

## שקיפות בסינון תכנים: הצעה לפעולה

### טל ז'רסקי\*

ספקי התכנים האינטרנטיים מעשירים את השיח הציבורי בכמות עצומה של מידע, המגיע בחלקו הגדול ממשמשי קצה. גופים פרטיים אלו ממלאים תפקיד מרכזי בחיינו בעידן הדיגיטלי ונוטלים חלק בעיצוב השיח הציבורי. תשומת הלב מצד רשויות ההסדרה לא איחרה להגיע. ככלל, הגישה ההסדרתית כלפי ספקי התכנים היא רכה ומתירנית בשל החשש שהסדרת יתר תיפגע בהיקף ובניטרליות של השיח במסגרת ייחודית זו. גישה זו דוגלת בחסינות נרחבת לספקי התכנים, בעיקר לעניין החלטותיהם אלו תכנים יופצו ואילו ייגנזו.

מאמר זה מבקש להוסיף נדבך על השיח בדבר הסדרת שיקול הדעת של ספקי התכנים ומתן חסינות לגופים אלו באמצעות ממד רגולטורי שטרם נבחן – הטלה של חובת שקיפות על ספקי התכנים. דרישה זו תחייב את ספקי התכנים להסביר בבירור מהם הכללים שלפיהם הם מחליטים להפיץ או לסנן תכנים המובאים לפתחם, כמו גם לעמוד בכללים שהם מפרסמים ולקבוע סעדי עזר נוספים שיבטיחו את קיום דרישות אלו.

המאמר מתמודד עם הצעה חדשנית זו בשני רבדים: תאורטי ומעשי. ברובד התאורטי המאמר בוחן את ההצדקות והתועלות שבשקיפות, תוך הסתמכות על חופש הביטוי של משתמשים מסוגים שונים ועל אינטרסים נוספים. זאת, תוך איזון אל מול זכויות הביטוי והקניין של ספקי התכנים עצמם. ברובד המעשי המאמר בוחן אם כלל ניתן ליישם את חובת השקיפות בלי שתיהפך תוך זמן קצר לאות מתה – לנורמה לא אכיפה או לנטל בלתי-נסבל על ספקי התכנים. זאת, תוך ציון החשש שחובת השקיפות תוביל לפרסום של כללי סינון גורפים ועמומים. לסיכום דיון זה המאמר מציג רשימת המלצות להתוויה בדיון של חובת השקיפות.

\* מרצה בכיר, אוניברסיטת חיפה, הפקולטה למשפטים. אני מודה לניבה אלקין-קורן, למיכאל בירנהק, לשמוליק בכר, לשרון בר-זיו, לאורן ברכה, לאסף יעקב, למיכל לביא ולגיא פסח על הערותיהם המועילות, וכן לענר רבינוביץ, לרעות כהן וליוני פרידמן על הסיוע במחקר ובעריכה. כמו כן, תודה למשתתפות ומשתתפי יום העיון – שאורגנה על ידי מערכת כתב העת חוקים בין היתר לשם דיון במאמר זה – על הערותיהם, וכן למשתתפות ומשתתפי הסדנה למשפט וטכנולוגיה באוניברסיטת תל-אביב על התייחסותם ועל ליבון הדיון בנקודות שדרשו חידוד. לסיום, תודה לחברי מערכת כתב העת חוקים ולקורא האנונימי על הערותיהם המועילות.

ההמלצות מציגות אף סעדי עזר שיסייעו למשתמשים להבין בצורה טובה יותר את פעולות הסינון שספקי התכנים מבצעים. לסיום, המאמר בוחן פרספקטיבה נוספת: האפשרות להחיל על ספקי התכנים נורמות הלקוחות מהמשפט הציבורי. תחולה זו תתקיים במצבים נדירים, אך יש בה כדי להצדיק את ההכרה בחובת השקיפות אף בטווח מצבים רחב יותר.

א. הקדמה. ב. שיקול דעתם של ספקי התכנים ודרכי הבקרה עליו: ניתוח פוזיטיבי. ג. שקיפות במדיניות החסימה *אקס אנטה*: חשיבותה, בעיותיה ומגבלותיה. 1. על השקיפות ובגנותה; 2. ביקורות נוספות; ד. שקיפות: יישומה והצורך בסעדי עזר להבטחתה. 1. אתגריה של דרישת השקיפות; 2. שקיפות הלכה למעשה; ה. על מגבלות הספק לחסום ולסנן תכנים, דואליות נורמטיבית, פורום ציבורי ודרישת השקיפות. 1. ספקי תכנים ועקרונות המשפט הציבורי: היילכו שניים יחדיו?; 2. המשפט הציבורי, ספקי תכנים וחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים; 3. סיכום ביניים: ספקי תכנים, גבולות הפורום הציבורי וגבולות השקיפות; ו. סיכום וכיווני מחקר עתידיים.

## א. הקדמה

תביעה תקדימית נגד ynet: מצנזרת תגובות...

זאת לא פעם ראשונה ש ynet מצנזר תגובות שלא מיישרות קו עם עמדת האתר...

סלקום הפיקה סרטון פרסומת שנוי במחלוקת. פארודיה על הפרסומת הועלתה לאתר פליקס של תפוז. סלקום דרשה לצנזר אותו. מנהלי האתר נענו לדרישה.

[מקבץ מקרי ואנקדוטלי של ידיעות המופיעות ברשת].<sup>1</sup>

1 עוד לעניין זה ראו רתם קלינה "נקמת הטוקבקיסט" NRG מעריב ברנז'ה 15.2.2006 [www.nrg.co.il/online/4/ART1/048/507.html](http://www.nrg.co.il/online/4/ART1/048/507.html); רובי בוזגלו "תגובה ש-Ynet סירבה לפרסם על שחרור גלעד שליט" E-MAGO 9.3.2009 [www.e-mago.co.il/phorum/read-5-34687-9.3.2009](http://www.e-mago.co.il/phorum/read-5-34687-9.3.2009); יהונתן זילבר "תפוז סחוט" העין השביעית 17.7.2009 [www.the7eye.org.il/34687.htm](http://www.the7eye.org.il/34687.htm); [articles/Pages/160709\\_Cellcom\\_asks\\_tapuz\\_censured.aspx](http://articles/Pages/160709_Cellcom_asks_tapuz_censured.aspx).

ההתרחבות וההשתרשות של השימוש באינטרנט בציבור הישראלי הובילו ליצירה של תופעות חברתיות ייחודיות והזדמנויות עסקיות חדשות.<sup>2</sup> אלו ואלו יצרו אתגרים משפטיים רבים השוטפים את מערכת המשפט על זרועותיה. כדרכן של שאלות משפטיות חדשות, קיומן הוביל לחוסר ודאות בשוק וללחצים על המחוקק שיאמר את דברו. משרד המשפטים נענה לדרישה זו והקים בשנת 2001 ועדה לבדיקה של כמה עניינים הנוגעים ל"מסחר אלקטרוני".<sup>3</sup> מסקנות הוועדה עברו כמה גלגולים; נכון לכתבת שורות אלו הן מופיעות בהצעת חוק ממשלתית שנדונה בוועדות הכנסת ומעמדה ומצבה איננו ברור.<sup>4</sup> קשה להעריך כעת אם – ובאיזה צורה והיקף – תיהפך ההצעה האמורה לחוק. הצעת החוק עוסקת בסוגיות מרכזיות רבות הקשורות בקשרים רופפים. ייתכן שהיקפה הנרחב (מדי?) של הצעה זו עומד בעוכריה ומעכב את התקדמותה,<sup>5</sup> אולם סביר להניח כי אחדים מההסדרים המותווים בהצעת החוק יאומצו על ידי המחוקק בתקופה הקרובה בצורה זו או אחרת.

- 2 גל מור "2.7 מיליון ישראלים גולשים מדי יום" Ynet מחשבים 31.7.2006 [www.ynet.co.il/](http://www.ynet.co.il/) articles/0,7340,L-3284199,00.html; לסטטיסטיקה מפורטת ועדכנית ראו - [www.itu.int/ITU-D/ict/publications/idi/2009/material/IDI2009\\_w5.pdf](http://www.itu.int/ITU-D/ict/publications/idi/2009/material/IDI2009_w5.pdf). חברת בוק הודיעה לאחרונה על הרחבת תשתית הפס הרחב ל-50M ([www02.bezeq.co.il/NGN/Pages/life.aspx](http://www02.bezeq.co.il/NGN/Pages/life.aspx)). התפתחות זו מן הסתם תגביר את השימוש ברשת.
- 3 הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני דו"ח חלקי (2004) (להלן: דו"ח הוועדה).
- 4 הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008, ה"ח 322 (להלן: הצעת חוק מסחר אלקטרוני או הצעת החוק). להצעת החוק במלואה ראו - [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/4CCDE0BD-283C-4A21-8426-EFA5161C6E0B/9492/356.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/4CCDE0BD-283C-4A21-8426-EFA5161C6E0B/9492/356.pdf). הכנסת השבע-עשרה ערכה כמה דיונים בהצעה לקראת קריאה שנייה ושלישית אך הם לא הסתיימו באישור החוק. ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.אס. [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ, פסקה 20 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 25.3.2010) צוין כי "...בינתיים משכה ממשלת ישראל את הצעת החוק וזו איננה צפויה לעלות לדיון מחדש, בוודאי לא בנוסח הקודם".
- 5 אכן אפשר לתהות אם יש מקום לכלול יחד, בחוק אחד, היבטים של דרישת הכתב וכריתת חוזים, אחריות של ספקי שירותי אינטרנט וחיפיה של זהות גולשים – הן לעניין זכויות יוצרים הן לעניין עוולות ביטוי. את פתרונה של סוגיה זו אותיר בשלב זה לאחרים. להדגמת הנקודה האחרונה ראו דבריו של עו"ד אייל פרייס (יועץ משפטי, הפדרציה הישראלית לתקליטים ולקלטות) בפרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת משנה של ועדת המדע והטכנולוגיה לנושא אינטרנט וטכנולוגיית המידע, הכנסת ה-17, 53, 13.7.2008): "אני חושב שהדיון פה הוא מעורב מדי כי אנחנו גולשים, אנחנו מדברים על טוקבקים שלושת רבעי שעה ואז פתאום אנחנו נותנים דוגמה על קבצים מוסיקאליים פיראטיים כאילו מדובר ממש באותה מטריה, אבל לא היא". להרחבה ראו את המסמך המלא: [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/mada/2008-07-13.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/mada/2008-07-13.html).

ברשימה זו אתמקד בסוגיה הנובעת מפרק ה' להצעת החוק אך לא נדונה בו ישירות. פרק זה עוסק באספקה של שירותי אינטרנט, ובפרט בזכויות, בחובות ובחסינויות של ספקי תכנים ככל שהדבר נוגע למידע המוצג באמצעותם ברשת. כפי שסכסוכים המתעוררים לאחרונה מעידים, התנהלותם של ספקי התכנים עלולה להוביל לכמה סוגי תביעות, הנובעים כולם מכך שהם מפיצים תוכן ומידע בצורה נרחבת ולעתים לא מבוקרת. על פי רוב סכסוכים ותביעות אלו מתמקדים בטענות של צדדים שלישיים נגד התנהלות הספק, שלטענתם הובילה לפגיעה בפרטיותם, ללשון הרע או לעוולות אחרות שיכולות להיכנס תחת ההגדרה של "עוולות ביטוי". עוולות ומקרים אלו יעמדו במקד הדיון של רשימה זו. התנהגות הספקים אף עשויה להוות הפרה (ישירה או עקיפה) של זכויות יוצרים – סוגיה שלא אעסוק בה ברשימה זו כלל.<sup>6</sup>

ההתמודדות של הצעת החוק עם הסוגיות המתעוררות בהקשר זה מבורכת, שכן היא תאפשר למחוקק הישראלי לתת מענה מדויק יותר לכמה שאלות מרכזיות וראשוניות. לשם כך יידרש המחוקק להכריע בדיונים תאורטיים בדבר סוגי שיח שראוי לקדם ברשת ובדבר האמצעים הטכנולוגיים שהיינו רוצים לראות מותקנים (או אפילו מפותחים) במסגרתה. כל זאת, תוך איזון בין ההגנה מפני עוולות ביטוי לבין אינטרסים הנוגעים להגנה על חופש הביטוי והדמוקרטיה. ההכרעה אף תדרוש התייחסות לסוגיות הנוגעות לקידום השוויון והתחרות ההוגנת. ההסדרים החדשים שיתווה החוק אמורים גם לתת מענה למכלול נרחב

6 בהתוויית הפתרון בסוגיה האמורה בחר משרד המשפטים לבנות מנגנון אחיד להסדרה של שאלות הנוגעות להגנה על זכויות יוצרים ושל טענות אחרות הנוגעות לעוולות ביטוי. טענות אלו נובעות מאינטרסים חברתיים שכרוכים בהם שיקולי מדיניות נפרדים, הניצבים אל מול ובמקביל לכוחות חברתיים וכלכליים נבדלים. ניתן לפקפק בנכונות וביעילות של הסדרתם באותה מערכת דינים (פקפוק שלא כולם שותפים לו ואותיר אותו לדיון במסגרת אחרת). על כל פנים ומשיקולים אלו בחרתי ברשימה זו שלא לדון בסוגיות הנוגעות להגנה על זכויות יוצרים. יצוין כי בארצות-הברית מוסדרים ההיבטים של זכויות היוצרים בחקיקה נפרדת (Digital Millennium Copyright Act, 112 STAT. 2860 §512 (1998)), אף שיש הסוברים כי הבחנה זו היא תולדה של לחצים פוליטיים גרידא. באירופה מדובר בהסדרה אחידה להיבטים של זכויות יוצרים ועוולות ביטוי; ראו Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market ("Directive on Electronic Commerce") OFFICIAL JOURNAL L 178/1 p. 0001-0016 (2000). לדעה הסוברת כי ראוי לאחד בין הסדרים אלו, בין היתר משום שנדרש מנגנון זה בהקשר של זכויות היוצרים כדי להקים הגנה מלאה ליעדים של חופש הביטוי, ראו ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים בכיכר השוק הווירטואלית" משפט וממשל ו 365 (2003); Niva Elkin-Koren, *Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic*, 9 N.Y.U. J. LEGIS & PUB. POL'Y 15 (2006).

של שאלות מעשיות המתעוררות בהקשר זה. החוק יעניק גם נקודת איזון כוללת לשאלות אלו וזו תשמש את בתי המשפט בהתמודדותם עם שאלות דומות ואחרות שללא ספק תתעוררנה בעתיד.

הצעת החוק הקדישה מחשבה רבה לאיזון בין האינטרסים הנוגעים לעולות ביטוי ונראה כי התוצאה עשויה להיות משביעת רצון. עם זאת, בקו התפר שבין ההסדרים נותרה נקודת תורפה המצדיקה דיון ומחשבה נוספים. זאת, בכל הנוגע ליכולתם של אתרים המתפקדים כפלטפורמות ("שירותי אירוח", כהגדרתם הנוכחית בחוק)<sup>7</sup> לפעול באופן עצמאי כמסירי (או חוסמי) תכנים שאחרים ("מפיצים", בלשון החוק) מבקשים לפרסם באתרם (אותם אכנה "ספקי תכנים"). ההסדר מאפשר לספקי התכנים להפעיל את שיקול דעתם בצורה רחבה למדי ואף גורפת. כל זאת, תחת מעטה של חסינות מפני תביעות שתפורט להלן. יכולתם זו של האתרים אף ממומשת בפועל בהקשרים שונים ומסיבות שונות. לדוגמה, ממחקר שערכו ברזילי-נהון וברזילי על אודות קהילות וירטואליות עולה כי יותר מ-5% מההודעות נמחקות מסיבות שונות ובכללן פגיעה בנורמות האתר וחוסר רלוונטיות.<sup>8</sup> מהתבטאויות של עורכי אתרים מרכזיים כגון ynet עולה, כי מחיקת תגובות (talk-backs) נעשית בשכיחות גדולה בהרבה.<sup>9</sup>

את יכולתם של האתרים למחוק תכנים תחת מעטה חסינות ניתן להצדיק בכמה טיעונים משכנעים. אבחן טיעונים אלה בהמשך. אולם רשימה זו תדגיש בעייתיות נוספת (אשר לרוב זוכה להתעלמות) הנובעת ממשטר החסינות: העדרה של חובת שקיפות נלווית. האתרים יכולים לבחור שלא להעלות, לפרסם ולהציג מסרים שמשמשים מעבירים לידיהם בלי ליידע את מפייץ התכנים ואחרים כי אין בכוונתם לעשות כן ובלי להסביר מדוע בחרו כאמור. קשה להצדיק את זכותם של ספקי התכנים לעשות כן ללא חובת שקיפות. העדר השקיפות של פעולות הספקים איננה זוכה להתייחסות פוזיטיבית בהצעת החוק ומכך משתמע כי איננה מתחייבת מן הדין. אף את נכונותה של תזה זו אבחן בהמשך. כפי שהמובאות האנקדוטליות המצוינות לעיל מראות, תוצאה זו – שהיא כנראה אף המצב

7 סעיף 7 להצעת חוק מסחר אלקטרוני.

8 קרין ברזילי-נהון וגד ברזילי "חופש הביטוי המעשי והמדומיין באינטרנט: על בטלותה והולדתה המחודשת של הצנזורה" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 502 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

9 ראו דבריה של קרין ברזילי-נהון בפרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת המשנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 53: "יון פדר [עורך ראשי, אתר YNET] בעצמו אמר את זה, 50% מהטוקבקים מסתננים".

המשפטי כיום<sup>10</sup> – איננה ראויה ואיננה רצויה. ראוי לדון בסוגיה זו אגב ניתוח הצעת החוק בכלל, בד בבד עם דיון בהיקפה ובתנאיה של החסינות המוענקת לספק התכנים בפרט. כדי לאזן חסינות זו על המחוקק לדאוג כי הספקים יאמצו אמות-מידה של שקיפות שיעלו בקנה אחד עם חופש הביטוי ועם עקרון ההגנה על התחרות. עם זאת, כפי שאראה בהמשך, ייתכן שהמענה לחלק מהשאלות המתעוררות בדבר השקיפות המוצעת אינו נמצא אך ורק בהצעת החוק אלא גם בחוקים ועקרונות אחרים – וייתכן גם שבעיה זו איננה פתירה כלל. ברשימה זו אציג ואבחן מערכת כללים שתכפיף את ספקי התכנים לחובות שקיפות. בפרק ב' אסקור את המצב הפוזיטיבי שייווצר בישראל על פי הצעת החוק בכל הנוגע ליכולתם של אתרים לא לפרסם תכנים המועברים לידיהם, כמו גם את ההנמקות המרכזיות לכך – סוגיה המולידה את הצורך בחובת השקיפות הנדונה. כמו כן אבחן את הדין הפוזיטיבי לעניין חובת השקיפות. משם אמשיך, בפרק ג', לבדיקה אם ראוי להרחיב את הדין הקיים ואת זה המוצע ולקבוע חובת שקיפות לעניין פעולות של ספקי תכנים. בפרק ד' אבדוק כיצד ניתן יהיה (אם בכלל) ליישם עקרונות שקיפות כאמור בשדה הווירטואלי הלכה למעשה. בפרק ה' אבדוק בקצרה אם במצבים מסוימים ראוי להרחיב אף מעבר לכך ולחייב בפועל את הספקים לא לחסום תכנים מסוימים בהקשרים ספציפיים, תוך קשירת דיון זה לעקרון השקיפות. אסכם בפרק ו' תוך ציון כיוונים אפשריים למחקר נוסף. ליבתה של רשימה זו היא קריאה אקטיבית לפעולה של גופי ההסדרה כדי להבטיח את חובת השקיפות. חובה זו ניתנת לסיכום בכמה המלצות שינומקו ויידונו בהרחבה בהמשך:

### המלצה I : כללי

חובה על כל ספק תכנים לפרסם מדיניות בדבר חסימה וסינון. היעדר פרסום כאמור יחיל על הספק את "תקנון החסימה המצוי" אשר ייקבע, יפורסם ויעודכן על ידי הרגולטור ויהיה פרו־מפיצים ופרו־משתמשים באופיו. התקנון המצוי יהיה מפורט ויכלול תתי־סעיפים שיתייחסו למצבים שבהם סביר להניח שספק ירצה לחסום תכנים. ספק תכנים שיבקש לסטות מהאמור בתקנון המצוי יידרש לעשות זאת במפורש ובהתייחס לכל סעיף בתקנון האמור. כל זאת, במקום מרכזי וברור באתרו. התקנון המצוי או התקנון שאימץ הספק יפורסם באתר הספק. קנס יוטל על ספק שלא יעשה כן.

10 ראו דיון בפרק ב' להלן.

**המלצה II : זכויות נלוות**

- (א) כל ספק תכנים יחויב להודיע למפיץ (כפי שיוסבר בהמשך, "מפיץ" הוא יחיד המעלה תכנים לפלטפורמה של הספק) אם בחר שלא לפרסם תכנים שהועלו לאתר בהתאם לתת-קטגוריות שפורסמו ב"תקנון החסימה המצוי", באמצעות כתובת דוא"ל שהעביר המפיץ לספק (אם מסר כתובת כזו) ובכפוף לחריגים שיוגדרו.
- (ב) אחת לשישה חודשים (או תקופה אחרת שתוגדר) יפרסם ספק התכנים דו"ח (שיופיע במקום בולט באתר) ובו יפורטו מספר הפניות שנחסמו – (1) כאחוז מתוך מכלול הפניות; וכן (2) בחלוקה על פי תת-קטגוריות לדחייה המתאימות ל"תקנון החסימה" וכן לתת-קטגוריות נוספות שאומצו.
- (ג) אם אמצעים אלו יתבררו כבעייתיים או כלא יעילים, ייבחן אימוץ מודל של בדיקת ביצוע החסימה על ידי נאמן ציבורי, על פי מנגנון שיוגדר בעתיד.

**המלצה III : אכיפה וחריגים לה**

- (א) אי-עמידה במדיניות הסינון הקבועה ב"תקנון החסימה המצוי" או בתקנון החלופי שעליו הצהירה החברה (המלצה I), כמו גם אי-עמידה במימוש הזכויות הנלוות של מפיצים ובחובות הגילוי והדיווח שפורטו לעיל (המלצה II), יובילו לנקיטת עיצומים כספיים נגד ספק התכנים. אלה ייקבעו על ידי רגולטור ייחודי שיוגדר לעניין זה. לא ניתן יהיה להגיש תביעה פרטנית לבית המשפט בגין עילה זו. אם טען זה יתברר כלא יעיל ישקול הרגולטור להסיר את החסינות הניתנת לספק מפני תביעות על ידי צדדים שלישיים (אופציה שאיננה מומלצת).
- (ב) חלופה אחרת היא הכרה בזכות תביעה למפיצים בשל אי-עמידה של הספק במדיניות השקיפות המחייבת אותו. לעניין זה תוגדר עילה ספציפית בדיון, שתאפשר קבלת פיצוי ואף פיצוי ללא הוכחת נזק (ייתכן לקבוע רף עליון לפיצוי בגין עילה זו). ברור כי הדבר מהווה צמצום של החסינות לספקי התכנים.
- (ג) על הרגולטור לקבוע חריגים לתחולתם של סעדים אלו (כולם או חלקם). זאת, כדי לאפשר לאתרים שיש בהם תנועה מועטה או הכנסות נמוכות להיות פטורים מהעלויות הכרוכות בעמידה בדרישות שצוינו.

כמה הבהרות בטרם אמשיך: ברשימה זו אתמקד בהתמודדות עם ההסדר המוצע בהצעת החוק אף על פי שמעמדה כעת איננו ברור. זאת, משום שלדעתי סביר ביותר שההסדר

המוצע בדבר אחריות ספקים ימצא את דרכו לספר החוקים. כמו כן, גם אם תתעכב הצעת החוק או אף תבוטל, סביר להניח כי בתי המשפט שיתמודדו עם שאלות מעין אלו יפנו אליה (כפי שהם כבר עושים)<sup>11</sup> לקבלת כלים והכוונה בדבר האיזונים הנדרשים בשאלות הסבוכות המובאות בפניהם. לפיכך, הדיון הנפרש ברשימה זו יוכל להיות לעזר למחוקק, לבתי המשפט ולבעלי הדין בבואם לדון בסוגיות מעין אלו, כמו גם לחוקרות שיבקשו להתעמק בסוגיה בהמשך.

עוד אציין כי סקירה זו מתייחסת להיקף נרחב של תוכן משתמשים – כלל התכנים הנצרים ומעובדים על ידי מכלול המשתמשים באתר מסוים. חלק ניכר מהשיח המשפטי והחברתי בישראל בסוגיה רחבה זו מופנה לדיון ב"טוקבקים", שהם ללא ספק יישום מעניין וייחודי (ועל כן אף מוקדשות לכך רבות מהדוגמאות המופיעות במאמר). אולם, יישום זה הוא אך חלק בלבד מהעולם של תוכן המשתמשים הממלא את חיינו. רשימה זו מכוונת למכלול רחב זה של תכנים, שלטוקבקים שמור בחובו מקום של כבוד, לאור הפופולריות שלהם בשיח הישראלי ובכלל.<sup>12</sup>

לסיכום חלק זה אסייג ואומר כי ייתכן שהדרישות הנדונות אינן מתאימות לכל סוגי האתרים. בהמשך אדון בנקודה זו, כמו גם ביכולת להבחין בין סוגים של פלטפורמות בעולם של טכנולוגיה משתנה. כבר עתה אציין כי הדיון שאערוך מקביל (ובמצבים מסוימים אף משיק) לדיון אחר המתקיים (גם לעניין שקיפות וגם בעניינים נוספים) בנוגע לפלטפורמה מקוונת שונה שאף היא פופולרית מאוד – מנועי חיפוש.<sup>13</sup> מנועי חיפוש מציבים אתגרים מרתקים לחוקרות ולמחוקקים, אך התנהלותם שונה במקצת מזו של ספקי תכנים. על פי רוב, מנועי החיפוש אוספים מידע על דעתם וללא פניית המשתמשים; כמו כן, ולהבדיל מספקי תוכן אחרים, יש חשיבות רבה לא רק לאי-מחיקת המידע אלא גם למיקום שבו הוא מוצג בתוך תוצאות החיפוש. לפיכך אפנה לעתים לדיון המרתק המתפתח בספרות בנושא מנועי

11 לדוגמה, ת"א (מחוזי חי') 914/07 כהן נ' נטוויז'ן 013 ברק בע"מ (פורסם בנבו, 12.5.2009); ת"א (מחוזי ת"א) 2433/07 עיריית אריאל נ' וואלה תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2009); ה"פ (מחוזי ת"א) 250/08 חברת ברוקר טוב בע"מ נ' חברת גוגל ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.1.2009).

12 לסקירה קצרה ברבר הנזק התדמיתי שגרמו תגוביות לפוליטיקאים בצרפת ועל מאבקם בתופעה זו ראו סקוט סייאר, ניו יורק טיימס "הנשיא סרקוזי והפוליטיקאים בצרפת יוצאים למלחמה בטוקבקיסטים" הארץ online, 4.1.2010, [www.haaretz.co.il/captain/spages/1139771.html](http://www.haaretz.co.il/captain/spages/1139771.html).

13 לפסק דין עדכני שניתן בעניין זה בישראל לאחרונה ראו ת"א (שלום ת"א) 12773/08 לביב נ' גוגל ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 22.10.2009).



חיפוש – כשהדבר יהיה רלוונטי; אך חשוב לזכור כי לא ניתן להחיל באופן ישיר את הטיעונים והמסקנות המופיעים שם לעניין מנועי חיפוש לסוגיה שלפנינו.

### **ב. שיקול דעתם של ספקי התכנים ודרכי הבקרה עליהם: ניתוח פוזיטיבי**

מסירת תכנים לפרסום ב־ynet אינה מקנה לך זכות לדרוש שהתכנים יפורסמו או יוסיפו להתפרסם.

