

תמצית מזכר של משרד King & Spalding מיום 17.4.2020:

המזכר עוסק בנושא של המשמעויות האפשריות כלפי ההליך גילוי הראיות ביחס לאפשרות הוצאת "צו חוסם" מטעם ממשלת ישראל האוסר על חברת NSO מהעברת מידע מסוים.

המזכר מציין כי, ככלל, גם כאשר קיים חוק במדינות מחוץ לארה"ב האוסר על גילוי מידע מסוים – הדבר אינו מונע מבית משפט אמריקאי להפעיל את סמכותו להורות על גילוי ראיות, גם אם יש בכך כדי להפר את החוק במדינה הזרה.

בפרט, המזכר מתייחס לפסיקה של ה-9th Circuit (The Richmark case) המתייחסת למשמעות של צו חוסם זר בהליכי גילוי ראיות בארה"ב. על אף שבית המשפט הכיר בכך שהחברה בתיק תהיה חשופה להליכים פליליים בסין אם תגלה את המידע המבוקש בהליך, הוא בכל זאת הורה לחברה לבצע את גילוי הראיות הנדרש.

נוכח האמור, פסיקה זו עשויה להוביל בתי המשפט השייכים ל-9th Circuit, כולל The Northern District of California, לקבוע החלטות דומה בנושא זה.

אשר על כן, ככל שמדינת ישראל תוציא "צו חוסם", עורכי הדין מ-KS מציעים לעצב אותו בהתאם לקריטריונים שנקבעו בפס"ד Richmark כדלקמן:

- 1. חשיבות המסמכים** – על-פי קריטריון זה, יש להעדיף גילוי ראיות כאשר הן רלבנטיות באופן ישיר. יחד עם זאת, נאמר כי ככל שתוצאת ההליך אינה נשענת על צו הגילוי הספציפי הנדרש, בתי המשפט בדרך כלל נוטים לא לרמוס את הצו הזר.
- 2. ספציפיות הבקשה** – אם הבקשה מנוסחת כחיפוש כללי עבור מידע, בתי המשפט יטו לדחות את הבקשה.
- 3. מיקום המידע והצדדים** – כאשר כל המידע המבוקש והאנשים המספקים אותו ממוקמים במדינה זרה, יש לכך משקל כנגד גילוי הראיות המבוקש. שיקול זה יטה לטובת NSO.
- 4. אמצעים חלופיים** – כדי לנקוט באמצעי חלופי לגילוי ראיות הוא צריך להיות דומה במהותו לגילוי הנדרש. כך למשל, אם האמצעי החלופי יהיה יקר משמעותית וידרוש משאבי זמן רבים או שמא האמצעי החלופי לא יהיה יעיל – אזי אין המדובר בחלופה מתאימה. במקרה דנן, האמצעי החלופי היחיד שמשרד KS מזהים הינו הלקוחות של NSO, וככל שאלו יתנגדו לגילוי ראיות – הדבר לא ישמש חלופה הולמת. לכן סביר, כי במקרה דנן שיקול זה יטה לטובת גילוי הראיות מטעם החברה.
- 5. האינטרס של ארה"ב ושל המדינה בה ממוקם המידע** – זהו הקריטריון החשוב ביותר. לצורך שקילת קריטריון זה, בית המשפט ישקול הבעת אינטרסים על-ידי המדינה הזרה, חשיבות הגילוי של הרגולציה של הפעילות המדוברת וכן אינדיקציה לדאגה של המדינה הזרה לסודיות טרם התגלות המחלוקת. האינטרס של המדינה הזרה צריך להישקל אל מול זה של ארה"ב הנוגע להבטחת זכויות התובעים בארה"ב ואכיפה של החלטות של בתי המשפט שלה. אשר על כן, KS מציינים, כי על מנת לגבור על המשקל של האינטרסים של ארה"ב, אם ישראל מתנגדת להליך גילוי הראיות, יהיה צורך בעמדה **בכתב** – לבית המשפט או לחברת NSO – המביעה עניין בתיק הספציפי הזה ומסבירה באופן ספציפי למה גילוי ראיות משפיע על האינטרסים שלה. העמדה תצטרך להתייחס לגילוי הראיות הספציפי אליה היא מתנגדת ולספק הסבר ברור לשאלה מדוע גילוי זה יסכן אינטרס ממשלתי חשוב. לדבריהם, אין ספק כי הביטחון הלאומי של ישראל הוא אינטרס חשוב, אבל בית המשפט עשוי לתת משקל פחות, ככל שישראל לא הביעה את האינטרס שלה בסודיות המידע, לפני הליך הליטיגציה. על כן, ישראל תצטרך להצביע על פעמים אחרות בהן שמרה על אינטרס הסודיות בסוג כזה של בקשות מידע. לדבריהם, הדבר עשוי להיות מושג חלקית על-ידי סיפוק הסבר של מדיניות הפיקוח על הייצוא של מדינת ישראל, לרבות איסור על חברות אחרות מגילוי המידע הרגיש ביחס למוצרים המפוקחים.

