

ע"א 815/18

וערעור שכנגד

התנועה לחופש המידע ע"ר 580425700

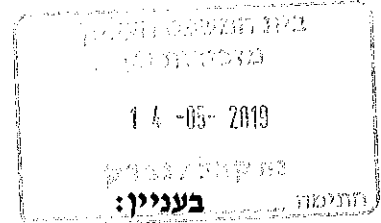
המבקשת:

המיוצגת ע"י ב"כ:
עו"ד דנה יפה ו/או נסרין עליאן ו/או ורדית דמרי מדר
ו/או אוהד אמר ו/או שירן רייכנברג ו/או דנה גנוסר
ו/או סוריא בשארה ו/או ו/או יאיר הרשקוביץ .

מהמרכז לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים

באוניברסיטה העברית, הר הצופים, ירושלים

טל: 02-5882354 פקס: 02-5882544



1. Facebook Ireland Limited

המערערות:

2. Facebook, Inc.

נגד

1. אבי לן

המשיבים:

2. עדי בנטוב-סילשי

בקשה להצטרף כידיד בית משפט בע"א 815/18 Facebook Ireland Limited ואח' נ'

אבי לן ואח'

בית משפט נכבד זה מתבקש להתיר למבקשת, התנועה לחופש המידע, המיוצגת על ידי הקליניקה לזכויות דיגיטליות וזכויות אדם במרחב הסייבר באוניברסיטה העברית להצטרף להליך שבנדון וזאת לנוכח המומחיות הייחודית שיש למבקשת ולבאי כוחה בשאלות שעומדות בפני ביהמ"ש כמו גם נוכח פוטנציאל ההשפעה הרב של פסיקה זו על רבים אחרים שאינם צדדים להליך.

בית המשפט מתבקש לקבל את הבקשה ולראות את המתואר בעמדה זו כעמדתה בהליך זה, ובנוסף, להתיר למבקשת להופיע בפני בית המשפט הנכבד ולטעון טעוניה בע"פ.

בקשת ההצטרפות "כידיד בית משפט":

1. בתי המשפט מכירים כעניין של שגרה ובמספר הולך וגובר של הליכים במוסד ידיד בית המשפט (ראו ישראל (איסל) דורון ואח', עשור ל"ידיד בית המשפט: ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט עיוני משפט לד' 667 (2011)). ברבות השנים, מוסד ידיד בית המשפט הורחב גם לצדדים אשר מייצגים, מתוקף עיסוקם או תפקידם, "אינטרס או מומחיות שמן הראוי שישמעו בפני בית המשפט בסכסוך ספציפי" (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל פ"ד נגד (1) 529, 552 (1999) להלן: "קוזלי"). בפרשת קוזלי, מנה בית המשפט רשימה פתוחה

של קריטריונים שיש לשקול בהחליטו בבקשת הצטרפות "ידיד בית משפט". בין יתר הקריטריונים, בית המשפט יבחן אם יהא בנוכחות המבקש בהליך "כדי לתרום לגיבוש של ההלכה בעניין מסוים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלוונטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים" (שם עמ' 553). כן יבחן בית המשפט אם יש בהצטרפות כדי "לתרום הן לדיון עצמו והן לאינטרס הציבורי" תוך שמירה על יעילות הדיון ועל זכויות הצדדים (שם, עמ' 530). מלבד תרומתו הפוטנציאלית של המבקש לגיבוש ההלכה יש לשקול את מהות הגוף המבקש להצטרף, מומחיותו, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו מבקש הוא להצטרף להליך. בנוסף יש לתת את הדעת לצדדים להליך עצמו, למהות הסוגיה העומדת להכרעה, לסוג ההליך, הפרוצדורה הנוהגת בו, והשלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות (שם, עמ' 554).

2. התנועה לחופש המידע, היא המבקשת בהליך זה, הינה עמותה רשומה בישראל משנת 2004. התנועה היא עמותה א-פוליטית, הפועלת למען קידום ערכים של שקיפות ודמוקרטיה, ואשר מטרתיה העיקריות הינן, בין השאר, הגשמת התכלית והפוטנציאל הטמונים בחוק חופש המידע, התשנ"ח – 1998, וזכות הציבור לדעת. התנועה לחופש המידע פועלת מזה 15 שנה לקידום שקיפות במוסדות ציבוריים, להגברת הפיקוח על פעילותן של רשויות ציבוריות ומעודדת את הציבור לעשות שימוש בזכותו למידע, באמצעות קידום של מטרות אלו שואפת התנועה ליצור חברה פתוחה, דמוקרטית וצודקת יותר. התנועה לחופש המידע משמשת כעותר ציבורי כדרך שגרה. בית המשפט אף הכיר בה במפורש כעותר ציבורי, וכידו הארוכה של הציבור בכל הנוגע להנגשת מידע לציבור וראו לדוגמא עת"מ (מינהליים י-15-10-46041 התנועה לחופש המידע נ' כנסת ישראל (פורסם בבנו, 03.04.2016).

3. בשים לב לשינויים הטכנולוגיים שהתרחשו בשנים האחרונות, ועליית כוחם של תאגידי ענק פרטיים במרחב הסייבר, השתנו כללי המשחק. המקום המרכזי של תאגידי הענק בתיווך המידע לציבור הוביל לכך שלחסמים הקיימים המונעים זרימת מידע אל הציבור התווספו חסמים נוספים, הנובעים מהתנהלות גופים פרטיים אלה. במובנים רבים, במבנה החברתי החדש תאגידי ענק אלה מהווים חסם משמעותי יותר מאשר המדינה. בשים לב לכך, התנועה לחופש המידע שמה לה למטרה לפעול להגברת השקיפות בכל הנוגע להתנהלות תאגידיים אלה, ולהבטיח כי ככלל, המידע במרחב הסייבר יוותר זמין ונגיש לכל.

4. באת הכוח של המבקשת הינה הקליניקה המשפטית לזכויות דיגיטליות וזכויות אדם במרחב הסייבר באוניברסיטה העברת בירושלים. הקליניקה מופעלת בשיתוף פעולה בין התוכנית למשפט וסייבר במרכז פדרמן לחקר הסייבר (H-CSRCL) והמרכז לחינוך משפטי קליני (CLEC) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברת בירושלים. הקליניקה נתמכת באופן חלקי ע"י מענק כספי מחברת google, ללא כל מערבות מצידה בניהול וקבלת החלטות בפעילות הקליניקה. הקליניקה מהווה מוקד ידע בתחום זה במשפט הישראלי, ושמה לה למטרה לתרום לפיתוח הדין וליצירת התאמה של דיני זכויות האדם בישראל לסביבה הדיגיטלית, ובעיקר הזכות לחופש הביטוי והזכות הפרטיות, כך שהיקף ההגנה על זכויות אלה במרחב הסייבר לא יפגע. שיתוף הפעולה בין המרכז לחינוך משפטי קליני לבין מרכז המחקר להגנת הסייבר מאפשר לקליניקה לפעול מנקודת מבט מגוונת, תוך שאיבת

השראה ממספר דיסציפלינות נוספות – קרימינולוגיה, מדיניות ציבורית, תקשורת, עבודה סוציאלית ומדעי המחשב.

5. המחלוקת בין הצדדים, שיחסייהם המשפטיים מוסדרים בחוזה אחיד, נוגעת לתנאים אשר בהתקייםם רשאית Facebook Inc. או לחילופין Facebook Ireland Limited (להלן – "המערערת") להסיר תכנים מעל גבי הרשת החברתית אותה היא מנהלת ובכלל זאת להסיר עמוד שלם שמשמש מנהל בה לצמיתות, ובאופן ספציפי עמוד שלו מספר עוקבים רב, ולהליך באמצעותו ניתן לעשות כן.

6. בית משפט קמא קבע כי על המערערת שהיתה הנתבעת בהליך בבית המשפט המחוזי להשיב את עמוד הפייסבוק של מר אבי לן (להלן "המשיב") שהיה התובע בהליך בבית המשפט. זאת לאחר שהעמוד העסקי של המשיב הוסר על ידי המערערת באופן חד צדדי. בנימוקיו לקביעה זו, הסתמך בית המשפט קמא על דיני החוזים בלבד והתייחס לנוק שנגרם למשיבים כפגיעה בזכות לחופש הביטוי המסחרי בלבד. בית משפט קמא דחה את טענות המשיבים לפגיעה בזכויות היסוד שלהם מעבר לכך, כמו גם טענותם כי יש לראות במערערת כגוף זו מהותי.

7. בניגוד לאמירתו של בית משפט קמא, לעמדת המבקשת, אין המדובר בפגיעה בחופש הביטוי המסחרי של המשיב בלבד. לעמדת המבקשת, בשים לב למעמדה וכוחה של המערערת במרחב הסייבר, כפי שיפורט בהמשך בהרחבה, השאלות הנידונות במסגרת הליך זה יורדות לשורשן של ההגדרה של היקף זכויות האדם במרחב הסייבר, וההגנה המשפטית הניתנת להם. ההכרעה בהליך זה משליכה באופן ישיר על היקף זכויות האדם במרחב הסייבר, ובראשן הזכות לחופש הביטוי של כל משתמש ברשת של המערערת (או מתווכים דומים), וכשלמה לה הזכות לנגישות למידע של הציבור כולו, והאופן שבו ניתן לממש זכויות אלה במרחב הסייבר. ויודגש, החלטה להסיר עמוד אחריו עקבו מספר עוקבים משמעותי משליכה לא רק על מנהל העמוד, אלא גם על כלל העוקבים אחרי עמוד זה. נוסף על כך, ההכרעה במסגרת הליך זה משליכה גם על היקף החובות המשפטיות שיש להטיל על שחקנים פרטיים מרכזיים במרחב הסייבר, דוגמת המערערת, זאת בשים לב לכוחם הרב במרחב זה העולה במובנים רבים על כוחן של מדינות. על כן, ההכרעה בשאלה זו מצריכה לעמדת המבקשת לבחון לעומקה את שאלת תחולת עקרונות היסוד של הדין החוקתי-מנהלי על מרחב הסייבר.

