

## על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי להסדרתו ולמיסויו של המסחר האלקטרוני

רפעת עזאם\*

שתי התפתחויות חשובות חלו במשפט הישראלי בתקופה האחרונה בדיני האינטרנט. ההתפתחות הראשונה היא התפתחות חקיקתית בדמות הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, אשר ביקשה להסדיר היבטים שונים של המשפט האזרחי בעולם האלקטרוני וקבעה נורמות חקוקות בכמה סוגיות: ביצוע פעולה משפטית באמצעות מסמך אלקטרוני; סייגים לאחריות אזרחית של ספק שירותי אינטרנט; וחובת שמירת סודיות לעניין פרטיו של מפיץ מידע. ההצעה נתקלה בקשיים רבים, והתקדמותה לוטה בערפל רב. ההתפתחות השנייה היא התפתחות פסיקתית בדמות פסק-דינו של בית-המשפט העליון ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (ניתן ביום 25.3.2010), אשר קבע בדעת רוב כי אי-אפשר לחייב ספק שירותי גישה לאינטרנט בחשיפת פרטיו של גולש שנטען לגביו כי פגע בשמו הטוב של המערער במסגרת תגובת (טוקבק) שפרסם באינטרנט, וזאת משום שאין חוק המעגן חשיפה כאמור. בכך העניק בית-המשפט הגנה מוחלטת לחופש הביטוי האנונימי של הגולשים באינטרנט וחסינות מוחלטת למעוולים, תוך פגיעה בזכות לשם טוב ובזכויות-יסוד אחרות.

במאמרי זה אדון באופן ביקורתי בהצעת חוק מסחר אלקטרוני ובפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מור. לטענתי, הן המחוקק הישראלי והן בית-המשפט העליון אינם ממלאים את תפקידם בהסדרת האינטרנט ובפיתוח משפט האינטרנט. הדבר יוצר פער משמעותי בין המשפט לבין החיים הדיגיטליים המודרניים. פער זה מעמיד את המשפט הישראלי בפיגור משמעותי בהשוואה לשיטות המשפט בעולם המתקדם, ופוגע בזכויות-יסוד. מכאן קריאתי למחוקק למלא את הצורך והחובה, ולחוקק חוק מסחר אלקטרוני מקיף וראוי, וכן קריאתי לבית-המשפט לפתח את משפט האינטרנט בפיתוח פסיקתי.

\* דוקטור-מרצה, חבר סגל בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לחברי המערכת של כתב-העת משפט ועסקים דרוון קול ומיטל קירשנבאום, ובמיוחד לעורכת אוראל טהר-עזים, על עבודתם המסורה ותרומתם הרבה למאמר.

אנצל את שתי ההתפתחויות האמורות, החקיקתית והפסיקתית, כדי להניח את הבסיס העיוני להסדרת האינטרנט ולעמוד על חלוקת התפקידים בין המחוקק ובית המשפט. עיקר התזה של המאמר היא שההסדרה המשפטית של האינטרנט ראוי כי תיעשה בכלים שלובים של חקיקה חדשה ופיתוח פסיקתי בגישה אינטגרטיבית בענפי המשפט השונים. בהתאם לכך יש לבחון בכל סוגיה וסוגיה את רמת האתגר האינטרנטי, ולתת את המענה המתאים בחקיקה חדשה (אם בחקיקה הקיימת אין בסיס נורמטיבי מספק) ובפסיקה (מקום שקיימת בחקיקה מסגרת ראויה). בקביעת התוכן של ההסדר בכל סוגיה וסוגיה יש לשאוף להרמוניה משפטית, וללמוד באופן אינטגרטיבי מדיני האינטרנט בענפי המשפט הישראלי השונים ומהמשפט המשווה. את התזה המוצעת במאמר איישם על הסוגיות השונות שנידונו בהצעת חוק מסחר אלקטרוני, ואביע את דעתי על דרך ההסדרה הנכונה בכל סוגיה וסוגיה. כן איישם את התזה בהרחבה על סוגיית המיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני, ואפתח את מודל ההתאמה האינטגרטיבי למיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי. על-פי מודל זה אציע ארבעה נדבכים להתמודדות עם הסוגיה: הראשון – פיתוח של כללי סיווג ההכנסה וכללי התושבות על-ידי הפסיקה; השני – שינוי כללי המקור בחקיקה חדשה; השלישי – שימוש בטכנולוגיה לשם אכיפת דיני המס; והרביעי – גיבוש הסכמה בין-לאומית במסגרת אמנה.

מבוא

פרק א: עיקריה של הצעת חוק מסחר אלקטרוני והביקורת עליה

1. ביצוע פעולה משפטית באמצעות מסמך אלקטרוני
2. סייגים לאחריות אזרחית של ספק שירותי אינטרנט
3. חובת שמירת סודיות לעניין פרטיו של מפיץ מידע
4. עיקרי הביקורת על הצעת החוק
  - (א) העדר תיאוריה ומדיניות
  - (ב) תהליך חקיקתי ארוך שנשען על משפט משווה מיושן
  - (ג) חוסר בהסדרים בסיסיים
  - (ד) התנגדותם של חברי הכנסת להצעת החוק
  - (ה) הצורך בחוק מסחר אלקטרוני מקיף וראוי

פרק ב:

- עיקרי הפיתוח הפסיקתי בענייני משפט ואינטרנט
1. משפט פלילי באינטרנט
  2. דיני תעמולת בחירות באינטרנט
  3. דיני לשון הרע באינטרנט
  4. חופש הביטוי האנונימי באינטרנט – פרשת מור
    - (א) פסק-הדין בבית המשפט המחוזי
    - (ב) דעת הרוב בבית המשפט העליון
    - (ג) דעת המיעוט בבית המשפט העליון

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

- (ד) הביקורת על דעת הרוב
5. מסקנות לגבי תפקידו של בית-המשפט בפיתוח משפט האינטרנט
- פרק ג: הסדרת האינטרנט והמסחר האלקטרוני
1. הסדרה טכנולוגית – הסדרה באמצעות הקוד
  2. הסדרה עצמית
- (א) הלגיטימיות של ההסדרה העצמית
- (ב) יכולתו של המשפט הקיים להסדיר את הפעילות באינטרנט
- (ג) תפיסת האינטרנט כמקום
- (ד) החצנה ומקסום הרווחה
3. הסדרה משפטית
- פרק ד: מודל ההתאמה האינטגרטיבי להסדרת המסחר האלקטרוני
1. עיקרי המודל
  2. יישום המודל על הסוגיות שנידונו בהצעת חוק מסחר אלקטרוני
- (א) ביצוע פעולה משפטית באמצעות מסמך אלקטרוני
- (ב) סייגים לאחריות אזרחית של ספק שירותי אינטרנט
- (ג) חובת שמירת סודיות לעניין פרטיו של מפיץ מידע
- פרק ה: מודל ההתאמה האינטגרטיבי למיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי
1. משטר המיסוי הבין-לאומי
- (א) כללי מקור (Source Rules)
- (ב) מוסד-קבע (Permanent Establishment)
- (ג) תושבות (Residency)
2. האתגרים של מיסוי המסחר האלקטרוני
- (א) האתגר הפוזיטיבי
- (ב) האתגר הנורמטיבי
- (ג) האתגר הבין-לאומי
3. המענה לאתגרים
- (א) השרת כמוסד-קבע
- (ב) מיסוי במקור במקום מיסוי הצריכה
- (ג) מיסוי על-פי נוסחה
- (ד) מיסוי פרסונלי בלעדי על בסיס תושבות
- (ה) סיכום-ביניים
4. מודל ההתאמה האינטגרטיבי
- (א) הנדבך הראשון – פיתוח של כללי סיווג ההכנסה וכללי התושבות על-ידי הפסיקה (משפט מקובל)
- (ב) הנדבך השני – שינוי של כללי המקור ושל נורמות אחרות באמצעות חקיקה
- (ג) הנדבך השלישי – נדבך טכנולוגי

(ד) הנדבך הרביעי – הסכמה בין-לאומית במסגרת אמנה בין-לאומית  
(ה) מודל ההתאמה האינטגרטיבי בפקודת מס הכנסה

סיכום

## מבוא

הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008,<sup>1</sup> הוגשה לכנסת ביום 14.1.2008, במטרה "להסדיר היבטים שונים של המשפט האזרחי בעולם האלקטרוני".<sup>2</sup> הצעת החוק עוסקת בשלוש סוגיות. סוגיה אחת היא ביצוע פעולה משפטית באמצעות מסמך אלקטרוני. בהקשר זה ההצעה קובעת עקרונות כי ניתן לכרות חוזים באמצעות מסמך אלקטרוני, למעט חוזים המנויים בתוספת השנייה להצעת החוק, אשר קיימת לגביהם דרישת כתב מהותית או נדרשת בהם זהירות מיוחדת.<sup>3</sup> סוגיה נוספת היא אחריות אורחית של ספקים של שירותי אינטרנט<sup>4</sup> בגין תוכן שיש בו הפרה נזיקית או קניינית. ההצעה קובעת סייגים לאחריות כאמור, שעיקרם בהסדר "ההודעה וההסרה". על-פי הסדר זה, אם קיבל הספק הודעה כי בתוכן שהועלה לרשתו יש הפרה, והוא הסירו לאחר שנתן למפיץ התוכן הזדמנות להגיב, יהא הספק פטור מאחריות אורחית בגין תוכן כאמור.<sup>5</sup> הסוגיה השלישית היא חובת שמירת סודיות לעניין פרטיו של מפיץ מידע. הצעת החוק מטילה על ספק שירות חובת שמירת סודיות לעניין פרטיו של מפיץ מידע ברשת, אלא אם כן הורה בית-המשפט אחרת מפאת

חשש ממשי שהמידע מהווה הפרה נזיקית או קניינית.<sup>6</sup> לעניות דעתי, הצעת החוק נעדרת בסיס ומסגרת קוהרנטיים של תיאוריה ומדיניות. ההצעה מעתיקה במידה רבה הסדרים קיימים מהמשפט המשווה, ללא חשיבה מקורית שתאיים לתנאי הארץ ולתושביה וללא התחשבות מספקת בהתפתחויות הטכנולוגיות והמשפטיות שחלו למן חקיקת החוקים במשפט המשווה ועד גיבוש הצעת החוק בארץ, וזאת עקב תהליך חקיקתי ארוך למדי שנמשך שנים רבות ומיותרות. חשוב מכך, הצעת החוק דנה כאמור בשלוש סוגיות בלבד, ובעיקר בסוגיית ה"סייגים לאחריות אורחית של ספק שירותי אינטרנט", ונעדרים ממנה היבטים בסיסיים ומרכזיים ביותר של דיני המסחר האלקטרוני המחייבים הסדרה, כגון היבטי חוק המכר, היבטי אמצעי התשלום, היבטי האחריות הנזיקית של הסוחרים, היבטי המיסוי של המסחר האלקטרוני והיבטים נוספים. אין פלא, אפוא,

- 1 הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח 322 (להלן: הצעת חוק מסחר אלקטרוני או הצעת החוק).
- 2 דברי ההסבר לס' 1 להצעת החוק.
- 3 ס' 4 להצעת החוק.
- 4 ספקים של שירותי אינטרנט לעניין זה כוללים לא רק ספקים של שירותי גישה לאינטרנט, אלא גם ספקים של שירותי אחסון או שירותי אירוח.
- 5 ס' א בפרק ה להצעת החוק.
- 6 ס' 13 להצעת החוק.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

שהצעת החוק נתקלה בקשיים חקיקתיים משמעותיים, ונראה כי יש צורך דחוף בחוק ראוי להסדרת המסחר האלקטרוני.

החוקר החקיקתי בישראל בדיני האינטרנט בכלל ובדיני המסחר האלקטרוני בפרט יוצר פער משמעותי בין המשפט הישראלי לבין ההתנהגויות היומיומיות בעידן האינטרנט. בחקיקה הישראלית הקיימת אין התייחסות ראויה להתנהגויות האינטרנטיות, אשר תופסות נתח משמעותי, שרק הולך וגובר. כך, על-פי סקר TIM של TNS טלסקר מפברואר 2010, מספר משתמשי האינטרנט בישראל עומד על 4.4 מיליון.<sup>7</sup> המסחר האלקטרוני בישראל נמצא במגמת עלייה: בעוד שבשנת 2000 רק 20.7% ממשתמשי האינטרנט קנו מוצרים ו/או שירותים מקוונים, עד לשנת 2007 עלה שיעורם ל-55%. היקף המסחר האלקטרוני הוערך בסוף שנת 2005 בכ-1.5 מיליארד שקלים. עוד נמצא כי 14.9% מסך משקי-הבית בישראל ביצעו בשנת 2007 "קנייה מרחוק" באינטרנט.<sup>8</sup>

ציפינו שבתחילת המשפט ייטלו חלק משמעותי במילוי החסר ובפיתוח המשפט הישראלי לשם התאמתו לעידן האינטרנט, אך תהליך פיתוח זה היה מינימלי ואיטי, ואף חלה בו תפנית מאכזבת בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מור.<sup>9</sup> בפסק-דין זה קבע בית-המשפט כי אין לו סמכות להורות על חשיפת פרטיו של גולש מעוול, משום שאין מסגרת דינית לכך בחקיקה הקיימת. בכך נעל למעשה בית-המשפט את דלתותיו בפני מי שנפגעו נזיקת או קניינית ברשת האינטרנט. חשוב מכך, ברמה הכללית יש בפסק-דין זה משום עצירה של הפיתוח הפסיקתי של דיני האינטרנט, בהמתנה למחוקק שיקבע את "המסגרות הדיניות" או המסגרות המשפטיות האחרות המתאימות לאינטרנט. חמור מכך, פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מור והצעת חוק מסחר אלקטרוני מלמדים על העדר דרך ומסגרת להתמודדות עם הסוגיות המרכזיות של דיני האינטרנט. הקושי המרכזי שאני מזהה אינו בהכרעה ספציפית כזאת או אחרת של בית-המשפט העליון או של המחוקק, אלא בהעדר הדרך.

מצב דברים זה מעמיד את המשפט הישראלי בפיגור משמעותי בהשוואה לשיטות המשפט בעולם המתקדם, שכבר הלכו כברת-דרך ארוכה בפיתוח משפט האינטרנט. בארצות-הברית ובמדינות מתקדמות אחרות נחקקו חוקים משמעותיים שהסדירו התנהגויות שונות באינטרנט.<sup>10</sup> בתי-המשפט במדינות האמורות נטלו חלק משמעותי בהחלת המשפט הקיים על האינטרנט ובפיתוחו, ויצרו נופך עשיר של פסיקה בתחום דיני האינטרנט.<sup>11</sup>

7 ראו [www.news1.co.il/uploadFiles/775860011577607.doc](http://www.news1.co.il/uploadFiles/775860011577607.doc).  
8 על נתונים אלה ועוד ראו: [www.kmifellows.org/research/22.pdf](http://www.moital.gov.il/www.kmifellows.org/research/22.pdf); [www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/11D50086-5367-40E7-BEFF-5F6F177DA9A4/0/X7610A.pdf](http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/11D50086-5367-40E7-BEFF-5F6F177DA9A4/0/X7610A.pdf).  
9 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (טרם פורסם, 25.3.2010) (להלן: פרשת מור).  
10 ראו, לדוגמה: UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996); The White House Framework for Global Electronic Commerce (1997); The Communications Decency Act (1996); Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 17 U.S.C. § 512 (1998) (להלן: DMCA).  
11 ראו: MARK A. LEMELY, SOFTWARE AND INTERNET LAW (Aspen Publishers, New York, 2006).

במאמרי זה אבקש להניח את עיקרי התשתית התיאורטית והמדיניות הרצויה להסדרת המסחר האלקטרוני, תוך יישום התיאוריה על הסוגיות שנידונו בהצעת החוק, וארחיב מעבר להצעת החוק בדיון על מיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי. תמצית התזה היא שקיימים אמצעים מגוונים להסדרת המסחר האלקטרוני, ביניהם הסדרה טכנולוגית, הסדרה עצמית והסדרה משפטית. בכל סוגיה יש לבחון את דרך ההסדרה הראויה ביותר, שהיא על-פי-רוב שילוב של כמה אמצעים. מקום שיש צורך בהסדרה משפטית, התזה גורסת כי קיים בסיס משותף רחב לשאלות המשפטיות השונות המתעוררות בתחולת המשפט הקיים על המסחר האלקטרוני. לכן נדרשת גישה אינטגרטיבית ומדיניות קוהרנטית של הסדרה בתחומים השונים. לטעמי, הצעת חוק מסחר אלקטרוני היא הזדמנות-פז להסדרה אינטגרטיבית וקוהרנטית כאמור, אשר יש צורך דחוף בה.

בפרק הראשון אתמצת את עיקריה של הצעת החוק ואת ביקורתי הכללית עליה, מבלי להיכנס לגוף ההסדרים שנקבעו בהצעה. בפרק השני אתמצת את עיקרי הפיתוח הפסיקטי למשפט האינטרנט, תוך התמקדות בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מור ובביקורת עליו. בפרק השלישי אעסוק בתיאוריה ובמדיניות העומדת מאחורי אמצעי ההסדרה השונים של המסחר האלקטרוני. בפרק הרביעי אעמוד על עיקרי התזה המוצעת על-ידי להסדרת המסחר האלקטרוני, ואיישם אותם על שלוש הסוגיות שנידונו בהצעת החוק, תוך התוויית קווים כללים להסדרת כל אחת מהסוגיות האמורות. בפרק החמישי אתמקד בתחום המס - ארחיב ביישום עיקרי התזה על מיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי, ואציע את מודל ההתאמה האינטגרטיבי. אסיים את מאמרי בסיכום.

## פרק א: עיקריה של הצעת חוק מסחר אלקטרוני והביקורת עליה

### 1. ביצוע פעולה משפטית באמצעות מסמך אלקטרוני

סעיף 4 להצעת החוק קובע את העיקרון המרכזי:

"(א) פעולה משפטית, לרבות כריתת חוזה, יהיה לה תוקף גם אם נעשתה באמצעות מסמך אלקטרוני."

סעיף זה נסמך על המשפט המשווה,<sup>12</sup> והרעיון הבסיסי המונח ביסודו הוא רעיון השקילות

12 על החוק-לדוגמה של האו"ם (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996)) ועל החוקים של ארצות-הברית (Uniform Electronic Transaction Act 2000), של קנדה (Uniform Electronic Commerce Act 1999) ושל האיחוד האירופי (Directive 200/31/EC) of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

מהותית, אשר שם את הדגש במהות הפעולה המשפטית, להבדיל מצורתה. על פי עיקרון זה, אם הפעולה המשפטית האלקטרונית שקולה מבחינה מהותית לפעולה המשפטית הלא-אלקטרונית, אזי היא תקפה, ודינה כדין הפעולה הלא-אלקטרונית. עם זאת, המחוקק אינו מאמץ את רעיון השקילות המהותית בצורה מלאה, ומסתייג ממנו בשתי הסתייגויות מרכזיות. ההסתייגות האחת עניינה בקביעת דרישות צורניות ל"מסמך אלקטרוני" כדי להעלות את רמת הנכונות והאמינות של המסמך האלקטרוני ולצמצם מקרים של טעות ו/או הטעיה. כך מוגדר "מסמך אלקטרוני" בלשון הצעת החוק:

"מידע אשר נוצר, נשלח, נקלט או נשמר באמצעים אלקטרוניים או אופטיים, כשהוא נראה, נקרא, נשמע או מאוחזר באמצעים כאמור, ומתקיימים לגביו שניים אלה: (1) הוא נגיש לשימוש נוסף; (2) הוא ניתן לאחזור".<sup>13</sup>

ההסתייגות האחרת עניינה בקביעת פעולות משפטיות שעקרון השקילות המהותית אינו חל עליהן. הדבר מצא את ביטוי בסעיף 4(ב) להצעת החוק ובתוספת השנייה, הכוללת את הפעולות האמורות, ובכלל זה:

- "(2) התחייבות לעשות עסקה במקרקעין כאמור בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1960;
- ...
- (4) חוזה שליחות;
- ...
- (8) כריתת חוזה הלוואה כאמור בסעיף 2 לחוק הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג-1993;
- (9) עשיית עסקה בעניין רכישה של יחידות נופש, כאמור בסעיף 14א(1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981."

קשה למצוא בסיס משותף יחיד לכל הפעולות הללו. איני יכול לקבל שבכולן דרישת הכתב היא מהותית, כפי שנכתב בדברי ההסבר. אין דומה דרישת הכתב בעסקה במקרקעין המקנה זכויות קניין על נכס, אשר מהווה כידוע דרישה מהותית, לדרישת הכתב בכריתת חוזה הלוואה, אשר אינו מחייב דרישת כתב מהותית, לפחות לא באופן שונה מכל עסקת הלוואה אחרת בשוק. בכל מקרה, יהיו סיבותיו של המחוקק בקביעת הפריטים שבתוספת השנייה אשר יהיו, בסופו של יום, עם גיבושה של התוספת השנייה, ניתן להצביע על העדר קוהרנטיות והעדר בסיס משותף ברור בהצעת החוק בהקשר זה. פתרון אפשרי לאי-בהירות

of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market; להלן: הדירקטיבה האירופית על מסחר אלקטרוני.

13 ס' 2 להצעת החוק בשילוב עם ס' 1 לחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001, ס"ח 210 (להלן: חוק חתימה אלקטרונית).

זו ניתן לאמץ מההסדר הקיים בסעיף 9(3) לדירקטיבה האירופית על מסחר אלקטרוני, שלפיו כל חמש שנים יש לשוב ולשקול מדוע להחריג נושאים מתחולת החוק, ולמזער את השרירותיות בהחרגת נושאים ספציפיים.

הסדרת סוגיית הביצוע של פעולות משפטיות באמצעות מסמך אלקטרוני היא סוגיה בסיסית וחשובה. הקביעה העקרונית בסעיף 4(א) כי פעולה משפטית יהיה לה תוקף גם אם נעשתה במסמך אלקטרוני היא חשובה ומובנת, אך נדמה שהפסיקה יכלה לקבוע זאת בדרך פרשנית,<sup>14</sup> בלי צורך בהוראת חוק. למרות זאת נראה כי הערך המוסף של הצעת החוק הוא בוודאות. אכן, יש ערך מוסף בסעיף 4(ב), הקובע את הסייגים. עם זאת, חשוב שיהיה גם היגיון מסוים בסייגים אלה, וחשוב אף יותר שהסייגים ייבדקו באופן תקופתי ויעודכנו בהתאם לניסיון שנצבר. מכל מקום, לעניין התזה המרכזית של המאמר חשוב לי לשוב ולהדגיש כי בסעיף 4 להצעת החוק יש הסדרה חקיקתית של סוגיה בעלת משמעות מעשית ונרחבת; הפסיקה יכלה אומנם לפתחה, אך הערך המוסף שבחקיקה טמון בוודאותו ובאחידותו של ההסדר.

## 2. סייגים לאחריות אזרחית של ספק שירותי אינטרנט

הצעת החוק קובעת<sup>15</sup> סייגים לאחריות אזרחית – נזיקת או קניינית – של ספק שירותי אינטרנט<sup>16</sup> בגין מידע מזיק או מפר שהועלה לרשת באמצעות צד שלישי. פרטי הסייגים עוגנו בלשון הסעיפים השונים, ועיקרם בשני תנאים מצטברים: ראשית, שהספק לא היה מעורב בהעלאת המידע, ולא ידע כי הוא מזיק או מפר; שנית, שעם קבלת תלונה כי המידע מזיק או מפר, פעל הספק להסרת המידע בהתאם למנגנון "ההודעה וההסרה", שהוא לב-ליבו של ההסדר. על-פי מנגנון "ההודעה וההסרה", הסייג לאחריות מתקיים בתנאים הבאים:

"(א) מיד לאחר שקיבל הספק תלונה ממי שטוען כי תוכן המידע או הפצתו ברשת תקשורת אלקטרונית מהווים עוולה או הפרת זכות קניין רוחני שלו, שלח הספק הודעה על כך למפיץ המידע, אם ניתן לאתר באמצעים סבירים, ובה מסר כי בכוונתו להסיר את המידע או לחסום את הגישה אליו כעבור שלושה ימי עסקים, אם לא יקבל הודעה ממפיץ המידע שבה

14 ס' 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302, מגדיר כתב כ"לרבות בכל דרך אחרת של הצגת אותיות, ספרות וסימנים בצורה הנראית לעין או הניתנת לפענוח חזותי", ומאפשר בכך לקבוע כי מסמך אלקטרוני ממלא אחר דרישת הכתב. אפשרות זו הייתה מובילה לאחידות בהגדרות המצויות בחקיקה הישראלית.

15 ס' 7-12 להצעת החוק.

16 הגדרת "ספק שירותי אינטרנט" בהצעת החוק רחבה מן המובן המוכר של ספק שירותי גישה לאינטרנט, וכוללת בחובה ספקים של "שירות אחסון זמני, שירות אירוח או שירות גישה".



- הוא חולק על תוכן ההודעה ושלפיה בכוונתו להתדיין עם המתלונן בעניין זה בבית המשפט;
- (ב) לאחר שקיבל הודעה כאמור בפסקת משנה (א) ממפיץ המידע, נמנע מהסרת המידע או מחסימת הגישה אליו והודיע על כך למתלונן בצירוף העתק מן ההודעה, ואם לא קיבל הודעה כאמור – הסיר את המידע או חסם את הגישה אליו והודיע על כך למתלונן;
- (ג) לא איתר הספק את מפיץ המידע באמצעים סבירים – הודיע על כך למתלונן ונמנע מהסרת המידע או מחסימת הגישה אליו.<sup>17</sup>

מטרתו של הסייג לאחריות אזרחית היא הגנה על חופש הביטוי מפני צנזורה באינטרנט, שהרי הטלת אחריות על הספקים תיצור "אפקט צינון" ותניע אותם להטיל הגבלות על התוכן. כל עוד הספק אינו מודע להפרה, הוא משמש אך צינור להעברת המידע, וראוי להסיר את איום האחריות מעליו לשם הבטחת זרימת מידע חופשית. הסייג הועתק מן המשפט המשווה תוך שילוב של הדין האמריקאי עם הדין האירופי. ה"סדר "ההודעה וההסרה" נלקח מה-DMCA האמריקאי, אף שהדירקטיבה האירופית על מסחר אלקטרוני לא קיבלה אותו.<sup>18</sup> אך להבדיל מהדין האמריקאי, שיוצר הבחנה בין תנאי הפטור בגין אחריות נזיקית לבין תנאי הפטור בגין אחריות קניינית,<sup>19</sup> הצעת החוק אינה

17 ס' 10(א)(3) להצעת החוק.

18 ס' 12 לדירקטיבה פוטר ספקים מאחריות כאשר הם משמשים אמצעי העברה בלבד (Mere Conduit), אשר מעביר מידע לא ביוזמתו, ללא קביעת זהותו של מקבל המידע וללא שינוי של המידע בכל דרך שהיא. ס' 13 לדירקטיבה פוטר ספקים אלה מאחריות ביחס לאחסון תכנים באופן אוטומטי וזמני, כאשר המטרה הבלעדית שהאחסון נעשה למענה היא ייעול התקשורת והעברת התכנים המאוחסנים למשתמשים אחרים לפי בקשתם (Caching). על-מנת ליהנות מהפטור, חובה על הספקים לא לשנות את התוכן המאוחסן, לעמוד בכללים שונים ביחס לעדכון התוכן ולמתן גישה אליו, ולהסיר אותו באופן מיידי כאשר הספק יודע בפועל שתוכן זה הוסר ממקורו הראשוני, שהגישה אליו הוגבלה או שביטול המשפט ציווה על הסרה או הגבלה של גישה כזו. ס' 14 לדירקטיבה מתייחס לשירות אחסון תכנים שלא באופן זמני (Hosting), ופוטר ספקים מאחריות פלילית כל עוד אין להם ידיעה של ממש בדבר אי-חוקיותם של התכנים, ומאחריות אזרחית כל עוד הם אינם מודעים לעובדות או לנסיבות המצביעות על אי-חוקיותם של התכנים.

