

המסחר במידע האישי : בין המצוי לרצוי

אמל ג' אברין *

- א. מבוא והצגת השאלה
- ב. המידע האישי כמצרך כלכלי ושרשרת המסחר
 1. מונחים : מוצר חופשי, מוצר כלכלי ומצרך כלכלי
 2. המידע האישי כיוצר ערך
 3. המידע האישי כמוצר הנמצא במחסור
 4. התפתחות מסחר ראשוני בין הפרט שעליו נסב המידע לבין הפירמות
 5. התפתחות מסחר משני במידע אישי בין הפירמות לבין עצמן
 6. סיכום ביניים : הקומודיפיקציה של המידע האישי
- ג. המסחר במידע אישי מנקודת מבט כלכלית
 1. הטיעון הכלכלי בעד מסחור המידע האישי
 2. הביקורת על הטיעון הכלכלי
 3. כשלי השוק בשוק המידע האישי
 4. כשלי השוק והשפעתם על הרווחה המצרפית
 5. תרופות משפטיות לתיקון הכשלים
- ד. המסחר במידע האישי מנקודת מבט ערכית
 1. הגישה הדוגמטית : התנגדות בלא נימוק
 2. התנגדות מטעמים הקשורים לזכות לפרטיות
 3. התנגדות למסחר במידע אישי בשל שמירה על קדושת האישיות
 - ה. סיכום ומסקנות

א. מבוא והצגת השאלה

בעשורים האחרונים הולכת ומתפתחת לנגד עינינו תופעה שבה המידע האישי על אודות כל אחד מאתנו הפך לסחורה הנסחרת בשוק (commodity) ולנכס העובר

* דוקטור, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תודה לפרופ' גדעון פרחמובסקי ולפרופ' זוהר גושן על הערותיהם לרשימה זו. כמו כן תודה למערכת כתב העת מאזני משפט על עבודת העריכה.

למרבה במחיר.¹ סביב המידע האישי מתפתחת תעשייה שלמה המכונה "תעשיית המידע האישי". המסחר במידע אישי אינו תופעה חדשה, אולם ההתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות, ובראשן רשת האינטרנט, תרמו להגדלת היקפיו.

התפתחות המסחר במידע אישי מעלה שאלות משפטיות במישור הפוזיטיבי ובמישור הנורמטיבי. במישור הפוזיטיבי השאלה היא אם הדין הקיים אוסר או מגביל את המסחר במידע אישי לסוגיו. הכללים היוצרים דיני מידע אישי² אינם מרוכזים בחוק אחד אלא מפוזרים בדברי חקיקה שונים. החוק העיקרי הנוגע למידע אישי הוא חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.³ בחוק זה חמישה פרקים. פרק א לחוק מזכיר את המידע האישי,⁴ ברם הסוגיות העיקריות בכל הנוגע למידע אישי נידונות בפרק ב לחוק שיוחד לטיפול במאגרי מידע.⁵ פרק זה בעל חשיבות מכרעת מאחר שמרבית המידע האישי, שאנו דנים בו, נכלל בשלב זה או אחר במאגר מידע כלשהו. לצד חוק הגנת הפרטיות חוקקו כמה חוקים שכל אחד מהם חל על מידע אישי מסוג מסוים כגון חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996; חוק שירות נתוני אש"ר, תשס"ב-2002; חוק מידע גנטי, תשס"א-2000;⁶ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), תשס"ח-2007. כלומר אין בתחום זה דין אחד אלא יש דיני מידע אישי מסוגים שונים שתחולתם נקבעת לפי סוג המידע. מובן שאין להשיב על השאלות שעל הפרק על פי אותם חוקים ספציפיים אלא בעיקר על פי החוק המרכזי – חוק הגנת הפרטיות. לכן בחינת הדין הפוזיטיבי תיעשה לאור ההסדרים הקבועים בחוק הגנת הפרטיות והפנייה לחוקים המיוחדים תיעשה אך לפי הצורך. העיקרון הכללי העולה מחוק הגנת הפרטיות הוא שאין איסור לסחור במידע אישי כל עוד המסחר נעשה על דעתו ובהסכמתו (המודעת) של הצרכן שהמידע נסב עליו. ניתן ללמוד על כך מהוראות סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות המחייב כל גורם המבקש לפנות לאדם לקבלת מידע, לשם החזקתו או שימוש בו במאגר מידע, ללוות פנייה זו בהודעה שבה יצוינו הפרטים האלה: אם קיימת חובה חוקית המחייבת אותו אדם למסור את המידע; המטרה שלשמה מבוקש המידע; למי יימסר המידע ומטרות המסירה. סעיף 11 איננו קובע

- 1 מאחר שעיקר המסחר במידע אישי (הליך החליפין) נעשה בהקשר צרכני בחרתי להשתמש במונח "צרכן" כמתייחס לפרט שעליו נסב המידע, ולעוסק שאתו נעשית העסקה קראתי "פירמה". יש להדגיש כי ברוב המקרים העסקה במידע אישי בין הצרכן לבין הפירמה איננה עסקה עצמאית הנעשית בזכות עצמה אלא נלווית לעסקת יסוד ביניהם שבמסגרתה הפירמה מוכרת מוצר או נותנת שירות לצרכן.
- 2 בהיבט הפונקציונלי, דיני המידע האישי הם הדינים הקבועים את המותר והאסור בכל הנוגע למידע אישי.
- 3 להלן: חוק הגנת הפרטיות. להיסטוריה של חקיקת החוק לרבות התיקונים השונים שבוצעו בו, ראו: דן חי ההגנה על הפרטיות בישראל (2006) 75-89.
- 4 סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות קובע מעשים שנחשבים לפגיעה בפרטיות. הסעיפים הרלוונטיים לענייננו הם סעיפי משנה 2(8) ו-2(11).
- 5 על תולדות פרק זה ראו חי, לעיל הערה 3, בע' 77.
- 6 להלן: חוק מידע גנטי.

מטרות מותרות ואסורות.⁷ מכאן שמבקש המידע יכול לנסח סעיף מטרה רחב מאוד הכולל גם מסחר במידע אישי.⁸ ניסוח רחב זה יאפשר לפירמה, מקבלת המידע, לסחור במידע בלי שתפר את הוראת סעיף 8(ב) לחוק הגנת הפרטיות המטיל חובה על הפירמה שלא להשתמש במידע אלא למטרה שלשמה הוקם המאגר.⁹ נמצא אפוא שאין הגבלה של יכולת הפרט לסחור במידע אישי על אודותיו גם אם מסירה זו נעשתה בתמורה. חוק הגנת הפרטיות אף אינו מטיל שום הגבלה על הפירמה שקיבלה את המידע, לסחור במידע זה, כל עוד המסחר נכלל במטרות שלשמן נמסר המידע על ידי הצרכן בעסקה הראשונית.

המשפט הישראלי אינו אוסר אפוא לסחור במידע אישי לסוגיו כל עוד נתונה הסכמתו של הפרט שהמידע נסב עליו. הצרכן הוא הבעלים של המידע האישי על אודותיו ולכן זכותו לעשות במידע זה כל עסקה ולהסכים למסרו לפירמה מסוימת שתעביר אותו הלאה לצדדים שלישיים. עקרון ההסכמה קיבל חיזוק לאחרונה בתיקון מס' 9 לחוק הגנת הפרטיות אשר דורש כי הסכמת הפרט תהיה הסכמה מדעת.¹⁰ אמנם ניתן לטעון כי בהיעדר איסור מפורש לסחור במידע אישי, אפשר להשתמש בדוקטרינות כלליות של המשפט כגון תום הלב, תקנת הציבור, פרשנות וכיוצא ב כדי לאסור אותו, אולם הפעלתן צריכה להיעשות על סמך שיקולים ערכיים שראוי לבררם במישור הנורמטיבי. במישור הנורמטיבי השאלה היא: מה צריכה להיות התגובה הנורמטיבית למסחר המתנהל במידע האישי לסוגיו? בשאלה זו עוסק מאמר זה. ביתר פירוט השאלה היא אם על המשפט לאסור מסחר זה או אולי להניח לשחקני השוק לסחור בו כראות עיניהם בלא מעורבות חיצונית כלשהי. המענה על שאלות אלה צריך להתבסס על תפיסת עולם מסוימת של המשפט ותפקידו בחברה והשיקולים הנגזרים ממנה. במאמר זה אני בוחן שאלות אלה לפי שתי תפיסות עולם: הכלכלית והערכית-מוסרית. אנסה לטעון כי למרות נקודות המוצא השונות של שתי גישות אלה, המסקנה העולה מהן היא דומה ולפיה שני הפתרונות הקיצוניים – מסחר חופשי במידע אישי בלא הגבלות ואיסור מוחלט של כל מסחר במידע אישי, אינם רצויים. הפתרון הרצוי הוא לקבוע כללים שיסדירו את המסחר במידע אישי ולעצב את תוכנם ואופיים של הכללים הללו לפי סוגי המידע.

בפרק ב אתאר את הליך המסחר שעבר על המידע האישי ואת הסיבות שגרמו

7 ראו למשל ע"ש 99/7167 (חוזים אחידים) די.בי. אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"מח 2001(3) 46949 (2001), שם נקבע כי סעיף זה איננו מגביל את סוגי המטרות שלשמן נאסף המידע. אין בו גם כל דרישה שהמטרה שלשמה נאסף המידע תהיה קשורה דווקא לשירות הבסיסי שאותו מספק בעל המאגר.

8 כדי שלא לעורר תגובה שלילית אצל הצרכנים, הפירמות מנסחות את סעיף המטרה בצורה מעודנת: "העברתו לצדדים שלישיים" אף כשהכוונה היא שהעברה זו תיעשה בעסקה מסחרית.

9 סעיף דומה הוא סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות הקובע כי פגיעה בפרטיות היא "שימוש בידע על עניניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה".

10 חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), תשס"ז-2007.

לכך. בייחוד אתייחס להתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים, ובראשן רשת האינטרנט. בפרק ג אבחן את התגובה הנורמטיבית מנקודת ראותה של הגישה הכלכלית למשפט. נקודת המוצא תהיה שמסחר במידע אישי הוא דבר רצוי מאחר שהיא משיאה את הרווחה המצרפית – הערך היחיד המנחה גישה זו. לכן התערבות תהיה מוצדקת כל אימת שמתרחש בשוק המידע האישי, המקום שבו מתבצע המסחר, כשל שוק אחד או יותר. בהמשך אבחן את הדינמיקה הכלכלית של שוק זה, הכשלים שבו והמסקנות המתחייבות מקיומם של כשלים אלה. המסקנה מחלק זה של הדיון תהיה שיש להכיר ביכולתו של הפרט לסחור במידע אישי על אודותיו תוך הטלת הגבלות על מסחר זה. בפרק ד אבחן את התגובה הנורמטיבית מנקודת הראות של כמה גישות ערכיות. נקודת המוצא של גישות אלה, לעומת הגישה הכלכלית, היא התייחסות שלילית לעצם קיומו של המסחר במידע אישי. ודוק, אין מדובר בגישה אחת אלא בגישות אחדות הנבדלות ביניהן בטעמי ההתנגדות ובמסקנות המתחייבות מהם. אדון בשלוש גישות: הדוגמטית, הסולדת מכל מסחר במידע אישי בלא כל נימוק; גישת הפרטיות, המתנגדת למסחר במידע אישי מטעמים הקשורים בהגנה על הפרטיות; גישת האישיות, המתנגדת למסחר במידע אישי מטעמים של קדושת האישיות.¹¹ המסקנה של הדיון היא שהתחשבות בערכים המונחים ביסוד הגישות הללו דומה מאוד למסקנה המתחייבת מהגישה הכלכלית. התחשבות בערכים אלה לא בהכרח מחייבת הטלת הגבלות רבות יותר על המסחר במידע אישי. בפרק ה אעמוד על המשמעויות המעשיות של מסקנות אלה במישורים אחדים: מישור אחד, בירור מהותה העיונית של הזכות למידע אישי והיחס בינה לבין הזכות לפרטיות במידע אישי; מישור שני, הצורך בתיקון דיני המידע האישי ועיצוב תווי פנים חדשים לדינים אלה; מישור שלישי, החלת דוקטרינות משפטיות קיימות כגון תום לב, תקנת הציבור, פרשנות ואחרות על הדין הקיים בשאיפה להשיג תוצאות המתיישבות עם המסקנות הללו.

11 לפיכך הסוגיה העומדת לבחינה, הסחר במידע אישי, נבחנה לאורם של ערכים אלה: הרווחה המצרפית, האישיות והפרטיות. הבחירה בערכים הללו איננה מקרית והיא מושפעת מאופייה של הסוגיה הטעונה הכרעה. בראש ובראשונה סוגיה זו היא בעלת מאפיינים קנייניים. מדובר ביכולת או בהיעדר היכולת הנורמטיבית לסחור במשאב. דיני הקניין הם הדינים האמורים לקבוע את המותר והאסור בנוגע למשאבים. בשל אופייה הקנייני של הסוגיה בחרתי בערכי הרווחה המצרפית והאישיות שהם הערכים המונחים ביסוד הקניין. ודוק, אין מדובר במשאב רגיל אלא במידע אישי שהשליטה בו וההגנה עליו נתפסות כחלק מהזכות לפרטיות. מכאן שהמסחר במידע אישי מעורר בעיות מתחום הגנת הפרטיות ולכן נבחר ערך הפרטיות כדי לבחון השפעתו על הסוגיה.

ב. המידע האישי כמצרך כלכלי ושרשרת המסחר

1. מונחים: מוצר חופשי, מוצר כלכלי ומצרך כלכלי

בתורת הכלכלה מקובל להבחין בין מוצרים חופשיים (free good), מוצרים כלכליים (economic good) ומצרכים כלכליים (סחורות או commodities). מוצר חופשי, כגון האוויר לנשימה, הוא מוצר שצריכתו אינה כרוכה בעלות חברתית כלשהי.¹² כל המעוניין להשתמש במוצר חופשי יכול לעשות כן באין מפריע.¹³ לכן אין תחרות כלשהי בין הפרטים בחברה בנוגע למוצר זה.¹⁴ מוצר כלכלי הוא מוצר שצריכתו כרוכה בעלות חברתית כלשהי. אי-אפשר לצרוך מוצר זה בלא הגבלה: התועלת שמפיק פרט מסוים מצריכת המוצר גורמת לעלות אצל פרט אחר. כך נוצרת תחרות על השליטה במוצר. המוצרים הכלכליים, לעומת מוצרים חופשיים, הם מוצרים שיכולים להימצא במחסור,¹⁵ ועל כן לא פלא שתורת הכלכלה, בהיותה תורת הבחירה בתנאי מחסור, מתמקדת אך ורק בהם.¹⁶ מצרך כלכלי (סחורה) מוגדר כמוצר כלכלי שניתן לסחור בו ולבצע בו עסקאות חליפין: "An economics commodity is an item that can be traded for a price"¹⁷.

תקיימנה עסקאות חליפין בין שני צדדים אם כל אחד מהם מעריך את התמורה

12 המונח "עלות חברתית" הוא מונח רחב ביותר. בהגדרה הקלאסית מציינים את הוויתור על צריכתם של מוצרים או שירותים חברתיים אחרים כעלות הכרוכה בצריכת מוצר כלכלי.

13 לאמתו של דבר אין בנמצא מוצר חופשי לחלוטין. גם הדוגמה של האוויר הטהור איננה מדויקת. ראו: Gideon Parchomovsky & Abraham Bell "A Theory of Property" 90 *Cornell L. Rev.* (2005) 531.

14 בשל התכונות הללו אין לצפות לקיומו של שוק מוצרים חופשיים. כאמור, מוצר חופשי הוא מוצר שצריכתו איננה כרוכה בעלות חברתית כלשהי. השוק הוא מוסד חברתי שמחיל בין היתר, באמצעות חוקי ההיצע והביקוש, מעין כללים נורמטיביים להסדרת הפעילות במוצרים. השוק הוא מערכת של סדר טבעי. בנוגע למוצרים חופשיים אין כל צורך בסדר מעין זה שהשוק מספק. למעשה למוצרים חופשיים אין ביקוש ואין היצע ועל כן אין מתקיים שוק בעניינם. זאת ועוד, ובחינת קל וחומר, למוצר חופשי אין שום צורך במערכת קניינית, כלומר בכללים משפטיים להסדרת השימוש בו, מאחר שפשוט אין דרישה להסדרה מעין זו. למוצרים חופשיים אין צורך לא בהסדרה טבעית, כמו זו שהשוק מספק, ולא בהסדרה חיצונית, כמו זו שהמערכת המשפטית מספקת.

15 מקובל להגדיר מוצר כנתון במחסור כאשר הביקוש עולה על ההיצע. עם זאת במובן הרחב יותר מוצר נתון במחסור כאשר צריכתו כרוכה בעלות חברתית, שכן עצם העלות יוצרת מצב שבו צריכתו של המוצר מחייבת ויתור על צרכים אחרים וכך הוא הופך למשאב מוגבל במידת מה.

16 ראו גרעון יניב מבוא לכלכלה-מיקרו (יחידות 1-3, 1982) 1. גם מבחינה משפטית דיני הקניין מתמקדים במוצרים הנתונים במחסור. מוצרים חופשיים אינם מעניינים של דיני הקניין מאחר שצריכתו של מוצר חופשי איננה מעוררת סכסוך.

17 ראו: Beth Allen "Information as an Economic Commodity" 80 *American Economic Rev.* (1990) 862.

שהוא מקבל כשווה יותר מהתמורה שהוא נפרד ממנה. כדי שמוצר כלכלי ייחשב למצרך כלכלי (סחורה) עליו לקיים שלושה תנאים: (1) על המוצר לספק צורך אנושי מסוים; צריך שיהיה למוצר ערך כלכלי; (2) על המוצר להיות מוצר כלכלי, כלומר נתון במחסור; (3) צריכה להיות יכולת לכמת את ערך המוצר כדי שיהיה אפשר לבצע בו עסקאות חליפין.¹⁸

לאיזה סוג מוצרים אפשר לשייך את המידע האישי? האם הוא נחשב מוצר חופשי, מוצר כלכלי או מצרך כלכלי? הטענה בחלק זה של הדיון היא שההתפתחויות הטכנולוגיות של עשרות השנים האחרונות, ובעיקר של רשת האינטרנט, הפכו את המידע האישי למצרך כלכלי הנסחר בשוק.¹⁹ המידע האישי עבר הליך של מסחור (קומודיפיקציה).²⁰ לשם הוכחת טענה זו אבחן אם המידע האישי מקיים את שלושת התנאים שיצדיקו את סיווגו כמצרך כלכלי (סחורה): יצירת ערך, מחסור, כימות.

2. המידע האישי כיוצר ערך

מידע אישי בידי הפירמות מסב להן תועלת עקב השימושים שהן יכולות לעשות בו. זהו מוצר (משאב) יוצר ערך עבורן. (1) מידע אישי על אודות לקוחות (קיימים), הנוגע לדרכי ההתקשרות עמם כגון כתובת, מספר טלפון, כתובת מייל וכיוצ"ב מקל יצירת קשר עמם ואף השגת לקוחות חדשים. (2) מידע אישי מאפשר לפירמה להכיר טוב יותר את הרצונות והצרכים של לקוחותיה. הוא מקנה לה יכולת לתת להם יחס אישי (personalization) ולהתאים להם מוצרים בהתאמה אישית (customization). אלה מהווים רכיב עיקרי בתחרות ממוקדת בלקוח.²¹ בשפה המקצועית של אנשי שיווק, תחרות ממוקדת בלקוח ידועה כמודל שיווק 1:1, המתמקד בלקוח מסוים ולא בהתייחסות שווה לכל הלקוחות כאחד. תחרות זו היא עניין של עומק או היקף (scope) לעומת גודל (scale). ההצלחה של הפירמה בשווקים שבהם מודל התחרות "מתמקד בלקוח" אינה תלויה בגודל מועדון הלקוחות שהיא משרתת אלא בעומק היחסים

18 ראו: Frank Rose *The Economics, Concept, and Design of Information Intermediaries: A Theoretic Approach* (Heidelberg, 1999) 30

19 להרחבת הדיון בטיעון זה, ראו: Kenneth C. Laudon "Markets and Privacy" 39(9) *Communications of the ACM* (1996) 92–104

20 קומודיפיקציה מוגדרת כהפיכת תוצרי פעילות אנושית או משאבים בכלל לסחורות הנסחרות בשוק. ראו: Vincent Mosco *The Political Economy of Communication: Rethinking and Renewal* (London, 1996) 143–144: "The process of transforming use values into exchange values, of transforming products whose value is determined by their ability to meet individual and social needs into products whose value is set by what they can bring in the marketplace"

21 Ramnath K. Chellappa & Raymond G. Sin "Personalization versus Privacy: An Empirical Examination of the Online Consumer's Dilemma" 6 *Information Technology & Management* (2005) 181

שהיא מקיימת עם הלקוח. במאבק על כל לקוח, המנצח בתחרות הוא בעל הידע הרחב ביותר על צורכי לקוחותיו. המידע האישי הוא סם החיים במודל התחרות הממוקדת בלקוח. בלא מידע אישי, פרטני ומדויק על הלקוחות, אי-אפשר להתאים להם מוצרים ושירותים המיוחדים להם. מידע אישי גם מאפשר לפירמה לשלוח מסר פרסומי במטרה לגייס לקוח חדש. (3) מידע אישי על אודות הלקוחות מקנה לפירמה את היכולת לתת יחס שונה לכל אחד מלקוחותיה ובעיקר להפלות ביניהם אפילו במחיר. "הפליית מחירים" (price discrimination) פירושה שהפירמה גובה מחירים שונים מצרכניה עבור יחידות זהות של מוצר או שירות. יכולת הפירמה להפלות בין צרכניה מותנית ביכולתה להבדיל ביניהם לפי מידת הנכונות שלהם לשלם עבור המוצר או השירות.²² (4) אצל חלק מהפירמות המידע האישי הוא עצמו מצרך הניתן למכירה ולכן מקור עצמאי ליצירת הכנסות והגדלת הרווחים של אותן פירמות.²³

3. המידע האישי כמוצר הנמצא במחסור

המידע האישי הוא מוצר כלכלי הנתון במחסור מאחר שהשימוש בו כרוך בעלות חברתית שמקורה בנזקים ממוניים ולא ממוניים שהפעילות במידע האישי מסבה לצרכנים שעליהם נסב המידע. דיון רחב ברכיבי עלות זו חורג מתחום מאמר זה. במקום זאת אסתפק בדיון כללי בנזקים שהפעילות במידע האישי מסבה לצרכנים. (1) עצם הפעילות במידע אישי גורמת לצרכנים מבוכה, אי-נוחות, טרדה ומערערת את ביטחונם העצמי. אפשר לייחס זאת לעובדה שמידע אישי על אודות אדם, אפילו הטרוויאלי ביותר כגון שמו, תאריך לידתו, תחביביו, מצבו בריאותי, העדפותיו הפוליטיות, העדפותיו המיניות, מצבו פיננסי, הוא חלק בלתי נפרד מאישיותו ומהווה השתקפות חיצונית ל"אני הפנימי" שלו. פעילות במידע אישי אף מונעת בניית קשרים חברתיים והשתלבות בקהילה. קשה מאוד לקיים חיי חברה בקהילה שבה כולם יודעים הכול על כולם. (2) השימוש במידע אישי לשם הצפת הצרכנים במסרים פרסומיים גורם לנזקים ממוניים ובכללם הזמן הדרוש כדי להחליט מה לעשות בדברי דואר

²² להפליית מחירים כאסטרטגיית תמחור יש מסורת די עשירה בשווקים הצרכניים: חברות תעופה או בתי קולנוע קובעים מחירים שונים לילדים ולמבוגרים; רופאים גובים מחירים נבדלים מלקוחותיהם בעבור טיפול רפואי זהה; חברות האוטובוסים קובעות מחירים שונים לסטודנטים, לתלמידים ולגמלאים. אולם דומה כי הפליית מחירים הפכה לאסטרטגיית התמחור העיקרית בשווקים הדיגיטליים. מן המקרים הידועים ביותר בהקשר זה הוא הניסיון של חברת Amazon.com למכור מוצר זהה במחירים שונים לצרכנים שונים. להרחבת הדיון בתופעה זו, ראו: David Streitfeld "On the Web, Price Tags Blur, What You Pay Could Depend on Who You Are" *Washington Post* (27.9.00) A1; Camillo Fracassini "Amazon 'Hikes Prices' for Loyal Shoppers" *Scotland On Sunday* (1.10.00) 12; "Amazon.com Varies Prices of Identical Items for Test" *Wall Street J.* (7.9.00).

²³ על המסחר במידע אישי כמקור ליצירת הכנסות ורווחים, ראו דיון להלן בסעיף 5 לפרק זה.

אלה.²⁴ (3) מידע אישי בידי פירמות קובע את אופן קבלת ההחלטות בעניין הצרכן שהמידע נסב עליו. הוא עלול להדיר צרכן משווקים שלמים. למשל, עקב המידע יכול להיווצר מצב שבו יסרכו חברות ביטוח לבטח אנשים לא בריאים. מידע אישי אף מקנה למחזיק בו יתרון בניהול משא ומתן, למשל בשוק העבודה.

בשל ההשפעה השלילית שיש לפעילות במידע אישי יש לצפות שחלק מההצרכנים יתנגדו לכל שימוש במידע אישי על אודותיהם בלא קבלת הסכמתם מראש. ואכן, בסקר אחרון שנעשה נמצא כי יותר מ-60% ממשתמשי רשת האינטרנט ציינו כי הם מרגישים אי-נוחות מכך שאתרי האינטרנט אוגרים מידע הנוגע לפעילותם ברשת גם אם הם עושים שימוש במידע שימוש המסב תועלת למשתמשים כגון התאמה יחידנית של מוצרים.²⁵ תוצאות סקר זה דומות לתוצאות של סקר אחר שנערך בשנת 2007 ולפיו 61% ממשתמשי רשת האינטרנט מודאגים מהשימוש במידע אישי על אודותיהם בבואם לקנות ברשת. בכך יש עלייה של 14% לעומת תוצאות סקר דומה שנעשה בשנת 2006 שהעלה כי 47% הביעו דאגתם מהשימוש במידע אישי על אודותיהם.²⁶ אפשר ללמוד על התנגדות הצרכנים לשימוש במידע אישי בלא הסכמתם מהתגובות שלהם על כמה מקרים שנחשפו בתקשורת ושמהם עולה כי פירמות מסחריות ביצעו בלא הסכמתם שימוש במידע אישי. כך, למשל, בשנת 1998 נחשפה בארצות הברית רשת בתי מרקחת שהעבירה לחברות שיווק ישיר ולחברות תרופות מידע על מרשמים רפואיים שמהם היה אפשר ללמוד על מצב בריאותם של החולים.²⁷ חברות אלה השתמשו במידע כדי להציע לצרכנים תרופות חדשניות. הרשת טענה שהדבר נעשה לתועלת החולים. רק כעבור ארבע שנים ולאחר הזעם המופגן של הצרכנים החליטה להפסיק נוהג זה.