8. זו הפעם הראשונה שהסוגיות העומדות במחלוקת במסגרת הליך זה מצאו דרכן לפתחו של בית המשפט העליון, על מנת שתקבע בהן הלכה מחייבת. עובדה זו אף היא מדגישה את החשיבות שיש בהליך שעל הפרק, ומהווה טעם נוסף לאשר את בקשת המבקשת להצטרף להליך. צירוף המבקשת להליך אינו צפוי להכביד על הדיון המשפטי. המבקשת מבקשת להצטרף להליך כדידת בית המשפט אך ורק לצורך הגשת חוות דעתה זו לבית המשפט. כל מעורבות בהליך מעבר לכך תקבע כמובן על ידי בית המשפט. בנוסף אין בהגשת בקשה זו לפגוע ביעילות הדיון או להביא לדחייתו. זאת שכן מועד הדיון בעתירה זו נקבע לעוד למעלה מ – 35 ימים ליום 20.6.2019.

עמדת המבקשת ותרומתה לדיון

א. פתח דבר

9. הליך זה הינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין ת"א 50870-05-15 **אבי לן נ' facebook inc ואח'** (פורסם בנבו). בתמצית, בית משפט קמא קבע כי המערערת שהיתה הנתבעת בהליך בבית המשפט המחוזי להשיב את עמוד הפייסבוק של מר אבי לן (להלן "המשיב") שהיה התובע בהליך בבית המשפט. זאת לאחר שהעמוד העסקי של המשיב הוסר על ידי המערערת בעיקר משיקולים עסקיים וכלכליים באופן חד צדדי, ללא התרעה וללא נימוק. בית המשפט קמא קבע כי המשיב אכן הפר את כללי השימוש של המערערת, אולם ההפרה לא עלתה לכדי הפרה יסודית, ולמשיבים לא ניתנה הזדמנות לתקן את ההתנהגות המפרה. על כן חייב בית המשפט את המערערת להשיב את העמוד של המשיבים אותו מבקשת המערערת להסיר לצמיתות. בנימוקיו לקביעה זו, בית המשפט ציין כי בשים לב לפער העצום בין כוחם של הצדדים ביטול החוזה באופן שעשתה המערערת פגע באופן אנוש במפעל חייהם של המשיבים, בעוד שעבור המערערת הנזק שנגרם למערערת הינו כזה שניתן לפיצוי כספי. נבחר כי לאור הכרעתו של בית המשפט קמא, אנו מניחים לצורך עמדה זו כי התנהגות המשיבים הפרה את תנאי המשתמש של המערערת.

10. נימוקי פסק הדין נשענים כולם על דיני החוזים האחידים. בסיומו של פסק הדין, מציין בית המשפט קמא כי המשיבים לא עמדו בנטל להוכיח כי המערערת היא מונופול, או כי יש לראות בה כגוף דו מהותי. בנוסף, בית המשפט לא נדרש לשאלה האם התנאים בחוזה האחיד הינם תנאים מקפחים אם לאו.

11. בעמדה זו נבקש לטעון כי בשל המאפיינים הייחודיים של מרחב הסייבר, והכוח הרב למערערת על עיצוב המרחב והאופן שזכויות אדם ממומשות בו, בשלה העת להכיר במערערת (כמו גם בנופים אחרים שלהם מאפיינים דומים) כגוף דו מהותי, לכל הפחות לעניין החלטותיה להסרת תוכן. בהמשך לכך נפרט אודות החובות שלעמדת המבקשת יש להטיל על המערערת כגוף דו מהותי בעת קבלת החלטות כאמור - ובעיקר קיום הליך הוגן, וחובת שקיפות כלפי משתמשיה. עוד נבקש לטעון, וזאת בדומה לפסקת בית המשפט קמא, כי גם דיני החוזים האחידים מובילים לתוצאה דומה לעניין החובות החלות על המערערת. יחד עם זאת, לעמדת המבקשת דיני החוזים האחידים לבדם אינם מספקים את ההגנה הנדרשת ומשכך לא די בהם. הכל כפי שיפורט להלן:

ב. זכויות האדם במרחב הסייבר

12. בעשורים האחרונים חל שינוי ביחסי הכוחות בין המדינה, התאגידים והפרטים בחברה. מעבר למדינות, יש להגן על הפרטים בחברה גם מפני גופים פרטיים. שינויים שכאלה ביחסי הכוחות מצריכים פיתוח כלים משפטיים שיהלמו את מצב הדברים החדש (ראו לדוגמא דיון אודות הטלת חובות שקיפות על תאגידים פרטיים רועי פלד, הזכות למידע מתאגידים,

הפרקליט נב תשע"ג; לדיון אודות תחולת הדין המנהלי על רשויות המדינה כרגולטוריות והביקורת השיפוטית על המדינה בכובעה זה, ראו יובל רויטמן, **המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית**, משפט וממשל י"ח תשע"ז. השינוי המבני ביחסי הכוחות מתעצם במרחב הסייבר, המעוצב בעיקרו על ידי מספר מצומצם של תאגידים פרטיים בינלאומיים (להלן – "המתווכים"), המתווכים את התוכן המצוי במרחב הסייבר לציבור, לדוגמה באמצעות רשת חברתית או שירות חיפוש. למעשה, המתווכים אחראיים במידה רבה לאופן שבו מוצג המידע המצוי באינטרנט לציבור. לדוגמה, מידת החשיפה של מידע מסוים בפני אדם מסוים, נקבע בפועל על ידי המתווכים, והאופן שבו הם בוחרים לדרג את תוצאות החיפוש בשירות שהם מספקים, או להציע עבור המשתמשים תוכן לצפייה. קביעות אלה נעשות לפי הארכיטקטורה הטכנולוגית שפיתחו המתווכים ולפי המדיניות ותנאי השימוש שקבע כל מתווך לעניין הסרת תכנים וחסמת משתמשים (ראו לדוגמה, LAWRENCE, LESSIG, CODE 2.0, p. 6 (2006), עוד ראו Jack M. Balkin, **Free Speech Is a Triangle**, 118 Colum. L. Rev., 2011 (2018) – להלן – "Balkin, Free Speech").

13. יש לציין כי הטכנולוגיה של המתווכים מקנה להם יכולת לבסס את החלטותיהם על בסיס המידע שמצוי בידיהם אודות המשתמשים. היקף המידע שבידיהם, כמו גם אמצעי הטכנולוגיה לעיבודו, ולניטור פעולות המשתמשים הינם חסרי תקדים. (Daphne Keller, **Who Do You Sue? A Hoover Institution Essay**, p.1, Stanford University (2019), להלן – "Keller, Who Do You Sue"). אמצעים אלה, כמו גם הנתח של המתווכים במרחב הסייבר, מובילים לכך שהחלטות המתקבלות על ידם, מגדירות להלכה ולמעשה, את גבולות זכויות האדם במרחב הסייבר, ואת אופן מימושו. כפועל יוצא מכך, דומה כי למתווכים תפקיד גדול בעיצוב התפיסה הציבורית של זכויות האדם כיום, בהיותם הגורם המגדיר מהו המידע שהמשתמשים בשירותיהם נחשפים אליו, כמו גם אופי הקשרים שהמשתמשים יכולים לקיים אלה עם אלו. בהיבטים אלה כוחם של המתווכים לצמצם את היקף חופש הביטוי והנגישות למידע עולה על כוחה של המדינה.

14. הסרת תוכן פוגעת כמובן בחופש הביטוי של המשתמש שפרסם את התוכן הזה. אולם חשוב להדגיש כי הסרת תוכן כזו, פוגעת, מניה וביה, באפשרות המימוש של זכויות יסוד ובאינטרסים חברתיים אחרים של אותו המשתמש ושל כלל ציבור המשתמשים. היא פוגעת בזכות הגישה למידע של כלל המשתמשים, בזכות לחופש העיסוק, הזכות לפרטיות, ובזכויות נוספות - שהרי כל אלה שלובים אלה באלה - היכולת לממש זכות אדם אחת משליכה באופן ישיר על היכולת לממש זכות אחרת. בשים לב לכך, נשמעת הטענה כי מעבר להשלכה של המתווכים על היקף הזכויות ומימושו בפועל, למתווכים, ולמערכת במיוחד, בשים לב למעמדה והתנהלותה מיום היווסדה - תפקיד מרכזי גם בעיצוב האופן שבו המשתמשים שלה תופסים ומגדירים את הזכויות שלהם עצמם (Tomer Shadmy, **The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights**, 37 Boston Uni. Intl. L. J. p. 13 (2019) – להלן – "Shadmy, New Social Contract").

¹ ראו קישור למסמך ב- https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech_0.pdf

15. יצוין כי המתווכים משפיעים על החשיפה של התכנים המפורסמים בהם בשני אופנים עיקריים. האחד הינו קבלת החלטה להסיר תוכן מסוים או לחסום את חשבון המשתמש שהעלה את אותו התוכן (השני החלטה בדבר התוכן שיוצג בפני כל משתמש, זאת בהתאם לארכיטקטורה הטכנולוגית בה עושה המתווך שימוש, ובהתאם לפרופיל של המשתמשים הנחשפים לתכנים אלה (לשם הפשטות בעמדה זו נתייחס לשתי החלטות אלה במונח 'הסרת תוכן'). בשים לב לטיבו של החליך שלפנינו בעמדה זו אנו נתייחס להחלטות על הסרת תוכן בלבד, מבלי להתייחס להחלטות על דירוג התכנים עצמם (הגם שלעיתים ישנה חפיפה בין השניים).

16. עוד נבקש להבהיר כי המתווכים מסירים תכנים משני נימוקים עיקריים, האחד מקום בו התוכן סותר רגולציה מדינתית קיימת (לדוגמא – התוכן אינו חוקי בהתאם לחוקי המדינה) בין אם לבקשת המדינה ובין אם מיוזמתם; השני, מקום בו התוכן שפורסם נתפס על ידי המתווך כתוכן הסותר את תנאי השימוש שהגדיר המתווך. ישנה כתיבה אקדמית מקיפה באשר להסרת תכנים בטענה שהם סותרים רגולציה מדינתית (תופעה המכונה 'צנזורה אגבית' collateral censorship), והשלכותיה של אסדרה זו על חופש הביטוי והנגישות למידע, בעיקר בשל התמריצים שהיא יוצרת למתווכים. בעמדה זו אין בכוונת המבקשת לדון בסוגיה זו (הגם שלעיתים ישנה חפיפה בין השניים), כי אם להתמקד בהסרת תכנים מהטעם השני – כלומר מהטעם שהתכנים סותרים את תנאי השימוש של המתווך.

