

שלום וברכה,

נבקש לעדכן על כתב התשובה שהגישו ביום 5.2.2021 המערערות (NSO ו- Q Cyber) לבית המשפט לערעורים של ה-9th Circuit (מצ"ב).

יצוין, כי מדובר בניתוח פנימי שערכנו אנחנו, ועורכי הדין טרם שלחו את הסקירה שלהם ביחס להגשה זו.

א. רקע - סיכום נימוקי הערעור וכתב התגובה של פייסבוק

נזכיר כי, המערערות הציגו שלושה טיעונים עיקריים בנימוקי הערעור שהוגשו ביום 16.11.2020, כדלקמן: (1) לבית המשפט לערעורים קיימת סמכות שיפוט כלפי החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את טענת NSO לחסינות בניגוד לטענת פייסבוק; (2) NSO פעלה כסוכן (agent) של מדינות ריבוניות זרות ולכן זכאית לחסינות מכח התנהגות (conduct-based immunity); ו- (3) בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו כי NSO איננה זכאית לחסינות ריבון זר.

בתגובה, המשיבות (פייסבוק ו-וואטסאפ) הציגו שלושה טיעונים עיקריים כדלקמן: (1) לבית המשפט לערעורים אין סמכות שיפוט כלפי החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את טענת NSO לחסינות; (2) גם אם קיימת לבית המשפט סמכות שיפוט לדון בערעור, הרי שממילא NSO אינה זכאית לחסינות מכוח התנהגות (conduct-based immunity) מכיוון שמדובר בחברה פרטית, ולא בבן אדם (natural persons); ו- (3) אפילו אם חברות פרטיות יכולות להיות זכאיות לחסינות מכוח התנהגות, NSO אינה יכולה לעמוד בדרישות הדוקטרינה.

ב. כתב התשובה מטעם המערערות

בתשובה לטענות שהעלו פייסבוק וואטסאפ, המערערות התייחסו בכתב התשובה שהגישו, בין היתר, לטענות העיקריות הבאות:

1. **לבית המשפט לערעורים קיימת סמכות שיפוט במקרה זה, שכן חסינות מכוח התנהגות היא חסינות מפני עצם התביעה (להבדיל לחסינות מפני הטלת חבות משפטית)** – בהקשר זה, מפנות המערערות לתקדימים ב-9th Circuit (כגון פס"ד דוגן נ' ברק) וב-4th Circuit (כגון *Yousuf v. Samantar*) אשר נטען כי מבססים את העובדה שחסינות מפני התנהגות מהווה חסינות מפני עצם התביעה וכי החלטה הדוחה חסינות זו ניתנת לערעור באופן מיידי. לטענת המערערות, המשיבות לא הצביעו על אף פסק דין המבסס את טענתן כי חסינות מכוח התנהגות איננה מהווה חסינות מפני תביעה.

עוד מציינות המערערות, כי אם בית המשפט יכריע אחרת, הדבר למעשה יהווה דחייה של תקדים של אותה ערכאה ממש וכן יצור מחלוקת ("a split") אל מול ה-4th Circuit.

2. **חסינות מכוח התנהגות חלה כלפי סוכנים פרטיים של ממשלות זרות, בין אם המדובר באנשים ("natural persons") ובין בישויות ("entities")** – המערערות דוחות את טענת המשיבות לפיה חסינות מכוח התנהגות מחריגה ישויות פרטיות וחלה רק כלפי אנשים פרטיים. זאת, על קצה המזלג, בעיקר, על בסיס הטענות הבאות:

א. **המשיבות למעשה ויתרו על טענה זו ואין באפשרותן להעלות אותה בשלב הערעור** – המשיבות מעלות לראשונה במסגרת טענותיהן בהליך הערעור ישויות אינן יכולות לטעון לחסינות מכוח התנהגות. הן לא העלו טענה זו בפני בית המשפט המחוזי, כמו גם את הטענה שחוק חסינות הריבון הזר (ה-FSIA) הוא הבסיס המשפטי היחיד לחסינות של ישויות. בכך, הן ויתרו על טענות אלו.

