

תחרות לא הוגנת בעידן המידע

על "עוולות מסחריות וסודות מסחר" מאת: מיגל דויטש¹

יובל קרניאל *

א. כללי

ב. מה בספר?

1. שער ראשון – חוק עוולות מסחריות

2. שער שני – פרשת א.ש.י.ר.

3. שער שלישי – הסוד המסחרי

ג. סיכום

א. כללי

אם פרופסור מיגל דויטש היה שואל אותי מהי הכותרת הראויה לחיבורו המקיף² והמעמיק, הייתי בוחר בשם "תחרות לא הוגנת בעידן המידע". לדעתי, זוהי כותרת מושכת ההולמת מאוד את תוכנו של החיבור. לבו של החיבור הוא בזיהוי התופעות המיוחדות והבעיות המשפטיות העולות מהתחרות המסחרית סביב תוצרים רוחניים בעידן האינטרנט והתקשורת האלקטרונית, בחברת מידע פתוחה ומודרנית.

העולם החדש שבו אנו חיים, עולם המידע, מתאפיין בתחרות חופשית בין עסקים, המתמקדת במידה רבה בקניין הרוחני של העסקים. המידע בכלל, והקניין הרוחני בפרט, הם הנכסים המרכזיים של כל עסק. עיקר העושר האנושי מצוי היום בנכסי המידע ובתוצרים הרוחניים של האדם, לרבות מותגים, יצירות, המצאות וסודות מסחריים, ואלה תלויים באופן ובמידה שבהם המשפט מגן עליהם.

דיני הקניין הרוחני, כמו גם דיני התחרות הלא הוגנת ודיני הסודות המסחריים, נמצאים בשנים האחרונות בטלטלה. סיבותיה של הטלטלה הן כמובן הטכנולוגיה

* דוקטור למשפטים. מרצה בכיר בבית הספר למשפטים ובבית הספר לתקשורת המסלול האקדמי המכללה למינהל.

1 מ' דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב). הספר יצא לאור בהוצאת נבו.
2 בספר 954 עמודים.

המודרנית ואופייה של חברת התקשורת המודרנית, המשנים את הדרך שבה אנו פועלים, חיים, עובדים, מבליים וצורכים סחורות ושירותים בסביבת המידע. בין החוקרים, הפילוסופים והמשפטנים העוסקים בעידן המידע קיימות מחלוקות עזות בשאלה אם לפנינו מהפכה של ממש המשנה סדרי עולם³, ערכים, אורחות חיים, תרבויות ונורמות, או שמא לפנינו שינוי והתפתחות מוגבלים בהיקפם ובמשמעותם. עם זאת, ולמרות המחלוקות, הכול יודעים ומסכימים שיש צורך לבחון וללמוד היטב את השינויים הטכנולוגיים ואת השפעתם על החברה, וכי יש מקום לעדכון מתמיד של המשפט, גם כאשר אנו מדברים בדינים ובמושגים ותיקים וקבועים כמו דיני עשיית עושר ולא במשפט, דיני נזיקין, והצורך לאזן בין הרצון לעודד תחרות לבין החובה למנוע תחרות בלתי הוגנת.

לדידי, מדובר בחיבור המנסה להתאים ולעדכן את הדינים הקיימים, הוותיקים והמוכרים בנושאים אלה, לעידן המידע. גישתו של החיבור היא צנועה ועניינית. המחבר, דריטש, אינו עוסק במהפכות ובקריאת תיגר על הסדר הקיים. עם זאת, הוא מודע היטב לשינויים הגדולים החלים בחברה המודרנית ולהשפעתם על הדינים השונים. כך, למשל, כבר בהקדמה לספר, כותב המחבר כי "תחרות עסקית נשענת לרוב על פיתוח תוצרים רוחניים שונים, אשר העוסק מבקש לשמר את בלעדיותו ויתרונו ביחס להם, מול מתחריו"⁴. ובהמשך, במבוא לספר הוא מדגיש כי:

"הדינמיות הטכנולוגית ועידן האינטרנט, יש בהם כדי להעלות תחושה מעט ארכאית ביחס לחיבורים שנכתבו בתחום זה אך לפני 10–15 שנים. זאת לא רק בפרטי הדינים — שהרי התיישנות פרטים שונים בהסדרים משפטיים שגורה בכל ענף משפטי — אלא גם ביחס לעקרונות משפטיים מסוימים העובדים במרכזם. למצער, הדבר מחייב עיון מחודש במוסדות אלה"⁵.

כמו כן, הכותב מודע לכך כי עידן המידע מציב סימני שאלה של ממש בנוגע לשאלת הצידוק התאורטי של הגנת הקניין הרוחני בכלל ודיני זכויות יוצרים בפרט⁶.

למרות סימני השאלה הכבדים המרחפים על פני כל המבנה הקיים של דיני הקניין הרוחני, על דיני התחרות בנושאים אלה ועל ההגנה המשפטית על סודות מסחר, יוצא המחבר למסע מפורט, מעמיק ויסודי בפרטי הדינים הנוגעים לכל אלה. את המסע ניתן לחלק לשלושה מסלולים. בכולם הוא גולש ביד אמן, מעודכן ובקיא.

3 ראו למשל: L. Lessig *Code and Other Laws of Cyberspac* (New York, 1999).

4 דריטש, לעיל הערה 1, בע' 23.

5 שם, בע' 38.

6 על האיוון החדש בתחום זכויות היוצרים ראו יי קרניאל וא' נסימאן "זכויות היוצרים בעידן המידע: הצורך באיוון חדש בין זכות היוצר לבין חופש המידע" עלי משפט ג (תשס"ג) 191.

ב. מה בספר?

1. שער ראשון – חוק עולות מסחריות

המסלול הראשון (או "השער הראשון", כפי שדויטש מעדיף לכנותו) הוא הדיון בחוק עולות מסחריות, תשנ"ט–1999 (להלן: "חוק עולות מסחריות"), שהוא התוצר הסופי של הצעת החוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו–1996.⁷ במסלול זה נערך דיון פרטני בהסדרים שנקבעו בחוק, הן בנוגע להגנה על המוניטין, הן בנוגע למניעת סוגים מסוימים של מעשים המהווים תחרות לא הוגנת והן בנוגע לתרופות המיוחדות החדשות הקבועות בחוק. כפי שהמחבר מציין, הוא עצמו היה שותף בעיצובו של החוק בליווי צמוד של הליך החקיקה, הן בדיונים המפורטים במשרד המשפטים והן בדיונים הארוכים בוועדה בכנסת. אכן סיפורו של החוק הוא הפער בין הצעת החוק לאיסור תחרות לא הוגנת, שעיקרה הצעה לקבוע איסור כללי של תחרות לא הוגנת,⁸ ובין חוק עולות מסחריות, שחוקק בסופו של התהליך בשנת 1999, ואינו כולל איסור כללי כאמור.