[מתוך תנאי השימוש, אתר ynet]<sup>14</sup>

הצעת החוק קובעת נקודת איזון מסוימת הנוגעת ליכולתם של ספקים לברור, לבחור, לערוך<sup>15</sup> ולהתעלם מתכנים שהם מעלים לאתרם. לדעתי, כאמור, נקודת איזון זו היא לקויה. היא מקנה שיקול דעת נרחב מדי לספקים, בעיקר לעניין יכולתם להסתיר את תוצאותיו של שיקול הדעת האמור. אינני סבור שכדי להתמודד עם היעדר האיזון יש לצמצם את שיקול הדעת של הספקים, אלא שיש צורך ללוותו בחובות שקיפות שאת היקפן אתאר בהמשך. כדי להתמודד עם סוגיה זו יש להכיר תחילה את הדין בדבר נקודת האיזון הנוגעת לשיקול דעתם של הספקים. את סקירת אפתח בתיאור הדין הפוזיטיבי שישרור אם תקבל הצעת החוק כלשונה, תוך התייחסות קצרה למצב המשפטי כיום, טרם קבלתה של הצעת החוק. אסקור גם חוקים וכללים נוספים העשויים להשליך על עניין זה, כמו גם הסדרים הקיימים באמצעי תקשורת אחרים ובמדינות אחרות. נוסף על כך אציין את הרציונלים שבבסיס הדין. הסקירה תתמקד בחובות (או בפטורים מחובות) הנוגעים לחסימה ולמחיקת תכנים באתרים; הסקירה אף תציין את החובות הנלוות המוטלות על הספקים לעניין זה (כגון שקיפות) – אך תעשה כן בקצרה, הואיל וכמעט אין כאלה בדין הקיים ובדין המוצע. סקירה זו הכרחית כדי שאפשר יהיה לעמוד בהמשך על הצורך בהטלת חובה נלוות של שקיפות, שהיא מוקד דיוננו כאן.

14 תנאי השימוש לאתר ynet : [www.ynet.co.il/home/1,7340,L-827,00.html](http://www.ynet.co.il/home/1,7340,L-827,00.html)  
15 סוגיית העריכה מעוררת קשיים ייחודיים; אתייחס אליהם בה"ש 42-43 להלן.

תחילה, להצעת החוק.<sup>16</sup> הצעת החוק אומרת את דברה בצורה ברורה: היא מקנה לספקי תכנים שיקפידו לפעול בהתאם להוראות החוק חסינות – הן מפני תביעות מצד מפיצי התוכן<sup>17</sup> הן מפני תביעות של נפגעים פוטנציאליים מהתכנים המופצים.<sup>18</sup> הוראות אלו מתמקדות בחובות של ספקי התכנים לפעול (בדרך מוגדרת) אחרי קבלת הודעה הנוגעת לתכנים שכבר הועלו (במילים אחרות: חובות שיש לבצען אקס פוסט). הוראות החוק שותקות בכל הנוגע לפעולות שספק התכנים נדרש לבצע או לא לבצע אקס אנטה, כלומר: בעת העלאת התכנים לרשת האינטרנט והנגשתם לציבור (ובטרם קבלת כל תלונה לגביהם מצדדים שלישיים). זאת, למעט החריגים הקבועים בסעיפים 10(א) ו-10(ב) להצעת החוק. על פי חריגים אלו, לא ייהנה ספק מהחסינות האמורה אם תוכח ידיעתו (בפועל!) כי תוכן המידע שהועלה לאתר הספק מהווה עוולה, או אם תוכח העובדה שהמפיץ פעל מטעם הספק או היה כפוף לשליטתו. נראה כי שעה שבספקי תוכן עסוקים וגדולים עסקינן – שהעלאת התכנים לאתרם תתבצע בחלקה באופן אוטומטי – יצומצמו חריגים אלו במידה ניכרת והדרישות מהספק אקס אנטה (עת מועלים או לא מועלים התכנים לאתר) יהיו מינימליות.<sup>19</sup> לפיכך, הצעת החוק תקנה לספקי התכנים חסינות מקיפה וגם חירות נרחבת לעניין פעילותם בכל הנוגע למדיניות העלאת התכנים. על פני הדברים נראה כי ספק יוכל לפעול על פי שיקול דעתו הבלעדי בהחלטה לא לפרסם מידע ואף לא ליידע איש בדבר החלטתו וטעמיו. כל זאת, ללא יצירת חבות כלפי אחרים במעשיו. אין בהצעת החוק התייחסות לחובות נלוות של הספק לעניין זה (כמו חובת השקיפות נשוא דיון זה).<sup>20</sup> אוסיף כי המצב המשפטי כיום – טרם קבלתה של הצעת החוק – לעניין שיקול דעתם של ספקים בכל הנוגע להעלאה ולחסימה של תכנים, איננו ברור. למיטב ידיעתי אין

- 16 לא אדון ברשימה זו בחבות האתרים לתכנים שהעלו צדדים שלישיים. לעניין זה ראו דו"ח הוועדה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 57. עוד ראו ת"א (שלום ת"א) 51859/06 דיסקין נ' הארץ (פורסם בנבו, 28.10.2008). ראו בהקשר זה התייחסותו, אגב אורחא, של השופט רובינשטיין בעניין מור, לעיל ה"ש 4, בפסקה ל"ד. השופט רובינשטיין מציין כי במקרים מסוימים אין לראות את האתרים כ"צינור" בלבד ותהיה להם אחריות בגין תכני צד שלישי.
- 17 סעיף 10(ב) להצעת חוק מסחר אלקטרוני.
- 18 סעיף 10(א) להצעות החוק.
- 19 ייתכן, כמובן, שהפסיקה תבחר לפרש את האמור בסעיף 10(א) (אם תתקבל הצעת החוק) באופן נרחב; ייתכן שהפסיקה תקבע כי אי-התקנה של מערכות העשויות לזהות טקסטים המהווים עוולות לכאורה תקים חזקה בדבר ידיעה בפועל על קיום העוולה. נראה כי מסקנה כזו אינה תוצאה ישירה של האמור בסעיף.
- 20 עניין זה זכה לדיון מצומצם בוועדות הכנסת; ראו דברי ד"ר בירנהק וד"ר ברזילי-נהון בפרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת המשנה, לעיל ה"ש 5.

התייחסות לסוגיה זו בפסיקה, דבר העשוי להעיד על היעדר עילה שלפיה ניתן לדרוש מספקים להימנע ממחיקת תכנים (אף שיייתכנו הסברים אחרים לתופעה זו).<sup>21</sup> עדויות והתייחסויות אנקדוטליות מחזקות השערה זו:<sup>22</sup> בדין הנוהג כיום לא מוטלת על ספקים שקיפות או חובה נלווית אחרת.

התוצאה המשפטית של מתן שיקול דעת רחב מאוד לספקים בנקודה זו, המגובה בחסינות מלאה, איננה מקרית או מפתיעה. ברמה הפשוטה ביותר אפשר לסבור כי החסינות אקס אנטה מוענקת לספקים משום שאין להטיל עליהם אחריות בגין מעשה (פרסום דרכם על ידי צד שלישי) שלא יכלו למנוע או שלא הייתה להם כל מודעות (בכוח או בפועל) בדבר התקיימותו, עקב תנועת המידע הערה באתרם. תשובה זו רחוקה מלהיות מלאה או מדויקת (כאשר אתרים נוקטים סינון אקטיבי היא אף שגויה על פניה). את הרציונל המבסס את החסינות נמצא בניתוח משפטי מעמיק יותר, שעל פיו כל מדיניות אחרת, מלבד מתן פטור גורף לספק בגין פעולותיו אקס אנטה, תוביל לתוצאה לא רצויה מבחינה חברתית. מקובל לטעון כי אם תוטל אחריות כלשהיא על הספק בגין פעולות הבקרה שיבחר לבצע באופן וולונטרי, הוא יבחר להחמיר את הבקרה עקב רצונו להקטין את סיכוניו להיחבא על ידי צדדים שלישיים. התפתחות כזו, לפחות על פניה, תפגע בחופש הביטוי של המשתמשים או המפיצים<sup>23</sup> ואף תפגע בכלל החברה, שלא תיהנה מתכנים מגוונים. כמו כן יש חשש

21 מובן שאי-ההתייחסות בפסיקה יכולה להעיד על דברים אחרים, למשל: שמחיקות לא מתקיימות. מסקנה זו פחות סבירה לאור המובאות האנקדוטליות השזורות ברשימה זו. מאידך גיסא ייתכן שהיעדר ההתייחסות נובע מהנוק המצומצם והמפוזר שנגרם למשתמשים רבים, שהשוואתו לעלויות הגבוהות של הגישה לערכאות מובילה לאי-הבאת הדברים לפני בית המשפט. חוסר הוודאות המובאת בהערה זו אך מחזקת, לטעמי, את הצורך בשקיפות.

22 עו"ד אמיר ישראלי הגיש תביעה כנגד ynet בגין מחיקת תגובות שכתב, אך תביעה זו נמחקה (חליפת מיילים בין עו"ד אמיר ישראלי למחבר, 27.1.2010). לעניין זה ניתן אף לציין על דרך ההיקש את פסק הדין בע"ב (אזורי ב"ש) 1923/06 יששכרי נ' חברת וואלה! תקשורת (פורסם בנבו, 15.6.2009). פסק דין זה עסק בתביעה של מפעיל פורום למדע בפורטל וואלה. עבודתו של המפעיל, שפעל בהתנדבות, הופסקה עקב תלונות משתמשים כי הוא נוטה למחוק הודעות ללא סיבה מוצדקת ולא על פי המדיניות המוטוית. בית הדין קבע כי לא היו יחסי עובד-מעביד בין המפעיל לפורטל. ייתכן שאפשר להקיש מהיעדרן של תביעות משפטיות של המשתמשים כנגד וואלה בגין מחיקת ההודעות (דבר שעולה בעקיפין מקריאת פסק הדין) ומכך שהסתפקו בתלונות כנגד וואלה בלבד כי עילה כאמור לא קיימת.

23 אין הכוונה לטעון כי למפיצים יש זכות מוקנית שדבריהם יופצו, אלא שכוחם להתבטא יפגע. להלן אדון בקיומה של זכות להפצת התכנים בידי המפיץ.

שקיומה של אכיפת יתר וולונטרית מעין זו תוביל ליצירת "אפקט מצנן" אצל המפיצים, שימתנו את תכניהם מתוך רצון להגביר את הסיכויים שתכנים אלו אכן יפורסמו.<sup>24</sup> על פי הניתוח המקובל שהוצע לעניין, אל לנו להבחין בין ספקים הנוקטים מדיניות עריכתית כלשהי אקס אנטה (ומכונים בפי המחוקק והכותבים האמריקנים "שומרונים טובים") לבין אלו שאינם עושים כן. אם נבחר ליצור הבחנה כאמור ונטיל אחריות משנית על ספקי תכנים הנוקטים מדיניות עריכתית כלשהי במקרה הראשון בלבד (זה של בקרה וולונטרית, כפי שעשתה הפסיקה האמריקנית טרם שינוי החוק),<sup>25</sup> נוביל לכך שספקים רציונליים לעולם יימנעו מעריכה. תוצאה זו אינה רצויה ותפגום בפיתוח של אתרי התוכן ובמשמטמשיהם הרבים, שבסופו של יום נהנים מהעריכה ומהסינון שמבצעים ספקי התכנים. כמו כן, אותם "שומרונים טובים" אף מקטינים את הפגיעות בצדדים שלישיים במקרים שבהם הספקים בוחרים וולונטרית להסיר תכנים היוצרים פגיעה נזיקתית כלפיהם. נמצא, אם כן, כי הפעילות האמורה של ספקי התכנים ראויה ויש לעודדה.<sup>26</sup> ברשימה זו אניח את נכונות הניתוח שהותווה לעיל ואת האיזונים בין חופש הביטוי, חירות הנפגעים להגנה מעוולות והחופש המסחרי של מפעילי האתרים הכלולים בו. אף מנסחיה של הצעת החוק בחרו לקבל ניתוח משפטי זה. זאת, אף על פי שאין לקבלו כאקסיומה והוא בעל מגבלות ברמה הנורמטיבית<sup>27</sup> וסייגים ברמה הפוזיטיבית.<sup>28</sup> כמו כן,

24 טיעון זה זכה להתייחסות נרחבת בכל רובדי הכתיבה המשפטית. להתייחסות בפסיקה הישראלית ראו עניין דיסקין, לעיל ה"ש 16, בפסקה 72; העניין אף נדון ומצוין בדר"ח הוועדה, לעיל ה"ש 3; בכתיבה המשפטית הישראלית ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 393-391; בפסיקה האמריקנית ראו עניין זרן: Zeran v. America On-Line, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); בכתיבה האמריקנית ראו לדוגמה: Seth Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. PA. L. REV. 11 (2006).

25 כך היה בפרשת Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services. Co., N.Y. 229 (1995). בפרשה זו קבע בית המשפט כי על ספק אינטרנט שהפעיל שיקול דעת כאמור חל סטנדרט האחריות המוחלטת של מוציא לאור. לפיכך נשא הספק באחריות לדברי השמצה שמקורם בהודעה של משתמש בפורום מקוון. בעקבות פרשה זו קבע המחוקק האמריקני כי שירותים אינטראקטיביים לא ייחשבו כמוציא לאור. ראו לעניין זה 47 U.S.C §230(c)(1) (2002).  
26 לסקירה מקיפה בדבר הרציונלים הסותרים שבבסיסו של סעיף 230 לעיל, ראו Elkin-Koren, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18.

27 באופן כללי יצוין כי לאחרונה נשמעים קולות הסוברים שהאיזון האמור, המקנה חירות רחבת-היקף לספק, אינו ראוי. דניאל קיטס ציטרון, לדוגמה, סוברת כי האיזון האמור פוגעני במיוחד כלפי נשים וקבוצות מיעוטים אחרות, החשופות להתקפות חמורות ברשת ויכולתן להתגונן היא מינימלית: Danielle Keats Citron, *Cyber Civil Rights*, 89 B. U. L. REV. 61 (2009). יצוין כי בארצות-הברית, להבדיל מהנוסח המתגבש בהצעת החוק בישראל, אין חובה על

בהקשרים אחרים בדין בחר המחוקק (במקרה זה מחוקק-המשנה) בנקודת איזון שונה מזו שצוינה. להדגמה אציין בקצרה את כללי התקשורת לעניין כבלים ולוויין, העוסקים בין היתר בהסדרה של העברת מסרים מהצופים באמצעות אמצעי תקשורת שונים לערוץ רלוונטי (ומשם חזרה לצופי אותו ערוץ).<sup>29</sup> על פי סעיף 33ט' לכללים, יש לפרסם את כל המסרים המתקבלים ויש הנחיות יחסית ברורות בדבר המצבים שבהם אפשר להתערב בתוכן המופץ – ולפיכך יכולתו של ספק התוכן להתערב אקס אנטה בתכנים היא מינימלית. כדוגמה החורגת מהשדה הדיגיטלי אציין את תקנון האתיקה של מועצת העיתונות, המתייחס לעניין זה באופן חלקי ובעקיפין בקובעו בסעיף 4(ג) כי ניתן לבצע שינויי עריכה בפרסום מכתב למערכת אם הדבר לא נאסר מראש על ידי הכותב ואם אין בעריכה משום שינוי מהותי.<sup>30</sup> מובן שאין בהכרח בדוגמאות אלו ללמדנו באשר לאיזון הראוי בענייננו בשל הבדלים מהותיים בין כלי המדיה הנדונים כאן (ככלל, הדיון ברשימה זו יתמקד במדיום האינטרנט הדורש מערכת איזונים ייחודית עקב מאפייניו).<sup>31</sup> אולם, כפי שאסביר להלן, גם קבלת

הספק להסיר התבטאויות מעולות גם לאחר מעשה – דבר המגדיל את הנזק לקרבן התקיפות. חלק מהנזקים האמורים נגרמים עקב מדיניות מתירנית מדי של ספקי התכנים בהעלאת מסרים אקס אנטה. לא אדון בסוגיה מרתקת זו ברשימה הנוכחית.

28 חסינותו של הספק אקס אנטה איננה מוחלטת אלא מוגבלת לתובענות אזרחיות (כך גם בארצות-הברית). כאשר פגיעת התוכן האמור קשה וללא עוררין כמו במקרים של הסתה, פורנוגרפיית ילדים או שהיא מהווה עברה פלילית, חלה על הספק חובה מיידית להסיר את התכנים. ראו: Olivera Medenica & Kaiser Wahab, *Does Liability Enhance Credibility?: Lessons from the DMCA Applied to Online Defamation*, 25 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. (2007) 237.

29 כללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987.  
30 סעיף 33א לתקנון האתיקה של מועצת העיתונות (אשר על ידי מועצת העיתונות ביום 16.5.1996) (להלן: תקנון האתיקה). הדעות חלוקות אם ראוי להחיל תקנון זה על אתרי אינטרנט. ראו מיכאל בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" פתו"ח ה 173, 196-199 (2003).

31 ערוצי הכבלים הם (לעת עתה) מוצר שמבחינת הקונספציה של המחוקק ובית המשפט נמצא במחסור, והוא כפוף להסדרה ולמערכת רישיונות מקיפה (שממנה הוחרגו אתרי האינטרנט). השוו בג"ץ 6962/03 חברת מדיה מוסט בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(3) 14, 25 (2004) (לעניין כבלים) וכן משרד התקשורת מדיניות רישוי שירותי אינטרנט (17.12.2000) [www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/5/545.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/5/545.pdf) (לעניין אינטרנט). כמו כן, בכל הנוגע לתכנים המופיעים בעיתונים אנו עדיין עדים לנטייה של בתי המשפט להחיל עליהם דין שונה הרואה את העיתונים כאחראים למתפרסם בהם. לדוגמה, בהקשר של דיני לשון הרע, הפסיקה מכירה ללא קושי בעיתונים כ"אמצעי תקשורת" (כהגדרתם בסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע) ומחילה עליהם אחריות מדינית לשון הרע – להבדיל מאתרי אינטרנט,

להלן, גם קבלת הניתוח ה"קלאסי" האמור איננה בהכרח סותרת את קיומה של החובה הנלווית – חובת השקיפות.

בדיקת המשפט המשווה בנוגע לסוגיות הספציפיות הנדונות לעניין אחריות הספקים מצביעה על נקודה מעניינת. המשפט האמריקני מקנה לספק חסינות כמעט מוחלטת מפני עוולות ביטוי (להבדיל מדין עוולות הנוגעות להפרת זכויות יוצרים) הנובעות מתכנים הנמצאים באתרו ו"הועלו" לשם על ידי מפיצים ומשתמשים אחרים. אולם, חסינותו של הספק מפני מפיצים מותנית בהתנהלות ב"תום לב" מצד הספקית (good faith)<sup>32</sup> – דרישה הזוכה להתייחסות מעטה מאוד בספרות ובפסיקה בכל הנוגע למערך היחסים שבין המפיץ לספק ועל פניו מגבילה את שיקול דעתו הבלעדי. אין בהצעת החוק חובת תום לב ספציפית מקבילה.<sup>33</sup> הדין האירופי אף הוא מקנה לספק חסינות מפני עוולות ביטוי, אך מכפיף אותו לחובות הודעה והסרה הדומות לאלו המוצעות בדין הישראלי, שבמידה מסוימת הושפע ממנו.<sup>34</sup> למיטב ידיעתי, אין בדין האירופי התייחסות להתנהלות של הספק בהסרת תכנים באופן וולונטרי אקס אנטה, כמו גם לחובות נלוות שיידונו להלן. לפיכך, במידה מסוימת דיוננו הוא אף חדשני ברמה הבינלאומית.

להשלמת הניתוח הפוזיטיבי יצוין שכאשר תמה ההסדרה הציבורית נכנסת לפעולה ההסדרה הפרטית. מפאת קוצר היריעה לא אדון בסוגיית ההסדרה הפרטית בנוגע לדינמיקות של סינון תכנים מלכתחילה על ידי ספקים, תחום מורכב מאוד הטעון מחקר משל עצמו. אתמקד רק בהסדרה הפרטית לעניין סוגיית החובה הנלווית העשויה להיות מוטלת על הספקים – השקיפות. ראשית, כבר עתה ישנם ספקים הבוחרים לפרט את מדיניותם בכל הנוגע לביצוע סינון וחסמה אקס אנטה.<sup>35</sup> על פניו, דינמיקה זו יכולה להוביל לכך שבאמצעות מנגנון דמוי-שוק יאותתו המשתמשים והמפיצים כאחד לאתרים שבשימושם

שלגביהם הפסיקה מהססת לנקוט מהלך דומה (לעניין זה ראו סקירה כללית בעניין דיסקין, לעיל ה"ש 31, פסקאות 55-70).

32 CDA, 47 U.S.C §230(b)(2)(A) (2002). היקפו של תום לב זה איננו מוגדר.

33 עניין זה דווקא נדון בדיון בוועדות הכנסת ואף קודם על ידי אנשי משרד המשפטים, אך נדחה על ידי חברי הכנסת. ראו דבריו של היו"ר מיכאל איתן בפרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת המשנה, לעיל ה"ש 5: "לא נכתוב תום לב, לא כתבנו".

34 Directive 2000/31/EC, לעיל ה"ש 6, article 14, sec. 4. במידה רבה הסתמכה הצעת החוק על דין זה. להתייחסות לקשר בין הצעת החוק לדין האירופי ראו תמר קלהורה "הצעת חוק מסחר אלקטרוני: מטרות ועקרונות" בחוברת זו; כן ראו הערה בעניין לביב, לעיל ה"ש 13, בפסקה 10.5. מובן שלעניין זה עדיין חלה דרישת תום הלב הכללית שבחוק החוזים; ראו לעיל ה"ש 44.

35 ראו דוגמה לעיל ה"ש 14 ולהלן ה"ש 114.

איזו מדיניות שקיפות היא ראויה, ומנגד יגיבו הספקים לאיתותים אלו באימוץ מדיניות שקיפות כאמור. דבר זה יוביל לשקיפות בסינון (אם אכן המשתמשים יאותתו שרצונם בכך) ובמידה אופטימלית. אולם, כפי שאסביר בהמשך, דינמיקה זו איננה מתרחשת וספק רב אם תתגבש בעתיד. כמו כן, רוב האתרים אמנם מפרסמים מדיניות כאמור אך פרסום זה נעשה תוך נקיטת לשון עמומה וגורפת (שתי בעיות נפרדות שיידונו להלן), המשמרת בידי הספקים כוח עצום אשר מאפשר להם לנהוג כרצונם.<sup>36</sup> יתרה מזו: כיום הספקים כלל אינם מחויבים לפרסם מדיניות סינון. לפיכך נראה כי אין בקיומה של דינמיקה וולונטרית כדי לייתר את התערבות המחוקק.

אולם, ראוי לציין כי ההסדרה הפרטית פועלת בהקשר זה ברובד נוסף. לאחרונה (בעקבות לחץ ציבורי)<sup>37</sup> נדרשו ספקי התכנים החולשים על מרב תוכני המשתמשים לשבת יחדיו ולגבש תנאי שימוש מוסכמים, בחסותו של איגוד האינטרנט ובברכתה של ועדת המדע של הכנסת. הספקים עשו כן וגיבשו מסמך ראשוני,<sup>38</sup> כשלנגד עיניהם חרבו המונפת של המחוקק בדמות הצעת חוק פרטית שאימה להטיל עליהם חובות מקיפות.<sup>39</sup> נראה כי היוזמה בדבר תנאי השימוש המוסכמים נעצרה לעת עתה; אפשר להעריך כי היא תחודש עם התקדמותם האפשרית של צעדי החקיקה לעניין קבלתה של הצעת החוק.<sup>40</sup> יוזכר כי מדובר במסמך וולונטרי שכרגע אינו מחייב את הצדדים.

מעיון במסמך שגובש עולה כי ההתייחסות בו לסוגיות שבהן עוסקת רשימה זו היא חלקית. המסמך אכן קובע כי על ספקים לבדוק תכנים בטרם פרסומם ולסננם רק אם אינם ראויים לפרסום באופן חד-משמעי, על פי רשימת קריטריונים צרה יחסית המפורטת במסמך.

36 ראו, למשל, את תנאי השימוש באתר ynet, לעיל ה"ש 14, שאחד מסעיפיו (תחת ראש הפרק "תכנים שמשתמשים מוסרים לפרסום ב-ynet") כולל איסור פרסום תכנים מהסוג של "כל תוכן המנוגד לכללי השימוש המקובלים באינטרנט או העלול לגרום נזק או לפגוע במשתמשי אינטרנט בכלל, ובמשתמשי ynet בפרט".

37 הלחץ הציבורי מצא את דרכו לוועדת המדע של הכנסת, שהסמיכה את איגוד האינטרנט לרכז את הדיונים בסוגיה זו. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 84 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17 (13.5.2008) [www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/mada/2008-05-13.rtf](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/mada/2008-05-13.rtf)

38 ראו איגוד האינטרנט הישראלי "כללים להסדרה עצמית של תוכן משתמשים באינטרנט" (2008) [www.isoc.org.il/docs/Rules-Self\\_regulation\\_users\\_content.pdf](http://www.isoc.org.il/docs/Rules-Self_regulation_users_content.pdf)

39 הצעת חוק פרטית בדבר אחריותן המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007 [www.knesset.gov.il/privatelaw/data/2007-17/3171.rtf](http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/2007-17/3171.rtf)

40 דברי מר רימון לוי, נשיא איגוד האינטרנט, במושב הפתיחה של הכנס ה-13 של איגוד האינטרנט (2009). ניתן לצפות בדברים באתר [www.isoc.org.il/conf2009/sessions.php?session\\_id=0](http://www.isoc.org.il/conf2009/sessions.php?session_id=0)

עם זאת, המסמך קובע כי ההחלטות האמורות הן סובייקטיביות ויש להשאיר פתח לשיקול דעת של ספק התכנים. כמו כן, התנהלות הספקים מחייבת פעולה "בתום לב ובדרך מקובלת" (בדומה לדברי המחוקק האמריקני לעניין זה).<sup>41</sup> עוד מתייחס המסמך בצורה מעניינת לבעייתיות ב"עריכת" תכנים של "מפיצים" על ידי ספקים טרם פרסומם,<sup>42</sup> תוך קריאה לצמצם התנהלות זו.<sup>43</sup> אין במסמך התייחסות לסוגיית השקיפות כמובנה ברשימה זו. לטעמי, ההתמודדות החלקית בלבד עם הסוגיות שיידונו להלן, כמו גם היעדר החובה של הספקיות לפעול על פי האמור במסמך זה, מעידה על הבעייתיות שבהותרת הסוגיה להסדרה וולונטרית של השחקנים המובילים בשוק.

נוסף על כל האמור, חשוב להדגיש כי התנהלותם של ספקי התכנים כפופה למערכות דינים נוספות בדין הכללי: הם מחויבים לנהוג בתום לב,<sup>44</sup> בהתאם לתקנת הציבור<sup>45</sup> וללא קיפוח לקוחות;<sup>46</sup> הם כפופים לנורמות של תחרות הוגנת;<sup>47</sup> ייתכן (מסיבות שיפורטו בהרחבה בהמשך) שהם אף מחויבים בנורמות של שוויון והיעדר הפליה, מכוח החוק<sup>48</sup> או הדין,<sup>49</sup> בשל תפקידם ומעמדם המעין-ציבורי.

- 41 ראו לעיל ה"ש 32.
- 42 להלן לשון המסמך לעניין זה: "אתר לא יערוך תוכן משתמשים כדי להסיר מתוכו קטעים פוגעניים, אלא, ככל הניתן, יסיר תוכן זה כולו או ימנע גישה אליו בכללותו. בחר אתר לערוך תוכן משתמשים במטרה להסיר מתוכו ביטויים פוגעים, ייתן לכך גילוי נאות בתוכן עצמו". נקודה זו מציינת איזון חשוב בין האינטרס של הספק לבין זכותו ה"מוסרית" של המפיץ לשמר את שלמות הטקסט שכתב (איגוד האינטרנט הישראלי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 5).
- 43 יצוין שהכוונה כאן לביצוע שינויים בטקסט שהציע משתמש ולהצבתו באתר לאחר ביצוע השינוי, תוך ייחוסו למשתמש האמור. התנהלות זו אכן בעייתית, שכן היא עשויה ליצור "דיבור כפוי" על מפיץ שהתכוון לומר דבר מסוים ועתה מוצגים בשמו דברים שלא ביקש לומר. נקודה זו קיבלה התייחסות דווקנית בכללי האתיקה העיתונאיים ה"כלליים". בשל מאפייניה הייחודיים של סוגיית העריכה על ידי הספק (להבדיל ממחיקה מוחלטת) בחרתי לא להתייחס אליה ברשימה זו, ולרכז את המשך הניתוח בפעולות המהוות מחיקה ו/או חסימת התכנים באופן מוחלט בידי הספק.
- 44 סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), החל על כלל הדין הפרטי לפי סעיף 61(ב) לחוק החוזים.
- 45 סעיף 30 לחוק החוזים.
- 46 סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (וזאת בהנחה שנכרת חוזה בין הספקיות לבין המשתמשים או המפיצים).
- 47 חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999; חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
- 48 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים).
- 49 ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (1995). ראו דיון להלן.