19 בארצות-הברית יש הפרדה בין אחריותם של ספקי אינטרנט לעוולה של לשון-הרע לבין אחריותם לעוולה של הפרת זכויות יוצרים. לעניין לשון-הרע, ה-Communications Decency Act, 47 U.S.C. § 230 (1998) מעניק פטור מוחלט כמעט מלשון-הרע שחברה על-ידי צד ג – הספק אינו נחשב כדובר (מוזיק ישיר), כמוציא-לאור (מוזיק עקיף) או כמפיץ. החוק קובע כי בעת כריתת החוזה עם לקוחותיו על הספק ליידע את הלקוח בנוגע לאמצעים הטכניים העומדים לרשותו לשם הגבלת תוכן פוגע. לעניין הפרת זכויות יוצרים, ס' 512 ל-DMCA קובע סייגים לאחריותם של הספקים בהתאם לאופי השירות שבגינו הוגשה התביעה – הספקת גישה, הספקת אחסון, שירותי אירוח ושירותי חיפוש. ס' 517 ל-DMCA מבחין בין אחריות בהקשר של הספקת שירותי גישה לבין אחריות בהקשרים אחרים, ומגדיר ספק באופן שונה

יוצרת הבחנה כאמור, ומתייחסת לאחריות נזיקית ולאחריות קניינית כאל מקשה אחת – תוך שימוש בכותרת "אחריות אזרחית" – בדומה לגישה האירופית.<sup>20</sup> אלא שסייגים אלה לאחריהם של ספקי השירות נקבעו ללא התחשבות בביקורת שהושמעה נגד הסדר "ההודעה וההסרה" בארצות-הברית. לטענת המבקרים, פעמים רבות גרם מנגנון "ההודעה וההסרה" לכך שספקים מחקו תכנים בקלות רבה, תוך פגיעה חמורה בחופש הביטוי. עוד נטען כי כוחות השוק מסוגלים להתמודד עם תוכן מזיק או פוגע, ואילו ההתערבות החקיקתית מונעת תוכן שיש בו תועלת חברתית וכלכלית. לפיכך, לטעמי, על הצעת החוק להורות על אפשרות פיקוח של בית-המשפט על הסרת תכנים, להרחיב את הדרישות מהטוען לפגיעה לפני אישורה של הסרת תוכן, או לאמץ כל הסדר אחר שיתייחס לבעייתיות זו.

זאת ועוד, הסייגים נקבעו – או נכון יותר הועתקו – ללא קו מדיניות ברור של המחוקק הישראלי ומבלי להתאים את ההסדר למשפט הישראלי. אין זה ברור מה המדיניות שעמדה ביסוד השילוב של הגישה האמריקאית עם הגישה האירופית בעיצוב פרטי הסייגים לאחריהם; לא ניתן כל ביטוי להבדלי המסורת המשפטית בין ארצות-הברית, אירופה וישראל בכל הקשור להיקף ההגנה על חופש הביטוי; ולא נשקלו אמות-המידה הישראליות והמערכת הענפה של ההלכות הישראליות בדבר גבולות חופש הביטוי.<sup>21</sup> חשוב מכך, המשפט המשווה שהצעת החוק נסמכת עליו כבר עבר שינויים משמעותיים במהלך תהליך החקיקה הארוך של הצעת החוק, ויש בו גישות חדשות ואיוונים חדשים בין הזכויות המתנגשות.<sup>22</sup> התפתחויות מרתקות מתרחשות בעולם בסוגיה זו בשעה שהמחוקק

בכל אחד מהמקרים: לצורך הסייג לאחריהם בגין הספקת שירותי גישה ספק מוגדר כגוף המציע שידור, ניתוב או חיבור לתקשורת דיגיטלית מקוונת; ואילו לצורך שאר הסייגים לאחריהם ספק מוגדר באופן רחב יותר כמספק שירותים מקוונים או גישה לרשת. נוסף על כך, על-מנת שספק שירותי אירוח יזכה בפטור מאחריהם, ס' 512 ל-DMCA קובע את הליך ה-"Notice and Takedown": אדם שהופרה זכות היוצרים שלו צריך לשלוח הודעה לספק בדבר התוכן הפוגע ומיקומו, וכן פרטים מזהים של בעל זכות היוצרים; אם יסיר הספק את המידע הפוגע וישלח על כך הודעה למפיץ, הוא יהיה פטור מאחריהם הן כלפי המפיץ והן כלפי הנפגע; אם המפיץ ישלח הודעה נגדית, הנתמכת בתצהיר, לגבי רצונו להתדיין בבית-המשפט, על הספק להחזיר תוך ימים מספר את החומר לרשת, והוא יהיה עדיין פטור מאחריהם ביחס לשניהם.

20 בס' 2 לדיקטיבה האירופית על מסחר אלקטרוני יש הגדרה אחת לכל סוגי התוכן המועבר ברשת – Information Society Services – ואין הפרדה בין עוולת לשון-הרע לבין הפרת קניין רוחני. להרחבה בעניין זה ראו, למשל: Pablo Asbo Baistrocchi, *Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce*, 19 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 111 (2002).

21 יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" משפט וממשל 1 ו 337 (2003).

22 ראו: Lilian Edwards, *The Fall and Rise of Intermediary Liability Online*, in LAW AND THE INTERNET 47 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., Hart Publishing, 3rd ed. 2009).

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

הישראלי וועדותיו יושבים על המדוכה. ראשית, המדינות המובילות בעולם בתחום (ארצות-הברית, האיחוד האירופי, יפן, שווייץ, קנדה, אוסטרליה, איחוד האמירויות הערביות, סינגפור ומדינות רבות אחרות<sup>23</sup>) מנהלות זה שלוש שנים משא-ומתן (סודי), שהגיע לשלב מתקדמים ביותר, לגיבוש Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), שמטרתו גיבוש מסגרת בין-לאומית לאכיפת דיני הקניין הרוחני ברשת האינטרנט.<sup>24</sup> טיוטות ההסכם, שהודלפו לרשת,<sup>25</sup> מלמדות כי בתנאים מסוימים תוטל אחריות אזרחית ואף פלילית על ספקים של שירותי אינטרנט בגין תוכן מפר. שנית, פסיקה חדשה של בית-משפט איטלקי, מיום 24.2.2010, הטילה אחריות פלילית בגין הפרת זכות הפרטיות על שלושה מנהלים של Google, וזאת בגין סרט וידיאו שהועלה לאתר YouTube שבבעלות Google, ובו נראים כמה צעירים תוקפים נער אוטיסט.<sup>26</sup> בית-המשפט קבע כי Google אינה רק צינור להעברת תוכן, אלא יש לה אחריות בגינה. כתוצאה מכך קבע בית-המשפט כי החברה לא פעלה כראוי במקרה דנן להסרת הווידיאו הפוגע מהאתר שלה. פסיקה זו עלולה לשנות את חופש הביטוי באינטרנט ואת התנהגויותיהם של האתרים והספקים מן הקצה אל הקצה. שלישי, Google הודיעה לאחרונה כי עשרות חשבונות Gmail של פעילי זכויות אדם בסין נפרצו והותקפו בהתקפה מסיבית מתוחכמת ומאורגנת. לנוכח זאת, ומכיוון שהיא אינה מצליחה להפסיק את הצנזורה על הרשת בסין ולהגיע להסכמה כלשהי עם ממשלת סין, הודיעה החברה על הפסקת מתן שירותיה בסין.<sup>27</sup> זאת דוגמה קיצונית של התערבות ממשלתית בחופש הביטוי באינטרנט, ויש להביאה בחשבון בעת קביעת האיזונים.

במאמרי זה איני עוסק בגוף האיזונים ובהתפתחויות המרתקות המתוארות כאן בקצרה. טענתי המרכזית היא כי המשפט המשווה מתקדם בקצב מהיר בסוגיות המשפט והאינטרנט, כך שהצעת חוק מסחר אלקטרוני נסמכת על משפט משווה שעבר זמנו. המחוקק הישראלי נמצא באופן כללי בפיגור משמעותי ביחס לעולם המערבי בתחום דיני האינטרנט, ונדרש שינוי מהותי ומיידי בעניין מצידו.

### 3. חובת שמירת סודיות לעניין פרטיו של מפיץ מידע

על-פי סעיף 13 להצעת החוק, "ספק שירותי אינטרנט המספק שירות גישה או שירות אירוח לא יגלה כל פרט, ידיעה או מסמך שהגיעו אליו ושיש בהם כדי לזהות מפיץ מידע, אלא אם כן הסכים לכך מפיץ המידע, במפורש ובכתב, או אם נדרש לכך לפי הוראות כל דין או לפי צו של בית משפט כאמור בסעיף קטן (ב)". סעיף קטן (ב) האמור מעניק לבית-המשפט סמכות להורות על חשיפת פרטיו של מפיץ תוכן אם נוכח שקיים חשש ממשי שהתוכן מהווה הפרה נזיקית או קניינית.

23 אשר ישראל אינה נמנית עימן.

24 [en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting\\_Trade\\_Agreement](http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement)

25 [www.laquadrature.net/en/0118-version-of-acta-consolidated-text-leaks](http://www.laquadrature.net/en/0118-version-of-acta-consolidated-text-leaks)

26 [googleblog.blogspot.com/2010/02/serious-threat-to-web-in-italy.html](http://googleblog.blogspot.com/2010/02/serious-threat-to-web-in-italy.html)

27 [googleblog.blogspot.com/2010/03/new-approach-to-china-update.html](http://googleblog.blogspot.com/2010/03/new-approach-to-china-update.html)

הוראה זו מעגנת את הזכות לכיטוי אנונימי ברשת האינטרנט כדי להבטיח חופש ביטוי. היא מאזנת את הזכות לאנונימיות אל מול הזכות לשם טוב והזכויות הקנייניות של צדדים שלישיים, בהעניקה שיקול-דעת לבית-המשפט להורות על חשיפת פרטיו של מפיץ תוכן אם נוכח שקיים חשש ממשי להפרה נזיקית או קניינית. האיזון שנקבע בה דומה לאיזון שרווח בפסיקתם של בתי-המשפט בערכאות הדיוניות עד לפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מור, אשר בדעת רוב מנע באופן מוחלט כמעט את חשיפת פרטיו של מפיץ תוכן, אף אם יש בתוכן זה הפרה קניינית או נזיקית. לנוכח הפסיקה שרווחה בערכאות הדיוניות היה נדמה שגם בהוראה זו אין משום תוספת מהותית משמעותית, ושערכה המוסף טמון רק בוודאותו ובאחידותו של הרף הנדרש לצורך חשיפת פרטיו של מפיץ מידע. אולם לאחר דעת הרוב בפסק-הדין בפרשת מור, שעליה נרחיב בהמשך, נראה שיש חשיבות רבה לכך שהמחוקק ישקול את האיזון הנכון ויקבע אותו בהוראת חוק מפורשת, ויפה שעה אחת קודם.

#### 4. עיקרי הביקורת על הצעת החוק

##### (א) העדר תיאוריה ומדיניות

ברמת התיאוריה והמדיניות, הצעת החוק אינה נשענת על בסיס ברור וקוהרנטי. הספרות התיאורטית העוסקת בהסדרת האינטרנט היא ענפה,<sup>28</sup> אך אין לה כל ביטוי בהצעת החוק או בחומר הרקע שלה וברוח של הוועדה הבין-משרדית שעמלה על הכנתה.<sup>29</sup> הוועדה לא עמדה על הטעמים הנורמטיביים העומדים ביסודם של אמצעי ההסדרה השונים של המסחר האלקטרוני; היא לא הסבירה בצורה משכנעת מדוע יש או אין צורך בחקיקה בשאלה כזאת או אחרת; גם המדיניות המונחת ביסוד תוכנם של ההסדרים השונים שבהצעת החוק אינה ברורה כלל ועיקר; ולא ברור אילו שיקולים הנחו את המציעים בעיצוב מסגרת ההצעה ותכניה.

הוועדה הבין-משרדית בחנה את הדין הפוזיטיבי במשפט המשווה של מדינות אחרות, והעתיקה אותו ללא כל רובד תיאורטי או בחינת מדיניות, וללא כל התאמה לתנאי הארץ ולתושביה ולשינויי הזמן והמקום. כך, בדברי ההסבר לסעיף 2 להצעת החוק אנו מוצאים כי ההגדרה המוצעת למושג "מסמך אלקטרוני" "מהווה אימוץ של גישת 'שקילות הצורה' או גישת 'השקילות הפונקציונלית', שעוגנה בחוק לדוגמה של האו"ם – Uncitral Model – Law On Electronic Commerce" משנת 1996; ובדברי ההסבר הכלליים לפרק ה להצעת

28 ראו: Internet Law & Policy Forum, *Bibliography of Internet Self Regulation*, [www.ilpf.org/groups/bib4\\_15.htm](http://www.ilpf.org/groups/bib4_15.htm); אמל ג' בארין "תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט

בראי הגישה הכלכלית למשפט" קרית המשפט ז 233-288 (2008).

29 ראו הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני דו"ח חלקי (טנה שפניץ יו"ר, 2004) – 433181BED312/0/electroniccommerce.pdf (להלן: דוח הוועדה).

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

החוק נכתב כי הסדר "ההודעה וההסרה" "הולך בעיקרו אחר הגישה המקובלת במשפט האמריקני בתחום המשפט האזרחי כולו".

### (ב) תהליך חקיקתי ארוך שנשען על משפט משווה מיושן

המצב חמור כפליים בהינתן שהצעת החוק נשענת על משפט משווה מיושן יחסית, אשר עבר ועובר שינויים בעקבות שינויי הטכנולוגיה. תהליך החקיקה של הצעת החוק מסורבל וארוך למדי, ואינו עומד בקצב הנדרש לנוכח שינויי הטכנולוגיה התכופים. מובן שאין לי טענה כללית נגד שימוש במשפט המשווה. הדבר חיוני ביותר באופן כללי, ובהקשר של דיני הסחר האלקטרוני בפרט. טענתי היא נגד הסתמכות-היתר על המשפט המשווה, ללא התאמה וללא העמקה מספקת, וכן נגד ההסתמכות על חוקים ישנים יחסית שעברו ועוברים שינויים חקיקתיים ופסיקתיים, תוך התעלמות מוחלטת כמעט מהביקורות שנמתחו על ההסדרים הללו.

### (ג) חוסר בהסדרים בסיסיים

ברמת הדין הפוזיטיבי, הצעת החוק – אשר מתיימרת להיקרא הצעת חוק מסחר אלקטרוני – לוקה בחוסר של הסדרים בסיסיים שנדרשים להסדרת המסחר האלקטרוני. ההצעה נוגעת רק בשלוש סוגיות מפורזות ולא-קשורות, מתחומי החוזים, הנזיקין, הקניין הרוחני והפרטיות, שאף בהן מידת החידוש שיש בהצעת החוק מצומצמת, בהינתן הפיתוח הפסיקטי שנעשה במקביל לדיוני הוועדה הארוכים. ההצעה אינה נוגעת במגוון של סוגיות מעולם דיני המסחר האלקטרוני, ואינה ראויה על-כן להיחשב כחוק שבא להסדיר את המסחר האלקטרוני בצורה ממצה. אין בהצעה כל התייחסות לתחולת חוק המכר על מסחר אלקטרוני; אין בהצעה כל התייחסות לאמצעי התשלום במסחר אלקטרוני; אין בהצעה כל התייחסות לאחריות בנזיקין של הסוחרים; ואין בהצעה כל התייחסות להיבטי המיסוי של המסחר האלקטרוני. כל אלה ועוד הם סוגיות בסיסיות ומרכזיות שעל המחוקק להתייחס אליהן באמירה כזו או אחרת בשעה שהוא מבקש לחוקק חוק מסחר אלקטרוני. כל עיון בספרות המשפטית ובחוקי מסחר אלקטרוני בעולם הרחב יגלה למחוקק הישראלי את מגוון הסוגיות המוסדרות בחוקי מסחר אלקטרוני.<sup>30</sup>

סוגיות אלה ועוד היו במסגרת סמכותה של הוועדה שעמלה על הכנת הצעת החוק: "הוועדה נתבקשה לבחון את הבעיות המשפטיות בתחומי החוזים, הנזיקין, הקניין הרוחני, המשפט הבינלאומי הפרטי, הגנת הצרכן, הגנת הפרטיות, שימוש באמצעי תשלום, וכן בעיות בתחומים אחרים אשר הוועדה תמצא, כי הם נוגעים לנושא."<sup>31</sup> הוועדה כתבה כי לחלק מהסוגיות היא אינה מתייחסת כעת, וכי לגבי חלק אחר אין צורך לדעתה בחקיקה בשלב זה. ברם, אין הסברים משכנעים מדוע לסוגיות מסוימות בחרה הוועדה להתייחס

30 ראו: ALAN DAVIDSON, THE LAW OF ELECTRONIC COMMERCE (Cambridge University Press, 2009).

31 ראו דוח הוועדה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 3.

בשלב הראשון ואילו את התייחסותה לאחרות היא דחתה לשלב השני; אין הסברים חזקים מדוע בסוגיות שנבחרו יש צורך בחקיקה ואילו באחרות אין צורך כזה; ובוודאי אין שום התחשבות בהיבט הזמן הרב שעבר מתחילת תהליך הדיונים ועד לגיבוש הצעת החוק, ואף לא הסבר מדוע חלף זמן כה רב. עיון בספרות הפוזיטיבית העדכנית בעולם מראה שורה ארוכה של דברי חקיקה שנחקקו ושינויים שנעשו כדין בתחומי המשפט השונים בנוגע להסדרת סוגיות משפטיות באינטרנט.<sup>32</sup>

#### (ד) התנגדותם של חברי-הכנסת להצעת החוק

על רקע כל האמור, אין פלא שהצעת החוק נתקלה בהתנגדויות קשות ומוצדקות בוועדת-המשנה של ועדת המדע והטכנולוגיה לנושא אינטרנט וטכנולוגיית המידע, ושהתקדמותו של תהליך החקיקה לוטה בערפל סמיך. הפרוטוקולים של ישיבות הוועדה מגלים את עיקרי ההתנגדות והביקורת, ויש בהם גם עניין רב וחריג ביותר באשר לתהליך החקיקה של הצעה זו. מפאת חשיבותם של הדברים נביא כמה מובאות נרחבות יחסית:

"היור" מיכאל איתן:

ישבתם, רציתם להביא את חוק המסחר האלקטרוני, לא יצא, הגעתם להסכמות על כמה דברים ואמרתם שצריכים לרוץ כדי שיהיה משהו, אספתם מן היקב ומן הגורן ובאתם עם שלוש חתיכות, הרכבתם את זה ואמרתם יש לנו את חוק המסחר האלקטרוני ואנחנו כבר מעבירים את חוק המסחר האלקטרוני ובכל העולם יהיה כתוב שגם בישראל יש חוק המסחר האלקטרוני ומחלקת החקיקה עשתה את שלה והכל בא על מקומו ואחר כך נוסיף עוד כמה דברים.

תמר קלהורה:

זאת טענה מקוממת.

היור"ר מיכאל איתן:

זאת לא טענה, זה תאור מצב הדברים כפי שהוא נראה.

תמר קלהורה:

זאת טענה מקוממת מפני שהיא מעידה שאדוני, למרבה הצער, לא טרח לקרוא את הדו"ח הזה של ועדת מסחר אלקטרוני שמסביר בדיוק את האופן שבו פעלה הוועדה, מה היא בדקה, מה היא חקרה, מה היא עשתה, וזה גם אומר שאדוני לא קרא את ההמלצות של הוועדה.

32 ראו DAVIDSON, לעיל ה"ש 30, בעמ' 30; Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., Hart Publishing, 3rd ed. 2009); STEVE HEDLEY & TANYA APLIN, BLACKSTONE'S STATUTES ON IT AND E-COMMERCE (Oxford University Press, 4th ed. 2008); GRAHAM J.H. SMITH, INTERNET LAW AND REGULATION (Sweet & Maxwell, London, 3rd ed. 2002); RONALD MANN & JANE WINN, ELECTRONIC COMMERCE (Aspen Publishers, 2nd ed. 2005).

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

היו"ר מיכאל איתן:

אני מודה באשמה, אז מה זה אומר?

תמר קלהורה:

זה אומר שמה שאדוני אמר, אלה אמירות לא מבוססות, שמבוססות על בורות ועל אי הבנת המטרייה.

היו"ר מיכאל איתן:

אני מתבסס על החוק, לא על בורות, אולי החוק הזה הוא חוק כזה אבל זה מה שיש לנגד עיני.

תמר קלהורה:

אין לי מה להשיב.

היו"ר מיכאל איתן:

אם זה נקרא חוק מסחר אלקטרוני ואת עומדת מאחורי האמירה הזאת, אני מצטער, אין לי מה לעשות. יש לי את אשר לפני, את החוק ואותך.<sup>33</sup>

(ה) הצורך בחוק מסחר אלקטרוני מקיף וראוי

תרומתה של הצעת החוק היא בעצם העלאת הרעיון של חקיקת חוק מסחר אלקטרוני. זו אכן הזדמנות להצעת חוק מסחר אלקטרוני שתהא מבוססת על תשתית תיאורטית מוצקה ומדיניות ראויה ואשר תתייחס לכל הסוגיות הרלוונטיות. מכיוון שסימן-ההיכר של התחום הטכנולוגי הוא מהירות התפתחותו, על הביורוקרטיה האיטית ועל הליכי החקיקה להתאים את עצמם לתחום, בטרם ייהפכו ללא-רלוונטיים לחלוטין. המחוקק הישראלי חוקק עד כה שני חוקים מרכזיים בענייני משפט ואינטרנט: הראשון, חוק המחשבים,<sup>34</sup> שקבע עברות חדשות בתחום המחשבים, ואשר מהווה דוגמה טובה לחקיקה שנעשתה בזמן, שנתנה מענה להתקדמות טכנולוגית שהתרחשה, ואשר זכתה מאז בפיתוח פסיקתי ואקדמי;<sup>35</sup> והשני, חוק חתימה אלקטרונית, שהסדיר את דרכי החתימה האלקטרונית ואת תוקפה המשפטי. הצעת חוק מסחר אלקטרוני הייתה אמורה להיות החוק המרכזי השלישי, אך היא נחלה כישלון צורם.<sup>36</sup>

33 פרוטוקול ישיבה מס' 2 של ועדת-המשנה של ועדת המדע והטכנולוגיה לנושא אינטרנט וטכנולוגיית המידע, הכנסת ה-17, 14-15 (4.6.2008). חילופי הדברים המתוארים בין יושב-ראש ועדת-המשנה, חבר-הכנסת מיכאל איתן, לבין נציגת משרד המשפטים, תמר קלהורה, מעלים שאלות מעניינות וחשובות בתחומי הממשל, המנהל הציבורי ועוד, אשר ראויות להתייחסות נפרדת והולמת. אך אין זה תחומי, ואין זו המסגרת שקבענו לעצמנו לדיון במאמר זה.

34 חוק המחשבים, התשנ"ה-1995, ס"ח 366 (להלן: חוק המחשבים).

35 ראו ת"פ (שלום י"ם) 3047/03 מדינת ישראל נ' מזרחי (2004); מיכאל בירנהק "משפט המכונה: אבטחת מידע וחוק המחשבים" שערי משפט ד 315 (2006); אברהם טינגבאום "על המטאפורות בדיני המחשבים והאינטרנט" שערי משפט ד 359 (2006).

36 למען שלמות התמונה יש להזכיר גם את הצעת חוק הרשות לאינטרנט ואבטחה מקוונת, התש"ע-2009 (להלן: הצעת חוק הרשות לאינטרנט), שהוגשה על-ידי חבר-הכנסת דני דגון.

דלות זו בפעילותו של המחוקק הישראלי בתחום משפט האינטרנט מעמידה את מערכת המשפט הישראלי בעניין זה בפגור משמעותי בהשוואה למדינות מתקדמות בעולם. נדרשת התייחסות מקצועית ומהירה ביותר להסדרת סוגיות מרכזיות בתחום המשפט והאינטרנט. מלאכה חלקית נעשתה על-ידי בתי-המשפט בפיתוח פסיקתי של משפט האינטרנט, כפי שנראה בפרק הבא, אך הצורך בחוק מסחר אלקטרוני מקיף וראוי הוא צורך חיוני מידי לשם הגנה על זכויות אדם חוקתיות.

## פרק ב: עיקרי הפיתוח הפסיקתי בענייני משפט ואינטרנט

מטרתו של פרק זה היא לתאר את הדין הפוזיטיבי שפותח על-ידי בתי-המשפט בשאלות שהובאו לפתחם בעשור האחרון ממגוון ענפי הקשת המשפטית האינטרנטית. זאת, כדי לעמוד על תפקידו של בית-המשפט בפיתוח משפט האינטרנט ועל היחס שבין תפקידו של המחוקק לבין תפקידו של בית-המשפט בפיתוח האמור.<sup>37</sup> חלוקת תפקידים זו בין המחוקק לבין בית-המשפט היא מאבני-היסוד של משפט האינטרנט. הבנתה העמוקה עומדת ביסוד התזה של המאמר, ויש בה כדי לתרום בעיני תרומה משמעותית לפיתוח דיני אינטרנט ראויים למדינת-ישראל.

### 1. משפט פלילי באינטרנט

המשפט הפלילי, על כל רבדיו, זכה בהתייחסות משמעותית בהקשר של תחולתו על האינטרנט.<sup>38</sup> בסדר הדין הפלילי עלתה השאלה מהו ההליך הראוי להקניית אפשרות לרשויות החקירה להעתיק הודעות דוא"ל של חשוד משָׁרְת מחשב של ספק האינטרנט בטרם נקראו על-ידי הנמען – האם המשטרה רשאית לעשות כן מכוח צו חיפוש או שמא יידרש לשם כך צו המתיר האזנת-סתר? בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו פירש את המושג "חפץ" בפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)<sup>39</sup> ואת המושג "שיחה" בחוק האזנת-סתר,<sup>40</sup> והגיע למסקנה כי הודעות דוא"ל שנמצאות בשרת של הספק וטרם הגיעו למחשב של הנמען, ובוודאי הודעות שרק עתידות להגיע לשרת של הספק, הן בגדר "שיחות" כמובן בחוק

הצעה זו מבקשת להקים רשות לאינטרנט שתשמש כ"אח גדול" לשליטה מרכזית ולפיקוח על האינטרנט הישראלי, למען הגנה על "אינטרסים לאומיים".

37 מובן כי בנסיבות העניין ולנוכח מטרת התיאור, אני עומד על עיקרי הדברים באופן כללי וחלקי בלבד.

38 ראו באופן כללי אסף הרדוף הפשע המקוון (2010).

39 פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), תשכ"ט-1969, ס"ח 16.

40 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118 (להלן: חוק האזנת-סתר).



האזנת-סתר, ולכן נדרש צו כדין המתיר האזנת-סתר כדי לקבלן.<sup>41</sup> לעומת זאת, ביחס להודעת דוא"ל שהגיעה למחשב של הנמען וטרם נקראה על-ידי קבע בית-המשפט כי תהליך השיחה והתקשורת בין המחשבים הסתיים, וכי מדובר ב"חפץ" שנמצא במחשב של הנמען ולפיכך נדרש רק צו חיפוש לשם תפיסתו.<sup>42</sup> לאחר החלטות אלה נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת),<sup>43</sup> אשר קבע הוראות מפורטות ביחס לקבלת נתוני תקשורת מספקי תקשורת על חשודים, ועיגן את איוון המחוקק בין הזכות לפרטיות לבין השמירה על האינטרסים הציבוריים.<sup>44</sup> השתלשלות זו מהווה דוגמה טובה לפיתוח המשפט עם הטכנולוגיה על-ידי בתי-המשפט והמחוקק.

