defamatory statements upon which liability is predicated. *Id.* at 811 (explaining that distributors are not liable "in the absence of proof that they knew or had reason to know of the existence of defamatory matter contained in matter published").

Zeran contends that he provided AOL with sufficient notice of the defamatory statements appearing on the company's bulletin board. This notice is significant, says Zeran, because AOL could be held liable as [**13] a distributor only if it acquired knowledge of the defamatory statements' existence.

Because of the difference between these two forms of liability, Zeran contends that the term "distributor" carries a legally distinct meaning from the term "publisher." [**32] Accordingly, he asserts that Congress' use of only the term "publisher" in § 230 indicates a purpose to immunize service providers only from publisher liability. He argues that distributors are left unprotected by § 230 and, therefore, his suit should be permitted to proceed against AOL. We disagree. Assuming *arguendo* that Zeran has satisfied the requirements for imposition of distributor liability, this theory of liability is merely a subset, or a species, of publisher liability, and is therefore also foreclosed by § 230.

The terms "publisher" and "distributor" derive their legal significance from the context of defamation law. Although Zeran attempts to artfully plead his claims as ones of negligence, they are indistinguishable from a garden variety defamation action. Because the publication of a statement is a necessary element in a defamation action, only one who publishes can be subject to this form of tort liability. [**14] *Restatement (Second) of Torts* § 558(b) (1977); Keeton et al., *supra*, § 113, at 802. Publication does not only describe the choice by an author to include certain information. In addition, both the negligent communication of a defamatory statement and the failure to remove such a statement when first communicated by another party – each alleged by Zeran here under a negligence label – constitute publication. *Restatement (Second) of Torts* § 577; see also *Tackett v. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042, 1046-47 (7th Cir. 1987). In fact, every repetition of a defamatory statement is considered a publication. Keeton et al., *supra*, § 113, at 799.

Zeran v. Am. Online, Inc.

In this case, AOL is legally considered to be a publisher. "Every one who takes part in the publication . . . is charged with publication." *Id.* Even distributors are considered to be publishers for purposes of defamation law:

Those who are in the business of making their facilities available to disseminate the writings composed, the speeches made, and the information gathered by others may also be regarded as participating to such an extent in making the books, newspapers, magazines, and information available to others [**15] as to be regarded as publishers. They are intentionally making the contents available to others, sometimes without knowing all of the contents -- including the defamatory content -- and sometimes without any opportunity to ascertain, in advance, that any defamatory matter was to be included in the matter published.

Id. at 803. AOL falls squarely within this traditional definition of a publisher and, therefore, is clearly protected by § 230's immunity.

Zeran contends that decisions like *Stratton Oakmont* and *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991), recognize a legal distinction between publishers and distributors. He misapprehends, however, the significance of that distinction for the legal issue we consider here. It is undoubtedly true that mere conduits, or distributors, are subject to a different standard of liability. As explained above, distributors must at a minimum have knowledge of the existence of a defamatory statement as a prerequisite to liability. But this distinction signifies only that different standards of liability may be applied *within* the larger publisher category, depending on the specific type of publisher concerned. [**16] See Keeton et al., *supra*, § 113, at 799-800 (explaining that every party involved is charged with publication, although degrees of legal responsibility differ). To the extent that decisions like *Stratton* and *Cubby* utilize the terms "publisher" and "distributor" separately, the decisions correctly describe two different standards of liability. *Stratton* and *Cubby* do not, however, suggest that distributors are not also a type of publisher for purposes of defamation law.

Zeran simply attaches too much importance to the presence of the distinct notice element in distributor liability. The simple fact of notice surely cannot transform one from an original publisher to a distributor in the eyes of the law. To the contrary, once a computer service provider receives notice of a potentially defamatory posting, it is thrust into the role of a traditional publisher. The computer service provider must decide whether to publish, edit, or withdraw the posting. In this respect, Zeran seeks to impose liability on AOL for assuming the [**333] role for which § 230 specifically proscribes liability -- the publisher role.

Our view that Zeran's complaint treats AOL as a publisher is [**17] reinforced because AOL is cast in the same position as the party who originally posted the offensive messages. According to Zeran's logic, AOL is legally at fault because it communicated to third parties an allegedly defamatory statement. This is precisely the theory under which the original poster of the offensive messages would be found liable. If the original party is considered a publisher of the offensive messages, Zeran certainly cannot attach liability to AOL under the same theory without conceding that AOL too must be treated as a publisher of the statements.

Zeran next contends that interpreting § 230 to impose liability on service providers with knowledge of defamatory content on their services is consistent with the statutory purposes outlined in Part IIA. Zeran fails, however, to understand the practical implications of notice liability in the interactive computer service context. Liability upon notice would defeat the dual purposes advanced by § 230 of the CDA. Like the strict liability imposed by the *Stratton Oakmont* court, liability upon notice reinforces service providers' incentives to restrict speech and abstain from self-regulation.

If computer service providers [**18] were subject to distributor liability, they would face potential liability each time they receive notice of a potentially defamatory statement -- from any party, concerning any message. Each notification would require a careful yet rapid investigation of the circumstances surrounding the posted information, a legal judgment concerning the information's defamatory character, and an on-the-spot editorial decision whether to risk liability by allowing the continued publication of that information. Although this might be feasible for the traditional print publisher, the sheer number of postings on interactive computer services would create an impossible burden in the Internet context. *Cf. Auvi v. CBS "60 Minutes"*, 800 F. Supp. 928, 931 (E.D. Wash. 1992) (recognizing that it is unrealistic for network affiliates to "monitor incoming transmissions and exercise on-the-spot

Zeran v. Am. Online, Inc.

discretionary calls"). Because service providers would be subject to liability only for the publication of information, and not for its removal, they would have a natural incentive simply to remove messages upon notification, whether the contents were defamatory or not. See *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767, 777, 89 L. Ed. 2d 783, 106 S. Ct. 1558 (1986) [**19] (recognizing that fears of unjustified liability produce a chilling effect antithetical to *First Amendment's* protection of speech). Thus, like strict liability, liability upon notice has a chilling effect on the freedom of Internet speech.

Similarly, notice-based liability would deter service providers from regulating the dissemination of offensive material over their own services. Any efforts by a service provider to investigate and screen material posted on its service would only lead to notice of potentially defamatory material more frequently and thereby create a stronger basis for liability. Instead of subjecting themselves to further possible lawsuits, service providers would likely eschew any attempts at self-regulation.

More generally, notice-based liability for interactive computer service providers would provide third parties with a no-cost means to create the basis for future lawsuits. Whenever one was displeased with the speech of another party conducted over an interactive computer service, the offended party could simply "notify" the relevant service provider, claiming the information to be legally defamatory. In light of the vast amount of [**20] speech communicated through interactive computer services, these notices could produce an impossible burden for service providers, who would be faced with ceaseless choices of suppressing controversial speech or sustaining prohibitive liability. Because the probable effects of distributor liability on the vigor of Internet speech and on service provider self-regulation are directly contrary to § 230's statutory purposes, we will not assume that Congress intended to leave liability upon notice intact.

Zeran finally contends that the interpretive canon favoring retention of common law principles unless Congress speaks directly to the issue counsels a restrictive reading of the [**334] § 230 immunity here. See *United States v. Texas*, 507 U.S. 529, 534, 123 L. Ed. 2d 245, 113 S. Ct. 1631 (1993). This interpretive canon does not persuade us to reach a different result. Here, Congress has indeed spoken directly to the issue by employing the legally significant term "publisher," which has traditionally encompassed distributors and original publishers alike.

The decision cited by Zeran, *United States v. Texas*, also recognized that abrogation of common law principles is appropriate when a contrary statutory purpose is evident. [**21] *Id.* This is consistent with the Court's earlier cautions against courts' application of the canon with excessive zeal: "The rule that statutes in derogation of the common law are to be strictly construed does not require such an adherence to the letter as would defeat an obvious legislative purpose or lessen the scope plainly intended to be given to the measure." *Isbrandtsen Co. v. Johnson*, 343 U.S. 779, 783, 96 L. Ed. 1294, 72 S. Ct. 1011 (1952) (quoting *Jamison v. Encarnacion*, 281 U.S. 635, 640, 74 L. Ed. 1082, 50 S. Ct. 440 (1930)); cf. *Astoria Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Solimino*, 501 U.S. 104, 110-11, 115 L. Ed. 2d 96, 111 S. Ct. 2166 (1991) (statute need not expressly delimit manner in which common law principle is abrogated). Zeran's argument flies in the face of this warning. As explained above, interpreting § 230 to leave distributor liability in effect would defeat the two primary purposes of the statute and would certainly "lessen the scope plainly intended" by Congress' use of the term "publisher."

