



הכנסת

הלשכה המשפטית

תחום חקיקה  
ומחקר משפטי

**אחריותם של מתווכי רשת לתוכן פוגעני  
המופץ ברשת האינטרנט  
- רקע תיאורטי וסקירה משווה -**

**כתיבה: עו"ד ירון אונגר**

**סקירה משפטית**

י"ט באייר תשע"ד

19 במאי 2014

**אישור:**

עו"ד הודיה קין, ממונה (חקיקה ומחקר משפטי)

**מסמך זה הוא סקירה משפטית ואינו חוות דעת משפטית**

## תוכן העניינים

|    |  |     |  |
|----|--|-----|--|
| 3  | ..... תמצית  |     |  |
| 10 | ..... רקע תיאורטי  | .1  |  |
| 10 | ..... הקדמה מושגית   | 1.1 |  |
| 11 | ..... רקע עובדתי   | 1.2 |  |
| 11 | ..... 1.2.1 כללי   |     |  |
| 12 | ..... 1.2.2 בין פגיעה בעולם הווירטואלי לפגיעה בעולם הממשי  |     |  |
| 12 | ..... מודלים להטלת האחריות על מתווכי הרשת  | 1.3 |  |
| 14 | ..... הבסיס המשפטי להטלתה של האחריות   | 1.4 |  |
| 15 | ..... שיקולים בעד הטלתה של אחריות על מתווכי הרשת   | 1.5 |  |
| 15 | ..... 1.5.1 שיקולי יעילות  |     |  |
| 16 | ..... 1.5.2 שיקולי צדק   |     |  |
| 16 | ..... שיקולים נגד הטלתה של אחריות על מתווכי הרשת   | 1.6 |  |
| 16 | ..... 1.6.1 שיקולי יעילות  |     |  |
| 17 | ..... 1.6.2 שיקולי צדק   |     |  |
| 17 | ..... חלופות להסדרה בחקיקה הראשית  | 1.7 |  |
| 17 | ..... 1.7.1 הסדרה טכנולוגית  |     |  |
| 18 | ..... 1.7.2 הסדרה עצמית  |     |  |
| 20 | ..... רקע נורמטיבי   | .2  |  |
| 20 | ..... 2.1 מסקנות הועדה לעניין היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע, 1997   |     |  |
| 21 | ..... 2.2 אחריותם של מתווכי הרשת לפי הדין הקיים  |     |  |
| 22 | ..... 2.2.1 דיני לשון הרע  |     |  |
| 24 | ..... 2.2.2 דיני הגנת הפרטיות  |     |  |
| 25 | ..... 2.2.3 תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998  |     |  |
| 26 | ..... 2.2.4 עוולת הרשלנות  |     |  |
| 27 | ..... 2.2.5 דיני זכויות יוצרים   |     |  |
| 28 | ..... 2.2.6 דיני עשיית עושר ולא במשפט  |     |  |
| 29 | ..... 2.2.7 פרסום תועבה  |     |  |
| 30 | ..... הצעות חוק  | 2.3 |  |
| 30 | ..... 2.3.1 הצעת חוק אחריותן המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007 |     |  |
| 31 | ..... 2.3.2 הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008  |     |  |
| 33 | ..... 2.3.3 הצעת חוק אחריות אתר אינטרנט לתגובות גולשים, התש"ע-2010   |     |  |
| 33 | ..... הסדרה עצמית  | 2.4 |  |
| 34 | ..... סקירה משווה  | .3  |  |
| 34 | ..... אוסטרליה   | 3.1 |  |
| 34 | ..... 3.1.1 דיני לשון הרע  |     |  |
| 36 | ..... 3.1.2 דיני התקשורת   |     |  |



|           |   |            |  |
|-----------|---|------------|--|
| 37        | ..... דיני הגנת הפרטיות                 | 3.1.3      |  |
| <b>38</b> | ..... <b>ארצות הברית</b>                | <b>3.2</b> |  |
| 38        | ..... חוק ההגינות בתקשורת – סקירה כללית | 3.2.1      |  |
| 40        | ..... סייג פיתוח התוכן                  | 3.2.2      |  |
| 41        | ..... האחריות החוזית                    | 3.2.3      |  |
| 42        | ..... האחריות הפלילית                   | 3.2.4      |  |
| <b>44</b> | ..... <b>קנדה</b>                       | <b>3.3</b> |  |
| 44        | ..... דיני לשון הרע                     | 3.3.1      |  |
| 45        | ..... אחריות פלילית                     | 3.3.2      |  |
| <b>45</b> | ..... <b>האיחוד האירופי</b>             | <b>3.4</b> |  |
| <b>48</b> | ..... <b>בריטניה</b>                    | <b>3.5</b> |  |
| 48        | ..... דיני לשון הרע                     | 3.5.1      |  |
| 50        | ..... תקנות המסחר האלקטרוני             | 3.5.2      |  |
| 51        | ..... האחריות הפלילית                   | 3.5.3      |  |
| <b>52</b> | ..... <b>גרמניה</b>                     | <b>3.5</b> |  |

## תמצית

מסמך זה הוכן לבקשתה של חברת הכנסת יפעת קריב, על מנת לבחון האם מן הראוי לבצע שינויי חקיקה שתכליתם להטיל אחריות פלילית או אזרחית להפצתו של תוכן פוגעני ברשת האינטרנט, על מתווכי רשת כבעלי אתרים, מנהלי רשתות חברתיות, חברות המספקות שירותי אינטרנט וכדומה.

במסמך יוצג רקע תיאורטי הנוגע לעניין, ובכלל זה, הבהרת הביטוי 'מתווכי רשת', והצגת השיקולים שהוצגו על ידי מלומדים, בעד ונגד הטלתה של אחריות להפצתו של תוכן פוגעני ברשת האינטרנט, על מתווכי רשת.

כמו כן, יוצג רקע נורמטיבי ממצה, שבמסגרתו תובהר התמונה המשפטית בכל הנוגע להטלתה של אחריות להפצתו של תוכן פוגעני ברשת האינטרנט על מתווכי רשת, נכון למועד כתיבת שורות אלו. בכלל זה, ייסקרו גם הצעות חקיקה שהונחו בעבר על שולחנה של הכנסת בעניין זה.

לבסוף, תוצג סקירה משווה שבמסגרתה יובהר המצב המשפטי בעניינים שבהם עוסק מסמך זה, במספר מדינות נבחרות (ארצות הברית, אוסטרליה, קנדה, בריטניה וגרמניה), ובדרך שבה ביקש האיחוד האירופי להסדיר את אחריותם של מתווכי הרשת להפצתו של תוכן פוגעני ברשת האינטרנט.

מן המסמך עולים הממצאים המרכזיים הבאים:

- רשת האינטרנט, בעיקר לאחר הפיכתה לבמה ציבורית לשיח שוטף וקבוע בין כלל המשתמשים ברשת האינטרנט (Web 2.0), עלולה לשמש כר פורה ונרחב להפצתם של תכנים מיניים ופוגעניים.

- הפגיעה הנגרמת בשל הפצת תכנים בעולם הווירטואלי היא חמורה וחריפה מן הפגיעה הנגרמת בשל הפצת תכנים פוגעניים בעולם הממשי בשל גורמים רבים הקשורים לאופי השימוש ברשת האינטרנט, ובהם:

- **הריחוק הפיזי** שבין הפוגע ונפגע ובין הפוגע לבין הציבור שנחשף לפגיעה;
- **האנונימיות** שהפוגע יכול לחסות בצילה;
- **הגדלת קהל היעד** שנחשף לפגיעה;
- **הנצחת הפגיעה** במרחב הווירטואלי;
- **הצתת הפגיעה** באמצעות 'הוספת שמן למדורה' בידי משתמשים רבים;
- **מסחור הפגיעה** באמצעות הפקת רווח כספי מן הפגיעה.

- מחקרים מן השנים האחרונות חושפים עלייה מדאיגה של תופעת השימוש ברשת האינטרנט לשם הפצת תכנים פוגעניים ומיניים ממניעים של נקמה, בידור וכדומה. ומדינות שונות החלו לבחון דרכים להילחם בתופעה זו, בין השאר, באמצעות הטלת אחריות בנוזיקין או אפילו אחריות פלילית על עורכי אתרי אינטרנט, בעליהם של האתרים, ספקי שירותי גישה לאינטרנט ואירוח תכנים וכדומה (להלן: מתווכי הרשת). ראו להלן, פירוט ההגדרות בגוף המסמך), המעורבים בדרך כלשהי בהפצתם של תכנים כאמור.

- קיימים שלושה מודלים עקרוניים להסדרת אחריותם של מתווכי הרשת:

- **מודל האחריות המוחלטת** (strict liability model), המקובל, למשל, בסין ובתאילנד, המטיל על מתווכי הרשת את האחריות לתוכן המופץ באמצעותם על ידי צד שלישי,



ומחייבם לפקח על התוכן המופץ באמצעותם ולוודא שאין בו תוכן לא חוקי.

○ **מודל המפרץ הבטוח** (safe harbour model), המקובל בעיקר במדינות האיחוד האירופי, המעניק למתווכי הרשת חסינות מפני האחריות לתוכן שלא הם יוצריו, ובלבד שעמדו בתנאים מסוימים שנקבעו בחוק.

○ **מודל החסינות המוחלטת** (broad immunity model), הקיים בארצות הברית ובסינגפור, הקובע שאל מתווכי הרשת יש להתייחס כאל שליחים בלבד, מעין 'צינורות' להעברת התוכן, שאינם נושאים באחריות לתוכן המופץ דרכם.

● הבסיס המשפטי לאחריותם של מתווכי הרשת יכול להיות אזרחי, מכוח דיני הנזיקין (פגיעה בפרטיות, לשון הרע) או דיני הקניין (הפרת זכויות יוצרים) או פלילי (הטרדה מינית, פגיעה בפרטיות, לשון הרע, פרסום תועבה וכדומה).

● האחריות בנזיקין פשוטה להפעלה מבחינה משפטית (לעומת הדין הפלילי), היא מאפשרת לנפגע לשלוט בהליך המשפטי ולקבל פיצוי על הפגיעה בו, אך היא אינה מאפשרת לנפגע לקבל את הסעד של הסרת התוכן הפוגעני.

● האחריות הקניינית מאפשרת לנפגע גם לדרוש את הסרתן של תמונות שלו שצולמו בהסכמתו, אך קשה לראות כיצד ניתן יהיה לעשות שימוש באחריות מסוג זה כלפי מתווך שהפיץ תוכן פוגעני שאינו צילום של הנפגע, או כלפי תמונה שהנפגע כלל לא היה מעורב ביצירתה.

● האחריות הפלילית עשויה לייצר הרתעה מפני הפצתו של תוכן מיני ופוגעני והיא אף מבטאת את הסלידה החברתית מתופעת השימוש ברשת האינטרנט לשם הפצת תוכן מיני ופוגעני. חסרונותיה העיקריים הם: הסרבול של ההליך הפלילי וחוסר השליטה של הנפגע על ההליך.

● השיקולים בעד הטלתה של אחריות על מתווכי הרשת מבוססים גם על שיקולי יעילות וגם על שיקולי צדק. מן ההיבט של שיקולי יעילות מועלים הטענות הבאים:

○ הליך של הטלת אחריות על המתווך הוא יעיל מן ההליך החלופי של הטלת אחריות על המעוול, הכרוך בקיומו של הליך מורכב שתכליתו לאפשר את חשיפת זהותו של המעוול.

○ מתווכי הרשת הם מונעי הנזק היעילים ביותר משום שבידם הכוח למנוע את העלאתו של התוכן, להסירו, לחסום את הגישה אליו ואף להעניש את המעוול. לפיכך, יש להניח שהטלת אחריות על מתווכי הרשת תיצור אצלם תמריץ לביצוע פעולות שיש בהן כדי להקטין את הנזק, כגון: רכישת ביטוח לפיצוי נפגעים בשל נזק הנגרם על ידי המשתמשים, העברת האחריות למשתמש שיצר את הפגיעה באמצעות הסכמי שיפוי ואחריות, רישוי (כולל הסכמי רישוי קולקטיביים), חינוך המשתמשים ושימוש בהגנות טכנולוגיות.

○ מתווכי הרשת מסוגלים בקלות יחסית להביא לחשיפתו של המעוול.

○ מתווכי הרשת הם בעלי 'כיס עמוק' מזה של המעוול, המאפשר פיצוי הולם של הנפגע, ואף יש בידם לפזר את עלויות הפגיעה ולהעבירם אל אחרים, בצורה טובה יותר מאשר יכול לעשות זאת התובע הנפגע או המעוול.

● מן ההיבט של הצדק נטען, ש-

○ מתווכי הרשת הם שמאפשרים את העלאתו של התוכן לרשת והם שמרוויחים מכך. בשל כך, ההגינות מחייבת להטיל עליהם את האחריות על חוקיותה ותוצאותיה של פעילות זו.



- המתווך מפעיל עסק העלול להזיק ולפיקד נושא באחריות לפעילות מזיקה של לקוחותיו.
- קיים חשש כבד שאילו לא תוטל אחריות על מתווכי הרשת, העניינים ברשת יצאו מכלל שליטה, תוך פגיעה חמורה בקניינם, כבודם ופרטיותם של אזרחים.
- השיקולים נגד הטלתה של אחריות על מתווכי הרשת מבוססים גם הם על שיקולי יעילות ועל שיקולי צדק. מן ההיבט של שיקולי יעילות מועלים הטיעונים הבאים:
  - מתווכי הרשת אינם מסוגלים לפקח על הכמויות העצומות של מידע המועבר באמצעותם למשתמשים, ובשל כך הטלת האחריות עליהם תוביל לסגירתם של חלק ניכר ממרחבי השיח הווירטואליים או לפיקוח יתר, עד כדי פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי.
  - הטלת אחריות על ספקי האינטרנט צפויה למנוע כניסה של גופים קטנים לרשת ולייקר באופן משמעותי את עלויות השימוש ברשת.
  - מן ההיבט של הצדק נטען, שהמתווכים אינם אלא 'במה' שבאמצעותה מופץ תוכן, ואין להם שותפות אקטיבית בכל ההתרחשות שברשת, ובשל כך אין להטיל עליהם אחריות לתוכן שהועלה על ידי אחרים.
- קשה להבטיח לגולשים הגנה על פרטיותם או על שמם הטוב מכוחה של הסדרה עצמית או מכוח השימוש באמצעים טכנולוגיים שאמורים לזהות חומר פוגעני ולהסירו מן הרשת או למנוע את הגישה אליו.

#### רקע נורמטיבי

- לפי מסקנות הוועדה לעניין היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע, 1997, אין להטיל על מתווכי הרשת אחריות מוגברת (כסטנדרט של אחריות מוחלטת לתוכן), ויש להבחין לעניין האחריות הנזיקית בין ספקי שירותים מסוגים שונים (מוציאים לאור, מפיצים, ספקי שירותים וכדומה).
- ישנם דברי חקיקה אחדים המאפשרים לכאורה הטלה של אחריות פלילית או אזרחית על מתווכי הרשת, כדלהלן:
  - ייתכן שניתן להטיל על מתווכי הרשת אחריות אזרחית ופלילית מכוח סעיף 12 לחוק איסור לשון הרע, מכוח הגדרתו של המתווך כ'מפיץ' לשון הרע לעניינו של סעיף זה. אולם, המתווך לא יישא באחריות לתוכן שהוא לא ידע על קיומו או על אופיו הפוגעני ולא יכול היה לדעת על כך. כמו כן, המתווך לא יישא באחריות לפרסום אמת שיש בו עניין לציבור.
  - כאשר הפצת התוכן כרוכה בפגיעה בפרטיות, ניתן יהיה להטיל על המתווך אחריות אזרחית לפי דיני הגנת הפרטיות, בהתאם לסייגים דומים לאלו שנקבעו בחוק איסור לשון הרע.
  - לפי תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 משנת 2014, "פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום" מהווה הטרדה מינית, המאפשרת תביעת פיצוי כספי גבוה, ללא הוכחת נזק. ואולם, לא ניתן יהיה להטיל על המפרסם אחריות אזרחית או פלילית, אם הפרסום נעשה בתום לב, למטרה כשרה או



שיש בו עניין ציבורי המצדיק את הפרסום.

○ אמנם, בשל הזמן הקצר שעבר מעת כניסתו של החוק לתוקף והעדרה של פסיקה בעניינו, קיימות שאלות פרשניות אחדות שטרם ניתן להן מענה. כך למשל, לא ברור האם הפצה של תמונות (במובחן מהעלאתן לרשת) תוגדר כ"פרסום"? באלו נסיבות ייחשב הפרסום ככזה ש"עלול להשפיל את האדם או לבזותו", או שהוא "מתמקד במיניותו", ובאלו נסיבות ייקבע שניתנה "הסכמה לפרסום".

○ ניתן להטיל על מתווכי הרשת אחריות בניזיקין מכוח עוולת הרשלנות, אך קיימת מחלוקת בפסיקה בכל הנוגע לתנאי הטלתה של אחריות זו. יש שהכריעו שהאחריות טוטל בהתמלא שלושה תנאים מצטברים: (1) הנפגע התלונן בפני האתר ודרש במפורש את הסרת הפרסום הפוגע; (2) הפרסום הפוגע אכן פוגע ואסור על פניו; (3) יש למתווך הרשת יכולת למנוע את הפגיעה. אחרים הכריעו שאת אחריות המתווך יש לקבוע בהתאם לנסיבות הספציפיות, תוך שימת דגש על שיקולים כגון: תום-לבו של הנפגע, איזון בין החירויות המתנגשות, מידתיות הפרסום, אופן ניסוחם של הביטויים הפוגעניים, עוצמתם, שכיחותם בפורום ומשך פרסומם בו.

○ בהתאם לפסיקת בית המשפט בפרשת מקדונלד, כאשר התוכן הפוגעני מכיל צילום של ידוען או ידוענית, וניתן יהיה להוכיח שההפצה נעשתה לשם הפקת רווחים, ייתכן שניתן יהיה להטיל עת מתווך הרשת אחריות אזרחית מכוח דיני עשיית עושר ולא המשפט.

○ כאשר התוכן המיני הוא בגדר 'תועבה', ניתן יהיה להטיל על מתווך רשת אחריות פלילית גם לפי סעיף 214 לחוק העונשין, אך בשל הפרשנות הצרה של הביטוי 'תועבה' ובשל שיקולי מדיניות משפטית, נראה שלא ניתן יהיה להטיל אחריות מכוחו של סעיף זה אלא כאשר מדובר בהפצת תמונות אינטימיות של קטינים.

- בשנים האחרונות הונחו על שולחנה של הכנסת הצעות חוק שונות שנועדו להטיל, בדרך זו או אחרת, אחריות אזרחית או פלילית על מתווכי רשת בשל תוכן מיני ופוגעני המופץ ברשת האינטרנט באמצעותם, אך הצעות אלו לא עברו את כל שלבי החקיקה.
- המדיניות הרשמית של משרד התקשורת היא, שהסדרת הפעילות ברשת האינטרנט צריכה לבוא בעיקר מכוחה של הסדרה עצמית. ואמנם, בישראל נעשו נסיונות אחדים לקדם הסדרה עצמית שתכליתה להבטיח את ההגנה על פרטיותם וכבודם של הגולשים, בהובלת איגוד האינטרנט הישראלי. ואולם, הסדרה זו איננה מחייבת, והיא אינה כוללת סנקציות כנגד מתווכי רשת המאפשרים לגולשים לעשות שימוש בשירותיהם לשם פגיעה בפרטיות או בכבוד האדם.

## סקירה משווה

- ברוב המדינות שנסקרו אומץ מודל של 'מפרץ בטוח', המבוסס על שלושה יסודות שבהתקיימם תוענק למתווך הרשת חסינות: העדרה של ידיעה (ממשית או קונסטרוקטיבית) בדבר קיומו של תוכן או בדבר אופיו הפוגעני; העדר מעורבות ממשית ביצירת התוכן או בהעלאתו לרשת; פעולה נמרצת להסרתו של התוכן משנדע דבר קיומו ואופיו הפוגעני.
- בחלק מן המדינות האמורות נקבע סייג שלפיו לא תוטל על מתווך הרשת אחריות אלא אם בנסיבות העניין לא ניתן להטיל את האחריות על יוצר התוכן.
- בחלק מן המדינות המאפשרות הטלה של אחרות פלילית או אזרחית על מתווכי הרשת נקבע



סייג שלפיו, לא תוטל אחריות על המתווך, אם משמעותה של הטלת האחריות היא, שהמתווך יידרש להפעיל הליכי פיקוח ובקרה על תוכן המופץ ברשת.

- בחלק מן המדינות נקבעה חקיקה שנועדה לטפל במישרין בהפצתן של תמונות אינטימיות ברשת, גם באמצעות הטלת אחריות על מתווכי הרשת. אחריות זו מבוססת על שני יסודות:
  - המתווך היה מודע או שהיה עליו להיות מודע להפצתן של התמונות;
  - האדם שצולם לא הסכים להפצתן של התמונות.

### **אוסטרליה**

- מתווכי רשת עשויים לשאת באחריות לפרסום לשון הרע אם ידעו, או שהיה עליהם לדעת שנעשה שימוש בשירותיהם לשם הפצת לשון הרע, והם הסכימו להפצת התוכן.
- לא תוטל על מתווך רשת אחריות בשל הפצתו של תוכן פוגעני, אם הוא לא היה מודע לפרסומו של התוכן ולאופיו, או כאשר הטלת האחריות תדרוש ממנו להפעיל פיקוח, בקרה וחקירה על התכנים המופצים באמצעותו.
- על פי תיקון לחוק העבירות במחוז ויקטוריה, שהתקבל לאחרונה ממש, העברה מכוונת של תמונה אינטימית של אדם לאדם אחר תחשב כעבירה פלילית, אם ההעברה של התמונה נחשבת כמנוגדת לנוהג המקובל בחברה. ואולם, לא יוגש כתב אישום בעבירה זו אם הנפגע הוא בוגר, והוא הסכים להעברת התמונה או שיש יסוד סביר להניח שהוא הסכים, במפורש או במשתמע, להעברתה של התמונה, בדרך שבה היא הועברה.

### **ארצות הברית**

- בארצות הברית קיימת רגישות רבה לפגיעה בעיקרון חופש הביטוי, ובשל כך נקבעה בחוק ההגיונות בתקשורת חסינות מוחלטת למתווכי רשת מפני אחריות בשל תוכן פוגעני המופץ ברשת באמצעותם, כל עוד המתווכים לא השתתפו בפיתוחו של התוכן.
- אמנם, יש הסבורים שהחסינות האמורה אינה שוללת הטלת אחריות פלילית על מתווכי הרשת בשל הפצתו של תוכן כאמור.
- מן הפסיקה עולה, שיש תוקף לתניות חוזיות המקימות משטר שונה של אחריות מזה שנקבע בחוק ההגיונות בתקשורת.
- על אף שכאמור, ברמה הפדראלית ניתנה למתווכי הרשת חסינות מוחלטת מפני הטלתה של אחריות אזרחית בשל הפצתו של תוכן פוגעני, ברמה המדינתית, ישנן מדינות המאפשרות הטלה של אחריות אזרחית או פלילית על מתווכי הרשת, בשל הפצה של תוכן כאמור.

### **קנדה**

- על פי הפסיקה, מתווך רשת לא יחוב בנוזיקין בשל הפצתו של תוכן פוגעני אם לא היה מודע לקיומו של התוכן או לאופיו.
- כמו כן, בפסיקה נקבע שהפניה (קישור) לתוכן פוגעני אינה מהווה עילה לאחריות בנוזיקין, אלא אם ההפניה נעשתה בדרך המעודדת את הגולשים להשתמש בה.
- על פי הצעת חוק המצויה בימים אלה בשלבי חקיקה מתקדמים, מתווך רשת עשוי לשאת באחריות פלילית ואזרחית בשל הפצת תמונה אינטימית באמצעותו, ובלבד שידע שהמצולם לא





הסכים להפצה, שלמצולם הייתה ציפייה סבירה לפרטיות ושאין עניין ציבורי בהפצתה של התמונה.

### **איחוד אירופי**

- דירקטיבת הסחר האלקטרוני משנת 2000 יצרה מנגנון של 'מפרץ בטוח' הקובע תנאים שבהתקיימם יהיה המתווך פטור מן האחריות לתכנים פוגעניים המופצים ברשת האינטרנט באמצעותו. מנגנון זה מבחין בין שלושה סוגים של מתווכי רשת: מתווך המשמש כ'צינור' להעברת התוכן בלבד, מתווך המספק שירותי אירוח זמניים, ומתווך המספק שירותי אירוח קבועים.
- לגבי מתווך מן הסוג הראשון נקבע, שהמתווך לא יישא באחריות אם הוא לא יזם את פרסומו של התוכן, לא השתתף בעריכתו, לא בחר את התוכן לפרסום, לא ערך אותו ולא קבע את זהות הנמענים.
- לגבי מתווך מן הסוג השני נקבע, שהמתווך לא יישא באחריות בתנאי שהוא לא השתתף בעריכת התוכן, שמר על הכללים המקובלים בכל הנוגע לשמירת התוכן ואחסונו, לא היה מעורב בהליכים הקשורים לדליית המידע והשימוש בו, והקפיד על הסרה מיידית של התוכן לאחר שהתוכן הוסר מהרשת על ידי מי שהעלה אותו מלכתחילה או לאחר קבלת צו שיפוטי בעניין זה.
- לגבי מתווך מן הסוג השלישי נקבע, שהמתווך לא יישא באחריות בתנאי שלא הייתה לו ידיעה ממשית על פעילות בלתי חוקית העושה שימוש בשירותיו, ובנוגע לאחריות בנוזיקין, לא הייתה יכולה להיות לו ידיעה שכזו, וכן, שהוא פעל להסרה מיידית של התוכן משעה שנודע לו שהפצתו אינה חוקית.

### **בריטניה**

- בשנת 1996 תוקן חוק לשון הרע ובמסגרת התיקון נקבע שמתווך רשת עשוי לשאת באחריות אזרחית בשל הפצתו של תוכן פוגעני אם יצליח התובע להוכיח את קיומם של התנאים הבאים:
  - המתווך לא נקט באמצעי זהירות סבירים לשם מניעת הפצתו של תוכן כאמור;
  - התובע איננו מסוגל לאתר את מי שפרסם את התוכן מלכתחילה, ואיתורו של המפרסם אינו מעשי בנסיבות העניין;
  - התובע הגיש למתווך תלונה על הפצתו של התוכן האמור, והתלונה לא טופלה כראוי.
- התיקון האמור לא עסק באחריות הפלילית של מתווכי הרשת, וישנם סימנים אחדים המעידים שהדבר נעשה בכוונת מכוון, על מנת ליצור הסדר שלילי, המונע הטלה של אחריות פלילית על מתווכי הרשת.
- בכל הנוגע לפגיעה שאינה מכוח דיני לשון הרע, תקנות המסחר האלקטרוני אימצו את הסדר המפרץ הבטוח שנקבע בדירקטיבת הסחר האלקטרוני של האיחוד האירופי, כאמור לעיל. לפי תקנות אלה, לא יישא מתווך רשת באחריות פלילית לתוכן שהופץ באמצעותו, אלא אם הייתה לו ידיעה ממשית על קיומו של התוכן, והוא לא פעל באופן מידי להסרתו.
- לעניין זה נקבע, שכאשר מי שיצר את התוכן פועל תחת סמכותו או שליטתו של מתווך הרשת, חזקה על המתווך שהוא מודע לקיומו של התוכן ולאופיו.
- בהתאם לחוק השימוש לרעה בתקשורת, מתווך רשת עשוי לשאת באחריות פלילית להפצתו של



תוכן פוגע במיוחד, אם בהפצתו של התוכן הייתה לו כוונה לפגוע באדם שהתוכן עוסק בעניינו.

### גרמניה

- לפי הקוד האזרחי, אדם נושא באחריות נזיקית בשל כל פגיעה בזכויותיו של אדם אחר, שנגרמה על ידו במכוון או ברשלנות. נראה שניסוחו הרחב של הקוד מאפשר להטיל אחריות אזרחית על מתווכי הרשת בשל הפגיעה בזכויותיו של גולש, אם יוכח שהפגיעה התרחשה בשל רשלנותם.
- הוראות דירקטיבת הסחר האלקטרוני של האיחוד האירופי הוטמעו בדין הגרמני באמצעות חוק הטלמדיה, ואחריותם של מתווכי הרשת נקבעה בהתאם להסדר שנקבע בדירקטיבה.
- עם זאת, יש להדגיש שלפי הדין הגרמני, בדומה לבריטניה, לעניין המודעות של המתווך על קיומו של התוכן הפוגעני, נקבע בחוק שבמידה וספק התוכן פעל תחת הסמכות או תחת השליטה של המתווך, חזקה על המתווך שידע על קיומו של התוכן ועל אופיו.
- כמו כן, נקבע שאין בהטלת האחריות על מתווכי הרשת כדי לחייבם להפעיל מנגנון של פיקוח על תכנים המופצים ברשת תוך שימוש בשירותיהם.



# 1. רקע תיאורטי

## 1.1 הקדמה מושגית

**רשת האינטרנט** היא רשת של מחשבים המחוברת בין רשתות רבות של מחשבים המחוברים לרשת הגלובאלית באמצעות **ציוד קצה** – אמצעי המאפשר חיבור לרשת האינטרנט, כמחשב, טלפון סלולארי, מחשב לוח וכדומה.

החיבור לרשת האינטרנט מאפשר **למשתמשים** לעשות שימוש בתוכן המופץ דרך רשת האינטרנט לכל המחשבים המחוברים לרשת זו.

אולם, חיבור פיזי של ציוד הקצה לרשת האינטרנט אינו מספיק כדי לאפשר למשתמש שימוש יעיל ברשת האינטרנט. לשם כך זקוק המשתמש למספר **מתווכי רשת**, שתפקידם הוא לאפשר לו לעשות שימוש מועיל ברשת האינטרנט. הראשון שבהם הוא **ספק שירותי הגישה לאינטרנט (ISP)**, המקצה לכל משתמש שם וכתובת המאפשרים לו להיות מחובר לרשת (למשל: אינטרנט זהב, בזק). המתווך השני הוא **ספק שירותי האירוח (Hosting)** המחזיק במחשבים בעלי נפח זיכרון עצום, המאפשר לאנשים או גופים המבקשים להעלות תוכן לרשת האינטרנט, לאחסן את התוכן במחשבי הספק.<sup>1</sup>

לעיתים, ספק שירותי האירוח אינו מותיר תוכן במחשבו באופן קבוע, אלא מאחסן באופן זמני מידע במחשבו לשם הקלה על העברת המידע ברשת תקשורת אלקטרונית והגברת מהירות ההעברה. ספק שכזה מכונה נותן **"שירות אחסון זמני" (Caching)**.

המתווך הרביעי הוא **ספק התוכן**, המכניס את התוכן לאתר לשם הפצתו בין המשתמשים (למשל: אתרי *Ynet*, *NRG*, 'נענע' וכדומה).<sup>2</sup>

אל אלה מצטרף לעיתים מתווך חמישי, הוא **ספק שירותי הגישה למחשבים**. ספק זה הוא גוף המאפשר לאנשים רבים לעשות שימוש במחשבו כדי להתחבר לרשת האינטרנט (כגון: קפה אינטרנט, אוניברסיטה או בית ספר).