השימוש במידע אישי גורם לעלות חברתית, אולם שיעור הנזקים (תוחלת העלות) אינו אחיד. יש לצפות למתאם "חיובי" בין גודל הנזק שייגרם עקב השימוש במידע אישי לבין רגישות המידע. כך, למשל, רמת הפגיעה בצרכנים בעקבות חשיפת מידע רפואי (לרבות מידע גנטי) על אודותיהם שונה מרמת הפגיעה עקב חשיפת מידע טריוויאלי יותר כגון הרגלי גלישה.

משום עלות זו הצרכנים מצפים לקיים שליטה ובקרה על המידע האישי. במונחים משפטיים הם טוענים לבעלות על המידע האישי על אודותיהם. מובן שאין די בציפייה זו כדי שהמחוקק יכיר בזכותם לבעלות על המידע האישי. הכרה בבעלות צריכה

24 בעיה זו ידועה כתופעת דואר הזבל. להרחבת הדיון בתופעה ובאפשרויות ההסדרה שלה, ראו: S. Hambridge & A. Launde "Don't Spew: A Set of Guidelines for Mass Unsolicited Mailings and Postings" *FYI* 35, *RFC* (1999) 2635.

25 ראו "סקר: אנשים מרגישים אי-נוחות לגבי אתרים המשתמשים במידע אישי" דיני רשת (14.4.08) www.netlaw.co.il/it_itemid_9263_desc_ftext.htm (נבדק ב-4.2.10).

26 ראו "מחקר חדש – הקונים המקוונים חוששים יותר לגבי פרטיותם" דיני רשת (20.1.08) www.netlaw.co.il/it_itemid_8463_desc_ftext.htm (נבדק ב-4.2.10).

27 Robert O'Harrow Jr. "Prescription Sales, Privacy Fears: CVS, Giant Share Customer Records with Drug Marketing Firm" *Washington Post* (15.2.98) A1.

להיות מבוססת על שיקולים ונימוקים ערכיים. בכך דנתי במקום אחר. שם ניסיתי להראות כי משיקולי יעילות כלכלית יש להעדיף משטר של קניין פרטי במידע האישי, שבד בבד עם יצירת המידע האישי יש להעניק לפרט בעלות ראשונית קניינית עליו (הזכות למידע אישי), ולדחות משטר קנייני שבו המידע יהיה לנחלת הכלל. במשטר שבו המידע האישי הוא נחלת הכלל קיימים תמריצים לנצל ניצול יתר את המידע האישי על ידי הפירמות השונות ולהחזין את מחיר הניצול על ידי העברתו אל כתפי הצרכנים. בכך נמנעת השאת הרווחה המצרפית. משטר המכיר בזכות הפרט לבעלות ראשונית קניינית על המידע האישי על אודותיו גורם לפירמות להפנים את העלות הכרוכה בשימוש שלהן במידע האישי. המשך הדיון במאמר זה יתבסס על ההנחה כי זהו המצב הנורמטיבי המצוי, כלומר שבכל הנוגע למערכת הכללים הקניינית החלה על המידע האישי קיים משטר נורמטיבי קנייני המכיר בבעלותו הראשונית של הפרט על המידע האישי לסוגיו.²⁸ הכרה בבעלותו הראשונית של הפרט על המידע האישי על אודותיו מטילה חובה על כל גורם המבקש להשתמש במידע האישי לקבל הסכמה מראש של הפרט, הבעלים של המידע.

4. התפתחות מסחר ראשוני בין הפרט שעליו נסב המידע לבין הפירמות

על רקע חשיבות המידע האישי לפעילותן השיווקית, אפשר להבין את הניסיון המתמיד של הפירמות להשיג מידע אישי על אודות הצרכנים. פירמות יכולות להשיג מידע זה בדרכים שונות המושפעות מהמצב הטכנולוגי ומהסדר הנורמטיבי החל על העניין.²⁹ דרך אחת היא לנסות להשיג מידע זה בלא ידיעתו ובלא הסכמתו של הצרכן.³⁰ דרך זו פוגעת בבעלות הראשונית של הצרכן על המידע האישי על אודותיו ומטילה עליו אחריות. דרך זה לא תידון כאן בשל חוסר הרלוונטיות שלה לשאלה שבמוקד מאמר זה. דרך נוספת להשגת המידע האישי היא פנייה ישירה לצרכן בבקשה שיסכים לכך שהפירמה תאסוף מידע אישי על אודותיו. ישנם שני מנגנונים שבהם הפירמה יכולה לאסוף מידע בהסכמת הצרכן: תשאול ומעקב. תשאול או תחקור הם פעולות שבמהלכן הצרכן נדרש לבקשת פירמה כלשהי, כחלק מהאינטראקציה העסקית ביניהם (עסקת היסוד), למסור מידע על אודותיו.³¹ כדי לתמרץ את הצרכנים להיענות, הפירמות

28 כלל זה מכונה כלל "הקצאה ראשונית".

29 חלק מהמידע האישי נוצר אצל הפירמה. מדובר במידע הנוצר על ידי האינטראקציה המשותפת שבין הצרכן לבין הפירמה. כך, לדוגמה, כאשר ראובן קונה חולצה מפירמה כלשהי, מעשה הרכישה יוצר אצל הפירמה מידע אישי על אודות ראובן: "ראובן רכש חולצה".

30 כך, למשל, עובדים של חברות שיווק נהגו להתחזות למי שמשתייכים לצוות בית החולים ואספו מידע רפואי על אודות חולים. ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 509 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16 (14.11.05) 2. – www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/avoda/2005-14-11-05-509-rtf.rtf (נבדק ב-4.2.10) (להלן: פרוטוקול העברת מידע רפואי).

31 המידע שהצרכן נדרש למסור לא בהכרח קשור לעסקה עצמה. כך, למשל, צרכנים רבים נדרשים

מציעות תמורה היכולה להתבטא בצורות מגוונות כגון הנחה בעסקה הנוכחית או בעסקה עתידית.³² שיטה זו אינה חדשה אך היא השתכללה לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים ובראשן רשת האינטרנט. הממשק בין האתרים לבין המשתמש הוא ממשק אלקטרוני ונוח. אתרים רבים מבקשים מהמשתמשים למלא שאלון ובו הם נדרשים למסור מידע אישי על אודותיהם. הניסיון המעשי והסקרים מלמדים כי הצרכנים מסכימים להיענות בחיוב אם הדבר מסב להם תועלת. חלק מהצרכנים מסכימים לספק מידע אישי על אודותיהם תמורת עצם השימוש באתר.³³ צרכנים אחרים מסכימים לספק מידע אישי תמורת ערך כספי של ממש.³⁴ לרוב מסירת המידע האישי נעשית תמורת הסכמת האתר להציע לצרכנים שירותים ומוצרים המותאמים להם באופן יחידני ואף להפלות בינם לבין צרכנים אחרים. יש צרכנים המוסרים מידע אישי תמורת שירותים מתקדמים.³⁵ מנגנון שני לאיסוף מידע אישי הוא התקנת אמצעי בילוש והתחקות (מעקב) אחרי הצרכן. כוונתי היא להתקנת אמצעי בילוש הנעשית בידיעת הצרכנים ובהסכמתם.

למלא פרטים בטופס אחריות למוצר. חלק גדול מהפרטים אינם רלוונטיים כלל לעסקה עצמה, כגון נתוני הכנסה, תחביבים, מספר ילדים וכיוצ"ב נתונים. להרחבת הדין בפרקטיקה זו, ראו: Chris Jay Hoofnagle & Jennifer King "Research Report: What Californians Understand About Privacy Offline" (15.5.08) 13 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133075 (נבדק ב-4.2.10).

32 כן, חברת תמ"י – תוצרת מזון ישראלית, מייצרת ומשווקת את מזון הכלבים "דוגלי". החברה הקימה מועדון לקוחות לבעלי כלבים השולחים את פרטיהם ואת פרטי כלבם. בתמורה על מידע זה חברי המועדון מקבלים שוברי הנחה למוצרי דוגלי. גם חברות כרטיסי האשראי מהוות דוגמה לפירמות האוספות מידע רב על הלקוחות שלהן. להרחבה בעניין זה, ראו: פיליפ קוטלר ויעקב הורניק ניהול השיווק (2000) 145. מתברר כי שוברי הנחה הם כר נרחב לאיסוף מידע אישי על אודות הצרכנים. להרחבה, ראו: Hoofnagle & King, שם, בע' 15.

33 בחלק גדול מהאתרים תנאי מפורש מציין שהאתר אוסף מידע אישי על אודות המשתמשים ועצם השימוש באתר מהווה הסכמה לכך. כך, למשל, באתר www.p1000.co.il (תאריך ביקור באתר 4.7.09) "בעמודים באתר שבהם ניתן להזמין מוצר או שירות, להזמין מידע וכו', נדרש מידע כמפורט: שם, ת.ז., כתובת, דוא"ל, טלפון, מספר כרטיס אשראי וכו'. לעיתים ניתן לרשום מידע הרלוונטי לאדם אחר, למשל, כשמזמינים מתנה לאדם אחר, רושמים לגביו שם, ת.ז., דוא"ל, כתובת, טלפון וכו'".

34 לדוגמאות שונות, ראו: David Goldman "I Always Feel Like Someone is Watching Me: A Technological Solution for Online Privacy" 28 *Hasting Comm. & Ent. L. J.* (2006) 353, 386.

35 למשל, ניהול חופשי של המידע האישי מאפשר לפירמות לסווג את הצרכנים לפי מכנה משותף מסוים שנקבע על ידי הפירמה. הפירמה יכולה ללמוד על הטעמים של חברי הקהילה ולהסיק מהם על טעמיו של הצרכן הבודד ובכך לחזות מראש את צרכיו. שיטה זו ידועה כ"הכרת הקהילה" או "סינון קהילתי" ("community knowledge" או "collaborative filtering"). חברת Amazon משתמשת בשיטה זו כדי להמליץ לפני לקוחותיה על ספרים חדשים שהיא צופה שהלקוח יתעניין בהם, וזאת על סמך ניתוח התנהגות חברי הקהילה של קוראי הספרים שהוא משתייך אליה. ראו: Chris Suellentrop "The Next Killer App" *Slate Magazine* (25.10.00). לדוגמה נוספת אצל חברת Google, ראו: Corien Prins "Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity" 16 *Information Law Series* (2006) 229.

קיים קשר בין המצב הטכנולוגי הנתון, לרבות הטכנולוגיות המשמשות למעקב, לבין יעילותו של המעקב. בסביבה הפיזית המעקב יכול להיות התחקות ממרחק אחרי הצרכן. שיטה זו אינה יעילה כי היא כרוכה בעלות ניכרת של העסקת אדם לביצוע המעקב. ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים מאפשרות ביצוע מעקבים אלקטרוניים המתעדים כמעט את כל תנועותיו של הצרכן. ישנן, למשל, טכנולוגיות תקשוב המבוססות על רשת האינטרנט, המעניקות לאתרים את היכולת לעקוב בעלות זניחה אחרי כל צעד של המשתמש במרחב הרשת.³⁶ באמצעותן, האתרים יכולים לאסוף מידע אישי רב על המשתמשים: האתרים שביקר בהם, המוצרים שרצה לקנות, המוצרים שקנה ועוד. לנוכח אמצעי המעקב הללו, כל התנהגות של המשתמש במרחב הרשת

36 טכנולוגיות רבות המבוססות על האינטרנט פותחו כדי לאסוף מידע אישי רב על אודות הצרכנים ולעבדו. בשל חשיבות הדברים להמשך הדיון נסקור להלן חלק מהטכנולוגיות הללו: (1) גלישה פשוטה: בכל גלישה פשוטה של הצרכן לאתר כלשהו, כדי להשלים את ההתקשרות עם השרת שבו האתר מאוחסן, המחשב של הצרכן מספק מידע רב על הצרכן בלא כל צורך בטכנולוגיה מיוחדת. למעשה, עצם הגלישה מספק לפירמה מידע רב על הצרכנים הגולשים לאתר שלה.

(2) "עוגיות" (Cookies): "עוגיות" הן אחד המנגנונים הידועים ביותר לאיסוף מידע אישי רב על הצרכנים. בעניין מנגנון זה התנהלו התדיינות משפטיות רבות. בלשון פשוטה "עוגיות" הן קובצי מחשב המשוגרים על ידי המחשב השרת (server), המאחסן את האתר של הפירמה שבו ביקר הצרכן, אל הדפדפן שבו הצרכן משתמש, ונשמרים בכונן הקשיח של המחשב של הצרכן. כל אחד מקבצים אלה מתחיל להתמלא במידע רב על הצרכן בכל פעולה שהצרכן מבצע ברשת האינטרנט. המידע הרב שנצבר מוחזר לאתר ששיגר את העוגייה מלכתחילה (יש מקרים שהמידע מועבר גם לאתרים אחרים או שאתר שולף גם עוגיות של אתרים אחרים). בסופו של הליך זה יש בידי הפירמה בעלת האתר מידע פרטי אישי ורב ערך על הצרכנים, הכולל בין היתר את האתרים שביקר בהם הצרכן; את המוצרים שקנה; את המחירים ששילם; וכן את ההעדפות והצרכים של הצרכן. "עוגיות" יכולות לשמש, הלכה למעשה, ליצירת פרופיל מפורט של המשתמש. לדיון נרחב ב"עוגיות", ראו: Jessica J. Thill "The Cookie Monster: From Sesame Street to Your Hard Drive" 52 *S. C. L. Rev.* (2001) 921; Lawrence Jenab "Will the Cookie Crumbles? An Analysis of Internet Privacy Regulatory Schemes Proposed in The 106th Congress" 49 *Kan. L. Rev.* (2001) 641; R. K. Zimmerman "The Way the 'Cookies' Crumbl: Internet Privacy and Data Protection in the Twenty-First Century" 4 *N.Y.U. J. Legist. & Pub. Pol'y* (2001) 439; Anna E. Shimanek "Do You Want Milk with Those Cookies?: Complying with the Safe Harbor Privacy Principles" 26 *Iowa J. Corp. L.* (2001) 455.

(3) **Web bug**: מדובר בפיקסלים גרפיים קטנים מאוד הסמויים מן העין ומוצבים על גבי האתר או נשלחים עם הודעת דואר אלקטרוני כדי לפקח על פעילויות הצרכן (מי שמבקר באתר או מי שמקבל את הודעת הדואר האלקטרוני). במקרה של דואר אלקטרוני, ה-web bug יכול ללמד את שולח ההודעה על ההתנהגות של מקבל ההודעה; פירוט כתובתו; האם הוא קרא אותה ואם כן – כמה פעמים, ומתי קרא אותה לראשונה. גם באמצעות טכניקה זו ניתן לחבר את המידע הנמצא באתרים שונים ולשרטט דיוקן אישי של הצרכן. להרחבה ראו: Lynn Chung Kramer "Private Eyes Are Watching You: Consumer Online Privacy Protection — Lessons from Home and Abroad" 37 *Texas Int'l L. J.* (2002) 387.

מתועדת אצל אתר אחד או יותר. המציאות מלמדת שהצרכנים מסכימים להתקנתם של אמצעים אלה.³⁷

הליך חליפין זה שבין הצרכן לבין הפירמות, שבו הצרכן נדרש לספק מידע אישי על אודותיו, בין במסירת המידע ובין בהסכמה להתקנת אמצעי בילוש, תמורת תועלת, מכונה "עסקה". עסקה היא הקניית זכות בנכס תמורת מחיר. הצרכן מוכר מידע אישי על אודותיו. עסקאות אלה אינן תופעה חדשה, אך ההתפתחויות הטכנולוגיות הגבירו את היקפן.³⁸ מחקרים מלמדים ש-99% מהאתרים המסחריים אוספים מידע אישי על הצרכנים המבקרים בהם.³⁹

מאחר שמסירת מידע אישי כרוכה בהיחשפות הצרכן שעליו המידע נסב נשאלת השאלה מדוע יסכים הצרכן לבצע עסקה זו. מחקרים עיוניים רבים מדיסציפלינות מגוונות נעשו כדי להתחקות אחרי הסיבות לכך.⁴⁰ לענייננו חשובה הדיסציפלינה הכלכלית. דיסציפלינה זו מבוססת על הנחה בסיסית באשר לאופן שבו אנשים מכלכלים את מעשיהם ומתנהגים בשווקים – הנחת הרציונליות.⁴¹ על פי הנחה זו, הצרכנים הם ממקסמים רציונליים של תועלתם האישית, ולכן הצרכן יסכים לבצע עסקה במידע אישי על אודותיו כל זמן שהתמורה שהוא מקבל גבוהה יותר מהמחיר שהוא משלם.⁴²

37 ההסכמה ניתנת בעצם השימוש באתר. בחלק גדול מהאתרים מופיע תנאי שימוש שלפיו המשתמש מסכים להתקנת אמצעי המעקב (cookies) תמורת השימוש באתר. כך, למשל, באתר www.p1000.co.il במדיניות הפרטיות של האתר מצוין כי "7.1 עוגיות הינן קבצי טקסט קטנים אשר מאוחסנים על ידי השרת של סמייל.מדיה בע"מ באמצעות הדפדפן שלך, על הכוונן הקשיח של המחשב בו אתה משתמש. העוגיות אינן מכילות מידע שמוזהה אותך באופן אישי ואתה יכול לכוון את תוכנת הדפדפן שלך כך שתסרב לקבל אותן. השימוש בעוגיות מאפשר לנו לספק לך שירות מהיר ויעיל ויחסוך ממך את הצורך להזין את פרטיך האישיים בכל פעם בעתיד".

38 תופעה זו היא חלק ממגמה רחבה יותר של נטיית הצרכנים לספק מידע אישי על אודותיהם בעידן המידע. ראו: Sarah Spiekermann, Jens Grossklags & Bettina Berendt "E-Privacy in 2nd Generation E-Commerce: Privacy Preferences versus Actual Behavior" *3RD ACM Conference on Electronic Commerce* (New York, 2002) 38-47; Jupiter Research *Seventy Percent of Us Consumers Worry About Online Privacy, but Few Take Protective Action* (2002); Pamela Samuelson "Privacy as Intellectual Property?" *25 Stan. L. Rev.* (2000) 1125. נטייה זו איננה כלפי אתרים מסחריים אלא הולכת ומתרחבת ברשתות החברתיות שהן הסממן המובהק של web 2.0. ראו: Emily Christofides, Amy Muise & Serge Desmarais "Information Disclosure and Control on Facebook: Are they Two Sides of the Same Coin or Two Different Processes?" *12(3) CyberPsychology & Behavior* (2009) 341.

39 ראו: Terri J. Seligman & James D. Taylor "FTC Reverses Privacy Policy" *N.Y.L.J.* (18.6.00) S8.

40 ראו: Joseph Phelps, Glen Nowak & Elizabeth Ferrell "Privacy Concerns and Consumer Willingness to Provide Personal Information" *19 J. Pub. Pol'y & Marketing* (2000) 27.

41 לדיון בהנחה זו ראו: Robert Nozick *The Nature of Rationality* (Princeton, 1993).

42 בהמשך אטען כי הנחה זו איננה מתקיימת בשוק המידע האישי, והדבר גורם לצרכנים לבצע עסקאות במידע אישי שאינן מתיישבות עם ההעדפות האמיתיות שלהם. להרחבה, ראו דיון להלן בפרק ג.

לדיסציפלינה זו יש להוסיף את גישת הדטרמיניזם הטכנולוגי ולפיה השפעת הופעת אמצעי תקשורת חדשים, כגון רשת האינטרנט, אינה נובעת מהמסרים המועברים באמצעותם אלא מטבעו של כל אמצעי או סוג אמצעים, או כדברי מרשל מקלוהן (Marshall McLuhan): "המדיום הוא המסר".⁴³ עיקר השפעת אמצעי התקשורת הוא בכך שהם מלמדים אותנו דרכים חדשות לחשיבה ולארגון. לפי מקלוהן, בהשפעתם על דרכי החשיבה, אמצעי התקשורת משפיעים על האופן שבו אנשים משקיפים על העולם. במאבק שבין הטכנולוגיה לבין הערכים החברתיים ידה של הטכנולוגיה על העליונה. לענייננו הטענה היא שבעידן האינטרנט ואמצעי התקשורת המודרניים, ערך ההצנעה ואי-ההיחשפות (פרטיות) מפנה את מקומו לטובת ערך הפתיחות והסולידריות החברתית. התרבות המודרנית מעריכה חשיפה ופתיחות יותר מפרטיות. אנשים מסכימים לחשוף את חייהם האינטימיים בתכניות מציאות המוצגות בטלוויזיה חדשות לבקרים.⁴⁴ על רקע ההפחתה בערך המידע האישי בעיני הצרכנים, והרצון של הפירמות להציע תמורה עבור מידע זה, אפשר להסביר חלק גדול מההיענות של הצרכנים לעסקאות במידע האישי על אודותיהם.⁴⁵

5. התפתחות מסחר משני במידע אישי בין הפירמות לבין עצמן

פירמות רבות זיהו את הביקוש ההולך וגובר למידע האישי והחלו לעסוק באיסוף מידע זה לשם מכירתו לכל דורש.⁴⁶ כיום ישנן חברות מסחריות רבות, שמספרן

43 ראו: Marshall McLuhan *Understanding Media: The Extensions of Man* (New York, 1964).

44 ניב אחיטוב עולם ללא סודות: על חברת המידע הפתוח (2001).

45 יש הטוענים כי הסכמת הצרכנים לבצע עסקאות במידע אישי על אודותיהם נעשית מתוך הבנה והשלמה עם כך שהמידע האישי יגיע לידיהן של הפירמות בין כך ובין כך ועל כן עדיף לבצע את העסקאות ולהפיק את מרב התועלת מעסקאות אלה. להרחבה ראו: Prins, לעיל הערה 35, בע' 29.

46 גם פירמות רגילות העוסקות בהספקת מוצרים או שירותים לצרכנים החלו לזהות את הפוטנציאל הגלום במאגרי המידע האישי כמקור ליצירת הכנסות. למעשה, מסדי נתונים המכילים מידע אישי על הצרכנים הפכו לנכסים החשובים ביותר של הפירמות הדיגיטליות. דוגמה ידועה היא חברת Toysmart, שבהליך פשיטת הרגל שלה ביקשו נושיה לראות במסדי הנתונים שבבעלותה חלק עיקרי מנכסיה. רק התערבותה של רשות המסחר האמריקנית מנעה מצב של מכירת מסד הנתונים לאותם נושים, ולבסוף הושגה פשרה להשמדת מסד הנתונים תמורת סכום ששולם על ידי חברת האם. להרחבה בעניין זה, ראו: Rashi Glazer "Marketing and the Changing Information Environment: Implications for Strategy, Structure, and the Marketing Mix" *Using Market Knowledge* (Rohit Deshpande ed., Oxford, 2001) 127, 138, 149–150. ניתן לייחס את הגידול במסחר המשני במידע אישי בין הפירמות ובין עצמן למאפייניו של המידע האישי כמוצר לא מוחשי שיש לו תכונה המאפיינת מוצרים ציבוריים: "היעדר יריבות בצריכה ובייצור" (non rivalry). להרחבה בעניין מוצרים אלה ותכונותיהם, ראו: William H. Oakland "Theory of Public Goods" *2 Handbook of Public Economics* (Alan Auerbach & Martin

המדויק איננו ידוע, אך ניתן לאמוד אותו במאות, שעיסוקן הוא מכירת מידע אישי על אודות אנשים לכל המרבה במחיר.⁴⁷ בכדיקה שנעשתה לפני יותר מעשור נמצא כי ישנן יותר מ-1000 חברות בארצות הברית שעיקר עיסוקן הוא איסוף מידע אישי על אודות הפרטים ומכירתו לצדדים שלישיים.⁴⁸ כך, למשל, חברת *acxiom* האמריקנית מחזיקה מאגר מידע על מרבית אזרחי ארצות הברית.⁴⁹ תמורת תשלום שאינו גבוה במיוחד, החברה מספקת מידע על הכנסה, מצב משפחתי, מצב פיננסי, אורח חיים ואפילו פרופיל פסיכולוגי על כל אדם הנמצא במאגר המידע שלה. דוגמה נוספת היא חברת *Medical Marketing Services (MMS)* שמכרה רשימה של חולים במחלות כגון דיכאונות, סוכרת, השמנת יתר וכיוצ"ב.⁵⁰ החברה המפורסמת ביותר העוסקת במכירת מידע אישי היא חברת *ChoicePoint*.⁵¹ במקור, חברה זו עסקה בעיקר במכירת מידע אישי פיננסי על אודות אנשים לגורמים כגון חברות ביטוח ובנקים, אך במהרה הרחיבה את תחום עיסוקה ומכרה מידע אישי ממגוון סוגים. מאגר המידע של החברה עצום ומכיל מידע אישי רב כגון שם, כתובת, מספר ביטוח לאומי, מספר רישיון נהיגה, דיווחי אשראי ועוד כמעט על אודות כל אזרח אמריקני. חברה זו מוכרת מידע לחברות פרטיות רבות. עם לקוחותיה נמנים בנקים, חוקרים פרטיים, חברות פרטיות שביקשו מידע אישי על אודות מועמדים לעבודה ואף גורמים שלטוניים.

