

מעקב אחר פסיקה לתאריכים 4-11/11/2019

ע"א 4110/18 פלונית נ' קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ (פורסם בנבו, 07.11.2019) (להלן: "עניין קדימה מדע-חינוך לחיים"). ערכאה: בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט פרופ' עופר גרוסקופף.

בית המשפט העליון, מפי כבוד השופט פרופ' גרוסקופף, דחה ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בלוד, אשר במסגרתו התקבלה בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. המערערת 1, היא נערה בת 16 הזכאית לשירותי חינוך חנם מכוח חוק חינוך חנם לילדים חולים¹ (להלן: "המערערת"). המערערים הנוספים הם הורי הנערה (להלן יחד: "המערערים"). קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ (להלן: "המשיבה"), היא חברה לתועלת הציבור שבאמצעותה משרד החינוך מספק חינוך חנם לילדים חולים. במסגרת זו, המשיבה הקימה את "פרויקט שלבים" הנועד להעניק חינוך לאותם ילדים חולים עת מחלתם. המערערת לקחה חלק בפרויקט שלבים. במהלך שנת 2017, המערערים הגישו בקשה לאישור תובענה כייצוגית לבית המשפט המחוזי בלוד בטענה כי שמות התלמידים והמורים הלוקחים חלק בשירותים אותה מעניקה המשיבה דלפו בשני מקרים שונים שהתרחשו בשנת 2015. המערערים טענו כי התבצעה הפרה של הוראות חוק הגנת הפרטיות², וכן של סעיף 6(א)1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות³. השאלה שעלתה בפסק הדין היא האם עניינה של התובענה נכנס בגדר העילות המנויות בתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות וזאת בהתאם לסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות⁴.

בהחלטת בית המשפט העליון נקבע כי רשימת העילות המופיעה בתוספת השנייה לחוק שבגינן ניתן לנהל תובענה ייצוגית הינה סגורה. משכך, במקרים בהם עולה הטענה כי יש לדחות בקשה לאישור מכיוון שעילות התביעה הנטענות אינן נופלות לעילות המופיעות בתוספת השנייה לחוק, קמה הצדקה לבחינת הטענה במסגרת דחייה על הסף. עילת התביעה המרכזית בערעורם של המערערים היא פגיעה בפרטיות תוך הפרת חוק הגנת הפרטיות. דא עקא, עילה זו אינה מופיעה בתוספת השנייה לחוק, ולכן בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן לנהל תובענה ייצוגית בגין כל טענה להפרת חוק זה. עם זאת, מוסיף כבוד השופט פרופ' גרוסקופף, כי במצבים בהם הפגיעה בפרטיות מבוצעת במסגרת אחת ממערכות היחסים אליה מתייחס אחד מפרטי התוספת השנייה (עוסק-לקוח⁵; מבטח-מבוטח⁶; בנק-לקוח⁷; עובד-מעביד⁸), יהיה ניתן לנהל תובענה ייצוגית. בהתאם לכך, המערערים ניסו לטעון כי המשיבה היא בגדר "עוסק" ולכן הבקשה נופלת לגדר העילה המופיעה בפרט 1 לתוספת השנייה.

לפי הלכת צ'רטוק, כאשר רשות ציבורית ו/או המדינה מספקות שירותים לציבור, יש להבחין בין פעולות מסחריות-פרטיות לבין פעולות שלטוניות-ציבוריות.⁹ רק במקרים בהם הרשות הציבורית מספקת

¹ חוק חינוך חנם לילדים חולים, תשס"א-2001.
² חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).
³ חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998. בהתאם להוראות הסעיף, יש להעניק לאדם עם מוגבלויות שירותים תוך הקפדה על כבוד האדם וחירותו, והגנה על פרטיותו.
⁴ חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: החוק).
⁵ פרט 1 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות.
⁶ פרט 2 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות.
⁷ פרט 3 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות.
⁸ פרט 10 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות.
⁹ רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (2002). התובענה בעניין זה הוגשה בגין הטענה כי המדינה, שר התחבורה ורשות הרישוי במשרד התחבורה (להלן יחד – המדינה), גבו תשלום שלא כדין בגין השתתפות בקורס השתלמות נהיגה תוך הפרה של סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, וכן ניצול מצוקת הצרכן כאמור בסעיף 3(ב) בחוק. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו אישר את התובענה כייצוגית. אולם, בערעור שהוגש, בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה מאחר שלא התקיימו התנאים שבסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן.

