

ת"ץ 17-11-2020  
בפני כב' השופט רחמים כהן  
קבוע לדין ביום 5.6.2019

בבית המשפט המחווי

בתל אביב-יפו

בעניין:

1. ליאור וינטר, ת.ז. 300446028
2. לירז ספקטור, ת.ז. 314770991

על ידי ב"כ עוזה"ד צביבה מ Zukin ו/או  
אלון שפירא בר-אור ו/או מיכאל פטרמן  
 ממשרד שפירא בר-אור מ Zukin ו Shavit  
 מרחוב טובל 11, רמת גן 525226

טלפון: 03-5513013 ; פקסימיליה: 03-6776272

המבקשים

- נגד -

1. גול ישראל בע"מ, ח.פ. 513695478

**Google LLC** 2.

על ידי ב"כ משרד פישר בכרכן וול אוריון ושות'  
 מרחוב דניאל פריש 3, תל אביב 6473104  
 טלפון: 03-6944141 ; פקסימיליה: 03-6941351

המשיבות

## תשובה לבקשת לסייע על הסעיף

המבקשים בבקשת אישור התובענה כיצוגית (להלן: "הבקשת לאישור"), מר ליאור וינטר ובג' לירז ספקטור (להלן: "המבקשים"), מתכודים להגיש תשובה לבקשת גול ישראל בע"מ ו-Google LLC (להלן: "גוגל") לסייע התובענה על הסעיף (להלן: "בקשת הסיילוק").

בית המשפט הנכבד מתבקש לדוחות את הבקשת ולחייב את גוגל בשכר טרחה וחוצאות המבקשים.  
"נספח 1" – חוות דעת מטעם אסף לובין, הקובעת, בין היתר, כי תנאי הדין הזר בתנאי השימוש של גוגל היא תנאי מתקפת, אשר פוגעת בזכויות קוגנטיות של צרכנים בישראל ולפיכך דינה בטלות, מצורפת לתשובה זו כנספח "1".

<sup>1</sup> מרצה באוניברסיטת ייל (Yale), קונטיקט, ארה"ב. בתר-דוקטורנט חוקרי לדיני הגנת סייבר בבית הספר פלציג למשפט ודיפלומטיה, באוניברסיטת טאפטס (Tufts), מסצ'וסטס, ארה"ב. עמית מבקר, מרכז מחקר לחגנת הסייבר, מכון סייבר ומשפט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. עמית מחקר פרויקט חברת המידע (Information Society Project), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל (Yale), קונטיקט, ארה"ב. בעל תואר שלישי במשפטים (J.S.D.), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל (Yale), קונטיקט, ארה"ב. קורות חיים מלאים מפורטים בחוות הדעת.

**תנאי השימוש של גוגל קובעים כי יש לדון בתובענה בהתאם לדינים בישראל**

1. ביום 27.11.2017 הוגשה תובענה זו.
2. התובענה נסחה כמפורט להלן בהתאם לדיני מדינת ישראל, בין היתר, חוות שהתובענה עוסקת באכיפת חווה הנעה בתחום תחום ישראל; המשמשים מצויים בישראל; הסמכות היא לבית המשפט בישראל; הפרות הדין בהן עוסקת התובענה בוצעו בישראל ועוד (הכל כאמור בסעיף 166 לבקשת אישור).
3. גוגל טעונה בבקשת לסייע על הסף כי לפי תנאי השימוש שלה, יש לבזר את התובענה בהתאם לדיני מדינת קליפורניה, ארה"ב. יש לדחות טענה זו, שכן **תניית ברירת דין בעניינו כלל אינה קובעת כי הסמכות היא לבית המשפט בקליפורניה.**
4. תנאי השימוש של גוגל קובעים כדלקמן:<sup>2</sup>

**"בבתי המשפט בארצות מסויימות, חוקי מדינת קליפורניה אינם חלים בחלוקת מסוימים מסויימים.** אם אתה מתגורר באחת מהארצות הללו, ובמקרים שבהם חוקי מדינת קליפורניה אינם חלים, **יחולו חוקי אرض מגורייך בחלוקת הקשות לתנאי שימוש אלה.**

**בכל מקרה אחר,** אתה מסכים לכך שחוקי קליפורניה, ארצות הברית, למעט כללי ברירת הדין של קליפורניה, יחולו בכל מקרה שלחלוקת הנובעת מנסיבות השימוש אלה ומהירותים או בקשר אליהם..."
5. על כן, בהתאם לנוסח תנאי השימוש של גוגל, ניתן לראות בבירור כי: "**יחולו חוקי אرض מגורייך בחלוקת הקשות לתנאי שימוש אלה.**"
6. כאמור בפסקה של סעיף ברירת הדין, **חוקי מדינת קליפורניה מבוטן אינם חלים בחלוקת בישראל. לפניהם, על פי סעיף ברירת דין בתסביס שוגן ניסחה עצמה, דין החל הוא דין הישראלי.**
7. הסיפה של סעיף זה מתחילה במילים: "בכל מקרה אחר...". קרי, הסיפה לחלוין אין רלוונטי. המקרה הראשון הוא המקרה הרלוונטי לעניינו (בישראל חוקי קליפורניה אינם חלים מבוטן). לפיכך, כל הדיון להלו הוא לחלוין בבחינת מעלה מן הצורך ונitin לדחות לחלוין את הבקשה לסייע על הסף כבר על סמך האמור בסעיף ברירת הדין שניסחה גוגל עצמה.
8. בהקשר זה, יש לציין כי גוגל היא מבוטן זו שניסחה את תנאי השימוש שלה ולפיכך לא ניתן לקבל אף פרשנות אחרת שהיא תציג לסעיף ברירת דין שליל, כל זאת בהתאם לכל ה-"פרשנות נגד המנתך" שבסעיף 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 קובע:

חוזה הנitin לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצובה תנאי,  
**פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו.**

9. ראה גם ע"א 769/86 רוביינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' זמרן, פ"ד מב (3) 581, 586 (1988); ע"א 13/4024 תקווה – כפר להכשרה מקצועית בע"מ נ' פינקוביץ, בסעיף 5 (29.8.2016); ע"א 12/465 רשות הפיתוח מינהל מקראי ישראל נ' חברת מדרי תחומי מס' 63 בע"מ, בסעיף 3 (21.8.2014).

<sup>2</sup> הנוסח זהה זהה בשלב הגשת הבקשה לאישור.

10. בעניינו, גוגל עיצבה וניסחה לחלוטין את מלאה התנאים של סעיף ברירת הדין כאמור. לפיכך, בכל מקרה של מחלוקת או אי-בahirות, יש לפרש את הסעיף לרעתה (ולטובת המבקשים ויתר צרכני שירותים גוגל), קרי - כי הדין החל הוא הדין הישראלי.
11. הנה כי כן, בהתאם לתניה שניסחה גוגל עצמה חל בעניינו הדין הישראלי, וכי בכך כדי להביא לדחיתת הבקשה לסתוק על הסקפ.

**ב. הדין הישראלי חל כאשר סעיף ברירת הדין מקפח ופוגע בזכויות קוגנטיות**

12. אף אם תנית ברירת הדין שניסחה גוגל הייתה קובעת כי חוק קליפורניה, ארחה"ב, יחול על מחלוקות הנובעות מתנאי השימוש ומשירותי גוגל (ויהיא כאמור לא קובעת זאת), הרי שאז היה מדובר בתניה פסולה ומקפחת, המוניקה גוגל יתרון בلتוי סביר ולפיכך היאبطلת בהתאם לסעיפים 3-5 לחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחדים"). הכל כאמור בסעיפים 167-170 לבקשת אישור.
13. במועד הגשת הבקשה לאישור, ההלכות שהיו בתחום בישראל (אשר צוטטו בבקשת אישור) קבעו במפורש כי סעיף ברירת דין, הכוונה על ישראלים לדון בעניינים לפי דינים זרים, הוא סעיף פסול ובטל. לפיכך, בתים המשפט נדרשו לבחון את תננות השיפוט הזה (במסמכיו תנאי שימוש הרלוונטיים) בהתאם לדינים הישראלים (ובפרט לגבי חברות בינלאומיות המספקות שירותים בישראל באמצעות האינטרנט). ראו ת"צ (מחוזי מר') 14-09-46065 בן חמו נ' (10.6.2016) Facebook Inc. פיעסבוק במחוזי); ת"צ (מחוזי מר') 39292-04-13 קליניגהופר נ' PayPal Pte. Ltd. (להלן: "ענין פיעסבוק במחוזי"); ה"פ (מחוזי י-ס) 3137/04 Ahava (USA) Inc. נ' ג. דבליו.ג'.י. (31.5.2015) (להלן: "ענין פייפל"); ה"פ (מחוזי י-ס) 3137/04 Ahava (USA) Inc. נ' ג. דבליו.ג'.י. בע"מ, בסעיף 20 (10.10.2004).
14. בתים המשפט בישראל במקרים לעיל דנו בטענות הקייפות לגבי תננות הדין הזה כאמור בהתאם לדין הישראלי וambilי שהיא צריך להידרש לדין הזה.<sup>3</sup> באותם מקרים נקבע כי תנית הדין הזה מקפחת, כל זאת ללא שימוש בחוות דעת לענין דין זה.
15. לפיכך, היות והתווענה בעניינו מבוססת על הדין בישראל ולאור העובדה שהմבקשים טענו כי תנית הדין הזה מקפחת, המבקשים כموון לא נדרשו לצרף לבקשת אישור חוות דעת מומחה לדין הזה, בהתאם להלכות שהיו נכונות לאותו מועד.
16. לאחר הגשת הבקשה לאישור, גוגל ביקשה וקיבלה הארכות מועד רבות לצורך הגשת תשובה לבקשת אישור, עד שבחולוף כחצי שנה ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון ברע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בан חמו (31.5.2018) (להלן: "ענין פיעסבוק בעליון"), אשר קבע כי נטול הוחכה לענין הקיפות בתנית דין זה הוא על המבקשים, אשר נדרשים להציג ראיות בדבר הקיפות שב恰恰ת הדין הזה.

---

<sup>3</sup> לא הוגש באוותם מקרים חוות דעת מומחה לדין הזה, למעט בענין פיעסבוק במחוזי, שם הוגשה על ידי המשיבה (פייסבוק) חוות דעת מומחה בודדה, בשאלת האם בית המשפט בקליפורניה ידוע בתווענה העוסקת בתבורי קובזה ישראלים. חוות דעת מסווג זה אינה רלוונטית לעניינו, שכן עניינו אינו עוסק בשאלת האם בית משפט בקליפורניה ידוע או לא ידוע בתווענה, אלא במערכות הדינים החלים בעת דין בבית משפט בישראל בתיקים מסווג זה.

17. כך נקבע בסעיף 37 לפסק דין של כבוד הנשייה חיות בעניין **פייסבוק בעליון** :

"בית המשפט كما קבע כי תנית ברירת הדין שבסעיף 15(1) לתנאי השימוש היא תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להشمיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות...". כאמור בסעיף 4(8) לחוק החוזים. על כן כמה לגבי חזקת קיופת ובית המשפט הוסיף וקבע כי חזקה זו לא נסתרה. פיסבוק אירלנד סבורה כי קביעה זו בטעות יסודה ונראה כי הצדק עמה. הנטול להוכחת כי תנאי מסוים בחוזה אחיד בא בוגדר אחת מחזקות הקיופת הקבועות בסעיף 4, מוטל על הלקוח... ובעניננו על המשיב. במקרה דן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דין מדינת קליפורניה תשלול מהמשיב את האפשרות להעלות טענות מסוימות. משכך לא הוכח על ידו תחולתה של חזקת הקיופת הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים והנטול להוכחת שתנית ברירת הדין היא תנין מוקפת, יותר לפתחו."

18. כפי שניתן לראות בבירור, בית המשפט בעליון קבע כי עלות הקיופת ייבחנו בכל מקרה בהתאם לחוק החוזים האחידים וכי על מבקש הטוען לקיופת זכויותיו לפי הדין הור שאליו מפני החוזה - מוטל הנטול להציג ראיות לכך. פסיקה זו עומדת בקנה אחד עם פסיקת בתי המשפט המחויזים, אשר קבעה כי תוקפה של תנית השיפוט תיבחן אף היא בהתאם לחוק החוזים האחידים. ראו, למשל, בת"א (מחוזי ת"א) 04-04-2016 פ.מ. 39265-23 נ"ד, סעיף 3 ב (23.11.2016) (להלן: "עניין הפורקס"):

"תנית ברירת הדין המחייבת את הדין האנגלי על מערכת היחסים בין הצדדים, החל לכתילה רק בהנחה שהמדובר בתנין התקפה.

בעניין פיסבוק נדונה בהרחבת השאלה לפי איזה דין תידון תנית שיפוט זו – לפי דין הפורום הבוחן או לפי דין שקבעו ביןיהם הצדדים בהסכם – ונקבע כי יש לבחון את התנין על פי הדין הישראלי. קביעה זו מקובלת עליי, לכל היותר ככל שהיא נוגעת לתנין החלטה בהסכם מהסוג הנדון במקרה הנוכחי."

19. עניין **פייסבוק בעליון** לא קובע הלהקה לפיה יש לקיים במקרים דומים דין בישראל לפי הדין הור, אלא קובע כי יש לבחון את הראיות הרלוונטיות בכל מקרה ומקרה ולהכריע בכל מקרה לגופו האם הדין הור מוקפת, ובפרט האם ישול זכויות של הקבוצה, כלשון בבוד הנשייה אי חיות.

20. העובדה שבעניין **פייסבוק** (במחוזי ובעליון) לא הוצגו ראיות לגבי השאלה האם דין לפ.מ. מדינת קליפורניה ישול מהGBKים את האפשרות להעלות טענות מסוימות, אינה משפיעה על עניינו.

21. **צוין כבר עתה, כי בתובענה בעניינו ניתן בפירוש להציג ראיות כדי לקבוע שהדין בישראל מוקפת באופן דעת לעניין זה מצורפת תשובה זו כאמור לעיל.**

22. המשנה לנשייה, כבוד השופט מלצר, הצטרף לעמדת הנשייה ולニימוקיה ואף הוסיף כי לא ניתן לעקווי באמצעות תנית ברירת הוראות קוגנטיות בדיון הישראלי, כאמור בפסקה כי לפסק דין:

"ביחוס לתנית ברירת הדין הקבועה בסעיף 15(1) לתנאי השימוש – לתפיסתי, יש ליתן לה תוקף בנסיבות, כמו צע עליידי חברתי הנשייה, ובלבך שלא עשת בתנין האמורה שימוש כדי לעקווי בעזרת הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי (למשל בדיוני הגנת הצרכן ועוד)".

23. עניין **פייסבוק בעליון לא קבוע** כי נדרש חווות דעת מומחה לדין הזר על מנת להוכיח את הטענת לגבי עילית קיפוח או לגבי הפרת דינים קוגניטיבים. קבוע כי לצורך הוכחת עילית הקיפוח יש להציג ראיות ולפרט כיצד הדין הזר מתקפת. נראה כי ניתן היה להסתפק בראיות שונות להוכחת עילית הקיפוח וכי חוות דעת לעניין הדין הזר היא מעיל ומעבר לנדרש.
24. בוגוד כאמור בסעיף 10 לבקשת לסייע על הסף, פסק הדין בעניין **פייסבוק בעליון לא הפך** למעשה את ההלכה בעניין **פייסבוק במחוזי**, לפיו יש לבחון את עילות הקיפוח לגופו של עניין בהתאם לחוק החזויות האחידים ולדין הישראלי. שני פסקי דין דנו לגופו של עניין בשאלת האם לפי חוק החזויות האחידים **תנית ברירת הדין** היא תנאי מתקפת. לכן, גם בעניינו יש לדון כMOVEDן בהתאם לחוק החזויות האחידים.
25. על כן, לצורך הוכחת עילית הקיפוח ולמען הסר ספק, מצורפת כאמור לעיל חוות דעת מומחה המוכיחת את הקיפוח והפגיעה בזכויות הקוגניטיבות באמצעות **תנית דין הזר**.
26. ברי כי פסק דין בעניין **פייסבוק בעליון** אינו יכול לשולח את זכויות התביעה של מתדיינים בישראל, כאשר נקבע שם כי: "לא הוציאו ראיות". קרי, כלל לא התקיים דין לגופו של עניין ולכן כMOVEDן לא מדובר בהלכה מחייבת גורפת לעניין התוקף של **תניות ברירת דין הזר** במקרים דומים.
27. יובהר ויודגש כי המבקשים עומדים מאתורי כל האמור בבקשת לאישור. הבקשת לאישור הוגשה בהתאם לכל ההוראות והכללים שעמדו בתוקף נכון למועד הגשתה ואין ספק כי טענות המבקשים פורטו בבקשת באופן ממצח וברמה הריאתית הנדרשת נכון לאותו שלב.
28. הפסיקה בעניין **פייסבוק בעליון** שינתה את הנטול הנדרש להוכחת עילית הקיפוח והפגיעה בזכויות הקוגניטיבות. טענות אלו יובחנו במסגרת הבקשת הנוכחות לסייע על הסף ולאחר מכן יישורו ניתן יהיה לשוב ולדעת בבקשת לאישור לגופה, כפי שהיא מנוסחת בהתאם לכל הטענות המופיעות בה וכל הריאות שצורפו אליה; והכל **לא פיי דין הישראלי**; והכל **לא פיי דין הזר**.
29. הרישא של סעיף ברירת דין בתנאי השימוש של גוגל קובע כאמור כי דין יבוצע לפי הדינים בישראל ("**יחלו חוקי ארץ מגורייך בחלוקת הקשורות לתנאי שימוש אלה**"). לחופין, המשך של הסעיף קובע כי ככל בירית דין שיחלו יהיו ככל בירית דין בישראל ("...חוק קליפורניה, ארצות הברית, **מעט ככל בירית דין של קליפורניה**, יחולו ככל מקרה שלחלוקת הנובעת מנסיבות שימוש אלה ומהשירותים או בקשר אליהם...").
30. אין בפסק דין בעניין **פייסבוק בעליון** לשנות את כללי בירית דין בישראל. תובענה נגד חברה זרה (המשיבה 2) תידון לפי דין הישראלי, אלא אם נקבע במסמך תנאי השימוש כי ככל בירית דין שוניות מהכללים במדינה שבת מוגשת התביעה ובנוסף שתנית בירית דין אינה מתקפת ואינה פוגעת בזכויות קוגניטיביות.
31. בעניינו כאמור, **תנית בירית דין** קובעת כי ככל בירית דין הם אינם כללי מדינת קליפורניה. קרי, ככל בירית דין החלים הם חוקי מדינת ישראל, אשר קובעים כבירית מחדר דין יבוצע לפי דין הישראלי כMOVEDן. לפיכך, יש לקיים את דין בהתאם לחוקי מדינת ישראל.
32. גוגל טוענת כי **תנית בירית דין** בתנאי השימוש קובעת כי דין יבוצע לפי דיני מדינת קליפורניה, אותן המבקשים נדרשים להוכיח באמצעות חוות דעת של מומחה דין הזר (סעיפים 2-4 וסעיפים 44-45 לבקשת לסייע על הסף). כפי שהוכיחנו לעיל, **תנית בירית דין** קובעת אחרת.

33. בנוסף, בהתאם להלכת בית המשפט העליון בעניין **פייסבוק בעליון**, ככל שמדוברת עילית הקיפוח והטענה לפגיעה בזכויות קוגניטיות, הרי שהדין יתבצע בישראל, בהתאם לדין הישראלי ואין צורך כմובן לספק חוות דעת מומחה להוכחת התבעה בדיון זהר (שכן הדיון אינו מתבצע לפי הדיון הזהר). בעניינו, הדיון הזהר הוא **בתהליכי מكافحة ופוגע בזכויות קוגניטיות ולפיכך יש לברר את התובענה בהתאם לדין הישראלי**.

34. לכן, כל טענות גוגל לפיהן יש להציג חוות דעת לגבי דיני מדינת קליפורניה כדי להוכיח תובענה בהתאם לדיני מדינת קליפורניה, החלוטין אין רלוונטיות לתובענה זו. המבוקשים אינם מעוניינים להתבסס על דיני מדינת קליפורניה ומדובר במערכת דין פוגענית וمكافחת, השוללת מאורחי ותושבי מדינת ישראל זכויות קוגניטיותathan hem zem.

#### ג. התבעה נגד גוגל תחברה ממילא לפי הדיון הישראלי

35. כל האמור עד עתה רלוונטי אך ורק נגד חברת גוגל האמריקאית (המשיבה 2), שכן התובענה נגד חברת גוגל ישראל (המשיבה 1) ממילא תחברה בישראל, בהתאם לדינים הישראליים.

36. מסמך תנאי השימוש של גוגל קובע כאמור כי: **"יחולו חוקי ארצ שגוריך בחלוקת הקשותות לתנאי שימוש אלת"**. המסמן ממילא אינו חל על מערכת היחסים בין גוגל ישראל ללקוחות, שכן נאמר בו שהשירותים לפיו ניתנים על ידי גוגל ארחה"ב בלבד (המשיבה 2).

37. לכן, בהיעדר מסמך תנאי השימוש בין גוגל ישראל (המשיבה 1) למשתמשים, יחולו כאמור לגבי משיבה 1 דיני מדינת ישראל.

38. כך בדיק נקבע בעניין **פייסבוק בעליון**, כי תובענה לגבי חברה ישראלית (המשיבה 1) תידון לפי הדיון הישראלי. נקבע שם, בסעיף 19 לפסק דיןה של כבוד הנשיאה, כדלקמן:

"המסקנה העולה מן האמור היא כי תנאי השימוש וסעיף 15(1) בכללם, חלים ורק ביחסים שבין המשיב ופייסבוק אירלנד ואין להם תוקף ביחסו של המשיב עם פייסבוק ארחה"ב. לפיכך, מכאן ואילך יתייחס הדיון בשאלת האם יש לאכוף על המשיב את התנויות שבסעיף זה, **לפייסבוק אירלנד בלבד**".

39. לפיכך, ממילא יש לברר בישראל, בהתאם לדין הישראלי, את התובענה נגד גוגל ישראל (המשיבה 1). לכן, לא ניתן לשליך את התובענה על הסף כיון שהיא ממילא תחברה לגופו של עניין נגד גוגל ישראל.

#### ד. הדיון הזהר מكافח ופוגע בזכויות קוגניטיות

40. סעיף ברירת הדיון מחייב באופן חמור את המשתמשים ופוגע בזכויותיהם הקוגניטיות, כאמור בהרחבה בחוות הדעת המצורפת לשושבה לבקשתה זו. על כן, בהתאם להלכת בית המשפט העליון בעניין **פייסבוק בעליון**, יש לדון בתובענה בישראל בהתאם לדין הישראלי.

41. במסגרת חוות הדעת, סוקר ד"ר אסף לובין את הדיון בקליפורניה ומשווה אותו לדין בישראל במספר היבטים. כך, בין היתר, פרק ב' בחוות דעת עסק בדרישת סף להוכחת זכות עמידה (אשר קיימת בדיון האמריקאי ואנייה קיימת בדיון הישראלי), פרק ג' בחוות דעת עסק בזכות הפרטיות (המקבלת משקל נמוך בדיון האמריקאי ואנייה מספק הגנה רואיה למשתמשים לעומת מעמדה כזכות חוקתית ועל חשיבות רבה בדיון הישראלי) ופרק ד' בחוות דעת הדעת בטענות להפרת חוזה ובдинי הגנת הצרכן (כאשר שני המקרים הדיניים בקליפורניה אינם מאפשרים פסיקת פיצוי למשתמשים לעומת הדיינים הישראלים המאפשרים ואף תומכים בכך פיצוי לצרכנים שנפגעו מהנהלות גוגל).

42. חוות הדעת מתמקדת בדינים הספרטיפיים ושאלות המשנה הרלוונטיות ל התביעה זו, לרבות דיני הגנת הפרטויות בתחום אינטרנט ובפרט התייחסים המתנהלים נגד גול בארא"ב, הגנה על נתוני מיקום בארא"ב ובישראל, המונח "הסכם מדעת" והשימוש בו בשתי מערכות הדינים עוד.
43. ד"ר לובין קבע במפורש כי תנית ברירת הדין מקפחת מתיידדים ישראלים. דיני מדינת קליפורניה מצמצמים את העילות המשפטיות, מקשיחים את מבחני הסף בתביעות המוגשות בעילות מושא התביעה זו ומצביעים מחסומים שונים בפניינו תובעים, כך שקיים מערכת הדינים האמריקאית ללא ספק מקפחת ופוגעת בזכויות הקוגניטיות של המשתמשים הישראלים.
44. תנאי השימוש של גול הם חוות אחד, בהתאם להגדרת "חוואה אחד" בסעיף 2 לחוק החזויים האחדים:
- "גוסח של חוות שתנאיו, כולם או מיניהם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחזויים רבים בין לבין אנשים בלתי מסוימים במספרים או בזוהותם."
45. אין ספק כי מדובר בחוזה שנוסח במלואו על ידי גול, כדי לשמש תנאים לחזויים רבים בין כל לקוחותיה, חבלי מסויימים במספרים או בזוהותם (מיליוני לקוחות בישראל ומיליארדי לקוחות בעולם).
46. כאמור בסעיפים 167-1170 בקשה לאישור, מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחד.
47. הפסיקת הקבע בנסיבות שהובנו על ידי חברות אינטרנט (המעניקות שירותים באופן מקוון) הם חוות אחדים. נקבע כי תניות ברירת הדין בחויזים מסווגות כתו מקפחות ובלתיות. כך למשל לגבי חברת המהווה פלטפורמה מקוונת למסחר במוצרים פיננסיים - בעניין הפרויקט בסעיף 3ב; לגבי חברת המענקה שירות מלונות - ת"ץ (מחוזי ת"א) 14-06-19529 חוות נ' B.V (3.2.2017) וע"א (מחוזי ת"א) 17-03-9006 לוי נ' זאפ גראוף בע"מ (11.5.2014); חברת המפעילה רשות חברותית המאפשרת יצירת קשרים מקצועיים ועסקיים באינטרנט - ת"ץ (מחוזי מרכז) 15-02-10822 LinkedIn Corporation נ' לנואל (9.4.2017) (להלן: "ענין linkedin"); לגבי חברת המספקת שירותים תשלום באינטרנט – ענין פייפל, בסעיף 18; ועוד.
48. סעיף 5(א) לחוק החזויים האחדים קובע:
- "תנאי בחוזה אחד השולל או המגביל את זכויות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל."
49. אין ספק כי סעיף ברירת הדין בתנאי השימוש של גול מגביל את זכויות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות. ככל שבית המשפט הנכבד יקבע כי לשון סעיף ברירת הדין קובעת כי הליכים משפטיים נגד גול יתבררו בהתאם לדיני מדינת קליפורניה (בניגוד לטענת המבקשים), הרי שיש בכך להגביל את הלקוח לפנות לערכאות משפטיות ולפיכך דין הסעיף בטלות, כאמור בסעיף 5 לחוק החזויים האחדים.

50. יתר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על ביטול סעיף ברירת הדין כאמור בתנאי השימוש של גוגל, המקופה את המשתמשים, בהתאם לסעיף 3 לחוק החזוקים האחדים קובע:

"בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחד שיש בו - בשיס לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העולם להביא לידי קיפוח לקוחות".

51. לאור האמור בחוזות דעתו של ד"ר לבין כאמור, הרי שלא יכולה להיות מחלוקת כי סעיף ברירת הדין מקופה את זכויות משתמשי גוגל הישראלים ומעניק לגולן יתרון בלתי הוגן המביא לקיפוח המשתמשים. כל זאת בפרט כאשר ברור כי סעיף ברירת הדין נכנס בוגדר חזקות הקiproח הקבועות בסעיף 4 לחוק החזוקים האחדים:

"חזקת על התנאים הבאים לשם מקופהים:

(1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלק, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסיג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי; ...

(6) תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסיג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת; ...

(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או הקובל כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידוע בבוררות; ..."

52. חזקת (1) – סעיף ברירת הדין בבירור מסיג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת על גוגל בהיעדרו. סעיף זה מונע מהמשתמשים בפועל למש את זכויותיהם, שכן קיימים קושי משמעותיים למשתמשים להגשים תובענות לצורך הטלת האחריות על גוגל במקרים הרלוונטיים, הן בגלל הקושי בבירור הדין בקליפורניה ובהוכחתו, לרבות חוות הדעת הנדרשת לצורך הגשת תובענות מסווג זה. כל זאת בפרט לאור פער הכוחות העצומים בין משתמשי הקצה המוחלשים לבין גוגל, שהיא חברת ענק, מהגדלות בעולם, והיא בעל מושבים אין סופיים.

53. ראו לעניין זה קביעת בית המשפט העליון בעניין **פייסבוק בעליון**, בסעיף 37 לפסק דין של כבוד הנשיאות חיות:

"לא ניתן להתעלם בהקשר זה **מפעלי הכוחות העצומים** בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק. פייסבוק אירלנד היא חברת ענק זרה הפעלת במספר רב של מדינות בעולם ועובדת זו מנסה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה. לפייסבוק אירלנד אין תמרץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי ומסיבה זו עמדת המיקוח של הצרכן הישראלי אל מול פייסבוק אירלנד היא גורעה במוחך. מאפיינים אלו של ההתקשרות בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראלים בפייסבוק מצדדים קיומו של **פיקוח הדוק על פעילותה ווחלת סטנדרט ביקורת מחמיר עליה**. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח הعليיה הדרמטית בהיקף המשחר עם תאגידים זרים **באמצעות האינטרנט** בשנים האחרונות".

.54. יתר על כן, אף אם היה בכוחם של המשמשים לבדוק את הדין בארה"ב, הרי שהם היו מגלים כי מדובר בדין מקפת אותו באופן מוחלט וחלוטין מונע הגנה על זכויותיהם, כך שככל תובענה שתוגש בהתאם לדין בארה"ב צפואה להידחות על הסק.