ב. מכל מקום, **טענת המשיבות שגויה גם לגופם של דברים**, מן הטעמים הבאים:

(1) **המשפט המקובל מגן על סוכנים פרטיים זרים, כולל ישויות פרטיות, בגין התנהגות שביצעו במסגרת תפקידם כסוכן** – וואטסאפ איננה חולקת על כך שחסינות מכוח התנהגות מגנה על סוכנים פרטיים של ממשלות זרות הפועלים בתוקף תפקידם כסוכנים. NSO טוענת שחסינות מכוח התנהגות מתמקדת פחות בזהות האדם או הישות הטוענים לחסינות, ויותר באופי של הפעולה מכוחה נטענת החסינות. חסינות מכוח התנהגות נועדה להגן על ממשלות זרות, הפועלות באמצעות סוכנים. אשר על כן החסינות לא מתמקדת במעמד של הסוכן, אלא בפעילות שבוצעה בשם מדינה זרה. השאלה הרלבנטית היא האם הפעולה בוצעה עבור מדינה זרה, כאשר הן ישות והן אדם פרטי יכולים לפעול בשמה של

מדינה זרה ולכן אין מקום להבחין ביניהם. עמדת החברה הינו שישות זרה המשמשת כ"סוכן" יכולה להיות זכאית לחסינות, גם אם איננה בגדר "נושא משרה זר". בנוסף נטען שאין להסיק מכך שעד כה הנתבעים בתיקים שנדונו היו אנשים, שישויות מוחרגות מחסינות כסוכן זר. ניתן ללמוד מכך רק שבעשורים האחרונים ממשלות זרות הגבירו את הסתמכותן על קבלנים חיצוניים. אכן, המשיבות וידידי בית המשפט מטעמה לא הצליחו להצביע על תיק אחד אפילו, או החלטה של רשות מבצעת, במסגרתם הוחלט לא להעניק חסינות מכוח התנהגות באופן קטגורי לישות פרטית, בשל מעמדה כישות. נהפוך הוא, ממשלת ארה"ב שמרה לעצמה את הזכות לטעון שהקבלנים מסוג ישויות, אותם היא מעסיקה, חוסים תחת חסינות ריבון בפסיקה בערכאה זרה או בין-לאומית – זאת, במסגרת עמדת ידיד בית משפט שהגישה בתיק CACI. (ראה: *CACI Premier Tech., Inc. v. Shimari*, Brief for the United States as Amicus Curiae at 10 n.1). בנוסף, על אף שה-4th Circuit לא נקט מפורשות במונח "חסינות מכוח התנהגות", הרי שבפועל ה-4th Circuit יישם את המבחן הנוהג ביחס לחסינות זו עבור קבלן שהינו תאגיד במסגרת תיק *Butters* וקבע שסוכנים פרטיים זכאים לחסינות "when following the commands of a foreign sovereign employer."

(2) **חוק חסינות הריבון הזר (ה-FSIA) אינו מחריג ישויות מגדרי חסינות מכוח התנהגות –** המערערות דוחות את טענת המשיבות לפיה ה-FSIA מבסס את הנסיבות הבלעדיות במסגרתן ישויות מלאכותיות יהיו זכאיות לחסינות ריבון זר. לטענת המערערות, ה-FSIA אינו חל במקרה זה, אלא חל המשפט המקובל. זאת, מכיוון שה-FSIA הינו חוק צר המתייחס רק לחסינות ריבון זר של מדינות זרות, ואילו במקרה זה מדובר על סוכן זר פרטי ולא על "מדינה זרה". במסגרת חוק ה-FSIA ההגדרה של "ריבון זר" מכילה גם ישויות המצויות בבעלות המדינה, שכן הן מקבילות למדינה זרה ועל כן זכאיות לחסינות כמדינה זרה. אולם, כאשר מוגשת תביעה כנגד נושא משרה זר או נתבע אחר שאינו עונה להגדרת ה-FSIA כ"מדינה זרה" – ה-FSIA לא יחול. אשר על כן, לא ניתן ללמוד ממנו לגבי השאלה האם ישויות פרטיות זכאיות לחסינות מכוח התנהגות – והדבר יוכרע לפי המשפט המקובל. לטענת המערערות, הקונגרס לא כיוון לכך שחסינות ריבון זר תחת ה-FSIA תחליף את החסינות מכוח התנהגות, אשר מהווה דוקטרינה שונה. דוקטרינת חסינות הריבון הזר תלויה בהיות הנתבע ואילו חסינות מכוח התנהגות תלויה בפעולות של הנתבע. המקרה הזה, כאשר הנתבעת היא סוכן פרטי זר, איננו מהווה תביעה כנגד מדינה זרה - ועל כן הינו מחוץ לגדרי ה-FSIA ויחול עליו המשפט המקובל.