המשתמש כונה בעבר גם בשם 'צרכן תוכן', משום שפעילותו העיקרית ברשת הייתה, לגלוש בין האתרים ולצרוך תוכן באמצעותם. אולם, ההפרדה המסורתית שבין ספק התוכן לצרכן התוכן מתערערת בשנים האחרונות בעקבות התפתחותה של רשת האינטרנט, כמתואר להלן.<sup>3</sup>

את התפתחותה של רשת האינטרנט מקובל לתאר כמהלך מעין-אבולוציוני. השלב הראשון, המכונה **web 1.0**, דומה במהותו לאמצעי התקשורת הקלאסיים, המתאפיינים בקיומו של דו שיח שבין **יצרן התוכן לצרכן התוכן**, כאשר ההבדל העיקרי שבין רשת האינטרנט לאמצעי התקשורת האחרים היה, המצע לקיומו של השיח. אם בעבר השיח שבין יצרן התוכן לצרכן התוכן התקיים על גבי הנייר, גלי האתר או המרקע, כעת הוא מתנהל על גבי צג המחשב.

<sup>1</sup> רשימה של חברות המספקות שירותי אירוח בישראל ונתח השוק של כל אחת מהן ניתן למצוא בכתובת <http://he.hostadvice.com/marketshare/IL/> (כניסה אחרונה: 21 באוקטובר 2015).

<sup>2</sup> ראו, הלשכה המשפטית של הכנסת (תחום חקיקה ומחקר משפטי), **"חשיפת זהותו של מעוול אנונימי ברשת האינטרנט – סקירה משווה"** (כתיבה: ירון אונגר, כ"א בשבט תשע"ב, 14 בפברואר 2012), עמ' 6 (להלן: אונגר, חשיפת זהותו של מעוול).

<sup>3</sup> וראו גם, מרכז המחקר והמידע של הכנסת, **"תוכן גולשים ואחריות מנהלי אתרי אינטרנט"** (כתיבה: רועי גולדשמידט, ו' אייר תשס"ח, 11 במאי 2008), עמ' 2 (להלן: גולדשמידט, תוכן גולשים).



השלב השני בהתפתחותה של רשת האינטרנט, המכונה web 2.0, מתאפיין בהרחבה של השיח, והפיכתו משיח דו ממדי שבין צרכן התוכן ליצרן התוכן, לשיח רב ממדי ודינמי, שבו צרכן התוכן משתתף ביצירת התוכן ויצרן התוכן צורך תוכן המועבר אליו על ידי צרכני התוכן באמצעות תגובות, כתבות אישיות (פוסטים), קבצי מלל, שמע ותמונה ומעביר תוכן זה הלאה.

## 1.2 רקע עובדתי

### 1.2.1 כללי

המעבר מרשת אינטרנט בעידן web 1.0 לרשת אינטרנט בעידן web 2.0 מאפשר לרשת האינטרנט להיות במה יצירתית לשיתוף תוכן בין כל המשתמשים ברשת. יצירתה של במה כזו מהווה התגלמות ממשית של הרעיון הדמוקרטי, מעשירה את הידע האנושי ומאפשרת ליצור קשרים אינטימיים בין משתמשים רבים.<sup>4</sup>

אולם, בצד יתרונות מובהקים אלו, העידן החדש ברשת האינטרנט חשף את המשתמשים בפני סיכונים רבים שהם לא היו חשופים אליהם בעידן web 1.0. בכלל זה, למשל, חשיפה לא מבוקרת של תוכן מקורי תוך פגיעה בזכויות היוצר, פגיעה בפרטיות או בשם הטוב באמצעות תוכן המועלה על ידי משתמשים אנונימיים, הטרדת רשת (cyberbullying) וכדומה.

מסמך זה יתמקד בפגיעה הבאה לידי ביטוי בהפצה של תוכן מיני ופוגעני ברשת האינטרנט. תוכן מסוג זה יכול לבוא לידי ביטוי בהפצת לשון הרע, ביטויים משפילים וכדומה, או באמצעות הפצה של תמונות מיניות של אדם, ללא רשותו.

בשנים האחרונות גוברת המודעות לפגיעות מסוג זה ולצורך בשכלול האמצעים החוקיים הדרושים לשם ההתמודדות עם תופעה זו. מחקרים מן השנים האחרונות חושפים נתונים מדאיגים בהקשר זה. כך למשל, במחקר שביצע ארגון שבדי למלחמה בהטרדת הרשת נמצא שכשליש מן המשתמשים בין הגילאים עשר עד שש עשרה, סבלו בשנת 2013 מהתעללות ברשת.<sup>5</sup>

במחקר דומה מן העת האחרונה נמצא שבארצות הברית, למעלה מחמישית מן המשתמשים סבלו מהפצה ללא רשות של תמונות מיניות שלהם ברשת האינטרנט, תוך פגיעה חמורה בפרטיותם.<sup>6</sup>

האמצעים ליצירה והפצה של תוכן כאמור הם רבים ומגוונים. מצלמת דיגיטאלית, מחשב נייד, טלפון סלולארי חכם, מחשב כף יד ועוד, יכולים לשמש אמצעי זמין ליצירת תוכן פוגעני או לצילום של אדם בידעו או שלא בידעו, ולהפצה מיידית של הצילומים או המסרים.

ההפצה של התוכן הפוגעני הופכת ליעילה ביותר, בעידן שבו משתמשים רבים מאוד מחוברים לרשתות החברתיות ולאתרי האינטרנט, ויכולים לצפות בהם בכל זמן ומקום שבו הם נמצאים.

<sup>4</sup> לעניין זה ראו למשל, אונגר, חשיפת זהותו של מעוול, עמ' 8-9.

<sup>5</sup> לדיווח על תוצאות המחקר ראו בכתובת <http://friends.se/fakta-forskning/rapporter/natrapporten>.

<sup>6</sup> המחקר הוא חלק מעבודה לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, שהוגשה על ידי הולי גייקובס לסנאט של המחלקה לפסיכולוגיה באוניברסיטה הבינלאומית של פלורידה, במאי 2013. תוצאות מחקר זה צוטטו אצל, Derek E. Bambauer, "Exposed", 98 *Minnesota Law Rev.* 2025, 2028. לא ידוע לנו על מחקר שיטתי בעניין זה בישראל, אך מחקרים ודיווחים בתקשורת, בעיקר בנוגע לבני נוער, מעידים שתופעה חמורה זו לא פסחה על מדינת ישראל ראו למשל: מסמכי מרכז המחקר והמידע של הכנסת בעניין "הפצת צילומים פוגעניים ברשת האינטרנט על ידי ילדים ובני נוער" 12 בינואר 2010 (כתיבה: אתי וייסבלאי); "ילדים ברשתות חברתיות באינטרנט" 23 במאי 2011 (כתיבה: אתי וייסבלאי); "אלימות וירטואלית בקרב בני נוער" 23 בינואר 2011 (כתיבה: רועי גולדשמידט); "באר שבע: בן 14 הפיץ תמונות עירום של חברתו ברשת" אתר Ynet, 23 בדצמבר 2004; רענן בן צור, "בת 13 לא באה לבייסי: תמונות עירום שלה ברשת" Ynet, 4 ביוני 2011.



## 1.2.2 בין פגיעה מקוונת לפגיעה שאיננה מקוונת

מבחינה מהותית, הפגיעה המקוונת באדם באמצעות הפצת תוכן מיני ופוגעני כלפיו אינה שונה מפגיעה דומה, המתרחשת מחוץ למרחב הווירטואלי. אולם, בשל מאפייניו הייחודיים של המרחב הווירטואלי, עצמתה של הפגיעה המקוונת היא רבה לאין ערוך מעצמתה של הפגיעה שאיננה מקוונת, וזאת בשל הגורמים הבאים:<sup>7</sup>

1. **ריחוק פיזי** – הריחוק הפיזי שבין הפוגע לנפגע ובין הפוגע לבין הציבור שנחשף לפגיעה מעצים את הפגיעה משתי סיבות. ראשית, ריחוק זה שולל את קיומם של מנגנוני פיקוח ובקרה חברתיים המעודדים את יצירתן של עכבות שיש בהן כדי למזער את עצמת הפגיעה. שנית, הריחוק מונע קבלת משוב מן הנפגע, שעשוי היה לעורר אצל הפוגע אמפתיה כלפיו, שהייתה מובילה לצמצום הפגיעה.
2. **אנונימיות** – הפוגע יכול לחסות בצילה של האנונימיות שהרשת מספקת לגולשים. אנונימיות זו פוגעת בהרתעה הפוטנציאלית מפני עמידה בפני הרשעה פלילית או בפני תביעת נזיקין, הפועלת על הפוגע במרחב הממשי ואינה פועלת על הפוגע במרחב הווירטואלי. שחיקת גורם ההרתעה אף היא משחררת את העכבות העומדות בפניו של הפוגע, ומעצימה את הפגיעה.
3. **הגדלת קהל היעד** – המרחב הווירטואלי מאפשר הגדלה של קהל היעדים, העדים לפגיעה. הגדלה זו מעצימה את תחושת ההשפלה שאותה חווה הנפגע.
4. **הנצחת הפגיעה** – המרחב הווירטואלי משמר את הפגיעה, ובשל כך גורם לכך שהפגיעה תחזור על עצמה בכל יום שבו התוכן הפוגעני אינו מוסר מן הרשת.
5. **הצתת הפגיעה** – הפצת התוכן הפוגעני מאפשרת למשתמשים רבים, שלא היו מעורבים בפגיעה מלכתחילה, להוסיף שמן למדורה' ולהעצים את הפגיעה באמצעות הוספת הערות, תגובות וכדומה.
6. **מסחור הפגיעה** – ההפצה של תוכן פוגעני באתרים המיועדים לשם כך, מאפשרת לבעלי אתרים אלו ליהנות מפירותיה של הפגיעה באמצעות הגדלת כמות הנכנסים לאתר וכתוצאה מכך, הגדלת הרווחים מפרסומות. האינטרס הכלכלי עלול להמריץ את בעלי האתרים לעודד את הפוגעים להמשיך בפגיעה, ולהקל עליהם להעלות תוכן מיני ופוגעני.

## 1.3 מודלים להטלת האחריות

מקובל לתאר שלושה מודלים עקרוניים להסדרת אחריותם של מתווכי הרשת לתוכן מיני ופוגעני המופץ ברשת האינטרנט באמצעותם.<sup>8</sup>

**המודל הראשון** הוא מודל האחריות הקפידה או האחריות המוחלטת (The strict liability model). מודל זה מטיל על מתווכי הרשת את האחריות לתוכן המופץ באמצעותם על ידי צד שלישי, ולמעשה

<sup>7</sup> על גורמים אלה ראו למשל: עידית אבני ובארהם רותם, "פגיעה מקוונת – Cyberbullying", אוקטובר 2009, עמ' 3 (אתר 'מתקוונים לאתיקה' בכתובת [http://ianethics.com/wp-content/uploads/2009/10/cyberBullying\\_IA\\_oct\\_09.pdf](http://ianethics.com/wp-content/uploads/2009/10/cyberBullying_IA_oct_09.pdf)); Mårten Schultz, "The Responsible Web: How Tort Law Can Save the Internet?" 5(2) *Journal of European Tort Law* 182, 187-192. (להלן: שולץ, רשת אחריות).

<sup>8</sup> ראו בהרחבה, [Shielding The Messenger: Protecting Platforms for Expression and Innovation](#) Version 2, updated December 2012 p. 4-20 (להלן: המרכז לדמוקרטיה וטכנולוגיה, להגן על השליח); Article 19, [Internet intermediaries: Dilemma of Liability](#) (2013) p. 7.



מחייב את המתווכים לפקח על התוכן המופץ באמצעותם ולוודא שאין בו תוכן לא חוקי. כישלונם של המתווכים בביצוע תפקיד זה עלול להוביל לביטול הרישיון העסקי שלהם ואפילו להעמדה לדין פלילי. מודל מסוג זה מקובל, למשל, בסין<sup>9</sup> ובתאילנד.<sup>10</sup>

הביקורת על מודל זה מתבססת על טיעון ערכי שלפיו, הטלתה של אחריות מוחלטת על מתווכי הרשת תיצור אפקט מצנן שיגרום לפגיעה קשה מדי בעיקרון חופש הביטוי,<sup>11</sup> ועל טיעון כלכלי, שלפיו העלויות החברתיות של הטלתה של אחריות מוחלטת על מתווכי הרשת רבות מן התועלת הצפויה מכך.<sup>12</sup>

**המודל השני** הוא 'מודל המפרץ הבטוח' (The safe harbour model). מודל זה מעניק למתווכי הרשת חסינות מפני האחריות לתוכן שלא הם יוצרו, ובלבד שעמדו בתנאים מסויימים שנקבעו בחוק.

למודל זה יש שתי גרסאות: **הגרסה האנכית** (The vertical approach), הקובעת פרוצדורה מפורטת של הליך הודעה והסרה (notice and take down), שעיקרו הוא, שמשעה שאדם מתלונן על תוכן הפוגע בו, על המתווך לבדוק את התלונה ובמידה והיא מוצדקת, להסיר את התוכן בתוך זמן סביר. גרסה זו של המודל אומצה בחוק זכויות היוצרים האמריקאי,<sup>13</sup> בכל הנוגע לאחריות מתווכי רשת לתוכן הפוגע בזכויות יוצרים, והיא אומצה גם במדינות מערביות אחרות, בהקשרים שונים.

גם כלפי מודל זה ישנה ביקורת, המתמקדת בעיקר ביעילותו של המודל, ולפיה, "במשטר של הודעה והסרה יש לצפות לכך שמחד, כל הודעה אשר לא הוגש בגינה תלונה לא תוסר ותישאר באתר גם אם מדובר בהודעה מזיקה; ומאידך, כל הודעה שהוגשה בגינה תלונה תוסר לאלתר, גם אם מדובר בהודעה בלתי מזיקה (אפקט מצנן)".<sup>14</sup>

**הגרסה האופקית** (The horizontal approach) של מודל זה, שאומצה בעיקר במדינות אירופאיות, בעקבות דירקטיבת הסחר האלקטרוני,<sup>15</sup> מציעה רמות שונות של חסינות, בהתאם לאופי הפעילות של המתווך. כך למשל, מתווך שמעורבותו בהפצת התוכן היא טכנית בעיקרה, כספק שירותי גישה לאינטרנט, יזכה לחסינות כמעט מלאה מפני אחריות לתוכן שהופץ על ידי צד שלישי, בעוד שמתווך המעורב יותר בהפצת התוכן, יישא באחריות אם הוא מודע לקיומו של תוכן פוגעני ואינו מסירו באופן מידי, לאחר שנודע לו על קיומו של תוכן זה.

<sup>9</sup> לסקירה של הראות החוק והמדיניות הסינית בעניין זה ראו, **המרכז לדמוקרטיה וטכנולוגיה, להגן על השליח** עמ' 14. ראו סעיפים 14-16 לחוק עבירות המחשב ([Computer Crimes Act 2007](#)) של תאילנד, המאפשרים הטלתן של סנקציות פליליות כנגד מתווכי רשת המפרסמים מידע שגוי שיש בו כדי לפגוע באדם או בביטחון המדינה, תמונות שעלולות להביך צד שלישי או לפגוע בשמו הטוב, ועוד. במסמך שהוגש על ידי ארגון Article 19 לארגון האומות המאוחדות, לטובת הסקירה של מצב זכויות האדם בתאילנד בשנת 2011 במסגרת הסקירה התקופתית של ארגון האומות המאוחדות של מצב זכויות האדם בעולם (Universal Periodic Review). סעיף 6 של מסמך זה מפרט את ההוראות הרלבנטיות בעניין זה. לא למותר לציין שבמסמך מתואר הליך פלילי שהתנהל כנגד עורכת של אחד מאתרי החדשות המרכזיים במדינה בשל כישלונה בהסרת תגובה החשודה ככזו שיש בה כדי לפגוע במלך תאילנד. העונש המרבי הצפוי לעורכת הוא חמישים שנות מאסר(!). (המסמך הנוכח זמין בכתובת <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1739/11-03-14-UPR-thailand.pdf>)

<sup>11</sup> ראו אמל ג'בארין, "על אחריותם של אתרי אינטרנט לתוכן משתמשים מזיק בראי הניתוח הכלכלי למשפט" **קריית המשפט** ט (תשע"א) 263, 269 (להלן: ג'בארין, ניתוח כלכלי).

<sup>12</sup> ראו להלן, אחר הציון להערה 39.

<sup>13</sup> יש בארצות הברית מלומדים המציעים אימוץ של גישה זו גם בנוגע לפגיעה בפרטיות או בשם הטוב. ראו למשל, Ariel Ronneburger, "Sex, Privacy, and Webpages: Creating a Legal Remedy for Victims of Porn 2.0", 2009 **Syracuse Sci. & Tech. L. Rep.** 1, 28-30. יש המבקרים את מנגנון ההודעה וההסרה בטענה שיישומו גורם לעיתים למחיקתו של תוכן ראוי תוך פגיעה חמורה בחופש הביטוי, ובטענה שכוחות השוק מסוגלים להתמודד עם התוכן המזיק, בעוד שההתערבות חקיקתית עלולה לגרום לאי חשיפה של הציבור לתוכן שיש בו תועלת חברתית וכלכלית. ראו לעניין זה, רפעת עזאם, "על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי להסדרתו ולמיסויו של המסחר האלקטרוני" **משפט ועסקים** יג (תש"ע, ספטמבר 2010) 191, 200 (להלן: עזאם, מסחר אלקטרוני).

<sup>14</sup> **ג'בארין, ניתוח כלכלי** עמ' 293.

<sup>15</sup> ראו בהרחבה להלן, אחר הציון להערה 187.



לפי ג'בארין, ניתוח כלכלי של גרסה זו של מודל המפרץ הבטוח מגלה שזהו מודל ההסדרה היעיל ביותר.<sup>16</sup> בחלק מן המדינות התפתחה גרסה שלישית של מודל זה, שניתן לכנותה כהסדרה מעורבת. לפי גרסה זו של מודל המפרץ הבטוח, כתחליף לכללים שנקבעים בחקיקה הראשית לשם יצירתו של המפרץ הבטוח, הממשלה מעודדת את המתווכים לנקוט באמצעים טכנולוגיים ולאמץ כללי הסדרה עצמית על מנת שיזכו לחסינות מפני אחריות לתוכן המופץ על ידי צד שלישי.

ולבסוף, **המודל השלישי** הוא מודל החסינות המוחלטת (The broad immunity model), הקובע שאל מתווכי הרשת יש להתייחס כאל שליחים בלבד (במובחן ממפרסמים), מעין 'צינורות' להעברת התוכן, שאינם נושאים באחריות לתוכן המופץ דרכם. מודל זה קיים, למשל, בארצות הברית<sup>17</sup> ובסינגפור.<sup>18</sup>

#### 1.4 הבסיס המשפטי של האחריות

בניסיון לאתר את הבסיס המשפטי ההולם ביותר לשם הטלת אחריות על מתווכי הרשת, הציעו המלומדים שלושה סוגים של אחריות: אחריות נזיקית, אחריות קניינית ואחריות פלילית.

עם זאת, יש להדגיש שבאופן עקרוני ניתן לעשות שימוש בכמה דוקטרינות במקביל, על מנת ליצור הסדר יעיל, הנהנה מיתרונותיהן של כל אחת מן הדוקטרינות האמורות.

האחריות הנזיקית יכולה להתבסס, למשל, על דיני לשון הרע,<sup>19</sup> או הגנת הפרטיות.<sup>20</sup> אחריות זו מתמקדת בנזק שנגרם לנפגע בשל הפצתו של התוכן הפוגעני.<sup>21</sup>

יתרונה המרכזי של דרך זו הוא, שהיא מאפשרת לנפגע שליטה על ההליך המשפטי, היא מאפשרת לנפגע לקבל פיצוי על הפגיעה בו מאת הפוגע, והיא אף אינה סובלת מן הקשיים הפרוצדוראליים שמערים ההליך הפלילי בפני הטלתה של אחריות פלילית על האדם.

החיסרון המרכזי של האחריות הנזיקית הוא, שאחריות מסוג זה מתמקדת בעבר, ובשל כך היא אינה מאפשרת לנפגע לקבל את הסעד שלעיתים הוא הסעד העיקרי מבחינתו – הסרה של התוכן הפוגעני.<sup>22</sup>

האחריות הקניינית אינה מתמקדת בנזק שנגרם לאדם, אלא בזכותו הקניינית על תוכן שהוא היה מעורב ביצירתו.<sup>23</sup> הטלתה של אחריות קניינית עשויה לאפשר לנפגע, למשל, לדרוש את הסרתן של תמונות שלו

<sup>16</sup> ראו בהרחבה, ג'בארין, ניתוח כלכלי עמ' 310-321.

<sup>17</sup> ראו בהרחבה להלן, אחר הציון להערה 153.

<sup>18</sup> ראו סעיף 26 לחוק העסקאות האלקטרוניות של סינגפור ([Electronic Transaction Act](#)), משנת 2010. יש לציין כי ג'בארין מציין את סינגפור כמדינה שבה נהוג מודל האחריות המוחלטת (ג'בארין, ניתוח כלכלי עמ' 268, הערה 17). קביעה זו נסמכת על מאמרו של הולנד, Michael Holland, Libel on the Internet: An International Problem, הזמין בכתובת <http://www.yidian.org/articlelist.php?tid=4001> (כניסה אחרונה: 5 בינואר 2015). אולם מאז כתיבתו של מאמר זה שונה החוק בסינגפור, וכיום מדינה זו אינה מטילה עוד על מתווכי הרשת אחריות לתוכן שהופץ באמצעותם.

<sup>19</sup> ראו למשל, Susan Freiwald, Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation, 14 *Harv. J.L. & Tech.* 569, 595-96 (2001); Amanda Levendowski, "Using Copyright to Combat Revenge Porn", 3 *N.Y.U. Journal of Intell. Prop. & Ent. Law* 422, 434-435 (2014) (להלן: לבנדובסקי, זכויות יוצרים).

<sup>20</sup> ראו למשל, Anupam Chander, "Youthful Indiscretion in an Internet Age", in: *The Offensive Internet* 124, (Saul Levmore & Martha C. Nussbaum eds.), 2010, 33-129 וכן אצל לבנדובסקי, זכויות יוצרים עמ' 436-437. עילה נזיקית נוספת, שהיא ייחודית לדין האמריקאי היא העילה של השימוש לרעה בשמו או בדמותו של אדם (Misappropriation). לעניין זה ראו שם, עמ' 435.

<sup>21</sup> לתמיכה בהטלתה של אחריות נזיקית על מתווכי הרשת, ראו: שולץ, רשת אחראית; לבנדובסקי, זכויות יוצרים עמ' 433-436.

<sup>22</sup> לטיעון זה ראו למשל, Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, "Criminalizing Revenge Porn" 49 *Wake Forest Law Rev.* 345, 249. (להלן: ציטרון ופרנקס, הפללה)

<sup>23</sup> לתמיכה בהטלת אחריות מסוג זה כאמצעי במלחמה נגד תופעת ה-Revenge Porn ראו למשל אצל במבאור, לעיל הערה 6.



שצולמו בהסכמתו. אולם, קשה לראות כיצד ניתן יהיה לעשות שימוש באחריות מסוג זה כלפי מתווך שהפיץ תוכן פוגעני שאינו צילום של הנפגע, או כלפי תמונה שהנפגע כלל לא היה מעורב ביצירתה (למשל, אם היא צולמה שלא בידיעתו).<sup>24</sup>

הטלתה של אחריות פלילית על מתווכי הרשת יכולה להיעשות באמצעות שימוש בדוקטרינות קיימות (למשל: לשון הרע, הטרדה מינית<sup>25</sup>) או באמצעות יצירתה של עבירה ייחודית הנוגעת להפצה של תוכן מיני ופוגעני ברשת האינטרנט.

יתרונה של האחריות הפלילית נובע מכוחה ההרתעתי. אחריות פלילית יכולה לגרום למתווכי הרשת לחשוב פעמיים לפני הפצתו של תוכן חשוד, ובמובן זה היא משרתת את עניינו של הנפגע יותר מאמצעים משפטיים אחרים.<sup>26</sup> אחריות מסוג זה מבטאת את הסלידה החברתית מקיומה של תופעת השימוש ברשת האינטרנט לשם הפצת תוכן מיני ופוגעני.<sup>27</sup>

חסרונה של האחריות הפלילית נובע מן הסרבול של ההליך הפלילי ומחוסר השליטה של הנפגע על ההליך.

## 1.5 שיקולים בעד הטלתה של אחריות על מתווכי הרשת

הפצתו של התוכן הפוגעני מתאפשרת מכוחו של שיתוף פעולה בין הגולש שיצר את התוכן, למתווכי הרשת. אי לכך, באופן עקרוני, ניתן להטיל את האחריות להפצתו של תוכן פוגעני על מי שיצר את התוכן הפוגעני והעלה אותו לרשת (להלן: הפוגע), על מתווכי הרשת, או על שניהם גם יחד.

חלק מן המלומדים העלו שיקולים אחדים להעדיף את הטלת האחריות דווקא על מתווכי הרשת, ולא על הפוגע. את השיקולים האמורים ניתן לסווג לשתי קבוצות: שיקולי יעילות ושיקולי צדק.

### 1.5.1 שיקולי יעילות

במסגרת שיקולי היעילות נטען, שחשיפתו של מי שהעלה לרשת את התוכן הפוגעני כרוכה בקיומו של הליך משפטי מורכב שהצלחתו מוטלת בספק, הכרוך בעלויות שלא כל נפגע יכול לשאת בהן.<sup>28</sup>

כמו כן, נטען שמתווכי הרשת הם מונעי הנזק היעילים ביותר משום שבידם הכוח למנוע את העלאתו של התוכן, להסירו, לחסום את הגישה אליו ואף להעניש את מי שהעלה לרשת תוכן פוגעני.<sup>29</sup>

כמו כן, מתווכי הרשת מסוגלים בקלות יחסית להביא לחשיפתו של הפוגע העיקרי.<sup>30</sup> לפיכך, שיקולי יעילות כלכלית מחייבים להטיל את האחריות עליהם, ולא על הפוגע.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> לדיון בעניין זה ראו בהרחבה, **ציטרון ופרנקס, הפללה עמ' 359-360**.

<sup>25</sup> ראו שם, עמ' 360; **לבנדובסקי, זכויות יוצרים עמ' 432-433**.

<sup>26</sup> ראו שם, עמ' 361.

<sup>27</sup> ראו שם, עמ' 362-363.

<sup>28</sup> **המרנז לדמוקרטיה וטכנולוגיה, להגן על השליח עמ' 4**. וראו גם, רחל אלקלעי, "אחריותו האזרחית של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע מזיק" **המשפט** ו (תשס"א) 151, 159 (להלן: אלקלעי, אחריות אזרחית); ניבה אלקין-קורן, "המתווכים החדשים" בכיכר השוק" הווירטואלית" **משפט וממשל** ו (תשס"ג) 381, 389-388 (להלן: אלקין-קורן, המתווכים החדשים).

<sup>29</sup> **אלקלעי, אחריות אזרחית שם; אלקין-קורן, המתווכים החדשים עמ' 389**.

<sup>30</sup> וראו גם **אלקלעי, אחריות אזרחית עמ' 154** ("ספקי אינטרנט עשויים להיות הגורם היעיל ביותר לאכיפת החוק ולהבטחתם של אינטרסים חיוניים המוסדרים בחקיקה"). ואולם, בכתבה בעניין זה באתר האינטרנט של עיתון הניו יורק טיימס צוטטה פרופ' לורנס לסיג מאוניברסיטת סטנפורד הטוענת שבניגוד לדעה הרווחת, בשל ההתפתחות הטכנולוגית איתורו של יוצר התוכן או ספק התוכן אינו קשה כבעבר. (Katharine Q. Seelye, "Snared in the Web of a Wikipedia Liar", **N.Y. TIMES** Dec. 4, 2005 at 4-1).

<sup>31</sup> שם. וראו גם, **Ronald J. Mann & Seth R. Belzley, "The Promise of Internet Intermediary Liability", 47 WM & Mary L. Rev. 239, 249 (2005)**.





עוד נטען, שכיסם של מתווכי הרשת 'עמוק' מזה של הפוגע, והדבר מאפשר פיצוי הולם של הנפגע,<sup>32</sup> וכן, ש"ספקי השירות המרוויחים מההפרה יכולים לפזר את עלויות ההפרה ולהעביר אותם אל אחרים, בצורה טובה יותר מאשר יכול לעשות זאת התובע הנפגע או המפר".<sup>33</sup>

ולבסוף, בהיבט החברתי נטען ש"הקטנת אחריותם של ספקי השירות או מתן פטור תבלום את התפתחותם של כלי שוק אשר ניתן להשתמש בהם כדי להקטין אחריות", שימזערו את הנזק שנגרם ויבטיחו פיצוי הולם לנפגע.<sup>34</sup> "כלים כאלה כוללים בין היתר: ביטוח נגד הנזק הנגרם על ידי המשתמשים, העברת האחריות למנוי המפר באמצעות הסכמי שיפוי ואחריות, רישוי (כולל הסכמי רישוי קולקטיביים), חינוך המנויים וכן שימוש בהגנות טכנולוגיות כגון מנגנוני איתור".<sup>35</sup>

### 1.5.2 שיקולי צדק

במסגרת שיקולי הצדק נטען שמתווכי הרשת הם אלו שמאפשרים את העלאתו של התוכן לרשת והם גם אלו שמרוויחים מכך. בשל כך נטען, שההגינות מחייבת להטיל על מי שמפיק רווח מפעילות מסוימת, את האחריות לפקח על חוקיותה של פעילות זו, ובמידה שייכשל בכך, גם את האחריות לתוצאותיה של הפעילות האמורה.<sup>36</sup>

יתר על כן. גם אם נתעלם לפי שעה מרווחיו של מתווך הרשת, הרי שניתן לראות את המתווך כמי ש"מפעיל עסק העלול להזיק ולפיכך נושא באחריות לפעילות לקוחותיו אשר גרמו לנזק".<sup>37</sup>

ולבסוף, קיים חשש כבד שאילו לא תוטל אחריות על מתווכי הרשת, "העניינים ברשת יצאו מכלל שליטה", ובשל כך, מדינה המעוניינת להגן על קניינים, כבודם ופרטיותם של אזרחיה חייבת להטיל אחריות על מתווכי הרשת לתוכן פוגעני המופץ באמצעותם, בדרך זו או אחרת.<sup>38</sup>

### 1.6 שיקולים נגד הטלת אחריות על מתווכי הרשת

גם את השיקולים נגד הטלת אחריות על מתווכי הרשת ניתן לסווג בשתי קבוצות: שיקולי יעילות ושיקולי צדק.

#### 1.6.1 שיקולי יעילות

על פי רוב, מתווכי הרשת אינם מסוגלים לפקח על הכמויות העצומות של מידע המועבר באמצעותם למשתמשים.<sup>39</sup> בשל כך, הטלת האחריות תוביל לסגירתם של חלק ניכר ממרחבי השיח הווירטואליים בידוי מנהלי האתרים ובעלי הרשתות החברתיות, כדי להימלט מן האחריות הכרוכה בהפעלתם של אתרים אלה.<sup>40</sup>

יתר על כן. הטלתה של אחריות משפטית על מתווכי הרשת "עלולה לעודד ספקי שירות ליטול חלק פעיל יותר בבחירת המידע שיופיע ברשת ובעריכתו... צפויים ספקי השירות למנוע גישה למקורות מידע בלתי ידועים או שלא הוסכמו מראש, ולצמצם או לבטל את השירותים האינטראקטיביים שכן הללו כרוכים

32 שם. וראו גם אלקלעי, אחריות אזרחית עמ' 159; אלקין-קורן, המתווכים החדשים עמ' 389.

33 אלקלעי, אחריות אזרחית שם; אלקין-קורן, המתווכים החדשים עמ' 389.

34 אלקלעי, אחריות אזרחית שם; אלקין-קורן, המתווכים החדשים שם.

35 שם.

36 ראו למשל, Daniel Seng, "[Comparative Analysis of National Approaches of the Liability of the Internet Intermediaries](#)", prepared for WIPO (World Intellectual Property Organization) p. 5 sect. 2

37 אלקין-קורן, המתווכים החדשים שם.