.55. על כן, כאשר סעיף ברירת הדין מונע זה-פקטו הagation תביעות נגד גугл, הרי שהיא יכולה לעשות כל העולה על רוחה, לפגוע בזכויות המשמשים כפי שהיא רואה לנכון והבל לא כל השלוות. כך שמערכת הדינאים בישראל, אשר הייתה מגינה על המשמשים בכל מצב רגיל, מושלתה הצדיה ואני מסוגלת לספק הגנה למשמשים האומללים וחסרי ההגנה.

.56. **חזקת 4(6)** – סעיף ברירת הדין כМОבן שלו ו מגביל את הזכיות של המשמשים והתרופות העומדות להם לפי דין (הישראלי). המשמשים בבירור אינם מסוגלים למש את זכויותיהם בדיין הישראלי, שכן סעיף ברירת הדין כאמור קובע (לשיטתה של גугл) כי תובענות בין גугл לתברונה בהתאם לדין זה, אשר מצמצם, מגביל ומסיג את זכויותיהם ואת אפשרות התביעה שלהם לחלוטין. במצב זה כל זכויותיהם והתרופות העומדות לצוכת המשמשים חסרי ממשות לחלוטין, שכן כל תובענה שתוגש בהתאם לדין האמריקאי תידחה בהכרח (בין על הסק ובין לגופו של עניין).

.57. **חזקת 4(8)** – סעיף ברירת הדין בבירור שלו ו מגביל את הלקחות לשמייע טענות בערכאות משפטיות. הסעיף מונע (לשיטת גугл) מהלקחות לשמייע את מלא הטענות בהתאם לדין הישראלי. סעיף ברירת הדין מחייב את המשמשים לטען טענות, קלשות וחסרות משקל, מהדין בקליפורניה, כך שככל תביעה שתוגש צפואה להידחות. זאת בפרט לאור זכות העמידה הקיימת בדיין האמריקאי, אשר מובילה לסתוק על הסק של התובענות המוגשות בנושאים מסוים הлик זה ובכך למעשה הסעיף שלו בבירור מהמשמשים את זכויותיהם לשמייע טענות לגופו של עניין בכל הנוגע להתנהלותה הפטולה של גугл.

.58. בפסק דין אליהם הפנו לעיל, העוסקים בחזויים אחידים בחברות המספרות שירותים בראשת האינטרנט, פסלו בתיק המשפט תנויות חוזיות על סמך סעיפים 3-5 לחוק החזויים האחדים. יפים לעניין זה הדברים הבאים שנקבעו בעניין הפורקס, בסעיף 3ב:

”כאשר תנית השיפוט הזר מצויה בחוזה אחד, הפסיקה נהגת לראות בה כנוגדת את סעיף 5 לחוק החזויים האחדים מאחר ומדובר מהויה היא מגבילת את זכויות הלקוח לפניות לערכאות משפטיות... מוגמה זו, הרואה בתנית שיפוט זר כתנויות מקיפות בחוזה אחד, הלה והתחזקה בשנים לאחרוניות. זאת, ביחיד במרקמים ביחס דובר בהסכםים צרכניים ובפרט, במרקמים בהם חברת אינטרנטית זורה בิกשה לאכוף על ליקותנית ישראל תנית שיפוט זר. באותו מקרים נconaה הפסיקה להעדיין דוקא את אינטרנט הלקוח על פני אינטרנט החברה הבינלאומית ולראות בתנויות שיפוט מעין אלו כתנינה מקיפה בחוזה אחד... אותן מקרים קבעה הפסיקה כי תכליתה האמיתית של תנית השיפוט והדין הזר היא להרתיע את הלקוח הישראלי מפני מיימוש זכויותיו המשפטיות ולכן, המדבר בתנינה מקיפות על פי חוק החזויים האחדים... התוצאה היא כי יש לקבוע כי התנינהبطلת לפי סעיף 5(א) לחוק החזויים האחדים או לפחות כי מדובר בתנינה שחזקת עליה שהיא מקפת.“

59. כך גם בעניין פייפל, בסעיף 19, שם נקבע:

"משבאים אנו לבחון את חוראת החוק והפורום במשפטים החקוזים האחדים, **קל להיווכח כי דינה של הוראה זו להטבל**. המשיבה היא חברה הנותנת, באמצעות האינטרנט, שירות למאות אלפי של אזרחים ישראלים. לצורך מתן השירות האמור היא מקיימת אתר אינטרנט בעברית, המועד לאזרחי ישראל, ואף נותנת שירות תמייה המיעדים לקהל לקוחותיה העצום בישראל. במקרה זה, חיוב לקוחות פייפל הישראלים להתדיין בבית משפט בסינגפור (תוק שמיות זכותה של המשיבה לתבוע את לקוחותיה בישראל) ועל פי הדין הסינגפני, היא באופן מובהק הוראה שככל תכילתית לחסום את דרכם של הלוקחות למס את זכויותיהם כלפי המשיבה. בנסיבות אלו נוטה אני לדעה כי התנינה צריכה להיחשב כבולה לפי סעיף 5 לחוק החקוזים האחדים... ואולם, אף אם לא תאמר כך, הרי שברור כי מדובר בתנינה שהזקה עליה שהיא מקפתת, וזאת לאור סעיפים 4(8) ו-4(9) לחוק החקוזים".

60. ראו גם בעניין לינקדאין, בסעיף 73, שם נקבע:

"שעה שהמבקשות הינו חברות אינטרנטיות זרות, המשווקות את שירותיהן לקהל לקוחות רבים בישראל, עליהם הן מבקשות להחיל תנית שיפוט זר, ונוכח מגמת הפסיקה כפי שמובאות לעיל, סבורתני כי יש לראות בתנינה בדבר מקום השיפוט והדין תחול, המופיעה בהסכם השימוש, משום **תנינה מקפתת בחוזה אחד, ולאחר מכן בטלה**, בהתאם להוראות סעיף 5 לחוק החקוזים האחדים, או למצער, לקבע כי מדובר בתנינה שהזקה עליה שהיא מקפתת, כאמור בסעיף 4 לחוק החקוזים האחדים".

61. בנוסף לכל האמור, בהתאם לפסק דין של כבוד המשנה לנשיאה מלצר בעניין פיסבוק בעליון, יש לפסול את תנית ברירת הדין כיון שטענות המבקשים בתובענה הייצוגית עוסקות, בין היתר, בהפרת דיןיהם קוגנטיטים. כך למשל דין הגנת הצركן כאמור בסעיף 36 לחוק הגנת הצركן, תשמ"א-1981 קובע במפורש כי מדובר בחקיקה קוגנטית: "**הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד**"; וכי שקבע כבוד השופט מלצר בעניין פיסבוק בעליון: "ובלבך שלא עשו בתנינה האמורה שימוש כדי לעקוף" בעורתה הוראות קוגנטיטות שבדין הישראלי **ולמשל בדיוני הגנת הצركן ועוד**"; לקבעות כי דין הגנת הצركן הם קוגנטיטים ראו גם דין א' 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, סעיף 37 (12.9.17); ע"א 825/88 ארגון שחקי הצדղל בישראל – עמותה נ' התחזות לצדღל בישראל, פ"ד מה (5) 105, רע"א 08/1991; רת"ק 617/08 עדן נהרי בע"מ נ' קסל (21.9.2014); ת"ץ (מחוזי מרכז) 14-12-28449 ישב נ' סלקום ישראל בע"מ, סעיף 86 (4.4.18); רת"ק (מחוזי ב"ש) 7136-02-14 סופר אלקטרוני ט.פ בע"מ נ' פקר (5.5.2014).

62. כך גם לגבי הזכויות הפרטיות. שכן מדובר בזכות חוקתית (סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) שניתן לسلطות ממנה רק באמצעות חוק החולט את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכליית ראייה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). כל זאת כאשר בענייננו מבון שוגול אינה פועלת לפי חוק, ודברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח מעמדה החוקתי הуль-חוקי של הזכויות הפרטיות.

63. חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות") מבhair, בסעיף 1, כי: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמו". קרי, ככל שלא התקבלה הסכמה מפורשת מצד המשתמשים, הרי שלא ניתן להתנות על זכותם לפרטיות. זאת במוחך שעה שהחוק דורש שההסכם תהיה מדעת (סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות). בהיעדר הסכמה, מדובר בחקיקה שכמובן לא ניתן להתנות עליה.

64. בעניינו, חברי הקבוצה בהכרח לא נתנו הסכמה (בוודאי לא "הסכם מדעת"), שכן הם הביעו במפורש את רצונם שלא להיות נתונים תחת מעקב של גוגל, בכך שכיבו את אפרות ה"מיקום" במערכת הפעלה של גוגל (אנדרואיד). ראו לעניין החטסה סעיפים 74-84 לבקשת אישור, ובפרט במאמרו של פروف' מיכאל בירנהך *"שילטה והסכם: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות"* משפט וAMPLELIA 53-50 (2008), שם כותב המחבר כך:

"יש אם כן צורך בדעת, בהבנה והסכם. אין לאסוף מידע על אדם אלא אם כן הוא מבין שהמידע על-אודוטיו נאסר, מסכים לאייסוף המידע, ומסכים לשימושים השונים שאספי המידע מבקשים לעשות בו. ההסכם צריכה להשתרע לגבי כל הפעולות שאסף המידע מבקש לעשות במידע. פעולה שאין לגבי ההסכם – אסורה ... כלל גוסף שנגורע ממקורו ההסכם הוא שימושה המידע תהיה אפשרית אמיתית של בחירה. כאשר נתונים לאדם אפשרות בחירה, אולם כזו שאין בה ממש, שליטתו במידע נפגעת."

65. מלבד חוק הגנת הפרטיות, הבקשה לאישור מפנה לחקיקה נוספת המשלבת היבטים פליליים ואזרחיים, כך לגבי: חוק המחשבים, תשנ"ה-1995 וחוק התקשות (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982, מדובר בחקיקה (פלילית) קוגנית שבודאי לא ניתן להתנות עליה.

66.ברי כי לאור הקיפות הבורור של המשתמשים הישראלים והפגיעה בזכויותיהם הקוגנטיות, יש לברר את התובענה בישראל, בהתאם לדין הישראלי. זאת הן בהתאם לפסק דין של כבוד הנשאה חיota בעניין *פייסבוק בעילון*, המתמקד בעילית הקיפות כאמור, והן בהתאם לפסק דין של כבוד המשנה לנשאה מלצר, המתמקד בפגיעה בזכויות הקוגנטיות.

## ה. סוף דבר

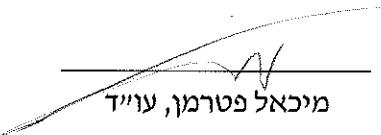
67. גוגל טוענת בסעיף 1 לבקשת לסייע על הסף כי טענות המבוקשים בבקשת אישור הן: "טענות מופרכות, שאין להן כל יסוד בעובדות או בדיון". יש לדחות דברים אלו.

68. הרי גוגל עצמה אישרה והוזתה כי היא אוספת מידע בדבר מיקום גיאוגרפי מהמשתמשים, גם כאשר היא לא קיבלה לכך הדרשה וכאשר הלקחות כיבו את *שירותי המיקום* ( כאמור בסעיף 38 בבקשת אישור). ממילא, ברי כי גוגל לא הייתה משקיעת משאבים כדי להגish בבקשת סרק מסווג זה לסייע התובענה על הסף, אם הייתה יכולה להסביר תובענה הייצוגית לגופו של עניין.

69. גוגל טוענת, בסעיפים 27-34 לבקשת לסייע על הסף, כי יש לקיים את הדיוון בבקשת לסייע על הסף באופן מקדים, בטרם הדיוון בבקשת אישור. המבוקשים לחלוטין אינם מסכימים עם טענה זו של גוגל. אלא שמלילא, לפנים משרות הדין ובנסיבות השמורות עמן, המבוקשים הסכימו בשלב זה לדון בשאלות המועלות בבקשת לסייע על הסף בטרם הדיוון בבקשת אישור לגופה כדי להסביר מהפרק כבר בשלב זה ולמקד את הדיוון בתובענה בטענות לגוףן (סעיף 6 להסדר הדינמי מיום 4.9.2018).

70. אשר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לזכות את הבקשה, לקבוע שדין של דין תידין התביעה הוא הדין הישראלי בתיוותו של דין קליפורני מקופה ושולל זכויות של משתמשים בישראל, ולהייב את גולב בשכר טרחת והוצאות משפט.

71. תשובה זו אינה נתמכת בתצהיר, שכן היא מבוססת על טענות משפטיות בלבד, על חוות הדעת ועל כתבי הטענות.



מיכאל פטרמן, עו"ד



אלרון שפירא בר-אשר, עו"ד

באי כוח המבקשים

רמת גן, חיימ, 2 בחודש ינואר 2019.

## חוות דעת לעניין הדין הזר

1. אני, מר אסף לבין, החתום מטה, נתקשת עלי ידי עורכי הדין, אלון שפירא בר-אור, צביקה מצקין ומיכאל פטרמן, חוות דעתם בשאלות מקצועית בדבר דין זה, הנוגעות בתחום ייסוקי ומומחיות, במסגרת ת"צ 17-11-62205 (מחוזית ת"א) ויונדר נ' גוגל ישראל בע"מ ו- Google LLC (להלן: "התובענית הייצוגית"). הנני נותן חוות דעת זו במקום עדות בבית משפט ואני מצהיר בזאת כי ידוע לי היטב, שלענין הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר בשבועה בבית המשפט, דין חוות דעת זו כשהיא חתומה על ידיצדן עדות בשבועה שנתתי בבית המשפט.

2. וآلלה פרטי השכלתי וניסיוני הרלוונטיים:

2017-2019: מרצה באוניברסיטת ייל (Yale), קונטיקט, ארה"ב. קורס שכותרתו: "ריגול וכלי המשפט הבינלאומי". הקורס כולל דין נרחב בסוגיות מתחומי המשפט המשווה והבינלאומי (פרטי ופומבי) הנוגעות לתפקידן של חברות טכנולוגיה כחלק מהעקב והחשכות של פעילותן על הזכות הפרטיות בדיון הדיגיטלי.

2018-2019: בתפקיד דוקטורנט חוקר לדיני הגנת סייבר בבית הספר פלציג למשפט ודיפלומטיה, באוניברסיטת טאפטס (Tufts), מסצ'וסטס, ארה"ב.

2018-2019: חבר מומחה בצוות החשיבה של לשכת האו"ם לענייני סמים ופשיעה (UNODC), אשר הוקם כחלק מפרויקט "חינוך לצדק" (E4J, Education for Justice) ואמון על גיבוש תכנית לימודים אחודה ורב-תחומית להוראות סוגיות משפטיות, טכנולוגיות וחברתיות בתחום המאבק בפשיעת סייבר.

2017-2019: עמית מבקר, מרכז המחקר להגנת הסייבר ע"ש פדרמן, תכנית סייבר ומשפט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

2015-2019: עמית מחקר פרויקט חברת המידע (Information Society Project), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל (Yale), קונטיקט, ארה"ב.

2015-2018: תואר שלishi במשפטים (J.S.D.), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל (Yale), קונטיקט, ארה"ב. עבודה הדוקטורט, בהנחיית פרופ' ז. מייקל ריסמן, כותרת: "The Law on Espionage: From Unilateral Agencies to Multilateral Mechanisms Governing the International Law of Intelligence."

2016-2017: מלאי מלהט רובייט ל. ברנסטיין לדיני זכויות אדם בינלאומיים בארגון פרטיות אינטרציונאל, לונדון, אנגליה. ארגון פרטיות אינטרציונאל הינו ארגון ללא מטרות רווח שהוקם בשנת 1990 מתוך שאיפה להשוויך יעילותם של מגננים פנים וחוץ-מדינתיים להגנה על הזכות לפרטיות ולשמירה על ביטחון מידע תוך מאבק בסחר בטכנולוגיות מעקב ובפעולות ניטור בלתי-חוקיות מצד תאגידים פרטיים וגופים ממשלטיים. כחלק מתפקידיו זה הייתה מעורב בגיבוש חוות דעת להליכים משפטיים סביר ותיקים מתנהלים בביב"ץ האירופי לזכויות אדם, בוועדה האנתרופו-אמריקאית לזכויות אדם, בביב"ץ האירופי לצדק, ובטריבונהל לכוחות قضאיים (Investigatory Powers Tribunal) של הממלכה המאוחדת. כמו כן גיבשתי דוחות ונירוטים עמדת השגשו לארגונים בינלאומיים, לרבות הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, הדוחות המיוחדים של המועצה לזכויות האדם של האו"ם וארגוני מהנדסי החשמל והאלקטרוניקה (IEEE) בסוגיות שונות הנוגעת לזכות פרטיות לרבות נצלנות מידע

בכלי בינה מלאכותית ואפליה אלגוריתמית על ידי אכיפת חוק (Data Exploitation) וכריית מידע (Data Mining) על-ידי תאגדים פרטיים, פועלות פצחות ו שימוש בכלים בינה מלאכותית ואפליה אלגוריתמית על ידי אכיפת חוק.

**2014-2015 :** תואר שני במשפטים (M.L.L), בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל (Yale), קונטיקט, ארה"ב.

**2013-2014 :** התמחות במחלקה משפט בינלאומית באגף היועץ המשפטי של משרד החוץ. כחלק מהתחומי זאת עסיתי גם בסוגיות הנוגעות לעמדת מדינת ישראל ביחס לאסדרת הדינים הקיימים למרחב הקיברנטי.

**2011-2014 :** סטודנט מחקר בוועדה הציבורית לביקורת האירועיימי מיום 31 במאי 2010 בראשות השופט (בדימם) יעקב טירקל.

**2012 :** מלגאי מLAG שבתאי רוזן לתכנית הקיץ של האקדמיה של האג למשפט ביןלאומי פומבי.

**2010-2013 :** תואר ראשון במשפטים ויחסים בינלאומי (LL.B./B.A.), הפקולטה למשפטים, אוניברסיטה העברית בירושלים. זוכה פרס פרץ ומרגרט אוברלנדר למצוינים במשפט ביןלאומי פומבי. וכן מלגה ללימודים متقدמים בחו"ל לבוגרי הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

**2004-2009 :** שירות סדיר וקבע במערך המבצעים המיוחדים (מ"מ) באג המודיעין של צה"ל. התמחות בתחום ניתוח ועיבוד מודיעין לטובת מחקר תשתיתי מחד ופעולות מבצעית מאידך. ניסיון בהקמה והערכה של מערכיה הדרכה שונים, בסיסיים ומתקדמים, לחיל היבש. תכנון וניהול פרויקטים, לרבות פרויקטים בעלי אופי טכנולוגי ותקשורת, לרבות בזירת הסיבר.

3. באוגוסט 2018 פנו אליו משרד שפירה בר-אור מצקין ושות' בבקשה לחוות דעתך באשר לשאלות הבאות:

א. האם הדין המהותי במדינת קליפורניה, ככל האמור בקבלה בקשה לאישור תובענות ייצוגיות בתביעות הנוגעות לזכות פרטיות, מיטיב או מחייב עם מגיש הבקשה לאישור התובענות הייצוגית, זאת בהשוואה לדין במדינת ישראל?

ב. האם הדין המהותי במדינת קליפורניה, ככל האמור בהגנה על הזכות פרטיות, מיטיב או מחייב עם הטוענים לפגיעה בזכות זו, זאת בהשוואה לדין במדינת ישראל?

ג. האם הדין המהותי במדינת קליפורניה, ככל האמור בטענות להפרת חווה או לדיני הגנת הצרכן, מיטיב או מחייב עם טענות של צרכני קצה כלפיספק מוצריים ושירותים, בהשוואה לדין במדינת ישראל?

ד. לשון אחר, האם החלטת תנinit בחלוקת הדין הקבועה במסמך התנאים וההגבלות של גугл, בנסיבות המקרה דן, יש בה לקפקת מתייענים ישראלים ולעקוב הוראות קוגניטיות שבדין הישראלי, לרעת הצרכנים הישראלים, תוך מתן הגנת יתר למשיבות בתובענה הייצוגית, גугл

ישראל בע"מ ו-LLC Google (להלן, בהתאם: "גוגל ישראלי" ו-"גוגל העולמית", וביחד: "גוגל").

## הילכה של חוות הדעת

4. חוות דעת זו מורכבת מחמשה פרקים. פרק א של חוות הדעת יסקור את המסגרת העובדתית מושא חוות הדעת, תוך זיקוק השאלות המשפטיות שלגביהם התבקשתי בחוות דעתך. חלק פרק זה, ואגב סקירות העובדות, ATIICHIS לאפשרות התחוללה של דוקטרינה החשתק השיפוטי כנגד המשיבה. פרק ב של חוות הדעת יבחן את המסגרת המשפטית הקיימת בדיין הישראלי ובדין של מדינת קליפורניה (להלן: "הדין הזר") ככל האמור בדרישת הסף להוכיח זכות עמידה בטרם אישור בקשה ל佗בענות ייצוגיות בנושאי פרטיות. בפתח פרק זה ATIICHIS לשאלת מקדמית מתחומי מתקל הדינים שעיקרה האם יש לראות בדרישות הקבועות בדיין הזר לעניין דרישת הסף של זכות עמידה בסוגיה שהינה חלק מהדין המהותי או מהדין פרווטודורי ומה הנפקות של קביעה זו. פרק ג של חוות הדעת יעביר את הדיון למסגרת הכללית של דין הגנת הפרטיות, לרבות היקפה של הזכות החוקתית והנקייה והמגבלות החולות עליה בדיין הישראלי ובדין הזר. דגש ניכר יושם על שתי שאלות משנה הנוגעות להגנה על "נתוני מקום" ועל הגדרת המושג "הסכם מדעת" בשתי מערכות הדינים הרלוונטיות לעניינו. פרק ד של חוות הדעת יעסוק בקרה בהבחנות בין הדיון הישראלי לדין הזר בכמה מטענותיהם הנוספות של המבקרים בתובעה הייצוגית, כפי ש모ועלות בבקשתם לאישור התובעה הייצוגית, תוך הتمיקדות בטענות להפרת חוזה ולהטעה תחת דין הגנת הצרך. במצבבר פרקים ב'-ד' יעסקו בהבחנות הקיימות בין שיטת המשפט הישראלית לבין המגוונת במדינת קליפורניה (ובדין הפדרالي האמריקאי ממנו היא יונקת) אשר מכוחן עלולה לkommen טענה לפגיעה בזכויות צרכנים ישראליים. פרק ה יסכם.
5. מסקנתי היא כי תנינית ברירת הדין הקבועה במסמך התנאים והגבولات של גוגל יש בה כדי לקפקח מתדיינים ישראלים, זאת בדגש על המגבלות הקבועות בדיין המהותי של מדינת קליפורניה (שאינם קיימות בדיין הישראלי) בכלל האמור בהגנה על הזכות לפרטיות, מגבלות עליהן נשעה גול בעבר כדי לדחות טענות דומות על הסף. החלטת התנינית במקרה דנן יש בה איפוא כדי לעקוף הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי, לרעת הצרכנים הישראלים, תוך מתן הגנת יתר לאינטרסים של גוגל.

## **פרק א: עיקרי המוגנות העובדתית והמשפטית**

6. בתאריך 27.11.2017 הגיעו ליאור וינטר ולירז ספקטור (להלן: "הმბკშის"), באמצעות משרד עורכי הדין ממשרד שפרא בר-אור מכךין ושות', בקשה לאישור תובענה ייצוגית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. הבקשה הוגשה נגד גугл. בסיס הבקשה עמד רצונם של התובעים "להפסיק לאלאר את המאבק אחריהם ולפוצותם עבור הפגיעה בפרטיותם ובאופן שהיה בו כדי להרטיע את גугл מהפרת הדין בעtid" (בקשה לאישור תובענה הייצוגית, פס' 7). הבקשה נשענה, בין היתר, על הודהה של גугл כי היא אספה, מתחילת שנת 2017, מכל משתמשים במערכת החפעלה אנדרואיד (המפותחת על ידי גугл) נתונים אודויים מיקום גיאוגרפי, לרבות מצד משתמשים אשר בחרו במפורש בתפריט הטלפון הנידונים שלהם לחסום את גוגל מוסיף זה (שם, פס' 4). הטענה נשענת על שורה של עילות תביעה, לרבות: פגיעה בפרטיות, הפרת חוזה, הפרה של דיני הגנת הצרכן, עשיית עשר ולא במשפט, הפרת חוק המחשבים, הפרת חוק התקורת, הפרת חובה חוקקה, וועלות הרשלנות. תובענה נוספת טענות של פגעה באוטונומיה, עוגמת נפש ותחושים שליליות כנזקים שנגרמו לעותרים (שם, פרק ג').

7. מסמך התנאים וההגבלות של גугл, אשר תוכנן לאחרונה ב-25 באוקטובר 2017,קובע לעניין שאלות של מתקל דיןים המתעוררות ביחסים שבין החברה ללקוחותיה הישראלים כי "חוק קליפורניה, ארצות הברית, למעט כללי בדירת הדין של קליפורניה, יחולו בכל מקרה של חלוקת הנובעת מתנאי שימוש אלה ומהשירותים או בקשר אליהם. כל התביעות הנובעות מתנאי שימוש אלה או השירותים או הקשורות להם יעלו לדין משפטי רק בבית המשפט הפדרליים במחווז סנטה קלרה, קליפורניה, ארה"ב, או בבתי המשפט של מדינת קליפורניה במחווז סנטה קלרה, ואתה ו-Google מסכימים למסכום שיפוט פרטונלית של בתים משפט אלו" (מסמך התנאים וההגבלות זמין בקישור:  
<sup>1</sup><https://policies.google.com/terms?hl=iw&gl=US>

8. העותרים בבקשת תובענה הייצוגית מושא חוות דעת זו והתייחסו לשאלת מתקל דיןים בבקשתם לאישור תובענה הייצוגית וצינו כי "ציבור המשתמשים בשירותי גугл השונים עומד על כמעט כל תושבי ואזרחי המדינה. ציבור הזרים המשתמשים באנדרואיד (הרלוונטי לתובענה זו) עומד על מיליון אנשים... גугл רואה בישראל כציבור ייחודי ובהתחאם, היא הקימה בישראל מוסדים, היא תרגמה את מסמך התנאים וההגבלות שלה (חוצה) לעברית, מסמך מדיניות הפרטיות תורגם לעברית, היא נותנת שירותים תמייה בעברית, שירותים הפרסום שלא ניתנים בישראל ואין ספק כי פעילות גугл בישראל היא בעלת היקף ממשוני ביותר" (בקשה לאישור תובענה הייצוגית, פס' 168).

<sup>1</sup> יובהר כי בבואי לפרש את המונח "חוקי מדינת קליפורניה" כמשמעותו במסמך התנאים וההגבלות של גугл, ככלתי בהגדירה מסכת דין רהבה יותר מזו המוגנת בחוקה ובחקיקה של מדינת קליפורניה ובפסקה של בית המשפט המחייבים גם את כל אחת מהמדינות החברות בברית, וזאת ככלות גם: (א) חוקת ארה"ב ורשותה של חוקה זו, ובאותם היבטים המחייבים גם את כל אחת מהמדינות של קליפורניה. כך לדוגמה בהינתן שהוא חוק העליון, המסמך המשפטי הגבוה והמוחייב ביותר ביחס למערכות החוקים בארה"ב; (ב) סיסקה של בית המשפט העליון של ארה"ב, המפרש המוסכם של אותה החוקה והמוסד השיפוטי העליון בארה"ב (כמוון למעט אותם מקורים שבהם בית המשפט מפרש דין מדינתי ספציאלי אחר קליפורניה); (ג) חקיקה פדרלית בכל שהיא חלה, בדוגש על האון שבו בבית המשפט המדינתיים של קליפורניה פירשו ואכפו אותה.

9. בבקשתם נשענו העותרים על ת"צ (מחוזי מ"ר) 14-09-46065 ב"ן חמו נ' Facebook Inc. (10.6.2016) (להלן: "ענין פייסבוק"). בשנת 2014 הגיעו אחד בן חמוץ בקשר לאישור תובענה יציגית נגד חברת פייסבוק העולמית ושלוחתה באירלנד בטענה כי פייסבוק הפעילה מנגנון לניטור הודעות אישיות של משתמשיה, קראה את תוכנן, ועשתה בהן שימוש מסחרי ללא הסכמתם מדעת של המשתמשים, ללא מתן הודעה מתאימה למשתמשים בהתאם לדיני הפרטיות הישראלית, ולא רישום מאגר המידע כנדרש מכוח החוק הישראלי. פייסבוק מעידה בקשה לסלק את בקשה האישור על הסוף ונשענה על תנינית השיפוט הזור הקבועה בהסכם בין לבין משתמשי הרשות החברתית. תנינה זו דומה באופייה לתנינה של גугл במסמך התנאים וההגבלות שלה, המצווטת דלעיל. ביוני 2016 קבעה כבוד השופטת אסתר שטמר מבית המשפט המחוזי מרכו כי "בשל פער הכוחות המובנה בין הצדדים והיותו של ההסכם חוזה אחיד" יש לקבוע כי "תכליתה האמיתית של תנינית השיפוט והדין הזור היא להרטיע את הלוקה הישראלי מפני שימוש זכויותיו המשפטיות" (פס' 26). עוד הוסיפה כבוד השופטת שטмер כי "חזקת הקייפות שבעצם תנינית השיפוט וברירת הדין לא נסתרה. בשיט לב לכל תנאי החזווה, התנינה גם מעניקה יותרן בלתי סביר לפסק" (פס' 28).