גם חברות רגילות שפועלות בסביבה הפיזית עוסקות במסחר במידע אישי. ממחקר

Feldstein eds., 1987) 485; Richard A. Musgrave & Peggy B. Musgrave *Public Finance in Theory and Practice* (5th ed., 1989); John Cullis & Philip Jones *Public Finance and Public Choice* (2nd ed., 1998). מוצר שיש לו תכונה זו הוא מוצר שהתועלת שמפיק גורם מסוים מצריכתו אינה פוחתת בד בבד עם הגדלת מספר הגורמים הצורכים את המוצר עצמו. בהקשר של המידע האישי השימוש שנעשה במידע האישי על ידי פירמה מסוימת אינו פוגע בתועלת שמפיקות שאר הפירמות ממידע זה. במובן זה ניתן לשכפל את הבעלות על המידע האישי. בעקבות כך, לפירמה רציונלית המחזיקה במידע אישי, בין שנטלה אותו בהסכמת הצרכן ובין לאו, יהיה תמריץ כלכלי להעביר את המידע שבחזקתה לפירמות נוספות. השימוש של הפירמות הנוספות במידע לא יפגע בתועלת שהיא מפיקה ממנו, ועל כן העלות הכרוכה בהעברת המידע היא אפסית. מנגד התועלת שהפירמה מפיקה מהעברת המידע האישי היא חיובית ומתבטאת בתמורה שהיא מקבלת עבורו.

47 Mike Hatch "The Privatization of Big Brother: Protecting Sensitive Personal Information from Commercial Interests in the 12th Century" 27 *William Mitchell L. Rev.* (2001) 1457, note 9; Sarah Ludington "Reining in the Data Traders: A Tort for the Misuse of Personal Information" 66 *Maryland L. Rev.* (2007) 140

48 Hatch, שם, בהערות 8 ו-9; Ludington, שם. כן ראו: Daniel J. Solove & Chris Jay Hoofnagle "A Model Regime of Privacy Protection" 2006 *U. Illinois L. Rev.* (2006) 357

49 Hatch, שם, בהערה 84.

50 שם, בהערות 86-89.

51 על ההיסטוריה של חברה זו ועל קשריה עם הממשל ראו: Chris Jay Hoofnagle "Big Brothers Little Helpers: How Choice Point and Other Commercial Data Brokers Collect and Package Your Data for Law Enforcement" 29 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (2004)

שנעשה לאחרונה עולה כי עיתונים אמריקנים מפורסמים כגון *The New York Times* ו-*Wall Street Journal* מוכרים בקביעות שמות של המנויים שלהם.⁵² אפילו פיצריות המספקות משלוחים עד הבית מחזיקות במידע אישי רב על אודות הקוחות כגון שם, מספר טלפון, כתובת ומידע על העדפות קולינריות. מתברר כי המידע נמכר לרשויות אכיפת החוק ולפירמות מסחריות אחרות.⁵³ גם חברות העוסקות בשיווק מוצרים באמצעות קטלוגים מוכרות מידע אישי על אודות לקוחותיהן לרבות מידע על אודות הקניות שביצעו.⁵⁴ חברת התקשורת האמריקנית AOL ניסתה עוד בשנת 1999 למכור מספרי טלפון של כ-9 מיליון ממנוייה לחברות המשווקות באמצעות הטלפון.⁵⁵ מעבר מידע אישי בין פירמות מסחריות יכול להתבצע שלא באמצעות עסקה רצונית בין מוכר לקונה. כך, למשל, מידע אישי יכול לעבור מצד לצד עקב הליכים של רכישה, מיוזג או ארגון מחדש. ידועה הדוגמה של השתלטות חברת ebay על אתר המכירות הפומביות הצרפתי iBazar וכך כל מאגר המידע שנמצא בידי האחרון הועבר לחברה זו.⁵⁶ המקרה המפורסם ביותר של העברת מידע עקב פשיטת רגל הוא המקרה של חברת Toysmart.⁵⁷ החברה הפעילה אתר מסחרי למכירת צעצועים. בדומה לאתרים אחרים, אספה החברה מידע אישי על אודות לקוחותיה, בין היתר שם, כתובת, מצב חשבון, העדפות קנייה, היסטוריה של רכישות, ודיוקנים של המשפחה לרבות תאריכי לידה של הילדים. המבקרים באתר והרוכשים באמצעותו סיפקו מידע מרצון והסתמכו על מדיניות הפרטיות שהוצגה באתר והבטיחה במפורש שהמידע לא יימסר לצדדים שלישיים.⁵⁸ ברם, החברה נקלעה בשנת 2000 לקשיים כספיים עד כדי חדלות פירעון. את הנכס העיקרי שלה – מאגר המידע על אודות לקוחותיה – היא ניסתה למכור לכל המרבה במחיר,

52 Hoofnagle & King, לעיל הערה 31, בע' 9.

53 שם, בע' 11.

54 שם, בע' 16.

55 רק לאחר חשיפת הפרשה בתקשורת שעוררה את זעמם של הלקוחות הודיעה החברה על ביטול התכנית שלה. ראו: 52 "Information Privacy/Information Property" Jessica Litman *Stanford L. Rev.* (2000) 1305.

56 להרחבה ראו: Prins, לעיל הערה 35, בע' 223–257 וכן שם, בהערה 17. באותו מאמר המחבר מציין שמדיניות הפרטיות של חברת גוגל, נכון לעת כתיבת מאמרו, שמרה לעצמה את הזכות להעביר לצדדים שלישיים את המידע האישי על אודות המשתמשים בנסיבות מסוימות ובכלל זה רכישה ומיזוג עם או על ידי גורם אחר. יש להדגיש כי ככל הנראה שינתה גוגל את התנאי הזה והיום מופיע נוסח אחר: "אם Google תיטול חלק במיזוג, רכישה או מכירה מכל סוג של כל נכסיה או חלקם, נפרסם הודעה לפני שכל מידע אישי יועבר ויוכפף למדיניות פרטיות אחרת".

57 להרחבת הדיון במקרה זה ובמקורות נוספים המפנים אליו, ראו: Karim Z. Oussayef "Selective Privacy: Facilitating Market-Based Solutions to Data Breaches by Standardizing Internet Privacy Policies" 14 *B.U. J. Sci. & Tech. L.* (2008) 104, 112, והמקורות שם.

58 כמעט כל אתר אינטרנט מפרסם באתר שלו "מדיניות פרטיות" הכוללת תנאים, נהלים וכללים שיחולו על השימוש במידע אישי שנאסף מהמשתמשים. במרבית המקרים האתר מפרסם מדיניות פרטיות עצמאית שניתן להגיע אליה באמצעות לחיצה על קישור המוצב בתחתית דף הבית. במקרים אחרים תנאים אלה הם חלק בלתי נפרד מתנאי השימוש באתר.

בניגוד מוחלט להתחייבות שקיבלה עליה במדיניות הפרטיות שהציגה. ההחלטה עוררה ביקורת חוגים להגנת הפרטיות ואת זעם הלקוחות. רשות המסחר האמריקנית (FTC) הגישה תביעה לבית המשפט הפדרלי למניעת המכירה. הצדדים הגיעו לפשרה: החברה תמכור את מאגר המידע רק לחברה המתחייבת לכבד את מדיניות הפרטיות המקורית, אך בכך לא נחה דעת המבקרים והלקוחות. כדי להפסיק את הפרסום השליילי בפרשה הציעה חברת Walt Disney, שבבעלותה היו 60% ממניות החברה, לרכוש את מאגר המידע תמורת \$50,000 ולהשמידו. בית המשפט הורה לה לשלם את הכסף אך הורה על השמדת המאגר אצל החברה עצמה בלי להעבירו.⁵⁹

6. סיכום ביניים: הקומודיפיקציה של המידע האישי

את ההתיאור לעיל ניתן לסכם כדלקמן: בעשורים האחרונים הפך המידע האישי למשאב עיקרי בפעילות הכלכלית, בעיקר בספירה הצרכנית. הוא עבר הליך מזוהז יחסית של מסחור (קומודיפיקציה) ומתפתחת סביבו תעשייה שלמה – "תעשיית המידע". ניתן לייחס הליך זה בעיקר להתפתחויות הטכנולוגיות ובראשן התפתחות רשת האינטרנט.⁶⁰ התפתחויות אלה תרמו לכך שהמידע האישי הפך למצרך כלכלי

59 להרחבה, ראו: Oussayef, לעיל הערה 57.

60 נראה כי התייחסות זו למידע האישי כאל מצרך כלכלי הקיים בזכות עצמו לא הייתה נחלת מרבית הכלכלנים שחקרו את הכלכלה של המידע האישי, לפחות עד לסוף שנות השמונים של המאה הקודמת. ניתן לייחס זאת לטיב הפעילות במידע האישי ולהיקפה באותה תקופה שהושפע מהמצב הטכנולוגי שהיה קיים באותה העת. בשל המגבלות הטכנולוגיות, יחס עלות-תועלת – הכרוך בעיבוד המידע האישי – היה גבוה למדי, ומנע מפירמות רבות שימוש נרחב במידע האישי. פירמה שחפצה להשיג מידע אישי, וחסרו לה אמצעים טכנולוגיים מפותחים לאיסופו, הייתה נדרשת לקבל את הסכמתם של הצרכנים. נכונות הצרכנים לספק לפירמות מידע אישי על אודותיהם הייתה מוגבלת בהיקפה. הצרכנים הסכימו לגלות רק מידע רלוונטי לביצוע העסקה בינם לבין הפירמה. גם היקף העסקאות במידע אישי בין הפירמות לבין עצמן היה נמוך למדי. על רקע מציאות זו ניתן להבין את ההתייחסות המעורפלת של התיאוריה הכלכלית הנאו-קלאסית בכל הנוגע למידע אישי: "Neoclassical economic has addressed the problem of information goods somewhat schizophrenically" Max H. Boisot *Knowledge Assets: Securing Competitive Advantage in the Information Economy* (Oxford, 1998) 76 תיאוריה זו רואה במידע האישי חלק מהמידע העסקתי. מידע עסקתי כולל כל מידע רלוונטי הדרוש לצדדים לעסקה, לשם קבלת החלטה קנייה יעילה ורציונלית בשוקי המוצרים (השווקים הראשיים). תיאוריה זו אינה מתייחסת למידע העסקתי, ובכלל זה המידע האישי, כאל מוצר שיש לו ערך כלכלי בפני עצמו, אלא רואה בו רכיב חיוני לתפקודם של שוקי המוצרים. אמנם המידע האישי מסב תועלת בכך שהוא מאפשר את קיומן של עסקאות חליפין בשווקים הראשיים, ואף מקדם את היעילות שלהן: "It functions as a support to exchange and to foster the perfect foresight so essential to efficient markets" (ראו: שם, בע' 36), אולם למידע זה אין זכות קיום עצמאית ואין מתקיים בעניינו שוק עצמאי: הפצתו של מידע זה והעברתו בין שחקני השוק נעשית אגב ביצוע עסקאות חליפין, ולצדדים לעסקאות אלה אין כל עניין בביצוע עסקאות נפרדות במידע זה, במנותק מעסקאות היסוד.

(סחורה או commodity) הנסחר בשוק בזכות עצמו.⁶¹ אפשר לסווג מסחר זה לשני סוגים. הסוג הראשון הוא מסחר ישיר בעסקאות המתבצעות בין הצרכנים שהמידע נסב עליהם (המוכרים) לבין הפירמות.⁶² הסוג השני הוא מסחר עקיף שבו המוכרת היא פירמה, בין שמכירת מידע אישי הוא תחום עיסוקה היחיד ובין לאו. להלן נכנה פירמה המוכרת מידע אישי בכינוי "סוחר מידע אישי". מסחר עקיף מתבצע בין סוחר מידע אישי לבין פירמות. המסחר במידע האישי לסוגיו אינו מתבצע בחלל הריק כי אם במה שמכונה "שוק המידע האישי".⁶³

מה התגובה הנורמטיבית הראויה על מציאות זו? האם על המשפט לאסור את המסחר במידע אישי? אם התשובה על השאלה האחרונה היא חיובית עולות שאלות נוספות בנוגע לקשר שבין השוק לבין המשפט. כיצד על המשפט להתערב במסחר זה ולקבוע לו כללים? מה יהיה תוכנם של כללים אלה? בפרקים הבאים נדון בשאלה זו מנקודת מבט כלכלית ומנקודת מבט ערכית.

ג. המסחר במידע אישי מנקודת מבט כלכלית

1. הטיעון הכלכלי בעד מסחר המידע האישי

נקודת המוצא של הגישה הכלכלית היא שמסחר המידע האישי הוא רצוי מאחר שהוא מגדיל את הסיכוי למצות את הערך הכלכלי הטמון במידע זה.⁶⁴ הכרה במידע האישי כנכס שאפשר לסחור בו בשוק (זכות למידע אישי כזכות רכושית) מאפשרת תפקוד ראוי של שוק משוכלל למסחר במידע, שיש בו כדי למקסם את הרווחה החברתית.

61 על הפיכתו של המידע האישי למצרך כלכלי ראו: Simon G. Davis "Re-Engineering the Right to Privacy: How Privacy has been Transformed from a Right to Commodity" *Technology and Privacy: The New Landscape* (Philip E. Agre & Marc Rotenberg eds., 1997) 143, 160-161.

62 יש להדגיש כי ברוב המקרים העסקה במידע אישי בין הצרכן לבין הפירמה איננה עסקה עצמאית הנעשית בזכות עצמה אלא נלווית לעסקת יסוד ביניהם שבמסגרתה הפירמה מוכרת מוצר או נותנת שירות לצרכן.

63 יש להבחין בין שוק המידע האישי לבין שוק הפרטיות במידע האישי. שוק של פרטיות במידע האישי הוא המכניזם שבו מתנהלות עסקאות בעניין מנגנונים וטכנולוגיות להגנת המידע האישי (הפרטיות) של הצרכנים. ברוב המקרים בשוק המידע האישי הצרכנים הם המוכרים את המידע האישי לכל דורש, ואילו בשוק הפרטיות הם שצורכים ודורשים את הפרטיות במידע האישי. אמנם יש להבחין היטב בין שני שווקים אלה, אך יש קשרי גומלין ביניהם. פעולה תקינה בשוק המידע האישי משמעה הגנה על פרטיותם של הצרכנים בהעברת המידע האישי שלהם, דבר המייתר את נחיצותו של שוק של פרטיות.

64 הטיעון המובא לעיל נוגע הן למסחר ישיר, המתבצע בין הצרכנים לבין הפירמות, והן למסחר עקיף המתבצע בין הפירמות לבין עצמן.

בתנאי שוק משוכלל למסחר במידע אישי, כלומר מספר רב של מוכרים וקונים; מידע מלא בידי שחקני השוק; היעדר מונופולים וקרטלים; היעדר הוצאות עסקה; היעדר השפעות חיצוניות וכיוצא באלה כשלי שוק, ובהנחה ששחקני השוק הם רציונליים וממקסמים את תועלתם האישית, עסקאות חליפין במידע אישי (מסחר במידע אישי) הן רצויות משום שהן מבטיחות את העברת המידע האישי לידי מי שמעריך אותו יותר מרעהו. כל אחד מהצדדים לעסקה יוצא נשכר בשיעור ההפרש שבין הערך שהוא מייחס למשאב (המידע) שנפרד ממנו, והחברה בכללותה יוצאת נשכרת בסכום הרווחים של שני הצדדים. במצב זה התועלת המופקת מהמידע האישי היא מרבית. צרכן הרגיש למידע האישי שלו יימנע מביצוע עסקאות במידע, או ידרוש תמורה הולמת. מנגד, צרכן האדיש למידע האישי שלו לא יהסס למכור אותו לכל המרבה במחיר. שוק המידע האישי יכול לספק מכניזם שבאמצעותו יביעו הצרכנים את העדפותיהם באשר להיקף השימוש הרצוי במידע האישי ולטיבו.⁶⁵ כך תובטח תוצאה יעילה שתספק את הצרכנים ואת הפירמות כאחד.⁶⁶ מחיר המידע ייקבע על ידי חוקי ההיצע והביקוש של השוק.⁶⁷ עמד על כך המלומד לורנס לסיג (Lawrence Lessig):

“Such a regime gives us confidence that if a trade occurs, it will be at a price that makes neither party worse off.”⁶⁸

חוקי ההיצע והביקוש בשוק זה יבטיחו שהיקף השימוש במידע האישי וטיבו יהיו אופטימליים ומייקבעו לפי רצונות הצרכנים. עמד על כך המלומד אקוויסטי (Alessandro Acquisti):

“The orthodox economic view suggested that market forces and economic laws, if left alone, would eventually result in the most efficient amount of personal information being exchanged. Individuals and entities interested in information about individuals would converge to that equilibrium regardless of the initial allocation of privacy rights.”⁶⁹

65 ראו: Samuelson, לעיל הערה 38, בע' 1132.

66 ראו: Laudon, לעיל הערה 19, בע' 92.

67 ראו: Steven A. Bibas “A Contractual Approach to Data Privacy” 17 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (1994) 591, 604–605.

68 ראו: Lawrence Lessig *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999) 161; Guido Calabresi & A. Douglas Melamed “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral” 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089, 1105.

69 ראו: Alessandro Acquisti “Privacy in Electronic Commerce and the Economics of Immediate Gratification” *The 6th Annual Acm Conference on Electronic Commerce* (New York, 2004) 4–6.

בשוק משוכלל צרכנים המייחסים ערך למידע האישי שלהם לא יתקשרו בעסקאות עם פירמות שאינן מכבדות את תנאי העסקה. חששן של הפירמות מפני ענישה מצד הצרכנים יגרום להן לשמור על רמת שימוש מיטבית שתקבע על ידי כוחות השוק ותשקף את רצונות הצרכנים. כך יפנימו הפירמות את עלות השימוש במידע אישי. חוקי ההיצע והביקוש יבטיחו כי רק פירמות המכבדות את תנאי העסקה יצליחו לשרוד. תחרות משוכללת בשוק המידע האישי תבטיח שצרכנים יסחרו רק עם פירמות המייצרות מסדי נתונים איכותיים, ותחרות זו תבטיח מסדי נתונים טובים יותר.⁷⁰ כוחות השוק יביאו לידי הקצאה יעילה של הזכויות במידע אישי, והיקף שימוש וטיב שימוש מיטביים.⁷¹

המסחר במידע אישי רצוי גם בשל ההשפעה שיש לו על היעילות של עסקאות בשווקים הראשיים שבהם נמכר המוצר או ניתן השירות. הוא מגדיל את כמות המידע האישי הנמצא בידי הפירמות. קיום מידע אישי בידי הפירמות הוא תנאי הכרחי לקבלת החלטות יעילות בשוקי המוצרים והשירותים. הוא חוסך בעלויות עסקה הכרוכות ביצירת קשר ביניהם ומקנה לפירמות יכולת להבין את צורכי הצרכנים ורצונותיהם ולהתאים להם מוצרים בצורה טובה יותר; הוא מאפשר לפירמות לעמוד בצורה טובה יותר על הסיכונים הכרוכים בעסקה. הרווחה הנוצרת בזכות המידע האישי אינה רק הרווחה הישירה המופקת מהעסקה עצמה אלא רווחה עקיפה שמקורה בשיפור איכות ההחלטה.

2. הביקורת על הטיעון הכלכלי

תמיכת הטיעון הכלכלי במסחר במידע אישי איננה נקיה מקשיים ומביקורת. ניתן לסווג את הביקורת לשני סוגים: ביקורת ערכית-מוסרית וביקורת כלכלית. הביקורת הערכית מציינת את התמקדות הגישה הכלכלית בערך אחד ויחיד – היעילות המצרפית – ואת התעלמותה מערכים אחרים שהיו תומכים בהגבלת המסחר במידע אישי. ודוק, אין מדובר בגישה אחת אלא בגישות אחדות הנבדלות ביניהן בסוג הערכים הנוספים שלטענתן יש להתחשב בהם, בעוצמת ההתנגדות, במהותה, בטעמיה ובמסקנות המתחייבות ממנה. על הגישות הללו אעמוד בהמשך. בשלב זה אדגיש כי הכרעה מנקודת הראות הטהורה של הניתוח הכלכלי אינה מאפשרת התחשבות בערכים נוספים. אשר לטוענים שיש להתחשב בערכים נוספים, ההכרעה מנקודת הראות הכלכלית איננה בעיניהם אלא ראשית הדרך. התגובה הערכית למסחר

70 ראו: Scott Killingsworth "Minding Your Own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice" 3 *J. Internet L.* (1999) 1, 3-4; Patricia Mell "Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness" 11 *Berkeley Tech. L. J.* (1996) 1

71 ראו: Bibas, לעיל הערה 67.

המתנהל במידע אישי צריכה לעבור כור היתוך נוסף שיתחשב בכל אותם ערכים שבהם נדון בהמשך.

בשלב זה אתמקד בביקורת הכלכלית החולקת על הקשר שבין מסחור המידע האישי (רכושיות הזכות למידע אישי, נכסיותו של המידע האישי, ביצוע עסקאות במידע האישי) לבין השאת הרווחה המצרפית. תנאי הכרחי לכך שעסקאות במידע אישי אכן ישיאו את הרווחה המצרפית הוא ששוק המידע האישי יהיה שוק משוכלל חף מכשלים או מעלויות עסקה. אולם שוק זה אינו משוכלל ומתקיימים בו כשלים כגון כשל מידע, רציונליות מוגבלת, הטיות קוגניטיביות ועוד. כשלים אלה מעלים את החשש שעסקאות בשוק המידע האישי דווקא פוגעות ברווחה המצרפית.⁷² המידע האישי אינו עשוי מקשה אחת. חלקו טריוויאלי, חלקו רגיש. מחקר כלכלי של שוק זה עולה שסוג הכשל וחריפותו משתנים לפי סוג המידע.⁷³ בחלק זה של הדיון אצביע על סוגי הכשלים המשותפים למרבית סוגי המידע האישי.⁷⁴

3. כשלי השוק בשוק המידע האישי

א) כשל מידע. אחד התנאים לקיום שוק משוכלל הוא שיהיה בידי כל אחד מהצדדים לעסקה, מראש (ex ante) בעת ביצוע העסקה, מידע מלא על התועלת הנקייה שתצמח לו מהעסקה. תועלת נקייה פירושה התועלת שתצמח לו מהעסקה (התמורה שהוא יקבל) בניכוי העלות שתיכרך בביצוע העסקה (המחיר שהוא יידרש לשלם).⁷⁵ נראה כי

⁷² לשם המחשה נדון במתרחש ברשת האינטרנט שהיא הגורם העיקרי ליצירתו של שוק המידע האישי. מרבית העסקאות במידע אישי מתבצעות באמצעות רשת האינטרנט. לכל עסקה נלווה חוזה הקובע את הכללים והנהלים שיחולו על העסקה. חוזים אלה לרוב מוצעים על ידי האתרים עצמם המבקשים להשתמש במידע האישי. החוזים מכונים "מדיניות פרטיות" (privacy policy). מדיניות פרטיות כשמה כן היא, מכילה הסברים והבטחות בעניין מדיניות הפרטיות של הפירמה, כלומר המדיניות שלה בעניין המידע האישי של הצרכנים כגון השיטה שבה הפירמה אוספת את המידע האישי; השימושים שלה במידע ועוד. למעשה, מדיניות הפרטיות היא חוזה הנכרת בין הצרכן לבין הפירמה המסדיר את זכויות השימוש במידע האישי. בהמשך הדיון ננסה ליישם את הטיעונים הכלליים בעניין קיומם של כשלי שוק בתחום מדיניות הפרטיות.

⁷³ ראו דיון להלן בטקסט הנלווה להערה 101.

⁷⁴ הדיון בכשלים המתרחשים בשוק המידע האישי, למעט הדיון בכשל של הטיות קוגניטיביות, מבוסס בין היתר על Paul M. Schwartz "Property, Privacy, and Personal Data" 117 *Harv. L. Rev.* (2004) 2056, 2056–2088.

⁷⁵ הניתוח להלן מניח כי מדובר בעסקה עצמאית המנותקת מעסקאות אחרות. לרוב העסקה במידע אישי אינה עסקה עצמאית אלא חלק בלתי נפרד מעסקת יסוד. ברוב המקרים התמורה שהצרכן מקבל בעסקת המידע האישי מוטמעת בתמורה שהצרכן מקבל בעסקת היסוד. החקר הכלכלי מצביע על כך שלצרכנים לרוב יש בעיית מידע בשווקים הראשיים שבהם מתבצעות עסקאות היסוד (למכירת מוצר או לקבלת שירות). במקרה דנן הצרכן סובל מבעיית מידע כאשר לטיב התמורה שהוא אמור לקבל בעסקת היסוד ולטיב המחיר שהוא נדרש באמת לשלם. הכשל בעסקת

הצרכנים בשוק המידע האישי (לסוגיו) סובלים ממחסור במידע בעניין התועלת ובעניין העלות.⁷⁶

(1) קושי בהערכת התועלת

התועלת לצרכן מוסר המידע היא התמורה המידית, הישירה, שהוא מקבל עבור הסכמתו למסור את המידע האישי והתמורה הנדחית, העקיפה, שמקורה בשימושים נוספים במידע האישי שתעשה הפירמה עצמה או שיעשו צדדים שלישיים שהמידע האישי יועבר לידם בעסקה בינם לבין הפירמה. כך, למשל, בהצטרפות למכון כושר, ראובן לא יוכל להעריך מראש (ex ante) את שיעור התמורה הישירה שיקבל – ההנחה בשירותים שהמכון נותן – מאחר שהוא איננו יודע מראש את היקף השירותים שהוא ייזקק להם, אם בכלל. לראובן קשה לאמוד את שיעור התמורה הנדחית, העקיפה, כי אין לו מידע על הצדדים השלישיים שאליהם יועבר המידע ועל השימושים שיעשה כל אחד מהם (וגם המכון) במידע האישי עליו. גם אם נניח כי הוא יודע להעריך שימושים אלה, אין בידיו כלים להעריך את התועלת שתצמח לו מהם. חלק מן התועלת אינו ניתן להמרה לערכים כספיים. כיצד יוכל ראובן להעריך את התועלת שתצמח לו מהצעות שיווקיות או ממוצרים שיותאמו לו באופן יחידני? הקושי מתעצם משום שהמידע האישי נשאר מאוחסן במאגרי המידע לאורך זמן, ומאפשר למכון ולצדדים שלישיים להשתמש בו תוך שינוי מתמיד בטיב השימוש ובהיקפו. מצב זה מקשה על ראובן להעריך מראש את כל התועלת שתצמח מכל השימושים העתידיים (שאינן לו מידע עליהם) שיעשו במידע האישי.