מובן שעלו שאלות לגבי יישום העבירות הקיימות על האינטרנט. כך, למשל, בעניין כהני<sup>45</sup> רכש הנאשם מניות של חברה מסוימת, נכנס לאתר של מידע עסקי ופיננסי ופרסם בלוח המודעות פרטים חיוביים על החברה תוך שהוא מתחזה לעובד של החברה, ולאחר-מכן מכר את המניות ברווח נאה. בית-המשפט השלום הרשיעו בעבירות של תרמית בניירות-ערך על-פי סעיפים 54(א)(1) ו-54(א)(2) לחוק ניירות-ערך,<sup>46</sup> תוך שהוא מיישם על האינטרנט באופן רגיל וטבעי. במקרה אחר הועמד אדם לדין פלילי על-פי סעיף 214 לחוק העונשין בגין החזקת חומר תועבה, משום שהוריד חומר פורנוגרפי מאתרי שיתוף קבצים באינטרנט. בית-המשפט השלום בתל-אביב-יפו העלה ספקות רבים בשאלה אם הורדה כאמור מעמידה את הנאשם במעמד של "מחזיק" כאמור בסעיף. זאת, משום שהחומר לא נמצא פיזית ברשות הנאשם, ולא ברור אם הוא הורד בכלל למחשבו האישי או שמא הוא נמצא רק על השרת של האתרים, ואז האירוע הינו בבחינת צפייה בלבד בחומר פורנוגרפי.<sup>47</sup> לנוכח כל האמור לא הרשיע בית-המשפט את הנאשם על-אף הודאתו, והוסיף כי "במצב זה מין הראוי כי בתי המשפט ימנעו מהרחבה, על דרך ההיקש, ובכך ייצרו ויחוקקו בפרשנותם עבירות נוספות שאינן כתובות עלי ספר החוקים".<sup>48</sup> לספר החוקים לא הוספה עברה מיוחדת של פורנוגרפיה באינטרנט, כפי שנעשה במדינות אחרות. נעשו אומנם מהלכים של הסדרה עצמית<sup>49</sup>

- 41 ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (ניתן ביום 5.2.2007).
- 42 ת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (ניתן ביום 18.9.2007).
- 43 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, ס"ח 72.
- 44 ראו מיכאל בירנהק "חוק נתוני תקשורת והפגיעה בזכות לפרטיות" הסניגור 130, 4 (2008).
- 45 ת"פ (שלום ת"א) 10121/01 מדינת ישראל נ' כהני (ניתן ביום 30.9.2002) (להלן: עניין כהני).
- 46 חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 234.
- 47 ת"פ (שלום ת"א) 7936/07 מדינת ישראל נ' פלוני (ניתן ביום 26.4.2009).
- 48 שם, פס' 2.
- 49 ראו איגוד האינטרנט הישראלי "כללים להסדרה עצמית של תוכן משתמשים באינטרנט" (2008) [www.isoc.org.il/hasdara/hasdara\\_users.html](http://www.isoc.org.il/hasdara/hasdara_users.html); איגוד האינטרנט הישראלי "הסדרה עצמית – מסמך עקרונות" (2004) [www.isoc.org.il/hasdara/hasdara\\_code.html](http://www.isoc.org.il/hasdara/hasdara_code.html); איגוד האינטרנט הישראלי פורום להסדרה עצמית של תוכן פוגעני לקטינים באינטרנט [www.isoc.org.il/hasdara/hasdara\\_forum.html](http://www.isoc.org.il/hasdara/hasdara_forum.html).

והסדרה טכנולוגית באמצעות תוכניות סינון,<sup>50</sup> אולם לטעמי, אין בפתרונות אלה כדי להתמודד עם סוגיה חשובה זו. מקרה זה מהווה דוגמה בולטת לחוסר המעש הן של המחוקק והן של בית המשפט בישראל בסוגיה קריטית ביותר, אשר מחוקקים ובתי-משפט בעולם הרחב עסקו בה רבות, הסדירו אותה וקבעו את הנורמות הערכיות המקובלות עליהם ואת האיזונים ביניהן.

## 2. דיני תעמולת בחירות באינטרנט

מקרה אחרון זה מעביר אותנו לסוגיה הרחבה של ההתנגשות התמידיה והחריפה בין חופש הביטוי באינטרנט לבין אינטרסים ציבוריים וזכויות אחרות. התנגשות זו עולה בהקשרים שונים ורבים.<sup>51</sup> כך, למשל, עלתה השאלה אם תעמולת בחירות באינטרנט אסורה על-פי חוק הבחירות (דרכי תעמולה),<sup>52</sup> בהינתן שאין בחוק כל הוראה המתירה תעמולה כאמור. יושב-ראש ועדת הבחירות, השופט מ' חשין, קבע כי אין איסור לגבי תעמולת בחירות באינטרנט. לדבריו, אין ללמוד משתיקת המחוקק בעניין זה על איסור, וזאת משני טעמים: ראשית, משום שהאינטרנט לא היה קיים בשנה שבה נחקק החוק – שנת 1959 – ולפיכך אין פלא שהוא לא התייחס אליו; שנית, משום מקומה הנכבד של הזכות לחופש ביטוי בכלל ולחופש ביטוי פוליטי בפרט.<sup>53</sup> כן כתב השופט חשין כי אין להקיש מההוראות ביחס לתעמולה ברדיו ו/או בטלוויזיה לעניין תעמולה באינטרנט. השופט חשין הוסיף ואמר דברים חשובים בסוגיה של הסדרת האינטרנט המעסיקה אותנו במאמר זה:

“עתירה זו המונחת לפנינו שבה ומעלה – וביתר שאת – את שאלת התאמתו של חוק התעמולה לימינו שלנו; ובעצם, את שאלת התאמתו של כל קורפוס החוקים שאנו חיים על-פיהם לעידן האינטרנט והמידע. איסורים שאסר הוראות חוק התעמולה אפשר היו יפים לשעת חקיקתם, בשנת תשי"ט-1959, אך דומה כי אין אלה – למיצער, מיקצתם – הולמים עוד את העולם בו אנו חיים. כלי-המשפט התולים על קיר חדר המלאכה שלנו – סדורים שורות שורות, אלה ליד אלה – נתקשה לעיתים למצוא בהם כלי המתאים לעידן הטכנולוגי החדיש. והקושי יתגבר וילך עם הזמן.”<sup>54</sup>

כך אכן קורה יום-יום בעניין חופש הביטוי והזכות לשם טוב באינטרנט.

50 ראו מיכאל בירנהק "חורים ברשת": פורנוגרפיה, מידע ועיצוב מדיניות בסביבה הדיגיטלית" פוליטיקה 13, 101 (תשס"ה); אתי וייסבלאי "הגנה על קטינים מפני תכנים מזיקים באינטרנט" (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2006). [www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m01581.doc](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m01581.doc).

51 ראו זמיר, לעיל ה"ש 21.

52 חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, ס"ח 138.

53 תב"מ 16/2001 ש"ס נ' פינס, פ"ד נה(3) 159 (2001).

54 שם, בעמ' 164-165.

### 3. דיני לשון-הרע באינטרנט

בכמה מקרים שהובאו לבית-המשפט נקבע, בפרשנות שיפוטית, כי פרסום באינטרנט הוא בגדר "פרסום" לעניין חוק איסור לשון-הרע,<sup>55</sup> ולכן יש אחריות על המפרסם.<sup>56</sup> אך מן הצד האחר נקבע כי פרסום בפורום כלשהו באינטרנט אינו פרסום ב"אמצעי תקשורת" – המוגדר כ"עיתון כמשמעותו בפקודת העיתונות" או "שידורי רדיו וטלוויזיה הניתנים לציבור" – ולכן אינו מטיל אחריות על העורך מכות סעיף 11 לחוק איסור לשון-הרע.<sup>57</sup> לשיטתו של בית-המשפט, "נכון גם ששינויי העיתים מחייבים פרשנות גמישה של הוראות החוק... אבל מצד שני, אין פירושו של דבר, שעלינו לכופ תכנים חדשים על הגדרות עתיקות שבחוק, רק כדי 'להתאים עצמנו' לזמנים חדשים, ומבלי לשים לב לרוח החוק ולתכליתו".<sup>58</sup> ברוח דומה נקבע:

"אינטרנט אינו מתיישב בנקל באופן לשוני עם ההגדרה בסעיף 11 לחוק ועם החיקוקים אליהם מפנות ההגדרות שבחוק זה, לגבי אמצעי תקשורת. אמנם, כבר ניתנו לחוקים עתיקי יומין פרשנויות שאיפשרו להכניס תחת כנפיהם טכנולוגיות חדשניות, אולם נוכח מהותו של האינטרנט, והשוני המהותי בינו לבין דרכי תקשורת אחרות, יש לעשות הליך פרשני מעין זה בזהירות מוגברת... כפי שנמצא שאתר של פורומים וקבוצות דיון אינו עיתון לצורך סעיף 11, הגם שיש למנהלי האתר אפשרות למנוע גישה של גורמים לפורום ויכולת להסיר הודעות (ענין סודרי), אני סבורה כי יש להגיע לאותה מסקנה לגבי טוקבקים, אף כאשר אלו נמצאים בזנבן של כתבות ב'עיתון מקוון' (או זנבן של כתבות במהדורה מקוונת של עיתון מודפס), כל זמן שההפרדה בין הכתבה לבין התגובות היא ברורה."<sup>59</sup>

### 4. חופש הביטוי האנונימי באינטרנט – פרשת מור

#### (א) פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי

רמי מור, מטפל אלטרנטיבי במחלות עור במקצועו, פנה לבית-המשפט בבקשה כי יורה לספק אינטרנט לחשוף את פרטי המשתמש בכתובת IP מסוימת, שממנה נכתבו בפורום מקצועי באתר אינטרנט הודעות אנונימיות ביחס למבקש, שיש בהן לטענתו משום הוצאת דיבת רעה, והוא חפץ להגיש בגינן תביעה לפי חוק איסור לשון-הרע. בפסק-דינו של

55 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון-הרע).

56 ק"פ (שלום ת"א) 145/00 ויסמן נ' גולן (ניתן ביום 2.9.2002).

57 ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 בורוכוב נ' פורן (ניתן ביום 14.7.2002).

58 שם, פס' 40.

59 ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פס' 67-68 לפסק-הדין (ניתן ביום 28.10.2008) (ההדגשה במקור).

בית־המשפט המחוזי בחיפה (מפי השופט י' עמית) נקבע כי האנונימיות באינטרנט אינה מעניקה "חסינות" למי שפרסם לשון־הרע, וכי גבולות האנונימיות הם הגבולות המוכרים של חופש הביטוי, אך בה־בעת הזהיר בית־המשפט מפני האפקט המצנן שעלול להיות לחשיפת זהותו של גולש. לפיכך הוא קבע באיזון הערכים כי הוהות תיחשף מקום שיש חשש לכאורה לקיומה של עוולה ובהתקיים "דבר־מה נוסף" שמצדיק את החשיפה. התוספת הנדרשת, כך נקבע, תיבחן בצורה גמישה, תוך התחשבות בכל שיקול רלוונטי. עוד קבע בית־המשפט המחוזי כי יש לנקוט צעדים מקדמיים לפני מתן צו חשיפה, ביניהם יידוע המשתמש שאת פרטיו מבקשים לחשוף בדבר הבקשה בכל דרך אפשרית, ומתן הזדמנות לאותו משתמש להשמיע את טענותיו.

### (ב) דעת הרוב בבית־המשפט העליון

בית־המשפט העליון הפך בדעת רוב (מפי המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין והשופט א' לוי) את קביעותיו של בית־המשפט המחוזי, וקבע כי תחת המסגרת החוקית הקיימת אין דרך דיונית לחשיפת פרטיו של מפיץ מידע. בכך העניק בית־המשפט מבחינה אפקטיבית חסינות מלאה למעוולים באינטרנט, וזאת בהנמקה דיונית, ולא ערכית כלל ועיקר.

המשנה לנשיאה השופט ריבלין, שכתב את דעת הרוב, פתח את פסק־דינו בהכרה בזכות לאנונימיות ברשת האינטרנט כחלק מהזכות לחופש ביטוי וכחלק מהזכות לפרטיות. כן עמד המשנה לנשיאה על הזכות לשם טוב, והדגיש כי היא "אינה מתאיינת במרחב הווירטואלי ואין להסכין עם הילכדותה ברשת".<sup>60</sup> לשיטתו, שאלת ההתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב באינטרנט היא שאלה חשובה שמחייבת הסדרה חקיקתית, אך בהעדר חקיקה "דיני לשון הרע הקיימים מוטב להחילם 'בשינויים המתחייבים' מאשר להניח קיומה של לאקונה".<sup>61</sup> ברם, קבע המשנה לנשיאה, אין זו השאלה העומדת לדיון לפניו, משום שאין עסקינן בתביעה גופה בגין הפרסום, אלא בהליך מקדמי לחשיפת זהותו של המפרסם באינטרנט. שאלה זו, לשיטתו, היא שאלה דיונית, שעניינה הגשת תביעה נגד נתבע "גנרי". בשאלה "דיונית" זו קבע המשנה לנשיאה כי אין בנמצא מסגרת מתאימה וכי אין לייצרה בפסיקה, וכך באו הדברים לידי ביטוי בלשונו עצמו: "לא מצאתי כי קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, ולשיטתי אין 'להמציא' מסגרת כזו בחקיקה שיפוטית".<sup>62</sup> המשנה לנשיאה סבור כי תקנות סדר הדין האזרחי מחייבות ציון שם הנתבע בכתב התביעה, ואינן מכירות בתביעה נגד נתבע כללי. לצורך הכרה בתביעה כזו יש צורך בשינוי שיפוט דרמטי של תקנות סדר הדין האזרחי באמצעות הוספת פרק חדש, שעניינו תביעה נגד נתבע כללי. הוספה כזו חורגת מתפקידו של בית־המשפט, ונתונה בידי המחוקק בלבד.

בהשיבו על הביקורת הצפויה כי בכך למעשה סגר בית־המשפט את דלתו בפני נפגעים באינטרנט והתיר למעוולים חופש פעולה מוחלט ברשת, כתב המשנה לנשיאה:

60 פרשת מור, לעיל ה"ש 9, פס' 18.

61 שם.

62 שם, פס' 22.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

"יובהר, כי אין בדברינו אלה כדי לסגור את השער בפני המבקשים לחשוף את זהותם של מעוולים ברשת האינטרנט. ראשית, כאשר מתבצעת באינטרנט עוולה שהיא גם עבירה, קיימת אפשרות לנפגע להגיש תלונה, וחוקה על רשויות האכיפה שתפעלנה את סמכויות החקירה והבדיקה המסורות להן מכוח הדין; הן ולא בית המשפט. שנית, יש להניח ולקוות כי בסופו של דבר תתקבל חקיקה שתסדיר באופן בהיר ומפורט את הנושא הנדון, תיצור את המסגרת הדיונית הראויה ותתווה את האיזון בין השיקולים שלעניין.<sup>63</sup>"

#### (ג) דעת המיעוט בבית-המשפט העליון

דעת המיעוט, מפי השופט א' רובינשטיין, ראתה בעייתיות רבה בעמדת הרוב, אשר מבטלת פסיקה ענפה של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים, ומתירה פגיעה בשמם הטוב ובקניינם הרוחני של צדדים שלישיים תוך הענקת חסינות למעוולים באינטרנט. דעת המיעוט לא קיבלה כי קיים חסר חקיקתי אשר רק המחוקק יכול למלאו. השופט רובינשטיין כתב, ובצדק:

"לצערנו סוגיות רבות מתחום האינטרנט, בכללן מערכת היחסים בין לקוחות וספקיות, או בין גולשים ומפעילי אתרים, טרם הוסדרו בחקיקה – ואין חולק שיש צורך מובהק לעשות כן וכך גם דעת חברי המשנה לנשיאה; ברם, כל עוד לא נעשה כן... דומה כי לעת הזאת התפתח בעניין 'משפט מקובל תוצרת ישראל'. הדברים אינם נובעים מרצון שיפוטי עז לעצב עילות וזכויות, אלא מן הצורך – ומכך שהמחוקק, מטבע הדברים, מתנהל לא אחת לאיטו, אף יותר מבתי המשפט... גם עמוס אילוצים שונים, המקשים להדביק את קצב השינויים בתחומי הטכנולוגיה במובנם הרחב. 'משפט מקובל' זה בא איפוא לענות על צורך, אך אין הורתו בחלל ריק..."<sup>64</sup>

בהתאם לכך הכיר השופט רובינשטיין בפיתוח הפסיקתי שנעשה בערכאות דלמטה בנוגע לחשיפת זהותם של מעוולים ברשת האינטרנט, כפי שעשו גם בתי-המשפט במדינות אחרות, במסגרת מחויבותם לפיתוח המשפט ולהתאמתו לחיים המשתנים והמתפתחים. השופט רובינשטיין הוסיף וקבע כי הדרך הדיונית לבקש חשיפה היא באמצעות המרצת-פתיחה, והתווה את גבולות העילה בהתאם לנוסחת האיזון הקיימת בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, בשינויים המחויבים לעניין הספציפי של החשיפה, ובכלל זה גמישות בשיקול-דעתו של בית-המשפט ונקיטת הליכים מקדמיים לפני החשיפה. השופט רובינשטיין סיכם את פסק-דינו באומרו:

"יתן כל אחד מאתנו אל לבו כיצד חש הוא כששמו הטוב למרמס... חבל כי בעת

63 שם, פס' 36 (ההדגשות במקור).

64 שם, פס' ט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה במקור).

ההמתנה למחוקק, שאין לדעת כמה תימשך, נותר נפגעים בלא תרופה – זאת, בשעה שלאורך כשש שנים חושפים בתי המשפט בישראל מידע בהקשר דנא, ועוד קודם לכן בארצות הברית, ארץ חופש הביטוי, ואף על פי כן נמשך השיח האנונימי באינטרנט במלוא עוזו ולא נגרע מפריחתו דבר.<sup>65</sup>

#### (ד) הביקורת על דעת הרוב

עם כל הכבוד, דעת הרוב אינה יכולה לעמוד בפני הביקורת. השאלה המרכזית שעמדה לפני בית המשפט היא שאלה ערכית בדבר האיוון בין האנונימיות לבין הזכות לשם טוב. ההיבט הערכי הוא העיקר, ולא ההיבט הדיוני. עם השאלה הערכית היה על בית המשפט להתמודד, ולא לברוח ממנה בנימוק דיוני טכני ולא-משכנע. אם בית המשפט הנכבד סבור כי יש להעניק הגנה מלאה לאנונימיות, זו עמדה לגטימית, אך יש לומר זאת במפורש ובהנמקה ערכית, מבלי להסתתר מאחורי פרגוד דיוני. המסגרת הדיונית קיימת בהוראות שונות, כפי שפורטו בחוות דעת המיעוט ובפסקי דין קודמים שניתנו בסוגיה,<sup>66</sup> ועל בית המשפט היה לעצב את גבולות החשיפה כפי שנעשה בחוות דעת המיעוט, במקום לנעול את דלתותיו בפני נפגעי חופש הביטוי המוחלט באינטרנט.

התוצאה המעשית והאפקטיבית של פסק הדין בפרשת מור היא מתן חסינות מוחלטת מפני תביעה אזרחית לכל מעוול נזיקי או קנייני ברשת האינטרנט. זו תוצאה קשה ביותר, ואין לה אח ורע בשום מערכת משפט. אפילו בארצות הברית, שבה חופש הביטוי מוגן במידה הרבנית בתיקון הראשון לחוקה, לא ניתנה חסינות מוחלטת כאמור.<sup>67</sup> בחסינות כזו יש משום פגיעה קשה ביותר בזכויות קנייניות ובזכות לשם טוב של צדדים שלישיים, שגם הן זכויות חוקתיות מוגנות ויש לתת להן ביטוי בנוסחת איוון פסיקתית.

איני יכול לקבל שבית המשפט נדרש להוסיף פרק חדש לתקנות סדר הדין האזרחי שעניינו בהגשת תביעה נגד נתבע "נעלם", וזאת תוך חריגה מסמכותו ומתפקידו. בית המשפט אינו נדרש לעשות כן כלל ועיקר. כל שנדרש הוא איוון ערכי בין זכויות יסוד מוגנות, אשר תפקידו ואף חובתו של בית המשפט לעשותו. נכון שאין הוראה חוקית מפורשת הקובעת את האיוון. אך בהעדרה אין משמעות הדבר שעל בית המשפט לשבת בחיבוק ידיים אל מול הפגיעה בזכויות בהמתנה למחוקק, אשר עסוק יותר בהקמת ועדות ייעוץ בענייני חקיקה מאשר בחקיקה גופה. מקובל עליי כי "לא ניתן לאתר בישראל שיטה משפטית מגובשת או מדיניות משפטית אחידה הנוגעת להחלת כללים משפטיים ברשת האינטרנט. ככל שנוגע הדבר לחשיפת שמותיהם של גולשי האינטרנט על ידי ספקי האינטרנט, לא קיימים כל כללים מחייבים או מנחים... את הפתרון לסוגיה זו יצטרך בית

65 שם, פס' פא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

66 ראו, למשל, בש"א (שלום י"ם) 4995/05 פלונית (קטינה) נ' בוק בינלאומי (2006) (להלן: עניין פלונית).

67 ראו, למשל: Solers, Inc. v. John Doe, 977 A.2d 941 (D.C. 2009): "The right to speak anonymously, on the internet or otherwise, is not absolute and does not protect speech that otherwise would be unprotected"

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

משפט זה למצוא יש מאין, תוך החלת כללים משפטיים קיימים, והתחשבות בפרשנות שנועדה להם בפסיקה הישראלית... וכן בשיטות משפט זרות".<sup>68</sup> אכן, בתי המשפט מילאו וממלאים תפקיד חשוב בפיתוח המשפט ובהתאמתו לחיים המתפתחים בכלל ולעולם האינטרנט בפרט. בהתאמת המשפט לאינטרנט מילאו בתי המשפט בעולם תפקיד מרכזי ביותר, וזאת במסגרת תפקידם ואף חובתם.

פרופ' אהרן ברק הניח את הבסיס החוקתי לחובתם של בתי המשפט לפתח משפט מקובל כדי להגן על זכויות יסוד חוקתיות, כגון הזכות לשם טוב, שהיא חלק מכבוד האדם.<sup>69</sup> הוא הבחין בין ההיבט ה"שלילי" של הזכויות החוקתיות, המטיל חובה על הרשות השלטונית (המחוקקת, המבצעת או השופטת) לא לפגוע בבעל הזכות, לבין ההיבט ה"חיובי" של הזכויות החוקתיות, המטיל חובה חיובית על הרשות השלטונית להגן על בעל הזכות. ההיבט ה"חיובי" מצא את ביטויו המפורש במשפט החוקתי הישראלי בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ביחס לזכות לחיים, לגוף ולכבוד, בזו הלשון: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". לשיטתו של פרופ' ברק, ההיבט ה"חיובי" של הזכות החוקתית מטיל חובה על הרשות השלטונית, שכנגדה עומדת זכות של הפרט, וזכות זו ניתנת למימוש באותן דרכים העומדות לרשות הפרט למימוש זכותו השלילית. וכך הוסיף:

"אכן, בית המשפט החוקתי הגרמני ציווה לא פעם על המחוקק להפעיל את כוח החקיקה כדי להגשים את ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות. בשיטות המשפט המקובל יוכל בעל הזכות לבקש מבית המשפט, להשתמש בכוחו ליצור משפט, ותחת לחייב את המחוקק לחוקק – ובעיקר במקום שהמחוקק גילה דעתו שאין ברצונו לחוקק – יפעיל את סמכותו ליצור משפט מקובל חדש (כפי שעשה השופט רובינשטיין בפרשת רמי מור)."<sup>70</sup>

ובמקום אחר הדגיש:

"אם המשפט הפרטי לא קיים – צריך ליצור אותו. המחוקק (בגדרי החקיקה) והשופט (בגדרי המשפט המקובל) אינם יכולים לרחוץ בניקיון כפיהם. עליהם להתעשת ולהביא ליצירת דין חדש (חקיקתי או הלכתי לפי העניין) אשר יהיה בכוחו ליתן ביטוי להיבט האובייקטיבי של הזכויות החוקתיות."<sup>71</sup>

68 דבריה של השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן בעניין פלונית, לעיל ה"ש 66, ס' 77.

69 אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי: התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה (צפוי להתפרסם, 2010).

70 שם, בעמ' 47, ליד ה"ש 193.

71 שם, בעמ' 38.

## 5. מסקנות לגבי תפקידו של בית-המשפט בפיתוח משפט האינטרנט

מן הפיתוח הפסיקטי המתואר אנו למדים על חשיבות תפקידו של בית-המשפט בפיתוח משפט האינטרנט. המציאות המשתנה והדינמית מגיעה לפתחו של בית-המשפט מהר הרבה יותר מאשר לסדר הזמנים ולסדר העדיפויות של הפוליטיקאים. בית-המשפט נדרש לתת מענה במסגרות המשפטיות הקיימות, וכך הוא עושה. אלא שעשייה זו כרוכה בקשיים ובהסרונות בולטים, כפי שראינו. בתי-המשפט אינם נענים תמיד לאתגר, וחוסר הוודאות בפסיקתם של בתי-המשפט הוא רב. חוסר האחידות הפסיקטית ניכר במיוחד כאשר עיקר הפיתוח נעשה על-ידי הערכאות הדיוניות, ללא הלכות מחייבות של בית-המשפט העליון.

כל הקשיים האמורים, וכן קשיים נוספים, מצאו את ביטויים בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת מור. עם זאת, למדנו מפסק-הדין שלושה אלה: ראשית, כי בתי-המשפט יכולים למלא תפקיד חשוב בפיתוח משפט האינטרנט, אך הם עלולים לא לעשות כן ו/או לפתח את המשפט מבלי ליצור ודאות ואחידות, ולכך עלול להיות מחיר יקר, כפי שאירע במקרה דנן; שנית, כי יש צורך חיוני ודחוף בהסדרת סוגיות שונות בתחום משפט האינטרנט בדרך החקיקה, וכי הסדרה כאמור יכולה להתגבר על חלק מבעיות הפיתוח הפסיקטית; שלישית, כי הן בית-המשפט והן המחוקק עצמו אינם מוצאים את דרכם הנכונה בקביעת כללים משפטיים באינטרנט – פשוט חסרים להם כלים בסיסיים להתמודדות עם האינטרנט, ועל-כן אין הם מוצאים את הדרך שעליהם לצעוד בה. התוויית הדרך הכללית היא עיקר מטרתי במאמר זה, ולכך אפנה עתה.

## פרק ג: הסדרת האינטרנט והמסחר האלקטרוני

בבוא המחוקק הישראלי להסדיר היבטים שונים של המשפט האזרחי בעולם הדיגיטלי, כלשון הצעת חוק מסחר אלקטרוני, יש לדעת כי האינטרנט הוא מדיה מיוחדת ושינוי טכנולוגי אדיר שמעלים שאלות נוקבות ביחס לאמצעי ההסדרה הנכון, שכן המושגים הפיזיים מעולם המשפט המוחשי מאבדים את משמעותם בעולם הווירטואלי של האינטרנט. המשפט הקיים מבוסס על גבולות טריטוריאליים ומושגים פיזיים.<sup>72</sup> ברם, באינטרנט הטריטוריה נחלשת למדי,<sup>73</sup> ויש אף האומרים כי היא נהרסת.<sup>74</sup> הארכיטקטורה הקיימת של האינטרנט אינה

72 ראו: Joel Reidenberg, *Governing Networks and Rule Making in Cyberspace*, 45 EMORY L.J. 911, 914 (1996).

73 שם.

74 David G. Post, *Governing Cyberspace*, 43 WAYNE L. REV. 155, 159–162 (1996).



משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

ארכיטקטורה של גבולות מדינתיים טריטוריאליים,<sup>75</sup> אלא ארכיטקטורה של רשת אחת גלובלית, שהגבולות בין חלקיה אינם גבולות טריטוריאליים.<sup>76</sup> על רקע הבדלים אלה ואחרים מתעורר הקושי בהחלת המשפט הפיזי-טריטוריאלי הקיים על האינטרנט. על-כן השאלה הראשונה שנשאלת היא מה האמצעי הנכון להסדרת האינטרנט. היש לנקוט הסדרה טכנולוגית<sup>77</sup> (הסדרה באמצעות הקוד<sup>78</sup>)? היש להשאיר את ההסדרה לצדדים עצמם (אתרים, גולשים וספקי שירותים), שיסדירו את ענייניהם בהסדרה עצמית,<sup>79</sup> שתושפע כמובן מכוחות השוק, מהנורמות החברתיות המקובלות ומגורמים שונים? או שמא גם באינטרנט המשפט הוא האמצעי המרכזי להסדרת ההתנהגויות? אם ננקטת הסדרה משפטית, מתעוררת השאלה השנייה, בדבר האמצעי הנכון להסדרה המשפטית: חוק חדש ו/או חוק קיים ו/או פסיקה ו/או אמצעי משפטי אחר. עם גיבוש האמצעי המשפטי הנכון, מתעוררת השאלה השלישית, והיא שאלת תוכן ההסדרה המשפטית, בשאיפה לגבש הסדר משפטי ראוי. בחינה תלת-שלבית כאמור היא בעיניי המסגרת הראויה להתייחסות לשאלה הנידונה, ואפעל על-פיה.