10. במאי 2018 ניתנה פסיקת בית המשפט העליון בבקשת רשות הערעור של חברת פייסבוק על החלטת בית המשפט המחוזי בענין פייסבוק. הנשיאה, כבוד השופטת חיוט, נסמכה אף היא על "פער הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד ומשתמשים הישראלים בפייסבוק" והוסיפה כי "לפייסבוק אירלנד אין תמרץ של ממש להתחשב בזכויות ובאנטරסים של הלקוח הישראלי ומסיבה זו עמדת המיקוח של הלקוח הישראלי אל מול פייסבוק אירלנד היא גרוועה במיזח". מאפיינים אלו, קבעה הנשיאה, "מצדיקים קיומו של פיקוח הדוק על פעילותה [של פייסבוק] וחחלת סטנדרט ביקורת מהמיר עלייה. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המשחר עם תאגידיים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות" (רעד"א 5860/16 ב"ן חמו, פס' 37 לפסק דין של הנשיאה (31.5.201)). מטעמים אלו קבעה הנשיאה כי "אין מנוס מלhortות על ביטולה של תנינית השיפוט הזור" (שם, פס' 40).

11. עם זאת, בשאלת תנינית ברירת הדין קבעה הנשיאה כי "לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על ידי מדינת קליפורניה תשולל מהסביר את האפשרות להעלות טענות מסוימות. משכך לא הוכחה על ידו תחוללה של חזקת הקייפות הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החזויים האחדים והנטל להוכחת שתנינית ברירת הדין היא תנאי מוקפת, נותר לפתחו" (שם, פס' 42). עוד הוסיפה הנשיאה כי "שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונוחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגיות. התקדים והחוקיםCMDINTNET. הנשיאה לפיכך לא ראתה טעם לקבוע כי החלטת דין מדינת קליפורניה בנסיבות האמורויות תՐתיע מתקדים ישראלים CMDINTNET. הנשיאה לפיכך לא ראתה טעם לקבוע כי ביאזון שבין האינטרסים של המשתמשים הישראלים לפייסבוק אין בהעדפת הדין בקליפורניה בכדי לעלות לכדי "הגנת יתר" על "האינטרס העסקי הלגיטימי" של האנטרונה (שם, פס' 43). לאור זאת, התקבל הערעור בחלוקת בלבד, תוך ביטול קביעתה השופטת שטмер לענין תנינית ברירת הדין.

12. بعد الشفطة برونو القطرفة לדברي النسائية بملاوم، المنسنة لنשאה ملصر القطرף عمّا هي متى نسائية  
بكوبعو כי بيخص لتنمية بريرت הדין –agem שיש לתת לה توكر بنسيبوت، بما أنه هو على يدي النسائية –  
هري شان לאפשר זאת מקום שימוש شيعه بتנمية "כדי לעקוף" בעורתה הוראות קוגנטיות שבדין  
הישראלי (למשל בדיני הגנת הצרכן ועוד)" (שם, בפס' ב' לפטיקת המنسنة لنשאה).

13. לאור פטיקת בית המשפט العليון בעניין פיסבוק הגישה גוגל ביום 23.7.2018 בקשה לסתוק על הסע'  
של התובענה הייצוגית. לטעת גוגל, "משעה שהمبرאים לא ניסו להוכיח (וממילא לא הוכיחו), כי  
תנمية ברירת הדין מוקחת, ומשעה שגס ניסיון המבראים להסתמך על פטיקה של בית משפט מהווים  
איינו יכול לעמוד לאור הלכת פיסבוק, ברור כי המחלוקת שבמוקד בקשה האישור צריכה להיבחן לפי  
דין מדינת קליפורניה". "בנציות אלה", הוסיף גוגל, "בקשת האישור שלפנינו, אשר מבוססת על  
דין הישראלי, ואינה טוענת אפילו מהו דין הקליפורני – אינה מראה עילית תביעה. מדובר בחסר  
טעוני וריאיתי מהחייב את סילוקה של בקשה האישור על הסע', אף מבלי להידרש לטענות המועלות  
בה לגופן" (פס' 12-11 לבקשת לסתוק על הסע').

14. מטעם זה פנו אליו משרד שפирा בר-אור מצקין ושות' באוגוסט 2018 בבקשת לחות דעתם באשר  
לשאלות כאמור בפס' 3 לעיל. יובהר כי ככל שמענה על שאלות אלה מהייב התייחסות מקדמית לעצם  
הגדרת מבחן הקייפות כפי שפותח בבית המשפט בישראל בפרשנותם את חוק החזויים האחדים, סומך  
אני את ידי על הנition שמציעים המבראים חלק מתשובתם בבקשת לסתוק על הסע'.

#### פרשנות הדין הזר על ידי המשיבה בהליכים דומים וטענת "השתק שיפוט"

15. אין מדובר בפעם הראשונה שבה נדרשת גוגל העולמית להשיב בבקשת לאישור תובענות ייצוגיות בעניין  
איסוף נתונים, לרבות נתוני מיקום, מצד משתמשי אנדרואיד, תוך הפרה של זכותם לפרטיות. בחמש  
שנתיים האחרונות נדרשה גוגל העולמית לפחות לשני הלים שונים שכאהה בפני בית המשפט במדינת  
קליפורניה (והליך מאוחד נוסף החל אך לאחרונה).

#### *In Re Google Android Consumer Privacy Litigation* עניין

16. בתאריך ה-22 באוקטובר 2008 גוגל העולמית השיקה את "Android Market", חנות וירטואלית  
המאפשרת למשתמשי אנדרואיד להוריד אפליקציות שונות בחינוך או בתשלום. כדי להגדיל את היצוע  
האפליקציהים שהוצעו בchnerה, גוגל העניקה למפתחי אפליקציות ערכה מיוחדת לפיתוח תוכנות  
(SDK Software Development Kit) שכלה קוד שהותמע לתוכן האפליקציות ואשר מאפשר לגול  
לאסוף מידע על משתמשים, לרבות מידע אודוט מיקום. המבראים, משתמשי אנדרואיד אשר הורידו  
אפליקציות, דוגמת "פנדורה" ו-"אנגרי ברדס", מחנות האפליקציות, טענו כי קוד זה, אותו כינו "rangle"  
(ובאנגלית Spyware), אפשר איסוף של מידע המאפשר זיהוי אישי (Personally Identifiable

Information או PII) ואיך גיאוגרפי אודותם. מידע זה נאגר הן על ידי גוגל העולמית והן על ידי חברות שלישיים, ונעשה בו שימוש חזרה, בין היתר, לצרכי התאמת פרסומות ייעודיות למשתמשים (זאת בהינתן שנתוך מרכז מרווחי גוגל העולמית מגיע מאותן פרסומות). העותרים הושיבו עוד כי גוגל אספה את המידע ללא מतן הודעה מספקת ובהיעדר הסכמתם מדעת של המשתמשים. עוד טענו, כי בעוד שגוגל הבטיחה כי המידע שייסוף יעבור התממה (אנונימייזציה) – קרי הפיכת מידע מזוהה למידע בלתי-مزוהה על דרך של הסרה או טשטוש של אינפורמציה, באופן שיש בה כדי למנוע את יכולת הזיהוי של פרט ספציפי (אפילו על דרך של "הנדסה חוזרת") (וראו להרבה אודות המונואת "התממה" בעניין ע"א 1697/11 א. גוטסמן אדריכלות בע"מ נ' אוריית ורדי, 23.1.2013) – נראה כי בפועל המידע שאספה גוגל קשור לשירות למזהה המכשיר הייחודיים (Unique Device Identifiers) של המשתמשים ואפשר זיהוי.

17. על רקע מסכת עובדתנית זו, העלו העותרים שורה של עילות-תביעה כנגד גוגל בבקשתם לאישור התובעה הייצוגית בפני בית המשפט של המחווז הצפוני של מדינת קליפורניה. בין היתר טענו העותרים להפרה של זכויות החוקתיות לפרטיות, להפרת פרטיותם כעולה נזיקית, להסתת גבול (Trespass to Chattels), לעולות הרשות, להפרה של הוראות החוק הפדרלי על הונאה וניצול לרעה של מחשבים (Computer Fraud and Abuse Act, 18 U.S.C. § 1030, או CFFA), להפרה של הוראות החוק במדינת קליפורניה Unfair Competition Law, California Business and Professions Code § 17200, או UCL, ולהפרת הוראות החוק במדינת קליפורניה בדבר חדרה לחומר מוחש והונאה (Comprehensive Computer Data Access and Fraud Act, California Penal Code § 502). (CDAFA).

18. גוגל העולמית מצידה ביקשה לדחות את התביעה על הסף בטענה כי העותרים כשלו ביכולתם לעמוד בדרישת הסף להכרה בזכות עמידה להגשת התביעה. מדובר הוא בדרישה שמקורה בסעיף השלישי לחוקת ארה"ב, המקים סמכות שיפוט לבתי המשפט הפדרליים רק במקרים של "תיקים או מחלוקת" ("cases or controversies"). דרישת זו פורשה בפסקה כמחייבות הובחת נזק בפועל ("*injury-in-fact*") זאת בטרם תוכר זכות העמידה של המשיבים, אשר תצמיח את סמכות השיפוט העניינית של בית המשפט. ראו אזכור של הדוקטרינה, אומנם בהקשר החוקתי, בדבריו של כבוד השופט מזו בعنيין בג"ץ 10214/16 ח"כ ד"ר יוסף גבראין נ' הכנסת (27.5.2018) (השופט מזו מדגיש כי בבסיסה הדרישה לביטוס זכות העמידה באלה "בउמדים שיקולים של ניהול חכם של 'משאי' בית המשפט לרבות אמון הציבור"). בhaiudor hicqot lehadim nazikim meshivim (מעבר לפגיעה באוטונומיה) בתביעות בטענה של חדרה לפרטיות, מתקשים המבקרים לצלוח את דרישת הסף המוגברת המועוגנת בחוקה.

19. ב-26 במרץ 2013 קיבל השופט וויט חלק מטענות גוגל, אך התיר לעותרים את האפשרות לתקן את עתרותם. ראו : In re Google Android Consumer Privacy Litig., No. 11-MD-02264, 2013 WL 1283236, (N.D. Cal. Mar. 26, 2013) (להלן: עניון פרטיות צרכני גוגל אנדרואיד 2013). ב-11 באפריל 2014, המשיך השופט וויט לצמצם את ראשית הנזק, שעל בסיסם הותיר למקבשים לתקן שוב את העתירה. הפעם צומצמה למעשה העתירה רק לטענה לפיה הנזק שנגרם לעותרים קשור בפגיעה בחיי הסוללה או

בריקו האנרגיה ממנה, אגב אישור המידע (וזאת שוב במטרה לבסס קיומו של נזק בפועל).<sup>2</sup> ראו: *In re Google Android Consumer Privacy Litig.*, No. 11-MD-02264 JSW, 2014 WL 988889 (N.D. Cal. Mar. 10, 2014) (להלן: **ענין פרטיות צרכני גול אנדרואיד 2014**). בצל הចזם המתmeshץ של היקף הסוגיות בחלוקת ועילות התביעה הנזרות ממנו, משכו העותרים ב-26 בספטמבר 2014 את העתירה בהטכמת השופט ובלא השתת הוצאות בית משפט.

### **ענין *In Re Google Inc. Privacy Policy Litigation***

20. בתאריך ה-1 במרץ 2012 הכריזה גוגל העולמית על שינוי במדיניות הפרטיות שלה. לפי המדיניות החדשה, גוגל החלה לאסוף מידע המאפשר זיהוי אישי (PII) של משתמשים באופן אחד ובמנתק מסווג המוצר שבו נעשה שימוש. בכך החליפה גוגל את המדיניות הקודמת, לפיה כל מוצר היה כפוף למדיניות פרטיות נפרדת ומוגבלת, באופן שלא התיר שיתוף ואישור מידע בין מוצרים. התוצאה היא שמשיע דוגמת שם פרטי ושם משפחה, כתובות פיזיות וכ כתובות מייל, איקון גיאוגרפי, כתובת IP, מספר טלפון (נייד ונייד), רשימת אנשי הקשר, וכן היסטוריית היפושים וההיסטוריה גישה באינטרנט, כולל נאספו באמצעות שלל מוצרים של גוגל (דוגמת שירות הדואר גימיל, שירות היודהו יוטוב, שירות המיפוי גוגל מפות, שירות ערך התמונות פיקאסה ושירותי ערך המסמכים, גוגל דוקס) וкосרו שירות לחשבון המשמש במאג'רי החברה. כל זאת באופן זהה לגבי כל סוג המכשירים בהם נעשה שימוש (מחשב אישי, טאבלט, טלפון חכם – עם מערכת ההפעלה אנדרואיד או בלעדיה). המידע המאושר סייע בידי החברה להציג למשתמשה פרסומות מותאמות אישית וכן להתאים את תוכנות החיפושים במנוע החיפוש של גוגל. בנוסף, גוגל שיתפה במידע פרטים שלישים, בדגש על מפתחי אפליקציות, כך שהם יכולים ליצור אפליקציות נוספות שיתווסף לחנות הוירטואלית "Google Play" ויציעו אף הן פרסום בהתאם אישית. העותרים, כולל בעלי חשבון בגוגל או מכשירים בעלי מערכת הפעלה של אנדרואיד, טענו כי עם אימוץ המדיניות החדשה פגעה גוגל העולמית במדיניות הסבירות לפרטיות. בין היתר טענו העותרים להפרת חוזה, לפגיעה בפרטיות כעולה נזיקה, להפרה של הוראות החוק הפדרלי בדבר האזנות סטר (Wiretap Act, 18 U.S.C. § 2511 et seq.) (להלן: **ענין הגנת הצרכן במשפט מדינות שונות**).

21. בדומה להליך דלעיל (בענין **פרטיות צרכני גול אנדרואיד**), גם במקרה הזה ביקש גוגל העולמית לדוחות את העתירות על הסף בטענה כי העותרים כשלו ביכולתם לבסס זכות עמידה להגשת התביעה תחת דרישת הסף, בדגש על היכולת להוכיח נזק בפועל. ארבעה סבבים שונים קיבל השופט גרוואל את טענות גוגל אך אפשר למטלונים לעורוך מחדש את עתירתם, לחזק עובדתיות את עילות-התביעה, ולזקק

<sup>2</sup> טענות הנוגעות לפגיעה בחיי הסוללה, לניצול של משאבי רוחב הפס של משתמשים, או לניצול של משאבי הזיכרון של מכשיר (באופן הגורם למכשיר שלא לפעול בדיוק באופן שהונכתה בנסיבות המכירה) הוכרו כמספקים לענין הוכחת קיומו של נזק בפועל העונה לרישיון הסף החוקית וראו לדוגמה: *Goodman v. HTC America, Inc.*, 2021 WL 2412070, at \*5-6 (W.D. Wash. June 26, 2012); *In re Carrier IQ, Inc. (iPhone II iPhone Application Litigation*, 844 F. Supp. 2d 1040, 1054-56 (2012) (להלן: **ענין iPhone II**); וכן, אולם, אין ספק כי מדובר בנזק גייח ושולי, ביחס לפגיעה ממשית בזכות פרטיות, כפי שתוצג בהמשך חוות דעת.

את מהות הנזק שנגרם להם ושמכוונו כמה שהם עמידה. מחלוקת להליך, צצמו ראשי הנזק והיקף הנזקים, כך שבسبب האחרון נותרו שוב רק הטעינות בדבר ריקון הסוללה וניצול משאבי רוחב הפס של המשפטים. ראו: *In re Google, Inc. Privacy Policy Litig.*, No. C 12-01382 PSG, 2012 WL 6738343 (N.D. Cal. Dec. 28, 2012) (*In re Google, Inc.* ; עניין מדיניות פרטיות גугл 2012); *Privacy Policy Litig.*, Case No. C-12-01382-PSG, 2013 WL 6248499 (N.D. Cal. Dec. 3, 2013) (*In re Google, Inc. Privacy Policy Litig.*, 58 F. Supp. ; 2013) (*In re Google, Inc.* ; עניין מדיניות פרטיות גוגל 2013); *In re Google, Inc.* ; עניין מדיניות פרטיות גוגל 2014 (3d N.D. Cal. Jul. 21, 2014) (*Privacy Policy Litig.*, 2015 U.S. Dist. LEXIS 92736, (N.D. Cal. Jul. 15, 2015) מדיניות פרטיות גוגל 2015).<sup>3</sup> בצל התמצאות היליכים השווה השופט גרוואל את העותרים למתאגרף רוקי בלבואה מסדרת הרטיטים המפורסמת, "שמטורם לאחר סנורט מאפלו קריד במערכת הארבע עשרה" (עניין מדיניות פרטיות גוגל 2014, עמ' 2). כפי שסיקם זאת בסיבוב האחרון (עניין מדיניות פרטיות גוגל 2015, עמ' 1):

"You might think that after three years of complaints, motions to dismiss, orders on motions to dismiss, leave to amend, amended complaints and more, at least the fundamental question of Plaintiffs' Article III standing to pursue this suit would be settled. You might think that, but you would be wrong."

עם זאת, לאחר ארבעה סבבים שונים נאלץ לבסוף השופט גרוואל לקבל את מלא טענות גוגל ודחה את הבקשות על הטף. השופט גרוואל שוכנע למעשה כי אין קשר בין ניצול משאבי הסוללה או רוחב-הפס לבין שיתופי המידע עם צדדים שלישיים, שכן איסוף ושיתוף המידע התרחשו שלא ברגע הורדת האפליקציה (קרי הרגע שבו נוצלו משאבי הסוללה ורוחב-הפס) אלא לאחר מכן ולכן לא בסיס קשר סיבתי בין ניצול המשאים לבין החדירה לפרטיות. בהינתן שהיו אלה פעולות איסוף ושיתוף המידע שעמדו בבסיס עילות התביעה של העותרים, נאלץ השופט לדוחות את הבקשה כולה.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> יובהר כי הסיבה להתקשרות היליכים, היא כי תחת דין במדינת קליפורניה: "Eminence Capital, Inc." ("amend is not appropriate unless it is clear that the complaint could not be saved by amendment"). בהינתן שדיחה על הסק משמעותה כמעשה ביטת דין, בת' המשפט נוטים לעכב את הדחיה רק לאחר כמה גלגולים של העترة המשוחכער כי לא ניתן עוד ל Hatchill את העירה ("deficiencies by previous amendments, futility of the amendment .(Forman v. Davis, 371 U.S. 178, 182 (1962))" וראו: (12-13).

<sup>4</sup> כפי שהבהיר השופט גרוואל (עניין מדיניות פרטיות גוגל 2015, עמ' 12-13): "Plaintiffs' claim of battery and bandwidth depletion has no nexus to Google's alleged breach or unfair competition. It is certainly alleged that each time a user purchases an app from Google Play, there are transmissions back and forth between the users' device and Google's servers... [nonetheless] the loss of battery life or use of bandwidth is not "fairly traceable to the challenged action" as the downloading of the app occurs before any record of the transaction or making available information for look-up."

## טענת השתק שיפוטי בAGAINST GOOGLE

22. בתת-פרק זה אבקש לבטס את הקביעה כי גוגל מושתקת מהטענות טענות לזכות מסגרת הדינים הקיימת במדינת קליפורניה בכל האמור בהגנה על הזכות לפרטיות ואישור של בקשות לתובענות **ייצוגיות בתיקי פרטיות**. זאת שכן, כפי שהודגש לעיל, גוגל באמצעות פרשנותה את הדין הובילה לדחיה של תובענות **ייצוגיות מסוג זה ולאימוץ פרשנות מצמצת**, פעם אחר פעם, בשורה של תיקים אשר הפכו לתקדים מפתח במדינת קליפורניה בנושא.

23. בבואי לבחון את פרשנות הדין הזר בשאלות מושא חוות דעת זו, שמתי דגש רב על קביעות בתי המשפט בקליפורניה בהליכים שנסקרו דלעיל. בחירתי לעשות כן נובעת לא רק מהדמיון המובהק בין המסגרת העובדתית שבביסיסו היליכים לבין המסגרת העובדתית עליה נשענת התובענה בעניינו, ולא רק בגין העובדה שהיליכים אלו מהווים כתע שניים מהתקדים המרכזים בכל האמור בזכות עמידה בתובענות **ייצוגיות בנושאי פרטיות בארה"ב בכלל**, ובמדינת קליפורניה בפרט (וראו לדוגמה : DANIEL SOLOVE & PAUL M. SCHWARTZ, INFORMATION PRIVACY LAW 812-819 (6<sup>th</sup> ed., 2017) (להלן : **סולובי ושוורץ 2017**) – חשוב לכך, היליכים דלעיל רלוונטיים במיוחד שכן מדובר הוא **באותה הנتابעת**.

24. מתעוררת איפוא השאלה – האם לא יהיה זה ניצול לרעה של הליבוי משפט, ופגיעה בטוהר ההליך, אם יותר גוגל לנשות ולטוען לטובת איוכות ההגנות על הזכות פרטיות של צרכנים, המוכרות ביום בדין מדינת קליפורניה, שעה שגוגל עצמה, בשורה של הליכים קודמים, דומים ומקבילים, מצמכת את **היקף אותן ההגנות ואף זכחה מן ההפקר?**

25. בהשתק שיפוטי "מושתק בעל דין" מלהعلامات טענות הסותרות טענות שמן הוא נהנה בהתקדינות עם בעל דין אחר, וזאת אף כאשר הצד המשתיק לא הסתמך על הטענות הקודמות ולא שינה את מצבו לרעה" (ע"א 513/89 Interlego A.S נ' Exin – Lines Bros S.A פ"ד מ"ח(4) 200, 133 (1994)). כפי שהבהיר כבוד הנשיא שмаг'ר, מכוח חובת תום הלב, כעקרון אוניברסלי, נזכר כי "בעל דין שטען טענה בהליך אחד וטענתנו התקבלה, מושתק מלהתכחש לטענתנו גם בהליך נגד יריב אחר (שבענינו לא נוצר מעשה בית דין) ולטוען טענה הפויה" (שם, 198). הלהקה זו יושמה וצוטטה רבוות בפסקה הישראלית (וראו לדוגמה : רע"א 6753/96 מ.מ.ת. ב"מ ו-4 אט' נ' ישראל פרידמן, פ"ד (5) 418 (1997); ע"א 502/00 רשות שדות התעופה בישראל נ' אפקון בקרה ואוטומציה (24.1.2001)).

26. ההלכה הפסוקה קובעת אפוא שני תנאים מצטברים לטובת בסיסו להשתק השיפוטי. ראשית, יש להראות כי בעל דין העלה טענה סותרת בהליך קודם, ושנית, כי הטענה הסותרת הצמיחה לו טובת הנהה. עם זאת, יזכיר כי ברע"א 4224/04 בית שנון בע"מ ואט' נ' שכון עובדים והשכונות בע"מ ואט', פ"ד נט(6), 625 (2005), הביעו השופטים הרהור כי פרירה בדבר חובת טובת הנהה – קרי הצלחת התביעה הסותרת בהליך הראשון – כתנאי שאין בלטו לתוכלת השתק השיפוטי. כבוד השופט (כתוארו אז) גרוןיס הדגיש כי "התכלית שמאחוריו להשתק השיפוטי היא למנע פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור במערכת המשפט וכן להניא מפני ניצולם לרעה של בת-המשפט" (שם, עמ' 633). בהתאם קבע

כי "אי אפשר שהצד שכגד, ובבחורה גם בת המשפט, יהיו לטעון בנסיבות 'תכנית בבקשתך'" (שם, עמ' 637) (ההדגשה של). עם זאת, הותיר כבוד השופט גרוןיס סוגיה זו בצריך עיון.

27. נגור מדברים אלה כי אין גול יכולה "להתנכר לדבר שלו היה מסכימה" (ובلاتינית: *quod approbo reprobo non*). גול העולמית טוענה בשורה של היליכים קודמים כי מכוח הדין בקליפורניה יש לדחות על הסף בקשوت לתובענות ייצוגיות שהוגשו כנגדה באלה"ב בגין פגיעה בזכות פרטיות, חלק מממסגרת עובדתית הדומה במהותה למסגרת העובדתית המאפיינת את היליכים שלנו. כפי שiodam בחמשך, גול העולמית שבה טוענה כי הזכות לפרטיות, זכות העמידה הקמה בגין הפרת הזכות לפרטיות בתובענות ייצוגיות, הין זכויות מוגבלות ומצוות תחת הדין האמריקאי, והזקן במדינת קליפורניה באופן ספציפי, וכי על בית המשפט להצביע רג' גבוחה בטרם תאושרנה בקשوت לתובענות ייצוגיות מסווג אלה. גול זכתה בהיליכים אלו ובקשותם כולן נדחו על הסף, מה שהקדים לה טובת הנאה ברורה. כפי שiodam לאורך חוות דעת זו הדין הישראלי מציע הגנה רחבה יותר על מתדיינים המבקשים להעלות טענות בדבר פגיעה בפרטיותם, וכן גול העולמית מנעה בעת מלטהען בגין הדין בקליפורניה, דזוקא איננו מקופה ומציע הגנות מספקות למתדיינים הישראלים. שערי זהוי גול שיצהה במו ידיה את הקiprofit, באמצעות פרשנותה המ��צת את הדין אשר הביאה לאימוש תקידי מפתח במדינת קליפורניה, אשר משמשים גם בעת ההזז כמחסום ממשי מפני עותרים המבקשים להגיש שט טענות ייצוגיות דומות.

28. לא זו אף זו, גול ממשיכה לטעון את אותן הטענות גם במקרים אלה בבית המשפט בקליפורניה. ב-17 באוגוסט וב-28 באוגוסט השנה הגישו שני עותרים, נפוליאון פטאקסיל ודומניק לומברדו, בהתאם, שתי בקשות נפרדות לתובענות ייצוגיות נגד גול העולמית בבית המשפט המ徇וי הסדראי של המחו ז Napoleon Patacsil v. Google, Inc., Case No. 18-5062, Class Action : (להלן: ענין פטאקסיל - בקשה לייצוגית; Domenic Lombardo v. Google, Inc., Case No. 18-5288, Class Action Complaint (N.D. Cal. Aug. 17, 2018) (להלן: ענין לומברדו - בקשה לייצוגית). הבקשות נשענות על דיווחים שונים מהשנה الأخيرة, לרבות דיווחים של סוכנות הידיעות האמריקאית (ה-AP) מאפריל 2018, לגבי איסוף נתונים מיקום ומעקב אחר משתמשי אנדרואיד ואייפון מצד גול גם שעלה הסירו עצמן אפשרות "היסטוריה המיקום" כמופיע בהגדרות המכשיר הנידי. בכך מציעות העתרות מסגרת עובדתית מקבילה, כמעט זהה, לו שועמדת לפניו.

29. צפוי ב-22 באוקטובר הגישה גול שתי בקשות לדחיה על הסף של העתרות הללו בבית המשפט בקליפורניה. הבקשות לדחיה על הסף נשענות על פרשנות מצמצמת זו של הגדרת "הסכם מדעת" כפי שזו מוגדרת דין זה ונוכח של זכות העמידה של המתדיינים בהיעדר הוכחה נזק ממשי (ראו: Napoleon Patacsil v. Google, Inc., Case No. 18-5062, Defendant Google LLC's Motion to Dismiss Domenic Lombardo v. Google, Inc. (להלן: ענין פטאקסיל - בקשה לדחיה על הסף; Google, Inc., Case No. 18-5288, Defendant Google LLC's Motion to Dismiss (N.D. Cal.

(Oct. 22, 2018) (להלן: **ענין לומברדו - בקשה לדחיה על הסף**). הדין בבקשתו של גוגל לדחיה על הסף צפוי להתקיים במאוחד ב-31 בינואר 2019.<sup>5</sup>

**30. ברור איפוא כי אם יותר למשיבה לנסות ולטעון לדוגמה שהמחנים בדבר "הסכם מדעת" או בדבר התקף ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות, כפי שעוגנו בדיון מדינת קליפורניה, מספקים הגנה רואה וمسפקת למടויינים, קרי מספקים הגנה שאינה מוקפת, יהיה זה ניטול לרעה של בית המשפט בישראל – זאת בהינתן שהמשיבה מבקשת למעשה דבר אחד במחוז גוש דן בה בשעה שהיא טוענת בדיקת ההפך המוחלט במחוז סנטה קלרה שבקליפורניה.**

31. חוות דעת זו ממשיכה לבחון את התקף ההגנה על הזכות לפרטיות של צרכנים בדיון הישראלי ובדין הזר בהתאם לשאלות שעליה נדרשתי לענות, כפי שוכמו בפס' 3 דלעיל. בפסק הדין בעניין פיביסוק קבוע בית המשפט העליון כי "שיטת המשפט בקליפורניה היא בעלת מאפיינים דומים לשיטת המשפט בישראל ונחשבת לאחת המתקדמות בעולם בתחום התובענות הייצוגית" (שם, בפס' 43). בכוון לבסס קביעה זו עדיף בית המשפט טיעונים לגופם באשר לאיות הדין הזר, בדגש על איות החגנות הקבועות בו לעניין הזכות לפרטיות. על כך הצבעה גם כבוד הנשיאה חיות כשייניה כי "במקרה דן לא הוצגו ראיות לכך שהכרעה בבקשת האישור על פי דין מדינת קליפורניה תשול מהמשיב את האפשרות לטעון טענות מסויימות" (שם, בפס' 42). בחוות דעת זו אבקש איפוא להציג בדיקות כיצד דין הזר עשוי לשול מהמחכים לפניו את זכותם להעלות את עילות התביעה המבוקשת ולדרשו את הטעדים אותם הם דורשים בבקשתם לאישור התביעה הייצוגית.

---

<sup>5</sup> בתאריך ה-11 בדצמבר 2018 אישד בית המשפט המוחזי את תתיקים של פטקאסל ולומברדו ביחד עם תיקיהם של עוד ארבעה מבקרים נוספים (EJD Case No. 5:18-cv-06262-EJD, George Jack, Case No. 5:18-cv-06416-EJD, Aichi Ali, Case No. 5:18-cv-06685-EJD, Ronnie Kaufman, Case No. 5:18-cv-06652-EJD, Leslie Lee, Case No. 5:18-cv-05062-EJD). נגזר להליכים בעיין פטקאסל ולומברדו, בכל אחד מרבעת ההליכים הנוספים ווגל לא הגישה תגובה מפורשת לבקשתו, ונראה כי תס友情 בתשובתיה בני ההליכים הראשונים, Patacsil v. Google LLC, Joint Stipulation and .Order to Consolidate Cases, Case No. 5:18-cv-05062-EJD (11 Dec., 2018).