Section 230 represents the approach of Congress to a problem of national and international dimension. The Supreme Court underscored this point in *ACLU v. Reno*, finding that the Internet allows "tens of millions of people to communicate with one another [**22] and to access vast amounts of information from around the world. [It] is 'a unique and wholly new medium of worldwide human communication.'" 117 S. Ct. at 2334 (citation omitted). Application of the canon invoked by Zeran here would significantly lessen Congress' power, derived from the *Commerce Clause*, to act in a field whose international character is apparent. While Congress allowed for the enforcement of "any State law that is consistent with [§ 230]," 47 U.S.C. § 230(d)(3), it is equally plain that Congress' desire to promote unfettered speech on the Internet must supersede conflicting common law causes of action. *Section 230(d)(3)* continues: "No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section." With respect to federal-state preemption, the Court has advised: "When Congress has 'unmistakably . . . ordained,' that its enactments alone are to regulate a part of commerce, state laws regulating that aspect of commerce must fall. The result is compelled whether Congress'

Zeran v. Am. Online, Inc.

command is explicitly stated in the statute's language or implicitly contained in its structure and purpose." *Jones v. Rath Packing Co.*, 430 U.S. 519, 525, 97 S. Ct. 1305, 51 L. Ed. 2d 604 (1977) ["**23"] (citations omitted). Here, Congress' command is explicitly stated. Its exercise of its commerce power is clear and counteracts the caution counseled by the interpretive canon favoring retention of common law principles.

III.

The CDA was signed into law and became effective on February 8, 1996. Zeran did not file his complaint until April 23, 1996. Zeran contends that even if § 230 does bar the type of claim he brings here, it cannot be applied retroactively to bar an action arising from AOL's alleged misconduct prior to the CDA's enactment. We disagree. *Section 230* applies by its plain terms to complaints brought after the CDA became effective. As noted in Part IIB, the statute provides, in part: "No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section." *47 U.S.C. § 230(d)(3)*.

Initially, it is doubtful that a retroactivity issue is even presented here. Retroactivity concerns arise when a statute applies to conduct predating its enactment. *Section 230* does not directly regulate the activities of interactive computer service providers like AOL. Instead, § 230 is ["**24"] addressed only to the bringing of a cause of action. Here, Zeran ["**35"] did not file his complaint until over two months after § 230's immunity became effective. Thus, the statute's application in this litigation is in fact prospective. See *St. Louis v. Texas Worker's Compensation Comm'n*, 65 F.3d 43, 46 (5th Cir. 1995) (holding "issue is not technically one of retroactivity" when statute applies to "filing of the complaint"), *cert. denied*, 518 U.S. 1024, 116 S. Ct. 2563, 135 L. Ed. 2d 1080 (1996); *Vernon v. Cassadaga Valley Central Sch. Dist.*, 49 F.3d 886, 889 (2d Cir. 1995) (same).

Even if this were a case implicating the application of a federal statute to pre-enactment events, the Supreme Court's *Landgraf* framework would nevertheless require § 230's application to Zeran's claims. *Landgraf* instructs us first "to determine whether Congress has expressly prescribed the statute's proper reach." *Landgraf v. USI Film Prods.*, 511 U.S. 244, 280, 128 L. Ed. 2d 229, 114 S. Ct. 1483 (1994). This case can be resolved at this first step. In § 230(d)(3), Congress clearly expressed its intent that the statute apply to any complaint instituted after its effective date, regardless of when the relevant conduct giving rise to the claims occurred. ["**25"] Other circuits have interpreted similar statutory language to clearly express Congress' intent that the relevant statutes apply to bar new actions under statutorily specified conditions. See *Wright v. Morris*, 111 F.3d 414, 418 (6th Cir. 1997) (holding language "No action shall be brought . . .," *42 U.S.C. § 1997e(a)*, to "expressly govern[] the bringing of new actions"), *cert. denied*, 522 U.S. 906, 118 S. Ct. 263, 139 L. Ed. 2d 190, 1997 U.S. LEXIS 6004, 1997 WL 275340 (U.S. Oct. 6, 1997); *Abdul-Wadood v. Nathan*, 91 F.3d 1023, 1025 (7th Cir. 1996) (holding language "In no event shall a prisoner bring a civil action or appeal a judgment . . .," *28 U.S.C. § 1915(g)*, to govern the bringing of new actions or filing of new appeals).

If we were to find a directive as plain as § 230(d)(3) to be ambiguous as to Congress' intent, we would be announcing a new super-clear-statement condition for the retroactive operation of statutes. Such a jurisprudential shift would be both unwise and contrary to the Court's admonitions in *Landgraf*: "Retroactivity provisions often serve entirely benign and legitimate purposes, whether to respond to emergencies, to correct mistakes, to prevent circumvention of a new statute in the interval immediately preceding ["**26"] its passage, or simply to give comprehensive effect to a new law Congress considers salutary." 511 U.S. at 267-68. Here, Congress decided that free speech on the Internet and self-regulation of offensive speech were so important that § 230 should be given immediate, comprehensive effect.

There finally is a significant contrast between statutes that impose new liabilities for already-completed conduct and statutes that govern litigants' access to courts. For example, courts often apply intervening statutes that restrict a court's jurisdiction. See *Landgraf*, 511 U.S. at 274. *Section 230* neither imposes any new liability on Zeran nor takes away any rights acquired under prior law. No person has a vested right in a nonfinal tort judgment, much less an unfilled tort claim. *Hammond v. United States*, 786 F.2d 8, 12 (1st Cir. 1986). Furthermore, Zeran cannot point to any action he took in reliance on the law prior to § 230's enactment. Because § 230 has no untoward retroactive

Zeran v. Am. Online, Inc.

effect, even the presumption against statutory retroactivity absent an express directive from Congress is of no help to Zeran here.

IV.

For the foregoing reasons, we affirm the judgment of the district **[**27]** court.

AFFIRMED

End of Document

Directive - 15 Article 2000/31/EC of the European Parliament

אסמכתא "3"

32000L0031**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')***Official Journal L 178 , 17/07/2000 P. 0001 - 0016*

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)

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Articles 47
(2), 55 and 95 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission(1),

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee(2),

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty(3),

Whereas:

(1) The European Union is seeking to forge ever closer links between the States and peoples of Europe, to ensure economic and social progress; in accordance with Article 14(2) of the Treaty, the internal market comprises an area without internal frontiers in which the free movements of goods, services and the freedom of establishment are ensured; the development of information society services within the area without internal frontiers is vital to eliminating the barriers which divide the European peoples.

(2) The development of electronic commerce within the information society offers significant employment opportunities in the Community, particularly in small and medium-sized enterprises, and will stimulate economic growth and investment in innovation by European companies, and can also enhance the competitiveness of European industry, provided that everyone has access to the Internet.

(3) Community law and the characteristics of the Community legal order are a vital asset to enable European citizens and operators to take full advantage, without consideration of borders, of the opportunities afforded by electronic commerce; this Directive therefore has the purpose of ensuring a high level of Community legal integration in order to establish a real area without internal borders for information society services.

(4) It is important to ensure that electronic commerce could fully benefit from the internal market and therefore that, as with Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities(4), a high level of Community integration is achieved.

(5) The development of information society services within the Community is hampered by a number of legal obstacles to the proper functioning of the internal market which make less attractive the exercise of the freedom of establishment and the freedom to provide services; these obstacles arise from divergences in legislation and from the legal uncertainty as to which national rules apply to such services; in the absence of coordination and adjustment of legislation in the relevant areas, obstacles might be justified in the light of the case-law of the Court of Justice of the European Communities; legal uncertainty exists with regard to the extent to which Member States may control services originating from another Member State.

(6) In the light of Community objectives, of Articles 43 and 49 of the Treaty and of secondary Community law, these obstacles should be eliminated by coordinating certain national laws and by clarifying certain legal concepts at Community level to the extent necessary for the proper functioning of the internal market; by dealing only with certain specific matters which give rise to problems for the internal market, this Directive is fully consistent with the need to respect the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty.

(7) In order to ensure legal certainty and consumer confidence, this Directive must lay down a clear and general framework to cover certain legal aspects of electronic commerce in the internal market.

(8) The objective of this Directive is to create a legal framework to ensure the free movement of information society services between Member States and not to harmonise the field of criminal law as such.

(9) The free movement of information society services can in many cases be a specific reflection in Community law of a more general principle, namely freedom of expression as enshrined in Article 10(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which has been ratified by all the Member States; for this reason, directives covering the supply of information society services must ensure that this activity may be engaged in freely in the light of that Article, subject only to the restrictions laid down in paragraph 2 of that Article and in Article 46(1) of the Treaty; this Directive is not intended to affect national fundamental rules and principles relating to freedom of expression.

(10) In accordance with the principle of proportionality, the measures provided for in this Directive are strictly limited to the minimum needed to achieve the objective of the proper functioning of the internal market; where action at Community level is necessary, and in order to guarantee an area which is truly without internal frontiers as far as electronic commerce is concerned, the Directive must ensure a high level of protection of objectives of general interest, in particular the protection of minors and human dignity, consumer protection and the protection of public health; according to Article 152 of the Treaty, the protection of public health is an essential component of other Community policies.