עוד צוין במזכר, כי אם בית המשפט יורה על "צו מגן" האוסר על הצדדים להליך לגלות את המידע של החברה לכל מי שאינו חלק מההליך המשפטי – בית המשפט עשוי לראות בכך אמצעי מספק

לצורך הגנה על האינטרסים של ישראל. אשר על כן, "צו חוסם" מטעם מדינת ישראל צריך להבהיר מפורשות מדוע גילוי המידע רק לפייסבוק או לבית המשפט עדיין יפגע באינטרסים שלה.

6. **Hardship** (קשיים) - על צד המסתמך על חוק זר הנטל להראות כי חוק זה אכן אוסר על הפקת המידע. בהתאם, צו חוסם צריך להצביע על החוקים המקומיים האוסרים גילוי ולהסביר מדוע הגילוי הספציפי המבוקש נופל בגדר איסור חוקי זה. ככל שקיים חוק האוסר על הפקת המידע, בית המשפט ישקול את חומרת העונש עבור הפרת החוק. אפשרות להעמדה לדין, למשל, תשמש טיעון לאי הפקת החומר. אשר על כן, KS סבורים כי רצוי שהצו החוסם ממדינת ישראל יפרט את העונש לו צפויה חברת NSO במידה ותספק את המידע המבוקש לפייסבוק. KS מציינים כי האפשרות של סנקציות פליליות אינה מבטיחה שבית המשפט ידחה את בקשת גילוי הראיות. בפרט, בית המשפט לא יתן קרדיט לצו מניעה זר ביחס לגילוי ראיות, שלא נאכף בעבר. אשר על כן, לדעת KS קריטריון ה Hardship יבוסס בתיק דנן אם ישראל תספק דוגמאות לצדדים אחרים שנענשו עבור גילוי מידע דומה.

7. **Likelihood of Compliance** (סבירות הציית) – אם סביר שצו גילוי ראיות לא ייאכף, הדבר יהווה משקל כנגד הוצאת צו אכיפה. קרי – אם NSO תסרב לציית לצו גילוי ראיות, גם בעומדה אל מול סנקציות, הדבר עשוי לשמש כפקטור עבור בית המשפט כנגד הוצאת צו המחייב גילוי. יחד עם זאת, Richmark נקבע כי צו עשוי להיות בעל אפקטיביות, גם אם סביר שלא יצייתו לו. זאת, למשל משיקולי הרתעה - ככל שהצד להליך מבצע עסקים בארה"ב או ירצה לעשות כן בעתיד – האפקט ההרתעתי עשוי לעודד את בית המשפט להוציא בכל זאת צו לגילוי ראיות.

לסיכום - KS מציינים שהאפקטיביות של צו חוסם ממדינת ישראל תהיה תלויה בתוכן של הצו החוסם ובבקשת גילוי המידע הספציפית, וכי אין ערבון לכך שצו חוסם אכן ימנע מהוצאת צו על-ידי בית המשפט כלפי NSO להפיק את החומרים המבוקשים.

על מנת למקסם את סיכויי ההצלחה, על הצו החוסם להיות מנוסח כהתנגדות לבקשת גילוי ראיות ספציפית, לכלול הסבר ברור כיצד גילוי הראיות משפיע על האינטרסים של מדינת ישראל, לכלול הסבר לגבי הסנקציות ולשכנע שאיום העונש הוא אכן אמיתי. KS מציינים, כי גם עם צו חוסם חזק, בית המשפט עשוי עדיין להורות לNSO על גילוי המידע, דבר שעשוי להשאיר את NSO ללא מוצא המאפשר הימנעות מגילוי ראיות מבלי שתבצע זילות של בית המשפט.

לדעתם, הצגת טיעון של "סוד מדינה" עשוי להיות חזק הרבה יותר כבסיס לדחיית בקשת גילוי הראיות. הדבר ידרוש ממשלת ישראל (או ממשלה אחרת) להצהיר שגילוי המידע יגרום נזק לביטחון הלאומי שלה. ככל שישראל או מדינה אחרת מודאגת מהפקת מידע המתייחס ללקוחותיה של NSO ולטכנולוגיה שלה – לדבריהם, שימוש ב"סוד מדינה" יהיה הכלי האמין ביותר – ויתכן שהיחיד – לעשות כן.

*** למזכר צורך **נספח** המפרט בקשות אפשריות לגילוי ראיות בקטגוריות שונות (כגון רשימות לקוחות החברה, מידע לגבי אופן הפעילות בעולם ומידע לגבי הטכנולוגיה של התוכנה ועוד) – אנו מציעים שתעיינו בנספח זה.