38 ראו אלקלעי, אחריות אזרחית עמ' שם.

39 אלקלעי, אחריות אזרחית עמ' 160.

40 שם.



בסיכון. כלל המטיל אחריות על ספקי שירותים יגביל אפוא לא רק את גישת הציבור למידע, אלא גם את נגישותם של אמצעי ביטוי ובימות הפתוחות למשתתפים מן הציבור הרחב".<sup>41</sup>

קיים חשש ש"הטלת אחריות על ספקי האינטרנט עלולה להגדיל במידה ניכרת את עלויות הספקת השירותים לספק ולמשתמש ולצמצם את התחרות בתחום",<sup>42</sup> בשל הצורך להעסיק עובדים שיפקחו על התכנים המועלים לרשת. פיקוח שכזה יוביל ל"שינוי המבנה המבוזר המאפיין את האינטרנט כיום".<sup>43</sup> "העלאת רמת הסיכון עלולה להרתיע גורמים רבים מלהיכנס לשוק זה",<sup>44</sup> ולייקר את עלויות השירות עד כדי צמצום של מספר ספקים השירות והגבלת "פעולתם של משתמשים פרטיים וארגונים שאינם למטרות רווח בפרט",<sup>45</sup> שלא יוכלו לשאת בעלויות אלה, ובשל כך תוגבל גישתם למידע באופן היוצר איום של ממש על הגשמתו של עיקרון חופש הביטוי.<sup>46</sup>

## 1.6.2 שיקולי צדק

המתנגדים להטלת אחריות על מתווכי הרשת טוענים שהמתווכים אינם אלא 'במה' שבאמצעותה מופץ תוכן, ואין להם שותפות אקטיבית בכל ההתרחשות שברשת. בשל כך, את האחריות לתכנים יש להטיל על המשתמשים, ולא על מתווך הרשת התמים.<sup>47</sup>

לחילופין, יש הטוענים שגם אם המתווך שותף במידת מה בהפצת התוכן, מעמדו צריך להיות כמו זה של 'צינור' להעברת מסרים, וכשם שאין להטיל על חברת הטלפון אחריות למסרים המועברים באמצעות מכשירי הטלפון, כך גם, אין להטיל על מתווכי הרשת אחריות למסרים המופצים באמצעותם.<sup>48</sup>

## 1.7 חלופות להסדרה בחקיקה הראשית

בשל הדינמיות של רשת האינטרנט, אופייה של הפעילות ברשת והקושי לפקח עליה, רבים סבורים שההסדרה של אחריותם של מתווכי הרשת אינה צריכה להיקבע במסגרת חקיקה ראשית, אלא באמצעות אמצעי הסדרה 'רכים' וגמישים יותר.<sup>49</sup> בהקשר זה מקובל לדון בשתי דרכים חלופיות של הסדרה: הסדרה טכנולוגית והסדרה עצמית.<sup>50</sup>

### 1.7.1 הסדרה טכנולוגית

הסדרה טכנולוגית היא הסדרה המבוססת על שימוש באמצעים טכנולוגיים שנועדו לסנן מראש תכנים פוגעניים. הסדרה שכזו תחייב את מתווכי הרשת לעשות שימוש באמצעים טכנולוגיים כאמור, ותטיל

<sup>41</sup> אלקין-קורן, המתווכים החדשים עמ' 392-393.

<sup>42</sup> אלקלעי, אחריות אזרחית עמ' 154, 160; אלקין-קורן, המתווכים החדשים עמ' 393.

<sup>43</sup> אלקלעי, אחריות אזרחית שם; אלקין-קורן, המתווכים החדשים שם.

<sup>44</sup> אלקלעי, אחריות אזרחית שם; אלקין-קורן, המתווכים החדשים שם.

<sup>45</sup> אלקלעי, אחריות אזרחית שם; אלקין-קורן, המתווכים החדשים שם.

<sup>46</sup> וראו גם, ת"א 1277-03-08 יגאל לבייב נ' גוגל ישראל (פורסם בנבו), בנוגע לאחריותו של מנוע חיפוש ("קבלת תביעת התובע לא רק שתוביל לאפקט מצנן שיעמיד בסכנה את קיומו של כל מנוע חיפוש – שהוא שירות חיוני לציבור בתקופתנו, אלא תקעקע לחלוטין את כל יסודות השירות החיוני של מנוע החיפוש. מידע שיתווסף למנוע חיפוש יצטרך לעבור "צנזורה מוקדמת" של בעלי מנוע החיפוש. כפועל יוצא מכך, המידע שיופיע במנוע החיפוש לא יכל את כל המידע המופיע על אותו גורם, שמבוצע חיפוש לגביו במנוע החיפוש, ובכך תפגע אנושות אמינותו ומהימנותו של מנוע החיפוש"). לניתוח עלות-תועלת מפורט של אימוצו של מנגנון אחריות מוחלטת בכל הנוגע לאחריותם של מתווכי הרשת לתוכן מיני ופוגעני המופץ באמצעותם ראו ג' בארין, ניתוח כלכלי עמ' 284-290.

<sup>47</sup> שם עמ' 160.

<sup>48</sup> שם.

<sup>49</sup> ראו אסף הרדוף, הפשע המקוון נבו, 2010 עמ' 159-160 ("האינטרנט מציג בפני רשויות האכיפה אתגר ייחודי... הוא שונה מטכנולוגיות קודמות... התפתחותו הטכנולוגית המהירה מקשה מאוד על הסדרתו המשפטית... ה"אופי" הגלובלי שלו והיעדר מנגנון שליטה מרכזית... הופך התנהגות לפחות ניתנת להסדרה"). ובמקורות המובאים שם, בהערות 5-10.

<sup>50</sup> לעניין זה ראו גם, אונגר, חשיפת זהותו של מעוול עמ' 14-17.



עליהם אחריות לפגיעה שנגרמה בשל אי עמידה בחובה זו.

בשנים האחרונות טכנולוגיית סינון התכנים השתכללה במידה רבה, והדבר מאפשר שימוש בטכנולוגיה זו כדי למנוע מראש הפצה של חלק מן התכנים הפוגעניים.<sup>51</sup>

ואולם, דומה כי טכנולוגיה זו עדיין לא השתכללה במידה כזו המאפשרת סינון של כל התכנים הפוגעניים ברשת, מבלי לפגוע פגיעה יתירה בחופש הביטוי.

בשל כך, ברור שההסדרה הטכנולוגית יכולה לשמש ככלי משלים להסדרה אחרת, אך אינה יכולה לשמש אמצעי הסדרה בלעדי, שיבטיח את מיגורה של תופעת ההפצה של תכנים מיניים ופוגעניים ברשת האינטרנט.

## 1.7.2 הסדרה עצמית

מודל ההסדרה העצמית מבוסס על ההנחה שניתן להפקיד את הפיקוח על הפעילות ברשת האינטרנט בידיה של "הקהילה הוירטואלית".

יש הסוברים שביסודה של ההסדרה העצמית מונחת תפיסת עולם שנדונה לעיל, ולפיה, הקהילה הוירטואלית איננה חופפת את הקהילה הממשית.<sup>52</sup> זוהי קהילה שלה מערכת ערכים משל עצמה, ובהתאם לכך, מן הראוי שיהיה לה משפט משל עצמה.<sup>53</sup> החברים בקהילה הוירטואלית, לפי תפיסה זו, עשויים אמנם להיות גם שותפים בקהילות ממשיות, אך ערכיהם כחברים בקהילה הוירטואלית אינם בהכרח חופפים את ערכיהם כחברים בקהילה הממשית.

בהקשר זה ניתן להבחין בשתי גרסאות של מודל זה. האחת תכונה "הסדרה עצמית מלאה", ולפיה, ניתן להפקיד באופן מלא ומוחלט את ההסדרה בידי "כוחות השוק" של הקהילה הוירטואלית,<sup>54</sup> והאחרת תכונה "הסדרה עצמית חלקית", ולפיה, עיקר ההסדרה נותר אמנם בידיה של הקהילה הוירטואלית, והמחוקק ממלא תפקיד של זרז, מניע ומפקח על כינונה של הסדרה זו.

חסידיה של מודל ההסדרה העצמית טוענים שמודל זה משקף את הערך הליבראלי של **הסכמת הנמשל לממשל** ואת הערך של **עצמאות הקהילה**,<sup>55</sup> ושהוא מאפשר גמישות וערנות לשינויים טכנולוגיים, חברתיים או כלכליים, שעשויים להשפיע על דמותו של ההסדר.<sup>56</sup>

בין אנשי האסכולה של כלכלה ומשפט יש הטוענים שמודל ההסדרה העצמית הינו **המודל היעיל ביותר מבחינה כלכלית**, משום שכל הסדר שקובעת המדינה משפיע על מדינות אחרות. הסדר המשפיע על צדדים שלישיים, שלהם אין חלק בעיצובו, יוצר החצנה לא רצויה הפוגעת ברווחה המצרפית שניתן להפיק ממנו. לעומת זאת, הסדר שמבוסס על הסדרה עצמית מקטין את החצנה, משום שכל הקהילה הוירטואלית שותפה בעיצובו, ובכך מעצים את הרווחה המצרפית שניתן להפיק ממנו.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> ראו עזאם, מסחר אלקטרוני עמ' 215-217.

<sup>52</sup> לעניין זה ראו בהרחבה, קרניאל וויסמונסקי, קהילה באינטרנט עמ' 281-284.

<sup>53</sup> וראו קרניאל וויסמונסקי, קהילה באינטרנט עמ' 282, ועמ' 284, הערה 88, המדגישים שתתכן תפיסה שלפיה האינטרנט מכונן קהילות רבות, ותפיסה שלפיה כל הגולשים נחשבים כקהילה וירטואלית אחת. לפי התפיסה הראשונה, כל קהילה תידרש לגבש לעצמה כללי התנהגות באינטרנט, בעוד שלפי התפיסה השנייה, לא יהיה מנוס מרגולציה עצמית בינלאומית על מנת להסדיר את הגלישה ברשת האינטרנט. וראו גם עזאם, מסחר אלקטרוני, שם

<sup>54</sup> להגדרה מפורטת של מודל זה ואופיו, ראו מיכאל בירנהק, הסדרה עצמית, מסמך עקרונות. המסמך זמין בכתובת [http://www.isoc.org.il/hasdara/hasdara\\_code.html](http://www.isoc.org.il/hasdara/hasdara_code.html) (להלן: הסדרה עצמית)

<sup>55</sup> ראו עזאם, מסחר אלקטרוני עמ' 217-219.

<sup>56</sup> ראו עזאם, מסחר אלקטרוני, עמ' 217; בירנהק, הסדרה עצמית, פרק א, סעיף 7, ופרק ב סעיף 4.

<sup>57</sup> ראו בהרחבה, עזאם, מסחר אלקטרוני, עמ' 221-223; בירנהק, הסדרה עצמית, פרק א, סעיף 6.



ברמה הפוליטית, יש הטוענים ש"ההסדרה העצמית נמנעת מכשלים המאפיינים הליכי חקיקה במדינות דמוקרטיות כמו השפעות של קבוצות אינטרסים, פשרות פוליטיות וכדומה".<sup>58</sup>

ואולם, בצידם של יתרונות אלה יש למודל ההסדרה העצמית חסרונות לא מבוטלים. לדברי כהן וג'ברין, ניתוח של הנזקים הצפויים לחברות המספקות שירותי גלישה אל מול התועלת שעשויה לצמוח להן כתוצאה מחשיפת זהותן של גולש מעוול מגלה, ש"העלות הכרוכה במסירת פרטים מזהים אודות המשתמשים עולה על התועלת הצומחת להן מכך",<sup>59</sup> ובשל כך, בהיעדר תמריץ לחשיפת פרטי המעוול, קשה להניח שספקי השירות ייצאו מגדרם (בלשון המעטה) כדי לסייע לנפגע לתבוע את המעוול.

כמו כן, ההסדרה העצמית עלולה "להיות אמצעי כוח נוסף בידי גורמים חזקים במגזר הפעילות הרלוונטי לנסות ולכפות את עמדתם ואת האינטרסים שלהם, תוך התעלמות או רמיסה של אינטרסים וזכויות של המיעוט או של גורמים חלשים".<sup>60</sup>

ולבסוף, מאחר שהאפקטיביות של ההסדרה העצמית מותנית בהסכמה מלאה של כל ה"שחקנים",<sup>61</sup> קשה להעריך את הזמן שיידרש עד להשגת הסדרה מלאה של הנושא, ובזמן שיחלוף עד להסדרה המלאה, עלולים גולשים רבים להיפגע. לפיכך, גם אם מקבלים את כל הטענות בעד קיומה של הסדרה עצמית בנושא חשיפת זהותם של מעוולים אנונימיים, אין בכך כדי ליתר הסדרה ציבורית של הנושא, עד לגיבושה של הסדרה עצמית.<sup>62</sup>

מודל ההסדרה העצמית החלקית מבוסס על חקיקה המקנה חסינות מפני אחריות למי שיצר מנגנון הסדרה עצמית יעיל לפיקוח על התכנים העוברים ברשת האינטרנט. דוגמה לשימוש במודל זה ניתן למצוא בחקיקה מתחום דיני זכויות היוצרים בארצות הברית, הקובעת שמתוכי רשת אשר ייטלו חלק בפעולות אכיפה ומניעה של הפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט ייהנו מ'מפרץ בטוח' (*Safe Harbor*) המעניק להם חסינות מפני אחריות להפרת זכויות יוצרים ברשת.<sup>63</sup>

ההנחה שביסודו של מודל זה היא, שמאחר שלספקים יש עניין ליהנות מן החסינות המובטחת להם במפרץ הבטוח, הם לא יתעצלו לנקוט אמצעי פיקוח ואכיפה אשר יובילום אליו.

אולם, המחקר מגלה שהסדרה בדרך זו הובילה לא אחת למוטיבציית יתר להגיע אל 'המפרץ הבטוח', אם בדרך של הסרה בלתי מבוקרת של תכנים באופן הפוגע באינטרס הציבורי,<sup>64</sup> ואם בדרך של הימנעות

<sup>58</sup> ראו בירנהק, הסדרה עצמית, שם.

<sup>59</sup> כהן וג'ברין, חשיפת זהותם, עמ' 9.

<sup>60</sup> בירנהק, הסדרה עצמית, פרק ג, סעיף 2; בהקשר זה ראוי להביא גם את דעתה של ד"ר קרן ברזילי-נהון, שחקרה את הנושא ומצאה ש"הסדרה עצמית מקדמת לרוב את קולו של הרוב, לא את קול המיעוט". ראו קרן ברזילי-נהון, "מי שולט בקהילות וירטואליות?" פנים 30, 70-76.

<sup>61</sup> ראו בירנהק, הסדרה עצמית פרק ד, סעיפים 1, 2.

<sup>62</sup> דברים ברוח זו כותב גם כב' השופט יצחק עמית בסעיף 52 לפסק דינו בבר"ע 850/06 (מחוזי חיפה) רמי מור נ' ידיעות אינטרנט מערכות אתר YNET.

<sup>63</sup> ראו ניבה אלקין-קורן, "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319, בעמ' 322. מדיניות דומה אומצה אף בנוגע לאחריות ספקי השירות לתכנים פוגעניים המופצים ברשת. לעניין זה ראו אלקין-קורן, המתוכנים החדשים, עמ' 394.

<sup>64</sup> עו"ד חיים רביה מציין שמחקר שנערך לאחרונה באוניברסיטת ברקלי גילה שבארה"ב כ-30% מהדרישות להסרת תכנים אינן עומדות בדרישות החוק. בנוגע למנגנון דומה שהונהג בהולנד, מציג עו"ד רביה בדיקה שנעשתה על ידי אגודה הולנדית, שהעלתה לשרתי המחשב של עשרה ספקי שירותים הולנדים קטע ספרותי שנכתב על-ידי סופר בן המאה ה-19, שזכויות היוצרים בו פקעו מזמן. לאחר זמן מה פנתה האגודה בדרישה לעשרה ספקים להסיר את התוכן מפר זכויות היוצרים בטענה שהיא בעלת הזכויות ביצירה. לטענה זו לא היה כל שחר, עורך הדין שפעל לכאורה בשמה של האגודה לא היה ולא נברא, ובטקסט נאמר במפורש שהיצירה נכתבה ב-1871, והסופר נפטר בשנת 1877. למרות כל אלה, שבעה מבין עשרה הספקים מחקו את "היצירה המפירה". ראו חיים רביה, "בדיחה רעה" בכתובת <http://law.co.il/articles/isp-liability/2005/12/17/258> (כניסה אחרונה: 19 לינואר 2012).



המתווכים מפיקוח על התכנים כדי שלא להיתפס כמעורבים במעשי העוולה.<sup>65</sup>

## 2. רקע נורמטיבי

את הדיון ברקע הנורמטיבי הנוגע לאחריותם של מתווכי הרשת להפצתו של תוכן מיני ופוגעני בישראל נציג בארבע 'שכבות'.

ב'שכבה' הראשונה יוצגו המסקנות שגובשו על ידי צוות חוק ומשפט, שפעל במסגרת ועדת משנה לתקשוב ומידע שתחת ועדת הכלכלה של הכנסת, בנושא של היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע, אשר פורסמו בשנת 1997. להמלצותיה של הוועדה אין אמנם משקל נורמטיבי מחייב, אך בשל מעמדה של הוועדה והמשקל הציבורי והמקצועי של חבריה, מן הראוי להכיר את מסקנותיה בנוגע לאחריותם של מתווכי הרשת, בפתחו של כל דיון נורמטיבי בנושא שבנדון.

ב'שכבה' השנייה, יוצג המצב הנורמטיבי הקיים, מתוך מגמה לבחון האם הדין הקיים, בהתאם לפרשנות המקובלת שלו, מאפשר להטיל על מתווכי הרשת אחריות לתוכן פוגעני או מיני המופץ באמצעות ברשת האינטרנט.

ב'שכבה' השלישית, נבקש לסקור הצעות חקיקה שביקשו להסדיר את המצב הקיים בתחום זה, ולהבהיר מה עלה בגורלן.

ולבסוף, ב'שכבה' הרביעית נבקש לבחון האם קיימת הסדרה עצמית המאפשרת הטלה של אחריות על מתווכי הרשת, ואם קיימת הסדרה שכזו, כיצד באה לידי ביטוי הטלת האחריות, והאם היא יעילה?

### 2.1 מסקנות הוועדה לעניין היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע, 1997

בחודש נובמבר 1996, בעידודם של יו"ר ועדת הכלכלה (כתוארו אז), חבר הכנסת אלי גולדשמידט ויו"ר הכנסת (כתוארו אז), חבר הכנסת דן תיכון, הוקמה ועדת משנה מיוחדת לתקשוב ומידע בוועדת הכלכלה של הכנסת.

במהלך שאינו אופייני לעבודת הכנסת אך בתאום עם ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, ובברכתו החליטה ועדת המשנה למקד את פעילותה בהכנת דו"ח מקיף בנושא: היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע.<sup>66</sup>

על מנת לסייע לחברי הכנסת בכתיבתו של דו"ח כאמור, פנה יו"ר הוועדה, חבר הכנסת (כתוארו אז), מיכאל איתן, לפרופ' דני דולב, יו"ר הוועדה הלאומית לפיתוח תשתיות מידע ותקשוב ולמר עמירם שור, שכהן באותה עת בתפקיד יו"ר הארגון הישראלי לטכנולוגיית המידע (היל"ה), וביקש מהם לסייע לוועדת המשנה בגיבוש צוותי משימה של מומחים מתחומי האקדמיה, התעשייה והמנהל הציבורי בישראל.

אי לכך, מסקנותיה של הוועדה אינן משקפות אך ורק את עמדתם של חברי הכנסת, אלא גם את עמדתה של הצמרת האקדמית והמקצועית בישראל באותה עת.

הוועדה עסקה בנושאים רבים ומגוונים הנוגעים להיערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע, ואגב כך

<sup>65</sup> "נראה כי ספקי שירות ייקחו על עצמם תפקידי פיקוח, וידאגו להסיר מיידית ובאופן עצמאי כל פרסום פוגעני, אם לא יחששו כי באם יפקחו, תוטל עליהם אחריות" – פרשת סבו עמ' 26.

<sup>66</sup> הכנסת, ועדת הכלכלה, ועדת משנה לתקשוב ומידע, [דין וחשבון מסכם של עבודת צוותי משימה בנושא היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע](#), בשיתוף הוועדה הלאומית לפיתוח תשתיות מידע ותקשוב, 1997 (להלן: דוח הוועדה לעניין היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע).



הקדישה גם פרק מיוחד הנוגע להיערכות משפטית לעידן המידע,<sup>67</sup> ובכלל זה גם דיון ב"אחריות אזרחית של ספקי שירותים באוטוסטרדת המידע".

בפתחו של הפרק נקבעו מספר עקרונות של מדיניות משפטית ראויה. דומה שהחשוב שבהם לעניינו של מסמך זה הוא, שבשל אופייה הגלובאלי של סביבת התקשוב, "המדיניות הראויה היא בחינתם של הסדרים בינלאומיים והחלתם בישראל בהתאם לצורכי המשק והחברה בישראל",<sup>68</sup> מתוך שאיפה ליצור "התאמה עם ההסדרים הגלובאליים המתגבשים בנושאי תקשוב ומידע".

ועדת המשנה הגיעה למסקנה שאין להטיל על מתווכי הרשת אחריות מוגברת (כסטנדרט של אחריות מוחלטת לתוכן), משום שהטלת אחריות כאמור "עלולה להגדיל במידה ניכרת את עלויות הספקת השירותים לספק ולמשתמש, ולצמצם את התחרות בתחום",<sup>69</sup> והיא אף "תחייב פיקוח עריכתי על התכנים המועברים ברשת ותכתיב שינוי המבנה המבוזר המאפיין את רשתות תקשורת המחשבים כיום, באופן העלול לפגוע בחופש הביטוי".<sup>70</sup>

כמו כן, הוועדה המליצה "להכיר ולהבחין לעניין האחריות הנזיקית בין ספקי שירותים מסוגים שונים - מוציאים לאור, מפיצים, ספקי שירותים וכדומה. אבחנתם תעשה על פי הגדרת השירותים הניתנים, היחסים המשפטיים בין הספק לקבלני המשנה והמשתמשים, מדיניות הספק, והאמצעים המשפטיים והטכנולוגיים אשר הוא מפעיל על מנת להתערב בתכנים".<sup>71</sup>

ולבסוף, "במישור היחסים החוזיים", קבעה הוועדה ש"יש לשקול פיקוח על תניות פטור והגבלת אחריות. בהקשר זה יש לשקול את קיומם של פערים בכוח המיקוח בין משתמשים לספקים, ואת עצם האפשרות לנהל משא ומתן ולסכם תנאי חוזה שישקף הלכה למעשה את רצונם של הצדדים".<sup>72</sup>

ככל הידוע, המלצותיה של הוועדה בכל הנוגע להסדרת האחריות של מתווכי הרשת לתכנים המופצים באמצעותם לא קודמו על ידי הממשלה.

## 2.2 אחריותם של מתווכי הרשת לפי הדין הקיים

לפני הדיון באחריותם של מתווכי רשת מכוחה של חקיקה ייחודית שנועדה לטפל בעבירות המבוצעות באמצעותם של אתרי אינטרנט, פורומים, קהילות וירטואליות וכדומה, יש לבחון האם ניתן להטיל את האחריות מכוחן של דוקטרינות קיימות בדין האזרחי או הפלילי.

**בהקשר האזרחי**, ניתן לבחון הטלת אחריות מכוחן של דוקטרינות נזיקיות כעולות הרשלנות, לשון הרע, פגיעה בפרטיות, או ההטרדה המינית, או מכוחם של דיני הקניין האוסרים הפצה של תוכן תוך פגיעה בזכותו הקניינית של אדם בתוכן זה.

<sup>67</sup> לא למותר לציין את חברי הצוות שעסקו בהכנתו של פרק זה (על פי תאריהם באותה עת): פרופ' משה בר-ניב, יו"ר הפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל-אביב, המרכז הבינתחומי למשפט ועסקים; ד"ר ניבה אלקין-קורן, מרצה בפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. מתמחה בדיני קניין רוחני, דיני חוזים, ומשפט וטכנולוגיות מידע; מר ויקטור ח. בוגנים חוקר ומרצה בתחומים של משפט וטכנולוגיות מידע, קניין רוחני ומשפט עסקי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה ובפקולטה לניהול, אוניברסיטת תל אביב; פרופ' מיכאל בן-אור חבר המחלקה למתמטיקה ומדעי המחשב, האוניברסיטה העברית; עו"ד דלית דרור ממונה בכירה על ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים; עו"ד יורם הכהן, יו"ר הוועדה הממשלתית להתאמת תקנות העדות (העתקים צילומיים) לטכנולוגיות מידע חדשות, מזכיר הוועדה הממשלתית לבחינת ההיבטים המשפטיים של המעבר למסחר ב-EDI, מנכ"ל חברת מיוזיקנטס בע"מ ומרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה; עו"ד יצחק זיסמן ממונה עורכי הדין שיבולת, ישראלי, רוברטס, זיסמן ושות', תל-אביב.

<sup>68</sup> דוח הוועדה לעניין היערכות מדינת ישראל לקראת עידן המידע עמ' 34.

<sup>69</sup> שם, עמ' 35.

<sup>70</sup> שם, עמ' 35.

<sup>71</sup> שם, עמ' 46.

<sup>72</sup> שם.



**בהקשר הפלילי** ניתן לבחון הטלת אחריות מכוחן של עבירות לפי דיני לשון הרע, הגנת הפרטיות או ההטרדה המינית, ובמקרים מסוימים גם מכוחן של הוראות החוק האוסרות פרסום של חומר תועבה, כפי שיובהר להלן.

### 2.2.1 דיני לשון הרע

סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע) קובע שלשון הרע היא:

- (1) דבר שפרסומו עלול להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם;
- (2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו;
- (3) לפגוע באדם במשרתו... בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;
- (4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו, נטייתו המינית או מוגבלותו<sup>73</sup>.

לכאורה, כמעט לפי כל החלופות הנזכרות, פרסום של תוכן מיני ופוגעני עשוי להיחשב כלשון הרע<sup>73</sup>. לעניינו של מסמך זה רלבנטיות במיוחד ההוראות שבסעיפים 11 ו-12 של החוק, העוסקות באחריות המוטלת על מפרסם, מדפיס או מפיץ.

לפי סעיף 2(א) לחוק, "פרסום, לענין לשון הרע - בין בעל פה ובין בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר", ובלבד שהפרסום נועד "לאדם זולת הנפגע" והגיע לאותו אדם או לאדם אחר זולת הנפגע". לפי הגדרה רחבה זו, גם פרסום באינטרנט עשוי להיחשב כפרסום של לשון הרע, וכך אמנם קבעו בתי המשפט בישראל, במספר הזדמנויות<sup>74</sup>.

אחריותם של מתווכי הרשת לפרסום לשון הרע באמצעותם, תיקבע בהתאם לסעיף 11(א) לחוק העוסק באחריותו של המפרסם, שם נקבע שאם "פורסמה לשון הרע באמצעי תקשורת, ישאו באחריות פלילית ואזרחית בשל לשון הרע, האדם שהביא את דברי לשון הרע באמצעי התקשורת וגרם בכך לפרסומו, עורך אמצעי התקשורת ומי שהחליט בפועל על הפרסום, ובאחריות אזרחית יישא גם האחראי לאמצעי התקשורת".

לפיכך, האפשרות להטיל אחריות על מתווכי הרשת תוכרע בהתאם לשאלה, האם אתר האינטרנט בא

<sup>73</sup> אמנם, לדעתו של פרופ' יובל קרניאל, אין בכוחו של הפרסום באינטרנט להשפיל אדם או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג, משום שהפרסום באינטרנט הוא "ביטוי ספונטני, אנונימי, שהמשקל שלו נמוך, בדרך כלל אין מייחסים לו אמינות או חשיבות ולכן אין לראות בו פגיעה של ממש בשם טוב, בפרטיות, או להבדיל בביתחון המדינה" (יובל קרניאל, "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט", בתוך: תהילה שורץ-אלטשולר (עורכת) **עיתונות דוט. קום – העיתונות המקוונת בישראל** הספרייה לדמוקרטיה (2007), עמ' 100 (להלן: עיתונות דוט. קום)).

אולם, משה פיבך דוחה גישה זו. לדבריו, עמדתו של קרניאל "אינה משקפת את מלוא המציאות באינטרנט. יש, אמנם, פרסומים באינטרנט שציבור הקוראים אינו מייחס להם חשיבות, תגוביות (טוקבקים) למשל, אך אלו אינם משקפים את כל מגוון הפרסומים. קיימים פרסומים חדשתיים (לעתים רכילותיים) או דיונים פתוחים בפורומים שונים, שנקלטים על ידי קהל הקוראים ומתפשטים כאש בשדה קוצים ויש פרסומים שאינם נופלים במשקלם ובחשיבותם, בעיני הקוראים, מאלו המתפרסמים באמצעי התקשורת המסורתיים" (משה פיבך, "לשון הרע באינטרנט" **בדלתיים פתוחות** – ביטאון מחוז חיפה של לשכת עורכי הדין, גיליון מס' 25 (יוני-יולי 2008)) 42, 44). יתר על כן. לדבריו, "בהערכת משקלו של פרסום באינטרנט, יש להביא בחשבון לא רק את משקלו הסגולי של הפרסום אלא גם את מהירות התגובה, את התפוצה האדירה של הפרסומים באינטרנט ואת העובדה שפרסומים "ישנים" נשאים נגישים זמן רב ברשת, שלא כעיתונים: שנים שבעבור מספר ימים נעלמים מן העין" (שם). ולבסוף, "ההבחנה בין פרסום שמשקלו נמוך לפרסום שמשקלו גבוה אינה מוגבלת לפרסומים באינטרנט בלבד", ובשל כך, "מקומה של הבחנה זו הוא בהערכת מידת הפגיעה וכתוצאה מכך בחומרת העונש המוטל על הפוגע, אך לא בעצם היותו של הפרסום הפוגע לשון הרע" (שם).

<sup>74</sup> ראו למשל: השופטת דורית ריך-שפירא ק"פ (ת"א) 145/00 **ויסמן נ' גולן** תק-של-2002 ("לאור הגדרתו של פרסום כאמור בסעיף 2 לחוק לשון הרע האוסר מפורשות פרסום ב"דרכים אחרות" ובהתחשב בתכליתו המפורשת של המחוקק ... תיתכן דרך פרסום נוספת ... הגבלת איסור הפרסום רק לאמצעים המאוזכרים בחוק והתעלמות מחידושי הטכנולוגיה, מהווה פירוש מצומצם ובלתי ראוי, הפוגע במטרות המחוקק" להלן: פרשת גולן); השופט אמיר, ת"א (כ"ס) 77830/00 **בורוכוב נ' פורן** תק-של-2002 (2) 1216, פסקה 38 ("אני מסכים עם קביעת ביהמ"ש שם, ש"פרסום" בחוק איסור לשון הרע כולל גם פרסום באינטרנט". להלן: פרשת פורן); השופט עמית בבר"ע (חי) 850/06 **מור נ' Ynet** תק-מ-2007 (2) 1837 ("הגדרת המונח "פרסום" בחוק איסור לשון הרע היא רחבה דיה כדי להכניס תחת כנפיה גם פרסום ברשת האינטרנט"). וראו גם: **הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני, דו"ח חלקי** (אייר תשס"ד, מאי 2004), עמ' 50 (להלן: דו"ח שפניץ); "יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט" בתוך: **עיתונות דוט. קום** עמ' 85; **עזאם, מסחר אלקטרוני** עמ' 209.