המחבר היה מהתומכים הנלהבים בקביעתו המפורשת והברורה של איסור כללי של תחרות לא הוגנת בחוק, אולם עמדתו זו לא התקבלה. כך גם לא התקבלה עמדתו בשורה ארוכה של עניינים נוספים המשקפים כולם בעיה אחת: חברי הכנסת לא הרהיבו עוז לקבוע בחוק איסורים ברורים להתנהגויות פסולות של עסקים כגון שוחד אזרחי, גולת מוניטין, מסחר במחירי היצף במטרה לסלק מתחרים ועוד. השאיפה לעודד תחרות ולאפשר חופש עיסוק מקסימלי, כמו גם לחצים של בעלי עסקים (וחברי מרכז המפלגה) גברו על עצותיו המקצועיות של המחבר.

אולם כבר בשער הראשון, ועוד לפני הדיון המפורט והחשוב שהמחבר עושה ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ⁹, אנו מגלים את הציר המרכזי של הספר. המחבר מבקש לטעון ולהוכיח באותות ובמופתים כי אף שהמחוקק החליט באופן מפורש להשמיט את האיסור הכללי של תחרות בלתי הוגנת, למעשה, ניתן להצביע במשפט הישראלי על קיומו של איסור כללי שכזה.

המחבר טוען, ומצליח להראות, כי במקרים רבים, ואולי בכל המקרים החשובים, יש למעשה במשפט הישראלי איסור כללי על תחרות בלתי הוגנת. חלקו מצוי בעולות הרשלנות, ואילו חלק אחר ניתן לייחס לעילת תביעה חדשה, שנקבעה בחוק עולות מסחריות.

מדובר גם לדעתי באחד המכשירים המשפטיים המעניינים והחשובים שהוספו

7 הצעת החוק לאיסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ו–1996, ה"ח 2471.

8 ובלשון ההצעה, שם, בסעיף 1: "מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק (להלן – עוסק), לא יעשה מעשה הנוגד את הלכות התחרות ההוגנת".

9 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (להלן: פרשת א.ש.י.ר.).

בחוק, שעדיין לא נעשה בהם שימוש משמעותי. החוק מעניק לעוסק עילת תביעה בגין הטעיה של צרכנים על ידי עוסק אחר, האסורה בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן")¹⁰. יש כאן בסיס רחב מאוד להרחבה של האיסור ולאכיפה של האיסור הקיים על מגוון רחב של פעולות שיכולות להיחשב כ"הטעיה" לפי מושג הסל הרחב הקבוע בחוק הגנת הצרכן. בהקשר זה ניתן רק להזכיר את ההשלכות מרחיקות הלכת שיש למכשיר משפטי זה על עולם הפרסום והשיווק המודרני, המבוסס במידה לא מעטה על הניסיון להוליך שולל ולהטעות את הצופים ואת הצרכנים¹¹. דויטש מציין, ובצדק, כי הטעיה על פי סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן כוללת גם הטעיה במחדל, כלומר הפרה של חובות גילוי. אין ספק שיש כאן מכשיר שבכוחו לשנות את הנורמות המקובלות בישראל בעולם הפרסום, ולמנוע פרסומים חלקיים, כלליים ומניפולטיביים, המהווים למעשה הטעיה¹². עוולה זו, המטילה אחריות רחבה כלפי צדדים שאינם מזוהים, בגין נזק כלכלי בלבד¹³, מצטרפת לעוולה המפורשת של "תיאור כוזב" המופיעה בסעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, ויחדיו הן יוצרות פוטנציאל של ממש לשינוי בעולם הפרסום המסחרי בארץ.

מובן שעיקר המלאכה מוטלת לפתחו של בית המשפט שצריך עדיין ליצוק תוכן למושג ה"כוזב" ומושג ה"הטעיה" בהקשר זה. כך, למשל, אין עדיין תשובה ברורה לשאלה החשובה מתי דברי שבח כלליים והתפארות מקובלת מהווים כוזב והטעיה. לכאורה, גם אמירות כמו "אנחנו מספר 1" או "אנחנו הטובים מכולם", יכולות להיות בסיס לתביעות, והשמים הם הגבול. דומה שהפתרון כאן הוא בפיתוחה של נורמה של סבירות המבוססת על המקובל בתחום המסחרי תוך התחשבות גם בערך של חופש הביטוי המסחרי, המעניק לעוסקים מרווח כלשהו בתחום רגיש זה. שאלה אחרת שיכולה להתעורר היא בכל הנוגע לפרקטיקה המשגשגת והנפוצה של פרסום סמוי המבוסס על חשיפתם של מוצרים ושל מותגים בתכניות טלוויזיה ובסרטים, כאילו הם נמצאים שם במקרה¹⁴. הצבתם של מוצרים ושל מותגים מול המצלמה באופן בולט למטרות פרסום קיימת הן בתכניות טלוויזיה והן בקולנוע, ויש בהם מרכיב ברור של הטעיה, שהרי יעילותו של המסר הפרסומי מבוססת על

- 10 ס' 27(2) לחוק עוולות מסחריות, המוסיף לחוק הגנת הצרכן את סעיף 31(א)(1).
- 11 על ההטעיה בפרסום המסחרי ראו י' קרניאל דיני התקשורת המסחרית (תשס"ג) 333-344.
- 12 דוגמה לכך ניתן למצוא בהחלטה של רשות ניירות ערך שחייבה בזמנו את חברת "אילנות דיסקונט" לשנות את הפרסום שלה לקרנות נאמנות. הפרסום בחר להשוות בין קרנות נאמנות של הבנקים הגדולים בלבד, וכך ליצור רושם כאילו הקרנות של אילנות הן המובילות בתחום. רשות ניירות ערך חייבה את החברה להוסיף משפט לפרסום ובו הבהרה כי ההשוואה כוללת רק קרנות של הבנקים הגדולים ולא את כל הקרנות, וכי קרנות אחרות הניבו תשואות גבוהות יותר למשקיעים. מ' ארלוזורוב, "בנג'י נטול ייעוץ" הארץ 16.10.2003.
- 13 על הבעיה הכרוכה בכך ראו ת' גררון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב (תשנ"ה) 126.
- 14 ראו בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד (נב) 586, שם קבע השופט זמיר כי פרסומת סמויה מסוג זה אסורה על פי חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, תש"ן-1990.

רכישת אמונו של הצופה בעובדה כי המוצר נמצא שם באופן טבעי או נצרך על ידי הכוכבים לפי בחירתם החופשית. לכאורה, גם זו הטעיה שיכולה להוות בסיס לתביעה של עוסקים מתחרים.

לצד הדיון המפורט בעילות החדשות הקבועות בחוק, עוסק שער זה גם בתרופות המיוחדות שהחוק קובע, לרבות צו אנטון פילר (איתור ותפיסה של מוצרים מפרים), סעד של השמדה וחילוט של מוצרים מפרים והתרופה היעילה של פיצוי ללא צורך בהוכחת נזק¹⁵.