ג. **טיעוני המדיניות שהעלו המשיבות ועמדות ידיד בית המשפט מטעמן אינן במקומן ואינן רלבנטיות –** מטרת חסינות מכוח התנהגות היא לוודא ששאלות הנוגעות ליחסים בין-לאומיים (למשל האם על ממשלות להסתמך על חברות פרטיות) יפתרו על-ידי מדינות, באמצעות צינורות דיפלומטיים, ולא לאפשר לתובעים פרטיים כמו וואטסאפ לעצב את המערכת הבין-לאומית, בהתאם להעדפותיהם המבוססות על מניעים כלכליים. בכך שהיא מבקשת מבית המשפט להגביל כיצד ממשלות פועלות באמצעות סוכנים פרטיים, וואטסאפ מנסה למעשה להפר ריבונות של מדינות – הדבר שחסינות מכוח התנהגות נועד לאסור. עמדות ידיד בית המשפט שהוגשו נוקטות גם הן באותה גישה בכך שהן מבקשות מבית המשפט לשלול חסינות כאמצעי להפסקת שימוש של ממשלות בטכנולוגית מעקב. ההאשמות שנטענו על-ידי ידידי בית המשפט מטעם המשיבות לכך שממשלות משתמשות בטכנולוגיה של NSO להפר את המשפט הבין-לאומי, הן בלתי קבילות בערעור, וחלקן הינן שקריות, חלקיות בצורה מטעה וממילא אינן רלבנטיות לשאלה האם חסינות מכוח התנהגות חלה על ישויות. המערערות דוחות את טענת המשיבות וידידי בית המשפט מטעמה לכך שהמערערות צריכות לשאת באחריות משפטית לספק "תרופה" לקורבנות, בשל הפרות לכאורה של המשפט הבין-לאומי. המערערות העלו את הטענה, כי כאשר מישהו נפגע מפעולה ריבונית של מדינה, הפתרון הינו לבוא בדברים עם המדינות הרלבנטיות, להבדיל מהגשת תביעה בבתי משפט של מדינה אחרת.

בהקשר זה, תשומת לבכם לאמירה הבאה של המערערות ביחס למדינת ישראל, לפיה **מדינת ישראל מפעילה רגולציה כבדה** כלפי NSO **ויש לה אפשרויות רבות** במידה ותגיע למסקנה שNSO הפרה את החוק, לרבות האפשרות לשלול ממנה פעולה אל מול לקוחות מסוימים, ואף האפשרות לבטל לה כליל את הרשיון לנהל עסקים. על כן, **ככל שוואטסאפ סבורה כי נפגעה בשל פעולותיה של NSO בשם מדינות זרות, עליה לבקש ממדינת ישראל – בין במישרין ובין באמצעות ממשלת ארה"ב – לנקוט בפעולה.** ראו נא הדברים במקור (ההדגשות שלנו):

Nothing about NSO's entity status justifies shunning the "political . . . redress" available to parties who claim to be "aggrieved" by a government's conduct. Ans. Br. 49. Far from "fall[ing] into a regulatory void," *id.*, NSO is heavily regulated by its home nation of Israel. ER52-53. Israel has many options if it concludes that NSO has violated the law, including denying NSO the right to serve certain customers and rescinding its license to conduct business at all. ER52 ¶ 6, 55 ¶ 12. So if WhatsApp believes it has been wronged by NSO's actions on behalf of foreign states, it should ask Israel—either directly or through the U.S. government—to take action. But WhatsApp may not use a lawsuit against an agent of foreign nations to prevent those nations from choosing the agents through which they "perform uniquely sovereign actions." *Broidy Cap. Mgmt.*, 982 F.3d at 595.

לבסוף, טוענות המערערות בהקשר זה, כי טענות המדיניות שמעלה וואטסאפ חלות גם כלפי ממשלת ארה"ב, בנוסף למדינות זרות. ככל שישויות פרטיות אינן זכאיות לחסינות מכוח התנהגות, הדבר יאפשר למדינות אחרות לתבוע בערכאות זרות קבלנים אמריקאים ולשבש את מבצעי הצבאיים או המודיעיניים של ארה"ב. חסינות מכוח התנהגות נועדה למנוע בדיוק תוצאה זו. וואטסאפ מנסה למנוע מכל המדינות, לרבות ארה"ב, להשתמש בטכנולוגיה או כלים אחרים שאין להן אפשרות לייצר בעצמן.

3. הקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי מצביעות על כך ש NSO זכאית לחסינות מכוח התנהגות -

בית המשפט המחוזי הצביע על מבחן משולש עבור חסינות מכוח התנהגות: 1. האם מדובר בסוכן של מדינה זרה? 2. האם הפעולות בוצעו במסגרת תפקידו הרשמי של הסוכן? 3. האם הפעלת סמכות שיפוט במקרה זה תעלה כדי אכיפת חוק כנגד מדינה זרה – to enforce a rule of law against "the foreign state". לטענת NSO, בית המשפט המחוזי הכריע במישור העובדתי כי NSO עומדת בשני התנאים הראשונים, בכך שהיא פועלת מטעם מדינה זרה והפעולות שלה בוצעו במסגרת תפקידה כסוכן של המדינה. בית המשפט המחוזי דחה את טענת החסינות, רק על בסיס ניתוח שגוי שערך לרכיב השלישי, בכך שקבע כי חסינות מכוח התנהגות אינה חלה כאשר סוכן זר נתבע בכובעו הפרטי.