בגדרה של ההגדרה "אמצעי תקשורת". הגדרה זו מצויה בסעיף 11(ג) לחוק ולפיה "אמצעי תקשורת" הוא "עיתון, כמשמעותו בפקודת העיתונות... וכן שידורי רדיו וטלוויזיה הניתנים לציבור".

מאחר וברור שלא ניתן לתאר את אתרי האינטרנט כ"שידורי רדיו וטלוויזיה"<sup>75</sup>, לא נותר אלא לבחון, האם אתרי אינטרנט עשויים להיות מוגדרים כ"עיתון".

הביטוי "עיתון" הוגדר בסעיף 2 של פקודת העיתונות כ"כל **דבר דפוס** המכיל חדשות, ידיעות, סיפורי מאורעות, או כל הערות, ציונים, או באורים בקשר עם אותם חדשות, ידיעות או סיפורי מאורעות, או עם כל ענין אחר בעל חשיבות ציבורית, הנדפס בכל לשון והיוצא לאור בישראל למכירה או להפצת חניס, לעתים קבועות או בלתי קבועות". על מנת להסיר ספק, מובהר בסעיף האמור שהביטוי "נדפס" "פירושו הועק במכש דפוס".

לכאורה, הגדרות אלו אינן מאפשרות לקבוע שפרסום באינטרנט הוא בגדר פרסום "באמצעי תקשורת", וכך אמנם הסיק השופט אמיר **בפרשת פורן**.<sup>76</sup> אף על פי כן, השופטת רות רונן הגיעה למסקנה שונה באמרת אגב **בפרשת סודרי**, שבה קבעה ש"השאלה האם אתר אינטרנט הוא "עיתון", איננה נקיה מספקות, כאשר מדובר באתר שיש לו המאפיינים של "עיתון", למעט המאפיין של "הדפסה".<sup>77</sup> כך, כאשר מדובר באתר שיש לו עורך, הממין ומסנן את התכנים המתפרסמים בו, אתר בו קיימים כתבות ופרסומים המתפרסמים על דעת המערכת, השאלה האם מדובר ב"עיתון" על כל הכרוך בכך, למרות שלא מדובר ב"דבר דפוס", "הנדפס", איננה פשוטה".<sup>78</sup>

נראה אפוא שבשאלה האם פרסום באתר אינטרנט שיש להם מאפיינים של עיתון הוסדר מכוחו של סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע קיימים ספקות משמעותיים. אולם, נראה כי לכל הדעות, פרסום באתרים המהווים מעין במה לשיח ציבורי שמנהל האתר כמעט ואינו מעורב בו, לא יוגדר כפרסום באמצעי תקשורת, בהתאם להגדרה שבסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע.<sup>79</sup>

החוק קובע הגנות אחדות העומדות לזכותו של המפרסם. החשובה שבהן לעניינו של מסמך זה היא זו הקבועה בסעיף 11(ב) לחוק, הקובע ש"באישום פלילי... תהא זו הגנה טובה לעורך **אמצעי התקשורת** שנקט אמצעים סבירים כדי למנוע פרסום אותה לשון הרע ושלא ידע על פרסומה".

סעיף 12 לחוק, העוסק באחריותו של מדפיס ומפיץ פותח פתח רחב יותר להטלתה של אחריות על מתווכי הרשת, משום שלפי סעיף זה, התנאי להטלתה של האחריות הוא, שהפרסום ייעשה 'בדפוס'. משעה שהפרסום נעשה "בדפוס", ניתן להטיל אחריות פלילית ואזרחית גם על "מחזיק בית הדפוס" שבו הודפס הפרסום, "כמשמעותו בפקודת העיתונות", אך גם על "מי שמוכר את הפרסום או מפיץ אותו בדרך אחרת".

מאחר שבסעיף זה לא קיימת הפניה להגדרת הביטוי 'דפוס' בפקודת העיתונות, בית המשפט חופשי יותר

<sup>75</sup> ראו גם, תב"ס 16/2001 ש"ס ואח' נגד פינס ואח' פ"ד (3) 159, 162 ("אל-לנו לקרוא אל תוך החוק איסור או הגבלה שלא נקבעו בו... גם בבחינתה של תורת ההיקש נדע כי יש שוני של-ממש בין רשת האינטרנט לבין מדיום השידור ברדיו או בטלוויזיה, שוני השולל היקש מן הרדיו ומן הטלוויזיה לאינטרנט").

<sup>76</sup> וראו גם **עזאם, מסחר אלקטרוני** עמ' 209.

<sup>77</sup> וראו גם, ת"א (ראשל"צ) 5844/07 **דוד וינטרוב נ' גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ** (פורסם ב'נבו'), עמ' 7 (להלן: פרשת וינטרוב).

<sup>78</sup> ת"א (ת"א) 37692/03 **יצחק סודרי נ' ארנון שטלריד** (פורסם ב'נבו'), פסקה 16. למסקנה דומה הגיע גם השופטת רייך-שפירא בפרשת גולן. לביקורת על פסיקה זו, ראו חיים רביה, "אתר=עיתון?" אתר 'גלובס' 6 בנובמבר 2001 בכתובת <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=534058>.

<sup>79</sup> וראו גם: **פרשת וינטרוב** עמ' 12 (תגוביות (טוקבקים) על כתבה באתר אינטרנט של עיתון אינן נחשבות כחלק מהעיתון בכל הנוגע לאחריות העורך בהתאם לסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע); **פרשת בושמיץ** עמ' 15 ("גם אם ננקוט בגישת פרשנות ליבראלית, ונאמר כי תנאי ה"הדפסה" הנו תנאי שולי, והעיקר הוא הגדרת עיתון כאמצעי תקשורת "המכיל חדשות, ידיעות, סיפורי מאורעות..."), עדיין אין להכליל בהגדרה זו אתר אינטרנט שאינו יותר מאשר פורום החלפת דעות בין המשתתפים בו").





לתת לביטוי משמעות רחבה, הכוללת גם פרסום באינטרנט. אולם, ככל הידוע, שאלת פרשנותו של ביטוי זה לא נדונה עד כה בצורה ישירה בבתי המשפט בישראל, ובשל כך, ספק אם ניתן יהיה להטיל על מתווכי הרשת אחריות בשל הדפסה או הפצה של לשון הרע, מכוחו של סעיף 12 לחוק.

יתר על כן. יש לזכור שסעיף 12 מסייג את אחריות המדפיס או המפיץ בכל שהוא ידע, או חייב היה לדעת שהפרסום מכיל לשון הרע. בשל כך, אף פרשנות רחבה של הביטוי 'בדפוס', לא תוכל להטיל אחריות על מתווכי רשת שלא ידעו שבאמצעותם מופצים דברי לשון הרע או ולא היו יכולים לדעת על כך.

להשלמתו התמונה יש לציין הגנות נוספות שעשויות לאפשר למתווכי הרשת לחמוק מן האחריות לפי דיני לשון הרע. הגנות אלו נקבעו בסעיפים 14 ו-15 לחוק, ולפיהן, מי שפרסם לשון הרע לא יישא באחריות אם הדבר שפורסם היה אמת, והיה בפרסום עניין ציבורי (סעיף 14), וכן, שהפרסום נעשה בתום לב, י או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב, מבלי שהמפרסם ידע או היה חייב לדעת על קיום הנפגע, או על הנסיבות שמהן משתמעת לשון הרע או התייחסותה לנפגע (סעיף 15(1)).

## 2.2.2 דיני הגנת הפרטיות

ההגנה על פרטיותו של האדם היא מעקרונות היסוד של המשפט החוקתי בישראל, בהיותה מעוגנת בסעיף 1 של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

החוק שנועד להבטיח את יישומו של עיקרון זה הוא חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). החוק אוסר פגיעה בפרטיותו של הזולת ללא הסכמתו (סעיף 1).

חוק זה מטיל על הפוגע בפרטיותו של אדם אחריות בנזיקין, אך איננו מטיל עליו אחריות פלילית.<sup>80</sup>

הפגיעה בפרטיות מוגדרת בסעיף 2 לחוק, ולעניינו של מסמך זה חשובות בעיקר ההגדרות שבסעיפים קטנים 3-4, 6-7, ו-9-11. בסעיפים קטנים אלו נקבע שפגיעה בפרטיות היא "צילום אדם כשהוא ברשות היחיד" (ס"ק 3); "פרסום תצלומו של אדם ברבים בנסיבות שבהן עלול הפרסום להשפילו או לבזותו" (ס"ק 4); "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם רווח" (ס"ק 6); "הפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי עניניו הפרטיים של אדם" (ס"ק 7); שימוש בדיעה על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה (ס"ק 9); "פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות" (ס"ק 10); "פרסומו של ענין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, לרבות עברו המיני, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד" (ס"ק 11).

בהתאם להגדרות אלה, נראה כי במקרים רבים, פרסומו של תוכן מיני או פוגעני ייחשב כפגיעה בפרטיות.

בנוגע לאחריות המדפיס, המפרסם או המפיץ של תוכן שיש בו משום פגיעה בפרטיות, חוק הגנת הפרטיות חוזר על ההוראות שנקבעו בסעיפים 11 ו-12 לחוק איסור לשון הרע.<sup>81</sup> בשל כך, הקשיים הפרשניים הכרוכים בהטלת אחריות על מתווכי הרשת בהתאם לחוק איסור לשון הרע, תקפים גם בנוגע להטלת אחריות לפי חוק הגנת הפרטיות.

בדומה להגנה הקבועה בסעיף 12 לחוק איסור לשון הרע, סעיף 18(2)(א) לחוק הגנת הפרטיות קובע שהפוגע לא יישא באחריות אם "הוא לא ידע ולא היה עליו לדעת על אפשרות הפגיעה בפרטיות".

<sup>80</sup> למעט אם הפגיעה בפרטיות קשורה לניהול של מאגרי מידע או שימוש בהם, בהתאם לסעיף 31 לחוק.  
<sup>81</sup> סעיפים 31, 30 לחוק הגנת הפרטיות.



### 2.2.3 תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998

לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק למניעת הטרדה מינית), הטרדה מינית היא עוולה אזרחית שהאחריות בגינה יכולה להגיע עד כדי 120,000 ₪, ללא הוכחת נזק.<sup>82</sup>

לעניינו של מסמך זה חשוב בעיקר סעיף 3(א)(5) לחוק, שהוסף לחוק המקורי בתחילת שנת 2014 (תיקון מס' 10). סעיף זה מגדיר הטרדה מינית כ"פרסום תצלום, סרט או הקלטה של אדם, המתמקד במיניותו, בנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל את האדם או לבזותו, ולא ניתנה הסכמתו לפרסום".<sup>83</sup>

בשל הזמן הקצר שחלף מעת כניסתו של החוק לתוקף, עדיין אין בידנו פסיקה העוסקת בפרשנותה של הוראה זו,<sup>84</sup> אולם כבר כעת יש המעירים שהתיקון מותיר שאלות כבדות משקל ללא מענה.

כך למשל, לא ברור האם העלאתן של תמונות לרשת האינטרנט תוגדר כ"פרסום" או שמא, גם הפצה של התמונות על ידי מפרסם משני<sup>85</sup> כמתווכי הרשת תוגדר כ"פרסום".<sup>86</sup> האם הגדלת היקף הפרסום אף היא בגדר 'פרסום', או שמא 'פרסום' אינו אלא הפצה של תוכן שלפני כן לא פורסם מעולם?<sup>87</sup>

בנוגע לתכליתו של הפרסום נקבע שהפרסום צריך להיות כזה ש"עלול להשפיל את האדם או לבזותו". ושהוא מתמקד במיניותו של המצולם. אולם, לא ברור באלו נסיבות ייקבע שהתצלום עלול להשפיל או לבזות, ובאלו נסיבות ברור שהתצלום מתמקד במיניותו של האדם.<sup>88</sup>

כמו כן, לא ברור מה יהיה גדרה של ה"הסכמה לפרסום". כך למשל, עשויה לעלות השאלה, האם הסכמה לפרסום בקרב קבוצה מצומצמת של אנשים תחשב כ"הסכמה לפרסום" גם כאשר המפיץ פרסם את התמונה

<sup>82</sup> ראו סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית (הסכום מתעדכן כל שנה ב-1 בינואר).

<sup>83</sup> יש לציין שמבקריו של התיקון טוענים שהתיקון הוא פופוליטי בעיקרו, משום שהלכה למעשה, אין הוא מוסיף דבר על האיסורים שנקבעו כבר בחוק הגנת הפרטיות. על ביקורת זו ראו למשל דבריו של עו"ד דן חי המצוטטים אצל יסמין גואטה ואפרת נוימן, "חוק הסרטונים: פופוליזם מיותר או הצהרה ערכית חשובה?" אתר **דה מארקר**, 12 בינואר 2014 ("החוק החדש מיותר, כי האיסור הזה כבר קבוע בחוק הגנת הפרטיות - שאוסר בצורה ברורה ומפורשת פרסום תצלום של אדם שנקלח מרשות הפרט" להלן: גואטה ונוימן, חוק הסרטונים).

<sup>84</sup> אם כי, לאחרונה הגישה התביעה הצבאית כתבי אישום נגד שלושה חיילים שצילמו בסתר חיילות במקלחת והפיצו את התמונות בקרב חיילי הגדוד. החיילים הואשמו בהטרדה מינית, בהסתמך על תיקון מס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית.

לדיווח על כך, ראו באתר הפרקליטות הצבאית בכתובת <http://www.law.idf.il/163-6886-he/Patzar.aspx>

<sup>85</sup> בהקשר זה יש לזכור את ההבחנה שעשה המחוקק בין מפרסם למפיץ בחוק איסור לשון הרע (ראו לעיל, אחר הציין להערה 78). במידה והבחנה שכזו תאומץ על ידי בתי המשפט גם בהקשר של החוק למניעת הטרדה מינית, הדבר יוציא את מתווכי הרשת מתחולתה של ההוראה האמורה. וראו גם דבריה של פרופ' תמר גדרון המצוטטים אצל **גואטה ונוימן**, **חוק הסרטונים** ("אין חולק על כך שאם אני מעלה חומר חדש זה פרסום, אבל מה קורה אם אני שולחת תמונה או סרטון בעל תוכן מיני פוגעני, ומישהו אחר מעביר אותו הלאה? בהפצה משנית, מעבר לעובדה שלא תמיד ניתן לאתר את כל המעבירים, ספק אם יש אחריות. יש פסיקה שאומרת שהעברה כזאת היא לא פרסום... השאלה שבתי המשפט יצרכו להתמודד איתה היא אם שרשרת מעבר למפרסם הראשון יהווה פרסום לפי החוק הזה").

<sup>86</sup> לעניין הפצה אקראית בידי גולשים, נקבע בת"א (נת' 7920/07 **פלוגית נ' אסטרן ואובן** שחיובו של הגולש "בלשון הרע עשוי לפגום ביתרונות הרבים הגלומים ברשת האינטרנט ובחופש המאפיין את רשת האינטרנט, פגיעה שכזו עשויה לשתק את החופש ברשת וליצור אפקט מרתיע שאינו רצוי כללי" (להלן: פרשת אסטרן). עקרונית, ייתכן בהחלט ששיקול דומה יופעל בעתיד גם בנוגע להטלת האחריות על מתווכי הרשת.

<sup>87</sup> בהקשר זה יש להזכיר את קביעת בית המשפט בפרשת אסטרן (עמ' 12-12), ש"על פי עקרון ההרתעה היעילה אין... לקבוע כי שליחת התמונה בדואר האלקטרוני לאחר שנמצאה באקראי ברשת האינטרנט באתר המאפשר הורדה חופשית ובחינם ככולם, מהווה "פרסום" לצורך חוק איסור לשון הרע".

<sup>88</sup> הנושא של חוסר הבהירות של התנאי "מתמקד במיניותו" עלה כבר בדיוני הוועדה לקידום מעמד האישה בעת הכנת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית. ראו למשל דבריה של עו"ד גאל אזריאל ממחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, פרוטוקול מס' 53 משיבת הוועדה לקידום מעמד האישה ושוויון מגדרי, כב בטבת התשע"ד (25 בדצמבר 2013), עמ' 8 ("הביטוי "המתמקד במיניותו" הוא לא מוגדר ולא בדיוק ברור איך יפרשו אותו" להלן: הוועדה לקידום מעמד האישה, פרוטוקול מס' 53), ודבריה של גבי מירי היבנר, ראש היחידה למניעת הטרדות מיניות, במשרד לביטחון פנים שם, עמ' 14 ("... זה מאוד תלוי בתפיסה ערכית, בתפיסה תרבותית, פוליטית, דתית, מה זה "המתמקד במיניותו"... יכול להיות שצילום... בבגד ים כזה או אחר או נשיקה, מתמקד במיניותו..."). מנגד ראו דבריה של עו"ד קרן בר יהודה, נציגת לשכת עורכי הדין בדיון, שם, עמ' 21 ("אנחנו חיים עם החוק למניעת הטרדה מינית כבר 15 שנה, בתי המשפט עשו פרשנות נרחבת למה זה "מתמקדות במיניותו" גם ביחס לסעיפים האחרים שיש בחוק, ידעו למקד יפה מאוד מה נכנס ומה לא נכנס, וזה נכון שאנחנו מתחילים בדרך כלל ממצב שיש קצת פסיקות סותרות וקצת אי-בהירות והדברים מתקדמים ויש בהירות בהם, כך שההתמקדות במיניותו לא מטרידה אותי").



לכל העולם, ברשת האינטרנט? האם לעניין זה יש משמעות לאופן הפרסום?<sup>89</sup> האם דין הסכמתו של בגיר כדין הסכמתו של קטיין?<sup>90</sup> האם יש משמעות לנסיבות קבלתה של ההסכמה? האם המפרסם יישא באחריות גם אם לא יכול היה לדעת האם ניתנה הסכמה לפרסום או לא? ואם לא יישא באחריות בנסיבות אלה, האם תידרש ידיעה ממשית על כך שהנפגע לא הסכים לפרסום, או שמא די יהיה בידיעה קונסטרוקטיבית?<sup>91</sup>

על מנת למנוע פגיעה בלתי מידתית בעיקרון חופש הביטוי, נקבעו בסעיף 3(א)(א5) שלוש הגנות שלפיהן לא ניתן יהיה להטיל על המפרסם אחריות אזרחית או פלילית, אם הפרסום נעשה בתום לב, הוא נעשה למטרה כשרה או שיש בפרסום עניין ציבורי המצדיק את הפרסום.

לעניין אחריותם של מתווכי הרשת, הסייג המשמעותי מבין השלושה הוא סייג תום הלב, הקובע שהמפרסם לא יישא באחריות "אם הפרסום נעשה בתום לב, בשים לב לנסיבות הפרסום, תוכנו, צורתו, היקפו ומטרותיו". לאור ניסוחה הרחב של הגנה זו, ייתכן שמתווכי רשת יוכלו לטעון שמאחר שהם אינם מעורבים בפרסום, מן הדין להעניק להם את הגנת תום הלב, ולא להטיל עליהם את האחריות להפצתו של התוכן הפוגעני.<sup>92</sup>

## 2.2.4 עוולת הרשלנות

הקשיים הכרוכים בהטלתה של אחריות על מתווכי הרשת מכוחם של דיני לשון הרע או הגנת הפרטיות הובילו להעדפת השימוש בעוולת הרשלנות כבסיס לאחריות זו.

סעיף 35 לפקודת הנזיקין מגדיר את עוולת הרשלנות כך –

עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

תנאי היסוד לקיומה של העוולה הוא אפוא, קיומה של חובת זהירות של המזיק כלפי הנזוק. בהקשר זה,

<sup>89</sup> ראו למשל, אלעד קפלן, "חוק הסרטונים: המחוקקים משחקים בנדמה לי", אתר Onlife, 8 בינואר 2014 ("מהי "הסכמה" בהקשר של פרסום מיני: האם הסכמה להעביר צילום לאדם מסוים או קבוצת בני אדם מהווה הסכמה מכללא להעביר גם לאדם אחר? האם הסכמה היא לנצח נצחים כך שסרטון שהופץ בגיל 18 "בהסכמה" יישאר לעולמי עד בהיסטוריה הרשתית?". להלן: קפלן, חוק הסרטונים).

<sup>90</sup> גם נושא זה עלה בדיוני הוועדה לקידום מעמד האישה בעת הכנת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית. ראו דבריה של עו"ד כרמית פולק-כהן, סגנית היועץ המשפטי של המועצה הלאומית לשלום הילד, **הוועדה לקידום מעמד האישה, פרוטוקול מס' 53** עמ' 23 ("על יסוד העבירה, "ולא ניתנה הסכמתו לפרסום"... על קטינים מתחת לגיל 14 שבחוק העונשין כמובן אין בכלל צורך לדון בהסכמה שלהם... ולדעתי בגילאים כאלה אנחנו עדיין צריכים להכניס את ההתייחסות החוקית"), ותגובתה של עו"ד תמי סלע, היועצת המשפטית לוועדה לקידום מעמד האישה ושוויון מגדרי, **הוועדה לקידום מעמד האישה, פרוטוקול מס' 53** שם ("הנושא מורכב... הנושא הזה עולה גם היום במקרים שהם לפי חוק הגנת הפרטיות, כי גם שם הסכמה מאיינת את הפגיעה בפרטיות... אבל אנחנו יודעים שהסכמה של קטיין היא לא לגמרי כהסכמה רגילה, וחוק הכשרות מתייחס להסכמה של קטינים. הכוונה פה שיתמודדו עם זה באותה דרך...").

<sup>91</sup> בנוגע לאחריות הגולש המפיץ תמונות שנתקל בהם באקראי, נקבע בפסק הדין בפרשת אסטרן ש"ברשת האינטרנט מצויות בכל רגע נתון מיליוני תמונות הנגישות לכל גולש מכל מקום ברחבי הגלובוס. התמונות מועלות על ידי גורמים שונים... לגולש הסביר אין כל ידיעה האם החומר בו הוא נתקל הועלה לרשת האינטרנט ברצונו של הגורם אליו קשור התוכן או בניגוד לרצונו" (פרשת אסטרן, עמ' 12). וראו גם דבריה של עו"ד תמי סלע, היועצת המשפטית (לשעבר) לוועדה לקידום מעמד האישה ושוויון מגדרי, **הוועדה לקידום מעמד האישה, פרוטוקול מס' 53** עמ' 21 ("אנחנו יודעים הרי שהיסוד הנפשי, המודעות, מתייחסת גם למצב שאדם היה יכול לחשוף והוא לא בדק... גם יש פה דברים שידרשו פרשנות והם לא ברורים, כי הסיטואציות הן שונות ומגוונות וקשה לקבוע כללים של שחור ולבן בעניין זה"); **קפלן, חוק הסרטונים** ("האם אדם שהפיץ סרטון מיני יכול להיות "תם לב" או שחובתו לוודא בעצמו אם קיימת הסכמה?").

<sup>92</sup> אמנם, מן הראוי להעיר שניסוח הגנת תום הלב שוכלל, בהשוואה לניסוח הגנה זו בחוק איסור לשון הרע ובחוק הגנת הפרטיות, על מנת ליצוק לתוך ההגנה תוכן ממש. לעניין זה ראו דבריה של עו"ד לילך וגנר ממחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, **הוועדה לקידום מעמד האישה, פרוטוקול מס' 53** עמ' 7.



כידוע, הבחינה הפסיקה בין שני סוגים של חובת זהירות: חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטי. <sup>93</sup> חובת זהירות מושגית נקבעת על פי מבחן הצפיות, דהיינו, האם צריך היה אדם סביר לצפות את התרחשות הנזק, בהתחשב במעמד של המזיק ושל הניזוק. לעומת זאת, חובת הזהירות הקונקרטית נקבעת, רק אם יוכח שבנסיבות העניין יכול היה אדם סביר לצפות את התרחשות הנזק, והיה צריך, כעניין שבמדיניות, לצפות את התרחשותו. <sup>94</sup>

בפרשת **בושמיץ** <sup>95</sup> הביעה השופטת אגמון דעתה, שעל מנהלי פורום אינטרנטי מוטלת חובת זהירות מושגית כלפי הגולשים. חובה זו מבוססת על כך שמנהלי הפורום ערניים לאפשרות שהמשתתפים בפורום יעשו שימוש בפורום לשם הפצתם של תכנים פוגעניים, והדבר בא לידי ביטוי גם באזהרות המתפרסמות מעת לעת באתרים, שתכליתן למנוע מן הגולשים לעשות שימוש בלתי נאות בפורום.

בכל הנוגע לחובת הזהירות הקונקרטית, קיימות פסיקות סותרות בערכאות הנמוכות, ולעת עתה, טרם נקבע בעניין זה תקדים מחייב של בית המשפט העליון.

ניתוח של הפסיקה הקיימת בכל הנוגע להטלתה של אחריות על מתווכי הרשת מכוח עוולת הרשלנות חושף שתי גישות שונות. לפי גישה אחת, שניתן לכנותה בשם '**הגישה הפורמאליסטית**', יש להטיל אחריות על מתווכי הרשת בגין פרסום פוגע שחובר בידי אחר, בהתמלא שלושה תנאים: (1) הצד הנפגע מתלונן על כך בפני האתר ודורש במפורש את הסרת הפרסום הפוגע; (2) הפרסום הפוגע אכן פוגע ואסור על פניו; (3) יש למתווך הרשת יכולת למנוע זאת באופן סביר, והוא לא עשה זאת. גישה זו אומצה על ידי בית המשפט בפרשת **בורוכוב** <sup>96</sup> ולאחר מכן בפרשת **סודרי**. <sup>97</sup>

הגישה האחרת, שניתן לכנותה בשם '**הגישה המהותית**', נמנעת מקביעת מסמרות בעניין אחריותו של אתר לתוכן שחובר על ידי המשתמשים, ומבכרת בדיקה של כל מקרה לגופו, בהתאם לאופיו של האתר ולהיקף המשתמשים בו, <sup>98</sup> ותוך שימת דגש על שיקולים כגון: תום-לבו של הנפגע, איזון בין החירויות המתנגשות, מידתיות הפרסום, אופן ניסוחם של הביטויים הפוגעניים, עוצמתם, שכיחותם בפורום ומשך פרסומם בו. גישה זו מצאה את ביטוייה בפרשת **בושמיץ** ובפרשת **דוביצקי**. <sup>99</sup>

## 2.2.5 דיני זכויות היוצרים

השימוש בדיני הקניין כאמצעי להטלת אחריות על מתווכי רשת המפיצים תוכן מיני ופוגעני נוגע בעיקר לתוכן שעשוי להיות מוגדר כ'יצירה' לעניין דיני זכויות היוצרים, כציור, תמונה וכדומה.

צילום תיעודי עשוי להיות מוגדר כ'יצירה אומנותית' בהתאם להגדרה שבסעיף 1 לחוק זכויות יוצרים,

<sup>93</sup> ראו ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש פ"ד לז' (1) 113

<sup>94</sup> ראו פרשת **בושמיץ** עמ' 15-16

<sup>95</sup> ת"א (ת"א) 32986/03 **בושמיץ משה נ' אהרונוביץ' ענת** (פורסם ב'נבו'). להלן: פרשת **בושמיץ**.

<sup>96</sup> ראו פרשת **בורוכוב**, לעיל הערה 74.

<sup>97</sup> ראו פרשת **סודרי**, לעיל הערה 78. גיבארין מציין, ובצדק, שגישה זו דומה למדי לזו המקובלת בדין האיחוד האירופי (ראו להלן, אחר הציון להערה 185), ושגישה זו נוטה לטובתם של מתווכי הרשת (**גיבארין**, **ניתוח כלכלי** עמ' 271, ובהערה 33, שם).

<sup>98</sup> זאת על מנת לבחון, האם, בהתחשב באופיו של האתר, בהיקף המשתמשים בו וביכולתו של מנהל האתר לשלוט בתכנים המועלים לאתר, יש לצפות ממנהליו של האתר שיסננו תוכן פוגעני או שישירו תוכן שכזה, משעה שעלה לאתר.

<sup>99</sup> ת"ק 8796-06-08 **דוביצקי נ' שפירא** (פורסם ב'נבו'). בפרשה זו קבע בית המשפט כי בנסיבות המקרה, ולאור ריבוי המקרים בהם נעשה שימוש לרעה באתר, יש להטיל על האתר אחריות לתוכן מזיק מאחר ולא הפעיל מנגנון מסוים אשר ימנע או יצמצם מראש, ואף לא בדיעבד, את האפשרות לפרסום תוכן משתמשים שעולה כדי לשון הרע וראו שם, בעמ' 9: "לא סביר בעיניי להסתפק בקיומו של מנגנון שרובו פועל רק לאחר הפרסום, בוודאי לאור ריבוי המקרים בהם נעשה שימוש לרעה באתר. לא סביר בעיניי כי לא נעשה כל סינון מראש לנתונים ספציפיים (וקיצוניים) המצוינים על ידי הנרשם ב'כרטיס האישי' (ההדגשה במקור). בגישה זו מצדד גם בר שדה. ראו יהונתן בר שדה, **האינטרנט והמשפט המסחרי המקוון** עמ' 391.



התשס"ח-2007 (להלן: חוק זכויות יוצרים).<sup>100</sup>

הבעלות על זכות היוצרים בצילום, בדרך כלל, היא של היוצר.<sup>101</sup> משום כך, לא ניתן יהיה לקבל סעד משפטי מכוחם של דיני זכויות היוצרים, שתכליתו היא למנוע פרסום של תמונה שצולמה בידי צד שלישי, שאיננו הנפגע. רק אם התמונה היא צילום עצמי ("סלפיי"), ניתן יהיה למנוע את פרסומה מכוחם של דיני זכויות היוצרים.<sup>102</sup>

## 2.2.6 דיני עשיית עושר ולא במשפט

בדין האמריקאי התגבשה הדוקטרינה של "הזכות לפרסום" שמכוחה מכיר הדין בזכותו הכלכלית של אדם לסחור בדמותו, בשמו או בקולו, והיא מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית על השימוש שיעשה בדמותו, בקולו ובשמו לצורכי מסחר וקידום מכירות.

שאלת אימוצה של דוקטרינה זו בדין הישראלי נדונה בהרחבה בפסקי הדין בעניין **רופ**<sup>103</sup> ובעניין **מקדונלד**.<sup>104</sup> בפרשת רופ, שנדונה בבית משפט השלום בירושלים, קבעה השופטת פרוקצ'יה, שדוקטרינת הזכות לפרסום היא מעין ענף של הזכות לפרטיות, הבא לידי ביטוי באיסור לפי סעיף 6(2) לחוק הגנת הפרטיות, לעשות שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם רווח.<sup>105</sup>

גישה זו הייתה מקובלת כעשור, עד שעלתה דוקטרינה זו לדיון שוב, בפסק הדין של השופט ריבלין בפרשת **מקדונלד**. לאחר סקירה רחבה של הדוקטרינה ויישומה בדין האמריקאי, הגיע השופט ריבלין למסקנה, שדיני הגנת הפרטיות אינם ה'בית' הנכון לדוקטרינה האמורה, משום שדינים אלה מכוונים בעיקר לפצות את הנפגע על הנזק הרגשי שנגרם לו בשל השימוש בדמותו, בעוד שדוקטרינת הזכות לפרסום מתמקדת בפיצוי על הפגיעה בערך הכלכלי של הדמות.<sup>106</sup>

בהתאם לכך קבע השופט ריבלין שהדין הישראלי מכיר בדוקטרינה זו מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, בהתאם להוראות סעיפים 1 ו-2 של חוק עשיית עושר ולא במשפט, ... ש"העושה שימוש מסחרי בשמו, בדמותו או בקולו של אחר בלי לקבל לכך את הסכמתו, חייב הוא לשלם למי אשר בדמותו, בשמו או בקולו עשה שימוש את דמי השימוש הראויים באותו הנכס. בית-המשפט עשוי, כמובן אם ימצא זאת לנכון, לפטור את הנתבע מחובת ההשבה "...אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".<sup>107</sup>

<sup>100</sup> ראו לעניין זה, למשל, רע"א 7774/09 **אמיר ויינברג נ' אליעזר ויסהוף** (פורסם בינבוי), פסקה 11 (להלן: פרשת ויינברג).

