

בעוד שאנחנו בכלל לא מודעים לכך, כולנו חווים מדי יום ביומו כמעט את החוויה של יוסריאן, גיבור ספרו של ג'וזף הלר, מילכוד 22, משנת 1961, העומד הגיבור בפני ייאוש בלתי פוסק כי בכל פעם שהוא מגיע למספר הטיסות שלפי הכללים אמור להקנות לו את השחרור מהשירות והשיבה הביתה, משנה הקולונל באופן רטרואקטיבי את מספר הטיסות הנדרש כדי להשאיר את הגיבור בשירות פעיל.

כמעט כל אחד מאיתנו נכנס לאתרים ולשירותים אינטרנטיים תוך שאנחנו מאשרים ללא משים ובלי מחשבה נוספת (ולרוב – אף ללא קריאתם כלל) את תנאי השירות של האתר או השירות. אבל מה אם לאחר שאישרנו את התנאים, האתר מעדכן או משנה את תנאי השירות באופן אשר יש לו השפעה מהותית עלינו ועל השירות שאנו מקבלים? ואולי גם "חתמנו" בלחיצת כפתור על הסכמה לכל שינוי עתידי של התנאים? האם יש בתנאי השימוש משום חוזה מחייב מלכתחילה? האם אנו עדיין מחויבים לתנאים הללו גם לאחר שעודכנו? האם יש לנו עילה לבוא בטענות כנגד האתר ככול שהשינוי כאמור משפיע על השירות שאנחנו מקבלים או על השימוש שלנו באתר?

הסוגייה הזו עלתה לאחרונה במקרה של תביעה שהגישה חברה ישראלית כנגד פייסבוק העולמית<sup>1</sup>. החברה, אשר מוכרת כרטיסי הגרלה, מצאה עצמה, בעקבות שינוי תנאי השימוש של פייסבוק, חסומה מביצוע פרסום ברשת החברתית בשל שינוי בהגדרת המונח "הימורים" בתנאי השירות החדשים.

תנאי המשתמש של אתר או שירות דיגיטלי הינם חוזה מחייב לכל דבר ובתנאי שהם עומדים במספר תנאים מקדמיים: התנאים צריכים להוות הצעה ברורה מצד בעל האתר או השירות, התנאים צריכים להתקבל על ידי המשתמש באופן ברור אם על ידי אישור אקטיבי ואם על ידי סעיף בתנאים הקובע שעצם השימוש באתר מהווה הסכמה לתנאים (הצעה וקיבול), על התנאים להיות סטנדרטיים כך שניתן לשער כי יוסכמו על ידי אדם סביר ועליהם לכלול תחלופה של שירותים כנגד תמורה כלשהי מצד המשתמש. אולם מה קורה כאשר לאחר שהמשתמש כבר הסכים לתנאי המשתמש וביצע קיבול ראשוני של ההצעה – מחליט האתר לעדכן את תנאיו?

בעקרון, בתי המשפט בישראל ובעולם הכירו זה מכבר ביכולתו וזכותו של כל בעל עסק הנותן שירות או פועל תחת תנאי שימוש הנחתמים או המוסכמים דיגיטלית, לעדכן מעת לעת את תנאי השירות שלו וזאת מבלי לפגוע בתוקפם או תחולתם על לקוחות קיימים, וזאת בין היתר, אף כדי לאפשר להם לשמור על עמידת תנאי השימוש בחקיקה משתנה או עדכונים טכנולוגיים. אולם תחולה זו אינה מוחלטת ואינה מובנת מאליה.

כך, תנאי השימוש צריכים לכלול מראש סעיפים המתירים לבעלי האתר את ביצוע השינויים ואת תחולתם במקרה כאמור. סעיפים הקובעים כי בעלי האתר יכולים לעדכן את תנאי השימוש בכל עת וכי באחריות המשתמש להתעדכן בשינויים כאמור עשויים לסייע לבעלי האתר במקרה של שאלה לעניין תקפות העדכון, אולם גם כאן כנראה שובי המשפט יחילו כללי סבירות. דרישה מהמשתמש לאישור מחדש של תנאי השימוש (באמצעות פופ-אפ הדורש מהמשתמש לסמן את הסכמתו, למשל) בהחלט עשויים לסייע כנגד טענות שעשויות לעלות מצד משתמשים.