## **פרק ב: דרישת הסף להוכחת זכות העמידה בתובענות ייצוגיות בנושאי פרטיות בדין הישראלי ובדין הזר**

32. כפי שכבר צוין בבקשת לאישור תובענות ייצוגיות בנושאי פרטיות באלה"ב, כנגורת של הדין הפלילי, נדרשים העותרים לעמוד בדרישת סף גובהה ומורכבת של הוכחת נזק בפועל (*injury-in-fact*). לדרישה זו אין מקבילה בדין הישראלי. במקרה זה של חווות הדעת אגדים את היקפה של דרישת זו ואמחיש כיצד החלטה עשויה לפקח מצדינים ישראלים ולפגוע בזכויותיהם הקונסטיוטו.

### **זכות העמידה בהגשת תובענות ייצוגיות - זכות מהותית או דיננית?**

33. תניית ברירת הדין במסמך התנאים והגבלוות של גוגל קובעת כי חוק קליפורניה יחולו בכל מקרה של מחלוקת הנובעת מתנאי השימוש (ראו לעיל, בPsi 7). לשון התנייה עモמה איפוא ואין זה ברור אם יש להחיל את חוקי קליפורניה רק לעניין הדין המהותי או גם לעניין הדין הפרוצדורלי. תנאי זה דומה לתנין שאימצה חברת פיסבוק אירלנד, בפרשตนן-חמו. בית המשפט העליון קבע שיש לפועל לפי כלל הפרשנות נגד המנשת, קרי נגד פיסבוק, ולדון בנושאים הדינוניים לפי דין בישראל (ענין פיסבוק, Psi 41 לפסק דיןה של הנשיאה) (יצוין כי בית המשפט העליון ראה בהקשר זה בדיני החוזים האחדים דין דינוני ולפיכךבחן בהתאם לדין הישראלי (קרי חוק החוזים האחדים) האם תניית ברירת הדין היא תנאי מקפתה).

34. מכאן שכצעד ראשון אנו נדרשים לשאלת מקדים: **מהו היקפו של הדיון המהותי ומהו היקפו של הדין הפרוצדורלי בהקשרו של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בנושאי פרטיות, ובאופן ספציפי האם יש לראות בדרישת הסף לביסוס זכות העמידה של מצדינים המציגים בבקשת מסווג אלה כדרישה מהמישור הדינוני או המהותי?** אם מדובר בדיון פרוצדורלי, הרי שזכות העמידה אינה רלוונטית לעניינו (שכן יש להחיל את דין הפרוצדורה הישראליים). לעומת זאת, אם דרישת הסף בהוכחת זכות עמידה, היא דזוקא דרישת מהתחום המהותי, הרי שאז יש להחילה גם במקרה שבפניו.

מתן מענה על שאלה מקדים זו אינו עניין של מה בכך, שהרי "מקובל להניח כי הבדיקה המושגית בין כללים פרוצדורליים לכללים מהותיים אינה חזה וכי יתכונו מカリ גבול שקשה לטוגם תחת אחת הקטגוריות" (עפר מלכאי ורונית לוי-שנור, "היחס בין פרוצדורות למatters: מה קודם למה?", פרוצדורות 93, 99 (בעריכת טליה פישר וישראל רוזן-צבי, 2014) (להלן: *מלכאי ורונית-שנור*)). אם לא די בכך הרי שלענין ע"א 1130/90 *חברת מצות לישראל בע"מ נ' עיריית פתח תקווה*, פ"ד מו(4) 782 (1992)

כבר נפסק כי הסיווג המשפטי של הוראת דין מסויימת כפרוצדוראלית או כמחותית עשוי להשתנות על פי ההקשר והתכלית שלשמה נערכט הסיווג.<sup>6</sup> עמדת דומה אימץ גם השופט לוין שקבע כי :

"מי שMageיר את הנורמות הסובטנטיביות ככוללות את הדין בדף טיבן ומהוות של הזכויות המוקנות לאזרח ואת הנורמות הפרוצסואליות כמסדרות את הערכים והתנאים להחלטתו אכן עשוי להתיקל בקשיים [...] דא עקא, יהוט משמעות קבואה ובלתי משתנה לאבחנה פלונית יש בה כדי להחטיא את המטרה, שהרי מלבתילה אין בה אלא ברירה שרירותית של נתונים המסורה לראות עיניו של המגידיר. הקובל אבחנה בין נורמות שונות חייב להשלים עם המסקנה שבמציאות עשויה האבחנה להתמודד עם מצבים שונים ומתחלפים ולא הרי סיווג לעניין אחד כהרוי סיווג לעניין אחר" (בג"ץ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המישוד, פ"ד לה(1) 297, 292 (1980)).

36. בהתאם גם המבחן השוני שנקבעו בפסיכה ובספרות לטובת הכרעה בשאלות אלה זכו לביקורת. כך לדוגמה על המבחן הפונקציונאלי-פורמלי – מבחן שענינו בשאלת האם הוראה מסוימת היא בבחינת ה- "מה" או בבחינת ה- "כיצד" – כתבה השופטת בן-פורת כי "בדיקה מעמיקה מעט יותר מגלה על נקלה שהשאלה האמורה אינה אלא נקודת מוצא, להבדיל מסוף פטוק" (מרים בן-פורת, " מבחנים לסתווג הוראה בדין כמחותית או דינונית", הפרק ליט לח 5, 6-7 (1988) (להלן : בן-פורת)). כך למשל מדגימה בן-פורת כיצד זכות העורר, על אף השתיכותה למשפט זכויות החתדיינות, התפרשה זכות מחותית לעניין שאלת התחוללה בזמן (ראו : ע"א 22/56 בתן נ' קצין התגמולים, פ"ד 1325, 1378 (1956) (וראו : בן-פורת, עמ' 8-7).

37. בן-פורת לפיך הציעה את " מבחן התוצאה" שענינו הכרעה בשאלת האם הוראה היא פרוצדוראלית או מחותית על פי התוצאה של הסיווג ומידת ההשפעה שלו על זכויות מחותיות. פרופסור רוזן-צבי הדגים אלומן כיצד יישומו של מבחן זה עלול להוביל לפסקות שכאילו נלקחו "ישירות מבית מדרשו של הריאליות המשפטי" (איסי רוזן-צבי, "פרוצדורות ומחות : חסיבה מחודשת על קטגוריות ישנות", פלוצדורות 45, 54 (בעריכת טליה פישר ויישכר רוזן-צבי, 2014)). זאת מכוח העובדה ש- "כמעט תמיד תהיה לכל פרוצדורלי השפעה על התוצאה המשפטית. לפיכך יש לקבוע איזו מידת או איזו סוג של השפעה יהפכו את הכלל למחותי" (ראו : מלכאי ולוין שנור, עמ' 101-102).

38. חקרה שלפנינו הוא כזה שאנו מכחיב אותו בהכרח להידרש לשיל מבחן אלה על מרכיביהם. כפי שodium מטה, הגם שדרישות סף – דוגמת דרישת הסף לביסוס זכות עמידה – הין עניין שבשגרה דרישות מהתחום הדיני, הרי שבמקרה דין הדרישה הינה חלק ממנגנון רחב יותר להסדרת הנסיבות

<sup>6</sup> "סיווגה של הוראות דין פלונית כדין מאכלה קלה כלל ועיקר, והוא נעשה, בין היתר, "לאור שkeitת התוצאה הנגררת של סיווג כזה, היינו כלום רצוי וצדוק הוא שההוראה תטופט מיד". זאת ועוד, המذובר בסיווג גמי, אשר נעה תוך הצבת השאלה הפרשנית: *מי* הי הסוייה העומדת על שלוחן הניתוחם ולאיזו מטרה עליינו להביחי, במקורה פלוני, בין נורמות מטריאליות לבין נורמות דינוניות". לפיכך, יתכן איפוא כי סיווגה של הוראה פלונית ישנהה על-פי ההקשר בו הוא נעשה (שם, בעמ' 782) (ההפניות הוסרו).

שבהן כמה חבות משפטית מהותנית - חוזית, נזיקית, או צרכנית – למתדיינים תחת הדין הזר. לפיכך נראה כי נכון להחיל את הלכת **חמאدة** כפי שນפסקה על ידי כבוד השופט שטרברג-כהן:

"כאשר עומד לדין בבית משפט מקומי עניין שמעורב בדיון זר, מורים כלל המשפט הבינלאומי כי הוראות דין-דין תדונה בהתאם לדין הפורום (*Lex Fori*) ותוראות מהותיות (*Lex Causa*), בהתאם לדין הזר. התהוישנות בישראל היא הוראה דין-דין ולפיכך, כאמור, יש לדון בה על פי דין הפורום. לא כך כאשר מדובר בדיון זר היוצר **הסדר כולל-הוליסטי** המכיל הוראות דין מהותי והוראות נלוות המסדר את מימוש הזכויות מהותיות. במקרה בו דבר חקיקה מקנה זכויות מהותיות ומחייב להן הוראות המגבילות את מימושן, ביןיהן הוראות דין-דין, יש ליישם את ההסדר במקשה אחת ולא לשיעורין. במצב דברים זה יש לראות את ההוראות הדיניות במקביל אחד עם ההוראות מהותיות שהסדר, באופן שההוראות הדיניות נטמעות בו והופכות להיות חלק מהדין מהותי הזר. אף אם נמצא לומר כי סיוען של ההוראות כדיניות נשאר כזה גם כאשר הן מהוות חלק מהסדר הכללי מהותי, עדין נראה כי אין לאפשר לתובע המבקש לסמוך ותביעתו על דין זר לבור לו חלק מן ההסדר ולהתעלם מחלוקת האחרים. אין הוא יכול לבחור בהוראות המיטיבות עימיו ולהתנכר אליה שאין נוחות לו. הדבר מתחייב מן השכל הישר מן ההיגיון המשפטי וממן המדיניות המשפטית הראויה. כך עניינו כאשר דין זר מעניק עילית תביעה להשגת זכויות מהותיות וקובע לצורך זה תקופות התהוישנות ספציפיות למימושן, לא יוכל הצדדים לטעון לתקופת התהוישנות של דין הפורום הדן בתביעה" (ע"א 01/2003 חמאدة נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, תק-על 506(1) (2003) פס' 9 לפסק דינה של השופט שטרברג-כהן (2003) (ההדגשה שלי).

39. הן הדין של מדינת קליפורניה והן הדיון הפדרלי מעניקים עילות תביעה לשם ההגנה על הזכות לפרטיות אך קובעים לכך מגבלות בדמות דרישת הוכחת נזק בפועל בתנאי לביסוס זכות העמידה של המתדיינים באופן המציגים את מימושה של עילת התביעה וזאת חלק מי"הסדר כולל-הוליסטי". כפי שכבר צוין דלעיל, עמד על הדברים כבוד השופט מזו כשבהיר שבסיס ההסדר עומדים שיקולים של ניהול חכם של "משאבי בית המשפט לרבות אמון הציבור" (ראו פס' 18 לחוזת דעת זו). לפיכך הלכת **חמאدة** טובה לעניינו, ובהתאם **חותם דעתך נשענת על ההנחה כי דרישת הסף לביסוס זכות העמידה של מתדיינים בבקשת אישור תובענות יציגות הינה חלק מהסדר כולל המוביל גם הוראות דין מהותי.** בהתאם יש לנתח את דרישת הסף כאילו נטמעה והפכה לחלק מהדין מהותי הזר. כתוצאה של הנחזה זו, ממשיך לבחון האם ובאיזה אופן דרישת סף זו, כדרישה מהותית, עלולהlkappa; לкопח מתדיינים ישראלים אם תיוושם בבתי המשפט בישראל.

## דרישות סף בהגשת תובענות ייצוגיות בדין זהר

40. חוק ההגינות בתובענות ייצוגיות (Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1332(d)) משנת 2005 הרחיב את סמכות השיפוט העניינית של בתי המשפט המחויזים באלה"ב ובבעת חלוקת העובדה בין לבין בתי המשפט המדינתיים, בכל האמור בתובענות ייצוגיות. החוק מסמיך את בתי המשפט הפדראליים לדון בתביעות סמכות מגוונות (diversity jurisdiction) כאשר הסכם הכלול של התביעה עולה על 5 מיליון דולר, כאשר התביעה כוללת מעלה ממאה חברים, כאשר אחד לפחות מאותם החברים הינו אזרח של מדינה זרה (ההדגשה שלם):

*"28 U.S. Code § 1332 - Diversity of citizenship; amount in controversy; costs*

...

*(d)(2) The district courts shall have original jurisdiction of any civil action in which the matter in controversy exceeds the sum or value of \$5,000,000, exclusive of interest and costs, and is a class action in which*

*(A) Any member of a class of plaintiffs is a citizen of a State different from any defendant;*

*(B) Any member of a class of plaintiffs is a foreign state or a citizen or subject of a foreign state and any defendant is a citizen of a State; or*

*(C) Any member of a class of plaintiffs is a citizen of a State and any defendant is a foreign state or a citizen or subject of a foreign State.*

*d(5) [Paragraph (2)] shall not apply to any class action in which...*

*(B) the number of members of all proposed plaintiff classes in the aggregate is less than 100."*

41. לפיכך התובענה הייצוגית שלפנינו, אילו הייתה מוגשת היום במדינת קליפורניה, הייתה נידונה בפני בית המשפט (הפדרלי) של המחויז הצפוני של מדינת קליפורניה וזאת בהינתן שהוא זה שמחזיק בסמכות השיפוט העניינית והLocale לאור והסוכומים המבווקשים, מקום מושבה של מרדריה הראשיים של גוגל העולמית, וזהות העותרים (שהינם אזרחי מדינת ישראל). לעובדה זו יש נפקות מיידית, שכן בתי המשפט הפדרליים כפויים לדרישת הסף הקשייה של זבות עמידה הקבועה בסעיף השלישי של חוקת ארה"ב (הדרישה לקיומו של "case-or-controversy").<sup>7</sup> בית המשפט העליון

<sup>7</sup> כפי שנקבע בפרשת (1989) *Asarco, Inc. v. Kadish*, 490 U.S. 605, 617 מפט של כל אחת מהמדינות, שכן הדבר תלוי באמ החקיקה הפטציפית של אותה מדינה עיגונה ווסף מקביל לזה המופיע בסעיף השלישי חוקת האמריקאית. לסקירה של חוקות המדינות השונות וההסדר אותון מאמצות לעניין דרישת הסף, ראו Wyatt Sassman, *A Survey of Constitutional Standing in State Courts*, 8(2) KY. J. EQUINE, AGRIC., & NAT. RESOURCES L. 349 (2015-2016). אכן מתחי החקיקה בקליפורניה לא בחרו לאטץ דרישת סף מחייבת. עם זאת בתי המשפט המדינתיים בקליפורניה בשורה של פסיקות נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לديון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). כך לדוגמה בפרשת *Kwikset Corp. v. Super Ct.*, 246 (Cal. 2011) נטו להעדיף יצירת דרישות סף דומות (לדיון נרחב ראו: שם, עמ' 357-358). וכך בראותם נטו להעניק לטענה של קלייפורניה עמידה במשפט.

ביאר מהט המבחןים לביסוס זכות העמידה בפרשת *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 561 (1992), תוך התחזקות בדרישה להוכיח *injury-in-fact* (להלן: "דרישת הנזק בפועל"):

"Over the years, our cases have established that the irreducible constitutional minimum of standing contains three elements. First, the plaintiff must have suffered an "***injury in fact***"— an invasion of a **legally protected interest** which is (a) **concrete and particularized**; and (b) "**actual or imminent, not 'conjectural' or 'hypothetical,'**" Second, there must be a causal connection between the injury and the conduct complained of — the injury has to be "fairly... trace[able] to the challenged action of the defendant, and not.. th[e] result [of] the independent action of some third party not before the court". Third, it must be "**likely,**" as opposed to merely "**speculative,**" that the injury will be "**redressed by a favorable decision.**"<sup>8</sup> (הudgeesh Sh'l)

42. בית המשפט העליון, בשורה של פסיקות מהעשרים האחרונים, צמצם את סך התביעות שיעברו את דרישת הסף המוגברת. כך לדוגמה בפרשת *Clapper v. Amnesty International*, 133 U.S. 1138, 1143 (2013) דו' בית המשפט העליון באליהו האם "זקנים עתידיים" עשויים לאפשר עמידה בדרישת הסף. בית המשפט קבע כי זקנים פוטנציאליים עשויים להיחשב כזקנים "كونקרטיים", כהגדרתם בהלכת *Lujan* אך זאת רק כאשר הנזק הוא קרוב לוודאי ("certainly impending") ולא כאשר הנזק הוא בוגדר אפשרות בלבד.<sup>9</sup> דוגמה נוספת שtimca בפרשת *Spokeo, Inc. v. Robins*, 136 S. Ct. 1540.

<sup>8</sup> עוד רואו: Friends of the Earth, Inc., v. Laidlaw Env'tl. Sys. (TOC), Inc., 528 U.S. 167 (2000). לסייעום נראה כי "זוק בעול" דורש (1) פגעה בזכות המוגנת באונן חוקי; (2) החוק הוא בפועל או צפוי באופן מיידי, ולא תיאורתי או היפוטטי.

<sup>9</sup> בפסק הדין זהה קבע העלינו כי ארגון חברה אזרחית הבוחר לארכ' אמצעים יקרים ומורכבים לטובת חיזוק ההגנה על חיסין ההתקשרותו של, וזאת מפני הסכינה הנוברת להזונה וחידירה לפרטיות מעך ושויות ממשלתית וצדדים שלישיים, אינם מספקים להוכחת דרישת הסק' ובויסוס זכות עמידה.

את הבסיס לזכות עמידה שכן לאחרת על עצם העובדה כי חשות הפוטוטו, פגוי נקדים עתידיים" לא כוללים לטפל את הטענה שכך "כל אחד יכול להישת על עצם העובדה על כדי חדים היפוטטיים ולדרשו מבית המשפט שיכסה אותן" (שם, עמ' 1151). לעומת זאת, בפסק דין *Beck v. McDonald*, No. 15-1395 (4th Cir. 2017), על יתרות דמותה שנדרחו מכוח היהודים ספקולטיברים רואו: "על עמידה שכן לאחרת על עצם העובדה על כדי חדים היפוטטיים ולדרשו מבית המשפט שיכסה אותן" (שם, עמ' 1151).

In re Linked User Privacy Litig., Case No. Case No. 5: 2014 WL 1323713 (N.D. Cal. Cir. 2017).  
In re Zappos.com, Inc., Case No. 14-03088-EJD, 2014 WL 16-16860, 2018 WL 1189643 (9th Cir. Mar. 8, 2018).

שם, מופיעי החשבונות שלהם, סייסמאטיהם, כתובותיהם, מספרי הטלפון שלהם, ארבעה טטרות האחיזונות של קריטיסי האשראי שלהם) נגנוו על-ידי האקרים עולם אגב פריעת לשוני המחשב של החברה בancockטי. העותרים ניסו לבסס תיאוריה של נזק בפועל בגין הסיכון המוגבר שלאילו נשפפו לגניבת זהות או חונאה וכן מכוח העובדה שבחרו לרכוש שירות "credit monitoring" Clapper והפסיקות שבאו לאחריו, דחפה על הסק' את התובענה הייזוגית, בית המשפט מהחוו, תוך ש贬ית המשפט על הסק' את הקביעה. בית המשפט קבע כי הנזקים העתידיים כן עמדו בדרישת הסק'. הוא הוסיף כי החלטת קרכען Clapper לא שמטה את החקיקה Krottner v. Starbucks Corp., Nos. 09-35823 and 35824, (9th Cir.; Dec. 14, 2010).

מתוך להלכה הגדמתה והמקלה יותר של בית המשפט הפדרלי התשיג לעורורים בפרש-10 (35823 and 35824, 9th Cir.; Dec. 14, 2010). נכוון לכתיבת שורות אלה ניכר איפוא כי ישנה סתירה בין הפסיקות של בית הפדרלי Cleary Gottlieb, With Equifax, Looming, Split on Standing in Data Breach Cases Grows with Recent Decisions, Alert Memorandum (Oct. 4, 2017), available at <https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/alert-memos/with-equifax-looming-split-on-standing-in-data-breach-cases-grows-with-recent-decisions-10-4-17.pdf>.

Bradford C. Mank, Data Breaches, Identity Theft, and Article III Standing: Will the Supreme Court Resolve the Split in the Circuits, 92 NORTE DAME L. REV. 1323 (2017).

לNazkim עתידיים, כי אם דזוקה לטענות תברי הקביעה על פגיעה באוטונומיה, עוגמת נפש ותחושים שליליים (וראו: הבקשה לאישור התג�ועה הייזוגית, שם, עמ' 129-144).

(2016) 1548-1550. בהכרעתנו הגדיר השופט אליטו את היסודות ל מבחון ה"קונקרטיות" שתחתה סעיף 3 לחוקה. נזק קונקרטי הוא נזק "אמיתי ולא אבסטרקטי", זהו "נזק זהה פקטו", כלומר זהו נזק שחייב להיות קיים בפועל". כך למשל לדעתו, אין להנition בהכרח כי עצם ההפרה של הוראת חובה חוקה יש בה כדי להקיים נזק קונקרטי.<sup>10</sup> המדובר הוא במקרה פרוצדורלי ועל התובע להציג תחילת כי פרוצדורות אלה נוישו מתחך כוונה להן על אינטרס ממשי שלו, וכי הפרה של אותן חובה חוקה גרמה או עשויה הייתה לגרום לנזק ממש. באשר לנזקים שאינם מוחשיים, על בית המשפט לעמוד מקרוב על היסטוריית הפסיקה והחקיקה בטרם יוכל להכריע האם הקום נזק קונקרטי, דבר המצביע קושי נסף על המבוקשים בبيان טענות אלו.<sup>11</sup> יובהר מכך סעיף 12(b)(1) לחוק סדר הדין האזרחי הפדרלי רשיין בית המשפט לדחות את העתירה על הסף מקום שלא הוכח כי לו מסורה סמכות השיפוט העניינית – לדוגמה, מכוח אי-עמידה בדרישת הסף המנויות בסעיף השלישי לחוקה האמריקאית.<sup>12</sup>

43. בתובענות ייצוגיות בדבר הזכות לפרטיות, מתנגדת דרישת הסף של "nezק קונקרטי", כפי שעוצבה על ידי בית המשפט העליון, עם הלה פסוקה אחרת של בית המשפט - "דוקטרינה הצד השלישי" (Third Party Doctrine). דוקטרינה זו אומצה כחלק מפסיקות הعليון בעניין *United States v. Miller*, 425 U.S. 735 (1976) ו-*Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979). מכוח דוקטרינה זו **מיסירת מידע באופן ולנטרי לעדדים שלישיים כמו אובדן הציפייה הסבירה לפרטיות, ולהתאמה אובדן יכולות לבטן נזק קונקרטי אשר יצמיה זכות עמידה לתביעה בגין חיזירה לפרטיות.** אודות הקשר שבין דוקטרינת הצד השלישי לסעיף השלישי לחוקה האמריקאית, כתוב פרופסור למפרלו Adam Lamparello, *Online Data Breaches, Standing, and the Third-Party Doctrine*, 119 CARDozo L. REV. 119, 126 : (2015)

**"[C]onsumers cannot claim that they have suffered a cognizable injury to their privacy because the moment consumers convey their phone, credit card, and social security numbers to an online eservice provider, they forfeit their privacy rights. As such, if this information is obtained by**

<sup>10</sup> יהד עם זאת ראוי לבחיר כי: "(...)" העניין מдинיות פרטיות גול 2012, עמ' 4 בהפניה ל- *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, (500) (1975).

<sup>11</sup> כפי שטען השופט אליטו (החדשה שלו): "...Concrete" however, necessarily synonymous with "tangible." Although tangible injuries are perhaps easier to recognize, we have confirmed in many of our previous cases that intangible injuries can nevertheless be concrete. In determining whether an intangible harm constitutes injury in fact, both history and the judgment of Congress play important roles. Because the doctrine of standing derives from the case-or-controversy requirement, and because that requirement in turn is grounded in historical practice, it is instructive to consider whether an alleged intangible harm has a close relationship to a harm that has traditionally been regarded as providing a basis for a lawsuit in English or American courts. In addition, because Congress is well positioned to identify intangible harms that meet minimum Article III requirements, its judgment is also instructive and important. Congress' role in identifying and elevating intangible harms does not mean that a plaintiff automatically satisfies the injury-in-fact requirement whenever a statute grants a person a statutory right and purports to authorize that person to sue to vindicate that right. Article III standing requires a concrete injury even in the context of a statutory violation. For that reason, Robins could not, for example, allege a bare

<sup>12</sup> procedural violation, divorced from any concrete harm, and satisfy the injury-in-fact requirement of Article III. יzion כי בדיון החוזר בבית המשפט הפדרלי התייעץ לערעורים, פסק בית המשפט לבסוף כי אכן קם נזק קונקרטי בעניין *Spokeo*.

בית המשפט מצא כי פרטום מילא כזב בגין אייתרנטי שמספק שירותי מניעת התופש על אנשים, עליה כדי הפהה של אינטרס מוגן בחוק.

דיווח אשראי הונג (Fair Credit Reporting Act), גם אם הנזקים אותו טען התובע היו נזקי לחץ וחוש מפני מוגבלות תעסוקתית.

third parties, e.g., hackers, consumers will not have standing to sue because, having no expectation of privacy in the unlawfully accessed data, they have not suffered an actual or concrete injury to their privacy rights. This leaves citizens wholly dependent on private companies to implement policies that minimize the risk of online data breaches, and compensate them fully in the event of a breach..."

44. כפי שמסכמים סולווי ושוורץ, זכות העמידה הפכה לאבן גוף בתיקי פרטיות, כשמרבית התקדים נדחית על הסק של הקושי של העותרים לבסס את דרישת הנזק בפועל (ראו : סולווי ושוורץ 2017, עמ' 807). הן עניין מדיניות פרטיות גугл והן עניין פרטיות צרכני גוגל אנדרואיד, כפי שתוארו לעיל, מהווים דוגמאות מפורשות לכך. יתרה מזו, תיקים אלה מדגימים גם את הפער התהומי שבין תפיסת הגנת הפרטיות בדיני ארה"ב לבין התפיסה המקובלת בדיון האירופי (לחרבה בנושא ראו : James Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113(6) YALE L.J. 1161 (2004)). כך למשל, בעוד שביבתי המשפט של קליפורניה נדחו על הסק העותרים בתובענה הייצוגית בעניין מדיניות פרטיות גוגל, באירופה רשות הגנת המידע של ספרד וצרפת בחרו דווקא להשיט קנסות בסכום כולל של 1.4 מיליון דולר בעקבות מדיניות הפרטיות החדשה של החברה (ראו : סולווי ושוורץ 2017, עמ' 818).

45. לא די בכך, ההחלטה בקליפורניה קבעה באופן שיטתי כי עצם מסירתו של מידע לאחר בהיעדר הסכמת המשמש, אינו מהוña נזק בפועל. ראו לדוגמה: עניין מדיניות פרטיות גוגל 2012, עמ' 10 :

"Nothing in the precedent of the Ninth Circuit or other appellate courts confers standing on a party that has brought statutory or common law claims based on nothing more than the unauthorized disclosure of personal information"

נראה איפוא כי הדיון בקליפורניה מציב רף גבוה מאוד לתביעות בגין פגיה בפרטיות, עצם החשיפה של מידע אישי, כולל לדוגמה נתוני מיקום, אינם מהווים הפרה גסה של נורמות חברותיות שיש בחן כדי לבסס תביעה בעלייה של חידרה לפרטיות שתקיים את דרישת הנזק לעמידה בדרישת הסק.

46. יתרה מזאת, בפי שמהיר פרופ' למפרלו, עילות התביעה המקובלת בתיקי פרטיות (לרובות מכוח דין מדינת קליפורניה) נעדרות הכרה בתרומות בעבור נזקים שאינם ממונינים, וזאת גם במקרים המקרים שבהם החדרה לאוטונומיה של הצרכנים גורמת לעוגמת נשך קשה ולתחשות לחץ חמורות (שם, עמ' 127). כך לדוגמה, חוק התרומות המשפטיות לצרכנים של קליפורניה (Consumer Legal Remedies Act, Cal. Civ. Code § 1750 et seq. להלן : CLRA) עוסק בקביעת מגבלות על פרקטיקות בלתי-הוגנות מצד יצרנים ומשוקרים ובהתזאה מחוץ לחוק של צורות שונות של הטעיה צרכנית. חוק זה הוא אחד מהבסיסים עליהם נשבנים, מעת לעת, עותרים בתובענות ייצוגית

במדינת קליפורניה לשם הוכחת עילת הנזק של הטעיה צרכנית כבסיס לפגיעה בפרטיות. עם זאת בית המשפט העליון של קליפורניה פסק בפרש-*Meyer v. Sprint Spectrum L.P.*, 45 Cal. 4th 634, 640 (2009) כי בתביעות הנשענות על הפרה של ה-CLRA נדרשים העותרים להוכיח "נזק מוחשי" (tangible harm). בעניין לומברדו גוגל עצמה נשענת על קביעה זו בבקשתה לדחיה על הסף של התובענה הייצוגית, אשר נשענת בחלהה על עילות תביעה תחת ה-CLRA (ראו עניין לומברדו - בקשה לדחיה על הסף, עמ' 21). בהיעדר היכלות של עותרים, דוגמת לומברדו, להציגם באופן משכנע נזקים בפועל, ממשיים, מוחשיים וונימינליים, תובענות הייצוגית בדבר הפרת פרטיות מבקשת דוקא לטעון לנזקים שאינם מוניטריים או כלכליים – לפגיעה באוטונומיה, עוגמת נש ותחושים שליליות (דוגמה התובענה הייצוגית מושא חוות דעת זו) – כשולות ביכולתו לצלוח את דרישות הסף. מסכם את הדברים פרופסור סולובי, שקובע כי תחת הדין הור (Daniel J. Solove, *Privacy and Data Security* 13: Violations: What's the Harm, LinkedIn (June 25, 2014))

**"Harms must be *visceral*—they must involve some dimension of palpable physical injury or financial loss... For harms that involve emotional distress, courts are skeptical because people can too easily say they suffered emotional distress. It can be hard to prove or disprove statements that one suffered emotional distress, and these difficulties make courts uneasy."**

4. כל זאת ועוד. בהיותה עילת סף, **הזרישה לביסוס זכות עמידה מעוגן בסעיף השלישי לחוק האמריקאית, גוברת אף על רצון הצדדים להליך**. דוגמה לכך יכול שתימצא בתיק תלוי ועומד בפני ביהם"ש העליון של ארה"ב בפרש-*Frank v. Gaos*. ראשיתו של היליך זה בבית המשפט של המחו זפויני של קליפורניה (בתיק 1122 3d Supp. F. 87). ראיינו זה הוגש העותרים בקשה לתובענה הייצוגית נגד חברת גוגל בטענה שהחברה מעבירה בעניין שבגורה את מילוי החיפוש של משתמשי מנוע החיפוש של גוגל לצדדים שלישים. מילות החיפוש מופיעות בראש "הדף המפנה" (the-Header). הדף המפנה הוא חלק מהבקשת שנשלחת על ידי הדפדפן לשרת האינטרנט, בכל פעם שאנו מקישים על קישורitis כלשהו. בהתאם, משתמש שבחרה להיכנס לאתר אינטרנט שהופיע לה בדף תוצאות החיפוש של גוגל, העניקה למעשה לאוטו או שאליו כניסה גישה מלאה למילוי החיפוש שבו השתמשה (שהופיע בראש הדף המפנה, the-Header).