היסוד משפיע במישרין על שוק המידע האישי. כשל המידע בשווקים הראשיים נעשה כשל מידע גם בשוק המידע האישי, כי אין הצרכן יודע את התמורה שהוא יקבל בעסקת המידע האישי. בהנחה שהצרכנים קוראים את תנאי העסקה, הנחה המתבררת כלא-מציאיותיות. כך, למשל, ברשת האינטרנט חלק גדול מהצרכנים אינם קוראים כלל את מדיניות הפרטיות. מדיניות הפרטיות זמינה לעיונם של הצרכנים לאחר לחיצה על קישור המוצב בדרך כלל בתחתית דף הבית של האתר. הצרכנים אינם נדרשים לעיין בתנאי המדיניות ולבטח אינם נדרשים להסכים להם כתנאי לשימוש באתר. האתר כולל במדיניות זו תנאי ולפיו עצם השימוש באתר מהווה קיבול של המדיניות המוצעת. מחקרים מצביעים על כך שפחות מ-25% מהגולשים טורחים לעיין במדיניות הפרטיות של האתר. ראו: Rivka Ribak & Joseph Turow "Internet Power and Social Context: A Globalization Approach to Web Privacy Concerns" 47(3) *J. of Broadcasting & Electronic Media* (2003) 328. גם אם נניח כי הצרכן טרח ולחץ על הקישור, אין כל ביטחון שהוא קורא את מדיניות הפרטיות. תנאי המדיניות מנוסחים בדרך כלל בשפה משפטית, טכנית ומקצועית שקשה מאוד לצרכן הממוצע להבינה. כך, למשל, כיצד ניתן לצפות מצרכן ממוצע שיבין מושגים כגון "עוגיות", "כתובת וירטואלית" וכיוצא באלה? אין תמה אפוא שצרכנים רבים פשוט מוותרים על קריאת תנאי המדיניות, שכן הדבר כרוך בהשקעת זמן ומשאבים. עמדו על כך המלומדים Sherwin & Avila בכתבם: "When faced with the legal mumbo-jumbo of long-winded privacy policies, of course consumers will just agree to everything rather than torture themselves". ראו: Greg Sherwin & Emily Avila "Privacy or Piracy?" *The ClickZ Network* www.clickz.com/showPage.html?page=818771 (26.1.99).

(2) קושי בהערכת העלות

לצרכן אין יכולת להעריך מראש את העלות שתהיה כרוכה בכיצוע העסקה במידע האישי. להלן נעמוד על רכיבי העלות (התמורה) לצרכן עקב ביצוע העסקה. הרכיב הראשון עניינו נזקים מידיים עקב מסירת המידע לידי הפירמה ולאחר מכן לצדדים שלישיים. המידע האישי על אודות האדם מהווה השתקפות של האני הפנימי שלו. מסירתו לידי אחרים יוצרת תחושת חשיפה הגורמת מבוכה, תסכול ואולי פחד. אדם המוסר מידע אישי על אודותיו מוותר על הצורך הפסיכולוגי והאנושי הבסיסי שלו "שלא להיות חשוף ולהיעזב לבדו" וזאת תמורת נוחות שהוא מצפה לה עקב ממסירת המידע לידי הפירמות.

הרכיב השני של העלות, ולהבדיל מהרכיב הראשון, אינו מתמקד בנזקים המידיים הנגרמים עקב מסירת המידע האישי אלא בסיכון להתרחשות נזקים בעתיד. הסיכון יוצר עלות המכונה "עלות הסיכון" והיא חלק מהעלות הכוללת שהצרכן נושא בה. עלות זו שווה לסך התוחלת של הנזקים העתידיים. תוחלת נזק עתידי מסוים מחושבת לפי גודל הנזק, אם יתרחש, וההסתברות שנוזק זה אכן ייגרם. להלן חלק מהסיכונים הכרוכים במסירת המידע: (1) המידע האישי על אודות אדם הוא רכיב חשוב בהחלטות של אחרים בעניינו. כך, למשל, החלטת מעביד אם לקבל מועמד לעבודה מבוססת על המידע האישי הנמצא אצלו על אודות אותו אדם.⁷⁷ המידע האישי מעוצב על ידי סיפור חייו של אדם בעבר ובמידה רבה הוא גם קובע את האופן שבו האדם יתפתח בעתיד ויגשים את עצמו. קיים סיכון שמא הפרט יודר מפעילות כלכלית-חברתית בשל מידע הנמצא בידי אחרים. כך, למשל, בדוגמה של מכוון הכושר קיים סיכון שמא על סמך המידע האישי הנמצא בידי המכוון ומועבר לאחרים, חברות הביטוח יסרבו לבטח אותו והבנקים יסרבו להעניק לו אשראי.⁷⁸ עצם הימצאות המידע בידי אחרים מעניק להם יתרון גם בניהול משא ומתן. היכולת ללקט כמות עצומה של מידע אישי יוצרת מצב שבו אחרים יודעים על הפרט יותר מאשר אולי יודע על עצמו. קיים סיכון שמא המידע הנמצא בידי האחרים סולף או הוצא מהקשרו ויכול

77 כיום ישנן פירמות מסחריות היוצרות רשימה של צרכנים לא רצויים לפי המידע הנמצא בידיהם. חלק מפירמות אלה מנהלות מעקב אחרי הצרכנים המבקרים בחנויות שלהן והן בוחנות את רמת הכדאיות והתדירות שבה הצרכנים קונים ועל סמך זה מחליטות אם כדאי להן בכלל למכור או להשקיע בלקוחות אלה. ראו: Larry Selden & Geoffrey Colvin *Angel Customers & Demon Customers: Discover Which is Which and Turbo-Charge Your Stock* (New York, 2003).

78 זאת ועוד, מידע אישי פוגע ביכולת הבחירה החופשית של הפרט וגורם לאחרים לקבוע עבורו מה עדיף בשבילו. דוגמה מההקשר הצרכני: מידע אישי רב בידי הפירמות גורם להן להתאים באופן יחידני את המוצרים לכל אחד מהלקוחות. יש הטוענים כי התאמה יחידנית היא משאת נפשו של כל צרכן ואין בה שום רע. מנגד יש לזכור כי חלק גדול מההנאה שבצרכנות היא היכולת של הצרכן לבחור מתוך המגוון שמוצע לו. התאמה יחידנית משמעה צמצום ההיצע לצרכן. הפירמה מחליטה מראש על סמך מידע בידיה מה המוצרים שיתאימו לו ובכך מצמצמת את ההיצע לצרכן. למעשה, חשיפת זהותו האמיתית של הצרכן ובכלל זה העדפותיו הופכת את פעולת הצריכה למעשה טכני הנטול כל הנאה. חשיפת זהותו של הצרכן פוגעת ביכולת הבחירה

לגרום לקבלת החלטה לא יעילה ולפגיעה בפרט. גם אם נניח שהמידע נכון, הימצאותו בידי הזולת מקנה לו שליטה על הפרט שהמידע נסב עליו.⁷⁹ לדוגמה, אם מעביד אסף מידע על אודות שיעור ההשתכרות של מועמד פוטנציאלי לעבודה, יכולת ניהול המשא והמתן של אותו מועמד מוגבלת מאוד. (2) קיום מידע אישי בידי אחרים יוצר סיכון שמא ישתמשו בו להצפת הצרכן במסרים פרסומיים.⁸⁰ פירמות רבות מצוידות בכתובת הדואר האלקטרוני של הצרכנים, מציפות אותם במסרים פרסומיים שזכו לכינוי "דואר זבל" – spamming.⁸¹ תופעת ה-spamming גוזלת מהצרכנים זמן רב הדרוש להם כדי להיחשף למידע, לעבדו ולהחליט מה לעשות בו. הצפת הצרכנים במידע שבחלקן הגדול אינו רלוונטי להם מקשה עליהם לקבל החלטה מודעת ("crowding effect").⁸² (3) הימצאות מידע אישי במאגרי המידע של אחרים, שהמידע הגיע אליהם בהסכמה, יכול ליצור סיכון להתרחשות אירועים עתידיים עקב התערבותם של צדדים שלישיים. כך, למשל, קיים סיכון שהמחזיק במידע ייקלע לקשיים כספיים, עד כדי חדלות פירעון, ושנושיו יבקשו להיפרע באמצעות נכסיו ובכלל זה מאגרי המידע הנמצאים ברשותו. כך היה המצב, למשל, במקרה של חברת Toysmart.⁸³ קיים גם סיכון שמחזיק המידע יעבור הליכים של רכישה, מיזוג או ארגון מחדש. כן קיים סיכון לכשל אבטחה אצל מחזיק המידע. מהמקרים המפורסמים הוא המקרה של האקרים שגילו בשנת 2005 פרצת אבטחה במאגרי המידע של חברת ChoicePoint וגנבו משם מידע אישי רב על יותר

- החופשית שלו, שהיא המעוז האחרון של החופש בימים אלה. חשיפת זהותו של הצרכן מונעת ממנו לבטא את האני הצרכני שלו; מונעת ממנו לבסס מעמד צרכני. לבסוף, חשיפת זהותו של הצרכן גורמת לפגיעה בכל הזכויות הבסיסיות הצרכניות המוכרות שלו כגון הזכות לבחירה חופשית, הזכות לסחר הוגן, הזכות למידע, הזכות להסכם הוגן. להרחבת הדיון בטיעון זה, ראו: Stan Karas "Privacy, Identity, Databases" 52 *Am. U. L. Rev.* (2002) 393
- 79 אמנם ניתן לטעון כי המידע נמסר בהסכמה, סממן שליטה כשלעצמו. ברם, יש סיכון שמא המחזיק במידע יחשוף אותו או ימסור אותו לאחרים תוך הוצאת הדברים מהקשרם ובכך יפגע בפרט שהמידע נסב עליו.
- 80 משלוח מסרים פרסומיים יכול להיעשות באמצעות טלפון, פקס, דואר אלקטרוני (דואר זבל). שיטת שיווק זו מכונה שיווק ישיר. מחקרים שנעשו בארצות הברית מצביעים על כך שמדי יום נעשות כ-18 מיליון שיחות טלפון לשם טלמרקטינג וכי כ-100 מיליון עצים נכרחים מדי שנה כדי לספק נייר לכל אותם חומרי דפוס פרסומיים של דואר זבל. ראו: Vera Bergelson "It's Personal: But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information" 37 *U. C. Davis L. Rev.* (2003) 379, 422.
- 81 ראו: Sally Hambridge & Albert Launde *Don't Spew: A Set of Guidelines for Mass Unsolicited Mailings and Postings* (1999) <http://www.faqs.org/rfcs/rfc2635.html> (נבדק ב-10.4.2003).
- 82 באחד המחקרים שערך האיחוד האירופי נמצא כי העלות של הורדת 15 דברי דואר אלקטרוני ביום עולה 30 אירו לשנה. בהנחה שיש 400 מיליון משתמשים ברחבי העולם, העלות הכוללת של הורדת דברי דואר אלקטרוני בלבד מגיעה ל-10 ביליון אירו. ראו: Serge Gauthronet & Étienne Drouard *Commission of the European Communities – Unsolicited Commercial Communications and Data Protection* (2001) 9
- 83 ראו דיון לעיל בטקסט הנלווה להערה 57.

מ-150,000 אנשים.⁸⁴ הנזקים מתרחישים אלה יכולים להיות נזקים לא מוחשיים כגון מבוכה והתערערות תחושת הביטחון. יתרה מזו, זהותו של הצרכן עלולה להיגנב. אמנם אין הגדרה אחידה למונח "גניבת זהות", אולם אפשר לומר כי הכוונה למקרים שבהם אדם משתמש במידע אישי של פרט אחר למטרות לא כשרות, כגון ביצוע פעולות בשמו בלא ידיעתו.⁸⁵ אדם שבידו שם, מספר כרטיס אשראי וקוד סודי של הכרטיס של אדם אחר יוכל לבצע רכישת מוצרים בשמו של אותו אדם. מלבד נזק כלכלי יכול להיגרם נזק תוצאתי כגון פגיעה בשם הטוב או בהיסטוריית האשראי שתאלץ את הצרכן לשקם את תדמיתו.⁸⁶

קשיי מידע מונעים מהצרכנים את היכולת להעריך מראש את שיעור עלות הביצוע של עסקה במידע אישי. חלק גדול מהנזקים, המידיים והעתידיים, מקורם בפגיעות ברגשותיו של הצרכן שאינן ניתנות להערכה כספית. גם אם נניח שאפשר לכמת פגיעות אלה, עדיין לצרכן אין יכולת לאמוד את שיעור הנזקים שנגרמו או שקיים חשש שייגרמו לו עקב חשיפת פיסת מידע מסוימת בעסקה נתונה. הטעם לכך הוא ששיעור הנזק מחשיפת מידע מסוים אינו תלוי באותה פיסת מידע לבדה אלא מצטרפים לכך נתונים נוספים שאין לצרכן כל יכולת לדעת על אודותיהם.

המשתנה הראשון הוא סוג המידע האישי. הנזק לצרכן (המידי והעתידי) בעקבות חשיפת מידע טריוויאלי אינו זהה לנזק שנגרם עקב חשיפת מידע רגיש כגון מידע רפואי.⁸⁷ בעסקה שבה הצרכן נדרש למסור מידע אישי מגוון, על הצרכן לחשב בנפרד את הנזקים שמקורם במסירת כל סוג מידע.

המשתנה השני ואולי החשוב ביותר הוא כמות המידע האישי על אודות הצרכן שכבר נמצאת אצל אחרים. ניתן להסביר את הקשר שבין גודל הנזק הנגרם על ידי חשיפת פיסת מידע מסוימת לבין כמות המידע שכבר קיים בשוק עובר לחשיפה זו, ביכולת הפירמות ללקט פיסות מידע יחד אל תוך מאגר מידע אחד (אגריגציה). נניח שראובן מסר פיסת מידע X למכון הכושר ושמוכון הכושר העביר מידע זה לחברת ביטוח פלונית. נניח עוד כי חברת הביטוח מחזיקה פיסת מידע נוספת Y על אודות ראובן. במצב זה חיבור שתי פיסות המידע יוצר פיסת מידע חדשה שראובן לא התכוון למסור מלכתחילה.⁸⁸ זוהי סיטואציה טיפוסית שבה השלם גדול מסך חלקיו.

84 ראו לעיל הערה 51.

85 אין הגדרה אחידה לתופעה זו, אבל ההגדרה העיקרית היא: ניסיון מכוון להשתמש בפרטים מזהים של אדם כדי לפעול בשמו. להגדרת התופעה והיקפה ראו: Bergelson, לעיל הערה 80, בהערה 229.

86 שם, בהערה 230.

87 להרחבת הדין במחקרים המראים התייחסות נבדלת לסוגי מידע שונים, ראו להלן טקסט נלווה להערה 101.

88 טלו את הדוגמה של חברת Amazon. נניח שאתר זה מציב עוגיה במחשב של הצרכן תמורת רשות לגלוש חינם באתר. אם צרכן זה גולש באנונימיות, לא יהיה אכפת לו שהחברה תדע על הרגלי הגלישה שלו. כעת נניח כי צרכן זה מבקש לקנות ספר מהאתר של החברה. כדי לבצע את העסקה הוא יצטרך לתת את פרטי כרטיס האשראי שלו ונתונים פיזיים אמיתיים המזהים אותו.

העלות הכרוכה בחשיפת המידע ובהצלבתו עם מידע אחר תלויה בכמות המידע האישי הנמצאת בשוק. כל פיסת מידע אישי על הצרכן המתווספת למאגרי המידע של הפירמות תורמת ליצירת פרופיל שלו, דבר המגביר את הפגיעה בצרכן. בתחום הנזק מתקיים עקרון העלות השולית העולה, כלומר תוספת הפגיעה הנגרמת לצרכן הולכת וגדלה בד בבד עם מסירת כל יחידת מידע נוספת. כדי שהצרכן יוכל לחשב את העלות האמיתית שהוא משלם בעסקה (הנזקים המידיים והעתידיים) עקב מסירת יחידת מידע נוספת, עליו לדעת את היקף המידע האישי עליו הנמצא בשוק בכלל, ואצל אותה פירמה בפרט. מובן שלצרכנים אין מידע כזה ולפיכך אינם יכולים לחשב את העלות האמיתית של העסקה.

המשתנה השלישי הוא משתנה הזמן. המידע האישי אינו מתכלה והוא נשאר במאגרי המידע של הפירמות זמן רב (גם לאחר מותו של הצרכן שהמידע נסב עליו). הנזק לצרכן עלול להימשך כל עוד המידע נמצא במאגרי המידע. במובן זה העלות אינה בדידה, חד-פעמית וקבועה אלא רציפה ומשתנה במרוצת הזמן. יש גם לצפות שהעלות השולית תיכרך בשימושים נוספים, תלך ותגדל. אדם יכול לקבל כל חייו מסרים פרסומיים רק משום שהסכים למסור באופן חד-פעמי מידע הנוגע לדרכי ההתקשרות אתו. זאת ועוד, הישארותו של המידע האישי במאגרי המידע של הפירמות מגבירה את יכולת המסחר המשני בו ובכך את מספר המחזיקים במידע ומספר השימושים בו. גודל הפגיעה יכול גם להשתנות במרוצת הזמן עקב שינוי נסיבות, לרבות שינוי נסיבות אישיות של הצרכן, שינוי סביבתי ואף שינוי טכנולוגי. נניח שראובן התקשר בשנת 1998 בעסקה עם אתר מסוים המאפשרת לאתר לעקוב אחרי הגלישה שלו ולמכור את המידע המצטבר לאחרים. ראובן ניהל אורח חיים מתירני ונהג לגלוש לאתרי פורנו שונים. בשנת 2007 הפך ראובן לאדם מסורתי וביקש להעלים כל סממן לאורח החיים שניהל בעבר ולכן נעשה רגיש לאפשרות שמישהו ידע או יזכיר לו את עברו המתירני. בין היתר, הידיעה על כך שהרגלי הגלישה שלו נמצאים בידי גורמים שאין הוא יודע את מספרם או זהותם מגבירה את תחושת התסכול.⁸⁹ חלוף הזמן יכול להפוך את המידע האישי במאגרי המידע למיושן, בלתי עדכני ורגיש יותר.

משתנה רביעי הוא ההסתברות להתרחשות נזקים עתידיים. הצרכן אינו יכול לחשב את ההסתברות להתרחשות סיכונים עתידיים ואת שיעור הנזק, אם יתרחשו, אצל מי מהגורמים שהמידע האישי נמצא בידו. הצרכן אף לא יוכל לדעת מראש את

במצב זה החברה יכולה לחבר את כל פיסות המידע שיש לה על אותו צרכן, לרבות המידע שהוא מרבה לגלוש לאתרי פורנו, למשל.

⁸⁹ מפורסמת הדוגמה של Robert Bork שהיה מועמד לכהן כשופט עליון בארצות הברית. מועמדותו נכשלה לאחר שבעל חנות וידאו חשף את הרגלי הצפייה שלו. מבחינה מעשית, לאדם זה לא הייתה כל יכולת להעריך את שיעור הסיכון שהוא קיבל עליו כאשר מסר לבעל החנות את פרטיו האישיים.

ההסתברות לכך שהמידע אמנם יגיע לידי גורם שיבקש להפלות אותו או להדיר מהשוק.

כדי שיוכל הצרכן לחשב את התועלת והעלות, עליו לדעת אפוא מראש את כל המידע האישי הנמצא על אודותיו בשוק ולצפות אירועים עתידיים. לפי תורת הרציונליות המוגבלת, מלאכה זו כרוכה בעלויות עסקה ניכרות, ואף אין-סופיות, ולכן אין הצרכנים יכולים לעשותה.

ב) הטיות קוגניטיביות וכשל הנחת הרציונליות. תורת השוק המשוכלל מבוססת על הנחת הרציונליות: הנחה שהצרכנים בשוק המידע האישי הם ממקסמים רציונליים של תועלתם האישית. המניע שלהם הוא הגדלה מרבית של תועלתם האישית. מבחינה קוגניטיבית, ההנחה היא שהם פועלים באופן רציונלי ומתעלמים ממידע שאינו רלוונטי; החלטותיהם מחושבות ומביאות בחשבון סיכונים וסיכויים הכרוכים בעסקה; מערכת העדפותיהם אינה מכילה סתירות פנימיות.

מחקרים אמפיריים ממגוון דיסציפלינות מצביעים על כך שהחלטותיהם של הצרכנים בשוק המידע האישי אינן רציונליות, ואף אינן מתיישבות עם ההצהרות הקודמות שלהם.⁹⁰ למשל, הצרכנים בשוק המידע האישי סובלים מאופטימיות יתר. הם נוטים להפחית את הסתברות הסיכון שהפירמה תפר את תנאי העסקה. הם בוררים את המידע המוסכם עמם: הם תרים אחר מידע המתיישב עם אמונותיהם והערכותיהם (האופטימיות) ונוטים להתעלם ממידע שאינו תואם אמונות והערכות אלה. הם נוטים להקדיש פחות תשומת לב לאותן תניות פטור למיניהן בשל נטייתם להתעלם ממידע מילולי ומשעמם.⁹¹ השפעות העסקה יכולות להימשך כל עוד המידע קיים במאגרי המידע. לפיכך מלבד החשש שהצרכן יתקשה להעריך את הסיכון הכרוך בעסקה, קיים חשש שהצרכן ינסה להמעיט את חומרת הסיכון או את ההסתברות להתרחשותו. העסקה במידע אישי מתבצעת לרוב כעסקה הנלווית לעסקת יסוד בשווקים הראשיים. צרכן הנחוש בדעתו לבצע את עסקת היסוד ייטה להקל ראש במשקלם של הסיכונים

90 להרחבה בנושא ההטיות הקוגניטיביות של הצרכנים בשוק המידע האישי, ראו: Alessandro Acquisti & Jens Grossklags "Privacy and Rationality Preliminary Evidence from Pilot Data" *3rd Annual Workshop on Economics and Information Security* (2004) (hereinafter: Acquisti & Grossklags (2004)); Mark S. Ackerman, Lorrie Faith Cranor & Joseph Reagle "Privacy in E-Commerce: Examining User Scenarios and Privacy Preference" *1st Acm Conference on Electronic Commerce* (1999) 1-8; Alessandro Acquisti & Jens Grossklags "Privacy Attitudes and Privacy Behavior: Losses, Gains, and Hyperbolic Discounting: An Experimental Approach to Information Security Attitudes and Behaviors" *2nd Annual Workshop of an Economics and Information Security* (2003) (hereinafter: Acquisti & Grossklags (2003)); A. Michael Froomkin "The Death of Privacy" *52 Stan. L. Rev.* 1461 (2000); כן ראו: Spiekermann, Grossklags & Berendt, לעיל הערה 38, בע' 38-47.
91 ראו: Robert A. Hillman & Jefferey Rachlinski "Standard Form Contracting in the Electronic Age" *77 N.Y.U. L. Rev.* (2000) 429, 435.

העתידיים, בהשוואה לתועלת שתצמח לו בהווה מעסקת היסוד, ועל כן ייטה להעדיף הפחתה כלשהי במחיר המשולם בעד המוצר או השירות על פי עסקת היסוד ונשיאה בסיכון גבוה יותר של הפרת תנאי העסקה, על פני תשלום גבוה יותר בהווה בעד הגנה רחבה יותר על המידע שלו בעתיד.⁹² מחקר נוסף מצביע על קיומה של תופעת המסגור (framing effect) בשוק המידע האישי. החלטת הצרכנים מושפעת מהאופן שבו מוצגות החלופות. מתברר כי הפירמות מנסות להשתמש בטכניקה זו בהצגת תנאי העסקה באופן שיגרום לצרכנים לקבל החלטה לא יעילה המתיישבת עם האינטרס של הפירמות.⁹³ מחקר נוסף מצביע על תופעת "אפקט הבעלות" (endowment effect) שבה הצרכן מייחס למידע האישי הנמצא בבעלותו ערך רב יותר ממה שהוא מייחס לו כאשר המידע אינו נמצא בבעלותו. הראיה הטובה לכך היא אי-הנכונות של הצרכנים להשקיע בטכנולוגיות שנועדו להקנות להם שליטה על המידע האישי שלהם.⁹⁴ היעדר הרציונליות מהווה אחד ההסברים לפער בין התייחסותם של הצרכנים לפרטיות ולפרטיות המידע האישי עליהם לבין התנהגותם בפועל.

ג) כשל החצנה. שני הכשלים הראשונים – חוסר מידע והטיות קוגניטיביות – אופייניים לעסקה שבין הצרכן לבין הפירמה (המסחר הראשי). כשלים אלה כמעט אינם מתקיימים בעסקאות שבין הפירמות לבין עצמן, שמבחינתן המידע האישי הוא משאב תועלתני הניתן להערכה כספית. עם זאת, עסקאות בין הפירמות לבין עצמן מתאפיינות בכשל אחר שלא זכה להתייחסות ראויה בספרות הכלכלית. עצם המסחר בין הפירמות מגדיל את כמות המחזיקים במידע האישי ואת כמות המידע האישי הזמינה בשוק ובכך מגדיל את הנזק לצרכנים. הפירמות מפנימות את התועלת הצומחת להן מביצוע העסקאות ומחצינות את העלות הכרוכה בהן. זה מצב טיפוסי של החצנה (externality).⁹⁵ ההחצנה שורדת מאחר שחלק גדול מהמסחר נסתר מעיני הצרכנים ולכן אין להם יכולת למנוע מהפירמות החצנה זו.

4. כשלי השוק והשפעתם על הרווחה המצרפית

הצרכנים בשוק המידע האישי סובלים מנחיתות אינפורמטיבית בנוגע לתמורה ולמחיר. חוסר מידע, רציונליות מוגבלת והטיות קוגניטיביות הם כשלי שוק שתורת הכלכלה

⁹² תופעה זו מתיישבת היטב עם המסקנות של אחד המחקרים שנערכו (Jupiter Research), לעיל הערה 38), ולפיהן כ-82% מהצרכנים מוכנים לספק מידע אישי גם לאתרים מסחריים שאינם מכירים בתמורה להנחה כלשהי בעסקת היסוד.

⁹³ לדיון בתופעת המסגור בשוק המידע האישי, ראו Edward J. Janger & Paul M. Schwartz "The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules" *86 Minn. L. Rev.* (2002) 1219, 1242.

⁹⁴ ראו: Acquisti & Grossklags (2004), לעיל הערה 90, בע' 12.

⁹⁵ Arthur Cecil Pigou *The Economics of Welfare* (4th ed., London, 1950).