17. המלומד ג'ק בלקין מכנה את יחסי הכוחות החדשים שנוצרו במרחב הסייבר במושג 'משולש חופש ביטוי'. בקודקוד אחד של משולש זה מצויות רשויות ציבוריות, בקודקוד השני המשתמשים - בני אדם, ובקודקוד השלישי המתווכים. כזכור, המתווכים הם חברות פרטיות המספקות שירותים אינטרנטיים (בין אם שירותי תוכן, שירותי גישה וכדומה), ומונעים בעיקר מכוונת רווח עסקי. אחת ההשלכות של מבנה כוחות חדש זה הינה שבעוד שבעבר הסכנות לחופש הביטוי, כמו גם ליתר זכויות היסוד החוקתיות, של ציבור המשתמשים היה בעיקר מצד השלטון, כיום נדבך נוסף ושווה ערך של הסכנה לחופש הביטוי במרחב הסייבר קיים מצד שחקנים פרטיים (ראו Balkin, free speech p. 2032). מצב דברים זה, משנה באופן מהותי ויסודי את האופן שבו זכויות אלה יכולות להיפגע, והדרכים בהן על הזיך לספק הגנה לזכויות אלה. שהרי, ההגנה המשפטית על זכויות יסוד עוצבה מתוך מטרה להגן על הפרטים בעיקר מפני המדינה, שנתפסה כגורם העיקרי שפערי הכוחות בינה לבין האדם הפרטי מצריך הגנה מיוחדת (ראו לדוגמא פרופ' דפנה ברק-ארז (כתוארה אז) ופרופ' ישראל גלעד, זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנוזקין: המהפכה השקטה, קרית המשפט ח' התשס"ט).

18. כיום, בניגוד למצב הדברים לפני עשורים, במיוחד בכל הנוגע ליחסי הכוחות במרחב הסייבר, למתווכים יש כח שאינו פוחת מכוחן של מדינות, ובמובנים מסוימים אף עולה על כוחן. עדות לפערי הכוחות הנוטים לטובת המתווכים ניתן לראות בשימוש שנאלצת לעשות המדינה בשירותי המתווכים להגבלת תכנים במרחב הסייבר, (ראו לדוגמא אודות החלטת הפרקליטות לעבור לשיטת פעולה של 'אכיפה אלטרנטיבית, בדוח סיכום השנה של מחלקת הסייבר בפרקליטות המדינה לשנת 2016, עמ' 4), הדו"ח שפורסם ע"י הפרלמנט הבריטי

הסוקר את היכולת של מעצמות זרות להשפיע על סדר היום הציבורי במדינות אחרות באמצעות פרסום ידיעות כוזבות ברשתות החברתיות השונות, UK House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport) Committee, **Disinformation and "Fake News": Final Report** (2019), כמו גם לפרשה המוכרת של קיימברידג' אנליטיקה והטענות להשפעותיה על הבחירות לארה"ב בשנת 2016.

19. התנהלות המתווכים מזכירה במובנים מסוימים התנהלות שלטונית של ממשל, ולא התנהלות של תברה פרטית, זאת בעיקר בכל הנוגע למנגנון הסרת תכנים. במאמר תקדימי הסוקר את האופן שבו התהוותה הרגולציה העצמית של הפלטפורמות המרכזיות לשיתוף תוכן הקיימות במרחב הסייבר, מתארת החוקרת קלוניק את הליך האבולוציה של הרגולציה העצמית בפלטפורמות הללו, את התמריצים העומדים מאחורי קביעת המדיניות בכל אחת מהפלטפורמות, ואת האופן שבו הן פועלות על מנת לאכוף אותה (Klonick, Kate, **The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech** 131 Harv. L. Rev. 1598 (2017) – להלן **"Klonick, New Governors"**).

20. ממחקרה עולה כי בפלטפורמות הללו מדיניות הסרת התכנים עוצבה על ידי משפטנים שחונכו על בסיס התפיסה האמריקאית המספקת הגנה רחבה לחופש הביטוי. אולם, עם השנים שיקולים עסקיים של אחריות תאגידית ויותר מכך של שביעות רצון מרבית המשתמשים בפלטפורמה הפכו לשיקולים עיקריים בעת קבלת החלטות על מדיניות הסרת התכנים בפלטפורמה. הגם שחברות אלה הינן חברות בינלאומיות המציעות את אותם השירותים במדינות שונות, הכללים שהן פיתחו משתנים בין מדינה למדינה, בין אם בשל החוק הקיים בה, ובין אם בשל הצהרות מטעם גורמים רשמיים במדינה על כוונות להטלת אחריות משפטית על המתווכים בגין תוכן שהעלה צד שלישי לפלטפורמה שבאחריותן. קלוניק מתארת כיצד בתחילה הסרת התכנים על ידי המערערות, נעשתה לפי סטנדרטים פנימיים שהיו מנוסחים באופן כללי שהותירו שיקול דעת רחב לעובדים שהועסקו בכך. עם חלוף השנים, נוסחו חוברות כללים מדויקים יותר על פיהם עובדים בשר ודם מוציאים לפועל את מדיניות הסרת התוכן של החברה. כללים אלה, אינם מפורסמים לציבור המשתמשים. (Klonick, New Governors p. 1662).

ניצני שינוי משפטי בעולם

21. הצורך במציאת פתרונות משפטיים למצב הדברים המתואר מקבל ביטוי בשיח בקרב משפטנים ברחבי העולם. בשיח זה מושמעת העמדה לפיה ההתפתחויות בדרכי ניהול השיח הציבורי במרחב הסייבר, ממחישות כי על מנת לשמר שיח חופשי ופתוח, בו לכל אדם אפיק להתבטא בו ודרך לגשת למידע בו הוא חפץ, יש להבטיח כי המתווכים באינטרנט, וביניהם

המערערת יהיו מחויבים להגנה על זכויות האדם של משתמשיהם. ההתמודדות עם קושי זה עזרה בחיתוליה, אולם בשנים האחרונות ניתן לזהות מגמת שינוי באופן שבו מתייחסים בתי המשפט למתווכים ולמעמדם. (סקירה מקיפה אודות הדין החל על המתווכים בארה"ב ובמדינות אחרות, ובכלל זאת שאלות משפטיות שנותרו פתוחות ראו: **Keller, Who Do You sue**).

22. פסק הדין העיקרי הממחיש שינוי זה, ניתן בשנת 2017 על ידי בית המשפט העליון של ארה"ב – פס"ד **Packingham v. North Carolina**, 137 S. Ct. 1730, 1737 (2017) (להלן – "**עניין Packingham**"). בפסק דין זה פסל בית המשפט חוק מדינתי שמנע מעברייני מין גישה לרשתות חברתיות בשל פגיעה בחופש הביטוי שלהם, בניגוד לתיקון הראשון לחוקה של ארה"ב. בית המשפט קבע כי פלטפורמות אלה כמוהן ככוכר העיר, ומהוות מקור עיקרי למידע באשר למתרחש בציבוריות. וכך נכתב בפסק הדין:

"Foreclosing access to social media altogether thus prevents users from engaging in the legitimate exercise of First Amendment rights. Even convicted criminals—and in some instances especially convicted criminals—might receive legitimate benefits from these means for access to the world of ideas, particularly if they seek to reform and to pursue lawful and rewarding lives."

23. אמנם, פסק הדין עוסק בשאלת חוקתיות של חוק שחוקקה מדינה המגביל גישה לרשת חברתית. אולם, בכל הנוגע לדין החל בארה"ב, יש הרואים בפסק דין זה כצעד הראשון בדרך לביסוס הטענה המשפטית לפיה הפלטפורמות הללו מספקות שירותים מעין שלטוניים, וכי יש לראותם כיפורים ציבוריים. (וראו, **Klonick, New Governors** p. 1611).

24. באירלנד ניתן פסק דין שלו קביעה דומה לפיה מניעת גישה מאדם לחשבון שלו ברשת פייסבוק פוגעת בזכותו לקיום חיים פרטיים וחיי משפחה בכבוד לפי סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם. בית המשפט חייב את המערערת להתיר לאדם שנאשם כי השתמש בחשבון ברשת לצורך ביצוע עבירות של פגיעה בפרטיות והטרדה מינית לפתוח חשבון משתמש חדש. זאת למרות שהדבר סותר את מדיניותה של המערערת לפיה לכל משתמש ניתן חשבון אחד בלבד.²

25. נוסף לפסקי הדין הללו, בשנתיים האחרונות ניתן למצוא דוגמאות לפסקי דין במדינות בעולם שלהם מגמה שונה – פסקי דין אלה מבקרים את האופן שבו המערערת מסירה תכנים וחוסמת חשבונות משתמשים. בשנת 2018 ניתנו מספר פסקי דין בבתי משפט במדינות שונות אשר הכירו בחובה של המערערת לכבד את הזכות לחופש הביטוי של משתמשיה בעת שקילת הסרת תוכן (ראו: **Keller, Who Do You sue** p. 13-14). נציין

MM v BC, RS and Facebook Ireland Limited, [2016] NIQB 60. ²

לדוגמא את קביעת בית משפט צרפתי כי חסימת משתמש לאחר שהעלה תמונת אומנות הכוללת עירום נשי מהווה הפרה של המחויבות החוזית בין פייסבוק לבין המשתמש³. דוגמא נוספת מצויה בפסק דינו של בית המשפט במינכן שקבע כי הסרת תוכן שנכתב על ידי פוליטיקאית מהווה הפרה חוזה בין המערער לתובעת, וכי בעת החלטה לפי כללי השימוש של המערער עליה לפרשם בהתאם לחוקי היסוד הגרמניים, המעניקים הגנה חוקתית לזכות לחופש הביטוי⁴.

26. יש לציין בהקשר זה את הדוח של הדווח המיוחד לאו"ם: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to "Report of the – (להלן –), opinion and expression, UN Doc. A/HRC/38/35 (2018) (Special Rapporteur)", שבו מתאר הדווח את החששות לזכות לחופש הביטוי והנגישות למידע במרחב הסייבר וכולל המלצות הן כלפי המדינות והן כלפי המתווכים, על מנת להבטיח הגנה נאותה על זכויות אדם. כמו כן נציין את המסמך של האו"ם **Guiding Principles On Business and Human**⁵ HR/PUB/11/04 הממליץ אף הוא על חובות שיש להטיל על המדינות ועל עסקים פרטיים על מנת להגן על זכויות אדם בעידן הנוכחי. בהמשך עמדה זו אנו מסתמכים בין היתר על ההמלצות הללו.