## 1. הסדרה טכנולוגית – הסדרה באמצעות הקוד

ההסדרה הטכנולוגית היא אמצעי ראשון לתחמת גבולות "המותר והאסור" ולהכוונת התנהגויות באינטרנט. היא זכתה בפיתוח תיאורטי נרחב ומרתק על-ידי פרופ' לורנס לסיג (Lawrence Lessig) בספרו CODE AND OTHER LWAS OF CYBERSPACE<sup>80</sup> ובכתביו.<sup>81</sup> פרופ' לסיג מסכים כי קיימים קשיים בהסדרת האינטרנט בשל הארכיטקטורה הקיימת שלו, שבה מי שאת פעילותו מנסים להסדיר נמצא במקומות שונים ברשת ובעולם הפיזי, וקשה לאתרו, לא כל שכן לזהותו ולאכוף עליו את החוקים.<sup>82</sup> אך אין נובע מכך, לדעת לסיג,

- 75 ראו: BORDERS IN CYBERSPACE (Brian Kahin & Charles Nesson eds., MIT Press 1997).
- 76 David R. Johnson & David G. Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996).
- 77 ב"הסדרה טכנולוגית" כוונתי לשימוש בטכנולוגיה לשם הסדרת התנהגויות. כך, למשל, טכנולוגיית סינון יכולה למנוע הפצה של חומר פורנוגרפי באינטרנט; טכנולוגיית הגנה על תוכן יכולה למנוע העתקת התוכן והפרה של זכויות יוצרים; טכנולוגיית מיקום על-פי כתובת ה-IP יכולה לקבוע את מקום הגולשים ולהוות ראשית ראיה בעניין זה לצרכים משפטיים.
- 78 "הקוד" הוא התוכנה הכתובה של האינטרנט והאתרים השונים.
- 79 ב"הסדרה עצמית" כוונתי להסדרים הנקבעים על-ידי הצדדים עצמם כדי להגדיר את מערכת היחסים ביניהם ולכוון את התנהגותם.
- 80 LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (Basic Books, 1999); ראו: LAWRENCE LESSIG, CODE: VERSION 2.0 (Basic Books, 2006).
- 81 ראו: Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501 (1999); Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661 (1998).
- 82 ראו LESSIG, לעיל ה"ש 80, בעמ' 19-20.

שאי-אפשר להסדיר את האינטרנט. לשיטתו של לסיג, האינטרנט ניתן להסדרה על-ידי שינוי הארכיטקטורה והשפעה עליה. אין ארכיטקטורה נכונה וטבעית אחת באינטרנט, אלא קיימות כמה ארכיטקטורות לרשת, ולכל ארכיטקטורה יש מידת הסדרה ויכולת הסדרה אחרת.<sup>83</sup> על-פי לסיג, הטענה כי אי-אפשר להסדיר את האינטרנט היא טענה מוטעית, המניחה כי הארכיטקטורה הקיימת של האינטרנט היא הארכיטקטורה היחידה והטבעית. היא מניחה כי מה שיש הוא מה שאפשרי ומה שצריך להיות.<sup>84</sup>

מכאן התזה של לסיג כי ניתן להסדיר את הפעילות באינטרנט באמצעות הקוד. הקוד, לדיו, הוא חוק (Code is law);<sup>85</sup> הקוד הוא "מחוקק" (Code is a regulator).<sup>86</sup> באינטרנט, לטענתו, הקוד הוא "מחוקק" מרכזי נוסף לצד "מחוקקים" אחרים, כגון השוק, הנורמות החברתיות והמשפט. כל אחד מהם וכולם יחדיו משפיעים על ההתנהגות באינטרנט, וכל אחד מהם משפיע גם על האחר ועל מידת השפעתו על ההתנהגות. כך נוצרת רשת מסועפת של השפעה בקרב כל ה"מחוקקים" האמורים בינם לבין עצמם ובינם לבין ההתנהגות באינטרנט.<sup>87</sup> לשיטתו של לסיג, לקוד יש כוח רב, ואין להשאירו חופשי לחלוטין מכל הסדרה. חופש כזה משמעותו למעשה שליטה של הקוד ושל כותבי הקוד (המתכנתים), ושליטה כזו משמעותה חוסר חופש למשתמשים ופגיעה בערכי הליברליזם.<sup>88</sup>

לסיג מוסיף וטוען כי המדינה יכולה וצריכה להתערב בקוד. בהשפיעה על הקוד, היא משפיעה על יכולת ההסדרה של האינטרנט.<sup>89</sup> התערבותה נדרשת כדי להגן על הליברליזם ועל הערכים של הרוב הדמוקרטי. אך הבעיה הקשה היא מי יחליט.<sup>90</sup> לסיג מדגיש כי אין הוא קורא לפעולה של ממשלה גלובלית או עולמית,<sup>91</sup> אלא לאחריות משותפת של כל המדינות בעולם, שיכירו בצורך בקבלת החלטות פוליטיות לגבי הארכיטקטורה של הרשת ולגבי הערכים שארכיטקטורה זו מגלמת בתוכה, ושיתחילו לפעול למילוי אחריות זו.<sup>92</sup> אלא שהמדינות בכלל וארצות-הברית בפרט מוגבלות, ואינן מצליחות לקבל החלטות. התוצאה היא שיש צורך קריטי בקבלת החלטות, אך אין עדיין מוכנות ויכולת לקבל החלטות אלה, ולסיג מתריע כי במצב כזה ייתפס החלל הריק על-ידי השוק ועל-ידי כותבי הקוד, ואין ודאות שערכיהם הם הערכים שיש להגשים בארכיטקטורה של הרשת.<sup>93</sup> כך ביטא זאת לסיג בצורה קולעת:

---

83	שם, בעמ' 30.
84	שם, בעמ' 25.
85	שם, בעמ' 3.
86	שם, בעמ' 21.
87	שם, בעמ' 85-99.
88	שם, בעמ' 6.
89	שם, בעמ' 44-60.
90	שם, בעמ' 203.
91	שם, בעמ' 205.
92	שם.
93	שם, בעמ' 211-230.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

"When government steps aside, it is not as if nothing takes its place. Paradise does not prevail. It's not as if private interests have no interests, as if private interests don't have ends they will then pursue. To push the antigovernment button is not to teleport us to Eden. When the interests of government are gone, other interests take their place. Do we know what those interests are? Are we so certain they are better?"<sup>94</sup>

## 2. הסדרה עצמית

אסכולת ההסדרה העצמית, שהתפתחה בשנים 1996–1997, רואה בעולם הווירטואלי טריטוריה בפני עצמה. היא גורסת כי יש להפריד בין הטריטוריה של העולם המוחשי לבין זו של העולם הווירטואלי: על העולם המוחשי יחול המשפט הקיים, ואילו על העולם הווירטואלי יחול משטר של הסדרה עצמית.<sup>95</sup> במשטר זה ייקבעו הנורמות שיחולו על האינטרנט על-ידי משתמשי האינטרנט עצמם.<sup>96</sup>

ביסוד ההסדרה העצמית עומדים כמה טיעונים מרכזיים: על-פי הטיעון הראשון, מודל ההסדרה העצמית הוא המודל הלגיטימי להסדרת האינטרנט, מפני שהוא משקף את הערך הליברלי של הסכמת הנמשל לממשל ואת הערך של עצמאות הקהילייה. הטיעון השני גורס כי למשפט הקיים אין כל יכולת להסדיר את הפעילות באינטרנט בשל מגבלותיו של המשפט הטריטוריאלי לנוכח מאפייני האינטרנט. לפי הטיעון השלישי, בתי-המשפט, המחוקקים והקהילייה המשפטית רואים באינטרנט מקום בפני עצמו, ומכאן, כך נטען, מתבקשת עצמאותו של המקום הזה. הטיעון הרביעי גורס כי מודל ההסדרה העצמית הוא מודל יעיל מבחינה כלכלית להסדרת האינטרנט, ויש בו צמצום של עלויות ההחצנה.

### (א) הלגיטימיות של ההסדרה העצמית

שני ממדים לטענה זו: האחד, מימד השלמות הליברלית (Liberal Perfection); והאחר, המימד של עצמאות הקהילייה (Community Autonomy). במימד השלמות הליברלית נטענת הטענה כי מודל ההסדרה העצמית הוא המודל הלגיטימי היחיד להסדרת הפעילות

94 שם, בעמ' 220.

95 על הסדרה עצמית של דיני זכויות יוצרים ראו ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב 319 (תשס"ב). על הסדרה עצמית של חופש הביטוי באינטרנט ראו קרין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה באינטרנט" שקט, מדברים! 483 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

96 אסכולה זו זכתה בכינויים שונים: Cyberspace Sovereignty; Cyberspace Self-Governance; Cyberliberterians; Cyberskeptics. הוגיה החשובים של אסכולה זו הם John Perry Parlow, David Post ו־David Johnson.

באינטרנט, מאחר שהוא משקף את עקרונות הדמוקרטיה הליברלית<sup>97</sup> - חירות הפרט, ריבונות העם והסכמת הנמשל לממשל - יותר מכל מודל של הסדרה מדינתית.<sup>98</sup> במימד של עצמאות הקהילייה נטענת הטענה כי משתמשי האינטרנט הם קהילייה בפני עצמה, כמו קהילות דתיות או אחרות בתוך המדינה, ולכן יש להעניק לקהילייה זו עצמאות ולכבד את ערכיה, כשם שנוהגים כלפי קהילות אחרות, כמתחייב מהעקרונות הליברליים.

ביטוי מובהק לטענת הלגיטימיות אפשר למצוא בדבריו המאלפים של ג'ון פרי ברלו

:(John Perry Barlow)

"A Declaration of the Independence of Cyberspace

by John Perry Barlow 'barlow@eff.org'

...

Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions.

...

Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.

The only law that all our constituent cultures would generally recognize is the Golden Rule. We hope we will be able to build our particular solutions on that basis. But we cannot accept the solutions you are attempting to impose.

...

Davos, Switzerland

February 8, 1996."<sup>99</sup>

פרופ' ניל נתנאל (Neil Netanel) התייחס בהרחבה במאמר מרתק לטענת הלגיטימיות.<sup>100</sup> הוא סבור כי הסכמת הנמשל לממשל אין משמעותה ממשל על-פי הסכמת העם, ואין משמעותה

97 Johnson & Post, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1375.

98 להרחבה מרתקת על טענה זו וגרסותיה השונות ראו: Neal W. Netanel, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, 88 CAL. L. REV. 395, 404-406 (2000).

99 ראו [www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html](http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html).

100 Netanel, לעיל ה"ש 98.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

שהעם, כיחידים או כקבוצות, צריך להסכים לכל פעולה של הממשלה. לדידו, יש להבחין בין ליברליזם לבין פופוליזם. נתנאל טוען עוד כי הטוענים להסדרה עצמית מפריזים ביכולתו של האינטרנט לקיים דמוקרטיה ישירה בהשתתפותם הפעילה של האנשים בתהליך קבלת ההחלטות.<sup>101</sup> נתנאל מוסיף וטוען כי מודל ההסדרה העצמית גורע גם מתפקידה ומחשיבותה של הדמוקרטיה הייצוגית. לטענתו, יש מקום לסברה שהדמוקרטיה הייצוגית משקפת נכון יותר את רצון העם,<sup>102</sup> שכן ההצבעה הישירה על כל סוגיה וסוגיה אינה מאפשרת למצביעים לומר את דעתם באשר לחשיבות הסוגיה ובאשר לסדר עדיפותה אל מול סוגיות אחרות. בדמוקרטיה ייצוגית, לעומת זאת, יש תהליך של משא-ומתן בין הנציגים השונים על סוגיות שונות, ויש מקום לויתורים בסוגיה אחת למען סוגיה אחרת. בתהליך כזה יש משום יצירת סדר עדיפויות והבעת עמדה באשר לחשיבותן של הסוגיות השונות. בכך יש הגשמה נכונה יותר של רצון העם, משום שיש הגשמה של הסוגיות העומדות במקום גבוה בסדר העדיפויות שלו.<sup>103</sup> נתנאל טוען עוד כי דמוקרטיה ישירה מקוונת עלולה לפגוע במיעוטים, שכן בדמוקרטיה כזו אין מנגנונים שיגנו על המיעוט מפני עושיק הרוב, כפי שיש בדמוקרטיה ייצוגית.<sup>104</sup>

#### (ב) יכולתו של המשפט הקיים להסדיר את הפעילות באינטרנט

ג'ונסון ופוסט (Johnson & Post) טוענים כי המשפט הקיים אינו יכול להסדיר את הפעילות באינטרנט. כל ניסיון להסדיר את הפעילות באינטרנט על-ידי המשפט הטריטוריאלי הקיים דינו להיכשל, לטענתם,<sup>105</sup> ולפיכך יש צורך בהסדרה עצמאית לאינטרנט.<sup>106</sup> גולדסמית (Goldsmith), לעומתם, טוען כי המשפט הקיים יכול להסדיר את האינטרנט.<sup>107</sup> לדידו, אנשי האסכולה של עצמאות האינטרנט מפריזים בהערכת ההבדלים שבין האינטרנט לבין העולם המוחשי הטריטוריאלי וכן בהערכת עוצמתם של אתגרי האינטרנט, ומפחיתים בהערכת הכלים הקיימים במשפט הקיים להתמודדות עם אתגרים אלה.<sup>108</sup> עמדת-ביניים הובעה על-ידי טרוטר הרדי (Trotter Hardy).<sup>109</sup> הרדי טוען כי באינטרנט יש שאלות ישנות

101 שם, בעמ' 417-419.

102 שם, בעמ' 419-421.

103 שם, בעמ' 419-420.

104 שם, בעמ' 421-422.

105 Johnson & Post, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1378.

106 שם, בעמ' 1375.

107 Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998) (hereinafter: Goldsmith, *Against Cyberanarchy*); Jack L. Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 475 (1998) (hereinafter: Goldsmith, *The Abiding Significance of Territorial Sovereignty*).

108 ראו עוד ברוח זו: Timothy S. Wu, *Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System*, 10 HARV. J. L. & TECH. 647 (1997).

109 ראו: Trotter I. Hardy, *The Proper Legal Regime for Cyberspace*, 55 U. PITT. L. REV. 993 (1994).

שכמותן כבר עלו בעולם המוחשי, ואשר עימן ניתן להתמודד במסגרת המשפט הקיים,<sup>110</sup> אך בצידן יש גם שאלות חדשות שמחייבות תשומת-לב מיוחדת, ואשר אין זה ברור כי המשפט הקיים יכול להעניק להן תשובה הולמת.<sup>111</sup>

### (ג) תפיסת האינטרנט כמקום

ג'ונסון ופוסט טוענים עוד כי מרחב האינטרנט נתפס כמקום בפני עצמו על-ידי המשתמשים, המחוקקים ובתי-המשפט, אשר משתמשים במושגים של מקום בבואם לתאר את הפעילות באינטרנט ולגבש את הבנתם לגביה.<sup>112</sup> מכאן הם מסיקים כי יש להסדיר את הפעילות באינטרנט באופן עצמאי ונפרד מהפעילות בעולם המוחשי. דן הנטר<sup>113</sup> טוען אף הוא כי מבחינה אמפירית אנשים תופסים את האינטרנט כמקום, אך הוא אינו מסיק מכך מסקנה נורמטיבית כי יש להסדיר את הפעילות באינטרנט באופן עצמאי ונפרד מן המשפט המוחשי.<sup>114</sup> פרופ' מרק לְמלי טוען כי מבחינה אינטואיטיבית יש מקום לסברה כי האינטרנט הוא מקום, וזאת מתוך רצון להשוות אותו לדברים מוחשיים מוכרים, אך האינטואיציה עלולה להטעות אותנו, שכן האינטרנט אינו מקום.<sup>115</sup> לשיטתו, ההשוואה בין האינטרנט לבין העולם הפיזי צריכה להביא בחשבון הבדלים אלה.<sup>116</sup> אין משמעות הדבר

110 שם, בעמ' 999.

111 הרדי מוסף וטוען כי אין כלל-זהב פשוט להבחנה בין שאלות ישנות לבין שאלות חדשות. קו הגבול אינו ברור ואינו פשוט. הרדי מציע שני כללים מנחים להבחנה. הכלל האחד הוא הבחנה על בסיס עלות ותועלת – בבואנו לשקול יצירת כלל משפטי חדש להסדרת שאלה נתונה במקום התבססות על הדין הקיים, עלינו לבחון את התועלת הגלומה בכלל כזה מבחינת הוודאות המשפטית שהוא ייצור לעומת העלות הנובעת מהעומס הנוסף שהוא יטיל על המשפט. הכלל המנחה השני הוא הבחנה על בסיס מדיניות – ככל ששיקולי המדיניות העומדים ביסוד הדין הקיים אינם רלוונטיים עוד ואינם תופסים באינטרנט, לפנינו שאלה חדשה המחייבת תשומת-לב והסדר מיוחד. ההסדר המיוחד יכול להשתמש בכמה טכניקות ואמצעים, ואין הסדר מיוחד שנכון לכל השאלות החדשות – כל שאלה וההסדר המיוחד שלה.

112 Johnson & Post, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1379.

113 ראו: Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 CAL. L. REV. 439 (2003).

114 הנטר ממשיך ומבסס טענה אחרת, אשר רלוונטית לענייננו פחות, והיא שהתפיסה האנושית הקיימת בדבר האינטרנט כמקום מובילה ותוביל לטענות בעלות על מקומות שונים באינטרנט, בדומה לבעלות על מקומות בעולם המוחשי, וכי הדבר עלול לצמצם את המקומות הציבוריים באינטרנט, ועקב כך לפגוע באינטרס הציבורי שיש לנו באינטרנט וברוחה הציבורית הכללית הנובעת ממנו. ראו שם.

115 ראו: Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 CAL. L. REV. 521, 523–525 (2003).

116 שם, בעמ' 525–526.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

דחיית המטפורה של האינטרנט כמקום, אלא התייחסות למטפורה זו כאל נקודת מוצא, ולא כאל נקודת סיום.<sup>117</sup>

#### (ד) החצנה ומקסום הרווחה

הטענה היא כי לפעילות באינטרנט יש אפקטים והשפעות על מדינות בעולם המוחשי. כך, הסדרה על-ידי מדינה אחת של ביטוי פוגע המתפרסם באינטרנט משפיעה על מדינות אחרות, ויש בכך החצנה לא-רצויה. מודל ההסדרה העצמית, כך נטען, מקטין את ההחצנה, משום שמשמשי האינטרנט קובעים את הכללים לעצמם, ואין מדינה אחת קובעת כללים המשפיעים על מדינות אחרות. לפי ג'ונסון ופוסט, יש בכך כדי למקסם את הרווחה המצרפית.<sup>118</sup> בטענתם זו הסתמכו ג'ונסון ופוסט על התיאוריה של קאופמן<sup>119</sup> בדבר קבלת החלטות מיטביות במערכת מורכבת.<sup>120</sup>

117 ראו: Orin Kerr, *The Problem of Perspective in Internet Law*, 91 GEO. L.J. 357 (2003). במאמרו זה, המתיחס לטענה בדבר תפיסת האינטרנט כמקום, מבחין המחבר בין תפיסה פנימית (internal perspective) לבין תפיסה חיצונית (external perspective). תפיסה פנימית של האינטרנט היא תפיסתו של משתמש האינטרנט – כיצד משתמש האינטרנט חווה את חוויית הגלישה באינטרנט ואת הפעילות באינטרנט. משתמש האינטרנט חווה את החוויה הווירטואלית – הוא רואה את העובדות הווירטואליות ברשת ומשווה אותן למציאות המוחשית. על-פי תפיסה פנימית כזו, יש לראות את האינטרנט כמקום. לעומת זאת, תפיסה חיצונית היא תפיסתו של גורם חיצוני – כיצד גורם שלישי רואה מן הצד את הפעילות באינטרנט ותופס אותה. מנקודת-מבט חיצונית כזו רואים אנשים פיזיים, מחשבים, חוטים ותקשורת העוברת ביניהם ממקום למקום על פני כדור-הארץ. מנקודת-מבט זו רואים את המציאות הפיזית של האינטרנט. לטענתו של קר, שתי התפיסות נכונות, ואין לומר כי תפיסה אחת נכונה והאחרת מוטעית. קר מוסיף כי כל אחת מן התפיסות, הפנימית והחיצונית, מובילה למסקנות משלה בשאלת ההסדרה המשפטית של האינטרנט. מכאן שהשאלה העיקרית אינה אם האינטרנט הוא מקום או לא, שכן האינטרנט הוא מקום מנקודת-מבט פנימית ואינו מקום מנקודת-מבט חיצונית. השאלה העיקרית היא למעשה כיצד מביטים על האינטרנט וכיצד יש להביט עליו – מנקודת-מבט פנימית או מנקודת-מבט חיצונית. קר מתייחס גם לשאלה זו, ומעצב קווים כלליים בלבד להתמודדות עימה, מבלי להתיימר להציע פתרון ממצה. לשיטתו, בראש ובראשונה יש לגזור את נקודת-המבט הנכונה על-פי פרשנותו של החוק הרלוונטי לפי תכליתו. אם פרשנות החוק מובילה לנקודת-מבט מסוימת שממנה יש להשקיף על האינטרנט, אזי משם יש להשקיף עליו ולהחיל את המשפט בהתאם. אם החוק אינו מוביל לנקודת-מבט זו או אחרת, אזי יש להשקיף על האינטרנט מנקודת-המבט של מי שקובעים כללים הנוגעים בהתנהגותו. אם מושא ההסדרה הוא משתמש או פעיל פנימי, נדרשת נקודת-מבט פנימית, ואם מדובר בגורם חיצוני, נדרשת נקודת-מבט חיצונית.

118 ראו: David R. Johnson & David G. Post, *Toward a New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1055 (1998).

119 ראו: STUART KAUFFMAN, *THE ORIGINS OF ORDER: SELF-ORGANIZATION AND SELECTION IN EVOLUTION* (1993); STUART KAUFFMAN, *AT HOME IN THE UNIVERSE* (1995).

120 מערכת מורכבת היא מערכת שיש בה כמה גורמים, ואשר מתאפיינת בכך שהתועלת הצומחת

על-פי קאופמן, ההחלטה המיטבית במערכת מורכבת מתקבלת בדרך של ניסוי וטעייה. ברם, וכאן העיקר, הניסוי והטעייה יהיו מוצלחים יותר אם נחלק את המערכת המורכבת לתת-מערכות (patching) באופן שיצמצם את ההשפעות שבין התת-מערכות (spill-overs/החצנות). על-כן קביעת הגבולות בין התת-מערכות בשאיפה לצמצום השפעותיה של כל אחת מהן על חברותיה היא המפתח לקבלת החלטה מיטבית בעניין זה או אחר במערכת מורכבת. השאיפה היא שתהיה התאמה (congruence) בין גבולות המערכת לבין תחומי ההשפעה של החלטותיה. בהתאם לכך טענו ג'ונסון ופוסט כי שאלת הסדרתה של הפעילות באינטרנט היא שאלה של קבלת החלטה במערכת מורכבת שיש בה כמה תת-קבוצות. בעבר הגבולות שבין המדינות היו גבולות החלוקה לתת-קבוצות, מפני שהשפעות ההסדרה של כל מדינה התמקדו בעיקר בגבולותיה, ולכן הייתה התאמה כמובנה בתיאוריה של קאופמן. באינטרנט הגבולות הטריטוריאליים שבין המדינות אינם משקפים את גבולות ההשפעה. להחלטתה של כל מדינה יש השפעה רבה על מדינות אחרות, ולכן ההסדרה על-ידי המדינות אינה הסדרה יעילה. לעומת זאת, מודל ההסדרה העצמית מעניק את סמכות ההסדרה לתת-קבוצות של משתמשי אינטרנט, כדי שאלה יקבעו את הכללים החלים על פעילותם באינטרנט, וכללים אלה אכן משפיעים בעיקר עליהם, ולא על אחרים. מכאן שמודל זה מקיים התאמה בין מקבלי ההחלטות לבין המושפעים המרכזיים מהחלטותיהם, ולפיכך הוא המודל אשר מוביל להחלטות מיטביות במערכת המורכבת שבה עסקינן.

בהתייחסו לטענה זו גרס גולדסמית כי השפעותיה של הסדרה משפטית של האינטרנט על-ידי מדינה אחת על המדינות האחרות אינן שונות מאלה שבעולם המוחשי. אותן הצדקות שעמדו ביסוד סמכותה המשפטית של המדינה להסדיר התנהגויות המשפיעות על תחומה מצדיקות גם הסדרת התנהגויות באינטרנט שיש להן השפעה על המדינה,<sup>121</sup> אף אם הפעילות נעשית במדינה אחרת.<sup>122</sup> לְמִלִּי יצא נגד טיעון ה־patching של ג'ונסון ופוסט. לטענתו,<sup>123</sup> התועלת העיקרית של האינטרנט טמונה במספרם הרב של האנשים המחבורים. ככל שמספר האנשים המחבורים לאינטרנט רב יותר כן התועלת במערכת זו רבה יותר. זאת, בדומה למערכת טלפון, שבה ככל שמספר האנשים המשתמשים בה גדל כן ערכה

---

לכלל המערכת מהחלטה זו או אחרת של גורם במערכת בעניין מסוים תלויה בהחלטותיהם של הגורמים האחרים במערכת באותו עניין. התיאוריה של קאופמן מתמודדת עם מצב זה ומנסה לבחון כיצד ניתן לקבל החלטות מיטביות (שימקסמו את הרווחה המצרפית הכוללת) במערכת מורכבת כזו.

121 Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, לעיל ה"ש 107, בעמ' 1239-1240.

122 גולדסמית מביא כדוגמה את האיסור שהטילה גרמניה על החברה האמריקאית CompuServe לפרסם חומר אנטישמי באתר שלה, אשר נגיש ללקוחות גרמנים. גולדסמית טען כי אין בכך פסול. הסדרה כזו היא עדיין במסגרת העקרונות והכללים הקיימים המתירים הסדרת השפעות מקומיות על המדינה על-ידי אותה מדינה. הסדרה זו יכולה אוינם להשפיע גם על פעילותם של משתמשים אחרים מחוץ לגרמניה, אך אין בכך חוסר הגינות, שכן גרמניה אינה צריכה לשאת בעלויות הפעילות של משתמשים במדינה אחרת. ראו שם.

123 ראו: Mark A. Lemley, *The Law and Economics of Internet Norms*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1257 (1998).



משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

והתועלת החברתית הצומחת ממנה גדלים אף הם. על-כך התועלת המרבית צומחת כאשר יש לנו מערכת טלפוניה אחת ומערכת אינטרנט אחת. מכאן שחלוקת האינטרנט לכמה מערכות-משנה, על-ידי ה־patching, תפגע ביעילות.<sup>124</sup>

### 3. הסדרה משפטית

כיום מקובל, מבחינה נורמטיבית ופוזיטיבית, שהמשפט הוא האמצעי המרכזי להסדרת הפעילות באינטרנט, ושאינן ביכולתן של ההסדרה הטכנולוגית וההסדרה העצמית לתת את המענה ההולם. אמת, המשפט אינו פוסח על עולם האינטרנט. גם התנהגויות באינטרנט כפופות למשפט. המשפט הוא אמצעי להסדרת האינטרנט, והוא אמצעי מרכזי. אך השאלה בהסדרה המשפטית היא שאלת הדרך המשפטית הנכונה. על-פי אחת הגישות, המשפט הקיים חל בתחולה מלאה על האינטרנט. על-פי גישה זו, המשפט הקיים לגיטימי ויכול להסדיר את האינטרנט באופן יעיל. ה"החצנה" שבהחלת המשפט הקיים על האינטרנט, לנוכח ההשפעה שיש להסדרה של מדינה זו או אחרת על מדינות אחרות, אינה שונה מן ה"החצנה" בעולם המוחשי, אשר הולך ונהפך לכפר גלובלי אחד שיש בו עסקות רבות חוצות-גבולות.<sup>125</sup> גישתי שונה. על-פי גישתי, יש להתאים את המשפט הקיים באופן אינטגרטיבי כדי להחילו על האינטרנט והמסחר האלקטרוני. מייד אציע את עיקרי התזה שלי.

## פרק ד: מודל ההתאמה האינטגרטיבי להסדרת המסחר האלקטרוני

### 1. עיקרי המודל

נקודת המוצא שלי היא שיש להסדיר את האינטרנט והמסחר האלקטרוני באמצעות מגוון דרכי ההסדרה שנידונו בפרק הקודם. אין לומר באופן גורף כי הסדרה אחת עדיפה על האחרת לכל דבר ועניין, אלא יש לבחון כל שאלה ושאלה, ולבחור את ההסדרה הראויה לה ביותר. על-פי-רוב, ההסדרה הראויה היא שילוב של כמה אמצעי הסדרה: הסדרה באמצעות הטכנולוגיה מקום שיש בכך כדי להגשים את המטרה; הסדרה עצמית מקום שאין צורך

124 שם, בעמ' 1281-1282.

