

ומה אם מישהו צייץ וגרם מיליארדים של נזק? / עו"ד עדי מרכוס*

האם קיימת אחריות של בעלי פלטפורמות באינטרנט לתכנים אשר מפרסמים גולשים ואילו דרכי פעולה פתוחות בפני חברות המוצאות עצמן נפגעות מסחרית מתוכן אשר מפורסם על ידי גולשים (בדרך כלל אנונימיים) בפלטפורמות חברתיות שונות?

בנובמבר 2022, בשם "חופש הביטוי", הכריז בעלי טוויטר החדש, אילון מאסק, כי כל משתמש אשר ישלם 8 דולר לחודש יוכל לקבל חשבון עם "אימות כחול", אשר עד אותה עת היה שמור לגופים ואנשי ציבור, חברות ומפורסמים והוענק להם רק לאחר הליך אימות קפדני. המהלך היה רק אחד מבין מספר מהלכים מהותיים אשר ביצע הבעלים החדש ואשר במהותם הסירו את ההגנות והחסמים אשר בהם עשתה הפלטפורמה שימוש עד כה כדי לנטר תוכן ופעילות גולשים. המהומה הצפויה מראש לא איחרה להגיע. רק ימים ספורים אחרי שהוכרז השינוי, חשבון טוויטר פיקטיבי אבל עם אימות כחול, תחת השם של ענקית התרופות איליי לילי, צייץ ש"מענתה, אינסולין יהיה בחינם לכל". התוצאה? מניית איליי לילי צנחה בכמעט 4.5% בן לילה וכ-15 מיליארד דולר מרווחי החברה "נעלמו" כלא היו.

לכאורה, חברה אשר מוצאת עצמה סובלת נזקים כתוצאה מפרסום תוכן בעייתי שזוהי יכולה לתבוע את המשתמשים עצמם על השימוש בשמה וההתחזות לה. אולם מדובר במהלך בעייתי הן בשל הקושי לאתר את המשתמשים העומדים מאחורי הפרסום והן בשל העובדה שגם אם ניתן לאתר את המפרסם האמיתי, רבים מאותם משתמשים מתכסים באצטלות של "פארודיה" או "ביקורת לגיטימית" אשר מונעות לעיתים קרובות הטלת אחריות משפטית. מנגד, באם תרצה החברה להגיש תביעה כנגד הפלטפורמה בעצמה – הרי שעובדה היא שבתי המשפט ברחבי העולם נטו עד היום להעניק חסינות רחבה לבעלי ומפעילי פלטפורמות אינטרנטיות ורשתות חברתיות מפני תביעות הנובעות מתכנים המפורסמים על ידי גולשים והעניקו להם שיקול דעת רחב בניהול התכנים המופיעים בהם על ידי הכרה בעליונותם של כללי הקהילה שלהם¹, וזאת מתוך רצון קולקטיבי לשמור על האינטרנט כ"מחוזו האחרון של חופש הביטוי"².

אולם, החסינות הזו אינה מוחלטת, והיו מקרים (אם כי מועטים ובנסיבות חריגות) אשר בהן נמצאו פלטפורמות כאחראיות לתוכן הגולשים או לשימוש בלתי הולם שעשו גולשים בקניין רוחני של צדדים שלישיים המהווה הפרה של זכויות היוצרים שלהם (לדוגמא: אתרי הורדות וטורנטים אשר פעולות לחסימתם הצליחו לאור ההפרה שמבצעים הגולשים בהם בזכויות הקניין הרוחני של אחרים³).

האם במקרה כמקרה הנוכחי, כאשר הפלטפורמה בודעין ביטלה הגנה קיימת אשר הייתה בנויה לתוך הפלטפורמה והוכחה כיעילה, מתוך ניסיון להגדיל את רווחיה תזכה טוויטר לאותה חסינות מתביעה? האם העובדה שגם לאחר פניית איליי לילי בדרישה להסרת התוכן, המשיכה טוויטר להציג את ה"ציוץ" הבעייתי למשך יותר מיממה נוספת יעמוד לה לרועץ? האם העובדה שהפלטפורמה איפשרה הלכה למעשה למשתמשים שאין להם קשר לחברה לעשות שימוש בלוגו החברה וסימני המסחר שלה תוך הפרת זכויותיה, ואף גבתה מהם כסף בגין כך תהווה ראייה לפעילות בלתי כשרה וזאת אפילו אם החשבון מוגדר כפארודיה או בדיחה?

ייתכן, אולם הצלחת תביעה שכזו תלויה ברובה ביכולת החברה התובעת ועורכי הדין מטעמה להוכיח כי הפלטפורמה אכן הפרה אפילו את חובת הזהירות המינימלית הנדרשת מפלטפורמה פתוחה המאפשרת תוכן גולשים ולא פעלה כשורה או נקטה בצעדים הנדרשים לצמצום הנזק כאשר הדבר הובא לידיעתה – מכשולים משמעותיים אשר הדרך להוכיחם אינה פשוטה ואשר דורשים הליך תביעה מחושב ומקצועי. מעבר לכך, תוצאת הליך זה לא יכולה להיות ידועה מראש והיא תגדיר מחדש את הגבול שבין חופש הביטוי מול החופש מביטוי בעולם האינטרנט.