לסיכום : ראינו עד עתה כי בהקשר האינטרנטי, הדין הפוזיטיבי וניתוחו המקובל קוראים להותרת שיקול דעת נרחב בידי הספקים לצורך הבטחת העקרונות של חופש הביטוי, תוך הסתמכות על יתרונות הסינון העצמי. שיקול הדעת של הספקים הוא במקרים רבים מוחלט. מעבר לכך אין בידי הציבור הרחב או בידיהם של משתמשי האתר כלים היוצרים שקיפות בפעולות האמורות של הספקים, שיסייעו להם להבין את העריכה המתבצעת. הדבר עולה גם מהדין המשווה, אף על פי שיש חריגים לכך בהקשרים אחרים בתחום המדיה. עוד הראנו כי כוחות ההסדרה הפרטית אכן פועלים במישור זה, אך מסיבות שונות הם טרם הובילו לשינויים המשמעותיים המיוחלים. הסטטוס קוו המסתמן בפרק זה מוביל לכמה סוגיות פתוחות הטעונות לטעמי ליבון וידונו בפרק הבא ; במרכזן העובדה שהדין איננו מצריך שקיפות בהליך הסינון – דבר שלדעתי דווקא נדרש.

### **ג. שקיפות במדיניות החסימה אקס אנטה : חשיבותה, בעיותיה ומגבלותיה**

#### **1. על השקיפות ובגנותה**

בפרק הקודם הצגתי טיעונים התומכים בהכרה בזכותו של הספק לבצע סינון וחסימה כרצונו. נראה כי טיעונים אלה התקבלו על דעת מתווי המדיניות בישראל ; אולם הכרה בזכות זו איננה צריכה להיות משום סוף פסוק. יש חשיבות רבה לכך שפרטים בדבר התנהלות הספקים יועברו הן למפיצים הן לציבור. לפיכך אבחן עתה אם ראוי להטיל על ספק תכנים חובה לפרסם את מדיניותו בדבר חסימה ואי-העלאה של תכנים שמפיצים מבקשים להעלות לאתרו. כמו כן, אבחן את הצורך ביצירת זכויות לאחרים וחובות נלוות לספקים שיהפכו את הפרסום לאפקטיבי. חובות נלוות אלו יגדירו את (1) היקף השקיפות – נרחב ומוגדר ; (2) חובת היידוע של המפיץ בגין אי-פרסום תוכן שהעלה ; (3) חובת העמידה במדיניות המוצהרת וסנקציות בגין הפרתה (כפי שיפורטו בפרק ד' להלן). הסדרה "רכה" מעין זו נראית מתאימה למדיום האינטרנט. הסברתי לעיל כי התערבות ישירה ודרישה שספקי תכנים יסננו את תכניהם בדרך מסוימת תוביל לתוצאות בעייתיות ; אולם אימוץ מדיניות של שקיפות תנסה "לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה" ; היא תשאף לשמר את היתרונות הנובעים מגישה של אי-התערבות בפעולות הספקים בד בבד עם מתן מידע נוסף לציבור באופן שיסייע להגשים כמה יעדים מרכזיים. היא אף תאפשר התמודדות עם טענות אפשריות בדבר פגיעה בזכויותיהם הבסיסיות של הספקים – טענות העלולות להתעורר במקרה של הסדרה אגרסיבית יותר. חובת השקיפות אמנם פוגעת בספקים ומטילה עליהם נטלים, אך לטעמי נטלים אלה הם נסבלים ומידתיים. המתח בין הצורך והרצון

להסדרה ישירה ואגרסיבית של תכנים לבין הסדרה "רכה" יותר מלווה רשימה זו לכל אורכה; אתמודד איתו בפריסת האינטרסים של הצדדים הנוגעים לדבר. שקיפות היא מושג מורכב הזוכה לעדנה בשנים האחרונות; גורמים מגוונים מבקשים להנחילו בהקשרים שונים. אזכיר קריאות לשקיפות רבה יותר בפעולות המדינה והמנגנון הממשלתי,<sup>50</sup> כמו גם בהתנהלות של חברות ציבוריות וגופים מסחריים גדולים. ייתכן כי השימוש הרווח כמושג זה אף מביא לערפולו. בהקשרים מסוימים יש הקוראים לעשות שימוש נרחב באינטרנט ככלי המאפשר העברה לציבור הרחב של מידע הנוגע לגופים האמורים בצורה נגישה ובזמן אמת.<sup>51</sup> הדיון המתווה ברשימה זו מנותק מדיונים אלה ומתמקד ביצירה של חובת שקיפות מוגדרת, בהקשר ספציפי הנוגע לספקי תכנים במדיום המקוון.

על פני הדברים נראה כי הצעת החוק ושאר מערכות הדינים שותקות בכל הנוגע להחלה של עקרונות שקיפות כאמור; עקרונות ההסדרה הפרטית נותנים לכך מענה חלקי בלבד. כל אלה מאפשרים לספקי תכנים להותיר את הציבור בעלטה באשר לפעולות הספקים. פעולות הספקים מדמות הפעלתה של "קופסה שחורה" המוזנת בתכנים שהמשתמשים מציעים מצד אחד, ומפרסמת ומפיצה חלק מהם מהצד האחר. הספקים אינם חייבים בהודעה לשולח המסר בדבר דחיית פרסומו או בהנמקה של החלטת הדחייה; הם גם אינם חייבים ביידוע הציבור בדבר מדיניותם לעניין ההחלטות האמורות. כמו כן, גם אם תפורסם מדיניות כאמור, הם מותירים את הציבור עם התקווה כי זו תקוים, ותו לא.<sup>52</sup>

תוצאה זו אינה ראויה. הדין המסתמן (ואף הפסיקה הנוכחית) מקנה לספקי התכנים באינטרנט חסינות מפני תביעות בגין עוולות ביטוי במצבים שבהם עמיתיהם בעולם ה"אמיתי" (עיתונים, לדוגמה) יהיו חשופים לתביעות, וזאת בשם חופש הביטוי והרצון לקדם את השיח. לגישתי, יש מקום להכפיף את הספקים האינטרנטיים לתשתית נורמטיבית חדשה וייחודית, שתקדם את היעדים האמורים בלי לפגוע במידה ניכרת בשיח שישתקף

50 סעיף 1 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998; לדיון כללי בנושא ראו זאב סגל הזכות לדעת באור חוק חופש המידע (2000); לסקירה מאוחרת יותר לעניין יישום החוק ראו יורם רבין ורועי פלד "שבע שנים לחוק חופש המידע: האם הושגה השקיפות המיוחלת?" המשפט יא (2007); יורם רבין ורועי פלד "הזכות החוקתית לקבל מידע" ספר דליה דורנר 463 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009); בהקשר האינטרנטי ראו Cass R. Sunstein, Republic.com 2.0, 195-199 (2007).

51 לדיון עדכני בסוגיה זו ראו, לדוגמה, באופן כללי: Beth Simone Noveck, Wiki Government (2009).

52 כפי שאסביר, הצעדים שמשמש יכול לנקוט אם הוא סבור כי המדיניות המוצהרת איננה מקוימת הם מצומצמים. ראו המלצה III בפרק ד.2 להלן.

מבעד לאתרים. יצוין כי רשימה זו מתרכזת לפיכך בדרישת השקיפות במדיום האינטרנטי ולא סוקרת את הצורך בדרישה זו בכלי מדיה אחרים בשל המאפיינים הייחודיים של מדיום זה – החסינות המקיפה שיקבלו ספקי התכנים, המרכזיות של תכני המשתמשים במדיום והמאפיינים הטכנולוגיים הייחודיים לו. כמו כן, אמצעי התקשורת האחרים (תקשורת ההמונים) כפופים כיום למערכות נורמטיביות שונות, העשויות לייתר את הצורך בחובת השקיפות או לפחות לשנות מהותית את הדיון בה. ייתכן כי עם התקדמות ה"לכידות" בעולם התקשורת הדיגיטלית יגיע היום בו יהיה מקום לשקול את הרחבתה של חובת השקיפות לאמצעי תקשורת נוספים.

השקיפות ומעריך הזכויות והחובות הנלוות לה חשובים לצורך קידום אינטרסים של המפיצים, קהל הקוראים והמשתמשים<sup>53</sup> וכן צדדים שלישיים. אתיחס עתה לכל קבוצה בקצרה.<sup>54</sup> פירוט האינטרסים של כל קבוצה בנפרד חשוב גם לעניין ההתייחסות לסעדים בהמשך הדרך, שכן סעדים שונים יתנו מענה ליעדים של קבוצות מסוימות ולא דווקא לאלה של אחרות. במהלך הדיון אתמודד עם טענות הנגד להכרה באינטרסים של כל קבוצה אשר יוכלו להעלות ספקי התכנים.

תחילה לעניין המפיצים. כפי שמעידים הציטוטים שבתחילת הרשימה, חסימה וסינון תכנים של מפיצים עשויים לגרום להם תחושה סובייקטיבית קשה: הם עלולים לחוש מושקטים ומודרים משיח מסוים והם עלולים לחוש כי האוטונומיה שלהם נפגעה. מעבר לתחושות, לעתים יכולתם של מפיצים להשפיע על השיח אכן נפגעת, ובכך נפגעת זכותם הדמוקרטית להתבטא באופן אפקטיבי.<sup>55</sup> בחלק מהמצבים הם אף עלולים לאבד את התכנים

53 יצוין שבהקשר האינטרנטי ההבחנה בין "קוראים" ל"כותבים" מתעמעמת ועל כן שני הטיעונים שייפרשו להלן עשויים להשיק בכמה נקודות. לעניין זה ראו Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981, 1004-1009 (1996).

54 לניתוח דומה, המובנה בצורה אחרת, מתרכז בפעילותם של מנועי החיפוש ואיננו מתרכז בחובת השקיפות ראו Frank A. Pasquale & Oren Bracha, *Federal Search Commission? Access Fairness and Accountability in the Law of Search*, 93 CORNELL. L. REV. 1149, 1171 (2008) (להלן: פסקל וברכה).

55 יש כתיבה ענפה על זכותו של היחיד להשמיע את דברו ועל חשיבות הביטוי לשיח הדמוקרטי בהקשר האינטרנטי. למובאה מרכזית ראו Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 36-38, 41-42 (2004). אף השופט ריבלין מציין בעניין מור, לעיל ה"ש 4, בפסקה 15, כי הביטויים המצויים בתגובות שבאינטרנט מצויים בזכות החוקתית לחופש הביטוי. עוד לעניין זה ראו גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895, 901 (2001). טיעון נוסף של כותב זה הוא הזכות להתבטא כדי

שחיברו אם לא דאגו לגבותם. אמנם הסברנו לעיל את החשיבות בשמירת שיקול הדעת של הספק בדבר ביצוע עריכה וסינון, אך אל מולה יש להזכיר את זכויותיה ורצונותיה של מפיצה המבקשת להשמיע את קולה באמצעות המדיום האפקטיבי הכמעט יחיד העומד לרשותה בעידן הדיגיטלי.

הטיעון המובא מבוסס על תאוריות מוכרות בדבר חשיבות ההגנה על חופש הביטוי והאוטונומיה בחברה הדמוקרטית. לחופש הביטוי פנים רבות ואלה יצוצו בסקירה זו. את הפגיעות שצוינו בפסקה הקודמת אפשר לאפיין תחת כמה הצדקות תאורטיות: אפשר להצדיק את חלקן באמצעות התאוריה הרואה בחופש הביטוי אמצעי הכרחי לקידום הדמוקרטיה, ומכאן זכותו של כל יחיד לומר בחברה מעין זו את דברו ולהשתתף בהליכים חברתיים.<sup>56</sup> ניתן לבסס את הטיעונים בצורה חדה יותר על היבט אחר של חופש הביטוי – היותו מרכיב מרכזי באוטונומיה של הפרט.<sup>57</sup>

אם אנו ממשיכים להכיר בשיקול הדעת המוחלט של הספקים בהחלטה אלו תכנים יפורסמו, ראוי להותיר בידי המפיץ את הזכות להבין מדוע תכניו אינם מתפרסמים. בכך נשמר את האוטונומיה של המשתמש, אשר יבין מדוע דבריו נדחו או נמחקו, ולא יחוש כי הופלה באופן אישי או בהסתמך על שיקול לא ענייני או קפריזי.<sup>58</sup> ההנמקה תאפשר לו ל"היטיב דרכיו" בהמשך מאחר שביין מה אופן הפרסום המקובל על הספק ויוכל להגשים את זכותו להתבטא אם ירצה לעשות כן. כמו כן, נאפשר לו ולאחרים להפעיל על הספק לחץ לשינוי מדיניותו וייתכן כי במקרים מסוימים תהיה בכך תועלת.<sup>59</sup> ייתכן כי במקרים קיצוניים

"להוציא קיטור" (שם, בעמ' 904). מובן כי חסימה תפגע אף במימושה של זכות זו. לדיון בהיבט זה בפסיקה ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) (1987), 277, 255.

56 פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 903.

57 שם, בעמ' 910.

58 פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1176, משתיים טיעון דומה על הפגיעה בתחושת ההגינות של המשתמש ה"קטן" אל מול התאגידים הגדולים השולטים בגישה למידע. טיעון זה לא יתפוס בכלל ההקשרים בצורה זהה, שכן במקרים מסוימים לא ניתן יהיה לסווג את מערכת היחסים שבין המפיץ לספק בדרך זו. לעניין הפגיעה באוטונומיה בהקשר זה ראו גם פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 910.

59 שאלות הנגזרות מדיון זה הן אם יש למשתמש זכות למיקום מסוים (בולט? גבוה?) בתצוגת הספק ואם הוא זכאי לשקיפות בכל הנוגע להחלטה בדבר מיקום תכנים אלו. דוגמה ליישום של שאלות אלה בהקשר של מנועי חיפוש (כגון גוגל), נוגעת לזכות של בעל אתר להיכלל בתוצאותיהם ולדעת כיצד פועל האלגוריתם הקובע את היררכיית התוצאות. קצרה היריעה מלדון בסוגיה זו; לדיון ראו פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54; Eric Goldman, *Search Engine Bias*.

מסוימים, שאפרט להלן, יש לסטות מהמתווה שצוין לעיל ולכפות על הספקים לפרסם תכנים מסוימים. כלי השקיפות יכול לשמש כלי מתריע שיאפשר למפיצים לזהות סיטואציות שבהן זכותם (המצומצמת) לחופש ביטוי ושוויון נפגעת אל מול גורם פרטי דומיננטי דוגמת הספק. מובן שעוצמת הפגיעה בביטוי ובאוטונומיה של המפיצים איננה קבועה והיא תלויה, בין היתר, בריכוזיות המדיום ובכוח השוק של הספק הספציפי.

הטענות המרכזיות שאפשר להעלות כנגד האמור מבססות את ההתנגדות של ספקי התכנים לצעדים המוצעים על הקביעה שמדובר בפגיעה בזכויותיהם הבסיסיות. לטענה זו שני ממדים ושני ראשים. שני הממדים נוגעים לזכותם של הספקים לא לפרסם תכנים ככלל ולזכותם לא לפרסם מידע הנוגע לאי-פרסום התכנים בפרט. אתיחס לשני ממדים אלו במהלך הניתוח, אף על פי שרשימה זו מתמקדת בממד השני. אף בלי להכריע בטענות הספקים אפשר לקבוע כי החובה האקטיבית לפרסם פוגענית הרבה יותר במקרה הראשון בהשוואה למקרה השני, העוסק בזכות נלווית בלבד, שבו מתמקד המאמר. שני הראשים מתייחסים לשתי הזכויות הבסיסיות של יחידים בחברה הדמוקרטית – זכות הקניין והאפשרות להדיר אחרים מלהשתמש בו מחד גיסא והזכות לביטוי מאידך גיסא. הואיל והיקפן של זכויות אלו בהקשר המקוון נדון בספרות בהרחבה אתיחס לדברים בקיצור, מה גם שלטעמי מדובר בטענות חלשות בהקשר שלפנינו.<sup>60</sup>

לעניין זכות הקניין והאפשרות להדיר ממנו יטענו הספקים כי זכותם הקניינית באתר שבנו ובו הם שולטים מעניקה להם פררוגטיבה למנוע פרסומים שאין הם מעוניינים בהם, בשני הממדים. בתגובה נהוג להשיב כי זכות הקניין איננה מוחלטת וכי בית המשפט אף הכיר בכך שהיא כוללת חובות וכפופה לעקרונות האחריות החברתית;<sup>61</sup> ובמיוחד נטה בית המשפט לעשות כן בהסדרת מדיה תקשורתית, למשל בהכרה ב"דוקטרינת ההגינות"

: (להלן) *and the Demise of Search Engine Utopianism*, 8 YALE J.L. & TECH. 188 (2006) גולדמן).

60 ראו הדיון בדבר הסגת גבול במיטלטלין בהקשר זה – Dan Hunter, *Cyberspace as Place*, 91 CAL. L. REV. 439 (2002); Richard A. Epstein, *Cybertrespass*, 70 U. CHI. L. REV. 73 (2003). לעניין חופש הביטוי ראו SUNSTEIN, Jennifer A. Chandler, ; 55 *Balkin*; לעיל ה"ש 54; לעיל ה"ש 50; פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54; לעיל ה"ש 55, *A Right to Reach an Audience: An Approach to Intermediary Bias on the Internet*, 35 HOFSTRA L. REV. 1095 (2007). לדיון בזכות הקניין של עיתונים כאמצעי המגביל את הסדרתם ולחולשת הטיעון האמור במשפט הישראלי ובחוקי-לארץ ראו פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 970-969.

61 דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004).

וב"חובה לשאת" שיידונו להלן.<sup>62</sup> בתוך האגד הקנייני אזכיר כי היכולת להדיר איננה מתקיימת תמיד, ודאי שלא באופן מוחלט, במצבים שבהם זכותם הבסיסית של אחרים עשויה להיפגע.<sup>63</sup> על זאת ניתן להוסיף כי טענת ההדרה והפגיעה הקניינית אולי חזקה בכל הנוגע לממד הראשון – הכללי אך היא נחלשת כשמדובר בממד השקיפות: כאן ה"פגיעה" מסתכמת בפרסום נתונים על פי תבנית קבועה, מצומצמת ומוגדרת. לפיכך, לאור האינטרסים של הצד השני, מדובר בפגיעה מידתית.

לעניין חופש הביטוי יטענו הספקים שכפיית פרסום של ביטויים תיצור "ביטוי כפוי" ועל כן הם מבקשים לשמר את חובתם "שלא לדבר" – מרכיב חשוב, שיש שיאמרו כי הוא אף שווה ערך לזכות להתבטא בכלל.<sup>64</sup> וריאציה על טענה זו אף התקבלה על ידי בית המשפט בארצות-הברית בכמה הזדמנויות, בבואו לדחות ביקורת על הדרך שבה בחרו מנועי חיפוש את מיקום התוצאות שהציגו.<sup>65</sup> אף לטענה זו יש תשובות מספקות ומקובלות. בהקשרים מעין אלו הביטויים ה"כפויים" אינם בהכרח מיוחסים לספקי התכנים. זאת, להבדיל מעיתון, לדוגמה, שם מקובל לומר שמתבצע ייחוס כאמור והעיתון אכן יכול להפעיל שיקול דעת עריכתי נרחב. כמו כן יש לאזן בין הביטוי של בעלי הפלטפורמה לביטוי של ה"מפייצים", הנהפך אפקטיבי אם ניתן לקיימו בתוך האתר המופעל על ידי הספק.<sup>66</sup> מובן שגם בהקשר זה אפשר לטעון (ואף ביתר שאת) כי יש להבחין בין שני

62 להסבר קצר לעניין "דוקטרינת ההגנות" ראו הטקסט בסמוך לה"ש 89 להלן. לעניין "החובה לשאת" ראו הטקסט בסמוך לה"ש 72 להלן.

63 לסקירה עדכנית של סוגיה זו ראו: Hanoach Dagan, *Exclusion and Inclusion in Property*, [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1416580](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416580).

64 לעניין הזכות לחופש ביטוי של פלטפורמה תקשורתית וחולשתה, ולעניין הדרך שבה היא קשורה לניתוח התאורטי הכללי של חופש הביטוי שנפרש לעיל, ראו פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 964.

65 לדיון בפרשות אלו ראו פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1188.

66 להתבטאות באורח דומה בהקשר שונה קמעא (אותו אבחן להלן) ראו Federal Communication Commission, in re Comcast Corp., Fcc 08-183, Memorandum Opinion and Order, 26 (1.8.2008) [hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf) (החלטה זו בוטלה לאחרונה על ידי בית המשפט בעילת חוסר סמכות של FCC לעניין זה; ראו להלן ה"ש 74): "Nor [...] We are not persuaded by the First Amendment concerns cited [...] Nor do we find the analogy of a broadband provider to a newspaper to be apt [...] For one, the Commission is not dictating the content of any speech. Nor are we persuaded that Comcast's customers would attribute the content delivered by peer-to-peer applications to Comcast, rather than attributing them to the other parties with whom they have chosen to interact through those applications. Under these circumstances, we find that our

הממדים שצוינו : הממד הראשון יוביל לפרסום דעות שאינן מקובלות על הספק הרלוונטי, אך הממד השני – הנוגע למידע בדבר ביצוע חסימות, שבו עוסקת רשימה זו במפורש – מתייחס לחובה לפרסם נתונים "ניטרליים" (העובדה שפריט מסוים לא פורסם ומדוע).<sup>67</sup> לטעמי, החובה המוגדרת בממד השני מהווה פגיעה פחותה בחירות הביטוי של הספק. דרישות מעין אלו מזכירות חובות הלקוחות מדיני הגנת הצרכן, כגון החובה לצרף תוויות אזהרה למוצרים. על פי רוב חובות אלה אינן מסוגלות כפגיעה אסורה בביטוי.<sup>68</sup> כמו כן, הביטוי המובא במקרה כזה בפי הספק איננו מעוות את השיח הדמוקרטי. מכל מקום, הפגיעה באוטונומיה של הספק כתוצאה מכך היא מינימלית.

כנגד עמידתם של ספקי התכנים על זכויותיהם הבסיסיות הנטענות כאמור, ראוי לציין אף את הפטור מאחריות הניתן לספקים בהצעת החוק. כזכור, ספקים דורשים קבלת פטור מאחריות בגין התכנים המופיעים באתרם, בין היתר תוך טענה כי יש לראותם כ"כבל" (conduit) גרידא. על פי כמה חוקרים, טענת ה"כבל גרידא" והפטור שניתן לספקים בעקבותיה משתיקים את הספקים מלטעון לזכות קניינית הכוללת אפשרות להדיר ולפגיעה אפשרית בחופש הביטוי במצב של ביטוי כפוי. טענות לפגיעות מעין אלו דומות לניסיון לאחוז מקל בשני קצותיו ויובילו לכך שבידי הספק תרוכזו כמות רבה מדי של כוח.<sup>69</sup> דרישת הפטור היא מעין השלמה עם כך שהפלטפורמה הנדונה איננה כפופה למערכת הדינים הרגילה, שבה דובר חב לדבריו ובעל קניין – לנעשה בקניינו. על כן, אף יכולתם של הספקים לעמוד על זכויות הקניין והביטוי שלהם תיחלש בהתאמה. לטעמי, אין בטענת השתקה זו

---

our actions do not raise First Amendment concerns. We therefore believe that our action today furthers First Amendment values”

67 במשפט האמריקני נוהגים להבחין בין הסדרה ניטרלית לבין הסדרה המבוססת על תוכן. הסף להכרה בראשונה הוא נמוך וקל במידה ניכרת מהסף להכרה בשנייה. הואיל וייתכן ששני סוגי ההסדרה (ודאי זו המוצעת כאן) ייחשבו כהסדרה ניטרלית, לא אכנס לבחינה באיזו סוג הסדרה מדובר. לעניין זה ראו SUNSTEIN, לעיל ה"ש 50, בעמ' 183-186.

68 להשוואה דומה, בהקשר של חשיפת מדיניות הסינון של תקשורת אינטרנטית על ידי ספקי גישה, ראו Philip J. Weiser, *The Next Frontier for Network Neutrality*, 60 ADMIN. L. REV. 273, 299 (2008).

69 כלשון פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1201: "An entity that can claim immunities under both the CDA and DMCA as a conduit and claim immunities under the First Amendment as a speaker is in an extraordinarily good position to exercise arbitrary power". יצוין כי בעניין מור, לעיל ה"ש 4, בפסקה ל"ד, מציין השופט רובינשטיין כי בניגוד לספקי הגישה לרשת אשר ניתן לראותם כ"צינור", לעתים נטיל אחריות על האתרים, ספקי התכנים.

משום תשובה ניצחת לטענות של ספקי התכנים בדבר הפגיעה בזכויותיהם, אך יש בה משום חיזוק לטענות הנגד שמצינות כאן.

להשלמת התמונה אזכיר כי הטענות האמורות בדבר פגיעה בזכויות הבסיסית של בעלי פלטפורמות תקשורת מועלות דרך קבע בהקשרים טכנולוגיים שונים וזכות להצלחה בהיקפים משתנים.<sup>70</sup> הרלבנטיות של הקשרים אלה לעניינינו מוגבלת אמנם, אך עדיין עשויה לתרום לניתוח.<sup>71</sup> בהקשרים האחרים, שנגעו לתשתיות כבלים ולשאלת הניטרליות בשימוש בתשתית האינטרנט, הועלו שתי טענות "מנצחות" כנגד בעלי הפלטפורמה: נטען כי הפלטפורמה היא "כבל" בלבד ועל כן אין מקום לטענות קנייניות ואין פגיעה בחופש הביטוי, וכי לפלטפורמה יש כוח רב בהתוויית השיח ועל כן יש מקום להגן על המפיצים הואיל וזכויותיהם נפגעות באורח אנוש. לדוגמה, כאשר הוסדרו שידורי הכבלים בארצות-הברית נקבעה לעניין חברות הכבלים החובה לשאת (must carry) שידורים המשודרים מעל גלי האתר. בית המשפט העליון האמריקני דחה טענות שלפיהן חובה זו פוגעת בזכויות של חברות הכבלים, תוך העדפה של אינטרסים אחרים והמעטה בזכויות שעמדו לחברות האמורות.<sup>72</sup> ה"טענות המנצחות" הכריעו בעניין זה. דיון דומה, תוך התמודדות עם אותן הטענות, נערך כעת לעניין זכותם של בעלי התשתית המאפשרת גלישה באינטרנט לקבוע כי תכנים מסוימים יועדפו מאחרים (סוגיית ה"network neutrality"). בעניין אחרון זה טרם נאמרה המילה האחרונה; המחוקקים והרגולטורים האמריקניים עדיין מתחבטים בדבר פתרונה הראוי. לאחרונה גילה הרגולטור האמריקני אגב אורחא את דעתו כי טענות בדבר הפגיעה בחופש הביטוי לא ראוי שיישמעו מפי בעלי התשתיות בהקשר זה.<sup>73</sup> ראוי לציין עם

70 בישראל טענות אלו כמעט לא זוכות לדיון, שכן בית המשפט מגדיר את הפלטפורמות האמורות כ"משאב חיוני" ועל כן כפופות להסדרה מדינתית. לדוגמה, דיון כאמור נעדר מדיון ב"חובת ההגינות" בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008).

71 בארצות-הברית הבחין בית המשפט העליון בין התקשורת הוותיקה יותר (כבלים, תדרים) לבין האינטרנט, בקובעו כי מדיום האינטרנט מקטין את יכולת גופים לשלוט על צווארי בקבוק ועל כן הרציונל להתערבות נחלש – Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 853 (1997). לביקורת על עמדה זו ראו פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1191.

72 ראו Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C., 512 U.S. 622 (1994); Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C., 520 U.S. 180 (1997). מטעמי קיצור לא אדרש כאן להבחנות הסבוכות בין רמת ההסדרה של חופש הביטוי שנקטה בהקשר זה (האם היא ניטרלית אם לאו) ומיקדה חלק ניכר מהדיון בסוגיות אלו בפני בית המשפט העליון האמריקני.

73 החלטת ה-FCC לעניין Comcast, לעיל ה"ש 66. כן ראו להלן, ה"ש 119.