48. פאלומה גאוס, אנטוני איטליאנו, ובריאל פריבר הגיעו בקשה לתובענה הייצוגית נגד גוגל. בבקשתם טענו בין היתר שהעברת המידע לצדדים שלישיים, לרבות מידע שעלה לכדי PII, עלתה לכדי פגעה בזכות

<sup>13</sup> בית המשפט גם לא מחהרים לאם תיאוריות יצירתיות לביסוס הוכחת נזק ממוני. פרשת *In Re Google, Inc., Cookie Placement* (Cookies) (2013) 988 F. Supp. 2d 434 (D. Del.). לדוגמה עסקה בטענה העותרים כי גוגל התקינה קוקיז (Cookies) על מכשירים עם זמפני Internet Explorer-1 Safari ו-1 Navigator ומסכנות המשמשים. העותרים ניסו לטעון כי דרך כך המידע מידע אודוט הולשים ובഫצה של מודעות גרסומות ייעודיות ומוראות להט. העותרים לא הצליחו להציגם כיצד אכן הצליחו שליהם ספג פקח, קרי המידע שלהם, נכון שבעולותם, אבל מירידת בערכו. ביהם"ש פסק כי העותרים לא הצליחו להציגם כיצד חתערבות של גוגל השפיעה על יכולתם להפיק רווח מהמידע האישי שלהם: "plaintiffs have not sufficiently alleged that the ability to monetize their PII has been diminished or lost by virtue of Google's previous collection of it

הנזקית לפרטיות (בדגש על חשיפה של מידע פרטי) וכן מהוות הפרה של חובה חוקה (החוק הפדרלי לתקשורת מואחסנת, ה-*Stored Communications Act*, 18 U.S.C. § 2701 et seq.). גוגל בחרה באופן אסטרטגי, מטעמיה שלה, שלא להעלות טענות להיעדר עמידה בדרישת הסף של זכויות עמידה כחלק מההליך. במקום זאת, החלה במשא ומתן עם עורכי הדין של העותרים, שבוטפו הסכימה גוגל להסדיר פשרה שצפוי להעניק לעורכי הדין כ-2 מיליון דולר, לכל אחד מהעותרים כ-5000 דולר, ואת יתרת הטכום, 6 מיליון דולר, להעביר לumedot שיעסקו בעידוד חינוך והעלאת מודעות בדבר הגנה על הפרטיות באינטרנט (זאת תחת הדוקטרינה של "ביצוע בקרוב", או *Cy-près*). טד פרנק היינו עורך דין ואחד מאותם 129 מיליון חברי הקבוצה שהשתמשו בארה"ב במגוון החיפושים של גוגל. פרנק ערער על האופן שבו נקבע הסדר הפשרה, וערעורו הגיע עד לבית המשפט העליון ((2018) 138 S. Ct. 1697). Cert. granted, 138 S. Ct. 1697 (2018)).  
 בעוד שחדיו יועד לעסוק בשאלת לגיטימיות דוקטרינת-*"ביצוע בקרוב"* בהסדרי פשרה בתביעות "ցוגות", בחרו השופטים בדין בעל-פה להתעכב דווקא על שאלה אחרת, מודיע מלכתחילה כמה לעותרים זכויות עמידה המספקת את דרישת הסף. חיזק את עמדתם גם פרקליט המדינה של ארה"ב, שהצטרך להליך במעמד ידי בית-משפט. כמו השופטים, גם משרד הפרקליט הlein על כך שלא נידונה בשום שלב במהלך ההליך שאלת סמכות השיפוט של בית המשפט להכרעה בתיק, במילבד מקום שאין זה ברור כלל, כחלק מהמסגרת העובדתית המתווארת דלעיל, אם יכולו העותרים לבסס טענה לנזק ממשי בפועל שכן הפגיעה המסורתנית דומה יותר במהותה לפניה באוטונומיה (לдинון בנושא ראו : Perry Cooper, *High Court Could Shoot Down Google Settlement on Standing*, Bloomberg Law (Oct. 31, 2018), available at <https://www.bna.com/high-court-shoot-n57982093490>).

49. ב-30 באוקטובר, לביקשת בית המשפט העליון הגיעו הצדדים, לרבות גוגל העולמית, מסמכים משלימים באשר לדרישת הסף. וראו זה פלא, גוגל העולמית בחרה לטעון לפטע כי אכן, לדידה, העותרים כשלו ביכולתם לבסס טענה של זכויות עמידה שתעלתה בקנה אחד עם דרישת הסף :

"**A]ll intangible harms must satisfy Article III's concreteness requirement in order to confer standing: they must be "*de facto*," not "*conjectural*" or "*hypothetical*"... petitioners and plaintiffs rely heavily on an alleged intangible privacy harm... [But] the complaint does not explain how the disclosure of plaintiffs' search terms could cause such harm. Merely incanting the term "*invasion of privacy*" does not state a concrete injury."**

50. מתקוף מдинון זה (הගם שטרם הוכרע), כי אף במקרה שני הצדדים נכוונים לדלג על דרישת הסף, ואף כאשר הם מגיעים להסדר פשרה, בית המשפט צפוי להשיבו ריקם, ולזרוש מעצמו ומהם את בסיסו סמכות השיפוט העניינית על דרך של הוכחת קיומה של זכויות עמידה לאשוורה – קרי ביסוד מספק של טענה נזק בפועל בתחום שאינו בלטו לפתיחה בתליכים.

## היעדר דרישות סף בהגשות תובענות ייצוגיות בדין בישראל

51. חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 נעדך דרישת סף מקבילה. בכך לבסס עליה תביעה אישית בישראל בשל התביעה לאישור התובענה הייצוגית, אין צורך בחוכחת נזק בפועל – בין אם " ממוני", או " ממשי", או " מוחשי". סעיף 4(ב)(1) לחוק קובע כי בבקשת לאישור תובענות ייצוגיות די בכך "שהמבקש וראת כי לכוארה נגורם לו נזק". **בל נזק, לרבות פגיעה באוטונומיה.** תפיסה זו אומכחה על ידי בית המשפט העליון בע"א 1338/97 **תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נ(4)** 673, 682 (2003) שם קבע הרכבת כי: "הנזק הלא ממוני שהתוובע טוען לו מאופין בתחום הוגעל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה בחומר זה" (ההדגשה שלו). גישה זו הורחבה עוד בע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' ראבי, בסעיפים 36, 40 (4) (להלן: **תנובה 2**) (ההדגשה שלו):**

"ראש הנזק הנ忝ב עניינו נוגע לנזק לא ממוני מסווג פגיעה באוטונומיה ... אכן באי היגיוי עצמו טמונה שלילת כוח הבחירה מן הרצבן. ועניינו, באיפיוט הסיליקון כאחד מרכיביו של המוצר שללה **תנובה** **מן הרכנים את האפשרות לבחור ולהחליט באופן מושכל** האם הם מעוניינים לרכוש ולצורך אותו. די בכך על מנת להוכיח כי הפגיעה באוטונומיה נגרמת ... ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מגולם **בשלילת כוח הבחירה מן הנפגע הכרוכה ברוב המקרים באי גילוי של עניין מהותי** לאותו נפגע. על כן, ולמצער ככל שתדבר נוגע לתובענות ייצוגיות, מותר אף להניח כי נזק מוצא לצורך הערצת הנזק הלא ממוני שנגרם למי שפגעו בכך באוטונומיה שלהם, כי **כתוצאה מאותה פגעה הם חשים רגשות של כעס** **תסכול** ו**עלבון** (בעוצמה כזו או אחרת על פי הנسبות הקונקרטיות של המקרה). רגשות אלה שנגרמו כתוצאה מהתנהגות המזיק מצדיקים פיזוי בגין נזק לא ממוני."

52. בעניין ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987)** בע"מ (4.9.2014) (להלן **עניין פריניר**) טענו המעוררים כי הם מקפידים על צריכת מוצר מזון בעלי ח糸ר של הרבנות הראשית לפסק, והאשימו את המשיבה, חברת פריניר, בהטעיה של הרכנים ערבד פ██ח לאחר שעבירה לעשות שימוש ברוץ' עגבניות מיובא אשר הוביל לקיומו של חשש לחמצץ בכל מוצריה. כבוד השופט מלצר שב ואישר בפסקתו את הלכת **תנובה** והרחיב עוד יותר לגבי מרכיביה השונים. בהקשר זה חידד השופט מלצר כי "הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה הוא, איפוא פיצוי בגין פגעה באינטרסים אישיים", כאשר הנזק שנגורם פוגע ב"ליבת של זכויות הבחירה", ב"גרעין הקשה" של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה. בהקשר זהה כלל השופט מלצר **פגימות המתקשרות לזכותו של אדם על גופו ולהגנה מפני התערבות בגופו של אדם ללא הסכמתו** (שם, בפס' 44). השופט מלצר הוסיף והבהיר את הרצionarioלים העומדים מאחורי הלהקה זו (שם, בפס' 58-1):

**"האינטרס הציבורי תומך בחשיפתן של עולות הרכנים ונקייה באמצעותם שיש בהם כדי להרטייע עסקים מפני הפרות של הדין והסתורה של מעשיהם, או מחדליהם,** גם אם תיגרמנה

לזכרנים (שבעקבות התנהלותו של העוסק נפעה האוטונומיה שלהם) רק בעתיד ותחשווות שליליות נלוות בעקבות הידיעה כי העוסק עולל כלפייהם... אין לאפשר לפריניר אשר יקרה, בהתנהלות מכוונת, לכaura, את הטעיה הנטענת; נמנעה מלגלות לציבור צרכנית עובדות שהיה עליה לגלותן "זמן אמת"; והביאה למצב הדברים שמנע מרבית צרכנית (כך לפי קביעת בית המשפט המחויז הנכבד) להתוודע בזמן אמת להטעיה להגעה באוטונומיה ומוחדרה. לגישתי, במקומות שבו ניתן לומר במידה קרובה של וודאות כי הטעיה באוטונומיה של הכרבן הסביר, הייתה מלאה בתחשות שליליות אילו היה מתוודע, בזמן אמת, להטעיה הנטענת ולפגיעה באוטונומיה שלו, וכי תחשות שליליות אלה "וחשבו" מהכרבו "הודות" להימנעותו של המתבע מגילוין של עובדות שהיה עליו לגלותן לצרכני כי אז אין בכך שתחשות שליליות האמורות (שהן אינהרנטיות, כאמור,פגיעה באוטונומיה) עלולות להתעורר בקרב חברי הקבוצה רק בזיעוץ (בגון: במועד אישורה של התובענה ביצוגיות) כדי לפטור את העוסק המועל מאחריות.

53. דברים אלה יפים גם לנוינו. אין ספק כי הפגיעה בפתרונות על דרך של איסוף מידע אודוט מעתומים, לרבות נתוני מיקום, כמו הפגיעה ב-"గראון הקשה" וב-"ליבת זכות הבחירה". מחקר משנת 2017 שבחן את אופן התנהגותם של בני דורות ה-Y וה-Z (אשר נולדו במהלך המאה השנייה של שנות ה-80 והילך) מצא כי 70.1% מהם ישנים במכשיר אמה מהטלפון הנייד שלהם. 64.5% מכניםים את הטלפון הנייד למצלחת ולחדר השירותים. 52.2% יפתחו את הטלפון הנייד שלהם באמצעות הלילה אם התעוררו במקרה, או דבר ראשון בקוםם בבוקר. 65% מהמשבבים הודיעו כי הם מקיימים לאורך היום בממוצע יותר תקשורת דיגיטלית באמצעות טלפונים ניידים מאשר תקשורת ביינישית (ראו: Aatif Sulleyman, *Millennials and Generation Z Interact More Through Phones and Apps Than In Real Life, Report Finds*, INDEPENDENT (19 October 2017), <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/millennials-generation-z-smartphone-habits-apps-communications-real-life-a8008641.html>. עליה מדברים אלה כי הטלפון הנייד בוחלת הפך להיות "הארבה של האני" ("an extension of the self") (וראו: Russell W. Belk, *Extended Self in a Digital World*, 40 J. CONSUMER RES. 477, 490 (2013)).

54. גישה דומה הביעה גם הנשיאה (כתוארה דאז) נאור בדיון שהתקיים ביום 19.6.2017 בעניין רע"פ-9446 16 התובעת הצבאיות הרואשת נ' ב' ס'. באותו הדיון הדגישה הנשיאה כי "טלפון זה להיכנס עמוק לנשמה, הרבה יותר מאשר להיכנס לבית" (אשר הפלרין נאור על חיפוש טלפון של נחקר: כמו להיכנס עמוקה" וואלה! חדשות (19.6.2017) (<https://news.walla.co.il/item/3074512>)). תדיירות לא מאושרות למידע האישי של אדם ואיסופן השיטתי תוך היישנות על טכנולוגיות מודרניות שהיינו חלק בלתי נמנע מהחיים במאה ה-21 כਮוהן כפיגועות המתקששות לזכותו של אותו אדם על גופו ולהגנה מפני התערבות גופו ללא הסכמתו. פגיעה אלה מבססות אם כך עלת תביעה אישית בישראל בשלב הבקשה לאישור התובענה הייצוגית. וודges עוז, כי חברות הטכנולוגיה נחשפות פעם אחר פעם כמי שפועלות להסתיר מצרכניתו את היקף מלאכת איסוף המידע האישי, אופן מסירתו

**לצדדים שלישיים, וכן הרווחים מ פעילות מסחרית זו** (וראו לדוגמה: יובל מנ, "גוגל הסתירה כי חשפה מידע של מאות אלפיים" ynet (8.10.2018) -L-<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,5366411,00.html>; עומר כביר, "פייסבוק מודחה: אנו אוספים מידע על גולשים שאיננו משתמשינו" כלכלייט (12.6.2018) [\(https://www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3740068,00.html\)](https://www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3740068,00.html).  
**בהתאם להלכת פרינר ברורו לכל שניסינון של חברות הטכנולוגיות "לחסוך" מציבור המשמשים אותו**  
**תחושים שליליות שיתעוררו אגב עצם הגילוי, במועד אישור התובענה הייצוגית, של היקף החדרה**  
**לפרטיות - אין בה כדי לפטור את החברות הללו מהאחריות לעולותיה.**

55. הזכות לאוטונומיה הינה זכות מסווגת המשמשת בסיס לגזירות זכותו של האדם שייעזרבוו לנفسו וכפועל יוצא, זכותו למנוע התערבות בעניינו שלא בהסכמה זו. חידד את הדברים כבוד השופט מנחם רניאל בפרשת ת"צ (מחוזי חיפה) 15-10-50807 מירב מרגלית נ' שקו' שזה טבעי בע"מ, בפסק' 95-94 (31.8.17):

"המבקש הצהירה שרכשה את מוצרי המשיבות באזור מגורייה בתקופה הרלוונטית לתביעה, בחיפה ונס ציונה./non הצהירה, כי היא דוגלת באורח חיים בראש ומקיפה על אכילת מזון אורגני שאינו מעובך, ובכלל זה שאינו מכיל חומרים מכל סוג שהוא, וכי התנהלות המשיבות "גרמה לי לבש, לתסכול ולחשור נוחות, ופגעה ביכולת שלי להשווות בין מוצרים דומים" וכי מכך השווה של המשיבות גרם למבקשת (וליתר חברי הקבוצה) להכנס גופם חומרים מהם הם נמנעים, משך שנים ארוכות.. סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר פסיקת פיצוי גם בגין נזק שאינו ממוני. ניתן להזכיר בחזקה עובדתית ש אדם, שנפגעה האוטונומיה שלו, חש רגשות של כאב, תסכול ועלבון בעקבות התנהלותו של המזקיק, שבעטינו הוא יהיה זכאי לפיצוי, והנטל לטדור את החזקה מוטל על כתפי המועל"

גישה דומה אומצאה גם על-ידי כבוד השופט עמרם בנימני בעניין בש"א (מחוזי תל אביב-יפו) 1895/05 שאל נ' תזראן מוצרי צריכה בע"מ, בפסק' 41 (14.02.2008) (ההדגשה שלי):

"סעיף 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מסתפק, לצורך אישור התובענה, בכך שה המבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק. המבקש הוכיח לכאורה כי רכש מזון שאינו נושאתו נכון, אף שעל-פי פרסומי תדיראן סבר כי יש למזון אותו תקון, **ואין סיבה שלא להאמין לו כי עניינו זה היה מהותי מבchinתו, וכי לא הייתה רוכש מזון ללא אותו תקון, כמו גם לטענתו כי נגרמה לו עוגמת נשף והוא חש בירמו אותו ואף חשש שהמזון אינו בטיחותי.** די בכך כדי למלא אחר הדרישה להוכחת נזק לכאורה, וקשר סיבתי בין הטעיה."

56. יובהר כי הדברים יפים גם בכלל הנוגע לתביעות ייצוגיות בגין פגיעה בפרטיות. חלק מஹות דעתו בתוර הבודק להסדר הפשרה בעניין ת"צ 15-03-22141-פחס גריינברג נ' סלקום ישראל בע"מ (להלן: עניין גריינברג; ו-חוות דעת פروف' בירנהק), נדרש בירנהק לאייתוון של בקשות מתקבלות לאישור תובענות ייצוגיות שבוחן נזונה ההגנה על הזכויות לפרטיות. לאחר שסקר שורה של הליכים שונים, קבע בירנהק כי

"השאלות המשותפות שמתעוררות לגור העניין... טרם הוכרעו בפסיקת ישראל, וגם לא נמצאו הסדרי פשרה בהיבטים דומים של חוק הגנת הפרטיות" (שם, בפס' 24). עם זאת אין להבין מהיעדר ההלכה הפסוקה כי בדין הישראלי חסמים באשר לאישורן של תובענות ייצוגיות מסווג אלה. כך למשל בתובענה שעסיקה בחברת פלאפון אשר שמרה מסרונים לפיק זמן מסוים ללא ידיעת המנוחים, הושג הסדר פשרה שאושר על ידי בית המשפט (ראו ת"צ (מחוזי, מרכז) 21185-07-09 **סודרי נ' פלאפון** תקשות בע"מ (2011)). בית המשפט ציין את "החד התקשורתי" שיצרה התביעה לתובענה הייצוגית אשר הוביל את פלאפון "לצמצם את היקף אחסון החודעות" למינימום הדרוש לצורכי המערכת וכן להציג על "קיים נהלי אבטחה מחמירים וקפדים" (שם, בפס' 4).

57. בת"צ (מחוזי חיפה) 16-01-040072-4 רפל נ' קבוצת אורמוש בע"מ (3.1.2017) נדונה תובענה ייצוגית בדבר דואר פרסומי (ספרם) והפרה של סעיף 30א לחוק התקשות. הגם שהעתורים לא כרכו במישרין את עילת התביעה בטענות של פגעה בפרטיות, בית המשפט קיבל שם את הטענות בדבר פגיעה באוטומיה בלשון שעשויה הייתה בנקודה רלוונטית גם לעניינו. בית המשפט ציין שם, בפס' 63 (ההדגשה שלו):

"המבקש טعن לפגיעה בגין עצם הפעולה שננקטה, קרי שליחות דבר פרסום לדואר האלקטרוני שלו מבלי לקבל את הסכמתו, מה שמהווה **חזרה למרחב הפרטி** שלו, ולא יכול להיות ספק **שמדבר בפגיעה באוטונומיה**. ראש הנזק התקיים. אשר לפיכיו, המבקש הצהיר על תחשותיו הקשות, מקום שבו צריך את המוצר, ודיבך כדי להיות ראשית הנזק הדרוש לצורך הכרה בפיצוי על ראש נזק זה, בשלב זה".

58. מכל מקום, מן המושכלות היא כי בדין הישראלי "סילוק תביעה על הסוף **שמור למקרים חריגים**", וזאת **על אחת כמה וכמה באשר עסקינו בסילוק של בקשה לאישור תובענה בייצוגית**" (וראו: רע"א 16/2094 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ החלטה התנוועה הדרכנית לקידום חברה לבלבנית הוגנת, [פרסם ב公报] פסקה 8 (30.6.2016). בהתאם, סילוק על הסוף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית נעשה אך באותה מקרים שבהם ברור "שאין בקשה ולא כלום", והוא אינה אלא "בקשת סרק" (רע"א 5154/08 **קוסט פור גבאי את כסירור רוח' נ' קדמי**, [פרסם ב公报] פסקה 5 (2.4.2009). כפי שהבהיר בית המשפט העליון לאחרונה ברע"א 17/7667 אביעד רוזנבויג נ' יצחק חזן (3.12.2018): "ה主力军 הדינוי של סילוק על הסוף של בקשה לאישור תובענה **כייצוגית שמור למקרים קיצוניים** שבהם ניכר על פניו הדברים כי אין להתייר את ניהול התובענה **בייצוגית**; ומשבך בית משפט לא יעדת בקשה לסילוק על הסוף שדורשת בירור **עובדתי או משפטי נבד'**". גישה זו שונתה לחלוון מהגישה בדיון הזרהatrice דרישות סף על מותדיינים שאי-ॐידה בהם תביא מיד לדחיה על הסוף של בקשתם לאישור תובענה ייצוגית בתיקי פרטיות.

#### סיכום של דברים

59. **דרישת הסוף בדיון הזרה** הינה חלק מהסדר כולל-הוליסטי ובהתאם להלכת חמאدة יש לדאותה כונטמעת בתוך הדיון המהותי שבית משפט נבדך זה מתבקש להחיל בעניינו. בדיון הזרה **הזרישה לחוcharות נזק**

**בפועל, נזק ממשי-מוחשי (שלא לומר נזק נומינלי, כפי שנדרש במרוביתם המוחצת של המקרים) היא תנאי בלבלתיו לאישור תובענות ייצוגיות בתיקי פרטיות מהסוג מושא העתירה שלפנינו. הדרישת זה עשויה אפילו לחייב מתדיינים ישראלים וזאת בהינתן שהדין הישראלי נעדר דרישת מקבילה ודווקא**

**מראה גמישות גוברת באישור בקשה לתובענות ייצוגיות בגין פגיעה באוטונומיה ובריגשות הפרט.**

## **פרק ג: הזכות לפרטיות בדין הישראלי ובדין הזר**

60. בפרק זה אסקור בהרחבה את היקף ההגנה על הזכות לפרטיות בשתי מערכות הדינים. תחילת אדון בהגנות החוקתיות על הזכות לפרטיות בדין הזר ובדין הישראלי. לאחר מכן אעבורי לבחון את ההגנות הנזיקיות על הזכות לפרטיות תוך שימת דגש מיוחדת על שני היבטים של הגנות אלה, הרלוונטיים לעניינו: (א) היקף החרכה באינטראס הפרטיות המוגן בהקשרם של "נתוני מיקום"; (ב) מאפיינה של דרישת ה-"הסכם מדעת" כחריג לאיסור הפגעה בפרטיותו של אדם. פרק זה ימחיש כיצד הזכות לפרטיות בדין הישראלי זוכה להגנות רחבות יותר בחוק ובפסיקה בהשוואה למקביליה בדין הזר.

### ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות

#### **ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות בדין מזר**

61. **החוקה הפדראלית האמריקאית, לרבות מגילת הזכויות של ארצות הברית, נעדרת הוראה כללית בדבר התכורה בזכות פרטיות.** בהיעדרה של זכויות כללית, בית המשפט העליון הפדרלי הרחיב את גבולות הגנה של הגנות חוקתיות אחרות, ובמיוחד התקwon הראשון בדבר חופש הביטוי והתיקון הריבעי בדבר ההגנה מפני חיפוש ותפיסה בלתי סבירים, כדי שיכסו היבטים רבים יותר של הזכות. עובדה זו הייתה הבסיס לחלוקת שהתעוררה בין שופטי העליון באחת הפסיקות המצוותות ביותר של בית המשפט, שיציג את עמדת המיעוט, דחה מכל וכל את דעת הרוב, אשר ביקשה למתוח את גבולות לשון החוקה כך שתכיר בזכות כללית לפרטיות שאיננה מנויה בה:

**"The Court talks about a constitutional "right of privacy" as though there is some constitutional provision or provisions forbidding any law ever to be passed which might abridge the "privacy" of individuals. But there is not. There are, of course, guarantees in certain specific constitutional provisions which are designed in part to protect privacy at certain times and places with respect to certain activities."**

62. עם זאת, הדעה שאומצה על ידי רב השופטים, בהובלת השופט דאגלט, ראתה בזכות לפרטיות כזכות הצומחת מבין "הצללים" של החגנות הקבועות במગילת הזכויות של ארה"ב. כך לדוגמה פורש התקwon הראשון לחוקה, בדבר חופש הביטוי, באופן הכלול את הזכות לאונונימיות (*McIntyre v. Ohio*) (1995) 514 U.S. 334 (1995) (*Election Comm'n v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958)). בנוסף, מכוח התקwon הארבע-עשרה לחוקה, הוחלו

הזכויות שבוחקה הפדרלית, לרבות התייקון הראשון והרביעי, על כל אחת מהמדינות, תוך הגבלת כוונתן של המדינות לחוק חוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות אלה (*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949)).

63. התייקון הרביעי לחוקה, המרכזי ביותר בעניינו, מעגן את ההגנה מפני חיפוש ותפיסה בלתי סבירים וזויה לשונו:

*"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."*

בפרשת (1967) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) הרחיב בית המשפט העליון את ההגדרה של "חיפוש", מההגדרה הקניינית המוצמת (כפי שהთפרשה בפרשת *Olmstead v. United States*, 227 U.S. 438 (1928)), להגדרה כללית יותר תוך אימוץ של מבחן כפוף: "מבחן סובייקטיבי- האם ציפייה של האדם לפרטיות? ומבחן אובייקטיבי- האם ציפייה זו היא סבירה". (ראו: עמר פוקס "טרור ופרטיות: הצעה לחשיבה מוחדשת על הכללים להתחומות עם פעילות טרור באינטרנט", *פרטיות בעידן החדש*, 231, 268 (תאילה שורץ אלטשולר, 2012)). רק בהתקיים שני תנאים אלה תידרש רשות שלטונית לבקש תחילת צו חיפוש מבית המשפט. מכוח מבחן זה נקבעה ההלכה שיש צורך בצו חיפוש לשם ציתות לשיחות טלפון, אף שהדבר איינו כרוך בכניסה פיזית לשטחו של אדם. יובהר עוד, כי מבחן "הציפייה הסבירה של האדם לפרטיות" (Reasonable Expectation of Privacy) כפי שאומץ בדייני *Katz*, הוגם שמהווה הרחבה של המבחן המקורי, הינו עדין מבחן מצומצם בהרבה מזה הקבוע בדיין האירופי, הרואה בזכות לפרטיות ובזכות להגנת המידע בזכויות קוגניטיות (Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012/C 326/02, Arts. 7-8) ((Oct. 26, 2012)

#### *"Article 7: Respect for Private and Family Life*

*Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.*

#### *Article 8: Protection of personal data*

1. *Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.*
2. *Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which*

*has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.*

3. *Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority."*

65. בסמוך לאחר אימוץ החלטת *Katz*, פיתח בית המשפט העליון את "דוקטרינת הצד השלישי" (וראו לעיל פס' 43). לפי דוקטרינה זו מסירת מידע באופן וולנטרי לצדים שלישיים כמו כאובדן הציפייה הסבירה לפרטיות. על בסיס עיקרונו זה הקבע בית המשפט, למשל, כי התקנון הריבועי אינו מונע מהרשויות לפנות לחברות הטלפון ולקבל מהם נתונים על כל מספרי הטלפון שחוויגו מכשיר מסוים, שכן הלקוח כבר מסר להן מידע זה לצורך קבלת השירות" (פוקס, בעמ' 268). יתרה מזאת, בגין ד"מ מהפכת החוקתנית" של הזכות לפרטיות בדין הישראלי (כפי שתפורט מטה), מכוחה כמה הווולה של חוק היסוד על היחסים בין פרטיים, התקנון הריבועי אינו חל על היחסים בין אנשים פרטיים וחברות מסחריות בארה"ב, אלא מוגבל רק לייחסים שבין המדינה לפרט. במקום זאת מחייב הדין הפדרالي רק את דוקטרינת "החיפוש הפרטני" וראו: Kim A. Lambert, *United States v. Jacobsen: Expanded Private Search*, 16 LOY. U. CHI. L. J. 359 (1985) (ההדגשה של):

"The private search doctrine, a firmly established principle of fourth amendment law, eliminates any fourth amendment analysis. The fourth amendment provides no protection against unreasonable, warrantless searches and seizures conducted by private parties. Incriminating evidence discovered by private parties is freely admissible in judicial proceedings. The courts have employed a private search analysis to admit evidence obtained through searches conducted by a freight company, an airline employee, a motel proprietor, and a college security officer."