ג. המערער כגוף דו מהותי לעניין הסרת תכנים

27. המערער היא מבין המתווכים העיקרים במרחב הסייבר. על פי פרסומיה שלה, ברשת הפייסבוק כשני מיליארד חשבונות ברחבי העולם שפעילים מדי חודש. על פי נתוני מחקר שנעשה על ידי 'paw research center' בשנת 2016 יותר מ-79% ממשתמשי רשת האינטרנט משתמשים ברשת פייסבוק שמנהלת המערער, ולמעלה מ-89% של משתמשי רשתות חברתיות אחרות (פייסבוק, טוויטר, אינסטגרם פינטרסט ולינקדין) משתמשים גם ברשת פייסבוק, בעוד שלכל היותר 39% ממשתמשי הרשתות האחרות ממשתמשי רשת פייסבוק משתמשים באחת הרשתות החברתיות האחרות⁶. באשר לשוק הישראלי, נכון לשנת 2016, כ-60% מהאוכלוסייה בישראל השתמשה ברשת של המערער (ראו פרופ' רמי מן וד"ר אזי לב-און דוח שנתי: התקשרות בישראל 2016, סדרי יום, שימושים ומגמות, עמ' 24). אינדיקציה נוספת לדומיננטיות של המערער הינה כי 15.5% מהוצאות הפרסום של לשכת הפרסום הממשלתית נותבה למערער (וראו דוח המרכז למחקר והמידע של הכנסת בכותרת "השפעת השינוי בהוצאה לפרסום על כלי התקשורת" שהוגש לוועדת הכלכלה

³ ראו כתבה אודות פסק דין זה בקישור - <https://www.seattletimes.com/business/french-court-issues-mixed-ruling-in-facebook-nudity-case>

⁴ Themel v. Facebook Ireland שניתן ביום 24.8.2018. לקריאת תיאור המקרה באנגלית, ראו מאגר המידע של אוניברסיטת קולומביה בניו יורק, בקישור: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/heike-themel-v-facebook-ireland-inc/>

⁵ המחקר מצוי בקישור

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

⁶ וראו <https://www.pewinternet.org/2016/11/11/social-media-update-2016/>

של הכנסת ביום 18.10.2018⁷). נזכיר כי נוסף לרשת פייסבוק, המערערת מתזיקה בבעלותה ובניהולה ברשת חברתית נוספת 'Instagram' ובתוכנת העברת המסרים WhatsApp. אם כן, נתח משמעותי מאד מהשיח הציבורי מתנהל על גבי הרשת החברתית שמפעילה המערערת, ומשכך, להחלטותיה בדבר הסרת תוכן, השלכה ישירה על צביונו, על כל המשתמע מכך.

28. הדרך שבה מציגה הנתבעת את עצמה כמו גם התחומים השונים בהם היא פועלת על פי פרסומיה שלה מעידים על המאפיינים הציבוריים שיש בשירות אותו היא מציעה למשתמשיה ועל המאפיינים השלטוניים שלה. כך לדוגמה המערערת מבהירה שמטרתה הינה להגדיר מחדש את דרכי התקשורת בין אנשים ולהוביל ליצירת עולם מחובר ומתקשר יותר. לצד זאת יוזמת המערערת פרויקטים שונים שתכליתם הגנה על אינטרס ציבורי – לדוגמה מניעת התאבדויות של משתמשיה, או שמירה על בריאותם. המערערת אף מצהירה בראש חוצות כי היא מתנהלת כממשל יותר מאשר תאגיד פרטי. יפים להמחשת טענה זו דבריו של מנכ"ל ומייסד חברת פייסבוק מארק צוקרברג:

"In a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company. We have this large community of people, and more than other technology companies we're really setting policies."⁸

29. בכל הנוגע להסרת תכנים נזכיר כי המערערת היא הקובעת מהם תנאי השימוש בשירותיה, מתי משתמש פועל בניגוד לכללים אלה, והיא זו שקובעת באיזה אמצעי אכיפה תנקוט כנגד התנהגות זו. בכך היא משולה לרשות המחוקקת המבצעת והשופטת לעניין השיח במרחב הווירטואלי שיצרה. דומה כי אין בנמצא מנגנוני איזונים ובלמים המגבילים את כוחה.

30. תופעה זו, בה שינויים חברתיים מוביל לכך שכח רב מצוי בידי גופים פרטיים, הפוגעים בפעילותם היומ-יומית בזכויות אדם אינה חדשה במשפט הישראלי (ראו לדוגמה פרופ' דפנה ברק-ארז, **תאגידים ציבוריים**, עיוני משפט י"ט, תשנ"ה (להלן – **"תאגידים ציבוריים"**)). במאמר זה מתייחסת פרופ' ברק-ארז למגמת ההפרטה כמגמה בישראל באותה התקופה כמגמה התורמת להגברת הכת המצוי בידי גורמים פרטיים, ומשכך, כתופעה המצריכה מענה משפטי הולם). על מנת לתת מענה לקשיים משפטיים שהתעוררו בעקבות שינויים אלה, הכיר בית המשפט בעבר בגופים פרטיים כגופים בעלי דואליות מושגית, שבשלה, בהקשרים מסוימים יש להחיל עליהם עקרונות המשפט הציבורי. גופים כאלה הוגדרו בעבר על ידי בית המשפט כגופים דו מהותיים. לעומת המבקשת, המאפיינים הייחודיים של מרחב הסייבר כפי שהתהוו בשנים האחרונות, והשינויים במאזן הכוחות שבין הפרט, המערערת והמדינה ולהשלכותיהם על מימוש זכויות האדם בישראל כפי שתוארו לעיל בהרחבה, מעידים כי בשלה העת לעשות שימוש בכלי זה פעם נוספת.

⁷ ראו בקישור https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/4725c0e7-c8cb-e811-80e1-00155d0a98a9/2_4725c0e7-c8cb-e811-80e1-00155d0a98a9_11_10746.pdf

⁸ DAVID KIRKPATRICK, THE FACEBOOK EFFECT: THE INSIDE STORY OF THE COMPANY THAT IS CONNECTING THE WORLD 254 (2010).

31. יפים לעניין זה דבריו של השופט שמגר בע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום** (פורסם בנבו – להלן **"עניין קסטנבאום"**). "לטעמי, נשלט פתרונה של הבעיה שלפנינו על ידי יישום נורמות מתוך המיקבץ הדואלי של המשפט הציבורי והמשפט הפרטי; כוונתי לתחום של זכויות הפרט ולביטוייה של החירות המחשבתית האישית על צורותיה השונות, אשר עליהם מגינה שיטת המשפט בתורה חופשית. אל תחום זה חוברים כללים מדיני המשפט הפרטי בכלל ומדיני החוזים בפרט - אשר בהם יש הד לשמירה על העקרונות שחברתנו שוקדת עליהם."

32. המונח גוף דו מהותי הוטבע לראשונה בעניין **קסטנבאום**, על ידי השופט אלון, לגבי תאגיד פרטי המספק שירותי קבורה. מונח זה נשען על הכרעת בית המשפט בבגץ 731/86 **מיקרו דף נגד חברת החשמל** (פורסם בנבו, להלן – **"עניין חברת החשמל"**), בו קבע בית המשפט כי בשל מאפייניה יש להחיל על חברת החשמל נורמות מין המשפט הציבורי. בפסיקה לא נקבעו מבחנים מוחלטים לזהותו של גוף דו מהותי. תחת זאת שורטטו בספרות המשפטית בישראל קווים מנחים לאורך הדרך, המשרטטים את הנסיבות אשר בהתקיימן יש להכיר בגוף פרטי כגוף דו מהותי. כדברי השופט זמיר בע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים** (פורסם בנבו, להלן – **"עניין בורסת היהלומים"**) "על דרך זאת, המחילה את הדואליות הנורמאטיבית על גופים דו-מהותיים, ניתן לומר כי הכיוון ברור אך הנתניב טרם סומן." (ראו עמ' 216 לפסק דין זה).

33. בעניין **בורסת היהלומים** השופט זמיר מצייין כי כדי לקבוע כי גוף הוא דו מהותי, יש להוכיח כי הגוף ממלא תפקיד שיש בו עניין לציבור או חשיבות ציבורית, אך לא די בכך. יש להוכיח בנוסף את קיומו של דבר מה נוסף. בנוסף יש לקבוע אילו נורמות מהמשפט הציבורי הן אלו שיחולו על אותם גופים. מהו אותו 'דבר מה נוסף'? בעניין **קסטנבאום** היה מדובר בשירותי קבורה הנתונים תחת רגולציה המשקפת כי מדובר בגוף המספק פונקציה חברתית שאין בלתה. בהקשר זה נבקש להזכיר כי לדידי השופט אלון, ניתן להכיר בגוף כדו מהותי גם אם הוא אינו מונפול בתחומו. בעניין **חברת החשמל** נקבע כי ייחודה טמון בקיומן של סמכויות שלטוניות, ובהיותה גוף בעל זיכיון ייחודי, שלו שליטה על אמצעי ייצור חיוני (ראו עמ' 462 לפסק הדין). בע"א 8077/08 **אוניברסיטת חיפה נ' לירן בן הרוש** (פורסם בנבו, להלן – **"עניין אוניברסיטת חיפה"**) בית המשפט נמנע מלקבוע כי האוניברסיטה הינה גוף דו מהותי, ואולם מחיל על האוניברסיטה נורמות מהמשפט הציבורי, בהיותה מוסד להשכלה גבוה, על כל המשתמע מכך. השופט רובינשטיין מזכיר בין היתר את היותה גוף מתוקצב על ידי המדינה. דיון בשאלת מעמדה של אוניברסיטת בר אילן כגוף דו מהותי, התקיים מבלי שהתקבלה בה הכרעה, וראו בג"צ 7793/05 **אוניברסיטת בר אילן ואח' נ בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו)

34. מעבר לפסיקה, מספר מלומדים נדרשו לסוגיה זו, והציעו מספר אמות מידה באמצעותן ניתן לזהות 'דבר מה נוסף' כדברי השופט זמיר, הנדרש לצורך החלת נורמות מהמשפט הציבורי על גוף פרטי. פרופ' איל בנבנישתי טוען כי היותו של הגוף הפרטי בעל שליטה כמעט

מוחלטת בשוק מהווה עילה להכרה בו כגוף דו-מהותי. זאת, מפני שיש בידו את הכוח לפגוע ממשית בציבור ספציפי או שאינו ספציפי. ככל שמעמדו קרוב יותר למונופול, כך יוחלו עליו נורמות ציבוריות ביתר שאת. (ראו פרופ' איל בנבנישתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב' תשנ"ד, ע"מ 32-33).