עוד חשוב לזכור, כי עדכון כאמור לא יחול או ייחשב כתקף במידה והינו קיצוני או חריג שאופן שפוגע מהותית באופי השירות אשר אליו הצטרף המשתמש או בזכויות המשתמש. כך למשל, במקרים אשר נדונו בארה"ב<sup>2</sup>, שינוי אשר כלל תוספת חריגה או שינוי מהותי במחיר השירות, או תוספת של סעיפים בו מביע המשתמש ויתור על היכולת לתבוע את נותן השירות, אשר נעשו באופן חד צדדי, נתפסו כבלתי סבירים וחסרי תוקף כיוון שנותן השירות מעולם לא הודיע למשתמש על השינויים כאמור. חשוב אם כן, להשתמש באנשי מקצוע בתחום, הן על מנת לנסח את כללי השימוש מראש בצורה נכונה, המשאירה בידי בעל העסק את היכולת לבצע את השינויים באופן חוקית, והן על מנת לבצע כל שינוי או עדכון לתנאי השימוש בתזמון ובאופן אשר יאפשר את תחולתו על כלל המשתמשים.

\* עו"ד עדי מרכוס. הינה עורכת דין במשרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://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 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 מיזוג החברה עם ערוץ 10, כראש תחום במחלקה המשפטית ולאחר כן, טרם הצטרפותה למשרד, כיועצת המשפטית הפנימית של קנלר 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](mailto:afiklaw@afiklaw.com).

<sup>1</sup> רע"א 40-23 Meta Platforms, Inc נ' אודאצי בע"מ - <https://he.afiklaw.com/caselaw/15104>

<sup>2</sup> United States <https://www.afiklaw.com/caselaw/15094> - (12.02.2015) Rodman v. Safeway Inc ; (2007) Douglas v. U.S. Dist. Court ex rel Talk America, 495 F.3d 1062 <https://www.afiklaw.com/caselaw/15093> - (18.07.2007) Civil Action No. 11-cv-03003-JST, District Court for the Northern District of California

## Catch 22 and updating your Terms of Use /Adi Marcus, Adv.\*

While we may not be aware of it, we all, almost on daily basis, go through the experience of Yossarian, the hero of Joseph Heller's "Catch 22" novel of 1961, who is in constant despair because every time he reaches the number of flights which, under the rules, is supposed to allow him to return home, the colonel retroactively raises the number of required flights to keep him on active duty.

Almost every one of us enters websites and receives services through the internet and in doing so we routinely confirm "Terms of Use", doing so inadvertently and without a second thought (and in most cases - without even reading such). However, what if, after we approved those terms, the site updates or changes them in a manner that has a material effect on us and the service we receive? Perhaps we also clicked a button giving our pre-consent to any future change of the terms? Are these "Terms of Use" deemed binding contracts in the first place? Are we still bound by such even after they were updated? Do we have grounds to claim against the site if the aforementioned change affects the service we receive or our use of the site?

This issue recently arose in a case of an Israeli company against Facebook. The company, which sells lottery tickets, found itself, following a change in Facebook's "Terms of Use", which resulted in the Company being blocked from advertising on the social network platform due to a change in the definition of the term "gambling" in the new "Terms of Use". The Terms of Use of a website or a digital service are a binding contract for all intents and purposes provided that they meet a number of preliminary conditions: the terms must be a clear offer on the part of the owner of the website or service, the terms must be clearly accepted by the user either by active approval or by a clause in the terms stating that the use of the website constitutes consent to the terms (offer and acceptance), the terms must be standard so that it can be assumed that they will be agreed upon by a reasonable person and they must include an exchange of services against some consideration on the part of the user. But what happens when, after the user has already agreed to the "Terms of Use" and made an initial acceptance of the offer - the website decides to update its terms?

In principle, the Courts in Israel and around the world have long recognized the ability and right of any business owner who provides a service or operates under "Terms of Use" that are signed or agreed upon digitally, to periodically update such without impairing their validity or applicability to existing customers, and this, *inter alia*, to allow them to maintain compliance with changing legislation or technological updates. However, this continued validity and applicability is not absolute, nor is it self-evident. Thus, the "Terms of Use" should include in advance clauses allowing the website owners to make the changes and their applicability in the aforementioned case. Clauses stating that the website owners can update such at any time and that it is the user's responsibility to keep up to date with such changes may assist in case of a question as to the validity of the update, but here too the Courts will probably apply reasonableness rules. Requiring the user to reconfirm the terms of use (e.g. via a pop-up requiring the user to indicate consent) may certainly assist against future claims.

It is also important to remember that such an update will not apply or be considered valid if it is extreme or unusual in a manner that substantially harms or changes the nature of the service to which the user joined or the user's rights. For example, in cases which litigated in the USA, a change that included an unusual addition or change in the price of the service, or the addition of clauses in which the user expresses a waiver of the ability to sue the service provider, which were made unilaterally, were seen as unreasonable and invalid because the service provider never informed the user of the aforementioned changes. It is therefore important to use professionals in the field, both in order to formulate the "Terms of Use" correctly in advance, granting the business owner the ability to make the changes legally, and in order to make any future changes or updates to the such at a time and in a manner that will allow its applicability to all users.

---

\***Adi Marcus, Adv.** is an attorney in the office of Afik & Co. ([www.afiklaw.com](http://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](mailto:afiklaw@afiklaw.com).