זאת, כי בית המשפט הפדרלי קבע כי לעת עתה ההחלטה האמורה בטלה שכן ניתנה בחוסר סמכות.<sup>74</sup>

לסיכום אפשר לומר כי הטענות בדבר הפגיעה בזכויותיהם הבסיסיות (קניין וביטוי) של ספקי התכנים בהחלט אינן בבחינת "קלף מנצח" עבורם; עוצמת הטענה תשתנה מהקשר להקשר. ככלל, נראה שהן חלשות בעוצמתן בעיקר כשמדובר בממד ה"שקיפות" והזכויות הנלוות בלבד, ועל כן, לטעמי, הן אינן איום ממשי על ההצעה המקודמת ברשימה זו. על כן, בהמשך הניתוח לא אתעמק בהן לגופו של עניין, כמו גם בשאלות-משנה שעלו בהקשרים אחרים עקב ההתמודדות עמן, דוגמת השאלה אם ראוי לראות בספק "כבל" בלבד. עם שאלת-משנה אחרת, בדבר יכולתו של ספק תכנים יחיד להשפיע על השיח, אתמודד אגב בדיקת הצורך להגן על הביטוי של משתמשים בשדה הווירטואלי ובחינת הריכוזיות במדיום זה. דיון זה הכרחי לא רק כדי להסביר את הפגיעה בזכות הספק אלא כדי להצדיק באופן בסיסי יותר את חובת השקיפות, הכרוכה בעלויות חברתיות וכלכליות לא מבוטלות.<sup>75</sup>

אינטרס מרכזי נוסף ומשכנע יותר, לטעמי, שיעמוד בבסיס ההכרה בחובת השקיפות, ייגזר משקילת האינטרסים של ציבור המשתמשים הרחב. להדגמת שיקולים אלו אציין כמה דוגמאות. ראשית, ייתכנו מצבים שבהם יבחר הספק למחוק תכנים שאינם עולים בקנה אחד עם השקפת העולם של העומדים בראשו או לסנן תגובות הנוגעות להיבט אחד של נושא מסוים מסיבות אחרות (למשל, משום שהן פרובוקטיביות מדי בעיניו).<sup>76</sup> התנהלות מעין זו מובילה לתוצאה הבעייתית שלפיה השיח המשתקף באתר איננו השתקפות מהימנה של הלך הרוח הציבורי. במקום זאת, השיח האמור מוטה לכיוון שהספק בוחר לקדם. הדבר יכול לבוא לידי ביטוי בעת עיון בתגובות המופיעות בעקבות כתבה, בדיונים המופיעים כחלק מנושא מסוים בפורום, ומעיון בתמונות המופיעות באתר מסוים או בקטעי וידיאו שהועלו

74 Comcast Corp. v FCC, No. 08-1291 (D.C. Cir., Apr. 6, 2010).

75 כטיעון חלופי אפשר לציין כי אף אם נכיר בפררוגטיבת הספקים באתרם מבחינה קניינית ומתוקף חופש הביטוי שלהם, עדיין יש תקדימים להכפפת שיקול דעתם של גורמים פרטיים לזכויותיהם החוקתיות של שחקנים פרטיים אחרים. במצבים אלו נאפשר למפיצים לכפות על בעלי האתרים גישה לאתרם, או לפחות להטיל חובת שקיפות על בעלי האתרים. טענות מעין אלו מתחזקות כשהנכסים נשוא הדיון (במקרה זה הזכות להפעיל ספק תוכן באינטרנט) הם תשתיות המשמשות את כלל הציבור ומימונם נשען בחלקו על מימון ציבורי ישיר או עקיף. בהמשך רשימה זו אדון בהקשרים שבהם טענות מעין אלו עשויות להתקבל אף לעניין ספקי תכנים.

76 במחקרם של ברזילי-נהון וברזילי, לעיל ה"ש 8, נמצא כי כ-84% מההודעות הנמחקות בקהילות הווירטואליות שנדגמו נמחקו מנימוקים של חוסר רלוונטיות לנושאי השיח בקהילה או של פגיעה בנורמות ובתרבות של הקהילה.

לאתר.<sup>77</sup> בשנים האחרונות פיארו רבים בבתי המשפט,<sup>78</sup> באקדמיה<sup>79</sup> ובמקומות אחרים<sup>80</sup> את תפקידה של הרשת ככלל ואת ספקי הגישה בפרט כמפתחים את השיח הדמוקרטי ואת חופש הביטוי. אולם, על פי התיאור האמור, השיח האינטרנטי יכול לשקף תמונה מעוותת שאיננה מהווה בבואה של הציבור אלא עיוות שלה. גרוע מכך: מדובר בעיוות לא מודע, שכן הקורא התמים, שאיננו מודע לאפשרות לביצוע מניפולציות מעין אלו על ידי בעל הפלטפורמה, יסבור כי חלוקת הכוחות המשתקפת מעל "דפי" האתר היא בבואה של רחשי הציבור. בהתאם לכך הוא עשוי להיות מושפע ולהשתכנע מעמדות הרוב המדומה. חשוב מכך, הוא לא יהיה מושפע מדעות הנחסמות בפניו ויסבור שהן מייצגות מיעוט מבוטל. בהקשר קצת אחר<sup>81</sup> היו שהגדירו בעיה זו כבעיית "אי-הידיעה הכפולה" ( unknown unknowns) – אי-ידיעת המידע המוסתר ואי-ידיעה בדבר הסותרו. חובת השקיפות תוביל להסרה של אי-ידיעה אחת ובכך תמנע באופן חלקי את העיוותים המתוארים, תוך שימור זכויותיהם של ספקי התכנים.<sup>82</sup> מובן שגם קיומה והיקפה של בעיה זו קשורים ישירות למספר הקולות בדיון הרלוונטי ולדומיננטיות של ספק התכנים הרלוונטי בתוך השיח, אלמנטים שאשוב אליהם בהמשך.

להסבר האינטואיטיבי שפירטתי אפשר להעניק כסות משפטית או פילוסופית בכמה רבדים, המשקפים היבטים של חופש הביטוי השונים מאלו שצוינו בדיון לעיל לעניין זכויות המפיצים. דרך אחת להבין את חשיבות האיזון האמור להשתקף מהדיונים ברשת – איזון שאינו מתקיים בשל מדיניות של חסימה וסינון ומוחמר בשל היעדר שקיפות – תישען על תפיסות הרואות בחופש הביטוי מנגנון לגילוי האמת. על פי רציונל זה<sup>83</sup> נוכל לטעון כי המשתמשים יוכלו לגלות את האמת רק אם יועבר להם מידע מקיף יותר בדבר השיח

77 ברור כי אין התאמה בין הלך הרוח הציבורי הכללי לבין זה של הגולשים, הנבדלים בגיל, בהשכלה ובמעמד; אולם הבדל זה איננו מהותי משום שלטעמי הוא שקוף וברור לציבור. הבעייתיות המתוארת בטקסט נובעת מכך שהעיוות בשיח הוא נסתר – ועל כן הוא כה מסוכן. 78 כך בעניין *Reno*, לעיל ה"ש 71. כן ראו עניין מור, לעיל ה"ש 4, בפסקה 14 לחוות דעתו של השופט ריבלין.

79 Eugene Volokh, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L.J. 1805 (1995).  
80 נשיא ארצות הברית ברק אובמה, בנאומו מינואר 2009, הגדיר את הציבור של כל ארצות-הברית לרשת בפס רחב כדרך הכרחית להמשך קיומו של "החלום האמריקני":  
[www.freepress.net/node/47062](http://www.freepress.net/node/47062).

81 לעניין היעדרה של שקיפות בתוצאות של מנועי חיפוש ראו פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, וכן להלן ה"ש 162 למאמר, תוך הסתמכות על מחקריו של טלב (Taleb).

82 להתייחסויות נוספות של כותבים לעיוות הנוצר עקב שינוי של תוצאות חיפוש ללא ידיעת המשתמשים ראו גולדמן, לעיל ה"ש 59.

83 רציונל החשוף לביקורת לא מעטה; ראו פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 897.

המתרחש ברשת. כמו כן, ניתן להסתמך לעניין זה על שני הרציונלים שפורטו לעיל, חופש הביטוי כמנגנון לייצוב הדמוקרטיה וחופש הביטוי כחלק מהאוטונומיה של היחיד. על פי התפיסה הראשונה, הדמוקרטיה מיוצבת באמצעות יצירת שיח ציבורי המאפשר העברת דעות ושכנוע הדדי. עיוות בתמונה האמורה יכול לחבל בהגשמה של יעדים דמוקרטיים אלו.<sup>84</sup> הנמקה אחרת תסתמך על כך שבפעולות האמורות ספקי התכנים פוגעים באוטונומיה של המשתמשים, בעוותם את תמונת המציאות שהם רואים ובכך פוגעים ביכולתם לקבל החלטות נכונות ומושכלות לגבי התנהלותם.<sup>85</sup>

אינני טוען כי בחירתם של ספקים לנתב את השיח כרצונם איננה לגיטימית במצבים רבים, או כי אין לאפשר לשולט בפורום לאפיין ולנתב את הדיון כרצונו; אדרבה, הרשת מאפשרת את יצירתם של פורומים רבים המגבשים דעות שונות והקורא המבקש להשכיל יעיין באתרים שונים ויגבש לעצמו בדרך זו השקפת עולם מקיפה (אם אכן נוצרים פורומים רבים ומגוונים; אם לא – יחול הדיון המובא בסוף הרשימה). על כן לא אמהר בשום שלב להמליץ כי זכותו של בעל האתר לעשות בו כבשלו תיסוג מפני זכויות המשתמשים. אולם, העיוותים האמורים, שישתקפו בדיונים הנערכים באתר, עלולים להיות בעייתיים אם לא יבין המעיין בהם את כללי המשחק הנהוגים בו וחמור מכך – אם יטעה לחשוב שהכללים הם אחרים. עם הסכנות האמורות ניתן להתמודד באמצעות דרישות השקיפות המוצעות.

ניתוח זה נשען על ההכרה בתועלת העצומה העשויה לצמוח לחברה משיח מגוון המגיע ממספר מרבי של משתתפים – דבר המתאפשר כיום ברשת וראוי לשימור ולהגנה. על פני הדברים, הכרה זו עשויה להיתקל בביקורת. במקרים רבים הסוגיות שעל הפרק סבוכות הן וראוי לצמצם את הדיון בהן לקבוצה קטנה של יודעי דבר. הרחבת השיח לאוכלוסייה

84 SUNSTEIN, לעיל ה"ש 50; פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1171. בין היתר, טענה זו נסמכת על התפיסה של deliberative democracy. להפניה לכתביו של הברמס ראו שם, בה"ש 127; יורגן הברמס "הכרה וחלוקה מחדש: מה נחוץ להתחדשותה של תרבות?" עיוני משפט כז 11 (2003); SELYA BENHABIB, THE CLAIMS OF CULTURE: EQUALITY AND DIVERSITY IN THE GLOBAL ERA, cha. 5 (2002). להסברים בדבר הקשר בין חופש הביטוי לקידום הדמוקרטיה ראו פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 901. לדיון ברעיון השיח הדמוקרטי כאלמנט חשוב לפיתוח הדמוקרטיה ראו שם, בה"ש 117, 131, 133.

85 פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1176, אשר מפנים, בין היתר, לכתיבתו של יוחאי בנקלר בעניין זה. במידה רבה, בנקלר מבסס את התמודדותו עם עיוותים בעולם התקשורת, התכנים והמדיה על החשש מפני פגיעה באוטונומיה שהם יוצרים. ראו Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 N.Y.U.L. Rev. 23, 88 (2001); YOCHAI BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM (2006); עוד ראו פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 910.

בכללותה תוביל לרידודו ולריבוי שגיאות וסילופים, שיוציאו את שכרה של החברה בהפסדה. על כן, אין סיבה לבנות מערכת רגולטורית סבוכה ויקרה שתקדם שיח זה, שהוא במידה רבה רדוד ומיותר. אולם, כמה דינמיקות מרתקות המתרחשות ברשת מראות כי "חוכמת ההמונים" מובילה לתובנות עמוקות, נכונות ומדויקות, העולות לעתים על חוות דעת מלומדות של מומחים. כך, לדוגמה, הצלחתה של ויקיפדיה, העולה בהיקפה ואולי אף בדיוקה על אנציקלופדיות "רגילות"; כך הצלחתה של לינוקס ושאר תוכנות ה"קוד הפתוח"; כך הפופולריות העצומה של אתרי תוכן משתמשים כמקום לצריכת בידור. את ההצלחה (המפתיעה?) של הדינמיקות האמורות מייחסים מלומדים ליכולת ההמון לפעול יחדיו במקרים מסוימים – אפילו במסגרת לא מתואמת – ולחשוף את הידע הנמצא אצל כל אחד מחברי הקבוצה. כמו כן, המאסה העצומה של המשתתפים בשיח דואגת לכך שגם כשהמידע המוצג שגוי בנקודה מסוימת, הדבר יבוא על תיקונו במהרה.<sup>86</sup> הנחה זו, בדבר הפוטנציאל העצום הגלום במידע ובדעות של הציבור המפרסם, היא המוליכה לסברה שלפיה יש לעשות כל מאמץ כדי להעניק לקהל המשתתפים הרחב את מרב הכלים – הן להשתתף והן ליהנות מן השיח הווירטואלי הנרחב.

אולם, גם ביסוס ההצדקה להכרה בחובת שקיפות על זכויות המשתמשים חשופה לטענות נגד בעלות משקל. זאת, נוסף על טענות בדבר פגיעה אפשרית בזכויות הקניין והביטוי של הספקים, שנדונו לעיל וניתן להשיב להן את התשובות האמורות בשנויים המחויבים. ראשית ניתן לטעון כי המסרים המתקבלים במדיה ככלל מעוותים ואינם משקפים את דעת הציבור, וודאי אינם תואמים את עקרון ה"קול אחד לכל אחד" שבבסיס הדמוקרטיה. תחת זאת הם משקפים את כוחם של בעלי הממון והשררה המצליחים להעביר את מסריהם לכלי התקשורת בצורה יעילה בהרבה מאלה שהפרוטה אינה מצויה בכיסם. מעבר לכך, גם באמצעי מדיה אחרים מועברת ההחלטה בדבר התוצר הסופי לגורם מתווך (דוגמת עיתון המקבל מכתבים למערכת, רדיו המקבל שיחות מאזינים ועורך טלוויזיה העורך סרט או כתבה). במצבים אלו הציבור החשוף למדיום זה מבין (לפחות בתאוריה) – אף ללא החלה של חובת שקיפות מקיפה – כי התוצר המוגמר המשתקף במדיה הוא תולדה של שיקול דעת של עורך שלרוב איננו מחויב בשקיפות במעשיו והחלטותיו. על כן, אין סיבה לסבור כי דין האינטרנט יהיה שונה. לאור כל זאת, אין צורך ליצור מנגנון שקיפות ייחודי למדיום האינטרנטי.

86 לדיון בסוגיה זו, ולפרישת המקורות המצדדים בתפיסה האמורה, ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראוייה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" מחקרי משפט כה 431, 477 (2009).

שנית, גם תוצאות השיח המשתקף ברשת מעוותות תדיר ולא יהיה בידי דרישת ה"שקיפות" כדי לרפא אותו. מאפייני המדיום מאפשרים ליחיד בעל אמצעים או יכולת טכנית ל"שכפל" את קולו עשרת מונים וליצור מצג כאילו דעתו היא קול ההמון.<sup>87</sup> הוא יכול לעשות כן על ידי העלאת קבצים רבים לאתרי שיתוף, על ידי כתיבת תגובות רבות ואף כהצבעה עליהן כנכונות – כל זאת תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים ייחודיים. לפי טענה זו, אין רגליים לסברה שחובת השקיפות תאפשר למשתמש להשיג הבנה נכונה של השיח הציבורי כפי שהוא משתקף ברשת. אף אם ידע המשתמש על כל מהלכיו של בעל האתר, הוא יהיה חשוף למניפולציות שיגיעו מכיוונים אחרים.<sup>88</sup>

לטעמי, אין בטענות אלו (התוקפות את דרישת השקיפות משני כיוונים סותרים) כדי לדחות את ההצעות המתונות יחסית שעל הפרק, מכמה סיבות. ראשית, אין סיבה "לגרור" לעידן האינטרנט את תחלואי המדיה האחרים. יש לשאוף ליצירת מערכת שתהיה נקייה מעיוותים ככל האפשר ועל כן קיומם של עיוותים כבר כעת אינו סיבה להימנע מניסיון למנוע עיוותים אחרים. שנית, דווקא בחלק מאמצעי התקשורת האחרים שצוינו יש כללים המגבילים את יכולתם של השולטים בפלטפורמה לעוות את בבואתה של דעת הקהל כגון דוקטרינת ההגינות, המחייבת מתן זכות תגובה וניסיון להציג תמונת מציאות מאוזנת.<sup>89</sup> על כן, ההשוואה לאמצעי תקשורת אחרים איננה שלמה. אמנם ניתן לפקפק בצורך בדוקטרינת ההגינות ובחשיבותה כיום כמו גם באפקטיביות שלה, אך חובת השקיפות הנדונה תוכל לנסות ולהביא את השיח המתקדם ברשת לדרגת איזון שתתקרב לזו שדוקטרינת ההגינות מספקת במקומות אחרים. מעבר לכך, יש רגליים לסברה שהאינטרנט עדיין משקף בעיני משתמשים (נאיביים?) רבים מדיום אוטופי, שבו כל יחיד יכול לומר את דברו והשיח המשתקף הוא אמיתי ושוויוני. עבור משתמשים אלה, חובת השקיפות הייחודית תהווה מעין שעון מעורר ופעמון אזהרה שהמדיום שלפניהם איננו נקי ושוויוני כפי שסברו – וכך יוכלו להתמודד בצורה טובה יותר עם התכנים המתפרסמים בו ועשויים להיות מעוותים. לפיכך

87 אני מודה לניל נתנאל על חידוד נקודות אלו.

88 לעניין זה יש לציין את הנוהג שעתה כבר נהפך גלוי וידוע – שכירת טוקבקים בתשלום, המקדמים אג'נדה רלוונטית. יש ממצאים אנקדוטליים על התנהלות זו הן בזירה הפוליטית והן בזירה המסחרית. ניתן לקרוא על כך במאמרו של ליאור דטל "טוקבקים בתשלום? אצלנו? מה פתאום! – אין כיום חברת יחסי ציבור שלא כותבת טוקבקים" *TheMarker* 28.5.2009 [www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20090528\\_1088788](http://www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20090528_1088788).

89 סעיף 47 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990; כלל 10 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987. כך גם בסעיף 4(ג) לתקנון האתיקה של מועצת העיתונות. לסקירת חובה זו ראו עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 70; למקורות נוספים ראו פסח, לעיל ה"ש 55, בעמ' 962.

ראוי לנסות ולצמצם במידת האפשר עיוותים בהבנת המשתמשים את מבנה השיח הווירטואלי. ההצעות שלהלן יסייעו בהגשמת יעדים אלו.

את חשיבות הקשר בין זכויות המשתמשים והמפיצים והאינטרסים שלהם לבין חובות שקיפות אפשר להדגים אף באמצעות דוגמה נוספת המתייחסת לסוג אחר של שימושים ומוליכה לשורה אחרת של הנמקות – דוגמאות המתייחסות להגנה על צדדים מסחריים שלישיים. לצורך העניין נניח ספק הבוחר לנצל את שיקול הדעת המוחלט שניתן לו כדי לחזק תכנים הפוגעים באינטרסים של גורמים המספקים לו מימון. ייתכן שמדובר בתכנים המהווים פרסומת ישירה או עקיפה למתחרה של מוצר המפורסם באתר, או במידע המבקר בצורה שלילית מוצר או שירות המפורסם בו. פעולה מעין זו יכולה לבוא עקב בקשה מפורשת של המפרסם (המממן) או אפילו בלעדיה, מתוך ניסיון של הספק למצוא חן בעיניו. דוגמה זו מראה את ההשלכות השליליות של מנגנון המקנה שיקול דעת בלעדי לספקי תכנים בביצוע הסינון על מתחריהם של הספקים ומפרסמיהם. יכולתם של אלה לפנות לקהל רחב עלולה להיפגע, וכך, בצורה עקיפה, נוצרת פגיעה בציבור הרחב שאינו חשוף לתחרות ולמגוון הדעות הנוגע למוצרים האמורים.<sup>90</sup> ראוי לחדד כי בעיה זו אף עשויה להשליך על השוק של ספקי התוכן: ספקי תכנים ותיקים וחזקים, הנמצאים בשווקים שלעיתים מתקיים בהם אפקט רשת, יוכלו לנסות לנצל את שליטתם על התכנים המופיעים באתרם כדי להחליש מתחרים חדשים בשוק זה, באמצעות מניעת מידע המתייחס אל המתחרה (ספק התוכן החדש) המשבח אותו תוך כדי ניגוח הספק החזק.

ככלל אפשר לטעון כי ההקשר הראוי לדיונים בדבר ההתנהלות שתיארתי זה עתה איננו זה של שקיפות אלא זה של עוולות מסחריות, דיני ההגבלים העסקיים ואף הפרסומות הלא הוגנות.<sup>91</sup> ייתכן שכך הדבר וההתנהלות שצוינה אסורה מכוח עילות אלו, כמו גם מכוח עילות מהדין הכללי;<sup>92</sup> אולם ללא דרישת השקיפות יתקשו בעלי האינטרס הנפגע לגלות את קיומה של התנהלות בעייתית זו כמו גם לטעון כנגדה. דרישת השקיפות תהווה גם אמצעי שירתיע את ספקי התכנים מהתנהגות כאמור, ביודעם כי עליהם לדווח עליה מראש

90 התנהלות זו אף נוגדת את כללי האתיקה העיתונאית, ראו סעיף 4(ב) לתקנון האתיקה; פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1173-1175, מסבירים כי התנהלות דומה, המהווה העדפה של תוצאות חיפוש מסוג אחד עקב מניעים ואינטרסים כלכליים, תוביל לתוצאה לא יעילה. על קביעה זו ניתן לחלוק אך אשאר זאת להזדמנות אחרת. ראו גולדמן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 196. סעיפים 5-6 לחוק ההגבלים העסקיים; סעיפים 1-2 לחוק עוולות מסחריות; סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; כללים 20, 29 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשידורי ערוץ ייעודי), התשס"ד-2004.

92 לדוגמה, דיני תום הלב. כזכור, מסמך ההסדרה הפרטית קבע כי את שיקול הדעת יש להפעיל בתום לב ובדרך מקובלת. ברור כי ההתנהלות האמורה אינה עולה בקנה אחד עם תנאי זה.

ובדיעבד ; ייתכן שהיא אף תעודד את כוחות השוק להעניש ספקים המעדיפים תכנים מסוג אחד משיקולים לא ענייניים שאינם נוגעים לסוג התוכן ולרמתו. אכן, דיון זה משאיר פתוחה את השאלה אם יוכל ספק לנקוט את הפעולות האמורות אם יצהיר עליהן בריש גלי כגון "האתר איננו מפרסם תגובות אשר עשויות לפגוע באינטרסים של בעלי המניות בחברת האחזקות באתר, או במממניו או מפרסמיו". המפתח לשובה זו ייגזר מכוח השוק של הספק ושל מפרסמיו כמו גם מהדרך שבה מתבצעת חסימת התכנים, בהתאם לדין הכללי שיהיה רלוונטי לסוגיה.

לסיכום חלק זה נראה כי יש שיקולים כבדי-משקל בעד אימוץ של דרישות שקיפות וכללים נלווים. אלו עולים מהאינטרסים של המפיצים, של המשתמשים ושל צדדים שלישיים. את ההצדקות לאימוץ השקיפות ניתן לחלק לשתי רמות. ברמה הראשונה אפשר לטעון כי בחלק מהמקרים תבטיח השקיפות כי ספקי התכנים יימנעו ממחיקת תכנים בצורה שרירותית או בהסתמך על קריטריונים לא ראויים. זאת, בשל המוניטין הגרועים שייצאו לאתרים שלהם אם ינהגו כך. אם כך, בנקודה זו תפקידה של דרישת השקיפות הוא לצמצם את עלויות העסקה של המשתמשים כדי לאפשר להם "לאותת" את חוסר שביעות רצונם מהתנהלות האתרים.

בהסתכלות ריאלית סביר להניח כי במקרים רבים לא תוכל השקיפות להבטיח תוצאה זו.<sup>93</sup> אולם, גם אם דרישת השקיפות לא תשפיע על התנהלות השיח כלל היא תמלא תפקיד חשוב: היא תסביר למפיצים, למשתמשים ולאחרים את מבנה השיח הנרקם אצל הספק. בהתאם לכך ידעו השחקנים האמורים להתמודד עם המידע המובא (או שאינו מובא) לפנייהם ולאזן במקצת את הפגיעה באוטונומיה שלהם. הם ידעו לחפש מידע במקום אחר או לפנות לרשויות המתאימות לקבלת סעד ועזרה.<sup>94</sup> כנגד דרישת השקיפות האמורה אפשר

93 זאת עקב העלות הגבוהה של עמידה על הזכות שלא להימחק, אם זו אכן מופיעה במסמכי הספק, או עקב היעדר היכולת של המשתמש ל"אותת" בצורה אפקטיבית את חוסר שביעות רצונו מהתנהלות זו. אני מודה לקורא האנונימי של רשימה זו על חידוד הנקודה. אחזור בהמשך למנגנונים אפשריים להבטחת השקיפות ולהבטחת ההתחייבויות האמורות בה.

94 בנקודה זו ניתן להקשות ולטעון שהוספת מידע למשתמשים ברשת בדבר התנהלות הספקים היא אמצעי לא יעיל ולא שימושי בעליל, לנוכח כמות המידע העצומה ("ערפיח המידע", בלשונו של דייוויד שנק, DAVID SHENK, DATA SMOG: SURVIVING THE INFORMATION GLUT, (1997)) שעמה הם מתמודדים בעידן הדיגיטלי. לטעמי, עם הזמן ילמדו המשתמשים להתמודד גם עם פקטור זה, כפי שהם מתאימים עצמם לזרימת המידע המוגברת בחלקים אחרים של חייהם. עם זאת, בהמשך דברי אתווה דרכים שבהן יצטרך המידע להימסר – דרכים השואפות להקטין את משאבי הזמן והקשב של המבקשים להבינו. אני מודה לניבה אלקין-קורן על הערה זו.

להעלות טענות בדבר זכויותיהם הבסיסיות של ספקי התכנים להגנת הקניין וחופש הביטוי. אולם, בשל אופי הסעד והקשרו נראה כי זכויות אלו לא ימנעו את אימוצה של חובת השקיפות. תשובה זו אינה סוף פסוק: אל מול הטענות בדבר חשיבותה של השקיפות אפשר להעלות טענות נגד כלליות התוקפות את הצורך והאפקטיביות של הסעד המוצע. בטענות אלו אדון כעת.

## 2. ביקורות נוספות

דנתי עד כה בטענה כי השקיפות, על החובות והזכויות הנלוות לה, מהווה פגיעה בזכויות של ספקים. אבחן כעת ביקורות אחרות אפשריות להחלתו של מודל השקיפות: (1) צורת הביטוי שעליו בא סעד זה להגן איננה מצדיקה התערבות; (2) חסימה וסינון של תכנים אינם יוצרים נזק ועל כן אין צורך בהתמודדות משפטית עמם; (3) יעדי השקיפות יוגשמו אף ללא התערבות באמצעות כוחות כלכליים וטכנולוגיים. אפנה לטענות אלו כסדרן. בפרק הבא אבחן טענות טכניות בדבר היעדר אפשרות ליישום דרישת השקיפות.

הטענה הראשונה עוסקת בכך שהדיון בדבר הצורך להגן על חופש הביטוי של המפיץ ושל המשתמשים ברשת הוא במידה רבה קטנוני ומיותר. הביטויים שבהם עסקינן הם מוחלשים וחסרי חשיבות. איש אינו נותן את דעתו עליהם והם נעלמים בכליל המלל השוטף את העולם הווירטואלי. דברים אלו נכונים ביתר שאת בכל הנוגע לתגוביות (טוקבקים). מסרים אלו, כך נטען, הם דוגמה לביטוי מוחלש;<sup>95</sup> על פי רוב הם אנונימיים ובעלי תוקף מוגבל – ועל כן גם בעלי חשיבות מעטה. אף על פי שהשימוש בהם נפוץ, סקרים מעידים כי מעטים מעיינים בהם ועוד פחות על בסיס קבוע.<sup>96</sup>

אכן, קיומן של התגוביות יוצר שאלות מורכבות במציאות הישראלית. אלה התעוררו במקרים שבהם צד שנפגע מהאמור בהן ביקש לקבל סעד בגין עוולת ביטוי לכאורית (כנגד

95 זו דעתו של יובל קרניאל, כפי שבאה לידי ביטוי בהרצאה במסגרת יום עיון בנושא "אנונימיות ברשת: פרטיות, חופש ביטוי או הפקרות בעידן הווב 2.0" במכללה למנהל, ראשון לציון, 12.4.2007. כן ראו יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט – בין חופש ביטוי להפקרות" עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל 85 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007) [www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/BOOK\\_7077/E\\_shaar\\_A/](http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/BOOK_7077/E_shaar_A/) CHAPTER\_C/Publications\_Catalog\_7077\_ChapterE\_c.aspx. חיזוק לגישה זו הובע לאחרונה על ידי השופט לוי בעניין מור, לעיל ה"ש 4, אשר הביע פליאתו בדבר העניין הרב שמרכזות התגוביות "אף שמדובר במהומה רבה על מאומה".