2. שער שני – פרשת א.ש.י.ר.

המסלול השני שהמחבר גולש בו בדרכו לבסס את האיסור הכללי של תחרות בלתי הוגנת כמשפט הישראלי הוא המסלול שנקבע בהלכה החשובה והידועה בפרשת א.ש.י.ר. אין חולק כי מדובר בפסק דין מרשים, מהמקיפים ומהחשובים שנפסקו בכית המשפט העליון בעשור האחרון. לפי גישתו של המחבר נקבע בישראל איסור כללי של תחרות בלתי הוגנת עוד לפני חקיקתו של החוק, וזאת בפרשת א.ש.י.ר. עצמה. בפרק מקיף ומפורט מסביר המחבר את ההלכה ואת משמעויותיה ומנסה לשכנע כי יש בה כדי לקבוע דין כללי האוסר תחרות בלתי הוגנת בפרט בתחומי הקניין הרוחני, ולגישתו, גם בסיס לאיסור כללי על עוסק לנהוג בדרכים בלתי הוגנות במסחר.

פרשת א.ש.י.ר. עוסקת בדילמה אחת נקודתית שיש לה השפעות מרחיקות לכת. השאלה שעמדה לדיון שם היא אם דיני הקניין הרוחני קובעים הסדר שלילי לגבי תוצרים רוחניים שאינם מוגנים על ידי אחד מדיני הקניין הרוחני המסורתיים, כלומר: האם מותר להעתיק תוצרים רוחניים שאינם מוגנים בדיני פטנטים, מדגמים, סימני מסחר, זכויות יוצרים או סוד מסחרי. בפרשת א.ש.י.ר. נדונו מקרים של אביזרי אמבטיה, ציוד לעיבוד וחיתוך אלומיניום ושיטה להלחמת אלבומי תמונות שאינם מוגנים בדיני קניין רוחני, ואשר הועתקו על ידי המתחרים. בית המשפט קבע כי ניתן להגן על תוצרים אלה באמצעות דינים אחרים ובעיקר על ידי דיני עשיית עושר ולא במשפט. הלכה זו יצרה ועדיין יוצרת טלטלה, שלא לומר מבוכה, בכל הנוגע לתחולתם ולמשמעותם של דיני הקניין הרוחני בישראל. לפיכך זכתה ההלכה, לצד המחמאות הרבות, גם לביקורת חריפה¹⁶.

בפסק הדין המקיף יש גם התייחסות מפורשת לשאלה אם ניתן לפתח איסור כללי של תחרות בלתי הוגנת בפסיקה. התייחסות זו אינה חד-משמעית. למעשה, ניתן לומר כי בית המשפט בחר לא להכריע בנושא זה ולא לקבוע באופן מפורש

15 על הפיצוי ללא הוכחת נזק בדיני לשון הרע ראו "קרניאל וע' ברקת" הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך" עלי משפט ב (תשס"ב) 205.

16 כחבר בוועדה הציבורית מטעם משרד המשפטים לחקיקת דיני הפטנטים, אני יכול להעיד כי לאחר פרסום פסק הדין התבטאו כמה חברים בוועדה באופן חריף וטענו שאם בית המשפט קובע בעצמו את דיני הקניין הרוחני, לא צריך ועדה ולא צריך חקיקה.

קיומו של איסור כללי מעין זה¹⁷. למרות זאת, אף על פי שהוא מביא את הדברים בשם אומרם¹⁸, רואה המחבר בהלכת א.ש.י.ר. ובפסקי הדין שניתנו אחריה בסיס מספיק לקביעה כי היום קיים בישראל איסור כללי כאמור¹⁹.

דעתי היא כי זוהי מסקנה מרחיקת לכת ואין לה בסיס מוצק דיו בפרשת א.ש.י.ר. עצמה. עם זאת, אין ספק כי אותו קו מחשבה ואותו הלך רוח פסיקטי שהוביל להלכה בפרשת א.ש.י.ר. טומן בחובו גם את האפשרות להלכה מפורשת יותר בתחום התחרות הבלתי הוגנת בכלל.

להערכת, לב לכה של פרשת א.ש.י.ר. הוא הטלטלה שעוברת על דיני הקניין הרוחני, ולא דווקא המבט הרחב על דיני התחרות הבלתי הוגנת. בית המשפט מציין באופן מפורש שאנו מצויים בתקופה של התפתחות טכנולוגית מואצת²⁰ ושל שינויים בתפיסה וביישום של דיני הקניין הרוחני. לפי גישה זו, החקיקה אינה מדביקה את השינוי בטכנולוגיה, במדע ובתקשורת, ולכן לא ניתן לראות בדינים החקוקים של הקניין הרוחני את חזות הכול. במציאות משתנה נדרש בית המשפט לספק פתרונות גמישים ויצירתיים, גם במחיר של אי-ודאות ושל חריגה מהאיזונים המסורתיים המעוגנים בחקיקה הקיימת בתחום הקניין הרוחני.

הקושי העיקרי שאני מוצא בהלכה היא בכך שהטלטלה של דיני הקניין הרוחני, לפי פסק הדין, היא רק לכיוון אחד, כלומר: לטובת הבעלים של התוצרים הרוחניים. אלה זוכים ל"הזדמנות שנייה" להגן על הרכוש ועל האינטרסים שלהם לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, וזאת גם אם לא הצליחו בתביעתם על פי דיני הקניין הרוחני. ההלכה אינה מעניקה את אותה גמישות ואת אותה ההזדמנות (או "מסלול עוקף" כפי שהוא מכונה בספר) לצד השני — הציבור הרחב של המשתמשים בתוצרים אלה — ומתעלמת במידה רבה מהאינטרסים שלהם לתחרות חופשית ולשימוש חופשי במידע וברעיונות חדשים. ביקורת ברוח זו על הלכת פרשת א.ש.י.ר. ועל דיני הקניין הרוחני הקיימים מושמעת לאחרונה בחוגים הולכים ומתרחבים²¹. הביקורת שלי אינה מתמקדת בצורך בוודאות ובריסון ואינה יוצאת נגד הגמישות השיפוטית הנדרשת בעידן המידע, אלא יורדת לעומקם של האינטרסים המוגנים על ידי דיני הקניין הרוחני. לדעתי, במקרים רבים יש להעדיף במסגרתו של איזון זה²² את האינטרסים של התחרות החופשית ושל חופש המידע

17 פרשת א.ש.י.ר. לעיל הערה 9, בע' 475.

18 דויטש, לעיל הערה 1, בע' 122.

19 שם, בע' 129: "דעתנו היא כי עמדת רוב השופטים בפסק-דין א.ש.י.ר. חיוקה בעקיפין באורח ניכר את הגרסה, לפיה ניתן לפתח איסור מפני תחרות בלתי הוגנת באמצעות עולת הרשלנות".