35. פרופ' ברק-ארז טוענת כי אמת המידה הינה ההגנה על זכויות אזרחיות המעוגנות בחוקי היסוד ומהוות בסיס לקיומה של חברה תקינה. ככל שהגוף הפרטי מעניק שירותים חיוניים יותר כך גוברת ההסתברות שיוחלו עליו הנורמות הרלוונטיות מהמשפט הציבורי. וכך כתבה: "אם כן ההנחה היא שכל מדינה נאורה צריכה להכיר ב"גרעין קשה" של אינטרסים, שאת ההגנה עליהם היא מעוניינת להבטיח לכל אזרח. העניינים שמהווים גרעין זה הם הענייני שצריכים להיחשב ציבוריים." (ראו, **תאגידים ציבוריים**, עמ' 303). בהמשך לכך ברק-ארז טוענת כי הקו המנחה בעת החלה של נורמות מהמשפט הציבורי על תאגיד פרטי הינו מהותי ולא פורמלי, זאת מקום בו תאגידים ציבוריים ממלאים פונקציות שהינן במהותן ציבוריות.

36. ד"ר אסף הראל מונה את שני הקריטריונים לעיל וטוען כי הם מהווים עילה מספקת להכרה בגוף כדו-מהותי. הוא מוסיף קריטריון נוסף לשימוש בדוקטרינה זו. לדעת הראל, גוף המקיים זיקה פונקציונאלית לשלטון הוא גוף שיש להחיל עליו נורמות מהמשפט הציבורי. לדידו אחד הקריטריונים המהווים עדות לקיומה של זיקה פונקציונאלית לשלטון מלבד אלו שנמנו לעיל הוא הימצאותם של עוצמה פוליטית וחברתית רבה ובעלות על גישה כמעט בלתי מוגבלת למשאבים בגוף אחד. הימצאותם של שני אלו מעניקה לתאגיד הפרטי יכולת השפעה ממשית על סדר היום הציבורי ועל חייהם של אזרחי המדינה ואלו המשתמשים בשירותיו בפרט. מן הראוי שעוצמה רבה כ"כ תהיה נתונה לביקורת שיפוטית בידי הרשות השופטת. יסוד נוסף שהראל מבקש להעלות ומהווה עילה להכרה בגוף פרטי כגוף דו מהותי הינו אספקת פונקציה שכרוך בה אינטרס ציבורי רחב. אין הכרח כי המוצר יהיה קיומי או חיוני לצורך קיום מיינמלי בכבוד, אלא די שיהיה חיוני לציבור הרחב שעושה בו שימוש. בנוסף מוסיף הראל וטוען כי היות וציבור רחב של צרכנים ומשתמשים בשירות הם אלו שמעניקים לו את קיומו וכוחו נוצרת חובת נאמנות של הגוף כלפי המשתמשים במוצריו. נביא להלן בלשונו: "תלות זו מקורה בשוק החופשי עצמו, מחייבת לסווג את עצם אספקת השירות כמשאב חיצוני. מכוחה נוצרת חובת נאמנות כלפי הציבור המחייבת את הכפפתם לאידאליים שונים של צדק. המחיר שגובה החברה מגופים אלו אפוא הוא נגזרת של הציבוריות ושל האינטרס הגלום בשירות. [...] נמצאנו למדים אפוא, כי לצורך הגדרת 'משאב חיצוני' חיוניות השירות לציבור אינה חייבת להיות קיומית אלא די שתהא פונקציונאלית באופן המצביע על חשיבות הפונקציה הציבורית לציבור הרחב ועל האינטרס הציבורי הגלום בה." וראו ד"ר אסף הראל, **גופים דו-מהותיים: גופים פרטיים במשפט המנהלי** (2008) ע"מ 384-383.

37. כעת נבחן האם לאור המבחנים שתוארו לעיל, יש לראות במעוררת גוף דו מהותי. נזכיר כי מוסכם על הכל כי כלל הפרמטרים שהוזכרו לעיל משמשים כאינדיקציות ואינם מהווים

רשימה סגורה, אלא חלק מרשימה שתשתנה תדיר בהתאם להתפתחויות השונות ב-ד' אמותיו של עולם המשפט ובמרחב הציבורי שמחוצה לו.

38. דומה כי אין חולק, כי המערערת מספקת שירות מהותי, המהווה צוהר עבור כלל הפרטים בחברה ליכיר העירי' כפי שהיא במרחב הסייבר, לפרסם מידע ולקבל מידע, וככזו היא מספקת שירות מהותי בעל ערך ציבורי רב. אף בית המשפט העליון של ארה"ב הכיר בכך בעניין **Packingham** שאוזכר לעיל. כפי שתואר בהרחבה למערערת דומיננטיות רבה במרחב הסייבר, ונגישות חסרת תקדים למידע אישי אודות משתמשיה.

39. אולם מעבר לשני פרמטרים אלה, מהו אותו 'דבר מה נוסף' שיש למערערת? בניגוד לחברות שהוכרו בעבר כגופים דו מהותיים, המערערת לא הוקמה לפי חוק, היא אינה פועלת מכוח רישיון של המדינה, ובשלב זה אף אינה כפופה לרגולציה ייחודית שכן זו אינה קיימת עדיין בישראל.

40. לעמדת המבקשת, התלות של המדינה במערערת על מנת ליישם את מדיניותה, בנושאים שונים הנוגעים לשיח הציבורי, משקפת את מעמדה המרכזי של המערערת בהקשר זה ואת השפעתה המכרעת על ההגנה על זכויות האדם במסגרתו, ומהווה 'דבר מה נוסף'. לצד היעדר הרגולציה הפורמלית, מדינת ישראל עושה שימוש תדיר במערערת לצורך הוצאה לפועל של מדיניות המדינה לגבי חסרת תכנים במרחב הסייבר. פניות אלה למערערת (וליתר המתווכים) מכונות בפי המדינה 'אמצעי אכיפה וולנטרי'. (ראו **סיכום שנה לשנת 2016**, מחלקת הסייבר פרקליטות המדינה, עמ' 4 והילד⁹). מדוח סיכום השנה של הפרקליטות לשנת 2017 עולה כי השימוש בכלי האכיפה האלטרנטיבי עולה באופן ניכר¹⁰. הסכמים שכאלה לאכיפה וולונטרית מצד המערערת ניתן למצוא בינה לבין מדינות אחרות בעולם. נציין לדוגמא כי ב- 31.5.2016 נציבות האיחוד האירופי והמתווכים העיקריים, ביניהם המערערת הסכימו כי המתווכים יישמו כללי התנהגות לעניין שיח שנאה, תוך התחייבות מטעם המתווכים לקיים הליך בחינה יעיל של התוכן המועלה על גביהם, להבהיר כי שיח שנאה מנוגד לתנאי השימוש של הפלטפורמה, להגדיר מיהם מדווחים אמנים, ולבחון את ההפניות שלהם לביטויים המהווים שיח שנאה תוך 24 שעות.¹¹ בעמוד 8 ל **Report of the Special Rapporteur** מצוין כי בין המערערת למדינת ישראל הסכם אודות הסרה של תוכן שלא פורסם לציבור. נציגי המערערת הוזמנו מספר פעמים לכנסת, ואף הוזמנו על ידי יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לפני הבחירות הכלליות בישראל, על מנת להבהיר את עמדתם והאמצעים שהם נוקטים על מנת למנוע התערבות זרה במערכת הבחירות בישראל.

⁹ ניתן למצוא את הדוח באתר האינטרנט של משרד המשפטים בקישור:

<https://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Documents/cyber2016.pdf>

¹⁰ את דוח סיכום הפעילות השנתי של פרקליטות המדינה לשנת 2017 ניתן למצוא באתר האינטרנט של משרד

המשפטים בקישור: <https://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Documents/data-report-2017.pdf>

¹¹ וראו הודעה מטעם מועצת האיחוד האירופי ב

http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-50/factsheet-code-conduct-8_40573.pdf

41. העובדה שמדיניות נאלצות לפנות אל המערערת ולבקש את שיתוף פעולתה, כדי שהמדינה תוכל להסיר תכנים המועלים לרשת של המערערת, הינה בבחינת דבר המעיד על עצמו באשר למעמדה כגוף דו מהותי. המדינה אינה בעלת האמצעים להוציא אל הפועל את המדיניות שלה בעצמה, אלא המערערת ועובדיה הם הגוף בעל הידע והיכולות הטכנולוגיות כדי לעשות כן. גם אם תשתלט המדינה על מתקניה של המערערת, ספק רב אם תהיה לעובדיה המיומנות להסיר את התכנים בעצמה.

42. מצב הדברים כיום בו משתמשי המערערת נותרים ללא נתיב משפטי ברור באמצעותו יכולים הם לעמוד בו על זכויותיהם הבסיסיות, כאשר המערערת מחליטה להסיר תוכן שפרסמו הינו מוקשה. קושי זה למעשה עומד בבסיס המאמר של דפנה קלר שאוזכר מספר פעמים בעמדה זו, הנושא את הכותרת "who do you sue?". נזכיר כי הצעות חקיקה המבקשות להטיל רגולציה, בין היתר על המערערת, נידונו בכנסת האחרונה, ועוררו דיון ציבורי משמעותי בנושא. נזכיר לדוגמא את הצעת חוק להסרת תוכן שפרסמו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז – 2016, שאף כוננה בפי כל 'חוק הפייסבוק' (להלן – "הצעת החוק להסרת תוכן"). הצעת חוק זו אף אושרה לקראת קריאה שניה ושלישית במליאה, אולם הליך חקיקתה נעצר לפני שעלתה לדיון במליאה. יובהר כי איזכור הצעת חוק זו, אינו כולל יחס חיובי או שלילי של המבקשת להצעת החוק, אלא להביאה כאינדיקציה נוספת לגבי מעמדה הדו-מהותי של המערערת. היעדר רגולציה ישירה בחוק על המערערת לעמדת המבקשת מעיד בעיקר על מורכבות הסוגיה שעל הפרק, בין היתר בשל השלכות רגולציה שכזו על חופש הביטוי.