96 "כיכר העיר החדשה שוממת משחשבתם" גלובס (23.1.2007) [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000175586](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000175586).



הספק, כנגד המפיץ או כנגד גוף אחר האמור לסייע באיתורו ובזיהויו של המפיץ האנונימי). במקרים אלה נדרש בית המשפט להחליט אם לרתום את מערכת השיפוט והאכיפה של מדינת ישראל למטרה זו.<sup>97</sup> במקרים רבים לא מצא בית המשפט לנכון להמשיך ולבדוק עניין זה, אף לאחר שקילה של עוצמת הפגיעה בפרטיותו של המפיץ ובחירותו להתבטא אל מול הפגיעה בשם הטוב של הנפגע ותוך הדגשה של חולשת הביטוי הנדון.<sup>98</sup> במקרים אחרים העניק בית המשפט סעד לחשיפת זהותו של המפיץ ולחזוק קביעה זו השמיע את דעתו בדבר חולשת הביטויים הנרקמים במסגרת זו: במקרים אלה קבע בית המשפט שביטויים אלה אינם מצדיקים הגנות משפטיות שיבטיחו את אנונימיות המפיץ לשם קידום השיח.<sup>99</sup> משותפות לשני הקטבים בפסיקה העדכנית אמירות המקנות משקל מועט ביותר לנאמר בגוף התגובות. האין באמירות אלו בכדי להחליש את טענות המפיצים והמשתמשים בדבר זכויותיהם שנדונו לעיל ולחזק טענות הספקים נגד דרישת השקיפות?

לטעמי אין הדבר כך. אין מקום לערב בין שיקולים ואמירות אלו של בתי המשפט לבין הצורך להכיר בחובת שקיפות. שלוש סיבות לדבר ואדון בהן מהקלה אל הכבדה. ראשית, נראה כי האמירות של בית המשפט נוגעות להשפעתו של הביטוי היחיד ואילו האינטרסים המבססים את חובת השקיפות, כפי שפורטו לעיל, מתמקדים בהשפעה המצטברת של תכנים רבים. אכן אין להפריז בחשיבותה של תגובת יחידה ויש להיזהר מהכרה בעוולות ביטוי הנגזרות מהאמור בה. אולם, כפי שהסברתי לעיל, ההשפעה המצטברת של תכנים מוטים לכיוון אחד עשויה להיות בבואה מעוותת של השיח או אף חמור מכך – להוביל להבניה מעוותת שלו ולכן היא בעייתית פי כמה. שנית, הדיון בדרישת השקיפות נשען על יסודות והיבטים שונים מאלו של הדיון בדבר חשיפה של שמות הגולשים. דרישת השקיפות איננה

97 ראו לדוגמה ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (פורסם בנבו, 11.11.2007); בש"א (שלום ת"א) 173154/07 פרסיקו נ' שידורי קשת בע"מ (פורסם בנבו, 4.11.2007); ה"פ (מחוזי ת"א) 1244/07 מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (אתר האינטרנט NRG) (פורסם בנבו, 20.3.2008); עניין ברוקרטוב, לעיל ה"ש 11. בעניין מור, לעיל ה"ש 4, ציין השופט ריבלין, בפסקה 18 לחוות דעתו, אגב אורחא, כי יש להחיל את דיני לשון הרע "בשינויים המחוייבים" וראו שם.

98 בעניין מור, לעיל ה"ש 4, קבע לאחרונה בית המשפט העליון, בדעת הרוב, כי אין לחייב את ספקית הגישה לחשוף את זהותו של גולש מסוים, בהיעדר מסגרת חוקית בדין לדרישה דיונית מעין זו. ראו בהקשר זה גם בש"א (שלום חי) 1238/07 מור נ' ברק 013 שירותי אינטרנט בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.2007); בש"א (שלום חי) 5478/06 קי.אס.פי מחשבים בע"מ נ' ברק אי.טי.סי (פורסם בנבו, 13.8.2006), ומאמרו של מיכאל בירנהק "אנונימיות גולשים ברשת" בחוברת זו.

99 לדוגמה, עניין מזמור הפקות בע"מ, לעיל ה"ש 97; עניין דיסקין, לעיל ה"ש 16.

מצריכה איזון אל מול זכות הפרטיות של המפיץ ואף לא תפגע (לפחות לא ישירות) באינטרסים המוגנים של המשתמשים (נשואי הדיון בפורום האמור), אלא בספקי התכנים. לפיכך, טענות בדבר חולשת הביטוי אינן משכנעות לעניין הצורך באימוץ של חובת שקיפות. האינטרסים בקיומם ובקידומם של ביטויים אלו גוברים על האינטרסים המתחרים של בעל הפלטפורמה, הנגזרים מהגנת הקניין וחופש הביטוי.<sup>100</sup>

שלישית וחשובה מכול: תהא זו טעות לבחון את ההסדר האמור בדבר חובת השקיפות עבור ספקי תכנים דרך הפריזמה הצרה של אפליקציית התגובות, העשויה להיפך ללא רלוונטיות או לא מעניינת כעבור תקופה קצרה ולאחר שינוי טכנולוגי. ההסדר הנדון מתייחס לכלל עולם התוכן המופק על ידי משתמשים (User Generated Content), בכפוף להגבלות וחריגים בדבר גודל האתר והשפעתו, כפי שאפרט בהמשך.<sup>101</sup> תחום זה רחוק מלהיות זניח או חסר השפעה. מיליוני הקליפים המועלים לאתר YouTube, כמו גם מיליוני התמונות המועלות לאתר Flickr, יוכיחו זאת. יתרה מזו: עם היחלשות העיתוננים ואמצעים התקשורת ה"ישנים" – תופעה מתגברת בעולם – ייתכן שתוכן המשתמשים ייהפך תוך תקופה קצרה למשאב המידע המרכזי עבור משתמשים בכל הנוגע לחדשות, לתרבות ולפנאי.<sup>102</sup> מכאן החשיבות הרבה בהבניית השיח וההקשר שבו יופיע. השיח החברתי עשוי להיות מועתק תוך זמן קצר ממדורות השבט של המאה העשרים (בעיקר הטלוויזיה) למדורות חדשות שבמרכזן תוכן גולשים.

הטענה השנייה נגד חובת שקיפות היא שאין צורך לעסוק בחובת השקיפות, כמו גם בזכויות אחרות המגנות על יכולת המפיץ לומר את דברו (במלל, בתמונה, בשיר או בסרט) ועל יכולת המשתמשים להיחשף אליו בעידן הדיגיטלי כיוון שלא נגרם נזק המצריך התערבות משפטית. הבעיות המתעוררות בהקשרים אלו מוצאות את פתרונן כבר כעת

100 טענת נגד נוספת לעניין זה היא שאם אכן מדובר בביטוי מוחלש שאיש אינו שם לב אליו, קשה להסביר את העובדה שמשרדי פרסום ומסעות בחירות מעסיקים כותבי תגובות בשכר (על פי המפורסם בכלי התקשורת) כדי להעביר מסרים לציבור הרחב. ראו לעיל ה"ש 88. יצוין עוד כי בעניין מור, לעיל ה"ש 4, ציין השופט ריבלין בפסקה 15 לחוות דעתו, כי על אף העילגות המצויה לעתים בתגובות, יש בהן ערך חוקתי לעניין הזכות לחופש ביטוי.

101 להיקף תופעה זו ראו לדוגמה CLAY SHIRKY, HERE COMES EVERYBODY: THE POWER OF ORGANIZING WITHOUT ORGANIZATIONS (2008).

102 Nick Cohen, *Who Would You Rather Trust – The BBC or a Blogger?* THE OBSERVER 29.3.2009; www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/mar/29/bbc-bloggers-journalism; Paul Tough, *The Stream-of-Consciousness Newspaper* NEW YORK TIMES 11.12.2005 http://www.nytimes.com/2005/12/11/magazine/11ideas\_section4-1.html?\_r=1&scp=21.&sq=blog+journalism&st=nyt

באמצעות מנגנונים טכנולוגיים וחברתיים. כאן הכוונה לאמצעים המאפשרים גישה למפיעים אל נתיבי הפצה זמינים להעברת מסרים חלופיים לאלו שנחסמו בנקודה זו או אחרת על ידי ספק "סורר". מעבר לכך, כמו בהקשרים אחרים הנוגעים למשפט ולטכנולוגיה, טענה זו רומזת כי עדיף שהמשפט ידיר רגליו מהתערבות בנקודה זו. אם לא יעשה כן, ייהפך תוך זמן קצר למיושן. הטכנולוגיה, לעומת זאת, תמצא דרכים לעקוף את צוואר הבקבוק המקנה לספק התכנים שליטה לכאורה בשיח ועד מהרה תחזיר את השליטה האמורה למפיעים ולמשתמשים.

לגופו של עניין: אם המפיץ נתקל בחומה בצורה בנסותו להפיץ את תכניו אצל ספק א', הוא יוכל לנסות להפיץ את המסר האמור אצל ספק ב' או ג' עד ת' הזמינים ברשת;<sup>103</sup> לנסות שוב אצל ספק א' לאחר שינוי או עידון של הנוסח, או באתר חדש שיפתח בעצמו. כאשר תתפרסם לבסוף הידיעה (או התמונה או הסרטון), קרוב לוודאי שהיא "תיקלט" במנוע חיפוש הסורק את מכלול הדפים הרלוונטיים. לפיכך, כאשר יחפש מאן דהוא מידע בסוגיה הרלוונטית שבה ביקש המפיץ להביע דעתו, בסופו של דבר הוא ייתקל בדברי המפיץ – אם באמצעות מנוע החיפוש או בזירת הדיון החלופית שבה תתפרסם ההודעה. הדגמות אלו מראות כי אי-הכללת המסר של המפיץ באתר המבוקש איננה השתקה מוחלטת שלו או חסימת התוכן מעיני המשתמש. טענה זו נסמכת על התכונה שג' בלקין מכנה "עקיפה מסביב" (routing around)<sup>104</sup> – תכונה המייחדת, לדעתו, את מדיום האינטרנט ומבדילה אותו מכלי המדיה המסורתיים.<sup>105</sup>

אין באמור משום הצדקה לדחיית ההצעה לאמץ חובת שקיפות. זאת, משום שהעיוותים הפוטנציאליים בשיח המקוון לא יירפאו בקלות באמצעות השוק והטכנולוגיה לבדה.<sup>106</sup> לא

103 כמו כן, המפיץ יוכל לציין עתה כי המסר האמור נמחק מפרסום אצל ספק א' – דבר שמן הסתם יעורר סקרנות ויוביל לקריאתו על ידי קוראים נוספים. השופט ריבלין הביע רעיון דומה בדבריו בעניין מור, לעיל ה"ש 4, בפסקה 14: "הציבור אינו זקוק באותה מידה כבעבר לפלטפורמה שמעמידים לרשותו אחרים... כל אחד מבני הציבור רשאי ויכול ליצור "עיתון" משלו ולתת בבלוג דברו".

104 Balkin, לעיל ה"ש 55, בעמ' 11.

105 הקוראת הזהירה עשויה לציין כי טיעון זה חוזר על הדיון לעיל בדבר האיזון בין חופש הביטוי של המפיץ אל מול זה של ספק התכנים. אכן, היסודות בטיעון דומים אך נקודת האיזון בו שונה: במקום לאזן בין זכויות אני מבקש לבדוק אם ההסדרה של חובת השקיפות, שתגרור לא מעט עלויות, כלל נדרשת לנוכח תנאי השטח הכלכליים והחברתיים.

106 לדיון מקיף בדבר היעדר היכולת של כוחות השוק להתמודד עם עיוותים דומים (בעיקר, אך לא רק, בהקשר של מנועי חיפוש), ראו Lucas D. Introna & Helen Nissenbaum, *Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters*, 16 THE INFORMATION SOCIETY 169 (2000), תוך הפניה למאמרו של McChesney.

בכל סיטואציה תחייב חלופה נאותה להעברת המסר. במקרים רבים יהיו אך מעט פלטפורמות דומיננטיות לשיח, זאת בעיקר בתחומים מתמחים שאי אפשר להגדירם כ"פורום ציבורי" על פי המתווה שיידון להלן. במקרים אלה תיפגע הן יכולתו של המפיץ להעביר את ביטוייו בצורה מיטבית והן יכולת הציבור לעיין בהם. מעבר לכך, ישנם מקרים בהם יוכל מפיץ המסר שסוגן לחזור ולהשמיע דברו ב"דלת האחורית" באמצעות המנגנונים שצינתי; אולם הפצה זו תדרוש מהמפיצים ומהמשתמשים זמן וקשב נוסף, שני משאבים הנמצאים במחסור בעידן הדיגיטלי. המפיצים יידרשו למשאבים אלה כדי לעקוב אחר פרסום (או אי-פרסום) התכנים שביקשו להפיץ ולאחר מכן, לניסיונות חוזרים ונשנים להפיצים; המשתמשים יידרשו לזמן וקשב נוסף לעיין במקורות רבים כדי לגבש לעצמם תמונה מלאה של מגוון הדעות והאפשרויות. בהיעדר משאבים אלו ייוותרו על כנן הבעיות שתוארו לעיל עבור המפיצים והמשתמשים. כדי להתמודד עם בעייתיות זו ראוי להחיל את סעד השקיפות, ש"עלות" פגיעתו בספקים אינה גבוהה כאמור, אך רבה חשיבותו בהקטנת עלויות הקשב של מפיצים ומשתמשים.

חرف התשובה האפשרית לטענת קיומם של פתרונות טכנולוגיים וחברתיים, בגרעין הטענה אכן יש ממש. תמהיל נכון של השיקולים עשוי להצדיק את הפטרותם של אתרים מסוימים מהחלת חובת השקיפות. גם אם מנגנון הפטור, בו אדון בהמשך, לא יהיה מדויק דיו, יש לזכור כי אנו דנים בסעד "רך" יחסית. במציאות האינטרנטית הדינמית לא יהיו לרגולטור או לבית המשפט סיכויים להגדיר את היקף החובה וגבולותיה בצורה אופטימלית בזמן אמת, לאחר ניתוח מעמיק של מגמות זרימת המידע והקשב ברשת. בשל הפגיעה המינימלית בספק עקב החלת החובה, היא זה מחיר נסבל לכל השחקנים המעורבים. הטענה השלישית כנגד חובת השקיפות, היא נגזרת של הטענה השנייה. אם לעיל התמקדתי ביכולת (או בהיעדר היכולת) של ספק אחד לחסום ולסנן תכנים באופן אפקטיבי, כאן אבחן את היכולת לחסום את הפצת המידע הנוגע לביצוע סינונים וחסימות על ידי ספקים. לפי טענת נגד זו אין צורך בהטלה של חובות שקיפות סטטוטוריות הואיל והמידע האמור להיחשף באמצעות מנגנון זה ממילא ימצא את דרכו לציבור. כזכור, הבעייתיות הנדונה במאמר זה נובעת, בין היתר, מ"אי-ידיעה כפולה" של המשתמש. אם בפסקאות הקודמות דנו באי-הידיעה הראשונה – זו הנוגעת למידע שנמחק בפועל, בפסקאות אלו נדון באי-הידיעה השנייה – זו הנוגעת לעצם המחיקה והחסימה של המידע.

אי-פרסום של הודעה או של תגובת אינו פעולה סודית, שכן התרחשות זו ידועה לפחות לאדם אחד מלבד הספק – המפיץ. זה האחרון יוכל להפיץ ברבים את דבר מחיקת הודעתו על ידי הספק באמצעים שונים. באמצעות הפצה זו ניתן יהיה להתגבר על הבעיות הנוגעות הן לזכויות המפיץ והן לזכויות המשתמש. תחילה לעניין המשתמשים: עם הזמן, לאחר הצטברות של הערות שונות של מפיצים מעין אלו בזירות מקוונות שונות, יצטבר מידע שיגיע לידיעתם של המשתמשים בדבר מדיניות הסינון של הספק. המידע האמור יזרום אל

המשתמשים באמצעות פורומים שיעסקו בסוגיה זו או בדרכים אקראיות או מתוכננות אחרות, כמו החיפוש שערכו כותב שורות אלו ועוזריו במנועי חיפוש שהובילו אותם למובאות שבראש הרשימה. מכאן ואילך יוכלו המשתמשים להביא בחשבון מדיניות זו בבואם לבחון מידע המתפרסם אצל הספק הרלוונטי. כך יתפוגג סוג אחד של אי-ידיעה. אולם, זרימתו של מידע זה עשויה אף לגבור על בעיות המפיצים שתוארו לעיל בדרך הבאה: ייתכן שמפיצים ומשתמשים יבחרו להדיר רגליהם מאתרים שמדיניות השקיפות שלהם, כפי שהיא משתקפת מתגובות משתמשים אחרים, איננה לשיעור רצונם. הספקים מצדם יבינו כי תגובת השרשרת האמורה עשויה להתרחש ולפיכך יימנעו מחסימות לא ראויות או יפרסמו את מדיניותם בריש גלי. זאת, כדי למנוע מצב שבו משתמעת מדברי המשתמשים מדיניות שונה ממדיניותם בפועל. כך אף זכויותיהם של המפיצים יזכו לחיזוק.

הטענה האמורה נסמכת על כך שפעולות המשתמשים באופן עצמאי (ובאמצעות מנגנון חברתי עקיף) יביאו להגשמה של עקרונות השקיפות ללא התערבות מדינית.<sup>107</sup> טענה זו עשויה אמנם להיראות אוטופית אך היא איננה מנותקת מן המציאות. האינטרנט הוא אמצעי תקשורת המעודד שקיפות. חוקרים בני זמננו אכן הצביעו על סיטואציות שבהן הודלף לרשת מידע שבזמן אחר היה נותר נסתר, הרפף בה והוביל לשינוי חברתי.<sup>108</sup> האין לומר כי דינמיקה זו תתרחש בסבירות גבוהה במיוחד בהקשר של תופעה אינטרנטית מובהקת כמו סינון וחסמת תכנים באמצעות מתווך וירטואלי? בנקודה זו אזכיר כי אין ודאות שקיומו של המידע האמור בידי המשתמשים יוביל לשינוי במדיניות הסינון של הספקים או להפנמתו בידי המשתמשים, אולם אלו בעיות שמודל השקיפות המוצע מתמודד עמן.

זו טענה כבדת-משקל אך לטעמי אין בה כדי להוביל לדחייה של חובת שקיפות. כמו כל טיעון המבוסס על מנגנוני שוק היא חשופה לטענות נגד בדבר כשלים המתרחשים בו. מנגנוני השוק והטכנולוגיה עשויים להתקשות בחשיפה של מדיניות הסינון של ספקי התוכן, כמו גם בהבטחת הזכויות הנלוות לה שיפורטו בהמשך. משתמשים יתקשו להבין נכונה מהי מדיניות הסינון של האתר מהסתמכות על דיווחים ספוראדיים של מפיצים בדבר תכניהם שנדחו, ואלה עלולים להיסתר בטענות הפוכות של גולשים אחרים. דיווחים אלו עלולים להיות לא מהימנים או להיתקל בהכחשות גורפות של הספקים, שינסו להטות את זרימת המידע ברשת לעניין זה לכיוון שיקדם את האינטרסים שלהם. לפיכך, למשתמש הצופה בזרימת מידע זו מן הצד, צפוי אתגר רציני – לשלב את כל מקורות המידע הללו יחד כדי

107 והרי לנו עוד דוגמה לעקרון routing around שהוזכר על ידי Balkin, לעיל ה"ש 55.  
108 לדוגמה מפורסמת אחת, הנוגעת לחשיפת הקשיים והסכנות במכונות הצבעה בארצות-הברית, על אפה וחמתה של החברה הרלוונטית (Diebold), ראו BENKLER, לעיל ה"ש 85, בעמ' 232-225.

ליצור תמונת פסיפס שתשרת אותו בצורה מהימנה. במילים אחרות צפויות כאן עלויות עסקה גבוהות. גם אם הדבר אפשרי, השילוב האמור יגזול משאבי זמן וקשב.<sup>109</sup> עוד יצוין כי הסיפורים המציפים את הרשת בדבר יכולתה לחשוף שחיתויות הם מעודדים אך במידה רבה אנקדוטליים. אין עדיין אפשרות לדעת עד כמה הרשת וזרימת המידע בה מצליחות להקיף את מכלול המידע שיש לחשוף וכמה סיפורים אפלים לא הצליחה הרשת לגלות. ללא זרימת המידע האמור, שתוביל להפנמה מספקת של המידע על ידי המשתמשים, לא תתרחש הדינמיקה שתוביל בסופו של יום לחלופה למנגנון השקיפות ואולי גם להגנה על זכויות המפיצים. על כן ובמיוחד נוכח ה"עלות" הניכרת למשתמשים במושגי זמן וקשב יש לחסוך בעלויות אלו עבורם באמצעות יצירה של חובת שקיפות בדין, שתושט על הספקים. זאת, אף על פי שבהחלט ייתכן כי המידע שייחשף באמצעות חובה זו נמצא גם כך ברשת, אך באופן מבוזר.

לסיכום הטענות השנייה והשלישית יש לציין כי ספק רב אם דינמיקת השוק שתוארה לעיל אכן תישא פרי ותוביל ללחץ על ספקי התכנים לאמץ מודל מתון יותר לעניין חסימת התכנים (בכל הנוגע לטענה השנייה) או אפילו לעניין שקיפות בכל הנוגע לפעולותיהם (לעניין הטענה השלישית). זאת, גם אם המידע האמור יזרום למשתמשים בצורה ברורה ומהימנה. כפי שהסבירו תאורטיקנים של דיני החוזים, בעיקר בהקשר של חוזים אחידים,<sup>110</sup> משתמשים וצרכנים נוטים לבסס קבלת החלטות וקביעת עדיפויות על מספר מצומצם של מאפיינים המוגדרים כ"בולטים" ומשתנים מהקשר להקשר, עקב מגבלות הקשב האנושי. לאור זאת, ספק אם משתמשים יבכרו אתר אחד על משנהו על פי מדיניות השקיפות שהוא מאמץ או על פי התאמתה של מדיניות זו למידע אחר שהצטבר לעניין זה. סביר להניח כי עדיפויות המשתמשים לעניין גלישה באתרים של ספקי תכנים יבוססו על היקף הקהילה, על הרכבה, על תכניה, על אופי הממשק הטכנולוגי באתר ועל מאפיינים דומים. לפיכך, לא יהיה די בכוחות חברתיים או כלכליים להגשמת המטרות הנדונות ולאיימוץ מדיניות של שקיפות כמו גם לעמידה בה. עם זאת, ראוי לבדוק היבטים אלו אמפירית בשדה ובמעבדה כדי להבין טוב יותר כיצד כוחות חברתיים עשויים לקדם את העקרונות הנדונים כאן ללא סיוע אקטיבי

109 לעניין זה ראו בכר ז'רסקי, לעיל ה"ש 86, בעמ' 475, שם תיארונו את המגבלות והקשיים להבטחת האמינות של פורום מסוים ברשת אך ורק באמצעות זרימת מידע בין משתמשים.

110 Russell ; Melvin Eisenberg, *Text Anxiety*, 59 S. CAL. L. REV. 305 (1986) (להלן: אייזנברג); Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability*, 70 U. CHI. L. REV. 1203 (2003) (להלן: קורובקין).

סיוע אקטיבי מיד הגורם המסדיר.<sup>111</sup>

לסיכום: הראיתי את הבעייתיות ביכולתם של ספקי תכנים למחוק ולחסום תכנים על פי שיקול דעתם הבלעדי, בעייתיות הנפרשת על פני כמה מישורים. כנגד בעייתיות זו יש טענות מהותיות הקוראות להימנעות מהתערבות. נראה כי הדרישה לחובת שקיפות תהווה הסדרה מאוזנת המביאה בחשבון את כל היסודות האמורים. יסודות אלו כוללים את הכוחות הכלכליים והחברתיים המתהווים בהקשר הטכנולוגי-האינטרנטי ומקטינים את הצורך בהתערבות משפטית ישירה. גם לכוחות אלו יש גבולות וחובת השקיפות משתלבת בהם – ועדיין נותרה המשימה להגדיר במדויק את חובת השקיפות. למשימה זו אפנה עתה.

#### ד. שקיפות: יישומה והצורך בסעדי עזר להבטחתה

כפי שהסברתי לעיל, נראה כי יכולתם של ספקים לפעול ללא שקיפות תוך הפעלה של שיקול דעת רחב ביותר היא בעייתית. כדי להתמודד עם בעייתיות זו ראוי לחייב את הספקים לפרסם את המדיניות שעל פיה הם פועלים, במקום בולט באתרם. גם בהקשר זה, כמו במקרים רבים אחרים, הקושי טמון בפרטים הקטנים. בפרק זה אתמודד עם כמה קשיים "טכניים" העשויים לאיין לחלוטין את דרישת השקיפות. לאחר הצגה של קשיים אלה ברמה הכללית בתת-הפרק הראשון, אסביר כיצד ניתן להתמודד עמם באמצעות מנגנוני-עזר שיש לקושרם לחובת השקיפות. בסיום חלק זה אדון בכמה דרכים שבהן אפשר לפעול לאכיפת ההסדר המוצע. כדי להקל על הקריאה אציין במודגש בסופו של כל נושא את ההצעה הקונקרטית שיש לעגן בדין כדי להגשים את היעדים שאליהם הוא מכוון.

##### 1. אתגריה של דרישת השקיפות

במקרים רבים, החלה של חובות שקיפות מוגברות אינה בעלת השפעה חיובית (במקרה הטוב)<sup>112</sup> בשל אי-התאמתה לתחום המוסדר.<sup>113</sup> גם בהקשר של ספקי תכנים ברשת תיתקל

111 בהקשר זה יש לציין, כי הקונספציה של מתן אפשרות לכוחות השוק להוביל לאימוץ נורמות חברתיות על ידי ספקי תכנים באינטרנט נכשלה כבר בהקשר דומה – הגנת הפרטיות. בעשר השנים האחרונות אפשר FTC לכוחות השוק להוביל ליצירת איזון בין צורכי האתרים לרצונות המשתמשים. עקב הכשלים שנדונו בטקסט ופורטו בהרחבה על ידי כותבים שונים, מעולם לא הופנמה נורמה של פרטיות על ידי אתרים מסחריים בארצות-הברית באופן וולונטרי. ראו, לדוגמה DANIEL J. SOLOVE & PAUL M. SCHWARTZ, INFORMATION PRIVACY LAW 776 (3<sup>rd</sup> ed., 2009).

החלטה של חובת שקיפות באתגרים מעין אלו וכדאי להתמודד איתם כבר עתה, שכן יש סיכויים סבירים שללא התמודדות כזו לא תועיל במאום החלטה של חובת שקיפות. חיזוק לטענה זו טמון בכך שספקי תכנים רבים כוללים כבר עתה התייחסות מסוימת ליכולתם לסנן ולחסום תכנים<sup>114</sup> והדבר אינו מקדם בצורה מספקת את ההתמודדות עם הבעיות שצוינו לעיל. הבנת המגרעות הבולטות במדיניות האתרים המתפרסמת כיום תסייע לנו להבין אלו חולשות עלולות להתעורר במודל של חובת שקיפות וכיצד ניתן להתמודד עמן. כמו כן אדרש בקצרה לבדיקת הטכנולוגיות הדרושות לביצוע הסינון האמור – בדיקה שתחדד את הבנתנו בדבר הסעדים האפקטיביים לעמידה בדרישות השקיפות.

מדיניות מפורשת לעניין שימוש של אתרים ביחס לזכות הספקים לחסום ולסנן תכנים עלולה להצמיח שתי בעיות מרכזיות: היא עלולה להיות עמומה מדי וגורפת מדי. אלה אתגרים ניכרים הקוראים תיגר על כל המודל המוצע. בתת-הפרק הבא אנסה להציע דרכים להתוויית ההתמודדות עם דרישת השקיפות המביאה אתגרים אלה בחשבון; כאן אסביר את מהותם.