* עו"ד עדי מרכוס. הינה עורכת דין במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקדת במשפט מסחרי ודיני חברות, זכויות יוצרים, דיני תקשורת ואומנים ועסקאות בינלאומיות. עו"ד מרכוס הינה בוגרת הפקולטה למשפטים ובעלת תואר שני בתקשורת באוניברסיטת תל אביב ותואר שני במנהל עסקים בינלאומי מאוניברסיטת בר אילן. היא התמחתה במשרד המשפטי אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בתחום הדין האזרחי וזכויות היוצרים, לאחר מכן עבדה כ-18 חודש במשרד שלמה כהן בתחום הקניין הרוחני, כ-11 שנה במחלקה המשפטית בגוף התקשורת "רשת נגה בע"מ" (ערוץ 2 של הטלוויזיה), כאשר תפקידה האחרון בטרם מיווג החברה עם ערוץ 10, כראש תחום במחלקה המשפטית ולאחר כן, טרם הצטרפותה למשרד, כיועצת המשפטית הפנימית של קנר ייצוג אמנים, בכל נושא היעוץ המשפטי של אמנים ואנשי תרבות, בין בישראל ובין במישור הבינלאומי. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

¹ ע"א 1770/21 אמ"ר חצרוני נ' Facebook Ireland Limited, 14.12.2022, <https://he.afiklaw.com/caselaw/14460>

² למשל: Fields v. Twittwe, Inc., 2018 WL 626800 (9th Cir. Jan31,2018); Force v. Facebook, Inc. No. 18-397 (2d Cir. 2019)

³ למשל: רע"א 5535-15 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) נ' פלוני אלמוני - <https://he.afiklaw.com/caselaw/14466>

And what if a tweet caused billions of damage? /Adi Marcus, Adv.*

Are owners or operators of internet platforms have responsibility for the content that the users publish, and what courses of action are open to companies that find themselves commercially harmed by content that is published by users (usually anonymous) on different social platforms?

In November 2022, in the name of the principle of "freedom of expression", the new owner of Twitter, Elon Musk, announced that any user who is willing to pay 8 dollars per month, will be able to get an account with "blue verification", which until then was reserved for entities and public figures, companies and celebrities, and was granted to them only after a strict verification procedure. The move was just the latter in a number of substantial moves made by the new owner, which in essence removed the protections and barriers that the platform had been using to monitor content and user activity. The anticipated mayhem did not take long to materialize. Just days after the change was announced, a fictitious, blue-verified, Twitter account under the name of pharmaceutical giant Eli Lilly tweeted that "from now on, insulin will be free for all." The result? Eli Lilly's stock fell by almost 4.5% overnight and about 15 billion dollars of company profits "disappeared" into thin air.

Presumably, a company which finds itself suffering damages as a result of the publishing of such fraudulent content can sue the users themselves for using its name and impersonating it. However, this is a problematic process both due to the difficulty of locating the users behind the publication and due to the fact that even if the real publisher can be located, many of those users hide behind labels of "parody" or "legitimate criticism" which often prevent the imposition of legal liability. On the other hand, if the company wishes to file a lawsuit against the platform itself – it is a fact that Courts worldwide have the tendency to grant a broad immunity to owners and operators of internet platforms and social networks from lawsuits arising from content published by users and granted them broad discretion over content by acknowledging the supremacy of their community rules, out of a collective desire to keep the internet as a "last have" for true freedom of expression.

However, this immunity is not absolute, and there have been cases (albeit few and in exceptional circumstances) in which platforms were found to be responsible for the content of users or for the inappropriate use made by users of the intellectual property of third parties that constitutes an infringement of their copyrights (for example: FTPs and torrents where actions to block such were successful in light of the violation of the intellectual property rights of others by those who use them).

The question remains, in a case like the current scenario, when the platform knowingly canceled an existing protection that was built into the platform and was proven to be effective, in an attempt to increase its profits, will Twitter be granted the same immunity from a lawsuit? Will the fact that even after Eli Lilly requested the removal of the content, Twitter continued to display the problematic "tweet" for more than a day be held against it? Does the fact that the platform actually allowed users who have no connection to the company use the company's logo and trademarks in infringement of its rights, and even charged them money for doing so, be evidence of improper activity, even if the account is defined as a parody or a joke?

It is possible, but the success of such a claim depends largely on the ability of the plaintiff and its lawyers to prove that the platform did breach even the minimum duty of care required of an open platform that allows user content and did not act properly or take necessary steps to reduce the damage when this was brought to its attention – both, significant obstacles that are not easily proven and require a calculated and professional lawsuit. Beyond that, the outcome of this procedure can not be known in advance but will surely redefine the boundary between freedom of expression and freedom from expression in the Internet world.

*Adi Marcus, Adv. is an attorney in the office of Afik & Co. (www.afiklaw.com) who focuses primarily on commercial and corporate law, copyrights, media law and international transactions. Advocate Marcus holds a major in law, an M.A in communication from Tel Aviv University and an international MBA from Bar Ilan University. She completed her internship at the Ministry of justice under the Deputy Attorney General focusing civil law and copyright law, then worked for about 18 months in the office of Shlomo Cohen in the field of intellectual property, about 11 years in the legal department of the communications network "Noga Network" (Channel 2 of TV), with her last position before the company merged with Channel 10, was head of department in the legal department and then, before joining the firm, as Kneller Artists Representation's internal legal advisor, representing in all matters of legal advice to artists and cultural figures, both in Israel and internationally. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com.