



## בבית המשפט העליון

רע"א 4243/19

לפני: כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: Google LLC (לשעבר Google Inc.)

נגד

המשיבים: 1. תומר ברם

2. Apple Inc.

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 22.5.2019 (כבוד השופט ר' כהן) ב-ת"צ 63902-12-17

בשם המבקשת: עו"ד רותה לובן; עו"ד שגיא שיף

### החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 22.5.2019 (כבוד השופט ר' כהן, ת"צ 63902-12-17) בגדרה נדחתה בקשת המבקשת לסלק על הסף את בקשת האישור שהופנתה כלפיה (להלן: הבקשה ו-ההחלטה, בהתאמה).

2. נעמוד בקצרה על הרקע הצריך לעניין. ביום 31.12.2017 הגיש המשיב 1, תומר ברם, בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד המבקשת, Google LLC, ונגד המשיבה 2, Apple Inc. (להלן: בקשת האישור, ברם, גוגל ו-אפל, בהתאמה). עניינה של בקשת האישור בטענה כי גוגל ניצלה פגמים שנפלו בין יוני 2011 לפברואר 2012 באבטחת דפדפן "Safari" מתוצרת אפל (המותקן על מכשירים אלקטרוניים מתוצרת אפל) על מנת לשתול קבצים המכונים "Third-Party Cookies", שכל תכליתם איסוף מידע על אודות המשתמש בין היתר לצרכי שיווק ופרסום. לפי המתואר בבקשת האישור, Internet Cookies (להלן: קוקיז) הם קבצים שנשתלים בדפדפן המשתמש, ה"זוכרים" ביקורים קודמים של המשתמש באתר הרלוונטי ומשחזרים עבורו את הגדרות עמוד האינטרנט; כאשר ישנם קוקיז שנועדו לעקוב אחר הרגלי הגלישה של המשתמש ולאסוף מידע על אודותיו. קוקיז שנשתלים על ידי גורם שאינו האתר שבו גולש המשתמש מכונים Third-Party Cookies (קוקיז צד שלישי) – וזה כאמור סוג הקבצים שלפי הנטען נשתל על ידי גוגל באמצעות "הפרצה" בדפדפן.

בבקשת האישור נטען כי במעשים המתוארים, הפרו גוגל ואפל את פרטיות המשתמשים באופן העולה כדי הפרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). כן נטען כי מדובר בהפרה של הוראות דין נוספות ובהן כאלה המעוגנות בחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 וחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; וכי הדבר עולה כדי הפרת חוזה, חוסר תום לב במשא ומתן ובקיום חוזה, עשיית עושר ולא במשפט, רשלנות, הפרת חובה חקוקה והטעיה.

3. זמן קצר לאחר שבקשת האישור הוגשה, ביקשה גוגל כי בית משפט יורה על סילוקה ביחס אליה (להלן: בקשת הסילוק). לטענתה, ברם כלל לא טרח לפרט בבקשת האישור כיצד התובענה באה בגדר איזה מהפרטים שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות), בניגוד לחובתו לפי תקנה 2(א)(1) לתקנות תובנות ייצוגיות, התש"ע-2010. לצד זאת, נטען שככל שכוונת ברם היא שבקשת האישור נכללת בגדר פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ("תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו"), הרי שבין גוגל לבין הקבוצה המיוצגת לא מתקיימת מערכת יחסים של "עוסק ולקוח" – ודי בכך על מנת לדחות את בקשת האישור כלפי גוגל. כן נטען כי העילות שבמוקד בקשת האישור התיישנו זה מכבר, שכן אין חולק שהתקופה הרלוונטית לבקשת האישור הסתיימה עוד בפברואר 2012 ותקופת ההתיישנות שנקבעה בחוק הגנת הפרטיות עומדת על שנתיים בלבד; וזהו טעם נוסף לדחיית בקשת האישור על הסף.

בתשובה לכך טען ברם כי הלכה היא שרק במקרים נדירים מסלקים בקשה לאישור תובענה כייצוגית על הסף – ומקרה זה אינו חוסה בגדרם. לגופם של דברים, נטען כי בקשת האישור כלפי גוגל הוגשה לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות; וכי בין גוגל לחברי הקבוצה מתקיימים יחסי עוסק-לקוח מאחר שגוגל כפתה עליהם שירות של "חשיפה לפרסומות שיש לה עניין בהן תוך גלישה ברשת האינטרנט". כן נטען כי יש לדחות את הטענה לסילוק בקשת האישור מחמת התיישנות, שכן מרוץ ההתיישנות החל רק במועד שבו התברר לחברי הקבוצה דבר העילה שעומדת להם כלפי גוגל; וממילא טענה זו אינה רלוונטית למרבית העילות שביסוד בקשת האישור שביחס אליהן תקופת ההתיישנות היא בת 7 שנים.