בערעור, המשיבות מנסות למחות על ממצאי העובדתיים של בית המשפט המחוזי ביחס לשני הרכיבים הראשונים הנ"ל, כאשר הן לא העלו זאת בפני בית המשפט המחוזי ועל כן אינן יכולות להעלות זאת לראשונה בשלב הערעור. גם אילו היו יכולות להעלות טענות אלו בשלב זה, הרי שאין בידיהן להראות שממצאי של בית המשפט המחוזי היו שגויות בעליל.

לא זו אף זו NSO טוענת שאם מנתחים את ממצאי של בית המשפט המחוזי במסגרת המשפטית הנכונה – הרי שהם מצביעים על כך ש NSO אכן זכאית לחסינות. וביתר פירוט:

א. המערערות טוענות מכיוון שוואטסאפ לא הגישה ראיות עובדתיות רלבנטיות לסתור את העובדות שהציגה NSO בפני בית המשפט המחוזי על כך ש NSO היא סוכן של מדינה זרה והפעולות שלה בוצעו במסגרת תפקידה - היא ויתרה על האפשרות לחלוק על העובדות הללו במסגרת הערעור;

ב. בית המשפט קבע בצדק ש NSO הינה סוכן זר אשר פעל במסגרת תפקידו כסוכן - גם אם לא היתה מוותרת על הטענות האמורות, על המשיבות הנטל להצביע על כך שממצאי של בית המשפט המחוזי היו "clearly erroneous" וזאת הן לא עשו. למעשה, בית המשפט קבע בצדק ש NSO הינה סוכן זר אשר פעל במסגרת תפקידו כסוכן ("agent[] of foreign governments") (ER11).

מעניין לציין, כי NSO מתייחסת לחוזה אליו מפנה וואטסאפ בשלב זה - של מכירת פגוס למשווק פרטי (כדי להראות דוגמא לכך שפעלה עבור חברה פרטית). לטענת NSO, וואטסאפ ויתרה על זכותה לטעון זאת, בכך שלא העלתה את הטענות המבוססות על נייר זה בפני בית המשפט המחוזי. מכל מקום, החוזה מציין כי NSO תספק את התוכנה לגאנה, לא למשווק פרטי. בנוסף, בהתאם לחוק הישראלי, העסקה כולה דורשת עיון ואישור של משרד הביטחון הישראלי: "as required by Israeli law, the entire transaction was subject to review and approval by "IMOD," Israel's Ministry of Defense". כך שגם תחת חוזה זה, בדומה ליתר החוזים, NSO שימשה כסוכן של ממשלה זרה, ולא של גוף פרטי.

ג. חסינות מכוח התנהגות מגנה על סוכנים זרים שנתבעו בכובעם הפרטי ("in their individual capacity")

גם בהנחה שחסינות מכוח התנהגות חלה רק במקרה בו תביעה תעלה כדי אכיפת חוק כנגד מדינה זרה "would enforce a rule of law against the state" – אין הכוונה שפסק הדין יהיה בהכרח כנגד המדינה. הרי כל הרעיון של חסינות מכוח התנהגות הוא שהיא נדרשת כאשר המדינה עצמה איננה הצד האמיתי בעל האינטרס בתביעה – שאילו זה היה המצב – ממילא היה חל ה-FSIA אשר היה חוסם את התביעה. אשר על כן, טענת וואטסאפ לפיה על מנת להיכלל תחת חסינות מכוח התנהגות יש להראות שמדינה זרה היא הצד האמיתי בעל האינטרס בתביעה - היא שגויה. *לטענת המערערות, תביעה מנסה לאכוף חוק כנגד מדינה זרה "to enforce a rule of law against the state" כאשר היא מבקשת לקבוע כי פעילות של סוכן זר בשמה של ממשלה זרה היתה לא חוקית. וואטסאפ מנסה לגרום לכך שיהיה לממשלות בלתי אפשרי להשתמש בטכנולוגיה שמוכרת NSO או כל קבלן פרטי אחר. אך בחירתה של ממשלה כיצד לבצע פעולות ריבוניות, היא כשלעצמה פעולה ריבונית.*

נוכח כל האמור לעיל, המערערות טוענות כי על בית המשפט לערעורים להפוך את החלטתו של בית המשפט המחוזי אשר דחה את הבקשה לדחייה על הסף, ולקבוע כי NSO זכאית לחסינות מכוח התנהגות.