43. יושם אל לב כי מרבית הספרות והפסיקה העוסקת בסיווג גוף כגוף דו מהותי נכתבה אגב הליכי הפרטה שהתרחשו באותה העת ומספר שנים לפני שחדרו השפעות מרחב הסייבר לחיינו. אין זה פלא כי בדומה לכך, השינויים הטכנולוגיים החברתיים מקימים צורך לבחינה מחודשת של הדוקטרינות הנהוגות בשיטת משפטנו וחידוש הדין כך שיהלום את מצב הדברים החדש. כדברי השופט חשין בדנ"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' tele event ltd.** (פורסם בנבו): "אכן, דרך העולם היא שהשיגי המדע והטכנולוגיה מקדימים קביעתן של נורמות הנהוגות בחברה והסדר-דין הנקבעים בידי המחוקק מעת לעת" (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשירת עובדים, בעמ' 459), אלא שעל הרוב משכיל המשפט לשנות עצמו עם המציאות המשתנה, וגם בהינצור פער בין לשונו של חוק לבין המציאות נוטלים אנו כלי-פרשנות בידינו, ובעזרתם עושים אנו להדביק את הפער ולהעלות ברשת החוק את חידושי המציאות. גמישות זו היא אחת מתכונותיו הראשוניות והתרומיות של המשפט".

44. באשר למרכזיות המתווכים, והצורך בפרשנות עדכנית לחקיקה הקיימת נזכיר גם את החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, בתב"כ 8/21 **שחר בן מאיר ואח' נ' מפלגת הליכוד ואח'**, שניתנה אך לאחרונה. בהחלטה זו קבע יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, כבוד השופט מלצר כי הגם שהדבר אינו מצוין במפורש בחוק, הוראות חוק הבחירות (דרכי תעמולה) התשי"ט – 1959 האוסרות על פרסום תעמולת בחירות אנונימית יחולו אף על פרסומים ברשת האינטרנט. באשר להכרח לשנות את הדין על מנת להתאימו למציאות העכשוויות

מציין יו"ר ועדת הבחירות כך: "לנוכח השינוי המהותי שחל במאפייני תעמולת הבחירות בשנים האחרונות, והעברת נפח של פעילות משמעותו אל התווך הווירטואלי (ובפרט – אל הרשתות החברתיות), יש יסוד לטענה כי פרשנות דוקטרינרית של סעיף 10(א)30 ו-10(ב)5 לחוק המתאימה לפרסומים פיזיים בלבד – תוביל למצב שבו הוראות החוק והמגבלות שנקבעו בגדרן יותרו כאבן שאין לה הופכין תוך פגיעה באינטרסים, בזכויות ובעקרונות שאותן נועדו מגבלות אלה להגשים." (ראו פסקה 74 להחלטה זו).

ד. לעניין הסרת תכנים יש להחיל על המערערת כגוף זו מהותי חובה לקיום הליך הוגן ושקוף אל מול משתמשיה

45. כגוף זו מהותי מוטלת על המערערת חובה לפעול באופן המקנה הגנה מספקת לזכויות האדם של המשתמשים. לעניין הסרת תכנים, עמדת המבקשת היא כי חובה זו משמעה החובה לקיים הליך הוגן ולפעול בשקיפות ואחריותיות כלפי ציבור המשתמשים. הטלת חובות אלה על המתווכים על ידי בית המשפט עולה בקנה אחד עם המלצת הדווח המיוחד שהדגיש את החובה המוטלת על המדינות להבטיח הגנה על זכויות אדם במרחב הסייבר, ובמקביל קרא למתווכים להחיל על עצמם מחויבות לזכויות האדם לפי המשפט הבינלאומי (ראו Report of the Special Rapporteur), כמו גם מרבית החוקרים המובילים בתחום הזה (ראו Balkin, Freedom of Speech is a Trigangle; Klonick, New Governors; Shadmy, New Social Contract; Citron, Danielle Keats, Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep (2018). 93 Notre Dame Law Review 1035 (2018) – להלן Citron, Censorship Creeps)). בנוסף, לעמדת המבקשת יש לקבוע כי החלטה מטעם המערערת לחסום משתמש או להסיר עמוד לצמיתות הינה צעד קיצוני, שניתן לנקוט בו במקרים חריגים ומוגדרים היטב. נפרט:

46. מהמלומדים החוקרים עולה ביקורת חריפה כלפי הליך הסרת התכנים כפי שהוא נעשה על ידי המערערת בשל הפרה נטענת של תנאי השימוש. ככלל, הליך זה נעשה על פי רוב באופן חד צדדי, ללא התרעה מוקדמת, ללא הנמקה או ציון הכלל המסוים שנטען כי הופר, מבלי להתייחס לשאלת חוקיות התוכן שהוסר, ללא הנמקה או הפניה לכלל המסוים שהופר על ידי המשתמש, ללא אפשרות שימוע לפני הסרת התוכן, וללא כל מחויבות מצד המתווך לשקול ולהתייחס לנימוקים שמעלה המשתמש לאחר החסרה. המדיניות של המתווכים על פי רוב אינה שקופה, ומשתנה באופן תדיר על פי שיקול דעתה מבלי לעדכן בכך את ציבור המשתמשים. יישום המדיניות של המתווכים נעשה על פי רוב באופן לא שוויוני, כאשר אנשים בעלי שררה או פופולריות ציבורית מקבלים יחס מקל ומיטיב מאשר כלל הציבור. (ראו לדוגמא Balkin, Free Speech p. 2025).

47. נקדים ונאמר כי מהקביעות העובדתיות של בית המשפט קמא עולה כי התנהלות המערערת אל מול המשיב תואמת אחד לאחד את המתואר בביקורת הבינלאומית הנמתחת על

המערערת. הסרת העמוד שלהם, כמו גם חסימת חשבון המשתמש שלהם נעשתה באופן חד צדדי, ללא התראה, ללא נימוק, ללא שקיפות, באופן שלכל הפחות נחזה כלא שוויוני, ומבלי שלצד המפר נתנה הזדמנות לתקן את החפרה שעשה. בנוסף בתנאי השימוש, כפי שקבע בית משפט קמא ישנן הגדרות הפרה עמומות דוגמת "הפרת תנאי הקהילה" אשר מקנות למערערת יתרון על פני המשתמשים בשל עמימותן (וראו עמ' 13-14 לפסק הדין).

1.ד. החובה לניהול הליך הוגן

48. החובה לקיים הליך הוגן בין המערערת למשתמשיה כוללת בתוכה את הפרמטרים הבאים:

- כללים ברורים

49. בראש ובראשונה הליך הוגן כולל כללי מדיניות ברורים ושקופים. כפי שצוין כללי המדיניות של המשיבה מנוסחים באופן כוללני, ומשתנים באופן חד צדדי, מבלי לעדכן בצורה ראויה את משתמשיה. חוסר בהירות שכזה צוין כאחד מהסיבות לדאגה בדוח של (**Report of the Special Rapporteur para. 26**).

50. ישנה ביקורת רבה בקרב החוקרים את התחום לגבי היעדר שקיפות באשר לכללים הפנימיים לפיהם מנחים המתווכים עובדים מטעמם להסיר תכנים. יצוין כי עיקר הביקורת בהקשר זה מופנית באופן ספציפי כלפי המערערת. הכללים הפנימיים הללו אינם מפורסמים לציבור ומשתנים באופן תכוף. למיטב ידיעת המבקשת כללים אלה אינם חופפים לתנאי השימוש המפורסמים על ידי המערערת ומשתנים בתכיפות גדולה יותר. (Klonick, *New Governors*, p. 1639-1940).

- שוויון בין המשתמשים

51. עקרון חשוב שהליך הוגן צריך לכלול הוא קבלת שירותים שווה וגישה שווה לפלטפורמה. זאת בניגוד למצב הדברים כפי שהוא מצטייר נכון להיום, לפיו החלטות באשר למשתמשים בעמדה ציבורית בכירה או ידוענים שונות מאשר החלטות המתקבלות לגבי משתמשים שאינם כאלה. (ראו לדוגמא: MacKinnon, Rebecca; Hickok, Elonnai; Bar, Allon; and Lim, Hai-in. (2015). **Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries**. Other Publications from the Center for Global Communication Studies, p. 182

(להלן – **Fostering Freedom Online**). נוסף כי חוסר שוויון אכיפתי זה צוין אף הוא כמקור לדאגה (ראו – **Report of the Special Rapporteur para. 27**). גם אם ניתן לחשוב על טעמים רלוונטיים לפיהם משתמשים בעמדות שונות יקבלו יחס שונה, אין לנו כל מידע באשר לטעמים המובילים להחלטות שונות שכאלה, והלגיטימיות שלהם.

- החלטות מנומקות עליהן ניתן לערער

52. על פי רוב ההחלטות שניתנות על ידי החברות מבוצעות לפני שניתנת למשתמשים התראה לפני הסרת התוכן. התראות והודעות, ככל שאלה אכן נשלחות, אינן כוללת כל נימוק או הסבר, מלבד אולי התייחסות כללית. (ראו: **Report of the Special Rapporteur** para. 36-37).

53. ההליך שבו ניתן לערער על הסרת תכנים או חסימת חשבונות משתנה באופן ניכר בין המתווכים. לטענת קלוניק, הנתבעת מאפשרת לערער רק על חסימת חשבון ולא על הסרת פוסט (Klonick, *New Governors*, p. 1648). גם במקרים בהם ניתן לערער, אין כל מידע אודות משך הזמן שהליך זה ימשך, כיצד מתקבלות בהליך זה ההחלטות, או מהי תומרות המעשים בשלהם התקבלה ההחלטה. (ראו: **Fostering Freedom Online**, p. 162). ביקורת נוספת הנשמעת הינה כי גם ביחס לערעורים התנהלות המערערת אינה נעשית באופן שוויוני, וכי אנשים בעלי השפעה ציבורית מקבלים התייחסות עניינית מצד המתווכים, בניגוד למשתמשים שאינם כאלה. (ראו: **Klonick, New Governors**, p.1654).