בעמילות הכוונה להיעדר הסבר ברור (על אף העמידה בדרישת השקיפות הפורמלית) באלו מצבים ועל פי אלו קריטריונים יבחר הספק שלא לאפשר פרסומה של הודעה. לדוגמה,

- 112 יש מקרים שבהם גילוי אף עלול להוביל להשלכות שליליות על יכולת קבלת ההחלטות או על מעמד הצרכן. על טענה זו בהקשר אינטרנטי אחר (של כריתת חוזים ברשת) ראו Robert A. Hillman, *Online Boilerplate: Would Mandatory Web Site Disclosure of e-Standard Terms Backfire?*, 104 MICH. L. REV. 837 (2006).
- 113 להדגמה מפורטת של הקושי בהתוויית מדיניות של גילוי ושקיפות בהקשרים רבים ראו Ricahrd Craswell, *Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere*, 92 VA. L. REV. 565 (2006).
- 114 לדוגמה (מתוך הנחיות לשימוש בפורומים, אתר ynet): "ידיעות אינטרנט רשאית לסרב לפרסם, או למחוק לאלתר כל תוכן שמסרת לפרסום בכל עת שתמצא כי הפרת תנאי שימוש אלה או שעשית מעשה או מחדל הפוגע או עלול לפגוע בשירותים הניתנים ב-ynet, במשתמשיו, בידיעות אינטרנט או במי מטעמה. בנוסף, ידיעות אינטרנט תהיה רשאית במקרה זה למנוע ממך פרסום תכנים נוספים ב-ynet. הוראות סעיף זה מוסיפות על זכויות ידיעות אינטרנט לפי כל דין"; [www.ynet.co.il/NRFrame/Ext/App/TDG/CDA/NewForumsRuls/0.9517,1,00.html](http://www.ynet.co.il/NRFrame/Ext/App/TDG/CDA/NewForumsRuls/0.9517,1,00.html); דוגמה נוספת (מתוך אתר yad2): "חברת קורל תל רשאית לבטל/לשנות/לערוך כל מודעה שנכנסת לאתר, לפי שיקול דעתה. החברה שומרת לעצמה את הזכות לא לאשר נוסח שאינו ראוי ו/או אינו עומד בסטנדרטים של האתר"; [www.yad2.co.il/](http://www.yad2.co.il/); Takanon.php; מתוך האתר tapuz: "תפוז רשאית (אך אינה חייבת) להסיר, למחוק או לא להרשות פרסום של תכנים באתר, על פי שיקול דעתה הבלעדי. תפוז לא תהיה חייבת לעדכן את הגולש קודם להסרת או מחיקת התכנים ולא תהיה חייבת במתן הסבר לסיבה להסרת התכנים"; [www.tapuz.co.il/general/takanon.asp](http://www.tapuz.co.il/general/takanon.asp);



הספק יציין כי ימחק "מסרים פוגעניים על פי שיקול דעתו", בלי להסביר כיצד יפעיל את שיקול דעתו, מהו הנוהל, כיצד הוא מעודכן ומיהו המחליט. כמו כן, ספק עשוי להתריע מפני סינון "מסר פוגעני" בלי לציין את ההגדרה של מסר מעין זה. משמע, הרזולוציה שהספק נוקט במסמכיו נמוכה מדי ולא מאפשרת למפיץ להבין מה נעשה בפועל. כמו כן, העמימות אינה מאפשרת למשתמשים להתגבר על העיוותים התפיסתיים העשויים להיווצר עקב חסימות כפי שפורט לעיל.<sup>115</sup>

בעיית העמימות מתחדדת כשמדובר במקרים שבהם הסינון האמור נעשה באמצעות כלי אוטומטי המבוקר מדי פעם על ידי מפעיל אנושי. פרקטיקה זו נהוגה במיוחד (ולו באופן חלקי ומשלים) באתרים גדולים המתמודדים עם כמות עצומה של תוכן משתמשים.<sup>116</sup> כלי זה פועל על בסיס אלגוריתם המקבל הוראות בדבר תכנים שעליו לחזוק, בדבר תכנים "חשודים" שיש להעבירם לביקורת אנושית ובדבר תכנים שאפשר לפרסם מיד. אלגוריתם כאמור כולל סדרת כללים העשויים להתייחס למילים הכלולות או לא כלולות בטקסט (או בתמונה או בסרטון, על פי ההקשר), לסימנים, לשפה, לגודל המסר ועוד. במקרים מורכבים יותר האלגוריתם אינו מוזן באמצעות כללים כלל אלא המערכת "עוקבת" אחרי מסנן אנושי בשעת עבודתו ומגדירה כללים להתנהלותו, המשתנים כל העת. מאוחר יותר המערכת מפעילה את הכללים ש"למדה" לעניין תכנים חדשים.<sup>117</sup> לפיכך, כדי ליישם את השימוש בכלים אלו מבחינה טכנולוגית, על פי רוב הספק מאמץ מדיניות עמומה מבחינה משפטית (כדי לאפשר לאלגוריתמים "מרחב מחייה") ובד בבד משתמש באלגוריתמים האמורים. בסופו של יום, לרוב אין למשתמשים אפשרות לדעת מהו האלגוריתם שמיושם לעניין זה. ההבהרה הטכנולוגית בדבר השימוש באלגוריתמים לצורך סינון חשובה משתי סיבות. ראשית, היא מראה עד כמה קשה יהיה להתגבר על בעיית העמימות כשפעולות הספק הדורשות הבהרה הן אוטומטיות, דיגיטליות, משתנות כל העת ולא בהכרח מבוססות על "פרוטוקול סדור". מעבר לכך, ההבנה שבמקרים רבים מנגנון אוטומטי הוא שעומד מאחורי

115 להתייחסות דומה לטענת העמימות בהקשר של סינון הנעשה על ידי ספקי גישה ראו T. J. McIntyre and Colin David Scott, *Internet Filtering: Rhetoric, Legitimacy, Accountability*, in REGULATING TECHNOLOGIES: LEGAL FUTURES, REGULATORY FRAMES AND TECHNOLOGICAL FIXES 109 (Roger Brownsword & Karen Yeung eds., 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=1103030>.

116 שימוש בכלים דומים נעשה בהקשרים שונים על ידי ספקי גישה (לעניין צנזור אתרים ואיתור אתרים מסוכנים), כמו גם על ידי שרתי דוא"ל החוסמים דואר זבל ושאר מרעין בישין; David Mertz, *Spam Filtering Techniques: Six Approaches to Eliminating Unwanted Mail*, IBM DEVELOPER WORKS 1.9 (2002) [www.ibm.com/developerworks/linux/library/1-spamf.html](http://www.ibm.com/developerworks/linux/library/1-spamf.html).

117 שם, בסעיף 3.

הליך המיון מובילה לכמה טענות מהותיות בעד שימור העמימות. ראשית, אם אכן תהליך הסינון והמיון מתבצע באמצעות אלגוריתם המשתנה כל העת תוך "לימוד" העדפותיהם של מפעיליו, הרי שאין בידי הספק מסמך מדיניות פנימית שעל פיו הסינון פועל. כל שיש בידיו הוא שורות קוד המשתנות מעת לעת או פלט מחשב המגדיר את עץ קבלת ההחלטות הנוכחי, וזה לא יועיל למשתמש כלל. שנית, גם אם אפשר להמיר את שורות הקוד האמורות בטקסט ולפרסמן, תוצאתו של מהלך זה תהיה הרסנית. במידה רבה, עורכי התוכן וחלק מהמפייצים (בעיקר אלו אשר מבקשים לקיים עוולת ביטוי או להפר זכויות יוצרים) משחקים משחק של "חתול ועכבר":<sup>118</sup> הראשונים מנסים לבנות מודל מתמטי שיצליח "לתפוס" את התכנים הלא רצויים והאחרונים מנסים להחדיר מסרים אלו לאתר תוך התגברות על מנגנוני הסינון והחסימה. המפייצים יבקשו לעשות כן באמצעות שינויים "קוסמטיים" במסרים – שינויים שיטעו את האלגוריתם אך עדיין יעבירו את המסר לבני האדם. ידיעה ברורה של המפייצים באשר לאופן פעולתו של האלגוריתם תאפשר להם לעקוף אותו בקלות ולאייץ את כל מאמצי החסימה של הספק. בסופו של יום יוביל הדבר לפגיעה במפייצים ובמשתמשים; זירת הביטוי תיהפך ל"מזוהמת יותר" ותחרוג מהמתווה שביקש הספק לקיים; הכנסות הספק מפרסום יפחתו וייתכן שספי המיון יוחמרו עוד יותר – דבר שיפגע במפייצים ובמשתמשים.

עד כמה הכרחית העמימות (והגבלת השקיפות) לפעולת הסינון (ובעיקר לסינון האוטומטי)? לשאלה זו אין תשובה ברורה. בחלק מההקשרים, כמו בזה הנוגע לדיון בדבר חסימת תכנים ואתרים על ידי ספקי גישה (ISP), כדי להבטיח תעבורת רשת אופטימלית, טענות בדבר חיוניותה של העמימות נתקלו בתגובה סקפטית מצד הגורם המסדיר.<sup>119</sup>

118 משחקי "חתול ועכבר" מעין אלו נפוצים בזירת האינטרנט. לדוגמה, הם מתרחשים בין ספאמרים לספקי דואר אלקטרוני, או בין מקדמי אתרים (SEO) לבין מנועי החיפוש אשר נלחמים בהם. לסקירה טכנולוגית טובה של דוגמה אחרונה זו, ראה JOHN BATTELLE, THE SEARCH: HOW GOOGLE AND ITS RIVALS REWROTE THE RULES OF BUSINESS AND TRANSFORMED OUR CULTURE 161 (2005). לדיון בהשלכות המשפטיות של סוגיה זו בהקשרים שונים ראו Tal Zarsky, *Assessing Alternative Compensation Models for Online Content Consumption*, 84 DENVER U. L. REV. 645 (2006).

119 דיון מקביל נערך לאחרונה בנוסחות מעט שונות. חברת קומקסט ביקשה לחסום את השימושים "המכבידים" של משתמשי אינטרנט – אשר מהווים בעיקרם הורדות בלתי חוקיות של קבצי מדיה באמצעות תוכנות מסוג "טורנט" ואחרים. לצורך כך, ביצעה ניתוקים ספוראדים של משתמשים אשר השתמשו בתוכנות אלו. זאת, מבלי שסמכות לעשות כן הוגדרה במפורש בהסכם השימוש. הסכם השימוש כלל אך לשון כללית אשר אישרה לקומקסט (בעלת התשתית וספקית הגישה לאינטרנט) פעולות להבטחת גישה סבירה לרשת. כאשר טען הגוף המסדיר (במקרה זה ה-FCC) כנגד קומקסט כי היא פועלת בצורה בלתי מורשית, השיבה קומקסט כי

במקרים אחרים, כמו אלו הנוגעים לפעולתם של מנועי החיפוש, עדיין נערכים דיונים מלומדים בדבר חשיבותה של העמימות.<sup>120</sup> לסיכום נקודה זו אציין כי בבנייה של מודל לשקיפות הכרח יהיה להתמודד עם סוגיית ה"עמימות", שהיא סוגיה מורכבת ואולי אף אינה פתירה. כפי שהוסבר, עמימות מסוימת רצויה ואף הכרחית בהקשרים טכנולוגיים שונים; אולם ייתכן שאפשר להתוות פתרונות ביניים שיאפשרו הן את שימור האינטרסים של החברות החפצות בעמימות והן את האינטרסים הציבוריים שהוזכרו. כל זאת, בד בבד עם מתן תשומת לב לאמצעים הטכנולוגיים הקיימים. פתרונות אלו יגובשו בהמשך.

ניגש עתה לבעיית הגורפות. קושי זה נוגע לאפשרות שמסמכי מדיניות שיגדירו את היקף סמכותו של הספק לסנן תכנים באופן וולונטרי יכללו בסמכות האמורה מידה רבה מאוד של תכנים שמבחינת האתר הם "בני סינון".<sup>121</sup> ניתן לראות תניות מעין אלו כבר עתה במסמכים וולונטריים, אף על פי שההסדרה שהתגבשה באמצעות ארגון האינטרנט הישראלי דווקא השכילה לסטות מהתנהלות זו.<sup>122</sup> לדעתי אין ספק שמגמה זו תמשיך ותתחזק אם תוטל חובה לפרסם מדיניות סינון כללית. התמריצים לספק לנהוג כך ברורים: עדיף לספק התכנים לשמר בידיו את הכוח למחוק ולחסום כמה שיותר סוגי תכנים מאשר להיתקל בשלב מאוחר יותר בסיטואציה בעייתית שלא יוכל לתת לה מענה.<sup>123</sup> ברור כי אם דרישת השקיפות תוביל לאימוץ ופרסום של מדיניות גורפת על ידי הספקים היא תסייע בכך אך במעט בהגשמת היעדים האמורים לעיל. מדיניות גורפת בדבר הזכות לסנן ולמחוק תכנים לא תאפשר הבנה טובה יותר באשר לדרך שבה השיח ברשת מעוות על ידי הספק; היא אף לא תגביר את האוטונומיה והביטוי של המפיץ. יש לציין כי תניות "גורפות" מעין אלו עשויות לעורר

- 
- לא פירטה את היקף פעולות החסימה ונקטה במדיניות של עמימות מכוונת כדי למנוע מאותם גולשים מועדים לזהות את מנגנוני ההגנה ולעקוף אותם. ה-FCC דחה טענה זו וסבר כי האיזון שבוצע כאן לא היה ראוי, וכי היה עליהם לחשוף מידע נוסף לעניין פעולות החסימה בפני קהל המשתמשים והלקוחות. ראו החלטת ה-FCC בעניין Comcast, לעיל ה"ש 66. לעניין ביטול ההחלטה עקב חוסר סמכות בידי בית המשפט, ראו לעיל, ה"ש 74.
- 120 ראו לדוגמה פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1202, שם הם מציעים את בדיקת האלגוריתם על ידי גוף שלישי. אחזור למודל זה בהמשך.
- 121 למען ההבהרה יצוין כי מדיניות יכולה להיות ברורה ומפורטת (ובכך לא עמומה) אך באותה עת גם גורפת. זאת, במצבים שבהם יפורטו בצורה נרחבת מצבים רבים שבהם ניתן למחוק ולדחות תכנים.
- 122 אם כי אין כל ערובה כי מדיניות זו תאומץ בפועל; ראו דיון בחלק ב' לעיל.
- 123 יצוין כי יש אסטרטגיה נוספת שבאמצעותה אפשר לסנן תוכן גולשים – קבלת משוב מהגולשים עצמם, המחווים דעה אם ראוי לחסום את הפריט אם לאו (גישה זו ננקטת במידה מסוימת באתר youtube). כאן, מן הסתם, אין מדיניות שיש לחשוף ועל כן אינני דן במודל זה, אף על פי שהוא מעורר שאלות מרתקות.

שאלות מדיניות מורכבות בדבר יכולתו של הספק לנקוט לשון גורפת זו במסמכיו, במיוחד כשמדובר בספק בעל תעבורה גבוהה שאף מסונף לגוף תקשורת גדול. זאת, עקב תחולה אפשרית של כללים ועקרונות מהמשפט הציבורי על גופים פרטיים, כמו גם תחולה של עקרונות אחרים מהמשפט הפרטי (דוגמת תנאי מקפח בחוזה אחיד).<sup>124</sup>

עוד אציין כי יש מלומדים שדווקא רואים תועלת חברתית בכך שפירמות משמרות בידיהן סמכויות רחבות מאלה שבכוונתן להפעיל, דבר העשוי להתרגם להצדקת השימוש בלשון גורפת במדיניות המתארת את זכותן לחסום תכנים.<sup>125</sup> על פי בבצ'וק ופוזנר, שפרשו נימוקים אלו בהקשר של חוזים אחידים/צרכניים של פירמות הפועלות בשוק תחרותי, יפעילו הפירמות את התניות והסעדים הנרחבים העומדים לרשותן במקרים "קשים" בלבד אל מול לקוחות שינסו לנצלן ולנהוג כלפיהן בחוסר תום לב. הם ממשיכים ומסבירים כי אין חשש שהתניות יופעלו מעבר לכך, בשל שיקולים של הגנת המוניטין בזירה העסקית. לענייננו אפשר יהיה לטעון כי לספקים לא תהיה סיבה להפעיל את שיקול דעתם הנרחב ברוב המוחלט של המקרים; הם יחששו לעשות כן לנוכח האפשרות שמידע על כך יזרום בין משתמשים על פי הדינמיקות שצוינו לעיל. הספקים יבחרו להשתמש בזכויותיהם הגורפות ולהסתמך על האמור במדיניותם המוצהרת לעניין זה רק כשירצו לחסום משתמש קנטרן ולהצדיק את החסימה. זאת, במקרים שבהם אי־אפשר למקם את ההתנגדות לתכניו בתוך הקטגוריות המקובלות אך ראוי לעשות כן לטובת הכלל.

אולם, אני מסופק אם ראוי להסתמך על הטיעון של בבצ'וק ופוזנר בהקשר הנדון ובכך להצדיק את השימוש בתניות גורפות הנוגעות לזכות המחיקה והחסימה. יש לתהות אם אפשר ליישם את הטיעון האמור – שכוחו יפה אולי בהקשרים מסחריים וצרכניים – אף בהקשרים הנוגעים לחופש הביטוי. במילים אחרות: ייתכן שמתן כוח רב לפירמות במסגרת מסחרית וכלכלית איננו מסוכן מאחר ששיקול דעתן הרחב בכוח יצומצם בפועל בשל רצונן להגן על שמן הטוב ועל המוניטין שרכשו. במקרה הגרוע ביותר ייפגע הצרכן ויחויב בתשלום שלא כדין או שייגרם לו נזק אחר. אולם כאשר הסכנה היא יצירת עיוות בדיון הציבורי המשתקף באתר אינטרנט מסוים, אין מקום להעניק לגוף הפרטי כוח רב ולסמוך על כוחות שוק שיקטינו את תמריציו לנצלו לרעה – כוחות שספק אם כלל יפעלו.<sup>126</sup> במצב מעין זה יש ליצור כלל משפטי הפוך, שבו במצב הגרוע ביותר דווקא המפיצים יהיו אלו

124 ראו להלן הדיון בפרק ה'.

125 לטיעון זה בהקשר של תניות הנראות מקפחות בחוזים אחידים ראו Lucian A. Bebchuk &

Richard A. Posner, *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets*, 104 MICH.

L. REV. 827 (2006).

126 ראו אייזנברג, לעיל ה"ש 110; קורובקין, לעיל ה"ש 110.

שנהנים ממידע עודף בדבר מדיניות הסינון של האתר הרלוונטי, על אף יכולתם לנצל מידע זה לרעה, ולספק ייגרמו עלויות העשויות להתברר כמיותרות. כך או אחרת, בעיית הגורפות (כמו גם בעיית העמימות) מתבטאת במסמכי המדיניות הקיימים כיום. יש סכנה שדרישת השקיפות תאזן במהרה אם כמענה לה יאמצו אתרים מדיניות סינון גורפת. בהגדרתה וביצירתה של דרישת השקיפות יש לתת את הדעת אף לכך – ולזאת אפנה כעת.

## 2. שקיפות הלכה למעשה

בתת־פרק זה אצא מהנחה שאת האתגרים האנליטיים שהוצגו בפרק ג' אפשר לצלוח, משמע: אפשר להצדיק את הצורך בדרישת השקיפות והצדקות אלו יגברו על טענות הנגד בדבר פגיעה בזכויות יסוד של הספקים ובביקורות הנוספות. עתה יש לשקול כיצד להוביל להחלה ולאכיפה של עקרון השקיפות, תוך התייחסות לחשש שהדבר יוביל לפרסום מדיניות שתהיה גורפת ועמומה ותוך הגנה על האינטרסים של כל הצדדים. אפתח בהתייחסות לדרישת הדרך שבה יועבר המידע שיקיים את דרישת השקיפות – דרך שתוביל ליצירה של חובות וזכויות נלוות; לאחר מכן אעבור לדיון במנגנון האכיפה של דרישה זו. במהלך הניתוח אתיחס בקצרה לדרך שבה הסעדים המוצעים מתמודדים עם הבעיות והאתגרים שפירטתי בפרקים הקודמים. בתום כל פרק בדיון אפרט המלצה קצרה לגורם המסדיר באשר להתקדמות עתידית.

במהלך הניתוח אתן את הדעת לבעיה נוספת העשויה להתעורר עם יישומה של חובת השקיפות המוצעת: ייתכן שיש יתרון רב בחובת השקיפות, אך ביישום לא נכון יעלו חסרונותיה על יתרונותיה. כך יובילו חובה זו ואכיפתה להקטנת השיח ברשת ולפגיעה באיכותו. עלויות גבוהות מדי שינבעו מחובה זו ויתגלגלו על מפעילי אתרים קטנים עלולות לגרום להם להפסיק לפעול; בעלי אתרים גדולים יותר ימשיכו לפעול אך הם עלולים להעתיק את מרכז פעילותם מישראל כדי להימנע מחובת השקיפות; לחלופין הם עשויים לבחור להימנע מסינון התכנים המועברים אליהם ככלל, כדי להימנע ממצב שבו יחשבו כמי שאינם עומדים במדיניות הסינון שעליה הצהירו ואז יהיו כפופים לסנקציות. תוצאה זו תביא להשלכות השליליות שנסקרו לעיל ושהצעת החוק מבקשת למנוע בהענקת החסינות. ראוי שנקודה זו תעמוד לנגד עינינו במהלך הניתוח להלן. לפיכך, ההצעה להלן תבקש להקטין את הסיכון של ספקי התכנים כמו גם את החשיפה שלהם לסנקציות לתביעות במקרה של הפרה.

לעניין הדרך, ברור כי תחילה יש צורך בהוראה כללית שלפיה חובה על ספק לפרט את מדיניות החסימה והסינון שהוא נוקט; אולם לאור האתגרים שצוינו לעיל נראה כי אין בכך די. יש לקבוע ברירת מחדל מחמירה בדין – מעין "מדיניות מצויה" – שתמנע מספקים לחסום תכנים אלא אם יוצהר אחרת, באמצעות פירוש ונימוק על פי תת־קטגוריות מוגדרות.

במילים אחרות, הרגולטור יפרסם "תקנון חסימה מצוי" לעניין התנהלות של ספק תכנים. אפשר יהיה להתנות על התקנון בצורה מפורשת באמצעות קביעת מדיניות סותרת, שתתייחס במפורש למרכיבים שיצוינו ב"תקנון החסימה המצוי" שיפורסם לעניין זה. הקטגוריות עשויות להתייחס לסינון על בסיס תכנים לא רלוונטיים (ברמות הקפדה שונות), פוליטיים, מסחריים (לרבות הסותרים אינטרס של בעלי האתר) או פרובוקטיביים (מבחינה מילולית או גרפית).<sup>127</sup> כדי להקל על ציבור הגולשים, ייתכן שראוי לקבוע כי גם האתרים שאינם סוטים מהמדיניות המצויה יחויבו לפרסם אותה כלשונה באתר ויהיו כפופים לקנס אם לא יעשו כן. ללא התניה כאמור יחול "תקנון החסימה המצוי" או הסעיף שלא הותנה עליו.<sup>128</sup> מנגנון מעין זה יסייע נגד העמימות בכך שיכריח את הספקים להתייחס לתחום רחב של מצבים. לפיכך, המפיצים יקבלו תמונה טובה יותר לעניין התכנים שייחסמו. המשתמשים יוכלו להבין טוב יותר מה התמונה המשתקפת מהתכנים המופיעים באתר. אמנם הם עדיין לא ייחשפו למידע שנחסם, אך זה לא יהיה בגדר "נעלם כפול" (unknown unknown) כפי שהוסבר לעיל. מנגנון זה יסייע אך במעט נגד בעיית הגורפות שכן הספק עדיין יכול לציין במפורש כי הוא משמר בידי את הזכות למחוק תכנים בכל אחת מהקטגוריות שיצוינו על ידי הרגולטור. עם זאת, יתכן שיועיל בכך שיאלץ את הספקים לחשוף את ה"גריפה" שהם מבצעים בצורה ברורה וקיצונית. דבר זה עשוי, במצבים מסוימים, להוביל לדינמיקת שוק ש"תעניש" את הספקים בגין גריפה זו. ייתכן שגריפה קיצונית, שיהיה בה משום דחייה של כלל תת-הקטגוריות שיציע הרגולטור, תהיה הדבר שיהפוך את התייחסות המשתמשים למדיניות החסימה ל"בולטת" ובכך תוביל להנעה של דינמיקת השוק.<sup>129</sup>

127 ייתכן שניתן אף לדרוש מהאתרים ל"קודד" בגוף האתר ובצורה דיגיטלית את המדיניות שלהם וכך לאפשר למשתמשים ולמפיצים לקבוע מראש כי לא ייכנסו לאתרים שלא עומדים בדרישותיהם המקדמיות לעניין שקיפות. הצעה דומה הועלתה בעבר לעניין מדיניות הפרטיות של אתרים, אך נראה כי דרשה תחכום טכנולוגי רב מדי ולא נקלטה. לדעתי התוצאה תישנה גם בהקשר שלנו ועל כן בחרתי לא להתעמק בסוגיה.

128 מודל רגולטורי זה – קביעה של ברירת מחדל בדרך שתגרום לצדדים לגלות מידע נוסף ולפרט את דרכי פעולותיהם לצד השני – מתקיים במקומות אחרים במשפט. לדוגמה בולטת ראו סעיף 6 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; עוד ראו את המנגנון המחיל את התקנון המצוי על בית משותף אם לא צוין במפורש אחרת (סעיף 64 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969). לעניין השימוש האמור בברירות מחדל ככלי המעודד מסירת מידע, ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling in the Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J 87 (1989).

129 אסטרטגיה רגולטורית זו עשויה להוביל לפחות לשתי צורות התנהלות אסטרטגית מצד ספקים שיבקשו לשמר בידיהם יכולת סינון מרבית בד בבד עם שימור הערפול בדבר פעולותיהם אלה. דרך אחת עשויה להיות ציון שלפיו הספק מתעתד לסנן על פי כל הקריטריונים האמורים – ואז

אתגר אפשרי להפעלה של יוזמה זו עשוי להיות השימוש הנפוץ בסינון האלגוריתמי. כאן יידרש הרגולטור – בפעולה משותפת עם ספקי התכנים – ליצור תת־קטגוריות שניתן יהיה להבחין ביניהן גם כשנעשה שימוש באלגוריתם העוסק בלמידה עצמית ומתמשכת. לדוגמה, סביר להניח כי גם תהליך הסינון האלגוריתמי ידע להבחין בין סינון על בסיס מסרים פוגעניים, מסחריים או פוליטיים, ועשוי לאמץ רף שונה של "רגישות" עבור כל פקטור (ובהקשרים מסוימים לא לנקוט סינון כלל). לאור האמור לעיל, להלן סיכום ההמלצות שנדונו בחלק זה עד עתה. הן מנוסחות בקצרה אך בדרך שתוכל להוות נקודת פתיחה למחוקקים ולרגולטורים שיבחרו לפעול לאימוץ ההמלצות:

### המלצה I – כללי

חובה על כל ספק תכנים לפרסם מדיניות חסימה וסינון. היעדר פרסום כאמור יחיל על הספק את "תקנון החסימה המצוי" שיפורסם ויעודכן על ידי הרגולטור, ויהיה פרו־מפיצים ומשתמשים באופיו. התקנון המצוי יהיה מפורט ויכלול תתי־סעיפים שיתייחסו למצבים שבהם אפשר להניח שספק ירצה לחסום תכנים. ספק תכנים שיבקש לסטות מהאמור בתקנון המצוי יידרש לעשות זאת במפורש ובהתייחס לכל סעיף בתקנון האמור. כל זאת, במקום מרכזי וברור באתרו. התקנון המצוי יפורסם באתר הספק (אם לא התנה עליו). קנט יוטל על ספק שלא יעשה כן.

ייתכן שגם עם מודל מעין זה תיוותר בעיית העמימות על כנה. זאת, בשל העובדה שבתחומים דינמיים אלו, ברירת המחדל שקבע הרגולטור עלולה להיפך למיושנת ולהיעקף שוב בקלות על ידי השחקנים בשוק. זאת, בין היתר, משום שהשוק תוך זמן קצר

---

ציון מדיניות עמומה וגורפת הדומה לזו המתפרסמת באתר כעת. כפי שצוין, יש מעט שניתן לעשות נגד התנהלות מעין זו ויש לקוות שדחייה כל כך מלאה וגורפת של ספק את מתווה השקיפות בתקנון המצוי תיראה כולזול מופגן בחופש הביטוי ותפגע במוניטין שלו עד כדי כך שספקים יירתעו מלעשות כן. אסטרטגיה אחרת תהיה דווקא קביעה שלפיה לא יתבצע סינון על פי הקריטריונים שנקבעו, והספק יציג קריטריונים אחרים, עמומים וגורפים, שינחו אותו בביצוע הסינון – ושוב ישאירו את המשתמשים והמפיצים בעלטה. בנקודה זו תידרש בדיקה רגולטורית אם יש חפיפה בין תחומי הסינון המפורטים במדיניות המצויה לבין אלו המפורטים במדיניות החלופית. הדבר עשוי להיראות עתה מורכב, יקר ומטיל נטל כבד על הרשות, אך יש להניח שתוך תקופה לא ארוכה ירכש ניסיון לעניין זה והדברים ייפתרו במהירות (אכן יש תחומים אחרים שבהם הרגולטורים מתמודדים עם אתגרים דומים וראו לעניין בתים משותפים).