(11) This Directive is without prejudice to the level of protection for, in particular, public health and consumer interests, as established by Community acts; amongst others, Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts(5) and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts(6) form a vital element for protecting consumers in contractual matters; those Directives also apply in their entirety to information society services; that same Community acquis, which is fully applicable to information society services, also embraces in particular Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 concerning misleading and comparative advertising(7), Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit(8), Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field(9), Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours(10), Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of prices of products offered to consumers(11), Council Directive 92/59/EEC of 29 June 1992 on general product safety(12), Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects on contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis(13), Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests(14), Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions concerning liability for defective products(15), Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees(16), the future Directive of the European Parliament and of the Council concerning the distance marketing of consumer financial services and Council Directive 92/28/EEC of 31 March 1992 on the advertising of medicinal products(17); this Directive should be without prejudice to Directive 98/43/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products(18) adopted within the framework of the internal market, or to directives on the protection of public health; this Directive complements information requirements established by the abovementioned Directives and in particular Directive 97/7/EC.

(12) It is necessary to exclude certain activities from the scope of this Directive, on the grounds that the freedom to provide services in these fields cannot, at this stage, be guaranteed under the Treaty or existing secondary legislation; excluding these activities does not preclude any instruments which might prove necessary for the proper functioning of the internal market; taxation, particularly value added tax imposed on a large number of the services covered by this Directive, must be excluded from the scope of this Directive.

(13) This Directive does not aim to establish rules on fiscal obligations nor does it pre-empt the drawing up of Community instruments concerning fiscal aspects of electronic commerce.

(14) The protection of individuals with regard to the processing of personal data is solely governed by 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(19) and Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the

Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector⁽²⁰⁾ which are fully applicable to information society services; these Directives already establish a Community legal framework in the field of personal data and therefore it is not necessary to cover this issue in this Directive in order to ensure the smooth functioning of the internal market, in particular the free movement of personal data between Member States; the implementation and application of this Directive should be made in full compliance with the principles relating to the protection of personal data, in particular as regards unsolicited commercial communication and the liability of intermediaries; this Directive cannot prevent the anonymous use of open networks such as the Internet.

(15) The confidentiality of communications is guaranteed by Article 5 Directive 97/66/EC; in accordance with that Directive, Member States must prohibit any kind of interception or surveillance of such communications by others than the senders and receivers, except when legally authorised.

(16) The exclusion of gambling activities from the scope of application of this Directive covers only games of chance, lotteries and betting transactions, which involve wagering a stake with monetary value; this does not cover promotional competitions or games where the purpose is to encourage the sale of goods or services and where payments, if they arise, serve only to acquire the promoted goods or services.

(17) The definition of information society services already exists in Community law in Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on information society services⁽²¹⁾ and in Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access⁽²²⁾; this definition covers any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and at the individual request of a recipient of a service; those services referred to in the indicative list in Annex V to Directive 98/34/EC which do not imply data processing and storage are not covered by this definition.

(18) Information society services span a wide range of economic activities which take place on-line; these activities can, in particular, consist of selling goods on-line; activities such as the delivery of goods as such or the provision of services off-line are not covered; information society services are not solely restricted to services giving rise to on-line contracting but also, in so far as they represent an economic activity, extend to services which are not remunerated by those who receive them, such as those offering on-line information or commercial communications, or those providing tools allowing for search, access and retrieval of data; information society services also include services consisting of the transmission of information via a communication network, in providing access to a communication network or in hosting information provided by a recipient of the service; television broadcasting within the meaning of Directive EEC/89/552 and radio broadcasting are not information society services because they are not provided at individual request; by contrast, services which are transmitted point to point, such as video-on-demand or the provision of commercial communications by electronic mail are information society services; the use of electronic mail or equivalent individual communications for instance by natural persons acting outside their trade, business or profession including their use for the conclusion of contracts between such persons is not an information society service; the contractual relationship between an employee and his employer is not an information society service; activities which by their very nature cannot be carried out at a distance and by electronic means, such as the statutory auditing of company accounts or medical advice requiring the physical examination of a patient are not information society services.

(19) The place at which a service provider is established should be determined in conformity with the case-law of the Court of Justice according to which the concept of establishment involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment for an indefinite period; this requirement is also fulfilled where a company is constituted for a given period; the place of establishment of a company providing services via an Internet website is not the place at which the technology supporting its website is located or the place at which its website is accessible but the place where it pursues its economic activity; in cases where a provider has several places of establishment it is important to determine from which place of establishment the service concerned is provided; in cases where it is difficult to determine from which of several places of establishment a given service is provided, this is the place where the provider has the centre of his activities relating to this particular service.

(20) The definition of "recipient of a service" covers all types of usage of information society services, both by persons who provide information on open networks such as the Internet and by persons who seek information on the Internet for private or professional reasons.

(21) The scope of the coordinated field is without prejudice to future Community harmonisation relating to information society services and to future legislation adopted at national level in accordance with Community law; the coordinated field covers only requirements relating to on-

line activities such as on-line information, on-line advertising, on-line shopping, on-line contracting and does not concern Member States' legal requirements relating to goods such as safety standards, labelling obligations, or liability for goods, or Member States' requirements relating to the delivery or the transport of goods, including the distribution of medicinal products; the coordinated field does not cover the exercise of rights of pre-emption by public authorities concerning certain goods such as works of art.

(22) Information society services should be supervised at the source of the activity, in order to ensure an effective protection of public interest objectives; to that end, it is necessary to ensure that the competent authority provides such protection not only for the citizens of its own country but for all Community citizens; in order to improve mutual trust between Member States, it is essential to state clearly this responsibility on the part of the Member State where the services originate; moreover, in order to effectively guarantee freedom to provide services and legal certainty for suppliers and recipients of services, such information society services should in principle be subject to the law of the Member State in which the service provider is established.

(23) This Directive neither aims to establish additional rules on private international law relating to conflicts of law nor does it deal with the jurisdiction of Courts; provisions of the applicable law designated by rules of private international law must not restrict the freedom to provide information society services as established in this Directive.

(24) In the context of this Directive, notwithstanding the rule on the control at source of information society services, it is legitimate under the conditions established in this Directive for Member States to take measures to restrict the free movement of information society services.

(25) National courts, including civil courts, dealing with private law disputes can take measures to derogate from the freedom to provide information society services in conformity with conditions established in this Directive.

(26) Member States, in conformity with conditions established in this Directive, may apply their national rules on criminal law and criminal proceedings with a view to taking all investigative and other measures necessary for the detection and prosecution of criminal offences, without there being a need to notify such measures to the Commission.

(27) This Directive, together with the future Directive of the European Parliament and of the Council concerning the distance marketing of consumer financial services, contributes to the creating of a legal framework for the on-line provision of financial services; this Directive does not pre-empt future initiatives in the area of financial services in particular with regard to the harmonisation of rules of conduct in this field; the possibility for Member States, established in this Directive, under certain circumstances of restricting the freedom to provide information society services in order to protect consumers also covers measures in the area of financial services in particular measures aiming at protecting investors.

(28) The Member States' obligation not to subject access to the activity of an information society service provider to prior authorisation does not concern postal services covered by Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service⁽²³⁾ consisting of the physical delivery of a printed electronic mail message and does not affect voluntary accreditation systems, in particular for providers of electronic signature certification service.

(29) Commercial communications are essential for the financing of information society services and for developing a wide variety of new, charge-free services; in the interests of consumer protection and fair trading, commercial communications, including discounts, promotional offers and promotional competitions or games, must meet a number of transparency requirements; these requirements are without prejudice to Directive 97/7/EC; this Directive should not affect existing Directives on commercial communications, in particular Directive 98/43/EC.

(30) The sending of unsolicited commercial communications by electronic mail may be undesirable for consumers and information society service providers and may disrupt the smooth functioning of interactive networks; the question of consent by recipient of certain forms of unsolicited commercial communications is not addressed by this Directive, but has already been addressed, in particular, by Directive 97/7/EC and by Directive 97/66/EC; in Member States which authorise unsolicited commercial communications by electronic mail, the setting up of appropriate industry filtering initiatives should be encouraged and facilitated; in addition it is necessary that in any event unsolicited commercial communications are clearly identifiable as such in order to improve transparency and to facilitate the functioning of such industry initiatives; unsolicited commercial communications by electronic mail should not result in additional communication costs for the recipient.

(31) Member States which allow the sending of unsolicited commercial communications by electronic mail without prior consent of the recipient by service providers established in their territory have to ensure that the service providers consult regularly and respect the opt-out

registers in which natural persons not wishing to receive such commercial communications can register themselves.

(32) In order to remove barriers to the development of cross-border services within the Community which members of the regulated professions might offer on the Internet, it is necessary that compliance be guaranteed at Community level with professional rules aiming, in particular, to protect consumers or public health; codes of conduct at Community level would be the best means of determining the rules on professional ethics applicable to commercial communication; the drawing-up or, where appropriate, the adaptation of such rules should be encouraged without prejudice to the autonomy of professional bodies and associations.

(33) This Directive complements Community law and national law relating to regulated professions maintaining a coherent set of applicable rules in this field.