54. בהמשך לכך, הליך קבלת התרופה, ככל שכזו שנמצא שמשתמש זכאי לה בגין הפרת חוזה מטעם החברה, אינו ברור אף הוא. פערי הכוחות בין החברות למשתמשים הם כאלה שספק אם אדם פרטי יוכל לעמוד בהוצאות הליך משפטי כנגד החברות, מקום בו תוכן שהוא העלה הוסר שלא כחוק. (ראו: **Report of the Special Rapporteur para. 59**).

- קבלת ההחלטה על ידי אנשים המוכשרים לכך -

55. בכל הנוגע להסרת תכנים, מכשול השפה ופערי תרבות מקימים קושי של ממש בעת קבלת ההחלטה. קבלת החלטה לגבי ביטויים מצריכה הכרות מקדימה עם הקונטקסט, אחרת קשה עד בלתי אפשרי לסווג ביטויים ואת ההשלכות שלהם במסגרת החברתית שבה הם פורסמו. (ראו: **Report of the Special Rapporteur para. 29**). מקבלי ההחלטות צריכים לקבל הכשרות הולמות למדיניות הסרת התכנים כדי להבין מבחינת השפה וההקשר התרבותי את התכנים המועלים על מנת לסווג אותם בצורה נכונה. (ראו: **Citron, Censorship Creeps**, p. 1066).

56. טרם סיום, נקודה זו, נזכיר כי הטלת חובה לניהול הליך חוגן על גוף דו מהותי, הוכרה כבר בעניין אוניברסיטת חיפה. בעניין זה קבע בית המשפט כי הנורמות הציבוריות החלות על האוניברסיטה (אף כי נמנע מקביעה גורפת כי הינה גוף דו מהותי) מחייבות אותה בניהול הליך חוגן מול הסטודנטים, ובכלל זאת לאפשר לסטודנטים להיות מיוצגים בנסיבות מסוימות על ידי עורכי דין.

57. מעבר לשקיפות הליך קבלת ההחלטות של המערערת לעניין הסרת תוכן, הדואליות הנורמטיבית של המערערת מחייבת כי היא תתנהל בשקיפות באשר למדיניות הכללית שלהם, ולהחלטות שקיבלה לעניין זה. הגדלת השקיפות של המדיניות של המערערת בשאיפה תוביל גם לאחריותיות גדולה יותר שלה כלפי ציבור המשתמשים בשירותיה. (ראו: Report of the Special Rapporteur para 39-40).

58. אמנם המערערת, כמו גם מתווכים נוספים, החלו להוציא מדי שנה דוחות שקיפות בהן מפורסמים פרטים לגבי הסרות תוכן הנעשות לבקשת גורמים רשמיים ממדינות, ואולם למיטב בדיקת המבקשת אין שקיפות מספקת מטעם החברות לגבי התכנים שהפלטפורמות מחליטות להסיר לפי תנאי השימוש שלהן עצמן. (ראו Foster Freedom Online p. 162). המידע המפורסם אינו כולל פרטים אודות הנוסח של כל התוכן שהוסר לדוגמא. נפנה את תשומת הלב לכך שבדוח השקיפות של המערערת מצוין במפורש שהדוח אינו כולל מידע על פוסטים שהוסרו בגלל הפרת תנאי השימוש שלהם, גם אם מדובר בתוכן שרשות מדינתית ביקשה את הסרתו. המסקנה של חוקרים בתחום הינה שהחברות הרבה פחות שקופות מול המשתמשים שלהם בכל מה שנוגע להסרות תוכן בשל הפרה של תנאי השימוש שלהן. (ראו: Foster Freedom Online p. 166).

3.7. אחריותיות ושיתוף המשתמשים בקבלת הכללים

59. הדווח של האו"ם, התייחס להיעדר שיתוף ציבור המשתמשים בקביעת הכללים ולחשיבות שיש בשמיעת המשתמשים וקבלת התייחסות מצידם בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם שלהם בשירות המוצע על ידי החברה. (ראו: Report of the Special Rapporteur para. 54). גם בהיבט זה מהכתיבה של כלל הכותבים בתחום עולה כי המערערת מאפשרת מידה מצומצמת של השתתפות הציבור בעיצוב כללי ההתנהגות ברשת.

ה. המערערת כצד לחוזה אחיד

60. כאמור במישור המשפט האזרחי לעמדת המבקשת התוצאה המשפטית המתקבלת דומה בדומה לקביעת בית המשפט קמא, לעמדת המבקשת יש לקבוע שבשל פערי הכוחות בין המערערת למשיב, כמו גם השלכות פעולותיה על זכויות היסוד של משתמשיה, ובכללם המשיב, יש לפרש את החוזה בין הצדדים ככזה המטיל מחויבויות אלה, כמו גם להבהיר בתנאי השימוש המהווים חוזה אחיד, מהן התניות שהפרתן תהווה הפרה יסודית (זאת בניגוד למצב כיום לפיו כל תניה עלולה להיות הפרה יסודית). בהמשך לכך יש לקבוע כי הסרה של חשבון או עמוד לצמיתות הינה סעד קיצוני הפוגע באופן משמעותי בזכויות יסוד, ועל כן יש לנקוט בו רק במקרים חריגים ומוגדרים היטב. הקשיים בהתנהגותה של

המערערת בהיבט החוזי מפורטים בפסק דינו של בית המשפט קמא, ומכאן שנתייחס אליהם בקצרה בלבד.

61. היחסים בין המערערת לבין המשתמשים שלה, נכרתים באמצעות תנאי המשתמש, והוכרו כ"חוזה אחיד" לפי חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן - תנאי השימוש וחוק החוזים האחידים בהתאמה). (ראו רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' אוהד בן חמו (פורסם בנבו, 31.05.2018, להלן - "עניין בן חמו"). כל אדם המעוניין לפתוח חשבון משתמש ברשת נדרש לאשר כי קרא את תנאי השימוש וכי הוא מסכים להם. כידוע, המערערת מציעה את שירותיה לקהל הרחב ללא "תמורה ישירה". עם זאת המודל העסקי שלה מתבטא בכך שהרווח הגדול של החברה נעשה באמצעות השימוש שנעשה במידע שמצוי ברשותה על המשתמשים. בשלב הראשון, על ידי פילוח וניתוח המאפיינים של בעלי החשבונות ברשת, ובשלב השני הפניה של מסרים מסחריים או פוליטיים אשר מכוונים לקהל ספציפי ורלוונטי. מחד, ניתן לראות בבעלי החשבונות כ"לקוחות" של פייסבוק, ומאידך כ"מוצר" של החברה (ראו לדוגמא, מיכאל בירנהק, מרחב פרטי, הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה, עמ' 116, ועמ' 181 (2010)).

62. תנאי השימוש של המערערת מסובכים וארוכים, דבר המאפיין חוזים אחידים על פי רוב. המחוקק מצא לנכון להסדיר יחסים משפטיים המוסדרים על ידי חוזה אחיד, בחוק החוזים האחידים. הרציונל העומד בבסיס החוק הוא שבניגוד לחוזים רגילים בהם ישנו חופש לצדדים לעצב את תנאי החוזה בהתאם לרצונותיהם על ידי משא ומתן, בחוזים אחידים החוזה מוצע ללקוח על ידי הספק "as-is, take it or leave it". וכך נכתב בדברי ההסבר להצעת החוק "כיום כמעט אין עוד עוררים על הצורך בחוק חוזים אחידים כדי לאזן את אי השוויון שבין הספק ללקוח מבחינת המיומנות, המידע וכושר המיקוח"¹². הגם שהתערבות שיפוטית זו אינה דבר של מה בכך, חופש החוזים הנו עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית,¹³ והוא משקף גישה ליבראלית ואנטי-פטרנליסטית הרואה בפרט הבודד כמי שיודע מה טוב ונכון עבורו.¹⁴ חוק החוזים האחידים יוצא מנקודת ההנחה כי הצרכן אינו מודע לכל פרטי החוזה,¹⁵ ומשכך זהו "חופש פיקטיבי".¹⁶ זאת מכיוון שיחסי הכוחות בין הספק ללקוח אינם שווים, מתאפשר לספק לנסח לבדו את התנאים.

¹² הצעת חוק 1556 חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1981 עמוד 28 (להלן: הצעת חוק חוזים אחידים)

¹³ גבריאלה שלו חוזים; סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א' עמוד 601 (2001) (להלן דויטש דיני הגנת הצרכן)

¹⁴ דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א עמודים 61-18, (1991) (להלן: פרידמן וכהן חוזים)

¹⁵ ע"ש (מחוזי י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, (1) 481 עמודים 669-668 (2004); פרידמן וכהן חוזים כרך א עמוד 58

¹⁶ גבריאלה שלו חוזים עמוד 608; אמל ג'בארין דיני מסחר אלקטרוני צרכני כרך א עמוד 73 (2015) (להלן: ג'בארין דיני מסחר אלקטרוני)

63. התוזים האחידים הם חלק משגרת חיינו ועל פי הערכות כ-99% מן העסקאות מבוצעות בדרך זו,¹⁷ עם זאת על-פי מחקרים שונים רק 0.1% מהצרכנים מעיינים בפרטי החוזה.¹⁸ ברוב מוחלט של המקרים הצרכן כלל אינו טורח לקרוא את פרטי החוזה (הארוכים ממילא) מפני שבלאו הכי הוא אינו יכול לשנות בהם פרטים מהותיים והוא סומך על "חוכמת ההמונים". על כן, חוק החוזים האחידים עושה שימוש באמצעים שונים על מנת להגן על ציבור המשתמשים. החוק מסמיך את בית המשפט לשנות ולבטל "תניות מקפחות"¹⁹, בחוק ישנה רשימה של מספר תניות אשר חזקה כי הן מקפחות אך זוהי אינה "רשימה סגורה" והחוק רואה בכל תניה אשר מפרה בגסות את האיזון בין הצדדים כפסולה,²⁰ "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות"²¹. הגם שבית המשפט נמנע מקביעה זו בהליך מושא ערעור זו, נזכיר אך לאחרונה ביטל בית המשפט העליון סעיף בתנאי השימוש של המערערת בהיותו תנאי מקפח (וראו עניין בן חמו).