מכירה בקיומם. כשלים אלה משפיעים על התנהגות שחקני השוק – הצרכנים והפירמות כאחד – באופן הפוגע ברווחה המצרפית. בראש ובראשונה הם משפיעים על התנהגות הצרכנים. טיב ההשפעה על הרווחה המצרפית ועוצמתה תלויים בהעדפות הסיכון של הצרכן. צרכנים שונאי סיכון יעדיפו שלא לבצע את העסקה במידע האישי. מחקרים אמפיריים אכן מצביעים על כך שמשתמשים רבים נאלצים לוותר על הקנייה באמצעות רשת האינטרנט כדי להימנע ממסירת מידע אישי על עצמם.⁹⁶ עצם ההפסד של עסקאות צרכניות שהיו מתרחשות בשווקים לולא אותו חשש ממסירת מידע אישי נתפס כפגיעה ביעילות המצרפית של המשק כולו, שכן מדובר ב"בזבוז" של משאבים ורווח פוטנציאלי לחברה כולה שאינו ממומש.

יש צרכנים המנסים להתמודד עם הסיכונים הכרוכים במסירת מידע אישי על אודותיהם על ידי חיפוש מידע שיאפשר להם להעריך בצורה מושכלת יותר את המחיר שהם נדרשים לשלם. היקף החיפוש שיעשה על ידי הצרכן מונחה משיקולים של עלות-תועלת. הליך חיפוש המידע יימשך כל עוד התועלת השולית הצומחת

96 צרכנים שונאי סיכון יעדיפו לוותר על אינטראקציות חברתיות-מסחריות מחשש משימוש שנעשה או ייעשה במידע האישי. למעשה הפעילות החופשית במידע האישי יכולה לגרום לחלק מהצרכנים להדיר רגליהם מפעילויות חברתיות רבות כדי להימנע מחשיפת כל מידע אישי על אודותיהם. הדבר בולט במיוחד אצל אותם צרכנים שפשוט מוותרים על הקנייה ברשת האינטרנט מחשש לשימוש במידע האישי על אודותיהם. בסקר שערך Jupiter Research ב-1999 נמצא כי 40% ממשתמשי רשת האינטרנט נמנעו מלבצע קניות באמצעותהן אך ורק בשל חששם מפני פגיעה בפרטיותם. על פי מחקר שנערך על ידיהם: "24.5\$ billion in-online sales will be lost by 2006 — up from 5.5\$ billion in 2001. On line retail sales would be approximately twenty-four percent higher in 2006 if consumer's fear about privacy and security were addressed effectively". ראו: Jupiter Research, לעיל הערה 38. במחקר שנערך בשנת 2000 על ידי PriceWaterhouse Coopers, נמצא כי כשני שלישים ממשתמשי רשת האינטרנט שהחלו במסע הקניות שלהם באינטרנט נמנעו מלהשלים את התהליך עד סופו אך ורק בשל החשש שלהם מפני פגיעה בפרטיותם. נתונים דומים ניתן למצוא במחקר שערכה רשות המסחר האמריקנית (FTC), ולפיהם כשני שלישים מהצרכנים "Very concerned about the privacy of personal information provided online". ועל פי נתונים, חששם של הצרכנים מפני פגיעה בפרטיותם גורם להפסד עסקאות בסך של שמונה עשר מיליארד דולרים מדי שנה בשנה. ראו את הדוח של רשות המסחר האמריקנית: Federal Trade Commission: *Privacy Online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace* (2000) 2 <http://www.ftc.gov/reports/privacy2000/privacy2000.pdf> (נבדק ב-4.2.10). על פי סקר של Harris Interactive, החשש לפגיעה בפרטיות המידע האישי נחשב לאחד הגורמים המעכבים את התפתחותו של המסחר האלקטרוני הצרכני. ראו: "First Major Post 9/11 Privacy Survey Finds Consumers Demanding Companies Do More to Protect Privacy; Public Wants Company Privacy Policies to Be Independently Verified" Harris Interactive (2002) www.harrisinteractive.com/news/allnewsbydate.asp?NewsID=429 (נבדק ב-4.2.10). עצם ההפסד של עסקאות צרכניות שהיו מתרחשות בשווקים לולא אותו חשש מסיכון נתפס כפגיעה ביעילות המצרפית של המשק כולו בשל אבדן הרווחה שהייתה נגרמת בעקבותיהן. העסקאות שאינן מתרחשות מהוות "בזבוז" של משאבים קיימים, והרווח הפוטנציאלי של החברה כולה אינו ממומש.

מיחידת חיפוש נוספת עולה על העלות השולית הכרוכה בכך. ודוק, בשוק המידע האישי דומה כי עלויות החיפוש הן אין-סופיות שהרי מדובר בסיכונים עתידיים שאין כל יכולת לצרכן לעמוד על טיבם.

חלק מהצרכנים יעדיפו לבצע עסקה במידע אישי בתנאים של חוסר מידע ורצינותיות מוגבלת. מובן שעסקה המתבצעת בתנאים אלה אינה משקפת את ההעדפות האמיתיות של הצרכנים ולכן אינה ממקסמת רווחה מצרפית. בחירת הצרכן לבצע את העסקה היא "בחירה עיוורת" שאינה משקפת את רצונו האמיתי.

בשל פערי המידע יכולה להתפתח תופעה המכונה "שוק הלימונים", שפותחה על ידי הכלכלן אקירלוף (Akerlof).⁹⁷ לטענת אקירלוף, במצב של פערי מידע בין המוכרים לבין הקונים בשוק המכוניות המשומשות יימכרו בסופו של דבר מכוניות באיכות גרועה. אפשר ליישם דברים אלה בשוק המידע האישי ולומר שבשל פערי המידע, יציעו הפירמות בסופו של דבר עסקאות במידע האישי המיטיבות עם הפירמות על חשבון הצרכנים. אין לשום פירמה תמריץ להציע עסקה בתנאים טובים יותר מאחר שהיא לא תתוגמל על כך בשל חוסר היכולת של הצרכנים לבחון את ההבדלים בין העסקאות. מבחינת הפירמה, עדיף להציע עסקה בתנאים המיטיבים עמה גם על חשבון הצרכנים יהא טיבן של שאר העסקאות המוצעות על ידי הפירמות האחרות אשר יהא.⁹⁸ אם כן, דווקא ההכרה במסחר במידע אישי פועלת לטובת הפירמות ופוגעת בצרכנים וברווחה המצרפית. מחד גיסא, הפירמות יכולות לנסות להכשיר את "השרץ" ולהיתלות בטענה שכל מה שנעשה בשוק במידע האישי נעשה בהסכמת הצרכנים. מאידך גיסא, הן מנצלות את הכשלים בשוק כדי להציע לצרכנים עסקאות הפוגעות בהם וברווחה המצרפית. סיכום זאת המלומד שוורץ:

"The emerging verdict of many privacy scholars is that existing markets for privacy do not function well. Due to such market failures, which are unlikely to correct themselves, propertization of personal information seems likely to lead to undesired results — even to a race to the bottom as marketplace defects lead competitors to take steps .that are increasingly harmful to privacy."⁹⁹

97 להרחבת הדיון בתופעה, ראו: George A. Akerlof "The Market for 'Lemon': Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism" 84 *Q. J. of Economics* (1970) 488.

98 הפירמות אף מנצלות כשלים אלה למטרות אחרות. כך, למשל, הפירמות אינן משקיעות בטכנולוגיות לשיפור איכות ההחלטות של הצרכנים. ראו: Schwartz, לעיל הערה 74, בע' 2079.

99 ראו: Julie E. Cohen "Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object" 52 *Stan. L. Rev.* (2000) 1373, 1423–1428; Mark A. Lemley "Private Property: A Comment on Professor Samuelson's Contribution" 52 *Stan. L. Rev.* (2000) 1545, 1554.

לא פלא אפוא שמלומדים רבים התנגדו למסחור המידע האישי בטענה שיביא לפגיעה בצרכנים וברווחה המצרפית.¹⁰⁰

5. תרופות משפטיות לתיקון הכשלים

על אף האמור לעיל, שלילת המסחר במידע אישי מכול וכול נראית לי מרחיקת לכת. על פי הניתוח הכלכלי של המשפט, כשל שוק אינו אמור להביא לידי סגירת השוק, כפי שטוענים אחדים, אלא להסדרתו על ידי המערכת המשפטית. כשל שוק אינו מספק רק הצדקה לרגולציה של השוק אלא משמש כלי לעיצוב אופייה ותוכנה של ההתערבות. על התערבות להיות מיטבית במובן זה שתטפל נקודתית בכשלי השוק. בהקשר הזה שוק המידע האישי אינו שונה משאר השווקים, ונוצר הצורך בכללים שיסדירו את המסחר במידע אישי ולא דווקא בכללים שיטילו איסור מוחלט. כללים אלה הם חלק בלתי נפרד מאותם דינים שנועדו להסדיר את המותר והאסור בנוגע למידע אישי – דיני המידע האישי. נותר לקבוע את אופיים ותוכנם של כללים אלה. בהקשר זה ברצוני להעיר כמה הערות.

מטרת כללי ההסדרה היא לתקן את כשלי השוק ולהבטיח עסקאות יעילות וכפועל יוצא מכך להשיא את הרווחה המצרפית. מכאן שתוכנו של כלל הסדרה כלשהו נגזר מטיבו ומחריפותו של הכשל שהוא אמור לתקן. כך, למשל, כלל הסדרה המיועד לתקן כשל מידע שונה מכלל הסדרה המיועד להתמודד עם בעיות של רציונליות מוגבלת והטיות קוגניטיביות.

יש להבחין בין כללי הסדרה המיועדים להסדיר עסקאות בין צרכנים לבין פירמות (המסחר הישיר) לבין כללי הסדרה המיועדים לחול על עסקאות בין הפירמות לבין עצמן (מסחר עקיף). כשלים האופייניים לעסקאות מהסוג הראשון (כשל מידע, רציונליות מוגבלת והטיות קוגניטיביות) שונים מהכשל האופייני לעסקאות מהסוג השני (החצנה).

המידע אישי אינו עשוי מקשה אחת אלא מסווג לכמה קטגוריות. לכך נודעת חשיבות במישורים אחדים. כך, למשל, באחד המחקרים שנעשו לאחרונה נמצא כי ההתייחסות של הצרכנים למידע האישי שלהם משתנה על פי סוג המידע.¹⁰¹ מחקר זה סיווג את המידע לחמש קטגוריות: (1) מידע הנוגע לזהותו הווירטואלית של הצרכן (online identity) כגון כתובת הדואר האלקטרוני, הכינוי האנונימי שבו הצרכן גולש; (2) מידע הנוגע לזהותו האמיתית (offline identity), כגון שם, מספר טלפון, כתובת דואר, מספר תעודת הזהות; (3) מידע מאפנן (personal profile) כגון גיל, משקל, מצב משפחתי; (4) מידע הנוגע לפרופיל מקצועי כגון טיב המקצוע, משכורת, דרגה

100 ראו: Cohen, שם, בע' 1391; Lemley, שם, בע' 1551; Anita L. Allen "Coercing Privacy"; 40 Wm. & Mary L. Rev. (1999) 723, 750-757.

101 ראו: Acquisti & Grossklags (2003), לעיל הערה 90, בע' 6-8.

בעבודה; (5) מידע הנוגע לפרופיל מיני ופוליטי כגון השתייכות פוליטית, העדפות מיניות.

על פי ממצאי המחקר, רגישות הצרכנים למידע מהקטגוריה הראשונה פחותה מרגישותם בשאר הקטגוריות. מחקרים אחרים מצביעים על כך שבעיותיו של הצרכן כבואו להתקשר בעסקה במידע האישי משתנות לפי סוג המידע הנחשף בעסקה. כך, למשל, רמת ההטיות הקוגניטיביות בנוגע למידע הקשור לזהות הווירטואלית שונה מרמת המודעות או ההטיות הקוגניטיביות בנוגע לסוגי המידע האחרים.¹⁰² חריפות הכשל הולכת וגדלה ככל שמדובר במידע רגיש יותר. שוני זה בחריפות הכשל מצמיח שוני נורמטיבי. אפשר לצפות כי תוכן כללי הסדרת עסקאות במידע אישי טריוויאלי יהיה בעל אופי מינורי מבחינת ההתערבות בהשוואה לתוכן כללי הסדרת עסקאות במידע אישי רגיש.¹⁰³ אין לדבר על דין מידע אישי שיחול על כל סוגי המידע אלא על דיני מידע אישי המשתנים, במידה זו או אחרת, לפי סוגי המידע.¹⁰⁴

הניתוח הכלכלי של המשפט סיפק כלי יעיל להצדקת הצורך בהתערבות במסחר במידע אישי ובהארת העניינים שראוי לשים לב אליהם בכוא המחוקק לעצב הסדרים פרטניים, אולם יכולתו של הניתוח לספק אמות מידה לקביעת תוכנה המדויק של

Giacomo Calzolari & Alessandro Pavan *Optimal Design of Privacy Policies* (University of Toulouse, 2001) 102

103 טכניקת חקיקה זו, היוצרת סיווג של המידע האישי, ומקצה עוצמת הגנה נבדלת לכל אזור (zoning), היא טכניקה מקובלת בשיטות משפט. טכניקה זו אומצה בדירקטיבה האירופית בעניין ההגנה על המידע האישי. ראו: "Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data" *Directive 95/46/EC, OJEC L281/31*. כך, לדוגמה, סעיף 8 לדירקטיבה זו מסדיר מידע אישי החושף מוצא אתני או גזעי, דעות פוליטיות, אמונות דתיות ועוד. ההסכמה הנדרשת מהצרכנים לעיבוד מידע זה היא הסכמה מודעת, ואין די בהסכמה מפורשת הנדרשת למידע מסוג אחר. טכניקה זו קיימת גם במשפט הישראלי. חוק הגנת הפרטיות הישראלי מחיל הגנות שונות על סוגי מידע שונים. החוק מבחין בין מידע שהוא בגדר ענייניו הפרטיים של אדם (סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות ופסק הדין בת"א (שלום כ"ס) 7830/00 בורוכוב נ' פורן, תק"ש 2002(2), 1216 (2002)), שעצם פרסומו אינו מהווה פגיעה בפרטיות אלא אם כן קיים הסכם מפורש או משתמע שלא לפרסמו, לבין מידע הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם (סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות), שעצם פרסומו בלא הסכמת מי שהמידע נסב עליו עולה כדי פגיעה בפרטיות. גם פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות, שעניינו הגנת הפרטיות במאגרי מידע, מבחין בין מידע רגיש לבין מידע סתם. ראו סעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות.

104 במחקר אחרון שנעשה על ידי המלומד סמית' ואחרים (Smith et al) נאמרו הדברים הבאים על הקשר שבין סוג המידע, הרצונות של הצרכנים ואופיו של משטר ההגנה המיטבי: "We then show that optimal privacy protection regime will vary depending on the proportion of consumers who care about their privacy and the size of the loss they suffer from privacy violations. When either of these parameters is sufficiently small, caveat emptor is the socially optimal privacy protection regime; when both are sufficiently large, the approach of mandatory standards dominates". Tang Zahulei, Yu (Jeffery) Hu & Michael D. Smith *Protecting Online Privacy: Self Regulation, Mandatory Standards, or Caveat Emptor* (2004) 6 infosecon.net/workshop/pdf/31.pdf (נבדק ב-4.2.10).

התערבות זו מוגבלת יותר. בהמשך הדיון אנסה להצביע על התרופות העיקריות (כללי ההסדרה) בעלות הפוטנציאל לתקן כשלי שוק קיימים. הצגת התרופות תהיה בסדר עולה לפי רמת ההתערבות שלהן בעסקה. כאמור אפשר לצפות שהשיקול המכריע בבחירת התרופה המתאימה יהיה סוג המידע הנחשף בעסקה.

א) הטלת חובות גילוי

אחד מכשלי השוק הוא היעדר מידע אצל הצרכנים בנוגע לתנאי העסקה. כדי לתקן כשל זה מוצע לחייב את הפירמות לגלות כל מידע רלוונטי מבחינת הצרכן. בין היתר על הפירמות לגלות לצרכן מי ישלטו במאגרי המידע שלהן; אילו שימושים ייעשו במידע האישי; מי הצדדים השלישיים שאליהם יועבר המידע האישי; אפשרויות הגישה למאגרי המידע על ידי הצרכנים ועל ידי צדדים שלישיים; האפשרויות הנתונות הצרכנים לתקן מידע שגוי; האמצעים שנקטים להבטחת מאגרי המידע ועוד. על הפירמות לגלות את כל המידע ולהבהיר בשפה פשוטה את האופן שבו הפירמות מעבדות את המידע האישי על הצרכנים.¹⁰⁵

מטרת חובות הגילוי היא לאפשר לצרכן לעמוד על כל הסיכונים הכרוכים בעסקה ולקבל החלטה מודעת ומושכלת שתשקף את העדפותיו האמיתיות, היינו הסכמה מדעת. ברם, אין בכך כדי ליצור שוק מידע אישי משוכלל ונטול כשלים.¹⁰⁶ גם אם נניח כי הפירמות ימלאו את חובות הגילוי, עדיין אין הצרכנים יכולים להעריך את כל הסיכונים בשל הרציונליות המוגבלת. ייתכן שתרופה זו מספקת בכל הנוגע לעסקה במידע אישי טריוויאלי, אך במרבית המקרים היא אינה יעילה דיה. לכן יש לבחון תרופות נוספות שתוצאתן התערבות נוספת בעסקה.

ב) הגבלת סוג העסקה שיותר לבצע במידע אישי: רישיון במקום מכר

עסקה במידע אישי היא הקניית זכות במידע אישי תמורת מחיר. הצרכן נדרש למסור מידע אישי תמורת תועלת שהפירמה מסבה לו. ודוק, עד כה ניתחנו את הסיכונים

105 הטלת חובות גילוי מפורטות בעסקאות המידע האישי היא טכניקה משפטית מקובלת על רוב שיטות המשפט המערביות. בארצות הברית חובה זה ידועה כחובת ההודעה (Notice) ומשמשת כאחד המרכיבים החשובים במדיניות השימוש ההוגן שפירסמה רשות המסחר האמריקנית ב-2.4.10), חובה זו עוגנה בסעיפים 10-11 לדיריקטיבה האירופית בנושא הגנת המידע האישי. בישראל, סעיף 11 לחוק הגנת הפרטיות קובע כי פנייה לאדם לקבלת מידע לשם החזקתו או שימוש בו במאגר מידע תלויה בהודעה המפרטת בין היתר: אם חלה על אותו אדם חובה חוקית למסור את המידע, או שמסירת המידע תלויה ברצונו ובהסכמתו; מהי המטרה אשר לשמה המידע מבוקש; למי יימסר המידע ומטרות המסירה. חשוב לציין כי חובות הגילוי בדיני הפרטיות באות להוסיף על חובות הגילוי הכלליות יותר מכוח דיני הגילוי הכלליים ודיני הגילוי הצרכניים.

106 לאפקטיביות המוגבלת של חובת הגילוי, ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן יסודות ועקרונות (2001) 151-156.

הכרוכים בעסקה בלי שנדרשנו לסווגה, סיווג פורמלי או מהותי. האם מדובר בעסקת מכר, בעסקת שכירות או בעסקת רישיון? סיווג העסקה בעל ערך מהותי. הוא קובע את טיב הזכות שהוקנתה לפירמה בעסקה זו. הניסיון המעשי מלמד כי מרבית הפירמות מתייחסות לעסקה הזו כאל עסקת מכר שבאמצעותה הן הפכו לבעלים (למצער משותף) במידע האישי.¹⁰⁷ אין תמה אפוא שמרבית הפירמות מתייחסות למידע האישי הנמצא במאגרי המידע האישי שלהן כאל נכס הנמצא בבעלותן הפרטית.

העברת בעלות במידע האישי מקנה לפירמה את היכולת לעשות כל עסקה במידע האישי לרבות העברתו לאחרים. העברת הבעלות מפקיעה את השליטה הבלעדית מידי הצרכן ומפקידה שליטה זו בידי הפירמות והדבר יוצר חשש להיווצרות נזקים בעתיד. ריבוי הסיכונים מונע מהצרכן לעמוד על המחיר האמיתי שהוא נדרש לשלם כשהוא מוסר את המידע האישי על אודותיו. כדי להתגבר על קושי זה צריך להגביל את יכולת הצרכן להעביר בעלות. במקום זאת ניתן לאפשר לצרכן להקנות לפירמה זכות מצומצמת יותר – זכות שימוש. מקובל לכנות הקניית זכות שימוש כעסקת רישיון.¹⁰⁸ רישיון הוא היתר לשימוש במידע האישי שאין בו העברת בעלות על המידע האישי. מטרת השימוש, אופניו ופרקי הזמן שבהם השימוש מותר ייקבעו בתנאי הרישיון (חוזה הרישיון).¹⁰⁹ במקום להיענות לדרישה להגביל את המסחר במידע אישי, אפשר להגביל סוג מסוים של עסקאות (עסקאות מכר) ולא להגביל עסקאות המעבירות זכויות פחותות מבעלות.

הגבלת סוגי העסקאות במידע אישי נועדה בעיקר להתגבר על הסיכונים הכרוכים בנחיתות אינפורמטיבית ורציונליות מוגבלת. איסור העברת בעלות והתרת עסקאות במידע האישי בדרך של עסקאות רישיון בלבד מאפשרים לצרכן להיות מודע יותר לסיכונים שהוא מקבל עליו ולפיכך לבצע עסקה יעילה יותר. ייתכנו מקרים שבהם הפירמות יבקשו לנסח את התנאים בחוזה הרישיון באופן שיקנה להם כוחות דומים לאלו של בעלים. כך, למשל, הפירמה יכולה לבקש לקבוע בתנאי העסקה כי רשימת השימושים שיותר לה לעשות במידע האישי תושאר להחלטתה ולשיקול דעתה הבלעדי כמו גם טיב השימושים והיקפם וכך היא מקנה לעצמה למעשה בעלות

107 אמנם הצרכן עדיין נחשב לבעלים של המידע האישי על אודותיו. ברם, לאחר ביצוע העסקה מוקנית בעלות זו גם לפירמה. מכאן שנוצר מצב של בעלות משותפת.

108 יש להבחין בין הענקת רישיון למתן רשות גרדא. הענקת רישיון מעניקה טובת הנאה לבעל הרישיון במידע האישי, המקנה לו את הזכות לתבוע את הבעלים של המידע במקרה של הפרת תנאי הרישיון. לעומת זאת מתן רשות גרדא איננו מעניק טובת הנאה לבעל הרשות במידע האישי, אלא מהווה הסכמה לבצע שימוש במידע האישי שהיה נחשב לפגיעה בזכות למידע האישי לולא ההסכמה. בחלק זה של הדיון הכוונה להענקת רישיון ולא לרשות שימוש גרדא. להבחנה דומה, ראו טוני גרינמן דיני יוצרים (2003) 291.

109 יש להבחין בין עסקת הרישיון שהיא עסקה למתן זכות שימוש במידע האישי ללא העברת בעלות לבין חוזה הרישיון שהוא החוזה הנלווה לעסקה ואשר קובע תנאי עסקת הרישיון. בספרות קיימת נטייה לזהות את הרישיון עם החוזה עצמו.

במידע האישי במסווה של עסקת רישיון. ניתן להתגבר על קושי זה בדרך שיפוטית על ידי כך שבית המשפט יתייחס לתוכן העסקה ולא התואר שהצדדים העניקו לה. עם התנאים החשובים שיש לשים לב אליהם בבוא בית המשפט לקבוע את מהות העסקה – רישיון לעומת העברת בעלות – נמנים, למשל: הגבלת הרישיון בזמן, חיובי הצדדים, אפשרויות הפיקוח הניתנות בידי הפרט שהמידע נסב עליו. למשל, רישיון לתקופה בלתי קצובה או תנאי המקנה לנעבר את הזכות להעביר את זכות השימוש לאחרים מעידים יותר על עסקת העברת בעלות ולא על הסכם רישיון. נמצא אפוא שניתן להתגבר על הכשלים בשוק המידע האישי לאו דווקא על ידי איסור מוחלט של המסחר במידע אישי אלא על ידי הגבלת סוג העסקאות שניתן לבצע. ניתן לאסור עסקאות להעברת בעלות ולהתיר עסקאות רישיון בלבד.

ג) תרופות הנוגעות להיקף השימושים המותרים ברישיון עסקת רישיון היא עסקה שבה הצרכן מקנה לפירמה זכות להשתמש במידע האישי בלא העברת הבעלות במידע. תנאי הרישיון, לרבות מטרות השימוש, אופני השימוש ופרקי הזמן שבהם השימוש מותר ייקבעו בחוזה (חוזה הרישיון).¹¹⁰

110 נקודת המוצא היא שעסקת הרישיון היא עסקה יעילה רק אם היא מתבצעת בשוק מידע אישי חף מכשלים. ודוק, כשלי השוק בשוק המידע האישי מונעים קיומן של עסקאות יעילות גם אם מדובר בעסקאות רישיון ולא בעסקאות מכר. עדיין קיים חשש שתנאי הרישיון אינם מבטאים את העדפותיהם ורצונותיהם של הצרכנים, והדבר פוגע ברווחה המצרפית. קיומם של כשלי שוק מצדיק התערבות בתוכן חוזה הרישיון במטרה להגשים את הרצון האמיתי של הצרכנים ובכך להשיא את הרווחה המצרפית. כלל ראשון שראוי לבחון הוא כלל המכונה "היצמדות לשימוש". כלל זה מחייב את הפירמות שלא לעשות שימוש במידע אלא על פי השימושים שהוסכמו בתנאי הרישיון. פועל יוצא מכלל זה הוא כלל גילוי: ציון בתנאי הרישיון של כל השימושים שהפירמה מתכוונת לעשות במידע האישי וציון המטרות שלשמן דרושים שימושים אלה. הרישיון הוא עצמו החוזה. ודוק, בהקשר זה יש להבחין בין הכלל המוצע, כלל ה"היצמדות לשימוש" לבין כלל אחר בדיני הגנת הפרטיות המכונה כלל ה"היצמדות למטרה". כלל ההיצמדות למטרה משמעו שעל הפירמה מוטלת החובה שלא לעשות שימוש במידע שלא למטרה שלשמה נמסר המידע. כלל זה קיבל ביטוי בחוק הגנת הפרטיות הישראלי בשני סעיפים: סעיף 2(9) קובע כי שימוש בידע על ענייניו הפרטיים של האדם או מסירתה לאחר שלא למטרה שלשמה נמסרה מהווה פגיעה בפרטיות; סעיף 8(ב) אוסר על בעלי מאגר מידע להשתמש במידע שלא למטרה שלשמה הוקם המאגר. כעולה מלשון הסעיפים כלל ה"היצמדות למטרה" מחייב את הפירמה לנקוב בתנאי הרישיון את המטרות שלשמן נמסר המידע ולהיצמד למטרה זו. כלל זה איננו מגביל את השימושים שניתן לעשות במידע כל עוד מדובר בשימוש שנועד להשיג את המטרה שלשמה נמסר המידע. כלל זה מותיר בידי הפירמה שיקול דעת רחב ופתח לטעון כי כמעט כל שימוש שהיא עושה נועד למטרה שלשמה נמסר המידע. כלל זה מציב קשיים בפני הצרכן, להעריך את המחיר שהוא נדרש לשלם, בבואו להעניק רישיון לפירמה. הצרכן יודע את המטרה שלשמה נמסר המידע אך אין הוא יודע מהם השימושים שהפירמה תעשה לשם השגת מטרה זו. להרחבת הדיון בעקרון "צמידות המטרה", הבעייתיות שהוא מעורר והדרכים להתגבר על קשיים אלה, ראו: מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא (תשס"ח) 11, 58.