(34) Each Member State is to amend its legislation containing requirements, and in particular requirements as to form, which are likely to curb the use of contracts by electronic means; the examination of the legislation requiring such adjustment should be systematic and should cover all the necessary stages and acts of the contractual process, including the filing of the contract; the result of this amendment should be to make contracts concluded electronically workable; the legal effect of electronic signatures is dealt with by Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures⁽²⁴⁾; the acknowledgement of receipt by a service provider may take the form of the on-line provision of the service paid for.

(35) This Directive does not affect Member States' possibility of maintaining or establishing general or specific legal requirements for contracts which can be fulfilled by electronic means, in particular requirements concerning secure electronic signatures.

(36) Member States may maintain restrictions for the use of electronic contracts with regard to contracts requiring by law the involvement of courts, public authorities, or professions exercising public authority; this possibility also covers contracts which require the involvement of courts, public authorities, or professions exercising public authority in order to have an effect with regard to third parties as well as contracts requiring by law certification or attestation by a notary.

(37) Member States' obligation to remove obstacles to the use of electronic contracts concerns only obstacles resulting from legal requirements and not practical obstacles resulting from the impossibility of using electronic means in certain cases.

(38) Member States' obligation to remove obstacles to the use of electronic contracts is to be implemented in conformity with legal requirements for contracts enshrined in Community law.

(39) The exceptions to the provisions concerning the contracts concluded exclusively by electronic mail or by equivalent individual communications provided for by this Directive, in relation to information to be provided and the placing of orders, should not enable, as a result, the by-passing of those provisions by providers of information society services.

(40) Both existing and emerging disparities in Member States' legislation and case-law concerning liability of service providers acting as intermediaries prevent the smooth functioning of the internal market, in particular by impairing the development of cross-border services and producing distortions of competition; service providers have a duty to act, under certain circumstances, with a view to preventing or stopping illegal activities; this Directive should constitute the appropriate basis for the development of rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information; such mechanisms could be developed on the basis of voluntary agreements between all parties concerned and should be encouraged by Member States; it is in the interest of all parties involved in the provision of information society services to adopt and implement such procedures; the provisions of this Directive relating to liability should not preclude the development and effective operation, by the different interested parties, of technical systems of protection and identification and of technical surveillance instruments made possible by digital technology within the limits laid down by Directives 95/46/EC and 97/66/EC.

(41) This Directive strikes a balance between the different interests at stake and establishes principles upon which industry agreements and standards can be based.

(42) The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

(43) A service provider can benefit from the exemptions for "mere conduit" and for "caching" when he is in no way involved with the information transmitted; this requires among other things that he does not modify the information that he transmits; this requirement does not cover manipulations of a technical nature which take place in the course of the transmission as they do not alter the integrity of the information contained in the transmission.

(44) A service provider who deliberately collaborates with one of the recipients of his service in order to undertake illegal acts goes beyond the activities of "mere conduit" or "caching" and as a result cannot benefit from the liability exemptions established for these activities.

(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.

(46) In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level; this Directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

(47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.

(48) This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.

(49) Member States and the Commission are to encourage the drawing-up of codes of conduct; this is not to impair the voluntary nature of such codes and the possibility for interested parties of deciding freely whether to adhere to such codes.

(50) It is important that the proposed directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society and this Directive come into force within a similar time scale with a view to establishing a clear framework of rules relevant to the issue of liability of intermediaries for copyright and relating rights infringements at Community level.

(51) Each Member State should be required, where necessary, to amend any legislation which is liable to hamper the use of schemes for the out-of-court settlement of disputes through electronic channels; the result of this amendment must be to make the functioning of such schemes genuinely and effectively possible in law and in practice, even across borders.

(52) The effective exercise of the freedoms of the internal market makes it necessary to guarantee victims effective access to means of settling disputes; damage which may arise in connection with information society services is characterised both by its rapidity and by its geographical extent; in view of this specific character and the need to ensure that national authorities do not endanger the mutual confidence which they should have in one another, this Directive requests Member States to ensure that appropriate court actions are available; Member States should examine the need to provide access to judicial procedures by appropriate electronic means.

(53) Directive 98/27/EC, which is applicable to information society services, provides a mechanism relating to actions for an injunction aimed at the protection of the collective interests of consumers; this mechanism will contribute to the free movement of information society services by ensuring a high level of consumer protection.

(54) The sanctions provided for under this Directive are without prejudice to any other sanction or remedy provided under national law; Member States are not obliged to provide criminal sanctions for infringement of national provisions adopted pursuant to this Directive.

(55) This Directive does not affect the law applicable to contractual obligations relating to consumer contracts; accordingly, this Directive cannot have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules relating to contractual obligations of the law of the Member State in which he has his habitual residence.

(56) As regards the derogation contained in this Directive regarding contractual obligations concerning contracts concluded by consumers, those obligations should be interpreted as

including information on the essential elements of the content of the contract, including consumer rights, which have a determining influence on the decision to contract.

(57) The Court of Justice has consistently held that a Member State retains the right to take measures against a service provider that is established in another Member State but directs all or most of his activity to the territory of the first Member State if the choice of establishment was made with a view to evading the legislation that would have applied to the provider had he been established on the territory of the first Member State.

(58) This Directive should not apply to services supplied by service providers established in a third country; in view of the global dimension of electronic commerce, it is, however, appropriate to ensure that the Community rules are consistent with international rules; this Directive is without prejudice to the results of discussions within international organisations (amongst others WTO, OECD, Uncitral) on legal issues.

(59) Despite the global nature of electronic communications, coordination of national regulatory measures at European Union level is necessary in order to avoid fragmentation of the internal market, and for the establishment of an appropriate European regulatory framework; such coordination should also contribute to the establishment of a common and strong negotiating position in international forums.

(60) In order to allow the unhampered development of electronic commerce, the legal framework must be clear and simple, predictable and consistent with the rules applicable at international level so that it does not adversely affect the competitiveness of European industry or impede innovation in that sector.

(61) If the market is actually to operate by electronic means in the context of globalisation, the European Union and the major non-European areas need to consult each other with a view to making laws and procedures compatible.

(62) Cooperation with third countries should be strengthened in the area of electronic commerce, in particular with applicant countries, the developing countries and the European Union's other trading partners.

(63) The adoption of this Directive will not prevent the Member States from taking into account the various social, societal and cultural implications which are inherent in the advent of the information society; in particular it should not hinder measures which Member States might adopt in conformity with Community law to achieve social, cultural and democratic goals taking into account their linguistic diversity, national and regional specificities as well as their cultural heritage, and to ensure and maintain public access to the widest possible range of information society services; in any case, the development of the information society is to ensure that Community citizens can have access to the cultural European heritage provided in the digital environment.

(64) Electronic communication offers the Member States an excellent means of providing public services in the cultural, educational and linguistic fields.

(65) The Council, in its resolution of 19 January 1999 on the consumer dimension of the information society⁽²⁵⁾, stressed that the protection of consumers deserved special attention in this field; the Commission will examine the degree to which existing consumer protection rules provide insufficient protection in the context of the information society and will identify, where necessary, the deficiencies of this legislation and those issues which could require additional measures; if need be, the Commission should make specific additional proposals to resolve such deficiencies that will thereby have been identified,

HAVE ADOPTED THIS DIRECTIVE:

CHAPTER I

GENERAL PROVISIONS

Article 1

Objective and scope

1. This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.
2. This Directive approximates, to the extent necessary for the achievement of the objective set out in paragraph 1, certain national provisions on information society services relating to the internal market, the establishment of service providers, commercial communications, electronic contracts, the liability of intermediaries, codes of conduct, out-of-court dispute settlements, court actions and cooperation between Member States.

3. This Directive complements Community law applicable to information society services without prejudice to the level of protection for, in particular, public health and consumer interests, as established by Community acts and national legislation implementing them in so far as this does not restrict the freedom to provide information society services.

4. This Directive does not establish additional rules on private international law nor does it deal with the jurisdiction of Courts.

5. This Directive shall not apply to:

(a) the field of taxation;

(b) questions relating to information society services covered by Directives 95/46/EC and 97/66/EC;

(c) questions relating to agreements or practices governed by cartel law;

(d) the following activities of information society services:

- the activities of notaries or equivalent professions to the extent that they involve a direct and specific connection with the exercise of public authority,

- the representation of a client and defence of his interests before the courts,

- gambling activities which involve wagering a stake with monetary value in games of chance, including lotteries and betting transactions.

6. This Directive does not affect measures taken at Community or national level, in the respect of Community law, in order to promote cultural and linguistic diversity and to ensure the defence of pluralism.