64. בנוסף להגדרות חוק החוזים האחידים ישנה גם ההגדרה של "הפרה יסודית" - תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות, בעטיה יכול הצד המנסח לחזור בו מהחוזה - בדומה לתניה הקיימת בחוזה בין הצדדים בהליך זה, ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה.²² התנאים אשר הפרתם הנה עילה לחסימת חשבון המשתמש אינם נהירים דיים, ועל כן ניתן לראות בהם כמספר תניות אשר אין עושות הבחנה בין הפרות יסודיות לכאלה שאינן יסודיות.

65. מעבר לאמור לעיל, נזכיר כי חוזים בכלל, וחוזים אחידים בכלל זה, יש לפרש ברוח זכויות האדם כמשמעותן במשפט הישראלי (וראו לדוגמא סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973) כדברי השופט ברק. "עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד" (השופט ברק בעניין קסטנבאום, בעמ' 530, ראו בנוסף דברי השופט שמגר בעמ' 485).

66. אם כן, לעמדת המבקשת, יש לקבוע כי פרשנות החוזה בין המערערת למשתמשיה מחייבת אותה לקיימו בהליך הוגן ושקוף, ובכלל זאת להקפיד על ניסוח כללי שימוש ברורים, על

¹⁷ אמל גיבארין דיני מסחר אלקטרוני צרכני כרך א עמוד 73 (2015) (להלן: גיאברין דיני מסחר אלקטרוני)

¹⁸ שמואל בכר ואורן בר-גיל "הגנת הצרכן" הגישה הכלכלית למשפט 223 עמוד 237 (אוריאל פורקציה עורך, 2012) (להלן: בכר ובר-גיל "הגנת הצרכן")

¹⁹ § 3 לחוק החוזים האחידים

²⁰ הצעת חוק חוזים אחידים עמוד 31; גבריאלה שלו חוזים (1991) עמוד 640 (להלן: חוזים שלו); אריאל פורת, חוזים אחידים, דינאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג עמוד 756 (להלן פורת חוזים אחידים)

²¹ סעיף 3 לחוק החוזים האחידים

²² § 6 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים תרופות)

אחת כמה וכמה בכל הנוגע לכללים שהפרתם עלולה להוביל לעמדת המערערת להסרת עמוד לצמיתות; מתן התראה טרם נקיטה בצעדים כנגד המשתמש (למעט במקרים חריגים, בהם ישנה חשיבות מכרעת לקבלת החלטה מהירה); הותרת אפשרות לתיקון הפרות מתוך כוונה להבטיח קיום חוזים ככל שניתן; מתן נימוק להחלטה שהתקבלה או הסבר לגבי ההפרה הנובעת. זאת על אחת כמה וכמה טרם קבלת החלטה להסיר עמוד בעל מספר עוקבים רב במיוחד, דוגמת העמוד של המשיב.

67. יחד עם זאת, נבקש להדגיש כי הגם שלעמדת המבקשת התוצאה בעת החלת דיני החוזים האחידים לגבי המחלוקת בין המערערת למשיב בעניין זה מספקת הגנה למשיב, דומה כי הגנה זו אינה מספקת יריעה רחבה מספיק לצורך הגנה על האינטרס הציבורי הכולל, ועל זכויותיהם של כלל המשתמשים בשירותיה של המערערת. זאת, שכן המשפט האזרחי להבנת המבקשת אינו מחיל את כל אותן החובות, שלעמדת המבקשת יש להחיל על המערערת, הנובעות ממעמדה הציבורי. דיני החוזים האחידים נותנים במקרה זה מענה לצורך של היחיד, אולם לעמדת המבקשת ספק רב אם די בהם. זאת, שכן דיני החוזים האחידים אינם נותנים משקל מספק לטיב השירות אותו מספקת המערערת ולמעמדה בכל הנוגע למימוש זכויות יסוד של משתמשיה, כפרטים בודדים וכציבור. כך לדוגמא קשה למצוא עוגן במשפט האזרחי המחייב את המערערת בנקיטת הליך הוגן אל מול המשתמשים, במובנו המנהלי – כלומר קיום הליך הכולל זכות טיעון, ערעור ושימוע. בנוסף, ספק אם ניתן לגזור חובות שקיפות מטעם המערערת כלפי כלל המשתמשים באשר למדיניות הסרת התוכן שלה, והאופן שבו היא נאכפת לפי דיני החוזים האחידים. דיני החוזים האחידים אף אינם מתייחסים להיקף שיקול הדעת של המערערת להחליט שלא לכרות חוזה עם משתמש מסוים, ובכך למעשה למנוע ממנו גישה למידע ושופר להתבטא בו. (ראו בהקשר זה פרופ' איל בנבנישתי "תחולת המשפט המנהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב' תשנ"ד, עמ' 31)

ו. סיכום

68. טרם סיום נבהיר כי הסוגיות העולות בנייר עמדה זה מצריכות חשיבה זהירה. כאמור היקפי המידע המועלה על גבי הרשת החברתית של המערערת הללו, כמו גם קבועי הזמן הקצרים בהם מועלה ומוסר מידע, הינם חסרי תקדים. בהתאם לכך, ההתמודדות עימם מקימים אתגרים שלא היו בעבר - בהיבט המשפטי ובהיבט הטכנולוגי. הטלת רגולציה או משטר אחריות כלשהו על המערערת, עלולה כשלעצמה לפגוע בזכויות האדם. ראו לדוגמא הדיונים שהתקיימו לגבי הצעת חוק להסרת תוכן בהם הועלתה הטענה לפיה הטלת

אחריות על המתווכים תוביל לחסימת יתר של ביטויים חוקיים. עוד ראו חששות דומים שהועלו בעת הליך חקיקת חוק זכויות יוצרים (תיקון מס' 5) התשע"ט – 2019, שהתקבל לאחרונה בכנסת.

69. אין בכוונת המבקשת להטיל על המערערת נטל שיפגע פגיעה אנושה ביכולתה להתנהל כתאגיד פרטי שמטרתו העיקרית היא השאת רווחים. עמדת המבקשת היא כי יש הבטיח כי המערערת עושה ככל שיכולתה על מנת להגן על זכויות האדם של משתמשיה, לנהוג בשווין כלפי משתמשיה וכי בעת קבלת החלטות על הסרת תוכן המערערת שוקלת את מכלול השיקולים הצריכים לעניין ולא רק משיקולי רווח כלכלי ובכלל זאת שיקולי מזעור מירבי של חשיפתה לסיכון משפטי. המערערת היא היחידה שיכולה להעריך בצורה הטובה ביותר מהו הנטל שעמדת המבקשת מטילה עליה. בשל כך, עמדה זו נוסחה בהירות, תוך התווית העקרונית בדבר הצורך בהליך הוגן ושקיפות. כאשר תפרסם המערערת פרטים אודות החליף ההוגן שהיא מאפשרת, כמו גם ותנחל בשקיפות בכל הנוגע להחלטותיה לגבי הסרת תוכן ככלל, ניתן יהיה להעריך טוב יותר האם האופן בו היא מתנהלת כעת, מוציא אותה ידי חובתה, או שמא יש לדרוש ממנה מאמץ נוסף.

70. עוד נבקש להזהיר ולומר כי הותרת הסוגיות הללו לשוק החופשי, מתוך הנחה כי המשתמשים יבחרו בין הפלטפורמות את הפלטפורמה שתנאי השימוש שלה הולמים ביותר את תפיסותיהם נשענת על הנחה שגויה. בהיעדר יכולת להעביר את המידע האגור על כל משתמש בכל אחת מהפלטפורמות – המעבר של המשתמשים בין הפלטפורמות הללו קשה, וגובה מחיר יקר. (וראו Keller, Who ; Balkin, Free Speech is a Triangle, p. 2034). לכאורה מדיניות המבטיחה תחרות חופשית בין רשתות חברתיות היתה יכולה לספק מענה מסוים לסכנות הקיימות לזכויות היסוד בשל מעמדן, אולם אפשרות זו אינה עומדת על הפרק, ועל כן אינה נידונה בנייר עמדה זה. נציין רק כי ישנם ספקות באשר לאפשרות לייצר תחרות חופשית בשוק בשלב זה ללא התערבות מצד המדינה, בשים לב לחיפף המידע אודות המשתמשים המצוי בידי המתווכים הקיימים, ובפרט המערערת (ראו לדוגמה Frank Pasquale, The Black Box Society, The Secret Algorithms That Control Money and Information p. 141 (2014)).

71. לאור האמור לעיל, נבקש מבית המשפט להכיר בחשיבותו הציבורית של הליך זה, והשלכותיו על היקף ההגנה שתינתן לזכויות אדם במרחב הסייבר לעתיד. נזכיר כי הסוגיות העומדות על הפרק טרם נידונו בבית משפט זה, וכעת בשלה העת לדון בהן. על כן, נבקש כי בית המשפט יאמץ את המלצותינו כפי שהובאו לעיל בהרחבה, ובראשן לקבוע כי המערערת היא גוף דו מהותי לעניין הסרת תוכן המחויבת בניהול הליך הוגן ושקוף אל מול משתמשיה על כל המשתמע מכך. הכרעה זו מתחייבת בשל מאפייני מרחב הסייבר, כמו גם מעמדה של המערערת במרחב זה. אלה מחייבים התאמה של הדין על מנת להגן על זכויות האדם וביניהן, חופש הביטוי והנגישות למידע, מפני השחקנים המרכזיים במרחב הסייבר.

72. בהמשך לכך נבקש כי בית המשפט יורה למערערת להגביר את השקיפות בכל הנוגע לפעולותיה להסרת תוכן, ולעצב הליך הוגן ושוויוני אל מול משתמשיה. בהליך שכזה,

למעט מקרים חריגים, לא יוסר תוכן שהעלה משתמש ללא התרעה מוקדמת או הנמקה, ותינתן למשתמשים הזדמנות לטעון טענותיהם או לחילופין לתקן את התנהגותם המפירה. כל זאת, על אחת וכמה בכל הנוגע לעמוד שלו מספר עוקבים רב במיוחד, דוגמת העמוד של המשיבים בהליך זה.

דנה יפה, עו"ד

בא מרדכי מקשת

**העמדה נכתבה בסיוע הסטודנטים דוד קורמן ומיכאל קוסאשוילי מהקליניקה לזכויות דיגיטליות וזכויות אדם במרחב הסייבר באוניברסיטה העברית בירושלים.