<sup>101</sup> בהתאם להוראה שבסעיף 15(1) וסעיף 33 לחוק זכויות יוצרים. אמנם, אם התמונה נוצרה תוך כדי עבודה אצל אדם אחר (סעיף 34), או שהיא דיוקן או צילום של אירוע פרטי (סעיף 35), הבעלות בזכויות היוצרים תהיה של מזמין התמונה. וראו לעניין זה בפרשת **ויינברג**, פסקה 9 ("הבעלות הראשונית בזכות היוצרים ביצירה שייכת ליוצר... חריגים לכך הם למשל יצירות שנוצרו תוך כדי עבודה אצל אדם אחר... או... יצירות שהן דיוקן או צילום של אירוע פרטי (אשר הבעלות בזכות היוצרים שלהן תהיה למזמין, אלא אם הוסכם אחרת)"; ת"א (מרכז) 9540-10-10 **בי.אין און ליין נ' שי לב ארי** (פורסם בינבוי), פסקה 15 (להלן: פרשת לב ארי).

<sup>102</sup> בהקשר זה חשוב להדגיש, שהסכמה לצילום, ואפילו הסכמה לפרסום, אינן הופכות את המסכים ליוצר. לעניין זה ראו למשל, ע"א 68/56 **הלן רבינוביץ נ' יצחק מירלין** פ"ד יא 1224, 1227 (צוטט בהסכמה בפרשת **לב ארי** פסקה 17).

<sup>103</sup> ת"א (י-ם) 90/11049 **דני רופ נ' "און" הנדסה מיזוג אוויר (1973) בע"מ** פ"ד תשנ"ד (4) 500 (להלן: פרשת רופ).

<sup>104</sup> ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד** פ"ד נח(4) 314.

<sup>105</sup> פרשת **רופ** עמ' 517.

<sup>106</sup> וראו גם, טלי שפרבר "זכות הפרסום: הארות והערות לפרשת מקדונלד נ' מקדונלד (אלוניאל) בע"מ" משפטים (ג) 711, 693, 711 ("בעוד זכות הפרטיות מעניקה הגנה לרגשות האדם, זכות הפרסום תרה אחר הגנה לערכו הכספי – לבל ייעשה בדמותו שימוש מסחרי לא מורשה. מאחר שזכות הפרסום היא זכות כלכלית באופייה, הרי שבניגוד לזכות הפרטיות יש לסווגה כקניינית ולהכיר בעבירותה ובהורשתה" להלן: שפרבר, זכות הפרסום).

<sup>107</sup> פרשת **מקדונלד** עמ' 365-366. לא למותר לציין, שבמהדורה הראשונה של ספרו, **זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים** (1998), קבע טוני גרינמן, בעקבות פסק הדין בפרשת רופ, ש"בהתאם לגישה המסתמנת, ניתן לומר כי קיימת בדין



ואולם, בשל אופייה המעורפל של עילת עשיית העושר ולא במשפט, ספק רב אם ניתן יהיה לעשות שימוש בעילה זו כדי להטיל אחריות קניינית על מפיץ צילום של מי שאינו 'ידוען'<sup>108</sup> או כאשר ההפצה אינה נעשית למטרות מסחריות מובהקות,<sup>109</sup> ואף לא ברור מה צריך להיות האיזון הראוי בין זכות זו לשמירה על עיקרון חופש הביטוי.<sup>110</sup>

## 2.2.7 פרסום תועבה

הפצת לשון הרע, פגיעה בפרטיות או הטרדה מינית הן עבירות שניתן להטיל על העובר עליהן אחריות פלילית,<sup>111</sup> אך כאמור לעיל, לאור ניסוחם של חוקים אלו ספק אם ניתן להעמיד לדין מכוחם את מתווכי הרשת שסייעו בהפצת תוכן מיני או פוגעני, אפילו אם יוכח שהם ידעו על אופיו של התוכן המופץ באמצעותם, ולא עשו דבר כדי להסיר תוכן זה מן הרשת או לחסום את הגישה אליו.

עבירה נוספת שיכולה לשמש מצע להטלתה של אחריות פלילית על מתווכי רשת היא העבירה של פרסום והצגת תועבה לפי סעיף 214 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. סעיף זה קובע ש"מפרסם פרסום תועבה או מכינו לצורכי פרסום" דינו מאסר של שלוש שנים (ס"ק (א)(1)).

ואולם, נראה שהשימוש בסעיף זה לשם הטלתה של אחריות פלילית על מתווכי רשת המאפשרים הפצה של תוכן מיני ופוגעני איננו יעיל, משתי סיבות. ראשית, הפרשנות המקובלת של הביטוי 'תועבה' היא צרה למדי,<sup>112</sup> על מנת למנוע פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי. בשל כך, סביר להניח שרוב התכנים המופצים ברשת לא יוגדרו כפרסומי תועבה.

שנית, הפסיקה מלמדת שהשימוש בסעיף 214(א)(1) לשם הטלת אחריות פלילית על פרסום תוכן מיני מקובל בעיקר כאשר הפרסום קשור לתמונות של קטינים, והשימוש בו לשם העמדה לדין בשל פרסום תוכן מיני שאינו קשור לקטינים, נדיר ביותר.

בשל כך, נראה כי על פי רוב, הסעיף האמור איננו מתאים לשם הטלת אחריות פלילית על מתווכי רשת המאפשרים הפצה של תוכן מיני ופוגעני.

---

הישראלי מעין זכות לפרסום, מחופשת לאחת מבנותיה של הזכות לפרטיות". אולם, במהדורה השנייה של הספר, משנת 2008, לא חזר גרינמן על קביעה זו, כנראה בעקבות פסק הדין בעניין מקדונלד.

ואולם, שפרבר טוענת שגם דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם מהווים 'בית' ראוי לזכות האמורה, בעיקר משום שעילת עשיית העושר היא "עילת סל" וככזו, "הרי היא חסרה ממדים לבחינת הזכות, כגון היקף הזכות (איזה מאפיינים ייחודיים של האדם ייכללו בזכות - שם, תמונה, קול ואולי מאפיינים נוספים) ותחולת הזכות (על מי חלה הזכות - ידוענים בלבד או שמה גם אנשים פרטיים?). כמו כן עילת סל זו לא מביעה עמדה בשאלת עבירותה והורשתה של זכות הפרסום. גם שאלת הסעד אינה נקייה מספקות: האם יש להשיב את ההתעשרות בפועל של הנתבע או את דמי ההסכמה שחסך? לא זו בלבד, אלא שעילת עשיית עושר ולא במשפט כלל אינה עוסקת באיזון עם זכויות אחרות, ובענייננו - הזכות לחופש הביטוי. האם בכל הנסיבות יש למנוע שימוש לא מורשה בדמות או רק בנסיבות מסחריות?" (שפרבר, **זכות הפרסום** עמ' 713-714)

ראו דבריה של שפרבר בהערה הקודמת, וראו גם **פרשת מקדונלד** עמ' 351 ("הזכות לפרסום היא אפוא זכות כלכלית הנתונה לאדם לסחור ב"פרסונה" שלו - בדמותו, בקולו ובשמו. היא מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית על השימוש שיעשה בדמותו, בקולו ובשמו לצורכי מסחר וקידום מכירות"). לא ברור האם בתי המשפט יראו בפרסום של צילום באתר אינטרנט הגורם בעקיפין להפקת רווחים בשל הגדלת מספר הכניסות לאתר וכתוצאה מכך, הגדלה של רווחי הפרסום, שימוש "לצורכי מסחר וקידום מכירות". למיטב ידיעתנו, שאלה זו טרם נבחנה לגופה בבתי המשפט בישראל.

בהקשר זה יש לתת את הדעת להערתו של פרידמן, ש"מן הראוי שהכרה בזכות לפרסום לא תגרור הגבלה חריפה מדי על חופש הביטוי... הדעת נותנת שאין היא שוללת מהזולת את האפשרות להתייחס לבעל הדמות או לאישיות במסגרת ידיעות, חדשות, סטירה, קומדיה ואף פרסום 'קורות חיים' ללא רשותו של בעל הדמות. זאת, גם אם הדבר נעשה תמורת תשלום." (דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** 1998, עמ' 455. הובא בהסכמה בבש"א (ת"א) 2160/09 **שידורי קשת ואח' נ' אילן בירן ואח'** (פורסם ב'נבו') בעמ' 20).

ראו דבריה של שפרבר, לעיל הערה 107 ודבריו של פרידמן, לעיל הערה 109.

ראו: סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע ("המפרסם לשון הרע, בכוונה לפגוע, לשני בני-אדם או יותר זולת הנפגע, דינו - מאסר שנה אחת"); סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות ("הפוגע במזיד בפרטיות זולתו... דינו - מאסר 5 שנים"); סעיף 5(א) לחוק למניעת הטרדה מינית ("המטריד מינית אדם כאמור בסעיף 3(א)(א), דינו כדין הפוגע במזיד בפרטיות זולתו כאמור בסעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981").

ראו לעניין זה, ת"פ (ת"א) 6959/88 **מדינת ישראל נ' "חדשות" עיתון יומי בע"מ ואח'** (פורסם ב'נבו').



## 2.3 הצעות חוק

בשנים האחרונות הונחו על שולחנה של הכנסת הצעות חוק אחדות שנועדו לטפל באחריות מתווכי הרשת לתוכן המופץ ברשת האינטרנט באמצעותם. ואולם, אף אחת מהן לא עברה בקריאה שלישית.<sup>113</sup>

### 2.3.1 הצעת חוק אחריות המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007

הצעת החוק הראשונה בעניין זה, שהונחה על שולחנה של הכנסת השבע-עשרה על ידי חבר הכנסת (כתוארו אז) יואל חסון, הייתה הצעת חוק אחריות המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007.<sup>114</sup>

הטלת האחריות לפי הצעת חוק זו מתמקדת בעורכייהם של אתרי אינטרנט ומפעיליהם, ואין היא חלה על ספקי שירותי גישה לאינטרנט או על ספקי שירותי אירוח.<sup>115</sup>

כמו כן, הצעת החוק יועדה לחול רק על "אתר אינטרנט שמספר הכניסות החודשי אליו הוא לפחות 50 אלף כניסות בממוצע ליום" (סעיף 1).

בנוגע לאחריות האזרחית, הוצע לתקן את חוק איסור לשון הרע באופן שיכלול בהגדרת "אמצעי תקשורת" גם אינטרנט כאמור, בהגדרת "עורך אמצעי תקשורת", גם עורך של אתר אינטרנט, ובהגדרת "אחראי לאמצעי התקשורת", גם מפעיל ומתפעל של אתר אינטרנט.

כמו כן, הוצע להוסיף הוראה לחוק הגנת הפרטיות, הקובעת שאם פרסמה פגיעה בפרטיות באתר כאמור, עורך האתר ומי שהחליט בפועל על פרסומו של התוכן הפוגע יישאו באחריות אזרחית. ואולם, לפי ההצעה, מפעיל האתר לא יישא באחריות אזרחית.

בנוגע לאחריות מסוג זה, לא נקבעו בהצעת החוק הגנות ייחודיות מעבר לאלו הקבועות ממילא בחוק איסור לשון הרע או בחוק הגנת הפרטיות.

בנוגע לאחריות הפלילית, בהתאם לתיקונים שהוצעו בהצעת החוק לחוק איסור לשון הרע כאמור לעיל, ניתן יהיה להטיל אחריות זו על עורך אתר אינטרנט או על מפעיל האתר.

לפי הצעת החוק, אחריות פלילית לפי חוק הגנת הפרטיות ניתן יהיה להטיל גם על אנשים המעורבים בתפעולו של אתר האינטרנט כמפעיל האתר, עורכו וכדומה, אך נקבעה הגנה כללית שלפיה "תהא זאת הגנה טובה לעורך האתר שנקט אמצעים סבירים כדי למנוע פרסום אותה פגיעה ושלא ידע על פרסומה".

הצעת החוק האמורה "זכתה" לביקורת בעיקר מקרב חוקרים ואנשי מקצוע. ביקורת זו עסקה גם

<sup>113</sup> הצעות החוק שייסקרו להלן הן מן העשור האחרון. עם זאת, למען שלמות התמונה, יש להדגיש שהצעות חוק דומות הונחו על שולחנה של הכנסת מראשיתה של המאה הנוכחית. ראו: הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – אינטרנט כאמצעי תקשורת), התשס"ב-2002 (פ/3703, 6 מאי 2002) שהונחה על שולחנה של הכנסת ה-15 על ידי ח"כ (כתוארו אז) דוד מגן (זמינה להורדה בכתובת <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/15/3703.rtf>) שנועדה "לתקן ולהבהיר, כי גם עורכי אתרי האינטרנט יהיו חשופים לתביעות פליליות ואזרחיות כאמור בחוק, בשל פרסומים באתריהם המהווים לשון הרע", ואשר הונחה שוב על שולחנה של הכנסת ה-16 על ידי חבר הכנסת (כתוארו אז) אברהם הירשזון, כהצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – אינטרנט כאמצעי תקשורת), התשס"ג-2003 (פ/375, 12 מאי 2003, זמינה להורדה בכתובת <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/375.rtf>); הצעת חוק אחריות לתכנים פוגעים באינטרנט, התשס"ד-2003 (פ/1658, 1 דצמבר 2003, זמינה להורדה בכתובת <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/1658.rtf>), שהונחה על שולחנה של הכנסת ה-16 על ידי חבר הכנסת אריה אלדד, שתכליתה "למנוע הופעתם של תכנים פוגעים באתרי אינטרנט ולהטיל אחריות על ספקי שירותי אינטרנט ועל מנהלים של האתרים להסרת תכנים פוגעים מהאתרים שבשליטתם".

<sup>114</sup> יש להדגיש שכותרתה של הצעת החוק מתמקדת אמנם ב"מגיבים", אך בפועל, נוסח ההצעה מאפשר הטלת אחריות לכל תוכן המועלה לרשת האינטרנט, בין אם על ידי מגיבים ובין אם על ידי ספקי תוכן אחרים.

<sup>115</sup> אך ראו להלן, הערה 119.



בהתאמתו של ההסדר המוצע ל"שדה הטכנולוגי" שבו הוא אמור לפעול, וגם בהשלכותיו של ההסדר.

בהיבט הראשון נטען שהשוואה בין אתרי האינטרנט לעיתונות הכתובה מתעלמת מהבדלים מהותיים שבין שתי המדיות, בכל הנוגע לפרסום, לצריכה, לשיתופם של הצרכנים ביצירת התוכן, לזמינותו ובלעדיותו של התוכן, לאנונימיות של יוצר התוכן, לנגישותו ולהיותו נטול תיווך ועריכה.<sup>116</sup>

כמו כן, נטען שהמדד של "50 אלף כניסות בממוצע ליום" אינו ברור, יש שיטות שונות לחשבו ולא ברור גם, האם, וכיצד הוא יוחל על אתרי אינטרנט בינלאומיים.<sup>117</sup>

בהיבט השני נטען שבשל היקף התוכן המועלה לאתרי האינטרנט, יש לצפות שהעלויות הגבוהות הכרוכות בהעסקת עובדים שתפקידם לחסום תוכן פוגעני יובילו לחסימה מוחלטת של האפשרות להעלות תוכן על ידי גולשים או לקביעתו של רף נמוך ביותר לצנזור תגובות ציבור, באופן שיגרום לפגיעה אנושה בשיח המקוון וביישומו של עיקרון חופש הביטוי.<sup>118</sup>

כמו כן, נטען שהטלת האחריות פוגעת בזכות מפעילי האתרים ועורכיהם להליך הוגן, מאחר שאין הם יכולים להיות בקיאים בפרטי ונסיבות הפרסומים שבגינם עשויה להיות מוגשת כנגדם תביעת לשון הרע או פגיעה בפרטיות.<sup>119</sup>

### 2.3.2 הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008

הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח-2008 (להלן: הצעת חוק מסחר אלקטרוני), שהונחה על שולחנה של הכנסת במקביל לדיונים בהצעת החוק בעניין אחריותן המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן, היא הצעת חוק ממשלתית העוסקת בהיבטים שונים של הסחר האלקטרוני. הצעת חוק זו הינה פרי מסקנותיה של הוועדה הממשלתית לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני, בראשותה של עו"ד טנה שפניץ, שהוגשה לשר המשפטים (כתוארו אז), ד"ר יוסי ביילין, בשנת 2004.<sup>120</sup>

הצעת החוק נועדה גם להסדיר את נושא אחריותם של מתווכי הרשת לתכנים המועלים לרשת באמצעותם, ובעניין זה היא עוצבה בהתאם לדין האירופי בסוגיה זו, ולדין האמריקאי בנושא אחריותם של מתווכי רשת להפרה של זכויות יוצרים.<sup>121</sup>

הצעת חוק זו חלה על קשת רחבה יותר של מתווכי רשת מאלו שעליהם חלה הצעת החוק בעניין אחריותן המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן, אך בניגוד להצעת החוק האמורה, היא אינה עוסקת בהטלתה של אחריות פלילית על מתווכי הרשת.

הצעת חוק מסחר אלקטרוני מבחינה בין שלושה סוגים של מתווכים: ספקי שירותי גישה, ספקי שירותי

<sup>116</sup> ראו נייר עמדה בעניינה של הצעת החוק מטעם איגוד האינטרנט הישראלי בכתובת [http://www.isoc.org.il/papers/fr\\_Position\\_Paper\\_Talkbacks.html](http://www.isoc.org.il/papers/fr_Position_Paper_Talkbacks.html) (להלן: נייר עמדה, איגוד האינטרנט)

<sup>117</sup> ראו בהרחבה, גולדשמידט, תוכן גולשים עמ' 2-3.

<sup>118</sup> נייר עמדה, איגוד האינטרנט.

<sup>119</sup> שם. טענות נוספות שעלו שם הן, שההצעה סוטה מהסדרים שנקבעו בעניין זה בחקיקה זרה (בעניין זה מפנה האיגוד להסדר שנקבע בדין האמריקאי בלבד), ושההגדרות שבהצעת החוק הן רחבות מדי, עד כדי האפשרות של הטלת אחריות על "גופים קטנים, אנשים פרטיים, בלוגים, דפים בפייסבוק ועוד", וכן על "נותן שירותי ה-Hosting לאתר, מתכנת האתר – גורמים שברור לחלוטין שאין להם נגיעה לתכנים המופיעים באתר ואין הם כלל מודעים אליהם".

<sup>120</sup> לעיל, הערה 74.

<sup>121</sup> ראו דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח הממשלה 356, 14 בינואר 2008, 321, בעמ' 325. מדיניות המפרץ הבטוח הועתקה מהדין האירופי, בעוד שנוהל ההודעה וההסרה הועתק מהדין האמריקאי בעניין האחריות על הפרה של זכויות היוצרים.





אירוח קבועים וספקי שירותי אירוח זמני.

**לגבי ספקי שירותי גישה** הוצע לקבוע 'מפרץ בטוח' שלפיו, הספק לא יישא באחריות אזרחית בשל מתן שירותי הגישה אם הוא לא בחר את המידע שהועלה לרשת, לא יזם את העברתו, לא שינה את תוכנו ולא בחר מי יקבל את המידע שהועלה.

**לגבי ספקי שירותי אירוח זמניים** הוצע לקבוע 'מפרץ בטוח' צר יותר, ולפיו, הספק לא יישא באחריות אזרחית בשל מתן שירותי האירוח בהתקיימם של שלושה תנאים:

- א. הספק לא שינה את תוכנו של המידע שהוא מארח;
- ב. הספק עמד בכללים המקובלים לעניין עדכון תוכן המידע והשגת נתונים על השימוש בו;
- ג. הספק פעל להסרת המידע או לחסימת הגישה אליו, מיד לאחר שנודע לו שמפיץ המידע הסיר אותו מרשת התקשורת האלקטרונית או חסם את הגישה אליו בשל היות תוכנו או הפצתו עוולה או הפרת זכות קניין רוחני, או לאחר שבית משפט או רשות מוסמכת אחרת הורה לו להסיר את המידע או לחסום את הגישה אליו.

**לגבי ספקי שירותי אירוח קבועים** הוצע לקבוע 'מפרץ בטוח' צר אף יותר, ולפיו, הספק לא יישא באחריות אזרחית בשל מתן שירותי האירוח בהתקיימם של שלושה תנאים:

- א. הספק לא ידע, במועד העלאת המידע לרשת, שתוכנו או הפצתו מהווים עוולה או הפרת זכויות קניין רוחני;
- ב. מפייץ המידע לא היה עובד של הספק ולא היה נתון לשליטתו;
- ג. הספק פעל להסרת המידע או לחסימת הגישה אליו, מיד לאחר שהתקבלה אצלו תלונה שתוכן המידע או הפצתו מהווים עוולה או הפרת זכויות קניין רוחני, בהתאם לנוהל שנקבע בהצעת החוק.

הצעת חוק זו זכתה לתמיכת איגוד האינטרנט הישראלי, אך מנגד, היא גם "זכתה" לביקורת בשל טענות בדבר העדר "בסיס ומסגרת קוהרנטיים של תיאוריה ומדיניות", והעתקת הסדרים מן המשפט המשווה "ללא חשיבה מקורית שתתאים לתנאי הארץ ולתושביה וללא התחשבות מספקת בהתפתחויות הטכנולוגיות והמשפטיות שחלו למן חקיקת החוקים במשפט המשווה ועד גיבוש הצעת החוק בארץ".<sup>122</sup>

כמו כן, נטען שהצעת החוק נוסחה מבלי שהובהרה המדיניות שעמדה ביסוד השילוב של הדין האמריקאי עם הדין האירופי, ובעיקר, מבלי שניתן ביטוי להבדלי המסורת שבין ארצות הברית, אירופה וישראל, בכל הנוגע למעמדו המשפטי של עיקרון חופש הביטוי.<sup>123</sup>

הצעת חוק מסחר אלקטרוני לא התקדמה מעבר לקריאה ראשונה, הן בשל ביקורת של חברי הכנסת שהתמקדה בחוסרים הקיימים בהצעת החוק בהיבטים שאינם קשורים למסמך זה,<sup>124</sup> והן בשל פיזור הכנסת ה-17.

הצעת החוק הונחה שוב על שולחנה של הכנסת, והפעם כהצעת חוק פרטית מטעם חבר הכנסת (כתוארו אז) מאיר שטרית, אך גם היא לא התקבלה לבסוף.

122 עזאם, מסחר אלקטרוני עמ' 194.  
123 שם, עמ' 200.  
124 ראו שם, עמ' 204-205.

### 2.3.3 הצעת חוק אחריות אתר אינטרנט לתגובות הגולשים, התש"ע-2010

הצעת חוק אחריות אתר אינטרנט לתגובות הגולשים, התש"ע-2010, שהונחה על שולחנה של הכנסת ה-18, על ידי חבר הכנסת מסעוד גנאים וחברי כנסת אחרים, התמקדה אך ורק באחריות לתוכן שהועלה לרשת על ידי מגיבים (טוקבקיסטים), כאשר הנושא באחריות, לפי הצעת החוק הוא האחראי על אתר אינטרנט, שהוגדר בהצעת החוק כ"גורם המתפעל את אתר האינטרנט" (סעיף 2).

התוכן שבגיננו ניתן להטיל על האחראי על אתר אינטרנט אחריות הוא תוכן המכיל הסתה לגזענות או לאלימות, תוכן הפוגע בפרטיות או שמכיל לשון הרע.

ההגנות בשל פרסום תוכן המהווה פגיעה בפרטיות הועתקו בהצעת חוק זו מן ההגנות שנקבעו בחוק הגנת הפרטיות, וההגנות בשל פרסום תוכן המהווה לשון הרע, הועתקו מן ההגנות שנקבעו בחוק איסור לשון הרע. לא נקבעה בהצעת החוק כל הגנה בכל הנוגע לפרסום תוכן המהווה הסתה לגזענות או לאלימות.

איגוד האינטרנט הישראלי התנגד להצעת חוק זו מאותם טעמים שבשלהם הוא התנגד להצעת החוק אחריות המשפטית של הנהלות אתרי האינטרנט על דברי הגולשים המגיבים באתריהן (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007.<sup>125</sup>

### 2.4 הסדרה עצמית

מסמך של משרד התקשורת שכותרתו "מדיניות רישוי שירותי אינטרנט" מחודש דצמבר 2000, שנועד "להסדיר את מדיניות הרישוי לעניין פעולות ושירותי אינטרנט בישראל", קובע הנחיה כללית שלפיה הסדרת התנהלות האינטרנט בישראל תהיה עצמאית של הספקים, בשיתוף הציבור וללא מעורבות משרד התקשורת.<sup>126</sup>

סעיף 5.2 של מסמך זה קובע ש"המשרד מצפה כי בעלי רישיון למתן שירותי אינטרנט וקהיליית האינטרנט הישראלית יגבשו בכוחות עצמם, בפורום מתאים ובשיתוף הציבור, פעילויות הסדרה עצמית לענף שירותי אינטרנט, ללא מעורבותו, בכפוף לאישור הממונה על הגבלים עסקיים, ככל שיידרש".

למען הסר ספק, קובע סעיף 5.3 של מסמך זה ש"פעילויות ההסדרה העצמית לענף האינטרנט" כוללות בין השאר; "קביעת כללי אתיקה לנושאי אספקת תכנים ויישומים" (ס"ק ד') וכן "טיפול בהיבטים צרכניים של אספקת תכנים ויישומים" (ס"ק ה).

במסגרת המאמצים לבלום חקיקה המבקשת להטיל על מתווכי הרשת אחריות לתכנים המופצים ברשת באמצעותם, התחייבו איגוד האינטרנט הישראלי וגופי תוכן גדולים באינטרנט הישראלי לקדם הסדרה עצמית שתבטיח הגנה ראויה לגולשים מפני הפצתו של תוכן פוגעני.<sup>127</sup>

בהתאם להתחייבות זו ולאחר הליך של גיבוש כללי הסדרה עצמית ברב שיח שבו השתתפו הגופים השונים, פרסם איגוד האינטרנט הישראלי כללים להסדרה עצמית של תוכן גולשים ברשת האינטרנט.<sup>128</sup>

<sup>125</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 116. לנייר העמדה בנוגע לחוק זה, ראו בכתובת [http://www.isoc.org.il/papers/Position\\_Paper\\_Talkbacks.html](http://www.isoc.org.il/papers/Position_Paper_Talkbacks.html) (כניסה אחרונה: 13 בינואר 2015).

<sup>126</sup> נוסח המסמך עודכן בשנת 2003, והוא זמין בכתובת [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/5/545.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/5/545.pdf) (כניסה אחרונה: 13 בינואר 2015).

<sup>127</sup> ראו נייר העמדה הנ"ל בהערה 125 ("הצעת החוק של ח"כ חסון (הני"ל אחר הציון להערה 113) הוסרה על ידו לאחר שספקי התוכן הגדולים בישראל הגיעו להסכמות על הסדרת הטיפול בתוכן גולשים בתהליך של הסדרה עצמית שנוהל על ידי איגוד האינטרנט הישראלי").

<sup>128</sup> הכללים זמינים באתר האינטרנט של איגוד האינטרנט הישראלי בכתובת [http://www.isoc.org.il/docs/Rules-Self\\_regulation\\_users\\_content.pdf](http://www.isoc.org.il/docs/Rules-Self_regulation_users_content.pdf) (כניסה אחרונה: 13 בינואר 2015).



כללים אלו, שהם וולונטריים באופיים, קובעים הוראות המחייבות להימנע מפרסום תוכן פוגעני וכן שיש בו פגיעה בפרטיות או שהוא מהווה לשון הרע. עם זאת, חשוב לציין שחובה זו חלה בהתאם לכללים רק כאשר "ברור למערכת האתר באופן חד משמעי וניכר על פניו, בלי צורך בחקירה ודרישה משפטיים או בבירור עובדתי". ניסוח מגביל זה מטיל ספק באשר לנכונותם העתידית של מתווכי רשת שניאותו לקבל על עצמם את הכללים, להסיר תכנים פוגעניים או למנוע את הגישה אליהם.

הכללים קובעים גם מנגנון של "הודעה והסרה", בהתאם למנגנון שהוצע בהצעת חוק מסחר אלקטרוני. לעניינו של מסמך זה, חשוב לציין שהכללים חותמים בקביעה שלפיה "כללים אלו, אימוצם והמאמצים למימושם אינם מטילים ולא יטילו אחריות כלשהי, ישירה או עקיפה, על כל ישות משפטית. מסמך זה אינו מטיל אחריות כלשהי, ישירה או עקיפה, על מנהלים, דירקטורים, עובדים, בעלי שליטה או מי מטעמו של אתר הבוחר ליישם את הכללים".

### 3. סקירה משווה

הסדרת האחריות של מתווכי הרשת לתוכן פוגעני המועלה לרשת באמצעותם כרוכה בהכרעה ערכית הקשורה במשקל שניתן לעיקרון חופש הביטוי לעומת משקלם של ערכים אחרים כהגנה על השם הטוב, על כבוד האדם, על הפרטיות וכדומה. מאחר ששיטות משפט שונות נוטות לייחס משקל שונה לכל אחד מן הערכים הנזכרים, השוואה יעילה, אשר יש בה כדי לסייע למחוקק הישראלי בהסדרה של הסוגיה חייבת להתמקד בשיטות משפט שבהן יש לערכים הנזכרים מעמד דומה לזה שניתן להם בשיטת המשפט הישראלית.

בשל כך בחרנו להתמקד במדינות שבהן מתקיים משטר דמוקרטי הרואה את הערך של ההגנה על חופש הביטוי כאחד מן הערכים הראשונים במעלה של שיטת המשטר, ואשר בהן יש לחופש הביטוי מעמד דומה למעמד שניתן לו בישראל.

במסגרת זו נסקור גם את הוראות דירקטיבת הסחר האלקטרוני שהשפיע רבות על הדין האירופי בנושא זה, וכן את ההתפתחויות האחרונות בעניין זה במשפט האיחוד האירופי.

#### 3.1 אוסטרליה

על אחריותם של מתווכי רשת לתוכן פוגעני המופיע באתר יש לדון משני היבטים: מן ההיבט של דיני לשון הרע, מן ההיבט של דיני התקשורת ומן ההיבט של ההגנה על הפרטיות.

##### 3.1.1 דיני לשון הרע

בתי המשפט באוסטרליה הביעו לא אחת את הדעה, שנושא האחריות בניזיקין של מתווכי רשת על תוכן המופץ באתר אשר יש בו כדי לפגוע בשמו הטוב של אדם, אינו מוסדר כראוי בדין האוסטרלי,<sup>129</sup> ובשל כך, בתביעות לשון הרע כנגד מתווכי רשת מקישים בתי המשפט מעקרונות דיני לשון הרע על מנת לקבוע את אחריותם של מתווכי הרשת.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> ראו למשל: ("the law in this regard is not settled" וראו גם: **Marshall v. Robertson v. Dogz Online Pty Ltd** [2010] QCA 295, [1], [35], [55]; **Rana v. Google Australia Pty Ltd** [2013] FCA 60, [50])

<sup>130</sup> השאלה העקרונית, האם נכון להשליך מדיני לשון הרע על אחריותם של מתווכי הרשת, בעיקר בשל ההבדלים העמוקים שבין התקשורת הדיגיטאלית לשאר סוגי התקשורת נדונה בהרחבה בפרשת גוטניק (**Dow Jones and Company Inc v. Gutnick** (2002) HCA 56) בפרשה זו תבע המליארדר היהודי יוסף יצחק גוטניק את מנהלי האתר בארוניס בשל כתבת תחקיר שהפיצו, שבה נטען שגוטניק תורם למוסדות צדקה המשקיעים במניות שהוא מקדם, ואף הועלו שם רמזים



נקודת המוצא לדיון בנושא זה היא ההגדרה של הביטוי 'פרסום' ("publication") שבחוק לשון הרע. ככלל, בתי המשפט באוסטרליה הבהירו פעמים רבות, שישנם שני סוגים של פרסום: פרסום אקטיבי ופרסום במחדל.<sup>131</sup>

על אף ששני הסוגים של הפרסום מאפשרים הטלה של אחריות אזרחית על המפרסם, יש חשיבות רבה להבחנה, משום שהמבחנים לקיומה של האחריות שונים, בהתאם לסוג הפרסום שבנדון.