Article 2

Definitions

For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings:

(a) "information society services": services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC;

(b) "service provider": any natural or legal person providing an information society service;

(c) "established service provider": a service provider who effectively pursues an economic activity using a fixed establishment for an indefinite period. The presence and use of the technical means and technologies required to provide the service do not, in themselves, constitute an establishment of the provider;

(d) "recipient of the service": any natural or legal person who, for professional ends or otherwise, uses an information society service, in particular for the purposes of seeking information or making it accessible;

(e) "consumer": any natural person who is acting for purposes which are outside his or her trade, business or profession;

(f) "commercial communication": any form of communication designed to promote, directly or indirectly, the goods, services or image of a company, organisation or person pursuing a commercial, industrial or craft activity or exercising a regulated profession. The following do not in themselves constitute commercial communications:

- information allowing direct access to the activity of the company, organisation or person, in particular a domain name or an electronic-mail address,

- communications relating to the goods, services or image of the company, organisation or person compiled in an independent manner, particularly when this is without financial consideration;

(g) "regulated profession": any profession within the meaning of either Article 1(d) of Council Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a general system for the recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least three-years' duration(26) or of Article 1(f) of Council Directive 92/51/EEC of 18 June 1992 on a second general system for the recognition of professional education and training to supplement Directive 89/48/EEC(27);

(h) "coordinated field": requirements laid down in Member States' legal systems applicable to information society service providers or information society services, regardless of whether they are of a general nature or specifically designed for them.

(i) The coordinated field concerns requirements with which the service provider has to comply in respect of:

- the taking up of the activity of an information society service, such as requirements concerning qualifications, authorisation or notification,
- the pursuit of the activity of an information society service, such as requirements concerning the behaviour of the service provider, requirements regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and contracts, or requirements concerning the liability of the service provider;

(ii) The coordinated field does not cover requirements such as:

- requirements applicable to goods as such,
- requirements applicable to the delivery of goods,
- requirements applicable to services not provided by electronic means.

Article 3

Internal market

1. Each Member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field.

2. Member States may not, for reasons falling within the coordinated field, restrict the freedom to provide information society services from another Member State.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the fields referred to in the Annex.

4. Member States may take measures to derogate from paragraph 2 in respect of a given information society service if the following conditions are fulfilled:

(a) the measures shall be:

(i) necessary for one of the following reasons:

- public policy, in particular the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, including the protection of minors and the fight against any incitement to hatred on grounds of race, sex, religion or nationality, and violations of human dignity concerning individual persons,
- the protection of public health,
- public security, including the safeguarding of national security and defence,
- the protection of consumers, including investors;

(ii) taken against a given information society service which prejudices the objectives referred to in point (i) or which presents a serious and grave risk of prejudice to those objectives;

(iii) proportionate to those objectives;

(b) before taking the measures in question and without prejudice to court proceedings, including preliminary proceedings and acts carried out in the framework of a criminal investigation, the Member State has:

- asked the Member State referred to in paragraph 1 to take measures and the latter did not take such measures, or they were inadequate,
- notified the Commission and the Member State referred to in paragraph 1 of its intention to take such measures.

5. Member States may, in the case of urgency, derogate from the conditions stipulated in paragraph 4(b). Where this is the case, the measures shall be notified in the shortest possible time to the Commission and to the Member State referred to in paragraph 1, indicating the reasons for which the Member State considers that there is urgency.

6. Without prejudice to the Member State's possibility of proceeding with the measures in question, the Commission shall examine the compatibility of the notified measures with Community law in the shortest possible time; where it comes to the conclusion that the measure is incompatible with Community law, the Commission shall ask the Member State in question to refrain from taking any proposed measures or urgently to put an end to the measures in question.

CHAPTER II

PRINCIPLES

Section 1: Establishment and information requirements

Article 4

Principle excluding prior authorisation

1. Member States shall ensure that the taking up and pursuit of the activity of an information society service provider may not be made subject to prior authorisation or any other requirement having equivalent effect.
2. Paragraph 1 shall be without prejudice to authorisation schemes which are not specifically and exclusively targeted at information society services, or which are covered by Directive 97/13/EC of the European Parliament and of the Council of 10 April 1997 on a common framework for general authorisations and individual licences in the field of telecommunications services(28).

Article 5

General information to be provided

1. In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure that the service provider shall render easily, directly and permanently accessible to the recipients of the service and competent authorities, at least the following information:

- (a) the name of the service provider;
- (b) the geographic address at which the service provider is established;
- (c) the details of the service provider, including his electronic mail address, which allow him to be contacted rapidly and communicated with in a direct and effective manner;
- (d) where the service provider is registered in a trade or similar public register, the trade register in which the service provider is entered and his registration number, or equivalent means of identification in that register;
- (e) where the activity is subject to an authorisation scheme, the particulars of the relevant supervisory authority;
- (f) as concerns the regulated professions:
 - any professional body or similar institution with which the service provider is registered,
 - the professional title and the Member State where it has been granted,
 - a reference to the applicable professional rules in the Member State of establishment and the means to access them;
- (g) where the service provider undertakes an activity that is subject to VAT, the identification number referred to in Article 22(1) of the sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment(29).

2. In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall at least ensure that, where information society services refer to prices, these are to be indicated clearly and unambiguously and, in particular, must indicate whether they are inclusive of tax and delivery costs.

Section 2: Commercial communications

Article 6

Information to be provided

In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure that commercial communications which are part of, or constitute, an information society service comply at least with the following conditions:

- (a) the commercial communication shall be clearly identifiable as such;
- (b) the natural or legal person on whose behalf the commercial communication is made shall be clearly identifiable;
- (c) promotional offers, such as discounts, premiums and gifts, where permitted in the Member State where the service provider is established, shall be clearly identifiable as such, and the conditions which are to be met to qualify for them shall be easily accessible and be presented clearly and unambiguously;

(d) promotional competitions or games, where permitted in the Member State where the service provider is established, shall be clearly identifiable as such, and the conditions for participation shall be easily accessible and be presented clearly and unambiguously.

Article 7

Unsolicited commercial communication

1. In addition to other requirements established by Community law, Member States which permit unsolicited commercial communication by electronic mail shall ensure that such commercial communication by a service provider established in their territory shall be identifiable clearly and unambiguously as such as soon as it is received by the recipient.
2. Without prejudice to Directive 97/7/EC and Directive 97/66/EC, Member States shall take measures to ensure that service providers undertaking unsolicited commercial communications by electronic mail consult regularly and respect the opt-out registers in which natural persons not wishing to receive such commercial communications can register themselves.

Article 8

Regulated professions

1. Member States shall ensure that the use of commercial communications which are part of, or constitute, an information society service provided by a member of a regulated profession is permitted subject to compliance with the professional rules regarding, in particular, the independence, dignity and honour of the profession, professional secrecy and fairness towards clients and other members of the profession.
2. Without prejudice to the autonomy of professional bodies and associations, Member States and the Commission shall encourage professional associations and bodies to establish codes of conduct at Community level in order to determine the types of information that can be given for the purposes of commercial communication in conformity with the rules referred to in paragraph 1.
3. When drawing up proposals for Community initiatives which may become necessary to ensure the proper functioning of the Internal Market with regard to the information referred to in paragraph 2, the Commission shall take due account of codes of conduct applicable at Community level and shall act in close cooperation with the relevant professional associations and bodies.
4. This Directive shall apply in addition to Community Directives concerning access to, and the exercise of, activities of the regulated professions.

Section 3: Contracts concluded by electronic means

Article 9

Treatment of contracts

1. Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.
2. Member States may lay down that paragraph 1 shall not apply to all or certain contracts falling into one of the following categories:
 - (a) contracts that create or transfer rights in real estate, except for rental rights;
 - (b) contracts requiring by law the involvement of courts, public authorities or professions exercising public authority;
 - (c) contracts of suretyship granted and on collateral securities furnished by persons acting for purposes outside their trade, business or profession;
 - (d) contracts governed by family law or by the law of succession.
3. Member States shall indicate to the Commission the categories referred to in paragraph 2 to which they do not apply paragraph 1. Member States shall submit to the Commission every five years a report on the application of paragraph 2 explaining the reasons why they consider it necessary to maintain the category referred to in paragraph 2(b) to which they do not apply paragraph 1.

Article 10

Information to be provided

1. In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, that at least the following information is given by the service provider clearly, comprehensibly and unambiguously and prior to the order being placed by the recipient of the service:

- (a) the different technical steps to follow to conclude the contract;
- (b) whether or not the concluded contract will be filed by the service provider and whether it will be accessible;
- (c) the technical means for identifying and correcting input errors prior to the placing of the order;
- (d) the languages offered for the conclusion of the contract.

2. Member States shall ensure that, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, the service provider indicates any relevant codes of conduct to which he subscribes and information on how those codes can be consulted electronically.

3. Contract terms and general conditions provided to the recipient must be made available in a way that allows him to store and reproduce them.

4. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to contracts concluded exclusively by exchange of electronic mail or by equivalent individual communications.

Article 11

Placing of the order

1. Member States shall ensure, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, that in cases where the recipient of the service places his order through technological means, the following principles apply:

- the service provider has to acknowledge the receipt of the recipient's order without undue delay and by electronic means,
- the order and the acknowledgement of receipt are deemed to be received when the parties to whom they are addressed are able to access them.

2. Member States shall ensure that, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, the service provider makes available to the recipient of the service appropriate, effective and accessible technical means allowing him to identify and correct input errors, prior to the placing of the order.