125 Goldsmith, *The Abiding Significance*; 107 לעיל ה"ש, Goldsmith, *Against Cyberanarchy* Jack Goldsmith & Timothy Wu, *Who*; 107 לעיל ה"ש, *of Territorial Sovereignty Controls the Internet? Illusions of a Borderless World* (Oxford University Press 2006).

בהתערבות משפטית; והסדרה באמצעות המשפט מקום שיש צורך בהתערבות זו ואין די באמצעים הקודמים. העיקר הוא שהמחוקק ידע את מגוון אמצעי ההסדרה ואת התיאוריה ושיקולי המדיניות העומדים ביסודם, יבחן לעומק את הטיעונים הנורמטיביים השונים כפי שהובאו לעיל, ויבחר את שילוב האמצעים הנכון ביותר.

לדעתי, מקום שיש צורך בהסדרה משפטית, חשוב לבחון את אמצעי ההסדרה המשפטית השונים (חוק חדש, חוק קיים, פיתוח פסיקתי) ולעצב את ההסדרה הראויה ביותר. על-פי עמדתי, אין מקום לאמירה גורפת כי אין צורך בחקיקה חדשה או כי יש צורך בחקיקה חדשה, אלא יש לומר כי אתגרי האינטרנט הם ברמות שונות: חלקם הם רק בגדר עליית-מדרגה של קשיים קיימים, ולכן ניתן להסתפק בחקיקה הקיימת ולפתחה בדרך הפסיקה או בדרך אחרת; ואילו חלקם מערערים את יסודותיו של ההסדר המשפטי הקיים, ולכן נדרשת התערבות משפטית ברמה גבוהה יותר של חקיקת חוק חדש. העיקר הוא להבחין ברמת האתגרים ולתת לכל אתגר את האמצעי המשפטי המתאים לו על-פי עוצמתו.

על-פי התזה המוצעת, בעת מתן מענה משפטי, בין בחקיקה ובין בפסיקה, מן הראוי לאמץ גישה אינטגרטיבית הרואה את קווי הדמיון הרבים בין האתגרים שהאינטרנט מציב בפני תחומי המשפט השונים. אתגרי האינטרנט לדיני החוזים, לדיני הנוזקין, לדיני הקניין, למשפט הפלילי, לדיני המיסים ולתחומים האחרים דומים מאוד בבסיסם. על-כן יש מקום להפריה הדדית בין התחומים ולמתן מענה אינטגרטיבי לתחומים השונים. מובן כי מעבר לדמיון הרב בין התחומים קיים גם שוני ביניהם, וקיימות תכליות מיוחדות לכל תחום אשר גם להן יש לתת ביטוי. כן מובן כי לגבי תוכן ההסדר יש לשקול הן את שיקולי המדיניות הכלליים המעורבים בכל שאלה של קביעת הסדר משפטי באינטרנט והן את שיקולי המדיניות הספציפיים הרלוונטיים לסוגיה הנידונה.

בבוא המחוקק לחוקק חוק חדש בסוגיה אינטרנטית, חשוב להיזהר כפליים בניסוח החוק והגדרותיו: חוסר ניסיון, ידע חלקי והעדר מיומנות של המחוקק ביחס לסביבת העבודה החדשה ולטכנולוגיות המגוונות שהאינטרנט מציג, התלהמות תקשורתית של קבוצות באוכלוסייה וכן חרדות מוסריות שונות עלולים להוביל לחקיקה נמהרת ורחבה מדי אשר תחטיא את מטרתה.<sup>126</sup> חקיקה כזו לא תוביל להתמודדות נכונה עם החידושים והאתגרים של האינטרנט, ועלולה אף ליצור תופעות-לוואי, כגון הצבת מכשולים וקשיים רבים בפני אוכלוסיות אחרות שאינן אוכלוסיות-היעד של החקיקה וכן פגיעה בזכויות אזרח חשובות. בהצעת חוק מסחר אלקטרוני, מושא מאמרנו, לא הזהיר המחוקק הישראלי את עצמו במידה מספקת, והגיש לחקיקה הצעה לא-ראויה, כמפורט לעיל.

בבוא המחוקק הישראלי להציע חוק מסחר אלקטרוני, עליו לפעול, לטעמי, על-פי המתווה האינטגרטיבי, ולעצב את סל אמצעי ההסדרה המתאים לכל סוגיה וסוגיה. עליו לקבוע אילו סוגיות מחייבות הסדרה משפטית, ולעצב את ההסדרה המשפטית מבחינת צורתה ותוכנה כך שתיווצר השתלבות קוהרנטית ואינטגרטיבית של התחומים השונים הנוגעים במסחר אלקטרוני. זו תמצית הדרך שאני מציע למחוקק ולבתי-המשפט בתחום

126 לא למותר לאזכר בהקשר זה את הצעת חוק הרשות לאינטרנט, שמקורה ב"חרדות" וסופה פגיעה אנושה בזכויות אדם בסיסיות, ומכאן אוהרתנו החשובה.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

משפט האינטרנט. מייד אדגים את יישום המבנה החשיבתי המתואר על הסוגיות השונות שנידונו בהצעת חוק מסחר אלקטרוני, ובפרק הבא אדגים זאת בהרחבה בסוגיית המיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני.

## 2. יישום המודל על הסוגיות שנידונו בהצעת חוק מסחר אלקטרוני

### (א) ביצוע פעולה משפטית באמצעות מסמך אלקטרוני

על-פי מודל ההתאמה האינטגרטיבי יש להבין תחילה את מידתו ועוצמתו של האתגר הטמון בביצוע פעולה משפטית באמצעות מסמך אלקטרוני, כדי לתת לו את המענה ההולם. להבנת, האתגר הוא בעוצמה נמוכה. העיקרון המנחה בביצוע פעולה משפטית הוא עיקרון בסיסי ופשוט של "רצון הצדדים". רצון זה יכול לבוא לידי ביטוי באין-ספור צורות שונות. צורת המסמך האלקטרוני היא אחת מן הצורות הללו, והיא אינה מציבה קשיים מיוחדים. בתי-המשפט מצוידים בכלים הטובים ביותר להתחקות אחר רצון הצדדים ולקבוע את התקיימותו בנסיבותיו של כל מקרה. יתר על כן, בתי-המשפט כבר קבעו לפני עשרות שנים כי פעולה משפטית וכריתת חוזה יכולות להיעשות גם באמצעים אלקטרוניים, והכירו בפעולות משפטיות ובכריתת חוזים שנעשו באמצעות פקס, טלפון או טלגרף.<sup>127</sup> אין לי ספק שבתי-המשפט יכירו ללא כל קושי מיוחד בפעולות משפטיות ובכריתת חוזים שנעשו באמצעות מסמך אלקטרוני, כל עוד המסמך מבטא ומשקף את רצון הצדדים, שהוא עיקר הדברים. כך אכן קבעה הפסיקה בערכאות הדיוניות.<sup>128</sup> לנוכח כל זאת אין כל צורך, לטעמי, בהוראת חוק שתקבע כי פעולה משפטית יכולה להיעשות גם באמצעות מסמך אלקטרוני. אין בכך כל ערך מוסף, מלבד הסרת ספק קלוש ביותר.

אך מעבר לעיקרון המרכזי האמור, שיכול להיקבע על-ידי הפסיקה, יש אתגרים חוזיים גלויים שעדיפה בהם קביעה מפורשת בחוק מסחר אלקטרוני ראוי. הדוגמה הראשונה לכך היא שאלת הזמן והמקום של כריתת חוזה במסמך אלקטרוני. גדר הספקות והאפשרויות בעניין זה רחב יותר, וחקיקה יכולה לתת מענה ודאי וברור לשאלות אלה. דוגמה שנייה עניינה בחוזים שנדרשת בהם צורה מיוחדת לכריתתם. בחוזים כאלה חקיקה יכולה להתאים את הצורה הנדרשת לעידן הדיגיטלי. הדוגמה השלישית עוסקת במצבים שבהם המחוקק מבקש למנוע ביצוע פעולות מסוימות באמצעות מסמך אלקטרוני מטעמי מדיניות מסוימים ומוֹבְנִים – גם לשם כך נדרשת חקיקה בחוק מסחר אלקטרוני. אכן, לצורך זה נוסח סעיף 4(ב) להצעת החוק ונקבעה התוספת השנייה, אם כי נדרש בהם כאמור שינוי שיבטיח קוהרנטיות ומנגנון עדכון ראוי.

מעבר לכך, ברור שבחוזים צרכניים יש צורך בהתערבות המחוקק לשם הגנה על הצרכן

127 ראו: ALAN DAVIDSON, THE LAW OF ELECTRONIC COMMERCE 30 (Cambridge University Press 2009).

128 ראו ת"א (שלום ת"א) Computer Sky EDV 29488/04 נ' חברת פריס מדיקל בע"מ (ניתן ביום 4.8.2005).

בעידן המסחר האלקטרוני. האתגרים בהקשר זה הם בחלקם אתגרים חדשים לגמרי בעלי אופי מיוחד, המחייבים קביעת נורמות חקיקתיות ראויות להגנה על הצרכן במסחר האלקטרוני.<sup>129</sup> כך, למשל, בסוגיה של "דואר זבל" ("spam"), שהוא פרסום בכוח לצרכנים, אין ביכולתה של הפסיקה לתת מענה הולם, ונדרשת חקיקה ראויה על-מנת לתת מענה ולהגן על הצרכנים. כך אכן עשה המחוקק הישראלי בחוקקו את חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 40), התשס"ח-2008,<sup>130</sup> אשר הטיל איסור והגבלות על משלוח דואר זבל, בהוראות מפורטות שאיזו בין שיקולי המדיניות השונים. כך גם, למשל, בשאלת ביטול עסקה צרכנית במסחר אלקטרוני התקבלה הגישה שיש מקום לתת מרווח גדול יותר לביטול העסקה על-ידי הצרכן,<sup>131</sup> והדבר מצא את ביטויו בתיקון לחוק הגנת הצרכן אשר הטיל חובות על המוכרים ב"מכר מרחוק" והעניק זכויות ביטול לצרכנים.<sup>132</sup> סוגיות צרכניות נוספות (כגון שמירת הפרטים של כרטיסי האשראי של הרוכשים בסחר אלקטרוני, חובת גילוי האינטרסים של כותבי הבלוגים בפרסום ובקידום של מוצרים, וכדומה)<sup>133</sup> מחייבות הסדרה חקיקתית, ובהסדרה כזו יש מקום ללמוד מהוראות אחרות בתחומי המשפט השונים שהתייחסו למסחר האלקטרוני, הן בישראל והן במשפט המשווה, כדי ליישם את רעיון האינטגרטיביות ולהפיק את התועלת הטמונה בו.

#### (ב) סייגים לאחריות אזרחית של ספק שירותי אינטרנט

נראה כי בסוגיה זו יש מקום להסדרה משולבת באמצעות קוד ומשפט. במסגרת ההסדרה באמצעות הקוד יש מקום לעשות שימוש נרחב בטכנולוגיה כדי לסנן חומר אסור, כגון חומר פורנוגרפי מובהק. טכנולוגיות הסינון התפתחו באופן משמעותי בשנים האחרונות, והן מתאפיינות ברמת דיוק גבוהה, ולכן ניתן לצמצם באמצעות הקוד את החומר האסור ולהציב איוון התחלתי בין חופש הביטוי לבין הזכויות האחרות.<sup>134</sup>

- 129 ראו: Christine Riefa & Julia Hornle, *The Changing Face of Electronic Consumer Contracts in the Twenty-first Century: Fit for Purpose?* in LAW AND THE INTERNET 89 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., Hart Publishing, 3rd ed. 2009); שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" מחקרי משפט כה 431 (2009).
- 130 ס"ח 2153, התשס"ח 518.
- 131 ראו ע"פ (מחוזי מרכז) 6975-05-09 בסט פור יו סחר אלקטרוני בע"מ נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 15.2.2010).
- 132 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 7), התשנ"ח-1998 (ס"ח 1679 התשנ"ח 298), וכן תיקונים נוספים שעיצבו את הנוסח הקיים של סעיף 14 לחוק הגנת הצרכן. להרחבה ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקות צרכניות: רגישות מוצדקת או נצחון פירוס" עיוני משפט לב 127 (2010).
- 133 ראו: Federal Trade Commission Endorsement and Testimonial Guides, 74 Fed. Reg. 53, 124, 16 C.F.R. 255.
- 134 ראו: Lilian Edwards, *Pornography, Censorship and the Internet*, in LAW AND THE INTERNET 623 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., Hart Publishing, 3rd ed. 2009).

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

על רובד ההסדרה הטכנולוגית יש להוסיף רובד משפטי. לדעתי, בתחום זה של אחריות אזרחית של ספק שירותי אינטרנט אין די בדין הקיים, ויש צורך בחקיקה חדשה, שכן השאלות המתעוררות בתחום זה יש בהן חידוש רב. הסיטואציה של הפצת תוכן ומידע בצורה חופשית ונרחבת באינטרנט באמצעות מתווכים שונים שאינם יוצרי התוכן ואינם שולטים בהפצתו היא סיטואציה חדשה, ואין לה מקבילה קרובה בעידן שלפני האינטרנט. הדינים הקיימים יכולים להוות מסגרת ראשונית למתן מענה לשאלות החדשות, אך יש בהחלט צורך בתוספת חקיקתית משמעותית שתיתן מענה הולם, ואי־אפשר להסתפק לעניין זה בפיתוח פסיקתי. על המחוקק הישראלי לקבוע את גבולות האחריות של הספקים, עליו לקבוע גם את גבולות הסינון המותר על־ידי הספקים, ועליו להסדיר לא מעט שאלות וקושיות נוספות שמחייבות איזון בין מגוון זכויות־יסוד.

בבואו לחוקק את החקיקה החדשה בסוגיה זו, מובן כי על המחוקק לאזן בין הזכויות המתנגשות השונות: חופש הביטוי, חופש העיסוק, הזכות לשם טוב, זכות הקניין, זכויות ילדים וזכויות נוספות. עליו לשקול את שיקולי המדיניות השונים, ולהתחשב בקשיים שהמתווכים הדיגיטליים ניצבים בפניהם בכל הנוגע בפיקוח על התוכן המועלה על־ידי הגולשים. כמו־כן עליו לשקול את האיזונים העכשוויים שנעשו במדינות העולם השונות בהקשר זה, וכמצוות המודל האינטגרטיבי המוצע, עליו לשקול גם את הדינים הישראליים השונים שפותחו לאינטרנט, ולקבוע חוק שמשלב עם דינים אלה.

#### (ג) חובת שמירת סודיות לעניין פרטיו של מפיץ מידע

גם כאן יש לשקול תחילה את אמצעי ההסדרה השונים, ולבחור את האמצעים המתאימים לסוגיה הנבחנת. לדעתי, בשאלת פרטיותו של מפיץ המידע יש מקום להסדרה עצמית ולהסדרה משפטית. ההסדרה העצמית יכולה להוות בעניין זה ראשית מענה: כל אתר יקבע ויפרסם את מדיניות הפרטיות שלו בצורה בולטת, והמשתמשים יהיו מודעים לכללים החלים באותו אתר.

עם זאת, אי־אפשר להשאיר את הסוגיה להסדרה עצמית בלבד, ויש צורך בנדבך משפטי. כשלעצמי, אני רואה בשאלת פרטיותו של מפיץ המידע אתגר אשר משנה את המסגרת הנורמטיבית המוכרת מן היסוד. לדעתי, יש בסיס נורמטיבי מוצק דיו להכריע בשאלה חדשה זו באמצעות פיתוח פסיקתי של הכלים הקיימים. ברמה המהותית בית־המשפט נדרש לאזן בין זכויות־יסוד מתנגשות, וזאת הוא הרי עושה כעניין שבשגרה. אולם כיום, לנוכח דעת הרוב בפרשת מור, נראה שהתערבות המחוקק בסוגיה זו רצויה ואף הכרחית, כדי לקבוע את האיזון ולהגן על זכויות־היסוד בדבר שם טוב וקניין ועל זכויות אחרות, ולהגשים אחידות וודאות.

## פרק ה: מודל ההתאמה האינטגרטיבי למיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי<sup>135</sup>

בפרק זה אני מבקש להחיל את המתווה המחשבתי המוצע על-ידי להסדרת סוגיות אינטרנטיות על סוגיית המיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני. היישום בסוגיה זו, שמעסיקה אותי רבות במחקריי, יהיה מורחב בנסיבות העניין. אפתח בתיאור קצר של משטר המיסוי הבין-לאומי; אמשך בהצגת האתגרים של מיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי; לאחר-מכן אעמוד על המענה שניתן לאתגרים בספרות הקיימת; ולבסוף אפתח את מודל ההתאמה האינטגרטיבי למיסוי המסחר האלקטרוני על נדבכיו השונים.

### 1. משטר המיסוי הבין-לאומי

משטר המיסוי הבין-לאומי הקיים<sup>136</sup> מעוגן ברשת מסועפת של אמנות מס דו-צדדיות וכן בדין הפנימי של המדינות השונות.<sup>137</sup> אמנות המס והדין הפנימי הם שני המקורות הראשיים למשטר המיסוי הבין-לאומי.<sup>138</sup> על-פי המשטר הקיים, מקובלות שתי זיקות המקנות סמכות מיסוי: הזיקה הטריטוריאלית (Territorial Taxation — Source-Based Taxation) והזיקה הפרסונלית (Personal Taxation — Residence-Based Taxation). על-פי הזיקה הטריטוריאלית, יש למדינה סמכות למסות הכנסה אשר הופקה<sup>139</sup> בתחומה הטריטוריאלית.<sup>140</sup>

- 135 פרק זה מבוסס על מאמר קודם שפרסמתי: Rifat Azam, *E-commerce Taxation and Cyberspace Law: The Integrative Adaptation Model*, 12 Va. J. L. & Tech. 5 (2007).
- 136 לסקירה כללית ובסיסית של משטר המיסוי הבין-לאומי הקיים ראו צילי דגן מיסוי בינלאומי (רמות, 2004); BRIAN ARNOLD & MICHAEL MCINTYRE, INTERNATIONAL TAX PRIMER (Kluwer); ADRIAN OGLE, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL TAX: A MULTINATIONAL PERSPECTIVE (Interfisc Publishing, London, 1998); ROY ROHATGI, BASIC INTERNATIONAL TAXATION (Kluwer Law International, The Hague, 2002).
- 137 JINYAN LI, INTERNATIONAL TAXATION IN THE AGE OF ELECTRONIC COMMERCE: A COMPARATIVE STUDY 32–34 (Canadian Tax Foundation 2003).
- 138 כאשר מדובר במדינה אירופית, דיני האיחוד האירופי הם מקור שלישי חשוב בעיצובה של סמכות המיסוי הבין-לאומי. ראו: RICHARD DOERNBERG ET AL., ELECTRONIC COMMERCE AND MULTIJURISDICTIONAL TAXATION 72–73 (Ifa & Kluwer Law International 2001).
- 139 לעיתים נקבעת זיקה טריטוריאלית נוספת על זיקת ההפקה, כגון זיקת הקבלה, שהייתה נהוגה בדין הישראלי עובר ל-1.1.2003, ואשר קבעה כי הכנסה שהתקבלה לראשונה בישראל חייבת גם היא במס ישראלי, יהא מקום הפקתה אשר יהא.
- 140 ההצדקה העיקרית למיסוי הטריטוריאלית מקורה בתרומתה של מדינת המקור לתהליך ההפקה של ההכנסה בשטחה על-ידי מתן התשתית המתאימה. כמו-כן, מיסוי זה מקדם ניטרליות בייבוא הון, במובן זה שהון מיובא של משקיע זר והון מקומי של משקיע מקומי זוכים באותו טיפול מס. לכן ההשקעות המקומיות ייעשו על-ידי המשקיע הטוב ביותר, ובכך יש יעילות

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

על-פי הזיקה הפרסונלית, יש למדינה סמכות למסות את הכנסת תושביה<sup>141</sup> בכל מקום בעולם.<sup>142</sup>

בהתקיים שתי זיקות המיסוי, הטריטוריאלית והפרסונלית, יכול להיווצר מצב של מיסוי כפול: מדינת המקור ממסה את ההכנסה מכוח זיקה טריטוריאלית, ומדינת התושבות ממסה אותה הכנסה מכוח זיקה פרסונלית.<sup>143</sup> לאחר משא-ומתן מייגע והתנגשות בין האינטרסים של המדינות המפותחות והמדינות המתפתחות, התקבלה במודל האמנה של ה-OECD, שעליו נסמכות רוב האמנות הדו-צדדיות בעולם המערבי, הפשרה הבאה: באשר להכנסות אקטיביות, זכות המיסוי הראשונית נתונה למדינת המקור, והזכות השנייה נתונה למדינת התושבות, אשר תעניק זיכוי בגין המס שגבתה מדינת המקור, כדי להתמודד עם המיסוי הכפול; ואילו באשר להכנסות פסיביות, זכות המיסוי הראשונית נתונה למדינת התושבות, ולמדינת המקור יש זכות מוגבלת למיסוי במקור בשיעורים נמוכים.<sup>144</sup>

#### (א) כללי מקור (Source Rules)

למושג "מקור" אין הגדרה ברורה. לפי ההבנה הבסיסית, המקור הוא מקום הפעילות הכלכלית המצמיחה את ההכנסה. בהתאם לכך, כללי המקור מבוססים בעיקרון על זיקה כלכלית. כללי המקור באמנות הבחינו בין סוגי ההכנסה השונים, כגון הכנסה מעסק, הכנסה מתמלוגים, הכנסה מריבית, הכנסה מדיבידנד וכדומה. לכל סוג הכנסה נקבע כלל מקור שונה. כך, למשל, כלל המקור באשר להכנסה מנכסים נייחים הוא מקום הימצאו של הנכס, משום שבמקום זה נמצא הנכס אשר מניב כלכלית את ההכנסה; כלל המקור באשר להכנסת עבודה הוא מקום ביצוע העבודה, משום שבמקום זה מתרחשת הפעילות הכלכלית המצמיחה

---

כלכלית. נוסף על כך, המיסוי הטריטוריאלית הוא בריישיום, שהרי מקור ההכנסה נמצא בטריטוריה של המדינה. המושג המרכזי במיסוי זה הוא "כללי המקור", הקובעים את מקורה של כל הכנסה והכנסה, ובהתאם לכך את המדינה המוסמכת למסותה.

141 לעיתים הזיקה הפרסונלית מבוססת על אזרחות, במקום תושבות או נוסף עליה.

142 ההצדקה למיסוי פרסונלי מקורה בהסכמתו של התושב להיות חלק מקהילה ולהשתתף במימון הוצאותיה. כמו-כן, מיסוי זה מגשים צדק בין יחידים על-פי אמת-המידה של היכולת לשלם, משום שהיכולת לשלם צריכה להימדד על בסיס גלובלי. ברוח דומה נטען כי המיסוי הפרסונלי מתבקש מכוח הרעיון שמש הכנסה צריך להיות מס על בסיס כולל, דהיינו, מס הממסה כל תוספת לעושר של הנישום. נוסף על כך, סמכות מיסוי פרסונלית מקדמת יעילות כלכלית גלובלית משום שהיא מקיימת ניטרליות בייצוא הון, במובן זה שהון מקומי והון המיוצא אל מחוץ למדינה זוכים באותו טיפול מס. מושג-המפתח במשטר זה הוא "תושבות".

143 כפל מס יכול להיווצר גם במצבים שבהם שתי מדינות או יותר רואות בנישום תושב שלהן או רואות את ההכנסה כמופקת בשטחן.

144 בהעדר אמנה יחול מיסוי כפול בשיעורים גבוהים על-פי הדינים הפנימיים של המדינות המעורבות. עם זאת, על-פירוב, גם בסיטואציה כזו תינתן הקלה במיסוי כפול באמצעות הדין הפנימי של מדינת התושבות. כך, למשל, הדין הפנימי הישראלי מעניק לתושב ישראל זיכוי בגין המס הזר ששילם למדינת חוץ על הכנסת חוץ, כאמור בס' 196-214 לפקודת מס הכנסה.

את ההכנסה; כלל המקור באשר להכנסה מעסק נקבע ככלל מוסד־הקבע (Permanent Establishment).<sup>145</sup>

בהעדר אמנה יחולו כללי המקור על-פי הדין הפנימי. כך, בישראל, בסעיף 4א(א) לפקודת מס ההכנסה (להלן: הפקודה), קבע המחוקק הישראלי את כללי המקור הקובעים מתי יראו הכנסה כמופקת בישראל. כך, בסעיף 4א(א)(1) לפקודה נקבע כי כלל המקור באשר להכנסה מעסק לפי סעיף 2(1) לפקודה הוא מקום הפעילות העסקית אשר מצמיחה את ההכנסה; בסעיף 4א(א)(2) נקבע כי כלל המקור להכנסת עבודה לפי סעיף 2(2) הוא מקום ביצוע העבודה; בסעיף 4א(א)(3) נקבע כי כלל המקור להכנסה ממתן שירותים הוא מקום ביצוע השירותים; ובסעיף 4א(א)(5) נקבע כי כלל המקור להכנסת ריבית לפי סעיף 2(4) הוא מקום מושבו של משלם הריבית. מכאן, לצורך המיסוי הטריטוריאלי על-פי הדין הפנימי הישראלי, יש לסווג תחילה את ההכנסה למקורה המתאים בסעיף 2 לפקודה, ולאחר-מכן להחיל עליה את כלל המקור המתאים על-פי סעיף 4א(א) לפקודה.

#### (ב) מוסד־קבע (Permanent Establishment)

במודל האמנה של ה-OECD הוגדר מושג זה במילים אלה:

"fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on."<sup>146</sup>

הגדרה זו כוללת שלושה רכיבים: האחד, מקום עסקים (place of business) – מעין תשתית פיזית מסוימת שבה העסק מתקיים; השני, קבוע (fixed) – נדרשת מידה מסוימת של קביעות בעסק, הן קביעות במקום הן קביעות בזמן; השלישי, קיום העסק במקום<sup>147</sup> – הפעילות העסקית צריכה להתקיים במקום העסק הקבוע.<sup>148</sup> התכלית המונחת ביסוד כלל המקור של "מוסד־הקבע" היא כפולה: ראשית, מוסד־קבע מצביע על קיומה של פעילות עסקית במדינה מסוימת, פעילות המצמיחה את ההכנסה העסקית; שנית, מוסד־קבע מצביע על כך שהקשר למדינה אינו קשר שולי או זמני, אלא קשר מהותי ומתמשך. בכך כלל המקור של מוסד־הקבע מבקש לאזן בין מצב של העדר מיסוי במדינת המקור של פעילות

145 ראו: ARVID SKAAR, PERMANENT ESTABLISHMENT: EROSION OF A TAX TREATY PRINCIPLE (Kluwer, Boston, 1991).

146 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital* (2003) (להלן: מודל האמנה של ה-OECD).

147 SKAAR, לעיל ה"ש 145, בעמ' 103-104; DOERNBERG ET AL., לעיל ה"ש 138, בעמ' 204-207.

148 נוסף על כך, מוסד־קבע יכול להתקיים באמצעות סוכן תלוי (dependent agent). הסוכן התלוי אינו עצמאי, אלא קשור לחברה, ויש לו סמכות לפעול בשמה, ובכלל זה לקשור חושים בשמה.



משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

מהותית המתרחשת בה לבין מצב של מיסוי יתר במספר רב של מדינות רק משום שלמדינה יש קשר כלשהו להפקת ההכנסה.

### (ג) תושבות (Residency)

התושבות היא המפתח למיסי פרסונלי. תושבותו של נישום יחיד נקבעת באמנות המס על-פי מרכז חייו – המקום שאליו נקשרים חייו הכלכליים, התרבותיים והמשפחתיים במידה הרבה ביותר. תושבותו של תאגיד נקבעת על-פי מקום ההתאגדות (incorporation) או מקום השליטה והניהול של התאגיד (management and control) (סעיף 4 למודל האמנה של ה-OECD).<sup>149</sup> גם בישראל, לאחר רפורמת המיסי הפרסונלי משנת 2003, הגדיר המחוקק את תושבותו של נישום יחיד על-פי מרכז חייו,<sup>150</sup> ואת תושבותו של תאגיד על-פי מקום התאגדותו או על-פי מקום השליטה והניהול של עסקיו.