66. מספר מדיניות עגנו בחוקותם הגנות על הזכות לפרטיות. כך לדוגמה החוקה של מדינת קליפורניה קובעת בסעיף 1(1) כי: "All people are by their nature free and independent and have inalienable rights. Among these are enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property, and pursuing and obtaining safety, happiness, and privacy". בית המשפט

- העלון של קליפורניה קבע כי הזכות החוקתית לפרטיות חסה גם על גופים פרטיים ולא רק על המדינה בפרשנות (Cal. 1994) : *Hill v. NCAA*, 865 P.2D 638 (the Privacy Initiative in article I, section 1)

entities

67. עם זאת בקביעת המבחןים להפרת הזכות לפרטיות על ידי גופים עסקיים ופרטיאים, אימץ בית המשפט באותו היליך יסודות דומים לאלה שנקבעו בהלכת *Katz*, ובכך בכל זאת צמצם את היקפה של הזכות. כך לפי ביהם"ש נדרשים שלושה תנאים מctrבים להוכחת הפרה: (1) קיומו של אינטרס פרטיות המועוג בחוק; (2) ציפייה סבירה לפרטיות בנסיבות המקרה; (3) מעשי הנتابע עלילם לבדי חדרה חמורה לפרטיותו של אדם (ראו בעניין *Hill*, עמ' 40-39).

68. מאז ההחלטה בעניין *Hill* קבעו בתיהם המשפט בקליפורניה כי "a *high bar*" for establishing an invasion of privacy claim (*In re Yahoo Mail Litig.*, 7 F. ) ("high bar" for establishing an invasion of privacy claim (*Low v. LinkedIn* (הדגשה של). ראו עוד לדוגמה את פרשת *Corp.*, 900 F. Supp. 2d 1010 (N.D. Cal. 2012) שם קבע בית המשפט (ההדגשה של):

“...[T]he subsequent case law regarding the Constitutional right to privacy establishes that only serious invasions of privacy give rise to a private right of action. The California Constitution and the common law set a high bar for an invasion of privacy claim. Even disclosure of personal information, including social security numbers, does not constitute an “egregious breach of the social norms” to establish an invasion of privacy claim... Plaintiffs have failed to allege sufficient facts to establish a highly offensive disclosure of information or a “serious invasion” of a privacy interest. Plaintiffs allege that Defendant disclosed to third parties the LinkedIn ID and the URL of the LinkedIn profile page that the user viewed (which in the aggregate discloses a user’s browsing history among LinkedIn profiles). Although Plaintiffs postulate that these third parties could, through inferences, de-anonymize this data, it is not clear that anyone has actually done so, or what information, precisely, these third parties have obtained. The information disclosed to third parties by LinkedIn, including numeric code associated with a user and the URL of the profile page viewed, does not meet the standard set by California courts. Plaintiffs have failed to establish that Defendant’s conduct “amounts to a serious invasion” of the protected privacy interest.”

69. עוד הדגש כי שלושת המבחןים שנקבעו בפסקה הינט דרישות סך שנוצעו לסנן בשלב הגשת העתירה את אותן בקשות שאינן עלולות לרמה של הפרה חמורה ומשמעותית של אינטרס חוקתי מוגן של פרטיות, וראו: *Loder v. City of Glendale*, 14 Cal. 4th 846, 893 (1997).

“[T]he three “elements” set forth in *Hill* properly must be viewed simply as “threshold elements” that may be utilized to screen out claims that do not involve a significant intrusion on a privacy interest protected by the state constitutional privacy provision.”

. בעניין *iPhone II* הבהירו עוד בתיהם שפטי כי רק אותן “**הפרות בוטות של נורמות חברתיות**” יעברו את הרכף הנדרש לביסוס טענה להפרה חוקתית של הזכות לפרטיות:

**“Actionable invasions of privacy must be sufficiently serious in their nature, scope, and actual or potential impact to constitute an egregious breach of the social norms underlying the privacy right. Even negligent conduct that leads to theft of highly personal information, including social security numbers, does not “approach [the] standard” of actionable conduct under the California Constitution and thus does not constitute a violation of Plaintiffs’ right to privacy.”**

תיק זה חשוב מאוד בעניינו שכן במסגרתו נפסק כי אייסוף ומסירה **לאבדים** של נתונים מיקום (egregious breach of privacy) אינם מספקים להוכחת “הפרה גסה” או “חדרה חמורה” לפרטיות העולה לכדי ערעורן של אותן נורמות חברתיות שיקימו עילית תביעה תחת החוקה.

.71 בעניין פטאקסיל - בקשה לדחיה על הסף, הדומה מבחינה עובדתית לבקשת הייצוגית שבפניו, גугл נשענת על הציגות דלעיל מעניין *Iphone II* ומרחיבת אודוטו (שם, עמ' 11):

**“In this district and in this state, courts regularly dismiss invasion-of-privacy claims at the pleading stage for not establishing an egeregoius breach even when plaintiffs claim that a defendant collected location information without consent. For example, in *In re iPhone Application Litigation*, the plaintiffs alleged that the defendants systematically collected (and disseminated) their geolocation data, but the court dismissed those claims because they “did not constitute an egregious breach of social norms”... in *Moreno*, the court held that plaintiff’s allegations – that her geolocation information was improperly collected – were insufficiently egregious to make out an invasion-of-privacy claim. These opinions confirm that the collection of geolocation data is not sufficient to establish a constitutional claim for invasion of privacy.”**

לסיום, נראה כי **חוקת ארה"ב** **נעדרת זכות חוקתית כללית לפרטיות**, ומגננה אך ורק על המסדרת המצוומת יותר של "ציפייה סבירה לפרטיות" זו את רק ביחסים שבין המדינה לבין הפרט בדיני החיפוש והhaftפה. אומנם נכון כי חוקת קליפורניה קובעת הגנה מפורשת על הזכות לפרטיות, ואף החלטה אותה גם ביחסים פרטיים. עם זאת המדויב היא **בזכות מסורסת שכן בתו המשפט אימצאו דרישות נוקשות לביסוס טענה של עוללה חוקתית וצמצמו אגב כך את היקף ההגנה על הזכות לפרטיות**

**מכוח החוקת.**

#### ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות בדין הישראלי

73. הזכות לפרטיות עוגנה בסעיף 7 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו ומוכרת בזכות חוקתית שככל פגעה בה תיעשה אך ורק לפי התנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד (חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992, סע' 8-7). נשיא בית המשפט העליון בדיום, כבוד השופט ברק, התייחס לשאלת היקפה של הזכות בקבועו כי "הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת בין השאר – ובלא כל ניסיון להזכיר את היקפה של הזכות על כל היבטיה – על זכותו של אדם לנחל את אורח החיים בו הוא חופשי כדי אמות ביתו, ללא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדירו הוא זכאי לכך כי ינחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצונו הפרטיו שלו" (בג"ץ 2481/93, יוסף דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מה (2), 456, 469 (להלן : עניין דין) ; וראו עוד בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד ס(1) 581, בסעיף 8 לפסק דין של הנשיא ברק (2006)). לאחרונה הביעה בית המשפט העליון עדמה מחמירה (לטובת הצרכנים) באשר לפרשנות המונח "די' אמות ביתו" של אדם נוכח אימוץ הגורר של טכנולוגיות מודרניות, דוגמת טלפונים חכמים (וראו לעיל בפס' 53).

74. מכוח עקרון התחוללה העקיפה חל חוק היסוד, בין היתר, על גופים מוסחריים וחברות פרטיות. ראו לדוגמה : בג"ץ 8070/98 האגודה **לזכויות הארץ בישראל נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(4) (2004), שם נידונה השאלה של חיבור ישיר של בנקים מוסחריים לארגוני המידע של מרשימים האוכלוסין. השופט דורגר מצאה כי בחיבור זה יש בכך לפגוע בזכות חוקתית, ולפיכך נדרש הבנקים להציגו כיצד גישתם לארגוני המידע הממשלתיים מעוגנת בחוק החולם את ערכיו המדינה. דוגמה נוספת יכול שתימצא בהנחת רשם מאגרי מידע מס' 4/2012 של הרשות להגנת הפרטיות (ובשמה הקודם רמו"ט). הרשות מצאה כי כל שימוש במצולמות מעקב במרחב הציבורי, בין אם בידי רשויות ובין אם על ידי גורמים פרטיים, ראוי שיבחן בהתאם לנתני פסקת ההגבלת החוקתית (וראו : הנחת רשם מאגרי מידע מס' 4/2012, "שימוש במצולמות אבטחה ומעקב ובמאגרי התמונות הנקלות בהן", פס' 1 3.1.1.1 (21.10.2012) (https://www.gov.il/he/Departments/policies/surveillance\_cameras\_guidelines). כדי לבטס את הקביעת לפיה "ראוי לבדוק באספלורייה חוקתית גם הצבת מצלמות במרחב הציבורי בידי גופם פרטי" קובעת הרשות :

**"המבחןים החוקתיים לפגיעה בזכות פרטיות החולו גם בנסיבות בהן הפוגע בפרטיות הוא גורם פרטי שאינו כפוף ישירות לחוק היסוד, אולם קיימים פערו בוחות בין נושא המידע – המuibים על יכולתו של האתרון לתת הסכמה מדעת, חופשית ומרצונו לפגיעה בפרטיותן.** כך למשל ביחסו עובד מעביד ראו דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל אביב – **ההסתדרות הכללית החדשה**, פ"ד"ע ל' 385, 411. ראו גם ע"ע (ארצ) 90/08 איסקב נ' מדינת ישראל – **הממונה על חוק עבודה נשים** (פורסם בנוב, 2011.2.8).

75. זאת ועוד, הזכות החוקתית לפרטיות, כאחת "זכויות העל" (ע"א 03/8825 **שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון, סע' כ"א לפסק דין של השופט רובינשטיין (11.4.2007)**) עשויה להקרין על פרשנותם של דברי חקיקה אחרים, ובראשם חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הפרטיות**") שקדם לחקיקת חוק היסוד. אין זה מפתיע אפוא כי יש מי מבין הכותבים שכבר הצבעו על **"המהפכה החוקתית של הזכות לפרטיות"** בדיון הישראלי בקובען כי: "ההפרה של הכללים החלים על הגנת מידע אישי במגרי מידע אינה נתפסת כהפרה טכנית, נומינלית, אלא כפגיעה בזכות יסוד חוקתית. **בכך מתקרבת ישראל לתפיסה האירופית שליפה הזכות לפרטיות כוללת גם זכות-***Informational Self-Determination***,** קרי: **זכות לשיליטה על מידע אישי במגרי מידע**" (עומר טנא **"הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפךמושגי, חוקתי ורגולטוריה"** קריית המשפט ח 39, 68-69 (2009)).

76. דוגמה נוספת להקרינה של חוק הגנת הפרטיות, יכול שתימצא במעבר של בתים המשפט ממחנים פרשניטים הנשענים על מסגרת האיזוניים הקבועה בחוק הגנת הפרטיות למחנים פרשניטים הנשענים דווקא על מערכת האיזוניים הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד. כך היה למשל בפרש**ת שאלתיאל נ' בנק המזרחי** שענינה חשיפת מידע פיננסי של לקוחה על ידי בנק למעסיקתה, ללא ידיעתה או הסכמתה. בית המשפט מצין בעניין זה כי: "העלאת הזכות לפרטיות למעלת זכות יסוד מוגנת, מטה את הCEF עוד יותר לכיוון חיזוק הסוזיות הבנקאית והגנה על המידע הקשורblkוחן. כאמור, סעיף 20 לחוק הגנת הפרטיות, קובע כי ההגנה של עניין אישי כשר תעמוד רק אם, הפגיעה לא חרזה מתחום הסביר באותן נסיבות. אם נתרגם דרישת הסבירות לשיח החוקתי דהיום, נשתמש בבחן המידתיות שהוא מבחן משכולל ומפותח יותר מבבחן הסבירות" (ת"א 2483/97 **שאלתיאל נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, תק-שלום 99(3), 2625).

77. הזכות לפרטיות היא **"מהחשובה שבזכויות האדם... היא 'אחדת התיירות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבוססות את הכבוד והחרירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו'"** (ע"א 03/8825 **שירותי בריאות כללית נ' משרד הבטחון, סעיף כ"א לפסק דין של כבוד השופט רובינשטיין (11.4.2007)**). זכות חוקתית על-חוקית היא **"מותחת קו בין הפרט לבין הכלל, בין היאני לבין החברה.** היא מושרטת מיתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח יهאני שלו, ולא מעורבות של הזולתי" (ענין דין, עמ' 47). הזכות מקימה למתדיינים הישראלים מגן מפני חדרה לא רצiosa, ובודאי שלא מוסכמת, למרחבי הפרט – בין אם בוצעה על-ידי יחיד, או על-ידי תאגיד, או על-ידי רשות מרשויות המדינה.

## ההגנה הנזיקית על הזכות לפרטיות

### **ההגנה הנזיקית על הזכות לפרטיות בדיון זהר**

78. בכלל ההגנה הנזיקית על הזכות לפרטיות תליה בחקיקה הפרטנית של כל אחות ואחות מהמדינות בארה"ב. עם זאת, מרבית מהמדינות מענינות את עולת "החדירה לפרטיות" (Invasion of Privacy) אשר הוכרה לראשונה במאמר פורץ הדרך של ווון וברנדיס (ראו : Samuel Warren and Louis D. Brandeis, *The Right To Privacy*, 4(5) HARV. L. REV. 193 (1890) (W.L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960)) והוחבה לכדי ארבע עולות נזיקיות שונות במאמרו של פרוסר (ראו : public disclosure (intrusion upon seclusion); פרסום מידע מטעה (false light); שימוש בשם או דמותו של אדם למטרות רוח חזירה למרחב הפיזי (appropriation of name or likeness) העולות של פרוסר, אך רק חלק מדינות ארצות הברית אימצו את הסעיף כלשונו ישירות לתוך הדין שלהם. כך לדוגמה ישן מדינות שלא מאמצות את ארבעת העולות (מדינה מינסוטה למשל לא מכירה בעולות פרסום מידע מטעה, וראו : *Lake v. Wal-Mart*, 582 N.W.2d 231 (Minn. 1998). יחד עם זאת, נהוג לומר כי ארבע העולות הינו חלק מהמשפט המקובל אשר לו תחוללה גם במדינת קליפורניה.

79. במדינת קליפורניה חוקים רבים מעננים אינטראטים הקשורים בזכות לפרטיות ומקרים עולות נזיקיות שונות בגין חפירה שלהם. זאת לרבות בתחום איסוף מידע בנקיי ופיננסי, איסוף מידע רפואי וגנטי, איסוף מידע מצד רשות ממשלתית ומגاري מידע ציבוריים, איסוף מידע מצד מעסיקים, וכן הוראות חוק המסדרות היבטיים שונים של מידע צרכני (איסוף מידע מצד סופרמרקטים, איסוף מידע מצד חברות טלפון, איסוף מידע מצד חברות השכרת רכב וכיו"ב) (להרבה ראו : *Privacy Laws, State*, California Department of Justice, Office of the Attorney General Xavier Becerra (last accessed: Dec. 3, 2018) available at <https://oag.ca.gov/privacy/privacy-laws>

80. אחד החוקים המרכזיים המגנים על אינטראטים של פרטיות במדינת קליפורניה, הרלוונטיים למסגרת העובדתית שלפניו הוא חוק **החדירה לפרטיות של קליפורניה** (California's Invasion of Privacy) או **CIPA** (Act, California Penal Code § 630, et seq.). החוק אומץ בשנת 1967 ומעגן שורה של הגנות נגד האזנה האסורה על פי חוק, זאת לרבות על דרך "חיבור" (attachment) של "ឧמצאי מעקב אלקטרוניים" (electronic tracking device) על "רכבים או דברים נידדים אחרים" (moveable things vehicles) (פיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק) או עד פי שלושה מסכום הנזק שספק התובע בפועל. **בעניין פטאקסיל Moreno v. San Francisco Bay Area Rapid Transit District**, No. 17-cv-02911-JSC, 2017 WL 6387764, at 5 (N.D. Cal. Dec. 14, 2017) כדי לבסס את הטענה ש-**CIPA לא חל בהקשר של התקנה או שימוש באפליקציות על**

**מכשורים וויזדים לטובת איסוף של נתונים מיקום.** זאת שכן דרישת ה-"חיבור" מחייבת חיבור פיזי ולא התקנה אלטקורתונית וכי דרישת ה-"אמצעי" מחייבת שאמצעי המעקב יהיה "piece of equipment" ולא רק קוד של תכונה (שם, עמי 7). כזכור ההליכים בעניין פטаксיל עוזם תלויים ועומדים, והטענות טרם הוכרעו לגופן.<sup>14</sup>

81. באשר לעילות הנזקיות הכלליות של חזרה לפרטיות, ובראשן עילת החדרה למרחב הפיזי ועליה השימוש בשמו או דמותו של אדם למטרות רווח, תיק מרכז היינו *Boring v. Google Inc.*, 362 Fed. Appx. 273 (3d Cir. Pa. Jan. 28, 2010) עניינו של תיק זה ברכב של חברת גугл שעסוק בצלומים פנורמיים של רחובות ברוחבי ארה"ב לטובת שירות "Street View" של החברה. בני הזוג בוריינג המתגוררים ברחוב פרטי בעיר פיטסבורג גילו להפתעתם כי ביתם, לרבות בריכת השחייה שלהם, צולמה על ידי חברת גוגל. בעיתורם טענו לחדרה למרחב הפרטי כעולה נזקית. בית המשפט הפדרלי השלישי לערעורם של ארה"ב דחה את העתירה וקבע אגב אורחא **מבחן מחמיר לביסוס טענה של חדרה לפרטיות:**

"To state a claim for intrusion upon seclusion, plaintiffs must allege conduct demonstrating an intentional intrusion upon the seclusion of their private concerns which was substantial and highly offensive to a reasonable person, and aver sufficient facts to establish that the information disclosed would have caused mental suffering, shame or humiliation to a person of ordinary sensibilities...

No person of ordinary sensibilities would be shamed, humiliated, or have suffered mentally as a result of a vehicle entering into his or her ungated driveway and photographing the view from there. The Restatement cites knocking on the door of a private residence as an example of conduct that would not be highly offensive to a person of ordinary sensibilities. Indeed, the privacy allegedly intruded upon was the external view of the Borings' house, garage, and pool – a view that would be seen by any person who entered onto their driveway, including a visitor or a delivery man."

<sup>14</sup> להשלמת התמונה גם במישור הפלוראלי קיימת חקיקה מקבילה, חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרוני (Electronic Communications Privacy Act, 18 U.S.C. 2510-2522) (1986) או ניסיון מכון לירוט תקשורת אלקטرونית, אוסרים על שימוש או ניסיון שימוש מכוננים בתוכן של תקשורת אלקטרונית ותיק הפהה של הסעיף, ומבהירים, שהאיסור חל גם על תאגידים. החוק מעמיד סעדים שונים, ובינם פיזויים ואפילו פיזויים עונשיים במרקם. הфизויים יכולים להיפסק על פי סכום הנזק שנגרם לתובע והרוווח שהפיק המפר. עם זאת ה- ECPA מחייב באופן מפורש את מכיריוו של ספק שירותי התקשורת מסוימים שבוחם עשה היורט של תקשורת האלקטרונית, ומהrig "יירוט" כאמור על ידי ספק שירותי התקשורת במוחלך הרוגל של העסקים. לאור זאת פסק בית המשפט בקליפורניה בעניין **מדיניות פרטיות גугл 2012**, עמי 10-12 ובעניין **מדיניות פרטיות גול 2013**, עמי 18-22, כי לא ניתן לטען כנגד גוגל שאיסוף המידע על משתמש, לרבות נתונים מיקום, עליה לכדי "האגנת סטר" אסורה. בהתאם שללה עילת התבעה בגין שאין את זכות העמידה.

82. באשר לעולות הרשלנות, המבחן שאומץ בפסקה במדינת קליפורניה מעגן ארבע דרישות מצטברות לביסוס העוללה: (1) קיומה של חובת זהירות; (2) הפרה של אותה חובת זהירות; (3) הוכחת סיבתיות; (4) עמידה בדרישת הנזק (וראו: *Williams v. Beachut Nutrition Corp.*, 185 Cal. App. 3d 135, 141). עמידה בדרישת הנזק (שם, 1986). בעניין **פרטיות צרכני גול אנדוראיד 2013** דחה בית המשפט את הטענה לעולות הרשלנות (שם, *In re iPhone Application Litig.*, 2011 WL 4403963, at 4 (C.D. Cal. Apr. 28, 2011) (להלן: *iPhone I*) וכן על עניין **iPhone II** (שם, בעמ' 1064) כדי להציג שבתי המשפט חוסמים עילות תביעה ברשלנות, מקום שקיומה של חובת זהירות נלמד מלשון *the failure to perform a contractual duty is* ("הסזר החזוי ולא מעמס קיומה של חובה עצמאית") not a tort, unless that failure involves an independent legal duty בקליפורניה קובעים גם רף גבהה **לבסיס דרישת הנזק בעולות הרשלנות**, כך שנזקים ספקולטיביים שאינם ממשים אינם יכולים להקים את העולה.

#### הגנה מפני איסוף של נתוני מקום ואיון ניאונרי

83. בrama הפדרלית, בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון בארה"ב מהשנים האחרונות הלבכה והתרחבה ההגנה על נתונים מיקום תחת התקנון הרביעי לחוקה (חחל כאמור רק במישור היחסים בין האדם למיננה ולא בין האדם לחברות מסחריות). כך הוכר קיומו של אינטגרטס מוגן של פרטיזות לעניין התקינה של מערכת איכון לוינית על רכב ((*United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012), לעניין חדירה *Riley v. California*, 134 S.Ct. (2014), וכן לעניין איסוף של שבעה ימים או יותר של היסטוריית מיקומים שירותי מתוחנות בסיס של רשותות תקשורת סלולרית ((*Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206 (2018)). משמעותם של דברים שרשוויות אכיפת החוק בקשר למצוות חיפוש הנשען על עיליה סבירה בכל אחד מהמקדים המתוארים דלעיל. עם זאת, החוק כאמור אינו חל על **איסוף נתונים מקום מצד חברות טכנולוגיה מכל שנעשה כחלק מפעילותן המסחרית**.

84. הזכות לפרטיות המועוגנת תחת חוקת קליפורניה לא מקימה הגנה על נתונים מיקום. כך לדוגמה נקבע בפרשת (*Fredenburg v. City of Fremont*, 119 Cal. App. 4th 408, 423 (2004) כי:

**"A person's general location is not the type of core value, informational privacy that is encompassed by the California Constitution."**

85. עוד ראו פרשת (*Cohen v. Toyota Motor Corporation*, 147 F. Supp. 3d 955, 973 (N.D. Cal. 2015) שם נטען כי אין זה די שעתור יציגים כיצד הנتابע עקב אחר מקום רכבו "בנסיבות זמן מסוימות", שכן **מידע שכזה אוזות מיקום "איןנו באופן קטgoriy סוג של מידע רגיש ומסוג החוסה בצל החוקה של קליפורניה"** (שם *Folgelstrom v. Lamps Plus*, 195 Cal. App. 4th at 989-992 (2011)) וכן פרשת (*Fredenburg v. City of Fremont*, 119 Cal. App. 4th 408, 423 (2004) כי:

**נדחתה עילית תביעה של חדרה לפרטיות בגין איסוף ושימוש בחשיין ובלא הסכמתה של כתובות מגורים לצרכיהם מסחריים.**

.86 בעניין פטאקסיל - בקשה לדחיה על הסעיף, הדומה לעניינו, גוגל בחרה לצטט פרשות אלה כמו את עניין iPhone II (ראו לעיל בפסק' 71-70) כדי לבסס את הטענה שבמזכינת קליפורניה "נדחות באופן שגרתי" עילות תביעה נזקיות של חדרה לפרטיות, אשר איןן עלות לדרגה של "הפרה חמורה", אף כאשר מדובר הוא בטענות ל"איסוף של נתוני מיקום ללא הסכמתה".

#### **הגדלת המושג "הסכם מדעת" כחריג לאיסור הפגעה בפרטיות**

.87 חוק הפרטיות הפדרלי (U.S.C. § 552(a) אשר אומץ בשנת 1974 קובע שורה של תנויות והסדרים באשר לאיסוף מידע מזחה אישי (PII) על פרטיים אשר צפוי להישמר במערכות ומאגרים של השלטון הפדרלי. סעיף (b) לחוק הנוגע להעברת המידע לצדדים שלישיים, קובע:

"No agency shall disclose any record which is contained in a system of records by any means of communication to any person, or to another agency, except pursuant to a written request by, or with the prior written consent of, the individual to whom the record pertains."

עם זאת סעיף זה רלוונטי אך ורק במקרים שבין שלטון הפדרלי לבין הפרט, ואינט רלוונטיים במקרים שבין חברות מסחריות לפרטים.

.88 דרישת ה"הסכם" במדינת קליפורניה עשויה להתעורר במקרה של מעילות התביעה הנפוצות בתובענות ייצוגיות בתקי הגנה על פרטיות. כך לדוגמה חוק חדרה לפרטיות של קליפורניה (ראו לעיל פס' 80) קובע את הגנת "הסכם" חן כחריג לאיסור נגד האזנה אסורה והן כיסוד השולל את טענת "הציפייה הסבירה לפרטיות" הנדרשת לביסוס עילת התביעה כולה (וראו להרחבה: *Mark E. Ellis, A Brief Overview of Call Recording in California*, ELLIS LAW GROUP, LLP, available at *Kearney v. Salomon*; <http://www.ellislawgrp.com/article13callrecordings.html> (2006)). דוגמה נוספת, יכול שתימצא בעוללה הנזקית של "שימוש בשם או דמותו של אדם למטרות רוח" המuongנת ב- Cal. Civ. Code § 3344. תחת המשפט המקובל העוללה דורשת קיומן של ארבע תנויות: (1) שהנתבע עשה שימוש בשם או דמותו של אדם; (2) שהשימוש זה ינוק לנتابע טובת הנאה; (3) שהשימוש עשה בהיעדר הסכמה; (4) שהשימוש יגרור נזק.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> טענה להפרה של סעיף 3344 דרושת הזכה של קיומן של ארבעת העילות הללו לצד שתי עילות נוספות: (1) שהנתבע היה מודע לשימוש שעשה בשם או דמותו של אדם; (2) שি�ינו קשר ישיר בין השימוש לכואזה לבין חטורה המסחרית. וראו: *Abdul-Jabbar v. Gen. Motors Corp.*, 85 F. 3d 407, 414 (9<sup>th</sup> Cir. 1996)

89. תשומת לב כי בשתי הדוגמאות דלעיל הדרישה היא **דרישה נמוכה של "הסכם" (consent)** ולא **דרישה מוגברת של "הסכם מדעת"** (*informed consent*). עובדה זו יוצרת מגבלות על עותרים המבקשים להגן על זכותם לפרטיות. דוגמה לכך יכול שתימצא בעניין **מדיניות פרטיות גוגל 2014**. בפרשא זו טען אחד העותרים כי חלק מיצירת חשבון ה-Google (רשות חברות שיכרה גוגל), איפשרה גוגל למשתמשה ללחוץ על פונקציית "+1" בכל פעם שירצו להמליץ על מודעת פרסום או תוכאת חיפוש. מרגע הלחיצה על הכפתור תמונות ושמות של עצמם משתמשים מctrافت למאג'ר הממליצים על אותה מודעה. גוגל העולמית וחברות לשירותים עשויים להשתמש בתמונות ובשמות של הלוחצים על כפתור "+1" למטרותיהם המסחריות. אחד העותרים בתוענה טען כי מדיניות זו של גוגל עולה לכדי שימוש בשמו ובדמותו למטרות רווח. בהמ"ש דחה עיליה זו על הסף בטענה כי העוטר הטעים לשימוש זהה. בית המשפט נשען על פרסומים פומביים שונים של גוגל שם תוארה בהחרבה הפונקציה החדשה. בית המשפט לא נדרש לשאלת האם התובע היה מודע או חושף לפרסומים אלה, ועד כמה באמת היה מצופה ממנו כי יידע לאחד מהם באופן אקטיבי. כמו כן בית המשפט לא נדרש לשאלת האם, ובאיו מידה, פרסומים אלו התייחסו באופן מפורש לדרכי השימוש השונות שגוגל העולמית צפוייה לעשות בפונקציה החדשה חלק מפעילותה המסחרית. במקרה זאת בית המשפט הסתפק בעובדה שהפרסומים היו נגישים לתובע וכי המידע שסופק בהם היה אכן אובייקטיבית (שם, עמ' 17-16).<sup>16</sup>

90. בעניין **لومברדו - בקשה לדחיה על הסף** מציעה גוגל קרייה מצמצמת של דרישת ההסכם. בדומה לטענות העותרים בمراجعة שלפניו, לומברדו טוען כי האינפורמציה שספקה גוגל אוזות אופן והיקף האיסוף שלאת נתוני המקום היה מטעה. גוגל מצדיה משבה כי את "עמוד העזרה בדבר היסטורית מיקום" (שבו סיפקה מידע כללי וספק מובלט) היה על לומברדו לקרוא "Privacy Policy and numerous different services that Google provides in the context of Google's Privacy Policy and numerous different services that Google provides" (שם, עמ' 8). דהיינו לשיטת גוגל די אם תספק הנתונות כליליות או עמודות, והאחריות תעבור דוקא למשתמש – הוא זה שיאדרש לפעילות אקטיבית. עליו יהיה לקרוא "בין השירותים" ומתוך ההקשר ואגב מסמכים נוספים, וזאת כדי להבין לבדוק את כוונת המשורר. גישה זו ל מבחן ה-"הסכם", שונה כמובן לחולותין מהדרישה המוגברת בדבר "הסכם מדעת" (בדין הישראלי, כפי שתפורט להלן).