פעולות מסחריות-פרטיות יהיה ניתן לראותה כ-"עוסק" בהתאם להגדרה בחוק הגנת הצרכן. לעניין זה, אין זה משנה אם הרשות העסיקה גוף פרטי לצורך מתן השירות. בית המשפט העליון בענייננו קבע כי מאחר שמדובר בקבלת שירותי הוראה אותם המדינה מחויבת להעניק על פי דין וללא תשלום, מדובר בפעולה שלטונית-ציבורית מובהקת, ועל כן מערכת היחסים בין המערערים למשיבה אינה נופלת להגדרה בחוק הגנה לצרכן.¹⁰

פסק-הדין שבנדון, מעלה שאלה מהותית והיא האם יש לאפשר לנהל תובענה ייצוגית בגין הפרת חוק הגנת הפרטיות. שאלה זו העסיקה רבות הן את המחוקק,¹¹ והן את האקדמיה.¹² **וועדת שופמן**, אשר התכנסה בשנת 2007 בכדי לבחון מחדש את ההסדר החקיקתי לעניין חוק הגנת הפרטיות, המליצה באופן מפורש לאפשר לנהל תובענה ייצוגית בגין העילות המנויות בחוק, ולהוסיפו לתוספת השניה בחוק. הנימוק שעמד בבסיס ההמלצה הוא כי הפגיעות שמתבצעות בגין הפרת פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות,¹³ בדרך-כלל אינן מקימות תמריץ מספק לנפגע היחיד להגיש תביעה אזרחית.¹⁴ זאת מכיוון שמספר הנפגעים בדרך-כלל רב, הנפגעים מפוזרים והנזק שנגרם לכל אחד מהם הוא קטן. התקבצותם של שלושת האלמנטים הללו יחדיו יוצרים כשל אכיפה אשר מנגנון התובענות הייצוגיות התגלה כאפקטיבי בפתרונו.¹⁵ לכן, סברה הוועדה כי יש לתקן את חוק תובענות ייצוגיות כך שתוכנס בתוספת השניה האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין הפרת חוק הגנת הפרטיות.¹⁶ בנוסף לוועדת שופמן, הונחה על שולחן הכנסת **הצעת חוק** ביוזמתו של חבר הכנסת מיקי רוזנטל אשר קוראת להכניס את חוק הגנת הפרטיות לתוספת השניה לחוק.¹⁷ נכון לעכשיו, הצעת החוק טרם עברה קריאה טרומית. **פרופ' בן אוליאל** מפנה במאמרו לדברי ראש הרשות למשפט, טכנולוגיה ומידע במשרד המשפטים, הטוען כי הגורם שבגיניו חוק התובענות הייצוגיות לא מתוקן כך שיכלול בתוספת השנייה אף את חוק הגנת הפרטיות הוא חששה של המדינה מתביעות כנגדה,¹⁸ ממש בדומה לפסק הדין שבנדון.

פרופ' בירנהק בספרו, מונה מספר חוסרים הקיימים בהסדר המשפטי הקיים בישראל לעניין מאגרי מידע, שבאמצעות מנגנון התביעה הייצוגית יהיה ניתן למלא אותם.¹⁹ לענייננו, החוסר הרלוונטי ביותר הוא חוסר **באכיפה**. פרופ' בירנהק גורס כי עלותה של תביעה בגין הפרה של הסדר מאגרי המידע היא גבוהה מתוחלת התביעה בהתחשב בסיכויים הנמוכים לקבלת פיצוי.²⁰ כלומר, ובהתאם למאמרו של **פרופ' קלמנט**, מדובר בתביעות בעלות ערך נטו שלילי (Negative Expected Value).²¹ תביעות אלה, יוצרות כשל אכיפה מובנה מאותה סיבה שצוינה בוועדת שופמן, לפיה התמריץ של התובע היחיד אינו מספק כדי שזה יגיש

¹⁰ ע"א 4110/18 פלוגית נ' קדימה מדע-חינוך לחיים בע"מ, פסקה 13 לפסק-דינו של השופט גורסקופף (פורסם בנבו, 07.11.2019).

¹¹ משרד המשפטים **דין וחשבון, הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע** 32, 33 (יהושע שופמן יו"ר, 2007) (להלן: **וועדת שופמן**); **הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – תובענה ייצוגית בשל פגיעה בפרטיות)**, התשע"ח-2018, פ/5489/20 (להלן: **הצעת החוק**).

¹² **מיכאל בירנהק [מרחב פרטי] הזכות לפרטיות בין המשפט לטכנולוגיה** 238, 239 (תשע"א).

¹³ באופן כללי, פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות עוסק בהגנה על הפרטיות במאגרי המידע. פרק ב', מטיל חובות שונות על מנהלי המאגרים השונים: כך למשל, סעיף 16 לחוק הגנת הפרטיות מטיל חובת סודיות; סעיף 17 לחוק הגנת הפרטיות מטיל חובת אבטחת המידע. להרחבה ראו: בירנהק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 226-227.