יכול תחומים, נושאים ופעולות שהרגולטור לא נתן דעתו עליהן בעבר. כמו כן, הפירוט האמור עדיין מאפשר פערי מידע גדולים מאוד בין פעולות הספק לבין המפיצים והמשתמשים, במיוחד אם ספקים יבחרו להתנות על המדיניות המצויה. לאור זאת, ייתכן שיש לפעול להגשמת יעד השקיפות תוך שימוש באמצעי-עזר. חלק מהאמצעים מיועדים לסייע בהגנה ישירה על האינטרסים של המפיץ וחלק – בהגנה על אינטרסים ישירים של המשתמש (אם כי אלו ואלו מגנים בדרכים עקיפות על מכלול האינטרסים של הנוגעים בדבר באמצעות עידוד של זרימת המידע וקידום דינמיקות השוק שפורטו לעיל).

ראשית, יש לחייב את הספק/החוסם להודיע למפיץ על דבר החסימה וכן את הסיבה לביצוע חסימה זו בהתאם לתת-הקטגוריות המופיעות ב"תקנון החסימה המצוי" או בתקנון החלופי שפורסם.<sup>130</sup> מסירת מידע כאמור עשויה לרכז את הפגיעה באוטונומיה של המפיץ בגין אי-יכולתו לומר את דברו; בצורה עקיפה (וכמוסבר לעיל, מצומצמת) היא עשויה לסייע אף לציבור הרחב. זאת, משום שהציבור ילמד על אופי החסימות והסינונים שמבצע הספק מפי המפיצים בערוצי תקשורת אחרים וכך יבין כיצד מעוותת צורת השיח המתגבשת באתר.<sup>131</sup>

שנית, יש לפתח מנגנוני-עזר לסייע למשתמשים ללמוד בדיעבד על הסינונים הנעשים בכל אתר ולהבינם. במילים אחרות: יש לחייב את הספקים לפרסם מדי תקופה דיווח (במקום בולט באתר) בדבר היקף התכנים שנדחו ובדבר העילות שעל פיהן נדחו. הדיווח יהיה בהתאם לטקסונומיה שתוצע ב"תקנון החסימה המצוי" או על פי טקסונומיה חלופית, אם אומצה כזו. המידע יכול ניתוח סטטיסטי בסיסי לעניין דחיות מתוך כלל הפריטים

130 מסירת המידע תיעשה באמצעות כתובת דוא"ל שישאיר המפיץ באתר הרלוונטי. מובן שבהיעדר כתובת כאמור יהיה הספק פטור מחובה זו. יצוין כי הצעת החוק מתווה בכמה מקרים חובה של תקשורת בין הספק לאתר (לעניין בקשה ל"הודעה והסרה", לדוגמה), כך שהדרישה האמורה אינה יוצאת-דופן. תיתכן פגיעה אפשרית בפרטיות המפיצים הנדרשים עתה לספק כתובת דוא"ל, אם כי סביר להניח שזו פגיעה קלושה לנוכח האפשרות ל"הסתתר" מאחורי כתובת דואר אנונימית, שיש צורך בפנייה לכמה גורמים נוספים כדי לחבר בין בעל הכתובת לעומד מאחוריה. ייתכנו שימושים במנגנונים מורכבים יותר המאפשרים לספק להעביר מסרים למפיצים בלי שזהותם תיחשף, אך קצרה היריעה מלדון באפשרויות טכנולוגיות אלו.

131 כפי שהוסבר לעיל, הפצת מידע בדבר חסימות וסינונים באופן זה היא בעייתית שכן היא עשויה לכלול עיוותים משל עצמה; כמו כן היא דורשת קשב וזמן נוסף מהמשתמשים. לפחות הבעיה הראשונה מקבלת מענה מסוים בהצעה: הואיל ומדובר בתגובה רשמית של הספק (שייתכן כי אפשר לחייבו בחתימת ההודעה להבטיח את אמינותה), ייחלשו הסיכונים שהמידע האמור יעוות או יוכחש שלא כדין על ידי הספקים לאחר מעשה.



שהוצעו לפלטפורמה וכן פילוח על בסיס ההנמקות המוגדרות בדין – וכך יוכל כל משתמש להבין בקלות יחסית מה אופי השיח המתגבש באתר מסוים. מידע זה לא יסייע למפיץ שדבריו נדחו, אולם כפי שהוסבר לעיל, יש גם מטרת אחרת בהתוויית מדיניות של שקיפות שאפשר להגשים. דיווחים אלו עשויים להקנות למשתמש הבנה טובה יותר באשר לכיווני השיח באתר; הם יאפשרו למשתמשים ומפיצים לחדור את מסך העמימות שהספקים ינסו ליצור, להתגבר על תניות גורפות ולהבין כיצד הסינון נעשה.<sup>132</sup>

מובן כי שני המנגנונים שהוצעו יטילו עלויות על הספק. כדי להתמודד עם הבעיות שתיווצרנה עקב עלויות אלו אגדיר בהמשך את תחולתה של חובת השקיפות. בהקשר זה יש להחיל חריג פרטני שלפיו ייתכן כי דחיית תכנים מסוג מסוים לא תצריך הודעת דחייה פרטנית למשתמש. כך, לדוגמה, דחיות חוזרות ונשנות בגין אותה קטגוריה מכתובת דוא"ל או IP מסוימת. חריג זה הוא הכרחי לנוכח בעיית הזבל (Spam) שעמה מתמודדים ספקי תכנים. אלו נתקלים לעתים בכמויות עצומות של תכנים פרסומיים, מגמתיים או פשוט לא ראויים לפרסום המגיעים ממקור מסוים. לדעתי אין סיבה לא להתייחס לדחיות חוזרות אלו בדוח התקופתי שיפורסם לעניין זה.

סעד עזר מתקדם יותר, שאמנם אינו נקי מקשיים אך ישאף להבטיח עמידה במדיניות הסינון של הספק, עשוי להיות העברת מדגם מההודעות ש"צונזרו" לנאמן ציבורי. זה יבחן אם הדחייה אכן נעשתה בהתאם לקריטריונים הרלוונטיים והמוצגים. במאמר לעניין מנועי חיפוש הציעו ברכה ופסקל בדיקה דומה<sup>133</sup> כדי לוודא שמנוע החיפוש איננו יוצר הטיות מכוונות בתוצאותיו. ייתכן שיש צורך בבדיקה מעין זו בשל החשש שכוחות השוק החברתיים והכלכליים לא יבטיחו עמידה של ספקי התכנים בהתחייבויותיהם. כאמור, בדיקה זו איננה נטולת בעיות. היא מכבידה את אחיזת הרגולטור בשוק המאופיין בטכנולוגיה משתנה ועלולה לגרור שלל בעיות ועיכובים. לטעמי ראוי לשקול אופציה זו רק אם יתחוויר כי ההצעות האחרות שהועלו אינן מובילות לתוצאות משביעות רצון או אינן מיושמות כראוי בידי הספק.

לפיכך, בדומה לאמור לעיל, להלן סיכום ההמלצות הנוגעות ל"זכויות הנלוות" שנסקרו בחלק זה, בקצרה ובנוסף שיהווה תשתית לחקיקה ורגולציה עתידית:

132 כמו כן, מידע זה יאפשר למשתמשים ולמפיצים ללמוד על פערים בין המדיניות המוצהרת לבין זו שמיושמת בפועל; פער זה נדון לעיל בחלק ד.1.

133 פסקל וברכה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1202.

## המלצה II – זכויות נלוות

- (א) ייקבע כי כל ספק תכנים מחויב להודיע למפיק אם בחר שלא לפרסם תכנים שהועלו לאתר בהתאם לתת-קטגוריות שפורסמו ב"תקנון החסימה המצוי", באמצעות כתובת דוא"ל שהעביר המפיק לספק, ובכפוף לחריגים שיוגדרו.
- (ב) אחת לשישה חודשים (או לתקופה אחרת שתוגדר) יפרסם ספק התכנים, במקום בולט באתר, דוח שבו יפורטו מספר הפניות שנחסמו: (1) כאחוז מתוך מכלול הפניות; (2) בחלוקה על פי תת-קטגוריות לדחייה המתאימות ל"תקנון החסימה המצוי" וכן לתת-קטגוריות נוספות שאומצו.
- (ג) אם יתברר כי אמצעים אלו בעייתיים או לא יעילים ייבחן אימוץ מודל לבדיקה של ביצוע החסימה על ידי נאמן ציבורי, על פי מנגנון שיוגדר בעתיד.

נעבור עתה לדיון קצר באכיפת התנאים האמורים לעיל. אדון בכמה הפרות העשויות להצדיק סעד ובכמה מסלולי אכיפה אפשריים. במסגרת הניתוח אף אוכיר את ההשלכות העגומות האפשריות במקרה של אכיפה טובה ו"יעילה מדי". תחילה יש לציין כי על פי המתווה המוצע, אין צורך בסעד חריג אם לא פורסמה "מדיניות שקיפות" באתר, שכן במקרה זה תחול ברירת המחלל שבדין – תקנון החסימה המצוי. למרות זאת, כדי להקל על קהל הגולשים, המלצתי היא לחייב פרסום של מדיניות השקיפות המצויה גם במקרה זה והשתת קנס (לאו דווקא כבד) אם לא ייעשה הדבר.

אולם יש צורך לאכוף על הספקיות שתי חובות נוספות – את קיום האמור בתקנון המצוי או בתקנון החלופי שאימצו ואת העמידה בדרישות הנלוות לחובת השקיפות, שפורטו לעיל. על פני הדברים אפשר לקבוע רשימה מגוונת של סעדים כגון עיצומים כספיים במקרה של אי-עמידה בדרישות, פיצוי ללא הוכחת נזק למפיק הנחסם ללא הודעה וכיוצא באלה – אמצעים שאדון בהם בקצרה להלן. ייתכן שיש לשקול אף אימוץ של "נשק יום הדין" – קשירה בין עמידה בחובת השקיפות לקבלת החסינות מאחריות המפורטת בהצעת החוק מפני תביעות של צדדים שלישיים בגין נזקים שנגרמו להם עקב עוולות ביטוי המבוססות על תוכני האתר. כך אפשר יהיה לכרוך את האמור כיום בהצעת החוק לעקרונות שהושתתו ברשימה זו. דרך זו היא אמצעי יעיל לכפות על ספקי התכנים ליישר קו עם הדרישות האמורות; כמו כן יש בה היגיון פנימי: החסינות מוענקת לספקים כדי להבטיח שיפעלו לפיתוח שיח אפקטיבי ופתוח בין משתמשים ומפיצים. עמידה בחובת השקיפות האמורות אף היא צעד חיוני לכיוון קידום אינטרסים אלה – ואי-עמידה בהן היא אינדיקציה להיעדר נכונות של הספקים לקדמן ועל כן סיבה מספקת להסרת החסינות הניתנת, בין היתר, בתמורה לקידום אינטרסים אלו.

לטעמי יש להסתייג מקשירה ישירה בין מתן הפטור לחובת השקיפות, שכן זו עשויה להוביל לעיוותים. לדוגמה, אם נכיר בקשירה האמורה ונבטל את החסינות כשחובת

השקיפות איננה ממולאת בקפידה, אזי הצד שינסה להוכיח כי אין עמידה בדרישת השקיפות לא יהיה בהכרח המפיץ שתכניו נדחו אלא צד שלישי שנפגע מתוכני המפיץ. דווקא צד זה יימצא בעמדת נחיתות בדבר יכולתו (או היעדרה) להוכיח כי התנהלות הספק איננה תואמת את הקריטריונים שנדונו לעיל. כמו כן, האפשרות שהחסינות תבוטל במקרה של אי-עמידה בכללי השקיפות עלולה להוביל להפסקת הסינון ככלל (כפי שצוין לעיל) – ואף לכך יש תוצאות לא רצויות. לפיכך, ביטול החסינות באופן גורף איננה רצויה. עדיין, כפי שנראה עתה, יש צורך להגדיר עילות שלפיהן אפשר יהיה לתבוע או להטיל סנקציות על ספקים בגין אי-עמידה בחובת השקיפות ובחובות נלוות למרות היותם ספקי תכנים על פי הגדרת החוק, ובכך לצמצם את החסינות שהוענקה להם בהצעת החוק לעניין עילות פרטניות אלו.

אפשרות אחרת, מתונה יותר, תחלק את משימת האכיפה בין ציבור המפיצים לרגולטור שיוגדר לעניין זה (כיום יש היגיון בהעברת התפקיד לרשות למשפט, לטכנולוגיה ולמידע שבמשרד המשפטים).<sup>134</sup> הרגולטור ימלא את תפקידם של המשתמשים וינקוט צעדים כלפי ספקי תכנים שאינם ממלאים את החובה הנלווית לפרסם בדיעבד דוחות כלליים הנוגעים לחסימת תכנים. צעדים אלו יכללו קנסות ועיצומים כספיים וללא ספק יהיו מונעים מתלונות של משתמשים על הנעשה באתרים מועדים. לטעמי ראוי לצרף לסמכות זו גם את הטיפול בתלונות לעניין הפרת החובה שפורטה בהמלצה II(א) – החובה למתן הודעה למפיץ אם בחר הספק לחסום תכנים מסוימים ולא לאפשר זכות תביעה בעניין זה למפיץ עצמו. כך תוכל הרשות להפנות את מרצה כלפי אתרים המפרים את מחויבויותיהם תדיר ולהסדיר עניינים אלו בצורה מהירה יותר בהשוואה לבתי המשפט, שהיו נדרשים לעניין אם היינו מאפשרים תביעה פרטנית של המפיצים על בסיס עילה זו. פתרון זה יגן על ספקי התכנים, שלא יהיו כפופים לתביעות קנטרניות של משתמשים העשויים לגרור אותם להוצאות כבדות – ולפיכך לא יבחרו מיוזמתם לחדול מסינון וולנטרי.

על פי אפשרות זו, אף למפיצים תפקיד משמעותי באכיפה. אלו יוכלו לפנות לבית המשפט בבקשה לפיצוי או לאכיפה במקרים של חסימת תכנים בניגוד למדיניות המוצהרת או המשתמעת (מכוח ברירת המחדל).<sup>135</sup> תביעה זו עשויה להתבסס על עילה חוזית (אם

134 ראו את אתר הרשות למשפט טכנולוגיה ומידע [www.justice.gov.il/MOJHeb/RashutTech](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/RashutTech).

135 יצוין לעניין זה כי קיומה של חובת ההנמקה במקרה של דחיית תכנים תסייע למפיצים (או לרשות האחראית, אם יוחלט להטיל עליה את האחריות לעסוק בכך) לאתר מצבים שבהם התנהלות הספקית נראית סוטה משהובטח במדיניות המוצהרת.

נכיר בחוזה בין הצדדים על בסיס המדיניות האמורה)<sup>136</sup> או על עילה מיוחדת שתוגדר בדין. כדי לקצר את התביעה, לייעל את הדיון בה ואף לעודד את הגשתה אפשר לקבוע פיצוי ללא הוכחת נזק, שישולם למפיץ במקרה של הפרה, וכן לתת למפיצים את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בעניין זה.<sup>137</sup> משמע: אי-עמידה בחובות השקיפות תגרע מהחסינות שניתן לספקי תכנים בדין מכוח הצעת החוק, אך רק בהקשר ספציפי ועל פי העילות המוגדרות כאן.<sup>138</sup> לפיכך, לא יוביל הדבר בהכרח לדינמיקה שלילית של צנזורה עצמית ו"אפקט הצינון" הנלווה (בתאוריה לפחות) להסרת החסינות בכללותה.

לטעמי, אף אסטרטגיית אכיפה זו, המשלבת בין הציבור לרגולטור, איננה מתאימה. יש להימנע עד כמה שניתן מגלגול של הדיון האמור לידי בית המשפט ומהותרת האכיפה בידי הציבור, שכן הדבר עלול להוביל לתביעות קנטרניות רבות שבהן יידרש בית המשפט להתמודד עם ניואנסים דקים במדיניות האתרים. הדבר יוביל גם למדיניות אכיפה לא אחידה ולעלויות גבוהות לספקי התכנים. כמו כן, הוא עלול להוביל לאכיפה לא שוויונית כלפי תכנים מסוימים (שדובריהם מסוגלים לפנות לבית המשפט ולדאוג כי לא יימחקו) ואולי אף לבחירה של ספקי תכנים לחדול מסינונים מחשש לתביעות. תחת זאת ראוי להעביר את מכלול הטיפול לגורם רגולטורי מקצועי, שירכז את הפניות בעניין זה ויפעיל סנקציות (כמו אכיפה ועיצומים כספיים) נגד הספקים באופן מרוכז.<sup>139</sup> לא אכריע כעת בנקודה זו ואשאיר אותה לשיקול דעתם של המחוקק ושל הרגולטור, שיוכלו להתחשב בשיקולים אלו ואחרים בקביעת עמדתם בעניין.

תחולה: על כל אלה יש להוסיף כי אין ספק שהדרישות האמורות יטילו עלויות גבוהות<sup>140</sup> על ספקי התכנים, גם אם הטיפול בעניין יועבר לרשות מקצועית ולא יתגלגל

136 זהו מקרה מעניין שבו, בניגוד למצבים אחרים, עשוי להיות אינטרס צרכני בהכרה בקיומו של חוזה "הקלקה" או אפילו גלישה שנכרת ברשת בין הצדדים – וכך לאכוף את הנורמות הנדונות על הספק. ראו לעניין חוזה ה"הקלקה" בכר ז'רסקי, לעיל ה"ש 86, בפרק ב'.

137 אמצעים אלו נדונו או אומצו לעניין הגנת הפרטיות. לדוגמה ראו סעיף 29 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; לעניין הדיונים בסוגיה זו ראו הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע דין וחשבון (2007) - (2007) 306F-4578-74594019-306F-4578-2007 www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/B604-189BE42EA1A0/8153/DochDB.pdf.

138 כדי לגדר את הפגיעה האפשרית בספקי התכנים אפשר אף לקבוע בחוק רף מרבי לתביעה מעין זו.

139 מובן שניתן יהיה לבקר התנהלות זו של הרשות בבתי המשפט ולהעמידה במבחן הסבירות.

140 במקרים רבים לא יוכל הספק לגלגל עלויות אלו על המשתמשים, שכן התנועה באתרו נמוכה מדי לרכז מפרסמים או משום שאיננו מתאים לפרסום (או שהוא כלל איננו מעוניין בפרסומות באתרו) – ועל כן הגנת אותו אתר היא חיונית. ממחקר שפורסם לאחרונה בהקשר של עמידה

לבתי המשפט. אם עלויות אלה יהיו גבוהות מדי, הספק עשוי לבחור להדיר את רגליו מהשוק הישראלי ככלל,<sup>141</sup> דבר שיפגע בשיח האינטרנטי שיוזמה זו מבקשת לקדם. לפיכך יש לסייג מהסדרה זו ספקי תכנים מסוימים, קטנים יותר, כדי לאפשר להם להתקיים – לפחות בראשית דרכם, בדומה להגנות ינוקא הניתנות בתחומי התקשורת דרך קבע.<sup>142</sup> אותיר את ההתמודדות עם היקף התחולה לרגולטור; אולם כמתווה, מוצע להתחשב בהיקף התנועה באתר (או השימוש ביישום), בהיקף הכנסותיו ובריכוזיות התחום הרלוונטי.<sup>143</sup> אין ספק שצעד מסוג זה עשוי להוביל אל מחוץ להסדר כמות נכבדה ביותר (אולי אף יותר מ-90%) מאתרים המוגדרים כספקי תכנים דוגמת בלוגים או אתרי שיתוף מצומצמים.<sup>144</sup> לדעתו אין בכך פסול, הואיל ובאתרים מעין אלו הפגיעה שבחסימה ללא שקיפות מצומצמת הן למפיץ והן למשתמש. כמו כן יש לשקול מתווה שיעניק פטור מחובות נלוות מסוימות (כמו עריכת הדוח החצי-שנתי המפורט בהמלצה II (ב)). כאמור, פרטים אלו מן הראוי שיקבעו לקראת אימוץ ההסדר.

בדרישות הפרטיות בישראל אפשר להקיש סיבות נוספות להגנה מעין זו. מהמחקר עולה כי גופים קטנים יחסית אינם עומדים בדרישות חוקיות מעין אלו בשל היעדר יכולת לקבל ייעוץ משפטי שיבהיר להם מה הם נדרשים לעשות. סביר להניח שניתוח זה אף יחול לעניין אתרים קטנים בהקשר שלנו ועל כן יש להחריג אותם מהדיון האמור. ראו, לעניין זה, Michael Birnhack & Niva Elkin-Koren, *Does Law Matter Online? Empirical Evidence on Privacy Law Compliance*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1456968](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1456968). תובנה נוספת העולה ממחקר זה ורלוונטית לענייננו היא שראוי כי הרשות תספק לדורשים תשתית טכנולוגית (תוכנה, רצוי בקוד פתוח) שתאפשר עמידה בחובות הנלוות שהותוו (העברת הודעה על פסילה והנפקת דוחות בדבר הסינון בסוף תקופה). הדבר יסייע לחברות קטנות לעמוד בדרישות המוצעות.

141 בשולי הדברים, אין ספק שיתעוררו שאלות קשות לעניין אכיפתה של חובה זו כלפי אתרים שהם ספק בישראל וספק בחו"ל. הואיל וזו שאלה הרלוונטית להצעת החוק בכללותה אותיר אותה לדיון בהזדמנות אחרת.

142 בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423 (1999); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000).

143 בהבניה של היקף תחולת החוק חשוב להימנע מקביעת קריטריונים המסתמכים על טכנולוגיה. הטכנולוגיה משתנה ללא הרף; חלוקה בהסתמך עליה (למשל: פורומים – כן, טוקבקים – לא) תיהפך תוך זמן קצר לאות מתה. כך במיוחד לנוכח התגברות הלכידות המצרפת ממשקים שנחשבו שונים בעבר. לפיכך, לא במקרה ציינתי בטקסט קריטריונים "ניטרליים" לטכנולוגיה דוגמת הכנסות או קשב.

144 להסבר לכך ראו להלן ה"ש 159, וטקסט נלווה.

### המלצה III – אכיפה וחריגים לה

(א) אי-עמידה במדיניות הסינון הקבועה ב"תקנון החסימה המצוי" או בתקנון החלופי שעליו הצהירה החברה (המלצה I), כמו גם אי-עמידה במימוש הזכויות הנלוות של מפיצים ומשתמשים (המלצה II), יובילו לנקיטת עיצומים כספיים נגד ספק התכנים. אלה ייגזרו על ידי רגולטור ייחודי שיוגדר לעניין זה (ולעניין זה לא ניתן יהיה להגיש תביעה פרטנית לבית המשפט). אם סעד זה יתברר כלא יעיל, ישקול הרגולטור הסרת החסינות הניתנת לספק מפני תביעות בידי צדדים שלישיים (אופציה שאינה מומלצת).

(ב) חלופה אפשרית אחרת היא לאפשר תביעות של מפיצים במקרה של אי-עמידה במדיניות השקיפות המחייבת את ספק התכנים, שיוגשו לבית המשפט על בסיס עילה ספציפית שתוגדר ותאפשר קבלת פיצוי ואף פיצוי ללא הוכחת נזק (אפשר לקבוע רף עליון לפיצוי בגין עילה זו). ברור כי הדבר מהווה צמצום החסינות של ספקי התכנים.

(ג) על הרגולטור לקבוע את היקף תחולתם של סעדים אלו, כולם או חלקם. זאת, כדי לאפשר לאתרים המרכזים תנועה מעטה או לאתרים בעלי הכנסות נמוכות להיות פטורים מהעלויות הכרוכות בעמידה בדרישות המצוינות.

### ה. על מגבלות הספק לחסום ולסנן תכנים, דואליות נורמטיביות, פורום ציבורי ודרישת השקיפות

בפרקים הקודמים הסברתי את חשיבות ההכרה בחובת שקיפות, על זכויותיה הנלוות, כדי לקדם את השיח הווירטואלי ולהגן על האינטרסים של מפיצים, משתמשים וצדדים שלישיים. הניתוח הביא בחשבון את ההנחה – שאף זכתה לעיגון מסוים בפסיקה ולתמיכה בהצעת החוק – שלפיה יש לשמר את שיקול הדעת הכמעט מוחלט של הספקים למחוק או לפרסם תכנים, תוך הישענות על הניתוח האנליטי המקובל המיושם בהקשר זה. אולם, כפי שרמזתי יותר מפעם אחת, ייתכן כי במקרים מסוימים ייסוג שיקול הדעת של הספקים מפני זכויותיהם של המפיצים והמשתמשים. במילים אחרות: יהיו מקרים שבהם נחייב ספקי תכנים לפרסם מסוג מסוים אף על פי שאין רצונם בכך. זאת, תוך הסתמכות על דוקטרינות משפטיות המחילות את עקרונות המשפט הציבורי גם על גופים פרטיים.

בפרק זה אבצע בדיקה ראשונית בדבר האפשרות להחיל עקרונות אלה על ספקי תכנים, תוך קשירת העניין לחובת השקיפות. אעשה כן בהתאם למתווה שלהלן: תחילה אבחן את הדוקטרינות המקובלות להחלת המשפט הציבורי במשפט הפרטי ואת התאמתן להקשר הרלוונטי, פעולותיהם של ספקי תכנים פרטיים ברשת. במהלך בדיקה זו אבחן כיצד התייחסו עד עתה מלומדים ובתי משפט לסוגיה. לאחר מכן אבחן את ההשלכות של החלת העקרונות הציבוריים לעניין ספקי תכנים ואתמקד בשאלה אם השלכות אלו אכן יובילו

לאימוץ של חובת השקיפות. הסוגיה האמורה – ובמיוחד חלקה הראשון, הבוחן את תחולת הדין הציבורי על ספקי תכנים – היא סוגיה מורכבת המצדיקה רשימה משלה. הואיל ובהקשר זה הטיעון מובא כחיזוק בלבד לתזה המרכזית, הדברים מובאים בקיצור נמרץ.

### 1. ספקי תכנים ועקרונות המשפט הציבורי: היילכו שניים יחדיו?

בניתוח האנליטי הקלאסי ששטח אהרון ברק במאמריו ובספריו לעניין החלת המשפט הציבורי על המשפט הפרטי הוא התווה כמה מודלים.<sup>145</sup> אניח היכרות עם ניתוח מקובל זה. אבחן להלן אם ראוי להחיל את עקרונות הדין הציבורי על ספקי תכנים – בין בתחולה ישירה ובין באמצעות מושגי שסתום שבדין הפרטי (שניים מהמודלים שאליהם התייחס ברק). אדון בסוגיה באופן כללי, בלי להבחין בין שני המודלים, אך אשוב להבחין ביניהם בסוף דבריי. בתת-פרק הבא אדון בדרך ההחלה המיוחסת למודל אחר שהציע ברק – תחולה באמצעות חקיקה ספציפית שכבר קיימת. אמנע מהדיון בצורך לחוקק חוק ספציפי לעניין החלת עקרונות המשפט הציבורי על ספקי התכנים.

מקובל לסבור כי הדין עשוי להחיל על גופים פרטיים, לרבות ספקי תכנים, את כללי המשפט הציבורי, אם ימצא כי הם ממלאים תפקיד ציבורי או מעין-ציבורי.<sup>146</sup> הפסיקה בעניין זה אינה מגובשת, אך קריטריונים שהוזכרו לעניין זה (כלי להכריע בדבר הדירוג ביניהם או משקלם) הם חיוניות השירות, האופי המונופוליסטי שלו, והפקדת סמכויות סטטוטוריות בידי המפעיל.<sup>147</sup> לענייננו רלוונטיים שני הראשונים.

ספקי תכנים ממלאים תפקיד שהוא מעין "במה" שבאמצעותה מופצים רעיונות חשובים וחדשים בקרב הציבור. אין ספק שמדובר בתפקיד חיוני בחברה הדמוקרטית. במה זו היא חלופה דיגיטלית (יחידה?) לכיכר השוק או לפינת הרחוב.<sup>148</sup> בניגוד לעבר, שבו היו מקומות אלו בבעלות ציבורית, כיום השיח מועבר לאזורים בבעלות פרטית. משמע, ייתכן

145 לדוגמה ראו אהרון ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כו 223, 240 (1996); אהרון ברק פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית 649-697 (1994).

146 פסח, לעיל ה"ש 55. מבחנים אלו הם ללא ספק כלליים ועמומים, אך אלה המבחנים הקיימים כיום בדין. לעניין זה ציינה לאחרונה דפנה ברק-ארוז כי עדיין אין מתווה ברור להפעלת הדוקטרינה. מבחינת דין ראוי, היא מסכמת בציון מבחנים מוצעים שיבחנו אם הגוף משמש תחליף דה-פקטו לפעילות ציבורית או שמידת המעורבות של הרשויות בניהול הגוף הפרטי היא ניכרת; ראו דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 510-511 (2008).