המבחן להטלת אחריות בנוזיקין בשל פרסום אקטיבי של לשון הרע גובש על ידי בית המשפט בפרשת *Bloch*,<sup>132</sup> שבה נקבע שאדם עשוי לשאת באחריות לפרסום אקטיבי של לשון הרע אם הוא **תרם במכוון** לפרסומו של התוכן הפוגעני. לפי מבחן זה, היסוד הנפשי הנדרש לשם הטלתה של האחריות אינו מתמקד בכוונה לפגוע בשמו הטוב של אדם, אלא בכוונה לפרסם. לפיכך, מבחן זה מאפשר הטלת אחריות בנוזיקין, למשל, על מי שמעביר לאחרים תוכן פוגעני בהודעת דואר אלקטרוני, מעלה לאתר תוכן שקיבל מצד שלישי, וכדומה.<sup>133</sup>

ואולם, לא ברור האם מי שאינו מתכוון לפרסם תוכן מסוים, אלא מתיר לציבור הרחב להעלות ל"במה" שהוא יוצר תוכן מכל סוג שהוא, עשוי לחוב בנוזיקין אם הועלה ל"במה" זו תוכן פוגעני. התשובה לשאלה זו תקבע, האם מנהלי פורומים, מנועי חיפוש,<sup>134</sup> מנהלי רשתות חברתיות ודומיהם ייחשבו מפרסמים אקטיביים. האם העובדה שמשעה שנוצרה ה"במה", הפרסום נעשה באופן אוטומטי, ללא מעורבות של מנהלי האתר, שוללת את קיומו של היסוד הנפשי הראוי לשם הטלתה של אחריות בנוזיקין?

שאלה זו נותרה בצריך עיון בפסק הדין בפרשת *Duffy*,<sup>135</sup> ונראה כי היא טרם הוכרעה.<sup>136</sup>

בנוגע לפרסום במחדל, מן הפסיקה עולה, שכדי להטיל אחריות על פרסום במחדל יש צורך להוכיח שהמפרסם היה **מוזע לקיומו של התוכן**.<sup>137</sup> אולם, תנאי זה איננו תנאי מספיק. בפרשת *Urbanich*<sup>138</sup> נקבע, שלא די בעצם הידיעה על דבר קיומו של תוכן פוגעני כדי להביא לכך שאדם שתרים באופן פסיבי להפצתו של תוכן יוגדר כמפרסם במחדל, אלא יש צורך להוכיח שאדם זה גם **הסכים לפרסום**, אישר

---

לקשרים עם אנשי העולם התחתון. גוטניק זכה בתביעה, לאחר שבית המשפט דחה את טענות הנתבעים הן בנוגע לסמכות המקומית והן בנוגע לתקפותה של הטלת אחריות על מתווכי רשת מכוחם של דיני לשון הרע. לא למותר לציין, שהתחקיר של בארוניס בעניין זה זמין עד עצם היום הזה באתר 'גלובס', בכתובת <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=447814> (כניסה אחרונה: 18 בנובמבר 2014). וראו גם, ראו Ryan J Turner, "Internet Defamation Law and Publication by Omission: A Multi-jurisdictional Analysis" 37(1) *UNSW Law Journal* 34, 41. (להלן: טורנר, לשון הרע באינטרנט).

<sup>131</sup> ראו בהרחבה אצל טורנר, לשון הרע באינטרנט עמ' 35-37.

<sup>132</sup> *Webb v Bloch* (1928) 41 CLR 331.

<sup>133</sup> טורנר, לשון הרע באינטרנט עמ' 36.

<sup>134</sup> תביעות נזיקין הוגשו כנגד מנוע החיפוש google בשל ארבע עילות שונות: בשל שליחת הגולשים לאתר העוסק בפרסום של ביטויים פוגעניים; בשל הצגה של תוכן הפוגע בשם הטוב של אדם בכותרת, בכתובת האתר או בתוצאות החיפוש; בשל השלמה אוטומטית של מילות חיפוש היוצרת תוכן פוגעני או בשל מתן במה לפרומים, אתרי בלוגרים וכדומה, המכילים תוכן פוגעני. ראו שם, הערה 16.

<sup>135</sup> *Duffy v. Google Inc* [2011] SADC 178, [30] – [31] ("counsel for the defendants, argued that... because Google search results are produced by automated search systems, without human input, Google Inc cannot be characterised as a publisher of such results... This point has not been decided by any court in this country")

<sup>136</sup> ראו טורנר, לשון הרע באינטרנט עמ' 41.

<sup>137</sup> ראו: *Urbanich v. Drummoyne Municipal Council* (1991) Aust Torts Reports 81–127; *Frawley v. New South Wales* [2006] NSWSC 248, [17]; *Frawley v. New South Wales* [2007] NSWSC 1379, [6]

<sup>138</sup> לעיל, הערה 137. פרשה זו עסקה בתביעה שהגיש אדם נגד חברת האוטובוסים הציבורית במדינת ניו סאות' ווילס, בשל כך שהיא הסכימה להדביק על גבי האוטובוסים תמונות שלו יחד עם הצורר הנאצי אדולף היטלר, ובציודן כיתוב בדבר היותו פושע מלחמה. התובע דרש מחברת האוטובוסים להסיר את השילוט, אך זו התמהמה ולא הסירה באופן מיידי את השילוט. בשל כך, טען התובע שחברת האוטובוסים אחראית לשון הרע במחדל.



אותו, אימץ אותו או קידם אותו.<sup>139</sup>

בהתאם לקביעה זו, לא ניתן יהיה להטיל על מתווכי רשת אחריות לפרסום במחדל, כל עוד לא הוכח שהם קיבלו הודעה על דבר קיומו של התוכן הפוגעני ולא הסירו תוכן זה בתוך זמן סביר. כמו כן, לא תוטל על המתווכים אחריות, אלא אם ניתן יהיה להוכיח שהם הסכימו לפרסום או ביקשו לקדם את פרסומו של התוכן.<sup>140</sup>

את תוכנה של הידיעה שבנדון לומד טורנר<sup>141</sup> מן הדרך שבה עוצבו ההגנות הסטטוטוריות למפיץ לשון הרע במחדל, במחוזות השונים של אוסטרליה. ככלל, חוקי לשון הרע במחוזות מלמדים שאדם לא יישא באחריות לתוכן פוגעני בהתקיים שלושה תנאים:

א. הנתבע פרסם את התוכן בתפקידו כמפיץ משני (subordinate distributor);

ב. הנתבע לא ידע ולא יכול היה לדעת באופן סביר שהתוכן הוא פוגעני;

ג. העדר המודעות מצדו של הנתבע איננו תוצאה של רשלנות.<sup>142</sup>

שלושת התנאים להטלתה של האחריות לפרסום מלמדים, שלשם הטלתה של האחריות יש צורך בכך שהמפיץ ידע את אופיו של התוכן (ולא די בידיעה על עצם קיומו), וכן, שאין צורך להוכיח את קיומה של ידיעה ממשית על כך שהתוכן הוא פוגעני.

### 3.1.2 דיני התקשורת

סעיף 91(1) של התוספת החמישית לחוק שירותי השידור משנת 1992 (Broadcasting Services Act 1992) קובע שמארחי תוכן אינטרנטי (internet content hosts)<sup>143</sup> וספקי שירותי אינטרנט (internet service providers) לא יישאו באחריות לפי חוק, לפי המשפט המקובל או לפי דיני היושר בכל מדינה ומחוז באוסטרליה, ובלבד שהם לא היו מודעים לאופיו של התוכן האינטרנטי, או כאשר משמעותה של הטלת האחריות תהיה, שהם יידרשו לפקח, לנהל חקירות ולהחזיק ברשומות בכל הנוגע לתוכן האינטרנטי המאוחסן באתר או המופץ על ידי ספק שירותי האינטרנט.

בהתאם להוראה זו, כל הסדר חוקי המבקש להטיל אחריות, מכל סוג שהוא, על מנהלי אתרי אינטרנט חייב להבטיח שההסדר לא יהפוך את מנהל האתר למעין צנזור ראשי של התוכן המופץ באתר.

ואולם, לאונרד<sup>144</sup> מצביע על ספקות אחדים המתעוררים בשל ניסוח לקוי של הסעיף. כך למשל, ההתמקדות ב'אירוח' של התוכן ולא בשליטה עליו או בארגונו, אינה מבהירה האם ההגנה שמעניק החוק למארחי תוכן חלה רק על מנהלי האתר או עורכיו, או שמא גם על חברות המספקות במות כלליות לשיח מקוון, כפייסבוק, טוויטר, לינקדין וכדומה.

<sup>139</sup> לקביעה דומה הגיע בית המשפט העליון גם בפרשת Frawley (לעיל, הערה 137, פסקה 17).

<sup>140</sup> טורנר, לשון הרע באינטרנט עמ' 53. וראו שם (עמ' 54-55) הרחבה בנוגע לפסיקות של בתי המשפט המיישמות הגנות אלו באוסטרליה, באנגליה ובהונג קונג.

<sup>141</sup> שם, עמ' 41.

<sup>142</sup> Defamation Act 2005 (NSW) s 32(1). See also: Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT) s 139C(1); Defamation Act 2006 (NT) s 29(1); Defamation Act 2005 (Qld) s 32(1); Defamation Act 2005 (SA) s 30(1); Defamation Act 2005 (Tas) s 32(1); Defamation Act 2005 (Vic) s 32(1); Defamation Act 2005 (WA) s 32(1).

<sup>143</sup> ביטוי זה מוגדר בסעיף 3 לתוספת החמישית כאדם המארח תוכן אינטרנטי באוסטרליה או המציע שירותים כאמור באוסטרליה. וראו בהרחבה אצל טורנר, לשון הרע באינטרנט, עמ' 57.

<sup>144</sup> Peter Leonard, "Safe Harbors in Choppy Waters—Building a Sensible Approach to Liability of Internet Intermediaries in Australia", 3(2) J. Int'l Media & Entertainment Law (2010-2011) 221, 258-259.



יתר על כן, ההתמקדות של החוק באירוח התוכן מעוררת ספקות בכל הנוגע לקיומה של ההגנה בכל הנוגע לפעולות משניות לאירוח התוכן, כמו למשל, מתן גישה לתוכן באמצעות קישוריות וכדומה.

כמו כן, על אף שהוראותיו של הסעיף מאפשרות הגנה מפני כל תביעה אזרחית או פלילית, בשל אופיו של הסעיף כסעיף המתמקד בשלילתה של צנזורה על תוכן אינטרנטי ובשל העדרה של התייחסות מפורשת להשלכותיה של הוראה זו על הוראות חוק מן הדין האזרחי או הפלילי, לא ברור האם בתי המשפט אכן יפרשו את הסעיף ככזה הגובר על כל הוראה סטטוטורית אחרת, המאפשרת הטלת אחריות על מתווכי הרשת.

הוראות החוק מעניקות למתווכי הרשת חסינות מפני אחריות לתוכן שהופץ דרכם על ידי צד שלישי, אם הם לא היו מודעים לאופיו של התוכן האינטרנטי ( was not aware of the nature of the internet content ) ניסוח זה מעורר ספק בכל הנוגע לטיבה של המודעות. האם נדרשת מודעות ממשית או שמא די גם במודעות שילוחית (imputed knowledge) או קונסטרוקטיבית (constructive knowledge).

ולבסוף, מאחר שהמודעות מכוונת לתוכן מסוים (particular internet content), נראה שהיא מכוונת לידיעה על עצם קיומו של התוכן, ולא על אופיו הפוגעני. בשל כך, עשויים להתעורר ספקות בכל הנוגע לנסיבות שבהן יידרש מנהל האתר להסיר את התוכן או למנוע גישה אליו.<sup>145</sup>

### 3.1.3 דיני הגנת הפרטיות

הנושא של אחריותם של מתווכי רשת לפגיעה בפרטיות אינו מוסדר בחוק האוסטרלי, ובשל כך, בחודש יוני, 2013, פנה פרקליט המדינה של אוסטרליה, מרק דרייפוס, לנציבות בחקיקה ( Law Reform Commission ) וביקש ממנה להכין מסמך רקע הכולל המלצות בכל הנוגע לחדירה חמורה לפרטיות בעידן הדיגיטאלי. המסמך פורסם בחודש מרץ, 2014,<sup>146</sup> והוא כולל דיון והמלצות בכל הנוגע לאחריותם של מתווכי הרשת לפגיעה בפרטיות ברשת האינטרנט.

המלצתה המרכזית של הנציבות בהקשר זה היא, שיש להסדיר מודל של "מפרץ בטוח" (Safe harbour) הדומה במהותו למודל המפרץ הבטוח שנקבע לאחרונה בתיקון לחוק לשון הרע של בריטניה,<sup>147</sup> אך יש לכלול בו תנאים נוספים לכך שמתווך הרשת יזכה להגנת המפרץ הבטוח. הנציבות נמנעה מלהציג המלצות חד משמעיות בכל הנוגע לתוכנם של תנאים אלה, אך הציעה מספר תנאים אפשריים, כדלהלן:

- על מתווך הרשת להסיר או לנקוט באמצעים הדרושים לשם הסרת התוכן, כאשר הוא מקבל הודעה על התוכן הפוגע בפרטיות;
- על מתווך הרשת לדאוג שללקוחותיו יהיו ידע ומודעות לסכנות הכרוכות בהעברת מידע אישי;
- על מתווך הרשת לציית לחובות להגן על הפרטיות בהתאם לחוק הגנת הפרטיות משנת 1988

<sup>145</sup> בהקשר זה מעיר לורנס, שניתן להציע שלוש רמות של מודעות המחייבת הסרה של התוכן: מודעות לאפשרות שהתוכן עלול להוות עילה לתביעה אזרחית, מודעות ממשית לאופיו הפוגעני של התוכן או מודעות לעצם קיומו של התוכן, כאשר מנהל האתר לעולם אינו נדרש להסיר את התוכן, אך עליו להיות מודע שבמידה ויתברר שהתוכן פוגעני והוא בחר שלא להסירו, הוא יישא באחריות. ראו, **The law of Ecommerce**, Adrian Lawrence, chapter in "Defamation" (Lexis Nexis loose-leaf service) para [70,270]

<sup>146</sup> ALRC Discussion Paper 80, 2014. במסמך ניתן לצפות באופן מקוון או להורידו באתר נציבות החקיקה בכתובת <http://www.alrc.gov.au/publications/serious-invasions-privacy-digital-era-alrc-report-123> (להלן: ALRC DP 80, 2014)

<sup>147</sup> ראו להלן, אחר הציון להערה 194.



; (Privacy Act 1988)

- על מתווך הרשת לספק ללקוחותיו אמצעי להסרת תוכן אישי שהועלה על ידם לבמות מקוונות ;
- להבטיח את קיומה של מערכת הנותנת מענה לתלונות בעניין הפגיעה בפרטיות, בזמן סביר.<sup>148</sup>

בחדש אוקטובר, 2014, תוקן חוק העבירות של מחוז ויקטוריה, על מנת להתמודד עם התופעה של הפצת תמונות אינטימיות ללא הסכמה.<sup>149</sup> על פי סעיף 25 של הצעת החוק, יתווספו לחוק העבירות שתי עבירות חדשות. עבירה אחת היא העבירה של העברה מכוונת של תמונה אינטימית של אדם לאדם אחר, כאשר **ההעברה של התמונה נחשבת כמנוגדת לנוהג המקובל בחברה** (סעיף 41DA). העונש המרבי שיטל על מי שנמצא אשם בעבירה זו הוא שנתיים מאסר.

על פי הצעת החוק, לא יוגש כתב אישום בעבירה זו אם התקיימו שני תנאים מצטברים: הנפגע הוא **בוגר, והוא הסכים להעברת התמונה או שיש יסוד סביר להניח שהוא הסכים, במפורש או במשתמע, להעברתה של התמונה, בדרך שבה היא הועברה.**

אמנם, נוסח ההוראה החדשה אינו מתמקד בהעברה של תמונות אינטימיות באמצעות רשת האינטרנט, אך בחוק מובאת דוגמה לתחולתו של הסעיף, ולפיה, העבירה חלה כאשר אדם מעלה לרשת חברתית באינטרנט תמונה של אדם אחר, המצולם בעת היותו מעורבת בפעילות מינית, ללא הסכתו המפורשת או המשתמעת של המצולם.

העבירה השנייה היא העבירה של איום בהעברה של תמונה אינטימית (סעיף 41DB). על עבירה זו לא נרחיב משום שעל פי רוב, אין היא נוגעת לפעילותם של מתווכי הרשת.

בהתאם לדרך שבה נוסחה הצעת החוק, ניתן יהיה להגיש כתב אישום גם נגד מנהלי אתר אינטרנט שהפיצו ביוזמתם תמונות אינטימיות בתנאים האמורים. הצעת החוק האמורה אושרה בקריאה שלישית בפרלמנט של מחוז ויקטוריה ב-21 באוקטובר 2014.

### 3.2 ארצות הברית

כידוע, עיקרון חופש הביטוי עוגן בתיקון הראשון של חוקת ארצות הברית, ומעמדו החוקתי של עיקרון זה משליך על נכונותו של המחוקק ועל נכונותם של בתי המשפט להטיל על מתווכי הרשת אחריות לתוכן פוגעני המופץ ברשת האינטרנט באמצעותם.<sup>150</sup>

#### 3.2.1 חוק ההגינון בתקשורת – סקירה כללית

נושא אחריותם של מנהלי אתרים לתוכן פוגעני המופץ באתר שבניהולם מוסדר מכוחו של חוק ההגינון בתקשורת (Communications Decency Act, 1996 להלן: CDA) משנת 1996.<sup>151</sup> חוק זה שולב בפרק

<sup>148</sup> ראו ALRC DP 80, 2014 p. 149, 152.

<sup>149</sup> Crimes Amendment (Sexual Offences and Other Matters) Act, 2014

<sup>150</sup> לניתוח הדין האמריקאי בהקשר זה ראו גם: **אלקלעי, אחריות אזרחית** עמ' 160-162, 169-173; **אלקין-קורן המתווכים החדשים** עמ' 393-398.

<sup>151</sup> במקורו, החוק נועד לקדם שתי מטרות במקביל. המטרה הראשונה הייתה, להגן על ילדים מפני חשיפה לתוכן פורנוגרפי ברשת האינטרנט, באמצעות הקביעה שחשיפה כאמור מהווה עבירה פדרלית. המטרה השנייה של החוק הייתה, להגיב לפסיקה של בתי המשפט בארצות הברית, ובעיקר לפסיקת בית המשפט העליון של מדינת ניו יורק בפרשת סטרטון ((Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co. 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995)). על כך ראו בהרחבה, למשל, במחקר שהוכן עבור מועצת אירופה, **EU study on the Legal analysis of a Single Market for**, the **Information Society: New rules for a new age?** (November 2009) Chapter 6, p. 31. פסק הדין בעניין סטרטון קבע, שמשעה שמנהל האתר מעורב בצורה כלשהי בעריכת התוכן של האתר, הוא הופך מ'מפיץ' (distributor), שלפי דיני לשון הרע האמריקאים, אינו נושא באחריות לתוכן שהופץ על ידו אלא אם ידע על אופיו הפוגעני של הביטוי



ה-47 של הקוד הפדראלי של ארצות הברית, בסעיף 230.<sup>152</sup>

סעיף 230 פותח בהצהרה שלפיה תהיה זו המדיניות הרשמית של ארצות הברית, לקדם את הפיתוח המתמיד של רשת האינטרנט ושל שיטות תקשורת דומות, לשמר את החיוניות והתחרותיות של השוק החופשי המתקיים ברשת האינטרנט, לעודד את פיתוחן של טכנולוגיות המאפשרות למשתמש שליטה על סוג התוכן המגיע אליו ולהבטיח אכיפה נמרצת של החקיקה הפלילית הפדראלית בנוגע לעבירות מחשב בגסות, מעקב והטרדה באמצעות המחשב.<sup>153</sup>

בהיבט של האחריות לתוכן פוגעני נקבע **שספק של שירותי מחשוב אינטראקטיביים או משתמש בשירותים כאמור לא ייחשבו כמפרסמים או דוברים בכל הנוגע למידע שמקורו בספק תוכן אחר.**<sup>154</sup>

כמו כן, סעיף 230 קובע שספק של שירותי מחשוב אינטראקטיביים או משתמש בשירותים כאמור לא יישא באחריות אזרחית בשל כל פעולה שעשה מיוזמתו ובתום לב על מנת להגביל גישה או זמינות של תוכן שלטעמו הוא תוכן תועבה או תוכן המעודד אלימות קשה או הטרדה, ולא בשל כל פעולה שבוצעה על ידו כדי לאפשר סינון של התוכן באתר או להגיש למשתמשים מידע בדבר קיומן של אפשרויות טכנולוגיות לחסום תכנים כאמור.<sup>155</sup>

במהלך השנים שלאחר חקיקתו של חוק ההגנות בתקשורת, ביקש הקונגרס להרחיב את היקף תחולתה של ההוראה שבסעיף 230 בדרכים שונות. מגמה זו באה לידי ביטוי בקביעתה של הוראה מיוחדת האוסרת על בתי המשפט להכיר או לאכוף פסק דין זר בתביעת לשון הרע, אם פסק דין זה אינו עולה בקנה אחד עם העקרונות שהותוו בסעיף 230.<sup>156</sup>

כמו כן, המחוקק הרחיב את היקף החסינות לפי סעיף 230 גם לאתרים מיוחדים שתכליתם להפיץ תכנים המיועדים לילדים בלבד.<sup>157</sup>

בתי המשפט פירשו את הוראותיו של סעיף 230 בצורה כה רחבה, עד שהוא הפך למחסה כמעט מוחלט בפני תביעות אזרחיות שמקורן בהפצתו של תוכן פוגעני ברשת האינטרנט.<sup>158</sup>

כך, אומצה פרשנות מרחיבה לביטוי 'interactive computer services' שבחוק, שלפיה, **גם שירותי**

---

H. Holland, "In defense of online intermediary immunity: facilitating communities of modified exceptionalism", 56 *Kansas Law Review*, (2007), p. 103-104 להלן: הולנד, הגנה על חסינותם של מתוככי הרשת. למעשה, פסיקה זו הובילה לתוצאה הקשה, שלפיה, למנהלי אתרים עדיף להימנע מעריכת התוכן, מחשש שמא עריכה שכזו תגדיל את הסיכוי שביום מן הימים הם יאלצו לפצות גולש שנפגע בשל תוכן ששולב באתר שלא על דעתם. המטרה הראשונה של החוק לא הוגשמה לבסוף, משום שבית המשפט העליון הפדראלי קבע שסעיפי החוק העוסקים בעניין זה פוגעים באופן בלתי מידתי בעיקרון חופש הביטוי, ובשל כך פסל אותם (ראו פסק הדין בעניין *Reno v. American Civil Liberties Union* 521 U.S. (1997) 844). אולם, בתי המשפט לא פסלו את סעיף 230 של החוק, שנועד להסדיר את אחריותם של ספקי התוכן.

47 U.S.C. § 230 <sup>152</sup>

שם, ס"ק (b). <sup>153</sup>

שם, ס"ק (c)(1). <sup>154</sup>

שם, ס"ק (c)(2). <sup>155</sup>

28 U.S.C. § 4102(c)(1) <sup>156</sup>

47 U.S.C. § 941(e)(1) <sup>157</sup>

O. Medenica and K. Wahab, "Does liability enhance credibility? Lessons from the DMCA applied to online defamation", 25 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2007) 237, 252 אמנם, בקרב חלק מן המלומדים בארצות הברית ישנה אי נוחות מן הפרשנות המרחיבה של הסעיף ובעיקר מתוצאותיה של פרשנות זו על יכולתו של האזרח להגן על שמו הטוב ועל פרטיותו בעידן שבו השימוש ברשת האינטרנט גובר והולך ועמו גובר גם החשש מפני שימוש לרעה ברשת. לעניין זה ראו למשל, William Evans Wells, "Protecting The Victims Of Child Pornography: An Analysis Of The Current State Of The Law, With A View Towards Amending The CDA 230 Safe Harbor" (2014) *Law School Student Scholarship Paper* 605; A.J. Afkari, "CDA Section 230: An Indecent Compromise" available at: <http://techlawgic.com/2014/04/cda-section-230-an-indecent-compromise/> <sup>158</sup>





אירוח, ספקי שירותי דואר אלקטרוני, אתרי מכירה פומבית, חנויות אינטרנט, מפעילי אתר בית אישי, אתרי חברה, אתרי היכרויות, מפעילי חדרי שיחות (צ'אט) ומפעילי נקודות גישה לאינטרנט ייהנו מן החסינות<sup>159</sup> הקבועה בסעיף.<sup>160</sup>

כמו כן, נקבע שגם תוכן שהוכנס לאתר לבקשתו של מנהל האתר, ייחשב כתוכן שמקורו בספק תוכן שאינו מנהל האתר, ובשל כך לא ניתן יהיה להטיל על מנהל האתר אחריות לפגיעה שנגרמה בשל פרסומו של תוכן זה.<sup>161</sup>

בנוגע להיקף החסינות, בתי המשפט קבעו שהחסינות קיימת גם כאשר ניתן להוכיח שמנהלי האתר התרשלו בשמירה על כבודם או פרטיותם של הגולשים.<sup>162</sup>

בתי המשפט בארצות הברית אף הרחיבו את היקפה של החסינות והחילו אותה גם במצבים שבהם מנהלי האתר קיבלו הודעה בדבר קיומו של תוכן מזיק שהועלה לאתר בניגוד לתנאי השימוש באתר, ובכל זאת בחרו שלא להסיר את התוכן ולא למנוע מאלו אשר העלו תוכן זה להעלות תכנים נוספים לאתר.<sup>163</sup>

ולבסוף, לאחרונה, בפסק הדין של בית המשפט לערעורים של מדינת טקסס בפרשת *GODADDY*<sup>164</sup> נקבע שסעיף 230 מעניק חסינות מפני אחריות אזרחית למנהלי אתר אינטרנט, גם כאשר פרסום התכנים שבאתר עשוי להיחשב כעבירה פלילית.<sup>165</sup>

### 3.2.2 סייג פיתוח התוכן

החסינות מכוח סעיף 230 ניתנה לספק של שירותי מחשוב אינטראקטיביים (interactive computer service), ולא לספק תוכן (Information content provider), המוגדר כמי שאחראי באופן מלא או חלקי ליצירה או לפיתוח של מידע המסופק דרך האינטרנט או כל שירות מחשוב אינטראקטיבי אחר.<sup>166</sup>

לפיכך, אם מנהל האתר השתף באופן מלא או חלקי ביצירתו או בפיתוחו של התוכן הפוגעני, הוא לא

<sup>159</sup> הסעיף אינו מזכיר אמנם את הביטוי 'חסינות' (immunity), אבל בתי המשפט פירשו את הסעיף ככזה שנועד להעניק לספקי שירותי מחשוב אינטראקטיביים או למשתמש בשירותים כאמור חסינות מוחלטת מפני אחריות אזרחית הקשורה בפעילותם ברשת. לעניין זה ראו בפסק הדין בעניין *Sara Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC et al.* United States Court of Appeals for the Sixth Circuit (June 16, 2014), עמ' 10, סעיף B, ובאסמכתאות, שם (להלן: פרשת ג'ונס). פסק הדין זמין בכתובת, [http://www.rcfp.org/sites/default/files/docs/20140616\\_170453\\_jones\\_v\\_dirty\\_world.pdf](http://www.rcfp.org/sites/default/files/docs/20140616_170453_jones_v_dirty_world.pdf) (כניסה אחרונה: 13 בנובמבר 2014).

<sup>160</sup> ראו הולנד, הגנה על חסינותם של מתווכי הרשת עמ' 105-107.

<sup>161</sup> *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998)

<sup>162</sup> אחת הדוגמאות המוכרות להרחבת החסינות בהיבט זה היא פסק הדין בעניין *Jane Doe v MySpace* (474 F. Supp. 2d *Jane Doe v MySpace*, 843 (W.D. Tex. Feb. 13, 2007)) פסק דין זה עסק בתביעה שהגישה משפחתה של נערה בת 13 שיצרה לעצמה פרופיל ברשת החברתית MySpace, על אף שבאופן רשמי, מנהלי הרשת הצהירו שרק בוגרים רשאים ליצור לעצמם פרופיל ברשת זו. לאחר יצירת הפרופיל התקשרה הנערה עם אחד מן החברים ברשת החברתית שאף הזמין אותה לפגישה עמו, בה תקף אותה מינית. בעקבות התקיפה סבלה הנערה ממצוקה נפשית קשה, שהובילה להתאבדותה. הורי הנערה הגישו לבית המשפט של מדינת טקסס תביעה כנגד מנהלי האתר, בשל כך שברשלנותם לא נקטו באמצעים פשוטים שנועדו למנוע מקטינים ליצור לעצמם פרופיל, ובכך אפשרו לפדופילים לנצל את הרשת לשם פגיעה בקטינים. בית המשפט של מדינת טקסס דחה את התביעה תוך שהוא מבהיר שסעיף 230 מעניק חסינות גם למנהלי רשתות חברתיות (להלן: פרשת Myspace). ערעור על פסק דין זה בבית המשפט הפדראלי לערעורים (*Doe v. MySpace*, 528 F.3d 413), נדחה מאותה סיבה.

לא למותר לציין, שבפרשה זו הועלתה טענה חדשה, ולפיה, דיני הנויקין מטילים על אדם אחריות לנזק שנגרם בידי צד שלישי, כאשר הנתבע יכול היה לצפות את התרחשותו של הנזק והיה בידו למנוע. אולם, בית המשפט שבמדינת טקסס, ואף בית המשפט לערעורים הכריעו, שחובה כאמור קיימת רק כאשר בין הניזוק לנתבע קיימים יחסים מיוחדים, כיחסי עובד-מעביד, הורה-ילד וכדומה.

<sup>163</sup> ראו למשל: *Doe v. Am. Online, Inc.* 783 So. 2d 1010 (Fla. 2001); *Gentry v. eBay, Inc.* 121 Cal. Rptr. 2d 703, 717 (Ct. App. 2002)

<sup>164</sup> *GODADDY.COM, LLC, v. Hollie TOUPS, et al.*, No. 09-13-00285-CV (Decided: April 10, 2014)

<sup>165</sup> בפרשה זו דובר על אחריות מנהלי אתר אינטרנט שעודדו את הגולשים להפיץ דרכם תמונות פרטיות של בני זוג לשעבר, במצבים אינטימיים. וראו גם, ראו הולנד, הגנה על חסינותם של מתווכי הרשת עמ' 106.

<sup>166</sup> 47 U.S.C. § 230(f)(3)



## יזכה לחסינות מפני תביעה אזרחית.

ואולם, ההבחנה המשפטית בין מי שמספק את התוכן למי שגם יוצר או מפתח אותו, אינה פשוטה. הבחנה זו נדונה לאחרונה בפסק הדין של בית המשפט הפדראלי לערעורים, בפרשת ג'ונס. פרשה זו עסקה בתביעת נזיקין שהגישה שרה ג'ונס, מורה בבית הספר התיכון שבעיר אדג'ווד (Edgewood) שבמדינת קנטאקי, כנגד מנהלי האתר TheDirty.com, בשל אחריותם לפרסום תוכן מיני פוגעני עליה, באתר שבניהולם.