¹⁴ וועדת שופמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 32, 33.

¹⁵ שם.

¹⁶ שם, בעמ' 33.

¹⁷ הצעת החוק, לעיל ה"ש 11.

¹⁸ **דניאל בן-אוליאל "שנת המשפט תש"ע בתחום הקניין הרוחני, הטכנולוגיה והתקשורת" דין ודברים** ו 139, 160 (2011).

¹⁹ בירנהק, לעיל ה"ש 12.

²⁰ שם, בעמ' 235-236.

²¹ **אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים: בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט** כא 387, 395-396 (2004).

תביעה אזרחית.²² כשל זה מוביל להרתעת חסר שכן מפרי דין לא יימצאו חבים בגין הפרות שהם מבצעים, ובכך הם חומקים הפנמת הנזק שגרמו.²³ באמצעות מנגנון התביעה הייצוגית, המאפשר אגרגציה של הנזקים "הקטנים" שנגרמו, ניתן להפוך את ערך התביעה לחיובי (Positive Expected Value), שכן העלויות הנדרשות בהגשה וניהול התביעות הדומות יחד כתובענה ייצוגית, נמוכות מהעלויות שהיו נדרשות כדי להגיש תביעות אלה בנפרד.²⁴ מעבר לכך, בהסתכלות רחבה מזו, לולא המנגנון של תובענות ייצוגיות, זכות הגישה האינדיבידואלית של היחידים שנפגעו הייתה חסרת ערך מאחר שאלה לא יגישו תביעה.²⁵ בכך, קיים ציבור (ביניהם המערער) אשר ניזוק וידיו כבולות כדי להגיש תביעה.

בעקבות פסק-הדין שבנדון, נדמה שהחוסר שאותו מעלה פרופ' בירנהק הינו ממשי ורחב. זאת מפני שנסגרה הדלת לטעון כי בוצעה הפרה של חוק הגנת הפרטיות כנגד המדינה,²⁶ או מי מרשויותיה במסגרת פעולותיהן השלטוניות-ציבוריות,²⁷ ונגד כל נתבעת שאינה עונה לאחת ממערכות היחסים המנויות בתוספת השניה לחוק כאמור (להלן: "**הנתבעות הפרטיות**"). בהיעדר אפשרות להגיש תובענה ייצוגית במקרים אלו, לא יהיה לפרטים תמריץ לערער על הפרות שהמדינה והנתבעות הפרטיות מבצעות בחוק הגנת הפרטיות. כתוצאה מכך, למוסד הרלוונטי לא יהיה תמריץ להקפיד על ההוראות השונות והמהותיות המופיעות בחוק הגנת הפרטיות לרבות: אבטחת המידע הנוגע לציבור רחב אותו המוסד מחזיק, העלול להיות רגיש במיוחד וחובת הסודיות החלה על המוסד כמנהל המאגר.²⁸

מצדן של הנתבעות הפרטיות, כדוגמת Facebook ו-Google נדמה שכשל האכיפה הינו חמור במיוחד: זאת מכיוון שבשונה מהמדינה אשר נהנית מחזקת תקינות המנהל, תכליתם העיקרית של התאגידים הפרטיים הינה השאת רווח התאגיד. לזאת יש להוסיף כי החלק הארי של המודל העסקי של התאגידים מבוסס על סחר במידע שהם אוספים על ציבור המשתמשים שלהם.²⁹ בכך, החשש שהתאגיד הפרטי ינצל את כשל האכיפה כאמור, תוך פגיעה בפרטיות ציבור משתמשיו לצורך השאת רווחיו הינו שונה וחמור מזה של המדינה.³⁰ לולא החלת מנגנון התובענה הייצוגית, הנתבעות הפרטיות יוכלו לתכנן את צעדיהן כך שהתביעות הפוטנציאליות מולן יהיו לעולם בעלות ערך נטו שלילי, ובכך קשה להאמין שהנפגע היחיד אשר נעדר תמריץ, יקום נגדן.

מנגד, אין להתעלם מהנזק שהיה עלול להיגרם, הן למדינה והן לנתבעות הפרטיות, אילו האפשרות להגיש תובענה ייצוגית הייתה קיימת לעניין הפרת חוק הגנת הפרטיות: מצדה של **המדינה**, מדובר בנזק פוטנציאלי אדיר וזאת בעקבות שלושה טעמים עיקריים: ראשית, בעקבות שליטתה במאגרי מידע רבים ורחבים במיוחד, הנוגעים לפרטים האישיים של אוכלוסיית המדינה; שנית, בעקבות פסק הדין בעניין "**מי הגליל**",³¹ אשר ביטל את החובה לפנייה מוקדמת לרשות, נפגעת האפשרות של הרשות לתת מענה אישי ויעיל

²² וועדת שופמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 33.