91. דוגמה נוספת לאיום של פרשנות מצמצמת (לרעת המשתמשים) של הגדרת המונח "הסכם" תחתה – *In re Google Inc. Gmail Litig.*, Case No.: 13-MD-02430-LHK (N.D. Cal. Mar. 18, 2014). בתיק זה דן בהמ"ש בשאלת באילו מצבים יכיר בחסכמה משתמש של לקוחות לאיסוף מידע אודוטיים (שם, עמ' 38) :

<sup>16</sup> גם בעניין **لومברדו - בקשה לדחיה על הסף**, עמ' 8 מציעה המשיבה קרייה מצמצמת של דרישת ההסכם. טענת לומברדו כי האינפורמציה שספקה גוגל אוזות אופן האטיוף שלה את נתוני המיקום היה מפער, משיבכה גוגל כי את עמוד העזרה בדבר "היסטוריה מיקום" יש לקרוא "Privacy Policy and numerous different services that Google provides" (Privacy Policy and numerous different services that Google provides in the context of Google's Privacy Policy and numerous different services that Google provides" (שם, עמ' 8). דהיינו לשיטת גוגל די אם תספק הנתונות כליליות או עמודות, והאחריות תעבור דוקא על המשתמש (ולא עלייה), לקרוא "בין השירותים" ומתוך ההקשר ואגב מסמכים נוספים, כדי להבין לבדוק את כוונת המשורר. גישה זו ל מבחן ה-"הסכם", שונה כמובן לחולותין מהתפיסה המקובלת בדבר דרישת ה-"הסכם מדעת".

"To find implied consent, a fact-finder need not determine email users had specific knowledge of the particular devices that intercepted their emails. Rather, the fact-finder need only be convinced based on the surrounding circumstances that email users were notified of interceptions... a fact-finder could find implied consent even based on broad disclosures. Therefore, the Court finds that Google may rely on news articles to argue to the finder of fact that users impliedly consented, even if those news articles do not recite the specific devices that are alleged to have intercepted Class members' emails."

זהינו, לשם קיומו של חריג ההסכם, אין צורך להוכיח כי משתמשים להתקשרות היו מודעים באופן ספציפי לדריכים ה konkretiyot שבהן חברות דוגמות גוגל בחרו לאסוף את המידע שלהם. במקום זאת כדי לבדוק תביעות בעילה של האזנה אסורה די להראות כי המעורבים בהתקשרות עודבנו, בנסיבות הנسبות הכללית, לאפשרות הפוטנציאלית כי התקשרות שלהם תשمر או תיחשך לצרכים שלישיים מבלי לפרט איד, כיצד ולשם מה<sup>17</sup>.

92. יצוין כי לפי פרשנותה הנוכחית של רשות הסחר הפדרלית, יש לקרוא את ה- Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45 כcosa האוסר שימוש או הפצה של מידע בגין הבטחות שהעניקה חברה מסחרית חלק מדיניות הפרטיות שלה. מכוח זאת הרשות פתחה בהליכים שונים, במקרים שבהם אספו חברות דוגמת גוגל, פייסבוק וסנאפץ מידע משתמשיהם ללא הסכמתם המפורשת. חלק מההליכים הסתיימו בהסדרים מוסכמים עם הרשות. ראו לדוגמה : In the matter of Snapchat, Inc., In the matter of Facebook, Inc., 2012 WL 3518628 ; וכן 2014 WL 1993567 (FTC May 8, 2014) (FTC July 27, 2012). בהליכים אלה אף דרשה רשות הסחר הפדרלית מהחברות להתחייב כי תעמודנה מעתה והילך בדרישה המוגברת של "הסכם מודעת". באופן שבמישרין קשור עניינו. כך למשל בהליכים נגד InMobi חיבה הרשות את החברה לשלם סכום של \$950,000 בכספי בגין אייסוף מידע אודוט נתוני מיקום של משתמשים בהיעדר הסכמתם וחՐף פרסומים קודמים של החברה מהם ניתן היה להבין שהמידע לא ייאסף (וראו : Mobile Advertising Network InMobi Settles FTC Charges, FTC WEBSITE (22 June 2018), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/06/mobile-advertising-network-inmobi-settles-ftc-charges-it-tracked>). יובהר עם זאת, כי הלייבים אלה אינם הליבים משפטיים, אלא דוקא הליבים מנהליים המושדרים תחת

<sup>17</sup> גישה זו גם אומצה לאחרונה בדי בית המשפט הפדרלי התשייני לעורורים של ארצות הברית כאשר דחה בקשה לאישור תביעה כיօוגת שהגינו קבוצת משתמשים נגד פייסבוק בטענה כי היא אספה מידע הקשור לגילוחם באתריהם שעוסקים בבריאות ומשתמשת במידע זה לצורכי פרסום. המבקרים טענו כי פייסבוק אספה את המידע ללא הסכמתם המפורשת ומידעת ותיק הפרט דיניט מדינתיים וforderליים על פרטיות. התובעים הייצוגיים הודיעו כי הם הסכימו למידע הפרטיות של פייסבוק המתארת ב��ווים כלליים איסוף מידע על גילישה באתרים אחרים ושימוש במידע שנאסף לצרכי פרסום. עם זאת, לדידם, הסכמה כללית זו לא התייחסה באופן מוקדם למידע על גילישה באתרים פוראים, וכן החריגות המוחדת של מידע כזה, לא ניתן לפרש את הסכמתם הכללית לכזו שמשתרעת גם על מידע זה. בית המשפט דחה טענות אלה וקבע שוב וכי ידי להראות שהעורבים בהתקשרות עודכו, בנסיבות הנסיבות הכללית, לאפשרות כי המידע ייאסף ויימסר, גם מבלי לפוט באופן ספציפי אין מושג. ראו : Winston Smith et al. v. Facebook Inc., D.C. No. 5:16-cv-01282-EJD (6 Dec. 2018)

**סעיף 5 לחוק רשות הטעור הפדראלית.** יתרה מזאת הרשות אינה מוסמכת לחישת קנסות תחת סעיף 5, זאת למעט קנסות (בגובה של \$16,000 ביחס לכל הפרה) רק במקרים שבהם כבר הייתה הפרה קודמת והחברה הפרה התחייבתה לרשות.

93. הליכים של רשות הטעור הפדראלית בהגנה על פרטיות זכויות לביקורת גוברת זואת בכלל היעדר היכולת של הרשות לייצר הרתעה ממשית. כך לדוגמה מתאר את הדברים העיתונאי פרהאץ מג'ו בניו יורק טייםס (ראו: סולובי ושוורץ 2017, עמ' 852):

**But there is little evidence that these agreements have led to a wholesale shift in how tech companies handle private data.** While the F.T.C. deals might push the companies to be more careful about privacy changes, being careful is not the same as being private. **It's possible – and seems likely – that agreements with the government serve mainly to add a veneer of legitimacy over whatever moves the companies planned to make anyway.”**

כך לדוגמה, גם גוגל עצמה הגיעה להסדר עם רשות הטעור הפדראלית בדבר טענות להפרה של הבטחות שננתנו לשימושה חלק ממדייניות הפרטיות שלה. במסגרת ההסדר נדרשה גוגל לשלם "סכום שובר שיאים" – כלשונה של רשות הטעור בשעתו – של 22.5 מיליון דולר בלבד.<sup>18</sup> ממשיך מג'ו ומתאר:

“How much was that record-setting fine? \$22.5 million. Note that in 2012, Google made a profit of \$10.7 billion, most of it through advertising that was based in some way on data it collected from users. **If you do the math, the agency’s fine represented about 0 percent of Google’s income that year.”**

94. ביוני 2018 אישרו שני בתים מהוחוקקים של מדינת קליפורניה פה אחד חקיקת פרטיות פרטיות חדשה נרחבת California, במונחים אמריקאים, בשם "חוק פרטיות הצרכנים של קליפורניה" (

DANIEL J. SOLOVE & PAUL M. SCHWARTZ, PRIVACY LAW FUNDAMENTALS ראו: FTC רג' 178 (לחן: סולובי ושוורץ 2015 ("In re Google, Inc. (2011): Google Buzz violated the FTC Act and Safe Harbor by suggesting that Gmail users could choose whether to join Buzz, but then enrolling some people who had not wanted to join Buzz in certain Buzz features. The FTC required Google to institute a “comprehensive privacy program”. This was the first case involving a Safe Harbor violation and the requirement that a company develop a comprehensive priacy program; In re Google, Inc. (2012): Google agreed to pay \$22.5 million fine to the FTC based on the charge that, in violation of its promises, it placed tracking cookie on the computers of Safari users. This practice violated the October 2011 settlement with the FTC that Google not misrepresent the extent to which it provided users control over their data.)"

על החוק החדש. חוק זה צפוי להכנס לתקופו ב-1 בינואר 2020.<sup>19</sup> בעוד שחוק החדש אינו כולל איסור על איסוף מידע מצד חברות טכנולוגית ותקשורת, הוא מרחיב את הxsדרה בדבר אופן הטיפול בפעולות איסוף שכאה ומעניק זכויות מוגברות לצרכנים. מרחיב אודות החקיקה ע"ז דוטן המר, "קליפורניה: חוק 'מיני GDPR' נחקק בהליק בזק" הפורט המשפטיאני לאינטראקט, סייבר וטכנולוגיה 29.6.2018 <https://www.law.co.il/news/2018/06/29/california-enacts-mini-gdpr-law-in-hasty-legislation>

"בין יתר הדברים, החוק מאפשר לתושבי קליפורניה לעין במידע שחברות מחזיקות עליהם, לדרוש את מחייתו, לקבל הבחרות על גורמים אחרים אליהם נמכר המידע ולדרוש לחברות ייחלו מכירת המידע להאה. החוק החדש גם מחייב להעניק למשתמשים אפשרות להורות לספק שירותים מהונע מאיסוף מידע למטרות ניטור ומעקב התנהגות מקוונת. בה בעת, החוק מחייב את ספק השירותים להמשיך לספק שירות זהה או דומה באופן סביר גם כאשר המשמש מסרב לאפשר ניטור ומעקב, בתמורה לתשלום מהמשמש בגובה התואם לערך המידע שהייה נאסר עליו. אכיפת החוק החדש, המשתרע על שירותים ותתי שירותים, מסורה לתובע המדינה בקליפורניה. למושאי המידע אין עילית תביעה לפי החוק החדש, למעט במקרים של פריצות מידע (data breaches) לגביון החוק מעניק לנפגעים זכויות מוגברות. בדומה ל-GDPR נאסרה הכללית להגנה על מידע של האיחוד האירופי – א.ל.), גם החוק הקליפורני נשען עקרון "בעל השימוש במידע" (data controller) לגביון החוק מעניק לנפגעים זכויות מוגברות. אחרים מחייב על המטרות והאמצעים לעיבוד מידע אישי. גם הגדרת החוק ל"מידע אישי" שואבת מעקרונות הדין האירופי בכך שהיא משתמשת על כל מידע הקשור או שניתן לקישור, במישרין או בעקיפין, לצרכן או משך בית."

ה-CCPA הוא כМОון בשורה של ממש לאלה המקיימים לראות את חיזוק ההגנה על הזכות לפרטיות בארה"ב בכלל, ובמדינה קליפורניה בפרט. עם זאת, בהינתן שהחוק אינו בתוקף (וככל אין לדעת האם אכן יכנס לתקופו במועד הנקבע וambil שיעבור שנייים נוספים), דוקא עובדת אישורו לאחרונה היא שלמדת עד כמה הדין בקליפורניה מתקף. החוק החדש עשוי לקרב את מדינת קליפורניה לסטנדרטים האירופאים, לרבות תוך אימוץ דרישת "הת裳מה מדעת". אך עצם העובדה כי המחוקקים ידרשו בניסוחו בעת, רק מלמדת עד כמה מכם הדברים הקים לוקה בחסר של ממש ועשוי ל��ח אם יושם לפני המצדינים הישראלים. בנוסף, אףלו היה בתוקף כבר עתה על פי סעיף (g) 1798.140 הגדתו של "צרכן" בחוק החדש היא "אדם טבעי, שהוא תושב קליפורניה". לפיכך החוק לא יכול על מבקשים ישראלים.

<sup>19</sup> למען הסר ספק, בהינתן שתוראות חוק זה עדין אין בתוקף, ובוודאי שלא היו בתוקף בתקופה הרלוונטית לביקשת אישור, לא ניתן להיבנות עליון לביסוס כל טענה לכך שהדין הקיים בקליפורניה עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים המקבילים בהגנה על הזכות לפרטיות בישראל.

## ההגנה הנזקנית על הזכות לפרטיות בדיון בישראל

96. בסיס המשטר הנזקי להגנת הזכות לפרטיות ניצבים פרקים א' וג' לחוק הגנת הפרטיות. המחוקק בחר בפרק א' לא להציג הגדלה פוזיטיבית של מושג הפרטיות. בהיעדרה, הסתפק המחוקק ברשימת של ממצבים הקבועים בסעיף 2 לחוק, אל חלום מפניהם המבוקשים בבקשת לאיישור התובענה היינונית (זאת דוגמת: "בילוש או התחקות אחרי אדם, העולמים להטרידו, או הטרדה אחרת"; "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונהו או בקולו, לשם ריווח"; "הפרה של חותם סודיות שנקבעה בדיון לגבי עניינו הפרטיים של אדם"; "שימוש בדעתה על עניינו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרת שימושה נסורה"). סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות קובע עוד כי פגיעה בפרטיות, על דרך של ביצוע אחת הפעולות המנוונות בסעיף 2, הינה "עלולה אזהרתית, והוראות פקודת הנזקן [נוסח חדש], יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה".

97. חלק מהמהפכה החוקתית של הזכות לפרטיות פיתחה החלטה את דיני הגנת הפרטיות מעבר לעילות שמננה המחוקק בסעיף 2 לחוק. כך תיארה זאת כבוד השופטת חיות (כתוארה דאז) בבג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פס' 19 (2008): "אין מניעה להוציא וליצור בהלכת הפלקה הגנות מסווג זה השואבות את צידוקן מן הזכות לפרטיות, אף אם ההגנה לא הוסדרה ככזו באופן מפורש בדבר חקיקת".

98. כך לדוגמה המושג "עוניינו הפרטיים של אדם", מונח מפתח ברבים מסעיפי המשפטה של סעיף 2, זכה לפירוש רחב בפסקה (וראו: ע"א 439/88 רשות מאגרי המידע נ' ונטורה, פ"ד מה(3) 1994, 821). במקומות ליצור רשימה סגורה ומצוומצמת של "עוניינים פרטיים", אימצאו בתים המשפט את העמדה כי כדי להכריע בשאלת מהם אוטם עוניינים המוגנים תחת החוק, יש להתחשב במסגרת העובדתית ובפרשנות תרואהו לאותו החקש (שם, דברי השופט שטרסברג-כהן, בעמ' 835). פרופ' בירנהך קבע כיAIMOZ העמדה של "פרטיות הקשייה", כפי שנעשה בדיון הישראלי, توأم את הימים הדיגיטליים שבהם אנו חיים (וראו מיכל בירנהך מרכבת פרטוי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 201 (2010)).

99. דוגמה נוספת להרחבה של סעיף 2 יכול שתימצא בבג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פ"ד ס"ד(2) 479, בסעיף 39 (2010). שם קבע בית המשפט העליון כי פגיעה בפרטיות יכולה שתיעשה גם על דרך של קטגוריה חדשה של ממצבים – "פגיעה ביכולתו של הפרט לווסת את היקף המידע על אודזותיו". נוסח זה מגדים איפוא את התכרה בזכותו של שליטה של אדם על המידע האישיב שלו, באופן המצביע את ישראל לצד הכללים המרחיבים הקבועים בדיון האירופי ובמראך רב מהכללים המוצמצמים הקבועים בדיון האמריקאי (וראו: חוות דעת פרופ' בירנהך, בפס' 62-63).

### הגנה מפני אייסוף של נתוני מקום ואיכון ניאורגי

100. דוגמה אחת למסגרת עובדתית שאינה מנוהה במפורש בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, נוגעת לשאלת האם נתוני מקום וזכרים להגנה כחלק מדיני הגנת הפרטיות. נראה כי הפרשנות ההקשרית וההרחביה

שנקבעה בעניין **ונטורה** היא כזו שבודאי אפשרה הגנה מסווג זה. כמובן שביחס לאפשרות הגישה של רשותות אכיפה החקוק למידע שמצווי בידי חברות תקשורת, מצא המחוקק לקבוע הגנות על נתוני מיקום חלק מהחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007. ההכרנה החוקתית של הזכות לפרטיות מסויפה נדבך נוטף לקביעה כי יש להגן על נתוני מיקום חלק מההגנה הנזקית על הזכות לפרטיות, כפי שמצינו בירנהק (**חוות דעת בירנהק**, עמ' 34):

"ההשראה החוקתית של הגנת הפרטיות מחזקת מסקנה פרשנית זו, במיוחד תוך הבנת מהותה של הפרטיות כשליטה של אדם במידע על אודוטיו. ניתן לנזר את התפישותם של דין הגנת הפרטיות על נתוני מיקום חלק מהמשפט המקובל הישראלי ברוח הערת הנושא ברק בעניין פלונית נ' בית הדין הרבני נתניה, שצוטטה בהסכמה גם בעניין אוניברסיטת חיפה, ווושמה בעניין עיריית קלנסותה (בהקשר אחר, לא של נתוני מיקום)... לפי האמור אני סבור במידת ודאות גבוה מאוד שבית המשפט היה קובל שהסוגיה של נתוני מיקום באה בגדר דין הגנת הפרטיות."

101. עדשה דומה ביטה גם היוזץ המשפטי לממשלה, אך לאחרונה, חלק מהתגוזתו להסדר הפעלה בעניין גריינברג (עמ' 8):

"היוזץ המשפטי לממשלה יציג, כי הוגם שמידע אודות מיקום עשוי להיראות במבט ראשון כ"תמים", מידע זה עשוי ללמד לא מעט על האדם, אורחותיו והעדפותיו וזאת, מתוך עיבוד של המידע ועד לפני הצלבתו עם מקורות מידע זמינים נוספים. בהתאם מידע אודות מיקומו של האדם עשוי להיחשב במידע פרטי, אף כאשר הוא מתyiיחס לתנועתו של האדם ב"מרחב הציבורי", כבעניינו. זאת, בפרט כאשר מדובר בעקב טכנולוגי, רציף ומדזוק... היוזץ המשפטי לממשלה סבור, כי ככל שניתן באמצעות סבירים אלה את נושא המידע, הרי שהוראות חוק הגנת הפרטיות חלות".

102. בכך נצדדת ישראל לגישה האירופאית המרחיבה, אשר רואה בנתוני המיקום מידע פרטי (וראו: סעיף 4(1)-ל-(2016/679) General Data Protection Regulation (EU)). האסדרה הכללית להגנה על מידע של האיחוד האירופי, ה-GDPR). כך לדוגמא הרשות הצרכית להגנת המידע (Commission nationale JCDecaux et des libertés de l'informatique et de l'entreprise (CNIL) דחתה בקשה של חברת שלטי פרסום בשם JCDecaux להתקין קופסאות עם קישורי Wifi בסמיכות לשלי החברה, כך שייאספו נתונים שונים ממיכשי טלפון חכמים הנכנים ברדיוס של 25 מטרים מהשלוט. הרשות הצרכית קבעה שהמידע המבוקש, לרבות נתוני המיקום, הוא מידע המאפשר זיהוי אישי המחייב תחת הרגולציה האירופית תחיליך של התמורה, שלא הتبכעה על ידי חברת השילוט (Conseil d'État, N° 393714, 8 février 2017).

## **הנדרת המושג "הסכם מדעת" כחומר לאיסור הפניה בפרטיות**

103. סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". סעיף 3 לחוק מגדיר את המושג הסכם כ"הסכם מדעת, במפורש או מכללא". בהקשר של פרטיות במקום העבודה, קבע בית הדין הארץ לעבודה כי "על ההסכם להיות מפורשת, מרচן חופשי ומדדעת" (ע"ע 90/08 איסקב-ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודות נשים, פס' 30 (2011)).

104. פרופ' בירנהך הציע לפреш את המושג של "הסכם מדעת" ברוח מקורי בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (בירנהך, מוחב פרטי, עמ' 100-99), זאת שכן בנוסח המקורי של הסעיף דובר על "הסכם במפורש או מכללא, שניתנה לאחר שנמסר לו הנסיבות מייד, בלשון המוגנת לאדם סביר, הדרוש לו, באorch סביר, לצורך מתן ההסכם". אכן, הסכם מדעת של מטופלים מחייב מסירת מידע הדרושים למטופל, באופן סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול. היקף חובת הגילוי ייגור בהקשר הזה מערכות הנسبות, כפי שקבע ביהם"ש בע"א 3108/91 ריבבי ואחר' י' זיגל ואחר' פ"ד מז(2), 497 ("נסיבותיו של הטיפול הרפואי והרקע לנtinyתו הם מגוונים ורבי פנים. לא ניתן לצפות מראש באופן שיאפשר קביעה ממצה של כלים בתחום מרכיב זה. ראוי איפוא לאפשר לדינים בסוגיה זו להתקדם ולהתפתח לכל מערכת נורמטטיבית בדרך הדורגתית ותוך התקדמות מקרויה למקורה"). דברים אלו נכונים גם לבחן "ההסכם מדעת" במשמעותו הפטעית.

105. יהונתן קלינגר מתאר את היסטורית חקיקת הסעיף ואת הסיבה להטבת נוסחת המקורי המפורט יותר, זה שהועתק מחוק זכויות החולה, וההסתפקות בנוסח העומס של "הסכם מדעת, במפורש או מכללא" כפ שאמץ לבסוף בסעיף 3 לחוק (יהודנן קלינגר, "הסכם: האם מודל חדש של קבלת הסכם הוא הכרח בדיון הכללי", *בלוג על משפט, טכנולוגיה, חיים ומושר* (1.12.2005),  
הזמן בקישור : <https://2jk.org/praxis/?p=5475>).

"ביום 06.06.2007, כשנהל הדיון על הוספת הסעיף, התווכחו הצדדים המצביעים (אנשי משרד המשפטים) עם החוקרים על האם צריך להגדיר את דרכי קבלת ההסכם בחוק או לאו. העמדה הפוליטית תומצטה בצורה יפה על ידי ח"כ יצחק לוי (המפד"ל) שהחליט כי "עצם הנוסחים המפורטים, אין מקום כאן. אנחנו שעה יושבים על העניין הזה. כולנו מסכימים שככל גורעת. לכן אני מסכימים אתך שלא היה צריך את המילה מדעת היא לא גורעת ויש ככל שאמורים שאם לא נכתב אותה, היא כן גורעת במובן ההסכם, אבל היא בוודאי לא גורעת. לכן אני מסכימים שובי את פרוטוקול הוועדה, היא חוסר תנאים אובייקטיבים בשעתו לגבי אלו שמסכימים בלי לדעת על תנאי העסקה. באותו העת, שאל ח"כ מנחים בן-שושן, יו"ר ועדת החוקה, את עו"ד יורם הכהן, ראש הרשות למשפט, טכנולוגיה ומדע, האם יש בידו תנאים על מקרים בהם אנשים חתמו על חוזים שלא ידעו על תכום: בן-שושן: "...האם נתקלתם בעו"ות של אנשים שהתפקידו אחריו שחתמו על אני מסכימים ואמרנו שהתפסנו

מפרטיו לנו ועכשו אנחנו רואים אותה בראש חוצאות, או שזאת תפיסת עולם עקרונית לפני  
יציאה לדרך?" יורם הכהן עונה לו תשובה בעיתית, שביקריה זהירה של הפרוטוקול יכול  
שהיתה הסיבה [שגבינה] שונה הפעם: "אני בתפקידו כראש מאג'רי מידע בחצי שנה ולכן אני  
לא מכיר את כל ההיסטוריה של התלונות בעניין זהה"... **בום, שמונה שנים אחראַי חקיקת**  
**החוק, ברור שנטקלים במקרים שאנשים שחטמו והסכוּמו לתקנות מתחדרים על**  
**חתימתם.**"

106. ראוי לזכור כי אם נאמץ את הגדרת ה-"**הסכם מדעת**" במובנה בחוק זכויות החולה, כפי שה提כוּן  
המוחקק במקור וכפי שמציע בירנהק, המשמעות היא שחוותת הגilio לא תהיה מותנית בהצגת שאלות  
מצד המטופל (במשל לצרכן), וגם במקרה של מטופל המתווג באופן נמרץ לקבלת כל מידע, עדין  
נדשים המטופלים (במקרה שלן החברות המחויקות במידע) לעשותות מאמר סביר לשכנע את המטופל  
להבין את מצבו ואת האפשריות, הטיכונים והסיכויים שבטיפול המוצע ובחלופותו. החשיבות של  
הסכם מדעת בהקשרים הכספיים הטכנולוגיים מתעוררת, בין היתר, בצל העובדה ש-"**מחקרים**  
**אמפוריים מצאו כי צרכנים אינם קוראים את מדיניות הפרטיות שהן הבסיס להסכם;** כי קריאה של  
כל מדיניות הפרטיות הייתה אורך ימים ובים; כי אחרים טועים לחשוב שעצם הקישור ל"**מדיניות**  
**פרטיות**" משמעו שיש הגנה על הפרטיות... בעמים רבים, המדיניות הנפוצות איןן קריאות ואין  
נגישות. **בליל הבנה של הפעולות שיבוצעו במידע – אין משמעות להסכם**" (חוות דעת בירנהק, עמ' 34;  
הרחבבה ראו גם: מיכאל בירנהק, "**שליטה והסכם**: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות", **משפט**  
ומispiel יא, 51 (תשס"ח) (להלן: **בירנהק, שליטה והסכם**)).

107. עמדה דומה ביטה גם היועץ המשפטי לממשלה כחלק מהתנגדותו להסדר הפרשה בעניין גריינברג (עמ'  
10-11):

"על מנת שהסכם הלקוחות לעמוד ברף הקבוע בסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות המגדיר  
"הסכם" כ"**הסכם מדעת, במפורש או מכללא**", ותתאמ את תכליתו של החוק, על המניין  
**לקבל את מירב המידע הרלוונטי לשם קבלת החלטה**, כך שהסכם יהיה מדעת. בהקשר לכך  
ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי השכל היישר ומיציאות הימים היום-יוםית מלמדית, כי  
מיועט מחלוקת קורא את תנאי ההתקשרות עם חברות הטלול ומבין את המשמעות של  
תנאים אלה. לא אחת תנאים אלה הינם חלק מהודעות מסורבלות וארכוכות, הכתובות בשפה  
משפטית וטכנולוגית, באופן המקשה עד מאוד על קראיתן. **בנוסף יש להבטיח כי ללקוח קיימת**  
**אפשרות בחירה אמיתית, על מנת שניתנו יהיה לומר כי הסכםתו ניתנה מרצון חופשי**. מעבר  
于此, כאשר מדובר **במצב של פערן כוחות** וכאשר **תנאי העסקה מוסדרים במסגרת חזים**  
**אתדים, יש לתקפיד שבעתיים**, על מנת להבטיח כי הסכםתו של האדם עלתה לכדי "הסכם  
מדעת".... היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בנסיבות העניין על מנת שהסכם המנויים תהיה  
הסכם "מדעת" **לא ניתן להסתפק בהסכם פסיבית**. בהתאם, ובשים לב אף לפערן הכוחות  
בין הצדדים, יש להකפיד על אופן ידוע הלקוחות... כך, **נדרש לידע את הלקוחות כי מסורת**  
**המידע תלוי ברצונות והסכנות ומי לא חלה עליהם חובה חוקית למסור מידע כאמור;**

**המטרה שלשמה מבוקש המידע** (תוך פירוט סוגי העיבוד האפשריים והאופן בו יבוצעו **עיבודים אלה, משך זמן שמרירת המידע**; **למי יימסר המידע ולאילו מטרות ו שימושים.** בנוסחך, על מנת לצקת תוכן ממשי לדרישת המידע, על סלוקום להבטיח כי צורת המידע תהיה נגישה ללקוחות, ותבוא לידי ביטוי במספר דרכים... הסכם ההתקשרות, אתר האינטרנט של סלוקום, החשבוניות של הלוקום, ובמסגרת השיחות שבחן נחתם הסכם ההתקשרות עם הלוקום. כמו כן, **קיימות חשיבות שצורת המידע תהיה בשפה פשוטה, בהירה ונאה...** **תוך התחשבות שפט האם של לקוחות...** בהתאם יש לאפשר ללקוח לחזור בו מהסכם או לשנות את הסכםתו מאותו געג ואילך, ללא כל סנקציה, לגבי כל סוג העיבודים. מטבע הדברים, יש להבטיח כי שינוי ההסכם יתאפשר בדרך קלה ונוחה".

108. יודגש כי דרישת המידע שמציע היועם"ש לאמץ כבר מעוגנת בסעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות, בכל האמור באיסוף מידע שנועד להיכל במאגר מידע. המשנה ליוומ"ש יהושע שופמן הציע כי יש לפרש סעיף זה בחורחה בכך שהאדם ממנו נאסר המידע יודע לו- "פרטים על זכויותיו ביחס למידע ופרטיו דרכי ההתקשרות עם מבקש המידע" (משרד המשפטים דין וחובן, **הצווות לבחינת החוקיקה בתחום מאגרי המידע** (2007)).

109. יודגש עוד כי סעיף 4(1) לרגולציה האירופית, מאיצ' באופן דומה מבחין מרוחיב מאוד של הגדרת **ה"הסכם מדעת"**, המיטב עם הטוענים לפגיעה בפרטיות :

"consent of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her".