3. Paragraph 1, first indent, and paragraph 2 shall not apply to contracts concluded exclusively by exchange of electronic mail or by equivalent individual communications.

Section 4: Liability of intermediary service providers

Article 12

"Mere conduit"

1. 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, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

- (a) does not initiate the transmission;
- (b) does not select the receiver of the transmission; and
- (c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 13

"Caching"

1. 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, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

- (a) the provider does not modify the information;
- (b) the provider complies with conditions on access to the information;
- (c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;
- (d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and
- (e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 14

Hosting

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

- (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or
- (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15

No general obligation to monitor

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.

CHAPTER III

IMPLEMENTATION

Article 16

Codes of conduct

1. Member States and the Commission shall encourage:

- (a) the drawing up of codes of conduct at Community level, by trade, professional and consumer associations or organisations, designed to contribute to the proper implementation of Articles 5 to 15;

- (b) the voluntary transmission of draft codes of conduct at national or Community level to the Commission;
 - (c) the accessibility of these codes of conduct in the Community languages by electronic means;
 - (d) the communication to the Member States and the Commission, by trade, professional and consumer associations or organisations, of their assessment of the application of their codes of conduct and their impact upon practices, habits or customs relating to electronic commerce;
 - (e) the drawing up of codes of conduct regarding the protection of minors and human dignity.
2. Member States and the Commission shall encourage the involvement of associations or organisations representing consumers in the drafting and implementation of codes of conduct affecting their interests and drawn up in accordance with paragraph 1(a). Where appropriate, to take account of their specific needs, associations representing the visually impaired and disabled should be consulted.

Article 17

Out-of-court dispute settlement

1. Member States shall ensure that, in the event of disagreement between an information society service provider and the recipient of the service, their legislation does not hamper the use of out-of-court schemes, available under national law, for dispute settlement, including appropriate electronic means.
2. Member States shall encourage bodies responsible for the out-of-court settlement of, in particular, consumer disputes to operate in a way which provides adequate procedural guarantees for the parties concerned.
3. Member States shall encourage bodies responsible for out-of-court dispute settlement to inform the Commission of the significant decisions they take regarding information society services and to transmit any other information on the practices, usages or customs relating to electronic commerce.

Article 18

Court actions

1. Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services' activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.
2. The Annex to Directive 98/27/EC shall be supplemented as follows:

"11. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects on information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (Directive on electronic commerce) (OJ L 178, 17.7.2000, p. 1)."

Article 19

Cooperation

1. Member States shall have adequate means of supervision and investigation necessary to implement this Directive effectively and shall ensure that service providers supply them with the requisite information.
2. Member States shall cooperate with other Member States; they shall, to that end, appoint one or several contact points, whose details they shall communicate to the other Member States and to the Commission.
3. Member States shall, as quickly as possible, and in conformity with national law, provide the assistance and information requested by other Member States or by the Commission, including by appropriate electronic means.
4. Member States shall establish contact points which shall be accessible at least by electronic means and from which recipients and service providers may:
 - (a) obtain general information on contractual rights and obligations as well as on the complaint and redress mechanisms available in the event of disputes, including practical aspects involved in the use of such mechanisms;
 - (b) obtain the details of authorities, associations or organisations from which they may obtain further information or practical assistance.

5. Member States shall encourage the communication to the Commission of any significant administrative or judicial decisions taken in their territory regarding disputes relating to information society services and practices, usages and customs relating to electronic commerce. The Commission shall communicate these decisions to the other Member States.

Article 20

Sanctions

Member States shall determine the sanctions applicable to infringements of national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are enforced. The sanctions they provide for shall be effective, proportionate and dissuasive.

CHAPTER IV

FINAL PROVISIONS

Article 21

Re-examination

1. Before 17 July 2003, and thereafter every two years, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a report on the application of this Directive, accompanied, where necessary, by proposals for adapting it to legal, technical and economic developments in the field of information society services, in particular with respect to crime prevention, the protection of minors, consumer protection and to the proper functioning of the internal market.

2. In examining the need for an adaptation of this Directive, the report shall in particular analyse the need for proposals concerning the liability of providers of hyperlinks and location tool services, "notice and take down" procedures and the attribution of liability following the taking down of content. The report shall also analyse the need for additional conditions for the exemption from liability, provided for in Articles 12 and 13, in the light of technical developments, and the possibility of applying the internal market principles to unsolicited commercial communications by electronic mail.

Article 22

Transposition

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive before 17 January 2002. They shall forthwith inform the Commission thereof.

2. When Member States adopt the measures referred to in paragraph 1, these shall contain a reference to this Directive or shall be accompanied by such reference at the time of their official publication. The methods of making such reference shall be laid down by Member States.

Article 23

Entry into force

This Directive shall enter into force on the day of its publication in the Official Journal of the European Communities.

Article 24

Addressees

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Luxembourg, 8 June 2000.

For the European Parliament

The President

N. Fontaine

For the Council

The President

G. d'Oliveira Martins

(1) OJ C 30, 5.2.1999, p. 4.

(2) OJ C 169, 16.6.1999, p. 36.

(3) Opinion of the European Parliament of 6 May 1999 (OJ C 279, 1.10.1999, p. 389), Council common position of 28 February 2000 (OJ C 128, 8.5.2000, p. 32) and Decision of the European Parliament of 4 May 2000 (not yet published in the Official Journal).

(4) OJ L 298, 17.10.1989, p. 23. Directive as amended by Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 202, 30.7.1997, p. 60).

(5) OJ L 95, 21.4.1993, p. 29.

(6) OJ L 144, 4.6.1999, p. 19.

(7) OJ L 250, 19.9.1984, p. 17. Directive as amended by Directive 97/55/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 290, 23.10.1997, p. 18).

(8) OJ L 42, 12.2.1987, p. 48. Directive as last amended by Directive 98/7/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 101, 1.4.1998, p. 17).

(9) OJ L 141, 11.6.1993, p. 27. Directive as last amended by Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 84, 26.3.1997, p. 22).

(10) OJ L 158, 23.6.1990, p. 59.

(11) OJ L 80, 18.3.1998, p. 27.

(12) OJ L 228, 11.8.1992, p. 24.

(13) OJ L 280, 29.10.1994, p. 83.

(14) OJ L 166, 11.6.1998, p. 51. Directive as amended by Directive 1999/44/EC (OJ L 171, 7.7.1999, p. 12).

(15) OJ L 210, 7.8.1985, p. 29. Directive as amended by Directive 1999/34/EC (OJ L 141, 4.6.1999, p. 20).

(16) OJ L 171, 7.7.1999, p. 12.

(17) OJ L 113, 30.4.1992, p. 13.

(18) OJ L 213, 30.7.1998, p. 9.

(19) OJ L 281, 23.11.1995, p. 31.

(20) OJ L 24, 30.1.1998, p. 1.

(21) OJ L 204, 21.7.1998, p. 37. Directive as amended by Directive 98/48/EC (OJ L 217, 5.8.1998, p. 18).

(22) OJ L 320, 28.11.1998, p. 54.

(23) OJ L 15, 21.1.1998, p. 14.

(24) OJ L 13, 19.1.2000, p. 12.

(25) OJ C 23, 28.1.1999, p. 1.

(26) OJ L 19, 24.1.1989, p. 16.

(27) OJ L 209, 24.7.1992, p. 25. Directive as last amended by Commission Directive 97/38/EC (OJ L 184, 12.7.1997, p. 31).

(28) OJ L 117, 7.5.1997, p. 15.

(29) OJ L 145, 13.6.1977, p. 1. Directive as last amended by Directive 1999/85/EC (OJ L 277, 28.10.1999, p. 34).

ANNEX

DEROGATIONS FROM ARTICLE 3

As provided for in Article 3(3), Article 3(1) and (2) do not apply to:

- copyright, neighbouring rights, rights referred to in Directive 87/54/EEC(1) and Directive 96/9/EC(2) as well as industrial property rights,
- the emission of electronic money by institutions in respect of which Member States have applied one of the derogations provided for in Article 8(1) of Directive 2000/46/EC(3),
- Article 44(2) of Directive 85/611/EEC(4),

- Article 30 and Title IV of Directive 92/49/EEC(5), Title IV of Directive 92/96/EEC(6), Articles 7 and 8 of Directive 88/357/EEC(7) and Article 4 of Directive 90/619/EEC(8),
- the freedom of the parties to choose the law applicable to their contract,
- contractual obligations concerning consumer contacts,
- formal validity of contracts creating or transferring rights in real estate where such contracts are subject to mandatory formal requirements of the law of the Member State where the real estate is situated,
- the permissibility of unsolicited commercial communications by electronic mail.

(1) OJ L 24, 27.1.1987, p. 36.

(2) OJ L 77, 27.3.1996, p. 20.

(3) Not yet published in the Official Journal.

(4) OJ L 375, 31.12.1985, p. 3. Directive as last amended by Directive 95/26/EC (OJ L 168, 18.7.1995, p. 7).