לכלל זה שני יתרונות. הוא מאפשר לצרכן לעמוד מראש על כל הסיכונים שהוא מקבל עליו בעת שהוא מוסר את המידע האישי על אודותיו. הוא גם מפחית את הסיכון שמא הפירמה תעשה שימוש במידע האישי החורג מהשימושים שהצרכן הסכים להם מראש. אולם כלל זה סובל מחיסרון: הפירמות יכולות לנסח את סעיף השימושים המותרים בהרחבה ובכך להפוך כל שימוש לשימוש חוקי. הפירמה יכולה לקבוע, למשל, שהיא תהיה רשאית לעשות כל שימוש במידע האישי וזאת לפי שיקול דעתה הבלעדי. ניתן להצביע על כמה דרכים יצירתיות להתגבר על קושי זה. כך, למשל, אפשר לסווג את העסקה הזאת כעסקת מכר אסורה, או לבטל שימושים מסוימים בהיותם תנאי מקפח בחוזה אחיד. ניתן להפעיל את עקרון תום הלב וכיוצ"ב דוקטרינות משפטיות. עם זאת, מוצע לקבוע כלל שני, כלל "הרשימה הסגורה של שימושים" שיחייב את הפירמה להסתפק ברשימה סגורה של שימושים שאין לחרוג מהם.¹¹¹

אמנם הפירמה יכולה לכלול בסעיף השימושים המותרים רשימה ארוכה של שימושים. ברם, רשימה ארוכה יכולה להדליק "נורה אדומה". כלל זה מהווה מעין כלל גילוי המאפשר לצרכן, אם כי במידה מוגבלת, לדעת על הסיכונים בבואו להעניק רישיון שימוש כה נרחב. כמו כן יש לצפות שהתחרות בין הפירמות והחשש מפני הרתעת הצרכנים מלהסכים לתנאי הרישיון ייצרו אצל הפירמות תמריץ לדילול מרבי של רשימת השימושים המותרים.

כלל שלישי שיש לבחון הוא הטלת איסור קוגנטי להשתמש בסוג מסוים של מידע אישי. כך, למשל, ניתן לאסור שימוש במידע אישי מסוים (גנטי, למשל) לכל עניין הקשור בקבלה לעבודה או קידום בעבודה, תנאי עבודה או פיטורים.¹¹² ניתן לאסור על חברות הביטוח להשתמש במידע אישי מסוים באופן שיש בו להשפיע על מתן כיסוי ביטוחי או על תנאי הביטוח.¹¹³ מנקודת ראות כלכלית איסור שימוש צריך להיעשות משיקולי השאת הרווחה המצרפית. השפעת שימוש מסוים במידע האישי על הרווחה המצרפית תלויה במשתנים רבים כגון סוג המידע, רמת הסיכון הכרוכה בשימוש, תרומת השימוש לרווחת הצדדים לעסקה ולרווחת צדדים שלישיים. בחינת ההשפעה של דרכי השימוש על הרווחה המצרפית חורגת ממסגרת הדיון. בחלק הבא אבחן דרך שימוש אחת: העברת המידע לידי צדדים שלישיים.

111 בדין הקיים אין כלל דומה לכלל זה.

112 דוגמה זו נלקחה מסעיף 29(ג) לחוק מידע גנטי שכותרתו "מניעת הפליה בתעסוקה" הקובע כי: "לא יעשה מעביד שימוש במידע גנטי או בתוצאה של בדיקה גנטית של עובד לרבות לענין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה או פיטורים".

113 דוגמה זו נלקחה מסעיף 30(ג) לחוק מידע גנטי הקובע כי: "... לא יעשה מבטח שימוש במידע גנטי מזוהה או בסירוב למסור לו מידע כאמור, כדי לסרב, לדחות או להתנות את הכיסוי הביטוחי של אדם, להגדיל או להקטין את שיעור דמי הביטוח, או להשפיע על תנאי הביטוח בדרך כשלה".

ד) תרופות הנוגעות לעבירות הרישיון אחד השימושים הבעייתיים במידע אישי על ידי פירמות בעלות רישיון הוא העברתו לצדדים שלישיים. מעיון במרבית סוגי מדיניות הפרטיות באתרי האינטרנט עולה כי האתרים מודיעים למשתמשים כי בכוונתם למסור את המידע לצדדים שלישיים. פעולה זו היא סוג של שימוש שנעשה במידע זה.¹¹⁴ העברת המידע האישי מהפירמה לצדדים שלישיים נעשית באמצעות עסקה ביניהם.¹¹⁵ בהנחה שהעסקה הראשונית בין הצרכן לבין הפירמה היא עסקת הענקת רישיון, שבה מוענקת לפירמה זכות שימוש במידע האישי בלא העברת הבעלות, אזי העסקה שבין הפירמה לבין הצד השלישי יכולה ללבוש אחת משתי צורות: העברת (המחאת) רישיון או רישיון משנה.¹¹⁶ כל אחת מעסקאות אלה מצמיחה תוצאות נורמטיביות שונות. אם העסקה היא עסקת העברת רישיון או מה שמכונה "המחאת רישיון", הפירמה יוצאת מהתמונה וכל הזכויות שהיו נתונות לפירמה נמחות לצד שלישי, כאילו נכרתה עסקת רישיון חדשה בין הצרכן לבין הצד השלישי השווה בתנאיה לעסקת הרישיון המקורית.¹¹⁷ יש להניח שהפירמה אינה מתכוונת לסוג זה של עסקה אלא לסוג האחר, רישיון משנה, שבו הפירמה מקנה לצד שלישי זכות שימוש במידע האישי בלי לוותר על זכות השימוש שלה. עוד ניתן לצפות כי הפירמה תרצה לעשות עסקאות רבות מסוג זה משום שהמידע האישי, כמו מוצרים ציבוריים, מתאפיין ב"היעדר יריבות בצריכה ובייצור" (non rivalry). עסקאות רישיון המשנה פוגעות ברווחה המצרפית. יכולת הפירמות להקנות לצד שלישי רישיון משנה גורמת לכשל מידע בכל הנוגע לסיכוני עסקת הרישיון הראשית (בין הצרכן לפירמה). הצדדים לעסקת רישיון המשנה מפנימים את התועלת ומחצינים את העלות אל כתפי הצרכנים. כדי למנוע את הפסד הרווחה הנגרם עקב ביצוע עסקאות רישיון משנה, מוצע

114 ראו, סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות המגדיר שימוש: לרבות גילוי, העברה ומסירה.
 115 שאלה מעניינת היא כיצד יש לסווג את העסקה בין הפירמה לבין צד שלישי. האם מדובר בעסקת מכר, העברת רישיון או רישיון משנה? לסיווג העסקה הראשונית שבין הצרכן לבין הפירמה יש כמובן השפעה מכרעת על סיווג העסקה בין הפירמה לבין הצד השלישי. אם העסקה הראשונית בין הצרכן לבין הפירמה היא עסקת מכר, המעבירה את הבעלות במידע האישי לפירמה, אזי לפירמה בהיותה הבעלים של המידע האישי הזכות לעשות במידע זה כל עסקה כגון מכר, רישיון וכיוצ"ב. לעומת זאת אם העסקה הראשונית תסווג כעסקת רישיון, אזי הפירמה יכולה לבצע שני סוגים של עסקאות: העברת רישיון או רישיון משנה. אם הפירמה תנסה לבצע עסקת מכר ותבקש להעביר זכות בעלות במידע האישי, יחול הכלל הקנייני שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו. הצד השלישי יוכל לרכוש בעלות נקייה רק אם הוא יצליח להצביע על קיומה של תקנת שוק הפועלת לטובתו.
 116 ההבחנה בין שתי העסקאות שאובה מההבחנה בין עסקת העברת שכירות לשכירות משנה. להרחבה, ראו: מיגל דויטש קניין (כרך ב, 2007) 339.
 117 על עסקה כזו יחולו בין היתר הוראות חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969. על פי סעיף 1 לאותו חוק, רישיון שהעברתו לא הוגבלה במפורש, ניתן לכאורה להמחאה גם בלא הסכמת הצרכן.

לקבוע כלל נוסף שיאסור את ביצוע העסקאות הללו, היינו לקבוע שהרישיון הראשוני הניתן על ידי הצרכן לפירמה הוא רישיון בלתי עביר. הפירמה מקבלת הרישיון לא תוכל להעביר את הרישיון (להמחותו) או להעניק הרשאת משנה לשימוש במידע האישי.¹¹⁸ ניתן להצדיק כלל זה מנימוקי יעילות מצרפית: כלל זה מצמצם את הסיכונים העתידיים הכרוכים בביצוע עסקת הרישיון העיקרית,¹¹⁹ ומאפשר לצרכנים להעריך את הסיכונים הכרוכים בעסקה. הגבלת עסקאות רישיון משנה מונעת גם את ההחצנה אל כתפי הצרכנים.

כלל זה אינו נקי מקשיים מנקודת מבט של הרווחה המצרפית. עסקאות רישיון משנה הן עסקאות המניכות רווחה. כלל האוסר ביצוע עסקאות אלה מונע את יצירת הרווחה.¹²⁰ על טיעון זה אפשר להגיב כדלקמן: אמנם עסקאות אלה יוצרות רווחה. ברם, ההשפעה של העסקאות על הרווחה המצרפית היא שלילית. כדי לבחון השפעה מצרפית יש לבחון את סך הרווחה מביצוע העסקאות לעומת עלות ביצוען. עלות זו מורכבת משני רכיבים: ההחצנה שעסקאות אלה מעודדות ואבדן הרווחה עקב הערמת קשיים בפני הצרכנים בבואם לבצע עסקאות רישיון ראשיות. מובן שמדידת התועלת מול העלות היא מלאכה הנתקלת בקשיי מידע עצומים, אולם ניתוח במישור השולי מעלה על נקלה שההשפעה הנקייה של העסקאות היא שולית כיוון שהתועלת השולית הצומחת מעסקה נוספת פוחתת ואילו העלות השולית הכרוכה בה הולכת וגדלה. מאחר שיש לצפות למספר גדול של עסקאות שהולך וגדל במרוצת הזמן, אזי המסקנה היא שסך העסקאות המתבצעות הוא מעבר לאופטימום הדרוש וסך ההשפעה המצרפית שלהן על הרווחה המצרפית הוא שלילי.

זאת ועוד, באותם מקרים שבהם ימצא כי איסור ביצוע עסקאות רישיון משנה אכן פוגע ברווחה המצרפית, אפשר לקבוע הסדרים פוגעניים פחות שיהיה בהם כדי להשיג

118 רישיון בלתי עביר הוא מוסד מוכר ומקובל בדיני הקניין הרוחני. לרישיון בלתי עביר בזכויות יוצרים, ראו גרינמן, לעיל הערה 108, בע' 291.

119 נקודת המוצא היא שהגבלת העבירות של הרישיון היא חלק מתכונותיה של זכות השימוש שניתנה לפירמה מלכתחילה. זכות השימוש נטולת כוח העברה מעצם מהותה. זכות השימוש היא הנכס שהצרכן והפירמה יצרו בעסקת הרישיון המקורית ואי-העבירות טמונה בנכס זה. מכאן נובע שהגבלה של עבירות הרישיון משמעה הגבלת הכוח, ולא רק החופש, של הפירמה להקנות רישיון משנה. מכאן שעל פי העיקרון שאין אדם יכול להקנות יותר ממה שיש לו, צד שלישי שהתקשר בעסקת רישיון משנה עם הפירמה מקבלת הרישיון, לא יוכל לטעון לשום זכות במידע זה. תוצאה זו אין בה משום פגיעה בצד השלישי מאחר שהעדר העבירות הוא נתון מפורסם הקבוע בדין ואמור להיות ידוע לכול (אם אכן יאומץ כלל זה). גם אם נניח כי צד שלישי הוא תם לב, תום לב לא יוכל לסייע לו. תוצאה זו גם מוצדקת משיקולים של צדק מתקן הקבועים בדיני התאונות. צד שלישי הוא מונע הנזק הזול ביותר מאחר שביכולתו להימנע מהתקשרות בעסקה מאחר שידוע לו שלפירמה אין הכוח להעניק לו את מה שהיא מבקשת להעניק. זאת ועוד, הגבלת העבירות של הרישיון משווה לזכות השימוש מכוח הרישיון אופי אישי. נמצא שאם הפירמה מקבלת הרישיון הפכה ללחודלת פירעון, מאגרי המידע האישי שלה אינם נכס הניתן לחלוקה בפשיטת רגל.

120 בדיני הגנת הצרכן מניעת עיסוק היא צעד דרסטי מדי. ראו דויטש, לעיל הערה 106, בע' 505.

את המטרות שעליהן עמדתי לעיל. במקום לאסור כליל ביצוע עסקאות אלה, אפשר לקבוע כלל שביצוען של העסקאות יותנה בקבלת הסכמה נפרדת מראש מהצרכן (ex ante). בבוא הפירמה לבצע עסקת רישיון משנה עם צד שלישי, היא לא תוכל להסתמך על ההסכמה שניתנה לה בעת ביצוע העסקה המקורית שבינה לבין הצרכן, אלא עליה לפנות לצרכן פעם נוספת ולבקש את הסכמתו לביצוע עסקה זו.¹²¹ ניתן להצדיק כלל זה בכמה נימוקים של יעילות מצרפית: הכלל אינו מונע עסקאות רישיון משנה אלא מתנה אותן בהסכמת הצרכן מראש. הוא מונע מהפירמות את היכולת להחציץ את עלות ביצוע העסקאות, ומונע גם חלק מהעיוותים בהחלטת הצרכן, בעסקת הרישיון העיקרית, שנגרמו עקב חוסר יכולתו לצפות אירועים שיכולים להתרחש לאחר ביצוע העסקה. הוא מונע מצב שבו הצרכן יסבול נזק רב וממושך בעקבות החלטה חד-פעמית שקיבל: "This limitation prevent them from granting one-stop permission for all use or transfer of their information".¹²² הוא מקנה לצרכן מידה מסוימת של שליטה מחודשת במידע האישי גם לאחר ביצוע העסקה הראשונית, ונותן לו הזדמנות לבצע מחדש הערכה מושכלת.¹²³

121 ניתן למצוא בדין הקיים הסדרים דומים להסדר המוצע אם כי מצומצמים יותר. בארצות הברית קיים זה זמן חוק, Video Privacy Act, האוסר על בעל חנות וידאו להעביר נתונים אישיים של לקוחותיו המתייחסים להרגלי הקנייה או ההשכרה שלהם, או לעשות בהם כל עסקה אחרת, בלא קבלת הסכמתם מראש, ראו: Video Privacy Protection Act, 18 U.S.C. §2710 (1987). כל הסכמה גורפת שנתנו הלקוחות להעברת נתונים אלה בטלה. ראו: שם, סעיף 2710 (b). בישראל קיים הסדר דומה להסדר המוצע, אלא שהוא נוגע אך ורק למאגרי מידע המשמשים לשירותי דיוור ישיר. (דיוור ישיר מוגדר כפנייה אישית לאדם, בהתבסס על השתייכותו לקבוצת אוכלוסין, שנקבעה על ידי אפיון אחד או יותר של בני אדם ששמותיהם כלולים במאגר מידע. הפנייה יכולה להיות בכתב, בדפוס, בטלפון, בפקסימיליה, בדרך ממוחשבת או באמצעי אחר). סעיף 117(ג) לחוק הגנת הפרטיות קובע: "כל אדם זכאי לדרוש, בכתב, מבעל מאגר המידע המשמש לדיוור ישיר או מבעל מאגר המידע שבו מצוי המידע שעל-פיו בוצעה הפניה, כי מידע המתייחס אליו לא יימסר לאדם, לסוג בני אדם או לאנשים מסוימים, והכל לפרק זמן קבוע או מוגבל". עם זאת, הסדר זה מצומצם מההסדר שהצענו משני היבטים: ההסדר הקיים בחוק מצומצם אך ורק למאגרי מידע המשמשים לשירותי דיוור ישיר, ואילו ההסדר המוצע על ידינו אמור לחול על כל מאגרי המידע; שנית, על פי ההסדר הקיים, לבעל מאגר מידע מותר להעביר את המידע לצדדים שלישיים כל עוד לא הביע הצרכן את התנגדותו לכך — opt-out, ואילו על פי ההסדר המוצע בעל מאגרי המידע חייב לקבל את הסכמתם של הצרכנים מראש לפני ביצוע ההעברה — opt-in.

122 ראו: Schwartz, לעיל הערה 74, בע' 2098.

123 מנגד ניתן לטעון כי כלל זה הוא גורף, נוקשה, פטרנליסטי מדי, ואינו משאיר שיקול דעת לבחון את ההסכמה של הצרכן בהקשר המיוחד שבו הוא ניתנה, והוא מניח שלרוב הסכמתו של הצרכן היא מעוותת. הסדר זה יש בו כדי להטיל מעמסה על הצרכנים שאולי אינם מעוניינים בה. הצרכנים אינם מעוניינים להתעסק חדשות לבקרים אך ורק במתן הסכמות לעסקאות נוספות במידע האישי, שכל הנראה ממילא יינתנו. לפי תפיסה זו, ייתכן שיש מקום לשקול להשתמש בטכניקה דומה לזו שנקטת בחוזים אחידים, ולקבוע חזקה שתנאי המאפשר לפירמה להעביר את המידע לצדדים שלישיים, תנאי מקפח הוא. הסדר כזה מותיר שיקול דעת לבית המשפט לבחון כל מקרה ונסיבותיו ויש בו כדי להתגבר על הבעיות שהצבענו עליהן לעיל. לפי תפיסה זו, אין לקבוע איסור גורף אלא לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו.

הצעה נוספת היא להטיל פיקוח מנהלי על המסחר המשני במידע האישי במקום לאסור אותו כליל.¹²⁴ פיקוח זה יכול להיעשות על ידי הצבת תנאי רישוי למבקשים לעסוק בהקניית רישיון שימוש במידע אישי, באופן שהקניית הזכות להשתמש במידע אישי תוכל להיעשות רק על ידי הפרט עצמו, שהמידע נסב עליו (המסחר הראשי) או על ידי פירמה המורשית לעסוק בכך (מסחר משני). ייתכן גם פיקוח מנהלי בדרך של פיקוח שוטף על הפעילות של המורשים לעסוק בהקניית רישיונות לשימוש במידע אישי. הדיון ביתרונות ובחסרונות של פיקוח מנהלי חורגות ממסגרת המאמר.¹²⁵ ניתן אף לגבש מנגנון שיבטיח מניעת החצנה, ובכל פעם שתבצע עסקת רישיון במידע אישי על אודות פלוני, חלק מהתמורה יועבר לאותו פלוני.

ה) תרופות הנוגעות לתוקפו של הרישיון במישור הזמן
המידע האישי אינו מתכלה ונשאר במאגרי המידע זמן רב. לכן עלות ביצוע העסקה היא עלות ממושכת ועלולה להשתנות באקראי עם הזמן וכל הזמן – מצב המקשה על הצרכן לחשב אותה מראש. חלק מהתרופות שהוצעו לעיל יכולות לתת מענה חלקי. ברם, אם הרישיון הוא בלתי הדיר, קושי זה ימשיך להתקיים גם אם נניח שהעסקה במידע האישי היא עסקת רישיון והפירמה הקפידה לציין את המטרות שלשמן נמסר המידע ואת השימושים שיעשו בו. כך, למשל, עדיין קיים הסיכון שמא יהפוך המידע למיושן ולא מעודכן, או שהפגיעה מעצם הימצאותו במאגר המידע של הפירמה או מהשימושים של הפירמה במידע תלך ותתעצם עקב שינוי נסיבות ובכלל זה שינוי בנסיבות האישיות של הצרכן, שינוי טכנולוגי, שינוי חברתי וכיוצא"ב. ניתן להציע כמה כללים שיש בהם כדי לתת מענה לחלק מהסיכונים הללו.

יש לקבוע כלל קוגנטי המקנה לצרכן זכות לעיין במידע האישי הנמצא במאגר המידע ואף לדרוש את מחיקתו או תיקונו אם המידע שגוי או בלתי מעודכן.¹²⁶ כך ייווצר תמריץ אצל הפירמות לדאוג לעדכון המידע מראש.

כדי להבטיח שמידע אישי לא יישאר במאגרי המידע לאחר מיצוי המטרה שלשמה נמסר מלכתחילה, אפשר לקבוע כלל שיטיל חובה על הפירמות להשמיד את המידע

124 פיקוח זה ייעשה על ידי גוף סטטוטורי. בישראל הרשות המפקדת על מלאכה זו היא הרשות לטכנולוגיית המידע והגנת הפרטיות שהוקמה כיחידה במשרד המשפטים. ראו: עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קריית המשפט ח (תשס"ט) 39.

125 ראו דויטש, לעיל הערה 106, בע' 112.

126 זכות העיון והתיקון קיימת בחוק הגנת הפרטיות (סעיפים 13(א), 14(א)) בהתאמה. יש להדגיש שזכות העיון על פי ההסדר הנוכחי היא מצומצמת. זכות זו כוללת רק את הזכות לעיין במידע. בדו"ח שופמן הומלץ להרחיבה באופן שתכלול גם קבלת מידע בנושאים האלה: סוג המידע השמור במאגרי המידע; מקורות המידע של מאגר המידע; האם המידע מועבר לצדדים שלישיים; אם המידע האישי מועבר לצדדים שלישיים, מי הם אותם צדדים ומהן המטרות שלשמן מועבר המידע. ראו: דו"ח הצוות לבחינת החקיקה בתחום מאגרי המידע (2007) 41 (להלן: דו"ח שופמן).

לאחר מיצוי אותה מטרה.¹²⁷ לצד החובה תוקנה לצרכן זכות לדרוש את מחיקת המידע לאחר מיצוי המטרה. כלל זה אינו פוגע בפירמה מאחר שהשמדת המידע מתיישבת עם תנאי הרישיון. לאחר השלמת המטרה גם אין לפירמה שום אינטרס לגיטימי להחזיק במידע האישי.¹²⁸ הסכמת הצרכן נתונה למטרה שהוגדרה והוסכם עליה בתנאי הרישיון. כלל השמדת המידע לאחר מיצוי המטרה אינו מסייע לצרכן אם מיצוי המטרה נמשך זמן רב או שמדובר במטרה שאינה ניתנת למיצוי בזמן נקוב.¹²⁹ במקרה הראשון מדובר ברישיון ארוך טווח ואילו במקרה השני מדובר ברישיון שתקופת תוקפו לא הוגבלה. בשני המקרים יש חשש מפני שינוי נסיבות עתידי העלול לגרום לפגיעה מהותית בצרכן שהוא לא היה יכול לצפותה מראש. כדי להפיג חשש זה מוצע לקבוע כלל שיקנה לצרכנים זכות לבטל את הרישיון בלא צורך בעילה כלשהי.¹³⁰ הרישיון שניתן לפירמה יהיה רישיון הדיר, ניתן לביטול. תוכר אפוא זכות הצרכן לדרוש את מחיקת המידע הנמצא במאגרי המידע של הפירמה או לדרוש את הפסקת אותם אמצעי מעקב כגון ה"עוגיות" (cookies) במחשב האישי.¹³¹ זכות הביטול תאפשר לצרכנים

127 הסדר דומה במידת מה להסדר המוצע נקבע בבריטניה. בשנת 1998 נחקק בבריטניה ה-Data Protection Act, אשר נכנס לתוקפו בשנת 2001. בחוק מנויים שמונה עקרונות המתיישבים במידה זו או אחרת עם הדירקטיבה האירופית להגנה על המידע האישי. העיקרון החמישי קובע: "מידע אישי המעובד למטרה מסוימת לא יישמר מעבר לנדרש לאותה מטרה".

128 ייתכנו מקרים שבהם לפירמות יהיה אינטרס להחזיק את המידע פרק זמן נוסף לאחר מיצוי המטרה שלשמה נמסר המידע. כך, למשל, לפירמה יהיה אינטרס לשמר את תיעוד העסקאות למקרה של טענות מצד הצרכן. במקרה זה אפשר להתייחס למטרות אלה כאל מטרות נלוות לשם מימוש המטרה העיקרית או לחלופין לראות בהם מטרה חדשה המצדיקה החזקת המידע במאגר עד למצויה.

129 דוגמה מובהקת למקרה שבו המטרה שלשמה נמסר המידע אינה ניתנת למיצוי בזמן נקוב, אם בכלל, היא מנועי החיפוש. מרבית מנועי החיפוש מציינים במדיניות הפרטיות שלהם כי הם אוספים מידע אישי, לרבות שאילתות חיפוש, על אודות המשתמשים כדי לספק להם שירותי חיפוש המותאמים להם באופן אישי. כך, למשל, במדיניות הפרטיות של Google כלול סעיף ובו מצוין כי "Google אוספת מידע אישי כאשר אתה נרשם לשירות של Google כדי לספק חוויית משתמש טובה יותר כולל תוכן מותאם אישית עבורך". מכאן עולה שמטרת האיסוף אינה ניתנת למיצוי כל עוד יש שימוש בשירותי החיפוש של מנוע החיפוש. לכן המידע נאסף לתקופה בלתי מוגבלת. עם זאת, עקב חשיפה תקשורתית לעניין זה, מרבית מנועי החיפוש הצהירו שהם שומרים את המידע האישי (ובפרט שאילתות החיפוש) לתקופה מוגבלת. כך, למשל, Yahoo הודיעה כי היא תחזיק את המידע שלושה חודשים בלבד. מיקרוסופט הודיעה כי היא שומרת מידע ממנוע החיפוש שלה MSN live Search לתקופה של 18 חודשים ואילו Google הודיעה כי היא שומרת את המידע תשעה חודשים. ראו: "Yahoo תחזיק במידע לגבי גולשים למשך 3 חודשים בלבד" דיני רשת (18.12.08).