147 ש.ס.

148 לעניין התייחסות למטפורה זו בהקשר הדיגיטלי בהרחבה ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 367.

שבמה פרטית זו היא מונופול על השיח. מדובר בתופעה השוטפת את מכלול עולמנו: השיח שפעם התנהל בפומבי מועבר לשדות פרטיים כמו עיתונים, קניונים וערוצי טלוויזיה פרטיים. בחלק מהמקרים הוחלו חלק מעקרונות המשפט הציבורי על גופים אלו וייתכן כי יש לבדוק החלה מקבילה גם בשדה הווירטואלי. לפיכך, אם ישתכנע בית המשפט כי ספקי תכנים אלו הם זירה מרכזית וחיונית לשיח אפקטיבי, הוא עשוי לבחור להחיל על ספק התכנים הרלוונטי את הדין הציבורי בצורה זו או אחרת. בשיח של המשפט האמריקני לעניין זה מכונה הדוקטרינה המתייחסת להכרה בחשיבותו של אזור מסוים כמרכזי לפיתוח השיח ולהחלפת רעיונות בשם "דוקטרינת הפורום הציבורי" (Public Forum).<sup>149</sup>

הניתן להחיל את דוקטרינת הפורום הציבורי גם על ספקי תכנים פרטיים? הצצה קלה מעבר לים מגלה קשיים. בארצות-הברית, ככלל, נמנעו בתי המשפט מהחלת הדוקטרינה על נכסים בבעלות פרטית, למעט במצבים נדירים יחסית.<sup>150</sup> בהקשר האינטרנטי שאלה זו איננה חדשה; בתי משפט ומלומדים אמריקניים<sup>151</sup> נדרשו לשאלה זו פעמים מספר מאז החל האינטרנט להיפך דומיננטי. לדוגמה, יישום הדוקטרינה נבחן ונדחה בהקשר האינטרנטי כבר לפני יותר מעשור על ידי בתי המשפט האמריקנים במסגרת תביעות של "ספאמרס" שביקשו כי תאושר להם "כניסה" לתאי הדואר של ספקי אינטרנט ולקוחותיהם, על אף ניסיונות החסימה שהפעילו הספקים.<sup>152</sup> לאחר כמה כישלונות נוספים בחרה מלומדת משפט אחת לקבוע את "מות" הדוקטרינה בהקשר זה.<sup>153</sup> יצוין כי אין להקיש בהכרח מכישלון אמריקני זה לעניין החלת הדואריות הנורמטיבית על ספקי תכנים בישראל: המשפט הישראלי נקט גישה ליברלית יחסית בהרחבת התחולה של כללי המשפט הציבורי על גופים פרטיים.<sup>154</sup>

הסיבה המרכזית לכישלון האמור ול"מוות" הדוקטרינלי בטרם עת (מעבר למגמה הכללית של צמצום ההכרה בדוקטרינה זו בהקשרים פרטיים)<sup>155</sup> בארצות-הברית מסתמכת

149 SUNSTEIN, לעיל ה"ש 50, בעמ' 26.

150 Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946); PruneYard Shopping Center v. Robins, 447 U.S. 74 (1980).

151 לדוגמה ראו David J. Goldstone, *The Public Forum Doctrine in the Age of Information Superhighway*, 46 HASTINGS L.J. 335 (1995).

152 CompuServe Inc. v. Cyber Promotion Incs, 962 F. Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997).

153 Dawn C. Nunziato, *The Death of the Public Forum in Cyberspace*, 20 BERKELEY TECH L.J. 1115 (2005).

154 עניין און, לעיל ה"ש 49, בעמ' 200-202; פסח, לעיל ה"ש 55. השופט ריבלין מכנה את האינטרנט "כיכר העיר" החדשה שהכל שותפים לה. עניין מור, לעיל ה"ש 4, בפסקה 14.

155 GEOFFREY R. STONE ET AL., *THE FIRST AMENDMENT* 318-319 (3<sup>rd</sup> ed., 2008).



על טיעון שנדון לעיל באריכות. מבנה השיח באינטרנט והפצת התכנים בו איננו מאפשר לגוף פרטי אחד הפועל כמתווך להפצת תכנים<sup>156</sup> לשלוט על הפצתם. במילים אחרות: אף גוף יחיד איננו בעל שליטה בצורה אפקטיבית דיה שתאפשר לו להשפיע בצורה דרמטית על התכנים שיקבלו לקוחותיו או שאליהם יחשפו. משמע, אף אחד מספקי התכנים האמורים איננו משאב חיוני או מונופוליסטי. לפיכך אין – במונחי ארכיטקטורה של העולם הפיזי – כיכר עיר אחת, אלא אלפים רבים של כיכרות חלופיות שבהן יכול להתקיים השיח. השיח הציבורי אולי עבר לשדה הפרטי, אך כוחות השוק וכוחות חברתיים נוספים אמורים לשמר את האינטרסים החברתיים אף בלי שנדרש להכביד ולהטיל עליהם את חובת הדואליות הנורמטיבית.

האם ראוי לקבל את ההנמקה הרווחת בארצות-הברית לעניין דחייתה של דוקטרינת הפורום הציבורי בבחינה של שאלה זו בישראל? כדי להתמודד עם נכונות הטענה אקדיש כמה שורות לסקירה קצרה של מבנה השיח במדיום האינטרנט.<sup>157</sup> זאת, מעבר לדיון ששטחתי לעיל בדבר הקושי והעלות של זרימת המידע בין פלטפורמות שונות – דיון שלטעמי עשוי להצדיק החלה של חובת שקיפות, אך לא די בו להחלת עקרונות ציבוריים במלואם על גופים פרטיים. על פני הדברים המדיום האינטרנטי מאפשר לכל משתמש, בעלות זניחה, להיהפך לדובר ואף למפעיל של פלטפורמה לשיח.<sup>158</sup> על סמך עובדה זו, בין היתר, נדחתה פעם אחר פעם החלטה של דוקטרינת הפורום הציבורי. אולם, הצעה חטופה בכמעט כל טבלה המתארת את הפופולריות של אתרי אינטרנט כפונקציה של שימוש או קשב מראה כי פיזור השימוש בספקים ובאפליקציות תואם גרף "לוגריתמי" (power law distribution) המצביע על ריכוזיות גבוהה. במילים אחרות, יש מספר מצומצם מאוד של אתרים הזוכים למרב תשומת הלב וזהותם משתנה מעת לעת. עם זאת, כל גרף וטבלה מעידים על האלפים הרבים של אתרים הזוכים לקשב מועט ביותר (תופעת ה"זנב הארוך").

156 זאת, בניגוד לשחקנים הפועלים בתחום התשתית האינטרנטית, שם נראה כי ניתן לדבר על נקודת אחיזה המקנה שליטה וחשש מהשפעה לרעה על גיוון השיח. נקודה זו מתקשרת לדיון בדבר הצורך בניטרליות ברשת ברמת התכנים. לדיון זה ראו Philip Weiser, *The Next Frontier for Network Neutrality*, 60 ADMIN. L. REV. 273 (2008); Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 141 (2003); Tim Wu & Christopher S. Yoo, *Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate*, 59 FED. COMM. L.J. 575 (2007).

157 לסקירה מקיפה יותר בדבר ביזור וריכוזיות בתאוריה ולמעשה בזירה הווירטואלית, ובדבר ההשלכות המשפטיות של הדבר, ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 367, 391.

158 תזה שבית המשפט העליון האמריקני קידם וקיבל בפרשת *Reno* לפני יותר מעשור; ראו פרשת *Reno*, לעיל ה"ש 71.

הסיבות לתופעה זו עשויות להיות כלכליות, סוציולוגיות או קשורות למבנה הקשב האנושי,<sup>159</sup> אך ראוי שיהיו לה השלכות משפטיות ובהן אדון עתה.

אם תופעות שונות במדיום האינטרנט מובילות לכך שמספר מצומצם של אתרים חולש על אחוז ניכר של תשומת הלב והשיח הציבורי, למרות המספר העצום של אתרים פעילים, יש מקום להחיל על אותם אתרים ספורים חלק מעקרונות המשפט הציבורי. הדוקטרינה תוחל במקרים שבהם ספקי התכנים אכן חולשים על אחוז ניכר מתשומת הלב הציבורית הכללית, או במקרים שזירה וירטואלית מסוימת מתמקדת בנושא מסוים ושולטת בחלק ניכר מהשיח בו. במקרים אלו, זכותם של הספקים לנהוג בקניינם<sup>160</sup> כרצונם תוכף לזכויות היסוד של המפיצים והמשתמשים. נראה כי ראוי להשאיר את ההחלטות בדבר התקיימותה של מסכת עובדתית זו לבתי המשפט, שיוכלו להסתמך לעניין זה על עקרונות הדין הכלליים, כמו גם על תקדימים אחרים שבהם נדונו סוגיות דומות בישראל ובעולם. ראוי אף שבתי המשפט יבחנו בכל מקרה בנפרד באיזה אופן יש להחיל את המשפט הציבורי על גופים פרטיים אלו במיוחד נוכח הדינמיות של התחום והתחרות העזה שיש בחלק ממנו.

לאור קביעה זו, מתווה הדיון ברשימה זו מצביע על שלוש קבוצות של ספקי תכנים שעליהם יוחלו מערכות דינים שונות. הקבוצה הראשונה כוללת קומץ אתרים המשמשים מרכז ומוקד לשיח: על אלה תוחל ההתערבות ההסדרתית האגרסיבית ביותר שתכלול נורמות רבות מהמשפט הציבורי. אתרים כאלה יהיו, למשל, מנועי חיפוש מובילים, פורטלים מרכזיים של ערוצי חדשות ידועים,<sup>161</sup> פלטפורמות מרכזיות לשיתוף תמונות, קבצים, סרטי וידאו ועוד. הקבוצה השנייה תכלול אתרים המרכזים תנועה יחסית דלילה והכנסות מעטות. כפי שהצעתי לעיל, אתרים אלו לא ייכללו במערך הרגולטורי המוצע

159 לדיון בעניין זה ראו טל ז'רסקי "זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי – על מודלים מבטיחים ועל הדרך לקיימם, בעקבות ספרו של ויליאם פישר: *William W. Fisher III, Promises to Keep*:"

160 *Technology, Law and the Future of Entertainment* "דין ודברים" ב 711, 743 (2006). לא ניכנס לשאלה מה אופייה של הזכות הקניינית של בעל האתר (זכות במקרקעין, במיטלטלין או בזכויות) ובאיזו מידה יוכל בעל הזכות לעמוד על זכותו כנגד מסיגי גבול. שאלה זו עוררה דיון אקדמי ומשפטי מקיף בארצות-הברית אך בינתיים רק התייחסות מעטה בישראל. ראו *Intel Corp. v. eBay Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000) (Hamidi, 30 Cal. 4Th 1342 (2003); להתייחסות ראשונית בישראל ראו בר"ע (מחוזי ת"א) 2542/03 סויסה נ' בן חיים (פורסם בנבו, 9.10.2005). למקור אחד מני הרבים הדין בסוגיה זו (ואף מעלה את האפשרות שמדובר בזכות במקרקעין) ראו Epstein, לעיל ה"ש 60.

161 יצוין כי הממונה על ההגבלים העסקיים דנה במיזוג בין האתרים ynet ל-one ולא מצאה כי מיזוג זה מוביל לשליטה בנתח נכבד של ציבור הקוראים – דבר שיכול ללמד על הקושי לעמוד בסף זה; ראו רשות ההגבלים העסקיים "הודעה לעיתונות – אושר מיזוג ידיעות תקשורת-One" (1.8.2007) [archive.antitrust.gov.il/files/9314/41-2007.pdf](http://archive.antitrust.gov.il/files/9314/41-2007.pdf).

ברשימה זו. אתרים כאלה יהיו, למשל, בלוגים של משתמשים פרטיים שאינם זוכים לתהודה. בין שתי קבוצות הקצה תכלול הקבוצה השלישית אתרים שאינם זניחים אך גם לא ראויים להיקרא "פורום ציבורי". על אתרים אלה תחול חובת השקיפות על פי המתווה שהוצע לעיל ומכוח ההנמקות האמורות שם.

מבחינה דוקטרינלית, החלת המשפט הציבורי בהקשר זה יכולה להיעשות הן בצורה ישירה והן תוך שימוש במושגי שסתום הקיימים בדין הפרטי. את האופציה האחרונה אפשר להחיל באופן הבא: בית המשפט יוכל להכיר בקיומה של מסגרת חוזית בין הספק והמפיץ. לאחר מכן יקבע בית המשפט כי התנהלות שאיננה בהתאם לדרך שהותוותה בפסקאות הקודמת (לדוגמה: מונעת פרסום תכנים מסיבות שרירותיות) נוגדת את תקנת הציבור<sup>162</sup> או שאינה בתום לב. בשלב זה לא ארחיב בדבר היתרונות, החסרונות והאפשרויות של כל אופציה.

אעבור עתה לבדוק את משמעויות החלטה של מערכת הדינים של המשפט הציבורי על המשפט הפרטי. כידוע, אפשר להחיל את העקרונות האמורים בצורה חלקית ואף בשינויים המחויבים על גופים פרטיים. בענייננו נראה כי הזכויות המרכזיות שנדרשות ליישום הן עקרונות השוויון וחופש הביטוי של המפיצים והמשתמשים, שיזכו לעדיפות על זכותם של ספקי התכנים לעשות כרצונם בקניינם. במילים אחרות, ייתכן שבית המשפט יקבע כי באתרים מסוימים אי-אפשר לסנן תכנים בצורה לא שוויונית. כמו כן יקבע בית המשפט כי בתנאים מסוימים אי-אפשר לסנן תכנים על בסיס גורף ויש להגן על זכויותיהם של מפיצים ומשתמשים להעלות ולעיין בתכנים מסוימים באתרים אלו. ייתכן שבמצבים קיצוניים יותר ישקול בית המשפט להשעות את החסינות שמעניקה הצעת החוק לספקי תכנים הנחשבים כפורום ציבורי ולא עומדים בדרישות השוויון והביטוי שצוינו. כל אלו ייקבעו לגופו של עניין (ואינם מוקד הדיון ברשימה זו); אין ספק שהדבר יוביל לשינוי ביחסי הכוחות במשולש ספקים-מפיצים-משתמשים לעניין אתרים אלו.

זכור, משימתי בפרק זה מצומצמת בהרבה: כוונתי לבחון כיצד תשפיע על חובת השקיפות ההחלה של המשפט הציבורי על ספקי תכנים מסוימים. השפעה זו עשויה להתרחש בשני אופנים – ישיר ועקיף. ראשית, במקרים שבהם ייקבע כי הספק הרלוונטי הוא בבחינת פורום ציבורי הכפוף לעקרונות המשפט הציבורי, ראוי שמכוח קביעה זו יהיה הוא כפוף גם לעקרונות השקיפות (כפי שהוא מוכפף לעקרונות של שוויון וחופש ביטוי).

162 דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000). אפשר גם לנתח את הסיטואציה האמורה תוך הסתמכות על מושג השסתום "תניה מקפחת". מובן שייתכן כי במקרה זה כלל לא נכרת בין הספק למפיץ חוזה. לדיון חלקי בסוגיה זו ראו בכר וז'רסקי, לעיל ה"ש 86, בפרק ב'.

הדרישה לשקיפות במוסדות ציבוריים ומעין-ציבוריים היא מן המוסכמות וההכרה בהיבט הציבורי של ספקי תכנים אלו תצדיק החלה עליהם של עקרון השקיפות.<sup>163</sup> נוסף על כך, ההכרה בשקיפות תהיה הכרחית כסעד עזר הנלווה לזכות לשוויון ולחופש הביטוי של המפיצים והמשתמשים באתר המוגדר כפורום ציבורי. בלא חובת השקיפות (ואמצעי העזר שפורטו) יהיה קשה למפיצים ולמשתמשים לעמוד כנגד האתר על זכותם להגן על חופש הביטוי ועל זכותם לשוויון; יהיה אף קשה לבית המשפט או לגוף מסדיר אחר לקבוע כי הזכות הופרה. כל זאת עקב מחסור במידע רלוונטי לעניין הפרות לכאוריות אלו. דוקטרינות אלו הן בעלות השלכות מקיפות יותר לעניין שקיפות ורלוונטיות גם לעניין אתרים שלא יוחלו עליהם עקרונות המשפט הציבורי באופן ישיר. אדון בכך בהמשך.

## 2. המשפט הציבורי, ספקי תכנים וחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים

מעבר לדוקטרינות הנשענות על עקרונות כלליים ראוי לבחון אם עקרונות המשפט הציבורי עשויים לחול על ספקי התכנים מכוחו של חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. חוק זה, המבקש לדאוג לגישה שוויונית למתקנים ושירותים כהגדרתם בחוק, הוחל בפסיקה לא אחת על בתי עינוגים בבעלות פרטית. כאשר הוחל החוק נמנעה יכולתם של מקומות אלו להפלות בכניסה אליהם בהסתמך על קריטריונים פסולים ועל כן זכה לכינוי "חוק הסלקטורים".<sup>164</sup> האם ניתן להרחיב חוק זה לשדה הווירטואלי? מבדיקת לשון החוק עולה כי ייתכן שיש אפשרות להכפיף את ספקי האינטרנט, בעיקר הגדולים שבהם, להגדרות "מקום ציבורי" (באילוץ רב)<sup>165</sup> או "שירות ציבורי" (בקלות רבה יותר) שבסעיף 2(א) לחוק זה.<sup>166</sup> למיטב ידיעתי טרם נבחנה ההרחבה האמורה בפסיקה. כמו כן, לאור הניתוח לעיל

163 זמיר בן-בשט, ארז נחום ואמיר קולטון "זכות הציבור לדעת: הרהורים בעקבות ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים" הארת דין ה 106 (2009) [www.law.haifa.ac.il/lawatch/lawatch\\_index.asp?a=1&lang=heb&pos=&fname=lw\\_det&fType=lw\\_det&lwid=1195](http://www.law.haifa.ac.il/lawatch/lawatch_index.asp?a=1&lang=heb&pos=&fname=lw_det&fType=lw_det&lwid=1195); ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים (פורסם בנבו, 23.9.2008).  
164 לדוגמה ראו בר"ע (מחוזי י-ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור (פורסם בנבו, 25.9.2008); בר"ע (מחוזי ת"א) 2390/07 חמסה חמסה בע"מ נ' סוויסה (פורסם בנבו, 11.5.2008); ע"א (מחוזי חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי (פורסם בנבו, 7.1.2008).

165 על פי סעיף 2(א) לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, "מקום ציבורי – כל מקום המיועד לשימוש הציבורי, לרבות אתר תיירות, בית מלון, אכסניה, בית הארחה, גן ציבורי, מסעדה, בית קפה, אולם המשמש למופעי בידור ותרבות, מוזיאון, ספרייה, דיסקוטק, אולם או מיתקן ספורט, בריכת שחיה, קניון, חנות, מוסך וכן מקום המציע שירותי תחבורה ציבורית".

166 שם, "שירות ציבורי – שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי". לכאורה, מהגדרה זו – הכוללת את המרכיב

לעניין ההחלה הראויה של הדין הציבורי על ספקי תכנים פרטיים, ייתכן שראוי לבחון תיקון עקיף של חוק איסור הפליה (במסגרת הצעת החוק או במסגרת אחרת). תיקון זה יאפשר החלה ברורה של החוק על אתרי אינטרנט המרכזים תנועה רבה ביותר של משתמשים. בהנחה שהחוק יחול על ספקי תכנים מרכזיים, ייתכן שאפשר יהיה לפנות מכוון לבית המשפט ולטעון – במקרים מסוימים של חסימת תכנים – כי מדובר בהפליה בהספקת השירות הציבורי או הגישה למקום הציבורי. זאת, במצבים קיצוניים שבהם הספקים מבקשים למנוע מבעלי השקפה מסוימת להשתתף בשיח (על פי סעיף 3(ב)). הטוענים יוכלו לדרוש לפרסם את תכניהם או לחייב את הספקים הנוהגים כך בסעדים האחרים המפורטים בחוק האמור.<sup>167</sup> חובת האחרים להימנע מהפליה איננה עולה בקנה אחד עם החסינות המוצעת בהצעת החוק, אך סביר להניח שחובה זו תגבר בהיותה חוק ספציפי (אף על פי שניתן לחלוק על קביעה זו). במקרים מסוימים אפשר יהיה לפטור אתרים מתחולת החוק אם ההפליה נובעת מ"אופי השירות".<sup>168</sup> כך, לדוגמה, אפשר יהיה לטעון בכל הנוגע לאתרי "נישה" המופנים לציבור מצומצם ולנקודת מבט מוגדרת.

בדומה לניתוח שהוצע לעיל, גם כאן ניתן לגזור את הצורך בחובת השקיפות מהזכות לשוויון שמקנה החוק. מעבר לכך, המאפיינים הייחודיים של הרשת מגבירים את הצורך בשקיפות כסעד עזר להבטחת הזכויות שהחוק מעניק. ב"בתי עינוגים" ושאר מקומות הנמצאים בעולם ה"פיזי", אלו החושדים שהם מופלים לרעה יכולים לבחון את האחרים הזוכים להשתמש בשירות שנמנע מהם ולנחש מהן הסיבות להפלייתם (אם בכלל). העולם הווירטואלי איננו מאפשר איסוף מידע כזה בקלות; על כן יש חשיבות רבה להכרה בחובת השקיפות עבור ספקים העשויים להיות כפופים לחוק בזירה הווירטואלית – כדי לאפשר לצדדים לעמוד על זכותם על פיו בצורה מלאה.

### 3. סיכום ביניים: ספקי תכנים, גבולות הפורום הציבורי וגבולות השקיפות

בנקודה זו הקוראת עשויה לתהות מה התוחלת בניתוח שהוצג עד עתה בפרק זה. כזכור, הוצגו טיעונים המסבירים כי ייתכן שבמקרים מסוימים ראוי להטיל על אתרים מסוימים חובת שקיפות. זאת, מכוח היותם גוף דו-מהותי ולפיכך כפופים למסכת הנורמטיבית המחמירה של המשפט הציבורי או מכוח כפיפותם לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.

"תקשורת" – ברור כי ספק התכנים נחשב לשירות ציבורי, אך לדעתי הדברים אינם כה פשוטים. אין זה נהיר כי השירות האמור נחשב כשירות תקשורת שהרי, לדוגמה, חוק התקשורת אינו רואה בו כ"שירות בזק" וספק התכנים אינו חייב ברישיון להפעלתו.

167 סעיף 5 לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.

168 כך על פי סעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים.

הסברתי שאף אם נכיר בזכות זו, היא תוגבל למספר מצומצם ביותר של אתרים ותדרוש פרשנות מרחיבה של הסעיפים הקיימים בחוק. כל זאת – שעה שהטיעונים שנפרשו בשאר חלקי הרשימה מכוונים לשכנע כי יש להטיל את חובת השקיפות על נתח נרחב בהרבה של ספקי תוכן. אם כך, לכאורה התוספת השולית של הטיעונים שנפרשו בפרק זה לתזה המקודמת ברשימה כולה היא זעומה, שכן היא מתייחסת למספר מצומצם ביותר של אתרים הנמצאים גם כך תחת עינו הפקוחה של הציבור והרגולטור.

בפרישת הטיעונים בפרק זה ביקשתי להעניק תמיכה רחבה יותר לתזה המרכזית של הרשימה. לטעמי, מהנימוקים שהובאו בפרק זה אפשר לגזור חובת שקיפות שהיא רחבה מתחולתה של דוקטרינת הפורום הציבורי או אפילו מחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים. אמנם ראוי יהיה להחיל את דוקטרינת הפורום הציבורי על מעט מאוד אתרים בכל רגע נתון, אולם זיהוים של האתרים האמורים הוא מורכב וזהותן של הפלטפורמות תשתנה מעת לעת. לפיכך, בשל חשיבותם של עקרונות השוויון והביטוי, אלמנטים אלו מצדיקים הכרה בחובת שקיפות גם מעבר למעגל המצומצם מאוד של ספקים שעליהם יוחל המשפט הציבורי.

המידע שיועבר מכוח חובת השקיפות יוכל לסייע לבית המשפט להכריע אם אתר הוא פורום ציבורי אם לאו, ובמקרים אלו אף לקבוע אם נפגעו זכויותיהם של המשתמשים. סוג הסינונים שיפעילו האתרים יהיה שיקול בקביעה אם מדובר בפורום ציבורי הדורש התערבות מתחום המשפט הציבורי. אם מדובר באתר המרכז תנועה רבה אך מפעיל סינון בדרגות גבוהות, תוך הפעלת שיקול דעת – ובכך מתווה את השיח, יש בכך משום אימוץ תפקיד מעין-ציבורי המצדיק לעתים התערבות שיפוטית רבה יותר (כאמור, רק אם מתקיימים היסודות המצדיקים את החלת הדואליות הנורמטיבית). חובת השקיפות טומנת בחובה פגיעה מעטה יחסית בזכויות הספקים ועל כן יש להחילה כאמצעי עזר לא רק במקרים שבהם יש להחיל את דוקטרינת הפורום הציבורי, אלא אף בשוליה הרחבים (משמע: גם כשיש ספק אם מדובר בפורום ציבורי אך עדיין מדובר באתר מרכזי). זאת, כדי לזהות מצבים שבהם היא עשויה לחול, היום או בעתיד. הקריאה להחלה של חובת השקיפות על שולי הפורום הציבורי היא התרומה המרכזית של פרק זה. מובן שזוהי אך יריית פתיחה לבדיקה מקיפה יותר – שמן הסתם תתקיים בשנים הקרובות – בדבר תחולתם של עקרונות הפורום הציבורי על סעדי העזר הנדרשים בזירה הווירטואלית.

## 1. סיכום וכיווני מחקר עתידיים

הצעת חוק מסחר אלקטרוני מבקשת להצמיד את החברה והדין הישראלי אל תוך המאה העשרים ואחת, כשבסלה כלים להתמודדות עם האתגרים שיתעוררו עם יישום עקרונות קיימים במסגרת הווירטואלית. בתוך שבין ההסדרים המתייחסים לזכויות ולחובות

המשתמשים ולסמכות ולאחריות המתווכים החדשים, נותרו סוגיות הממתינות לפתרון. ברשימה זו התמודדתי עם אחת מהן – זו הנוגעת להיקף הפרוגטיבה של הספק ולמערכת יחסיו אל מול אלו המנסים להפיץ תכנים דרכו. סוגיה זו מובילה לטעמי לחובתו של הספק לחשוף בפני מפיצים ומשתמשים מידע באשר לפעולותיו. ברשימה זו הצעתי להתמודד עם הסוגיה באמצעות הטלה של חובת שקיפות על הספק. במסגרת ההתמודדות עם ההצעה לשקיפות ביקשתי להסביר את ההצדקות לדרישה זו ברמה התאורטית, תוך התייחסות גם לטענות-נגד. כמו כן התמודדתי עם קשיים ביישום של דרישה זו ברמה המעשית, תוך גיבוש הצעות קונקרטיות. מובן כי ההצעה שפורטה איננה סוף פסוק: יהיה צורך לחזור ולעיין באיזונים שהותוו ברשימה זו בעתיד הקרוב כדי לבחון כיצד התפתחויות טכנולוגיות ושינויים כלכליים מאוחרים לה משנים את האיזון המשפטי שהוצע.

קו התפר האמור בין משתתפים, ספקים ומפיצים מעורר שאלות נוספות. כך, לדוגמה, בכל הנוגע לתפקידם של הספקים לאסוף מידע העשוי לזהות את המפיצים ולקשור אותם אחר מעשה לתכנים שהפיצו. בהקשר זה הצעת החוק קובעת נקודת איזון אחרת, האוסרת על הספק לפעול באופן יזום להעברת מידע הנוגע למפיצים כאמור, זולת אם קיבל לעניין זה אישור מפורש או חויב לעשות כן על פי דין. גם בקביעה זו לא תמו השאלות. יש להקשות: האם יוכל ספק על דעת עצמו למחוק את מכלול הפרטים המזהים מיד – וכך לחבל בשקיפות שיבקשו צדדים שלישיים לכפות עליו ועל מפיצים בשלב מאוחר יותר? האם התנהלות מעין זו פוגעת בצדדים שלישיים או בעקרונות מדיני הראיות? על כך, כמו על שאלות נוספות המתעוררות בתפר שבין ההסדרים המוצעים בהצעת החוק, אעמוד, אולי, ברשימה אחרת.