4. בהחלטה מיום 22.5.2019 דחה בית המשפט המחוזי את בקשת הסילוק. תחילה צוין כי על מנת שלא לתמרץ הגשת בקשות לאישור תובענה כייצוגית חסרות, נראה כי

על פניו היה מקום לקבל את בקשת הסילוק – שכן בקשת האישור אינה מתייחסת לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ולא מפנה לפרט הרלוונטי שלפיו היא הוגשה (והדבר צוין רק בכותרת כתב התביעה שצורף לבקשת האישור). אולם לבסוף נקבע כי מכיוון שעל הפרק שאלות בעלות חשיבות בנוגע להגדרת יחסי עוסק-לקוח שמן הראוי לבררן לגופן ולהסיר חוסר ודאות בנדון – דין בקשת הסילוק להידחות. בהקשר זה נאמר כי השאלות שדורשות בירור הן: "האם השירות שהתבצע, לטענת המשיב (ברם-ע"ב), על ידי 'הגלשה' לשרתי המבקשת (גוגל-ע"ב) לצורך צפיה בפרסומות, שירות הוא, ונחשב אספקת שירותי אינטרנט היוצרת יחסי עוסק-לקוח אם לאו"; "הטענה, שמתן שירות כפוי בכוחו ליצור יחסי עוסק-לקוח בין הגוף המספק את השירות לבין אותו אדם, כאשר לא הייתה כל התקשרות חוזית ביניהם עובר לכפיית השירות"; ו-"האם צירוף המילים 'בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו', המצוין בפרט 1 לתוספת השניה, מתייחס אך ורק להתקיימות משא ומתן טרום חוזי או שמא נוגע לעתים ובאופנים מסוימים גם למצבים בהם גופים בעלי מעמד מיוחד מספקים שירות לציבור באופן כללי וניתן לסווגם כספקי שירות אף אם לא הייתה עמם התקשרות חוזית ספציפית (בהקבלה למעמד הבנקים בישראל, רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ ואח' נ' שפירא ואח', מיום 23 בנובמבר 2010)."

מכאן בקשת רשות הערעור שלפניי. במסגרת הבקשה, חוזרת גוגל על הטענות שהועלו לפני בית המשפט המחוזי – וטוענת כי מאחר שהסוגיות שנטענו בבקשת הסילוק הן משפטיות ואינן דורשות בירור עובדתי, נדרש היה לדון בהן כבר כחלק מהדיון בבקשת הסילוק ואין טעם לקיים הליך שלם של דיון בבקשת האישור לגופה. לטענת גוגל בקשת האישור אינה באה בגדר התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות שכן עצם ביצוע עוולה לכאורה (אספקת שירות כפוי) אינו מקים מערכת יחסים של עוסק-לקוח בין הצדדים; ועוד נטען כי לא היה מקום להתיר לברם להעלות את טענת "השירות הכפוי" מקום שזו לא נטענה לכתחילה בבקשת אישור. כן מוסיפה גוגל כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא נתן דעתו בהחלטה לטענת ההתיישנות, וכי נדרש היה לסלק את בקשת האישור על הסף אף מהטעם שהעילות שביסודה התיישנו זה מכבר.

5. דין הבקשה להידחות, אף בלא להידרש לתשובה. נקודת המוצא לדיון היא שהכלי הדיוני של סילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה כייצוגית שמור למקרים קיצוניים שבהם ניכר על פני הדברים כי "אין בבקשה ולא כלום", שבקשת האישור אינה אלה "בקשת סרק", או מקום שבו מועלית טענת הגנה השומטת את הקרקע מתחת לבקשת האישור כולה (רע"א 7667/17 רוזנצוויג נ' חזן, פסקה 8 והאסמכתאות שם (3.12.2018)). בהינתן המדיניות "הנוקשה" שחלה ביחס לבקשות לסילוק על הסף, מטבע הדברים זו גם אמת המידה שחלה על בקשת רשות ערעור על החלטה שדוחה בקשת סילוק (רע"א 2598/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שפירא, פסקה יח(23.11.2010)); וממילא הלכה

היא כי ערכאת הערעור נוטה שלא להתערב בהחלטות דיוניות בנוגע לאופן ניהול ההליך. בענייננו, אין הצדקה לסטות מהנחות יסוד אלה.

השאלה אם מערכת היחסים הנטענת בין גוגל לקבוצה המיוצגת אכן נכללת בגדר פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות היא סוגיה נכבדה, שדורשת בירור עובדתי ומשפטי מעמיק. בנסיבות אלה, נראה כי בדין נמנע בית המשפט מלהכריע בה באופן מקדמי ונפרד מהדיון בבקשת האישור, שהוא כשלעצמו הליך מקדמי; ובכל מקרה מדובר בהחלטה שמצויה בגדרי שיקול דעתה של הערכאה הדיונית, שלא נמצא טעם להתערב בה. העובדה שבית המשפט "דחה" את מועד הדיון בטענה זו אינה מפחיתה ממעמדה או מסיכויה, ואף אין בה כדי להשליך על סיכויי בקשת האישור גופה; וההחלטה מתמצה בכך שמדובר בסוגיה שאינה מתאימה למסגרת הדיונית של סילוק על הסף. אלה הם פני הדברים אף ביחס לטענה "הדיונית" שהעלתה גוגל שלפיה נדרש היה לדחות את טענת "השירות הכפוי" משזו לא נזכרה בבקשת האישור.

אשר לטענת ההתיישנות – מעיון בהחלטה נראה כי הצדדים הסכימו למקד את הדיון בבקשת הסילוק בשאלה אם בקשת האישור נופלת בגדרי התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות "ובשאלה זו בלבד", ועל כן על פניו אין תימה שבית המשפט לא התייחס לטענת ההתיישנות בהחלטה. מכל מקום, אף אם נדרש היה ליתן על כך את הדעת, אין די בעובדה זו כדי להצדיק התערבות בהחלטה – כך במיוחד בהינתן שטענת ההתיישנות דורשת אף היא בירור משפטי ועובדתי, ובשים לב לכך שבקשת האישור הוגשה על יסוד מספר עילות שלפחות ביחס לחלקן תקופת ההתיישנות עומדת על 7 שנים.

6. סוף דבר, הבקשה נדחית. משלא נתבקשה תשובה לבקשה, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, י"ג בתמוז התשע"ט (16.7.2019).

ש ו פ ת