130 להסדר דומה בדיני זכויות יוצרים, ראו: גרינמן, לעיל הערה 108, בע' 320.

131 לאמיתו של דבר חלק גדול מהאתרים מעניקים אפשרות זו לצרכנים. כך, למשל, מדיניות הפרטיות של האתר "נענע" כוללת תנאי מפורש: "אם אינך רוצה לקבל Cookies, תוכל להימנע מכך על ידי שינוי ההגדרות בדפדפן שלך... זכור, עם זאת, שנטרול העוגיות עלול לגרום לכך שלא תוכל להשתמש בחלק מהשירותים והתכונות באתרי נענע או באתרי אינטרנט אחרים".

להתאים את העסקה במידע האישי לשינוי נסיבות.¹³² בספרות הדנה בהתאמת חוזים לשינוי נסיבות מוצדקת התאמה זו גם משיקולים של יעילות מצרפית.¹³³ מנקודת ראותם של הצרכנים, היכולת לבטל את הרישיון הופכת את עסקת הרישיון מעסקה ארוכת טווח, שהשפעותיה אינן ידועות, לעסקה בטוחה יותר ולכן יש לצפות שתגדל נכונותם להעניק רישיונות לפירמות למיניהן. זכות הצרכנים לבטל רישיון תאפשר להם להפעיל פיקוח שוטף על הנעשה במידע האישי שלהם ותעודד את הפירמות למלא את תנאי הרישיון.

זכות הביטול אינה נקייה מקשיים. בין היתר יש חשש שמא זכות זו תנוצל לרעה על ידי הצרכנים ותפגע בוודאות בשוק וכן באינטרס ההסתמכות של הפירמות. כדי להתגבר על חלק מהקשיים מוצע לקבוע סייגים לזכות כגון התניית זכות הביטול במתן הודעה מראש תוך זמן סביר או בתשלום פיצוי לפירמה שניזוקה. ניתן גם לשלול זכות זו או לדחות את ביצועה אם הפירמה תצביע על אינטרס לגיטימי המצדיק את השארת המידע במאגר לתקופה נוספת.¹³⁴

ד. המסחר במידע האישי מנקודת מבט ערכית

להבדיל מהגישה הכלכלית למשפט, הרואה במסחר במידע אישי תופעה חיובית,¹³⁵ גישות ערכיות-מוסריות רואות בו תופעה שלילית ומבקרות את התמקדות הגישה הכלכלית למשפט בערך אחד ויחיד – היעילות המצרפית – והתעלמותה מערכים אחרים שהתחשבות בהם הייתה מביאה לידי תוצאה אחרת, שיש להגביל את המסחר במידע האישי.

ודוק, אין מדובר בגישה אחת אלא בגישות נבדלות במהות הערכים הנוספים שיש לגרסתן להתחשב בהם. הבדל זה שבין הגישות מביא גם לשינויים במישורים נוספים כגון בעוצמת ההתנגדות למסחר במידע אישי, במהותה, בטעמיה ובמסקנות

¹³² לפי תפיסה זו ניתן לראות בחוזה לשימוש במידע אישי חוזה יחס, שנדרשת התאמתו לנסיבות משתנות. להרחבה בעניין חוזה יחס, ראו דוד (פרדי) רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות (2001).

¹³³ שם, בע' 118–119.

¹³⁴ בדין הקיים ישנו הסדר דומה אך מצומצם בהרבה מההסדר המוצע. לעניין תחולת הדין הקיים יש להבחין בין רישיון לתקופה מוגבלת לרישיון שתקופתו לא הוגבלה. כאשר מדובר ברישיון שתקופתו לא הוגבלה אזי כל צד יוכל לבטלו בתוך זמן סביר. ראו בירנהק, לעיל הערה 110, בע' 51 בהערה 121. לעומת זאת כאשר מדובר ברישיון שתקופתו הוגבלה, אזי אין לשום צד זכות ביטול חד-צדדית. נקבע חריג לכך כאשר מטרת מסירת המידע היא דיוור ישיר. סעיף 17(ב) לחוק הגנת הפרטיות מקנה למשתמש זכות להימחק מהמאגר בלא כל תנאי. מובן שניתן להכפיף זכות זו לעקרונות הכלליים של המשפט כגון תום הלב. ודוק, הרציונל בזכות המחיקה ממאגרי הדיוור הישיר איננו להבטיח כי הסכמתו של הפרט היא הסכמה מדעת אלא הכרה בזכותו של הפרט שלא יהיה משויך לקבוצה מסוימת.

¹³⁵ אלא אם כן מוצדק לשלול או להגביל מסחר זה משיקולים של רווחה מצרפית.

המתחייבות ממנה. בחלק זה אנסה לעמוד על הגישות העיקריות ועל המסקנות המתחייבות מכל אחת מהן. התזה שלי בחלק זה היא שגם התחשבות בערכים נוספים, מבית המדרש של הגישות השונות, איננה מביאה לכלל מסקנות שונות שינוי מהותי ממסקנות הגישה הכלכלית. אינני מתנגד להכללת ערכים חיצוניים אלה, אלא שהמגבלות הפנימיות מבית המדרש של הגישה הכלכלית ממצות, לדעתי, את ההגבלות הראויות להטלה על המסחר במידע אישי.

1. הגישה הדוגמטית: התנגדות בלא נימוק

בקצה האחד ניתן למצוא גישה קיצונית המתנגדת לכל מסחר או עסקה במידע אישי.¹³⁶ תומכי גישה זו סולדים כל כך מעצם ההתייחסות למידע האישי כאל סחורה (מצרך כלכלי), הנמכרת בשוק לכל המרבה במחיר, עד כי אין הם רואים צורך לספק נימוקים נוספים להתנגדות זו. עמדה על כך ג'סיקה ליטמן (Jessica Litman) בכתבה:

“Collecting and selling this stuff is, after all, a behavior that most of us deplore, although many seem unwilling to regulate it into demise. But a social statement that ‘this is not a good thing’ is valuable in the same way that a social statement that selling drugs, or sex, or embryos, or infants is not a good thing is valuable, even if it does little to undermine the profit market in the thing.”¹³⁷

בכל הכבוד אין בידי להסכים לגישה זו ובעיקר לנימוקיה או שמא יש לומר לחוסר הנימוקים שבה. בהטלת איסור מוחלט על כל מסחר במידע אישי טמון קושי הן מנקודת הראות של הצרכנים שהמידע נסב עליהם והן מנקודת ראות חברתית. המידע האישי הוא נכס בבעלות הצרכנים. זכות הבעלות מקנה לפרט זכות לעשות כל עסקה במידע.¹³⁸ הזכות לעשות עסקה היא חלק מאגד הזכויות המרכיבות את זכות

136 להרחבה בעניין ההתנגדות המוסרית להתייחסות אל המידע האישי כאל משאב כלכלי שניתן לרכוש בו קניין ולסחור בו, ראו: Samuelson, לעיל הערה 38, בע' 1143. ראו גם Schwartz, לעיל הערה 74, בע' 2090, שם הוא מפרש את העמדה של Samuelson ודן בה.

137 Litman, לעיל הערה 55, בע' 1303.

138 הצגת הבעלות במידע האישי כמקנה יכולת להעביר את המידע האישי רואה בתכונת העבירות חלק מהזכות עצמה. יש הטוענים כי תכונת העבירות או היכולת להעביר היא תכונה חיצונית לזכות והיא "כוח" המופעל עליה מבחוץ. במובן זה היכולת להעביר, ולבצע עסקאות, איננה חלק מהיקפה הפנימי של הזכות אלא חיצונית לה. יכולת זו צמודה לזכות אך איננה חלק ממנה. הדיון בהבחנה בין שתי תפיסות אלה חורג ממסגרת המאמר. להרחבה, ראו: מיגל דויטש קניין (כרך א, 2007) 42. נקיטת כל אחת משתי הגישות איננה משפיעה על מתורת הניתוח במאמר זה. הטעם לכך שהוא שכל הגבלה של הסחר במידע אישי היא הגבלה של העבירות ומכאן שהיא גורעת מהיקפה הכולל של הזכות. ההבדל הוא בסוג ההיקף: הפנימי לפי הגישה הראשונה או החיצוני לפי הגישה השנייה.

הבעלות.¹³⁹ הצרכנים אכן משתמשים בה ומבצעים עסקאות במידע האישי.¹⁴⁰ הגבלת זכותם לעשות זאת מצמצמת את הזכות הקניינית ולכן ההגבלה תותר רק לתכלית בעלת נימוק ערכי. מהתנגדות גורפת שאינה מנומקת נודף ריח של פטרנליזם. הגבלת המסחר במידע אישי פוגעת ברווחה המצרפית, ולכן מעוררת בעיה גם ברמה החברתית. גם לדעת המתנגדים לרווחה המצרפית כערך הנורמטיבי הבלעדי שצריך להנחות את המערכת המשפטית, זהו בכל זאת ערך לגיטימי שפגיעה בו חייבת להיות מבוססת ומנומקת היטב.

2. התנגדות מטעמים הקשורים לזכות לפרטיות

טיעוני התנגדות רבים למסחר במידע אישי קשורים לפרטיותו של האדם:

(א) המסחר במידע אישי פוגע בזכות לפרטיות

טיעון אחד הוא שמסחר במידע אישי פוגע בזכותו של האדם לפרטיות בעצם חשיפת מידע אישי על אודותיו (Information Privacy). כדי לבחון טענה זו צריך להגדיר את הזכות לפרטיות במידע אישי שהיא אחת מזכויות הבת של הזכות הקלאסית לפרטיות. הניסיון להגדיר את הזכות לפרטיות ולתחום את העניינים הנכללים בה הוא מלאכה קשה.¹⁴¹ ניסיונות רבים נעשו להבהירה אך הדיון בהם חורג ממסגרת המאמר. אתמקד אפוא בשתי ההגדרות הנפוצות לזכות לפרטיות בכלל, ולפרטיות במידע האישי בפרט. ההגדרה המקורית לזכות לפרטיות היא ההגדרה של סמואל וורן (Samuel Warren) ולואיס ברנדייס (Louis Brandies), ולפיה הזכות לפרטיות היא הזכות להיעזב במנוחה (the right to be let alone).¹⁴² על פי תפיסה זו, הזכות לפרטיות במידע האישי כוללת אך ורק את האינטרסים האישיים שיש לפרט במידע האישי על אודותיו. עניינם של אינטרסים אלה הוא הצנעת המידע האישי ומניעת חשיפתו לאחרים. לאור הגדרה זו, מסחר במידע אישי שנעשה על דעתו ובהסכמתו של הצרכן אינו עולה כדי פגיעה בזכות. רוח ההגדרה של וורן וברנדייס מדגישה את האוטונומיה של האדם ומפקידה בידיו את

¹³⁹ יש מחלוקת בספרות הקניינית בעניין התכונה החשובה ביותר של הזכות הקניינית בכלל, ושל זכות הבעלות בפרט. יש שהדגישו את זכות השלייה. ראו: Thomas W. Merrill "Property and the Right to Exclude" 77 *Neb. L. Rev.* (1998) 730, 742–743. לעומתם יש שהדגישו את העבירות של הזכות כתכונה החשובה ביותר. ראו: Tony Honoré "Ownership" *Making Law Bind* (1987) 161, 170–173. יש אף הרואים בעבירות תנאי חיוני לקנייניות הזכות. ראו: יהושע ויסמן "איברים כנכסים" משפטים טז (תשמ"ז) 500. לדעות נוגדות, ראו: גד טדסקי "קניין ועבירות – הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח (תשמ"ט) 281, וכן דויטש, שם, בע' 25–30.

¹⁴⁰ על הנכונות של הצרכנים לסחור במידע האישי, ראו דיון לעיל בפרק ב, סעיף 4.

¹⁴¹ על הקשיים בהגדרת הזכות לפרטיות, ראו: בירנהק, לעיל הערה 110, בע' 40.

¹⁴² Samuel Warren & Louis Brandies "The Right to Privacy" 4 *Harv. L. Rev.* (1980) 193.

ההחלטה מתי להיעזב במנוחה.¹⁴³ אדם המסכים למסור מידע אישי על עצמו מביע את רצונו בכך שלא יעזבו אותו לנפשו. נהפוך הוא, הוא מעוניין שהפירמות ישתמשו במידע האישי על אודותיו כנגד תמורה הולמת.

למסקנה דומה ניתן להגיע גם על פי ההגדרה השנייה לזכות לפרטיות במידע אישי. לפי הגדרה זו הזכות היא זכותו של הפרט לשלוט במידע האישי על אודותיו. פרדיגמת השליטה הולכת ותופסת תאוצה בשיח.¹⁴⁴ המלומד צ'רלס פרייד (Charles Fried) מגדיר את הזכות לפרטיות במידע האישי כך: "It is the control we have over information about ourselves."¹⁴⁵ גם המלומד אלן וויסטיין (Alan F. Westin), אחד החוקרים בתחום הגנת הפרטיות, מגדיר זכות זו כ-"the ability to control the acquisition and use of one's personal information"¹⁴⁶ פרט הסוחר במידע אישי על עצמו מממש בכך את שליטתו במידע זה. דווקא הגבלת היכולת של הפרט לסוחר במידע אישי היא שמהווה פגיעה באינטרס השליטה.

נמצא אפוא שמסחר במידע אישי אינו מהווה פגיעה בפרטיות ובלבד שמסחר זה, וכל העסקאות המרכיבות אותו, נעשה בידיעתו ובהסכמתו של הפרט שהמידע נסב עליו.¹⁴⁷ הסכמה זו מתקיימת כל אימת שהפרט מודע מראש, בכל פעם שהוא נדרש למסור

143 בירנהק, לעיל הערה 110, בע' 41.

144 השו' לבירנהק, שדוגל בהגדרה זו, שם, בע' 43.

145 ראו: Charles Fried "Privacy" 77 *Yale L. J.* (1968) 475, 482-483.

146 Alan F. Westin *Privacy and Freedom* (New York, 1967). לאמיתו של דבר הגדרות אלה מתארות מצב עובדתי פיזי (state, condition) של יכולת שליטה ולא מצב נורמטיבי של זכות שליטה (right), אם כי הכוונה היא אחת.

147 יש הטוענים כי המסחר במידע אישי גורם לפגיעה במעמדה של הזכות לפרטיות ועל כן יש להתנגד לו גם אם הוא איננו גורם לפגיעה בזכות עצמה. לפי תפיסה זו, ההתייחסות אל המידע האישי כאל משאב כלכלי לכל דבר והחלת חוקי השוק – ההיצע והביקוש – על משאב זה, מכירות באפשרות קיומו של מסחר ער במידע אישי וגורמות לפגיעה במעמדה של הזכות לפרטיות. עם פגיעה כזו אין להשלים. עמדה על כך ליטמן בכתבה: "It says that we value privacy enough to find the collection and sale of personal information to be unacceptable". ראו: Litman, לעיל הערה 55, בע' 1303. לעומתם יש הטוענים כי בפגיעה במעמדה של הזכות לפרטיות, ולמצער ככל שהיא נוגעת להצנעת המידע האישי או לשליטה בו, אין שום פסול. תפיסה זו מבוססת על גישת "הטרמיניזם הטכנולוגי" המכירה ביכולת השינויים הטכנולוגיים לשנות ערכים חברתיים. על דטרמיניזם טכנולוגי של רשת האינטרנט באופן כללי, ראו: John P. Barlow "The Next Economy of Ideas" 8.1 *Wired* (2000) <http://www.wired.com/wired/archive/8.10/download.html#Replay> (נבדק ב-4.2.10). לפי גישה זו, במאבק שבין הערכים לבין הטכנולוגיה ידה של הטכנולוגיה על העליונה. בעידן האינטרנט ואמצעי התקשורת המודרניים, ערך הפרטיות מפנה את מקומו לטובת ערך הפתיחות והסולידריות החברתית. טיעון זה מבוסס על התרבות המודרנית, המעריכה חשיפה ופתיחות ומעדיפה אותן על פני פרטיות, על מציאות שבה אנשים מנהלים שיחות פרטיות בפרהסיה; מוכנים לחשוף את חייהם האינטימיים ביותר בתכניות מציאות המוצגות בטלוויזיה חדשות לבקרים. שינוי זה לא פסח גם על הזירה הצרכנית. יותר ויותר צרכנים מוכנים למכור מידע אישי הנוגע להם תמורת מבצעי מכירות או הצטרפות למועדון לקוחות. לוויכוח הזה יש להוסיף צלע שלישית והיא המשפט. המשפט הוא המוסד החברתי שקובע, בסופו של דבר, את מעמדן

מידע אישי על אודותיו, למלוא התוצאות הכרוכות בכך. אולם בשוק המידע האישי יש כאמור כמה כשלים, כגון כשל מידע, רציונליות מוגבלת והטיות קוגניטיביות, השוללים מהפרט את היכולת לעמוד על מלוא הסיכונים הכרוכים בעסקה ועלולים להביא לידי כריתת עסקאות במידע אישי שאינן משקפות את הרצונות של הפרט אלא את הרצונות והצרכים של הפירמות באופן הפוגע בפרטיותו. טלו את הדוגמה של פלוני המוסר פיסת מידע X לפירמה א' ופיסת מידע Y לפירמה ב'. נניח ששתי הפירמות מחברות את שתי פיסות המידע יחדיו ויוצרות פיסת מידע חדשה Z. במצב זה רמת החשיפה של הפרט (שהיא האנטיתזה של היעזבות לנפשו) גדולה יותר מהחשיפה שהתכוון אליה: כוונתו המקורית הייתה שכל אחת מהפירמות תדע פיסת מידע אחת ולא יותר מכך. חשיפת מידע Z לשתי הפירמות היא חשיפה שלא רצה בה ונתפסת מבחינתו כפגיעה באינטרס שלו להיעזב לנפשו, למצער בכל הנוגע למידע Z, החוסה תחת כנפי הזכות לפרטיות על פי ההגדרה של וורן וברנדייס. למסקנה דומה ניתן להגיע גם על פי תפיסת הפרטיות כשליטה. כיוון שעסקאות במידע אישי, המתבצעות בתנאים של כשל שוק, אינן משקפות את רצון הפרט שהמידע נסב עליו אלא את העדפות ורצונות הפירמות, הלכה למעשה השליטה במידע האישי הופקדה בידי הפירמות. אמנם ניתן לטעון שהשליטה הראשונית במידע האישי ניתנת לצרכן, והוא יכול שלא לחשוף אותו, אך משהסכים למסור את המידע על פי עסקה, יש לצפות לכך שתנאי העסקה, הקובעים את המשך זרימת המידע בשוק, ייקבעו על ידי הפירמות. הפירמות הן השולטות הלכה למעשה במידע האישי והן הקובעות את גורלו. פרט המוסר מידע אישי על אודותיו, בתנאים של נחיתות אינפורמטיבית וכשלים אחרים, מפקיד למעשה את השליטה בידי הפירמות שאליהן הוא מעביר את המידע, ולכן נפגעת פרטיותו.¹⁴⁸ תיאור זה היה הנימוק של רבים שהתנגדו למסחר במידע אישי.¹⁴⁹ אין מדובר

הנורמטיבי של הזכויות לסוגיה. ראו: ניבה אלקין-קורן "כיצד מעצב המשפט את סביבת המידע ברשת" טכנולוגיה של צדק: מדע וחברה (שי לביא עורך, תשס"ג) 255. לפי תפיסה זו, אסור לתת לטכנולוגיות להכתיב את התוצאה: במאבק שבין הדין לבין המציאות המתהווה ברשת ידו של הדין תמיד על העליונה. לשינויים שמחוללת הטכנולוגיה בתפיסות של הפרטיות יכולה להיות השפעה, והשפעה חשובה, על משקלה הנורמטיבי של זכות זו. השינויים במשפט, הבאים בשל השינויים במציאות החברתית, קיימים תמיד. ההיסטוריה של המשפט היא גם ההיסטוריה של התאמת המשפט לצורכי החיים המשתנים (ראו: אהרן ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (1984)). ברם, הקביעה הסופית באשר למשקלה הנורמטיבי של הזכות לפרטיות צריכה להיעשות על ידי המשפט, המערכת הנורמטיבית העליונה.

148 המתאם בין חוסר מודעות והיעדר תחכום אצל הצרכנים לבין הפגיעה בפרטיות שלהם עקב המסחר במידע אישי מעלה את החשש שמא למסחר זה ישנן השפעות חלוקתיות בכך שהיא מרע את מצבם של הצרכנים החלשים שאינם מתוחכמים. הטעם לכך הוא שלצרכנים מתוחכמים המודעים, גם מבחינה טכנולוגית, למה שהם עושים תישמר פרטיות רבה יותר מאשר לצרכנים מתוחכמים פחות.

149 Samuelson, לעיל הערה 38, בע' 1139.

בהתנגדות לעצם המסחר, אלא לסיכונים הכרוכים בו. אולם לדידי, המסקנה המתחייבת אינה שלילתו המוחלטת של המסחר במידע אישי אלא הסדרתו וקביעת סייגים לו באופן שייתן מענה הולם לבעיותיו של הפרט ויבטיח כי הסכמתו תהיה הסכמה מדעת. נראה לי כי די בכללים המיטביים, מנקודת הראות הכלכלית כגון חובות גילוי, הגבלת סוג העסקאות שהצרכן יכול לבצע לעסקאות מסוג רישיון, התערבות בהיקף השימושים המותרים ברישיון, הגבלת העבירות של הרישיון, קביעת תנאים לתוקפו של הרישיון וכיוצ"ב, כדי להבטיח הסכמה מדעת המונעת את הפגיעה בפרטיותו של הצרכן.

(ב) המסחר במידע האישי גורם לשחיקה ב"מתחם הפרטיות"

יש הטוענים כי יש להגביל את המסחר במידע אישי לשם שמירת רמה מינימלית של פרטיות. "מתחם הפרטיות" כולל את כל המידע האישי שלא נמסר לידי אחרים ונשאר בשליטתו הבלעדית של מי שהמידע נסב עליו. הטענה היא שלכל חברה דרוש "מתחם מינימלי של פרטיות". מתחם זה דרוש לשם קידום כל אותם אינטרסים שהזכות לפרטיות נועדה לקדם – לא רק האינטרסים של הפרט עצמו אלא גם ערכים קהילתיים וחברתיים.¹⁵⁰ כך, למשל, מתחם שבו בני זוג משמרים לעצמם מידע אישי המוצנע כלפי חוץ דרוש לשם כינון מערכת יחסים זוגית בריאה. מתחם של פרטיות מאפשר כינון מערכות יחסים המבוססות על אמון וסודיות כגון: יחסי עורך דין-לקוח, פסיכולוג-מטופל וכיוצ"ב. זאת ועוד, מתחם פרטיות מאפשר תפקוד תקין של הקהילה בשלמותה. בקהילה שבה כל המידע האישי חשוף לעיני כול יתקשו חברי הקהילה לחיות יחד ולהתגבר על אי-הנוחות הכרוכה בעצם ידיעת פרטים אינטימיים על חברי הקהילה. מתחם פרטיות הכרחי גם לקידום חברה דמוקרטית. מדינה שאין בה מתחם פרטיות ושבה כל המידע האישי נמצא בידי המדינה ("האח הגדול") היא מדינה טוטליטרית שבה אין לאזרח שום חירות, ואין יחסי אמון בין המדינה לאזרחיה.¹⁵¹ מתחם פרטיות הכרחי לקיום תקין של חברה אזרחית.¹⁵²

הטענה היא שהכרה ביכולת הפרט לסחור במידע אישי תגרום להעברת כל המידע האישי לידי הפירמות. החשש מתגבר לנוכח הרציונליות המוגבלת של הצרכנים. מתחם הפרטיות ייעלם, או למצער, גודלו ייפול מהרמה הנדרשת וערכים ציבוריים, שהמתחם נועד לקדם, ייפגעו. המחיר שכל אחד מהפרטים משלם לשם יצירת אותו מתחם פרטיות הוא ההפסד שנגרם לו עקב הימנעות מסוימת ממסחור המידע האישי על אודותיו. דומה כי בשוק המידע האישי לא יהיו לפרט תמריצים לשלם מחיר זה. למתחם הפרטיות, בהיותו מוצר ציבורי, מאפיינים של "היעדר בלעדיות הצריכה". כל אחד משחקני השוק יכול לצרוך בלי לשלם. אי-אפשר למנוע צריכה ממי שלא שילם

150 להרחבת הדיון בערכים ובאינטרסים שהזכות לפרטיות נועדה לקדם, ראו בירנהק, לעיל הערה 110, בע' 57.

151 Schwartz, לעיל הערה 74, בהערה 145.

152 שם, בהערה 163.

עבורה. כל אחד מהפרטים בחברה יכול ליהנות מקיום מתחם הפרטיות, כלומר מקיום קשרים חברתיים או תפקוד תקין של הקהילה, גם בלי ששילם את המחיר הנדרש ליצירת אותו מתחם פרטיות. במצב זה אי-אפשר לצפות כי צרכנים, כממקסמים רציונליים של תועלתם האישית, יאיתנו לשלם תמורת יצירת מתחם פרטיות. התוצאה הצפויה היא הימנעות מהספקת מוצר זה (שמירה על הפרטיות שניתן להשיגה על ידי הימנעות ממסחר יתר של המידע האישי) גם אם העלות הכרוכה בכך נופלת מהתועלת הכוללת שהייתה מופקת מצריכתו.¹⁵³

מכאן שמתחם הפרטיות הוא מוצר ציבורי שכוחות השוק אינם מצליחים ליצור כמות מיטבית ממנו. לכן, כדי להבטיח יצירת מתחם זה ולקדם את הערכים הציבוריים שבבסיסו, דרושה התערבות על ידי הגבלה זו או אחרת של יכולת הפרט לסחור במידע האישי על אודותיו. גישה זו מהווה למעשה ביקורת חיצונית על הגישה הכלכלית. לפי גישה זו גם אם נניח כי המסחר במידע האישי יגדיל את הרווחה המצרפית, עדיין ישנם שיקולים וערכים אחרים, המונחים ביסוד קיום אותו מתחם של פרטיות, שיש להתחשב בהם. ביקורת זו אף יותר רדיקלית מהגישות האחרות מאחר שהיא מתנגדת למסחר המידע האישי, בנסיבות מסוימות, גם אם יוכח כי שוק המידע האישי הוא שוק משוכלל ולכן הסכמת הפרט לעסקה היא הסכמה מדעת, חופשית ומרצון. עסקה זו מבטיחה השאת רווחה מצרפית אך פוגעת בערכים אחרים שהחברה מעוניינת לקדם. הטיעון שיש להטיל הגבלות על המסחר במידע האישי, לשם קידום ערכים ואינטרסים ציבוריים המונחים ביסוד הזכות לפרטיות, הוא טיעון נכון ומקובל. כמובן מסוים זוהי גם המתודה של הגישה הכלכלית למשפט. השוני מתמזה בטיב הערכים שיש להתחשב בהם. הגישה הכלכלית מצדיקה את הגבלת המסחר משיקולי יעילות מצרפית ואילו הגישה הנידונה מצדיקה את הגבלת המסחר משיקולים חברתיים אחרים. השאלה היא אם ההתחשבות באותם ערכים נוספים, שהגישה הנידונה מבקשת להגן להם, גורמת להטלת הגבלות אחרות על המסחר, שונות מאלו המתחייבות מן הגישה הכלכלית למשפט. בדיקה זו חורגת ממסגרת המאמר אך דומני כי די בהגבלות שהוטלו מכוח הגישה הכלכלית כדי לשמור על מתחם מינימלי של פרטיות. ההגבלות שהוטלו מכוח גישה זו מאפשרות קיום מתחם די רחב של פרטיות ולכן אין ההצדקה להטלת הגבלות נוספות.