20 פרשת א.ש.י.ר. לעיל הערה 9, בע' 423-424.

21 ראו ביקורת ישירה על פרשת א.ש.י.ר. במאמרה של נ' אלקין-קורן "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה (תשס"א) 9, ובנושא זכויות יוצרים אצל קרניאל ונסימאן, לעיל הערה 6.

22 אך לא דווקא במקרים שעמדו במרכזו של פרשת א.ש.י.ר.

על פני זכויותיהם הרכושיות של בעלי התוצרים הרוחניים²³. בבחירה בין הוודאות המשפטית לבין הצדק, גם אני, כמו המחבר²⁴, בוחר בצדק ובשיקולים ערכיים נוספים. בשאלה מהו הצדק בתחום ההגנה על התוצרים הרוחניים, דומני שיש הבדל לא קטן ביני לבין פרופ' דויטש. אני מעדיף באופן ברור את חופש המידע ושואף להרחיב ככל האפשר את נחלת הכלל גם על חשבון זכויותיהם של בעלי הקניין הרוחני.

3. שער שלישי – הסוד המסחרי

את השער השלישי, הגדול בשערים, המתמקד בתופעת המשפט המוכרת בשם "סוד מסחרי", פותח המחבר בקלישאה הנכונה כל כך כי "מידע הוא כוח". מידע הוא לא רק כוח, אלא גם נכס מרכזי בפעילות הכלכלית. מסתבר כי רוב התוצרים הטכנולוגיים המקוריים נשמרים היום בצורה של סוד מסחרי ולא באמצעות רישום מקובל של קניין רוחני. על רקע זה, ועל רקע עידן המידע, המבוסס רובו ככולו על התוצרים הטכנולוגיים האמורים, ברורה החשיבות העצומה שיש כיום לדיני הסודות המסחריים.

דינים אלה התפתחו כעשורים האחרונים באופן מואץ בעולם כולו, וגם בישראל, והם ראויים לדיון המקיף והמעמיק שנערך בהם בחיבור זה.

בבסיס ההגנה המשפטית על הסוד המסחרי עומד הצורך באיזון המוכר בין האינטרס הרכושי והעסקי של בעל הסוד מצד אחד, לבין הצורך בתחרות חופשית, חופש עיסוק, חופש מידע והאינטרס הציבורי בגילוי מידע מצד אחר, על מנת לפתח תוצרים טכנולוגיים ורוחניים חדשים על בסיסו של אותו ידע.

אין ספק כי המגמה השלטת כיום בעולם המשפטי בארצות-הברית, באנגליה וגם בישראל היא הרחבת ההגנה המשפטית על הסוד המסחרי, וזאת למרות דברי כפירה וביקורת רדיקלית הנשמעים מפעם לפעם בחוגי האקדמיה²⁵.

השער השלישי, הרחב והמעמיק, יכול היה להיות ספר בפני עצמו. בשער זה עוסק המחבר בהצדקה להגנה המשפטית על הסוד המסחרי ובוחר את הנושא מכל היבטיו: הערכיים, הכלכליים, החוקתיים והמשפטיים. בין היתר נבחנת השאלה החשובה מהם מעמדה ותוקפה של הזכות. עמדתו של המחבר היא כי הפתרון הראוי הוא זה המעניק לזכות לסודיות מסחרית הגנה בעלת אפיונים הקרובים לזכות קניינית, אך הכפופים לשיקול הדעת השיפוטי, וזאת ברוח הדין האמריקני²⁶. דויטש מקדיש פרק חשוב ליחס בין דיני סודות המסחר לבין דיני הקניין הרוחני,

23 המחבר מתמודד עם ביקורת זו ודוחה אותה על בסיס האיזון הראוי בין האינטרסים: דויטש, לעיל הערה 1, בע' 260.

24 שם, בע' 277.

25 סקירה מקיפה של הדעות השונות בנושא זה מצויה שם, בע' 281–373 ובעיקר בע' 296–373. לפירוט הדין הישראלי ראו שם, 1, בע' 346–373.

26 שם, בע' 346.

וכן מקדיש חלקים נרחבים לדיונים מעניינים בשאלות מעשיות ואקטואליות המעסיקות רבים בתעשיית ההיי-טק. שאלות אלה נוגעות למשל בסוגיית הבעלות על סוד מסחרי שנוצר על ידי עובד²⁷, וכן בפסק דין הידוע ע"ע 164/99 פרומר נ' רדגארד בע"מ²⁸, שהצר עד למאוד את יכולתו של המעביד להגביל באמצעות חוזה עבודה את חופש העיסוק של העובד, והעביר את הדגש המשפטי לשאלה אם העובד משתמש או עומד להשתמש בסודות מסחר של המעביד, בניסבות שבהן שימוש כזה מאיים על עסקו של המעביד²⁹.

בעיניי, מעניין במיוחד הדיון הקצר אך המרתק שעושה המחבר בהשפעתה של רשת האינטרנט על דיני הסוד המסחרי. כידוע, פרסומו של הסוד ברבים הופך אותו לנחלת הכלל ומפקיע גם את הזכות לסודיות³⁰. עידן האינטרנט מציב דילמה לא פשוטה לנורמה בסיסית זו, וזאת על רקע הקלות הבלתי נסבלת של הפרסום ברבים. לכאורה, הפרסום באינטרנט הופך את הסוד למידע גלוי לכול, וכך פוקעת זכותו של בעל המידע בסוד. לכאורה, צד שלישי הנתקל במידע הגלוי באינטרנט יכול לעשות בו כל שימוש ללא הגבלה. זוהי עוד דוגמה לטלטלה העוברת על דיני הקניין הרוחני בעידן המידע ולצורך להתאים את הדינים למציאות הטכנולוגית החדשה. דויטש מזכיר את הדעה שעלתה בספרות המשפטית בארצות-הברית, שלפיה אם הסוד נגזל ופורסם באינטרנט נגד רצון הבעלים, וצד שלישי שעשה בו שימוש יודע על כך, אזי יש מקום להגן על הזכות לסודיות ולהעניק לה תוקף גם מול הצד השלישי. לאחר דיון מעניין בסוגיה זו מגיע המחבר לעמדה, המקובלת גם עליי, שלפיה גם לגבי מידע שפורסם באינטרנט, הפרסום מפקיע את הזכות לסודיות מסחרית, ללא סייגים³¹.

אכן, בעידן המידע והאינטרנט שאנו חיים יש ערך וחשיבות מרכזיים להשאיר את האינטרנט כמקור לגיטימי וחופשי של מידע. לאינטרנט יש תפקיד תרבותי, כלכלי, טכנולוגי וחברתי רב-חשיבות בהענקת הזדמנות שווה לרבים להשיג מידע במהירות וביעילות. המידע הגלום והמצוי באינטרנט תורם תרומה של ממש במישור העסקי, הטכנולוגי והחברתי, ואין לסגור אותו או להפוך אותו למידע סגור המסוכן למסתמכים עליו במישור המדעי, החברתי והעסקי כאחד.