²³ קלמנט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 391-390.

²⁴ שם, בעמ' 402.

²⁵ שם, בעמ' 399.

²⁶ במסגרת פעולותיה השלטוניות-הציבוריות. בהקשר זה, מעניין לציין שעל-פי הוראות פרט 11 לתוספת השנייה, ניתן לתבוע את רשות מקרקעי ישראל כתובענה ייצוגית אך ורק בגין סכומים שגבתה שלא כדין. מכאן, שרשות מקרקעי ישראל חסינה מתובענות ייצוגיות בגין הפרת חוק הגנת הפרטיות, אף בפעולותיה המסחריות-פרטיות.

²⁷ או מי מהגופים אותם הרשות/המדינה מעסיקה לצורך מתן שירותים.

²⁸ להרחבה אודות התמריצים של הרשות להקפיד על הוראות החוק ראו: [אסף חמדני ואלון קלמנט, "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לח\(3\) 445, 465-469 \(תשס"ט\)](#).

²⁹ נימוק זה עמד בבסיס הצעת החוק, לעיל ה"ש 11.

³⁰ ראו למשל: תצ (ת"א) 13-09-36028 לירן מנחם יגודה נ' איסתא ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 09.08.2016).

³¹ דנ"מ 5519/15 יוסף אחמד יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ (פורסם בנבו, 17.12.2019).

טרם ניהול התובענה כייצוגית;³² שלישית, בעקבות הקושי להעריך את סיכויי התביעות מראש, המדינה עלולה להיות חשופה לסיכון שהיא תישא בהוצאות של תביעות רבות גם במקרים בהם היא נהגה כדין, וזאת על חשבון כספי הציבור.³³

הן מצדן של הנתבעות הפרטיות, נדמה שמדובר בפרוטנציאל גבוה להפרות מסיבות הדומות לאלה שצוינו לעיל. יש שיטענו כי בשונה מהמדינה אשר תקציבה מבוסס על כספי הציבור, במקרה של הנתבעות הפרטיות מדובר בכספי התאגיד ולכאורה החשש שכספי הציבור יבוזבזו לשווא לא גדול. עם זאת, אין להתעלם מן האפשרות שתאגידים מתוחכמים אלה ימצאו את הדרך לגלגל באופן עקיף את ההוצאות לציבור המשתמשים, ובכך מטשטש במידה מסויימת ההבדל בינם לבין רשויות המדינה לעניין זה.

בהתאם לאמור לעיל, סבורני כי מדובר בשאלה מורכבת אשר החששות לה מבוססים ומטרידים ביותר. פסיקתו של כבוד השופט פרופ' גרוסקופף בעניין קדימה מדע-חינוך לחיים מציפה את הצורך בשניוי הדין הקיים כך שתיפתח הדלת להגשת תובענות ייצוגיות בגין הפרת חוק הגנת הפרטיות. את החששות המתוארים לעיל ניתן למזער, בין היתר באמצעות מנגנונים שונים אשר חלקם כבר מצאו את מקומם בחוק: השארת שק"ד לבית המשפט לעניין קביעת הפיצויים תוך הנחייתו לשקול את הנזק שעלול להיגרם לציבור;³⁴ מתן אפשרות חדילה;³⁵ הטלת חובת פנייה מוקדמת על התובע הייצוגי; הגבלת גובה הפיצויים. המצב הנוכחי, בו האפשרות להגיש תובענה ייצוגית כנגד תאגיד פרטי בגין הפרת חוק הגנת הפרטיות היא מוגבלת ביותר, וכנגד רשויות המדינה עוד יותר, מותיר ציבור רחב עם יכולת מוגבלת לממש את זכותו לגשת לבתי המשפט. את המצב המתואר ניתן לתקן באמצעות תיקון התוספת, בהליך פשוט הדורש מתן צו על ידי שר המשפטים המורה על הוספת פרט לתוספת ואישורו על-ידי וועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת.³⁶

³² מתן ברניר "בדרך לגל תביעות חדשות? הלכה חדשה של העליון עשויה לפרוץ את השכר" גלובס – דין וחשבון 24.12.2019.

³³ אלון קלמנט ורות רוזן "בחנית עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב 1, 9 (תשע"ט).

³⁴ סעיף 8(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

³⁵ סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

³⁶ סעיף 30 לחוק תובענות ייצוגיות.