3. התנגדות למסחר במידע אישי בשל שמירה על קדושת האישיות

התנגדות נוספת למסחר במידע אישי מקורה בתיאוריית האישיות של מרגרט רדין (Margaret Jane Radin).¹⁵⁴ על פי תיאוריה זו, לכל אדם ישנו קשר כלשהו למשאבים

153 ראו: Garrett Harden "The Tragedy of the Commons" 162 *Science* (1968) 1247; Hanoach

.Degan & Michael A. Heller "The Liberal Commons" 110 *Yale L. J.* (2001) 549, 568

154 שורשיה של תיאוריה זו נעוצים ונטועים בפילוסופיה של היגל על הזכויות. ראו: Georg W.F.

שבבעלותו. המשאבים אינם עשויים מקשה אחת והם נבדלים לפי עוצמת הקשר בינם לבין בעליהם. ניתן לסווגם על פני רצף (ספקטרום) הנע בין משאבים הנתפסים כמכוננים את זהות בעליהם עד כדי כך שהם נהפכים לחלק מה"אני" שלהם (להלן נכנה אותם "משאבים אישיים") ועד למשאבים שהחזקה בהם היא מכשירנית גרדא ומתבטאת ברווחה הכלכלית הטמונה בהם (להלן נכנה אותם "משאבים חומרניים").¹⁵⁵

נקודת המוצא היא שכל אדם שואף לשלוט על עצמו ולהיות אדון לזהותו בין היתר על ידי שליטה באותם משאבים אישיים המכוננים את האני הפנימי שלו ואת זהותו. יש להניח אפוא כי אדם יהיה חרד לשמירת השליטה במשאבים אלה יותר מאשר במשאבים חומרניים באופיים. מכאן נובעת הנטייה של האדם שלא לחלוק משאבים אישיים עם אחרים (ולכן משאב אישי איננו בר החלפה ואינו יכול להימדד בערכים כספיים). מבחינתו, בהעברת משאבים אלה הוא מאבד חלק מיכולת השליטה על עצמו. לפי תיאוריית האישיות, ראוי לכבד העדפות אלה ולהטיל איסור על המסחר של משאבים אישיים. רדין טענה כי דברים המשקפים את אישיות האדם, וחשובים להתפתחותה, אסור שימוסחרו (אל להם לעבור קומודיפיקציה) (should not be commodified).¹⁵⁶

ומה ובעניין המסחר במידע אישי? לכאורה מיישום תיאוריית האישיות עולה כי יש לאסור מסחר זה שכן למעשה אין לך על הספקטרום משאב אישי יותר מהמידע האישי. שמו של אדם, תכונותיו האישיות, רשימת ההעדפות שלו, התנהגותו בעבר ובחירותיו הם שיקוף ה"אני" הפנימי שלו. מכאן עולה שמסחר במידע אישי על אודות אדם כמוהו כמסחר באישיותו ופוגע בקדושתה.¹⁵⁷ המידע האישי ממלא תפקיד ביצירת האישיות השלמה כמו האיברים בגוף. כמו שלא יעלה על הדעת לאפשר לפרט בחברה למכור חלקים מגופו, ובכך לפגוע בשלמות האישיות שלו, כך אין להניח לפרט למכור את המידע האישי על אודותיו.¹⁵⁸ זאת ועוד, מסחרו של המידע האישי והעברתו לידי האחרים הופכים את האדם לנשלט על ידי האחרים ופוגעים ביכולתו לבסס שליטה עצמית ולפתח את עצמו. היעדר היכולת של הפרט לשלוט במה שקורה למידע זה מונעת ממנו שליטה בבניית האני הפנימי שלו, ולכן הגבלת המסחר מוצדקת כדי לאפשר לו לשלוט באופן התפתחותו בחברה, ולפתח את אישיותו.

Hegel *Philosophy of Right* (T. M. Knox trans., Oxford, 1942). תיאוריה זו פותחה על ידי רדין וזכתה לכינוי "תיאוריית האישיות". ראו: Margaret Jane Radin "Property and Personhood" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 957, 957

ליסודות התיאוריה, מבוסס על מאמר זה.

155 משאב מסוים יכול להיות אישי אצל האחד וחומרי אצל האחר. כך, למשל, טבעת נישואין היא משאב חומרי אצל מוכר התכשיטים ומשאב אישי מאוד אצל האדם המחזיק בה.

156 Margaret Jane Radin "Market-Inalienability" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 1849

157 Benedikt Buchner "Privacy in Atlantis" 18 *Harv. J. L. & Tech.* (2004) 230

158 על איסור הסחר באיברים, ראו: ויסמן, לעיל הערה 139; טדסקי, לעיל הערה 139. על ההשוואה בין היכולת של האדם לסחור באיבריו לבין סחר במידע אישי, ראו: Prins, לעיל הערה 35.

הנחות המוצא של תיאוריית האישיות והמסקנות המתחייבות ממנה קשות בעיניי לפחות ככל שהן נוגעות למידע אישי.¹⁵⁹ ראיית המידע האישי כמקשה אחת איננה במקומה. הפרטים הכלולים במידע האישי נבדלים ביניהם בדרגת ההשתקפות של "האני פנימי" של הפרט. כך, למשל, כתובת האי-מייל של הפרט איננה משקפת את "האני הפנימי" שלו כמו מידע רגיש כגון מידע רפואי או מידע גנטי. אי-אפשר להטיל איסור גורף על מסחר במידע אישי בלא הבחנה בין סוגי המידע. יישומה הדווקני של תיאוריה זו אמור להביא לכלל מסקנה שיש להחיל הגבלות שונות על סוגי המידע השונים (zoning) לפי נוסחה כללית שתקבע כי ככל שהמידע האישי משקף פחות את "האני פנימי" של הפרט, כך יש להטיל פחות הגבלות על המסחר במידע זה.

הנחת המוצא שהאדם חרד לשלוט במידע האישי על אודותיו אינה מדויקת. דווקא מחקרים אמפיריים מצביעים על כך שהצרכנים נכונים לסחור במידע אישי על אודותיהם תמורת תועלת לסוגיה. יישומה הדווקני של תיאוריית האישיות, המבקשת לכבד את ההעדפות של הפרטים באשר למשאבים שלהם, מביא לידי כיבוד העדפות הפרטים בכל הנוגע למידע האישי, גם אם העדפות אלה כוללות מסחר במידע זה.¹⁶⁰ גם אם נניח כי בכל הנוגע למידע האישי הנחות המוצא של תיאוריית האישיות נכונות, במובן זה שפרטים חרדים לשליטה במידע האישי על אודותיהם, עדיין אין להסיק מכך איסור מוחלט לסחור במידע האישי. איסור המסחר, על פי תיאוריית האישיות, אינו מטרה כשלעצמה אלא אמצעי להשגת תכליות שהמוטיב המרכזי שלהן הוא האישיות. עם התכליות המרכזיות אפשר למנות את שלמות האישיות, פיתוח עצמי והגשמה עצמית. דווקא התחשבות בערכים אלה יש בה כדי להצדיק הכרה ביכולת הפרט לסחור במידע אישי. ברוב המקרים המסחר נעשה באינטראקציה חברתית אחרת כגון עסקה לרכישת מוצר או לקבלת שירות, וגם עסקה זו חשובה להגשמה העצמית של הפרט. במקרים אחרים עצם המסחר במידע האישי הוא האינטראקציה החשובה לשם הגשמה עצמית. מדוע לא נאפשר לפרט לסחור במידע האישי על אודותיו, אם זה רצונו, וזה האמצעי המאפשר לו לפתח את אישיותו ואת הקשרים שלו בקהילה? דווקא הגבלת היכולת של הפרט לסחור במידע האישי פוגעת בזכותו של הפרט לאוטונומיה ולפיתוח עצמי. נוצר מצב שבו שתי הגישות, זו הדוגלת בהכרה ביכולתו של הפרט לסחור במידע האישי וזו המבקשת שלא להכיר בכך, מבקשות להשיג אותה מטרה – להגן על אוטונומיית הרצון של הפרט. מצד אחד, ההכרה ביכולת הפרט לסחור במידע האישי על אודותיו נועדה להגן על האוטונומיה של הרצון הפרטי ולאפשר לו לפתח את האישיות שלו ולהגשים את עצמו. מצד אחר, גם ההגבלה של יכולת הפרט לסחור במידע האישי על אודותיו בשל החשש מפגיעה באוטונומיה

159 לדיון ביקורתי כללי בתיאוריה זו, ראו: Carol M. Rose "The Moral Subject of Property" 1897, 1924-1930 *48 Wm. & Mary L. Rev.* (2007).

160 ניתן לטעון שערך האישיות נחלש כאשר בעל המשאב מבטא בהתנהגותו, כגון על ידי העמדת המשאב למכירה, רצון שלא להיות בקשר מכונן עם המשאב.

עקב מסחר זה נועדה להגן על האוטונומיה של הרצון הפרטי. אם כן מהי התגובה הנורמטיבית הרצויה? נראה לי כי התגובה הנורמטיבית הראויה אינה הטלת איסור מוחלט על המסחר במידע אישי אלא הסדרתו באופן שיביא לידי השאת האוטונומיה של הרצון הפרטי. שני הפתרונות הקיצוניים אינם מקובלים. מצד אחד, מסחר חופשי במידע אישי בלא הגבלות כלשהן מאפשר לפירמות לנצל את חוסר המודעות של הצרכנים ולבצע עסקאות שיאפשרו להן לשלוט שליטה ניכרת על הצרכנים וכך לפגוע באוטונומיה שלהם. מצד אחר, איסור מוחלט של כל מסחר במידע אישי פוגע פגיעה ניכרת ביכולתו של הפרט לממש את עצמו באמצעות מסחר זה. הפתרון הרצוי הוא לקבוע כללים שיסדירו את המסחר במידע האישי ויבטיחו כי הפגיעה באוטונומיה של הפרט תהיה מזערית.

מטרת כללי ההסדרה היא אפוא להבטיח כי העסקאות יהיו "יעילות" בשמירת האוטונומיה. פתרון זה הוא פתרון ראוי. מצד אחד, הוא מאפשר לפרטים לממש את עצמם ולפתח את האישיות שלהם באמצעות סחר במידע האישי. מצד אחר, הוא מבטיח כי הפגיעה באוטונומיה של הפרט עקב ממסחר זה תהיה מזערית.

נראה כי כללי ההסדרה מבית המדרש של הגישה הכלכלית למשפט, שמטרתם למקסם את הרווחה המצרפית, יש בהם גם כדי למקסם את האוטונומיה של הפרט. כללי גילוי המטילים חובה על הפירמות לגלות לצרכנים מידע רלוונטי לפני ביצוע העסקה במידע האישי מיועדים להבטיח כי הסכמתו של הפרט לעסקה תהיה הסכמה מדעת, דבר המתיישב עם עקרונות האוטונומיה וההגשמה העצמית. כללים המגבילים את יכולת הפרט לבצע עסקאות מכר במידע אישי, ומאפשרים לו לבצע רק עסקאות מסוג רישיון, מבטיחים כי המידע האישי ייוותר בבעלותו ובשליטתו של הפרט שהמידע נסב עליו. הפרט איננו נפרד מהמידע האישי על אודותיו ושלמות אישיותו אינה נפגעת.¹⁶¹

כללים המתערבים בתנאי הרישיון, כגון "היצמדות לשימוש", "רשימה סגורה של שימושים" ו"איסור שימושים מסוימים במידע האישי" מיועדים להבטיח כי עסקת הרישיון תפגע פגיעה מזערית באוטונומיה של הפרט שהמידע נסע עליו. כך, למשל, הכלל הקובע חובת ציון "רשימה סגורה" של שימושים מותרים במידע אישי מאפשר תיחום הפגיעות הצפויות לפרט מעסקת הרישיון. חשוב מכך, הכלל הקובע איסור שימושים מסוימים במידע האישי, כגון הפליה במקומות עבודה או סירוב לבטח על סמך המידע האישי, מיועד להבטיח השפעה מזערית של העסקה במידע האישי על האופן שבו הפרט יתפתח בעתיד ויגשים את עצמו. גם כללים המקנים לפרט את הזכות לעיין במידע האישי הנמצא במאגרי המידע ולדרוש את תיקונו או מחיקתו אם הוא

161 עסקאות רישיון (השכרה או שימוש) מקובלות אף באיברי הגוף ומעוררות פחות התנגדות מנקודת הראות של תיאוריית האישיות. הדוגמה המובהקת היא עסקת פונדקאות שהיא למעשה עסקת השכרה של הרחם. ראו: חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

שגוי מבטיחים שליטה של הפרט במידע האישי על אודותיו גם לאחר העברתו לאחר. כללים אלה מיועדים להבטיח כי המידע האישי הוא נכון, מדויק ועדכני, דבר המבטיח את "שלמות האישיות" של הפרט המשתקפת ממידע זה. כללים אלה מכירים בזכותו של הפרט "לשלמות האישיות"¹⁶², הכוללת את הזכות שלא להיות מוצג בפני הבריות באופן לא נכון או לא מדויק. כך, למשל, זכותו של אדם להתנגד לכך שתוצג דמותו לפי דעות ורגשות שהיו לו בעבר אך אינם עוד רגשותיו ודעותיו. מזכות זו נגזרת זכותו של אדם "לשלמות המידע האישי" שזכות העיון (הגישה) והתיקון נועדו לממשה. סוג נוסף של כללים המיועדים להבטיח כי הפרט לא יאבד שליטה בקורה במידע האישי על אודותיו לאחר העברת המידע הוא כללים המגבילים את עבירות הרישיון. גם הכללים המיועדים להגביל את תוקפו של הרישיון בזמן, ובהם הכלל המקנה לפרט את הזכות לבטל את הרישיון, נועדו למזער את הפגיעה באוטונומיית הפרט עקב עסקת הרישיון. כך, למשל, כלל זה מקנה לפרט את הזכות להימחק ממאגרי המידע אם נוצרו נסיבות חדשות, שהפרט לא צפה מראש בעת ביצוע העסקה. זכות זו מותירה את השליטה במידע האישי בידי הפרט גם לאחר ביצוע העסקה ומפחיתה במידה ניכרת את הפגיעה באוטונומיה עקב שינוי נסיבות שלא נצפה מראש.

לסיכום, בשם עקרונות של שמירת האוטונומיה, הגשמת האישיות ופיתוח עצמי, המונחים ביסוד תיאוריית האישיות, יש לאפשר לפרט לסחור במידע אישי על אודותיו. בשם אותם עקרונות יש לקבוע כללים שיסדירו מסחר זה ויאפשרו לפרט להמשיך ולשלוט במידע האישי על אודותיו גם לאחר העברתו לאחר.¹⁶³ מסקנה זו מתיישבת עם גישת רדין עצמה המכירה בכך שייתכנו מצבים שבהם הטלת איסור מוחלט על מסחר במשאבים אישיים תסב נזק רב לבעל המשאב ולכן אינה רצויה. במקרים אלה היא מעדיפה הגבלה חלקית של המסחר על פני איסור כולל.¹⁶⁴ מפאת חשיבות הדברים נביא אותם כלשונם:

"In the non-ideal world we do live in, market-inalienability must be judged against a background of unequal power. In that world it may sometimes be better to commodify incompletely than not to commodify at all. Market-inalienability may be ideally justified in light of an appropriate conception of human flourishing, and yet sometimes be unjustifiable because of our non-ideal circumstances."¹⁶⁵

162 זוהי הזכות לקבוע את האופן, המקום והזמן שבהם אישיותו תוצג לאחרים. בדיני זכויות יוצרים מוכרת זכות דומה המכונה "הזכות לשלמות היצירה". ראו גרינמן, לעיל הערה 108, בע' 535.

163 על הגישה הדואליסטית, ראו: גד טדסקי "הקניין הרוחני וזכויות האישיות" משפטים י (תש"ם) 392.

164 Radin, לעיל הערה 156, בע' 1937.

165 שם, בע' 1903.

אכן אנו חיים בעולם לא אידאלי (לפחות לדעת מאתנו) שבו המסחר במידע אישי הוא חזון נפרץ. הגבלת יכולת הפרט לסחור במידע אישי על אודותיו הופכת אותו לשחקן לא רלוונטי בשוק זה ומותר את הפירמות לבדן כנהנות העיקריות מקיומו. כדי להתגבר על חוסר צדק זה יש להכיר ביכולתו של הפרט לסחור במידע אישי על אודותיו, תוך הטלת הגבלות על סחר זה, ובכך להפוך את הפרט לשחקן דומיננטי בשוק.

ה. סיכום ומסקנות

בעשורים האחרונים הולכת ומתפתחת מציאות של סחר במידע אישי. להתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות תרומה מכרעת לכך. חלק הארי של סחר זה מתנהל בזירה הצרכנית. לסחר זה שותפים גם הצרכנים – מי שהמידע נסב עליהם – עצמם. קיום מסחר זה מעלה את השאלה בדבר התגובה הנורמטיבית הראויה. זאת השאלה שעמדה במוקד המאמר. ודוק, בדומה לכל הכרעה משפטית-נורמטיבית, היא צריכה להיות מבוססת על השיקולים והערכים הרלוונטיים. בחרתי לבחון סוגיה זו לאור שלושה ערכים: רווחה מצרפית, אישיות ופרטיות. הבחירה בערכים אלה אינה מקרית אלא מתחייבת מאופייה של הסוגיה הנדונה. מחד גיסא, היכולת הנורמטיבית לסחור במידע אישי, בדומה לסחר בכל משאב, היא סוגיה קניינית באופייה. מכאן הבחירה בערכי הרווחה המצרפית והאישיות שהם הערכים המרכזיים המונחים ביסוד מערכת קניינית כלשהי. מאידך גיסא, המידע האישי אינו משאב רגיל. השליטה במידע האישי נתפסת כחלק מזכות האדם לפרטיות. מסחר במידע זה יכול לעורר בעיה בנוגע לערך הפרטיות. מכאן הבחירה בערך הפרטיות.

במאמר ניסיתי להראות כי התחשבות בשלושת הערכים הללו מביאה לידי מסקנות דומות בכל הנוגע למסחר במידע אישי: מסקנה ראשונה נוגעת לאופיו של הפתרון הרצוי. שני הפתרונות הקיצוניים, מסחר חופשי במידע אישי בלא הגבלות ואיסור מוחלט של כל מסחר במידע אישי, אינם רצויים. הפתרון הרצוי הוא לקבוע כללים שיסדירו את המסחר במידע האישי. כל אחד מהערכים הללו מיעד לכללי ההסדרה מטרה אחרת. מנקודת הראות של הדוגלים בשמירת הרווחה המצרפית המטרה היא למקסם את הרווחה המצרפית. מנקודת הראות של הדוגלים בקדושת האישיות המטרה היא למקסם את האוטונומיה של הפרט, שהמידע נסב עליו, ולשמור על קדושת האישיות שלו. מנקודת הראות של מחשיבי הפרטיות המטרה היא להבטיח שהחלטת הצרכן לוותר על פרטיותו תהיה מודעת, ולהבטיח מתחם מזערי של פרטיות. מסקנה שנייה נוגעת לאופיים ולתוכנם של כללי ההסדרה. עקרונית ניתן לסווג את כללי ההסדרה לכמה סוגים: (1) כללי גילוי שיטילו על הפירמות חובות גילוי עובר למסירת המידע האישי; (2) כללי איסור שיאסרו עסקאות במידע האישי מסוגים

כגון מכר, ויתירו במקומן עסקאות אחרות כגון עסקאות רישיון; (3) כללים קוגנטיים שיתערכו בתנאי הרישיון כגון כללים שיחייבו את הפירמות להיצמד לשימושים שנקבעו ברישיון, כללים שיחייבו את הפירמות לקבוע רשימה סגורה של שימושים מותרים על פי הרישיון וכללים שיאסרו שימושים מסוימים במידע האישי חרף האמור ברישיון; (4) כללי עבירות שיגבילו את עבירותו של הרישיון; (5) כללי תוקף שניגבילו את תוקפו של הרישיון.

אין להתייחס למידע האישי כאל מקשה אחת, אלא כאל סוגים מגוונים של מידע שיש להחיל עליהם כללי הסדרה נבדלים. ככל שמדובר במידע אישי רגיש יותר, יגבר קולם של שלושת הערכים או מי מהם – הרווחה המצרפית, הפרטיות והאישיות – ויתמוך בהחלת כללי הסדרה בעלי אופי מתערב עד כדי כללים מהסוג הרביעי והחמישי.

למסקנות המכירות ביכולת העקרונית של הפרט לסחור במידע אישי, גם אם בהגבלות, ישנה השפעה מכרעת בכמה מישורים: (1) ההכרה בזכותו של הפרט לסחור במידע אישי על אודותיו, כחלק מאגד הזכויות הנתונות לו מכוח בעלותו על מידע זה, מחייבת הפרדה מושגית בין הזכות למידע אישי לבין הזכות לפרטיות במידע האישי. הזכות לפרטיות במידע האישי היא זכות מוניסטית באופייה, וכוללת בעיקר את האינטרס האישי של הפרט להצניע את המידע האישי על אודותיו. זוהי זכות שלילית שעיקר פועלה בהטלת חובת הימנעות כללית על הזולת שלא לפגוע בה. לעומת זאת, הזכות למידע אישי, כפי שמאמר זה דוגל בה, היא זכות דואליסטית, הכוללת גם אינטרסים רכשיים שעניינם הפקת הנאה כלכלית-חומרית מהמידע האישי.¹⁶⁶ נמצא אפוא שאם עד לעת האחרונה התחפשה הזכות למידע אישי לאחת מבנותיה של הזכות לפרטיות, בדמות הזכות לפרטיות במידע אישי, דומה כי המציאות המשתנה מחייבת להסיר את המסכה מהזכות למידע אישי ולהכיר בה כזכות קניינית בפני עצמה.¹⁶⁷ (2) שוני זה בין הזכות למידע אישי לבין הזכות לפרטיות במידע

166 הבדל זה בין הזכות לפרטיות במידע אישי לבין הזכות למידע אישי הוא תולדה של ההתפתחויות בעשורים האחרונים. עד אז האינטרס היחיד או הדומיננטי בכל הנוגע למידע האישי היה האינטרס האישי לשלוט במידע ולמנוע את פרסומו בידי אחרים. מכאן שהזכות למידע אישי כללה אך ורק אינטרסים אישיים שנכללו בזכות לפרטיות במידע אישי. הגדרה זו איננה מתאימה לימינו, שבהם המידע האישי הפך ללסחורה הנסחרת בשוק, בייחוד אם החוק משלים עם קיומו של מסחר זה.

167 תהליך דומה של הינתקות מזכות הפרטיות הקלאסית עבר על זכות הפרסום. זכות זו מוגדרת כזכותו של אדם לשלוט בערך הפרסומי שיצר ורכש במאפייניו הייחודיים כגון תמונתו, שמו וקולו, ולהרוויח ממנו. תחילה נכרכה זכות זו בזכות לפרטיות. כריכה זו השתנתה בעידן שבו בפרסומות המסחריות ובטלוויזיה הופיעו ידוענים שלא ביקשו פרטיות אלא גמול על הערך הפרסומי של דמותם. הפסיקה והחקיקה בארצות הברית התפתחו באופן שביסס הכרה בזכות לפרסום כזכות קניינית עצמאית המנותקת מהזכות לפרטיות. במשפט הישראלי ניכר תהליך זה בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004). אפשר להרחיב את ההגדרה של הזכות לפרסום באופן שתחול גם על זכותו של האדם במידע האישי על אודותיו.

אישי מחייב הכרה בצורך לעצב גוון מיוחד לדין מיוחד – דיני המידע האישי – בעל אפיונים סדורים משלו ובעל צבעים שונים מהצבעים של דיני הגנת הפרטיות. דינים אלו אמורים להיות דינים בעלי אוריינטציה קניינית שיכללו, בין היתר, את הכללים להסדרת המסחר המוצעים במאמר זה. (3) למסקנות הנורמטיביות יכולה להיות השפעה גם על הדין הקיים. כאמור, הדין הקיים מאפשר מסחר חופשי במידע האישי, כמעט בלא הגבלות כלשהן. כפי שניסיתי להראות, מצב זה אינו רצוי ודרוש שינוי החקיקה באופן שיטיל הגבלות על מסחר זה. ודוק, עד לתיקון החקיקה אפשר להתגבר על הקושי הקיים בדרכים שיפוטיות באמצעות שימוש בדוקטרינות משפטיות כגון תום הלב, תקנת הציבור וכללי פרשנות למיניהם. כך, למשל, בדוגמה של ההצטרפות למכון הכושר, בתי המשפט לחדלות פירעון יכולים לסווג את העסקה שבין ראובן למכון הכושר כעסקת רישיון חד-פעמית והדירה. לסיווג העסקה השפעה מכרעת על העימות בין ראובן לבין צדדים שלישיים. אם העסקה תסווג כעסקת רישיון שאינו ניתן להעברה, זכותו של המכון במידע האישי תהיה זכות אישית שאיננה ניתנת להעברה לצדדים שלישיים, ולא תיחשב לנכס לצורך החלוקה בהליכים של חדלות פירעון.