(5) OJ L 228, 11.8.1992, p. 1. Directive as last amended by Directive 95/26/EC.

(6) OJ L 360, 9.12.1992, p. 2. Directive as last amended by Directive 95/26/EC.

(7) OJ L 172, 4.7.1988, p. 1. Directive as last amended by Directive 92/49/EC.

(8) OJ L 330, 29.11.1990, p. 50. Directive as last amended by Directive 92/96/EC.

**Case C-70/10 Scarlet
Extended SA v SABAM-
Société belge des auteurs,
compositeurs et éditeurs
SCRL, Court of Justice of
the European Union (ECJ),
24 November 2011**

”4” אסמכתא

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)

24 November 2011 (*)

(Information society – Copyright – Internet – ‘Peer-to-peer’ software – Internet service providers – Installation of a system for filtering electronic communications in order to prevent file sharing which infringes copyright – No general obligation to monitor information transmitted)

In Case C-70/10,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the cour d’appel de Bruxelles (Belgium), made by decision of 28 January 2010, received at the Court on 5 February 2010, in the proceedings

Scarlet Extended SA

v

Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM),

intervening parties:

Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video),

Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music),

Internet Service Provider Association ASBL (ISPA),

THE COURT (Third Chamber),

composed of K. Lenaerts, President of the Chamber, J. Malenovský (Rapporteur), R. Silva de Lapuerta, E. Juhász and G. Arestis, Judges,

Advocate General: P. Cruz Villalón,

Registrar: C. Strömholm, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 13 January 2011,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Scarlet Extended SA, by T. De Meese and B. Van Asbroeck, avocats,
- Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video) and Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), by F. de Visscher, B. Michaux and F. Brison, avocats,
- Internet Service Provider Association ASBL (ISPA), by G. Somers, avocat,
- the Belgian Government, by T. Materne, J.-C. Halleux and C. Pochet, acting as Agents,

- the Czech Government, by M. Smolek and K. Havlíčková, acting as Agents,
 - the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, assisted by S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
 - the Netherlands Government, by C. Wissels and B. Koopman, acting as Agents,
 - the Polish Government, by M. Szpunar, M. Drwięcki and J. Goliński, acting as Agents,
 - the Finnish Government, by M. Pere, acting as Agent,
 - the European Commission, by J. Samnadda and C. Vignon, acting as Agents,
- after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 14 April 2011,
gives the following

Judgment

- 1 This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Directives:
 - 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') (OJ 2000 L 178, p. 1);
 - 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10);
 - 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45, and corrigendum OJ 2004 L 195, p. 16);
 - 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 (OJ 1995 L 281, p. 31); and
 - 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ 2002 L 201, p. 37).
- 2 The reference has been made in proceedings between Scarlet Extended SA ('Scarlet') and the Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) ('SABAM') concerning Scarlet's refusal to install a system for filtering electronic communications which use file-sharing software ('peer-to-peer'), with a view to preventing file sharing which infringes copyright.

Legal context

European Union law

Directive 2000/31

- 3 Recitals 45 and 47 in the preamble to Directive 2000/31 state:

‘(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.

...

(47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.’

- 4 Article 1 of Directive 2000/31 states:

‘1. This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.

2. This Directive approximates, to the extent necessary for the achievement of the objective set out in paragraph 1, certain national provisions on information society services relating to the internal market, the establishment of service providers, commercial communications, electronic contracts, the liability of intermediaries, codes of conduct, out-of-court dispute settlements, court actions and cooperation between Member States.

...’

- 5 Article 12 of that directive, which features in Section 4, entitled ‘Liability of intermediary service providers’, of Chapter II thereof, provides:

‘1. 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, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

- (a) does not initiate the transmission;
- (b) does not select the receiver of the transmission; and
- (c) does not select or modify the information contained in the transmission.

...

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.’

- 6 Article 15 of Directive 2000/31, which also features in Section 4 of Chapter II, states:

‘1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit

or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating unlawful activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged unlawful activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

Directive 2001/29

7 Recitals 16 and 59 in the preamble to Directive 2001/29 state:

'(16) ... This Directive should be implemented within a timescale similar to that for the implementation of [Directive 2000/31], since that Directive provides a harmonised framework of principles and provisions relevant, inter alia, to important parts of this Directive. This Directive is without prejudice to provisions relating to liability in that Directive.

...

(59) In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.'

8 Article 8 of Directive 2001/29 states:

'1. Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.

...

3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

Directive 2004/48

9 Recital 23 in the preamble to Directive 2004/48 provides:

'Without prejudice to any other measures, procedures and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe the rightholder's industrial property right. The conditions and procedures relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States. As far as infringements of copyright and related rights are concerned,

a comprehensive level of harmonisation is already provided for in Directive [2001/29]. Article 8(3) of Directive [2001/29] should therefore not be affected by this Directive.'

- 10 Article 2(3) of Directive 2004/48 provides as follows:

'This Directive shall not affect:

- (a) the Community provisions governing the substantive law on intellectual property ... or Directive [2000/31], in general, and Articles 12 to 15 of Directive [2000/31] in particular;

...'

- 11 Article 3 of Directive 2004/48 provides:

'1. Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this Directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

2. Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.'

- 12 Article 11 of Directive 2004/48 states:

'Member States shall ensure that, where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right, the judicial authorities may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement. Where provided for by national law, non-compliance with an injunction shall, where appropriate, be subject to a recurring penalty payment, with a view to ensuring compliance. Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive [2001/29].'

National law

- 13 Article 87(1), first and second subparagraphs, of the Law of 30 June 1994 on copyright and related rights (*Moniteur belge* of 27 July 1994, p. 19297) states:

'The President of the Tribunal de première instance (Court of First Instance) ... shall determine the existence of any infringement of a copyright or related right and shall order that it be brought to an end.

He may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

- 14 Articles 18 and 21 of the Law of 11 March 2003 on certain legal aspects of information society services (*Moniteur belge* of 17 March 2003, p. 12962) transpose Articles 12 and 15 of Directive 2000/31 into national law.

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

- 15 SABAM is a management company which represents authors, composers and editors of musical works in authorising the use of their copyright-protected works by third parties.
- 16 Scarlet is an internet service provider ('ISP') which provides its customers with access to the internet without offering other services such as downloading or file sharing.
- 17 In the course of 2004, SABAM concluded that internet users using Scarlet's services were downloading works in SABAM's catalogue from the internet, without authorisation and without paying royalties, by means of peer-to-peer networks, which constitute a transparent method of file sharing which is independent, decentralised and features advanced search and download functions.
- 18 On 24 June 2004, SABAM accordingly brought interlocutory proceedings against Scarlet before the President of the Tribunal de première instance, Brussels, claiming that that company was the best placed, as an ISP, to take measures to bring to an end copyright infringements committed by its customers.
- 19 SABAM sought, first, a declaration that the copyright in musical works contained in its repertoire had been infringed, in particular the right of reproduction and the right of communication to the public, because of the unauthorised sharing of electronic music files by means of peer-to-peer software, those infringements being committed through the use of Scarlet's services.
- 20 SABAM also sought an order requiring Scarlet to bring such infringements to an end by blocking, or making it impossible for its customers to send or receive in any way, files containing a musical work using peer-to-peer software without the permission of the rightholders, on pain of a periodic penalty. Lastly, SABAM requested that Scarlet provide it with details of the measures that it would be applying in order to comply with the judgment to be given, on pain of a periodic penalty.
- 21 By judgment of 26 November 2004, the President of the Tribunal de première instance, Brussels, found that copyright had been infringed, as claimed by SABAM, but, prior to ruling on the application for cessation, appointed an expert to investigate whether the technical solutions proposed by SABAM were technically feasible, whether they would make it possible to filter out only unlawful file sharing, and whether there were other ways of monitoring the use of peer-to-peer software, and to determine the cost of the measures envisaged.
- 22 In his report, the appointed expert concluded that, despite numerous technical obstacles, the feasibility of filtering and blocking the unlawful sharing of electronic files could not be entirely ruled out.
- 23 By judgment of 29 June 2007, the President of the Tribunal de première instance, Brussels, accordingly ordered Scarlet to bring to an end the copyright infringements established in the judgment of 26 November 2004 by making it impossible for its customers to send or receive in any way files containing a musical work in SABAM's repertoire by means of peer-to-peer software, on pain of a periodic penalty.
- 24 Scarlet appealed against that decision to the referring court, claiming, first, that it was impossible for it to comply with that injunction since the effectiveness and permanence of filtering and blocking systems had not been proved and that the installation of the equipment for so doing was faced with numerous practical obstacles, such as problems with the network capacity and the impact on the network. Moreover, any attempt to block the files concerned was, it argued, doomed to fail in the very short term because there were at that

time several peer-to-peer software products which made it impossible for third parties to check their content.