מפסק הדין עולה שהתוכן הופץ אמנם על ידי אחד מן המשתמשים באתר האינטרנט, אך צורפו לו הערות שנכתבו על ידי מנהלי האתר. בשל כך טענה ג'ונס, שמנהלי האתר הפכו ממפיצי תוכן בלבד לכאלו שגם תורמים ליצירתו ופיתוחו של התוכן, ולכן אין הם חוסים תחת החסינות שמעניק סעיף 230 לספקי שירותי מחשוב אינטראקטיביים. מנגד, מנהלי האתר טענו, שהערות העורך שצירפו אינן הופכות אותם ליוצרי התוכן או אפילו למפתחיו ובשל כך, הם חסינים מפני תביעה אזרחית.

בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתה של ג'ונס, תוך שהוא מפעיל שני מבחני עזר כדי לבחון האם מנהל האתר תרם לפיתוחו של התוכן. המבחן הראשון הוא 'מבחן העידוד', שלפיו, במידה וניתן להוכיח שמנהל האתר עודד את המבקרים באתר לבצע פעולות פוגעניות, ניתן לראותו כמי שהשתתף בפיתוחו של התוכן הפוגעני. את המבחן השני ניתן לכנות 'מבחן האשרור', ולפיו, במידה ומנהל האתר מרחיב את התוכן, מאשרר אותו או מאמץ את הקביעות שבו בכל דרך אחרת, ניתן יהיה לומר שהוא השתתף בפיתוחו של התוכן.

על פסיקה זו הגישו מנהלי האתר ערעור לבית המשפט הפדראלי לערעורים, וזה הפך את פסיקתו של בית המשפט המחוזי, תוך שהוא דוחה את מבחני העזר שהוצעו בפסיקתו של בית המשפט המחוזי<sup>167</sup> וקובע, בהסתמכו על פסיקה קודמת בנושא, את **מבחן התרומה המהותית** (material contribution test) כמבחן הבלעדי להבחנה שבין מי שמספק את התוכן למי שגם יוצר או מפתח אותו.

לפי מבחן זה, רק אם יוכח שמנהלי האתר תרמו באופן מהותי לתוכן הפוגעני, הם לא יזכו לחסינות שמעניק סעיף 230. בהקשר זה הודגש, שעצם ההחלטה לפרסם את התוכן, מיקומו באתר ואפילו הוספה של הערות עורך שאין בהן כדי להוסיף פגיעה על גבי הפגיעה שנגרמת מעצם פרסומו של התוכן, אינן בגדר 'תרומה מהותית', שיש בה כדי להסיר מעל מנהלי האתר את החסינות המוענקת להם מכוחו של סעיף 230.

### 3.2.3 האחריות החוזית

במספר פסקי דין מן השנים האחרונות קבעו בתי המשפט שאם מנהלי האתר התחייבו בפני הגולשים להגן על פרטיותם או להסיר באופן מידי תוכן פוגעני לבקשתו של הנפגע, ניתן יהיה לתבוע מהם פיצוי על נזק שנגרם בשל פרסומו של תוכן פוגעני אם הם לא עמדו בהתחייבותם, והחסינות מכוחו של סעיף 230 לא תעמוד להגנתם.<sup>168</sup>

<sup>167</sup> הנימוק העיקרי לדחייתו של 'מבחן העידוד' היה, שמבחן זה אינו מתמקד בחוסר החוקיות שבפעולותיהם של מנהלי האתר, ושהשימוש במבחן זה עלול להרחיב את גדרו של החריג לחסינות שהוענקה למנהלי האתר לפי סעיף 230, הרבה מעבר למידה שאליה התכוונו המחוקקים (ראו, פרשת ג'ונס, עמ' 20).

הנימוק העיקרי לדחייתו של 'מבחן האשרור' היה, שמבחן זה מעוות את עיקרון האחריות משום שבאמצעותו מבקשים להטיל על אדם שמסכים לעולה שביצע אדם אחר, אחריות לעצם קיומה של העולה (שם, עמ' 21).

<sup>168</sup> ראו בהרחבה, John P. Borger, Jay Ward Brown, B. Gerard Cordelli, F.M. Bud Ferrer, Kourtney James, Ashley Kissinger, D. Bradley Kizzia, Joseph Larsen, Thomas Leatherbury, Katherine E. Mast, John B.



ואולם, מנגד, בתי המשפט בארצות הברית הראו נכונות להכיר בתנאי שימוש באתר המשחרים את האתר ומנהליו מכל אחריות לנזק שנגרם למשתמשים על ידי צד שלישי, כהסכם מחייב לכל דבר ועניין, המעניק חסינות למנהלי האתר מפני תביעת נזיקין הקשורה לשימוש באתר.<sup>169</sup>

### 3.2.4 האחריות הפלילית

בס"ק (e)(1) של סעיף 230, נקבע שהוראותיו של הסעיף לא יפגעו באכיפה של הוראות חוק העוסקות באחריות הפלילית בעבירות פדראליות העוסקות בפרסומי תועבה, בניצול מיני של ילדים או באכיפתה של כל עבירה פדראלית אחרת.

יש הסבורים שהוראה זו מאפשרת באופן עקרוני את הגשתה של קובלנה פלילית כנגד מנהלי אתרים שאפשרו ביצוע של עבירות פליליות באמצעות השימוש באתר שלהם,<sup>170</sup> אך יש הסוברים שעל מנת שניתן יהיה להטיל אחריות פלילית על מנהלי האתרים בשל נכונותם לאפשר את ביצוען של עבירות פליליות באמצעות השימוש באתר, אין מנוס מתיקונו של החוק.<sup>171</sup>

בהתאם לכך, בשנת 2009 הוגשה לקונגרס הצעת חוק שכותרתה הייתה, חוק מייגן מאייר למניעת הטרדת רשת (Megan Meier Cyberbullying Prevention Act).<sup>172</sup> חוק זה נקרא על שמה של נערה בת 14 שהתאבדה בשל תוכן פוגעני שהופץ עליה ברשת. המציעים של חוק זה ביקשו לקבוע כעבירה פלילית את ההעברה של תוכן מיני ופוגעני ברשתות החברתיות או באתרי האינטרנט. אולם, בסופו של דבר הצעת החוק נגנזה.<sup>173</sup>

ברמה המדינתית, בתקופה האחרונה ישנן מדינות המבקשות לבצע שינויי חקיקה על מנת להילחם בתופעה של השימוש ברשת האינטרנט לשם הפצת תמונות אינטימיות של אנשים על ידי מי שהיו בני זוגם, מתוך כוונה לנקום בהם.

יוזמות חקיקה מן הסוג האמור ניתן למצוא, נכון למועד כתיבת שורות אלה, בחמש עשרה מדינות בארצות הברית. מתוכן, בשבע מדינות בלבד, נוסח החוק מאפשר העמדה לדין של מתווכי רשת.

כך למשל, בשנץ 2013 תוקן הקוד הפלילי של מדינת ניו ג'רזי ושולב בו סעיף 2C:14-9, הקובע עבירה פלילית של הפצה או העברה של תמונה או הקלטת וידאו שבה אבריו האינטימיים של אדם אחר מגולים או שבה

---

O'Keefe, Catherine Van Horn, Leita Walker, Natalie West, Thomas J. Williams and Steven Zansberg, "Recent Developments in Media, Privacy and Defamation Law" 45(2) **Tort Trial & Insurance Practice Law Journal** (Winter 2010) 465, 479

ראו, Amanda Harmon Cooley, "A Radical Redefinition of Liability for Misrepresentation on Internet Social Networking Sites: The Perilous Precedent of United States v. Drew" 19 **Southern Law Journal** 1, 20 (2009)

John E. D. Larkin, "Criminal and Civil Liability For User Generated Content: Craigslist, A Case Study", 15 **J. Tech. L. & Pol'y** 86 (2010).

Ashley Ingner, "[Cyber Crime Control: Will Websites Ever be Held Accountable for the Legal Activities They Profit From?](http://www.thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.1966)" 18 **Cardozo Journal of Law & Gender** (2012) 423, 445-446

לנוסח הצעת החוק, ראו בכתובת <http://www.thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.1966> יש לציין, שבעקבות התוצאות החמורות של תופעת הטרדת הרשת, חל ניכר ממדינות ארצות הברית חוקי שנועדו להחמיר בענישתם של מטרידי רשת ולחייב את בתי הספר לפעול לשם מיגור התופעה לרשימה מפורטת של חוקים אלו ראו בכתובת <http://www.firstamendmentcenter.org/cyberbullying-statutes-state-by-state>. במדינות אחדות נמצאה אף חקיקה המאפשרת הטלת אחריות פלילית על מנהלי אתרים שפרסמו תכנים פוגעניים המהווים הטרדת רשת. ראו למשל, במדינת אלסקה, Alaska Statutes § 11.61.120(6) הקובע עבירה של הטרדה מדרגה שניה על מי שמפרסם או מעביר תמונות או ציורים הכוללים אברים אינטימיים של אדם או פעילות מינית, במטרה להטריד או להציק. וראו גם, במדינת מיסורי, S.B. 818 § 565.091.



נראה אדם זה מעורב במגע מיני, בידיעה שהמפיץ או המעביר אינו מורשה לעשות זאת והנפגע לא הסכים לכך. העונש המוטל על מי שמבצע עבירה זו הוא קנס, בסכום שלא יעלה על שלושים אלף דולר.

החוק האמור דומה לחוק שהתקבל לאחרונה במחוז ויקטוריה שבאוסטרליה כנזכר לעיל, אך בעוד שהחוק האוסטרלי מתמקד בהפצה של תמונות המנוגדת לערכי המוסר המקובלים בחברה, החוק של מדינת ניו ג'רזי מתמקד אך ורק בהצגה של אברים אינטימיים או של פעילות מינית.

במדינת ג'ורג'יה נקבע בחוק<sup>174</sup> שאדם עובר עבירה של פגיעה בפרטיות אם הוא מעביר או משדר (transmits or posts) או גורם להעברה או שידור של (Causes the electronic transmission or posting) תמונות או סרטונים שיש בהם הצגה של אבריו האינטימיים של הזולת או קשר מיני שהוא מעורב בו, ללא הסכמתו ומתוך ידיעה על תוכן התמונות או הסרטונים.

עבירה מסוג זה מוגדרת כעוון בנסיבות חמורות במיוחד (misdemeanors of a high and aggravated nature), שעונשה קנס כספי בשיעור שלא יעלה על \$5,000 או מאסר לתקופה שלא תעלה על שנה אחת. ואולם, במידה והפוגע עובר עבירה זו פעם שנייה, העבירה האמורה תוגדר כעבירה מסוג פשע (felony) שהעונש על ביצועה יכול להגיע עד כדי קנס כספי שעשוי להגיע עד כדי \$100,000 או מאסר לתקופה של עד חמש שנות מאסר או צירוף של שני העונשים הנזכרים.

ואולם, החוק קובע חזקה הניתנת לסתירה, שלפיה מתווכי הרשת מוחזקים ככאלו שלא ידעו דבר על תוכנם של התמונות או הסרטונים שהעברו באמצעותם, אלא אם יוכח אחרת.

עבירה דומה קיימת גם בקוד הגנת הפרטיות של מדינת דלוואר,<sup>175</sup> שם נקבע גם, שישנן נסיבות מחמירות המצדיקות החמרה בענישה, ובכללן גם, אחזקה של אתר או שירות אינטרנטי המיועד לשם העברת תמונות או סרטונים כאמור.

בשמונה המדינות הנותרות, נוסח החוק אינו מאפשר להחיל אותו על מתווכי הרשת.<sup>176</sup> על פי רוב, הדבר נובע מהתנגדות חריפה מצדם של ארגונים ציבוריים המקדמים את השימוש באינטרנט או מצד ארגוני זכויות האדם.

דוגמה מובהקת לכך היא החוק שהתקבל לבסוף במדינת קליפורניה. בשנת 2013 הוגשה לסנאט הצעת חוק שהייתה רחבה דיה גם כדי להטיל על מתווכי הרשת אחריות להפצת תוכן פוגעני ומיני. אולם, נוסח הצעת החוק רוכך בעקבות הלחץ הציבורי, ובסופו של דבר נקבע שהאחריות הפלילית תוטל רק על מי שצילם תמונות אינטימיות של הזולת, בהסכמתו, ולאחר מכן הפיץ אותן ברשת מתוך כוונה לגרום לנפגע מצוקה נפשית חמורה.<sup>177</sup>

<sup>174</sup> [H.B 838](#)

<sup>175</sup> [H.B 260](#) וראו גם, אלסקה, Alaska Stat. § 11.61.120; וירג'יניה, Code of Virginia 18.2-386.2; טקסס, Texas Penal § Code 21.15; ניו ג'רזי, NJ Rev Stat § 2C:14-9 (2013); פנסילבניה H.B 2107. לסקירה מפורטת של החקיקה המדינית בהקשר זה ראו אצל Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, "Criminalizing Revenge Porn" 49 Wake Forest Law Rev. 345, 371-374.

<sup>176</sup> ראו: איידהו [H.B 563](#); אריזונה [Arizona Revised Statutes 13-1425 B\(4\)](#); הוואי, [H.B 1750](#); ויסקונסין, [Code of Wisconsin 942.09](#); יוטה, [H.B 71](#); מישיגן, [SB 924 \(2014\)](#); מרילנד, [H.B 43](#); קולורדו H.B 14-1378; סעיף 1(5); קליפורניה, SB 1255.

<sup>177</sup> לניתוח הרקע החקיקתי וההבדלים שבין הנוסח המקורי לנוסח הסופי, ראו: Carly Nyst, "[End violence: Women's rights and safety online Technology-related violence against women - Recent legislative trends](#)" Association for Progressive Communications (APC), May 2014 p. 14-15 (להלן: ניסט, זכויות נשים ובטיחות ברשת). לא למותר לציין, שלדעת רבים, בשל הדרך שבה נוסח החוק לבסוף אין הוא נותן מענה שלם לתופעה שבה הוא נועד להילחם, משום שלא ניתן לעשות בו שימוש לשם הפללת מתווכי רשת שלא היו מעורבים ביצירתו של התוכן הפוגעני



## 3.3.1 דיני לשון הרע

בקנדה, לא קיימת חקיקה המסדירה במישרין את הנושא של אחריותם של מתווכי רשת לתוכן פוגעני המופץ ברשת. לעת עתה, בתי המשפט מכריעים בתביעות אזרחיות כנגד מתווכי הרשת מכוח ההיקש מפסיקות בעניינים דומים, בעיקר בדיני לשון הרע. מ

כך למשל, בנוגע לתוכן שהוכנס לאתר מבלי שמנהל האתר היה מעורב בצורה כלשהי בהצגתו, קבע בית המשפט העליון בפרשת *SOCAN* משנת 2004,<sup>178</sup> שבהתאם לדוקטרינת המפיץ התמים (innocent disseminator), מתווך רשת לא יישא באחריות לנזק שנגרם בשל תוכן שהופץ באמצעותו, ובלבד שיצליחו לשכנע את בית המשפט שהוא לא היה מודע לקיומו של התוכן, שלא הייתה לו כל סיבה לחשוד בקיומו, ושהעד המודעות בעניין זה לא נבע מרשלנות.

באותה שנה דן בית המשפט לערעורים שבמחוז קולומביה הבריטית, בפרשת *Carter*,<sup>179</sup> בשאלה, האם ספק שירותי אינטרנט אחראי לתוכן פוגעני המופץ בידי צד שלישי באחד הפורומים, בשל כך שהוא אפשר שילוב של הפניה מקושרת באחד הפורומים, לידיעה שהכילה תוכן שהוא בגדר לשון הרע. בפרשה זו הכריע בית המשפט לערעורים, שבמידה ויוכח שהספק היה מודע לקיומו של התוכן האמור, הייתה לו שליטה גם על הפורום שבו הופץ התוכן הפוגע, והוא לא עשה דבר כדי להסירו, ניתן יהיה להטיל עליו אחריות להפצת לשון הרע, גם אם התרומה היחידה שלו להפצה הייתה שילוב של קישור המפנה לתוכן הפוגע.<sup>180</sup>

אמנם, בנוגע לשילובם של קישורים לאתרים שבהם מופיע תוכן המהווה לשון הרע, נקבע בפסקי דין מן העת האחרונה הכלל, שללא מעורבות ממשית בפרסומו של התוכן הפוגעני לא ניתן יהיה להטיל על מנהל אתר אחריות כמפיץ לשון הרע.<sup>181</sup>

ואולם, בפרשת *Wikimedia*<sup>182</sup> קבע בית המשפט לערעורים של מחוז קולומביה הבריטית, שבמידה ויוכח שהקישור כלל המלצה או עידוד של הגולשים לגלוש לאתר שבו מפורסם התוכן הפוגעני, ניתן יהיה להגיש תביעת לשון הרע גם נגד מנהלי האתר.

(אפילו אם הם עודדו את הפצת התוכן), לא ניתן להעמיד לדין מי שהפיץ תמונות שהנפגע צילם בעצמו (סלפי) או שכל אדם אחר צילם, וכן, לא ניתן להעמיד לדין כאשר לא ברור שהנפגע הסכים להצטלם או כאשר לא ברור שהמפיץ התכוון לגרום לנפגע מצוקה נפשית חמורה. להרחבה בעניין זה ראו, Eric Goldman, "[California's New Law Shows It's Not Easy To Regulate Revenge Porn](#)", *Forbes*, 10/08/2013 וכן ראו, Jessica Roy, "[California's New Anti-Revenge Porn Bill Won't Protect Most Victims](#)", *The Time* 3/13/2013

[Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada \(SOCAN\) v Canadian Assn. of Internet Providers \(CAIP\)](#), 2004 SCC 45, June 30, 2004

[Carter v. B.C. Federation of Foster Parent Assn.](#), 2005 BCCA 398, August 3, 2005

בית המשפט קבע, שלא ניתן להעניק לאדם את הגנת המפיץ התמים (innocent disseminator) של המשפט המקובל, לאחר שנודע לו על קיומו של התוכן הפוגע. עיקרון זה נקבע כבר בפסק הדין בעניין *Hemming*, שבו הודגש ש-"The defense of innocent dissemination is recognized in Canadian law, and has been applied in circumstances where the defendant was not the originator of the alleged defamation but simply someone who facilitated its public dissemination without being aware of the content". (*Hemming v. Newton*, 2006 BCSC 1748)

ראו למשל, *Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47, October 19, 2011

*Crookes v. Wikimedia Foundation Inc. and Jon Newton* [2009] B.C.J. No. 1832, 2009 BCCA 392 [2009] BCWLD 7640.



### 3.3.2 אחריות פלילית

לאחרונה תוקן הקוד הפלילי של קנדה בחוק שכותרתו היא – ההגנה על קנדים מפני פשיעה מקוונת (Protecting Canadians from Online Crime Act, 2014).<sup>183</sup> תכליתו של החוק האמור היא, להילחם בתופעה של השימוש ברשת האינטרנט לשם הפצת תמונות אינטימיות של אנשים על ידי מי שהיו בני זוגם, מתוך כוונה לנקום בהם.

על פי סעיף 3 של החוק, כל מי שביודעין מפרסם, מעביר, משדר או מפרסם תמונה אינטימית של אדם אחר, ביודעו שהמצולם לא נתן את הסכמתו לכך או מתוך פזיזות בכל הנוגע למתן ההסכמה, יועמד לדין ויהיה צפוי לעונש של עד כדי חמש שנות מאסר.

על פי החוק, תמונה אינטימית מוגדרת כתמונה שיש בה הצגה של עירום, של אברי מין או של פעילות מינית, כאשר בעת הצילום או ביצוע העבירה יש למצולם ציפייה סבירה לפרטיות.

סייג חשוב להוראות האמורות קובע, שלא יואשם אדם בעבירה בהתאם להוראות האמורות, אם התנהגות המבססת את היסוד העובדתי של העבירה משרתת את טובת הציבור.<sup>184</sup>

מבחינת היקפו, חוק זה דומה בהיקפו לחוק שהתקבל בעניין זה במדינת ניו ג'רזי, למעט הסייג של טובת הציבור, שאינו קיים בחוק של מדינת ניו ג'רזי.

לפי נוסח החוק, נראה שניתן יהיה להשתמש בו גם לשם הפללת מתווכי רשת המפיצים תוכן מיני פוגעני.<sup>185</sup>

### 3.4 האיחוד האירופי

ברמה הסטטוטורית, הנושא של אחריותם של מתווכי הרשת לתוכן המופץ דרכם ברשת האינטרנט הוסדר מכוחה של דירקטיבת<sup>186</sup> הסחר האלקטרוני משנת 2000.<sup>187</sup> דירקטיבה זו ביקשה ליצור עבור מתווכי הרשת 'מרחב מוגן' מפני אחריות, ולהותיר למדינות האיחוד את הסמכות להרחיב את גבולותיו של מרחב זה או להישאר בגבולות שנקבעו לו בדירקטיבה.

הגישה העקרונית של הדירקטיבה הייתה, ליצור מנגנון של שיתוף פעולה בין מתווכי הרשת לרשויות, באופן שמחד גיסא, יעניק למתווכי הרשת הגנה מפני אחריות לתכנים המופצים דרכם ברשת, ומאידך גיסא, יבטיח את שיתוף הפעולה מצדם במאמציהן של הרשויות להגיע אל המשתמשים העושים שימוש

<sup>183</sup> לנסח החוק ראו באתר הפרלמנט של קנדה בכתובת: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&DocId=6731159&File=4>

<sup>184</sup> לא למוטר לציין, שהחוק מכיל גם הוראות המעניקות הגנה מפני תביעה אזרחית לאדם החושף מיוזמתו את זהותו של מפיץ התמונות. הוראות אלו זוכות לביקורת חריפה מצד ארגוני זכויות האדם וחלק מן המפלגות בפרלמנט, אך ביקורת זו, נכון למועד כתיבת שורות אלו, לא הניאה את ראש ממשלת קנדה, סטיבן הארפר, מלהגיש את הצעת החוק במתכונתה המקורית לאשרור של בית הנבחרים והסנאט. בעניין זה ראו הכתבה בכתובת <http://thechronicleherald.ca/novascotia/1243035-controversial-cyberbullying-bill-goes-to-vote-with-no-changes>

<sup>185</sup> ואמנם לאחרונה הביא דוד פרייזר, מומחה קנדי לדיני אינטרנט, טכנולוגיה והגנת הפרטיות בכתובת את החשש שהוראות החוק יאפשרו הפללה של מנהלי ובעלי רשתות חברתיות כפייסבוק, אינסטגרם ופליקר. להרחבה ראו בכתובת <http://www.flare.com/sex-and-relationships/the-disturbing-rise-of-revenge-porn>

<sup>186</sup> דירקטיבה היא חקיקה של האיחוד האירופי אשר מחייבת את המדינות החברות באיחוד להתאים את הדין הפנימי שלהן להוראות הקבועות בה, אך מותרת למדינות את ההחלטה כיצד לעשות זאת במסגרת שיטת המשפט הנהוגה בכל אחת מהן. ראו אתר האיחוד האירופי, [Regulations, Directives and Other Acts](http://Regulations, Directives and Other Acts), תאריך כניסה: 26 באוקטובר 2015.

<sup>187</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce", June 8, 2000) לדיון בהוראותיה של דירקטיבה זו ראו גם, אלקין-קורן, המתווכים החדשים עמ' 398-399.



ברשת לשם הפצת תוכן לא חוקי.<sup>188</sup>

בהתאם לכך נקבע בסעיף 15 עיקרון כללי, הקובע שהמדינות החברות לא יאמצו רגולציה המחייבת את מתווכי הרשת לפקח על תכנים המופצים ברשת או לבצע פעולות שתכליתן לגלות פעילות לא חוקית ברשת.

ואולם, בצד עיקרון זה נקבע גם, שהמדינות רשאיות לדרוש מן המתווכים לדווח להן על כל תלונה הנוגעת לקיומה של פעילות לא חוקית, ואף לחייב את המתווכים לסייע בחשיפת המקור של תוכן לא חוקי שהופץ ברשת.

כמו כן, נקבע בדירקטיבה, שהמדינות רשאיות לקבוע, שמתווכי הרשת יידרשו לחסום גישה לתוכן לא חוקי או לתוכן החשוד ככזה, על פי דרישה שתוצג להם על ידי הרשות המתאימה לכך.<sup>189</sup>

בכל הנוגע לאחריות המוטלת על מתווכי הרשת, הבחינה הדירקטיבה בין שלושה סוגים של מתווכים:

1. מתווכים המשמשים, לכל היותר כ'צינור' להעברת מידע (mere conduit) כספקי גישה לאינטרנט;

2. מתווכים המאפשרים אחסון של מידע בזיכרון מטמון לשם שליפה מהירה שלו על ידי אתרים המבקשים לעשות שימוש במידע זה (Cach).

3. ספקי שירותי אירוח (Host), המאפשרים לספקי תוכן להציג תוכן באתרים המנוהלים על ידם;

**בכל הנוגע למתווכים המשמשים 'צינור' להעברת מידע בלבד, נקבע שכל עוד המתווך ממלא תפקיד פסיבי בלבד בהעברת המידע, הוא לא יישא באחריות לתוכנו של המידע שהועבר באמצעותו.**

לפי סעיף 12 של הדירקטיבה, כדי שהמתווך ייחשב כמי שמילא תפקיד פסיבי בלבד בהעברת המידע, עליו לעמוד בשלושה תנאים:

1. הוא לא יזם את הפצת התוכן;

2. הוא לא בחר את זהותם של הנמענים;

3. הוא לא בחר או ערך שינויים בתוכן שהופץ.

לפי סעיף 13, מתווך המאפשר שימוש ב'זכרון מטמון' לשם שליפה מהירה של מידע, לא יישא באחריות הנוגעת לשימוש בתוכן זה, ובלבד שהוא עומד בתנאים הבאים:

1. לא שינה את התוכן או ערך אותו;

2. הוא פעל בהתאם לכללים מקובלים בכל הנוגע לשמירת המידע ועדכוננו;

3. הוא אינו מתערב בהליכים מקובלים וחוקיים שנועדו לדלות מידע על השימוש במידע המאוחסן;

4. הוא מסיר את התוכן או מגביל את הגישה אליו באופן מיידי, לאחר שנודע לו שהתוכן הוסר מהרשת או שהגישה אליו הוגבלה, או על פי צו של בית המשפט.

מדיניות מחמירה יותר נקבעה בסעיף 14 של הדירקטיבה, בעניינם של מתווכי רשת המספקים שירותי

<sup>188</sup> ראו, Benoît Frydman and Isabelle Rorive, "Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA", Zeitschrift für Rechtssoziologie 23 (2002), Heft 1, S. 41-59, 53.

<sup>189</sup> סעיפים 12.3 ו-14.3.



אירוח לתוכן של צד שלישי. לגבי אלה נקבע, שהם לא יהיו חסינים מפני אחריות, אלא בהתקיים שלושה תנאים:

1. אין להם ידיעה ממשית על קיומו של התוכן או על פעילות לא חוקית;
2. בכל הנוגע לאחריות בנוזיקין, אין הם מודעים לעובדות או לנסיבות שעשויות ללמד על קיומה של פעילות לא חוקית;
3. משנודע להם על פעילות לא חוקית, הם פעלו באופן מידי כדי להסיר את התוכן הלא חוקי או למנוע גישה אליו.

בפסק הדין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין Google France<sup>190</sup> נקבע בעניין זה כלל מנחה שלפיו, על מנת שמנוע חיפוש יוכל ליהנות מן החסינות המוענקת לפי סעיף זה, עליו להקפיד על כך שתפקידו בהעברת המידע יישא אופי טכני לחלוטין, במובן זה שתפקודו של מנוע החיפוש יצביע על פעילות טכנית, אוטומטית ופסיבית, המלמדת על העדר ידיעה או שליטה בכל הנוגע למידע.

בפסק הדין בעניין L'Oréal<sup>191</sup>, נקבע שכדי שאתר למסחר אלקטרוני יוכל ליהנות מן החזקה שלספק שירותי האירוח אין ידיעה ממשית בכל הנוגע לתוכנו של המידע המאוחסן אצלו, עליו להיות פסיבי לחלוטין במובן זה שהוא אינו רשאי לקדם את הרכישה של מוצרים מסוימים בכל דרך שהיא. במידה ונהג כך, ולאחר שנודע לו על אי חוקיות הנוגעת לפרסומו של מוצר, עליו להסיר באופן מידי את הפרסום על מנת שיוכל ליהנות מן ההגנה שמעניק סעיף 14 של הדירקטיבה.

לעניינו של מסמך זה, נראה כי פסק הדין המשמעותי ביותר שניתן על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם הוא פסק הדין בעניין Delfi<sup>192</sup> מחודש אוקטובר 2013, שעסק באחריות של מנהלי אתר לתוכן פוגעני המופץ על ידי מגיבים (טוקבקיסטים). בפסק הדין נקבעו שלושה עקרונות מצטברים בכל הנוגע להטלת האחריות על מנהלי האתר, כדלהלן:

1. אחריות תוטל על מנהלי האתר אם בהתחשב באופייה של הכתבה, היה עליהם לצפות לתגובות פוגעניות;
2. אחריות תוטל על מנהלי האתר אם ייווכח בית המשפט שהאמצעים שננקטו על ידי מנהלי האתר על מנת להסיר תוכן פוגעני לא היו מספקים על מנת למנוע את פרסומו של התוכן הפוגעני;
3. אחריות תוטל אם ייווכח בית המשפט שהתוכן איננו חוקי, ושבנסיבות העניין קשה לצפות מן הנפגע לאתר את מפיץ התוכן הפוגעני על מנת להטיל עליו את האחריות להפצת התוכן;

לא למותר לציין שיש המבקרים את פסק הדין בטענה שהוא פוגע בחופש הביטוי באינטרנט.<sup>193</sup> לאחרונה, בעקבות בקשה לקיים דיון נוסף בעניין, אישר הרכב מיוחד של בית המשפט האירופי לצדק את קיומו של

<sup>190</sup> [Joined Cases C 236/08 to C 238/08 Google France and Google \[2010\] ECR I 2417](#)  
<sup>191</sup> [Case C 324/09 L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others \[2011\]](#)

<sup>192</sup> *Delfi As v. Estonia* (Application no. 64569/09). לסיכום ממצה של פסק הדין וקישור להורדת פסק הדין המלא, ראו בכתובת <http://www.5rb.com/case/delfi-v-estonia>. וראו גם בכתובת <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2013/10/european-court-human-rights-holds-delfiee-liable-anonymous-defamation>

<sup>193</sup> ראו למשל, בכתובת <http://www.article19.org/resources.php/resource/37287/en/european-court-strikes-serious-blow-to-free-speech-online>





דיון נוסף בעניין זה, בפני הרכב מורחב של שבעה עשר שופטים.<sup>194</sup>

### 3.5 בריטניה

בכל הנוגע לאחריות האזרחית של מנהלי אתרים לתוכן פוגעני המופיע באתר שבניהולם, יש להבחין בדין האנגלי בין שלוש תקופות. התקופה הראשונה, החל משנת 1996, בה נחקק התיקון לחוק לשון הרע המאפשר הגשת תביעות כנגד מנהלי ועורכי אתרי אינטרנט ועד שנת 2002. התקופה השנייה, משנת 2002, בה תוקנו התקנות המטמיעות את הוראותיה של דירקטיבת הסחר האלקטרוני האירופית בדין האנגלי, ובכלל זה, ההוראות הנוגעות לאחריות מנהלי אתרים ועד שנת 2013, בה תוקן שוב חוק לשון הרע, על מנת להסדיר סוגיה זו, והתקופה השלישית, זו שמן התיקון האמור ועד ימים אלה.