27 שם, בע' 528–555.

28 ע"ע 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פר"ע לר 264 (להלן: הלכת צ'ק פוינט).

29 בין היתר טוען המחבר כי בית המשפט העליון לא אימץ בע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 את הלכת צ'ק פוינט. לדעתו קיים "פער עמוק בין גישתו של בית המשפט לעבודה בעניין צ'ק פוינט, לבין גישתו של בית המשפט העליון בעניין סער" – ראו דויטש, לעיל הערה 1, בע' 602. אני, כשלעצמי, לא משוכנע שיש הכולל כה גדול בין השניים, אך לא כאן המקום להרחיב בנושא זה.

30 כך גם על פי הדין הישראלי, ראו בס' 5 לחוק עוללות מסחריות.

31 לדעת המחבר נותר עדיין סייג אחד, שאינו בגדר דיני הסוד המסחרי. הסייג הזה נוגע לדיני עשיית עושר ולא במשפט לפי פרשת א.ש.י.ר, דויטש, לעיל הערה 1, בע' 486.

ג. סיכום

אכן, את מה שהחסיר המחוקק בתחום העוללות המסחריות, ובעיקר את האיסור הכללי והמפורש על תחרות בלתי הוגנת, ניתן להשלים בעזרת פרשנות של החוק ושל הדין הסובב אותו. מלאכה חשובה זו עומדת במרכזו של התייבון המקיף והרחב של פרופ' דויטש. לפנינו מפורטים בזה אחר זה מגוון רחב של כלים משפטיים העומדים לרשותו של המשפטן, ובעיקר של השופט, על מנת להחיל במשפטנו את האיסורים הראויים בעידן המידע של תחרות לא הוגנת, המבוססת בעיקרה על הניצול של קניינו הרוחני של המתחרה. בכל הנוגע למעמדו ולתוקפו של הסוד המסחרי מהווה התייבון כתב הגנה מרשים התומך בתייבון ההגנה המשפטית על זכותו של בעל הסוד. אולם כוחו הגדול של התייבון אינו רק בעמדות שהוא נוקט, אלא בכך שהוא מאפשר בסיס רחב ומשותף לדין גם לאלה בינינו, כמוני, הסבורים שניתן וראוי למצוא את האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים במקום קצת אחר, קרוב יותר לזכותו של התייבון לדעת³² ולאנטרס התייבון בזרימה חופשית של מידע.

בעידן המידע והתקשורת שבו אנו חיים, נוכח הטלטה שעוברת ועוד צפויה לעבור על דיני הקניין הרוחני המסורתיים, עולה החשיבות של הדינים הכלליים העוסקים בעוללות מסחריות ובתחרות בלתי הוגנת וכן גובר משקלם של דיני סודות המסחר שאינם רשומים. נראה כי בדינים אלה ניתן למצוא את האיזון הראוי בין עידודם של יזמות, פיתוח מוניטין, תייבון יצירות, פיתוח המצאות וסודות מסחר, לבין אינטרסים אחרים של התייבון הרחב, ובהם עידוד התחרות החופשית, חופש העיסוק והבטחת הזרימה החופשית של ידע ומידע תוך כדי שמירה על הגינות, על הוגנות ועל זכויותיו של הצרכן³³.

32 ראו למשל את הדיון המאלף בספר בשאלת היחס בין הסוד המסחרי לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998, וכן היחס בין דיני הסוד המסחרי לדיני איכות הסביבה. מה עושים, למשל, כאשר המידע הסודי שייך למפעל המזהם את הסביבה; דויטש, לעיל הערה 1, בע' 708.

33 על מקומו של הצרכן ועל מעמדו ראו א' דויטש מעמד הצרכן במשפט (תשס"ג).

על הצנזורה הפרטית בתקשורת המסחרית

על "דיני התקשורת המסחרית" מאת: יובל קרניאל¹

משה נגבי *

ספרו החדש של ד"ר יובל קרניאל מבקש לתאר באורח מקיף, ממצה ומדויק את מכלול הדינים המסדירים כיום את פעילות התקשורת המסחרית בישראל, ולנתחם ניתוח משפטי-ביקורתי מעמיק. אין זו משימה קלה לנוכח המגוון העצום של ערוצי תקשורת מסחרית (מודפסת, משודרת ומקוונת), המזינים ומציפים כיום את מוחותיהם ואת חושיהם של אזרחי המדינה, אך קרניאל עומד בה בהצלחה מרשימה ביותר. ואולם הוא עושה בספרו גם הרבה יותר מכך: הוא מאיר ומנתח באזמל חד את השפעתה הממארת של המהפכה הטכנולוגית והמסחרית בתקשורת שלנו על חירותה של התקשורת, ובעיקר על חירות העיתונאים המועסקים בה, וממילא על איכות הדמוקרטיה שלנו.

לא מכבר חגגה מערכת המשפט הישראלית יובל לבג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים² אשר בו הניח הנשיא (כתוארו אז) שמעון אגרנט את התשתית לחופש העיתונות ולזכויות האדם הדמוקרטיות בכלל. לא בכדי קשר פרופ' אהרן ברק כתרים להחלטה זו ותיאר אותה כ"מגדלור"³. באותה החלטה הועלה על נס "שוק הדעות החופשי" שבלעדיו לא ייתכן תהליך דמוקרטי ממשי, ונפגמת אנושות יכולת החברה לקבל החלטות מושכלות באשר לגורלה. אך כפי שמיטיב קרניאל לתאר ולהדגים, האיום על שוק הדעות איננו רק מצד השלטון — שאת כוחו השכילו להגביל אגרנט ועמיתיו וממשיכיהם בבית המשפט העליון — אלא

* עיתונאי, משפטן ופרשן משפטי בתקשורת המשודרת והכתובה. מרצה בכיר, המחלקה לתקשורת ועיתונאות, האוניברסיטה העברית בירושלים. מרצה בבית הספר לתקשורת, המכללה האקדמית, נתניה.

1 "קרניאל דיני התקשורת המסחרית (תשס"ג). הספר יצא לאור בהוצאת "המכון למחקרי משפט וכלכלה בע"מ".

2 בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: פרשת קול העם).

3 א' ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' — קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129; א' ברק "את המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" עלי משפט ג (תשס"ד) 377.

גם, ולאחרונה בעיקר, מצד האינטרסים המסחריים-פרטיים השולטים בתקשורת ובנגישות אל בימותיה. ההכרה בכך החלה לחלחל בעשור האחרון גם לפסיקת בית המשפט העליון. הנה כך כתב הנשיא (כתוארו אז) מאיר שמגר באחד מפסקי דינו האחרונים:

"ללא אפשרות גישה אל אמצעי התקשורת עלולה הגשתו של חופש הביטוי להיות חלקית בלבד [...] אם בעלי השליטה באמצעי התקשורת יסרבו לשקף רעיונות מסוימים, עלולה תמונת הרעיונות להתעוות. 'שוק הרעיונות' עלול להפוך ל'שוק הרעיון הבלעדי' [...] אין לך דבר רחוק יותר מדמוקרטיה מאשר אחידות רעיונית טוטלית ('קולקטיביזם רעיוני')"⁴.