- 25 Scarlet also claimed that that injunction was contrary to Article 21 of the Law of 11 March 2003 on certain legal aspects of information society services, which transposes Article 15 of Directive 2000/31 into national law, because it would impose on Scarlet, *de facto*, a general obligation to monitor communications on its network, inasmuch as any system for blocking or filtering peer-to-peer traffic would necessarily require general surveillance of all the communications passing through its network.
- 26 Lastly, Scarlet considered that the installation of a filtering system would be in breach of the provisions of European Union law on the protection of personal data and the secrecy of communications, since such filtering involves the processing of IP addresses, which are personal data.
- 27 In that context, the referring court took the view that, before ascertaining whether a mechanism for filtering and blocking peer-to-peer files existed and could be effective, it had to be satisfied that the obligations liable to be imposed on Scarlet were in accordance with European Union law.
- 28 In those circumstances, the cour d'appel de Bruxelles decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:
 - (1) Do Directives 2001/29 and 2004/48, in conjunction with Directives 95/46, 2000/31 and 2002/58, construed in particular in the light of Articles 8 and 10 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, permit Member States to authorise a national court, before which substantive proceedings have been brought and on the basis merely of a statutory provision stating that: 'They [the national courts] may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right', to order an [ISP] to install, for all its customers, in abstracto and as a preventive measure, exclusively at the cost of that ISP and for an unlimited period, a system for filtering all electronic communications, both incoming and outgoing, passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software, in order to identify on its network the movement of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold rights, and subsequently to block the transfer of such files, either at the point at which they are requested or at which they are sent?
 - (2) If the answer to the [first] question ... is in the affirmative, do those directives require a national court, called upon to give a ruling on an application for an injunction against an intermediary whose services are used by a third party to infringe a copyright, to apply the principle of proportionality when deciding on the effectiveness and dissuasive effect of the measure sought?

Consideration of the questions referred

- 29 By its questions, the referring court asks, in essence, whether Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 and 2002/58, read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction imposed on an ISP to introduce a system for filtering

- all electronic communications passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software;
- which applies indiscriminately to all its customers;
- as a preventive measure;
- exclusively at its expense; and
- for an unlimited period,

which is capable of identifying on that provider's network the movement of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold intellectual property rights, with a view to blocking the transfer of files the sharing of which infringes copyright ('the contested filtering system').

- 30 In that regard, it should first be recalled that, under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, holders of intellectual property rights may apply for an injunction against intermediaries, such as ISPs, whose services are being used by a third party to infringe their rights.
- 31 Next, it follows from the Court's case-law that the jurisdiction conferred on national courts, in accordance with those provisions, must allow them to order those intermediaries to take measures aimed not only at bringing to an end infringements already committed against intellectual-property rights using their information-society services, but also at preventing further infringements (see, to that effect, Case C-324/09 *L'Oréal and Others* [2011] ECR I-0000, paragraph 131).
- 32 Lastly, it follows from that same case-law that the rules for the operation of the injunctions for which the Member States must provide under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, such as those relating to the conditions to be met and to the procedure to be followed, are a matter for national law (see, *mutatis mutandis*, *L'Oréal and Others*, paragraph 135).
- 33 That being so, those national rules, and likewise their application by the national courts, must observe the limitations arising from Directives 2001/29 and 2004/48 and from the sources of law to which those directives refer (see, to that effect, *L'Oréal and Others*, paragraph 138).
- 34 Thus, in accordance with recital 16 in the preamble to Directive 2001/29 and Article 2(3)(a) of Directive 2004/48, those rules laid down by the Member States may not affect the provisions of Directive 2000/31 and, more specifically, Articles 12 to 15 thereof.
- 35 Consequently, those rules must, in particular, respect Article 15(1) of Directive 2000/31, which prohibits national authorities from adopting measures which would require an ISP to carry out general monitoring of the information that it transmits on its network.
- 36 In that regard, the Court has already ruled that that prohibition applies in particular to national measures which would require an intermediary provider, such as an ISP, to actively monitor all the data of each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. Furthermore, such a general monitoring obligation would be incompatible with Article 3 of Directive 2004/48, which states that the measures referred to by the directive must be fair and proportionate and must not be excessively costly (see *L'Oréal and Others*, paragraph 139).

- 37 In those circumstances, it is necessary to examine whether the injunction at issue in the main proceedings, which would require the ISP to install the contested filtering system, would oblige it, as part of that system, to actively monitor all the data of each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights.
- 38 In that regard, it is common ground that implementation of that filtering system would require
- first, that the ISP identify, within all of the electronic communications of all its customers, the files relating to peer-to-peer traffic;
 - secondly, that it identify, within that traffic, the files containing works in respect of which holders of intellectual-property rights claim to hold rights;
 - thirdly, that it determine which of those files are being shared unlawfully; and
 - fourthly, that it block file sharing that it considers to be unlawful.
- 39 Preventive monitoring of this kind would thus require active observation of all electronic communications conducted on the network of the ISP concerned and, consequently, would encompass all information to be transmitted and all customers using that network.
- 40 In the light of the foregoing, it must be held that the injunction imposed on the ISP concerned requiring it to install the contested filtering system would oblige it to actively monitor all the data relating to each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. It follows that that injunction would require the ISP to carry out general monitoring, something which is prohibited by Article 15(1) of Directive 2000/31.
- 41 In order to assess whether that injunction is consistent with European Union law, account must also be taken of the requirements that stem from the protection of the applicable fundamental rights, such as those mentioned by the referring court.
- 42 In that regard, it should be recalled that the injunction at issue in the main proceedings pursues the aim of ensuring the protection of copyright, which is an intellectual-property right, which may be infringed by the nature and content of certain electronic communications conducted through the network of the ISP concerned.
- 43 The protection of the right to intellectual property is indeed enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'). There is, however, nothing whatsoever in the wording of that provision or in the Court's case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected.
- 44 As paragraphs 62 to 68 of the judgment in Case C-275/06 *Promusicae* [2008] ECR I-271 make clear, the protection of the fundamental right to property, which includes the rights linked to intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights.
- 45 More specifically, it follows from paragraph 68 of that judgment that, in the context of measures adopted to protect copyright holders, national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures.

- 46 Accordingly, in circumstances such as those in the main proceedings, national authorities and courts must, in particular, strike a fair balance between the protection of the intellectual property right enjoyed by copyright holders and that of the freedom to conduct a business enjoyed by operators such as ISPs pursuant to Article 16 of the Charter.
- 47 In the present case, the injunction requiring the installation of the contested filtering system involves monitoring all the electronic communications made through the network of the ISP concerned in the interests of those rightholders. Moreover, that monitoring has no limitation in time, is directed at all future infringements and is intended to protect not only existing works, but also future works that have not yet been created at the time when the system is introduced.
- 48 Accordingly, such an injunction would result in a serious infringement of the freedom of the ISP concerned to conduct its business since it would require that ISP to install a complicated, costly, permanent computer system at its own expense, which would also be contrary to the conditions laid down in Article 3(1) of Directive 2004/48, which requires that measures to ensure the respect of intellectual-property rights should not be unnecessarily complicated or costly.
- 49 In those circumstances, it must be held that the injunction to install the contested filtering system is to be regarded as not respecting the requirement that a fair balance be struck between, on the one hand, the protection of the intellectual-property right enjoyed by copyright holders, and, on the other hand, that of the freedom to conduct business enjoyed by operators such as ISPs.
- 50 Moreover, the effects of that injunction would not be limited to the ISP concerned, as the contested filtering system may also infringe the fundamental rights of that ISP's customers, namely their right to protection of their personal data and their freedom to receive or impart information, which are rights safeguarded by Articles 8 and 11 of the Charter respectively.
- 51 It is common ground, first, that the injunction requiring installation of the contested filtering system would involve a systematic analysis of all content and the collection and identification of users' IP addresses from which unlawful content on the network is sent. Those addresses are protected personal data because they allow those users to be precisely identified.
- 52 Secondly, that injunction could potentially undermine freedom of information since that system might not distinguish adequately between unlawful content and lawful content, with the result that its introduction could lead to the blocking of lawful communications. Indeed, it is not contested that the reply to the question whether a transmission is lawful also depends on the application of statutory exceptions to copyright which vary from one Member State to another. Moreover, in some Member States certain works fall within the public domain or can be posted online free of charge by the authors concerned.
- 53 Consequently, it must be held that, in adopting the injunction requiring the ISP to install the contested filtering system, the national court concerned would not be respecting the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information, on the other.
- 54 In the light of the foregoing, the answer to the questions submitted is that Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 and 2002/58, read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be

interpreted as precluding an injunction made against an ISP which requires it to install the contested filtering system.

Costs

- 55 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

Directives:

- 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');
- 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society;
- 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights ;
- 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; and
- 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications),

read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction made against an internet service provider which requires it to install a system for filtering

- all electronic communications passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software;
- which applies indiscriminately to all its customers;
- as a preventive measure;
- exclusively at its expense; and
- for an unlimited period,

which is capable of identifying on that provider's network the movement of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which

the applicant claims to hold intellectual-property rights, with a view to blocking the transfer of files the sharing of which infringes copyright.

[Signatures]

* Language of the case: French.