## 2. האתגרים של מיסוי המסחר האלקטרוני

לצורך הדיון אבקש להגדיר מסחר אלקטרוני כ"כל עסקה כלכלית הנעשית כולה או חלקה תוך שימוש ברשת האינטרנט". הרכיב הראשון בהגדרה זו עניינו בעסקה כלכלית. עסקה היא תהליך הבנוי מכמה שלבים: תחילתו במשא-ומתן; המשכו בכריתת חוזה העסקה; לאחר-מכן מתבצע התשלום; ולבסוף – קיום החוזה על כל תנאיו. הרכיב השני בהגדרה הוא הרכיב המבדיל את המסחר האלקטרוני מן המסחר ה"רגיל", ועניינו דרך הסחר. המסחר האלקטרוני נעשה תוך שימוש ברשת האינטרנט. הרכיב השלישי הוא רכיב המבהיר איזה חלק מהעסקה נעשה תוך שימוש באינטרנט – חלקה או כולה – שכן אפשר שכל

149 דברי ההסבר למודל האמנה של ה-OECD, לעיל ה"ש 146, מוסיפים ומבהירים את משמעותו של "מקום השליטה והניהול". נקבע בהם כי זה המקום שבו מצויים בכירי החברה ושבו מתקבלות ההחלטות המהותיות באשר לניהולה. אינדיקציות אלה ואחרות יש בהן כדי ללמד על מקום השליטה והניהול, אך לעולם יש לשקול את כל הנסיבות והאינדיקציות הרלוונטיות ולהכריע על-פי המכלול בכל מקרה לגופו. מודל האמנה מוסיף עוד וקובע כללי "שובר-שוויון" (tiebreaker rules) המיועדים למנוע מצב של תושבות כפולה לצורכי מס.

150 לעניין קביעת מרכז חייו של יחיד יובא בחשבון מכלול קשריו המשפחתיים, הכלכליים והחברתיים, ובכלל זה: (א) מקום ביתו הקבוע; (ב) מקום המגורים שלו ושל בני משפחתו; (ג) מקום עיסוקו הרגיל או הקבוע או מקום העסקתו הקבוע; (ד) מקום האינטרסים הכלכליים הפעילים והמהותיים שלו; (ה) מקום פעילותו בארגונים, באיגודים או במוסדות שונים. כן נקבעו חוקות הניתנות לסתירה שלפיהן מרכז חייו של יחיד הוא בישראל: (א) אם שהה בישראל בשנת המס 183 ימים או יותר; (ב) אם שהה בישראל בשנת המס 30 ימים או יותר, וסך כל תקופת שהייתו בישראל בשנת המס ובשנתיים שקדמו לה הוא 425 ימים או יותר. ראו בהקשר זה ע"א 477/02 גונן נ' פקיד שומה חיפה, מיסים כ' 1/ ה' 71 (2006); עמ"ה 943/59 סטודנט נ' פ"ש חיפה, פ"מ נג 260; עמ"ה 300/91 רו נ' פקיד שומה ת"א, מיסים 1/ ה' 104 (1995).

שלב העסקה ייעשו תוך שימוש ברשת האינטרנט, ואפשר שרק חלק ממנה ייעשה ברשת האינטרנט. אבקש להדגיש כי על-מנת שעסקה תיחשב למסחר אלקטרוני, אותו חלק ממנה שנעשה ברשת צריך להיות מהותי לכריתת העסקה ו/או לביצועה.

לצורך הדיון אבקש גם להבחין בין שלושה סוגים מרכזיים של מסחר אלקטרוני: מסחר אלקטרוני במוצרים מוחשיים,<sup>151</sup> מסחר אלקטרוני במוצרים לא-מוחשיים<sup>152</sup> ומסחר אלקטרוני בשירותים.<sup>153</sup> הבסיס של שלושת הסוגים האמורים דומה במהותו, ועיקרו שימוש ברשת האינטרנט לביצוע העסקה. ההבדל בין הסוגים השונים הוא במידת השימוש והמעורבות של האינטרנט בעסקה: במסחר אלקטרוני במוצרים מוחשיים האינטרנט משמש על-פי-רוב להזמנה ולתשלום, אך המוצר הפיזי והמשלוח נעשים בעולם המוחשי; ואילו במסחר אלקטרוני במוצרים לא-מוחשיים ובשירותים גם משלוח המוצר או מתן השירות נעשים על-פי-רוב ברשת האינטרנט וללא קיום פיזי.

מן האמור לעיל ניתן ללמוד על המאפיינים המרכזיים של המסחר האלקטרוני אשר רלוונטיים לדיני המיסוי הבין-לאומי: גלובליות,<sup>154</sup> וירטואליות,<sup>155</sup> אנונימיות,<sup>156</sup> אי-

151 למשל, נניח שהאתר Amazon.com מוחזק על-ידי חברה אמריקאית בשרת הנמצא בסניגפור. תושב ישראל מתחבר לרשת האינטרנט, נכנס לאתר, מזמין ממנו ספר ומשלם באמצעות כרטיס אשראי או בכסף אלקטרוני. הספר נשלח ממחסן החברה בצרפת, למשל, ומגיע ליעדו בישראל אחרי שבוע ימים. במרכז עסקה זו עומד מוצר מוחשי, הוא הספר. מוצר זה קיים פיזית ונשלח פיזית ממחסני החברה בצרפת אל הלקוח בישראל. הרכיבים האלקטרוניים בעסקה הם ההזמנה והתשלום.

152 למשל, נניח שקיימת חברה ישראלית בשם Software.co.il, המפתחת תוכנות מחשב במרכזי הפיתוח שלה בישראל, בהודו ובמקומות שונים בעולם. לקוח גרמני נכנס לאתר האינטרנט של החברה, הזמין תוכנה, שילם באמצעות כרטיס אשראי או בכסף אלקטרוני, ואז הוריד למחשבו האישי את התוכנה. בעסקה זו הן ההזמנה, הן התשלום והן המשלוח נעשו ברשת האינטרנט.

153 למשל, נניח שקיים מומחה ישראלי לתוכנות מיקרוסופט שמפעיל אתר אינטרנט בשם MicrosoftHelp.co.il. לקוחות שונים בעולם מתחברים לאתר. תמורת תשלום חד-פעמי או מנוי שנתי הם מתחברים בשיחת וידאו אינטרנטית אל המומחה הישראלי, והלה משיב להם על כל שאלה שיש להם בעניין הפעלת התוכנות. ביסודה של עסקה זו עומד שירות התמיכה שהמומחה הישראלי נותן ללקוחות השונים בעולם. הזמנת השירות, התשלום והשירות עצמו נעשים ברשת האינטרנט. נותן השירות (המומחה הישראלי) ומקבל השירות (הלקוח) הם כמובן אנשים אשר קיימים פיזית במדינות טריטוריאליות.

154 ראו Doernberg et al., לעיל ה"ש 138, בעמ' 6; Aziz Nishtar, Taxation of Income from International Electronic Commerce 11 (Harvard Law School, LLM Thesis, supervised by Prof. Reuven Avi Yonah, 2000).

155 ראו Doernberg et al., לעיל ה"ש 138, בעמ' 7; Elizabeth Longworth, *The Possibilities for a Legal Framework for Cyberspace – Including a New Zealand Perspective*, in *The International Dimensions of Cyberspace Law* 9, 14–15 (Unesco Publishing, 2000).

156 ראו Longworth, שם, בעמ' 15–16; Arthur J. Cockfield, *Designing Tax Policy for the*

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

ריכוזיות, התפתחות והתקדמות מואצת.<sup>157</sup> מאפיינים אלה עומדים ביסוד האתגרים שהמסחר האלקטרוני מציב בפני משטר המיסוי הבין-לאומי, וככל שמידתם של מאפיינים אלה רבה יותר בעסקה נתונה כן האתגרים שעסקה זו מציבה רבים וקשים יותר. אתגרים אלה ניתנים לסיווג לשלוש קבוצות מרכזיות: האתגר הפוזיטיבי, שעניינו ביכולת של משטר המיסוי הבין-לאומי הקיים למסות את הסחר האלקטרוני; האתגר הנורמטיבי, שעניינו בשאלה אם משטר המיסוי הבין-לאומי הקיים ראוי לחול על המסחר האלקטרוני הבין-לאומי; והאתגר הבין-לאומי, שעניינו ביכולת לגבש הסכמה בין-לאומית רחבה סביב משטר המיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני. להלן נעמוד על אתגרים אלה ביתר הרחבה.

#### (א) האתגר הפוזיטיבי

1. סיווג הכנסות – הקושי מתעורר באשר למסחר אלקטרוני במוצרים לא-מוחשיים ובשירותים. אפשרויות העיצוב של עסקות המסחר האלקטרוני במוצרים אלה הן רבות ורחבות, וקטגוריות הסיווג המסורתיות לא צפו את האפשרויות וההתפתחויות האלה.<sup>158</sup> כך, למשל, במסחר אלקטרוני בקובצי מוזיקה ניתן להוריד שיר למחשב האישי לשימוש בלתי-מוגבל, ניתן להוריד שיר לשמיעה למספר מוגבל של פעמים, ניתן להוריד שיר להפצה למספר מסוים של אנשים, ניתן לרכוש מינוי למאגר שירים המאפשר כניסה לאתר ושמיעה חופשית של שירים, ועוד. סיווג העסקות האמורות אינו פשוט כלל ועיקר – האם מדובר במכר של שיר, במתן זכות שימוש בלבד או שמא במתן שירות? אומנם, הקשיים המתוארים קיימים גם בעולם המוחשי, אך עוצמתם ותדירותם בעולם הווירטואלי של המסחר האלקטרוני גדלות.<sup>159</sup>
2. כללי מקור<sup>160</sup> – הקושי הראשון שהמסחר האלקטרוני מציב בהקשר של כללי המקור

---

*Digital Biosphere: How the Internet is Changing Tax Laws*, 34 CONN. L. REV. 333, 343 (2002); CHRIS REED, *INTERNET LAW: TEXT AND MATERIALS* 119–147 (Butterworths, London, 2000)

157 ראו Cockfield, שם, בעמ' 346–347.

158 John K. Sweet, *Formulating International Tax Laws in the Age of Electronic Commerce: The Possible Ascendancy of Residence-Based Taxation in an Era of Eroding Traditional Income Tax Principles*, 146 U. PA. L. REV. 1949, 1955–1960 (1998).

159 Arthur J. Cockfield, *The Law and Economics of Digital Taxation: Challenges to Traditional Tax Laws and Principles*, INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION BULLETIN 606, 613 (2002); Clayton W. Chan, *Taxation of Global E-Commerce on the Internet: The Underlying Issues and Proposed Plans*, 9 MINN. J. GLOBAL TRADE 233, 255 (2000); Diane M. Ring, *Exploring the Challenges of Electronic Commerce Taxation Through the Experience of Financial Instruments*, 51 TAX L. REV. 663, 666 (1996).

160 DOERNBERG ET AL., לעיל ה"ש 138, בעמ' 169–300; Sweet, לעיל ה"ש 158, בעמ' 1960–1972.

נוגע בהיגיון המונח בבסיסם. אין זה ברור שקיים קשר כלכלי בין המקום הקבוע בכלל המקור לבין הפעילות הכלכלית המניבה את ההכנסה במסחר האלקטרוני. הקושי השני נוגע באופיים של כללי המקור הקיימים ובמידת התאמתם למסחר האלקטרוני. כללי המקור מבוססים על מושגים פיזיים טריטוריאליים, ואילו במסחר האלקטרוני אין טריטוריה ואין קיום פיזי: המכר של מוצר לא-מוחשי באינטרנט נעשה ברשת האינטרנט, וקיים קושי לקשור אותו למקום פיזי זה או אחר; גם המכר של מוצר מוחשי נקשר מבחינת מקום לאינטרנט, והקשר למקום פיזי הוא חלקי ואינו מהותי ומרכזי בעסקה; והשירות בסחר האלקטרוני ניתן אף הוא ברשת האינטרנט, ואינו מזוהה עם מקום פיזי זה או אחר. אתגר זה מאיים על קיומו של המיסוי הטריטוריאלי בסחר האלקטרוני.<sup>161</sup>

3. מוסד-קבע – בעידן המסחר האלקטרוני ניתן למכור לכל לקוח בעולם דרך אתר האינטרנט מבלי להחזיק תשתית פיזית נרחבת במדינתו של הלקוח. זהו שינוי משמעותי ביותר, המציב אתגר גדול מאוד לקיום מיסוי טריטוריאלי של הכנסה עסקית על-פי מבחן "מוסד-הקבע".<sup>162</sup> גם אפשרות קיומו של מוסד-קבע על בסיס סוכן נתקלת בקושי משמעותי בעידן המסחר האלקטרוני, משום שהמסחר האלקטרוני מפחית באופן משמעותי את הצורך בסוכנים.

4. תושבות<sup>163</sup> – איני רואה קושי מיוחד שהמסחר האלקטרוני מציב בנוגע לתושבותו של היחיד. אותם קשיים הקיימים בעולם המוחשי באשר לקביעת תושבותו של היחיד קיימים גם בעולם הווירטואלי. עם זאת, קיים קושי בקביעת תושבותם של התאגידים בעולם הווירטואלי. באשר למבחן ההתאגדות, האתגר הוא בכך שניתן להתאגד בכל מקום בעולם, במיוחד במקלטי-מס, משום שאין משמעות רבה להתאגדות של חברת מסחר אלקטרוני. זאת, להבדיל מחברת סחר פיזי, שיש לה צרכים פיזיים רבים יותר, ולכן לקשר הפיזי שלה עם מקום התאגדותה יש חשיבות רבה יותר, ומכאן שמרווח

Kyrie Thorpe, *International Taxation of Electronic Commerce: Is the Internet Age* 161 *Rendering the Concept of Permanent Establishment Obsolete?* 11 EMORY INT'L. L. REV. 633, 652 (1997). ראו גם Li, לעיל ה"ש 137, בעמ' 516-519.

162 ראו Thorpe, שם, בעמ' 653-656; Sweet, לעיל ה"ש 158, בעמ' 1972-1973; Charles DOERNBERG ET AL., *Taxing the Future*, 51 TAX L. REV. 641, 656 (1996). ראו גם Chan, לעיל ה"ש 138, בעמ' 207-210; NISHTAR, לעיל ה"ש 154, בעמ' 11; Reuven Avi Yonah, *International Taxation of Electronic Commerce*, 52 TAX. L. REV. 507, 532-541 (1997); Charles E. McLure, *Taxation of Electronic Commerce: Economic Objectives, Technological Constraints, and Tax Laws*, 52 TAX. L. REV. 269, 353-355 (1997); Barrett Schaefer, *International Taxation of Electronic Commerce Income: A Proposal to Utilize Software Agents for Source-Based Taxation*, 16 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 111, 124-140 (2000); Nicolas DeBoynes, *International Tax Policy and the New Economy*, 2(2) GLOBAL JURIST FRONTIERS 10-15 (2002).

163 ראו DOERNBERG ET AL., לעיל ה"ש 138, בעמ' 301-305.

הפעולה שלה בבחירת מקום ההתאגדות מצומצם מזה של חברת מסחר אלקטרוני. באשר למקום השליטה והניהול, מושג זה הוא פיזי-טריטוריאלי בדומה למושג "מוסד-קבע" – הוא מניח שלחברה יש מרכז של שליטה וניהול הממוקם במקום פיזי מסוים. אולם כפי שראינו בהקשר של מוסד-הקבע, מציאות זו השתנתה בעידן המסחר האלקטרוני. אין עוד צורך בשליטה ובניהול במקום פיזי אחד כדי לנהל עסק של מסחר אלקטרוני. מכאן נובע שהמושג "שליטה וניהול" אינו מתאים לכללי המסחר האלקטרוני.<sup>164</sup>

5. אכיפה – הפיקוח, האכיפה והניהול של מיסוי בין-לאומי של המסחר האלקטרוני אינם מלאכה קלה כלל ועיקר.<sup>165</sup> הקושי הראשון נובע מאופיו הגלובלי של המסחר האלקטרוני, הגורם לכך שאין יכולת שליטה של מדינה אחת על הסחר. הקושי השני נובע מאופיו הווירטואלי של המסחר האלקטרוני. בשל אופי זה אין קיום פיזי ממשי שאפשר להפעיל עליו שליטה. הנכסים הפיזיים של חברות המסחר האלקטרוני מצומצמים מאלה של חברות הסחר המסורתיות, ומכאן שיכולת האכיפה ומימוש המיסוי לגבי חברות אלה היא מצומצמת. כמו-כן, לנוכח האופי הווירטואלי, יכולתן של רשויות המס לאתר את התרחשות העסקה ולדעת את פרטיה מצומצמת יותר. הקושי השלישי נובע מהאופי האנונימי של המסחר האלקטרוני. בהעדר נתונים על זהותם של הצדדים הרלוונטיים לעסקה, יכולתן של רשויות המס לאכוף את המס מוגבלת. הקושי הרביעי נובע מההתפתחות המהירה של האינטרנט ושל המסחר האלקטרוני, הן מבחינה טכנולוגית והן מבחינת היקף הסחר, דבר המצריך משאבים מיוחדים וגדולים להתמודדות עם התופעה. הקושי החמישי מקורו בגמישות הרבה ובניידות הגדולה של עסקי מסחר אלקטרוני. גמישות וניידות אלה מאפשרות לחברות המסחר האלקטרוני מרחב רחב של תכנוני מס. את רוב הכללים המשפטיים שייקבעו לצורך מיסוי המסחר האלקטרוני במסגרת המשטר הקיים יוכלו חברות המסחר האלקטרוני לעקוף בצורה לגיטימית על-ידי שינוי המבנה העסקי או מתכונת הפעילות שלהן.

#### (ב) האתגר הנורמטיבי

האתגר הנורמטיבי הראשון הוא הגשמת צדק אופקי וצדק אנכי<sup>166</sup> בין מי שמפיק הכנסה

164 ראו Li, לעיל ה"ש 137, בעמ' 510.

165 ראו McLure, לעיל ה"ש 162, בעמ' 317. ראו גם Doernberg et al., לעיל ה"ש 138, בעמ' 174-176; Arthur J. Cockfield, *Balancing National Interests in the Taxation of Electronic Commerce Business Profits*, 74 TUL. L. REV. 133, 162-163 (2000).

166 על צדק אופקי וצדק אנכי בדיני המיסים ראו: Louis Kaplow, *A Note on Horizontal Equity*, 1 FLA. TAX. REV. 191 (1992); Louis Kaplow, *Horizontal Equity: Measures in Search of a Principle*, 42 NAT'L TAX J. 139, 139-140 (1989); Richard A. Musgrave, *Horizontal Equity, Once More*, 43 NAT'L TAX J. 113, 113-114 (1990); Richard A. Musgrave, *Horizontal Equity: A Further Note*, 1 FLA. TAX. REV. 354 (1993); Paul R. McDaniel & James R. Repetti, *Horizontal and Vertical Equity: The Musgrave/Kaplow Exchange*, 1 FLA. TAX. REV. 607 (1993).

במסחר אלקטרוני לבין מי שמפיק הכנסה בסחר לא-אלקטרוני, שכן על-פי אמת-המידה של היכולת לשלם, העומדת ביסוד הגשמת הצדק במיסוי, אין הבדל בין יכולתו לשלם של מי שמפיק הכנסה מסוימת במסחר אלקטרוני לבין יכולתו לשלם של מי שמפיק הכנסה דומה בסחר מסורתי לא-אלקטרוני.

האתגר הנורמטיבי השני עניינו בהגשמת צדק בין המדינות.<sup>167</sup> ההיגיון הכלכלי בחלוקה הקיימת נסמך על תרומתן של מדינת התושבות ושל מדינת המקור לתהליך ההפקה של ההכנסה. אולם בסחר האלקטרוני, לנוכח אופיו כתופעה גלובלית וירטואלית, מצטמצמת תרומתן של המדינות האמורות לתהליך ההפקה של ההכנסה, ומכאן מתערערת ההצדקה למיסוי על-ידיהן ולחלוקת המס ביניהן. נוסף על כך, המשא-ומתן שהתקיים בשנות העשרים של המאה העשרים אינו משקף עוד את הסכמת המדינות כיום ואת איזון האינטרסים ביניהן במאה העשרים ואחת.

לבסוף, קיים אתגר בבניית מודל מס יעיל כלכלית על-פי המובנים הקלסיים, כלומר, מודל שיבטיח ניטרליות בייצוא הון או בייבוא הון,<sup>168</sup> ניטרליות בין סוגי המסחר האלקטרוני השונים וכן ניטרליות בין המסחר האלקטרוני לבין המסחר הלא-אלקטרוני.

#### (ג) האתגר הבין-לאומי

עיקר האתגר הבין-לאומי נעוץ בכך שמפאת אופיו הגלובלי והווירטואלי של הסחר, אין למדינה נתונה אחת יכולת להסדיר משפטית לבדה את מיסוי המסחר האלקטרוני, ויש צורך והכרח בשיתוף-פעולה בין-לאומי בין המדינות.<sup>169</sup> אלא ששיתוף-פעולה בין מדינות אינו עניין פשוט, בוודאי במישור המיסוי, שבו האינטרסים של המדינות השונות שונים ומגוונים, וברקע יש חששות מפני פגיעה אפשרית בריבונות.

167 על צדק בין מדינות בדיני המיסים ראו: Richard Musgrave, *Tax Equity with Multiple Jurisdictions*, in PUBLIC FINANCE IN A DEMOCRATIC SOCIETY: THE FOUNDATIONS OF TAXATION AND EXPENDITURE vol. 3, 210–214 (Edward Elgar Publishing, Inc. 2000); Richard Musgrave, *The Role of the State in Fiscal Theory*, in PUBLIC FINANCE IN A DEMOCRATIC SOCIETY: THE FOUNDATIONS OF TAXATION AND EXPENDITURE vol. 3, 3–17 (Edward Elgar Publishing, Inc. 2000); Nancy Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 L. & POL'Y INT'L BUS. 145 (1998).

168 על המושגים "ניטרליות בייצוא הון" ו"ניטרליות בייבוא הון" ראו: PEGGY B. MUSGRAVE, *TAXATION OF FOREIGN INVESTMENT INCOME: AN ECONOMIC ANALYSIS* (The John Hopkins Press, Baltimore, 1963); PEGGY B. MUSGRAVE, *UNITED STATES TAXATION OF FOREIGN INVESTMENT INCOME: ISSUES AND ARGUMENTS* (Harvard Law School, International Tax Program, Cambridge, 1969).

169 ראו: Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards the value added tax arrangements applicable to certain services supplied by electronic means, COM (2000) 349 final.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

### 3. המענה לאתגרים

#### (א) השרת כמוסד-קבע<sup>170</sup>

ה־OECD קיים ומקיים פרויקט נרחב ומקיף לגבי היבטיו השונים של מיסוי המסחר האלקטרוני.<sup>171</sup> התפיסה העקרונית היא כי יש לפעול במסגרת המשטר הקיים.<sup>172</sup> בהתאם לתפיסה זו הוצעה פרשנות של הכללים הקיימים בהקשר של תחולתם והתמודדותם עם אתגרי המסחר האלקטרוני, מבלי להכניס שינויים משמעותיים בכללים עצמם. כך, לעניין סיווג הכנסות נוספו סעיפים 17.1–17.4 לדברי ההסבר של מודל האמנה של ה־OECD, כדי להבהיר את ההבדל בין הכנסה מדמי שימוש בזכויות יוצרים (royalties) לבין הכנסה מעסק.<sup>173</sup> נוסף על כך פורסם נייר-העבודה שהכינה קבוצת-העבודה (TAG) שעסקה בנושא של סיווג הכנסות, שבו נותחו וסווגו עשרים ושמונה קטגוריות של עסקות במסחר אלקטרוני.<sup>174</sup> לעניין האתגר המרכזי בנוגע למושג "מוסד-קבע" הוצע שינוי בדברי ההסבר לסעיף 5 למודל האמנה של ה־OECD, ונקבע<sup>175</sup> כי אתר אינטרנט אינו מהווה ואינו יכול להוות מוסד-קבע,<sup>176</sup> אך ציוד החומרה, והשרת בכלל זה, יכול להוות מוסד-קבע אם: "an essential and significant part of the business activity of the enterprise as a whole, or where other core functions of the enterprise are carried on through the computer

OECD, TAXATION AND ELECTRONIC COMMERCE: IMPLEMENTING THE OTTAWA TAXATION 170  
FRAMEWORK CONDITIONS (2001) (hereinafter: OECD (2001)); OECD, *Are the Current  
Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce? Final Report*  
72 (2005), available at [www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf)

171 תהליך זה החל בנובמבר 1997, בוועידה שנערכה בטורקו, פינלנד, תחת הכותרת "Dismantling  
the Barriers to Global Electronic Commerce". בוועידה זו התקיים מפגש לא-פורמלי  
של נציגי ממשלות וגופים פרטיים לדיון באתגרי המסחר האלקטרוני ובהודמנויותיו. כשנה  
לאחר-מכן, באוקטובר 1998, התקיימה ועידת אוטווה תחת הכותרת "A Borderless World  
Realizing the Potential of Electronic Commerce". בוועידה זו סוכם כי ה־OECD  
הוא הארגון המתאים להובלת התיאום ושיתוף-הפעולה הבין-לאומי בנושא מיסוי המסחר  
האלקטרוני. הוקמו חמישה צוותים טכניים – Technical Advisory Groups (TAGs) –  
להמשך העבודה במסגרת ה־Committee of Fiscal Affairs (CFA). כן נקבעו העקרונות  
המנחים ומסגרת הדיון.

172 OECD (2001), לעיל ה"ש 170, בעמ' 11.

173 נקבע כי השאלה המרכזית היא מה ניתן כנגד התמורה: אם התמורה שולמה בעד הזכות  
להשתמש בזכות היוצרים, אזי ההכנסה היא הכנסה מדמי שימוש; לעומת זאת, אם השימוש  
היה זניה, והתמורה הייתה בגין זכות אחרת, אזי ההכנסה היא הכנסה מעסק.

174 OECD (2001), לעיל ה"ש 170, בעמ' 164–175.

175 שם, בעמ' 82–83.

176 ספרד ופורטוגל הסתייגו מכך, וסברו כי בנסיבות מסוימות גם אתר האינטרנט עצמו יכול  
להיחשב מוסד-קבע.

equipment".<sup>177</sup> הובהר<sup>178</sup> כי אין נדרשת נוכחות פיזית פרסונלית של אדם במקום השרת כדי שזה ייחשב מוסד-קבע.<sup>179</sup> כן נוסחו הבהרות והנחיות לעניין קביעת התושבות, במיוחד כאשר מדובר בתאגידים,<sup>180</sup> ולעניין שיטות האכיפה והניהול של משטר המס.<sup>181</sup> במקום אחר דנתי בהצעה זו, כמו-גם בהצעות הבאות, בהרחבה ובביקורתיות ולגוף העניין מנקודת-המבט של מדיניות המס ודיני המס.<sup>182</sup> במאמר כאן עיקר התזה אינה לגוף העניין מבחינת דיני המס, אלא בהיבט הכללי של הסדרת המסחר האלקטרוני. בהיבט זה אומר כי הצעת ה-OECD היא דוגמה לרגולציה אשר משמרת את הדין הקיים ועורכת בו שינויים מינימליים בלבד לצורך התאמתו לאינטרנט, וזאת בעיקר משיקולים של גיבוש הסכמה בין-לאומית נרחבת. אולם הניסיון האמפירי מלמדנו כי גישה מאולצת זו אינה מצליחה לתת תשובות ראויות לאתגרים,<sup>183</sup> ואינה מביאה לידי מיסוי אמיתי של המסחר האלקטרוני הבין-לאומי. שיעורים אלה צריכים להיות מופנמים על-ידי כל רגולטור המנסה להסדיר את האינטרנט, ובכלל זה על-ידי המחוקק הישראלי בנסיונו לחוקק את חוק המסחר האלקטרוני.

(ב) מיסוי במקור במקום מיסוי הצריכה<sup>184</sup>

פרופ' ראובן אבי-יונה מציע לבטל את ההבחנות בין סוגי ההכנסה השונים. לשיטתו, יש להתייחס לכל סוגי ההכנסה השונים המופקים במסחר אלקטרוני כאל הכנסה עסקית, ולהחיל עליהם אותו כלל מקור.<sup>185</sup> אבי-יונה סבור כי המושג "מוסד-קבע" לא יצליח למסות באופן יעיל מסחר אלקטרוני, וכי חלק-הארי של המסחר האלקטרוני לא ימוסה, בניגוד לעקרון המיסוי המקובל שלפיו כל הכנסה צריכה להיות ממוסה פעם אחת (The Single Tax Principle).<sup>186</sup> הצעתו היא על-כן לשנות מושג זה ולקבוע זיקה אחרת למיסוי הכנסה עסקית מסחר אלקטרוני. הוא מציע את זיקת המכירה למקום מסוים על-פי מקום הצרכנים של המוצרים או השירותים.<sup>187</sup> הצעתו של אבי-יונה היא אם כן להטיל מס במקור (Withholding

177 שם, בעמ' 84, פס' 42.8.