#### 3.5.1 דיני לשון הרע

בשנת 1996 תוקן **חוק לשון הרע**<sup>195</sup> באופן המאפשר הגשה של תביעות לשון הרע כנגד מנהלים או עורכים של אתרי אינטרנט. זאת, מכוחה של ההוראה שבסעיף הראשון לתיקון, הקובעת שתהיה זו הגנה טובה מפני תביעת לשון הרע, אם הנתבע איננו המחבר, העורך או המפרסם של התוכן הפוגע והוא נקט בזהירות סבירה (reasonable care) בנוגע לפרסום, והוא לא ידע, ולא הייתה לו סיבה להאמין שהוא גרם לפרסומו של התוכן הפוגעני.

הוראה זו אפשרה לראשונה הגשתן של תביעות לשון הרע כנגד מנהלי או עורכי אתרי אינטרנט, כאשר ניתן היה להוכיח שהם לא עמדו בתנאים המעניקים להם הגנה בהתאם לחוק.

ואמנם, בתי המשפט עשו שימוש בהוראה האמורה כדי להטיל על מנהלי אתרים או על עורכי האתרים אחריות בניזיקין, במקרים המתאימים. כך למשל, בפרשת *Tamiz*<sup>196</sup> קבע בית המשפט לערעורים שחברת 'גוגל' נושאת באחריות לתוכן פוגעני שהופץ באתר בלוגים שבניהולה, הגם שהחברה לא הייתה מעורבת בהפצתו של התוכן, לאחר שהוכח שהחברה **קיבלה תלונה על קיומו של תוכן פוגעני, ולא פעלה במהירות הראויה להסרתו של תוכן זה**.<sup>197</sup>

נושא האחריות של מנהלי אתרים עלה שוב לכותרות בשנים 2009-2010, בעקבות קמפיין ציבורי לעריכת רפורמות בדיני לשון הרע, שנתן את האות להקמתה של ועדת בדיקה פרלמנטרית בנושא, וכן להקמתו של צוות מומחים לבחינתו של הנושא, על ידי שר המשפטים דאז, ג'ק סטראו.<sup>198</sup>

הדיון הציבורי בעניין זה הבשיל לבסוף בתחילת שנת 2012 לכדי הצעת החוק ממשלתית לתיקון חוק לשון הרע. הצעה זו אושרה לבסוף על ידי הפרלמנט הבריטי בחודש אפריל, 2013, ונכנסה לתוקף בינואר 2014.<sup>199</sup>

לעניינו של מסמך זה, חשוב לעמוד על ההסדרים שנקבעו בסעיף 5 של החוק, בכל הנוגע לאחריות מנהלי אתרים לתוכן פוגעני המופץ באתר שבניהולם.

<sup>194</sup> הדיווח הרשמי על כך ניתן להורדה בכתובת [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4674833-5667824#{"itemid":\["003-4674833-5667824"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4674833-5667824#{).

<sup>195</sup> [Defamation Act 1996](#)

<sup>196</sup> [Tamiz v Google Inc \[2013\] EWCA Civ 68](#)

<sup>197</sup> אמנם, בפועל לא נפסקו פיצויים, משום שביט המשפט נוכח לדעת שלא נגרם לתובע נזק ממשי בשל התוכן הפוגעני. לפסיקה דומה, ראו למשל, [Godfrey v Demon Internet Ltd \[1999\] EWHC QB 244](#).

<sup>198</sup> לרקע היסטורי מפורט, כולל הפניות לדוחות השונים, ראו בדוח של ספריית הפרלמנט בנוגע לחוק לשון הרע, 2013. הדוח ניתן להורדה בכתובת: <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN06801/defamation-act-2013>.

<sup>199</sup> [Defamation Act 2013](#)



בסעיף זה נקבע, שבתביעת לשון הרע כנגד מנהלי האתר, תהיה זו הגנה טובה, אם יוכח שמנהלי האתר לא היו אלו שהפיצו את התוכן הפוגעני.<sup>200</sup>

ואולם, ההגנה האמורה לא תעמוד לזכות מנהל האתר, אם יוכיח התובע שלא היה ביכולתו<sup>201</sup> לזהות את מפיץ התוכן,<sup>202</sup> שהתובע הגיש למנהל האתר תלונה בנוגע לתוכן הפוגעני ומנהל האתר לא נתן מענה ראוי לתלונה זו בהתאם לדרך שבה יש להשיב לתלונה שכזו, כפי שייקבע בתקנות.<sup>203</sup>

לדברי טורנר,<sup>204</sup> יש לתת את הדעת לכך שמנגנון ההודעה וההסרה שנקבע בסעיף 5 יחייב מנהלי אתרים שכמות התוכן המופץ דרכם היא רבה במיוחד, לבחור באחת משלוש אסטרטגיות פעולה על מנת להגן על עצמם מפני תביעות עתידיות.

האסטרטגיה הקיצונית ביותר היא, לסגור לחלוטין "במות" מרובות משתתפים (כפייסבוק, טוויטר וכדומה), מחשש שמא בשל ריבוי תלונות מנהלי האתר ועובדיהם לא יספיקו להגיב או להסיר תוכן שמן הראוי להסירו, ובשל כך ייאלצו מעת לעת לשאת באחריות בנוזקין.

אסטרטגיה שניה היא, להעסיק באמצעות מיקור חוץ עובדים ייעודיים, שכל תפקידם יהיה לטפל בפניות להסרת תוכן פוגעני. יישומה של אסטרטגיה זו ייקר באופן משמעותי את מחיר ההפעלה של האתר, ויביא בסופו של דבר לקריסתם של אתרים קטנים.

האסטרטגיה שלישית, והפשוטה מכולן מנקודת המבט של מנהלי האתר היא, להסיר באופן אוטומטי כל תוכן שלגביו התקבלה תלונה שהוא פוגעני. ליישומה של אסטרטגיה זו יש מחיר כבד, משום שהיא תפגע קשות בעיקרון חופש הביטוי ותביא להסרה של תכנים, גם אם על פי דין, אין שום הכרח שיוסרו.

סייג חשוב נוסף לאחריותם של מנהלי האתרים נקבע בסעיף 10 לחוק. לפי סייג זה, בית המשפט לא ידון בתביעה כנגד מי שאינו מחבר, עורך או מפרסם התוכן הפוגעני, אלא אם השתכנע שהגשת תביעה ישירה כנגד המחבר, העורך או המפרסם של התוכן אינה מעשית.

לשם הבהרת המושגים 'מחבר', 'עורך' או 'מפרסם' מפנה הסעיף להגדרה שבסעיף 1(3)(c) לתיקון לחוק לשון הרע משנת 1996. לפי ההגדרה שבסעיף זה, אדם המעורב אך ורק בעיבוד, העתקה, הפצה, מכירה של מדיה אלקטרונית שבה התוכן מוקלט, הפעלה או הספקה של ציוד, תוכנה או שירות המאפשרים אחזור, העתקה הפצה או הנגשה של התוכן בצורה אלקטרונית, לא ייחשב כ'מחבר', 'עורך' או 'מפרסם' של תוכן פוגעני.

<sup>200</sup> סעיף 5(2).

<sup>201</sup> בהקשר זה תתעורר מן הסתם השאלה, האם ההגנה תישלל אם יוכח שהנפגע עשה מאמץ סביר לזהות את הפוגע וכשל בכך, או שמא היא תישלל רק אם יוכח שהנפגע עשה כל שביכולתו כדי לזהות את הפוגע, וכשל בכך. בעניין זה ראו, טורנר, לשון הרע באינטרנט עמ' 59.

<sup>202</sup> נוסח הסייג הוא: "it was not possible for the claimant to identify the person who posted the statement" הנסוח בלשון עבר מעיר טורנר (שם), מתעוררת השאלה, האם ההגנה תישלל גם אם הנפגע לא היה מסוגל בעת שנחשף לתוכן הפוגעני לזהות את הפוגע, אך בעת הגשתה של התביעה הוא מסוגל לכך? יש לציין, שהסייג האמור מעודד את מנהלי האתרים לחשוף את זהותו של מפיץ התוכן בפני המתלונן, משום שחשיפה שכזו תאפשר למנהלי האתר לזכות להגנה הקבועה בחוק. וראו, House of Lords, Select Committee on Communications, 1<sup>st</sup> Report of Session 2014–15, **Social media and criminal offences** (July 2014) p. Art. 89, p. 23 (available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcomuni/37/37.pdf>)

<sup>203</sup> בסעיף 5 נקבעה אף רשימה של נושאים שניתן לכלול בתקנות האמורות, ובכללם: הדרכים שבהן יש לטפל בתלונה, זמנים קצובים למתן מענה לתלונה, הסדרה של ההתערבות המשפטית בחלוף המועד למתן המענה, ועוד. תקנות כאמור פורסמו בחודש דצמבר, 2013 ([The Defamation \(Operators of Websites\) Regulations 2013](#)), ומועד תחילתן נקבע למועד כניסתו של התיקון לחוק לשון הרע לתוקף. לפי התקנות, המועד להסרתו של תוכן פוגעני הוא 48 שעות מרגע שהתקבלה התלונה בעניינו של התוכן.

<sup>204</sup> טורנר, לשון הרע באינטרנט עמ' 59-60.



בהתאם לכך, נראה כי מנהל האתר או עורך התוכן שלו יוכלו להתגונן מפני תביעת לשון הרע אם יצליחו להוכיח שקיימת דרך מעשית לתבוע באופן ישיר את המחבר, העורך או המפרסם של התוכן הפוגעני.

### 3.5.2 תקנות הסחר האלקטרוני משנת 2002

בשנת 2002 אימץ הפרלמנט האירופי את דירקטיבת הסחר האלקטרוני,<sup>205</sup> ובאותה שנה אושררה דירקטיבה זו והוטמעה בדין הבריטי באמצעות **תקנות המסחר האלקטרוני**.<sup>206</sup> במסגרת תקנות אלה נקבע, שגוף המספק שירותי מידע לחברה (information society service) באמצעות רשת האינטרנט לא יישא באחריות אזרחית או פלילית כתוצאה מהעברת המידע, ובלבד שהוא **לא יזם את הפרסום, שהוא לא בחר את מקבל המידע והוא לא בחר או ערך את המידע**. בהקשר זה הבחינו התקנות בין אחסון (Caching) של מידע לאירוח (Host) של מידע.

בנוגע לאחסון מידע נקבע בסעיף 18 לתקנות, שאתר המאחסן מידע לא יישא באחריות אזרחית או פלילית בשל העברת המידע, ובלבד שהמידע נאסף באופן אוטומטי, מאוחסן באופן זמני לשם ייעול ההעברה של המידע, הוא אינו עורך את המידע והוא פועל בהתאם לדין בכל הנוגע לתנאי הגישה למידע ועדכון המידע.

בנוגע לאירוח של מידע נקבע בסעיף 19 לתקנות, שאתר המארח מידע לא יישא באחריות אזרחית או פלילית בשל קיומו של המידע באתר, כל עוד לא הייתה לו ידיעה ממשית על פעילות לא חוקית או על תוכן לא חוקי, או שלא היה מודע לכך, ובשעה שנודע לו על כך, הוא פעל באופן מידי להסרת המידע או לחסימת הגישה אליו.

ואולם, אף אם התמלאו כל התנאים הנזכרים, נקבע בתקנות שמפעילי האתר יישאו באחריות, אם המפרסם של התוכן הפוגעני פעל תחת סמכותו או שליטתו של מנהל האתר.

בהתאם לעקרונות אלה קבע בית המשפט לערעורים בפרשת *Bunt*,<sup>207</sup> שעצם העובדה שחברה פלונית סיפקה גישה לאינטרנט לגולשים אשר עשו שימוש בשירותיה כדי להפיץ תוכן פוגעני, איננה הופכת חברה זו לשותפה בפרסום, ובשל כך, היא אינה נושא באחריות לנזק שנגרם בשל הפרסום.

בדומה לכך, בפרשת *Metropolitan*<sup>208</sup> נקבע, שמנוע חיפוש לא יוכל להיחשב כשותף בהפצתו של תוכן פוגעני, אך ורק על יסוד העובדה, שהשימוש במנוע החיפוש מאפשר להגיע אל התוכן הפוגעני.

לעומת זאת, בפרשת *Kaschke*<sup>209</sup> נקבע, שבדיקה של האיות וההיגוי של תוכן המופץ באתר על ידי מנהל האתר, מקימה חזקה שלפיה מנהל האתר אמור היה להיות מודע לקיומו של התוכן הפוגעני, וחזקה זו אינה מאפשרת לו לזכות בהגנה המוענקת למנהלי אתרים בהתאם לתקנות.

סייג חשוב נוסף לאחריותו של מנהל האתר נקבע בסעיף 20 לתקנות, ולפיו, **אין בהוראות האמורות כדי לשלול את כוחם של הצדדים (מנהל האתר והגולשים) להסכים על תנאים שונים מאלו שנקבעו בתקנות, המשנים את היקף האחריות של מנהלי האתר**.

<sup>205</sup> ראו לעיל, אחר הציון להערה 187.

<sup>206</sup> [The Electronic Commerce \(EC Directive\) Regulations 2002](#)

<sup>207</sup> [Bunt v. Tilley \[2006\] EWHC 407 \(QB\)](#)

<sup>208</sup> [Metropolitan International Schools Ltd v. Designtecnica Corp \[2009\] EWHC 1765 Q.B](#)

<sup>209</sup> [Kaschke v. Gray \[2010\] EWHC 690 \(QB\)](#) וראו גם, [Davison v Habeeb and others \[2011\] EWHC 3031](#)

(QB) ובאסמכתאות המובאות שם.



### 3.5.3 האחריות הפלילית

בהתאם לתקנות המסחר האלקטרוני, מנהליו של אתר המהווה במה לתוכן המופץ באתר על ידי הגולשים לא יישאו באחריות פלילית בקשר לקיומו של המידע באתר, כל עוד לא הייתה להם ידיעה ממשית על פעילות לא חוקית או על תוכן לא חוקי, ובשעה שנודע להם על כך, הם פעלו באופן מידי להסרת המידע או לחסימת הגישה אליו.

נושא האחריות הפלילית של מנהלי אתרים לא הוסדר במסגרת התיקון לחוק לשון הרע משנת 2013, וייתכן שבכך ביקש המחוקק ליצור הסדר שלילי, שלפיו, בניגוד להוראות תקנות המסחר האלקטרוני, לא ניתן יהיה להטיל על מנהלי האתרים אחריות פלילית בשל תוכן שהופץ באתר שהם מנהלים.

השערה זו מתחזקת לנוכח העובדה שבנוגע לפשעי שנאה על בסיס של זהות דתית או מינית קבע המחוקק הבריטי בתקנות המסחר האלקטרוני (שנאה נגד אנשים על בסיס של דת או זהות מינית) משנת 2010<sup>210</sup> הוראות מפורשות בכל הנוגע לאחריותם של מנהלי אתרים בפלילים. לפי הוראות אלו, מנהל אתר שבו הופץ תוכן המעודד שנאה על בסיס דת או זהות מינית יישא באחריות פלילית בשל קיומו של תוכן כאמור באתר שבניהולו, רק אם בעת הפרסום ידע על קיומו של התוכן, ידע שהוא מאיים ומעודד שנאה על רקע דתי או על רקע של זהות מינית, או שלאחר שנודע לו הדבר, הוא לא פעל באופן מידי להסרת התוכן האמור מן האתר.

אם רצה המחוקק הבריטי לאמץ הסדר דומה בכל הנוגע לאחריות הפלילית של מנהלי אתרים בעבירות אחרות, יש להניח שהיה מעתיק את ההסדר שנקבע בתקנות האמורות גם בחוקים אחרים.

ואמנם, מדוח של הוועדה לענייני תקשורת של הפרלמנט הבריטי שפורסם לאחרונה עולה, שהוועדה סבורה שמהתיקון לחוק לשון הרע לא ניתן ללמוד שניתן להטיל על מנהל האתר גם אחריות פלילית, בתנאים דומים לתנאים שנקבעו בתיקון האמור בכל הנוגע להטלתה של האחריות האזרחית על מנהל האתר.<sup>211</sup> אמנם, הוועדה ממליצה לשקול בחיוב את אימוצו של הסדר דומה גם בנוגע לאחריותו הפלילית של מנהל האתר, אך היא סבורה שבשל הזמן הקצר שחלף מעת שתוקן חוק לשון הרע, לא ניתן עדיין להעריך את הצלחתו של המודל שנקבע בתיקון, על מנת לקבוע האם ראוי להעתיקו גם לדין הפלילי.

חוק נוסף שהוא רלבנטי לנושא שבנדון הוא חוק השימוש לרעה בתקשורת משנת 1988, שתוקן בשנת 2001 במיוחד כדי שיכלול גם את התקשורת האלקטרונית.<sup>212</sup>

לפי חוק זה, אדם השולח לחברו, בכל אמצעי של תקשורת, מסר מגונה (indecent) או פוגע באופן מיוחד (grossly offensive), איום, מידע שגוי ביוזעין או כל מאמר או תקשורת אלקטרונית שכולו או חלקו מכיל תוכן מגונה או פוגע באופן מיוחד אשם בעבירה של שימוש לרעה בתקשורת, אם המשלוח של ההודעה או המסר הועבר מתוך כוונה לגרום צער או חרדה לאדם שיקבל את המסר או לכל אדם אחר שהמסר יועבר אליו.<sup>213</sup>

בחוק זה אף נקבע שגם מי שמעביר (delivering), משדר (transmitting) או גורם להעברתו או לשידורו

<sup>210</sup> [Electronic Commerce Directive \(Hatred against Persons on Religious Grounds or the Grounds of Sexual Orientation\) Regulations 2010 \(2010/894\)](#)

<sup>211</sup> לעיל הערה 202, פסקה 90, עמ' 23.

<sup>212</sup> Malicious Communications Act 1988

<sup>213</sup> סעיף 1(1).



של המסר יוגדר כשולח של המסר.<sup>214</sup>

בהתאם להוראה זו, ניתן באופן עקרוני להטיל אחריות פלילית על מנהלי האתר, ובלבד שיוכח שהם העבירו את המסר הפוגעני מתוך כוונה לפגוע.

ואולם, בסעיף 127 של חוק התקשורת (Communications Act) משנת 2003 נקבע **שלא ניתן יהיה להרשיע בעבירה כאמור את מתווכי הרשת** (providing a programme service).

להשלמת התמונה יוזכר שלאחרונה דווח על יוזמת חקיקה הדומה במהותה לאלו שנסקרו לעיל במדינות אוסטרליה וארצות הברית, המבקשת לקבוע שההפצה של תמונות אינטימיות ברשת האינטרנט ללא הסכמתו של המצולם תחשב עבירה פלילית שעונשה יכול להגיע עד כדי שנתיים מאסר.<sup>215</sup>

### 3.6 גרמניה

סעיף 823(1) של הקוד האזרחי הגרמני (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)<sup>216</sup> קובע **שאדם נושא באחריות נזיקית בשל כל פגיעה בזכויותיו של אדם אחר, שנגרמה על ידו במכוון או ברשלנות, והנפגע זכאי לפיצויים בשל פגיעה כאמור.**

בשנת 1997 נחקק חוק שירותי התקשורת (Teledienstegesetz, TDG)<sup>217</sup>, שראשונה הציב סייגים הנוגעים לאחריותם של מתווכי הרשת לתוכן המופץ באמצעותם ברשת האינטרנט.

סעיף 5(1) של חוק זה קבע, **שמתווך רשת יישא באחריות לתוכן שהוא עצמו יצר.** ואולם, החוק לא הבהיר מהו המבחן הראוי לקביעת מעורבותו של מתווך הרשת ביצירתו של התוכן, והדבר שימש כר נרחב להתדיינות משפטיות.

כך, בשנת 1998 פסק בית משפט מקומי בברלין,<sup>218</sup> שבכל הנוגע ליצירת קישור המפנה לתוכן של צד שלישי, יש להבחין בין הצגת קישור מתוך אהדה או הזדהות עם התוכן המפורסם באתר שאליו מפנה הקישור לבין הצגה סתמית של קישור, למשל, במסגרת עבודה אקדמית.

בית המשפט פסק, שבכל הנוגע לאחריות הפלילית, במידה ויוכח שהצגת הקישור מעידה על הזדהות של מנהל האתר עם התוכן המוצג באתר שאליו מפנה הקישור, יראו את מנהלי האתר כספקי תוכן ותוטל על מנהל האתר אחריות בכל הנוגע לתוכן המוצג באתר שאליו הפנה הקישור. אולם, אם הצגת הקישור אינה מגלה אהדה לתוכן המצוי באתר שאליו מפנה הקישור, מציג הקישור ייחשב כספק שירותי אינטרנט, שאינו נושא באחריות לתוכן שהוא מאפשר לצפות בו.

עוד נקבע, שכאשר קיים ספק באשר להזדהות של מנהל האתר עם התוכן שבאתר שאליו מפנה הקישור, לא ניתן יהיה להטיל על מנהל האתר אחריות פלילית בשל ההפניה.<sup>219</sup>

<sup>214</sup> סעיף 1(2A)(3).

<sup>215</sup> ראו דיווח רשמי של מזכיר המדינה מחודש אוקטובר 2014 בכתובת

<https://www.gov.uk/government/news/new-law-to-tackle-revenge-porn> וכן באתר עיתון הגארדיאן בכתובת <http://www.theguardian.com/culture/2014/oct/12/revenge-pornography-criminal-offence>.

<sup>216</sup> נוסח רשמי (באנגלית) של הקוד, זמין בכתובת [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/german\\_civil\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf).

<sup>217</sup> נוסח (באנגלית) של חוק זה זמין בכתובת <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/TDG.htm>.

<sup>218</sup> AG Berlin, CR 1998, 111 וראו בהרחבה אצל **הוארן, אחריות ספקי שירותי אינטרנט** עמ' 569. וראו שם, עמ' 570-572. סקירה של פסיקה במחוזות בכל הנוגע לאחריות מנהלי האתרים, בעיקר בנוגע לקישורים לאתרים שמפירים זכויות יוצרים.

<sup>219</sup> שם, עמ' 569.



לעומת זאת, בכל הנוגע לאחריות האזרחית, כעולה מפסק דין של בית המשפט המחוזי בהמבורג<sup>220</sup> מאותה שנה, מנהל אתר לא יוכל להסיר מעליו אחריות לתכנים שאליהם הוא מפנה, אלא אם ירחיק עצמו מהם, למשל, באמצעות הבהרה שהתוכן שאליו הוא מפנה אינו תוכן שלו, ואין הוא נושא באחריות לגביו.

סעיף 5(2) של חוק זה קבע, שהמתווך לא יישא באחריות לתוכן של צד שלישי המוצג על ידו, אלא אם הוא מודע לקיומו של תוכן זה, יש לו את היכולת הטכנית לחסום את הגישה לתוכן זה, וסביר לצפות ממנו שיעשה כן.

סעיף (3) קבע, שמתווך רשת לא יישא באחריות לתוכן של צד שלישי, אם מעורבותו בהצגת תוכן זה מסתכמת בכך שהוא מאפשר באופן אוטומטי את הגישה לתוכן זה.

בהתאם להוראה זו, זיכה בית המשפט לערעורים במחוז מינכן, בשנת 1999, את מנהלה של חברת הבת הגרמנית של חברת CompuServe, שסיפקה גישה לאינטרנט גם בגרמניה, מאחריות פלילית להפצת תוכן המכיל פדופיליה, פורנוגרפיה קשה וכדומה, בקבוצות דיון שהחברה העניקה להן שירותי אירוח.<sup>221</sup> זאת, לאחר שנוכח כי המנהל לא היה מסוגל לחסום את הגישה לקבוצות הדיון ללא עזרתה של חברת CompuServe, ועשה כל שביכולתו כדי לחסום את הגישה לקבוצות הדיון.

בשנת 2007, בעקבות כניסתה של דירקטיבת הסחר האלקטרוני לתוקף ורצונה של גרמניה להטמיע את מרבית הוראותיה בדין הגרמני, תוקן חוק שירותי התקשורת והוראותיו תוקנו ושולבו בחוק חדש ורחב יותר בהיקפו - חוק הטלמדיה ([Telemediengesetz, TMG](#)). לעניינו של מסמך זה, הסעיפים החשובים בחוק זה הם סעיפים 7, 8, 9, ו-10.

סעיף 7 עוסק באחריות המוטלת על ספר התוכן שייצר את התוכן והעלה אותו לרשת. ספק תוכן כאמור, נושא באחריות אזרחית ופלילית לכל דבר ועניין, בכל הנוגע להפצתו של התוכן שיצר והפיץ ברשת. לפי פסיקה של בית המשפט במחוז המבורג משנת 2007, גם מנהל אתר שבוחר מרצונו החופשי להעלות לאתר שבניהולו תוכן שלא הוא זה שיצר אותו, יוגדר כספק תוכן לעניין זה.<sup>222</sup>

ואולם, סעיף 7 האמור לא פיזר את הערפל סביב שאלת מידת המעורבות בהצגה של התוכן, ההופכת את מתווך הרשת מ'צינור' להעברת התוכן בלבד לספק תוכן. בשל חוסר הבהירות בעניין זה, רבים קוראים לתיקונו של החוק באופן שיבהיר נושא זה.<sup>223</sup>

סעיף 8 של חוק הטלמדיה עוסק בנותני שירות המהווים צינור להעברת תוכן (conduit of information) בלבד, המאחסנים את התוכן לזמן קצר בלבד, כדרוש לשם העברתו הלאה.

LG Hamburg, CR 1998, 565 <sup>220</sup>

Felix Somm, Compuserve Urteil des LG München vom 17. November 1999 <sup>221</sup>

הדין מצוי בכתובת <http://www.kuner.com/data/reg/somm.html>. בפרשה זו, הרשויות בגרמניה פנו, מטעמי נוחות, דווקא למנהל חברת הבת בגרמניה, ודרשו ממנו לחסום את הגישה לקבוצות דיון שבהן הופיעו תכנים לא חוקיים. המנהל העביר את הפניה לחברת האם, ובעקבות זאת, נחסמו רוב קבוצות הדיון. בשל כך, סירבה חברת האם לחסום את הגישה לקבוצות לסינון קבוצות הדיון, שהוצע למשתמשים בשירותיה בחינם. בשל כך, סירבה חברת האם לחסום את הגישה לקבוצות דיון, וטענה שמאחר שהגולשים יכולים לחסום בעצמם את הגישה, אין הצדקה להתערבותה. בהתאם לכך, גם חברת הבת, שלא הייתה מסוגלת בעצמה לחסום את הגישה לקבוצות הדיון, הודיעה לרשויות שלא תוסיף לחסום את הגישה לקבוצות הדיון האמורות. ואולם, הרשויות לא קיבלו עמדה זו והעמידו את מנהל החברה בגרמניה לדין. המנהל הורשע בבית המשפט המחוזי, אך כאמור, זוכה בבית המשפט לערעורים.

LG Hamburg, MMR 2007, 450 <sup>222</sup>

Thomas Hoeren, "Liability for Online Services in Germany" <sup>223</sup>

German Law Journal 561, 563. (להלן: הוארן, אחריות ספקי שירותי אינטרנט).

ראו, הוארן, אחריות ספקי שירותי אינטרנט עמ' 570.



סעיף 8(1) קובע, בעקבות הוראות דירקטיבת הסחר האלקטרוני הנזכרות לעיל, שנותן שירות אינו אחראי למידע שהופץ באמצעותו על ידי צד שלישי, ובלבד שהוא לא יזם את הפצת התוכן, הוא לא בחר את הנמענים והוא לא בחר את התוכן או ערך את התוכן שהופץ באמצעותו.

סעיף 9 עוסק בנותני שירות המאחסנים תוכן שמקורו בצד שלישי לזמן קצר, על מנת שיוכלו להעבירו הלאה, לפי בקשתם של אחרים, במהירות (Temporary storage for the accelerated transmission of information).

נותני שירות אלו לא יישאו באחריות אזרחית לנזק שנגרם בשל שימוש במידע שאוחסן אצלם בתנאי שהם לא ערכו את התוכן, הקפידו לנהוג בהתאם לכללים המקובלים בדין ובתעשייה בכל הנוגע לגישה אל המידע ולעדכונו, ושהם דאגו להסרה מיידית של התוכן, כשנודע להם שהתוכן המקורי הוסר מן הרשת, שנחסמה הגישה אליו או שניתנה הוראה שיפוטית המחייבת את הסרתו.

בשני הסעיפים האמורים נקבע סייג חשוב, שלפיו, נותן השירות יישא באחריות פלילית אם הוא משתף פעולה במכוון עם המפיץ של התוכן, לשם ביצוע פעולה לא חוקית.

סעיף 10 עוסק בנותני שירות המאחסנים תוכן באופן קבוע כדי שיהיה זמין עבור המשתמשים. (Storing of information).<sup>224</sup>

סעיף זה קובע שנותני שירות מסוג זה לא יישאו באחריות<sup>225</sup> בכל הנוגע לתוכן שהועבר אליהם מצד שלישי,<sup>226</sup> בהתמלא שני תנאים:

1. הם לא היו מודעים לאי החוקיות שבפעולותיו של הצד השלישי או לאי החוקיות הקשורה בתוכן שהועבר אליהם ואף אינם מודעים לעובדות שמהן ניתן להסיק על אי חוקיות זו.<sup>227</sup>
2. משנודע להם על כך, הם פעלו באופן מידי כדי להסיר את התוכן או למנוע גישה אליו.<sup>228</sup>

הסעיף אף קובע סייג לתנאי הראשון ולפיו, אם מי שהעלה את התוכן פעל תחת הסמכות או השליטה של נותן השירות, לא יוכל נותן השירות לטעון שלא היה מודע לאי החוקיות הקשורה בהעברת החומר אליו. עם זאת, סעיף 7 של החוק מדגיש, שנותני שירות כאמור, לא יידרשו לפקח על תוכנו של המידע העובר דרכם ולא לחפש סימנים לפעילות לא חוקית.

<sup>224</sup> וראו גם, פסק הדין של בית המשפט העליון של מחוז שטוטגרט, שבו נקבע שאתר האינטרנט 'ויקימדיה' אינו נושא באחריות למידע שהופץ דרכו, משום שהאתר אינו ספק תוכן אלא נותן שירות לספקי תוכן המפיצים תכנים דרכו (Oberlandesgericht Stuttgart Civil, Wikimedia, 4 U 78/13, October 2, 2013).

<sup>225</sup> אולם, הם עשויים להיות אחראים להסרה של תוכן פוגעני, ראו פסק הדין של בית המשפט הפדראלי, Katzenfreund, VI ZR 101/06, July 23, 2007.

<sup>226</sup> הכוונה היא לתוכן שנותן השירות לא היה מעורב כלל ביצירתו. כאשר נותן השירות יצר תוכן חדש, גם אם הדבר נגרם באופן אוטומטי בשל פעילותו של צד שלישי, הוא לא ייחנה מן החסינות שמעניק סעיף 10 לחוק הטלמדיה. לעניין זה ראו את פסק הדין של בית המשפט הפדראלי בפרשת google, BGH, 14.5.2013, VI ZR 269/12 (פרשה זו עסקה בתוכן פוגעני שנגרם בשל תכונת ההשלמה האוטומטית של מנוע החיפוש של גוגל).

<sup>227</sup> נטל ההוכחה בעניין זה יוטל על כתפיו של התובע. ראו, הוארן, אחריות ספקי שירותי אינטרנט עמ' 567.

<sup>228</sup> ואולם, בית המשפט הפדראלי לצדק הדגיש, שכדי שהתוכן יוסר, על המתלונן להציג בפני מנהל האתר הוכחות ברורות המאפשרות לו לעמוד על אי החוקיות שבהפצת התוכן באופן ברור וטבעי, מבלי שיידרשו לו נתונים עובדתיים או חוקיים נוספים כדי להכריע בעניין זה (BGH, Versäumungsurteil vom 25.10.2011, VI ZR 93/10).