כפי שמדובר בירנהק "חוקיקה והפטיקה בישראל" אימצו את הגישה האירופית המרוחיבה להגנת מידע אישי ולא את הגישה האמריקנית שנחשבת לצרפת יותר. מדינת ישראל אף זכתה.. להכרת האיחוד האירופי בדבר מספקיות (adequacy) משטר הגנת המידע שלו בשנת 2011, הכרה שיש לה משמעות בקשר להעברת מידע אישי על אזרחי האיחוד האירופי לישראל" (חוות דעת בירנהק, עמי- 26-27). מכוח הכרה זו ניתן להעביר מידע אישי מאירופה לישראל, ללא חסמים בירוקרטיים ולא אישורים רגולטוריים פרטניים לכל העברה. יודגש כי במקרים אלה עוברת ישראל בחינה מחודשת של מידת הילמה של החוקיקה הקבועה בה עם כללי משטר הגנת המידע האירופי (וראו : Haim Ravia and Dotan Hammer, The EU is Re-evaluating the Recognition of Israel's Adequacy for Cross-Border Data Transfers, law.co.il (30 Jan. 2018) <https://law.co.il/en/news/2018/01/30/eu-re-evaluating-recognition-of-israeli-adequacy>

## סיכום של דברים

110. ההגנות החוקתיות והנוويות על הזכות לפרטיות בישראל, ביחס בכלל האמור בעניין היקף ההגנה על "נתוני מקום" ודרישת ה-"הסכם מדעת", משמעויות וקשיות בהרבה מ אלה המוגנות בדיון הזר. הגנות אלו עומדת במרכז המסכת העובדתית מושא התובענית הייצוגית שלפנינו. חלהת הדיון הזר **בנסיבות האמורויות, תוך יישום החקכות המרכזיות שפותחו בbatis המשפט בклиפורניה (פעמים רבות תוך אימוץ פרשנותה של המשיבה), יש בה כדי לעקוף הוראות קוגנטיות שבדיו הישראלי, לרעת הצרכנים הישראלים, להביאו לידי החרכויים הישראלים, תוך מתן הגות יתר לאינטרסים העסקיים של גול.**

## **פרק ד: עילות תביעה נוספת נספota בדין הישראלי ובדין הזר**

111. בפרק זה של חוות הדעת, אבקש לדון בקצרה בכמה מעילות התביעה הנוספות שmoועלות על ידי העותרים בתובעה הייצוגית שלפנינו. כמו בעילת התביעה של חדירה לפרטיות, כך גם בעילות התביעה בדבר הפרת חוזה והגנת הרכן, אבקש לסקור בקצרה את המגבילות הקיימות בדיון הזר מול החלופה העומדת להם בדיון בישראל. כמו במקרים הקודמים, גם במקרה הזה אבקש להציג על סכנת הקיפוח האורבת למוטדיינים ישראלים אם יבקש בית המשפט הנכבד להחיל עליהם את הדין המהותי הזר.

### הפרת חוזה

#### הפרת חוזה בדיון הזר

112. שאלת מקדים שזכתה להתייחסות מוגבלת בפסקה באלה"ב מתעוררת ביחס לאופן שבו יש לפרש את מדיניות הפרטיות של גוגל: האם מסמך זה הוא חוזה מחייב מבחינה משפטית שמכוחו עשוי לצמוח עילת תביעה של הפרת חוזה? סולוי ושורץ מציעים סקירה מקוצרת של המסגרת המשפטית הקיימת. מסקנתם היא כי יש תמיינות דעים בין בתי המשפט כי אין לראות בהם כחוזים מחייבים וממילא דרישת הוכחת הנוק (זכות העמידה) מונעת פעמים רבות לשימוש בעילת התביעה של "הפרת חוזה" להגנה על פרטיות המשתמשים (ראו: סולוי ושורץ 2015, עמ' 174):

"Thus far, only a few courts have addressed this question, and they have uniformly held that privacy policies are not contracts. These courts view privacy policies as mere notices of a company's practices. Cases have also failed because plaintiffs have not established contractual damages. Examples:

*Dyer v. Northwest Airlines Corp.*, 334 F. Supp. 2d 1196 (D.N.D. 2004): Breach of contract claim against Northwest Airlines for disclosing passenger records to the government in violation of its privacy policy. The court held that "broad statements of company policy do not generally give rise to contract claims." The court also noted that the plaintiffs failed to alleged they had read or relied upon the privacy policy or that they suffered any "contractual damages arising out of the alleged breach"

*In re Jet Blue Airways Corp. Privacy Litigation*, 397 F. Supp. 2d 299 (E.D.N.Y. 2005): Plaintiffs sued Jet Blue Airlines for breach of contract for sharing passenger records with the government. The court granted Jet Blue's motion to dismiss because plaintiffs failed to prove damages. It

stated: “There is ... no support for the proposition that an individual passenger's personal information has or had any compensable value in the economy at large.”

113. תחת דין קליפורניה, האלמנטים הנדרשים לביסוס הפרת חוזה הינם: (1) קיומו של חוזה; (2) עמידת התובעים בדרישות החוזה, או קיומה של הצדקה לאי-עמידה; (3) הפרה של החוזה מצד הנتبע; (4) נזק הנגרם כתוצאה מהפרה (וראו : *EPIS, Inc. v. Fid & Guar. Life Ins. Co.*, 156 F. Supp. 2d 1116, 1124 (N.D. Cal. 2001)). יובהר כי תחת דין קליפורניה פיצויים סמליים (nominal damages) – קרי פיצוייםՓחותי ערך בגין נזק שלא הוכחה ממשיתו – אינם אפשריים מכוח הפרת חוזה (וראו : *Ruiz v. Gap, Inc.* 380 F. App'x 689, 692 (9<sup>th</sup> cir. 2010) Restatement (Second) of Contracts 20. תיראה מזאת ה-

: ממוניים

#### *“§ 353. Loss Due to Emotional Disturbance*

*Recovery for emotional disturbance will be excluded unless the breach also caused bodily harm or the contract or the breach is of such a kind that serious emotional disturbance was a particularly likely result.”*

114. חזקה זו מקבלת משנה תוכן בתביעות בדבר פרטויות בהם מתקשימים העותרים לבסס נזק ממוני מוחשי. דוגמה אחרת לכך התעוררה בפרשת Cherny v. Emigrant Bank, 604 F.Supp.2d 605 (S.D.N.Y. 2009). בבקשת זו לאישור תובענה יציגית טען העותר כי הבנק מסר את כתובת האימייל, שקיבל מהעותר במועד פתיחת החשבון, לצדדים שלישים, וזאת בגיןוד להתחייבות שנייתה במדיניות הפרטויות של הבנק. העותר עוד טען כי פרסום זה גרם לכך שהוא וחבריו הקבוצה ייחספו לתכטובות ספאם שלא מרצונם. בהמיש דחה על הסף את העתירה וקבע כי :

“Cherny's claims arise from the alleged disclosure of his personal e-mail address more than two years ago. Cherny maintains that he has incurred damages as a result of the loss of his confidential information, and that the loss of something intangible or something with an unknown or undefined monetary value, such as an email address, can constitute an injury. Courts

<sup>20</sup> כפי שמסכמים את הדברים המלומדים כהן ואורקין, השופטים במדינת קליפורניה מאמצים עדשה נוקשה بحيث לאפשרות של פסיקת פיצויים בגין נזק לא ממוני הנגרם בגין הפרת חוזה, מכוח שורה של שיקולי מדיניות : ”Some judges contend that mental distress damages cannot be awarded in contracts because they are not foreseeable... Other Courts refuse to award such damages because virtually any breach of contract brings with it disappointment and upset and thus virtually *every* action for breach of contract would have a mental distress recovery component. On this basis, courts regularly identify fear of opening the floodgates as a justification for the general rule against recovery... [California Courts introduce conditions prior to allowing damages for mental distress.] Such judicially imposed hurdles appear to be based Ronnie Cohen & : “...on a deep judicial distrust of the claimants and their claims... rather than on logic Shannon O'Bryne, *Cry me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action – A North American Perspective*, 42 AM. BUS. L.J. 97, 98, 105-106 (2005)

have held, however, that the release of potentially sensitive information alone, without evidence of misuse, is insufficient to cause damage to a plaintiff. This Court finds that the release of an e-mail address, by itself, does not constitute an injury sufficient to state a claim under any of the legal theories Cherny asserts... [Furthermore,] the receipt of spam by itself [...] does not constitute a sufficient injury entitling Cherny to compensable relief. See Burgess v. Eforce Media, Inc., No. 1:07CV231, 2007 WL 3355369, at \*6 (W.D.N.C. Nov. 9, 2007) ("While all internet users, including this court, are frustrated by unwanted and unwelcomed emails, and viruses, the end internet user has no legal recourse for such frustration. Instead, our remedies are found in Spam blockers, which of course are not always effective."); Gordon v. Virtumundo, Inc., No. 06-0204, 2007 WL 1459395, at \*8 (W.D.Wash. May 15, 2007) (plaintiffs lacked standing under the CAN-SPAM Act of 2003 because the harm suffered "must rise beyond the level typically experienced by consumers, i.e., beyond the annoyance of spam")")

#### הפרת חוזה בדין בישראל

115. בניגוד לדין הזר, וכפי שמספרת בבקשת התביעה ייצוגית, הן בית המשפט העליון בפרשת קונקרטיב גروف בע"מ נ' דבוש (5.11.2015) והן בית המשפט המחויז בפרשת מחויז ת"ץ (מחוזי ת"א) 11-12-25242 ריפל נ' קונקרטיב גروف בע"מ (22.9.2014) דנו בתקנון של אתר אינטרנט כחזה המחייב בין האתר לבין המשתמשים בשירותיו. דוגמא נוספת יכול שתימצא בת"ק 11-09-50905 לירז לביא ואחר' נגד סימה פישר ואחריהם (24.8.2012) שם נמצא כי תקנון של אתר המכירות ואלה שופס מהוות חוזה אחד בין האתר לבין גולשיו (במקרה דין תניה המסירה אחריות מהאתר באופן גורף נמצאה כמקפתה). גם בעניין פיסבוק התיחס ביהם"ש העליון למסמך התנאים וההגבלות של פיסבוק כחוזה אחד.

116. חוק החוזים (תורפות בשל הפרת חוזה), תש"א-1970 קובע בסעיף 13 תנאי הפה להז המעוגנת תחת Restatement: "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק- ממון, רשאי בית המשפט לפ███ פיצויים بعد נזק זה בשיעור שираה לו בנסיבות העניין". שלו מונה את ראש הנזק העיקריים שבגנים יינתן פיצויים והם כוללים חוסר נוחות, עוגמת נשך, ואולי גם על הפסד הנאה (גבריאלה שלו, *דיני חוזים*, 586 (1996)) (עוד ראו: ע"א 2781/93 *מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "ברמל" חיפה* (פורסם בנבו, 29.08.1999)).

117. כך לדוגמא פסק בית המשפט העליון בע"א 5258/98 *פלונית נ' פלוני* (14.7.2004) כי בגין הפרת הבתוחת נישואין נכון יהיה להכיר בפיצויים שלא על נזקי ממון בלבד. תיארה זאת כבוד השופט פרוקציה: "במחלוקת הקיימת בין משפטנים וapos; וapos; פוסקים אם יש להגביל את פיצויי ההסתמכות לפיצויים על נזקי

מן בלבד, או להרחבם גם על פני נקיים כלליים, אני מצרפת דעתך לבעל הגישה המרחיבת. **משעה שהובחה הפרת הבטחת נישואין, אין טעם מוסרי או משפטי שלא לפ██וק לנפגע פיזי כליל מוקם שהובח כי חוזה סבל, עוגמת נפש וצער המוכרים במשפט בראשי נזק בדייני התוצאות בשל הפרת חוזה.** דוחוקה ממשדבר בהפרט חוזה **המצוי בתחום חיי הרגש והאינטימיות של האדם**, הנזק הנפשי הנגרם כתוצאה משברון הקשור הבינוני עשוי במרבית המקרים להיות הנזק העיקרי והרואי ביוטר לפיזי". גם הפטות של הזכות החוקית לפרטיות מצוין באותו המתחם של "חיי הרגש והאינטימיות של האדם". איסוף מידע אודזות מקום של אדם עשוי לחשוף פרטיים רגילים אודזות עניינו הפרטיים באופן שעשוי לגרום סבל, עוגמת נפש וצער רבים. אי-כך נראה כי אין מניעה בדיין הישראלי לבסס עילית הפרת חוזה בגין נזקים שאינם ממונאים על רקע הפרה של הסכם הפרטיות.

#### הגנת הצרכן

#### הגנת הצרכן בדיין חוץ

118. החוק במדינת קליפורניה בדבר תחרות לא הוגנת (Unfair Competition Law, California Business and Professions Code § 17200) מקיים עילית תביעה עצמאית למשתמשים שנגרם להם נזק בגין פרקטיקות עסקיות של חונאה, חוסר חוקיות וחוסר הוגנות. משתמשים יכולים להישען על כל אחת משלשות הטענות האלה לביסוס טענותיהם.

119. כדי לטעון תחת החוק התחרותי הגנת של מדינת קליפורניה, על העותרים להראות כי נגרם להם נזק כלכלי ("בכספי או ברכוש") וכן כי הם עומדים בבחן ה-"ההסתמכות-המשמעותית" ולא רק זו התייאורטית, דהיינו כי הנזק נגרם בעקבות הסתמכותם על הפרטום או האמירה המתועה או המרומה. ראו עמדת גוגל בעניין לומברדו - בקשה לדחיה על הסף, עובדותיה מקבילות לעניינו, עמ' 21 :

"In 2004, California voters materially curtailed the universe of those who may enforce the UCL. For a private plaintiff to establish standing to sue under the UCL, he must plead that he (1) suffered an economic injury to his "money or property"; and (2) that injury must have been incurred as a result of the allegedly fraudulent or unfair business practice... First, Lombardo's complaint says nothing and offers no facts (or theory) for how Google allegedly injured his money or property.. Second, Lombardo fails to plead that he relied on any misstatement. A private UCL plaintiff must show "actual reliance" whenever "the theory of the case" is that the defendant made misrepresentations that deceived consumers. To satisfy the actual-reliance requirement, a private UCL plaintiff must plead that he

saw the specific misrepresentation at issue and actually relied on it. A mere “factual nexus” with the alleged misconduct... is not enough... For example, in *Kane v. Chobani*, the plaintiffs asserted UCL and CLRA claims based on allegedly deceptive statements made on the defendants’s website. But because the plaintiffs did not specifically allege that they reviewed the website disclosurs and relied upon them, their claims were dismissed for lack of statutory standing ”

120. בטענות של הונאה, לרבות על דרך של ”מצגים שקריים”, (false representation), נדרשת בנוסך גם רמה גבוהה יותר של ”**particularity**” תחת סעיף 9(b) לחוק סדר הדין האזרחי הפדרלי (וראו: *Misc. Serv. Workers, Drivers & Helpers v. Philco-Ford Corp.*, 661 F.2d 776, 782 (9th Cir. 1981); *Cooper v. Pickett*, 137 F.3d 616, 627 (9th Cir. 1997); *Finuliar v. BAC Home Loans Servicing, L.P.*, Case No. 3:11-cv-02629-JCS 2011 WL 4405659, at 9 (N.D. Cal. Sept. 21, 2011)). הדרישות המנווית בסעיף 9(b) יחולו גם במקרים של עולות הונאה נזיקיות שלא מוכיח הוראה חוקה אלא מוכיח המשפט המקובל (וראו: טענות גוגל בעניין לומברדו - בקשה לדחיה על הסף, עמ' 17-13).

121. בטענות של חוסר חוקיות, על התובעים להציג פועלותיו של הנتبיע הפרו חוק נספכ בלחשו (*Trazo v. Nestle USA, Inc.*, Case No. 5:12-cv-2272-PSG, 2013 WL 4083218, at 9 (N.D. Cal. Aug. 9, 2013). בבסיס טענה להפרה של ה-UCL מכוח אי-חוקיות, עוטרים לרוב מנסים להישען על הפרה של חוק התרומות המשפטיות לצרכנים של קליפורניה (ה-CLRA) על בסיס טענה של הטעיה צרכנית (ראו לדוגמה: **ענין מדיניות פרטיות גול 2013**, עמ' 21). עם זאת כפי שנידון בהרחבה לעיל בפס' 46, הפרות של חוק התרומות המשפטיות לצרכנים של קליפורניה מחייבות הוכחת נזק מוחשי. אי-היכולת לבסס נזק זה ברוב הטענות להפרת פרטיות, גורם לשיללת העילה תחת CLRA ואגב אורחא שלילת העילה לאי-חוקיות תחת ה-UCL (להמחשה ראו טענות גוגל בעניין לומברדו - בקשה לדחיה על הסף, עמ' 9-10, 20-21). גם ניסיון להישען על הזכות החוקית לפרטיות תחת חוקת מדינת קליפורניה כבסיס לאי-חוקיות, מתגלה כמשענת קנה רצוץ, שעה שהדרישות המוגברות לביסוס ההפרה, מקשות על היכולת לבסס הטענה (שם, עמ' 21-22 וראו לעיל פס' 66-72).

122. לבסוף, טענות להיעדר הוגנות (fairness) הן הטענות הכיו פחות מוסדרות תחת החוק, כפי שעלה בעניין **מדיניות פרטיות גול 2013**, עמ' 20 ("With respect to plaintiffs' claims under the UCL's unfair prong, the standard for determining what business acts or practices are 'unfair' in user actions under the UCL is currently unsettled. Generally speaking, an unfair business practices under the UCL is one that either offends an established public policy or is immoral, unethical, oppressive, unscrupulous, or substantially injurious to users. To determine whether a business practice is unfair, a court should consider the impact of

**the practice or act on its victim, balanced against the reasons, justifications and motives of the alleged wrongdoer** ("ובבב טענות אלו לפיכך קיימת אי-וודאות משפטית, אך עם זאת ניתן לומר בזיהירות כי בית המשפט לא ימהר לקבל טענה של היעדר-הוגנות שעה של דידיו המבקשים נעדרים "ציפייה סבירה לפרטיות" או יכולת לבסס נזק מוחשי".

123. בסיכום של דברים, היכולת לבסס טענה של תחרות בלתי הוגנת לרעת הרכנים במדינת קליפורניה הינה מוגבלת. זאת שכן **על המבקשים להראות כי נגרם להם נזק כלכלי וכי הסתמכבו באופן ממשי על המציג המטענה**. בנוסף על המבקשים להישען על אחת משלשות העילות הקבועות ב-UCL, כל אחת מהן מציגה אתגרים שונים על המשיבים בביבוס הטענה וזאת במיוחד בתובענות ייצוגיות בוגעת להפרה של הזכות לפרטיות.

#### הגנת הרכן בדין בישראל

124. סעיף 2 לחוק הגנת הרכן, תשמ"א-1981 קובע כי "לא יעשה עסק דבר – במעשה או במחдел, בכתב או בעל-פה, או בכל דרך אחרת לאחר מועד החתשרות בעסקה – העולל להטouteה הרכן בכל עניין מהותי בעסקה". בניגוד לדין הזר חוק הגנת הרכן לא מקיים שום עילوت סף לביסוס זכות העמידה של עוטרים, בטח שלא בתובענות ייצוגיות. הרחבה על חשיבות החקוק כבוד הנשיאה חיota בעניין **תנובה 2**:

"אחד התחומיים המובהקים אשר בו באים לידי יתרונוטיה של התובענה הייצוגית הוא – דין הגנת הרכן... איתר המחוקק אוכלוסיית צרכנים זו כאוכלוסייה שיש לטפק לה הגנה מוגברת בחקיקה ולהבטיח כי העוסק, שבידו יתרונות של מידע וכיולה כלכלית, לא נצל את יתרונותו לרעה להפקת רוחחים קלים על חשבון הרכן, תוך הטעיתו בעניינים מהותיים הנוגעים לטיב העסקה... **פרט לחשיבותם של דין הגנת הרכן בנסיבות פעררי הוכח שבין העוסק לרכן ובחזוק האוטונומיה האישית של הרכן, יש לדינים אלה חשיבות גם בהגשתם אינטרסים ציבוריים שלא ניתן להפריז בחשיבותם ובתems: רעיון הריבונות הרכנית; הגנה על הזבות לדוחה זכויות חברתיות; קידום עיקרונות הוגנות במסחר; הגנה על אמינות השוק המקומי; ושמירה על האמון בסדר החברתי ובהוראות החקוק".**

125. מלשון דברים אלה – בדגש על הדגשתה של נשיאה את החשובות ש'בחזוק האוטונומיה האישית של הרכן' – ברור כי **אין דין בישראל שלו האפשרות להגשת תובענה ייצוגית מכוח חוקי הגנת הרכן גם מקום שהנזק אינו מנוני**. הכרעת הדין בעניין **תנובה 2** היא דוגמה מצוינת לכך. גם בעניין פריניר נפסק כי הפגיעה באוטונומיה של הרכן בגין הטעה צרכנית עולה לכדי ראש נזק המקיים עילת תביעה לרבות בהליך ייצוגי. בית המשפט ציין בהקשר זה את הרצionarioאים מהחורי ההלכה (שם, בפט' 59 לפסק **דיןו של כבוד השופט מילצ'ר**):

**"האינטראס ה הציבורי תומך בחשיפתן של עולות כרכניות וקיטה באמצעותם שיש בהם כדי להרתו עוסקים מפני הפרות של הדין והסתורה של מעשייהם או מחדלייהם גם אם תיגרמנה לצרכנים (שבעקבות התנהלותו של העוסק נפגעה האוטונומיה שלהם) רק בעתיד תחשות שליליות נלוות בעקבות הידעיה כי העוסק עול לפיהם."**

126. אך עוד יותר מכז, בעוד שהדין הזר מעגן את דרישת החסתמכות-הממשית ( *see* , If a plaintiff did not "see" read, hear, or consider the alleged misrepresentation, then he cannot possibly establish "damage" suffered "as a result of" that misstatement. בדין בישראל אין דרישת מקבילה. ראו למשל בעניין ע"א 7103/15 שושנה חייה הררי נ' תלקר חקרה בע"מ (5.10.2016) כי איסור הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן "משתሩ גם על כל דבר העול להטעות, אף אם לא התקיימה הטיעיה בפועל". אין המתדיינים נדרשים לבסס כי נחשפו בעצם התנהגות המטעעה, שלא לומר הוטעו, וכי אם ידגינו את האפשרות בהטעיה. בהינתן שכוננות המשפט היתה למנוע התנהגות עולותית של עסק מטרת המכשיר הדוני להגן על צרכנים בלתי-מיודעים שנגשווים למשפט נסוכה והם אינם בהכרח מודעים לזכויותיהם המוחותיות, זאת בשים מצד האם הטעיתם התרחשה או הייתה רק עשויה להתרחש (ראו: עניין פרינר, בפס' 58).

127. יתרה מזאת, כבוד השופט חיות (כתוארה דאז) אישרה בעניין רע"א 3418/16 המועצה להסדר המינויים בספורט נ' גול אבידן (1.9.2016) (להלן: عنيין המועצה להסדר המינויים) את הקביעות של בית המשפט كما לפיהו: (1) נגרמה לכארה עצמת נשפם מהמרמים שלא נחשפו לשינויים במקצתו הזכה וזאת בשל אי-עמידה של המועצה בחובת ה גילוי הקבועה תחת חוק הגנת הצרכן; (2) עוגמת נשפ זו עשוייה לתקיים למחרמים זכות לפיצוי בגין נזקים שאינם ממוניים; (3) אך שייתכן קושי לא מבוטל להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין התנהלותה של המועצה לנזקים שנגרמו לכארה לחבריו הקבועה אין בכך כדי להצדיק דחיה על הסף של בקשה אישור לתובענה ייצוגית (שם, בפס' 7).

## פרק ה : סיכום

128. חברות טכנולוגיה ומדיה חברותית חוותות מעת לעת ומאשרות את התchieיבוטן לפרטיות המשמשים שלחן. כך לדוגמה הצהירה נעה אלףנט, מנהלת מדיניות בכירה בגוגל ישראל בתשובה לפניה של מרכז המחבר והמידע של הכנסת מילוי 2016 (כשנה לפני הדיווח באתר האינטראקט קוורץ העומד בסיס התובעה הייצוגית שבפניינו) : "החברה מקדישה מאמצים רבים לוודא כי משתמשים ב מוצריה מוגנים היטב ומודעים היטב באשר לשילטה במידע שהם חולקים... החברה מעוניינת להעצים את זרנינה באמצעות המידע שהוא מספקת להם, כך שהם יוכל להחליט בשיקיפות מלאה כיצד הם רוצים להתנהל... קל למצוא, להבין ולנהל את הגדרות המשמש והכלים המגדירים את דפוסי השימוש במוצריו החברה. משתמשים המחוורדים (Signed) לשירותי גוגל יכולים לשנות במידע בחשבון שלהם". (ראו : מרכז המחבר והמידע של הכנסת, **סוגיות הפרטיות בטלפונים חכמים : מוגש לוועדת המדע והטכנולוגיה 21-22 (2016)**). אמירה דומה השמיע גם המנכ"ל והמייסד של פייסבוק, מאrk צוקרברג, לגבי דיווחים על הפרטויות של למעלה מ-50 מיליון משתמשים במסגרת שיתוף הפעולה עם חברת קיימברידג' אנגלטיקה "יש לנו אחריות להגן על המידע שלכם. ואנו אנחנו לא מצלחים בכך אז לא מגיע לנו לשורת אתם... אני הקמתי את פייסבוק, ובוסף של דבר האחריות בהגנת המידע המוצג בפלטפורמה היא עלי. אני מתכוון בראציות לעשות כל מה שדרוש כדי להגן על הקהילה שלנו" (ראו : הגר בוחבוט, "צוקרברג לוקח אחריות: עשינו טעויות, אנחנו חיבים להשתפר" ynet (21.3.2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5186552,00.html>).

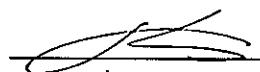
129. אך הצהרות לחוד ומציאות לחוד. בפועל המודלים העסקיים של חברות הטכנולוגיה הגדולות הם ככל שמעודדים את החדרה ההולכת וגוברת לפרטיות המשמשים. שחררי אם השירות ניתנים בחינוך, אנחנו המוצר. מלאת אגירתה, ניתוח ומכירת המידע שאנו חוננו כולנו מייצרים יום ביום על גבי הפלטפורמות, האפליקציות, והמכשורים – היא שעומדת בסיס הכללה הפוליטית של תאגידי עתק אלה. עם אימוץ הלכת בן חמו, נפתח צוהר לבתי המשפט בישראל לשחק תפקיד מרכזי יותר בהגנה אקטיבית על הזכות החוקתית לפרטיות של תושבי מדינת ישראל. **זו הפעם הראשונה לבתי המשפט לפתח ולהרחיב את המסגרת הסטטוטורית**, בדגש על חוק הגנת הפרטיות וחוק הגנת הצרכן, ולהתאים **לדרישות המשנות של חברת המידע - בואך שנת 2019**. בית המשפט לפיקץ צורך לעודד תובנות ייצוגיות כמו זו מושא עתירה זו, וזאת במטרה לckettתו נוספת נספה לזכותו של אדם שלא תישל ממנו האפשרות **לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטוי ותזוז שינויו אותו לעצמו, בין אם אונ-ליין ובין אם אופ-ליין.**

130. יובהר עוד כי הציבור הישראלי מכיר בחשיבות הזכות לפרטיות והשמירה על המידע האישי שלו. במסגרת דין שנערך בוועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת לרجل יום הגנת הפרטיות הבינלאומית ב-30 בינואר 2017, הציגה הרשות להגנת הפרטיות ממצאי סקר שערך בו הציבור מרבית האזרחים על חשש מהותי מפני פגיעה בפרטיותם בראשת 1,222 משתתפי הסקר נשאלו לגבי סוג המידע שירצטו לשומר באופן מיטבי ובצורה שתמנעו את חשיפתו לעיני גורמים חיצוניים. **עמדות הציבור היו חד משמעיות. ענקיות האינטראקט, המדינה החברתית ומפתחי האפליקציות עמדו בראש הטללה בשורה של מцыינים שליליים,**

**בשחבות שבחם הוא התפיסה של רוב גורף בצבא הישראלי לפיה המידע האישי שהן מחזיקות אודוטינו "אינו נמצא בידיהם בטוחות" וכיים סיכון ממש ל臧יגתו וחשיפתו". להרבה ראו: הרשות המשפט, טכנולוגית ומידע, "סיקום שאלון בנוגע לתפיסות הצבא לגבי מידע אישי והגנת הפרטיות" (<https://goo.gl/DTqpBQ>, ספטמבר 2016).**

131. הדין הזה, הנה הפדרלי ותוך זה של מדינת קליפורניה, לא מספקים את ההגנות הראות למתדיינים הישראלים. במקרים פתוחה את שערו בית המשפט לצרכנים שזכויותיהם היסודותיות אסרווף נדרשת, בת המשפט של קליפורניה דוקא מצמצמים את העילות, מקשיחים את מבחני הסף, ומצביעים מחסומים על מחסומים שונים. העובה כי המחוקק בקליפורניה יימץ אך לאחרונה בפה אחד את חוק פרטיות הצרכנים, מלמד אותו כי גם הוא ער לעובדה כי המצוינות המשפטית הנוכחית בקליפורניה אינה עולה בקנה אחד עם ה交融ים של חברה בעידן הדיגיטלי. תהייה זאת טעות של ממש אם יבחר בית המשפט להחיל את הדין המקיף, תוך פגיעה בזכויות הקונטיניות של תושבי מדינת ישראל, ותוך הרוחketנו מהסטנדרטים המקובלים באירופה להגנת מידע ולחיזוק חופש הביטוי והזכות הפרטיות.

ולראיה באתי על החתום:



מר אסף ליבין