178 שם, בעמ' 83-84, פס' 42.6.

179 ראו גם DOERNBERG ET AL., לעיל ה"ש 138, בעמ' 210-212; Arthur J. Cockfield, *Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce*, 85 MINN. L. REV. 1171, 1187-1192 (2001).

180 OECD (2001), לעיל ה"ש 170, בעמ' 143-157.

181 שם, בעמ' 49-77.

182 ראו רפעת עזאם המיסוי הבינלאומי של המסחר האלקטרוני (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים - הפקולטה למשפטים, 2006).

183 ראו והשוו Cockfield, לעיל ה"ש 179, בעמ' 1194-1195. ראו גם Cockfield, לעיל ה"ש 159, בעמ' 608-609.

184 Avi Yonah, לעיל ה"ש 162.

185 שם, בעמ' 545.

186 שם, בעמ' 533-534.

187 שם, בעמ' 535-536.



משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

(Tax) על הכנסה מסחר אלקטרוני במדינת הצריכה של המוצרים או השירותים המסופקים בסחר האלקטרוני (Demand Jurisdiction), ובלבד שהכנסה אינה ממוסה על-ידי מדינת ההפקה.<sup>188</sup>

לענייננו, בהצעה זו יש שינויים משמעותיים יותר של הדין הקיים בניסיון לחוקק חוק מס שיתאים באופן מעשי למסחר האלקטרוני. הקושי המרכזי שבה טמון בהטלת מס הכנסה על-ידי מדינת הצריכה, שאינה המדינה המרכזית בהפקת ההכנסה. כמו-כן יש קשיים בפרטי ההצעה. לדוגמה, הניכוי במקור מוטל בה על ההכנסה ברוטו, דבר שעלול להטיל מס בהעדר כל רווח נטו.<sup>189</sup> אולם מנקודת-מבט של רגולציה, הדרך שבה הלכה הצעה זו ראויה לבחינה.

### (ג) מיסוי על-פי נוסחה

פרופ' ג'יניאן לי (Jinyan Li) בחנה בהרחבה את יסודותיו של משטר המיסוי הבין-לאומי בעידן המסחר האלקטרוני.<sup>190</sup> לטענתה, המסחר האלקטרוני מעצים בעיות קיימות במשטר המיסוי הבין-לאומי. על-כן, לדידה, האתגרים אינם מתייחסים רק למיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני, אלא למשטר המיסוי הבין-לאומי בכללותו בעידן הגלובליזציה.<sup>191</sup> לנכוח זאת היא טוענת כי יש צורך בחשיבה מחודשת בענייניו של משטר המיסוי הבין-לאומי,<sup>192</sup> ומציעה שינוי ביסודותיו של משטר זה. על-פי הצעתה,<sup>193</sup> יש להבחין בין הכנסות פסיביות (portfolio income) לבין הכנסות אקטיביות של חברות רב-לאומיות (MNEs business profits). על הכנסות פסיביות יש להטיל מס במקור (Uniform Withholding Tax UWT) — במדינת המקור, שתיקבע לפי מבחן תושבותו של המשלם.<sup>194</sup> באשר להכנסות האקטיביות, לעומת זאת, יש לחלק את סמכויות המיסוי בין המדינות בהתאם לנוסחה שתביא בחשבון אמות-מידה שונות, כגון אמצעי ייצור, הון ומכירות (Global Profit Split GPS) —). לטענתה של פרופ' לי,<sup>195</sup> משטר המיסוי הבין-לאומי המוצע על-ידיה יחלק את עוגת המס הבין-לאומי בין מדינות התושבות ומדינות המקור באופן צודק. נוסף על כך, המשטר פשוט וקל ליישום באופן שיגשים מיסוי הכנסות בין-לאומיות בדומה להכנסות מקומיות, כך שלא ייווצרו מיסוי-יתר או מיסוי-חסר של הכנסה בין-לאומית.

188 שם, בעמ' 539.

189 להרחבה בנוגע לביקורת על הצעה זו ראו: Stanley Katz, *International Taxation of Electronic Commerce: Evolution Not Revolution*, 52 TAX L. REV. 655 (1997).

190 Li, לעיל ה"ש 137.

191 שם, בעמ' 494.

192 שם, בעמ' 583-584.

193 שם, בעמ' 590.

194 בדומה לכלל המקור הקיים כיום ביחס לריבית ולדיבידנד. כך, למשל, אם ישראלי משלם ריבית למלווה אמריקאי, אוי הכנסת הריבית של האמריקאי היא הכנסה שמקורה הטריטוריאלי הוא בישראל.

195 Li, לעיל ה"ש 137, בעמ' 591.

פרופ' לי טוענת עוד כי המשטר המוצע על-ידיה הוא בבחינת התפתחות (evolution) של משטר המיסוי הבינ-לאומי הקיים, ולא בבחינת מהפכה (revolution) בו.<sup>196</sup> לטענתו, על-אף נסיונותיה של המחברת להמעיט בערכם ובחשיבותם של השינויים, הצעתה של פרופ' לי היא דוגמה לשינוי מהפכני של הדין הקיים בתחולתו על המסחר האלקטרוני. מהפכה זו לא הצליחה ולא התקבלה,<sup>197</sup> מטעמים מובנים, בלא קשר לנכונותה לגופו של עניין. חשוב ללמוד מכך כי הן המחוקקים והן צרכני החקיקה אינם בשלים למהפכות, ומעדיפים פיתוח מסגרות קיימות אשר מוכרות להם.

#### (ד) מיסוי פרסונלי בלעדי על בסיס תושבות

משרד האוצר האמריקאי הציע בשנת 1996 מעבר למיסוי פרסונלי בלעדי על בסיס תושבות,<sup>198</sup> כדי להתמודד עם האתגרים של מיסוי המסחר האלקטרוני.<sup>199</sup> נטען כי מעבר למיסוי פרסונלי על בסיס תושבות ייתר את המלאכה הקשה של עדכנו והתאמתו של המושג "מוסד-קבע" לסחר האלקטרוני.<sup>200</sup> נוסף על כך נטען כי המיסוי הפרסונלי מוצדק מהמיסוי הטריטוריאלי, שכן ביכולתו למדוד נכון יותר את היכולת לשלם, וכך לקיים פרוגרסיביות ראויה.<sup>201</sup>

אלא שגם גישה זו נחלה כישלון משום שאין בה שינוי אמיתי, וכל-כולה מתמצית בשינוי חלוקתה של עוגת המס בין המדינות. לפיכך הגישה לא התקבלה על-ידי המדינות המתפתחות, שהן יבואניות של מסחר אלקטרוני, משום שהיא נותנת יתרון משמעותי למדינות המפותחות, אשר מייצאות מסחר אלקטרוני באמצעות חברות תושבות במדינות אלה.

#### (ה) סיכום-ביניים

התשובות שניתנו עד כה לאתגרים התמקדו בדיני המס, ובדיני המס בלבד, בראייה חד-תחומית צרה. רוב ההצעות נשארו בגדר דיין האקדמי, ולא התקבלו פוזיטיבית בדין. עמדת ה-OECD קיבלה כאמור ביטוי פוזיטיבי בדברי ההסבר למודל האמנה של הארגון, והיא כיום הפרקטיקה הנוהגת. אולם ברמת התוצאות המעשיות לא הצליחה הגישה השמרנית של ה-OECD להביא לידי שינוי משמעותי במיסוי האפקטיבי של המסחר האלקטרוני

196 שם, בעמ' 619-620.

197 במובן זה שהיא לא מצאה כל עיגון פוזיטיבי במשטר המס הבינ-לאומי או המדינתי.

198 ראו: Department of the Treasury, *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce* (1996), available at [www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/internet.pdf](http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/internet.pdf).

ראו גם Cockfield, לעיל ה"ש 159, בעמ' 169.

199 ראו Sweet, לעיל ה"ש 158; Thorpe, לעיל ה"ש 161; Ine Lejeune et al., *Does Cyber-Commerce Necessitate a Revision of International Tax Concepts?* 38 EUR. TAX'N 50, (1998) 58.

200 Sweet, לעיל ה"ש 158, בעמ' 1993.

201 שם, בעמ' 1994.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

הבין-לאומי. זאת ללמדנו כי שמרנות רבתי אינה הפתרון. חשוב גם להדגיש כי רוב ההצעות התמקדו בניסיון לפתור את הקשיים המעשיים, ואילו הנופך הערכי הנורמטיבי נותר משני, מה שיצר מחלוקות קשות בין המדינות. אין זאת אלא ללמדנו כי ההיבטים הערכיים חשובים גם הם בהסדרה של המסחר האלקטרוני, וכי איזון האינטרסים בין המדינות הוא קריטי בהסדרה הבין-לאומית של המסחר האלקטרוני. מצוידים בשיעורים האמורים, וברצון להביא גישה אחרת, אפרט מייד את גישתי למיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי.

#### 4. מודל ההתאמה האינטגרטיבי

כאמור במתווה העיוני שהצעתי, השאלה הראשונה שעולה היא שאלת אמצעי ההסדרה הנכונים לאתגרי המיסוי של המסחר האלקטרוני הבין-לאומי. התשובה לכך מצויה בהסדרה משולבת של משפט וטכנולוגיה. הסדרה עצמית אינה רלוונטית משום שהפרטים אינם יכולים לקבוע את כללי המיסוי, ויש צורך בהתערבות הריבון על-מנת להטיל מס על פעילות המסחר ברשת. במדינה דמוקרטית הריבון מתערב ומחליט באמצעות המשפט, ומכאן הרובד המשפטי הנדרש להסדרת מיסוי המסחר האלקטרוני. נוסף עליו יש מקום לרובד טכנולוגי. באשר לרובד המשפטי, השאלה הנשאלת היא מה האמצעי המשפטי הנכון ביותר להסדרת נושא זה, ובצמוד לשאלה זו יש לתת את הדעת לתוכן ההסדר ולמדיניות שעומדת בבסיסו.

אני מציע לצאת מנקודת המוצא של מסגרת משטר המיסוי הבין-לאומי הקיים, ולהתאים מסגרת זו לסחר האלקטרוני. ההתאמה הנדרשת צריכה להיות אינטגרטיבית והרמונית ביחס להתאמות אחרות שנעשו בתחומי המשפט האחרים. בהתאמה זו יהיה שילוב של כלים אחדים: הנדבך הראשון בהצעה הוא נדבך פסיקתי, המתייחס להתפתחות המשפט בדרך המשפט המקובל. לעניות דעתי, הפסיקה היא הכלי הטוב ביותר להחלתם של כללי סיווג ההכנסות על עסקות המסחר האלקטרוני, ולהתאמת כללים אלה לסחר החדש, על נסיבותיו השונות והמשתנות. כן יש בפסיקה כדי לתת מענה והגדרות ברורות באשר לתושבותם של הגורמים הרלוונטיים. אלא שאין די בפסיקה כזו, ויש צורך בחקיקה נוספת כדי להתמודד בהצלחה עם האתגרים של "כללי המקור" ו"מוסד-הקבע" בעידן המסחר האלקטרוני. על-כן מוצע, בנדבך השני של המודל, לשנות את החקיקה, ולכוון את כללי המקור אל עבר הגורמים האנושיים המעורבים בסחר האלקטרוני ויתר גורמי הייצור, ככל שהם ניתנים לסיווג ולמיקום פיזי. על שני הנדבכים האמורים יש להוסיף את הנדבך השלישי, שהוא הנדבך הטכנולוגי, שנועד לחשוף את הסחר ופרטיו, למקם את הסחר במדינות הרלוונטיות ולחשוף את פרטי הצדדים של סחר זה – כל זאת על-מנת להקל את מלאכת ההתמודדות עם אתגרי האכיפה של משטר המיסוי הבין-לאומי. המיסוי העיקרי על-פי הכללים המוצעים הוא מיסוי על-ידי מדינת המוכרים, שהיא על-פי-רוב מדינה מפותחת. כדי לאזן מיסוי זה ולקיים צדק בין-מדינתי במשטר המס, יש להעניק נתח מיסוי גם למדינת הצרכנים, בדרך של מיסוי במקור בשיעור מסוים במדינת הצרכנים.<sup>202</sup> כל זאת יש לעשות במסגרת תהליך

202 על כל נדבך מנדבכי המודל ארחיב בהמשך.

של משא-ומתן בין-לאומי, בדומה לתהליך שהתקיים בשנות העשרים של המאה הקודמת, תוך שיתוף קהילת האינטרנט והתחשבות בעמדותיה, בניסיון לגבש הסכמה בין-לאומית שתהלוך את המאה העשרים ואחת ותעוגן באמנה בין-לאומית.<sup>203</sup> עד כאן באשר לשינויים הנדרשים בדיני האמנה למען מיסוי המסחר האלקטרוני הבין-לאומי. באשר לדין הפנימי הישראלי, המחוקק הישראלי יכול וצריך לעדכן את הוראות המיסוי הבין-לאומי בפקודת מס הכנסה לצורך התמודדות עם האתגרים. גם כאן יש ליישם את מודל ההתאמה האינטגרטיבי על הדין הפנימי. הפסיקה הישראלית תפתח את כללי סיווג ההכנסה, ושינוי חקיקתי ייעשה בסעיף 4א לפקודה, שכן אין די בכללי המקור הקיימים על-מנת להגיע למיסוי ראוי של הסחר האלקטרוני הבין-לאומי, אלא יש להוסיף כללי מקור מיוחדים שיסתמכו על מיקומם של הצדדים לעסקה.

(א) הנדבך הראשון – פיתוח של כללי סיווג ההכנסה וכללי התושבות על-ידי הפסיקה (משפט מקובל)

על-אף ההבדלים המשמעותיים בין משטר המיסוי הבין-לאומי לבין המסחר האלקטרוני, אין לומר כי למשטר הקיים אין כל תחולה על האינטרנט. להחלת המשפט הקיים יש יתרונות רבים, והניסיון מלמד כי בסוגיות שונות הוחל המשפט הקיים על האינטרנט בהצלחה יחסית, והפסיקה תרמה רבות בפרשנות ובפיתוח פסיקתי, כפי שראינו. פסיקה בין-לאומית פיתחה את הכללים המוכרים בדבר סמכות השיפוט הבין-לאומי.<sup>204</sup> פסיקה אמריקאית עשירה פיתחה את שאלת סמכות השיפוט בהקשר המדינתי הפנים-אמריקאי.<sup>205</sup>

203 ראו Azam, לעיל ה"ש 135.

204 ראו: UEFJ et LICRA v. Yahoo! Inc. et Yahoo France, Tribunal De Grande Instance [TGI] [ordinary court of original jurisdiction] Paris, May 22, 2000, N RG; Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1188 (2001); Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 379 F.3d 1120 (2004); Kevin A. Meehan, *The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction*, 31 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 345 (2008).

205 ראו: World Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980); International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945); Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc., 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996); Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc., 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996); Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997); Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc., 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997); Mink v. AAAA Development LLC, 190 F.3d 333 (5th Cir. 1999); GTE New Media Servs., Inc. v. Ameritech Corp., 44 F. Supp. 2d 313 (D.D.C. 1999); Desktop Technologies, Inc. v. Colorworks Reproduction & Design, Inc., 1999 U.S. Dist. LEXIS 1934 (E.D. Pa. 1999); Brintech, Inc. v. Kostiuk, 1999 WL 98572 (E.D. Pa. 1999); Calder v. Jones, 465 U.S. 783 (1984); Blakey v. Continental Airlines, Inc., 164 N.J. 38 (N.J. 2000); Nissan Motor Co. Ltd. v. Nissan Computer Corporation, 89 F. Supp. 2d 1154 (C.D. Cal. 2000); Smith v. Hobby Lobby Stores, Inc., 968 F. Supp. 1356 (W.D.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

בישראל קבע בית-המשפט בעניין לנדאו, בדרך של פרשנות הדין הקיים, כי יש לו סמכות מקומית בתביעת לשון-הרע באינטרנט, שכן החומר האסור מגיע לכל הארץ.<sup>206</sup> באופן דומה, בעניין רעות אלקטרוניקה<sup>207</sup> פסק בית-המשפט, בדרך של פרשנות והיקש מהדין הקיים, כי יש לו סמכות שיפוט מקומית בתביעה בגין הפרת זכות יוצרים באינטרנט, מפני שההפרה מתרחשת גם בתחום שיפוט.<sup>208</sup> בתי-המשפט בעולם מילאו תפקיד מרכזי ביותר גם בפיתוח תחולתם של דיני זכויות יוצרים באינטרנט.<sup>209</sup> תפקיד דומה מילאו בתי-המשפט בישראל בדיני זכויות יוצרים<sup>210</sup> ובסוגיות אחרות, כפי שהראינו בפרק ב לעיל. לאור כל זאת יש לבדוק את האתגרים במיטת הבין-לאומי, ולבחון אם לא ראוי שהפסיקה תתמודד עימם בגישה אינטגרטיבית והרמונית לתחומי המשפט השונים בטרם תיעשה פנייה לחקיקה חדשה.

לטענתי, הפסיקה יכולה להחיל את כללי המיטת הבין-לאומי הקיימים על המסחר האלקטרוני ולפתחם באופן הדרגתי לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ובכך מתבטא יתרונה. הפסיקה מאפשרת ללמוד מן הניסיון שנצבר, היא מאפשרת להתאים את הכללים בזהירות הנדרשת, והיא מעניקה פתרונות לנסיבות שייתכן כי אי-אפשר לצפות אותן מראש בתהליך החקיקה. גמישותה של ההתפתחות הפסיקתית מהווה את אחד היתרונות של נדבך זה בפרט ושל המודל האינטגרטיבי בכללותו. אך בצד היתרונות הגלומים בפתרונות פסיקתיים טמונים בהם גם חסרונות: החיסרון הבולט הוא חוסר הוודאות, שכן קשה

---

Ark. 1997); McDonough v. Fallon McElligott, Inc., 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1826 (S.D. Cal. 1996); People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc., 2000 WL 1030619 (N.D. Tex. 2000); Winfield Collection, Ltd. v. McCauley, 105 F. Supp. 2d 746 (E.D. Mich. 2000); Millenium Enterprises, Inc. v. Millenium Music L.P., 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999); Stephan Wilske & Teresa Schiller, *International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?* 50 FED. COMM. L.J. 117, 148–149 (1997); Andrew E. Costa, *Minimum Contacts in Cyberspace: A Taxonomy of the Case Law*, 35 HOUS. L. REV. 453 (1998); Michael Geist, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction* 20–21 (2001), available at [www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf](http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf)

- 206 בש"א (שלום ק"ג) 884/02 לנדאו נ' חסון (ניתן ביום 1.5.2002).
- 207 בש"א (מחוזי י"ם) 2841/03 רעות אלקטרוניקה ורכיבים בע"מ ואח' נ' מראות אימאג' בע"מ ואח' (ניתן ביום 14.12.2003).
- 208 ראו עוד יהונתן בר שדה האינטרנט והמשפט המסחרי המקוון 99–133 (1998); נאוה כהן-צוריאל "סמכות השיפוט באינטרנט" שערי משפט א 227 (תשנ"ח).
- 209 UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000); A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (Cal. 2000), 239 F. Supp. 3d 1004 (9th Cir. 2001).
- 210 ראו בש"א (מחוזי י"ם) 1011/05 סמילנסקי ואח' נ' ה.פ.א. נדל"ן בע"מ ואח' (ניתן ביום 7.4.2005); ת"א (שלום ת"א) 190227/02 פרחי גורדון בע"מ נ' פרחים כפר רות בע"מ (ניתן ביום 23.3.2003).

להעריך מראש את תוצאות הפסיקה. כמו-כן קיים חשש לפסיקות סותרות שיינתנו על-ידי הערכאות השונות של אותה מדינה, וביתר שאת – על-ידי בתי-המשפט של המדינות השונות. בית-המשפט עלול גם להימנע מפיתוח כאמור משום שיש בו "אקטיביזם שיפוטי" החורג מגבולות תפקידיו של בית-המשפט. דוגמה לשמרנות מופרות כזו ראינו בדעת הרוב בפרשת מור, וגישה דומה עלולה להינקט אף ביתר שאת בסוגיות מס או בסוגיות אחרות. לנוכח כל זאת אי-אפשר להשליך את כל ייבנו בהסדרת המיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני על הנדבך הפסיקטי, אך יש לו בהחלט תפקיד.

לדעתי, הנדבך הפסיקטי מתאים ביותר לפתרון אתגרים של סיווג הכנסות בעידן המסחר האלקטרוני, משום שבמקרים אלה אין מדובר באתגרים קונספטואליים עמוקים, אלא במגוון של נסיבות חדשות ומשתנות שצמחו על רקע העידן הדיגיטלי. על-כן פתרון המתאים צריך לבוא מן הפסיקה, אשר תשקול את הנסיבות השונות ותחיל עליהן את כללי הסיווג הקיימים לאור הרציונלים העומדים ביסודם. כמו-כן, הפסיקה היא כלי גמיש היכול להתאים את הדין הקיים בצורה הטובה ביותר לנסיבות חדשות ומשתנות שאי-אפשר לצפותן מראש. פתרון זה עדיף לטעמי על חקיקת כללי סיווג חדשים ומיוחדים לסחר האלקטרוני, שכן הפתרון החקיקטי אינו יכול לצפות את מגוון הנסיבות המתרחשות. הפתרון החקיקטי מחייב הכללה שקשה לעשותה בעניין כגון דא. ראינו לעיל את החקיקה שנעשתה במסגרת ה-OECD או בארצות-הברית בניסיון להקל את מלאכת הסיווג של ההכנסות בעידן המסחר האלקטרוני. אלא שהנוסח של חקיקה זו היה ארוך ומורכב למדי, ואיני בטוח שהוא לא הגביר דווקא את חוסר הבהירות של המסגרת הקיימת לסיווג הכנסות לפי מקורות ההכנסה השונים. הפסיקה, לעומת זאת, יכולה לספק פתרונות נקודתיים המותאמים בבירור לנסיבות העובדתיות המתהוות, תוך גילוי גמישות רבה בפתרון והתאמתו לכל נסיבה ונסיבה. אני סבור כי פתרון זה עדיף גם על הצעתו של פרופ' אבי-יונה, הקורא לביטול ההבחנות בין סוגי ההכנסה.<sup>211</sup> אומנם, הגיונם של הסיווגים השונים אינו ברור, אך הדבר נכון גם בעולם המוחשי. על-כן, כל עוד ההבחנות אינן מבוטלות בעולם המוחשי, אין מקום לביטולן בעולם הווירטואלי, על-מנת למנוע הפליה בין סוגי הסחר. כאמור, אני סבור כי ניתן להתמודד עם הקשיים על-ידי פיתוחם של כללי הסיווג הקיימים בפסיקה בתי-המשפט, שתבחן כל נסיבה ונסיבה רלוונטית. כך, למשל, בהינתן אתר אינטרנט שמעניק לגולשיו גישה למאגר ספרים בתמורה לתשלום חודשי קבוע, הפסיקה יכולה לקבוע אם הכנסותיו הן הכנסות מתמלוגים בגין מתן זכות שימוש בזכויות היוצרים של הספר או הכנסות ממתן שירותים.<sup>212</sup> הפסיקה יכולה להחיל את כללי הסיווג הקיימים על הסיטואציה המתוארת, ולהכריע בה הכרעה טובה.

הפיתוח הפסיקטי הוא בעיניי גם התשובה הנכונה לאתגר של הגדרת התושבות בעידן המסחר האלקטרוני. נראה כי בעידן הווירטואלי יש מקום שבתי-המשפט פתחו את ההגדרה הקיימת ויישמו אותה בכל מקרה לפי אופיו ונסיבותיו. הפסיקה יכולה לשקול את הנסיבות

211 ראו Avi Yonah, לעיל ה"ש 162.

212 נטייתי האישית היא לקבוע בסיטואציה המתוארת כי ההכנסה היא הכנסה משירותים, ולא מתמלוגים.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

השונות והמשתנות, ולהכריע בדבר קיומה או העדרה של תושבות. נראה כי זו ההתפתחות הנכונה ביותר, וזה לטעמי המענה ההולם ביותר לאתגר זה. באופן דומה וזהיר, בבוא הכנסת לדון בחקיקת חוק המסחר האלקטרוני, עליה לבחון את תחומי המשפט השונים ולראות מהן הסוגיות העולות בכל אחד מהם בהקשר של המסחר האלקטרוני, ועם אילו סוגיות הפסיקה יכולה להתמודד בכוחות עצמה ולפתח את הדין לגביהם. לגבי סוגיות כאלה על הצעת החוק להניח לבתי המשפט למלא את תפקידם בנושא, כפי שעשו מאות שנים בתחומים רבים ובטכנולוגיות שונות, וכפי שעשו בעשור האחרון מדינות העולם השונות בתחום האינטרנט. הצעת החוק לא נהגה כך, ואין זה ברור כלל ועיקר מה תפקיד הפסיקה ומה תפקיד החקיקה בעיצוב דיני המסחר האלקטרוני בישראל. שלוש הסוגיות שנכללו בהצעת החוק אינן הסוגיות היחידות שמחייבות חקיקה, וברור כי יש סוגיות נוספות לא מעטות שבהן אין די בפסיקה ויש צורך בהתערבות חקיקתית. סוגיות אלה צריכות להיכלל לאחר מחשבה רצינית בהצעה ראויה לחוק מסחר אלקטרוני.

#### (ב) הנדבך השני – שינוי של כללי המקור ושל נורמות אחרות על-ידי חקיקה

הנה-כי-כן נראה כי יש צורך בחקיקה חדשה לשם התמודדות עם המיסוי הבינ-לאומי של המסחר האלקטרוני. החקיקה הקיימת יכולה להוות מסגרת ונקודת מוצא עיקרית, אך לא נקודת סיום. יש אתגרים המערערים מאוד את הכללים הקיימים, ולכן יש צורך בהתאמה חקיקתית אשר תשנה את הכללים הקיימים ותיצור כללים חדשים לחלוטין. זה המצב, לדעתי, לגבי כללי המקור בכלל ולגבי הכלל של "מוסד-הקבע" בפרט. האתגרים בהקשרים אלה נובעים כאמור מהפגיעה ברציונלים העומדים ביסודם של הכללים, ומהעובדה שהכללים הקיימים מבוססים על מושגים פיזיים של מקום – מקום העסקה או מקומם של רכיבים ממנה, אשר נהפכו כעת לווירטואליים.

אכן, בתחומי משפט אחרים נעשתה התאמה חקיקתית לגבי תחום המחשבים והאינטרנט כדי להגשים ערכים, תכליות ומדיניות שהחברה מעוניינת בהם, משהתברר כי אין די במשפט הקיים כפי שהוא להגשים את השקפות החברה. דוגמה לכך היא התחום הפלילי, אשר בצד החלת עבירות קיימות על האינטרנט ופיתוחן הפסיקתי,<sup>213</sup> נקבעו בחקיקה חדשה עבירות חדשות לתחום המחשבים והאינטרנט. כך, בארצות-הברית נחקק ה-Computer Fraud and Abuse Act (1986), אשר קבע כעבירות חדשות כניסה למחשבים באופן בלתי-מורשה או מעבר לגבולות ההרשאה, השגת מידע על כרטיסי אשראי על-ידי גישה בלתי-מורשית וכדומה. בישראל נחקק כאמור חוק המחשבים, הקובע, בין היתר, כי העושה אחד מאלה עובר עבירה פלילית שעונש מאסר בצידה: "משבש את פעולתו התקינה של מחשב או מפריע לשימוש בו" (סעיף 1(א)); "חודר שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב" (סעיף 4). גם בנוגע לעבירת הפורנוגרפיה נחקקה בארצות-הברית חקיקה חדשה, ולא היה די בפיתוח הפסיקתי.<sup>214</sup> באנגליה ובסקוטלנד תוקן החוק האוסר "פרסום" חומר פורנוגרפי

213 עניין כהני, לעיל ה"ש 45.