הסיקור התקשורתי בנושאי כלכלה וחברה הוא כמדומה המחשה מובהקת וכוללת לכך: זה מכבר נשמעה הטענה שהעובדה שהשולטים בשוק התקשורת המסחרית נמנים עם מעמד המעסיקים משלמי השכר ולא עם מעמד השכירים המקבלים אותו, מביאה אותה להעדיף, כמעט תמיד, פרסום דעות רעיונות שביתות ותביעות להעלאת שכר⁵. והאם זה מקרי שכתב־פרשן כלכלי בעל אוריינטציה חברתית כעודד שחר מבלבב דווקא (ורק) בשידור הציבורי, שהוא השריד הכמעט אחרון של התקשורת הלא-מסחרית?

כעשור לאחר תקדים פרשת קול העם התריע אחד השותפים לנתינתו, הנישא (כתוארו אז) משה לנדוי, כי "כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו והחליף דעות, דרושה לו גם החירות [...] לגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה", וכי "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב"⁶. אך כיום לאו דווקא השלטון עלול להשתמש בעצמתו כדי לחסום את נגישות האזרח למידע – ובכך לקבוע מה טוב לאזרח לדעת (ועצמתו שלו לעשות זאת אף הוגבלה בחקיקה⁷) – אלא גם, ובעיקר, בעלי כלי התקשורת והעורכים הסרים למרותם. הריכוזיות בשליטה בשוק התקשורת, הזוכה להארה נוקבת בספרו של קרניאל⁸, ובעיקר הבעלות הצולבת של שלוש-ארבע משפחות על תקשורת מודפסת, משודרת ומקוונת כאחת, מאפשרת "צנזורה פרטית"⁹ על

4 בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 541–542 (להלן: פרשת כהן).
 5 א' אלכסנדר "מה זה עיתונות חופשית?" קיבוץ 10.8.94.
 6 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415–2416.
 7 חוק חופש המידע, תשנ"ח–1998. לניתוח מקיף של החוק והשלכותיו על הנגישות למידע ראו ז' סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (תש"ס).
 8 קרניאל, לעיל הערה 1, בע' 138–154, 172–176.
 9 לניתוחו של מושג זה ראו: M. Negbi "The Enemy Within: The Effect of Private Censorship on Press Freedom and How to Confront It — An Israeli Perspective" Discussion Paper D-35, Shorenstein Center, Harvard University (1998) [http://www.ksg.harvard.edu/press/pol/Research_Publications/Papers/Discussion_Paper/D35%20.pdf] (last visited on 1.9.2005).

מידע שהיא אפקטיבית לא פחות מן הצנזורה השלטונית. ישנם כיום מאות אלפים ואולי אף מיליוני ישראלים אשר כמעט כל מקורות המידע הדומיננטיים שלהם – העיתון היומי, חדשות הערב בטלוויזיה, המקומון של סוף השבוע, מהדורת החדשות המקומיות בכבלים – נשלטים במידה זו או אחרת על ידי אותו גורם כלכלי. גם בזאת נגע הנשיא שמגר ערב פרישתו: "הסכנה ל'שוק הרעיונות' נובעת, בראש ובראשונה, מריכוזיות בשליטה באמצעי התקשורת [...] הדעה שהובעה [...] ולפיה אין אצלנו שליטה ריכוזית בתחום העיתונות, מנותקת מן המציאות. ברור וידוע הוא כי יש שליטה ריכוזית ומפעיליה גם יודעים היטב להפעיל את כוחם"¹⁰. ואכן מרגע שהכוח לצנזר או לעצב (ולעוות!) את תוכני התקשורת מצוי בידי גורמים אשר המוטיבציה המסחרית היא בראש מעייניהם, יהא זה נאיבי לצפות שלא ישתמשו בו על מנת שהתכנים האמורים יביאו להגדלת רווחיהם (או למזעור הפסדיהם). כדבריו המפוכחים והנכוחים של קרניאל:

"כאשר השיקול המסחרי-כלכלי הוא השיקול הדומיננטי והמניע העיקרי לקיומו של העיתון, קשה למנוע את חדירת השיקול הזה גם למערכת ולהחלטות הנוגעות לפרסום מידע [...] ניהולו של עיתון, כעסק מסחרי לכל דבר, עלול להחליש את המחויבות של העיתון למילוי תפקידיה של העיתונות בחברה דמוקרטית, שירות זכותו של הציבור לדעת וביקורת על השלטון ומוקדי הכוח בחברה. השיקול המסחרי מושך במקרים רבים לכיוון ההפוך: שיתוף פעולה עם מוקדי כוח אחרים (שלטוניים ומסחריים), העדפת הבידור הזול על פני מאמץ יקר להשיג מידע מורכב וחסוי או במילים אחרות זניחתו של החשוב לטובת המעניין והזול"¹¹.

השיקול המסחרי-כלכלי משפיע לא רק על מה שיטופל בתקשורת אלא גם על צורת הטיפול, ואף זו משליכה מצדה על שוק הדעות ועל מימוש זכותו של הציבור לדעת. חודשים ספורים לפני שנרצח, רואיין ראש הממשלה יצחק רבין במסגרת פרויקט של אוניברסיטת הרווארד על יחסי ממשל-תקשורת. רבין התלונן כי הכותרות בעיתונות הישראלית על פיגועי הטרור שביצע ה"חמאס" גדולות פי שלושה מן הכותרת שבישרה על פרוץ מלחמת ששת הימים בהיותו רמטכ"ל. "שאלתי את עורכי העיתונים מדוע זה כך", סיפר רבין, "והם השיבו לי שזה מה שמוכר את העיתונים"¹². מותר לתהות על הקשר האפשרי בין הכותרות הסנסציוניות שעליהן התלונן, והצילומים הגדולים נוטפי הדם שנתלוו אליהם, לבין האווירה של פניקה. והיסטריה ציבורית שהייתה קרקע נוחה להסתה הממארת נגדו.

10 פרשת כהן, לעיל הערה 4, בע' 542–543.

11 קרניאל, לעיל הערה 1, בע' 17–18.