214 Communications Decency Act, 47 U.S.C. § 230 (1998); Child Online Protection Act, 47 U.S.C. § 231 (1998); Children's Protection Act (2000). ראו בהקשר זה: Michael

כדי להכליל בו בצורה מפורשת העברה אלקטרונית של חומר ממחשב למחשב. תיקון זה התקבל לאחר שהדבר נקבע תחילה בדרך הפרשנות. במקרה זה מילאה הפרשנות השיפוטית תפקיד מרכזי בהחלת הנורמות על האינטרנט, ורק לאחריה בא תיקון חקיקתי, שבו אמר המחוקק את דברו בלשון מפורשת לשם הבהירות והודאות.<sup>215</sup> חקיקה דומה נגד פורנוגרפיה באינטרנט חוקקה במדינות רבות בעולם. בתחום הקניין הרוחני נחקק בארצות-הברית חוק חדש ומיוחד (ה-DMCA), וכך נעשה גם במדינות אחרות בצד פיתוח פסיקתי רב של דיני הקניין הרוחני באינטרנט. חקיקה ממוקדת נעשתה בסוגיות משפטיות לא-מעטות הנוגעות באינטרנט, וספרי החוקים במדינות העולם נתנו מענה מהיר והדרגתי לאורכו של העשור האחרון. ואילו כאן, במדינת הקטר הטכנולוגי, נשאר הקרון של משפט הטכנולוגיה מנותק ותקוע מאחורי הביורוקרטיה של משרדי הממשלה ופקידיהם.

בקביעת חקיקה חדשה לעניין כללי המקור במסחר האלקטרוני יש מקום לכמה דרכי שינוי שמטרתן להפחית ככל האפשר את החיפוש אחר מקומות וירטואליים, להקל את יישומם של כללי המקור ולהבהיר את הדין. אחת הדרכים שאני מציע היא לכוון את כללי המקור אל הצדדים לעסקה. משני צידיה של עסקת המסחר האלקטרוני – בין שזו עסקת מוצרים מוחשיים, עסקת מוצרים לא-מוחשיים או עסקת שירותים – עומדים אנשים בשר-ודם. אלה הם אנשים פיזיים הנמצאים במקום מסוים. אנשים אלה הם גורם חשוב בהפקת ההכנסה מן המסחר. המשא-ומתן ביניהם, פעילותם לקשירת העסקה וביצועה הם גורמים חשובים ומרכזיים בהפקת ההכנסה מן המסחר. אתר מסחר אלקטרוני אינו עובד מעצמו. יש גורמים אנושיים העומדים מאחוריו: בעלים, עובדים, מתכנתים, יועצים ועוד. לגורמים האנושיים יש חלק נכבד בהפקת ההכנסה מן המסחר האלקטרוני, ותרומתם לה רבה. על-כן יש היגיון בקביעת כללי מקור למיסוי ההכנסה על-פי מקומם של אנשים אלה. מאחר שעסקינן במס הכנסה, יש לשים לדעת את הדגש במיקומו של הצד המוכר, ולקבוע כללי מקור להכנסה מסחר אלקטרוני על-פי מיקומו.

לדוגמה, בעסקת מכר שמושאה הוא ספר מאתר מסוים, מיקום הגורם האנושי בצידו של האתר המוכר הוא שיקבע את כלל המקור של ההכנסה מן המכר. חשוב להדגיש כי המקום הרלוונטי הוא מקומו של הגורם האנושי שמאחורי האתר, ולא מקומו של האתר כאתר וירטואלי. דוגמה נוספת היא עסקת מכר שמושאה הוא תוכנה, אשר מורדת באמצעות האינטרנט למחשבו של הקונה. התוכנה הנמכרת הועלתה לאתר והוצעה למכירה בזכות קיומו של גורם אנושי שעמד מאחורי המהלך. כלומר, מאחורי התפתחות העסקה, על שלביה השונים, עומד כאמור גורם אנושי מרכזי, התורם את התרומה המרכזית להפקת ההכנסה. כלל המקור יכוון למיקומו של גורם אנושי זה, ולפיו ייקבע מיקומו של ההכנסה מן המכירה האלקטרונית של התוכנה. חשוב להדגיש כי כלל המקור צריך להביא בחשבון את כל הגורמים האנושיים שהיו מעורבים בהפקת ההכנסה ממכר התוכנה – המנהלים,

Birnhack & Jacob Rowbottom, *Do Children Have the Same First Amendment Rights as*

*Adults? Shielding Children: The European Way*, 79 CHI.-KENT L. REV. 175 (2004)

Lilian Edwards, *Pornography and the Internet*, in LAW & THE INTERNET: A 215

FRAMEWORK FOR ELECTRONIC COMMERCE 275 (2000).



משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

המתכנתים, המשווקים, העובדים האחרים. מקומם של כל אלה ניתן לקביעה כיום על-פי כתובת ה-IP. לבסוף, ובאופן דומה, במתן שירות דרך האינטרנט - כגון ייעוץ משפטי, ייעוץ רפואי או ייעוץ פיננסי - מקור ההכנסה מן השירות יהיה המקום שבו נמצא הגורם האנושי העומד מאחורי השירות הרלוונטי. למשל, השירות המשפטי הניתן דרך אתר אינטרנט כלשהו אינו ניתן על-ידי המחשב עצמו או על-ידי הרשת עצמה, אלא על-ידי גורם אנושי מקצועי באמצעות המחשב והרשת. הגורם המקצועי האנושי הרלוונטי הוא הגורם המרכזי בייצור ההכנסה, ועל-פי מיקומו יש לקבוע את מקור ההכנסה. גם ייעוץ רפואי, פיננסי או אחר אינו ניתן על-ידי המחשב והרשת, אלא על-ידי גורם אנושי מקצועי המשתמש בהם, ועל-פי מיקומו של גורם זה יש לקבוע את מקור ההכנסה. הוא הדין באשר לשירותים אחרים הניתנים באמצעות הרשת. ודוק: כלל המקור המוצע מכוון למיקומו של הגורם האנושי המרכזי בהפקת ההכנסה מן המסחר האלקטרוני, ולא למקום התשובות של הגורם האמור או לבעל ההכנסה. כללי המקור המוצעים מכוונים למיקומם של הגורמים האנושיים הפיזיים העומדים מאחורי עסקות המכר והשירותים במסחר האלקטרוני. הגורמים האנושיים הרלוונטיים מגוונים, ואינם מתמצים בבעל ההכנסה בלבד, אלא כוללים את האנשים השונים העומדים מאחורי העסקה, כגון בעלים, עובדים, מתכנתים וכדומה.

אולם בצד הגורם האנושי קיימים גורמי ייצור נוספים התורמים להפקת ההכנסה מן המסחר האלקטרוני, ואיני מציע להתעלם מהם בקביעת כללי המקור. ברמה התיאורטית יש בוודאי הצדקה להעניק סמכות מיסוי לכל מדינה שבה נמצא גורם ייצור, על-פי תרומתו להפקת ההכנסה. אלא שחלק מגורמי הייצור במסחר האלקטרוני קשים לשיוך למקום פיזי מסוים. על-כן אני מציע להביא בחשבון את גורמי הייצור השונים ככל שהם ניתנים לשיוך למקום פיזי מסוים, ולייחס סמכות מיסוי גם למדינות שבהן נמצאים גורמים אלה. באשר לגורמי הייצור שאינם ניתנים לשיוך, בלית בררה לא נמשיך בניסיון למקמם ולהעניק למדינותיהם סמכות מיסוי. פתרון זה אינו מושלם, ויש בו קשיים, אך זה טבעה של פשרה.

לכללי מקור ברוח זו יש היגיון כלכלי ורציונל מיסוי מוצדק: סמכות המיסוי מוענקת למדינה שבה נמצאים הגורמים האנושיים שפעילותם ייצרה את ההכנסה מן המסחר. בכלל כזה יש לטעמי שיפור לעומת הכללים הקיימים, שאיבדו מהצדקתם בעידן המסחר האלקטרוני. כמו-כן, כללי מקור דוגמת אלה שאני מציע ניתנים ליישום אדמיניסטרטיבי, מאחר שהם מכוונים לאנשים פיזיים בשר-ודם, הנמצאים בטריטוריה מסוימת שניתן לאתרה בעזרת הטכנולוגיה.

על-פי אותה היגיון ואותו קו מחשבה, יש להגדיר לדעתי מחדש את המושג "מוסד-קבע" לצורכי מיסוי המסחר האלקטרוני. לטעמי, בהגדרת "מוסד-קבע" יש לשים את הדגש בגורמים האנושיים שבעסקה - הבעלים, ההנהלה, העובדים, המתחזקים, המעדכנים ואחרים. גורמים אנושיים אלה הם הגורמים אשר עומדים מאחורי עסק המסחר האלקטרוני ותורמים בעבודתם תרומה מרכזית להפקת ההכנסות מן המסחר האלקטרוני באתר. הגדרה זו של מוסד-קבע יש בה כדי לצקת היגיון בכלל המקור בעידן המסחר האלקטרוני. הגדרה זו מתאימה את הכלל למאפייני המסחר האלקטרוני, ומקילה את יישומו בסחר האלקטרוני, שכן הגורמים האנושיים המעורבים בו הם גורמים פיזיים הנמצאים

במקומות פיזיים על פני כדור-הארץ. מיקומם ואיתורם של גורמים אלה אפשרי, וניתן לעשותו במאמצים סבירים יחסית תוך הסתייעות בטכנולוגיה. בכך אנו עוקפים את הקשיים שהמאפיינים הווירטואליים של המסחר האלקטרוני מציבים בפני המושג "מוסד-קבע" על-פי הגדרתו המסורתית.

לטענתי, השינויים שאני מציע לערוך בהגדרת המושג "מוסד-קבע" עדיפים על השינויים שערך בה ה-OECD. ראשית, ההיגיון הכלכלי וההצדקה המיסויית של כלל המכוון לגורמים אנושיים וליתר גורמי הייצור הניתנים למיקום חזק מההיגיון של כלל המכוון למקומם של השרת והחומרה הפיזית. תרומתם של הגורמים האנושיים וגורמי הייצור הנוספים להפקת ההכנסה רבה בעיניי מזו של ציוד החומרה שמהווה את תשתית האתר. כמו-כן, איתורם של הגורמים האנושיים קל מאיתורם של השרת והחומרה האחרת, שהרי אנשים חיים במקומות מסוימים עם משפחותיהם, וניתן לאתרם על-פי כתובת ה-IP, כאמור. נוסף על כך, אפשרויות הניוד של הגורמים האנושיים שבעסק המסחר האלקטרוני מצומצמות מאלה של השרת וציוד החומרה, ולכן המניפולציות וההתחמקויות ממיסוי המבוסס על מקומם של הגורמים האנושיים מצומצמות בהרבה מהמניפולציות ומההתחמקויות האפשריות במיסוי המבוסס על מקומם של השרת והחומרה. מובן כי ליבונם, עיצובם וחידודם של הדינים החדשים המוצעים ייעשו בתהליך מתמשך של פסיקה, בדיוק כפי שנעשה בחיי המשפט בכלל. הכלל החקוק נותן מסגרת וכיוונים כלליים, והיישום והפיתוח הקונקרטיים נעשים על-ידי בתי-המשפט. הם המבהירים את הכלל ומחדדים אותו במשך השנים.

#### (ג) הנדבך השלישי – נדבך טכנולוגי

הטכנולוגיה היא כלי הסדרה יעיל באינטרנט. כך, Code is law. לענייננו, הטכנולוגיה יכולה לכוון למקורותיהם של אתגרי המסחר האלקטרוני ולפתור אותם. המקור הראשון והמרכזי הוא העדר טריטוריה ומקום למסחר האלקטרוני. אלא שהעדר זה אינו גנר מן השמים, אלא פרי הארכיטקטורה הקיימת של האינטרנט. אין כל קושי לשנות את הארכיטקטורה או להתמודד עימה בדרכים טכנולוגיות. כך, ניתן לשנות את הארכיטקטורה הקיימת של האינטרנט באופן שיווצרו וייחשפו גבולות באינטרנט החופפים את הגבולות בין המדינות בעולם המוחשי. אם שינוי זה מרחיק-לכת מטעמי מדיניות ליברלית של שימוש באינטרנט, ניתן להסתפק בשינוי מצומצם יותר ולמקד אותו בצורכי מיסוי בלבד – לדוגמה, שימוש בטכנולוגיה כדי לאתר את מקום המוכר והקונה בעסקת המסחר האלקטרוני. בעסקה זו יש לכל-הפחות מחשב ואתר המוכרים מוצר לקונה, הנמצא אף הוא מול מחשב במקום פיזי מסוים. הטכנולוגיה של היום מאפשרת לאתר את מקומם של שני צידי העסקה הנזכרים על-פי כתובת ה-IP שלהם וכן באמצעים אחרים.

ייתכן שלצורך מיסוי תידרש התערבות משפטית כדי ליישם ולהפעיל את הטכנולוגיה לעזרת רשויות המס, כפי שנעשה בעולם בתחומים אחרים. באוסטרליה, לדוגמה, נחקק בשנת 1999 חוק המסדיר את ההתמודדות עם ביטויי פורנוגרפיה באינטרנט.<sup>216</sup> החוק קייב ספקי שירותים וספקי אירוח אוסטרליים למחוק מהשרתים שלהם תכנים אשר מעוררים

.Broadcasting Services Amendment (Online Services) Act (1999) 216

התנגדות או אינם מתאימים לקטינים, מייד לאחר שהתקבלה התרעה בעניינם מהרשות האוסטרלית לתקשורת ולאמצעי תקשורת (ACMA). בעקבות החוק גיבשה תעשיית האינטרנט באוסטרליה קוד רגולציה עצמי של תכנים ברשת האינטרנט.<sup>217</sup> הקוד מחייב את כל ספקי הגישה לספק לכל משתמש, מייד עם חיבורו לרשת האינטרנט, אמצעי לסינון תכנים. אמצעי זה יכול להיות אחת מהתוכנות לסינון תכנים שאישר הארגון או יישום לסינון תכנים שספק הגישה עצמו מפעיל על שרתיו.

המקור השני של אתגרים טמון בוירטואליות של המסחר האלקטרוני, כלומר, בעובדה שרכיבים משמעותיים מן העסקה – במיוחד בעסקת מוצרים לא־מוחשיים ובעסקת שירותים – מתבצעים במדיה דיגיטלית ואינם משאירים עקבות בעולם הפיזי. אלא שגם נתון זה ניתן לשנות או להתמודד עימו. אין מניעה אינהרנטית לאתר עסקות מסחר אלקטרוני ולעקוב אחריהן באמצעות הטכנולוגיה. ניתן להשתמש בטכנולוגיה גם כדי לשלוח מסר לרשויות המס במדינות המעורבות בעסקת המסחר האלקטרוני על ביצועה של העסקה. טכנולוגיה זו אפשרית, אך מובן שהיא לא תופעל מאליה, כי לכוחות השוק אין תמריץ לפתחה ולהפעילה.<sup>218</sup> לצורך הפעלתה נדרשת התערבותו של המשפט, קרי, בהתערבות חקיקתית שתחייב אתרי מסחר אלקטרוני להתקין טכנולוגיה כזו. על־כן הדרך פתוחה לפני כל מדינה שחפצה בכך לחוקק חוקים שיחייבו אתרי מסחר אלקטרוני הפועלים מתחומה להתקין טכנולוגיית איתור ודיווח אוטומטי דיגיטלי לגבי כל עסקה של מסחר אלקטרוני. נוסף על כך ניתן להפנות את החקיקה גם לחברות הדפדפנים, ולחייב אותן בהתקנת טכנולוגיית איתור של עסקות מסחר אלקטרוני ובדיווח עליהן לרשויות המס במדינות המעורבות בהן.

המקור השלישי של אתגרים נעוץ באנונימיות של המסחר האלקטרוני. אלא שגם אנונימיות זו היא אנונימיות מדומה. הכל עניין של בחירה. אין מניעה אינהרנטית להסיר את מעטה האנונימיות במסחר זה. הצד העיקרי בעסקה מבחינת מיסוי ההכנסות הוא הצד המוכר – הוא המפיק את ההכנסות מן המכירה, והכנסותיו הן אלה שמשטר המיסוי הבין־לאומי מבקש למסות. על־כן יש חשיבות בגילוי זהותו של המוכר לצורך מיסוי ההכנסות מעסקות המסחר האלקטרוני. המוכר יכול להיות בעליו של אתר למסחר אלקטרוני או מפעילו. הטכנולוגיה יכולה לפתור את הקושי ולהסיר את מעטה האנונימיות מעל זהותו של המוכר בעסקות מסחר אלקטרוני. המשפט יכול ללוות את הטכנולוגיה ולהעניק לה שיניים. החוק יכול לחייב חברות דפדפנים, כמו־גם בעלים ומפעילים של אתרי מסחר אלקטרוני, להתקין טכנולוגיה כזו. החוק יכול לחייב עריכת רישום של בעלי אתרי מסחר אלקטרוני, ואף לחייבם, אם יש צורך, בקבלת רשיונות למסחר אלקטרוני. מעבר לחשיבות זהותו של המוכר, במידת הצורך ניתן לחשוף גם את זהותו של הצרכן הקונה. אם זהות זו

Internet Industry Association, Content Services Code – For Industry Co-Regulation 217 in the Area of Content Services (2008), available at [www.ii.net.au/images/content\\_services\\_code\\_registration\\_version\\_1.0.pdf](http://www.ii.net.au/images/content_services_code_registration_version_1.0.pdf)

218 להבדיל מהטכנולוגיה של איתור המקום הפיזי על־פי כתובת ה־IP, אשר כוחות השוק עצמם פעלו ליצירתה, בין היתר על רקע האינטרס הכלכלי של המפרסמים בטכנולוגיה כזו.

חשובה לצורכי מיסוי – למשל, לצורך ניכוי מס במקור במדינת הצרכנים – ניתן להשתמש בטכנולוגיה גם לחשיפת זהותו של הצרכן הקונה. מובן שחשיפת זהותם של הקונה ושל המוכר תיעשה במינימום הנדרש לצורך מיסוי, ולצורך זה בלבד, מטעמים של איוון עם ערך הפרטיות.

פתרונות טכנולוגיים אלה בדבר מיקום העסקה, איתור העסקה, דיווח אוטומטי על-אודותיה וחשיפת זהותם של הצדדים לעסקה יש בהם כדי להקל במידה ניכרת את אתגרי האכיפה שהמסחר האלקטרוני מציב בפני מודל המיסוי הבין-לאומי. בהיודע הנתונים על-אודות מקום העסקה, פרטי התרחשותה והצדדים לה, אפשרויות המיסוי שלה נעשות מוחשיות ביותר. נוסף על כך, הפתרון הטכנולוגי תורם להתמודדות עם אתגרי ההחלה והיישום של כללי המקור הקיימים על המסחר האלקטרוני. הטכנולוגיה מסייעת בהפעלת כללי מקור כגון מקום ביצוע העסקה או מירב הזיקות של העסקה.

מחירם של פתרונות טכנולוגיים אלה הוא ברור: יש בהם הטלת פיקוח רב יותר על הפעילות באינטרנט, יש בהם חשיפה רבה יותר של הפעילות, ויש בהם פגיעה במידת החופש הקיים ברשת. אולם כל זאת, כמובן, בהקשר של המסחר האלקטרוני ולצורכי מיסוי בלבד. לדעתי, כל עוד המחיר מידתי ולצורכי מיסוי בלבד, מדובר באיוון ראוי בין זכויות הפרט לבין זכויות הכלל בהטלת מס על המסחר האלקטרוני. הדבר נכון במיוחד אם נזכור כי הפרטים הנחשפים לצורכי מיסוי ממילא חשופים לפני גופים פרטיים רבים הפעילים ברשת. תהא זו אשליה לומר כי העסקה אינה משאירה עקבות ואינדיקציות על פרטיה. העסקה משאירה עקבות רבים, ברשת ובעולם הפיזי, והשאלה היחידה היא איזה שימוש ניתן לעשות בעקבות אלה. אני סבור כי ניתן לעשות בהם שימוש לצורכי מיסוי. האינטרס הציבורי והכלכלי הטמון בכך מצדיק זאת.

#### (ד) הנדבך הרביעי – הסכמה בין-לאומית במסגרת אמנה בין-לאומית

הנדבך הרביעי נועד להתמודד עם האתגר הנורמטיבי והאתגר הבין-לאומי שבסוגיית המיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני, ומתייחס לשאיפה לעצב מודל ראוי שיזכה בהסכמה בין-לאומית רחבה ככל האפשר. באשר לצדק, המסחר האלקטרוני והשינויים המוצעים מפירים את האיוון שבין נתח המס הבין-לאומי של המדינות המפותחות לבין נתח המס הבין-לאומי של המדינות המתפתחות. ככל הנראה, נתח המס של המדינות המפותחות יגבר על-חשבון נתח המס של המדינות המתפתחות. זהו קושי שיש להתגבר עליו. המדינות המתפתחות הן על-פי-רוב מדינות הצרכנים של המסחר האלקטרוני. לצרכנים יש חלק חשוב בסחר האלקטרוני, והם תורמים את תרומתם להפקת ההכנסות ממנו. על-כן מוצדק להעניק נתח מס גם למדינות הצרכנים. מדינות אלה נהגו ליטול לעצמן חלק מעוגת המס באמצעות המיסוי הטריטוריאלי, מאחר שהקשר עם הצרכנים שלהם נוצר בדרך-כלל במדינתם, ולא מרחוק. אלא שמצב זה השתנה עם המסחר האלקטרוני, ויש למצוא את הדרך הצודקת והנכונה להעניק למדינות אלה את חלקן הראוי בעוגת המס הבין-לאומי. הדבר נדרש גם כדי להשיג הסכמה בין-לאומית של המדינות השונות למודל המיסוי, שהרי בהעדר הסכמה סיכויי ההצלחה של מודל המיסוי אינם רבים.

משפט ועסקים יג, התש"ע על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי

יש להעניק אפוא חלק מעוגת המס למדינות המתפתחות, שהן על-פי רוב, כאמור, מדינות הצרכנים של המסחר האלקטרוני. השאלה היא איזה חלק יש להעניק להן וכיצד יש לעשות זאת. השאלה מהו חלקן האמיתי של מדינות הצרכנים בהכנסה מן המסחר האלקטרוני היא שאלה קשה שאין עליה תשובה מניחה את הדעת. גם חלוקת עוגת המס הבין-לאומי בעולם המוחשי בין מדינות המקור ומדינות התושבות לא הייתה מלאכה קלה. בסופו של דבר, לאחר תהליך ארוך של משא-ומתן שלווה על-ידי אנשי-מקצוע ונתמך בטיעונים מקצועיים, התגבשה פשרה בין המדינות השונות. תהליך דומה יש לקיים כעת באשר לחלוקת עוגת המס מן המסחר האלקטרוני בין מדינות המוכרים לבין מדינות הצרכנים, כדי להגיע להסכמה בין-לאומית,<sup>219</sup> שבלעדיה אי-אפשר לקיים משטר מיסוי בין-לאומי על המסחר האלקטרוני. שיעור החלוקה המתקבל בסוף תהליך כזה הוא השיעור הנכון ביותר שיש לקבוע ולאמן. האמצעי הטכני למיסוי על-ידי מדינת הצרכנים הוא בדרך-כלל האמצעי של ניכוי במקור. לעניין זה אפשר להיעזר גם בחברות כרטיסי האשראי או בכל מתווך אחר, ולהכפיף אותם לחובת הניכוי במקור. הניכוי יהיה בשיעור שיוסכם עליו במשא-ומתן הבין-לאומי, והוא יעוגן יחד עם ההסדר בכללותו באמנה בין-לאומית.

אין ספק שגיבושה של אמנה בין-לאומית כאמור אינו מלאכה קלה. עם זאת, בשנים האחרונות נחתמו אמנות בין-לאומיות אחדות בתחום המשפט והאינטרנט שהתגברו על הקשיים הבין-לאומיים. כך, בשנת 2001 יצרה מועצת אירופה, תוך השתתפות רבה של ארצות-הברית, קנדה, יפן ודרום-אפריקה, את ה-Convention on Cybercrime. אמנה זו שואפת להשיג אחידות והרמוניזציה בין חוקיהן של מדינות האמנה ביחס לתכנים פליליים באינטרנט, על-אף השוני המוסרי, החברתי והחוקי השורר בין מדינות העולם, ולכונן שיתוף-פעולה ביניהן לצורכי חקירה, השגת ראיות וסיוע הדדי. נכון להיום, עשרים ושש מדינות כבר אשררו אמנה זו בחוקיהן הפנימיים ועשרים מדינות נוספות חתומות עליה.<sup>220</sup>

#### (ה) מודל ההתאמה האינטגרטיבי בפקודת מס הכנסה

את מודל ההתאמה האינטגרטיבי יש ליישם לא רק בדיני האמנה, אלא גם בדין הפנימי הישראלי, קרי, בפקודת מס הכנסה בתחולתה על המסחר האלקטרוני הבין-לאומי והמסחר האלקטרוני הפנימי. בהתאם לכך, בעת הפעלת סעיף 2 לפקודה – הוא סעיף המקורות – על הכנסות מסחר אלקטרוני, יש להעניק, לעניות דעתי, את שיקול-הדעת לפסיקה,

219 תהליך כזה החל אומנם בשנת 1997, בוועידה שנערכה בטורקו, פינלנד, במסגרת ה-OECD, אלא שיש לשאוף להגדלת מספר המדינות המשתתפות בו, שהרי ארגון ה-OECD משקף פורום מצומצם של מדינות עשירות, וחשוב שיהיה ביטוי וייצוג הולם גם ליתר המדינות. כן יש מקום לערב ולשתף את קהיליית האינטרנט בתהליך זה בצורה כזו או אחרת. לקבוצה זו יש אינטרס בתהליך, ומן הראוי לשמוע את דעתה ולהתייחס אליה. כיווני ההסכמה שאני שואף אליהם בתהליך זה הם אלה המוצעים על-ידיי כאן, להבדיל מכיווני ההסכמה שצעד אליהם תהליך המשא-ומתן הקודם במסגרת הפרויקט של ה-OECD למיסוי המסחר האלקטרוני. ראו לעיל ה"ש 177-187 והטקסט הסמוך אליהן.

220 ראו [conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm)

אשר תפתח את כללי הסיווג ותקבע את מקור ההכנסה מסחר אלקטרוני בגדרי סעיפי המשנה השונים של סעיף 2. הוא הדין באשר להגדרת תושבות על-פי סעיף 1 לפקודה. לעומת זאת, באשר לכללי המקור בסעיף 4 לפקודה, אין די בכללים הקיימים, ויש צורך בהוראות חקוקות חדשות. לטענתי, יש להוסיף ולקבוע, בתיקון לסעיף 4 לפקודה, כללי מקור בדין הפנימי שיכוונו למקומם של הצדדים לעסקה. נוסף על כך יש לעשות שימוש רב בטכנולוגיה לשם אכיפת דיני המס על-פי הפקודה גם על המסחר האלקטרוני. מערכות המחשוב הקיימות ישנות, ודרושה החלפה מהירה שלהן בהתאם לרף הטכנולוגיה הקיים במאה העשרים ואחת. שינויים אלה מחייבים חקיקה, והצעת חוק מסחר אלקטרוני היא מסגרת ראויה לעשות זאת בעומק ובמהירות הראויים לנוכח השינויים הרבים בתחום הטכנולוגי.

## סיכום

מסע ארוך מלא אתגרים וחידושים עברנו. עוצמתו וחידושיו של האינטרנט עמדו מולנו. עולם ומלואו נפרש לפנינו. בעולם חדש זה ניסינו לפלס דרך. על-פי דרך זו, יש להסדיר את הסוגיות השונות העולות באינטרנט באמצעות שילוב של הסדרה טכנולוגית, הסדרה עצמית והסדרה משפטית. במסגרת ההסדרה המשפטית יש להחיל את המשפט הקיים על האינטרנט, אך לפתח אותו בכלים שלובים של פסיקה וחקיקה: הפסיקה יפה מקום שיש מסגרת מתאימה, ואילו החקיקה נדרשת מקום שהמסגרת הקיימת אינה מתאימה עוד כי השינוי הוא מהותי. בדרך זו בחנו את הצעת חוק מסחר אלקטרוני באופן ביקורתי, והצבענו על הצורך ואף החובה לגבש חוק מסחר אלקטרוני אחר מקיף וראוי. על-פי דרכנו זו הלכנו כדי להגיע אל יעד המיסוי הראוי של המסחר האלקטרוני. היא הובילה אותנו לעיצוב מודל ההתאמה האינטגרטיבי למיסוי המסחר האלקטרוני, ואל יעדנו זה הגענו. במשפט הישראלי יש יעדים רבים מאוד שמחכים להגשמה. הסוגיות העומדות על הפרק בנושא משפט ואינטרנט הן רבות, ומחייבות הגשמה דחופה ביותר. תקוותנו היא כי מאמר זה יתרום למחוקק הישראלי ולבתי המשפט דרך סלולה אל היעדים בעולם המשפט והאינטרנט.