M. Kalb "The Promise and the Problem: מארווין קאלב עם ראש הממשלה רבין ראו: 'The Promise and the Problems of the Israel Press (an interview with Yitzhak Rabin)' 1 The Harvard Int'l Journal of Press/Politics (1996) 106

אך כמובן ההשלכה של ה"הצהבה" (או אם תרצו, ה"האדמה") של העיתונות מתוך הרצון לספק את "מה שמוכר עיתונים" איננה רק על מה שמתפרסם, ועל ההבלטה, הפרופורציה והמתכונת של הפרסום, אלא גם על מה שאיננו מתפרסם. כאשר יש כותרות ענקיות, לא נותר מקום רב לדין מושכל ושקול בגורמי העומק של זוועות הטרור ובדרך למנען. היעדרו של דין זה אולי סייע למסע השיסוי נגד רבין, ותרם לתבוסת ממשיתו ויורשו, שמעון פרס, בבחירות של 1996. הרצון לספק את "מה שמוכר עיתונים" משותף כמובן לבעלי התקשורת המסחרית כולם, גם משום ששיעור המכירה (התפרצה או ה"רייטינג") קובע את כמות הפרסומות ואת מחירן. והרי הפרסומות הן נשמת אפה של התקשורת המסחרית. אך המצוד אחר פרסומות עלול לגרום לא רק לזילות התוכן העיתונאי אלא להעלמת מידע שאיננו נוח למפרסם (אף שיש בו עניין ציבורי), וכפי שמודגם בספר, אין מדובר בחשש בעלמא, אלא כבר היו דברים מעולם.¹³

וישנם כמובן האינטרסים העסקיים הפרטניים של הבעלים הספציפיים, הן בתוך התקשורת והן מחוצה להם. האם זה ריאלי לצפות שבעלי עיתון וזיכיון שידור שהם גם בעלי חברת אמבולנסים יאפשרו לפרסם תחקיר על מחדלי החברה שלהם באפיקי התקשורת שבשליטתם? והאם יהיו כלי התקשורת שבשליטתם מסוגלים לדווח דיווח אמין ומהימן על החברה המתחרה? אמנם כללי האתיקה העיתונאית מחייבים בעלי עיתון לפרסם בהבלטה בעמודיו דו"ח על האינטרסים העסקיים שלהם אחת לשנה, אך רוב הבעלים מתנכרים לחובה האמורה ואינם עושים זאת.¹⁴ כללי האתיקה גם דורשים גילוי נאות כאשר עיתון מפרסם מידע או דעה על עסק השייך לבעליו.¹⁵ אך כיצד יתממש "גילוי נאות" כאמור כאשר אין מדובר בפרסום, אלא דווקא בהימנעות מפרסום בלתי מחמיא על אותו עסק?

שאלת השאלות היא כמובן כיצד מונעים את הפגיעה האנושה הזאת של האינטרסים המסחריים-כלכליים בחופש העיתונות ובדמוקרטיה שלנו. "אני מבקש לטעון", כותב קרניאל, "כי התפקיד הציבורי של העיתונות ושל כלי התקשורת, המעניק להם כוח ועוצמה וגם יתרונות משפטיים מחייב אותם לכבד כמה כללים יסודיים באשר למילוי תפקידם בשירות זכות הציבור לדעת, ובראש ובראשונה, איסור לפרסם או להימנע מפרסום בשל שיקולים זרים"¹⁶. דברים כדרכונות, ואולם הוא נאלץ לציין בצער ש"נורמה זו מצויה עדיין רק בתחום האתיקה ואיננה מהווה חלק מהדין"¹⁷. ואכן הדין, ובעיקר פסקי הדין, לא רק שאינם מבססים את הנורמה

13 קרניאל, לעיל הערה 1, בע' 133-137.

14 ס' 15 לתקנון האתיקה של מועצת העיתונות-1996 (להלן: "תקנון האתיקה"). עיתון מעריב כחברה ציבורית מוסר דיווח על עסקי בעלי השליטה בו לבורסה, אך ספק אם הוא מגיע לידיעת קוראיו.

15 שם.

16 קרניאל, לעיל הערה 1, בע' 136.

17 שם.

הראויה והרצויה האמורה, אלא להפך — מקלים דווקא על המתנכלים לה, קרי: על הגורמים הפרטיים המבקשים משיקולי רווח לצנזר או לעוות את מה שמתפרסם בתקשורת המסחרית. הרשות השופטת אשר מילאה תפקיד כה קריטי ומרכזי בהגנה על שוק הדעות החופשי ועל זכות הציבור לדעת מול רשויות השלטון, כשלה עד כה כישלון חרוץ בהגנה עליהם מפני גורמים מסחריים פרטיים.

קרניאל מבקר את הלגיטימציה שנתנו בתי המשפט — למעשה אם לא להלכה — להתערבות מפרסמים (באמצעות מה שמכונה "חרם מודעות" או האיום בו) בתוכני התקשורת המסחרית המאיימים על רווחיהם. לטעמו הם יכלו לנהוג אחרת¹⁸. אך ממאירה אף יותר ההכרה שנתנו הן בית המשפט העליון¹⁹ והן בית הדין הארצי לעבודה²⁰ לכוחו הבלתי מוגבל של בעל כלי תקשורת להתערב — גם ממניעים שאינם ענייניים — בתכנים המתפרסמים ולכפות על העיתונאים העובדים בו (לרבות העורך) מה לפרסם ובעיקר מה לא לפרסם. אין זה מקרי כנראה שהדברים הנכוחים והמפוכחים שצוטטו לעיל מפי הנשיא שמגר²¹ נאמרו בפרשה אשר בה הוא נותר בדעת מיעוט, ואילו הרוכב בבית המשפט גרס שבתקשורת פרטית זכאי הבעלים לצנזר מאמר שאיננו לרוחו, גם בניגוד לדעת המערכת המקצועית²². נראה שהרוכב מקרב השופטים מתנכר לאיום "הפרטי-מסחרי" על שוק הדעות ועל הזכות למידע, וטרם הפנים שכדי לגונן עליהם חיוני לשמור לא רק על חופש העיתונות אלא גם — ובעיקר — על חופש העיתונאי מול העיתון או כלי התקשורת האחר שבו הוא מועסק. אמנם הנשיא אהרן ברק המליץ להתיל גם על התקשורת הפרטית חובות מן המשפט הציבורי, תוך התבססות על ראייתה כאורגן "דור-מהותי"²³, אך המלצתו זו לא אומצה בפסיקה, והיא עודנה מופיעה בה — אם בכלל — רק כדעת מיעוט²⁴.

כמישור המשפטי, כוחם של בעלי המדיה המסחרית לשלוט בשוק הדעות והמידע נותר אפוא מוחלט, וכידוע כוח מוחלט עלול אף להשחית לחלוטין. אמנם מועצת העיתונות נקטה צעד רב-חשיבות כאשר החילה גם על המוציאים לאור את כללי האתיקה שלה ואסרה עליהם לנצל לרעה כוח זה²⁵, אך כמצוין לעיל, לבעלי המדיה אין עכבות בהפרת הכללים²⁶. כללי האתיקה אף אינם יכולים כמובן להגן

18 שם, בע' 134–135.

19 פרשת כהן, לעיל הערה 4.

20 דב"ע נג/223–3 פלשתין פוסט בע"מ — יחיאל, פר"ע כז 436.

21 פרשת כהן, לעיל הערה 4; ראו גם: Negbi, *supra* note 9.

22 פרשת כהן, לעיל הערה 4.

23 א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיתותיה" משפטים כז (תשנ"ז) 223.

24 ראו למשל את דעת המיעוט של השופט המחוזי בועז אוקן בע"א 3060/02 (י"ם) שטרן נ' פלסטיין פוסט (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2003(4) 71.

25 ראו הגדרת המונח "עיתון" בס' 1 לתקנון האתיקה. ראו הגדרת ניגוד עניינים ושימוש לרעה בס' 15 ו-16 לתקנון האתיקה.

26 קרניאל, לעיל הערה 1, בע' 133–137.

הגנה משפטית אפקטיבית על העיתונאי שיסרב למלא אחר הוראות לא אחיות של מעסיקו.

הוועדה הציבורית שהקימה הממשלה בשנת 1996 לבדוק את חוקי העיתונות (להלן: "ועדת צדוק"), שכותב שורות אלה נמנה עם חבריה, הייתה מודעת לסכנת ההשחתה שבכוחם המוחלט של המוציאים לאור. היא המליצה על חקיקה מיוחדת שתגביל כוח זה. כך, למשל, היא גרסה שיש לקבוע איסורים על ריכוזיות יתר בשוק התקשורת, מעבר לחקיקה הרגילה נגד הגבלים עסקיים. כמו כן היא הציעה לאפשר הטלת פיצויי פיטורין מוגדלים על מוציא לאור שפיטר או שגרם להתפטרות עיתונאי בגלל סירוב אותו עיתונאי להפר את כללי האתיקה²⁷. אך ההמלצה החשובה ביותר של הוועדה בעיניי, היא זו הקוראת למנוע בחוק מעברייני מורשע בעברה שיש עמה קלון לשלוט בעיתון או לערוך אותו. על פי הדין הקיים מנוע אמנם עברייני מלערוך עיתון²⁸, אך איננו פסול מלהיות הבעלים שלו, ומכוח בעלותו אף לשלוט בתכניו וגם בעיתונאיו שלטון ללא מצרים, ולמנות עורך כלבבו²⁹. אמנם בית המשפט הגבוה לצדק קבע ברוב דעות כי גם לעברייני הזכות לחופש הביטוי והעיתונות³⁰, אך ועדת צדוק הבינה את סכנת ההשחתה שבמתן השליטה בכלי תקשורת בידיים מסואבות, שכן במקרה זה עסקינן לא רק בחופש העיתונות של העברייני עצמו אלא בנתינת הכוח בידיו לשלול חופש עיתונות (ונגישות לדעות ולמידע) מרבים אחרים. כאשר פושעים מנהלים כלי תקשורת חשוב, קל להם לבנות קשר אישי וחברתי עם אישי מדינה ועם מחוקקים. הרי כל פוליטיקאי, בכיר וסולידי ככל שיהיה, יתקשה להתנזר ממגע עם מי ששולט בבימה, ולעתים אף בכמה בימות מרכזיות. ברור כשמש פוטנציאל ההשחתה שבקיום קשר חברתי בין עולם הפשע לבין עולם השררה והחקיקה. אך במציאות שבה בימה מרכזית נשלטת בפועל על ידי פושעים, קיומו של קשר משחית הזה הוא כמדומה כמעט בלתי נמנע. ועדת צדוק הייתה ערה כאמור לסכנת ההשחתה האמורה אך גם לקושי העקרוני והמעשי שבהפקעת זכות הקניין של המוציא לאור העברייני, ולפיכך המליצה שלא ליטול את מניותיו בכלי התקשורת אלא רק להעביר את סמכויות הדיריקטוריון לנאמן שימנה בית המשפט³¹.

בין כה וכה, אף אחת מהמלצות החקיקה בדו"ח ועדת צדוק לא יושמה. כדבריו הבוטים אך קולעים של קרניאל, הדו"ח "נקבר במגירות"³². והיה כנראה גם מי

27 ס' 133, 136-137, 186 לדו"ח הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, תשנ"ז-1997 (להלן: "דו"ח ועדת צדוק"). חברי הוועדה הציבורית היו הנשיא דאז של מועצת העיתונות, עו"ד חיים צדוק, פרופ' עמוס שפירא, פרופ' רות גביון, פרופ' אסא כשר ומר משה נגבי.

28 ס' 5(ב)(VI) לפקודת העיתונות, תרצ"ג-1933.

29 פסילה כאמור קיימת לגבי בעל זיכיון שידור, ראו ס' 41(ב)(2) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990.

30 בג"ץ 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.

31 ס' 96-126 לדו"ח ועדת צדוק.

32 קרניאל, לעיל הערה 1, בע' 11.

שסייע לו להיקבר שם. כאשר ניסו חברות הכנסת זהבה גלאון ותמר גוז'נסקי לקדם את החקיקה שעליה המליצה הוועדה להצרת כוחם של בעלי התקשורת המסחרית בכלל, ולהפקעת כוחם של הפושעים המורשעים שביניהם בפרט, נמצאו לה ארבעה-עשר תומכים בלבד, והיא לא עברה אפילו את משוכת הקריאה הטרומית³³. התברר שכדי לנטרל או להחליש את עצמתם של אילי התקשורת, צריך תחילה להתעמת עמה, ורוב המחוקקים — הזקוקים לחמיכה ובעיקר לחשיפה תקשורתית אוהדת כאל אוויר לנשימה — אינם ששים לעימות הזה.

בהיעדר שינוי בחקיקה, רק ביקורת ומחאה ציבורית יכולה אולי להרתיע את בעלי התקשורת המסחרית מלעשות שימוש נלוז בעצמתם. אך לא ייתכנו ביקורת ומחאה כאלה ללא מודעות וערנות של הציבור הרחב לעצמה האמורה ולהשלכותיה המסוכנות על השיח וההליך הדמוקרטיים. ספרו החשוב של ד"ר יובל קרניאל, שנכתב בשפה בהירה השווה לכל נפש, עשוי לתרום תרומה רבת משקל לטיפוח המודעות והערנות הללו, ולפיכך ראוי ואף חיוני — כנאמר במבוא לו — שיגיע לא רק למשפטנים ולעורכי דין אלא גם לתלמידים ולכל מי שחרד לדמוקרטיה אצלנו ושוחר את טובתה³⁴.

33 הצעת חוק לתיקון פקודת העיתונות (כשירות עורך ומינוי נאמן), תשנ"ט–1999; הצעת חוק הגנה על חופש העיתונות, תש"ס–1999. שתי ההצעות נדחו בישיבה רמ"ז של הכנסת ה-15, ביום 14.11.02.

34 קרניאל, לעיל הערה 1, בע' 5.